

الفقه المالكي

وأدلته

أحمد بن طاهر



مؤسسة المعارف
العلمية

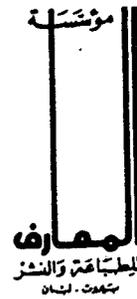
الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

الْحَبِيبُ بْنُ طَاهِرٍ

الجزء الأول

الطهارة - الصلاة



يطلب من مكتبة المعارف ص ب: 1761 / 11 بيروت - لبنان
- 01 / 653852 / 653857 - تليفاكس: email: maaref@cyberia.net.lb

الفقه المالكي
والتشريع

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف
بيروت - لبنان

الطبعة الخامسة
١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

ISBN 9953-434-32-8

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراني - ط2

هاتف وفاكس : 00961-1-653852/00961-1-653857

المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة

هاتف وفاكس : 00961-1-640878

هاتف جوال : 227724-892210-205669 (00961-3)

ص . ب 11/1761 - بيروت - لبنان

E-mail: maaref@cyberia.net.lb

WWW.al-maaref.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا. من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ﷺ وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وبعد: فإن مما يجعل لهذا الدين القوام على حياة المسلمين ويضمن استمرارها جيلاً بعد جيل، ويحفظ لها انعمائها في شرايين جسم الأمة المسلمة، أن يهتم أهله بعلمين قرينين هما علم الفقه وعلم أصول الفقه.

أما الفقه، فإنه يعرف المسلم حكم الله تعالى في جميع تصرفاته في كل مجالات الحياة، فهو يوقفه على أحكام الشعائر التعبدية وطرق القيام بها. كما يوقفه على التشريعات المنظمة لسائر سلوكه العملي في الحياة، كأحكام الحرام والحلال في الأطعمة والأشربة واللباس، وأحكام النكاح وتوابعه، وأحكام البيوع وسائر العقود، وأحكام الحدود والعقوبات، وأحكام السلم والحرب؛ إلى غير ذلك. فالفقه يجعل المسلم يحيا على مقتضى الشريعة الإسلامية، يتلقاه بالتشريع من حين الولادة إلى أن يوصله لحدده؛ ولذلك كان مناط سعادته في الدنيا والآخرة. وهو لهذا وجب أن يكون العلم الذي يشترك في معرفته جميع الأمة، بعلمائها وعوامها.

وأما أصول الفقه فإنه المدخل لفهم نصوص الشرع، وهو الأداة لكسب القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية.

فمن قواعده استخراج العلماء المجتهدون تلك الثروة الفقهية التي خلفوها، وبهذه القواعد يمكن مقارنة آراء الفقهاء ومذاهبهم، والترجيح بينها ترجيحاً صحيحاً، وذلك بالنظر في الأدلة التي استند إليها كل رأي وتمحيصها على ضوء قواعد علم الأصول.

والنظر مباشرة في النصوص الدينية دون المرور بهذا العلم، تمزيق للنسيج الفكري والمنهج العلمي، الذي أجمعت الأمة على أنه الذي يجب اعتماده في التعرف على مراد الشارع من الوحي.

ثم إنه بتطبيق قواعد هذا العلم، يتم الكشف عن الحكم الشرعي لما يستجد في كل عصر مما لم يرد فيه نص، وبذلك يحفظ للدين استمراريته. على أن هذا العلم كان

البحث فيه والإحاطة بقواعده من نظر طائفة من الناس، وهم المجتهدون وأصحاب الترجيح والتخريج في الفقه، وليس من اهتمام عامة المسلمين.

لكن هناك طلبة العلوم الشرعية الذين لم يصلوا إلى درجة الاجتهاد، ولم ينزلوا إلى مستوى العامة، يهمهم أن لا يأخذوا قضايا الفقه مسلمة، ويرغبون في التعرف على أدلة المجتهدين ومداركهم، ليعلموا من أين جاءت أحكام الفقه، وكيف توصل العلماء إلى استنباطها فملؤوا بها كتباً وأسفاراً.

وقد قصدت من وضع هذا الكتاب الفقهي بأدلته الشرعية، إفادة من يقع بين يديه، منهج العلماء في ممارستهم النصوص الدينية والأدلة الاجتهادية، كيف طبقوها على القضايا الجزئية واستخرجوا لها أحكاماً فقهية؟ كيف قالوا للواجب هذا واجب وللحرام هذا حرام؟ كيف نزلوا بصيغة الأمر من الوجوب الظاهر إلى الاستحباب؟ وبصيغة النهي من الحرام إلى الكراهة؟ متى ولماذا أبقوها على ظاهرهما؟

كيف توصلوا إلى أن يجعلوا شيئاً سبباً لشيء أو شرطاً له أو مانعاً منه؟ متى استعملوا القرآن والسنة والاجماع؟ ومتى استندوا إلى القياس؟ ومتى لجأوا إلى العمل بالمصلحة والإستحسان والإستصحاب والعرف. ماذا فعلوا عند تعارض الأدلة؟ إلى غير ذلك مما يتعلق بتطبيق قواعد الأصول.

فقد أردت توضيح هذا المنهج لا على طريقة كتب الأصول التي جردت مباحث هذا العلم عن الفروع، بل من خلال إلحاق جميع مسائل الفقه بأدلتها التي وقع استنباطها منها. ومن شأن هذه الطريقة أن تقدم ممارسة تطبيقية لهذا العلم وشاملة. وأن تكشف عن مدى استناد مسائل الفقه إلى الأدلة، ليسهل تصنيفها إلى ما هو معلوم من الدين بالضرورة وإلى ما مستنده النصوص والأدلة الثابتة، كالقرآن والسنة، وإلى ما مستنده الرأي والأدلة المتغيرة كالعرف مثلاً. وقد اخترت أن يكون مذهب الإمام مالك رضي الله عنه موضوع هذا العمل، لأنه المذهب المنتشر بالبلاد التونسية، ولفقدان كتاب فقه متداول بهذا الأسلوب - حسب علمي ⁽¹⁾ -، يكون مرجعاً للمهتمين بالعلوم الشرعية وخاصة المبتدئين.

طريقة العمل:

أولاً - لما كان المذهب المالكي قد استقر في آخر مراحل في كتب استقلت بذكر الأقوال التي اختارها أهل المذهب، واعتبروها هي المعبرة عن فقه المذهب، وسموها بالأقوال المشهورة والمعتمدة، مثل ما ألفه الشيخ خليل بن إسحاق في مختصره، وما كتبت على هذا المختصر من شروح وحواش؛ فقد اعتمدت على آخرها تأليفاً وهو كتاب

(1) زمن الشروع في تأليف هذا الكتاب، في جزأيه الأول والثاني، كان في سنة 1984 وكان الفراغ منه

أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للشيخ أحمد بن محمد الدردير، بحاشية الشيخ أحمد الصاوي. ويمتاز هذا الكتاب عن سابقه بأن اقتصر فيه صاحبه عند تعدد الأقوال على الراجح. وأبدل الأقوال غير المعتمدة المذكورة في مختصر خليل، بأقوال معتمدة في المذهب. وإذا لم يظهر له ترجيح بين قولين فإنه يذكرهما معاً.

ولما كانت صياغة هذا الكتاب مختصرة العبارات والتراكيب، وكان مما يصعب على غير المتمرس فهمه، فقد قمت بإعادة صياغته في شكل يفهمه القارئ دون جهد، ولم أتجاوز النص الدرديري إلا في القليل النادر، كالأحكام المتعلقة بالعباد والإماء، فلم أذكرها في كل أبواب العبادات والمعاملات والنكاح، لأنها أصبحت في عصرنا غير ذات موضوع؛ وكذلك في بعض المسائل الغامضة أو الناقصة، فقد استعنت في بيانها بالشرح الكبير للمؤلف نفسه أحمد الدردير على متن خليل، كما استعنت بحاشية الدسوقي عليه.

ثانياً - وهو الأهم عندي في هذا الكتاب - أني ألحقت بالمسائل الفقهية الأدلة التي استنبطت منها وحرصت أن لا أدع مسألة يوجد لها دليل مذكور أو تعليل عند فقهاء المالكية إلا ذكرته.

وقد اعتمدت في ذلك على أمهات المصادر في المذهب المالكي التي يعسر اقتناؤها أو يقل تداولها. ولم أعتمد على ما ذكره المخالف عن المذهب.

كما حرصت على إيراد التوجيهات والتعليقات للأدلة المذكورة، ليفهم المطالع وجه وطريقة استخراج الحكم من الدليل وهو المقصود.

وقد أثبت في الهامش المصادر والمراجع التي استقيت منها أدلة فقهاء المذهب، وأوجه استدلالهم بها، فحين أذكر الآية مثلاً أو الحديث ووجه العمل بهما أنص على كل من ذكر ذلك.

وإذا كان للمذهب قول غير المشهور، فإني أذكره للإفادة، إذا كان لصاحبه دليل وتعليل، ثم أنص على مصدر القول وصاحبه.

وقد يستنكر أحد حين لا يجد إجابات عن مسائل معاصرة، فلا غرابة، لأن هذا ليس من غرضي فإن غرضي - كما بينته - أن أبين كيف اجتهد السابقون.

هذا وأذكر فضل شيخنا محمد الأخوة الذي راجع جميع أبواب الكتاب⁽¹⁾ فجزاه الله خيراً، وتغمده بواسع رحمته.

وها أنا أقدم قسم العبادات وعسى ربي تعالى أن يعينني على إنجاز قسيمي المعاملات والأحوال الشخصية، إنه نعم المولى ونعم الوكيل.

المؤلف

(1) أشير إلى أن الشيخ رحمه الله تعالى راجع إلى آخر الحج فقط.

الطهارة

تعريفها لغة:

هي النظافة والنزاهة من الأدناس والأوساخ⁽¹⁾.
 قال تعالى: ﴿وَيُرِزَّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءٌ يُطَهِّرُكُمْ بِهِ﴾ [الأنفال: 11]. وتستعمل مجازاً في التنزيه عن العيوب والآثام⁽²⁾.
 قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِكُمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: 103].
 وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً﴾ [الأحزاب: 33].

تعريفها شرعاً:

الطهارة صفة حكمية، يستباح بها ما منعه الحدث، أو حكم الخبث.
 فمعنى «حكمية» أي يحكم العقل - تبعاً للشرع - بشبوتها وحصولها في نفسها.
 ومعنى «يستباح بها ما» أي يباح بها فعل مثل الصلاة والطواف ومسّ المصحف.
 ومعنى «منعه الحدث أو حكم الخبث» أي أن ما ذكر يمنع من فعلها الحدث الأصغر والأكبر، كما يمنع من فعلها حكم الخبث. والخبث عين النجاسة، والمانع من التلبس بالفعل المطلوب هو حكمها المترتب عليها، عند إصابتها الشيء الطاهر، أي أثرها الحكمي الذي حكم الشرع بأنه مانع.

أقسام الطهارة:

من خلال التعريف يتبين أنّ للطهارة قسمين وهما:
 أولاً: طهارة الثوب والبدن والمكان، وتسمى طهارة الخبث.
 ثانياً: طهارة ذات المصلي، وتسمى طهارة الحدث.



طهارة الحدث

تعريف الحدث لغة:

هو وجود الشيء بعد أن لم يكن.

(2) انظر نفس المصدر.

(1) انظر الذخيرة 1/154.

تعريفه شرعاً:

له أربعة معان:

- 1 - يطلق على الخارج.
- 2 - ويطلق على نفس الخروج.
- 3 - ويطلق على الوصف الحكمي المقدر قيامه بالأعضاء قيام الأوصاف الحسية.
- 4 - ويطلق على المنع المترتب على الثلاثة. لكن من الفقهاء من أنكر هذا التعريف، لأن المنع حكم الله ولا يليق تسميته بالحدث. وينقسم الحدث بدوره إلى قسمين:
الأول: حدث أصغر.
الثاني: حدث أكبر. وسيأتي تفصيلهما في بابي الوضوء والغسل.



طهارة الخبث

تعريف الخبث لغة:

هو النجاسة، ويطلق مجازاً على الدنس المعنوي⁽¹⁾ قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الشُّرُكُوتُ جَبَسٌ﴾ [التوبة: 28].

تعريفه شرعاً:

هو صفة حكمية، توجب لموصوفها منع استباحة العبادة به أو فيه. أي إذا لا يست النجاسة الثوب أو البدن أو المكان منعت من الصلاة. ولم تتعلق النجاسة بذات المصلي لأن المؤمن لا ينجس. والدليل⁽²⁾: «ما روي عن أبي هريرة أنه لقيه النبي ﷺ في طريق من طرق المدينة وهو جنب، فأنسل فذهب فأغتسل، ففقدته النبي فلما جاء قال: «أين كنت يا أبا هريرة؟» قال: «يا رسول الله لقيتني وأنا جنب، فكرهت أن أجالسك حتى أغتسل» فقال: «سبحان الله إن المؤمن لا ينجس»⁽³⁾. وتنقسم النجاسة إلى نجاسة حكم ونجاسة عين: فأما عين النجاسة - أي جرمها - فإنه يزال بالماء المطلق، وبغير المطلق، وبغير الماء. وأما حكم النجاسة وهو أثرها المعنوي المترتب على جرمها، والذي حكم الشارع بأنه مانع، فإنه لا يزال إلا بالماء الطهور. والمراد بطهارة الخبث هو إزالة حكم النجاسة، أي أثرها المعنوي ولا يكفي إزالة جرمها.

(1) انظر القراني الذخيرة 154/1.

(2) انظر نفس المصدر 313/1.

(3) أخرجه البخاري في الغسل باب عرق الجنب وإن المسلم لا ينجس، ومسلم في الحيض، باب الدليل على أن المسلم لا ينجس. واللفظ لمسلم.

ما تكون به الطهارة

لا تكون الطهارة إلا بالماء إن وجد. والدليل:

أ - قول الله تعالى: ﴿فَلَمَّ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: 43].

وجه الاستدلال: إنّه تعالى أمر بالتيمم عند فقدان الماء، فلو كان غير الماء يجزىء في الطهارة لأمر بالانتقال إليه قبل الانتقال إلى التيمم⁽¹⁾.

ب - قول الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: 48].

ج - قوله تعالى: ﴿وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ﴾ [الأنفال: 11].

وجه الاستدلال⁽²⁾: إن الله لما وصف الماء بالطهورية وأمتنّ بإنزاله للتطهر به، دلّ ذلك على اختصاص الماء بالتطهر به، فلا يلحق به غيره وذلك لوجهين:
- لما في ذلك من إبطال فائدة الإمتنان بإنزاله.

- لأن غير الماء ليس بمطهر، إذ ما لا يدفع النجاسة عن نفسه، لا يدفعها عن غيره.
وما روي عن عبد الله بن مسعود في ليلة الجن أنّ رسول الله ﷺ توضأ ببنيذ التمر وقال: «ثمره طيبة وماء طهور» فهو حديث غير ثابت، والأحاديث الواردة فيه غير صحيحة ومما يضعفها⁽³⁾:

أ - ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «لم أكن ليلة الجن مع النبي ﷺ ووددت أنني كنت معه»⁽⁴⁾.

ب - ما روي عن عبد الله بن مسعود أيضاً «أنه سئل هل شهد أحد منكم مع رسول الله ﷺ ليلة الجن؟ فقال: لا ولكننا كنا مع رسول الله ففقدها، فالتمسناه في الأودية والشعاب، فقلنا: أستطير أو أعتيل، فبتنا بشر ليلة بات بها قوم، فلما أصبحنا إذ هو جاء من قبل حراء، فقلنا: يا رسول الله فقدناك فطلبناك فلم نجدك، فبتنا بشر ليلة بات بها قوم. قال: أتاني داعي الجن فذهبت معه فقرأت عليهم القرآن»⁽⁵⁾.

ويشترط في الماء الذي تكون به الطهارة أن يكون طهوراً، ويسمى المطلق. وتحديده: هو الذي لم يتغير أحد أوصافه، بما ينفك عنه غالباً، مما ليس بقراره ولا متولد عنه. فإذا تغير بقراره أو بما يتولد منه، من سمك أو طحلب، فإنه داخل في حكم المطلق، والدليل هو الإجماع⁽⁶⁾.

(1) الإشراف 2/1 والمقدمات 53/1 وبداية المجتهد 23/1.

(2) الإشراف 2/1 وبداية المجتهد 23/1 وأحكام ابن العربي 1431/3.

(3) عارضة الأحوذى 128/1 وأحكام القرطبي 52/13 والبيان والتحصيل 1م ورقة 38.

(4) أخرجه مسلم في الصلاة، باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن.

(5) أخرجه مسلم في الصلاة: باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن.

(6) بداية المجتهد 2/1.

والماء المطلق ما صدق عليه اسم ماء من غير قيد، بأن يقال فيه هذا ماء. وأما ما لا يصدق عليه اسم الماء أصلاً، من المائعات كالخلّ والسمن؛ وما لا يصدق عليه اسم الماء إلاً بالقيد، كماء الورد وماء الزهر ونحوهما؛ فهذه ليست من الماء المطلق، فلا يصح التطهر بها.

المياه المستثناة من تعريف المطلق:

1 - آبار ثمود، فلا يجوز الوضوء بها، ولا الانتفاع بها في طبخ أو غيره.
والدليل: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن الناس نزلوا مع رسول الله ﷺ الحجر أرض ثمود، فاستقوا من بئرها، وعجنوا به، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يهريقوا ما استقوا، ويطعموا الإبل العجين، وأمرهم أن يستقوا من البئر التي كانت تردّها الناقة»⁽¹⁾.
وسبب النهي أنه ماء سخط، فلا يجوز الانتفاع به، فراراً من غضب الله. ومياه هذه الآبار لا يحكم بنجاستها، بل هي طهور، لكن لا تصح العبادة بها، وعدم الصحة راجع إلى أنه أمر تعبدى. ولا تلحق الأرض بالماء فإنه يجوز التيمم عليها⁽²⁾.

2 مياه آبار ديار لوط وعاد.

والدليل على استثنائها القياس على آبار ثمود، لأنها جميعاً أرض نزل بها عذاب⁽³⁾.

المياه التي يشملها التعريف:

1 - ماء السماء. والدليل: قوله تعالى: ﴿وَيُنَزَّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً يُطَهِّرُكُمْ بِهِ﴾ [الأنفال: 11].

2 - ماء الآبار ومنها زمزم ومياه العيون.

3 - ماء البحر. والدليل: ما روي عن أبي هريرة قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إنا نركب البحر، ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا أفئتوضأ من ماء البحر؟ فقال رسول الله ﷺ: هو الطهور ماؤه الحل ميتته»⁽⁴⁾.

4 - الماء العذب:

هو طهور مطلق، يجوز استعماله في الطهارة وإزالة النجاسة.

وقيل لا يجوز الاستنجاء به لعلّة الطعمية، والاستنجاء بالمطعم ممنوع. وهذا القول شاذ.

(1) أخرجه البخاري في الأنبياء، باب قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْفُرُوا بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَرَبِّكُمْ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَالْزَكَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْتَضُوا لِمَا رَزَقْنَاكُمْ مِنَ الْحَلَالِ وَالطَّيِّبِ﴾. باب لا تدخلوا مساكن الذين ظلموا أنفسهم.

(2) حاشية الشرح الصغير 13/1. (3) حاشية الشرح الصغير 13/1.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب الطهور للوضوء. وأبو داود في الطهارة، باب الوضوء بماء البحر. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في البحر إنه طهور.

والدليل على خلافه، قول الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾. ووجه الاستدلال أن النازل من السماء عذب، وقد أباح الله التطهر به، ولا يوجد نص أو إجماع يحرم التطهر بكل ما أطلق عليه اسم الطعام.

5 - ما يجمع من الندى، وهو المطر والبلل. والمراد به ههنا ما ينزل على الأرض وأوراق الشجر من البلل في الليل، فهو مطلق طهور.

6 - الماء الذائب بعد الجمود - سواء ذاب بنفسه أو بسبب -، هو مطلق.

7 - الملح إذا ذاب في موضعه فهو مطلق، وكذلك إذا ذاب في غير موضعه، لأن الأصل في المياه الطهارة والتطهير، سواء كانت عذبة أو مالحة، وسواء كانت على أصل ميوعتها أو ذابت بعد جمودها.

8 - سور الجنب والحائض، أي فضلة شراهما، فإنه طهور ولو كانا كافرين شاربي خمر.

9 - فضلة طهارة الجنب والحائض، سواء اغترفا من الماء أو نزلا فيه.

فما يبقى من الماء بعد طهارة الجنب والحائض، فإنه باق على طهوريته. والدليل⁽¹⁾ ما روي عن ابن عباس قال: «أغتسل بعض أزواج النبي ﷺ في جفنة، فأراد رسول الله ﷺ أن يتوضأ منه، فقالت: يا رسول الله إني كنت جنباً قال: إن الماء لا يجنب»⁽²⁾.

10 - فضلة طهارة الرجل والمرأة.

ما يبقى من طهور الرجل أو المرأة هو باق على طهوريته. وإنه كما يجوز للمرأة أن تتطهر بفضل طهور الرجل، فإنه يجوز للرجل أن يتطهر بفضل طهور المرأة. والأدلة على ذلك⁽³⁾:

أ - عن ابن عباس: «أغتسل بعض أزواج النبي ﷺ في جفنة، فأراد رسول الله ﷺ أن يتوضأ منه، فقالت يا رسول الله إني كنت جنباً. قال: إن الماء لا يجنب»⁽⁴⁾.

ب - عن ميمونة رضي الله عنها قالت: كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد من الجنابة⁽⁵⁾.

ج - عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنت أغتسل ورسول الله ﷺ من إناء واحد من قدح يقال له الفرق⁽⁶⁾.

(1) المنتقى 1/63، وأحكام ابن العربي 3/1422.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الماء لا يجنب والترمذي في الطهارة، باب الرخصة في فضل طهور المرأة.

(3) أحكام القرطبي 1/55 والبيان والتحصيل 1م ورقة 22.

(4) سبق تخريجه.

(5) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب في وضوء الرجل والمرأة من إناء واحد.

(6) أخرجه البخاري في الغسل، باب غسل الرجل مع امرأته.

د - قول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: إن كان الرجال والنساء في زمان رسول الله ﷺ ليتوضؤون جميعاً⁽¹⁾.

أما حديث الحكم بن عمرو الغفاري أن النبي ﷺ نهى أن يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة أو قال بسورها⁽²⁾ فقد رُجِحَ عليه حديثا عائشة وميمونة، لأنهما أصح منه⁽³⁾. وكذلك القياس يقتضي أن الرجل والمرأة إنسانان، فكما يجوز للمرأة أن تغتسل بفضل الرجل، فإنه يجوز للرجل أن يغتسل بفضل المرأة⁽⁴⁾.

11 - سؤر الدواب.

يجوز التطهر بسؤر الدواب، ولا يُخرج الماء شرب الحيوان منه عن إطلاقيته. وأنا أذكر الأدلة حسب أنواع الحيوانات.

سؤر الهر:

والدليل على طهوريته: ما روي عن كبشة بنت كعب بن مالك، وكانت تحت ابن أبي قتادة: «أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً، فجاءت هرة لتشرب منه، فأصغى لها الإناء حتى شربت، قالت كبشة: فرأني أنظر إليه، فقال: أتعجبين يا أبنه أخي؟ قالت: فقلت: نعم، فقال: إن رسول الله ﷺ قال: إنها ليست بنجس، إنما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات»⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال أنه نَفَى نجاسة ذات الهر، إذ الأصل طهارتها، إلا إذا ظهرت النجاسة في فيها، فهي نجاسة مجاورة وهو أمر طارئ⁽⁶⁾. وعَلَّلَ عدم نجاستها بكونها من الطوافات⁽⁷⁾.

سؤر السباع والحيوانات:

والأدلة على طهارته⁽⁸⁾:

أ - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة، تردها السباع والكلاب والحمير، وعن الطهارة منها؟ فقال: لها ما حملت في

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب الطهور للوضوء. والبخاري في الوضوء، باب وضوء الرجل مع امرأته.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب النهي عن الوضوء بفضل وضوء المرأة، والترمذي في الطهارة، باب في كراهية فضل طهور المرأة.

(3) المنتقى 1/63. (4) المنتقى 1/63.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب الطهور للوضوء. وأبو داود في الطهارة، باب سؤر الهر. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهر.

(6) البيان والتحصيل 1م ورقة 39. (7) مفتاح الوصول ص 117.

(8) البيان والتحصيل 1م ورقة 39.

بطونها، ولنا ما بقي شراباً وطهوراً⁽¹⁾.

ب - ما روي عن عمر بن الخطاب أنه خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص، حتى وردوا حوضاً. فقال عمرو بن العاص: يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض لا نخبرنا، فإننا نرد على السباع وترد علينا⁽²⁾. وقد استدل بهذين الحديثين الباجي وابن رشد الجذ⁽³⁾.

ج - الدليل الثالث عقلي قال ابن رشد الحفيد: «أما القياس، فهو أنه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع، وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان. وإذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين، فسؤره طاهر»⁽⁴⁾.

سؤر الكلب:

تعددت الأدلة داخل المذهب المالكي على طهارة الكلب من وجهتي نظر:

الأولى: مبنية على الأدلة السابقة فقد قاس أصحابها سؤر الكلب على أسار السباع، إذ الكلب سبع من السباع، وحكموا بطهارته بدليل القياس⁽⁵⁾. وقد تقدمت أدلة طهارة أسار السباع.

الثانية: وأصحابها يرون نجاسة أسار السباع، فلم يلحقوا الكلب بها، وإنما ألحقوه بالهرة. والعلة التي ألحقوا بها الكلب بالهرة هي التطواف، ففي قوله عليه السلام في الهرة: «إنما هي من الطوافين عليكم» تعليل بأن عدم نجاسة الهرة راجع إلى أنها من الطوافين، والكلب يشترك معها في العلة.

وقد خرّج أصحاب هذه النظرة على هذا أن ما ليس بطواف - وهي السباع - فأسارها محرمة، عملاً بدليل الخطاب⁽⁶⁾. لكن القول هذا في السباع غير مشهور في المذهب.

حديث غسل الإناء من سؤر الكلب:

أما الحديث المروي في شأن الكلب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه ابن ماجه في الطهارة، باب الحياض، وعبد الرزاق في المصنف، باب الماء ترده الكلاب والسباع، والمدونة 6/1. والبيهقي 250/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب: الطهور للوضوء.

(3) المنتقى 62/1 والبيان والتحصيل 1م ورقة 39.

(4) بداية المجتهد 33/1. (5) المقدمات ص 60.

(6) المقدمات ص 69، وبداية المجتهد 29/1.

(7) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الوضوء، والبخاري في الوضوء، باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان، ومسلم في الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب.

فقد اختلفت الأفهام في الأمر بغسل الإناء على ثلاثة: الفهمان الأول والثاني يتفقان في طهارة سؤر الكلب، ولا يتفقان في سؤر السباع، وهما أصحاب وجهتي النظر السابقتين.

والفهم الثالث يخالفهما في الجملة بقوله بنجاسة سؤر السباع والكلب على السواء، وهو غير المعتمد في المذهب، وإنما ذكره للإفادة.

الفهم الأول:

يرى أن الأمر بغسل الإناء لا لنجاسة سؤر الكلب، وإنما لأمر تعبدي غير معقول المعنى، بدليل العدد المشترك في الغسل، فلو كان للنجاسة لما أشترط في الغسل العدد؛ لأن النجاسة لا يشترط فيها العدد عند غسلها، ويكفي لذلك مرة واحدة⁽¹⁾.

الفهم الثاني:

يرى أصحابه أن سؤر الكلب وإن كان طاهراً، فإن الأمر بغسل الإناء معقول المعنى، وهو دفع مفسدة الكلب عن بني آدم، وهو أمر ندب وإرشاد، مخافة أن يكون الكلب مصاباً بداء الكلب، فيكون قد دخل الإناء من لعابه ما يشبه السمّ المضر بالأبدان، وقد كان النبي ﷺ ينهى عما يضر الناس في دينهم ودنياهم.

ويؤيد⁽²⁾ معقولة المعنى في الأمر بغسل الإناء التحديد بالسيب، لأنه عدد مستحب فيما كان طريقه التداوي، لا سيما فيما يتقى منه السمّ، فقد قال ﷺ: «أهريقوا عليّ من سبع قرب لم تحلل أوكيتهنّ لعليّ أعهدُ إلى الناس»⁽³⁾.

وقال ﷺ: «من تصبّح بسبع تمرات عجوة، لم يضره في ذلك اليوم سمّ ولا سينخر»⁽⁴⁾.

الفهم الثالث:

هذا الفهم مبني على أن الكلب نجس كثيره من السباع، على قول من يقول بذلك، وهو غير معتمد في المذهب كما ذكرنا.

ودليل النجاسة ما ورد في لفظ آخر للحديث، وهو قوله ﷺ: «طهور إناء أحدكم، إذا ولغ الكلب فيه، أن يغسله سبع مرات»⁽⁵⁾.

(1) المقدمات 59/1 وبداية المجتهد 29/1 والمعلم 359/1 والمنتقى 74/1.

(2) المقدمات 61/1 والذخيرة 173/1.

(3) أخرجه البخاري في الوضوء، باب الغسل والوضوء في المخضب والقدح. عن عائشة.

(4) أخرجه البخاري في الأطعمة، باب العجوة عن سعد بن أبي وقاص.

(5) أخرجه مسلم في الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن استعمال لفظ الطهارة لا يكون إلا من نجاسة⁽¹⁾.
أما التحديد بالسبع في الغسل فهو مؤول بأن ما يقع به الإنقاء فهو واجب، والباقي من السبع تعبد لا علة لها، كالأمر بثلاثة أحجار عند الاستجمار، فالواجب منها ما يقع به الإنقاء، وبقية الثلاثة تعبد⁽²⁾.

وقد رُدَّ على الفهم الثالث بأدلة وهي:

1 - إذا اعتبر الأمر بالغسل لنجاسة الكلب، فإن القرآن يعارضه، لقوله تعالى: ﴿كُلُوا مِمَّا أَمْسَكَنَّ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 4] فقد أباح الله أكل ما أمسكته الكلاب في الصيد، وهذا دليل على طهارتها، إذ لو كان الكلب نجساً لنجس الصيد بمماسه⁽³⁾.
قال الإمام مالك: «يؤكل صيده فكيف يكره لعابه»⁽⁴⁾.

2 - القياس: إذ قد علل الرسول ﷺ عدم نجاسة الهرة بأنها من الطوافين، والكلب طواف⁽⁵⁾.

3 - إن لفظ الطهارة لا يقابله النجاسة دائماً، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطْفِئُوا﴾ [المائدة: 6]. وقوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور»⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال من الآية والحديث أن الطهارة وردت فيهما في مقابل الحدث، لا في مقابل النجاسة، وقد تقدم أن المؤمن لا ينجس⁽⁷⁾.

سور الخنزير:

سور الخنزير غير نجس والدليل:

أ - عموم الحديثين، إذ لم يفرق الرسول ﷺ ولا عمر بن الخطاب بين الخنزير وغيره من السباع⁽⁸⁾.

ب - القياس على سور سائر السباع⁽⁹⁾.

ويشترط في طهارة أسار الحيوانات والسباع، أن لا يرى عند شربها آثار أرواثها في أفواهها. وإذا كانت جلالة فهي كالدجاجة المخلاة، يكره التطهر به، إلا إذا كان الماء كثيراً فلا كراهة.

(2) المقدمات 60/1.

(1) الذخيرة 174/1.

(4) المدونة 6/1.

(3) المقدمات 59/1 وبداية المجتهد 29/1.

(5) المقدمات 59/1 وبداية المجتهد 29/1.

(6) أخرجه مسلم في الطهارة، باب فضل الوضوء، والنسائي في الطهارة، باب فرض الوضوء. واللفظ للنسائي.

(8) البيان والتحصيل 1م ورقة 48.

(7) عارضة الأحوذى 35/1.

(9) المنتقى 62/1.

12 - النجاسة إذا خالطت الماء الكثير ولم تغير أحد أوصافه، فإن ذلك لا يخرج عن طهوريته، وبالأولى إذا خالطته طهارة.

وأختلفت الأدلة على ذلك إلى ثلاث جهات نظر:

الأولى⁽¹⁾: أ - سئل رسول الله ﷺ عن بثر بضاعة، وهي بثر يطرح فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن، فقال ﷺ: «الماء طهور لا ينجسه شيء، إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»⁽²⁾.

ب - عن النبي ﷺ قال: «الماء لا ينجسه شيء»⁽³⁾.

الثانية: فقد ردّ ابن العربي في الأحكام أن يكون لهذه المسألة نص يعول عليه، إلا ظاهر القرآن، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنْ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: 48].

وجه الاستدلال أن الماء طهور ما دام بصفاته، فإذا تغير عن شيء منها، خرج عن اسم الطهورية بخروجه عن صفتها⁽⁴⁾.

وقال في حديث بثر بضاعة: إنه ضعيف، لا قدّم له في الصحة، ولا تعويل عليه⁽⁵⁾. ويظهر أن ابن العربي ردّ الحديث بهذه الرواية التي ذكرناها لأن فيها قوله: «إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»، ولأنه في عارضة الأحوذ يقرول فيه: «هو حديث لا بأس به»⁽⁶⁾ وليس فيه تلك الزيادة.

الثالثة: الإجماع، فهو الدليل على نجاسة ما تغير أحد أوصافه، لا النص⁽⁷⁾.

13 - الماء المتغير بالمجاورة.

وصورة ذلك أن يكون إلى جانب الماء جيفة أو عذرة أو غيرهما، فتنتقل رائحة ذلك إلى الماء؛ أو تُبَخَّر الآنية ببخور، ويصب فيها الماء بعد ذهاب الدخان؛ أو يوضع ريحان فوق شبك قلة، بحيث لا يتعدى إلى الماء، فيتكيف الماء بريح ذلك؛ فإنه لا يضر. أما إذ اتعدى المجاورة إلى الملاصقة والإمتزاج، كالرياحين المطروحة على سطح الماء، والدهن الملاصق له، فينشأ من ذلك تغير أحد أوصافه، فإنه يخرج عن طهوريته ويصبح غير صالح للتطهير.

14 - الماء المتغير بالإناء المطلي:

(1) المنتقى 56/1 والبيان والتحصيل 1م ورقة 48.

(2) أخرجه ابن ماجه في الطهارة، باب الحياض؛ والدارقطني في الطهارة، باب الماء المتغير؛ والبيهقي في الطهارة، باب نجاسة الماء الكثير. عن أبي أمامة.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب ما جاء في بثر بضاعة؛ والترمذي في الطهارة، باب ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء، عن أبي سعيد الخدري.

(4) أحكام ابن العربي 3/1420.

(5) المصدر السابق.

(6) عارضة الأحوذ 1/84.

(7) سبل السلام للصنعاني 19/1.

إذا تغير الماء بالقطران أو الشب أو غيرهما، مما يطلّى به الإناء، وكان طاهراً، فإن ذلك لا يخرجّه عن إطلاقيته. والدليل⁽¹⁾:

- أنه ﷺ كان يتوضأ من إناء من الصفر.

15 - الماء المتغير بمتولّد فيه: فإن ما تولّد في الماء، من طحلب أو خز أو زغلان أو سمك، وتغير الماء بسببه، فإن ذلك لا يخرجّه عن طهوريته، وذلك لعدم القدرة على الإحتراز منه⁽²⁾.

16 - الماء المتغير بقراره:

إذا تغير الماء بالأرض التي هو بها أو التي يمر بها، وكان بها ملح أو كبريت أو نحاس أو حمأة⁽³⁾ وغير ذلك، فإن ذلك لا يؤثر في طهوريته، سواء تغير بذلك القرار أو صنع منه إناء، فتغير منه الماء.

والدليل⁽⁴⁾: أنه ﷺ كان يتوضأ من إناء من الصفر⁽⁵⁾.

ومعلوم أنّه يغير طعم الماء.

وكذلك إذا ألقى في الماء شيء مما هو من جنس قراره، عمداً، فلا يخرجّه عن طهوريته.

17 - الماء المشكوك في مغیره.

إذا تغير الماء وشك صاحبه في مغیره، هل هو من جنس ما يضرّ، كالزيت والدم؟ أم هو من جنس ما لا يضرّ، كالكبريت وطول المكث؟ فإنّ هذا الشك لا يؤثر في طهورية الماء. والدليل: قول الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنْ أَلْسَمَاءَ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: 48].

وجه الاستدلال من الآية أن المياه محمولة في أصلها على الطهارة⁽⁶⁾.

18 - الماء المتغير بطول مكث: أي لا يضرّ تغير الماء بطول مكثه، من غير أن يلقي فيه شيء.

19 - الماء المشوب بتغير خفيف، بسبب آلة السقي، كالحبل والوعاء.

20 - الماء المتغير بما يعسر الإحتراز منه: أي إذا تغير الماء بما يعسر الإحتراز منه، كالتبين وورق الشجر الذي يتساقط في الآبار والبرك من الريح، سواء كانت الآبار أو الغدران في البادية أو الحاضرة، فإن ذلك لا يسلب طهورية الماء. بخلاف ما لو كان الماء في الأواني، وتغير بالتبن أو ورق الشجر أو ألقى منهما في الآبار بفعل فاعل، فإنه يضر لعدم عسر الإحتراز منه.

(1) الذخيرة 1/160.

(2) أحكام ابن العربي 1/1421.

(3) هو الطين الأسود.

(4) مواهب الجليل للحطاب 1/57.

(5) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الوضوء في آنية الصفر. عن عبد الله بن زيد.

(6) البيان والتحصيل م 1 ورقة 39.

حكم الماء المتغير أحد أوصافه:

الماء لا يعتبر متغيراً إلا إذا تغير أحد أوصافه: ريحه أو لونه أو طعمه، وهو إما أن يتغير بظاهر أو بنجس، ففي هذه الحالة يكون حكم الماء حكم مغیره، فإن تغير بظاهر فالماء طاهر غير طهور، لا يصلح للعبادة، ودليل عدم صلوحيته للعبادة قوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: 43]. ووجه الاستدلال من الآية أنه تعالى شَرَطَ لجواز التيمم عدم وجود الماء المطلق، ولم يجعل بينه وبين التيمم واسطة⁽¹⁾، أي لو كان جائزاً التطهر بالماء الطاهر غير الطهور لأمر الله تعالى بالانتقال إليه، قبل الانتقال إلى التيمم، عند فقدان الماء الطهور - المطلق - .
وإذا تغير الماء بنجس فالماء يعتبر قد تنجس، ولا يستعمل في العبادة ولا في غيرها، إلا في مثل سقي الحيوان أو الزرع.
والماء المتغير بنجاسة إذا زال تغيره بنفسه، فإنه يكون باقياً على تنجسه، وأما لو زال تغيره بصب الماء المطلق فيه، ولو قليلاً، فإنه يطهر. وكذلك إذا زال بسقوط شيء طاهر فيه، كتراب أو طين، فإنه يكون طهوراً.
والماء المتغير بظاهر إذا زال تغير الطاهر بنفسه كان طهوراً.



المياه المكروهة

تعريف المكروه:

المكروه في اصطلاح الشرع هو أحد الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة، التي هي الإيجاب، والتحریم، والندب، والكراهة والإباحة.
والمكروه هو ما طلب الشرع ترك فعله على سبيل الترجيح، لا على وجه الحتم والإلزام، بحيث لا يترتب على عدم تركه العقاب.

والمياه المكروهة هي:

- 1 - الماء اليسير الذي استعمل في رفع حدث، أما الماء المستعمل في رفع حكم الخبث - لا عينه - فلا يكره وعُلَّت هذه الكراهة ب: أ - لأنه ماء أديت به عبادة. ب - لأنه رفع به مانع.
 - ج - لأنه ماء ذنوب. د - للخلاف في طهوريته. هـ - لعدم الأمن من الأوساخ. و - لعدم استعمال السلف له.
- قال الصاوي⁽²⁾: والعلة الوجيهة من هذه العلل، هي مراعاة الخلاف القائل بعدم رفعه الحدث مرة ثانية⁽³⁾.

(2) حاشية الصاوي 16/1.

(1) المتنفى 59/1.

(3) المتنفى 55/1.

والمراد بالمستعمل في حدث، ما تقاطر من الأعضاء أو غسلت فيه الأعضاء. وأما لو اغترف من الماء وغسلت الأعضاء خارجه فلا يعتبر مستعملاً. وأدلة طهارة الماء المستعمل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: 48].

ووجه الاستدلال أن - طهور - صيغة فعول، أي يكثر منه الفعل، وهذا يقتضي جواز تكرار الطهارة بالماء⁽¹⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من إناء واحد»⁽²⁾. وهذا الحديث استدل به ابن رشد الجدّ على هذه المسألة⁽³⁾.

ج - القياس: فكما يرفع الماء المستعمل الحدث للعضو الأخير، بعد أن استعمل في تطهير العضو الأول، فإنه لا يمنع من رفع الحدث ثانية لجميع الأعضاء، بعد أن رفعه في المرة الأولى⁽⁴⁾.

2 - الماء اليسير إذا وقعت فيه نجاسة، واليسير ما كان قدر الصاع والصاعين. والكثير ما زاد على ذلك.

ومحل الكراهة:

- أن تكون النجاسة كالقطرة أو نقطة المطر.

- أن لا تغيره.

- أن يوجد غيره.

- أن يستعمل فيما يتوقف على طهور.

- أن لا تكون له مائة.

ووجه الكراهة مراعاة الخلاف الذي فيه⁽⁵⁾.

والخلاف ناتج عن تعارض الأدلة في هذه المسألة. وقد سلك فيها المالكية مسلك الجمع. وأنا أذكر أولاً الأدلة وما تحتمله، ثم أذكر كيف أزال المالكية التعارض بينها.

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا استيقظ أحدكم فلا يغمس يده في الوضوء، حتى يغسلها، فإنه لا يدري أين باتت يده»⁽⁶⁾.

(1) المتقى 1/55، وأحكام ابن العربي 3/1418. (2) سبق تخريجه.

(3) البيان والتحصيل 1م ورقة 22. (4) المتقى 1/55.

(5) المتقى 1/56.

(6) أخرجه مالك في الطهارة، باب وضوء النائم إذا استيقظ؛ والبخاري في الوضوء باب الاستجمار وترا؛ ومسلم في الطهارة، باب كراهة غمس المتوضئ وغيره يده في الماء قبل غسلها.

ب - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بهذين الحديثين أن الماء القليل ينجسه قليل النجاسة، وظاهرهما يفهم منه النهي عن استعماله⁽²⁾.

ج - عن أبي سعيد الخدري قال: قيل لرسول الله ﷺ: أنتوضأ من بثر بضاعة وهي بثر يُلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن؟ فقال رسول الله ﷺ: «إن الماء طهور لا ينجسه شيء»⁽³⁾.

د - ما روي «أن أعرابياً دخل المسجد فكشف عن فرجه ليبول، فصاح الناس به حتى علا الصوت، فقال رسول الله ﷺ: أتركوه فتركوه فبال، ثم أمر رسول الله ﷺ بذنوب من ماء فصب على ذلك المكان»⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال بهذين الحديثين أن قليل النجاسة لا ينجس قليل الماء، فيجوز استعماله في التطهر⁽⁵⁾. والتوصل إلى القول بالكراهة كان بالجمع بين الأحاديث، وذلك بحمل النهي الوارد في حديثي أبي هريرة الأولين على الكراهة، وحمل حديث الأعرابي وأبي سعيد الخدري على ظاهرهما أي على الإجزاء⁽⁶⁾. ويؤيد رأي المالكية بأن قليل النجاسة لا ينجس قليل الماء إذا لم يتغير، ما يلي:

أ - أن حديث القلتين غير صحيح عندهم، وهو أن رسول الله ﷺ سئل عن الماء يكون في الفلاة من الأرض، وما ينوبه من السباع والدواب فقال: «إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث»⁽⁷⁾.

ومفهوم الحديث أن ما دون القلتين يحمل الخبث.

قال ابن العربي: الحديث ضعيف، وقد رام الدارقطني على إمامته أن يصحح حديث القلتين فلم يستطع⁽⁸⁾.

- (1) أخرجه البخاري في الوضوء، باب البول في الماء الدائم، ومسلم في الطهارة، باب النهي عن البول في الماء الراكد.
- (2) بداية المجتهد 23/1.
- (3) سبق تخريجه.
- (4) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في البول قائماً. والبخاري في الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد. ومسلم في الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد.
- (5) المنتقى 129/1 وبداية المجتهد 23/1.
- (6) بداية المجتهد 23/1.
- (7) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب ما ينجس الماء، والترمذي في الطهارة باب ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء. عن ابن عمر.
- (8) أحكام ابن العربي 3/1470.

وقال القرطبي: هو حديث مطعون فيه، اختلف في إسناده ومثته⁽¹⁾.

ب - القياس: أي قياس الماء القليل، ما دون القلتين، الذي لم يتغير، على الماء الكثير الزائد على القلتين الذي لم يتغير⁽²⁾.

وإنما كان هذا الماء مكروهاً إذا كانت الشروط المتقدمة موجودة. أما إذا كان الماء كثيراً، أو لم يوجد غيره، أو كانت له مادة، أو كانت النجاسة دون القطرة، فإن الكراهة ترتفع.

3 - الماء اليسير الذي ولغ فيه الكلب: ووجه الكراهة في ذلك مراعاة الخلاف الحاصل في سؤر الكلب.

ويشترط للكراهة أن لا يتغير الماء، وأن يوجد غيره، وأن يكون يسيراً، وأن يدخل الكلب لسانه في الماء ويحركه فيه.

ومحل الكراهة أن يستعمل في العبادة دون العادات.

ويندب إراقة الماء وغسل الإناء سباً. والدليل على عدم الوجوب:

أ - إما القياس على سائر الحيوانات، إذ لا يجب غسل الإناء من ولوغها⁽³⁾.

ب - أو أن الأمر أصله للوجوب، لكن صرفته عنه القرائن إلى الندب⁽⁴⁾، قال القاضي عبد الوهاب: «لأنه طاهر، وإنما أمر بذلك تغليظاً للمنع من اقتنائه»⁽⁵⁾.

4 - الماء المشمس: يكره استعمال الماء المسخن بالشمس، وهو المعتمد⁽⁶⁾، وشروط الكراهة:

أ - أن يكون بالأقطار الحارة كالحجاز وغيرها.

ب - أن يكون في أواني النحاس والرصاص والقصدير، دون أواني الفخار. ودليل الكراهة⁽⁷⁾: ما وري عن عائشة رضي الله عنها قالت: أسخنت ماء في الشمس فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تفعلوا يا حميراء فإنه يورث البرص»⁽⁸⁾.

وقيل لا يكره استعمال الماء المشمس مطلقاً، وهو قول في المذهب، وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير⁽⁹⁾، أنه لابن شعبان وابن الحاجب وابن عبد الحكم. وقال ابن فرحون: إن الكراهة في ذلك طيبة لا شرعية.

(2) المنتقى 56/1.

(1) أحكام القرطبي 42/13.

(4) الذخيرة 173/1.

(3) المنتقى 74/1.

(6) الشرح الكبير للدردير 45/1.

(5) الإشراف 42/1.

(7) الذخيرة 61/1.

(8) أخرجه الدارقطني في الطهارة، باب الماء المشمس. والبيهقي في الطهارة، باب كراهة التطهير بالماء المشمس وقال: هذا لا يصح.

(9) حاشية الشرح الكبير 45/1.

5 - الماء الراكد: يكره الاغتسال من الجنابة ونحوها في الماء الراكد، مثل الحوض، سواء كان الماء قليلاً أو كثيراً، وسواء كان البدن وسخاً أو لا.

وشروط الكراهة:

- أ - أن لا يكون للماء مادة.
- ب - أن لا يستبحر.
- وإذا مات في الماء الراكد حيوان، فإنه يكره استعماله بشروط:
- أ - أن يكون الحيوان برياً له دم يجري.
- ب - أن يستعمل قبل النزع.
- ج - أن يقع الحيوان حياً ويموت فيه.
- د - أن يكون الماء راكداً وإن كثر.
- هـ - أن لا يتغير الماء بالحيوان المذكور.
- فإن تم النزع من الماء فلا كراهة.

وإذا كان الحيوان غير برّي، أي كان بحرياً، أو كان غير ذي دم سائل مثل العقرب، أو وقع الحيوان البري في الماء ميتاً، أو أخرج حياً؛ فإنه لا يندب النزع ولا يكره استعماله، وهذا ما لم يتغير الماء بالحيوان المذكور، فإن تغير لوناً أو طعماً أو ريحاً، تنجس، لأن ميتته نجسة. ويندب النزع المذكور بأن يقع أخذ مقدار من الماء بقدر الحيوان، من كبر وصغر، ويقدر الماء من قلة أو كثرة، حتى يظن زوال الفضلات التي خرجت من فم الحيوان حال خروج روحه في الماء.

ويقع إخراج الدلو ناقصاً، حتى لا يرجع إلى الماء ما تعلق به من فضلات.

وأما لو كان الحيوان بحرياً أو برّياً لا دم له، وتغير الماء به، فإن الماء يكون طاهراً غير طهور لا يصلح للعبادة.



الأعيان الطاهرة

الأصل في الأشياء الطاهرة، والأعيان الطاهرة هي:

1 - الحي: لأن الحياة علة الطهارة⁽¹⁾.

والحي هو من قامت به الحركة الإرادية، ولو كان كلباً أو خنزيراً.

والدليل على طهارة الخنزير، قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْبَانَةُ وَاللَّحْمُ الْخَنزِيرِ﴾ [المائدة: 3].

(1) الذخيرة 1/176 ومفتاح الوصول ص 121.

وروجه الاستدلال أن الله تعالى ذكر اللحم في الخنزير ولم يذكره في الميتة.
قال الإمام الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: «وعندي أن إقحام لفظ اللحم إما مجرد تفتن في علم الفصاحة، وإما للإيماء إلى طهارة ذاته كسائر الحيوانات... فيكون فيه حجة لمذهب مالك بطهارة عين الخنزير»⁽¹⁾.

2 - عرق الحي، ودمعه، ومخاطه، ولعابه، وبيضه، ولو كان ممروقاً، وهو ما اختلط بياضه بصفاره من غير نتونة. وكذلك كل ما يخرج من الميتة بزكاة شرعية من هذه الأشياء فهي طاهرة. وتعليل ذلك أنه لما كانت الحياة علة الطهارة، فإن أجزاء الحي طاهرة، إلا ما استثناه الدليل⁽²⁾.

3 - البلغم، وهو ما يخرج من الصدر منعقداً كالمخاط.

4 - الصفراء، وهي ماء أصفر ملتحم يخرج من المعدة، يشبه الصبغ الزعفراني، ما لم يتحول إلى نتن كالقيء المتغير، ووجه طهارة الصفراء أن المعدة طاهرة، وما يخرج منها يكون طاهراً.

5 - جميع أجزاء الأرض وما تولد منها، مثل الحشيشة، والأفيون، والسيكران، فلا يحرم التداوي بها في ظاهر الجسم، وإن كان يحرم تعاطيها شرباً، لأنها تغيب العقل. والمقدار المحرم هو المغيب للعقل لا القليل منه، كما سيأتي في باب المباح.

6 - ميتة الآدمي ولو كان كافراً. والأدلة على ذلك⁽³⁾:

أ - قوله الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: 70].

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل عثمان بن مظعون وهو ميت، حتى رأيت الدموع تسيل⁽⁴⁾.

ج - عن عائشة أنها أمرت أن يمرّ عليها بسعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات، لتدعوه، فأنكر ذلك الناس عليها، فقالت: «ما أسرع ما نسي الناس! ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد»⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال أنه لو كانت ميتة الآدمي نجسة، لما قبله الرسول صلى الله عليه وسلم، ولما أدخله المسجد⁽⁶⁾.

(2) الذخيرة 1/176.

(1) التحرير والتنوير 2/119.

(3) حاشية الشرح الصغير 1/20.

(4) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في تقبيل الميت.

(5) أخرجه مالك في الجنائز، باب الصلاة على الجنائز في المسجد. ومسلم في الجنائز، باب الصلاة على الجنائز في المسجد.

(6) حاشية الشرح الصغير 1/20.

7 - ميتة ما لا دم له، من جميع خشاش الأرض، مثل العقرب، والخنفس، والبرغوث: والدليل:

قوله الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: 3].

وجه الاستدلال أنه خطاب عام أريد به خصوص ما له دم، الذي هو علة الاستقذار والتحريم، أما ما لا دم له فهو مستثنى من الآية بقوله ﷺ: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه كله، ثم ليطرحه، فإن في أحد جناحيه شفاء وفي الآخر داء»⁽¹⁾. فهذا الحديث دليل على أن الموت لا يؤثر في ما لا دم له، إذ لو كان ينجسه لأمر ﷺ بإفساد الطعام؛ فتكون العلة في طهارة مثل هذه الدواب أنها غير ذات دم⁽²⁾.

وكذا ميتة الجراد فإنها طاهرة، إلا أنه لا بد فيه من الذكاة⁽³⁾. فلا يؤكل ميتته، لأنه لا يلزم من الحكم بطهارة ما لا دم له أنه يؤكل بغير ذكاة.

وحديث: «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالجراد والحوت، وأما الدمان فالطحال والكبد»⁽⁴⁾.

فقد رده ابن العربي وقال: «ليس في الجراد حديث يعول عليه في أكل ميتته»⁽⁵⁾.

وأما حديث عبد الله بن أبي أوفى قال «غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات أو ستاً، كنا نأكل معه الجراد»⁽⁶⁾.

قال فيه الشيخ الإمام محمد الطاهر ابن عاشور: «لعل مالكاً تكلّف استضعف الحديث، أو حمله على الاضطرار في السفر، أو حمله على أنهم كانوا يصنعون به ما يقوم مقام الذكاة»⁽⁷⁾.

8 - ميتة البحري من السمك وغيره. ودليل طهارته:

أ - أن ذلك مخصص من عموم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: 3].

وأدلة التخصيص⁽⁸⁾ هي:

ب - قول الله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيِّدُ الْبَحْرِ وَطَمَاثُ﴾ [المائدة: 96].

(1) أخرجه البخاري في الطب، باب إذا وقع الذباب في الإناء.

(2) الذخيرة 171/1 والمنتقى 61/1 وبداية المجتهد 76/1.

(3) المنتقى 129/3.

(4) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة، باب الكبد والطحال.

(5) أحكام ابن العربي 53/1.

(6) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب أكل الجراد، ومسلم في الصيد والذبائح، باب إبادة الجراد.

(7) التحرير والتنوير 117/2.

(8) المنتقى 61/1 وبداية المجتهد 76/1 وأحكام ابن العربي 53/1 ومفتاح الوصول ص 73.

قال عمر بن الخطاب في تفسير الآية: صيده ما صدته، وطعامه ما رمى به.

ج - قول رسول الله ﷺ: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»⁽¹⁾.

د - روى جابر بن عبد الله قال: «بعثنا رسول الله ﷺ وأمر علينا أبا عبيدة، نتلقى عبراً لقرينش، وزودنا جراباً من تمر لم يجد لنا غيره، فكان أبو عبيدة يعطينا تمره تمره، وانطلقنا على ساحل البحر، فرقع لنا على ساحل البحر كهيئة الكثيب الضخم، فأتيناه فإذا هي دابة تدعى العنبر، قال أبو عبيدة: ميتة. ثم قال: لا بل نحن رسل رسول الله، وفي سبيل الله، وقد اضطررتم، فكلوا. قال: فأقمنا عليه شهراً ونحن ثلاثمائة حتى سمننا. قال: ولقد رأيتنا نغترف من وقب عينه بالقلال الدهن، ونقتطع منه القدر كالشور... وتزودنا من لحمه وشائق. فلما قدمنا المدينة أتينا رسول الله ﷺ فذكرنا ذلك له فقال: هو رزق أخرج الله لكم، فهل معكم من لحمه شيء فتطعمونا. قال: فأرسلنا إلى رسول الله ﷺ منه فأكله»⁽²⁾.

أما قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان فالميتتان الجراد والحوت، وأما الدمان فالطحال والكبد»⁽³⁾، فإنه لا يصلح للتخصيص لأن إسناده غير صحيح⁽⁴⁾.

هـ - قول الصحابي: فعن سعد الجاري مولى عمر بن الخطاب أنه قال: سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان، يقتل بعضها بعضاً، أو تموت صرداً، فقال: ليس بها بأس. قال سعد: ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاص فقال مثل ذلك⁽⁵⁾.
وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة وزيد بن ثابت كانا لا يريان بما لفظ البحر بأساً⁽⁶⁾.

ولا فرق في ميتة البحر بين أن تعيش في البحر أو البر، ولو طالت حياته بالبر، ولو كان على صورة خنزير.

9 - جميع ما ذكي من الحيوانات المباحة الأكل بذبج، أو نحر، أو عقر، أو فعل مميت في ما لا دم له. أما محرم الأكل كالحمير والبغال والخيل والكلب والخنزير، فإن الذكاة لا تعمل فيها، فميتتها نجسة ولو بعد الذكاة.

ومكروه الأكل، كالسباع والهر فإنها تبع للمباح، فإذا ذكيت لأكل لحمها طهر جلدها تبعاً للحم. وإن ذكيت لأخذ الجلد واستعماله، فإن اللحم يظهر تبعاً له، بناء على أن الذكاة لا تتبع.

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه مسلم في الصيد، باب إباحة ميتات البحر.

(3) سبق تخريجه.

(4) أحكام ابن العربي 53/1 وبداية المجتهد 76/1.

(5) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد البحر.

(6) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد البحر.

10 - الشعر: ويدخل فيه الوبر والصوف، ولو من ميت، ولو كان من خنزير، فهو طاهر. أما أصول الشعر النابتة في اللحم، فإنها داخلة في حكم الجلد.

والأدلة على طهارة الشعر:

أ - قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَانِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثْنَا وَمِئْتًا إِلَى حِينٍ ﴿٨٠﴾﴾ [النحل: 80].

ووجه الاستدلال أن هذه الآية عامة، لم يفرق فيها بين شعر الميتة وغيره⁽¹⁾.

ب - الاستصحاب، لأنه يكون طاهراً لو أخذ منها حال الحياة، فيكون طاهراً بعد الموت⁽²⁾.

11 - زغب الريش، وهو ما أحاط بالقصبة من الجائنين.

12 - المائعات إذا لم تكن مسكرة، كالماء والزيت والعصير ولبن الأدمي، ولو من كافر؛ ولبن مباح الأكل؛ ولبن مكروهه؛ وعسل النحل.

ولبن الآدميات طاهر، لأن الرضاع جائز بعد انقضاء زمن الضرورة إليه، فلو لم يكن مباحاً لمنع⁽³⁾.

13 - فضلة مباح الأكل، من روث ووبر وبول وزبل دجاج وحمام وجميع الطيور، ما لم يستعمل المباح النجاسة. فإن تحقق أو ظن استعماله لها أكلاً أو شرباً ففضلته نجسة، أي فلا تنجس بمجرد الشك. وتستثنى الفأرة - وهي من المباح - ففضلتها طاهرة أيضاً، ما لم تستعمل النجاسة، إلا أنه إن استعملت النجاسة ولو بمجرد الشك نجست فضلتها، وكذلك الدجاج، أي فلا يطلب التحقق أو الظن.

وأدلة طهارة فضلة مباح الأكل:

أ - عن أنس أن ناساً من عرينة قدموا المدينة فاجتووها. فبعثهم رسول الله ﷺ في إبل الصدقة، وقال: اشربوا من ألبانها وأبوالها. فقتلوا راعي رسول الله ﷺ، واستاقوا الإبل، وأرتدوا عن الإسلام؛ فأتى بهم النبي ﷺ فقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وسمر أعينهم، وألقاهم بالحررة. قال أنس: فكنت أرى أحدهم يكد الأرض بفيه حتى ماتوا⁽⁴⁾.

(1) المنتقى 3/137 والإشراف 5/1.

(2) أحكام القرطبي 2/220 والذخيرة 1/175 والإشراف 6/1.

(3) الذخيرة 1/177.

(4) أخرجه البخاري في الوضوء، باب أبوال الإبل والدواب؛ ومسلم في القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في بول ما يؤكل لحمه. واللفظ للترمذي.

ووجه الاستدلال أن أبوالها طاهرة وإلا لما أمرهم بشربها، لأن الله لم يجعل التداوي بالحرام مشروعاً⁽¹⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «صلوا في مراض الغنم ولا تصلوا في معادن الإبل»⁽²⁾.

وقد فهم من إباحة الصلاة في مراض الغنم طهارة أروائها، أما النهي عن الصلاة في أعطان الإبل فإنه لأمر تعبدى لا لنجاستها⁽³⁾.

إلا أنه يستحب غسل الثوب والبدن من فضلات الحيوان المباح، ولو كانت طاهرة، خروجاً من الخلاف، ولاستقذارها.

14 - مرارة الحيوان المباح والمكروه.

15 - القلس، وهو ما تقذفه المعدة عند امتلائها، ما لم يشابه العذرة في أوصافها، ومجرد حموضته لا تضر لخفته.

16 - القيء، وهو إرجاع الطعام من المعدة، ما لم يتغير بحموضة، فإن تغير انقلب إلى نجاسة.

17 - المسك وفأرته: أي ما يوجد في بعض الحيوان من مسك مع غشائه. وأدلة طهارتها مع أنها تؤخذ من الحيوان حال الحياة:

أ - أنه ﷺ كان يتطيب بها⁽⁴⁾.

ب - أنها قد استحالت عن جميع صفات الدم، وخرجت عن اسمه إلى صفات واسم يختص بها، فظهرت بها، كما يتحول الخمر إلى الخل فيكون طاهراً⁽⁵⁾.

كما أنها لا تنجس بالموت، لأنها ليست جزءاً من الحيوان، وإنما هي شيء يحدث في الحيوان، كما يحدث البيض في الطير⁽⁶⁾.

ج - إجماع المسلمين على طهارتها، وهو أقوى في إثبات ذلك⁽⁷⁾.

18 - الخمر إذا تخلل أو تحجر بنفسه، أو بفعل فاعل، لأن الخمر ينجس بحلول

صفات الخمر فيها، فإذا ارتفعت منها تلك الصفات التي هي علة التنجس زال الحكم يزوال العلة؛ وكذلك حكم الحرمة، فقد كان حلول صفات الخمر في العصير علة في

التحريم، فإذا ارتفعت الصفات زال حكم التحريم بزوال العلة⁽⁸⁾.

(1) الذخيرة 1/177.

(2) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء في مراض الغنم وأعطان الإبل.

(3) بداية المجتهد 1/81. (4) الذخيرة 1/176.

(5) المتقى 1/61. (6) المتقى 1/61.

(7) المتقى 1/61. (8) المقدمات 2/337.

19 - رماد النجس ودخانه .

20 - الدم الغير المسفوح من مذكى: وهو الباقي في العروق، أو في قلب الحيوان ولحمه، بعد تذكيتة؛ أما الباقي على محل الذبح فإنه باق من المسفوح، والباقي في بطن الحيوان، فإنه جرى من محل الذبح إلى البطن، فهو نجس .

وأدلة طهارة غير المسفوح:

أ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: 3].

ب - قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾ [الأنعام: 145].

ووجه الاستدلال أن الآية الأولى وردت مطلقة، والثانية مقيدة بأن يكون الدم مسفوحاً، فيحمل المطلق على المقيد⁽¹⁾. والإجماع هو دليل حمل المطلق على المقيد⁽²⁾، نقل الإمام ابن مرزوق عن الإمام اللخمي قوله: «حرم الله الدم في هذه الآية - أي آية المائدة - جملة من غير تقييد، وقيد ذلك في سورة الأنعام فقال: أو دمًا مسفوحاً، فوجب رد المطلق إلى المقيد»⁽³⁾.

ج - مفهوم الآية الثانية، أي ما ليس بمسفوح فهو مباح الأكل، وهو ظاهر⁽⁴⁾.

21 - ناب الفيل إذا ذكي، لأنه ملحق بالجواهر الثمينة. أما إذا لم يذك فيه كراهة تنزيه. ووجه الكراهة الاختلاف فيه⁽⁵⁾.



الأعيان النجسة

1 - ميتة كل بري له نفس سائلة غير الآدمي، مثل الغنم والبقر والحمار ولو قملة، لأن لها دمًا، إلا أنه يعفى عنه للمشقة.

والدليل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: 3].

والميتة لفظ يشمل كل ميتة، لأنه عام ومعرف بلام الجنس⁽⁶⁾، فكل ميتة نجسة، إلا ما استثناه الدليل.

2 - ما يخرج من الميت بعد موته، بدون ذكاة شرعية، من بول ولعاب ودمع ومخاط ولبن وبيض. ونجاسة اللبن والبيض نجاسة بالمجاورة، لا بالموت، وذلك أنهما يحصلان في وعاء نجس⁽⁷⁾. وأما الخارج بعد الموت بذكاة شرعية فهو طاهر.

(1) أحكام القرطبي 222/2 والتحرير والتنوير 89/6.

(2) أحكام ابن العربي 53/1.

(3) المعيار المعرب 113/1.

(4) الذخيرة 176/1.

(5) المتقى 136/1.

(6) أحكام القرطبي 220/2.

(7) التحرير والتنوير 117/2.

3 - ما انفصل من ميت أو حي مما تحلّه الحياة، كقطعة لحم، أو عظم، أو قرن أو ظلف البقر والشاة، أو ظفر البعير والنعام والإوز أو حافر الفرس والبغل والحمار، أو سنّ جميع الحيوانات، أو قصب الريش لا الزغب.
ودليل نجاسة العظم:

أ - قوله تعالى: ﴿قَالَ مَنْ يُغْنِي الْعِظَمَ وَهِيَ رَمِيمٌ﴾ [يس: 78].

وجه الاستدلال أن قوله تعالى: ﴿يُغْنِي الْعِظَمَ﴾ دليل أن الحياة تحل العظم، وإذا كان كذلك فإن العظم ينجس بمفارقة الحياة له⁽¹⁾.

ب - القياس على اللحم بجامع الموت⁽²⁾.

ودليل نجاسة القرن والظلف واللحم⁽³⁾:

أ - ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة، والناس يجبون أسنام الإبل ويقطعون أليات الغنم، فقال النبي ﷺ: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة⁽⁴⁾.

ب - لحلول الحياة فيها⁽⁵⁾.

وقيل لا ينجس القرن، لأنه يشبه الصوف في أنه لا يؤثر فيه الموت⁽⁶⁾.

وكذلك جلد الميتة نجس ولو دبغ، لأن الجلد المنفصل من حي أو ميت لا يطهر بالدباغ، وإنما يبقى على نجاسته.

والأدلة في هذا يشبه أن تكون متعارضة. وأنا أذكرها أولاً، ثم أذكر القول فيها وكيفية العمل بها⁽⁷⁾:

أ - عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»⁽⁸⁾.

ب - عن عبد الله بن عباس قال: مرّ رسول الله ﷺ بشاة ميتة، كان أعطاها مولاة لميمونة زوج النبي، فقال: أفلا انتفعتم بجلدها؟ فقالوا: يا رسول الله إنها ميتة. فقال رسول الله ﷺ: إنما حرّم أكلها⁽⁹⁾.

(1) المنتقى 136/3 والإشراف 6/1 ومفتاح الوصول ص122.

(2) المنتقى 136/3 والإشراف 6/1. (3) الذخيرة 176/1.

(4) أخرجه أبو داود في الصيد، باب في صيد قطع منه قطعة، والترمذي في الصيد، باب ما قطع من الحي فهو ميت.

(5) الذخيرة 176/1 والإشراف 6/1. (6) البيان والتحصيل 1م ورقة 19.

(7) المنتقى 35/3 والبيان والتحصيل 1م ورقة 19.

(8) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في جلود الميتة ومسلم في الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ.

(9) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في جلود الميتة، والبخاري في الزكاة، باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ. ومسلم في الحيض، باب طهارة جلود الميتة.

ج - عن عائشة أن رسول الله أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت⁽¹⁾.
 د - عن عبد الله بن عكيم قال: قرئ علينا كتاب رسول الله ﷺ بأرض جهينة، وأنا غلام شاب: أن لا تستمتعوا من الميتة بإهاب ولا عصب. وفي رواية: قبل موته بشهر. وفي رواية ثالثة: قبل موته بأربعين يوماً⁽²⁾.

وفي هذه الآثار قولان هما:

القول الأول: قد رذ الأحاديث الأول والثاني والرابع، ولم يعتمد إلا حديث عائشة رضي الله عنها⁽³⁾.

قال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور في الحديث الأول والثاني: «يظهر أن هذين الخبرين لم يبلغا مبلغ الصحة عند مالك، لكن صحتهما ثبتت عند غيره»⁽⁴⁾.
 ونقل القرطبي في حديث ابن عكيم تضعيف يحيى بن معين له⁽⁵⁾.

القول الثاني: قد جمع بين الآثار كلها، وجعل حديث عائشة مفسراً لها جميعاً، دون إسقاط أي منها، فيكون معنى الحديث الأول مراداً به الانتفاع به، والحديث الثاني شرط أن يكون الانتفاع به بعد الدباغ؛ والنهي في حديث ابن عكيم مراد به قبل الدباغ. قال ابن رشد الجذ في هذا القول: هو كلام جيد، إذ لا ينبغي أن يطرح من الآثار شيء مع إمكان استعمالها⁽⁶⁾.

والقولان يجتمعان في القول بأن الدباغ لا يطهر جلد الميتة طهارة شرعية، ويؤولان الطهارة الواردة في الحديث بـ:

أ - إما أن المراد منها الطهارة اللغوية - أي النظافة⁽⁷⁾.

ب - أو أنها طهارة خاصة بالماء واليابسات، فيباح الانتفاع بها فيهما وإن لم ترفع حكم النجاسة، مثل التيمم في استباحة الصلاة مع بقاء الحدث⁽⁸⁾؛ ولا تتعلق هذه الطهارة الخاصة بالماء بالمانعات والصلاة والبيع، بقاء على الأصل في نجاسة الميتة. بينما هي تتعلق بالماء لأنه طهور يدفع عن نفسه، ولا يضره إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه، كما تتعلق باليابسات لعدم مخالطتها للجلد⁽⁹⁾. ويضاف إلى الأدلة السابقة على أن جلد الميتة

(1) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في جلود الميتة، وأبو داود في اللباس، باب في أهب الميتة، والنسائي في الفرع والعتيرة، باب الرخصة في الاستمتاع بجلود الميتة إذا دبغت.

(2) أخرجه أبو داود في اللباس، باب من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة، والترمذي في اللباس، باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت. وأحمد في المسند 4/310. والبيهقي.

(3) المتفق 3/35 والبيان والتحصيل 1م ورقة 19 والتحرير والتنوير 2/116.

(4) التحرير والتنوير 2/116. (5) أحكام القرطبي 10/57.

(6) البيان والتحصيل 1م ورقة 19. (7) أحكام القرطبي 1/219.

(8) المتفق 1/135. (9) المتفق 1/135 والذخيرة 1/158.

لا يطهر بالدباغ، دليل القياس على لحم الميتة فإن الدباغ لا يطهره⁽¹⁾. وفي المذهب قول بأن الطهارة مراد بها الشرعية، بناء على أن ألفاظ الشارع تحمل على الحقائق الشرعية، لكن هذا القول ضعيف⁽²⁾. وعلى القول المشهور، فإن الجلد المدبوغ لا يجوز استعماله في المائعات، والمياه غير المطلقة، وفي الصلاة، به، أو عليه، ولا يباع، إلا مع البيان. أما الماء المطلق واليابسات فيجوز استعمال جلد الميتة المدبوغ لهما، وقد تقدم تعليل ذلك. ويستثنى من الجلود النجسة جلد الحمار أو الفرس أو البغل، ويسمى الكيمخت، فإنه يطهر إذا دبغ طهارة شرعية؛ وهذا الاستثناء مشكل لعدم الفرق بينه وبين غيره.

وجه الإشكال أنه إن قيل بعدم طهارة جلد الحيوان الميت بالدبغ، فالقياس يقتضي نجاسة جلد الحمار الميت.

واستدلوا على طهارته بعمل الصحابة في صلاتهم بسيوفهم في جفورها، فقالوا: إياه طاهر لعمل الصحابة، لا إنه نجس معفو عنه.

وعلى هذا ينظر إلى علة طهارته، فإن كان الدبغ، فإنه يلزم منه طهارة كل مدبوغ، وإن كانت الضرورة إلى الصلاة به - وهو ما لم يسلم به البعض - فإنها لا تقتضي الطهارة وإنما يقتضي من الضرورة العفو.

وعلى هذا يكون حمل الطهارة على الحقيقة الشرعية في الكيمخت وعلى الحقيقة اللغوية في غيره تحكماً⁽³⁾. وعمل السلف في جزئي من جزئيات جلد الميتة المدبوغ، يحقق العمل في غيره من الجزئيات⁽⁴⁾. ويستثنى أيضاً جلد الخنزير، فلا يجوز استعماله مطلقاً، سواء دبغ أو لا، وسواء وضع فيه مائع أو غيره، وكذلك جلد الإنسان لشرفه.

وعن مالك رواية أخرى بأن جلد الميتة يطهر بالدباغ، وهو قول ابن وهب⁽⁵⁾.

4 - الدم المسفوح، وهو الذي يسيل عند الذبح أو الفصد أو الجرح. وكذلك الدم الذي يخرج من المعدة، ويسمى السوداء، وهو كالدّم الخالص.

والإجماع هو الدليل الذي اعتمده فقهاء المذهب على نجاسة الدم. قال ابن العربي: اتفق العلماء على أن الدم حرام نجس، لا يؤكل ولا يتنفع به⁽⁶⁾.

وقال شهاب الدين القرافي: الدم المسفوح نجس إجماعاً⁽⁷⁾.

(1) المتقى 1/135 والإشراف 4/1 وأحكام القرطبي 1/219.

(2) الشرح الصغير وحاشيته 1/21.

(3) الشرح الصغير وحاشيته 1/21.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 1/56.

(5) الإشراف 4/1.

(6) أحكام ابن العربي 1/53.

(7) الذخيرة 1/176.

وذكر الإمام الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور أن مستندهم في ذلك القياس على حرمة أكله فقال:

«وقاس كثير من الفقهاء نجاسة الدم على تحريم أكله - وهو مذهب مالك -، ومداركهم في ذلك ضعيفة، ولعلمهم رأوا مع ذلك أن فيه قذارة»⁽¹⁾.

5 - فضلة الإنسان من بول وعذرة، ولو لصبي ذكر أو أنثى، أكل الطعام أو لم يأكل، ما عدا الأنبياء، فجميع ما ينفصل منهم فهو طاهر.

ودليل نجاسة فضلة الصبي:

أ - عن عائشة زوجة النبي ﷺ أنها قالت: «أتي النبي ﷺ بصبي فبال على ثوبه. فدعا رسول الله ﷺ بماء فأتبعه إياه»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن بول الصبي لو لم يكن نجساً لما أتبعه بالماء⁽³⁾.

ب - القياس على بول من أكل الطعام لأن كليهما آدمي⁽⁴⁾.

أما ما روي عن أم قيس أنها أتت بابن لها صغير لم يأكل الطعام، إلى رسول الله ﷺ، فأجلسه في حجره، فبال على ثوبه، فدعا رسول الله ﷺ بماء فنضحه ولم يغسله⁽⁵⁾.

فإن المراد بنضحه أنه أتبعه بالماء، فغمره، فذهب أجزاء الماء بأجزاء البول، وأذهب لونه وطعمه وريحه⁽⁶⁾ ونقل الأبهري عن مالك أن هذا الحديث ليس بالمتواطأ على العمل به⁽⁷⁾. أي مخالف لعمل أهل المدينة.

6 - فضلة محرم الأكل كالحمار، وفضلة مكروه الأكل كالهر والسيح، نجسة. وكذلك فضلة مستعمل النجاسة، ولو كان مباح الأكل؛ وذلك في صورة التحقق أو الظن. أما لو وقع الشك فإنه ينظر إلى الحيوان، فإن كان شأنه استعمال النجاسة كالدجاج والفأرة والبقرة الجلالة، فإن فضلته تحمل على النجاسة. وإذا كان شأنه عدم استعمال النجاسة كالحمام والغنم، فإن فضلته تحمل على الطهارة.

7 - القيء، وهو ما تقذفه المعدة من الطعام. ويكون نجساً إذا تغير عن حاله الأصلي، طعماً أو لوناً أو ريحاً، وإلا فهو طاهر.

(1) التحرير والتنوير 115/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في بول الصبيان، والبخاري في الوضوء، باب بول الصبيان، ومسلم في الطهارة، باب حكم بول الطفل الرضيع.

(3) المنتقى 128/1. (4) المنتقى 128/1.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، باب ما جاء في بول الصبي، والبخاري في الوضوء، باب بول الصبيان، ومسلم في الطهارة، باب حكم بول الطفل الرضيع.

(6) المنتقى 128/1 والذخيرة 177/1 والعارضات 93/1.

(7) شرح الموطأ للزرقاني 189/1.

8 - المني، وهو ماء يخرج عند اللذة الكبرى عند الجماع ونحوه. ودليل نجاسته⁽¹⁾.

أ - عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يغسل المني، ثم يخرج إلى الصلاة في ذلك الثوب، وأنا أنظر إلى أثر الغسل منه⁽²⁾.
وهذا الحديث مرجح على حديث الفرك⁽³⁾.

ب - القياس على المذي، فكلاهما مائع تثيرهما الشهوة⁽⁴⁾.

ج - فعل الصحابة والإجماع: فقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعتمر في ركب فيهم عمرو بن العاص. وأن عمر بن الخطاب عرس ببعض الطريق قريباً من بعض المياه، فاحتلم عمر بن الخطاب، وقد كاد أن يصبح، فلم يجد مع الركب ماء، فركب حتى جاء الماء، فجعل يغسل ما رأى من ذلك الاحتلام حتى أسفر. فقال له عمرو بن العاص: أصبحت ومعنا الثياب، فدع ثوبك يغسل. فقال له عمر بن الخطاب: واعجبا لك يا عمرو بن العاص، لئن كنت تجد ثياباً، أفكل الناس تجد ثياباً، والله لو فعلتها لكنت سنة، بل أغسل ما رأيت وأنضح ما لم أر⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ اشتغل بتتبع المني حتى ذهب أكثر الوقت، ولو لم يكن نجساً عند الصحابة لما اشتغل عمر بغسله، ولقيل له تشتغل عن الصلاة بإزالة ما لم تلزم إزالته⁽⁶⁾.

وقد فعل عمر بن الخطاب هذا بحضرة جماعة من الصحابة في سفر. وأفعاله كانت تنقل، ويتحدث بها، ولم ينكر عليه منكر، فثبت أنه إجماع⁽⁷⁾.

د - وروي أن عمر بن الخطاب غدا إلى أرضه بالجرف، فرأى في ثوبه احتلاماً، فقال: لقد ابتليت بالاحتلام منذ وليت أمر الناس فاغتسل وغسل ما رأى في ثوبه من الاحتلام، ثم صلى بعد أن طلعت الشمس⁽⁸⁾.

9 - المذي: وهو ماء رقيق يخرج من كلا الجنسين، عند تذكر الجماع. ودليل نجاسته⁽⁹⁾:

أ - ما روي عن المقداد بن الأسود أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أمره أن يسأل

(1) الذخيرة 178/1.

(2) أخرجه البخاري في الوضوء، باب غسل المني، ومسلم في الطهارة، باب حكم المني.

(3) الذخيرة 178/1. (4) الذخيرة 103/1.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب إعادة جنب الصلاة.

(6) المنتقى 103/1. (7) المنتقى 103/1.

(8) أخرجه مالك في الطهارة، باب إعادة جنب الصلاة.

(9) المنتقى 87/1 والذخيرة 201/1.

رسول الله ﷺ، عن الرجل إذا دنا من أهله، فخرج منه المذي، ماذا عليه؟ قال علي: فإن عندي ابنة رسول الله ﷺ وأنا أستحيي أن أسأله. قال المقداد: فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: إذا وجد أحدكم ذلك، فلينضح فرجه، وليتوضأ وضوءه للصلاة⁽¹⁾. والمراد بالنضح إرسال الماء على الفرج لغسله⁽²⁾.

ب - ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: إني لأجدته ينحدر مني مثل الخريزة، فإن وجد ذلك أحدكم فليغسل ذكره، وليتوضأ وضوءه للصلاة، يعني بذلك المذي⁽³⁾.

ج - عن جندب مولى عبد الله بن عياش أنه قال: سألت عبد الله بن عمر عن المذي فقال: إذا وجدته فاغسل فرجك، وتوضأ وضوءك للصلاة⁽⁴⁾.

10 - الودي، وهو ماء خائر يخرج بدون لذة، بل لمرض. وغالباً ما يكون خروجه عقب البول. والمني والمذي والودي نجسة، ولو من مباح الأكل، ولا تقاس على بوله.

11 - القيح والصدید وما يسيل من الجسد. والقيح هو المدة الخائرة تخرج من الدم، والصدید هو الماء الرقيق من المدة قد يخالطه دم.

12 - المائع إذا حلت به نجاسة، مثل الزيت، والعسل، واللبن، وماء الورد ونحوها، ولو كثر المائع وقلت النجاسة، كنقطة البول في قناطر مما ذكر. وقيل في المذهب إن نقطة النجاسة تقع في المائع فلا تفسده، بناء على أن القاعدة إذا تعارضت المفسدة المرجوحة والمصلحة الراجحة اغتفرت المفسدة في جنب المصلحة. والنقطة النجسة مشتملة على مفسدة، وكل نقطة من المائع مشتملة على مصلحة، فيكون نقطة معارضة بنقطة، وبقية المائع سالم من المعارض، فيكون المائع طاهراً⁽⁵⁾. والقول الأول هو المشهور. والثاني فهو لابن نافع والتونسي.

13 - الجامد إذا حلت به نجاسة - مثل السمن الجامد والطعام الجامد - فقد تنجس، إذا ظن سريان النجاسة في جميع أجزائه بطول مكثها، فإن لم يظن سريان النجاسة في جميعه، فإنها لا تؤثر إلا في المكان الذي يظن أنها أثرت فيه، فيرفع ويستعمل الباقي.

ودليل هذه المسألة⁽⁶⁾:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سئل النبي ﷺ عن الفأرة تقع في السمن قال: إذا كان

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من المذي. ومسلم في الحيض. باب المذي.

(2) المتقى 87/1 والذخيرة 201/1.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من المذي.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من المذي.

(5) الذخيرة 190/1.

(6) البيان والتحصيل م 1 ورقة 5، أحكام ابن العربي 1422/3.

جامداً فألقوه وماحولها. وإن كان مائعاً فلا تقربوه⁽¹⁾.

وتحديد القدر يرجع إلى الأحوال التي عليها النجاسة، من ميعان وجمود وطول الزمن وقصره.

وبالنسبة للنجاسة التي لا يتحلل منها شيء، كالعظم، والسنن، فإنها لا تؤثر في الطعام، لأن حكم النجاسة لا ينتقل.

ولو شك في سريان النجاسة في الطعام، فإنه لا يطرح، لأن الطعام لا يطرح بالشك. وهذه أمثلة الطعام المانع الذي لا يقبل التطهير بحال، إذا وقعت فيه النجاسة، إضافة للمائعات التي تنجس بحلول النجاسة فيها كما تقدم:

أ - اللحم المطبوخ بنجاسة، فإنه لا يطهر. أما الدجاج المغلى، لأخذ ريشه وفي باطنه النجاسة، فلا يضر.

ب - الزيتون المملح بنجاسة.

ج - الزيت المختلط بنجاسة. وخالف ابن اللباد في الزيت فقال: يمكن تطهيره بصب الماء عليه، وخضخضته، وثقبت الإناء من أسفله، لإخراج الماء منه، ويكرر ذلك حتى يغلب على الظن زوال النجاسة.

والقول الأول هو العمدة في المذهب، لأن لزوجة الزيت تمنع من وصول الماء داخل أجزاء الزيت⁽²⁾.

د - البيض المسلوق بماء نجس، أو وقع سلق عدد من البيض في إناء واحد، ثم تبين أن فيها واحدة مذرة رشحت في الماء، فإن جميع البيض ينجس، ولا يقبل التطهير، لأن الماء كان قد تنجس بالمذرة وتشرب به بقية البيض.

هـ - الفخار إذا كان نفاذاً، ووضعت فيه نجاسة، فإنه لا يقبل التطهير إذا كانت النجاسة غواصة وسريعة النفوذ، ويلحق به أواني الخشب التي يمكن سريان النجاسة فيها.

14 - الماء المتغير أحد أوصافه الثلاثة بالنجاسة. وقد تقدم ذكر الدليل عند الحديث عن النجاسة إذا خالطت الماء الكثير ولم تغير أوصافه.

15 - المسكر المائع. والدليل على نجاسته: قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْكَمْرُ وَالْكَبِيرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ يَجْسُ﴾ [المائدة: 90].

ووجه الاستدلال أن الرجس هو النجس⁽³⁾. ويحمل الرجس بالنسبة للخمر على معنياه الذاتي والمعنوي⁽⁴⁾. وقد سماها الله رجساً كما سمي النجاسات من الميتة والدم

(1) أخرجه عبد الرزاق في الطهارة، باب الفأرة تموت في الودك.

(2) الذخيرة 1/185.

(3) أحكام ابن العربي 2/656.

(4) التحرير والتنوير 7/25.

المسفوح ولحم الخنزير رجساً⁽¹⁾ في قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: 145].

16 - القلس إذا تغير وشابه العذرة في أحد أوصافها.

17 - البيض المذرب، وهو ما تغير بعفونة أو زرقه أو صار دمًا، فإنه نجس.

الانتفاع بالنجاسة:

يجوز الانتفاع بالشيء الممتنجس من الطعام وغيره، في سقي الدواب والزرع ودهن العجلات وصنع الصابون: وقد قيل إنه لا يجوز الانتفاع بالمتنجس في وجه من الوجوه المنفعية.

ودليل هذا القول: أن حكم النجاسة حكم الميتة وقد روي فيها أن رسول الله ﷺ أمر أن لا يستمتع من الميتة بإهاب ولا عصب. وقد تقدم في الأعيان النجسة، وهو قول ضعيف في المذهب، لأن دليله معارض بدليل آخر، قال فيه ابن رشد الجدل: هو أصح منه، وهو قوله ﷺ حين مرّ بشاة ميتة: ألا انتفعتم بجلدها؟ فقالوا: يا رسول الله إنها ميتة فقال: إنما حرم أكلها.

أما الآدمي فلا يجوز له الانتفاع بالمتنجس، أكلا وشربا، كما لا يجوز له أن يدهن بها، لأن التلطيخ بها مكروه إذا لم تكن خمرا، أما إذا كانت خمرا فهو حرام. ومن تدهن بمتنجس يجب عليه إزله للصلاة والطواف ودخول المسجد.

كما لا يجوز استعماله في مسجد، فلا يستصبح بالزيت الممتنجس، إلا إذا كان مصباح الزيت خارج المسجد، والضوء داخله، فإنه يجوز.

ولا يكتب بالمتنجس مصحف، فإن كتب به فإنه يجب بله.

ولا يجوز بيع الممتنجس من طعام وغيره، لعدم إمكان تطهيره، ودليل عدم الجواز⁽²⁾:

- عن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوا فباعوها»⁽³⁾

بخلاف الثوب النجس، فإنه يجوز بيعه بشرط أن يبين البائع للمشتري نجاسة الثوب.

وأما ما كان نجس الذات - أي ذات النجاسة - كالبول والعذرة، فلا يجوز الانتفاع به بحال. ويستثنى في استعمال النجاسة ما كان قائماً على قاعدة «الضرورات تبيح»

(1) المقدمات ص 336. (2) أحكام القرطبي 2/220.

(3) أخرجه الدارمي في الأشربة، باب النهي عن الخمر وشرائها: واللفظ له. وأخرجه أبو داود في البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة.

المحظورات، فيباح للمضطر لحم الميتة أو الخمر، لإزالة غصة فقط. فلا يجوز التداوي به ولو تعين، كما لا يجوز شربه لدفع عطش، لأنه يزيد فيه. واختلف في النجاسة غير الدم هل يجوز التداوي بها إذا تعينت. وسنأتي على تفصيل هذا عند الحديث عن الحظر والإباحة إن شاء الله.

كما يستثنى جلد الميتة المدبوغ، فيجوز الانتفاع به على ما تقدم.

كما يستثنى وضع النجاسة في الزرع، فيجوز. ويجوز طرح الميتة للكلاب وأن يوقد بعظمها.



طهارة الخبث

يجب وجوباً شرطاً إزالة عين النجاسة وحكمها، بالماء المطلق، عن بدن المصلي وعن كل ما يحمله من ثوب أو عمامة أو نعل أو حزام أو منديل أو غير ذلك. كما يجب إزالتها عن مكان الصلاة، وهو ما تمسه الأعضاء من قدمين وركبتين ويدين وجبهة. ولا تضر نجاسة ما تحت الصدر وما بين الركبتين، وما تحت الحصير، ولو اتصل بها كقزوة ميتة صلى على صوفها.

وإذا علقت النجاسة بطرف رداء المصلي الملقى على الأرض، فإنه يضر لأنه في حكم المحمول. ومحل كون إزالة النجاسة شرط صحة للصلاة إن ذكر وقدر المصلي على إزالتها. فمن صلى بالنجاسة ناسياً لها حتى فرغ من صلاته، أو لم يعلم بها حتى فرغ منها، فصلاته صحيحة. ويندب له إعادتها في الوقت، إن كان للصلاة وقت تعاد فيه، وإن لم يكن لها وقت - كالفائتة والنافلة -، فلا تعاد إلا ركعتي الطواف على ما سيأتي. والدليل على طلب إعادة الصلاة في الوقت، ما رواه سحنون في المدونة عن حميد قال: عرسنا مع ابن عمر بالأبواء ثم سرنا حين صلينا الفجر حتى ارتفع النهار، فقلت لابن عمر: إني صليت في إزارى وفيه احتلام، ولم أغسله، فوقف عليّ ابن عمر فقال: انزل فاطرح إزارك وصل ركعتين، وأقم الصلاة، ثم صل الفجر ففعلت. قال الإمام سحنون: وإنما ذكرت هذا حجة على من زعم أنه لا يعيد في الوقت⁽¹⁾.

ومن عجز عن إزالتها لعدم الماء الطهور، أو لعدم القدرة على إزالتها به، ولم يجد ثوباً غير المتنجس، فإنه يصلي بالنجاسة، وصلاته صحيحة. ويحرم عليه تأخير الصلاة حتى يخرج الوقت، ويأتي المصلي بالصلاة في أول الوقت، إن علم أو ظن أنه لا يجد ماء ولا قدرة ولا ثوباً طاهراً في الوقت. ويأتي بها آخر الوقت، إن ظن القدرة على إزالتها فيه. ودليل هذه المسألة القياس على مسألة التيمم الآتية⁽²⁾. والمراد بالوقت الذي يؤخر فيه الصلاة هو الاختياري، وأما الضروري فلا تفصيل فيه، بل يقدم الصلاة ولو كان راجياً.

(1) المدونة الكبرى 1/25.

(2) الشرح الصغير 1/26.

ثم إنه إن وجد ما يزيل به النجاسة في الوقت أو وجد ثوباً آخر، ندب له الإعادة ما دام الوقت، فإن خرج فلا إعادة. والوقت الذي تعاد فيه الصلاة هو في الظهرين للإصفرار، وفي العشاءين لطلوع الفجر، وفي الصبح لطلوع الشمس.

وهذا القول - أي وجوب إزالة النجاسة مع الذكر والقدرة - هو مشهور المذهب.

وفي المذهب قول ثانٍ، وهو أن إزالة النجاسة سنة غير واجب، وهو قول مشهور كذلك في المذهب، كما أن السنية في هذا القول مقيدة بالذكر والقدرة.

وفي المذهب أيضاً قول ثالث، وهو أن إزالة النجاسة واجبة مطلقاً، سواء مع الذكر أو النسيان. وأنا أذكر أولاً أدلة القول بالسنية، ثم أدلة القول بالوجوب المطلق، ثم أذكر كيف تخرج عليهما القول بالوجوب مع الذكر والقدرة.

أدلة القول بالسنية⁽¹⁾:

أ - عن النبي ﷺ أنه بينما يصلي بأصحابه إذ خلع نعليه، فوضعهما عن يساره، فلما رأى ذلك القوم ألقوا نعالهم. فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته قال: ما حملكم على إلقاءكم نعالكم؟ قالوا: رأيناك ألقى نعليك فألقينا نعالنا. فقال رسول الله ﷺ: «إن جبريل أتاني فأخبرني أن فيهما قدراً». وقال: «إذا جاء أحدكم إلى المسجد، فليُنظر فإن رأى في نعليه قدراً أو أذى فليمسحه وليصل فيهما»⁽²⁾.

وجه الاستدلال بهذا الحديث، أنه لو كانت إزالة النجاسة واجبة، لما بتى على ما مضى من الصلاة⁽³⁾.

ب - عن أبي قتادة الأنصاري أن رسول الله ﷺ كان يصلي وهو حامل أمامة بنت زينب بنت رسول الله ﷺ، فإذا سجد وضعها، وإذا قام حملها⁽⁴⁾.
وجه الاستدلال أن الغالب في ثياب الصبيان النجاسة⁽⁵⁾.

ج - ما روي عن النبي ﷺ من أنه رمي عليه - وهو يصلي - سلا جزور بالدم والفرث، فلم يقطع الصلاة.

وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لو كانت إزالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة⁽⁶⁾، لكنه لم يقطع، ولا نقل عنه أنه ﷺ أعادها⁽⁷⁾.

(1) المستقى 42/1 وبداية المجتهد 74/1 والذخيرة 188/1.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الصلاة في النعل.

(3) بداية المجتهد 74/1 والذخيرة 188/1.

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر. باب جامع الصلاة، والبحاري في الصلاة، باب إذا حمل جارية في الصلاة، ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب جواز حمل الصبيان في الصلاة.

(5) الذخيرة 188/1. (6) بداية المجتهد 74/1.

(7) الذخيرة 188/1. والقصة أخرجه أحمد في مسنده 417/1 عن عبد الله بن مسعود.

أما قوله تعالى: ﴿وَيَا بَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدثر: 4] فإن المراد بالثياب هو القلب، وتطهيره يكون من الشرك؛ لأن الآية من أوائل ما نزل من القرآن؛ قبل الأمر بالصلاة، بينما الوضوء وإزالة النجاسة إنما شرعا للصلاة، فتحمل الآية على المجاز⁽¹⁾. وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: 6]. فإنه تعالى لم يذكر الاستنجاء، وذكر الوضوء، ولو كان إزالة النجاسة واجبا لبدا بالأمر بها⁽²⁾.

أدلة القول بالوجوب المطلق⁽³⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿وَيَا بَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدثر: 4].

وجه الاستدلال بالآية أن المراد بالثياب ثياب اللباس. وهي أظهر فيه؛ لأنه يجب أن يحمل على ما هو أظهر، أو أن يحمل عليه وعلى القلب جميعاً لاحتماله لهما، إلا أن يدل دليل على إخراج بعض ما يتناوله اللفظ من الجملة. ونزول الآية قبل الأمر بالصلاة ليس دليلاً على حمل الثياب على القلب، لأنه يجوز أن يكون الرسول ﷺ حُصَّ بالأمر بإزالة النجاسة في أول الإسلام دون أمته، ثم ورد الأمر للأمة. أو يجوز أن يكون رسول الله ﷺ متبوعاً لشرع من قبلنا، لأن شرع من قبلنا شرع لنا، ثم أمر بشرعنا فيكون قد أمر على الوجهين⁽⁴⁾.

ب - عن عبد الله بن عباس ؓ أن النبي ﷺ مرَّ على قَبْرَيْنِ فقال: «إنهم يعذبان، وما يعذبان في كبير، أما هذا فكان لا يستتر من بوله، وأما هذا فكان يمشي بالنميمة»⁽⁵⁾.

ج - عن أبي هريرة ؓ قال قال رسول الله ﷺ: «استنزهاوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه»⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال أن العذاب لا يكون إلا من ترك واجب⁽⁷⁾.

د - عن أبي هريرة ؓ أن أعرابياً دخل المسجد ورسول الله ﷺ جالس فصلَّى ركعتين ثم قال: اللهم ارحمني ومحمداً ولا ترحم معنا أحداً. فقال النبي ﷺ: «لقد تحجرت واسعاً». ثم لم يلبث أن بال في ناحية المسجد، فأسرع الناس إليه، فنهاهم النبي ﷺ وقال: «إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين. صبوا عليه سجلاً من ماء أو قال: ذنوباً من ماء»⁽⁸⁾.

(1) المنتقى 41/1 وبداية المجتهد 75/1. (2) أحكام ابن العربي 580/2.

(3) المنتقى 41/1 والذخيرة 188/1 وبداية المجتهد 74/1.

(4) المنتقى 41/1.

(5) أخرجه البخاري في الوضوء. باب. ومسلم في الحيض، باب نجاسة البول.

(6) أخرجه الدارقطني في الطهارة، باب نجاسة البول والأمر بالتنزه منه.

(7) بداية المجتهد 74/1.

(8) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في البول قائماً وغيره، والبخاري في الوضوء، باب صب =

وأورد ابن رشد الحفيد سبباً آخر للخلاف، وهو أنه إذا كان الأمر والنهي لعلة معقولة المعنى، هل يكون ذلك قرينة لنقل الأمر من الوجوب إلى الندب، والنهي من الحرمة إلى الكراهة؟ أم أنها لا تعتبر؟ وإنه لا فرق بين العبادة المعقولة وغير المعقولة. فمن قال بالفرق جعل العبادة غير المعقولة، أكد في الوجوب. والعبادة المعقولة علة ينصرف الوجوب بها إلى الندب؛ وفرق بين طهارة الحدث فجعلها واجبة، لأنها غير معقولة؛ وبين طهارة الخبث فجعلها من الندب، لأنها معقولة المعنى، وهو النظافة⁽¹⁾.

أدلة القول بالوجوب المقيّد بالذکر والقدرة:

سلك هذا القول مسلك الجمع بين الأدلة، فجعل النسيان مسقطاً للوجوب⁽²⁾، لأن النسيان يسقط التكليف، كما يسقط فقدان الماء التكليف بالوضوء. فكما أن الصلاة تصح مع عدم الماء، فإنها كذلك تصح مع نسيان النجاسة⁽³⁾.

وعلى القول بالسنية إذا لم يذكر النجاسة أو لم يقدر على إزالتها، فإنه يعيد في الوقت؛ أما العائد القادر فيعيد الصلاة ندباً أبداً.

وعلى القول بالوجوب مع الذكر والقدرة، فإن العائد إذا صلى بالنجاسة عمداً دون نسيان ودون عجز، فإنه يعيد الصلاة وجوباً، ولو بعد خروج الوقت، لبطلانها. وعلى هذا القول بنيت فروع المذهب. والقول بالسنية وإن كان معتمداً، فإن القول بالوجوب مع الذكر والقدرة قد بنيت عليه فروع المذهب.

ويدخل في حكم إزالة النجاسة ما استقر في البطن منها، كالخمر فإنه يجب على من شربها أن يتقيها إن أمكنه، وإلا كان عاجزاً. كما يجب عليه إعادة الصلاة مدة ما يظن بقاءها في بطنه خمراً، إلى أن تتحول عذرة.

مسائل:

1 - إذا سقطت نجاسة على المصلي بطلت صلاته، ولو قبل تمام التلفظ بالسلام، بشروط:

أ - بأن تستقر عليه ولا تنحدر، سواء كانت رطبة أو يابسة، فإن انحدرت حال سقوطها لم تبطل.

ب - بأن يتسع الوقت لإزالتها وإدراك الصلاة فيه، والإدراك يكون بركعة بسجديتها فأكثر لا أقل، سواء كان الوقت اختيارياً أو ضرورياً، فإن لم يتسع الوقت لركعة كمل

= الماء على البول في المسجد. ومسلم في الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات، والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في البول يصيب الأرض.

(1) بداية المجتهد 74/1. (2) الذخيرة 188/1.

(3) المتقى 74/1.

الصلاة. ثم إن كان الوقت اختيارياً أعادها في الضروري ندباً، وإن كان الوقت ضرورياً فلا إعادة.

ج - أن يوجد ما تزال به من الماء المطلق، أو يوجد ثوب غير متنجس.

د - أن تكون النجاسة مما لا يعفى عنها، فإن كانت مما يعفى عنها كدرهم لم تبطل.

2 - إذا تذكر النجاسة وهو في الصلاة، أو علمها وهو فيها، فإن الصلاة تبطل بقيود:

أ - أن يتسع الوقت لإعادتها.

ب - أن يجد ثوباً أو ماء مطلقاً لإزالتها.

ج - أن تكون النجاسة مما لا يعفى عنها.

فإن توفرت هذه القيود في حالتي السقوط والتذكر، بطلت الصلاة، سواء كان المصلي بالغاً أو صبيّاً إماماً أو مأموماً أو فذاً.

وإذا لم تتوفر الشروط المتقدمة فإن الصلاة لا تبطل. وكذلك لا تبطل إذا ذكرها

قبل الصلاة، ثم نسيها عند الدخول فيها، واستمر في النسيان حتى فرغ من الصلاة، ولو تكرّر النسيان قبلها، وإنما يعيد في الوقت.

وهذه الأحكام مبنية على أن إزالة النجاسة واجبة. وأما على أنها سنة فلا تبطل

بالسقوط أو بذكرها في الصلاة.

3 - إذا تعلقت نجاسة بنعل المصلي فإن الصلاة لا تبطل بشروط:

أ - أن تكون النجاسة متعلقة بأسفل النعل، فإن كانت فوق النعل بطلت الصلاة،

والمراد بأسفل النعل أن تكون لاصقة فيه. فإن كان واقفاً عليها بالنعل فلا يضر، ولا يحتاج لخلعها، بل يحول وضعها على مكان طاهر.

ب - أن يسئل رجله من نعله بلطف من غير رفع له، فإن رفع رجله بالنعل بطلت

صلاته، لأنه صار حاملاً للنجاسة. ولا يضر تحرك النعل بحركته، لأنها كالحصير.

ج - أن لا يكون ذاكراً لها حين وجودها فوق النعل، فإن كان ذاكراً لها بطلت

صلاته.

ومن هنا يعلم أن من صلى على جنازة وهو لابس نعله، وبأسفله نجاسة فصلاته

صحيحة والفرق بين النعل ينزعه فلا تبطل صلاته، والثوب تبطل به الصلاة ولو طرحه،

أن الثوب حامل له، بينما النعل واقف عليه في أسفله، فهو كما لو بسط على النجاسة حائلاً كثيفاً.

4 - تحرم الصلاة فرضاً أو نفلاً بكل ثوب يغلب عليه النجاسة مثل:

أ - ثوب الكافر، لأن شأنه عدم توقي النجاسة. ولا فرق أن يكون الكافر ذكراً أو

أنثى، كتابياً أو غيره، وسواء باشر الثوب جلده أو لا، كان ممن يستعمل النجاسة أو لا. ولا يدخل في هذا الحكم ما يصنعه الكافر بنسجه، فإنه يحمل على الطهارة سواء صنعه لنفسه أو لغيره.

ب - لباس السكير.

ج - لباس الكتاف.

د - لباس غير المصلي، صبيّاً أو بالغاً رجلاً أو امرأة، لأن شأنهم عدم التحرّز من النجاسة.

هـ - فراش النوم أو اللحاف، بأن أراد الغير الصلاة فيه. أما صاحبه فيجوز، لأنه أدري بحاله.

و - اللباس المحاذي لفرج غير عالم بأحكام الطهارة، كالإزار والسراويل وفوط الحمام. أما إذا كان عالماً بأحكام الطهارة، من الاستبراء والاستنجاء وغسل أثر المنى، فيجوز لغيره الصلاة فيه.

ما يعفى عنه من النجاسة

يعفى عن كل ما يعسر الاحتراز منه، فيما يتعلق بالصلاة ودخول المسجد، أما الطعام والشراب فينظر إلى أحكام خاصة به.

ومثال ما يعسر الاحتراز منه:

1 - السلس: وهو ما يخرج من غير اختيار من الأحداث، كالبول والمذي والمنى والغائط، يسيل بنفسه من المخرج فيعفى عنه ولا يجب كما لا يسن غسله للضرورة؛ وذلك إذا لازم كل يوم ولو مرة. وهذا الحكم متعلق بطهارة الأخبات.

أما في طهارة الأحداث، فإن حكم السلس يختلف، وسيأتي ذكره في نواقض الوضوء.

2 - بلل الباسور: يعفى عن بلل الباسور إذا أصاب البدن أو الثوب كلّ يوم ولو مرة. أما اليد إذا استعملت في ردّه فلا يعفى عن غسلها، إلا إذا كثر الرّدّ بها بأن زاد على المرتين كل يوم، لأن اليد لا يشق غسلها كالثوب والبدن.

3 - ثوب المرضع وبدنها: فإنه يعفى عما يصيبها من بول أو غائط الطفل إذا كانت أمّاً، فإذا لم تكن أمّاً فإن العفو لا يشملها، إلا إذا احتاجت، أي غير الأم، للإرضاع لفقرها، أو لم يقبل الولد غير المرضعة.

ويشترط أن تكون المرضع مجتهدة في تجنب النجاسة عنها حال نزولها. فإن اجتهدت وأصابها شيء عُفِيَ عنه. ويندب لها فقط غسله إذا تفاحش، ولا يجب عليها ذلك ولو رآته. أما المفرطة غير المجتهدة في تجنب نجاسة الصبي، فإنه لا يعفى عنها إن

أصابتها. وأما مكان الصلاة بالنسبة للمرضعة فلا يشملها العفو، إن أصابه من نجاسة الصغير، إذا أمكنها التحول عنه.

4 - الجزار والكناف والطبيب الذي يزاول الجروح، فإنه يعفى عنهم إن اجتهدوا في الاحتراز. ويستحب لهم - وكذلك المرضعة - إعداد ثوب خاص للصلاة. ويشترط فيهم الاجتهاد في تجنب النجاسة كالمرضع.

5 - الدم والقحح والصدید: يعفى عنها إن كانت بقدر مساحة الدرهم، سواء كانت من نفس المصلي، أو من غيره، ولو من خنزير. وسواء كانت بيدن أو ثوب أو مكان. وهذا العفو خاص بالدم والقحح والصدید، دون غيرها من النجاسات، لأنها مما تعم به البلوى⁽¹⁾. أما بقية النجاسات كالبول والغائط والمني والمذي فإنه لا عفو فيها، ولو كان قليلاً.

والدليل⁽²⁾: قول الرسول ﷺ في حديث المعذبين في قبريهما: أما هذا فكان لا يستتر من بوله⁽³⁾.

6 - فضلة الدواب لمن يزاولها: فإنه يعفى عنها إذا أصابت ثوباً أو بدناً لمن يهتم بشؤونها بالرعي والعلف والربط ونحو ذلك. سواء كانت الفضلة بولاً أو روثاً، وسواء كانت الدواب خيلاً أو حميراً أو بغالاً، وذلك للمشقة في إزالتها وغسلها كلما أصابته.

7 - أثر الذباب: فإنه يعفى عنه إذا وقع على العذرة أو البول أو الدم ثم يقع على الثوب أو البدن.

8 - أثر الحجاماة والفصد، فإنه يعفى عنه إذا مسح بخارقة، إلى أن يبرأ المحل، لمشقة غسله قبل براء الجرح. فإذا برئ الجرح غسل وجوباً إذا كان الدم أكثر من مساحة درهم.

9 - طين المطر ومستنقع الطرق، فإنه يعفى عنه وإن كان مختلطاً بنجاسة، ومهما كان نوع النجاسة، ولو بعد انقطاع نزول المطر، بشروط:

أ - أن تكون النجاسة أقل مما اختلطت به.

ب - أن لا يكون ما أصاب المصلي عين النجاسة الغير المختلطة. فإن أصابته عين النجاسة بدون اختلاط فلا عفو.

ج - أن يكون طرياً في الطرق يخشى منه الإصابة. فإن جفت الطرق فلا عفو. ودليل⁽⁴⁾ العفو قول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكَ فِي الَّذِينَ مِنْ حَرْجٍ﴾ [الحج: 78]. فإله تعالى قد وسع على هذه الأمة ورفع عنها الحرج في دينها⁽⁵⁾، روى سحنون في المدونة عن

(1) أحكام القرطبي 1/222.

(2) المنتقى 1/43.

(3) سبق تخريجه.

(4) البيان والتحصيل 1م ورقة 10.

(5) نفس المصدر.

كهيل قال: رأيت علي بن أبي طالب يخوض طين المطر، ثم دخل المسجد فضلى ولم يغسل رجله (1).

10 - أثر الدم: فإنه يعفى عنه إذا سال بنفسه من غير عصر، أما إن عصر دون اضطراب لذلك لم يعف عما زاد على الدرهم، فإن اضطرب لعصره عُفِيَ عما زاد على الدرهم؛ وكذلك إن كثرت الدمامل، فإنه يعفى عن أثرها، ولو عصرت، لأن كثرتها مظنة الاضطراب، كالحكة والجرب.

11 - ثوب المرأة: يعفى عن ذيل ثوب المرأة حين يجزّ على الأرض المتنجسة، بشرط أن يكون إطالته للستر، فإن كان للخلاء فلا عفو. وأصل هذه المسألة (2):

أ - ما روي أن امرأة سألت أم سلمة زوج النبي ﷺ فقالت إني امرأة أطيل ذيلي، وأمشي في المكان القذر، فقالت أم سلمة قال رسول الله ﷺ: «يطهره ما بعده» (3).

ب - وروي أن امرأة من بني عبد الأشهل قالت: قلت يا رسول الله، إن لنا طريقاً إلى المسجد منتنة فكيف نفعل إذا مطرنا؟ فقال ﷺ: أليس بعدها طريق هي أطيب منها؟ قالت بلى. قال: فهذه بهذه (4).

ووجه الاستدلال بهذين الحديثين أن النجاسة مما لا تنفك عنها الطرق، لذلك عفا النبي ﷺ عما يصيب الثوب منها. ويقاس على الثوب الخف بجامع المشقة، وهي في الثوب أعظم - أي المشقة -، لأن كل واحد يمكنه نزع خفه ليحفظ بعد الغسل، وليس كل واحد يجد ثوباً غير ثوبه حتى ينزعه للغسل (5).

2 - الخف والنعل: يعفى عما أصاب الخف والنعل من أرواث الدواب وأبوالها، في الطرق والأماكن التي تطرقها الدواب كثيراً، لعسر الاحتراز منها بشروط:

أ - أن تكون في الطرق والأماكن التي تطرقها الدواب كثيراً لعسر الاحتراز منها. فإن كانت الأماكن لا تطرقها الدواب فلا يعفى عنها.

ب - أن تكون الأرواث من الدواب، فإن كانت من غير الدواب كالآدمي والكلب والهر، فلا يعفى عما أصاب من فضلاتها.

ج - أن تصيب الخف والنعل، فإن أصابت غيرهما كالثوب والبدن فلا عفو. وألحق الإمام اللخمي رجل الفقير الذي لا قدرة له على تحصيل خف أو نعل في العفو بالخف والنعل. وأما غير الفقير فلا يعفى عما أصاب رجله منها لعدم عذره.

(1) المدونة الكبرى 1/22.

(2) الذخيرة 1/193.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب مالا يجب منه الوضوء. وأبو داود في الطهارة، باب في الأذى يصيب الذيل. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في الوضوء من الموطأ.

(4) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الأذى يصيب الذيل.

(5) الذخيرة 1/193.

ودليل العفو في الخف والنعل⁽¹⁾:

أ - قول رسول الله ﷺ: إذا وطئ أحدكم بنعله الأذى فإن التراب له طهور⁽²⁾.

ب - القياس على تخصيص مَنْ يكثر ترددهم إلى مكة من الحطابين وغيرهم، أن يدخلوها بغير إحرام للمشقة⁽³⁾.

وشرط العفو أن يدل ذلك الخف أو النعل أو الرجل بخرقه أو تراب أو حجر، دلكا لا يبقى معه شيء من عين النجاسة. ولا يضر بقاء الريح واللون.

13 - دم البراغيث، فإنه يعفى عنه، ولو زاد على الدرهم، إلا أنه يندب غسله عند التفاحش. كما يندب غسل ما تقدم من المعفوات وإن لم تتفاحش. ولا يندب غسل السيف الصقيل والمرأة لأن الغسل يفسدهما.

14 - ما يسقط على المار من منازل الغير، وفي هذا تفصيل:

إذا كان ما سقط لم تقم أمارة على طهارته ولا على نجاسته، فإنه يحمل على الطهارة، فلا يطلب غسله إن كان الماء الساقط من قوم مسلمين، لأن شأنهم الطهارة. وإن شك في إسلامهم أو كفرهم حملوا على الإسلام، وليس على المار أن يسأل عن طهارة الماء أو نجاسته، لكنه إن سأل صدق المجيب إن كان عدلاً، بأن كان مسلماً، صالحاً، ذكراً كان أو أنثى، فإن أخبر المار بالنجاسة وجب عليه الغسل. ولا عبرة بإخبار الكافر والفاسق، وإنما يندب الغسل بإخبارهما.

وأما ما سقط من بيوت الكفار فهو محمول عند الشك على النجاسة، فيجب غسله، إلا أن يخبر عدل حاضر معهم بأنه طاهر. وأما عند الظن أو التيقن بنجاسته، فالحكم وجوب غسله ولو بدون إخبار أحد.

كيفية إزالة النجاسة:

يجب غسل المحل المصاب بالنجاسة من بدن أو ثوب أو مكان أو إناء، إذا عُلِمَ أو ظُنَّ إصابة النجاسة له. فإن علم المحل المصاب، اقتصر في الغسل عليه؛ وإن لم يعلم المحل، بأن حصل شك هل أصابت النجاسة المحققة أو المظنونة هذا المحل أو غيره، تعين غسل جميع ما شك فيه، ولا يكفي الاقتصار على محل واحد. ودليل وجوب غسل البدن والثوب عند تحقق أو ظن إصابة النجاسة⁽⁴⁾:

أ - ما تقدم في باب النجاسات من أنه ﷺ أمر بغسل المذي من البدن.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: أتيت رسول الله ﷺ بصبي، فبال على ثوبه، فدعا

(1) الذخيرة 1/192.

(2) أخرجه أبو داود، باب في الأذى يصيب النعل.

(3) البيان والتحصيل 1م ورقة 10.

(4) بداية المجتهد 1/82.

رسول الله ﷺ بماء فأتبعه إياه⁽¹⁾.

وما ورد من أنه ﷺ نضح بول صبي بال على ثوبه⁽²⁾، فإن المراد بالنضح هنا أنه أتبعه بالماء حتى غمره فذهبت أجزاء الماء بأجزاء النجاسة، فأذهب لونها وطعمها وريحها⁽³⁾، أو أن الحديث مرجوح بالأثار الواردة بالغسل من البول⁽⁴⁾، وقد نقل الأبهري عن مالك أن هذا الحديث ليس بالمتواطأ على العمل به⁽⁵⁾.

وأما إذا لم يحصل العلم أو الظن في إصابة النجاسة المحل، وإنما حصل الشك في ذلك، فإن كان المحل بدنا وجب غسله أيضاً. والدليل:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه، فليغسل يده قبل أن يدخلها في وضوئه، فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده»⁽⁶⁾.

فقد أمر عليه السلام بغسل اليدين للشك في إصابة النجاسة⁽⁷⁾.

وإن كان المشكوك فيه غير البدن، بأن كان ثوباً أو حصيراً، فإن يجب نضحه لا غسله. فإن غُسل فقد فُعل الأحوط. ودليل⁽⁸⁾ طلب النضح في الثوب والحصير:

أ - عن أنس أن جدته دعت رسول الله ﷺ لطعام، فأكل منه ثم قال رسول الله: «قوموا لأصلي لكم». قال أنس: فقمتم إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس، فنضحته بماء، فقام عليه رسول الله ﷺ فصلى لنا ركعتين ثم انصرف⁽⁹⁾.

ب - قول عمر بن الخطاب المتقدم في المنى: أغسل ما رأيت وأنضح ما لم أر⁽¹⁰⁾.

ج - عن أسماء بنت أبي بكر أنها قالت: سألت امرأة رسول الله ﷺ فقالت: رأيت إحدانا إذا أصاب ثوبها الدم من الحيضة كيف تصنع؟ فقال رسول الله ﷺ: «إذا أصاب ثوب إحدانك الدم من الحيضة فلتقرصه، ثم لتنضحه بالماء، ثم لتصل فيه»⁽¹¹⁾. وجه الاستدلال أن الغسل يكون لموضع الدم، والنضح يكون لسائر الثوب. وقد روي عن

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في بول الصبي، والبخاري في الوضوء، باب بول الصبيان، ومسلم في الطهارة، باب حكم بول الطفل الرضيع.

(2) سبق تخريجه. (3) المتقى 1/128.

(4) بداية المجتهد 1/85. (5) شرح الزرقاني على الموطأ 1/189.

(6) سبق تخريجه. (7) المتقى 1/128.

(8) البيان والتحصيل 1م ورقة 14 وبداية المجتهد 1/85 والذخيرة 1/182.

(9) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع سبحة الضحى، والبخاري في الأذان، باب وضوء الصبيان، ومسلم في المساجد، باب جواز الجماعة في النافلة.

(10) سبق تخريجه.

(11) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الحيضة. والبخاري في الحيض، باب غسل دم الحيض. ومسلم في الطهارة، باب نجاسة الدم.

عائشة تفسير ذلك، قالت: كانت إحدانا تحيض ثم تقرضُ الدم من ثوبها عند طهرها، فتغسله وتنضح على سائرته ثم تصلي فيه⁽¹⁾.

والفرق بين البدن وغيره، أن البدن لا يفسد بال غسل، بخلاف غيره فقد يفسد بال غسل، فخفف فيه عند الشك في الإصابة. والنضح رش المحل المشكوك بالماء المطلق، باليد أو بغيرها كمطر، رشة واحدة ولو لم يتحقق تعميمها للمحل.

والأرض المتنجسة إذا علم فيها محل النجاسة أو شك فيه، لا تطهر إلا بإفاضة الماء عليها من مطر أو غيره، حتى تزال عين النجاسة وأعراضها، فلا فرق فيها بين العلم بمكان النجاسة والشك فيه مثل البدن.

والدليل:

ما روي أنه دخل أعرابي المسجد فكشف عن فرجه ليبول، فصاح الناس به، حتى علا الصوت، فقال رسول الله ﷺ: «أتركوه» فتركوه، فبال، ثم أمر ﷺ بذنوب من ماء، فصبه على ذلك المكان⁽²⁾.

ولا يشترط في تطهير الأرض حفرها، وأما الحديث الذي فيه أن أعرابياً صلى ركعتين، ثم لم يلبث أن بال في ناحية المسجد، فأسرع الناس إليه، فنهاهم النبي ﷺ وقال: «خذوا ما بال عليه من التراب فآلقوه، وأهريقوا على مكانه ماء»⁽³⁾.

فقد قال فيه ابن العربي «لا يصح لأنه مرسل، راويه عبد الله بن معقل لم يلتق النبي ﷺ... وتحقق مذهب مالك أنه لا يقبل إلا مراسيل أهل المدينة»⁽⁴⁾.

ولا يشترط في إزالة النجاسة وتطهير محلها النية، سواء بال غسل أو النضح، لكونه أمراً غير تعبدية، أي إن إزالة النجاسة ليست من باب المأمورات التي لا تكفي صورتها في تحصيل مصلحتها، حتى تكون النية واجبة فيها؛ بل هي من باب المنهيات، أي إن الله تعالى حرّم على عباده المثل بين يديه ملابسين للنجاسة، فيكفي إزالتها في تحصيل مصلحتها، فلا تحتاج إلى نية⁽⁵⁾. ولا بدّ من إزالة طعم النجاسة عند تطهير المحل المصاب، بحيث ينفصل الماء عن الثوب طاهراً ولو تعسر ذلك. أما اللون والريح فلا بدّ من زوالهما أيضاً إن تيسر ذلك. وإن تعسر زوالهما فليس يشترط. فقد روى سحنون في المدونة عن أبي هريرة أن خولة بنت يسار قالت: يا رسول الله أفرايت إن لم يخرج الدم من الثوب؟ قال: «يكفيك الماء ولا يضرك أثره»⁽⁶⁾. وإذا أزيلت عين النجاسة من ثوب

(1) أخرجه البخاري في الحيض، باب غسل دم الحيض.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الأرض يصيبها البول.

(4) عارضة الأحوذى 1/245.

(5) الذخيرة 1/182 و242.

(6) المدونة الكبرى 1/24.

بماء غير طهور، وبقي حكمها، والتصق هذا الثوب بآخر طاهر أو ببدن فإنه لا ينجسه، سواء كان الأول مبلولاً والثاني جافاً، أو العكس، أو كانا جميعاً رطبين، لأن الحكم أمر اعتباري والأمور الاعتبارية لا وجود لها.

تطهير الإناء من ولوغ الكلب:

إذا ولغ كلب في إناء نذب إراقة الماء إذا كان يسيراً، كما يندب غسل الإناء سبع مرات تعبدًا، إذ الكلب طاهر ولعابه طاهر.

ودليل عدم الوجوب في الغسل: قياس الكلب على سائر الحيوانات، إذ لا يجب غسل الإناء من ولوغها⁽¹⁾. ولأنه طاهر وإنما أمر النبي ﷺ بذلك على سبيل التغليظ، للمنع من اقتنائه⁽²⁾.

ولا يندب جعل إحدى الغسلات بالتراب، سواء الأولى أو الأخيرة، لأن طرق التريب مضطربة ضعيفة لم يعول عليها الإمام، مع كون عمل أهل المدينة على خلافه، فقد ثبتت في بعض الروايات دون بعض، وفي الروايات المذكورة فيها وقع فيها اضطراب⁽³⁾.

ولا يلحق بالكلب الخنزير، فلا يطلب من ولوغه الغسل، لأن الأمر بالغسل من ولوغ الكلب تعبدية فيمتنع القياس عليه⁽⁴⁾. وكون الغسل تعبدًا هو المشهور، وإنما حكم بكونه تعبدًا لطهارة الكلب، ولذلك لم يطلب الغسل في الخنزير⁽⁵⁾. وقيل إن حكم الغسل معلل بقذارة الكلب، وقيل لنجاسته، فيقاس عليه الخنزير بجامع الاستقذار أو النجاسة⁽⁶⁾. إلا أن الماء لما لم يتغير قالوا بعدم وجوب الغسل، ولو تغير لوجب⁽⁷⁾.

الصلاة في المقبرة والحمام والمجزرة والمزيلة:

تجوز الصلاة في المقبرة، سواء على قبر دارسية أو عامرة، ولو لكافرين. ودليل الجواز⁽⁸⁾:

أ- أن مسجده ﷺ كان مقبرة للمشركين، فنبشها وجعل مسجده موضعها. فعن أنس أنه قال: فكان فيه قبور المشركين، وفيه خرب، وفيه نخل، فأمر النبي بقبور المشركين فنبشت⁽⁹⁾.

(2) الإشراف 42/1.

(4) الذخيرة 174/1.

(1) المنتقى 74/1.

(3) الشرح الصغير 34/1.

(5) حاشية الصاوي 34/1.

(6) حاشية الصاوي 34/1 والذخيرة 174/1 ومفتاح الوصول 125.

(7) حاشية الصاوي 34/1. (8) الذخيرة 474/1. وعارضة الأخوذى 114/2.

(9) أخرجه البخاري في الصلاة، باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية ويتخذ مكانها مساجد. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة.

ب - أنه عليه عليه السلام صلى على قبور الشهداء.

ج - أن مالكا بلغه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يفعلون ذلك.

د - عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «... وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»⁽¹⁾. وتجاوز الصلاة في الحمام، سواء في بيت الحرارة أو خارجها في الأماكن المفروشة، والدليل⁽²⁾: حديث جابر المتقدم.

وتجاوز الصلاة في محل طرح الزبل، وفي المجزرة وقارة الطريق.

وكل الأماكن المتقدمة تجوز فيها الصلاة، إن جزم أو ظن طهارتها، ولا إعادة على من صلى فيها أصلاً. أما إن تحققت نجاستها أو ظُنت فلا تجوز الصلاة فيها، وإذا صلى فيها أعيدت الصلاة أبداً. وأما إن شك في نجاستها كرهت الصلاة، وعلى المصلي فيها أن يعيد في الوقت، ولا يعيد إذا خرج الوقت، وهو القول الراجح. وما روي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام». رواه الترمذي وقال: هذا حديث فيه اضطراب⁽³⁾. وما روي أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يصلى في سبع مواطن، في المزبلة والمجزرة، والمقبرة، وقارة الطريق، وفي الحمام، وفي معادن الإبل، وفوق ظهر بيت الله. رواه الترمذي وقال إسناداه ليس بذلك القوى⁽⁴⁾. قال ابن العربي: «وكل حديث سوى هذا - أي جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً - ضعيف، حتى حديث السبعة المواطن التي ورد النهي عنها لا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم»⁽⁵⁾.

الصلاة في المرايض والمعائن والكنائس:

تجوز الصلاة بمرايض الغنم والبقر، وذلك لطهارة أروائها، ودليل جواز الصلاة بهذه الأماكن⁽⁶⁾:

أ - عن جابر بن سمرة أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أصلي في مرايض الغنم؟ قال: «نعم». قال: أصلي في مبارك الإبل؟ قال: «لا»⁽⁷⁾.

ب - عن البراء بن عازب قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في مبارك الإبل،

(1) أخرجه البخاري في التيمم، الباب الأول منه. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة.

(2) الذخيرة 474/1.

(3) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء أن الأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام. وأبو داود في الصلاة، باب في المواضع التي لا تجوز فيها الصلاة.

(4) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في كراهية ما يصلي إليه وفيه.

(5) عارضة الأحوذى 2/114. (6) الذخيرة 475/1.

(7) أخرجه مسلم في الحيض، باب الوضوء من لحوم الإبل.

فقال: لا تصلوا في مبارك الإبل فإنها من الشياطين. وسئل عن الصلاة في مرابض الغنم فقال: صلوا فيها فإنها بركة⁽¹⁾.

ج - عن رجل أنه سأل عبد الله بن عمرو بن العاص: أصلي في معادن الإبل؟ قال عبد الله: لا، ولكن صل في مراح الغنم⁽²⁾.

وتكره الصلاة في معادن الإبل، وتعاد الصلاة في الوقت للعامد والناسي والجاهل، وإن أمن النجاسة أو صلى على فراش طاهر. لأن النهي عن ذلك في الأحاديث المتقدمة تعبدية على الأظهر.

وقيل علة النهي لأن أهلها يستترون بها للبول والغائط⁽³⁾ فلا تكاد تسلم مباركها من النجاسة. وعلى هذا التعليل فإن الصلاة تجوز إذا أمنت النجاسة ببسط ثوب أو تيقن الطهارة⁽⁴⁾.

وقيل علة النهي أنها من الشياطين، والصلاة يبتعد بها عن مواطنهم⁽⁵⁾. وعلى هذا التعليل لا تجوز الصلاة في مباركها بأي وجه⁽⁶⁾.

وقيل إن المنع لظهورها وثقل رائحتها، والصلاة قد سن لها النظافة وتطيب المساجد⁽⁷⁾.

وتكره الصلاة في أماكن عبادة الكفار نصارى أو غيرهم، سواء كانت هذه الأماكن عامرة أو دارسة، وذلك إذا دخلت اختياراً. ولا كراهة إذا دخلت اضطراراً، من أجل حرز أو برد أو مطر أو خوف عدو أو سبع، سواء كانت أماكن العبادة هذه عامرة أو دارسة.

وتعاد الصلاة في الوقت إذا أذيت في أماكن عبادة الكفار العامرة فقط بقيدين: - أن ينزلها المصلي اختياراً لا اضطراراً.

- أن يصلي بمكان مشكوك في نجاسته، لا بمكان تحققت أو ظنت طهارته.

ووجه الكراهة عموماً⁽⁸⁾: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إننا لا ندخل كنائسهم من أجل التماثيل التي فيها الصور⁽⁹⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب النهي عن الصلاة في مبارك الإبل.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب العمل في جامع الصلاة.

(3) الذخيرة 1/ 475. (4) المنتقى 1/ 302.

(5) الذخيرة 1/ 475. (6) المنتقى 1/ 303.

(7) المنتقى 1/ 303.

(8) المدونة الكبرى 1/ 90.

(9) أخرجه البخاري معلقاً في الصلاة. باب الصلاة في البيعة. وقال العيني: وصله عبد الرزاق. (عمدة القارى 4/ 192).

حكم الرعاف

الرعاف قبل الدخول في الصلاة:

إذا رعف أحد قبل الدخول في الصلاة، وكان الرعاف سائلاً أو قاطراً أو راشحاً، ففي ذلك حالات:

الأولى: أن يظن أو يتحقق استغراق ذلك وقت الصلاة كله، ففي هذه الحالة يصلي أول الوقت، إذ لا فائدة في تأخير الصلاة. ثم إذا انقطع الدم في الوقت لم تجب عليه الإعادة.

الثانية: أن يظن أو يشك انقطاعه في الوقت، فإنه يؤخر الصلاة وجوباً لآخر الوقت الاختياري على الراجح، وقيل يؤخرها لآخر الوقت الضروري وهو ضعيف. ولا تصح إن صلاها في أول الوقت لعدم صحتها بالنجاسة مع ظن انقطاعها أو احتمالها، فإن لم ينقطع لآخر الوقت الاختياري صلى على حالته تلك.

الرعاف داخل الصلاة - وفيه حالات:

الأولى: أن يظن المصلي دوامه لآخر الوقت المختار. ففي هذه الحالة يتمادى في صلاته وجوباً على حالته التي هو بها، ولا فائدة في القطع ما لم يخش من تماديه تلتخ فرش المسجد أو البلاط، فإن خشيه ولو بقطرة قطع الصلاة صوتاً للمسجد من النجاسة. ويؤدي الرعاف الصلاة بركوعها وسجودها إن لم يخش ضرراً، فإن خاف بالركوع والسجود الضرر أو ما للركوع من قيام وللسجود من جلوس. ويعتبر الضرر إما في جسمه بحدوث مرض أو زيادته أو تأخر براء، وإما بتلخث ثوبه الذي يفسده الغسل، أما تلتخ البدن فلا يعتبر ضرراً.

الثانية: أن يشك المصلي أو يظن انقطاعه في الوقت. وفي هذه الحالة لا يخلوا إما أن يكون الدم راشحاً أو سائلاً أو قاطراً، فإن كان راشحاً بأن لم يسلم ولم يقطر بل لوث طاقتي الأنف، وجب التماذي في الصلاة، وقتل الدم بأنامله العليا من اليد اليسرى، فإن انقطع تمادى في الصلاة، ولو زاد ما في أنامله العليا على مساحة درهم.

فإن لم ينقطع واستمر راشحاً فتله بأنامل يده اليسرى الوسطى، فإن لم يزد ما عليها من الدم على درهم استمر، وإن زاد الدم في الأنامل الوسطى على درهم قطع الصلاة إن اتسع الوقت. كما يقطع وجوباً الصلاة إن لطحه الدم بما زاد على درهم، أو خاف تلوث المسجد. والقطع مقيد بما لو قطع وغسل الدم أدرك من الوقت ولو ركعة وإلا استمر وجوباً، أي في صورة الزيادة على درهم في الوسطى أو التلتخ إن ضاق الوقت على إعادة صلاة صحيحة.

وإن لم يرشح الدم، بل سال أو قطر ولم يتلخث به، ولم يمكنه فتله، فإنه يخير

بين القطع والبناء إذا لم يخش خروج الوقت، وإلا تعين البناء. ودليل جواز البناء:
أ - عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يرعف، فيخرج فيغسل الدم عنه، ثم يرجع فبني على ما قد صلى⁽¹⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا رعف انصرف فتوضأ، ثم رجع فبني ولم يتكلم⁽²⁾.

ج - إجماع الصحابة فلا يروى مخالف لابن عمر وابن عباس⁽³⁾. وأن هذا يجري مجرى التوقيف⁽⁴⁾.

د - عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب رعف وهو يصلي، فأتى حجرة أم سلمة زوج النبي ﷺ فأتي بوضوء فتوضأ، ثم رجع فبني على ما قد صلى⁽⁵⁾.

وصورة البناء أن يخرج الرعاف لغسل الدم ممسكاً أنفه من المارن. فإذا غسله بني على ما تقدم له من الصلاة، ويشترط لذلك ستة شروط:

- 1 - أن لا يتلطح بالدم بما يزيد على درهم، فإن زاد على ذلك وجب قطع الصلاة وابتدؤها من أولها.
- 2 - أن لا يجاوز أقرب مكان ممكن لغسل الدم فيه، فإن تجاوزه بطلت الصلاة.
- 3 - أن يكون المكان الممكن قريباً في نفسه، فإن كان بعيداً بطلت الصلاة ولو لم يتجاوزه.

4 - أن لا يستدبر القبلة دون عذر، فإن استدبرها دون عذر بطلت الصلاة.

5 - أن لا يطأ في طريقه نجاسة، فإن وطئ نجاسة بطلت الصلاة.

6 - أن لا يتكلم عند مضيه للغسل، فإن تكلم ولو سهواً بطلت الصلاة.

ولا يعتد الباني، سواء كان إماماً أو مأموماً أو فذاً، بركعة إلا إذا كملت بالإعتدال من سجدها الثانية، قائماً في محل القيام، وجالساً في محل الجلوس.
فإذا غسل رجع جالساً إن حصل له الرعاف في جلوس التشهد، وقائماً إن حصل له في قيامه، ويعيد القراءة إن كان قرأ أو لم يقرأ.

وكذلك يرجع قائماً إن حصل له الرعاف في الركوع أو السجود أو بعده قبل استقلاله قائماً، ويلغي جميع ما فعله من الركعة؛ فإن كان في الأولى بني على الإحرام،

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في الرعاف.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في الرعاف.

(3) المنتقى 1/83.

(4) بداية المجتهد 1/220.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في الرعاف.

وإن كان في الثانية بنى على الأولى، وإن كان في الثالثة بنى على الثانية، وإن كان في الرابعة بنى على الثالثة.

والمأموم بعد الغسل يتم الصلاة وجوباً في الموضع الذي غسل فيه، إن أمكن الإتمام فيه، فإن لم يمكن ففي أقرب مكان يمكن أن يتم فيه، بشرط أن يظن فراغ إمامه من الصلاة. فإن لم يتم بموضعه أو بأقرب مكان ممكن بطلت الصلاة. وإذا اعتقد المأموم أو ظنَّ عدم فراغ إمامه من الصلاة، أو شك في ذلك، وجب عليه الرجوع لإمامه، ولو كان يظن إداركه في السلام. فإن رجع فوجده قد فرغ أتم ولا شيء عليه. وإذا حدث الرعاف للمأموم بعد أن أدرك مع الإمام الركعة الأولى، وفي قيامه للثانية مثلاً، رجع فخرج وغسل الدم، وعندما رجع أدرك الأخيرة من الرباعية، فيكون فاتته الثانية والثالثة، فإنه يأتي بعد سلام إمامه بركعة بسورة جهراً إن كانت جهرية، ثم يجلس للتشهد لأنها ثانية إمامه، وإن كانت ثالثته هو، ثم يأتي بركعة سراً. وهذه حالة البناء المحض.

وإن اجتمع للرعاف قضاء، وهو ما يأتي به المسبوق عوضاً عما فاته قبل الدخول مع الإمام؛ وبناء، وهو ما يأتي به عوضاً عما فاته بعد دخوله مع الإمام لغسل الدم، فإنه يقدم البناء على القضاء، ويجلس في أخيرة الإمام ولو لم تكن أخيرة الإمام ثانيته هو، بل كانت ثالثته. ويجلس أيضاً في ثانيته هو، ولو لم تكن ثانية الإمام ولا أخيرته.

وذلك كمن أدرك مع الإمام الوسيطيين من رباعية - الثانية والثالثة - وفاته الأولى قبل دخوله معه، ورجع في الرابعة، فخرج لغسل الدم، وفاته برفع الإمام من ركوعها، فإنه يقدم البناء، فيأتي بركعة بأم القرآن فقط سراً، ويجلس لأنها أخيرة إمامه وإن لم تكن ثانيته هو، ثم يأتي بركعة القضاء بأم القرآن وسورة جهراً في الجهرية وسراً في السرية. وتسمى هذه الصورة أم الجناحين لوقوع السورة مع أم القرآن في طرفيها.

وكمن أدرك الثالثة مع الإمام وفاته الأولى والثانية بالسبق، وفاته الرابعة بالرعاف، قدّم البناء، فيأتي بركعة بالفاتحة فقط سراً لأنها الرابعة، ويجلس للتشهد لأنها ثانيته وأخيرة إمامه؛ ثم يأتي بركعتين بأم القرآن وسورة جهراً في الجهرية، ولا جلوس بينهما. وتسمى هذه الصورة بالمقلوبة. وكمن أدرك مع الإمام الركعة الثانية، وفاته الأولى بالسبق والثالثة والرابعة بالرعاف، فإنه يقدم البناء، فيأتي بركعة بأم القرآن فقط سراً، ويجلس لأنها ثانيته، وإن لم تكن أخيرة الإمام؛ ثم يأتي بركعة بالفاتحة فقط؛ ويجلس لأنها أخيرة إمامه، وإن كانت ثالثته هو؛ ثم يأتي بركعة القضاء بفاتحة وسورة. فتكون صلاته كل ركعة منها بجلوس.

ومثل هذه الصورة: الحاضر إذا أدرك مع المسافر الركعة الثانية، فإذا سلم الإمام فعل المأموم الحاضر مثل ما ذكر.

وإذا كان الرعاف وقع للمصلي في صلاة الجمعة، فإنه يرجع بعد غسل الدم مطلقاً، ولو علم فراغ إمامه، ويرجع لأول مكان من الجامع الذي ابتداء الصلاة به، لأن شرط صحتها الجامع. فإذا لم يرجع للجامع أو رجع ولم يتم الصلاة في أول مكان، بل ذهب داخله، فإن الصلاة تبطل وهذا إذا أتم مع إمامه ركعة بسجديتها واعتدل معه قائماً، فإن لم يتم معه ركعة في الجمعة قبل رعاfe، وخرج لغسل الدم، ففاته الركعة الثانية فإن عليه أن يتدبى الظهر بإحرام جديد من أي مكان، ولا يبيني على الإحرام الأول لأنه كان بنية الجمعة.

وإذا رعف مأموم حال سلام إمامه أو بعده، فإنه يسلم وتصح صلاته.

وفي حالة التخيير بين البناء والقطع، فقد اختار ابن القاسم القطع فقال: هو أولى، وهو القياس، لأن شأن الصلاة أن لا يتخلل بين أفعالها مثل ما ذكر. قال زروق وهو - أي القطع - أنسب بمن لا يحسن التصرف في العلم. واختار جمهور المالكية البناء للعمل⁽¹⁾.

آداب قضاء الحاجة⁽²⁾:

1 - يندب التسمية قبل الدخول؛ وقول: «اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث» لقوله ﷺ: «إن هذه الحشوش مختضرة، فإذا أتى أحدكم الخلاء فليقل: أعوذ بالله من الخبث والخبائث»⁽³⁾.

وقول - بعد الخروج -: «الحمد لله الذي أذهب عني الأذى وعافاني».

فإن نسي التسمية والدعاء قبل الدخول فلا يذكرهما أثناء قضاء الحاجة.

2 - يندب السكوت ما دام في الخلاء إلا لأمر أكيد كطلب الماء. لقوله ﷺ: «لا يخرج الرجلان يضربان الغائط، كاشفين عن عورتيهما، يتحدثان، فإن الله يمقت على ذلك»⁽⁴⁾.

3 - يندب التستر عن أعين الناس، لما روي عن النبي ﷺ أنه كان إذا ذهب إلى الخلاء أبعده⁽⁵⁾. وذلك حتى لا يرى جسمه، أما ستر العورة فإنه واجب.

4 - يندب اتقاء مهبّ الريح، لئلا يعود عليه البول فيتنجس.

(1) حاشية الشرح الصغير 99/1.

(2) وردت الاستدلالات الآتية في الذخيرة 194/1 - 195 - 196 - 197 - 198. وبداية المجتهد 87/1. والمتقى 129/1 والمدونة الكبرى 27/1.

(3) أخرجه البخاري في الوضوء، باب ما يقول عند الخلاء. ومسلم في الحيض. باب ما يقول إذا أراد الدخول للخلاء، وأبو داود في الطهارة، باب ما يقول الرجل إذا دخل الخلاء. واللفظ لأبي داود.

(4) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب كراهية الكلام عند الحاجة.

(5) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب التخلي عند قضاء الحاجة. والنسائي في الطهارة، باب الإبعاد عند إرادة الحاجة.

وكذلك يندب اتقاء موارد الماء والطرق التي يمر بها الناس، كما يندب اتقاء الأماكن التي يستظل فيها الناس في الصيف، ومثلها أماكن الشمس أيام الشتاء، وكذلك المكان المقمّر. لقوله ﷺ: «اتقوا اللاعنين قالوا: وما اللاعنان يا رسول الله قال: الذي يتخلى في طريق الناس أو في ظلهم»⁽¹⁾.

5 - يندب تأكيداً عدم ذكر الله تعالى عند قضاء الحاجة. وكذلك الدخول بشيء مكتوب فيه ذكر الله كالنقود والخاتم، ولو كان المكتوب اسم نبي، إذا كان منقوشاً بما يعينه مثل: «ﷺ» والدليل: ما روي عن أنس قال كان النبي ﷺ إذا دخل الخلاء وضع خاتمه. رواه أبو داود وقال هو منكر⁽²⁾.

6 - يحرم قراءة القرآن عند قضاء الحاجة. كما يحرم الدخول بمصحف أو بعضه ولو آية، ما لم يكن حرزاً مستوراً بساتر. ومن الساتر الجيب، فوضعه في الجيب مثلاً يمنع الحرمة. ونقل الصاوي عن حاشية الأصل نقلاً عن الخطّاب: الظاهر أنّ الجيب لا يكفي لأنه ظرف متسع.

وهذا ما لم يخف عليه الضياع، وإلا جاز الدخول به للضرورة.

7 - يندب تقديم الرجل اليسرى عند الدخول، وتقديم اليمنى عند الخروج، بخلاف المسجد فإنه تقدم اليمنى دخولاً، واليسرى خروجاً، لشرف المسجد. وفي لبس النعل تقدم اليمنى، وفي خلعه تقدم اليسرى. أما للمنزل فتقدم اليمنى في دخوله والخروج منه.

8 - يحرم استقبال القبلة واستدبارها عند قضاء الحاجة في الفضاء. ويجوز إذا كان بينه وبين القبلة ساتر، سواء كان مستقبلاً لها أو مستدبراً. وقد وردت أحاديث تظهر متخالفة وهي:

أ - روي أن أبا أيوب الأنصاري وهو بمصر قال: والله ما أدري كيف أصنع بهذه الكرايس أي المراحيض. وقال قال رسول الله ﷺ: «إذا ذهب أحدكم الغائط أو البول، فلا يستقبل القبلة، ولا يستدبرها بفرجه»⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر قال: لقد ارتقيت على ظهر بيت لنا، فرأيت رسول الله ﷺ على لبنتين مستقبل بيت المقدس لحاجته⁽⁴⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب المواضع التي نهى النبي ﷺ عن البول فيها، عن أبي هريرة.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الخاتم يكون فيه ذكر الله يدخل به الخلاء.

(3) أخرجه مالك في القبلة، باب النهي عن استقبال القبلة والإنسان على حاجة؛ والبخاري في الوضوء، باب لا تستقبل القبلة بغائط أو بول؛ ومسلم في الطهارة، باب الاستطابة.

(4) أخرجه مالك في القبلة، باب الرخصة في استقبال القبلة لبول أو غائط. والبخاري في الوضوء، باب من تبرز على لبنتين. ومسلم في الطهارة، باب الاستطابة.

واستقبال بيت المقدس يعني استدبار القبلة.

وقد سلك مالك رحمته في هذين الحديثين مسلك الجمع، فجعل الحديث الثاني مخصصاً للحديث الأول العام، وقال: إنه يجوز استقبال القبلة في المباني ولا يجوز في الصحاري⁽¹⁾. روى سحنون في المدونة أن مالكا قال: «إنما الحديث الذي جاء لا تستقبل القبلة لغائط ولا لبول، إنما يعني بذلك فيافي الأرض، ولم يعن بذلك القرى والمدائن»⁽²⁾.

ويؤيد هذا ما روي أن عبد الله بن عمر أناخ راحلته مستقبل بيت المقدس، ثم جلس يبول إليها ف قيل له: أليس قد نهى عن هذا؟ فقال: «لأ، إنما نهى عن ذلك في الفضاء، فإذا كان بينك وبين القبلة شيء يستر فلا بأس»⁽³⁾.

ومن السائر عن القبلة الحائط والصخرة والشوب. والأولى ترك الاستقبال مراعاة للخلاف.

9 - يجب على من قضى حاجته الاستبراء والاستنجاء، ودليل وجوب الاستبراء⁽⁴⁾: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: مر النبي صلى الله عليه وسلم بقرين فقال: إنهما ليعذبان وما يعذبان في كبير، أما أحدهما فكان لا يستتر من البول، وأما الآخر فكان يمشي بالنميمة. ثم أخذ جريدة رطبة، فشقها نصفين فغرز في كل قبر واحدة قالوا: يا رسول الله لم فعلت هذا؟ قال: «لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا»⁽⁵⁾.

والاستبراء إخراج البول من مجراه من الذكر.

والاستنجاء إزالة النجاسة عن محلها. ويكون كل منهما بالماء أو الأحجار. ويندب استعمال اليد اليسرى لذلك، ثم غسلها بتراب أو صابون ونحوه. كما يندب إعداد ما يزيل به النجاسة قبل الدخول.

ويجوز الاستجمار بالأحجار وما في معناه. والأصل في ذلك:

أ - قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن الاستطابة: «أولاً يجد أحدكم ثلاثة أحجار»⁽⁶⁾.

ب - فعله صلى الله عليه وسلم. والافتقار على الماء أولى، فإن اقتصر على الحجر كفى، لكن خلاف الأولى، ولا يكفي عند إزالة المني استعمال الحجر لمن فرضه التيمم، سواء خرج بلذة أو بغير لذة.

(1) المنتقى 336/1 والمقدمات 64/1 والذخيرة 198/1.

(2) المدونة الكبرى 7/1.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة..

(4) الذخيرة 198/1. (5) سبق تخريجه.

(6) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الوضوء. وأبو داود في الطهارة، باب الاستنجاء بالحجارة.

والنسائي في الطهارة، باب الإجتزاء في الاستطابة بالحجارة دون غيرها.

وعند إزالة دم الحيض أو النفاس ودم الاستحاضة يتعين الماء، إذا لم يلزم المرأة كل يوم، فإن لازمها كل يوم ولو مرة، فهو معفو عنه كسلس البول.
ويتعين الماء أيضاً في إزالة المرأة بولها بكرة كانت أو ثيباً، وكذلك الخصي.
كما يتعين فيمن يتشر بوله أو غائطه انتشاراً كثيراً.
كما يتعين في إزالة المذي. ويجب غسل جميع الذكر لقوله ﷺ للسائل عن المذي يصيب الرجل: فلينضح فرجه⁽¹⁾.
والفرج يطلق على جميع الذكر⁽²⁾.
وتجب النية عند غسل الذكر من المذي. وهو المعتمد في المذهب، لأنه أمر تعبدى⁽³⁾.
ولو غسل بعض الذكر بنية فإن الصلاة لا تبطل، مراعاة للخلاف القائل بوجوب غسل بعضه.

وسبب الخلاف: هل الواجب الأخذ بأكثر ما يطلق عليه الاسم، أو الأخذ بأقل ما يطلق عليه الاسم. فمن قال بوجوب الأخذ بالأكثر قال بغسل جميع الذكر. ومن قال بوجوب الأخذ بالأقل، قال بغسل موضع الأذى من الذكر⁽⁴⁾؛ وقياساً على البول⁽⁵⁾.
10 - يكره الاستنجاء من الريح.

11 - ويجوز البول قائماً لما روي أن النبي ﷺ أتى سباطة قوم فبال قائماً⁽⁶⁾.
ولما روي عن عبد الله بن دينار أنه قال: رأيت عبد الله بن عمر يبول قائماً⁽⁷⁾.



الوضوء

تعريفه لغة:

الوضوء مشتق من الوضاء وهي الحسن والنظافة⁽⁸⁾.

تعريفه شرعاً:

هو طهارة مائية، تتعلق بأعضاء مخصوصة، على وجه مخصوص.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من المذي؛ ومسلم في الحيض، باب المذي. عن ابن عباس عن المقداد بن الأسود.

(2) الذخيرة 1/201. (3) الذخيرة 1/201.

(4) بداية المجتهد 1/83. (5) بداية المجتهد 1/83.

(6) أخرجه البخاري في الوضوء، باب البول قائماً وقاعداً. ومسلم في الطهارة، باب المسح على الخفين، عن حذيفة.

(7) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في البول قائماً وغيره.

(8) الذخيرة 1/224.

حكمه:

حكمه الوجوب لكل عبادة لا تصح إلا به. والأدلة:

- أ - الكتاب: قوله الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: 6].
والأمر ههنا للوجوب. ووجوبه معلوم من الدين بالضرورة⁽¹⁾.
- ب - السنة⁽²⁾: قوله ﷺ: «لا تقبل صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ»⁽³⁾.
- ج - الإجماع: فقد أجمعت الأمة على وجوب الوضوء ولا خلاف في ذلك⁽⁴⁾.

فضله:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: من توضأ فأحسن وضوءه، ثم خرج عامداً إلى الصلاة فإنه في صلاة ما دام يعمد إلى الصلاة، فإنه يكتب له بإحدى خطوته حسنة، وتمحى عنه بالأخرى سيئة. فإذا سمع أحدكم الإقامة فلا يسعى، فإن أعظمكم أجراً أبعدكم داراً. قالوا: لم يا أبا هريرة؟ قال: من أجل كثرة الخطي⁽⁵⁾.



شروط الوضوء

للوضوء شروط وجوب فقط، وشروط صحة فقط، وشروط وجوب وصحة معاً.

شروط الوجوب:

- 1 - دخول الوقت: فلا يجب الوضوء ما دام وقت الصلاة لم يدخل.
- 2 - البلوغ: ومعنى البلوغ، قوّة تحدث للمراهق ينتقل بها من حالة الطفولية إلى حالة الرجولية. ولا يجب الوضوء على من لم يحصل به البلوغ، سواء كان أنثى أو ذكراً.
- 3 - القدرة: فلا يجب على العاجز، كالمريض والمصلوب والمكروه والأقطع، إذا لم يجد من يوضئه ولم يمكنه التحيل. ولا يجب على فاقد الماء أصلاً، حسناً أو شرعاً. وسيأتي تفصيل هذا عند ذكر التيمم.
- 4 - حصول ناقص: فلا يجب على المتوضىء - كما سيأتي في تجديد الوضوء، من أنه كان واجباً لكل صلاة، سواء أحدث المتوضىء أو لم يحدث، ثم نسخ ..

(1) المقدمات 45/1. (2) المقدمات 45/1 وبداية المجتهد 7/1.

(3) أخرجه البخاري في الحيل، باب في الصلاة. ومسلم في الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة.

(4) بداية المجتهد 7/1.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الوضوء.

شروط الصحة:

- 1 - الإسلام: فلا يصح الوضوء من كافر، وإن كان واجباً عليه، لأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.
- 2 - عدم الحائل: أي عدم وجود حائل يمنع وصول الماء للبشرة، كشمع، ودهن متجسم على العضو، ومداد الكاتب - ما لم تكن الكتابة له صناعة فيعفى عما يعسر عليه زواله -، ونحو ذلك. أما السمن والزيت الذي يقطع الماء على العضو، فإنه لا يضر، إذا عمّ وتقطع بعد ذلك.
- 3 - عدم المنافي للوضوء: فلا يصح حال خروج الحدث أو مسّ الذكر مثلاً.

شروط الوجوب والصحة معاً:

- 1 - العقل: فلا يجب على مجنون حال جنونه، ولا على مصروع حال صرعه، ولا يصح منهما، وكذلك المغمى عليه، والمعتوه الذي لا يدري أين يتوجه.
- 2 - النقاء من دم الحيض والنفاس: فلا يجب ولا يصح من حائض ولا نفساء.
- 3 - وجود ما يكفي من الماء المطلق: فلا يجب ولا يصح من واجد ماء قليل لا يكفي.

وما أدخل في شرط القدرة من أنه شرط وجوب فقط، فهو العادم للماء أصلاً.

- 4 - عدم النوم والغفلة: فلا يجب على النائم والغافل. ولا يصح منهما لعدم النية، إذ لا نية لنائم أو غافل حال النوم أو الغفلة.
- 5 - بلوغ دعوة النبي ﷺ. هذه الشروط الثلاثة - شروط الوجوب فقط، وشروط الصحة فقط، وشروط الوجوب والصحة معاً - تجري كذلك في الغسل والتيمم سواء بسواء، إلا أن التيمم يبدل فيه الماء المطلق بالصعيد الطاهر، فلا يجب التيمم على فاقد الماء إلا إذا وجد صعيداً طاهراً يتيمم عليه. وفي التيمم يكون دخول الوقت شرط وجوب وصحة معاً.



فرائض الوضوء

تعريف الفرض:

هو ما تتوقف عليه صحة العبادة. والفرض والواجب واللازم كلها بمعنى واحد، إلا في الحج. والواجب في اصطلاح علماء الأصول أنه أحد الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة التي هي الإيجاب، والتحریم، والندب، والكراهة، والإباحة. وهو ما طلب المشرع فعله على سبيل الحتم والإلزام، بحيث يترتب على عدم فعله العقاب، وعلى الإتيان به الثواب.

والفرائض في الوضوء سبعة وهي:

- 1 - النية: وهي قصد الإنسان بقلبه ما يريد به فعله، فهي من باب الإرادات. وتجب النية عند الإبتداء في الوضوء. وصورها:
 - أ - أن ينوي رفع الحدث الأضغر.
 - ب - أو استباحة ما منعه الحدث.
 - ج - أو قصد أداء فرض الوضوء.
- ومحلها القلب. والأولى ترك التلفظ بها. والمقصود من النية هو تمييز العبادات لئلا يفارق العادات. ولا تفسد النية لو قرنها بنية رفع خبث أو تبرد أو تدفؤ أو نظافة.
- كما لا يفسدها لو صاحبها استثناء ما يباح بالوضوء، كأن ينوي استباحة صلاة الظهر لا العصر، أو استباحة الصلاة لا مس القرآن. ويجوز له أن يأتي بالوضوء ما استثناء.

والدليل على وجوب النية:

- أ - قول الله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: 6].
وجه الاستدلال: أن معنى الآية أي إذا أردتم القيام إلى الصلاة وعزمتم، لأن القيام يطلق - في كلام العرب - بمعنى الشروع في الفعل، ولأن الوضوء حال القيام إلى الصلاة لا يمكن، والذي يمكن هو الإرادة والعزم، وهما النية، فدلّ على أن النية في الطهارة واجبة⁽¹⁾.
- ب - قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: 6].
وجه الاستدلال أنه تعالى أمر بالغسل لأجل الصلاة، فإذا كان الغسل لغيرها لم يكن الغاسل آتياً بالمأمور⁽²⁾.
- ج - قول الله تعالى: ﴿وَمَا أُرِيدُ إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مَخْلَصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ [البينة: 5].
وجه الاستدلال أنه تعالى أمر بأن يخلص له دون غيره، وما كان ليس كذلك فغير مأمور به⁽³⁾.
- د - قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽⁴⁾. وجه الاستدلال أن الأعمال معتبرة بالنيات وما لا نية فيه فليس بمعتبر.

(1) أحكام ابن العربي 559/2 والمقدمات 50/1 وأحكام القرطبي 82/6 والمنتقى 49/1 والتحرير والتنوير 128/6.

(2) أحكام ابن العربي 569/2.

(3) الذخيرة 535/1 والمقدمات 50/1 والإشراف 7/1.

(4) أخرجه البخاري في بدء الوحي. ومسلم في الإمارة، باب «إنما الأعمال بالنية». عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

هـ - قوله ﷺ: «الطهور شرط الإيمان»⁽¹⁾.

احتج الإمام المازري بهذا الحديث على افتقار الوضوء إلى نية فقال: «فإنه لو لم يكن من أكد العبادات لم يجعله شرط الإيمان، فإذا أوجب ذلك كونه عبادة افتقر إلى نية»⁽²⁾.

حكمة إيجاب النية:

الحكمة هي تمييز العبادات عن العادات لتمييز ما لله عن ما ليس له، وتمييز العبادات في أنفسها لتمييز مكافأة العبد على فعله ويظهر قدر تعظيمه لربه⁽³⁾.

ولا تجزئ النية غير الجازمة كأن يقول القائل: إن كنت أحدثت فهذا الوضوء لذلك الحدث. ولا يضر ذهاب النية بعد الإتيان بها في أول الوضوء، كما لا يضر إبطالها بعد الفراغ منه، لحصول المقصود منها وهو التمييز حالة الفعل⁽⁴⁾.

أما إذا أبطلها في أثناء الوضوء فإنه يبطل. ومثل الوضوء الغسل. أما الصلاة والصوم فلا يبطلان عند رفض نيتيهما بعد الإنتهاء منهما، ويبطلان بالرفض للنية أثناءهما، وعلى رافض النية أثناء الصوم القضاء والكفارة، وإبطال النية في الحج والعمرة لا يؤدي إلى بطلانها مطلقاً. وأما في التيمم فإنه يبطل ما لم يصل به لضعفه.

2 - غسل الوجه: والدليل على وجوبه:

أ - قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: 6].

والفرض في غسل الوجه مرة واحدة، لأن الأمر في الآية أقل ما يتحقق فعله بمرة واحدة، وهي أقل ما يسمّى به الغاسل غاسلاً لأعضاء الوضوء⁽⁵⁾.

ب - عن ابن عباس أن النبي ﷺ توضأ مرة مرة⁽⁶⁾.

وحذّ الوجه طولاً من منابت شعر الرأس المعتاد إلى منتهى الذقن لمن لا لحية له، وإلى منتهى اللحية لمن له لحية.

ويجب إدخال جزء يسير من الرأس في الغسل، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب مثله⁽⁷⁾. ويخرج الأصلع وهو من انحسر شعر رأسه إلى جهة اليافوخ؛ والأنزع وهو من له بياضان يكتنفان ناصيته؛ فلا يجب عليهما أن ينتهيا في الغسل إلى منابت

(1) أخرجه مسلم في الطهارة، باب فضل الوضوء.

(2) المعلم بفوائد مسلم 1/348.

(3) الذخيرة 1/536.

(4) الذخيرة 1/244.

(5) المنتقى 1/35 وبداية المجتهد 1/13.

(6) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الوضوء مرة مرة. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في الوضوء مرة مرة.

(7) أحكام ابن العربي 2/563.

شعرهما. كما يخرج الأغم وهو من نزل شعر رأسه إلى جهة حاجبيه، فيجب عليه أن يدخل في غسله منازل عن المعتاد.

وحدّ الوجه عرضاً من وتد الأذن إلى الوتد الآخر، فلا يدخل الوتدان، ولا البياض الذي فوقهما، ولا شعر الصدغين. أما البياض الذي تحتها فهو من الوجه. ويجب غسل وترة الأنف وهي الحاجز بين طاقتي الأنف؛ وغسل أسارير الجبهة؛ وغسل ظاهر الشفتين، وهو ما يبدو منهما عند انطباقهما انطباقاً طبيعياً؛ وغسل ما غار مثل الجفن وأثر جرح.

ويجب غسل شعر اللحية والحاجب وإيصال الماء إلى البشرة إذا كان خفيفاً، فإن كان كثيفاً فإنه يكره تخليله في الوضوء. ويجب عندئذٍ تحريكه فقط. ولا يطالب في الوضوء بغسل أسفل اللحية الذي يلي العنق.

ودليل عدم وجوب غسل اللحية الكثيفة:

أ - ما روي عن النبي ﷺ أنه توضأ مرة، فغسل وجهه بغرفة⁽¹⁾. وكان ﷺ كثر اللحية.

ومعلوم أن الغرفة لا تعم الوجه مع تخليل اللحية والبشرة التي تحتها⁽²⁾.

ب - أن الفرض محلّه ظواهر الأعضاء دون البواطن، فإذا كان الشعر كثيفاً انتقل الحكم من الوجه، لأنه أصبح باطناً، إلى الشعر لأنه هو الظاهر⁽³⁾.

ج - القياس على شعر الرأس، فكلاهما شعر يستر البشرة، فلا يجب إيصال الماء إلى ما تحته⁽⁴⁾.

أما الآثار الواردة في تخليل اللحية فقد قال فيها ابن رشد الحفيد: الأكثر على أنها غير صحيحة⁽⁵⁾. والقول بعدم تخليل اللحية الكثيفة هو المشهور في المذهب، وقد خالف بعض الفقهاء المالكيين وقالوا بوجوب تخليلها، ودليلهم⁽⁶⁾:

أ - عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ كان إذا توضأ أخذ كفاً من ماء فأدخله تحت حنكه، فخلل به لحيته، وقال: «هكذا أمرني ربي»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري في الوضوء، باب غسل الوجه باليدين من غرفة واحدة.

(2) الذخيرة 1/250.

(3) المقدمات 1/50 والذخيرة 1/250 والإشراف 8/1.

(4) المنتقى 1/35 والإشراف 8/1.

(5) بداية المجتهد 1/11 وأحكام القرطبي 6/83.

(6) الذخيرة 1/250، وأحكام ابن العربي 2/563 وأحكام القرطبي 2/84.

(7) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب تخليل اللحية.

- ب - عن عثمان بن عفان أَنَّ النبي ﷺ كان يخلل لحيته⁽¹⁾.
- ج - القياس على غسل الجنابة في وجوب تخليلها⁽²⁾.
- 3 - غسل اليدين إلى المرفقين: لقوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: 6].
ويجب في غسل اليدين إدخال المرفقين والدليل على ذلك⁽³⁾:
- أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه توضأ، فغسل وجهه، فأسبغ الوضوء، ثم غسل يده اليمنى حتى أشرع في العضد، ثم يده اليسرى حتى أشرع في العضد... ثم قال: هكذا رأيت رسول الله يتوضأ⁽⁴⁾.
- ب - عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ إذا توضأ أدار الماء على مرفقيه⁽⁵⁾.
- ج - من جهة اللغة وفي ذلك أقوال:
- أن «إلى» بمعنى «مع» مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 2].
أي مع أموالكم. وقوله تعالى: ﴿مَنْ أَضَارِعَ إِلَى اللَّهِ﴾ [الصف: 14]. أي مع الله.
- أو أن «إلى» حدّ، والحدّ إذا كان من جنس المحدود دخل فيه⁽⁶⁾.
- أو أن «إلى» غاية في المتروك، فيكون معنى الآية: فاغسلوا وجوهكم وأيديكم واتركوا من أباطكم إلى المرفقين⁽⁷⁾. هذا على القول بأن الغاية لا تدخل في المغيا.
- أو أن «إلى» تحتل جميع المعاني، فهو مشترك، ويجب عند ذلك أن لا يصار إلى أحد المعاني إلا إذا دلّ الدليل على كونها بمعنى «مع» أو غير ذلك مما يصحّ أن تحمل عليه⁽⁸⁾. والدليل⁽⁹⁾ على حملها بمعنى «مع» حديث أبي هريرة أنه توضأ، فغسل وجهه، فأسبغ الوضوء، ثم غسل يده اليمنى حتى أشرع في العضد، ثم يده اليسرى حتى أشرع في العضد... ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ⁽¹⁰⁾.
- ويجب في غسل اليدين تخليل الأصابع، والدليل⁽¹¹⁾: ما روي عن عاصم بن لقيط بن صبرة عن أبيه قال قال النبي ﷺ: «إذا توضأت فخلل الأصابع»⁽¹²⁾.

(1) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء في تخليل اللحية.

(2) الذخيرة 251/1 وأحكام ابن العربي 563/2.

(3) بداية المجتهد 11/1 والذخيرة 252/1 وأحكام القرطبي 86/6 والإشراف 8/1.

(4) أخرجه مسلم في الطهارة، باب استحباب إطالة الغرّة.

(5) أخرجه البيهقي في الطهارة، باب إدخال المرفقين في الوضوء. وأصله في مسلم في الطهارة، باب خروج الخطايا مع ماء الوضوء.

(6) أحكام ابن العربي 567/2 والتحرير والتنوير 130/6.

(7) الذخيرة 252/1 وأحكام القرطبي 86/6. (8) المتقى 36/1 وبداية المجتهد 11/1.

(9) المتقى 36/1.

(10) سبق تخريجه.

(11) المتقى 37/1.

(12) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب في تخليل الأصابع.

ويجب متابعة تكاميش الأنامل. ولا يحرك الخاتم إذا كان مأذوناً فيه، لرجل أو امرأة، ولو كان ضيقاً لا ينفذ الماء تحته. وأما ما روي في البخاري عن ابن سيرين أنه كان يغسل موضع الخاتم إذا توضعاً. فقد قال فيه ابن رشد الجذ: «وذلك من الإعتداء المنهي عنه ومن الغلو في الدين»⁽¹⁾.

والخاتم غير المأذون فيه شرعاً كالذهب للرجل أو المتعدد، فلا بدّ من نزعه إذا لم يكن واسعاً، وإلا يكفي تحريكه. ووجه طلب نزعه أو تحريكه أنه حرام، والحرمة تنافي الرخصة⁽²⁾. ولا فرق بين الخاتم المحرم والمكروه في الوضوء.

4 - مسح الرأس: يجب مسح الرأس لقول الله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾

[المائدة: 6].

وحدّ المسح من منابت الشعر المعتاد من الأمام، إلى نقرة القفا. ويدخل في المسح شعر الصدغين مما فوق العظم النائي في الوجه. فلا يجزىء الإكتفاء بمسح الناصية، كما هو قول أبي حنيفة. ولا يجزىء المسح على العمامة كما هو قول أحمد بن حنبل.

والدليل على وجوب الاستيعاب في المسح:

أ - أنّ لفظ «الرأس» يقع حقيقة على جميعه دون بعضه. وقد أمر الله تعالى بمسح

ما يتناوله الاسم، فيجب مسح جميع الرأس⁽³⁾.

ب - روى مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال لعبد الله بن

زيد ابن عاصم وكان من أصحاب رسول الله ﷺ: هل تستطيع أن تريني كيف كان رسول الله يتوضأ؟ فقال عبد الله بن زيد بن عاصم: نعم. فدعا بوضوء، فأفرغ على يده فغسل يديه مرتين مرتين، ثم تمضمض واستنثر ثلاثاً، ثم غسل وجهه ثلاثاً، ثم غسل يديه مرتين مرتين إلى المرفقين، ثم مسح رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر، بدأ بمقدّم رأسه، ثم ذهب بهما إلى قفاه، ثم ردهما حتى رجع إلى المكان الذي بدأ منه ثم غسل رجليه⁽⁴⁾.

وكل من وصف وضوء رسول الله ذكر أنه مسح رأسه كله، وفعل النبي ﷺ رافع

لكل خلاف⁽⁵⁾.

أما الحديث عن المغيرة بن شعبة قال: توضأ رسول الله ﷺ فمسح بناصرته وعلى

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 16. (2) الذخيرة 1/254.

(3) المتقى 1/38 والإشراف 1/9.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب العمل في الوضوء؛ والبخاري في الوضوء، باب مسح الرأس كله؛ ومسلم في الطهارة، باب في وضوء النبي ﷺ.

(5) أحكام ابن العربي 2/571 وعارضة الأحوذى 1/51.

العمامة وعلى الخفين⁽¹⁾. فقالوا فيه: - إما أنه أجرى العمامة مجرى الحائل من جبيرة أو خف ونقل الفرض إليها⁽²⁾، وهذا ردّ على الإمام أحمد. كما أنه لم يكتف بالناصية إذ لو لم يكن مسح جميع الرأس واجباً لما مسح على العمامة⁽³⁾، وهذا ردّ على الإمام أبي حنيفة. قال الإمام المازري في ردّه على الإمامين: «ويعارض قول كل واحد منهما بقول صاحبه، ويجعل الحديث حجة عليهما جميعاً. فنقول لأبي حنيفة: إن كان الوجوب يختص بالناصية فلم مسح على العمامة؟ ونقول لابن حنبل: إن كان المسح على العمامة جائزاً فلم يشر بالناصية بالمسح⁽⁴⁾»؟.

- أو أن هذا الخبر حكاية حال، يحتمل أن يكون لعذر فلم يمكنه كشف رأسه، فأمر على العمامة، فظن الراوي أنه قصد مسح العمامة⁽⁵⁾. وقد كان هذا الفعل من رسول الله ﷺ في السفر، وهو مظنة الأعدار⁽⁶⁾. قال الإمام المازري: «وأحسن ما حمل عليه أصحابنا حديث المسح على العمامة أنه ﷺ لعله كان به مرض منعه كشف رأسه، فصارت العمامة كالجبيرة التي يمسح عليها للضرورة⁽⁷⁾».

- أو أن الحديث معلول، ففي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية⁽⁸⁾.

- أو أنه يحتمل أن يكون فعل ذلك لعذر أو مجدداً للوضوء من غير حدث⁽⁹⁾.

ج - أن الباء ليست للتبويض فهي إما للتعدية، فإن فعل المسح يتعدى إلى مفعولين، أحدهما بنفسه، والثاني بالباء، مثل قول القائل: مسحت يدي بالمنديل، فالمنديل هو المزيل عن اليد، والرطوبة في الوضوء إنما هي في اليد، فتزال عنها بالرأس، فيكون معنى الآية فامسحوا أيديكم برؤوسكم⁽¹⁰⁾. أو أنها للمصاحبة كقوله تعالى: ﴿تَبَّتْ بِالذُّهْنِ﴾ [المؤمنون: 20]. أو أنها للتأكيد، فإن كل حرف يزداد في كلام العرب فهو للتأكيد، ويقام مقام إعادة الجملة مرّة أخرى. والتأكيد أرجح من القول بالتبويض، فإنه مجمع عليه، والتبويض منكر عند أئمة العربية، وحمل كتاب الله تبارك وتعالى على المجمع عليه أولى من المختلف فيه، فضلاً عن المنكر⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه مسلم في الطهارة، باب المسح على الخفين ومقدم الرأس.

(2) أحكام ابن العربي 2/ 571.

(3) الذخيرة 1/ 255 وأحكام القرطبي 6/ 88 ومفتاح الوصول ص 49.

(4) المعلم بفوائد مسلم 1/ 355. (5) أحكام ابن العربي 2/ 571.

(6) أحكام القرطبي 6/ 88. (7) المعلم 1/ 356.

(8) بداية المجتهد 1/ 14. (9) المقدمات ص 52.

(10) الذخيرة 1/ 256 وأحكام ابن العربي 2/ 571.

(11) الذخيرة 1/ 256 ومفتاح الوصول ص 70.

د - القياس على الوجه في التيمم في قوله تعالى: ﴿فَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ﴾، إذ لما لم يجز الاقتصار في التيمم على بعض الوجه دون بعض، لم يجز كذلك في مسح الرأس. والقياس أيضاً في صورة ما لو لم يجب الكل لوجب البعض، ولو وجب البعض لوجب البعض الآخر قياساً عليه⁽¹⁾.

ويجب مسح ما استرخى من الشعر ولو طال جداً. ولا يلزم الماسح ذكراً كان أو أنثى نقض المصفور، إذا كان الضفر بخيطين ولم يشتد، فإن اشتد أو كان مصفوراً بأكثر من خيطين وجب نقضه وحله. وأما إذا كان مصفوراً بنفسه دون خيوط فلا ينقض ولو اشتد.

ويجب في ردّ المسح إدخال اليد تحت الشعر المستطيل، إذ لا يحصل التعميم إلا به. والواجب في المسح مرّة واحدة دون تكرير. والدليل حديث عبد الله بن زيد المتقدم. وقد علل الإمام المازري عدم طلب التكرير في مسح الرأس بأن المسح تخفيف والتكرير تثقيل، ويتنافى الجمع بين التخفيف والتثقيل⁽²⁾.

ومن مسح رأسه ثم حلّقه لا يجب عليه إعادة المسح والدليل: أن الصحابة كانوا يحلقون بمنى ثم ينزلون لطواف الإفاضة، ولم ينقل عن أحد منهم إعادة مسح رأسه⁽³⁾.

وكذا من أزال لحيته بعد الوضوء، فلا إعادة عليه، ولو كانت كثيفة. ويحرم على الرجل إزالتها.

5 - غسل الرجلين: يجب غسل الرجلين لقوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: 6]. ويجب إدخال الكعبين في الغسل، وهما العظامان البارزان أسفل الساق المحاذيان للعقب. كما يجب تعهد ما تحتهما كالعرقوب، والأخص، وهو باطن القدم. والدليل على الوجوب⁽⁴⁾:

أ - عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: ويل للأعقاب من النار⁽⁵⁾.

ب - وروي أن رسول الله ﷺ قال: ويل للأعقاب وبطون الأقدام من النار⁽⁶⁾.

ويندب تخليل الأصابع ابتداءً بخنصر اليمنى إلى إبهامها، وبإبهام اليسرى إلى خنصرها، وهو مشهور المذهب.

(2) المعلم بفوائد مسلم 349/1.

(1) الذخيرة 1/256 والإشراف 9/1.

(4) أحكام القرطبي 97/6.

(3) الذخيرة 1/259.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب العمل في الوضوء. ومسلم في الطهارة، باب وجوب غسل الرجلين بكاملهما.

(6) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء ويل للأعقاب من النار.

- وقيل إنَّ التخليل في أصابع الرجلين واجب، ودليل هذا القول⁽¹⁾ :
 أ - عن لقيط بن صبرة قال قال النبي ﷺ : « إذا توضأت فخلل الأصابع »⁽²⁾ .
 ب - عن المستورد بن شداد الفهري قال : رأيت النبي ﷺ إذا توضأ يخلل أصابع
 رجله بخنصره⁽³⁾ .
 ج - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ : « خللوا بين أصابعكم ، لا يخللها الله عز
 وجل يوم القيامة في النار »⁽⁴⁾ .
 ووجه عدم الوجوب - أي وجه الندب - المشقة التي تحصل من ذلك ، لأن تخليلها
 بالماء يقرح باطنها ، وليس على الناس في الدين من حرج في أقل من ذلك ، فكيف في
 تخليل تتقرح به الأقدام⁽⁵⁾ . والأحاديث الواردة فإنها تحمل على الاستحباب⁽⁶⁾ في أصابع
 الرجلين ، لأنها ملتصقة لا يظهر ما بينها⁽⁷⁾ . ولا يجزئ مسح الرجلين بالماء والدليل :
 أ - قوله تعالى : ﴿ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ﴾ - بنصب اللام - وهي قراءة نافع وابن
 عامر والكسائي عن عاصم وأبي جعفر ويعقوب⁽⁸⁾ ، فهي معطوفة على اليدين⁽⁹⁾ . ويكون
 قوله : ﴿ وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ ﴾ جملة اعتراضية فائدتها الإشارة إلى الترتيب بين الأعضاء ، لا
 ليشترك الرجلان معها في صفة التطهير⁽¹⁰⁾ . فيكون التقدير : فاغسلوا وجوهكم وأيديكم
 إلى المرافق وأرجلكم إلى الكعبين وامسحوا برؤوسكم . ولما كان الرأس مفعولاً قبل
 الرجلين قدم عليهما في التلاوة⁽¹¹⁾ .
 ب - عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال : تخلف عنا النبي ﷺ في سفر سافرناه ، فأدركنا
 وقد حضرت صلاة العصر ، فجعلنا نمسح على أرجلنا فنأدى : ويل للأعقاب من النار⁽¹²⁾ .
 ج - أنه لم يصح عن رسول الله ﷺ أنه مسح رجله إلا وعليهما خفان⁽¹³⁾ . بل إنه
 نقل عنه أنه كان يغسل رجله في وضوئه مرّة واثنين وثلاثاً ، وكذلك نقل عن
 الصحابة⁽¹⁴⁾ .

- (1) المنتقى 37/1 وأحكام ابن العربي 580/2 وأحكام القرطبي 99/1 .
 (2) أخرجه الترمذي في الطهارة ، باب في تخليل الأصابع . والنسائي في الطهارة ، باب الأمر بتخليل الأصابع .
 (3) أخرجه الترمذي في الطهارة ، باب في تخليل الأصابع . وأبو داود في الطهارة ، باب غسل الرجلين .
 (4) أخرجه الدارقطني في الطهارة ، باب وجوب غسل القدمين والعقبين .
 (5) أحكام ابن العربي 580/2 . (6) عارضة الأحوذى 57/1 .
 (7) المنتقى 37/1 . (8) التحزير والتنوير 130/6 .
 (9) البيان والتحصيل م 1 ورقة 23 والإشراف 10/1 .
 (10) التحزير والتنوير 130/6 . (11) أحكام القرطبي 92/6 .
 (12) أخرجه البخاري في الوضوء باب غسل الرجلين ، ومسلم في الطهارة ، باب وجوب غسل الرجلين .
 (13) أحكام القرطبي 92/6 .
 (14) الإشراف 10/1 وأحكام القرطبي 92/6 ومفتاح الوصول ص 52 .

د - قال العلامة الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور معللاً بحكم الغسل: «إن حكمة الوضوء - وهي النقاء والوضاءة والتنظيف والتأهب لمناجاة الله تعالى - تقتضي أن يبالغ في غسل ما هو أشدّ تعرّضاً للوسخ، فإنّ الأرجل تلاقي غبار الطرقات، وتفرز الفضلات بكثرة حركة المشي، ولذلك كان النبي ﷺ يأمر بمبالغة الغسل فيها، وقد نادى بأعلى صوته للذي لم يحسن غسل رجليه: ويل للأعقاب من النار»⁽¹⁾.

هـ - وعلى هذا يكون الأمر في الآية محمولاً على الغسل، ولا يجوز المسح لأن الأمر بالشيء نهى عن ضده⁽²⁾.

أما رواية الجزّ «وأرجلكم». وقد قرأ بها ابن كثير وأبو عمرو وحمزة وأبو بكر عن عاصم وخلف⁽³⁾، قد اختلفت الأفهام نحوها إلى أربعة أقوال هي:

الأول: أن تحمل رواية الجزّ على المسح حالة لبس الخف، وبذلك تكون القراءتان لحالتين مختلفتين؛ قراءة النصب لحالة القدم المجردة، وقراءة الجزّ لحالة القدم المستترة. وأصحاب هذا الرأي أبو بكر بن العربي⁽⁴⁾ والمازري⁽⁵⁾. وبناء على هذا تعتبر رواية الجزّ مقيدة لرواية النصب⁽⁶⁾.

الثاني: أنها معطوفة على اليدين، وإنما خفضت للجوار⁽⁷⁾، وهو كثير سائغ في القرآن وفي كلام العرب⁽⁸⁾، فيكون العطف عطفاً على اللفظ لا على المعنى⁽⁹⁾.

الثالث: أنها معطوفة على الرأس ومعناه: اشتراك الرجلين معه في نفس الحكم، وهو المسح، إلا أن هذا الحكم منسوخ بالسنة التي أوجبت الغسل، وذلك بقوله ﷺ: ويل للأعقاب من النار⁽¹⁰⁾. قال صاحب التحرير والتنوير: «وهذا أحسن تأويل لهذه القراءة»⁽¹¹⁾.

الرابع: أن لفظ المسح مشترك، يطلق بمعنى المسح كما يطلق بمعنى الغسل⁽¹²⁾، فبين رسول الله ﷺ أن مراد الله تعالى في قوله: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ إمرار اليد على الرأس دون نقل الماء إليه؛ وأن مراده في قوله: ﴿وَأَرْجُلِكُمْ﴾ إمرار اليد على الرجلين مع نقل الماء إليهما⁽¹³⁾.

-
- (1) التحرير والتنوير 6/130.
(2) المتقى 40/1.
(3) التحرير والتنوير 6/130.
(4) أحكام ابن العربي 2/578 وعارضة الأحوذى 1/59.
(5) الذخيرة 1/266.
(6) أحكام القرطبي 6/93.
(7) البيان والتحصيل 1م ورقة 23 والمتقى 40/1. (8) المتقى 40/1.
(9) بداية المجتهد 1/15 وعارضة الأحوذى 1/58.
(10) البيان والتحصيل 1م ورقة 23. (11) التحرير والتنوير 6/131.
(12) البيان والتحصيل 1م ورقة 23 وأحكام القرطبي 6/12.
(13) البيان والتحصيل 1م ورقة 23.

أما ما نقل عن بعض الصحابة قولهم بالمسح، فذلك مؤول بأنهم لم يعلموا بوعيد النبي ﷺ على ترك إيعابهما⁽¹⁾.

ولابن رشد الحفيد نظر في الاستدلال بالحديث الذي رواه مسلم: عن عبد الله بن عمرو أنه قال: «فجعلنا نمسح على أرجلنا فنأدى ويل للأعقاب من النار» فهو لا يرى الحديث دليلاً على منع المسح فقد قال: «وهذا الأثر وإن كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به في منع المسح، فهو أذل على جوازه منه على منعه، لأن الوعيد إنما تعلق فيه بترك التعميم، لا بنوع الطهارة، بل سكت عن نوعها، وذلك دليل على جوازها»⁽²⁾.

ويورد دليلاً عقلياً يمنع به المسح ويدعم به الغسل، وهو يتفق مع ما ذكرناه عن الشيخ الطاهر ابن عاشور من قبل. لكن نورد قول ابن رشد الحفيد هنا استقلالاً فقد قال: «ولكن من طريق المعنى فالغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح، كما أن المسح أشد مناسبة للرأس من الغسل، إذ كانت القدمان لا يتقى دنسهما غالباً إلا بالغسل، ويتقى دنس الرأس بالمسح، وذلك أيضاً غالب»⁽³⁾.

6 - الدلك: يجب الدلك في الوضوء، وهو إمرار اليد على العضو، لأن الدلك داخل في مسمى الغسل، وإلا كان مجرد إفاضة للماء أو غمس فيه. قال صاحب الإشراف: «والغسل في اللغة يظهر صفة زائدة على إيصال الماء إلى المحل، وليس ذلك إلا إمرار اليد. ولأنهم يفرقون بينه وبين الاغتماس، فيقال اغتسل واغتمس... فدل على اختلاف حكميهما»⁽⁴⁾. والدلك في الوضوء يكون بباطن الكف، فلا يكفي بظاهر اليد، ولا يكفي ذلك الرجل بالأخرى ولا الدلك بظاهر اليد. وأما اقتران الدلك مع صب الماء فلا يلزم.

فيمكن أن يكون الدلك بعد صب الماء على العضو بشرط قبل أن يجف. ويندب في الدلك أن يكون خفيفاً ومرّة واحدة، ويكره التشدد والتكرار لما فيه من التعمق في الدين المؤذي للوسوسة.

7 - الموالاة: تجب الموالاة بين أعضاء الوضوء، وذلك بأن لا يقع تراخ بينها. وليس المراد بالموالاة الفور الذي يسبب العجلة. والدليل على وجوب الموالاة:

أ - قوله تعالى: ﴿فَأَغْسِلُوا﴾ وهي صيغة أمر، والأمر يدل على الفور⁽⁵⁾.

ب - الوضوء عبادة يبطله الحدث الأصغر - كالصلاة والطواف - فيشترط في صحته الموالاة⁽⁶⁾. أي القياس دليل على ذلك.

(2) بداية المجتهد 16/1.

(4) الإشراف 12/1.

(6) المتقى 76/1.

(1) أحكام ابن العربي 578/2.

(3) بداية المجتهد 16/1.

(5) الذخيرة 267/1.

ومحلّ وجوب الموالاة إذا كان ذاكراً لها وقادراً عليها. أما إذا كان ناسياً أو عاجزاً فتسقط والدليل⁽¹⁾:

أ - عن المغيرة بن شعبه أن رسول الله ﷺ ذهب لحاجته في غزوة تبوك قال: فذهبت معه بماء، ف جاء رسول الله فسكبت عليه الماء، فغسل وجهه، ثم ذهب يخرج يديه من كمي جبته فلم يستطع من ضيق كمي الجبة، فأخرجهما من تحت الجبة، فغسل يديه، ومسح برأسه، ومسح على الخفين⁽²⁾.

وجه الاستدلال أن في فعل الرسول ﷺ تفريقاً ينافي الموالاة⁽³⁾، لكن اغتفر بسبب العجز عنها.

ب - قوله ﷺ إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان⁽⁴⁾.

فإن فرّق المتوضىء بين الأعضاء اختياراً مع القدرة عليها، بطل ما فعله من الوضوء، وأعاد بالنية. وإن فرّق ناسياً كونه في وضوء، فإنه يبني على ما فعل، طال الزمن أو لم يطل، مع تجديد نية الوضوء بنية إتمامه. وإن فرق عاجزاً ولم يكن مفراطاً في أسباب العجز، كما لو أعد ماء كافياً فأهريق منه، أو أكره على عدم الإتمام، فإنه يبني دون تجديد النية، طال الزمن أو لم يطل. وإن كان مفراطاً، كما لو أعد ماء غير كاف، فإنه يبني على ما فعل ما لم يطل الفصل، فإن طال ابتداء وضوءه وجوباً لعدم الموالاة. والطول يقدر بجفاف العضو الأخير في الزمن المعتدل، وفي المكان المعتدل، بأن لا يكون القطر حاراً ولا بارداً، وفي العضو المعتدل، بأن لا يكون عضو شاب ولا شيخ كبير.



سنن الوضوء

السنة تدخل تحت قسم المندوب من أقسام الحكم الشرعي التكليفي. والمندوب هو ما طلب المشرع فعله من الملّكف طلباً غير محتّم ولا ملزم. وهو درجات، ومن درجاته السنة المؤكّدة أو سنة الهدى، وهي الأفعال المكّملة للواجبات الدينية، والتي واطب عليها الرسول ﷺ ولم يتركها إلا مرة أو مرتين، ليدلّ على عدم وجوبها. وحكم السنة أن فعلها مطلوب على جهة التأكيد، بحيث يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها، بل يستحق اللوم والعتاب.

(1) بداية المجتهد 17/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في المسح على الخفين. والبخاري في المغازي، باب حدثنا يحيى بن بكير. ومسلم في الصلاة، باب تقديم الجماعة من يصلّي بهم إذا تأخر الإمام.

(3) الذخيرة 268/1.

(4) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.

وسنن الوضوء هي:

1 - غسل اليدين إلى الكوعين قبل إدخالهما في الإناء:

يسنّ غسل اليدين إلى الكوعين في أول الوضوء، قبل إدخالهما في الإناء.

والدليل:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها في وضوئه، فإنّ أحدكم لا يدري أين باتت يده»⁽¹⁾.

ب - عن عبد الله بن زيد بن عاصم أنّه طلب منه أن يريهم كيف كان رسول الله ﷺ يتوضأ فدعا بوضوء فأفرغ على يده، فغسل يديه مرتين مرتين، ثم تمضمض واستنثر ثلاثاً، ثم غسل وجهه ثلاثاً، ثم غسل يديه مرتين مرتين إلى المرفقين، ثم مسح رأسه بيديه، فأقبل بهما وأدبر، بدأ بمقدم رأسه ثم ذهب بهما إلى قفاه، ثم ردهما حتى رجع إلى المكان الذي بدأ منه، ثم غسل رجليه⁽²⁾.

ووجه حمل الحديث الأول على السنة لا على الوجوب، أنّه تعلقت به قرائن

صرفته عن الوجوب. وهي:

أ - وجود تعارض بين آية الوضوء والحديث، فظاهر الآية حصر الفرائض في المذكور، وللجمع بين الآية والحديث يحمل الحديث على الندب، ويُخرج عن ظاهره الذي هو الوجوب⁽³⁾. ولما كان رسول الله ﷺ قد ثابر على غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء حمل فعله على السنة⁽⁴⁾.

ب - أنّ الرسول ﷺ قد علّل الحكم بأمر يقتضي الشك، والشك لا يقتضي الوجوب استصحاباً لأصل الطهارة⁽⁵⁾.

والقول بالسنة هو مشهور المذهب. وقيل إنّه مستحبّ ودليل هذا القول:

- هو دليل الخطاب، وذلك أنه ﷺ لما علل الأمر بالغسل بالشك، دلّ على أنها

لا تغسل إذا تيقنت الطهارة⁽⁶⁾.

واختلف هل الأمر بالغسل معقول المعنى أو غير معقول المعنى؟

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب وضوء الثائم إذا قام إلى الصلاة. والبخاري في الوضوء، باب الاستجمار وترا. ومسلم في الطهارة باب كراهة غمس المتوضئ وغيره يده المشكوك في نجاستها في الإناء.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب العمل في الوضوء. والبخاري في الوضوء، باب مسح الرأس كله. ومسلم في الطهارة، باب في وضوء النبي ﷺ.

(3) بداية المجتهد 9/1. (4) بداية المجتهد 9/1.

(5) المنتقى 48/1 وشرح الزرقاني على الموطأ 47/1.

(6) البيان والتحصيل م 1 ورقة 21.

فمن قال إنه أمر تعبدى غير معقول المعنى، دليله تحديد الغسل بالعدد، فلو كان الأمر للنجاسة لما كان للعدد معنى، إذ تحصل إزالة النجاسة في مرة واحدة⁽¹⁾.

ومن قال إنه معقول المعنى اعتبر المعنى، وهو إزالة النجاسة، وحمل التحديد بالعدد على المبالغة⁽²⁾، ودليله قوله في الحديث: فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده⁽³⁾.

ويتوقف الإتيان بالسنة على غسلهما قبل إدخالهما. فمن غسلهما في الإناء لم يكن آتياً بالسنة. وهذا الحكم مشروط بشروط ثلاثة:

أ - أن يكون الماء قليلاً كآنية.

ب - أن يمكن الإفراغ من الإناء.

ج - أن يكون الماء غير جار.

فإن كان الماء كثيراً، أو جارياً، أو لم يمكن الإفراغ، منه كالحوض الصغير؛ جاز إدخالهما فيه إن كانتا نظيفتين، أو غير نظيفتين، لكن لا يتغير الماء بإدخالهما. فإن كان الماء يتغير بإدخالهما تحيل المتوضىء على غسلهما خارجه إن أمكن، وإن لم يمكن تركه وتيمم إن لم يجد غيره. ثم إذا توضأ أعاد الصلاة في الوقت مراعاة للخلاف⁽⁴⁾.

ويندب التفريق في غسل اليدين بأن يغسل كل يد على حدة والدليل:

- حديث الموطأ عن عبد الله بن زيد بن عاصم المتقدم ذكره. ومحل الاستدلال منه أنه قال: فغسلهما مرتين مرتين. وهذا يقتضي أفراد كل يد بالغسل مرتين، ولو غسلهما جميعاً لقال فغسل يديه مرتين⁽⁵⁾.

2 - المضمضة:

وهي إدخال الماء في الفم وخضخضته ثم طرحه. فلا يجزىء خضخضته ثم شربه، ولا طرحه دون تحريك. والدليل حديث الموطأ عن عبد الله بن زيد بن عاصم السابق ذكره. ودليل عدم وجوبها:

أ - معارضة الحديث لآية الوضوء القاضية بحصر الفرائض في المذكور فيها. وللخروج من هذه المعارضة حمل الحديث على الندب⁽⁶⁾.

ب - أن الفم من حكم الباطن⁽⁷⁾.

(1) المتفق 34/1 - 35 والمعلم بفوائد مسلم 359/1.

(2) حاشية الصاوي 46/1. (3) المعلم 359/1.

(4) البيان والتحصيل 1م ورقة 11. (5) المتفق 34/1.

(6) بداية المجتهد 10/1 والذخيرة 272/1.

(7) المتفق 35/1 وعارضة الأحوذى 46/1، والإشراف 7/1.

3 - الاستنشاق والاستنثار:

الاستنشاق إدخال الماء في الأنف وجذبه بالنفس إلى داخله، والاستنثار دفع الماء بالنفس مع وضع الإصبعين، السبابة والإبهام من اليد اليسرى، على الأنف، لأن ذلك من تمام السنة. ودليل هذا: الحديث المتقدم عن عبد الله بن زيد بن عاصم. وما رَوَى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا توضع أحدهم فليجعل في أنفه ماء، ثم لينثره. ومن استجمر فليوتر»⁽¹⁾.

وعنه أيضاً أن رسول الله ﷺ قال: «من توضع فليستثر ومن استجمر فليوتر»⁽²⁾.

ودليل عدم فرضيتهما ما ذكر في المضمضة.

والدليل⁽³⁾ على أن الاستنثار يكون باليد اليسرى، ما روي أن علياً دعا بوضوء، فتمضمض، واستنشق، ونثر بيده اليسرى، ففعل هذا ثلاث مرّات، ثم قال: هذا ظهور نبي الله ﷺ⁽⁴⁾.

4 - ردّ مسح الرأس:

يسنّ ردّ مسح الرأس إلى حيث بدأ، فيردّ من المؤخر إلى المقدم أو عكسه. ويشترط في ردّ المسح أن يبقى بلل من أثر مسح الرأس، فإن لم يبق أثر من ذلك سقطت سنة الردّ. ويكره تجديد الماء له. ولا فرق في الردّ بين الشعر الطويل والقصير. ودليل ردّ المسح في الرأس، حديث عبد الله بن زيد بن عاصم المتقدم من رواية الموطأ.

5 - مسح الأذنين:

يسنّ مسح ظاهر الأذنين وباطنهما، مع مسح الصماخين، أي الثقبين. والدليل على مشروعيتها مسحهما⁽⁵⁾:

أ - عن الربيع بنت عفرأ أنها رأت النبي ﷺ يتوضأ قالت: مسح رأسه، ومسح ما أقبل منه وما أدبر، وصدغيه، وأذنيه مرّة واحدة⁽⁶⁾.

ب - عن ابن عباس أن النبي ﷺ مسح برأسه، وأذنيه، ظاهرهما وباطنهما⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب العمل في الوضوء. والبخاري في الوضوء، باب الاستنثار في الوضوء. ومسلم في الطهارة، باب الإيتار في الاستنثار والاستجمار.

(2) التخرّيج السابق. (3) الذخيرة 1/274.

(4) أخرجه النسائي في الطهارة، باب بأيّ اليدين يستثر.

(5) الذخيرة 1/261.

(6) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء أن مسح الرأس مرّة وأبو داود في الطهارة، باب صفة وضوء النبي ﷺ.

(7) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء في مسح الأذنين. والنسائي في الطهارة، باب صفة الوضوء.

والدليل على عدم وجوب مسحهما، ما سبق ذكره من التعارض الذي يحصل إن حملت الآثار النبوية على الوجوب⁽¹⁾.

6 - تجديد الماء لهما:

يسن تجديد الماء لهما، لا أن يمسحا بماء الرأس، لأنهما ليسا من الرأس. وقد قيل إن الأذنين من الرأس، ومسحهما واجب، وإنما يسن تجديد الماء لهما. ودليل هذا القول:

أ - عن عبد الله الصنابحي: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا توضأ العبد المؤمن فتمضمض خرجت الخطايا من فيه؛ وإذا استنثر خرجت الخطايا من أنفه؛ فإذا غسل وجهه خرجت الخطايا من وجهه، حتى تخرج من تحت أشعار عينيه؛ فإذا غسل يديه خرجت الخطايا من يديه، حتى تخرج من تحت أظفار يديه، فإذا مسح برأسه خرجت الخطايا من رأسه، حتى تخرج من أذنيه؛ فإذا غسل رجليه خرجت الخطايا من رجليه، حتى تخرج من تحت أظفار رجليه. قال: ثم كان مشيه إلى المسجد وصلاته نافلة»⁽²⁾.

وجه الاستدلال أنه أضاف الأذنين إلى الرأس كما أضاف العينين إلى الوجه⁽³⁾.

ب - عن شهر بن حوشب عن أبي أمامة قال: توضأ النبي ﷺ فغسل وجهه ثلاثاً، ويديه ثلاثاً، ومسح رأسه، وقال: الأذنان من الرأس. رواه الترمذي وقال: هذا حديث ليس إسناده بذلك القائم⁽⁴⁾. وقد ردّ على هذا القول:

أ - أنهما مباينان للرأس حقيقة وحكماً، فأما حقيقة فبالمشاهدة، فإنهما غضاريف منفردة عن الرأس بحاجز خال من الشعر؛ وأما حكماً فلا خلاف أن مسحهما يقع بعد مسح الرأس؛ والمحرم لا يؤمر بحلق شعرهما، وجنابتهما منفردة بأرأسها⁽⁵⁾.

ب - الإجماع على أن مسحهما لا يجزئ عن الرأس، مع أن بعض العلماء مع القول بأن مسح بعض الرأس يجزئ عن كله⁽⁶⁾.

ج - أن حديث أبي أمامة قد رواه شهر بن حوشب وقد تكلم فيه⁽⁷⁾.

(1) بداية المجتهد 14/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الوضوء. والنسائي في الطهارة، باب مسح الأذنين مع الرأس. وابن ماجه في الطهارة، باب ثواب الطهور.

(3) البيان والتحصيل 1م ورقة 21 والذخيرة 1/261 والإشراف 10/1.

(4) الترمذي في الطهارة، باب ما جاء إن الأذنين من الرأس. وأخرجه أيضاً أبو داود في الطهارة، باب صفة وضوء النبي ﷺ.

(5) الذخيرة 1/262.

(6) الذخيرة 1/262.

(7) الذخيرة 1/262.

7 - ترتيب الفرائض:

يسنّ ترتيب الفرائض الأربعة، بأن يقدّم الوجه على اليدين، واليدان على الرأس، والرأس على الرجلين. والدليل على سنية الترتيب وعدم وجوبه⁽¹⁾:

أ - أن الله تعالى عدل عن الحروف التي تفيد الترتيب وهي «الفاء» و«ثم» إلى حرف «الواو» الذي يفيد الجمع فقط دون الترتيب⁽²⁾.

ب - عن علي عليه السلام أنه قال: ما أبالي إذا أتممت وضوئي، بأي أعضائي بدأت⁽³⁾.

ج - وعن عبد الله أنه قال: لا بأس بالبداية بالرجلين قبل اليدين⁽⁴⁾. وصحبة علي وعبد الله طوال عمرهما، يعتبر قولهما نقلاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم، فلولا اطلاعهما على عدم الوجوب لما قايا ذلك⁽⁵⁾. وإذا نكس المتوضئ بأن قدم فرضاً على موضعه المشروع له، ففي ذلك تفصيل:

إن طال الزمن ما بين الإنتهاء من الوضوء وتذكره، طولاً مقدراً بجفاف العضو الأخير، في زمان معتدل ومكان معتدل، فإن المتوضئ يعيد المنكس استئناً وحده مرة، ولا يعيد ما بعده، وذلك إن نكس سهواً، أما إن نكس عمداً أو جهلاً فيعيد الوضوء ندباً.

وإن لم يطل الزمن، فعل المنكس مرة فقط، مع تابعه المشروع، ولا فرق بين السهو والعمد والجهل.

ومثال على ما تقدم: من بدأ بغسل ذراعيه، ثم غسل وجهه، فأسه، فرجليه، فإن تذكر بالقرب أعاد الذراعين مرة، ومسح رأسه، وغسل رجليه مرة، سواء نكس سهواً أو عمداً. وإن تذكر بعد طول أعاد الذراعين فقط مرة، إن نكس سهواً، أما إن نكس عمداً أو جهلاً استأنف الوضوء ندباً.



مستحبات الوضوء

المستحب يدخل في قسم المندوب، أحد أقسام الحكم الشرعي التكليفي. والمندوب هو ما طلب المشرع فعله من المكلف، طلباً غير محتم ولا ملزم. وهو

- (1) الذخيرة 276/1 والمدونة الكبرى 15/1.
- (2) الذخيرة 276/1 والمتقى 47/1 وبداية المجتهد 16/1.
- (3) أخرجه البيهقي في الطهارة، باب الرخصة في البداء باليسار. والدارقطني في الطهارة، باب ما روي في جواز تقديم غسل اليد اليسرى على اليمنى.
- (4) أخرجه البيهقي في الطهارة، باب الرخصة في البداء باليسار. والدارقطني في الطهارة، باب ما روي في جواز تقديم غسل اليد اليسرى على اليمنى.
- (5) الذخيرة 276/1.

درجات، ومن درجاته السنّة المؤكدة والمستحبّ. وقد تقدّم تعريف السنّة في سنن الوضوء. وأما المستحبّ فهو ما فعله النبي ﷺ أحياناً دون مواظبة على فعله. وحكمه الثواب على الإتيان به، وعدم العقاب على تركه، كما لا يذمّ تاركه ولا يلام، لأنّ فعله جعل للزيادة في الثواب.

ومستحبات الوضوء هي:

- 1 - المكان الطاهر.
- 2 - استقبال القبلة إن أمكن بغير مشقة.
- 3 - التسمية بأن يقول عند غسل اليدين إلى الكوعين: بسم الله.
- 4 - تقليل الماء المستعمل على العضو وإن كان المتوضيء يتوضأ من بحر، لما روي أن النبي ﷺ كان يتوضأ بالمدّ ويغتسل بالصّاع⁽¹⁾.
- 5 - تقديم اليد أو الرجل اليمنى على اليسرى، لما روي عن عائشة أنها قالت: كان ﷺ يعجبه التيمّن في تنقله، وترجله، وطهوره، وفي شأنه كلّ⁽²⁾.
- 6 - جعل الإناء المفتوح كالقصة والطنست لجهة اليمين، لفعله ﷺ لذلك⁽³⁾. ولأنّه أعون في تناول، بخلاف الإبريق ونحوه فيجعل في جهة اليد اليسرى.
- 7 - البدء في الغسل أو المسح بمقدم العضو، بأن يبدأ مثلاً عند مسح الرأس بمقدمه إلى نقرة القفا، وفي غسل الوجه يبدأ من منابت شعر الرأس المعتاد نزولاً إلى الذقن أو اللحية. ويبدأ في اليدين من أطراف الأصابع إلى المرفقين.
- 8 - الغسلة الثانية في الفرائض والسنن.
- 9 - الغسلة الثالثة في الفرائض والسنن. وكون الثانية والثالثة مستحباً إذا عمت الأولى وأحكمت من فرض أو سنّة.
- 10 - الاستيآك، وهو استعمال السواك بعود لّين من نخل أو غيره، والأفضل أن يكون من أراك، ثم من جريد النخل، ثم عود الزيتون، ثم مما له رائحة زكية. ولا يكون الاستيآك بالأعواد التي تورث أمراضاً. ويكفي الأصبع عند انعدام العود. ويكون الاستيآك ندباً باليد اليمنى، مع الإبتداء بالجانب الأيمن عرضاً في الأسنان وطولاً في اللسان. ودليل استحباب الاستيآك:

(1) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب ما يجزىء من الماء في الوضوء عن عائشة. والترمذي في الطهارة، باب الوضوء بالمدّ عن سفينة.

(2) أخرجه البخاري في الوضوء، باب التيمّن في الوضوء والغسل ومسلم في الطهارة، باب حبّه ﷺ للتيامن.

(3) البيان والتحصيل 1م ورقة 8 والمتقى 36/1 والذخيرة 280/1.

أ - ما روي أن رسول الله ﷺ قال في جمعة من الجمع: «يا معشر المسلمين إن هذا يوم جعله الله عيداً، فاغتسلوا، ومن كان عنده طيب فلا يضره أن يمس منه، وعليكم بالسواك»⁽¹⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك»⁽²⁾.

ج - عن أبي هريرة أنه قال: لولا أن يشق على أمتي لأمرهم بالسواك مع الوضوء»⁽³⁾.

فقد صرح ﷺ بأن السواك غير واجب، لما في ذلك من المشقة والكلفة⁽⁴⁾. ويندب الاستياك مجدداً لصلاة فرض أو نفل، إذا بعدت الصلاة عن الاستياك الأخير، ويندب أيضاً لقراءة القرآن.

11 - ترتيب السنن في أنفسها.

12 - ترتيب السنن مع الفرائض.

حكم ترك عضو من أعضاء الوضوء:

من فعل بعض الأعضاء ونسي جميع ما بعده، فإنه يفعل الباقي بنية، طال الزمن أو لم يطل. ومن ترك عضواً أو جزءاً منه في أثناء وضوئه نسياناً، وكان قد تمم بقية الأعضاء معتقداً الكمال، ثم تذكر المتروك، فإن طال الزمن اقتصر على فعل المنسي بنية إكمال الوضوء، ولا يعيد ما بعده من الأعضاء؛ وإن لم يطل بأن لم تجف الأعضاء فعل المنسي وأعاد ما بعده استناناً، لتحصيل سنة الترتيب. والطول مقدر بجفاف العضو الأخير في الزمن المعتدل، الذي لا حرارة به ولا برودة ولا شدة هواء، وباعتدال العضو بأن لا يكون عضو شيخ كبير السن أو شاب، وباعتدال المكان بأن لا يكون القطر حاراً ولا بارداً.



مكروهات الوضوء

تذكر المكروهات⁽⁵⁾ باستقلال لأنه لا يلزم من ترك الفضيلة حصول مكروه،

والمكروهات هي:

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في السواك. وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب ما جاء في الزينة يوم الجمعة.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في السواك. والبخاري في الجمعة، باب السواك يوم الجمعة. ومسلم في الطهارة، باب السواك.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في السواك.

(4) راجع تعريف المكروه في المياه المكروهة.

(5) المنتقى 130/1.

- 1 - الوضوء في مكان نجس، لأن الوضوء طهارة تعبدنا الشارع بها، فينبغي إيقاعها في المواضع الطاهرة.
- 2 - إكثار الماء على العضو، فإنه يكره، لأن ذلك من السرف والغلو في الدين الموجب للوسوسة.
- 3 - الكلام حال الوضوء بغير ذكر الله تعالى.
- 4 - الزيادة على الثلاث في المغسول.
- 5 - الزيادة على النسخ المقرر في العضو، سواء كان المسح أصلياً أو بديلياً، لكون المسح مبنياً على التخفيف.
- 6 - كشف العورة: يكره كشف العورة عند الوضوء، إذا كان المتوضىء بخلوة، ولو في ظلام، أو مع زوجته، فإن كان مع غير زوجته حرم.
- 7 - مسح الرقبة في الوضوء، لعدم ذكر ذلك في وضوئه ﷺ⁽¹⁾، ولأنه من الغلو في الدين، فهو بدعة مكروهة.
- 8 - الزيادة الكثيرة على محل الفرض، وأما أصل الزيادة فلا بد منها، لأنه من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- 9 - ترك سنة عمداً. ولا تبطل الصلاة بتركها. فإن تركها عمداً أو سهواً سنّ فعلها لما يستقبل من الصلاة، إن أراد أن يصلي بذلك الوضوء.
- 10 - البدء بمؤخر الأعضاء.

الوضوء المندوب:

يندب الوضوء عند:

- 1 - زيارة أحد من الصالحين حياً أو ميتاً، وأولى عند زيارة نبي.
- 2 - عند زيارة ذي سلطان وبطش، إذ حضرته حضرة قهر أو رضا، والوضوء سلاح المؤمن، وحصن من سطوته.
- 3 - عند قراءة القرآن وقراءة الحديث، وقراءة العلم الشرعي، ولذكر الله.
- 4 - عند النوم ولو كان على جنابة. والدليل:
- أ - عبد الله بن عمر أنه قال: ذكر عمر بن الخطاب لرسول الله ﷺ أنه تصيبه جنابة من الليل، فقال له الرسول ﷺ: «توضأ واغسل ذكرك ثم نم»⁽²⁾.

(1) الذخيرة 265/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب وضوء الجنب إذا أراد أن ينام. والبخاري في الغسل، باب الجنب يتوضأ ثم ينام. ومسلم في الحيض، باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له.

ب - عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها كانت تقول: إذا أصاب أحدكم المرأة، ثم أراد أن ينام قبل أن يغتسل، فلا ينام حتى يتوضأ وضوءه للصلاة⁽¹⁾.

أما الحديث الذي عن أبي إسحاق عن الأسود عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ ينام وهو جنب لا يمس ماء. رواه أبو داود⁽²⁾ والترمذي وقال هذا غلط من أبي إسحاق⁽³⁾. ووجه الغلط فسره ابن العربي بقوله: «إن هذا الحديث الذي رواه أبو إسحاق ههنا مختصراً من حديث طويل، فأخطأ في اختصاره»⁽⁴⁾.

والحديث الطويل هذا فيه أن عائشة قالت: «وإن نام جنباً توضأ وضوء الرجل للصلاة»⁽⁵⁾. ولذلك قال الترمذي: «وقد روى غير واحد عن الأسود عن عائشة عن النبي ﷺ أنه كان يتوضأ قبل أن ينام. وهذا أصح من حديث أبي إسحاق عن الأسود. وقد روى عن أبي إسحاق هذا الحديث شعبة والثوري وغير واحد ويرون هذا غلطاً من أبي إسحاق».

وضوء الجنب لا يبطله إلا الجماع، بخلاف وضوء غير الجنب فإنه ينقضه كل ناقض. ولا يتيمم الجنب للنوم إلا عند انعدام الماء. ويلحق بنوم الليل نوم النهار بالقياس⁽⁶⁾. والقول باستحباب وضوء الجنب عند النوم اقتصر عليه خليل وتبعه الدردير. وقد قيل إن الوضوء للنوم عند الجنابة واجب⁽⁷⁾. ولم أجد فيما بين يدي من كتب المالكية ما وجه حمل الأحاديث على الندب في قولهم المشهور. وأما تعليل هذا الحكم فقد نقل فيه المازري⁽⁸⁾ قولين، فقيل ليبست على إحدى الطهارتين خشية الموت في النوم، وقيل لعله ينشطه إلى الغسل إذا مس الماء أعضائه.

5 - عند دخول السوق، لأنه محلّ لهو واشتغال بأمر الدنيا، ومحلّ للإيمان الكاذبة، فللشيطان فيه قوة تسلط على الإنسان؛ والوضوء سلاح المؤمن، ودرعه الحصين من كيدته، وكيد أعوانه من الإنس والجن.

6 - يندب الوضوء على الدوام والدليل⁽⁹⁾: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن أمتي يدعون يوم القيامة غرّاً محجلين من آثار الوضوء. فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل»⁽¹⁰⁾.

(1) التخريج السابق.

(2) كتاب الطهارة، باب في الجنب يؤخر الغسل.

(3) كتاب الطهارة، باب في الجنب ينام قبل أن يغتسل.

(4) عارضة الأحوذى 1/182.

(5) عارضة الأحوذى 1/182.

(6) البيان والتحصيل 1م ورقة 11.

(7) المعلم بفوائد مسلم 1/371.

(8) حاشية الشرح الصغير 1/50.

(9) أخرجه البخاري في الوضوء، باب فضل الوضوء والغرّ المحجلين من آثار الوضوء. ومسلم في

الطهارة، باب استحباب إطالة الغرة والتحجيل في الوضوء.

وقد فسّر الإمام مالك رحمته الله إطالة الغزّة بإدامة الوضوء، ولو من غير حدث.

7 - يندب الوضوء مجدداً إن صلى المتوضئ بالأول فرضاً أو نفلاً أو طاف به، أما إن مسّ به مصحفاً فلا يندب له التجديد. والدليل على ندب التجديد⁽¹⁾:

أ - عن عبد الله بن حنضلة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالوضوء لكل صلاة، طاهراً وغير طاهر، فلما شق ذلك عليه أمر بالسواك لكل صلاة. فكان ابن عمر يرى أنّ به قوّة وكان لا يدع الوضوء لكل صلاة⁽²⁾.

ب - عن عمرو بن عامر الأنصاري قال سمعت أنس بن مالك يقول: كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ عند كل صلاة. قلت فأنتم ما كنتم تصنعون؟ قال: كنا نصلي الصلوات كلها بوضوء واحد ما لم نحدث⁽³⁾.

ج - عن ابن بريدة عن أبيه قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ لكل صلاة، فلما كان عام الفتح صلى الصلوات كلها بوضوء واحد، ومسح على خفيه فقال عمر: إنك فعلت شيئاً لم تكن تفعله. قال: عمداً فعلته⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث أن الوضوء كان واجباً لكل صلاة، ولو لغير حدث، ثم نسخ هذا الحكم لما هو أيسر منه، أي الوضوء من حدث فقط⁽⁵⁾. وما روي عن عبد الله بن عمر من أنه كان لا يدع الوضوء لكل صلاة، فإنه يحمل على أنه لم يبلغه النسخ⁽⁶⁾.

وما روي عن عليّ بن أبي طالب من أنه كان يتوضأ لكل صلاة ثم يتلو: «يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة» وكل قائم إلى الصلاة يتوضأ⁽⁷⁾. فإنه يحتمل أن يكون لم يبلغه حديث النسخ أيضاً، أو أن يكون قد اختص النبي صلى الله عليه وسلم أهل بيته بإسباغ الوضوء⁽⁸⁾، فقد روي عن ابن عباس أنه قال: ما اختصنا رسول الله صلى الله عليه وسلم دون الناس بشيء إلا بثلاث خصال: أمرنا أن نسيغ الوضوء، وأن لا نأكل الصدقة، وأن لا ننزيء الحمار على الفرس⁽⁹⁾.

(1) عارضة الأحوذى 80/1 وأحكام ابن العربي 561/2. والمدونة الكبرى 40/1.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب السواك.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الرجل يصلي الصلوات بوضوء واحد. والترمذي في الطهارة، باب الوضوء لكل صلاة.

(4) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الرجل يصلي الصلوات بوضوء واحد. والترمذي في الطهارة، باب الوضوء لكل صلاة.

(5) أحكام ابن العربي 561/2 والمقدمات 48/1. (6) عارضة الأحوذى 80/1.

(7) المقدمات 48/1. (8) المقدمات 48/1.

(9) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب قدر القراءة في صلاة الظهر والعصر. والنسائي في الطهارة، باب الأمر بإسباغ الوضوء.

والقول بأن الوضوء كان واجباً لكل صلاة، فذلك بناء على أنه تفسير لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ وهو أحد تفاسير الآية وذهب إليه ابن العربي⁽¹⁾.



نواقض الوضوء

نواقض الوضوء ثلاثة أنواع: أحداث، وأسباب، وغير أحداث وأسباب.

الأحداث: الأحداث جمع حدث، وهو الخارج المعتاد على سبيل الصحة، وهي:

1 - الفضلة الخارجة من الدبر.

2 - البول.

3 - الريح الخارج من الدبر.

4 - الودي، وهو ماء أبيض يخرج عقيب البول. ولأنه يخرج مع البول أجراه

العلماء مجرى البول⁽²⁾.

والدليل في هذه الأربع:

أ - قول الله تعالى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: 6]. ووجه الاستدلال

أن الله تعالى: كنى بالغائط، وهو المكان المنخفض الذي كان الناس يتبرزون فيه، فجعل الإتيان منه كناية عما يخرج فيه. والخارج في ذلك المكان في الغالب هو هذه الأحداث الأربعة⁽³⁾.

5 - المذي. ودليله:

أ - حديث المقداد المتقدم أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وجد أحدكم ذلك، فلينضح

فرجه وليتوضأ وضوءه للصلاة»⁽⁴⁾.

ب - عن عمر بن الخطاب قال: إني لأجده ينحدر مني مثل الخريزة، فإن وجد

ذلك أحدكم، فليغسل ذكره وليتوضأ وضوءه للصلاة⁽⁵⁾.

ج - عن جندب مولى عبد الله بن عياش أنه قال: سألت عبد الله بن عمر عن

المذي، فقال: إذا وجدته فاغسل فرجك، وتوضأ وضوءك للصلاة⁽⁶⁾.

6 - خروج المني بلا لذة معتادة.

(2) عارضة الأحوذى 175/1.

(4) سبق تخريجه.

(1) أحكام ابن العربي 2/561.

(3) الذخيرة 1/230.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من المذي.

(6) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من المذي.

7 - الهادى: وهو ماء أبيض يخرج من الحامل، وهو ناقص لأنه بمنزلة البول⁽¹⁾.

8 - دم الاستحاضة.

9 - خروج مني الرجل من فرج المرأة بعد أن اغتسلت.

ولا ينتقض الوضوء إلا بالخارج المعتاد. أما غير المعتاد فلا ينتقض منه الوضوء، مثل الدم، والقريح، والحصى، والدود، لأن قول الله تعالى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ خطاب عام، وقد خصصه المالكية بالخارج المعتاد⁽²⁾، لأن خطاب الله يحمل على الغالب المعتاد⁽³⁾.

ولا ينتقض الوضوء أيضاً إلا بالخارج من المخرج المعتاد. فما خرج من الفم أو من ثقبه أو إذا خرج ريح أو غائط من القبل، أو إذا خرج بول من الدبر؛ فلا ينتقض الوضوء.

ويشترط في الثقبه التي لا ينتقض الوضوء بالخارج منها أن تكون فيما فوق السرة، سواء أنسد المخرجان أو لا. فإذا كانت من السرة فما تحتها، فإن الخارج منها ينقض الوضوء إذا انسد المخرجان. فإن كان المخرجان غير منسدتين، فلا ينتقض الوضوء بالخارج من الثقبه. ولا ينتقض الوضوء أيضاً إذا خرج ريح أو غائط من القبل، أو إذا خرج بول من الدبر.

ولا ينتقض الوضوء إلا إذا كان الخارج في حالة الصحة، فإن كان في حالة مرض فلا ينتقض، مثل السلس الآتي بيانه.

ولا ينتقض الوضوء من الإحتقان الشديد، إذا تمت معه أركان الصلاة، أما لو منع من الإتيان بشيء من الأركان حقيقة أو حكماً، كأن يأتي بها بعسر، فإن الوضوء باطل، لأن الحدث وإن لم يخرج حقيقة فهو خارج حكماً.

حكم السلس:

السلس هو الحدث يخرج على غير وجه الصحة، سواء كان بولاً أو ريحاً أو غائطاً أو مذيّاً أو دم استحاضة. وله صور أربع:

الأولى: أن يلزم كلّ الزمان. وهذه الحالة لا ينتقض فيها الوضوء، ولا يندب الإتيان به.

الثانية والثالثة: أن يلزم جلّ الزمان أو نصفه. وهاتان الحالتان لا ينتقض فيهما الوضوء، لكن يستحبّ الوضوء لكل صلاة.

الرابعة: أن يلزم أقلّ الزمان. وهذه الحالة يجب فيها الوضوء.

(1) الذخيرة 230/1.

(2) أحكام القرطبي 104/6.

(3) الذخيرة 230/1 والمتقى 54/1 والعارضمة 99.

والزمان المعتبر هو أوقات الصلاة، من زوال الشمس إلى طلوعها من اليوم الثاني. وهذه الصور فيما إذا لم ينضب السلس، ولم يقدر صاحبه على التداوي. فإن انضب بأن جرت عادته أن ينقطع آخر الوقت، وجب عليه تأخير الصلاة إلى آخره؛ أو جرت العادة أن ينقطع أول الوقت وجب عليه تقديم الصلاة.

وإذا قدر على التداوي وجب عليه ذلك، وتغترف أيام التداوي فقط. إلا سلس المذي ففيه تفصيل⁽¹⁾، وذلك أنه إذا كان لعزوبة مع تذكر، بأن استنكحه وصار مهما نظر أو سمع أو تفكر أمذى بلذة، فإنه ينقض الوضوء مطلقاً، سواء قدر على رفعه أو لا، ولو لازم كل الزمن. ويغترف له مدة التداوي فقط.

وإذا كان لطول عزوبة من غير تذكر وتفكر، بل صار المذي من أجل طول العزوبة نازلاً مسترسلاً، فإن قدر صاحبه على رفعه بتداوٍ أو بالتزوج أو بالصوم وجب عليه الوضوء، لأنه ناقض. فإن لم يقدر على رفعه فلا يجب عليه الوضوء إلا إذا لازمه أقل الوقت. أي يجري فيه الصور الأربع المتقدمة. ويغترف له مدة التداوي فقط.

وأما إذا كان سلس المذي لغير عزوبة، بل كان لمرض أو انحراف طبيعة أو برودة، فإنه لا يجب منه الوضوء، ولا يجب عليه التداوي ولو قدر عليه، إلا إذا لازم أقل الوقت. أي يجري فيه الصور الأربع المتقدمة. ويغترف له ولو قدر على التداوي.

الأسباب:

السبب هو الموصل للحدث والمؤدي إلى خروجه. والأسباب ثلاثة أنواع:
النوع الأول: زوال العقل. ويكون زوال العقل بالنوم والجنون والإغماء والسكر.

1 - النوم:

يعتبر النوم ناقضاً للوضوء، لأنه مظنة خروج الناقض. ودليل وجوب الوضوء منه:

أ - قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: 6].

وجه الاستدلال: أي إذا قمتم من النوم⁽²⁾. قال الإمام الباجي «ذهب إلى ذلك جماعة من المالكيين، واستدلوا على ذلك بأن الآية قد ورد فيها ذكر سائر الأحداث الموجبة للوضوء، فيجب حمل أولها على القيام من النوم، ليجتمع في الآية أنواع الأحداث الموجبة للوضوء»⁽³⁾.

ب - عن صفوان بن عسال قال: كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفرأ أن لا ننزع

(1) انظر في هذا التفصيل حاشية الصاوي على أقرب المسالك وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير.

(2) المدونة الكبرى 10/1 وأحكام ابن العربي 559/2.

(3) المتقى 49/1.

خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن، إلا من جنابة ولكن من غائط وبول ونوم⁽¹⁾.

وعلى القول بأن الآية عامة في كل قائم إلى الصلاة، دون تخصيصها بالنوم، فقد قال الباجي: «وليس هذا ببعيد، لأنه لا يمتنع أن يعم في أول الآية جميع الأحداث، ثم يخص بعضها بالذكر بعد ذلك»⁽²⁾.

ويشترط في النوم حتى يكون ناقضاً للوضوء أن يكون ثقيلاً ولو قصر زمنه. أما النوم الخفيف ولو كان طويلاً فإنه لا ينقض، وإنما يندب الوضوء إن طال النوم الخفيف. ودليل عدم نقض النوم الخفيف للوضوء⁽³⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ شغل عنها - أي صلاة العشاء - ليلة، فأخرها حتى رقدنا في المسجد، ثم استيقظنا، ثم رقدنا، ثم خرج علينا فقال: ليس أحد ينتظر الصلاة غيركم⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال أنهم لم يعيدوا الوضوء، لأن نومهم كان خفيفاً، لا يوجب إعادة الوضوء.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان ينام جالساً ثم يصلي ولا يتوضأ⁽⁵⁾. وجه الاستدلال بهذا أن نومه كان يسيراً، يعلم منه أنه لم ينتقل عن مستوى جلوسه⁽⁶⁾ ويعرف النوم الثقيل بعدم الشعور بالأصوات من حوله، أو بسقوط شيء من يد النائم، أو سيلان ريقه؛ فإن شعر فإنه يعتبر خفيفاً، ولا عبرة بحالة النائم من اضطجاع أو غيره. والأحاديث الواردة في التفريق حسب هيئة النائم منها:

- عن ابن عباس أنه رأى النبي ﷺ نام وهو ساجد حتى غط أو نفخ، ثم قام يصلي، فقلت: يا رسول الله إنك قد نمت قال: إن الوضوء لا يجب إلا على من نام مضطجعاً، فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله⁽⁷⁾.

فقد ردّه المالكية مستندين على ما قاله فيه أبو داود والدارقطني إنه ضعيف ومنكر⁽⁸⁾.

(1) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم. والنسائي في الطهارة، باب الوضوء من الغائط. وابن ماجه في الطهارة، باب الوضوء من النوم.

(2) المنتقى 49/1. (3) الذخيرة 227/1 وأحكام ابن العربي 560/2.

(4) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب النوم قبل العشاء ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب وقت العشاء.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب وضوء النائم إذا قام إلى الصلاة.

(6) المنتقى 54/1.

(7) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الوضوء من النوم. والترمذي في الطهارة، باب الوضوء من النوم.

(8) الذخيرة 227/1 وأحكام ابن العربي 560/2 وأحكام القرطبي 222/1 والعارضه 103/1.

2 - الجنون والسكر والإغماء:

تعتبر هذه ناقضة للوضوء بطريق الأولى⁽¹⁾. ولا فرق بين الطويل والقصير والثقيل والخفيف.

النوع الثاني: لمس من يلتذ به عادة:

ودليل وجوب الوضوء من اللمس: قوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [المائدة: 6].
 ووجه الاستدلال من هذه الآية، أن المراد بالملامسة اللمس باليد لا الجماع،
 وتعليل هذا من أوجه:

أ - أن لفظ الملامسة حقيقة في اللمس باليد، مجاز في الوطء. وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز⁽²⁾.

ب - أن الله تعالى عطف الملامسة على المجيء من الغائط، وما يفعل في الغائط لا يوجب غسلًا، فتحمل الملامسة على ما لا يوجب غسلًا، تسوية بين المعطوف والمعطوف عليه⁽³⁾، وهو الأنسب. وغير المالكية حملوا لفظ الملامسة على الجماع وعللوا قولهم بـ:

أ - أن الملامسة من باب المفاعلة، وهي لا تكون إلا من اثنين، واللمس إنما يكون من واحد⁽⁴⁾.

ب - عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل بعض نسائه، ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ، قال عروة قلت: من هي إلا أنت، قال: فضحكت. رواه أبو داود والترمذي وقال ليس يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الباب شيء⁽⁵⁾.

ج - أن سبب الوضوء من الملامسة هو المذي. ويمكن الوقوف عليه، فلا حاجة إلى اعتبار اللمس بمظنة له⁽⁶⁾.

وقد رد المالكية على هذا بأوجه:

أ - أن مقتضى الملامسة التقاء البشريتين، سواء كان ذلك من واحد أو من اثنين، لأن كل واحد منهما يوصف بأنه لامس وملمس⁽⁷⁾. فالملامسة قد تكون من واحد،

(1) الذخيرة 228/1 وأحكام ابن العربي 560/2، وبداية المجتهد 40/1.

(2) المقدمات 66/1. (3) الذخيرة 224/1.

(4) أحكام القرطبي 225/5.

(5) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الوضوء من القبلة. والترمذي في الطهارة، باب ترك الوضوء من القبلة. والنسائي في الطهارة، باب ترك الوضوء من القبلة وابن ماجه في الطهارة، باب الوضوء من القبلة.

(6) الذخيرة 220/1. (7) المنتقى 92/1 وأحكام القرطبي 225/5.

ولذلك نهى رسول الله ﷺ عن بيع الملامسة، والشوب في حديث النهي ملموس وليس بلامس⁽¹⁾.

ب - أنه لو كان المراد باللامسة الجماع، لكان مكرراً لغير فائدة⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطَهَّرُوا﴾ [المائدة: 6]. وكلام الحكيم ينتزه عن التكرار لغير فائدة⁽³⁾.

ج - أن مظنة الشيء تعطى حكم ذلك الشيء، ولو أمكن الوقوف عليه، كالتقاء الختانيين مظنة الإنزال، فأعطي حكمه وإن لم ينزل؛ والنوم مظنة الحدث، أعطي حكمه مع إمكان الوقوف عليه⁽⁴⁾.

د - أن الحديث غير صحيح وقد طعن فيه الترمذي كما تقدم وأبو داود. وقال الدارقطني هذه اللفظة لا تحفظ وإنما المحفوظ: كان يقبل وهو صائم⁽⁵⁾.

هـ - أن الآية قرئت - أو لميسم - قرأه حمزة والكسائي وخلف⁽⁶⁾. قال ابن العربي في العارضة «إنا نجعل القراءتين كالأيتين أو الخبرين فيكون قوله: ﴿أَوْ لَمِيسْمُ النِّسَاءِ﴾ يقتضي بعض الوضوء بالقبلة، ومس اليد والجسم للجسم، ويكون قوله: ﴿أَوْ لَمِيسْمُ﴾ خبراً عن الوطء»⁽⁷⁾. ومما يؤيد أن الملامسة في الآية غير الجماع، ما روي عن ابن عمر - وهو من أهل اللسان - أنه كان يقول: قبلة الرجل امرأته وجسها بيده من الملامسة، فمن قبل امرأته أو جسها بيده فعليه الوضوء⁽⁸⁾. وحديث عبد الله بن مسعود أنه قال: من قبلة الرجل امرأته الوضوء⁽⁹⁾.

وليس مطلق الملامسة ناقضاً للوضوء عند المالكية، بل يشترط فيها أن تكون مقترنة بقصد اللذة أو وجودها. فإن قصد اللامس التلذذ بلمسه ولم يحصل عليها، أو وجد اللذة حال لمسه ولم يكن قاصداً لها، فإن الوضوء ينتقض، ودليل هذا غير مستقى من الآية. قال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور «وأرى مالكاً اعتمد في هذا على الآثار المرورية عن أئمة السلف، ولا أراه جعله المراد من الآية»⁽¹⁰⁾.

ومن الآثار المعتمدة في المذهب المالكي، على أن اللمس لا ينقض الوضوء، إلا مع قصد اللذة أو وجودها⁽¹¹⁾:

- (1) المنتقى 92/1 وأحكام القرطبي 225/5.
- (2) المقدمات 66/1 والذخيرة 224/1 والعارضة 125/1.
- (3) أحكام ابن العربي 444/1. (4) الذخيرة 221/1.
- (5) الذخيرة 220/1. (6) المنتقى 92/1 والمقدمات 68/1.
- (7) العارضة 125/1.
- (8) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من قبلة الرجل امرأته.
- (9) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من قبلة الرجل امرأته.
- (10) التحرير والتنوير 67/5.
- (11) المنتقى 92/1 وأحكام القرطبي 227/5 وبداية المجتهد 37/1.

أ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنت أنام بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجلاي في قبلته، فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي؛ فإذا قام بسطتها، والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح⁽¹⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: فقدت النبي صلى الله عليه وسلم ذات ليلة، فجعلت أطلبه بيدي، فوقعت يدي على قدميه، وهما منصوبتان وهو ساجد⁽²⁾.

وجه الاستدلال أن الآية عامة في انتقاض وضوء كل لابس، فخصصتها السنة، وبيّنت أن لا وضوء على من لم يلتذ ولم يقصد⁽³⁾.

فمن لم يقصد حال اللمس اللذة ولم يجدها فلا ينتقض وضوؤه، حتى وإن وجد اللذة بعد اللمس. ويشترط أيضاً في اللمس الناقض للوضوء:

1 - أن يكون اللامس بالغاً، لكون اللمس يؤدي إلى خروج المذي، ولا مذي لغير

بالغ.

2 - أن يكون الملموس ممن يشتهى عادة ولو امرأة لمثلها أو رجلاً لغلام أو غلاماً بالغاً لغلام، ولو كان الملموس منهم ظفراً أو شعراً، ولو من فوق حائل غير كثيف. وأما مع الكثيف فلا ينقض إلا إذا وقع قبض أو ضم، والملموس إن كان بالغاً وقصد اللذة أو وجدها انتقض وضوؤه.

ويستثنى من هذه الشروط القبلة في الفم، فإنها تنقض الوضوء مطلقاً، قصدت اللذة أو وجدت أو لا، لأنها مظنة اللذة. ويشترك في النقض المقبل والمقبل ولو وقعت بإكراه أو استغفال. أما إذا كانت في غير الفم، فيجري فيها أحكام الملامسة، إلا إذا كانت لوداع أو رحمة. ولا ينتقض الوضوء بمجرد النظر أو بسبب التفكير، ولو حصل من ذلك إنعاض، ولو كان فاحشاً ما لم يمد.

النوع الثالث: مس الذكر:

إذا مس المتوضىء ذكره فإن وضوؤه ينتقض، سواء مسه عمداً أو سهواً، وسواء التذ أو لا، بشرط أن يمسه بدون حائل أو بحائل خفيف جداً، وأن يمسه بطن كفه أو بطن أصابعه أو بجنبهما.

ودليل نقض الوضوء من مس الذكر⁽⁴⁾:

أ - عن عروة بن الزبير قال: دخلت على مروان بن الحكم فتذاكرنا ما يكون منه

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب الصلاة على الفراش. ومسلم في الصلاة، باب سترة المصلي.

(2) أخرجه مسلم في الصلاة، باب ما يقال في الركوع والسجود. ومالك في القرآن، باب الترغيب في الدعاء والذكر في آخر الليل. والترمذي في الدعاء، باب. والنسائي في الطهارة، باب ترك الوضوء من مس الرجل امرأته من غير شهوة.

(3) أحكام القرطبي 5/227. وبداية المجتهد 1/37. (4) البيان والتحصيل 1م ورقة 13.

الوضوء، فقال مروان: ومن مسّ الذكر الوضوء، فقال عروة: ما علمت هذا فقال مروان بن الحكم: أخبرتني بسرة بنت صفوان أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ»⁽¹⁾.

ب - عن مصعب بن سعد بن أبي وقاص أنه قال: كنت أمسك المصحف على سعد فاحتككت فقال: لعلك مسست ذكرك؟ قال قلت: نعم. قال: قم فتوضأ، فقممت فتوضأت ثم رجعت⁽²⁾.

ج - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: من أفضى بيده إلى فرجه ليس دونها حجاب فقد وجب عليه وضوء الصلاة⁽³⁾.

د - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: إذا مسّ أحدكم ذكره فقد وجب عليه الوضوء⁽⁴⁾.

هـ - عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان يقول: من مسّ ذكره فقد وجب عليه الوضوء⁽⁵⁾.
أما حديث قيس بن طلق عن أبيه طلق بن علي أنه قال: قدمنا على رسول الله ﷺ فجاءه رجل كأنه بدوي فقال: يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعدما توضأ؟ فقال: وهل هو إلا بضعة منك⁽⁶⁾.

فقد ردّه المالكية لأن «طلقاً» من المرجئة فيسقط حديثه⁽⁷⁾. ولأن حديث بسرة أصح إسناداً، وأشهر في النقل. وأحوط للعبادة⁽⁸⁾.

هذا ولا يعتبر مس الدبر، والانثيين، ومس المرأة فرجها ولو أدخلت إصبعها، ناقضاً للوضوء، ولو وجدت معه لذة؛ لأن رسول الله ﷺ خصّ الذكر بالحكم دون سائر الجسد، فدل ذلك على عدم اعتبار غيره، عملاً بمفهوم المخالفة⁽⁹⁾. كما لا يقاس الدبر والأنثيان على الذكر، لأن مس الذكر سبب بخلاف غيره⁽¹⁰⁾، أي سبب مؤدّ إلى المذي، وهو ناقض بخلاف الدبر. ولا قياس مع وجود الفارق.

- (1) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من مسّ الفرج. وأبو داود في الطهارة، باب الوضوء من مسّ الذكر. والترمذي في الطهارة، باب الوضوء من مسّ الذكر.
- (2) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من مسّ الفرج.
- (3) أخرجه الدارقطني في الطهارة، باب ما روي في لمس القبل والدبر والذكر. والبيهقي في الطهارة، باب ترك الوضوء من مسّ الفرج.
- (4) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من مسّ الفرج.
- (5) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من مسّ الفرج.
- (6) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الرخصة في ذلك. والترمذي في الطهارة، باب ترك الوضوء من مسّ الذكر.

(8) عارضة الأحوذى 1/118.

(7) الذخيرة 1/215 والمقدمات 1/68.

(10) الذخيرة 1/229.

(9) الذخيرة 1/229.

غير أحداث ولا أسباب:

الردة.

الردة ناقض للوضوء، وهي الكفر بعد الإسلام. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿لَئِن أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: 65].

ب - وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: 217].

وجه الاستدلال بالآيتين أن الله تعالى قد رتب فيهما أمرين على أمرين، وهما حبوط العمل والخلود في النار على الردة والوفاة عليها. أي قد رتب حبوط العمل على الردة. والخلود في النار على الوفاة على الردة.

وليست الآيتان من باب حمل المطلق على المقيد، حتى يقال إن العمل لا يحبط حتى يموت صاحبه كافراً⁽¹⁾ لعدم الإنفاق في الحكم.

2 - الشك: للشك ثلاث صور:

أ - الصورة الأولى: هي الشك في المانع.

وذلك أن يشك المرء بعد تيقنه بتقدم الطهارة هل حصل منه ناقض من حدث أو سبب أو لم يحصل. فقليل ينتقض الوضوء لغير المستنكح. وهذا هو المشهور من المذهب.

وقيل لا ينتقض. وغاية الأمر أنه يستحب الوضوء فقط مراعاة لمن يقول بوجوب إعادته.

وقد نظر أصحاب القول الأول إلى أن الذمة عامرة فلا تبرأ إلا بيقين. ونظر أصحاب القول الثاني إلى يقين الطهارة بينما الشك حادث ضعيف⁽²⁾ فيبقى الحكم على ما كان فلا يرتفع إلا بيقين عملاً بدليل الاستصحاب⁽³⁾.

أما لماذا جعلوه في هذه الصورة ناقضاً مع أن الشك في المانع يلغى، كالشك في الطلاق والظهار، والرضاع، فلأنهم راعوا سهولة الوضوء، وكثرة نواقضه، فاحتاطوا لأجل الصلاة.

ب - الصورة الثانية: الشك في الشرط:

وذلك أن يشك بعد تيقن الحدث هل حصل منه وضوء أم لا؟ ففي هذه الصورة ينتقض فيها الوضوء ولو للمستنكح.

(1) الذخيرة 211/1 ومفتاح الوصول ص76. (2) عارضة الأحوذى 100/1.

ج - الصورة الثالثة: وهي من الشك في الشرط أيضاً.

وذلك أن يتيقن الطهر والحدث، ويحصل له الشك في السابق منهما، فهذه الصورة أيضاً ينتقض فيها الوضوء ولو للمستنكح.

الشك أثناء الصلاة:

إذا دخل الشخص في الصلاة بتكبير الإحرام معتقداً أنه متوضئ، ثم طرأ عليه الشك فيها، هل حصل منه ناقض أم لا؟ فإنه يستمر على صلاته وجوباً، لحرمة الصلاة حيث دخلها بيقين، ثم إن ظهر له أنه متوضئ ولو بعد الفراغ منها، فلا إعادة عليه. وإن استمر شكه توضاً وأعادها. وهذا الحكم يتعلق بالصورة الأولى.

وإذا أحرم بالصلاة معتقداً أنه متوضئ، ثم طرأ عليه الشك فيها هل حصل منه وضوء بعد أن أحدث أم لا؟ فإنه يجب عليه قطع الصلاة ويستأنف الوضوء، لأنه شك في الشرط. وهذا الحكم يتعلق بالصورة الثانية.

وإذا شك وهو في الصلاة هل السابق الحدث أم الوضوء؟ فإنه يقطع، لأنه شك في الشرط. وهذا الحكم يتعلق بالصورة الثالثة.

أما إذا حصل الشك بعد الفراغ من الصلاة، فلا يضر إلا إذا تحقق.

مسألة: من تخيل أن شيئاً حصل منه بالفعل لا يدري ما هو، هل هو حدث أو غيره، فظاهر كلام أهل المذهب أنه لا شيء عليه، لأن هذا من الوهم. ذكر هذا الشيخ الصاوي.

مسائل فيما لا يجب منه الوضوء:

الوضوء من حمل الميت وتغسيله؟

لا وضوء على من حمل ميتاً وغسله والدليل: عن نافع أن عبد الله بن عمر حنط ابناً لسعيد بن زيد، وحمله، ثم دخل المسجد فصلّى ولم يتوضأ. رواه مالك. أما ما روي من أنه ﷺ قال: «من غسّل ميتاً فليغتسل»⁽¹⁾. فليس بثابت وهو ضعيف⁽²⁾.

ولو صح فإنه يؤول بأن يتوضأ إن كان محدثاً⁽³⁾.

الوضوء من القهقهة في الصلاة؟

لا ينتقض الوضوء من القهقهة في الصلاة، لأن ما لا ينقض الطهارة خارج الصلاة،

(1) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في الغسل من غسل الميت، والترمذي في الجنائز، باب ما جاء في الغسل من غسل الميت. وابن ماجه في الجنائز، باب ما جاء في غسل الميت.

(2) المنتقى 65/1 وبداية المجتهد 40/1. (3) المنتقى 65/1.

فإنه لا ينقضها داخلها⁽¹⁾، والدليل: القياس على العطاس والسعال⁽²⁾.
 أما ما روي عن أبي العالية أن رجلاً أعمى جاء والنبي في الصلاة، فتردى في بئر، فضحك طوائف من أصحاب النبي فأمر النبي ﷺ من ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة⁽³⁾. فإنه غير صحيح⁽⁴⁾.

الوضوء مما مسته النار؟

لا ينتقض وضوء من أكل ما مسته النار. والدليل من فعل رسول الله ﷺ:
 أ - عن عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ أكل كتف شاة ثم صلى ولم يتوضأ⁽⁵⁾.

ب - عن سويد بن النعمان أنه خرج مع رسول الله عام خيبر، حتى إذا كانوا بالصهباء، وهي من أدنى خيبر، نزل رسول الله ﷺ فصلى العصر ثم دعا بالأزواد، فلم يؤت إلا بالسويق، فأمر به فثري فأكل رسول الله ﷺ وأكلنا معه، ثم قام إلى المغرب فمضمض ومضمضنا، ثم صلى ولم يتوضأ⁽⁶⁾.

ج - عن محمد بن المنكدر أن رسول الله ﷺ دعي لطعام فقرب إليه خبز ولحم، فأكل منه، ثم توضأ، ثم صلى، ثم أتني بفضل ذلك الطعام، فأكل منه، ثم صلى ولم يتوضأ⁽⁷⁾.

ووجه هذا الحديث أنه يحتمل أن يكون وضوؤه أولاً لأنه لم يكن على طهارة، ثم بين بتركه الوضوء ثانياً أن ما فعله أولاً لم يكن من أجل أكله لما مسته النار⁽⁸⁾.

ويحتمل أن يكون الوضوء الأول لأجل الطعام الذي مسته النار، ثم نسخه بتركه الوضوء منه في الصلاة الثانية⁽⁹⁾.

والدليل من عمل الخلفاء الراشدين والصحابة⁽¹⁰⁾:

- (1) المنتقى 65/1 والذخيرة 230/1.
- (2) الذخيرة 230/1.
- (3) أخرجه البيهقي في الطهارة، باب ترك الوضوء من القهقهة في الصلاة.
- (4) الذخيرة 230/1.
- (5) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار. والبخاري في الوضوء، باب من لم يتوضأ من لحم الشاة والسويق. ومسلم في الحيض، باب نسخ الوضوء مما مست النار.
- (6) أخرجه مالك في الطهارة باب ترك الوضوء مما مسته النار. والبخاري في الوضوء، باب من مضمض من السويق ولم يتوضأ.
- (7) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار. وأبو داود في الطهارة، باب في ترك الوضوء مما مست النار. والترمذي في الطهارة، باب في ترك الوضوء، مما غيرت النار.
- (8) المنتقى 67/1 والعارضه 110/1.
- (9) المنتقى 67/1 والعارضه 110/1.
- (10) بداية المجتهد 40/1.

أ - عن عبد الله بن الهدير أنه تعشى مع عمر بن الخطاب ثم صلى ولم يتوضأ⁽¹⁾.
لم يذكر إن كان ما تعشى به مما مسته النار... إلا أنه حمله على الأغلب من
أحوال الطعام⁽²⁾.

ب - عن أبان بن عثمان أن عثمان بن عفان أكل خبزاً ولحمًا، ثم تمضمض وغسل
يديه ومسح بهما وجهه، ثم صلى ولم يتوضأ⁽³⁾.

ج - عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس أنهما كانا لا يتوضآن مما مسته
النار⁽⁴⁾.

د - عن جابر بن عبد الله قال: رأيت أبا بكر الصديق أكل اللحم ثم صلى ولم
يتوضأ⁽⁵⁾.

هـ - عن عبد الرحمن بن زيد الأنصاري أن أنس بن مالك قدم من العراق، فدخل
عليه أبو طلحة وأبي بن كعب فقرب لهما طعاماً قد مسته النار، فأكلوا منه، فقام أنس
فتوضأ. فقال أبو طلحة وأبي بن كعب: ما هذا يا أنس أعراقية. فقال أنس ليئني لم
أفعل. وقام أبو طلحة وأبي بن كعب فصلياً ولم يتوضأ⁽⁶⁾.

و - إنه وقع الإجماع على ترك الوضوء مما مسته النار فيما بعد زمن الصحابة
والتابعين⁽⁷⁾. وما روي أن رسول الله ﷺ أمر بالوضوء مما مسته النار⁽⁸⁾ فللمالكية فيه
قولان:

الأول: أنه منسوخ⁽⁹⁾ قال ابن العربي: «حديث سويد بن النعمان أن النبي ﷺ في
غزاة لم يتوضأ مما مسته النار... هذا حديث مؤرخ، وحديث الوضوء منه غير مؤرخ،
ومتى تعارض حديثان أحدهما مؤرخ والآخر غير مؤرخ، قضي بالمؤرخ على مجهول
التاريخ»⁽¹⁰⁾ أي نسخ المؤرخ غير المؤرخ.

الثاني: ذهب فيه أصحابه مذهب الجمع، فحملوا حديث الوضوء مما مسته النار
على الوضوء اللغوي، أي النظافة وغسل الفم والمضمضة⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار.

(2) المنتقى 66/1.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار.

(6) أخرجه مالك في الطهارة، باب ترك الوضوء مما مسته النار.

(7) المنتقى 65/1.

(8) أخرجه مسلم في الحيض، باب الوضوء مما مستت النار عن زيد بن ثابت.

(9) عارضة الأحوذى 111/1 والمنتقى 65/1 (10) عارضة الأحوذى 112/1.

(11) الذخيرة 230/1 والمنتقى 65/1 وعارضة الأحوذى 111/1 والمعلم 358/1.

لحم الإبل:

ورد حديث عن رسول الله ﷺ يأمر فيه بالوضوء من أكل لحم الإبل⁽¹⁾. وقد قال فيه الإمام ابن العربي «وحديث لحم الإبل صحيح ظاهر مشهور، وليس يقوى عندي ترك الوضوء منه»⁽²⁾.

وغير ابن العربي رده بالقياس قال أبو الوليد الباجي: «إن هذا لحم، فلم يجب بأكله وضوء، كلحم الضأن»⁽³⁾. أي القياس على لحم الضأن، وكذلك قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف: «لأنه مأكول فأشبهه الخبز. ولأنه حيوان فلم يجب بأكله الوضوء كالبقرة والغنم»⁽⁴⁾.

وأما القرافي فقد حمل لفظ الوضوء فيه على الوضوء اللغوي جمعاً بين الأحاديث. وخص لحم الإبل بذلك لظهوره وقوة رائحته⁽⁵⁾.

القيء والقلس والحجامة:

لا يجب الوضوء مطلقاً من الخارج من غير السبيلين. والآثار الواردة في إيجابه هي:

أ - إذا رعف أحدكم في صلاته فلينصرف، وليغسل عنه الدم، ثم ليعد وضوءه ويستقبل صلاته. رواه الدارقطني عن ابن عباس. وقال الدارقطني فيه سليمان متروك⁽⁶⁾.

ب - إذا قاء أحدكم في صلاته أو قلس فلينصرف فليتوضأ، وليبين على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم⁽⁷⁾.

قال القرافي: «لا يثبت منها شيء»⁽⁸⁾ أي هذه الآثار.

والحديث الذي روي عن أبي الدرداء أن النبي ﷺ قاء فتوضأ... قال ثوبان: صدق أنا صببت له وضوءه⁽⁹⁾.

فقد حملة ابن العربي على النظافة اللغوية⁽¹⁰⁾.

(1) أخرجه مسلم في الحيض، باب الوضوء من لحوم الإبل.

(2) عارضة الأحوذى 112/1. (3) المنتقى 65/1.

(4) الإشراف 27/1.

(5) الذخيرة 235/1 وشرح التلقين م 1 ورقة 9 وإكمال الإكمال 115/2.

(6) أخرجه الدارقطني في الطهارة، باب في الوضوء من الخارج من البدن كالرعاف والقيء والحجامة.

(7) أخرجه البيهقي في الطهارة، باب ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث.

(8) الذخيرة 230/1.

(9) أخرجه أبو داود في الصوم، باب الصائم يستقي عامداً. والترمذي في الطهارة، باب الوضوء من

القيء والرعاف.

(10) العارضة 127/1.

ما يمنع الحدث الأصغر:

يمنع الحدث الأصغر من:

1 - مس المصحف: والدليل:

أ - قول الله تعالى: ﴿إِنَّهُ لَقُرْآنٌ كَرِيمٌ ﴿٧٧﴾ فِي كِتَابٍ مَّكْنُونٍ ﴿٧٨﴾ لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ ﴿٧٩﴾﴾ [الواقعة: 77، 78، 79].

ووجه الاستدلال بالآية أن صيغتها للنهي وليست للإخبار⁽¹⁾، إذ لو كانت للإخبار للزم منها مخالفة الواقع، لأنه يوجد كثير من غير الطاهرين لمس القرآن، والمخالفة في خبر الله تعالى محال⁽²⁾.

ب - عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم: أن لا لمس القرآن إلا طاهر⁽³⁾.

ج - عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «لا تمس القرآن إلا وأنت طاهر»⁽⁴⁾.

د - قال مالك: وقد أمر سعد بن أبي وقاص الذي كان يمسك عليه المصحف حين أحثك فقال له سعد: لعلك مسست ذكرك؟ قال: نعم. قال له: قم فتوضأ. فقام فتوضأ، ثم رجع⁽⁵⁾.

هـ - روي أن عمر بن الخطاب قبل أن يسلم دخل على أخته، وهي امرأة سعيد بن زيد، فوجدها تقرأ القرآن من صحيفة مكتوب فيها سورة «طه». فدعا بالصحيفة ليقراها فقالت له: لا يمسه إلا المطهرون⁽⁶⁾. وهذا يدل على أن طلب التطهر كان معلوماً للمسلمين قبل الهجرة⁽⁷⁾.

ويُمنع مس المصحف، سواء كان كاملاً أو جزءاً منه ولو آية، ولو كان المس من فوق حائل أو بغود. كما يحرم كتابة القرآن أو آية منه. كما يحرم حمله ولو بعلاقة أو وسادة أو كرسي أو ثوب، وكل ذلك تعظيم للقرآن. ومحل نهى المحدث عن مس القرآن، ما لم يخف عليه الغرق مثلاً أو استيلاء كافر عليه، وإلا مسه ولو كان جنباً.

(1) بداية المجتهد 41/1 والذخيرة 233/1 والمنتقى 344/1.

(2) الذخيرة 233/1 والمنتقى 234/1.

(3) أخرجه مالك في القرآن، باب الأمر بالوضوء لمن مس القرآن. والحاكم في المستدرک في کتاب الزكاة 395/1 - 397. والدارقطني في الطهارة، باب في نهى المحدث عن مس القرآن. والبيهقي في الطهارة، باب نهى المحدث عن مس المصحف.

(4) أخرجه الدارقطني في الطهارة، باب في نهى المحدث عن مس القرآن.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب الوضوء من مس الفرج.

(6) أخرجه البيهقي في الطهارة، باب نهى المحدث عن مس المصحف.

(7) أحكام ابن العربي 1738/4 والتحرير والتنوير 335/27.

ويجوز مسّه وحمله وكتابته إذا كان مكتوباً بغير العربية، لأنه ليس بقرآن، بل هو تفسير له. ويجوز للمعلم أو المتعلم حمله ومسّه، لما يلحقهما من الوضوء لذلك من المشقة كلما أحدثا، وقد يكون ذلك في الأوقات التي يثقل فيها مس الماء، فيكون ذلك سبباً في المنع من تعلمه⁽¹⁾.

فيجوز ذلك ولو كان المعلم أو المتعلم حائضاً أو نفساء، لعدم قدرتهما على إزالة المانع. ويشمل المتعلم كل من ثقل عليه القرآن فصار يكرره في المصحف بنية الحفظ، لا لمجرد التعبد بالتلاوة فإنه يتوضأ. والحائض والنفساء بعد انقطاع الدم عنهما يحرم عليهما مس القرآن، لقدرتهما على إزالة المانع بالغسل أو التيمم. وكذلك يحرم على الجنب مسّه لقدرته على إزالة جنابته بالغسل أو التيمم.

ويجوز حمله إذا كان حرزاً بساتر يقيه من وصول القذارة إليه، ولو للجنب وأولى الحائض، ولو كان مصحفاً كاملاً، فإنه يجوز حمله خوفاً من ارتياح أو مرض أو رمد. وكذلك حمله بامتعة قصدت بالحمل، كصندوق ونحوه فيه مصحف. فإن قصد المصحف فقط بالحمل أو قَصِداً معاً منع، إذا قصد المصحف ذاتياً لا بالتبع للامتعة، وإلا جاز. ويجوز حمل التفسير ومسّه وقراءته ومطالعتة، لأنه لا يسمّى مصحفاً عرفاً، ولو كتبت فيه آيات كثيرة متوالية وقصدت باللمس، ولو كان حامل التفسير جنباً.

أما قراءة القرآن فلا يمنع منه الحدث الأصغر. والدليل⁽²⁾:

أ - عن علي عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله لا يججبه عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة⁽³⁾.

ب - عن محمد بن سيرين أن عمر بن الخطاب كان في قوم وهم يقرؤون القرآن، فذهب لحاجته ثم رجع، وهو يقرأ القرآن، فقال رجل: يا أمير المؤمنين أتقرأ ولست على وضوء؟ فقال عمر: من أفتاك بهذا أمسيمة⁽⁴⁾؟

2 - الصلاة: فإن الحدث الأصغر يمنع منها فرضاً أو نفلاً ولو سجود تلاوة أو صلاة على جنازة لقوله صلى الله عليه وآله: «لا تقبل صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ»⁽⁵⁾.

3 - الطواف فرضاً أو نفلاً. فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وآله منع الحائض من الطواف

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 6 والمنتقى 1/344 والمعيار المعرب 1/29.

(2) بداية المجتهد 1/43.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الجنب يقرأ القرآن. والنسائي في الطهارة، باب حجب الجنب عن قراءة القرآن وابن ماجه في الطهارة باب: ما جاء في قراءة القرآن على غير طهارة. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في الرجل يقرأ القرآن على كل حال.

(4) أخرجه مالك في القرآن، باب الرخصة في قراءة القرآن على غير وضوء.

(5) أخرجه البخاري في الحيل، باب في الصلاة. ومسلم في الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة.

كما منعها من الصلاة. وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة. وسيأتي بيان ذلك في باب الحج إن شاء الله تعالى.



المسح على الخفين

يجوز المسح على الخفين بدلاً من غسل الرجلين في الوضوء. سواء في الحضر أو في السفر، ولو كان السفر لمعصية، لأن كل رخصة تجوز بالحضر تجوز بالسفر مطلقاً. والأدلة على جواز المسح على الخفين قد ارتفعت عن رتبة خبر الآحاد، وبلغت درجة التواتر المعنوي، كما ذكر الإمام المازري في كتابه المعلم. ومن الأدلة على جواز المسح في الحضر والسفر:

1 - قوله الله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ﴾ [المائدة: 6].

ووجه الاستدلال أن المراد بقراءة الخفض المسح حالة لبس الخفين⁽¹⁾، أو أن الأمر بغسل الرجلين مطلق، وقد قيد بما ثبت بالسنة من مسح النبي ﷺ على الخفين⁽²⁾.

2 - عن حذيفة رضي الله عنه قال: أتى رسول الله ﷺ إلى سباطة قوم، فبال قائماً، فتنحيت فقال: إدنه، فدنوت حتى قمت عند عقبيه، فتوضأ فمسح على خفيه⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن السباطة وهي المزيلة، من خواص الحضر⁽⁴⁾ قال الإمام المازري: قوله: سباطة قوم. فأضافها إلى قوم مخصوصين، ولو كانت في الفلوات لم تكن كذلك⁽⁵⁾.

3 - عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ ذهب لحاجته في غزوة تبوك، قال المغيرة: فذهبت معه بماء، فجاء رسول الله ﷺ فسكبت عليه الماء، فغسل وجهه، ثم ذهب يخرج يديه من كمّي جبته فلم يستطع، من ضيق كمّي الجبّة، فأخرجهما من تحت الجبّة، فغسل يديه، ومسح برأسه، ومسح على الخفين⁽⁶⁾.

4 - عن عبد الله بن عمر أنه قدم الكوفة على سعد بن أبي وقاص، وهو أميرها، فرآه عبد الله بن عمر يمسح على الخفين، فأنكر ذلك عليه، فقال له سعد: سل أباك إذا قدمت. فقدم عبد الله بن عمر فنسي أن يسأل أباه عمر عن ذلك، حتى قدم سعد. فقال: أسألت أباك فقال: لا. فسأله عبد الله فقال له عمر: «إذا أدخلت رجلك في

(1) المعارضة 59/1 والذخيرة 321/1. (2) كشف المغطى ص 81.

(3) أخرجه مسلم في الطهارة، باب المسح على الخفين.

(4) الذخيرة 321/1 وأحكام القرطبي 100/6. (5) المعلم بفوائد مسلم 357/1.

(6) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في المسح على الخفين؛ والبخاري في المغازي، باب حدثنا يحيى بن بكير؛ ومسلم في الصلاة، باب تقديم الجماعة من يصلي بهم إذا تأخر الإمام.

الخفين وهما طاهرتان بطهر الوضوء فامسح عليهما. قال عبد الله: وإن جاء أحدنا من الغائط؛ قال عمر: نعم، وإن جاء أحدنا من الغائط»⁽¹⁾.

5 - عن سعيد بن عبد الرحمن بن رقيش الأشعري أنه قال: رأيت أنس بن مالك أتى قباء فبال، ثم أتى بوضوء فتوضأ، فغسل وجهه، ويديه إلى المرفقين، ومسح برأسه، ومسح على الخفين، ثم أتى المسجد فصلى⁽²⁾.

6 - عن نافع أن عبد الله بن عمر بال بالسوق، ثم توضأ فغسل وجهه، ويديه، ومسح رأسه، ثم دعي لجنائز ليصلي عليها حين دخل المسجد، فمسح على خفيه، ثم صلى عليها⁽³⁾.

7 - عن شهر بن حوشب قال: رأيت جرير بن عبد الله توضأ ومسح على خفيه. فقلت له في ذلك، فقال: رأيت النبي ﷺ توضأ ومسح على خفيه فقلت له: أقبل المائدة أم بعد المائدة؟ فقال: ما أسلمت إلا بعد المائدة⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال أن بعضاً من الصدر الأول، كان يرى أن آية الوضوء من سورة المائدة قد نسخت الآثار التي وردت في المسح⁽⁵⁾. لكن هذا الحديث دل على أنه ليس هناك تعارض بين الآية والآثار، بدليل أن رسول الله ﷺ شوهد يمسح على خفيه بعد نزول آية الوضوء. فيكون كما تقدم بيانه أن الأمر بالغسل إنما هو متوجه إلى من لا خف له، والرخصة إنما هي للابس الخف⁽⁶⁾.

8 - عن شريح بن هانئ قال: أتيت عائشة أسألها عن المسح على الخفين، فقالت: عليك بابن أبي طالب فأسأله، فإنه كان يسافر مع رسول الله ﷺ فسألناه فقال: جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوماً وليلة للمقيم⁽⁷⁾.

واستدل بهذا الحديث القرافي والباجي والقرطبي على جواز المسح في الحضر⁽⁸⁾، لكن الغريب أنهم لم يعتبروه في تحديد مدة المسح بينما الحديث نص في التحديد. فعند المالكية أنه لا حد في المسح، ولا يتقيد بيوم وليلة، ولا بأكثر ولا أقل، ودليلهم⁽⁹⁾:

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في المسح على الخفين.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في المسح على الخفين.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في المسح على الخفين.

(4) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب المسح على الخفين. والترمذي في الطهارة، باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم.

(5) البيان والتحصيل 1 م ورقة 15 وبداية المجتهد 18/1.

(6) بداية المجتهد 18/1.

(7) أخرجه مسلم في الطهارة، باب التوقيت في المسح على الخفين.

(8) الذخيرة 1/321 وأحكام القرطبي 6/100 والمتقى 1/78.

(9) المدونة الكبرى 1/45 والذخيرة 1/323 والعارض 1/142 والإشراف 15/1 وبداية المجتهد 20/1.

أ - عمل أهل المدينة: وقد ذكره القرطبي في تفسيره وسيأتي ذكره لقول مالك .
 ب - عن أبي عمارة أنه قال: يا رسول الله أمسح على الخفين؟ قال: نعم قال:
 يوماً؟ قال: يوماً. قال: ويومين؟ قال ويومين قال: وثلاثة؟ قال نعم، وما شئت. رواه
 أبو داود وقال: وقد اختلف في اسناده وليس بالقوي⁽¹⁾.

ج - عن عقبة بن عامر الجهني أنه قدم على عمر بن الخطاب من مصر فقال: منذ
 كم لم تنزع خفيك؟ قال: من الجمعة إلى الجمعة. قال أصبت السنة⁽²⁾.

ومن خالف هذا القول من المالكية قال بالتوقيت وتحديده بثلاثة أيام في السفر ويوم
 وليلة في الحضر، وهو غير معتمد، وهو رواية أشهب⁽³⁾ عن مالك وإليه ذهب ابن
 العربي⁽⁴⁾ ونصره. ودليل التوقيت⁽⁵⁾:

أ - حديث شريح عن علي بن أبي طالب المتقدم⁽⁶⁾.

ب - عن صفوان بن عسال أنه قال: كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفراً أن لا
 ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن، إلا من جنابة، ولكن من غائط وبول ونوم⁽⁷⁾.
 وقد ضعف ابن العربي⁽⁸⁾ حديث أبي عمارة في نفي التوقيت.

أما حديث عقبة بن عامر عن عمر رضي الله عنه - وهو وإن كان صحيحاً - فقد رجح عليه
 ابن العربي حديث شريح عن علي - المتقدم -، لأن حديث علي نص عن النبي وقول
 عمر ليس بنص عن رسول الله ﷺ. قال الإمام ابن العربي: «والحديث أصح وأحق أن
 يتبع... وأما التوقيت في الحضر والسفر فهو الصحيح المستقر لصحة الأحاديث فيه،
 ووقوف الرخصة عنده، ورحم الله المطهرة عائشة لما سئلت عن هذه المسألة قالت
 متورعة منصفة: إيت علي بن أبي طالب فإنه أعلم بذلك مني... وأما نفي التوقيت
 فأقوى ما يعتمد فيه حديث عقبة بن عامر وعمر... والصحيح التوقيت، لأن الأصل
 غسل الرجلين. والتوقيت ثابت عن النبي ﷺ من طرق في الحضر والسفر، وحديث عمر
 ليس بنص عن رسول الله ﷺ، فالنص عن النبي ﷺ أولى من قول عمر المطلق...»⁽⁹⁾.

- (1) أبو داود في الطهارة، باب التوقيت في المسح. وأخرجه أيضاً ابن ماجه في الطهارة، باب ما جاء
 في المسح بغير توقيت.
- (2) أخرجه ابن ماجه في الطهارة، باب ما جاء في المسح بغير توقيت.
- (3) الذخيرة 322/1 والمنتقى 78/1 والعارضه 144/1.
- (4) العارضه 144/1.
- (5) المنتقى 79/1 والعارضه 145/1 والذخيرة 322/1.
- (6) سبق تخريجه.
- (7) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم.
- (8) العارضه 142/1.
- (9) العارضه 145/1.

هذا ولم أجد للقول المعتمد في المذهب موقفاً من حديث علي بن أبي طالب في التوقيت، إلا إشارة تدلّ على تقديم عمل أهل المدينة عليه. فقد ذكر القرطبي في تفسيره أنّ الإمام مالكا قال: «ليس عند أهل بلدنا في ذلك وقت»⁽¹⁾.

ومن أجل ذلك أيضاً فقد كان الإمام لا يقول بالمسح على الخفين في أول الأمر، ثم رجع عن هذا القول: فقد ذكر الباجي: «أنه منعه أولاً على وجه الكراهة لما لم ير أهل المدينة يمسحون، ثم رأى الآثار فأباح المسح على الإطلاق»⁽²⁾.

شروط المسح على الخفين:

تنقسم الشروط إلى ستة في الممسوح وخمسة في الماسح:

شروط الممسوح:

1 - أن يكون الخف من جلد. وإذا كان جورباً من قطن أو كتان أو صوف، فإنه يشترط أن يكسى بالجلد، وإلا فلا يصحّ المسح عليه. والدليل: .

أ - أن القرآن ورد بال غسل - على قول من لم ير أنّ قراءة الجوّ تفيد المسح - ولا يخرج الحكم عن ما ورد في القرآن إلا بمتواتر مثله. وأحاديث المسح على الجوربين ضعيفة⁽³⁾، بخلاف أحاديث الخفين فإنها متواترة⁽⁴⁾.

ب - أن خف الجلد هو الذي وردت به الرخصة⁽⁵⁾. وهذا يدل على اختصاصه بها⁽⁶⁾.

ج - أن الرخصة لا يقاس عليها⁽⁷⁾.

د - أن الجورب لا يمكن متابعة المشي فيه⁽⁸⁾.

أما ما يروى عن السلف من المسح على الجوارب فإنه محمول على الجوارب المجلدة⁽⁹⁾.

2 - أن يكون طاهراً، احترازاً من جلد الميتة، لأنه نجس ولو كان مدبوغاً، إلا الكيمخت - جلد الحمار - فإنه يظهر بالدبغ كما تقدم.

3 - أن يكون مخروطاً، فإن كان لازقاً أو منسوجاً أو مسلوخاً، فإنه لا يجوز، وذلك قصراً للرخصة على ما ورد فيها. وأما استعمال أزرار فيجوز.

4 - أن يكون له ساق ساتر لمحل الفرض يستر الكعبين، ولو باستعمال أزرار، فإن

(2) المتفق 77/1.

(4) الذخيرة 333/1.

(6) الإشراف 17/1.

(8) الإشراف 17/1.

(1) أحكام القرطبي 101/6.

(3) المعارضة 149/1 والذخيرة 333/1.

(5) الذخيرة 333/1.

(7) الإشراف 17/1.

(9) الذخيرة 333/1.

كان ناقصاً عن الكعبين أو واسعاً ينزل عن محلّ الفرض، فإنه لا يجزىء؛ لأن الأصل أن يساوي البديل المبدل⁽¹⁾.

5 - أن يمكن المشي فيه عادة، وذلك احترازاً من الواسع الذي ينسلت من الرجل عند المشي فيه، وهو الذي لا يمكن تتابع المشي فيه.

6 - أن لا يكون عليه حائل من شمع أو خرقة أو نحو ذلك.

شروط المسح:

1 - أن يلبس الخف على طهارة كبرى وصغرى. والدليل⁽²⁾:

أ - ما تقدم من سؤال عبد الله بن عمر لأبيه عن المسح فقال عمر: إذا أدخلت رجلك في الخفين، وهما طاهرتان بطهر الوضوء، فامسح عليهما⁽³⁾.

ب - عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فأهويت لأنزع خفي، فقال: دعهما فإنّي أدخلتهما طاهرتين فمسح عليهما⁽⁴⁾.

ومفهوم الحديث أنه لولا الطهارة لما جاز المسح. والطهارة هنا محمولة على المعنى الشرعي لا اللغوي⁽⁵⁾.

2 - أن تكون الطهارة مائة لا ترابية.

3 - أن تكون الطهارة كاملة، بأن يلبسه بعد تمام الوضوء أو الغسل الذي لم ينتقض فيه الوضوء. فلو غسل رجله قبل مسح الرأس، ولبس الخف، ثم مسح رأسه، لم يجز المسح عليه. وكذلك لو غسل إحدى الرجلين، ولبس فيها الخف، ثم غسل الثانية ولبس الأخرى، لم يجز المسح. وتعليل ذلك أن الحدث لا يرتفع عن كل عضو بغسله خاصة، وإنما يتوقف ارتفاعه على إكمال الوضوء⁽⁶⁾.

4 - أن لا يكون مترفها بلبسه، وذلك كمن لبسه لخوف على حياء رجلين، أو لمجرد النوم به، أو لكونه حاكماً أو لقصد مجرد المسح، أو لخوف برغوث، أو لمشقة غسل الرجلين، فإنه في هذه الحالات لا يجوز المسح عليه. أما لو لبسه لحرّ أو برد أو وعر أو خوف عقرب أو لعادته المسح أو للسنة فيجوز المسح عليه.

5 - أن لا يكون عاصياً بلبسه، كأن يكون الماسح ذكراً محرماً بحج أو عمرة لم

(1) الذخيرة 1/333.

(2) أحكام القرطبي 6/101 والذخيرة 1/325 وبداية المجتهد 1/21.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه البخاري في الوضوء، باب المسح على الخفين، ومسلم في الطهارة، باب المسح على الرأس والخفين.

(5) المعلم 1/358.

(6) المعلم 1/358.

يضطر للبس، بخلاف المضطر والمرأة، فيجوز المسح عليه في الحج أو العمرة.
هذا وإن في المذهب المالكي قولاً بجواز المسح على الجوربين. قال ابن ناجي
في شرح التفريع: حكاه ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام.

مكروهات المسح:

- 1 - يكره لمن استوفى الشروط المتقدمة أن يغسل خفه، إلا إذا نوى بالغسل أنه
بدل عن المسح، أو نوى به رفع الحدث، أما إن نوى به مجرد إزالة نجاسة أو قذارة فإنه
يكره.
- 2 - يكره تتبع غضون الخف وتكاميشه بالمسح، لأن المسح مبني على التخفيف.
- 3 - يكره تكرار المسح.

مبطلات المسح:

مبطلات المسح على الخفين ثلاثة وهي:

- 1 - نواقض الغسل، من جنابة بمغيب حشفة في فرج، أو نزول مني بلذة معتادة،
أو نفاس، أو حيض.
- 2 - حدوث خرق قدر ثلث القدم، سواء كان الخرق منفتحاً، أو ملتصقاً بعضه
ببعض، كالشق وفتق الخياطة. وكذا يبطل المسح إذا كان الخرق دون الثلث وكان منفتحاً
تظهر منه الرجل.
- أما الخرق اليسير جداً بحيث لا يصل بلل اليد حال المسح لما تحته من الرجل،
فإنه لا يضّر. ودليل العفر عن الخرق اليسير، أنّ الصحابة كانوا لا يسلمون من القطع
اليسير، لا سيما وهم كثيرو الغزو والسفر⁽¹⁾، فلم ينقل عنهم أنهم كانوا يحكمون ببطلان
المسح من أجل القطع القليل.
- وقال ابن رشد الحفيد: «التفريق بين الخرق الكثير واليسير استحسان ورفع
للحرج»⁽²⁾.
- 3 - خروج الرجل كلها من الخف، أو خروجها لمكان الساق، إلا إذا بادر بنزعه
وغسل رجليه، فلا يعيد الوضوء ما لم يتراخ عمداً.
- فإذا نزع المتوضىء خفه بعد المسح عليهما، فإنه يجب عليه أن يبادر لغسل
رجليه؛ فإن طال الزمن عمداً بطل الوضوء، واستأنف وضوءاً جديداً، أما إن طال نسياناً
فإنه يبني مطلقاً. ويعتبر الطول بجفاف أعضاء الوضوء بزمان معتدل في مكان معتدل.

مندوبات المسح:

يندب نزح الخفين في كل يوم جمعة، فإن لم ينزعه يوم الجمعة ندب له نزعه في مثل اليوم الذي لبسه فيه.

صفة المسح:

المحل الواجب في المسح هو ظاهر الخفين، أما أسفلهما فمسحه مستحب. ودليل عدم وجوب مسح الأسفل⁽¹⁾:

أ - عن علي بن أبي طالب قال: لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه. وقد رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر خفيه⁽²⁾.

ب - عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ مسح على أعلى الخف وأسفله⁽³⁾.
 ووجه الاستدلال بالحديثين أن الأول حمل على الوجوب، والثاني على الاستحباب أي مسح أسفل الخف.

وصفة المسح المندوبة، أن يضع المتوضىء باطن كف يده اليمنى، على أطراف أصابع رجله اليمنى، ويضع باطن كف اليد اليسرى، تحت أصابع رجله، ويمر اليدين لمتنهي كعبي رجله.

هذا في الرجل اليمنى، أما في الرجل اليسرى فيعكس الحال.
 ويندب الجمع بين مسح أعلاه وأسفله.

وتبطل الصلاة إن اقتصر في المسح على الأسفل فقط، دون الأعلى، لأنه ترك واجباً. أما إذا اقتصر على الأعلى دون الأسفل أعاد صلاته في الوقت المختار، لأن مسح الأسفل غير واجب.



الغسل

تعريف الغسل:

الغسل لغة: هو سيلان الماء على الشيء مطلقاً.
 شرعاً: هو إيصال الماء إلى جميع ظاهر الجسد، بنية استباحة الممنوع، مع الدلك.

(1) بداية المجتهد 19/1 والذخيرة 328/1 والإشراف 16/1.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب كيف المسح.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب. والترمذي في الطهارة، باب في المسح على الخفين أعلاه وأسفله. وابن ماجه في الطهارة، باب في مسح أعلى الخف وأسفله.

حكمه :

الغسل واجب عند حصول موجب، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطَهِّرُوا﴾ [المائدة: 6] ويكون سنة كغسل الجمعة، ومندوباً كغسل العيدين وعرفة وغيرهما.

موجبات الغسل :

1 - خروج المنى: أي بروزه من الذكر أو الفرج، والدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطَهِّرُوا﴾ أما إذا لم يبرز المنى بأن وصل إلى وسط الذكر فقط، فلا يجب الغسل، والمرأة كالرجل لا يجب عليها الغسل إلا بالبروز. والقول بوجوب الغسل على الرجل بمجرد انفصال المنى عن مقرة، لأن الشهوة قد حصلت بانتقاله، هو قول ضعيف..

وخروج المنى من الذكر أو الأنثى في حالة النوم يوجب الغسل مطلقاً، خرج بلذة معتادة أو لا. فمن انتبه من نومه فوجد المنى ولم يشعر بخروجه وجب عليه الغسل.

وخروج المنى في حالة اليقظة يوجب الغسل، إذا خرج بلذة معتادة، من أجل نظر أو تفكر، في جماع أو مباشرة، ولو خرج بعد ذهاب اللذة.

وإذا كان خروج المنى غير ناشئ عن جماع، واغتسل صاحبه بعد ذهاب لذته وقبل بروزه، جهلاً منه، ثم خرج منه المنى من غير لذة، وجب عليه الاغتسال لذلك؛ وكذلك من التذُّ في نومه ثم خرج منه المنى في اليقظة بعد الإنتباه، من غير لذة، وجب عليه الغسل، سواء اغتسل قبل خروج المنى أو لم يغتسل.

بخلاف خروجه إذا كان ناشئاً عن جماع، بأن غيَّب المجامع الحشفة في الفرج، ولم ينزل فاغتسل لذلك، ثم خرج منه المنى بعد ذهاب لذته وسكون انعاضه بعد الاغتسال، فإنه يجب عليه الوضوء فقط، لأن غسل الجنابة قد حصل.

وكذلك من خرج منه بعض المنى بغير جماع، ثم خرج الباقي، فإن اغتسل للبعض الأول فلا يعيده لخروج الباقي، وإنما يتوضأ فقط.

وإذا لم يخرج المنى في حالة اليقظة بلذة معتادة كأن يخرج بنفسه لمرض؛ أو يخرج بلذة غير معتادة، كمن حكَّ لجرب، أو هزته دابة، أو نزل في ماء حارَّ فخرج المنى، فعليه الوضوء فقط، ولا يعيد الصلاة التي صلاها، والدليل: القياس على دم الاستحاضة⁽¹⁾.

ويشترك في هذه الأحكام الرجل والمرأة، فالمرأة لها منى: والدليل:

أ - عن أم سليم قالت لرسول الله ﷺ: المرأة في المنام ترى مثل ما يرى الرجل، أتغتسل؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «نعم فلتغتسل». فقالت لها عائشة: أف لك، وهل

تري ذلك المرأة؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «تربت يمينك ومن أين يكون الشبه⁽¹⁾». ب - عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها قالت: جاءت أم سليم امرأة أبي طلحة الأنصاري إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحي من الحق، هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت؟ فقال: نعم إذا رأت الماء⁽²⁾.

الشك في المنى:

من انتبه من نومه فوجد بللاً في ثوبه أو بدنه، فشك هل هو منى أو مذي، وجب عليه الغسل، لأن الشك مؤثر في إيجاب الطهارة.

أما إذا حصل له وهم بأن ظن أنه مذي، وتوهم في المنى، فلا يجب عليه الغسل. وإذا شك بين ثلاثة أمور، بين المنى والمذي والودي، لم يجب الغسل، لأن تعلق التردد بين ثلاث أشياء يصير كل فرد من أفرادها وهمًا. وأما غسل الذكر فواجب.

ومن وجد منياً محققاً أو مشكوكاً فيه، ولم يدر الوقت الذي خرج فيه، فإنه يغتسل ويعيد صلاته من آخر نومة، سواء كانت بليل أو نهار، ولا يعيد ما صلاه قبلها. والدليل عمل الصحابي وهو:

أ - ما روي أن عمر بن الخطاب غدا إلى أرضه بالجرف، فرأى في ثوبه احتلاماً، فقال: لقد ابتليت بالاحتلام منذ وليت أمر الناس، فاغتسل وغسل ما رأى في ثوبه من الإحتلام، ثم صلى بعد أن طلعت الشمس⁽³⁾.

ب - وما روي أيضاً عن عمر بن الخطاب أنه صلى بالناس الصبح، ثم غدا إلى أرضه بالجرف، فوجد في ثوبه احتلاماً، فقال: إنا لَمَّا أصبنا الودك لانت العروق. فاغتسل وغسل الإحتلام من ثوبه وعاد لصلاته⁽⁴⁾.

ج - عن زَيْنِد بن الصلت أنه قال: خرجت مع عمر بن الخطاب إلى الجرف، فإذا هو قد احتلم وصلى ولم يغتسل فقال: والله ما أراني إلا احتلمت وما شعرت، وصليت وما اغتسلت، قال: فاغتسل وغسل ما رأى من ثوبه، ونضح ما لم ير، وأذن وأقام، ثم صلى بعد ارتفاع الضحى متمكناً⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب غسل المرأة إذا رأت في المنام مثل ما يرى الرجل. ومسلم في الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المنى منها.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب غسل المرأة إذا رأت في المنام مثل ما يرى الرجل. ومسلم في الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المنى منها. والبخاري في العلم، باب الحياء في العلم.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب إعادة الجنب الصلاة.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب إعادة الجنب الصلاة.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب إعادة الجنب الصلاة.

وهذا مشروط بما إذا لم يلبس الثوب غيره ممن يمني، فإن كان كذلك وجب الغسل على كل من لبسه ونام فيه .

2 - مغيب الحشفة في الفرج: هذا موجب ثان للغسل، أي إذا غيَّب شخص رأس ذكره في فرج أو دبر أنثى، وجب عليه الغسل، كما يجب على صاحب الفرج، إن كان بالغاً مطيقاً، وإن لم ينزلاً. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال الرسول ﷺ: إذا جلس بين شعبها الأربع، ثم جهدها، فقد وجب الغسل⁽²⁾. وفي رواية: وإن لم ينزل⁽³⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن الرجل يجامع أهله ثم يكسل، هل عليهما الغسل؟ وعائشة جالسة، فقال رسول الله ﷺ: «إني لأفعل ذلك أنا وهذه ثم أغتسل»⁽⁴⁾.

ج - عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعائشة زوج النبي ﷺ كانوا يقولون: إذا مس الختان الختان فقد وجب الغسل⁽⁵⁾.

د - عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال: سألت عائشة زوج النبي ﷺ ما يوجب الغسل؟ فقالت... إذا جاوز الختان الختان فقد وجب الغسل⁽⁶⁾.

هـ - عن أبي موسى الأشعري أنه أتى عائشة فقال: لقد شق عليّ اختلاف أصحاب النبي في أمر إني لأعظم أن أستقبلك به، فقالت: ما هو؟ ما كنت سائلاً عنه أمك فاسألني عنه، فقال: الرجل يصيب أهله ثم يكسل ولا ينزل، فقالت: إذا جاوز الختان الختان فقد وجب الغسل. فقال أبو موسى: لا أسأل عن هذا أحداً بعدك أبداً⁽⁷⁾.

هذه الأحاديث والآثار هي ناسخة لما ورد عن الرسول ﷺ بأنّ الجماع لا يوجب الغسل إلاّ بالإنزال⁽⁸⁾.

أ - فقد روى أبو سعيد الخدري أنّ رسول الله ﷺ أرسل إلى رجل من الأنصار،

(1) الذخيرة 291/1 والمتقى 96/1 وبداية المجتهد 56/1.

(2) أخرجه البخاري في الغسل، باب إذا التقى الختانان. ومسلم في الحيض، باب بيان أن الغسل يجب بالجماع.

(3) أخرجه مسلم في الحيض، باب بيان أن الغسل يجب بالجماع.

(4) أخرجه مسلم في الحيض، باب بيان أنّ الغسل يجب بالجماع.

(5) أخرجه مالك في الطهارة، باب واجب الغسل إذا التقى الختانان.

(6) أخرجه مالك في الطهارة، باب واجب الغسل إذا التقى الختانان والترمذي في الطهارة، باب ما جاء إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل.

(7) أخرجه مالك في الطهارة، باب واجب الغسل إذا التقى الختانان. ومسلم في الحيض، باب نسخ «الماء من الماء».

(8) الذخيرة 291/1.

فجاء ورأسه يقطر، فقال رسول الله ﷺ: «لعلنا أعجلناك؟» فقال: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «إذا أعجلت أو قحطت فعليك الوضوء»⁽¹⁾.

ب - عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ: «إنما الماء من الماء»⁽²⁾.

إلا أن الحديث الثاني قيل إنه محمول على النوم، فإن الوطء في النوم من غير إنزال لا يوجب شيئاً إجماعاً. وهذا أولى من النسخ. فإنه وإن كان عاماً في الماءين فهو مطلق في الحالين، النوم واليقظة، وحمله على النوم تقييد للمطلق، والتقييد أولى من النسخ⁽³⁾.

كما أنه قد صحّ رجوع الصحابة القائلين بهذا إلى قول عائشة. وعلموا أن ما كان عندهم منسوخ، فقد ورد:

أ - أن محمود بن لبيد الأنصاري سأل زيد بن ثابت عن الرجل يصيب أهله ثم يكسل ولا ينزل فقال زيد: يغتسل. فقال له محمود: إن أبي بن كعب كان لا يرى الغسل. فقال له زيد: إن أبي بن كعب نزع عن ذلك قبل أن يموت⁽⁴⁾.

ب - عن أبي بن كعب أنه قال: إنما جعل ذلك رسول الله ﷺ رخصة للناس في أول الإسلام لقلّة الثياب ثم أمر بالغسل⁽⁵⁾.

ويتدعم القول بالنسخ من حيث القياس قال ابن رشد الحفيد: «وذلك أنه لما وقع الإجماع على أن مجاورة الختانين توجب الحدّ، وجب أن يكون هو الموجب للغسل، وحكوا أن هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الأربعة»⁽⁶⁾.

3 - 4 الحيض والنفاس: الموجب الثالث والموجب الرابع للغسل، الحيض والنفاس.

فالحيض ولو دفعة واحدة موجب للغسل، وإن الموجب للغسل وجوده لا انقطاعه، وإنما انقطاعه شرط في صحة الغسل. والنفاس موجب للغسل، ولو خرج الولد بدون دم أصلاً.

ولا يجب الغسل بخروج دم الاستحاضة، لكن يندب إذا انقطع، لأجل النظافة وتطبيب النفس.

(1) أخرجه البخاري في الوضوء، باب من لم ير الوضوء إلا من المخرجين. ومسلم في الحيض، باب بيان أن الغسل يجب بالجماع.

(2) أخرجه مسلم في الحيض، باب بيان أن الغسل يجب بالجماع.

(3) الذخيرة 291/1 والمعلم 379/1.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب واجب الغسل إذا التقى الختانان.

(5) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الإكسال. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء أن الماء من الماء.

(6) المنتقى 96/1 - 97 وبداية المجتهد 56/1.

مسألة:

وأما الردة فقد اختلف فيها، فقليل تبطل الغسل وقليل لا تبطله، والقولان مرجحان والأرجح منهما أنها تبطله كما قال الدردير⁽¹⁾. وقد قال بالبطلان ابن العربي ورجحه بهرام، وعدم البطلان قال به ابن جماعة ويظهر من الحطاب ترجيحه وتبعه الأجهوري. والاستدلال على هذه المسألة تابع للاستدلال على مسألة اغتسال الكافر إذا أسلم. فالقول بعدم الوجوب قد استدل عليه القرافي بأنه لم يبلغ عن النبي ﷺ أنه أمر من أسلم بالغسل، مع أن أكثر من أسلم محتلم⁽²⁾. ورذ القرافي على ما رواه أبو داود أنه ﷺ: أمر قيس بن عاصم حين أسلم أن يغتسل بماء وسدر⁽³⁾. بأن المراد منه النظافة لا العبادة بدليل أمره بالسدر، والسدر إنما يقصد للنظافة⁽⁴⁾.

وفي المدونة خلاف ما ذكره القرافي من عدم أمر الرسول ﷺ من أسلم بالاغتسال، فعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ بعث سرية قبل نجد فأسروا ثمامة بن أثال، فأوتي به إلى رسول الله ﷺ، فكان يأتيه كل غداة ثلاث عدوات يعرض عليه الإسلام، فأسلم، ثم أمره رسول الله ﷺ أن يذهب إلى حائط أبي طلحة فيغتسل⁽⁵⁾.

وقد علل القاضي عبد الوهاب لزوم الغسل على الكافر، بأنه كان جنبا، وجنابته لا تزال عنه لو اغتسل حال كفره، إذ هو ممن لا تصح منه النية، لذا لزمه الغسل إذا أسلم⁽⁶⁾.

وأما القول بعدم وجوب الغسل على الكافر حين يسلم فقد علل له الشيخ أبو الحسن القابسي وذلك إجابة عن سؤال ورد عليه ونصه: «لم كان الوضوء على المشرك إن أسلم واجبا، والغسل لم يبلغ مبلغ الوضوء؛ وهو إذا أسلم خوطب بما يخاطب به المؤمن من الغسل من الجنابة؟ فأجاب ﷻ تعالى بقوله: المسلم والمشرک قصدهما مختلف فيما يوجب الغسل، المسلم الوطء له مباح بالإسلام، الذي أباح له الوطء أوجب عليه الغسل منه، والكافر هو عاص لله تعالى في مقامه على الكفر، وهو أيضاً عاص لله تعالى في ذلك الوطء الذي وطء. فلما أسلم أسقط عنه الإسلام الكفر الذي كان فيه،

(2) الذخيرة 1/302.

(1) أقرب المسالك 1/56.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الرجل يسلم فيؤمر بالغسل والترمذي في الصلاة، باب ما ذكر في الاغتسال عندما يسلم الرجل.

(4) الذخيرة 1/302.

(5) قصة ثمامة وكون الرسول ﷺ أمره بالاغتسال وردت في المدونة 1/41. وعزا بدر الدين العيني إخراجها أيضاً لابن خزيمة وابن حبان والبخاري. وأخرجها أيضاً البيهقي في الطهارة، باب الكافر يسلم فيغتسل.

(6) الإشراف 1/28.

وذلك الوطاء الذي كان في الكفر، إذ كلاهما كان عصياناً لله تعالى. قيل فلو زنى المسلم؟ فقال: المسلم ليس يستحل الزنا، إنما يراه ذنباً، والكافر مستحل له. وأما الوضوء فالحدث الذي يجب به الوضوء على المسلم يتفق في فعله المسلم والكافر، إذ ذاك فهُمَا جميعاً لا يستطيعان دفعه، وليس فعل الكافر له عصياناً. فلما اتفقا فيه وجب عليه إذا أسلم الوضوء إذا قام إلى الصلاة، إذ هو قائم على حدث، لم يكن عليه في فعله كفر يغفره له الإسلام⁽¹⁾. والقول بوجوب الاغتسال على الكافر إذا أسلم هو ما مشى عليه الشيخ خليل في مختصره.



فرائض الغسل

فرائض (2) الغسل خمسة:

- 1 - النية: عند أول مفعول، ولو ابتداء بالفرج.
- وينوي المغتسل بقلبه أداء فرض الغسل، أو رفع الحدث الأكبر، أو رفع الجنابة، أو استباحة ما منعه الحدث الأكبر، أو استباحة الصلاة مثلاً.
- ولا يضر إخراج بعض المستباح بأن يقول: نويت استباحة الصلاة لا الطواف، بخلاف إخراج بعض الحدث، كأن يقول نويت الغسل من الجماع لا من خروج المنى، إن كان خرج منه منى، فإن لم يخرج فلا يضر. وقد تقدم دليل وجوب النية في الوضوء.
- 2 - الموالاة: مع الذكر والقدرة كما تقدم في الوضوء.
- 3 - تعميم ظاهر الجسد بالماء: والدليل:
 - أ - ما روي في كيفية غسل الرسول ﷺ، عن عائشة أنه كان إذا اغتسل من الجنابة بدأ فغسل يديه، ثم توضأ كما يتوضأ للصلاة، ثم يدخل أصابعه في الماء، فيخلل بها أصول شعره، ثم يصب على رأسه غرفات بيديه، ثم يفيض الماء على جلده كله⁽³⁾.
 - ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا اغتسل من الجنابة بدأ فأفرغ على يده اليمنى فغسلها، ثم غسل فرجه، ثم مضمض واستنثر، ثم غسل وجهه ونضح في عينيه، ثم غسل يده اليمنى، ثم اليسرى، ثم غسل رأسه، ثم اغتسل وأفاض عليه الماء⁽⁴⁾.
 - وجه الاستدلال أن الغسل لا يكون إلا بإفاضة الماء على الجسد كله⁽⁵⁾.

(1) المعيار المعرب، 1/116.

(2) راجع تعريف الفرض في فرائض الوضوء.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب العمل في غسل الجنابة. والبخاري في الغسل، باب الوضوء قبل الغسل. ومسلم في الحيض، باب صفة غسل الجنابة.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب العمل في غسل الجنابة.

(5) المنتقى 1/95 والبيان والتحصيل 1م ورقة 36.

ويجزئ التعميم بأي صورة، كأن ينغمس في الماء أو يصبّه على جسده بيده أو يتلقاه من المطر. وإذا شك مغتسل في محل هل أصابه الماء أم لا، وكان الشك غير مستنكح، وجب عليه غسل المحل المشكوك فيه بصب الماء عليه وذلكه، ولا يبرأ إلا باليقين أو بغلبة الظن.

وإذا كان الشك مستنكحاً - وهو الذي يعتريه الشك بكثرة -، فالواجب عليه الإعراض عنه، إذ تتبّع الوسواس يفسد الدين.

4 - الدلك: وهو إمرار العُضو على الجسد، ويحصل الفرض باستعمال اليد أو الرجل أو الكفّ أو الساعد، كما يكفي بالخرقة أو الحبل.

ويجزئ الدلك إذا حصل بعد صب الماء وانفصاله عن الجسد، ما لم يجفّ الماء فإن جفّ لم يجزئ. ويجب على المغتسل أن يتعهد مغابنه التي ينبو عنها الماء، كالشقوق التي في البدن والتكاميش، والسرة، والرفغين، والابطين، وكل ما غار من البدن، بأن يصب عليه الماء ويدلكه إن أمكن، وإلا اكتفى بصب الماء. ودليل وجوب الدلك في الغسل⁽¹⁾:

أ - أن معنى الغسل في اللّغة يقتضي الدلك. فمن لم يفعل غير صب الماء لا يستمى غاسلاً، بل يستمى صاباً للماء أو منغمساً فيه.
ب - القياس على الوضوء في وجوب الدلك.

أما ما ورد من أحاديث يفهم من ظاهرها عدم وجوب الدلك، فلا حجّة فيها، لأنه لم يذكر الرواية أنه ﷺ لم يتدلك، بل سكتوا عن ذلك، فيجوز أن يكون سكوتهم لعلمهم بأنه متبادر⁽²⁾. وهذه الأحاديث هي:

أ - عن ميمونة زوج النبي ﷺ قالت: توضأ رسول الله ﷺ وضوءه للصلاة غير رجلية، وغسل فرجه وما أصابه من الأذى، ثم أفاض عليه الماء، ثم نحى رجلية فغسلهما. هذا غسله من الجنابة⁽³⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا اغتسل من الجنابة بدأ فغسل يديه، ثم توضأ كما يتوضأ للصلاة، ثم يدخل أصابعه في الماء فيخلل بها أصول الشعر، ثم يصب على رأسه ثلاث غرف بيديه، ثم يفيض الماء على جلده كله⁽⁴⁾.

(1) الإشراف 12/1 والبيان والتحصيل 1م ورقة 7 وبداية المجتهد 44/1 وأحكام القرطبي 210/5 والتحرير والتنوير 65/5 والذخيرة 309/1.

(2) التحرير والتنوير 65/5.

(3) أخرجه البخاري في الغسل، باب الوضوء قبل الغسل. ومسلم في الحيض، باب في صفة غسل الجنابة.

(4) سبق تخريجه.

وإذا تعدّر ذلك سقط. ويكفي عند ذلك تعميم الجسد بالماء. ولا يكلف باستنابة من يدلّكه من زوجة، أو يتدلّك بحائض، إذ لا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها.

5 - تحليل الشعر: والدليل على وجوبه حديث مالك عن عائشة المتقدم، وفيه: «ثم يدخل أصابعه في الماء فيخلّل بها أصول شعره، ثم يصبّ على رأسه غرفات بيديه». وصورته أن يضمّه ويعركه عند صبّ الماء، حتى يصل إلى البشرة. ولا يجب إدخال الأصابع تحته ويعرك بها البشرة.

ويجب تحليل شعر غير الرأس، ولو كان كثيفاً، والدليل هو القياس⁽¹⁾ على شعر الرأس؛ ولقوله ﷺ: «إنّ تحت كل شعرة جنابة، فاغسلوا الشعر وأنقوا البشرة»⁽²⁾. ويجب في الغسل تحليل أصابع اليدين والرجلين.

ولا يجب على المغتسل نقض مضمفور شعره، ما لم يشتدّ الضفر حتى يمنع وصول الماء إلى البشرة، وما لم يضرّ بخيوط كثيرة تمنع وصول الماء إلى البشرة، أو إلى باطن الشعر. والرجل والمرأة في ذلك سواء. ودليل عدم النقض⁽³⁾:

- عن أم سلمة قالت قلت: يا رسول الله إنّي امرأة أشدّ ضفر رأسي، أفأنقضه لغسل الجنابة؟ قال: لا إنما يكفيك أن تحثين على رأسك ثلاث حثيات من ماء، ثم تفيضين على سائر جسديك الماء فتطهرين، أو قال فإذا أنت قد تطهّرت⁽⁴⁾.

والعروس التي تزين شعرها ليس عليها غسل رأسها، لما في ذلك من إتلاف المال. ويكفيها المسح عليه، وتيتم إذا كان الطيب في جسدها كله، لأن إزالته أيضاً من إضاعة المال، وكذلك بالنسبة للرجل.

سنن⁽⁵⁾ الغسل:

سنن الغسل خمس:

- 1 - غسل اليدين إلى الكوعين أولاً وقبل إدخالهما في الإناء بشروط:
 - أ - أن يكون الماء قليلاً.
 - ب - أن يمكن الإفراغ منه.

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 9 والذخيرة 251/1.

(2) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 1/262 حديث 1002. وأبو داود في الطهارة، باب الغسل من الجنابة. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء أنّ تحت كل شعرة جنابة.

(3) الذخيرة 1/313.

(4) أخرجه مسلم في الحيض، باب حكم صفائر المغتسلة. وأبو داود في الطهارة، باب المرأة هل تنقض شعرها عند الغسل. والترمذي في الطهارة، باب هل تنقض المرأة شعرها عند الغسل.

(5) راجع تعريف السنّة في سنن الوضوء.

ج - أن يكون غير جار.

فإن كان كثيراً أو جارياً أو لم يمكن الإفراغ منه كالحوض الصغير، جاز إدخالهما فيه إن كانتا نظيفتين، أو غير نظيفتين ولم يتغير الماء بإدخالهما، وإلا تحيل على غسلهما خارجه إن أمكن؛ فإن لم يمكن تركه وتيمم إن لم يجد غيره، لأنه كعدم الماء. وقد تقدم في الوضوء ذكر الأدلة وتوجيهها.

2 - المضمضة والاستنشاق والاستنثار.

وليست المضمضة والاستنشاق والاستنثار من فرائض الغسل، لأن الفم والأنف من بواطن الجسم حقيقة وحكماً. فأما الحقيقة فإنك تشاهد بطونهما في أصل الخلقة؛ وأما الحكم فإن الصائم إذا بلع ما اجتمع من الريق في فمه فإنه لا يفطر، ولا يجب غسلهما عند غسل الميت مع أنه يجب تعميم جميع بدنه⁽¹⁾.

3 - مسح صماخ الأذنين: والصماخ هو ثقب الأذن. ولا يبالي في ذلك لأنه يضر بالسمع. وأما ظاهرهما وباطنهما فهما من ظاهر الجسد يجب غسلهما.

مستحبات الغسل⁽²⁾:

1 - الموضع الطاهر.

2 - استقبال القبلة.

3 - التسمية.

4 - تقليل الماء بلا حد. فعن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يغتسل من إناء، هو القَرْقُ، من الجنابة⁽³⁾.

وعن جابر قال كان النبي ﷺ يغتسل بالصاع ويتوضأ بالمد⁽⁴⁾.

وهذان الحديثان فيهما الإخبار عن مقدار ما كان يستعمله غالباً من الماء، وليس فيهما تحديد لأقل ما يستعمل في الوضوء⁽⁵⁾.

5 - البدء في الغسل بإزالة النجاسة، سواء في الفرج أو غيره، ثم يشرع في الغسل.

6 - أن يغتسل على الكيفية المندوبة: وهي:

أن يبدأ المغتسل بغسل يديه إلى الكوعين ثلاثاً، بنية السنية، ثم يغسل ما بجسمه من أذى، وينوي فرض الغسل أو رفع الحدث الأكبر؛ فيبدأ بغسل فرجه وأنتييه ورفغيه

(1) أحكام ابن العربي 440/1.

(2) راجع تعريف المستحب في مستحبات الوضوء.

(3) أخرجه البخاري في الغسل، باب غسل الرجل مع امرأته. ومسلم في الحيض. باب القدر

المستحب من الماء في غسل الجنابة ومالك في الطهارة، باب العسل في غسل الجنابة.

(4) سبق تخريجه. (5) المتقى 95/1.

ودبره مرة واحدة، ثم يتمضمض ويستنشق ويستنثر، ثم يغسل وجهه إلى تمام الوضوء مرة مرة، ثم يخلل أصول شعر رأسه لتنسد المسام، خوفاً من أذية الماء إذا صب الماء على الرأس. ثم يغسل رأسه ثلاثاً يعم رأسه في كل مرة، ثم يغسل رقبته، ثم منكبيه إلى المرفقين، ثم يفيض الماء على شقه الأيمن إلى الكعب، ثم الأيسر كذلك، فيغسل كلاً من الشقين الأيمن والأيسر بطناً وظهراً، فإن شك في محل ولم يكن مستنكحاً وجب غسله وإلا فلا.

نيابة الغسل عن الوضوء:

الغسل على الصفة المتقدمة أو على غيرها يجزئ عن الوضوء، ولو لم يستحضر المغتسل رفع الحدث الأصغر؛ لأنه يلزم من رفع الحدث الأكبر رفع الأصغر، فيصلي بذلك الغسل ما لم يحصل ناقض للوضوء أثناء الوضوء، وبعده وقبل تمام الغسل؛ فإن حصل ناقض في أثناءه أعاد ما فعله من الوضوء مرة مرة بنية الوضوء؛ وإن حصل الناقض بعد الانتهاء من الغسل أعاد الوضوء مع التثليث. ودليل أجزاء الغسل عن الوضوء: قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَغْتَابُوا﴾ فإن مفهوم الغاية يقتضي أنه إن اغتسلتم فلكم أن تقربوا الصلاة. فلولا أن الغسل يجزئ عن الوضوء لم يكن للمغتسل أن يقرب الصلاة⁽¹⁾.

وهذا خاص بالغسل الأصلي الواجب، فإن كان غير واجب كغسل الجمعة والعيدين فلا يجزئ عن الوضوء، وعليه وضوء مستقل عن الغسل غير الواجب. ومن توضأ بنية رفع الحدث الأصغر، ثم تمم الغسل بنية رفع الأكبر، فإنه يجزئه غسل محل الوضوء عن غسله في الغسل، فلا يعيد غسل أعضاء الوضوء في غسله، ولو كان ناسياً أن عليه جنابة حال وضوئه. ومن كان عليه جنابة فاغتسل بنية رفع الجنابة وغسل الجمعة أو العيد حصلاً معاً، وكذلك إذا نوى نيابة غسل الجنابة عن غسل النفل. أما لو نوى نيابة النفل عن الجنابة فلا تكفي عن واحد منهما.

ما يندب للجنب؟

يندب له إذا أراد النوم ليلاً أو نهاراً أن يتوضأ وضوءاً كاملاً كوضوء الصلاة، مثلما يندب لغيره، لكن وضوء الجنب لا يبطله إلا الجماع، بخلاف وضوء غيره، فإن ينقضه كل ناقض. ولا يتيمم الجنب للنوم ولو عند عدم الماء، أي لا يندب له.

ويندب للجنب أيضاً غسل فرجه إذا أراد العود للجماع، لما فيه من إزالة النجاسة وتقوية العضو. والدليل⁽²⁾ عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: إذا أتى أحدكم أهله ثم بدا له أن يعاود فليتوضأ بينهما وضوءاً⁽³⁾.

(2) المتقى 1/107.

(1) مفتاح الوصول ص81.

(3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الوضوء لمن أراد أن يعود. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء إذا أراد أن يعود توضأ.

والوضوء في الحديث محمول على غسل الفرج وإزالة النجاسة من الفرج⁽¹⁾.
 وإن كانت الموطوءة زوجة أخرى وجب عليه غسل الفرج، لثلا يؤذيها بنجاسة غيرها. ويندب للأنثى الغسل أيضاً عند إعادة الجماع.
 أما الغسل من الجنابة فليس يفترض عند إعادة الجماع، والدليل⁽²⁾:
 عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه في غسل واحد⁽³⁾.



موانع الجنابة

تمنع الجنابة مما يمنعه الحدث الأصغر، من صلاة، وطواف، ومسّ المصحف، ولو جزءاً منه. وتمنع أيضاً من:
 أ - قراءة القرآن. والدليل⁽⁴⁾:
 أ - عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن⁽⁵⁾.

ب - عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحجبه عن القرآن شيء إلا الجنابة⁽⁶⁾. وفي رواية: كان لا يحجبه عن القرآن شيء ليس الجنابة⁽⁷⁾.
 ويمنع الجنب من قراءة القرآن ولو بغير مصحف، ولو كان معلماً أو متعلماً، إلا ليسير؛ لأجل التعوذ عند النوم، أو الخوف، فيجوز بيسير، كآية الكرسي والإخلاص والمعوذتين؛ أو لأجل رقياً للنفس أو للغير، من ألم أو عين؛ أو لأجل استدلال على حكم، وذلك لأن الغالب من أحوال المسلمين ذكر الله والتعوذ، فكانت بهم ضرورة إلى ذلك، وفي منعه مشقة فاستثنى من المنع⁽⁸⁾. ويستثنى أيضاً الحائض والنفساء كما يأتي في الحيض.
 2 - وتمنع الجنابة دخول المسجد، سواء كان جامعاً أو لا، ولو كان الداخل مجتازاً فيه من باب إلى آخر، فيحرم عليه. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: 43]. ووجه الاستدلال أن في الآية إضماراً وتقديره: لا

(1) المنتقى 107/1.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الجنب يعود. والنسائي في الطهارة، باب إتيان النساء قبل إحداث الغسل.

(3) أحكام القرطبي 209/1 وبيداتة المجتهد 49/1 والإشراف 12/1 والذخيرة 316/1.

(4) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء في الجنب والحائض أتتهما لا يقرآن القرآن.

(5) سبق تخريجه، وهو لفظ ابن ماجه.

(6) سبق تخريجه، وهو لفظ أبي داود والنسائي. (8) الإشراف 13/1.

تقربوا مواضع الصلاة. لأنه لما استثنى منه عابري السبيل دلّ على أن المراد موضع الصلاة لانفس الصلاة، لاستحالة العبور في الصلاة نفسها⁽¹⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه بيوت أصحابه شارعة في المسجد فقال: «وجهوا هذه البيوت عن المسجد» ثم دخل النبي صلى الله عليه وسلم ولم يصنع القوم شيئاً رجاء أن ينزل فيهم رخصة، فخرج إليهم بعد فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد، فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب⁽²⁾.

ويجوز للجنب الذي فرضه التيمم، لمرض أو سفر ولم يجد الماء، أن يدخله بالتيمم للصلاة والمبيت فيه، إن اضطر لذلك. كما يجوز للصحيح الحاضر دخول المسجد، إذا كان الماء داخله أو الدراهم التي يحصل بها على الماء داخله. وإذا احتلم فيه فإنه يتيمم للخروج منه، والأولى الإسراع بالخروج، لأن الاشتغال بالتيمم لبث في المسجد مع الجنابة⁽³⁾.

دخول الكافر المسجد:

يمنع دخول الكافر المسجد وإن أذن له مسلم، إلا لضرورة عمل، كأن يكون أتقن من المسلم، أو أقل أجره منه. ودليل عدم جواز دخول الكافر المساجد⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الشُّرُكُوتُ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: 28].

ووجه الاستدلال من الآية أنها نهت عن قربان المشركين المسجد الحرام، وعللت ذلك بالنجاسة التي وصفتهم بها. فيتعدى الحكم إلى كل موضع محترم بالمسجدية، لأن العلة - وهي النجاسة - وصف ملازم لكل مشرك بنص الآية، والحرمة موجودة في كل مسجد، لوجوب صيانة المساجد عن كل نجس.

ب - القياس على الجنب بطريق الأولى. وما ذكره المخالف للمذهب المالكي من قصر المنع على المسجد الحرام دون غيره من المساجد، أو المنع من غيره من المساجد أيضاً، لكن يجوز بإذن مسلم، بدليل ربط النبي صلى الله عليه وسلم لثمامة بن أثال في المسجد وهو مشرك. ودخول أبي سفيان مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم عند إقباله وهو مشرك لتجديد العهد قبل فتح مكة حين خشي نقض الصلح بما أحدثه بنو بكر على خزاعة؛ فهذا الجواب عنه ظاهر، وهو أنه منسوخ بالآية، لأن ذلك حدث قبل نزولها.

(1) مفتاح الوصول ص 69.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الجنب يدخل المسجد، عن عائشة. وابن ماجه في الطهارة، باب في ما جاء في اجتناب الحائض المسجد.

(3) الذخيرة 314/1.

(4) أحكام ابن العربي 2/914. والذخيرة 1/315. دار الغرب الإسلامي.

التيمم

تعريفه لغة: التيمم من الأم، وهو القصد، يقال أمه وأمه وتأممه، إذا قصده. قال تعالى ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ [البقرة: 268] أي لا تقصدوا الخبيث⁽¹⁾.
تعريفه شرعاً: هو طهارة ترابية تشتمل على مسح الوجه واليدين بنية.
حكمه: الوجوب إذا توفرت أسبابه.

دليل مشروعيته: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: 6].

حكمة مشروعيته:

قال العلامة الأستاذ الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور رحمته الله:

«والتيمم بدل جعله الشرع عن الطهارة، ولم أر لأحد من العلماء بياناً في حكمة جعل التيمم عوضاً عن الطهارة بالماء. وكان ذلك من همي زمناً طويلاً وقت الطلب، ثم انفتح لي حكمة ذلك. وأحسب أن حكمة تشريعه تقرير لزوم الطهارة في نفوس المؤمنين، وتقرير حرمة الصلاة، وترفيح شأنها في نفوسهم، فلم تترك لهم حالة يعدون فيها أنفسهم مصليين بدون طهارة تعظيماً لمناجاة الله تعالى. فلذلك شرع لهم عملاً يشبه الإيماء إلى الطهارة، ليستشعروا أنفسهم متطهرين، وجعل ذلك بمباشرة اليدين صعيد الأرض التي هي منبع الماء؛ ولأن التراب مستعمل في تطهير الآنية ونحوها، ينظفون به ما علق لهم من الأقدار في ثيابهم وأبدانهم وماعونهم؛ وما الاستجمار إلا ضرب من ذلك؛ مع ما في ذلك من تجديد طلب الماء لفاقدته، وتذكيره بأنه مطالب به عند زوال مانعه. وإذا كان التيمم طهارة رمزية، اقتنعت الشريعة فيه بالوجه والكفين في الطهارتين الصغرى والكبرى، كما دلّ عليه حديث عمار بن ياسر. ويؤيد هذا المقصد أن المسلمين لما عدموا الماء في غزوة المريسيع صلّوا بدون وضوء فنزلت آية التيمم⁽²⁾.

وقال في موطن آخر: «تلك هي التنبيه على عظم قدر الصلاة وتأكيد وجوب التطهر لها، بأن أرادت الشريعة إقامة عمل مقام الطهارة، حتى لا يستشعر المسلم أنه يناجي ربه بدون تطهر. وحتى لا تفوته نية التطهر للصلاة فلا يفوته ذلك المعنى المنتقل به من طهارة الظاهر إلى طهارة الباطن، وحتى لا يظن أن أمر الطهارة هين. وفي إقامة ذلك العمل مقام الطهارة تذكير مستمر بها حتى لا ينسى العود إليها عند زوال ما منعه منها. هذا العمل هو عمل رمزي محض، وهو توهم المطهر أنه يتطهر بمصدر الماء ومنبعه وقراره، وهو الحجر والتراب، إذا الأرض منبع الماء وقراره، قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّ مِنَ الْحِجَابَةِ لَمَا يَنْفَجِرُ مِنْهُ الْأَنْهَارُ﴾ وقال ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً بِقَدَرٍ فَأَسْكَنَتْهُ فِي الْأَرْضِ﴾ فأولى

الأشياء بالماء وأقربها إليه هو الأرض وما ظهر عليها، وهو الصعيد المقصود في آية التيمم. وأحسب أنه لا يوجد حكم وهمي في شرائع الإسلام غير التيمم، فلا تنتقض القاعدة التي أصلناها في كتاب أصول النظام الاجتماعي، وهي أن الإسلام حقائق لا أوهام. ولكون التيمم طهارة رمزية اكتفي فيه بمسح الوجه واليدين عن الوضوء وعن الغسل، مع أنهما دون أعضاء الوضوء، بله أعضاء الغسل. وقد ظن عمار بن ياسر رضي الله عنه لزوم إحاطة الجسد بالمس بالتراب للجنابة، فتمرغ في التراب. فقال له رسول الله ﷺ: «يكفيك الوجه والكفان» رواه البخاري. ولما بينت ذلك في هذا العمل من فضيلة استبقاء تعظيم الصلاة بين رسول الله ﷺ أن التيمم منحة خص الله بها هذه الأمة، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «وأعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي، فذكر منها، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً». ولهذا المعنى قال مالك في الموطأ: «ومن قام إلى الصلاة فلم يجد الماء فعمل بما أمره الله تعالى به من التيمم فقد أطاع الله سبحانه. وليس الذي يجد الماء بأطهر منه ولا أتم صلاة، لأنهما أمراً جميعاً، فكل عمل بما أمره الله تعالى به». فالتيمم من أعمال آثار القوة الواهمة في الإنسان، إذ لم يمكن غيرها، وإن كان معظم شرائع الإسلام حقائق لا أوهاماً⁽¹⁾ انتهى كلام الشيخ.

شروط التيمم:

1 - شروط الصحة:

هي نفس شروط الصحة في الوضوء.

2 - شروط الوجوب:

هي: نفس شروط الوجوب في الوضوء، إلا أن شرط دخول الوقت يصبح في التيمم من شروط الوجوب والصحة معاً.

3 - شروط الوجوب والصحة معاً:

هي: العقل، والنقاء من دم الحيض والنفاس، ووجود الصعيد الطاهر، وعدم النوم والغفلة، ودخول الوقت، وبلوغ دعوة النبي ﷺ.

ودليل اشتراط دخول الوقت لحصة التيمم: أن الله تعالى أوجب الوضوء وبدلته - أي التيمم - عند القيام للصلاة، ولا يكون القيام لها إلا عند دخول وقتها⁽²⁾، وخرج الوضوء عن هذا بالدليل، فيجوز إيقاعه قبل دخول الوقت، وبقي التيمم على الأصل.

(1) كشف المغطى ص 86.

(2) المقدمات ص 85 والمنتقى 1/111.

أسباب التيمم:

تنقسم أسباب التيمم إلى قسمين:

أ - فقدان الماء حقيقة أو حكماً.

ب - العجز عن استعمال الماء.

1 - فاقد الماء حقيقة أو حكماً: وذلك بأن لا يجد الماء أصلاً، أو يجد ما لا يكفيه، فهذا يتيمم، سواء كان حاضراً أو مسافراً، وسواء كان على حدث أصغر أو على جنابة. ودليل جواز تيمم الحاضر الصحيح الفاقد للماء:

أ - قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: 6].

ووجه الاستدلال: أي إذا كنتم على سفر غير واجدين الماء فتيمموا. فقد اكتفى بالنص على السفر، لأنه الغالب من عدم الماء، وأما عدم الماء في الحضر فهو نادر، وإن وقع فالتيمم جائز⁽¹⁾.

وكذلك فإن الضمير في قوله: «فلم تجدوا» يعود على أصناف المحدثين جميعاً، الحاضرين والمسافرين⁽²⁾.

ب - عن أبي جهيم بن الحارث الأنصاري رضي الله عنه قال: أقبل النبي ﷺ من نحو بئر جمل، فلقيه رجل فسلم عليه، فلم يرده النبي ﷺ حتى أقبل على الجدار، فمسح بوجهه ثم رده عليه السلام⁽³⁾.

وزاد أبو داود⁽⁴⁾: إنه لم يمنعني أن أرد عليك السلام إلا أنني لم أكن على طهر. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ فعل ذلك وهو في الحضر. وفعله دليل على جواز تيمم الحاضر من أجل فقد الماء⁽⁵⁾.

والدليل على جواز تيمم المجنب⁽⁶⁾:

أ - أن الله تعالى أمر بالوضوء من الحدث بقوله: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا﴾ (الآية). وأمر بال غسل من الجنابة للصلاة بقوله: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ ثم أمر بالتيمم عند عدم الماء بالنص على ذلك في قوله: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ فوجب أن

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 11 وأحكام ابن العربي 1/ 443.

(2) بداية المجتهد 1/ 65.

(3) أخرجه البخاري في التيمم، باب التيمم في الحضر. ومسلم في الحيض، باب التيمم.

(4) كتاب الطهارة، باب التيمم في الحضر.

(5) أحكام ابن العربي 1/ 443 وأحكام القرطبي 5/ 220 والذخيرة 1/ 65.

(6) المقدمات ص 80 وبداية المجتهد 1/ 64 والذخيرة 1/ 344 وأحكام القرطبي 6/ 104.

يحمل ذلك على أنه بدل عن الوضوء والغسل جميعاً، وأن لا يخصص في أحدهما دون الآخر إلاً بدليل، ولا دليل يستثنى الجنابة⁽¹⁾.

ب - عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم . . . ونودي بالصلاة، فصلّى بالناس، فلما انفتل من صلاته إذا هو برجل معتزل لم يصل مع القوم، قال: ما منعك يا فلان أن تصلّي مع القوم؟ فقال: أصابتنى جنابة ولا ماء. قال: عليك بالصعيد فإنه يكفيك⁽²⁾.

ج - عن عمار بن ياسر قال لعمر بن الخطاب: أما تذكر أنا كنا في سفر أنا وأنت، فأما أنت فلم تصلّ وأما أنا فتمعتك فصليت، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: إنما يكفيك هكذا فضرب بكفيه الأرض، ونفخ فيهما، ثم مسح بهما وجهه وكفيه⁽³⁾.

د - عن شقيق قال: كنت جالساً بين عبد الله وأبي موسى، فقال أبو موسى: يا أبا عبد الرحمن أرايت لو أن رجلاً أجنب، فلم يجد الماء شهراً أما كان يتيمم؟ فقال: لا وإن لم يجد شهراً. فقال أبو موسى: فكيف تصنعون بهذه الآية التي في سورة المائدة ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَيْدًا طَيِّبًا﴾ فقال عبد الله: لو رخص لهم في هذا لأوشكوا إذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد. فقال له أبو موسى: وإنما كرهتم هذا لهذا؟ قال: نعم. فقال له أبو موسى: ألم تسمع قول عمار لعمر بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حاجة، فأجبت فلم أجد الماء فتمرغت في الصعيد كما تتمرغ الدابة، ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال: إنما كان يكفيك أن تصنع هكذا، فضرب يده على الأرض فنفضها، ثم ضرب بشماله على يمينه وبيمينه على شماله على الكفين، ثم مسح وجهه. فقال له عبد الله: أفلم تر عمر لم يقنع بقول عمار⁽⁴⁾.

وصور فقدان الماء، أن يفقده حقيقة بأن لم يجده أصلاً، أو يفقده حكماً بأن يجد ماء لكن لا يكفيه فيكون في عداد من لم يجده أصلاً. والكفاية محددة بأعضاء الوضوء القرآنية بالنسبة للوضوء وبجميع البدن بالنسبة لغسل الجنابة.

أو بأن يجد ماء لكن إن هو استعمله في الطهارة عطش ذو نفس محرمة، مثل الإنسان ولو كان مرتداً لم يقتل بعد، والحيوان المأذون فيه مثل الكلب للحراسة والصيد. والدليل:

(1) المقدمات ص 50.

(2) أخرجه البخاري في التيمم، باب الصعيد الطيب. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الفاتة واستحباب تعجيله.

(3) أخرجه البخاري في التيمم، باب المتيمم هل ينفخ فيهما. ومسلم في الحيض، باب التيمم.

(4) أخرجه البخاري في التيمم، باب التيمم ضربة. ومسلم في الحيض، باب التيمم. وأبو داود في الطهارة، باب التيمم.

أ - قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: 29] فإن الخوف على النفس يسقط حق الله تعالى (1).

ب - عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا عطشنا، أفنتوضأ من ماء البحر؟ فقال رسول الله ﷺ: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» (2).

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن العطش له تأثير في ترك استعمال الماء المعد للشراب. ولذلك أقر النبي ﷺ الرجل على التعلق بالماء (3).

وأما الكافر الحربي فلا يسقى مطلقاً، والحيوان غير المأذون فيه إن عُجز عن قتله سقي الماء وتيمم صاحب الماء.

والمراد بالعطش المذكور هو المؤذي إلى هلاك أو شدة أذى، لا مجرد العطش. ومثل العطش احتياج المتطهر للماء لضرورة العجن والطبخ فإنه يستعمله لذلك وتيمم.

2 - العاجز عن استعمال الماء وصوره:

أ - أن يكون مريضاً: والدليل: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى﴾ [المائدة: 6].

ب - أن يخاف زيادة المرض أو تأخير البرء. ويعرف ذلك بالعادة أو بإخبار طبيب عارف. والدليل (4) قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78].

ولما روي عن 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 ﷺ أخبر بذلك، فقال: قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذ لم يعلموا، فإنما شفاء العبي السؤل. إنما كان يكفيه أن يتيمم أو يعصر أو يعصب على جرحه خرقة ثم يمسح عليها ويغسل سائر جسده (5).

ج - أن يخاف حدوث مرض. والدليل (6): ما روي عن عمرو بن العاص قال: احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل، فاشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيمنت ثم صليت بأصحابي الصبح. فذكروا ذلك للنبي ﷺ فقال: يا عمرو، وصليت بأصحابك وأنت جنب؟ فأخبرته بالذي معني من الاغتسال، وقلت إني سمعت الله يقول: ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً. فضحك رسول الله ولم يقل شيئاً (7).

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 16.

(2) سبق تخريجه.

(3) أحكام ابن العربي 1/ 441.

(4) المتقى 1/ 55.

(5) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في المجروح يتيمم.

(6) أحكام القرطبي 217/5 والذخيرة 1/ 339 والمدونة 1/ 49 ومفتاح الوصول ص 23.

(7) أخرجه البخاري معلقاً في التيمم، باب إذا خاف الجنب على نفسه المرض أو الموت. ووصله أبو داود في الطهارة، باب إذا خاف الجنب البرد تيمم.

د - أن يخاف على نفسه عند جلب الماء، أو يخاف تلف مال له أهمية عند طلب الماء، بسرقة أو نهب. والمراد بما له بال: ما زاد على ما يلزمه شراء الماء به لو اشتراه. وسواء كان المال له أو لغيره. وقال الشيخ الصاوي: «ومن ذلك الذين يحرسون زروعهم والأجراء الذين يحصدون الزرع». والدليل على أن الخوف على المال يمنع من الإتيان بالطهارة المائية⁽¹⁾: ما روي أن رسول الله ﷺ أقام على التماس عقد عائشة رضي الله عنها وليس مع القوم ماء⁽²⁾.

هـ - أن يخاف خروج وقت الصلاة باستعمال الماء أو طلبه، فإنه يتيمم ولا يطلبه ولا يستعمله إن كان موجوداً، محافظة على أداء الصلاة في وقتها ولو الاختياري. أما إن ظن أنه يدرك من الصلاة ركعة في وقتها، إن توضأ أو اغتسل فلا يجوز له التيمم. ويتعين عليه في الوضوء أو الغسل أن يقتصر على الفرائض مرّة ويترك السنن والمندوبات إن خشي فوات الوقت بفعلها. أما لو خشي فوات الوقت باستعمال الفرائض وجب عليه التيمم.

وإن تيمم ودخل في الصلاة وتبين له أن الوقت باق متسع، أو أنه قد خرج، فإنه لا يقطع؛ لأنه دخلها بوجه جائز ولا إعادة عليه. وكذلك إذا تبين ذلك بعد الفراغ منها أو لم يتبين شيئاً. وأما لو تبين له قبل الإحرام أن الوقت باق متسع، أو أنه خرج فلا بد من الوضوء أو الغسل.

و - أن يكون فاقداً لمن يناوله الماء أو آلة لجلبه.

فمن لم يجد من يناوله الماء أو وجد آلة محرمة الاستعمال، فهو بمنزلة عديم الماء، فإنه ينتقل إلى التيمم، وذلك لأن الطهارة المائية لها بدل وهو التيمم، فلا يسوغ ارتكاب المحظور وهو استعمال آلة محرمة.

أحكام الحاضر الصحيح الفاقد للماء:

1 - يجب عليه طلب الماء قبل التيمم، ولو أن يشتريه بثمن معتاد أو زائد على المعتاد بشيء تافه، ولو أن يشتريه بثمن إلى أجل معلوم، بشرط أن لا يكون محتاجاً لذلك المال في نفقاته. كما يجب عليه اقتراضه أو قبوله إن أهدي إليه. ويجب عليه طلبه لكل صلاة في مسافة تقدر بما دون الميلين. وهذا مشروط بأن لا يشق عليه، وأن لا يخشى فوات رفقة، وأن يتحقق أو يظن أو يشك وجوده؛ فإن شقّ عليه، أو خشي فوات رفقة، أو تحقق أو ظنّ عدمه إلا بعد مسافة ميلين، فلا يلزم طلبه. ودليل وجوب الطلب:

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 11 والمتقى 109/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب هذا باب في التيمم. والبخاري في التيمم، باب قول الله تعالى: ﴿لَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾. ومسلم في الحيض، باب التيمم.

أ - قوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً﴾ [المائدة: 6].

ووجه الاستدلال أن الإنسان لا يسمّى غير واجد للماء إلا بعد طلبه⁽¹⁾.

ب - قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، إذا كان مقدوراً عليه للمكلف.

وطلب الماء واجب، لأنه لا يتم واجب الوضوء إلا به، حتى يتبين العجز⁽²⁾.

2 - فاقد الماء أو القدرة على استعماله حقيقة أو حكماً، لا يخلو حاله من أحد

أمر ثلاثة، إما أن يكون آيساً، أو يكون متردداً، أو يكون راجحياً.

فالآيس من وجود الماء، أو من لحوقه، أو من زوال المانع، فهو الجازم أو الغالب

على ظنه ذلك في الوقت المختار، فإنه يتيمم ندباً أوّل الوقت المختار، ويصلي ليحوز

فضيلة أوّل الوقت، إذ قد فاتته فضيلة الماء؛ فإن تيمم وصلى ثم وجد ما آيس منه في

الوقت فلا إعادة عليه مطلقاً. والمتردد وهو الشاك والظان ظناً قريباً من الشك، ومثله

المريض الذي عدم مناوياً، والخائف، والمسجون، فإنهم يتيممون ندباً وسط الوقت

الاختياري.

والزاجي وهو الظان لوجود الماء أو زوال المانع، فإنه يتيمم ندباً في آخر الوقت.

وقد علّل ذلك ابن رشد الجدل بأن فضيلة الماء أعظم من فضيلة أوّل الوقت، لأن فضيلة

أول الوقت مختلف فيها، وفضيلة الماء متفق عليها، إذ فضيلة أوّل الوقت يجوز تركها

دون ضرورة، ولا يجوز ترك فضيلة الماء إلا لضرورة⁽³⁾. ولا يجوز لأحد من هؤلاء

تأخير الصلاة إلى الوقت الضروري. كما أنّ هذا التفصيل في وقت الصلاة للمتيمم،

خاص بالصلوات الأربع دون المغرب، لأنه لا امتداد لوقتها الاختياري.

وكل المعذورين لا إعادة عليهم بعد التيمم والصلاة، لأنهم فعلوا ما أمروا به.

وقيل بحرمة الإعادة إذا كانت الإعادة من حيث استضعاف الطهارة الترابية على المائية،

لما فيه من الاستظهار على الشارع فيما شرع. والدليل على عدم طلب الإعادة⁽⁴⁾:

أ - عن أبي سعيد الخدري قال: خرج رجلان في سفر. فحضرت الصلاة وليس

معهما ماء، فتيمّما صعيداً طيباً، فصليا ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الصلاة

والوضوء ولم يعد الآخر. ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكروا ذلك له فقال للذي لم يعد:

أصبت السنة وأجزأتك صلاتك. وقال للذي توضأ وأعاد: لك الأجر مرتين⁽⁵⁾.

ب - القياس على المسح على الجبيرة، وعلى قصر الصلاة في السنن، فإن

(1) بداية المجتهد 67/1 والمقدمات 85/1 والمنتقى 110/1 وأحكام القرطبي 233/5.

(2) مفتاح الوصول ص 35 والذخيرة 335/1. (3) المقدمات ص 85.

(4) المدونة الكبرى 46/1 والذخيرة 364/1.

(5) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في التيمم يجد الماء بعدما يصلي في الوقت. والنسائي في

الغسل والتيمم، باب التيمم لمن لم يجد الماء بعد الصلاة.

الماسح والمقصر لا يُعيدان الصلاة بعد زوال أعذارهما⁽¹⁾.

ولا يعيد إلا المقصر في البحث عن الماء، ومنه من فتش عن الماء فيما دون الميلين ولم يجده، ثم وجده فيما دون الميلين، فإنه يعيد في الوقت ندباً لتفريطه، إذ لو أمعن النظر لوجده. ومثله الخائف من لص أو سبع دون الماء فتيمم وصلّى ثم تبين له عدم ما خاف منه. ومثله الراجي وجود الماء آخر الوقت لكنه قدّم الصلاة بالتيمم ثم وجد الماء فإنه يعيد في الوقت. والمراد بالوقت هو الاختياري. ومثله المريض يقدر على استعمال الماء لكنه لم يجد من يناوله إياه، فتيمم وصلّى ثم وجد مناولاً. ومثله من نسي الماء الذي معه ثم تذكره بعد أن صلى بالتيمم، فإنه يعيد لتفريطه إذ الناسي عنده نوع تفريط، فإن تذكر وهو في الصلاة بطلت كما يأتي. وأما من لم يطلب الماء ولم يبحث عنه فإنه يعيد أبداً.

3 - لا يجوز للحاضر الصحيح الفاقد للماء أن يتيمم لصلاة الجمعة. لأن لها بدلاً وهو الظهر، فأشبهت بهذا الاعتبار النفل، وهو لا يتيمم للنفل. فلو تيمم وصلّى به الجمعة لم تجزه ولا بدّ له من صلاة الظهر ولو بتيمم، هذا هو المشهور، قال الدردير والأظهر خلافه. وخلاف المشهور نظر إلى أنها واجبة متعينة عليه، فقال بوجوب التيمم لها كغيرها، قال الدردير: «وهو أظهر مدركاً من المشهور» فالقول الأوّل مشهور مبني على ضعيف، وهو أنها بدل عن الظهر. والقول الثاني مبني على مشهور، وهو أنها فرض يومها قال الدردير: «هذا وظاهر كثير من النقول أنّ الخلاف في عدم الماء وقت أدائها فقط مع علمه بوجوده بعدها، أو فيمن خاف باستعماله فواتها؛ وأما العادم له في جميع الوقت، فإنه يتيمم لها جزماً. والوجه أنهما مسألتان أي طريقتان لا تردّ إحداهما على الأخرى فتأمل».

4 - لا يجوز للحاضر الصحيح الفاقد للماء التيمم للنفل استقلالاً، ولو كان النفل وترّاً ولو مندوراً. ولا يشبه النذر حكم الجنابة المتعينة وسيأتي ذكره، لأن ما أوجبه الشارع على المكلف أقوى مما أوجبه العبد على نفسه. ولا تجزئ صلاة النفل بالتيمم، إلا أن تكون تبعاً للفرض، بأن يتيمم لصلاة العشاء ثم يصلي الشفع والتر بنفس التيمم.

5 - لا يجوز للحاضر الصحيح الفاقد للماء التيمم لجنابة إلا إذا تعينت عليه، بأن لم يوجد متوضئ، أو لم يوجد من هو حكمه التيمم لأجل مرض أو سفر.

6 - العادم للماء إذا كان متوضئاً أو مغتسلاً، فإنه يكره له إبطال وضوئه، بحدث أو سبب، أو إبطال غسله. ومحل الكراهة ما لم يحصل للمتوضئ ضرر من حقن أو غيره، وما لم يحصل للمغتسل ضرر بترك الجماع وإلا لم يكره.

أحكام المريض والمسافر الفاقد للماء:

- يشترك المريض والمسافر الفاقد للماء، مع الحاضر الصحيح الفاقد للماء، في طلب الماء أو المناول، وفي وقت إيقاع الصلاة.
- يجوز للمريض والمسافر التيمم للجانزة، ولو لم تتعين فيهما.
- يجوز لهما التيمم للنفل استقلالاً وتبعاً للفرض.

أحكام مشتركة بين أصناف التيممين:

- التيمم الذي يشرع له التيمم للنفل استقلالاً، وهو المريض أو المسافر فاقد الماء، يجوز له مس المصحف، وقراءة القرآن ولو كان جنباً، والطواف، وصلاة ركعتي الطواف سواء تقدمت هذه على النفل أو تأخرت. وكذلك يجوز للمتيمم لفرض التنفل بتيمم ذلك الفرض، والطواف، وصلاة ركعتيه، لكن بشرط أن تتأخر عن الفرض، وهذا استحسان ومراعاة لخلاف من يقول: إن التيمم يرفع الحدث كالوضوء بالماء⁽¹⁾.
- أما مس المصحف وقراءة القرآن فلا يضرّ تقدّمهما على الفرض، بشرط أن لا يخلّ ذلك بالموالاة.

- يشترط الإتصال بين الفرض والنفل، وبين النوافل بعضها مع بعض، ولا يضرّ الفصل اليسير. والفصل المضرّ يقدر بالخروج من المسجد وطول الزمن وكثرة النوافل. والفصل غير المضرّ يقدر بقراءة آية الكرسي والمعقبات والتراويح مع الشفع والوتر، فإن زاد عليها فهو مضرّ ويسقط مراعاة للخلاف⁽²⁾.

- لا يصح صلاة فرض ثان بتيمم الفرض الأول، ولو كان الصلاة الثانية مشتركة في الوقت مع الأولى، ولو كان التيمم من مريض يشق عليه إعادة التيمم. والدليل: قوله الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: 6].

- وجه الاستدلال أن ظاهر الآية يوجب الوضوء والتيمم عند القيام لكل صلاة. وخصّصت السنة من ذلك الطهارة بالماء، وذلك بصلاة النبي يوم فتح مكة الصلوات بوضوء واحد، وبقي التيمم على الأصل⁽³⁾. والحديث قد تقدم ذكره في باب الوضوء المندوب.

وروى سحنون عن ابن عباس أنه قال: «لا يصلى بالتيمم إلا صلاة واحدة»⁽⁴⁾.

(1) البيان والتحصيل 1م ورقة 47.

(2) البيان والتحصيل 1م ورقة 47.

(3) البيان والتحصيل 1م ورقة 44 ومفتاح الوصول ص30.

(4) المدونة الكبرى 52/1.

فرائض⁽¹⁾ التيمم:

1 - النية: النية واجبة، لكون التيمم عبادة غير معقولة المعنى⁽²⁾. وهو خارج عن نمط العبادات التي كلها تعظيم وإجلال، وليس في التراب ومسحه على الوجه صورة تعظيم، بل هو يشبه أن يكون عبثاً، لذلك احتاج إلى النية لتخرجه من حيز اللّعب إلى حيز التقرب⁽³⁾.

ومحل النية عند الضربة الأولى، لأن الله أوجب قصد الصعيد قبل مسح الوجوه. وقد عدت الضربة الأولى من الفرائض فلا يصح تقدمها على النية. وينوي التيمم بالتيمم استباحة الصلاة أو استباحة ما منعه الحدث. ويجب عندها ملاحظة الحدث الأكبر، إن كان عليه جنابة، فإن لم يلاحظه بأن نسي أو لم يعتقد بأن عليه جنابة أعاد أبداً. والدليل⁽⁴⁾: قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى⁽⁵⁾. وهو لم ينو الجنابة فلا ترتفع. ولو اقتصر على نية الأكبر أجزاءه عن الأصغر. وإن نوى فرض التيمم فلا يلزمه ملاحظة ذلك، ويجزيه عن الأصغر والأكبر.

ويندب تعيين الصلاة من فرض أو نفل، فإن عين به فرضاً فلا يفعل به فرضاً غيره. وإن أراد به فرضاً ولم يعينه انصرف للفرض الذي عليه. فإن نوى مطلق الصلاة الدائرة بين الفرض والنفل صح التيمم في نفسه، ويفعل به النفل دون الفرض، لأن الفرض يحتاج لنية تخصه.

2 - الضربة الأولى: وذلك بوضع الكفين على الصعيد. ولا يفهم من لفظ الضربة أن تكون بشدة. ويجزى استعمال كف واحدة. ولا يجزىء التيمم بظهر الكف. ودليل وجوب الضربة الأولى قوله تعالى: ﴿فَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾ [المائدة: 6].

وجه الاستدلال: قال ابن العربي: قوله تعالى - منه - إنما أفادت وجوب ضرب الأرض باليدين، فلولا ذلك... لجازت الإشارة إلى الصعيد⁽⁶⁾.

3 - مسح الوجه واليدين إلى الكوعين: والدليل قوله تعالى: ﴿فَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾ [المائدة: 6].

وليس الوجه وحده فريضة واليدان فريضة أخرى، بل الإثنان فرض واحد. ويجب تعميم جميع الوجه بالمسح. ولا يلزم تتبع أسارير الجبهة، ولا تخليل اللحية، ولو كانت خفيفة، لأن المسح مبني على التخفيف.

(1) انظر تعريف الفرض في فرائض الوضوء. (2) بداية المجتهد 1/ 67.
 (3) الذخيرة 1/ 239. (4) الذخيرة 1/ 268.
 (5) سبق تخريجه. (6) أحكام ابن العربي 2/ 584.

أما في اليدين فإن الفرض يتحقق بمسحهما إلى الكوعين. والدليل:

أ - قوله الله تعالى ﴿فَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾ [المائدة: 6].

وجه الاستدلال أن الله أطلق لفظ الأيدي ولم يقيده بحدّ، وكذلك في آية السرقة لم يقيده، وقّده رسول الله ﷺ بالكوع، فتحمل الأيدي المطلقة في آية التيمم على آية السرقة المقيدة قياساً عليها⁽¹⁾. ويؤيد هذا المحمل دون الحمل على آية الوضوء إلى المرفقين ما سيأتي:

ب - حديث عمار بن ياسر المتقدم وفيه: أنه مسح وجهه وكفيه⁽²⁾.

ج - أن اليد في كلام العرب تحمل في أظهر استعمالاتها على الكف⁽³⁾، لأن اليد لو لم تصدق على الكفين لما قيل في الوضوء: إلى المرافق⁽⁴⁾.

ويجب في مسح الأيدي تخليل الأصابع، ونزع الخاتم - ولو كان مأذوناً فيه - لمسح ما تحته، قياساً على الوضوء⁽⁵⁾، وتخليل الأصابع يكون بباطن الكف أو الأصابع لا بجنبها إذ لا يمسه الصعيد.

4 - الصعيد الطاهر: أي استعمال الصعيد عند الضربة. والدليل قوله تعالى:

﴿فَتَيْمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: 6]. والمراد بالصعيد كل ما صعد على وجه الأرض، وكان من أجزائها، لقوله ﷺ: «وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»⁽⁶⁾.

فظاهر الحديث يقتضي جواز التيمم بالتراب، والرمل، والحجر، والحصى، والسباخ؛ إذ لم يخصص الحديث التراب من غيره. ويجوز للصحيح العادم للماء، وللمرضى أن يتيممأ بحائط مبني بالطوب النيء، وبالْحائِطِ الْمَبْنِي بِالْحَجَرِ.

ويشترط في الجص أن لا يطبخ، فإذا طبخ أي أحرق لم يجز التيمم عليه، لأنه خرج بالصنعة عن كونه صعيداً. والمراد بالصنعة هو الطبخ بالنار، أما مجرد النشر فلا يضر، ولو صنع به رحي أو أعمدة. ويجوز التيمم بالمعدن إذا لم يكن أحد التقدين أو جوهرأ، لأنهما لا يظهر فيهما ذلّ العبادة ويتنافيان مع التواضع. ويشترط في المعدن أن لا يكون منقولاً من محلّه بحيث يصير مالاً، فلا يجوز التيمم على الشب، والملح، والحديد، والرصاص، والقصدير، والكحل، إن نقلت من محلّها وصارت أموالاً في أيدي الناس، كما لا يتيمم على الذهب والفضة ولو بمعدنهما، ولا على الجوهري، كالياقوت والزبرجد واللؤلؤ ولو بمحلها. ويجوز التيمم على الطفل والرخام الذي يجعل

(1) المنتقى 115/1 والمقدمات 79/1 والذخيرة 245/1.

(2) المنتقى 115/1 وبداية المجتهد 68/1. والحديث سبق تخريجه.

(3) المنتقى 115/1 وبداية المجتهد 68/1 والذخيرة 245/1.

(4) الذخيرة 245/1. (5) الذخيرة 245/1.

(6) أخرجه البخاري في التيمم ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة.

أعمدة في المساجد مثلاً. وعلى الملح الذي يجرن قريباً من أرضه. ويجوز التييم على الثلج، وهو ما جمد على الأرض، وذلك بشرط أن يعجز عن تحليله وتحويله إلى ماء ولو وجد غيره.

أما الخضخاض فلا يتييم عليه، إلا إذا لم يوجد غيره.

ولا يجوز التييم على الخشب والحشيش، ولو لم يوجد غيرهما، لأنهما ليسا بصعيد، ولا يُشبهان الصعيد. ونقل عن اللخمي أنه قال بجواز التييم عليهما، ورجحه الحطّاب واعتمده الرماصي⁽¹⁾، بشرط أن لا يوجد غيرهما، ولا يمكن قلعهما، وضاق الوقت؛ لكن الدردير ضعفه وكذلك ابن رشد الحفيد⁽²⁾.

ومن شرط الصعيد أيضاً أن يكون طاهراً، فلا يصح التييم على ما كان نجساً على مشهور المذهب.

5 - الموالة: تجب الموالة بين أجزاء التييم. وكذلك بين التييم وبين ما فعل له من صلاة ونحوها. ويعاد التييم إن وقع تفريق أو طال الزمن بينه وبين ما فعل له. ولا يجوز البناء ولو مع النسيان أو العجز؛ ولذلك جعل دخول وقت الصلاة شرط وجوب وصحة في التييم.

سنن التييم:

1 - الترتيب: وذلك بأن يمسح المتييم اليدين بعد الوجه. فإن نكس أعاد اليدين، إن قرب ولم يصل به. وأما لو بعد أو صلى به، فإن الترتيب يفوت.

2 - الضربة الثانية لليدين: والدليل على عدم فرضية الضربة الثانية⁽³⁾:

- حدث عمار المتقدم، وفيه أنه ذكر أن الرسول ﷺ ضرب الأرض مرّة، ولم يذكر أنه ضرب مرة ثانية.

3 - المسح إلى المرفقين: والدليل⁽⁴⁾: الرواية الواردة عن النبي ﷺ في المسح إلى المرفقين، وحملها على الفضيلة جمعاً بينها وبين حديث عمار.

4 - نقل أثر الضرب من الغبار إلى الممسوح، وذلك بأن لا يمسح على شيء قبل مسح الوجه واليدين. فإن مسح بشيء قبل ما ذكر فإنه يكره ويجزىء التييم. ولا ينافي هذا نفص اليدين نفصاً خفيفاً إن تعلق بهما شيء. والدليل على عدم وجوب نقل أثر الضرب إلى العضو⁽⁵⁾، ما ورد في حديث عمار من أن النبي ﷺ وضع يديه على الأرض ونفخ فيهما، ويوضح هذا تييمه ﷺ على الجدار. وقد تقدم ذكر الحديث.

(2) بداية المجتهد 71/1.

(1) حاشية الشرح الصغير 74/1.

(4) الذخيرة 254/1.

(3) الذخيرة 253/1.

(5) أحكام القرطبي 239/1 وبداية المجتهد 70/1.

مندوبات التيمم:

- 1 - التسمية.
- 2 - الصمت إلا عن ذكر الله.
- 3 - استقبال القبلة.
- 4 - تقديم اليمنى في المسح، ويندب أن يجعل ظاهر اليد اليمنى من طرف أصابعها بباطن كف اليد اليسرى، ثم يمرّ اليسرى إلى مرفق اليمنى، ثم يجعل باطن اليمنى من جهة طي المرفق بباطن اليسرى، فيمرها لآخر أصابع اليمنى، ثم يفعل باليسرى كما فعل باليمنى، بأن يجعل ظاهرها من طرف الأصابع بباطن كف اليمنى، فيمرها لآخر طرف مرفق اليسرى، ثم يجعل باطنها من طي مرفقها بباطن كف اليمنى، لآخر أصابع اليسرى، ثم يخلل الأصابع. وهذه الصفة أوردها الفقهاء لما رأوا أن الإيعاب مطلوب، والصعيد لا يعمّ بسيلانه كالماء، فاختروا هذه الصفة لاقتضائها لمقصود الشارع⁽¹⁾.
- 5 - يندب تعيين الصلاة التي ستؤدّي بالتيمم. أما ملاحظة كونها فرضاً أو نفلأ فواجب.

نواقض التيمم:

- ينقض التيمم نواقض الوضوء، من أحداث، وأسباب، وغيرهما. ويبطله أيضاً:
- 1 - طول الفصل بين التيمم والصلاة، كما علم في الموالاة.
 - 2 - وجود ماء كاف قبل الدخول في الصلاة، فإنه يمنع استصحاب الطهارة بالتيمم، بشرط أن يتسع الوقت لاستعمال الماء مع إدراك الصلاة. والدليل⁽²⁾: قول النبي ﷺ: يا أبا ذر إن الصعيد الطيب طهور، وإن لم تجد الماء إلى عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسّه جلدك⁽³⁾.
 - 3 - القدرة على استعمال الماء، بشرط أن يتسع الوقت المختار لاستعماله مع إدراك الصلاة. وإذا وجد الماء وهو في الصلاة، فإنه يحرم قطعها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: 33]. كما لم تثبت سنة ولا إجماع بقطعها⁽⁴⁾، إلا إذا كان ناسياً للماء الذي معه، فتيمم، وأحرم بالصلاة، ثم تذكره، فإنها تبطل إن اتسع الوقت.

فاقد الطهورين:

فاقد الطهورين، وهما الماء والصعيد، أو فاقد القدرة على استعمالهما، كالمكره والمصلوب والسجين، ففي المذهب أربعة أقوال على حكمه:

- (1) الذخيرة 1/ 252.
- (2) المتقى 1/ 111 وبداية المجتهد 1/ 72.
- (3) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب الجنب يتيمم. والترمذي في الطهارة، باب التيمم للجنب إذا لم يجد الماء. والنسائي في الطهارة، باب الصلوات بتيمم واحد.
- (4) المتقى 1/ 111 وأحكام القرطبي 5/ 235 والذخيرة 1/ 364.

1 - تسقط الصلاة عنه أداء وقضاء، ودليل عدم المطالبة بالأداء⁽¹⁾ قوله ﷺ: «لا تقبل صلاة بغير طهور»⁽²⁾.

وجه الاستدلال أن عدم قبولها كان لعدم توفر شروطها؛ وما ليس يقبل لا يشرع فعله، ولا يترتب شيء في الذمة⁽³⁾ فهي كالعدم.

ودليل ثانٍ: حديث عمار بن ياسر المتقدم في فاقد الماء، أن عمر بن الخطاب لم يصل حين عدم الماء إذ لم يعلم جواز التيمم لذلك⁽⁴⁾.

ودليل عدم المطالبة بالقضاء: القياس على المريض والمسافر، فإنهما يفعلان الصلاة كما أمرًا بها وليس عليهما إعادة، وفاقد الطهورين فعل ما أمر به من عدم قربان الصلاة بدون طهارة⁽⁵⁾.

2 - يؤديها بلا طهارة ولا يقضي. والدليل⁽⁶⁾:

- عن عائشة رضي الله عنها أنها استعارت من أسماء قلادة، فهلكت، فأرسل رسول الله ﷺ ناساً من أصحابه في طلبها، فأدركتهم الصلاة فصلوا بغير وضوء. فلما أتوا النبي ﷺ شكوا ذلك إليه فنزلت آية التيمم⁽⁷⁾.

وجه الاستدلال أنه ﷺ لم ينكر عليهم صلاتهم بغير وضوء. ووجه عدم القضاء أن المكلف لما أمر بالأداء على تلك الحالة، فإذا فعل ما أمر به انقطع عنه التكليف، لأن الأمر يقضي الإجزاء، ويلزم من الإجزاء سقوط القضاء⁽⁸⁾.

3 - لا يؤديها ويقضيها.

4 - يؤديها ويقضيها. ووجه قضائها الاحتياط للصلاة، إذ قد صلاها بغير طهور⁽⁹⁾.

والقول الأول هو قول مالك، واقتصر عليه الشيخ خليل في مختصره، وتبعه الشيخ

الدردير.

المسح على الجبيرة:

إذا كان بالعضو جرح أو دمل أو جرب أو حرق أو نحو ذلك، وخاف المرء بغسله في الوضوء أو الغسل حدوث مرض أو زيادته أو تأخر براء، فإنه يضع جبيرة على المحل المألوم ويمسح عليها. ودليل مشروعيتها المسح على الجبيرة⁽¹⁰⁾:

(1) أحكام القرطبي 106/6 والذخيرة 350/1.

(2) أخرجه مسلم في الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة.

(3) أحكام القرطبي 106/6 والذخيرة 350/1. (4) الذخيرة 350/1.

(5) الذخيرة 350/1. (6) الذخيرة 350/1 وأحكام القرطبي 105/6.

(7) الحديث بلفظ: «فصلوا بغير وضوء» أخرجه البخاري في التيمم، باب إذا لم يجد ماء ولا تراباً.

ومسلم في الحيض، باب التيمم.

(8) مفتاح الوصول ص 34. (9) أحكام القرطبي 106/6.

(10) الذخيرة 317/1.

- أ - القياس على الخفين، للضرورة الجامعة بينهما بطريق الأولى:
 ب - يؤيد هذا القياس حديث ثوبان قال: بعث رسول الله ﷺ سرية فأصابهم البرد. فلما قدموا على رسول الله ﷺ أمرهم أن يمسحوا على العصائب والتساخين⁽¹⁾.

أحكام المسح:

- المسح واجب إن خيف الهلاك أو شدة الضرر، كتعطيل حاسة من الحواس أو نقصها. والمراد بالخوف التيقن أو الظن.

- يكون جائزاً إن خيف شدة الألم أو تأخر البرء.

أما إن خيف مجرد المشقة، فلا يجوز المسح عليها.

ومحل وجوب أو جواز المسح على الجبيرة إذا لم يمكن للماسح المسح على المحل مباشرة، فإن أمكنه لم يجزئه المسح عليها. فإن لم يستطع المسح مباشرة على الجرح مسح على الجبيرة، وهي اللزقة فيها الدواء توضع على الجرح ونحوه. فإن لم يستطع المسح على الجبيرة بأن خاف ما تقدم، مسح على العصابة التي تربط فوق الجبيرة. فإن لم يستطع مسح على عصابة أخرى فوقها. كما يمسح على قرطاس يوضع على صدغ لصداع ونحوه، أو على عمامة خيف بنزعها الضرر، إذا لم يقدر على مسح ما تحتها، فإن قدر على مسح بعض الرأس أتى به وكمل على العمامة.

ولا فرق في المسح المذكور بين أن يكون في وضوء أو غسل، وسواء وضع الماسح الجبيرة وهو متطهر أو غير متطهر، وسواء كانت بقدر المحل المألوم أو اتسعت للضرورة. ومحل جواز المسح المذكور إن كان غسل الصحيح من الجسد في الغسل أو الصحيح من أعضاء الوضوء في الوضوء لا يضر، بحيث لا يوجب حدوث مرض، ولا زيادته، ولا تأخر البرء، وإلا كان فرضه التيمم، وسواء كان الصحيح هو الأكثر أو الأقل، فالأرمد لا يتيمم بخال، إلا إذا كان غسل بقية أعضائه يوجب ما ذكر. أي فالانتقال من المسح إلى التيمم يكون بأحد أمرين:

أ - عند خوف الضرر بغسل العضو الصحيح، سواء كان الصحيح هو الأكثر أو الأقل.

ب - عند قلة الصحيح، كاليد والرجل، وكان غسله لا يوجب ضرراً.

سقوط الجبيرة خارج الصلاة:

إذا نزع المتطهر الجبيرة أو العصابة التي مسح عليها، أو سقطت بنفسها، فإنه يردها لمحلها في صورتين، ويمسح عليها، بشرط عدم طول الزمن. ولا فرق بين كون السقوط أو النزع عمداً أو غيره فالحكم واحد.

(1) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب المسح على العمامة.

فإن طال الزمن كالطول المتقدم في الموالاة، المقدر بجفاف العضو المعتدل، في الزمن المعتدل، بطلت الطهارة من وضوء أو غسل. إن كان الطول عمداً. وإن طال نسياناً بنى نية. وأما إن كان عاجزاً بنى بغير تجديد النية.

سقوطها في الصلاة:

إذا كان سقوط الجبيرة في الصلاة، فإن الصلاة تبطل وعليه إعادة الجبيرة في محلها، وإعادة المسح عليها، إن لم يطل الزمن، ثم يعيد الصلاة. فإن طال نسياناً بنى نية. وإن طال بغير نسيان أعاد الطهارة.

حالة البرء:

إذا برأ الجرح وما في معناه بطلت الصلاة، إن كان صاحبه بصلاة وبادر لغسل محل الجبيرة إن كان مما يغسل كالوجه، ومسحه إن كان مما يمسح كالرأس؛ وذلك إذا أراد البقاء على طهارته، وإلا بطلت إن طال الزمن عمداً وبنى إن طال نسياناً.

سقوط الجبيرة عن صاحبها إذا كان إماماً أو ماموماً في الجمعة:

تبطل الصلاة بسقوط الجبيرة عن صاحبها وحده، أي إذا كان في جماعة. وفي صلاة الجمعة تبطل عليه وحده إذا كان ماموماً مع أكثر من اثني عشر، فإن كان هو الإمام للاثني عشر الذين تصح بهم الجمعة، أو كان واحداً من الإثنى عشر، فإن الصلاة تبطل على الجميع.



الحيض والنفاس

الحيض:

تعريفه:

لغة: هو السيلان.

شرعاً: هو دم أو صفرة أو كدرة، يخرج بنفسه، من قبل من تحمل عادة، غير زائد على نصف شهر.

أنواع الحيض:

أنواع الحيض ثلاثة، وهي؛ دم: وهو الأصيل. وصفرة، كالصديد الأصفر. وكدرة، أي شيء كدر ليس على ألوان الدماء.

والدليل على أن الصفرة من الحيض.

- عن علقمة بن أبي علقمة، عن أمه مولاة لعائشة أم المؤمنين أنها قالت: كان

النساء يبعثن إلى عائشة رضي الله عنها بالدرجة، فيها الكرسف، فيه الصفرة من دم الحيضة. يسألنها عن الصلاة فتقول لهن: لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيضة⁽¹⁾. والكرسف هو القطن. وهو أفضل ما يستبرأ به الرحم، وأليق بالرحم للينه، وتجفيفه لما يجده، وصفائه.

ووجه الاستدلال أنها اعتبرت الصفرة حيضاً.

كيفية خروجه:

يخرج الحيض بنفسه بغير سبب ولادة، ولا افتضاخ، ولا جرح، ولا علاج، ولا علة وفساد بالبدن. فإن خرج بعلاج قبل زمنه المعتاد فليس بحيض.

وإن خرج في زمنه المعتاد أو بعده بعلاج كان حيضاً.

ويخرج من امرأة تحمل عادة. فما خرج من صغيرة لم تبلغ تسع سنين، أو من كبيرة بلغت السبعين، فليس بحيض.

ومن كان سنهن من الخمسين إلى السبعين، أو كان في المراهقة من تسع سنين إلى ثلاث عشرة، فإنهن يسألن النساء، فإن قيل لهن حيض فإنه حيض. فالمسألة ترجع إلى العرف والعادة. فإن شككن فيه فإنه حيض، لأن الدم الخارج من الرحم يحمل على أنه حيض، حتى يعلم أنه ليس بحيض⁽²⁾. وروي في المذهب⁽³⁾ أن سنّ الخمسين هو سنّ اليأس من الحيض ودليله⁽⁴⁾:

أ - قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: بنت خمسين عجوز في الغابرين⁽⁵⁾.

ب - قول عائشة رضي الله عنها: قلّ امرأة تجاوز الخمسين فتحيض، إلا أن تكون قرشية⁽⁶⁾.

ويخرج دم الحيض من القبل، فما خرج من الدبر أو من ثقبه فليس بحيض، ولو كانت الثقبه تحت المعدة مع انسداد المخرجين.

ومن استعملت الدواء لرفعه عن وقته المعتاد فارتفع، يحكم لها بالطهر، لكن هذا العلاج مكروه، لأنه مظنة الضرر.

أقل الحيض:

أقل الحيض في العبادة دفقة واحدة، فيجب منها الغسل، ويبطل الصوم،، ويقضى ذلك اليوم، وأما ما لوّث المحلّ بلا دفق، فليس بحيض إذا لم يستدم.

والدليل على أن الدفقة الواحدة حيض:

- (1) أخرجه مالك في الطهارة، باب طهر الحائض. (2) البيان والتحصيل 1م ورقة 20.
 (3) المتقى 125/1 والذخيرة 382/1.
 (4) الذخيرة 382/1.
 (5) ذكره القراني في الذخيرة 382/1.
 (6) ذكره القراني في الذخيرة 382/1.

أ - قوله تعالى: ﴿وَسَأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى﴾ [البقرة: 222].

وجه الاستدلال أن الآية تقتضي أن كل ما يخرج قل أو كثر هو أذى، وهو حيض. ووجه آخر أنه تعالى علّق الأمر باعتزال النساء بشرط كونهن حيضاً، وهذا يقتضي أن يكون هناك طريق يعلم به كون الدم حيضاً قبل تقضي وقته ليقع الاعتزال في جميعه، ولو كان لا يعلم إلا بعد مضي يوم أو أكثر، لكان الأمر بالاعتزال مشروطاً بما لا طريق إلى العلم بحصوله⁽¹⁾.

ب - القياس على دم النفاس⁽²⁾.

أما أقله في العدة والاستبراء، هو أن يستمر يوماً أو بعض يوم له بال، وإلا فلا يعدّ حيضاً. ويرجع في تعيين ذلك للنساء العارفات بأحوال الحيض.

والدليل على أن الدفعة الواحدة لا تكفي في الاستبراء، ما نقل القرافي⁽³⁾ أنه الاستحسان؛ والقياس يقتضي عدم التفرقة بين الاستبراء للرحم والصلاة، لأن المقصود من العدة براءة الرحم، فلا تكفي فيه الدفعة، لأن الشرع قد أكد ذلك حتى لم يكتف بحیضة تامة فضلاً عن الدفعة. وبمثل هذا علّل أبو بكر الأبهري التفرقة بين حكم العدة وحكم العبادة في أقل الحيض، فقد نقل المازري قوله: «ولكن أخذنا بالاحتياط لبراءة الأرحام وصيانة الأنساب»⁽⁴⁾.

أكثر الحيض:

يختلف أكثر الحيض بحسب حالة المرأة: مبتدأة أو معتادة أو حامل.

المبتدأة:

أكثر الحيض للمبتدأة غير الحامل إن استمرّ بها الدم خمسة عشر يوماً، وما زاد فهو دم علة وفساد، تصوم وتصلّي وتوطأ.

ومعنى استمرار الدم بها أي لم يحصل بين الدمين أقل الطهر الآتي ذكره..

المعتادة:

أكثر الحيض للمعتادة ما كان أكثر عاداتها، وتزيد عليها ثلاثة أيام استظهاراً. ودليل الاستظهار بثلاثة أيام:

- قوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش: اقعدِي أيامك التي كنت تقعدين، واستظهري بثلاثة أيام، ثم اغتسلي وصلّي⁽⁵⁾.

(2) الإشراف 48/1 والمتقى 124/1.

(4) المعلم بفوائد مسلم 368/1.

(5) الحديث بهذا اللفظ، ذكر ابن يونس أنه رواية المدنيين والقاضي إسماعيل (الذخيرة 383/1).

(1) الإشراف 48/1 والمتقى 124/1.

(3) الذخيرة 373/1.

والعادة تثبت بمرّة. ولا استظهار على من عادتھا نصف شهر. فمن اعتادت ثلاثة أيام - مثلاً - وزاد عليها الدم تستظهر بثلاثة، وتصير عادتھا ستة أيام. فإن زاد في الدور الثاني على الستة استظهرت بثلاثة، وتصير عادتھا تسعة أيام. فإن زاد في الدور الثالث استظهرت بثلاثة، وتصير عادتھا اثني عشر يوماً. فإن زاد في الدور الرابع استظهرت بثلاثة أيام، وتصير عادتھا خمسة عشر يوماً. فإن زاد في الدور الخامس فلا استظهار عليها، وهو دم علة وفساد.

ومن كانت عادتھا ثلاثة عشر يوماً تستظهر بيومين فقط. ومن كانت عادتھا أربعة عشر يوماً تستظهر بيوم فقط. وبعد أن تستظهر المعتادة بثلاثة أيام على عادتھا، أو بما يكمل نصف شهر تصير - إن تماذى بها الدم - مستحاضة، ويسمى دم استحاضة ودم علة وفساد؛ وهي طاهر حقيقية، تصوم وتصلي وتوطأ. والدليل:

- عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت: قالت فاطمة بنت أبي حبيش: يا رسول الله إني لا أطهر أفأدع الصلاة؟ فقال لها رسول الله: «إنما ذلك عزق وليست بالحیضة. فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة؛ فإذا ذهب قدرها فاغسلي الدم عنك وصلي»⁽¹⁾.

الحامل:

أكثر الحيض للحامل - إن تماذى بها الدم وكان بعد شهرين إلى ستة أشهر - عشرون يوماً، وفي ستة أشهر إلى آخر حملها ثلاثون يوماً.

والدليل أن الحامل تحيض:

أ - عن مالك أنه بلغه أن عائشة زوج النبي ﷺ قالت: المرأة الحامل ترى الدم أنها تدع الصلاة⁽²⁾.

تريد أن دما دم حيض، يحكم له بإسقاط فرض الصلاة ومنع الصوم⁽³⁾.

ب - إجماع أهل المدينة⁽⁴⁾.

أما ما قيل من أن الحيض دليل على براءة الرحم، فهو على سبيل الغالب، وحيض الحامل هو القليل والنادر، فلا يناقض دلالة الغالب⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب المستحاضة. والبخاري في الحيض، باب الاستحاضة. ومسلم في الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الحيضة.

(3) المتقى 120/1.

(4) الذخيرة 384/1.

(5) الذخيرة 384/1.

أقل الطهر:

أقل أيام الطهر لجميع النساء خمسة عشر يوماً، فمن رأت الدم بعدها فهو حيض مستأنف قطعاً.

وليس لأكثر الطهر جَدَّ بالإجماع⁽¹⁾.

هذا وإنَّ تقدير الحيض والظهر راجع إلى العرف. قال الإمام أبو بكر بن العربي⁽²⁾: «إذا كان الحيض شيئاً كتبه الله على بنات آدم ولزمهنَّ ذلك بقضاء الله، صار عادة مستمرة وقضية مستقرّة، لكن النساء ليس فيه على باب واحد، ولا في صفة مفردة، بل تختلف فيه أحوالهنَّ باختلاف البلدان، والأسنان، والأهوية، والأزمان، وترخي الرحم والدم إرخاء مختلفاً، بحسب ذلك فيكثر تارة ويقلُّ أخرى، فلذلك اختلف فيه فتوى العلماء بحسب عادة ما رأوا وسمعوا أو علموا أن ذلك مبناه على العادة».

الملفقة:

إذا تقطعت أيام الدم في المبتدأة والمعتادة والحامل، بأن تخلَّها طهر لم يبلغ نصف شهر، بأن كان يأتيها الدم في يوم مثلاً وينقطع يوماً. أو أكثر، ولم يبلغ الانقطاع خمسة عشر يوماً؛ فإنها تلتفّق أيام الدم فقط، بأن تضمَّ بعضها إلى بعض بحسب الإبتداء، والإعتياد: فالمبتدأة ومن اعتادت نصف الشهر تلتفّق الخمسة عشر يوماً في شهر أو في شهرين أو ثلاثة أو أكثر أو أقل، ولا تلتفّق الطهر.

والمعتادة تلتفّق عاداتها وأيام الاستظهار كذلك متى لم ينقطع خمسة عشر يوماً. فإن انقطع خمسة عشر يوماً فهو حيض جديد. ثم إذا لفتت أيام حيضها على التفصيل المتقدم - من مبتدأة ومعتادة وحامل - فما نزل بعد ذلك فهو استحاضة وليس حياًضاً. وحكم الملفقة أنها تغتسل وجوباً، كلما انقطع دمها، وتصلّي، وتصوم، وتوطأ.

المستحاضة:

وهي التي استمر بها الدم بعد تمام حيضها بتلفيق أو بغير تلفيق. ودم الاستحاضة أحمر رقيق.

وحكمها: أنّها إذا ميّزت الدم بتغيّر رائحة أو لون أو رقة أو ثخن أو نحو ذلك بعد تمام طهر، وهو نصف شهر، فذلك الدم المميز حيض لا استحاضة. فإن استمرّ بصفة التمييز استظهرت بثلاثة أيام على أكثر عاداتها؛ ما لم تجاوز نصف شهر، ثم هي مستحاضة. أما إن لم يدم بصفة التمييز بأن رجع لأصله، مكثت عاداتها فقط ولا استظهار عليها؛ إذ لا فائدة في الاستظهار، لأنه لرجاء انقطاع الدم، وهذه قد غلب على الظن استمراره.

وإن لم تميز فهي مستحاضة أبداً، ويحكم عليها بأنها طاهر ولو مكثت طول عمرها، وتعدت بسنة بيضاء.

علامة الطهر:

الطهر: انقطاع الحيض وعلامته أمران:

1 - الجفاف: وهو أن تدخل المرأة خرقة أو قطنة في فرجها فتخرجها خالية من أثر الدم، ولا يضر بللها برطوبة الفرج.

2 - القصة: وهي ماء أبيض كالمني أو الجير المبلول، يكون في آخر الحيض. والدليل - عن علقمة بن أبي علقمة عن أمه مولاة لعائشة أم المؤمنين أنها قالت: كان النساء يبعثن إلى عائشة رضي الله عنها بالدرجة، فيها الكُرْسُفُ، فيه الصفرة من دم الحيضة، يسألنها عن الصلاة. فتقول لهن: لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء، تريد بذلك الطهر من الحيضة⁽¹⁾. والقصة أبلغ وأدل على براءة الرحم من الحيض حتى لمعتادة الجفوف.

ومن اعتادت القصة أو اعتادت القصة والجفاف، فإنها تطهر بمجرد رؤية القصة ولا تنتظر الجفاف، وإذا رأت الجفاف انتظرت القصة لآخر الوقت المختار، بقدر الطهر والصلاة. وأما معتادة الجفوف فقط فمتى رآته أو رأت القصة طهرت، ولا تنتظر الآخر منهما. وكذلك المبتدأة التي لم تعتد شيئاً. ويجب على المرأة مراقبة طهرها في أول الوقت لكل صلاة، وجوباً موسعاً إلى أن يبقى ما يسع الغسل والصلاة، فيجب وجوباً مضيقاً، ما عدا المغرب والعشاء فيستصحب الأصل بضرورة النوم، فلا يجب ولا يندب مراقبة طهرها قبل الفجر، لعلها تدرك المغرب والعشاء والصوم، بل يكره ذلك. فعن ابنة زيد بن ثابت أنه بلغها أن نساء كُنَّ يدعون بالمصابيح من جوف الليل ينظرون إلى الطهر، فكانت تعيب ذلك عليهن وتقول: ما كان النساء يصنعن هذا⁽²⁾.

ولذلك لو شككت هل طهرت قبل الفجر أو بعده سقطت صلاة العشاءين.

النفاس:

تعريفه:

لغة: هو ولادة المرأة، لا نفس الدم.

شريعاً: هو الدم الخارج من قبل المرأة، عند ولادتها، مع الولادة أو بعدها. أما ما خرج قبلها فالراجع أنه حيض، فلا يحسب من الستين يوماً.

وما خرج بين التوأمين نفاس إذا كان بينهما أقل من شهرين. ويكون للولدين نفاس واحد، ويعتبر مبدؤه من الأول.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب طهر الحائض.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب طهر الحائض.

وإن كان بينهما أكثر من شهرين - وهو أكثر مدّة النفاس - فإنّ لكلّ ولد نفاس مستقلّ. ومعنى التوأمين أن لا يكون بين المولودين سنّة أشهر فأكثر، وإلاّ فيكونان بطنين.

أكثر النفاس:

أكثر مدّة النفاس ستون يوماً، لأن العادة جرت بذلك⁽¹⁾. وما زاد عليها فاستحاضة. فإن تقطع لفقت الستين. وتغتسل كلما انقطع وتصوم وتصلّي. فإن دام الانقطاع نصف شهر فقد طهرت. وما نزل بعد ذلك فهو حيض. وليس في النفاس عادة ولا استظهار. وعلامة الطهر منه الجفوف أو القصة وهي أبلغ.

ما يمنع الحيض والنفاس:

يحرم على الحائض أو النساء:

- 1 - الصلاة: فلا يجب عليها ولا يصحّ منها الصلاة، ولا تقضيها بعد الطهر: والدليل: أ - عن عائشة رضي الله عنها، أن فاطمة بنت أبي حبيش قالت: يا رسول الله إنّي لا أطهر أفادع الصلاة؛ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: إنما ذلك عرق وليست بالحيضة. فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة. فإذا ذهب قدرها فاغسلي الدم عنك وصلّي⁽²⁾.
ب - عن عائشة أنها قالت: المرأة الحامل ترى الدم أنها تدع الصلاة⁽³⁾.
ج - عن معاذة أن امرأة سألت عائشة قالت: أتقضي إحداها صلواتها أيام محيضها؟ فقالت: أحرورية أنت، قد كانت إحداها تحيض فلا تؤمر بقضاء⁽⁴⁾.
- 2 - الصوم: فلا يجب عليها ولا يصحّ منها لكن تقضيه، وقضاؤه بأمر جديد من الشارع والدليل⁽⁵⁾: عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنا نحيض عند رسول الله صلى الله عليه وآله فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة⁽⁶⁾.
- 3 - دخول المسجد والإعتكاف والطواف: فلا يجوز لها أن تدخل المسجد ولا

(1) الإشراف 49/1.

(2) أخرجه مالك في الطهارة، باب المستحاضة. والبخاري في الحيض، باب الاستحاضة. ومسلم في الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها.

(3) أخرجه مالك في الطهارة، باب جامع الحيضة.

(4) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الحائض لا تقضي الصلاة. والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في الحائض أنّها لا تقضي الصلاة.

(5) عارضة الأحوذّي 211/1 وأحكام القرطبي 83/3.

(6) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الحائض لا تقضي الصلاة.

الإعتكاف ولا الطواف بالبيت الحرام. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه بيوت أصحابه شارعة في المسجد، فقال: «وجهوا هذه البيوت عن المسجد، فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب»⁽²⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قدمت مكة وأنا حائض، فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة. فشكوت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «افعلي ما يفعل الحائض غير أن لا تطوفي بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهري»⁽³⁾.

4 - مس المصحف: يحرم عليها مس المصحف إذا لم تكن معلمة أو متعلمة. أما قراءة القرآن بدون مس المصحف فلا يحرم عليها حال استرسال الدم عليها، سواء كانت جنباً أو لا، وهذا استحسان لطول المدة⁽⁴⁾، قال القاضي عبد الوهاب: «وجه الجواز - أي قراءة القرآن - قوله صلى الله عليه وسلم «اقرأوا القرآن»⁽⁵⁾ وأقل أحوال هذا اللفظ الإباحة؛ ولأن بها ضرورة إلى ذلك كضرورة المحدث، لأن الحيض عادة مألوفة تدوم بها الأيام، ولا يقدر على رفعه، فيشق عليها الامتناع من القراءة أياماً، فجاز لهذه الضرورة أن يعفى لها عن المنع كما جاز ذلك للمحدث»⁽⁶⁾.

وأما بعد انقطاع الدم وقبل الغسل، فإنه يحرم عليها قراءة القرآن لزوال العذر.

5 - الطلاق: يحرم على الزوج أن يطلق زوجته أيام حيضها، ولو كان في فترة تقطعه. وإذا وقع منه لزمه وأجبر على مراجعتها، إن كان رجعيّاً، وكانت الزوجة مدخولاً بها غير حامل. أما إن كانت غير مدخول بها أو كانت مدخولاً بها لكنّها حامل فلا حرمة.

6 - الوطء: يحرم على الزوج أن يستمتع بزوجه بالوطء فقط. ويحرم على الزوجة تمكينه من ذلك.

والدليل:

قوله تعالى: ﴿فَاعْتَرَلُوا أَلْسِنَهُ فِي الْمَجِيضِ﴾ [البقرة: 222].

- (1) المقدمات ص 97 بداية المجتهد 66/1.
- (2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الجنب يدخل المسجد.
- (3) أخرجه مالك في الحج، باب دخول الحائض مكة. والبخاري في الحج، باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت.
- (4) بداية المجتهد 58/1.
- (5) أخرجه البخاري في فضائل القرآن، باب اقرأوا القرآن ما ائتلفت قلوبكم. ومسلم في صلاة المسافرين، باب فضل قراءة القرآن.
- (6) الإشراف على مسائل الخلاف 14/1.

ويجوز الاستمتاع بما عدا ذلك فيجوز التقبيل والاستمئاء بيدها، وساقها، ومباشرة ما بين السرة والركبة بأي نوع من أنواع الاستمتاع، ما عدا الوطء.

وما روي أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: ما يحل لي من امرأتي وهي حائض؟ فقال رسول الله: «تشدّ عليها إزارها ثم شأنك بأعلاها»⁽¹⁾.

فإن الحديث خرج مخرج حماية الذرائع وسدّها احتياطاً⁽²⁾ ويؤيد هذا ما روي عن النبي ﷺ قوله: «اصنعوا كل شيء إلا النكاح»⁽³⁾. ويستمر حرمة الاستمتاع بالفرج إلى أن ينقطع الدم، وتغتسل بالماء، والدليل قوله تعالى: ﴿فَاعْتَرِلُوا الْبُسُوءَ فِي الْمَجِيزِ وَلَا تَقْرَبُوهنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: 222].

وجه الاستدلال⁽⁴⁾ أنّ معنى «حتى يطهرن» يفيد استعمال الماء. ومعنى قوله: «فإذا تطهرن» يفيد نفس المعنى الأول.

وإذا حمل قوله تعالى: «حتى يطهرن» على انقطاع الدم، فإنّ قوله: «فإذا تطهرن» معناه فإذا اغتسلن بالماء. لأن فعل تطهر لا يستعمل إلا فيما يكتسبه الإنسان، وهو الاغتسال بالماء، أما انقطاع الدم فهو ليس بمكتسب. ويؤيد هذا أن الله تعالى ذكر فيما بعد قوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: 222].

وجه الاستدلال منه أنه مدحهنّ وأثنى عليهنّ. وهذا يقتضي أن يكون التطهير من فعلهنّ أما انقطاع الدم ليس من فعل المرأة ولا تمدح به.

والمراد بالطهارة: المائبة لا الترابية. فإذا لم تجد الماء فلا يقربها بالتميم إلا لشدة ضرر. ومن جامع زوجته وهي حائض في فرجها فقد فعل محرماً. ويجب عليه الاستغفار ثم لا شيء عليه. وما روي أنه يتصدق بدينار، فإنه حديث ضعيف لا تقوم به حجة⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما يحل للرجل من امرأته وهي حائض. وأبو داود في الطهارة، باب في المذي.

(2) المقدمات 97/1 وأحكام ابن العربي 163/1 وأحكام القرطبي 86/3.

(3) أخرجه مسلم في الحيض، باب جواز قراءة القرآن في حجر الحائض. عن أنس.

(4) المنتقى 118/1 وأحكام ابن العربي 165/1.

(5) بداية المجتهد 70/1 وعارضة الأحوذى 219/1 وأحكام القرطبي 87/3.

الصلاة

الصلاة في اللغة: الدعاء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ﴾

[التوبة: 103].

وفي الشرع، هي قرينة فعلية، ذات إحرام، وسلام، وسجود، وركوع. ويدخل في هذا التعريف سجود التلاوة، وصلاة الجنابة.

حكم الصلاة:

الصلاة ثاني ركن من أركان الإسلام، وفرض عين على كل مكلف.

أ - قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [النساء: 103].

ذكر ابن العربي أن قوله «موقوتاً» معناه مفروضاً، واستبعد أن يكون من الوقت⁽¹⁾. وذكر الشيخ ابن عاشور أن الموقوت: المحدود بوقت، واستعماله بمعنى المفروض من باب المجاز، والمعنى الأول أظهر في هذه الآية⁽²⁾.

ب - وقال تعالى: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الَّتِي تَلْتَمِذُونَ﴾ [البقرة: 238].

ج - وقال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَمَا تَقَدَّمُوا لَأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ يَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: 110].

والأمر بالصلاة ذكره الله تعالى في القرآن مجملاً، فبينه النبي ﷺ بعدد الركعات، والسجودات، والقيام، والجلوس. كما ورد الأمر بها عاماً فخصصها النبي ﷺ بفعله⁽³⁾.

د - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، وصوم رمضان»⁽⁴⁾.

هـ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ أَوَّلَ مَا يَحَاسِبُ بِهِ الْعَبْدُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ عَمَلِهِ صَلَاتُهُ. فَإِنْ صَلَحَتْ فَقَدْ أَفْلَحَ وَأَنْجَحَ، وَإِنْ فَسَدَتْ فَقَدْ خَابَ»

(1) أحكام ابن العربي 497/1. (2) التحرير والتنوير 189/5.

(3) المقدمات 104/1 وأحكام ابن العربي 9/1.

(4) أخرجه البخاري في الإيمان، باب الإيمان. ومسلم في الإيمان، باب بيان أركان الإسلام.

وخيسراً، فإن انتقص من فريضته شيئاً، قال الرب ﷺ: انظروا هل لعبدي من تطوع؟ فيكملُ بها ما انتقص من الفريضة، ثم يكون سائر عمله على ذلك»⁽¹⁾.

الصلوات المفروضة:

الصلوات المفروضة خمس: الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، والصبح.

والدليل على عدم وجوب غيرها:

أ - عن طلحة بن عبيد الله قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد نائراً الرأس، يُسَمِّعُ دَوِيَّ صوته، ولا نَفَقَهُ ما يقول، حتى دنا، فإذا هو يسأل عن الإسلام. فقال له رسول الله ﷺ: «خمس صلوات في اليوم والليلة» قال: هل عليَّ غَيْرُهُنَّ؟ قال: «لا إلا أن تطوع». قال رسول الله ﷺ: «وصيام شهر رمضان». قال: هل عليَّ غيره؟ قال: «لا إلا أن تطوع». قال: وذكر رسول الله ﷺ الزكاة. فقال: هل عليَّ غيرها؟ قال: «لا إلا أن تطوع». قال: فأدبر الرجل وهو يقول: والله! لا أزيد على هذا ولا أنقص منه. فقال رسول الله ﷺ: «أفلح الرجلُ إن صدق»⁽²⁾.

وهذا نص في أنه لا يجب من الصلوات غير الخمس لا وتر ولا غيره⁽³⁾.

ب - عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: «خمس صلوات كتبهن الله ﷻ على العباد فمن جاء بهن، لم يُصَيِّغْ منهن شيئاً استخفافاً بحقهن، كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة. ومن لم يأت بهن، فليس له عند الله عهد إن شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنة»⁽⁴⁾.

حكم تارك الصلاة:

من ترك الصلاة اختياراً وكسلاً دون عذر يرفع أمره للإمام أو لوائيه، ويؤخر وجوباً إلى ما يسع ركعة بسجديتها من آخر الوقت الضروري، إن كان عليه فرض واحد، وإن كان عليه مشتركتان أخر لعدد خمس ركعات في الظهرين ولأربع في العشاءين حضراً، وثلاث في السفر، أو قدر ما يسع طهر خفيف وركعات خالية عن السنن، صوتاً للدماء ما أمكن، ويقتل بالسيف حداً لا كفرأ. وقال أشهب. لا يقتل إلا إذا خرج الوقت صوتاً للدماء.

(1) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء أن أول ما يحاسب به العبد يوم القيامة الصلاة. والنسائي في الصلاة، باب المحاسبة على الصلاة.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الترغيب في الصلاة. والبخاري في الإيمان، باب الزكاة من الإسلام، ومسلم في الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام.

(3) المنتقى 1/313.

(4) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الأمر بالوتر. وأبو داود في الوتر، باب فيمن لم يوتر. والنسائي في الصلاة. باب المحافظة على الصلوات الخمس.

وقبل القتل يطلب بفعلها مع تهديده بالقتل، ولا يضرب على الراجح، ويكره لأهل الفضل والصلاح الصلاة عليه ككل بدعي ومظهر كبيرة ردعاً لغيره. وأما تارك الزكاة فتؤخذ كرهاً منه ولو بقتال. وأما الصوم فقال عياض: يحبس ويمنع الطعام والشراب. وأما من ترك الحج فالله حسبه لأن وقته العمر كله.

ودليل القتل لتارك الصلاة:

أ - قول الله تعالى: ﴿إِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُواهُمْ وَأَحْضُرُوهُمْ وَأَقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ إِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [التوبة: 5].

وجه الاستدلال من الآية أنه تعالى اشترط في ترك القتل وتخليتهم بعد التوبة إقامة الصلاة، فاقضى ذلك أن من لم يقيمها لم يخل سبيله من القتل⁽¹⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة. فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله»⁽²⁾.

وجه الاستدلال بالحديث أنه صلى الله عليه وسلم صرح بأنه مأمور بالقتال. وجعل غاية ارتفاع القتال إقامة الصلاة وما ذكر معها⁽³⁾.

ج - قتال الصديق مانعي الزكاة، وقد قاسها على الصلاة، ولم يكن جميعهم جاحداً للوجوب، ولم ينكر ذلك عليه أحد من الصحابة فكان إجماعاً⁽⁴⁾. ويشمل هذا الحكم كل من ترك الغسل والوضوء كسلاً.

ومن ترك الصلاة جحوداً وإنكاراً لها، أو جحد الركوع أو السجود، وكان غير حديث عهد بالإسلام فهو مرتد يستتاب ثلاثة أيام؛ فإن تاب وإلا قتل كفراً، ويكون ماله فيئا لبيت مال المسلمين. وهذا الحكم يشمل أيضاً كل من جحد حكماً معلوماً من الدين ضرورة، سواء دل عليه الكتاب أو السنة أو الإجماع، مثل الصوم وحرمة الزنا وإباحة البيع.



(1) شرح التلقين 1م ورقة 28 مخطوط بدار الكتب الوطنية تحت رقم 12206. والذخيرة 1م ورقة 141.

(2) أخرجه البخاري في الإيمان، باب «فإن تابوا وأقاموا الصلاة». ومسلم في الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله.

(3) شرح التلقين 1م ورقة 28.

(4) شرح التلقين 1م ورقة 28 والذخيرة 1م ورقة 141.

شروط الصلاة

تعريف الشرط:

شرط الشيء هو ما كان خارجاً عن حقيقته. أما ركنه فهو ما كان جزءاً من حقيقته. والشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

فإن كان شرط وجوب فقط كالبلوغ، فهو ما يلزم من عدمه عدم وجوب الشيء كالصلاة مثلاً، ولا يلزم من وجوده وجود الوجوب، لاحتمال وجود مانع كالحيض؛ ولا عدم الوجوب، بل قد يحصل الوجوب عند انتفاء المانع وتوفر الأسباب كدخول الوقت.

وإن كان شرط صحة فقط كالإسلام فهو ما يلزم من عدمه عدم الصحة، ولا يلزم من وجوده وجود الصحة، لجواز انتفاء شرط آخر كالطهارة أو وجود مانع كالحيض؛ ولا عدمها، بل قد توجد إذا انتفت الموانع وتوفرت الأسباب.

وإن كان شرطاً في الوجوب والصحة معاً كالعقل بالنسبة للصلاة قلنا: هو ما يلزم من عدمه عدمهما، ولا يلزم من وجوده وجودهما، لجواز حصول مانع منهما كالحيض؛ ولا يلزم من وجوده عدمهما، لجواز توفر الأسباب وانتفاء الموانع، وهي إذا توفرت مع انتفاء الموانع حصل الوجوب والصحة.

شروط الوجوب:

1 - البلوغ: فلا تجب على الصبي.

والدليل: عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ. وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁽¹⁾.

وإذا قام بها الصبي فإنها تصح منه.

ويندب أمره بالصلاة ذكراً كان أو أنثى عند دخوله في العام السابع. ويحرم ضربه إن لم يمثل بالقول. ولو ظن الإفادة، حتى يدخل في العام العاشر فيضرب لأجلها ضرباً غير مبرح. ويتولى أمره بها وضربه عليها وليه.

ويشترط في الضرب على تركها في السن العاشر ظن الإفادة، وإلا فلا.

فإن بلغ ولم يصل، أحر لبقاء قدر ركعة بسجديتيها من الوقت الضروري، وقتل بالسيف حدّاً.

(1) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدّاً والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد. وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير. وعلقه البخاري موقوفاً على علي بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق. وفيه بلفظ: «... وعن الصبي حتى يدرك...».

ويندب عند بلوغ الصبيان السنّ العاشر، التفریق بينهم ذكوراً أو إناثاً في المضاجع عند النوم، ويكفي أن ينام كل واحد بثوب على حدته، فلا يشترط في حصول التفرقة أن يكون لكل واحد فراش على حدة، بل المدار على كون كل واحد عليه ثوب، فلو كان على أحدهم ثوب والآخر عرياناً والحال أنهما على فراش واحد فلا يكفي.

ويكره تلاصقهم عراة بعوراتهم ما لم يقصد أحدهم اللذة بالملاصقة، وإلا وجب على الولي منعهم.

أما البالغون فيحرم تلاصقهم بعوراتهم، من غير حائل أو بحائل مع قصد اللذة أو وجودها، أو تلاصقهم بغير العورة بدون حائل مع قصد اللذة.

أما تلاصقهم من غير العورة بغير حائل ومن غير لذة، فمكروه كتلاصقهم بالصدر.

أما تلاصقهم باليد والرأس فلا كراهة.

2 - عدم الإكراه على ترك الصلاة: ويكون الإكراه بمثل القتل أو الضرب أو السجن أو القيد أو الصفع لذي مروءة. وقيل إن المكروه تجب عليه إذا تمكن من الطهارة بأن يُجريها على قلبه، إذ الإكراه بمنزلة المرض المسقط لبعض أركان الصلاة، ولا يسقط به وجوبها، وهو التحقيق.

شروط الصحة:

1 - الإسلام: فلا تصحّ من كافر، وإن كانت الصلاة واجبة عليه، بناء على أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.

والدليل⁽¹⁾ قول الله تعالى: ﴿مَا سَأَلَكُمْ فِي سَفَرٍ ۖ قَالُوا لَوْ نَك مِنْ الْمُصَلِّينَ ۖ﴾ [المدثر: 42، 43].

2 - طهارة الحدث: فلا تصح الصلاة بدونها عند القدرة على تحصيلها. أما نفس القدرة على استعمال أحد الطهورين فشرط وجوب وصحة كما يأتي.

ودليل اشتراط الطهارة:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَرُوا﴾ [المائدة: 6].

ب - قول الرسول ﷺ: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور»⁽²⁾.

وهذا معلوم من دين الأمة وإجماع المسلمين⁽³⁾.

3 - طهارة الخبث: وقد تقدم الحديث عنها.

(2) سبق تخريجه.

(1) المقدمات 110/1.

(3) المقدمات 110/1.

4 - ستر العورة المغلظة مع القدرة عليها: وسيأتي الحديث عنها.

5 - استقبال القبلة: وسيأتي الحديث عنها.

شروط الوجوب والصحة معاً:

1 - بلوغ دعوة النبي ﷺ: ولو لكافر، إذ الصحيح تكليف الكفار بفروع الشريعة كأصولها.

2 - العقل: فلا تصح من المجنون، ولا تجب عليه، وكذلك المغمى عليه. والدليل⁽¹⁾: حديث: رفع القلم. المتقدم عن عليّ ﷺ.

وتسقط الصلاة عن المجنون وعن المغمى عليه فلا يطالبان بقضائها. وذلك إذا استغرق الجنون والإغماء الوقت كله. ومثلهما السكر بحلال والعتة. والمعتوه هو الذي لا يدري أين يتوجه. والدليل:

أ - روى نافع أن ابن عمر أغمي عليه فذهب عقله فلم يقض الصلاة⁽²⁾.

ب - القياس على الحائض⁽³⁾.

3 - دخول الوقت: والدليل:

أ - الإجماع على أن الصلاة لا تجب ولا تصح قبل دخول الوقت⁽⁴⁾.

ب - الأحاديث الآتية في أوقات الصلوات.

4 - القدرة على استعمال الظهور: فلا تجب ولا تصح من فاقد الطهرين أو العاجز

عن استعمالهما. كالمكروه. ولا يلزمه أداء ولا قضاء - وهو قول مالك - وهو المشهور.

5 - عدم النوم والغفلة: والدليل⁽⁵⁾:

- حديث رفع القلم المتقدم عن عليّ.

فلا تجب على النائم ولا على الغافل ولا تصحّ منهما أثناء النوم والغفلة. ويجب

على النائم والغافل القيام بالصلاة بعد الإنتباه. والدليل:

عن ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيّب أن رسول الله ﷺ حين قفل من خيبر أسرى. حتى إذا كان آخر الليل عرس وقال لبلال: «أكلأ (ارقب) لنا الصبح» ونام رسول الله ﷺ وأصحابه وكأ بلال ما قدر له ثم استند إلى راحلته وهو مقابل الفجر، فغلبته عيناه فلم يستيقظ رسول الله ﷺ ولا بلال ولا أحد من الركب حتى ضربتهم الشمس. ففزع رسول الله، فقال بلال: يا رسول الله أخذ بنفسي الذي أخذ بنفسك.

(1) المقدمات 110/1.

(2) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب جامع الوقوت.

(3) الذخيرة 1/424.

(4) المقدمات 110/1.

(5) الشرح الصغير 1/96.

فقال رسول الله: «اقتادوا (أي: ارتحلوا) إن هذا واد به شيطان». فبعثوا رواحلهم واقتادوا شيئاً. ثم أمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام الصلاة فصلى بهم رسول الله الصبح ثم قال حين قضى الصلاة: «من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها، فإن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾⁽¹⁾.

والفرق بين النائم والغافل يقضيان، والمغمى عليه لا يقضي. أن الأصل في القضاء لا يجب بأمر الأداء، وإنما يجب بأمر جديد غير أمر الأداء، وقد ورد نص بالأمر بالقضاء في النوم والغفلة، ولم يرد في المغمى عليه⁽²⁾.

6 - الخلو من الحيض والنفاس: فلا تجب الصلاة على الحائض والنفساء، ولا تصح منهما. ولا يطالبان بالقضاء تخفيفاً عليهما، كما تقدم في باب الحيض والنفاس.



وقت الصلاة

حكم معرفة الوقت:

معرفة الوقت فرض كفاية يجوز تقليد المؤذنين فيه⁽³⁾ فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن»⁽⁴⁾.

أقسام وقت الصلوات:

الوقت إما ضروري، وإما اختياري، وإما أداء أو قضاء. فالوقت الاختياري يكون فيه المكلف مختيراً في إيقاع الصلاة في أي جزء منه، ولا يعد مفراطاً. والوقت الضروري يحرم تأخير الصلاة إليه إلا لأرباب الضرورات، كما سيأتي ذكرهم.

الوقت الاختياري للصلوات:

صلاة الظهر:

يبتدىء من زوال الشمس عن وسط السماء، أي ميلها لجهة المغرب. والدليل:⁽⁵⁾

أ - قال تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِكِ الشَّمْسِ﴾ [الإسراء: 78].

وجه الاستدلال أن الدلوك لفظ مشترك بين ثلاثة أوقات من بينها زوال الشمس عن

(1) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب النوم عن الصلاة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة.

(2) الذخيرة 1/424 وبداية المجتهد 1/225. (3) الذخيرة 1/419.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء أن الإمام ضامن.

(5) بداية المجتهد 1/92.

كبد السماء⁽¹⁾. وقال ابن العربي: إن في الدلوك قولين: الزوال، والغروب⁽²⁾. والزوال أصح القولين⁽³⁾.

ب - عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «أمني جبريلُ عند البيت مرتين، فصلى بي الظهر في الأولى منهما حين كان الفيء (ظلَّ الشمس بعد الزوال) مثل الشراك، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرّم الطعام على الصائم. وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثلي، ثم صلى المغرب لوقته الأول، ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل، ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت إليّ جبريلُ فقال: يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين⁽⁴⁾.

ومحل الاستدلال من الحديث قوله: «فصلّى بي الظهر - في الأولى منهما - حين كان الفيء مثل الشراك». يعني بذلك قصر الظل، فيدخل الوقت إذا زالت الشمس عن وسط السماء وأخذ الظل في الزيادة. وذلك أن الشمس إذا طلعت كان الظل المائل طويلاً، ثم ينتقص حتى تقف، ثم تأخذ في الزيادة، فإذا أخذ الظل في الزيادة فذلك الزوال، ويحل حينئذٍ وقت الظهر ولا خلاف بين الأمة فيه⁽⁵⁾.

ج - عن سهيل بن مالك عن أبيه أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي موسى الأشعري: أن صلّ الظهر إذا زاغت الشمس، والعصر والشمس بيضاء نقيّة قبل أن تدخلها صُفرة، والمغرب إذا غربت الشمس، وآخر العشاء ما لم تنم، وصلّ الصبح والنجوم بادية مشتبكة، وقرأ فيها بسورتين طويلتين من المفصل⁽⁶⁾.

ويتواصل وقت الظهر إلى أن يصير ظل كل شيء مثله أي قدر قامته. وتعتبر قامته كل شيء بغير ظل الزوال.

والدليل على آخر وقت الظهر⁽⁷⁾:

أ - حديث إمامة جبريل المتقدم. ومحل الاستدلال منه قوله ﷺ: «وصلّى المرّة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله».

(1) التحرير والتنوير 182/15.

(2) أحكام ابن العربي 1219/3.

(3) الإشراف على مسائل الخلاف 56/1 وعارضة الأحوذى 255/1.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في المواقيت. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في مواقيت الصلاة.

(5) عارضة الأحوذى 255/1.

(6) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة.

(7) الإشراف على مسائل الخلاف 57/1 وعارضة الأحوذى 255/1 وبداية المجتهد 92/1.

ب - عن نافع مولى عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله: ... أن صلّوا الظهر إذا كان الفيء ذراعاً إلى أن يكون ظل أحدكم مثله، والعصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية، قدر ما يسير الراكب فرسخين أو ثلاثة قبل غروب الشمس، والمغرب إذا غربت الشمس، والعشاء إذا غاب الشفق إلى ثلث الليل، والصبح والنجوم بادية مشتبكة⁽¹⁾.

ج - عن عبد الله بن رافع مولى أم سلمة رضي الله عنها أنها سألت أبا هريرة عن وقت الصلاة فقال أبو هريرة: أنا أخبرك؛ صلّ الظهر إذا كان ظلك مثلك، والعصر إذا كان ظلك مثليتك، والمغرب إذا غربت الشمس، والعشاء ما بينك وبين ثلث الليل، وصلّ الصبح بغيش - يعني الغلس⁽²⁾.

وقد ذكر أبو هريرة ههنا أواخر الأوقات⁽³⁾.

ويظهر تخالف بين ما في كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، وما في كتابه إلى عماله، وذلك في بداية وقت الظهر فقال في الأول «أن صلّ الظهر إذا زاغت الشمس» وفي الثاني «أن صلّوا الظهر إذا كان الفيء ذراعاً» قال الباجي في ذلك: «يحتمل أن يكون ما كتب به إلى أبي موسى أمرّ له في خاصّة نفسه في غير وقت إمارته، لأن صلاة الفدّ في أول الوقت أفضل»⁽⁴⁾ «وما كتب به إلى عماله فإنه المستحبّ في مساجد الجماعة»⁽⁵⁾.

صلاة العصر:

يبتدئ وقت العصر من بلوغ ظل كل شيء مثله. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿أَقْرِ الصَّلَاةَ إِذْ لَوْكَ الشَّمْسُ﴾ [الإسراء: 78].

وجه الاستدلال أن الدلوك لفظ مشترك مراد به العصر أيضاً⁽⁶⁾.

ب - حديث إمامة جبريل للنبي صلى الله عليه وسلم. ومحل الاستدلال⁽⁷⁾ منه، قوله صلى الله عليه وسلم: «ثم صلّى العصر حين كان ظل كل شيء مثله».

ج - كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري المتقدم وفيه: أن صلّ العصر والشمس بيضاء نقية قبل أن تدخلها صفرة⁽⁸⁾.

وبياضها وصفرتها إنما يعتبران في الأرض والجدار لا في عين الشمس⁽⁹⁾.

(1) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة.

(2) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة.

(3) المنتقى 18/1.

(4) المنتقى 16/1.

(5) المنتقى 12/1.

(6) التحرير والتنوير 182/15.

(7) عارضة الأحوذى 255/1 والذخيرة 402/1.

(8) سبق تخريجه.

(9) المنتقى 12/1.

د - وكتاب عمر بن الخطاب إلى عماله المتقدم وفيه: «أن صلّوا العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية، قدر ما يسير الراكب فرسخين أو ثلاثة قبل الغروب» وهذه المسافة تقطع من أول العصر إلى الغروب⁽¹⁾.

ويتواصل وقت العصر إلى اصفرار الشمس. وهو نهاية الاختياري. والدليل:

عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «وقت العصر ما لم تصفر الشمس»⁽²⁾.

وقيل عن مالك أن آخر وقت العصر إذا صار ظل كل شيء مثليه⁽³⁾. والدليل⁽⁴⁾: ما جاء في حديث إمامة جبريل قوله ﷺ: «ثم صلّى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه». والحديث الأول نصّ في المسألة. ويؤيده كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري وفيه قوله: «والعصر والشمس بيضاء نقية قبل أن تدخلها صفرة». وحديث إمامة جبريل يؤيده:

أ - ما رواه عبد الله بن رافع مولى أم سلمة رضي الله عنها، أنه سأل أبا هريرة عن وقت الصلاة فقال أبو هريرة: أنا أخبرك، صلّ الظهر إذا كان ظلك مثلك، والعصر إذا كان ظلك مثليّك، والمغرب إذا غربت الشمس، والعشاء ما بينك وبين ثلث الليل، وصلّ الصبح بغيش يعني الغلس⁽⁵⁾.

فقد أجاب عن آخر وقت العصر بقوله: والعصر إذا كان ظلك مثليّك.

ب - القياس على صلاة الظهر بأن حدّ أول وقتها وآخره بالظلّ، فتحّدّ العصر كذلك⁽⁶⁾.

وعند ابن العربي أنه لا تعارض بين الأحاديث. والقولان مرويان عن النبي ﷺ متساويان في المعنى⁽⁷⁾.

وتشترك الظهر والعصر في وقت بقدر ما يصلّى فيه أربع ركعات.

ودليل الاشتراك حديث إمامة جبريل.

ووجه الاستدلال منه أن جبريل ﷺ صلّى بالنبي ﷺ الظهر في اليوم الثاني في نفس الوقت الذي صلّى فيه العصر في اليوم الأول⁽⁸⁾.

(1) المتفق 13/1.

(2) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب أوقات الصلوات الخمس.

(3) المتفق 14/1 وعارضة الأحوذى 257/1.

(4) الإشراف على مسائل الخلاف 58/1 والمتفق 14/1.

(5) سبق تخريجه. (6) المتفق 14/1.

(7) عارضة الأحوذى 257/1.

(8) الإشراف 58/1 وبداية المجتهد 94/1 والذخيرة 409/1.

وكذلك ما ورد من جمع النبي ﷺ بين الظهر والعصر. والمغرب والعشاء، فلولا اشتراك الظهر والعصر في الوقت، والمغرب والعشاء في الوقت لم يجمع النبي ﷺ بينهما كما لم يجمع بين العصر والمغرب ولا بين الصبح والظهر، لعدم الإشتراك في الوقت⁽¹⁾. وذكر ابن رشد الحفيد أن مالكا رحمه الله رجح حديث إمامة جبريل الذي يدل على الإشتراك على حديث ابن عمر الذي لا يجعل بين الصلاتين اشتراكاً⁽²⁾.

والحديث هو قول النبي ﷺ من رواية ابن عمرو: «وقت صلاة الظهر إذا زالت الشمس، وكان ظل الرجل كطوله، ما لم يحضر العصر...»⁽³⁾.

والوقت المشترك هو آخر القامة الأولى بقدر أربع ركعات في الحضر وركعتين في السفر، فيكون هذا الوقت هو آخر وقت الظهر وأول وقت العصر، بحيث لو صليت العصر آخر القامة الأولى وقعت صحيحة، ولو أخرت الظهر لأول القامة الثانية أثم المصلي.

وقيل إن الوقت المشترك هو أول القامة الثانية، بحيث لو صليت العصر في آخر القامة الأولى كانت فاسدة، ولو صليت الظهر في أول القامة الثانية لم يَأثم المصلي.

والقول الأول هو المشهور عند ابن راشد وابن عطاء الله واستظهره ابن رشد⁽⁴⁾. وقال الدسوقي: وفي جزم المصنف - أي الخليل - به أولاً إشعار بأنه الراجح⁽⁵⁾.

ومنشأ الخلاف بين القولين هو قوله ﷺ في الحديث في المرة الأولى: «فصلى بي الظهر حين زالت الشمس، ثم صلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله». وقوله في المرة الثانية: «وصلى في المرة الثانية الظهر حين صار كل شيء مثله». فاختلف علماء المذهب في معنى قوله في الحديثين: «فصلى»، هل معناه شرع في الصلاة أم معناه فرغ منها؟ فإن فسر بالشروع كانت الظهر داخلية على العصر ومشاركة لها في أول القامة الثانية، وإن فسر بالفراغ كانت العصر داخلية على الظهر ومشاركة لها في آخر القامة الأولى⁽⁶⁾.

صلاة المغرب:

يبدأ وقت المغرب الاختياري عند غياب جميع قرص الشمس، وهذا هو الغروب الشرعي الذي يترتب عليه جواز الدخول في الصلاة، وجواز الإفطار للصائم. ودليل دخول الوقت⁽⁷⁾:

أ - قال تعالى: ﴿أَفِرِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى عَسْفِ اللَّيْلِ﴾ [الإسراء: 78].

- (1) شرح التلقين م 1 ورقة 33.
 (2) بداية المجتهد 1/ 94.
 (3) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب أوقات الصلوات الخمس.
 (4) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 1/ 83. (5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 1/ 177.
 (6) حاشية الصاوي 1/ 83. (7) عارضة الأحوذى 1/ 274 والذخيرة 1/ 404.

وجه الاستدلال أن الدلوك لفظ مشترك بين الظهر والعصر والمغرب⁽¹⁾.

ب - عن عبد الله بن رافع مولى أم سلمة زوج النبي ﷺ أنه سأل أبا هريرة عن وقت الصلاة؟ فقال أبو هريرة: أنا أخبرك، صلّ الظهر إذا كان ظلك مثلك، والعصر إذا كان ظلك مثليتك، والمغرب إذا غربت الشمس، والعشاء ما بينك وبين ثلث الليل، وصلّ الصبح بغبش - يعني الغلس -⁽²⁾.

ج - عن سلمة بن الأكوع قال: «كان رسول الله ﷺ يصلّي المغرب إذا غربت الشمس وتوارت بالحجاب»⁽³⁾.

د - كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى عماله المتقدم وفيه قوله: «والمغرب إذا غربت الشمس». أما امتداد وقت المغرب ففيه قولان في المذهب:

القول الأول: أنه لا امتداد لوقت المغرب، ويقدر بثلاث ركعات بعد تحصيل شروطها من طهارة خبث وحدث وستر عورة وأذان وإقامة. والدليل:

أ - ترجيح حديث إمامة جبريل المتقدم، وفيه أنه صلّى المغرب في اليومين في وقت واحد⁽⁴⁾.

ب - إجماع الأمة على إقامتها في سائر الأمصار عند غروب الشمس. ولو كان ممتداً لفعلت ما فعله في الظهر وغيرها من التقديم والتأخير⁽⁵⁾.

وهذا القول هو المشهور في المذهب على قول الدردير، وعليه يجوز لمن كان محصلاً لشروط الصلاة تأخير إقامة المغرب بقدر ما يسع تحصيل شروطها.

القول الثاني: وهو اختيار الباجي⁽⁶⁾ وابن العربي⁽⁷⁾: أنه يمتد إلى الشفق. قال الدسوقي: «ولكن الحق أن القول بالإمتداد ضعيف، وإن كان فيه نوع قوة. والمعتمد ما مشى عليه المصنف - أي خليل وتبعه الدردير - من رواية ابن القاسم». ودليل القول بالإمتداد⁽⁸⁾.

أ - عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «وقت المغرب إذا غابت الشمس ما لم يسقط الشفق» وفي رواية «فإذا صليت المغرب فإنه وقت إلى أن يسقط الشفق» وفي

(1) أحكام ابن العربي 1219/3 والتحرير والتنوير 182/15.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب وقت المغرب. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب بيان أن أول وقت المغرب عند غروب الشمس.

(4) الإشراف 58/1 وشرح التلقين 1م ورقة 32 وبداية المجتهد 95/1 والذخيرة 404/1.

(5) شرح التلقين 1م ورقة 32 والذخيرة 404/1. (6) المنتقى 14/1.

(7) عارضة الأحوذى 274/1.

(8) شرح التلقين 1م ورقة 32 والمنتقى 24/1 والعارضة 274/1.

رواية «ما لم يسقط ثور الشفق» (أي: ثورانه وانتشاره) وفي رواية: «ما لم يغيب الشفق»⁽¹⁾.

ب - عن بريدة قال أتى النبي ﷺ رجل فسأله عن مواقيت الصلاة: فقال: «أتم معنا إن شاء الله»، فأمر بلالا فأقام حين طلع الفجر، ثم أمره فأقام حين زالت الشمس فصلّى الظهر، ثم أمره فأقام فصلّى العصر والشمس بيضاء مرتفعة، ثم أمره بالمغرب حين وقع حاجب الشمس، ثم أمره بالعشاء فأقام حين غاب الشفق، ثم أمر من الغد فنور بالفجر، ثم أمره بالظهر فأبرد وأتم أن يبرد، ثم أمر بالعصر فأقام والشمس آخراً وقتها فوق ما كانت، ثم أمره فأخر المغرب إلى قبيل أن يغيب الشفق، ثم أمره بالعشاء فأقام حين ذهب ثلث الليل. ثم قال: «أين السائل عن مواقيت الصلاة؟» فقال الرجل: أنا. فقال: «مواقيت الصلاة كما بين هذين»⁽²⁾.

وجه الاستدلال منه قوله: «ثم أمره فأخر المغرب إلى قبيل أن يغيب الشفق»⁽³⁾.

قال ابن رشد الحفيد: «قالوا: وحديث بريدة أولى لأنه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات، وحديث جبريل كان في أول الفرض بمكة»⁽⁴⁾.

فكان ابن رشد والذين نقل عنهم هذه المقالة يرون نسخ ما في حديث إمامة جبريل في آخر وقت المغرب بحديث بريدة، لأن حديث إمامة جبريل متقدم في التشريع وحديث بريدة متأخر والمتأخر قاض على المتقدم.

قال شيخنا محمد الأخوة - رَحِمَهُمُ اللهُ: يمكن الجمع بين الحديثين بأن يكون حديث جبريل جاء لبيان الأكل وهو أول الوقت وحديث السائل جاء لبيان الواجب.

ج - ما في الموطأ أن النبي ﷺ قرأ في المغرب بالطور وقرأ بالمرسلات⁽⁵⁾.

ووجه الدليل من هذا حسب ذكر القرافي: أن هذا مما يقوي امتداد وقتها⁽⁶⁾.

د - القياس⁽⁷⁾ على سائر الصلوات فإن لها وقت امتداد. ولأن امتداد وقت الصلاة توسعة على المصلي، وهي تناسب تيسير الدين⁽⁸⁾.

(1) أخرج الحديث بهذه الروايات مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب أوقات الصلوات الخمس.

(2) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب أوقات الصلوات الخمس. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في مواقيت الصلاة.

(3) شرح التلبيين م 1 ورقة 32 والمنتقى 24/1 وبداية المجتهد 95/1.

(4) بداية المجتهد 95/1.

(5) أخرجه مالك في الصلاة، باب القراءة في المغرب والعشاء. والبخاري في الأذان، باب الجهر في المغرب، وباب القراءة في المغرب. ومسلم في الصلاة، باب القراءة في الصبح.

(6) الذخيرة 404/1.

(7) الذخيرة 404/1.

(8) التحرير والتنوير 183/15.

والدليل على أن هذه الصلاة تسمى بالمغرب⁽¹⁾.
 عن عبد الله المُزني رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تغلبتكم الأعراب على اسم
 صلاتكم المغرب» قال: وتقول الأعراب: هي العشاء⁽²⁾.

صلاة العشاء:

يبتدىء وقت العشاء المختار من غياب الشفق الأحمر، فلا ينتظر غياب الشفق
 الأبيض. والأدلة على أن الشفق هو بداية وقت صلاة العشاء⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿أَفِرِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِكَّ عَسَىٰ أَيْتِل﴾ [الإسراء: 78].

وجه الاستدلال أن الغسق هو الظلمة وهي انقطاع بقايا شعاع الشمس، حين يماثل
 سواد أفق الغروب سواد بقية الأفق، وهو وقت غيبوبة الشفق، وذلك وقت العشاء،
 ويسمى العتمة أي الظلمة.

ب - كتاب عمر بن الخطاب إلى عماله المتقدم.

ج - حديث إمامة جبريل وفيه «ثم صلى العشاء حين غاب الشفق».

والدليل على أن الأحمر هو المراد بالشفق:

أ - ففي اللغة أن ابن الأعرابي حكى أن العرب تسمى الثوب الأحمر شفقاً. وحكى
 الفراء أن أعرابياً رأى ثوباً أحمر فقال: كأنه شفق.

ب - عن النعمان بن بشير قال: «أنا أعلم الناس بوقت هذه الصلاة. كان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلّيها لسقوط القمر لثالثة»⁽⁴⁾.

وجه الاحتجاج أن ذلك يكون عند مغيب الحمرة⁽⁵⁾.

ج - الأخذ بأوائل الأسماء⁽⁶⁾.

ويمتد وقت العشاء المختار إلى ثلث الليل الأول، وهو الذي ذكره الدردير. والأدلة
 على ذلك⁽⁷⁾:

أ - حديث إمامة جبريل، وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى العشاء في اليوم الثاني حين ذهب
 ثلث الليل.

(1) المتقى 14/1 والذخيرة 15/2 طبع دار الغرب الإسلامي.

(2) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب من كره أن يقال للمغرب عشاء.

(3) الذخيرة 405/1 والتحرير والتنوير 182/15.

(4) الإشراف 59/1 وبداية المجتهد 96/1 وعارضة الأحوذى 275/1.

(5) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في وقت صلاة العشاء الآخرة؛ والترمذي في الصلاة، باب ما
 جاء في وقت صلاة العشاء الآخرة.

(6) الإشراف 59/1 والمتقى 14/1. (7) شرح التلقين 1م ورقة 32.

(8) الإشراف 59/1 والمتقى 14/1 والذخيرة 406/1.

- ب - كتاب عمر إلى عماله المتقدم وفيه: «والعشاء إذا غاب الشفق إلى ثلث الليل».
- ج - حديث أبي هريرة لما سأله عبد الله بن رافع وقد تقدم ذكره.
- وقيل إن آخر وقت صلاة العشاء المختار نصف الليل، قاله ابن حبيب وابن العربي في العارضة. والدليل على هذا القول⁽¹⁾:
- أ - عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «وقت العشاء إلى نصف الليل»⁽²⁾.
- ب - عن أنس قال: «أخر النبي ﷺ صلاة العشاء إلى نصف الليل»⁽³⁾.
- وما ورد من أن وقت العشاء يمتد إلى الفجر، فإنه يحمل على أنه آخر وقت الوجوب⁽⁴⁾.

صلاة الصبح:

يبتدئ وقت الصبح المختار من طلوع الفجر الصادق، وهو ما ينتشر ضياؤه حتى يعم الأفق، وليس هو الكاذب الذي لا ينتشر، وإنما يخرج مستطيلاً في وسط السماء دقيقتاً. ويكون بياضاً مختلطاً بسواد ثم يذهب ويأتي الفجر الصادق. والأدلة على ابتداء وقت الصبح:

- أ - قوله الله تعالى: ﴿وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا﴾ [الإسراء: 78].
- وجه الاستدلال أنه تعالى: عطف «قرآن الفجر» على «أقم الصلاة». والتقدير: وأقم قرآن الفجر أي الصلاة⁽⁵⁾.

والفجر هو سيلان الضوء وجريان النور في الأفق⁽⁶⁾.

- ب - حديث إمامة جبريل المتقدم وفيه: «ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم».

ج - حديث بريدة المتقدم وفيه: «فأمر بلالا فأقام حين طلع الفجر».

أما نهاية الوقت الاختياري لصلاة الصبح فقد اختلف فيه على قولين:

الأول: أنه ينتهي إلى الإسفار البين، الذي تظهر فيه الوجوه ظهوراً بيناً بالبصر المتوسط في محل لا سقف فيه وتخفي فيه النجوم.

- والدليل⁽⁷⁾: حديث إمامة جبريل وفيه: «ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض». وهذا القول هو المشهور.

(1) عارضة الأحوذة 278/1.

(2) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب أوقات الصلوات الخمس.

(3) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب وقت العشاء إلى نصف الليل.

(4) المعلم بفوائد مسلم 430/1. (5) التحرير والتنوير 183/15.

(6) أحكام ابن العربي 3/1220. (7) الذخيرة 406/1.

الثاني: أن الوقت المختار لصلاة الصبح ينتهي إلى طلوع الشمس. وليس لها وقت ضروري.

والدليل⁽¹⁾: ما روي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «وقت صلاة الصبح من طلوع الفجر ما لم تطلع الشمس». وفي رواية: «إذا صليتم الفجر فإنه وقت إلى أن يطلع قرن الشمس الأول»⁽²⁾.
والقولان مشهوران والأول أشهر وأقوى⁽³⁾.

خفاء الوقت:

من خفي عليه الوقت لظلمة أو سحاب، فإنه يجتهد ويتحرى، فمن كان له ورد من صلاة أو قراءة أو ذكر، وكانت عادته الفراغ منه عند طلوع الفجر مثلاً، فإنه يعتمد على ذلك. كما يعتمد على آلة المؤقتين كالرملية والساعة المنضبطة. وإلا زاد في التحري حتى يغلب على ظنه دخول الوقت. أي فيكفي غلبة الظن. فإن أخطأ ظنه وتبين تقديم الصلاة عن الوقت أعادها وجوباً، فإن تبين أنها وقعت في الوقت، أو لم يتبين شيئاً، فلا إعادة عليه. ومن شك في دخول الوقت وصلّى لم تجزه صلاته ولو تبين له أنها وقعت في الوقت أو لم يتبين له شيء.

وأما من لم يخف عليه الوقت بأن كانت السماء مصحية، فلا بدّ له من تحقق دخول الوقت ولا يكفيه غلبة الظن.

الوقت الأفضل لإيقاع الصلاة:

أفضل وقت لإيقاع الصلاة هو أوّله مطلقاً، لكل الصلوات، للفظ والجماعة، لما روي عن عبد الله بن مسعود قال: سألت النبي ﷺ: أي الأعمال أحبّ إلى الله؟ قال: «الصلاة لوقتها». وفي رواية قال: «الصلاة في أوّل وقتها»⁽⁴⁾.

ومحلّ أفضلية تقديم الصلاة للفظ إذا كان لا يرجو جماعة، فإن كان يرجو جماعة فإنه يندب له أن يؤخر الصلاة لتحصيل فضل الجماعة، لأن فعلها في جماعة آخر الوقت أفضل من فعلها فذا أوّل الوقت. وقد جزم بذلك الباجي وابن العربي قياساً على جواز تقديم العشاء ليلة المطر لأجل الجماعة فأولى التأخير⁽⁵⁾.

(1) عارضة الأحوذى 1/263 والذخيرة 1/406.

(2) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب أوقات الصلوات الخمس.

(3) حاشية الشرح الصغير 1/85.

(4) أخرجه البخاري في التوحيد، باب وسمّى النبي ﷺ الصلاة عملاً. ومسلم في الإيمان، باب كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال.

(5) حاشية الشرح الصغير 1/85.

وحكم الجماعة التي لا تنتظر غيرها كحكم الفرد، يندب لهم التقديم مطلقاً حتى للظهر. والمراد بالتقديم الذي لا ينافي ندب القيام بالنوافل الواردة في الأحاديث، وهي الفجر والورد وأربع قبل الظهر وقبل العصر.

أما الجماعة التي تنتظر غيرها، ففي الصباح التغليس بها أفضل، والدليل على ذلك⁽¹⁾:

أ - الحديث المتقدم في أفضل الأعمال.

ب - قول عائشة رضي الله عنها: إن كان رسول الله ﷺ ليصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن، ما يعرفن من الغلس⁽²⁾.

وجه الدليل قولها «إن كان» فهذا اللفظ لا يستعمل إلا فيما يثابر عليه ويدوم⁽³⁾. ويؤيده مشاركة النبي ﷺ إذ ما صلاها في آخر وقتها إلا مرتين، حين صلاته مع جبريل، وحين علم السائل⁽⁴⁾.

ج - قال القاضي عبد الوهاب: لأن من أصلنا أنه يؤذن لها قبل وقتها، وفائدة ذلك إدراك فضيلة التغليس، ولا معنى له سواه⁽⁵⁾.

وما روي عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر»⁽⁶⁾، فإن لردّه وجهين:

الأول: أنه مرجوح بعموم قوله ﷺ: «الصلاة لأول وقتها» لموافقته لحديث عائشة في الإنصراف من الصبح، لأنه نصّ في المسألة، بينما حديث رافع يحتمل أن يراد به تبين الفجر وحقيقته⁽⁷⁾. لذلك قال: «أسفروا بالفجر» ولم يقل: أسفروا بالصلاة⁽⁸⁾.

الثاني: أنه غير صحيح، لأن في الرواية «عاصم بن عمر بن قتادة» وهو غير قوي ولا قائم بالعلم⁽⁹⁾.

وفي العشاء التقديم بها أفضل، وهو الراجح، لما تقدم من قول النبي ﷺ: «إن أفضل الأعمال الصلاة في أول الوقت».

(1) الإشراف 60/1 والذخيرة 415/1.

(2) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب وقت صلاة الفجر. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب التكبير بالصبح.

(3) شرح التلقين م 1 ورقة 33 والمنتقى 9/1 والذخيرة 415/1.

(4) المنتقى 9/1 وأحكام ابن العربي 263/1. (5) الإشراف 60/1 وشرح التلقين م 1 ورقة 33.

(6) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في وقت الصبح. والترمذي في الصلاة. باب ما جاء في الإسفار بالفجر.

(7) بداية المجتهد 97/1.

(8) الذخيرة 416/1.

(9) عارضة الأحوذى 261/1.

وقيل التأخير بها أفضل والدليل⁽¹⁾: عن ابن عمر قال: مكثنا ذات ليلة ننتظر النبي ﷺ لصلاة العشاء الآخرة، فخرج علينا حين ذهب ثلث الليل أو بعده، فلا ندري شيء شغله في أهله أو غير ذلك. فقال حين خرج: «إنكم لتنتظرون صلاة ما ينتظرها أهل دين غيركم. ولولا أن يثقل على أمتي لصليت بهم هذه الساعة» ثم أمر المؤذن فأقام الصلاة. وصلى⁽²⁾.

ورَدَّ على هذا القول بأن هذا الحديث يدل على ترك التأخير. فإن قول ابن عمر: «فلا ندري شيء شغله» يدل على أن عادتهم غير ذلك⁽³⁾. كما أن قوله ﷺ: «لولا...» يدل أنه رأى الفضل في التخفيف⁽⁴⁾.

واستحب ابن حبيب تأخيرها في زمن الشتاء قليلاً لطول الليل، وفي ليالي رمضان لأن في ذلك توسعة على الناس في الإفطار⁽⁵⁾: واستحب القاضي عبد الوهاب تأخيرها عن أول وقتها في مساجد الجماعات⁽⁶⁾ لقوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي لأخرت صلاة العشاء إلى ثلث الليل»⁽⁷⁾.

والمغرب، فإنها تؤدى في أول وقتها ولا خلاف. ووجه ذلك أنها تصادف الناس متأهين لها منتظرين أداءها⁽⁸⁾.

وكذلك العصر لا تؤخر عن وقتها، وصلاتها في أول الوقت أفضل للجماعة وللأدلة على ذلك:

أ - عن رافع بن خديج أنه قال: كنا نصلّي العصر مع رسول الله ﷺ ثم تنحرج الجوزر فتقسم عشر قسم ثم تطبخ فنأكل لحمًا نضيجاً قبل مغيب الشمس⁽⁹⁾.

والحديث يدل أن صلاة العصر لم تكن تؤخر عن وقتها في عهد النبي ﷺ.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: «صلّى رسول الله ﷺ العصر والشمس في حُجرتها، لم يظهر النبي من حُجرتها»⁽¹⁰⁾.

(1) الذخيرة 414/1.

(2) أخرجه مسلم في المساجد وموضع الصلاة، باب وقت العشاء.

(3) الذخيرة 415/1. (4) المتقى 14/1.

(5) الذخيرة 415/1. (6) الإشراف 59/1.

(7) أخرجه الترمذي في الطهارة، باب ما جاء في السواك، عن زيد بن خالد بلفظ: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة، ولأخرت صلاة العشاء إلى ثلث الليل» وأخرجه ابن ماجه في الصلاة، باب وقت صلاة العشاء، عن أبي هريرة.

(8) المتقى 14/1.

(9) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب التكبير بالعصر.

(10) أخرجه مالك في وقت الصلاة، باب وقوت الصلاة. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب مواقيت الصلاة وفضلها. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في تعجيل العصر.

تريد قبل أن تخرج الشمس من حجرتها، أي: لم تعل السطح بعد⁽¹⁾.
ج - عن أنس بن مالك قال: «كنا نصلّي العصر ثم يخرج الإنسان إلى بني عمرو بن عوف فيجدهم يصلون العصر»⁽²⁾.

د - عن أنس بن مالك قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «تلك صلاة المنافق يجلس يرقب الشمس، حتى إذا كانت بين قرني الشيطان قام فنقر أربعاً لا يذكر الله فيها إلا قليلاً»⁽³⁾.

وأما صلاة الظهر فإنه يندب تأخيرها لربع القامة لمن ينتظر جماعة أو كثرتها صيفاً وشتاء، وأدلة استحباب تأخيرها لما ذكر:
أ - كتاب عمر بن الخطاب إلى عماله وفيه: «أن صلّوا الظهر إذا كان الفيء ذراعاً». والذراع ربع القامة⁽⁴⁾.

ب - إجماع الصحابة على كتاب عمر ﷺ إذ لم ينكر عليه أحد⁽⁵⁾.
ج - يؤكد ما تقدم أنّ فضيلة أول الوقت غير مقدّرة، وفضيلة الجماعة مقدّرة بخمس وعشرين درجة، والفضل المقدر أولى من الفضل المهمل⁽⁶⁾.

وإن قوماً لو اتفقوا على صلاة في آخر الوقت لم يقاتلوا، ولو اتفقوا على ترك الجماعة قوتلوا، فسيئة تباح الدماء بتركها أولى بالتقديم من أخرى لا تباح بتركها⁽⁷⁾.

وأما ما ورد أن عمر بن الخطاب أمر أبا موسى الأشعري في كتابه إليه بأن يصلّي الظهر إذا زاغت الشمس، فإنه محمول على أنه توجه إليه بذلك في خاصّة نفسه⁽⁸⁾.

كما يندب تأخير صلاة الظهر لنصف القامة للإبراد بها حتى تنفياً الأفياء، وذلك عند شدّة الحرّ، والدليل:

عن عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال: «إن شدّة الحرّ من فيح جهنّم فإذا اشتد الحرّ فأبردوا بالصلاة»⁽⁹⁾.

-
- (1) الإشراف 59/1 والمعلم 427/1 والعارضه 270/1.
 - (2) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب وقت العصر. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب التكبير بالعصر.
 - (3) أخرجه مالك في القرآن، باب النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة. باب استحباب التكبير بالعصر.
 - (4) الإشراف 56/1 والمتقى 12/1 والعارضه 267/1 والذخيرة 412/1.
 - (5) الإشراف 56/1 والعارضه 268/1.
 - (6) الإشراف 57/1 والعارضه 268/1.
 - (7) العارضه 268/1.
 - (8) المتقى 16/1 والذخيرة 412/1.
 - (9) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب النهي عن الصلاة بالهاجرة. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب الإبراد بالظهر في شدّة الحرّ. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة. باب استحباب الإبراد بالظهر في شدّة الحرّ.

وحكمة الإبراد أن المصلي مندوب إلى الخشوع في الصلاة والإكمال لركوعها وسجودها، وشدة الحرّ تمنع من استيفاء ذلك⁽¹⁾. واختار الباجي إلحاق حكم الفذ بحكم الجماعة في الإبراد بالصلاة بجامع الحرّ المشغل عن مقاصد الصلاة. أما في الشتاء فإنه يستحبّ تعجيلها لأن النبي ﷺ أمر بالإبراد وعُلّل ذلك بشدة الحرّ، ولم يأمر بتأخير الصلاة من شدة البرد فلا يتعلق به حكم التأخير⁽²⁾.

الوقت الضروري للصلاة:

يبتدئ الوقت الضروري عقب الوقت الاختياري. وسمي ضرورياً لعدم جواز تأخير الصلاة إليه لغير أرباب الضرورات.

صلاة الصبح:

يمتد وقت الصبح بالنسبة لمن يقول إن لها وقتاً ضرورياً إلى طلوع الشمس، والدليل: - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح»⁽³⁾.

صلاتا الظهر والعصر:

يمتد ضرورياً الظهر والعصر إلى قبيل غروب الشمس بقدر أربع ركعات تختص بها العصر. ودليل هذا بالنسبة للعصر: - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر»⁽⁴⁾.

ودليل اشتراك الظهر مع العصر في وقت الضرورة القياس على الاشتراك في الجمع في السفر⁽⁵⁾.

صلاتا المغرب والعشاء:

يمتد ضرورياً إلى قبيل الفجر بقدر أربع ركعات يختص بها العشاء.

إدراك ركعة في الضروري أو الاختياري:

تدرك الصلاة في الضروري بفعل ركعة بسجديتها، ولو وقع الباقي بعد خروجه، وتعتبر الصلاة أداء. ويجب ترك السنن في الركعة الأولى ويؤتى بها فيما بقي من ركعات بعد الوقت، كما تترك الإقامة.

(1) المنتقى 31/1.

(2) المنتقى 31/1.

(3) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقوت الصلاة. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب من أدرك من الفجر ركعة. ومسلم في المساجد مواضع الصلاة، باب من أدرك ركعة من الصلاة.

(4) سبق تخريجه.

(5) بداية المجتهد 98/1.

ودليل الإدراك ما تقدم من رواية أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح»⁽¹⁾.

أما ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس فليتم صلاته. وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته»⁽²⁾.

فإن الجواب عنه: أن المراد بالسجدة هي الركعة⁽³⁾. ويدل على هذا ما في صحيح مسلم عن عائشة: «والسجدة إنما هي الركعة»⁽⁴⁾.

وتدرك الصلاة في الوقت الاختياري بفعل ركعة بسجديتها فيه، ولو وقع الباقي في الوقت الضروري، ولا إثم في ذلك.

هذا وإن حديث أبي هريرة المتقدم يفهم منه بدليل الخطاب أن من لم يدرك ركعة في الوقت فكأنما لم يدرك شيئاً⁽⁵⁾.

أعذار التأخير إلى الوقت الضروري:

إذا أحر المصلي صلاته للوقت الضروري بدون عذر، فإنه يأثم رغم أن الصلاة تقع أداء. أما إذا أحرها بعذر فلا يأثم. وأعذار تأخير الصلاة عن وقتها الاختياري إلى الضروري هي:

1 - الكفر: سواء كان الكفر أصلياً أو طارئاً، بأن ارتد ثم عاد إلى الإسلام، فلا يأثم بالتأخير للضرورة، وذلك للترغيب في الإسلام. والدليل على سقوط الإثم في هذه الحالة⁽⁶⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مِمَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: 38].

ب - عن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال له: «أما علمت أن الإسلام يجب ما كان قبله»⁽⁷⁾.

2 - الصبا: وذلك بأن يبلغ الصبي في الضروري ويؤديها فيه فلا يأثم، ويعيدها إن كان صلاها في وقتها الاختياري، لأن الأولى نفل، قال القاضي عبد الوهاب: «لأن

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب من أدرك ركعة من العصر قبل الغروب.

(3) المنتقى 10/1 وعارضة الأحوذى 302/1.

(4) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب من أدرك ركعة من الصلاة.

(5) المنتقى 10/1. (6) الذخيرة 125/1 وحاشية الصاوي 86/1.

(7) أخرجه أحمد في المسند 204/4 - 205 والبيهقي 98/9.

الصلاة لا تصح إلا بنية الجوب، وذلك لا يصح إلا ممن هو من أهل الجوب، والصبي ليس من أهله⁽¹⁾.

3 - الإغماء والجنون: وذلك بأن يفيق المغمي عليه والمجنون ويؤديها فيه، فلا إثم عليهما.

4 - فقد الطهورين: وذلك بأن يفقد الماء والصعيد في الوقت الاختياري، ثم يوجد أحدهما في الوقت الضروري، وتؤدى فيه الصلاة فلا إثم على ذلك.

5 - الحيض والنفاس: وذلك بأن يستمر المرأة إلى الوقت الضروري، فإن طهرت فيه وأدت الصلاة فلا إثم عليها.

6 - النوم والغفلة: إذا انتبه المرء من نومه أو غفلته في الوقت الضروري وأدى الصلاة فيه لم يأنم.

ولا يحرم النوم قبل دخول وقت الصلاة ولو كانت جمعة ولو علم أن النوم سيستغرق الوقت كله.

أما إذا دخل الوقت فإن النوم يحرم إن ظن استغراقه لآخر الوقت الاختياري، ولم يوكل النائم من يوقظه. ويجب على من علم به أنه نائم أن يوقظه إن خيف خروج الوقت. قال القرطبي: ولو نام قبل الوقت قياساً على تنبيه الغافل. والسكر بحرام ليس عذراً، لأن صاحبه أدخله على نفسه. فمن سكر بحرام وأفاق في الضروري أثم لتأخير الصلاة إليه، زيادة على إثم الإسكار، سواء سكر قبل الوقت أو بعده.

أما السكر بغير حرام فإنه يعتبر عذراً كالمجنون في عدم الإثم، وفي سقوط الصلاة إن استغرق كل الوقت.

إدراك مشتركتي الوقت في الضروري:

الصلوات المشتركة في الوقت هي: الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء. وتدرك الصلاتان المشتركتان في الوقت ويترتبان في الذمة عند زوال العذر في الضروري، بأن تطهر الحائض أو النفساء، أو يبلغ الصبي فيه، أو يوجد أحد الطهورين لدى فاقدهما، أو يسلم الكافر فيه، فإذا اتسع الضروري للصلاتين معاً بعد تقدير الزمن الذي تحصل الطهارة فيه، أو اتسع للصلاة الأولى بأكملها وركعة بسجودتها للصلاة الثانية، فإنه يدرکہما معاً.

والقاعدة في تقدير الطهارة أن كل معذور يقدر له الطهر، إلا الكافر فلا يقدر له، لأن إزالة عذره بالإسلام في وسعه، وإن كان لا يؤديها إلا بطهارة خارج الوقت، ولا إثم عليه، إن بادر بالطهارة وصلى بعد الوقت؛ وإلا النائم والناسي أيضاً فلا يقدر لهما الطهر، فإنه يجب عليهما الصلاة متى تنبها على كل حال لعدم سقوط الصلاة عنهما. وإذا

بقي بعد زوال العذر ما يسع ركعة بسجديتها أو أكثر بقدر ركعات الصلاة الثانية لمشركتي الوقت - لا غير - مع تقدير الطهارة - أي ما يسع الطهارة الكبرى في الحائض والنفساء أو الصغرى في المغمى عليه والمجنون - فإن التي تجب هي ثانية مشتركتي الوقت وتسقط الأولى؛ مثل أن تطهر الحائض أو النفساء أو يفيق المجنون قبل الغروب بما يسع الطهارة اللازمة لهم وركعة فأكثر بقدر عدد ركعات الثانية فقط، فإن الثانية وهي العصر هي التي تجب وتسقط الظهر، لخروج وقتها الضروري واختصاص العصر بالوقت المتبقي من الضروري.

وإذا كان زوال العذر قبل طلوع الفجر بحسب ما تقدم فالتى تجب العشاء وتسقط المغرب لخروج وقتها الضروري، واختصاص العشاء بالوقت المتبقي من الضروري. لأن القاعدة تقول: إذا ضاق الوقت اختص بالأخيرة فتجب، وتسقط الأولى لخروج وقتها الضروري. ودليل اختصاص الوقت إذا ضاق بالأخيرة قوله ﷺ: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر» فجعل ما قبل الغروب مختصاً بالعصر⁽¹⁾. وإن بقي بعد زوال العذر من الوقت ما يسع الصلاة الأولى من مشتركتي الوقت وركعة من الثانية فإن الصلاتين يجب أدؤهما.

مثال ذلك زوال العذر قبل الغروب بقدر خمس ركعات مع تقدير الطهارة الواجبة لمن تقدر له فإن الصلاتين تجبان. أو زوال العذر قبل طلوع الفجر بما يسع أربع ركعات فإن صلاتي المغرب والعشاء تجبان. ويعتبر عدد الركعات بحسب حالة المكلف، فإن كان في الحضر فعدد الركعات هي ركعات الحضر، وإن كان في السفر فعدد الركعات هي ركعات السفر أي بالتقصير.

وإذا طرأ العذر - غير النوم والنسيان - في الوقت الضروري في قدر ما يسع ركعة فأكثر لا أقل دون تقدير لزمن الطهر، فإن صلاة الصبح تسقط إن لم يكن صلاحها من قبل وإن كان عمداً. وكذلك تسقط ثانية المشتركة وهي العصر أو العشاء لحصول العذر في وقتها، وتتخلد في ذمة المصلي الظهر أو المغرب لأن العذر لم يحصل في وقتها. وإذا طرأ العذر، غير النوم والنسيان، في الوقت الضروري في قدر ما يسع الصلاة الأولى وركعة من الثانية من مشتركتي الوقت دون تقدير لزمن الطهر فإن الصلاتين تسقطان. ويقع اعتبار حالة المصلي من حضر وسفر. فمثلاً إذا طرأ عذر من الأعدار - غير النوم والنسيان - قبل الغروب بقدر ما يسع خمس ركعات بالحضر أو ثلاثاً بالسفر فإن الصلاتين تسقطان.

هذا ولا تسقط الصلاة بأي حال بسبب النوم والنسيان. والدليل:

(1) شرح التلخين 1م ورقة 33.

- عن زيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «إذا رقد أحدكم عن الصلاة أو نسيها ثم فزع إليها فليصلها. كما كان يصلها في وقتها». وفي رواية: «من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها» فإن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾⁽¹⁾.

الأوقات التي يحرم فيها النفل:

يحرم التنفل في الأوقات التالية:

- 1 - حال طلوع الشمس وحال غروبها. والأدلة على ذلك:
 - أ - عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال: «كان رسول الله ﷺ يقول: «إذا بدا حاجبُ الشمس فأخروا الصلاة حتى تبرز. وإذا غاب حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تغيب»⁽²⁾.
 - ب - عن عبد الله الصنابحي أن رسول الله ﷺ قال: «إنَّ الشمس تطلع ومعها قرن الشيطان، فإذا ارتفعت فارقتها، ثم إذا استوت قارنها، فإذا زالت فارقتها، فإذا دنت للغروب قارنها، فإذا غربت فارقتها». ونهى رسول الله ﷺ عن الصلاة في تلك الساعات»⁽³⁾.
 - ج - عن عقبة بن عامر الجهني قال: «ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصليَ فيهنَّ أو أن نقبر فيهنَّ موتانا: حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس، وحين تضيف (تميل) الشمس للغروب حتى تغرب»⁽⁴⁾. وراجع في الهامش من استدلل بهذا الحديث⁽⁵⁾.
 - د - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يتحرى أحدكم فيصلني عند طلوع الشمس ولا عند غروبها»⁽⁶⁾.
 - هـ - عن العلاء بن عبد الرحمن قال: دخلنا على أنس بن مالك بعد الظهر فقام

- (1) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب النوم عن الصلاة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة. باب قضاء الصلاة الفائتة.
- (2) أخرجه مالك في القرآن، باب النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب الصلاة بعد الفجر حتى ترتفع الشمس. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.
- (3) أخرجه مالك في القرآن، باب النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر. والنسائي في المواقيت، باب الساعات التي نهى عن الصلاة فيها، وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب ما جاء في الساعات التي تكره فيها الصلاة.
- (4) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.
- (5) المنتقى 363/1 وبداية المجتهد 101/1 والذخيرة 400/1.
- (6) أخرجه مالك في القرآن، باب النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر. والبخاري في مواقيت الصلاة، باب لا يتحرى الصلاة قبل غروب الشمس. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.

يصلّي العصر، فلما فرغ من صلاته، ذكرنا تعجيل الصلاة أو ذكرها. فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «تلك صلاة المنافقين، تلك صلاة المنافقين، تلك صلاة المنافقين، يجلس أحدهم حتى إذا اصفرّت الشمس، وكانت بين قرني الشيطان، أو على قرن الشيطان، قام ففتر أربعاً. لا يذكر الله فيها إلا قليلاً»⁽¹⁾.

أما عند الزوال فإنه ليس وقت تحريم والدليل: عمل أهل المدينة⁽²⁾.

وما ورد في حديث الصنابحي المتقدم أن الرسول ﷺ قال: «ثم إذا استوت قارنها وإذا زالت فارقتها».

وفي حديث الجهني أنه ﷺ قال: «حين يقوم قائم الظهيرة» فإنه منسوخ. ودليل النسخ عمل أهل المدينة، وإجماع الأمة على جواز التنفل يوم الجمعة، من حين قبل الزوال إلى حين يخرج الإمام⁽³⁾.

2 - حال خروج الإمام لخطبة الجمعة - لا العيد - وحال الخطبة. وأدلة التحريم:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قلت لصاحبك أنصت - والإمام يخطب يوم الجمعة - فقد لغوت»⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: أنه ﷺ نهى عن النهي عن المنكر، الذي هو واجب، فأولى المندوب وهو تحية المسجد⁽⁵⁾. وذلك للأمر بالإنصات الذي يوجب أن لا يشتغل بشيء مما يشغل عن الإنصات، ولو كان ذلك الشيء عبادة⁽⁶⁾.

ب - عمل أهل المدينة⁽⁷⁾.

ج - عن ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي أنه أخبره: «أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلّون يوم الجمعة حتى يخرج عمر. فإذا خرج وجلس على المنبر وأذن المؤذنون، قال ثعلبة: جلسنا نتحدث. فإذا سكت المؤذنون وقام عمر يخطب أنصتنا. فلم يتكلم منا أحد. قال ابن شهاب: فخرج الإمام يقطع الصلاة. وكلامه يقطع الكلام»⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في القرآن باب النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر. ومسلم في المساجد باب استحباب التكبير بالعصر.

(2) المنتقى 363/1 وبداية المجتهد 101/1. (3) المنتقى 362/1 وبداية المجتهد 101/1.

(4) أخرجه مالك في الجمعة، باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب. والبخاري في الجمعة، باب الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب. ومسلم في الجمعة، باب في الإنصات يوم الجمعة في الخطبة.

(5) الذخيرة 120/1 وعارضة الأحوذى 300/1. (6) بداية المجتهد 198/1.

(7) بداية المجتهد 198/1.

(8) أخرجه مالك في الجمعة، باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب.

وما روي عن جابر بن عبد الله قال: بينا النبي ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ جاء رجل فقال له النبي ﷺ: «أصليت؟ قال: لا. قال: قم فاركع»⁽¹⁾.

فإنه حديث لا يعترض على الأدلة السابقة لوجه ذكرها ابن العربي وهي:

أ - أنه خبر واحد يعارضه أخبار أقوى منه، وأصول من القرآن والشريعة - أي يريد قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ وحديث الإنصات للإمام وهو يخطب.

ب - أنه يحتمل أن يكون في وقت كان الكلام مباحاً فيه في الصلاة لأنه لا يعلم تاريخه، فكان مباحاً في الخطبة، فلما حرم في الخطبة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو أقوى فرضية من الاستماع، فأولى أن يحرم ما ليس بفرض.

ج - أن النبي ﷺ كلم الرجل وقال له: «صل» فلما كلمه وأمره سقط عنه فرض الاستماع.

د - أن الرجل كان ذا بذاعة وفقر فأراد النبي ﷺ أن يشهره ليرى حاله فيغير منه⁽²⁾.

وستأتي أدلة أخرى في فصل: ما يحرم يوم الجمعة. فراجعها.

هذا وإذا أحرم المتنفل بالنافلة والإمام يخطب جهلاً أو نسياناً، فإنه لا يقطع الصلاة مراعاة للخلاف.

3 - حال ضيق الوقت لفرض، ووجه الحرمة أن التنفل في هذا الوقت يؤدي إلى

إخراج الصلاة الواجبة عن الوقت الواجب، سواء كان الوقت ضرورياً أو اختيارياً.

4 - حال تذكّر لصلاة فاتتة، إذ يجب صلاتها وقت تذكّرها ولو حال طلوع الشمس

أو غروبها. وتأخيرها عن وقت تذكّرها حرام. والدليل:

عن زيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «إذا رقد أحدكم عن الصلاة أو نسيها، ثم فرغ

إليها فليصلها كما كان يصلها في وقتها». وفي رواية: «من نسي الصلاة فليصلها إذا

ذكرها، فإن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾⁽³⁾.

5 - حال إقامة لصلاة حاضرة، لأنه إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة،

فيحرم النفل وغيره حتى المكث في المسجد، ما دام الإمام الراتب يصلي؛ لأن ذلك يؤدي إلى الطعن فيه. والدليل:

عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا

المكتوبة»⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري في الجمعة باب إذا رأى الإمام رجلاً جاء وهو يخطب. ومسلم في الجمعة، باب التنحية والإمام يخطب.

(2) عارضة الأحوذى 2/301. (3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب كراهة الشروع في نافلة بعد شروع المؤذن في الإقامة.

والمراد بالنفل الذي يحرم في هذه الأوقات ما قابل الصلوات الخمس، فيشمل الجنازة والمنذور.

الأوقات التي تكره فيها النافلة:

يكره التنفل في الأوقات التالية:

1 - بعد طلوع الفجر الصادق إلى أن يظهر حاجب الشمس، فيدخل وقت الحرمة إلى أن يتكامل ظهور قرصها، فتعود الكراهة إلى أن ترتفع الشمس قدر رمح، والرمح يقدر بأثني عشر شبراً.

ودليل النهي بعد طلوع الفجر:

أ - عن حفصة زوج النبي ﷺ: «أنه ﷺ كان إذا سكت المؤذن عن الأذان في صلاة الصبح، صلى ركعتين خفيفتين قبل أن تقام الصلاة»⁽¹⁾. أي تريد أنه يصلي ركعتي الفجر فحسب.

ب - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا صلاة بعد الفجر إلا سجدة»⁽²⁾.

قال ابن العربي: «وهو وإن لم يصح مستنداً فإنه صحيح المعنى»⁽³⁾.

ج - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صلاتين: بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب الشمس»⁽⁴⁾.

ودليل النهي عن الصلاة بعد الصبح:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس»⁽⁵⁾. والنهي محمول على الكراهة⁽⁶⁾.

ويستثنى من هذا الوقت صلاة الفجر ما لم تصل الصبح، كما يستثنى الورد الذي وظفه المرء على نفسه من الصلاة ليلاً، فلا يكره أدائه بعد طلوع الفجر، بل يندب فعله بشروط أربعة:

أ - أن يكون قبل أداء ركعتي الفجر وفرض الصبح، وقبل الإسفار لا بعده، ما عدا

(1) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب ما جاء في ركعتي الفجر. والبخاري في الأذان، باب الأذان بعد الفجر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب ركعتي سنة الفجر.

(2) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء لا صلاة بعد طلوع الفجر إلا ركعتين.

(3) عارضة الأحوذى 211/2.

(4) أخرجه مالك في القرآن، باب النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.

(5) انظر تخريج الحديث السابق. (6) شرح الزرقاني على الموطأ 238/2.

الشفع والوتر فيقدمان على الصبح ولو بعد الإسفار، متى كان يبقى من الوقت قبل طلوع الشمس ما يسع الفجر والصبح.

ب - أن يكون معتاداً التهجد وإلا كره.

ج - أن يغلبه النوم آخر الليل حتى طلوع الفجر، وأن لا يكون التأخير بسبب السهر أو الكسل.

د - أن لا يخاف فوات الجماعة لصلاة الصبح إن كان موجوداً خارج المسجد، فإن خاف فوات الجماعة وكان موجوداً خارج المسجد كره، وإن كان داخل المسجد وخاف فوات الجماعة حرم.

ويستثنى أيضاً الجنائز وسجود التلاوة، فلا يكره صلاتهما قبل الإسفار ولو بعد صلاة الصبح بل يندب، أما بعد الإسفار فإنه يكره.

ومن دخل المسجد بعد طلوع الفجر وكان قد صلى ركعتي الفجر خارجه، فإنه لا يعيدهما ولا يركع تحية المسجد، بل يجلس، وهو قول مالك ورجحه ابن يونس⁽¹⁾.

ومرجع هذه المسألة إلى حديثين هما:

قوله ﷺ: «إذا دخل أحدكم المسجد فليركع ركعتين قبل أن يجلس»⁽²⁾.

وقوله: «لا صلاة بعد الفجر إلا سجدة»⁽³⁾.

وبين الحديثين خصوص وعموم، والقول المتقدم جعل الحديث الثاني مخصصاً للحديث الأول، أي أن الحديث الأول الأمر فيه بتحية المسجد عام في الزمان كله، والحديث الثاني خصص من ذلك العموم وقتاً لا يشمل الأمر، هو بعد طلوع الفجر. وكون الحديث الثاني هو المخصص للأول وليس العكس يؤكد أن الحديث الأول قد شمله التخصيص في مواضع أخرى، وهي الأوقات المنهي عن الصلاة فيها؛ كما يؤكد ما تقرر بأن النهي أقوى من الأمر.

ومن قال: إن من دخل المسجد بعد طلوع الفجر وكان قد صلى الفجر خارجه، فإنه يركع تحية المسجد، جعل الحديث الأول مخصصاً للحديث الثاني، أي خصص تحية المسجد من عموم النهي عن التفل بعد طلوع الفجر⁽⁴⁾.

2 - بعد أداء فرض العصر إلى بداية غروب طرف الشمس، فيحرم التفل إلى أن تستتر، فتعود الكراهة إلى أن تصلى المغرب. ودليل النهي بعد العصر إلى ابتداء الغروب:

(1) الشرح الكبير وحاشيته 319/1. والشرح الصغير وحاشيته 47/1.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب انتظار الصلاة والمشى إليها. والبخاري في الصلاة، باب إذا دخل المسجد فليركع ركعتين. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحية المسجد بركعتين.

(3) سبق تخريجه.

(4) البيان والتحصيل 238/1.

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس»⁽¹⁾.
والنهى في هذا الحديث محمول على الكراهة⁽²⁾.

ب - قال ابن عباس رضي الله عنهما: كنت أصرف مع عمر بن الخطاب الناس عنها⁽³⁾.

وتستثنى صلاة الجنائز وسجود التلاوة، فلا كراهة فيهما إن وقعا قبل الإصفرار، ولو بعد صلاة العصر، بل يندب، أما بعد الإصفرار فإنه يكره. والمانع من النافلة بعد الغروب وقبل صلاة المغرب استحباب المبادرة بالإقبال على صلاة الفريضة⁽⁴⁾. ولو تنفل متنفل في ذلك الوقت لصحت صلاته مع الكراهة.
ودليل عدم الحرمة⁽⁵⁾:

أ - عن عبد الله بن مغفل أن النبي ﷺ قال: «بين كل أذانين صلاة لمن شاء»⁽⁶⁾.

ب - عن أنس رضي الله عنه قال: «كنا نصلي على عهد النبي ﷺ ركعتين بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب. ف قيل له: أكان رسول الله ﷺ صلاهما؟ قال: كان يرانا نصليهما فلم يأمرنا ولم ينهنا»⁽⁷⁾.
ووجه الكراهة⁽⁸⁾:

أ - عدم استحباب الخلفاء الأربعة لهما. ذكر ذلك القاضي عياض.

ب - أن صلاتهما تؤدي إلى تأخير المغرب عن وقت الفضيلة.

وإذا أحرم المتنفل بالصلاة في وقت نهى فإنه يقطع وجوباً في الوقت المحرّم، وندباً في الوقت المكروه، ولا قضاء عليه؛ لأن الله تعالى لا يتقرب إليه بمنهي عنه، سواء أحرم جاهلاً أو ناسياً أو عامداً.

ويستثنى من هذا من دخل والإمام يخطب، فإنه إن أحرم بالنافلة جاهلاً أو ناسياً فإنه لا يقطع مراعاة لمذهب الشافعي. وإن أحرم عمداً فإنه يقطع سواء عقد ركعة أو لا. وأما لو دخل الخطيب عليه وهو جالس فقام فأحرم عمداً أو جهلاً أو سهواً، فإنه يقطع أيضاً عقد ركعة أو لا.

(1) سبق تخريجه. (2) شرح الزرقاني على الموطأ 2/238.

(3) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.

(4) المتقى 1/297 وعارضة الأحوذى 1/300. (5) المتقى 1/297 وعارضة الأحوذى 1/300.

(6) أخرجه البخاري في الأذان، باب كم بين الأذان والإقامة. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتين قبل صلاة المغرب.

(7) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.

(8) إكمال الإكمال 2/441.

استثناء الفريضة الفائتة من هذه الأحكام:

يستثنى من هذه الأحكام المتعلقة بوقت الحرمة ووقت الكراهة الفريضة، فإنها تقضى في كل وقت ولو في وقت حرمة. والدليل:

- قوله ﷺ: «من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن الحديث استثنى الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم الصلاة المنهي عنها في أوقات المنع⁽²⁾. ويرجح هذا ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر»⁽³⁾.

قضاء الصلاة:

يجب على المكلف قضاء ما فاته من الصلاة بخروج وقتها، إذا تركها عمداً أو سهواً، أو لنوم أو إذا فعلها بصورة باطلة، سواء كان متحققاً في فواتها أو ظاناً أو شاكاً. ولا يقضيها إذا كان فواتها لجنون أو إغماء أو كفر أو حيض أو نفاس أو فقد الطهرين. وقد تقدم ذكر أدلة وجوب قضاء الصلاة لفواتها بالعدر غير المسقط، وهو النوم والغفلة. وتقدم ذكر أدلة عدم طلب قضائها لفواتها بالعدر المسقط: الجنون والإغماء والحيض، وذلك عند ذكر شروط الصلاة. أما تارك الصلاة بدون عذر - أي العامد - فإن دليل وجوب القضاء عليه هو ما يدل عليه مفهوم الموافقة من أنه إذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشارع يكون المتعمد أولى وأحرى بأن يجب عليه القضاء، لأنه غير معذور⁽⁴⁾، وإنما اقتصر الشارع على ذكر الناسي والنائم من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى الذي هو العامد⁽⁵⁾. وتقضى الصلاة على الصفة التي فاتت، فالسفرية تقضى سفرية ولو قضاها في الحضر؛ والحضرية تقضى كاملة ولو قضاها في السفر؛ والسرية تقضى سرية ولو في وقت الجهر؛ والجهرية تقضى جهرية ولو في وقت السر. وتقضى الصلاة على الفور فيحرم تأخيرها مطلقاً في وقت جواز أو وقت نهى، إلا المشكوك في فواتها فتقضى بغير وقت النهي.

والمرا بالفور أي العادي بحيث لا يعد مفترطاً، لا الفور الحقيقي. ويستثنى من الفور ما يتعلق بوقت الضرورة أو الحاجة كوقت الأكل، والشرب، والنوم الذي لا بد منه، وقضاء حاجة الإنسان، وتحصيل ما يحتاج له في معاشه.

(2) بداية المجتهد/103.

(1) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) بداية المجتهد 1/224 ومفتاح الوصول ص 78.

(5) المعلم بفوائد مسلم 1/441 والذخيرة م 1 ورقة 124.

ولا يجوز لمن عليه فوائت التنفل حتى تبرأ ذمته مما عليه، إلا السنن كالوتر والشفع والعيد والفجر وتحية المسجد والرواتب.

ويكفي قضاء يومين مع يوم ولا يكفي قضاء يوم مع يوم.

ويجب مع التذكر وجوباً شرطاً - يلزم من عدمه العدم - ترتيب الحاضرتين المشتركة الوقت وهما الظهران والعشاءان. ولا يكونان حاضرتين إلا إذا وسعهما الوقت الضروري. فإن ضاق بحيث لا يسع إلا الأخيرة فإنها تختص به. فمن صلى العصر في وقتها الاختياري أو الضروري، وهو متذكر أن عليه الظهر أو طراً عليه التذكر في أثناء العصر، فإن العصر تبطل. وكذلك العشاء مع المغرب، لأن ترتيب الحاضرة واجب وجوباً شرطاً. فإن تذكر الأولى بعد سلامه من الثانية فإن الثانية لا تبطل وإنما يعيدها بعد الأولى في الوقت. فإن ترك إعادتها نسياناً أو عجزاً أو عمداً حتى خرج الوقت فلا يعيدها. ويجب وجوباً غير شرط ترتيب الفوائت في أنفسها، فتقدم الظهر على العصر والعصر على المغرب وهكذا. فإن نكس صحت الصلاة وأتم إن تعمد ولا يعيد المنكس. ويجب وجوباً غير شرط ترتيب يسير الفوائت مع الحاضرة. فمن عليه المغرب والعشاء مع الصبح يجب عليه تقديمهما على الصبح الحاضرة. ولو أدى إلى خروج وقت الحاضرة بتقديم يسير الفوائت عليها. والدليل على وجوب ترتيب يسير الفوائت مع الحاضرة⁽¹⁾:

أ - عن أنس رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها»⁽²⁾.

وهذا الحديث عام في الكثير والقليل، فخصص الإجماع من ذلك الصلوات الكثيرة لحصول المشقة، فلم يطلب ترتيبها مع الحاضرة.

ب - عن جابر رضي الله عنه «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاء يوم الخندق بعدما غربت الشمس فجعل يسب كفار قريش. قال: يا رسول الله، ما كدت أصلي العصر، حتى كادت الشمس تغرب. فقال النبي ﷺ: «والله ما صليتها» فقمنا إلى بطحان فتوضأ للصلاة وتوضأنا لها. فصلّى العصر بعد ما غربت الشمس ثم صلي بعدها المغرب»⁽³⁾.

ج - عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «كنا مع رسول الله ﷺ فحبسنا عن صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء، فاشتد ذلك عليّ، فقلت في نفسي نحن مع رسول الله ﷺ وفي سبيل الله، فأمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام فصلّى بنا الظهر، ثم أقام فصلّى بنا العصر، ثم أقام فصلّى بنا المغرب، ثم أقام فصلّى بنا العشاء، ثم طاف علينا

(1) المتقى 300/1 والمقدمات 152 والذخيرة م 1 ورقة 126.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة، باب من صلى بالناس جماعة بعد ذهاب الوقت. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب دليل من قال: الصلاة الوسطى هي المغرب.

فقال: «ما على الأرض عصابة يذكرون الله ﷻ غيركم»⁽¹⁾.

ويسير الفوائت خمس صلوات فأقل على المعتمد، والدليل على ذلك: أنه عدد لا تتكرر فيه الصلوات، بينما الست صلوات تتكرر فيها صلاة⁽²⁾.

فإن قدم المصلي الحاضرة على يسير الفوائت صحت الصلاة، وأثم إن تعمد، ويعيد الحاضرة ندبا في الوقت، ولو كان خالف مع التعمد، ويمتد وقت الإعادة إلى الإصفرار في الظهرين، وإلى الفجر في العشاءين. ولا يعيد من صلى خلفه الحاضرة على الأرجح.

وإذا تذكر المصلي اليسير من الفوائت وهو في فرض قطع الصلاة، سواء كان فذا أو إماماً، وجوباً في حقهما. ويقطع المأموم تبعاً لإمامه، ولا يجوز له إتمام الصلاة بنفسه، ولا باستخلاف.

ودليل القطع: قوله ﷺ: «فليصلها إذا ذكرها»⁽³⁾.

ووجه الدليل أن وقت المنسية هو وقت تذكرها، ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التي هو فيها⁽⁴⁾. أما المأموم إذا تذكر يسير الفوائت خلف الإمام فإنه يكمل صلاته الحاضرة مع الإمام وجوباً، سواء عقد ركعة أو لا، لأنه من مساجين الإمام، ثم يعيدها ندباً إلى الوقت الضروري بعد إتيانه بيسير الفوائت.

ودليل عدم القطع: ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه كان يقول: «من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام، فإذا سلم الإمام فليصل الصلاة التي نسي، ثم ليصل بغير الأخرى»⁽⁵⁾.

ويقطع من يجب عليه القطع بسلام متى تذكر، سواء كان تذكره قبل الركوع أو فيه أو بعده، إذا لم يتم ركعة بسجديتها. فإن أتم ركعة بسجديتها شفع ندباً، بأن يضيف لها ركعة أخرى بنية النفل، ويخرج من ركعتين، ولو كانت الصلاة التي هو فيها صباحاً أو جمعة -، ولا يكون القطع في الجمعة إلا من إمام -.

وفي إتمامه لصلاة الصبح بنية النفل لا يعتبر متفلاً في وقت نهي، لأن هذا أمر جَزَّ إليه الحكم الشرعي وليس مدخولاً عليه.

وإن تذكر بعد تمام ركعتين وقبل تمام الثالثة بسجديتها، رجع للشهد، وخرج عن شفع في غير المغرب فإنه يكملها أي المغرب بنية الفريضة وجوباً، لأن ما قارب

(1) أخرجه النسائي في المواقيت، باب كيف يقضى الفات من الصلاة. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في الرجل تفوته الصلوات بأيتهن يبدأ.

(2) المتفق 1/301 والمقدمات ص 152 والذخيرة م 1 ورقة 126.

(3) سبق تخريجه. (4) بداية المجتهد 1/227.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب العمل في جامع الصلاة.

الشيء يعطى حكمه. والمراد بغير المغرب الصلاة الرباعية، أما الصبح والجمعة فإتئهما قد كملتا إذ كان تذكره بعد تمام الركعتين، ومعنى تكميلهما أنهما لا تصرفان إلى النفل.

وكذلك يكمل وجوباً من تذكر يسير الفوائت بعد تمام ثلاث ركعات من الرباعية.

فيحصل مما تقدم أن من تذكر اليسير من الفوائت بعد ركعة خرج من الصلاة عن شفع مطلقاً، أي كانت الصلاة رباعية أو ثلاثية أو ثنائية، فيشمل المغرب والصبح والجمعة. ومن تذكر بعد ركعتين كَمَلَّ المغرب، وأولى الصبح والجمعة، ويخرج عن شفع في الرباعية. ومن تذكر بعد ثلاث ركعات كَمَلَّ الرباعية، وأولى المغرب فيبقيها مغرباً ولا يكملها أربعاً ليجعلها نفلاً.

وإذا كَمَلَّ المتذكر الصلاة التي أمر بتكميلها ثم قضى ما فاته من يسير الفوائت، فإنه يعيد الصلاة الحاضرة المكملة ندباً ما لم يخرج الوقت الضروري.

وإذا تذكر الناسي يسير الفوائت في نفل أتمه وجوباً لوجوبه بالشروع فيه، إلا إذا خاف خروج الوقت لصلاة حاضرة عليه أيضاً ولم يكن قد عقد من النفل ركعة بسجديتها، ففي هذه الحالة يقطع النفل ويصلي الفرض. فإن عقد ركعة من النفل بسجديتها كمله ولو خرج وقت الحاضرة.

ما تبرأ به الذمة عند جهل الفوائت:

إذا جهل المصلي فائتة ولم يدر أي ليلية أو نهارية، مع علمه أو ظنه أو شكه أن عليه صلاة واحدة من الخمس، فإنه يصلي الصلوات الخمس يبدأ بالظهر ويختم بالصبح. وإذا جهل فائتة نهارية ولم يدر أي الصبح أو الظهر أو العصر، فإنه يصلي الثلاثة جميعاً.

وإذا جهل فائتة ليلية ولم يدر أي المغرب أو العشاء فإنه يصلي الإثنين. وإذا جهل صلاتين فائتتين الثانية منهما تلي الأولى، ولم يدر أي الظهر مع العصر، أو العصر مع المغرب، أو المغرب مع العشاء، أو العشاء مع الصبح، فإنه يصلي الخمس صلوات. وكذلك إذا جهل صلاة وثالثتها، كأن يعلم أن عليه صلاتين أولى وثالثة حسب الترتيب فإنه يصلي الخمس. وكذلك إذا جهل صلاة ورابعتها أو خامستها فإنه يصلي الخمس.

ويندب في جميع ما تقدم تقديم الظهر لأنها أول فريضة ظهرت في الإسلام، ما لم يعلم أن أول ما تركه غير الظهر، وإلا لم يتندى بها.



ستر العورة

ستر العورة المغلظة خاصّة شرط صحة في الصلاة. أما غير المغلظة، وهي الخفيفة فسترها واجب غير شرط.

والدليل على اعتبار ستر العورة من لوازم الصلاة الواجبة فيها⁽¹⁾:

1 - قوله تعالى: ﴿حُدُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: 31].

والأمر في قوله: ﴿حُدُوا﴾. للوجوب⁽²⁾، والمراد بالزينة اللباس⁽³⁾. وقوله: ﴿عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾. عام في المساجد كلها⁽⁴⁾. والآية وإن كانت نزلت فيمن كان يطوف بالبيت عرياناً فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁽⁵⁾.

2 - القياس على الطواف⁽⁶⁾.

3 - عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»⁽⁷⁾.

4 - عن أم سلمة أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم: «أتصلي المرأة في درع وخمار ليس عليها إزار؟ قال: «إذا كان الدرع سابغاً يغطي ظهور قدميها»⁽⁸⁾.

5 - عن عائشة أنها كانت تصلي في الدرع والخمار⁽⁹⁾.

6 - عن هشام بن عروة عن أبيه أن امرأة استفتته فقالت: «إن المنطق (وهو الإزار) يشق عليّ أفأصلي في درع وخمار؟ فقال: نعم إذا كان الدرع سابغاً»⁽¹⁰⁾.

7 - عن ميمونة «أنها كانت تصلي في الدرع والخمار، ليس عليها إزار»⁽¹¹⁾.

قال الإمام الباجي: «فأما الدرع فهو القميص، والخمار ما تختمر به المرأة... ومن صفة القميص أن يكون سابغاً يستر ظهور قدميها، ويستر الخمار عنقها وقصتها ودلائلها، ولا يظهر منها غير دور وجهها، وذلك أقلّ المجزئ من اللباس في القياس. والأفضل أن يكون مع ذلك مئزر لآته أبلغ في السترة»⁽¹²⁾.

(1) المدونة 1/ 94 والمنتقى 1/ 247 و248 والذخيرة 1/ 479 و482 وبداية المجتهد 1/ 138. والإشراف 1/ 90.

(2) أحكام القرطبي 7/ 190 والتحرير والتنوير 8/ 94.

(3) الذخيرة 1/ 479. (4) التحرير والتنوير 8/ 94.

(5) أحكام القرطبي 7/ 190. (6) المنتقى 1/ 247.

(7) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب المرأة تصلي بغير خمار. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار.

(8) أخرجه مالك موقوفاً على أم سلمة في صلاة الجماعة، باب الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار. وأخرجه مرفوعاً أبو داود في الصلاة، باب في كم تصلي المرأة.

(9) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار.

(10) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار.

(11) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار.

(12) المنتقى 1/ 251.

8 - عن محمد بن جحش أن النبي ﷺ قال لمعمّر: «غَطَّ فخذك فإنَّ الفخذ عورة»⁽¹⁾.

9 - عن جرهد أن النبي ﷺ مرَّ به وهو كاشف عن فخذة فقال له: «غَطَّ فخذك فإنها من العورة»⁽²⁾.

والعورة المغلظة يشترط سترها في الصلاة مع القدرة على ذلك. والراجع عدم التقييد بالذكر؛ فمن صلى مكشوف العورة المغلظة نسياناً أعاد الصلاة أبدأً وجوباً.

وغير القادر على ستر العورة إن لم يجد ما يستر به العورة المغلظة صلى عرياناً. وإن علم من يعيره ما يستر به عورته فلم يستعر وصلى عرياناً بطلت. وإن صلى مع عدم القدرة عرياناً ثم قدر على الستر في الوقت أعاد الصلاة فيه استحباباً.

ويشترط سترها ولو بساتر نجس أو حرير، فإن صلى عرياناً مع وجود أحدهما بطلت. والحرير الطاهر مقدم على النجس عند اجتماعهما، وجوباً، لأن الحرير الطاهر لا ينافي الصلاة ولا يعدّ تركه من شروط الصلاة، بخلاف النجس.

عورة الرجل المغلظة:

هي السواتان، أي الذكر والأنثيان من المقدم، وما بين الأليتين من المؤخر. أما شعر العانة والأليتان فمن العورة المخففة، وتعاد الصلاة لكشفهما في الوقت.

عورة المرأة المغلظة:

المرأة عورتها المغلظة في الصلاة جميع بدنها ما عدا الصدر والأطراف، فبطنها وما حاذها، ومن السرة للركبة عورة مغلظة. أما الصدر وما قابله من الظهر، والأطراف من رأس ويدين ورجلين عورة مخففة. ويكره كشف العورة المخففة في الصلاة وتعاد الصلاة في الوقت لكشفها.

ستر العورة المغلظة في الخلوة:

يندب للذكر والأنثى ستر العورة المغلظة بخلوة ولو بظلام، والدليل⁽³⁾:

ما روي عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: «إياكم والتعري. فإن معكم من لا يفارقكم إلا عند الغائط وحين يفضي الرجل إلى أهله، فاستحيوهم وأكرمهم»⁽⁴⁾.

(1) أخرجه أحمد في المسند 290/5 والبيهقي في الصلاة، باب عورة الرجل. وعلقه البخاري في الصلاة، باب ما يذكر في الفخذ.

(2) أخرجه أبو داود في الحمام: باب النهي عن التعري. والترمذي في الأدب، باب ما جاء أنّ الفخذ عورة. وعلقه البخاري في الصلاة، باب ما يذكر في الفخذ.

(3) الذخيرة 478/1.

(4) أخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في الاستار عند الجماع.

عورة الرجل المخففة في الصلاة:

يجب ستر العورة المخففة في الصلاة، وهي من الرجل ما بين السرة والركبة. وتعاد الصلاة لكشف العانة والألية فقط في الوقت. ويكره للرجل كشف كتفه أو جنبه أو تشمير ذيل ثوبه أو ضمّ كَمّه في الصلاة.

عورة المرأة المخففة في الصلاة:

يجب على المرأة ستر العورة المخففة في الصلاة، وهي ما عدا الوجه والكفين وكذلك يجب عليها ستر المغلظة. وتعاد الصلاة لكشف الصدر أو الكتف أو ظهور القدمين، في الوقت.

والوقت المعتبر في إعادة الصلاة لكشف العورة المخففة من الرجل والمرأة هو الضروي، وهو في الظهرين للاصفرار، وفي العشاءين الليل كله، وفي الصبح لطلوع الشمس.

والطفل الصغير والبنت الصغيرة يندب لهما في الصلاة ستر ما يجب على البالغ ستره.

العورة الواجب سترها عن النظر:

بالنسبة للرجل مع الرجل أو مع امرأة محرم: هي ما بين السرة والركبة، وعلى هذا يكون فخذ الرجل عورة مع مثله ومع محرمه من النساء، وهو المشهور⁽¹⁾، فيحرم كشفه. والدليل:

أ - حديث محمد بن عبد الله بن جحش المتقدم ذكره.

ب - حديث جرهد المتقدم.

ج - عن عليّ رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تكشف عن فخذك، ولا تنظر إلى فخذ حيٍّ ولا ميتٍ»⁽²⁾.

وقد نقل القرافي عن ابن عبد البر أنه حديث ضعيف⁽³⁾.

ولكنه يتقوى بحديث ابن جحش وكذا بحديث جرهد الذي صححه الحاكم ووافقه الذهبي⁽⁴⁾. وصححه أيضاً البيهقي وحسنه الترمذي.

والقول بأن الفخذ عورة هو المشهور.

(1) حاشية الشرع الصغير 105/1.

(2) أخرجه أبو داود في الحمام، باب النهي عن التعري. وابن ماجه في الجنائز، باب ما جاء في غسل الميت.

(3) الذخيرة 480/1.

(4) المستدرک مع التلخیص 180/4.

وقيل: لا يحرم كشف الفخذ بل يكره مطلقاً، وقد حمل ابن العربي حديث محمد بن عبد الله بن جحش على الكراهة⁽¹⁾.

وقيل: يكره عند من يستحي منه، والدليل⁽²⁾:

ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مضطجعاً في بيتي كاشفاً عن فخذه أو ساقيه، فاستأذن أبو بكر، فأذن له وهو على تلك الحال، فتحدث. ثم استأذن عمر، فأذن له وهو كذلك، فتحدث. ثم استأذن عثمان، فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم وسوى ثيابه، فدخل فتحدث. فلما خرج قالت عائشة: دخل أبو بكر فلم تهش له ولم تباله. ثم دخل عمر فلم تهش له ولم تباله. ثم دخل عثمان فجلست وسويت ثيابك! فقال: «ألا أستحي من رجل تستحي منه الملائكة»⁽³⁾.

والدليل على عدم اعتبار الفخذ من العورة⁽⁴⁾:

أ - عن أنس: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غزا خيبر. فركب النبي صلى الله عليه وسلم وركب أبو طلحة وأنا رديف أبي طلحة. فأجرى نبي الله في زقاق خيبر، وإن ركبتني لتمس فخذ نبي الله، وانحسر الإزار عن فخذه، حتى إني لأنظر إلى بياض فخذ نبي الله صلى الله عليه وسلم»⁽⁵⁾.

ب - عن زيد بن ثابت قال: «أنزل الله على رسوله صلى الله عليه وسلم وفخذه على فخذي، فنقلت علي، حتى خفت أن ترض فخذي»⁽⁶⁾.

والقول بأن الفخذ عورة هو المشهور في المذهب. ويجوز للمرأة المحرم لمس ما يجوز لها النظر من محرمها ولو من رضاع أو مصاهرة. ولا يجوز لها لمس ما لا يجوز النظر إليه. كما لا يجوز للرجل أن يلمس من الرجل ما لا يجوز له النظر إليه، إلا إذا كان بحائل فلا حرمة، ومنه كيس الحمام لذلك.

بالنسبة للرجل مع المرأة غير المحرم: فإن عورته ما عدا الوجه والأطراف. فلا يجوز للمرأة الأجنبية عنه أن ترى منه الصدر أو الكتف أو الساق، ولو لم تخف اللذة. ولا يجوز لها لمس ما يجوز لها رؤيته من غير المحرم.

بالنسبة للمرأة البالغة مع المسلمة مثلها: فإن عورتها ما بين السرة والركبة. ولا يجوز للمرأة أن تنظر إلى المرأة لما بين السرة والركبة، أو أن تمسه.

(1) أحكام ابن العربي 779/2. (2) حاشية الشرح الصغير 105/1.

(3) أخرجه مسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل عثمان رضي الله عنه.

(4) بداية المجتهد 138/1 وأحكام ابن العربي 779/2. والذخيرة 480/1.

(5) أخرجه البخاري في الصلاة: باب ما يذكر في الفخذ. ومسلم في النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها.

(6) أخرجه البخاري في التفسير، باب قوله: لا يستوي القاعدون. وفي الصلاة، باب ما يذكر في الفخذ.

بالنسبة للمرأة البالغة مع الرجل الأجنبي عنها: وعورتها جميع بدنها ما عدا الوجه والكفين، فإنهما ليسا بعورة. والدليل:

قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِيَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبَنَّ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾ [النور: 31].

والزينة الظاهرة هي الوجه والكفان⁽¹⁾، وهي التي جعلها الله بحكم الفطرة بادية، ويكون سترها معطلاً للانتفاع بها، أو مدخل حرج على صاحبته⁽²⁾. ولأنها تظهر في العبادة - في الصلاة والإحرام - فتظهر في العادة⁽³⁾.

واستثناء إبداء الوجه والكفين من عموم منع إبداء زينتتهن، يقتضي إباحة إبداء الوجه والكفين في جميع الأحوال⁽⁴⁾.

والخمار ثوب تضعه المرأة على رأسها لستر شعرها وجيدها وأذنيها. وكان النساء ربما يسدلن الخمار إلى ظهورهن فيبقى العنق والنحر والأذنان غير مستورة، فلذلك أمرن بتمكين الوضع، أي شد الخمر على الجيوب بحيث لا يظهر شيء من بشرة الجيد، لأن الباء في قوله تعالى ﴿بِخُمُرِهِنَّ﴾ تفيد تأكيد اللصوق، مبالغة في إحكام وضع الخمار على الجيب. والجيب طوق القميص مما يلي الرقبة⁽⁵⁾.

ويؤيد كون الزينة الظاهرة الواردة في الآية هي الوجه والكفان ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّونَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: 30] قال القاضي عياض: فيه حجة على أنه لا يجب على المرأة ستر وجهها، ويجب على الرجال غض البصر عنها في جميع الأحوال، إلا لغرض صحيح شرعي⁽⁶⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْإِسَاءُ مِنْ بَعْدِ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بَيْنَ مَنْ أَنْزَلَ وَلَوْ أَحَبَبَكَ حَسَنَةً﴾ [الأحزاب: 52].

ووجه الاستدلال، أن الآية تدل على أن كشف النساء لوجوههن في عهده ﷺ أمر معروف، وإلا كيف يعرف رسول الله ﷺ حسنهن. قال الجصاص: لا يعجبه حسنهن إلا بعد رؤية وجوههن⁽⁷⁾.

ج - حديث صلاة العيد. وفيه قول جابر بن عبد الله: «حتى أتى - ﷺ - النساء

(1) الإشراف 90/1 وأحكام ابن العربي 1369/3 والتحرير والتنوير 205/18.

(2) أحكام القرآن القرطبي 229/12 وشرح التلقين مخطوط رقم 12206 مجلد1 ورقة 35 والتحرير والتنوير 207/18.

(3) أحكام ابن العربي 1369/3 وأحكام القرطبي 229/12 وشرح التلقين رقم 12206 م1 ورقة 35.

(4) التحرير والتنوير 208/18.

(5) أحكام القرطبي 230/12 والتحرير والتنوير 208/18.

(6) عون المعبود شرح سنن أبي داود 6/186. (7) أحكام القرآن 2/316.

فوعظهنّ وذكّرهنّ، فقال: «تصدقن، فإنّ أكثركنّ حطب جهنم» فقامت امرأة من سطة النساء، سفعاء الخدين، فقالت: لم يا رسول الله...»⁽¹⁾.

وموضع الدليل من الحديث قول الراوي: «سفعاء الخدين» وقوله: «يلقين» وهذا يدل على أن المرأة كانت مكشوفة الوجه، لذلك وصفها الراوي بأنها سفعاء الخدين. كما يدل على أنّ إلقاء النساء الحلي في ثوب بلال يلزم منه كشف الكفين أمام رسول الله ﷺ وأمام بلال.

ووجه الاستدلال أنّ وجه المرأة وكفيها لم يكن يحرم كشفهما في عهده ﷺ، يدل على ذلك إقراره ﷺ المرأة على ذلك وعدم التغيير عليها.

د - عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: يا نبي الله بايعني. قال: «لا أباعك حتى تغيري كفيك كأنهما كفا سبع»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ ما عرف أن المرأة غير مختضبة إلاّ لأنها كانت مكشوفة الكفين.

هـ - حديث الخثعمية في الحجّ. وفيه قول ابن عباس: «فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه. فجعل رسول الله ﷺ يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر»⁽³⁾.

وقد ورد الحديث في رواية النسائي بلفظ «فأخذ الفضل يلتفت إليها وكانت امرأة حسناء».

ووجه الاستدلال أنّ ابن عباس رضي الله عنهما وصف المرأة بأنها حسناء، ولولا أنّها كانت مكشوفة الوجه ما كان له أن يعرف حسننها من عدمه.

وقد اكتفى النبي ﷺ في التغيير على الفضل بإدارة وجه الفضل إلى الشق الآخر، ولم يأمر المرأة بتخمير وجهها. قال القاضي عياض: فيه رفع الحجاب عن النساء... إذ لم يأمرها بستر وجهها⁽⁴⁾.

مع العلم بأنّ هذه الواقعة حدثت بعد التحلل برمي جمرة العقبة، بحيث لم تكن المرأة في حالة الإحرام، حتى يقال إنّ كشفها لوجهها كان من أجل الإحرام. لأنّه لو كان الأمر كذلك، وكان على المرأة تغطية وجهها في غير الإحرام، لكان واجباً على الخثعمية أن تعود لتغطية وجهها بعد التحلل الأصغر؛ وهذا ما لم يقع، وأقرّها النبي ﷺ على ذلك. ممّا يدل دلالة قوية على عدم وجوب تغطية المرأة وجهها وكفيها في العبادة والعادة.

(1) أخرجه مسلم في صلاة العيدين.

(2) أخرجه أبو داود في الترجل، باب في الخضاب للنساء.

(3) أخرجه مسلم في الحجّ، باب الحج عن العاجز.

(4) إكمال الإكمال. مخطوط 5810 ورقة 121.

و - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ولا تنتقب المرأة المحرمة ولا تلبس القفازين»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال من الحديث أن الوجه والكفين لو كانا عورة لما أمر الشارع بكشفهما في الإحرام؛ ولأخذاً حكم سائر جسد المرأة. ويؤكد هذا الاستدلال، أن الحديث حرم النقاب والقفازين على المرأة في عبادة لا مفرّاً للمرأة فيها من أن تتعرض لنظر الرجال والاختلاط معهم، وهي عبادة الحج؛ مما يدل على أن الوجه والكفين في العبادة وفي غيرها حكمهما سواء.

ز - عن عائشة رضي الله عنها أن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق. فأعرض عنها، وقال لها: يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا. وأشار إلى وجهه وكفيه⁽²⁾.

ولا يلزم من جواز رؤية الوجه جواز لمسه. فلا يجوز للرجل الأجنبي عن المرأة أن يلمس وجهها أو يضع يده عليه.

بالنسبة للمرأة المسلمة مع الكافرة: عورة المرأة المسلمة مع الكافرة جميع بدنها ما عدا الوجه والكفين. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿أَوْ يَسَاءِلُونَ﴾ [النور: 31].

وجه الاستدلال: أن الإضافة دالة على أنهن النساء اللاتي لهن بهن مزيد اختصاص، أي المؤمنات⁽³⁾.

ب - كتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح: «أما بعد فقد بلغني أن نساء من نساء المسلمين يدخلن الحمامات معهن نساء من أهل الكتاب، فامنع ذلك وحل دونه»⁽⁴⁾.

بالنسبة للمرأة مع الرجل المحرم: عورتها ما عدا الوجه والأطراف: أي ما عدا الرأس واليدين والرجلين، وهي الزينة الخفية التي أباح الله كشفها للمحارم في قوله:

﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِي لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَتِ النِّسَاءِ...﴾ [النور: 31].

فلا يجوز للمرأة أن تكشف صدرها وثنديها ونحو ذلك أمامهم. ويحرم على الرجل المحرم النظر إلى ذلك منها ولو كان أباه، ولو لم يلتذ.

(1) أخرجه البخاري في الحج، باب ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة.

(2) أخرجه أبو داود في اللباس، باب فيما تبدي المرأة من زينتها.

(3) التحرير والتنوير 209/18.

(4) انظر ابن العربي الأحكام 1372/3. وأخرجه عبد الرزاق في المصنف، باب الحمام للنساء. وأخرجه أيضاً ابن جرير الطبري في التفسير.

ويجوز للمحرم لمس ما يجوز رؤيته بغير لذة.

والذي ذكرتهم الآية ممن يجوز للمرأة أن تكشف زينتها الخفية أمامهم هم:

- 1 - الزوج. 2 - الأب. 3 - أب الزوج. 4 - الابن. 5 - ابن الزوج. 6 - الأخ. 7 - ابن الأخ. 8 - ابن الأخت. 9 - النساء المؤمنات. 10 - العبيد. 11 - التابعين غير أولي الإربة. (والمراد بالتبعية أن يكونوا من أتباع بيت المرأة يترددون على بيتها لأخذ الصدقة أو للخدمة. والمراد بالإربة الحاجة إلى قربان النساء. وانتفاء هذه الحاجة تظهر في المحبوب والعين والشيخ الهرم). 12 - ثم الطفل الذي باله خال من شهوة النساء وذلك ما قبل سن المراهقة.

وقد ذكر الله من المحارم البعض ولم يذكر البعض الآخر. قال الشيخ محمد

الطاهر بن عاشور:

«ولم يذكر في عداد المستثنيات العمّ والخال، فاختلف العلماء في مساواتهما في ذلك. فقال الحسن والجمهور: هما مساويان لمن ذكر من المحارم، وهو ظاهر مذهب مالك، إذ لم يذكر المفسرون من المالكية مثل ابن الفرس وابن جزري عنه المنع... والظاهر أن سكوت الآية عن العمّ والخال ليس لمخالفة حكمهما حكم بقية المحارم، ولكنه اقتصار على الذين تكثر مزاولتهم بيت المرأة، فالتعداد جرى على الغالب. ويلحق بهؤلاء القرابة من كان في مراتبهم من الرضاعة لقول النبي ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»⁽¹⁾ وجزم بذلك الحسن، ولم أر فيه قولاً للمالكية، وظاهر الحديث أن فيهم من الرخصة ما في محارم النسب والصهر⁽²⁾».

حكم القواعد من النساء:

قال تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ يَدَيْهِنَّ غَيْرَ مُتَرَجِّعَاتٍ بِرِيسَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور: 60].

قال الشيخ الإمام محمد الطاهر ابن عاشور: «هذه الآية مخصصة لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَدِينُكُمْ زِينَتُهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: 31]. فاستثنى من عموم النساء المتقدّمات في السنّ بحيث بلغن إبان اليأس من المحيض، فرخص لهنّ أن لا يضررن بخمرهن على جيوبهن، وأن لا يدين عليهن من جلابيبهن... فالمراد بالثياب بعضها، وهو المأمور بإدائه على المرأة بقرينة مقام التخصيص... وعلة هذه الرخصة: هي أنّ الغالب أن تنتفي أو تقل رغبة

(1) أخرجه البخاري في الشهادات. باب الشهادة على الأنساب. ومسلم في الرضاع، باب تحريم

الرضاعة من ماء الفحل.

(2) التحرير والتنوير 212/18.

الرجال في أمثال هذه القواعد لكبير السن. فلما كان في الأمر بضرب الخمر على الجيوب أو إثناء الجلابيب كلفة على النساء المأمورات اقتضاها سد الذريعة، فلما انتفت الذريعة رفع ذلك الحكم رحمة من الله، فإن الشريعة ما جعلت في حكم مشقة لضرورة إلا رفعت تلك المشقة بزوال الضرورة وهذا معنى الرخصة⁽¹⁾.



استقبال القبلة

استقبال القبلة شرط صحة للصلاة.

ويجب استقبال القبلة مع الأمن ومع القدرة؛ فلا تجب مع انعدام الأمن وانعدام القدرة على التحول لها.

أما الناسي لوجوب الاستقبال فيعيد الصلاة أبداً. ودليل الوجوب:

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ حَيْثُ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ۗ وَإِنَّهُ لَكُنْتُمْ أَقْلًا﴾ [البقرة: 149، 150].

أنواع القبليات:

- 1 - قبلة عيان وقطع، وهي عين الكعبة لمن بمكة.
- 2 - قبلة تحقيق، وهي قبلة الوحي، قبلته ﷺ فإنها بوضع جبريل عليه السلام.
- 3 - قبلة إجماع وهي قبلة جامع عمرو بن العاص بإجماع الصحابة وقد وقف على جامع عمرو بن العاص ثمانون من الصحابة.
- 4 - قبلة استتار وهي قبلة من غاب عن البيت من أهل مكة أو عن مسجده عليه السلام.
- 5 - قبلة اجتهاد وهي قبلة من لم يكن في الحرمين.
- 6 - قبلة بدل وتكون في حال السفر.
- 7 - قبلة تخيير وتكون في حال الحيرة.

استقبال عين الكعبة:

يجب استقبال عين الكعبة - لمن كان بمكة - أي بنائها أو بقعتها إن نقضت والعياذ بالله تعالى.

وهذا الحكم يشمل أيضاً من كان في حكم مكة، كجبل أبي قبيس، فيستقبلها بجميع بدنه وإلا بطلت صلاته. ولا يكفي لمن كان بمكة أو من كان في حكمها الاجتهاد، فعليه أن يطلع على سطح ليرى ذات الكعبة ثم ينزل فيصلبي، فإن لم يمكنه طلوع أو كان بليل لم يجز له الصلاة إلا بالمسجد.

استقبال جهة الكعبة:

من كان خارج مكة، سواء كان قريباً منها كأهل منى أو بعيداً كأهل الآفاق، فإنه يستقبل جهة الكعبة لا عينها، لأنه الممكن الذي يرتبط به التكليف، أما استقبال عينها فإنه لا سبيل لأحد إليه⁽¹⁾. والدليل:

- قوله تعالى: ﴿قُولُوا وُجُوهَكُمْ سَطْرَةٌ﴾ [البقرة: 150].
والشطر الجهة والناحية⁽²⁾.

الاجتهاد والتقليد في معرفة القبلة:

يكفي في معرفة القبلة الاجتهاد لمن يمكنه. وذلك بمعرفة الأدلة الدالة على الجهة كالفجر، والشفق، والشمس، والقطب، وغيره من الكواكب، وكذلك الريح الشرقي أو الجنوبي أو الشمالي أو الغربي. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَكُم مَّا كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 16].

وقد وردت هذه الآية في سياق الامتنان. وذلك يدل على مشروعية الاستدلال بالكواكب على جهة الكعبة⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ اللَّيْلِ وَالْبَحْرِ﴾ [الأنعام: 97].

ج - قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ اللَّيْلِ وَالنَّجْمِ وَالْجَوَابِ﴾ [يونس: 5].

وهذا كله تنبيه على وجوه تحصيل المصالح من الكواكب، ومن أهم المصالح إقامة الصلاة على الوجه المشروع⁽⁴⁾.

ولا يجوز التقليد مع إمكان الاجتهاد إلا محراباً بمصر من الأمصار، ولو كان المجتهد أعمى، فلا يقلد غيره من المجتهدين، فإن خفيت عليه الأدلة سأل عنها فإذا دل عليها اجتهد.

وغير المجتهد يقلد وجوباً عارفاً عدلاً أو محراباً بمصر أو بغير مصر. فإذا لم يجد غير المجتهد عدلاً عارفاً ولا محراباً، أو إذا تحير المجتهد، بأن خفيت عليه الأدلة لغيم أو حبس أو التبس عليه؛ فإنه يتخير جهة من الجهات الأربع ويصلي إليها ويكفي ذلك. وقيل: يصلي أربع صلوات، لكل جهة صلاة إن شك في الجهات الأربع. وإن شك في جهتين يصلي صلاتين، ولا بدّ من جزم النية عند كل الصلاة.

(1) أحكام القرطبي 160/2 وعارضة الأحوذى 142/2.

(2) الإشراف 71/1 وأحكام ابن العربي 43/1 والتحرير والتنوير 28/2.

(3) الذخيرة 498/1. (4) الذخيرة 498/1.

وتبطل صلاة المجتهد إن خالف الجهة التي أذاه إليها اجتهاده وصلّى غيرها عامداً. كما تبطل صلاة المقلّد أيضاً إن وصلّى لغير الجهة التي أمره بها العارف عمداً. فتبطل صلاتهما ولو صادفا القبلة في الجهة التي خالفا إليها.

وإذا تبين خطأ في الجهة المتوجه إليها، بأن تحقق أو ظن بأن القبلة في غيرها، وكان هذا التبين في أثناء الصلاة فإنه يترتب عليه ما يلي:

- أن يقطع البصير الصلاة إذا كان منحرفاً انحرفاً كثيراً، بأن شرق أو غرب أو استدبر، ويبتدىء الصلاة من جديد للقبلة. ولا يكفي أن يتحوّل إليها وهو في الصلاة، ولا يقال إن الصحابة رضي الله عنهم قد استداروا في أثناء الصلاة لما أخبروا بتحول القبلة من بيت المقدس، ولم يبتدئوا صلاتهم؛ لأن الماضي من صلاتهم لم يكن خطأ بل هو صحيح، والطارىء نسخ، فبنوا الصحيح على الصحيح⁽¹⁾.

- أن يتحوّل الأعمى المنحرف انحرفاً كثيراً أو يسيراً، وكذلك البصير المنحرف انحرفاً يسيراً إلى القبلة، دون قطع للصلاة، ولا تبطل إلا صلاة الأعمى المنحرف كثيراً إذا لم يتحوّل إلى القبلة بعد العلم.

وإذا تبين الخطأ في التوجه إلى القبلة بعد الانتهاء من الصلاة، فإن البصير المنحرف انحرفاً كثيراً يعيد الصلاة، ما لم يخرج الوقت الضروري لها. وأما البصير المنحرف انحرفاً يسيراً والأعمى المنحرف انحرفاً كثيراً أو يسيراً، فإنه لا إعادة عليهم. لأنّ المكلف إذا فعل ما أمر به انقطع عنه التكليف، لأن الأمر يقتضي الإجزاء ويلزم من الأجزاء سقوط القضاء⁽²⁾.

والناسي للجهة التي أذاه إليها اجتهاده، أو التي دلّه إليها العارف، إذا كان الناسي مقلداً، فإنه يعيد في الوقت على المشهور.

أما الناسي وجوب استقبال القبلة فإنه يعيد الصلاة أبدأً.

وما تقدم من الإعادة وعدمها إنما هو في قبلة الاجتهاد لا قبلة القطع. فإنه يعيد أبدأً ولو كان أعمى منحرفاً انحرفاً يسيراً.

الصلاة في جوف الكعبة:

يمنع الفرض في الكعبة أو في الحجر وتعاد في الوقت الضروري وهو في الظهرين للاصفرار. ودليل المنع⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: 150].

والشطر الجهة، فيجب على المصلين أن يكونوا مستقبلين لها، وإذا كان المصلّي داخل الكعبة فإنه لا يمكنه إلا استقبال بعضها.

(2) مفتاح الوصول ص 34

(1) الذخيرة 1/506.

(3) الذخيرة 1/489 وأحكام القرطبي 2/116.

ب - عن ابن عباس قال: أخبرني أسامة قال: «لما دخل النبي ﷺ البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل فيه حتى خرج منه، فلما خرج ركع ركعتين في قُبْلِ الكعبة وقال: «هذه القبلة»⁽¹⁾.

ويكره النفل المؤكد كالوتر والعيدين والفجر في الكعبة.

ويجوز النفل غير المؤكد والرواتب في الكعبة لأي جهة، والدليل⁽²⁾:

أ - عن ابن عمر أن النبي ﷺ قدم مكة عام الفتح فدعا عثمان بن طلحة ففتح الباب فدخل النبي ﷺ وبلال وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة، ثم أغلق الباب فلبث فيه ساعة ثم خرجوا قال ابن عمر: فبدرت فسألت بلالاً؟ فقال: صلى فيه. فقلت: في أي؟ فقال: بين الإسطوانتين قال ابن عمر: فذهب عليّ أن أسأله كم صلى⁽³⁾.

وقد حمل هذا الحديث على النفل جمعاً بينه وبين حديث النفي السابق، إن كان يدلّ على النفي، إذ قد ذكر القرطبي أنّ أبا داود الطيالسي روى عن أسامة بن زيد، قال: «دخلت على رسول الله ﷺ في الكعبة ورأى صوراً قال: فدعا بدلو من ماء، فأتيته به، فجعل يمحوها ويقول: قاتل الله قوماً يصوّرون مالا يخلقون»⁽⁴⁾.

فقيل: يحتمل أن يكون صلى في حالة مضي أسامة في طلب الماء، فشهد بلال ما لم يشاهده أسامة، فكان من أثبت أولى ممن نفى، وقد قال أسامة نفسه: فأخذ الناس بقول بلال وتركوا قولي.

ب - عن عبد الرحمن بن صفوان قال: قلت لعمر بن الخطاب: «كيف صنع رسول الله ﷺ حين دخل الكعبة؟ قال: صلى ركعتين»⁽⁵⁾.

ويجوز النفل في حجر إسماعيل، دون استدبار البيت والتشريق والتغريب فإنها لا تصح.

ويبطل الفرض والنفل المؤكد وغير المؤكد على ظهر الكعبة، ولو كان بعض بنائها بين يديه، وتعاد الصلاة أبدأً لأن الواجب استقبال البناء. وتبطل الصلاة مطلقاً تحت الكعبة فرضاً أو نفلًا.

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب قول الله تعالى: «واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى». ومسلم في الحج، باب استحباب دخول الكعبة للحاج وغيره.

(2) أحكام القرطبي 2/116 بداية المجتهد 1/111 ومفتاح الوصول ص103.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب الصلاة في البيت. وأخرجه البخاري في الصلاة، باب الأبواب والعلق للكعبة والمساجد. ومسلم في الحج، باب استحباب دخول الكعبة.

(4) مسند الطيالسي حديث 623، وعزاه العيني لابن المنذر 9/244.

(5) أخرجه أبو داود في المناسك، باب في دخول الكعبة.

المسافر يصلي لغير القبلة في النافلة على الدابة:

يجوز التنفل على الدابة صوب السفر، ولو كان النفل وترأ. ودليل الجواز:

أ - قول الله تعالى: ﴿فَأَيُّنَا تَوَلَّوْا فَمَنْ وَجَّهَ اللَّهُ﴾ [البقرة: 115].

ب - عن عبد الله بن عمر أنه قال: «رأيت رسول الله ﷺ يصلي وهو على حمار، وهو متوجه إلى خيبر»⁽¹⁾.

ج - عن عبد الله بن عمر: «أن رسول الله ﷺ كان يصلي على راحلته في السفر، حيث توجهت به»⁽²⁾.

د - عن يحيى بن سعيد قال: «رأيت أنس بن مالك في السفر، وهو يصلي على حمار، وهو متوجه إلى غير القبلة؛ يركع ويسجد إيماء من غير أن يضع وجهه على شيء»⁽³⁾.

وعند البخاري ومسلم زيادة: «قال: لولا أنني رأيت رسول الله ﷺ فعله، لم أفعله».

ويشترط لصحة التنفل على الدابة:

- 1 - أن يكون السفر سفر قصر مأذوناً فيه شرعاً، لأن الأسفار التي حكي عن الرسول ﷺ أنه كان يتطوع فيها على الدابة ولغير القبلة كانت مما تقصر فيه الصلاة⁽⁴⁾.
 - 2 - أن يكون المتنفل راكباً لا ماشياً ولا جالساً.
 - 3 - أن يكون راكب دابة من حمار أو بغل أو فرس أو بعير، لا سفينة ونحوها.
 - 4 - أن يكون ركوبه لها على المعتاد، لا مقلوباً أو جاعلاً رجله معاً لجنب واحد. وكيفية الصلاة أن يوميء المتنفل بعد الركوع بسجوده للأرض، ولا يسجد على قربوس السرج.
- وهذا إذا لم يمكنه السجود على نحو سطح ومحفة، فإن استطاع صلى متربعا بركوع وسجود.
- وإن انحرف لغير وجهه سفره عامداً بغير ضرورة بطل نفعه، إلا إذا انحرف لجهة القبلة فلا يبطل لأنها الأصل.

(1) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب صلاة النافلة في السفر بالنهار والليل والصلاة على الدابة. ومسلم في صلاة المسافرين، باب جواز صلاة النافلة على الدابة في السفر حيث توجهت به.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب صلاة النافلة في السفر بالنهار والليل والصلاة على الدابة. والبخاري في تقصير الصلاة، باب الإيماء على الدابة. ومسلم في صلاة المسافرين، باب جواز صلاة النافلة على الدابة في السفر حيث توجهت به.

(3) أخرجه مالك والبخاري ومسلم في الأبواب المذكورة في التعليق السابق.

(4) أحكام القرطبي 81/2.

ويجوز له وهو يصلي أن يعمل ما لا بد له منه، من ركض دابة، ومسك عنانها، وسوقها بسوط ونحوه، لا بكلام.

قال شيخنا محمد الأخوة: «وكل مركوب لا يتمكن فيه المصلي من أفعال الصلاة كان حكمه هذا مثل الحافلة والدراجة النارية».

ولا يجوز ولا تصح صلاة الفرض على ظهر الدابة، وإن كان المصلي مستقبل القبلة، إلا في خمس حالات.

ودليل عدم الجواز: الإجماع⁽¹⁾.

والحالات الخمس هي:

1 - حالة الالتحام في قتال عدو كافر أو غيره، من كل قتال جائز لا يمكن النزول فيه. ومن القتال الجائز الدفاع عن النفس أو المال أو الحریم. فيصلّي المحارب إيماء ولا يعيد. والدليل على ذلك:

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرَاجًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: 233].

وسياقي تفصيل ذلك عند صلاة الخوف.

2 - حالة الخوف من لص أو سبع، لو نزل المصلي عن دابته. فيصلّي إيماء للقبلة إن أمكن وإلا صلى لغيرها. وإذا أمن أعاد الصلاة في الوقت الضروري، وهو في الظهرين للاصفرار، وفي العشاءين للفجر، وفي الصبح لطلوع الشمس.

3 - حالة الراكب في خضخاض، وهو الطين الرقيق لا يطبق النزول فيه، وخاف خروج الوقت الاختياري، سواء كان في السفر أو في الحضر. والدليل⁽²⁾:

أ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر المؤذن إذا كانت ليلة باردة ذات مطر يقول: «ألا صلّوا في الرّحال»⁽³⁾.

ب - عن يعلى بن مرة: أنهم كانوا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فانتهوا إلى مضيق، وحضرت الصلاة فمطروا: السماء من فوقهم و البلة من أسفل منهم، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على راحلته وأقام، فتقدّم على راحلته فصلّى بهم، يومئ إيماء يجعل السجود أخفض من الركوع⁽⁴⁾. فإن لم يخف خروج الوقت الاختياري أحر الصلاة لآخر الوقت الاختياري.

4 - المريض الراكب، الذي لا يطبق النزول، والحال أنه يؤدي الصلاة على الدابة

(1) المتقى 1/269. (2) الذخيرة 1/493.

(3) أخرجه مالك في الصلاة: باب النداء في السفر وعلى غير وضوء. والبخاري في الآذان، باب الآذان للمسافر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الصلاة في الرحال في المطر.

(4) أخرجه الترمذي في الصلاة؛ باب ما جاء في الصلاة على الدابة في الطين والمطر.

كما يؤديها على الأرض بالإيماء، فيجوز له أن يؤديها على دابته إيماء للقبلة، بعد أن توقف به الدابة. فإذا كان يؤديها على الأرض بأكمل مما على ظهر الدابة وجب تأديتها بالأرض.

5 - إذا صلى الراكب الفرض على الدابة قائماً في محفة ونحوها بركوع وسجود تامين مستقبلاً القبلة.

الفرض والنفل في السفينة:

لا تجوز الصلاة في السفينة فرضاً أو نفلاً، إلا لجهة القبلة، وبركوع وسجود دون إيماء، لتيسر التوجه للقبلة والركوع والسجود فيها، بخلاف الدابة.

وإذا دارت السفينة لغير القبلة دار معها لجهة القبلة إذا أمكن الدوران معها، فإن لم يمكن لضيق ونحوه صلى حيث توجهت، ولا فرق في هذا بين فرض ونفل.



الأذان

تعريفه:

في اللغة: هو الإعلام بأي شيء كان.

في الشرع: هو الإعلام بدخول وقت الصلاة، بالألفاظ المشروعة.

حكمه:

يعتري الأذان أحكام خمسة: فهو إما سنة مؤكدة، وإما مكروه، وإما مندوب، وإما واجب، وإما حرام.

1 - السنة المؤكدة:

يسن بكل مسجد ولو تلاصقت المساجد.

ويسن لكل جماعة تطلب غيرها، في حضر أو سفر، في صلاة فرض له وقت اختياري محدود. فلا يشرع لنفل كعيد، ولا للجنائز والفائتة إذ ليس لها وقت معين، بل وقتها حين تذكرها، ويسن للصلاة المجموعة تقديماً أو تأخيراً.

2 - الأذان المكروه:

يكره للمنفرد وللجماعة المحصورة التي لا تطلب غيرها إذا كانت في حضر.

ويكره للصلاة الفائتة. ودليل عدم مشروعية الأذان للفائتة:

عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ حين قفل من خيبر أسرى، حتى إذا كان من آخر الليل، عرس، وقال لبلال: «إكلاً لنا الصبح». ونام رسول الله ﷺ وأصحابه. وكلاً لبلال ما قُدر له. ثم استند إلى راحلته وهو مقابل الفجر، فغلبته عيناه فلم يستيقظ

رسول الله ﷺ ولا بلال، ولا أحد من الركب، حتى ضربتهم الشمس، ففزع رسول الله ﷺ فقال بلال: يا رسول الله أخذ بنفسي الذي أخذ بنفسك. فقال رسول الله ﷺ: «اقتادوا» (ارتحلوا) [«إن هذا وإد به شيطان»] فبعثوا رواحلهم واقتادوا شيئاً، ثم أمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام الصلاة، فصلّى بهم رسول الله الصبح، ثم قال حين قضى الصلاة: «من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها فإن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾»⁽¹⁾.
وجه الدليل أنه ﷺ أمره بالإقامة ولم يذكر أذاناً.

وكذلك ما في حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ لما حبس يوم الخندق عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء صلاها بإقامة لكل صلاة ولم يؤذن لها⁽²⁾.
وفي سنن أبي داود وغيره رواية أخرى للحديث الأول، فيها أنه ذكر الأذان. وقد ردّ عنه بأنه منسوخ بقوله ﷺ بعد صلاته بهم: «من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها...» وهو يقتضي عدم الاشتغال بغيرها والأذان شغل عنها⁽³⁾.
ويكره الأذان للصلاة في الوقت الضروري.
ويكره للجنّاة.
ويكره للنافلة كالعيد والكسوف.

3 - الأذان المندوب:

يندب الأذان للمنفرّد والجماعة التي لا تطلب غيرها في السفر أو في الفلاة.
والدليل:

عن أبي سعيد الخدري قال لعبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة: إنّي أراك تحب الغنم والبادية، فإذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فارفع صوتك بالنداء، فإنه «لا يسمع مدى صوت المؤذن جنّ ولا إنس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة». قال أبو سعيد: سمعته من رسول الله⁽⁴⁾.

4 - الأذان الواجب:

يجب الأذان في المصر وجوب كفاية. ويقاثلون على تركه، لأنّه من أعظم شعائر الإسلام. والدليل⁽⁵⁾:

- (1) سبق تخريجه.
- (2) سبق تخريجه. واستدل به صاحب الإشراف 69/1.
- (3) الذخيرة 451/1.
- (4) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة. والبخاري في الأذان، باب رفع الصوت بالنداء.
- (5) المتقى 133/1 وبداية المجتهد 107/1.

عن أنس رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا غزا بنا قوماً، لم يكن يغزو بنا حتى يصبح وينظر، فإن سمع أذاناً كف عنهم، وإن لم يسمع أذاناً أغار عليهم»⁽¹⁾.

5 - الأذان المحرم:

يحرم الأذان قبل دخول وقت الصلاة، لما فيه من التلبيس والكذب بالإعلام بدخول الوقت. ويستثنى من ذلك صلاة الصبح، فإنه يندب تقديم أذانها بسدس الليل الأخير، ويسنّ إعادته عند طلوع الفجر الصادق، أما تقديمه على السدس الأخير فإنه يحرم. ويعتبر الليل من الغروب. ودليل التقديم⁽²⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن بلالاً ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم» قال: وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى، لا ينادي حتى يقال له: أصبحت أصبحت⁽³⁾.

ب - عمل أهل المدينة⁽⁴⁾. وحكمة التقديم أن صلاة الصبح تأتي في وقت نوم وحاجة إلى الاغتسال، لكثرة الاجتماع بالنساء ليلاً، وفي الناس البطيء والسريع، والفضيلة في التغليس، فيحسن الأذان قبل الفجر⁽⁵⁾.

ألفاظ الأذان:

هي: / الله أكبر، الله أكبر / أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله / أشهد أن محمداً رسول الله، أشهد أن محمداً رسول الله / حيّ على الصلاة، حيّ على الصلاة / حيّ على الفلاح، حيّ على الفلاح / الله أكبر، الله أكبر / لا إله إلا الله. أي تشية التكبير لا تربيعه. والدليل⁽⁶⁾:

أ - عمل أهل المدينة، فإنها موضع إقامته صلى الله عليه وسلم حال استقرار أمره وكمال شرفه إلى حين انتقل لرضوان ربّه؛ والخلفاء من بعده كذلك يسمعه الخاص والعام بالليل والنهار، برواية الخلف عن السلف، رواية متواترة مخرجة له عن حيز الظن والتخمين إلى حيز العلم واليقين.

ب - عن أبي محذورة أن النبي صلى الله عليه وسلم علّمه هذا الأذان: «الله أكبر، الله أكبر / أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله / أشهد أن محمداً رسول الله، أشهد أن محمداً رسول الله»

(1) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما يحقن بالأذان من الدماء. ومسلم في الصلاة، باب الإمساك عن الإغارة على قوم في دار الكفر إذا سمع فيهم الأذان.

(2) المنتقى 138/1 والذخيرة 452/1، والإشراف 67/1.

(3) أخرجه مالك في الصلاة، باب قدر السحور من النداء. والبخاري في الأذان، باب أذان الأعمى إذا كان له من يخبره. ومسلم في الصوم، باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر.

(4) المنتقى 138/1 والذخيرة 452/1. (5) الإشراف 67/1 والذخيرة 452/1.

(6) المنتقى 135/1، والذخيرة 428/1 وبداية المجتهد 105/1.

رسول الله/» ثم يعود فيقول: «أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله / أشهد أن محمداً رسول الله، أشهد أن محمداً رسول الله/ حيّ على الصلاة (مرتين)/ حيّ على الفلاح (مرتين) / الله أكبر، الله أكبر/ لا إله إلا الله»⁽¹⁾.

أما الروايات المخالفة لما ذكر فلا تفيد إلا الظن، والظن لا يعارض القطع⁽²⁾ الذي هو عمل أهل المدينة. ويندب الترجيع أي خفض الشهادتين مع إسماع الحاضرين، وبعد خفضهما إعادتهما بأعلى الصوت مساوياً بهما التكبير في رفع الصوت. ودليل الترجيع⁽³⁾:

أ - عمل أهل المدينة.

ب - حديث أبي محذورة. في رواية أخرى:

«ترفع صوتك بالتكبير، ثم تخفض صوتك بالشهادتين، ثم ترفع صوتك بهما مرة ثانية» وفي رواية: «ثم ارجع فمدّ من صوتك بالشهادتين مرة ثانية»⁽⁴⁾.

والأذان مجزوم: ساكن الجمل، غير معرب، لأن الإسكان أعون على رفع الصوت وامتداده، أما الإقامة فتكون معربة، لأنها لا تحتاج إلى رفع الصوت. والدليل: عمل أهل المدينة⁽⁵⁾.

ويكره الفصل بين جمل الأذان بفعل أو قول أو سكوت، إن لم يطل. أما إن طال فإنه يعيد الأذان من أوله.

شروط صحة الأذان:

- 1 - الإسلام: فلا يصح من كافر.
- 2 - العقل: فلا يصح من مجنون.
- 3 الذكورة: فلا يصح من أنثى أو خشي مشكل، لما فيه من الفتنة وترك الحياء.
- 4 - دخول الوقت: فلا يصح قبله في غير الصبح - كما تقدم -، وإن وقع قبل الوقت فإنه يعاد إذا دخل الوقت.

مندوبات الأذان:

- 1 - التطهر من الحدث الأصغر والكبير، فيكره من المحدث وتشتد الكراهة في المجنب. ودليل الكراهة⁽⁶⁾:

أ - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يؤذّن إلا متوضّئ»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مسلم في الصلاة، باب صفة الأذان. (2) الذخيرة 428/1.

(3) الإشراف 67/1 والذخيرة 428/1.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب كيف الأذان والنسائي في الأذان، باب كيف الأذان.

(5) الذخيرة 433/1. (6) الذخيرة 433/1.

(7) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في كراهية الأذان بغير وضوء.

ب - لقي رجل الرسول ﷺ فسلم عليه فلم يرد عليه النبي حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم رد عليه السلام ثم قال: «إنه لم يمنعني أن أرد عليك السلام إلا أنني لم أكن على طهر»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن القائلين به يكرهون ذكر الله للجنب بغير ضرورة⁽²⁾.

2 - أن يكون للمؤذن صوت حسن، من غير تطريب، وإلا كره، لمنافاته الخشوع والوقار. فإن تفاحش التطريب حرم. والتطريب تقطيع الصوت وترعيده. ودليل النهي عن التطريب⁽³⁾:

أ - عن ابن عباس رضي الله عنه قال: كان لرسول الله ﷺ مؤذن يطرب فقال عليه السلام: «الأذان سمح سهل، فإن كان أذانك سهلاً سمحاً، وإلا فلا تؤذن»⁽⁴⁾.

ب - مخالفته لعمل أهل المدينة⁽⁵⁾.

3 - المكان المرتفع، أي بأن يقف المؤذن على مرتفع كحائط أو منارة.

4 - أن يكون المؤذن قائماً، فيكره الجلوس إلا لعذر كالمرض.

ووجه القول بالقيام⁽⁶⁾:

أ - الاتباع للسلف.

ب - القياس على الإقامة والخطبة.

ج - لأن الدعاء إلى الله يقتضي الاهتمام، والجلوس تقصير.

5 - استقبال القبلة، ويجوز الاستدبار للإسماع لكن يبتدئ الأذان للقبلة ثم يدور. والدليل⁽⁷⁾:

عن أبي جحيفة قال: «رأيت بلالاً يؤذن ويدور، ويتبع فاه ههنا وههنا، وإصبعاه في أذنيه»⁽⁸⁾.

6 - حكايته من قبل سامعيه: وذلك بأن يقولوا مثل ما يقول المؤذن والدليل: عن

(1) أخرجه البخاري في التيمم، باب التيمم في الحضر. ومسلم في الحيض، باب التيمم، وأبو داود في الطهارة، باب التيمم في الحضر.

(2) الذخيرة 1/ 433. (3) أحكام القرطبي 6/ 230.

(4) أخرجه الدارقطني في الصلاة، باب ذكر الإقامة.

(5) الذخيرة 1/ 431. (6) الذخيرة 1/ 433.

(7) الذخيرة 1/ 433.

(8) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في إدخال الأصبع الأذن عند الأذان. والنسائي في الأذان، باب كيف يصنع المؤذن في أذانه.

أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن»⁽¹⁾.

ويندب حكاية الأذان للمتأمل وهو في الصلاة، مع إبدال الحيعلتين بالحوقلتين، فإن لم يبدلهما بطلت صلاته إن تابع المؤذن في الحيعلتين.

أما حكاية الأذان في الفرض فمكروهة وتصح الصلاة إذا أبدل الحيعلتين بالحوقلتين، فإن لم يبدلهما بطلت الصلاة. ووجه الكراهة في حكاية الأذان في الفريضة، أن الفريضة أكد من النافلة، فلا يجوز تركها والاشتغال عنها بالنافلة⁽²⁾. ولا يحكي المصلي في نفل أو فرض قول «الصلاة خير من النوم». ولا يبدلها. فإن حكاها بطلت الصلاة.

ولا يكفي في حكاية الأذان ما نقل عن معاوية بن أبي سفيان أنه سمع المؤذن يتشهد فقال: «وأنا مثله» أي: أتشهد، بل لا بد من التلفظ بمماثله حملاً للحديث على ظاهره.

وقيل: إن السامع يقول عند «حيي على الصلاة حيي على الفلاح»: «لا حول ولا قوة إلا بالله». ذكره ابن رشد الحفيد عن مالك ﷺ⁽³⁾.

فمن معاوية أنه لما قال المؤذن: «حيي على الصلاة» قال: «لا حول ولا قوة إلا بالله» ثم قال: «هكذا سمعنا نبيكم ﷺ يقول»⁽⁴⁾.

وقد ذهب مالك مذهب الجمع فجعل هذا الحديث مخصصاً للحديث المتقدم⁽⁵⁾: أن النبي ﷺ قال: «إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن»⁽⁶⁾.

ما يجوز في الأذان:

- يجوز الأذان من صبي إذا اعتمد في دخول الوقت على عدل.

- ويجوز أذان الأعمى. والدليل:

ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن بلالاً ينادي بليل، فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم» وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى لا ينادي حتى يقال له: أصبحت أصبحت⁽⁷⁾.

- ويجوز أذان الراكب.

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة. والبخاري في الأذان، باب ما يقول إذا سمع المنادي. ومسلم في الصلاة، باب القول مثل قول المؤذن.

(2) المستقى 1/130. (3) بداية المجتهد 1/109.

(4) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما يقول إذا سمع المنادي.

(5) بداية المجتهد 1/109. (6) سبق تخريجه.

(7) سبق تخريجه.

تعدد الأذان في المسجد الواحد:

يجوز تعدد الأذان بالمسجد الواحد. سواء كان المؤذن نفسه إذا انتقل إلى ركن آخر، أو من غير نفس المؤذن. وإذا اجتمع في الأذان أكثر من واحد، فالأفضل ترتبهم إن لم يؤد إلى إضاعة فضيلة الوقت. ويجوز جمعهم إن لم يؤد إلى تقطيع، فإن أدى إلى تقطيع اسم الله حرم، وإن أدى إلى فوات الكلمات لبعضهم كره. ودليل جواز التعدد للأذان:

أ - ما تقدم من أن النبي ﷺ كان يؤذن له لصلاة الصبح بلال وابن أم مكتوم⁽¹⁾.

ب - عمل السلف، قال ابن حبيب⁽²⁾: رأيت بالمدينة ثلاثة عشر مؤذناً، وكذلك بمكة، يؤذنون معاً في أركان المسجد.

اتخاذ الأجرة على الأذان:

يجوز أخذ الأجرة على الأذان والإقامة أو مع إمامة الصلاة. ويكره الأجر على الإمامة وحدها، إذا كان الأجر من المصلين، فإن كان من الوقف فهو إعانة. ودليل جواز أخذ الأجرة على الأذان⁽³⁾:

أ - عن أبي محذورة قال: خرجت في نفر فكنا ببعض طريق حنين مقفل رسول الله ﷺ من حنين، فلقينا رسول الله ﷺ في بعض الطريق فأذن مؤذن رسول الله بالصلاة عند رسول الله ﷺ، فسمعنا صوت المؤذن ونحن عنه متنكبون، فظللنا نحكيه ونهزأ به، فسمع رسول الله ﷺ الصوت، فأرسل إلينا حتى وقفنا بين يديه فقال: «أيكم الذي سمعت صوته قد ارتفع؟» فأشار القوم إليّ، وصدقوا، فأرسلهم كلهم وحبسني، فقال: «قم فأذن بالصلاة» فمتمت فألقى عليّ التأذين هو بنفسه (...). ثم دعاني حين قضيت التأذين فأعطاني صرة فيها شيء من فضة⁽⁴⁾:

ب - إجماع الصحابة في عهد عمر، لأنه كان يعطي المؤذنين ولا مخالف له⁽⁵⁾. وقيل: يمنع أخذ الأجرة على الأذان، وحجته⁽⁶⁾:

- عن عثمان بن أبي العاص قال: «إن من آخر ما عهد إليّ رسول الله ﷺ: أن أتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً»⁽⁷⁾.

(1) المتقى 1/141.

(2) الذخيرة 1/434.

(3) أحكم القرطبي 6/232.

(4) أخرجه النسائي في الأذان، باب كيف الأذان.

(5) ذكر هذا صاحب الإشراف 1/69 والصواب أن عثمان بن عفان رضي الله عنه هو الذي كان يعطي المؤذنين؛ أخرجه عبد الرزاق في المصنف 1/483 والبيهقي في السنن الكبرى 1/429.

(6) الإشراف 1/68 وشرح التلبيين م 1 ورقة 36 والذخيرة 1/429.

(7) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب أخذ الأجرة على التأذين. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ على الأذان أجراً.

قول: «الصلاة خير من النوم»:

حكمها: هي مندوبة في أذان الصبح. ودليل مشروعيتها⁽¹⁾:

- أ - رواية أبي داود لحديث أبي محذورة وفيه قوله ﷺ: «فإن كان صلاة الصبح قلت: الصلاة خير من النوم، الصلاة خير من النوم».
- ب - عمل أهل المدينة.

الإقامة:

حكمها:

هي سنة عين لصلاة الفريضة، على كل ذكر بالغ فذ، أو مع نساء أو صبيان يصلي بهم. وسنة كفاية لجماعة الذكور البالغين إذا أقامها واحد منهم سقط الحكم عن الباقيين، ولا يكفي إقامة صبي أو امرأة لهم.

أما بالنسبة للمرأة والصبي فهي مندوبة سرأ في حقهما.

وروي عن مالك رضي الله عنه عدم استحسان إقامة المرأة للصلاة لأن أزواج النبي ﷺ لم ينقل عنهن ذلك⁽²⁾. والقول الأول هو الذي أورده الدردير في أقرب المسالك وكذلك الشيخ خليل في مختصره.

ويندب أن يكون المؤذن هو المقيم، والدليل على جواز أن يكون المقيم غير المؤذن⁽³⁾:

عن عبد الله بن زيد أنه أتى النبي ﷺ فأخبره - بما رأى في الأذان - فقال: «ألقه على بلال» فألقاه عليه، فأذن بلال، فقال عبد الله: أنا رأيت وأنا كنت أريده. قال: «فأقم أنت»⁽⁴⁾.

وما روي عن زياد بن الحارث الصدائي أن النبي ﷺ قال لبلال: «إن أخا صداء هو أذن، ومن أذن فهو يقيم»⁽⁵⁾.

فقد ردوه ورجحوا حديث عبد الله بن زيد المازني عليه، لأن حديث الصدائي في سننه عبد الرحمن بن زياد الإفريقي وهو ضعيف⁽⁶⁾.

(1) الإشراف 68/1 والتمتقى 135/1، والذخيرة 429/1.

(2) الذخيرة 454/1.

(3) الإشراف 69/1 وأحكام القرطبي 229/6 والذخيرة 455/1.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في الرجل يؤذن ويقيم آخر.

(5) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في الرجل يؤذن ويقيم آخر. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء أن من أذن فهو يقيم.

(6) أحكام القرطبي 229/6 وبداية المجتهد 108/1.

ويؤولونه مع الصحة بأنه يدل على جواز أمر الإمام بذلك، لأنه تصرف بالإمامة من النبي ﷺ لا بالفتوى، لأن زياداً كان حديث عهد بالإسلام فأراد تأليفه⁽¹⁾.

لكن القرطبي يرى أن القول به أولى - مع الصحة - لأنه نص في موضع الخلاف، وهو أيضاً متأخر عن قصة عبد الله بن زيد مع بلال، والآخر من أمر الرسول ﷺ أولى أن يتبع⁽²⁾. أي كأنه يرى أن حديث الصُدائي ناسخ لحديث عبد الله بن زيد.

لفظ الإقامة:

الإقامة مفردة إلى قول: «قد قامت الصلاة». أما التكبير في الأول والأخير فيثنى. والدليل⁽³⁾:

أ - عن أنس قال: «أمر بلال أن يشفع الأذان وأن يوتر الإقامة»⁽⁴⁾. وقد وردت أحاديث على مذاهب أخرى لكن الذي يرجح ما تقدم هو:

ب - عمل أهل المدينة⁽⁵⁾. قال الإمام المازري: المشهور عن مالك أفراد الإقامة، لأنه المعمول به في المدينة⁽⁶⁾.

ويجوز للمصلي أن يقوم حال الإقامة أو بعدها، فلا يطلب له تعيين حال، بل بقدر الطاقة. أما المقيم فيندب له القيام من أولها.



فرائض الصلاة

فرائض الصلاة: هي الأركان الداخلة في ماهيتها وهي أربعة عشر فرضاً:

1 - النية:

ودليل وجوبها:

أ - قوله تعالى: ﴿فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ﴾ [الزمر: 2].

ب - قول رسول الله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»⁽⁷⁾.

ويجب التعمين في الفرائض والسنن كالوتر والعيد والفجر. ولا يكفي في الفرائض نية مطلق الفرض، ولا في السنّة مطلق السنّة. أما النوافل كالضحى والرواتب والتهجد فيكفي نية مطلق النفل.

(1) الذخيرة 455/1. (2) أحكام القرطبي 229/6.

(3) الإشراف 68/1 والمتقى 135/1 والذخيرة 454/1.

(4) أخرجه البخاري في الأذان، باب بدء الأذان. ومسلم في الصلاة، باب الأمر بشفع الأذان وإيتار الإقامة.

(5) الإشراف 68/1 والمتقى 135/1 والذخيرة 454/1.

(6) المعلم بفوائد مسلم 389/1. (7) سبق تخريجه في فرائض الوضوء.

والنية هي القصد. ومحلها القلب. ويجوز التلفظ بها والأولى تركه، ويستثنى الموسوس فإنه يستحب له التلفظ ليذهب عنه اللبس.

وذهابها من القلب بعد استحضارها عند تكبيرة الإحرام مغتفر، ولو بسبب تفكير في أمر دنيوي، أما رفضها فمبطل.

وإذا سبقت النية بكثير فإنه مبطل. أما سبقها بيسير فمغتفر. ولا يشترط لصحتها نية كون الصلاة أداء أو قضاء، وإن كان الأولى ملاحظة ذلك. كما لا يشترط أن تذكر عدد الركعات.

وإذا خالف المصلي لفظه نيته فالعبرة بالنية إن وقع ذلك سهواً، أما إن كان عمداً فهو متلاعب تبطل صلاته.

2 - تكبيرة الإحرام:

هي فرض على كل مصلي ولو مأموماً، فلا يتحملها الإمام عنه فرضاً أو نفلًا. لأن الأصل في الفرائض عدم الحمل، وجاءت السنة بحمل الفاتحة وبقي ما عداها على الأصل. ودليل وجوبها⁽¹⁾:

أ - عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم»⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال لرجل لا يحسن الصلاة: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئن راکعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً، وافعل ذلك في صلاتك كلها»⁽³⁾. والأمر للوجوب⁽⁴⁾.

ومفهوم هذا: أن التكبيرة الأولى هي الفرض فقط، ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضاً لذكره له كما ذكر سائر الفروض⁽⁵⁾.

ولا تجزئ إلا بلفظ «الله أكبر». والدليل⁽⁶⁾:

أ - حديث علي المتقدم. والألف واللام للحصر، والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به⁽⁷⁾.

(1) المدونة الكبرى 66/1 والمقدمات 114/1.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الإمام يحدث بعدما يرفع رأسه من آخر ركعة. والترمذي في الطهار، باب ما جاء في أن مفتاح الصلاة الطهور.

(3) أخرجه البخاري في الاستئذان، باب من رد فقال عليك السلام. ومسلم في الصلاة، باب قراءة سورة عقب الفاتحة.

(4) مفتاح الوصول ص 29.

(5) بداية المجتهد 121/1.

(6) الإشراف 72/1 والذخيرة م 1 ورقة 92.

(7) الإشراف 72/1 وبداية المجتهد 123/1.

ب - الاقتصار على ما ورد من عمل رسول الله ﷺ، لأنه لم يأت قط بلفظ سواء وقد قال ﷺ: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي»⁽¹⁾. وفعله ﷺ بيان لمجمل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾⁽²⁾.

ولا تجزئ أيضاً بمرادفها بالعربية أو بالأعجمية، لأن المطلوب لفظ التكبير مع معناه. فإن عجز المصلي عن النطق بها سقطت ككل فرض، وإن قدر على الإتيان ببعضها أتى به إن كان له معنى، سواء دلّ على ذات الله كلفظ الجلالة أو على صفة من صفاته، أما إن دلّ على معنى يبطل الصلاة فإنه لا ينطق به.

ولا يضّر إبدال الهمزة من «أكبر» وأواً لمن لغته ذلك كالعوام، أما زيادة واو في ابتداء التكبير فالظاهر البطلان.

القيام لها في الفرض:

فلا تجزئ تكبيرة الإحرام في الفرض أن تكون من جلوس أو انحناء، إلا المسبوق إذا وجد الإمام راکعاً، فكثير حال انحطاطه للركوع، وأدرك الركعة بأن وضع يديه على ركبتيه قبل استقلال الإمام قائماً، فإنه إن ابتدأ التكبيرة حال قيامه وأتمها حال انحطاطه أو بعده بلا فصل اعتدّ بالركعة. وإذا ابتدأ التكبيرة حال الانحطاط فلا يعتد بها اتفاقاً، والصلاة صحيحة، وهذا إذا نوى بالتكبيرة الإحرام، أو الإحرام والركوع، أو لم يلاحظ شيئاً، فإن نوى بها تكبيرة الركوع فالصلاة باطلة. ولا يعتد أيضاً بالركعة إذا شك المسبوق في إدراك الركوع مع الإمام.

ودليل وجوب القيام⁽³⁾:

قوله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: 238].

هذا وإن القيام لتكبيرة الإحرام واجب في صلاة الفرض فقط.

4 - الفاتحة:

يجب قراءة الفاتحة في كل ركعة بحركة اللسان، وإن لم يسمع المصلي نفسه. فلا يكفي إجراؤها على القلب، لأن المعهود من القراءة حروف منظومة والذي في النفس ليس بحروف⁽⁴⁾. ودليل وجوب قراءة الفاتحة⁽⁵⁾:

أ - عن أبي قتادة أن النبي ﷺ: «كان يقرأ في الظهر في الأوليين بأَم الكتاب

(1) أخرجه البخاري في الأذان، باب الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة.

(2) الإشراف 72/1 وعارضة الأحوذى 38/2. (3) المقدمات 113/1 والذخيرة م 1 ورقة 91.

(4) الذخيرة 182/2 طبع دار الغرب الإسلامي.

(5) بداية المجتهد 153/1 والمتقى 156/1 والإشراف 75/1.

وسورتين، وفي الركعتين الآخرين بأَمِّ الكتاب⁽¹⁾.

ب - أفعاله ﷺ تحمل على الوجوب وقد قال: «صلُّوا كما رأيتموني أصلي»⁽²⁾.

ج - عن أبي السائب قال: سمعت أبا هريرة يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج، هي خداج، هي خداج، غير تمام». قال: فقلت: يا أبا هريرة إنني أحياناً أكون وراء الإمام، قال: فغمز ذراعي، ثم قال: اقرأ بها في نفسك يا فارسي، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «قال الله تبارك وتعالى: قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين، فنصفها لي ونصفها لعبدي، ولعبدي ما سأل»⁽³⁾.

د - قوله ﷺ: «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب»⁽⁴⁾.

هـ - عن أبي سعيد مولى عامر بن كريز أن رسول الله ﷺ نادى أبي بن كعب وهو يصلي فلما فرغ من صلاته لحقه. فوضع رسول الله ﷺ يده على يده وهو يريد أن يخرج من باب المسجد فقال: «إني لأرجو أن لا تخرج من المسجد حتى تعلم سورة ما أنزل الله في التوراة ولا في الإنجيل ولا في القرآن مثلها» قال أبي: فجعلت أبطي في المشي رجاء ذلك. ثم قلت: يا رسول الله! السورة التي وعدتني. قال: «كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة؟» قال: فقرأت ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ حتى أتيت على آخرها. فقال رسول الله ﷺ: «هي هذه السورة وهي السبع المثاني والقرآن العظيم الذي أعطيت»⁽⁵⁾.

ووجه الدليل أنه لو كانت القراءة بغير الفاتحة في الصلاة تجزئ ولا تتعين بها، لما صح هذا السؤال من النبي لأبي، لجواز أن يجيبه بغير أم القرآن⁽⁶⁾.

هـ - القياس على الركعة الأولى، لأنها لما وجبت في ركعة وجبت في جملة الركعات، كالركوع والسجود⁽⁷⁾.

وقد قيل: إن قراءة الفاتحة ليس فرضاً وهو قول الإمام المازري وغيره. والدليل:

- (1) أخرجه البخاري في الأذان، باب يقرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب. ومسلم في الصلاة، باب القراءة في الظهر والعصر.
- (2) سبق تخريجه.
- (3) أخرجه مالك في الصلاة، باب القراءة خلف الإمام فيما لا يجهر فيه بالقراءة. ومسلم في الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة.
- (4) أخرجه البخاري في الأذان، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها. ومسلم في الصلاة، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة، عن عبادة بن الصامت.
- (5) أخرجه مالك عن أبي سعيد مولى عامر بن كريز لقصة وقعت لأبي بن كعب؛ في الصلاة، باب ما جاء في أم القرآن والبخاري عن أبي سعيد المعلى لقصة وقعت له؛ في التفسير، باب ما جاء في فاتحة الكتاب.
- (6) الإشراف 75/1 والمتقى 155/1.
- (7) المتقى 156/1 والذخيرة 1م ورقة 95.

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلّى، فسلم على النبي ﷺ فردّ، وقال: «ارجع فصلّ فإنك لم تصل». فرجع يصلي كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال: «ارجع فصلّ فإنك لم تصل» (ثلاثاً)، فقال: والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره، فعلمني. فقال: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئن راکعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً، وافعل ذلك في صلاتك كلها»⁽¹⁾.

وظاهر هذا الحديث أنه يجزىء من القراءة في الصلاة ما تيسر من القرآن⁽²⁾.

ب - أنها لو كانت فرضاً لما حملها الإمام، فإن الإمام لا يحمل الفروض⁽³⁾.

وقد أجب عن هذا بـ:

أ - أن حديث أبي هريرة محتمل، والأحاديث الموجبة للقراءة المتقدمة مفسرة والمفسر أولى⁽⁴⁾.

ب - أن الحمل رخصة جاءت بها السنة فيقتصر بها على محلها⁽⁵⁾.

والفاتحة واجبة على الإمام والفدّ، سواء كانت الصلاة فريضة أو نافلة، جهرية أو سرية. أما المأموم فليست واجبة عليه، لأن الإمام يحملها عنه دون سائر الفرائض والدليل⁽⁶⁾:

أ - قوله تعالى: «وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا» [الأعراف: 204].

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال: «هل قرأ معي منكم أحد أنفأ؟» فقال رجل: نعم أنا يا رسول الله. فقال رسول الله ﷺ: «إني أقول ما لي أنزع القرآن؟» فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما جهر فيه بالقراءة حين سمعوا ذلك من رسول الله ﷺ⁽⁷⁾.

ج - قوله ﷺ: «وإذا قرأ فأنصتوا»⁽⁸⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) بداية المجتهد 1/153.

(3) الذخيرة م 1 ورقة 95.

(4) عارضة الأحوذى 2/46.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 95.

(6) الإشراف 1/79 والذخيرة 2/185 طبع دار الغرب الإسلامي.

(7) أخرجه مالك في الصلاة، باب ترك القراءة خلف الإمام فيما جهر فيه. والنسائي في الإفتتاح، باب ترك القراءة خلف الإمام فيما جهر فيه.

(8) جزء من حديث «إنما جعل الإمام ليؤتم به...» وأخرجه وفيه جملة «وإذا قرأ فأنصتوا» أبو داود في الصلاة، باب الإمام يصلي من قعود. والنسائي في الإفتتاح، باب تأويل قوله عز وجل: «وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَكُمْ تُرْمُونَ». وأخرجها مسلم غير مسندة وقال: «هو عندي صحيح من حديث أبي هريرة» في الصلاة، باب التشهد في الصلاة.

د - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا سئل هل يقرأ أحد خلف الإمام؟ قال: إذا صلى أحدكم خلف الإمام فحسبه قراءة الإمام. وإذا صلى وحده فليقرأ. قال: وكان عبد الله بن عمر لا يقرأ خلف الإمام⁽¹⁾.

وعلى من لا يحفظها وجوب تعلمها ولو بالأجرة أو في أزمئة طويلة. فإن لم يمكنه تعلمها لخرس ونحوه أو لم يجد معلماً أو ضاق الوقت ائتمَّ وجوباً بمن يحسنها. فإن فرط في تعلمها مع إمكان ذلك قضى من الصلوات بعد تعلمها ما صلاةً فذا في الزمن الذي فرط فيه لبطلان صلاته. فإن لم يجد من يأتّم به صلى فذا، وفصل بين تكبيرة الإحرام والركوع بسكوت أو ذكر على وجه الندب، وإن لم يقدر على التكبير لخرس دخلها بالنية وسقط عنه. ودليل عدم جواز قراءة الفاتحة بالأعجمية:

أ - قوله تعالى: ﴿فَأَقْرَهُوْا مَا يَنْتَزِرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: 20].

والقرآن في عرف الشرع هو العربي⁽²⁾.

ب - ولأن الإعجاز مراد في حق المصلي، لاستصحاب الإيمان الذي هو شرط في الصلاة.

ج - القياس على تكبيرة الإحرام⁽³⁾.

5 - القيام لها:

فإن جلس أو انحنى حال قراءتها أو استند إلى شيء بحيث لو أزيل ما استند إليه سقط، بطلت صلاته. أما لو عجز عنه سقط الوجوب. والقيام مشروط في الفرض لا في النفل.

6 - الركوع:

وشرط الركوع أن يكون من قيام في الفرض أو النفل الذي صلاه من قيام. فلو جلس فركع لم يصح. وأقلُّ الركوع أن تقرب راحتا المصلي فيه من ركبتيه. ويستحب أن يضع يديه في الركوع على ركبتيه، ويمكنهما، ويسوي ظهره، ويبعد الرجل عضديه عن جنبه بعدا وسطاً. ودليل وجوب الركوع:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا آرْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَعَبَدُوا رَبَّكُمْ﴾ [الحج: 77].

ب - فعل رسول الله ﷺ وأمره الأعرابي المسيء لصلاته بالركوع.

7 - الرفع من الركوع:

فإذا لم يرفع ويطمئن رافعاً بطلت صلاته. ودليل وجوب الرفع⁽⁴⁾:

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب ترك القراءة خلف الإمام فيما جهر فيه.

(2) الإشراف 78/1 والذخيرة م 1 ورقة 95. (3) الذخيرة م 1 ورقة 95.

(4) الإشراف 82/1.

- أ - حديث الأعرابي المسيء لصلاته، وفيه قوله ﷺ: «ثم اركع حتى تطمئن راکعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً». والأمر للوجوب⁽¹⁾.
- ب - عن أبي مسعود الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجزى صلاة لا يقيم فيها الرجل - يعني - صلبه في الركوع والسجود»⁽²⁾.
- ج - فعله ﷺ إذ كانت صلاته كذلك⁽³⁾.

8 - السجود:

ودليله:

- أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا آرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا وَعَبَدُوا رَبَّكُمْ﴾ [الحج: 77].
- ب - حديث الأعرابي المسيء لصلاته، وقد تقدم، وفيه قوله ﷺ: «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً».
- ج - فعله ﷺ في صلاته⁽⁴⁾.
- والواجب في السجود وضع جزء من الجبهة على الأرض، أما السجود على جميع الجبهة وعلى الأنف فهو مستحب، لأن اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الأنف⁽⁵⁾.
- فعن ابن عباس قال: أمر النبي أن يسجد على سبعة أعضاء: الجبهة واليدين والركبتين والرجلين⁽⁶⁾.
- وجه الاستدلال أنه ذكر الجبهة فقط⁽⁷⁾.
- وعلى ذلك فمن ترك السجود على الجبهة بطلت صلاته إذا كان لغير مانع.
- ومن ترك السجود على الأنف أعاد في الوقت، مراعاة للقول بالوجوب. ودليل القائلين بالوجوب⁽⁸⁾:
- أ - عن أبي حميد الساعدي «أن النبي ﷺ كان إذا سجد أمكن أنفه وجبهته من الأرض، ونحى يديه عن جنبه، ووضع كفيه حذو منكبيه»⁽⁹⁾.

(1) الإشراف 82/1 والذخيرة 1م ورقة 96.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء فيمن لا يقيم صلبه في الركوع والسجود.

(3) عارضة الأحوذى 27/2. (4) الذخيرة 1م ورقة 96.

(5) بداية المجتهد 167/1.

(6) أخرجه البخاري في الأذان، باب السجود على سبعة أعظم. ومسلم في الصلاة، باب أعضاء السجود.

(7) الإشراف 83/1 وبداية المجتهد 167/1. (8) أحكام القرطبي 346/1.

(9) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب افتتاح الصلاة. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في السجود على الجبهة والأنف.

ب - عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم على الجبهة - وأشار بيده على أنفه - واليدين والركبتين وأطراف القدمين ولا نكفت الثياب والشعر»⁽¹⁾.

وإذا هوى للسجود فلا يجلس ثم يسجد. وهذا الجلوس إن وقع سهواً ولم يطل لم يضر وإن طال سجد له بعد السلام.

9 - الجلوس بين السجدين:

والدليل على وجوبه:

أ - حديث الأعرابي المسمي لصلاته المتقدم وفيه قوله ﷺ: «ثم اسجد حتى تظمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تظمئن جالساً»⁽²⁾.

ب - فعله ﷺ⁽³⁾.

ج - الإجماع⁽⁴⁾.

د - أن الفصل بين السجدين لا يتم إلا به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽⁵⁾.

وعند رفع الرأس من السجود يرفع يديه من الأرض ويضعهما على ركبتيه، وإذا لم يرفعهما فإنَّ صلاته صحيحة وخالف المندوب.

10 - السلام:

ودليل وجوبه⁽⁶⁾:

أ - عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم»⁽⁷⁾.

ب - عن عتبان قال: «صلينا مع رسول الله ﷺ فسلمنا حين سلم»⁽⁸⁾.

وجه الدليل من الحديث⁽⁹⁾: أنه ﷺ سلم وأفعاله تحمل على الوجوب. وقد قال:

صلّوا كما رأيتموني أصلي.

(1) أخرجه البخاري في الأذان، باب السجود على سبعة أعظم. ومسلم في الصلاة، باب أعضاء السجود.

(2) سبق تخريجه. (3) الذخيرة م 1 ورقة 97.

(4) الذخيرة م 1 ورقة 97. (5) المقدمات 113/1.

(6) المقدمات 114/1 والإشراف 86/1 والمنتقى 169/1 والذخيرة م 1 ورقة 97.

(7) سبق تخريجه.

(8) أخرجه البخاري في الأذان، باب يسلم حين يسلم الإمام. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب الرخصة في التخلف عن الجماعة لعذر.

(9) الإشراف 86/1 والمنتقى 169/1.

والواجب في التسليم مرّة واحدة. والدليل على ذلك:

أ - قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «وتحليلها التسليم».

وجه الاستدلال أن التسليمة الواحدة يقع عليها اسم تسليم⁽¹⁾.

ب - عن عائشة «أن رسول الله ﷺ كان يسلم في الصلاة تسليمة واحدة تلقاء وجهه، يميل إلى الشق الأيمن شيئاً»⁽²⁾.

قال القرطبي: «هي رواية معلولة لا يصححها أهل العلم بالحديث»⁽³⁾. لكن صححها الحاكم ووافقه الذهبي.

أما ابن العربي⁽⁴⁾ فإنه صرح بقبولها رغم معلوليتها لما تستند إليه من أدلة أخرى، وهي⁽⁵⁾:

أ - عمل أهل المدينة.

ب - القياس على تكبيرة الإحرام تسوية بين الدخول والخروج.

ج - الإجماع على أن المصلي لو أحدث بعد التسليمة الأولى لم تفسد صلاته إلا عند ابن حنبل والحسن، وهما مسبوقان بالإجماع.

والواجب في السلام أيضاً أن يكون بالعربية.

وصيغة السلام هي: «السلام عليكم» وأن يكون معرفاً بالألف واللام وبتأخير عليكم. فلا يجزىء خلافه. ولا يصح «سلامي عليكم» أو «سلام الله عليكم» أو «سلام عليكم» أو بلفظ «السلام» فقط أو بـ «عليكم السلام». والدليل⁽⁶⁾:

أ - عن واسع بن حبان أنه سأل عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن صلاة رسول الله ﷺ فقال: الله أكبر كلما وضع، الله أكبر كلما رفع، ثم يقول: السلام عليكم ورحمة الله عن يمينه، السلام عليكم ورحمة الله عن يساره⁽⁷⁾.

وجه الدليل⁽⁸⁾: أنه لم يرو عنه رضي الله عنه خلفه وقد قال ﷺ: «صلّوا كما رأيتموني أصلي»⁽⁹⁾.

(1) الإشراف 87/1 وأحكام القرطبي 363/1 والذخيرة م 1 ورقة 97.

(2) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في التسليم في الصلاة. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها، باب من يسلم تسليمة واحدة.

(3) أحكام القرطبي 363/1. (4) عازضة الأحوذى 89/2.

(5) الإشراف 87/1 والذخيرة م 1 ورقة 97 والعارضه 89/2 وأحكام القرطبي 363/1.

(6) المنتقى 169/1.

(7) أخرجه النسائي في السهو، باب كيف السلام على اليمين.

(8) المنتقى 169/1 والإشراف 87/1. (9) سبق تخريجه.

ب - أن السلام من الصلاة تعبد فيقتصر فيه على اللفظ الوارد⁽¹⁾.
 ج - الصيغة الواردة في قوله ﷺ: «وتحليلها التسليم» تدل على الحصر⁽²⁾ أي حصر التحليل في التسليم، فلا يقع التحليل إلا به. وهذا بناء على أن المبتدأ يجب حصره في الخبر.

11 - الجلوس للسلام:

فلا يصح من قيام ولا اضطجاع. والجلوس الواجب للسلام يتحقق بقدر لفظ السلام. أما ما كان بقدر التشهد فهو سنة، وما كان بقدر الدعاء فهو مستحب. ودليل وجوب الجلوس للسلام:
 أ - الإجماع⁽³⁾.

ب - أن السلام واجب، والواجب لا بد له من محل، ولا محل للسلام إلا الجلوس، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽⁴⁾.

12- الاعتدال:

الاعتدال مفروض في أثناء القيام والجلوس وبعد الرفع من الركوع والسجود وحال السلام. والدليل:
 - حديث المسيء في صلاته⁽⁵⁾ وقد تقدم.

13 - الطمانينة:

وهي استقرار الأعضاء أثناء تأدية الأركان كالركوع والسجود والرفع منهما وغير ذلك استقراراً تاماً. ودليل الوجوب:
 أ - حديث المسيء لصلاته، وفيه أمره رسول الله ﷺ أن يطمئن. والأمر للوجوب⁽⁶⁾.
 ب - فعله ﷺ كان على ذلك في الصلاة⁽⁷⁾.

14 - ترتيب الفرائض:

فيجب أن يأتي المصلي بالنية قبل الإحرام، والإحرام قبل القراءة، والقراءة قبل الركوع، وهكذا إلى آخر الصلاة. والدليل:
 أ - بيان النبي ﷺ لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ كان على الترتيب المذكور⁽⁸⁾.
 ب - الإجماع⁽⁹⁾.

- | | |
|--|--|
| (1) الذخيرة 200/2. | (2) بداية المجتهد 156/1 والذخيرة 1م ورقة 97. |
| (3) المقدمات 113/1. | (4) الذخيرة 1م ورقة 97. |
| (5) المقدمات 116/1 وبداية المجتهد 162/1. | (6) الإشراف 82/1 الذخيرة 1م ورقة 98. |
| (7) الذخيرة 1م ورقة 98. | (8) المقدمات 113/1. |
| (9) المقدمات 113/1. | |

سنن الصلاة

1 - قراءة ما تيسر من القرآن بعد الفاتحة ولو آية:

سواء كانت طويلة أو قصيرة كقوله تعالى: ﴿مُدَّهَا مَاتَانِ﴾ [الرحمن: 64].
وتسن في الركعة الأولى والثانية للإمام والمنفرد، وذلك في الفرض. ودليل ذلك:
ما روي عن أبي قتادة أن النبي ﷺ: «كان يقرأ في الظهر في الأولين بأَم الكتاب
وسورتين، وفي الركعتين الأخيرين بأَم الكتاب»⁽¹⁾.
ودليل سنيتها وعدم وجوبها:

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب»⁽²⁾.
فقد اقتصر على الفاتحة فقط⁽³⁾.

ودليل عدم مشروعيتها قراءتها في الركعتين الأخيرتين⁽⁴⁾:

ما في حديث أبي قتادة المتقدم من أنه ﷺ كان يقرأ في الركعتين الأخيرين بأَم
الكتاب⁽⁵⁾.

ويكره الاقتصار على بعض السورة، كما يكره تكرارها في كل ركعة.

لكن يوجد من الأدلة ما يخالف كراهية الاقتصار على بعض السورة وهي⁽⁶⁾:

أ - عن عبد الله بن السائب قال: حضرت رسول الله ﷺ يوم الفتح فصلّى في قبل
الكعبة فخلع نعليه فوضعهما عن يساره فافتتح بسورة المؤمنين، فلما جاء ذكر موسى أو
عيسى ﷺ أخذته سعة فرجع⁽⁷⁾.

ب - عن عروة بن الزبير أن أبا بكر الصديق صلى الصبح فقرأ فيها سورة البقرة في
الركعتين كليهما⁽⁸⁾.

ولا يسن قراءة ما زاد على الفاتحة في النفل؛ وإنما يستحب، وكذلك الجهر
والسر.

2 - القيام لها:

فلو استند المصلّي لشيء حال قراءتها، بحيث لو أزيل لسقط لم تبطل الصلاة، أما
إذا جلس فقرأ السورة جالساً فتبطل الصلاة للإخلال بهيتها.

(1) سبق تخريجه.

(2) سبق تخريجه.

(3) الذخيرة م 1 ورقة 99.

(4) سبق تخريجه.

(5) سبق تخريجه.

(6) علقه البخاري في الأذان، باب الجمع بين السورتين في الركعة. وأخرجه مسلم في الصلاة، باب

القراءة في الصبح، والنسائي في الإفتتاح، باب قراءة بعض السورة.

(7) أخرجه مالك في الصلاة، باب القراءة في الصبح.

3 - الجهر فيما يجهر فيه:

يسنّ الجهر في الصبح والجمعة وأولتي المغرب والعشاء.
وأقلّ الجهر أن يسمع المرء نفسه ومن يليه. وأعلاه لا حدّ له ما لم يتفاحش.
وجهر المرأة أن تسمع نفسها فقط. وأعلى جهرها وأدناه واحد.

4 - السرّ فيما يسرّ فيه:

يسنّ السرّ في الظهر والعصر وأخيرة المغرب وأخيرتي العشاء.
وأقلّ السرّ حركة اللسان والشفّتين، وأعلاه أن يسمع نفسه. ويندب إسماع المصلي
نفسه لأنه أكمل، وللخروج من الخلاف القائل بوجود إسماع نفسه.
ويتأكد الجهر والسرّ بمحلّهما بالفاتحة دون السورة.

وهذه السنن الأربعة خاصّة بصلاة الفريضة.

5 - كل تكبيرة ما عدا تكبيرة الإحرام:

المعتمد أن كل تكبيرة سنّة مستقلة، فلو ترك ثلاث تكبيرات سهواً ونسي السجود
لها بطلت الصلاة. والدليل على مشروعيتها:

أ - عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة كان يصلي لهم فيكبر كلما
خفّض ورفع فإذا انصرف قال: «والله إني لأشبهكم بصلاة رسول الله ﷺ»⁽¹⁾.
ب - عن أبي نعيم وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه كان يعلمهم التكبير
في الصلاة قال: فكان يأمرنا أن نكبر كلما خفّضنا ورفعنا⁽²⁾.
ودليل عدم وجوب التكبير⁽³⁾:

- حديث الأعرابي المسيء لصلاته، إذ لم يأمره الرسول ﷺ بذلك.
ويندب أن يكون التكبير حال الخفض والرفع، إلا في القيام من التشهد فيكون عند
الاستقلال قائماً.

6 - قول: سمع الله لمن حمده: حال الرفع من الركوع.

تسنّ للإمام والمنفرد، ومشهور المذهب أن كل تسمية سنّة مستقلة.
فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده.

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب افتتاح الصلاة. والبخاري في الأذان، باب إتمام التكبير في
الركوع.

ومسلم في الصلاة. باب إثبات التكبير في كل خفض ورفع في الصلاة.

(2) أخرجه مالك في الصلاة، باب افتتاح الصلاة.

(3) الذخيرة م 1 ورقة 99.

فقولوا: اللَّهُمَّ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ؛ فَإِنَّهُ مَنْ وافق قوله قول الملائكة عُفِرَ له ما تقدم من ذنبه⁽¹⁾.

أما المأموم فلا تسن في حقه بل يكره له قولها.

7 - كل تشهد:

يسن التشهد ولو كان في سجود السهو. ودليل عدم وجوبه:

أ - حديث الأعرابي المتقدم، وفيه أنه لم يذكر التشهد⁽²⁾.

ب - عن عبد الله بن بحنة قال: «صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين من بعض الصلوات، ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه، فلما قضى صلاته ونظرنا تسليمه، كبر قبل التسليم، فسجد سجدتين وهو جالس ثم سلم⁽³⁾».

ووجه الاستدلال من الحديث أن شأن السنن يسجد لها قبل السلام⁽⁴⁾، قال القاضي عياض: فيه أن الجلوس الوسط ليس فرضاً إذ الفرض لا ينجبر بالسجود⁽⁵⁾. ويقاس التشهد الثاني على الأول⁽⁶⁾.

ج - أن ألفاظه وردت مختلفة غير متعينة، فدل أنه غير واجب، لأن الأذكار المفروضة تكون محددة⁽⁷⁾.

وما ورد من أحاديث في التشهد فإنها تحمل على الندب، جمعاً بينها وبين ما تقدم من أدلة⁽⁸⁾.

واختار مالك رحمه الله نص التشهد الوارد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ورجحه على غيره من الشهادات الواردة، لأن عمر رضي الله عنه كان يعلمه للناس على المنبر بحضرة الصحابة، ولم ينكره عليه أحد⁽⁹⁾، فجري مجرى التواتر والإجماع⁽¹⁰⁾.

إلا أن مالكاً مع ذلك يقول: من أخذ بغيره لا يأثم ولا يكون تاركاً للتشهد، لأن النبي ﷺ لم يأمر به على سبيل الوجوب، ولم يجعله شرطاً في صحة الصلاة، حتى تكون ألفاظه المختصة به شرطاً في صحة الصلاة⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في التأمين خلف الإمام. والبخاري في الأذان، باب فضل اللهم ربنا ولك الحمد. ومسلم في الصلاة، باب التسميع والتحميد والتأمين.

(2) الذخيرة م 1 ورقة 99. والإشراف 85/1.

(3) أخرجه مالك في الصلاة، باب من قام بعد الإتمام أو في الركعتين. والبخاري في الوتر، باب ما في السهو. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له.

(4) الإشراف 85/1، والذخيرة م 1 ورقة 99. (5) إكمال إكمال المعلم 265/2.

(6) الذخيرة م 1 ورقة 99. (7) الإشراف 85/1.

(8) الذخيرة م 1 ورقة 99. (9) الإشراف 85/1، والمتقى 167/1.

(10) الذخيرة م 1 ورقة 100. (11) المتقى 170/1.

ونصّ التشهد المختار:

- عن عبد الرحمن بن عبد القاري، أنه سمع عمر بن الخطاب، وهو على المنبر، يعلم الناس التشهد. يقول: قولوا: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ / الزَّاكِيَّاتُ لِلَّهِ / الطَّيِّبَاتُ الصَّلَوَاتُ لِلَّهِ / السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ / السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ / أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ⁽¹⁾.

8 - كل جلوس للتشهد:

السنة هو الجلوس بقدر التشهد، أما الجلوس بقدر السلام فإنه فرض، والجلوس للدعاء مندوب، إلا بعد سلام الإمام فإنه مكروه. ودليل سنية الجلوس وعدم وجوبه ما في حديث ابن بحينة المتقدم⁽²⁾. وتقاس الجلسة الأخيرة على الأولى⁽³⁾.

9 - الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد الأخير:

يسن الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد الأخير بأي لفظ من الألفاظ الثابتة عن النبي ﷺ، ودليل عدم الوجوب⁽⁴⁾: ما روي عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله أخذ بيده فعلمه التشهد في الصلاة - إلى قوله: «أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله - وقال: «إذا قلت هذا، أو قضيت هذا، فقد قضيت صلاتك، إن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم يأمره بالصلاة عليه في التشهد.

10 - السجود على صدور القدمين، وعلى الكفين، والركبتين.

11 - ردّ المقتدي السلام على إمامه، وعلى من على يساره: ومحل السنة في الردّ على من على اليسار إذا شاركه في ركعة فأكثر.

12 - الزائد على الطمانينة الواجبة.

13 - الجهر بتسليمة التحليل:

يسن الجهر بتسليمة الخروج من الصلاة بخلاف تسليمة الردّ. أما الجهر بتكبيرة الإحرام فهو مندوب. وغيرها من التكبير يندب للإمام دون غيره.

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب التشهد في الصلاة.

(2) بداية المجتهد 1/164.

(3) بداية المجتهد 1/164.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب التشهد.

(5) الإشراف 1/85 والذخيرة 1م ورقة 100.

14 - الإنصات للإمام فيما يجهر فيه:

يسنّ للمقتدي أن ينصت لإمامه ولو لم يسمعه ليعبد أو صمم، وقيل بوجوب الإنصات لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الأعراف: 204]. والقول بالسنية هو المشهور.



مندوبات الصلاة

- 1 - نية الأداء في الصلاة الحاضرة، ونية القضاء في الفائتة؛ خروجاً من الخلاف القائل بوجوبها.
 - 2 - نية عدد الركعات.
 - 3 - استحضار امتثال أمر الله تعالى، واستحضار عظمته تعالى، وأنه لا يعبد سواه، والخشوع له.
 - 4 - رفع اليدين عند تكبيرة الإحرام فقط. والدليل⁽¹⁾:
- أ - عن علقمة أن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «ألا أصلي بكم صلاة رسول الله ﷺ؟ قال: فصلّى فلم يرفع يديه إلّا في أوّل مرّة»⁽²⁾.
- ب - عن البراء بن عازب: «أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه إلى قريب من أذنيه ثم لا يعود»⁽³⁾.
- ج - عن جابر بن سمرة قال: خرج علينا رسول الله ﷺ فقال: «ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذنان خيل شمس [لا تستقرّ] اسكنوا في الصلاة»⁽⁴⁾.
- وقد استدل بهذا الحديث ابن القصار على المنع من رفع الأيدي في الصلاة جملة.
- د - موافقة عمل أهل المدينة لهذه الأحاديث وهو أقوى الأدلة.
- وقد روي عن مالك جواز رفع اليدين في غير تكبيرة الإحرام وهو اختيار ابن العربي وغيره والأدلة على ذلك:

أ - عن سالم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً. وقال: «سمع الله لمن حمده ربّنا

(1) المدونة 71/1 وبداية المجتهد 161/1 والذخيرة 1م ورقة 101 وإكمال إكمال المعلم 181/2.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب من لم يذكر الرفع. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في رفع اليدين عند الركوع. والنسائي في الإفتتاح، باب الرخصة في ترك ذلك.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب من لم يذكر الرفع عند الركوع.

(4) أخرجه مسلم في الصلاة، باب الأمر بالسكون في الصلاة والنهي عن الإشارة باليد.

ولك الحمد» وكان لا يفعل ذلك في السجود⁽¹⁾.

وفي رواية «وكان يفعل ذلك حين يكبر للركوع»⁽²⁾.

ب - عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه في الصلاة⁽³⁾.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا افتتح الصلاة، رفع يديه حذو منكبيه. وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما دون ذلك⁽⁴⁾.

د - عن أنس رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ يرفع يديه إذا دخل في الصلاة وإذا ركع وإذا رفع رأسه من الركوع وإذا سجد»⁽⁵⁾.

قال القرافي: وطريق الجمع بين هذه الأحاديث أن يكون الأول الأصل - أي حديثا ابن مسعود والبراء بن عازب - وبقية الأحاديث تدل على الجواز⁽⁶⁾.
فيحصل مما تقدم ثلاث تكبيرات: عند الافتتاح وعند الركوع وعند الرفع من الركوع.

أما عند السجود فقد ذكر الباجي أنه رويت في ذلك أحاديث لا تثبت⁽⁷⁾.

وقال شيخنا محمد الأخوة: «وما جرى عليه عمل المالكية من عدم رفعهم فيما عدا تكبيرة الإحرام ما عليه السلف من التزامهم لذلك».
ونقل الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير أن القول الأول هو أشهر الروايات عن مالك.

وقد قالوا في رد مالك لأحاديث الرفع - زيادة على كونها لم يصاحبها العمل كما تقدم - ما يلي:

أ - أن سالمًا ونافعًا اختلفا في رفع الأحاديث ووقفها فترك مالك العمل بها، لأن الأصل صيانة الصلاة عن الأفعال⁽⁸⁾.

ب - قال المازري: «لما وقع له من ظواهر تدل على إسقاطه - أي الرفع»⁽⁹⁾. والمراد بالظواهر حديث ابن مسعود وغيره.

ج - أن راويي رفع اليدين وهما علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر كانا لا

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب افتتاح الصلاة. والبخاري في الأذان، باب رفع اليدين في التكبيرة الأولى مع الإفتتاح سواء. ومسلم في الصلاة، باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين.

(2) انظر التخريج السابق عند البخاري ومسلم.

(3) أخرجه مالك في الصلاة، باب افتتاح الصلاة.

(4) أخرجه مالك في الصلاة، باب افتتاح الصلاة.

(5) أخرجه الدارقطني في الصلاة، باب ذكر التكبير ورفع اليدين.

(6) الذخيرة 1م ورقة 101. (7) المتقى 1/233.

(8) شرح الزرقاني على الموطأ 1/233. (9) المعلم 1/391.

يرفعان أيديهما، ولم يكونا ليركبا بعد النبي ﷺ ما روي عنه إلا وقد قامت عندهما الحجة بتركه. قال ذلك ابن رشد الجدي⁽¹⁾.

وقال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: «وقد اختلفت الرواية في الموطأ في إثبات رفع اليدين عند الركوع. على أن مالكاً رحمته الله رجع إلى عدم استحباب رفع اليدين إلا عند تكبيرة الإحرام. كذلك روى عنه ابن القاسم. وأحسبها أن وجه الإجماع على أن رفع اليدين ليس من أركان الصلاة ولا من مؤكداتها، فالمقدار المختلف في ثبوت سنته منه ينبغي أن يترك، لأنه متردد بين كونه مستحباً وكونه عملاً زائداً في الصلاة. فأخذ بجانب تجنب الزيادة في الصلاة. والأمر هين»⁽²⁾.

ويكون الرفع للإحرام حذو المنكبين، والدليل حديث ابن عمر المتقدم.

أما ما روي عن مالك بن الحويرث «أن رسول الله ﷺ إذا كبر رفع يديه حتى يحاذي بهما أذنيه...»⁽³⁾ فقد سلخوا فيه مسلكين، الترجيح والجمع⁽⁴⁾.

أما الترجيح: فإن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر، أصح من: قتادة عن نصر بن عاصم عن مالك بن الحويرث.

وأما الجمع: فإنه رحمته الله كان يحاذي بكفيه منكبيه وبأطراف أصابعه أذنيه. والجمع أولى من ترك أحد الحديثين.

ويندب إرسال اليدين بوقار بدون قوة. ويجوز قبضهما على الصدر في النافلة، وذلك لجواز الاعتماد في النفل بغير ضرورة، فإن قصد به التسنن فمندوب. أما الفرض فيكره فيه القبض للاعتماد، فلو فعله المصلي لا للاعتماد بل استناناً لم يكره. وكذلك إذا لم يقصد شيئاً. وتعليل كراهة القبض للاعتماد هو المعتمد في المذهب، ذكر ذلك الشيخ الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير.

وقد روى أشهب عن مالك أنه قال: لا بأس بذلك في النافلة والفريضة⁽⁵⁾ وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه استحسنته⁽⁶⁾.

وروى العراقيون عن مالك في ذلك روايتين: إحداهما: الإستحسان، والثانية: المنع⁽⁷⁾.

وروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك في النافلة وكرهه في الفريضة⁽⁸⁾.

ووجه المنع في رواية العراقيين الثانية ورواية ابن القاسم:

(1) البيان والتحصيل 375/1. (2) كشف المغطى ص 90.

(3) أخرجه مسلم في الصلاة، باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين.

(4) المتقى 143/1. (5) المتقى 281/1.

(6) المتقى 281/1. (7) المتقى 281/1.

(8) المتقى 281/1.

أ - لثلا يلحقه أهل الجهل بأفعال الصلاة المعتبرة في صحتها⁽¹⁾، قال الشيخ الصاوي عن هذا التعليل: «استبعد وضعف».

ب - إذا كان ذلك على طريق الاعتماد، فإن القاضي عبد الوهاب حصر اختلاف الروايات عن مالك في أمرين: الاستحباب، والجواز، أما الكراهة فهي غير واردة على أصل مشروعية القبض، وإنما على ما يطرأ عليها من سوء الامتثال وهو الاعتماد، فقد قال: «في وضع اليمنى على اليسرى روايتان إحداهما الاستحباب والأخرى الإباحة، وأما الكراهة ففي غير موضع الخلاف وهي إذا قصد بها الاعتماد والاتكاء»⁽²⁾.

وقال القاضي عياض في هذا المعنى: «صحت الآثار بفعله والحض عليه... واتفقوا على أنه ليس بواجب، ثم اختلفوا فقال مالك والجمهور: هو سنة لأنه صفة التخشع. وقال مالك أيضاً والليث وجماعة بالكراهية وعلت بخوف أن يعتقد وجوبه، وقيل: لثلا يظهر من خشوعه خلاف الباطن، وتؤول عن مالك إنما كرهه لمن يفعله اعتماداً ولذا كرهه مرة في الفرض دون النفل لطول أمر النفل»⁽³⁾.

هذا وقد حقق الشيخ محمد المكي بن عزوز⁽⁴⁾ في رسالته: «هيئة الناسك في أن القبض في الصلاة هو مذهب مالك» في ما جاء في المدونة من قول ابن القاسم، وبين فيها أن الإمام مالكا رحمته الله إنما كره القبض لقصد الاعتماد فقط. قال الشيخ: «قلت: ومن اطلع على المدونة نفسها تبين له من سياقها أن الكراهة في ذلك مقصورة على قصد الاعتماد لا غير، لأن باب المبحث فيها باب الاعتماد في الصلاة. ولنسق كلامها كله بادئاً بترجمة الباب ليزداد الأمر اتضاحاً وإن أدى إلى طول: «قال: الاعتماد في الصلاة والاتكاء ووضع اليد على اليد. قال: وسألت مالكا عن الرجل يصلي إلى جنب حائط فيتكى على الحائط؟ قال: أما في المكتوبة فلا يعجبني وأما في النافلة فلا أرى بذلك بأساً. قال ابن القاسم: والعصا تكون في يده بمنزلة الحائط؟ قال: وقال مالك: إن شاء

(2) الإشراف على مسائل الخلاف 80/1.

(1) المنتقى 281/1.

(3) إكمال إكمال المعلم 157/1.

(4) محمد المكي بن عزوز المالكي التونسي، فقيه، باحث من علماء الزيتونة. ولد ببلده نفضة سنة 1854م وتوفي باستنبول سنة 1916م. تلقى من علماء الجريد ثم ارتحل إلى تونس والتحق بجامعة الزيتونة فأخذ عن جماعة منهم البشير التواتي وعمر بن الشيخ وشيخ الإسلام أحمد بلخوجة وسالم بوحاجب ومحمد النجار ومصطفى رضوان، أحرز على شهادة التطويب، ولي القضاء والإفتاء بنفضة ثم عاد إلى تونس وياشر التدريس بجامعة الزيتونة. انتفع به جماعة منهم ابن أخته محمد الخضر حسين وعبد العزيز الثعالبي، كانت له رحلات إلى الجزائر وبنغازي ومصر والحجاز والشام واجتمع بكثير من الأعلام ثم توجه إلى استنبول سنة 1914م وتولى بها التدريس بدار الفنون ثم سعى مدرساً بمدرسة الواعظين. توفي هناك تاركاً مؤلفات تناهز الثمانين. (تراجم المؤلفين التونسيين محمد محفوظ ص 382 ج 3).

اعتمد وإن شاء لم يعتمد وكان لا يكره الاعتماد. قال: وذلك على قدر ما يرتفق به فلينظر ما هو أرفق به فليصنعه. قال: وقال مالك في وضع اليمنى على اليسرى في الصلاة؟ قال: لا أعرف ذلك في الفريضة وكان يكرهه، ولكن في النوافل إذا طال القيام فلا بأس بذلك يعين به نفسه، سحنون عن ابن وهب عن سفيان الثوري عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ أنهم رأوا رسول الله ﷺ واضعاً يده اليمنى على يده اليسرى في الصلاة» انتهى كلام المدونة. وبه تعرف مراد ابن القاسم بالكراهة إلى أين توجه، ومراد سحنون وهو المتلقي إملاء المدونة لله دزه ما أدق نظره وما أبصره بحسن تنسيق الإفادة، حيث خشي أن تؤخذ الكراهة التي رواها ابن القاسم مطلقة مغفولاً عن قيدها بقصد الاعتماد - وقد وقع - فأعقبها بثبوت سنيتها إشعاراً بطرفي المسألة ﷺ. ولا جرم أن هجر المتأخرين لكتب الأمهات وتصانيف الأقدمين خطأ واضح يعرفه من أشرف على الجميع». انتهى كلام الشيخ ابن عزوز.

ودليل رواية الاستحسان عن مالك⁽¹⁾:

أ - عن عبد الكريم بن أبي المخارق المصري أنه قال: «من كلام النبوة: «إذا لم تستحي فافعل ما شئت»، ووضع اليدين إحداهما على الأخرى في الصلاة: يضع اليمنى على اليسرى، وتعجيل الفطر، والإستيناء بالسحور (أي: تأخيرها)⁽²⁾. ومعنى قوله: من كلام النبوة أي من كلام رسول الله⁽³⁾.

ب - عن سهل بن سعد الساعدي أنه قال: «كان الناس يؤمرون أن يضع الرجل اليد اليمنى على ذراعه اليسرى في الصلاة» قال أبو حازم: لا أعلم إلا أنه ينمي ذلك⁽⁴⁾. ومعنى قوله: ينمي ذلك: أي يرفع ذلك ويسنده إلى رسول الله ﷺ⁽⁵⁾.

ج - عن وائل بن حجر قال: «رأيت رسول الله ﷺ إذا كان قائماً في الصلاة قبض بيمينه على شماله»⁽⁶⁾.

5 - إكمال قراءة السورة بعد الفاتحة فلا يقتصر على بعضها ولا على آية أو أكثر

(1) المتقى 1/218 وأحكام القرطبي 20/220.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب وضع اليدين إحداهما على الأخرى في الصلاة. والبخاري في الأنبياء، باب حدثنا أبو اليمان.

(3) كشف المغطى ص 118.

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب وضع اليدين إحداهما على الأخرى في الصلاة. والبخاري في الأذان، باب وضع اليمنى على اليسرى.

(5) المتقى 1/218.

(6) أخرجه النسائي في الافتتاح، باب وضع اليمين على الشمال في الصلاة. وأبو داود بمعناه، في الصلاة، باب رفع اليدين في الصلاة.

ولو من الطوال، فالسورة ولو قصرت أفضل من بعض سورة ولو كثرت الآيات.

6 - قراءة المأموم خلف الإمام في الصلاة السرية وأخيرة المغرب وأخيرة العشاء.

7 - تطويل القراءة في الصبح والظهر، بأن يقرأ فيهما من طوال المفصل. والمفصل

يبتدىء من أول سورة الحجرات إلى سورة الناس. وسمي كذلك لكثرة الفصل فيه بالبسملة بين سوره. وطوال المفصل من أول «الحجرات» إلى آخر «النازعات». ووسطه من أول «عبس» إلى آخر «الليل». وقصاره من أول «الضحى» إلى آخر «الناس».

ولا يندب التطويل إلا لفدً وإمام لجماعة معينين طلبوه، وإلا فالتقصير في حقه

أفضل، لأن الناس قد يكون فيهم الضعيف وذو الحاجة فيضرمهم التطويل.

ويندب القراءة بقصار المفصل في العصر والمغرب، وبوسطه في العشاء.

ويندب تقصير قراءة الركعة الثانية عن الأولى.

8 - تأمين الفذ والمأموم في السر والجهر. ويؤتمن الإمام في السر فقط. ويندب

الإسرار بالتأمين. ودليل مشروعية التأمين:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قال الإمام: ﴿غَيْرِ الْمَفْضُورِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّكَّالِينَ﴾ - فقولوا: آمين. فإنه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»⁽¹⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أتمن الإمام فأمنوا، فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه». قال ابن شهاب: وكان رسول الله ﷺ يقول: «آمين»⁽²⁾.

ووجه عدم تأمين الإمام في الجهر رغم قوله ﷺ: «إذا أتمن الإمام فأمنوا» أن معنى «أمن»: بلغ موضع التأمين⁽³⁾ أو أن معناه: «إذا دعا»، لأنه قد يسمى الداعي مؤمناً⁽⁴⁾، أو أن إخباره ﷺ عن تأمين الإمام لا يدل على وجوبه ولا على الندب إليه، لأنه قد يخبر عن فعل مباح ولا ينكر على فاعله⁽⁵⁾.

وكذلك قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «إذا قال الإمام: ﴿غَيْرِ الْمَفْضُورِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّكَّالِينَ﴾ - فقولوا: آمين». وجه الدليل أنه لو كان يطلب من الإمام التأمين لقال: فإذا قال آمين»⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك في الصلاة باب ما جاء في التأمين خلف الإمام. والبخاري في الأذان، باب جهر

الإمام بالتأمين. ومسلم في الصلاة، باب التسميع والتحميد والتأمين.

(2) أخرجه مالك والبخاري ومسلم في الأبواب المذكورة في التعليق السابق.

(3) المنتقى 161/1 وعارضة الأحوذى 50/2 والمعلم 392/1.

(4) المنتقى 161/1 وإكمال إكمال المعلم 166/2. (5) المنتقى 161/1.

(6) الإشراف 77/1.

وقيل: إن الإمام يؤمّن في الجهر أيضاً وهو ما ذهب إليه ابن العربي وغيره والدليل:

أ - حديث أبي هريرة المتقدم وفيه قوله ﷺ: «إذا أمّن الإمام فأمنوا».

ولا يجوز أن يعدل عن هذا الظاهر إلاّ بدليل إن وجد إليه وجه سائغ في اللغة⁽¹⁾. وما تقدم من التأويل بعيد لغة، بعيد شرعاً⁽²⁾.

ب - فعله⁽³⁾ فقد روي عن وائل بن حجر قال: «سمعت رسول الله ﷺ قرأ - «عَبْرَ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ» - فقال: آمين ومدّ بها صوته»⁽⁴⁾.

ج - عن ابن شهاب قال: وكان رسول الله ﷺ يقول: آمين⁽⁵⁾.

ومحلّ تأمين المأموم في الجهر إن سمع إمامه يقول: - ولا الضالين - فإن لم يسمعه لا يؤمّن.

9 - التسبيح في الركوع والسجود بنحو - سبحان الله وبحمده - بلا حد. ويقدم التسبيح على الدعاء في السجود.

10 - قول: ربنا ولك الحمد، للمقتدي والقدّ حال القيام من الركوع. والدليل:

عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قال الإمام - سمع الله لمن حمده - فقولوا: اللهم ربنا لك الحمد - فإنه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»⁽⁶⁾.

ويكره الزيادة على ذلك لأن العمل على خلافه⁽⁷⁾.

أما حال الرفع من الركوع فيقول الإمام والقدّ: - سمع الله لمن حمده -.

11 - القنوت: بأي لفظ، في الصبح فقط. ويندب إسراره، وأن يقع قبل الركوع الثاني. ودليل مشروعيته⁽⁸⁾:

أ - عن عاصم قال: سألت أنس بن مالك عن القنوت، قبل الركوع أو بعد الركوع؟

(1) المنتقى 161/1.

(2) عارضة الأحوذى 50/2 وشرح الزرقاني على الموطأ 1/265.

(3) عارضة الأحوذى 50/2.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب التأمين وراء الإمام والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في التأمين.

(5) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في التأمين. خلف الإمام.

(6) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في التأمين خلف الإمام. والبخاري في الأذان، باب فضل اللهم ربنا ولك الحمد. ومسلم في الصلاة: باب التسميع والتحميد والتأمين.

(7) الذخيرة 1م ورقة 100 والمنتقى 1/356.

(8) الإشراف 1/88 والمنتقى 1/282 وأحكام القرطبي 4/201.

فقال: قبل الركوع. قال: قلت: إن ناساً يزعمون أن رسول الله ﷺ قنت بعد الركوع. فقال: إنما قنت رسول الله ﷺ شهراً يدعو على أناس قتلوا أناساً من أصحابه. يقال لهم القراءة⁽¹⁾.

ب - عن أنس رضي الله عنه قال: «ما زال رسول الله ﷺ يقنت في صلاة الغداة حتى فارق الدنيا»⁽²⁾.

وقال ابن وهب: قال لي مالك: لا بأس بأن يدعى الله في الصلاة على الظالم ويدعو لآخرين، وقد دعا رسول الله ﷺ في الصلاة لأناس ودعا على آخرين⁽³⁾.
ودليل الإتيان به قبل الركوع رواية عاصم عن أنس المتقدمة.
والمسبوق بركعة يقنت في ركعة القضاء على المشهور.

ويندب في القنوت اللفظ الوارد عن النبي ﷺ والذي اختاره الإمام مالك رضي الله عنه وهو: اللهم إنا نستعينك، ونستغفرك، ونؤمن بك، ونتوكل عليك، ونخضع لك ونخلع، ونترك من يكفرك، اللهم إياك نعبد، ولك نصلي ونسجد، وإليك نسعى ونحفد، نرجو رحمتك، ونخاف عذابك، إن عذابك الجد بالكافرين ملحق.

12 - الدعاء بما يجب المصلي قبل السلام وبعد الصلاة على النبي ﷺ والدليل⁽⁴⁾: ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «كنا إذا صلينا خلف النبي ﷺ قلنا: السلام على الله، السلام على جبريل وميكائيل، السلام على فلان وفلان، فالتفت إلينا النبي ﷺ فقال: «إن الله هو السلام، فإذا صلى أحدكم فليقل: التحيات لله والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين - فإنكم إذا قلموها أصابت كل عبد لله صالح في السماء والأرض - أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. ثم يتخير من الدعاء أعجبه إليه فيدعو»⁽⁵⁾.

ويندب إسرار الدعاء، لأن كل دعاء يندب إسراؤه، كما يندب إسرار التشهد. ويندب تعميم الدعاء لأن التعميم أقرب للإجابة، ومن الدعاء العام: اللهم اغفر لنا ولوالدينا ولأئمتنا من العلماء والخلفاء ولمن سبقنا بالإيمان مغفرة عزمًا. اللهم اغفر لنا ما قدمنا وما أخرنا وما أسررنا وما أعلنا وما أنت أعلم به منا. ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار.

(1) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب القنوت في جميع الصلوات.

(2) أخرجه أحمد في مسنده 162/3 والبيهقي في السنن الكبرى 201/2.

(3) المدونة الكبرى 100/1. (4) المنتقى 168/1.

(5) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما يتخير من الدعاء بعد التشهد. ومسلم في الصلاة، باب التشهد في الصلاة.

وأحسن الدعاء ما ورد في القرآن والسنة ثم ما فتح به على العبد.

13 - السترة للإمام والمنفرد، إن خشياً مروراً بمحل سجودهما فقط. ودليل مشروعيتها السترة⁽¹⁾:

- عن طلحة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل (الخشب التي يستند إليها الراكب) فيلصل. ولا يبالي من مرّ وراء ذلك»⁽²⁾.
ويأثم المازّ بين يدي المصلّي فيما يستحقه المصلّي من محلّ صلاته، سواء صلّى لسترة أو لا. ودليل الإثم:

- عن أبي جهيم قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعلم المازّ بين يدي المصلّي ماذا عليه، لكان أن يقف أربعين، خيراً له من أن يمرّ بين يديه» قال أبو النضر (أحد الرواة شيخ مالك): لا أدري أقال أربعين يوماً أو شهراً أو سنة⁽³⁾.
وإذا تعرض المصلّي للمرور، والمازّ له فسحة في ترك المرور بين يديه فإنهما يأثمان معاً.

وإذا لم يتعرض المصلّي للمرور، والمازّ ليس له فسحة فلا يأثمان. والدليل:

أ - عن عبد الله بن عباس أنه قال: «أقبلت ركباً على أتان، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام، ورسول الله يصلي للناس بمنى، فمررت بين يدي بعض الصف، فنزلت، فأرسلت الأتان ترتع ودخلت في الصف. فلم ينكر ذلك عليّ أحد»⁽⁴⁾.

ب - عن مالك أنه بلغه أن سعد بن أبي وقاص كان يمرّ بين يدي بعض الصفوف والصلاة قائمة⁽⁵⁾.

وإذا لم يتعرض المصلّي للمرور، وكان للمازّ فسحة يأثم المازّ فقط، وللمصلي أن يدرأه. والدليل:

- عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان أحدكم يصلي، فلا يدع أحداً يمرّ بين يديه، وليدرأه ما استطاع. فإن أبي فليقاتله فإنما هو شيطان»⁽⁶⁾.

(1) المتفق 278/1 وبداية المجتهد 136/1.

(2) أخرجه مسلم في الصلاة، باب سترة المصلّي.

(3) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب التشديد في أن يمرّ أحد بين يدي المصلّي. والبخاري في الصلاة، باب إثم المازّ بين يدي المصلّي. ومسلم في الصلاة، باب منع المازّ بين يدي المصلّي.

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر باب الرخصة في المرور بين يدي المصلّي. والبخاري في الصلاة، باب سترة الإمام سترة من خلفه. ومسلم في الصلاة، باب سترة المصلّي.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب الرخصة في المرور بين يدي المصلّي.

(6) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب التشديد في أن يمرّ أحد بين يدي المصلّي. =

وتكون السترة بشيء طاهر، ثابت، غير مشغل، وأقلها ما كان في غلظ الرمح وطول الذراع؛ فلا يستتر بنجس، ولا دابة غير مربوطة، ولا خط في الأرض، ولا حفرة، ولا صغير، ولا حلقة علم أو ذكر.

والطائف بالبيت إذا مرّ بين يدي مصلى، والمحرم بصلاة إذا مرّ أيضاً لسدّ فرجة، لا إثم عليهما ولو كان لهما سعة وطريق غير ما بين يدي المصلّي.

14 - ختم الصلاة بالأذكار الواردة عن الرسول ﷺ من غير فصل بنافلة.

15 - التماذي في الذكر بعد صلاة الصبح إلى طلوع الشمس أو قرب طلوعها.

16 - وضع اليدين على الركبتين عند الركوع وتمكينهما منهما، والدليل:

- عن أبي حميد الساعدي قال: «رأيت رسول الله ﷺ إذا كبر جعل يديه حذاء منكبيه، وإذا ركع أمكن يديه من ركبتيه، ثم هصر ظهره (أمال مع استقامة من غير تقويس)»⁽¹⁾.

17 - تسوية الظهر عند الركوع.

18 - نصب الركبتين دون إحنائهما في الركوع.

19 - مباحة الرجل المرفقين عن الجنبيين، بأن يجنح بهما تجنيحاً وسطاً، وهذا خاص بالرجل. والدليل⁽²⁾:

- عن أبي حميد قال: «إن رسول الله ﷺ ركع فوضع يديه على ركبتيه، كأنه قابض عليهما، ووثر يديه فنحاهما عن جنبيه»⁽³⁾.

20 - أن يكون التكبير المسنون حال الخفض للركوع، والسجود، والرفع منه، إلا في القيام من التشهد الوسط فيؤخر حتى يستقل المصلّي قائماً، ويؤخر المأموم قيامه حتى يستقل إمامه قائماً تحقيقاً للمتابعة.

21 - تمكين الجبهة والأنف من الأرض أو ما اتصل بها من سرير أو سقف أثناء السجود. أما تمكين جزء من الجبهة فهو فرض.

22 - تقديم اليدين على الركبتين حال الإنحطاط للسجود. والدليل⁽⁴⁾:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا سجد أحدكم فلا يبرك كما يبرك

= البخاري في الصلاة، باب يرذ المصلّي من مرّ بين يديه. ومسلم في الصلاة، باب منع الماز بين يدي المصلّي.

(1) أخرجه البخاري في الأذن، باب سئة الجلوس في التشهد.

(2) عارضة الأحوذى 61/2.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب افتتاح الصلاة. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء أنه يجافي يديه عن جنبيه في الركوع.

(4) الذخيرة م 1 ورقة 97 والإشراف 83/1.

البعير وليضع يديه قبل ركبته⁽¹⁾.

وتأخير اليدين عن الركبتين عند القيام للقراءة مندوب كذلك.

- 23 - وضع اليدين حذو الأذنين في السجود، بحيث تكون أطراف الأصابع حذو الأذنين، وضم أصابع اليدين ورؤوسهما في اتجاه القبلة مندوب أيضاً.
- 24 - مباحة الرجل ما بين المرفقين والركبتين ومباحة ما بين العضدين والجنبين. والدليل⁽²⁾:

- أ - عن ميمونة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا سجد خوى يديه - يعني جئح - حتى يرى وضح إبطيه من ورائه، وإذا قعد اطمأن على فخذه اليسرى⁽³⁾.
- ب - عن ابن بحينة أن النبي ﷺ: «كان إذا صلى فرج بين يديه، حتى يبدو بياض إبطيه⁽⁴⁾. كما يندب مباحة الرجل بطنه عن فخذه فلا يجعله عليهما. وفي الكل تكون المباحة وسطاً. أما المرأة فتكون منضمة في جميع أحوالها. ورفع اليدين عن الأرض مندوب كذلك، والدليل⁽⁵⁾:

- أ - عن البراء بن عازب قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا سجدت فضع كفك وارفع مرفقك⁽⁶⁾.
- ب - عن أنس أن النبي ﷺ قال: «اعتدلوا في السجود ولا يبسط أحدكم ذراعيه انبساط الكلب⁽⁷⁾.

25 - أن تكون العجيزة أرفع من الرأس في السجود. والدليل⁽⁸⁾:

- عن أبي إسحاق قال: وصف لنا إبراء بن عازب، فوضع يديه واعتمد على ركبته ورفع عجيزته (العجز). وقال: «هكذا كان رسول الله ﷺ يسجد⁽⁹⁾.
- 26 - الدعاء في السجود بما يتعلق بأمور الدين والدنيا والآخرة، للمصلي أو لغيره، خصوصاً أو عموماً، بلا حد.

- (1) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب كيف يضع ركبته قبل يديه. والنسائي في الافتتاح، باب أول ما يصل إلى الأرض من الإنسان في سجوده.
- (2) أحكام القرطبي 346/1 والذخيرة 1م ورقة 96.
- (3) أخرجه مسلم في الصلاة، باب الاعتدال في السجود.
- (4) أخرجه البخاري في الصلاة، باب يبدي ضبعيه ويجافي في السجود. ومسلم في الصلاة، باب الاعتدال في السجود.
- (5) أحكام القرطبي 346/1.
- (6) أخرجه مسلم في الصلاة، باب الاعتدال في السجود.
- (7) أخرجه مسلم في الصلاة، باب الاعتدال في السجود.
- (8) الذخيرة 1م ورقة 96.
- (9) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب صفة السجود.

27 - جعل الرجل اليسرى في الجلوس مع الألية على الأرض، وقدم اليسرى جهة الرجل اليمنى، ونصب قدم اليمنى على اليسرى، وياطن إبهام اليمنى على الأرض. وقد وردت أحاديث صحيحة في هذه الهيئة وفي غيرها. وقد رجح مالك رضي الله عنه قوله بعمل أهل المدينة⁽¹⁾.

28 - تفريغ الفخذين للرجل عند الجلوس، فلا يلصقهما، بخلاف المرأة.

29 - وضع الكفين في الجلوس على رأسي الفخذين، بحيث تكون رؤوس أصابعهما على الركبتين.

30 - عقد ماعدا السبابة والإبهام من اليد اليمنى حال التشهد، مع مد السبابة بجانب الإبهام كالمشار بها. والدليل:

- عن علي بن عبد الرحمن المعاوي أنه قال: رأيت عبد الله بن عمر وأنا أعبت بالحصباء في الصلاة، فلما انصرفت نهاني. وقال: اصنع كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع. فقلت: وكيف كان رسول الله يصنع؟ قال: كان إذا جلس في الصلاة وضع كفه اليمنى على فخذة اليمنى وقبض أصابعه كلها، وأشار بأصبعه التي تلي الإبهام، ووضع كفه اليسرى على فخذة اليسرى وقال: هكذا كان يفعل⁽²⁾.

وتحرك السبابة من أول التشهد إلى آخره لجهة اليمين والشمال، لا لفوق أو تحت، تحريكاً وسطاً.

وقيل: لا تحرك والدليل⁽³⁾:

- عن عبد الله بن الزبير أنه ذكر: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يشير بإصبعه إذا دعا ولا يحركها»⁽⁴⁾.

قال ابن العربي⁽⁵⁾: «وإياكم وتحريك أصابعكم في التشهد، ولا تلتفتوا إلى رواية العتبية⁽⁶⁾، فإنها بلية. وعجبا ممن يقول إنها مقمعة للشيطان إذا حركت، اعلموا أنكم إذا حركتم للشيطان أصبعاً حرك لكم عشراً. إنما يقمع الشيطان بالإخلاص والخشوع والذكر...».

(1) الذخيرة 1، ورقة 99.

(2) أخرجه مالك في الصلاة، باب العمل في الجلوس في الصلاة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب صفة الجلوس في الصلاة.

(3) القرطبي 1/361.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الإشارة في التشهد. والنسائي في السهو، باب بسط اليسرى على الركبة.

(5) عارضة الأحوذى 2/87.

(6) العتبية وتسمى المستخرجة، جمعها محمد العتبي (ت 255هـ) ضمنها سماعته لأقوال مالك وتلاميذه. عن طريق من أدركهم من أصحاب الإمام وتلاميذهم.

31 - التيامن بتسليمة التحليل كلها إن كان المصلي مأموماً. أما إن كان إماماً أو فذاً فإنه يشير عند النطق بها للقبلة ويختمها بالتيامن عند نطق «عليكم» حتى يرى من خلفه صفحة وجهه.



مكروهات الصلاة

1 - التعوذ. والدليل:

- الأدلة الآتية في البسمة وعمل أهل المدينة⁽¹⁾.

2 - البسمة قبل الفاتحة والسورة في صلاة الفرض. ويجوز التعوذ والبسمة في النفل ولو مندوراً، وتركهما أولى، ما لم يراع الخلاف⁽²⁾.

وهذه المسألة مبنية على القول بأن البسمة ليست آية من الفاتحة ولا من بقية السور. وهو قول المالكية. وقد حقق في أدلتهم العلامة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ولا أجد أدق من تحقيقه وأنا أنقله كله⁽³⁾، قال ﷺ:

«أما حجة مالك ومن وافقه فلهم فيها مسالك: أحدها من طريق النظر، والثاني من طريق الأثر، والثالث من طريق الذوق العربي.

فأما المسلك الأول فللمالكية فيه مقالة فائقة للقاضي أبي بكر الباقلاني وتابعه أبو بكر بن العربي في أحكام القرآن والقاضي عبد الوهاب في كتاب الإشراف.

قال الباقلاني: «لو كانت التسمية من القرآن لكان طريق إثباتها إما التواتر أو الآحاد، والأول باطل، لأنه لو ثبت بالتواتر كونها من القرآن لحصل العلم الضروري بذلك، ولأمتنع وقوع الخلاف فيه بين الأمة؛ والثاني أيضاً باطل، لأن خبر الواحد لا يفيد إلا الظن فلو جعلناه طريقاً إلى إثبات القرآن لخرج القرآن عن كونه حجة يقينية ولصار ذلك ظنياً، ولو جاز ذلك لجاز ادعاء الروافض أن القرآن دخله الزيادة والنقصان والتغيير والتحريف». (انتهى كلام الباقلاني).

وهو كلام وجيه والأقيسة الاستثنائية التي طواها في كلامه واضحة لمن له ممارسة للمنطق وشرطياتها لا تحتاج للاستدلال لأنها بديهة من الشريعة فلا حاجة إلى بسطها.

زاد أبو بكر بن العربي في أحكام القرآن فقال: «يكفيك أنها ليست من القرآن الاختلاف فيها، والقرآن لا يختلف فيه». (انتهى كلامه).

وزاد عبد الوهاب فقال: «إن رسول الله بين القرآن بياناً واحداً متساوياً، ولم تكن

(2) الشرح الصغير 1/122.

(1) الذخيرة 1م ورقة 94.

(3) التحرير والتنوير 1/139 - 142. وانظر أيضاً ما ذكره القرافي في الذخيرة 2/176 - 181. طبع دار الغرب الإسلامي.

عاداته في بيانه مختلفة بالظهور والخفاء حتى يختص به الواحد والاثنان. ولذلك قطعنا بمنع أن يكون شيء من القرآن لم ينقل إلينا، وأبطلنا قول الرافضة: إن القرآن حمل جمل عند الإمام المعصوم المنتظر. فلو كانت البسملة من الحمد لبينها رسول الله بياناً شافياً» (انتهى كلامه).

وقال ابن العربي في العارضة: «إن القاضي أبا بكر بن الطيب لم يتكلم من الفقه إلا في هذه المسألة خاصة لأنها متعلقة بالأصول».

... أما المسلك الثاني وهو الاستدلال من الأثر، فلا نجد في صحيح السنة ما يشهد بأن البسملة آية من أوائل سور القرآن والأدلة ستة:

الدليل الأول: ما روى مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن إلى أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «قال الله تعالى: قَسَمْتُ الصلاةَ بيني وبين عبدي نصفين، فنصفها لي ونصفها لعبدي، ولعبدي ما سأل». «يقول العبد: - الحمد لله رب العالمين - فأقول: حمدني عبدي... الخ».

والمراد بالصلاة: القراءة في الصلاة، ووجه الدليل منه أنه لم يذكر بسم الله الرحمن الرحيم.

الثاني: حديث أبي بن كعب في الموطأ والصحيحين أن رسول الله ﷺ قال له: «ألا أعلمك سورة لم ينزل في التوراة ولا في الإنجيل مثلها قبل أن تخرج من المسجد؟ قال: بلى. فلما قارب الخروج قال له: «كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة؟» قال أبي: فقرأت - الحمد لله رب العالمين - حتى أتيت على آخرها».

فهذا دليل على أنه لم يقرأ منها البسملة.

الثالث: ما في صحيح مسلم وسنن أبي داود وسنن النسائي عن أنس بن مالك من طرق كثيرة أنه قال: «صليت خلف رسول الله وأبي بكر وعمر وعثمان، فكانوا يستفتحون بالحمد لله رب العالمين لا يذكرون - بسم الله الرحمن الرحيم - لا في أول قراءة ولا في آخرها».

الرابع: حديث عائشة في صحيح مسلم وسنن أبي داود قالت: «كان رسول الله ﷺ يستفتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين».

الخامس: ما في سنن الترمذي والنسائي عن عبد الله بن مغفل قال: «صليت مع النبي وأبي بكر وعمر وعثمان، فلم أسمع أحداً منهم يقول: بسم الله الرحمن الرحيم. إذا أنت صليت فقل: الحمد لله رب العالمين».

السادس: - وهو الحاسم - عمل أهل المدينة، فإن المسجد النبوي من وقت نزول الوحي إلى زمن مالك، صلى فيه رسول الله والخلفاء والأمراء. وصلّى وراءهم الصحابة وأهل العلم ولم يسمع أحد قرأ بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة الجهرية. وهل يقول

عالم إن بعض السورة جهر وبعضها سرّ. فقد حصل التواتر بأن النبي والخلفاء لم يجهروا بها في الجهرية فدلّ على أنها ليست من السورة، ولو جهروا بها لما اختلف الناس فيها.

وهناك دليل آخر لم يذكره هنا، وهو حديث عائشة في بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ وهو معتبر مرفوعاً إلى النبي وذلك قوله: «فجاءه الملك فقال: اقرأ. قال رسول الله: فقلت ما أنا بقارئ» - إلى أن قال: - فغطني الثالثة ثم قال: اقرأ باسم ربك الذي خلق» الحديث. فلم يقل فقال لي: بسم الله الرحمن الرحيم اقرأ باسم ربك... وقد ذكروا هذا في تفسير سورة العلق وفي شرح حديث بدء الوحي.

وأما المسلك الثالث وهو الاستدلال من طريق الاستعمال العربي، فيأتي القول فيه على مراعاة قول القائلين بأن البسمة آية من سورة الفاتحة خاصة، وذلك يوجب أن يتكرر لفظان وهما الرحمن الرحيم في كلام غير طويل، ليس بينهما فصل كثير، وذلك مما لا يحمد في باب البلاغة.

وهذا الاستدلال نقله الإمام الرازي في تفسيره وأجاب عنه بقوله: إن التكرار لأجل التأكيد كثير في القرآن. وإن تأكيد كونه تعالى رحماناً رحيماً من أعظم المهمات.

وأنا أدفع جوابه بأن التكرار وإن كانت له مواقع محمودة في الكلام البليغ مثل التهويل ومقام الرثاء، أو التعديد أو التوكيد اللفظي، إلا أن الفاتحة لا مناسبة لها بأغراض التكرير، ولا سيما التوكيد، لأنه لا منكر لكونه تعالى رحماناً رحيماً. ولأن شأن التوكيد اللفظي أن يقترن فيه اللفظان بلا فصل، فتعين أنه تكرير اللفظ في الكلام لوجود مقتضى التعبير عن مدلوله بطريق الاسم الظاهر دون الضمير، وذلك مشروط بأن يبعد ما بين المكررين بعداً يقصيه عن السمع؛ وقد علمت أنهم عدّوا في فصاحة الكلام خلوصه من كثرة التكرار، والقرب بين الرحمن الرحيم حين كررا يمنع ذلك.

وأجاب البيضاوي بأن نكتة التكرير هنا هي تعليل استحقاق الحمد.

فقال السلكوتي: أشار بهذا إلى الردّ على ما قاله بعض الحنفية: إن البسمة لو كانت من الفاتحة للزم التكرار.

وهو جواب لا يستقيم، لأنه إذا كان التعليل قاضياً بذكر صفتي الرحمن الرحيم فدفع التكرير يقتضي تجريد البسمة التي في أول الفاتحة من هاتين الصفيتين بأن تصير الفاتحة هكذا «بسم الله الحمد لله الخ».

وأنا أرى في الاستدلال بمسلك الذوق العربي أن يكون على مراعاة قول القائلين بكون البسمة آية من كل سورة فينشأ من هذا القول أن تكون فواتح سور القرآن كلها متماثلة؛ وذلك مما لا يحمد في كلام البلغاء، إذ الشأن أن يقع التفنن في الفواتح، بل قد عدّ علماء البلاغة أهمّ مواضع التأنق فاتحة الكلام وخاتمته، وذكروا أن فواتح السور وخواتمها واردة على أحسن وجوه البيان وأكملها، فكيف يسوغ أن يدعى أن فواتح سور

جملة واحدة مع أن عامة البلغاء من الخطباء والشعراء والكتاب يتنافسون في تفنن فواتح منشآتهم، ويعييون من يلتزم في كلامه طريقة واحدة فما ظنك بأبلغ كلام». انتهى كلام الشيخ ابن عاشور⁽¹⁾.

وقد عرض الشيخ الإمام أدلة من قال بأن البسملة آية من الفاتحة وناقشها فقال: «وأما حجة مذهب الشافعي ومن وافقه بأنها آية من سورة الفاتحة خاصة، فأمر كثيرة أنها فخر الدين إلى سبع عشرة حجة لا يكاد يستقيم منها بعد طرح المتداخل والخارج عن محل النزاع وضعيف السند أو واهيه إلا أمران:

أحدهما: أحاديث كثيرة منها ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «فاتحة الكتاب سبع آيات أولاهن بسم الله الرحمن الرحيم». وقول أم سلمة: قرأ رسول الله ﷺ الفاتحة وعدّ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين آية».

الثاني: الإجماع على أن ما بين الدفتين كلام الله.

والجواب: أما عن حديث أبي هريرة فهو لم يخرج أحد من رجال الصحيح، وإنما خرج الطبراني وابن مردويه والبيهقي، فهو نازل عن درجة الصحيح فلا يعارض الأحاديث الصحيحة. وأما حديث أم سلمة فلم يخرج من رجال الصحيح غير أبي داود وأخرجه أحمد بن حنبل والبيهقي وصحح بعض طرقه وقد طعن فيه الطحاوي بأنه رواه ابن أبي مليكة ولم يثبت سماع ابن أبي مليكة من أم سلمة، يعني أنه مقطوع، على أنه روي عنها ما يخالفه، على أن شيخ الإسلام زكرياء قد صرح في حاشيته على تفسير البيضاوي بأنه لم يرو باللفظ المذكور، وإنما روي بالفاظ تدل على أن بسم الله آية وحدها فلا يؤخذ منه كونها من الفاتحة، على أن هذا يفضي إلى إثبات القرآنية بغير المتواتر وهو ما ياباه المسلمون.

وأما عن الإجماع على أن ما بين الدفتين كلام الله، فالجواب أنه لا يقتضي إلا أن البسملة قرآن وهذا لا نزاع فيه. وأما كون المواضع التي رسمت فيها في المصحف مما تجب قراءتها فيها، فذلك أمر يتبع رواية القراء وأخبار السنة الصحيحة فيعود إلى الأدلة السابقة.

وهذا كله بناء على تسليم أن الصحابة لم يكتبوا أسماء السور وكونها مكية أو مدنية في المصحف، وأن ذلك من صنع المتأخرين وهو صريح كلام عبد الحكيم في حاشية البيضاوي. وأما إذا ثبت أن بعض السلف كتبوا ذلك كما هو ظاهر كلام المفسرين والأصوليين والقراء، كما في «لطائف الإشارات» للقسطلاني، وهو مقتضى كتابة المتأخرين لذلك، لأنهم ما كانوا يجزؤون على الزيادة على ما فعله السلف فالاحتجاج

حينئذٍ بالكتابة باطل من أصله، ودعوى كون أسماء السور كتبت بلون مخالف لحبر القرآن، يردّه أنّ المشاهد في مصاحف السلف أنّ حبرها بلون واحد ولم يكن التلوين فاشياً، وقد احتج بعضهم بما رواه البخاري عن أنس أنّه سئل كيف كانت قراءة النبي فقال: كانت مدّاً ثم قرأ بسم الله الرحمن الرحيم يمدّ بسم الله الرحمن ويمدّ الرحيم، ولا حجة في هذا لأنّ ضمير «قرأ» وضمير «يمدّ» عائدان إلى أنس وإنّما جاء بالبسملة على وجه التمثيل لكيفية القراءة لشهرة البسملة انتهى كلام الشيخ.

3 - الدعاء قبل الفاتحة أو السورة أو أثناء القراءة في الفرض. ودليل كراهة الدعاء

قبل الفاتحة:

أ - حديث الأعرابي المسيء لصلاته وفيه قول رسول الله ﷺ: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ» ولم يقل له سبح، كما يقول أبو حنيفة، ولا قل: وجهت وجهي، كما يقول الشافعي⁽¹⁾.

ب - حديث أبي بن كعب المتقدم في الحديث عن فرض الفاتحة. وفيه قول النبي: «كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة؟» فقال: فقرأت عليه الحمد لله رب العالمين. فلم يذكر توجيهاً ولا تسييحاً⁽²⁾.

ج - تقديم العمل على الآثار الواردة في ذلك⁽³⁾ أي عمل أهل المدينة، الذي هو حجة عند الإمام مالك مرجح على خير الأحاد.

أما الأخبار بأنّ النبي ﷺ كان يقول فإنّه إمّا يحمل على أنه كان يقوله قبل التكبير⁽⁴⁾، وإمّا يحمل على أنّه كان يقوله في النافلة⁽⁵⁾. ويؤيد المحمل الثاني ما يلي⁽⁶⁾:

د - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة بالليل كبر، ثم يقول: سبحانك اللهم وبحمدك، وتبارك اسمك، وتعالى جدك، ولا إله غيرك، ثم يقول: لا إله إلا الله (ثلاثاً)، ثم يقول: الله أكبر كبيراً (ثلاثاً) أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه» ثم يقرأ⁽⁷⁾.

هـ - عن محمد بن مسلمة أن رسول الله ﷺ «كان إذا قام يصلي تطوعاً قال: الله أكبر وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من

(2) الإشراف 75/1 وأحكام القرطبي 154/7.

(4) أحكام القرطبي 154/7.

(1) أحكام القرطبي 154/7.

(3) بداية المجتهد 1/123.

(5) أحكام القرطبي 154/7.

(6) المعلم بفرائد مسلم 1/393 وإكمال الإكمال 2/214 أحكام القرطبي 154/7.

(7) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب من رأى الاستفتاح بسبحانك والترمذي في الصلاة، باب ما يقول عند افتتاح الصلاة.

المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له، وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين. اللهم أنت الملك لا إله إلا أنت سبحانك ويحمدك ثم يقرأ⁽¹⁾.

و- عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستفتح الصلاة بالتكبير، والقراءة بالحمد لله رب العالمين»⁽²⁾.

4 - الدعاء في الركوع: أما قبل الركوع وبعده فجائز. كما يكره الدعاء قبل التشهد وبعد التشهد غير الأخير، وأما الأخير فيندب كما تقدم، ما لم يسلم الإمام.

5 - دعاء المأموم بعد سلام الإمام.

6 - الجهر بالدعاء المطلوب في الصلاة، في السجود وغيره.

7 - تكرير السورة في الركعتين من صلاة الفريضة. وإنما المطلوب أن يقرأ المصلي في الثانية بغير التي قرأها في الأولى، وأن يقرأ على نظم المصحف.

8 - يكره في الفرض قراءة سورتين في ركعة، أما في النفل فيجوز قراءة سورتين وأكثر بعد الفاتحة. كما يجوز تكرير سورة في ركعتين.

9 - الجهر بالتشهد مطلقاً.

10 - السجود على ما يلبسه المصلي، كالكم أو الرداء أو كور العمامة، ولا إعادة على من صلى على كور عمامته إن كان خفيفاً كالطيتين. ووجه الكراهة مظنة الرفاهية. أما إذا كان لضرورة توقي الحرّ والبرد فلا بأس. والدليل⁽³⁾:

- عن أنس رضي الله عنه قال: «كنا نصلّي مع النبي صلى الله عليه وسلم في شدة الحرّ، فإذا لم يستطع أحدنا أن يمكّن جبهته من الأرض بسط ثوبه فسجد عليه»⁽⁴⁾.

وكان ذلك بمرأى ومسمع من النبي فلم يغيّر عليهم.

وإذا كان كور العمامة ليس على الجبهة، بأن كان فوق الناصية ولم تلتصق الجبهة بالأرض فالصلاة باطلة. وإذا كانت العمامة فوق الجبهة وسجد عليها. فإن كانت كالطيتين فلا إعادة، وإلا أعاد في الوقت. ويكره السجود على ثوب غير ملبوس للمصلي أو بساط أو منديل أو حصير ناعم لأن ذلك ينافي الخشوع. ما لم يكن فرش مسجد فإنه لا كراهة فيه.

(1) أخرجه النسائي في الإفتاح، باب نوع آخر من الذكر والدعاء بين التكبير والقراءة.

(2) أخرجه مسلم في الصلاة، باب صفة الصلاة وما يفتح به ويختم به.

(3) المنتقى 287/1.

(4) أخرجه البخاري في الكسوف. باب بسط الثوب في الصلاة للسجود. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة. باب استحباب تقديم الظهر.

11 - قراءة القرآن عند الركوع أو السجود، إلا أن يقصد بالقراءة في السجود الدعاء، كأن يقرأ (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا). ودليل الكراهة⁽¹⁾:

أ - عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ: «نهى عن لبس القسي والمعصفر، وعن تختم الذهب، وعن قراءة القرآن في الركوع»⁽²⁾.

ب - عن ابن عباس قال: قال ﷺ: «ألا وإنني نهيت أن أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً، فأما الركوع فعظموا فيه الرب، وأما السجود فاجتهدوا في الدعاء، فقمتم (جدير) أن يستجاب لكم»⁽³⁾.

12 - تخصيص دعاء لا يدعو المصلي بغيره، فالوجه أن يدعو تارة بالمغفرة، وتارة بسعة الرزق، وتارة بصلاح النفس والولد والزوجة، وتارة بغير ذلك من أمور الدنيا والآخرة.

13 - الالتفات في الصلاة بلا حاجة مهمة، والدليل⁽⁴⁾:

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: سألت رسول الله ﷺ عن التفات الرجل في الصلاة فقال: «هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد»⁽⁵⁾.

ولا تبطل الصلاة به ولو التفت بجميع جسده، بحيث تبقى رجلاه للقبلة، فإن تحولتا عنها بطلت. ودليل عدم البطلان إذا لم تتحول الرجلان عن القبلة ما يلي:

- عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ ذهب إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم. وحانت الصلاة. فجاء المؤذن إلى أبي بكر الصديق فقال: أتصلي للناس فأقيم؟ قال: نعم. فصلّى أبو بكر. فجاء رسول الله ﷺ والناس في الصلاة فتخلّص ﷺ حتى وقف في الصف، فصفق الناس. وكان أبو بكر لا يلتفت في صلاته. فلما أكثر الناس من التصفيق التفت أبو بكر فرأى رسول الله، فأشار إليه رسول الله ﷺ أن امكث مكانك فرفع أبو بكر يديه، فحمد الله على ما أمره به رسول الله ﷺ من ذلك، ثم استأخر حتى استوى في الصف. وتقدم رسول الله ﷺ فصلّى، ثم انصرف. فقال: «يا أبا بكر ما منعك أن تثبت إذ أمرتك؟» فقال أبو بكر: ما كان لابن أبي قحافة أن يصلي بين يدي رسول الله ﷺ⁽⁶⁾.

(1) المتقى 1/287 وبداية المجتهد 1/154 والذخيرة 2/188 طبع دار الغرب الإسلامي.

(2) أخرجه مالك في الصلاة، باب العمل في القراءة. ومسلم في اللباس والزينة، باب النهي عن لبس الرجل الثوب المزعفر.

(3) أخرجه مسلم في الصلاة، باب النهي عن قراءة القرآن في الركوع والسجود.

(4) المتقى 1/289 والذخيرة 1/521.

(5) أخرجه البخاري في الأذان، باب الالتفات في الصلاة.

(6) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب الالتفات والتصفيق عند الحاجة في الصلاة. =

- وجه الدليل أن أبا بكر لما التفت لم ينكر عليه النبي ﷺ ذلك⁽¹⁾.
- 14 - تشبيك الأصابع وفرقتها في الصلاة، سواء كان في المسجد أو غيره لمنافاة ذلك الخشوع والأدب. والدليل⁽²⁾:
- فمن إسماعيل بن أمية قال: سألت نافعاً عن الرجل يصلي وهو مشبك يديه، قال: قال ابن عمر رضي الله عنهما: تلك صلاة المغضوب عليهم⁽³⁾.
- وأما في غير الصلاة فلا كراهة فيه ولو في المسجد، إلا أنه خلاف الأولى، لما فيه من تشاؤم.
- 15 - الإقعاء، وذلك بأن يرجع في جلوسه على صدور قدميه، وأليته على عقبه. ومن الأحوال المكروهة أيضاً: الجلوس على القدمين وظهورهما للأرض، والجلوس بين القدمين وأليته للأرض، والجلوس بين القدمين ورجلاه قائمتان على أصابعهما.
- 16 - التخصر، وهو وضع اليد على الخصر حال القيام، لأنه فعل المتكبرين ومن لا مروءة له. والدليل⁽⁴⁾:
- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى أن يصلي الرجل مختصراً»⁽⁵⁾.
- 17 - تغميض العينين، إلا لخوف وقوع البصر على ما يشغل عن الصلاة.
- 18 - رفع رجل عن الأرض والاعتماد على الأخرى، إلا لضرورة.
- 19 - وضع قدم على أخرى.
- 20 - إقران القدمين وضمهما معاً كالمقيد، دائماً في جميع الصلاة.
- 21 - التفكير بأمر دنيوي، بحيث لم يشغله عن الصلاة، فإن شغله حتى لا يدري ما صلى أعاد أبدأ.
- 22 - حمل شيء في الفم إذا لم يمنعه من مخارج الحروف وإلا بطلت. وكذلك حمل شيء في الكتم إذا لم يمنعه من ركن.
- 23 - العبث باللحية أو بغيرها كخاتم، إلا أن يحوله في أصابعه لضبط عدد الركعات، خوف السهو، فذلك جائز، لأنه من إصلاحها وليس بعبث.
- 24 - حمد العاطس.

= والبخاري في الأذان، باب من دخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول فتأخر. ومسلم في الصلاة، باب تقديم الجماعة من يصلي بهم إذا تأخر الإمام.

(1) المتقى 1/289. (2) الذخيرة 1/222.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب كراهية الاعتماد على اليد في الصلاة.

(4) الذخيرة 1/523.

(5) أخرجه البخاري في الكسوف، أبواب التطوع، باب الخصر في الصلاة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب كراهة الاختصار في الصلاة.

25 - الإشارة للردّ بالرأس أو اليد على مشمت. أما الردّ بالكلام فمبطل. وأما ردّ السلام بالإشارة على مسلم عليه فمطلوب. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن صهيب قال: «مررت برسول الله ﷺ وهو يصلي فسلمت عليه، فردّ إليّ إشارة»⁽²⁾.

ب - عن جابر أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ لحاجة. ثم أدركته وهو يصلي، فسلمت عليه فأشار إليّ، فلما فرغ دعاني فقال: «إنك سلمت آفأ وأنا أصلي»⁽³⁾.

وجه الاستدلال أنه سلم عليه وهو ﷺ في صلاة، فلم ينكر عليه، وإنما أظهر المانع له من ردّ السلام نطقاً⁽⁴⁾.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر مرّ على رجل وهو يصلي فسلم عليه فردّ الرجل كلاماً. فرجع إليه ابن عمر فقال: إذا سلم على أحدكم وهو يصلي فلا يتكلم وليشر بيده⁽⁵⁾.

أما ردّ السلام بالكلام فمنهي عنه والدليل⁽⁶⁾:

أ - حديث جابر المتقدم وأيضاً حديث ابن عمر.

ب - عن عبد الله بن مسعود قال: «كنا نسلم على النبي ﷺ وهو في الصلاة فيردّ علينا، فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه، فلم يردّ علينا، فقلنا: يا رسول الله كئنا نسلم عليك في الصلاة فتردّ علينا؟ فقال: «إن في الصلاة لشغلاً»⁽⁷⁾.

وفي رواية قال ﷺ: «إن الله يحدث من أمره ما يشاء، وإن مما أحدث: أن لا تتكلموا في الصلاة»⁽⁸⁾.

ج - عن معاوية بن الحكم السلمي قال: «بينما أنا أصلي مع رسول الله ﷺ إذ عطس رجل من القوم فقلت: يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم، فقلت: واثكل أمياه، ما شأنكم تنظرون إليّ؟ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم، فلما رأيتهم يصمّتونني،

(1) الذخيرة 518/1 والمنتقى 299/1.

(2) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في الإشارة في الصلاة.

(3) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب تحريم الكلام في الصلاة.

(4) المنتقى 299/1.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب العمل في جامع الصلاة.

(6) المنتقى 299/1 والذخيرة 517/1.

(7) أخرجه البخاري في الكسوف، باب ما ينهى من الكلام في الصلاة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب تحريم الكلام في الصلاة.

(8) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب ردّ السلام في الصلاة؛ والنسائي في السهو، باب الكلام في الصلاة.

لكنني سكتُ، فلما صلى رسول الله ﷺ فبابي هو وأمي، ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه فوالله ما كهرني (نهرني) ولا ضربني ولا شتمني قال: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن»⁽¹⁾.

وجه الدليل منه أنه لم يقره على التشميت كلاماً. أما إنه لم يأمره بإعادة الصلاة فلأن الرجل تأوّل قبل بيان الشرع، ومن فعله الآن بطلت صلاته⁽²⁾.

26 - حكّ الجسد لغير ضرورة إن قلّ. ويجوز للضرورة بدون كثرة، أما الكثير فهو مبطل ولو سهواً. فإن كان قليلاً عن سهو فإنه يسجد له سجود السهو.

27 - التبسم القليل، أما الكثير فإنه مبطل ولو كان اضطراراً.

28 - ترك سنة خفيفة عمداً، كتكبيره وتسميته، أما ترك المؤكدة فحرام.

29 - قراءة سورة أو آية في الركعتين الأخيرتين. وقد تقدم الدليل على ذلك. ولا سجود لتلك الزيادة، لأنها قولية. والزيادة القولية لا سجود لها إلا في تكرار الفاتحة سهواً.

30 - التصفيق في الصلاة، ولو من امرأة، ولو لحاجة إصلاح صلاة الإمام، والمطلوب التسبيح. ودليل النهي:

أ - حديث سهل بن سعد الساعدي وفيه أن الناس صفقوا خلف أبي بكر لما قدم النبي ﷺ، فلما انصرف من الصلاة قال: ما لي رأيتم أكثرتم من التصفيق؟ من نابه شيء في صلاته فليسبح، فإنه إذا سَبَّحَ التفت إليه وإنما التصفيق للنساء⁽³⁾.

وجه الاستدلال أنّ قوله: «فليسبِّح» عام في الرجال والنساء فإن «مَنْ» في قوله: «من نابه» يقع على كل من يعقل من الذكور والإناث. فإن قيل: إنّ هذا الخبر إنّما ورد بسبب القوم الذين صفقوا خلف أبي بكر فيجب أن يقصر عليهم، فالجواب أنّ اللفظ عام مستقل بنفسه فلا يقصر على سببه. وقوله ﷺ: «إنما التصفيق للنساء»، ليس من باب أن حكمهنّ التصفيق، وإنّما هو من باب العيب للفعل بإضافته إلى النساء. كما يقال: كفران العشير من النساء⁽⁴⁾.

ب - عمل أهل المدينة. قال القاضي عبد الوهاب: والمروى في التصفيق فإن العمل المتصل على خلافه، فهو أولى من الخبر⁽⁵⁾.

ج - النسخ: فإنّ قوله ﷺ: «من نابه شيء في صلاته فليسبح» ناسخ لفعل النساء⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب تحريم الكلام في الصلاة.

(2) عارضة الأحوذى 1/195.

(3) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب الالتفات والتصفيق عند الحاجة في الصلاة. والبخاري في الأذان، باب من دخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول فتأخّر. ومسلم في الصلاة، باب تقديم الجماعة من يصلي بهم إذا تأخّر الإمام.

(4) المنتقى 1/293 والمعلم بفوائد مسلم 1/398. (5) الإشراف 1/89.

(6) إكمال إكمال المعلم 2/177.

مبطلات الصلاة

- 1 - رفض المصلي الصلاة، وذلك بإبطال النية وإلغاء ما فعله منها.
 - 2 - تعمد ترك ركن من أركان الصلاة.
 - 3 - تعمد زيادة ركن فعلي، كركوع أو سجود، بخلاف زيادة ركن قولي. والأركان القولية ثلاثة وهي: تكبيرة الإحرام، والفاطحة، والسلام. والأركان الفعلية التي تبطل الصلاة بزيادتها الركوع والسجود.
 - 4 - تعمد زيادة تشهد بعد الركعة الأولى أو الثالثة.
 - 5 - تعمد الأكل في الصلاة ولو لقمة.
 - 6 - تعمد الشرب. ولو كان الشرب واجباً عليه لإنقاذ نفسه، وفي هذه الحال يجب عليه القطع ولو خاف خروج الوقت.
 - 7 - تعمد الكلام. لأن ترك الكلام فرض. والأدلة على ذلك: (1)
- أ - قوله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: 238].
- ب - وعن عبد الله بن مسعود قال: «كنا نسلم على النبي ﷺ وهو في الصلاة فيرد علينا، فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا وقال: «إن في الصلاة لشغلاً» (2).
- وفي رواية: قال ﷺ: «إن الله يحدث من أمره ما يشاء، وإن الله قد أحدث من أمره: أن لا تتكلموا في الصلاة» (3).
- ج - وعن زيد بن أرقم أنه قال: «كنا نتكلم في الصلاة - على عهد النبي ﷺ - يكلم أحداً صاحبه بحاجته حتى نزلت: ﴿حَنِيفُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: 238] فأمرنا بالسكوت» (4).
- وتبطل الصلاة من أجل الكلام عمداً ولو بكلمة (نعم) أو (لا)، ولو كان الكلام من إكراه، أو كان واجباً لإنقاذ أعمى مثلاً.
- أما الكلام غير المبطل للصلاة فهو ما كان لإصلاحها، بدون كثرة، كأن يسلم الإمام من اثنتين، أو يقوم لخامسة، ولم يفهم التسبيح، فقال له المأموم: أنت سلمت من اثنتين، أو قمت لخامسة. والدليل (5):

(1) أحكام القرطبي 214/3 والمقدمات 1/116. (2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه البخاري في الكسوف، باب ما ينهى من الكلام في الصلاة. ومسلم في الصلاة، باب تحريم الكلام في الصلاة.

(5) الإشراف 1/91، وبداية المجتهد 1/119 وأحكام ابن العربي 1/227 والذخيرة 1م ورقة 115.

- حديث ذي اليمين . وسنذكره في باب السهو .
- وإذا كثر الكلام لإصلاح الصلاة فإنها تبطل . وتبطل الصلاة برذ السلام كلاماً كما تقدم . ولا تبطل الصلاة بالكلام إذا كان سهواً وقليلاً ، أما إذا كثر فتبطل ولو سهواً .
- 8 - تعمد التصويت .
- 9 - تعمد النفخ بالفم ، لأن النفخ مثل الكلام . أما النفخ بالأنف فلا يبطل . إلا أن يكثر أو يتلاعب المصلي بذلك .
- 10 - تعمد القيء ، ولو قل ولو كان طاهراً ، وكذلك القلس ، أما البلغم فلا يفسد الصلاة .
- 11 - تعمد السلام ، حال الشك في إتمام الصلاة ، ولو تبين له تمام الصلاة بعد ذلك ، أو لم يتبين له شيء .
- 12 - طروق ناقض للوضوء ، حدثاً كان أو سبباً ، إلا الشك فإنه يستمر في الصلاة ، فإن بان له الطهر لم يعد الصلاة .
- 13 - تذكر ناقض في الصلاة .
- 14 - طروق كشف العورة المغلظة ، وأما المخففة فلا تبطل الصلاة بكشفها .
- 15 - سقوط نجاسة على المصلي . وهو في أثناء الصلاة ، بشرط أن تستقر عليه ، وأن يعلم بها ، وأن يتسع الوقت لإزالتها وإدراك الصلاة فيه ؛ وإلا لم تبطل لما تقدم في باب إزالة النجاسة أن طهارة الخبث واجبة مع الذكر والقدرة ، ساقطة مع العجز والنسيان .
- 16 - فتح المصلي على غير إمامه ، بأن يسمع رجلاً يقرأ ، فتوقف في القراءة ، فأرشده المصلي للصواب .
- 17 - القهقهة : وهي الضحك بصوت ، فإن كان فذاً أو إماماً قطع واستأنف الصلاة ، سواء وقع منه ذلك اختياراً أو غلبة أو نسياناً . أما المأموم فإنه يتمادي في صلاته وجوباً مع إمامه ، رغم بطلانها ، لأنه من مساجين الإمام وذلك بشروط :
- أ - أن يتسع الوقت لأداء الصلاة في وقتها بعد سلام الإمام .
- ب - أن تكون الصلاة غير جمعة . فإن ضاق الوقت أو كان بجمعة قطع الصلاة وعاود الدخول مع الإمام ، لثلا يفوته الوقت أو الجمعة .
- ج - أن لا يكون ضحكه ابتداءً عمداً ، بأن كان غلبة أو نسياناً ، فإن كان عمداً قطع واستأنف الصلاة مع الإمام .
- د - أن لا يقدر على ترك الضحك .
- هـ - أن لا يلزم عليه ضحك المأمومين كلهم أو بعضهم .
- ثم يعيد الصلاة وجوباً .

ومتى فقد شرط من هذه قطع الصلاة ودخل من جديد مع إمامه .

18 - الفعل الكثير في الصلاة ولو سهواً: كالحك الكثير للجسد، والعبث الكثير باللحية؛ والكثير هو ما يخيّل للناظر أنه ليس في صلاة. وكذلك وضع الرداء على الكتف ودفع الماز.

وما روي عن أبي قتادة الأنصاري أن رسول الله ﷺ كان يصلي وهو حامل أمامة بنت زينب بنت رسول الله ﷺ فإذا سجد وضعها، وإذا قام حملها⁽¹⁾.

فإنه محمول على النوافل، لأنه قد يترخص فيها بالعمل اليسير. وهو رواية ابن القاسم عن مالك.

أو يحمله على الضرورة دون تفريق بين فرض أو نفل. وهو رواية ابن نافع وأشهب عن مالك⁽²⁾.

19 - طروقاً ما يشغل عن فرض من فرائض الصلاة، كشدة حقن أو غثيان أو وضع شيء في الفم.

وقد استدل ابن القاسم على إعادة الصلاة ولو بعد الوقت بقول عمر رضي الله عنه: «لا يصلي أحدكم وهو ضام بين ركبتيه»⁽³⁾.

أما إذا اشتغل بها عن سنة فإنه يعيد الصلاة في الوقت الضروري.

20 - تذكر أولى الحاضرتين في الصلاة الثانية: كأن يتذكر في صلاة العصر قبل الغروب أن عليه الظهر، أو يتذكر وهو في صلاة العشاء أن عليه المغرب، فتبطل الصلاة التي هو فيها لأن ترتيب الحاضرتين واجب شرط.

21 - زيادة أربع ركعات سهواً في الرباعية والثلاثية وركعتين في الثنائية.

22 - سجود المسبوق مع الإمام السجود البعدي، ولو فعله جهلاً، لأنه فعل زيادة في صلاته عمداً.

23 - سجود المسبوق القبلي مع الإمام إذا لم يدرك معه ركعة، لأن سجود الإمام لا يلزم ذلك المسبوق، إذ هو ليس بمأموم حقيقة، فسجود المسبوق مع الإمام محض زيادة في الصلاة.

24 - الإتيان بسجود السهو القبلي من أجل ترك سنة خفيفة.

25 - مبطلات أخرى تأتي في باب سجود السهو.

(1) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الصلاة. والبخاري في الصلاة، باب إذا حمل جارية صغيرة على عنقه في الصلاة. ومسلم في المساجد، باب جواز حمل الصبيان في الصلاة.

(2) المتقى 304/1.

(3) المدونة الكبرى 39/1.

ما لا يبطل الصلاة:

1 - الإنصات: لمن يخبره بخبر وهو في الصلاة إذا قل، أما إذا كثرت الإنصات فإنها تبطل، لأنه عمل أجنبى عن الصلاة. وأما لو قال المصلي: (إيه، إيه)، فتبطل الصلاة بمجرد القول ولو قل الإنصات.

2 - قتل عقرب قصده،: والدليل⁽¹⁾:

- عن أبي هريرة قال: «أمر رسول الله ﷺ بقتل الأسودين في الصلاة: الحية والعقرب»⁽²⁾.

فإن كانت بعيدة عنه وخاف منها وكان عملاً كثيراً قتلها واستأنف الصلاة.

3 - الإشارة بعضو كاليد أو الرأس لحاجة أو لرد السلام. وقد تقدم القول في الإشارة للسلام. أما لحاجة أخرى فدليله⁽³⁾:

- عن أم سلمة أن النبي ﷺ لما صلى ركعتين بعد العصر أرسلت إليه الجارية فقالت لها: قومي بجنبه فقول لي له: تقول لك أم سلمة: يا رسول الله! إنني سمعتك تنهى عن هاتين الركعتين وأراك تصليهما؟ فإن أشار بيده فاستأخري عنه. قال: ففعلت الجارية فأشار بيده فاستأخرت عنه⁽⁴⁾.

4 - العمل اليسير: كالمشي لسد فرجة أو إصلاح رداء. ودليل التجاوز عن العمل اليسير:

- عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: «كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته، فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي، فإذا قام بسطتهما. قالت: والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح»⁽⁵⁾.

5 - الأئين: من أجل وجع إن قل، وإلا بطلت الصلاة. وكذلك إن كان لغير وجع فإن الصلاة تبطل مع العمد ولو قل، ومع السهو إن كثر.

6 - البكاء: خشوعاً، فإن كان لغير الخشوع بطلت الصلاة مع العمد إن قل، ومع السهو إن كثر.

(1) عارضة الأحوذى 2/181.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب العمل في الصلاة. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في قتل الحية والعقرب في الصلاة.

(3) عارضة الأحوذى 2/163.

(4) أخرجه البخاري في الكسوف، باب إذا كلم وهو يصلي ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها.

(5) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب ما جاء في صلاة الليل. والبخاري في الصلاة، باب الصلاة على الفراش. ومسلم في الصلاة. باب الإعتراض بين يدي المصلي.

فمن عائشة أن النبي ﷺ قال: «مروا أبا بكر فليصل للناس» فقالت عائشة: إن أبا بكر يا رسول الله إذا قام في مقامك لم يسمع الناس من البكاء فمر عمر فليصل للناس. فقال: «مروا أبا بكر فليصل للناس» قالت عائشة: فقلت لحفصة: قولي له إن أبا بكر إذا قام في مقامك لم يسمع الناس من البكاء، فمر عمر فليصل للناس. ففعلت حفصة فقال رسول الله ﷺ: «إنكُنْ لأنتَنِ صواحب يوسف. مروا أبا بكر فليصل للناس» فقالت حفصة لعائشة: ما كنت لأصيب منك خيراً⁽¹⁾.

والبكاء غير المبطل هو ما كان بلا صوت وكان غير كثير.

7 - التنحنح ولو لغير حاجة.

8 - سدّ الفم للتثاؤب.

9 - النفث في ثوب أو غيره، وهو بصاق بدون صوت لامتلاء الفم بالبصاق مثلاً.

10 - بلع ما بين الأسنان من طعام.

11 - الكلام إذا كان سهواً وقليلاً.

12 - إصلاح المصلي لردائه إذا سقط من فوق كتفيه فتناوله ووضعه عليهما، ولو طأطأ لأخذه من الأرض.



صلاة المريض والعاجز

إذا لم يقدر المصلي في صلاة الفريضة على القيام استقلالاً لعجز به، أو لمشقة فادحة، لا يستطيع معها القيام، كدوخة، أو لخوف خروج الحدث، بأن كان ذلك عادته ومزاجه. فإن له أن يستند إلى حائط أو عمود أو حبل في سقف أو شخص غير جنب أو حائض. وحكم الإستناد الندب. فلو صلى جالساً استقلالاً مع قدرته على القيام مستنداً صحت الصلاة.

فإذا تعذر عليه القيام استناداً جلس مستقلاً دون استناد وجوباً، فإن لم يقدر استند، ويندب له أن يترتب في حال تكبيرة الإحرام والقراءة والركوع، ويغير جلسته في التشهد وبين السجدين.

وإذا أراد أن يسجد فإنه يسجد على أطراف قدميه، وفي الجلوس بين السجدين وفي التشهد فإنه يجلس كالجلوس المبين في مندوبات الصلاة. وكذلك المتنفل إذا صلى جالساً.

(1) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الصلاة. والبخاري في الأذان، باب أهل العلم والفضل أحق بالإمامة.

فإن لم يقدر العاجز على القيام والجلوس، فإنه يندب له أن يصلي على شقه الأيمن بالإيماء، فإن لم يقدر فعلى شقه الأيسر، فإن لم يقدر فعلى ظهره ورجلاه للقبلة، فإن لم يقدر فعلى بطنه ورأسه للقبلة. ولا تبطل الصلاة إن قَدِمَ إحدى هذه الصور على بعضها البعض إلا إذا قَدِمَ حالة البطن على الظهر فإنها تبطل.

وتبطل إن قَدِمَ الاضطجاع على الجلوس استقلالاً أو استناداً.

كما تبطل إن قَدِمَ الجلوس استناداً على الجلوس باستقلال. أما تقديم الجلوس استقلالاً على الوقوف استناداً فقليل: إن المندوب تقديم الوقوف استناداً على الجلوس. والقادر على القيام دون أن يقدر على الركوع والسجود والجلوس يومئ لها من قيام والدليل:

- القياس على حالة المسابقة في الحرب⁽¹⁾.

ولا يجوز له أن يضطجع، فإن فعل بطلت صلاته.

وإن كان قادراً على الوقوف والجلوس، ولم يكن قادراً على الركوع والسجود، فإنه يومئ للركوع من قيام، ويومئ للسجود من جلوس، فإن لم يفعل بطلت الصلاة. ولا يرفع عند الإيماء للسجود من قيام أو جلوس شيئاً يسجد عليه.

فقد روى نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: «إذا لم يستطع المريض السجود، أو ما برأسه إيماء ولم يرفع إلى جبهته شيئاً»⁽²⁾.

ويجب عليه أن يحسر عمامته عن جبهته بحيث لو سجد لأمكن وضع جبهته بالأرض أو بما اتصل بها.

فإن لم يقدر على شيء من الأركان فإنه ينوي الدخول في الصلاة ويستحضرها، فإن قدر مع ذلك على السلام سلم، وإن لم يقدر عليه نواه مع الإيماء بالطرف، فإن الصلاة واجبة في كل حال، ولا يجوز تأخيرها عن وقتها ما دام المكلف في عقله، ودليل الإيماء في الجملة⁽³⁾:

- قول الله تبارك وتعالى: ﴿تَلَقَّوْا اللَّهَ مَا اسْتَقَمْتُمْ﴾ [التغابن: 16].

والقادر على القيام إذا استند بحيث لو أزيل المستند إليه سقط، أو إذا جلس في الإحرام وقراءة القرآن الواجب والركوع فإن الصلاة تبطل. أما لو استند في السورة فإنه يكره ولا تبطل الصلاة. أما لو جلس في قراءة السورة بطلت صلاته.

ووجه البطلان من ترك القيام في السورة لأنه إما أن يأتي بالركوع وهو جالس

(1) الذخيرة 1م ورقة 95.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب العمل في جامع الصلاة.

(3) الذخيرة 1م ورقة 91.

فيكون ترك ركناً من قيام، وإما أن يجلس. للسورة ثم يقوم ليركع من قيام فيكون أتى بعمل كثير، وهو مفسد للصلاة.

وكل ما تقدم خاص بصلاة الفريضة، أما النافلة فإنه يجوز فيها الجلوس ولو مع القدرة على القيام، كما يجوز بعضها من قيام وبعضها الآخر من جلوس، كما يجوز الاتكاء فيها. والدليل:

أ - عن حفصة رضي الله عنها قالت: «ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في سبحة قاعداً قط. حتى كان قبل وفاته بعام، فكان يصلي في سبحة قاعداً. ويقرأ بالسورة فيرثلها حتى تكون أطول من أطول منها»⁽¹⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها: أنها لم تر رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي صلاة الليل قاعداً قط. حتى أسنّ فكان يقرأ قاعداً. حتى إذا أراد أن يركع قام فقرأ نحواً من ثلاثين أو أربعين آية ثم ركع»⁽²⁾.

ج - عن السائب بن يزيد أن عمر بن الخطاب أمر أبي بن كعب وتميم الداري أن يقوموا للناس بإحدى عشر ركعة. قال: «وقد كان القارئ يقرأ بالمئين، حتى كنا نعتمد على العصي من طول القيام. وما كنا ننصرف إلا في فروع الفجر (أوائله)»⁽³⁾.

والعاجز في الفريضة إن كان فرضه الإيماء للسجود لقروح بجهته مثلاً، إذا سجد على أنفه صحت صلاته، لأنه أتى بما في طاقته من الإيماء.

وإذا قدر المصلي في الفريضة على جميع الأركان، إلا أنه إن سجد بعد أن كبر وقرأ الفاتحة من قيام وركع ورفع منه لا يقدر على القيام من السجود، فإنه يصلي الركعة الأولى بسجديتها من قيام ويتم صلاته من جلوس.



صلاة الجمعة

حكمها:

صلاة الجمعة والسعي إليها فرض عين. والدليل⁽⁴⁾:

- (1) أخرجه مالك في الجماعة، باب ما جاء في صلاة القاعد في النافلة. ومسلم في صلاة المسافرين، باب جواز النافلة قائماً وقاعداً.
- (2) أخرجه مالك في الجماعة، باب ما جاء في صلاة القاعد في النافلة. والبخاري في تقصير الصلاة، باب إذا صلى قاعداً ثم صح. ومسلم في صلاة المسافرين، باب جواز النافلة قائماً وقاعداً.
- (3) أخرجه مالك في الصلاة في رمضان، باب ما جاء في قيام رمضان.
- (4) بداية المجتهد 1/189 أحكام القرطبي 18/106 والتحرير والتنوير 28/220 والذخيرة 2/330 وحاشية الشرح الصغير 1/176.

أ - قوله تعالى: ﴿بِتَأْيِهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تُوذِعُوا لِالصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ قَانَسُوا إِنَّكَ ذِكْرُ اللَّهِ﴾ [الجمعة: 9].

وجه الدليل أن الأمر للوجوب، والتعريف في «الصلاة» للعهد، وهي الصلاة المعروفة يوم الجمعة.

ب - أن الجمعة بدل من صلاة الظهر الواجبة. وقال ابن عرفة: المعتمد أنها فرض يومها، والظهر بدل منها إذا تعذر فعلها. والقول بأنها بدل عن الظهر شاذ إذ لو كانت بدلاً عن الظهر لم يصح فعل الجمعة مع إمكان فعل الظهر. قال القرافي: وأنت تعلم أن البدل لا يفعل إلا عند تعذر المبدل، والجمعة يتعين فعلها مع إمكان الظهر.

ج - عن أبي الجعد الضمري: قال رسول الله ﷺ: «من ترك الجمعة ثلاث مرات تهاوناً بها طبع الله على قلبه»⁽¹⁾.

د - عن عبد الله بن عمر وأبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم. ثم ليكونن من الغافلين»⁽²⁾.

وقتها:

يبتدئ وقتها مثل صلاة الظهر عند الزوال. والدليل⁽³⁾:

أ - عن أبي سهيل بن مالك عن أبيه أنه قال: «كنت أرى طنفسة لعقيل بن أبي طالب يوم الجمعة تطرح إلى جدار المسجد الغربي. فإذا غشي الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب وصلى الجمعة، قال: ثم نرجع بعد صلاة الجمعة فنقيل قائلة الضحاء»⁽⁴⁾.

وهذا الحديث رد على من قال: إن عمر بن الخطاب كان يصلي الجمعة قبل الزوال، وهو دليل على أنه ﷺ لم يكن يصلي الجمعة إلا بعد أن يغشى الظل الطنفسة، وذلك عند زوال الشمس وانحرافها عن كبد السماء.

قال ابن عبد البر: «ولهذا ومثله أدخل مالك حديث طنفسة عقيل ليوضح أن وقت الجمعة وقت الظهر، لأنها مع قصر حيطانهم و عرض الطنفسة لا يغشاها الظل إلا وقد فاء الفء، وتمكن الوقت، وبان في الأرض دلوك الشمس، وعلى هذا جماعة فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم».

(1) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب التشديد في ترك الجمعة. والترمذي في الجمعة، باب ما جاء في ترك الجمعة من غير عذر.

(2) أخرجه مسلم في الجمعة، باب التغليب في ترك الجمعة.

(3) الذخيرة 1م ورقة 117 وأحكام القرطبي 105/18 والاستذكار 73/1 وشرح الزرقاني على الموطأ 1/37 وعارضة الأحوذى 292/2 وإكمال إكمال 16/3.

(4) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب وقت الجمعة.

ب - عن سلمة بن الأكوع قال: «كُنَّا نُجْمَعُ مع رسول الله ﷺ إذا زالت الشمس ثم نرجع نتبع الفيء»⁽¹⁾.

ج - عن أنس أن النبي ﷺ «كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس»⁽²⁾.

د - عن أبي إسحاق قال: صليت خلف علي بن أبي طالب الجمعة بعدما زالت الشمس⁽³⁾.

هـ - عن أبي رزين قال: «صليتُ خلف علي بن أبي طالب الجمعة حين زالت الشمس»⁽⁴⁾.

و - أن الجمعة بدل عن الظهر - على القول الشاذ - دون غيرها من الصلوات فوجب أن يكون وقتها وقت الظهر، ولا يجوز أن تعطى وقت صلاة العيد، لأن صلاة العيد لا تصلى بعد الزوال، وصلاة الجمعة أجمع العلماء على صحتها بعد الزوال، فافتقرت صلاة العيد عنها من هنا، وكان إلحاقها بالظهر أنسب من إلحاقها بصلاة العيد⁽⁵⁾.

وقد ذكروا هذا الدليل النظري رداً على الإمام أحمد بن حنبل الذي قال بجواز صلاة الجمعة قبل الزوال إلحاقاً لها بصلاة العيد، واستناداً إلى آثار في ذلك، قال فيها ابن عبد البر: ضعيفة الأسانيد ولم تأت من وجه يُحتجُّ به.

وأما ما ورد عن سلمة بن الأكوع قال: «كنا نصلي مع النبي ﷺ الجمعة، فنرجع وما نجد للحيطان فيئاً نستظلُّ به»⁽⁶⁾.

وما ورد عن سهل قال: ما كنا نقيّل ولا نتغدّى إلا بعد الجمعة في عهد رسول الله ﷺ⁽⁷⁾.

وما تقدّم في حديث الطنفسة: «ثم نرجع بعد صلاة الجمعة فنقيّل قائلة الضحاء»⁽⁸⁾.

فمعنى ذلك⁽⁹⁾: أنهم كانوا في غير يوم الجمعة يقيّلون ويتغدّون قبل الظهر، لمشروعية الإبراد بها، بخلاف يوم الجمعة فقد كانوا يشتغلون بالغسل لصلاة الجمعة،

(1) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الجمعة، وأخرجه بلفظ آخر البخاري في المغازي، باب غزوة الحديدية.

(2) أخرجه البخاري في الجمعة، باب وقت الجمعة إذا زالت الشمس.

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في الصلوات، باب من كان يقول وقتها زوال الشمس.

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في الصلوات، باب من كان يقول وقتها زوال الشمس.

(5) الاستذكار 73/1. (6) حديث سلمة سبق تخريجه.

(7) أخرجه البخاري في الجمعة، باب قوله الله تعالى: إذا قضيت الصلاة. ومسلم في الجمعة، باب صلاة الجمعة حين زوال الشمس.

(8) سبق تخريجه.

(9) الاستذكار 73/1 وشرح الزرقاني على الموطأ 37/1 والمعلم بفوائد مسلم 474/2.

وكانوا يهتجرون ويبكرون بالذهاب إليها، فإذا انصرفوا من صلاة الجمعة استدرکوا ما فاتهم من الغداء وقائلة الضحاء، على ما جرت عادتهم سائر الأيام ليستعينوا بذلك على قيام الليل؛ ولما كانت الجمعة تقام عند الزوال دون تأخير فقد كانوا ينصرفون وليس للجدران ظل ممتد وهو معنى قولهم: «نرجع نتبع الفيء» وقولهم: «ما نجد للحيطان فيئاً نستظل به».

ويمتد وقت صلاة الجمعة للغروب على المعتمد لأنها بدلٌ من الظهر - على القول الشاذ - فيجب أن يكون وقتها واحداً⁽¹⁾.

وهي ركعتان جهراً. وتبطل بزيادة ركعتين سهواً.

شروط الجمعة:

للجمعة شروط وجوب، وشروط صحة، ويعبّر عنها تارة بشروط الأداء وتارة بالأركان.

شروط الوجوب:

1 - الذكورية: فلا تجب على المرأة. والدليل⁽²⁾:

أ - عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة يوم الجمعة، إلا مريض أو مسافر أو امرأة أو صبي أو مملوك، فمن استغنى بلهو أو تجارة استغنى الله عنه والله غني حميد»⁽³⁾.

ب - وعن طارق بن شهاب الصحابي أن رسول الله ﷺ قال: «الجمعة حقٌ واجبٌ على كل مسلم في جماعة إلا أربعة عبدٌ مملوكٌ أو امرأة، أو صبي أو مريض»⁽⁴⁾.

2 - الحرية .

3 - الإقامة ببلدها أو بقرية نائية أو خيم، في مسافة ثلاثة أميال وثلث سل فأقل، اعتباراً من المنار. والدليل:

أ - حديث جابر المتقدم؛ وفيه أن المسافر غير مطالب بها.

ب - أن النبي ﷺ كان مسافراً نبي حجة الوداع فلم يصل الجمعة⁽⁵⁾.

(1) المتقى 19/1.

(2) الإشراف 124/1 وبداية المجتهد 190/1 وأحكام القرطبي 103/18.

(3) أخرجه الدارقطني في الجمعة، باب من تجب عليه الجمعة. والبيهقي في الجمعة، باب من لا تلزمه الجمعة.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الجمعة للمملوك والمرأة.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 118.

ج - عن ابن مسعود أنه قال: «ليس على المسلمين جمعة في سفرهم ولا يوم نفرهم»⁽¹⁾.

د - عن علي بن أبي طالب أنه قال: «لا جمعة في سفر»⁽²⁾.

هـ - عن ابن عمر أنه قال: «لا جمعة على مسافر»⁽³⁾.

والميل يقابل سبعة عشر وستمائة وألف متر 1,617 كلم، و(3 أميال وثلث ميل = 5,390 كلم). والدليل على أن مسافة ثلاثة أميال هي حدّ وجوب الجمعة:

أ - أن أهل العوالي كانوا على ثلاثة أميال من المدينة، وكانوا يأتونها. ولم يعلم أن من كان أبعد منهم كانوا يأتون الجمعة أو ألزموا الإتيان إليها⁽⁴⁾.

ب - أن هذه المسافة هي أقصى ما ينتهي إليه الأذان، إذا كان الصوت منيعاً، والناس في هدوء⁽⁵⁾.

فتجب الجمعة على المقيم كما تقدم ولو لم يكن مستوطناً ببلد الجمعة، بأن كان مقيماً بها لمجاورة أو تجارة أو غير ذلك، إقامة تقطع حكم السفر، وإن لم تنعقد به الجمعة. ولا تجب على المسافر إذا لم ينو إقامة أربعة أيام صحاح.

4 - السلامة من الأعداء المسقطة لها. والدليل:

- حديث جابر المتقدم، وفيه أن المريض غير مطالب.

الأعذار المبيحة للتخلف عن الجمعة هي:

1 - المطر الشديد: وهو الذي يحمل أواسط الناس قوّة وعمراً على تغطية رؤوسهم.

2 - الوحل الكثير: وهو ما يحمل أواسط الناس على خلع المداس.

3 - الجذام الذي تضرّ راحته بالناس، وأما ما لا يضرّ فليس بعذر، ومثل الجذام البرص وكلّ بلاء منقّر. ومحلّ كون ما ذكر مسقطاً للصلاة، إذا كان المجذوم ونحوه لا يجد موضعاً يتميز فيه؛ أما لو وجد موضعاً تصح فيه الجمعة ولا يضرّ بالناس فإنه يجب عليه حضور الجمعة اتفاقاً، لإمكان الجمع بين حق الله وحق الناس.

(1) المدونة الكبرى 148/1. والمصنف لابن أبي شيبة في الصلوات، باب من قال ليس على المسافر جمعة.

(2) المدونة الكبرى 148/1. والمصنف لابن أبي شيبة في الصلوات، باب من قال ليس على المسافر جمعة.

(3) المدونة الكبرى 148/1. ومصنف عبد الرزاق 172/3.

(4) المقدمات 163/1 وأحكام القرطبي 104/18.

(5) الإشراف 124/1 والمنتقى 195/1 والمقدمات 163/1 وأحكام القرطبي 104/18 والذخيرة 1م ورقة

- 4 - المرض الذي يشق معه الإتيان إلى الجمعة، ومنه كبر السن .
- 5 - التمريض، وهو القيام بشؤون المريض الأجنبي أو بعيد القرابة، إذا لم يكن عنده من يقوم به ويخشى عليه الضيعة؛ فإن كان صديقاً ملاطفاً أو قريباً خاصاً جاز التخلف عنده ولو وجد من يعوله أو لم يخش عليه الضيعة .
- 6 - القيام بشؤون المحتضر، وهو المشرف على الموت . وهذا من باب أولى .
- 7 - القيام بشؤون الميت، لأن من إكرام الميت تعجيل دفنه .
- 8 - الخوف من ضرب ظالم أو حبسه أو أخذه ماله .
- 9 - عدم وجود قائد للأعمى إن لم يهتد بنفسه، وإلا وجب عليه السعي .
- 10 - عدم وجود ساتر للمعورة .
- 11 - وجود رائحة كريهة تؤذي الجماعة، ولم يستطع إزالتها كالثوم أو البصل .
- 12 - الخوف على مالٍ له بال، أو على النفس من القتل أو القطع أو الجرح .

شروط الصحة - أو شروط أدائها أو أركانها :-

شروط الصحة خمسة وهي: الاستيطان، وحضور اثني عشر رجلاً للخطبتين والصلاة، والإمام، والخطبتان، والجامع .
وكل شرط من هذه الشروط له شروط .

الاستيطان:

وهو الإقامة بقصد التأييد فهو أخص من الإقامة . ودليل هذا الشرط: .
- أن قبائل العرب كانت حول المدينة ولم يأمرهم النبي ﷺ بإقامتها⁽¹⁾ . وشروط الإستيطان:

- 1 - أن يكون ببلد مبني بطوب أو حجر أو أخصاص، من قصب أو أعواد، لا خيم، لأن الغالب على أهلها الارتحال فأشبهوا المسافرين؛ نعم إن أقاموا على بعد ثلاثة أميال وثلاث ميل فأقل من بلد الجمعة وجبت عليهم تبعاً لأهلها كما تقدم .
- 2 - أن يكون بجماعة تتقرى بهم القرية عادة بالأمن على أنفسهم والاستغناء في معاشهم العرفي عن غيرهم، ولا يحدون بعدد معين كمائة أو أقل أو أكثر . والدليل⁽²⁾ :
- أن أول جمعة جمعت بعد المدينة كانت بمسجد عبد القيس، بجوئات قرية من قرى البحرين⁽³⁾ .

(1) والذخيرة 1م ورقة 118 .

(2) الإشراف 125/1 والمتقى 196/1 .

(3) أخرجه البخاري عن ابن عباس في الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن وأبو داود في الصلاة، باب الجمعة في القرى .

فلو كانوا لا تتقرى بهم قرية بأن كانوا مستندين في معاشهم لغيرهم، فإن كانوا على مسافة ثلاثة أميال وثلث ميل من قرية الجمعة وجبت عليهم تبعاً. وإن كانوا خارجين عن هذه المسافة لم تجب عليهم، كأهل الخيم. ولو أحدثت جماعة تتقرى بهم قرية بلداً على مسافة ثلاثة أميال وثلث ميل من بلد الجمعة لوجبت عليهم الجمعة استقلالاً.

حضور اثني عشر رجلاً للخطبتين والصلاة: والدليل على هذا⁽¹⁾:

عن جابر بن عبد الله قال: «كان النبي ﷺ يخطب قائماً يوم الجمعة فجاءت عير من الشام، فانفلت الناس (انصرفوا) إليها حتى لم يبق إلا اثنا عشر رجلاً»⁽²⁾.

والعدد المشترك لا يحسب معهم الإمام.

وشروط هذا العدد:

1 - أن يكونوا ممن تجب عليهم الجمعة، فلا يصح أن يكون منهم صبي أو مسافر أو امرأة.

2 - أن يكونوا من أهل بلد الجمعة المستوطنين، فلا يصح أن يكون منهم مقيم ببلد الجمعة لتجارة أو غيرها، وسيغادرها بعد ذلك، ولو مكث أربعة أيام فأكثر.

3 - بقاؤهم مع الإمام من أول الخطبة إلى السلام، فلو فسدت صلاة أحدهم بطلت الجمعة.

4 - كونهم مالكيين أو حنفيين، أو شافعيين مقلّدين لمالك أو أبي حنيفة، لأن أبا حنيفة يرى أن الجمعة تنعقد بالإمام وثلاثة معه، بينما الشافعي لا تنعقد الجمعة عنده إلا بأربعين.

ولا يشترط حضور جميع أهل البلد في أول جمعة تقام بها، ويكفي حضور العدد المشترك فقط. والخلاصة أن الجماعة الذين تتقرى بهم القرية وجودهم شرط وجوب وصحة للجمعة، وإن لم يحضروا الجمعة بالفعل. والاثنا عشر حضورهم شرط صحة تنوقف الصحة على حضورهم بالفعل في كل جمعة.

فلو تفرق من تتقرى بهم القرية يوم الجمعة في أشغالهم ولم يبق إلا اثنا عشر رجلاً والإمام جمعوا.

الإمام: والدليل:

- فعل النبي ﷺ⁽³⁾، فلا تصح الصلاة أفذاذاً.

(1) المنتقى 198/1 والذخيرة م 1 ورقة 117.

(2) أخرجه البخاري في الجمعة، باب إذا نفر الناس عن الإمام ومسلم في الجمعة.

(3) المنتقى 197/1.

وشروطه:

- 1 - أن يكون مقيماً ولو لم يكن متوطناً وهذا هو المعتمد، فلو اجتمع شخص مقيم واثنًا عشر متوطنون تعين أن يكون إماماً لهم. ويلغز بهذه المسألة فيقال: شخص إن صلى إماماً صحت صلاته وصلاة مأموميه، وإن صلى مأموماً فسدت صلاة الجميع.
- وأما غير المقيم وهو المسافر فلا تصح الجمعة خلفه. وهذا ما لم يكن خليفة أو نائبه ومزّ بقرية جمعة من قرى عمله، فيصح أن يؤمّ بهم، بل يندب.
- 2 - أن يكون هو الخاطب، إلا لعذر يبيح الاستخلاف كالرعاف، ونقض الوضوء؛ ويجب انتظاره للعذر القريب، فلو صلى بهم غير الخاطب دون عذر يبيح ذلك لم تصح الصلاة.

الخطبتان: والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَتَرَكُوكَ قَائِمًا﴾ [الجمعة: 11].

وجه الاستدلال أن قوله تعالى هذا ذمّ وتفضيع لفعالهم إذ فرطوا في سماع وعظ النبي ﷺ والواجب هو الذي يذمّ تاركه شرعاً⁽¹⁾.

ب - ما نقل من فعل النبي ﷺ إذ لم يصلها قط إلا بخطبة. وأفعاله ﷺ تحمل على الوجوب⁽²⁾.

ج - أنها تحرم البيع. ولولا وجوبها ما حرمتها، لأن المتسحب لا يحرم المباح⁽³⁾. وللخطبتين تسعة شروط:

1 - أن تكونا من قيام. والدليل: ⁽⁴⁾

أ - قوله تعالى: ﴿وَتَرَكُوكَ قَائِمًا﴾ [الجمعة: 11].

وجه الاستدلال من الآية أنها تثبت أن النبي ﷺ كان يخطب قائماً، وأن فعله ﷺ يحمل على الوجوب⁽⁵⁾. أو أنه بيان للخطبة الواجبة. وبيان الواجب واجب⁽⁶⁾.

ب - عن كعب بن عجرة أنه دخل المسجد وعبد الرحمن بن أمّ الحكم يخطب قاعداً فقال: انظروا إلى هذا الخبيث يخطب قاعداً. وقال الله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَائِمًا﴾⁽⁷⁾.

(1) المقدمات 166/1 وأحكام ابن العربي 4/1810 وأحكام القرطبي 18/114 والتحرير والتنوير 28/329.

(2) الإشراف 1/131 والمنتقى 1/198 وأحكام القرطبي 18/114.

(3) أحكام ابن العربي 4/1805.

(4) أحكام ابن العربي 4/1810 وأحكام القرطبي 18/114.

(5) أحكام ابن العربي 4/1810 والمعلم 1/475 ومفتاح الوصول ص 85.

(6) مفتاح الوصول ص 85.

(7) أخرجه مسلم في الجمعة، باب قوله تعالى: وإذا رأوا تجارة أو لهواً.

ج - عن جابر بن سمرة أن رسول الله ﷺ: «كان يخطب قائماً، ثم يجلس، ثم يقوم فيخطب قائماً، فمن نباك أنه كان يخطب جالساً فقد كذب. فقد، والله! صليت معه أكثر من ألفي صلاة»⁽¹⁾.

وقال الدردير: والأظهر أن القيام واجب غير شرط، فإن جلس الإمام أثم وصحت.

2 - أن تكونا بعد الزوال، فإن تقدمتا عليه لم تجزيا.

3 - أن تكونا داخل المسجد، فلو خطبهما الإمام خارجه لم تصحاً.

4 - أن تكونا جهراً.

5 - أن تكونا بالعربية ولو لأعجميين.

6 - أن تتصلا بالصلاة، ويغتفر الفصل اليسير. وهذا الشرط ذكره الدردير في شرحه

على مختصر خليل.

7 - أن يحضرهما الجماعة الاثنا عشر، لأنه فعل النبي ﷺ فلم يُر يخطب وحده،

وإنما خطب بحضرة العدد الذين تنعقد بهم الجمعة؛ ولأن الغرض بالخطبة الوعظ

والتذكير وذلك ينافي كون الإمام يخطب وحده⁽²⁾. فإن لم يحضروا من أولهما لم تجزيا

لأنهما كركعتي الظهر.

8 - أن تكونا قبل الصلاة، والدليل: فعله ﷺ، فإن أخرتا عن الصلاة أعيدت

الصلاة لعدم صحتها قبلهما، وتعاد الصلاة إن قرب الزمن ولم يخرج الإمام من المسجد،

فإن طال الزمن أعيدت الخطبتان أيضاً لأنهما كركعتين من الظهر.

9 - أن تكونا مما تسميه العرب خطبة، فلا يجزىء إلا بماله بال من الكلام⁽³⁾،

نحو اتقوا الله فيما أمر، وانتهوا عما نهى وزجر، فإن سبَح الإمام أو هلَّل أو كَبَّر فقط

لم يجزه.

الجامع:

فلا تصح الجمعة في البيوت، ولا في براح من الأرض، ولا في خان، ولا رحبة دار.

قال الشيخ محمد الأخوة: «فلا تُصح في مثل المعسكرات، والسجون، وأماكن

التجمعات التي لا تباح للعموم».

ودليل اشتراط الجامع:

أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّى لِّلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ

اللَّهِ﴾ [الجمعة: 9].

(1) أخرجه مسلم في الجمعة، باب ذكر الخطبتين قبل الصلاة والجلسة بينهما.

(2) الإشراف 1/134.

(3) الإشراف 1/132.

وجه الاستدلال أنّ النداء عادة إنما يكون في المساجد⁽¹⁾.

ب - بيانه ﷺ لمجمل الآية، وحكم البيان هو حكم المجمل، والمجمل حكمه الوجوب⁽²⁾.

وللجامع شروط أربعة:

1 - أن يكون مبنياً، فلا تصح الجمعة فيما حوّط عليه بزرّب أو أحجار أو طوب من غير بناء.

2 - أن يكون بناؤه مساوياً للبناء المعتاد لأهل البلد، فإن خفّ بناؤه عن عادة أهل البلد فلا تصح فيه الجمعة.

3 - أن يكون في البلد متصلاً بها حقيقة، أو حكماً، بأن انفصل عنها انفصلاً يسيراً عرفاً، فإذا انفصل كثيراً فلا تصح فيه الجمعة.

4 - أن يكون متحداً لا متعدداً.

فإن تعدد فإن الصلاة لا تصح إلا في الجامع العتيق دون غيره. ولو صلّى في غير العتيق السلطان.

والمراد بالعتيق ما أقيمت فيه الجمعة ابتداءً ولو تأخر بناؤه. فالعتيقة تعتبر بالصلاة لا بالبناء.

فإن صلّى في الجديد فالصلاة فاسدة ما لم يهجر القديم وينقلوها للجديد، سواء كان الهجر لموجب أو لغير موجب، لأن الجمعة لا تكون إلا متحدة في البلد. ولا تصلّى بجماعة أخرى لا في العتيق ولا في غيره.

ودليل عدم جواز تعدد الجوامع للجمعة فعله ﷺ والخلفاء من بعده، فلو جاز ذلك لم تعطل المساجد في زمانهم، فهو إجماع. ولأنه لو جاز ذلك لأمكن لكل جماعة إفساد جماعة المصر⁽³⁾. ولأنها لو جازت في موضعين لكان من سمع النداء فيهما لا يخلو من أن يجييهما وهذا لا يمكن، وأن يكون مخيراً وليس في ذلك تخيير فلم يبق إلا المنع⁽⁴⁾.

قال الدسوقي: «ومقابلته» أي القول المشهور بعدم جواز التعدد - قول يحيى بن عمر بجواز تعدده إن كان البلد كبيراً، وقد جرى العمل به».

ولا يشترط للجامع سقف. وتصح الصلاة برحبتة وبالطرق المتصلة به من غير فصل بيوت أو حوائت أو أماكن محجورة مطلقاً، ضاق المسجد أو اتصلت الصفوف أو لا.

إلا أنّ مع انتفاء الضيق وانتفاء اتصال الصفوف فإن الجمعة تكره كراهة شديدة، وإن صحّت برحبتة وبالطرق المتصلة بالجامع.

(1) الذخيرة م 1 ورقة 118.

(2) الإشراف 1/135.

(1) الذخيرة م 1 ورقة 118.

(3) الذخيرة م 1 ورقة 121.

ولا يشترط تأييد إقامة الجمعة به، ولا إقامة الصلوات الخمس فيه.
ولا تصح بسطحه ولو ضاق بالناس، نقل الدسوقي بأنه المشهور. وقيل: إن ضاق
المسجد جازت الصلاة على سطحه.
كما لا تصح بكل مكان محجر كبيت قناديله وحصره، أو خلوة لخادم من خدمته
كمؤذن، أو دار أو حانوت بجواره.

واجبات الجمعة:

يجب تجنب ما تتولد منه الروائح الكريهة، كالبصل، والثوم، والفجل، ونحو
ذلك.

السنن المؤكدة للجمعة:

1 - الغسل لكل مصلّ ولو لم تلزمه الجمعة. ودليل مشروعيته وعدم وجوبه⁽¹⁾:
أ - عن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: «من توضأ يوم الجمعة فيها
ونعمت، ومن اغتسل فالغسل أفضل»⁽²⁾.

فقوله ﷺ: «فيها ونعمت». دليل على جواز الاقتصار على الوضوء⁽³⁾.

ب - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «من توضأ يوم الجمعة فأحسن
الوضوء ثم أتى الجمعة، فدنا واستمع، وأنصت، غفر له ما بينه وبين الجمعة الأخرى
وزيادة ثلاثة أيام»⁽⁴⁾.

ج - عن سالم بن عبد الله أنه قال: دخل رجل من أصحاب رسول الله ﷺ
المسجد يوم الجمعة وعمر بن الخطاب يخطب. فقال عمر: أية ساعة هذه؟ فقال: يا
أمير المؤمنين انقلبت من السوق فسمعت النداء، فما زدت على أن توضأت. فقال عمر:
الوضوء أيضاً؟ وقد علمت أن رسول الله كان يأمر بالغسل»⁽⁵⁾.

وجه الدليل منه أنه لم يأمره بالرجوع إلى الغسل، وإنما أمره به على وجه التأكيد
لحكمه، ولو كان في الصحابة من يعتقد وجوبه لسارعوا إلى الإنكار على الرجل ولأمروه
بالقيام إلى الاغتسال، فدلّ إجماعهم هذا على أن أحاديث الرسول ﷺ في الأمر بالغسل

(1) أحكام ابن العربي 4/1808 وأحكام القرطبي 18/106.

(2) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب في الرخصة في ترك الغسل يوم الجمعة. والترمذي في الجمعة،
باب ما جاء في الوضوء يوم الجمعة.

(3) المعلم بفوائد مسلم 1/469.

(4) أخرجه مسلم في الجمعة، باب فضل من استمع وأنصت للخطبة.

(5) أخرجه مالك في الجمعة، باب العمل في غسل يوم الجمعة، والبخاري في الجمعة، باب فضل
الغسل يوم الجمعة. ومسلم في الجمعة.

يوم الجمعة محمولة على الاستحباب⁽¹⁾.

د - عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم»⁽²⁾.

هـ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل»⁽³⁾.
وهذان الحديثان محمولان على الندب لأن العلة فيهما للنظافة لا للعبادة والدليل⁽⁴⁾:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان الناس ينتابون يوم الجمعة من منازلهم والعوالي، فيأتون في الغبار، فيصيبهم الغبار والعرق، فيخرج منهم العرق، فأتى رسول الله ﷺ إنساناً منهم وهو عندي. فقال النبي ﷺ: «لو أنكم تطهروا ليومكم هذا»⁽⁵⁾.
ويصح غسل الجمعة وذلك:

أ - بأن يكون بعد طلوع الفجر. فلا يصح قبله.
ب - وأن يكون متصلاً بالروح إلى المسجد ولا يضر الفصل اليسير، فإن فصل بينه وبين الذهاب إلى الجمعة بوقت كثير أعاده لبطلانه، وكذلك إذا نام خارج المسجد أو تغذى خارجه اختياراً، أو اضطراراً. وأما إن نام أو تغذى في المسجد أو في ذهابه إليه فلا يضر.

ودليل طلب اتصال الغسل بالجمعة:

- عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل»⁽⁶⁾.
وجه الدليل منه أنه لما أمر من جاء الجمعة بالاغتسال، كان الظاهر أن اغتساله للمجيء لها، ويجب بناء على ذلك أن يبقى أثره إلى وقت الإتيان، وهذا لا يصح إلا أن يكون الاغتسال متصلاً بالذهاب⁽⁷⁾.

2 - جلوس الخطيب أول كل خطبة.

ودليل طلب الجلوس: ⁽⁸⁾

- (1) المنتقى 1/185 وأحكام ابن العربي 4/1808 وأحكام القرطبي 18/106.
- (2) أخرجه مالك في الجمعة، باب العمل في غسل يوم الجمعة. والبخاري في الأذان، باب وضوء الصبيان. ومسلم في الجمعة، باب وجوب غسل الجمعة على كل بالغ من الرجال.
- (3) أخرجه مالك في الجمعة، باب العمل في الغسل يوم الجمعة. والبخاري في الجمعة، باب فضل الغسل يوم الجمعة. ومسلم في الجمعة.
- (4) بداية المجتهد 1/200 وعارضة الأحوذى 2/276.
- (5) أخرجه البخاري في الجمعة، باب من أين تؤتى الجمعة. ومسلم في الصلاة.
- (6) سبق تخريجه.
- (7) المنتقى 1/186.
- (8) الذخيرة م/1 ورقة 119.

أ - عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله ﷺ خطب خطبتين يوم الجمعة وجلس بينهما⁽¹⁾.

ب - عن ابن عمر قال: «كان النبي ﷺ يخطب خطبتين، كان يجلس إذا صعد المنبر حتى يفرغ المؤذن، ثم يقوم فيخطب، ثم يجلس فلا يتكلم ثم يقوم ويخطب»⁽²⁾.

3 - استقبال ذات الإمام لا جهته. وقيل بوجوبه، وهو ظاهر المدونة، ولكن المعتمد السنية. قال مالك: «السنة عندنا أن يستقبل الناس الإمام يوم الجمعة إذا أراد أن يخطب؛ من كان منهم يلي القبلة وغيرها»⁽³⁾.

المنذوبات المؤكدة للجمعة:

- 1 - تحسين الهيئة بقصّ الشارب والأظافر وحلق العانة وتنف الإبطين.
- 2 - استعمال السواك. وقد يجب لإزالة رائحة كريهة كالبصل والثوم.
- 3 - التجمل بالثياب، وأفضلها البيض، أما المرأة فيحرم عليها التجمل بالثياب.
- 4 - التطيب لغير النساء، فإنه يحرم عليهن.

ودليل ما تقدم⁽⁴⁾:

أ - عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال: «ما على أحدكم لو أتخذ ثوبين لجمعته، سوى ثوبي مهنته»⁽⁵⁾.

ب - عن سلمان الفارسي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغتسل رجل يوم الجمعة، ويتطهر ما استطاع من طهر، ويدهن من دهنه أو يمسّ من طيب بيته، ثم يخرج فلا يفرق بين اثنين، ثم يصلي ما كتب له، ثم ينصت إذا تكلم الإمام، إلا غفر له ما بينه وبين الجمعة الأخرى»⁽⁶⁾.

ج - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: أشهد على رسول الله ﷺ قال: «الغسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم، وأن يستن (يستاك)، وأن يمسّ طيباً إن وجد»⁽⁷⁾.

- (1) أخرجه مالك مرسلاً، في الجمعة. باب القراءة في صلاة الجمعة. ووصله البخاري عن ابن عمر في الجمعة، باب الخطبة قائماً. ومسلم في الجمعة، باب ذكر الخطبتين قبل الصلاة.
- (2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الجلوس إذا صعد المنبر. والترمذي في الجمعة، باب ما جاء في الجلوس بين الخطبتين.
- (3) الموطأ، كتاب الجمعة. باب الهيئة وتخطي الرقاب.
- (4) عارض الأحوذى 318/2 والذخيرة 1م ورقة 120.
- (5) أخرجه مالك مرسلاً في الجمعة، باب الهيئة وتخطي الرقات. ووصله أبو داود في الصلاة، باب اللبس للجمعة. وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب ما جاء في الزينة يوم الجمعة عن عبد الله بن سلام.
- (6) أخرجه البخاري في الجمعة، باب الدهن للجمعة.
- (7) أخرجه البخاري في الجمعة، باب الطيب للجمعة. ومسلم في الجمعة.

ومعنى الوجوب تأكد السنّة⁽¹⁾.

5 - المشي في الذهاب فقط للقادر عليه لما فيه من التواضع لله ﷻ، لأنه عبد ذاهب لمولاه، فيطلب منه التواضع له، فيكون ذلك سبباً في إقباله عليه.

6 - التهجير، وهو الذهاب في الهاجرة، والمراد بها الساعة السادسة التي يليها الزوال. والدليل:

ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة، ثم راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة، فإذا خرج الإمام حضرت الملائكة يستمعون الذكر»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أن هذا كله في ساعة واحدة، فالساعات المذكورة هي أجزاء من الساعة السادسة، لأن الساعة في العربية جزء من الزمان⁽³⁾.

7 - تقصير الخطبتين، وأن تكون الثانية أقصر من الأولى. ودليل التقصير⁽⁴⁾:

ما روي عن أبي وائل قال: خطبنا عمّارٌ فأوجز وأبلغ فلما نزل قلنا: يا أبا اليقظان! لقد أبلغت وأوجزت. فلو كنت تنفست (أطلت قليلاً) فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن طول صلاة الرجل وقصر خطبته مئنة من فقهه. فأطيلوا الصلاة وأقصروا الخطبة. وإن من البيان سحراً»⁽⁵⁾.

8 - رفع الصوت بالخطبتين زيادة على أصل الجهر الواجب.

9 - بدؤهما بحمد الله والصلاة على النبي ﷺ، وختم الثانية بيغفر الله لنا ولكم، أو باذكروا الله يذكركم.

10 - قراءة ولو آية في الخطبتين، والأولى قراءة سورة من قصار المفصل.

11 - توكؤ الإمام على عصا، لأنه من فعله ﷺ فقد كان إذا خطب توكأ على عصا أو على قوس، وكذلك من فعل الخلفاء الراشدين⁽⁶⁾. قال ابن شهاب: كان ﷺ إذا قام

(1) الذخيرة 1م ورقة 120.

(2) أخرجه مالك في الجمعة، باب العمل في غسل يوم الجمعة. والبخاري في الجمعة، باب فضل الجمعة. ومسلم في الجمعة، باب وجوب غسل الجمعة على كل بالغ من الرجال.

(3) عارضة الأحوذى 282/2 والذخيرة 1م ورقة 120.

(4) المنتقى 1/205 والذخيرة 1م ورقة 119.

(5) أخرجه في مسلم في الجمعة، باب تخفيف الصلاة والخطبة.

(6) البيان والتحصيل 1م ورقة 55 والذخيرة 1م ورقة 119.

أخذ عصا فتوكأ عليها وهو قائم على المنبر، ثم كان أبو بكر وعمر وعثمان يفعلون ذلك⁽¹⁾.

12 - قراءة سورة «الجمعة» في الركعة الأولى، و«سبح اسم ربك» أو «هل أتاك» في الثانية. والدليل:

أ - عن الضحاک بن قيس أنه سأل النعمان بن بشير: ماذا كان يقرأ به رسول الله ﷺ يوم الجمعة على إثر سورة الجمعة؟ قال: كان يقرأ: ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾⁽²⁾ [الغاشية: 1].

ب - عن النعمان بن بشير قال: «كان رسول الله ﷺ يقرأ في العيدين والجمعة بـ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ [الأعلى: 1] و﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾⁽³⁾ [الغاشية: 1].

13 - حضور صبي وامرأة متجالاة أي العجوز التي لا إرب للرجال فيها⁽⁴⁾.

14 - يندب لتارك الجمعة بعذر كالمحبوس، والمكره، والمريض، والعريان، والخائف، أن يؤخر صلاة الظهر إلى أن تصلى الجمعة ولا يستعجل بصلاتها، وذلك إن ظن زوال عذره قبل أداء الجمعة؛ فإن قدمها صححت وأعادها جمعة وجوباً إن أمكن؛ فإن لم يظن زوال عذره بل شك أو ظن عدمه فله تقديم الظهر أول الوقت قبل إقامة الجمعة كالنساء.

وغير المعذور ممن تجب عليه الجمعة، إن صلى الظهر في وقت يظن فيه إدراك ركعة من الجمعة لو سعى إليها، لم تجزه الظهر الذي صلاه، ويعيده إن لم تمكنه الجمعة أبداً. وكذلك المعذور إذا صلى الظهر لعذره ثم زال عذره، كأن قدم من سفر، أو صح من مرض، أو انفك من وثاقه، قبل إقامة الجمعة بحيث لو سعى لأدرك منها ولو ركعة، فإنه تجب عليه الجمعة؛ فإذا لم يصلها مع الإمكان فهل يعيد الظهر أم لا لأنه قد صلاها حال العذر؟ وهو الذي يفيد صدر المبحث، وكذلك الصبي إذا بلغ بعد أن صلى الظهر وقبل إقامة الجمعة فإن الجمعة تجب عليه. فإذا لم يصلها أعاد الظهر أبداً، لأن فعله الأول وقع نافلة وهو قد بلغ في الوقت.

15 - حمد العاطس سراً حال الخطبة، وكذلك التأمين، والتعوذ، والاستغفار، والصلاة على النبي ﷺ وذلك عند ذكر السبب، ويكره الجهر.

(1) المدونة 140/1.

(2) أخرجه مالك في الجمعة، باب القراءة في صلاة الجمعة. ومسلم في الجمعة، باب ما يقرأ في صلاة الجمعة.

(3) أخرجه مسلم في الجمعة، باب ما يقرأ في الجمعة.

(4) تقييد حضور المرأة بكونها متجالاة، لم يذكروا دليلاً عليه. وهو مخالف لما كان عليه الأمر من حضور المرأة المتجالاة وغير المتجالاة الجمعة في عهد النبي ﷺ.

ما يحرم يوم الجمعة؟

- 1 - السفر عند الزوال لمن تجب عليه الجمعة إلا لضرورة: والدليل: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: 9].
- وجه الدليل أن الأمر بالشيء يقتضي تحريم تركه⁽¹⁾. والسفر بعد زوال يوم الجمعة يؤدي إلى ترك صلاة الجمعة.
- 2 - تخطي رقاب الجالسين حال جلوس الإمام على المنبر. والدليل⁽²⁾:
- أ - عن أبي هريرة أنه كان يقول: «لأن يصلي أحدكم بظهر الحرّة، خير له من أن يقعد حتى إذا قام الإمام يخطب، جاء يتخطى رقاب الناس يوم الجمعة»⁽³⁾.
- ب - عن عبد الله بن بسر قال: جاء رجل يتخطى رقاب الناس يوم الجمعة والنبي يخطب فقال له النبي ﷺ: «اجلس فقد آذيت»⁽⁴⁾.
- 3 - ابتداء صلاة نفل ولو للداخل، بداية من خروج الإمام للخطبتين حتى تنتهي الصلاة. ويقطع المتنفل ولو عقد ركعة إذا كان جالساً قبل التنفل ولو لم يعتمد، ولا يقطع الداخل إلا إذا تعمد. ودليل النهي:
- أ - عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قلت لصاحبك: أنصت - والإمام يخطب يوم الجمعة - فقد لغوت»⁽⁵⁾.
- وجه الدليل منه أنه ﷺ نهى عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الواجبين، فيكون النفل أولى بالتحريم⁽⁶⁾. وأوجب الإنصات، والمصلي لا يمكنه ذلك لما يلزمه من القراءة⁽⁷⁾.
- ب - عن علي بن أبي طالب أنه كان يكره الصلاة يوم الجمعة والإمام يخطب⁽⁸⁾.
- ج - قال ابن رشد الحفيد: يشبه أن يكون الذي راعاه مالك في هذا هو العمل⁽⁹⁾.

(1) الإشراف 131/1 والمتقى 199/1. (2) المنتقى 203/1 والذخيرة م1 ورقة 181.

(3) أخرجه مالك في الجمعة، باب الهيئة وتخطي الرقاب.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب تخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والنسائي في الجمعة، باب النهي عن تخطي رقاب الناس.

(5) أخرجه مالك في الجمعة، باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب. والبخاري في الجمعة، باب الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب. ومسلم في الجمعة، باب في الإنصات يوم الجمعة في الخطبة.

(6) عارضة الأحوذى 300/2 وبداية المجتهد 198/1. والذخيرة م1 ورقة 120.

(7) الإشراف 131/1 والمتقى 189/1. (8) المدونة 138/1.

(9) بداية المجتهد 198/1.

د - عن ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي، أنه أخبره: أنهم كانوا في زمان عمر بن الخطاب، يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر، فإذا خرج عمر وجلس على المنبر، وأذن المؤذنون قال ثعلبة: جلسنا نتحدث فإذا سكت المؤذنون وقام عمر يخطب أنصتنا، فلم يتكلم منا أحد. قال ابن شهاب: «فخروج الإمام يقطع الصلاة. وكلامه يقطع الكلام»⁽¹⁾.

وما روي عن جابر بن عبد الله قال: «بينما النبي ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ جاء رجل فقال له النبي ﷺ: «أصليت يا فلان؟» قال: لا، قال: «قم فاركع»⁽²⁾. فقد اعترض عليه ب:

أ - أنه حديث واحد يعارضه أخبار أقوى منه وأصول من الشريعة فوجب تركه. قال هذا ابن العربي⁽³⁾. ويعني بالأخبار الأقوى منه وبأصول من الشريعة قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾. وحديث الإنصات للإمام وهو يخطب. ب - أنه منسوخ بالأمر بالإنصات، لأنه لا يعرف له تاريخ⁽⁴⁾.

ج - أنه معارض بما روي عن عبد الله بن بسر قال: جاء رجل يتخطى رقاب الناس يوم الجمعة والنبي ﷺ يخطب فقال ﷺ: «اجلس فقد آذيت»⁽⁵⁾.

وهذا الحديث يبين أن الصلاة لم تكن مشروعة حين يكون الإمام يخطب وإلا لما أمر الرسول الرجل بالجلوس، إذ لا يأمر الرسول ﷺ الناس بترك ما هو مشروع. قال ابن عبد البر⁽⁶⁾: «لم يأمره بالركوع بل أمره أن يجلس دون أن يركع». وهذا يؤكد ما سيأتي من أن أمر الرسول ﷺ الرجل بالركوع في حديث البخاري المتقدم كان لقصد خاص. د - أن النبي ﷺ كلم الرجل وأمره بالصلاة فسقط عنه فرض الاستماع⁽⁷⁾.

هـ - أن الرجل كان ذا فقر فأراد النبي ﷺ أن يشهره ليرى الناس حاله فيغيروا منه⁽⁸⁾.

فعن أبي سعيد الخدري أنه دخل يوم الجمعة ومروان يخطب فقام يصلي، فجاء الحرس ليُجلِسوه فأبى حتى صلى، فلما انصرف أتينا، فقلنا: رحمك الله إن كادوا ليَقْعُوا

(1) أخرجه مالك في الجمعة، باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب.

(2) أخرجه البخاري في الجمعة، باب إذا رأى الإمام رجلاً جاء وهو يخطب. ومسلم في الجمعة، باب التحية والإمام يخطب.

(3) عارضة الأحوذى 2/301.

(4) عارضة الأحوذى 2/302 والذخيرة 1م ورقة 120.

(5) سبق تخريجه. (6) الاستذكار 2/285.

(7) عارضة الأحوذى 2/302.

(8) عارضة الأحوذى 2/302 والذخيرة 1م ورقة 120.

بك! قال: ما كنت لأتركهما بعد شيء رأيته من رسول الله ﷺ. ثم ذكر أن رجلاً جاء يوم الجمعة في هيئة بدئة (رثه)، والنبي ﷺ يخطب يوم الجمعة فأمره فصلّى ركعتين. والنبي ﷺ يخطب⁽¹⁾.

وجه الدليل منه أنه قال: «في هيئة بدئة» وهذا يفيد معنى الفقر⁽²⁾. وإذا لم يتعمد الداخل الصلاة، وإنما كان جاهلاً لخروج الإمام، أو كان ناسياً، فإنه لا يقطع لكن يخفف الصلاة.

4 - الكلام أثناء الخطبتين أو بينهما ولو لمن لا يسمعهما لبعد أو صمم. ودليل النهي:

- عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قلت لصاحبك: أنصت - والإمام يخطب يوم الجمعة - فقد لغوت»⁽³⁾.

ويسقط الإنصات إذا لغا الإمام في الخطبة كأن يسب من لا يجوز سبه، أو يمدح من لا يجوز مدحه، أو يدعو للسلطان، أو يتكلم بكلام خارج عن قانون الخطبة. نقل الأبي عن الإمام ابن العربي قال: «رأيت زهّاد بغداد والكوفة إذا دعا الإمام لأهل الدنيا صلّوا وتكلموا وبعض الخطباء يكذب، حينئذٍ فالشغل عنه طاعة واجبة. واختار اللّخمي التكلم حين يسب أحداً»⁽⁴⁾.

5 - السلام ممن جاء متأخراً أو من أحد الجالسين على آخر.

6 - ردّ السلام ولو بالإشارة.

7 - تشميت العاطس والردّ عليه.

ودليل النهي عن السلام وتشميت العاطس أن الأمر برّد السلام وبشميت العاطس عام مخصص بالأمر بالصمت حين الخطبة⁽⁵⁾.

8 - الأكل والشرب.

9 - نهى لاغ ولو بالإشارة له، كما تقدم في حديث أبي هريرة.

10 - البيع والشراء ونحوهما، بداية من الشروع في الأذان الذي يؤذّن به عقب جلوس الإمام على المنبر، إلى أن يسلم الإمام.

ودليل التحريم:

قوله تعالى: ﴿وَذَرُواْ الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: 9].

وهذا نص في تحريمه وذلك يقتضي فساده إذا وقع⁽⁶⁾. ويفسخ البيع، والعقود من

(1) أخرجه الترمذي في الجمعة، باب ما جاء في الركعتين إذا جاء الرجل والإمام يخطب.

(2) عارضة الأحوذى 302/2. (3) سبق تخريجه.

(4) إكمال الإكمال 16/3. (5) بداية المجتهد 197/1.

(6) الإشراف 136/1.

إجارة، وتولية، وشركة، وشفعة، فإنها تفسخ ولو وقعت في حال السعي سداً للذريعة. أما عقد الزواج فإنه لا يفسخ، وإن كان محرماً، لوقوعه في وقت حرمة؛ وكذلك عقد الهبة والصدقة. ويستثنى من البيع المحرم بيع الماء وشراؤه للوضوء. وإذا فسخ البيع ونحوه فإن السلعة ترد لصاحبها إن لم تفت. فإن فاتت ولو بتغير السوق فتلزم القيمة حين القبض، لا حين العقد ولا الفوات.

11 - ومن البدع المحرمة ما يقع بدكة المبلغين بالقطر المصري وغيره من الأقطار من الصريخ على صورة الغناء والترنم. ولا ينكر عليهم أحد من أهل العلم.

ما يكره يوم الجمعة؟

- 1 - السفر بعد الفجر إلى الزوال لا قبله.
- 2 - ترك العمل يوم الجمعة لما فيه من التشبه باليهود والنصارى في السبت والأحد وهذا إذا كان الترك تعظيماً. أما إذا قصد به الراحة فيباح. وإن قصد به الاشتغال بأمر الجمعة من تنظيف ونحوه فحسن يثاب عليه، ولذلك يكره الاشتغال يوم الجمعة بأمر يشغل عن وظائف الجمعة.
- 3 - تخطي رقاب الجالسين قبل جلوس الخطيب على المنبر لغير فرجة، لأن فيه إذابة للجالسين.
- 4 - ترك الخطيب الطهارة في الخطبتين، بأن يخطب وهو محدث فيهما، ووجه عدم الحرمة أن الطهارة فيهما ليست شرطاً على المشهور، ويحرم عليه في الطهارة الكبرى من حيث المكث بالجنابة في المسجد.
- 5 - تننل جالس في المسجد ممن يقتدى به من عالم وسلطان أو إمام، لا لغيرهم، وذلك عند الأذان الأول لا قبله، ووجه الكراهة خوف اعتقاد العامة وجوبه، والمراد بالأذان أي الذي قبل خروج الإمام. وكذلك يكره لهم التنفل بعد صلاة الجمعة إلى أن ينصرف، الناس من المسجد.
- 6 - جهر العاطس بالحمد، لأنه يؤدي إلى التشميت والردة، وهما من اللغو الممنوع.
- 7 - سلام الخطيب على الناس. والدليل: عمل أهل المدينة⁽¹⁾. ومحل الكراهة إذا صعد على المنبر أما عند خروجه فلا حرج.
- 8 - حضور شابة غير مفتنة لصلاة الجمعة. ويحرم على المفتنة⁽²⁾.

(1) الإشراف 133/1 والمتقى 189/1 والذخيرة م1 ورقة 119.

(2) منع الشابة من الخروج كراهة في غير المفتنة وتحريماً في المفتنة لم يذكروا له دليلاً. وهو مخالف لما كان عليه الأمر في عهد النبي ﷺ من خروج المرأة عموماً للصلاة ولغير الصلاة.

تنفل الإمام بعد الجمعة:

يكروه للإمام التنفل بعد الجمعة. والدليل: (1)
 أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «كان يصلي قبل الظهر ركعتين، وبعدها ركعتين،
 وبعد المغرب ركعتين في بيته، وبعد صلاة العشاء ركعتين، وكان لا يصلي بعد الجمعة
 حتى ينصرف، فيركع ركعتين» (2).
 ب - عموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: 10].
 أما المأموم فقد قال الباجي: «إن شاء ركع وإن شاء لم يركع واختار ابن القاسم أن
 لا يركع» (3).

الجائزات:

- تخطي رقاب الجالسين قبل جلوس الخطيب لوجود فرجة، لكن بمعنى خلاف
 الأولى.
 - التخطي بعد الخطبة وقبل الصلاة لفرجة أو غيرها.
 - المشي بين الصفوف يجوز مطلقاً ولو حال الخطبة.
 - الكلام بعد الخطبة للصلاة أي للأخذ في إقامتها، إذ الكلام حال الإقامة مكروه،
 ويحرم بعد إحرام الإمام في الجمعة وغيرها.
 - نهي الخطيب أو أمره إنساناً وقع منه ما لا يليق حال الخطبة كأن يقول: أنصت أو
 لا تتكلم أو لا تتخط أعناق الناس.
 - رد من كلمه الخطيب وإجابته فيما يجوز إظهاراً لعذر أو نحوه ولا يكون كل من
 الخطيب والمجيب لاغياً. والدليل:
 الحديث المتقدم عن عمر بن الخطاب حين سأل المتأخر: «أية ساعة هذه؟» فقال:
 يا أمير المؤمنين انقلبت عن السوق فسمعت النداء فما زدت... الخ» (4).
 - الذكر القليل، كتسييح وتهليل سراً حال الخطبة. ويمنع الكثير جهراً لأنه يؤدي
 إلى ترك واجب وهو الاستماع.

إذن الإمام في إقامة الجمعة:

لا تتوقف إقامتها ابتداء على إذن الإمام الأعظم. وإنما يندب الاستئذان فقط مراعاة
 للخلاف في إذنه (5).

(1) الذخيرة 1 ورقة 121.

(2) أخرجه البخاري في الجمعة، باب الصلاة بعد الجمعة وقبلها. ومسلم في الجمعة، باب الصلاة بعد
 الجمعة.

(3) المتقى 1/297.

(4) سبق تخريجه.

(5) الذخيرة 1 ورقة 118.

قال ابن القاسم: قال مالك⁽¹⁾: «إنَّ لله فرائض في أرضه لا ينقضها شيء إن وليها والٍ أو لم يَلِهَا، نحواً من هذا، يريد الجمعة».

ويجب على المسلمين إقامتها إن منعها الإمام وأمنوا ضرره. ودليل عدم وجوب الإذن⁽²⁾:

أ - أن الوليد بن عقبة والي الكوفة أبطأ يوماً فصلَّى ابن مسعود بالناس من غير إذنه⁽³⁾.

ب - أن علياً صلى الجمعة يوم حصر عثمان ولم ينقل أنه استأذن⁽⁴⁾.

ج - أن سعيد بن العاص والي المدينة لما خرج من المدينة صلَّى أبو موسى بالناس الجمعة من غير استئذان⁽⁵⁾.

د - القياس على الصلوات الخمس.

إدراك ركعة من الجمعة:

من أدرك ركعة من صلاة الجمعة فقد أدرك الصلاة، وعليه أن يكمل ركعة لقول الرسول ﷺ: «من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة»⁽⁶⁾.

وجه الدليل أن الحديث عام في جميع الصلوات، فلا يستثنى منها إلا ما خصه الدليل⁽⁷⁾.

الأذان يوم الجمعة للصلاة:

السنة في الأذان لصلاة الجمعة أنه كان في عهد رسول الله ﷺ كما في سائر الصلوات يؤذّن واحد إذا جلس النبي ﷺ على المنبر. وكذلك كان يفعل أبو بكر وعمر وعليّ بالكوفة⁽⁸⁾ والدليل:

(1) المدونة الكبرى 142/1.

(2) الإشراف 127/1 وأحكام القرطبي 113/18 والذخيرة م 1 ورقة 118.

(3) أخرجه البيهقي في الصلاة، باب الإمام يؤخّر الصلاة.

(4) المنصوص عليه في المصادر أن علياً ﷺ، صلَّى بالناس العيد حين حصر عثمان ﷺ. وأما الجمعة فاختلف في ذلك. راجع: الموطأ في العيد، باب الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين، والبخاري في الأضاحي، باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي، والتخليص الحبير 537/4، والبداية والنهاية 177/7، والتمهيد 293/10.

(5) انظر طبقات ابن سعد 33/5 وفيه أن سعيد بن العاص كان والياً لعثمان ﷺ على الكوفة حين أخرج منها. وصلَّى بالناس أبو موسى الأشعري ﷺ.

(6) أخرجه مالك معلقاً في الجمعة، باب فيمن أدرك ركعة يوم الجمعة. وأسنده البخاري في مواقيت الصلاة، باب من أدرك من الصلاة ركعة. ومسلم في المساجد، باب من أدرك من الصلاة ركعة.

(7) المتقى 191/1.

(8) أحكام ابن العربي 180/4 وأحكام القرطبي 100/18 وعارضة الأحوذى 305/2 والتحرير والتنوير 224/28.

- عن السائب بن يزيد رضي الله عنه قال: «لم يكن للنبي صلى الله عليه وسلم مؤذن غير واحد. وكان التأذين يوم الجمعة حين يجلس الإمام على المنبر»⁽¹⁾.

ثم زاد عثمان رضي الله عنه لما كثر الناس بالمدينة أذاناً على الزوراء (وهو موضع بالسوق) ليشعر الناس بالوقت، فياخذوا في الإقبال إلى الجمعة، ثم يخرج عثمان رضي الله عنه فإذا جلس على المنبر أذن الثاني الذي كان أولاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم يخطب فيؤذن الثالث لإقامة الصلاة⁽²⁾.

- عن السائب بن يزيد رضي الله عنه قال: «كان النداء يوم الجمعة أوله إذا جلس الإمام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما، فلما كان عثمان رضي الله تعالى عنه وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء»⁽³⁾.

قال ابن العربي: «وسماه في الحديث ثالثاً، لأنه أضافه إلى الإقامة، فجعله ثالث الإقامة، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «بين كل أذانين صلاة لمن شاء». يعني الأذان والإقامة، فتوهم الناس أنه أذان أصليّ فجعلوا المؤذنين ثلاثة، فكان وهما، ثم جمعوهم في وقت واحد، فكان وهما على وهم»⁽⁴⁾ اهـ.

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: «فتوهم كثير من أهل الأمصار أنّ الأذان لصلاة الجمعة ثلاث مرّات، لهذا تراهم يؤذنون في جوامع تونس ثلاثة أذانات وهو بدعة»⁽⁵⁾.

قال ابن العربي: «وأما بالمغرب - أي بلاد المغرب - فيؤذن ثلاثة من المؤذنين لجهل المفتين، فإنهم لما سمعوا أنها ثلاثة لم يفهموا أن الإقامة هي النداء الثالث، فجمعوها وجعلوها ثلاثة غفلة وجهاً بالسنة»⁽⁶⁾.

وينسب الأذان الثاني إلى بني أمية «والسبب في نسبه إليهم أن علي بن أبي طالب لما كان بالكوفة لم يؤذن للجمعة إلا أذاناً واحداً كما كان زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وألغى الأذان الذي جعله عثمان بالمدينة، فلعلّ الذي أرجع الأذان الثاني بعض خلفاء بني أمية، قال مالك في المجموعة: إن هشام بن عبد الملك أحدث أذاناً ثانياً بين يديه في المسجد»⁽⁷⁾.



(1) أخرجه البخاري في الجمعة، باب المؤذن الواحد يوم الجمعة.

(2) أحكام ابن العربي 4/ 1803 وأحكام القرطبي 18/ 100 وعارضة الأحوذى 2/ 305 والتحرير والتنوير 28/ 224.

(3) أخرجه البخاري في الجمعة، باب الأذان يوم الجمعة.

(4) أحكام ابن العربي 4/ 1804. التحرير والتنوير 28/ 225.

(5) التحرير والتنوير 28/ 225.

(6) عارضة الأحوذى 2/ 305.

(7) التحرير والتنوير 28/ 225.

الصلوات غير الفرائض

تنقسم الصلوات غير الفرائض إلى نفل مؤكد، ورجيية، وسنن مؤكدة.

النوافل المؤكدة:

النفل لغة: الزيادة. والمراد به هنا ما زاد على الفرض وعلى السنة والرجيية. واصطلاحاً: ما فعله النبي ﷺ ولم يداوم عليه، أي يتركه في بعض الأحيان، وليس المراد أنه يتركه رأساً، لأن من خصائصه عمله.

والنوافل المؤكدة محلها:

1 - قبل صلاة الظهر. 2 - بعد صلاة الظهر. 3 - قبل صلاة العصر. 4 - بعد صلاة المغرب. 5 - بعد صلاة العشاء.

ويكفي في الجميع لتحصيل الندب ركعتان، وإن كان الأولى أربع ركعات، إلا المغرب فسنتٌ ويزاد على ما تقدم من النوافل المؤكدة ما يلي:

6 - الضحى: وأقله ركعتان وأكثره ثماني ركعات. ولا كراهة فيما زاد على الثمان. ودليل مشروعية الضحى⁽¹⁾:

أ - عن أبي ذر قال: قال رسول الله ﷺ: «يصبح على كل سلامى من أحدكم صدقة فكلٌ تسبيحة صدقة، وكلٌ تحميدة صدقة، وكلٌ تهليلة صدقة، وكلٌ تكبيرة صدقة، وأمر بالمعروف صدقة، ونهي عن المنكر صدقة، ويجزىء من ذلك ركعتان يركعهما من الضحى»⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «أوصاني خليلي بثلاث لا أدعهن حتى أموت: صوم ثلاثة أيام من كل شهر، وصلاة الضحى، ونوم على وتر»⁽³⁾.

ج - عن زيد بن أسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تصلي الضحى ثماني ركعات ثم تقول: «لو نشر (أحبي) لي أبواي ما تركتهن»⁽⁴⁾.

7 - التراويح في رمضان: ودليل مشروعتها:

- عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ كان يرغب في قيام رمضان من غير أن يأمر بعزيمة. فيقول: «من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه»⁽⁵⁾.

(1) عارضة الأحوذى 259/2 وأحكام القرطبي 159/15.

(2) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى.

(3) أخرجه البخاري في الكسوف، باب صلاة الضحى في الحضر. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى.

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب صلاة الضحى.

(5) أخرجه مالك في الصلاة في رمضان، باب الترغيب في الصلاة في رمضان. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الترغيب في قيام رمضان. والبخاري في صلاة التراويح، باب فضل من قام رمضان.

وعدد ركعات التراويح عشرون ركعة، بعد صلاة العشاء، غير الشفع والوتر:
فمن يزيد بن رومان أنه قال: «كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب في
رمضان بثلاث وعشرين ركعة»⁽¹⁾.

وقيل: عدد ركعات التراويح إحدى عشرة ركعة⁽²⁾ والدليل:

ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أنه سأل عائشة رضي الله عنها عن صلاة
رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان؟ فقالت: ما كان رسول الله يزيد في رمضان، ولا في غير
رمضان على إحدى عشر ركعة، يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم يصلي
أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن. ثم يصلي ثلاثاً. قالت فقلت: يا رسول الله! أتنام
قبل أن توتر؟ فقال: «يا عائشة إن عيني تنامان ولا ينام قلبي»⁽³⁾.

ويندب لقائم رمضان أن يختم في التراويح. بأن يقرأ كل ليلة جزءاً من القرآن يفرقه
على العشرين ركعة. واستحسنه الإمام اللخمي.

ويجوز قراءة القرآن من المصحف أثناء التراويح، ففي المدونة⁽⁴⁾ أن مالكا رضي الله عنه
قال: لا بأس بأن يؤم الإمام بالناس في المصحف في رمضان وفي النافلة، وفيها أيضاً
عن ابن شهاب قوله: كان خيارنا يقرؤون في المصاحف في رمضان، وأن ذكوان غلام
عائشة رضي الله عنها كان يؤمها في المصحف في رمضان.

ويندب الانفراد بها في البيت بشروط ثلاثة:

1 - أن ينشط لفعالها في بيته.

2 - أن يكون غير آفاقي بالحرمين.

3 - أن لا تتعطل المساجد عن صلاتها بها جماعة. فإن لزم على الانفراد بها تعطيل
المساجد عنها، فالأولى إيقاعها في المساجد جماعة.

ويندب للأعيان فعلها في المساجد، لأن الشأن أن الأعيان ومن يقتدى بهم إذا لم
يصلوها في المساجد تعطلت المساجد، فالانفراد لهم بها مكروه ولو لم تتعطل المساجد.

ودليل الانفراد بها إذا توفرت الشروط المتقدمة⁽⁵⁾:

ما روي عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «عليكم بالصلاة في بيوتكم، فإن خير
صلاة المرء في بيته إلا الصلاة المكتوبة»⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك في الصلاة في رمضان، باب ما جاء في قيام رمضان.

(2) عارضة الأحوذى 18/4.

(3) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم في الوتر. والبخاري في صلاة التراويح، باب
فضل من قام رمضان. ومسلم في صلاة المسافرين، باب صلاة الليل.

(4) المدونة 1/194. (5) أحكام القرطبي 372/8.

(6) أخرجه مالك موقوفاً في صلاة الجماعة، باب فضل صلاة الجماعة على صلاة الفرد. ورفع =

فإن تخلفت هذه الشروط أو أحدها كان فعلها في المسجد أفضل والدليل:

أ - عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد ذات ليلة فصلّى بصلاته ناساً، ثم صلى الليلة القابلة، فكثرت الناس. ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة، فلم يخرج إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم. فلما أصبح قال: «رأيت الذي صنعتم ولم يمنعني من الخروج إليكم إلا أنني خشيت أن تفرض عليكم» وذلك في رمضان⁽¹⁾.

وجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما امتنع أن يجمعها بهم خشية أن تفرض، فلما ذهبت العلة المانعة بوفاته صلى الله عليه وسلم ثبت جواز الاجتماع لقيام رمضان⁽²⁾.

ب - عن عبد الرحمن بن عبد القاري أنه قال: خرجت مع عمر بن الخطاب في رمضان إلى المسجد فإذا الناس أوزاع متفرقون يصلي الرجل لنفسه، ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرّهط. فقال عمر: والله إنني لأراني لو جمعت هؤلاء على قارىء واحد لكان أمثل.. فجمعهم على أبي بن كعب. قال: ثم خرجت معه ليلة أخرى، والناس يصلون بصلاة قارئهم. فقال عمر: نعمت البدعة هذه، والتي تنامون عنها أفضل من التي تقومون - يعني آخر الليل - وكان الناس يقومون أوله⁽³⁾.

ج - عن السائب بن يزيد أن عمر بن الخطاب أمر أبي بن كعب وتميماً الداري أن يقيما للناس بإحدى عشرة ركعة. قال: وكان القاريء يقرأ بالمئين، حتى كنا نعتمد على العصي من طول القيام، وما كنا ننصرف إلا في فروع الفجر (أوائله)⁽⁴⁾.

8 - تحية المسجد:

يندب تأكيداً لكل داخل يريد الجلوس بالمسجد لا المرور فيه أن يأتي بركعتين. ولا تفوت تحية المسجد بالجلوس. ودليل مشروعيتها:

ما روي عن أبي قتادة الأنصاري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا دخل أحدكم المسجد فليركع ركعتين قبل أن يجلس»⁽⁵⁾.

= البخاري في الأذان، باب صلاة الليل. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب صلاة النافلة في بيته.

(1) أخرجه مالك في الصلاة في رمضان. باب الترغيب في الصلاة في رمضان؛ ومسلم في صلاة المسافرين، باب الترغيب في قيام رمضان.

(2) المتقى 205/1 وعارضة الأحوذى 18/4 وأحكام القرطبي 372/8.

(3) أخرجه مالك في الصلاة في رمضان، باب ما جاء في قيام رمضان والبخاري في صلاة التراويح، باب فضل من قام رمضان.

(4) أخرجه مالك في الصلاة في رمضان، باب ما جاء في قيام رمضان.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب انتظار الصلاة والمشي إليها. والبخاري في الصلاة، باب إذا دخل فليركع ركعتين. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحية المسجد بركعتين.

ولفظ الحديث ظاهر في الوجوب لكثته يحمل على الندب بدليل أنه لا يجب من الصلوات غير الخمس⁽¹⁾:

فقد روى طلحة بن عبيد الله قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد ثائر الرأس يسمع دوي صوته ولا نفقه ما يقول. حتى دنا. فإذا هو يسأل عن الإسلام. فقال له رسول الله ﷺ: «خمس صلوات في اليوم والليلة» قال: هل علي غيرها؟ قال: «لا. إلا أن تطوع» قال رسول الله: «وصيام شهر رمضان» قال: هل علي غيره؟ قال: «لا. إلا أن تطوع» قال: وذكر رسول الله ﷺ الزكاة فقال: هل علي غيرها؟ قال: «لا. إلا أن تطوع» قال: فأدبر الرجل وهو يقول: والله! لا أزيد على هذه ولا أنقص منه. فقال ﷺ: «أفلح الرجل إن صدق»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أنه ﷺ أجاب بالنفي حين سأله الرجل هل يجب من الصلوات غير الخمس.

وتشرع تحية المسجد في وقت جواز لا في وقت نهي. وتتأذى تحية المسجد بالفرض فيسقط طلبها بصلوة الفرض، فإن نوى الفرض والتحية حصل له ثوابها، وإن لم ينو التحية لم يحصل له ثوابها.

وتحية المسجد الحرام، الطواف بالبيت سبعاً وركعتاه. وذلك للآفاقي وغيره، إلا المكي فإنه ليس مطلوباً بطواف إذا دخل المسجد في وقت جواز لغير قصد الطواف فيكفيه الركعتان، كأن يدخل للمشاهدة أو للصلوة أو لقراءة القرآن أو العلم فتحية المسجد في حقه الصلاة.

وفي مسجد النبي ﷺ يندب البدء بها قبل السلام على النبي، ويؤخذ من هذا أن من دخل مسجداً وفيه جماعة فإنه لا يسلم عليهم، إلا بعد صلاة التحية، إلا أن يخشى الشحناء والبغضاء، وإلا سلم عليهم قبل فعلها.

9 - التهجد: التهجد هو النفل بالليل، وهو من النوافل المؤكدة، والأفضل أن يكون بالثلث الأخير، والأفضل الوارد فيه، وهو عشر ركعات غير الشفع والوتر.

وأكثره لا حد له. ويندب الجهر بالنوافل الليلية. والدليل على ما تقدم:

أ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلي بالليل ثلاث عشرة ركعة، ثم يصلي إذا سمع النداء بالصبح ركعتين خفيفتين»⁽³⁾.

(1) شرح التلحين م 1 ورقة 28.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الترغيب في الصلاة. والبخاري في الإيمان، باب الزكاة من الإسلام. ومسلم في الإيمان. باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام.

(3) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي ﷺ في الوتر، ومسلم في صلاة المسافرين، باب صلاة الليل وعدد ركعات النبي ﷺ في الليل.

ب - عن زيد بن خالد الجهني أنه قال: لأرمقن الليلة صلاة رسول الله ﷺ. قال: فتوسدت عتبته أو فسطاظه فقام رسول الله صلى ركعتين طويلتين طويلتين طويلتين. ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما. ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما. ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما. ثم صلى ركعتين دون اللتين قبلهما. ثم أوتر فتلك ثلاث عشرة ركعة⁽¹⁾.

ج - عن ابن عباس أنه بات ليلة عند خالته ميمونة زوج النبي ﷺ حتى إذا انتصف الليل، أو قبله بقليل، أو بعده بقليل، استيقظ رسول الله فجلس يسمح النوم عن وجهه بيده، ثم قرأ العشر الآيات الخواتم من سورة آل عمران. ثم قام إلى شن معلق فتوضأ فأحسن وضوءه، ثم قام يصلي.

فقال ابن عباس: فصلى ركعتين، ثم ركعتين حتى أتاه المؤذن. فصلى ركعتين خفيفتين، ثم خرج فصلى الصبح⁽²⁾.

د - عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما من امرئ تكون له صلاة بليل يغلبه عليها نومٌ إلا كتب الله له أجر صلاته وكان نومه عليه صدقة»⁽³⁾.
الرغبية: صلاة الفجر خاصة.

ركعتا الفجر رغبية. ودرجتها فوق الندب ودون الستة.

والرغبية ما رغب فيه الشارع وحدده ولم يفعله في جماعة. ودليل مشروعيتها:

أ - عن عبد الله بن عمر أن حفصة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ أخبرته أنه عليه السلام كان إذا سكت المؤذن عن الأذان لصلاة الصبح، صلى ركعتين خفيفتين. قبل أن تقام الصلاة⁽⁴⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: «لم يكن النبي ﷺ على شيء من النوافل أشد منه تعاهداً منه على ركعتي الفجر»⁽⁵⁾.

- (1) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي ﷺ في الوتر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه.
- (2) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي ﷺ في الوتر. والبخاري في الوضوء، باب قراءة القرآن بعد الحدث وغيره. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه.
- (3) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب ما جاء في صلاة الليل. وأبو داود في التطوع، باب من نوى القيام فنام، والنسائي في قيام الليل، باب من كان له صلاة بالليل فغلبه عليها النوم.
- (4) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب ما جاء في ركعتي الفجر. والبخاري في الأذان، باب الأذان بعد الفجر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب ركعتي الفجر.
- (5) أخرجه البخاري في الكسوف، باب تعاهد ركعتي الفجر. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتي الفجر.

ج - عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يصلي بالليل ثلاث عشرة ركعة. ثم يصلي إذا سمع النداء بالصبح ركعتين خفيفتين⁽¹⁾.

وهي تفتقر إلى نية تميزها عن مطلق النافلة، بخلاف غيرها من النوافل، فيكفي فيها نية الصلاة؛ فإن كانت بالليل فتهجد، وإن كانت بوقت ضحى فضحى، وعند دخول المسجد فتحية. وهكذا.

ووقت الفجر كالصبح، فلا تجزئ أن يقدم الإحرام بها على طلوع الفجر الصادق. ويمتد إلى صلاة الصبح.

وإذا أقيمت الصلاة للصبح وهو في المسجد مع الإمام الراتب، ولم يكن قد صلى الفجر، فإنها ترك وجوباً ويدخل مع الإمام. والدليل⁽²⁾:

أ - عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أنه قال: «سمع قوم الإقامة فقاموا يصلون. فخرج عليهم رسول الله ﷺ فقال: «أصلتان معاً؟ أصلتان معاً؟ وذلك في صلاة الصبح في الركعتين اللتين قبل الصبح»⁽³⁾.

ب - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة»⁽⁴⁾.

وشرط تركها والدخول مع الإمام إذا كان بالمسجد أو رحبته.

وإذا كان خارج المسجد ورحبته ركعها إن لم يخش فوت ركعة من الصبح مع الإمام، ويكون ركوعها خارج المسجد ورحبته.

والحديث المتقدم في النهي عن الصلاة إذا أقيمت الصلاة، مقصور على المسجد⁽⁵⁾. وتعليق إيقاعها خارج المسجد بعدم فوت ركعة من الصبح، لأن فضل صلاة الجماعة يفوت، بخلاف صلاة الفجر يمكن الإتيان بها قضاءً، فلا يفوت تحصيلها، فتقضى بعد حل النافلة إلى الزوال. والدليل⁽⁶⁾:

أ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يصل ركعتي الفجر فليصلهما بعدما تطلع الشمس»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي ﷺ في الوتر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب صلاة الليل.

(2) المتقى 1/227.

(3) أخرجه مالك مرسلاً، في صلاة الليل، باب ما جاء في ركعتي الفجر.

(4) سبق تخريجه. (5) بداية المجتهد 1/257.

(6) المتقى 1/227.

(7) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في إعادتهما بعد طلوع الشمس.

ب - عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر فاتته ركعتا الفجر فقضاها بعد أن طلعت الشمس⁽¹⁾.

ولا يقضى نفل خرج وقته سواها، فإنها تقضى بعد حل النافلة إلى الزوال.

ولا تقضى بعد صلاة الصبح وقبل الشروق لعموم كراهة وقوع النفل في هذا الوقت.

فعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ «نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس»⁽²⁾.

وإذا نسي أحد الصبح والفجر معاً أو نام عنهما فعند الإمام مالك أنه لا يقضي إلا الصبح ودليله:

الحديث المتقدم: أن رسول الله ﷺ أمر بلائاً فأقام الصلاة فصلّى بهم رسول الله ﷺ الصبح ثم قال حين قضى الصلاة: «من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها فإن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾»⁽³⁾.

ووجه الدليل منه أنه لم يذكر أنه صلى الفجر. قال مالك: «وما بلغني أن رسول الله ﷺ قضى ركعتي الفجر حين نام عن الصلاة»⁽⁴⁾.

وخالف أشهب وقال: بلغني ذلك⁽⁵⁾. ودليله:

ما روي عن أبي هريرة قال: عرّسنا مع النبي ﷺ فلم نستيقظ حتى طلعت الشمس. فقال النبي: «ليأخذ كل رجل برأس راحلته. فإن هذا منزل حضرنا فيه الشيطان» قال: ففعلنا. ثم دعا بالماء فتوضأ ثم سجد سجدتين. ثم أقيمت الصلاة فصلّى الغداة»⁽⁶⁾.

وهذا القول هو الذي عليه العمل فتقضى بعد إيقاع الصبح، قاله الشيخ محمد الأخوة رحمه الله.

فتقضى الفجر للزوال، سواء كان معها الصبح أو لا، كمن أقيمت عليه الصبح قبل أدائها، أو صلى الصبح لضيق الوقت، أو تركها كسلا. والقول بقضائها بعد إيقاع الصبح هو المعتمد كما ذكر في الشرح الكبير.

ويندب لمن أراد التوجه إلى المسجد لصلاة الصبح أن يصلّي الرغبة بالمسجد، وتجزئه عن تحيته. فإن صلاها خارج المسجد ثم أتى المسجد قبل إقامة الصلاة جلس ولا يركع تحية المسجد، لأن الوقت وقت كراهة للنافلة، ولا يشرع له إعادة الفجر، لأنها

(1) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب ما جاء في ركعتي الفجر.

(2) سبق تخريجه في أوقات الصلاة. (3) سبق تخريجه.

(4) المنتقى 1/227 والذخيرة 1م ورقة 127. (5) المصدران السابقان.

(6) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب قضاء الفائتة واستحباب تعجيله.

صليت فلا تعاد، مثلها مثل سائر الصلوات⁽¹⁾، والقول بعدم إعادتها هو قول مالك ورجحه ابن يونس⁽²⁾.

ويندب الاقتصار في الفجر على قراءة الفاتحة فقط. والدليل:

ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «إن كان رسول الله ﷺ ليخفف ركعتي الفجر، حتى إنني لأقول: اقرأ أم لا؟»⁽³⁾.

وقيل: لا يقتصر على الفاتحة بل يقرأ معها سورة، والدليل⁽⁴⁾:

ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قرأ في ركعتي الفجر: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ [الكافرون: 1] و﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص: 1]⁽⁵⁾.

والقول الأول اقتصر عليه خليل وتبعه الدردير، وهو قول مالك في المدونة⁽⁶⁾.

ويندب إسرار القراءة في ركعتي الفجر. والدليل حديث عائشة المتقدم في تخفيف ركعتي الفجر، ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ لو جهر لعلمت عائشة ماذا قرأ فيهما⁽⁷⁾.

وهذه المسألة مبنية على ترجيح حديث عائشة في عدم قراءة السورة، وهو مشهور المذهب. لأن من رجح حديث أبي هريرة قال بالجهر في صلاة الفجر⁽⁸⁾.

حكم النوافل في السرّ والجهر:

ويندب إسرار النوافل النهارية كلها، ويندب جهر نوافل الليل، ويتأكد الجهر بالوتر. ويندب التمادي في الذكر إثر صلاة الصبح إلى طلوع الشمس.

الذكر بعد الصلاة:

ويندب إثر كل صلاة من الصلوات الخمس قراءة آية الكرسي، وسورة الإخلاص، والتسبيح والتحميد والتكبير ثلاثاً وثلاثين وختم المائة ب/ لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير/ بإسقاط: /يحيي ويميت/ على الرواية الصحيحة، كما يندب الاستغفار بأي صيغة والصلاة على النبي ﷺ بما تيسر.

حكم الكلام بعد الصبح والضجعة بعد الفجر والنفل في جماعة:

يكره الكلام بأمر دينوي بعد صلاة الصبح لا بعد الفجر وقبل الصبح.

(1) المتقى 1/227 وحاشية الشرح الكبير 1/319. (2) حاشية الشرح الكبير 1/319.

(3) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب ما جاء في ركعتي الفجر. والبخاري في التهجد، باب ما يقرأ في ركعتي الفجر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب ركعتي سنة الفجر.

(4) المتقى 1/227 والذخيرة م 1 ورقة 127.

(5) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب ركعتي سنة الفجر.

(6) المدونة الكبرى 1/118. (7) المتقى 1/227 وبداية المجتهد 1/256.

(8) بداية المجتهد 1/256.

ويكره ضجعةً، وذلك بأن يضطجع المصلّي على شقه الأيمن بعد ركعتي الفجر وقبل صلاة الصبح، كما ذهب إليه غير المالكية. إذ لم يصحبها - أي الضجعة - عمل أهل المدينة. ومحل الكراهة إذا فعلها استئناً، لا لاستراحة فلا بأس بها.

ويكره صلاة النفل في جماعة كثيرة في غير التراويح، ولو بمكان غير مشهور، لأن شأن النفل الانفراد به. ويكره صلاته في جماعة قليلة بمكان مشتهر بين الناس، فإذا لم تكن الجماعة كثيرة بل كانت قليلة كالاثنتين والثلاثة ولم يكن المكان مشتهراً فلا يكره.

السنن المؤكدة:

الوتر:

هو أكد السنن. ودليل عدم وجوبه:

أ - الحديث المتقدم عن الأعرابي الذي سأل النبي ﷺ وقال له: هل عليّ غيرهن؟ فقال ﷺ: «لا، إلا أن تطوع»⁽¹⁾. وهو نص في أن لا يجب على المسلم غيرهن⁽²⁾.

ب - عن عبد الله بن محيريز الجمحي: أن رجلاً من بني كنانة يدعى المخدجيّ سمع رجلاً بالشام يكتئى أبا محمد، يقول: إنّ الوتر واجب. قال المخدجي: فرحت إلى عبادة بن الصامت فاعترضت له وهو رائح إلى المسجد. فأخبرته بالذي قال أبو محمد. فقال عبادة: كذب أبو محمد. سمعت رسول الله ﷺ يقول: «خمس صلوات كتبهن الله ﷻ على العباد. فمن جاء بهنّ، لم يضيعّ منهن شيئاً، استخفافاً بحقهنّ، كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة. ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد. إن شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنة»⁽³⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ [البقرة: 238] وجه الدليل أنه لو كان الوتر واجباً لكان عدد الصلوات زوجياً والأزواج لا وسط لها⁽⁴⁾.

د - حديث الإسراء والمعراج وفيه: فقال: «هي خمس وهي خمسون لا يبذل القول لدي»⁽⁵⁾.

هـ - عن ابن عمر قال: «كان رسول الله ﷺ يوتر على البعير»⁽⁶⁾.

- (1) سبق تخريجه.
- (2) شرح التلخين م 1 ورقة 27.
- (3) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الأمر بالوتر، وأبو داود في الوتر. باب فيمن لم يوتر. والنسائي في الصلاة، باب المحافظة على الصلوات الخمس.
- (4) الإشراف 106/1 وأحكام القرطبي 213/3.
- (5) أخرجه البخاري في الصلاة، باب كيف فرضت الصلاة في الإسراء.
- (6) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الأمر بالوتر. والبخاري في الوتر، باب الوتر على الدابة. ومسلم في صلاة المسافرين، باب جواز صلاة النافلة على الدابة.

ووجه الاستدلال منه أن الصلاة على الدابة علامة النوافل⁽¹⁾.

و - عن علي بن أبي طالب قال: ليس الوتر بحتم كالمكتوبة ولكنها سنة، سنتها رسول الله ﷺ⁽²⁾.

وهذه الأدلة واضحة تقتضي تأويل قوله ﷺ: «من لم يوتر فليس منا»⁽³⁾ على أن المراد به المبالغة في تأكد الوتر⁽⁴⁾.

دليل مشروعية الوتر:

أ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة»⁽⁵⁾.

ب - حديث زيد بن خالد الجهني المتقدم في التهجد. وحديث ابن عباس أيضاً.

ج - عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن صلاة الليل فقال رسول الله: «صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى»⁽⁶⁾.

وعدد ركعات الوتر واحدة لما تقدم من الأحاديث.

ويدخل وقت الوتر بالفراغ من صلاة العشاء الصحيحة وبعد غياب الشفق الأحمر. ويمتد إلى طلوع الفجر وهو الوقت الاختياري. والدليل⁽⁷⁾:

أ - عن أبي نضرة العوفي أن أبا سعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي ﷺ عن الوتر؟ فقال: «أوتروا قبل الصبح»⁽⁸⁾.

ب - عن عائشة أنها كانت تقول: «من خشي أن ينام حتى يصبح فليوتر قبل أن ينام. ومن رجا أن يستيقظ آخر الليل فليؤخر وتره»⁽⁹⁾.

ج - عن سعيد بن المسيب أنه قال: «كان أبو بكر الصديق إذا أراد أن يأتي فراشه أوتر. وكان عمر بن الخطاب يوتر آخر الليل»⁽¹⁰⁾.

(1) الإشراف 106/1 ومفتاح الوصول ص129 وشرح التلقين 1م و27 والذخيرة 1م و126.

(2) المدونة الكبرى 122/1.

(3) أخرجه أبو داود في الوتر، باب فيمن لم يوتر.

(4) شرح التلقين 1م و27.

(5) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي ﷺ في الوتر. ومسلم في صلاة المسافرين.

(6) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الأمر بالوتر. والبخاري في الوتر، باب ما جاء في الوتر.

(7) بداية المجتهد 1/251.

(8) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين، باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة في آخر الليل.

(9) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الأمر بالوتر.

(10) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الأمر بالوتر.

ومن تبين فساد العشاء لم يدخل وقت الوتر. وإن كان صلاه بعد الفاسدة أعاده بعد الصحيحة. وإذا صلى العشاء قبل غياب الشفق الأحمر لسفر أو مطر لم يدخل وقته حتى يغيب الشفق.

وقته الضروري من طلوع الفجر إلى أداء صلاة الصبح بتمامها. ودليل جواز قضائه بعد طلوع الفجر وقبل الصبح⁽¹⁾:

أ - عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «من نام عن وتره فليصل إذا أصبح»⁽²⁾.

ب - عمل الصحابة وآثارهم⁽³⁾. وهي:

1 - عن سعيد بن جبير أن عبد الله بن عباس رقد ثم استيقظ، فقال لخادمه: انظر ما صنع الناس (وهو يومئذ قد ذهب بصره) فذهب الخادم ثم رجع. فقال: قد انصرف الناس من الصبح. فقام عبد الله فأوتر، ثم صلى الصبح⁽⁴⁾.

2 - عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه بلغه أن عبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت والقاسم بن محمد وعبد الله بن عامر بن ربيعة، قد أوتروا بعد الفجر⁽⁵⁾.

3 - عن عروة أن عبد الله بن مسعود قال: ما أبالي لو أقيمت صلاة الصبح. وأنا أوتر⁽⁶⁾.

4 - عن يحيى بن سعيد أنه قال: كان عبادة بن الصامت يؤم قوماً فخرج يوماً إلى الصبح فأقام المؤذن صلاة الصبح. فأسكته عبادة حتى أوتر، ثم صلى بهم الصبح⁽⁷⁾.

ولا تقضى الوتر بعد صلاة الصبح لأحاديث النهي عن الصلاة في هذا الوقت⁽⁸⁾.

ويندب للفرد أن يقطع صلاة الصبح إذا تذكر الوتر فيها، ما لم يخف خروج وقت الصبح، فيصلي الشفع والوتر ويعيد الفجر. ويجوز للمأموم والإمام القطع أيضاً على الراجح. وقيل: يندب لهما القطع كالفرد. وإذا قطع الإمام صلاة الصبح فهل يقطع مأمومه أو يستخلف؟ قولان، والاستخلاف هو الظاهر.

وروي عن مالك عدم القطع للمنفرد وغيره، لأن الفرض لا يقطع إلا للفرض⁽⁹⁾.

(1) الذخيرة 1م ورقة 127.

(2) أخرجه الترمذي في الوتر، باب ما جاء في الرجل ينام عن الوتر.

(3) بداية المجتهد 1/ 251.

(4) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الوتر بعد الفجر.

(5) الموطأ، كتاب صلاة الليل، باب الوتر بعد الفجر.

(6) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الوتر بعد الفجر.

(7) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب الوتر بعد الفجر.

(8) الذخيرة 1م 127. (9) الذخيرة 1م ورقة 127.

وأما لو ذكر الوتر في صلاة الفجر فهل يتمها ثم يفعله أم يقطع؟ قولان.

وإذا لم يتسع وقت الصبح الضروري إلا لمقدار ما يسع الصبح، ولم يكن صلى الوتر وعليه الصبح، ترك الوتر وأدرك الصبح. أما إن اتسع لقدّر ما يسع ثلاث ركعات أو أربعاً فلا يتركه بل يصليه ولو بالفاتحة فقط، ثم يصلي الصبح، ويؤخر الفجر لحلّ النافلة ويسقط عنه الشفع. وإن اتسع الوقت لخمس أو ست ركعات زاد الشفع وأخر الفجر ما لم يقدم الشفع بعد العشاء، أي ما لم يصلّ بعد العشاء نفلاً ولو ركعتين، فإن صلى اقتصر على الوتر وصلى الفجر وأدرك الصبح في الباقي. وإن اتسع الوقت لسبع زاد على الشفع والوتر الفجر وصلى الصبح في الباقي.

ويندب تأخير الوتر ليكون آخر صلاته، وذلك لمعتاد الانتباه آخر الليل لصلاة التهجد، فإن قدمه وانتبه من الليل للتهجد فلا يعيده، والدليل⁽¹⁾:

ما روي عن طلق بن علي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا وتران في ليلة»⁽²⁾.

ويجوز التنفل بعد الوتر لمن صلى الوتر أول الليل أو آخره، دون أن تضاف إليه ركعة أخرى، لأن المراد بالوتر المعنى الشرعي لا العقلي، لذلك لا تنقلب إلى شفع، لأن الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة⁽³⁾. ومحل جواز النفل بعد الوتر إن لم ينو النفل قبل الشروع في الوتر، وإلا بأن نوى التنفل قبل الشروع في الوتر كره ولو لم يوصله به، كما يكره وصل النفل به إذا لم ينو قبل شروعه فيه. ومحل كراهة وصل النفل به إذا كان الفصل بينهما يسيراً فهو كالعدم. أما إذا نام ولو قليلاً أو جدد وضوءه أو ذهب من المسجد إلى بيته أو عكسه فلا يكره.

ويكره تأخير الوتر للوقت الضروري بدون عذر، من نوم أو غفلة، أو نحوهما. ويندب تأكيداً الجهر به إذا لم يخش التشويش على مصلّ آخر وإلا حرم.

ويندب أن تكون ركعة الوتر مسبوقه بشفع يفصل بينهما بسلام ويكره وصلهما. ويكره الاقتصار على الوتر من غير شفع، ولا يفتقر الشفع إلى نية مخصصة، ولا يشترط اتصاله بالوتر.

ويندب القراءة في الشفع بسورة «الأعلى» في الركعة الأولى، وبسورة «الكافرون» في الثانية.

ويندب في الوتر قراءة سورة الإخلاص والمعوذتين. والدليل⁽⁴⁾:

(1) الإشراف 107/1 والمنتقى 222/1.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في نقض الوتر. والترمذي في الوتر، باب ما جاء لا وتران في ليلة.

(4) عارضة الأحوذى 252/2.

(3) بداية المجتهد 254/1.

ما روي عن عبد العزيز بن جريج قال: «سألنا عائشة: بأي شيء كان يوتر رسول الله ﷺ؟ قالت: كان رسول الله ﷺ يقرأ في الأولى بـ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ [الأعلى: 1] وفي الثانية بـ ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ [الكافرون: 1]، وفي الثالثة بـ ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص: 1] والمعوذتين»⁽¹⁾.

سجود التلاوة:

سجود التلاوة سنة مؤكدة. ودليل مشروعيتها⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِذَا نُنزِلُ عَلَيْكَ آيَاتٍ لَرَّحِمِينَ حَرُورًا سُجَّدًا وَمَكَانًا﴾ [مريم: 58].

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قرأ ابن آدم السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي، يقول: يا ويله أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة، وأمرت بالسجود فعصيت فلي النار»⁽³⁾.

ج - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كان النبي ﷺ يقرأ علينا السورة فيها السجدة، فيسجد ونسجد حتى ما يجد أحدنا لجبهته موضعاً يسجد عليه»⁽⁴⁾.

ودليل سنتيتها وعدم وجوبها أن الآية المتقدمة محمولة على الندب بإجماع الصحابة والحجة في ذلك⁽⁵⁾:

ما روي عن ربيعة التيمي أن عمر بن الخطاب قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة التحل، حتى إذا جاء السجدة نزل فسجد وسجد الناس، حتى إذا كانت الجمعة القابلة، قرأ بها، حتى إذا جاء السجدة قال: «يا أيها الناس إننا نمز بالسجود، فمن سجد فقد أصاب، ومن لم يسجد فلا إثم عليه. ولم يسجد عمر»⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال أن ذلك وقع بمحضر الصحابة فلم ينكر عليه أحد وهم أفهم بمغزى الشرع⁽⁷⁾.

ومواضع السجودات في القرآن أحد عشر موضعاً وهي:

- (1) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب ما يقرأ في الوتر. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء فيما يقرأ به في الوتر.
- (2) أحكام ابن العربي 2/830.
- (3) أخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة.
- (4) أخرجه البخاري في السجود، باب ازدحام الناس إذا قرأ الإمام السجدة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب سجود التلاوة.
- (5) بداية المجتهد 1/280 وأحكام ابن العربي 2/231 وأحكام القرطبي 7/358.
- (6) أخرجه مالك في القرآن، باب ما جاء في سجود القرآن. والبخاري في سجود القرآن، باب من رأى أن الله ﷻ لم يوجب السجود.
- (7) أحكام ابن العربي 2/831 وأحكام القرطبي 7/358 وبداية المجتهد 1/280 والإشراف 1/94 وشرح التلطين م 1 و28.

الموضع الأول في آخر الأعراف في قوله تعالى: ﴿رَبِّسِحُونَهُمْ وَلَكُمْ لَسَجْدُونَ﴾ [الأعراف: 206].

- الموضع الثاني في الرعد في قوله تعالى: ﴿بِالْقُدْوَةِ وَالْوَصَالِ﴾ [الرعد: 15].
- الموضع الثالث في النحل في قوله تعالى: ﴿وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ [النحل: 50].
- الموضع الرابع في الإسراء في قوله تعالى: ﴿وَزَيْدُهُمْ خُشُوعًا﴾ [الإسراء: 109].
- الموضع الخامس في مريم في قوله تعالى: ﴿خَرُّوا سُجَّدًا وَبُكِيًا﴾ [مريم: 58].
- الموضع السادس في الحج في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ﴾ [الحج: 18].
- الموضع السابع في الفرقان في قوله تعالى: ﴿وَزَادَهُمْ نُفُورًا﴾ [الفرقان: 60].
- الموضع الثامن في النمل في قوله تعالى: ﴿رَبِّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ﴾ [النمل: 26].
- الموضع التاسع في السجدة في قوله تعالى: ﴿وَهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ﴾ [السجدة: 15].
- الموضع العاشر في ص في قوله تعالى: ﴿وَيُخَرِّ رَاكِعًا وَأَنَابًا﴾ [ص: 24].
- الموضع الحادي عشر في فصلت في قوله تعالى: ﴿إِن كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ [فصلت: 37].

ودليل ما تقدم وأن غيرها ليس مشروعاً⁽¹⁾:

أ - عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: «سجدت مع النبي صلى الله عليه وسلم إحدى عشرة سجدة، ليس فيها من المفضل شيء: الأعراف والرعد والنحل وبني إسرائيل (الإسراء) ومريم والحج وسجدة الفرقان وسليمان (سورة النمل)، والسجدة وفي ص وسجدة الحواميم⁽²⁾».

ب - عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفضل منذ تحوّل إلى المدينة⁽³⁾.

أما الأحاديث الصحيحة الدالة على طلب السجود في مواضع أخرى وهي: ثانية الحج، والنجم، والانشقاق، والقلم، فإنها منسوخة⁽⁴⁾. ودليل نسخها عمل أهل المدينة، إذ لو كان حكم سجودها باقياً من غير نسخ ما عدل أهل المدينة عن العمل به، جيلاً بعد جيل إلى عصر الإمام مالك. فالإمام رحمته الله قد ذكر في موطنه من هذه الأحاديث أربعة ثم عقب عليها بقوله: «الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس في المفضل منها شيء».

وأذكر الآن للإفادة آراء فقهاء المذهب الذين اعتبروا هذه السجديات.

(1) المقدمات 1/139 أحكام القرطبي 7/357.

(2) أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة، باب عدد سجود القرآن.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب من لم ير السجود في المفضل.

(4) بداية المجتهد 1/282 وحاشية الدسوقي 1/308.

فقد قيل: إن في الحج سجدة ثانية في آخر السورة.

فمن عقبة بن عامر قال: قلت لرسول الله: أفي سورة الحج سجدتان؟ قال: نعم. ومن لم يسجدهما فلا يقرأهما⁽¹⁾. وقال القرطبي: في إسناده عبد الله بن لهيعة وهو ضعيف جداً⁽²⁾.

وذهب ابن وهب وابن العربي إلى أنها من سجود العزيمة والدليل:

أ - عن نافع مولى ابن عمر أن رجلاً من أهل مصر أخبره أن عمر بن الخطاب قرأ سورة الحج فسجد فيها سجدين ثم قال: «إن هذه السورة فضلت بسجدين»⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن دينار أنه قال: رأيت عبد الله بن عمر يسجد في سورة الحج سجدين⁽⁴⁾.

وروي أن في النجم سجدة. وحجة من لم يعتبرها⁽⁵⁾:

عن زيد بن ثابت قال: قرأت على النبي ﷺ «والنجم» فلم يسجد فيها⁽⁶⁾.

وحجة من اعتبرها وإليه ذهب ابن العربي⁽⁷⁾:

أ - عن الأعرج أن عمر بن الخطاب قرأ بـ ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ﴾ [النجم: 1] فسجد فيها. ثم قام فقرأ بسورة أخرى⁽⁸⁾.

ب - عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «قرأ النبي ﷺ النجم بمكة فسجد فيها وسجد من معه، غير شيخ، أخذ كفاً من حصى أو تراب فرفعه إلى جبهته وقال: يكفيني هذا، فرأيته بعد ذلك قتل كافراً»⁽⁹⁾.

وروي أن في سورة الانشقاق سجدة، وإلى هذا ذهب ابن العربي وابن وهب⁽¹⁰⁾.

والدليل:

- أن أبا هريرة قرأ لهم ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾ [الانشقاق: 1] فسجد فيها. فلما

- (1) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب تفريع أبواب السجود وكم سجدة في القرآن. والترمذي في الصلاة، باب ما جاء في السجدة في الحج.
- (2) أحكام القرطبي 357/7 والمنتقى 350/1.
- (3) أخرجه مالك في القرآن، باب ما جاء في سجود القرآن.
- (4) أخرجه مالك في القرآن، باب ما جاء في سجود القرآن.
- (5) المنتقى 350/1.
- (6) أخرجه البخاري في سجود القرآن، باب من قرأ السجدة ولم يسجد. ومسلم في الصلاة، باب تفريع أبواب السجود.
- (7) أحكام ابن العربي 833/2 والمنتقى 350/1.
- (8) أخرجه مالك في القرآن، باب ما جاء في سجود القرآن.
- (9) أخرجه البخاري في سجود القرآن. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب سجود التلاوة.

انصرف أخبرهم أن رسول الله ﷺ سجد فيها⁽¹⁾.
وحجة من لم يعتبرها⁽²⁾:

ما روي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ لم يسجد في شيء من المفضل منذ تحول إلى المدينة⁽³⁾.

وقال ابن العربي فيه: وهذا خبر لم يصح إسناده، ولو صح فليس فيه أنه قرأه ولم يسجد فيه، فلعله لم يقرأ به في صلاة الجماعة⁽⁴⁾.

المخاطب بسجود التلاوة:

المخاطب بسجود التلاوة القارئ مطلقاً، أي صلح للإمامة أم لا، جلس لسمع الناس حسن صوته أو لا. والمستمع بشروط أربعة هي:

- 1 - إن قصد الاستماع أو جلس يتعلم من القارئ.
- 2 - أن يكون القارئ صالحاً للإمامة. بأن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً، وإلا فلا سجود إلا على القارئ.

3 - أن تجتمع في السامع شروط الصلاة، من طهارة وستر عورة واستقبال القبلة.

4 - أن لا يجلس القارئ لسمع الناس حسن صوته.

ويشترط في سجود التلاوة ما يشترط للصلاة من الطهارة واستقبال القبلة.

صفة سجدة التلاوة:

هي سجدة واحدة بلا تكبير للإحرام ولا سلام. ويكبر الساجد في الهوي وفي الرفع استثناءً؛ وينحط لها القائم سواء كان في صلاة أو في غيرها، ولا يجلس ليأتي بها من جلوس؛ وينزل لها الراكب إلا إذا كان مسافراً فيسجدها صوب سفره بالإيماء لأنها نافلة.

ويكرر السجود إن كررت الآيات التي بها السجدة، إلا المعلم والمتعلم بأي وجه من وجوه التعليم حفظاً أو غيره، فإنهما يأتيان بها أول مرة فقط رفعاً للمشقة.

ومن جاوز آية السجدة في القراءة بآية أو آيتين يسجد بلا إعادة القراءة لمحل السجدة. ومن جاوزها بكثير يعيد قراءة الآية التي فيها السجدة سواء كان يقرأ خارج الصلاة أو بالصلاة ولو بصلاة فرض، فإنه يسجد لها ما لم ينحن بقصد الركوع، فإن ركع بالانحناء فات تداركها، ويندب له عند ذلك إعادة قراءة آية السجدة في الركعة الثانية إذا كانت الصلاة نفلًا لا فرضاً.

(1) أخرجه مالك في القرآن، باب ما جاء في سجود القرآن. والبخاري في سجود القرآن، باب سجدة: إذا انشقت. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب سجود التلاوة.

(2) المنتقى 349/1.

(3) سبق تخريجه.

(4) أحكام ابن العربي 2/233.

مستحبات السجود:

1 - الجهر بها للإمام في الصلاة السرية، لسمع المأمومين فيتبعوه. فإن لم يجهر بها سجدها واتبعه المأمومون، وتصح صلواتهم إن لم يتبعوه.

2 - القراءة بعد فعلها وقبل الركوع - أي في الصلاة - وذلك:

لما روى الأعرج أن عمر بن الخطاب قرأ بـ ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ﴾ ﴿النجم: 1﴾ فسجد فيها. ثم قام فقرأ بسورة أخرى⁽¹⁾.

قال الإمام الباجي: «يريد أنه لما سجد في آخر السورة قام فاستأنف قراءة يتصل بها الركوع».

والسورة التي قرأها عمر بن الخطاب هي: ﴿إِذَا زُلْزِلَتِ الْأَرْضُ﴾ [الزلزلة: 1].

رواه إبراهيم النخعي عن أبيه أنه صلى مع عمر صلاة الفجر، فقرأ في الركعة الأولى بسورة يوسف، ثم قرأ في الثانية بالنجم، ثم سجد، ثم قام فقرأ ﴿إِذَا زُلْزِلَتِ الْأَرْضُ زُلْزَالَهَا﴾ ﴿الزلزلة: 2﴾ [الزلزلة: 1].

مكروهات السجود:

1 - تعمد قراءتها للغد والإمام بفريضة، ووجه كراهة قراءة الإمام لها ما قاله الإمام مالك: «لأنه يخلط على الناس صلواتهم»⁽³⁾ والقول بالكراهة هو رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك⁽⁴⁾ وقد اقتصر عليها الشيخ خليل وتبعه الدردير في مختصريهما⁽⁵⁾. وفي مقابل هذا القول رواية ابن وهب عن مالك: أن لا بأس أن يقرأها الإمام في فريضة، والدليل على هذا القول فعل عمر بن الخطاب بحضرة الصحابة في صلاة الفجر⁽⁶⁾، وقد تقدم ذكر الرواية عن ابن شهاب عن الأعرج.

والكراهة تشمل أيضاً صلاة الصبح يوم الجمعة على المشهور. أما النفل فلا كراهة في قراءتها فيه ولو عمداً. ويسجد لها قارئها في الفريضة.

ودليل كراهة تعمد قراءتها بالفريضة في صبح يوم جمعة عمل أهل المدينة، فإنه دليل على أن قراءة الرسول ﷺ لها يوم الجمعة منسوخ⁽⁷⁾. قال الإمام الأبي: «ومضى عمل الأئمة الشيوخ بالجامع الأعظم من تونس على قراءتها في صبح الجمعة، ولا أكثر من جماعته، وذلك لأمن التخليط، لتقرر العادة بذلك حتى صار ترك قراءتها موجباً للتخليط»⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في القرآن، باب ما جاء في سجود القرآن.

(2) المنتقى 350/1.

(3) المدونة الكبرى 106/1 والمنتقى 350/1.

(4) المصدران السابقان.

(5) مختصر خليل وشرحه للدردير 310/1. وأقرب المسالك 150/1.

(6) المنتقى 350/1.

(7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 310/1.

(8) إكمال إكمال المعلم 274/2.

- 2 - تركها لمن هو محصل لشروطها وقت الجواز.
- 3 - الاقتصار على قراءة الآية للسجود.
- 4 - قراءتها أثناء خطبة الجمعة أو غيرها، فإن قرأها الإمام فإنه يكره له السجود لها، ودليل الكراهة عمل أهل المدينة، ففي الموطأ أنّ الإمام مالك قال: «ليس العمل على أن ينزل الإمام إذا قرأ السجدة على المنبر فيسجد» وما تقدم من رواية ربيعة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قرأ سجدة النمل فنزل فسجد وسجد الناس معه. وفي الجمعة القابلة قرأ بها فلم يسجد، فإن فعله رضي الله عنه من شأنه أن يتبع عليه لكنّ أحداً من الأئمة بعده لم يتبعه في ذلك، مما يدل ذلك أنه إنما سجدها تعليماً للناس بأن الإتيان بالسجود وتركه جائز⁽¹⁾.

وقت سجود التلاوة:

يحرم سجوده في وقت حرمة التوافل.

ووقت ما بعد الصبح إلى ما قبل الإسفار، وما بعد العصر إلى ما قبل الاصفار، هو وقت جواز له، فليس الإسفار والاصفرار بوقت له بل يكره فيهما.

سجود الشكر، وقراءة القرآن جماعة، والجهر به في المسجد، والتغني به:

يكره سجود شكر عند سماع بشارة أو السجود عند زلزلة، بخلاف الصلاة للشكر والزلزلة فمندوبة. ووجه كراهة سجود الشكر ما ذكره القاضي عبد الوهاب: «لأنه لا نعمة أعظم من الإسلام. وقد أسلم كثير من الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يأمر أحداً منهم بالسجود، ولو كان مستحباً لأمر بذلك. وقد كان له ولأصحابه فتوح كثيرة عظيمة، فلم ينقل أنهم سجدوا لها مع عظيم المنّ فيها وزوال الأذى عنهم بها. وكذلك روي أنه استسقى النبي صلى الله عليه وسلم في عام جذب فسقي، فلم ينقل عنه أنه سجد، بل نقل عنه أنه يلجأ عند الشدائد إلى الدعاء، وعند زوالها إلى الحمد والشكر بلسانه»⁽²⁾.

والقول بالكراهة هو مشهور المذهب⁽³⁾، وخلافه ما ذهب إليه ابن حبيب⁽⁴⁾ وابن العربي⁽⁵⁾ إذ أجازا سجود الشكر:

لما روى الترمذي عن أبي بكرة «أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه أمر فسرّ به فخرّ لله ساجداً»⁽⁶⁾.

قال ابن العربي: «لم يره مالك - أي سجود الشكر - ولم لا يرى والسجود لله دائماً هو الواجب، فإذا وجد أدنى سبب في السجود له فليغتنم»⁽⁷⁾.

(1) المنتقى 351/1.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 308/1 وحاشية الشرح الصغير 151/1.

(3) المصدران السابقان.

(4) عارضة الأحوذى 73/7.

(5) عارضة الأحوذى 73/7.

(6) أخرجه الترمذي في السير، باب ما جاء في سجدة الشكر.

(7) عارضة الأحوذى 73/7.

ووجه القول المشهور العمل⁽¹⁾.

ويكره قراءة القرآن بتطريب وهو المشهور، واستحسنها ابن العربي بل قال: إنه سنة، كما استحسنها ابن رشد الجد، وعياض، والأبي، وكثير من فقهاء الأمصار، لأن سماع القرآن به يزيد غبطة بالقرآن وإيماناً ويكسب القلب خشية. وأدلة المستحسنين:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما أذن الله لشيء ما أذن لنبي يتغنّى بالقرآن»⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما أذن الله لشيء ما أذن لنبي حسن الصوت يتغنّى بالقرآن يجهر به»⁽³⁾.

ج - عن أبي بردة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي موسى الأشعري: «لو رأيتني وأنا أستمع قراءتك البارحة. لقد أوتيت مزامراً من مزامير آل داود»⁽⁴⁾.

د - قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس منا من لم يتغنّ بالقرآن»⁽⁵⁾.

هـ - «زينوا القرآن بأصواتكم»⁽⁶⁾.

و - عن معاوية بن قرة قال: سمعت عبد الله بن مغل المزني يقول: قرأ النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح في مسير له سوة الفتح على راحلته فرجع في قراءته. قال معاوية: لولا أنني أخاف أن يجتمع علي الناس، لحكيت لكم قراءته⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث أن المراد بالتغنّي بالقرآن تحسين الصوت به. ويطلق الغناء عند العرب على رفع الصوت ومدّه وموالاته⁽⁸⁾، وتحسين الصوت بالقرآن تزيينه بالترتيل والجهر والتحزين والترقيق⁽⁹⁾. قال عياض: لم يختلف في أن تحسين الصوت بالقراءة مندوب إليها⁽¹⁰⁾.

والقول بالكراهة دليله⁽¹¹⁾: حمل هذه الأحاديث على غير ظاهرها، وتأويلها بأن

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 308/1.

(2) أخرجه البخاري في فضائل القرآن، باب من لم يتغن بالقرآن. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب تحسين الصوت بالقرآن.

(3) أخرجه البخاري في التوحيد، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: الماهر بالقرآن. ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحسين الصوت بالقرآن.

(4) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحسين الصوت بالقرآن.

(5) أخرجه البخاري في التوحيد، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: ورجل أتاه الله القرآن.

(6) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب استحباب الترتيل في القراءة.

(7) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحسين الصوت بالقرآن.

(8) القاضي عياض: إكمال إكمال المعلم 409/2.

(9) الأبي: إكمال إكمال المعلم 409/2.

(10) إكمال إكمال المعلم 409/2.

(11) إكمال إكمال العلم 410/2.

التغني الوارد فيها معناه الاستغناء بالقرآن عن غيره يقال: تغنيت وتغانيت بمعنى استغنيت، فهو من الغنى ضد الفقر. وأن الحديث الخامس مقلوب أي حسنوا أصواتكم بالقرآن. وقد رد أصحاب القول بالاستحسان بأن هذا التأويل لا يستقيم وهو خطأ لغة ومعنى⁽¹⁾.

فأما اللغة: فإن الاستغناء يتأتى من كلمة يتغانى لا يتغنى.

وأما معنى: فإن حمل كلمة يتغنى على يستغني لا يتفق مع سياق أحاديث الباب. وأحاديث الباب يحتج ببعضها لبعض والدليل منها على أن التغني مراد به تحسين الصوت ما يلي:

- قوله ﷺ: «زينوا القرآن بأصواتكم»⁽²⁾.

- قوله ﷺ في الحديث الثاني وفيه زيادة بيان: «لنبي حسن الصوت» و«يجهر به» وهذه الرواية تشهد للقول بأن معنى يتغنى: يحسن صوته. قال الأبي: إنما كانت تشهد لأن جملة: «يجهر به» هي بيان لحسن الصوت، فلو حمل يتغنى على الاستغناء كان البيان غير الميّن إذ لا مناسبة بين الاستغناء والجهر به.

- قوله في الحديث الثالث: مزاراً من مزامير آل داود: قال عياض: المزار هنا الصوت الحسن والزمير الغناء. وعند ابن رشد الجذ أن الحديث تغبيط لأبي موسى الأشعري بما وهبه الله تعالى من حسن الصوت⁽³⁾. وقال الأبي في شرحه للحديث: فيه الإصغاء إلى سماع الصوت الحسن لا سيما في القرآن، فإن سماعه به يزيده حسناً، ويوجب الخشوع، ورقة القلب، ويدعو إلى الخير⁽⁴⁾.

- قول الراوي في الحديث السادس: فرجع في قراءته. والمراد بالترجيع ترديد الحرف وهو محمول على إشباع المد.

ويحترز أصحاب القول بالاستحسان بأن تحسين الصوت بالقرآن لا يعني قراءته بالألحان وبطريقة أهل علم الموسيقى أي بالنغم والأوزان، قال الأبي: وكيف يؤخذ في كلام الله تعالى بأخذ أهل الألحان والنشد والغزل⁽⁵⁾.

واستشكلوا الحديث الرابع وهو قوله ﷺ: «ليس منا من لم يتغن بالقرآن» لأنه يدل على أن من لم يفعل ذلك - أي لم يحسن صوته - فهو مذموم، والإجماع على أن قارئ القرآن مثاب دون تحسين الصوت، فكيف يتوعد من لم يتغن؟ وأجابوا على هذا الإشكال بوجوه وهي⁽⁶⁾:

- | | |
|---|--------------------------|
| (1) نفس المصدر. | (2) سبق تخريجه. |
| (3) البيان والتحصيل 275/1. | (4) إكمال الإكمال 411/2. |
| (5) إكمال الإكمال 411/2. | |
| (6) البيان والتحصيل 275/1 وإكمال الإكمال 411/2. | |

- إما بقبول تأويل كلمة «يتغن» في هذا الحديث خاصة بالاستغناء، وهو ما ذهب إليه ابن رشد الجَدّ.

- وإما بحملها على ظاهرها بمعنى الغناء، وحمل الوعيد على من لم يجعل القرآن مكان الغناء الذي كانت العرب تستعمله في مسيرها وجلوسها وجميع أحوالها.

- وإما بحملها على ظاهرها أيضاً، وتخصيص الحديث بالأنبياء: أي ليس منهم من لم يحسن صوته ويسمع الله منه، بل يكون من جملة من هو نازل عن ربتهم، فيثاب على قراءته كسائر المسلمين لا على تحسين صوته.

والقول بالكراهة الذي ذهب إليه مالك رحمته الله قد تأوله عنه ابن رشد الجَدّ فقال⁽¹⁾:

إنما كره مالك رحمته الله أن يقولوا للحسن الصوت إقرأ علينا إذا أرادوا بذلك حسن صوته، لا إذا قالوا ذلك له استدعاء لرقة قلوبهم لسماع قراءته الحسنة. فقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا رأى أبا موسى قال له: ذكرنا ربنا فيقرأ عنده، وكان حسن الصوت، فلم يكن عمر ليقتصد الالتذاذ بسماع صوته، وإنما استدعى رقة قلبه بسماع قراءته القرآن، وهذا لا بأس به إن صحَّ من فاعله على هذا الوجه. وإنما اتقى مالك أن يكون التحدث بما روي عن عمر بن الخطاب من هذا ذريعة لاستجازة القرآن بالألحان ابتغاء سماع الأصوات الحسان والالتذاذ بذلك.

ومحل كراهة قراءة القرآن بالتطريب، لمن قال بالكراهة، أن لا يخرج ذلك

التطريب عن حدِّ القراءة وإلا حرم⁽²⁾، وكذلك يقال بالنسبة للإستحسان.

ويكره قراءة القرآن جماعة بأن يجتمع أناس فيقرؤون معاً، ومحل الكراهة إذا لم تخرج عن حدِّها الشرعي، وإلا حرمت. وإنما كرهت القراءة على هذا الوجه لأنه خلاف ما عليه العمل، ولأنه مظنة التخليط وعدم إصغاء بعضهم لبعض. وأما اجتماع جماعة يقرأ واحد ربيع حزب مثلاً، وآخر ما يليه، وهكذا، فنقل عن مالك جوازها قال البنانى: وهو الصواب⁽³⁾.

ويكره الجهر بقراءة القرآن بالمسجد، لما فيه من التخليط على المصلين والذاكرين مع مظنة الرياء. وينهى القارئ جهراً بالقرآن بالمسجد، ويخرج منه إذا لم يظهر منه امتثال، وذلك إذا قصد بقراءته دوام القراءة، كالذي يتعرض بقراءته لسؤال الناس.

أما قراءة القرآن على الأبواب وفي الطريق قصداً لطلب الدنيا فحرام، ولا يجوز الإعطاء لفاعل ذلك لما فيه من الإعانة على المحرم، ولا سيما في مواضع الأقدار، فهي كادت أن تكون كفراً، والرضا بها من أولي الأمر ضلال مبين⁽⁴⁾.

(2) حاشية الشرح الكبير 1/308.

(1) البيان والتحصيل 1/276.

(3) حاشية الشرح الصغير 1/152.

(4) حاشية الشرح الصغير 1/152 وحاشية الشرح الكبير 1/308.

صلاة العيدين:

هي سنة عين مؤكدة لفعله ﷺ لها كل عيد، وهي تلي الوتر في التأكيد وليس إحداهما أؤكد من الأخرى. ودليل عدم وجوبها ما تقدم من أنه لا يجب إلا الصلوات الخمس⁽¹⁾.

والمخاطب بها من تلزمه الجمعة، والدليل:

ما ثبت أن النبي ﷺ لم يصل العيد بمنى كما لم يصل الجمعة⁽²⁾.

ويندب للصبيان وللنساء حضورها قياساً على الكسوف⁽³⁾.

ولا تشرع في حق الحاج، لأن وقوفه بالمشعر الحرام يوم النحر يكفيه عنها، وقد تقدم أن النبي ﷺ لم يصلها، أما أهل منى إذا لم يكونوا حجاجاً فلا تشرع في حقهم جماعة بل تندب لهم فرادى، لئلا يكون جمعهم ذريعة لصلاة الحجاج معهم⁽⁴⁾.

ووقتها من حل النافلة يوم العيد إلى الزوال، فلا تصلى بعده لفوات وقتها؛ فالنوافل لا تقضى إلا الفجر فإنه يقضى في يومه إلى الزوال. والدليل:

أ - القياس على الجمعة. والعلة الجامعة الخطبة أو إظهار الشعار⁽⁵⁾. وقال القاضي ابن رشد: وحجته، أي الإمام على ذلك الجمعة حجة صحيحة، لأنها لما كانت كالجمعة في أنه لا تقضى بعد خروج وقتها في ذلك النهار، وجب أن يكون مثلها في أنها لا تقضى في يوم آخر⁽⁶⁾.

ب - أن صلاة العيد لو كانت تقضى لفضيت بعد الزوال في يومها لقربه أو في اليوم الثالث، أو الرابع كسائر المقضيات⁽⁷⁾.

وما روي عن أبي عمير بن أنس عن عمومة له من أصحاب رسول الله ﷺ أن ركباً جاؤوا إلى النبي يشهدون أنهم رأوا الهلال بالأمس، فأمرهم أن يفطروا وإذا أصبحوا أن يغدوا إلى مصلاهم⁽⁸⁾.

والجواب عنه بأمرين: أولاً: أن الحديث لم يصح عند مالك رحمه الله، قاله ابن رشد الجدل⁽⁹⁾. ثانياً: أن المراد بالخروج للمصلّي لأجل الزينة، وليس للصلاة، ولترى كثرتهم فيتناهى ذلك إلى عدوهم فيعظم أمرهم عندهم⁽¹⁰⁾.

(1) الذخيرة م 1 ورقة 130.

(2) الذخيرة م 1 ورقة 130.

(3) حاشية الشرح الكبير 1/396 وحاشية الشرح الصغير 1/187.

(4) الذخيرة م 1 ورقة 131.

(5) البيان والتحصيل 2/218.

(6) الذخيرة م 1 ورقة 131.

(7) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب إذا لم يخرج الإمام للعيد من يومه يخرج من الغد. والنسائي في صلاة العيدين، باب الخروج إلى العيدين من الغد.

(8) البيان والتحصيل 2/218.

(9) الذخيرة م 1 ورقة 131.

(10) البيان والتحصيل 2/218.

وخالف القرطبي فرأى جواز قضائها فقد قال: «قلت: والخروج إن شاء الله أصح للسنة الثابتة في ذلك، ولا يمتنع أن يستثنى الشارع من السنن ما شاء، فيأمر بقضائه بعد خروج وقته»⁽¹⁾. فقد حمل الحديث على ظاهره.

وإذا فاتت العيد للبعض من الناس فإنهم لا يجمعون سداً للذريعة⁽²⁾.
ولا تصلى في المصر في موضعين قياساً على الجمعة⁽³⁾.

وصفتها: هي ركعتان فقط، يقع الجهر فيهما، وليس لها أذان ولا إقامة: والدليل⁽⁴⁾:

أ - عن جابر بن سمرة قال: «صليت مع النبي ﷺ العيدين، غير مرة ولا مرتين، بغير أذان ولا إقامة»⁽⁵⁾.

ب - الإجماع: فعن مالك رضي الله عنه أنه سمع غير واحد من علمائهم يقول: «لم يكن في عيد الفطر ولا في الأضحى نداء ولا إقامة منذ زمان رسول الله ﷺ إلى اليوم» وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا⁽⁶⁾.

ويكبر في الركعة الأولى سبعا بتكبيرة الإحرام، وفي الثانية خمسا دون تكبيرة القيام والدليل:

أ - عن نافع مولى عبد الله بن عمر أنه قال: شهدت الأضحى والفطر مع أبي هريرة فكبر في الركعة الأولى سبع تكبيرات قبل القراءة، وفي الآخرة خمس تكبيرات قبل القراءة⁽⁷⁾.

ب - عمل أهل المدينة⁽⁸⁾. قال مالك: وهو الأمر عندنا⁽⁹⁾.

والتكبير محلّه قبل القراءة والدليل: ما تقدم في حديث نافع مولى ابن عمر.

ولا يفصل الإمام بين التكبير إلا بقدر ما يكبر الناس والدليل: عمل أهل المدينة⁽¹⁰⁾. وكل تكبيرة سنة مؤكدة. وإن نسي المصلي التكبير وتذكره في أثناء القراءة أو بعدها، كبر ما لم يركع، وأعاد القراءة وسجد لزيادتها بعد السلام، فإن ركع تمادى

(1) أحكام القرطبي 305/2. (2) الذخيرة م 1 ورقة 131.

(3) الذخيرة م 1 ورقة 130. (4) عارضة الأحوذى 5/3.

(5) أخرجه مسلم في العيدين، باب لا أذان ولا إقامة في العيدين.

(6) الموطأ، كتاب العيدين. باب العمل في غسل العيدين والنداء فيهما. ورفع البخاري في العيدين،

باب المشي والركوب إلى العيد بغير أذان ولا إقامة. ومسلم في صلاة العيدين، حديث 5.

(7) أخرجه مالك في العيدين، باب ما جاء في التكبير والقراءة في صلاة العيدين ورفع أبو داود في

الصلاة، باب التكبير في العيدين، عن عائشة.

(8) المتقى 319/1 وبداية المجتهد 273/1 والتحرير والتنوير 177/2.

(9) الموطأ 180/1. (10) الذخيرة م 1 ورقة 130.

وجوباً وسجد قبل السلام ولو لترك تكبيرة واحدة ولا يرجع بعد الركوع ليأتي بالتكبير، لأنه لا يرجع من فرض وهو الركوع لستة وهو التكبير. فإن رجع بطلت الصلاة. والمؤتم فإن الإمام يحمل عنه. والمسبوق الذي أدرك من الركعة الأولى بعض التكبير يكبر مع الإمام ما يدركه، ويكمل ما لم يدركه بعد شروع الإمام في القراءة. وكذلك إذا لم يدرك التكبير كله، فإنه يكبر أثناء قراءة الإمام. وإذا أدرك المسبوق الركعة الثانية مع الإمام فإنه يكبر معه خمساً، ثم إذا قام للقضاء يكبر سبعاً بتكبيرة القيام لركعة القضاء.

مندوبات صلاة العيد:

- 1 - الغسل عند دخول وقته بالسدس الأخير من الليل. ودليل الغسل:
 - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يغتسل يوم الفطر قبل أن يغدو إلى المصلّى. (رواه مالك).
 - ويندب إيقاعه بعد صلاة الصبح.
- 2 - التطيب.
- 3 - التزين بالثياب الجديدة ولو لغير مصلّى، إظهاراً لنعمة الله وشكره. أما النساء إذا خرجن فلا يتطين ولا يتزين لخوف الفتنة.
- 4 - المشي في الذهاب فقط للقادر، والدليل⁽¹⁾:
 - فعن علي رضي الله عنه قال: «من السنة أن تخرج إلى العيد ماشياً»⁽²⁾.
 - ولا يطلب المشي في الرجوع.
- 5 - الرجوع من طريق أخرى، والدليل⁽³⁾:
 - فعن جابر رضي الله عنه قال: «كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان يوم عيد خالف الطريق»⁽⁴⁾.
- 6 - الأكل قبل الذهاب إلى المصلّى في عيد الفطر. والدليل⁽⁵⁾:
 - أ - عن هشام بن عروة عن أبيه «أنه كان يأكل يوم عيد الفطر قبل أن يغدو»⁽⁶⁾.
 - ب - عن سعيد بن المسيب «أنه أخبر أن الناس كانوا يؤمرون بالأكل يوم الفطر قبل الغدو»⁽⁷⁾.

(1) الذخيرة م 1 ورقة 130.

(2) أخرجه الترمذي في العيدين، باب ما جاء في المشي إلى العيد.

(3) المتقى 1/322.

(4) أخرجه البخاري في العيدين، باب من خالف الطريق إذا رجع يوم العيد.

(5) المتقى 1/322.

(6) أخرجه مالك في العيدين، باب الأمر بالأكل قبل الغدو في العيد. والبخاري في العيدين، باب

الأكل يوم الفطر قبل الخروج.

(7) أخرجه مالك في العيدين، باب الأمر قبل الغدو في العيد.

ويندب أن يكون الفطر على تمر:

لما روي عن أنس «أن النبي ﷺ كان يفطر على تمرات يوم الفطر قبل أن يخرج إلى المصلّى»⁽¹⁾.

7 - تأخير الأكل يوم الأضحى.

8 - الخروج للصلاة بعد طلوع الشمس لمن قربت داره. وإلا خرج بقدر ما يدرك الصلاة مع الجماعة.

9 - التكبير في الذهاب، وفي المصلّى، إلى غاية الشروع في الصلاة، ويكون جهراً ندباً إظهاراً للشعيرة. وكون التكبير مندوباً في المصلّى إلى غاية الشروع في الصلاة هو المشهور.

10 - إيقاف الصلاة في الخلاء لفعله ﷺ ومداومته عليه، وصلاتها بالمسجد لغير ضرورة داعية بدعة لم يفعلها النبي ﷺ⁽²⁾، إلا بمكة فتصلّى بالمسجد لما فيه من مشاهدة البيت. وقد بين القاضي عبد الوهاب في كتابه الإشراف حكمة إقامة صلاة العيد في المصلّى بقوله: «لأن القصد من العيد إظهار الزينة والفخر، وإعلان جمال الإسلام وزينته وعساكره، وذلك إنما يتبين في الصحراء والفضاء والمواضع الواسعة، ولذلك اختير المصلّى»⁽³⁾.

11 - القراءة في الركعة الأولى بعد الفاتحة بمثل سورة الأعلى والغاشية، وفي الثانية بالشمس وضحاها أو الليل، لما ثبت ذلك عن النبي ﷺ⁽⁴⁾، أو بما شابه هذه السور من وسط المفصل⁽⁵⁾.

وقد ثبت أيضاً قراءته بغيرها. فقد روى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب سأل أبا واقد الليثي ما كان يقرأ به رسول الله ﷺ في الأضحى والفطر؟ فقال: كان يقرأ بـ ق القرآن المجيد، واقتربت الساعة وانشق القمر⁽⁶⁾ قال الباجي وحديث مالك أسند⁽⁷⁾.

12 - خطبتان: يجلس الخطيب في أول الخطبة الأولى وأول الخطبة الثانية.

13 - أن تكونا بعد الصلاة. والدليل:

أ - عن ابن شهاب أن رسول الله ﷺ «كان يصلي يوم الفطر ويوم الأضحى قبل الخطبة»⁽⁸⁾.

(1) أخرجه الترمذي في العيدين، باب ما جاء في الأكل يوم الفطر.

(2) الإشراف 1/142 الشرح الكبير 1/399. (3) الإشراف 1/142.

(4) المنتقى 1/318. (5) حاشية الشرح الكبير 1/400.

(6) أخرجه مالك في العيدين، باب ما جاء في التكبير والقراءة في صلاة العيدين. ومسلم في صلاة العيدين، باب ما يقرأ به في صلاة العيدين.

(7) المنتقى 1/318.

(8) أخرجه مالك في العيدين، باب الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين، باب ما يقرأ به في العيدين باب =

ب - عن أبي عبيد مولى ابن أزره قال: شهدت العيد مع عمر بن الخطاب فصلّى، ثم انصرف فخطب الناس. فقال: «إنّ هذين يومان نهى رسول الله ﷺ عن صيامهما. يوم فطرکم من صيامکم، والآخر يومٌ تأکلون فيه من نسککم» .

قال أبو عبيد: ثم شهدت العيد مع عثمان بن عفان فجاء فصلّى، ثم انصرف فخطب وقال: إنه قد اجتمع لكم في يومکم هذا عيدان، فمن أحبّ من أهل العالیة أن ينتظر الجمعة فلينتظرها، ومن أحبّ أن يرجع فقد أذنت له.

قال أبو عبيد: ثم شهدت العيد مع علي بن أبي طالب (وعثمان محصور) فجاء فصلّى ثم انصرف فخطب⁽¹⁾.

ج - عن مالك أنه بلغه أنه أبا بكر وعمر كانا يفعلان ذلك⁽²⁾.
وتعاد الخطبتان ندباً إن قدمت على الصلاة.

14 - استفتاح الخطبة بالتكبير وتخللها به بلا حد. قال ابن حبيب: ويستفتح خطبته بتسع تكبيرات تباعاً، فإذا مضت كلمات كبر ثلاثاً، وكذلك الثانية، إلا أنه يفتتحها بسبع تكبيرات. قال الباجي: ووجه ما قاله استحسان وما زاد أو نقص فلا حرج⁽³⁾.

ويندب الاستماع إليهما، بخلاف الجمعة فإنه يجب الاستماع إليهما.

15 - فعلها من طرف من لا تجب عليه الجمعة من الصبيان والنساء.

16 - فعلها من طرف من فاتته مع الإمام ويأتي بها فذا.

17 - التكبير أيام النحر إثر خمس عشرة فريضة وقتية، من ظهر يوم النحر إلى صبح اليوم الرابع. فإذا نسي كبر مع القرب، ويندب الاقتصار على اللفظ الوارد وهو «الله أكبر» ثلاثاً، ويكبر المأموم ولو ترك الإمام التكبير.

18 - ويندب إحياء ليلة العيد بالعبادة من صلاة، وذكر، وتكبير، وتسبيح، واستغفار.

ما يكره:

ويكره التنفل قبل الصلاة وبعدها إذا أقيمت بالمصلّي، أما بالمسجد فلا يكره. والدليل⁽⁴⁾:

- = المشي والركوب إلى العيد. ومسلم في صلاة العيدين: حديث 8.
- (1) أخرجه مالك في العيدين، باب الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين. وأخرج بعضه البخاري في الصوم، باب صوم يوم الفطر. ومسلم في الصيام: باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى، وأخرج أيضاً بعضه الآخر أبو داود في الصلاة، باب إذا وافق يوم الجمعة يوم عيد.
- (2) أخرجه مالك في العيدين، باب الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين. وأخرجه مرفوعاً عن ابن عباس. البخاري في العيدين، باب الخطبة بعد العيد. ومسلم في صلاة العيدين، حديث 1.
- (3) المتقى 318/1.
- (4) المتقى 320/1 والمدونة 156/1، والإشراف 143/1.

- عن ابن عباس أن النبي ﷺ خرج يوم الفطر، فصلّى ركعتين، لم يصل قبلها ولا بعدها⁽¹⁾.

خروج الإمام:

ويخرج الإمام بقدر ما إذا بلغ المصلّى حلت الصلاة. والفطر والأضحى سواء. والدليل: عمل أهل المدينة⁽²⁾.

اجتماع عيد وجمعة:

روى ابن وهب ومطرف وابن الماجشون عن مالك جواز أن يأذن الإمام في التخلف عن الجمعة إذا اجتمع عيد وجمعة، وذلك لما يلحق الناس من المشقة. والدليل: الإجماع، وذلك أن عثمان قد أذن لأهل العوالي في ذلك، وقد تقدم في الحديث الذي عن أبي عبيد مولى ابن أزهر، (رواه مالك). ووجه الدليل أن ذلك وقع بمحض الصحابة ولم ينكر عليه أحد⁽³⁾. وأن مثل ذلك ليس بالرأي إنما هو توقيف⁽⁴⁾.

وروى ابن القاسم عن مالك أن ذلك غير جائز، وأن الجمعة تلزمهم⁽⁵⁾، وأن المكلف مخاطب بهما جميعاً، العيد على أنه سنة، والجمعة على أنها فرض⁽⁶⁾. والدليل: أ - قوله تعالى: ﴿إِذَا تَوَدَّى لِبُصَلَّةٍ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: 9]. وجه الدليل أنه تعالى لم يخص عيداً من غيره، فيجب أن يحمل الأمر على عمومه إلا ما خصه الدليل⁽⁷⁾.

ب - أن الفرائض ليس للأئمة الإذن في تركها، وإنما ذلك بحسب العذر فمتى أسقطها العذر سقطت، ولم يكن للإمام المطالبة بها⁽⁸⁾. قال ابن القاسم في المدونة: «قال مالك: ولم يبلغني أن أحداً أذن لأهل العوالي إلا عثمان. ولم يكن مالك يرى الذي فعل عثمان. وكان يرى أن من وجبت عليه لا يضعها عنه إذن الإمام وإن شهد مع الإمام قبل ذلك من يومه ذلك عيداً⁽⁹⁾. وبناء على هذا لم يكن ورود العيد يوم الجمعة من الأعداء المسقطاً لصلاة الجمعة كما تقدم في باب صلاة الجمعة.

ج - أن صلاة العيد سنة والجمعة فرض ولا يسقط الأضعف الأقوى⁽¹⁰⁾:

(1) أخرجه البخاري في العيدين: باب الخطبة بعد العيد. ومسلم في العيدين، باب ترك الصلاة قبل العيد وبعدها.

(3) المتقى 1/317.

(2) المتقى 1/321.

(4) بداية المجتهد 1/275.

(6) بداية المجتهد 1/275.

(5) المتقى 1/317.

(8) المتقى 1/317.

(7) المتقى 1/317.

(10) الإشراف 1/135.

(9) المدونة الكبرى 1/142.

صلاة الكسوف

الكسوف ذهاب ضوء الشمس كله أو بعضه.

حكمها:

هي سنة عين مؤكدة على كل مأمور بالصلاة، ولو مسافراً، أو صبيّاً، لأنه أي الصبي مأمور بالصلاة على سبيل الندب. ودليل مشروعيتها:

- عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: خسفت الشمس في عهد رسول الله ﷺ، فصلى رسول الله ﷺ بالناس، فقام فأطال القيام. ثم ركع فأطال الركوع. ثم قام فأطال القيام، وهو دون القيام الأول. ثم ركع فأطال الركوع، وهو دون الركوع الأول. ثم رفع فسجد. ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك. ثم انصرف وقد تجلّت الشمس. فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته. فإذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وتصدّقوا» ثم قال: «يا أمة محمد! والله! ما من أحد أغير من الله أن يزنّي عبده أو تزني أمته. يا أمة محمد! والله! لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً». وفي رواية: «فإذا رأيتموها فافزعوا إلى الصلاة»⁽¹⁾.

وقتها:

وقتها من حلّ النافلة إلى الزوال. والدليل:

- القياس على صلاة العيد والاستسقاء⁽²⁾.

صفتها:

هي ركعتان بركوعين في كل ركعة والدليل: ما تقدم من حديث عائشة. وتدرک صلاتها مع الإمام بالركوع الثاني لأنه الفرض والأول سنة. والفاحة فرض في كل قيام على الراجح.

مندوباتها:

1 - أن تصلى في المسجد، لأن النبي صلاها في المسجد⁽³⁾.

2 - أن يقع إسرارها والدليل:

(1) أخرجه مالك في صلاة الكسوف: باب العمل في صلاة الكسوف. والبخاري في الكسوف، باب الصدقة في الكسوف. ومسلم في الكسوف باب صلاة الكسوف. والبخاري في خطبة الإمام في الكسوف.

(2) المنتقى 1/329 وبداية المجتهد 1/267. والذخيرة م 1 و131.

(3) المنتقى 1/330 والذخيرة م 1 ورقة 131.

- عن عبد الله بن عباس أنه قال: خسفت الشمس فصلى رسول الله ﷺ والناس معه. فقام قياماً طويلاً نحواً من سورة البقرة قال: ثم ركع ركوعاً طويلاً ثم رفع فقام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول. ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول. ثم سجد. ثم قام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول. ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول. ثم رفع فقام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول. ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول ثم سجد. ثم انصرف وقد تجلت الشمس: «فقال: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته، فإذا رأيتم ذلك فاذكروا الله»⁽¹⁾.

ومحل الدليل أن ابن عباس قال: فقام قياماً نحواً من سورة البقرة، ولو جهر الرسول ﷺ بالقراءة لعلم ابن عباس ما قرأ به ولم يفتقر إلى التقدير⁽²⁾.

3 - تطويل القراءة بنحو البقرة وموالياتها في القيامات.

4 - تطويل الركوع كالقراءة، والتسبيح في الركوعات لأن الركوع يعظم فيه الرب بلا دعاء.

5 - تطويل السجود كالركوع إلا لخوف خروج الوقت أو خوف ضرر بالمأموم. والدليل: القياس على الركوع⁽³⁾. ويدعو المصلي بما شاء.

وأما الجلسة بين السجدين فعلى العادة لا تطويل فيها اتفاقاً. وينظر حينئذ في التطويل بالقراءة لحال الوقت والمأمومين، فقد يقتضي قراءة يس ونحوها، أو طوال المفصل، أو وسطه، أو قصاره.

6 - أن تصلى جماعة: والدليل ما تقدم من حديثي عائشة وعبد الله بن عباس أن النبي ﷺ صلاها بالناس.

ويجوز اقتداء القائم بالجالس لأنها نفل.

7 - الوعظ بعدها كما فعل النبي ﷺ، ولا خطبتان فيها. ويشتمل الوعظ على الثناء على الله والصلاة والسلام على نبيه كما فعل ﷺ.

8 - إذا انجلت الشمس قبل ركعة تمت كالنوافل. وإذا انتهت الصلاة ولم تنجل الشمس فإن الصلاة لا تعاد، فعن أبي بن كعب قال: ... ثم جلس كما هو مستقبل القبلة يدعو حتى انجلى كسوفها⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مالك في صلاة الكسوف: باب العمل في صلاة الكسوف. والبخاري في الكسوف، باب صلاة الكسوف جماعة. ومسلم في صلاة الكسوف: باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف.

(2) المتفق 1/330 والذخيرة 1م ورقة 131 والمدونة 1/151 والإشرافه 1/145.

(3) الذخيرة 1م ورقة 132.

(4) أخرجه أبو داود في الصلاة: باب من قال أربع ركعات.

صلاة الخسوف

الخسوف ذهاب ضوء القمر كله أو بعضه.

ودليل مشروعيتها: قوله ﷺ: «فإذا رأيتموها فافزعوا إلى الصلاة»⁽¹⁾ فأمر ﷺ بالصلاة عند خسوف القمر والشمس. وذلك يقتضي كونها.. طاعة فيها فضل⁽²⁾.

حكمها:

هي مندوبة في حق من تجب عليه الصلاة. وأما الصبي فلا يخاطب بها لأنها تأتي وهو نائم. والفرق بين صلاة الخسوف وصفت بأنها مندوب، وبين صلاة الكسوف وصفت بأنها سنة: أن صلاة الكسوف جمع النبي ﷺ بالناس فيها وأظهرها وشهرها. وذلك يؤذن بعلو مرتبتها، ولم يفعل ذلك في صلاة الخسوف⁽³⁾.

صفتها:

هي ركعتان جهراً، كالنوافل. ويندب أن تكون في البيوت فلا يجمع لها. والدليل: - عمل أهل المدينة، فقد خسف القمر على عهده ﷺ مرات ولم ينقل عنه الجمع⁽⁴⁾. فقد روى سحنون عن مالك قوله: ولم يبلغنا أن رسول الله ﷺ صلى إلا في خسوف الشمس: ولم يعمل أهل بلدنا فيما سمعنا وأدركنا إلا بذلك. وما سمعنا أن خسوف القمر يجمع له الإمام⁽⁵⁾.

وتكرر الصلاة ندباً حتى ينجلي القمر أو يغيب في الأفق أو يطلع الفجر. ولا تصلى صلاة الخسوف إذا خسف القمر عند الفجر لأنه وقت فجر⁽⁶⁾.



صلاة الاستسقاء

الاستسقاء لغة: طلب السقي.

وشرعاً: السقي من الله تعالى بمطر، بالصلاة المعهودة، لقحط نزل أو غيره.

حكمها:

هي سنة عين مؤكدة. ودليل مشروعيتها⁽⁷⁾:

(1) أخرجه البخاري في الكسوف، باب خطبة الإمام في الكسوف. ومسلم في الكسوف، باب صلاة الكسوف.

(2) شرح التلقين 28/1. (3) شرح التلقين 28/1.

(4) الذخيرة م 1 ورقة 132 والإشراف 145/1. (5) المدونة 152/1.

(6) الذخيرة م 1 ورقة 132.

(7) المتقى 331/1 وأحكام القرطبي 318/1، والذخيرة م 1 ورقة 132.

أ - عن عبد الله بن زيد المازني رضي الله عنه قال: «خرج النبي ﷺ إلى المصلّى فاستسقى، وحول رداءه حين استقبل القبلة»⁽¹⁾. وفي رواية عنه قال: «وصلّى ركعتين»⁽²⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: شكى الناس إلى رسول الله ﷺ قحوظ المطر، فأمر بمنبر فوضع له في المصلّى، ووعد الناس يوماً يخرجون فيه. قالت عائشة: فخرج رسول الله ﷺ حين بدا حاجب الشمس، فقعد على المنبر فكبر وحمد الله ﷻ ثم قال: «إنكم شكوتم جذب دياركم واستنخار المطر عن إبان زمانه عنكم، وقد أمركم الله ﷻ أن تدعوه، ووعدكم أن يستجيب لكم» ثم قال: «الحمد لله رب العالمين. الرحمن الرحيم. ملك يوم الدين. لا إله إلا الله يفعل ما يريد. اللهم أنت الله لا إله إلا أنت الغني ونحن الفقراء، أنزل علينا الغيث واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغاً إلى حين» ثم رفع يديه فلم يزل في الرفع حتى بدا بياض إبطيه. ثم حول إلى الناس ظهره وقلب - أو حول - رداءه وهو رافع يديه، ثم أقبل على الناس ونزل فصلى ركعتين. فأنشأ الله سبحانه فرعدت وبرقت ثم أمطرت بإذن الله. فلم يأت مسجده حتى سألت السيول. فلما رأى سرعتهم إلى الكفن ضحك ﷺ حتى بدت نواجذه فقال: «أشهد أن الله على كل شيء قدير وأني عبد الله ورسوله»⁽³⁾.

والجماعة شرط في سنتها. ومن فاتته مع الجماعة نذبت له الصلاة فقط.

وقتها:

وقتها وقت حلّ النافلة إلى الزوال. والدليل:

- حديث عائشة المتقدم، وفيه أنه ﷺ خرج حين بدا حاجب الشمس⁽⁴⁾.

ما تكون له:

تكون صلاة الاستسقاء لأمر:

1 - تخلف المطر. 2 - تخلف نيل. 3 - قلة جريان عين أو غورها. وذلك لأجل إنبات زرع أو حياته، أو لأجل شرب آدمي أو غيره، حاضرين أو مسافرين، ولو كانوا في سفينة، في بحر ملح أو عذب.

وتكرر في أيام تأخر السقي أو إذا كان السقي غير كاف.

(1) أخرجه مالك في الإستسقاء، باب العمل في الإستسقاء والبخاري في الإستسقاء، باب تحويل الرداء في الإستسقاء، ومسلم في صلاة الإستسقاء، حديث 1.

(2) أخرجه البخاري في الإستسقاء، باب الجهر بالقراءة في الإستسقاء ومسلم في صلاة الإستسقاء.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب رفع اليدين في الإستسقاء.

(4) الذخيرة 1، ورقة 132.

الخروج لها:

يخرج لها الإمام والناس ضحى، مشاة بثياب المهنة، مع الخضوع والخشوع. ويخرج لها المسلمون المكلفون، والمسنة من النساء، والصبيان الذين يعقلون، والشابات غير الفاتنات. ويخرج أهل الذمة مع الناس لا قبلهم ولا بعدهم ولا ينفردون بيوم، وينفردون عن المسلمين بمكان. أما الفاتنات من النساء⁽¹⁾، والنساء والحائض والصبيان الذين لا يعقلون فلا يخرجون. ويكره إخراج البهائم والمجانين.

ما يندب:

1 - خطبتان بعد الصلاة كالعيد، يجلس الإمام في أول كل منهما، ويتوكأ على عصا، ويقف على الأرض لا على منبر. ويعظ الإمام الناس ويخوفهم ببيان أن سبب الجذب المعاصي. ويأمرهم بالتوبة والإنابة والصدقة.

2 - إبدال التكبير الذي في صلاة العيد في الخطبتين بالاستغفار، بلا حد في أول الأولى والثانية.

3 - استقبال الإمام القبلة بوجهه وهو قائم، فيحول ندباً رداءه الذي على كتفيه، فيجعل ما على عاتقه الأيسر على عاتقه الأيمن، ثم يبالح في الدعاء. ويحول الذكر فقط أديتهم كذلك وهم جلوس، ويؤمنون ذكورا وإناثاً على دعاء الإمام. ويكون التحويل كما ذكر دون تنكيس. ودليل ما تقدم⁽²⁾:

أ - عن عبد الله بن زيد المازني قال: خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى فاستسقى وحول رداءه حين استقبال القبلة⁽³⁾.

ب - عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عباد بن تميم عن عمه «أنه شهد النبي ﷺ خرج إلى المصلى يستسقى، فاستقبل القبلة، وقلب رداءه، وصلى ركعتين» قال المسعودي: فسألت أبا بكر بن محمد بن عمرو: أ جعل أعلاه أسفله أم اليمين على الشمال؟ قال: لا. بل اليمين على الشمال⁽⁴⁾.

4 - مبالغة الإمام في الدعاء، برفع القحط، وإنزال الغيث، والرحمة، وعدم المؤاخذه بالذنوب؛ والحاضرون يؤمنون على دعائه في ابتهاج وتضرع.

5 - صيام ثلاثة أيام قبل صلاة الاستسقاء.

(1) استثناء الفاتنات من النساء من حضور صلاة الاستسقاء لم يذكروا له دليلاً، فيما بين يدي من المصادر المالكية.

(2) المنتقى 1/332 وبداية المجتهد 1/271. (3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة، باب ما جاء في صلاة الاستسقاء.

- 6 - الصدقة بما تيسر على الفقراء .
 7 - أن يأمر الإمام بهما وبرذ التبعات لأهلها وبالتوبة .
 8 - ويندب أن يدعو غير المحتاج للمحتاج ، لأنه من التعاون على البر والتقوى .
 9 - ويندب لمن نزل عليهم المطر بقدر الكفاية إقامة صلاة الاستسقاء لطلب السعة .
 والسنة لمن قام بهم الضيق .

صفتها :

هي ركعتان يجهر بالقراءة فيهما ثم خطبتان ، كالعيد ، إلا التكبير الذي في صلاة العيد فإنه يُبدل بالاستغفار . وقراءة السور فيهما كالعيد .
 ودليل الصلاة والجهر فيها⁽¹⁾ : ما روي في حديث عبد الله بن زيد في رواية أخرى قال : فحول إلى الناس ظهره ، واستقبل القبلة يدعو ، ثم حول رداءه ، ثم صلى لنا ركعتين جهر فيهما بالقراءة⁽²⁾ .
 ودليل تقديم الصلاة على الخطبتين القياس على العيدين⁽³⁾ ، لأن كلاً من الصلاتين نافلة شرعت لهما الخطبة .
 ويجوز التنفل في المصلى قبلها وبعدها ، دون أن يكون مندوباً .



صلاة الجمع

الجمع هو تقديم إحدى مشتركتي الوقت أو تأخيرها عن وقتها بوجه جائز .

حكم الجمع :

الجمع رخصة قد تكون سنة أو مندوبة أو جائزة أو مكروهة أو خلاف الأولى ، كما يأتي في صور الجمع .
 ودليل مشروعيته :

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يجمع بين الظهر والعصر في سفره إلى تبوك⁽⁴⁾ .

ب - الأدلة التي سنذكرها في بيان الأسباب .

ج - القياس على القصر في السفر⁽⁵⁾ .

(1) المتنى 1/332 .

(2) أخرجه البخاري في الاستسقاء ، باب كيف حول النبي ﷺ ظهره إلى الناس .

(3) الدتقى 1/332 وبداية المجتهد 1/270 .

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر ، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر .

(5) المتنى 1/253 . وعارضة الأحوذى 3/29 .

وهذه الأدلة مخصصة لعموم الأحاديث الواردة في أوقات الصلوات⁽¹⁾.

الأسباب:

1 - السفر المباح، ولو لم يبلغ مسافة القصر. ودليل الجمع في السفر⁽²⁾:

أ - حديث أبي هريرة المتقدم.

ب - عن أنس رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر، ثم نزل فجمع بينهما، فإن زاغت قبل أن يرتحل، صلى الظهر ثم ركب»⁽³⁾.

ج - عن معاذ بن جبل أنهم خرجوا مع رسول الله ﷺ عام تبوك فكان رسول الله يجمع بين الظهر والعصر، والمغرب والعشاء قال: فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلّى الظهر والعصر: ثم دخل. ثم خرج فصلّى المغرب والعشاء جميعاً⁽⁴⁾.

د - عن ابن شهاب أنه سأل سالم بن عبد الله: هل يجمع بين الظهر والعصر في السفر؟ قال: نعم لا بأس بذلك، ألم تر إلى صلاة الناس بعرفة؟⁽⁵⁾.

هـ - القياس على الجمع في عرفة ومزدلفة⁽⁶⁾. والعلة التيسير ورفع المشقة.

و - عن علي بن حسين أنه كان يقول: «كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يسير يومه، جمع بين الظهر والعصر، وإذا أراد أن يسير ليله جمع بين المغرب والعشاء»⁽⁷⁾.

ويكون الجمع في البر لا في البحر، وذلك قصراً للرخصة على موردها. ولا يشترط أن يجتد المسافر في السير حتى يجمع.

وما روي عن النبي ﷺ أنه كان إذا عجل به السير يجمع بين المغرب والعشاء⁽⁸⁾، فإن هذا الحديث إنما هو إخبار عن فعل والفعل لا يحتمل العموم وإنما يقع على وجه واحد⁽⁹⁾.

(1) المعلم بفوائد مسلم 445/1.

(2) بداية المجتهد 1/211 والذخيرة 1 ورقة 124.

(3) أخرجه البخاري في تقصير الصلاة، باب إذا ارتحل بعد ما زاغت الشمس. ومسلم في صلاة المسافرين، باب جواز الجمع بين الصلاتين في السفر.

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر. ومسلم في الفضائل: باب في معجزات النبي ﷺ.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر..

(6) المقدمات 1/137.

(7) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر. باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر.

(8) أخرجه مالك في الكتاب المذكور سابقاً. والبخاري في تقصير الصلاة، باب جواز الجمع بين الصلاتين في السفر. ومسلم في صلاة المسافرين حديث 42.

(9) المنتقى 1/255.

قال الباجي: وإنما خصَّ عبد الله بن عمر خبره هذا بذكر الجمع بين المغرب والعشاء لأنه جرى له ذلك في سفر استعجل فيه بسبب زوجه صفية بنت أبي عبيد استصرخ عليها فقيل له في ذلك: فذكر فَعَلَ النبي ﷺ⁽¹⁾.

فمن سأل أن ابن عمر آخر المغرب وكان استصرخ على امرأته صفية بنت أبي عبيد (أخبر بموتها) فقلتُ له: الصلاة. فقال: سر. فقلت: الصلاة. فقال: سر، حتى سار ميلين أو ثلاثة، ثم نزل فصلى، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله يصلي إذا أعجله السير⁽²⁾.

وقال ابن رشد الحفيد: «ومن لم يذهب هذا المذهب - أي الجد في السير - وإنما راعى ظاهر حديث أنس وغيره». واستدل ابن رشد الجد على عدم اشتراط الجد في السير بحديث معاذ بن جبل المتقدم وفيه قوله: «ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً، ثم دخل. ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً»⁽³⁾. فخروجه ودخوله ﷺ يدل على أنه لم يكن وأصحابه في أثناء السير حين جمعوا، وإنما كانوا حاظي الرحال.

ولا يشترط للجمع أن يكون السفر يبلغ مسافة القصر، والدليل على ذلك فعله ﷺ فقد جمع بعرفة والمزدلفة. قال الإمام بن مرزوق: «فكان فعله ﷺ ذلك دليلاً على جواز الجمع في كل مكان»⁽⁴⁾ أي دون تقييد بالسفر الطويل. وقد نقل هذا الاستدلال عن عدد من العلماء كابن القاسم وابن عبد البر والمازري وأبي الفرج وأبي الزبير المكي.

ويختلف حكم الجمع عن حكم قصر الصلاة بأن القصر مقيد بطول المسافة بدليل الأدلة. وأما قصر الرسول ﷺ بعرفة ومزدلفة فهو استثناء من هذه الأدلة. أشار إلى هذا المعنى ابن مرزوق⁽⁵⁾. وسيأتي تفصيل أحكام قصر الصلاة قريباً.

2- المطر الغزير والظلمة مع الطين في الحضر:

ودليل مشروعية الجمع فيها:

أ- عن عبد الله بن عباس أنه قال: صلى رسول الله ﷺ الظهر والعصر جميعاً، والمغرب والعشاء جميعاً، في غير خوف ولا سفر⁽⁶⁾. وقال مالك: أرى ذلك كان في مطر. (الموطأ).

(1) المتقى 1/255.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر. باب الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر. والبخاري في تقصير الصلاة، باب ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الجمع بين الصلاتين في السفر.

(3) المقدمات 1/137.

(4) المعيار المعرب 1/208.

(5) المعيار المعرب 1/208.

(6) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر. باب الجمع بين الصلاتين. ومسلم في صلاة المسافرين، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء في المطر جمع معهم⁽¹⁾.

وقد ألحق الجمع من أجل الظلمة مع الطين في الحضر بالجمع من أجل المطر للمشقة⁽²⁾. وقد استثنى مالك من حديث ابن عباس المتقدم جمع الظهر والعصر في النهار من أجل المطر وكرهه. ودليل رده لهذا الجزء من الحديث: عمل أهل المدينة على ما ذكره وحسبه ابن رشد الحفيد⁽³⁾. وعلل الباجي ذلك: «بأن انخالب من أحوال الناس تصرفهم في معاشهم وأسواقهم وزراعاتهم وغير ذلك من متصرفاتهم في وقت المطر والطين، لا يمتنعون من شيء من ذلك بسببهما؛ فكره أن يمتنع مع ذلك من أداء الفرائض وهي عماد الدين في أوقاتها المختارة لها؛ وليس كذلك المغرب والعشاء فإنه ليس بوقت تصرف وإنما ينصرف من الجمع بين الصلاتين إلى السكون في منزله والراحة فيه؛ مع أن مشقته بالنهار أخف، له من ضوء النهار ما يستعين به على المشي وتوقي الطين وذلك متعذر مع ظلام الليل، فإذا ثبت ذلك فالحديث محمول عنده على أنه ﷺ فعل ذلك ليُري اشتراك الوقت، وقد روي في هذا الحديث أنه قيل لابن عباس: ما أراد إلى ذلك قال: أراد أن لا يخرج أمته»⁽⁴⁾.

3 - المرض: ودليل الجمع من أجل المرض: القياس على السفر بجامع المشقة، لأنه إذا جاز للمسافر الجمع لمشقة السفر فبأن يجوز ذلك لمشقة المرض أولى وأحرى⁽⁵⁾.

قال سحنون: «إنما الجمع رخصة لتعب السفر ومؤنته إذا جدَّ به السير، فالمريض أتعب من المسافر وأشد مؤنة، لشدة الوضوء عليه في البرد، ولما يخاف عليه منه من بطن منخرق أو علة يشتد بها التحرك والتحويل، ولقلة من يكون له عوناً على ذلك، فهو أولى بالرخصة، وهي به أشبه منها بالمسافر، سنة من رسول الله وأبي بكر وعمر وعثمان والخلفاء، فالمريض أولى بالرفق لما يخاف عليه من غير وجه»⁽⁶⁾.

4 - وجود الحاج بعرفة.

5 - وجوده بمزدلفة.

صور الجمع:

للجمع ثلاث صور: جمع تقديم، وجمع تأخير، وجمع صوري.

- (1) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر. باب الجمع بين الصلاتين،
- (2) المنتقى 1/ 258. (3) بداية المجتهد 1/ 212.
- (4) المنتقى 1/ 257.
- (5) المنتقى 1/ 254 وبداية المجتهد 1/ 213 والمعلم 1/ 445 والذخيرة 1/ ورقة 124.
- (6) المدونة الكبرى 1/ 111.

جمع التقديم:

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: أن تزول الشمس على المسافر وكان قد نوى النزول بعد المغرب، فيجمع الظهر والعصر جمع تقديم، بأن يصلي الظهر في وقتها الاختياري، ويقدم العصر فيصلها معها قبل رحيله لأنه وقت ضرورة لها اغتفر للمسقة.

فإن نوى النزول قبل أصفار الشمس آخر العصر وجوباً لوقتها الاختياري..

فإن قدمها أجزأته، ويندب له إعادتها في الوقت عند النزول.

وإن نوى النزول بعد الاصفرار خيّر في تقديم العصر، إن شاء قدمها، وإن شاء

أخرها، وهو الأولى لأنه وقتها الضروري الأصلي.

المسألة الثانية: أن تغرب الشمس على المسافر وكان قد نوى النزول بعد طلوع

الفجر، فإنه يجمع المغرب والعشاء جمع تقديم في وقت المغرب.

فإن نوى النزول في الثلث الأول آخر العشاء وجوباً. وإن نوى النزول بعد الثلث

الأخير وقبل الفجر خيّر في العشاء إن شاء قدمها وإن شاء أخرها إلى وقتها الضروري.

وتأخيرها أولى لأنه ضروريها الأصلي.

المسألة الثالثة: من خاف إغماء أو حمى أو دوخة عند دخول وقت الصلاة الثانية

من مشتركتي الوقت، فإنه يقدم الثانية عند وقت الأولى جوازاً على الراجح. فإن سلم من

الإغماء ونحوه وكان قدّم الثانية فإنه يعيدها في الوقت الضروري؛ بخلاف المسافر إذا

جمع وهو ناوٍ للارتحال ثم طرأ له عدمه فلا يعيد على المعتمد. أما لو جمع وهو غير

ناوٍ الارتحال فإنه يعيدها في الوقت اتفاقاً.

المسألة الرابعة: تقديم العصر مع الظهر للحاج بعرفة بأذان وإقامة لكل صلاة وهو

سنة وذلك لاشتغاله بمنسك الوقوف.

المسألة الخامسة: جمع المغرب والعشاء فقط جمع تقديم في كل مسجد تقام به

الصلاة بسبب مطر واقع أو متوقع، أو بسبب الطين الكثير مع الظلمة. فيؤذن للمغرب

على المنار بصوت مرتفع كالعادة، وتؤخر صلاتها تأخيراً قليلاً بقدر ما يدخل وقت

الاشتراك لاختصاص المغرب بقدر ثلاث ركعات ثم تصلى. ثم يؤذن للعشاء استحباباً

بصوت منخفض في المسجد لا على المنار، وتصلّى بلا فصل بينها وبين المغرب بنقل.

ثم ينصرف الناس إلى منازلهم ويكره لهم التنفل في المسجد.

ويجب نية الجمع عند الصلاة الأولى كما يجب نية الإمامة.

ويجوز الجمع لمن صلى المغرب منفرداً أو بجماعة غير جماعة الجمع أن يجمع

معهم العشاء، ويغفر له نية الجمع عند صلاة المغرب.

ويجوز للمقيم بالمسجد لأجل اعتكافه جاورة الجمع تبعاً للجماعة لا

استقلالاً، إذ لا مشقة عليه في إيقاع العشاء بوقتها

ولا يجوز الجمع بمسجد لشخص منفرد إلا إذا كان إماماً راتباً.

جمع التأخير: وفيه ثلاث صور:

المسألة الأولى: أن تزول الشمس على المسافر وهو سائر، وكان قد نوى النزول عند اصفرار الشمس أو قبله، فإنه يجمع الظهر والعصر جمع تأخير.

المسألة الثانية: أن تغرب الشمس على المسافر وهو سائر، وكان قد نوى النزول في الثلث الأول أو بعده وقبل الفجر، فإنه يجمع المغرب والعشاء جمع تأخير، بأن يصلي المغرب مع العشاء عند النزول.

المسألة الثالثة: جمع المغرب مع العشاء جمع تأخير، وذلك للحاج بمزدلفة، بأذان وإقامة لكل صلاة. وحكمه السننية. ويُفصل بين صلاة المغرب وأذان العشاء بقدر حط الرحال.

الجمع الصوري: وصوره أربع:

المسألة الأولى: أن تزول الشمس على المسافر وهو سائر، وكان قد نوى النزول بعد الغروب، فإنه يصلي الظهر والعصر في وقتيهما الاختياري، الظهر في آخر وقتها الاختياري والعصر في أول وقتها الاختياري.

المسألة الثانية: أن تزول الشمس على المسافر وهو سائر، ولكن لا انضباط لنزوله هل ينزل بعد الغروب أم قبله، فإنه يجمع جمعاً صورياً. أي كالمسألة السابقة.

المسألة الثالثة: أن تغرب الشمس على المسافر وهو سائر، وكان قد نوى النزول بعد الفجر، فإنه يجمع بين المغرب والعشاء جمعاً صورياً، بأن يصليهما في وقتيهما الاختياري، المغرب في آخر وقته الاختياري بناء على أنه الشفق، والعشاء في أول وقته الاختياري.

المسألة الرابعة: المريض بالبطن ونحوه مرضاً مسترسلاً.

وحكم الجمع الصوري الجواز لمن تقدم ذكرهم. ويحصل لهم فضيلة أول الوقت، أما غير المعذور فإنه يكره له فعله وتفوته فضيلة أول الوقت.



قصر الصلاة في السفر

القصر: هو أن تصلي الرباعية اثنتين وذلك في حالة الأمن.

حكم القصر:

هو سنة مؤكدة في السفر المباح، ولو بالبحر، ولو كان على خلاف العادة بأن يكون بطيران أو خطوة، وهو رخصة ويكره الإتمام. وكونه سنة مؤكدة هو الراجح قال عياض في

الإكمال: كونه سنة هو المشهور من مذهب مالك وأكثر أصحابه وأكثر العلماء⁽¹⁾.

ودليل مشروعية القصر جاء في القرآن في حالة الخوف في قوله تعالى:

﴿وَإِذَا صَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: 101].

ودليل مشروعية القصر في السفر في حالة الأمن مأخوذ من السنة:

أ - سأل رجل عبد الله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن إنا نجد صلاة الخوف وصلاة الحضر في القرآن، ولا نجد صلاة السفر؟ فقال عبد الله بن عمر: يا ابن أخي إن الله ﷻ بعث إلينا محمداً ولا نعلم شيئاً، فإنما نفعل، كما رأيناه يفعل⁽²⁾.

وجه الدليل أنه يريد أن قصرهم الصلاة آمنين مما اقتدوا فيه بفعل النبي ﷺ وإن لم تكن آية القصر تتناوله، فثبت بذلك أنه مرفوع إلى النبي ﷺ⁽³⁾. وقال الشيخ ابن عاشور: يعني أن ابن عمر أقر السائل وأشعره بأن صلاة السفر ثبتت بالسنة⁽⁴⁾.

ب - عن يعلى بن أمية قال: قلت لعمر بن الخطاب: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾. [النساء: 101] فقد أمن الناس؟ فقال: عجبت مما عجبت منه، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته»⁽⁵⁾.

وجه الدليل أن النبي ﷺ أقر عمر على فهمه تخصيص هذه الآية بالقصر لأجل الخوف⁽⁶⁾.

ودليل سنيته أنه لم يرو عن النبي ﷺ في صلاة السفر إلا القصر، وكذلك الخلفاء من بعده⁽⁷⁾:

فعن ابن عمر قال: «صحبت النبي ﷺ في السفر، فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله. وصحبت أبا بكر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله. وصحبت عمر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله. ثم صحبت عثمان فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله. وقد قال الله: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: 21]⁽⁸⁾.

(1) حاشية الشرح الصغير 169/1.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة، باب قصر الصلاة في السفر والنسائي في تقصير الصلاة، باب. وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب تقصير الصلاة في السفر.

(3) المنتقى 260/1. (4) التحرير والتنوير 183/5.

(5) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها.

(6) المنتقى 259/1 وعارضة الأحوذى 14/3 والتحرير والتنوير 184/5.

(7) التحرير والتنوير 184/5 وعارضة الأحوذى 16/3 والذخيرة 1م ورقة 123.

(8) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها.

ودليل عدم وجوب القصر قوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: 101]⁽¹⁾. وجه الاستدلال أن الآية تنافي صيغ الوجوب⁽²⁾.

وكذلك ما روي أن عثمان رضي الله عنه صلى بمنى أربع ركعات، فقيل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال: صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين. وصليت مع أبي بكر رضي الله عنه بمنى ركعتين. وصليت مع عمر رضي الله عنه بمنى ركعتين. فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متقبلتان⁽³⁾.

وقد علل فعل عثمان رضي الله عنه بـ:

أ - خشية أن يتوهم الأعراب أن الصلوات كلها ركعتان⁽⁴⁾.

ذكر أبو عمرو في التمهيد أن ابن جريج قال: بلغني إنما أوفاهما عثمان أربعاً بمنى قط من أجل أن أعرابياً ناداه في مسجد الخيف بمنى فقال: يا أمير المؤمنين ما زلت أصليهما ركعتين منذ رأيتك عام أول صليتها ركعتين. فخشي عثمان أن يظن جهال الناس إنما الصلاة ركعتين. قال ابن جريج: وإنما كان أوفاهما بمنى قط⁽⁵⁾.

ب - احتمال أن يكون عثمان رضي الله عنه يعتقد التخيير في ذلك - أي بين القصر والإتمام - فأثر الإتمام. وتأول أفعال النبي صلى الله عليه وسلم في القصر بأنه قصد التخفيف عن أمته⁽⁶⁾.

ج - أنه لما كان هو الخليفة، وأن كل موضع يمرّ فيه فهو قطره، وأن من فيه ملتزم بطاعته، فهو بمنزلة استيطانه فيه، فحكمه لذلك أن يتم، لأن للإمام تأثيراً في أحكام الإتمام كما أن لها تأثيراً في إمامة الجمعة، إذ كان حكم الإمام إذا مرّ بموضع جمعة أنه يصلّيها بهم وهو مسافر⁽⁷⁾.

وكذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تتم فقد ذكر أنها تأولت مثل ما تأول عثمان رضي الله عنه⁽⁸⁾.

فقد روى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أول ما فرضت الصلاة ركعتين فأقرت صلاة السفر، وأتمت صلاة الحضر». قال الزهري: فقلت لعروة: فما بال عائشة تتم؟ قال: تأولت ما تأول عثمان⁽⁹⁾.

(1) الإشراف 117/1. (2) الإشراف 117/1 والتحرير والتنوير 184/5.

(3) أخرجه البخاري في تفسير الصلاة، باب الصلاة بمنى. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب قصر الصلاة بمنى.

(4) التحرير والتنوير 184/5 وأحكام القرطبي 358/5.

(5) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 518/2. (6) المنتقى 261/1.

(7) المنتقى 261/1.

(8) المنتقى 261/1 وعارضة الأحوذى 14/3 وأحكام القرطبي 360/5.

(9) أخرجه البخاري في تفسير الصلاة، باب يقصر إذا خرج من موضعه. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها. باب.

وعن عائشة رضي الله عنها أنها اعتمدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من المدينة إلى مكة، حتى إذا قدمت مكة قالت: يا رسول الله بأبي أنت وأمي قصرت وأتممت وأفطرت وصمت. قال: أحسنت يا عائشة وما عاب علي ⁽¹⁾.

وعن عروة أن عائشة كانت تصلي في السفر أربعاً فقلت لها: لو صليت ركعتين فقالت: يابن أختي لا تشق علي ⁽²⁾.

وهذا يدل على أنها رضي الله عنها تأولت أن القصر رخصة، وأن الإتمام لمن لا يشق عليه أفضل ⁽³⁾.

وقيل: إن حكم القصر الوجوب بدليل قول عائشة رضي الله عنها في حديث البخاري المتقدم: «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين، فأقرت صلاة السفر، وزيد في صلاة الحضر». ووجه الاستدلال منه أن صلاة السفر بقيت على فرضيتها. لكن هذا الحديث مؤول بمعنى قدرت، ثم تركت صلاة السفر على هيئتها في المقدار لا في الإيجاب، فإن الفرض في اللغة يكون بمعنى التقدير ⁽⁴⁾، أو أنها فرضت أي وجبت لمن يشاء بدليل أنها كانت تتم الصلاة في السفر ⁽⁵⁾، وبما تقدم من أن صيغة قوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ﴾ تنافي الوجوب. وقال القرطبي ⁽⁶⁾ في الحديث: «ولا حجة فيه، لمخالفتها له، فإنها كانت تتم في السفر وذلك يوهنه». وقال: «ثم إن قولها: فرضت الصلاة - ليس على ظاهره فقد خرج عنه صلاة المغرب والصبح، فإن المغرب ما زيد فيها ولا نقص منها وكذلك الصبح. وهذا كله يضعف متنه لا سنده» ⁽⁷⁾. أما الحديث الذي روي في صحيح مسلم عن ابن عباس قال: «فرض الله الصلاة على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم في الحضر أربعاً، وفي السفر ركعتين، وفي الخوف ركعة» فقد نقل القرطبي ⁽⁸⁾ فقال: إلا أن القاضي أبا بكر بن العربي ذكر في كتابه المسمى بالقبس قال علماؤنا: هذا الحديث مردود بالإجماع.

شروط قصر الصلاة:

1 - أن يكون السفر مأذوناً فيه: فالعاصي بسفره يحرم عليه القصر، ولكنه إن قصر لم تبطل الصلاة إذ لا يلزم من المنع البطلان، وأما العاصي في سفره فإنه يسن له القصر قطعاً، والفرق بينهما أن العاصي به نفس سفره معصية، كمسافر لقطع طريق أو لسرقة أو غضب؛ والعاصي فيه سفره جائز في نفسه لكن قد يقع منه معصية، كشرب وسرقة أو زنا. واللاهي بسفره يكره له القصر وتصح الصلاة.

(1) أخرجه النسائي في تصبير الصلاة، باب المقام الذي يقصر بمثله الصلاة.

(2) أخرجه البيهقي في الصلاة، باب من ترك القصر في السفر غير رغبة عن السنة.

(3) شرح الزرقاني على الموطأ 12/2. (4) المعلم 442/1.

(5) عارضة الأحوذى 17/3. (6) أحكام القرطبي 351/5.

(7) أحكام القرطبي 351/5. (8) أحكام القرطبي 351/5.

2 - أن تكون مسافته أربعة برد ذهاباً: والدليل على عدم جواز التقصير إلا في هذه المسافة:

أ - أن السفر لا يكون إلا في مسافة فيها مشقة وتكلف مؤونة، وهي لا تحصل إلا في مسافة يوم تام - أي يوم وليلة - مقدارها أربعة برد⁽¹⁾. ويؤيد هذا⁽²⁾:

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها حرمة»⁽³⁾.

ووجه الدليل منه أنه جعل اليوم واللييلة سفرأ، فأوجب على المرأة مصاحبة محرم فيه، بينما لا يجب عليها ذلك فيما دون هذا المقدار⁽⁴⁾.

ولكن لما كانت الروايات متعددة لهذا الحديث، منها ما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا تسافر المرأة ثلاثة أيام إلا مع ذي محرم»⁽⁵⁾.

فقد عول الإمام مالك على فعل ابن عمر وابن عباس⁽⁶⁾. فإن ابن عمر ركب إلى ريم فقصر الصلاة في مسيره ذلك. فقال مالك: وذلك نحو أربعة برد. وركب إلى ذات الثُصب، فقصر الصلاة في مسيره ذلك. قال مالك: وبين ذات الثُصب والمدينة أربعة برد. وعن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقصر الصلاة في مثل ما بين مكة والطائف، وفي مثل ما بين مكة وعسفان، وفي مثل ما بين مكة وجدّة. وقال مالك: وذلك أربعة برد⁽⁷⁾.

وفي البخاري تعليق: كان ابن عمر وابن عباس يقصران ويفطران في أربعة برد وهي ستة عشر فرسخاً⁽⁸⁾.

والشرع وإن رخص للمسافر في القصر لأجل المشقة، إلا أن المشقة المعتبرة في

(1) البريد يساوي أربعة فراسخ. والفرسخ يساوي ثلاثة أميال. فمسافة القصر ستة عشر فرسخاً أي ثمانية وأربعون ميلاً. والميل يقدر بثلاثة آلاف ذراع وخمسائة ذراع. والذراع يساوي 46,2 سم. فمسافة القصر تكون 77,616 كلم.

(2) المنتقى 1/262 وأحكام القرطبي 5/351 و355.

(3) أخرجه البخاري في تقصير الصلاة، باب في كم يقصر الصلاة. ومسلم في الحج، باب سفر المرأة مع محرم.

(4) المنتقى 1/262.

(5) أخرجه البخاري في التقصير. باب في كم يقصر الصلاة، ومسلم في الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى الحج.

(6) أحكام القرطبي 5/355 والإشراف 1/177 والعارضنة 3/23 والذخيرة 1م ورقة 122.

(7) الموطأ في قصر الصلاة في السفر، باب ما يجب فيه قصر الصلاة.

(8) أخرجه البخاري في التقصير، باب في كم يقصر الصلاة، وأخرجه البيهقي مسنداً في الصلاة، باب السفر الذي تقصر في مثله الصلاة.

القصر غير منضبطة، لأنها تتفاوت بطول السفر وقصره، وكثرة الجهد وقتله. ولذلك لم ينط الشرع الحكم بها، وإنما اعتبر ما يضبطها، فأناط الحكم بما تحصل فيه غالباً، وهو السفر اليوم التام⁽¹⁾.

3 - أن يقع السفر في وقت الصلاة الحاضرة، ولو في وقتها الضروري، أما إن خرج وقتها الضروري فلا تقصر.

من لا يجوز له أن يقصر:

1 - المسافر دون أربعة برد لا يقصر ويحرم عليه، وتبطل الصلاة إن قصر في مسافة ثلاثة برد أو أقل، لا أكثر منها، فلا تبطل بقصرها وذلك من سبعة وثلاثين ميلاً إلى سبعة وأربعين لكن فعل محرماً.

2 - الراجع من سفره لمحل إقامته لدون مسافة القصر، ولو رجع لحاجة، ما لم يكن خروجه من تلك البلد بنية رفض سكنائها، ورجوعه لها إنما هو لمجرد قضاء حاجة منها بناية إقامة أربعة أيام، وإلا فيقصر.

3 - السائح في الأرض كالراعي وطالب الضالة، إلا إذا كان يعلم أنه يقطع المسافة قبل الوصول لمرامه وقد عزم على قطعها حين خروجه، فإنه يقصر.

4 - الخارج من البلد المتوقع خارجها لانتظار رفقة قبل مسافة القصر، فإنه لا يقصر إلا إذا جزم بالسير دون الرفقة قبل أربعة أيام، أو أنه جزم بمجيئها والسفر معها قبل أربعة أيام. فإن جزم بما ذكر قصر في محل الانتظار.

5 - المرور في طريقه بمكان دون مسافة القصر مع نية الإقامة فيه أربعة أيام فأكثر، فإنه لا يقصر فيما دون ذلك المكان.

6 - نية الدخول لوطنه الكائن في أثناء المسافة، أو الدخول محلّ زوجة له دخل بها فيه، وكان الوطن أو محلّ الزوجة المدخول بها دون مسافة القصر الشرعية. وإذا لم يدخل بزوجته فإنه يقصر، ولو كان بذلك المحل أقاربه كولد أو والد حتى ينوي إقامة أربعة أيام.

7 - الذي عدل عن طريق قصر دون مسافة القصر إلى السفر في طريق طويل فيه مسافة القصر بلا عذر يقتضي العدول إليه، فإن قصر فصلاته صحيحة لأن غايته أنه لا يسفره.

ما يقطع حكم القصر في السفر:

1 - نية الإقامة بالمكان المتجه إليه أربعة أيام صحاح تستلزم عشرين صلاة، أو العلم بذلك عادة. والدليل⁽²⁾:

(1) مفتاح الوصول ص114.

(2) المتقى 1/266 وأحكام القرطبي 5/358 والذخيرة م1 و122.

عن العلاء بن الحضرمي قال: قال رسول الله ﷺ: «يمكث المهاجر بعد قضاء نسكه بمكة ثلاثاً»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال منه أن النبي ﷺ منع المهاجرين من الإقامة بمكة وأباح لهم ثلاثة أيام، فدل ذلك على أن حكم الثلاثة مخالف لحكم ما زاد عليها، وأن الثلاثة أيام في حكم السفر⁽²⁾.

أما ما روي عن ابن عباس رضيه الله عنه قال: أقام النبي ﷺ تسعة عشر يقصر⁽³⁾. وما روي أيضاً أن بعض الصحابة كان يقصر في أكثر من أربعة أيام؛ فإن ذلك محمول على أنهم كانوا غير ناوين إقامة تلك المدة⁽⁴⁾.

فمن سالم أن ابن عمر كان يقول: أصلي صلاة المسافر ما لم أجمع مكثاً. وإن حبسني ذلك اثنتي عشرة ليلة⁽⁵⁾.

وإذا أقام المسافر أربعة أيام فأكثر دون نية لذلك فإنه يقصر ولو طالت المدة، كالمقيم لحاجة متى قضيت سافر، فإنه لا يقطع القصر ولو طالت إلا إذا علم أنها لا تقضى إلا بعد الأربعة.

وإن نوى المسافر إقامة أربعة أيام وهو في الصلاة فإنه يقطعها، ويشفع ندباً إن صلى ركعة بسجديتها، ولا تجزئ أن تكون حضرية إن أتمها أربعاً لعدم دخوله عليها، وكذلك لا تجزئ أن تكون سفرية لنية الإقامة فيها.

أما إن نوى الإقامة بعد الفراغ منها أعادها في الوقت الاختياري استحباباً.

2 - دخول المسافر بلده عند المرور عليه بعد مسافة القصر، أو دخول محل زوجته المدخول بها، فإن طرأت له نية دخوله في أثناء سفره استمر على القصر حتى يدخل بالفعل، ولو كان الباقي دون المسافة. أما مجرد المرور بالبلد أو بمكان الزوجة فلا يقطع حكم السفر ولو حاذاهما.

3 - دخول المسافر بلده التي سافر منها إن رجع اختياراً أو غلبةً.

اقتداء المقيم بالمسافر والمسافر بالمقيم:

يكره اقتداء المقيم بالمسافر بالمسافر لمخالفته نية الإمام، إلا إذا كان المسافر ذا فضل أو

(1) أخرجه البخاري في المناقب، باب إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه. ومسلم في الحج، باب

جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها. والنسائي في تفسير الصلاة في السفر.

(2) الإشراف 1/119 والمنتقى 1/266 والمعلم 1/443 وأحكام القرطبي 5/358، وبداية المجتهد 1/207 والذخيرة 1م و122.

(3) أخرجه البخاري في تفسير الصلاة، باب ما جاء في التفسير وكم يقيم حتى يقصر.

(4) أحكام القرطبي 5/358.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب صلاة المسافر ما لم يجمع مكثاً.

سنّ. وتؤكد الكراهة في اقتداء المسافر بالمقيم لمخالفته سنة القصر. فإن اقتدى المقيم بالمسافر فكل على حكمه.

فعن عمر بن الخطاب كان إذا قدم مكة صلى بهم ركعتين ثم يقول: «يا أهل مكة أتموا صلاتكم فإنما قوم سفر»⁽¹⁾.

وإن اقتدى المسافر بالمقيم وجب أن يتبعه ثم يعيد في الوقت ندباً على المعتمد. فعن عبد الله بن عمر أنه كان يصلي وراء الإمام بمنى أربعاً. فإذا صلى لنفسه صلى ركعتين⁽²⁾.

وكذلك إذا نوى المسافر الإتمام ولو سهواً عن كونه مسافراً فإنه يجب عليه الإتمام، ويندب له إعادة الصلاة في الوقت سفريّة. فإن قصر بعد نية الإتمام عمداً أو تأويلاً بطلت، وإن قصر سهواً فترتب عليه أحكام السهو، فإن تذكر بالقرب أتم وسجد بعد سلامه، وإن طال أو خرج من المسجد بطلت.

وإذا نوى المسافر القصر فأتى عمداً بطلت عليه الصلاة وعلى مأمومه، سواء أتم المأموم معه أو لا، لأن كل صلاة بطلت على الإمام بطلت على المأموم إلا فيما استثني. أما إن أتم سهواً أو تأويلاً بأن يرى أن القصر لا يجوز، أو أن الإتمام أفضل، أو أتم جهلاً صحت الصلاة ويعيد في الوقت، وتصح لمأمومه أيضاً بلا إعادة عليه إن لم يتبعه في الإتمام بل جلس حتى سلم فإن تبعه بطلت. وإذا قام الإمام للإتمام سهواً أو جهلاً بعد نية القصر سبّح له المأموم، فإن رجع سجد لسهوه، وإن لم يرجع فلا يتبعه بل يجلس حتى يسلم إمامه فيسلم المسافر بسلامه، ويتم المقيم صلاته بغد سلام الإمام، فإن سلم المسافر قبله أو قام المقيم للإتمام قبله بطلت عليهما، كما لو تبعاه في الإتمام عمداً لتعمدهما الزيادة دونه.

وإذا ظن شخص مسافر أن الإمام مسافر أيضاً فاقتردى به فظهر أنه مقيم، فإن المأموم يعيد الصلاة أبدأ، وكذلك العكس بأن ظن المسافر أن الإمام مقيم فظهر أنه مسافر فيعيد أبدأ؛ لأن المأموم في الأولى نوى القصر وإمامه نوى الإتمام، فإن سلم من اثنتين فقد خالف إمامه نية وفعلاً، وإن أتم معه فقد خالف فعله نيته؛ وأما في الثانية فقد نوى الإتمام لظنه أن إمامه مقيم والإمام قد نوى القصر لأنه مسافر، فإن قصر معه فقد خالف فعله نيته، وإن أتم بمقتضى نيته فقد خالف إمامه نية وفعلاً.

ولا يقال: هذا مثل اقتداء المقيم بمسافر فلم بطلت صلاته؟ أجيب بأن بينهما فرقاً وذلك بأن المقيم دخل على مخالفة إمامه من أوّل الأمر فاغتفر له، وهذا دخل على موافقة إمامه فأخطأ ظنه فلم يغتفر.

(1) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب صلاة المسافر إذا كان إماماً أو كان وراء إمام.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب صلاة المسافر إذا كان إماماً أو وراء إمام.

وإذا لم ينو المسافر قصراً ولا إتماماً بأن نوى الظهر مثلاً من غير ملاحظة واحد منهما، ففي صحة الصلاة وعدمها قولان. وعلى القول بالصحة فهل يلزمه الإتمام لأنه الأصل؟ أو يخير في الإتمام والقصر لأن شأن المسافر القصر؟ قولان أيضاً.

ولا تجب على المسافر نية القصر عند السفر بل تجب عند الصلاة.

ويندب للمسافر تعجيل الرجوع لوطنه بعد قضاء حاجته. ويندب لمسافر ذي زوجة دخول منزله نهاراً، ويكره الدخول ليلاً لما روي أن رسول الله ﷺ نهى أن يطرق الرجل أهله ليلاً يتخونهم أو يطلب عثرتهم⁽¹⁾. ومحل الكراهة المذكورة لغير معلوم القدوم، وأما من علم أهله بوقت قدومه فلا يكره له الدخول ليلاً. ويندب ابتداء دخوله المسجد.

ويندب استصحاب هدية لعياله وجيرانه، لأنه أبلغ في السرور، ولورود الأمر بها في الأحاديث.

ويندب لمن أراد الخروج للسفر أن يذهب لإخوانه يسلم عليهم، ويودعهم، ويسألهم الدعاء؛ وأن يودعوه ويدعوا له بما دعا به رسول الله ﷺ لمن جاء يريد سفراً ويلتمس أن يزوده فقال له ﷺ: «زُودك الله التقوى، وغفر ذنبك ويسر لك الخير حيثما كنت»⁽²⁾.

وأما إذا قدم من السفر فالمستحب لإخوانه أن يأتوا إليه ويسلموا عليه.

متى يبدأ القصر:

الساكن في بلدة فإنه يبدأ في القصر إذا جاوز البساتين المسكونة ولو في بعض الأحيان كأيام الثمار، بخلاف غير المسكونة ولو كان بها الحراس، فلا يشترط تعديتها بل يقصر بمجرد مجاوزة البيوت، كالخالية عن البساتين. ولا فرق بين البلد وبين قرية تقام فيها الجمعة.

وساكن البادية يقصر إذا جاوز حلته وهي البيوت التي ينصبها ليأوي إليها. وساكن الجبل أو قرية صغيرة يقصر إذا انفصل عن منزله. وينتهي القصر إلى مثل مكان البدء في الذهاب أو إلى مكان البدء في العودة.

ودليل عدم جواز القصر قبل الشروع في السفر⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا صَرَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: 101].

(1) أخرجه البخاري في العمرة، باب لا يطرق أهله إذا بلغ المدينة ومسلم في الإمارة، باب كراهة الطروق لمن ورد من سفر.

(2) أخرجه الترمذي في الدعوات، باب ما يقول إذا ودع إنساناً.

(3) الإشراف 1/117 وأحكام القرطبي 5/357 وبداية المجتهد 1/206.

وجه الاستدلال من الآية أنها علقت القصر بالضرب في الأرض. وحقيقة الضرب في ذلك لا يكون إلا بالفعل دون النية⁽¹⁾.

ب - عن أنس رضي الله عنه قال: «صليتُ الظهر مع النبي ﷺ بالمدينة أربعاً، والعصر بذى الحليفة ركعتين»⁽²⁾.

والمعنى أنه صلى الظهر قبل الشروع في السفر ولم يقصرها.

قضاء السفرية في الحضر والحضرية في السفر:

إذا نسي المسافر الصلاة السفرية وتذكرها في الحضر قضاها سفرية.

وإذا تذكر المسافر الحضرية في السفر قضاها حضرية.



صلاة الخوف

حكمها:

هي سنة مؤكدة. ودليل مشروعيتها:

أ - قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ﴿١٥٦﴾ وَإِذَا كُنْتُمْ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا آسِيحتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسِيحتَهُمْ﴾ [النساء: 101، 102].

والآية خرجت مخرج التعليم لهيئة صلاة الخوف، وليس فيها ما يقصرها على

وجود النبي ﷺ⁽³⁾.

ب - عن يزيد بن رومان عن صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلاة الخوف. أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاء العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائماً. وأتموا لأنفسهم، ثم انصرفوا. فصفوا وجاء العدو. وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته. ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم⁽⁴⁾.

ودليل عدم اختصاصها بوجود الرسول ﷺ إجماع الصحابة فإن جماعة منهم قد

(1) الإشراف 117/1.

(2) أخرجه البخاري في تقصير الصلاة، باب يقصر إذا خرج من موضعه. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها.

(3) المعلم 467/1.

(4) أخرجه مالك في صلاة الخوف، باب صلاة الخوف. والبخاري في المغازي، باب غزوة ذات الرقاع. ومسلم في صلاة المسافرين باب صلاة الخوف.

فعلوا ذلك في جيوش ومحافل مختلفة ولم يعلم لهم مخالف⁽¹⁾. فقد روي عن علي وابن مسعود وابن عباس وحذيفة وزيد بن ثابت وأبي موسى وعبد الرحمن بن سمرة. فمنهم من روي عنه فعلها ومنهم من روي عنهم الفتوى بجوازها⁽²⁾.

شروطها:

- 1 - أن تكون في قتال.
- 2 - أن يكون القتال مأذوناً فيه، سواء كان واجباً كقتال الحربيين والبغاة القاصدين الدم وهتك الحرم، أو كان جائزاً كقتال مريد أخذ المال من المسلمين.
- 3 - أن يمكن لبعض الجيش ترك القتال.

صفتها:

أن يقسم الإمام الجيش طائفتين ويعلمهم كيفيتها وجوباً إن جهلوا، وندباً إن كانوا عارفين لها، خوفاً من وقوع الخلل. ثم يؤذن لها ويقيم، فيصلّي بالطائفة الأولى ركعة في الثانية والسفرية إن كانوا سفراً، وركعتين في الرباعية والثلاثية إن كانوا حضراً. ثم يقوم الإمام بعد التشهد في الرباعية والثلاثية داعياً أو ساكناً، وفي الثانية يقوم داعياً أو ساكناً أو قارئاً، وله أن يطول ما شاء لأنه يعقب الفاتحة في الثانية السورة، ويتم من خلفه أفذاذاً وينصرفون تجاه العدو فيحضر الباقي ويصلّون خلف الإمام ما بقي له، فإذا سلّم أتموا لأنفسهم ما فاتهم من الصلاة، وقيل: ينتظرهم الإمام حتى يقضوا ما فاتهم ثم يسلم ويسلمون بسلامه، والأول هو المشهور والثاني له سند وهو حديث يزيد بن رومان عن صالح بن خوات المتقدم، والأول له سند أيضاً وهو:

ما رواه مالك في الموطأ عن صالح بن خوات أن سهل بن أبي حثمة حدّثه أن صلاة الخوف: أن يقوم الإمام ومعه طائفة من أصحابه وطائفة مواجهة العدو. فيركع الإمام ركعة ويسجد بالذين معه. ثم يقوم فإذا استوى قائماً ثبت وأتموا لأنفسهم الركعة الباقية ثم يسلمون وينصرفون، والإمام قائم. فيكونون وجاه العدو. ثم يقبل الآخرون الذين لم يصلّوا فيكبّرون وراء الإمام فيركع بهم الركعة ويسجد. ثم يسلم فيقومون فيركعون لأنفسهم الركعة الباقية ثم يسلمون⁽³⁾.

وإذا سها الإمام مع الأولى فإنها تسجد بعد إكمالها صلاتها، القبلي قبل السلام، والبعدي بعده، وتسجد الطائفة الثانية القبلي مع الإمام والبعدي بعد قضائها ما فاتها.

(2) الإشراف 1/137.

(1) المدونة 1/150.

(3) أخرجه مالك في صلاة الخوف، باب صلاة الخوف. والبخاري في المغاري، باب غزوة ذات الرقاع. ومسلم في صلاة المسافرين باب صلاة الخوف.

حالة الخوف الشديد:

إذا اشتد الخوف. ولم يمكن ترك القتال لبعض الجيش صلوا فرادى. والدليل:

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرَاجًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: 239].

ويستحب تأخير الصلاة إلى آخر الوقت المختار في حالة رجاء الانكشاف؛ وإلى

وسطه في حالة التردد؛ وإيقاعها في أول الوقت في حالة اليأس.

وإن قدروا على الركوع والسجود فعلوا وإن لم يقدروا صلوا إيماء للسجود أكثر من

الركوع.

ما يجوز في حالة المسايقة عند الصلاة؟

يجوز المشي، والهرولة، والجري، والركض، والضرب، وطعن العدو، والكلام

إذا احتيج إليه كالتحذير، والإغراء والأمر والنهي، وعدم التوجه إلى القبلة، ومسك سلاح

ملطخ بالدم؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَىٰ وَقُومُوا لِلَّهِ

قَانِتِينَ ﴿٢٣٨﴾ فَإِنْ خِفْتُمْ فِرَاجًا أَوْ رُكْبَانًا فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَأَذْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا

تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٩﴾ [البقرة: 238، 239].

وجه الاستدلال أنه أمر بالمحافظة على الصلاة وبفعلها حال الخوف بحسب ما

يقتضيه الحال⁽¹⁾.



صلاة الجماعة

حكمها:

هي سنة مؤكدة في صلاة الفريضة ولو كانت فائتة. وهي شرط السنّة في السنن

المؤكدة كالعيدين والكسوف والاستسقاء إلا الوتر. وهي فرض كفاية في كل بلد ويقاثلون

عليها.

ومندوبة في التراويح والجنائز وخلاف الأولى في الشفع والوتر والفجر. ودليل

مشروعية صلاة الجماعة في الفريضة:

- عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «صلاة الجماعة تفضل صلاة الفرد

بسبع وعشرين درجة»⁽²⁾.

وهذا الحديث يدل على عدم فرضية الجماعة. ووجه الاستدلال منه: أنه ﷺ

(1) الإشراف 140/1.

(2) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب فضل صلاة الجماعة على صلاة الفرد. والبخاري في الأذان،

باب فضل صلاة الجماعة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب فضل صلاة الجماعة.

جعل صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ، ولو لم تكن صلاة الفذ مجزئة لما وصفت بأن صلاة الجماعة تفضلها، لأنه لا يصح أن يفاضل بين صلاة الجماعة وبين ما ليس بصلاة. وكذلك لو لم تكن لصلاة الفذ درجة من الفضيلة لما جاز أن يقال: إن صلاة الجماعة تزيد عليها سبعا وعشرين⁽¹⁾.

وما روي عن النبي ﷺ أحاديث ظاهرها الوجوب فقد تأولوها وهي:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «والذي نفسي بيده! لقد هممت أن أمر بحطب فيحطب ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها، ثم أمر رجلاً فيؤم الناس، ثم أخالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم. والذي نفسي بيده! لو يعلم أحدهم أنه يجد عظماً سمياً أو مرماتين (جمع مرمأة: ما بين ظلفي الشاة من اللحم) حستتين لشهد العشاء»⁽²⁾.

وجه التأويل فيه أنه ﷺ علم أن المتخلفين كانوا من المنافقين⁽³⁾. قال الإمام المازري في قوله ﷺ: «لو يعلم أحدهم أنه يجد عظماً سمياً... الخ»: ومعاذ الله أن تكون هذه صفات المؤمنين من الصحابة على فضلهم⁽⁴⁾، وكلام المازري هذا تأكيد على أنه ﷺ. كان يعني المنافقين.

وأيضاً فإنه ﷺ أخبر أنه هم بترك الجماعة، وهو لا يهم بترك الواجب⁽⁵⁾.

ب - قوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»⁽⁶⁾.

ووجه تأويله أنه محمول على الكمال والفضل⁽⁷⁾.

ج - عن أبي هريرة قال: أتى النبي ﷺ رجل أعمى فقال: يا رسول الله! إنه ليس لي قائد يقودني إلى المسجد. فسأل رسول الله ﷺ أن يرخص له فيصلي في بيته. فرخص له. فلما ولى دعاه فقال له: «هل تسمع النداء بالصلاة؟» قال: نعم قال: «فأجب»⁽⁸⁾.

وجه تأويله أن الأمر فيه بإجابة النداء يدل على الندب⁽⁹⁾.

وهي في عمومها تدل على تأكيد شهود الصلوات في جماعة⁽¹⁰⁾.

(1) المتقى 230/1 والمعلم 436/1.

(2) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب فضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ. والبخاري في الأذان،

باب وجوب صلاة الجماعة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب فضل صلاة الجماعة.

(3) المتقى 230/1 والعارضه 18/2 والذخيرة 268/2 طبع دار الغرب الإسلامي.

(4) المعلم 437/1. (5) الذخيرة 269/2 طبع دار الغرب الإسلامي.

(6) أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة وجابر بن عبد الله في الصلاة، باب الحث لجار المسجد على

الصلاة فيه إلا من عذر.

(7) أحكام القرطبي 350/1.

(8) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل صلاة الجماعة والتشديد في التخلف عنها.

(9) أحكام القرطبي 350/1.

(10) أحكام القرطبي 350/1.

ما تدرك به الجماعة:

لا يحصل فضلها إلا بإدراك ركعة تامة أي بركوعها وسجديتها، بأن ينحني المأموم قبل اعتدال الإمام، ولو حال رفعه، ولو لم يطمئن في ركوعه إلا بعد اعتدال الإمام. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة»⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جئتم إلى الصلاة ونحن سجدوا فاسجدوا ولا تعدوها شيئاً. ومن أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة»⁽³⁾.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: «إذا فاتتك الركعة فقد فاتتك السجدة»⁽⁴⁾.

د - عن عبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت أنهما كانا يقولان: «من أدرك الركعة فقد أدرك السجدة»⁽⁵⁾.

شروط الإمام لصلاة الجماعة:

1 - الذكورية المتحققة: فلا تصح خلف المرأة ولا الخنثى المشكل، ولو اقتدى بهما مثلهما. والدليل⁽⁶⁾:

أ - عن أبي بكره ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة»⁽⁷⁾.

ب - عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها. وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها»⁽⁸⁾.

ت - القياس على الإمامة الكبرى.

ث - عن أبي مسعود ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله»⁽⁹⁾.

(1) الذخيرة م 1 ورقة 108.

(2) أخرجه مالك في الجمعة، باب فيمن أدرك ركعة يوم الجمعة، والبخاري في مواقيت الصلاة: باب من أدرك من الصلاة ركعة. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب من أدرك من الصلاة ركعة.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في الرجل يدرك الإمام ساجداً كيف يصنع.

(4) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب من أدرك ركعة من الصلاة.

(5) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب من أدرك ركعة من الصلاة.

(6) شرح التلقيم م 1 ورقة 119 وأحكام القرطبي 355/1.

(7) أخرجه البخاري في الفتن، باب.

(8) أخرجه مسلم في الصلاة، باب تسوية الصفوف وإقامتها.

(9) أخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة.

ووجه الاستدلال من الحديث أن كلمة «القوم» لا تطلق إلا على الرجال لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ﴾ [الحجرات: 11].

فقد قابل القوم بالقوم والنساء بالنساء، ولو كانت كلمة القوم تطلق على النساء أيضاً لما صحت هذه المقابلة.

ج - أن النبي ﷺ وصف المرأة بأنها ناقصة عقل ودين⁽¹⁾.

فعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «يا معشر النساء! تصدقن وأكثرن الاستغفار فإنني رأيتكن أكثر أهل النار». فقلن: وبم؟ فقال: «تكثرن اللعن وتكفرن العشير، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحدائكن». قلن: وما نقصان عقلنا وديننا يا رسول الله ﷺ؟ قال: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟» قلن: بلى. قال: «فذلك من نقصان عقلها، أليس إذا حاضت لم تصل؟» قلن: بلى. قال: «فذلك من نقصان دينها»⁽²⁾.

ح - قال سحنون: عن ابن وهب عن ابن أبي ذئب عن مولى لبني هاشم عن علي بن أبي طالب أنه قال: لا تؤم المرأة⁽³⁾.

خ - قوله: «أخروهن حيث أخرن الله»⁽⁴⁾.

د - روى سحنون أن عائشة رضي الله عنها كانت تؤمها مدبر لها يقال له: ذكوان أبو عمرو⁽⁵⁾.

ونقل الباجي⁽⁶⁾ عن ابن أيمن أنه روى عن مالك أن المرأة تؤم النساء. ومتعلق هذه الرواية عن مالك ما رواه أبو داود عن أم ورقة أن رسول الله ﷺ كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها، وأمرها أن تؤم أهل دارها. لكن قال الباجي: «هذا الحديث مما لا يجب أن يعول عليه». ولم يبين لماذا؟. وأجاب الإمام المازري⁽⁷⁾ عما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤم النساء، بأنه إن صحَّ يحمل على وجه تعليمها النساء الصلاة، أو أنه كان مشروعاً ثم نسخ.

2 - العقل: فلا تصح خلف المجنون. وتصح إمامته حال إفاقته.

(1) المتقى 1/235.

(2) أخرجه البخاري في الحيض، باب ترك الحائض الصوم. ومسلم في الإيمان، باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات.

(3) المدونة الكبرى 1/85.

(4) هي من كلام عبد الله بن مسعود رضي الله عنه. أخرجه عبد الرزاق في المصنف 3/149 رقم 5115 وذكرها دليلاً على المسألة في بداية المجتهد 1/196 والإشراف 1/111.

(5) المدونة الكبرى 1/86.

(6) المتقى 1/235.

(7) شرح التلقين م/119.

3 - البلوغ: وشرط البلوغ خاص بصلاة الفريضة، فلا تصح خلف صبي في الفرض، بخلاف النفل يصح خلف الصبي وإن لم يجز ابتداء.

والدليل: ما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال منه أن الصبي لا يكون ضامناً، لأن من أوصاف الصلاة الوجوب، وهي متعذرة فيه⁽²⁾.

أما ما روي عن عمرو بن سلمة أنه رضي الله عنه قال لقومه: «إذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكم وليؤمكم أكثركم قرآناً... فقدّموني بين أيديهم وأنا ابن ست أو سبع سنين»⁽³⁾. فإن ذلك كان عن اجتهاد من قومه⁽⁴⁾، فليس بحجة⁽⁵⁾.

4 - الإسلام: فلا تصح إمامة الكافر، ولا صلاته، ولا صلاة من خلفه، ويعيدون أبداً، ولو لم يعلم بكفره حال الإقتداء. قال صاحب الإشراف: «لأن إسرار الإمام الكفر لا يكون عذراً للمأموم في صحة صلاته...».

5 - القدرة على الأركان: فلا تصح خلف العاجز عن ركن من أركان الصلاة كالفاتحة والقيام والركوع، إلا إذا ساواه المأموم في العجز عن ذلك الركن فإنها تصح. كأن يصلي أخرس بأخرس، وعاجز عن القيام صلى جالساً بمثله. ودليل عدم الجواز ما ذكره الإمام سحنون⁽⁶⁾ أن النبي ﷺ قال: «لا يؤم الرجل القوم جالساً»⁽⁷⁾.

أما من كان فرضه الإيماء فلا يصح أن يؤم مثله على المشهور. وبناء على هذا الشرط فإن مقوس الظهر إن وصل تقوسه لحد الركوع فهو عاجز عن ركن. فلا يصح الاقتداء به. وإن لم يصل تقوسه إلى حد الركوع فهو غير عاجز عن ركن، واقتداء القادر به صحيح.

أما ما روي عن النبي ﷺ أنه صلى قاعداً وصلى من وراءه مرة قعوداً ومرة وقوفاً. والروايات هي:

أ - عن عائشة أنها قالت: صلى رسول الله ﷺ وهو شاكٍ. فصلّى جالساً وصلى وراءه قوم قياماً، فأشار إليهم أن اجلسوا. فلما انصرف قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به،

(1) سبق تخريجه في وقت الصلاة.

(2) الذخيرة م 1 ورقة 104.

(3) أخرجه البخاري في المغازي. باب.

(4) الذخيرة م 1 ورقة 104.

(5) الذخيرة 2/243 ط. دار الغرب الإسلامي.

(6) المدونة الكبرى 1/82 والإشراف 1/109 والمعلم 1/397.

(7) أخرجه البيهقي في الصلاة، باب ما ورد في النهي عن الإمامة جالساً.

فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً⁽¹⁾.

ب - عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ ركب فرساً فصرع (سقط) فنجش (خدش) شقهُ الأيمن. فصلّى صلاة من الصلوات وهو قاعد، وصلينا وراءه قعوداً. فلما انصرف قال: «إنما جعل الإمام ليؤتمّ به، فإذا صلى قائماً فصلوا قياماً، وإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا قال: سمع الله لمن حمده. فقولوا: ربنا ولك الحمد، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون»⁽²⁾.

وهذان الحديثان يشبان صلاة القادر جالساً وراء الإمام العاجز عن القيام. وعند العلماء أن ذلك منسوخ بما يأتي من أنه ﷺ صلى جالساً والصحابة قيام. قال ابن رشد الجذ: لا اختلاف بين أهل العلم أن ذلك منسوخ⁽³⁾.

ج - عن عروة بن الزبير، أن رسول الله ﷺ خرج في مرضه، فأتى المسجد، فوجد أبا بكر، وهو قائم يصلي بالناس، فاستأخر أبو بكر، فأشار إليه رسول الله ﷺ: أن كما أنت. فجلس رسول الله ﷺ إلى جنب أبي بكر. فكان أبو بكر يصلي بصلاة رسول الله ﷺ وهو جالس. وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر⁽⁴⁾.
وفي رواية البخاري فكان أبو بكر يصلي قائماً⁽⁵⁾.

وهذا الحديث يثبت صلاة القائم وراء العاجز، وهو ناسخ لما ثبت من صلاة القادر جالساً وراء العاجز. ووجه التأويل لهذا الحديث أنه أمر خاص بالنبي ﷺ⁽⁶⁾ أو أنه منسوخ بحديث: «لا يؤمن أحد بعدي جالساً»⁽⁷⁾. وبفعل الخلفاء بعده وأنه لم يؤم أحد منهم جالساً، فمثاربهم على ذلك تشهد بصحة نهيه عن إمامة القاعد بعده⁽⁸⁾.

6 - أن لا يكون مأموماً:

فلا تصح خلف مأموم، ومنه المسبوق الذي أدرك مع الإمام ركعة فأكثر، وقام

(1) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب صلاة الإمام وهو جالس. والبخاري في الأذان، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به. ومسلم في الصلاة، باب إتمام المأموم بالإمام.

(2) أخرجه مالك والبخاري ومسلم في الأبواب المذكورة في التعليق السابق.

(3) البيان والتحصيل 1/ 298 وإكمال الإكمال 2/ 169 والذخيرة 2/ 247 ط. دار الغرب الإسلامي.

(4) أخرجه مالك في صلاة الجماعة باب صلاة الإمام وهو جالس والبخاري في الأذان، باب من قام إلى جنب الإمام لعلته. ومسلم في الصلاة، باب استخلاف الإمام إذا عرض عذر من مرض وسفر وغيرهما.

(5) أخرجه البخاري في الأذان، باب من قام إلى جنب الإمام لعله.

(6) المنتقى 1/ 240 وعارضة الأحوذى 2/ 160.

(7) أخرجه البيهقي في الصلاة، باب ما روي في النهي عن الإمامة جالساً. والدارقطني في الصلاة، باب صلاة المريض جالساً بالمأمومين.

(8) إكمال الإكمال 2/ 169.

لقضاء ما عليه فلا تصح خلفه. فإن أدرك مع الإمام ما دون ركعة صحح الاقتداء به، وينوي الإمامية بعد أن كان ناوياً المأمومية.

7 - أن يكون عالماً بما لا تصح الصلاة إلا به: وهي لا تصح إلا بالفقه والقراءة غير الشاذة، والفقه المطلوب علمه هو الأحكام التي تتوقف عليها صحة الصلاة، مثل فرائض الوضوء والصلاة وشروط صحتها، ويكفي علم كيفية ذلك ولو لم يميز الفرض من السنة، بخلاف من يعتقد الفرض سنة. والحاصل أنه إن أخذ صفة الصلاة عن عالم ولم يميز الفرض من غيره فإن صلاته صحيحة إذا سلمت من الخلل، سواء علم أن فيها فرائض وسنن، أو اعتقد فرضية جميعها على الإجمال، وإذا لم تسلم من الخلل فهي باطلة في الجميع. ويدل لما تقدم قوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي»⁽¹⁾، فلم يأمرهم إلا بفعل ما رأوا، وأهل العلم نوابه ﷺ⁽²⁾.

والقراءة المطلوبة قراءة الفاتحة والسور. والقراءة الشاذة هي ما وراء العشر، ولا تصح الصلاة بها. وتصح الصلاة وراء من يلحن في القراءة ولو بالفاتحة إذا لم يتعمد، ويأثم المقتدي به إن وجد غيره ممن يحسن القراءة وإلا فلا يأثم. ومن اللحن من لا يميز بين الظاء والضاد، ومن يقلب الحاء هاء، أو الراء لاماً، أو الضاد دالاً، كما عند بعض الأعاجم، أما إن تعمد اللحن وإبدال الحروف بغيرها فلا يصح الاقتداء به.

8 - أن لا يكون متعمداً الحدث: فلا تصح خلف متعمد الحدث في الصلاة أو حال الإحرام، ولو لم يعلم المأموم بذلك إلا بعد الفراغ منها. وأما إذا حرم الإمام بالصلاة محدثاً وهو ناس لكونه محدثاً؛ أو أحدث في الصلاة وهو ناس لكونه في صلاة، وتذكر بعد السلام من الصلاة أو تذكر قبل السلام؛ أو غلبه الحدث في الصلاة، كان سبقه بول أو ريح إلا أنه لم يعمل بالمأمومين عملاً، بل خرج وأشار لهم بالإتمام، فإن صلاتهم تصح دون الإمام، وهذا معنى قولهم: كل صلاة بطلت على الإمام بطلت على المأموم إلا في سبق الحدث ونسيانه. فلو عمل بهم عملاً لبطلت على المأمومين أيضاً. ومحل صحتها للمأموم: إذا لم يعلم بنسيان إمامه للحدث قبل دخوله معه في الصلاة. ودليل صحة صلاة المأموم إذا لم يعلم بحدث الإمام ما رواه سحنون أن ابن القاسم قال: وقد صلى عمر بن الخطاب بالناس وهو جنب ثم قضى الصلاة ولم يأمر الناس بالقضاء⁽³⁾. فإن علم بحدث إمامه قبل الدخول معه ودخل معه ولو ناسياً كإمامه بطلت صلاته أيضاً. وإذا علم المأموم بحدث إمامه في الصلاة لكنه لم يستمر معه بل فارقه وصلى لنفسه منفرداً أو صلى مستخلفاً صحت صلاته بشرط أن لا يعمل معه عملاً. وأما إذا علم بحدث إمامه في الصلاة لكنه استمر معه ولم يفارقه فإن صلاته تبطل.

(1) سبق تخريجه.

(2) حاشية الصاوي 157/1.

(3) المدونة الكبرى 38/1.

من تكره إمامته مطلقاً. راتباً أو غير راتب؟

1 - الفاسق بجارحة وذلك كالزاني والسارق وشارب الخمر وعاق لوالديه وهذا ما لم يتعلّق فسقه بالصلاة، كالمتكبر بالإمامة والمتهاون بشروط الصلاة أو بها من حيث تأخيرها عن أوقاتها⁽¹⁾. فإنّ الصلاة تبطل قطعاً.

أما الفاسق بالاعتقاد، وكل بدعي اختلف في تكفيره ببدعته كالخوارج فإنه تحرم إمامته ويعيد من صلّى خلفه في الوقت الضروري على المعتمد، وقيل ببطلان الصلاة وراء الفاسق بجارحة بناء على اشتراط العدالة من بين الشروط والدليل هو الإجماع⁽²⁾.

واشتراط العدالة هو ما مشى عليه الشيخ خليل في مختصره. وخالفه في ذلك شراحه. وذكر العدوي في حاشيته على شرح الخرشي أنّ الإمام اللقّاني قال: «يحرم الدخول معه ابتداءً. ويحرم عليه أن يتقدّم للإمامة مع علمه بفسق نفسه».

وأما المقطوع بكفره كمن يقول: إنّ الله تعالى لا يعلم الجزئيات وإنما يعلم الكلّيات فقط، وهو قول الفلاسفة، فإنّ الصلاة تبطل وراءه.

2 - البدوي للحضري، ولو كان البدوي أكثر قرآناً أو أحكم قراءة. فقد روى الإمام سخون عن ابن سيرين قال: خرجنا مع عبيد الله بن معمر ومعنا حميد بن عبد الرحمن بن عوف وأناس من وجوه الفقهاء، فمرزنا بأهل ماء فحضرت الصلاة، فأذن أعرابي وأقام الصلاة قال: فتقدم حميد بن عبد الرحمن بن عوف، قال: فلما صلّى ركعتين قال: من كان ههنا من أهل البلد فليتم الصلاة، وكره أن يؤمّ الأعرابي⁽³⁾. ولا يكره إمامة البدوي لمثله.

3 - صاحب السلس والقروح لصحيح، ومثلهما كل من تلبس بنجاسة معفو عنها لسالم منها، لا لمثله.

4 - الأغلف وهو من لم يختن.

5 - مجهول الحال، وهو من لم يعلم حاله أهو عدل أو فاسق.

من تكره إمامته إذا كان راتباً في الفريضة أو السنّة دون النافلة؟

1 - الخصي، وهو من كان مقطوع الأنثيين.

2 - المأبون، وهو الذي يتكسر في كلامه كالنساء، أو من كان يفعل به فعل قوم لوط ثم تاب، وأما من لم يتب فهو أرذل الفاسقين.

3 - ولد الزنا، فقد روى مالك رضي الله عنه أنّ رجلاً كان يؤمّ الناس بالعقيق فأرسل إليه عمر بن عبد العزيز فنهاه. قال مالك: وإنما نهاه، لأنه كان لا يعرف أبوه⁽⁴⁾.

(1) من تقريرات الشيخ عليش على الشرح الكبير 326/1.

(2) الذخيرة 1م ورقة 103. (3) المدونة الكبرى 85/1.

(4) الموطأ. كتاب صلاة الجماعة. باب العمل في صلاة الجماعة.

4 - مجهول النسب، وهو اللقيط.

من تجوز إمامته بلا كراهة:

1 - الأعمى والدليل على ذلك⁽¹⁾:

أ - عن عتبان بن مالك أنه كان يؤم قومه وهو أعمى، وأنه قال لرسول الله ﷺ: إنها تكون الظلمة والمطر والسيل، وأنا رجل ضريب البصر فصل يا رسول الله في بيتي مكاناً أتخذه مصلى. فجاءه رسول الله ﷺ فقال: «أين تحب أن أصلي؟» فأشار له إلى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله ﷺ⁽²⁾.

ب - عن أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ استخلف ابن أم مكتوم يؤم الناس وهو أعمى»⁽³⁾.

2 - المخالف في الفروع، كالشافعي والحنفي، ولو علم أنه مسح بعض رأسه، أو لم يتدلك، أو مس ذكره؛ لأن ما كان شرطاً في صحة الصلاة فالعبرة فيه بمذهب الإمام، وما كان شرطاً في صحة الاقتداء فالعبرة فيه بمذهب المأموم فلا يصح فرض خلف معيد ولا متفل ولا مغاير لصلاة الإمام وإن كان الإمام يرى ذلك.

3 - العتین وهو من له ذكر صغير لا يتأتى به الجماع.

4 - المجذوم: وذلك بشرط أن لا يشتد، فإن اشتد جذامه بحيث يضر الناس فليتنح وجوباً عن الإمامة بل عن الاجتماع بالناس.

5 - الأقطع يداً أو رجلاً.

6 - الأشل.

7 - الألكن، وهو من لا يكاد يخرج بعض الحروف من مخارجها، لعجمة أو غيرها، مثل أن يقلب الحاء هاء، أو الراء لاماً، أو الضاد دالاً، أو من لا يميز بين الضاد والظاء.

8 - المحدود، سواء حدّ لقذف أو شرب أو غيرهما، وذلك إن حسنت حالته

وتاب.

9 - الصبي بمثله. أما بالبالغين فلا تصح في الفرض، وتصح في النفل، وإن لم

تجز ابتداءً كما تقدم.

(1) المدونة الكبرى 85/1 وأحكام القرطبي 354/1.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الصلاة. والبخاري في الصلاة، باب المساجد في البيوت. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب الرخصة في التخلف عن الجماعة.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب إمامة الأعمى.

من يستحق التقديم للإمامة؟

إذا استوفى المجتمعون لشروط الإمامة فإنه يستحب تقديم أولاً بأول: السلطان أو نائبه، ولو بمسجد له راتب، وإلاً فراتب المسجد إن لم يكن بالمسجد سلطان أو نائبه. ثم رب المنزل إن كانت الجماعة بمنزله، ثم المستأجر للمنزل يقدم على مالكة إن اجتمعا به لأنه مالك لمنافعه. وإن كان رب المنزل امرأة فإنها تستخلف من يصلح للإمامة. ثم الأب، ثم العم، ثم الزائد في الفقه، ثم الزائد في الحديث حفظاً ورواية، ثم الزائد في القراءة والأدري بطرق القرآن أو الأشد إتقاناً فيه، ثم الزائد في العبادة والأكثر من غيره في النوافل. فإذا استوتوا فيما تقدم فإنه ينظر إلى المسن في الإسلام، أي ابن عشرين نشأ مسلماً يقدم على ابن أربعين لم يكمل له عشرون في الإسلام، ثم القرشي. ويقدم بنو علي عليه السلام من فاطمة عليها السلام. ثم ذو النسب المعلوم، ثم ذو الأخلاق الحسنة، ثم اللباس الحسنة، ويندب تقديم الأورع والزاهد في كل صنف ممن تقدم ذكرهم.

والدليل على تقديم الفقيه على القارئ:

ما روي عن أبي مسعود عن النبي صلى الله عليه وآله قال: يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله، فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سلماً. ولا يؤمن الرجل في أهله، ولا في سلطانه، ولا يقعد في بيته على تكرمته إلا بإذنه⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال منه أن المراد بالقراءة هو الفقه، لأن الحاجة إلى الفقه في الإمامة أمس من القراءة⁽²⁾. ومما يؤيد هذا المحمل أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يتفقهون من القرآن، فأكثرهم قرآناً كان أكثرهم فقهاً⁽³⁾.

وقوف المأموم مع إمامه:

إذا كان المأموم رجلاً واحداً أو صبياً مميزاً يعقل العبادة، فإنه يندب له أن يقف عن يمين الإمام متأخراً عنه قليلاً ليمتيز المأموم عن الإمام. والدليل⁽⁴⁾:

ما روي عن ابن عباس قال: «صليت مع النبي صلى الله عليه وآله ذات ليلة فقامت عن يساره، فأخذ رسول الله صلى الله عليه وآله برأسي من ورائي فجعلني عن يمينه»⁽⁵⁾.

ويندب وقوف اثنين فأكثر خلف الإمام. ويندب وقوف النساء خلف الجميع ممن

(1) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة.

(2) المعلم 438/1 وبداية المجهد 174/1.

(3) المعلم 438/1 والبيان والتحصيل 355/1 والذخيرة 254/2 ط. دار الغرب الإسلامي.

(4) المنتقى 219/1 والذخيرة 260/2 ط. دار الغرب الإسلامي.

(5) أخرجه البخاري في الأذان، باب إذا لم ينو الإمام أن يؤم ثم جاء قوم فأنهم. ومسلم في صلاة

المسافرين، باب صلاة النبي صلى الله عليه وآله ودعائه بالليل.

ذكر. وإذا كانت امرأة مع إمام وحده فإنها تقف خلفه. وإذا كانت مع إمام معه مأموم فإنها تقف خلفهما. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أنس بن مالك أن جدته مليكة دعت رسول الله ﷺ لطعام. فأكل منه. ثم قال رسول الله ﷺ: «قوموا فأصلي لكم» قال أنس: فقمنا إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس، فنضحته بماء. فقام رسول الله ﷺ، وشفقت أنا واليتيم وراءه، والعجوز من ورائنا، فصلّى لنا ركعتين ثم انصرف⁽²⁾.

ب - عن أنس قال: «صليت أنا وبيتنا في بيتنا خلف النبي وأمي أم سليم خلفنا»⁽³⁾.

شروط اقتداء المأموم بالإمام:

1 - أن ينوي المأموم الاقتداء بإمامه، أو ينوي الصلاة في جماعة، وذلك قبل تكبيرة الإحرام. فمن صلى فذا ثم رأى إماماً بعد التكبير فلا يصح الاقتداء به. ومن نوى الاقتداء بإمام لم يجز له مفارقتها؛ فلا ينتقل منفرد بصلاته لجماعة، لعدم نية الاقتداء أولاً، وكذلك العكس، فلا ينتقل من في جماعة إلى الانفراد للزوم نية الاقتداء.

والإمام لا يشترط له نية الإمامة في صلاة الجماعة ولو لجماعة، لأنها لا تشترط فيها الجماعة؛ إلا الجمعة فيشترط فيها نية الإمامة، لأن الجماعة شرط فيها، فلو لم ينو الإمام الإمامة بطلت عليه وعليهم. وسيأتي ذكر بقية ما يلزم فيه نية الإمامة.

2 - متابعة المأموم للإمام في الإحرام والسلام. وذلك بأن يكبر للإحرام بعده ويسلم بعده. فإن ساواه فيهما بطلت صلاته. وكذلك إذا سبقه، إلا إذا سلم المأموم ساهياً قبل إمامه فإنه يعيده بعد سلام الإمام وتصح صلاته.

ويحرم على المأموم سبق الإمام في غير الإحرام والسلام، أي في سائر الأركان، ولا تبطل الصلاة بهذا السبق، إذا كان يشرع في الركن قبل الإمام ويستمر حتى يأخذ فرضه معه، أما لو كان يركع قبله مثلاً ويرفع قبل ركوع الإمام فهو مبطل، لأنه لم يأخذ فرضه معه، إلا أن يكون ذلك سهواً فيرجع له. ودليل عدم جواز سبق الإمام⁽⁴⁾:

أ - عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا صلى

(1) بداية المجتهد 1/179 والذخيرة 2/260 ط. دار الغرب الإسلامي.

(2) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع سبحة الضحى. والبخاري في الأذان، باب وضوء الصبيان. ومسلم في المساجد، باب جواز الجماعة في النافلة.

(3) أخرجه البخاري في الأذان: باب المرأة وحدها تكون صفاً ومسلم في المساجد باب جواز الجماعة في النافلة.

(4) المنتقى 1/171 وأحكام القرطبي 1/358 وعارضة الأحوذى 3/62.

قائماً فصلّوا قیاماً، وإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا قال: سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد، وإذا صلى جالساً فصلّوا جالساً أجمعون»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال منه أنه أتى بالفاء.. فكبروا... فاركعوا... فقولوا. وهي توجب التعقيب⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله: «أما يخشى الذي يرفع رأسه قبل الإمام أن يحول الله رأسه رأس حمار»⁽³⁾.

ج - عن أنس رضي الله عنه قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم فلما قضى صلاته أقبل علينا بوجهه فقال: «أيها الناس! إني إمامكم فلا تسبقوني بالركوع ولا بالسجود ولا بالقيام ولا بالعود ولا بالانصراف، فأني أراكم من أمامي ومن خلفي»⁽⁴⁾.

د - قال صلى الله عليه وسلم: «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه»⁽⁵⁾ وقال أبو هريرة: الذي يرفع رأسه ويخفضه قبل الإمام فإنما ناصيته بيد الشيطان⁽⁶⁾.

ويكره مساواة المأموم للإمام في غير الإحرام والسلام. وإذا سبق مأموم إمامه في ركوع أو سجود، أو رفع منهما ولو سهواً، أمر وجوباً بعوده للإمام إن علم إدراكه، ليرفع برفعه من الركوع أو السجود، أو يخفض بخفضه لركوع أو سجود، إن ركع أو سجد قبله. والمراد بالعلم ما يشمل الظن، فإن لم يظن إدراكه فلا يؤمر بالعود. وإذا أمر بالعود فلم يعد لم تبطل صلاته إن أخذ فرضه بالطمأنينة مع الإمام؛ وإن لم يأخذ فرضه بالطمأنينة مع الإمام بطلت صلاته إذا لم يعد.

3 - مساواة المأموم للإمام في ذات الصلاة وسميتها وزمنها: فالمساواة في ذات الصلاة: مثل أن يصلي المأموم الظهر خلف إمام يصلي الظهر. فلا يصح خلف إمام يصلي العصر.

والمساواة في الصفة: مثل أن لا يصح صلاة أداء خلف قضاء أو قضاء خلف أداء. والمساواة في الزمن: مثل أن يصلي قضاء ظهر السبت خلف ظهر السبت. فلا يصح قضاء

(1) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب صلاة الإمام وهو جالس. والبخاري في الأذان، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به. ومسلم في الصلاة، باب اتمام المأموم بالإمام.

(2) أحكام القرطبي 358/1، والذخيرة 174/2 ط. دار الغرب الإسلامي.

(3) أخرجه البخاري في الأذان، باب إثم من رفع رأسه قبل الإمام. ومسلم في الصلاة، باب تحريم سبق الإمام بركوع أو سجود.

(4) أخرجه مسلم في الصلاة، باب تحريم سبق الإمام بركوع أو سجود.

(5) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما يفعل من رفع رأسه قبل الإمام والبخاري في الأذان، باب إقامة الصف من تمام الصلاة. ومسلم في الصلاة، باب اتمام المأموم بالإمام.

(6) مالك في الموطأ، كتاب الصلاة، باب ما يفعل من رفع رأسه قبل الإمام.

ظهر السبب خلف ظهر الأحد. ودليل عدم جواز ما ذكر، وعدم جواز اقتداء المفترض بالمتنفل:

قوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتمَّ به فلا تختلفوا عليه»⁽¹⁾.

والحديث لم يحمله الإمام مالك رحمته على الاختلاف في الأفعال الظاهرة فقط وإنما عممه، قال القاضي عياض: «إذ لا اختلاف أشد من الاختلاف في النيات في صلاة فرضين أو نفل وفرض»⁽²⁾.

ويجوز صلاة نفل خلف فرض، كركعتي ضحى خلف صبح بعد طلوع الشمس، وركعتي نفل خلف سفرية، أو كأربع خلف ظهر حضرية. ومن أدرك الركعة الأولى من الصبح قبل طلوع الشمس ووقعت الثانية بعده، فلا يصح لأحد يريد صلاة الصبح الاقتداء به إذا أدركه في الثانية، لأنها للإمام أداء وللأموم قضاء.

متى تلزم النية على الإمام؟

يلزم على الإمام نية الإمامة في أربع مسائل: في صلاة الجمعة، والجمع، والاستخلاف والخوف.

والصفة الضابطة لذلك: أن كل صلاة يشترط فيها الجماعة لا بدَّ فيها من نية الإمامة. فأما الجمعة فيشترط فيها نية الإمامة، لأن الجماعة شرط فيها؛ فلو لم ينو الإمامة بطلت عليه وعلى المأمومين

وأما الجمع بين العشاءين لمطر فلا بدَّ فيه من نية الإمامة، لأن الجماعة شرط فيه، ولا بدَّ فيه من نية الإمامة في الصلاتين. وتجب نية الجمع عند الصلاة الأولى وتستمر للثانية فلو تركها فيها لم تبطل، أي الأولى إذ نية الجمع واجب غير شرط، بخلاف ترك نية الإمامة في الصلاة الأولى فإن الثانية تبطل وحدها لأنها هي التي يظهر فيها أثر الجمع، وأما المغرب فتقع في وقتها فلا تبطل.

وأما صلاة الخوف إذا صليت بطائفتين فلا بدَّ من نية الإمامة، لأنها لا تصح كذلك إلا بجماعة.

وأما صلاة الاستخلاف فإنَّ المستخلف كان مأموماً فأصبح إماماً، فلا بدَّ له من نية الإمامة لتمييز الحالة الثانية عن الأولى؛ فإن لم ينو فصلاته صحيحة غاية أنه منفرد.

وأما غير هاته الصلوات فلا تجب فيها نية الإمامة. والدليل:

ما روي عن ابن عباس أنه بات ليلة عند ميمونة زوج النبي ﷺ وهي خالته، وفي الحديث أنه ﷺ قام إلى شئ معلق فتوضأ منها فأحسن وضوءه ثم قام يصلي، قال ابن

(1) سبق تخريجه.

(2) إكمال الإكمال 2/168.

عباس: فقامت فصنعت مثل ما صنع، ثم ذهبت فقامت إلى جنبه⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أن ابن عباس دخل مع النبي ﷺ في الصلاة بعد أن ابتدأ فيها النبي ﷺ، وهذا يدل على جواز الائتمام بمن لم ينو الإمامة، وقد أقر النبي ﷺ ابن عباس على الائتمام به⁽²⁾.

الصلاة أثناء إقامة صلاة الجماعة:

يحرم على المكلف ابتداء صلاة فرض أو نفل بعد الإقامة للإمام الراتب. والراتب هو من نصبه من له ولاية نصبه، من واقف أو سلطان أو نائبه، في جميع الصلوات أو بعضها، ودليل التحريم:

ما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة»⁽³⁾.

وإذا أقيمت صلاة بمسجد لإمام راتب وشخص يصلي نافلة أو فريضة بالمسجد أو برحبته فإنه يقطع الصلاة بسلام أو بنية إبطال، سواء كانت الصلاة نافلة أو الفريضة التي أقيمت عليه أو غيرها، ويدخل مع الإمام. ومحل القطع إن خشي بإتمام صلواته فوات ركعة مع الإمام من الصلاة المقامة. فإن لم يخش بإتمامها فوات ركعة، فلا يخلو الحال من أن يكون في نافلة أو فريضة غير المقامة أو نفس المقامة، فإن كانت نافلة أو فريضة غير المقامة فإنه يتمها عقد ركعة أو لا.

وإن كانت التي هو فيها الفريضة المقامة وعقد منها ركعة قبل إقامتها عليه انصرف عن شفع ولا يتمها، وإن كان في الثالثة رجع للجلوس فيتشهد ويسلم. هذا إن كان في غير الصبح والمغرب أي بأن كان في رابعة، فإن لم يعقد ركعة أو عقدها ولكن كان في صبح أو مغرب قطع ودخل مع الإمام لثلا يصير متفلاً في وقت نهى.

فإن عقد ثانية المغرب بسجودها أو الصبح أو ثالثة غيرهما كملها بنية الفريضة ودخل مع الإمام في غير المغرب. وأما في المغرب فيخرج وجوباً من المسجد لأن جلوسه به يؤدي إلى الطعن في الإمام.

وإن أقيمت الصلاة بمسجد لإمام راتب على شخص يصلي فرضاً أو نفلاً بغير المسجد بأن كان في بيته أو عمله أتمها وجوباً. وكذلك لو أقيمت بغير مسجد أو بمسجد ليس به إمام راتب.

(1) أخرجه مالك في صلاة الليل، باب صلاة النبي ﷺ في الوتر. والبخاري في الوضوء، باب قراءة القرآن بعد الحدث وغيره ومسلم في صلاة المسافرين، باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه.

(2) المنتقى 318/1.

(3) أخرجه مسلم في صلاة المسافرين، باب كراهة الشروع في نافلة بعد شروع المؤذن في الإقامة.

وإذا أقيمت الصلاة بمسجد لإمام راتب وبه أو برحبته شخص كان قد صلاها في جماعة وجب عليه الخروج، لثلا يؤدي إلى الطعن في الإمام. ومثله من صلى المغرب أو العشاء وأوتر؛ فإن لم يكن محصلاً فضلها بأن لم يصلها في جماعة وصلها فذا لزمه الدخول مع الإمام كمن لم يصلها أصلاً.

والدليل على أنه لا يدخل مع الإمام إذا كان صلاها في جماعة⁽¹⁾:

- عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تصلي صلاة مكتوبة في يوم مرتين»⁽²⁾.

وهذا الحديث مرجح على غيره. ولا يستثنى منه إلا صلاة المنفرد⁽³⁾ كما يأتي.

والدليل على أن من صلى منفرداً يدخل مع الإمام:

أ - عن محجن أنه كان في مجلس مع رسول الله ﷺ. فأذن بالصلاة فقام رسول الله ﷺ فصلى. ثم رجع، ومحجن في مجلسه لم يصل معه. فقال له رسول الله ﷺ: «ما منعك أن تصلي مع الناس؟ ألسنت برجل مسلم؟» فقال: بلى يا رسول الله، ولكنني قد صليت في أهلي. فقال له رسول الله ﷺ: «إذا جئت فصل مع الناس وإن كنت قد صليت»⁽⁴⁾.

قال سخنون: الحديث إنما جاء فيمن صلى في بيته وحده ثم أدركها في جماعة⁽⁵⁾.

ب - عن نافع أن رجلاً سأل عبد الله بن عمر فقال: إني أصلي في بيتي ثم أدرك الصلاة مع الإمام أفأصلي معه؟ فقال له عبد الله بن عمر: نعم. فقال الرجل: أيتهما أجعل صلاتي؟ فقال له عبد الله بن عمر: أو ذلك إليك؟ إنما ذلك إلى الله يجعل أيتهما شاء⁽⁶⁾.

ج - عن عفيف السهمي عن رجل من بني أسد أنه سأل أبا أيوب الأنصاري فقال: إني أصلي في بيتي ثم آتي المسجد فأجد الإمام صلى أفأصلي معه؟ فقال أبو أيوب: نعم، فصل معه. فإن من صنع ذلك فإن له سهم جمع أو مثل سهم جمع⁽⁷⁾.

(1) أحكام القرطبي 352/1 وبداية المجتهد 173/1.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب إذا صلى ثم أدرك جماعة بعيد، والدارقطني في الصلاة، باب لا يصلي مكتوبة في يوم مرتين.

(3) بداية المجتهد 173/1.

(4) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب إعادة الصلاة مع الإمام. والنسائي في الإمامة، باب إعادة الصلاة مع الجماعة بعد صلاة الرجل لنفسه.

(5) المدونة الكبرى 88/1 والذخيرة 267/2 ط. دار الغرب الإسلامي.

(6) أخرجه مالك في صلاة الجماعة. باب إعادة الصلاة مع الإمام.

(7) أخرجه مالك في صلاة الجماعة، باب إعادة الصلاة مع الإمام.

ويستثنى من حكم الإعادة مع الجماعة لمن صلى منفرداً صلاة المغرب فإنها لا تعاد. ودليل هذا الاستثناء عمل أهل المدينة⁽¹⁾ وقول ابن عمر: من صلى المغرب ثم أدركها مع الإمام فلا يعد لها⁽²⁾.

من يعيد الصلاة لأجر الجماعة؟

يعيدها من لم يحصل فضلها في جماعة أخرى، أو من أدرك مع جماعة أقل من ركعة، فإنه يندب له أن يعيدها مأموماً لتحقيق فضل الجماعة، ولو بالوقت الضروري مع جماعة اثنين فأكثر. ولا يعيد مع واحد إلا إذا كان الواحد إماماً راتباً بمسجد، لأنه كالجماعة.

والمعيد ينوي إعادة الصلاة الفريضة مع تفويض الأمر لله تعالى في قبول فريضة أي الصلاتين. لما تقدّم من قول ابن عمر: إنما ذلك إلى الله يجعل أيتها شاء. ومن حصل فضل الجماعة فلا يعيدها في جماعة أخرى، ولو كانت الثانية أكثر عدداً أو أزيد خيراً.

والصلاة التي لا تعاد لفضل الجماعة هي المغرب، لأنها تصير مع الأولى شفعاً وهي قد جعلت ثلاثاً لتوتر صلاة النهار. ولا تعاد العشاء بعد التوتّر أما قبل التوتّر فإنها تعاد. فإن شرع في الإعادة ساهياً عن كونه صلى المغرب أو العشاء قطع الصلاة إن لم يعقد ركعة، فإن عقد ركعة مع الإمام برفع رأسه معتدلاً شفع ندباً لا وجوباً، بأن يضم لها ركعة، ويخرج عن شفع، ويسلم إذا قام الإمام للثالثة؛ أو يسلم مع الإمام إذا كان المعيد أدرك ثانية المغرب، فإن أدرك الثالثة مع الإمام فإنه يأتي بأخرى بعد سلام الإمام. وإذا ابتدأ المغرب مع الجماعة وأتمها كاملة معهم، فإنه يأتي بركعة رابعة ليخرج عن شفع، فتعود الصلاة الثانية نافلة. والإمام الراتب كالجماعة فضلاً وحكماً، فإذا جاء في وقته المعتاد ولم يجد أحداً فأذن وصلى فإنه يحصل له فضل الجماعة، وينوي الإمامة، ولا يعيد في جماعة أخرى، ويعيد معه من صلى فذاً، ولا يصلي بعده جماعة في المسجد، ويجمع ليلة المطر.

ولا تجوز صلاتان في يوم واحد إلا لفضل الجماعة. فمن صلى الظهر منفرداً يحرم عليه إعادتها منفرداً أو إماماً، ومن صلاها في جماعة يحرم عليه إعادتها في أخرى. ومن صلاها إماماً يحرم عليه إعادتها مطلقاً. ومن اقتدى بمعيد بطلت صلاته، لأنها فرض خلف نفل، ويعيدها أبداً ولو جماعة.

أما ما روي عن جابر بن عبد الله أن معاذ بن جبل كان يصلي مع رسول الله ﷺ المغرب ثم يرجع إلى قومه فيؤمهم⁽³⁾.

(2) المدونة الكبرى 1/88.

(1) عارضة الأحوذى 2/20.

(3) أخرجه الترمذي في الصلاة، باب ما ذكر في الذي يصلي الفريضة ثم يؤم الناس بعدما صلى.

فقد تأولوه بأن معاذاً ربما كان يصلي مع النبي ﷺ صلاة النهار وتفوته صلاة الليل، فيكون الراوي قد أخبر عن حال معاذ في وقتين لا في وقت واحد، وعن صلاتين لا عن صلاة واحدة. أو أن هذا الحديث حكاية حال ولم يعلم كيفيتها فلا عمل عليها⁽¹⁾. وهو معارض لما تقدم من الدليل على عدم جواز الاختلاف بين نية المأموم ونية الإمام⁽²⁾.

حكم المساجد الثلاثة: المسجد الحرام، والمسجد النبوي والمسجد الأقصى:

من لم يحصل فضل الجماعة بأحد المساجد الثلاثة فإنه يصليها فيها منفرداً ولا يعيدها في غيرها جماعة.

ومن صلى في غيرها منفرداً فإنه يعيد فيها جماعة إن أدرك الجماعة، وإلا أعاد منفرداً. ومن صلى في غيرها جماعة أعاد الصلاة فيها جماعة، ولا يعيد فيها منفرداً.

إعادة الجماعة في المسجد الواحد:

يكره إعادة الجماعة في المسجد بعد الإمام الراتب، وكذلك إيقاعها قبله وإن أذن في ذلك الإمام، ولو أقيمت في صحن المسجد لأن الصحن مثل المسجد، وعبر ابن بشير واللخمي وغيرهما بالمنع وهو ظاهر قول المدونة.

ودليل النهي:

أ - سد الذريعة، حتى لا تقع الفرقة والاختلاف ويعتزل أهل البدع الجماعة.

قال الإمام الشاطبي: «ومذهب مالك الكراهية خوف الفرقة الحاصلة في تعدد الجماعات. وربما قصد أهل البدع ذلك لثلاثي يصلوا خلف أهل السنة فصارت كراهية مالك سداً لهذه الذريعة»⁽³⁾.

وقال الإمام أبو بكر بن العربي في شرح قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [التوبة: 107].

قال⁽⁴⁾: «يعني أنهم كانوا جماعة واحدة في مسجد واحد، فأرادوا أن يفرقوا شملهم في الطاعة وينفردوا عنهم للكفر والمعصية. وهذا يدل على أن المقصد الأكثر والغرض الأظهر من وضع الجماعة تأليف القلوب والكلمة على الطاعة وعقد الذمام والحرمة بفعل الديانة حتى يقع الأناس بالمخالطة وتصفو القلوب من ضرر الأحقاد والحسادة. ولهذا المعنى تفتن مالك ﷺ حين قال: إنه لا تصلي جماعتان في مسجد واحد، ولا بإمامين، ولا بإمام واحد خلافاً لسائر العلماء... وهكذا كان شأنه معهم وهو أثبت قدماً منهم في الحكمة وأعلم بمقاطع الشريعة».

(1) عارضة الأحوذى 66/3 والمعلم 402/1 والذخيرة 243/2 ط. دار الغرب الإسلامي.

(2) إكمال الإكمال 168/2. (3) فتاوى الشاطبي ص 125.

(4) أحكام ابن العربي 1013/2.

ب - أنه فعل الصحابة . قال الحسن البصري: كان أصحابه عليه السلام إذا فاتتهم الجماعة صلّوا في المسجد فرادى .

ج - روى الإمام سحنون عن عبد الرحمن بن المجبر قال: دخلت مع سالم بن عبد الله بن عمر مسجد الجحفة وقد فرغوا من الصلاة فقالوا: ألا تجمع الصلاة؟ فقال سالم: لا تجمع صلاة واحدة في مسجد واحد مرتين⁽¹⁾ .

وما روي عنه عليه السلام أنه رأى رجلاً يصلي وحده فقال: «ألا رجل يتصدّق على هذا فيصلي معه»⁽²⁾ فأجابوا عنه بأنه لعله كان لا يحسن الصلاة . فأمر من يعلمه كيف يصلي⁽³⁾ .

ولا ينافي هذا حصول فضل الجماعة لمن جمع ثانية . ويحرم إقامة جماعة في وقت إقامتها للإمام الراتب . وإذا جمعت الصلاة قبل الإمام الراتب فإن للإمام الراتب أن يجمع ما لم يأذن لمن قبله، وما لم يتأخر عن إقامة جماعته كثيراً عن عاداته . فإن أذن لغيره أو تأخر كثيراً كره له الجمع ويصلي منفرداً .

وإذا دخلت جماعة المسجد فوجدوا راتبه قد صلى فإنه يكره لهم إعادتها كما تقدم، ويندب لهم الخروج ليجمعوا خارج المسجد إلا بالمساجد الثلاثة - المسجد الحرام والمسجد النبوي والمسجد الأقصى - فيصلون فيها أفذاذاً إن دخلوها، لأنّ فذاً أفضل من الجماعة خارجها، فإن لم يدخلوها جمعوا خارجها .

مكروهات أخرى تتعلق بصلاة الجماعة:

- تكره الصلاة ولو لفدّاً بلا ضرورة بين الأساطين، وهي أعمدة المسجد، لأن هذا المحلّ معدّ لوضع النعال وهي لا تخلو غالباً من نجاسة، وترفع الكراهة إذا لم تكن المواضع معدّة للأحذية .

- تكره صلاة المأموم قدام الإمام بلا ضرورة فإن كان لضرورة فلا كراهة .

- يكره اقتداء من بأسفل السفينة بمن بأعلاها، لعدم تمكنهم من ملاحظة الإمام، ولا كراهة في العكس لتمكنهم من ضبط أفعال الإمام؛ كما يكره اقتداء من بجبل أبي قبيس وهو جبل عال تجاه ركن الحجر الأسود، بمن يصلي بالمسجد الحرام لعدم تمام التمكن من أفعال الإمام .

- يكره صلاة رجل بين نساء ومحاذاته لهنّ بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره، ومثل ذلك صلاة المرأة بين رجال ولو كانوا محارم لبعضهم .

وليس في قولة عبد الله بن مسعود: «أخروهنّ - حيث أخرهنّ الله» دليل على تحريم

(2) أخرجه أحمد في مسنده 454/5 .

(1) المدونة الكبرى 89/1 .

(3) الذخيرة 272/2 ط . دار الغرب الإسلامي .

ذلك، لأن الأثر يحمل على الشهادات أو أنه يحمل على الندب. ذكر هذا الأثر وتعليقه الإمام القرافي⁽¹⁾. واستدل به غيره على عدم جواز إمامتها، وقد تقدم.

- يكره للإمام بالمسجد الصلاة بغير رداء يلقيه على كتفيه، بخلاف المأموم والغد فلا يكره لهما عدم الرداء بل هو خلاف الأولى، فعلم أن الرداء يندب لكل مصل. والندب للإمام أوكد.

- يكره تفل الإمام بالمحراب، لأنه لا يستحقه إلا حال إمامته، ولأنه قد يوهم غيره أنه في صلاة فرض فيقتدي به.

- يكره علو الإمام على المأمومين، إلا أن يكون علوه قليلاً مثل الشبر أو لأجل ضرورة أو كان لقصد التعليم لكيفية الصلاة. فإن قصد به الكبر فإن الصلاة تبطل. ودليل الكراهة⁽²⁾:

أ - عن همام بن الحارث أن حذيفة أمّ الناس بالمدائن على دكان فأخذ أبو مسعود بقميصه فجنده فلما فرغ من صلاته قال: ألم تعلم أنهم كانوا يتهون عن ذلك؟ قال: بلى، تذكّرت حين مددتني⁽³⁾.

ب - عن عدي بن ثابت الأنصاري قال: حدثني رجل أنه كان مع عمار بن ياسر بالمدائن فأقيمت الصلاة. فتقدم عمار وقام على دكان يصلي، والناس أسفل منه. فتقدم حذيفة فأخذ على يديه، فأتبعه عمار حتى أنزله حذيفة من الدكان. فلما فرغ عمار من صلاته قال له حذيفة: ألم تسمع أن رسول الله قال: «إذا أمّ الرجل القوم فلا يقم في مكان أرفع من مقامهم» فقال عمار: لذلك اتبعتك حين أخذت على يدي⁽⁴⁾.

- يكره للإمام إطالة الركوع للدخال معه في الصلاة، إلا لخوف تفويت أجر الجماعة عليه بأن تكون تلك الركعة هي الأخيرة. ووجه الكراهة في غير الأخيرة: أنه إضرار بمن خلفه بالتطويل عليهم، ومراعاة حقهم أولى لسبقهم⁽⁵⁾.

الجائزات في صلاة الجماعة:

1 - يجوز الإسراع لإدراك الصلاة مع الجماعة بلا هرولة. والدليل:

أ - قول الرسول ﷺ: إذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون، وأتوها وعليكم السكينة. فما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاتموا. فإن أحدكم في صلاة ما كان يعتمد إلى الصلاة⁽⁶⁾.

(1) الذخيرة 1م ورقة 107.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الإمام يقوم مكاناً أرفع من مكان القوم.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب الإمام يقوم مكاناً أرفع من مكان القوم.

(4) الإشراف 1/111.

(5) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة. والبخاري في الأذان، باب لا يسعى إلى =

ووجه الاستدلال منه أن السعي هنا الجري، أما الإسراع الذي لا ينافي الوقار والسكينة لمن سمع الإقامة وخاف أن يفوته بعض الصلاة فذلك جائز⁽¹⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر سمع الإقامة وهو بالبقيع فأسرع المشي إلى المسجد⁽²⁾.

2 - يجوز قتل عقرب أو حية أو فأرة في المسجد مع التحفظ من تقديره ما أمكن.
3 - يجوز خروج امرأة متجاللة لا أرب للرجال فيها للمسجد لتصلي مع الجماعة به. ويجوز خروجها لعيد واستسقاء وكسوف وجنازة قريب أو بعيد⁽³⁾.

4 - يجوز خروج شابة غير مفتنة للمسجد وجنازة قريب من أهلها، ولا يقضى على زوجها بالخروج لذلك لما ذكر أن له منعها. وأما مخشية الفتنة فلا يجوز لها الخروج مطلقاً⁽⁴⁾.

وقد اعترض الشيخ الأبي⁽⁵⁾ على قولهم بأن حكم خروج المرأة للمسجد هو الجواز فقال: «وفيه نظر لأنه خروج لشهود الجماعة، وشهودها سنة أو فرض كفاية إلا أن يقال إنما هي سنة أو فرض كفاية للرجال فقط ويبعد».

وقد اشترط العلماء لخروج النساء إلى المسجد ما يلي⁽⁶⁾:

أ - أن يخرجن غير متزينات ولا متطييات ولا مزاحمات للرجال. والدليل: ما رواه مسلم عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود قالت: قال لنا رسول الله ﷺ: «إذا شهدت إحداكن المسجد فلا تمسّ طيباً»⁽⁷⁾.

قال القاضي عياض⁽⁸⁾: وفي معنى الطيب إظهار الزينة والثياب وحسن الحلّي. وما جاء في رواية أخرى قوله ﷺ: «إذا شهدت إحداكن صلاة العشاء فلا تمسّ طيباً»⁽⁹⁾.

ففيه قصر النهي عن مسّ الطيب على شهود صلاة العشاء، فليس على ظاهره، لأن

= الصلاة وليأت بالسكينة والوقار. ومسلم في المساجد، باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة.

- (1) المنتقى 1/132 والبيان والتحصيل 1م ورقة 49.
- (2) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة.
- (3) تقييد هذا الحكم بالمرأة المتجاللة لم يذكروا دليلاً عليه.
- (4) تقييد هذا الحكم بالشابة غير المفتنة لم يذكروا دليلاً عليه.
- (5) إكمال الإكمال 2/187.
- (6) البيان والتحصيل 1/320 وإكمال الإكمال 2/188.
- (7) أخرجه مسلم في الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد.
- (8) إكمال الإكمال 2/188.
- (9) أخرجه مالك في القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المساجد. ومسلم في الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد.

تطيب النساء في غالب الأحوال إنما يكون أول الليل لمضاجعة الأزواج، فنهين عن تعجيل الطيب قبل الخروج إلى العشاء، لأن خروجهن مع التطيب والتجمل فتنه للناس منهي عنه⁽¹⁾.

وإذا تزين وتعطرن وخرجن وجب منعهن واستدل القاضيان عياض وابن رشد الجد على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعه نساء بني إسرائيل»⁽²⁾.

قال الإمام الأبي: قول عائشة: «ما أحدثه النساء» أي من الزينة والطيب وحسن الشارة⁽³⁾. وقال الإمام الباجي: يعني التطيب والتجمل وقلة التستر⁽⁴⁾.

ب - أن لا تخرج الشابة مخشية الفتنة.

ج - أن لا يكون بالطريق ما تتقى مفسدته.

د - أن يستأذن أزواجهن إن كان لهن أزواج، والدليل على ذلك:

ما رواه مالك⁽⁵⁾ عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله».

قال الباجي: هذا دليل على أن لا خروج لهن إلا بإذن الزوج⁽⁶⁾.

وما رواه مالك عن يحيى بن سعيد عن عاتكة امرأة عمر بن الخطاب أنها كانت تستأذن عمر بن الخطاب إلى المسجد فيسكت فتقول: «والله لأخرجن إلا أن تمنعني، فلا يمنعها»⁽⁷⁾.

ووجه عدم جواز منعهن من الخروج إلى المسجد⁽⁸⁾ عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»، وما رواه مسلم عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا تمنعوا نساءكم المساجد إذا استأذنتكم إليها». قال سالم: فقال بلال بن عبد الله: والله لنمنعهن. فأقبل عليه عبد الله فسيه سباً سيئاً ما سمعته سبّه مثله قط. وقال: أخبرك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقول: والله لنمنعهن⁽⁹⁾.

(1) المنتقى 342/1.

(2) أخرجه مالك في القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المساجد، والبخاري في الأذان، باب انتظار الناس قيام الإمام العالم.

(3) إكمال إكمال المعلم 2/188.

(4) المنتقى 343/1.

(5) مالك في القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المساجد والبخاري في الجمعة باب حدثنا عبد الله بن محمد. ومسلم في الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد.

(6) المنتقى 342/1.

(7) مالك في القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المساجد.

(8) البيان والتحصيل 321/1.

(9) أخرجه مسلم في الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد.

ووجه كراهته لهن الإكثار من الخروج⁽¹⁾ ما يخشى من الفتنة بهن فقد قال ﷺ: «ما تركت بعدي فتنة أضرب على الرجال من النساء»⁽²⁾.

ووجه منعهن من الخروج إلى العيدين والاستسقاء⁽³⁾ مع ما جاء عن النبي ﷺ من الإذن في خروج العواتق وذوات الخدور إلى العيدين ما أحدثه من الخروج على غير الصفة التي أذن لهن الخروج عليها وهي أن يكنّ تفلات غير متطيبات ولا يبدن لشيء من زينتهن. وقد قالت عائشة رضي الله عنها: «لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعه نساء بني إسرائيل»⁽⁴⁾.

هـ - أن يكون خروجهنّ بليل. والدليل:

ما رواه مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: ائذنوا للنساء بالليل إلى المساجد. فقال ابن له يقال له واقد: إذا يتخذنه دغلا. قال فضرب في صدره وقال: أحذثك عن رسول الله وتقول: لا!⁽⁵⁾.

وهذا الشرط ذكره القاضي عياض⁽⁶⁾ واستدل عليه بما جاء في الحديث. لكن الإمام الباجي لم ير قصر خروجهن على صلوات الليل - العشاء والصبح - لأن ما في الحديث من الأمر بالإذن للنساء بالليل خرج على الغالب من أحوالهن في عهده رضي الله عنه. ففي شرح حديث الموطأ عن بسر بن سعيد أن رسول الله ﷺ قال: «إذا شهدت إحداكن صلاة العشاء فلا تمسّن طيباً، قال الباجي: قوله: إذا شهدت إحداكن صلاة العشاء، أي التي يمكن مشاهدة النساء لها، لأن غالب ما يحضرن من الصلوات ما كان في أوقات الظلمات كالعشاء والصبح»⁽⁷⁾. وإذا خرجت المرأة إلى المسجد على غير ما تقدم من الشروط فإنه يجب منعها خوف الفتنة. وقال عياض⁽⁸⁾: وإذا منعت من المسجد فمن غيره أولى.

5 - يجوز إحضار صبي إذا لم يعبت، أو كان يعبت لكن يكفّ إذا نهى، وإلا منع.

6 - يجوز علو مأموم على إمامه ولو كان بسطح المسجد في الصلوات الخمس، أما الجمعة فلا يجوز، وتبطل إن قصد المأموم بالعلو على إمامه في الصلوات الخمس الكبرى لمنافاته الصلاة.

(1) البيان والتحصيل 321/1.

(2) أخرجه البخاري في النكاح، باب ما يتقى من شؤم المرأة. ومسلم في الذكر، باب أكثر أهل الجنة الفقراء.

(3) البيان والتحصيل 321/1 (4) سبق تخريجه.

(5) أخرجه مسلم في الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد. وأخرج جزءاً منه البخاري في الجمعة، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء والصبان.

(6) إكمال الإكمال 2/188 (7) المنتقى 342/1.

(8) إكمال الإكمال 2/188.

7 - يجوز اتخاذ مسمع يسمع الناس برفع صوته بالتكبير والتحميد والسلام فيقتدون به، ويجوز الإقتداء بالإمام بسبب إسماع المسمع، ودليل ذلك ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر خلفه، فإذا كبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر أبو بكر يسمعنا⁽¹⁾.

قال الإمام المازري⁽²⁾ فيه حجة لقول من أجاز الصلاة بالمسمع.

8 - يجوز الإقتداء برؤية الإمام أو برؤية مأمومه، ولو كان المقتدي بدار مثلاً والإمام بالمسجد، فلا يشترط إمكان التوصل إليه.

9 - يندب للإمام إذا سلم من الصلاة ألا يبقى في مكانه إلا بمقدار ما يستغفر الله ثلاثاً وقول: اللهم أنت السلام، ومنك السلام. تباركت يا ذا الجلال والإكرام.

حكم المسبوق:

يكبر المسبوق للإحرام ثم للركوع إن وجد الإمام راعياً. ويكبر للسجود إن وجد الإمام ساجداً أو نازلاً إليه بعد الرفع من الركوع.

ولا يكبر إذا وجد الإمام في الجلوس الأول أو الثاني أو بين السجدين، وإنما يكبر للإحرام من قيام ثم يجلس بلا تكبير. ولا يؤخر الدخول مع الإمام قصد انتظاره حتى يقوم للركعة الموالية في أي حالة من الحالات، لأنه يؤدي إلى الطعن فيه. وإذا قام المسبوق للقضاء من جلوس، فإنه يقوم مكبراً إذا كان جلوسه بعد إدراك الركعتين الأخيرتين مع الإمام من رباعية أو ثلاثية، لأنه يقوم بعد ثانيته هو. فإن كان قيامه ليس بعد ثانيته هو بل كان بعد أولاه، كمن أدرك الرابعة من رباعية أو الثالثة من ثلاثية أو الثانية من ثنائية، أو كان بعد ثالثته كمن أدرك الثانية من رباعية فإنه لا يقوم بتكبير، لأن جلوسه في غير محلّه وإنما هو لموافقة الإمام، ويستثنى من أدرك مع الإمام أقل من ركعة فإنه يقوم بتكبير، لأنه يعتبر كمفتتح صلاة جديدة.

وإذا قام المسبوق لقضاء ما عليه فإنه يقضي القول ويبيّن الفعل، والمراد بالقول خصوص القراءة وصفتها من سرّ أو جهر، والمراد بالفعل ما عدا القراءة بصفتها فيشمل التسميع والتحميد والقنوت.

وقضاء القول يكون بجعل ما فاته قبل دخوله مع الإمام بالنسبة إليه أول صلواته، وما أدرك معه آخرها. وبناء الفعل يكون بجعل ما أدركه معه أول صلواته بالنسبة للأفعال، وما فاته آخرها فيكون فيه كالمصلي وحده. ودليل القضاء والبناء: قوله صلى الله عليه وسلم: «فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا»⁽³⁾.

(1) مسلم في الصلاة، باب اتمام المأموم بالإمام.

(2) المعلم 1/397 والذخيرة 2/258 ط. دار الغرب الإسلامي.

(3) سبق تخريجه في جازات الصلاة.

وفي رواية: فاقضوا⁽¹⁾. فقد جمع مالك بين الروایتين فحمل رواية «فأتّموا» على الأفعال، ورواية «فاقضوا» على الأقوال⁽²⁾.

فإذا أدرك المسبوق مع الإمام ثانية الصبح، فإنه يقنت في ركعة القضاء، لأنها آخرته بالنسبة للفعل الذي منه القنوت، ويجمع بين التسميع والتحميد، لأنها آخرته وهو فيها كالمصلي وحده.

ومن أدرك أخيرة المغرب مع الإمام قام بلا تكبير، لأنه لم يجلس في ثانيته، ويأتي بركعة بالفاتحة وسورة جهراً، لأنه يقضي القول، أي يجعل ما فاته أول صلاته، وأولها بالفاتحة والسورة جهراً، ويجلس للتشهد، لأنه يبني الفعل، أي يجعل ما أدركه مع الإمام أول صلاته، وهذه التي أتى بها هي الثانية، والثانية يجلس بعدها. ثم يأتي بركعة بالفاتحة وسورة جهراً، لأنها الثانية بالنسبة للقول أي القراءة. ويجمع بين سمع الله لمن حمده وربنا ولك الحمد، لأنه يبني كالمصلي وحده في الأفعال.

ومن أدرك أخيرة العشاء أتى بعد سلام الإمام بركعة بالفاتحة وسورة جهراً، لأنها أول صلاته بالنسبة للقول، فيقضي كما فات، ويجلس للتشهد، لأنها ثانيته بالنسبة للأفعال. ثم يأتي بركعة بالفاتحة وسورة جهراً، لأنها ثانيته بالنسبة للأقوال، ولا يجلس بعدها، لأنها ثالثته بالنسبة للأفعال. ثم يأتي بركعة بفاتحة فقط سرّاً لأنها آخر صلاته. ومن أدرك الأخيرتين من الرباعية أتى بركعتين بأمر القرآن وسورة، جهراً في العشاء، وسراً في الظهر والعصر، لما تقدم.

الإحرام خارج الصف:

من وجد الإمام راعياً وخاف إن استمر للصف فوات الركعة برفع الإمام رأسه من الركوع، فلهذه المسألة حكمان:

الأول: أنه يحرم ويركع دون الصف، ويدبّ في ركوعه إليه، ويرفع برفع الإمام، وذلك إن ظنّ أنه يدرك الصف راعياً داباً إليه قبل رفع الإمام من الركوع. وإنما أمر بذلك لأن المحافظة على الركعة والصف معاً خير من المحافظة على أحدهما فقط.

الثاني: أنه لا يحرم دون الصف بل يتمادى إليه بلا إحرام ولا ركوع، ولو رفع الإمام رأسه، وذلك إن لم يظن إدراك الصف محرماً راعياً قبل رفع الإمام، لأن المحافظة على الصف أولى من المحافظة على الركعة، وهو الذي رجحه ابن رشد عن مالك، واقتصر عليه الدردير في أقرب المسالك. واستثنى من ذلك الركعة الأخيرة من صلاة

(1) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب السعي إلى الصلاة. والنسائي في الإفتتاح، باب السعي إلى الصلاة.

(2) بداية المجتهد 232/1 وحاشية الشرح الصغيرة 165/1.

الإمام فإن المسبوق يحرم دون الصف لثلاث تفرقة الصلاة ويدب إليه راععاً، وهذا الاستثناء ذكره الدردير وهو من تقييد اللخمي والتونسي، قال الحطاب وهو تقييد حسن. ولا يدب في رفعه من الركوع لقصره، ولا يدب إلى الصف جالساً لقبح الحالة. ودليل جواز الإحرام قبل الوصول إلى الصف:

أ - عن أبي بكره ﷺ أنه انتهى إلى النبي ﷺ وهو راعع، فركع قبل أن يصل إلى الصف، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «زادك الله حرصاً، ولا تعد»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال من الحديث أنه ﷺ أقره على الوصول إلى الصف راععاً وقال له لا تعد أي إلى التأخير عن الصلاة ولم يأمره بإعادتها⁽²⁾.

ب - عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف أنه قال: دخل زيد بن ثابت المسجد فوجد الناس ركوعاً، فركع ثم دب حتى وصل الصف⁽³⁾.

ج - روى مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يدب راععاً⁽⁴⁾.

سدّ الفرجة أثناء الصلاة:

من رأى فرجة وهو في صلاته أمامه أو عن يمينه أو شماله فإنه يدب إليها بمقدار الصفيين دون اعتبار الصف الذي خرج منه والذي دخل فيه. ويدب لآخر فرجة إن تعددت.

الصلاة خلف الصف:

تصح الصلاة خلف الصف. وقد استدلوا على ذلك بحديث أبي بكره المتقدم، وكذلك بالقياس على المرأة تصلي خلف الصف⁽⁵⁾. أما قوله ﷺ: «لا صلاة لرجل فرد خلف الصف»⁽⁶⁾، فإنه محمول على الكمال أي لا صلاة كاملة⁽⁷⁾ كقوله ﷺ: «لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه»⁽⁸⁾.

انشك في إدراك الركوع مع الإمام:

إذا تحقق المسبوق إدراك الإمام في الركوع، بأن ينحني قبل اعتدال الإمام من الركوع ولو حال رفعه، يكون قد أدرك الركعة؛ لأنه لا يشترط في إدراك الركعة إلا انحناء

(1) أخرجه البخاري في الأذان، باب إذا ركع دون الصف.

(2) البيان والتحصيل م 1 ورقة 55.

(3) مالك في قصر الصلاة، باب ما يفعل من جاء والإمام راعع.

(4) مالك في قصر الصلاة، باب ما يفعل من جاء والإمام راعع.

(5) بداية المجتهد 1/180 والذخيرة م 1 ورقة 106 والمتقى 1/190.

(6) أخرجه أحمد في مسنده 4/23. وابن ماجه في إقامة الصلاة، باب صلاة الرجل خلف الصف.

(7) البيان والتحصيل م 1 ورقة 55.

(8) أخرجه أبو داود في الطهارة، باب التسمية على الوضوء. والترمذي في الطهارة باب في التسمية على الوضوء.

المأموم قبل استقلال الإمام واقفاً، ولو لم يطمئن المسبوق في ركوعه إلا بعد استقلال الإمام.

وإذا تحقق عدم الإدراك بأن اعتدل الإمام قبل أخذه في الإنحناء، فلا يجوز له الركوع، بل الواجب عليه أن يتبعه في السجود، فإن ركع وجب عليه أن لا يرفع منه، فإن رفع منه بطلت الصلاة للزيادة فيها إلا أن يقع منه ذلك سهواً، ولا يعتد بالركعة.

وإذا شك في الإدراك هل ركع قبل اعتدال الإمام أو بعده، فإنه يلغي الركعة ثم يقضيها بعد سلام الإمام، ولا يبطل الصلاة رفع الشاك من ذلك الركوع، وإن كانت الركعة لا يعتد بها.

ويشبه هذا في إلغاء الركعة، من أحرم مع الإمام قبل ركوعه، ثم زوحم عن الركوع معه أو نعس أو نحو ذلك، فإن تحقق فوات الركوع فلا يركع؛ وإن ظن الإدراك ركع معه جزماً. ثم إن تحقق الإدراك فظاهر، وإن تحقق عدمه لم يرفع منه إن ركع، وإن شك في الإدراك ألغى الركعة ورفع.

ومن أدرك الإمام في الركوع وتحقق إدراكه فيه، ولكن كبر للإحرام في حال الإنحطاط للركوع فإن الركعة تلغى، ولو ابتدأ التكبير من قيام على أحد التأويلين. وأما لو كبر بعد الإنحطاط فتلغى الركعة جزماً. وتقدمت هذه المسألة في فرائض الصلاة، وذكرت هنا لمناسبة إلغاء الركعة عند شك الإدراك. ثم كان مقتضى الظاهر أن من كبر للإحرام حال الإنحطاط أو بعده إما بطلان الصلاة من أصلها لفقد ركن القيام لتكبيره الأحرام، وإما صحتها مع صحة الركعة لعذره بالمسبوقية، وجعلهم التأويلين في خصوص الركعة مع صحة الصلاة مما لا وجه له فتدبر، على أن بعضهم ذهب إلى هذا، انظر التوضيح.



الاستخلاف

تعريفه:

هو إنابة الإمام غيره من المقتدين من كان صالحاً للإمامة، لإتمام الصلاة بهم، لعذر قام به.

حكمه:

الوجوب في صلاة الجمعة، والندب في غيرها. ودليل مشروعيته:

أ - حديث سهل بن سعد الساعدي في ذهاب النبي ﷺ إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم، وفيه قوله: ثم استأخر حتى استوى في الصف وتقدم رسول الله ﷺ فصلى⁽¹⁾.

(1) سبق تخريجه في مكروهات الصلاة.

ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ أصبح إماماً بدل أبي بكر ﷺ .
 ب - القياس على ولاية القضاء بجامع المصلحة ورفع المنازعة⁽¹⁾ .
 وهل يجوز للإمام أن لا يستخلف ويشير إليهم بالمكوث ويذهب للتطهر ثم يعود فيتم بهم، اختلف قول المالكية في هذا على قولين:
 الأول: لابن نافع أنه قال: إن المأمومين إذا كانوا في الصلاة فأشار إليهم إمامهم بالمكث، فإنه يجب عليهم انتظاره حتى يأتي فيتم بهم الصلاة⁽²⁾ والدليل:
 - عن عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ كبر في صلاة من الصلوات ثم أشار إليهم بيده أن امكثوا فذهب ثم رجع وعلى جلده أثر الماء⁽³⁾ .
 القول الثاني: ما رواه علي بن زياد عن مالك أنه لا ينبغي لهم انتظاره وأما الذي فعله ﷺ هو له خاص⁽⁴⁾ .
 ويشترط أن يكون العذر الذي حصل للإمام المستخلف لا تبطل به صلاة المأمومين، كما يأتي في الأسباب.

أسباب الاستخلاف:

أ - خوف تلف مال للإمام له بال ولو كان لغيره، كأن يخاف عليه من السرقة أو الغصب، سواء كان المال عيناً أو عرضاً أو حيواناً، أو خوف تلف نفس محترمة ولو كافرة.

2 - أن يظراً على الإمام ما يمنعه من الإمامة، كالعجز عن الركوع أو قراءة الفاتحة، أو رعايف يجوز له البناء عليه. وإذا استخلف في هذا القسم رجع مأموماً إن أمكنه، ولا يجوز له قطع الصلاة في العجز، وجاز في الرعايف إذا اتسع الوقت. واحترز برعايف البناء عن رعايف القطع لأنه من موانع الصلاة لا الإمامة.

3 - أن يظراً على الإمام ما يبطل الصلاة نفسها، لبطلانها عليه دون المأمومين، كغلبة حدث أو تذكره أو رعايف لا يجوز فيه البناء. وفي حالة غلبة الحدث أو تذكره فإنه يستخلف إن لم يعمل بالمقتدين به عملاً بعد ذلك. فإن عمل بهم عملاً كان متعمداً للحدث فتبطل على الجميع.

ومثال طروء ما يبطل الصلاة أيضاً القهقهة غلبة أو ندياناً، أو طروء شك عليه هل دخل الصلاة بوضوء أم لا؟ أو تحقق الطهارة والحدث لكن شك في السابق منهما. أما

(1) الذخيرة 1م ورقة 109.

(2) المتتقى 99/1.

(3) مالك في الطهارة، باب إعادة الجنب الصلاة. والبخاري في الغسل، باب إذا ذكر في المسجد أنه جنب. ومسلم في المساجد، باب متى يقرم الناس للصلاة.

(4) المتتقى 99/1 والذخيرة 1م ورقة 110.

إن شك هل انتقض وضوؤه فإنه يتمادي، ثم إن بان الطهر لم يعد الصلاة، وإن بان الحدث أعاد الإمام فقط.

وإذا طرأ على الإمام في الصلاة جنون أو إغماء أو موت فإن الاستخلاف يكون من المأمومين.

وإذا حصل الطارئ للإمام أثناء الركوع أو السجود، فإنه يرفع بلا تسميع في الركوع ولا تكبير في السجود، لئلا يقتدي به من خلفه، ويتخلف فيرفع بهم الخليفة.

فإذا رفعوا برفع الإمام قبل الاستخلاف فإن الصلاة لا تبطل عليهم، ولا بد للخليفة من أن يعود ويعودوا معه إلى الفرض. فإن لم يعودوا لم تبطل أيضاً إذا أخذوا فرضهم مع الأول. ومحل عدم البطلان إذا رفعوا برفع الأول جهلاً بحدث الإمام أو غلطاً.

وإذا لم يستخلف الإمام ندب للمصلين أن يستخلفوا.

ويندب استخلاف الأقرب إلى الإمام لأنه أدرى بأفعاله ولسهولة تقدمه.

وإذا تقدم غير من استخلف الإمام صحّت الصلاة.

وتصح أيضاً لو أتموا أفذاذاً أو أتم البعض أفذاذاً والبعض الآخر بإمام، أو أتموا بإمامين كل طائفة بإمام؛ إلا الجمعة فلا تصح أفذاذاً، وتصح للبعض الذي له إمام إن كمل العدد وتوفرت فيه شروط الصحة. وإذا لم يستخلف الإمام في الجمعة فإن الصلاة تصح للسابق إن كمل معه العدد. وإن تساوى بطلت عليهما.

شروط صحة الاستخلاف:

يشترط أن يكون الخليفة قد أدرك مع الإمام الأصلي قبل العذر جزءاً يعتد به من الركعة المستخلف هو فيها قبل عقد الركوع، وعقده يكون باعتدال الإمام منه. ويصدق هذا بدخوله مع الإمام بعد تكبيرة الإحرام وقبل القراءة، أو حال القراءة، أو حال الركوع، أو حال الرفع منه قبل الاعتدال.

فإذا حصل للإمام عذر صحّ استخلاف من أدركه في ذلك، وسواء حصل للإمام العذر قبل الركوع أو فيه أو بعده في سجوده أو قبل سجوده أو بعده إلى آخر صلاته، لأنه في هذه الأحوال يصدق عليه أنه أدرك قبل العذر جزءاً يعتد به. ومثله من أدرك الإمام في الركعة الثانية أو الثالثة أو الرابعة حال قيامه للقراءة فيها أو قبل ركوعها.

أما إذا لم يدرك الخليفة قبل العذر الحاصل للإمام جزءاً يعتد به من الركعة المستخلف فيها قبل عقد الركوع، كمن أدرك ما قبل الركوع من الركعة الأولى أو غيرها، وفاته الركوع لعذر، من ازدحام أو نعاس ونحو ذلك، فهذه الركعة وجميع أجزائها لا يعتد بها بالنسبة له، فلا يصح استخلافه. وكذلك من أدرك الإمام بعد الرفع من الركوع، بأن أدركه في السجود أو الرفع منه أو الجلوس لتشهد، فحصل للإمام عذر في تلك الحالة أو بعدها قبل قيامه للتي تليها، فلا يصح استخلافه لأن ما أدركه لا يعتد به وإنما

يفعله موافقة للإمام؛ نعم إن قام الإمام لقراءة التي تليها وقام معه هذا المسبوق صح استخلافه، لأن بقيامه معه أدرك جزءاً يعتد به من تلك الركعة. فإذا جاء أحد وأحرم بعد حصول العذر للإمام فهو أجنبي عن الجماعة، إذ لم يدرك مع الإمام جزءاً البتة، فلا يصح استخلافه اتفاقاً، لأنه ليس منهم، وتبطل صلاة من ائتم به من المأمومين. وأما صلاته هو فإن صلى لنفسه صلاة منفرد بأن ابتدأ القراءة ولم يبين على صلاة الإمام صحت، فإن بنى على صلاة الإمام ظناً منه صحة استخلافه بالركعة الأولى من صلاة ثنائية أو ثلاثية أو رباعية، أو بالركعة الثالثة من الرباعية فقط واقتصصر على الفاتحة كالإمام صحت صلاته، لأنه لا مخالفة بينه وبين المنفرد لجلوسه في محل الجلوس، وقيامه في محل القيام، وإن لزم عليه ترك السورة في أوليه وجهه في أخريه إذا كانت عشاء مع زيادة السورة، لكنه إنما يتمشى على أن تارك السنة عمداً أو جهلاً لا تبطل صلاته، فلعلهم سامحوه هنا للعذر في الجهل أو بنوا هذ الفرع المشهور على غير المشهور⁽¹⁾. فإن بنى بالركعة الثانية أو الرابعة أو الثالثة من ثلاثية فلا تصح.

حكم المسبوق عند الاستخلاف:

المسبوق من المأمومين يجلس ولا يقوم لقضاء ما فاته حتى يسلم الإمام الخليفة المسبوق أيضاً. فإذا سلم الخليفة قام المأموم المسبوق لقضاء ما عليه، بمعنى أن الخليفة إذا كان مسبوqاً كان أدرك الرابعة مع الإمام الأصلي فاستخلفه لعذر، وكان في المأمومين مسبوق أيضاً، فإذا أتم الخليفة صلاة الإمام الأصلي، بأن كمل لهم الرابعة وجلس للتشهد وتشهد أشار لهم جميعاً بأن يجلسوا وقام لقضاء ما عليه، ثم إذا تشهد وسلم سلم معه من لم يكن مسبوqاً وقام لقضاء ما عليه من كان مسبوqاً بركعة أو أكثر، فإن لم يجلس وقام مع الخليفة لقضاء ما عليه بطلت صلاته ولو لم يسلم إلا بسلام الخليفة.

ويشبه هذا إمام مسافر، خلفه مسافرون ومقيمون، استخلف رجلاً مقيماً ممن خلفه، فإذا أتم الخليفة بهم صلاة المسافر أشار لهم بالجلوس حتى يأتي ببقية صلاته، فإذا سلم سلم معه المسافر وقام المقيم ببقية صلاته. هذا هو الراجح. وعلى الخليفة أن يراعي قراءة الإمام الأصلي بأن يقرأ من حيث انتهى الأول إن علم الإنهاء في فاتحة أو غيرها، فإن لم يعلم ابتدأ القراءة من أول الفاتحة وجوباً.

الأعمال التي تبطل صلاة الإمام ولا تبطل صلاة المأموم:

كل صلاة تبطل على الإمام فإنها تبطل على المأموم إلا في اثنتي عشرة مسألة وهي:

(1) قال الصاوي: فيه نظر بل بنوه في ترك السورة على مشهور لما تقدم أن تارك السنة المتفق على سنيته عمداً أو جهلاً يستغفر الله ولا شيء عليه على المشهور.

1 - سبق الحدث .

2 - نسيان الحدث .

ودليل عدم بطلان الصلاة على المأموم إذا نسي الإمام الحدث ما رواه سحنون عن ابن القاسم أنه قال: وقد صلى عمر بن الخطاب بالناس وهو جنب ثم قضى الصلاة ولم يأمر الناس بالقضاء⁽¹⁾.

3 - ضحك الإمام غلبة أو سهواً

4 - رؤية المأموم نجاسة على إمامه فأراها له فوراً فاستخلف في الحال .

5 - إذا سقط ساتر عورته المغلظة فاستخلف .

6 - إذا رجع في الصلاة رعا فبناء فاستخلف .

7 - إذا انحرف عن القبلة كثيراً ونوى مأمومه مفارقتها .

8 - طرأ فساد على صلاة الإمام الذي قسّم القوم طائفتين في الخوف بعد مفارقتها

الأولى .

9 - إذا ترك السجود القبلي وكان عن ثلاث سنن وطال وسجده المأموم .

10 - إذا قطع الإمام الصلاة لخوف على مال أو نفس .

11 - إذا طرأ للإمام جنون أو موت .

12 - إذا نسي الإمام سجدة، وسبح له المأموم ولم يرجع، فسجدها المأموم،

واستمر الإمام تاركاً لها حتى سلم وطال الوقت .



سجود السهو

حكمه :

هو سنة . سواء كان قبلياً أو بعدياً . ووجه سنية القبلي ما قاله المازري : لما كان سجود السهو إنما يفعل عوضاً عن ترك سنة، لا عن ترك واجب، وجب أن يكون السجود في نفسه سنة لا واجباً⁽²⁾.

وسجود السهو نوعان : قبلي يقع قبل السلام : وبعدي يقع بعد السلام .

(1) المدونة الكبرى 38/1، وهو يقصد ما رواه الإمام مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب غدا إلى أرضه بالجرف فرأى في ثوبه احتلاماً فقال: لقد ابتليت بالاحتلام منذ وليت أمر الناس، فاغتسل وغسل ما رأى في ثوبه من الاحتلام ثم صلى بعد. أن طلعت الشمس .

(2) شرح التلغين المازري م 1 ورقة 54.

السجود البعدي:

السجود البعدي سجدتان بتشهد وسلام، يسجدهما الساهي بعد السلام، عند محض الزيادة. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمساً فقبل له: أزيد في الصلاة: فقال: وما ذلك؟ قال: صليت خمساً فسجد سجدتين بعد السلام⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى العصر فسلم في ركعتين، فقام ذو اليدين فقال: أقصرت الصلاة يا رسول الله أم نسيت؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كل ذلك لم يكن» فقال: قد كان بعض ذلك يا رسول الله. فأقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم على الناس فقال: «أصدق ذو اليدين؟» فقالوا: نعم. فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى ما بقي من الصلاة ثم سجد سجدتين بعد التسليم وهو جالس⁽³⁾.

ووجه الاستدلال⁽⁴⁾ أنه صلى الله عليه وسلم سجد بعد السلام لخروجه من الصلاة في الركعتين الأوليين، وهو زيادة.

ويسجد للزيادة سواء كانت من جنس الصلاة أو من غير جنسها بشرط أن لا تكثر. ومثال عدم الكثرة زيادة ركعة أو سجدة أو سلام كأن يسلم من اثنتين، أو كلام أجنبي سهواً. فإن كثرت الزيادة بطلت الصلاة، سواء كانت من جنسها كزيادة أربع ركعات في الرباعية وركعتين في الثنائية، أو من غير جنسها ككثير الكلام أو أكل أو شرب أو حك للجسد ونحو ذلك.

وكذلك تكون الزيادة مبطله للصلاة إذا وقعت عمداً ولو كانت قليلة كنفخ وكلام. والزيادة التي هي من جنس الصلاة ولا تبطلها ولو كثرت هي القولية. فمن زاد سورة مع سورة الفاتحة في الأخيرتين أو زاد سورة مع سورة في ركعة من الأوليين فلا سجود عليه ولا بطلان.

ومن كرر الفاتحة في ركعة فإن كان عن سهو سجد. وإن كان عن عمد أثم ولا سجود عليه ولا بطلان.

ومن أبدل السر في الفرض بما زاد على أدنى الجهر سهواً فإنه يسجد بعد السلام، لأن الجهر مكان السر زيادة، كما أن السر مكان الجهر نقص. أما لو أتى بأدنى الجهر بأن أسمع نفسه ومن يليه خاصة فلا سجود عليه لخفه ذلك.

(1) شرح التلقين من 1 ورقة 54.

(2) أخرجه البخاري في الكسوف، باب إذا صلى خمساً ومسلم في المساجد، باب السهو في الصلاة والسجود له.

(3) أخرجه مالك في الصلاة، باب ما يفعل من سلم من ركعتين ساهياً. ومسلم في المساجد، باب السهو في الصلاة.

(4) الإشراف 98/1 والمتقى 175/1.

السجود القبلي:

السجود القبلي سجدتان بتشهد بلا دعاء، ولو تكرر السهو من نوع أو أكثر، ويسجدهما الساهي قبل السلام عند نقص سنة مؤكدة فأكثر، وعند نقص سنتين خفيفتين فأكثر. ويسجد لذلك سجوداً قبلياً ولو كان مع زيادة لشيء سهواً. كما يسجد ولو مع الشك في النقص. والمراد بالسنة التي يسجد لها ما كانت داخل الصلاة، أما الخارجة عنها كالإقامة فلا يسجد لنقصها، فإن سجد لها قبل السلام عمداً أو جهلاً بطلت الصلاة. وكذلك إذا سجد قبل السلام لسهو سنة غير مؤكدة داخله في الصلاة فإن الصلاة تبطل. ودليل وقوع سجود السهو لترك سنة مؤكدة قبل السلام.

ما روي عن عبد الله بن بحينة أنه قال: «صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين ثم قام فلم يجلس. فقام الناس معه. فلما قضى صلاته ونظرنا تسليمه، كبر ثم سجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم ثم سلم»⁽¹⁾.

وجه الدليل منه أنه قال: «نظرنا تسليمه» وهو نص في أنه سجد لسهوه قبل التسليم⁽²⁾. وكذلك قوله: «ثم سجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم». ويسجد القبلي ولو تكرر السهو من نوع أو أكثر، فلا يتكرر السجود مع تكرر السهو، ولا يصبح السجود واجباً بال تكرار.

ولا يدعو الساهي بعد تشهد سجود السهو، لأن الدعاء المطلوب يكون عقب الأول، وإنما يعاد التشهد ليقع السلام بعد تشهد كما هو الشأن في الصلاة.

السنن المؤكدة والمترتبة من خفيفتين فأكثر:

- تكبير العيد ولو واحدة سنة مؤكدة. والمراد من التكبير الذي قبل الفاتحة وبعد تكبيرة الإحرام.

- الجهر في الفرض، ولو مرة، لأن الجهر فيما يجهر فيه سنة مؤكدة. وذلك في الفاتحة، أو في الفاتحة والسورة، أو في سورة فقط لكن في ركعتين، لأن الجهر في السورة سنة خفيفة. ويترتب السجود القبلي أيضاً إذا اقتصر المصلي على حركة اللسان الذي هو أدنى السر، فلو أبدل الجهر بأعلى السر بأن أسمع نفسه فلا سجود عليه.

- التشهد. فهو سنة خفيفة. والجلوس له سنة خفيفة أيضاً. ويلزم من ترك التشهد ترك جلوسه.

- القراءة سوى الفاتحة. ويترتب على تركها سهواً سجود قبلي ولو وقع الترك في ركعة، فإن القراءة سنة والقيام لها سنة.

(1) أخرجه مالك في الصلاة، باب من قام بعد الإتمام أوفي الركعتين. والبخاري في الوتر، باب ما جاء في السهو. ومسلم في المساجد، باب السهو في الصلاة.

(2) الإشراف 98/1 والمتقى 178/1.

- تكبيرتان. ويترتب عليهما سجود قبلي.
- تسميعتان ويترتب عليهما سجود قبلي.
- تكبيرة وتسميعة ويترتب عليهما سجود قبلي.

فإذا كان التشهد الأول هو الذي وقع عنه السهو فإن الساهي يرجع إليه، ما لم يفارق الأرض بيديه وركبتيه جميعاً، بأن بقي بالأرض ولو يداً أو ركبة. ولا سجود عليه لهذا الرجوع.

فإن فارق الأرض بجميع ما ذكر فلا يرجع لأنه تلبس بركن فلا يقطعه لما دونه. والرجوع مكروه ويسجد قبل السلام لترك التشهد. ودليل⁽¹⁾ الرجوع إذا لم يفارق الأرض:

ما روي عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قام الإمام في الركعتين فإن ذكر قبل أن يستوي قائماً فليجلس، وإذا استوى قائماً فلا يجلس، ويسجد سجدي السهو»⁽²⁾.

ودليل عدم الرجوع إذا فارق الأرض:

أ - حديث المغيرة المتقدم وفيه قوله ﷺ: «وإذا استوى قائماً فلا يجلس».

ب - ما روي عن عبد الله بن بحنة أنه قال: صلى لنا رسول الله ﷺ ركعتين. ثم قام فلم يجلس. فقام الناس معه. فلما قضى صلاته ونظرنا تسليمه كبر. ثم سجد سجديتين وهو جالس قبل التسليم، ثم سلم⁽³⁾.

فإن رجع بعد أن فارق الأرض ولو عمداً، فإن الصلاة لا تبطل ولو استقل قائماً وقرأ بعض الفاتحة. ويسجد بعد السلام لزيادة الرجوع. ويتبع المأموم إمامه في الرجوع وجوباً. ووجه عدم البطلان عدم الإنفاق على فرضية الفاتحة. أما لو قرأ الفاتحة كلها ثم رجع فالصلاة تبطل.

حكم الشك:

من شك هل صلى ركعة أو اثنتين فإنه يبني على الأقل، ويأتي بما شك فيه، ويسجد بعد السلام. ومن شك هل سجد سجدة أو اثنتين أو هل قرأ الفاتحة أو لم يقرأها فإنه يأتي بما شك فيه ويسجد بعد السلام، لما تقدم من أن الزيادة يترتب عليها السجود بعد السلام.

ومن كان في صلاة وشك أهو ما زال بها أو خرج منها بسلام وأحرم بأخرى، كوتر

(1) الذخيرة 1م ورقة 112.

(2) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب من نسي أن يتشهد وهو جالس.

(3) سبق تخريجه.

بالنسبة للشفع، أو عصر بالنسبة للظهر، فإنه يبيّن على اليقين بأن يقتصر على الشفع أو الظهر ويجعل ما هو فيه من تمام التي كان بها، ويسجد بعد السلام ثم يأتي بما يليها. وإنما يسجد بعد السلام لاحتمال أن يكون أضاف ركعة الوتر لشفعه بلا سلام من شفعه، فيكون قد صلى الشفع ثلاثاً. ومثله يقال في الفجر مع الصبح والظهر مع العصر. والدليل على أن صاحب الشك يبيّن على اليقين أي على الأقل:

ما رواه الإمام مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليصل ركعة وليسجد سجدين وهو جالس قبل التسليم. فإن كانت الركعة التي صلى خامسة شفعتها بهاتين السجدين. وإن كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان»⁽¹⁾.

ولفظ مسلم: عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى؟ ثلاثاً أو أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن. ثم يسجد قبل أن يسلم. فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته. وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان»⁽²⁾.

استدل بهذا الحديث على أن الإمام مالكا ﷺ أخذ به في الشاك غير المستنكح الإمام المازري في شرحه التلقين⁽³⁾ وابن رشد الحفيد⁽⁴⁾ والقاضي عياض⁽⁵⁾ وقالوا إنه اعتبره مفسراً لحديث أبي هريرة الآتي ذكره في حكم المستنكح.

وقد أشرت لهؤلاء لأن ما ذكره الدردير من أن موقع سجود الشك يكون بعد السلام وهذا يختلف مع الحديث الذي نصّ أن موقعه قبل التسليم. واختلفت أقوال المذهب في الحديث، فنقل الأبّي عن القاضي عياض أن من لم يدر كم صلى واحدة أم أكثر؟ ولم يتقدم له يقين في إكمال صلاته، هو عند مالك ﷺ يبيّن على ما تيقن، ويلغي الشك ثم يسجد للسهو قبل السلام، عملاً بحديث أبي سعيد الخدري⁽⁶⁾.

ونقل الباجي عن محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة تعلقه بظاهر الحديث وقال إن السجود للسهو المشكوك فيه محلّه قبل السلام⁽⁷⁾.

وهو ما يفهم من قول الإمام المازري حين ردّ على من طعن في حديث أبي سعيد الخدري كما سيأتي. واعترض الباجي⁽⁸⁾ على الحديث بأن الأصل في الزيادة أن يكون السجود لها بعد السلام، للأحاديث السابق ذكرها في أول المبحث. وكان موقفه من

(1) كتاب الصلاة، باب إتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته.

(2) كتاب الصلاة، باب السهو في الصلاة. (3) شرح التلقين م 1 ورقة 60.

(4) بداية المجتهد 1/247. (5) شرح الأبّي على مسام 2/264.

(6) شرح الأبّي على مسلم 2/264. (7) المنتقى 1/177.

(8) المنتقى 1/176 والذخيرة 2/293 ط دار الغرب الإسلامي.

الحديث على طريقتين، الترجيح والجمع، أما طريقة الترجيح أي ترجيح حديث ابن مسعود وفيه أن النبي ﷺ صلى خمساً في الظهر وحديث أبي هريرة في قصة ذي اليمين على حديث أبي سعيد. ووجوه الترجيح:

أ - أن حديث أبي سعيد رواه مالك مراسلاً.

ب - أن إسناده مضطرب فقد رواه ابن بلال وغيره عن عطاء عن أبي سعيد، ورواه الداروردي وغيره عن عطاء عن ابن عباس؛ بينما الأحاديث الأخرى، سالمة من الإضطراب والتعلق بها أولى.

ج - أن خبر عطاء عن أبي سعيد رواه واحد، والأخبار الأخرى رواها جماعة من أئمة الصحابة؛ والتعلق بخبرهم أولى لأن السهو عن الجماعة أبعد.

د - أن حديث ابن مسعود رواه عنه علقمة وحديث أبي هريرة رواه عنه محمد بن سيرين، وعلقمة ومحمد بن سيرين أثبت من عطاء، والتعلق بروايتيهما أولى.

أما طريقة الجمع فتأويل حديث أبي سعيد بأن يحمل قوله ﷺ «وهو جالس قبل التسليم» على سلام التشهد.

أو يحمل على أنه أراد بذلك أفعال الصلاة من سجود وجلوس وسلام، فيحتمل أن يكون الراوي قد ترك ذكر سجدتي السهو، ثم أشار إليهما بقوله «شفعها بهاتين السجدتين» ويقوم ذلك مقام ذكرهما.

قال الباجي⁽¹⁾ وحمل الأحاديث على ذلك أولى من اطراح أحدها.

ورد الإمام المازري⁽²⁾ على الاعتراض بكونه مراسلاً بقوله: «وهذا غير قادح فيه، لأنه قد علم من عادة مالك، وتحصيله أنه يرسل الأحاديث المسندة، ثقة بأنه قد علم من عادته وأن ذلك لا يوقع في النفوس منه استرابة». ونقل الأبي بأن هذا باطل - أي رد الحديث من أجل الإرسال - لأن الأكثر من الثقات الحفاظ روه متصلاً فلا يضر إرسال الواحد له⁽³⁾.

وهذه الأحكام المتقدمة متعلقة بمن لم يستنكحه الشك أما المستنكح وهو الذي يأتيه الشك كل يوم ولو مرة في صلاة من الخمس، هل صلى ثلاثاً أو أربعاً، فإنه يسجد بعد السلام ترغيباً للشیطان، ولا إصلاح عليه، فلا يبني على الأقل بل يبني على الأكثر. والدليل على أن حكم المستنكح هو ما تقدم:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدري كم صلى؟ فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس»⁽⁴⁾.

(2) المعلم 1/420.

(1) المنتقى 1/176.

(3) إكمال الإكمال 2/267.

(4) أخرجه مالك في السهو، باب العمل في السهو. والبخاري في السهو، باب السهو في الفرض:

قال المازري: ظاهر هذا الحديث الإقتصار على سجدتي السهو من غير أن يؤمر بالإتيان بما شك فيه⁽¹⁾.

وقد حمل مالك رحمه الله هذا الحديث على المستكح⁽²⁾ لأن الحديث عنده خرج مخرج التعليم فلو كان لغير المستكح لبينه ﷺ⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته فليتحزّ أقرب ذلك إلى الصواب، فليتمّ عليه ثم ليسجد سجدتين»⁽⁴⁾.

قال الإمام المازري: ظاهر هذا الرجوع إلى الظن لا إلى القطع، فإنّ لفظ «أقرب» يشير إلى الظن، وأيضاً فإنّ المستكح لا يمكنه إتمام الصلاة إلاّ على الظن، لأنّ الشك يعرض له في البناء كما يعرض له فيما قبله، والرجوع إلى الظن فيما لا يقدر فيه إلاّ على الظن هو أصل الشرع، كالاتجاه في القبلة والأواني والقيم والنفقات⁽⁵⁾.

أما الباجي والقاضي عياض فقد أياً حمل حديث أبي هريرة على المستكح. وقالوا بأنه مجمل يجب ردّه إلى الحديث أبي سعيد الخدري المفسر، لأنه نص في طرح الشك، وفي كيفية العمل؛ والأخذ برواية الزائد المفسر أولى⁽⁶⁾، وعكساً الحجة بأنّ الحديث خرج مخرج التعليم فلو أراد به المستكح لبينه⁽⁷⁾.

ويبقى السؤال ما هو حكم الذي يستكحه الشك عندهما أيّني على الأقل أم على الأكثر؟ وما الدليل على ذلك؟

حكم من كثر عليه السهو:

من استكحه السهو - أي كثر عليه - ولو كل يوم مرّة، أصلح صلاته إن أمكنه الإصلاح، ولا سجود عليه بعد السلام ولا قبله، عكس من استكحه الشك.

ومثال من استكحه السهو أن يسهو عن السورة كثيراً فلا يشعر حتى يركع، أو يسهو عن التشهد الأول كثيراً فلا يشعر حتى يفارق الأرض بيديه وركبتيه؛ فإنه يستمرّ ولا سجود عليه قبل السلام، ولا يتأتى في مثل هذا إصلاح. ومثال ما يتأتى فيه الإصلاح أن يكثر عليه السهو في السجدة الثانية من ركعة فما يشعر حتى يستقل قائماً، فهذا يصلح

= والتطوع. ومسلم في المساجد، باب السهو في الصلاة.

(1) شرح التلقين م 1 ورقة 60.

(2) القبس ورقة 54 وبداية المجتهد 247/1 وشرح الأبي على مسلم 264/2.

(3) شرح الأبي على مسلم 264/2.

(4) أخرجه مسلم في المساجد، باب السهو في الصلاة.

(5) شرح التلقين م 1 ورقة 60.

(6) المتقى 182/1 وشرح الأبي على مسلم 264/2.

(7) المتقى 182/1 وشرح الأبي على مسلم 264/2.

وجوباً إن أمكنه الإصلاح، بأن يرجع جالساً ثم يسجد الثانية ويثمّ صلاته، ولا سجود عليه بعد السلام. فإن لم يمكنه الإصلاح كان لم يتذكر إلا بعد عقد ركوع التي قام لها انقلبت الثانية أولى ويتم صلاته، ولا يرجع لإصلاح الأولى، ولا سجود عليه لهذه الزيادة بعد السلام.

فعلم من هذا أن استنكاح الشك أن يعتره الشك في شيء كثير هل فعله أم لا؟ وأن استنكاح السهو أن يترك سنة أو فرضاً سهواً كثيراً.

مسائل فيما لا سجود فيه:

ومن شك هل سلم أو لم يسلم، فإنه يسلم ولا سجود عليه.

ومن شك هل سجد من سجوده القبلي واحدة أو اثنتين، فإنه يأتي بالثانية، ولا سجود عليه لهذا السهو.

ومن شك هل سجد سجود السهو من أصله، فإنه يسجده ولا سجود عليه لهذا الشك.

ومن زاد سورة في الركعة الثالثة أو الرابعة أو فيهما معاً فلا سجود عليه، سواء زادها عمداً أو سهواً.

ومن انتقل من سورة إلى أخرى فلا سجود عليه.

ومن غلبه القيء أو القلس فلا سجود عليه، بشرط أن يكون الخارج قليلاً؛ وأن يكون طاهراً بأن لم يتغير عن حالة الطعام؛ وأن لا يبتلع منه شيئاً عمداً وإلا بطلت الصلاة، أي إذا كان الخارج نجساً أو ابتلع منه عمداً؛ فلو ازدرده ناسياً لم تبطل ويسجد لأنه من الفعل القليل، وكذا إن ابتلعه غلبة.

ومن أسرّ أو جهر بمثل آية من الفاتحة أو السورة فلا سجود عليه، وإنما السجود فيما إذا أعلن أو أسرّ في نصف الفاتحة فأكثر. فقد روي عن أبي قتادة رضي الله عنه قال: «كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع الآية أحياناً»⁽¹⁾.

ومن أعاد السورة لأنه قرأها على خلاف سنتها في الجهر والسر فلا سجود عليه. وإنما السجود على من أعاد الفاتحة لذلك.

ومن اقتصر على إسماع نفسه في الجهرية أو اقتصر على إسماع من يليه في السرية فلا سجود عليه.

ولا سجود في فعل يسير كالتفات، وحك جسد، وإصلاح سترة، أو رداء، أو مشي لفرجة مقدار صفين، وإدارة إمام مأمومه ليمينه إذا وقف جهة يساره.

(1) أخرجه البخاري في الأذان، باب القراءة في الظهر.

حكم ترك ركن:

تبطل الصلاة لترك ركن إذا طال الزمن وكان تركه سهواً، أما إذا تركه عمداً فإن الصلاة تبطل بمجرد الترك. وإذا لم يطل الزمن عن ترك الركن سهواً فإن الساهي يتداركه بأن يأتي به على الوجه الآتي.

السهو عن الركن في الركعة الأخيرة:

أ - إذا كان المتروك من الركعة الأخيرة ولم يسلم المصلي، وكان المتروك الفاتحة⁽¹⁾ انتصب قائماً فيقرأها ثم يتم ركعته. وإن كان المتروك الركوع رجع قائماً ثم يركع ويتم ركعته. وإن كان المتروك الرفع من الركوع رجع محدودباً، فإذا وصل حد الركوع اطمأن، ثم يرفع ويتم ركعته. وإن كان المتروك السجود سجد وهو جالس وأعاد التشهد وسلم. وفي كل حالات التدارك المذكورة يسجد سجود السهو بعد السلام ما لم يكن عليه سجود قبلي لنقص تقدم، فإن كان عليه سجود قبلي سجد قبل السلام للنقص والزيادة.

ب - وإذا كان المتروك من الركعة الأخيرة وسلم المصلي معتقداً كمال صلاته، ثم تذكر الركن المتروك، فإن التدارك يفوت، ويستأنف ركعة بدل الركعة الأخيرة إذا لم يطل الزمن، فإن طال بطلت الصلاة. ويكون استئناف الركعة عند عدم طول الزمن بنية وتكبير ورفع لليدين ندباً.

ج - وإذا سلم من غير الركعة الأخيرة ساهياً فإن التدارك لا يفوت ويأتي بالركن على الوجه الآتي، ما لم يعقد الركوع من الركعة التي تليها.

السهو عن الركن في غير الركعة الأخيرة:

أ - فإذا كان الركن المتروك من ركعة غير الأخيرة، فإنه يتداركه ما لم يعقد ركوع الركعة التي تلي ركعة النقص. فتارك الركوع سهواً إذا تذكره في السجود أو في الجلسة بين السجدين أو التشهد فإنه يرجع قائماً. ويندب له أن يقرأ شيئاً من القرآن ليقع ركوعه بعد قراءة.

وتارك الفاتحة⁽²⁾ يرجع قائماً ليأتي بها. وتارك الرفع من الركوع يرجع محدودباً حتى يصل حد الركوع، ثم يرفع منه بقول: سمع الله لمن حمده.

(1) ذكر هنا الشيخ الدردير الرجوع للفاتحة إذا سها عنها المصلي وذكر في موضع آخر أن الفاتحة يفوت تداركها بمجرد الانحناء للركوع فإن فات تداركها سجد لها قبل السلام، وهذا القول - أي الأول - هو المفتى به في المذهب وسنذكر تفصيله في آخر فصل سجود السهو عند الحديث عن حكم السهو عن الفاتحة.

(2) انظر التعليق السابق.

وتارك سجدة سهواً إذا تذكرها في القيام يجلس ليأتي بها من جلوس .
وتارك سجدتين إذا تذكرهما قائماً لا يجلس لهما بل ينحط لهما من قيام .
ب - وإذا عقد الركوع من الركعة التي تلي ركعة النقص، ولم يتذكر الركن الناقص،
فقد فات التدارك وتبطل الركعة الناقصة، وتصير الركعة التي تليها عوضاً عنها .
مثال ذلك : إذا كانت ركعة النقص هي الأولى صارت الثانية مكانها . ويأتي بركعة
بالفاتحة وسورة ويتشهد ويسجد بعد السلام لمحض الزيادة، أي الركعة الملغاة التي وقع
فيها النقص هي الزائدة .

وإن كانت ركعة النقص هي الثانية صارت الثالثة ثانية، وهي بالفاتحة فقط، فيتشهد
بعدها ويأتي ببقية ركعات الصلاة بالفاتحة فقط، ويسجد قبل السلام لاجتماع زيادة - وهي
الركعة الملغاة - مع نقص السورة من الركعة التي صارت ثانية .
وإن كانت ركعة النقص هي الثالثة صارت الرابعة ثالثة، ويأتي بركعة رابعة ويسجد
بعد السلام .

وإن تذكر وهو في الجلوس الثاني أنه ترك ركناً من الأولى، رجعت الثانية
أولى، والثالثة ثانية، والرابعة ثالثة، ويأتي بركعة بالفاتحة فقط سراً، ويسجد قبل
السلام لنقص السورة من الركعة التي أصبحت ثانية. ولنقص التشهد الأول، لأن الذي
أتى به صار ملغى بوقوعه بعد الركعة التي أصبحت أولى، وكذا إن تذكر الركن
المتروك بعد السلام بقرب عرفاً، ولم يكن قد خرج من المسجد فإنه يلغى ركعة
النقص، ويبني على ما معه من الركعات الصحاح بنية وتكبير، ويندب رفع يديه عند
التكبير، فإن نسي التكبير لا تبطل الصلاة لأنه واجب غير شرط. ثم إن كان جالساً
كبر من جلوسه وقام للإتمام، وإن كان قائماً جلس له ليأتي به من جلوس، لأن
حركته للقيام لم تكن مقصودة لإتمام صلاته. وإن تذكر المتروك بعد السلام بطول
بطلت الصلاة .

والركوع الذي يفيت التدارك هو رفع الرأس بعد الإنحناء مطمئناً معتدلاً. فإن لم
يعتدل تدارك ما فات، إلا من ترك ركوعاً من ركعة فإن تداركه يفوت بمجرد الإنحناء في
الركعة التي تليها، وتقوم هذه الركعة مقام ما قبلها .

وأيضاً من ترك السر لفاتحة أو سورة فإنه يفوت بمجرد الإنحناء، فإن عاد لقراءتها
على سنتها بطلت الصلاة. وكذلك من ترك الجهر، أو ترك التكبير في صلاة العيد، أو
ترك السورة بعد الفاتحة، أو ترك سجود التلاوة في الفرض، فإن التدارك يفوت بمجرد
الإنحناء .

ووجه كون التدارك للركن المتروك من ركعة يتم قبل رفع الرأس من ركوع الركعة
الموالية، بحيث يقع إلغاء الفاتحة التي جيء بها من أجل تدارك ركن قبلها؛ وجه ذلك أن

أركان الأفعال أكد من أركان الأقوال، فالسأهي يرجع لما هو أكد ثم يعود إلى القراءة فيجد محلها لم يفت، قاله المازري⁽¹⁾.

وإذا كان الركن المتروك هو السلام - سهواً - فإنه يعاد له التشهد في ثلاث صور:

أ - إذا فارق المكان الذي كان به ولم يطل به الزمن.

ب - إذا طال الزمن طويلاً متوسطاً ولو لم يفارق المكان.

ج - إذا لم يفارق المكان ولم يطل الزمن.

فإن طال الزمان جداً بطلت الصلاة، فارق مكانه أو لم يفارقه.

ولا يعاد له التشهد إذا انحرف السأهي عن القبلة انحرافاً كثيراً بلا طول زمن، ويسجد فقط بعد السلام. أما إذا انحرف يسيراً أو لم ينحرف أصلاً اعتدل السأهي وسلم ولا سجود عليه.

وإذا شك المصلي في ترك سجدة لم يدرك محلها، هل هي من الركعة التي هو بها. أو من ركعة قبلها، فإنه يسجدها في مكانه لاحتمال كونها من الركعة التي هو بها؛ فإن كان قائماً جلس لها، وبسجودها يتيقن سلامة تلك الركعة، وصار الشك فيما قبلها. ثم لا يخلو إما أن يكون في الركعة الأخيرة أو لا، فإن كان في الأخيرة أتى بركعة بالفاتحة فقط سراً، لأنها آخر صلاته، وسجد قبل السلام للزيادة مع النقص المشكوك، لاحتمال تركها من إحدى الأوليين، فتصير الثالثة وهي بالفاتحة فقط ثانية. وإن كان الشك حصل له وهو في قيام الركعة الرابعة أتى بالسجدة ثم يتشهد، لأنه بسجودها تتحقق له ركعتان، الثالثة التي كان قائماً فيها قبل ركوع الرابعة، وواحدة من الأوليين، ثم يأتي بركعتين ويسجد بعد السلام.

وإن كان في قيام الثالثة جلس وسجدها فيتحقق بها سلامة الركعة الثانية، ويصير الشك في الأولى، فتلغى لفوات تداركها؛ ويأتي بثلاث ركعات واحدة بالفاتحة وسورة وتشهد، وركعتين بالفاتحة فقط وتشهد ويسجد بعد السلام. ويتبع المأموم إمامه في المسائل المتقدمة في الرجوع وجوباً.

فوات الركوع مع الإمام:

إذا فات المأموم الركوع مع إمامه، بأن رفع الإمام رأسه من ركوعه واعتدل مطمئناً قبل انحناء المأموم، فلا يخلو الأمر من أربعة أحوال: إما أن يكون الفوات في أولى المأموم، سواء كانت أولى الإمام أيضاً أو غيرها. أو يكون الفوات في غير أولى المأموم، وفي كل منهما إما أن يكون لعذر أو لغير عذر.

فإن كان الفوات في غير أولى المأموم، تبع إمامه أي أن يأتي بما فاته الإمام

(1) انظر شرح التلحين م 1 ورقة 56.

به، فيركع ويرفع ويسجد، ما لم يرفع الإمام رأسه من السجود الثاني. ولا يضر قضاء المأموم في صلب الإمام في هذه الحالة. فإن رفع الإمام رأسه من السجود الثاني فقد فاتته الركعة. ووجب عليه الإقتداء بإمامه في التي قام لها. ويجلس معه إن جلس لتشهد. ثم يقضي الفائتة بعد سلام الإمام. وتبطل الصلاة لو قضى ما فاتته الإمام به بعد رفعه من السجود الثاني، إن اعتدّ بتلك الركعة، فإن لم يعتد بها فلا تبطل.

وتنطبق هذه الحالة على من زوحم عن الرفع من الركوع، فيأتي به في غير الأولى ما لم يرفع الإمام من السجود الثاني كما تقدم.

ويستوي في هذه الحالة الفوات بعذر أو بغير عذر، إلا أن غير المعذور يأثم. وإن كان فوات الركوع في أولى المأموم - سواء كانت أولى الإمام أو غير الأولى - وكان الفوات لعذر، من سهو، ونعاس خفيف لا يبطل الوضوء، وازدحام بين الناس، ومرض، ومشى لسدّ فرجة؛ ترك الركوع فلا يأتي به بعد رفع الإمام، ويخّر ساجداً معه للسجود الأول أو الثاني، أو يتبعه فيما صار إليه من قيام أو جلوس لتشهد؛ لأنه صار مسبوقاً فاتته الركوع، فيتبع إمامه في الحالة التي وجده بها، ويقضي الركعة التي فاتته بفوات الركوع، أي برفع الإمام من ركوعه بعد سلام الإمام. وإذا كان الفوات لغير عذر بطلت الصلاة واستأنف الإحرام.

وإذا فات المأموم سجدة أو سجدتان، وطمع في الإتيان بها وإدراك الركوع مع الإمام، أي قبل رفع رأسه معتدلاً مطمئناً من ركوع التي تليها، سجدها وأدركه في الركوع؛ فإن لم يطمع فيها بأن ظن أنه متى سجدها فاتته الركوع تمادى على حاله من تركها، واتبع إمامه على ما هو عليه، وقضى الركعة بعد سلام الإمام ولا سجود عليه.

أحكام تتعلق بالسجود القبلي والبعدي:

تجب النية في السجود البعدي. ويسنّ التكبير في الخفض للسجود والرفع منه. ويسنّ التشهد. ويجب السلام وسجدتان وجلوس بينهما. فواجباته خمسة مع النية. أما القبلي فإنه كذلك إلا أن نيته مندرجة في نية الصلاة، والسلام منه هو سلام الصلاة.

وإذا قدم السجود البعدي على السلام، فإن الصلاة صحيحة مع الإثم، مراعاة لقول من يرى أن السجود يكون دائماً قبل السلام، ووجه الحرمة أنه لما كان خارجاً عن الصلاة صار تعديمه كالزيادة فيها. ويكره تأخير السجود القبلي إلى ما بعد السلام عمداً ولا تبطل، مراعاة لمن يرى أن سجود السهو يكون بعد السلام دائماً.

وإذا أدرك المسبوق مع الإمام ركعة فأكثر، فإنه يسجد معه السجود القبلي المترتب

على الإمام قبل قضاء ما عليه، ولو لم يدرك موجهه، فإذا لم يسجد الإمام القبلي المترتب عليه، فإن المسبوق يسجده لنفسه قبل قضاء ما عليه ولو لم يدرك موجهه.

أما السجود البعدي فإنه لا يسجده مع الإمام، وإنما يأتي به بعد قضاء ما عليه وسلامه، فإن قدمه معه بطلت صلاته.

وإذا سها المأموم حال القضاء وترتب على سهوه سجود قبلي، وكان على إمامه سجود بعدي، فإنه يفعل القبلي لإجتماع النقص منه مع زيادة الإمام.

المقتدي بإمام إذا سها بزيادة أو نقصان لسنة مؤكدة أو سنتين خفيفتين فأكثر حالة الاقتداء، فلا سجود عليه لأن الإمام يحمل عن المأموم كل سهو⁽¹⁾. فعن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ليس على من خلف الإمام سهو. فإن سها الإمام فعليه وعلى من خلفه السهو، وإن سها من خلف الإمام فليس عليه سهو والإمام كافي»⁽²⁾.

ولا سجود لترك فضيلة أو سنة خفيفة، كالقنوت وتكبيرة، فإن سجد الساهي لهما قبل السلام بطلت الصلاة، لتعمد الزيادة التي هي السجود القبلي الذي سجده دون موجب، ولا يعذر بالجهل.

ولا تبطل الصلاة بترك السجود البعدي، لكن يسجده متى تذكره ولو بعد سنين، ولا يسقط بطول الزمان سواء تركه عمداً أو نسياناً.

ولا تبطل الصلاة بترك السجود القبلي، إذا كان مترتباً عن ترك سنتين خفيفتين فقط، سواء كان المصلي تركه عمداً أو نسياناً، ويسجده استثناءً إن قرب، بأن لم يخرج من المسجد، ولم يطل الزمان وهو في مكانه أو قربه، فإن بعد بأن خرج من المسجد أو طال الزمن سقط السجود لخفته.

وتبطل الصلاة لترك السجود القبلي، إن كان مترتباً على ترك سنن وطال الزمن، وكان تركه عن سهو؛ أما لو تركه عمداً فإن الصلاة تبطل بمجرد الترك والإعراض عنه، والقول بالبطلان مراعاة للقول بوجوبه.

السهو عن الفاتحة⁽³⁾:

اختلف في وجوب الفاتحة في كل ركعة فقليل تجب في ركعات الصلاة كلها، وهو المشهور والراجح. وقليل تجب في أكثر الركعات وتسن في الأقل، ففي الرباعية تجب في ثلاث ركعات وفي الثلاثية تجب في ركعتين. وسنيتها في الأقل ليس كسائر السنن لإتفاق

(1) الذخيرة 1م ورقة 116.

(2) أخرجه الدارقطني في الصلاة، باب ليس على المقتدي سهو وعليه سهو الإمام.

(3) أقرب المسالك مع حاشية الصاوي 1/113 والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 1/238 ومنح الجليل على مختصر خليل 1/248.

القولين على أن تركها أو ترك بعضها عمداً مبطل للصلاة. ويتفق القولان على وجوبها في جميع الثنائية، وهذا القول الثاني مشهور أيضاً. وبناء على القولين فإن سها عنها أو عن بعضها في ركعة - ولو أقل من آية - ولم يمكنه التدارك بأن ركع فإنه يسجد لذلك سجود السهو قبل السلام، ولا يأتي بركعة بدل ركعة النقص، ولو على القول بوجوبها في كل ركعة مراعاة للقول بوجوبها في أكثر الركعات فقط. ولا يرجع من فرض متفق عليه وهو الركوع، إلى ما اختلف فيه بالسنية؛ ثم يعيد الصلاة وجوباً احتياطاً. فإن أمكن التدارك بأن تذكر قبل ركوعه وجب عليه تداركها وإلا بطلت الصلاة. وإذا تركها سهواً في ركعتين من رباعية أو في ركعة من ثنائية، فإنه يتمادى ولا يقطع ويسجد للسهو قبل السلام، ويعيد الصلاة احتياطاً أبداً - أي وجوباً في الوقت وبعد الوقت - على المشهور. وإن تركها كلها أو بعضها عمداً ولو في ركعة بطلت الصلاة، ولو على القول بالسنية، لأنها ليست كسائر السنن، كما تبطل إذا لم يسجد لسهوه فيما إذا تركها كلها أو بعضها سهواً حتى طال الزمن.

قول آخر:

«ذكر الشيخ ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة ثلاثة أقوال في ترك الفاتحة سهواً، منها أن السامي يلغي الركعة التي ترك منها الفاتحة ويأتي بركعة بدلها إذا فات تداركها. أي كما يفعل عند السهو عن الركوع والسجود، بدون إعادة للصلاة. قال أبو الحسن شارح الرسالة: وهذا القول اختاره ابن القاسم، وهو يقتضي وجوبها في كل ركعة وصححه ابن الحاجب، وقال ابن شاس هي الرواية المشهورة وقال الشيخ العدوي وغيره من شراح الرسالة: هو المعتمد.» وعلى هذا يكفي في براءة الذمة العمل بهذا القول عند السهو عن الفاتحة.

سهو الإمام مع تيقن المأموم:

إذا سجد إمام سجدة واحدة وترك الثانية سهواً وقام، لم يتبعه مأمومه بل يجلس، ويستحب له لعلّه يرجع. فإن لم يفهم كلمه. فإن لم يرجع فإن المأمومين يسجدونها لأنفسهم، ولا يتبعونه في تركها. وإلا بطلت الصلاة عليهم. ويجلسون معه ويسلمون بسلامه.

فإن تذكر ورجع لسجودها فلا يعيدونها معه. وإن استمر تاركاً لها حتى سلم وطال الأمر بطلت عليه الصلاة دونهم.

وإذا قام الإمام لركعة زائدة، فالمأموم إن تيقن أنها محض زيادة يجلس وجوباً، وتصح صلته إن سبّح له، فإن لم يفهم كلمه. فإن لم يسبّح له بطلت عليه، لأنه لو سبّح له لربما رجع الإمام. فصار المأموم بعدم التسبيح متعمد الزيادة في الصلاة.

فإن لم يتيقن المأموم أنها محض زيادة بل ظن أو شك أو توهم في ذلك، فإنه

يتبعه وجوباً، وتبطل صلاته إن لم يتبعه. ثم إن ظهر له بعد الفراغ من الركعة الزائدة أنها زائدة وأن الإمام قام لها سهواً، سجد الإمام وسجد معه المأموم.



صلاة الجنائز وما يفعل بالمحتضر

يفعل بالمحتضر خمسة أشياء هي فروض كفاية. وهي الغسل، والكفن، والصلاة عليه، وحمله، ودفنه.

1 - الغسل: ويكون كغسل الجنابة.

ودليل وجوب الغسل:

أ - عن أم عطية الأنصارية أنها قالت: دخل علينا رسول الله ﷺ حين توفيت ابنته فقال: «اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو أكثر من ذلك، إن رأيتن ذلك. بماء وسدر (الورق المطحون) واجعلن في الآخرة كافوراً (طيب معروف) أو شيئاً من كافور، فإذا فرغتن فأذنتي». قالت: فلما فرغنا آذناه فأعطانا حقوه فقال: «أشعرنها إياها». (تعني بحقوه: إزاره)⁽¹⁾.

والأمر في قوله «اغسلنها» يدل على الوجوب⁽²⁾.

ب - قوله ﷺ في المحرم الذي وقصته دابته: «اغسلوه»⁽³⁾. فعن ابن عباس قال: بينما رجل واقف بعرفة إذ وقع عن راحلته فوقصته. فقال النبي ﷺ: «اغسلوه بماء وسدر، وكفنوه في ثوبين، ولا تحنطوه، ولا تخمروا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»⁽⁴⁾.

والقول بوجوب الغسل هو مشهور المذهب.

وخالف بعض المالكية فقالوا: هو سنة. وقال ابن رشد الجذ في الحديثين «ليس ذلك بحجة ظاهرة، لأن أمر النبي ﷺ بغسل ابنته خرج مخرج التعليم بصفة الذي قد كان معلوماً معمولاً به، وكذلك أمره بغسل المحرم خرج مخرج التعليم بما يجوز أن يعمل بالمحرم من غسله وترك تحنيطه وتخمير رأسه، فالقول بأن الغسل سنة أظهر، وهو قول ابن أبي زيد»⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الجنائز، باب غسل الميت. والبخاري في الجنائز، باب غسل الميت ووضوئه.

(2) المقدمات ص 172 وبداية المجتهد 287/1 والذخيرة م 1 ورقة 134 وعارضة الأحوذى 209/4.

(3) المقدمات ص 172 وبداية المجتهد 287/1.

(4) أخرجه البخاري في الجنائز، باب كيف يكفن المحرم. ومسلم في الحج، باب ما يفعل بالمحرم إذا مات.

(5) المقدمات ص 172.

من يقدّم في الغسل:

الزوجان يقدمان في غسل أحدهما الآخر: والدليل:

أ - عن عبد الله بن أبي بكر: أن أسماء بنت عميس غسلت أبا بكر الصديق حين توفي⁽¹⁾. وأسماء بنت عميس هي زوجة أبي بكر.

ب - أن علياً عليه السلام غسل فاطمة عليها السلام⁽²⁾.

ج - إجماع الصحابة على ذلك⁽³⁾.

ثم يقدّم الأقرب فالأقرب من عصبته فإن لم يوجد أو أسقط القريب حقّه فأجنبي. فإن لم يوجد فامرأة محرم ولو بمصاهرة، بالنسبة للرجل. وبالنسبة للمرأة تغسلها أقرب امرأة لها فالأقرب، فإن لم يوجد فأجنبية. فإن لم يوجد فرجل محرم ويستر وجوباً جميع بدنها، ولا يباشر جسدها بذلك، بل يباشر ذلك بخرقه كثيفة. وكذلك إذا غسلت الأنثى المحرم رجلاً من محارمها.

فإن لم يكن للمرأة محرم ولا للرجل محرم، فإنه ييمّم الرجل لمرفقيه، وتيمّم المرأة لكوعها فقط. ودليل عدم جواز غسل الرجل أجنبية عنه والمرأة أجنبية عنها:

- النهي عن نظر الرجل إلى بدن المرأة الأجنبية، ومسّ ذلك منها، وعن نظر المرأة إلى بدن الأجنبي عنها ومسّ ذلك منه⁽⁴⁾.

ودليل جواز التيمّم⁽⁵⁾:

أ - أن غسل الميت مأمور به، والتيمّم يعوّض الغسل، ومواضع التيمّم ليست بعورة.

ب - عن سنان بن غرفة الصحابي عن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل يموت مع النساء، والمرأة تموت مع الرجال، ليس لواحد منهما محرماً، ييممان ولا يغسلان⁽⁶⁾.

متى يسقط الغسل ويعوّض بالتيمّم:

يسقط الغسل ويعوّض بالتيمّم في صور:

أ - عند فقدان الماء حقيقة أو حكماً.

ب - عند تقطّع الجسد بالماء.

ج - عند تسلّخه من صبّ الماء.

(1) أخرجه مالك في الجنائز، باب غسل الميت.

(2) أخرجه البيهقي في الجنائز، باب الرجل يغسل امرأته. والمدونة 167/1.

(3) الإشراف 148/1 والمتقى 5/2. (4) بداية المجتهد 290/1.

(5) بداية المجتهد 290/1 والذخيرة م 1 ورقة 135.

(6) أخرجه البيهقي في الجنائز، باب المرأة تموت مع الرجال ليس معهم امرأة.

كما يسقط الدلك إذا خيف تسلخ الجسد منه، وعند كثرة الموتى.
ويجوز تغسيل امرأة لابن ثمان سنين لا ابن تسع سنين، ورجل لرضيعة وما قاربها،
لا بنت ثلاث سنين فلا يجوز.

واجبات الغسل:

يجب على الغاسل ستر عورة الميت، وعورة الذكر للذكر من سرته لركبته، وكذلك
الأنثى مع الأنثى. وعورة الذكر المحرم مع الأنثى يستتر جميع بدنه، وكذلك الأنثى
المحرم مع الرجل المحرم. وقيل تستر المرأة المحرم من الرجل المحرم عورته فقط،
وهو المعتمد: فإن لم يوجد ساتر غضت بصرها ولا تترك غسله.

مندوبات الغسل:

- 1 - ستر العورة لأحد الزوجين.
- 2 - تجريد الميت من ثيابه بعد ستر عورته. أما ما روي أن رسول الله ﷺ غسلوه
في قميصه فإن ذلك خاص به ﷺ⁽¹⁾.
- 3 - وضع الميت على مرتفع حين الغسل، لأنه أمكن لغاسله.
- 4 - أن يكون الغسل وتراً إلى سبع. والدليل حديث أم عطية المتقدم.
ومحل الاستدلال قوله: «ثلاثاً أو خمساً» إشارة إلى أن المشروع هو الوتر، لأنه
عليه السلام نقلهن من الثلاث إلى الخمس وسكت عن الأربع⁽²⁾.
ودليل عدم وجوب الوتر: القياس على طهارة الحي⁽³⁾.
- 5 - عصر بطنه برفق حال الغسل، لإخراج ما في بطنه من النجاسة. ولا يعاد غسله
أو وضوؤه لخروج نجاسة. بل تغسل النجاسة فقط.
- 6 - كثرة صب الماء في غسل مخرجيه، ويجب أن يلف الغاسل على يده خرقة
كثيفة.
- 7 - توضع أول الغسل، بعد إزالة ما عليه من أذى بالسدر أو الصابون والدليل⁽⁴⁾:
عن أم عطية قالت: وقال لنا رسول الله ﷺ: «وابدأ بميامنها ومواضع
الوضوء»⁽⁵⁾.
- 8 - استعمال السدر أو الصابون في الغسلة الأولى. واستعمال مطلق الماء في
الثانية. واستعمال الكافور في الثالثة. والدليل: الحديث الأول المتقدم عن أم عطية،
أخرجه مالك.

(2) عارضة الأحوذى 4/209.

(1) بداية المجتهد 1/292.

(3) بداية المجتهد 1/292.

(4) عارضة الأحوذى 4/210 والمنتقى 2/6 والذخيرة 1م ورقة 139.

(5) أخرجه مسلم في الجنائز. باب غسل الميت.

- 9 - تعهد أسنانه بخرقه نظيفة وكذلك أنفه.
- 10 - إمالة رأسه برفق لمضمضة واستنشاق، لئلا يدخل الماء لجوفه.
- 11 - تشييفه بخرقه طاهرة قبل إدراجه في الكفن.
- ولا يفتر غسل الميت ووضوؤه إلى نية، لأنه فعل في الغير.
- 12 - عدم تأخير التكفين عن الغسل، لئلا تخرج نجاسة منه فيحتاج لإزالتها.
- 13 - اغتسال الغاسل. ودليل عدم وجوب ذلك:
- أ - أن النبي ﷺ في حديث أم عطية لم يأمرهن بالغسل بعد غسلها⁽¹⁾.
- ب - عن عبد الله بن أبي بكر: أن أسماء بنت عميس غسلت أبا بكر الصديق حين توفى. ثم خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين فقالت: «إني صائمة، وإن هذا يوم شديد البرد، فهل علي من غسل؟ فقالوا: لا»⁽²⁾.
- أما ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من غسل الميت فليغتسل ومن حمله فليتوضأ»⁽³⁾.
- قال ابن العربي⁽⁴⁾: «ضعيف لا من طريق الترمذي ولا حديث أبي داود» وقال الباجي⁽⁵⁾: «ليس بثابت وقد روي موقوفاً عن أبي هريرة. ولو ثبت لحمل على الاستحباب، ليكون العازم على الاغتسال من غسل الميت يبالي في غسله وينبسط، ولا يتحفظ ولا يتقبض. وأمر الحامل للميت أن يتوضأ قبل أن يحمله ليكون على طهارة إذا صلي عليه فيصلي مع المصلين عليه».
- 14 - جعله على شقه الأيسر، ليغسل الأيمن. ثم يدار على الأيمن، ليغسل الأيسر، بعد تثليث رأسه.
- 15 - يندب عدم حضور غير معين للغاسل.

المكروهات:

- 1 - حلق رأسه إن كان ذكراً، ويحرم في حق الأنثى.
- 2 - قلم أظافره، فإن فعل ضمت معه في الكفن.
- 3 - يكره تغسيل من فقد أكثر من ثلثه. وكذلك يكره الصلاة عليه لتلازمهما. فإن وجد جلّه فأكثر وجباً.

(1) عارضة الأحوذى 211/4.

(2) أخرجه مالك في الجنائز، باب غسل الميت.

(3) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في الغسل من غسل الميت. والترمذي في الجنائز، باب ما جاء

في الغسل من غسل الميت. وابن ماجه في الجنائز، باب ما جاء في غسل الميت.

(5) المتقى 5/2.

(4) عارضة الأحوذى 211/4.

4 - يكره تغسيل من لم يستهلّ صارخاً، ولو تحرّك أو بال أو عطس إن لم تتحقق حياته. كما يكره الصلاة عليه. فإن تحققت حياته وجب الغسل والصلاة عليه.
كما يكره تحنيطه وتسميته. ويغسل دم السقط ندباً، ويلفّ بخرقه ويوازي وجوباً. ويجوز تسخين الماء للغسل:

2 - الكفن: الواجب من الكفن ما يستر جميع بدن الميت. وما زاد فمندوب.

ومستحباته:

1 - البياض، فعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ: «البسوا من ثيابكم البياض، فإنها خير ثيابكم. وكفّنوا فيها موتاكم»⁽¹⁾.

2 - أن يكون من كتان أو قطن وهو أولى. وأن ييخّر.

3 - الزيادة على الواحد ووتره، فهذا مستحب.

وأما ما روي عن عائشة أن رسول الله ﷺ كفّن في ثلاثة أثواب بيض سحولية، (سحول: قرية باليمن) ليس فيها قميص ولا عمامة⁽²⁾.

وما روي عن ليلى بنت قائف الثقفية قالت: كنت فيمن غسل أمّ كلثوم بنت رسول الله ﷺ عند وفاتها. فكان أول ما أعطانا رسول الله ﷺ الحقو (الإزار)، ثم الدرع، ثم الخمار، ثم الملحفة، ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر⁽³⁾.
فإنها تدلّ على إباحة تعدّد الأثواب لا على التوقيت⁽⁴⁾.

4 - إلباس الذكر قميصاً، وتعميمه بعمامة بها عذبة قدر ذراع تجعل على وجهه. وتحت القميص أزرة من سرتة إلى ركبته أو سراويل بدلها، وزيادة لفافتين على الأزرة والقميص، فهذه خمسة. ويكره الزيادة على ذلك لأنه من الإسراف.

5 - إلباس الأنثى مثل الذكر، بزيادة لفافتين أخريين، وجعل خمار بدل العمامة. فالمجموع للمرأة سبع. ويلفّ الخمار على رأسها ووجها. ويكره الزيادة. لأنه من الإسراف.

6 - جعل كافور داخل كلّ لفافة من الكفن، أو غيره من الطيب، كالمسك والعطر وماء الورد.

(1) أخرجه الترمذي في الجنائز، باب ما يستحب من الأكفان والنسائي في الجنائز، باب أي الكفن خير.

(2) أخرجه مالك في الجنائز، باب ما جاء في كفن الميت. والبخاري في الجنائز. باب الثياب البيض للكفن. ومسلم في الجنائز، باب كفن الميت.

(3) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في كفن المرأة.

(4) بداية المجتهد 1/296.

7 - أن يجعل الطيب على قطن، ويلصق بمنافذه - عينيه وأنفه وأذنيه ومخرجه -، وكذلك على مساجده - جبهته وكفيه وركبتيه وأصابع رجله -، وكذلك على ما رق من جلده - رغيه وإبطيه وباطن ركبتيه ومنخره وخلف أذنيه -.

8 - تكفينه بثياب جمعته ونحوها، لبركة ثياب مشاهد الخير.

والطيب والتخمير يندب، ولو كان الميت محرماً بحج أو عمرة. أو كانت امرأة معتدة عدّة وفاة أو طلاق. والغاسل إن كان محرماً أو كانت امرأة معتدة تولّى التطيب للميت غيرهما، لأنهما لا يجوز لهما مسّ الطيب.

أما ما روي عن ابن عباس قال: «كنا مع رسول الله ﷺ، وبينما رجل واقف بعرفة إذ وقع عن راحلته فوقصته فقال النبي ﷺ: «اغسلوه بماء وسدر، وكفونوه في ثوبين، ولا تحنطوه، ولا تخمروا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»⁽¹⁾.

فإن هذا الحديث لم يخرج مخرج التخصيص واستثناء الميت المحرم من عموم الأمر بالغسل والتطيب لجميع الأموات، حتى يلحق به جميع الأموات المحرمين، بل هو حكم خاص بذلك الأعرابي⁽²⁾. ويؤيده:

أ - أن حكم الإحرام لو كان باقياً لكان يجب أن يطاف به، ويوقف المواقف، كما يفعل بالمغمى عليه والمريض⁽³⁾.

ب - أنه ﷺ علل إبقاء حكم الإحرام بأمر مغيب غير معقول المعنى⁽⁴⁾.

قال الباجي رداً على من قال بعدم تخمير المحرم وتطيينه «والجواب أن هذا الحديث مما لا حجة فيه، لأن النبي ﷺ علل المنع من تخمير رأسه ومنعه من الطيب بما لا طريق لنا إلى معرفته. وإذا علل بما لا طريق لنا إلى معرفته دلّ على اختصاصه بذلك الحكم. وذلك منع من أن يغطى رأسه لأنه يبعث يوم القيامة ملبياً، ولا طريق لنا نحن إلى من يموت اليوم من المحرمين يبعث ملبياً، فثبت أنه من الأحكام التي لم نكلفها، إذ لا طريق لنا إلى معرفة علتها»⁽⁵⁾.

وقال في موضع آخر: «وتعليل النبي الحكم بما لا طريق لنا إلى معرفته دليل على أنه حكم مخصوص به. ولو كان حكماً يتعدى إلى غيره لعلله بما لنا طريق إلى معرفته»⁽⁶⁾.

لكن الشيخ الإمام ابن عاشور لا يرى داعياً لتعليل الحديث بعلة غير معقولة

(1) سبق تخريجه.

(2) بداية المجتهد 1/297 ومفتاح الوصول ص104.

(3) الإشراف 1/147.

(4) عارضة الأحوذى 4/175.

(5) المنتقى 2/200.

(6) المنتقى 2/10.

المعنى. فهو يقول: «والصواب عندي أن ذلك لثلاث يتلخح محتطوه، فالنهي لأجل الأحياء لا لأجل الميت. وجعل حرمانه من الحنوط سبباً لحشره ملبياً تنويهاً بشأن الحج»⁽¹⁾.

ويجوز تكفين الميت بثياب ليسها في حياته، أو لبسها غيره. كما يجوز تكفينه بثياب مصبوغة بزعفران أو ورس، لأنهما من الطيب. بخلاف المصبوغ بغيرهما فيكره.

ويجب الكفن ومؤونة تجهيز الميت من حنوط وسدر وماء وأجرة غاسل وحامل وقبر، ويكون كل ذلك من ماله. فإذا لم يكن للميت مال فعلى المنفق بقراءة، كأب لولده الصغير أو العاجز عن الكسب، وكابن للوالدين الفقيرين.

ولا يجب على الزوج تكفين زوجته ولا مؤن تجهيزها، ولو كان غنياً وهي فقيرة - على المذهب -، وقيل يلزمه مطلقاً، وقيل يلزمه إن كانت فقيرة.

فإن لم يكن للميت مال ولا منفق، فمن بيت المال، فإن لم يكن، فعلى المسلمين فرضاً على الكفاية.

3 - الصلاة على الميت:

ودليل وجوب الصلاة على الميت: .

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّا تَأْتِيهِمْ مَّاتَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَىٰ قَبْرِهِمْ إِنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَاتُوا وَهُمْ فَالْسَافِقُونَ﴾ [التوبة: 84].

وقالوا في وجه الاستدلال بهذه الآية أنه تعالى علل المنع من الصلاة على الكفار لكفرهم، فإذا زال الكفر وجبت الصلاة.

ولكن هذا استدلال بدليل الخطاب، والذين لا يقولون به يرونه استدلالاً ضعيفاً⁽²⁾.

ب - فعله ﷺ وصلاته على كل من مات. وأفعاله تحمل على الوجوب⁽³⁾.

ج - قوله ﷺ: صلوا على من قال: لا إله إلا الله.

وقيل إن الصلاة على الميت سنة. والدليل⁽⁴⁾:

ما تقدم في تحية المسجد من حديث طلحة بن عبيد الله، وفيه أن السائل سأل عن الإسلام فقال رسول الله ﷺ: «خمس صلوات في اليوم والليل» قال: هل علي غيرهن؟ قال: «لا. إلا أن تطوع»⁽⁵⁾.

(1) مقاصد الشريعة ص 54.

(2) الذخيرة 1م ورقة 136 والمقدمات ص 174 وأحكام القرطبي 8/ 221 وأحكام ابن العربي 2/ 980 والقبس 2/ 444 والمعلم 1/ 488.

(3) نفس المصادر. (4) الذخيرة 1م ورقة 136.

(5) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الترغيب في الصلاة. والبخاري في الإيمان، باب الزكاة من الإسلام. ومسلم في الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام.

والقول بالوجوب هو المشهور.

أركانها:

- 1 - النية: بأن يقصد الصلاة على هذا الميت، ولا يشترط معرفة كونه ذكراً أو أنثى.
 - 2 - القيام لها للقادر. ويندب أن يقف الإمام وسط الرجل، وعند منكبي المرأة، جاعلاً الرأس عن يمينه. إلا في الروضة الشريفة فتجعل رأس الميت على يسار الإمام تجاه رأس النبي ﷺ. وإلا لزم قلة الأدب.
 - 3 - أربع تكبيرات بتكبير الإحرام، كل تكبيرة بمنزلة ركعة. والدليل⁽¹⁾:
 - أ - عن أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ نعى النجاشي للناس في اليوم الذي مات فيه. وخرج بهم إلى المصلى فصّف بهم وكبر أربع تكبيرات»⁽²⁾.
 - ب - عن أبي بن كعب أن النبي ﷺ قال: «صَلَّتِ الْمَلَائِكَةُ عَلَى آدَمَ فَكَبَّرَتْ عَلَيْهِ أَرْبَعًا، وَقَالَتْ: هَذِهِ سِتُّكُمْ يَا بَنِي آدَمَ»⁽³⁾.
 - ج - عن أبي أمامة بن سهل أن النبي ﷺ صَفَّ بِالنَّاسِ عَلَى قَبْرِ مَسْكِينَةٍ وَكَبَّرَ أَرْبَعَ تَكْبِيرَاتٍ⁽⁴⁾.
 - د - عن ابن عباس أنه قال: كان آخر ما كبر النبي ﷺ على الجنائز أربعا⁽⁵⁾.
- فإن زاد الإمام خامسة عمداً أو سهواً فلا ينتظر من ورائه، بل يسلمون قبله وصحت لهم وله. وإن انتظروا فسلموا بسلامه صحت.
- وإن نقص سهواً سبّح له، فإن رجع وكبر الرابعة كبروا معه وسلموا بسلامه. وإن لم يرجع كبروا لأنفسهم وسلموا، وصحت. وقيل تبطل لبطلانها على الإمام. وحينئذٍ فتعاد إن لم تدفن، فإن دفنت فلا إعادة. وكذا إذا سلم بعد ثلاث سهواً وطال الوقت فإنها تعاد ما لم تدفن.
- وإن نقص عمداً - وهو يرى ذلك مذهباً - كملوا وصحت للجميع، وإن كان لا يراه مذهباً، بطلت على الجميع ولو أتوا برابعة، تبعاً لبطلانها على الإمام.
- ورفع اليدين عند التكبير الأولى مندوب، وعند غيرها خلاف الأولى.

(1) أحكام القرطبي 222/7 والإشراف 153/1.

(2) أخرجه مالك في الجنائز، باب التكبير على الجنائز. والبخاري في الجنائز، باب الرجل يتقى إلى

أهل الميت بنفسه. ومسلم في الجنائز، باب في التكبير على الجنائز.

(3) أخرجه البيهقي في الجنائز، باب عدد التكبير في صلاة الجنائز.

(4) أخرجه مالك في الجنائز، باب التكبير على الجنائز، والبخاري في الصلاة، باب كنس المسجد،

ومسلم في الجنائز، باب الصلاة على القبر.

(5) أخرجه الحاكم في المستدرک 386/2.

4 - الدعاء للميت بعد كل تكبيرة بما تيسر. فإذا لم يدع المصلي بعد التكبير بأن والى التكبير وسلّم، أعاد الصلاة إن لم تدفن.

ولا يستحب في صلاة الجنازة دعاء معين اتفاقاً. وأقله: اللهم اغفر له.

ويندب إسراؤه، ويدؤه بحمد الله والصلاة على رسول الله ﷺ. والأظهر أن الإقتصار على الفاتحة لا يكفي. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا صليتم على الميت فأخلصوا له الدعاء»⁽²⁾ فلم يأمر بالقراءة⁽³⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان لا يقرأ في الصلاة على الجنازة⁽⁴⁾.

ج - عن أبي سعيد المقبري أنه سأل أبا هريرة كيف تصلي على الجنازة؟ فقال أبو هريرة: أنا لعمر الله أخبرك، أتبعها من أهلها، فإذا وضعت كبرت وحمدت الله وصليت على نبيه ثم أقول: «اللهم إنه عبدك، وابن عبدك، وابن أمتك، كان يشهد أن لا إله إلا أنت، وأن محمداً عبدك ورسولك، وأنت أعلم به، اللهم إن كان محسناً فزد في إحسانه، وإن كان مسيئاً فتجاوز عن سيئاته. اللهم لا تحرمنا أجره ولا تفتننا بعده»⁽⁵⁾.
وجه الاستدلال أنه لم يذكر القراءة⁽⁶⁾.

د - عمل أهل المدينة. فلو كان يفعل مع تكرار الأموات لكان معلوماً عندهم.

قال الإمام مالك: «ليس ذلك بمعمول به ببلدنا، إنما هو الدعاء، أدركت أهل بلدنا على ذلك»⁽⁷⁾.

هـ - الآثار التي نقل فيها دعاؤه ﷺ على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ⁽⁸⁾.

و - روى سحنون أن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، وفضالة بن عبيد، وأبا هريرة، وجابر بن عبد الله، ووائلته بن الأسقع، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وابن المسيب، وربيعه، لم يكونوا يقرؤون في الصلاة على الميت⁽⁹⁾. واختاروا في المذهب دعاء أبي هريرة المتقدم.

(1) المدونة 158/1 وأحكام القرطبي 222/8.

(2) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب الدعاء للميت. وابن ماجه في الجنائز، باب ما جاء في الدعاء في الصلاة على الميت.

(3) الإشراف 152/1.

(4) أخرجه مالك في الجنائز، باب ما يقول المصلي على الجنازة.

(5) أخرجه مالك في الجنائز، باب ما يقول المصلي على الجنازة.

(6) الذخيرة 1م ورقة 137.

(7) المدونة الكبرى 159/1، وبداية المجتهد 302/1 والذخيرة 1م ورقة 137.

(8) بداية المجتهد 302/1. (9) المدونة الكبرى 158/1.

ويقول في المرأة: اللهم إنها أمتك وابنة عبدك وابنة أمتك الخ...
وإذا كان يُصلى على ذكر وأنتى أو على جماعة من رجال ونساء، فإنه يغلب الذكور على الإناث.

5 - السلام: يسلم كل من الإمام والمأموم تسليمه واحدة، جهراً من الإمام، وسراً من المأموم. والدليل على أن الفرض تسليمه واحدة: القياس على الصلاة المفروضة⁽¹⁾.

الأولى بالصلاة على الميت:

الأولى الوصي إن قصد به الرغبة في صلاحه. فإن أوصى به الميت لإغاظة أوليائه لم تنفذ وصيته.

ثم الخليفة، ثم الوالي نائبه إذا ولي الخطبة منه والدليل⁽²⁾:

أ - عن أبي حازم قال: إني لشاهد يوم مات الحسن بن علي عليه السلام، فرأيت الحسين بن علي عليه السلام يقول لسعيد بن العاص ويظعن في عنقه ويقول: تقدم فلولا أنها سنة ما قدمت⁽³⁾.

ب - القياس على صلاة الجماعة والعيدين لأنها صلاة سنّ لها الجماعة⁽⁴⁾.

ج - لأن التقدم على ولاة الأمور يخلّ بهيبتهم عند الرعية، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة⁽⁵⁾.

ثم يقدم الأقرب فالأقرب من عصبته. فالابن ثم ابن الابن أولى من الأب والجّد بالصلاة على الميت، لأن تعصيب الابن أقوى.

ويقدم الأخ وابن الأخ على الجّد، لأنهما أقوى تعصياً، لأنهما يدلان بينونة. والجّد يدلّ بأبوة الأب، وتعصيب البنوة أقوى. وعند التساوي يقدم الأفضل.

وتصلي النساء دفعة واحدة أفضلاً عند عدم الرجال. ولا يصلين على الترتيب، لأنه يترتب عليه تكرار الصلاة.

ويلي الإمام عند كثرة الموتى: الأفضل فالأفضل.

حكم المسبوق:

المسبوق بالتكبير يصبر وجوباً حتى يكبر المصلون، فلا يكبر أثناء دعائهم، فإن كبر صحت التكبيرة ولا يعتد بها، ويكبر ما فاته بعد سلام الإمام، بدعاء إن لم ترفع الجنائز. فإن رفعت وآلى التكبير بدون دعاء وسلم.

(1) بداية المجتهد 1/302.

(2) الإشراف 1/152 والمتقى 2/19.

(3) أخرجه البيهقي في الجنائز، باب من قال الوالي أحق بالصلاة على الميت من الولي. والحاكم في المستدرک 3/171.

(5) الذخيرة 1م ورقة 138.

(4) الإشراف 1/152 والمتقى 2/19.

متى يجب تغسيل الميت والصلاة عليه: - شروط الوجوب -

الغسل والصلاة متلازمان. فمن يغسل يصلّى عليه. ومن لا يغسل لا يصلّى عليه. ويجب تغسيل الميت والصلاة عليه إذا توفرت فيه ستة شروط.

1 - أن يكون مسلماً.

فيحرم الصلاة على الكافر وتغسيله ولو كان صغيراً ارتدّ، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰ أَحَدٍ مِّنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا وَلَا نَفَمٌ عَلَىٰ قَبْرِهِمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَآتُوا وَهُمْ فَنَسِئُونَ﴾ [التوبة: 84].

ولأن الغسل طهارة للمسلم، وإعظام له، وذلك متف في حق الكفار⁽¹⁾. وإذا اختلط الكفار بمسلمين، ولم يميزوا غسلوا جميعاً، ويصلّى عليهم بنية الصلاة على المسلم منهم.

2 - أن يكون حاضراً استقرت حياته بعد الولادة ولو لحظة. ويعرف ذلك بأن يستهلّ صارخاً، أو بأن تقوم به أمانة الحياة، فلا يغسل السقط ولا يحتفظ ولا يصلّى عليه ويكره ذلك، والدليل⁽²⁾:

أ - عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قال: «الراكب خلف الجنازة، والماشي حيث شاء منها، والطفل يصلّى عليه»⁽³⁾.

ب - عن جابر عن النبي ﷺ قال: «الطفل لا يصلّى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهلّ»⁽⁴⁾.

والحديث الأول مطلق والثاني مقيد له⁽⁵⁾. ويندب غسل دم السقط ويجب دفنه ولفه في خرقة.

3 - أن لا يكون شهيداً في قتال لإعلاء كلمة الله. فالشهيد لا يغسل ولا يصلّى عليه بل يحرم. سواء قاتل أو لم يقاتل، كأن يصيبه سهم وهو نائم، أو قتله مسلم خطأ يظنه كافراً، أو تردى من شاهق فمات حال القتال، أو رفع من الميدان منفوذ المقاتل، أو يرجع عليه سلاحه فيموت به.

ويدفن بشيابه المباحة إن سترته، وإلا زيد عليها قدر ما يستره، وبخفه، وقلنسوته، ومنطقته إن قلّ ثمنها، وخاتمه المباح إن قلّ ثمن فضّه. ولا يدفن بألة حربه لأنه من

(1) الإشراف 148/1.

(2) بداية المجتهد 309/1 والإشراف 148/1 والذخيرة 1م ورقة 138.

(3) أخرجه الترمذي في الجنائز، باب ما جاء في الصلاة على الأطفال.

(4) أخرجه الترمذي في الجنائز، باب في ترك الصلاة على الجنين حتى يستهلّ. وابن ماجه في الفرائض، باب إذا استهلّ المولود صارخاً.

(5) بداية المجتهد 309/1.

إضاعة المال بغير وجه شرعي. والدليل⁽¹⁾:

أ - عمل أهل المدينة.

ب - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد ثم يقول: «أنيهم أكثر أخذاً للقرآن» فإذا أشير له إلى أحدهما قدمه في اللحد وقال: «أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة». وأمر بدفنهم في دماثهم ولم يغسلوا ولم يصلّ عليهم⁽²⁾.

ج - عن كعب بن مالك عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم أحد: «... أنا شهيد على هؤلاء لقوهم في دماثهم فإنه ليس جريح يجرح، إلا جاء وجرحه يوم القيامة يدمي، لونه لون الدم، وريحه ريح المسك»⁽³⁾.

د - عن أنس حدث أن شهداء أحد لم يغسلوا ودفنوا بدماثهم ولم يصلّ عليهم⁽⁴⁾. وقد ذكر المازري أن مالكا عوّل في هذه المسألة على عمل أهل المدينة لا على الأثر، لأنّ التحقيق يقتضي ترك الأخذ بهذا الحديث لأنه صلى الله عليه وسلم علّل ترك غسلهم والصلاة عليهم بعلّة معيّنة لا يعلم تعدّيها إلى سواهم من الشهداء، وهي بعثهم ولون دمهم لون الدم والريح ريح المسك. والعلّة التي لا تتعدى يوقف بها على محلها وهو هاهنا شهداء أحد. لكن الإمام لما رأى عمل أهل المدينة قد استقرّ على ترك الصلاة على الشهداء، وهو يرى عملهم حجة، فقد عوّل عليه لا على الأثر. وهو بذلك خالف بين هذه المسألة ومسألة المحرم الذي وقصته دابته رغم أنها يتشابهان في كون عليّتهما لا تتعديان.

وما ورد من صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على حمزة وقلّي أحد لم يصح⁽⁵⁾.

أما الشهداء في غير المعركة فإنهم يغسلون ويصلّي عليهم. والدليل إجماع الصحابة⁽⁶⁾، لأن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب رضوان الله عليهم قتلوا شهداء فغسلوا وصلّي عليهم⁽⁷⁾.

4 - أن لا يكون قد صلّي عليه.

فإذا ترك الغسل أو الصلاة على الميت فإنه يتدارك ويخرج من القبر للغسل والصلاة عليه، ولو سوي عليه التراب إذا لم يتغير. فإن تغير بأن مضى زمن يظن به التغير صلّي

(1) الإشراف 1/149، والمدونة 1/165 والمتقى 2/11 وبداية المجتهد 1/308 والمعلم 1/493 و494.

(2) أخرجه البخاري في الجنائز: باب من يقدّم في اللحد.

(3) أخرجه البيهقي في الجنائز، باب المسلمون يقتلهم المشركون في المعترك.

(4) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في الشهيد يغسل.

(5) المعارضة 3/254. (6) الإشراف 1/150.

(7) الموطأ: كتاب الجهاد، باب العمل في غسل الشهيد، وعبد الرزاق في مصنفه 3/544. والبيهقي في

السنن الكبرى 4/16 ومسند أحمد 1/74 والبداية والنهاية لابن كثير 7/191..

على قبره ما بقي الميت فيه، ولو بعد سنين ولو لم يغسل. وتلازم الغسل والصلاة إنمّا يطلب ابتداءً. فإن تعذر أحدهما وجب الآخر.

5 - أن لا يفقد أكثر من ثلثه.

فإنه يكره ذلك فيمن فقد أكثر من ثلثه.

مؤنة التجهيز:

أجرة التجهيز من حنوط، وماء، وأجرة غاسل، وحامل، وقبر، وكفن، من مال الميت. فإن لم يكن للميت مال فعلى المنفق بقراءة كآب لولده الصغير أو العاجز عن الكسب، وكابن للوالدين الفقيرين.

ولا يجب على الزوج تكفين زوجته ولا مؤن تجهيزها، ولو كان غنياً وهي فقيرة - على المذهب - وقيل يلزمه إن كانت فقيرة. وقيل يلزمه مطلقاً. فإذا لم يكن للميت مال ولا منفق، فمن بيت المال، فإن لم يكن فعلى المسلمين فرضاً على الكفاية.

الصلاة على الغائب:

تكره الصلاة على ميت غائب لأن النبي ﷺ لم يصل على من مات من المسلمين البعيدين عنه. أما ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نعى النجاشي للناس في اليوم الذي مات فيه. وخرج بهم إلى المصلّى، فصف بهم، وكبر أربع تكبيرات⁽¹⁾.

أجيب عنه بـ:

أ - أنه خاص بالنجاشي. ولو لم يكن خاصاً به لصلّى على كل الموتى المسلمين الغائبين، ولاشتهر ذلك بين الأمة في المدينة وغيرها⁽²⁾.

ب - أن الأرض دحيت له حتى رأى نعش النجاشي، كما رأى المسجد الأقصى⁽³⁾.

ج - أن النجاشي لم يكن له ولي من المؤمنين يقوم بالصلاة عليه⁽⁴⁾.

ما يكره:

1 - الإنصراف عن الجنائز بلا صلاة عليها، ولو بإذن أهلها، لما فيه من الطعن فيها.

2 - الإنصراف بعد الصلاة بلا إذن من أهلها إن لم يطولوا، فإن أذنوا أو طولوا ولم يأذنوا جاز الإنصراف.

3 - إدخالها المسجد ولو لغير صلاة لأحتمال قدره، وللقول بنجاسة الميت، وإن

(1) سبق تخريجه.

(2) الذخيرة 1/136 والقبس 2/446.

(3) الأحكام للقرطبي 2/82، والقبس 2/446 والمعلم 1/488.

(4) المنتقى 2/13، وأحكام القرطبي 2/82 والقبس 2/446.

كان قولاً ضعيفاً. وعلى القول بطهارة الميت فيكون الدليل سدّ الذريعة، وهي احتمال قدره وانفجاره.

4 - الصلاة عليها في المسجد ولو كانت هي خارجه. ودليل عدم حرمة إدخال الجنائز المسجد:

أ - عن عائشة أنها أمرت أن يمرّ عليها بسعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات لتدعو له، فأنكر ذلك الناس عليها. فقالت عائشة: ما أسرع الناس! ما صلّى رسول الله ﷺ على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد⁽¹⁾.

ب - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال: صلّى على عمر بن الخطاب في المسجد⁽²⁾.

ودليل الكراهة: أن النبي ﷺ خرج لها إلى المصلّى⁽³⁾.

5 - تكرار الصلاة على الميت إن أدت أولاً جماعة، فإن لم تؤدّ جماعة أعيدت ندباً بجماعة لا أفذاذاً. أما ما روي عن النبي ﷺ أنه أعاد الصلاة على مسكينة، وعلى البراء بن عازب، أجيب عنه⁽⁴⁾ بـ:

أ - أن عمل أهل المدينة أرجح.

ب - لفضله ﷺ.

ج - أو لأن حق الميت في زمانه عليه أن يصلّي النبي عليه. لما روي عن يزيد بن ثابت أنهم خرجوا مع رسول الله ﷺ ذات يوم فرأى قبراً جديداً فقال: ما هذا؟ قالوا: هذه فلانة مولاة فلان، ماتت ظهراً وأنت صائم قائل، فلم نحّب أن نوقظك بها؛ فقام رسول الله وصفّ الناس خلفه فكبّر عليها أربعاً ثم قال: «لا يموت فيكم ميت ما دمت بين أظهركم إلا آذنتموني به فإنّ صلاتي له رحمة»⁽⁵⁾.

6 - ويكره صلاة رجل فاضل على مبتدع لم يكفر ببدعته، أو على مظهر كبيرة، أو على مقتول بحدّ. وكذلك يكره للإمام الأعظم. والدليل⁽⁶⁾:

أ - عن أبي برزة الأسلمي «أن رسول الله ﷺ لم يصلّ على ماعز بن مالك، ولم يته عن الصلاة عليه»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مالك في الجنائز، باب الصلاة على الجنائز في المسجد. ومسلم في الجنائز، باب الصلاة على الجنائز في المسجد.

(2) أخرجه مالك في الجنائز. باب الصلاة على الجنائز في المسجد.

(3) الذخيرة م 1 ورقة 137. (4) الذخيرة م 1 ورقة 139 والقبس 2/447.

(5) أخرجه النسائي في الجنائز، باب الصلاة على القبر.

(6) الإشراف 1/115 والمتقى 1/21 وبداية المجتهد 1/308.

(7) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب الصلاة على من قتلته الحدود.

ب - لأن في امتناع الإمام من الصلاة ضرباً من إلحاق النقص بالمحدود. ولأن صلاة الإمام وأهل الفضل شرف ورغبة في دعائهم، فكان في منع ذلك ردع للغير⁽¹⁾. ولا تكره لغير الإمام وأهل الفضل الصلاة عليهم والدليل⁽²⁾:
 أ - ما تقدم من أنه ﷺ لم ينه عن الصلاة على ماعز⁽³⁾.
 ب - قوله ﷺ: «صلوا على من قال لا إله إلا الله»⁽⁴⁾.
 ويصلى على قاتل نفسه، وعلى من قتل من الفئة الباغية، قال الإمام مالك: «يصلى على قاتل نفسه، ويصنع به ما يصنع بموتى المسلمين، وإثمه على نفسه»⁽⁵⁾.
 وما روي أنه أتى رسول الله ﷺ برجل قتل نفسه بمشاقص (جمع مشقص: سهم عريض) فلم يصل عليه⁽⁶⁾، فإنه لا حجة فيه لمن يقول إنه لا يصلى على قاتل نفسه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام، لم ينه عن الصلاة عليه، وإنما ترك هو الصلاة عليه إذ كان من سنته أنه لا يصلّي على القاتل والمرجوم والمديان أبدأ لهم، وزجرأ عن مثل فعلهم⁽⁷⁾.
 قال الإمام المازري: «ويصح حمل الحديث على أنه إنما ترك الصلاة هو بنفسه ليكون في ذلك ردع للعصاة»⁽⁸⁾.

وهذه المسألة مبنية على أن قاتل نفسه غير كافر وهو داخل في المشيئة في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾ [النساء: 48] وهذا قول أهل السنة والحق⁽⁹⁾.

7 - يكره تكفين الميت بحريز وخز ومصبوغ، ولو لأثنى، إن أمكن غيره، وإلا لم يكره.

8 - فرش النعش بالحرير والخز.

9 - النداء بالميت بمسجد أو ببابه، بأن يقال فلان قد مات فاسعوا لجنازته مثلاً، إلا الإعلام بصوت خفي من غير صياح فلا يكره.

10 - تغسيل من فقد أكثر من ثلثه والصلاة عليه.

11 - يكره قراءة شيء من القرآن عند الموت وبعده على القبور، لأنه ليس من عمل السلف. وإنما كان شأنهم الدعاء له بالمغفرة والرحمة والاتعاظ؛ إلا لقصد التبرك بالقرآن بدون أن يتخذ ذلك عادة فإنه يجوز.

(2) الإشراف 155/1 وبداية المجتهد 308/1.

(1) الإشراف 155/1.

(3) بداية المجتهد 308/1.

(4) أخرجه الدارقطني في العيدين، باب صفة من تجوز الصلاة معه والصلاة عليه.

(5) المدونة الكبرى 161/1.

(6) أخرجه مسلم في الجنائز، باب ترك الصلاة على قاتل نفسه.

(7) البيان وتحصيل 239/2.

(8) المعلم 493/1.

(9) البيان والتحصيل 239/2.

4 - حمل الجنازة وتشيعها.

المندوبات:

- 1 - يندب تشيعها مشياً.
- 2 - أن يُمشَى أمام الجنازة. والدليل:
عن ابن عمر قال: رأيت رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر يمشون أمام الجنازة⁽¹⁾.
وعن ربيعة بن عبد الله بن الهدير أنه رأى عمر بن الخطاب يقدم الناس أمام الجنازة، في جنازة زينب بنت جحش⁽²⁾.
- وعن هشام بن عروة قال: ما رأيت أبي قط في جنازة إلا أمامها. قال: ثم يأتي البقيع فيجلس حتى يمروا عليه⁽³⁾.
- 3 - أن يسرع في المشي بوقار وسكينة لا بهرولة.
- 4 - أن يتأخر الراكب. والدليل⁽⁴⁾:
عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قال: «الراكب يسير خلف الجنازة، والماشي يمشي خلفها وأمامها وعن يمينها وعن يسارها، قريباً منها»⁽⁵⁾.
- 5 - أن تتأخر المرأة المشيعة وراء الرجال ولو ماشية.
- 6 - ستر المرأة الميتة بقبة من جريد أو غيره يجعل على النعش ويلقى عليه ثوب أو رداء لمزيد الستر.

المكروهات:

- 1 - الصياح خلفها بالذكر كالاستغفار ونحوه.
- 2 - اتباع الجنازة بنار ولو كانت يبخور. والدليل:
أ - عن أسماء بنت أبي بكر أنها قالت لأهلها: أجمروا (بخروا) ثيابي إذا مت ثم حنطوني (طيبوني) ولا تذرؤا على كفني حنطاً ولا تتبعوني بنار⁽⁶⁾.
- ب - عن أبي هريرة أنه نهى أن يتبع بعد موته بنار⁽⁷⁾.

-
- (1) أخرجه مالك في الجنائز، باب المشي أمام الجنازة، وأبو داود في الجنائز، باب المشي أمام الجنازة. والترمذي في الجنائز، باب ما جاء في المشي أمام الجنازة.
 - (2) أخرجه مالك في الجنائز، باب المشي أمام الجنازة.
 - (3) أخرجه مالك في الجنائز، باب المشي أمام الجنازة.
 - (4) الذخيرة 1م ورقة 138.
 - (5) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب المشي أمام الجنازة. والترمذي في الجنائز، باب ما جاء في الصلاة على الأطفال.
 - (6) أخرجه مالك في الجنائز، باب النهي عن أن تتبع الجنازة بنار.
 - (7) أخرجه مالك في الجنائز، باب النهي عن أن تتبع الجنازة بنار.

3 - القيام للجنازة إذا مروا بها على جالس، فهو حكم منسوخ.

فعن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ كان يقوم في الجنازة ثم جلس بعد⁽¹⁾.
وخالف ابن الماجشون وابن حبيب فقالا: إن ذلك على وجه التوسعة، وإن القيام فيه أجر وحكمه باق⁽²⁾.

4 - اجتماع النساء للبكاء سراً أو جهراً ممنوع. ويحرم النياحة على الميت من نساء أو رجال، واللطم على الوجه والصدر، وشق الجيب، والقول القبيح. ويحرم حلق شعر الرأس لما في ذلك من إظهار عدم الرضا بالقضاء، وعدم الصبر لحكم الله المالك لكل شيء.

ولا يعذب الميت ببكاء أهلها عليه إذا لم يوص بذلك. فإذا أوصى به عذب لأنه أوصى بحرام.

ما يجوز:

1 - يجوز خروج المرأة المتجالة في الجنازة مطلقاً، والشابة التي لم يخش فتنها في جنازة من عظمت مصيبتة عليها، كأب وأم وزوج وابن وبنت وأخ وأخت. ويحرم الخروج على مخشية الفتنة مطلقاً.

وعلم من هذا أن الزوجة المتجالة وغير مخشية الفتنة، يجوز لها الخروج لجنازة زوجها، مع أنها بموته يلزمها الإحداد وعدم الخروج؛ فهذا من جملة المستثنى من أحكام العدة⁽³⁾.

2 - نقل الميت من مكان إلى آخر، وإن من بلد لآخر، سواء قبل دفنه أو بعده لمصلحة كأن يخاف عليه، كأن يأكله البحر، أو السبع، وكرجاء بركته للمكان المنقول إليه، أو زيارة أهله أو لدفنه بين أهله.

وهذا مشروط بأن لا تنتهك حرمة بإنفجاره ونتاجته، ومن انتهاك حرمة كسر عظامه بعد يبسه.

5 - الدفن والقبور:

حكم الدفن واجب على الكفاية:

المندوبات:

1 - يندب للحد، وهو أن يحفر في أسفل القبر جهة قبلته، من المغرب للمشرق،

(1) أخرجه مالك في الجنائز، باب الوقوف للجنائز. ومسلم في الجنائز، باب نسخ القيام للجنازة.

(2) المتقى 2/24.

(3) لم يذكروا دليلاً في هذه المسألة على تخصيص جواز الخروج للجنازة بالمرأة المتجالة وبغير المخشية الفتنة. وكذا على تحريم الخروج على مخشية الفتنة.

بقدر ما يوضع فيه الميت؛ وذلك إذا كانت الأرض صلبة لا تنهال، فإذا لم تكن صلبة فالشق، بأن يحفر وسط القبر بقدر الميت ويسدّ باللين. واللحد أفضل من الشق والدليل⁽¹⁾:

أ - أنه الذي اختاره الله لرسوله، فعن عروة بن الزبير أنه قال: كان بالمدينة رجلان أحدهما يُلحد والآخر لا يُلحد فقالوا: أيهما جاء أول عمل عمله. فجاء الذي يلحد. فلحد لرسول الله ﷺ⁽²⁾.

ب - عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «اللحد لنا والشق لغيرنا»⁽³⁾.

ج - عمل أهل المدينة.

2 - يندب وضعه على شقه الأيمن ووجهه للقبلة. فإن خولف بأن جعل ظهره للقبلة، أو نكس بأن جعل رجلاه مكان رأسه، تدورك بأن يحول إلى الحالة المطلوبة إن لم يسو عليه التراب، وإلا ترك.

وتحل عقد كفته، وتمدّ يده اليمنى على جسده إذا أمكن وضعه على شقه الأيمن، ويعدّل رأسه بالتراب. وتعدّل رجلاه برفق. ويجعل التراب خلفه، وأمامه لثلاً ينقلب. فإن لم يمكن وضعه على شقه الأيمن. فعلى ظهره مستقبلاً للقبلة بوجهه. فإن لم يمكن فعلى حسب الإمكان.

3 - أن يقول واضعه: بسم الله، وعلى سنة رسول الله، اللهم تقبله بأحسن قبول.

4 - يندب سدّ اللحد والشق بلبين - وهو الطوب النيء -، فإن لم يوجد، فبلوح من خشب، فإن لم يوجد فقرمود، فقصب، فأجر، فحجر، فتراب يلت بالماء ليتماسك، وهذا أولى من التابوت.

5 - يندب رفع القبر برمل وحجارة بمقدار شبر مسنماً لا مسطباً.

ما يحرم:

- يحرم التبول ونحوه على القبر.

- يحرم نبش القبر ما دام الميت فيه، لأنه حبس على الميت إلا لضرورة شرعية كدفن آخر معه، أو كضيق المسجد الجامع أو كان القبر في ملك الغير وأراد إخراجه، أو كفن بمال الغير بلا إذنه وأراد أخذه قبل تغييره، أو دفن معه مال من حلي وغيره. وإذا علم أن الأرض أكلته ولم يبق شيء من عظامه، فإنه ينبش، لكن للدفن أو اتخاذ محلها مسجداً، لا للزرع والبناء.

(1) أحكام القرطبي 6/144، والذخيرة م 1 ورقة 140.

(2) أخرجه مالك في الجنائز، باب ما جاء في دفن الميت. وابن ماجه في الجنائز، باب ما جاء في الشق عن ابن عباس.

(3) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في اللحد. والنسائي في الجنائز، باب اللحد والشق.

وأقل القبر ما منع رائحة الميت ومنعه من السباع. ولا حدّ لأكثره. ويندب عدم عمقه.

والميت بالبحر يُرْمَى فيه بعد غسله والصلاة عليه إذا لم يرج الوصول إلى البرّ قبل تغييره. فإن رجي ذلك وجب تأخيره للبرّ.

وإذا رمي في البحر فلا يثقل بحجر ونحوه، رجاء أن يأتي إلى البرّ فيدفنه أحد.

ما يجوز:

يجوز جمع أموات بقبر واحد لضرورة، ولو ذكورا وإناثاً أجنب. فإذا دفنوا في وقت واحد ولّي القبلة الأفضل فالأفضل. ويقدم الذكر على الأنثى.

وكذلك في الصلاة عليهم يلي الإمام أفضل رجل فالأفضل ثم الأطفال ثم النساء. فعن عثمان وعبد الله بن عمر وأبي هريرة أنهم كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء، فيجعلون الرجال مما يلي الإمام، والنساء مما يلي القبلة⁽¹⁾.

ما يكره:

1 - يكره تطيين القبر أي تلبيسه بالطين، أو تبييضه بالجير ونقشه بالحمرة أو الصفرة، للنهي الوارد عن ذلك.

2 - يكره البناء على القبر أو تحويزه إن كان بأرض مباحة بملك الميت أو غيره، من غير مباحة، وإلا حرم، روى سحنون: إن كانت القبور لتسوى بالأرض. وأنّ أبا زمعة البلوي صاحب رسول الله ﷺ أنه أمر أن يصنع ذلك بقبره إذا مات. قال سحنون: فهذه آثار في تسويتها، فكيف بمن يريد أن يبني عليها⁽²⁾.

3 - المشي على القبر إذا كان مسنماً وكان الطريق دونه. ولا يكره الدفن ليلاً لأن جماعة من الصحابة قد دفنوا ليلاً⁽³⁾.

مندوبات أخرى:

1 - يندب للناس تعزية أهل الميت. ويجوز أن يجلس الرجل للتعزية.

2 - يندب للجار تهيئة الطعام لهم، إلا إذا اجتمعوا على محرم، من لطم وندب ونياحة.

3 - يندب للمحتضر تحسين ظنّه بالله، فعن جابر بن عبد الله قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول قبل موته بثلاث: «لا يموت أحدكم إلا وهو يحسن الظن بالله»⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مالك في الجنائز، باب جامع الصلاة على الجنائز.

(2) المدونة الكبرى 1/170. (3) الإشراف 1/154.

(4) أخرجه مسلم في الجنة، باب الأمر بحسن الظنّ. وأبو داود في الجنائز، باب ما يستحبّ من حسن الظنّ بالله عند الموت.

4 - يندب للحاضر عنده تلقينه الشهادتين بلطف، بأن يقول عنده: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله. ولا يقول له - قُلْ -، ولا يلخ عليه، لأن الساعة ساعة ضيق وكره. ولا يكرز التلقين إن نطق بهما إلا إذا تكلم بكلام أجنبي عن الشهادتين، فيعاد تلقينه، ليكون آخر كلامه من الدنيا التكلم بهما. ودليل التلقين⁽¹⁾: قوله ﷺ «لقنوا موتاكم لا إله إلا الله»⁽²⁾.

5 - يندب استقباله للقبلة عند شخوصه ببصره على شقّه الأيمن، فإذا تعسر فعلى ظهره بحيث تكون رجلاه للقبلة.

6 - يندب تباعد الحائض والجنب والتمثال وآلة اللهور، لأن ملائكة الرحمة تنفر من ذلك.

7 - يندب إحضار طيب، كبخور وعود أو جاوى عند المختضر.

8 - يندب إحضار أحسن أهله خلقاً وخلقاً، وأحسن أصحابه ممن كان يحبهم.

9 - يندب تغميض عينيه وشدّ لحيته بعصابة إذا قضى وخرجت روحه.

10 - يندب رفعه بعد الموت عن الأرض وجعله على سرير ونحوه.

11 - ستره بثوب والإسراع بتجهيزه.

12 - يندب دعاء الحاضرين لأنفسهم وللميت - عند شخوص الميت - لأنه من أوقات الإجابة.

13 - يندب إحضار طيب كبخور وعود أو جاوى عند المختضر لأنّ الملائكة تحب ذلك.

14 - يندب في الغريق، ومن مات تحت هدم، ومن مات فجأة، عدم الإسراع بتجهيزهم ودفنهم. وإنما يؤخر بهم حتى تظهر أمارات التغير وتحقق موته، لاحتمال بقاء حياتهم.

15 - يندب زيارة القبور ليلاً أو نهاراً بلا حدّ. وذلك للإعتاظ.

ويتنفع الميت بما يتصدق به عليه من أكل أو شرب أو كسوة أو دينار ونحوه. وكذا يتنفع بالدعاء له بنحو: اللهم اغفر له. اللهم ارحمه. وهذا بالإجماع.

وأما الأعمال البدنية فلا ينتفع بها، كأن يهب له شخص ثواب صلاة أو صوم أو قراءة قرآن كالفاتحة. وقيل - وهو ضعيف - ينتفع بثواب ذلك. والله أعلم بحقيقة الحال.

الجلوس على القبر:

ويجوز الجلوس على المقابر والنوم عليها. ويؤيده:

(1) المعلم 483/1. والقبس 436/2.

(2) أخرجه مسلم في الجنائز، باب تلقين الموتى لا إله إلا الله.

ما رواه مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كان يتوسّد القبور ويضطجع عليها⁽¹⁾.
 أما ما روي عن النبي ﷺ من النهي عن الجلوس على المقابر، فإنه محمول على
 الجلوس عليها لقضاء الحاجة⁽²⁾. قال مالك: وإنما نُهي عن القعود على القبور، فيما
 نرى، للذاهب⁽³⁾.

ويؤيد هذا⁽⁴⁾:

قال عثمان بن حكيم أخذ بيدي خارجة فأجلسني على قبر، وأخبرني عن عمه
 زيد بن ثابت قال: إنما كره ذلك لمن أحدث عليه⁽⁵⁾.

قال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: ولهذا قدّم مالك البلاغ الذي عن
 علي ﷺ⁽⁶⁾.

وأما التبول ونحوه على القبر فحرام.

(1) الموطأ في الجنائز، باب الوقوف للجنائز والجلوس على المقابر.

(2) المتقى 24/2 وبداية المجتهد 314/1.

(3) الموطأ في الجنائز، باب الوقوف للجنائز والجلوس على المقابر.

(4) كشف المخطئ ص 142. وانظر المعلم 491/1.

(5) أخرجه البخاري معلقاً في الجنائز، باب الجريد على القبر. وقال العيني: وصله مسدّد في مسنده.

(عمدة القاري 183/8).

(6) كشف المغنّى ص 142.

المراجع والمصادر

- الأبي، أبو عبد الله. إكمال إكمال المعلم. مطبعة السعادة مصر.
- ابن إسحاق، خليل. متن الفقه مع الشرح الكبير. دار الفكر.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف. المتقى شرح الموطأ. دار الكتاب العربي.
- البغدادى، القاضي عبد الوهاب. الإشراف على مسائل الخلاف. مطبة الإرادة.
- التلمساني. مفتاح الوصول. دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- التنوخي، سحنون بن سعيد. المدونة الكبرى. دار الفكر لبنان.
- الدردير، أحمد. أقرب المسالك إلى فقه الإمام مالك. دار المعرفة بيروت.
- الدسوقي، محمد. حاشيته على الشرح الكبير. دار الفكر.
- ابن رشد الجند، أبو الوليد محمد. المقدمات. مطبعة السعادة مصر.
- البيان والتحصيل، النسخة المخطوطة بالمكتبة الوطنية تحت عدد 12101 البيان والتحصيل، النسخة المطبوعة دار الغرب الإسلامي بيروت.
- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد. بداية المجتهد، مكتبة الكليات الأزهرية مصر.
- الزرقاني محمد، شرح الموطأ. مكتبة الكليات الأزهرية. مصر.
- ابن شاس عبد الله، الجواهر الثمينة. مخطوطة بالمكتبة الوطنية تونس تحت عدد 13482 تونس.
- الصغير، أبو الحسن تقييد التهذيب. مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس تحت عدد 5895.
- الصاوي، أحمد. بلغة السالك لأقرب المسالك. دار المعرفة بيروت.
- ابن عبد البر، أبو عمرو. التمهيد. مطبعة فضالة. المغرب.
- الاستذكار. مطبعة فضالة. المغرب.
- ابن العربي، أبو بكر. أحكام القرآن. دار المعرفة بيروت، وعارضة الأحوذى، شرح صحيح الترمذي. دار الكتاب العربي. بيروت.
- ابن عرفة، أبو عبد الله محمد. تفسير سورتى الفاتحة والبقرة. تحقيق د. حسن المناعي. مركز البحوث بالكلية الزيتونية. تونس.
- ابن عاشور، محمد الطاهر. التحرير والتنوير. الدار التونسية للنشر.
- النظر الفسيح عند مضايق الأنظار في الجامع الصحيح. الدار العربية للكتاب تونس.
- كشف المغطى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ. الشركة التونسية للتوزيع.
- ابن الفرس، عبد المنعم. أحكام القرآن. مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس تحت عدد 4923.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد. أحكام القرآن. دار الكتاب العربي.
- القرافي، محمد بن إدريس. الذخيرة الجزء المطبوع مكتبة الكليات الأزهرية والجزء المخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس تحت عدد 5360.
- والطبعة الكاملة له دار الغرب الإسلامي.
- المازري، أبو عبد الله محمد. المعلم بفوائد مسلم. الدار التونسية للنشر.
- الونشريسي، أبو العباس أحمد. المعيار المعرب. دار الغرب الإسلامي بيروت.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
60	حكمه	5	مقدمة المؤلف
60	فضله		
60	شروط الوضوء		الطهارة
61	فرائض الوضوء	9	تعريفها لغة
72	سنن الوضوء	9	تعريفها شرعاً
77	مستحبات الوضوء	9	أقسام الطهارة
79	حكم ترك عضو من أعضاء الوضوء	9	طهارة الحدث
79	مكروهات الوضوء	10	طهارة الخبث
80	الوضوء المندوب	11	ما تكون به الطهارة
83	نواقض الوضوء	12	المياه المستثناة من تعريف المطلق
84	حكم السلس	12	المياه التي يشملها التعريف
92	مسائل فيما لا يجب منه الوضوء	14	سؤر الهرّ
96	ما يمنع الحدث الأصغر	14	سؤر السباع والحيوانات
98	المسح على الخفين	15	سؤر الكلب
101	شروطه	17	سؤر الخنزير
101	شروط الممسوح	20	حكم الماء المتغير أحد أوصافه
102	شروط الماسح	20	المياه المكروهة
103	مكروهات المسح	24	الأعيان الطاهرة
103	مبطلات المسح	30	الأعيان النجسة
104	مندوبات المسح	39	طهارة الخبث
104	صفة المسح	44	ما يعفى من النجاسة
104	الغسل	47	كيفية إزالة النجاسة
104	تعريفه	50	تطهير الإناء من ولوغ الكلب
105	حكمه		الصلاة في المقبرة والحمام والمجزرة
105	موجباته	50	والمزيلة
110	فرائض الغسل	51	الصلاة في المرايض والمعاطن والكنائس
112	سنن الغسل	53	حكم الرعاف
113	مستحبات الغسل	56	آداب قضاء الحاجة
114	نيابة الغسل عن الوضوء	59	الوضوء
		59	تعريفه

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
137	النفاس	114	ما يندب للجنب
138	ما يمنع الحيض والنفاس	115	موانع الجنابة
	الصلاة	117	التيمم
141	حكم الصلاة	117	تعريفه
142	الصلوات المفروضة	117	حكمة مشروعيته
142	حكم تارك الصلاة	118	شروطه
144	شروط الصلاة	119	أسباب التيمم
144	تعريف الشرط	122	أحكام الحاضر الصحيح الفاقد للماء ..
144	شروط الوجوب	125	أحكام المريض والمسافر الفاقد للماء ..
145	شروط الصحة	125	أحكام مشتركة بين أصناف التيممين ..
146	شروط الوجوب والصحة معاً	126	فرائض التيمم
147	وقت الصلاة	128	سنن التيمم
147	حكم معرفة الوقت	129	مندوبات التيمم
147	أقسام وقت الصلوات	129	نواقض التيمم
147	الوقت الاختياري للصلوات	129	فاقد الطهورين
147	صلاة الظهر	130	المسح على الجبيرة
149	صلاة العصر	131	أحكام المسح
151	صلاة المغرب	131	سقوط الجبيرة خارج الصلاة
154	صلاة العشاء	132	سقوطها في الصلاة
155	صلاة الصبح	132	حالة البرء
156	خفاء الوقت		سقوط الجبيرة عن صاحبها إذا كان
156	الوقت الأفضل لإيقاع الصلاة	132	إماماً أو مأموماً في الجمعة
160	الوقت الضروري للصلوات	132	الحيض والنفاس
160	إدراك ركعة في الضروري أو الاختياري	132	تعريف الحيض
161	أعذار التأخير إلى الوقت الضروري	132	أنواع الحيض
162	إدراك مشتركتي الوقت في الضروري	133	كيفية خروجه
164	الأوقات التي يحرم فيها النفل	133	أقل الحيض
167	الأوقات التي تكره فيها النافلة	134	أكثر الحيض
170	قضاء الصلاة	134	المبتدأة
174	ستر العورة	134	المعتادة
175	عورة الرجل المغلطة	135	الحامل
175	عورة المرأة المغلطة	136	أقل الطهر
176	العورة الواجب سترها عن النظر	136	الملففة
182	استقبال القبلة	136	المستحاضة
		137	علامة الطهر

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
246	الجامع	182	أنواع القبلات
248	واجبات الجمعة	182	استقبال عين الكعبة
248	السنن المؤكدة للجمعة	183	استقبال جهة الكعبة
250	المنذوبات المؤكدة للجمعة	183	الاجتهاد والتقليد في معرفة القبلة
253	ما يحرم يوم الجمعة	184	الصلاة في جوف الكعبة
256	ما يكره يوم الجمعة		المسافر يصلي لغير القبلة في النافلة
258	الأذان يوم الجمعة للصلاة	186	على الدابة
260	الصلوات غير المفروضة	188	الفرض والنفل في السفينة
268	السنن المؤكدة	188	الأذان
268	الوتر	188	تعريفه
272	سجود التلاوة	188	حكمه
	سجود الشكر وقراءة القرآن جماعة والجهر	190	ألفاظ الأذان
277	به في المسجد والتغني به	191	شروط صحة الأذان
281	صلاة العيدين	191	مندوبات الأذان
283	مندوباتها	193	ما يجوز في الأذان
285	مكروهاتها	194	تعدد الأذان في المسجد الواحد
286	خروج الإمام	194	اتخاذ الأجرة على الأذان
286	اجتماع عيد وجمعة	195	الإقامة
287	صلاة الكسوف	195	حكمها
289	صلاة الخسوف	196	فرائض الصلاة
289	صلاة الاستسقاء	206	سنن الصلاة
292	صلاة الجُمُع	210	مندوبات الصلاة
296	جمع التقديم	222	مكروهات الصلاة
297	جمع التأخير	232	مبطلات الصلاة
297	الجمع الصوري	236	صلاة المريض والعاجز
297	قصر الصلاة في السفر	238	صلاة الجمعة
300	شروط قصر الصلاة	238	حكمها
302	من لا يجوز له أن يقصر	239	وقتها
302	ما يقطع حكم القصر في السفر	241	شروط الجمعة
303	اقتداء المقيم بالمسافر والمسافر بالمقيم	241	شروط الوجوب
305	متى يبدأ القصر	242	الأعذار المبيحة للتخلف عن الجمعة
306	صلاة الخوف	243	شروط صحتها
308	صلاة الجماعة	243	الاستيطان
308	حكمها	244	الإمام
310	ما تدرك به الجماعة	245	الخطبتان

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
337	سجود السهو	310	شروط الإمام لصلاة الجماعة
340	حكم الشك	315	من تكره إمامته مطلقاً
343	حكم من كثر عليه السهو	316	من تجوز إمامته بلا كراهة
345	حكم ترك ركن	317	من يستحق التقديم للإمامة
347	فوات الركوع عن الإمام	317	وقوف المأموم مع إمامه
349	السهو عن الفاتحة	318	شروط اقتداء المأموم بالإمام
351	صلاة الجنائز وما يفعل بالمحتضر	320	متى تلزم النية على الإمام
351	الغسل	321	الصلاة أثناء إقامة صلاة الجماعة
352	من يقدم في الغسل	323	من يعيد الصلاة لأجر الجماعة
352	متى ينسقط الغسل ويعوض بالتيمم ..		حكم المساجد الثلاثة : المسجد الحرام
353	واجبات الغسل	324	والنبي والأقصى
353	مندوبات الغسل	324	إعادة الجماعة في مسجد واحد
354	مكروهات الغسل	325	مكروهات تتعلق بصلاة الجماعة
355	مستحبات الغسل	326	الجائزات في صلاة الجماعة
357	الصلاة على الميت	330	حكم المسبوق
361	متى يجب تغسيل الميت والصلاة عليه .	331	الإحرام خارج الصف
363	الصلاة على الغائب	332	سد الفرجة أثناء الصلاة
366	حمل الجنائز وتشيعها	332	الصلاة خلف الصف
367	الدفن والقبر	332	الشك في إدراك الركوع مع الإمام
369	مندوبات أخرى	333	الاستخلاف
370	الجلوس على القبر	333	تعريفه و-كمه
372	المراجع والمصادر	334	أسباب الاستخلاف
373	فهرس الموضوعات	335	شروط صحته
		336	حكم المسبوق عند الاستخلاف
			الأعمال التي تبطل صلاة الإمام ولا
		336	تبطل صلاة المأموم

الفقه المالكي

وأدلته

أبي حنيفة بن طاهر



مؤسسة المعارف
العلمية

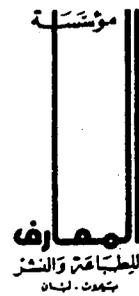
الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

لِلْحَبِيبِ بْنِ طَاهِرٍ

الجزء الثاني

الزكاة - الصوم - الحج



يطلب من مكتبة المعارف ص ب: 1761 / 11 بيروت - لبنان
- 01 / 653852 / 653857 - تلفاكس: email: maaref@cyberia.net.lb

الفقه المالكي
وآثاره

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف
بيروت - لبنان

الطبعة الخامسة
١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

ISBN 9953-434-33-6

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراني - ط 2
هاتف وفاكس : 00961-1-653852/00961-1-653857
المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة
هاتف وفاكس : 00961-1-640878
هاتف جوال : 227724-892210-205669 (00961-3-)
ص . ب 11/1761 - بيروت - لبنان
E-mail: maaref@cyberia.net.lb
WWW.al-maaref.com

الزكاة

تعريفها :

لغة: هي النموّ والزيادة. يقال: زكا الزرع، إذا نما وطاب وحسن، وزكت النفقة إذا نمت وبورك فيها⁽¹⁾. ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿أَقَلَّتْ نَفْسًا زَكِيَّةً بِغَيْرِ نَفْسٍ﴾ [الكهف: 74].
 وَيَرِدُ على هذا التعريف بأن الزكاة في الظاهر انتقاص من المال. وقد أجاب عن ذلك الإمام المازري بقوله: «وهو وإن كان نقصاً في الحال، فقد يفيد النموّ في المآل. ويزيد في صلاح الأموال»⁽²⁾.
 شرعاً: هي إخراج مال مخصوص، من مال مخصوص. بلغ نصاباً لمستحقه. إن تمّ الملك والحول.

حكمها :

الزكاة ركن من أركان الإسلام. وفرض عين، على كل من توفّرت فيه شروط وجوبها الآتية. وقد شرعت للمواساة. ودليل وجوبها:
 أ - قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [المزمل: 20]. وهذا أمر. وهو يدلّ على الوجوب⁽³⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: أمرت أن أقاتل الناس، حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأنّ محمداً رسول الله. ويقيموا الصلاة. ويؤتوا الزكاة. فإذا فعلوا ذلك، عصموا منّي دماءهم، وأموالهم، إلّا بحق الإسلام وحسابهم على الله⁽⁴⁾.
 ج - عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال: أعلمهم، أن الله افترض عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم، وتردّ على فقرائهم⁽⁵⁾.

(1) أحكام القرآن للقرطبي 1/ 343 والمقدمات ص 200 والمعلم بفوائد مسلم 5/ 2 والذخيرة 5/ 3.

(2) المعلم بفوائد مسلم 5/ 2. (3) المنتقى 90/ 2.

(4) أخرجه البخاري في الإيمان، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة. ومسلم في الإيمان باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله.

(5) أخرجه البخاري في الزكاة، باب وجوب الزكاة. ومسلم في الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.

شروط وجوب الزكاة:

1 - الحرية.

2 - الملك التام للنصاب: فلا تجب على غير المالك. كالغاصب والظلمة، إذا كان ما بأيديهم من أموال الناس، وكصاحب الوديعة، وهذان الشرطان عامان في أنواع الزكاة كلها.

3 - تمام الحول. ودليل اشتراطه⁽¹⁾:

أ - عن عليّ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ليس في مال زكاة، حتى يحول عليه الحول⁽²⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من استفاد مالا فلا زكاة عليه، حتى يحول عليه الحول عند ربّه⁽³⁾.

وهذا الشرط خاص بالماشية والعين، أما الحرث فتجب فيه الزكاة بطيبه. لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِمْ﴾ [الأنعام: 141].

وتجب في معدن العين، بإخراجه، وفي الركاز، في بعض أحواله، بوضع اليد عليه. كما سيأتي تفصيله.

وفي بيان حكمة اشتراط الحول، في الماشية والعين، دون الحرث، قال الإمام المازري: «فَهُمْ أَنْ ضَرَبَ الْحَوْلَ فِي الْعَيْنِ وَالْمَاشِيَةِ، عَدَلَ بَيْنَ أَرْبَابِ الْأَمْوَالِ وَالْمَسَاكِينِ، لِأَنَّهُ أَمَدٌ، الْغَالِبُ فِيهِ حَصُولُ النَّمَاءِ فِيهِ، وَلَا يَجْحَفُ بِالْفُقَرَاءِ الصَّبْرَ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا الْمَعْنَى لَمْ يَكُنْ فِي الثَّمْرِ وَالْحَبِّ حَوْلٌ. لِأَنَّ الْغَرَضَ الْمَقْصُودَ مِنْهُ النَّمَاءُ. وَالنَّمَاءُ يَحْصُلُ عِنْدَ حَصُولِهِ»⁽⁴⁾.

4 - بلوغ النصاب: ووجه تحديد النُصْب في الأموال المزكاة أن الزكاة شرعت للمواساة، والمواساة إنما تكون فيما له بال من الأموال، فكأن الشرع لم ير فيما دون النصاب ما يحمل على طلب المواساة⁽⁵⁾. ودليل اشتراط النصاب⁽⁶⁾:

أ - عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ليس فيما دون خمس ذؤد صدقة من الإبل، وليس فيما دون خمس أواق صدقة، وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة. رواه البخاري⁽⁷⁾. وفي رواية الموطأ⁽⁸⁾: ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر

(1) أحكام القرطبي 124/8 والذخيرة م 1 ورقة 158 والمقدمات 207.

(2) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة.

(3) أخرجه الترمذي في الزكاة، باب ما جاء لا زكاة على المال المستفاد حتى يحول عليه الحول.

(4) المعلم 9/2. (5) المعلم 5/2.

(6) أحكام القرطبي 124/8 والمقدمات 207.

(7) كتاب الزكاة، باب زكاة الورق. وأخرجه مسلم في الزكاة.

(8) كتاب الزكاة، باب ماتجب فيه الزكاة. وأخرجه البخاري في الزكاة، باب ليس فيما دون خمس ذؤد صدقة.

صدقة، وليس فيما دون خمس أواقي من الورق صدقة، وليس فيما دون خمسة ذؤود من الإبل صدقة.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن النبي ﷺ قال: ليس في أقلّ من خمس ذؤود شيء، ولا في أقلّ من أربعين من الغنم شيء، ولا في أقلّ من ثلاثين من البقر شيء، ولا في أقلّ من عشرين مثقالاً من الذهب، ولا في أقلّ من مائتي درهم شيء⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بهذين الحديثين، أنّ تعليق الزكاة بالنصاب المذكور، يدلّ على أن لا زكاة في أقلّ منه، وتحديد النصب فيهما تقييد لما ورد مطلقاً في أحاديث أخرى، والمطلق يُردّ إلى المقيد⁽²⁾.

5 - وصول الساعي إلى محلّ الماشية. وهو شرط خاص بالماشية. وهذا إذا كان هنالك ساع، فإن لم يوجد ساع، أو تعذّر وصوله، فإنّ الزكاة تجب بتمام الحول.

6 - عدم الدين: وهو شرط خاص بالعين. ودليل اشتراط عدم الدين⁽³⁾:

أ - عن السائب بن يزيد أن عثمان بن عفان كان يقول: هذا شهر زكاتكم، فمن كان عليه دين فليؤد دينه، حتى تحصل أموالكم، فتؤدّون منها الزكاة⁽⁴⁾.

ب - إجماع الصحابة. فإنهم كانوا متوافرين، ساكتين، ومسلمين لقول عثمان. فدلّ ذلك على إجماعهم⁽⁵⁾.

ولا يشترط التكليف لوجوب الزكاة، بل تجب على الصبي والمجنون. والدليل:

أ - عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، أنه قال: كانت عائشة رضي الله عنها تليني وأخاً لي يتيمين في حجرها. فكانت تخرج من أموالنا الزكاة⁽⁶⁾.

ب - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: اتجروا في أموال اليتامى، لا تأكلها الزكاة⁽⁷⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: 103]. وجه الاستدلال، أن الآية عامة في المكلف وغيره، في الذكر وغيره، ولم يدل دليل على التخصيص، لا من القرآن ولا من السنة⁽⁸⁾.

(1) أخرجه الدارقطني في الزكاة، باب وجوب زكاة الذهب والورق والماشية والثمار والحبوب.

(2) إكمال إكمال المعلم. (3) المقدمات ص 207.

(4) أخرجه مالك في الزكاة، باب الزكاة في الدين.

(5) المقدمات ص 207.

(6) أخرجه مالك في الزكاة. باب زكاة أموال اليتامى.

(7) أخرجه مالك في الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى.

(8) المقدمات ص 209 والإشراف 168/1 والمعلم 9/2.

د - عن ابن عباس رضي الله عنه، أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن، فقال له: أعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم، وتردّ على فقرائهم. فإذا أطاعوك بها، فخذ منهم. وتوقّ كرائم أموال الناس⁽¹⁾. ووجه الدليل: أن الضمير في قوله: «أغنيائهم» عام في كل غني. فيقتضي أن تؤخذ الزكاة من كل غني⁽²⁾.

هـ - القياس على البالغ⁽³⁾.

و - أن الزكاة من خطاب الوضع. وليس من خطاب التكليف⁽⁴⁾. وخطاب الوضع، هو ما اقتضى وضع شيء سبباً لشيء، أو شرطاً له، أو مانعاً منه. وخطاب التكليف، هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخييره بين الفعل والكف عنه. قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: «لما كانت الزكاة حق المال، وكان التصرف في مال الصغير موكولاً، بحكم الشريعة، إلى وليه، خالف حكم الزكاة بقية أحكام خطاب التكليف؛ فلم يعف من وجوبها مال الصغير. لأن سبب اشتراط البلوغ في خطاب التكليف هو أن خطاب التكليف، ما عدا الزكاة، أعمال يقوم بها المكلف. ولا تكليف مع الصبا. فأما الزكاة، فهي عمل في المال، لا في البدن، فأعطيت حكم خطاب الوضع في وجوبها في مال الصغير.

وأنّ الزكاة إنما وضعها الشرع في عداد خطاب التكليف، تنويهاً بشأنها. وأنها جديدة بأن توضع في عداد خطاب الوضع. فلا شبهة في إيجابها في مال الصبي. على أنّ حكمة مشروعيتها كانت تتعلّق في أموال كثيرة، لكثرة أموال اليتامى، فيحرم الفقراء، وأهل مصارف الزكاة، من حق كثير، في غنى واسع. ولذلك مضى عمل الصحابة ومن بعدهم، على إخراج الزكاة في مال اليتامى. وبذلك أخذ جمهور أئمة الفقه. وخالف أبو حنيفة فأسقطها عن مال اليتيم، تغليهاً لجانب معنى خطاب التكليف⁽⁵⁾.

والمخاطب بإخراجها عنهما - أي الصبي والمجنون - هو وليهما. فإن خاف الولي غمراً، بعد أن يكبر الصبي، رفع الولي الأمر للحاكم المالكي، ليحكم له بلزوم الزكاة، فلا ينفع المجنون والصبي بعد ذلك مذهب أبي حنيفة، القائل بعدم وجوبها عليهما. لأنّ الحكم الأوّل يرفع الخلاف.



أنواع الزكاة

أنواع الزكاة ثلاثة: زكاة النعم، والحرث، والعين، فعن مالك أنه بلغه «أنّ عمر بن

(1) سبق تخريجه.

(2) المنتقى 2/ 110 والمعلم 2/ 9 والمقدمات ص 209 والعارضة 3/ 136.

(3) مفتاح الوصول ص 115.

(4) الذخيرة 1م ورقة 162.

(5) كشف المغطى ص 151.

عبد العزيز كتب إلى عامله على دمشق في الصدقة: إنَّما الصدقة في الحرث والعين والماشية⁽¹⁾.

وقد وردت الأحاديث مبيّنة وجوب تعلق الزكاة بأعيان هذه المسميات في مقابلة النصوص المجملة. وعلة تشريع الزكاة في هذه الأموال، هي النمو الذي يحصل فيها.

زكاة النعم:

النعم التي تجب فيها الزكاة هي: الإبل والبقر والغنم.

ولا تجب فيما تولّد منها ومن وحش، كما لو ضربت فحول الطباء إناث الغنم، أو العكس مباشرة. أما بواسطة فإنه يجب فيها الزكاة. ولا تجب الزكاة في الخيل والبغال والحمير، والدليل⁽²⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ليس على المسلم في عبده، ولا في فرسه، صدقة⁽³⁾. قال القاضي عياض: فيه حجة للكافة، في أنه لا زكاة فيما اتخذ من ذلك للقتية، بخلاف ما اتخذ للتجارة⁽⁴⁾.

ب - عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق⁽⁵⁾.

ج - عن سليمان بن يسار أن أهل الشام قالوا لأبي عبيدة بن الجراح: خذ من خيلنا ورقيقنا صدقة. فأبى، ثم كتب إلى عمر بن الخطاب، فأبى عمر. ثم كلموه أيضاً. فكتب إلى عمر. فكتب إليه عمر، إن أحبوا فخذها منهم، واردها عليهم، وارزق رقيقهم⁽⁶⁾.

د - عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم أنه قال: جاء كتاب من عمر بن عبد العزيز إلى أبي وهو بمنى: أن لا تأخذ من العسل، ولا من الخيل، صدقة⁽⁷⁾.

هـ - إجماع أهل العلم، في البغال والحمير، على أنه لا زكاة فيها⁽⁸⁾.

و - قياس الخيل على البغال والحمير⁽⁹⁾.

(1) الموطأ: كتاب الزكاة، باب ما تجب فيه الزكاة.

(2) المقدمات ص 244 والتمهيد 215/4.

(3) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل. والبخاري في الزكاة، باب ليس على المسلم في عبده صدقة. ومسلم في الزكاة، باب لا زكاة على المسلم في عبده وفرسه.

(4) إكمال إكمال المعلم 3/113.

(5) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة والترمذي في الزكاة، باب ما جاء في زكاة الذهب والورق.

(6) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل.

(7) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل.

(8) المقدمات 244.

(9) المقدمات 244.

أما ما روي عن جابر قال: قال النبي ﷺ: في الخيل السائمة، في كلّ فرس دينار⁽¹⁾. فإنه غير صحيح⁽²⁾. ونقل البيهقي أنّ غورك بن الحصرم أحد الرواة ضعيف جداً. وتجب الزكاة في الماشية. سواء كانت عاملة في حرث وحمل، أو كانت مهملة، وسواء كانت معلوفة، أو كانت سائمة. والدليل:

أ - قوله ﷺ: في أربعين شاة، شاة⁽³⁾.

ب - قوله ﷺ: في خمس من الإبل، شاة⁽⁴⁾.

ووجه الدليل: أن قوله ﷺ مطلق في السائمة، وغير السائمة، وفي العاملة، وغيرها⁽⁵⁾.

أما قوله ﷺ: في سائمة الغنم، إذا بلغت أربعين إلى عشرين ومائة، شاة⁽⁶⁾. وقوله ﷺ: في كل سائمة إبل، في أربعين، بنت لبون⁽⁷⁾. فإنّ ذلك يقتضي بدليل الخطاب، أن لا زكاة في غير السائمة. والجواب عنه:

أ - أنّ تخصيص السائمة بالذكر، خرج مخرج الغائب. وغالب الأنعام السوم، لاسيما في الحجاز، فلا يكون في الحديشين حجة على خصوص الزكاة في السائمة⁽⁸⁾.
ب - أنّ العموم أقوى من دليل الخطاب⁽⁹⁾.

ج - أنّ المنطوق مقدم على دليل الخطاب. والأحاديث المتقدمة عامة في منطوقها⁽¹⁰⁾.

د - انعقاد الإجماع على أنّ كثرة المؤونة لا تؤثر في إسقاط الزكاة، بل تؤثر في تنقيصها فقط⁽¹¹⁾.

النصاب في الماشية:

تجب زكاة الماشية بتمام النصاب فيها. سواء كان تمام النصاب بنفسه أو بنتاج، مثل أن يكون لأحد، من النوق أو من البقر أو من الغنم، ما دون النصاب، فتتجت عند الحول، أو عند مجيء الساعي، ما كمل النصاب، فإنّ الزكاة تجب.

(1) أخرجه البيهقي في الزكاة، باب من رأى في الخيل صدقة.

(2) عارضة الأحوذى 3/102. والذخيرة 1/169.

(3) أخرجه أبو داود عن الزهري عن سالم عن أبيه في الزكاة، باب في زكاة السائمة، والترمذي في الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم.

(4) نفس التخريج السابق. (5) المنتقى 2/136. بداية المجتهد 1/326.

(6) أخرجه مالك في الزكاة، باب صدقة الماشية. وأبو داود في الزكاة، باب زكاة السائمة.

(7) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة.

(8) الذخيرة م 1 ورقة 169. (9) بداية المجتهد 1/326.

(10) الذخيرة م 1 ورقة 169. (11) الذخيرة م 1 ورقة 169.

مجيء الساعي:

مجيء الساعي - إن وجد - شرط وجوب، كما تقدم. فلا تجب الزكاة قبل مجيئه. ولا تجزىء الزكاة إذا أخرجها قبل مجيئه، فهو أيضاً شرط صحة، والفرق بين الماشية، لا يجزىء تقديمها عن مجيء الساعي، وبين زكاة العين، يجزىء تقديمها على الحول بزمن كالشهر - كما سيأتي -؛ أن التقديم في زكاة العين رخصة، لاحتياج الفقراء إليها دائماً، مع عدم المانع. بينما تقديمها قبل وصول الساعي، فيه إبطال لأمر الإمام الذي عينه لجبي الزكاة على نهج الشريعة.

ودليل وجوب دفع الزكاة إلى الإمام أو من ينوبه قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: 103]. وفي إيجاب الأخذ دليل على إيجاب الدفع. ولأن الزكاة تصرف إلى أقوام بأوصاف، فوجب أن يتولى الإمام تفريقها⁽¹⁾.

ومحلّ عدم الإجزاء: إذا أخرجها صاحبها قبل مجيء الساعي، إذا لم يتخلف. فإن تخلف الساعي جاز إخراجها.

وإن لم يوجد ساع، فإنّ زكاة الماشية تجب بمرور الحول.

وإذا كان الإمام جائراً في صرفها، بحيث لا يصرفها على نهج الشريعة، فإنّ مجيء الساعي، لا يكون شرطاً. بل لا يجب إعطاؤها له، فإن أكره الناس عليها أجزأت.

ولا يجب على الساعي الدعاء لمن أخذ منهم الصدقة. لأنه ﷺ والخلفاء من بعده، لم يكونوا يأمرّون السعاة بذلك. وأمّا قوله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ﴾ فإنّ خاص به ﷺ⁽²⁾.

حكم الوارث للماشية:

يستقبل الوارث للماشية الحول بعد موت صاحبها، وقبل مجيء الساعي، ولو بعد تمام الحول؛ لأنه مَلَكَهَا قبل أن تجب على المورث، وهذا ما لم يكن عند الوارث نصاب، وإلا ضمّ ما ورثه له وزكّى الجميع.

وإذا أوصى رب الماشية بالزكاة، ومات بعد حولها وقبل مجيء الساعي، فإنه لا يبدأ بالزكاة على ما يخرج قبل الوصايا من الثلث، كفك الأسر، وصدّاق المريض؛ بل تكون في مرتبة الوصايا بالمال، يقدّم عليها فكّ الأسير وما معه. وعلى الورثة أن يصرفوها للمساكين الذين تحل لهم الصدقة. وليس للساعي قبضها، لأنها لم تجب على الميت، وكأنه مات قبل حولها، إذ حولها مجيء الساعي بعد عام مضى.

ولا تجب الزكاة فيما ذبح أو بيع، قبل مجيء الساعي، إذا لم يقصد الفرار من الزكاة، وتجب الزكاة فيما ذبح أو بيع، بعد مجيء الساعي، بغير قصد الفرار من

الزكاة. فإن قصد الفرار أخذت منه مطلقاً - أي فيما ذبح أو بيع قبل مجيء الساعي وبعده - .

وتجب الزكاة من رأس المال، إن مات صاحبها بعد مجيء الساعي، أي يأخذها الساعي قبل قسمة التركة؛ وتُقدّم على مؤن التجهيز من رأس المال، لوجوبها فيه؛ بخلاف ما لو مات قبله، فيستقبل الوارث الحول. فإن لم يوجد ساع، أخرجها الوارث من رأس المال، إن مات المورث بعد الحول.

أما إذا مات الماشية بعد مجيء الساعي، أو ضاعت بلا تفریط من صاحبها، فلا تجب الزكاة، لعدم اختياره في ذلك. بخلاف الذبح والبيع كما تقدم.

نصاب الإبل وما يجب فيه:

1 - إذا بلغت الإبل خمسة، ففيها شاة من الضأن، ذكراً أو أنثى. وإذا كان جلاً غنم البلد المعز، فإن الواجب الإخراج من المعز. فإن تطوّع بإخراج الضأن أجزاءه. لأنه الأصل والأفضل.

2 - وإذا بلغت عشرة، ففيها شاتان.

3 - وإذا بلغت خمسة عشر، ففيها ثلاث شياه.

4 - وإذا بلغت العشرين، ففيها أربع شياه.

5 - وإذا بلغت خمساً وعشرين، ففيها بنت مخاض من جنسها، وهي ما أوفت سنة ودخلت في الثانية. ولا يكفي ابن مخاض، ولا ابن لبون، إلا إذا عدت ابنة المخاض، فيكفي عندئذ ابن اللبون عن ابنة لبون. وليس فيما يؤخذ فيه الذكر عن الأنثى إلا ابن اللبون عن بنت المخاض.

6 - وإذا بلغت ستاً وثلاثين، ففيها بنت لبون، وهي ما أوفت سنتين ودخلت في الثالثة. فإذا انعدمت فيكفي حقة. ولا يجرى حق. والفرق بين ابن اللبون يجرى عن بنت المخاض، والحق لا يجرى عن بنت اللبون، أن ابن اللبون يمتنع من صغار السباع، ويرد الماء، ويرعى الشجر؛ فقابلت هذه الفضيلة، فضيلة الأنوثة التي في بنت المخاض. والحق ليس فيه ما يزيد عن بنت اللبون. فليس فيه ما يعادل فضيلة الأنوثة التي فيها.

7 - وإذا بلغت ستاً وأربعين ففيها حقة، وهي ما أوفت الثلاث سنين.

8 - وإذا بلغت إحدى وستين، ففيها جذعة. وهي ما أوفت أربع سنين ودخلت

في الخامسة.

9 - وإذا بلغت ستاً وسبعين، ففيها بنتاً لبون.

10 - وإذا بلغت إحدى وتسعين، ففيها حقتان.

11 - وإذا بلغت مائة وإحدى وعشرين، ففيها إما حقتان، أو ثلاث بنات لبون،

بالخيار في ذلك للساعي. ويتعين ما يوجد عند رب المال، من الحقتين أو ثلاث بنات لبون.

وإذا زاد العدد على مائة وتسعة وعشرين، ففي كل عشرة يتغير الواجب، ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة. فيكون في مائة وثلاثين حقة وبنتا لبون، وفي مائة وأربعين حقتان وبنت لبون، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق، وفي مائة وستين أربع بنات لبون، وفي مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون، وفي مائة وثمانين حقتان وبنتا لبون، وفي مائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون، وفي مائتين إما أربع حقاق أو خمس بنات لبون، والخيار للساعي، إلا إذا وجد عند صاحب المال أحد الأمرين فيتعين ما وجد. والدليل:

- عن مالك أنه قرأ كتاب عمر بن الخطاب في الصدقة قال: فوجدت فيه «بسم الله الرحمن الرحيم، كتاب الصدقة، في أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم، في كل خمس شاة. وفيما فوق ذلك إلى خمس وثلاثين، ابنة مخاض. فإن لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر. وفيما فوق ذلك إلى خمس وأربعين، ابنة لبون. وفيما فوق ذلك إلى ستين، حقة طروقة الفحل. وفيما فوق ذلك إلى خمس وسبعين، جذعة. وفيما فوق ذلك إلى تسعين، ابنتا لبون. وفيما فوق ذلك إلى عشرين ومائة، حقتان طروقتا الفحل. فما زاد على ذلك من الإبل، ففي كل أربعين ابنة لبون. وفي كل خمسين حقة»⁽¹⁾.

وكتاب عمر الذي تقدم، أصله عن النبي ﷺ. والدليل⁽²⁾: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كتب كتاب الصدقة. فلم يخرجها إلى عماله حتى قبض. فقرنه بسيفه. فلما قبض، عمل به أبو بكر رضي الله عنه حتى قبض، وعمر رضي الله عنه حتى قبض⁽³⁾.

ودليل⁽⁴⁾ تخيير الساعي بين أن يأخذ حقتين أو ثلاث بنات لبون، إذا بلغت الإبل مائة وإحدى وعشرين، مع أن كتاب عمر رضي الله عنه قد نصّ على أخذ حقتين؛ فلما روى ابن شهاب قال: هذه نسخة كتاب رسول الله ﷺ الذي كتبه في الصدقة. وهي عند آل عمر بن الخطاب، قال ابن شهاب: أقرأنيها سالم بن عبد الله بن عمر فوعيتها على وجهها، فذكر الحديث قال: فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون، حتى تبلغ تسعاً وعشرين ومائة. فإذا كانت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة⁽⁵⁾. قال ابن العربي: «وأما من قال: إنه مخير فلأن الخبرين صحّا جميعاً»⁽⁶⁾. وقال

(1) أخرجه مالك في الزكاة، باب صدقة الماشية. وأبو داود في الزكاة، باب زكاة السائمة. والترمذي في الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم.

(2) الإشراف 156/1 والمقدمات ص 247.

(3) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة. والترمذي في الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم.

(4) الإشراف 156/1، وبداية المجتهد 339/1 والعارضه 108/3.

(5) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة.

(6) العارضة 108/3.

الحفيد ابن رشد: «وأما تخيير مالك الساعي فكانه جمع بين الأثرين»⁽¹⁾.

ودليل عدم رجوع الفريضة إلى أولها إذا بلغت مائة وإحدى وعشرين، فلما تقدم في كتاب الصدقة قوله: «فما زاد على ذلك من الإبل ففي كل أربعين ابنة لبون. وفي كل خمسين حقة».

أما ما روي أنه إذا زادت على مائة وعشرين فإن الفريضة تستأنف، فإنه لا يصح من رواية علي. أما الرواية عن عمرو بن حزم فإنها مرجوحة بعمل الخلفاء⁽²⁾، كما تقدم من حديث ابن عمر.

نصاب البقر وما يجب فيه:

- 1- في كل ثلاثين تبيع. وهو ما أوفى سنتين ودخل في الثالثة.
- 2- وفي كل أربعين، بقرة مسنة - أنثى -، دخلت في السنة الرابعة.
- 3- وفي الستين تبيعان.
- 4- وفي السبعين مسنة وتبيع.
- 5- وفي الثمانين مستتان.
- 6- وفي التسعين ثلاثة أتبعه.
- 7- وفي المائة مسنة وتبيعان.
- 8- وفي المائة وعشرة مستتان وتبيع.
- 9- وفي المائة وعشرين، يخير الساعي بين أربعة أتبعه أو ثلاث مستات. والدليل:

- عن معاذ بن جبل أنه أخذ من ثلاثين بقرة تبيعاً. ومن أربعين بقرة مسنة. وأتى بما دون ذلك فأبى أن يأخذ منه شيئاً. وقال: لم أسمع عن رسول الله ﷺ فيه شيئاً حتى ألقاه فأسأله. فتوفي رسول الله ﷺ قبل أن يقدم معاذ بن جبل⁽³⁾.

والحديث وإن كان موقوفاً⁽⁴⁾، فإنه يدخل في حكم المسند⁽⁵⁾. فهو لما قال إنه لم يسمع من رسول الله ﷺ فيما دون الثلاثين، كان ذلك دليلاً على أنه قد سمع منه في الثلاثين والأربعين⁽⁶⁾.

ويضم الجاموس للبقر لأنها صنف واحد. ولا تجب الزكاة في بقر الوحش⁽⁷⁾.

(1) بداية المجتهد 1/339.

(2) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما جاء في صدقة البقر.

(3) الحديث الموقوف هو الحديث الذي أضيف إلى الصحابي قولاً كان أو فعلاً أو تقريراً.

(4) الحديث المسند هو الحديث المتصل الإسناد من الراوي إلى النبي ﷺ.

(5) المقدمات ص 245.

(6) الذخيرة 1م ورقة 169.

نصاب الغنم وما يجب فيه:

- 1 - في أربعين من الشياه، شاة - ذكراً أو أنثى - دخلت في الثانية. إلى مائة وعشرين.
- 2 - وفي مائة وإحدى وعشرين، شاتان - ذكراً أو أنثى - إلى مائتين.
- 3 - وفي مائتين وشاة، ثلاث شياه دخلت في السنة الثانية، إلى ثلاثمائة وتسعة وتسعين.
- 4 - وفي أربعمائة من الشياه، أربع شياه.
- 5 - ثم ففي كل مائة، شاة. ففي خمسمائة، خمس شياه. وفي ستمائة، ستة شياه، وهكذا. والدليل: كتاب عمر في الصدقة. وفيه: وفي سائمة الغنم، إذا بلغت أربعين إلى عشرين ومائة، شاة. وفيما فوق ذلك إلى مائتين، شاتان. وفيما فوق ذلك إلى ثلاثمائة، ثلاث شياه. وفيما زاد على ذلك، ففي كل مائة، شاة⁽¹⁾.

الضم في الماشية:

- تضم الإبل البخت - وهي إبل خراسانية ذات سنامين - إلى الإبل العراب ذات السنام الواحد؛ لأنهما صنفان مندرجان تحت نوع الإبل. فإذا اجتمع من الصنفين خمسة ففيها شاة.
- ويضم الجاموس للبقر، لأنهما صنف واحد. فإذا ملك أحد من كل خمسة عشر، وجب في الثلاثين تبع.
- ويضم الضأن للمعز، لأنهما صنفان مندرجان تحت نوع الغنم.
- وإذا ضم أحد الصنفين للآخر، فإن وجبت واحدة في الصنفين، وتساويا، فإنّ الساعي يخير في أخذها من أيهما؛ كخمس عشرة من الجواميس ومثلها من البقر؛ وكعشرين من الضأن ومثلها من المعز. فإنّ الساعي يأخذ من أي صنف شاء.
- ومحلّ التخيير إذا وجد السنّ الواجبة في الصنفين، أو إذا فقد منهما. أمّا إذا وجد الواجب في صنف واحد فإنه يتعيّن.
- وإذا لم يتساو الصنفان، كعشرين من البقر وعشرة من الجواميس وكثلاثين من الضأن، وعشرة من المعز، أو عكس ذلك، فإنّ الساعي يأخذ من الأكثر. لأن الحكم للغالب.
- وإذا وجب في الصنفين اثنتان، فإنّ الساعي يأخذ من كل صنف واحدة، إن تساويا؛ وكثلاثين من البقر ومثلها من الجواميس؛ وكاثنتين وستين من الضأن ومثلها من المعز؛ وكسنة وأربعين من البخت ومثلها من العراب؛ فإنّ الساعي يأخذ من كل صنف حقة.

(1) سبق تخريجه.

وإذا لم يتسأوَ الصنفان وكان الأقل نصاباً غير وقص، مثال ذلك مائة وعشرون ضأناً وأربعون معزاً، فالأقل وهو الأربعون - نصاب وغير وقص، لأنه هو الذي أوجب الثالثة - فتؤخذ منه واحدة ومن الأكثر واحدة. أي فلا تؤخذ الثانية من الأقل إلا بشرطين: الأول: كونه نصاباً أي لو انفرد لوجبت فيه الزكاة. الثاني: كونه غير وقص لإيجابه الثانية. فإن عدم الشرطان أو أحدهما فالثانية تؤخذ من الأكثر كالأولى. وإذا وجب في الصنفين ثلاث وتساوى الصنفان كمائة وواحدة ضأناً ومثلها معزاً فإن الساعي يأخذ من كل صنف واحدة ويخير في الثالثة.

فإن لم يتسأوَ الصنفان، فالحكم كالحكم السابق في الاثنتين؛ فإن كان الأقل نصاباً غير وقص أخذت منه، وأخذ الباقي من الأكثر. وإلا أخذ الجميع من الأكثر.

النسل والوقص في زكاة الماشية:

لا تجب الزكاة في وقص الماشية خاصة. والوقص هو ما بين الفريضتين.

وإذا كانت الماشية دون النصاب، ثم كمل بالنسل قبل الحول، فإن النسل يعدّ مع الأمهات. وكذلك إذا كانت الأمهات نصاباً فإن نسلها يعدّ معها. والدليل: «ما روي عن سفيان بن عبد الله أن عمر بن الخطاب بعثه مصدقاً. فكان يعدّ على الناس بالسخل فقالوا: أتعدّ علينا بالسخل ولا تأخذ منه شيئاً؟ فلما قدم على عمر بن الخطاب ذكر له ذلك فقال عمر: نعم تعدّ عليهم بالسخلة يحملها الراعي ولا تأخذها. ولا تأخذ الأكولة ولا الربى ولا المخاض ولا فحل الغنم. وتأخذ الجذعة والثنية. وذلك عدل بين غذاء الغنم وخياره»⁽¹⁾. والسخل يطلق على أولاد الضأن والمعز ساعة تولد. أما ما روي عن النبي ﷺ قوله: «ليس في السخال صدقة»⁽²⁾. فإنه حديث غير صحيح⁽³⁾.

إكمال النصاب بالإبدال:

من أبدل ماشيته ولو قبل الحول بيوم أو أقل، بنصاب من نوعها، فإنه يبني على حول المبدلة. سواء كانت المبدلة نصاباً، أو دون النصاب. وسواء كانت للتجارة أو للقنية. وسواء كان الإبدال اختيارياً أو اضطرارياً. مثال ذلك: من كان عنده أربعة من الإبل، فأبدلها بخمسة منها، ولو قبل الحول بيوم أو أقل؛ أو من كان عنده ثلاثون من الغنم، فأبدلها بأربعين منها؛ فإن الزكاة تجب لحول من يوم ملك الأصل.

وإذا أبدل الماشية بغير نوعها، كمن أبدل بقرأً بغنم فإنه يستقبل بها الحول مطلقاً؛ سواء كانت المبدلة نصاباً، أو دون النصاب؛ وسواء كانت للتجارة أو للقنية؛ وسواء كان البديل اختيارياً أو اضطرارياً. وهذا ما لم يقصد الفرار من الزكاة، وكان المبدل نصاباً كما سيأتي.

(1) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة.

(2) لم أقف عليه.

(3) عارضة الأحوذى 113/3.

وإذا أبدل الماشية بنصاب عين، فإن كانت للتجارة بنى على حول أصلها؛ سواء كانت المبدلة نصاباً، أو دون نصاب؛ وسواء كان البدل اختيارياً أو اضطرارياً. وأما إذا كانت للقتية وكانت نصاباً، فإنه يبني على حول أصلها كذلك؛ سواء كان البدل اختيارياً أو اضطرارياً. وأما إن كانت للقتية وكانت دون النصاب، فإنه يستقبل بالثمن الحول مطلقاً، سواء كان البدل اختيارياً أو اضطرارياً.

وإذا أبدل نصاب عين بماشية، فإنه يستقبل بالماشية الحول مطلقاً.

الإبدال فراراً من الزكاة:

من كان عنده نصاب من الماشية، سواء كانت للتجارة أو للقتية. فأبدله بعد الحول أو قبله بقليل - مثل شهر - بماشية أخرى من نوعها، أو من غير نوعها، فراراً من الزكاة، فلا يسقط عنه الإبدال زكاة المبدلة؛ بل يؤخذ بزكاتها، معاملة له بنقيض مقصده؛ سواء كان البدل نصاباً أو أقل من نصاب؛ وسواء أبدلها بعرض أو نقد. ولا يؤخذ بزكاة البدل، ولو كانت زكاته أكثر؛ لأن البدل لم تجب فيه الزكاة لعدم مرور الحول عليه. ويعلم فراره من الزكاة بإقراره أو بقرائن الأحوال. وكذلك الحال بالنسبة لمن ذبح ماشيته فراراً من الزكاة. وهذا مبني على أن الحيل لا تفيد في العبادات ولا في المعاملات.

ومن الحيل الباطلة أن يهب ماله أو بعضه، سواء كان ماشية أو غيرها، لولده قرب الحول، ليأتي عليه الحول ولا زكاة عليه. ثم ينتزعه منه بحكم الاعتصار⁽¹⁾. ويزعم أنه ابتداء ملكه من جديد. وقد يقع للزوج مع زوجته، ثم يقول لها ردي إلي ما وهبته لك، بقصد إسقاط الزكاة عنه، فتؤخذ منه ويجب عليه إخراجها. ولا يكون فراراً من الزكاة، من أبدل ماشيته قبل الحول بكثير - بأكثر من شهر - فإنه لا يؤخذ بزكاتها، ولو قامت القرائن على هروبه. وكذلك إذا كان لا يملك النصاب فإنه لا زكاة عليه إذا أبدلها.

من باع ماشيته ثم ردت عليه:

من باع ماشيته بعد أن مكثت عنده نصف حول مثلاً، سواء باعها بعرض أو عين أو بنوعها أو بمخالفها، فمكثت عند المشتري مدة، ثم ردت على بائعها بعيب أو فلس للمشتري أو فساد للبيع، فإنه يبني على حولها عنده، ولا يلغى الأيام التي مكثتها عند المشتري، ويزكي عنها كأنها لم تخرج عن ملكه، إلا إذا رجعت إليه بسبب إقالة؛ لأن الإقالة ابتداء بيع. وكذلك إذا رجعت بهبة أو صدقة. فإنه لا يبني بل يستقبل بها الحول.

(1) الاعتصار: رجوع الواهب في هبته.

الفائدة في الماشية:

المراد بالفائدة ما حدث من النعم بهبة، أو صدقة، أو شراء، أو دية. فمن كانت له ماشية وكانت نصاباً، ثم استفاد ماشية أخرى من نوعها، فإن الثانية تضم إلى الأولى وتزكى على حولها، أي حول الأولى؛ سواء كانت الاستفادة نصاباً أو لا؛ وسواء حصلت الاستفادة قبل كمال الحول للأولى، بكثير أو قليل ولو بيوم.

أما إذا كانت له ماشية دون النصاب ثم استفاد ماشية أخرى فإن الأولى تضم للثانية ويستقبل بهما حولاً، سواء كانت الاستفادة نصاباً أو دون النصاب، والحول يبدأ من وقت تمام النصاب بالفائدة.

الخلطة:

قال الإمام الباجي في تعريف الخلطاء شرعاً: «هو اسم شرعي واقع على الرجلين والجماعة. يكون لكل واحد منهم ماشية تجب فيها الزكاة، فيجمعونها للرفق في الراعي، وغير ذلك مما تحتاج إليه الماشية ولا بد لها منه، قلت أو شرت، وتجزىء منها لماشية جميعهم ما يجزىء ماشية أحدهم»⁽¹⁾. فكل واحد من الخلطاء يعرف ماشيته، لذلك فإن الخلطة غير الشركة. لأن الشركاء لا يعرف كل واحد منهم ماشيته بذواتها.

ودليل مشروعية الزكاة في الخلطة⁽²⁾، قوله ﷺ في كتاب الصدقة: «ولا يجمع بين مفترق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة. وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن التراجع بين الخليطين لا يصح إلا في الخلطة. أما الشريكان فليس يتصور بينهما تراجع، إذ المأخوذ في الزكاة هو من مال الشركة.

وحكم خلطاء الماشية المتحدة النوع، هو حكم المالك الواحد في الزكاة. ومثال ذلك، إذا كان لكل واحد من ثلاثة أشخاص أربعون من الغنم، فإنه يكون عليهم شاة واحدة، على كل واحد منهم ثلثها. فالخلطة أثرت في التخفيف، إذ لو كانوا متفرقين لكان على كل واحد شاة.

ومثال آخر، إذا كان لكل واحد من اثنين ست وثلاثون من الإبل، فعليهما جذعة، على كل واحد نصفها. فلو كانا متفرقين لكان على كل واحد بنت لبون. فأوجبت الخلطة التغيير في السن.

وقد توجب التثقيب كائنين، لكل واحد منهما مائة من الغنم وشاة؛ فيكون عليهما ثلاث شياه، ولولا الخلطة لكان على كل واحد منهما شاة، فالخلطة أوجبت الثالثة.

(1) المنتقى 2/136.

(2) المنتقى 2/136 وبداية المجتهد 1/344 والذخيرة م 1 ورقة 175.

(3) سبق تخريجه من رواية مالك وأبي داود والترمذي.

وإنما يكون الخلطاء كالمالك الواحد بشروط ثلاثة وهي:

1 - النية، وذلك بأن ينوي كل واحد من الخلطاء الخلطة.

2 - أن يكون كل واحد من الخلطاء ممن تجب عليه الزكاة؛ بأن يكون مسلماً، مالكاً للنصاب، وحال الحول على ماشيته. فإن كان الذي تجب عليه الزكاة أحد الخلطاء فقط، وجبت عليه وحده.

3 - الاجتماع في الأكثر من خمسة أمور وهي:

أ - المراح: وهو المحلّ الذي تقيل فيه الماشية، أو الذي تجتمع فيه آخر النهار، ثم تساق منه للمبيت.

ب - الماء: بأن تشرب الماشية من ماء واحد، مباح، أو مملوك للخلطاء، أو لأحدهم، ولا يمنع الآخرين.

ج - المبيت.

د - الراعي: سواء كان واحداً أو متعدداً، يرعى جميع الماشية، بإذن أصحاب الماشية.

هـ - الفحل: يضرب في الجميع بإذن أصحاب الماشية؛ سواء كان مشتركاً أو مختصاً بأحدهم؛ وسواء كان واحداً أو متعدداً، بأن يكون لكل ماشية فحل يضرب في الجميع.

وهذه الأمور الخمسة؛ سواء كان اجتماعهم عليها بملك للذات، أو للمنفعة، بإجارة أو إعارة، أو إباحة لعموم الناس، كنهْر، أو أرض موات.

ولا يحلّ لرب ماشية أن يفرّق غنمه عن خليطه، لثقل الصدقة؛ أو يجمعها لذلك؛ ولا للساعي أن يفرّق جملة الغنم المجتمعة لتكثر له الصدقة⁽¹⁾ لقوله ﷺ: «لا يجمع بين مفترق، ولا يفرّق بين مجتمع، خشية الصدقة»⁽²⁾. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه⁽³⁾. ولأن في ذلك ذريعة إلى سقوط الزكاة فوجب سدّها⁽⁴⁾.

وإذا أخذ الساعي من أحد الخلطاء ما يجب على جميعهم، رجع المأخوذ من ماشيته على البقية بنسبة عدد ما لكل منهم بالقيمة. أي قيمة المأخوذ وقت الأخذ، لا وقت الرجوع أو الحكم، مثال ذلك كما لو كان لأحد الخليطين أربعون من الغنم، وللآخر ثمانون، فإن أخذت الشاة من ذي الأربعين، رجع على صاحبه بثلاثي قيمتها يوم أخذها؛ وإن أخذت من ذي الثمانين، رجع بثلاث القيمة على ذي الأربعين. ولو كان

(1) العارضة 3/110.

(2) سبق تخريجه من رواية مالك وأبي داود والترمذي.

(3) الإشراف 1/166.

(4) الإشراف 1/166.

لكل واحد منهما أربعون فالتراجع بالنصف. والدليل على ما تقدم ما في كتاب عمر في الصدقة: «وما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»⁽¹⁾.

ما يؤخذ من الماشية:

يجب على الساعي أخذ الوسط من الواجب. فلا يأخذ من خيار الأموال، ولو انفرد؛ لتعلق حق أرباب الأموال، إلا أن يتطوعوا. ولا يأخذ من الشرار، لتعلق حق الفقراء، إلا أن يرى الساعي أخذ المعيبة أحظ للفقراء، إذا كانت أكثر لحماً أو أكثر ثمناً، بشرط أن تكون مستوفية للسنة الواجب شرعاً. ودليل ما تقدم⁽²⁾:

أ - قوله ﷺ في كتاب الصدقة: ولا يخرج من الصدقة تيس، ولا هرمة، ولا ذات عوار، إلا ما شاء المصدق⁽³⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: مرّ على عمر بن الخطاب بغنم من الصدقة، فرأى فيها شاة حافلاً ذات ضرع عظيم. فقال عمر: ما هذه الشاة؟ فقالوا: شاة من الصدقة. فقال عمر: «ما أعطى هذه أهلها وهم طائعون، لا تفتنوا الناس، لا تأخذوا حزرات المسلمين، نكّبوا عن الطعام»⁽⁴⁾. وحزرة المال: خياره.

ج - عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لمعاذ: «أعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم، وتردّ على فقرائهم. فإذا أطاعوك بها فخذ منهم وتوقّ كرائم أموال الناس»⁽⁵⁾.



زكاة الحرث

مقدار نصاب الحرث:

المقدار خمسة أوسق فأكثر من الحب. والوسق ستون صاعاً. والصاع أربعة أمداد، كل مدّ رطل وثلاث، وكل رطل مائة وثمانية وعشرون درهماً مكيّاً، وكل درهم خمسون وثماناً حبة من وسط الشعير.

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في تقدير النصاب بالكيل التونسي: «ونصاب الحبوب والثمار، خمسة أوسق فصاعداً. أعني ثلاثمائة صاع بصاع النبي ﷺ الذي قدره لبيترتان ونصف عشر الليتره. فمجموع النصاب يكون ستمائة وخمس عشرة ليتره»⁽⁶⁾. ودليل النصاب ما روي عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: ليس فيما دون

(1) سبق تخريجه من رواية مالك وأبي داود والترمذي.

(2) المنتقى 2/150.

(3) سبق تخريجه من رواية مالك وأبي داود والترمذي.

(4) أخرجه مالك في الزكاة، باب النهي عن التضييق على الناس في الصدقة.

(5) سبق تخريجه من رواية البخاري ومسلم. (6) مجلة الهداية العدد 1 السنة 3.

خمسة أوسق صدقة⁽¹⁾. وهذا الحديث خصص عموم⁽²⁾ قوله تعالى: ﴿وَمَا أَثَرًا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾، وقوله ﷺ: «فيما سقت السماء والأنهار والعيون أو كان بعلاً، العشر، وفيما سقي بالسواني أو النضح، نصف العشر»⁽³⁾.

الأصناف التي تجب فيها الزكاة:

من الحب:

1 - القطاني السبعة: وهي الحمص والفل واللوبيا والعدس والتمرس والجلبان والبسيلة.

2 - القمح. 3 - الشعير. 4 - السلت، وهو نوع من الشعير لا قشر له، يعرف عند المغاربة بشعير النبي ﷺ. 5 - العلس، وهو نوع من القمح تكون الحبتان منه في قشرة واحدة، يوجد باليمن. 6 - الذرة. 7 - الدخن⁽⁴⁾. 8 - الأرز.

والمعتبر في الأرز والعلس، أن يكونا بالقشر الذي يخزننا به كالشعير. فإذا كان فيهما النصاب بالقشر زكاهما، ولو كانا بعد التنقية أقل. وجملة أنواع الحبوب أربعة عشر نوعاً.

ذوات الزيوت: وهي الزيتون والسمس (وهو الجلجلان) والقرطم وحب الفجل الأحمر.

ومن الثمار: التمر والزبيب.

فمجموع الأصناف التي تجب فيها الزكاة من الحرث عشرون.

والأصل فيما ذكر: قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْثَرُهُمُ وَالزَّيْتُونَ وَالرُّمَانَ مَتَشَكِّبًا وَغَيْرَ مُتَشَكِّبٍ كُلًّا مِمَّنْ تَعْرِوهُ إِذَا أَثْمَرَ وَمَا أَثَرًا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُشْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ [الأنعام: 141].

فقد عدَّ الله تعالى أصول المزكى في الآية تنبيهاً على توابعها⁽⁵⁾. والأصول هي:

(1) سبق تخريجه.

(2) المعارضة 122/3 وإكمال الإكمال 110/3 وأحكام القرطي 107/7 بداية المجتهد 346/1.

(3) أخرجه أبو داود عن ابن عمر في الزكاة؛ باب صدقة الزرع، والنسائي في الزكاة، باب ما يوجب العشر وما يوجب نصف العشر. وأخرجه بلفظ «فيما سقت السماء والعيون، والبعل العشر. وفيما سقي بالنضح نصف العشر» مالك في الزكاة، باب زكاة ما يخرص من ثمار النخيل والأعناب. والبخاري في الزكاة، باب العشر فيما سقي من ماء السماء.

(4) يعرف عند العامة بالدرع.

(5) أحكام القرآن لابن العربي 762/2.

الكرم في قوله ﴿جَنَّاتٍ مَّعْرُوشَاتٍ وَعَيْرَ مَّعْرُوشَاتٍ﴾ والمعروشات: المرفوعات يقال: عرش الكرمة، إذا رفعها على أعمدة، ليكون نماؤها في ارتفاع، لا على وجه الأرض، لأن ذلك أجود لعينها⁽¹⁾.

وعد أيضاً النخل والزرع والزيتون. والعلة المشتركة بين هذه والتي يلحق بها من غيرها، هي الادخار للاقتيات⁽²⁾. فيخرج بها الرمان لأنه غير مقتات. وذكروا من أدلة الزكاة في الزيتون:

أ - قوله ﷺ: «فيما سقت السماء والعيون والبعل العشر»⁽³⁾. وهذا حديث عام، فيحمل على عمومه، إلا ما خصه الدليل⁽⁴⁾. والزيتون داخل في العموم.
ب - أن عمر رضي الله عنه أمر، لما فتح الشام، بأخذ الزكاة من الزيتون. ولم يخالفه أحد من الصحابة، فكان إجماعاً⁽⁵⁾.

ولا تجب في التين، والرمان، والتفاح، وسائر الفواكه، ولا في بزر الكتان، ولا في الجوز، واللوز والتوابل، كالفلفل، والكمون وغير ذلك من مصلحات الطعام، وكذلك لا زكاة في الخضروات والعسل. أما العسل فإنه لا زكاة فيه لدليلين:

أ - لما روي عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم أنه قال: جاء كتاب من عمر بن عبد العزيز إلى أبي، وهو بمنى، أن لا تأخذ من العسل، ولا من الخيل، صدقة⁽⁶⁾.

ب - القياس على اللبن، إذ كلاهما طعام يخرج من حيوان⁽⁷⁾.

أما الخضروات فوجه عدم الزكاة فيها:

أ - أن الزكاة إنما تتعلق بالمقتات المدخر لذلك، والخضروات ليست كذلك⁽⁸⁾.

ب - قوله ﷺ: ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة⁽⁹⁾. وهذا الحديث ينفي الصدقات في الخضروات، لأنها ليست مما يوسق⁽¹⁰⁾.

ج - نقل أهل المدينة⁽¹¹⁾، قال صاحب الإشراف: «لأن الخضر قد كانت على

(1) التحرير والتنوير 8/ 118.

(2) الذخيرة م 1 ورقة 165.

(3) سبق تخريجه.

(4) المتقى 2/ 163 والذخيرة م 1 ورقة 165.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 165.

(6) أخرجه مالك في الزكاة. باب ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل.

(7) الإشراف 1/ 173. (8) أحكام القرطبي 7/ 101.

(9) سبق تخريجه.

(10) أحكام القرطبي 7/ 101 وإكمال الإكمال 3/ 108 والمقدمات 201.

(11) المتقى 2/ 171 وأحكام ابن العربي 2/ 272 والذخيرة م 1 و 165.

عهد رسول الله ﷺ ، والأئمة بعده، فلم ينقل أنه طالبهم بزكاة عنها، ولو كان ذلك قد وقع لم يغفل نقله⁽¹⁾.

د - عن جابر رضي الله عنه أنه قال: ليس في المقاضي شيء، فقد كانت تكون عندنا المقنأة تخرج عشرة آلاف فلا يكون فيها شيء⁽²⁾. وفعل النبي ﷺ تخصيص لعموم الآية، ولعموم قوله ﷺ: فيما سقت السماء العشر⁽³⁾.

هـ - أن أمر الخضروات مما تعم به البلوى، ومن الأمور العامة التي تمس الحاجة إلى علمها، بحيث لا يخفى حكمها على أحد، لو كان فيها زكاة⁽⁴⁾.
و - القياس على الحطب⁽⁵⁾.

ولم أذكر في الأدلة ما يروى أن النبي ﷺ قال: ليست في الخضروات صدقة⁽⁶⁾. وروى بروايات مختلفة، وذلك لما ذكر الإمام الترمذي أن ليس يصح في هذا الباب عن النبي شيء، ولعدم اعتماد الفقهاء المالكيين عليه لاقتناعهم بضعفه، فقد ذكره القرطبي⁽⁷⁾ وذكر بعده مقالة الترمذي، ثم بين ضعف ما يعتمده أصحاب أبي حنيفة من أحاديث، في احتجاجهم بها لوجوب الزكاة في الخضروات، ثم قال: «وإذا سقط الاستدلال من جهة السنة، لضعف أسانيدها، فلم يبق إلا ما ذكرناه من تخصيص عموم الآية، وعموم قوله ﷺ: فيما سقت السماء العشر، بما ذكرناه⁽⁸⁾ أي يريد بفعل الرسول ﷺ أنه لم يأخذ منها الزكاة. كما ذكر القرافي⁽⁹⁾ الحديث، ثم قال: وضعف الترمذي إسناده.

أما الثمار والفواكه فوجه عدم الزكاة فيها:

أ - أنها لا تدخر للقوت.

ب - إجماع أهل المدينة، وعموم البلوى، كما تقدم في الخضروات، بأنه لو كان فيها زكاة لما خفي أمرها.

ج - قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: 141].

ووجه الاستدلال، أن الله تعالى أوجب الحق في الثمار، والحب، يوم الحصاد، لأن الحصاد إنما يراد للادخار، وإنما يدخر المرء ما يريد للقوت، فالادخار هو مظنة الغنى الموجب لإعطاء الزكاة، والحصاد مبدأ تلك المظنة⁽¹⁰⁾؛ بينما التين، والرمان، والتفاح، وسائر الفواكه، لا تحصد للادخار والقوت. وذهب جماعة من البغداديين

(1) الإشراف 1/ 173.

(2) أخرجه الدارقطني في الزكاة، باب ليس في الخضروات صدقة.

(3) أحكام القرطبي 7/ 101. (4) الإشراف 1/ 173.

(5) الإشراف 1/ 173.

(6) أخرجه الدارقطني في الزكاة، باب ليس في الخضروات صدقة.

(7) أحكام القرطبي 7/ 101. (8) أحكام القرطبي 7/ 101.

(9) الذخيرة 1م ورقة 165. (10) التحرير والتنوير 8/ 122.

وغيرهم من المالكين المغاربة أنّ التين تجب فيه الزكاة، وكانوا يفتون به، ويرونه مذهب مالك على أصوله، وهو مكييل⁽¹⁾. قال الإمام الباجي⁽²⁾: «فأما التين أضافه مالك - أي إلى ما لا زكاة فيه -، لأنه لم يكن يبده، وإنما كان يستعمل عندهم على معنى التفكه، لا على معنى القوت.. وإنه عندنا بالأندلس قوت؛ ويحتمل أصله في ذلك القولين: أحدهما أنه لا زكاة فيه، لأن الزكاة إنما شرعت فيما يقتات بالمدينة، ولم يكن التين يقتات بها، فلم يكن يتعلق به حكم الزكاة، وإن تعلق بالزبيب والتمر لما كانا مقتاتين بها. الثاني أنّ حكم الزكاة متعلق بالتين، قياساً على الزبيب والتمر، وإن لم يكن التين مقتاتاً بالمدينة». وقال ابن عبر البر⁽³⁾: «أظنه لم يعلم أنه يبس ويدخر ويقتات كالتمر والزبيب».

وخالف ابن حبيب في اللوز فقال: تجب فيه الزكاة، لأن العلة عنده هي الكيل والادخار في الحبوب والثمار، واللوز يكال⁽⁴⁾.

وخالف ابن العربي في الكلّ فقال بوجوب الزكاة في كل ما تخرجه الأرض، من حبوب، وبقول، وثمار، أي كما قال أبو حنيفة، أي في كل مأكول، قوتاً كان أو غيره⁽⁵⁾؛ وذلك حملاً للحديث على عمومته، في كل شيء، وهو قوله ﷺ: «فيما سقت السماء، والعيون، والبعل، العشر، وفيما سقي بالنضح، نصف العشر»⁽⁶⁾. وقال فيما ذكروا أنه لم ينقل عن النبي أخذه من الثمار والخضر: «وتحقيقه أنه عدم الدليل لا وجود دليل»⁽⁷⁾. وقال: «وأقوى المذاهب في هذه المسألة، مذهب أبي حنيفة، دليلاً، وأحوطها للمساكين، وأولاها قياماً، شكراً للنعمة»⁽⁸⁾.

والأصناف العشرون، تجب فيها الزكاة، ولو زرعت في أرض خراجية - وهي التي فتحت عنوة، كأرض الشام ومصر - وخراجها لا يسقط عنها الزكاة، وغير الخراجية، وهي أرض الصلح التي أسلم أهلها، وأرض الموات كالجبال والبراري.

المقدار الواجب إخراجه:

يجب إخراج نصف العشر، إن سقي الزرع بألة، كالسواقي، والدواليب، والدلاء. والعشر، إن سقي بالمطر، والعيون، أو السبخ. والدليل⁽⁹⁾:

أ - عن بسر بن سعيد أن رسول الله ﷺ قال: فيما سقت السماء، والعيون

(1) الكافي 314/1 وشرح الزرقاني على الموطأ 370/1.

(2) المنتقى 171/2.

(3) أحكام القرطبي 103/7 وشرح الزرقاني على الموطأ 370/1.

(4) الذخيرة م 1 ورقة 165. (5) أحكام ابن العربي 762/2.

(6) سبق تخريجه. (7) أحكام ابن العربي 762/2.

(8) العارضة 135/3. (9) أحكام القرطبي 109/7.

والبعل، العشر، وفيما سقي بالنضح، نصف العشر⁽¹⁾.

ب - عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: فيما سقت السماء، والأنهار، والعيون، أو كان بعلًا، العشر. وفيما سقي بالسواني، أو النضح، نصف العشر⁽²⁾.

السواني جمع سانية، وهو البعير الذي يرفع به الماء من البئر. والنضح: ما سقي بالدلو، وأصل النضح الرش⁽³⁾.

ج - روى مسلم عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال: فيما سقت الأنهار، والغيم، العشور. وفيما سقي بالسانية، نصف العشور⁽⁴⁾.

د - روى ابن ماجه عن معاذ قوله: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فأمرني أن آخذ مما سقت السماء، وما سقي بعلًا، العشر. وما سقي بالدوالي، نصف العشر⁽⁵⁾.

ويجب العشر بالسيح، ولو اشتراه ممن نزل في أرضه، أو أنفق عليه، كأجرة، أو عمل، حتى أوصله من أرض مباحة إلى أرضه، فعليه العشر، فلا ينزل الشراء أو الإنفاق منزلة الآلة، لخفة المؤونة غالباً. ويدخل في هذا كذلك كل أنواع النفقات الأخرى، مثل أجور الحرائث، والحصاد، والدرس بالآلات الحديثة، وأجور جمع الثمار وأثمان التسميد، والأدوية؛ فلا تخصص هذه النفقات من المحصول، كما لا تنقص المقدار الواجب من العشر إلى نصف العشر. وأوجه ذلك:

1 - أن الله تعالى جعل الزكاة حق الزرع، فكلما حصل النصاب الذي تجب فيه الزكاة في الحرث، وجب زكاته. فالزكاة واجبة في عين الثمرة، دون اعتبار ما على صاحبها من ديون، لأن الدين كما هو مقرر لا يسقط زكاة الحرث والماشية والمعدن، لتعلق الزكاة بأعيانها.

2 - أن المال الذي أنفقه، لو بقي بيده، لوجب فيه الزكاة بشروطها.

3 - أن الشرع قدر الحرج الواقع على صاحب الحرث فرفعه عنه، وذلك بتقليل الواجب، فنزل به إلى نصف العشر، وصرح بعلّة هذا التقليل، وهي تكلف مؤنة السقي بآلة؛ فيجب الوقوف عند تحديدات النصوص؛ فلا يقاس على مؤنة الماء مؤنة التسميد مثلاً، للفارق بينهما، إذ الماء يتوقف عليه وجود الثمرة، والأسمدة لا يتوقف عليها وجود الثمرة بل هي تزيد في نمائها.

وأسوق الآن فتوى شيخ الإسلام محمد الطاهر بن عاشور، عن سؤال ورد عليه

(1) سبق تخريجه.

(2) سبق تخريجه.

(3) إكمال إكمال المعلم 112/3.

(4) كتاب الزكاة، باب ما فيه العشر أو نصف العشر.

(5) أخرجه ابن ماجه في الزكاة، باب ما يجب فيه الزكاة من الأموال والنسائي في الزكاة، باب ما يوجب العشر وما يوجب نصف العشر.

سنة 1935م. ونصّ السؤال: هل تطرح مصاريف الأرض، كالفسفاط وآلة الدرس ومناب الوقاف؟ أو بدون مراعاة شيء من المصاريف؟ والمراد: هل يطرح ذلك كما يطرح الدين؟ أو هل ينقله إلى نصف العشر مثل السقي بالآلات؟

فأجاب رحمه الله بما يلي: «إن المنصوص في السنة الصحيحة، والذي أخذ به أئمة فقهاء الأمصار، أن لا ينقص المقدار الواجب في زكاة الحبوب، والثمار، عن العشر إلى نصف العشر، إلا فيما سقي بالدواليب والنواعر ونحوها، مما فيه نفقة على جلب الماء للسقي. وأما التسميد بالفسفاط أو غيره، وكذلك الحرت والدرس بالآلات التي تستدعي نفقات، فالظاهر أن ذلك لا يوجب النقص عن العشر، لأن تسميد الأرض واستعمال الآلات الحديثة للدرس والحصد، لا يتوقف عليه حصول الحب أو الثمر، بل إنما يزيد به المقدار المتحصل منهما، أو يفيد الفلاح سرعة في استحصال نتائج فلاحته، بحيث يستطيع بيعها باكراً، والأمن عليها من العاهات، ومن التلاشي، وإعادة حرت أرضه باكراً، وذلك كله يستفيد منه الزارع أو الغارس، زيادة ثروة مثل التجارة. فيتعين الأداء على ذلك المتحصل، ولا وجه للنقص منه. فهو كالأداء على أرباح التجارة، لأنها أموال مستفادة. أما السقي فيتوقف عليه وجود الزرع والثمر، إذ لا يوجدان بدون ماء، فالماء مع الأرض هما الركنان لتكوين الزرع. قال تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ ﴿١٦﴾ أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ ﴿١٧﴾. ثم قال: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ الْمَاءَ الَّذِي تَشْرَبُونَ ﴿١٨﴾ أَأَنْتُمْ أَنْزَلْتُمُوهُ مِنَ السَّمَاءِ أَمْ نَحْنُ الْمُنزِلُونَ ﴿١٩﴾. وقال: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ ﴿٢٠﴾ أَأَنْزَلْنَاهُ سَفَافًا ﴿٢١﴾ فَالْبَلَاغُ فِيهَا جَبًّا ﴿٢٢﴾ وَصَبًّا وَوَقْبًا ﴿٢٣﴾ وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ﴿٢٤﴾. فجعل الأصل صب الماء وشق الأرض، وقال: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا ﴿٢٥﴾. وكان شأن الماء أن يجعل في الأرض بدون كلفة فهو ينزل عليها مطراً، أو ينساق إليها سيحاً، أو وادياً، فكان الإنفاق على جلب الماء للزرع أو الغرس يكلف صاحبه كلفاً غير معتادة في الغالب، فلذلك كان حرياً بالحط عن جالبه من المقدار الواجب أداءه في الزكاة.

وبهذا التقرير يظهر الفارق بين الماء المجلوب بالدواليب وبين التسميد بالفسفاط والخدمة بالآلات الجديدة، وهو فارق يمنع قياس هذه على تلك، وإن تساوى في أصل الكلفة والنفقة، وكذلك لا تطرح المصاريف كما يطرح الدين، لأن الدين لا يسقط زكاة الحبوب والثمار» مجلة الهداية⁽¹⁾.

وإذا سقي الحرت بالمطر وبالآلة معاً، ففي ذلك قولان مشهوران:

الأول: أنه يعتبر الأغلب، لأن الحكم للغالب.

الثاني: أنه يزكي ما سقي بالمطر على حكمه، ويزكي ما سقي بالآلة على

حكماً، سواء استوى السقي بكل منهما في الزمن أو في عدد السقيات، أم لا .
وعليه فإذا سقى بالآلة شهرين، وبالمطر شهر، أو سقى بالآلة أربع مرّات،
وبالمطر مرتين؛ فإنه يقسم الخارج إلى ثلاثة، لثلاث يخرج عنهما نصف العشر، وثالث
يخرج عنه العشر.

ضمّ الأصناف إلى بعضها:

تضمّ القطاني السبعة لبعضها بعضاً، فإن اجتمع من جميعها، أو من اثنين منها،
ما فيه النصاب، زكيت؛ لأنها جميعاً جنس واحد في الزكاة. أما في البيع فإنها أجناس
مختلفة، يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً، يداً بيد.

وتضمّ القمح، والسلت، والشعير، لبعضها؛ لأنها جنس واحد في الزكاة؛
وكذلك هي في البيع جنس واحد، فيحرم بيع بعضها ببعض مفاضلة.

والعَلْسُ والذرة والدخن والأرز، كلّ واحد منها جنس واحد، فلا يضم واحد
منها لآخر في الزكاة، وفي البيع أيضاً، فإن كمل كلّ واحد النصاب زكّى عنه، وإلا
فلا. قال الشيخ محمد الأخوة: «والتفرقة في هذه الأنواع الأربعة جرى على العرف
العام، من أنّ كلّ واحد منها لا يقوم مقام الآخر في الانتفاع به كقوت، وهذا غالب
بين الأقوام، ومن هنا يقال: العادة محكمة».

وذوات الزيوت الأربع، كذلك أجناس مختلفة، وهي الزيتون، والسّمسم، وبزر
الفجل الأحمر، والقرطم فلا يضم بعضها لبعض.

والزبيب بأصنافه جنس واحد في الزكاة والبيع؛ فإنها تضمّ لبعضها، ولا يضمّ
الزبيب إلى غيره. والتمر بأصنافه جنس واحد كذلك.

ويخرج في الأصناف المضمومة لبعضها من كل صنف بقدره. ويجزىء إخراج
الأعلى عن الأدنى لا العكس، كما يجزىء إخراج المساوي. والعبرة في كونه مساوياً
أو أعلى عرف المخرج. وإذا أخرج الأعلى عن الأدنى، فإنه يخرج بقدر مكيلة المخرج
عنه، لأنه عوض عنه، ولا يخرج عنه أقل من مكيلته، لثلاث يكون رجوعاً للقيمة، فيدخله
دوران الفضل من الجانبين وهو حرام.

والضابط في الضمّ هو اتفاق المنافع، فكل ما اتفقت منافعها فهي صنف واحد،
وإن اختلفت أسماؤها⁽¹⁾.

ما يخرج في زكاة الحرث⁽²⁾:

يتعين الإخراج من الحبّ، ويدخل فيه القطاني السبعة، والقمح، والشعير،

(1) بداية المجتهد 1/347.

(2) انظر أيضاً شرح الدردير على متن خليل مع حاشيته 1/447.

والسلت، والذرة، والدخن، والأرز، والعلس؛ وهذا بالنسبة لما شأنه الجفاف من الحبّ، سواء ترك حتى جفت بالفعل أم لا، وهذا الحكم يشمل التمر والزبيب كما سيأتي.

وذوات الزيوت الأربع، فيختلف حكمها، فالسمسم، والقرطم، وحبّ الفجل، فإنه يجوز الإخراج من زيتها، كما يجوز الإخراج من حبّها. أما الزيتون فلا بدّ من الإخراج من زيت، سواء عصره صاحبه أو أكله أو باعه، ولا يجزىء الإخراج من حبّه أو ثمنه أو قيمته، وهذا إذا أمكن معرفة قدر الزيت، ولو بالتحري أو بإخبار موثوق بإخباره، وإلا أخرج من قيمته إن أكله أو أهده أو تصدق به، أو من ثمنه إن باعه.

وهذا إن كان الزيتون له زيت، فإن لم يكن له زيت، كزيتون مصر، فإنه يخرج من ثمنه إن باعه، فإن لم يبعه أخرج من قيمته يوم طيبه، ولا يجزىء الإخراج من حبّه، أو الإخراج عنه زيتاً.

ويخرج الواجب من الزيت متى بلغ الحب نصاباً، وإن قل الزيت بعد العصر. وما لا يجفّ من العنب والرطب - كعنب مصر ورطبها - فحكمه الإخراج من ثمنه إذا بيع، فإن لم يبع، كأن أكل أو أهدي أو تصدق به، فيلزم الإخراج من قيمته يوم طيبه. ولا يجزىء الإخراج من حبّه، بأن يخرج عنه صاحبه تمراً أو زبيباً أو رطباً أو عنباً.

وأما ما شأنه الجفاف من العنب والرطب، بأن يتحوّل إلى زبيب وتمر - سواء جفّ بالفعل أم لا -، فلا بدّ من الإخراج من حبه، ولو أكله أو باعه رطباً - سواء باعه لمن يجفّفه أو لا -، وهذا ما لم يعجز عن تحريه إذا باعه، فإن عجز أخرج من ثمنه.

وما كان شأنه عدم اليبس من الحبوب، كالفول الأخضر والحمص الأخضر والشعير الأخضر وغيرها، كالمسقاوي الذي يسقى بالسواقي، فحكمه أن يخرج - دون تعيين - من ثمنه إن بيع، ومن قيمته إن لم يبع، بأن أكل أو أهدي ونحو ذلك؛ كما يجوز الإخراج عنه حباً يابساً بعد اعتبار جفافه.

فإن كان شأنه اليبس، فيتعين الإخراج من حبّه بعد اعتبار جفافه، وهو المعتمد. ويقدر الجفاف فيما شأنه الجفاف، كالفول والحمص، والشعير والقمح وغيرها، وكذا الرطب والعنب؛ وذلك إن أخذ شيء منها بعد الإفراك وقبل اليبس، للأكل أو البيع؛ وكذلك فيما شأنه عدم الجفاف - كعنب مصر ورطبها والفول المسقاوي - . ويقدر الجفاف بالتحريص، بأن يقال للذين شأنهم التحريص: ما قدر ما يتقصه هذا إذا جفّ؟ أو ما قدره بعد جفافه؟ فإذا قيل: الثلث مثلاً، اعتبر الباقي ليخرج منه الزكاة، ولو بالضم لغيره.

ويخرج الواجب من الحبّ، منقى من تبته وصوانه الذي لا يخزن به، كقشر الفول الأعلى.

زمن وجوب الزكاة في الحرث:

تجب الزكاة بإفراك الحب، أي ببداية طيبه، وبلوغه حد الأكل، واستغنائه عن السقي، ولو بقي في الأرض لتمام طيبه. وليس وقت الوجوب، اليبس أو الحصاد أو التصفية. أما قوله تعالى: ﴿وَأَثُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: 141]. فإن المراد بالإيتاء إخراج الحق يوم حصاده، ووقت الإخراج متأخر عن وقت الوجوب⁽¹⁾.

وفي النخل تجب الزكاة بطيب الثمر أي زهوه؛ وفي الكرم بظهور حلاوته.

ويحسب بعد الإفراك عند الكيل، كل ما أكل، أو وهب، أو تصدق به، أو استؤجر به الحصاد، إلا ما أكلته الدابة حال عملها؛ فإنه لا يحسب لمشقة التحرز منه؛ وينزل منزلة الآفات السماوية، ويحتمل لا يجب تكميمها لأنه يضرّ بها، كما أنه يعفى عن نجاستها حال درسها، فلا يغسل الحب من بولها النجس، أما إذا أكلته حال ربطها فإنه يحسب.

والوارث إذا ورث الزرع قبل طيبه، فإن كان ما ورثه من منابه نصاباً، زكاه؛ وإن كان أقل من نصاب لم يزكه، إلا أن يكون له زرع يضمه إليه. وسيأتي زيادة تفصيل لهذه المسألة آخر مبحث الحرث.

ولا تجب الزكاة على من أسلم بعد طيب زرعه؛ لأنه حال الطيب لم يكن مخاطباً بالزكاة، بخلاف ما لو أسلم قبله فعليه الزكاة. وهذه المسألة مبنية على قول ضعيف، وهو أن الكافر غير مخاطب بفروع الشريعة.

زكاة الأرض المستأجرة:

زكاة الأرض المستأجرة على المستأجر - أي صاحب الزرع -؛ لأن الزكاة حق في الزرع⁽²⁾؛ لقوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: 141]. ووجه الاستدلال من الآية أن الخطاب لأرباب الزرع⁽³⁾.

الخرص:

التخريص، هو التحزير، أي التقدير، ولا يكون إلا في التمر والعنب. ودليل الخرص⁽⁴⁾:

أ - أن رسول الله ﷺ كان يرسل عبد الله بن رواحة وغيره إلى خيبر فيخرص عليهم النخل⁽⁵⁾.

(1) حاشية الشرح الصغير 1/ 216 وأحكام ابن العربي 2/ 762.

(2) بداية المجتهد 1/ 319. (3) الإشراف 1/ 174.

(4) المتقى 2/ 159 وأحكام ابن العربي 2/ 763 والذخيرة 1م ورقة 168.

(5) أبو داود في الزكاة، باب من يخرص التمر.

ب - عن أبي حميد الساعدي قال: غزونا مع رسول الله ﷺ غزوة تبوك فلما جاء وادي القرى، إذا امرأة في حديقة لها، فقال النبي ﷺ لأصحابه: احرصوا، وحرص رسول الله ﷺ عشرة أوسق فقال لها: أحصي ما يخرج منها... فلما أتى وادي القرى قال للمرأة: كم جاءت حديقتك قالت: عشرة أوسق، حرص رسول الله ﷺ⁽¹⁾.

ج - عن عتاب بن أسيد قال: أمر رسول الله ﷺ أن يحرص العنب، كما يحرص النخل؛ وتؤخذ زكاته زبيياً، كما تؤخذ زكاة النخل تمرأ⁽²⁾.

قال الباجي: «ودليلنا من جهة المعنى، أنّ الزكاة تجب في هذه الثمار إذا بدا صلاحها؛ والعادة جارية بأن يأكل أهلها منها رطباً، وعنباً، وبيعون، ويعطون، ويتصرفون؛ فإن أبحننا ذلك لهم دون حرص، أتى على الثمرة فلم يبق للمساكين ما يزكى، إلا اليسير فيضّر ذلك بهم؛ وإن منعنا أرباب الأموال التصرف فيها قبل أن يبس، أضرّ بهم ذلك؛ فكان وجه العدل بين الفريقين أن يحرص الأموال، ثم يخلى بينها وبين أربابها ينتفعون بها، ويتصرفون فيها، يؤخذون بالزكاة بما تقرر عليهم في الخرص؛ فيصلون هم إلى الانتفاع بأموالهم على عادتهم، ويصل المساكين إلى حقهم من الزكاة»⁽³⁾.

وقد علّل القاضي عبد الوهاب بمثل هذا فقال: «لأن الضرورة تدعو إلى ذلك، لأن الزكاة تجب في الثمرة بيد صلاحها، وأداؤها يتأخر إلى حال التناهي، والعادة أن أرباب الأموال يأكلون ذلك رطباً، فلو تركناهم يتصرفون فيها من غير حرص، لأضرّ ذلك بالفقراء، وإن منعناهم أكلها والتصرف فيها أضرّ ذلك بهم؛ فكان الوجه الخرص للضرورة، ولأن فيها مراعاة للفريقين»⁽⁴⁾.

حكم الخرص:

يجب على الإمام أن يعيّن عارفاً لأصحاب التمور والعنب، يحرص عليهم؛ فإن لم يوجد، فعلى أصحابها أن يأتوا بعارف يحرص ما عندهم من التمر والعنب، لضبط ما تجب فيه الزكاة، سواء كان شأنها اليبس أم لا، كرطب وعنب مصر.

وقت الخرص:

وقت الخرص بعد الطيب، لا قبله. والدليل⁽⁵⁾: عن عائشة ؓ أن النبي ﷺ كان

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب حرص التمر. ومسلم في الفضائل، باب في معجزات النبي ﷺ.

(2) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في حرص العنب. والترمذي في الزكاة، باب ما جاء في الخرص.

(3) المتقى 2/159.

(4) الإشراف 1/172.

(5) الإشراف 1/172 وأحكام القرطبي 7/106.

يبعث عبد الله بن رواحة إلى يهود، فيخرس النخل حين يطيب، قبل أن يؤكل منه⁽¹⁾.

صور الخرص:

صورة الخرص، أن يخرس المخرص كل شجرة، من النخل أو العنب، على حدتها. ويكفي مخرص واحد إذا كان عدلاً عارفاً؛ لأنه حاكم، فيجوز أن يكون واحداً. والدليل⁽²⁾: حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة، أي وحده. وإذا تعدد المخرصون واختلفوا، فإنه يعتبر قول الأعراف منهم، سواء كان رأي الأقل أو الأكثر. وإذا استوتوا في المعرفة فإنه يجمع قولهم ويقسم على عددهم، وإذا زادت الثمرة على قول المخرص العارف، فالأرجح من تأويلين لقول مالك⁽³⁾ وجوب الإخراج عن ذلك الزائد، وأما غير العارف فلا يعتبر قوله، فيخرج عن الزائد وجوباً اتفاقاً.

وإذا أصابت الثمار جائحة بعد التخريس - من أكل طير أو جيش أو برد أو نحو ذلك - فإنه يزكى ما بقي، إن وجبت فيه الزكاة. وإلا فلا؛ لأن الخرص إنما يراد لمعرفة حق الفقراء، لا لتعلق الزكاة بالذمة⁽⁴⁾.

التخفيف في الخرص وعدمه:

فمن مالك أنه يحسب على الرجل ويستوفى عليه الكيل، ولا يترك له ما يأكله رطباً⁽⁵⁾. وعند الخرص لا يسقط الخارص ما يأكله الطير، وما يسقطه الريح، ونحو ذلك، تغليباً لحق الفقراء⁽⁶⁾. وذهب ابن العربي⁽⁷⁾ والباجي⁽⁸⁾ إلى أنه يخفف عن رب الثمرة. والدليل⁽⁹⁾.

أ - عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ قال: إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا الثلث فدعوا الربع⁽¹⁰⁾.

ب - عن جابر رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: احتاطوا لأهل الأموال، في الواطية والعاملة والنواب⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب من يخرس التمر.

(2) الإشراف 172/1 والمنتقى 160/2.

(3) شرح الدردير على مختصر خليل 454/1 وشرح عيش على مختصر خليل 38/1 وأقرب المسالك 217/1.

(4) الإشراف 173/1.

(5) عارضة الأحوذى 143/3 وبداية المجتهد 349/1.

(6) شرح الدردير على مختصر خليل 454/1 (7) العارضة 144/3.

(8) المنتقى 160/2 (9) العارضة 143/2.

(10) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في الخرص، والترمذي في الزكاة، باب ما جاء في الخرص.

(11) أخرجه البيهقي في الزكاة، باب من قال: يترك لرب الحائط قدر ما يأكل.

وعن عمر بن الخطاب أنه قال: خففوا على الناس في الخرص، فإنّ فيه العرية والوطية والأكلة⁽¹⁾.

ج - عن سهل بن أبي حثمة أن النبي ﷺ بعثه خارصاً فجاء رجل فقال: يا رسول الله إن أبا حثمة قد زاد علي في الخرص. فقال رسول الله ﷺ: إن ابن عمك يزعم أنك زدت عليه في الخرص. فقلت: يا رسول الله لقد تركت له قدر خرفة أهله، وما يطعمه المساكين. فقال ﷺ: قد زادك ابن عمك وأنصفك⁽²⁾.

قال الشيخ محمد الأحوة: «هذا القول غير المفتى به؛ لأن فيه إجحافاً بحق الفقير».

الجيد والرديء:

يؤخذ الواجب من أصناف التمر والعنب من الوسط، لا من الأعلى، ولا من الأدنى، ولا من كل نوع؛ للمشقة، إلا أن يتطوع المزكي بدفع الأعلى. وإذا أخرج من كل نوع منابه، أجزاء. أما إذا أخرج من الأدنى عن الأعلى، فلا يجزىء.

وإذا كان في التمر والعنب صنف أو صنفان، تعين الإخراج منه، أو منهما. وهذا بخلاف سائر الحبوب، فإنه يؤخذ من كل أصنافها بقدره، قلّ أو كثر. ولا يجزىء من الوسط. فإذا أخرج الأعلى أو المساوي أجزاء، وإلا فلا.

الميراث في الزرع⁽³⁾:

إذا مات صاحب الزرع أو الثمر قبل الإفراخ والطيب - أي وجوب الزكاة -، وكان المتروك نصاباً؛ فإنه إذا بلغت حصّة بعض الورثة نصاباً، دون البعض، فإنّ الزكاة تجب على من بلغت حصّته النصاب؛ أما من لم تبلغ حصّته النصاب فلا شيء عليه، إلا أن يكون له زرع يضمه له.

أما إذا مات المورث بعد الوجوب، فإنّ الزكاة تجب على كلّ وارث، حصل له نصاب أم لا، وهذا إذا كان مجموع التركة نصاباً؛ وذلك لتعلق الزكاة بالمورث قبل الموت.

وأما إذا كان المجموع أقلّ من نصاب، فلا زكاة فيه، ولا يضمّ الوارث ما خصّه منه لزرعه؛ لأنّ الزكاة على ملك المورث لا الوارث، فلا وجه للضمّ.

(1) أخرجه البيهقي في الزكاة، باب من قال: يترك لربّ الحائط قدر ما يأكل.

(2) أخرجه الدارقطني في الزكاة، باب في قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار.

(3) الشرح الكبير مع الحاشية 1/451.

بيع الزرع⁽¹⁾:

إذا باع صاحب الزرع زرعه بعد الإفراك والطيب، فإن الزكاة تجب عليه، ويصدق المشتري في مبلغ ما حصل في الزرع، إن كان مأموناً، وإلا تحرى البائع قدره. فإن كان البائع معدماً، فالزكاة على المشتري نيابة، إن بقي المبيع بعينه عنده، أو أتلفه هو، ثم يرجع على البائع بثمن القدر الذي أذاه زكاة. فإن تلف بسماوي، أو أتلفه أجنبي، لم يتبع بزكاته المشتري، واتبع بها البائع إذا أيسر، وذلك ما إذا أتلفه أجنبي فقط. أما إذا أتلف بسماوي فلا زكاة فيه؛ لأنه جائحة على الفقراء، فلا يتبع بها أحد.

زكاة الوصية⁽²⁾:

إذا كانت الوصية قد تمت بعد الوجوب، أو قبل الوجوب، ولكن مات الموصي بعد الوجوب، فزكاة تلك الوصية على الموصي في ماله، مطلقاً، أي سواء كانت الوصية لمعيّن أو لغير معيّن، وسواء كانت بجزء شائع (كأوصيت لزيد أو للفقراء بربع زرعي) أو بكيل (كأن أوصيت لزيد أو للفقراء بعشرة أراذب).

وإذا تمت الوصية قبل الوجوب، ومات الموصي كذلك قبله، فزكاة تلك الوصية في ماله أيضاً، إن كانت بكيل لمعيّن أو للفقراء. وههنا إشكال مع ما تقدم من أن الميت لا زكاة عليه إذا مات قبل الوجوب، وقد أجابوا عنه: بأن ما تقدم لم يتعلق بالزكاة وصية، وهنا تعلقت به.

فإن لم تكن الوصية بكيل، بل كانت بجزء (كأوصيت بربع زرعي)، فإن كانت لمعيّن فإن الموصى له - المعين - يزيها، إن كانت نصاباً ولو بانضمام لماله. وإن كانت للمساكين فإنها تزكى على ذمتهم، إن كانت نصاباً، ولو كان كل واحد من المساكين يخصه مدّ واحد؛ لأنهم كمالك واحد. ولا يرجع المساكين على الورثة بما أدّوه من الزكاة.

النفقة على الوصية⁽³⁾:

إذا أوصى الميت بجزء شائع من الزرع والشر لمعيّن، فإن نفقة ذلك الجزء من سقي وعلاج، تكون لازمة للموصى له، لأنه بمجرد الوصية والموت، يستحق ذلك الجزء، وله فيه النظر والتصرف العام، فصار شريكاً. وإن أوصى له - أي للمعيّن - بكيل (كخمسة أوسق من الزرع لزيد)، فإن نفقته على الميت من ثلثه.

أما إذا أوصى لغير معيّن، بأن أوصى للمساكين، فإن النفقة على الموصي - الميت - من الثلث أيضاً، سواء أوصى لهم بجزء أو بكيل.

(2) الشرح الكبير مع الحاشية 1/ 452.

(1) الشرح الكبير مع الحاشية 1/ 451.

(3) الشرح الكبير مع الحاشية 1/ 452.

زكاة العين

مقدار النصاب في الذهب:

النصاب في الذهب، عشرون ديناراً شرعية. وقدر الدينار الشرعي، اثنتان وسبعون حبة من وسط الشعير. وذكر الشيخ محمد الطاهر بن عاشور أن الدينار الشرعي يزن 4,20 غم، وأن العشرين: ديناراً تزن 84 غم من الذهب الخالص.

والدليل على أن قيمة النصاب عشرون ديناراً:

أ - عمل أهل المدينة⁽¹⁾. وقد ذكره الحفيد تفسيراً لقول مالك رحمه الله: «السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» وقال الزرقاني⁽²⁾: «أي بالمدينة».

ب - إجماع جمهور العلماء⁽³⁾. قال الإمام المازري: «المعول في تحديده على الإجماع»⁽⁴⁾.

ومن الأحاديث الدالة على ذلك أيضاً⁽⁵⁾:

ج - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن النبي ﷺ قال: ليس في أقل من خمس ذود شيء. ولا في أقل من أربعين من الغنم شيء. ولا في أقل من ثلاثين من البقر شيء. ولا في أقل من عشرين مثقالاً من الذهب شيء. ولا في أقل من مائتي درهم شيء⁽⁶⁾.

د - عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: فإذا كانت لك مائتا درهم، وحال عليها الحول، ففيها خمسة دراهم. وليس عليك شيء، يعني في الذهب، حتى يكون لك عشرون ديناراً. فإذا كان لك عشرون ديناراً، وحال عليها الحول، ففيها نصف دينار. فما زاد فبحساب ذلك⁽⁷⁾.

قال عبد الله بن أبي زيد في كتابه النوادر: «روى الناس في العشرين ديناراً أحاديث، ليس بذي إسناد قوي، إلا أن الناس تلقوه بالعمل»⁽⁸⁾.

وذكر ابن العربي⁽⁹⁾ أن حديث علي غير صحيح، وأضاف الباجي⁽¹⁰⁾ بقوله: إلا أن اتفاق العلماء على الأخذ به، دليل على صحة حكمه. وقال القاضي عياض: «وجاءت في تحديده بالعشرين أحاديث ضعيفة، ولكن المعول عليه الإجماع»⁽¹¹⁾.

(1) بداية المجتهد 1/ 332.

(2) شرح الموطأ 2/ 44.

(3) المتقى 2/ 95.

(4) المعلم بفوائد مسلم 2/ 6.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 158 والمقدمات 207 والمتقى 2/ 95 وأحكام القرطبي 8/ 124.

(6) أخرجه الدارقطني في الزكاة، باب وجوب زكاة الذهب والورق.

(7) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة.

(8) النوادر والزيادات (مخطوط).

(9) العارضة 3/ 101.

(10) إكمال إكمال المعلم 3/ 110.

(11) المتقى 2/ 95.

مقدار النصاب في الفضة:

النصاب في الفضة مائتا درهم شرعية، وقدر الدرهم خمسون وُحُمُسا حبة من الشعير الوسط: والدليل⁽¹⁾: ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ليس فيما دون خمس أواق صدقة⁽²⁾. والأوقية أربعون درهماً، وخمس أواق مائتاً درهم.

ووزن الدرهم يساوي سبعة أعشار الدينار، الذي هو 4,20غ؛ فيكون وزن الدرهم 2,94غ. ووزن المائتي درهم 588غ. لكن الشيخ ابن عاشور⁽³⁾ قدر نصاب الفضة بـ 600غ.

الواجب إخراجه:

الواجب إخراجه من نصاب الذهب والفضة، ربع العشر. والدليل⁽⁴⁾: حديث علي المتقدم، وما روي عن عائشة وابن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من كل عشرين ديناراً نصف دينار⁽⁵⁾.

حكم العين المخلوطة والناقصة ورديئة المعدن⁽⁶⁾:

وجوب الزكاة في الدنانير الشرعية (أي الذهب)، والدراهم الشرعية (أي الفضة)، متعلق بالخالصة، ولو كانت رديئة المعدن، أو ناقصة الوزن، كنقص حبة أو حبتين، من كل دينار من النصاب، أو كانت كاملة الوزن، لكنّها مغشوشة، أي مخلوطة بنحاس ونحوه، وهي المضافة.

ويشترط لوجوب الزكاة في ناقصة الوزن والمغشوشة - أي المضافة -، أن لا يحفظها ذلك عن الرواج كالكاملة، ومعنى ذلك أن تكون السلعة التي تشتري بدينار - شرعي - كامل أو خالص، تشتري بالدينار الناقص أو المضاف، لاتخاذ صرفهما.

وقد قدروا النقص الذي تجب معه الزكاة، بالحبة والحبتين من كلّ دينار. فقد نقل ابن ناجي عن القاضي عبد الوهاب في العين الناقصة قوله: «معناه النقص اليسير في جميع الموازين، كالحبة والحبتين، وما جرى عادة الناس أن يتسامحوا فيه في البياعات، وغيرها، وعلى هذا جمهور أصحابنا⁽⁷⁾. وهو قول مالك في الموطأ والموازية ورواية ابن القاسم عنه⁽⁸⁾.

(1) أحكام القرطبي 264/8. (2) سبق تخريجه.

(3) مجلة الهداية، السنة 3 العدد 1. (4) العارضة 102/3 وأحكام القرطبي 246/8.

(5) أخرجه الدارقطني في الزكاة، باب وجوب زكاة الذهب والورق.

(6) أقرب المسالك 218/1 والشرح الكبير مع حاشيته 456/1.

(7) شرح ابن ناجي على التفريع لابن الجلاب ورقة 33 مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس.

(8) المتقى 96/2 والنوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني ورقة 123 مخطوط.

وقدّروا الإضافة - من نحاس وغيره - التي تجب معها الزكاة، بالعشر، بشرط أن تكون مضافة لضرورة الضرب، قال الإمام الباجي: «والاعتبار في نصاب الفضة والذهب بالخالص منهما، إلا أن يخالطهما ما لا بدّ منه في ضربه، فإنّه يجري مجراها»⁽¹⁾. ونقل الإمام ابن عرفة عن القاضي عبد الوهاب في أن القليل الذي يجري مجرى الخالص في المضافة، إذا كان لضرورة الضرب، هو ما كان كدائق واحد في عشرة دوائق⁽²⁾.

وقال القرافي أيضاً: «إذا كان النقد مغشوشاً يسيراً جداً، كالدائق في العشرة فلا حكم له»⁽³⁾.

ووزن الدائق ثماني حبات من حبّ الشعير الوسط وثلث حبة وثلث خمس حبة. فإن لم ترج كل من الناقصة والمضافة - المغشوشة - كالكاملة فالحكم ما يلي: ففي المغشوشة يحسب الخالص، على تقدير التصفية، فإن بلغ نصاباً زكّي، وإلا فلا. قال الباجي: «فأما إن كان فيهما - أي الذهب والفضة - غير ذلك من الغش، فلا اعتبار به في الوزن، وإنّما يجري مجرى العرض»⁽⁴⁾.

وفي ناقصة الوزن فلا زكاة فيها قطعاً، لأنها لم تبلغ النصاب. ويعتبر الكمال فيها بزيادة ما يتم به النصاب، كعشرين ديناراً، وزن كلّ دينار منها نصف دينار شرعي، حتى يكمل النصاب، بأن تبلغ أربعين منها. وأما رديئة المعدن الكاملة الوزن، فالزكاة فيها واجبة قطعاً وإن لم ترج، ولا يعقل فيها خلوص، إذ ليس فيها دخيل حتى تخلص منه.

السكة والأوراق النقدية:

تجب الزكاة في السكة والأوراق النقدية التي يتعامل بها الناس، وذلك بشرطين: أن تبلغ نصاباً، وأن يحول عليها الحول. واختار كثير من علماء تونس أن يكون تقدير النصاب فيها بالذهب لا بالفضة، نظراً إلى أن قيمة الفضة أصبحت متدنية عن قيمة الذهب تدنيّاً كثيراً، وحيث إنّ النصاب جعل علامة على الحد الأدنى للغنى في الشرع، فإن من يملك نصاب فضة، لا يعتبر غنياً، لحقارة القيمة، بل هو مستحق للأخذ من الزكاة، إذ الفقير من لا يملك قوت سنة، وقيمة نصاب فضة لا تكفي مؤونة عام.

ولمّا كان الذهب لا يكون منتفعاً به، نقوداً، أو حليّاً، إلا بإضافة نسبة من النحاس، أو غيره، حتى يتماسك، ويمكن التعامل به، فإنّ علماء المالكية كما سبق أن ذكرنا قولهم في العين المضافة أي المغشوشة، قد ألغوا هذه الإضافة، وأجروها مجرى

(1) المتقى 97/2.

(2) المختصر الفقهي م 1 ورقة 109 وشرح زروق على الرسالة 323/1 والإشراف 185/1.

(3) الذخيرة 13/3 ط دار الغرب الإسلامي. (4) المتقى 97/2.

الذهب؛ لأنها من ضرورة السبك التي لا يستغنى عنها، إلا أنهم اشترطوا أن تكون قليلة، بحيث لا تنزل بالذهب المخلوط بها عن درجة الذهب الخالص، وقد قدروها بالعشر. ويقال مثل هذا في الفضة.

وبناء على هذا، فإن الذهب الذي تقدّر به الأوراق النقدية التي يتعامل بها الناس، هو ما كان نسبة الخلط فيه لا تتجاوز العشر، والذهب الذي يروج بين الناس، ويحمل هذه النسبة تقريباً، هو ما يسمّى بعيار 22.

وقلت - تقريباً - لأن جدول تحديد العيارات الذي يخضع له الصاغة، يذكر أنّ الكيلوغرام من الذهب من عيار 22 به 916,667 غ من الذهب الخالص، و83,333 غ من النحاس، بينما الكيلوغرام من الذهب من عيار 21 به 875 غ من الذهب الخالص و125 غ من الخليط. وبهذا فإنّ نسبة الخليط في عيار 21 - وأولى ما دونه من العيارات - أكثر من العشر، وهي في عيار 22 أقلّ من العشر؛ وعليه فإنّ نسبة الخليط التي تتفق مع نصوص الفقهاء هي ما كانت في ذهب من عيار 22؛ فمن ملك 84 غ من الذهب من عيار 22، أو ملك قيمتها أوراقاً نقدية، فإنّ الزكاة تجب عليه.

وإذا كان العيار أقلّ من ذلك كعيار 18 أو 14 أو 9 فإنّ النصاب يتغيّر بحسب نسبة الإضافة فيها، فكلّما نقص الذهب، وكثر الخليط، ارتفع النصاب، وإليك مقدار الإضافة في هذه العيارات، كما هو مقرر لدى أهل المهنة⁽¹⁾.

فالكيلوغرام من الذهب من عيار 18 به 750 غ من الذهب و250 غ من الخليط. والكيلوغرام من الذهب من عيار 14 به 583,333 غ من الذهب و416,667 غ من الخليط.

والكيلوغرام من الذهب من عيار 6 به 375 غ من الذهب و625 غ من الخليط. هذا وإنّ الخليط الذي يضاف للذهب لا يكون دائماً من النحاس، بل قد يكون من الفضة، ويصنع منهما أنواعٌ من الحلّي، تختلف أوصافه؛ من ذلك ما يسمّى بالذهب الأحمر، وبالذهب الأصفر، وبالذهب الوردي، والذهب الأخضر حشيش. فهذه الأنواع يراعى نسب الفضة التي بها، وتحسب مع الذهب للحصول على النصاب؛ لأنّ الفضة تجب الزكاة في عينها، وهي تضم للذهب ويضمّ الذهب لها، وكلّ دينار - أي من الذهب - يقابله عشرة دراهم من الفضة.

وتجب الزكاة فيما بين الفريضتين، في العين، بخلاف الماشية. والدليل:
أ - قوله ﷺ: ليس فيما دون خمس أواق صدقة⁽²⁾ ووجه الاستدلال أنه إذا لم

(1) تحصلنا على هذه المعلومات من إدارة مراقبة وطبع المعادن الثمينة بوزارة المالية.

(2) سبق تخريجه.

تجب الزكاة فيما نقص عن النصاب، فإنها - بدليل الخطاب - تجب فيما زاد عليه قلّ أو كثر⁽¹⁾.

ب - قياس العين على الحرث، والإجماع على أن الحبوب لا وقص فيها. ووجه إلحاق العين بالحبوب، دون إلحاقه بالماشية، أن العين والحبوب يشتركان في مكان خروجهما، وهو الأرض⁽²⁾.

وما ذكر عن طاوس أن النبي ﷺ قال: «لا شيء فيما زاد على مائتي درهم حتى تبلغ أربعمائة». وهو يدلّ على أن لا زكاة فيما بين الفريضتين في العين، كما في الماشية، فإنه حديث ضعيف، قال عياض: ضعفه أهل المعرفة. والمعروف عن طاوس خلافه⁽³⁾.

الحول في العين:

لا تجب الزكاة في العين، إلا إذا حال عليها الحول، والدليل على ذلك⁽⁴⁾:

أ - عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول⁽⁵⁾.

ب - قال القاسم بن محمد: إن أبا بكر الصديق لم يكن يأخذ من مال زكاة حتى يحول عليه الحول. قال القاسم بن محمد: وكان أبو بكر إذا أعطى الناس أعطياتهم، يسأل الرجل: هل عندك من مالٍ وجبت عليك فيه الزكاة فإن قال: نعم، أخذ من عطائه زكاة ذلك المال، وإن قال: لا، أسلم إليه عطاءه، ولم يأخذ منه شيئاً⁽⁶⁾.

ج - إجماع الصحابة⁽⁷⁾.

وحكمة ضرب الحول في العين والماشية، أنّ ذلك عدلٌ بين أرباب الأموال والمساكين، والغالب حصول النماء فيه، ولا يجحف بالمساكين. قال المازري: «ولهذا المعنى لم يكن في الثمر والحب حول، لأن الغرض المقصود منه النماء، والنماء يحصل عند حصوله»⁽⁸⁾، أي حصول الحب والثمر.

الضمّ في الذهب والفضة:

يضمّ الذهب والفضة في الزكاة. قال القاضي عبد الوهاب معللاً ذلك: «لأنهما يتفقان في المعنى المقصود بهما، وكل واحد منهما يسبّ مسدّ الآخر، وينوب منابه، من

(1) بداية المجتهد 1/333.

(2) المعلم 7/2 وبداية المجتهد 1/333 وإكمال الإكمال 3/111.

(3) إكمال الإكمال 3/111. (4) أحكام القرطبي 8/246.

(5) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة.

(6) أخرجه مالك في الزكاة، باب الزكاة في العين من الذهب والورق.

(7) المتقى 2/92. (8) المعلم بفوائد مسلم 2/9.

كونه ثمناً للأشياء، وقيماً للمتلفات، فكان ملك أحدهما كملك الآخر⁽¹⁾.
ومثال الضم أن يكون لأحد مائة درهم وعشرة دنانير، أو مائة وخمسون درهماً
وخمسة دنانير، لأن كل دينار - أي من الذهب - يقابله عشرة دراهم - أي من الفضية -
بالتجزئة والمقابلة لا بالجودة والقيمة⁽²⁾.

ما لا زكاة فيه من العين:

1 - لا زكاة في عين أوصى صاحبها بتفريقها على معينين أو غيرهم، وقد مرّ عليها
حول بيد الوصي قبل التفرقة، ومات الموصي قبل الحول، لأنها خرجت عن ملكه بموته،
فإن فرقت بعد الحول وهو حيّ، زكاها على ملكه إن كانت نصاباً، ولو مع ما بيده. ولا
يزكيها من صارت إليه إلا بعد حول من قبضها، لأنها فائدة يستقبل بها الحول.
2 - لا زكاة في الحلبي الجائز، ولو لرجل، كقبضة السيف المعدّ للجهاد،
والسنّ، والأنف، وخاتم الفضة بشرطه؛ والدليل على ذلك:

أ - عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها كانت تلي
بنات أخيها يتامى في حجرها، لهن الحلبي، فلا تخرج عن حليهن الزكاة⁽³⁾.
ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يحلّي بناته وجواريه الذهب، ثم لا
يخرج من حليهن الزكاة⁽⁴⁾.

قال الإمام الباجي: «وهذا مذهب ظاهر بين الصحابة وأعلم الناس به عائشة رضي الله عنها،
فإنها زوج النبي ﷺ، ومن لا يخفى عليها أمره في ذلك، وعبد الله بن عمر فإن أخته
حفصة كانت زوج النبي ﷺ وحكم حليها لا يخفى على النبي ﷺ، ولا يخفى عنها
حكمه فيه»⁽⁵⁾.

ج - القياس⁽⁶⁾ على العروض المتخذة للفتنة، التي نصّ رسول الله ﷺ على سقوط
الزكاة فيها بقوله: «ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة»⁽⁷⁾.

د - أن العلة في وجوب الزكاة في الأموال هي النماء، دون غيرها، والزكاة تابعة
لها، فتجب بوجود العلة وتسقط بعدمها، والحلي لا نماء فيه⁽⁸⁾.

(1) الإشراف 175/1 والذخيرة 13/3، ط. دار الغرب الإسلامي.

(2) الشرح الكبير 455/1.

(3) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما لا زكاة فيه من الحلبي والتبر والعنبر.

(4) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما لا زكاة فيه من الحلبي والتبر والعنبر.

(5) المتقى 107/2.

(6) البيان والتحصيل 360/2 وبداية المجتهد 324/1.

(7) أخرجه مالك في الزكاة، باب ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل. والبخاري في الزكاة، باب
ليس على المسلم في عبده صدقة ومسلم في الزكاة، باب لا زكاة على المسلم في عبده وفرسه.

(8) الإشراف 176/1.

أما ما رواه مسلم عن زينب امرأة عبد الله قالت: قال رسول الله ﷺ: «تصدقن يا معشر النساء ولو من حلتيكن»⁽¹⁾. فليس فيه ما يدل على إثبات الزكاة في حلتي المرأة، لأنه لا يقال فيما تجب فيه الزكاة: زكّ ولو من كذا. وإنما يقال ذلك للحث على الفعل. ويحمل الحديث على صدقة التطوع أو على الصدقة الواجبة على غير جهة الزكاة للمواساة⁽²⁾. قال الإمام محمد السنوسي في كتابه مكمل إكمال الإكمال: «يمكن أن يراد بالصدقة التطوع، ويدل عليه حديث العيد، فإنهن حينئذ لم يخرجن ربع العشر من حلتهن، بل كنّ يرمين ما كان عليهن من الحلتي في حجر بلال»⁽³⁾. وحديث العيد رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال: «شهدت مع رسول الله ﷺ العيد، فبدأ بالصلاة قبل الخطبة، بغير أذان ولا إقامة، ثم قام متوكئاً على بلال، فأمر بتقوى الله، وحث على طاعته، ووعظ الناس، وذكرهم، ثم مضى حتى أتى النساء فوعظهن وذكرهن، وقال: تصدقن، فإن أكثرن حطب جهنم. فقامت امرأة من سطة النساء سفعاء الخدين فقالت: يا رسول الله لم؟ فقال: لأنك تكثرن الشكاة، وتكفرن العشير، قال: فجعلن يتصدقن من حلتهن، يلقين في ثوب بلال»⁽⁴⁾.

وتجب الزكاة في الحلتي في ستة أحوال:

أ - إذا تهشم، بحيث لا يمكن إصلاحه إلا بسبكه ثانية، ففي هذه الحالة تجب الزكاة فيه، سواء نوى صاحبه إصلاحه أم لا، ولو كان لامرأة.

ب - إذا تكسر، بحيث لم يتهشم، وأمكن إصلاحه بدون سبك جديد، ولم ينو صاحبه إصلاحه، أو لم ينو شيئاً، فإنه تجب زكاته. أما إذا نوى إصلاحه فلا زكاة فيه، لأنه بمنزلة الصحيح حينئذ.

ج - إذا كان معداً لنائب الدهر وحوادثه، لا للاستعمال.

د - إذا كان معداً لمن سيوجد للمالك من زوجة أو بنت، مثلاً.

هـ - إذا كان معداً لصدّق من يريد لها لنفسه أو ولده، وقد علّل القاضي ابن رشد الجدّ وجوب الزكاة في الحلتي في الحالات الثلاث الأخيرة⁽⁵⁾، بما يلي:

* بأنّ الزكاة إنما سقطت في الحلتي إذا استعمل في الحال بلبسه، قياساً على الثياب التي تلبس، والعروض التي تتخذ للقتية.

* وبأنّ نية إعداد لصدّق زوجة ونحوه، لا تكفي لإسقاط الزكاة فيه، إذ قد يبدو لصاحبه بيعه والتجارة به.

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام. ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة على الأقربين والأزواج والأولاد.

(2) المعلم بفوائد مسلم 21/2.

(3) مكمل الإكمال: مطبوع مع إكمال الإكمال 139/3.

(4) أخرجه مسلم في صلاة العيدين. (5) البيان والتحصيل 2/360.

و - إذا نوى به مالكة التجارة، والتكسب، والربح، بالبيع والشراء، سواء كان معداً للاستعمال أو للعاقبة، وأما إذا كان معداً للكراء ففيه الزكاة أيضاً، إذا كان مالكة لا يباح له استعماله، كملك الرجل لأساور، وأقراط، وخلاخل؛ فإن كان مالكة يباح له استعماله كامرأة ملكت حلياً، وأعدته للكراء، فلا زكاة عليها فيه⁽¹⁾؛ لأنه ملحق بحلي اللباس، في كونه لم يكتسب لتباع عينه⁽²⁾.

الحلي المحرّم:

الحلي المحرّم، كالأواني، والمرود، والمكحلة، ولو لامرأة، والخياصة للذكر، يجب فيه الزكاة بلا تفصيل. وإذا رصعت ثياب، أو عائمات بالجواهر، أو طرزت بسلك الذهب أو الفضة؛ فإنها تزكى زنتها، إن علمت وأمكن نزعها بلا فساد، وإلا تحرى مالكةا ما فيه من العين، وزكاه.

اعتبار الوزن في العين:

المعتبر في زكاة الحلي الوزن، لا القيمة؛ فمن كان عنده خمسة عشر ديناراً (شرعية)، ولصياغتها وجودتها تساوي عشرين ديناراً، فلا زكاة فيها، إذ لا عبرة إلا بالوزن فقط.

وما يوجد بالعين من غش، أي إضافة قليل من النحاس، لضرورة السبك والضرب، فلا يضّر إذا كان بنسبة قليلة، قال الإمام الباجي: «والاعتبار في نصاب الفضة والذهب، بالخالص منهما، إلا أن يخالطهما ما لا بدّ منه، في ضربه، فإنه يجري مجراها»⁽³⁾.

العين المغصوبة أو الضائعة:

تزكى العين المغصوبة، والضائعة - بأن سقطت من صاحبها أو دفنها في محل ثم ضل عنها - وذلك بعد قبضها من الغاصب، أو وجودها بعد الضياع. ويقع تزكيتها لعام واحد فقط، ولو مكثت عند الغاصب أو ضائعة أعواماً كثيرة، ولا تزكى ما دامت عند الغاصب أو ضائعة؛ فعن أيوب بن أبي تيممة السخيتاني أن عمر بن عبد العزيز كتب في مال قبضه بعض الولاة ظلماً، يأمره برده إلى أهله، وتؤخذ زكاته لما مضى من السنين، ثم عقب بعد ذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه إلا زكاة واحدة، فإنه كان ضميراً⁽⁴⁾.

ووجه سقوط زكاة المال المغصوب أو الضائع عن السنين التي مكث فيها ضائعاً، أو عند الغاصب، وزكاته لعام واحد فقط، أن العلة هي عدم القدرة على تنميته؛ لأن

(1) حاشية الشرح الكبير 1/ 460 وحاشية الشرح الصغير 1/ 218.

(2) المعلم بفوائد مسلم 2/ 21. (3) المتقى 2/ 97.

(4) أخرجه مالك في الزكاة، باب الزكاة في الدين.

الزكاة شرعت في المال، لقدرة صاحبه على تحريكه وتنميته، ولو لم يحركه أو ينمّه، فإذا ضاع أو اغتصب منه، يصبح غير قادر على تحريكه وتنميته⁽¹⁾. قال الباجي⁽²⁾: «إن المال في يد غير مالكة، ولا يقدر على تنمية المال المغصوب».

الوديعة:

إذا مكثت الوديعة أعواماً عند الأمين، فإنها تزكى بعد قبضها لكل عام مضي، مدة إقامتها عند الأمين، فيزكيها صاحبها مبتدئاً بالعام الأوّل فما بعده، إلّا أن تنقص عن النصاب بالأخذ منها.

والمشهور في المذهب أنّ صاحبها يزكيها بعد قبضها، ولا يزكيها من عنده قبل القبض.

ما يحصل من العين بعد أن لم يكن؟ أو نماء العين⁽³⁾:

ما يحصل من العين بعد أن لم يكن، ثلاثة أقسام:

1 - ربح 2 - غلّة مكترى 3 - فائدة.

والمراد بالعين، الذهب والفضة، أو ما يقوم مقامهما من العملات الرائجة.

1 - الربح:

تعريف الربح: هو زائد ثمن مبيع، اتجر على ثمنه الأوّل، ذهباً أو فضّة. وهذا التعريف لابن عرفة. وشرحه الدردير بقوله: هو ما زاد على ثمن مشتري للتجارة ببيعه. أي هو ما زاد عند بيع سلعة، على الثمن الذي اشترت به أولاً، وكانت هذه السلعة قد اشترت للتجارة.

فقول الشارح: «هو ما زاد على ثمن مشتري» احتراز به عن زيادة غير ثمن المشتري، كنمو المشتري، فلا يسمى ربحاً، بل هو غلّة يستقبل بها الحول كما يأتي.

وقوله: «للتجارة» احتراز به عن اشتري سلعة للقتية، ثم باعها بأكثر من الثمن الذي اشترت به، فلا يقال له ربح، بل يستقبل بذلك الحول.

وقوله: «ببيعه» احتراز به عما لو اشترى السلعة للتجارة، ثم اغتلتها بالكرء، فإنه يستقبل بذلك الحول.

حول الربح:

حول الربح حول أصله، ولو كان الأصل أقلّ من نصاب، قياساً على حول نسل

(1) البيان والتحصيل 374/2 والذخيرة 41/3 ط دار الغرب الإسلامي.

(2) المنتقى 2/113.

(3) هذا العنوان بكل مسائله اعتمدت فيه أيضاً على الشرح الكبير. لما فيه من زيادة تفصيل 461/1.

الماشية⁽¹⁾؛ لأنهما مالان ناميان، ويشق حفظ أحوالهما، لمجيئهما شيئاً بعد شيء؛ فوجب أن يستوي حكمهما في تزكيتهما على الأصل⁽²⁾. فمن ملك نصاباً، أو أقل من نصاب في وقت، فاتجر فيه حتى ربح تمام نصاب، فلا يخلو الأمر من:

أ - إِمَّا أن يكون الربح وقع في تمام الحول، من يوم ملك الأصل الذي هو أقل من نصاب؛ فإن الزكاة تجب عند تمام الحول، وذلك كمن ملك خمسة دنانير (شرعية)، في شهر المحرم، فاتجر فيها، فتم له النصاب في شهر المحرم القابل، فإنه يزكيه في المحرم.

ب - وإِذَا أن يكون ربح تمام النصاب وقع في أثناء الحول، أي قبل تمام الحول، فإن المالك ينتظر؛ فلا يزكي حتى يتم الحول، وذلك كمن ملك دون النصاب في شهر المحرم، فاتجر فيه فربح تمام النصاب في شهر رمضان؛ فإنه ينتظر حتى يأتي شهر المحرم ليزكي.

ج - وإِذَا أن يكون ربح تمام النصاب وقع بعد مرور الحول، بقليل أو كثير، فإن المالك يزكي عند بلوغ النصاب، ولا يزكي عند تمام الحول، وينتقل الحول ليوم التزكية. وذلك كمن ملك دون النصاب في شهر المحرم، ومر عليه الحول في المحرم من العام القابل، ولم يكمل النصاب، ثم كمل في شهر رجب؛ زكاه في رجب، وأصبح الحول في المستقبل رجباً.

وبداية الحول يختلف حسب الآتي:

أ - إذا كان عيناً تسلفها، فالحول يبدأ من يوم القرض، لا من يوم التجارة بها؛ لأن العين - الذهب أو الفضة - تتعلق الزكاة في عينها⁽³⁾.

ب - إذا كان عرضاً تسلفه للتجر، فالحول يبدأ من يوم التجرة، لا من يوم السلف؛ لأنَّ العرض لا تتعلق الزكاة في عينه⁽⁴⁾.

ج - إذا كان عرضاً اشتراه للتجر، فالحول يبدأ من يوم الشراء.

د - إذا كان عرضاً اشتراه للقنية، ثم بدا له التجرة، فالمعتمد أنَّ الحول يبدأ من يوم قبض ثمن العرض.

وحول الربح حول الأصل، ولو كان الأصل ديناً في الذمة، لا عوض لذلك عنده، فإنَّ حول ربحه حول أصله، وهو الدين، مثاله: من تسلف عشرين ديناراً شرعية، فاشتري بها سلعة للتجارة، أو اشتري سلعة بعشرين ديناراً (شرعية) في الذمة، ثم باعها

(1) الإشراف 178/1 وبداية المجتهد 355/1 والذخيرة 1م ورقة 158 وكشف المغطى 150.

(2) البيان والتحصيل 356/2. (3) البيان والتحصيل 381/2.

(4) البيان والتحصيل 381/2.

بعد مدة قليلة أو كثيرة بخمسين، فالربح ثلاثون، تزكى لحلول حول أصلها؛ أما العشرون التي هي الأصل، فلا تزكى، لأنها في نظير الدين، إلا أن يكون عنده عوض يقابلها فيزيكها. وحول الأصل هنا هو من يوم السلف، حيث تسلف الثمن واشترى به، أو من يوم الشراء، حيث اشترى بدين.

ويشترط فيما يزكى من ربح الدين، الذي لا عوض له، أن يكون نصاباً، كما في المثال المتقدم، وإلا لم يزك، ولو كان مع أصله نصاباً.

ومن كان بيده، أقل من نصاب من العين، قد حال عليه الحول عنده، ثم اشترى ببعضه سلعة للتجارة، وأنفق البعض الباقي بعد الشراء، فإنه إذا باع السلعة بما يتم به النصاب إذا ضَمَّ لما أنفق، تجب عليه الزكاة، مثاله: من كان عنده عشرة دنانير (شرعية) حال عليها الحول، فاشترى بخمسة منها سلعة للتجارة، ثم أنفق الخمسة الباقية، ثم باع السلعة بخمسة عشر، فإنه يزكى عن عشرين، منها الخمسة المنفقة، وذلك لحولان الحول عليها مع الخمسة التي هي أصل الربح؛ فلو أنفق الخمسة قبل شراء السلعة، فلا زكاة إلا إذا باعها بنصاب.

2 - غلة مُكْتَرَى للتجارة:

غلة المكترى للتجارة، تعتبر ربحاً حكماً، ولا تعتبر فائدة على المشهور؛ لذلك فإنها تَضَمُّ للأصل، فيكون حولها حول الأصل، ولو كان أقل من نصاب.

فمن ملك عيناً - ذهباً أو فضة -، كانت نصاباً أو دون النصاب، فاكترى بها داراً أو وسيلة ركوب أو غير ذلك، للتجارة لا للسكنى ولا لركوبه، ثم أكرها لغيره، فإنه يزكيها عند مرور الحول من يوم ملك أصلها، وهو العين، أو من يوم زكاه. ومثال ذلك من ملك نصاباً أو دونه في المحرّم، فاكترى به داراً مثلاً للتجارة - لا للسكنى -، ثم أكرها لغيره في شهر رجب مثلاً، بأربعين ديناراً (شرعية)، فإنها تزكى في شهر المحرّم؛ لأنّ حولها يبدأ من يوم ملك أصلها، أو من يوم زكاته.

أما إذا كانت الغلة ليست من مكترى للتجارة، بل كانت مشتري للتجارة، أو مكترى للفتية، كالسكنى أو الركوب، فأكرها لأمر حدث، فإنه يستقبل بها الحول بعد قبضها؛ لأنها من الفوائد.

وحول غلة المكترى للتجارة حول الأصل، ولو كان ديناً في الذمة لا عوض لذلك الدين عنده، فإنّ حول غلته حول أصله وهو الدين، ومثال ذلك: من اكترى داراً سنة مثلاً بدين في ذمته، لأجل معلوم، بعشرة دنانير (شرعية)، ثم أكرها بثلاثين، فالغلة عشرون، يزكيها لحول أصلها، أي من يوم اكترى، ولا يزكى العشرة، لأنها في نظير الدين، إلا إذا كان عنده عوضها.

والحاصل أنّ الذي يضمّ لأصله، أربعة أقسام وهي:

أ - ثمن ما اشترى للتجارة، وبيع لها.

ب - غلّة ما اكتري للتجارة، واكتري بالفعل لها.

وفي كلّ، كان الثمن من عنده، أو في ذمته؛ لكن إذا كان من عنده، زكّى الجميع لحول أصله، وإن كان في ذمته، زكّى الربح فقط ولا يزكّي رأس المال، إلا إذا كان عنده ما يجعل فيه. وهذا راجع إلى الربح وغلّة المكتري، لأن كليهما ربح على المشهور.

3 - الفائدة:

الفائدة هي ما ليس بربح تجارة، ولا غلّة مكتري للتجارة، وهي قسمان:

أ - ما حدث من غير مال: مثال ذلك، الهبة، والصدقة، واستحقاق الوقف، أو الوظيفة، والإرث، وأرش الجناية، وصدّاق قبضته المرأة من زوجها ودية لنفس، أو أطراف.

ب - ما حدث من مال لا زكاة فيه: ومثال ذلك، ثمن شيء مقتنى عند شخص؛ من عرض كثياب، وحيوان، وأسلحة، وحديد، ونحاس؛ أو من عقار، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر؛ أو من فاكهة، كخوخ، ورمان، وتين؛ أو من ماشية؛ وسواء ملكت هذه الأشياء بشراء أو غيره، كهبة وإرث. فإنّ هذه إذا تحصّل عليها الشخص للاقتناء، فإنّه لا زكاة عليه فيها، أما فائدة أثمانها بعد بيعها ففيها الزكاة. ويستقبل بالفائدة - أي بثمر ما ذكر - في القسمين، الحول بعد قبضها، ولو أّخر صاحبها القبض من المشتري فراراً من الزكاة، خلافاً لمن قال: إن أّخر القبض فراراً من الزكاة، زكاها لكل عام مضى.

وهذه المسألة - أي الفائدة - هي بخلاف ما حدث من مال مزكّى، كربح ثمن سلع التجارة، فإنّه يزكّى لحول أصله كما مرّ.

حكم ما يحدث من العين عن سلع بلا بيع لها:

يستقبل الحول بما حدث من العين عن سلع بلا بيع لها، إذا اشترت للتجارة أو للقنية أو اكتريت للقنية، كعقار اكتراه شخص لسكناه، ثم استغنى عنه فأكراه. وأما إذا اكتريت للتجارة، فتقدم أن غلتها كالربح تضمّ لأصلها.

ويشترط لاستقبال الحول بالعين الحادثة عن السلع المشتراة، للتجارة أو القنية أو المكتراة للقنية، أن تحدث هذه العين بلا بيع لتلك السلع، بل لكراء لها ونحوه، وإلا كان الزائد على ثمنها إذا بيعت، ربحاً يزكّى لحول أصله.

ومثال ما يحدث من العين عن سلع بلا بيع لها كما تقدم:

- غلّة كراء دار مثلاً، مشتراة للتجارة أو للقنية، فمن اشترى داراً أو بعيراً، للتجارة أو للقنية، فأكراه وقبض من الكراء ما فيه النصاب، فإنّه يستقبل به حولاً من يوم قبضه.

- ثمن ثمرة شجر مشترى للتجارة، ولو كانت الأشجار مؤبّرة يوم الشراء، أو حدثت بعد الشراء أو قبله، ولم تطب - أي ثمرتها -، فإنه يستقبل بثمر الثمرة الحول ولو زكيت عين الثمرة، فإنه يستقبل بثمرها حولاً؛ وسواء بيعت الثمرة مفردة أو بيعت مع أصولها، لكن إن بيعت مع الأصول، فإن كان بعد طيبها فضّ الثمن على قيمة الأصول والثمرة، فما ناب الأصول زكّي لحولها لأنه ربح، وما ناب الثمرة فإنه يستقبل به حولاً من يوم قبضه، فيصير حول الأصول على حدة، وحول الثمرة على حدة؛ وإن بيعت مع الأصول قبل طيبها زكّي ثمنها، لأنه تبع لحول الأصول، ولا عبرة بالثمرة بل هي بمنزلة العدم.

- ويدخل في المثال المتقدم ثمن صوف غنم اشترت للتجارة، أو ثمن لبن أو سمن. ويستثنى الصوف التام المستحق للجزّ وقت شراء الغنم للتجارة، فلا يستقبل بثمره الحول، بل حوله حول أصله، وهو الثمن الذي اشترى به الغنم. كما يستثنى الثمر الذي بدا صلاحه في الأصول المشتراة للتجارة، فإنه إذا بيع فلا يستقبل بثمره الحول، وإنما يزكّي على حول أصله، وهو ثمن الشجر المشتري للتجارة، وذلك لأن كلاً من الصوف التام والثمرة التي بدا صلاحها يوم الشراء، يعتبران بمنزلة سلعة ثانية، قائمة بنفسها، اشترت للتجارة.

وما تقدم من حكم ما يحدث من العين، عن سلع بلا بيع لها، هو داخل في القسم الثاني من الفائدة.

حكم تعدد الفوائد وما يضم منها وما لا يضم⁽¹⁾:

مسائل هذا العنوان تنظّمها أربع قواعد، وهي خاصة بفائدة العين، وهذه القواعد

هي:

- أنّ الفائدة الكاملة لا تضم لغيرها.
- أنّ الفائدة الناقصة تضمّ للكاملة بعدها.
- أنّ الفائدة الناقصة لا تضمّ للكاملة قبلها.
- أنّ الفائدة الناقصة تضمّ للناقصة بعدها.

وهذا تفصيلها:

تضمّ الفائدة الأولى إذا كانت ناقصة عن نصاب - ولو كان نقصها بعد تمام، بأن كانت نصاباً ثم نقصت قبل أن يحول عليها الحول - فإنّها تضمّ لفائدة ثانية، سواء كانت

(1) بعد قراءتي هذه المسائل على شيخنا محمد الأخوة رحمه الله تعالى قال: «هذا عسير التطبيق وبطيء النفع للفقير، فيفتى بما قاله الحنفية بكون جميع الفوائد تضم لبعضها عند حول الفائدة الأولى وتزكى جميعاً. وهذا أيسر في الخروج من عهدة التكليف».

نصاباً أو أقلّ، أي كاملة أو ناقصة، فإن حصل منهما نصاب حُسب حولهما من الثانية، ويصيران كالشيء الواحد، كما لو كانت الأولى من المحرّم عشرة دنانير شرعية، والثانية في رمضان كذلك فإنّ حولهما معاً رمضان.

ولا يضمّان لفائدة ثالثة، وتبقى الثالثة فتزكّى على حولها، وإن كانت أقل من نصاب، لأنّ الكامل لا يضمّ لغيره، والناقص لا يضمّ للكامل قبله.

فإن لم يحصل من مجموع الأوليين نصاب، كما لو كانت الأولى خمسة دنانير شرعية، والثانية خمسة دنانير شرعية، فإنّهما تضمّان لثالثة، فإذا كانت الثالثة نصاباً، حسب حول الثلاثة من يوم الفائدة الثالثة، وإن لم تكن الثالثة نصاباً، فإنّ الثلاثة تضمّ لرابعة، وهكذا تضمّ الأربعة لخامسة إلى أن يكمل النصاب. فإذا كمل النصاب وقف الضمّ، ويصير لما بعده حول مؤتلف، فيزكّى لحوله، وإن كان أقل من نصاب.

وتستثنى الفائدة الكاملة إذا نقصت بعد مرور الحول عليها كاملة وتزكيتها، لكنّ فيها مع ما بعدها نصاباً، فإنّها لا تضمّ لحول ما بعدها، وإنّما تزكّى كلّ فائدة على حولها، أي بالنظر للأخرى، ما دام في مجموعهما نصاب⁽¹⁾، كعشرين ديناراً شرعية استفيدت في المحرّم، وحال عليها الحول، فأنفق منها صاحبها عشرة، ثم استفاد عشرة دنانير شرعية في رجب، فإنه إذا جاء المحرّم زكّى عشرته، وإذا جاء رجب زكّى الأخرى.

وإن نقصتا معاً عن النصاب بعد تقرر الحول لهما، كصيرورة المحرمية خمسة دنانير شرعية، والزجبية مثلها، فإن حال عليهما الحول الثاني ناقصتين، بطل حولهما، ورجعتا كمال واحد لا زكاة فيه.

وإذا تقرر عدم ضمّ الفائدة الكاملة - إذا نقصت بعد مرور حولها - لما بعدها، إذا كان في مجموعها نصاب، فإنّ الكاملة أولاً إذا بقيت على كمالها، لا تضمّ لما بعد، بالأولى، ولا يضاف أيضاً ما بعدها إليها ولو كان ناقصاً.

حول الزكاة في أموال من أسلم:

من أسلم، فإنه يستقبل الحول بأمواله من يوم أسلم.



(1) قال الصاوي: استشكل بما حاصله أنه إذا زكينا الأولى عند حولها، فإما أن ننظر في زكاتها الثانية، أو لا، فإن نظرنا للثانية ورد عليه أن الثانية لم تجتمع مع الأولى في كل الحول، فحينئذٍ يلزم عليه وجوب الزكاة في النصاب قبل حوله، لأن الثانية لم يحل حولها؛ وإن لم ننظر للثانية لزوم زكاة ما دون النصاب... وأجيب بأن هذا فرع مشهور، مبني على ضعيف، وهو قول أشهب؛ إنه يكفي في إيجاب الزكاة في المالين القاصر كلّ منهما عن النصاب، وفي مجموعهما نصاب، اجتماعهما في بعض الحول (الحاشية ج 1/ 221).

زكاة الدين (1)

يزكي المالك - سواء كان مديراً أو محتكراً أو غيرهما - دينه الذي له على المدين، بعد قبضه لسنة فقط، ولو أقام عند المدين أوعاماً. ويعتبر الحول من يوم ملك أصله، أو من يوم تزكيته إن كان زكاه، ولا يعتبر الحول من يوم قبضه. ولزكاته لسنة فقط شروط أربعة هي:

الشرط الأولي: أن يكون أصل الدين عيناً بيده أو يد وكيله، فأقرضه؛ فإن كان أصله عطية بقيت بيد معطيها. أو صداقاً بقي بيد الزوج، أو أرشاً بيد الجاني، أو خلعاً بيد دافعه، أو نحو ذلك، فلا زكاة فيه إلا بعد حول من يوم قبضه.

أو يكون أصل الدين عرض تجارة لمحتكر باعه، سواء كان العرض ملكه بشراء، أو بهبة، أو بميراث، أو نحو ذلك، وقد قصد به التجارة، وكان محتكراً، وباعه بدين. أما إذا كان أصل الدين عرضاً من عروض الفنية، أو الميراث، ولم يقصد به التجارة، وباعه بدين، فلا يزكيه إلا بعد حول من قبضه.

الشرط الثاني: أن يقبض الدين؛ فلا زكاة فيه قبل قبضه، وذلك إن كان أصله قرضاً لمدير أو لمحتكر أو لغيرهما، أو كان ثمن عروض تجارة لمحتكر، لا إن كان ثمن عروض تجارة لمدير، بأن كان ثمن سلعة باعها بالدين؛ فإنه تجب فيه الزكاة لكل عام وإن لم يقبضه، وأما قرض المدير فإنما يزكيه لسنة من أصله كما علمت.

الشرط الثالث: أن يقبض الدين عيناً - ذهباً أو فضة -، إلا إن قبضه عرضاً عوضاً عن الدين، فإنه لا يجب عليه الزكاة حتى يبيعه، فإن باع ذلك العرض، زكى ثمنه لحول من يوم قبض العرض، لا من حول الأصل، وهذا إذا كان التاجر محتكراً، وأما إذا كان مديراً، فإنه يقوم ذلك العرض الذي قبضه كل عام ويزكيه، ولو لم يبيعه، كما سيأتي في تجارة المدير والمحتكر.

وقد اشترط القبض لزكاة الدين، سواء كان القبض حسياً أو حكماً. والقبض الحكمي يكون بالهبة أو الإحالة، وههنا تفصيل: فإن صاحب الدين إذا وهب المال لآخر - غير المدين -، فإن الواهب يزكيه لسنة من أصله عند قبض الموهوب له المال من المدين، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، فكأن رب الدين قد قبضه حين قبضه الموهوب له.

ويزكيه الواهب من مال غيره. وتسقط الزكاة عن الواهب وتتعلق بالموهوب له، إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يخرج زكاة ذلك الدين الموهوب منه، أو إذا ادعى الواهب أنه نوى أن تكون الزكاة من الموهوب له.

(1) اعتمدت أيضاً في النص الفقهي لهذه المسألة على الشرح الكبير وحاشيته.

وأما إذا وهب صاحب الدين الدين للمدين، فلا زكاة على الواهب لعدم قبضه، بل هو إبراء. وكذلك لا زكاة على المدين، إلا أن يكون عنده ما يجعله في مقابلته، فإنه يزكيه لكل عام قبل حصول الإبراء.

وبالنسبة للإحالة، فإن زكاة الدين فيها تتعلق بثلاثة أطراف، وصورة ذلك؛ أن يكون لواحد دين على ثانٍ، والثاني له دين على ثالث، فيوجه الثاني الأول إلى الثالث ليقبض منه. فالثاني هو المحيل والأول هو المحال والثالث هو المحال عليه.

ومثال ذلك: أن يكون لزيد دين على عمرو، ولعمرو دين على خالد، فيوجه عمرو زكاة الدين الذي له عليه على خالد، ويرأى عمرو مما عليه لزيد.

وهذا الدين يزكيه المحيل وجوباً بمجرد حصول الحوالة الشرعية، وذلك لحول أصله، وإن لم يقبضه المحال، وتكون تزكيتته من مال غيره.

وزكيه المحال وجوباً إن قبضه، وتكون تزكيتته منه.

وزكيه المحال عليه وجوباً، إن كان عنده ما يجعله فيه، إذا مرّ الحول عليه وهو بيده، وقد وجبت على المحيل تزكية الدين بمجرد الحوالة الشرعية، وإن لم يقبضه المحال، بخلاف الهبة. فإن الواهب يزكيه بقبض الموهوب له. والفرق أن الهبة وإن كانت تلزم بالقول فقد يطرأ عليها ما يبطلها، من فلس أو موت، فلا تتم إلا بالقبض، بخلاف الحوالة.

الشرط الرابع: أن يكمل الدين المقبوض نصاباً بأمر هي:

أ - أن يكمل بنفسه لا بانضمام شيء معه، سواء قبض النصاب في مرة أو في مرّات، كأن يقبض عشرين ديناراً جملة أو عشرة ثم عشرة، فيزكيهما عند قبض الثانية، ولو تلفت العشرة الأولى قبل قبض الثانية بإنفاق أو ضياع، ولا يضرّ تلف العشرة الأولى، لأن العشرين الذي هو نصاب، جمعها ملك وحول. وكذلك يزكي ولو تلفت العشرة الثانية.

ويشترط هنا في زكاة القسط الأول، إن كان تلفه بعد إمكان تزكيتته، أي بعد حلول حول الأصل، أما لو كان تلفه قبل إمكان تزكيتته، أي قبل حلول حول الأصل، فإنه لا يزكي ما قبض بعده إلا إذا كان نصاباً.

ب - أن يكمل الدين المقبوض نصاباً لا بنفسه، بل بانضمام فائدة أو غيرها اجتماعاً في الحول، كما لو ملك عشرة دنائير شرعية بعتية مثلاً، حال عليها الحول عنده، واقتضى عشرة من دينه الذي حال عليه الحول، ولو كان بعض الحول عنده، وبعضه عند المدين، فإنه يزكيهما. وسيأتي زيادة تفصيل لهذه المسألة عند الحديث عن اجتماع الفوائد مع الاقتضاءات.

ج - أن يكمل الدين المقبوض نصاباً بمعدين؛ لأن المعدن لا يشترط فيه الحول، إذ خروج العين من المعدن بمنزلة حلول الحول.

محلّ التزكية لسنة فقط:

يزكى الدين المقبوض بشروطه المذكورة لسنة فقط، ولو أقام عند المدين سنين، ومحلّ تزكيته لعام فقط إن لم يؤخر الدائن قبضه فراراً من الزكاة، وإلا زكاه لكل عام مضى، وهذا إذا كان أصله عيناً بيده. أو عرض تجارة لمحتكر، بخلاف المدير فإنه يزكى دين ثمن عروض تجارته لكل عام مضى على كل حال، قصد الفرار أم لا، كما قد علمت في الشرط الثاني.

وأما إذا كان أصله هبة أو صدقة، واستمررا بيد الواهب أو المتصدق، أو صداقاً بيد الزوج، أو خلعاً بيد دافعه، أو أرش جناية بيد الجاني، أو وكيل، فلا زكاة فيه إلا بعد حوّل من قبضه، ولو أخره فراراً من الزكاة.

الحول عند تعدد الاقتضاءات:

إذا اقتضى الدائن من دينه ما دون النصاب، ثم اقتضى بعد ذلك شيئاً آخر تمّ به النصاب، فإن الحول الجديد يكون من وقت التمام، ثم يصبح كل اقتضاء بعد ذلك على حوله، كأن اقتضى عشرة في المحرم، ثم اقتضى عشرة في رجب تمّ بها النصاب، وزكى وقت قبض الثانية - كما مرّ في شروط زكاة الدين -، فالحول في المستقبل من وقت قبض الثانية.

وإذا نقص الدين المقبوض عن النصاب، بعد وجوب الزكاة فيه بتمام النصاب، ثم قبض ما يكمله، فلا يكون حوله من وقت التمام، بل يزكى كلاً على حوله، فمن اقتضى عشرين في المحرم فزكاها، فنقصت عن النصاب بإنفاق أو غيره، ثم قبض عشرة في رجب وزكاها فيه، فحال حول الأولى ناقصة لكنها مع ما بعدها نصاب، زكى كلاً على حوله ما دام النصاب فيهما. فلو نقصتا عنه بقي الأول على حوله وزكاه، إن بقي من الدين على المدين، ما يكمل النصاب، وقبض منه ما يكمله، وأما إذا لم يقبض منه ذلك فلا زكاة.

ثم بعد قبض النصاب في مرّة أو مرّات، سواء بقي أو تلفت بإنفاق ونحوه، فإن صاحب الدين إذا بقي له من الدين على المدين، فإنه يزكيه إذا قبضه، ولو كان قليلاً، ولو كان دون درهم شرعي، ويبقى كل اقتضاء على حوله، ولا يضمّ منه شيئاً لآخر، وهذا إن علمت الأحوال - أي الأعوام -، فإن التيسر فإنه يضمّ ما جهل وقته للمتقدم عليه المعلوم وقته، سواء علم قدر ما اقتضى في كلّ واحد من الاقتضاءات أم لا، فيكفي العلم بمجموعها.

وحاصل هذه المسألة، أنه قد تقدم، أنه إذا قبض صاحب الدين من المدين نصاباً في مرتين، فإنه يزكيه لحولٍ من أصله من حين التمام، وكل ما اقتضاه بعد ذلك فإنه يزكيه لحوله. هذا إذا علم أوقات الاقتضاءات؛ فإذا نسي أوقات الاقتضاءات مع علمه

بوقت المتقدم منها، سواء علم وقت المتأخر منها أيضاً أم لا، فإنه يضم ما جهل وقته للمتقدم عليه المعلوم وقته، ولا يضم المنسي وقته للأخر المعلوم وقته، كما لو اقتضى ثلاث اقتضاءات كلّ اقتضاء عشرة، أو أولها عشرة والثاني خمسة عشر والثالث خمسة، وعلم أن الاقتضاء الأول في المحرم، وجهل وقت الثاني والثالث، أو جهل وقت الثاني فقط، وعلم أن وقت الثالث رجب، أو جهل وقت الثالث فقط، وعلم أن وقت الأول المحرم ووقت الثاني جمادى؛ فإن جهل وقت الثاني والثالث، كان حول الثلاثة المحرم؛ وإن جهل وقت الثاني فقط، وعلم وقت الثالث والأول، كان حول الثاني والأول المحرم، وكان حول الثالث رجب؛ ولا يضم الثاني للثالث بحيث يكون حولهما رجب؛ وإن نسي وقت الثالث فقط، كان حوله حول الثاني وهو جمادى؛ وإن نسي وقت الأول منها دون ما بعده، ضمّ الأول للثاني على الظاهر⁽¹⁾.

فحاصل القاعدة إذن، أنه لا يضمّ اقتضاء منسي وقته لما بعده المعلوم وقته، وهذا عكس الفوائد المنسي أوقاتها، فإنّ الفائدة المتقدمة المنسي وقتها تضمّ لما بعدها المعلوم وقتها، إلاّ الفائدة الأخيرة إذا نسي وقتها فإنّها تضمّ لما قبلها المعلوم.

فإذا حصل الالتباس في كلّ الاقتضاءات أو الفوائد، بأن لم تُعلم الأوقات أصلاً، فقد نقل الدسوقي أنّ الظاهر أن المزكي يحتاط لجانب الفقراء في الاقتضاءات ولنفسه في الفوائد⁽²⁾.

اجتماع الفوائد مع الاقتضاءات:

قد تقدم في الشرط الرابع أن المقبوض من الدين يزكى إذا كمل بانضمام فائدة أو غيرها إليه إن اجتمعا في الحول. وههنا زيادة بيان لكيفية الضم:

تضم الفائدة لما اقتضاء من الدين بعدها. كما لو استفاد عشرة في المحرم وحال عليها الحول عنده، ثم اقتضى من المدين عشرة في رجب ثاني عام فيزيكهما في رجب بمجرد الاقتضاء سواء بقيت الفائدة لوقت اقتضائه أو أنفقت قبله.

ولا تضم الفائدة للاقتضاء المتقدم عنها المنفق قبل حصولها لعدم اجتماعهما في الحول كأن اقتضى عشرة في المحرم ثم استفاد عشرة في رجب بعد إنفاق العشرة الأولى، سواء كانت الأولى حال حولها قبل حصول الثانية أم لا.

وكذلك لا تضم الفائدة للاقتضاء المتقدم عنها المنفق بعد حصولها - أي الفائدة - وقبل حولها كما لو اقتضى في المحرم واستفاد في رجب وأنفق ما اقتضاه في رمضان. أما لو استمر الاقتضاء المتقدم عن الفائدة باقياً حال حول الفائدة فإنه يضم إليها.

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 1/470. (2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 1/471.

زكاة عروض التجارة

تجب الزكاة في العروض إذا كانت للتجارة لا للقنية، إذ لا زكاة في العروض المتخذة للقنية، إلا إذا باعها بعين أو ماشية فيستقبل بها - أي العين أو الماشية - الحول من يوم قبضها، كما تقدّم في الفائدة. ودليل وجوب الزكاة في عروض التجارة⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: 103].

وهذا الأمر عام في كلّ مال على اختلاف أصنافه وتباين أسمائه واختلاف أغراضه⁽²⁾. فيحمل على عمومته إلا ما خصّه الدليل⁽³⁾.

ب - عن سمرة قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نخرج الصدقة ممّا نعدّ للبيع⁽⁴⁾.

ج - عن أنس رضي الله عنه أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يأخذ الزكاة من العروض⁽⁵⁾.

د - القياس على الحرث والماشية والعين، بجامع أنّها أموال مقصود بها النماء⁽⁶⁾.

هـ - عن زريق بن حيّان أنّ عمر بن عبد العزيز كتب إليه: أن انظر من مرّ بك من المسلمين، فخذ مما ظهر من أموالهم، مما يديرون من التجارات، من كلّ أربعين ديناراً، ديناراً. فما نقص فبحساب ذلك، حتى تبلغ عشرين ديناراً، فإن نقصت ثلث دينار فدعها، ولا تأخذ منها شيئاً⁽⁷⁾.

قال الباجي: «وهذا كتاب أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز بذلك إلى عمّاله وأصحاب جوائزه، ولم ينكر عليه أحد، ولا يعلم أحد تظلم منه بسببه، والناس متوافرون في ذلك الزمان، من بقايا الصحابة وجمهور التابعين، مما لا يحصى كثرة فثبت أنه إجماع»⁽⁸⁾.

اقسام التجارة:

التجارة قسمان: إدارة واحتكار - فالإدارة هي التي لا يترصد صاحبها الأسواق، والاحتكار هي التي يترصد بها الأسواق أي ارتفاع الأثمان - . وتزكى قيمة عروض المدير وثمر عروض المحتكر إذا باعها بشروط خمسة:

أ - أن تكون العروض لا زكاة في عينها، كالثياب والعقار، أمّا ما في عينه زكاة، كنصاب الماشية، والحلي، والحرث، فلا تقوّم على المدير، ولا يزكي ثمنه المحتكر،

(1) الذخيرة 3/ 16 وعارضة الأحوذى 3/ 104. (2) عارضة الأحوذى 3/ 104.

(3) المنتقى 2/ 120.

(4) أخرجه أبو داود في الزكاة: باب العروض إذا كانت للتجارة.

(5) لم أقف عليه من رواية أنس، وبمعناه أخرجه عبد الرزاق في الزكاة، باب الزكاة من العروض.

والبيهقي 4/ 137.

(6) الإشراف 1/ 177، وبداية المجتهد 1/ 329 والمنتقى 2/ 120.

(7) أخرجه مالك في الزكاة، باب زكاة العروض. (8) المنتقى 2/ 120.

بل يستقبل الحول بثمنه من يوم زكاة عينه، إلا إذا قرب الحول وباعها فراراً من الزكاة، فيؤخذ بزكاة المبدل كما تقدم.

ب - أن تملك العروض بشراء، أي بمعاوضة مالية. أما الهبة، والميراث، والمعاوضة غير المالية، كالصداق، وما يؤخذ في الخلع، ونحو ذلك من الفوائد، فإنه يستقبل بأثمانها الحول من يوم قبضها. كما تقدم.

ج - أن يملك العرض بالشراء، مع نية التجارة حال الشراء؛ أو ينوي غلته، مع نية التجارة عند الشراء، بأن يكرهه إلى أن يجد ربحاً؛ أو ينوي القنية مع نية التجارة عند الشراء، بأن ينوي ركوبه، أو سكناه، إلى أن يجد فيه ربحاً فيبيعه.

فإن ملكه بلا نية أصلاً، أو بنية القنية فقط، أو بنية غلته فقط، أو بنية القنية وغلته معاً، فإنه لا زكاة فيه.

د - أن يكون الثمن الذي اشترى به العرض، عيناً أو عرضاً كذلك - أي ملك بشراء -، سواء كان عرض تجارة، أو قنية، فإنه إذا باع العرض زكى ثمنه لحوله من وقت شرائه. أما إذا ملك العرض بلا شراء، كأن كان هبة أو ميراثاً، فإنه يستقبل بالثمن الحول.

هـ - أن يبيع العرض كله أو بعضه بعين، يشترط أن تكون نصاباً فأكثر في المحتكر، أما في المدير فلا يشترط النصاب، بل تلزمه الزكاة ولو باع شيئاً قليلاً كقيمة درهم، والدليل في وجوب الزكاة على المدير ولو لم ينضّ عنده شيء من المال: المصالح المرسله، قال ابن رشد الحفيد: «وأما مالك فشبّه النوع ههنا بالعين لثلا تسقط الزكاة رأساً عن المدير، وهذا هو أن يكون شرعاً زائداً، أشبه بأن يكون شرعاً مستتباً من شرع ثابت، ومثل هذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل، وهو الذي لم يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع، إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه، ومالك رحمته يعتبر المصالح، وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها»⁽¹⁾.

فإذا توفّرت هذه الشروط الخمسة، فإنّ التاجر يزكي، ولكن تختلف الزكاة بين المحتكر والمدير كما سيأتي.

وينتقل المدير للاحتكار وللقنية بمجرد النية، وكذلك المحتكر ينتقل للقنية، أما انتقال المحتكر والمقتني للإدارة فلا تكفي فيهما النية، بل لا بدّ من التعاطي؛ لأنّ النية سبب ضعيف تنقل للأصل، ولا تنقل عنه، والأصل في العروض القنية، والاحتكار قريب منها.

صفة زكاة المحتكر: هو أن يزكي تجارته كزكاة الدين، أي لعام واحد، ولو أقام

عنده سنين، وذلك إذا قبض الثمن عيناً، وكان نصاباً فأكثر كمل بنفسه، ولو قبضه في مرات، أو قبضه مع فائدة تمّ حولها أو معدن. وتقدم تعريف المحتكر، بأنه الذي يترصد بالعروض الأسواق أي ارتفاع الأثمان.

صفة زكاة المدير: المدير هو الذي يبيع بالسعر الواقع، ولو كان فيه خسارة، ويخلف ما باعه بغيره، وذلك كأرباب الحوانيت والطوافين بالسلع، وقال ابن عاشر: «الظاهر أن أرباب الصنائع كالحاكة والدباغين مديرون، وقد نصّ في المدونة على أنّ أصحاب الأسفار الذين يجهزون الأمتعة إلى البلدان مديرون»⁽¹⁾. والمدير يقوم كل عام سلعه التي للتجارة، ولو كسدت سنين، ويزكي ما عنده من العين، وماله من الدين النقد - الذي أصله عرض باعه للمدين -، الذي حلّ أجله ورجا خلاصة، ولو لم يقبضه بالفعل.

أما إذا كان الدين غير نقد حال، بأن كان عرضاً أو نقداً موجلاً مرجوياً، فإنه يقومه كل عام ويزكي القيمة، لأنه في قوة المقبوض، والمراد بالنقد هنا ما كان أصله عرضاً باعه للمدين كما تقدم. أما الدين غير المرجو، بأن كان على معدم أو ظالم لا تأخذه الأحكام فلا يقومه، فإن قبضه زكاه لعام واحد كالعين الضائعة والمغصوبة، وكذلك لا يقوم الدين الذي له على المدين، إذا كان أصله قرضاً وسلفاً، ولو كان مرجو الخلاص، فلا يقومه على نفسه ليزكيه، لعدم النماء فيه، فهو خارج عن حكم التجارة؛ فإن قبضه زكاه لعام واحد، ولو أقام عند المدين سنين، إلا إذا أخر قبضه فراراً من الزكاة فيزكيه لكل عام مضى.

واعلم أن الذي يقومه المدير من السلع ما يلي:

أ - ما دفع ثمنه.

ب - ما حال عليه الحول عنده، ولو لم يدفع ثمنه، وحكمه في الثاني حكم من عليه دين ويده مال.

وأما إن لم يدفع ثمنه، ولم يحل عليه الحول عنده، فلا زكاة عليه فيه. ولا يسقط عنه من زكاة ما حال حوله عنده شيء، بسبب دين ثمن هذا العرض الذي لم يحل حوله، إن لم يكن عنده ما يجعل في مقابلته⁽²⁾. وحول المدير - الذي يقوم فيه سلعه مع عينه ودينه الحال المرجو - هو حول أصله، أي المال الذي اشترى به السلع؛ فيكون ابتداء الحول من يوم ملك الأصل، أو من يوم زكاه، ولو تأخرت الإدارة عنه؛ مثل أن يملك نصاباً أو أن يزكيه في المحرم، ثم شرع في التجارة على وجه الإدارة في رجب، فإنّ حوله المحرم.

ولا تقوم الأواني التي توضع فيها سلع التجارة، ولا الآلات، كالمنوال والمنشار

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 1/ 224. (2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 1/ 224.

والقدوم والمحراث، وكذلك دابة العمل للحمل والحراث، ما لم تجب الزكاة في عينها.

اجتماع الإدارة والاحتكار:

إذا اجتمع لشخص احتكار في عرض، وإدارة في عرض آخر، فإن تساوى الاحتكار والإدارة أو احتكر الأكثر، وكانت الإدارة في الأقل، فإن كلاً من العرضين على حكمه في الزكاة.

أما إذا أدار سلعه واحتكر الأقل، فإن كلاً من العرضين يأخذ حكم الإدارة، ويبطل الاحتكار؛ وإنما لم يغلب الاحتكار إذا كان هو الأكثر، مراعاة لحق الفقراء⁽¹⁾. وإليك ما قاله القاضي ابن رشد الجذ في تعليل أحكام الإدارة والاحتكار واجتماعهما: «القياس أن يزكى كل مال على سنته، إن كانا متناصفين أو أحدهما تبعاً لصاحبه؛ لأن الأصل في عروض التجارة ألا زكاة فيها حتى تباع، إذ لا زكاة إلا في الحراث، والعين، والماشية، فلما كان الذي يدير ماله لا يقدر على أن يحفظ أحواله، أمر أن يجعل لنفسه شهراً من السنة، فيقوم فيه ما عنده من العروض، ويضيفه إلى ما بيده من المال، فيزكي جميع ذلك، فإذا كان للرجل مالان يدير أحدهما ولا يدير الآخر، وجب أن يزكي الذي لا يدير على سنة التجارة، لكونه قادراً على حفظ أحواله، والذي يدير على سنة الإدارة، لكونه غير قادر على حفظ أحواله. والقول بأنه إذا كان الذي يدير هو الأكثر زكاه كله على الإدارة، استحسان واحتياط للمساكين على غير قياس؛ لأنه إذا زكى ما لا يدار، وإن قل، على سنة الإدارة فجعل مخرجاً لزكاة العرض قبل بيعه، ولزكاة الدين قبل قبضه؛ وقد قال ابن القاسم في المدونة: أمّا من فعل ذلك لم يجزه، وكان كمن أدى زكاة ماله قبل أن يحول عليه الحول»⁽²⁾.

زكاة القراض:

القراض هو المال المدفوع لمن يتجر فيه، بجزء معلوم النسبة لربحه، وهو قسمان: حاضر وغائب.

القراض الحاضر: هو الذي يوجد ببلد ربّ المال، أو يكون ربّ المال يعلم حاله في غيبته؛ فإنه يزكيه ربه - لا العامل -، كلّ عام، زكاة إدارة إن أداره العامل، سواء كان ربه مديراً أو محتكراً، ويخرج زكاته من مال غير مال القراض، لثلاً ينقص على العامل. القراض الغائب: إذا غاب المال عن بلد صاحبه، غيبة لا يعلم فيها حاله، فإن ربه يصبر فلا يزكيه ولو غاب سنين، كما لا يزكيه العامل إلا أن يأمره ربه، أي رب المال، بها، أو يأخذها السلطان فتجزىء، ويحسب العامل على ربه من رأس المال. وإذا صبر ربّ المال بزكاته أعواماً، ثم حضر المال، فإنه يزكيه - لا العامل - بعد

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 1/ 225. (2) البيان والتحصيل 2/ 424.

رجوعه، وذلك عن عدد السنين التي غاب فيها، ويبتدىء بسنة الحضور، ثم بما قبلها، وهكذا، فيزكي عن سنة الحضور ما وجد فيها، سواء زاد عمّا قبلها أو نقص أو ساوى، فإن كان المال في سنة الحضور، مساوياً لما مضى قبلها فأمره ظاهر. وإن كان فيما قبلها أزيد، سقط ما زاد قبلها، فلا زكاة فيه، لأنه لم يصل له ولم ينتفع به، وصار حكمه حكم ما لو كان في كل سنة مساوياً لسنة الحضور. وحين الزكاة يُراعى تنقيص الأخذ النصاب.

وإذا نقص ما قبل سنة الحضور عنها - أي عن سنة الحضور -، فلكل من السنين الماضية ما فيها، كما إذا كان المال في الأولى مائة، وفي الثانية مائة وخمسين، وفي الثالثة مائتين. وإذا زاد المال فيما قبل سنة الحضور تارة، ونقص تارة أخرى، كما لو كان فيها مائتين، وفيما قبلها مائة، وفيما قبلها ثلاثمائة، قضى بالنقص على ما قبل، فيزكي في سنة الحضور عن مائتين، وعن كلّ ما قبلها مائة، لأن الزائد لم يصل لربّه ولم ينتفع به، ولا يقضي بالنقص على ما بعده. وهذا في المدير؛ أما إذا احتكر العامل فإنّه يزكي كالدين لعام واحد بعد قبض القراض، بانفصاله، من العامل، ولو أقام عند العامل أعواماً، وسواء احتكر ربّه أم لا؛ وهذا كلّ في العروض المشتراة بمال. وأما الماشية في القراض، فإنّها تعجل زكاتها إذا بلغت نصاباً، وحال الحول مطلقاً، سواء حضرت أو غابت، وسواء احتكرها العامل أو أدارها، فتخرج زكاتها من عينها، ولا ينتظر بها المفاصلة بين العامل وصاحب القراض، كما لا ينتظر بها علم ربّها بحالها؛ وذلك لتعلّق الزكاة بعينها، ومثل الماشية الحرث. وتحسب الزكاة على ربّ القراض من رأس المال فلا تجبر بالربح بخلاف الخسارة فإنّها تجبر به.

زكاة ربح العامل في القراض:

يزكي العامل ربحه من مال القراض، بعد النضوض والانفصال، ولو كان ربحه أقل من النصاب، ولو لم يكن عنده ما يضّمه إليه. ويزكيه لعام واحد بشروط خمسة وهي:

1 - أن يقيم القراض بيد العامل، حولاً فأكثر من يوم التجر لا أقل.

2 - أن يكون العامل وصاحب المال مسلمين.

3 - أن لا يكون عليهما دين.

4 - أن تكون حصة رأس المال بربحه نصاباً فأكثر، لا أقل.

5 - أن تكون حصة صاحب المال، أي رأس ماله بربحه أقل من نصاب، ولكن عنده - أي صاحب المال - ما يكمله، فإن العامل يزكي حصته، وإن كانت أقل من نصاب؛ لأن زكاته تابعة لزكاة صاحب المال.

ما يسقط الدين من الزكاة وما لا يسقطه:

لا يسقط الدين الذي في الذمة زكاة الحرث والماشية والمعدن، لتعلق الزكاة

بأعيانها، بخلاف العين - الذهب والفضة - فإن الدين يسقط زكاتها، ولو كان الدين مؤجلاً، أو كان مهراً عليه لامراته، مقدماً أو مؤخراً، أو كان نفقة تجمعت عليه لمن تجب عليه نفقته، كالزوجة والأب والابن، أو كان دين زكاة ترتبت في ذمته، ولو زكاة فطر. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله ﷺ: إذا كان للرجل ألف درهم، وعليه ألف، فلا زكاة عليه⁽²⁾.

ب - قوله ﷺ: أعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، وتردّ على فقرائهم⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن المدين ليس بغني⁽⁴⁾؛ بل تحل له الصدقة كما في الآية⁽⁵⁾.

ج - عن السائب بن يزيد أن عثمان بن عفان كان يقول: هذا شهر زكاتكم، فمن كان عليه دين فليؤدّ دينه، حتى تحصل أموالكم، فتؤدّون منها الزكاة⁽⁶⁾.

د - أن الزكاة حق الفقراء، وصاحب الدين متقدم بالزمان على حق الفقراء، فهو في الحقيقة مال صاحب الدين، لا الذي المال بيده⁽⁷⁾.

والفرق بين سقوط زكاة العين بالدين، وعدم سقوط زكاة الحرث والماشية به، ما يلي⁽⁸⁾:

أ - أن الأمر بأخذ الصدقة من الأموال عام، ويشمل من عليه دين ومن لم يكن عليه دين، إلا أنه خصص من هذا العموم العين، بإجماع الصحابة، لأن عثمان ﷺ كان ينادي في الناس: هذا شهر زكاتكم، فمن كان عليه دين فليؤدّه، حتى تحصل أموالكم، فتؤدّون منها الزكاة. ولم يعترض عليه أحد من الصحابة، فكان إجماعاً منهم على قوله، وبقي سائر الأموال من الماشية والحرث على الأصل في وجوب أخذ الزكاة منها كان على صاحبها دين أو لم يكن.

ب - أن الدين يمنع من تنمية العين، إذ لصاحب الدين أن يقوم بدينه، فيحجر على المديان التصرف في ماله، بينما الغنم، والزرع والحوائط، لا يمنع التحجير على المديان فيها بالدين، من نمائها، لأنها نامية بأنفسها.

فالدين يسقط زكاة العين كما ذكر، إلا أن يكون لرب العين المدين من العروض ما يفي بدينه، فإنه يجعله في نظير الدين الذي عليه، ويزكي ما عنده من العين، ولا تسقط عنه الزكاة وذلك بشرطين:

- (1) الإشراف 1/ 181 والذخيرة م 1 ورقة 160. (2) لم أفق عليه.
- (3) سبق تخريجه.
- (4) بداية المجتهد 1/ 317 والذخيرة 1/ 160.
- (5) الذخيرة 1/ 160.
- (6) أخرجه مالك في الزكاة: باب الزكاة في الدين.
- (7) بداية المجتهد 1/ 317.
- (8) البيان والتحصيل 2/ 294 والذخيرة 3/ 43 ط - دار الغرب الإسلامي.

أ - إن حال حول العرض عنده، فلو وهب الدين له، بأن أبرأه ربه منه، ولم يحل حوله من يوم الهبة، فلا زكاة في العين التي عنده، لأن الهبة إنشاء لملك النصاب الذي بيده، فلا تجب الزكاة فيه، إلا إذا استقبل حولاً من يوم الهبة. وكما لو وهب له من العرض ما يجعل في نظير الدين، ولم يحل حول الشيء الموهوب عند رب العين، فلا زكاة في العين التي عنده حتى يحول الحول.

ب - أن يكون العرض مما يباع على المفلس، كثياب ونحاس، وماشية، ولو دابة ركوب، أو ثياب جمعة، أو كتب فقه؛ لا ثوب جسده أو دار سكنائه، إلا أن يكون فيها فضل عن ضرورته. فإن كان عنده من العروض ما يفي ببعض ما عليه، نظر للباقي، فإن كان فيه الزكاة زكاه، كما لو كان عنده أربعون ديناراً، وعليه مثلها، وعنده عرض يفي بعشرين، زكى العشرين.

والقيمة لذلك العرض، تعتبر وقت وجوب الزكاة آخر الحول.

وكذلك لا يسقط الدين زكاة العين إذا كان له دين مرجو، ولو مؤجلاً، فإنه يجعله فيما عليه من دين، ويزكي ما عنده من العين؛ أما إذا كان الدين الذي له غير مرجو، كما لو كان على معسر، أو ظالم لا تناله الأحكام، فلا يجعل في نظير الدين الذي عليه. وكذلك دين الكفارة، ليمين، أو ظهار، أو صوم، أو دين هدي وجب عليه في حج أو عمرة، فلا يسقط زكاة العين.



زكاة المعدن

حكم المعدن مطلقاً، سواء كان معدن عين أو غيره، هو للإمام يقطعه لمن شاء من المسلمين، أو يجعله في بيت المال لمنافعهم، لا لمنافع نفسه؛ فله أن يعطيه لمن يعمل فيه بنفسه مدة من الزمان، أو مدة حياة المقطع، سواء كان في نظير شيء يأخذه الإمام من المقطع أو مجاناً. وإذا أقطعه لشخص في مقابلة شيء، كان ذلك الشيء لبيت المال، ولا يأخذ الإمام منه إلا بقدر حاجته.

وإذا أقطعه لأحد، فإنما يقطعه إياه انتفاعاً لا تملكياً.

وإذا أمر الإمام بقطعه لبيت المال، فلا زكاة فيه - إذا كان عيناً أو غيره -، لأنه ليس مملوكاً لأحد معين حتى يزكى. أما إذا أقطعه لشخص، فسيأتي ذكر حكمه.

وأمر المعدن للإمام - كما تقدم -، سواء وجد في البراري والموات وأرض العنوة، أو وجد بأرض شخص، فلا يختص به رب الأرض، قال ابن رشد الجذد: «وجه هذا القول، أن التي هي في جوف الأرض، أقدم من ملك المالكين لها، فلم يجعل ذلك ملكاً لهم بملك الأرض، إذ هو ظاهر قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَرْضَ اللَّهِ يُوْرثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ﴾. ولم يقل الأرض لله يورثها وما فيها من يشاء من عباده. فوجب

بنحو هذا الظاهر أن يكون ما في جوف الأرض، من ذهب أو ورق في المعادن، فيئاً لجميع المسلمين، بمنزلة ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب⁽¹⁾. وهي ليست بمنزلة ما نبت فيها من الحشيش والشجر، لأن الحشيش والشجر نابتان في الأرض بعد الملك، بخلاف الذهب والورق في المعادن⁽²⁾. أما أرض الصلح، فإنه إذا وجد بها معدن، فإن الحكم لأهل الصلح، ولا يتعرض لهم فيه، ما داموا كفاراً؛ فإن أسلموا رجع الأمر للإمام.

وخالف ابن حبيب⁽³⁾ فقال: ما ظهر منها في أرض الصلح يقطعها الإمام، ووجه قوله هذا، أنهم إنما صالحوا على ما تقدم ملكهم له، وهذه معادن مودوعة في الأرض لم يعلموا بها، ولا تقدم ملكهم عليها، ولا تناولها الصلح، فكان للإمام أن يقطعها من شاء⁽⁴⁾.

والدليل على أن للإمام أن يقطع المعدن لمن شاء من المسلمين ينتفع به:
- عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن غير واحد أن رسول الله ﷺ قطع لبلال بن الحارث المزني معادن القبيلة، وهي من ناحية الفرع، فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلى اليوم إلا الزكاة⁽⁵⁾.

نوع المعدن وما يجب فيه:

لا تجب الزكاة إلا في معدن الذهب والفضة، أما بقية المعادن فلا تجب فيها الزكاة. ودليل وجوب الزكاة في معدن الذهب والفضة، وعدم وجوب الخمس:
أ - حديث ربيعة المتقدم.

ب - القياس على الزرع، بجامع تكلف مؤونة عمل⁽⁶⁾، وأنه لم يتقدم عليه ملك أحد، وهذا القيد احتراز من الركاز⁽⁷⁾ وسيأتي حكمه.

ويجب على من أقطعه الإمام مقطع ذهب أو فضة، أن يزكيه إن خرج منه نصاب، بربع العشر. ودليل اشتراط النصاب، وعدم اشتراط الحول:
- القياس على الزرع⁽⁸⁾.

وهل تجب الزكاة فيه بإخراجه، أو بتصفيته، ففي المذهب قولان: فعلى القول بالوجوب بتصفيته، أنه لو أنفق شيئاً قبل التصفية، أو ضاع شيء، أو تلف، لم يحسب.

(2) المقدمات 225.

(4) المنتقى 101/2.

(5) أخرجه مالك في الزكاة، باب الزكاة في المعادن. وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء. باب في إقطاع الأرضين.

(6) الإشراف 183/1 والمنتقى 102/2 والمقدمات 226.

(7) الإشراف 183/1 والمنتقى 102/2. (8) الإشراف 185/1 والمقدمات 226.

وعلى القول بالوجوب بخروجه فإنه يحسب .

ويضم في الزكاة ما يخرج من العرق المتصل، ولو تراخى العمل، أو حصل في العمل انقطاع. ولا يضم عرق لعرق آخر، ولو اتصل العمل، وكان من معدن واحد، ولو وجد الثاني، قبل فراغ الأول. فإن خرج ما فيه الزكاة من كلّ على انفراده زكي، وإلا فلا. ويقال كذلك في عدم ضم معدن لآخر بالأولى. وقال الصاوي: «وفي الحطّاب ما يفيد أنه يضم، حيث بدأ العرق الثاني قبل انقطاع الأول، سواء ترك العمل فيه حتى تمّ الأول، أو انتقل للثاني قبل تمام الأول، وهذا هو المعتمد، حيث كان المعدن واحداً، كما قرره شيخ المشائخ العدوي»⁽¹⁾.

وأما المعدن غير الذهب والفضة، كالقصدير، والعقيق، والياقوت، والزمرد، والزرنيخ، والمغرة، والكبريت، والنحاس، والرصاص، فلا زكاة في شيء من هذه المعادن، إلا إذا صارت عروض تجارة فتزكى زكاتها.

زكاة ندرة العين:

ندرة العين هي القطعة الخالصة من الذهب والفضة، التي لا تحتاج لتخليص. والمراد بالخالصة، التي توجد في الأرض من أصل خلقتها، لا بوضع واضح لها. فهذه تجب فيها الخمس ولو كانت دون النصاب.

الركاز واللقطة:

الركاز هو دفن جاهلي - غير مسلم وذمي -، ذهباً، أو فضة، أو غيرهما، كرخام، وأعمدة، ومسك، وعروض. وهو غير المعدن. ودليل التفريق بين المعدن والركاز: - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس⁽²⁾.

ووجه الدليل، أنه لما قال: «وفي الركاز الخمس» دلّ على أن الحكم في المعدن غير الحكم في الركاز؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قد فصل بين المعدن والركاز بالواو الفاصلة؛ ولو كان الحكم فيهما سواء، لقال: والمعدن جبار وفيه الخمس⁽³⁾؛ كما فرق بينهما في الاسم، فدلّ على أن المعدن غير الركاز⁽⁴⁾؛ ولأن الركاز مأخوذ من إركاز الشيء في الأرض، إذا دفنه صاحبه وأخفاه، والمعادن عروق ينبتها الله عز وجل في الأرض⁽⁵⁾.

(1) حاشية الشرح الصغير 1/ 230.

(2) أخرج مالك بعضه في الزكاة، باب زكاة الركاز وأخرجه البخاري في الزكاة، باب في الركاز الخمس.

(3) المنتقى 2/ 102 وأحكام القرطبي 3/ 322 والذخيرة 1م ورقة 163.

(4) الإشراف 1/ 183. (5) الإشراف 1/ 183.

ويخرج من الركاز الخمس، في القليل والكثير، ويدفع إلى الإمام العادل. ونقل الإمام الباقي عن عيسى عن ابن القاسم عن مالك في مختصر ابن شعبان: «إذا كان الإمام جائراً يخرج الواجد له خمسه فيتصدق به، ولا يدفعه إلى من يعيث فيه؛ وكذلك ما فضل من المال عن أهل الموارث، ولا أعلم اليوم بيت مال، إنما هو بيت ظلم؛ وكذلك العشر»⁽¹⁾.

ومصرف خمس النذرة والركاز، غير مصرف الزكاة؛ بل هو كخمس الغنائم، مصرفه مصالح المسلمين، ويحلّ للأغنياء وغيرهم. وإخراج الخمس في النذرة والركاز، مشروط بعدم وجود كبير نفقة أو كبير عمل، وإلا ففيهما الزكاة أي ربع العشر. وبعد إخراج الخمس، فباقي الركاز لمالك الأرض، بإحياء، أو ميراث، لا لواجده، ولا لمالكها بشراء، أو هبة، بل للبائع الأصلي، أو الواهب؛ فإن علم وإلا فهي على حكم اللقطة. وقيل لمالكها في الحال. فإن لم تكن الأرض مملوكة فلواجده؛ أما باقي النذرة فهو كالمعدن لمخرجه بإذن الإمام.

وأما دفن المسلمين وأهل الذمة، فهو لقطة، وهو كالموجود من مالهم على ظهر الأرض، يعرف سنة، فإذا لم يعلم ربه أو وارثه، فإن قامت القرائن على توالي الأعصار عليه، بحيث يعلم أنّ صاحبه لا يمكن معرفته، ولا معرفة وارثه في هذا الأوان، فهل ينوي تملكه، أو يكون محلّه بيت مال المسلمين، لقولهم: كل مال جهلت أربابه فمحلّه بيت المال، قال الدردير: وهو الظاهر بل المتعين.

وما لفظه البحر، ممّا لم يتقدم ملك أحد عليه، كعنبر، ولؤلؤ ومرجان، وسمك، فهو لواجده الذي يضع يده عليه أولاً. ولا يخمس لأن أصله الإباحة. ولو رآه جماعة فتدافعوا عليه، فجاء آخر فوضع يده عليه، فهو له دون المتدافعين.

فإن تقدّم ملك أحد على ما لفظه البحر، فإن كان من تقدم ملكه عليه حربياً، أو جاهلياً، ولو بشك، فهو لواجده، لكنه يخمس لأنه من الركاز، والباقي لواجده. وإن علم أنه لمسلم أو لذمي فهو لقطة، يعرف ولا يجوز تملكه ابتداء، خلافاً لبعضهم.



مصارف الزكاة

تصرف الزكاة لأحد الأصناف الثمانية المذكورين في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْمُعَلِّمِينَ عَلَيْهَا وَالتَّوَلَّفُوْهُ فُلُوْهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْقَدْرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللّٰهِ وَابْنِ السَّبِيْلِ فَرِيضَةً مِّنْ اللّٰهِ وَاللّٰهُ عَلِيْمٌ حَكِيْمٌ ﴾ [التوبة: 60].

وهذه المصارف من شروط صحة الزكاة، فلو صرفت لغيرهم لم تصح.
وتفصيل هذه الأصناف:

1 - الفقير: وهو الذي لا يملك قوت عامه، ولو كان يملك نصاباً، فيجوز إعطاء الزكاة له، ولو وجبت عليه.

2 - المسكين: وهو الذي لا يملك شيئاً، فهو أحوج من الفقير، لأن اسم المسكين في اللغة يتضمن الإعدام جملة الذي يورث الاستكانة⁽¹⁾.

وإذا ادعى شخص الفقر أو المسكنة، لياخذ من الزكاة، فإنه يصدق بلا يمين، إلا لريبة، بأن يكون ظاهره يخالف ما يدعيه، فإنه لا يصدق إلا بيّنة.

3 - العامل على الزكاة: كالساعي والجابي والمفروق، ولو كان غنياً، لأنه يأخذ منها بوصف العمل، لا بوصف الفقر. والدليل: عن عطاء بن يسار أنّ رسول الله ﷺ قال: لا تحلّ الصدقة لغني، إلا لخمسة، لغاز في سبيل الله، أو لعامل عليها، أو لغارم، أو لرجل اشتراها بماله، أو رجل له جار مسكين، فتصدق على المسكين، فأهدى المسكين للغني⁽²⁾.

ويشترط في كل من الفقير والمسكين والعامل: الإسلام، والحرية، وأن لا يكون هاشمياً، أي من بني هاشم؛ لأن آل البيت تحرم عليهم الزكاة، ولهم من بيت المال ما يكفيهم، وقد نزههم الله عنها إكراماً لهم؛ لأنها أوساخ الناس، وعوضهم من ذلك فيما جعله لهم من الحق في الفياء وخمس الغنيمة⁽³⁾. ودليل منعهم⁽⁴⁾:

أ - عن أبي رافع رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة، فقال لأبي رافع: اصحبني كيما تصيب منها، فقال: لا حتى آتي رسول الله ﷺ فأسأله، فانطلق إلى النبي ﷺ فسأله فقال: إنّ الصدقة لا تحلّ لنا، وإن موالى القوم من أنفسهم⁽⁵⁾. وأبو رافع مولى النبي ﷺ، اسمه أسلم.

ب - عن أبي هريرة، أنّ الحسن والحسين كانا يلعبان بتمر الصدقة، فأخذ أحدهما تمرة فجعلها في فيه، فنظر إليه رسول الله فأخرجها من فيه، فقال: أما علمت أن آل محمد، لا يأكلون الصدقة⁽⁶⁾.

(1) الإشراف 1/192.

(2) أخرجه مالك في الزكاة، باب أخذ الصدقة - وأبو داود في الزكاة، باب من يجوز له أخذ الصدقة، وهو غني، وابن ماجه في الزكاة، باب من تحلّ له الصدقة.

(3) البيان والتحصيل 2/383. (4) المتقى 2/152.

(5) أخرجه الترمذي في الزكاة، باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي وأهل بيته ومواليه. والنسائي في الزكاة، باب موالى القوم منهم.

(6) أخرجه البخاري في الزكاة، باب أخذ صدقة التمر عند صرام النخل. ومسلم في الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ، وعلى آله.

وبنو المطلب أخو هاشم، ليسوا عند المالكية من آل البيت، فيعطون منها. أما لماذا لا يحلّ لبني هاشم أن يكونوا عمالاً فيها، وأجراء عليها؛ فإن ذلك مبالغة لهم في الصيانة عنها. وآل البيت هم ذوو القربى، الذين جعل الله لهم سهماً في الفيء وخمس الغنيمة. أما إذا حرموا حقهم من بيت المال، وصاروا فقراء، جاز إعطاؤهم منها.

ويشترط في العامل أيضاً، أن يكون عدلاً، عالماً بأحكام الزكاة.

فلا يستعمل عليها كافر، ولا هاشمي، ولا فاسق، ولا جاهل بأحكامها.

4 - المؤلفلة قلوبهم: وهو الكافر يعطى منها، ترغيباً له في الإسلام.

وقيل هو المسلم قريب العهد بالإسلام، يعطى منها، ليتمكن من الإسلام. وحكم التأليف باقٍ لم ينسخ. قال ابن العربي «ومنهم من قال: هم باقون، لأن الإمام ربّما احتاج أن يستألف على الإسلام، وقد قطعهم عمر، لما رأى من إعزاز الدين. والذي عندي، أنه إن قوي الإسلام زالوا، وإن احتيج إليهم أعطوا سهمهم، كما كان يعطيه رسول الله ﷺ؛ فإن الصحيح قد روي فيه: بدأ الإسلام غريباً وسيعود غريباً كما بدأ»⁽¹⁾ وقال في العارضة؛ «فكل ما فعله النبي ﷺ لحكمة، وحاجة، وسبب، فوجب أن السبب والحاجة إذا ارتفعتا أن يرتفع الحكم، وإذا عادتا أن يعود ذلك»⁽²⁾، وذلك للقاعدة الأصولية: الحكم يدور مع علته وجوداً أو عدماً.

5 - الرقاب: وهو الرقيق المسلم يُشترى منها ويعتق.

6 - الغارم: وهو المدين الذي ليس بيده ما يوقى به دينه، يغطى من الزكاة ليوقى دينه. ولو مات فإنه يوقى دينه منها. ومن كان عنده كفايته، وتداين للتوسع في الإنفاق، على أن يأخذ من الزكاة، فإنه لا يعطى. أما الفقير إذا تداين للإنفاق على نفسه وعائلته، بقصد أن يعطى منها، فلا ضرر في ذلك. ومن تداين لفساد كشرب خمر وقمار، فلا يعطى منها؛ ولا الذي تداين للتوسع، إلا أن يتوبا، وتظهر توبتهما، ولا يكفي مجرد دعوى التوبة.

فمن تداين لفساد ثم تاب، وبقي عليه ما تداينه بعد التوبة، فإنه يعطى منها.

ويشترط أن يكون الغارم مسلماً غير هاشمي.

7 - المجاهد في سبيل الله: فإن: «في سبيل الله» هو الغزو والجهاد والدليل⁽³⁾: أن هذا اللفظ إذا أطلق، فإن ظاهره الغزو. ولذلك قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾، ويدخل فيه الجاسوس، والمرابط، وشراء العدة للجهاد، من سلاح، وبناء

(1) أحكام ابن العربي 2/ 966.

(2) عارضة الأحوذى 3/ 172.

(3) الإشراف 1/ 193 والمنتقى 2/ 145.

الحصون، وحفر الخنادق. ويعطى المجاهد ولو كان غنياً كما تقدم في الحديث، وفيه قوله: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله...»⁽¹⁾.

ويشترط أن يكون مسلماً غير هاشمي. وإذا كان الجاسوس كافراً فإنه يعطى منها.

8 - ابن السبيل: وهو الغريب المحتاج لما يوصله لوطنه. ويشترط:

أ - أن لا يكون سفره معصية.

ب - أن يكون فقيراً مطلقاً.

ج - أن لا يكون هاشمياً.

د - أن يكون مسلماً.

فإن كان غنياً ولم يجد من يسلفه، فإنه يعطى منها.

أما الهاشمي المدين أو الغريب، فعلى الإمام أو نائبه، أن يعطيه من بيت المال ما يفي بدينه، أو يوصله إلى وطنه، فإن عدم بيت المال - كما هو الآن⁽²⁾ فإنه يعطى من الزكاة كالفقير.

مسائل:

1 - لا تجزئ الزكاة لغير الثمانية المذكورين، كبناء سور، وسفن لغير الجهاد في سبيل الله، وشراء كتب علم، ودار سكنى، أو ضيعة لتوقف على الفقراء. ومثل السور والمركب، الفقيه والقاضي والإمام.

ونقل الصاوي: إن محلّ كون الفقيه الذي يدرّس العلم أو يفتي لا يأخذ منها، إذا كان يعطى من بيت المال، وإلا فيعطى منها، ولو كثرت كتبه، حيث كان فيه قابلية، فإن لم تكن نية قابلية لم يعط، إلا أن تكون كتبه على قدر فهمه.

ونقل أيضاً عن اللخمي وابن رشد: أنه إذا منعوا حقهم من بيت المال جاز لهم أخذ الزكاة مطلقاً، سواء كانوا فقراء أو أغنياء، بالأولى من الأصناف المذكورة. قال شيخنا محمد الأخوة رحمهم الله: «وعليه فإذا كان العالم الغني لا يراد تمكينه من مقابل تعليمه، حيث يستحق ذلك، فله أن يأخذ من مال الزكاة، بناء على كونه من عموم مصلحة سبيل الله، وهذا فرع مبني على مراعاة الخلاف في معنى سبيل الله تعالى، وإن لم يكن المذهب يرى ذلك مصرفاً، لأن سبيل الله تعالى في المذهب خصص بالجهاد وما إليه».

2 - يندب عند الإخراج إثارة المحتاج على غيره، بأن يخصّ بالإعطاء، أو يزداد له فيه، إذ المقصود سدّ الخلة، لا تعميم الأصناف، إذ لا يندب تعميمهم. ودليل عدم طلب تعميم الزكاة على جميع الأصناف، قوله رحمهم الله: «تؤخذ من أغنيائهم وتردّ على

(1) سبق تخريجه.

(2) المراد به عصر الدردير: ق الثالث عشر.

- فقرائهم»⁽¹⁾. وهذا يفيد جواز صرفها إلى نوع واحد⁽²⁾.
- 3 - يندب الاستنابة في إخراجها، لأنه أبعد عن الرياء وحبّ المحمّدة.
- 4 - يجوز دفع الزكاة لقادر على التكسب، إذا كان فقيراً، ولو تركه اختياراً لعموم الآية⁽³⁾.
- 5 - يجوز إعطاء الفقير أو المسكين ما يكفيه سنة، ولو كان القدر أكثر من نصاب، ولا يعطى أكثر من كفاية سنة، ولو كان القدر أقل من نصاب.
- 6 - تجب النية عند دفع الزكاة، ويكفي عند عزلها. وتكفي النية الحكمية، فإذا عدّ المزكيّ دراهمه، وأخرج ما يجب فيها، ولم يلاحظ أن هذا المخرج زكاة، لكن لو سئل لأجاب، أجزأه.
- 7 - يكره إعلام الفقير بأنها زكاة، لما فيه من كسر قلبه.
- 8 - يجب تفريقها فوراً بموضع الوجوب أو قربه. ولا يجوز نقلها لمن على مسافة القصر، إلا أن يكون أهل ذلك الموضع، أشدّ حاجة من أهل الموضع الواجبة فيه، فينقل أكثرها إليه وجوباً، ويدفع أقلها في محلّ الوجوب. وإذا أداها لمن بموضع الوجوب فقط أجزأت. وتجزىء إذا نقلت لمكان مماثل في العدم لموضع الوجوب، مع الإثم، إذ الواجب تفرقتها كلها بموضع الوجوب، عند المماثلة في العدم.
- ولا تجزىء إذا نقلت لمن دون أهل موضع الوجوب في العدم، وقيل تجزىء.
- 9 - ولا يجزىء إخراج زكاة الحرث، قبل وجوبها بإفراك الحبّ وطيب الثمر، إذ هو كمن صلى قبل دخول الوقت.
- 10 - ولا يجزىء زكاة دين أو عرض محتكر، قبل القبض، ولو باعه، أي قبل قبض الدين ممن هو عليه، وقبض ثمن عرض الاحتكار، لم يجزه. والمراد بالدين الدين الذي لا يزكى كلّ عام، وهو دين المحتكر مطلقاً، ودين المدير من قرض، أو ما كان على معسر. أما دين المدير من بيع، وهو حال مرجو، فيزكى كما تقدم كل عام.
- 11 - ولا يجزىء إذا دفعت الزكاة لغير مستحقها.
- 12 - ولا يجزىء إذا دفعت لمن يلزم على المزكي نفقته، كزوجة وأولاد صغار.
- 13 - يجوز إعطاء الفضة عن الذهب، وعكسه، بلا أولوية لأحدهما عن الآخر. ويجب اعتبار - في إخراج أحدهما عن الآخر - صرف الوقت، أي وقت الإخراج، لا وقت الوجوب.
- ولا تعتبر - في إخراج زكاة العين - قيمة الصياغة، فمن عنده حليّ أخرج صرف

(2) الإشراف 1/190.

(1) سبق تخريجه.

(3) الإشراف 1/190.

زنته، لا قيمة صياغته. فمن كان عنده ذهب مصوغ، وزنه أربعون ديناراً، ولصياغته يساوي خمسين، فإنه يخرج عن الأربعين، ويلغى الزائد، سواء أخرج عنه من نوعه، كذهب عن ذهب، أو من غير نوعه، كفضة عن ذهب، أو العكس.

14 - لا يجزىء - في زكاة الحرث - إخراج صنف عن صنف، كتمر عن زبيب، أو عكسه، ولا يجزىء إخراج شيء من القطاني عن آخر، ولا زيت ذي زيت عن آخر، ولا شعير عن قمح، أو سلت، أو ذرة، أو أرز.

15 - ولا يجزىء إخراج العرض عن الماشية أو الحرث أو العين؛ ولا إخراج الماشية أو الحرث عن العين؛ ولا إخراج الحرث عن الماشية، أو الماشية عن الحرث. ويجزىء إخراج العين عن الحرث والماشية، مع الكراهة. ووجه الكراهية أمران⁽¹⁾:

أحدهما: لما في ذلك من معنى الرجوع في الصدقة، لأنه يكون قد اشترى الصدقة التي كانت عليه بما دفع فيها. وقد قال ﷺ: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»⁽²⁾.

ثانيهما: لثلاث تكون القيمة أقل مما عليه، فيكون قد بخش المساكين حقوقهم.

ووجه عدم الحرمة: أن ذلك ليس رجوعاً في الصدقة حقيقة، إذ لم يقع دفع لها للفقير، ثم استرجاعها منه بضمن. والحديث المذكور في النهي عن الرجوع في الصدقة، مقصور على صدقة التطوع، لأنه خرج عليه، وذلك أن عمر بن الخطاب قال: حملت على فرس عتيق في سبيل الله تعالى، وكان الرجل الذي هو عنده قد أضاعه، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته، كالكلب يعود في قيئه⁽³⁾.

16 - ويجزىء إخراج زكاة العين، وعرض تجارة المدير، والماشية التي لا ساعي لها، قبل وقت الوجوب بشهر فقط، لكن مع الكراهة. أما الماشية إذا كان لها ساع، فلا يجزىء تقديم إخراجها قبل وقت الوجوب، وكذلك زكاة الحرث كما تقدم.

17 - إذا انعدمت السن الواجبة في الماشية، كلف صاحبها بشراء ذلك السن، ولا يعطي القيمة. ولا يعمل بحديث البخاري عن أنس، أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب له التي أمر الله ورسوله: «ومن بلغت صدقته بنت مخاض وليست عنده، وعند بنت لبون، فإنها تقبل منه ويعطيه المصدق عشرين درهماً، أو شاتين، فإن لم يكن عنده بنت

(1) البيان والتحصيل 2/ 430 و456 و512.

(2) أخرجه مالك في الزكاة، باب اشتراء الصدقة والعود فيها. والبخاري في الزكاة، باب هل يشتري صدقته. ومسلم في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان لما تصدق به ممن تصدق عليه.

(3) سبق تخريجه.

مخاض على وجهها، وعنده ابن لبون، فإنه يقبل منه وليس معه شيء⁽¹⁾. وأجابوا عن الحديث بـ:

أ - أن هذا الخبر واحد يخالف الأصول، وإذا خالف خبر الواحد الأصول بطل في نفسه، ذكره ابن العربي⁽²⁾.

ب - لعلّ مالكاً لم يبلغه هذا الحديث⁽³⁾، قاله ابن رشد الحفيد.

18 - إذا تلف بعد الوجوب، النصاب كلّهُ أو جزء منه، سقطت الزكاة، بشرط أن لا يمكن لصاحبها أداؤها بعد الوجوب، لعدم تمام طيب الحرث، أو لعدم وجود مستحق، أو لغيبة المال. فإن أمكن الأداء ولم يؤدّ حتى تلفت ضمنها.

وإذا تلفت قبل الوجوب، فإنه يعتبر الباقي ويزكيه. وإذا عزل الواجب من الزكاة (جانباً) بعد الوجوب، ليدفعها لمستحقها، فضاعت بدون تفریط منه، فإنها تسقط. ولا تسقط إذا ضاع أصلها بعد الوجوب، وبقيت هي، أي الواجب بعد عزله؛ ويجب إخراجها فرطاً أم لا. كما لا تسقط إذا عزلها قبل الوجوب، فضاعت أو تلفت، وكذلك إذا عزلها بعد الوجوب، وفرط في أدائها مع إمكان ذلك، أو وضعها في غير حرزها، فإنه يضمها.

19 - ويزكي المسافر في البلد الذي هو فيه، ما معه من المال، ولو كان دون النصاب. وكذلك يزكي ما غاب عنه بشرطين:

أ - إذا لم يكن هناك من يخرجها عنه بتوكيل، لأن العبرة بالمالك.

ب - إذا كان لا يلحقه الضرر والاحتياج، عند إخراج الزكاة عن الغائب، ممّا معه؛ فإن اضطرّ لما معه من المال، أخرج الإخراج عن الحاضر معه، وعن الغائب، حتى يرجع لبلده، والمراد بالضرورة الحاجة. وتنتفي الضرورة، إذا وجد مسلفاً يمهل لبلده.

وأما الحاضر - أي غير المسافر - فإنه يزكي ما حضر وما غاب عنه، من غير تأخير مطلقاً، ولو دعت الضرورة لصرف ما حضر.

20 - تؤخذ الزكاة ممن تجب عليه، إذا امتنع عن أدائها، ولو كرهاً، ولو بقتال؛ ويؤدّب الممتنع بعد أخذها منه. والدليل: فعل أبي بكر الصديق رضي الله عنه في مانعي الزكاة، فقد جاهدهم عليها، وأجمع المسلمون على صواب فعله⁽⁴⁾. قال القاضي عبد الوهاب: «لأنه حقّ في عين المال، جعل إلى الإمام المطالبة به، فوجب أن يكون له إيجاب من هو عليه، إن امتنع من الأداء، كالغصب والسرقة، ولأن ما جاز للإمام أخذه بالطلب والتضييق، جاز أخذه قهراً كحقوق الأدميين»⁽⁵⁾.

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب العرض في الزكاة.

(2) أحكام ابن العربي 2/958. (3) بداية المجتهد 1/339.

(4) المتقى 2/157. (5) الإشراف 1/169.

21 - ويجب دفع الزكاة للإمام، إن كان عدلاً في صرفها وأخذها، إذا كانت حرثاً أو ماشية، بل وإن كانت عيناً. فإن طلبها العبدل وادّعى المزكّي إخراجها لم يصدق. وقد تقدم أنها لا تدفع للجائر في صرفها، بل الواجب جردها والهروب بها، فإن أخذها كرهاً أجزأت.

22 - تجزئ نية الإمام، أو من يقوم مقامه، في إخراج الزكاة. لأن للإمام ولاية على دفع الزكاة، فجاز أن تقوم نيته مقام نية من يلي عليه، قياساً على الأب في ولايته على ابنه الصغير، والولي على المجنون⁽¹⁾.



زكاة الفطر

حكمها:

زكاة الفطر واجبة: والدليل: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان، على الناس، صاعاً من شعير، على كل حرّ أو عبد، ذكر أو أنثى، من المسلمين⁽²⁾.

وهي داخلة تحت الزكاة المفروضة⁽³⁾ أي في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: 43].

وهي ليست منسوخة بالزكاة المفروضة. وما روي عن قيس بن سعد أنه قال: أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقة الفطر قبل أن تنزل الزكاة، فلما نزلت الزكاة لم يأمرنا ولم ينهنا ونحن نفعله⁽⁴⁾. فإن السكوت بعد ذلك لا يكون نسخاً⁽⁵⁾.

وقت وجوبها:

تجب بغروب آخر يوم من رمضان على قول، وهي رواية أشهب عن مالك، وقول ابن القاسم في المدونة؛ ويفجر أول سؤال على قول آخر، وهي رواية ابن القاسم عن مالك. قال ابن رشد الحفيد: «وسبب اختلافهم، هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد؟ أو بخروج شهر رمضان؟ لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان⁽⁶⁾. وقال ابن رشد الجدي: «والأصل في هذا الاختلاف؛ اختلافهم في معنى ما ثبت من أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض

(1) الإشراف 169/1.

(2) أخرجه مالك في الزكاة، باب مكيلة زكاة الفطر. والبخاري في الزكاة، باب فرض صدقة الفطر ومسلم في الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير.

(3) المتقى 185/2 والمعلم 12/2 والمقدمات ط 253 وبداية المجتهد 365/1.

(4) أخرجه النسائي في الزكاة، باب فرض صدقة الفطر قبل نزول الزكاة.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 180.

(6) بداية المجتهد 371/1.

زكاة الفطر من رمضان... فتؤول من رواية أشهب عنه، أن مراده بالفطر من رمضان، هو الفطر بعد انقضاء شهر رمضان، أول ليلة من شوال. وتؤول في رواية ابن القاسم عنه، أن المراد به الفطر المنافي للصوم، وذلك لا يكون إلا بعد الفجر، وهو الأظهر؛ لأن الفطر بعد غروب الشمس من آخر يوم من رمضان، كالفطر بعد غروبها في سائر الأيام، فلا يقال أفطر من رمضان، إلا لمن أفطر بعد الفجر من شوال⁽¹⁾.

فمن وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ قبل الغروب من آخر يوم من رمضان، ثم مات قبل الفجر، وجبت على الأب زكاة الفطر عن المولود، على القول الأول، دون الثاني. ومن ولد له مولود بعد الغروب، وطلع عليه الفجر وهو حي، وجبت على الأب الزكاة على القول الثاني دون الأول. ولو مات قبل الفجر لم تجب على الأب على كل من القولين، وقس على ذلك من تزوج وطلق.

على من تجب؟

تجب على المسلم القادر عليها وقت وجوبها، ولو بتسلفها، إذا كان يرجو قضاءها، بخلاف من لم يرحه. ومن لم يقدر عليها إلا بعد فجر شوال، لم تجب عليه؛ لأنه كان عاجزاً عنها وقت الوجوب، وإن ندب إخراجها إن زال فقره يومها.

وهي تجب عليه عن نفسه، وعن كل مسلم تلزمه مؤونته، بقرابة أو زوجية، كالوالدين الفقيرين؛ وأولاده الذكور، إلى حين البلوغ والقدرة على الكسب، والإناث إلى حين الدخول بالزوج؛ وزوجته وزوجة أبيه الفقير؛ وخادم قرابته المذكورين الفقراء أو خادم زوجته.

وإن مالكا لم يشترط لوجوبها ملك النصاب، أخذاً بعموم⁽²⁾ حديث ابن عمر: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان، على الناس، صاعاً من شعير، على كل حرّ أو عبد، ذكر أو أنثى من المسلمين»⁽³⁾.

ودليل إخراجها عن الصبي، مع كونه لم يصم، وهو لا إثم عليه، حتى يقصد تطهيره من الآثام؛ ما جاء في رواية أخرى عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان، على كل نفس من المسلمين، حرّ أو عبد، أو رجل، أو امرأة، صغير، أو كبير، صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير⁽⁴⁾. فإن علة زكاة الفطر، هي الفطر من رمضان، وحكمتها التطهير من الآثام، والتعليل بالغالب لا يضره عدم وجود العلة في بعض الصور⁽⁵⁾.

(1) الإشراف 188/1 والمقدمات 255. (2) المعلم 12/2.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه البخاري في الزكاة، باب صدقة الفطر على الصغير والكبير. ومسلم في الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير، واللفظ لمسلم.

(5) المعلم 13/2 وإكمال الإكمال 117/2.

مقدارها الواجب:

المقدار الواجب صاع، عن كل شخص، مما فضل عن قوته وقوت عياله، يوم العيد. والدليل حديث ابن عمر المتقدم. والصاع أربعة أمداد. والمد حفنة ملء اليدين المتوسطتين، وفيه رطل وثلث، فالصاع في عهد النبي ﷺ خمسة أرطال وثلث. وبالكيل التونسي قدره لبيترتان ونصف عشر الليتر، على ما قدره الإمام محمد الطاهر ابن عاشور⁽¹⁾. والدليل على تقدير الصاع النبوي: عمل أهل المدينة المتصل؛ وبهذا احتج مالك رحمته على أبي يوسف، بحضرة الرشد، واستدعى أبناء المهاجرين والأنصار، فكلّ أتى بمدّ زعم أنه أخذه عن أبيه أو عمّه أو عن جاره، ولذلك رجع أبو يوسف عن موافقة أبي حنيفة إلى موافقة مالك رحمهم الله جميعاً⁽²⁾.

من أي شيء تدفع:

يجب إخراجها من غالب قوت أهل المحل، من أصناف تسعة فقط، وهي: القمح والشعير، والسلت، والذرة، والدخن، والأرز، والتمر، والزبيب، والأقط. والدليل: - عن عياض بن عبد الله، أنه سمع أبا سعيد الخدري يقول: كنّا نخرج زكاة الفطر، صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من أقط، أو صاعاً من زبيب، وذلك بصاع النبي ﷺ⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ اختلاف المخرج، سببه اعتبار قوت المخرج، أو قوت غالب البلد⁽⁴⁾.

ويتعين الإخراج مما غلب الاقتيات منه، من هذه الأصناف التسعة. ولا يجزىء الإخراج من غيرها، إذا كانت هي المقتاة، ولم يكن ذلك الغير عيناً. فإذا كان عيناً فالأظهر الإجزاء؛ لأنه يسهل بالعين سدّ الخلة في ذلك اليوم، ولو كانت الأصناف التسعة هي المقتاة.

وإذا كان المقتات غير الأصناف المذكورة، كالعَلَس، واللحم، والبقول، والحمص، والعدس، ونحوها، فإنه يخرج منها. فإن غلب شيء، تعين الإخراج منه. فإن تساوى صنفان خيّر المخرج. ونحو اللحم يوزن.

المندوبات:

1 - إخراج زكاة الفطر بعد الفجر وقبل صلاة العيد، فعن ابن عمر رضي الله عنهما، أن

(1) مجلة الهداية عدد 1 سنة 1975.

(2) المنتقى 186/2 والبيهقي في السنن الكبرى 171/4 وفتح الباري 598/11 والأموال لأبي عبيد ص 413.

(3) أخرجه مالك في الزكاة، باب مكيلة زكاة الفطر. والبخاري في الزكاة، باب صدقة الفطر صاع من طعام. ومسلم في الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير.

(4) بداية المجتهد 1/369.

رسول الله ﷺ أمر بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة⁽¹⁾.

- 2 - إخراجها من قوته الأحسن، من قوت أهل البلد.
- 3 - يندب إخراجها لمن زال فقره يومها.
- 4 - عدم الزيادة على الصاع، بل يكره، قال الشيخ محمد الأخوة: «وذلك لما فيه من الاقتيات على المقدّر الشرعي، أما الزيادة بنية الاحتياط فيما كان القيمة مبنية على الاجتهاد فلا بأس بذلك».

الجائزات:

- 1 - دفع صاع لمساكين يقتسمونه.
 - 2 - دفع أصع متعددة لواحد.
 - 3 - إخراجها قبل يومين لا أكثر. فعن نافع أن عبد الله بن عمر كان يبعث بزكاة الفطر، إلى الذي تجمع عنده، قبل الفطر بيومين أو ثلاثة⁽²⁾.
- وقال مالك: «وإذا كان الإمام عدلاً فأرسالها إليه أحب إليّ»⁽³⁾.

سقوطها:

لا تسقط زكاة الفطر عن غني بها، وقت الوجوب، بمضي زمنها - بغروب شمس يوم العيد -، بل تبقى باقية في ذمة صاحبها أبداً حتى يخرجها.

وإن لم يقدر المسلم إلا على بعض الصاع، أو بعض ما وجب عليه، أخرجه وجوباً، فإن وجب عليه أصع، ولم يجد إلا البعض، بدأ بنفسه، ثم بزوجته، والأظهر تقديم الوالد على الولد.

ويأثم من تجب عليه، إن أخرها لغروب يوم العيد، لتفويته وقت الأداء، وهو اليوم كله.

لمن تدفع:

تدفع لمسلم، فقير، لا يملك قوت عامه، غير هاشمي؛ فلا تجزىء لهاشمي، لشرفه، وتنزهه عن أوساخ الناس، ولا لكافر.

تم باب الزكاة والحمد لله.

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب الصدقة قبل العيد. ومسلم في الزكاة، باب زكاة الفطر.

(2) أخرجه مالك في الزكاة، باب وقت إرسال زكاة الفطر.

(3) المنتقى 2/190.

باب الصوم

تعريف الصوم:

لغة: هو الإمساك والكف عن الشيء. ومنه قوله تعالى: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا﴾ [مريم: 26]. أي إمساكاً عن الكلام والكف عنه⁽¹⁾.

شريعاً: هو الإمساك عن شهوتي البطن والفرج، في جميع أجزاء النهار، من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، بنية التقرب إلى الله تعالى.

أنواع الصيام:

الصيام منه ما هو فرض، ومنه ما هو تطوع؛ ومن النوع الأول صوم رمضان، والكفارات، والنذر، وقضاء الواجب.

صيام رمضان:

هو فرض عين، على كل مكلف، كما سيأتي في شروط الوجوب. ودليل فرضيته⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾﴾ [البقرة: 183].

ب - قوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: 185].

وجه الاستدلال: أن قوله: ﴿كُتِبَ﴾ أي فرض وألزم. وهو يدل على الوجوب⁽³⁾، والآية الثانية تفسر الأولى⁽⁴⁾.

ج - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: بني الإسلام على خمس، شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، وصوم رمضان⁽⁵⁾.

(1) المقدمات 176 / 1.

(2) المقدمات 177 / 1 وبداية المجتهد 373 / 1 وأحكام ابن العربي 81 / 1.

(3) أحكام ابن العربي 61 / 1 والتحرير والتنوير 157 / 2.

(4) أحكام ابن العربي 81 / 1.

(5) أخرجه البخاري في الإيمان، باب الإيمان، ومسلم في الإيمان، باب بيان أركان الإسلام.

د - عن طلحة قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد، نائر الرأس، يسمع دوي صوته، ولا يفقه ما يقول، حتى دنا، فإذا هو يسأل عن الإسلام، فقال رسول الله: خمس صلوات في اليوم والليلة؛ فقال: هل علي غيرهن؟ قال: لا، إلا أن تطوع؛ قال رسول الله ﷺ: وصيام شهر رمضان، قال: هل علي غيره؟ قال: لا، إلا أن تطوع؛ قال: وذكر رسول الله ﷺ الزكاة فقال: هل علي غيرها؟ قال: لا، إلا أن تطوع؛ قال: فأدبر الرجل وهو يقول: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه فقال رسول الله ﷺ: أفلح إن صدق⁽¹⁾.

هـ - إجماع الأمة على وجوبه⁽²⁾.



شروط صوم رمضان⁽³⁾

شروط الوجوب فقط:

1 - البلوغ: فلا يجب على الصبي، بل يكره له. ولا يؤمر به. وليس الصوم كالصلاة، يؤمر بها عند سبع، ويضرب عليها عند عشر.

2 - القدرة: فلا يجب على العاجز حقيقة أو حكماً.

فالعاجز حقيقة كالمريض؛ والعاجز حكماً، الموضع، والحامل، فإن لهما القدرة على الصوم، لكنهما في حكم العاجز، بسبب الجنين أو الرضيع خوفاً عليه من الهلاك أو الضرر الشديد.

ويدخل المكروه في حكم العاجز.

3 - الحضور: فلا يجب على مسافر سفر قصر ومباح، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾. ووجه الاستدلال أن شهد «يجوز أن تكون بمعنى حضر، كما يقال: إن فلاناً شهد بدرأ، أو شهد أحداً، أو شهد العقبة، أو شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، أي حضرها؛ فيكون المراد حضر في الشهر، أي لم يكن مسافراً، وهو المناسب لقوله تعالى بعده: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ﴾ أي فمن حضر في الشهر فليصمه كله. ويجوز أن تكون بمعنى علم، أي علم بحلول الشهر⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مالك في قصر الصلاة في السفر، باب جامع الترغيب في الصلاة. والبخاري في الإيمان، باب الزكاة من الإسلام. ومسلم في الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام.

(2) بداية المجتهد 1/ 373.

(3) انظر أيضاً حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 1/ 520.

(4) انظر التحرير والتنوير 2/ 173.

شروط الصحة فقط:

- 1 - الإسلام: فلا يصح من كافر، وإن كان واجباً عليه، ويعاقب على تركه، زيادة على عقاب الكفر؛ لأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.
 - 2 - الزمان القابل للصوم: وذلك في صوم غير رمضان فيما ليس له زمن معين، فلا يصح في يوم عيد. وسيأتي تفصيل هذا في الحديث عن الزمان الذي يمنع فيه الصوم.
- شروط الوجوب والصحة معاً:

1 - العقل:

فلا يصح من مجنون، ولا من مغمى عليه؛ فمن جنّ أو أغمي عليه مع الفجر، لزمه القضاء، لعدم صحة صومه، لزوال عقله وقت وجوب النية وبداية العبادة. فإن أغمي عليه أو جنّ، ثم أفاق قبل الفجر، فلا قضاء عليه، وذلك لسلامته وقت وجوب النية. وإن جنّ أو أغمي عليه بعد الفجر، وبقي هكذا جلّ يومه أو كلّه، فإنّ عليه القضاء. أما إن بقي على إغمائه أو جنونه نصف اليوم أو أقلّ، فلا قضاء عليه. ودليل وجوب القضاء على المجنون فيما تقدم ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾. والمجنون مريض⁽¹⁾.

2 - النقاء من دم الحيض والنفاس:

فلا يجب الصوم على الحائض والنفاس، ولا يصحّ منهما. وإذا طهرت المرأة - بقصة أو جفوف - مع طلوع الفجر، فإنّه يجب عليها الصوم؛ ولو كان طهرها مصاحباً للفجر. وإذا شكّت هل كان طهرها قبل الفجر أو بعده، فإنها تنوي الصوم، لاحتمال أن تكون طهرت قبله؛ وتقضيه لاحتمال أن تكون طهرت بعده، لأن نيتها لم تكن جازمة. فإن لم تصمه فلا كفارة عليها، لأنها متأولة كما علّله الشيخ محمد الأخره.

3 - دخول الوقت لصوم رمضان:

فلا يصحّ صوم رمضان قبل ثبوت الشهر، ولا يجب.

النيابة في الصوم:

لا تصح النيابة في الصوم: والدليل⁽²⁾.

أ - قوله تعالى: ﴿أَلَا نُرِذُّ رَزَزَهُ وَيَزِرُهُ وَرَيْءُ الْأَعْيُنِ﴾ (٢٨) وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴿٢٩﴾ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى ﴿٣٠﴾ [النجم: 38، 39، 40].

(1) انظر حاشية الصاوي 247/1.

(2) المتفقى 63/2 وأحكام القرطبي 285/2، وكشف المغفل 173.

ب - ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164].

ج - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: إذا مات ابن آدم انقطع عمله، إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له⁽¹⁾.

د - عن عبد الله بن عمر أنه كان يسأل: هل يصوم أحد عن أحد، أو يصلي أحد عن أحد، فيقول: لا يصوم أحد عن أحد، ولا يصلي أحد عن أحد⁽²⁾.

هـ - عمل أهل المدينة.

و - القياس على الصلاة، لأن كلاً من الصلاة والصوم عبادة بدنية، لا مدخل

للمال فيهما.

أما ما روي عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: من مات وعليه صيام، صام عنه وليه⁽³⁾. وعن ابن عباس، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ قال: نعم. فدين الله أحق أن يقضي⁽⁴⁾. فإن مالكاً لم يأخذ بهما، لمعارضتهما للأدلة السابقة⁽⁵⁾؛ ولأنه ثبت أن عائشة وابن عباس كانا يفتيان بأن لا يصوم أحد عن أحد، وذلك توهين لمدلول الرواية، فإما أن يكون ذلك حكماً منسوخاً، وإما أن يكون ذلك مؤولاً⁽⁶⁾، أو يكون قضية عين، كما قال الشيخ محمد الأخوة.

بم يثبت الشهر لرمضان وشوال؟

يثبت شهر رمضان بأحد أمور ثلاثة:

الأمر الأول:

برؤية عدلين لهلال رمضان. وأولى برؤية أكثر. ودليل ثبوت الشهر بالرؤية⁽⁷⁾.

أ - عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ ذكر رمضان فقال: لا

تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفتروا حتى تروه، فإن غم عليكم فاقدروا له⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مسلم في الرصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته والترمذي في الأحكام، باب في الوقف.

(2) أخرجه مالك في الصيام، باب النذر في الصيام والصيام عن الميت،

(3) أخرجه البخاري في الصوم، باب من مات وعليه صوم. ومسلم في الصيام، باب قضاء الصوم عن الميت.

(4) أخرجه البخاري في الصوم، باب من مات وعليه صوم. ومسلم في الصيام، باب قضاء الصوم عن الميت.

(5) بداية المجتهد 1/396 والذخيرة م 1 ورقة 148 وكشف المغنى 173.

(6) إكمال الإكمال 3/262 وكشف المغنى 173. (7) أحكام ابن العربي 1/82.

(8) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في رؤية الهلال. والبخاري في الصوم، قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا». ومسلم في الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال.

ب - عن عبد الله بن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: الشهر تسعة وعشرون يوماً، فلا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غمّ عليكم فاقدروا له⁽¹⁾.

ج - عن عبد الله بن عباس أنّ رسول الله ﷺ ذكر رمضان فقال: لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غمّ عليكم فأكملوا العدد ثلاثين⁽²⁾.

د - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غمّ عليكم فأكملوا العدة ثلاثين⁽³⁾.

هـ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا، فإن غمّ عليكم فصرموا ثلاثين يوماً⁽⁴⁾.

ولا يثبت الهلال بقول مؤقت يعرف سير القمر، لا في حق نفسه، ولا في حق غيره والدليل:

أ - أنّ الأسباب التي تعرف بها الأحكام إنّما ينصبها الشارع، وقد نصب الرؤية لمعرفة الشهر، ولم ينصب الحساب⁽⁵⁾، وفي ذلك تيسير على الناس، فعن الإمام المازري: أن التكليف بالصوم لو كان يتوقف على الحساب لضاق الأمر فيه، إذ لا يعرف ذلك إلا قليل من الناس، والشرع مبني على ما يعلمه الجماهير⁽⁶⁾.

قال ابن العربي: «علّق الحكم بالرؤية، وهي ممكنة لجميع الخلق، وهكذا جعل سبحانه أسباب العبادات المفروضة على كلّ أحد بيّنة بيان مشاهدة؛ لأنّ فيهم العالم والجاهل والفظن والغافل، وكلهم يشترك في المشاهدة»⁽⁷⁾ أي وهي ميسرة لعموم المكلفين.

ب - أنّ الشارع حين أناط الصوم، والفطر، والحج، بالأهلة؛ أناطها برؤيتها، لا بوجودها⁽⁸⁾.

أمّا معنى التقدير في بعض أحاديث النبي ﷺ، فهو مجمل، وقد فسّره أحاديث أخرى صحيحة، بأنه إكمال الشهر ثلاثين يوماً⁽⁹⁾، وقد تقدم ذكرها. وحملُ المجمل

(1) نفس التخريج السابق.

(2) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في رؤية الهلال للصوم. وأبو داود في الصوم، باب من قال: «فإن غمّ عليكم فصوموا ثلاثين» والترمذي في الصوم، باب ما جاء إنّ الصوم لرؤية الهلال والإفطار له.

(3) حديث ابن عباس أخرجه النسائي في الصيام، باب إكمال شعبان ثلاثين.

(4) أخرجه النسائي في الصيام، باب ذكر الاختلاف على الزهري في هذا الحديث.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 142. (6) المعلم 43/2.

(7) عارضة الأحوذى 208/3. (8) الشرح الكبير 241/1.

(9) المقدمات 187 وبداية المجتهد 374/1 والعارضة 208/3 وإكمال الإكمال 222/3 والذخيرة م 1 ورقة 142.

على المفسر قاعدة لا خلاف فيها بين الأصوليين⁽¹⁾. وهي الطريق التي تفهم بها النصوص المجملة. فمعنى قوله ﷺ: «أقدروا له» أي أكملوا الشهر ثلاثين يوماً، لأنه لا عبرة بوجود الهلال، إذا لم تمكن رؤيته، إنما العبرة برؤيته، فإن لم يُر بسبب الغيم، وجب إكمال الشهر ثلاثين يوماً، حتى يدخل في العبادة بيقين، ويخرج منها بيقين⁽²⁾. قال القاضي عياض: «ولا يصح أن يكون المراد - بقوله فأقدروا له - حساب المنجمين، لأنّ الناس لو كلفوا ذلك لشق عليهم أن لا يعرف ذلك كل أحد، وإنما يصح التكليف بما يعرفه الجميع»⁽³⁾.

ج - أنّ الإجماع حجة على من قال - من الشافعية - باعتماد قول المؤقتين⁽⁴⁾.

ونقل الإمامان الباجي والحطاب، عن ابن نافع عن مالك، في الإمام الذي يعتمد على الحساب، أنّه لا يقتدى به ولا يتبع⁽⁵⁾. وقد بيّن الإمام القرافي في فروقه، وجه الفرق بين جواز إثبات أوقات الصلوات بالحساب والآلات، وكلّ ما دلّ عليها؛ وبين عدم جواز إثبات الأهلة في الرضانات بالحساب، فقال: «إنّ الله تعالى نصب زوال الشمس سبب وجوب الظهر، وكذلك بقية الصلوات، لقوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِ الشَّمْسِ﴾ أي لأجله... وغير ذلك من الكتاب والسنة الدالّ على أنّ نفس الوقت سبب. فمن علم السبب، بأيّ طريق كان، لزمه حكمه؛ فلذلك اعتبر الحساب المفيد للقطع في أوقات الصلوات.

وأما الأهلة فلم ينصب صاحب الشرع خروجها من الشعاع سبباً للصوم. بل نصب رؤية الهلال خارجاً من شعاع الشمس هو السبب. فإذا لم تحصل الرؤية، لم يحصل السبب الشرعي؛ فلا يثبت الحكم. ويدل على أنّ صاحب الشرع لم ينصب نفس خروج الهلال عن شعاع الشمس سبباً للصوم، قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته. ولم يقل: لخروجه عن شعاع الشمس، كما قال: أقم الصلاة لدلوك الشمس. ثم قال ﷺ: فإن غمّ عليكم، أي خفيت عليكم رؤيته، فأقدروا له. وفي رواية: فأكملوا العدة ثلاثين. فنصب رؤية الهلال أو إكمال العدة ثلاثين. ولم يتعرّض لخروج الهلال عن الشعاع»⁽⁶⁾ ولم أذكر من الأدلة على ثبوت الشهر قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ لأنها ليست دليلاً على أنّ الشهر يثبت بالرؤية، قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: «وليس شهد بمعنى رأى، لأنّه لا يقال: شهد بمعنى رأى، وإنما يقال شاهد، ولا الشهر هنا بمعنى هلاله...، لأنّ الهلال لا يصحّ أن يتعدّى إليه فعل شهد بمعنى حضر، ومن يفهم الآية على ذلك فقد أخطأ خطأ بيّناً، وهو يفضي إلى أنّ كلّ فرد من

(2) أحكام ابن العربي 1/ 82.

(4) المتقى 2/ 38.

(6) الفروق 2/ 178 و 179.

(1) بداية المجتهد 1/ 374.

(3) إكمال الإكمال 3/ 222.

(5) المتقى 2/ 38 ومواهب الجليل 2/ 387.

الأمة معلق وجوب صومه على مشاهدته هلال رمضان؛ فمن لم ير الهلال لا يجب عليه الصوم وهذا باطل، ولهذا فليس في الآية تصريح على طريق ثبوت الشهر، وإنما بيته السنة⁽¹⁾.
ودليل ثبوت الشهر باثنين من الشهود دون الواحد ما يلي⁽²⁾:

- عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال: ألا إني جالست أصحاب رسول الله ﷺ، وساءلتهم، وأنهم حدثوني أن رسول الله ﷺ قال: صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، وأنسكوا لها، فإن غم عليكم فأكملوا ثلاثين، فإن شهد شاهدان فصوموا وأفطروا⁽³⁾.

أما ما روي عن ابن عباس قال: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ فقال: إني رأيت الهلال، فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: نعم. قال: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم. قال: يا بلال أذن في الناس فليصوموا غداً⁽⁴⁾. وعن ابن عمر قال: تراءى الناس الهلال، فأخبرت رسول الله ﷺ أنني رأيت، فصام وأمر الناس بصيامه⁽⁵⁾. فإن حديث عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب مرجح عليهما بالقياس على الشهادة في الحقوق⁽⁶⁾. كما أن حديثي الأعرابي وابن عمر، لا يمنعان تقدم شهادة غيرهما عليهما⁽⁷⁾.
وخالف ابن العربي⁽⁸⁾ فقال بثبوت الشهر في الفطر والصيام بشهادة الواحد، متمسكاً بظاهر الحديثين.

ويجب على كل من أخبره عدلان بالرؤية، أن يصوم، وإن لم يرفعا رؤيتهما للحاكم. كما يجب على العدلين أن يرفعا رؤيتهما إلى الحاكم، إذا لم ير الهلال غيرهما.

وإذا ثبت رمضان برؤية العدلين، ثم لم ير هلال شوال بعد ثلاثين يوماً - أي ليلة إحدى والثلاثين -، فإنهما يكذبان في شهادتهما برؤية هلال رمضان. وذلك بشرطين: أ - أن لا يرى الهلال ليلة إحدى والثلاثين غيرهما؛ فإذا شهدا - هما أيضاً - برؤية هلال شوال، فإن شهادتهما لا تقبل، لأنهما على ترويج شهادتهما الأولى. ب - أن تكون السماء صحوماً لا غيم بها.

(1) التحرير والتنوير 174/2.

(2) الإشراف 196/1 وبداية المجتهد 377/1 والذخيرة م 1 ورقة 141.

(3) أخرجه النسائي في الصيام، باب قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان.

(4) أخرجه أبو داود في الصوم: باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان، والترمذي في الصوم، باب ما جاء في الصوم بالشهادة.

(5) أخرجه أبو داود في الصوم، باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان.

(6) بداية المجتهد 77/1 وأحكام القرطبي 294/2.

(7) أحكام ابن العربي 83/1 والذخيرة م 1 ورقة 141.

(8) أحكام ابن العربي 83/1 والعارضة 210/3.

ويجب عند ذلك تبييت النية للصوم.

وإذا رآه غيرهما - ليلة إحدى وثلاثين -، أو لم يره أحد، لا شهود رمضان ولا غيرهما، وكانت السماء غيماً لم يكذباً.

وإذا كان قوم لا اعتناء لهم بالرؤية، فإنّ الشهر يثبت بالنسبة لهم فقط، برؤية عدل واحد ولو امرأة. ولا يجوز للحاكم أن يحكم بثبوت الهلال، برؤية عدل واحد؛ ولا يلزم الصوم إن حكم به، إلا لمن لا اعتناء لهم بشأن الهلال. وإذا حكم برؤية الواحد حاكم مخالف للمالكية، يرى جواز ثبوت الشهر بالعدل الواحد، فإنه يلزم الجميع.

ويجب على العدل الواحد إذا رأى الهلال لرمضان، أن يرفع رؤيته للحاكم، فقد يكون الحاكم ممن يرى الثبوت بعدل واحد. وكذلك الذي يرجو قبول شهادته، وكان مجرداً، يجب عليه أن يرفع رؤيته للحاكم، ولو كان يعلم جرحة نفسه، إذ لعل أن ينضم إليه من يثبت به عند الحاكم، فيحكم بالثبوت. وأما الفاسق فيستحب له الرفع ليفتح باب الشهادة لغيره.

ويجب على من انفرد برؤية هلال رمضان، سواء كان عدلاً أو غير ذلك، أن يصوم ويظهر ذلك. والدليل:

أ - قوله ﷺ: صوموا لرؤيته. وهذا قد رآه⁽¹⁾.

ب - لأنه إذا لزمه الصوم بشهادة غيره، وهي مظنونة له، فبأن يلزمه برؤية نفسه، وهي متيقنة، أولى وأحرى⁽²⁾.

فإن أفطر فعليه القضاء والكفارة، ولو تأوّل على الأرجح، لأنه يكون هاتكاً لحرمة الشهر، كما لو أفطر في اليوم الثاني أو الثالث⁽³⁾.

أما المنفرد برؤية هلال شوال، فلا يجوز له إظهار فطره، لثلاث يتهم بأنه ادّعى ذلك كذباً ليفطر، أما نية الفطر فواجبة عليه. والعدل المعتبر في الشهادة هو المسلم، المكلف، الذكر، الخالي من ارتكاب كبيرة، أو إصرارٍ على صغيرة، أو فعل ما يخلّ بالمروءة.

الامر الثاني:

برؤية جماعة مستفيضة، وإن لم يكونوا عدولاً. ورؤية الجماعة المستفيضة هي التي يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب، لبلوغ عددهم التواتر؛ وأن يكون كل واحد منهم يدّعي رؤية الهلال، لا السماع من غيره. ولا يشترط فيهم العدالة، ولا الذكورة. وإذا حكم الحاكم بثبوت الشهر، اعتماداً على رؤية العدلين، أو الرؤية

(1) الإشراف 1/ 197 والمتقى 2/ 39.

(2) الإشراف 1/ 197 والمتقى 2/ 39.

(3) الإشراف 1/ 197.

المستفيضة، ونقل عنه ذلك عدل واحد، أي عن حكم الحاكم، لا عن العدلين، ولا عن المستفيضة، فإن نقل العدل الواحد هنا يكفي ويعتم.

الأمر الثالث:

بإكمال شعبان - بالنسبة لدخول رمضان -، وبإكمال رمضان - بالنسبة لخروجه - ثلاثين يوماً، إذا غمّ الهلال، بأن كانت السماء ليلة ثلاثين مغيّمة، أو كانت مصحية، ولم ير الهلال، لأن العبرة برؤيته لا بوجوده، كما تقدم.

رؤية البلد هل تلزم بلداً آخر:

قال الشيخ خليل: «وعمّ إن نقل بهما عنهما».

وفي شرح هذا القول قال الحطّاب: «يعني أن الحكم بثبوت رمضان، يعتم كلّ من نقل إليه، إذا نقل بهما، أي بشهادة عدلين أو نقل باستفاضة، وقوله: عنهما؛ سواء كان المنقول عنه، بشهادة عدلين أو استفاضة، فالأقسام أربعة. وسواء كانت الشهادة المنقول عنها تثبت عند حاكم عام كالخليفة، أو خاص على المشهور»⁽¹⁾.

وقال أيضاً الدردير في شرحه لقول خليل: «وعمّ الصوم سائر البلاد قريباً أو بعيداً، ولا يراعى في ذلك مسافة قصر، ولا اتفاق المطالع، ولا عدمها، فيجب الصوم على كل منقول إليه»⁽²⁾.

وهذا هو المنقول عن الإمام مالك رحمته الله، أنه لا عبرة باختلاف المطالع فقد قال الباجي: «إذا رأى أهل البصرة هلال رمضان، ثم بلغ ذلك أهل الكوفة، والمدينة، واليمن، فالذي رواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك في المجموعة، لزمهم الصوم، أو القضاء، إن فات الأداء»⁽³⁾. ذلك أن من شاهد الهلال قد أثبت، والإثبات مقدّم على النفي.

وما روي عن كريب، أن أم الفضل ابنة الحارث بعثته إلى معاوية بالشام قال: فقضيت حاجتها، فاستهلّ رمضان وأنا بالشام، فرأينا الهلال ليلة الجمعة، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر، فسألني ابن عباس، ثم ذكر الهلال، فقال: متى رأيتم الهلال؟ قلت: رأيته ليلة الجمعة. قال: أنت رأيته؟ قلت: نعم، ورآه الناس، وصاموا، وصام معاوية، قال: لكننا رأيناه ليلة السبت، فلا نزال نصومه حتى تكمل الثلاثين، أو نراه. فقلت: أفلا تكتفي برؤية معاوية وصيامه؟ قال: لا، هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾.

فالحديث لا ينهض دليلاً لمن يقول: إن لكل بلد رؤيته من الشافعية، لأنه

(2) الشرح الكبير 510/1.

(1) مواهب الجليل 384/2.

(3) المنتقى 37/2.

(4) أخرجه مسلم في الصيام. باب بيان أن لكل بلد رؤيته.

يحتمل عدة وجوه، وقد أشار إلى تعدد الاحتمالات الإمام المازري بقوله: «إذا ثبت الهلال عند الإمام لزم سائر الأمصار، لأنها جميعاً بحكمة، فهي كبلد واحد. وإن ثبت بمدينة فقيل يلزم غيرها كما يلزم بقية أهلها، وقيل لا يلزم لحديث كريب، والحديث يحتمل الأمرين»⁽¹⁾.

كما أن القاضي عياض⁽²⁾ أورد عدة احتمالات على قول ابن عباس رضي الله عنه: «هكذا أمرنا رسول الله». أما القرافي فقد اكتفى في الذخيرة، بذكر ما اعتمده المذهب من الإجابة عن الحديث، فقد قال: «وأجاب المشهور - أي القول المشهور - عن هذا، أن المدينة كانت مصحية، ولم ير فيها، فقدّمت المشاهدة على خبر كريب، ويكون ذلك معنى قوله: هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، أي لا نرجع عن اليقين إلى الظن»⁽³⁾. أي إن ابن عباس رضي الله عنه لم يهتم بمضمون ما أخبره به كريب، وإنما نظر إلى طريق نقل الخبر إليه، فرآه آحاداً، لا يفيد القطع. وإلى هذا التأويل ذهب الحنابلة⁽⁴⁾.

والذي حمل العلماء على إيراد الاحتمالات على قول ابن عباس أن قوله: «هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم» زيادة على كونه اجتهاداً منه لخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم، هو كلام مجمل من وجوه⁽⁵⁾:

- أنه لم يأت بكلام الرسول صلى الله عليه وسلم لا لفظاً ولا معنى، فهو ليس نقلاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم.

- أنه لم يبيّن بماذا أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، هل أمرهم بعدم العمل برؤية البلد الآخر، إذا لم تثبت الرؤية في بلدهم، ولو كان الخليفة مقيماً بالبلد الذي تثبت فيه الرؤية. أو أمرهم بعدم العمل بخبر الواحد، إذا نقل رؤية بلد آخر، وحينئذٍ يصبح العلم برؤية البلد الذي ثبتت فيه الرؤية واجباً، إذا نقل خبر الثبوت بأكثر من واحد. إلى غير ذلك من الاحتمالات التي ترد على قول ابن عباس.

ومع هذا الإجمال الذي في كلام ابن عباس، فقد رأى فيه الفقهاء تعارضاً مع أمرين، إذا حمل على معنى عدم لزوم رؤية قطر سائر الأقطار⁽⁶⁾.

الأول: أنه يتعارض مع قوله صلى الله عليه وسلم: «صوموا لرؤيته». وهو خطاب عام لجميع المسلمين، لا يختصّ بجماعة منهم دون غيرهم، لذلك قال القاضي عياض في هذا الحديث: هو حجة للجمهور.

الثاني: أنه يتعارض مع قواعد الشريعة، الدالة على لزوم عمل المسلمين بشهادة وأخبار بعضهم، ولو تئات بهم الأمصار.

(1) إكمال الإكمال 3/ 220.

(2) إكمال الإكمال 3/ 226.

(3) الذخيرة 1م ورقة 142.

(4) المغني لابن قدامة 3/ 89.

(5) نيل الأوطار للشوكاني 5/ 199.

(6) إكمال الإكمال 3/ 220 ونيل الأوطار 5/ 199.

يوم الشك:

إذا غيّمت السماء ليلة ثلاثين، ولم ير الهلال، فإن صبيحة تلك الليلة تسمى يوم الشك. أما لو كانت السماء مصحية، لم تكن يوم شك؛ لأنه إذا لم يثبت رؤية الهلال، كان اليوم من شعبان جزءاً، بالنسبة لرمضان.

ويكره صيام يوم الشك، إذا قصد به الاحتياط لرمضان، وقيل يحرم صومه، لظاهر ما روي عن صلة بن زفر قال: كنت عند عمّار بن ياسر، فأتى بشاة مصلية، فقال: كلوا، ففتحوا بعض القوم، فقال: إني صائم، فقال عمّار: من صام اليوم الذي يشك فيه الناس فقد عصى أبا القاسم⁽¹⁾. وأجاب من قال بالكراهة، أن المقصود من الحديث الزجر لا التحريم.

وإذا صامه أحد، ثم ثبت أنه من رمضان، فإنه لا يجزئه، وذلك لعدم جزم النية.

ويجوز صوم اليوم الذي يشك فيه، في هذه الصورة الآتية:

أ - إذا كان لأجل عادة اعتادها رجل، بأن كان عاداته صوم يوم الخميس، فصّادف يوم الشك، أو كان كان عاداته سرد الصّوم تطوّعاً، والدليل⁽²⁾: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله قال: لا تقدّموا الشهر بيوم، ولا بيومين، إلّا أن يوافق ذلك صوماً كان يصومه أحدكم⁽³⁾.

ب - إذا كان تطوّعاً بلا اعتياد، وهو المشهور، وخالف ابن مسلمة فقال بكراهة صومه تطوّعاً، ودليله حديث أبي هريرة، وفيه النهي عن تقديم الشهر بالصوم، إذا لم يكن عادة.

ويؤخذ من جواز صوم يوم الشك تطوّعاً، جواز التطوع بالصوم في النصف الثاني من شعبان، ويكون النهي في الحديث محمولاً على التقديم بقصد تعظيم الشهر⁽⁴⁾.

ج - إذا كان قضاء عن رمضان قبله؛ وإذا ثبت أنّه من رمضان الحاضر لم يجزه، ووجب القضاء عن الحاضر، والقضاء عن الماضي.

د - إذا كان كفارة عن يمين أو غيره؛ وإذا ثبت أنّه من رمضان الحاضر لم يجزه، ووجب القضاء عن رمضان الحاضر، والقضاء عن الكفارة.

هـ - إذا كان نذراً معيناً صادف يوم الشك، كمالو نذر أحد يوماً معيناً، أو نذر

(1) أخرجه الترمذي في الصوم، باب ما جاء في كراهية صوم يوم الشك. وأبو داود في الصوم، باب كراهية صوم يوم الشك.

(2) المنتقى 35/2.

(3) أخرجه أبو داود في الصوم، باب فيمن يصل شعبان برمضان والترمذي في الصوم، باب ما جاء لا تقدموا الشهر بصوم.

(4) إكمال الإكمال 225/3 وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 1/242.

صوم يوم قدوم شخص، فصادف يوم الشك. وإذا ثبت أنه من رمضان الحاضر لم يجزه، ووجب عليه قضاؤه عن رمضان الحاضر، دون النذر لتعيين وقته، وقد فات. ويندب الإمساك يوم الشك، حتى يتحقق الأمر؛ فإن ثبت أنه من رمضان وجب الإمساك لحرمة الشهر، ولو لمن لم يمسك أولاً؛ فمن لم يمسك فإن عليه القضاء والكفارة، إذا كان منتهكاً لحرمة الشهر، بأن أفطر عالماً بالحرمة ووجوب الإمساك؛ أما إذا أكل متأولاً فلا كفارة عليه، لأنه من التأويل القريب.

رؤية الهلال نهاراً:

إذا رئي الهلال نهاراً قبل الزوال، أو بعد الزوال، فإنه لليلة القادمة والدليل⁽¹⁾:
 أ - عن أبي وائل قال: كتب إلينا عمر بن الخطاب ونحن بخانقين: إذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا، حتى يشهد رجلان لرأياه بالأمس⁽²⁾.
 ب - عن مالك أنه بلغه أن الهلال رئي في زمان عثمان بن عفان بعشي، فلم يفطر حتى أمسى وغابت الشمس⁽³⁾.
 ج - روى سحنون في المدونة عن سالم بن عبد الله بن عمر، أن ناساً رأوا إهلال الفطر نهاراً، فأتى عبد الله بن عمر صيامه إلى الليل، وقال: لا حتى يرى من حيث يرى بالليل⁽⁴⁾. وروي ذلك أيضاً عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود⁽⁵⁾.



أركان الصوم

1 - النية:

والدليل⁽⁶⁾ قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنيات⁽⁷⁾.
 وشرط صحة النية، هو إيقاعها ليلاً؛ ومحلها من غروب الشمس إلى طلوع الفجر الصادق، أو مع طلوعه. والدليل⁽⁸⁾:

- (1) المدونة الكبرى 174/1 والإشراف 196/1 وأحكام القرطبي 303/2 والذخيرة م 1 ورقة 142.
- (2) أخرجه الدارقطني في الصيام، باب الشهادة على رؤية الهلال. البيهقي في الصيام، باب الهلال يرى بالنهار.
- (3) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في رؤية الهلال للصوم والفطر في رمضان.
- (4) المدونة الكبرى 175/1.
- (5) المدونة الكبرى 175/1.
- (6) العارضة 264/3.
- (7) أخرجه البخاري في باب كيف كان بدء الوحي. ومسلم في الإمارة، باب قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنية.
- (8) العارضة 264/3.

أ - عن حفصة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: من لم يجمع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له ⁽¹⁾.

ب - عن حفصة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: من لم يبيت الصيام من الليل، فلا صيام له ⁽²⁾.

ج - عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: لا يصوم إلا من أجمع الصيام. قبل الفجر ⁽³⁾. وعن حفصة وعائشة زوجي النبي بمثل ذلك ⁽⁴⁾.

وأما ما روي عن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت: أرسل رسول الله ﷺ غداة عاشوراء، إلى قرى الأنصار التي حول المدينة: من كان أصبح صائماً فليتم صومه، ومن كان مفطراً فليتم بقية يومه ⁽⁵⁾. فليس فيه ما يدل على سحّة صوم النفل بإحداث نيته نهائياً، ووجه ذلك ⁽⁶⁾:

أ - ما تقدّم من الأحاديث، وهي عامّة في كل صيام

ب - أن صيام عاشوراء كان فرضاً، وأمره ﷺ من أصبح مفطراً فيه أن يتم صومه، هو الحكم؛ لأنه لا خلاف في أنّ من أفطر في صيام فرض، أنّه يلزم إتمام يومه صائماً.

ج - أنّ صيام عاشوراء قد نسخ وجوبه، فلا يقاس عليه فرض ولا نفل.

ولا يضّر ما حدث بعد النية من أكل، أو شرب، أو جماع، أو نوم، قبل الفجر. ولو نوى أحد نهائياً، قبل الغروب لليوم القابل؛ أو نوى قبل الزوال لليوم الذي هو فيه، لم تتعد نيته، ولو كان الصوم نفلاً، أو كان لم يتناول فيه مفطراً.

وتكفي نية واحدة لكل صوم يجب التتابع فيه، كرمضان، وكفّارته، وكفّارة القتل، والظهار، وكالنذر المتتابع، كمن نذر صوم شهر بعينه.

ويندب تجديد النية كلّ ليلة، وهذا بشرط أن لا ينقطع التتابع، فإن انقطع بعذر مفسد للصوم، بحيث لا يصحّ الصوم معه، كالحيض، والنفاس، والجنون، والإغماء، فلا تكفي النية الأولى، ولا بدّ من تجديدها، ولو حصل المانع بعد الغروب وزال قبل الفجر.

(1) أخرجه أبو داود في الصوم، باب النية في الصيام. والترمذي في الصوم، باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل.

(2) الحديث بهذا اللفظ أخرجه النسائي في الصيام، باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة.

(3) و(4) أخرجه مالك في الصيام، باب من أجمع الصيام قبل الفجر. وأبو داود في الصوم، باب النية في الصوم.

(5) أخرجه مسلم في الصيام. باب صوم يوم عاشوراء.

(6) المعلم 58/2، وإكمال الأكمال 254/3.

وإذا كان العذر غير مفسد للصيام، بحيث لو صام صحّ صيامه، كالمرض، والسفر، فإنه لا بدّ من تبييت النية كلّما أراد الصوم في هذه الحالة، ولو تمادى على الصوم في السفر، أو المرض؛ لأن السفر والمرض عذران يقطعان التتابع، ولو لم يفسدا الصوم.

2 - الكفّ عن كل مفطر من طلوع الفجر إلى غروب الشمس:

وسأذكر المفطرات جملة، ثم أذكر ما يترتب عليها، من قضاء، وكفارة، أو قضاء فقط.

1 - الجماع:

2 - إخراج المنى، أو المذي، بمقدمات الجماع، أو بسبب النظر، أو التفكير؛ أما إذا خرج أحدهما بنفسه، أو بلذة غير معتاد، فلا يبطل الصوم، وكذلك لو حصلت لذّة معتادة من غير خروج شيء.

3 - تعمّد إخراج القيء. أما إذا خرج بنفسه غلبة، ولم يزدرد منه الصائم شيئاً، فلا يضر، فإذا ازدرد فعليه القضاء.

4 - وصول مائع، من شراب، أو دهن، أو نحوها، للحلق؛ سواء وصل إلى المعدة أو لم يصل؛ وسواء وصل سهواً أو غلبة إلى الحلق، فإنه مفسد للصوم، وسواء وصل إلى الحلق من طريق الفم، أو من طريق آخر، كالعين، والأنف، والأذن، ومسام الرأس؛ فمن اكتحل نهاراً، أو استنشق بشيء، فوصل أثره للحلق، فقد فسد صومه، وعليه القضاء؛ فإن لم يصل من ذلك شيء للحلق، فلا شيء عليه؛ وكذلك لو اكتحل ليلاً، أو وضع شيئاً في أنفه، أو أذنه؛ أو دهن رأسه ليلاً، فوصل شيء من ذلك للحلق نهاراً، فلا شيء عليه. أما غير المائع فإنه لا يفطر إذا وصل إلى الحلق فقط، ولا يفطر إلا إذا وصل إلى المعدة من طريق الفم.

5 - وصول مائع للمعدة من منفذ متسع.

فإذا وصل مائع للمعدة، فإنه مفطر، سواء وصل من الفم أو الدبر. أما إذا وصل المعدة من ثقبه ضيقة، أو من القبل، فهو غير مفطر.

6 - وصول غير مائع للمعدة من الفم فقط، فإنه مفطر، بخلاف وصوله للحلق، وبخلاف وصوله للمعدة من منفذ أسفل، فإنه لا يفطر ولو كان فتائل عليها دهن.

7 - وصول بخور تتكيف به النفس إلى الحلق، كبخور الجاوى، أو العود، ومنه ذلك الدخان الذي يمصّ بنحو قصبية، ومثله النشوق. ومحلّ وجوب القضاء، إذا وصل باستنشاق، سواء كان المستنشق صانعه أو غيره، أما لو وصل بغير اختيار، فلا قضاء لصانعه وغيره.

8 - وصول بخار الطعام للحلق استنشاقاً، لصانعه وغيره. أما لو وصل بغير

اختيار، فلا قضاء لصانعه أو غيره. أما دخان الحطب، وغبار الطريق، ونحوهما، فإنه غير مفطر إذا وصل للحلق، ولا قضاء فيه ولو مع تعمّد الاستنشاق.

9 - وصول قيء أو قلس، إذا كان طرحه ممكناً، وذلك بخروجه من الحلق إلى الفم؛ فإن لم يمكن طرحه، بأن لم يجاوز الحلق، فلا شيء فيه. أما البلغم والريق، فإن ابتلاعهما لا يضر، ولو وصلا لطرف اللسان.

10 - وصول سواك، أو ماء المضمضة في الوضوء، أو غيره، غلبة للحلق؛ فهو مفطر، وأولى إذا لم يصل غلبة؛ وهذا خاص بصوم الفريضة، أما صوم النفل فإن وصول أثر المضمضة أو السواك فيه لا يفسده.

ومتى وصل شيء لصائم، مما تقدم ذكره، للحلق أو للمعدة، على ما تقدم تفصيله، أفطر، ولو وصل غلبة أو سهواً.



ما يترتب على الإفطار في رمضان

يترتب على الإفطار في رمضان ستة أمور هي: 1 - القضاء والكفارة. 2 - القضاء فقط. 3 - الإمساك. 4 - الإطعام. 5 - قطع التابع. 6 - التأديب.

1 - ما يوجب القضاء والكفارة:

تجب الكفارة مع القضاء بالفطر في رمضان - فقط -، إن أفطر فيه الصائم منتهكاً لحرمة ذلك بأن يتعمّد الفطر، اختياراً، لا متأولاً وتأويلاً قريباً، ولا ناسياً، ولا جاهلاً. ويكون الفطر باختلال أحد ركني الصوم. وقد سبق بيان المفطرات، وسأعيد ذكر ما فيه الكفارة مع الأدلة.

1 - رفع الصائم نية صومه نهائياً في رمضان، بأن يقول: رفعت نية صومي، أو رفعت نيتي. أو رفع الصائم نيته ليلاً، واستمر نائماً حتى طلعت الشمس، فإن عليه الكفارة، لأن نية إبطال الصوم والصلاة في الأثناء معتبرة، بخلاف رفضها بعد الفراغ منهما، وبخلاف رفض نية الحج والعمرة مطلقاً، فلا يضر، لأنهما - أي الحج والعمرة - عمل مالي وبدني وبطلانهما حرج في الدين.

2 - الجماع تعمّداً. يحرم الجماع نهار رمضان، وذلك بإدخال الرجل حشفته في فرج امرأة؛ ويوجب ذلك القضاء والكفارة عليهما. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿فَالَّذِينَ بَشِرُوا بِمَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَأَكَلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمُ الْغَيْظُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْغَيْظِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصِّيَامَ إِلَى الْيَلِّ﴾ [البقرة: 187]. ووجه الاستدلال من الآية أنه تعالى بيّن ما يحرم بعد الفجر، وهو الأكل والشرب والجماع⁽¹⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هلكت يا رسول الله. فقال: وما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان. قال: هل تجد ما تعتق رقبة؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً؟ قال: لا. ثم جلس، فأتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر. فقال: تصدق بهذا. قال: أفقر منّا؟ فما بين لابتيتها أهل بيت أحوج إليه منّا، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه، ثم قال: اذهب فأطعمه أهلك⁽¹⁾.

ووجه قوله عليه الصلاة والسلام للرجل: اذهب فأطعمه أهلك، أنه أباح له تأخير الكفارة لوقت يسره، وليس في الحديث ما يدل على إسقاطها عنه. قال المازري: هذا أحسن ما حمل عليه عندنا⁽²⁾. وقال ابن العربي: لم يخبره بسقوط ما وجب عليه عنه، فكان منظوراً به إلى الميسرة كسائر الحقوق والكفارات⁽³⁾.

3 - إخراج المني بمباشرة، أو غيرها، أو بإدامة فكر أو نظر، أمّا لو أمنى بمجرد الفكر أو النظر، دون استدامتهما، فلا كفارة عليه.

4 - إيصال مفطر، من مائع وغيره، للمعدة من طريق الفم فقط عمداً. ودليل وجوب الكفارة على المفطر بالأكل أو الشرب ونحوهما من المفطرات⁽⁴⁾:
أ - الآية المتقدمة.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أفطر في رمضان، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفر بعنق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً. فقال: لا أجد. فأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر. فقال فخذ هذا فتصدق به. فقال: يا رسول الله ما أجد أحوج منّي. فضحك حتى بدت أنيابه ثم قال: كله⁽⁵⁾.

ج - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذي أفطر يوماً في رمضان بكفارة الظهر⁽⁶⁾.

وقد فهم من قول الصحابي: أن رجلاً أفطر، شموله كل أنواع الفطر⁽⁷⁾.

د - القياس على المفطر بالجماع عمداً، بجامع انتهاك حرمة الشهر⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مسلم في الصيام، باب تحريم الجماع في نهار رمضان ووجوب الكفارة الكبرى.

(2) المعلم 52/2. (3) عارضة الأحوذى 254/3.

(4) الإشراف 200/1 وأحكام ابن العربي 93/1.

(5) أخرجه مالك في الصيام، باب كفارة من أفطر في رمضان. والبخاري في الصوم: باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء. ومسلم في الصيام، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم.

(6) أخرجه الدارقطني في الصيام، باب القبلة للصائم.

(7) التمهيد 172/7 وعارضة الأحوذى 253/3.

(8) بداية المجتهد 400/1 وعارضة الأحوذى 253/3.

ودليل وجوب القضاء مع الكفارة: ما جاء في رواية للحديث المتقدم عن سعيد بن المسيّب قوله ﷺ: «خذ هذا فتصدق به. فقال: ما أجد أحداً أحوج مني فقال: كله وصم يوماً مكان ما أصبت⁽¹⁾» فقله: صم يوماً مكان ما أصبت، هو الدليل.

ولا كفارة في ما يصل من غير الفم، كالأنف والأذن والعين؛ لأن الكفارة معلّلة بالانتهاك الذي هو أخص من العمد؛ لأن العمد موجود في الواصل من الأنف والأذن والعين وليس هناك انتهاك. واعترض على هذا التعليل بأن الانتهاك عدم المبالاة بالحرمة، وهو متأت من الأنف والأذن والعين، ولذا علّل بعضهم بقوله: لأن هذا لا تشوف إليه النفوس، وأصل الكفارة إنما شرعت لزجر النفس عما تشوف إليه.

5 - تعمّد إخراج القيء، وابتلاع شيء منه، عمدًا، أو غلبة لا نسيانًا.

6 - الاستيائك بما فيه طعم كالجزءاء - نهارًا -، وابتلاع ريقه عمدًا أو غلبة، فإن ذلك يوجب الكفارة، إلا إذا ابتلعه نسيانًا، فعليه القضاء فقط.

والجزءاء قشر يتخذ من أصول شجر الجوز يستعمله بعض نساء أهل المغرب.

7 - التأويل البعيد، وهو ما استند إلى أمر موهوم غير محقق. ومثاله:

أ - من رأى الهلال، فلم يقبل الحاكم شهادته، فظنّ إباحة الفطر، فأفطر، فإنه يلزمه القضاء والكفارة. وإنما كان تأويله بعيداً لمخالفته نصّ الآية والحديث، وهما قوله تعالى: «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ». وقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»⁽²⁾.

ب - من ظنّ أنّ حمى أو حيضاً يقع له في ذلك اليوم، فعجل الفطر قبل حصولهما، فعليه القضاء والكفارة، ولو حصلوا فعلاً.

ج - من اغتاب غيره فظن الفطر، فأفطر، فعليه القضاء والكفارة.

د - من عزم على السفر في يوم، فأفطر ولم يسافر.

هـ - إذا ثبت رمضان يوم الشك، ولم يمسك بقية اليوم، فإنّ عليه الكفارة، إذا كان منتهكاً لحرمة الشهر.

أنواع الكفارة:

الكفارة ثلاثة أنواع وهي:

1 - إطعام ستين مسكيناً: والمراد بالمسكين ما يشمل الفقير. وقيمة الإطعام مدّ لكل مسكين، بمدّ النبي ﷺ لا أكثر ولا أقلّ. والدليل⁽³⁾: ما روي في بعض طرق حديث الذي جامع زوجته في نهار رمضان: عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ

(1) أخرجه مالك في الصيام، باب كفارة من أفطر في رمضان.

(2) سبق تخريجه.

(3) بداية المجتهد 405/1.

أفطر في رمضان... قال فأتي بعرق فيه تمر، قدر خمسة عشر صاعاً⁽¹⁾.
 ووجه الاستدلال أنّ الصاع فيه أربعة أمداد، وخمسة عشر صاعاً بها ستون مدّاً،
 على عدد المساكين. والمراد بالمدّ ملاء اليدين المتوسطتين. والأفضل أن يكفر بالإطعام.
 2 - صيام شهرين متتابعين. والدليل: حديث أبي هريرة المتقدم وفيه: أو صيام
 شهرين متتابعين.

ويعتمد المكفّر بالصيام الهلال، إذا ابتدأ الصيام من أول الشهر، فإن ابتدأه في
 أثناء الشهر، صام الذي بعده بهلال، سواء حصل الشهر كاملاً أو ناقصاً، ثم يتم باقي
 الشهر الأول ثلاثين يوماً.

وإن أفطر في أثناء الكفارة يوماً عمداً، بطل جميع ما صامه، واستأنفه من جديد،
 إلا إذا أفطر غلبة أو نسياناً فلا يبطل ما صامه بل يبني.
 3 - عتق رقبة، كما تقدم في الحديث.

والمكفّر مخير بين هذه الثلاثة. ودليل التخيير⁽²⁾:

أ - حديث أبي هريرة المتقدم، ووجه الاستدلال منه، أنّ «أو» تقتضي التخيير.

ب - القياس على فدية الأذى وكفارة الصيد؛ لأنها جميعاً يدخلها الإطعام،
 وتختص بإدخال نقص في العبادة.

ج - القياس على كفارة اليمين.

أما الحديث الذي رواه مسلم، وفيه قوله ﷺ: هل تجد ما تعتق رقبة؟ قال: لا.
 قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد ما تطعم ستين
 مسكيناً؟ قال: لا⁽³⁾. فإنه لم يوجب عليه خصلة إلا بعد أن قال: لا. فالجواب عنه،
 أنّ ما في الحديث استفهام وليس بشرط⁽⁴⁾. ويؤيد هذا حديث أبي هريرة الصحابي،
 والصحابة أقدر على فهم دلالات الأقوال⁽⁵⁾.

والأفضل التكفير بالإطعام، ولو لولي الأمر الأعظم، خلافاً لما أفتى به يحيى بن
 يحيى أمير الأندلس، بالتكفير بالصوم، بحضرة العلماء، فقيل له في ذلك فقال: لثلاث
 يتساهل فيعود ثانياً.

وإنما كان الإطعام أفضل، لأنه أكثر نفعاً لتعدّيه لأفراد كثيرة. وتتعدد الكفارة
 بتعدد الأيام، ولا تتعدد بتعدد المفطرات في اليوم الواحد، ولو حصل الموجب الثاني
 بعد الإخراج عن المفطر الأول، أو كان الموجب الثاني من غير الجنس الأول.

(1) أخرجه أبو داود في الصوم، باب كفارة من أتى أهله في رمضان.

(2) الإشراف 1/ 201 والمتقى 2/ 54 وبداية المجتهد 1/ 404 والذخيرة 1م ورقة 148.

(3) وأخرجه مالك أيضاً مرسلًا عن سعيد بن مسيب، في الصيام، باب كفارة من أفطر في رمضان.

(4) الذخيرة 1م ورقة 148. (5) بداية المجتهد 1/ 404.

ولا كفارة على المكره مطلقاً، رجلاً أو امرأة اتفاقاً⁽¹⁾.

ويكفر الرجل عن زوجته أو امرأة زنى بها إن أكرهها، أما إذا أطاعته اختياراً فإنها تكفر عن نفسها قياساً⁽²⁾ على الرجل، إذ كان كلاهما مكلف. وإذا كفر الرجل عن مكرهته، فإنه لا يكفر عنها بالصوم، لأنه الصوم عبادة بدنية لا تقبل النيابة، وإنما يكفر بالإطعام.

2 - ما يوجب القضاء فقط :

يجب القضاء دون الكفارة، على من أفطر في رمضان غير قاصد انتهاك حرمة الشهر، أو كان متاولاً وتأويلاً قريباً، أو كان جاهلاً، ويكون الفطر باختلال أحد ركني الصوم، وقد سبق بيان المفطرات. وسأعيد ذكر ما فيه القضاء فقط مع الأدلة.

غير قاصد الانتهاك :

غير قاصد الانتهاك هو غير العامد:

1 - من جامع أو أكل في نهار رمضان، وهو ناس لكونه صائماً، فإنّ عليه القضاء فقط دون الكفارة. ودليل وجوب القضاء على الناسي:

أ - أن الصوم لا يوجد مع ضده - وهو المفطر -، وإذا لم يوجد ركن الصوم الذي هو الإمساك لم توجد حقيقته، ولم يكن هنالك امثال للأمر بالإمساك⁽³⁾.

ب - القياس على نسيان الصلاة⁽⁴⁾.

ج - أن القضاء إذا وجب على المريض، مع كونه أعذر من الناسي، كان بأن يجب على الناسي بطريق الأولى⁽⁵⁾.

د - روى سحنون في المدونة عن بشر بن قيس قال: كنا عند عمر بن الخطاب فأتني بسويق، فأصبنا منه، وحسبنا أن الشمس قد غابت، فقال المؤذن قد طلعت الشمس، فقال عمر فاقضوا يوماً مكانه.

أما ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: إذا نسي فأكل وشرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه⁽⁶⁾. فإن الحديث جاء لرفع الحرج عن المفطر نسياناً، وسقوط مؤاخذته، وسكوت النبي ﷺ عن القضاء لا يوجب سقوطه⁽⁷⁾.

(1) حاشية الدسوقي 1/ 531.

(2) بداية المجتهد 1/ 404.

(3) العارضة 3/ 247.

(4) بداية المجتهد 1/ 402.

(5) الإشراف 1/ 202.

(6) أخرجه البخاري في الصوم، باب إذا أكل أو شرب ناسياً. ومسلم في الصيام، باب أكل الناسي وشربه وجماعه لا يفطر.

(7) العارضة 3/ 247 وشرح الأبي على مسلم 3/ 243 ومفتاح الوصول 87.

وأما ما روي عن أبي هريرة في رواية أخرى فيها قوله ﷺ: فإنما هو رزق ساقه الله إليه، ولا قضاء عليه⁽¹⁾؛ فإنه يحمل على صوم التطوع لخفته⁽²⁾، أما صوم الفريضة فلا؛ لأن الأصل عند الإمام مالك أن خبر الواحد إذا جاء بخلاف القواعد لم يعمل به، وهذا الحديث يوافق القاعدة في رفع الإثم فقبل في ذلك، ولا يوافقها في عدم بقاء العبادة بعد ذهاب ركنها، فلا يعمل به⁽³⁾.

أما دليل عدم الكفارة⁽⁴⁾: قوله ﷺ: إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان⁽⁵⁾. ولأن الكفارة تكفير للذنوب والناسي غير مذنب ولا آثم⁽⁶⁾.

2 - المكروه على تناول مفطر، عليه القضاء دون الكفارة، ولا كفارة على من أكره على وطء امرأته، لأن الإنتشار قد يكون بالطبع لا بالاختيار⁽⁷⁾.

3 - من سبقه الماء غلبة.

4 - حصول عذر للصائم اقتضى فطره، كالمرض والسفر. والدليل: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185].

5 - حصول عذر اقتضى عدم صحة الصوم، كالحيض والنفاس.

6 - من غلبه القيء، وازدرد منه شيئاً.

7 - من تعمد القيء، ولم يزدرد منه شيئاً، أو ازدرد منه شيئاً نسياناً، لا عمداً، ولا غلبة، فعليه القضاء. والدليل⁽⁸⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: من ذرعه القيء وهو صائم، فليس عليه قضاء، وإن استقاء فليقض⁽⁹⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: من استقاء وهو صائم، فعليه القضاء، ومن ذرعه القيء، فليس عليه القضاء⁽¹⁰⁾.

أما تعمد القيء مع الإزدرد، عمداً، أو غلبة، فعليه القضاء والكفارة، كما تقدم.

(1) أخرجه الدارقطني في الصيام، باب الشهادة على رؤية الهلال.

(2) أحكام القرطبي 2/ 283. (3) العارضة 3/ 247.

(4) الإشراف 1/ 200.

(5) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكروه والناسي.

(6) المعلم 2/ 53. (7) الذخيرة 1م ورقة 146.

(8) الإشراف 1/ 199 والمدونة الكبرى 1/ 179 وبداية المجتهد 1/ 385 والذخيرة 1م ورقة 145.

(9) أخرجه أبو داود في الصوم، باب الصائم يستقيء عامداً. والترمذي في الصوم، باب ما جاء فيمن استقاء عمداً.

(10) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في قضاء رمضان والكفارات.

8 - غلبة دقيق مثل الجبس، ونحوه، أو كيل طحن، أو نخل، أو غربلة، أو غبار حفر أرض، أو نقل تراب، وذلك لغير الصانع، إذا تعرض لهذه الأشياء. أما صانع ذلك فلا قضاء عليه.

9 - الأكل والشرب، مع الشك في طلوع الفجر، أو غروب الشمس. أو طرّو الشك بعد اليقين، بأن أكل أو شرب معتقداً بقاء الليل، أو الغروب، ثم طرأ له الشك، هل حصل منه الأكل بعد الغروب، أو قبله، قبل الفجر أو بعده، فطرّو الشك مخلّ بركن الإمساك.

10 - إخراج المنى بمجرد النظر والتفكير، دون استدامتهما، ففيه القضاء فقط. وهو المعتمد في المذهب.

11 - المجنون والمغمى عليه، إذا حصل لهما الجنون أو الإغماء مع الفجر، فإنه يجب عليهما القضاء.

12 - المجنون أو المغمى عليه، إذا بقي على جنونه أو إغمائه جلّ اليوم، أو كلّه. وذكر سحنون عن ابن القاسم: أن قولنا إنّ من أغمى عليه أكثر النهار أن عليه القضاء احتياطاً واستحساناً⁽¹⁾.

13 - وصول مائع للحلق، كما تقدم في المفطرات، فراجعه.

15 - وصول مائع للمعدة، سواء كان عن طريق الفم، أو من الدبر، كما تقدم في المفطرات، فراجعه.

16 - وصول بخور تتكيف به النفس للحلق، أو وصول بخار الطعام، كما تقدم في المفطرات، فراجعه.

17 - إذا شكّت الحائض أو النفساء، هل كان طهرها بعد الفجر، أو قبله، فإنها تقضي ذلك اليوم.

18 - خروج المذي بسبب مقدمات الجماع، كالقبلة، والتفكير والنظر، علم الصائم السلامة، أم لم يعلم.

التأويل القريب:

التأويل حمل اللفظ على خلاف ظاهره لموجب، والتأويل القريب ما ظهر موجه، واستند إلى أمر موجود محقق. والمتأول تأويلاً قريباً هو:

1 - من أظفر ناسياً أو مكرهاً، فظنّ أنّه لا يجب عليه الإمساك لفساد صومه، فأظفر، فعليه القضاء فقط، وذلك لأنّ النسيان أو الإكراه شبهة، لما في الحديث: «إنّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽²⁾. فقد استند الناسي أو المكره

لأمر محقق، وصَرَفَ اللفظ عن ظاهره، لأن أصل معنى اللفظ رفع الإثم، أما جواز الأكل فهو خلاف ظاهره.

2 - من قدم من سفره قبل الفجر، فظنَّ إباحة الفطر صبيحة تلك الليلة، فأفطر، فعليه القضاء فقط، لأنه استند إلى أمر موجود، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾. وقوله ﷺ: «ليس من البرِّ الصيام في السفر»⁽¹⁾، فقد صرف اللفظ عن ظاهره.

3 - من سافر دون مسافة القصر، فظنَّ إباحة الفطر، فأفطر، فإنَّ عليه القضاء فقط، لأن مستنده ما تقدم.

4 - من رأى هلال شوال نهاراً - يوم الثلاثين من رمضان -، فظنَّ أنه يوم عيد، فأفطر، فعليه القضاء فقط، لأنَّ شبهته قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»⁽²⁾.

5 - من أصابته جنابة ليلاً، ولم يغتسل إلا بعد الفجر، فظنَّ إباحة الفطر، فأفطر، فعليه القضاء فقط، وشبهته ما ورد من النهي عن ذلك، ومذهب ابن عباس وأبي هريرة فساد الصوم بذلك.

6 - من احتجم نهاراً، فظنَّ إباحة الفطر، فأفطر، فعليه القضاء فقط. لأن مستنده قوله ﷺ: «أفطر الحاجم والمحتمم»⁽³⁾.

7 - من ثبت عنده رمضان يوم الشك نهاراً، فظن عدم وجوب الإمساك، فأفطر، فعليه القضاء فقط. وشبهته عدم العلم بالرؤية ليلاً، وفوات محلّ النية، وهذا أقوى شبهة ممن أفطر نسياناً.

8 - من نزع الأكل والشرب، أو نزع الذكر من الفرج عند طلوع الفجر، فظن بطلان الصوم، فأصبح مفطراً، فإنه لا كفارة عليه، وعليه القضاء فقط.

والمتاؤل القريب لا كفارة عليه، إلا إذا علم الحرمة، أو شك فيها، فإنَّ عليه الكفارة.

الجاهل:

1 - الجاهل لرمضان، بأن ظنَّ أنَّ الشهر كلّه، أو بعضه، من شعبان، فأفطر، فإنَّ عليه القضاء فقط.

(1) أخرجه البخاري في الصوم، باب قول النبي ﷺ: «ليس من البرِّ الصوم في السفر». ومسلم في الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه أبو داود في الصوم، باب في الصائم يحتجم. والترمذي في الصوم، باب كراهية الحجامة للصائم.

2 - الجاهل لحرمة الفطر في رمضان، لقرب عهده بالإسلام، أما جهله لوجوب الكفارة مع علمه بحرمة الفطر، فلا ينفعه جهله، وعليه الكفارة.

كفارة قضاء رمضان:

من فرط في قضاء رمضان، إلى أن دخل عليه رمضان ثان، وجب عليه إطعام مدّ لمسكين عن كل يوم، بمدّ النبي ﷺ. والدليل⁽¹⁾:

- عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه في رجل مرض في رمضان ثم صحّ ولم يصم حتى أدركه رمضان آخر قال: يصوم الذي أدركه ويطعم عن الأول لكل يوم مدّاً من حنطة لكل مسكين فإذا فرغ في هذا صام الذي فرط فيه⁽²⁾.

والإطعام يكون من غالب قوت البلد. ويجب مع الإطعام القضاء. ومحلّ وجوب الكفارة إن أمكن القضاء بشعبان، وذلك بأن يبقى منه بقدر ما عليه من رمضان الماضي.

ولا يجب على المفرط إطعام، إذا حصل له عذر في شعبان متصل بربضان، بقدر الأيام التي عليه، مثل أن يكون عليه خمسة أيام، وحصل له عذر - من مرض أو سفر أو جنون أو حيض أو نفاس - قبل رمضان بخمسة أيام، فإنه لا إطعام عليه، وإن كان طول عامه خالياً من الأعذار.

وأما إذا حصل له العذر في يومين فقط، قبل رمضان، وكان عليه خمسة أيام، وجب عليه إطعام عن ثلاثة أيام، لأنها أيام التفريط، دون أيام العذر.

ويندب أن يكون الإطعام مع كل يوم يقضيه، أو بعد تمام كل يوم، أو بعد تمام جميع أيام القضاء؛ فإن أطمع بعد وجوب الإطعام، بدخول رمضان وقبل الشروع في القضاء، أجزأه، وخالف المندوب.

مندوبات القضاء:

1 - يندب تعجيل قضاء رمضان، لمن أفطر في رمضان، ووجب عليه أيام آخر. والدليل على أنّ القضاء على التراخي، وأنه ليس يجب التعجيل والفور:

أ - أنّ الأمر في قوله تعالى: ﴿فَمَدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾. مطلق، وليس في الكتاب ولا في السنّة ما يقيدّه⁽³⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: يكون عليّ الصوم من رمضان، فما أستطيع أن أقضي إلاّ في شعبان. قال يحيى - أحد الرواة - الشغل من النبي، أو بالنبي⁽⁴⁾.

(1) أحكام القرطبي 2/283.

(2) أخرجه الدارقطني في الصيام، باب القبلة للصائم.

(3) التحرير والتنوير 2/165.

(4) أخرجه مالك في الصيام، باب جامع قضاء الصيام. والبخاري في الصوم، باب متى يقضى قضاء رمضان. ومسلم في الصيام، باب قضاء رمضان في شعبان.

قال الإمام المازري: في هذا الحديث حجة، في أنّ القضاء ليس على الفور، لأنه لو كان التأخير غير جائز لم يقرّها ﷺ⁽¹⁾.

2 - يندب التتابع في قضاء رمضان، ككُلِّ صوم لا يجب تتابعه، مثل كفارة اليمين، والتمتع، وصيام جزاء الصيد.

من أفطر متعمداً في أيام القضاء:

لا كفارة على من أفطر متعمداً في أيام القضاء، لأنّ الكفارة شرعت حفظاً لحرمة شهر رمضان، وليس لأيام القضاء حرمة⁽²⁾.

بقية ما يترتب على الفطر في رمضان:

3 - الإمساك: يجب الإمساك بقية اليوم عن المفطرات، وذلك لغير المعذور بلا إكراه أي:

أ - من أفطر عمداً، أو غلبة، أو نسياناً؛ أمّا من له عذر، فلا يلزمه الإمساك. والمعذور، هو المريض والمسافر والحائض والنفساء والمجنون، فلا يلزمهم الإمساك إذا زال عذرهم.

ب - المكره، فإنه يجب عليه الإمساك إذا زال عنه الإكراه، مع كونه معذوراً. ويندب لمن أسلم في نهار رمضان أن يمسك بقية اليوم، ثم يقضيه ندباً. ومن زال عذره الذي يبيح له الفطر - مع العلم برمضان -، لا يندب له الإمساك بقية اليوم: كالصبي يبلغ بعد الفجر، والمريض يصحّ، والمسافر يقدم نهائراً، والحائض والنفساء تطهران، والمجنون يفيق، والمضطر للفطر من جوع أو عطش يتوقع الإغماء، فهؤلاء لا يندب لهم الإمساك بقية اليوم، إذا زلت أعدارهم.

وحينئذٍ للواحد منهم وطء زوجته، إذا زال عذرهما المبيح - مع العلم برمضان -، بأن قدمت معه من سفر، أو طهرت من حيض أو نفاس، أو بلغت نهائراً، أو أفاقت من جنون.

واحترز بكلمة، مع العلم برمضان، عن الناسي ومن أفطر يوم الشك، فإنه يجب عليهما الإمساك بعد زوال العذر.

ويدخل في حكم وجوب الإمساك مع رمضان، أنواع أخرى من الصيام، وهي:

أ - النذر المعين، سواء أفطر فيه صائمه، عمداً، أو نسياناً، أو غلبة، أو إكراهاً.
ب - الفرض الذي لم يتعين وقته، ولكن يجب تتابعه، ككفارة رمضان، والقتل،

(1) إكمال الإكمال 3/260 والبيان والتحصيل 2/326 وأحكام ابن العربي 1/79 والتحرير والتنوير 2/165.

(2) بداية المجتهد 1/407 والتحرير والتنوير 2/165.

والظهار، وذلك إذا لم يتعمد الصائم الفطر، بأن أفطر غلبة أو نسياناً، فيجب عليه الإمساك بقية يومه، بناء على الصحيح من أن غير العمد لا يفسد صومه. أما المتعمد فلا يجب عليه الإمساك، لفساد جميع صومه المتقدم عن اليوم الذي أفطره في الكفارات، ولو كان آخر يوم فيه، فلا فائدة في إمساكه حينئذٍ، وكذلك لو أفطر غير المتعمد - أي الناسي ومن أفطر غلبة - في أول يوم مما يجب فيه التتابع، لم يجب عليه الإمساك لعدم الفائدة، إذ هو يجب قضاؤه، ولا يؤدي إفطاره لفساد شيء، نعم يتدب فيه الإمساك.

ج - الصوم التطوع إذا أفطر فيه الصائم بلا تعمد، فإن تعمد الفطر فيه لم يجب عليه الإمساك على التحقيق، وذلك لعدم الفائدة فيه، مع جوب قضاؤه.

ولا يجب الإمساك فيما لم يتعين، ولم يجب تتابعه، ككفارة اليمين، والنذر المضمون، وقضاء رمضان، وجزاء الصيد، وفدية الأذى، فإنها لا يجب فيها الإمساك مطلقاً، سواء أفطر الصائم فيها عمداً، أو نسياناً، أو غلبة، وهو مخير بين الإمساك وعدمه، لأن القضاء واجب.

4 - قطع التتابع: من أفطر في رمضان أياماً متواليات، لا يلزمه في قضائها التتابع. والدليل: .

أ - أن الأمر في قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾؛ مطلق ولم يقيد بالتتابع⁽¹⁾.
ب - عن عروة قال: قالت عائشة: نزلت فعدة من أيام آخر متتابعات، فسقطت متتابعات⁽²⁾. تريد بذلك نسخت⁽³⁾.

5 - الإطعام: وسيأتي عند الحديث عن الحامل والمرضع، إذا أفطرتا.

6 - التأديب: من أفطر في رمضان بدون عذر، فإنه يجب على ولي الأمر أن يؤذبه، بما يراه، من ضرب أو سجن ونحوهما.

ما لا قضاء فيه:

1 - خروج القيء أو القلس غلبة، إذا لم يزدرد منه الصائم شيئاً، والدليل⁽⁴⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: من ذرعه القيء وهو صائم، فليس عليه قضاء، وإن استقاء فليقض⁽⁵⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: من استقاء وهو صائم فعليه القضاء، ومن ذرعه القيء فليس عليه القضاء⁽⁶⁾.

(1) المتتم، 64/2 وبداية المجتهد 396/1 والتحرير والتنوير 165/2 وأحكام القرطبي 282/2.

(2) أخرجه الدارقطني في الصيام، باب القبلة للصائم. والبيهقي في الصيام.

(3) بداية المجتهد 396/1 والتحرير والتنوير 165/1.

(4) بداية المجتهد 385/1 والذخيرة 1م ورقة 145.

(5) سبق تخريجه.

(6) سبق تخريجه.

أما حديث أبي الدرداء أنّ رسول الله ﷺ قاء فأفطر، قال معدان بن طلحة: فلقيت ثوبان مولى رسول الله ﷺ في مسجد دمشق، فقلت: إنّ أبا الدرداء حدّثني أنّ رسول الله ﷺ قاء فأفطر قال: صدق، وأنا صبيت له وضوءه ﷺ⁽¹⁾. فإنه حديث مجمل يقتضي العمدة والغلبة، وفسره حديث أبي هريرة المتقدم، والواجب حمل المجمل على المفسر⁽²⁾.

2 - غلبة ذباب.

3 - غلبة غبار الطريق.

4 - غلبة دقيق، مثل الجبس، ونحوه، أو غبار كيل لصانعه، من طحان، وناخل، ومغربل، وحامل؛ وقد اغتفر للصانع للضرورة وهو المعتمد. ومثل الصانع، من يتولّى أمور نفسه من هذه الأشياء.

5 - من يعمل في حفر الأرض، أو نقل تراب، بخلاف غير صانعه، فعليه القضاء.

6 - الحقنة في ثقب الذكر، وفرج المرأة، ولو بمائع؛ لأنه لا يصل عادة للمعدة.

7 - وضع الدهن في جرح في البطن، أو الجنب، يوصل للجوف، دون أن يصل إلى محلّ الأكل والشرب.

8 - نزع الأكل والشرب من الفم، عند طلوع الفجر.

9 - نزع الذكر من الفرج عند طلوع الفجر، ولا قضاء على النازع، بناء على أنّ نزع الذكر لا يعدّ وطئاً.

والدليل⁽³⁾ على أنّ الإمساك لا يجب قبل الطلوع، ويجوز أن يتصل بالطلوع، قوله ﷺ: كلوا واشربوا، حتى يؤذن ابن أم مكتوم، فإنه لا يؤذن حتى يطلع الفجر⁽⁴⁾.

10 - خروج المنى أو المذي، بنفسه أو بلذّة غير معتادة، فإنه لا يفسد الصوم.

11 - حصول لذّة معتادة، من غير خروج منى أو مذي، فإنّه لا يفسد الصوم.

12 - من احتجم، ومن حجّم غيره، لا قضاء عليهما، وسيأتي دليل ذلك في الكراهة.

القضاء في غير رمضان:

الصوم لا يخلو إما أن يكون فرضاً أو نفلاً، فإن كان فرضاً، فالقضاء لازم بحصول العذر، أو اختلال الركن، في الفرض مطلقاً، سواء أفطر عمداً، أو سهواً، أو

(1) أخرجه أبو داود في الصوم، باب الصائم يستقي عامداً.

(2) بداية المجتهد 1/385. (3) بداية المجتهد 1/382.

(4) أخرجه بهذا اللفظ البخاري في الصوم، باب قول النبي ﷺ: «لا يمنكم من سحوركم أذان بلال» عن عائشة.

غلبة، أو إكراهاً؛ وسواء أفطر جوازاً كمسافر، أو حراماً كمتنك، أو وجوباً كمن خاف على نفسه الهلاك؛ وسواء كان الفرض رمضان، أو غيره، كالكفارات، وصوم التمتع، وغير ذلك؛ إلا النذر المعين، فمن نذر صوم يوم معين، أو أيام معينة، أو شهر معين، وأفطر فيه لمرض، لم يقدر معه على صومه - لخوفه على نفسه الهلاك، أو شدة ضرر، أو زيادته أو تأخر براء -، أو أفطر فيه لعذر مانع من صحة الصوم، كحيض، ونفاس، وإغماء، وجنون، فلا يقضى لفوات وقته؛ فإن زال عذره وبقي من النذر المعين شيء، وجب صومه.

بخلاف الفطر في النذر المعين، نسياناً، أو إكراهاً، أو خطأ في الوقت، كصوم الأربعاء يظنه الناظر الخميس المنذور، فإنه يجب فيه القضاء مع إمساك بقية اليوم، حيث أصبح مفطراً يوم الخميس، ولم يتذكر إلا في أثنائه، فيجب عليه الإمساك وقضاؤه. واحترز بالنذر المعين، من المضمون إذا أفطر فيه الناظر، لمرض ونحوه، فلا بد من قضاؤه، لعدم تعيين وقته، فهو داخل في الإطلاق المتقدم.

قضاء التطوع:

إذا كان الصوم نفلاً، فإنه يحرم فطره عمداً، ويجب قضاؤه، إذ لا يجوز فطره، ولو حلف إنسان على صائمه بطلاق بت، فإن أفطر قضى؛ وأولى إذا كان الإطلاق رجعياً، أو لم يحلف عليه أحد. ودليل وجوب القضاء:

أ - عن عائشة وحفصة زوجي النبي ﷺ أنهما أصبحتا صائمتين متطوعتين، فأهدي إليهما طعام، فأفطرتا عليه، فدخل عليهما رسول الله ﷺ، قالت عائشة: فقالت حفصة وبدرتني بالكلام، وكانت ابنة أبيها: يا رسول الله إني أصبحت أنا وعائشة صائمتين متطوعتين، فأهدي لنا طعام فأفطرتنا عليه، فقال رسول الله ﷺ اقضيا مكانه يوماً آخر⁽¹⁾.

ب - أن الصوم عبادة تجب بالدخول فيها، ويلزم إتمامها، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى الْآيَاتِ﴾؛ والتعريف في الصيام عام في الفرض والنفل⁽²⁾.

ولقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذَّبَابُ أَمْنُوا أَوْفُوا بِالْمَعْثُودِ﴾ [المائدة: 1] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: 33]. ووجه الاستدلال من الآيتين، أنهما أفادتوا وجوب الإتمام⁽³⁾ بالتزام ما تعهد به الإنسان من القيام بالنفل، إذا دخل فيه.

أما حديث أم هانئ، قالت: لما كان يوم الفتح، جاءت فاطمة فجلست عن يسار

(1) أخرجه مالك في الصيام، باب قضاء التطوع. وأبو داود في الصوم، باب من رأى عليه القضاء. والترمذي في الصوم، باب ما جاء في إيجاب القضاء.

(2) كشف المغفل 174.

(3) الإشراف 1/ 211 والذخيرة 1م ورقة 149.

رسول الله ﷺ وأمّ هانئ عن يمينه، قالت: فجاءت الوليدة بإناء فيه شراب، فناولته، فشرب، ثم ناوله أمّ هانئ، فشربت منه، قالت: يا رسول الله، لقد أفطرت وكننت صائمة؛ فقال: أكننت تقضين شيئاً؟ قالت: لا؛ قال: فلا يضرك إن كان تطوعاً⁽¹⁾.

فإنه محمول على أنّ أمّ هانئ نسيت أنها صائمة، لذلك لم يأمرها رسول الله ﷺ بالقضاء⁽²⁾؛ لأنّ الفطر في التطوع نسياناً، لا قضاء فيه. فإنّ الفطر غير العمد الحرام، بأن كان نسياناً، أو غلبة، أو إكراهاً؛ أو العمد غير الحرام، كأمر والد - أب أو أم - ولده بالفطر شفقة، أو أمر شيخ صالح، أخذ الصائم على نفسه العهد أن لا يخالفه، ومثله شيخ العلم الشرعي، فإذا أفطر أحد امتثالاً لهم، لم يجب عليه القضاء.

مندوبات الصوم:

أ - كفت اللسان والجوارح، عن فضول الأقوال والأفعال، التي لا إثم فيها.
2 - تعجيل الفطر بعد تحقق الغروب، وقبل الصلاة، لأنّ تعلق القلب بالفطر يشغل عن الصلاة. ولقوله ﷺ: إذا قدم العشاء، فابدؤوا به قبل أن تصلّوا صلاة المغرب، ولا تعجلوا عن عشاءكم⁽³⁾. ويحمل هذا على الأكل الخفيف، الذي لا يخرج الصلاة عن وقتها⁽⁴⁾.

وعن عبد الله بن أبي أوفى قال: كنّا مع النبي ﷺ في سفر، فقال لرجل: انزل فاجدح لي، قال: يا رسول الله، الشمس، قال: انزل اجدح لي، قال: يا رسول الله، الشمس، قال: انزل اجدح لي، فنزل فجدح له، فشرب، ثم رمى بيده ههنا، ثم قال: إذا رأيتم الليل أقبل من ههنا، فقد أفطر الصائم⁽⁵⁾.
وعن سهل بن سعد رضي الله عنه، أنّ رسول الله ﷺ قال: لا يزال الناس بخير، ما عجلوا الفطر⁽⁶⁾.

3 - أن يكون الفطر على رطبات وترأ، وما في معناها من الحلويات، فإن لم يجد الصائم ذلك، حساً حسوات من ماء.

-
- (1) أخرجه أبو داود في الصوم، باب في الرخصة في ذلك والترمذي في الصيام، باب ما جاء في إفطار الصائم المتطوع. والبيهقي في الصيام. باب صيام التطوع والخروج منه قبل تمامه.
 - (2) بداية المجتهد 415/1.
 - (3) أخرجه البخاري في الأذان، باب إذا حضر الطعام وأقيمت الصلاة. ومسلم في المساجد، باب كراهية الصلاة بحضرة الطعام.
 - (4) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 243/1.
 - (5) أخرجه البخاري في الصوم، باب الصوم في السفر والإفطار. ومسلم في الصيام، باب وقت انقضاء الصوم وخروج النهار.
 - (6) أخرجه البخاري في الصوم، باب تعجيل الإفطار. ومسلم في الصيام، باب فضل السحور.

4 - السحور: وهو ما يؤكل آخر الليل. ويدخل وقته بالنصف الأخير منه. فعن أنس بن مالك رضي الله عنه، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: تسحّروا، فإنّ في السحور بركة⁽¹⁾. وكلّما تأخر السحور كان أفضل، فقد ورد عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، قال: تسحرنا مع النبي صلى الله عليه وسلم، ثم قام إلى الصلاة؛ فقليل له: كم كان بين الأذان والسحور؟ قال: قدر خمسين آية⁽²⁾.

مكروهات الصوم:

1 - ذوق شيء له طعم، كالمالح، والعسل، والخلّ، لينظر حاله - ولو لصانعه -، مخافة أن يسبق لحلقه شيء منه.

2 - مضغ علك، كلبان، وتمرة لطفل، فإن سبق منه شيء للحلق، ففيه القضاء.

3 - مقدمات الجماع لأي شخص، شاب، أو شيخ، رجل، أو امرأة، ولو قبله، أو فكراً، أو نظراً؛ وذلك إن علمت السلامة، لأنه ربّما أدى للفطر بالمذي أو المنى؛ فإن علم أو ظنّ أو شك عدم السلامة حرم. وإذا ترتب إمضاء بمقدمات الجماع، في حالتها الكراهة والحرمة، وجب القضاء. وإذا ترتب إمضاء في حالة الحرمة، وجب القضاء والكفارة؛ وفي حالة الكراهة، فإن كان خروج المنى بسبب لمس أو قبلة أو مباشرة، وجبت الكفارة مطلقاً، وإن كان خروجه بالنظر والفكر، فلا كفارة، إلا أن يتابع ويداوم وهو المعتمد. ودليل عدم تحريم القبلة ابتداءً:

أ - عن عطاء بن يسار أن رجلاً قبل امرأته وهو صائم في رمضان، فوجد من ذلك وجداً شديداً، فأرسل امرأته تسأل عن ذلك، فدخلت على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك لها، فأخبرتها أم سلمة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل وهو صائم، فرجعت، فأخبرت زوجها بذلك، فزاده ذلك شراً، وقالت: لسنا مثل رسول الله صلى الله عليه وسلم، يحلّ لرسوله ما شاء، ثم رجعت امرأته إلى أم سلمة، فوجدت عندها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله: ما لهذه المرأة؟ فأخبرته أم سلمة، فقال: ألا أخبرتها أنّي أفعل ذلك؟ فقالت: قد أخبرتها، فذهبت إلى زوجها فأخبرته، فزاده ذلك شراً، وقال: لسنا مثل رسول الله، يحلّ لرسوله ما شاء؛ فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: والله إنّي لأتقاكم الله، وأعلمكم بحدوده⁽³⁾.

ب - وعن عروة أن عائشة أم المؤمنين أنّها قالت: إن كان رسول الله يقبل بعض أزواجه، وهو صائم، ثم ضحكت⁽⁴⁾.

- (1) أخرجه البخاري في الصوم، باب بركة السحور. ومسلم في الصيام، باب فضل السحور.
- (2) أخرجه البخاري في الصوم؛ باب قدر كم بين السحور وصلاة الفجر، ومسلم في الصيام، باب فضل السحور.
- (3) أخرجه مالك في الصيام، باب ماجاء في الرخصة في القبلة للصائم.
- (4) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في الرخصة في القبلة للصائم والبخاري في الصوم، باب القبلة للصائم. ومسلم في الصيام، باب بيان أنّ القبلة في الصوم ليست محرمة على من لم تحرك شهوته.

ج - وعن يحيى بن سعيد، أن عاتكة امرأة عمر بن الخطاب، كانت تقبل رأس عمر بن الخطاب وهو صائم، فلا ينهاها⁽¹⁾.

أما وجه الكراهة: فلما يدعو إليه من الوقوع في المحذور. ولما روي أن عائشة زوج النبي ﷺ كانت إذا ذكرت أن رسول الله ﷺ يقبل وهو صائم، تقول: وأيكم أملك لنفسه من رسول الله⁽²⁾. وعن نافع أن عبد الله بن عمر كان ينهى عن القبلة والمباشرة للصائم⁽³⁾. وعن عروة بن الزبير قال: لم أر القبلة للصائم تدعو إلى خير⁽⁴⁾.

4 - مداواة المريض نهاراً، إذا لم يبتلع من الدواء شيئاً، ولا شيء عليه عند ذلك؛ أما إذا ابتلع منه شيئاً، غلبة، فإن عليه القضاء؛ وإذا ابتلع عمداً فعليه الكفارة، إلا إذا كان يخاف الضرر بتأخير الدواء إلى الليل، بزيادة المرض، أو شدة ألم، فإنه لا يكره، وإذا خاف هلاكاً، فإنه يجب استعمال الدواء، وعليه القضاء إذا أفطر.

5 - غزل الكتان للنساء، ما لم تضطر المرأة لذلك، وإلا فلا كراهة.

6 - حصاد الزرع، إذا كان يؤدي للفطر، ما لم يضطر الحصاد لذلك.

أما ربّ الزرع فله الاشتغال به، ولو أذاه إلى الفطر، لأنّ ربّ المال مضطر لحفظ

ماله.

7 - التطيب نهاراً.

8 - شمّ الطيب، ولو مذكراً، نهاراً، ووجه الكراهة أنه من جملة شهوة الأنف،

الذي يقوم مقام الفم، وهو محرّك لشهوة الفرج.

9 - تكره⁽⁵⁾ الحجامة للمريض فقط، إن شك في السلامة، فإن علم السلامة

جازت، وإن علم عدم السلامة حرمت. أما الصحيح، فلا تكره له الحجامة، إن شك

في السلامة، وأولى إن علمها؛ فإن علم عدم السلامة حرمت. فالفرق بين المريض

والصحيح، حالة الشك. ووجه كراهة الحجامة للمريض ما في ذلك من التغيرير⁽⁶⁾. فعن

ثابت أنه سأل أنساً: أكنتم تكرهون الحجامة للصائم؟ قال: لا، إلا من أهل

الضعف⁽⁷⁾. قال الإمام مالك: إنما أكره الحجامة للصائم، لموضع التغيرير⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في الرخصة في القبلة للصائم.

(2) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في التشديد في القبلة للصائم. والبخاري في الصوم، باب المباشرة للصائم. ومسلم في الصيام، باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرّمة.

(3) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في التشديد في القبلة للصائم.

(4) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في التشديد في القبلة للصائم.

(5) هذه المسألة من الشرح الكبير على مختصر خليل 518/1.

(6) أحكام القرطبي 327/2.

(7) أخرجه البخاري في الصوم، باب الحجامة والقيء للصائم.

(8) المدونة 178/1.

ولا قضاء على الحاجم والمحجوم. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أنس أنه قال: أول ما كرهت الحجامة للصائم، أن جعفر بن أبي طالب احتجم وهو صائم، فمرّ به النبي فقال: أفطر هذان. ثم رخص النبي بعد في الحجامة للصائم⁽²⁾. وهذا نص، بين فيه ثبوت الرخصة بعد الحضر.

ب - عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم⁽³⁾.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يحتجم وهو صائم، ثم قال: ثم ترك ذلك بعد، فكان إذا صام لم يحتجم حتى يفطر⁽⁴⁾. يريد أنه ترك الحجامة لما كبر وضعف⁽⁵⁾.

د - عن ابن شهاب أن سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما، كانا يحتجمان وهما صائمان⁽⁶⁾.

هـ - عن هشام بن عروة عن أبيه، أنه كان يحتجم وهو صائم، ثم لا يفطر، وما رأيت احتجم قط إلا وهو صائم⁽⁷⁾.

10 - يكره الوصال بالصوم⁽⁸⁾، وهو متابعة بعضه بعضاً، بلا فطور ولا سحور. واستدل كل من ابن العربي والبايجي على أن الوصال مكروه، غير محرّم، بما يلي:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الوصال فقالوا: يا رسول الله فإنك تواصل. فقال: إني لست كهياتكم، إني أطعم وأسقى⁽⁹⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال في الصوم، فقال رجل من المسلمين: إنك تواصل يا رسول الله، قال: وأيكم مثلي، إني أبيت يعظمني ربي ويسقيني، فلما أبوا أن ينتهوا عن الوصال، وأصل بهم يوماً، ثم يوماً، ثم رأوا الهلال، فقال: لو تأخر لزدتكم، كالتنكيل لهم، حين أبوا أن ينتهوا⁽¹⁰⁾.

ووجه الاستدلال أنه لو كان النهي يحمل على التحريم لما واصل بهم النبي صلى الله عليه وسلم،

(1) الإشراف 206/1 والذخيرة 1م ورقة 145 والمنتقى 56/2 والعارضه 246/3.

(2) أخرجه الدارقطني في الصيام.

(3) أخرجه البخاري في الصوم، باب الحجامة والقيء للصائم.

(4) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في حجمة الصائم.

(5) المنتقى 56/2.

(6) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في حجمة الصائم.

(7) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في حجمة الصائم.

(8) حاشية العدوي ص 389.

(9) أخرجه مالك في الصيام، باب النهي عن الوصال. والبخاري في الصوم، باب بركة السحور من غير إيجاب. ومسلم في الصيام، باب النهي عن الوصال في الصوم.

(10) أخرجه البخاري في الصوم، باب التنكيل لمن أكثر الوصال. ومسلم في الصيام، باب النهي عن الوصال.

ومالك في الصيام. باب النهي عن الوصال في الصيام.

ولما خالفوه في أمره، وإنما كان نهيه لعلّة معروفة، وهي الشفقة عليهم من ضعف قواهم، وإنهاك أبدانهم⁽¹⁾.

الصيام المندوب:

1 - يندب تأكيداً صوم يوم عرفة، لغير الحاج، والدليل⁽²⁾: عن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ قال: صيام يوم عرفة، أحتسب على الله، أن يكفر السنة التي قبله، والسنة التي بعده⁽³⁾.

ويكره للحاج صيامه لأن الفطر يقوّيه على الوقوف بعرفة. والدليل⁽⁴⁾:

أ - عن أم الفضل بنت الحارث أنّ ناساً تماروا عندها يوم عرفة، في صيام رسول الله ﷺ، فقال بعضهم: هو صائم، وقال بعضهم: ليس بصائم، فأرسلت إليه بقدح لبن، وهو واقف على بعيره بعرفة، فشرّب⁽⁵⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن صوم يوم عرفة، بعرفة⁽⁶⁾.

أما دليل عدم حرمة صومه، لمن بعرفة: أنّ القاسم بن محمّد أخبر، أن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها كانت تصوم يوم عرفة، قال القاسم: ولقد رأيتها عشية عرفة، يدفع الإمام، ثم تقف، حتى يبيض ما بينها وبين الناس من الأرض، ثم تدعو بشراب فتفطر⁽⁷⁾.

2 - صوم عاشوراء والتاسوعاء. والدليل⁽⁸⁾: ما ثبت من أنّ النبي ﷺ أمر بصيامهما⁽⁹⁾. ويندب في عاشوراء التسعة على الأهل والأقارب.

3 - صوم الثمانية أيام، قبل التاسوعاء.

4 - صوم بقية المحرم.

5 - صوم رجب وشعبان، فعن عائشة⁽¹⁰⁾ رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يصوم،

-
- (1) المنتقى 60/2 وأحكام ابن العربي 93/1. (2) الذخيرة م1 ورقة 149.
(3) أخرجه أبو داود في الصوم، باب في صوم الدهر تطوعاً. والترمذي في الصوم، باب ما جاء في فضل صوم يوم عرفة.
(4) الذخيرة م1 ورقة 149.
(5) أخرجه مالك في الحج: باب صيام يوم عرفة. والبخاري في الحج، باب الوقوف على الدابة بعرفة - ومسلم في الصيام، باب استحباب الفطر للحاج بعرفات يوم عرفة.
(6) أخرجه أبو داود في الصوم، باب في صوم عرفة بعرفة.
(7) أخرجه مالك في الحج، باب صيام يوم عرفة.
(8) المنتقى 57/2 وبداية المجتهد 409/1.
(9) أبو داود في الصوم، باب ما روي أنّ عاشوراء اليوم التاسع. ومالك في الصيام، باب صيام يوم عاشوراء. والبخاري في الصوم باب صيام يوم عاشوراء.
(10) المقدمات 180.

حتى نقول لا يفطر، ويفطر، حتى نقول لا يصوم، فما رأيت رسول الله ﷺ استكمل صيام شهر، إلا رمضان، وما رأيته أكثر صياماً منه في شعبان⁽¹⁾. أما رجب فيتأكد صومه أيضاً، وإن كانت أحاديثه ضعيفة، لأنه يعمل بها في فضائل الأعمال، قاله الصاوي. وقال شيخنا محمد الأخوة: أما شهر رجب، فلم ينقل لنا دليل يثبت استحباب صيامه.

6 - صوم الاثنين والخميس لفعله ﷺ⁽²⁾.

7 - صوم النصف من شعبان لمن أراد الاقتصار.

والنص على الأيام المذكورة، مع دخولها في شهورها، لبيان عظم شأنها، وأنها أفضل من البقية، فيوم عرفة، أفضل مما قبله، وعاشوراء أفضل من تاسوعاء، وهما أفضل مما قبلهما، وهي أفضل من البقية.

8 - صوم ثلاثة أيام من كل شهر، ويكره تعيينها بالأيام البيض، أي الثالث عشر، والرابع عشر، والخامس عشر. ووجه الكراهة مخافة أن يظن الجهال بها أنها واجبة⁽³⁾، وفراراً من التحديد، هذا إذا قصد صومها بعينها، وأما إن كان على سبيل الاتفاق فلا كراهة⁽⁴⁾.

9 - صوم ستة أيام من شوال، فعن أبي أيوب الأنصاري أن رسول الله ﷺ قال: من صام رمضان، ثم أتبعه ستاً من شوال، كان كصيام الدهر⁽⁵⁾: ويكره صومها بقيود:

- إذا وصلها الصائم بالعيد.

- إذا وصلها في نفسها.

- إذا اعتقد سنيتها لرمضان، كالرواتب البعدية.

- إذا أظهرها من يقتدى به.

أما إن صامها في نفسه خفية، أو فرقها، أو أخرها فلا يكره، لانتفاء علة اعتقاد الوجوب، وعلى هذا يحمل الحديث.

وقد ورد عن الإمام مالك كراهة صيامها، وقد قيل في ذلك:

أ - إن مالكا كره صيامها، مخافة أن يلحق برمضان، أهل الجهالة، ما ليس منه⁽⁶⁾، فقد قال مالك في الموطأ: إني لم أر أحداً من أهل العلم والفقهاء يصومها، ولم

(1) أخرجه مالك في الصيام: باب جامع الصيام. والبخاري في الصوم. باب صوم شعبان. ومسلم

في الصيام، باب صيام النبي ﷺ في غير رمضان.

(2) أبو داود في الصوم: باب في صوم الاثنين والخميس، والترمذي في الصوم، باب ما جاء في صوم الإثنين والخميس.

(3) بداية المجتهد 410/1 والشرح الكبير 517/1. (4) الشرح الكبير 517/1.

(5) أخرجه مسلم في الصيام، باب استحباب صيام ستة أيام من شوال.

(6) المنتقى 76/2 والمقدمات 181 وبداية المجتهد 410/1 وفتاوي الشاطبي 130.

يبلغني ذلك عن أحد من السلف، وأن أهل العلم يكرهون ذلك، ويخافون بدعته، وأن يلحق برمضان ما ليس منه أهل الجهالة والجفاء، ولو رأوا في ذلك خفته عند أهل العلم ورأوهم يعملون ذلك⁽¹⁾.

قال القرافي: «قال لي الشيخ زكي الدين عبد العظيم المحدث رحمته: إن الذي خشي مالك رحمته تعالى قد وقع بالعجم، فصاروا يتركون المسحّرين على عاداتهم، والقوانين، وشعائر رمضان، إلى آخر الستة أيام، فحينئذٍ يظهرون شعائر العيد»⁽²⁾.

ب - أن الأصل في هذا الصيام، رواية سعد بن سعيد عن عمر بن ثابت عن أبي أيوب الأنصاري، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صام رمضان ثم أتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر⁽³⁾؛ وسعد بن سعيد هذا ممن لا يحتمل الإنفراد بمثل هذا؛ فلما ورد الحديث على مثل هذا، ووجد مالك علماء المدينة منكرين العمل بهذا، احتاط بتركه. وقد ذكر هذا الباجي⁽⁴⁾. قال المازري: «وقال آخرون: لعله لم يبلغه الحديث، أو لم يثبت عنده، وإنما وجد العمل على خلافه»⁽⁵⁾.

وترفع الكراهة بالقيود المتقدمة، قال الإمام المازري: «قال شيوخنا: وأما صومها على ما أرادها الشرع فجائز»⁽⁶⁾.

10 - يندب الصوم في السفر، وسيأتي ذكر الأدلة على ذلك قريباً.

الصيام المكروه:

- 1 - يكره نذر يوم مكرّر، أو أسبوع مكرّر، كأن ينذر الواحد صيام كل يوم خميس، أو أسبوع من أول كل شهر.
- 2 - نذر صيام الدهر، لأنّ النفس إذا لزمها شيء مكرر أو دائم أتت به على ثقل وتندّم.
- 3 - صوم يوم المولد النبوي الشريف إلحاقاً له بالأعياد.
- 4 - صوم الضيف بغير إذن ربّ المنزل.
- 5 - إظهار الستّة أيام من شوال إن وصلها بالعيد.
- 6 - تحديد الأيام البيض الثلاثة بالصيام من كل شهر.
- 7 - يكره التطوع بالصوم، لمن عليه صوم واجب غير معيّن، كقضاء رمضان،

(1) الموطأ 1/311.

(2) انظر هامش كتاب فتاوي الشاطبي ص 130 وقد ذكر القرافي هذا القول في الفروق في الفرق الخامس والمائة.

(3) المنتقى 2/76.

(4) سبق تخريجه.

(5) إكمال إكمال المعلم 3/279.

(6) إكمال إكمال المعلم 3/279.

والكفارة، والنذر. فإن كان الصوم الواجب معيناً بيوم، كندر يوم معين، حرم التطوع فيه، لتعيين الزمان المنذور؛ فإن فعل لزمه قضاؤه؛ والكراهة المذكورة مطلقة، سواء كان التطوع مؤكداً أم لا؛ فمن عليه قضاء، فإن صوم يوم عرفة تطوعاً يكره له، والأفضل صومه قضاء؛ أما لو نوى الفرض والتطوع، حصل له ثوابهما، كغسل الجمعة والجنابة، وكصلاة الفرض والتحية.

8 - صيام يوم الشك ليحاط به لرمضان.

9 - يكره تعيين اليوم الرابع للنحر، للصوم بالنذر، فإن عيّن أحد، فقد وجب عليه، ووجه الكراهة أنه ملحق بأيام العيد، وهي أيام فرح، كما يجب صيامه إذا لم يعينه، بأن نذر صوم كل خميس، فصادف رابع النحر.

10 - يكره صوم اليوم الرابع للنحر تطوعاً، ولا يحرم.

هذا ولم ينص الدردير في مختصره على حكم تخصيص يوم الجمعة بالصوم، وإنما تكلم عليه عند شرح قول الشيخ خليل: «وجاز صوم جمعة فقط». قال الشارح: «لا قبله بيوم ولا بعده بيوم، أي يندب، فإن ضم إليه آخر، فلا خلاف في ندبه، وإنما كان المراد بالجواز هنا الندب، لأنه ليس لنا صوم مستوي الطرفين».

11 - يكره الفطر في السفر، وسيأتي ذكر الدليل على ذلك قريباً.

الصيام المحرم:

1 - صوم يومي عيد الفطر وعيد الأضحى، ولا يصح ولا ينعقد. والدليل:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن صيام يومين، يوم الفطر، ويوم الأضحى ⁽¹⁾.

ب - الإجماع ⁽²⁾.

فمن نذر صيام أحدهما فلا ينعقد نذره، ولا يقضيه في يوم آخر.

2 - يحرم صوم اليوم الثاني والثالث، بعد يوم الأضحى، ولو نذرا، إلا لمتمتع، أو قارن، ولكل من لزمه هدي لنقص في حجّه، ولم يجده، فإنه يصومهما بمنى، ثم يكمل السبعة إذا رجع. ودليل التحريم:

أ - ما روي أن رسول الله ﷺ نهى عن صيام أيام منى ⁽³⁾.

ب - ما روي أن رسول الله ﷺ بعث عبد الله بن حذافة أيام منى، يطوف ويقول:

(1) أخرجه مالك في الصيام، باب صيام يوم الفطر والأضحى والدهر. ومسلم في الصيام، باب النهي عن صوم يوم الفطر والأضحى.

(2) الذخيرة م 1 ورقة 143.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في صيام أيام منى.

إنما هي أيام أكل، وشرب، وذكر الله تعالى⁽¹⁾.

أما دليل جواز صيامهما للمتمتع، والقارن، وغيرهما، ممن لم يجد هدياً فهو تخصيص هذه الأحاديث بأخرى، تأتي إن شاء الله في باب الحج، عند الحديث عن انعدام الهدي الواجب.

3 - يحرم على امرأة يحتاج لها زوجها للجماع، أن تطوع بصوم، أو حج، أو عمرة، أو نذر، إلا بإذنه، والدليل: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: لا تصوم امرأة وبعلمها شاهد إلا بإذنه، غير رمضان⁽²⁾. وللزوج إذا تطوعت بدون إذنه، إفساد ذلك، بجماع، لا بأكل أو شرب. ويجب عليها القضاء. وأما إذا أذن لها فليس له إفساده.

ما يجوز للصائم:

1 - يجوز له السواك كامل النهار، والمراد أنه مستحب عند المقتضى الشرعي، كالوضوء. والدليل⁽³⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: لولا أن أشق على أمتي، لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء⁽⁴⁾. والحديث لم يخص صائماً من غيره.

ب - عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: خير خصال الصائم السواك⁽⁵⁾.

قال أستاذنا الشيخ محمد الأخوة: ووجه عدم كراهة السواك إذا كان جافاً، لا طعم فيه، ولا يبقى له أثر في الفم. فإن كان أخضر فيه طعم فهو مكروه، ولأجل هذا يكره استعمال معاجين الأسنان مطلقاً.

2 - يجوز للصائم المضمضة، لعطش أو حر.

3 - يجوز له الإصباح على جنابة، لكن ذلك خلاف الأولى، إذا قصد به غير عذر، ودليل الجواز:

أ - عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ وهو واقف على الباب، وأنا أسمع: يا رسول الله إني أصبح جنباً وأنا أريد الصيام. فقال رسول الله ﷺ: وأنا أصبح جنباً وأنا أريد الصيام، فأغتسل وأصوم. فقال له الرجل. يا رسول الله إنك لست مثلنا، قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فغضب رسول الله ﷺ وقال: والله إني

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في صيام أيام منى.

(2) أخرجه البخاري في النكاح، باب صوم المرأة بإذن زوجها تطوعاً ومسلم في الزكاة، باب ما أنفق العبد من مال مولاه. وأبو داود في الصوم، باب المرأة تصوم بغير إذن زوجها.

(3) الإشراف 1/ 206 والمنتقى 2/ 75.

(4) أخرجه مالك في الطهارة، باب ما جاء في السواك.

(5) أخرجه ابن ماجه في الصيام، باب ما جاء في السواك. والبيهقي في الصيام، باب السواك للصائم.

لأرجو أن أكون أخشاكم له، وأعلمكم بما أتقي⁽¹⁾.

ب - عن عائشة وأم سلمة زوجي النبي ﷺ أنهما قالتا: كان ﷺ يصبح جنباً من جماع، غير احتلام، في رمضان، ثم يصوم⁽²⁾. وهما أعلم بهذا الأمر من غيرهما من الصحابة⁽³⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿فَالْتَنَنَ بَيْنُوهُمْ وَابْتَعُوا مَا كَتَبَ اللهُ لَكُمْ وَكَلُوا وَأَشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمُ الْغَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْغَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة: 187].

ووجه الاستدلال أنه تعالى أباح الوطء إلى تبين الفجر، ومن فعل هذا لم يكن اغتساله إلا بعد الفجر⁽⁴⁾، ولولا ذلك لوجب الإمساك قبل الفجر للغسل⁽⁵⁾.

4 - يجوز الفطر بسبب السفر، وسيأتي تفصيله.

5 - يجوز الفطر بسبب المرض، وسيأتي تفصيله.

6 - يجوز الفطر بسبب الحمل والرضاع، وسيأتي تفصيل ذلك.

7 - يجوز الفطر بسبب الهرم.

الفطر في السفر:

يجوز الفطر في السفر، والمراد بالجواز هنا الكراهية، أي أن الصوم فيه مندوب والفطر فيه مكروه. ودليل مشروعية الفطر فيه⁽⁶⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: 184].

ب - عن عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ خرج إلى مكة عام الفتح في رمضان، فصام حتى بلغ الكديد، ثم أفطر، فأفطر الناس، وكانوا يأخذون بالأحدث فالأحدث من أمر رسول الله ﷺ⁽⁷⁾.

ج - عن أنس قال: سافرنا مع رسول الله ﷺ في رمضان، فلم يعب الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في صيام الذي يصبح جنباً في رمضان - ومسلم في الصيام، باب صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب.

(2) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في صيام الذي يصبح جنباً في رمضان. والبخاري في الصوم، باب اغتسال الصائم. ومسلم في الصيام. باب صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب.

(3) مفتاح الوصول ص 98. (4) المتقى 45/2.

(5) الذخيرة م 1 ورقة 143. (6) الإشراف 207/1.

(7) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في الصيام في السفر. والبخاري في الصوم، باب إذا صام أياماً من رمضان ثم سافر. ومسلم في الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر.

(8) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في الصيام في السفر. والبخاري في الصوم، باب لم يعب =

د - عن حمزة بن عمرة الأسلمي قال: يا رسول الله إني رجل أصوم، أفأصوم في السفر؟ فقال له رسول الله ﷺ: إن شئت فصم، وإن شئت فافطر⁽¹⁾.

ودليل استحباب الصوم وكراهية الفطر:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [البقرة: 184].

ب - لأن الصوم عزيمة، والفطر رخصة، والعزيمة أفضل من الرخصة، ما لم تعد بالضرر⁽²⁾.

والفرق بين الصوم في السفر أفضل، وبين القصر فيه أفضل: أن الذمة تبقى مشغولة بالقضاء عند الترخيص بالفطر، بخلاف القصر، فإن الذمة لا تبقى مشغولة⁽³⁾.

أما ما روي في فطر النبي ﷺ، فإنه قد روي أنه ﷺ أفطر لأن الناس قد شق عليهم الصيام، وأنهم ينتظرون فطره فافطر⁽⁴⁾. فقد روي عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن بعض أصحاب النبي ﷺ، أنه ﷺ أمر الناس في سفره عام الفتح بالفطر وقال: تَقَوُّوا لعدوكم، وصام رسول الله ﷺ، ثم قيل له: يا رسول الله إن طائفة من الناس قد صاموا حين صمت، قال: فلما كان رسول الله ﷺ بالكديد دعا بقدر فشرب. فافطر الناس⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنه أمرهم بالفطر، وعلل ذلك بالتقوى على العدو، ولم يعلله بالسفر؛ ثم إنه ﷺ أفطر لثلاث يتكلف أصحابه الصوم، فيضعفون عن العمل، ولقاء العدو، وقد كان ﷺ يترك بعض العمل، وهو يحب أن يعمل به، لثلاث يعمل به الناس⁽⁶⁾.

وعن ابن الماجشون استحباب الإفطار في السفر ودليله⁽⁷⁾: ما روي عن جابر بن عبد الله قال: كان رسول الله ﷺ في سفر، فرأى زحاماً، ورجلاً قد ظلل عليه، فقال: ما هذا؟ فقالوا: صنائم، فقال: ليس من البر الصوم في السفر⁽⁸⁾. ورد عليه أصحاب القول الأول، أنه ﷺ قال ذلك لهذه الحالة، فيحمل الحديث على حالة الضرر⁽⁹⁾.

= أصحاب النبي ﷺ بعضهم بعضاً في الإفطار. ومسلم في الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر.

(1) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في الصيام في السفر. والبخاري في الصوم. باب الصوم في السفر والإفطار. ومسلم في الصيام، باب التخيير في الصوم والفطر في السفر.

(2) الإشراف 1/ 207. (3) الذخيرة م 1 ورقة 146.

(4) أحكام ابن العربي 1/ 81.

(5) أخرجه مالك في الصيام، باب ما جاء في الصيام في السفر. ومسلم في الصيام: باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر.

(6) المنتقى 2/ 49. (7) الذخيرة م 1 ورقة 146.

(8) أخرجه البخاري في الصوم: باب قول النبي ﷺ: «ليس من البر الصوم في السفر». ومسلم في

الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر.

(9) الذخيرة م 1 ورقة 146.

وقال القرطبي⁽¹⁾: «جلّ مذهب مالك التخيير بين الصوم والإفطار، لحديث أنس قال: سافرنّا مع النبي ﷺ في رمضان، فلم يعب الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم. رواه مالك».

شروط الفطر في السفر:

- 1 - أن يكون السفر سفر قصر. فإن أفطر الصائم في سفر دون القصر، متأولاً فعليه القضاء فقط.
 - 2 - أن يكون السفر مباحاً، لا سفر معصية؛ فإن كان معصية، وأفطر فعليه الكفارة مع القضاء مطلقاً، لظهور الانتهاك فيه.
 - 3 - أن يبيّت نية الفطر.
 - 4 - أن يشرع في السفر قبل الفجر، في أوّل يوم، بأن يعدّي البساتين المسكونة قبله، أي قبل الفجر.
- بهذه الشروط يجوز للمسافر الفطر، ولو أقام يومين أو ثلاثاً بمحلّ، ما لم ينو إقامة أربعة أيام. فإن انخرم شرط منها فلا يجوز الإفطار.
- فإن بيّت الفطر بحضر، ولم يشرع في السفر قبل الفجر، بل شرع بعده، أو لم يسافر أصلاً، فإن عليه القضاء والكفارة. ولا يعذر بتأويل؛ لأنه حاضر بيّت الفطر.
- وإن بيّت نية الصوم بسفر، وطلع عليه الفجر وهو ناويه، سواء في أوّل يوم منه أو في أثنائه، ثم أفطر، فإنه يلزمه الكفارة، ولا يعذر بتأويل أيضاً، لأنه لما جاز له الفطر فاختر الصوم، ثم أفطر، كان منتهكاً متلاعباً بالدين. قال الإمام في المدونة معللاً هذا الحكم: «إنما كانت له السعة في أن يفطر أو يصوم، فإذا صام فليس له أن يخرج منه إلّا بعذر من الله، فإن أفطر متعمداً، كانت عليه الكفارة مع القضاء»⁽²⁾.
- وإن بيّت الصوم بحضر - كما هو الواجب -، وعزم على السفر بعد الفجر، وأفطر قبل الشروع فيه بلا تأويل، فإنه يلزمه الكفارة، لانتهاكه حرمة الشهر عند عدم التأويل؛ فإن كان متأولاً، بأن ظنّ إباحة الفطر فأفطر، فلا كفارة عليه. وكذلك إذا أفطر في هذه الحالة بعد الشروع، لا كفارة عليه، لأن تأويله قريب، لاستناده إلى السفر حيث سافر، أما لو لم يسافر في يومه للزمته الكفارة، ولا ينفعه تأويل.
- وقد علل الإمام مالك ﷺ تعالى الفرق بين حكم من صام في السفر، ثم أفطر عليه الكفارة، وبين من صام في الحضر، ثم سافر من يومه فأفطر بعد الشروع، لا كفارة عليه، بقوله: «لأن الحاضر كان من أهل الصوم، فخرج مسافراً، فصار من أهل الفطر؛ فمن ههنا سقطت عنه الكفارة. ولأن المسافر كان مخيراً في أن يفطر وفي أن

(1) أحكام القرطبي 2/280.

(2) المدونة الكبير 1/180.

يصوم، فلما اختار الصيام وترك الرخصة، صار من أهل الصيام، فإن أفطر فعليه ما على أهل الصيام من الكفارة⁽¹⁾.

وانظر حكم من أفطر في سفر دون مسافة القصر، فقد تقدم في ذكر التأويل القريب.

حكم الفطر في المرض:

يجوز الفطر بسبب المرض، إن خاف المريض بالصوم زيادة المرض، أو تماديه، أو وجود جهد ومشقة؛ بخلاف الصحيح، فالمشقة لا تسقط عنه الصوم⁽²⁾. ودليل جواز الفطر عند المرض:

قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: 184].

قال ابن عرفة: لم يقل: فمن مرض، وظاهره أنه لا يفطر بمطلق المرض، بل بمرض محقق ثابت، يصدق أن يقال في صاحبه كان مريضاً، لأن «كان» تقتضي الدوام⁽³⁾.

ويجب الفطر على المريض، إن خاف بالصوم هلاكاً، أو ضرراً شديداً، كتعطيل حاسة من حواسه.

حكم المرضع والحامل:

يجوز لهما الفطر، إن خافتا على ولديهما المرض، أو زيادته، أو أن يجدا جهداً، أو مشقة. ويجب عليهما الفطر، إن خافتا بالصوم على ولديهما هلاكاً، أو ضرراً شديداً. أما خوفهما على أنفسهما فهو داخل في المرض.

والمرضع إذا أمكنها الاستئجار أو غيره، وجب عليها الصوم، وأجرة الرضاع تدفع من مال الولد، إن كان له مال، أو يدفعها الأب.

ويجب على المرضع الإطعام بمد، عن كل يوم تفطره، إذا أفطرت خوفاً على ولدها؛ لأن الرضاع ليس مرضاً حقيقياً. أما الحامل فلا يجب عليها الإطعام؛ لأن الحمل مرض حقيقي.

والشيخ الكبير⁽⁴⁾ الذي لا يطيق الصيام، حكمه حكم المريض؛ في جواز الإفطار، إن خاف بالصوم حدوث مرض أو وجود جهد ومشقة؛ وكذلك في وجوب الإفطار إن خاف به هلاكاً. ويستحب له الإطعام، كما يستحب الإطعام للمريض الذي لا يرجى برؤه.

(2) الشرح الكبير 2/ 535.

(4) الشرح الكبير 1/ 516.

(1) المدونة الكبير 1/ 180.

(3) تفسير ابن عرفة 2/ 534.

ودليل جواز إفطار المرضع والحامل والشيخ الكبير: أنهم في حكم المريض المرخص له الإفطار في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا﴾ [البقرة: 184].
لذلك خالف حكم الحامل حكم المرضع في الإطعام، إذ الحمل مرض حقيقي، بخلاف الإرضاع، فهو ليس مرضاً حقيقياً للمرضع. وحكم الإطعام نص عليه الدردير في شرح مختصره. وروى ابن عبد الحكم عن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الْمَرْضِعَ لَا إِطْعَامَ عَلَيْهَا. قال أبو الحسن الصغير في تقييده على تهذيب البراذعي⁽¹⁾: «وهو أحسن قياساً على المريض والمسافر، وكل واحد ممن أبيح له الفطر من حامل أو مرضع أعذر من المسافر».

ودليل مالك في رواية وجوب الإطعام على المرضع، مراعاة الخلاف الواقع في تفسير قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ﴾ [البقرة: 184]، فمذهب⁽²⁾ مالك فيها أنها منسوخة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ أَنْ يَفْطُرَ أَفْطَرَ، وَأَطْعَمَ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينًا، ثُمَّ نَسَخَ ذَلِكَ بِالْآيَةِ الْمَذْكُورَةِ.

ومذهب⁽³⁾ غيره، أنها نزلت في الشيخ الكبير، والمرضع، والحامل، وأنها غير منسوخة. أو أنها نزلت في الأصحاء المقيمين، وفي الشيخ، والحامل، والمرضع، ثم نسخت في الأصحاء، وبقيت محكمة في البقية؛ فراعى مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هذا الخلاف⁽⁴⁾، واحتاط للموضع؛ أما الحامل فإنها مريضة، وكذلك الشيخ الكبير، فإنه مفطر بعذر موجود به، فلا يلزمه الإطعام، قياساً على المسافر، والمريض، وإنما يستحب له ذلك، لأنه لا عودة له إلى قضاؤه، بخلاف المريض الذي يرجو القضاء⁽⁵⁾، فقد روى مالك في الموطأ، أنه بلغه أن أنس بن مالك كبر، حتى كان لا يقدر على الصيام، فكان يفتدي. قال الباجي يحتمل أنه كان فعل ذلك على وجه الاستحباب⁽⁶⁾.



الاعتكاف

تعريفه:

لغة: هو مطلق اللزوم لشيء.

شرعاً: هو لزوم مسلم مميز، مسجداً مباحاً بصوم، كإفطار عن الجماعة، ومقدماته، يوماً بليلته فأكثر، للعبادة بنية

(1) مخطوط بالمكتبة الوطنية م 1 ورقة 224. (2) المقدمات 183 وتقييد التهذيب م 1 ورقة 224.

(3) المقدمات 183 وتقييد التهذيب م 1 ورقة 224. (4) تقييد التهذيب م 1 ورقة 224.

(5) المتقى 2/70. (6) المتقى 2/70.

حكمه:

الاعتكاف نافلة من النوافل المرغَّب فيها المستحبَّة وقيل سنَّة.

شروط صحته:

- 1 - النية: لأنه عبادة، وكل عبادة تفتقر إلى نية.
- 2 - الإسلام: فلا يصحَّ من كافر.
- 3 - التمييز: فلا يصحَّ من مجنون ونحوه، ولا من صبي غير مميز. والمميز هو الذي يفهم الخطاب، ويردَّ الجواب؛ ولا يضبط بسن، بل يختلف باختلاف الناس. ويخاطب المميز غير البالغ بالصوم تبعاً للاعتكاف، لأنه من شروط صحته، وتقدم كراهة الصوم له استقلالاً.
- 4 - الصوم: سواء كان الصوم فرضاً أو نفلاً، فلا يصحَّ بدون صوم. والدليل: أ - أن القاسم بن محمد ونافعاً مولى عبد الله بن عمر قالوا: لا اعتكاف إلا بصيام لقول الله تعالى في كتابه: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمُ الْوَيْحَ الْأَيْعُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُوا الصِّيَامَ إِلَى الْآيِلِ وَلَا تُبَيِّنُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَنِكُمُوهُنَّ فِي الْمَسْجِدِ﴾ فإنما ذكر الله الاعتكاف مع الصيام⁽¹⁾. قال الباجي: هذا خطاب للصائمين⁽²⁾.
- ب - عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لا اعتكاف إلا بصوم⁽³⁾.
- وروي أيضاً مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم. وإذا ثبت رفعه من طريق، فلا يضرَّ وقفه من طريق آخر⁽⁴⁾.
- ج - أن النبي صلى الله عليه وسلم بين الاعتكاف بفعله، فروي أنه اعتكف صائماً، ولم ينقل أنه اعتكف مفطراً⁽⁵⁾.

5 - الكف عن الجماع ومقدماته، والدليل: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَيِّنُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَنِكُمُوهُنَّ فِي الْمَسْجِدِ﴾ [البقرة: 187]. إلا أن الآية يدلُّ مفهومها أن المعتكف إذا كان في غير المسجد، جاز له المباشرة؛ وهذا لا يصح، لأن ذكر المكان هنا خرج مخرج الغالب، إذ الغالب من أحوال المعتكف أن يكون في المسجد، ولا يخرج عنه إلا لضرورة، وما خرج مخرج الغالب من المفهومات لا يعمل به⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك في الاعتكاف، باب مالا يجوز الإعتكاف إلا به.

(2) الإشراف 213/1 والمنتقى 81/2.

(3) المدونة الكبرى 197/1 والمقدمات 192 والعارضه 4/4. وأخرجه أبو داود في الصوم: باب المعتكف يعود المريض.

(4) مفتاح الوصول ص24.

(5) الإشراف 213/1.

(6) مفتاح الوصول ص82.

فإن فعل المعتكف شيئاً من ذلك فسد اعتكافه.

6 - المسجد: والدليل قوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ عَلَيْكُمْ فِي الْمَسْجِدِ﴾. ولا يشترط أن يكون في المسجد الحرام أو النبوي أو الأقصى، لأن الآية عامة⁽¹⁾. ولا يصح في غير المسجد كبيت أو خلوة، ويشترط في المسجد أن يكون جامعاً، بشروط:

أ - إذا كان المعتكف ممن تجب عليه الجمعة.

ب - أن ينوي الإعتكاف في زمن تدركه الجمعة فيه. فإذا لم يعتكف في جامع، بل اعتكف في مسجد، خرج للجمعة وجوباً، وبطل اعتكافه، ووجب قضاؤه. ويشترط المسجد أيضاً للمرأة في اعتكافها، والدليل: ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يعتكف، فلما انصرف إلى المكان الذي أراد أن يعتكف فيه، وجد أخبية، خباء عائشة، وخباء حفصة، وخباء زينب، فلما رآها سأل عنها فقيل له: هذا خباء عائشة، وخباء حفصة، وخباء زينب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البرّ تقولون بهنّ؟ ثم انصرف، فلم يعتكف، حتى اعتكف عشراً من شوال⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه لو كان معتكف المرأة مسجد بيتها، لا المساجد العامة، لبيّن ذلك لهنّ⁽³⁾.

7 - أن يكون المسجد مباحاً، فلا يصح في مسجد البيوت المحجورة، ولو للنساء، ولا في بيت القناديل وأثاث المسجد، ولا في السطح.

8 - أن لا يكون أقلّ من يوم وليلة. ولا حدّاً لأكثره. وأحبّه عشرة أيام لأنه فعل النبي صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾.

ويلزم المعتكف ما يلي:

أ - الدخول قبل الغروب، أو معه، ليتحقق له كمال الليلة.

ب - الخروج من المعتكف بعد الغروب، ليتحقق له كمال النهار.

ومن نوى اعتكاف يوم وليلة فأكثر، لزمه ما نواه بدخوله معتكفه، لأنّ النفل يلزم إكماله بالشروع فيه، فإن لم يدخل معتكفه، فلا يلزمه ما نواه.

ومن نذر ليلة لزمه يوم وليلة، ومن نذر يوماً لزمه كذلك يوم وليلة، ومن نذر بعض يوم لا يلزمه شيء، إذا لا صيام لبعض يوم.

(1) الإشراف 212/1 وأحكام ابن العربي 95/1 والمعلم بفوائد المسلم 66/2.

(2) أخرجه مالك الإعتكاف، باب قضاء الإعتكاف. والبخاري في الإعتكاف، باب الأخبية في

المسجد. ومسلم في الإعتكاف باب متى يدخل من أراد الإعتكاف في معتكفه.

(3) عارضة الأحوذى 5/4.

(4) أحكام ابن العربي 195/1 والذخيرة م 1 ورقة 151.

مبطلات الإعتكاف:

مبطلات الإعتكاف تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما يبطل ما فعل من الإعتكاف، ويوجب استثنائه، وهو:

- خروج المعتكف من المسجد لعيادة أحد أبويه المريض، ويجب عليه الخروج لعيادته، لبرّه؛ كما يجب الخروج لجنازته، إذا كان الآخر حياً جبراً له، فإن لم يكن الثاني حياً لم يجب عليه الخروج؛ ولا يجوز له الخروج إذا لم يتوقف التجهيز على خروجه، وإلا وجب وبطل اعتكافه. ولا يجب الخروج من المعتكف لعيادة الأجداد والجدّات.

- خروج المعتكف من المسجد لغير ضرورة، بخلاف خروجه لضرورته، من اشتراء مأكّل، أو مشرب، أو لطهارة، أو لقضاء حاجة؛ فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف يدني إليّ رأسه فأرجله، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان⁽¹⁾. وعن عمرة بنت عبد الرحمن أنّ عائشة كانت إذا اعتكفت لا تسأل عن المريض إلا وهي تمشي، لا تقف⁽²⁾. قال الباجي: «تريد أنها كانت تخرج لحاجتها، فتمرّ بأهل المريض، أو بموضعه، فلا تقف للسؤال، ولكنها كانت تسأل عنه ماشية، لأن الوقوف من معنى العيادة له، ولا يجوز للمعتكف عيادة مريض، ولا حضور جنازة»⁽³⁾.

- خروجه لصلاة الجمعة، كما تقدم عند الحديث عن المسجد في الشروط.

- تعمد الفطر، من أكل ونحوه، بخلاف السهو والإكراه، فلا يبطل بهما.

- تعمد شرب المسكر ليلاً، ومثله كلّ مغيب كالحشيشة.

- الوطء أو القبلة بشهوة، ولو سهواً، ليلاً أو نهاراً.

- اللمس كذلك، ولو سهواً.

ومتى بطل الإعتكاف وانقطع تتابعه، لزم ابتداءه من أوّله.

القسم الثاني: ما يخصّ زمنه، ولا يبطل ما تقدم منه، إذا لم يأت المعتكف بمناف

للإعتكاف. وهو ثلاثة أنواع:

1 - ما يمنع الصوم فقط.

لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد، لمانع الصوم فقط دون المسجد، كالعيد، ومرض خفيف، يستطيع المكث معه في المسجد دون الصوم، كمن نذر شهر ذي الحجّة، أو نواه عند دخوله، فلا يخرج يوم الأضحى، وإلا بطل اعتكافه.

(1) أخرجه مالك في الإعتكاف، باب ذكر الإعتكاف. والبخاري في الإعتكاف، باب لا يدخل البيت

إلا لحاجة. ومسلم في الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها وترجيله.

(2) أخرجه مالك في الإعتكاف، باب ذكر الإعتكاف.

(3) الممتقى 77/2.

2 - ما يمنع من المسجد فقط .

3 - وما يمنع من المسجد والصوم معاً :

ما يمنع من المسجد، سواء منع من الصوم أيضاً، كالحيض والنفاس؛ أو منع من المسجد فقط، كسلس البول، وإسالة جرح، أو دمل، يخشى معه تلوث المسجد، فإن المعتكف يخرج منه وجوباً، وعليه حرمة الإعتكاف، فلا يفعل ما لا يفعله المعتكف، من جماع ومقدّماته، وتعاطي مسكر، وإلا بطل اعتكافه من أصله .

وإذا خرج المعتكف بسبب المانع، من المسجد فقط، أو من المسجد والصوم معاً: فإنه يبني وجوباً وفوراً بمجرد زوال عذره المانع، كالحيض، والإغماء، والجنون، والمرض الشديد، والسلس، وذلك بأن يرجع للمسجد لقضاء ما حصل فيه المانع، وتكميل ما نذره، ولو انقضى زمنه إذا كان معيّناً . كالعشرة الأخيرة من رمضان؛ فيقضي ما فاته أيام العذر، ويأتي بما أدركه منها ولو بعد العيد؛ فإن أحر المعتكف الرجوع للمسجد ولو نسيان أو إكراه بطل اعتكافه واستأنفه، وإلا إذا أخره ليلة العيد ويومه، فلا يبطل لعدم صحة صومه لأحد، أو أخره لخوف من مثل لص وسبع في طريقه . وأما غير المعين فيأتي بما بقي عليه .

وأما ما نواه بدخوله تطوّعاً فإن بقي منه شيء، أتى به، وإلا فلا . ولا قضاء فيما فاته بالعذر .

وإذا اشترط المعتكف لنفسه سقوط القضاء عنه، على فرض حصول عذر أو مبطل، لا ينفعه اشتراطه، وشرطه لغو، ويجب عليه القضاء إن حصل موجه .

مكروهات الإعتكاف:

1 - عدم أخذ المعتكف ما يكفيه، مدة الإعتكاف، لأنه ذريعة لخروجه إلى شراء ما يحتاج إليه: فيندب له أن يعتكف محصلاً ما يحتاج إليه، من مأكّل ونحوه . ويجوز له الخروج لشراء ما يحتاج إليه، ولا يتجاوز أقرب مكان منه .

2 - أكله بفناء المسجد أو رحبته، فإن أكل خارج ذلك بطل اعتكافه، والمطلوب أن يأكل فيه على حدة .

3 - دخوله منزلاً به زوجته، إذا خرج لقضاء حاجته، سداً للذريعة⁽¹⁾ . أي لثلاً يطرأ عليه ما يفسد اعتكافه .

4 - النقص عن عشرة أيام، والزيادة على الشهر .

5 - اشتغاله بالعلم ولو شرعياً، تعليماً أو تعلماً، وبالكتابه ولو لمصحف، لأن المقصود من الإعتكاف صفاء القلب، وإنما يحصل غالباً بالذكر، وعدم الإنشغال

(1) الذخيرة م 1 ورقة 151 .

بالناس، وليس المقصود من الإعتكاف كثرة الثواب. ومحلّ كراهة ما ذكر من الإنشغال بالعلم والكتابة إن كثر، لا إن قلّ.

6 - الإشتغال بغير الذكر والصلاة وتلاوة القرآن، كعيادة مريض بالمسجد، إن انتقل إليه فيه، لا إن كان بجانبه؛ وصلاة جنازة ولو لاصقت المعتكف؛ وصعوده لأذان بمنارة أو سطح؛ وإقامة لصلاة؛ والسلام على الغير إن بعد.

ومن الذكر الفكر القلبي في ملكوت السماوات والأرض، ودقائق الحكم، والاستغفار، والصلاة والسلام على النبي المختار.

ولا يتجر المعتكف في شيء، فإن عقد على سلعة بعيداً عن المسجد، فسد اعتكافه وفسخ بيعه؛ وإن عقد عليها داخل المسجد أو أمامه، لم يفسد اعتكافه، لأنه عمل خفيف.

جائزات الإعتكاف:

يجوز للمعتكف الخروج لشراء ما يحتاج إليه، ولا يتجاوز أقرب مكان منه، وإلا فسد اعتكافه؛ وسلامه على من يقربه، وتطيبه بأنواع الطيب، وأن ينكح أو ينكح إذا لم ينتقل من مجلسه، ولم يطل الزمن وإلا كره. ويجوز له أن يأخذ من أظافره، وشاربه، وعانته، إذا خرج من المسجد لغسل لجنازة أو جمعة أو عيد؛ كما يجوز له انتظار غسل ثوبه، وتجفيفه، إن لم يكن له غيره، وإلا كره.

مندوبات الإعتكاف:

1 - مكث المعتكف ليلة العيد، إذا اتصل اعتكافه بها، ليخرج منه إلى المصلّى، فيوصل عبادة بعبادة.

2 - مكثه بآخر المسجد، لأنه أبعد عن الناس.

3 - أن يكون الإعتكاف برمضان، لأنه من أفضل الشهور، وفيه ليلة القدر التي

هي خير من ألف شهر.

4 - أن يقع الإعتكاف في العشر الأواخر، لمظنة وجود ليلة القدر.

5 - تحصيل ما يحتاج إليه من مأكول، ومشروب، وملبوس.

6 - اشتغاله بذكر الله، والصلاة، وتلاوة القرآن.

7 - أن يبعد المعتكف ثوباً آخر غير الذي عليه، ليلبسه إذا أصاب ما عليه نجاسة

أو وسخ.

الجوار:

الجوار لزوم مسجد، بنية الجوار، تقريباً إلى الله تعالى. نقل الحطّاب⁽¹⁾ عن

(1) مواهب الجليل 2/459.

الإمام الباجي قوله: لا خلاف بين الأئمة، أن ملازمة المسجد من نوافل الخير، ووجوه القرب. كما نقل أيضاً عن أبي الحسن قوله: الجوار مندوب إليه، من نوافل الخير.

ويتحقق الجوار بتقيده بالفطر، وبزمن ولو قليل، قال الشيخ الدردير في الشرح الصغير: واعلم أن في الجوار المقيّد بزمن - ولو قلّ كيوم، أو بعضه، ولو ساعة لطيفة -، أو بفطر، فضلاً كثيراً. فمن دخل مسجداً لأمر ما، ونوى الجوار به، أثابه الله تعالى على ذلك، ما دام ماكثراً به. أما إذا لم يقيد بزمن فهو اعتكاف، كما سيأتي. وأدلة مشروعية الجوار⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَحْرُمُ مَسْجِدَ اللَّهِ مِنْ ءَامِنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَءَاتَى الزَّكَاةَ وَلَمْ يَحْشَ إِلَّا لِلَّهِ فَعَسَىٰ أُولَٰئِكَ أَن يَكُونُوا مِنَ الْمُهْتَدِينَ ﴿١٨﴾﴾ [التوبة: 18].

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: لا يزال أحدكم في صلاة ما دام ينتظرها. ولا تزال الملائكة تصلي على أحدكم ما دام في المسجد، اللهم اغفر له، اللهم ارحمه، ما لم يحدث⁽²⁾.

وحكمة مشروعية الجوار ما ذكره الباجي⁽³⁾: أن الشرع لما وضع الإعتكاف على وجه يعسر إقامته على جلّ الناس، شرع في بابه ما ييسر إقامته على جلّ الناس، فشرع الجوار.

أحكام الجوار:

مطلق الجوار اعتكاف، أي أن من نذر أو نوى جواراً بمسجد مباح، وأطلق، بأن لم يقيد بليل أو نهار، ولا فطر، كأن قال: لله عليّ مجاورة هذا المسجد، أو قال: نويت الجوار به، فهو اعتكاف بلفظ جوار؛ فيجري فيه جميع أحكام الإعتكاف المتقدمة، من صحّة، وبطلان، وجواز، وندب، وكراهة. ويلزمه في النذر يوم وليلة، ويلزمه أيضاً في النية بالدخول فيه، ما ذكر.

وأما إذا قيده بشيء: فإن قيده بيوم وليلة فأكثر، ولم يقيد بفطر، فظاهر أنه اعتكاف، ويلزمه ما نذر، كما يلزمه بالدخول فيه، ما نواه.

فإن قيده بنهار فقط - كهذا النهار أو نهار الخميس -، أو بليل فقط فهو جوار، ولزمه في النذر ما نذره، ولا يلزمه ما نواه، فله الخروج متى شاء، ولا صوم عليه فيهما - أي النذر أو النية -.

(1) حاشية الصاري 259/1.

(2) أخرجه بهذا اللفظ الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في القعود في المسجد لانتظار الصلاة من الفضل. وقريب منه أخرجه البخاري في الوضوء باب من لم ير الرضوء إلا من المخرجين. ومسلم في المساجد. باب فضل صلاة الجماعة.

(3) نقل الخطاب عنه ذلك في مواهب الجليل 459/2.

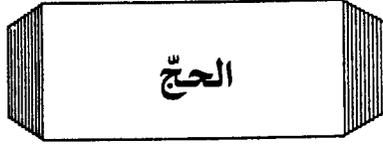
وكذلك إذا قيده بالفطر، فإنّ الجوار لا يلزمه إلا بالنذر، ولا يلزمه بالنية والدخول فيه، ولا يلزم الصوم في المقيّد بالفطر.

وحاصله: أنّ الجوار إما مطلق، أو مقيّد بليل أو نهار، فإن كان مطلقاً ولم ينو فيه فطراً، لزم بالنذر إذا نذره، وبالدخول إذا نواه - أي فهو اعتكاف -، وإن قيده بالفطر لفظاً أو نية، فلا يلزم إلا بالنذر، ولا يلزم بالدخول إذا نواه. وأمّا المقيّد بليل أو نهار فلا يلزم إلا بالنذر، ولا يلزم بالدخول كالمقيّد بالفطر.

ولمّا كان الجوار المقيّد، لا يلزم بالنية والدخول فيه، فإنّ لناويه الخروج من المسجد، إن نوى شيئاً من اليوم أو الأيّام، متى شاء، ولو أوّل يوم، فيما إذا نوى أيّاماً، أو أوّل ساعة من اليوم، فيما إذا نوى يوماً أو بعضه؛ بخلاف ما لو نذر فيلزمه ما نذره، ولا صوم عليه لإلزامه الفطر.

ولا يلزم النذر إلا بمسجد مباح، أمّا لو نذر أحد جواراً بغير مسجد، أو مسجد غير مباح، كمساجد البيوت المحجور، فلا يلزمه شيء.

تمّ باب الصوم والحمد لله على توفيقه.



تعريف الحج:

لغة: هو القصد إلى الشيء⁽¹⁾، أو كثرة قاصديه⁽²⁾.

شريعاً: هو زيارة الكعبة، في موسم معين في وقت واحد، للجماعة، وفيه وقوف عرفة⁽³⁾. أو هو قصد مخصوص، إلى موضع مخصوص، في وقت مخصوص، على شرائط مخصوصة⁽⁴⁾.

حكم الحج:

هو فرض عين مرة في العمر، على الفور، إذا توفرت الشروط الآتية. ودليل فرضيته:

قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَى سَبِيلٍ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾ [آل عمران: 97].

ووجه الاستدلال من الآية، أن اللام في «الله» لام الإيجاب والإلزام، ثم أكد بقوله: «على»، التي هي من أوكد ألفاظ الوجوب عند العرب⁽⁵⁾.

قال شيخ الإسلام محمد الطاهر بن عاشور: «ويتجه أن تكون هذه الآية هي التي فرض بها الحج على المسلمين، وقد استدلل بها علماؤنا على فرضية الحج، فما كان يقع من حج النبي والمسلمين قبل نزولها، فإنما كان تقرباً إلى الله، واستصحاباً للحنيفية. وقد ثبت أن النبي حج مرتين بمكة قبل الهجرة، ووقف مع الناس. فأما إيجاب الحج في الشريعة الإسلامية، فلا دليل على وقوعه إلا هذه الآية. وقد تماهلاً علماء الإسلام على الاستدلال بها على وجوب الحج، فلا يعد ما وقع من الحج قبل نزولها وبعد البعثة إلا تحثاً وتقرباً⁽⁶⁾».

(1) انظر التحرير والتنوير 2/ 217. انظر المنتقى 2/ 368. انظر ابن العربي الأحكام 8/ 118.

(2) انظر التحرير والتنوير 2/ 217. (3) انظر المصدر السابق.

(4) انظر الباجي المنتقى 2/ 368.

(5) أحكام ابن العربي 1/ 286 وأحكام القرطبي 4/ 142.

(6) التحرير والتنوير 4/ 21.

وأما قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ فليس دليلاً عند مالك على وجوب الحج، ولا العمرة ابتداء، وإنما تحمل الآية عنده على وجوب العبادتين لمن أحرم لهما، لأنهما معدودتان عند الإمام من العبادات التي تجب بالشروع فيها⁽¹⁾. ودليل فرضية الحج مرة في العمر⁽²⁾.

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا. فقال رجل: أفي كل عام يا رسول الله، فسكت، حتى قال ثلاثاً. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو قلت نعم، لوجبت، ولما استطعتم، ثم قال: ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه⁽³⁾.
ودليل وجوبه على الفور:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97].
ووجه الاستدلال من الآية أن الأمر فيها مطلق، والأوامر المطلقة تقتضي الفور⁽⁴⁾.

ب - عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: حجوا قبل أن لا تحجوا⁽⁵⁾. وهذا تأكيد يدل على وجوب الفور واعتباره⁽⁶⁾.

ج - عن أبي أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من لم يحبس مرضه، أو حاجة ظاهرة، أو سلطان جائر، ولم يحج فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً⁽⁷⁾.

د - عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أراد الحج فليتعجل⁽⁸⁾. وهذا صريح في الفور⁽⁹⁾.

والقول بوجوب الحج على الفور، هو رواية العراقيين عن مالك. قال الدردير: هو الأرجح.

وقيل: هو فرض على التراخي إلى وقت يخاف فيه فواته بالتأخير إليه، ويختلف باختلاف الناس والأزمان. وهو رواية المغاربة. قال الباجي⁽¹⁰⁾. هو الأظهر عندي. ودل على ذلك في المنتقى كما دل على القرطبي في تفسيره، وابن رشد الجذ في

(1) التحرير والتنوير 2/ 220.

(2) أحكام ابن العربي 1/ 286.

(3) أخرجه مسلم في الحج، باب فرض الحج مرة في العمر.

(4) الإشراف 1/ 218.

(5) أخرجه الدارقطني في الحج. والبيهقي في الحج، باب ما يستحب من تعجيل الحج إذا قدر عليه.

(6) الإشراف 1/ 218.

(7) أخرجه البيهقي في الحج، باب إمكان الحج.

(8) أخرجه أبو داود في المناسك؛ باب. وابن ماجه في المناسك، باب الخروج إلى الحج.

(9) الإشراف 1/ 218.

(10) المنتقى 2/ 368.

المقدمات، وابن زشد الحفيد في بداية المجتهد، وقال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: هو الصحيح من مذهب مالك. وهذه أدلتهم:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها من سورة آل عمران، وقد نزلت عام أحد، سنة ثلاث من الهجرة⁽¹⁾، فيكون الحج قد فرض قبل حج النبي ﷺ بسنين⁽²⁾، فهو قد حج سنة عشر من الهجرة⁽³⁾، ولو كان على الفور لما أخره، ولو أخره لعذر⁽⁴⁾ ليئنه.

ب - حديث أبي هريرة وفيه أن ضمام بن ثعلبة لما قدم على النبي ﷺ سأله: عن الصلاة، والصوم، والزكاة، والحج، وفيه قوله: فأنشدك به، الله أمرك أن تحج هذا البيت من استطاع إليه سبيلاً؟ قال: اللهم نعم⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أن ضمام قدم سنة خمس، أو سبع، أو تسع، ثم أخر النبي ﷺ حجه إلى سنة عشر⁽⁶⁾.

ج - الإجماع من العلماء على عدم تفسيق القادر على الحج، إذا أخره العام والعامين ونحوهما⁽⁷⁾.

وعند ابن رشد الجد⁽⁸⁾ حالة يتعين فيها الحج، وهو الوقت الذي يغلب على الظن فواته بتأخيره عنه، وذلك على من بلغ الستين، لقوله ﷺ: أعمار أمتي ما بين الستين وإلى السبعين، وأقل من يجوز ذلك⁽⁹⁾. والقول بالفور في هذه الحالة محكي عن ابن القاسم⁽¹⁰⁾.

شروط الحج:

شروط وجوب الحج:

1 - الحرية.

2 - البلوغ.

(1) أحكام القرطبي 144 / 4 والتحرير والتنوير 21 / 4.

(2) التحرير والتنوير 24 / 4.

(3) أحكام القرطبي 144 / 4 والمقدمات 289 وبداية المجتهد 430 / 1.

(4) بداية المجتهد 430 / 1 والتحرير والتنوير 24 / 4.

(5) أخرجه النسائي في الصيام، باب وجوب الصيام.

(6) المنتقى 368 / 2 وأحكام القرطبي 144 / 4. (7) أحكام القرطبي 144 / 4.

(8) المقدمات 289.

(9) أخرجه الترمذي في الدعوات، باب في دعاء النبي ﷺ. وابن ماجه في الزهد، باب الأمل والأجل.

(10) التحرير والتنوير 24 / 4.

فلا يجب الحج على الصبي غير البالغ، بدليل رفع القلم عنه⁽¹⁾، فعن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يبلغ الحنث، وعن المجنون حتى يفيق⁽²⁾.

ويقع حج الصبي صحيحاً، وينعقد إخرامه، إذا أحرم به، والدليل:

- عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ مرّ بامرأة وهي في محفتها فقيل لها: هذا رسول الله، فأخذت بضبعي صبي كان معها، فقالت: ألهذا حجّ يا رسول الله؟ فقال: نعم ولك أجر⁽³⁾.

والحديث يحمل على أن الحج يقع من الصبي صحيحاً، على وجه الندب والاستحباب⁽⁴⁾. وإذا بلغ الصبي فعليه حجة الإسلام. والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: أيما صبي حجّ ثم بلغ الحنث، فعليه أن يحجّ حجة أخرى⁽⁶⁾.

ب - الإجماع.

3 - العقل: فلا يجب على المجنون.

ويحرم الولي ندباً عن غير المميز، من صبي ولو رضيع؛ وعن المجنون ولو كان مطبقاً، لا ترجى إفاقته أصلاً. وإنما كان الإحرام عمّن ذكر ندباً لا وجوباً، لأن غير المكلف يجوز إدخاله الحرم بغير إحرام. ومعنى إحرام الولي عمّن ذكر نية إدخالهم في الإحرام بحجّ أو عمرة، سواء كان الولي متلبساً بالإحرام عن نفسه، أو لا.

وإذا أحرم الولي عن الصبي أو المجنون، فإنه يجزّده عن المخيط وجوباً. ويكون مكان إحرامه عنه وتجريده قرب الحرم، لا من الميقات، ولا دم بتعدية الميقات، كما أنّ تجريده من المخيط مقيد بعدم خشية الضرر عليه، وإلا فالفدية ولا يجزّده.

أما المجنون الذي ترجى إفاقته فإنه ينتظر به وجوباً، ولا ينعقد عليه إحرام وليه ما لم يخف عليه الفوات، فإن خيف عليه الفوات بطلوع فجر يوم النحر - ويعرف ذلك بعادته أو بإخبار طبيب عارف -، فإنه كالمطبق يحرم عنه وليه ندباً، فإن أفاق في زمن يدرك فيه الحجّ أحرم لنفسه، ولا دم عليه في تعدّي الميقات لعذره.

(1) أحكام القرطبي 146/4.

(2) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ في الحج، باب إثبات فرض الحج. وأخرجه بتغيير في بعض الألفاظ أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب جامع الحج. مسلم في الحج، باب صحّة حجّ الصبي وأجر من حجّ به.

(4) المنتقى 78/3 وبداية المجتهد 427/1 وشرح الزرقاني على الموطن 298/2.

(5) أحكام القرطبي 143/4 و146.

(6) أخرجه البيهقي، في الحج، باب إثبات فرض الحج.

وأما المغمى عليه فلا يصح إحرام من أحد عنه، ولو خيف الفوات، لأن الإغماء مظنة عدم الطول، بخلاف الجنون. فإن أفاق المغمى عليه في زمن يدرك الوقوف فيه أحرم، وأدرك الوقوف، ولا دم عليه في تعدي الميقات لعذره، كالمجنون الذي ترجى إفاقته؛ فإن لم يفق من إغمائه إلا بعد الوقوف، فقد فاته الحج في ذلك العام، ولا عبرة بإحرام أصحابه عنه، ووقوفهم به في عرفة، ولا دم عليه لذلك الفوات، لأنه لم يدخل في الإحرام.

ولا يحرم الصبي المميز أو السفية المولى عليه إلا بإذن وليه، ولا المرأة إلا بإذن زوجها، فإن أحرم الصبي المميز أو السفية بغير إذن وليه، أو أحرمت الزوجة بغير إذن زوجها، فإن للولي أو الزوج التحليل لمن ذكر بالنية والحلاق أو التقصير، وذلك إذا لم تحرم الزوجة بحجة الإسلام. ولا قضاء على الصبي المميز إذا بلغ. أما المرأة إذا تأيمت فعليها القضاء إذا حلت، وعليها حجة الإسلام أيضاً، وتقدم القضاء على حجة الإسلام، فإن قدمت حجة الإسلام صحت.

والفرق بين الزوجة وبين الصغير والسفيه، أنه لما كان الحجر على الصغير والسفيه لحق أنفسهما سقط القضاء؛ وأما المرأة فإنه لحق الزوج، فلم يسقط القضاء لضعفه.

وإذا أحرم صبي مميز بإذن وليه، فإن وليه يأمره بما يقدر عليه من أقوال الحج وأفعاله، فيلقنه التلبية، فإن لم يقدر بأن عجز الصبي عن قول أو فعل أو عن الجميع، كما يعجز غير المميز والمطبق، فإن الولي ينوب عنهم إن قبل المعجوز عنه النيابة، ولا يكون - أي الفعل المعجوز عنه الذي يقبل النيابة - إلا فعلاً كرمي الجمار، وذبح الهدي، أو فدية، ومشى في طواف، وسعي. أما ما لا يقبل النيابة من قول أو فعل كتلبية، وصلاة، وغسل، فإنه يسقط.

وعلى الولي أن يحضر الرضيع، والمطبق، والصبي المميز، المشاهد المطلوب حضورها شرعاً، وهي عرفة، ومزدلفة، والمشعر الحرام، ومنى، وجوباً في الواجب، وندباً في المندوب.

4 - الاستطاعة:

والاستطاعة هي القدرة على الوصول، فلا يجب الحج على غير القادر، من مكروه وفقير، وخائف من عدو.

ودليل اشتراط الاستطاعة قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾.

وتتحقق الاستطاعة بأمر ثلاثة وهي:

- 1 - إمكان الوصول إلى مكة، إمكناً عادياً، بمشي أو ركوب بئر أو بحر، بلا مشقة. ويشترط في المشقة أن لا تكون عظيمة خارجة عن العادة، وإلا فالمشقة لا بد منها، إذ السفر قطعة من العذاب. والمشقة المسقطه تختلف باختلاف الناس والأزمنة

والأمكنة، ولا يجب الحج بمثل طيران إن قدر على ذلك، لكن إن وقع أجزأ.

2 - الأمن على النفس وعلى مال له بال، من محارب أو غاصب، لا سارق.

ومقدار المال الذي له بال، يقدر بالنسبة للمأخوذ منه. وإذا كان المال لا يضر بصاحبه إن أخذ منه، فإن الحج لا يسقط.

ولا يشترط في الاستطاعة القدرة على الزاد والراحلة، بل يقوم مقام الزاد الصنعة الكافية، كبيطرة وحلاقة وخياطة وخدمة بأجرة. ويقوم مقام الراحلة القدرة على المشي، اجتماعاً أو انفراداً، ولو كان القادر على المشي أعمى يهتدي بنفسه أو بقائد، ولو بأجرة يقدر عليها.

فالاستطاعة هي الوصول إلى البيت من غير خروج عن عادة، وذلك يختلف باختلاف أحوال الناس، ولم يخص الله تعالى في الآية زاداً ولا راحلة⁽¹⁾ فهي صفة المستطيع، وهي قائمة ببدنه، فإن قدر على المشي كان مستطيعاً، ووجبت عليه العبادة⁽²⁾.

وقد يشترط بعض ما يستطاع به في حق بعض الناس دون بعض، كالصحة في حق المريض. فعن ابن عباس أن امرأة من خثعم جاءت النبي ﷺ تستفتيه فقالت: يا رسول الله إن فريضة الله في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً، لا يستطيع أن يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: نعم، وذلك في حجة الوداع⁽³⁾.

وجه الاستدلال من هذا الحديث أن المرأة جعلت من الاستطاعة الشباب والقوة على الثبوت على الراحلة، ولم ينكر ذلك عليها النبي ﷺ، فثبت أن للاستطاعة معاني غير الزاد والراحلة⁽⁴⁾.

فالمريض مرض زمانة لا يلزمه الحج، وإن وجد المال أو أمكنه أن يحمل من يحج عنه، لأنه غير متصف بالاستطاعة، لما تقدم أن الاستطاعة صفة موجودة بالمستطيع.

ومما يعتمد عليه في عدم اشتراط الزاد والراحلة للاستطاعة، أن الحج من عبادات الأبدان لا يشترط فيه ذلك كالصلاة والصيام⁽⁵⁾.

أما ما روي عن ابن عمر قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ما يوجب الحج؟ قال: الزاد والراحلة⁽⁶⁾. فقد ورد من كلام المالكية فيه:

(1) المتقى 2/ 269. (2) أحكام ابن العربي 3/ 1279.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب الحج عمن يحج عنه. والبخاري في الحج، باب وجوب الحج وفضله. ومسلم في الحج، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوها أو للموت.

(4) المتقى 2/ 269. (5) أحكام القرطبي 4/ 148.

(6) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة.

أ - إنه حديث ضعيف لا يوجب علماً ولا عملاً، ولا يقتضي حكماً⁽¹⁾، وفيه إبراهيم بن زيد - أحد الراوة - قد تكلم فيه بعض أهل الحديث من قبل حفظة⁽²⁾.

ب - إنه - لو صح - يحمل على الغالب من الناس، الذين هم من الأقطار البعيدة، الذين لا يقدر على الوصول إلى مكة رجالاً إلا بتعب ومشقة⁽³⁾.

ويجب الحج ولو يبيع ما يباع على المفلس، من ماشية وعقار وثياب وكتب. علم يحتاج إليها، أو بالقدرة على الوصول بسؤال الناس، إن كان عاداته السؤال وظن الإعطاء، أو بصيرورته فقيراً بعد حجّه وترك ولده ومن تلزمه نفقته للصدقة من الناس، إن لم يخش عليهم ضياعاً، ولا يراعى ما يؤول أمره وأمر أولاده إليه في المستقبل، فإن ذلك موكول لله تعالى. وهذا مبني على أن الحج واجب على الفور، أما على القول بأنه واجب على التراخي، فلا إشكال في البدء بنفقة الأولاد والأبوين والزوجة.

هذا وإنّ المعتبر الاستطاعة الحالية، فإنّ الشخص لا يلزمه التكسب وجمع المال لأجل أن يحصل على ما يحجّ به، ولا أن يجمع ما فضل من كسبه - مثلاً - كلّ يوم حتى يصير مستطياً.

وخالف سحنون فقال: باشرط الزاد والراحلة للاستطاعة، ولو كان له صنعة، أو كان قادراً على المشي. وروى ابن القاسم عن مالك⁽⁴⁾ كراهية السفر في البحر للحج، إلا لمن لا يجد طريقاً غيره، كأهل الأندلس. واحتج بأن الله تعالى قال: ﴿يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ﴾ قال مالك: ولم أجد للبحر ذكراً. قال ابن عطية⁽⁵⁾: هذا تأنيس من مالك، وليست الآية بالتي تقتضي سقوط سفر البحر، واستدل⁽⁶⁾ هو والإمام الباجي على جواز الحج بحراً ب:

أ - قوله ﷺ: ناس من أمتي عرضوا عليّ غزاة في سبيل الله، يركبون ثبج هذا البحر، مثل الملوك على الأسرة⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أنه أباح الجهاد في البحر، والجهاد عبادة كالحج⁽⁸⁾.

ب - قوله الله تعالى: ﴿وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاجِرَ فِيهِ وَلَيَمَسُنَّ مِنْ فَضْلِهِ﴾

[النحل: 14].

ووجه الاستدلال من الآية أنه تعالى أمّن على عباده تسخير البحر لهم، وإذا

(1) عارضة الأحوذى 28/4.

(2) أحكام القرطبي 147/4.

(3) المقدمات ص 287.

(4) المتقى 270/2 والتحرير والتنوير 23/4.

(5) التحرير والتنوير 23/4.

(6) التحرير والتنوير 23/4 والمتقى 270/2.

(7) أخرجه مالك في الجهاد باب الترغيب في الجهاد. والبخاري في الجهاد، باب الدعاء بالجهاد

والشهادة للرجال والنساء ومسلم في الإمارة، باب فضل الغزو في البحر.

(8) المتقى 270/2 والتحرير والتنوير 23/4.

جاز ركوبه في التجارات، فبأن يجوز ذلك في أداء الفرض أولى وأحرى⁽¹⁾.

3 - ويزاد في شروط الاستطاعة في حق المرأة، أن يسافر معها زوجها أو محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو رفقة مأمونة، ولو رجالاً فقط أو نساء فقط. ودليل عدم اعتبار المحرم وحده في الاستطاعة عموم قوله تعالى: ﴿وَلَوْ عَلَى النَّاسِ حِجُّ أَلْبَيْتِ مِّنْ أَسْطَعَاءَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾. وهذا عام في التي تجد محرماً والتي لا تجد⁽²⁾، فيشمل الرفقة المأمونة.

والرفقة خاصة بالحج الفرض، وإلا فلا بد من الزوج أو المحرم، فإن لم يكن لها امتنع عليها، ودليل اشتراط المحرم في غير الفرض قوله ﷺ: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها حرمة⁽³⁾.

فقوله: حرمة، عام في الذي من النسب والمصاهرة والرضاع.

ولا يشترط أن تكون المرأة هي والمحرم مترافقين، فلو كان أحدهما في أول المركب والثاني في آخره، بحيث إذا احتاجت إليه أمكنها الوصول إليه من غير مشقة، كفى.

ويزاد في حق المرأة أيضاً أنه لا يلزمها المشي البعيد، ويختلف البعد بأحوال النساء، ولا تركب صغير السفن، لأنه لا يمكنها المبالغة في التستر عند النوم وقضاء الحاجة.

شروط صحة الحج:

للحج شرط صحة واحد وهو الإسلام، فلا يصح من كافر.

النيابة في الحج:

لا تصح نيابة من أحد عن شخص في الحج الفرض، بأجرة أو بغير أجرة والاستنابة فيه فاسدة مطلقاً، سواء كان المحجوج عنه مستطيعاً أم لا، والإجارة كذلك فيه فاسدة، لأنه عمل بدني لا يقبل النيابة، قياساً على الصلاة والصوم⁽⁴⁾.

وإذا لم تكن النيابة في فرض بل كانت في نفل أو في عمرة، كرهت النيابة، وصحت الإجارة، وللمستنيب أجر الدعاء والنفقة وحمل النائب على فعل الخير. قال الدردير: «هذا هو الذي اعتمده الشيخ خليل في التوضيح وفي المختصر، وضعفه بعضهم». والذي وضعفه هو مصطفى الرماصي فقال: «المعتمد في المذهب أن النيابة عن

(1) المتقى 2/270.

(2) المتقى 2/270 وبداية المجتهد 1/431.

(3) أخرجه البخاري في الكسوف، باب في كم يقصر الصلاة ومسلم في الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج أو غيره. عن أبي هريرة.

(4) بداية المجتهد 1/429.

الحي لا تجوز ولا تصح مطلقاً، إلا عن ميت أوصى به، فتصح مع الكراهة.

أما ما رواه ابن عباس قال: كان الفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ، فجاءته امرأة من خثعم تستفتيه فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه، فجعل رسول الله ﷺ يصرف وجه الفصل إلى الشق الآخر، فقالت: يا رسول الله إن فريضة الله في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً، لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه؟ قال: نعم. وذلك في حجة الوداع⁽¹⁾. فقد أجاب عنه المالكية بأنه لا يدل على الوجوب، بل أجابها بما فيه حث على طاعة أبيها وطاعة ربها⁽²⁾. وذلك بإهداء الحسنات إليه⁽³⁾.

ويكره للمستطيع الذي عليه حجة الفرض، أن يبدأ بالحج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه، بناء على أن الحج واجب على التراخي، ولأ منع. وبناء على ما تقدم من اعتماد بعضهم - أي الرماصي وغيره -، تحمل هذه المسألة على ما إذا حج عن ميت أوصى به، وإلا لم يصح.

كما يكره للإنسان - ذكراً أو أنثى - إجارة نفسه في عمل لله تعالى حجاً أو غيره، كقراءة القرآن وإمامة وتعليم علم. قال مالك: «لأن يؤاجر الرجل نفسه في عمل اللبنة وقطع الحطب وسوق الإبل، أحب إلي من أن يعمل عملاً لله بأجرة». ويستثنى علم الحساب ونحوه، فإنه لا كراهة في تعليمه بأجرة، لأنه صنعة يجوز أخذ الأجرة عليه، وكذلك تعليم كتاب الله تعالى والأذان، وإن لم تكن الأجرة من وقف ولا من بيت مال، وفي الحديث: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله تعالى»⁽⁴⁾. وذكر علماء المذهب الفرق بين العلم والقرآن: أن العلم لو جازت الإجارة عليه لأدى إلى ضياع الشريعة، مع أن معرفة أحكام الدين فرض عين على كل مكلف، وليس في القرآن فرض عين سوى الفاتحة، فلذلك رخص أخذ الأجرة فيه دون العلم.

وإذا أجر أحد نفسه في عمل لله تعالى، نفذت الإجارة، وصححت مع الكراهة؛ ومحل الكراهة إذا لم تكن الأجرة من وقف أو من بيت المال، وإلا فلا كراهة. وتنفذ الوصية بالحج وغيره مراعاة لمن يقول بجواز النيابة.

الحج بالدين والمال الحرام:

لا يجب الحج على أحد إذا استطاعه بالدين، ولو من ولده إذا لم يرج الوفاء؛ أو بعطية من هبة أو صدقة إن لم يكن معتاداً لذلك. ويصح الحج بالمال الحرام مع العصيان.

(1) سبق تخريجه.

(3) عارضة الأحوذى 4/158.

(4) أخرجه البخاري في الطب، باب الشرط في الرقية بقطع من الغنم.

(2) المتقى 2/270 والتحرير والتنوير 4/23.

متى يقع الحج فرضاً:

يقع الحج فرضاً إذا كان المحرم به وقت الإحرام حرّاً مكلفاً - أي بالغاً عاقلاً -، ولم ينو بحجّه نفلاً، بأن ينوي به الفرض، أو لم ينو شيئاً، بأن أطلق، فإنه ينصرف للفرض. وإذا نوى النفل لم يقع فرضاً. وحجة الإسلام باقية عليه. وينوي الولي عن الصبي أو المجنون الحج، ويقع نفلاً، وحجة الإسلام باقية عليه، أي على الصبي والمجنون بعد البلوغ والإفاقة.



أركان الحج

الركن: هو ما لا بدّ من فعله، ولا يجزئ عنه دم ولا غيره.

وأركان الحج هي: الإحرام، والطواف، والسعي، والوقوف بعرفة.

وهذه الأركان تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- قسم يفوت الحج بتركه، ولا يؤمر الحاج بشيء، وهو الإحرام.

- قسم يفوت الحج بفواته، ويؤمر الحاج بالتحلّل بعمرة، وبالقضاء في العام

القابل، وهو الوقوف.

- قسم لا يفوت الحج بفواته، ولا يتحلّل من الإحرام، ولو وصل إلى أقصى

المشرق أو المغرب، ويرجع إلى مكة ليفعله. وهو طواف الإفاضة والسعي.



الركن الأول: الإحرام:

تعريفه: هو نية مع قول أو فعل متعلقين به، كالتلبية والتجرد. والأرجح أنّ الحج

ينعقد بمجرد النية، ويلزم الحاج دم في ترك التلبية والتجرد حين النية على ما سيأتي

تفصيله. ودليل ركنية الإحرام، قوله تعالى: ﴿فَمَنْ رَضَ فِيهِكَ الْحَجَّ﴾ [البقرة: 197].

ووجه الاستدلال أنّ معنى «فرض» نوى وعزم، ونية الحج هي العزم عليه⁽¹⁾.

والنية في الإحرام هو نية أحد النسكين - الحج أو العمرة -، أو نيتهما معاً، أو

نية النسك لله تعالى، دون ملاحظة حج أو عمرة، فينعقد الإحرام، ولكن لا بدّ من بيان

النية من بعد قبل أن يفعل المحرم أي شيء. ويندب للمبهم نيته أن يصرفها للحج فيكون

مفرداً. والقياس صرفها للقران، لأنه أحوط، لاشتماله على النسكين كالناسي، إلا أنّ

القياس غير معول عليه لمخالفته للنص هنا.

وإن نسي المحرم ما عينه في نيته، فهو حج أو عمرة أو هما معاً، لزمه القران؛

ويجدد نية الحج وجوباً، لأنه إن كان نواه أولاً فهذا تأكيد له، وإن كان نوى العمرة فقد أُرْدِفَ الحج عليها فيكون قارناً، وإن كان نوى القران لم يضره تجديد نية الحج، فعلى كل حال هو قارن فيعمل عمله ويهدي له.

ولا يضر الناوي مخالفة لفظه لنيته، كأن ينوي الحج فيتلفظ بالعمرة، إذ العبرة بالقصد لا باللفظ. والأولى ترك التلفظ بالنية والإقتصار على ما في القلب. ولا يضر رفض المحرم الإحرام في أثنائه، بل هو باق على إحرامه وإن رفضه، بخلاف رفض الصلاة أو الصوم فمبطل كما تقدم في فرائض الوضوء.

ولا يفتقر الإحرام إلى أن يضم إليه قول أو فعل كالتلبية والتجرد، افتقاراً تتوقف صحته عليهما، لكن لا ينافي أنهما واجبان غير شرط. لقوله⁽¹⁾: إنما الأعمال بالنيات⁽²⁾.

الميقات الزماني للإحرام:

الوقت الجائز للإحرام بالحج بلا كراهة يبتدىء من أول ليلة من شوال أي ليلة عيد الفطر، ويمتد لفجر يوم النحر، بإخراج الغاية، بحيث من أحرم قبل فجر يوم النحر بلحظة وهو بعرفة فقد أدرك الحج، لأن الركن هو الوقوف بعرفة ليلاً وقد حصل، وبقي عليه الإفاضة والسعي بعدها.

أما امتداد أشهر الحج فهو إلى نهاية ذي الحجة، أي فأشهر الحج ثلاثة: وهي شوال، وذو القعدة، وذو الحجة. والدليل على هذا: قوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَةٌ﴾ [البقرة: 197]. ووجه الاستدلال بهذه الآية: أنه تعالى أتى بلفظ الجمع، ولا يخلو أن يكون الجمع اثنين أو ثلاثة، ولا خلاف أنه لم يرد ههنا شهرين، فلم يبق إلا أن يريد ثلاثة⁽³⁾.

ودليل آخر أنه تعالى قال: ﴿فَمَنْ رَمَى فِيهِمْ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا سَوْفَ وَلَا حِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: 197].

ومعلوم أن الرفث - وهو الجماع - ممنوع يوم النحر، فوجب أن يكون هذا اليوم من أشهر الحج⁽⁴⁾.

ويكره الإحرام قبل شوال، فإن فعل فقد انعقد الإحرام، لأنه وقت كمال، بخلاف الصلاة فإنها تفسد قبل وقتها، لأنه وقت للصحة والوجوب. ودليل انعقاد الإحرام قبل شوال:

أ - قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: 189].
وجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الأهلة كلها ظرفاً للحج، فيصح الإحرام به

(1) الإشراف 1/ 225.

(2) أخرجه البخاري في باب كيف كان بدء الوحي. ومسلم في الإمارة، باب قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنية.

(4) المتقى 2/ 228.

(3) المتقى 2/ 228.

في جميعها⁽¹⁾.

ب - القياس على الميقات المكاني في جواز الإحرام قبله⁽²⁾.
كما يكره الإحرام قبل الميقات المكاني الآتي بيانه.

الميقات المكاني للإحرام:

مكان الإحرام لمن بمكة:

مكان الإحرام للحج - غير القارن -، بالنسبة لمن بمكة، سواء كان من أهلها أم لا، ولو أقام بها إقامة لا تقطع حكم السفر، هو مكة، أي فالأولى له أن يحرم من مكة في أي مكان منها.

وكذلك مَنْ منزله في الحرم خارج مكة، كأهل منى ومزدلفة. ويندب له الإحرام بالمسجد الحرام في موضع صلاته، ويلبّي وهو جالس، وليس عليه القيام من مصلاه، ولا أن يتقدّم جهة البيت.

ويندب للآفاقي - الذي ليس من أهل مكة - المقيم بمكة أن يخرج لميقاته ليحرم منه، إذا كان معه سعة زمن يمكن الخروج فيه لميقاته وإدراك الحجّ، فإن لم يخرج فلا شيء عليه.

أما مكان الإحرام للقارن - أي المحرم بالحج والعمرة معاً - هو الحلّ، ليجمع في إحرامه بين الحلّ والحرم، إذ هو شرط في كل إحرام.

ويصحّ الإحرام للقارن بالحرم وإن لم يجز ابتداءً، وإنّما يخرج وجوباً للحلّ ليجمع في إحرامه بين الحلّ والحرم، فإن لم يخرج للحلّ وكان قد طاف وسعى؛ فلا إعادة عليه بعد خروجه للحلّ، لأن ما أتى به من طواف وسعي كان لغواً، لأنّ طواف الإفاضة والسعي بعد الوقوف بعرفة يندرج فيهما طواف وسعي العمرة. فإن لم يخرج للحلّ بعد الإحرام وقبل الخروج لعرفة فلا شيء عليه، لأنّه سوف يحصل الجمع بين الحلّ والحرم بخروجه لعرفة - لأنه من الحلّ -، غاية ما هناك خالف الواجب ولا دم عليه.

مكان الإحرام لمن هو خارج مكة :

تختلف أماكن الإحرام للحج باختلاف الجهات كالاتي: فأهل المدينة ومن وراءهم ممن يأتي على المدينة كأهل الشام، مكان إحرامهم بذي الحليفة. وأهل مصر والمغرب والسودان وأهل الشام إن لم يمرّوا على المدينة، مكان إحرامهم بالجحفة.

وأهل اليمن والهند مكان إحرامه يلملم.

وأهل نجد مكان إحرامهم قرن المنازل.

وأهل العراق وخراسان وفارس والمشرق ومن وراءهم، مكان إحرامهم بذات عرق. ودليل هذه المواقيت:

عن عبد الله بن عمر قال: أمر رسول الله ﷺ أهل المدينة أن يهتّلوا من ذي الحليفة، وأهل الشام من الجحفة، وأهل نجد من قرن. قال ابن عمر: أما هؤلاء الثلاث فسمعتهن من رسول الله، وأخبرت أن رسول الله قال: ويهتّل أهل اليمن من يلملم⁽¹⁾.
أما دليل ميقات أهل العراق⁽²⁾.

أ - عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله ﷺ وقت لأهل العراق ذات عرق⁽³⁾.

ب - عن ابن عمر قال: لما فتح هذان المصران - الكوفة والبصرة -، أتوا عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالوا: يا أمير المؤمنين إن رسول الله ﷺ حدّ لأهل نجد قرناً وهو جور عن طريقنا، وإنّا إن أردنا قرناً شق علينا. قال: انظروا حدوها من طريقكم، فحدّ لهم ذات عرق⁽⁴⁾.

ومن مسكنه بين الميقات ومكة فإنّ مكان إحرامه مسكنه، إذا كان المسكن خارج الحرم، أو كان في الحرم وأفرد الحجّ. فإن قرن أو اعتمر خرج منه، أي من الحرم، إلى الحلّ كما تقدم من أن كلّ إحرام لا بدّ فيه من الجمع بين الحلّ والحرم. أما المفرد فإنّه بطبيعته سيقف بالحلّ حين يقف بعرفة، لأنّها من الحلّ.

والمارّ بغير الميقات فإنّ مكان إحرامه حيث حاذاه، فرايب تحاذي الجحفة على المعتمد. ويحرم المسافر بالبحر في المكان الذي يحاذي ميقاته، فأهل مصر إذا سافروا بالبحر - البحر الأحمر - يحرمون فيه حين محاذاة الجحفة. أما أهل اليمن والهند فإنّهم لا يحرمون حتى يخرجوا إلى البرّ وهو الراجح.

ولسند - أحد فقهاء المذهب المالكي - تفصيل لمسألة الإحرام بالبحر، وهو أنّ المسافر بحراً يجوز له تأخير الإحرام إلى البرّ، لما يلحقه من المضرة إن نزل إلى البرّ وفارق رحله للإحرام، ولما في الإحرام في البحر من التفرير، إلّا أنّه إذا كان مسافراً في بحر القلزم وهو من ناحية مصر ويحاذي المسافر به ميقات الجحفة، فإنّ عليه هدي لأنّ السير فيه يكون مع الساحل، فيمكنه إذا خرجت عليه الريح النزول إلى البرّ للإحرام من جدّة، لكن لما في ذلك من المضرة الحاصلة بمفارقة رحله وماله، رخص له في تأخير الإحرام إلى البرّ، ولزمه الهدى كسائر الممنوعات المباحة للضرورة. أمّا إذا كان مسافراً في بحر عيذاب وهو من ناحية اليمن والهند فلا يلزمه أن يحرم فيه - أي في البحر - بمحاذاته الميقات، ولا هدي عليه

(1) أخرجه مالك في الحج، باب مواقيت الإلهال. والبخاري في الحج، باب ميقات أهل المدينة.

ومسلم في الحج، باب مواقيت الحج والعمرة.

(2) المتقى 2/206 والعارضه 4/49 وكشف المغطى 194.

(3) أخرجه أبو داود في المناسك، باب في المواقيت. والنسائي في مناسك الحج. باب ميقات أهل العراق.

(4) أخرجه البخاري في الحج، باب ذات عرق لأهل العراق.

بتأخيره الإحرام إلى البرّ، وذلك لأنّ السفر فيه يكون في لجة البحر لا مع الساحل، ويخشى في الغالب أن ترده الرياح إذا خرجت عليه، فلا يقدر على الخروج للبرّ إذا ألزم بالإحرام فيه، وهذا يؤدي إلى التفرير والخطر بفوات الحج وبقائه محرماً، وذلك من المشقة⁽¹⁾.

وقد نقل المدني في حاشيته أن خليلاً في التوضيح والقرافي وابن عرفة والتادلي وابن فرحون قد نقلوا كلام سند ولم يتعقبوه بأنّه خلاف ظاهر المذهب بل ظاهر كلامهم أنهم قبلوا تقييده⁽²⁾.

والذي يمرّ على ميقات فإنّه يجب عليه أن يحرم منه ولو لم يكن من أهله، والدليل على ذلك⁽³⁾: ما روي عن ابن عباس قال: إنّ النبي ﷺ وقت لأهل المدينة ذا الحليفة، ولأهل الشام الجحفة، ولأهل نجد قرن المنازل، ولأهل اليمن يلملم، هنّ لهنّ ولمن أتى عليهنّ من غيرهنّ، ممن أراد العمرة⁽⁴⁾.

وقد استثنى أهل المذهب من ميقاته الجحفة أنّه يمرّ بذي الحليفة وهو ميقات أهل المدينة، فلا يجب عليه الإحرام منه، لمروره على ميقاته الجحفة، وإنما يندب له الإحرام من ذي الحليفة، ولو كان المارّ بهذا الميقات حائضاً أو نفساء وظنّت أنها تطهر

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل مع حاشية البناني 2/252، وحاشية المدني على كنون 2/426، وشرح الدردير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي 1/23، وحاشية الصاوي على أقرب المسالك 1/267، وإرشاد السالك إلى أفعال المناسك لابن فرحون 1/180.

(2) واضح من فتوى سند أنّ الترخّص لراكب البحر بتجاوز الميقات بدون إحرام الذي هو النية، سببه أمران: الأول: خشية هيجان البحر والعجز عن الخروج إلى البرّ في الزمن الذي يدرك فيه الحج، فيؤدي به إذا أحرم في البحر إلى المشقة، وذلك بالدخول في العبادة وعدم القدرة على إتمامها وما يترتب على ذلك من أحكام فوات الحج، وهذا بالنسبة للمسافر في لجة البحر. ولذلك أسقط عنه الهدى.

الثاني: خشية ضياع ماله وسرقة أمتعته إذا تركها في السفينة ونزل للبرّ بمحاذاة ميقات الجحفة للقيام بلوازم الإحرام من الاغتسال والتجرد والصلاة ثم يعود ليواصل السفر عن طريق البحر إلى ميناء جدّة. وهذا بالنسبة للمسافر مع الساحل. ولذلك لم يسقط عنه الهدى لأنه يقدر على الخروج للبرّ إذا حاج عليه البحر، ولا يخشى ما يخشاه المسافر في لجته وغاية ما هنالك أنّه يخاف على أمتعته. وبناء على هذا فلا وجه لتخريج مسألة السفر بالطائرة على فتوى سند للفارق الموجود بين المسألتين. لأنّ المسافر في الطائرة لا يتصوّر فيه خشية الدخول في النسك وعدم القدرة على إتمامه بقيام مانع يعيق الطائرة عن وصولها إلى البرّ في ميعادها. كما لا يتصوّر فيه أيضاً خشية ضياع أمتعته. وإنما الذي يخشى فقط في الطائرة هو قيام جميع ركابها في آن واحد بواجب التجرد وما يصاحب ذلك من انتقالهم عن أمكنتهم واستعمالهم الماء للوضوء ونحو ذلك، ربّما يعرّض الطائرة للخطر. ولذلك وبناء على قاعدة: الضرر يزال، فالوجه ترخيص تأخير التجرد فقط إلى حين النزول. وأما الإحرام الذي هو نية الدخول في النسك، والتلبية، فلا ضرر على الطائرة منهما، فلا يجوز تأخيرهما عن الميقات. وعلى المحرم فدية لتأخير التجرد لأنه حكم سائر الممنوعات المباحة للضرورة.

(3) المنتقى 2/205.

(4) أخرجه البخاري في الحج باب مهل أهل مكة. ومسلم في الحج، باب مواقيت الحج.

قبل الوصول للجحفة، فإنه يندب لها الإحرام بذي الحليفة ولا تؤخره للجحفة، وإن أدى ذلك إلى أن يقع إحرامها بلا صلاة، لأن إقامتها بالعبادة أياماً قبل الجحفة أفضل من تأخيره لأجل ركعتي الإحرام.

حكم المرور بميقات من هذه المواقيت:

يجب على كل من مرّ بميقات من هذه المواقيت أن يحرم بنسك من النسكين، ولا يجوز له أن يتعدّى الميقات بلا إحرام. ويشترط لذلك:

1 - أن يقصد دخول مكة لنسك أو تجارة أو غيرها.

2 - أن يكون ممنّ هو مخاطب بالإحرام.

3 - أن لا يكون من المترددين على مكة.

4 - أن يعود لها - إذا خرج منها - من بعيد فوق مسافة القصر.

فإن المارّ غير قاصد دخول مكة، لا يجب عليه الإحرام بمروره من الميقات، ولو كان ممنّ هو مخاطب بالحج أو العمرة.

ولا يجب الإحرام لمن كان قاصداً مكة، وكان غير مخاطب به كأن يكون صبيّاً. وكذلك لا يجب الإحرام لمن كان كثير التردد على مكة، كالباعة لأنّ المشقة تلحقهم بتكرّر الإحرام والإتيان بجميع النسك⁽¹⁾. وجميع الصور التي لا يجب فيها الإحرام على المارّ بالميقات لا دم عليه فيها، بمجاوزة الميقات حلالاً، ولو أحرم بعد ذلك.

والمارّ بالميقات - الذي الإحرام واجب عليه - إذا تعدّى الميقات بلا إحرام، يجب عليه الرجوع له للإحرام منه ولا دم عليه، وذلك ما لم يحرم بعد تعدّي الميقات: فإن تعدها بلا إحرام ثم أحرم لم يلزمه الرجوع وعليه دم، لأنّه تعدّى الميقات حلالاً، ولا يسقطه عنه رجوعه له بعد الإحرام. والدليل حديث ابن عمر المتقدم في المواقيت⁽²⁾. ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ أمر بالإحرام بهذه المواقيت، والأمر بالشيء نهي عن ضده⁽³⁾.

وصاحب العذر: كالخائف فوات الحجّ أو فوات رفقة، والخائف على نفسه وماله، و فاقد القدرة على الرجوع، لا يجب عليهم الرجوع إلى الميقات، ويحرمون من أمكنتهم، وعليهم دم لتعدّيهم الميقات حلالاً. كما أنّ الدم واجب على من رجع للميقات بعد تعديه حلالاً وإحرامه بعده، فإنّ رجوعه لا ينفعه وأولى إن لم يرجع؛ فمتعدّي الميقات حلالاً إذا لم يرجع له قبل إحرامه يلزمه الدم في جميع الحالات، ولو فسد حجّه أو كان عدم الرجوع لعذر.

ويسقط عنه الدم إذا فات الحج، بطلوع فجر يوم النحر، قبل وصوله عرفة،

(2) سبق تخريجه.

(1) المتقى 2/ 205 والعارضة 4/ 52.

(3) المتقى 2/ 206.

وتحلل منه بعمره، بأن نوى التحلل منه بفعل عمرة وطاف وسعى وحلق بنيتها، فلا دم عليه للتعدي؛ فإن لم يتحلل بالعمرة، وبقي على إحرامه لقابل، لم يسقط عنه الدم.

واجبات الإحرام:

الواجب في باب الحج غير الفرض، إذ الفرض هنا هو الركن، وهو ما لا تحصل حقيقة الحج أو العمرة إلا به. والواجب ما يحرم تركه اختياراً لغير ضرورة، ولا يفسد النسك بتركه، وينجبر بالدم. وواجبات الإحرام هي:

1 - تجرد الذكر من المُحيط، سواء كان بخياطة كالكميص والسراويل، أو بنسيج، أو صياغة أو سلخ، وسواء كان الذكر مكلفاً أم لا، والخطاب يتعلق بالنسبة لغير المكلف كالصغير والمجنون بالولي. والأنثى لا يجب عليها التجرد، إلا في نحو الأساور، كما سيأتي في محرمات الإحرام. ودليل وجوب تجرد الذكر:

- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ ما يلبس المحرم من الثياب؟ فقال رسول الله: لا تلبسوا القميص، ولا العمامة، ولا السراويلات، ولا البرانس، ولا الخفاف، إلا أحدٌ لا يجد نعلين، فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين، ولا تلبسوا من الثياب شيئاً منه الزعفران أو الورس⁽¹⁾.

وجه الاستدلال منه أنه استوعب في منع المحرم المحيط، على الصورة التي لا تحصل غالباً إلا بالخياطة⁽²⁾ فنهاه عن أصول أنواع المخيط⁽³⁾.

2 - التلبية. وهي تجب على المحرم المكلف ذكراً أو أنثى.

3 - وصل التلبية بالإحرام.

فمن تركها رأساً أو فصل بينها وبين الإحرام بفصل طويل، فعليه دم.

4 - كشف الرأس للذكر.

سنن الإحرام:

1 - غسل متصل بالإحرام ومتقدم عليه، ودليل مشروعيته:

أ - عن أسماء بنت عميس أنها ولدت محمد بن أبي بكر بالبيداء، فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله ﷺ فقال: مرها فلتغتسل ثم لتهل⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ شرع لها الغسل، لأنه ليس لرفع حدث، فلا ينافيه

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما ينهى عنه من لبس الثياب في الإحرام. والبخاري في الحج، باب ما لا يلبس المحرم من الثياب. ومسلم في الحج، باب ما يباح للمحرم وما لا يباح.

(2) المنتقى 2/196. (3) العارضة 4/54.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب الغسل للإهلال. ومسلم في الحج، باب إحرام النفساء واستحباب اغتسالها للإحرام.

حيض ولا غيره، وإنما هو غسل مشروع للإحرام⁽¹⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يغتسل لإحرامه قبل أن يحرم، ولدخوله مكة، ولوقوف عشية عرفة⁽²⁾.

ج - عن زيد بن ثابت أنه رأى النبي ﷺ تجرد لإهلاله واغتسل⁽³⁾.

وإذا أحر المحرم إحرامه بعد الاغتسال كثيراً، أعاد الاغتسال؛ أما الفصل اليسير فلا يضّر، مثل شد الرحال وإصلاح الحال. واستدل ابن العربي⁽⁴⁾ على أن الفصل الكثير بين الاغتسال والإحرام لا يضّر بحديث ابن عباس قال: انطلق النبي ﷺ من المدينة بعدما ترجل وأدهن ولبس إزاره ورداءه. فأصبح بذى الحليفة ركب راحلته حتى استوى على البيداء أهل⁽⁵⁾. قال: هذا يعطيكم أن النبي اغتسل، وبعد ذلك ترجل، وادهن، وخرج، وبات، وأصبح، وأحرم، ولم يغتسل بذى الحليفة بحال⁽⁶⁾. لكن قال أهل المذهب بأن هذا خاص بمن كان بالمدينة، ويريد الإحرام من ذي الحليفة، قال الصاوي: فإنه يندب له الغسل بالمدينة، ويأتي لابساً لثيابه، فإذا وصل لذى الحليفة تجرد وأحرم.

2 - لبس إزار بالوسط، ورداء على الكتفين، ونعلين، أي أن السنة مجموع هذه الثلاثة،

فلا ينافي وجوب التجرد من المحيط، فلو التحف برداء أو كساء أجزاءه وخالف السنة.

3 - صلاة ركعتين فأكثر بعد الغسل وقبل الإحرام. والدليل:

عن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين،

فإذا استوت به راحلته أهل⁽⁷⁾.

ومحل سنتيهما أن يكون الوقت للجواز، فإن لم يكن للجواز انتظره، ولا يحرم ما

لم يكن مراهقاً، وإلا أحرم وتركهما، وتركهما أيضاً الحائض والنفساء. ويجزىء عن الركعتين الفرض، وتحصل به السنة، لكن يفوت الأفضل.

مندوبات الإحرام:

1 - أن يحرم الراكب إذا استوى على وسيلته، والماشي إذا شرع في المشي. فعن

ابن عمر قال: أما الإهلال فإني لم أر رسول الله ﷺ يهلّ حتى تنبعث به راحلته⁽⁸⁾.

(1) المتقى 2/ 192.

(2) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء في الإغتسال عند الإحرام.

(3) العارضة 4/ 47.

(4) أخرجه البخاري في الحج، باب ما يلبس المحرم من الثياب.

(5) العارضة 4/ 48.

(6) أخرجه مالك في الحج: باب العمل في الإهلال. والبخاري في الحج، باب قوله تعالى: ﴿يَأْتُونَكَ بِكَمَا لَا

وَكَانَ كُلُّ صَائِرِ بَنِيكَ مِنْ كُلِّ فَيْحٍ عَيْنِي﴾. ومسلم في الحج، باب الإهلال من حيث تنبعث الراحلة.

(7) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الإهلال. والبخاري في الوضوء. باب غسل الرجلين في

النعلين ولا يمسح على النعلين. ومسلم في الحج، باب الإهلال من حيث تنبعث الراحلة.

وعن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين، فإذا استوت به راحلته أهل⁽¹⁾.

2 - إزالة المحرم الشعث قبل الغسل، بأن يقصّ أظافره، وشاربه، ويحلق عانته، وينتف شعر إبطيه، ويرجل شعر رأسه، أو يحلقه، ليستريح بذلك من ضررها وهو محرم.

3 - الإقتصار على تلبية الرسول ﷺ، وهي ما روي عن عبد الله بن عمر قال: تلبية رسول الله ﷺ: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إنّ الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك⁽²⁾.

4 - تجديد التلبية عند تغيير الحال، كقيام، وقعود، وصعود، وهبوط، ورحيل، وحطّ، ويقظة من نوم أو غفلة، وخلف الصلاة ولو نافلة، وعند ملاقة الرفاق، إلى أن يدخل المسجد الحرام، ويشرع في طواف القدوم، فإنه يتركها إلى أن يسعى بين الصفا والمروة. فعن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقطع التلبية في الحج إذا انتهى إلى الحرم. حتى يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة. ثم يلبي حتى يغدو من منى إلى عرفة. فإذا غدا ترك التلبية. وكان يترك التلبية في العمرة إذا دخل الحرم⁽³⁾.

وقيل يترك الحاج التلبية بمجرد دخول مكة، حتى يطوف ويسعى. وحين يفرغ من السعي وجب العود إليها، فإن لم يعاودها أصلاً فإن عليه دم. ويستمر عليها إلى أن يصل إلى مسجد عرفة بعد الزوال من يومه. والدليل:

أ - عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يلبي في الحج، حتى إذا زاغت الشمس من يوم عرفة قطع التلبية⁽⁴⁾.

ب - إجماع أهل المدينة⁽⁵⁾.

ج - أن التلبية إجابة النداء بالحجّ الذي دعي إليه الحاج، فإذا انتهى إلى الموضع الذي دُعي إليه، فقد فعل ما وجب عليه⁽⁶⁾.

فإن وصل إلى عرفة قبل الزوال فلا يقطعها إلا بعد الزوال، فإن زالت الشمس قبل الوصول إلى عرفة، فلا يقطعها أيضاً حتى يصل عرفة.

ودليل عدم وجوب قطع التلبية بعد زوال يوم عرفة، ما رواه محمد بن أبي بكر الثقفي

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الإهلال. والبخاري في الحج، باب التلبية. ومسلم في الحج، باب التلبية وصفتها ووقتها.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب قطع التلبية. والبخاري في الحج، باب الإغتسال عند دخول مكة. ومسلم في الحج باب استحباب المبيت بذي طوى.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب قطع التلبية. (5) الإشراف 1/ 230.

(6) الإشراف 1/ 230 والمنتقى 2/ 216.

أنه سأل أنس بن مالك وهما غاديان من منى إلى عرفة: كيف كنتم تصنعون في هذا اليوم مع رسول الله ﷺ؟ قال: كان يهلّ المهلّ منّا فلا ينكر عليه، ويكبّر المكبّر فلا ينكر عليه⁽¹⁾.

وما تقدم من مسائل التلبية، يتعلق بمن أحرم بالحج من غير أهل مكة، ولم يفته الحج، وأما المعتمر ومن أحرم من مكة، أو فاته الحج، فتليتهم على النحو التالي: فمن أحرم من مكة لكونه من أهلها أو مقيماً بها - ولا يكون إلا بحج مفرداً لما تقدم من أنه إن كان قارناً أو معتمراً أحرم من الحل -، فإنه يلبي من مكانه الذي أحرم منه. وظاهر أنه يؤخّر سعيه بعد الإفاضة، إذ لا قدوم عليه، ويستمر يلبي إلى وصول مصلى عرفة بعد الزوال، كما تقدم.

ومن اعتمر من الميقات من أهل الآفاق، ومن فاته الحج بأن أحرم أولاً بحج ففاته بحصر أو مرض فتحلل منه بعمرة، فإنهما يلبيان للحرم العام، ولا يتماديان للبيوت، فعلم أنّ المحرم بالحج ولو قارناً، يلبي للبيوت أو للطواف على ما تقدم، والمعتمر يلبي من الميقات للحرم.

ومن اعتمر من دون الميقات، كالجرعانة والتنعيم، يلبي للبيوت لقرب المسافة، فالتلبية في العمرة أقلّ منها من الحج.

5 - التوسط في رفع الصوت بالتلبية، فلا يسرها ولا يرفع صوته جداً. ودليل الجهر بها:

- عن خلاد بن السائب الأنصاري عن أبيه أنّ رسول الله ﷺ قال: أتاني جبريل، فأمرني أن آمر أصحابي، أو من معي، أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية، أو بالإهلال⁽²⁾.

6 - التوسط في الموالة بها، فلا يتركها حتى تفوته الشعيرة، ولا يوالي حتى يلحقه الضجر، فإن ترك المحرم التلبية أول الإحرام، وطال الزمن طولاً كثيراً، كان يحرم أول النهار ويلبي وسطه، فعليه دم لترك واجب.

أفضل أنواع الإحرام:

الإفراد:

الإفراد بالحج أفضل من القران ومن التمتع، لأنه لا يجب فيه هدي، ودليل الأفضلية:

(1) أخرجه مالك في الحج، باب قطع التلبية، والبخاري في الحج، باب التلبية والتكبير إذا غدا من منى إلى عرفة. ومسلم في الحج، باب التلبية والتكبير في الذهاب من منى إلى عرفات في يوم عرفة.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب رفع الصوت بالإهلال. وأبو داود في الحج، باب كيف التلبية. والترمذي في الحج، باب ما جاء في رفع الصوت بالتلبية.

أ - أنه فعل الرسول ﷺ⁽¹⁾: فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع، فمنا من أهل بعمرة، ومنا من أهل بحجة وعمرة، ومنا من أهل بالحج وحده، وأهل رسول الله بالحج؛ فأما من أهل بعمرة فحل، وأما من أهل بحج أو جمع الحج والعمرة، فلم يحلوا حتى كان يوم النحر⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن عائشة ذكرت أن رسول الله ﷺ كان مفرداً في حجّه، وهي أعلم بما كان عليه النبي ﷺ⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله: ما شأن الناس حلّوا ولم تحل أنت من عمرتك؟ فقال: إني لبّدت رأسي، وقلّدت هديي، فلا أحلّ حتى أنحر⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أنّ حفصة اعتقدت أنّه ﷺ كان معتمراً، فقالت له ذلك على ما اعتقدت، فأعلمها ﷺ بقوله: «إني لبّدت رأسي، وقلّدت هديي» أنه محرم إحراماً لا يمكنه التحلل منه، وهو الحج⁽⁵⁾. وليس في قوله: «لبّدت رأسي» ما يمنع أن يحلّ من عمرته المفردة، لأنّ من لبّد رأسه، وقلّد هديي، وأحرم بعمرته، فإنّه ينحر هديي، ويحلق رأسه، عند إكمالها؛ ولا يجب عليه لأجل التليد والتقليد أن يردف عليها حجة؛ وإنّما معنى ذلك أنّ في الكلام حذفاً، وذلك أنّه أعلمها أنّه لبّد رأسه، وقلّد هديي للحج، فلا يمكنه التحلل من ذلك، قبل أن يبلغ الهدي محلّه، وينحر بمنى، بعد كمال حجّه⁽⁶⁾.

ج - اختيار أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب الإفراد وتفضيله. وقد نقل الشيخ ابن عاشور عن محمد بن الحسن أنّ مالكا يرجّح أحد الحديثين المتعارضين بعمل الشيخين⁽⁷⁾.

د - عن جابر قال: أقبلنا مهلين مع رسول الله ﷺ بالحج مفرداً... حتى إذا قدمنا، فطفنا بالكعبة وبالصفا والمروة، فأمرنا رسول الله ﷺ أن يحلّ منا من لم يكن معه هدي⁽⁸⁾.

(1) أحكام ابن العربي 1/128 وبداية المجتهد 1/451 والإشراف 1/223.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب أفراد الحج. والبخاري في الحج، باب التمتع والإقراّن والإفراد بالحج. ومسلم في الحج، باب بيان وجود الإحرام.

(3) المنتقى 2/212 ومفتاح الوصول 98.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في النحر في الحج. والبخاري في الحج، باب التمتع والإقراّن والإفراد بالحج. ومسلم في الحج، باب القارن لا يتحلل إلا في وقت تحلل الحاج المفرد.

(5) المنتقى 3/26 (6) المنتقى 3/26.

(7) التحرير والتنوير 2/227، والنوادر والزيادات م 1/161.

(8) أخرجه أبو داود في المناسك باب في أفراد الحج.

هـ - لأنّ الدم الواجب بالقران والتمتع جبران للنقص، والإتيان بالعبادة على وجه ليس فيها نقص ولا جبران أفضل⁽¹⁾.

أما ما روي عن جابر رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: لو استقبلت من أمري ما استدبرت، لم أسق الهدى ولجعلتها عمرة⁽²⁾.

فإنّه لا يدلّ على أنّ الرسول صلى الله عليه وآله أشفق على ترك التمتع، لأنه الأولى، بل أشفق على تركه لأنه أرفق، فإنّه صلى الله عليه وآله لما أمرهم أن يجعلوها عمرة، شق عليهم خلافهم له في الفعل، فقال ما قال معتذراً إليهم⁽³⁾.

وما روي عن محمد بن عبد الله بن الحرث أنه سمع سعد بن أبي وقاص والضحاك بن قيس عام حجّ معاوية بن أبي سفيان، وهما يذكران التمتع بالعمرة إلى الحجّ، فقال الضحاك بن قيس: لا يفعل ذلك إلا من جهل أمر الله صلى الله عليه وآله، فقال سعد: بشس ما قلت يا ابن أخي، فقال الضحاك: فإنّ عمر بن الخطاب قد نهى عن ذلك. فقال سعد: قد صنعها رسول الله صلى الله عليه وآله وصنعناها معه⁽⁴⁾.

فإن قول سعد «قد صنعها رسول الله» يحمل على أنه أراد أنه صلى الله عليه وآله أمر بها أو أباحها، لما تقدم من الأدلة على أنّ النبي صلى الله عليه وآله كان مفرداً بالحجّ⁽⁵⁾.

وما روي عن سعيد بن المسيب قال: اختلف عليّ وعثمان رضي الله عنهما، وهما بعسفان في المتعة، فقال علي: ما تريد إلا أن تنهى عن أمر فعله النبي⁽⁶⁾. فإن قول عليّ صلى الله عليه وآله: «فعله النبي» معناه أمر بفعله⁽⁷⁾.

القران:

ثم القران يلي الأفراد في الفضل، وفسّره بصورتين:
الأولى: أن يحرم الحاج بالعمرة والحجّ معاً، بأن ينوي القران أو العمرة والحجّ، بنية واحدة، ويقدم العمرة في النية.
الثانية: أن ينوي العمرة، ثم يبدو له فيردف الحجّ عليها، ولا يصحّ إرداف عمرة على حجّ لقوة الحجّ.

(1) الإشراف 1/ 223.

(2) أخرجه مسلم في الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وآله. وأبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وآله.

(3) أحكام ابن العربي 1/ 128.

(4) أخرجه مالك في الحج: باب ما جاء في التمتع. والبخاري في الحج، باب الذبيح قبل الحلق. ومسلم في الحج، باب نسخ التحلل من الإحرام والأمر بالتمام.

(5) المنتقى 2/ 227.

(6) أخرجه البخاري في الحج، باب التمتع والإقران والأفراد ومسلم في الحج، باب جواز التمتع.

(7) أحكام ابن العربي 1/ 128.

ودليل مشروعية القرآن⁽¹⁾:

أ - عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قال لها: طوافك بالبيت وبين الصفا والمروة يكفيك لحجتك وعمرتك⁽²⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أحرم بالحج والعمرة كفى لهما طواف واحد ولا يحلّ حتى يقضي حجّه ويحلّ منهما جميعاً⁽³⁾.

ج - عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع، فمنا من أهلّ بعمرة، ومنا من أهلّ بحجة وعمرة، ومنا من أهلّ بالحجّ وحده، وأهلّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج. فأما من أهلّ بعمرة فحلّ، وأما من أهلّ بحجّ أو جمع الحجّ والعمرة، فلم يحلّوا حتى كان يوم النحر⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال قولها: «ومنا من أهلّ بحجة وعمرة». أي قرن.

د - عن المقداد بن الأسود أنه دخل على عليّ بن أبي طالب بالسقيا وهو ينجع بكرات له دقيقاً وخبثاً فقال: هذا عثمان بن عفان ينهى عن أن يقرن بين الحج والعمرة، فخرج عليّ بن أبي طالب وعلى يديه أثر الدقيق والخبث، فما أنسى أثر الدقيق والخبث على ذراعيه، حتى دخل على عثمان بن عفان فقال: أنت تنهى أن يقرن بين الحجّ والعمرة؛ فقال عثمان: ذلك رأيي فخرج عليّ مغضباً وهو يقول: لبيك اللهم بعمرة وحجّة معاً⁽⁵⁾.

هـ - عن نافع أن عبد الله بن عمر قال حين خرج إلى مكة معتمراً في الفتنة: إن صددت عن البيت، صنعنا كما صنعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأهلّ بعمرة، من أجل أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أهلّ بعمرة عام الحديبية. ثم إنّ عبد الله نظر في أمره فقال: ما أمرهما إلّا واحد، ثم التفت إلى أصحابه فقال: ما أمرهما إلّا واحد، أشهدكم أنّي قد أوجبت الحجّ والعمرة، ثم نفذ حتى جاء البيت فطاف طوافاً واحداً، ورأى ذلك مجزياً عنه وأهدى⁽⁶⁾.

وصورة إرداف الحجّ على العمرة، أن ينوي المحرم الحج بعد الإحرام بالعمرة، وقبل الشروع في طوافها، أو أثناء طوافها قبل إتمامه، ويكتمل الطواف الذي أردف

(1) الإشراف 1/ 230.

(2) أخرجه مسلم في الحج، باب بيان وجوه الإحرام وأبو داود في المناسك، باب طواف القارن.

(3) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء أنّ القارن يطوف طوافاً واحداً. وابن ماجه في المناسك، باب طواف القارن.

(4) سبق تخريجه.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب القرآن في الحج.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء فيمن أحصر بعدوّ. والبخاري في المغازي، باب غزوة الحديبية. ومسلم في الحج، باب جواز التحلل بالإحصار وجواز القرآن.

الحج على العمرة فيه، ويصلي ركعتي الطواف وجوباً، ولا يسعى للعمرة حينئذٍ، لأن الطواف الذي أردف فيه صار غير واجب، لاندرج العمرة في الحج، فالطواف الفرض لهما هو الإفاضة، ولا طواف قدوم عليه، لأنه بمنزلة المقيم بمكة حيث جدد نية الحج فيها، والسعي يجب أن يكون بعد طواف واجب فيسعى حينئذٍ بعد الإفاضة.

ويكره الإرداف بعد الطواف. ويصح قبل ركعتي الطواف أو في أثناء ركعتي الطواف، أما بعد ذلك فلا يصح لتمام غالب أركان العمرة إذ لم يبق منها إلا السعي.

ومحل صحة الإرداف، أن تصح العمرة لوقت الإرداف، فإن فسدت قبل الإرداف بجماع أو إنزال، لم يصح الإرداف، ولا ينعقد إحرام الحج، ويجب إتمام العمرة الفاسدة، ثم قضاؤها مع الدم، ولا يحج حتى يقضيها، فإن أحرم بالحج بعد تمامها وقبل قضائها صح الحج.

وإذا كان فساد العمرة في أشهر الحج، ثم حج من عامه، صار متمتعاً وحجته تام، وعليه قضاء عمرته.

التمتع:

ثم يأتي في الفضل بعد القران التمتع. وقد فسروه بـ:

- أن يحل المعتمر من العمرة في أشهر الحج، وهذا صادق بما إذا كان أحرم بها في أشهر الحج أو قبلها، وأتمها فيها، ولو ببعض الركن الأخير منها، كمن أحرم بها في رمضان، وتتم سعيها بعد الغروب من ليلة شوال.

- ثم يحج من عامه الذي اعتمر فيه، وإن كان حجته ملتبساً بقران، فيكون متمتعاً قارناً، ويلزمه هديان لتمتعه وقرانه.

فحقيقة التمتع حج معتمر في أشهر الحج، من ذلك العام، من غير أن ينصرف إلى بلده⁽¹⁾ ويكون بذلك قد انتفع بإسقاط أحد السفرين في أشهر الحج، إذ هو قد أدى العمرة في سفر الحج، وانتفع بالتحلل منها، بأن لم يبق في كلفة الإحرام مدة طويلة، وهذا رخصة من الله تعالى، إذ أباح العمرة في مدة الحج، بعد أن كان ذلك محضوراً في عهد الجاهلية، إذا كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من أعظم الفجور⁽²⁾ ودليل مشروعية التمتع:

أ - قوله تعالى: ﴿مَنْ تَمَنَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: 196] والمعنى: فمن تمتع بالعمرة مترتباً إلى وقت الحج، أو بالغاً إلى وقت الحج، أي أيامه وهو عشر ذي الحجة. وقد فهم من كلمة «إلى» أن بين العمرة والحج زمناً لا يكون فيها المعتمر محرماً⁽³⁾.

(1) بداية المجتهد 1/446.

(2) التحرير والتنوير 2/225.

(3) التحرير والتنوير 2/225.

ب - عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله إلى قومي باليمن، فجئت وهو بالطحاء، فقال: بم أهلت؟ قلت: أهلت كإهلال النبي. قال: هل معك من هدي؟ قلت: لا، فأمرني فطفت بالبيت وبالصفا والمروة، ثم أمرني فأحلت، فأتيت امرأة من قومي فمشطتني أو غسلت رأسي؛ فقدم عمر رضي الله عنه فقال: إن نأخذ بكتاب الله فإنه يأمر بالتمام: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ وإن نأخذ بسنة النبي فإنه لم يحل حتى نحر الهدى⁽¹⁾.

وجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بأن يجعلها عمرة، ثم يحل منها، ثم يحرم بالحج فيما بعد، فيكون بذلك متمتعاً. أما النبي فإنه لم يحل، لأنه نوى الحج وساق الهدى لأجله كما تقدم.

ج - عن محمد بن عبد الله بن الحرث أنه سمع سعد بن أبي وقاص والضحاك بن قيس عام حج معاوية بن أبي سفيان، وهما يذكران التمتع بالعمرة إلى الحج، فقال الضحاك بن قيس: لا يفعل ذلك إلا من جهل أمر الله صلى الله عليه وسلم. فقال سعد: بش ما قلت يا ابن أخي، فقال الضحاك: فإن عمر بن الخطاب قد نهى عن ذلك فقال سعد: قد صنعها رسول الله وصنعناها معه⁽²⁾.

د - عن عبد الله بن عمر أنه قال: والله لأن أعتمر قبل الحج وأهدي، أحب إلي من أن أعتمر بعد الحج في ذي الحجة⁽³⁾.

أما ما ورد عن نهى عمر بن الخطاب عن التمتع، فإن المراد بذلك ليس نهى تحريم، وإنما نهى عنها لأنه رأى الأفراد أفضل، والاعتقاد بتفضيل المتعة خطأ يعاقب عليه⁽⁴⁾، ويدل على هذا⁽⁵⁾:

أ - عن الزهري عن سالم أن ابن عمر سئل عن متعة الحج، فأمر بها فقبل له: إنك تخالف أباك فقال: إن أبي لم يقل الذي تقولون، إنما قال أفردوا العمرة من الحج، أي إن العمرة لا تتم في شهور الحج إلا أن يهدى، وأراد أن يزار البيت في غير شهور الحج، فجعلتموها أنتم حراماً وعاقبتم الناس عليها، وقد أحلها الله صلى الله عليه وسلم وعمل بها رسول الله. قال: فإذا أكثروا عليه قال: أفكتاب الله أحق أن يتبع أم عمر⁽⁶⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال: أفصلوا بين حجكم

(1) أخرجه البخاري في الحج، باب من أهل كإهلال النبي صلى الله عليه وسلم. ومسلم في الحج، باب جواز تعليق الإحرام.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في التمتع.

(4) المنتقى 2/ 226.

(5) المنتقى 2/ 226.

(6) أخرجه البيهقي في الحج، باب كراهية من كره القرآن والتمتع.

وعمرتكم، فإن ذلك أتم لحج أحدكم، وأتم لعمرته، أن يعتمر في غير أشهر الحج⁽¹⁾.
 ووجه الاستدلال أن هذا الحديث يدل على أن عمر ﷺ لم يكن نهيه عن المتعة
 على وجه التحريم لها على الإطلاق، وإلا لما قال: «إنه أتم لعمرتكم»، بل كان يقول
 إنه لا يجوز الإعمار في أشهر الحج لمن أراد الحج⁽²⁾.

ما يترتب على التمتع والقران؟

يترتب على التمتع لزوم الهدى لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَعَ بِالْعَمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ
 الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٌ إِذَا رَجَعْتُمْ إِلَيْكُمْ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِيُنْذِرَ لِمَنْ يَكُونُ أَهْلُهُ
 حَاذِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: 196].

ويقاس القران على التمتع بجامع أن كلا من القارن والتمتع أسقط عن نفسه أحد
 السفرين⁽³⁾.

شروط لزوم هدي التمتع والقران:

يشترط للزوم هدي التمتع والقران ما يلي:

1 - عدم إقامة المتمتع أو القارن بمكة أو ذي طوى وقت الإحرام بهما - أي
 بالتمتع والقران - والدليل قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِيُنْذِرَ لِمَنْ يَكُونُ أَهْلُهُ حَاذِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾
 [البقرة: 196].

واسم الإشارة في الآية عائد على الهدى، فغير المقيم بمكة أو ذي طوى يلزمه
 الهدى، وإن كان أصله من مكة وانقطع بغيرها. كما أن من أقام بمكة بنية الدوام بها،
 وأصله من غيرها، لا دم عليه؛ بخلاف من نيته الانتقال أو من لا نية له.
 ويندب الهدى لذي أهلين - أي من له أهل بمكة وأهل بغيرها -، ولو كانت إقامته
 بمكة أكثر من غيرها على الأرجح.

2 - أن يحج من عامه في التمتع أو القران، فمن أحل من عمرته قبل دخول شوال،
 ثم حج فليس بتمتع، فلا دم عليه، وكذا إذا فات القارن الحج، فلا دم عليه لقراه.

وهذان الشرطان يشتركان فيهما التمتع والقران، وينفرد التمتع بشرطين آخرين هما:

3 - أن لا يعود المعتمر، بعد أن يحل من عمرته في أشهر الحج، لبلده أو لمثله
 في البعد، ولو كان بلده أو مثله بالحجاز كالمدينة مثلاً؛ فمن كان من أهل المدينة أو
 من ميقات من المواقيت المتقدمة، واعتمر في أشهر الحج، ثم رجع لبلده بعد أن حل
 من عمرته، ثم رجع لمكة وحج فلا هدي عليه.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب جامع ما جاء في العمرة.

(2) المتفق 2/ 235.

(3) الشرح الصغير وحاشيته 1/ 272.

ومحلّ رجوعه لبلده أو مثله، إن لم تكن بلده بعيدة جداً كالمغرب، فيكفي رجوعه لنحو مصر.

4 - أن يفعل المعتمر بعض ركن من عمرته في وقت الحج، بدخول غروب الشمس من آخر رمضان، فإن تمّ سعيه منها قبل الغروب، وأحرم بالحج بعده، لم يكن متمتعاً. وإذا غربت الشمس قبل تمامه كان متمتعاً.

محرمات الإحرام:

1 - لبس الأنثى المحيط بكفّها أو أصابعها، إلا الخاتم فيغتفر لها دون الرجل. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ قال: ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين⁽²⁾.

ب - عن ابن عمر أنّه كان يقول: لا تنتقب المرأة المحرمة ولا تلبس القفازين⁽³⁾.

ج - لأنه عضو ليس بعورة⁽⁴⁾ - أي الكف -.

2 - ستر المرأة وجهها أو بعضه ولو بخمار أو منديل، وهو معنى قولهم: إحرام المرأة في وجهها وكفيها فقط. والدليل⁽⁵⁾:

أ - حديث النبي ﷺ المتقدم.

ب - قول ابن عمر المتقدم.

أما ما روي عن فاطمة بنت المنذر أنها قالت: كنتا نخمّر وجوهنا ونحن محرّمات، ونحن مع أسماء بنت أبي بكر الصديق⁽⁶⁾. فإنهم كانوا لا يفعلون ذلك لحراً ولا لبرداً. وإنما يفعلونه على معنى التستر⁽⁷⁾.

ويستثنى من حرمة ستر الوجه خوف الفتنة فلا يحرم. ويشترط أن يكون بلا غرز ولا ربط. بل المطلوب سدله، فإن كان لحراً أو برداً أو كان مغروراً، فإنّ فيه الفدية. وبالنسبة للأنثى الصغيرة فإن الخطاب يتعلق بوليّها.

3 - لبس الذكر المُحيط ببدنه أو بأي عضو، سواء كان مُحيطاً بنسيج أو خياطة أو عقد أزرار أو خلال أو حزام، ولو كان المُحيط خاتماً أو ساعة يد. وإذا ألقى المحرم

(1) بداية المجتهد 440/1.

(2) أخرجه البخاري في الحج، باب ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب تخمير المحرم وجهه.

(4) الإشراف 225/1. (5) الإشراف 225/1.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب تخمير المحرم وجهه.

(7) المنتقى 200/2.

قميصاً على كتفيه أو لفت به وسطه أو تلفع ببردة مرفعة أو ذات فلتتين بلا ربط ولا غرز فلا شيء عليه. ودليل الحرمة المذكورة:

عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ: ما يلبس المحرم من الثياب؟ فقال رسول الله: لا تلبسوا القميص، ولا العمام، ولا السراويلات، ولا البرانس، ولا الخفاف. إلا أحدًا لا يجد نعلين فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين. ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران أو الورس⁽¹⁾. والنهي يقتضي الحرمة⁽²⁾. وقد نبه الحديث بالقميص والسراويل على كل مخيط، وبالعمامة والبرانس على ما يغطي الرأس، مخيطاً أو غير مخيط، وبالخفاف على ما يستر الرجل⁽³⁾.

وإذا لم يجد المحرم نعلًا ووجد خفًا ونحوه، فإنه يلبسه بعد أن يقطع أسفل الكعبين، والحديث المتقدم دليل على ذلك. قال الشيخ محمد الأخوة: ويلحق بالخفين الحذاءان فيستعملان مع قطع عقبيهما.

وأما ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قوله ﷺ: من لم يجد النعلين فليلبس الخفين⁽⁴⁾، فإنه لم يذكر القطع، فالجواب عنه: أن ابن عباس حفظ لبس الخفين ونقله ولم ينقل صفة لبسه، وابن عمر قد نقل صفة لبسه، فكان أولى بالعمل به⁽⁵⁾. ويكون الحديثان من باب حمل المطلق، وهو حديث ابن عباس، على المقيّد، وهو حديث ابن عمر. قال القاضي عياض: الكفاية يجعلون قطعهما في حديث ابن عمر تقييداً لحديث ابن عباس وحديث جابر الذي هو في مسلم⁽⁶⁾. وما روي أيضاً عن ابن عباس أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ وهو يخطب يقول: السراويل لمن لم يجد الإزار⁽⁷⁾. فإن مالكا رضي الله عنه لم يعمل به، وقال فيه: لم أسمع بهذا ولا أرى أن يلبس المحرم السراويل، لأن النبي ﷺ نهى عن لبس السراويلات فيما نهى عنه من لبس الثياب التي لا ينبغي للمحرم أن يلبسها، ولم يستثن فيها كما استثنى في الخفين⁽⁸⁾. ومعنى قول مالك: لم أسمع بهذا، أي أن يلبس المحرم السراويل على صفة لبسها دون فتق⁽⁹⁾. وقد حمل حديث ابن عباس - جمعاً بينه وبين حديث ابن عمر - على معنيين⁽¹⁰⁾.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما ينهى عنه من لبس الثياب في الإحرام، والبخاري في الحج، باب ما لا يلبس المحرم من الثياب. ومسلم في الحج، باب ما يباح للمحرم وما لا يباح.

(2) المنتقى 2/196. (3) إكمال الإكمال 3/292.

(4) أخرجه البخاري في الحج، باب لبس الخفين للمحرم. ومسلم في الحج، باب ما يباح لبسه للمحرم.

(5) المنتقى 2/196. (6) إكمال الإكمال 3/293.

(7) أخرجه البخاري في الحج، باب إذا لم يجد الإزار فليلبس السراويل. ومسلم في الحج، باب ما يباح لبسه للمحرم.

(8) الموطأ 1/325.

(9) شرح الزرقاني على الموطأ 3/19، والمنتقى 2/196.

(10) شرح الزرقاني على الموطأ 3/19 والمنتقى 2/196، وإكمال الإكمال 3/293.

أولاً: أن يقع فتقها ويجعل منها شبه إزار، وبذلك يجوز للمحرم لبسها كما جاز لبس الخفين المقطوعين.

ثانياً: أن تلبس في حالة انعدام الإزار، مع وجوب الفدية.

4 - ستر الرجل وجهه بأي شيء. والدليل:

- عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: ما فوق الذقن من الرأس فلا يخمره المحرم⁽¹⁾.

5 - دهن الرجل والمرأة الجسد وشعر الرأس أو اللحية بدهن مطيب أو غير مطيب لغير علة، ويلزمهما الفدية لذلك، أما إذا كان لعله جاز الإدهان، لأنّ الضرورات تبيح المحظورات، ولا فدية في الإدهان لعله إلا بالإدهان بالمطيب.

6 - إزالة ظفر لغير عذر أو شعر أو وسخ، أما إزالة ما تحت الأظفار فلا يحرم؛ وكذلك غسل اليدين بما يزيل الوسخ، من صابون ونحوه إذا كان بغير طيب؛ وكذلك إذا تساقط شعر من أجل وضوء أو غسل ونحوه، فلا شيء فيه.

ودليل منع إزالة الشعر أن الرسول ﷺ جعل فيه فدية: فعن كعب بن عجرة أنّ رسول الله ﷺ قال له: لعلك أذاك هوامك؟! فقلت: نعم يا رسول الله. فقال احلق رأسك وسم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين أو أنسك بشاة⁽²⁾.

7 - لبس أو مسّ الرجل والمرأة الطيب، كالورس، والزعفران، والمسك، والعطّر، والعود، والدهن المطيب، بأي عضو من الأعضاء، ولو ذهب ريح الطيب، لأنّ ذهاب ريحه لا يسقط حرمة مسّه، وإن سقطت الفدية؛ ووجه سقوطها في هذه الحالة أنّها تكون فيما يترقّه به، وعند ذهاب الريح لا يحصل الترفه.

كما يحرم الطيب ولو كان في كحل أو طعام، إلا إذا طبخ وأماته الطبخ بذهاب عينه فيه، ولم يبق سوى ريحه أو لونه كزعفران وورس، فلا حرمة ولا فدية، ولو صبغ الفم. ولا حرمة أيضاً إذا كان الطيب بقارورة سدّت سداً محكماً، فلا شيء فيه، إن حملها المحرم. وكذلك إذا أصابه الطيب بسبب إلقاء الريح أو غيره عليه ولو كثر، ويجب نزعها ولو بإلقاء الثوب الذي هو فيه أو يغسل بدنه، ولا شيء عليه إلا أن يتراخى في نزعها فعليه الفدية.

ولا حرمة فيما يصيب المحرم من طيب الكعبة، ولا يجب نزع يسيره، وإنما يختير المحرم في نزعها، وذلك للضرورة، أي لأنّ المحرم مأمور بالقرب من الكعبة المشرفة،

(1) أخرجه مالك في الحج، باب تخمير المحرم وجهه.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب فدية من حلق قبل أن ينحر. والبخاري في المحصر، باب قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ﴾.

وهي لا تخلو من الطيب، أما كثيره فيجب نزعُه، فإن تراخى في نزعِه فلا فدية، ولا يلزم من وجوب نزعِه وجوب الفدية. ودليل حرمة استعمال الطيب:

أ - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسّه الزعفران أو الورس ⁽¹⁾.

ب - عن عطاء بن أبي رباح أن أعرابياً جاء إلى رسول الله ﷺ وهو بحنين وعلى الأعرابي قميص وبه أثر صفرة فقال: يا رسول الله، إني أهملت بعمرة فكيف تأمرني أن أصنع؟ فقال له رسول الله ﷺ: انزع قميصك، واغسل هذه الصفرة عنك وافعل في عمرتك ما تفعل في حجتك ⁽²⁾.

ج - عن أسلم مولى عمر بن الخطاب، أن عمر وجد ريح طيب وهو بالشجرة فقال: ممن ريح هذا الطيب؟ فقال معاوية بن أبي سفيان: مني يا أمير المؤمنين. فقال: منك لعمر الله. فقال معاوية: إن أم حبيبة طيبتني يا أمير المؤمنين. فقال عمر: عزمت عليك لترجعن فلتغسلنه ⁽³⁾.

د - عن عبد الله بن عمر أنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن يلبس المحرم ثوباً مصبوغاً بزعفران أو ورس وقال: من لم يجد نعلين فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين ⁽⁴⁾.

هـ - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب رأى على طلحة ثوباً مصبوغاً وهو محرم، فقال عمر بن الخطاب: ما هذا الثوب يا طلحة؟ فقال طلحة: يا أمير المؤمنين إنما هو مدر. فقال عمر: إنكم أيها الرهط أئمة يقتدي بكم الناس، فلو أن رجلاً جاهلاً رأى هذا الثوب لقال: إن طلحة بن عبيد الله قد كان يلبس الثياب المصبوغة في الإحرام. فلا تلبسوا أيها الرهط شيئاً من هذه الثياب المصبوغة ⁽⁵⁾.

8 - الحناء والكحل، إلا لضرورة.

9 - الجماع والإنزال ومقدامتهما، ولو علمت السلامة من المنى والمذي. ويفسد الحج والعمرة بذلك. وسيأتي فيما يذكر من مفسدات الحج. ودليل حرمة ما ذكر:

- قوله الله تعالى: ﴿فَمَنْ رَمَزَ فِيهِكَ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا سُوءَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في الطيب في الحج. والبخاري في الحج، باب غسل الخلق ثلاث مرّات من الثياب. ومسلم في الحج، باب ما يباح للمحرم وما لا يباح.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في الطيب في الحج.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب لبس الثياب المصبوغة في الإحرام، والبخاري في اللباس، باب النعال السبئية وغيرها. ومسلم في الحج، باب ما يباح للمحرم وما لا يباح.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب لبس الثياب المصبوغة في الإحرام.

[البقرة: 197] والرفث⁽¹⁾ إتيان النساء ومباشرتهن، لقوله تعالى: ﴿أَجَلَ لَكُمْ لَيْلَةَ الْعَصِيَاءِ أَرَفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِيَّاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَّاسٌ لَهُنَّ﴾ [البقرة: 187].

10 - الزواج والتزويج⁽²⁾ والدليل:

أ - عن داود بن حصين أن أبا غطفان بن طريف المرّي أخبره أن أباه طريفاً تزوج امرأة وهو محرم، فردّ عمر بن الخطاب نكاحه⁽³⁾.

ب - عن عمر بن عبيد أنه أرسل إلى أبان بن عثمان، وأبان يومئذ أمير الحج، وهما محرمان، إني أردت أن أنكح طلحة بن عمر بنت شيبه بن جبير، وأردت أن تحضر ذلك فأنكر ذلك عليه وقال: سمعت عثمان بن عفان يقول: قال رسول الله ﷺ: لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب⁽⁴⁾.

ج - عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار سئلوا عن نكاح المحرم، فقالوا: لا ينكح المحرم ولا ينكح⁽⁵⁾.

د - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: لا ينكح المحرم، ولا يخطب على نفسه ولا على غيره⁽⁶⁾.

وأما ما روي عن ابن عباس أنه قال: تزوج النبي ﷺ ميمونة وهو محرم⁽⁷⁾. فإن قول ابن عباس غير صحيح. والدليل:

أ - عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار، فزوجه ميمونة بنت الحرث، ورسول الله بالمدينة قبل أن يخرج⁽⁸⁾. ورواية أبي رافع أولى، لأنه الذي باشر القضية وهو بها أعلم من ابن عباس⁽⁹⁾.

ب - عن ميمونة رضي الله عنها قالت: تزوجني رسول الله ﷺ ونحن حلالان بسرف⁽¹⁰⁾. وهي أعلم بحالها وحال النبي، ولا سيما وقد ذكرت مكان العقد بسرف⁽¹¹⁾. وقد قال

(1) المنتقى 6/3.

(2) ذكر هذه المسألة محمد بن جزي الكلبي في كتابه القوانين الفقهية ص 142. ط الدار العربية للكتاب.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم. ومسلم في النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم.

(7) أخرجه البخاري في الحج، باب تزويج المحرم. ومسلم في النكاح. باب تحريم نكاح المحرم.

(8) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم.

(9) المنتقى 2/238 ومفتاح الوصول ص 98.

(10) أخرجه أبو داود في المناسك، باب المحرم يتزوج. والترمذي في الحج، باب في كراهية تزويج

المحرم.

(11) المنتقى 2/238.

سعيد بن المسيب وهم ابن عباس في تزويج ميمونة وهو محرم⁽¹⁾.

على أنه يمكن الجمع بين هذه الأخبار المتعارضة من وجهين:

أحدهما: أن يكون ابن عباس أخذ في ذلك بمذهبه في أن من قلد هديه فقد صار محرماً بالتقليد. فلعله علم بنكاح النبي بعد أن قلد النبي ﷺ هديه وقبل أن يحرم، فقال تزويجها محرماً، لما اعتقد أنه محرم بتقليد الهدى.

الثاني: أن يكون أراد بالمحرم في الأشهر الحرم، فإنه يقال لمن دخل في الأشهر الحرم أو الأرض الحرم محرماً.

وبذلك يتم الجمع بين الأخبار⁽²⁾.

11 - التعرض لشجر الحرم - الذي شأنه أن ينبت بنفسه -، بقطع أو قلع أو إتلاف إلا الإذخر. والدليل⁽³⁾: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: إن الله حرم مكة، فلم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يختلئ خلاها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف، قال العباس: إلا الإذخر يا رسول الله، لصاغتنا وقبورنا فقال: إلا الإذخر⁽⁴⁾. وكذلك يستثنى السنا، والسواك، والعصا، وما قصد السكنى بموضعه، وما قطع لإصلاح الحوائط والبساتين، ولا جزاء فيما حرم قطعه.

12 - التعرض للحيوان البري وليبضه، وإن تأنس، كالغزال والطيور التي تألف البيوت والناس، أو كان لا يؤكل كالخنزير؛ فلا يجوز اصطياده، ولا التسبب في اصطياده. والدليل⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الْبُيُوتُ آمِنًا وَلَا يَخَافُنَّ فِيهَا الْقِتَالَ وَلَا تَنفِرُ فِيهَا وَمَا يَحْرَمُ عَلَيْكُمْ فِيهَا مَا يَحْرَمُ عَلَيْكُمْ فِي الْبُيُوتِ وَاللَّيْلَةُ وَالنَّيْتُ وَاللَّيْلَةُ وَالنَّيْتُ وَاللَّيْلَةُ وَالنَّيْتُ﴾ [المائدة: 95]. والآية عامة في كل صيد، سواء كان مأكولاً أو غير مأكول، سباعاً أو غير سبع، ضارياً أو غير ضار، صائلاً أو ساكناً، بحرياً أو برياً⁽⁶⁾. ثم خصصها قوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَعَةً لَكُمْ وَاللَّيْلَةُ وَالنَّيْتُ﴾ [المائدة: 96] فقد أباحت هذه الآية للمحرم صيد البحر.

ب - قوله تعالى: ﴿أُولَئِكَ يَرَوْنَ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا﴾ [العنكبوت: 67].

ج - عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال يوم الفتح: إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السماوات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب المحرم يتزوج.

(2) المنتقى 2/238. (3) المنتقى 3/76.

(4) أخرجه البخاري في الحج، باب لا ينفر صيد الحرم. ومسلم في الحج، باب تحريم مكة وتحريم صيدها.

(5) بداية المجتهد 1/486. (6) أحكام ابن العربي 2/666.

(7) أخرجه مسلم في الحج، باب تحريم مكة وتحريم صيدها.

د - عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: إن الله حرم مكة، فلم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يختلي خلاها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف⁽¹⁾.

وإذا كان أحد يملك الصيد قبل إحرامه، فإنه يزول ملكه عنه بالإحرام أو بالحرم، ويجب إرساله؛ ومحلّ زوال ملكه عنه ووجوب إرساله، إذا كان معه حين الإحرام أو دخوله الحرم، مصاحباً له في قفص أو بيد خادمه، أما إن كان موجوداً ببيت، فلا يزول ملكه عنه، ولا يجب إرساله عند الإحرام، ولو أحرم من بيته.

وإذا حرم تعرض المحرم للبرّي، فلا يجوز له - ما دام محرماً - أن يستجدّ ملك حيوان بري، بشراء أو صدقة أو هبة أو إقالة، ولا أن يقبله وديعة.

وخصصت السنّة من عموم الآية: الفأرة، والحية، والعقرب، والحدأة، والغراب، والسباع العادية، والدليل⁽²⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح، الغراب، والحدأة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور⁽³⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: خمس قتلهنّ حلال في الحرم، الحية، والعقرب، والحدأة، والفأرة، والكلب العقور⁽⁴⁾.

ويلحق بالفأرة كل ما يقرض الثياب من الدواب، ويلحق بالحية والعقرب الزنبور - وهو ذكر النحل -، ويلحق بالحدأة كل ما يخطف الطعام، ويلحق بالكلب العقور السباع، كالأسد والذئب والنمر والفهد.

والطير إذا خيف منه على النفس والمال يجوز قتله، لدفع شره، لا بقصد ذكاته، إذا كان لا يندفع إلا بقتله. ويشترط في السباع أن تكون قد كبرت وبلغت حدّ الإيذاء، أما إذا كانت صغيرة فلا تقتل. ويجوز للحلّ قتل الوزغ بالحرم، أمّا المحرم به أو بغيره فلا يجوز له قتله.

ودليل الإلحاق في الحيوانات التي لم تذكر في الأحاديث: أنّ النبي ﷺ نّه بالتي ذكرها من باب ذكر الخاص الذي يراد به العام. والعام المراد به من الحديث هو ما اشترك مع أحد المذكورات في العلة أو دخل في جنسها⁽⁵⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) أحكام ابن العربي 2/666.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما يقتل المحرم من الدواب. والبخاري في جزاء الصيد، باب ما يقتل المحرم من الدواب. ومسلم في الحج، باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحلّ والحرم.

(4) أخرجه أبو داود في المناسك، باب ما يقتل المحرم من الدواب، والترمذي في الحج، باب ما يقتل المحرم من الدواب.

(5) أحكام ابن العربي 2/666 ومفتاح الوصول ص80.

فالفأرة يلحق بها غيرها بعلّة إفساد متاع النَّاس وطعامهم، بالقرض؛ والحدأة يلحق بها غيرها بعلّة خطف طعامهم⁽¹⁾؛ والكلب العقور يلحق به السباع بعلّة الافتراس بطريق الأولى، أو لأن السباع يقع عليها اسم الكلب العقور، فهي من جنس واحد⁽²⁾؛ والحية يلحق بها العقرب والزنبور بعلّة اللسع⁽³⁾.

والإحرام المعتبر في حكم الصيد: إحرام المكان - أي الحرم المكي -، وإحرام النسك - أي الحج والعمرة -؛ فالموجود بالحرم المكي يحرم عليه الصيد، ولو لم يكن محرماً بحج أو عمرة؛ والمحرّم بحج أو عمرة يحرم عليه الصيد، ولو لم يكن بالحرم. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: 95]. قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في شرح الآية: «يجوز أن يراد به محرمون، فيكون تحريماً للصيد على المحرم، سواء كان في الحرم أم في غيره، ويكون صيد الحرم لغير المحرم ثابتاً بالسنة؛ ويجوز أن يكون المراد به محرمون وحالون في الحرم، ويكون من استعمال اللفظ في معنيين يجمعهما قدر مشترك وهو الحرمة»⁽⁴⁾.

ب - عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إن الله حرّم مكة، فلم تحلّ لأحد قبلي، ولا تحلّ لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يختلّي خلالها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرّف، قال العباس: إلا الإذخر لصاغتنا وقبورنا فقال: إلا الإذخر⁽⁵⁾.

ويدخل في البري الضفدع والسلحفاة، فإنها يحرم صيدها، لأنه قد تعارض فيها دليلان، دليل تحريم ودليل تحليل، فيغلب دليل التحريم احتياطاً⁽⁶⁾.

13 - التعرض لصيد حرم المدينة، لكن لا جزاء فيه إن قتل، ويحرم أكله. وكذلك التعرض لشجرها، وهو ما نبت بنفسه. ودليل تحريم المدينة⁽⁷⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: حرّم ما بين لابتي المدينة على لساني⁽⁸⁾.

ب - عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إن إبراهيم حرّم مكة، وإتي حرّمت المدينة، ما بين لابتيها، لا يقطع عضائها، ولا يصاد صيدها⁽⁹⁾.

(1) المنتقى 2/ 261 وعارضة الأحوذى 4/ 64 وكشف المغفل ص 202.

(2) نفس المصادر.

(3) التحرير والتنوير 6/ 80.

(4) سبق تخريجه.

(5) أحكام ابن العربي 2/ 690.

(6) الإشراف 1/ 244 والمنتقى 2/ 252 وأحكام ابن العربي 2/ 689.

(7) أخرجه البخاري في الحج، باب حرم المدينة. ومسلم في الحج، باب فضل المدينة.

(8) أخرجه مسلم في الحج، باب فضل المدينة.

ودليل عدم الجزاء في صيد المدينة:

- عن علي رضي الله عنه قال: ما عندنا شيء إلا كتاب الله، وهذه الصحيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم: المدينة حرم ما بين عائر إلى كذا، من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل... (1).

وجه الاستدلال أنه أرسل الوعيد الشديد عليه ولم يذكر كفارة (2). ولو كان حرم المدينة كحرم مكة، ما جاز دخولها إلا بإحرام (3).

مكروهات الإحرام:

- 1 - شدّ النفقة بالعضد أو الفخذ، وسيأتي جوازه بالوسط على الجلد، لا على الإزار.
 - 2 - كبّ المحرم وجهه على وسادة ونحوها، لا وضع خده عليها.
 - 3 - شمّ طيب مذكّر، وهو ما خفي أثره كريحان وورد وباسمين وسائر أنواع الرياحين، لا مجرد مسّه فلا يكره، كما لا يكره المكث بمكان فيه ذلك ولا استصحابه.
 - 4 - المكث بمكان به طيب مؤنث، كمسك وعطر وزعفران، كما يكره شمه بلا مسّ، وإلا حرم.
 - 5 - استصحاب الطيب المؤنث، في الخرج أو في الصندوق.
 - 6 - الحجامة بلا عذر، إن لم تُزل شعراً، وإلا حرمت وافتدى الحاجم مطلقاً، أي إن أزال الشعر، أزاله لعذر أم لا. ودليل عدم حرمة الحجامة:
- أ - عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم فوق رأسه، وهو يومئذ بلحي جمل، مكان بطريق مكة (4).
- ب - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: لا يحتجم المحرم إلا أن يضطر إليه، مما لا بدّ منه (5).
- 7 - غمس المحرم رأسه في ماء، وذلك خيفة قتل دوابه، وهذا لغير غسل واجب أو مندوب أو مسنون. كما يكره تجفيف الرأس بقوة خوف قتل الدواب، أما تجفيفه بخفة فيجوز. ودليل عدم حرمة ما ذكر:
- أ - عن عبد الله بن حنين أنّ عبد الله بن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا

(1) أخرجه البخاري في الحج، باب حرم المدينة. ومسلم في الحج، باب فضل المدينة.

(2) أحكام ابن العربي 2/ 689. (3) نفس المصدر.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب حجامة المحرم. والبخاري في جزاء الصيد، باب الحجامة للمحرم. ومسلم في الحج، باب جواز الحجامة للمحرم.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب حجامة المحرم.

بالأبواء فقال عبد الله: يغسل المحرم رأسه، وقال المسور بن مخرمة: لا يغسل المحرم رأسه، فأرسلني عبد الله بن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري قال: فوجدته يغتسل بين القرنين، وهو مستتر بثوب، فسلمت عليه، فقال: من هذا؟ فقلت: أنا عبد الله بن حنين أرسلني عبد الله بن عباس أسألك: كيف كان رسول الله ﷺ يغسل رأسه وهو محرم؟ قال: فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأه حتى بدا لي رأسه، ثم حرّك رأسه بيديه، فأقبل بهما وأدبر، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعل⁽¹⁾.

ب - عن عطاء بن أبي رباح أنّ عمر بن الخطاب قال ليعلى بن أمية وهو يصب على عمر بن الخطاب ماء، وهو يغتسل: أصيب على رأسي، فقال: أتريد أن تجعلها بي، إن أمرتني صببت. فقال له عمر بن الخطاب: أصيب فلا يزيد الماء إلا شعثاً⁽²⁾.

8 - النظر في المرأة: ودليل عدم حرمة النظر في المرأة: ما روي عن أيوب بن موسى أنّ عبد الله بن عمر نظر في المرأة، لشكوه كان بعينه، وهو محرم⁽³⁾.
ووجه الكراهة الخوف من أن يرى شعثاً فيصلحه.

جائزات الإحرام:

- 1 - التظلل ببناء، وخيمة، وشجر، ومحمل، ومحفة.
- 2 - اتقاء شمس أو ريح أو مطر أو برد، عن الوجه والرأس، باليد أو بشيء مرتفع، من ثوب أو غيره، بلا لصوق.
- 3 - حمل شيء على الرأس لحاجة، بلا تجارة، وإلا منع، وافتدى.
- 4 - شدّ المحرم حزاماً بشرطين: أن يشده على جلده، لا على إزاره أو ثوبه؛ وأن يكون لنفقته التي ينفقها على نفسه وعياله، لا لنفقة غيره، إلا تبعاً، ولا لتجارة؛ فإن شدّها لا لنفقته، بل للتجارة، أو لغيره، أو فارغة، أو شدّها على إزاره، فعليه الفدية.
- 5 - حكّ ما خفي من البدن برفق، خوفاً من قتل قملة. فعن أبي علقمة عن أمه أنها قالت: سمعت عائشة زوج النبي ﷺ تسأل عن المحرم، أيحك جسده، فقالت: نعم فليحككه⁽⁴⁾. أما ما ظهر من البدن، فيجوز حكه مطلقاً، إذا لم يكن فيه قملة.
- 6 - فجر جرح أو دمّل، لإخراج ما فيه، من قيح ونحوه.
- 7 - الفصد لحاجة بدون عصابة، وإلا افتدى إن عصبه بعصابة ولو لضرورة، كما

(1) أخرجه مالك في الحج، باب غسل المحرم. والبخاري في جزاء الصيد، باب الإغتسال للمحرم.

ومسلم في الحج، باب جواز غسل المحرم بدنه ورأسه.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب غسل المحرم.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أن يفعله.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أن يفعله.

تلزم الفدية بعصب جرح أو دمل أو رأس، أو وضع قطنة بأذن أو قرطاس على الصدغ ولو لضرورة.

8 - إبدال الثوب الذي أحرم فيه بثوب آخر، ولو لقمل في الثوب الأول. وكذلك يجوز بيعه ولو لقمل به.

9 - دخول الحمام ولو طال المكث فيه حتى عرق، إلا إذا أزال عن جسده الوسخ فعليه الفدية.

10 - يجوز للمحرم غسل الثوب الذي أحرم به، لأجل نجاسة، بالماء الطهور فقط، دون صابون ونحوه، ولا شيء عليه حينئذ لو قتل ما به من قمل أو برغوث، إذا تحقق وجودها أو شك فيه. وإن تحقق عدم وجود هذه الدواب جاز غسله مطلقاً، سواء كان الغسل للترفة أو لوسخ أو لنجاسة، وسواء غسله بالماء فقط أو مع صابون.

فإن لم يكن الغسل لنجاسة، بل كان لوسخ أو لترفة، وكان به القمل، أو شك في وجوده، فلا يجوز غسله، كان بالماء فقط أو مع غيره، فإن غسله وقتل شيئاً منها أخرج ما فيه من الفدية.

وكذا إذا كان الغسل لنجاسة، وكان بالماء مع الصابون، مع تحقق وجود القمل، أو الشك فيه، فلا يجوز، فإن غسله وقتل شيئاً أخرج ما فيه من الفدية.



الركن الثاني: السعي بين الصفا والمروة:

دليل ركنية السعي:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا وَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَإِنَّ اللَّهَ شَاكِرٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 158]. فالآية تدلّ على وجوب السعي بين الصفا والمروة، بالإخبار عنهما، بأنهما من شعائر الله⁽¹⁾.

أما قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾. فإن نفي الجناح عن الذي يطوّف بين الصفا والمروة، لا يدلّ على أكثر من كونه غير منهي عنه، فيصدق بالمباح والمندوب والواجب والركن، لأن المأذون فيه يصدق بجميع المذكورات، فيحتاج في إثبات حكمه إلى دليل آخر⁽²⁾. وقد ثبت حكمه⁽³⁾ بقوله: ﴿مِن شَعَائِرِ اللَّهِ﴾ وإنهما مما أمرنا بتعظيمه في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ وَمَن يُعْظَمَ شَعِيرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾ [الحج: 32].

(1) المقدمات ص 293 والتحريير والتنوير 63/2. (2) التحريير والتنوير 62/2.

(3) المتقى 302/2.

وصيغة الآية بنفي الجناح تدلّ على إباحة الفعل، أما صيغة إباحة ترك الفعل فتكون هكذا: «لا جناح عليك ألا تفعل». والسبب في الإتيان بهذه الصيغة أنّ ناساً من الأنصار كانوا يتحرّجون من الطواف بين الصفا والمروة في الجاهلية، لأن إسافاً ونائلة الصنمين كانا قد وضعا عليهما، وهم كانوا يعبدون مناة، ولا يهلّون لإساف ونائلة. فلما جاء الإسلام تركوا عبادة مناة، وتركوا السعي بين الصفا والمروة، لأنهم كانوا تاركيه من قبل، ولأنهم كانوا يظنون أنه من مآثر الشرك⁽¹⁾، فأعلمهم الله تعالى أنّ الطواف ليس بمحظور، إذا لم يقصد الطائف قصداً باطلاً، ورفعت عنهم الحرج بالإخبار أنّ الطواف من معالم الحجّ ومناسكه ومشروعاته لا من مواضع الكفر⁽²⁾. وبذلك صرّحت عائشة في تفسير الآية، فعن عروة بن الزبير أنه قال: قلت لعائشة أم المؤمنين وأنا يومئذ حديث السنّ: رأيت قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن سَعَابِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ فما على الرجل شيء أن لا يطوّف بهما؟ قالت عائشة: كلاً لو كان كما تقول لكانت: فلا جناح عليه أن لا يطوّف بهما، إنما أنزلت هذه الآية في الأنصار، كانوا يهلّون لمناة، وكانت مناة حذو قديد، وكانوا يتحرّجون أن يطوفوا بين الصفا والمروة، فلما جاء الإسلام سألوا رسول الله عن ذلك، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن سَعَابِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾⁽³⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿وَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَإِنَّ اللَّهَ شَاكِرٌ عَلِيمٌ﴾. فإنّ التطوّع يطلق بمعنى فعل الطاعة وتكليفها، ويطلق على معنى التبرّع. قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في تفسيره: «ولما كانت الجملة تديلاً فليس فيها دلالة على أنّ السعي من التطوّع أي من المندوبات، لأنها لإفادة حكم كليّ بعد ذكر تشريع عظيم، على أنّ - تطوّع - لا يتعيّن لكونه بمعنى تبرّع، بل يحتمل معنى أتى بطاعة أو تكلف طاعة»⁽⁴⁾.

ومن أدلة فرضية السعي أيضاً:

ب - فعل النبي ﷺ له⁽⁵⁾، وأفعاله محمولة على الوجوب⁽⁶⁾، سيما وقد قال: خذوا عني مناسككم. فصار فعله ﷺ إياه بياناً لمجمل الحج⁽⁷⁾. قال صاحب التحرير:

(1) أحكام ابن العربي 48/1 وكشف المغطى ص 209.

(2) أحكام ابن العربي 48/1.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب جامع السعي. والبخاري في الحج، باب وجوب الصفا والمروة، وجعل من شعائر الله. ومسلم في الحج، باب بيان أنّ السعي بين الصفا والمروة ركن لا يصحّ الحج إلا به.

(4) التحرير والتنوير 64/2.

(5) التحرير والتنوير 64/2.

(6) أحكام القرطبي 183/2.

(7) بداية المجتهد 466/1.

فلما تردد فعله بين السنّة والفرضية قال مالك بأنه فرض، قضاء لحق الاحتياط، قال لي شيخنا محمد الأخوة: فهذا هو دليل الوجوب، ذلك أن فعله ﷺ دائر بين الوجوب والسنّة، وحمله على الوجوب حيث لا دليل على السنّة، هو طريق براءة الذمة.

ج - قوله ﷺ: اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي⁽¹⁾. وأمره ﷺ يحمل على الوجوب⁽²⁾.

د - القياس على الوقوف وطواف الإفاضة، لأنه فعل بسائر البدن، ليس له مثل مفروض⁽³⁾.

شروط صحة السعي:

1 - أن يتقدمه طواف صحيح، ولا فرق بين أن يكون الطواف واجباً كطواف القدوم، أو ركناً كطواف الإفاضة، أو نفلاً؛ فإن سعى المحرم من غير تقديم طواف صحيح عليه لم يعتد به.

2 - أن يبدأ بالصفاء ويختم بالمرورة، فإن بدأ بالمرورة ألغى الشوط. والدليل: - عن جابر بن عبد الله أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول حين خرج من المسجد وهو يريد الصفا، وهو يقول: نبدأ بما بدأ الله به، فبدأ بالصفاء⁽⁴⁾.

3 - أن يكون عدد أشواط السعي سبعة. والسعي من الصفا إلى المرورة يعدّ شوطاً، والرجوع من المرورة إلى الصفا يعدّ شوطاً ثانياً.

4 - الموالاة بين الأشواط.

واجبات السعي:

1 - أن يقع بعد طواف واجب، كالقدوم والإفاضة. والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ حين قدم مكة طاف بالبيت سبعا، فقرأ: ﴿وَأَحْذَرُوا مِنْ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُّمَلًّا﴾، فصلى خلف المقام، ثم أتى الحجر فاستلمه ثم قال: نبدأ بما بدأ الله به، فبدأ بالصفاء وقرأ ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ﴾⁽⁶⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كان إذا طاف في الحج أو العمرة، أول

(1) أخرجه الإمام أحمد في المسند 421/6 و422.

(2) الإشراف 229/1 والمتقى 301/2 والتحرير والتنوير 63/2. وعارضة الأحوذى 96/4، وأحكام القرطبي 183/2.

(3) التحرير والتنوير 63/2.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب البدء بالصفاء في السعي. ومسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(5) المتقى 298/2.

(6) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء أنه يبدأ بالصفاء قبل المرورة، وأبو داود في المناسك، باب في صفة حجة النبي ﷺ.

ما يقدم يسعى ثلاثة أطواف، ومشى أربعة، ثم سجد سجدتين، ثم يطوف بين الصفا والمروة⁽¹⁾.

2 - أن يقع تقديمه على الوقوف بعرفة، بأن يوقعه عقب طواف القدوم، إن كان المحرم ممن يجب عليه طواف القدوم؛ فإن لم يكن ممن يجب عليه طواف القدوم، أخره عقب طواف الإفاضة، ليقع بعد طواف واجب؛ فإن قَدِمَ السعي بأن أوقعه بعد طواف نفل، أعاده وجوباً بعده - أي بعد الإفاضة - بدون إعادة الإفاضة، إن كان الفصل يسيراً؛ فإن طال الزمن وجب إعادة الإفاضة له، وإعادة السعي بعدها، ما دام بمكة، ولا يجبره دم، بل يلزمه الإتيان به بعد الإفاضة؛ فإن تباعد عن مكة بحيث لم يمكنه إعادته لزمه دم، ولا يجب عليه الرجوع له، لأنه لم يترك ركناً، وإنما أتى بأصل الركن، وهو السعي بعد طواف غير واجب، وإنما فوت واجباً، وهو إيقاعه بعد طواف واجب، والواجب ينجز بدم.

وإذا أحر السعي عن شهر ذي الحجة، وأوقعه في المحرم، فعليه دم، لأنه فعل ركناً في غير أشهر الحج.

3 - المشي للمقادر، فإن كان المحرم قادراً على المشي، لكنه ركب أو حمل، فقد لزمه دم إن لم يعده والدليل:

أ - ما روي عن النبي ﷺ أنه سعى ماشياً⁽²⁾، وأفعاله تحمل على الوجوب⁽³⁾.

ب - عن هشام بن عروة أن سودة بنت عبد الله بن عمر كانت عند عروة بن الزبير، فخرجت تطوف بين الصفا والمروة في حج أو عمرة ماشية، وكانت امرأة ثقيلة، فجاءت حين انصرف الناس من العشاء، فلم تقض طوافها حتى نودي بالأولى من الصبح، فقضت طوافها فيما بينها وبينه، وكان عروة إذا رآهم يطوفون على الدواب ينهاتهم أشد النهي، فيعتلون له بالمرض حياء منه، فيقول لنا فيما بيننا وبينه: لقد خاب هؤلاء وخسروا⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن سودة لم تترخص بالركوب⁽⁵⁾.

ج - عن ابن أبي مليكة أنه قال لعائشة رضي الله عنها: أي أمتاه، ما منعك من العمرة عام

(1) أخرجه البخاري في الحج، باب من طاف بالبيت إذا قدم مكة. ومسلم في الحج: باب استحباب الرمل في الطواف والعمرة.

(2) عن جابر أن رسول الله ﷺ كان إذا نزل من الصفا والمروة، مشى. حتى إذا انصبت قدماه في بطن الوادي. سعى حتى يخرج منه. أخرجه مالك في الحج، باب جامع السعي. ومسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(3) المنتقى 2/302.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب جامع السعي.

(5) المنتقى 2/302.

الأول فقد انتظرناك، فقالت: الصفا والمروة لا أستطيع أن أمشي بينهما، وأكره أن أركب بينهما⁽¹⁾.

أما العاجز فلا دم عليه، ولا إعادة إذا ركب أو حمل. ومحل وجوب الدم على غير العاجز، إذا لم يعده، وكان قد خرج من مكة، فإن أعاده ماشياً بعد الرجوع له، فلا دم عليه. فإن لم يخرج من مكة فهو مطلوب بإعادته ماشياً، ولو طال الزمن، ولا يجزيه الدم.

سنن السعي:

1 - تقبيل الحجر الأسود، قبل الخروج له، وبعد صلاة ركعتي الطواف والدليل⁽²⁾:

- ما روي أن رسول الله ﷺ كان إذا قضى طوافه بالبيت، وركع الركعتين، وأراد أن يخرج إلى الصفا والمروة، استلم الركن الأسود قبل أن يخرج⁽³⁾.

2 - الرقي على الصفا والمروة للرجل، وتحصل السنة بمطلق الرقي، ولو في الأسفل. والمرأة لا يسن لها الصعود، إلا إذا خلا الموضع من الرجال، وإلا وقفت أسفلهما، ولا يجوز لها مزاحمة الرجال.

3 - الإسراع بين العمودين الأخضرين الملاصقين لجدار المسجد، إسراعاً فوق الرمل ودون الجري، وذلك في الذهاب وفي الرجوع. فعن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ كان إذا نزل من الصفا مشى، حتى إذا انصبت قدماه في بطن الوادي، سعى حتى يخرج منه⁽⁴⁾.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سئل: هل رأيت النبي ﷺ رمل بين الصفا والمروة، فقال: كان في جماعة من الناس فرملوا، فلا أراهم رملوا إلا برمله⁽⁵⁾.

4 - الدعاء على الصفا والمروة، سواء رقي عليهما أم لا. والدليل: ما روي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ كان إذا وقف على الصفا يكبر ثلاثاً، ويقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو، ويصنع على المروة مثل ذلك⁽⁶⁾. وليس في ذلك دعاء مؤقت.

(1) ذكره الباجي في المنتقى 302/2. (2) المنتقى 305/2.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب الاستلام في الطواف - ومسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب جامع السعي. ومسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(5) أخرجه النسائي في المناسك، باب الرمل بينهما.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب البدء بالصفا في السعي. ومسلم في الحج. باب حجة النبي ﷺ.

مندوبات السعي:

- 1 - المرور بزمزم للشرب منها، قبل الخروج إلى السعي، وبعد تقبيل الحجر المسنون له.
- 2 - الطهارة من الحدث والخبث للمحرم. فإن انتقض وضوؤه أو تذكر حدثاً أو أصابه حقن، ندب له أن يتوضأ ويبنى، وليس اشتغاله بالوضوء من جديد مما يخلّ بالموالاة الواجبة في السعي.
- أما قوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها: افعلي ما يفعل الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهري⁽¹⁾. فإنه لا يدلّ على وجوب الطهارة للسعي بين الصفا والمروة، وإنما معناه أن السعي لا يكون إلاّ بإثر طواف، وإذا لم يمكن للحائض الطواف بالبيت لم يمكنها السعي، ولو طرأ على امرأة الحيض بعد إتمام الطواف لصحّ سعيها⁽²⁾.
- 3 - ستر العورة.
- 4 - الوقوف على الصفا والمروة دون الجلوس، فهو مكروه أو خلاف الأولى.



الركن الثالث: الحضور بعرفة ليلة النحر:

الركن الثالث: هو الحضور بعرفة ليلة النحر. ولا بدّ من مباشرة الأرض أو ما اتصل بها، فلا يكفي الوقوف في الهواء. ويتحقق الركن ولو بالمرور بعرفة، لكن بشرطين في الماز: أن يعلم أنه بعرفة، وأن ينوي الحضور الركن. أما من استقر وأطمأنّ فلا يشترط فيه العلم ولا النية، ولو كان مغمى عليه. والدليل على أنّ الوقوف بعرفة ركن⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَقْبَضْتُم مِّنْ عَرَفَاتٍ﴾ [البقرة: 198].

ووجه الاستدلال أنّ ذكر - عرفات - باسمه تنويه به، يدلّ على أنّ الوقوف به ركن، إذ لم يذكر من المناسك باسمه غير عرفة والصفا والمروة، وفي ذلك دلالة على أنّهما من الأركان⁽⁴⁾.

ب - عن عبد الرحمن بن يعمر أنّ ناساً من أهل نجد أتوا رسول الله ﷺ وهو

(1) أخرجه مالك في الحج، باب دخول الحائض مكّة. والبخاري في الحج، باب تقضي الحائض المناسك كلّها إلا الطواف بالبيت.

(2) المنتقى 2/ 224. (3) بداية المجتهد 1/ 468 والعارض 4/ 115.

(4) التحرير والتنوير 2/ 239.

بعرفة فسألوه فأمر منادياً فنادى: الحجّ عرفة، من جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر، فقد أدرك الحجّ⁽¹⁾.

وشرط الركنية الوقوف بليل، فلا يجزىء الوقوف نهاراً عن الركن. والدليل⁽²⁾:

أ - فعل النبي ﷺ، وأفعاله على الوجوب، وقد قال: خذوا عني مناسككم⁽³⁾.

فغن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى الموقف، فجعل بطن ناقته القصواء إلى الصخرات، وجعل جبل المشاة بين يديه، فاستقبل القبلة، فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلاً، حين غاب القرص⁽⁴⁾.

وعن المسور بن مخزومة قال: خطبنا رسول الله ﷺ بعرفة، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: إنّ أهل الشرك والأوثان، كانوا يدفعون من ههنا عند غروب الشمس، حتى تكون الشمس على رؤوس الجبال، مثل عمائم الرجال على رؤوسها، وهدينا مخالف هديهم⁽⁵⁾.

وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: وقف رسول الله ﷺ بعرفة فقال: هذه عرفة وهذا هو الموقف، وعرفة كلها موقف، ثم أفاض حين غربت الشمس⁽⁶⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة، قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج، ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة، من قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج⁽⁷⁾.

ج - عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال: من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة، ولم يقف بعرفة، فقد فاته الحج، ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر، فقد أدرك الحج⁽⁸⁾.

ويحصل الركن بحضور الحاج على أية حالة كانت، ولو بالمرور بعرفة، ولو مغمى عليه أو نائماً؛ لكن يشترط في المارّ الذي لم يستقر ولم يطمئن أن يعلم أنه بعرفة، وأن ينوي بحضور الركن. أمّا من استقرّ واطمأن في أي جزء منه، فلا يشترط فيه العلم والنية.

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب من لم يدرك عرفة. والترمذي في الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج.

(2) المنتقى 20/3 والإشراف 1/231 وبداية المجتهد 1/471.

(3) أخرجه مسلم في الحج، باب استحباب رمي جمره العقبة يوم النحر.

(4) أخرجه مسلم في الحج، باب حجّة النبي ﷺ. وأبو داود في المناسك، باب صفة حجّة النبي ﷺ.

(5) أخرجه البيهقي في الحج، باب الدفع من المزدلفة.

(6) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء أن عرفة كلها موقف.

(7) أخرجه مالك في الحج، باب وقوف من فاته الحج بعرفة.

(8) أخرجه مالك في الحج، باب وقوف من فاته الحج بعرفة.

ويكفي الحضور في أي جزء من أجزاء عرفات. والدليل:

أ - عن مالك أنه بلغه أنّ رسول الله ﷺ قال: عرفة كلها موقف، وارتفعوا عن بطن عرنة. والمزدلفة كلها موقف، وارتفعوا عن بطن محسر⁽¹⁾.

ب - عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول: اعلّموا أن عرفة كلها موقف إلا بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف، إلا بطن محسر⁽²⁾.

قال الشيخ الأستاذ محمد الأخوة: وعليه فمن مرّ بعرفة وهو في طائرة مروحية مثلاً، لا يعتبر قد حصل الركن.

واجبات الوقوف بعرفة:

1 - يجب في الوقوف الركن الطمأنينة بقدر الجلسة بين السجدين، قائماً أو جالساً أو راكباً، فإن ترك الطمأنينة لزمه دم.

2 - الوقوف بعرفة بعد الزوال: يجب أن يقف الحاج جزءاً من النهار بعد الزوال، فإن لم يفعل لزمه دم. والدليل:

- فعل الرسول ﷺ. فعن جابر رضي الله عنه قال: فلما كان يوم التروية، ووجهوا إلى منى، أهلوا بالحج، فركب رسول الله ﷺ، فصلّى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح، ثم مكث قليلاً حتى طلعت الشمس، وأمر بقبة له من شعر فضربت بنمرة، فسار رسول الله ﷺ، ولا تشك قريش أنّ رسول الله ﷺ واقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة، كما كانت قريش تصنع في الجاهلية، فأجاز رسول الله حتى أتى عرفة، فوجد القبة قد ضربت بنمرة، فنزل بها⁽³⁾.

الخطأ في الرؤية:

يجزىء الوقوف ليلة الحادي عشر، إذا أخطأ أهل الموقف، بأن لم يروا الهلال لعذر، من غيم أو غيره، فأتوا عدّة ذي القعدة ثلاثين يوماً، ووقفوا يوم العاشر، وفي اعتقادهم أنه التاسع، فإنه يجزئهم؛ أما الذين لا يجزئهم فهم:

- المتعمد.

- إذا أخطأ بعض أهل الموقف.

- إذا وقف أهل الموقف في اليوم الثامن أو الحادي عشر.

ومن رأى الهلال وردت شهادته، فإنه يلزمه الوقوف في وقته كالصوم.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب الوقوف بعرفة والمزدلفة. ومسلم في الحج، باب ما جاء أن عرفة كلها موقف.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب الوقوف بعرفة والمزدلفة.

(3) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجّة النبي ﷺ.

سنن الوقوف بعرفة:

1 - خطبتان بمسجد نمرة بعد الزوال، يعلمهم الخطيب فيهما ما عليهم من المناسك، إلى طواف الإفاضة. ثم يؤذن المؤذن لصلاة الظهر، ويقيم الصلاة والإمام جالس على المنبر، بعد الفراغ من خطبته. وهذه الخطبة لا يجعل لها المالكية حكم الخطبة للصلاة، وإنما يجعلون لها حكم التعليم، لأنها ليست للصلاة، ولو كانت للصلاة لوجب أن تشترك مع الصلاة في الوقت، ولوجب أن يؤذن في أول الخطبة كالجمعة⁽¹⁾.

2 - الجمع بين الظهر والعصر، وكذلك لأهل عرفة، بأذان ثانٍ وإقامة للعصر من غير تنفل بينهما. ومن فاته الجمع مع الإمام جمع وحده، وإن تركه فلا شيء عليه، ودليل الجمع⁽²⁾:

- عن جابر رضي الله عنه قال: حتى إذا زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له، فركب صلى الله عليه وسلم حتى أتى بطن الوادي فخطب الناس... ثم أذن بلال، ثم أقام، فصلّى الظهر، ثم أقام، فصلّى العصر، ولم يصل بينهما شيئاً⁽³⁾.

3 - قصر صلاتي الظهر والعصر، إلا لأهل عرفة فإنهم يتمون. والقصر سنة لفعله صلى الله عليه وسلم فقد قصرهما.

مندوبات الوقوف بعرفة:

1 - الوقوف بجبل الرحمة عند الصخرات العظام، لوقوفه بها صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾.

2 - الوضوء، وذلك لأنّ الوقوف من أعظم المشاهد. وليس الوضوء بواجب للمشقة.

3 - الوقوف مع الناس، لأن في جمعهم مزيد الرحمة والقبول.

4 - الوقوف راكباً، لكونه أعون على مواصلة الدعاء، وأقوى على الطاعة.

والأصل في ذلك ما وري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وقف على بعيره، فعن أم الفضل بنت الحارث، أنّ ناساً تماروا عندها يوم عرفة في صيام رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال بعضهم: هو صائم. وقال بعضهم: ليس بصائم، فأرسلت إليه بقدح لبن، وهو واقف على بعيره بعرفة، فشرب⁽⁵⁾.

فإن لم يركب المحرم فقاتم على قدميه، إلا لتعب فيجلس.

5 - الدعاء من خيرى الدنيا والآخرة والتضرع للغروب. فمن طلحة بن عبيد الله بن

(1) المنتقى 36/3.

(2) المنتقى 36/3.

(3) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم.

(4) المنتقى 16/3.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب صيام يوم عرفة، والبخاري في الحج، باب الوقوف على الدابة بعرفة. ومسلم في الصيام، باب استحباب الفطر للحاج بعرفات يوم عرفة.

كريز أن رسول الله ﷺ قال: أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة. وأفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلي: لا إله إلا الله وحده لا شريك له⁽¹⁾.



الركن الرابع: طواف الإفاضة:

دليل فرضيته:

أ - قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴿١٦﴾﴾ [الحج: 29]. استدل بهذه الآية على أنها في طواف الإفاضة: ابن رشد الحفيد⁽²⁾ وابن العربي⁽³⁾ وغيرهما. أما الشيخ محمد الطاهر بن عاشور فإنه لم ير فيها دليلاً على شيء من أفعال الحج، فقد قال⁽⁴⁾: «واعلم أن هذه الآيات حكاية عما كان في عهد إبراهيم، فلا تؤخذ منها أحكام الحج والهدايا في الإسلام» ولم ير أن يكون دليلاً على فرضية طواف الإفاضة إلا السنة والإجماع⁽⁵⁾.

ب - فعله ﷺ. فعن جابر أن رسول الله ﷺ ركب إلى البيت يوم النحر فأفاض⁽⁶⁾.

ج - الإجماع⁽⁷⁾.

وقته:

وقت طواف الإفاضة من طلوع فجر يوم النحر، ويجب أن يكون بعد الرمي، إلى آخر ذي الحجة؛ فإن أخره الحاج عن ذي الحجة، وفعله في المحرم فعليه دم، لأنه فعل الركن في غير أشهر الحج.

فالحاج إذا رمى العقبة، ونحر، وحلق أو قصر، نزل من منى لمكة لطواف الإفاضة. ولا تسن له صلاة العيد بمنى، ولا بالمسجد الحرام، لأن الحاج لا عيد عليه.

شروط صحة الطواف مطلقاً - الإفاضة وغيرها :-

1 - الطهارتان.

يشترط في صحة الطواف طهارة الخبث والحدث كالصلاة. والدليل⁽⁸⁾:

- (1) أخرجه مالك في الحج، باب جامع الحج. والترمذي في الدعوات باب في دعاء يوم عرفة.
- (2) بداية المجتهد 1/463.
- (3) أحكام ابن العربي 3/1284.
- (4) التحرير والتنوير 17/250.
- (5) التحرير والتنوير 2/239.
- (6) أخرجه مسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ. وأبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ.
- (7) التحرير والتنوير 2/239.
- (8) الإشراف 1/228 وبداية المجتهد 1/462.

أ - قوله ﷺ: الطواف بالبيت صلاة⁽¹⁾.

وذلك يوجب له أحكام الصلاة، إلا ما استثناه الدليل.

ب - فعله ﷺ فقد طاف متطهراً⁽²⁾. وقد قال: خذوا عني مناسككم⁽³⁾ فعن عائشة قالت: أول شيء بدأ به رسول الله ﷺ حين قدم مكة، أنه توضأ ثم طاف⁽⁴⁾. وأفعاله ﷺ تحمل على الوجوب⁽⁵⁾.

ج - عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قدمت مكة وأنا حائض، فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة، فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: افعلي ما يفعل الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت ولا بين الصفا والمروة، حتى تطهري⁽⁶⁾.

د - عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله ﷺ: إن صفة بنت حبي قد حاضت فقال رسول الله ﷺ: لعلها تحبسن، ألم تكن طافت معكن بالبيت؟ قلن: بلى. قال: فاخرجن⁽⁷⁾.

هـ - عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين كانت إذا حجت ومعها نساء، تخاف أن يحضن، قدّمتهن يوم النحر فأفّضن، فإن حضن بعد ذلك لم تكن تتظهرن، فتتفر بهن وهن حيض، إذا كنّ قد أفّضن⁽⁸⁾.

و - القياس على الصلاة، لأنها عبادة لها تعلق بالبيت، فوجب أن يكون من شرطها الطهارة مثلها⁽⁹⁾.

2 - ستر العورة: وذلك كالصلاة في حق الذكر والأنثى.

3 - جعل الطائف البيت عن يساره حال الطواف. والدليل: فعله ﷺ، وأفعاله تحمل على الوجوب⁽¹⁰⁾، فعن جابر رضي الله عنه قال: لما قدم النبي ﷺ مكة، دخل المسجد، فاستلم الحجر، ثم مضى على يمينه⁽¹¹⁾. وهذا يقتضي أن يكون البيت على يساره⁽¹²⁾.

(1) أخرجه النسائي في مناسك الحج، باب إباحة الكلام في الطواف.

(2) الإشراف 228/1 وبداية المجتهد 462/1. (3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه البخاري في الحج، باب الطواف على وضوء. ومسلم في الحج، باب بيان أن المحرم بعمرة لا يتحلل بالطواف قبل السعي.

(5) المنتقى 290/2 ومفتاح الوصول ص 85. (6) سبق تخريجه.

(7) أخرجه مالك في الحج، باب إفاضة الحائض. والبخاري في الحيض، باب المرأة تحيض بعد الإفاضة. ومسلم في الحج، باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض.

(8) أخرجه مالك في الحج، باب إفاضة الحائض.

(9) الإشراف 228/1 والمصنف 290/2. (10) المنتقى 284/2.

(11) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ. والترمذي في الحج، باب ما جاء كيف الطواف.

(12) المنتقى 284/2 وجماعة الأحوذى 37/4.

4 - إخراج كل البدن عن الشاذروان: وهو بناء من حجر، ملصق بحائط الكعبة، محدودب. وهو من هواء البيت.

5 - إخراج كل البدن عن حجر إسماعيل: وذلك لأن أصله من البيت، وهو الآن محوط ببناء على شكل قوس تحت ميزاب الرحمة، من الركن العراقي، الذي يلي باب الكعبة، إلى الركن الشامي، طوله نحو ذراعين، ليس ملصقاً بالكعبة، بل له باب من عند العراقي، وباب من عند الشامي، يدخل الداخل من هذا ويخرج من الآخر، والمطاف خارج الحجر. والدليل:

أ - عن عائشة أن النبي ﷺ قال: ألم تري أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم؟ قالت: فقلت: يا رسول الله أفلا تردها على قواعد إبراهيم؟ فقال رسول الله ﷺ: لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت: فقال عبد الله بن عمر: لئن كانت عائشة سمعت هذا من رسول الله ﷺ، ما أرى رسول الله ﷺ ترك استلام الركنين الذين يليان الحجر، إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم⁽¹⁾.

وجه الاستدلال من هذا الحديث، أن ما وقع تحجير الحجر إلا لكي يستوعب الناس الطواف بالبيت. ولو كان الطواف ببعض البيت مجزئاً، لما احتيج إلى تحجيره⁽²⁾.

ب - فعله ﷺ فلقد طاف خارجه⁽³⁾، وقال: خذوا عني مناسككم⁽⁴⁾.

ج - عن ابن شهاب أنه قال: سمعت بعض علمائنا يقول: ما حجر الحجر فطاف الناس من ورائه، إلا إرادة أن يستوعب الناس الطواف بالبيت كله⁽⁵⁾.

وإذا كان خروج البدن شرط صحة، فإن المقبل للحجر الأسود ينصب قامته، بأن يعتدل بعد التقبيل، ثم يطوف، لأنه لو طاف مطأطأً لكان بعض بدنه في البيت، فلا يصح طوافه.

6 - أن يكون الطواف سبعة أشواط: والسبعة أشواط تبتدئ من الحجر إلى الحجر. والدليل على العدد:

- فعله ﷺ⁽⁶⁾. وقال: خذوا عني مناسككم⁽⁷⁾.

فإن زاد الطائف فبلغ ثمانية أو أكثر، قطع الطواف وركع ركعتين للسبعة الكاملة،

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في بناء الكعبة. والبخاري في التفسير، باب قوله تعالى:

﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ﴾. ومسلم في الحج، باب نقض الكعبة وبنائها.

(2) الإشراف 1/ 229. (3) الإشراف 1/ 229.

(4) سبق تخريجه.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في بناء الكعبة.

(6) الإشراف 1/ 228. (7) سبق تخريجه.

ويلغي ما زاد عليها ولا يعتد به. وإن شك هل طاف ثلاثة أشواط أو أربعة، فإنه يبني على الأقل إن لم يكن مستحكماً، فإن كان كذلك بنى على الأكثر.

7 - أن يكون الطواف داخل المسجد، فلا يجزىء خارجه ولا فوق سطحه.

8 - الموالاة: يشترط للطواف أن يكون متوالياً بلا فصل كثير، فإن وقع الفصل كثيراً لحاجة أو لغيرها، ابتداءً من أوله، وبطل ما فعله في البداية.

وإذا أقيمت صلاة الفريضة لإمام راتب، قطع الطائف الطواف وجوباً، ولو كان الطواف ركناً، إذا لم يكن صلى الفريضة، أو كان صلاها منفرداً وكانت مما تعاد؛ ويبني على ما فعله من طوافه بعد السلام وقبل التنفل.

ويندب إكمال الشوط إذا أقيمت الصلاة أثناءه، فإن لم يكمله ابتداءً في موضع توقفه، ويندب له أن يعيد ذلك الشوط.

والمراد بالإمام الراتب إمام مقام إبراهيم. وعلم مما تقدم أن الفصل بصلاة الفريضة لا يبطل الطواف، بخلاف النافلة والجنابة. وكذا لا يبطله الفصل برعاف. ويبني الراعف بعد غسل الدم بالشروط التي تقدمت في الصلاة، من كونه لا يتعدى موضعاً قريباً لأبعد منه، وأن لا يبعد المكان في نفسه، وأن لا يظأ نجاسة.

واجبات الطواف مطلقاً:

1 - ركعتان بعد الفراغ منه. والدليل⁽¹⁾:

عن جابر رضي الله عنه قال: لما قدم النبي ﷺ مكة، دخل المسجد، فاستلم الحجر، ثم مضى على يمينه، فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً، ثم أتى المقام فقال: واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى، فصلى ركعتين، والمقام بينه وبين البيت⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي ﷺ صلى بعد طواف نسكه ركعتين، وأفعاله تحمل على الوجوب⁽³⁾.

ويندب إيقاعهما خلف مقام إبراهيم، بحيث يكون المقام بينه وبين الكعبة. ودليل عدم الوجوب في صلاة الركعتين بالمقام: ما روي عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان لا يجمع بين السبعين لا يصلي بينهما، ولكنه كان يصلي بعد كل سبع ركعتين، فربما صلى عند المقام أو عند غيره⁽⁴⁾.

(1) المتقى 288/2 وأحكام القرطبي 113/2.

(2) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ. والترمذي في الحج، باب ما جاء كيف الطواف.

(3) المتقى 288/2.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب ركعتا الطواف.

ويندب القراءة فيهما بـ «الكافرون» في الركعة الأولى، ثم «الإخلاص» في الثانية، والدليل: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما انتهى إلى مقام إبراهيم قرأ: ﴿وَأَنجِدُوا مِن مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى﴾، فصلّى ركعتين، فقرأ فاتحة الكتاب، وقل يا أيها الكافرون، وقل هو الله أحد⁽¹⁾.

وإذا طاف الطائف في وقت تمنع فيه الصلاة فإنه لا يركعهما، والدليل:

أ - عن عبد الرحمن بن عبد القاري أنه طاف بالبيت مع عمر بن الخطاب بعد صلاة الصبح، فلما قضى عمر طوافه نظر، فلم ير الشمس طلعت، فركب حتى أناخ بذي طوى فصلّى ركعتين سنة الطواف⁽²⁾.

ب - عن أبي الزبير المكي أنه قال: لقد رأيت عبد الله بن عباس يطوف بعد صلاة العصر، ثم يدخل حجرته فلا أدري ما يصنع⁽³⁾.

والأظهر أنه لم يكن يركع حتى تغرب الشمس، لأنه لو ركع قبل الغروب، لركع في المسجد، لأن ذلك أفضل، ولأن الأمر المعتاد لمن وصل ركوعه بطوافه، أن يركع في المسجد، وانصرف عبد الله إلى منزله قبل أن يركع ظاهره الامتناع من الركوع⁽⁴⁾.

ج - عن أبي الزبير المكي قال: لقد رأيت البيت يخلو بعد صلاة الصبح وبعد صلاة العصر، ما يطوف به أحد⁽⁵⁾.

وهذا لأن الطائف في ذلك الوقت إنما يطوف أسبوعاً واحداً، ثم يمتنع من الطواف، لامتناع الركوع للطواف الأول⁽⁶⁾.

ويندب الدعاء، بعد تمام الطواف وقبل ركعته، بالملتزم؛ وهو حائط البيت بين الحجر الأسود وباب البيت، يضع الطائف صدره عليه، ويفرش ذراعيه عليه، ويدعو بما شاء، ويسمى الحظيم أيضاً، لأنه يحظم الذنوب، وما دعي فيه على ظالم إلا وحظم. ويندب كثرة شرب ماء زمزم - وهو ما يسمى بالتضلع -، لأنه بركة. ويندب نقله إلى بلده وأهله للتبرك به.

2 - الابتداء من الحجر الأسود. ودليل ذلك: فعله صلى الله عليه وسلم.

3 - المشي للقادر: فإن كان الطائف قادراً على المشي، وركب أو حمل، فقد

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم. والنسائي في المناسك، باب القراءة في ركعتي الطواف.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب الصلاة بعد الصبح والعصر في الطواف.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب الصلاة بعد الصبح والعصر في الطواف.

(4) المستقى 2/ 292.

(5) أخرجه مالك في الحج. باب الصلاة، بعد الصبح والعصر في الطواف.

(6) المنتقى 2/ 292.

لزمه دم. ودليل وجوب المشي⁽¹⁾: فعله ﷺ فقد طاف ماشياً⁽²⁾.
ومحلّ وجوب الدم، إذا لم يُعده، وكان قد خرج من مكة؛ فإن أعاده ماشياً بعد الرجوع له فلا دم عليه. فإن لم يخرج من مكة فهو مطلوب بإعادته ماشياً، ولو طال الزمن، ولا يجزيه الدم. أمّا العاجز فلا دم عليه، ولا إعادة إذا طاف راكباً. ودليل جواز الركوب للعاجز:

- عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها قالت: شكوت إلى رسول الله ﷺ أنني أشتكي فقال: طوفي من وراء الناس وأنت راكبة. قالت: فطفت ورسول الله ﷺ حينئذٍ يصلي إلى جانب البيت، وهو يقرأ بالطور وكتاب مسطور⁽³⁾.

سنن الطواف:

1 - تقبيل الحجر الأسود بلا صوت، في أول الطواف قبل الشروع فيه. ودليل مشروعية التقبيل:

- عن عمر بن الخطاب أنه قال وهو يطوف بالبيت للركن الأسود: إنما أنت حجر، ولولا أنني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك، ثم قبله⁽⁴⁾.
فإن لم يستطع الطائف تقبيله لرحمة، لمسه بيده إن قدر، أو يعود يضعه عليه، ثم يضع يده أو العود على فمه دون صوت. فإن لم يقدر كبر دون أن يشير إلى الحجر بيده. ويندب التكبير مع كل تقبيل.

2 - استلام الركن اليماني في أول شوط، بأن يضع يده اليمنى عليه، ويضعها على فيه من غير تقبيل. ويقتصر في الاستلام على الركنين المتقدمين: ركن الحجر الأسود والركن اليماني. ولا يشرع استلام الركنين اللذين يليان الحجر. والدليل:

أ - عن عبيد بن جريح أنه قال لعبد الله بن عمر: يا أبا عبد الرحمن رأيتك تصنع أربعاً لم أر أحداً من أصحابك يصنعها... رأيتك لا تمسّ من الأركان إلا اليمانيين... فقال ابن عمر: أما الأركان فإني لم أر رسول الله ﷺ يمسّ منها إلا الركنين اليمانيين...⁽⁵⁾.

(1) الإشراف 1/ 229.

(2) عن ابن عمر قال: سعى النبي ﷺ ثلاثة أشواط. ومشى أربعة في الحج والعمرة. أخرجه البخاري في الحج، باب الرمل في الحج والعمرة. ومسلم في الحج، باب استحباب الرمل في الطواف والعمرة.
(3) أخرجه مالك في الحج، باب جامع الطواف. والبخاري في الصلاة، باب إدخال البعير في المسجد للعة.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب تقبيل الركن الأسود في الاستلام. والبخاري في الحج، باب ما ذكر في الحجر الأسود. ومسلم في الحج، باب استحباب تقبيل الحجر الأسود في الطواف.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الإهلال. والبخاري في الوضوء. باب غسل الرجلين في النعلين. ومسلم في الحج، باب الإهلال من حيث تنبث الراحلة.

ب - عن ابن عمر عن عائشة أن النبي ﷺ قال: ألم تري أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم، قالت: فقلت: يا رسول الله أفلا تردّها على قواعد إبراهيم، فقال رسول الله ﷺ: لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت. قال عبد الله بن عمر: لئن كانت عائشة سمعت هذا من رسول الله ﷺ، ما أرى رسول الله ﷺ ترك استلام الركنين الذين يليان الحجر، إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم⁽¹⁾.

ج - عن أبي الطفيل قال: كنت مع ابن عباس، ومعاوية لا يمرّ بركن إلا استلمه، فقال له ابن عباس: إن النبي ﷺ لم يكن يستلم إلا الحجر الأسود والركن اليماني⁽²⁾.

ودليل عدم وجوب استلام الحجر الأسود والركن اليماني:

- عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال: قال رسول الله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: كيف صنعت يا أبا محمد في استلام الركن؟ فقال عبد الرحمن: استلمت وتركت. فقال له رسول الله ﷺ: أصبت⁽³⁾.

3 - الرَّمْلُ لِلذَّكْرِ: وهو يسن في الأشواط الثلاثة الأولى فقط في طواف القدوم وطواف العمرة. ودليل مشروعيته:

أ - عن جابر بن عبد الله ﷺ أنه قال: رأيت رسول الله ﷺ رمّل من الحجر الأسود حتى انتهى إليه، ثلاثة أطواف⁽⁴⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يرمل من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود، ثلاثة أطواف ويمشي أربعة⁽⁵⁾.

ج - عن هشام بن عروة أنّ أباه كان إذا طاف سعى الأشواط الثلاثة⁽⁶⁾.

د - عن عروة بن الزبير أنه رأى عبد الله بن الزبير أحرم بعمرة من التنعيم قال: ثم رأته سعى حول البيت الأشواط الثلاثة⁽⁷⁾.

والرمل هو الإسراع في المشي دون الخبب. ومحل استنائه، أن يكون الإحرام بالحج أو العمرة وقع من الميقات، كان المحرم آفاقياً، أو من أهل الحرم؛ لأنّ سنة الرمل إنّما هي في طواف العمرة وطواف القدوم.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في بناء الكعبة. والبخاري في التفسير، باب قوله تعالى:

﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ﴾. ومسلم في الحج، باب تقص الكعبة وبنائها.

(2) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء في استلام الحجر، والركن اليماني دون سواهما.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب الاستلام في الطواف.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب الرمل في الطواف. ومسلم في الحج، باب استحباب الرمل في الطواف.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب الرمل في الطواف.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب الرمل في الطواف.

(7) أخرجه مالك في الحج، باب الرمل في الطواف.

4 - الدعاء أثناءه.

ويكون الدعاء بما يحبّ الطائف، من طلب عافية، وعلم، وتوفيق، وسعة رزق. وليس في الدعاء حدّ محدود، بل يكون بما يفتح عليه. والتحديد لذلك من البدع. والأولى أن يدعو بما ورد في الكتاب والسنة.

مندوبات الطواف:

1 - الرمل في الأشواط الثلاثة الأولى في طواف القدوم وطواف العمرة؛ لمن أحرم بحج أو عمرة من دون المواقيت - كالتنعيم والجعرانة -؛ أو بالإفاضة لمن لم يطف القدوم لعذر أو نسيان.

2 - تقبيل الحجر الأسود، واستلام الركن اليماني، في أول كل شوط، ما عدا الشوط الأوّل فإنه سنة.

3 - الدعاء بالملتزم، بعد الفراغ من الطواف، وقبل ركعته.

4 - الدنو من البيت للرجال.

5 - يندب فعل طواف الإفاضة يوم النحر، وقبل الزوال، وعقب الحلق بلا تأخير إلا بقدر الضرورة؛ وأن يأتي به في ثوب إحرامه، لتكون جميع أركان الحج به.



واجبات الحج

وهي واجبات مستقلة عن الأركان.

الواجب الأول: طواف القدوم:

شروط وجوبه:

1 - أن يكون الحاج محرماً بالحجّ من الحلّ - مفرداً أو قارناً -، إذا كانت داره خارج الحرم؛ أو كان مقيماً بمكة وخرج للحلّ لقرائه أو لميقاته، فيجب عليه طواف القدوم.

أما المقيم بمكة فلا يجب عليه طواف القدوم. لأن الطواف الواجب لا يكون إلا على من ورد من الحل. وأما من كان مقيماً بالحرم فلا يجب عليه الطواف أصلاً. فعن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا أحرم من مكة لم يطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة، حتى يرجع من منى⁽¹⁾.

ووجه ذلك أن حكم مناسك الحجّ والعمرة أن يؤتى بها بعد الجمع بين الحلّ

(1) أخرجه مالك في الحج، باب الرمل في الطواف.

والحرم، فإذا رجع من منى جاز له ذلك، لأن الجمع بينهما قد حصل. ووجه تأخير السعي بين الصفا والمروة إلى أن يعود من منى للإفاضة، أن شرط السعي أن يعقب طوافاً واجباً، ولا يجب على الحاج المحرم من مكة طواف إلا طواف الإفاضة.

2 - أن لا يكون مراهقاً.

والمراهق هو الذي يقارب الوقت، بحيث يخاف فوات الحج إن اشتغل بطواف القدم، فعندئذٍ يجب عليه ترك طواف القدم لإدراك الحج، فعن مالك أنه بلغه أن سعد بن أبي وقاص كان إذا دخل مكة مراهقاً، خرج إلى عرفة قبل أن يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة، ثم يطوف بعد أن يرجع⁽¹⁾. يريد أنه يقتصر بعد الرجوع من منى على طواف الإفاضة⁽²⁾.

فمن زاحمه الوقت وخشى فوات الحج لو اشتغل بطواف القدم سقط عنه، بل يجب تركه لإدراك الحج. ومثل المراهق الحائض والنفساء والمغمى عليه والمجنون إذا استمر عذرهم، بحيث لا يمكنهم الإتيان بطواف القدم لإدراك الوقوف بعرفة.

أما غير المراهق، وهو الذي لم يزاحمه الوقت، بحيث لا يخشى فوات الحج، فإنه يجب عليه طواف القدم.

3 - أن لا يردف الحج على العمرة.

وقد تقدم كيف أن طواف القدم يسقط عن المردف، عند الحديث عن القران. وينوي الطائف لطواف القدم نية وجوبه، ليقع واجباً، فإن نواه نفلأ أعاده بنية الوجوب، وأعاد السعي الذي سعه بعد النفل، ليقع بعد واجب، ما لم يخف فوات الحج إن اشتغل بالإعادة، فإن خاف ذلك ترك إعادة الطواف والسعي، وأعاد السعي بعد طواف الإفاضة، ولزمه دم لفوات طواف القدم.

شروط صحة طواف القدم:

هي نفس شروط صحة الإفاضة، وكذلك واجباته وسننه.

الواجب الثاني: النزول بمزدلفة:

يجب النزول بمزدلفة بعد الإفاضة من عرفات ليلة النحر - فإن لم ينزل الحاج بمزدلفة فعليه دم. ودليل وجوب النزول بمزدلفة:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَنْصَبْتُمْ رَبَّنَا عَرَفَاتٍ فَأذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَاذْكُرُوا كَمَا هَدَيْتُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلِهِ لَمَنِ الضَّالِّينَ ﴿١٩٨﴾ ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ وَاسْتَنْفِرُوا اللَّهَ مِنْ اللَّهِ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٩٩﴾﴾ [البقرة: 198، 199].

(1) أخرجه مالك في الحج، باب جامع الطواف. (2) المتقى 2/ 297.

وجه الاستدلال أن الله أمر بذكره بعد الدفع من عرفات بالمشعر الحرام، وهو مزدلفة. ووصف المشعر بوصف الحرام، لأنه من أرض الحرم بخلاف عرفات.

والإفاضة الثانية - في قوله: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ﴾ هي نفس الإفاضة الأولى في إفادة الدفع من عرفات. وفائدة التكرار إبطال عمل قريش الذين كانوا يقفون يوم الحج الأكبر بالمشعر الحرام، وكان سائر العرب يقفون بعرفات فيكون المراد بالناس في جمهورهم من عدا قريشاً⁽¹⁾. فعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كانت قريش ومن دان دينها يقفون بالمزدلفة، وكانوا يسمون الحمس، وكان سائر العرب يقفون بعرفة، فلما جاء الإسلام أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأتي عرفات فيقف بها، ثم يفيض منها فذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ﴾⁽²⁾.

وروى الطبري عن ابن أبي نجيح قال: كانت قريش، لا أدري قبل الفيل أم بعده، ابتدعت أمر الحمس رأياً، قالوا: «نحن ولادة البيت، وقاطنوا مكة، فليس من العرب مثل حقنا ولا مثل منزلنا، فلا تعظموا شيئاً من الحلّ كما تعظمون الحرم - يعني لأن عرفة من الحلّ - فإنكم إن فعلتم ذلك استخف العرب بحرمكم وقالوا: قد عظموا من الحلّ مثل ما عظموا من الحرم؛ فلذلك تركوا الوقوف بعرفة والإفاضة منها، وكانت كنانة قد دخلوا معهم في ذلك⁽³⁾. فتكون الآية قد ردّت على قريش الاقتصار على الوقوف بمزدلفة.

ب - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل واقفاً حتى غربت الشمس، وذهبت الصفرة قليلاً حين غاب القرص، وأردف أسامة خلفه، فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى المزدلفة، فجمع بين المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين... ثم اضطجع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى طلع الفجر، فصلى الفجر حين تبيّن له الصبح بندا وإقامة... ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فرقي عليه... فاستقبل القبلة فحمد الله وكبره وهلّله ووحدّه، فلم يزل واقفاً، حتى أسفر جداً، ثم دفع رسول الله قبل أن تطلع الشمس⁽⁴⁾.

ج - حديث أسامة، الآتي في سنن النزول بمزدلفة.

ووقت النزول بالمزدلفة يكون بعد الدفع من عرفة، إلى الإسفار قبل أن تطلع الشمس. والواجب النزول بقدر حظّ الرحال، وصلاة المغرب العشاء، وتناول شيء من

(1) التحرير والتنوير 2/ 242.

(2) أخرجه أبو داود في المناسك. باب الوقوف بعرفة. والترمذي في الحج، باب ما جاء في الوقوف بعرفات.

(3) نقلاً عن التحرير والتنوير 2/ 243.

(4) أخرجه مسلم في الحج، باب حجّة النبي صلى الله عليه وسلم.

أكل أو شرب. إذ ليس المبيت كامل الليل واجباً، والدليل: ما روي عن عروة بن مضر بن أوس بن حارثة قال: أتيت رسول الله ﷺ بالمزدلفة حين خرج إلى الصلاة، فقالت: يا رسول الله، إني جئت من جبل طي. أكلت راحلتي، وأتعبت نفسي. والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه. فهل لي من حج؟ فقال رسول الله ﷺ: من شهد صلاتنا هذه، ووقف معنا حتى ندفع، وقد وقف بعرفة، قبل ذلك، ليلاً أو نهاراً، فقد أتم حجه، وقضى نفته⁽¹⁾. وجه الاستدلال أنه ﷺ قال: «من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا» فقد نصّ على الوقوف، ولم يذكر المبيت. قال ابن العربي: هو دليل على أنّ المبيت بالمزدلفة ليس بواجب⁽²⁾.

سنن النزول بمزدلفة:

1 - جمع العشاءين، جمع تأخير بمزدلفة. بأن تؤخر المغرب بعد مغيب الشفق، وهذا إن وقف الحاج مع الناس ودفع معهم، فإن قدمهما - أي المغرب والعشاء - عن مزدلفة أعادهما بها ندباً، إلا الذي تأخر عن الناس، لعذر، فإنه يصليهما جميعاً بعد الشفق في أي محلّ كان فيه؛ وهذا إن وقف مع الإمام والناس بعرفة. أما إن انفرد بوقوفه عنهم، فكل من الفرضين لوقته قصرأ. ودليل الجمع:

أ - عن أسامة بن زيد قال: دفع رسول الله ﷺ من عرفة حتى إذا كان بالشعب نزل فبال، فتوضأ، فلم يسبغ الوضوء، فقلت له: الصلاة يا رسول الله، فقال: الصلاة أمامك، فركب، فلما جاء المزدلفة نزل، فتوضأ فأسبغ الوضوء، ثم أقيمت الصلاة، فصلى المغرب، ثم أناخ كلّ الناس بعيه في منزله، ثم أقيمت العشاء فصلاها، ولم يصل بينهما شيئاً⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر أنّ رسول الله ﷺ صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جمعاً⁽⁴⁾.

ج - عن أبي أيوب الأنصاري أخبر أنه صلى مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً⁽⁵⁾.

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب من لم يدرك الحج. والترمذي في الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج.

(2) العارضة 118/4.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب صلاة المزدلفة. والبخاري في الوضوء، باب إسباغ الوضوء. ومسلم في الحج، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب صلاة المزدلفة. والبخاري في الحج، باب من جمع بينهما ولم يتطوع. ومسلم في الحج، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب صلاة المزدلفة.

د - عن نافع أن ابن عمر كان يصلي المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً⁽¹⁾.
2 - قصر العشاء بمزدلفة.

ويستثنى أهل مزدلفة فإنهم لا يقصرون، بل يتمون كأهل منى وأهل عرفة. والحاصل أن أهل كل محل، من مكة، ومنى، ومزدلفة، وعرفة، يتم في محله، ويقصر غيرهم، وأما الجمع بعرفة ومزدلفة فهو سنة للجميع.

المندوبات:

1 - الوقوف بالمشعر الحرام من بعد صلاة الصبح، مستقبلاً البيت للدعاء، والثناء على الله تعالى، إلى الإسفار. والدليل⁽²⁾:

أ - فعله ﷺ لذلك. وقد تقدم ذكره في حديث جابر.

ب - عن علي بن أبي طالب قال: ... ثم أتى رسول الله ﷺ جمعاً، فصلى بهم الصلاتين جميعاً. فلما أصبح أتى قزح، فوقف عليه وقال: هذا قزح، وهو الموقف، وجمع كلها موقف⁽³⁾. والمراد بجمع: مزدلفة. ووجه تسمية مزدلفة بجمع، لأنه كان في الجاهلية يجمع بها الحمس وغيرهم في الإفاضة⁽⁴⁾، وتقدم ذكر الحمس في حديث عائشة.

والمشعر الحرام اسم جبل بمزدلفة يسمى قزح، ويسمى مشعراً، لأنه معلّم للعبادة. ووصف بالحرام لأنه من حرم مكة.

ويكفي الوقوف بأي جزء من أجزاء مزدلفة والدليل: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: عرفة كلها موقف، وارتفعوا عن بطن عرنة. والمزدلفة كلها موقف، وارتفعوا عن بطن محسر⁽⁵⁾.

2 - يندب البيات بالمزدلفة، والارتحال منها بعد أن تصلى الصبح فيها بغسل من يوم النحر، بعد الدعاء بالمشعر، وقبل الشروق. والدليل⁽⁶⁾:

أ - حديث جابر المتقدم. وفيه أن النبي ﷺ لم يزل واقفاً حتى أسفر جداً، ثم دفع قبل أن تطلع الشمس.

ب - عن عمرو بن ميمون قال: شهدت عمر ﷺ صلى بجمع الصبح، ثم وقف،

(1) أخرجه مالك في الحج، باب صلاة المزدلفة.

(2) التحرير والتنوير 2/ 244.

(3) البخاري أبو داود في المناسك، باب الصلاة بجمع. والترمذي في الحج، باب ما جاء أن عرفة كلها موقف.

(4) التحرير والتنوير 2/ 240.

(5) سبق تخريجه.

(6) المنتقى 3/ 23.

فقال: إن المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس، ويقولون: أشرق ثبير، وإن النبي ﷺ خالفهم؛ ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس⁽¹⁾.

3 - الإسراع عند الذهاب إلى منى ببطن محسّر، إسراعاً دون الجري، يهرول فيه المشي. وبطن محسّر وإد بين المشعر الحرام ومنى. والدليل: ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: فلما أصبح رسول الله ﷺ أتى قزح فوقف عليه وقال: هذا قزح، وهو الموقف، وجمع كلها موقف. ثم أفاض حتى انتهى إلى وادي محسّر، فقرع ناقته فخبث حتى جاوز الوادي⁽²⁾.

ويجوز الترخص في فضيلة الوقوف مع الإمام بالمشعر الحرام، والدليل:

أ - عن نافع عن سالم وعبد الله ابني عبد الله بن عمر، أنّ أباهما عبد الله بن عمر كان يقدم أهله وصبيانهم من المزدلفة إلى منى، حتى يصلوا الصبح بمنى، ويرموا قبل أن يأتي الناس⁽³⁾.

ب - عن عطاء بن أبي رباح أنّ مولاة لأسماء بنت أبي بكر أخبرته قالت: جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس. قالت: فقلت لها: لقد جئت منى بغلس. فقالت: قد كنا نضع ذلك مع من هو خير منك⁽⁴⁾.

ج - عن هشام بن عروة أنّ فاطمة بنت المنذر أخبرته أنّها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر بالمزدلفة تأمر الذي يصلّي لها ولأصحابها الصبح، يصلّي لهم الصبح حين يطلع الفجر. ثم تركب فتسير إلى منى. ولا تقف⁽⁵⁾.

د - عن طلحة بن عبيد الله أنه كان يقدم نساءه وصبيانهم من المزدلفة إلى منى⁽⁶⁾.

الواجب الثالث: رمي جمرة العقبة يوم النحر:

ووقت رميها من طلوع الفجر يوم النحر، وينتهي وقتها إلى الغروب؛ وبعده يكون قضاء. والأفضل أن تكون بعد طلوع الشمس. فإن رماها قبل طلوع الفجر فلا تصح، ويعاد رميها، والدليل⁽⁷⁾:

- (1) أخرجه البخاري في الحج، باب متى يدفع من جمع.
- (2) أخرجه أبو داود في المناسك، باب الصلاة بجمع. والترمذي في الحج، باب ما جاء أنّ عرفة كلّها موقف.
- (3) أخرجه مالك في الحج، باب تقديم النساء والصبيان. والبخاري في الحج، باب من قدم ضعفة أهله بليل. ومسلم في الحج، باب استحباب تقديم دفع الضعفة من النساء وغيرهن.
- (4) التخريج السابق.
- (5) أخرجه مالك في الحج، باب تقديم النساء والصبيان.
- (6) أخرجه مالك في الحج، باب تقديم النساء والصبيان.
- (7) أحكام القرطبي 5/3 والمنتقى 22/3 وبداية المجتهد 474/1.

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: 203]. ووجه الاستدلال أن الأيام المعدودات هي أيام الرمي وقد وصف الله الأيام بالمعدودات دون الليالي.

ب - فعله ﷺ. وقد قال: خذوا عني مناسككم. وإن رماها بعد الغروب فإنها تكون قضاء وعليه دم، وأولى إن أخرها ليوم بعده. ودليل كون أفضلية الرمي بعد طلوع الشمس:

أ - فعله ﷺ. فقد رمى ضحى، كما أخبر بذلك جابر بن عبد الله.

ب - قول ابن عباس: قدمنا رسول الله ﷺ ليلة مزدلفة وقال: لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس⁽¹⁾.

شروط صحة الرمي في جمره العقبة وفي غيرها:

1 - أن يكون ما يرمى به من جنس الحجر، سواء كان رخاماً أو صواناً، ولا يصح بطين ولا معدن. والدليل⁽²⁾:

أ - فعله ﷺ فقد رمى بالحصى. قال جابر: حتى أتى ﷺ الجمره التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات، يكبر مع كل حصاة، بمثل حصى الخذف⁽³⁾.

ب - عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: عليكم بحصى الخذف الذي يرمى به⁽⁴⁾.

ولا يشترط طهارة الحجر الذي يرمى به، وإنما يندب.

2 - أن يكون كحصى الخذف - أي الذي يتخذف به الصبيان وقت اللعب -، وذلك بأن تكون الحصاة قدر الفولة أو النواة، ولا تجزئ الصغيرة جداً كالحمصه. وتكره الكبيرة. والدليل⁽⁵⁾:

- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ غداة العقبة، وهو على راحلته: هات القط لي، فلقطت له حصيات هن حصى الخذف، فلما وضعتهن في يده قال: بأمثال هؤلاء، وإياكم والغلو في الدين، وإنما أهلك من كان قبلكم الغلو في الدين⁽⁶⁾.

3 - أن يكون رمي الحصى باليد على الجمره، فلا يجزئ الرمي بنحو قوس. ولا

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب التعجيل من جمع. والترمذي في الحج، باب ما جاء في تقديم الضعفة من جمع بليل.

(2) الإشراف 1/ 232 والمنتقى 3/ 46 وأحكام القرطبي 3/ 11.

(3) أخرجه مسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ. وأبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ.

(4) أخرجه النسائي في المناسك، باب من أين يلتقط الحصى.

(5) المنتقى 3/ 46 وأحكام القرطبي 3/ 11.

(6) أخرجه النسائي في المناسك، باب التقاط الحصى.

يصح الوضع، ولا الطرح بلا رمي؛ ولا إن جاوزت الحصاة الجمرة فوقعت خلفها، أو وقعت دونها ولم تصل. فإن وصلت أجزاء.

4 - أن يرمي الحاج كلَّ حصاة بمفردها. فلا يرمي السبعة دفعة واحدة. فإن رماها كذلك اعتدَّ بواحدة. والدليل⁽¹⁾: فعله ﷺ. وسيأتي ذكره في حديث الزهري.

5 - أن يكون عدد الحصيات سبعة. فلو ترك حصاة أو أكثر من جميع الجمرات، أو من بعضهن ولو سهواً، لم يجزه.

6 - أن ترتب الجمرات الثلاث أيام منى: بأن يبتدئ الحاج بالأولى التي تلي مسجد منى، ثم بالوسطى، ثم بالعقبة. فلو نكس لم يجزه ولو نكس سهواً. فعن⁽²⁾ الزهري أن رسول الله ﷺ كان إذا رمى الجمرة التي تلي مسجد منى، يرميها بسبع حصيات، يكبر كلما رمى بحصاة، ثم تقدم أمامها، فوقف مستقبل القبلة رافعاً يديه، يدعو؛ وكان يطيل الوقوف، ثم يأتي الجمرة الثانية فيرميها بسبع حصيات، يكبر كلما رمى بحصاة، ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي فيقف، مستقبل القبلة، رافعاً يديه يدعو، ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات، يكبر عند كلَّ حصاة، ثم ينصرف ولا يقف عندها، قال الزهري: سمعت سالم بن عبد الله يحدث مثل هذا عن أبيه عن النبي ﷺ. وكان ابن عمر يفعل⁽³⁾.

فمن رمى كلاً من الجمرات الثلاث في يوم من أيام منى، بخمس من الحصيات، اعتدَّ بالخمس الأوّل من الجمرّة الأولى، وكملها بحصاتين، وأعاد الثانية والثالثة من أصلهما للترتيب؛ وهذا سواء ترك الحصاتين من كلّ جمرّة عمداً أو نسياناً. وإذا لم يدر موضع حصاة تركها من الجمرات - تحقيقاً أو شكاً - أهي من الأولى أو من غيرها، اعتد بست من الجمرّة الأولى بناء على اليقين، وأعاد ما بعدها من الثانية والثالثة وجوباً للترتيب؛ ولا هدي إن ذكر في يومه، أي لا دم عليه إن كمل الأولى وفعل الثانية والثالثة في يومه.

فإن رمى الجمار الثلاث في يومين، وحصل الشك في ترك حصاة، ولم يدر من أيّ الجمار هي، وهل هي من اليوم الأوّل أو الثاني؛ فإنه يعتد بست من الأولى في كلا اليومين، ويكمل عليها ويعيد ما بعدها، ويلزمه دم لتأخير رمي اليوم الأوّل لوقت القضاء.

ومن نكس بين الجمرات أعاد المنكس، فمن رمى الأولى فالعقبة فالوسطى أعاد العقبة، لأنّ رميها كان باطلاً لعدم الترتيب، ولا دم إن تذكر في يومه، ولا يفوت الرمي إلا بغروب اليوم الرابع.

(2) أحكام القرطبي 10/3.

(1) الإشراف 1/233.

(3) أخرجه البخاري في الحج، باب الدعاء عند الجمرتين.

ولا يجب أن يكون الرامي للحصيات طاهراً، ودليل ذلك: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قدمت مكة وأنا حائض، فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة، فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: افعلي ما يفعل الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهري⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ أباح لها فعل كل قربة من الحج لا تعلق لها بالبيت، ومن ذلك الوقوف بعرفة والمزدلفة والرمي⁽²⁾.

مندوبات الرمي لجمرة العقبة يوم النحر خاصة:

1 - يندب رمي جمرة العقبة يوم النحر بعد طلوع الشمس إلى الزوال؛ ويكره تأخير الرمي للزوال لغير عذر، أما إذا كان التأخير لمرض أو نسيان فلا كراهة في فعله بعد الزوال.

2 - يندب التقاط حصيات رميها يوم النحر من مزدلفة، بخلاف غيرها فتلتقط من أي مكان، ولو التقت حصيات العقبة من منى لكفي ذلك.

3 - يندب أن يكون الرمي قبل النحر. والدليل على ذلك: ما روي عن أنس قال: لما رمى النبي ﷺ الجمرة نحر نسكه، ثم ناول الحائق شقه الأيمن فحلقه، فأعطاه أبا طلحة، ثم ناوله شقه الأيسر فحلقه فقال: أقسمه بين الناس⁽³⁾.

ودليل عدم وجوب تقديم الرمي على النحر: ما روي عن عبد الله بن عمرو قال: وقف رسول الله ﷺ للناس بمنى والناس يسألونه. فجاءه رجل فقال له: يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر، فقال رسول الله ﷺ: انحر ولا حرج، ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي، فقال رسول الله: ارم ولا حرج، قال: فما سئل رسول الله ﷺ عن شيء قدم ولا آخر إلا قال: افعل ولا حرج⁽⁴⁾.

4 - يندب رمي العقبة حين الوصول لها وعلى الحالة التي وصل إليها، ركباً أو ماشياً، وذلك إذا وصل لها بعد طلوع الشمس، وإلا ندب انتظار طلوعها.

مندوبات عامة للجمار كلها:

1 - التقاط الحاج الحصيات بنفسه.

2 - التقاط العدد كاملاً؛ ويكره كسر حجر كبير والرمي به؛ كما يكره الرمي بما

رمي به.

(1) سبق تخريجه.

(2) المنتقى 50/3.

(3) أخرجه مسلم في الحج، باب السنة يوم النحر أن يرمي ثم ينحر ثم يعلق. والترمذي في الحج، باب ما جاء بأي جانب الرأس يبدأ في الحلق.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب جامع الحج، والبخاري في الحج، باب افتيا على الدابة عند الجمرة. ومسلم في الحج، باب من حلق قبل النحر أو نحر قبل الرمي.

- 3 - أن تكون الحصيات طاهرة. فإن رمى بمتنجس ندب إعادته بطاهر⁽¹⁾.
- 4 - المشي في غير جمرة العقبة يوم النحر.
- 5 - التكبير مع كلّ حصاة. والدليل على ذلك⁽²⁾:
- أ - الحديث المتقدم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر.
- ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمي الجمرة كلما رمى بحصاة⁽³⁾.
- والتكبير يكون في جمرة العقبة أو في غيرها، في باقي أيام الرمي.
- 6 - التابع في رمي الحصيات والجمرات، فلا يفصل بينهما بمشغل من كلام أو غيره.
- 7 - المكث ولو جالساً، إثر رمي الجمرتين الأولى والوسطى، مستقبلاً البيت، للثناء والدعاء قدر قراءة سورة البقرة بإسراع والدليل⁽⁴⁾:
- أ - الحديث المتقدم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما.
- ب - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقف عند الجمرتين الأولىين وقوفاً طويلاً، حتى يملّ القائم⁽⁵⁾.
- ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقف عند الجمرتين الأولىين وقوفاً طويلاً. يكبر الله، ويسبّحه، ويحمده، ويدعو الله. ولا يقف عند جمرة العقبة⁽⁶⁾.
- 8 - أن يقف على يسار الجمرة الثانية متقدماً عليها جهة البيت، لا أن يحاذيها جهة يسارها. ويندب كذلك حال الدعاء جعل الأولى خلفه. وأما جمرة العقبة فيرميها وينصرف ولا يقف لضيق محلّها.
- 9 - أن يكون الرمي لجمار أيام منى بعد الزوال مباشرة، قبل صلاة الظهر، فمحلّ الندب التعجيل قبل صلاة الظهر - لأنّ دخول الزوال شرط صحّة للرمي في الأيام الثلاثة.

الواجب الرابع: الحلق أو التقصير:

الحلق هو إزالة الرجل جميع شعر رأسه بالموسى ونحوه، ويجزى عنه التقصير، وهو أن يأخذ من جميع شعره من قرب أصله. ويجزئه أخذ قدر الأنملة من جميع أطراف شعره وأخطأ. ودليل وجوب الحلق أو التقصير فعله ﷺ. لما تقدم في حديث أنس.

(1) انظر هذه المسألة في الشرح الكبير 2/ 50. (2) أحكام القرطبي 10/ 3.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب رمي الجمار. (4) أحكام القرطبي 10/ 3 والمنتقى 46/ 3.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب رمي الجمار. (6) أخرجه مالك في الحج، باب رمي الجمار.

والحلق أو التقصير نسك، وليس مجرد إباحة محظور. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: 196] ووجه الاستدلال أنه تعالى رتب الحلاق على نسك⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ءَامِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ لَا تَخَافُونَ﴾ [الفتح: 27]. وجه الاستدلال أنه تعالى امتن به⁽²⁾ وكنى به عن الحج والعمرة؛ ولو لم يكن من النسك لما كنى به عنهما⁽³⁾.

ج - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: اللهم ارحم المحلقين. قالوا: والمقصرين يا رسول الله؟ قال: والمقصرين⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنه لو لم يكن الحلق أو التقصير فعلاً يثاب عليه فاعله لما دعا له. وكذلك فإنه ﷺ أظهر تفضيل الحلاق على التقصير. ولو لم يكن نسكاً له فضيلة من عليه ثواب، لما كان أفضل من التقصير⁽⁵⁾، إذ إنه لا تفاضل في الإباحة، وإنما التفاضل في الثواب⁽⁶⁾.

والحلق للرجل أفضل من التقصير. والدليل:

أ - فعله ﷺ فإنه حلق.

ب - الحديث المتقدم عن ابن عمر في التفضيل بين المحلقين والمقصرين.

أما المرأة فإنه يتعين عليها التقصير، ويحرم عليها الحلاق لأنه مثله، فعن⁽⁷⁾ ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: ليس على النساء حلق إنما على النساء التقصير⁽⁸⁾.
وتقصيرها أن تأخذ من جميع أطراف شعرها قدر الأنملة.

ولا يجزئ في المذهب حلق أو تقصير بعض الرأس: لفعله ﷺ⁽⁹⁾. فقد روى أنس قال: لما رمى النبي الجمرة نحر نسكه، ثم ناول الحائق شقه الأيمن فحلقه، فأعطاه أبا طلحة، ثم ناوله شقه الأيسر فحلقه، فقال: اقسمه بين الناس⁽¹⁰⁾. ويجزئ عند غير المالكية. وشرط أجزاء تقصير الرجل عن الحلق، إذا لم يكن قد لبّد شعره أو عقصه، فإن فعل فقد تعين الحلق عليه. فعن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب

(2) الإشراف 1/ 230 والعارضة 4/ 146.

(1) أحكام ابن العربي 1/ 121.

(3) المنتقى 3/ 31.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب الحلاق، والبخاري في الحج، باب في الحلق والتقصير عند الإحلال، ومسلم في الحج، باب تفضيل الحلق على التقصير.

(5) الإشراف 1/ 230 والمنتقى 3/ 31. (6) العارضة 4/ 146.

(7) العارضة 4/ 146.

(8) أخرجه أبو داود في المناسك، باب الحلق والتقصير.

(10) سبق تخريجه.

(9) الإشراف 1/ 229.

قال: من عقص رأسه أو ضفر أو لبّد فقد وجب عليه الحلاق⁽¹⁾.

واجبات الحلق:

- 1 - أن يكون قبل الرجوع إلى بلده. فإن أخره إلى بلده ولو نسياناً فإنّ عليه دم، ولو قرّب بلده.
- 2 - أن يقع بعد رمي جمرة العقبة، لأن الحاج إذا لم يرمها لم يحصل له تحلل، فلا يجوز له حلق ولا غيره من محرمات الإحرام.

مندوبات الحلق:

- 1 - يندب فعله بعد النحر، والدليل⁽²⁾:
- أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: 196].
- ب - عن أنس قال: لما رمى النبي ﷺ الجمرة نحر نسكه، ثم ناول الحالق شقه الأيمن فحلّقه، فأعطاه أبا طلحة، ثم ناوله شقه الأيسر فحلّقه، فقال: أقسمه بين الناس⁽³⁾.

ودليل عدم وجوب تأخير الحلق إلى ما بعد النحر: ما رواه عبد الله بن عمرو قال: وقف رسول الله ﷺ للناس بمني والناس يسألونه، فجاءه رجل فقال له: يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر، فقال رسول الله ﷺ: انحر ولا حرج... وتقدم باقي الحديث⁽⁴⁾. وقال ابن الماجشون⁽⁵⁾: عليه هدي إن قدّم الحلق على النحر؛ وتناول حديث النبي ﷺ بأنه أعلمه بأن لا إثم عليه؛ لأن اسم الحرج يطلق على الإثم. وقد ردّ عليه، بأن هذا موضع تعليم لما يجب على السائل؛ فلو وجب عليه الهدي لأمره به ولنقل إلينا⁽⁶⁾.

- 2 - يندب أن يكون الحلق يوم النحر.
- 3 - يندب أن يكون قبل الزوال إن أمكن.
- 4 - أن يكون قبل طواف الإفاضة.

الواجب الخامس: تقديم الرمي للعقبة على الحلق:

يجب تقديم رمي جمرة العقبة على الحلق، لأنّه إذا لم يرمها الحاج لم يحصل له التحلل الأصغر لكي يترّفه، فمن لم يرم للعقبة فلا يجوز له حلق ولا غيره من محرّمات الإحرام.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب التلبيد.

(2) المنتقى 28/3.

(3) سبق تخريجه.

(4) المنتقى 28/3.

(5) سبق تخريجه.

(6) المنتقى 28/3.

وإن قَدَمَ الحلق على الرمي للعقبة فإنَّ عليه فدية، لأنَّ الحلق من إزالة الأذى أو الترفه قبل التحللين. ودليل الفدية:

- عن كعب بن عجرة أنه كان مع رسول الله ﷺ محرماً، فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله أن يحلق رأسه وقال: صم ثلاثة أيام أو أطعم ستّة مساكين، مديّن مديّن لكل إنسان، أو انسك بشاة، أي ذلك فعلت أجزاءً عنك⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن رسول الله حكم على من حلق قبل محلّه لضرورة بالفدية، فكيف بمن حلق من غير ضرورة⁽²⁾.

وأما الحديث المروي عن النبي ﷺ وفيه قول الراوي: فما سئل عن شيء قدّم ولا آخر إلا قال: افعل ولا حرج⁽³⁾. ليس فيه حلق الرأس قبل رمي الجمار⁽⁴⁾. ولا يقتضي رفع الحرج في تقديم شيء، ولا تأخيره، عن المسألتين المنصوص عليهما. لأنه لا ندري عن أي شيء غيرهما سئل في ذلك اليوم، وجوابه ﷺ إنما كان عن سؤال السائل. فلا يدخل فيه غيره. كما لا يدخل في قوله: «انحر ولا حرج، ارم ولا حرج»، غير ذلك ممّا لم يسأل عنه ولم يجب فيه⁽⁵⁾.

وإذا قدم الحاج الحلق على رمي العقبة، فإن عليه أن يمرّ موسى على رأسه بعد الرمي، لأن الحلق الواقع قبل الرمي وقع في غير محلّه⁽⁶⁾.



الواجب السادس: تقديم الرمي للعقبة على طواف الإفاضة:

يجب تقديم رمي جمرة العقبة على طواف الإفاضة؛ فمن قدّم الإفاضة على الرمي لزمه دم.

التقديم والتأخير الذي لا دم فيه:

الحاصل أن الذي يفعل يوم النحر أربعة: الرمي، فالنحر، فالحلق، فالإفاضة. أما تقديم الرمي على النحر، وتقديم النحر على الحلق، وتقديمهما على الإفاضة، فإنه مندوب، وليس بواجب، فمن نحر قبل الرمي، أو أفاض قبل النحر، أو قبل الحلق، أو قبلهما معاً، أو قدّم الحلق على النحر، فلا شيء عليه؛ سواء فعل ذلك عمداً أو نسياناً. أما إن قدّم الإفاضة، أو الحلق، على الرمي للعقبة، فإنّ عليه هدي، في تقديم الإفاضة

(1) أخرجه مالك في الحج، باب فدية من حلق قبل أن ينحر. والبخاري في المحصر، باب قول الله تعالى: ﴿أَوْ مَدَقَذًا﴾. ومسلم في الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم.

(2) بداية المجتهد 1/ 476. (3) سبق تخريجه.

(4) بداية المجتهد 1/ 476. (5) المتقى 3/ 77.

(6) انظر الشرح الكبير مع حاشيته 1/ 46.

على الرمي، وفدية في تقديم الحلق على الرمي، لأنه من إزالة الأذى أو الترفه قبل التحللين، فإن قَدَمهما معاً على الرمي، فعليه هدي وفدية؛ ويعيد الإفاضة ما دام بمكة، تداركاً للواجب. ويسقط عنه الدم، إن أعاده قبل المحرّم.

الواجب السابع: المبيت بمنى:

بعد الإفاضة يوم النحر يجب على الحاج الرجوع لمنى للمبيت بها. ودليل وجوب

المبيت بمنى:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: 203].

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: والآية تدل على أنّ الإقامة في منى في الأيام المعدودات واجبة، فليس للحاج أن يبيت في تلك الليالي، إلا في منى. ومن لم يبيت في منى فقد أخلّ بواجب وعليه هدي⁽¹⁾.

ب - فعل الرسول ﷺ فقد بات بها⁽²⁾.

ج - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنّ عمر بن الخطاب قال: لا يبيتنّ أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة⁽³⁾.

د - الإجماع⁽⁴⁾.

هـ - عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في البيوتة بمكة ليالي منى: لا يبيتنّ أحد إلا بمنى⁽⁵⁾.

وأيام منى ثلاثة بلياليها، إن لم يتعجل الحاج، وليلتان إن تعجل الخروج قبل الغروب من اليوم الثاني من أيام الرمي. والدليل على أن الليالي ثلاث⁽⁶⁾: عن عبد الرحمن بن يعمر أنّ رسول الله ﷺ قال: أيام منى ثلاثة، فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه، ومن تأخر فلا إثم عليه⁽⁷⁾. والدليل على جواز التعجل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَى﴾ [البقرة: 203].

ب - حديث عبد الرحمن بن يعمر المتقدم.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: من غربت له الشمس من أوسط

(1) التحرير والتنوير 2/ 262. (2) الإشراف 1/ 232 والمنتقى 3/ 54.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب البيوتة بمكة ليالي منى.

(4) المنتقى 3/ 45.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب البيوتة بمكة ليالي منى.

(6) أحكام ابن العربي 1/ 141.

(7) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج.

أيام التشريق وهو بمنى، فلا ينفراً حتى يرمي الجمار من الغد⁽¹⁾.

والتعجيل جائز مستوي الطرفين؛ لا مستحب، ولا خلاف الأولى. وهذا في حق غير الإمام، أما هو فيكره له التعجيل. ويجوز التعجيل أيضاً لأهل مكة. لأن الآية عامة فيهم وفي غيرهم⁽²⁾.

وشرط جواز التعجيل أن يجاوز المتعجل جمرة العقبة قبل غروب الشمس من اليوم الثاني من أيام الرمي، فإن لم يجاوزها إلا بعد الغروب لزمه المبيت، ورمي اليوم الثالث.

وتبتدىء ليالي منى بعد أن يطوف طواف الإفاضة يوم النحر. فيعود إليها بعد ذلك ليبيت أول ليلة. ويندب الفور في الرجوع إلى منى، ولو يوم الجمعة، فلا يصلحها الحاج بمكة.

وأيام منى تبتدىء باليوم الذي بعد يوم النحر، أي بعد اليوم العاشر. وتسمى هذه الأيام بأيام التشريق، لأن الناس يقدون فيها اللحم والتقديد تشريق، أو لأن الهدايا لا تنحر فيها حتى تشرق الشمس⁽³⁾. وسماها الله تعالى بالمعدودات. وهي غير المراد من الأيام المعلومات التي في قوله تعالى: ﴿وَيَذَكِّرُوا أَسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ﴾. فالأيام المعلومات أيام النحر الثلاثة. وهي اليوم العاشر ويومان بعده. والمعدودات أيام منى بعد يوم النحر. فاليوم العاشر من المعلومات لا من المعدودات. واليومان بعده من المعلومات والمعدودات. واليوم الرابع من المعدودات فقط⁽⁴⁾.

ولا يجزىء المبيت إلا فيما فوق العقبة، ولا يجزىء دونها. فعن نافع أنه قال: زعموا أن عمر بن الخطاب كان يبعث رجاله يدخلون الناس من وراء العقبة⁽⁵⁾ والعقبة صخرة عظيمة وهي أول منى بالنسبة للآتي من مكة، يليها بناء لطيف يرمى عليه الحصيات. وهو المسمى بجمرة العقبة. وهي آخر منى بالنسبة للآتي من مزدلفة. ومنى بطحاء متسعة ينزل بها الحجاج في الأيام المعدودات.

وإن ترك الحاج ما زاد على نصف ليلة من الغروب للفجر لم يبت بمنى، فعليه دم. وذلك بحسب التعجيل وعدمه؛ فإن المتعجل إذا ترك البيات جلّ ليلة من الليلتين عليه دم.

ورخص لراعي الإبل ترك المبيت بمنى، ليالي الرمي، بعد أن يرمي جمرة العقبة يوم النحر. وذلك بأن ينصرف إلى رعيه، فيترك المبيت ليلة الحادي عشر، والثاني

(1) أخرجه مالك في الحج، باب رمي الجمار. (2) المتقى 40/3.

(3) التحرير والتنوير 261/2.

(4) أحكام ابن العربي 141/1 والتحرير والتنوير 261/2.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب البيوتة بمكة ليالي منى.

عشر، ويأتي اليوم الثاني من أيام الرمي فيرمي فيه لليومين: اليوم الأول الذي فاتته، وهو في رعيه، والثاني الذي حضر فيه. ثم إن شاء تعجل، وإن شاء أقام، لرمي الثالث من أيام الرمي.

وكذلك رخص لصاحب السقاية في ترك المبيت خاصة، ولا بد أن يأتي نهاراً للرمي ثم ينصرف. وقد كان صاحب السقاية ينزع الماء من زمزم ليلاً ويفرغه في الحياض. ودليل الترخيص⁽¹⁾:

أ - رواية ابن جريج عن أبي البداح أن رسول الله ﷺ أُرخص للرعاء أن يتعاقبوا فيرموا يوم النحر، ثم يدعوا يوماً وليلة ثم يرموا الغد. ذكره القرطبي. ولم يأخذ مالك برواية عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبي البداح بن عاصم بن عدي أخبر عن أبيه أن رسول الله ﷺ أُرخص لرعاء الإبل في البيوتة خارجين عن منى، يرمون يوم النحر، ثم يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين، ثم يرمون يوم النفر⁽²⁾. فلم يأخذ بهذه الرواية، لأنها تفيد أنهم يرمون في اليوم الأول عنه وعن اليوم الثاني، وعند مالك أنه لا يقضى شيء قبل وجوبه، وإنما يقضى بعد وجوبه وخروج وقته⁽³⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: استأذن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه رسول الله ﷺ أن يبني بمكة ليالي منى من أجل سقايته، فأذن له⁽⁴⁾.

ومن عدا راعي الإبل وصاحب السقاية فهل يلحق بهما غيرهما؟ فقد قال الشيخ محمد الأخوة: القاعدة هنا أن كل من يقوم بعمل لمصلحة الجماعة، وكان متصفاً بالحج، فإنه يرخص له عدم المبيت، ومثل من تقدم ذكره ساعي البريد، والشرطي، ومن يقوم بمصالح تتطلب النقلة من منى إلى مكان آخر. إذ قد صح أن الرخص يقاس عليها إن كانت معقولة المعنى.

الواجب الثامن: رمي الجمرات الثلاث أيام منى:

يجب على الحاج كل يوم من أيام منى رمي الجمرات الثلاث، الأولى، والوسطى، وجمرة العقبة، بسبع حصيات لكل جمرة، فجميعها إحدى وعشرون حصاة كل يوم. بخلاف يوم النحر، فليس فيه إلا رمي جمرة العقبة بعد طلوع الشمس، بسبع حصيات فقط. ودليل وجوب الرمي أيام منى:

(1) أحكام القرطبي 8/3.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب الرخصة في رمي الجمار. وأبو داود في المناسك، باب في رمي الجمار. والترمذي في الحج، باب ما جاء في الرخصة للرعاء أن يرموا يوماً ويدعوا يوماً.

(3) المنتقى 51/3.

(4) أخرجه البخاري في الحج، باب سقاية الحج.

- قوله تعالى: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: 203].

ووصفت هذه الأيام بأنها معدودات للجمار المعدودات فيها⁽¹⁾.

ووقت الرمي من زوال الشمس إلى الغروب وهو وقت الأداء. ودليل وقت الابتداء⁽²⁾.

أ - عن جابر قال: رمى رسول الله ﷺ يوم النحر ضحى، وأما بعد فإذا زالت الشمس⁽³⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: لا ترمي الجمار في الأيام الثلاث حتى تزول الشمس⁽⁴⁾.

والواجب رمي الجمار الثلاث في الأيام المعدودات الثلاثة، إذا لم يتعجل الحاج، وفي يومين إن تعجل، كل جمرة بسبع حصيات. وإذا أحر الحاج رمي حصة فأكثر من الجمار لليل فعليه دم، لخروج وقت الأداء وهو النهار الواجب فيه الرمي، ودخول وقت القضاء وهو الليل - فأولى إذا أحر ليوم بعده - . وعليه دم واحد في تأخير حصة فأكثر. ويفوت الرمي لجمرة العقبة أو غيرها من جمار اليوم الثاني والثالث والرابع بالغروب من اليوم الرابع. أي إن قضاء جمرات العقبة وغيرها إن أحرها لعذر أو غيره، ينتهي إلى غروب اليوم الرابع. والليل عقب كل يوم، قضاء لما فاتته بالنهار، يجب به الدم.

شروط صحة الرمي:

أما شروط صحة الرمي فقد تقدمت في جمرة العقبة، ويزاد عليها ما يلي:

- أن يكون الرمي لجمار أيام منى بعد الزوال، فإن قَدِمَ الرمي على الزوال لم يعتد به.

- أن ترمي الجمرات على الترتيب، الأولى التي تلي مسجد منى، ثم الوسطى، ثم العقبة؛ فلو نكس بطل رمي المقدمة عن محلها فقط، ولو كان التنكيس عن سهو.

النيابة في الرمي:

المطبق للرمي ولكن لا قدرة له على المشي، لمرض أو نحوه، فإنه يحمل على أي شيء ويرمي بنفسه وجوباً. ولا يستنيب ولا يرمي الحصة في كَفِّ غيره ليرميها عنه، فإن فعل لم يجزه.

والعاجز عن الرمي يستنيب مَنْ يرمي عنه، ولا يسقط عنه الدم لرمي النائب، وفائدة النيابة سقوط الإثم. ويتحرى العاجز وقت رمي نائبه ويكبر لكل حصة.

(1) المتفق 22/3.

(2) الإشراف 1/233 والمتفق 50/3.

(3) أخرجه مسلم في الحج، باب استحباب كون حصى الجمار بقدر حصى الخذف.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب رمي الجمار.

وإذا صحَّ قبل الفوات بالغروب من اليوم الرابع أعاد الرمي بنفسه، وانتفى عنه الدم ما لم يخرج وقته، وإن لم يعد الرمي أثم وبقي عليه الدم. والصغير الذي لا يحسن الرمي، والمجنون، يرمي عنهما وليهما. فإن أصرَّ الولي الرمي لوقت القضاء فالدم على الولي. وأما الصغير الذي يحسن الرمي فإنه يرمي عن نفسه، فإن أصرَّ الرمي لوقت القضاء لزمه الدم.

إقامة الجمعة وقصر الصلاة بعرفة والمزدلفة ومنى ومكة:

إذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام منى، فإنه لا الجمعة على الحاج في شيء من تلك الأيام. وقد علل ذلك بما يلي⁽¹⁾:
- أن الحاج في حكم المسافر.
- أن عرفة ومنى ليستا بموضع تقام فيه الجمعة. لأن الجمعة لا تقام إلا بموضع استيطان وإقامة. وهما ليستا كذلك.

والدليل على ذلك أن النبي ﷺ وافق الجمعة بعرفة في حجة الوداع ولم يصلها. وأمَّا كونه ﷺ خطب بعرفة خطبتين وصلى بعدهما ركعتين، فلا يدل ذلك أنه ﷺ جمع، لأن الخطبتين والصلاة قد خالف فيهما ﷺ أحكام الجمعة:
- فإن بلاً أذن للصلاة بعد الخطبتين، وليس قبلهما. وهذا يدل على أنه لا تأثير لهما في الصلاة.

- وإنه ﷺ صلى الركعتين سرّاً، ولم يجهر بهما، كما يجهر في الجمعة. وهذا يدل على أن الركعتين للظهر. وإنما قصرت الظهر لأجل سفر الحاج لعرفة. كما قصرت العشاء بمزدلفة والصلوات الرباعية بمنى - كما سيأتي بيانه -.

وإذا وافق يوم التروية يوم الجمعة، فإن المكي، وغير المكي ممن أقام بمكة أربعة أيام - أي انقطع عنه حكم السفر - عليهم أن يصلوا الجمعة، قبل خروجهم إلى منى. لأنهم يلزمهم إتمام الصلاة وإقامة الجمعة⁽²⁾. وأمّا المسافر، فإنه يندب له الخروج من مكة لمنى يوم الثامن من ذي الحجة، بعد الزوال وقبل صلاة الظهر، بقدر ما يدرك بمنى الظهر، قبل دخول العصر قسراً. ولو وافق يوم الجمعة. وسيأتي الاستدلال على هذا الخروج في المندوبات العامة في الحج.

وأما قصر الصلاة بمكة وعرفة، والمزدلفة، ومنى، والمحصب، فإنه يسن للحاج القصر بهذه الأماكن. وكذلك ذهاباً إليها ورجوعاً منها. إلا أن أهل كل موضع، لا يقصرون بموضعهم. فالمكي يقصر في خروجه لعرفة، وفي عرفة، والمزدلفة. ومنى،

(1) الموطأ 1/400 والمنتقى 37/3 - 38 والذخيرة 2/356.

(2) المنتقى 37/3.

والمحصب، وفي رجوعه لمكة. ولا يقصر في مكة. وهكذا. والقاعدة: أن أهل كل مكان يتمون به ويقصرون فيما عداه.

ويقصر أهل كل مكان من هذه الأمكنة في رجوعه لمكانه، سواء بقي عليه عمل من النسك بغير مكانه أم لا. فيقصر المنوي في رجوعه من طواف الإفاضة يوم العاشر لمنى للمبيت والرمي بها. ويقصر العرفي والمزدلفي والمحصي في رجوعهم لأمكتهم⁽¹⁾.

وهذا القصر، هو على غير قاعدة اشتراط أربعة برد لجواز القصر في السفر⁽²⁾. ودليل سنية القصر بعرفة ومزدلفة ومنى للحاج رغم قصر المسافة⁽³⁾:

أ - فعله ﷺ. فقد قصر في هذه المواضع. وقصر معه المسلمون. ولم يأمر من جاء عرفة على أقل من مسافة القصر كأهل منى وأهل مكة بالإتمام. فدل هذا على أن تقصير الحاج بهذه المواضع استثناء من أحكام القصر في السفر.

ب - فعل الخلفاء الراشدين فعن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ صلى الصلاة الرباعية بمنى ركعتين. وأن أبا بكر صلاها بمنى ركعتين. وأن عمر بن الخطاب صلاها بمنى ركعتين. وأن عثمان صلاها بمنى ركعتين شطر إمارته. ثم أتمها بعد⁽⁴⁾.

ج - عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب لما قدم مكة صلى بهم ركعتين. ثم انصرف، فقال: يا أهل مكة أتموا فإننا قوم سفر. ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى. ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئاً.

ووجه الاستدلال أن عمر الخطاب ﷺ لم يأمر من كان على أقل من مسافة القصر من مكة، كأهل منى وأهل عرفة، بالإتمام. ودليل عدم جواز قصر أهل كل محل بمحلّه:

- رواية سعيد بن المسيب المتقدمة عن عمر بن الخطاب ﷺ. ووجه الاستدلال أن عمر ﷺ قصر بمكة بحكم السفر، لأنه قدم إليها بمنى معه في مدة قبل يوم التروية لا تقطع حكم السفر. وصلى بالناس. وصلى معه أهل منى، وأهل عرفة، وأهل المحصب. وأمر أهل مكة بالإتمام. لأنهم مقيمون بها، وهم أهلها.

وقول الراوي: «ثم صلى بمنى ركعتين ركعتين. ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئاً» معناه أنه قصر بمنى، لأن سنة الصلاة بها القصر. وأنه لم يأمر أهل مكة بالإتمام بمنى، كما أمرهم بذلك في مكة. لأن حكمهم التقصير مثله. فالضمير في قول الراوي: «ولم يبلغنا

(1) الشرح الكبير مع حاشيته 1/361 و2/44. ومنح الجليل لعليش 1/405 ومواهب الجليل 3/120.

(2) الشرح الكبير مع حاشيته 1/361 ومنح الجليل 1/405.

(3) الشرح الكبير 2/44 ومنح الجليل 1/405 ومواهب الجليل 3/120، والمنتقى 3/40.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب صلاة منى. والبخاري في تقصير الصلاة، باب الصلاة بمنى.

ومسلم في صلاة المسافرين، باب قصر الصلاة بمنى.

أنه قال لهم شيئاً راجع إلى أهل مكة. لأنهم هم الذين جرى ذكرهم. وليس المراد به أهل منى. لأنه لم يجز لهم ذكر. كما أنه لا أهل لمنى - في عهده - لأنها ليست بدار استيطان وإقامة. وإن نسب إليها أحد، فإنما ينسب من حوايلها من الأعراب المنتقلين⁽¹⁾.

وأما جمع الصلاة بعرفة ومزدلفة، فإن أهل كل منهما يجمعون ولو بمحلهم. ودليل سنية الجمع ولو لأهل عرفة والمزدلفة: فعله ﷺ. فقد ثبت أنه ﷺ جمع بين الظهر والعصر، بعرفة. وجمع بين المغرب والعشاء، بمزدلفة. ولم يثبت أنه ﷺ استثنى أهل عرفة ومزدلفة من الجمع.

قصر الحاج الصلاة بمكة قبل يوم التروية:

من قدم مكة وبينه وبين يوم التروية أربعة أيام صحاح فأكثر، فإنه يتم الصلاة. ولا يجوز له القصر. لأنه قد أجمع على المقام بمكة أكثر من أربعة أيام. ثم إنه يقصر حين يخرج من مكة لمنى يوم التروية⁽²⁾.



تحللات الحج

للحج تحللان: تحلل أصغر وتحلل أكبر.

التحلل الأصغر:

يكون التحلل الأصغر برمي جمرة العقبة، وبها يحل كل شيء يحرم على المحرم، غير النساء والصيد، ويكره الطيب. ودليل التحلل:

أ - قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾ [الحج: 29]. والتفت حلق الشعر، ولبس الثياب، وقص الأظفار والشارب، وبتف الإبط⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال: إذا جئتم منى، فمن رمى الجمرة، فقد حلّ له ما حرم على الحاج إلا النساء والطيب. لا يمس أحد نساء ولا طيباً، حتى يطوف بالبيت⁽⁴⁾.

التحلل الأكبر:

يكون التحلل الأكبر بطواف الإفاضة. ويحلّ به ما بقي من نساء، وصيد، وطيب. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: 2]. وجه الاستدلال أن الله تعالى لما حرم الصيد على المحرم بقوله: ﴿غَيْرِ مَحَلٍّ لِّالصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: 1] صرح بعد

(2) الموطأ 1/ 403 والمنتقى 3/ 41.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب الإفاضة.

(1) المنتقى 1/ 216 و3/ 41.

(3) أحكام ابن العربي 3/ 1282.

ذلك بمفهوم النهي لتأكيد الإباحة، فالصيد مباح بالإباحة الأصلية؛ وقد حرّم في حالة الإحرام، فإذا انتهت تلك الحالة رجع إلى إباحته⁽¹⁾.

ب - حديث خطبة عمر المتقدم. ويجوز الوطء بمنى أيام التشريق إن حلق قبل الإفاضة أو بعدها، وقدم سعيه عقب طواف القدوم. فإن لم يقدمه عقبه أو كان لا قدوم عليه، فلا يحلّ له ما بقي إلا بالسعي. فإن وطئ أو اصطاد قبله فعليه دم.

وإن وطئ بعد الإفاضة وقبل الحلق فعليه دم، لما تقدم أنّه لا يحلّ له ما بقي إلا إذا حلق وسعى قبل الإفاضة أو بعدها؛ بخلاف الصيد قبل الحلق فلا جزاء عليه لخفته إن كان سعى، فإن لم يسع فعليه جزاء في الصيد أيضاً لأنّ السعي ركن.

مندوبات عامة في الحج⁽²⁾:

- 1 - النزول بذى طوى لداخل مكة، وهي بطحاء متسعة يكتنفها جبال قرب مكة.
- 2 - الاغتسال بها لغير الحائض والنفساء. لأنه مشروع للطواف، والحائض والنفساء لا يصحّ منهما الطواف.
- 3 - أن يكون الدخول لمكة من كداء، وهو طريق بين جبلين فيها صعود، يهبط منها على المقبرة التي بها أم المؤمنين خديجة رضي الله عنها.
- وَدليل ما تقدم: عن نافع عن عبد الله بن عمر أنّه كان إذا دنا من مكة بات بذى طوى بين الشيتين، حتى يصبح، ثم يصلّي الصبح، ثم يدخل من الثنية التي بأعلى مكة، ولا يدخل إذا خرج حاجاً أو معتمراً حتى يغتسل قبل أن يدخل مكة، إذا دنا من مكة بذى طوى، ويأمر من معه فيغتسلون قبل أن يدخلوا⁽³⁾.
- 4 - الدخول لمكة نهاراً. فعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله دخل مكة نهاراً⁽⁴⁾.
- 5 - أن يكون الخروج من مكة من كدى.
- 6 - دخول المسجد الحرام من باب بني شيبه المعروف بباب السلام.
- 7 - الرجوع من عرفات من طريق المأزمين، وهما جبلان بين عرفة والمزدلفة.
- 8 - الإكثار من الطواف بالبيت ليلاً ونهاراً ما استطاع المرء.
- 9 - كثرة شرب ماء زمزم بنية حسنة.

(1) التحرير والتنوير 6/ 85.

(2) انظر أيضاً الشرح الكبير. وحاشية العدوي على الرسالة.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب غسل المحرم. والبخاري في الحج، باب الاغتسال عند دخول مكة.

(4) أخرجه أبو داود في المناسك، باب دخول مكة. والترمذي في الحج، باب ما جاء في دخول النبي صلى الله عليه وآله مكة نهاراً.

10 - نزول غير المتعجل بعد رمي جمار اليوم الثالث بالمحصب، وهي اسم لبطحاء خارج مكة، وهو المكان الذي تحالفت فيه قريش على أنهم لا يبايعون بني هاشم، ولا يناكحونهم، ولا يأخذون منهم، ولا يعطونهم، إلا أن يسلموا لهم النبي ﷺ، وكتبوا بذلك صحيفة ووضعوها في جوف الكعبة، فخيّبهم الله في ذلك، وبلغ رسول الله كل المقاصد فيهم وفي غيرهم. والنازل فيه يصلي أربع صلوات الظهر والعصر والمغرب والعشاء. ودليل مشروعية النزول⁽¹⁾:

أ - عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء، ثم رقد رقة بالمحصب، ثم ركب إلى البيت فطاف به⁽²⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب، ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت⁽³⁾.

ج - عن ابن عمر قال: كان النبي ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان ينزلون الأبطح⁽⁴⁾. وما يدل على أنه ليس بواجب:

أ - عن سليمان بن يسار قال: قال أبو رافع: لم يأمرني النبي ﷺ أن أنزله، ولكن ضربت قبه فنزله - يعني الأبطح⁽⁵⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: إنما نزل الرسول ﷺ الأبطح لأنه كان أسمح لخروجه⁽⁶⁾.

وأما المتعجل فلا يندب له ذلك.

11 - الخروج من مكة لمنى يوم التروية، وهو اليوم الثامن من ذي الحجة، بعد الزوال وقبل صلاة الظهر، بقدر ما يدرك الحاج بمنى الظهر قبل دخول العصر قصرأ، ولو وافق يوم الجمعة - أي للمسافرين -؛ أما المقيمون الذين يريدون الحج يجب عليهم صلاة الجمعة بمكة قبل الذهاب، سواء كانوا من أهل مكة أو من غيرهم ودليل الخروج لمنى يوم الثامن⁽⁷⁾:

أ - عن ابن عباس قال: صلى بنا رسول الله ﷺ بمنى الظهر والعصر والمغرب

(1) المتقى 44/3.

(2) أخرجه البخاري في الحج، باب طواف الوداع.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب المعرس والمحصب.

(4) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء في نزول الأبطح.

(5) أخرجه أبو داود في المناسك، باب التحصيب.

(6) أخرجه أبو داود في المناسك، باب التحصيب. والترمذي في الحج، باب من نزل الأبطح.

(7) العارضة 110/4.

والعشاء والفجر ثم غدا إلى عرفات⁽¹⁾.

ب - عن جابر قال: لما كان يوم التروية ووجهوا إلى منى أهلوا بالحج، فركب رسول الله ﷺ فصلّى بمنى الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، والصبح، ثم مكث قليلاً حتى طلعت الشمس... فسار رسول الله... حتى أتى عرفة⁽²⁾.

ج - عن عبد الله بن عمر كان يصليّ الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، والصبح، بمنى، ثم يغدو إذا طلعت الشمس إلى عرفة⁽³⁾.

12 - البيات بمنى ليلة التاسع بحيث يصليّ بها الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، وصبح اليوم التاسع، كما تقدم في الأحاديث المذكورة آنفاً؛ ثم السير بعد طلوع الشمس، والنزول بنمرة إذا وصلها قبل الزوال، فينزل بها حتى تزول الشمس، فإذا زالت صلى الظهر والعصر قصراً جمع تقديم مع الإمام بمسجدها، ثم ينفر الحاج إلى عرفة للوقوف بجبل الرحمة.

15 - أن يخطب الإمام في اليوم السابع بعد الظهر، ليخبر الناس بالمناسك التي تفعل من وقتها إلى خطبة عرفة.

13 - الطواف لوداع البيت: وهو يندب لكل خارج من مكة إلى أحد المواقيت أو لما حاذاه، وأولى إذا خرج لأبعد من ذلك، سواء خرج لحاجة أم لا، أراد العود أم لا، وسواء كان من أهل مكة أو غيرهم، من الحجاج أو غيرهم. ودليل مشروعيته:

أ - عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال: لا يصدرن أحد من الحاج حتى يطوف بالبيت، فإن آخر النسك الطواف بالبيت⁽⁴⁾.

ب - عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب ردّ رجلاً من مَرّ الظهران لم يكن ودّع البيت حتى ودّع⁽⁵⁾.

ج - عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال: من أفاض فقد قضى الله حجّه، فإن لم يكن حبسه شيء فهو حقيق أن يكون آخر عهده الطواف بالبيت، وإن حبسه شيء أو عرض له فقد قضى الله حجّه⁽⁶⁾.

ودليل عدم وجوبه: عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله إنّ صفية بنت حيي قد حاضت فقال: لعلها تحبسنا إن لم تكن طافت

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب الخروج إلى منى، والترمذي في الحج، باب ما جاء في

الخروج إلى منى والمقام بها.

(2) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب الصلاة بمنى يوم التروية.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب وداع البيت. (5) أخرجه مالك في الحج، باب وداع البيت.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب وداع البيت.

معكّن بالبيت. قلن: بلى. قال: فاخرجن⁽¹⁾. فوجه الدليل من الحديث أنه ﷺ خاف أن لا تكون صفة طافت للإفاضة. وأن يحبسهم ذلك بمكة. فلما أخبر أنها قد أفاضت، قال: اخرجوا. ولم يحبسهم لعذر طواف الوداع على صفة، كما خاف أن يحبسهم لعذر طواف الإفاضة⁽²⁾.

والمتردد لمكة لا وداع عليه مطلقاً، وصل الميقات أم لا. كما لا وداع على من خرج دون المواقيت، إلا إذا قصد التوطن. ويتأذى طواف الوداع بطواف الإفاضة والعمرة إن نواه بهما. ويبطل بإقامة بعض يوم له بال، أما الشغل الخفيف كالبيع والشراء أو قضاء دين أو نحو ذلك، فهو غير مبطل، ولا يطلب إعادته. والمراد بالبطلان أي بطلان الاكتفاء به لا بطلان الثواب. وإذا بطل أو تركه الحاج أو المعتمر رجع له، ما لم يخش ضرراً أو فوات رفقة.

ويكره إذا أراد الخروج من المسجد الحرام بعد الوداع أن يرجع القهقري، بأن يمشي بظهره ووجهه للبيت، لأنه من فعل الأعاجم في تعظم بعضهم بعضاً، وليس من السنة.

14 - زيارة النبي محمد ﷺ بالمدينة المنورة، وهي من أعظم القربات.



الجزاء في الصيد

الجزاء واجب بقتل الحيوان البري حال الإحرام قال تعالى: ﴿يَأْتِيَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَمِّهِ أَوْ كَفَّرَهُ طَعَامًا مَسْكِينًا أَوْ عَدَلَ ذَلِكَ صِيَامًا يَذُوقُ وَبَالَ أَمْرِهِ عِنَّا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴿٩٥﴾ [المائدة: 95].

وحكم الوجوب مطلق، سواء قتله المحرم عمداً أو خطأً أو نسياناً لكونه محرماً أو لكونه بالحرم أو جاهلاً للحكم أو جاهلاً لكونه صيداً أو قتله لمجاعة. ودليل الجزاء في النسيان:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا﴾ [المائدة: 95]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة في القاتل العمد فلم تخص الناسي لإحرامه من المتذکر له⁽³⁾.

ب - القياس على الغرم⁽⁴⁾، فإن الأموال تضمن عند الإلتاف في الخطأ والنسيان.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب إفاضة الحائض. والبخاري في الحيض، باب المرأة تحيض بعد

الإفاضة. ومسلم في الحج، باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض.

(2) المتقى 2/ 293.

(3) المتقى 2/ 253 وأحكام ابن العربي 2/ 669.

(4) بداية المجتهد 1/ 487 والتحرير والتنوير 7/ 44.

ويجب الجزاء سواء قتله المحرم مباشرة أو تسبب في قتله، كتعريض الصيد للتلف بتف ريشه أو جرحه أو تعطيله أو نصب شركاً له فمات، أو بمطاردته فسقط فمات. فعن البهزي أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم... حتى إذا كان بالإثاية بين الروثة والعرج، إذا ظبي حاقف في ظل وفيه سهم، فزعم أن رسول الله ﷺ أمر رجلاً يقف عنده لا يريه أحد من الناس حتى يجاوزه⁽¹⁾.

ولا جزاء بحفر بئر ماء، فتردى فيها صيد فمات. ولا جزاء على الدال على صيد، سواء كان الدال محرماً أو حلالاً، في الحل أو الحرم، وسواء كان المدلول حلالاً أو حراماً. إذ لا جزاء إلا على المدلول القاتل. وخالف أشهب⁽²⁾ فقال: يلزم الدال الجزاء أيضاً لما روى أبو قتادة رضي الله عنه قال: انطلقنا مع النبي ﷺ عام الحديبية فأحرم أصحابه ولم أحرم أنا... فبصر أصحابي بحمار وحش، فجعل بعضهم يضحك إلى بعض، فنظرت فرأيتهم، فحملت عليه الفرس، فطعنته، فأثبته، فاستعنتهم، فأبو أن يعينوني، فأكلنا منه... فلحقت برسول الله حتى أتيت... فقلت: يا رسول الله إنا اصدنا حمار وحش وإن عندنا منه فاضلة، فقال رسول الله ﷺ لأصحابه: كلوا وهم محرمون، وفي رواية: أنهم لما أتوا رسول الله قال: أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؛ قالوا: لا قال: فكلوا ما بقي من لحمها⁽³⁾.

وردّ عليه بأن هذا يدل على تحريم الإشارة والدلالة، أما على وجوب الجزاء فلا يدل⁽⁴⁾.

ويتعدد الجزاء بتعدد المصيد ولو برمية واحدة.

وإذا اشترك جماعة في قتل صيد فإنّ على كل واحد منهم جزاء والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن عمار مولى بني هاشم أن موالي لابن الزبير أحرموا. إذ مرّت بهم ضبع فجدفوها بعصيههم، فأصابوها فوق في أنفسهم، فأتوا ابن عمر فذكروا ذلك له فقال: عليكم كبش قالوا: على كل واحد منا كبش قال: إنكم لمغزز - أي مشدد - بكم عليكم جميعاً كلكم كبش⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد. والنسائي في المناسك، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد.

(2) أحكام ابن العربي 2/ 690.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد. والبخاري في الجهاد، باب ما قيل في الرماح، وفي الحج، باب لا يشير المحرم إلى الصيد. ومسلم في الحج، باب تحريم الصيد للمحرم.

(4) أحكام ابن العربي 2/ 690 والمنتقى 2/ 242. (5) أحكام القرطبي 6/ 313.

(6) أخرجه الدارقطني في الحج، باب المواقيت.

ب - سد الذرائع، فإنه لو سقط الجزاء عنهم جملة، لكان من أراد أن يصيد في الحرم صاد في جماعة⁽¹⁾.

ج - أن الخطاب في الآية موجه لكلّ قاتل، وكل واحد من القاتلين للصيد قتل نفساً على التمام والكمال⁽²⁾.

د - أنّ الجزاء كفارة⁽³⁾ فهو حق الله.

وإذا أخرج قاتل الصيد الجزاء عند الشك في موت الصيد بجرحه أو ضربه، ثم تبين موته بعد الإخراج، لم يجزه وعليه جزاء آخر، لأنه تبين أنه كان إخراجاً قبل وجوبه، بخلاف ما لو تبين موته قبل الإخراج أو لم يتبين شيء.

وليس الدجاج والإوز بصيد، فيجوز للمحرم ومن في الحرم ذبحها وأكلها، بخلاف الحمام، فإن ذبحه محرم أو أمر بذبحه فميتة.

ما لا يجوز أكله من الصيد:

1 - لا يجوز أكل ما صاده أو ذبحه محرم بالنسك أو بالحرم، سواء صاده بكلمة أو بسهمه أو بغير ذلك، ومات بالاصطياد.

فمن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت له: يا ابن أختي إنما هي عشر ليال، فإن تخلّج في نفسك شيء فدعه. تعني أكل لحم الصيد⁽⁴⁾.

2 - لا يجوز أكل ما صاده الحلال أو ذبحه لأجل محرم، سواء كان الأكل حلالاً أو حراماً، وسواء صاده الحلال لمحرم معين أو غير معين، بأمره أو بغير أمره، أراد بيعه له أو إهدائه أو تضييفه. والدليل: ما رواه عبد الله بن عباس عن الصعب بن جثامة أنه أهدى لرسول الله ﷺ حماراً وحشياً وهو بالأبواء أو بودان، فردّه عليه، قال: فلما رأى رسول الله ﷺ ما في وجهه، قال: إنّنا لم نردّه عليك إلا أنا حرم⁽⁵⁾.

أما ما رواه مالك في موطنه عن عبد الرحمن بن عامر بن ربيعة قال: رأيت عثمان بن عفان بالعرج، وهو محرم في يوم صائف، قد غطى وجهه بقطيفة أرجوان، ثم أتني بلحم فقال لأصحابه: كلوا فقالوا: أو لا تأكل أنت، فقال: إني لست كهيتكم، إنما صيد من أجلي⁽⁶⁾. فإن قول عثمان يدلّ على أن الصيد لا يجوز لمن صيد من

(1) بداية المجتهد 1/ 489.

(2) أحكام القرطبي 6/ 313.

(3) المنتقى 2/ 249.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب ما لا يحلّ للمحرم أكله من الصيد. والبخاري في جزاء الصيد،

باب إذا أهدى للمحرم حماراً وحشياً حيّاً. ومسلم في الحج، باب تحريم الصيد للمحرم.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب ما لا يحلّ للمحرم أكله من الصيد.

أجله، أما بقية المحرمين فإنه يجوز لهم أكله. فإن الإمام مالكا لم يأخذ به⁽¹⁾.
 3 - إذا دَلَّ محرم حلالاً على صيد فصاده، فلا يحلّ لأحد تناوله.
 ويعتبر كل نوع من هذا الصيد ميتة، وجلده نجس كسائر أجزائه. وإذا أكل منه أحد لا يجوز له أكله فهل عليه الجزاء؟ فقد نقل الباجي⁽²⁾ بأن الجزاء على من أكل من لحم صيد، صيد من أجله، عالماً بذلك، استحسان على غير قياس. والقياس أن لا جزاء عليه. وإلى القول بجوب الجزاء ذهب القاضي عبد الوهاب في الإشراف سداً للذريعة⁽³⁾.

ما يجوز أكله من الصيد:

يجوز للمحرم أكل ما صاده حلّ لحلّ، أما إذا صاده حلّ لمحرم فلا يجوز كما تقدم. والدليل:

أ - عن البهزي أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم، حتى إذا كان بالروحاء، إذا حمار وحشي عقير، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: دعوه فإنه يوشك أن يأتي صاحبه، فجاء البهزي وهو صاحبه إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله شأنكم بهذا الحمار، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمه بين الرفاق⁽⁴⁾. . ووجه الاستدلال أن البهزي إنما صاده لنفسه، لم يصده لغيره، ولعله لم يعلم أن أصحابه يمرون بذلك الموضع محلّين ولا محرمين⁽⁵⁾.

ب - عن أبي قتادة أنه كان مع رسول الله ﷺ حتى إذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين، وهو غير محرم، فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه، فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه، فأبوا عليه، فسألهم رمحه، فأبوا فأخذه، ثم شدّ على الحمار فقتله، فأكل منه بعض أصحاب رسول الله، وأبى بعضهم، فلما أدركوا رسول الله ﷺ سألوه عن ذلك، قال: إنما هي طعمة أطعمكموها الله⁽⁶⁾. وفي رواية⁽⁷⁾ قال ﷺ: أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا: لا. قال: فكلوا ما بقي من لحمها⁽⁸⁾.

(1) المتقى 2/ 248.

(2) الإشراف 1/ 243.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد. والنسائي في المناسك، باب ما يبرز للمحرم أكله من الصيد.

(4) المتقى 2/ 243.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد. والبخاري في الجهاد، باب ما قيل في الرماح. ومسلم في الحج، باب تحريم الصيد للمحرم.

(6) أحكام ابن العربي 2/ 687.

(7) أخرجه البخاري في الحج، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال.

ج - عن أبي هريرة أنه أقبل من البحرين، حتى إذا كان بالربذة وجد ركباً من أهل العراق محرمين، فسأله عن لحم صيد وجدوه عند أهل الربذة، فأمرهم بأكله، قال أبو هريرة: ثم إنني شككت فيما أمرتهم به، فلما قدمت المدينة ذكرت ذلك لعمر بن الخطاب، فقال عمر: ماذا أمرتهم به؟ فقال: أمرتهم بأكله، فقال عمر: لو أمرتهم بغير ذلك لفعلت بك، يتواعده⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن الصيد لم يصد من أجلهم، فأفتاهم أبو هريرة بأكله⁽²⁾.

د - عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال: صيد البر لكم حلال وأنتم حرم، ما لم تصيدوه، أو يصد لكم⁽³⁾. ويجوز لسكان الحرم أن يخرجوا للحل فيصطادوا، ويدخلوا بالصيد الحرم فيذبحوه به. وهذا الصيد يجوز أكله لكل أحد، بخلاف غيرهم - أي غير سكان الحرم - إذا اصطادوا بالحل صيداً، ودخلوا به الحرم فيجب عليهم إرساله، فإن ذبحوه به فميتة.

أنواع الجزاء:

الجزاء ثلاثة أنواع على التخيير: وقد نصّ الله تعالى عليها في قوله: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ أَوْ عَدْلٌ ذَاكٍ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: 95]. ودليل التخيير كلمة - أو - فإنها تقتضي التخيير⁽⁴⁾.

والنوع الأول من الجزاء في الصيد: أن يكون مثله من النعم، أي ما يقاربه في الصورة والقدر؛ ففي النعامة ناقة أو جمل، لأنهما يقاربانها في القدر والصورة في الجملة؛ وفي الفيل بدنة ذات سنامين؛ وفي حمار الوحش وبقرة الوحش بقرة؛ وفي الضبع والثعلب شاة.

وفي الضب والأرنب واليربوع القيمة حين إتلافها، أو صيام عشرة أيام على التخيير، إذ ليس لها مثل من النعم، لأن الله قال: ﴿هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: 95]. وما لا يجزىء أن يكون من الأنعام هدياً لا يكون جزاء⁽⁵⁾. وروي عن عروة بن الزبير أنه كان يقول: في البقرة من الوحش بقرة. وفي الشاة من الطباء شاة⁽⁶⁾.

وإذا اختار قاتل الصيد المثل من النعم، فإنّ محلّه الذي يذبح أو ينحر فيه منى أو

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد.

(2) المنتقى 2/ 243.

(3) أخرجه أبو داود في الحج، باب لحم الصيد للمحرم. والترمذي في الحج، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم.

(4) المنتقى 2/ 256 وأحكام ابن العربي 2/ 274 والتحرير والتنوير 6/ 48.

(5) التحرير والتنوير 6/ 46.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش.

مكة، ولا يجزىء في غيرهما، لأنه هدي أي صار حكمه حكم الهدي الآتي بيانه. ويستثنى من المثل حمام الحرم ويمامه، ففي الواحدة منها شاة من الظأن أو المعز والدليل: الإجماع⁽¹⁾، ولأن الجزاء فيه ليس من جهة الصورة، ولكن على وجه التغليظ لحرمة مكة، فالحقت بما له مثل من النعم في الهدي، وأقل ذلك شاة⁽²⁾. فإن عجز عن الشاة فصيام عشرة أيام. وليس في حمام الحرم ويمامه حكم حكيمين.

وحمام الحلّ ويمامه، وجميع الطير - كالعصافير والهدهد ولو كانت بالحرم - فإن فيها قيمتها طعاماً، كل شيء بحسبه، كالضبّ والأرنب واليربوع ففيها قيمتها طعاماً إذ ليس لها مثل من النعم، أو فيها عدلها صياماً.

والصغير والمريض والأنثى من الصيد، لا يجزىء عنها إلا كالجزاء في الكبير والصحيح والذكر. وفي الجنين إذا لم يستهلّ صارخاً، وفي البيض إذا كسره المحرم أو شواه، عشر دية الأم، وإذا استهلّ الجنين صارخاً ففيه دية أمه كاملة، وإذا ماتت الأم أيضاً فديتان.

ولا يكون الجزاء إلا بحكم عدلين، ولا تكفي الفتوى. ولا بدّ من اثنين فلا يكفي واحد. ولا بدّ من كونهما غير الصائد، فلا يكفي أن يكون الصائد أحدهما. ولا بدّ فيهما من العدالة، فلا يكفي حكم كافر ولا فاسق ولا مرتكب ما يخل بالمروءة. ولا بدّ من كونهما فقيهين عالمين بالحكم في الصيد، فعن محمد بن سيرين أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب فقال: إنّي أجريت أنا وصاحب لي فرسين، نستبق إلى ثغرة ثنية. فأصينا ظبياً ونحن محرمان. فماذا ترى؟ فقال عمر لرجل إلى جنبه: تعالّ حتى أحكم أنا وأنت قال: فحكما عليه بعنز. فولّى الرجل وهو يقول: هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلاً يحكم معه، فسمع عمر قول الرجل فدعاه، فسأله هل تقرأ سورة المائدة، قال: لا. قال عمر: فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال: لا. فقال عمر: لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضرباً، ثم قال: إن الله يقول في كتابه: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: 95] وهذا عبد الرحمن بن عوف⁽³⁾.

وللمحكوم عليه أن ينتقل بعد الحكم عليه بالمثل، إلى اختيار الإطعام أو الصيام وعكسه. وينقض الحكم وجوباً إن ظهر الخطأ فيه ظهوراً بيناً. ويندب أن يكون حكم العدلين بمجلس واحد، لمزيد الثبوت والضبط. وكلّ حكم اجتهد فيه الصحابة وأنفذوه، فإنه يجوز الاجتهاد فيه ثانياً، وذلك فيما لم يرد فيه نص، ولا انعقد عليه إجماع⁽⁴⁾.

(2) المنتقى 254/2.

(1) المنتقى 254/2.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش.

(4) أحكام ابن العربي 2/683.

ولا يجزىء من النعم الجزاء إلا ما يصح في الأضحية، سنّاً، وسلامة فلا يجزىء أن يكون المثل من النعم صغيراً أو معيباً.

والنوع الثاني من الجزاء: قيمة الصيد طعاماً، بأن يقوّم بطعام من غالب طعام أهل ذلك المكان، ويخرج فيه. وتعتبر القيمة يوم تلفه، وبنفس المحل الذي حصل فيه التلف. فإن لم يكن له قيمة بمحلّ التلف، اعتبرت قيمته بأقرب الأماكن. وتعطى هذه القيمة لمساكين المحل الذي وجد فيه المتلف، كلّ يأخذ مدّاً بمدّ النبي ﷺ. ولا يقوّم الصيد بدراهم ويشترى بها طعاماً.

والنوع الثالث من الجزاء: صيام أيام بعدد الأمداد التي هي قيمة الصيد من الطعام. ويصوم المتلف يوماً كاملاً عن بعض المدّ، لأن الصوم لا يتجزأ. ولا بدّ من التقويم أيضاً حتى يصوم. وتصام الأيام في أي مكان، بمكة أو غيرها، وفي أي زمان، ولا يتقيد الصوم بكونه في الحج أو بعد الرجوع.



ما يفسد الحج والعمرة

يفسد الحج أحد شيئين:

- 1 - الجماع الموجب للغسل مطلقاً، سواء أنزل المحرم أم لا، كان عامداً أم ناسياً، مكرهاً أم لا، في آدمي أو غيره.
 - 2 - استدعاء المنى باستدامة النظر والفكر؛ أو استدعاؤه بالقبلة والجسّ والملاعبة، ولو بدون استدعاء؛ سواء كان الاستدعاء المذكور عمداً أو جهلاً أو نسياناً للإحرام.
- أما الإماء بمجرد النظر والفكر دون استدعاء فإنه لا يفسد، ويلزم المحرم الهدى. ويجب الهدى أيضاً بالإمضاء، سواء خرج ابتداءً أو مع استدعاء ولو بقبلة أو مباشرة. ولا فساد بوجه في المذي. كما يجب الهدى بالقبلة في الفم وإن لم يمد، بخلاف مجرد القبلة في الخدّ أو غيره، فلا شيء عليه، لأنها من قبيل الملامسة. ومحلّ إفساد الحج بالجماع أو بالإنزال، إن وقع بعد الإحرام قبل يوم النحر، أو وقع في يوم النحر قبل رمي جمرة العقبة وطواف الإفاضة. أما إن وقع بعد يوم النحر وقبل العقبة والإفاضة أو وقع بعد أحدهما في يوم النحر، فإنّ الحجّ لا يفسد وعليه هدي.
- والعمرة تفسد إن وقع الجماع أو الإنزال قبل تمام السعي؛ أما إن وقع بعد السعي وقبل الحلق فإنّ العمرة لا تفسد وعليه هدي.

ويجب عند فساد الحج أو العمرة أن يستمرّ على أفعاله حتى يتمّها، وعليه القضاء والهدى في العام القابل؛ ولا يتحلل عند فساد الحج بعمرة ليدرك الحج من عامه؛ وهذا إن لم يفته الوقوف بعرفة؛ فإن فاتته الوقوف بمانع من سجن أو مرض أو صدّ وجب عليه التشلل منه بعمرة.

ولا يجوز له البقاء على إحرامه للعام القابل، لما فيه من التماذي على فاسد مع إمكان التخلص منه.

ودليل وجوب الاستمرار في الحج الفاسد أو العمرة الفاسدة، قوله تعالى: ﴿وَأَيُّمًا لِّحَجِّ وَالْعُمْرَةِ لِلَّهِ﴾، [البقرة: 196] والآية عامة⁽¹⁾. فإن لم يستمر حتى يتم المفسد بجماع أو إنزال - سواء ظن بإباحة قطعه لفساده أم لا - فهو باق على إحرامه أبداً ما عاش؛ فإن جدد إحراماً بعد حصول الفساد فهو لغو، وهو باق على إحرامه الأول حتى يتمه فاسداً، ولو أحرّم في ثاني عام يظن أنه قضاء عن الأول، ويكون فعله في القابل إتماماً للفساد، ولا يقع قضاؤه إلا في ثالث عام. والحاصل أنه يجب قضاء المفسد بعد إتمامه؛ فإن كان عمرة ففي أي وقت، وإن كان حجاً ففي العام القابل، سواء كان المفسد فرضاً أو نفلاً. ويجب أن يكون القضاء على الفور، حتى على القول بأن الحج على التراخي.

ويجب من أجل الفساد هدي. كما يجب تأخيره عند القيام بالقضاء، ولا يقدمه في عام الفساد، ويجزىء إن قدمه. ويتحد هدي الفساد وإن تكرر موجهه، من جماع أو استمناء. ويجزىء أن يقضي حجاً يكون متمتعاً فيه عن حجّ فاسد كان مفرداً فيه، والعكس. ولا يجزىء قران عن أفراد أو تمتع ولا العكس، أي لا يجزىء تمتع أو أفراد عن قران.

وإذا أفسد القضاء فإن عليه قضاء القضاء، ولو تسلسل، فيأتي بحجتين إحداهما قضاء عن الأولى والثانية قضاء عن الثانية وعليه هديان.

ويجب على المحرم الذي أفسد حجه بجماع أو إنزال إحجاج مكرهته.

هل الفسوق مفسد للحجّ؟

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: «وقد سكت جميع المفسرين عن حكم الإتيان بالفسوق في مدة الإحرام. وقرن الفسوق بالرفث الذي هو مفسد للحجّ في قوله: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾ [البقرة: 197] يقتضي أنّ إتيان الفسوق في مدة الإحرام مفسد للحجّ كذلك. ولم أر لأحد من الفقهاء أنّ الفسوق مفسد للحجّ ولا أنّه غير مفسد سوى ابن حزم فقال في المحلى: «إن مذهب الظاهرية أنّ المعاصي كلها مفسدة للحجّ» والذي يظهر أن غير الكبائر لا يفسد الحجّ وأنّ تعمّد الكبائر مفسد للحجّ، وهو أحرى بإفساده من قربان النساء الذي هو التذاذ مباح. والله أعلم»⁽²⁾.



(1) الإشراف 1/ 235 وبداية المجتهد 1/ 502.

(2) التحرير والتنوير 2/ 234.

دماء الحج

دماء الحج ثلاثة: الفدية وجزاء الصيد والهدي. وتقدم الحديث عن جزاء الصيد وبقي الهدي والفدية.

الهدي: هو ما يهدى من النعم، على وجه الوجوب أو التطوع.

شروط صحة الهدي:

1 - الجمع فيه بين الحلّ والحرم.

فلا يجزىء ما اشتراه الحاج بمنى أيام النحر وذبحه بها. أما إذا اشتراه من عرفة فإنه يجزىء لأنها من الحلّ.

وإذا اشتراه في الحرم فلا بدّ أن يخرج به إلى الحلّ - عرفة أو غيرها -، سواء خرج به هو أو نائبه، سواء كان محرماً أو لا، وسواء كان الهدي واجباً أو تطوعاً؛ بخلاف الفدية فلا يشترط فيها الجمع بين الحلّ والحرم، ويجزىء شراؤها بمنى أيام النحر وذبحها بها، وذلك ما لم تجعل هدياً فلا بدّ فيها من شرطه.

ودليل الجمع بين الحلّ والحرم في الهدي⁽¹⁾: فعله ﷺ⁽²⁾.

2 - نحره نهائراً بعد طلوع الفجر من يوم النحر.

فيجوز نحره في ذلك الوقت، ولو قبل نحر الإمام، أو قبل طلوع الشمس، أما إذا نحره ليلاً فإنه لا يجزىء، بخلاف الفدية إن لم تجعل هدياً. ودليل هذا الشرط في الهدي: قوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا أَنَّمِ اللَّهُ فِي أَيَّامِ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: 28]. وجه الاستدلال أنه تعالى ذكر الأيام ووصفها بالمعلومات، ولم يذكر الليالي. وذكر الأيام دليل على أن الذبح في الليل لا يجوز⁽³⁾. ويوم النحر، هو يوم العاشر من ذي الحجة. والأيام المعلومات، هي يوم النحر ويومان بعده. ولا يجزىء النحر قبل يوم النحر.

3 - أن يذبح بعد تمام السعي إن كان سيق في العمرة.

ولا يجزىء ذبحه قبل تمام سعي العمرة، لأنهم نزلوا سعي العمرة منزلة الوقوف في هدي الحج، في أنه لا ينحر إلا بعده. وظاهر أن محل هدي العمرة مكة، لعدم الوقوف به بعرفة؛ ثم يحلق المعتمر أو يقصر ويحلّ من عمرته، فإن قدّم الحلق على النحر فلا ضرر، لأن تقديم النحر على الحلق مندوب كما تقدم.

(1) بداية المجتهد 1/514.

(2) عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ أهدى فساق معه الهدي من ذي الحليفة. أخرجه البخاري في الحج، باب من ساق البدن معه. ومسلم في الحج، باب وجوب الدم على المتمتع.

(3) أحكام القرطبي 12/44.

ما يجب فيه الهدى:

يجب الهدى عند حصول أمر من الأمور التالية:

1 - التمتع، والدليل قوله تعالى: ﴿مَنْ تَمَعَ بِالْعَمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَآسْتَسِرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: 196].

2 - القران: والدليل:

أ - عن ابنة عبد الرحمن أنها سمعت عائشة أم المؤمنين تقول: خرجنا مع رسول الله ﷺ لخمس ليال بقين من ذي القعدة، ولا نرى إلا أنه الحج، فلما دنونا من مكة أمر رسول الله من لم يكن معه هدي إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة أن يحلّ. قالت عائشة: فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر، فقلت: ما هذا؟ فقالوا: نحر رسول الله عن أزواجه⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن النبي نحر عن أزواجه وقد كنّ قارنات⁽²⁾.

ب - القياس على التمتع⁽³⁾.

3 - ترك واجب من واجبات الحج أو العمرة.

4 - الجماع سواء كان مفسداً أو غير مفسد كما تقدم.

5 - الإنزال ولو بمجرد النظر أو الفكر.

6 - المذي بلا إنزال.

7 - القبلة في الفم.

8 - النذر إذا عيّن للمساكين.

9 - النذر المطلق.

مكان النحر:

يجب نحر الهدى بمنى والدليل: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِفُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: 196]. وقد بين النبي ﷺ محلّ الهدى، فقد نحر بمنى، ولم ينحر بغيرها⁽⁴⁾. ويشترط لذبحه بمنى ثلاثة شروط:

1 - أن يساق الهدى في إحرام بحجّ، سواء كان الهدى تطوعاً، أو كان لنقص بعمره أو حجّ غير الذي هو فيه.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في النحر في الحج. والبخاري في الحج، باب ذبح الرجل البقر عن نسائه من غير أمرهن. ومسلم في الحج، باب وجوه الإحرام.

(2) الإشراف 1/ 223. (3) الشرح الصغير 1/ 272.

(4) المنتقى 3/ 24.

2 - أن يقف به صاحبه أو نائبه بعرفة في جزء من الليل، ولا يكفي وقوف التجار به جزءاً من الليل للبيع، إذا اشتراه منهم صبيحة عرفة، نعم إن اشتراه منهم وأمرهم بالوقوف به ليلاً بها كفى، لأنهم ناثبون حينئذٍ عنه.

3 - أن يكون النحر في أيام النحر، وهي الأيام المعلومات المراد من قوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ﴾ [الحج: 28].

فإن انتفت هذه الشروط، أو بعضها، بأن لم يقف به الحاج بعرفة، أو لم يسق في حج، بأن سيق في عمرة، أو خرجت أيام النحر، فإن محلّ ذبحه مكة. ولا يجزىء في غيرها. والدليل على اشتراط هذه الشروط للنحر بمنى: فعل النبي ﷺ فقد ساق هديه في حج، وأوقفه بعرفة، ونحره أيام منى⁽¹⁾.

وهدي العمرة وقت نحره بعد تمام سعيها وقبل الحلق، فإن قَدّم الحلق على النحر فلا يضرّ. ومحلّ هدي العمرة مكة، والدليل ما رواه مالك أنه بلغه أن النبي ﷺ قال في العمرة: هذا المنحر يعني المروة، وكلّ فجاج مكة وطرقها منحر⁽²⁾. والقاعدة أنّ كلّ ما لا يصحّ نحره بمنى لعدم صفة من الصفات الثلاث المتقدمة، فإنه لا ينحر إلا بمكة. لأنه لا منحر للهدي غير منى ومكة⁽³⁾.

وسنّ الهدي وعيبه كالأضحية، فلا يجزىء من الغنم معيب، وما لا يوفي سنة، والمعتبر في السنّ والعيب الوقت الذي تعين الحيوان فيه للهدي بالتقليد فيما يقلّد، أو بالتمييز عن غيره بكونه هدياً. فلا يجزىء تقليد المعيب أو ما لم يبلغ السنّ، ولو صحّ أو بلغ السن قبل نحره. ويجب إنفاذ ما قلّد معيباً لوجوبه بالتقليد، وإن لم يجز. وهذا ما لم يكن هدي تطوع أو مندوراً معيّناً، فإنه يجزىء إن صحّ أو بلغ السن قبل ذبحه. بخلاف العكس، بأن قلّد الهدي أو عتّن سليماً ثم تعيب قبل ذبحه فيجزيء، ولا فرق بين تطوّع وواجب.

عند انعدام الهدي الواجب:

من لزمه هدي ولم يجده فعليه صيام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع. والدليل: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي لَيْلٍ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ يَلِكْ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِيَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: 196]. والصيام يقضي عن الهدي إذا لم يجده في التمتع وفي كل ما يلزم من تركه دم. قال ابن رشد الحفيد: «فمالك شبهه بالدم اللازم ههنا بدم التمتع»⁽⁴⁾.

(1) الإشراف 1/ 242 وبداية المجتهد 1/ 514 والمتنقى 3/ 24.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في النحر في الحج. وأبو داود في المناسك، باب الصلاة بجمع. وابن ماجه في المناسك، باب الذبيح.

(3) المتنقى 3/ 24.

(4) بداية المجتهد 1/ 505.

ويبتدىء صيام الثلاثة أيام من حين إحرامه بالحج، إلى يوم النحر. ويكره تأخيرها لأيام منى. فتقديمها عليها مستحب. فإن فاته صومها قبل أيام منى، صام أيام منى الثلاثة بعد النحر، إذ لا يصح صوم يوم النحر؛ فإن صام بعضها قبله كملها بعده في أيام منى. وهذا إن تقدم الموجب للهدى على الوقوف بعرفة، كتمتع، وقران، وترك تلبية، ونحو ذلك؛ فإن تأخر الموجب عن الوقوف بعرفة. كترك النزول بمزدلفة، ونحو ذلك صامها متى شاء.

وكذلك هدي العمرة إذا لم يجده فإنه يصوم الثلاثة أيام متى شاء مع السبعة لعدم وقوف بها.

ويستحب أن تكون الثلاثة أيام متتابعات. ولا يجزئ أن يصوم الثلاثة قبل الإحرام بالحج، ولو بعد التحلل من العمرة، إن كان الصيام قد لزم عن التمتع. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: 196].

وجه الاستدلال، أن من لم يحرم بالحج، لا يعتبر صومه قد وقع في الحج. وكذلك فإن من لم يحرم بالحج، لا يعتبر متمتعاً بالعمرة إلى الحج⁽¹⁾.

ب - أن الصيام لا يجزئ إلا بعد وقوع موجب⁽²⁾.
ودليل جواز صيام الأيام الثلاثة أيام منى⁽³⁾:

أ - عن ابن عمر وعائشة قالا: لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدى⁽⁴⁾.

ب - أن معنى قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ أي موضع الحج.

ج - عن عائشة وابن عمر أنهما كانا يقولان: الصيام لمن تمتع بالعمرة إلى الحج، لمن لم يجد هدياً، ما بين أن يهمل بالحج إلى يوم عرفة. فإن لم يصم أيام منى⁽⁵⁾.

أما ما روي أن رسول الله ﷺ بعث عبد الله بن حذافة أيام منى يطوف ويقول: إنما هي أيام أكل وشرب وذكر الله تعالى⁽⁶⁾. وكذلك ما روي أن رسول الله ﷺ نهى عن صيام أيام منى⁽⁷⁾. فإن هذه الأحاديث مخصصة بالأحاديث المتقدمة الصحيحة في جواز صيام هذه الأيام للمتمتع، إذا لم يجد هدياً وكان لم يصمها قبل يوم عرفة⁽⁸⁾.

(2) بداية المجتهد 1/ 501.

(1) المنتقى 2/ 230.

(3) أحكام ابن العربي 1/ 130.

(4) أخرجه البخاري في الصوم، باب صيام أيام التشريق.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب صيام التمتع.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في صيام أيام منى.

(7) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في صيام أيام منى.

(8) أحكام ابن العربي 1/ 130.

ووجه إجزاء صيامها متى شاء إن لم يصمها أيام منى: أنها واجبة، والواجب يجوز أن يفعل أداء وقضاء قياساً على رمضان⁽¹⁾.

وأما صيام السبعة أيام فإنها تكون عند الرجوع. والرجوع المعتبر هو الرجوع من منى بعد أيامها، سواء رجع إلى مكة أو إلى غيرها، لأن الراجع يطلق على من فرغ من الرجوع، وعلى من هو في أثناء الرجوع. ولما لم يأت للأهل والبلد ذكر في الآية ولم يتقدم إلا ذكر الحجّ وجب أن يكون المراد من الرجوع هو الرجوع من الحجّ ومنى آخر أعمال الحجّ⁽²⁾. ويندب تأخير صيام السبعة أيام للأفاقي حتى يرجع لأهله، خروجاً من الخلاف. ويندب التابع فيها.

ولا يجزئ صيام السبعة أيام قبل الوقوف بعرفة. وكذلك لا يجزئ الصوم إذا أصبح قادراً على الهدى قبل الشروع في الصوم، ولو كان بالاستلاف، بأن وجد من يسلفه وكان له مال ببلده يقضي به دينه عند الرجوع. فإن لم يجد من يسلفه أو وجده ولكن لا مال له ببلده صام. ويندب الرجوع للهدى إذا أصبح قادراً عليه قبل إكمال صوم اليوم الثالث وإن وجب إتمامه إن شرع فيه. وهذا صادق بما إذا قدر على الهدى قبل الشروع فيه أو في اليوم الثاني أو بعد الشروع في اليوم الثاني أو قبل إكمال اليوم الأول.

سنن الهدى:

1 - تقليد الإبل والبقر، بجعل قلادة، أي حبل من نبات الأرض، بعنقها للإشارة إلى أنها هدي.

2 - إشعار الإبل بسنامها، بأن يشق سنامها بسكين من جهة الرقبة للمؤخر، قدر أنملتين، حتى يسيل الدم، ليعلم أنها هدي. ويستحب أن يكون الشق من الجانب الأيسر.

وفائدة التقليد والإشعار إعلام المساكين أنّ هذا هدي فيجتمعون له. وقيل: لئلا يضيع فيعلم أنه هدي فيردّ.

ودليل التقليد والإشعار⁽³⁾:

أ - عن نافع أنّ ابن عمر قال: الهدى ما قلّد وأشعر ووقف به بعرفة⁽⁴⁾.

ب - عن المسور بن مخرمة قال: خرج النبي ﷺ من المدينة في بضع عشرة مائة

(1) الإشراف 1/ 221.

(2) الإشراف 1/ 221 والمتقى 2/ 231، وبداية المجتهد 1/ 501.

(3) المتقى 2/ 225.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الهدى حين يساق.

من أصحابه. حتى إذا كانوا بذئ الحليفة، قلّد النبي ﷺ الهدى وأشعره وأحرم بالعمرة⁽¹⁾. والمراد بالعمرة زمن الحديبية.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا طعن في سنام هديه، وهو يشعر قال: بسم الله. والله أكبر⁽²⁾.

د - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا أهدى هدياً من المدينة قلّده وأشعره من ذي الحليفة يقلّده قبل أن يشعره. وذلك في مكان واحد، وهو متوجه إلى القبلة يقلّده بنعلين. ويشعره من الشق الأيسر، ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة، ثم يدفع به معهم إذا دفعوا. فإن قدم منى غداة النحر نحره قبل أن يخلق أو يقصر. وكان هو ينحر هديه بيده، ويصفقهن قياماً ويوجههن إلى القبلة ثم يأكل ويطعم⁽³⁾.

مندوبات الهدى:

- 1 - أن يكون كثير اللحم.
- 2 - أن يوقف بالمشاعر - وهي عرفة ومزدلفة ومنى - وهذا فيما ينحر أو يذبح بمنى. وأما ما ينحر أو يذبح بمكة، فالشرط فيه أن يجمع بين الحل والحرم. ويكفي وقوفه به في أي موضع من الحلّ وفي أي وقت.
- 3 - تعليق نعلين بحبل من نبات الأرض بها.
- 4 - وضع جلال على الإبل بخلاف البقر والغنم، وشقها أي الجلال، ليدخل السنام فيها، فيظهر الإشعار وتمسك بالسنام فلا تسقط بالأرض.
- 5 - التسمية عند الإشعار بأن يقول: بسم الله.
- 6 - يندب أن ينحر بالمروة، ومكة كلها محلّ للنحر، لقوله ﷺ: هذا المنحر وكل فجاج مكة منحر⁽⁴⁾.

الاشتراك في الهدى:

لا يصح الاشتراك في الهدى ولو كان تطوعاً، لا في الثمن ولا في الثواب، ولو كان المشترك قريباً لصاحب الهدى أو مساكناً له ينفق عليه، فالهدى ليس كالضحية في هذا. ومثل الهدى الفدية والجزاء، والدليل:

أ - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ما كنت أرى دماً يقضي عن أكثر من واحد⁽⁵⁾.

(1) أخرجه البخاري في الحج، باب من أشعر وقلّد بذئ الحليفة ثم أحرم.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الهدى حين يساق.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الهدى حين يساق.

(4) سبق تخريجه.

(5) ذكره القاضي عبد الوهاب في الإشراف 1/246. ولم أقف على من خرجه.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لا يشترك في شيء من النسك⁽¹⁾.

الأفضل في الهدى:

أفضل الهدى الإبل، فالبقرة، فالضأن، فالمعز؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان أكثر هداياه الإبل. ويقدم الذكر على الأنثى، والأسمن على غيره، والدليل على أن الشاة من الضأن والمعز تجزىء في الهدى:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُم مِّنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا حَبِيرٌ﴾ [الحج: 36].
وجه الاستدلال أن الله تعالى جعل البدن - وهي الواحدة من الإبل - بعض الشعائر⁽²⁾ أي أن غير الإبل ما هو شعيرة ويهدى.

ب - قوله تعالى في جزاء الصيد: ﴿هَدْيًا بَلِغَ الْكَبِيرِ﴾. ووجه الاستدلال أنه قد يجب في جزاء الصيد شاة⁽³⁾، فيكون الهدى يطلق على الشاة أيضاً.

ج - عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب كان يقول: «ما استيسر من الهدى، شاة»⁽⁴⁾.

د - عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقول: ما استيسر من الهدى شاة⁽⁵⁾.

هـ - عن صدقة بن يسار أن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لو لم أجد إلا أن أذبح شاة لكان أحب إلي من أن أصوم⁽⁶⁾.

والدليل على أن ذكور الإبل تجزىء:

أ - عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى جملاً كان لأبي جهل بن هشام في حج أو عمرة⁽⁷⁾. وهذا الحديث نص في أن الهدى قد يكون في ذكور الإبل⁽⁸⁾.

(1) ذكره القاضي عبد الوهاب في الإشراف 1/246. ولم أقف على من خرجه. وقد ذكره ابن الأثير في جامع الأصول 3/323، بلفظين: الأول: عن ابن عمر أنه كان يقول: لا تذبح البقرة إلا عن إنسان واحد. ولا تذبح الشاة ولا البدنة إلا عن إنسان واحد. الثاني: عن ابن عمر أنه كان يقول: لا يشترك في النسك الجماعة إنما يكون ذلك في أهل البيت الواحد فقط. ونقل محقق جامع الأصول أن هذا الأثر أخرجه رزين.

(2) أحكام ابن العربي 3/1288. (3) بداية المجتهد 1/500،

(4) أخرجه مالك في الحج، باب ما استيسر من الهدى.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب ما استيسر من الهدى.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب جامع الهدى.

(7) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز من الهدى. وأبو داود عن ابن عباس، في الحج، باب في الهدى.

(8) المتقى 2/308.

ب - عن يحيى بن سعيد أن عمر بن عبد العزيز أهدى جملًا في حج أو عمرة⁽¹⁾.

مسائل:

لا يجزىء الهدى عن ربّه إن ذبحه الغير عن نفسه، متعمداً أو كان الهدى غير مقلد. ويجزىء الهدى عن ربّه إن ذبحه الغير عن نفسه غلطاً، حال كون الهدى مقلداً سواء أتابه أم لا.

وإذا سرق الهدى بعد نحره، فإنه يجزىء، لأنه بلغ محله؛ أما إذا سرق قبل الذبح فلا يجزىء.

وإذا ضل الهدى ولم يجده صاحبه فلا يجزىء، وعليه بدله، فإن وجده بعد نحر بدله نحره أيضاً إن قلده، وذلك لتعيّنه بالتقليد. وإن وجده قبل ذبح بدله نحرهما معاً إن قلدهما. وذلك لتعين كل واحد بالتقليد، فإن لم يقلدهما معاً، بأن قلّد واحداً فقط، تعين للنحر ما قلده منهما. فإن لم يقلّد أحداً منهما تخير في نحر أيهما شاء.



الفدية

تجب الفدية عند فعل محرّم يحصل به الترفه، والتنعّم، وإزالة الشعث. والدليل: أ - قوله تعالى: ﴿فَن كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَاةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: 196].

ب - عن كعب بن عجرة أنه كان مع رسول الله ﷺ محرماً فأذاه القمل في رأسه، فأمره رسول الله ﷺ أن يحلق رأسه، وقال: صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين مدين، مدين، لكل إنسان، أو انسك بشاة، أي ذلك فعلت أجزأ عنك⁽²⁾.

وأنواع الفدية هي كما تقدّم في النصين المذكورين، وهي على التخيير:

1 - شاة من ضأن أو معز فأعلى من بقر وإبل. وقيل: الشاة أفضل فالبقر فالإبل. ويشترط فيها من السنّ وغيره ما يشترط في الهدى والضحية.

2 - أو إطعام ستة مساكين، من غالب قوت المحلّ الذي يخرجها فيه، لكلّ مسكين مدين بمدّه ﷺ، فالجملة ثلاثة أصع.

ولا يلزم أن يطعم بمكة، لأن النصّ جاء مطلقاً ولم يقيد الإطعام بمكان⁽³⁾.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز من الهدى.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب فدية من حلق قبل أن ينحر. والبخاري في المحصر. باب قول الله تعالى: ﴿أَوْ صَدَقَةٍ﴾. ومسلم في الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم.

(3) الإشراف 1/ 228.

3 - أو صيام ثلاثة أيام. ويجوز أن تكون أيام منى الثلاثة بعد النحر. وقد أجمل الله تعالى الفدية ومقدارها وبيّنه حديث كعب⁽¹⁾. ولا تختص الفدية بأنواعها الثلاثة بمكان أو زمان فيجوز للحاج أو المعتمر تأخيرها لبلده أو غيره، في أي وقت شاء، بخلاف الهدى، فإنّ محلّه مكة أو منى كما تقدم.

ما تلزم فيه الفدية:

تلزم الفدية في كل فعل فيه ترّفه أو إزالة أذى، مما حرّم على المحرم لغير ضرورة. وقد تقدم ذكر محرمات الإحرام وإليك تلخيصها:

- تقديم الحلق على الرمي.
- لبس ما لم يبيح من المحيط.
- ستر الوجه.
- تغطية الرأس للذكر.
- لبس الخف مع وجود النعل.
- تعصيب الفصد أو الجرح أو الرأس.
- لصق خرقة كبيرة على شيء مما ذكر.
- الأدهان بالدهن المطيب مطلقاً ولو لعة.
- الأدهان بغير المطيب لغير علة.
- إبانة ظفر واحد فقط لإماطة الأذى.
- إبانة أكثر من ظفر مطلقاً.
- إزالة أكثر من عشر شعرات مطلقاً.
- قتل أو طرح أكثر من عشر قملات مطلقاً، ولو لإزالة الأذى.
- الحنّاء والكحل لغير ضرورة. فيحرمان على المحرم إلّا لضرورة، وقد يترفه بكلّ منهما أو يزال بهما ضرر.

شرط وجوب الفدية في اللباس:

شرط وجوب الفدية في لبس الثوب أو الخف الانتفاع بهما من حرّ أو برد، بأن يلبسهما مدة هي مظنة للانتفاع بهما. أما إن نزعهما بقرب، فلا فدية على لابسهما لعدم الانتفاع. والراجح أنه لا فدية على لابسهما في صلاة رباعية إذا لم يطوّل فيها وإلا فالفدية. أما غير اللبس كالطيب، فالفدية بمجرد، لأنّه لا يقع إلا منتفعاً به.

الأمور التي تتحد فيها الفدية:

1 - إن تعدد موجبها بفور، كأن يحلق شعره، ويقلم أظافره، ويلبس ثيابه، ويمسّ الطيب في وقت واحد من غير فاصل، فعليه فدية واحدة للجميع. ومن ذلك ما يفعله من لا قدرة له على إدامة التجرد، فينوي الحج أو العمرة ثم يلبس قمصانه، وعمامته، وسراويله بفور؛ فإن تراخى تعددت الفدية.

2 - إذا نوى التكرار - ولو تراخى ما بين الموجبات -، كأن ينوي فعل كل ما احتاج له من موجبات الفدية.

3 - إذا قدّم فعل ما نفعه أعم، دون نية التكرار؛ كمن لبس ثوباً ساتراً لجميع جسده، ثم لبس سراويل، بخلاف العكس. وهذا ما لم يخرج للأول كفارته قبل فعل الثاني، وإلا أخرج للثاني.

4 - إذا ظنّ الإباحة بظن خروجه من الإحرام؛ وذلك كمن رفض حجه أو عمرته أو أفسدهما بوطء، فظن خروجه من الإحرام، وأنه لا يجب عليه إتمام المفسد أو المرفوض، فارتكب موجبات متعددة، فليس عليه إلا كفارة واحدة؛ أو كمن طاف للإفاضة أو العمرة بلا وضوء معتقداً أنه متوضئ، فلما فرغ فعل موجبات الكفارة ثم تبين له فسادهما، فعليه كفارة واحدة. وفي غير هذه الأمور فإن الفدية تتعدد بتعدد السبب؛ فمن جهل حرمة أشياء تحرم بالإحرام ففعلها في غير فور فعليه لكل واحدة فدية، ولا ينفعه جهله، ومن علم الحرمة وظن أن الموجبات تتداخل وأن ليس عليه إلا فدية واحدة لم ينفعه ظنه.

ما يوجب حفنة من طعام تعطى لفقير: - والحفنة ملء اليد الواحدة:

1 - قلم ظفر واحد بدون قصد إزالة الأذى، بل ترقهاً وعبثاً، إلا إذا انكسر فأزال منه ما به الألم فلا شيء فيه.

2 - إزالة شعرة فأكثر إلى عشرة بدون قصد إماطة الأذى، وكذلك طرحها.

3 - قتل قملة فأكثر إلى عشرة بدون قصد إماطة الأذى، وكذلك طرحها بالأرض بلا قتل.

ما لا فدية فيه:

1 - تقلّد سيف، فلا فدية فيه وإن حرم لغير ضرورة.

2 - مسّ طيب مؤنث ذهب ريحه، فلا فدية فيه وإن حرم لغير ضرورة. فإن لم يذهب ريحه ففيه الفدية.

3 - دخول المحرم الحمّام، ولو طال المكث فيه حتى عرق، إلا أن يزيل عن جسده الوسخ بذلك ونحوه ففيه الفدية.

4 - طرح علقة، ونمل ودود وذباب والذر سوى القمل، لأنها من دواب الأرض تعيش فيها. فلا فدية في طرحها إذا لم تقتل.



الأكل من دماء الهدى والفدية وجزاء الصيد

دماء الحج والعمرة أربعة أقسام بالنسبة لجواز الأكل منها وعدمه.
القسم الأول: لا يجوز لصاحبه الأكل منه إطلاقاً، لا قبل المحل ولا بعده، وهو ثلاثة:

1 - الهدى المنذور المعين للمساكين، سواء عين صاحبه المساكين أيضاً أم لا، وسواء كان التعيين باللفظ والنية أو بالنية فقط. فلا يجوز مشاركة المساكين فيه ولو لم يبلغ المحل، منى بشرطه أو مكة، بأن عطب قبل المحل فنحره.

ووجه حرمة الأكل منه إذا لم يبلغ المحل أنه غير مضمون، فبتهم صاحبه على إتلافه. ووجه حرمة الأكل منه بعد المحل فلأنه قد عينه للمساكين، فلا يجوز مشاركتهم فيه. ومن أجل كونه غير مضمون فإنه إذا ضل أو سرق قبل المحل لا يلزم صاحبه بدله.
2 - هدي التطوع الذي نواه صاحبه للمساكين. ووجه حرمة الأكل منه فلإلحاقه بنذر المساكين، فلا يجوز أكله منه بلغ محله أم لا.

3 - فدية الأذى أو الترفه إذا لم ينو بها صاحبها الهدى، وهي لا تختص بمكان ولا زمان، فلا يجوز له الأكل منها مطلقاً، سواء ذبحت بمكة أو بغيرها. ووجه الحرمة أنها عوض عن الترفه، والجمع بين الأكل منها والترفه جمع بين العوض والمعوّض.
القسم الثاني: لا يجوز لصاحبه الأكل منه بعد المحل، منى أو مكة، ويجوز له الأكل منه إذا عطب قبل المحل، لأنّ عليه بدله يبعثه إلى المحل، ولا تهمة في أكله منه ولا مظلمة للمساكين، وهو ثلاثة:

1 - النذر غير المعين إذا جعل للمساكين، سواء بالتلفظ أو بالنية، فإنه يجوز لصاحبه الأكل منه إذا عطب قبل المحل، لأنّ عليه البدل؛ ولا يجوز الأكل منه إذا بلغ المحل، لأنه مصرّح به للمساكين⁽¹⁾.

2 - فدية الأذى إذا نوى بها الهدى: فإنّ المفدي إذا اختار النسك ونوى به الهدى، تعين عليه أن يذبحه بمنى بشرطه أو بمكة. ويجوز له الأكل منه إذا عطب قبل المحل لأنّ عليه البدل، ولا يجوز الأكل منه بعد المحل لأنه جعل للمساكين، فإنّ قوله تعالى في فدية الأذى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَاۂِٕ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾، قد بينه ﷺ بأن الفدية

(1) أحكام ابن العربي 3/1291.

للمساكين في قوله: «أو أطعم ستة مساكين مدين مدين لكل إنسان»⁽¹⁾.

3 - جزاء الصيد: فإنه يجوز أكل صاحبه منه إذا عطب قبل المحل، لأن عليه البدل، ولا يجوز له الأكل منه بعد بلوغ المحل، لأن الله تعالى جعله للمساكين في قوله: «فَجَزَاءٌ يَنْتَلَى مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّرَهُ طَعَامًا مَسْكِينًا». ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الطعام للمساكين، وهو بدل عن الهدى، وحكم البدل حكم المبدل⁽²⁾.

القسم الثالث: لا يجوز الأكل منه قبل المحل ويجوز بعده. وهو نوعان:

1 - هدي التطوع إذا لم يجعل للمساكين: فإنه يجوز لصاحبه الأكل منه بعد بلوغ محله، لأنه لم يجعل للمساكين؛ ولا يجوز له الأكل منه إذا عطب قبل بلوغ المحل ونحره، لأنه ليس عليه بدله، ويتهم على أنه تسبب في عطبه ليأكل منه، وهذا من باب سد الذرائع⁽³⁾. وعن عروة بن الزبير أن صاحب هدي رسول الله ﷺ قال: يا رسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدى؟ فقال له رسول الله ﷺ: كل بدنة عطبت من الهدى فانحرها، ثم ألق قلائدها في دمها، ثم خلّ بينها وبين الناس يأكلونها⁽⁴⁾.

قال الإمام الباجي: قوله: وخلّ بينها وبين الناس، ظاهر هذا اللفظ أن لا يأخذ المتولّي منها شيئاً لأنه قال: يأكلونها، وهذا يقتضي أن يخلّى بينهم وبين جميعها⁽⁵⁾.

2 - النذر المعين إذا لم يجعله صاحبه للمساكين، لا بلفظ ولا بنية.

القسم الرابع: يجوز لصاحبه الأكل منه مطلقاً، بلغ المحل أو عطب قبله، وهو ما عدا ما تقدم في الأقسام الثلاثة، وهو كل هدي وجب في حج أو عمرة، كهدي التمتع، والقران، وتعدي الميقات، وترك طواف القدوم، أو الحلق أو المبيت بمنى أو النزول بمزدلفة؛ أو وجب لمذي ونحوه أو نذر مضمون لغير المساكين، والدليل على هذه أنها على قوله تعالى: «وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُم مِّنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُم فِيهَا حَيْرٌ فَأَذْكُرُوا أَسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبَهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْقَائِعَ وَالْمَعْرَةَ» [الحج: 36].

وإنما أذن الله في الأكل منها، لأجل أن العرب كانت لا ترى أن تأكل من نسكها، فأمر الله نبيه بمخالفتهم⁽⁶⁾.

ولصاحب الهدى حينئذ أن يتزود ويطعم الغني والفقير والقريب والبعيد والكافر والمسلم.

(1) هو حديث كعب بن عجرة. وقد سبق تخريجه.

(2) أحكام ابن العربي 3/1291.

(3) أحكام ابن العربي 3/1291.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب العمل في الهدى إذا عطب أو ضلّ. وأبو داود في الحج، باب في الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ. والترمذي في الحج، باب ما جاء إذا عطب الهدى ما يصنع.

(5) المنتقى 2/316.

(6) أحكام ابن العربي 3/1291.

ورسول صاحب الهدى بالهدى كصاحبه في جميع ما تقدم من الأكل وعدمه .
والخطام والجلال كاللحم في المنع والجواز، فيجري فيهما ما جرى في اللحم
من التفصيل . لكنه في الخطام والجلال يضمن القيمة فقط، لا فرق بين ربّه ورسوله،
فتدفع للمساكين .

ولا يجوز لصاحب الهدى بيع ما جاز له تناوله كالضحية .
وإذا أكل صاحب الهدى شيئاً مما هو ممنوع عليه أكله، أو أمر بالأكل إنساناً غير
مستحق، كان يأمر غنياً في نذر المساكين، فإنه يضمن هدياً بدله، إلا في نذر لمساكين
عين لهم - كهذه البدنة -، فإنه يضمن قدر ما أكل فقط على الأرجح .



الإحصار⁽¹⁾

الإحصار لغة: منع الذات عن فعل ما، يقال: أحصره أي منعه مانع . وهو مرادف
حصره ونظير صدّه وأصدّه . وقد غلب استعمال «أحصر» في المنع الحاصل من غير
العدوّ كالمرض ونحوه . وغلب استعمال «حصر» في المنع الحاصل من العدوّ فهما
حقيقة في المعنيين ولكن الاستعمال غلب أحدهما في أحدهما . ومن اللغويين من قال:
«أحصر» حقيقة في منع غير العدوّ . و«حصر» حقيقة في منع العدوّ، وهو قول الكسائي
وأبي عبيد والزجاج⁽²⁾ .

وأقسام الإحصار ثلاثة: حصر عن البيت وعرفة معاً، وحصر عن البيت فقط،
وحصر عن عرفة فقط .

الحصر عن البيت وعرفة معاً:

إذا حصر المحرم بحجّ عن البيت وعرفة معاً، أو المحرم بعمره عن البيت أو
السعي، بعدوّ كافر أو فتنة بين المسلمين أو حبس ظلماً، فإنّ له التحلل مما هو محرم
به في أيّ محلّ كان، قارب مكة أم لا، دخلها أم لا، دخلت أشهر الحج أم لا .

والتحلل أفضل له من البقاء على إحرامه للعام القابل .

ولا بدّ لتحلّله من النية، وهي كافية، وهو المشهور خلافاً لمن قال: لا يتحلل إلا

بنحر الهدى والحلق .

(1) اعتمدت أيضاً في النص الفقهي لهذا الفصل على شرح الدردير على مختصر خليل ص 93 ج 2.
وشرح الزرقاني على مختصر خليل ص 334 ج 2.

(2) انظر ابن الفرس: أحكام القرآن . مخطوط عدد 4923 بالمكتبة الوطنية . ورقة 46 مجلد 1 وانظر
التحرير والتنوير 222 ج 2.

ويكون هذا التحلل بشرطين:

أ - أن لا يعلم الحاج أو المعتمر حين إحرامه بما ذكر من الموانع، «أي العدو والفتنة والحبس ظلماً»، فإن علم فليس له التحلل، ويبقى على إحرامه حتى يحجّ في العام القابل، إلا أن يظنّ أنّه لا يمنعه، فمنعه. فله أن يتحلل حينئذٍ بالنية كما وقع له ﷺ فقد أحرم بالعمرة عام الحديبية عالماً بالعدوّ ظاناً أنه لا يمنعه فمنعه، فلما منعه تحلل بالنية.

ب - أن يئأس وقت حصول المنع، من زواله، قبل فوات الحج، بأن يعلم أو يظنّ - لا إن شك - أن المنع لا يزول إلا بعد فوات الحج، والحال أنّه أوقع إحرامه بوقت يدرك فيه الحجّ لولا الحصر. وأما لو أحرم بوقت لا يدرك فيه الحجّ فليس له التحلل وإن أحصر، لأنّه داخل على البقاء على إحرامه.

فإن شك في أنّ المنع يزول قبل فوات الحج أو بعد فواته، فليس له التحلل أيضاً، ولو شرط أنّه إن حصل له مانع تحلل بالنية.

وهذا الشرط خاص بالحج، وأما العمرة فالمدار في التحلل منها على ظن حصول الضرر له إذا بقي على إحرامه لزوال الحصر وأداء العمرة.

ولا يتحلل المحرم بالحج عند اليأس من زوال المانع قبل فوات الحج، إلاّ بحيث لو سار إلى عرفة من مكانه لم يدرك الوقوف.

فإن علم أو ظن أو شك أنّ المانع يزول قبل فوات الوقوف، فلا يتحلل حتى يفوت، فإن فات فعليه عمرة، بعد زوال المانع.

وكذلك من أحصر بغير العدو والفتنة والحبس ظلماً، أي بالحبس بحق⁽¹⁾، وبالمرض وبخطأ عدد، فإنه لا يتحلل إلا بفعل عمرة، ولا يتحلل حتى يفوت الوقوف.

وليس على من حصر بالعدو وما ذكر معه قضاء التطوع، وعليه قضاء الفرض. والمشهور أنه لا هدي عليه، لأن المانع لم يكن من ذات الحاج، وإنما كان خارجاً عنه⁽²⁾. فيكون تحلله مأذوناً فيه، لأنه خال من التفريط⁽³⁾. ولأنّه لما خفف عنه بجواز

(1) ذكر في حاشية الشرح الكبير أن ظاهر كلام ابن رشد أن المعتبر في الحبس بحق ظاهر الحال وإن لم يكن حقاً في نفس الأمر حتى أنه إذا حبس لتهمة ظاهرة فهو كالمرض وإن كان يعلم من نفسه أنه بريء، وهذا ظاهر المدونة والعقوبة. كما نقله الحطاب قال ابن عبد السلام: وفيه نظر عندي وكان ينبغي أن يحال الأمر على ما يعلم من نفسه لأن الإحلال والإحرام من الأحكام التي بين العبد وربّه وقبله في التوضيح، وظاهر الطراز يوافقه. وذكر الشيخ العدوي أن الريح إذا تعذر على أصحاب السفن لا يكون تعذره كحصر العدو بل هو مثل المرض لأنهم يقدرّون على الخروج للبرّ فيمشون.

(2) الإشراف 1/ 45 والمنتقى 2/ 274.

(3) التحرير والتنوير 2/ 223.

التحلل من إحرام كان عقده، فبأن يخفف عنه من إيجاب الهدى أولى⁽¹⁾.

أما قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَاَسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ فقد قال جمهور أصحاب مالك رحمته: أريد بالآية المنع الحاصل من مرض ونحوه، دون منع العدو، بناء على أن إطلاق الإحصار يفيد منع المرض ونحوه، وهو الأكثر في اللغة⁽²⁾؛ وكذلك فإن هذه الآية جعلت على المحصر هدياً ولم ترد السنة بمشروعية الهدى فيمن حصره العدو، أما من ساق معه الهدى فعليه نسكه، لا لأجل الإحصار⁽³⁾.

وكذلك ففي الآية ما يدل على أن المراد بالإحصار المرض دون العدو وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَاَسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَعِدْيَةٌ مِّن صِيَارٍ أَوْ صَدَقَةٌ أَوْ سُكُلٌ﴾ [البقرة: 196]. ووجه الاستدلال أنه قال: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ بينما المحصور بعدو يحلق رأسه قبل أن يبلغ الهدى محلّه⁽⁴⁾.

وجه ثان أنه قال: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَعِدْيَةٌ﴾ معناه: فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه فحلق فدية، إلخ. فإنه إذا كان هذا وارداً في المرض بلا خلاف، كان الظاهر أن أول الآية - وهو قوله: فإن أحصرتم - ورد فيمن ورد فيه وسطها وآخرها، وهو المرض، لانساق الكلام بعضه ببعض، ورجوع الإحصار في آخر الآية إلى من خوطب في أولها، فيجب حمل ذلك على الظاهر حتى يدل دليل على غيره⁽⁵⁾.

وأما ما نحره النبي ﷺ من الهدى حين صد يوم الحديبية فذلك لأنه ساقه معه وأشعره وقلده، ولما لم يبلغ ذلك الهدى محلّه، وكان قد وجب بالتقليد والإشعار، لم يجز الرجوع فيه فنحره ﷺ، ولم ينحره من أجل الحصر⁽⁶⁾.

ولذلك يطلب من المحصر عن البيت وعرفة بعدو ونحوه مما تقدم ذكره أمران للتحلل: أ - أن ينحر هديه إن كان معه، بأن ساقه عن شيء مضى أو ساقه تطوعاً؛ وينحره في أي مكان، إن لم يتيسر له إرساله لمكة.

ب - أن يحلق رأسه، ولا دم عليه إن أخره لبلده، إذ القصد به التحلل لا النسك. ونية التحلل كافية، ولا يشترط انضمام الحلق أو الهدى لها فهما سنة وليس شرطاً، كما أن تأخير النية إلى البلد لا يترتب عليه دم.

(1) الإشراف 1/ 45. (2) المتقى 2/ 274 والتحرير والتنوير 2/ 222.

(3) التحرير والتنوير 2/ 223.

(4) أحكام القرآن لابن الفرس م 1 ورقة 46، مخطوط عدد 4923. والمتقى 2/ 274.

(5) المصدران السابقان.

(6) أحكام ابن الفرس م 1 ورقة 46 وأحكام القرطبي 2/ 373.

ويكره لمن حصر عن البيت والوقوف معاً أن يبقى للعام القابل مطلقاً، قارب مكة أو لا، دخلها أو لا.

ولو استمر على إحرامه حتى دخل وقت الإحرام من العام القابل وزال المانع، فلا يجوز له أن يتحلل بالعمرة لیسارة ما بقي. فإن خالف وتحلل بفعل عمرة بعد دخول وقته وأحرم بالحج، فإن في المسألة ثلاثة أقوال:

أ - الأول: إن تحلله يمضي ويشتما صنع، ولا يكون متمتعاً، لأن المتمتع من تمتع بالعمرة إلى الحج، وهذا تمتع من حج إلى حج، أي لأن عمرته كلاً عمرة، إذ شرطها الإحرام وهو مفقود هنا.

ب - الثاني: إن تحلله لا يمضي، وهو باق على إحرامه الأول، بناء على أن العمرة التي قام بها للتحلل كإنشاء عمرة ابتداء بنية مستقلة عن الحج، وقد تقدم أن إنشاء العمرة على الحج لغو.

ج - الثالث: إن تحلله يمضي، وهو متمتع، وعليه دم لتمتعه. وهذه الأقوال الثلاثة هي لابن القاسم في المدونة. وقد اقتصر الشيخ خليل في مختصره على ذكر القول الثالث، وتبعه الشيخ الدردير في مختصره أيضاً.

الحصر عن عرفة فقط:

إذا تمكن الحاج من البيت، وحصر عن عرفة بأمر من الأمور الثلاثة: العذر والفتنة والحبس ظلماً، أو فاته الوقوف بسبب مرض أو خطأ في العدد أو حبس بحق، فقد فاته الحج، وسقط عنه عمل ما بقي بعده من المناسك.

ويختلف حكم الحصر بالأمور الثلاثة المتقدمة عن حكم الفوات ببقية الأسباب المذكورة، في كون المحصر لا يطالب بالقضاء إلا في الفرض، ولا قضاء عليه في التطوع - كالمحصر عن البيت والوقوف -، بخلاف من فاته الوقوف فعليه القضاء، ولو كان تطوعاً، وعليه هدي الفوات.

ويتحلل من حصر أو فاته الوقوف، بفعل عمرة ندباً إن شاء التحلل. ومحل ندب تحلله بفعل عمرة ما لم يفته الوقوف وهو بمكان بعيد جداً عن مكة، وإلا فله التحلل بالنية. وعند التحلل بالعمرة فلا بد من نية التحلل، لكن بلا تجديد إحرام - وهو لية الدخول في حرمان العمرة - فيكفيه الإحرام السابق، ويطوف ويسعى ويحلق. ولا يكفي طواف قدومه وسعيه بعده، الحاصلان قبل الفوات، عن طواف العمرة وسعيها، التي طلب بها للإحلال بعد الفوات.

ويكره لمن يتحلل بعمرة، وهو من تمكن من البيت وفاته الوقوف أو حصر عنه بأمر من الأمور المتقدمة، إذا قارب مكة أو دخلها أن يبقى على إحرامه لقابل، أما إن لم يدخل مكة أو لم يقاربها فله البقاء للعام القابل بلا كراهة، متجرداً مجتنباً النساء والصيد والطيب، حتى يقف بعرفة ويتم حجه.

وذكر الفقهاء أنه لما كان لا يتحلل إلا بعمرة، فقد خيّر في حالة البعد، وذلك لتعارض مشقة البقاء على الإحرام ومشقة الوصول للبيت، وكره البقاء مع القرب لتمكنه من البيت.

وإذا بقي على إحرامه حتى دخل وقت الإحرام من العام القابل، سواء بعد من مكة أو قاربها، فلا يجوز له أن يتحلل بفعل عمرة، لیسارة ما بقي؛ فإن خالف وتحلل بفعل عمرة بعد دخول وقت الإحرام من العام القابل، ثم أحرم بالحج، فإنّ تحلله يمضي وعليه هدي التمتع؛ فهذا الحكم يجري فيمن يتحلل بعمرة، وفيمن يتحلل بنية كما تقدم. ودليل التحلل بفعل عمرة في الفوات والإحصار، ووجوب القضاء والهدي في الفوات بمرض، وخطأ عدد، وحبس بحق:

أ - عن يحيى بن سعيد أنه بلغه عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها كانت تقول: المحرم لا يحلّه إلا البيت⁽¹⁾.

ب - عن أيوب بن أبي تميم السخثياني عن رجل من أهل البصرة كان قديماً أنه قال: خرجت إلى مكة حتى إذا كنت ببعض الطريق كسرت فخذي، فأرسلت إلى مكة وبها عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر والنّاس، فلم يرتخص لي أن أحلّ، فأقمت على ذلك الماء سبعة أشهر حتى أحللت بعمرة⁽²⁾.

ج - عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه قال: من حبس دون البيت بمرض فإنه لا يحلّ حتى يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة⁽³⁾.

د - عن سليمان بن يسار أنّ معبد بن حزابة المخزومي صرع ببعض طرق مكة وهو محرم، فسأل على الماء الذي كان عليه من العلماء، فوجد عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير، ومروان بن الحكم، فذكر لهم الذي عرض له، فكلهم أمره أن يتداوى بما لا بدّ له منه ويفتدي، فإذا صحّ اعتمر، فحلّ من إحرامه، ثم عليه حجّ قابل، ويهدي ما استيسر من الهدي⁽⁴⁾.

هـ - عن سليمان بن يسار أنّ أبا أيوب الأنصاري خرج حاجاً حتى إذا كان بالنازية من طريق مكة أضلّ رواجه. وأنه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر، فذكر له ذلك. فقال له عمر: اصنع ما يصنع المعتمر، ثم قد حللت، فإذا أدركك الحجّ قابلاً، فاحجج واهد ما استيسر من الهدي⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدوّ.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدوّ.

(3) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدوّ.

(4) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدوّ.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب هدي من فاته الحج.

و - عن سليمان بن يسار أنّ هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه فقال: يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة، كُنّا نرى أنّ هذا اليوم يوم عرفة. فقال عمر: اذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك، وانحروا هدياً إن كان معكم، ثم احلقوا أو اقصروا، وارجعوا، فإذا كان عام قابل فحجّوا، واهدوا، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحجّ وسبعة إذا رجع⁽¹⁾.

ز - عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه قال: المحصر بمرض لا يحل حتى يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة، فإذا اضطر إلى لبس شيء من الثياب التي لا بد له منها أو الدواء، صنع ذلك وافتدى⁽²⁾.

وقد تقدم الحديث عن دليل عدم وجوب الهدي إذا كان الحصر لعدوّ أو فتنة أو حبس ظلماً، وذلك في القسم الأول. وسيأتي الحديث عن دليل وجوب القضاء وعدمه قريباً.

ومن أحصر عن الوقوف حتى فاته الحج، وكان عنده هدي تطوع قلّده أو أشعره، وساقه في إحرامه قبل فوات الحج؛ فإنّه لا يجزئه عن دم الفوات، سواء بعثه إلى مكة، أو تركه عنده حتى أخذه معه لينحره بمكة إذا تحلل بعمره، أو أخذه معه في حجة القضاء، لأن ذلك الهدي وجب لغير الفوات، فلا يجزىء عنه، بل يلزمه هدي آخر للفوات مع حجة الفوات.

ومن فاته الوقوف وتمكن من البيت، فإنّه يخرج وجوباً للتحلل بعمره للحل، ويلبّي منه من غير إنشاء إحرام - وهو نية الدخول في حرّات العمرة -، ويفعل ما ذكرناه من الخروج، إذا كان أحرم مفرداً بالحج أولاً بالحرم - لكونه مقيماً بمكة -، أو كان آفاقياً ودخل مكة محرماً بعمره ثم أردف الحج على العمرة في الحرم قبل طواف العمرة أو فيه، وذلك ليجمع في خروجه المطلوب بين الحلّ والحرم في إحرامه للتحلل.

ثم عليه قضاء حجّه في العام القابل، وذلك إذا كان الفوات لمرض أو خطأ عدد أو حبس بحق، أما لو كان فوات الوقوف لعدوّ أو فتنة أو حبس ظلماً فلا يطالب بالقضاء، وهذا في التطوع، وأما حجة الفرض فلا بدّ من قضائها مطلقاً.

ويؤخر دم الفوات الذي ترتب عليه لعام القضاء - كما تقدم -، ليجتمع له الجابر النسكي والجابر المالي. وإذا قدّم دم الفوات في عام الفوات، ولم يؤخره لعام القضاء، أجزأه وخالف الواجب.

قد تقدم أن المتحلل بالنية أو بفعل عمرة في القسمين المتقدمين - الإحصار عن

(1) أخرجه مالك في الحج، باب هدي من فاته الحج.

(2) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدوّ.

البيت وعرفة معاً والإحصار عن عرفة فقط - لا يسقط عنه الفرض المتعلق بذمته من حجة إسلام أو نذر مضمون أو عمرة إسلام، ولو كان الحصر لعدو أو فتنة أو حبس ظلماً. أما التطوع من حج أو عمرة، وكذلك الحج المضمون فلا قضاء في ذلك على من صدّ فيه، إذا كان الحصر لعدو أو فتنة أو حبس ظالماً. والدليل أنه لم يثبت عن النبي ﷺ أنه أمر أحداً من أصحابه، ولا ممن كان معه، لَمَّا أحصروا بالعدو أن يقضوا شيئاً، ولا أن يعودوا لشيء؛ ولو أمرهم بذلك لتواتر الخبر به⁽¹⁾. والقضاء لا يثبت بأمر الأداء، وإنما يثبت بأمر ثان⁽²⁾. وليس هناك أمر بالقضاء. وتسمية العمرة التي فعلها النبي ﷺ في العام القابل بعمرة القضية، إنما سميت بذلك من المقاضاة، لا من القضاء، لأن الرسول ﷺ قاضى قريشاً وصالحهم في عام الحديبية على الرجوع عن البيت، على أن يقصدها من قابل، وذلك إرغاماً للمشركين، وإتماماً للرؤيا، وتحقيقاً للوعد، فهي في الحقيقة ابتداء عمرة أخرى⁽³⁾.

أما إذا كان الإحصار في حجة التطوع أو عمرة التطوع،، لمرض أو خطأ عدد أو حبس بحق، فإنّ على المحصر القضاء. والدليل:

أ - حديث هبار بن الأسود المتقدم.

ب - حديث معبد بن حزابة المخزومي. المتقدم.

الحصر عن البيت فقط:

إذا وقف الحاج بعرفة وحصر عن البيت، سواء حصر عمّا قبل البيت بعد الوقوف أم لا، وسواء كان ذلك لمرض أو عدو أو حبس بحق أو ظلم أو فتنة - فالممنوع به هنا أعمّ ممّا سبق -، فإنّ حجّه قد تمّ أي أدركه، إذ الركن الذي يفوت الحج بفوات وقته قد فعل، ولم يبق عليه إلا الإفاضة التي يصحّ الإتيان بها في أي وقت من الزمان، فيبقى محرماً ولو بعد سنين، ولا يحلّ إلا بالإفاضة، وهذا إذا كان قدم السعي عند القدوم ثم حصر بعد ذلك، وأما إن كان حصر قبل سعيه فلا يحلّ إلا بالإفاضة والسعي ويترتب عليه هدي واحد للرمي، ومبيت ليالي منى، ونزول مزدلفة.

مسائل:

- إذا أحصر الحاج أو المعتمر، فإن نوى البقاء على إحرامه، ثم أصاب النساء، فقد أفسد حجّه، ويلزمه إتمامه وقضاؤه على الفور؛ وإن لم ينو البقاء على إحرامه للعام القابل، بأن نوى عدم البقاء، وأنه يتحلل من إحرامه، ولم يتحلل بعد حتى أصاب

(1) الإشراف 45/1 والمنتقى 274/2 والتحرير والتنوير 223/2.

(2) بداية المجتهد 482/1.

(3) أحكام ابن العربي 1/122 وأحكام القرطبي 2/376.

النساء، فإنه لا يكون حكمه حكم من أفسد حجّه فلا يلزمه حجّه ولا قضاؤه.

- إذا أفسد الحاج إحرامه أولاً، وقلنا: إن الحكم وجوب إتمامه، فتمادي على ذلك الإحرام الفاسد ليتمه، ثم فاته الوقوف، أو العكس، وذلك بأن فاته الوقوف ثم أفسد حجّه قبل شروعه في عمرة التحلل، ولو حصل منه الإفساد بعمرة التحلل، أي شرع فيها فلم يتمها حتى أفسد؛ فإنه يتحلل وجوباً بعمرة، ويغلب الفوات على الفساد، سواء كان ذلك الفساد سابقاً على الفوات أو كان لاحقاً له؛ ولا يغلب الفساد بحيث يطالب بإتمام المفسد بل لا يجوز له البقاء على إحرامه لما فيه من التمادي على الفساد. ويخرج إلى الحلّ للتحلل إن أحرم أولاً بحرم أو أردف فيه. على ما تقدم.

ويقضي الحجّ ولا يقضي العمرة في الصورة الثانية، أي ما إذا حصل منه الإفساد بعد أن شرع في عمرة التحلل، فلا يقضيها لأنها في الحقيقة تحلل لا عمرة.

وأما الهدى فإنّ عليه هدي للفوات يؤخّره للقضاء، وهدي للفساد يؤخّره أيضاً، وهدي ثالث إذا قضى متمتعاً أو قارناً؛ ولا شيء عليه إذا أحرم في الحجّ الفاسد متمتعاً أو قارناً، لأنه آل أمر كل منهما إلى عمرة ولم يتم القرآن أو التمتع.

- المريض والمحبوس بحق إذا فات كلاهما الوقوف، وكان معه هدي ساقه في إحرامه تطوعاً أو لنقص، فلا يخلو إما أن يخاف عليه العطب إذا بقي عنده لطول زمن المرض أو الحبس، أو لا يخاف عليه العطب؛ وفي كل إما أن يجد من يرسله معه لمكة أو لا.

فإن كان لا يخاف عليه العطب إذا بقي فإنه يجسه عنده، رجاء أن يخلص وينحر هديه في محلّه، سواء أمكنه إرساله لمكة أو لا.

وإن كان يخاف عليه إذا بقي عنده، فإن أمكنه إرساله لمكة أرسله، وإلا ذبحه في أي مكان كان.

وأما إن كان المانع له من الوقوف عدوّاً أو فتنة أو حبساً ظلماً، فمتى قدر على إرساله لمكة بأن وجد من يرسله معه إليها أرسله، كان يخاف عليه العطب إذا بقي عنده أو لا. وإن لم يجد من يرسله معه ذبحه في أي محلّ كان، كان يخاف عليه العطب إذا بقي عنده أو لا.

فيعلم من هذا أن الهدى لا يجبس معه إلا إذا كان الفوات لمرض أو حبس بحق، وكان لا يخاف عليه إذا بقي عنده، ولا يجبس في غير ذلك.

وحبس هدي المريض والمحبوس بحق واجب في الهدى الواجب، ومندوب في الهدى التطوع.

- لا يفيد المحرم إذا نوى عند إحرامه أو شرط باللفظ أنه متى حصل له مرض أو حصر من عدو أو من فتنة أو حبس ظلماً أو بحق أو غير ذلك من كل ما يمنعه من تمام

نسكه؛ كان متحللاً من غير تجديد نية التحلل في الحصر عن الوقوف والبيت معاً، ومن غير فعل عمرة في الحصر عن الوقوف؛ فإن تلك النية وذلك الاشتراط لا يفيدانه ولو حصل له ذلك المانع بالفعل، فهو عند وجوده باق على إحرامه حتى يحدث نية التحلل أو يتحلل بعمرة على ما مرّ تفصيله.

وإنما كان ذلك لا يفيدانه لأنه شرط مخالف لسنة الإحرام، وهذا هو المذهب، خلافاً لمن قال: إن تلك النية السابقة أو الشرط السابق يفيدانه، وحينئذٍ فلا يحتاج لنية التحلل أو لإحداث عمرة.

- يحرم دفع مالٍ ولو قلّ للحاصر لكي يخلي الطريق وذلك إذا كان كافراً، لأنه ذلّة لأهل الإسلام. واستظهر ابن عرفة جواز الدفع، قال: لأن ومن الرجوع بصدّه أشدّ من إعطائه؛ وردّ الحطاب بأن هذا لا يسلم، لأن دفع المال رضا بالذلّ كالجزية، وأما الرجوع فهو كسجال الحرب لا يوهن الدّين، ويؤيد هذا أن الرجوع وقع من النبي ﷺ ومن أصحابه دون دفع المال.

أما إذا كان الحاصر مسلماً فإنه يجوز دفع المال له. وإذا كان المال قليلاً فإنه يجب دفعه إذا كان الحاصر لا يمكث، بخلاف المال الكثير فإنه لا يجب دفعه مطلقاً، وإنما يجوز فقط.

وفي جواز قتال الحاصر المسلم تردّد عند فقهاء المذهب. ومحلّ التردد إذا كان الحاصر في الحرم ولم يبدأ بالقتال؛ فإن كان في الحلّ أو كان في الحرم وبدأ بالقتال جاز قتاله اتفاقاً. أما إذا كان الحاصر كافراً فلا وجه للتردد.

- يجوز للولي منع سفيه من الحج ولو فرضاً. كما يجوز للزوج منع زوجته الرشيدة في التطوع فقط حجاً أو عمرة، أما في الفرض فلا. أما الزوجة السفهية فحكمها داخل في حكم السفهية، والذي يمنعها وليها، وإن كان زوجها هو وليها كان له منعها من حيث إنه ولي لا من حيث إنه زوج.

وإذا لم يأذن الولي للسفيه والزوج لزوجته بالإحرام، فإنّ للولي والزوج التحلل لهما بالنية مما أحرما به، كتحلل المحصر عن الوقوف والبيت، بأن ينويا تحللتهما ورفض إحرامهما.

وعلى الزوجة القضاء لما حللها منه زوجها إذا أذن لها أو تأيمنت، بخلاف السفهية والصغير إذا حللها وليها فلا قضاء عليهما.

ويأثم كل من السفهية والزوجة إذا لم يقبلا ما أمرا به من التحلل، وللزوج إذا امتنعت زوجته من التحلل أن يباشرها كارهاً والإثم عليها.

كما يجوز للزوج تحليل زوجته إذا أحرمت بحجة الفريضة بغير إذنه، وذلك بقيود:

- أن يكون إحرامها قبل الميقات.

- أن يكون محتاجاً إليها للجماع.

- أن لا يحرم هو أيضاً.

فإن تخلف قيد من القيود الثلاثة لم يكن له تحليلها، وإذا توفرت هذه القيود وحللها فليس على الزوجة قضاء، إلا إذا كانت تلك الحجة حجة الإسلام.
وإذا أذن الولي للسفيه أو الزوج لزوجته في التطوع، فليس له المنع بعد الإذن إن دخل كل من السفيه والزوجة في الإحرام.



العمرة

العمرة لغة الزيارة. وهي مشتقة من التعمير، وهو شغل المكان، ضد الإخلاء، وهي بهذا الوزن - عمرة - لا تطلق إلا على زيارة الكعبة في غير أشهر الحج⁽¹⁾.
وشرعاً: هي زيارة الكعبة في غير موسم معين، على وجه مخصوص.

حكمها:

هي سنة عين مرة في العمرة على الفور إذا توقرت. شروط سنيتها وصحتها المذكورة في وجوب وصحة الحج. وقيل: هي سنة على التراخي إلى ظن الفوات. والقول بالفور أرجح. والعمرة ليست فرضاً والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]. ووجه الاستدلال أنه لم يذكر العمرة⁽²⁾.

ب - عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: بني الإسلام على خمس، شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنه لم يذكر عمرة⁽⁴⁾.

ج - عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن العمرة أواجبة هي؟ قال: لا. وأن تعتمروا هو أفضل⁽⁵⁾.

د - عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: لولا التخرج أتيت لم أسمع من رسول الله فيها شيئاً، لقلت العمرة واجبة مثل الحج⁽⁶⁾.

(2) التحرير والتنوير 2/ 221.

(1) التحرير والتنوير 2/ 219.

(3) أخرجه البخاري في الإيمان، باب الإيمان. ومسلم في الإيمان، باب أركان الإسلام.

(4) بداية المجتهد 1/ 434.

(5) أخرجه الترمذي في الحج، باب ما جاء في العمرة.

(6) أخرجه البيهقي في الحج، باب من قال بوجوب العمرة.

هـ - أن شأن العبادة الواجبة أن تكون مؤقتة، والعمرة غير مؤقتة⁽¹⁾.

و - أنها لو كانت واجبة لأمر بها النبي ﷺ ولا يثبت وجوبها بتلفيقات ضعيفة⁽²⁾.

أما قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: 196]. فإن الآية ليست حجة للجوب. لأن الله إنما قرنهما بالحج في وجوب الإتمام لا في الابتداء⁽³⁾. فتكون الآية جاءت بوجوب إتمام الحج والعمرة إذا ابتدئ فيهما⁽⁴⁾، فإن مالكا قد عدّهما من العبادات التي تجب بالشروع فيها، وهي سبع عبادات هي الصلاة، والصيام، والاعتكاف، والحج، والطواف، والائتمام⁽⁵⁾.

ميقات العمرة:

للعمرة ميقات زماني ومكاني:

1 - الميقات الزماني:

هو جميع السنة فتجوز في أشهر الحج. فعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ لم يعتمر إلا ثلاثاً: إحداهن في شوال واثنان في ذي القعدة⁽⁶⁾.

أما المحرم بحج أو بعمره، فلا يصح له أن يحرم بعمره، حتى يفرغ من أعمال الحج أو العمرة الأولى. والفراغ من أعمال الحج يكون بالوقوف، والطواف، والسعي، ورمي اليوم الرابع، لغير المتعجل، وبقدر الرمي للمتعجل. ويكره الإحرام بها بعد رمي اليوم الرابع إلى الغروب. فمن أحرم بعد رمي اليوم الرابع وقبل الغروب صحّ إحرامه، وأخر طوافها وسعيها وجوباً بعد الغروب، فإن فعلهما قبل الغروب لم يعتدّ بهما، وعليه إعادتهما، وإلا فهو باق على إحرامه أبداً.

2 - الميقات المكاني:

هو ميقات الحج لمن كان خارج مكة وما يتعلق به من أحكام. ومن كان بمكة فإن ميقاته المكاني الحلّ، ليجمع بينه وبين الحرم، إذ هو شرط في كل إحرام. والجعرانة أولى ثم التنعيم. ويصحّ الإحرام لها بالحرم وإن لم يجز ابتداء، لكن يجب الخروج للحلّ، فإن لم يخرج المحرم بعمره من مكة للحلّ، وكان قد طاف لها وسعى، أعاد طوافه وسعيه بعد الخروج للحلّ، لفسادهما، ولا فدية عليه إذا لم يكن حلق قبل خروجه، فإن حلق قبله افتدى، لأن حلقه وقع حال إحرامه، لعدم الاعتداد بالطواف

(1) التحرير والتنوير 2/ 221.

(2) التحرير والتنوير 2/ 221.

(3) أحكام ابن العربي 1/ 118.

(4) المنتقى 2/ 235 وبداية المجتهد 1/ 434 والتحرير والتنوير 2/ 221 وأحكام ابن العربي 2/ 118.

(5) التحرير والتنوير 2/ 221.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب العمرة في أشهر الحج.

والسعي قبل الخروج للحلّ. فإن لم يكن قدّم الطواف والسعي قبل خروجه للحلّ، طاف وسعى للعمرة بعده، ولا شيء عليه.

ودليل وجوب الجمع بين الحل والحرم:

- عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع. فأهللنا بعمرة. ثم قال رسول الله: من كان معه هدي فليهلل بالحج والعمرة، ثم لا يحلّ حتى يحلّ منهما جميعاً. قالت: فقدمت مكة وأنا حائض، فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة؛ فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: انقضي رأسك وامتشطي وأهلي بالحجّ ودعي العمرة، قالت: ففعلت. فلما قضينا الحجّ أرسلني رسول الله مع عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق إلى التنعيم فاعتمرت فقال: هذا مكان عمرتك⁽¹⁾.

والعمرة في شروطها وصفة إحرامها وطوافها وسعيها كالحجّ.

وتفسد بالجماع وما في معناه إذا وقع قبل تمام سعيها. فإن وقع بعد تمام سعيها وقبل الحلق فإنه يلزمه الهدى، ولا تفسد العمرة.

ويكره تكرار العمرة في السنة مرتين، وإنما يطلب كثرة الطواف. ودليل كراهة التكرار ما ثبت أن النبي ﷺ اعتمر مرّة في العام⁽²⁾.

التلبية:

ومن اعتمر من المبيقات من أهل الآفاق، يقطع التلبية إذا دخل الحرم، لأن المعتمر إنما يقصد الحرم وإليه دعي، فإذا وصل إليه من البعد فقد انقضت تلييته، وكمل مقصده. وأما الحاج فليس كذلك وإنما مقصده عرفة. والدليل:

أ - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقطع التلبية في الحجّ إذا انتهى إلى الحرم، حتى يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة، ثم يلبي حتى يغدو من منى إلى عرفة، فإذا غدا ترك التلبية. وكان يترك التلبية في العمرة إذا دخل الحرم⁽³⁾.

ب - عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة زوج النبي أنها كانت تترك التلبية إذا راحت إلى الموقف⁽⁴⁾.

ج - عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان يقطع التلبية بالعمرة إذا دخل الحرم⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الحج، باب دخول الحائض مكّة. والبخاري في الحجّ، باب كيف تهلّ الحائض والنفساء. ومسلم في الحجّ، باب بيان وجوه الإحرام.

(2) الإشراف 1/ 223 والمنتقى 2/ 236. (3) سبق تخريجه في مندوبات الإحرام.

(4) أخرجه مالك في الحجّ، باب قطع التلبية.

(5) أخرجه مالك في الحجّ، باب قطع التلبية في العمرة.

أركان العمرة:

أركان العمرة ثلاثة وهي:

1 - الإحرام من المواقيت أو من الحل.

ويحرم الولي - الأب أو غيره - عن الصبي أو المجنون ندباً. ومعنى إحرامه عنه نية إدخاله في الإحرام بعمرة، سواء كان الولي متلبساً بالإحرام عن نفسه أم لا، وقد تقدم الحديث عن إحرام الصبي والمجنون عند الحديث عن الإحرام بالحج.

2 - الطواف بالبيت سبعاً، على ما مرّ بيان واجباته وسننه ومندوباته في الحج، سواء بسواء.

3 - السعي بين الصفا والمروة سبعاً، على ما مرّ بيانه في الحج، سواء بسواء. ثم يحلّق المعتمر رأسه وجوباً على ما مرّ أيضاً.



الأضحية

الأضحية اسم لما يذبح من النعم، تقرباً إلى الله تعالى، في يوم العيد وفي يومين بعده. وسميت بذلك لأنها تفعل في الضحى، وهو ارتفاع النهار فسميت بزمن فعلها⁽¹⁾.
دليل مشروعيتها:

أ - قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾ [الكوثر: 2]. والمراد بالنحر نحر الضحايا يوم عيد النحر⁽²⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: مَا عَمِلَ آدَمِي مِنْ عَمَلٍ يَوْمَ النَّحْرِ أَحَبَّ إِلَى اللَّهِ مِنْ إِهْرَاقِ الدَّمِ. إِنَّهَا لَتَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِقُرُونِهَا وَأَشْعَارِهَا وَأَظْلَافِهَا. وَإِنَّ الدَّمَ لَيَقَعُ مِنَ اللَّهِ بِمَكَانٍ قَبْلَ أَنْ يَقَعَ مِنَ الْأَرْضِ، فَطَبِّبُوا بِهَا نَفْسًا⁽³⁾.

ج - عن أنس بن مالك رضي الله عنه قَالَ: ضَحَّى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَقْرَيْنِ. ذَبَحَهُمَا بِيَدِهِ، وَسَمَّى، وَكَبَّرَ، وَوَضَعَ رِجْلَهُ عَلَى صَفَاحِهِمَا⁽⁴⁾.

حكما:

هي سنة عين مؤكدة. وقيل: إنها واجبة. والقول بالسنية هو المشهور. ودليل

(1) شرح الزرقاني على الموطأ 2/ 341.

(2) أحكام ابن العربي 4/ 1989 والتحرير والتنوير 30/ 574.

(3) أخرجه الترمذي في الأضاحي. باب ما جاء في فضل الأضحية.

(4) أخرجه مسلم في الأضاحي. باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة. والبخاري في الأضاحي. باب التكبير عند الذبح.

السنة وعدم الوجوب: ما روي عن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي، فليمسك عن شعره وأظفاره⁽¹⁾. فوجه الاستدلال منه أنه صلى الله عليه وسلم علّق فعل الأضحية على إرادة المكلف، والواجب لا يعلّق على إرادة المكلفين.

أما ما روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم داوم عليها ولم يتركها حتى في السفر، كما جاء في حديث ثوبان، فإن فعله يحمل على الندب⁽²⁾.

شروط سنيتها:

- 1 - أن لا يكون المضحي حاجاً، لأنّ سنّته الهدى، كان بمنى أو غيرها. وغير الحاج يشمل المعتمر، ومن فاته الحج وتحلّل منه قبل يوم النحر، فسّنّ في حقهما.
 - 2 - أن لا يكون فقيراً. لا تسنّ لفقير لا يملك قوت عامه، ويحتاج لثمنها في ضرورياته في عامه.
- وتسن لليتيم الذكر والأنثى على السواء، والمخاطب بفعلها عنه وليه، وتكون من مال اليتيم.

من أي شيء تكون؟

تكون من الضأن أو المعز دخل في السنة الثانية. إلا أنّ المعز فإنّه يشترط أن يدخل فيها دخولا بيّناً كالشهر، بخلاف الضأن فإنّه يكفي مجرد الدخول فيها. وتكون من البقر أو الجواميس. ويشترط أن تكون دخلت في السنة الرابعة. ولا يشترط أن يكون الدخول بيّناً.

وتكون من الإبل بشرط دخولها في السادسة. ولا يشترط أن يكون الدخول بيّناً. ودليل هذه الأسنان المذكورة⁽³⁾، ما أخرجه مسلم في الأضاحي عن جابر بن عبد الله أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تذبحوا إلا مسنة، فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن» والجذع من الضأن، اختلف فيه، فقيل: هو ابن سنة، وقيل: ابن عشرة أشهر، وقيل: ابن ثمانية أشهر، وقيل: ابن ستة أشهر.

وعلى الأقوال التي قالت بما دون السنة، فإنّ ما ذكره البعض بأنّه لا يجزىء إلا إذا كان الجذع عظيماً. فليس عليه دليل، قاله ابن العربي.

(1) أخرجه مسلم في الأضاحي. باب نهى من دخل عليه عشر ذي الحجة أن يأخذ من شعره أو أظفاره شيئاً.

(2) المتقى 3/100 والعارضه 6/304 وبداية المجتهد 1/589.

(3) الإشراف 2/248 والعارضه 6/299 - 300 ومختار الصحاح ص 65 والذخيرة 4/145 (دار الغرب الإسلامي).

وأما المعز والبقر والإبل فلدليل أسنانها هو ما جاء في الحديث من قوله ﷺ: «لا تذبحوا إلا مسنة» ولم يستثن إلا الضأن. والمسنة هي الثنية، والثنية واحدة الثنايا من السن. والثني الذي يلقي ثنيته، ويكون ذلك في الظلف والحافر في السنة الثالثة، وفي الخف في السنة السادسة.

ويدل أيضاً على عدم الإجزاء، ما جاء في حديث أبي بردة قوله: إن عندي داجنا جذعة من المعز. قال ﷺ: «اذبحها ولن تصلح لغيرك». والحديث أخرجه البخاري في الأضاحي.

والمراد بالسنة، العربية، وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً، لا القبطية، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً.

شروط صحتها:

1 - أن تذبح نهاراً فلا يصح ذبحها ليل. والدليل: قول الله تعالى: ﴿وَذَكِّرُوا أَنْسَمَ اللَّهِ فِي آيَاتِهِ مَعْلُومَاتٍ﴾ [الحج: 28]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى ذكر الأيام ولم يذكر الليالي. واسم اليوم لا يتناول الليل⁽¹⁾. والنهار يبتدىء بطلوع الفجر من اليوم الأول والثاني والثالث؛ لكن شرط الصحة في يوم النحر الأول يختلف عن اليومين بعده، فإن الأضحية لا تصح في اليوم الأول إلا بدخول وقت الذبح، ووقت ذبحها بالنسبة للإمام بعد فراغه من الصلاة والخطبة بعد حل النافلة، فلا تجزيه إن هو قدمها على الخطبة. فيدخل وقتها بالنسبة له بفراغه منها بعد الصلاة.

ووقت ذبحها بالنسبة لغير الإمام بعد فراغ الإمام من ذبح أضحيته بعد ما ذكر. فلا يجزي ذبحها قبل فراغ الإمام من ذبحه؛ فلا تجزي المضحى إن سبق ذبح الإمام ولو أتم بعده، وكذا إن ساواه في الابتداء ولو ختم بعده، بخلاف ما لو ابتدأ بعده وختم بعده أو معه لا قبله، قياساً على سلام الإمام في الصلاة.

والدليل على ما تقدم:

أ - عن بشير بن يسار أن أبا بردة بن نيار ذبح ضحيته قبل أن يذبح رسول الله ﷺ يوم الأضحى فزعم أن رسول الله أمره أن يعيد بضحية أخرى⁽²⁾.

ب - عن عباد بن تميم أن عويمر بن أشقر ذبح ضحيته قبل أن يغدو يوم الأضحى. وأنه ذكر ذلك لرسول الله فأمره أن يعيد بضحية أخرى⁽³⁾.

(1) بداية المجتهد 601/1.

(2) أخرجه مالك في الضحايا، باب النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الإمام. والبخاري في العيدين، باب الأكل يوم النحر. ومسلم في الأضاحي، باب وقتها.

(3) أخرجه مالك في الضحايا، باب النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الإمام. وابن ماجه في الأضاحي. باب النهي عن ذبح الأضحية قبل الصلاة.

ج - عن البراء بن عازب قال: سمعت رسول الله ﷺ يخطب فقال: إِنَّ أَوَّلَ مَا نَبْدَأُ بِهِ فِي يَوْمِنَا هَذَا أَنْ نَصَلِّيَ، ثُمَّ نَرْجِعَ فَنَنْحِرَ، فَمَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَصَابَ سِتْنَانًا⁽¹⁾.

د - قوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾ [الكوثر: 2]. وجه الاستدلال أنه تعالى أمر بالصلاة قبل النحر⁽²⁾.

ومحلّ عدم أجزاء الضحية قبل ذبح الإمام إذا أخرج الإمام أضحيته إلى المصلّي، فإن لم يبرزها تحرّى النَّاسُ ذبحه، فإن تبيّن أنّهم سبقوه فإنّها تجزئ لعذرهم ببذل وسعهم. وإذا توانى الإمام وتراخى عن الذبح بدون عذر انتظروا قدر ذبحه، وذبحوا؛ وكذلك إذا علموا أنّه لا يضحّي؛ فإن لم ينتظروا قدر ذبحه لم تجزهم، لأنّ الانتظار بقدر ذبحه شرط صحّة.

وإذا تراخى الإمام عن الذبح لعذر، ندب للنّاس تأخير الذبح لقبيل الزوال، بحيث يبقى للزوال بقدر الذبح، لثلاثي فوات الوقت الأفضل، والشرط الانتظار بقدر ذبحه.

والبلد الذي لا إمام له وأهل البوادي، فإنّهم يتحرّون ذبح أقرب إمام لهم بقدر صلاته وخطبته وذبحه، ولا شيء عليهم إن تبيّن سبقهم. والمراد بالإمام إمام صلاة العيد وهو الراجح. وقيل: المراد به الخليفة أو نائبه.

وآخر وقت للذبح غروب شمس اليوم الثالث من أيام النحر، لأنّها الأيام المعلومات التي خصّها الله بالنحر. ولا تقضى بعدها، بخلاف زكاة الفطر فإنّها تقضى، لأنها واجبة.

2 - الشرط الثاني: أن يكون ذابحها مسلماً. فلا تصح بذبح كافر بالنيابة عن صاحبها، ولو كان الكافر كتابياً وإن جاز أكلها، إلّا المجوسي فلا تؤكل ذبيحته.

3 - السلامة من الاشتراك فيها: إذا اشترك جماعة في ثمن الأضحية أو كانت بينهم فذبحوها ضحية عنهم لم تجز عن واحد منهم. وكثيراً ما يقع ذلك بأن يكون جماعة، كإخوة شركاء في المال، فيخرجوا أضحية عن الجميع، فهذه لا تجزئ عن واحد منهم، إلّا أن يفصلها واحد منهم لنفسه، ويغرم لهم ما عليه من ثمنها، ويذبحها عن نفسه. أمّا ما روي عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله أنّه قال: نحرنّا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة⁽³⁾. فقد ذكر ابن رشد الحفيد أنّ مالكا كأنه ردّ الحديث لمخالفته للأصل في ذلك. والأصل أنّ الأمر

(1) أخرجه البخاري في الأضاحي، باب الذبح بعد الصلاة. ومسلم في الأضاحي، باب وقت الأضاحي.

(2) أحكام ابن العربي 4/1990 والتحرير والتنوير 30/575.

(3) أخرجه مالك في الضحايا. باب الشركة في الضحايا. ومسلم في الحج. باب الاشتراك في الهدى.

بالتضحية لا يتبعض ولا يجزىء واحد عن واحد⁽¹⁾. ونقل الباجي في الحديث أقوالاً منها⁽²⁾.

أ - أن أبا الزبير وهم لذكره البقرة عن سبعة.

ب - يحتمل أن يكون النبي ﷺ هو الذي نحر عنهم وكان الهدى جميعه له. ونحن إنما نمنع الاشتراك في رقبة الهدى والأضحية. وهذا كما روي أن النبي ﷺ ضحى وقال: هذا عتي وعمن لم يضح من أمتي⁽³⁾. فكان هذا كما يذبح الرجل عن نفسه وعن أهله. لأن المسلمين كلهم أهل النبي ﷺ، هو أب لهم، وأزواجه أمهاتهم. ويجوز التشريك في الأجر قبل الذبح، ولو لأكثر من سبعة أنفار. والدليل ما روي عن أبي أيوب الأنصاري قال: كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته. ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة⁽⁴⁾.

ويسقط الطلب عن كل من شركهم المضحي معه في الأجر، وإن كان الداخل معه غنياً. ويشترط لجواز التشريك ثلاثة شروط وهي:

أ - أن يكون المشرك قريباً للمضحي كابنه، وأخيه، وابن عمه، وزوجته، وبأبي وجه من أوجه القرابة.

ب - أن يكون المشرك في نفقة المضحي، سواء كانت النفقة غير واجبة كالأخ وابن العم، أو كانت واجبة كأب وابن فقيرين.

ج - أن يكون المشرك ساكناً معه بدار واحدة، بحيث يغلط عليه معه باب، وإن تعددت جهات تلك الدار. فإن اختل شرط من هذه الشروط فإنها لا تجزىء عن المشرك ولا عن المشرك. قال اللخمي: هذه الشروط فيما إذا أدخل غيره معه. أما لو ضحى عن جماعة، ولم يدخل نفسه معهم، فذلك جائز مطلقاً، حصلت الشروط بعضها أو كلها أو لم تحصل.

4 - السلامة من العيوب البيئية. فلا تجزىء العوراء ولو كانت صورة العين قائمة، أما إذا كان بعينها بياض لا يمنعها النظر فإنها تجزىء؛ ولا تجزىء فاقدة جزء كيد أو رجل ولو كان الفقد من الخلقة، ويغتفر قطع خصية الحيوان لأن الخصاء يعود على اللحم بسمن ومنفعة، وهذا مشروط بما إذا لم يؤد إلى مرض بين. ولا تجزىء البكماء فاقدة الصوت، ولا البخراء منتنة رائحة الفم، ولا الصماء التي لا سمع لها؛ ولا تجزىء الصمماء صغيرة الأذنين جداً، ولا العجفاء التي لا مع في عظامها لهزائها ولا

(1) بداية المجتهد 1/ 597 والذخيرة 4/ 153. (2) المتقى 3/ 96 والذخيرة 4/ 153.

(3) أخرجه أبو داود في الضحايا، باب في الشاة يضحى بها عن جماعة والترمذي في الأضحية، باب.

(4) أخرجه مالك في الضحايا، باب الشركة في الضحايا.

البتراء التي لا ذنب لها، سواء كان فقدته خلقة أو عرضاً؛ ولا يجزىء من كان ضرعها يابساً لا ينزل منها لبن، فإن أرضعت ولو بالبعض أجزاء؛ ولا يجزىء من كان ثلث ذنبها فأكثر مقطوعاً، فإن كان المقطوع أقل من ثلث الذنب أجزاء؛ ولا تجزىء من كانت مريضة مرضاً بيتناً أو كانت جرباء أو بشماء، إلا الخفيف فلا يضر؛ ولا تجزىء المجنونة فاقدة التمييز إذا كان الجنون دائماً فإن لم يدم فلا يضر.

ولا تجزىء العرجاء إلا العرج الخفيف فإنه لا يضر؛ ولا تجزىء من كان قرنهما يدمي لم يبرأ فإن برى أجزاء؛ ولا تجزىء من فقدت أكثر من سنّ دون سبب إثغار أو كبر، وفقد السن الواحد لا يضر مطلقاً، وكذلك فقد أكثر من سنّ بسبب إثغار أو كبر فإنه لا يضر. أما فقدتها بسبب مرض أو ضرب فإنه يضر ولا يجزىء.

ولا تجزىء من كان أكثر من ثلث أذنها مفقوداً أو مشقوقاً، أما الثلث فأقل فإنه يجزىء. والدليل ما رواه البراء بن عازب أنّ رسول الله ﷺ سئل ما يتقى من الضحايا، فأشار بيده وقال أربعاً، وكان البراء بن عازب يشير بيده ويقول: يدي أقصر من يد رسول الله ﷺ: العرجاء البين ظلعها، والعوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي⁽¹⁾.

المراد بالعجفاء التي لا تنقي أي التي لا شحم فيها، فإذا بلغت هذا الحدّ من الهزال فإنها لا تجزي، لأنها خارجة عن الحدّ المعتاد⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أنه ﷺ نبّه بالأدنى على الأعلى. فما هو أشدّ من الصفات المنصوص عليها، فهو أحرى أن لا يجزىء⁽³⁾. وكذلك نبّه بما ذكر على ما هو مساوٍ لها⁽⁴⁾.

الفضائل في الضحايا:

الأفضل في الضحايا الظأن، ثم المعز، ثم البقر، ثم الإبل. لأن المراعى في ذلك طيب اللحم، بخلاف الهدايا، فالمعتبر فيها كثرة اللحم. والدليل⁽⁵⁾ على صحة تفضيل الظأن ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال: ضحّى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين أقرنين⁽⁶⁾. وكذلك فإنّ الذبح العظيم الذي فدى به إبراهيم كان كبشاً، وهو السنّة الباقية، وهي الأضحية⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مالك في الضحايا، باب ما ينهى عنه من الضحايا.

(2) المتقى 3/85. (3) بداية المجتهد 1/592.

(4) بداية المجتهد 1/592. (5) المتقى 3/88.

(6) سبق تخريجه.

(7) بداية المجتهد 1/591 والمقدمات ص332.

أما قوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ ۗ﴾ [الكوثر: 2]. فإن الأمر بالنحر دون الذبح، مع أن الظأن أفضل في الضحايا وهي لا تنحر، فسره الشيخ محمد الطاهر بن عاشور⁽¹⁾ بأنه تغليب للفظ النحر الذي روعي في تسمية يوم الأضحية يوم النحر، ويشمل الضحايا في البدن والهدايا في الحج... وقال: ويرشح إثارة النحر رعي فاصلة الرءاء في السورة.

والأفضل في كل نوع الذكر على الأنثى، والفحل على الخصي، إذا لم يكن الخصي أسمن، وإلا فهو أفضل. والأصل في هذا فعل النبي ﷺ فقد ضحى بكبش فحيل⁽²⁾.

والأفضل للمضحي الجمع بين الأكل، والإهداء، والصدقة، بدون تحديد بثلاث أو غيره.

ولا يحرم ادخار لحوم الأضاحي، لما ثبت أن النبي ﷺ قد أباح الادخار بعد أن كان نهى عنه. فعن عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن واقد أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث. قال عبد الله بن أبي بكر: فذكرت ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت: صدق، سمعت عائشة زوج النبي تقول: دفت ناس من أهل البادية حضرة الأضحية في زمن رسول الله ﷺ فقال رسول الله: «ادخروا ثلاث، وتصدقوا بما بقي». قالت: فلما كان بعد ذلك، قيل لرسول الله: لقد كان الناس ينتفعون بضحاياهم، وهم يحملون منها الودك، ويتخذون منها الأسقية، فقال رسول الله: «وما ذاك» أو كما قال، قالوا: نهيت عن لحوم الضحايا بعد ثلاث. فقال رسول الله ﷺ: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم، فكلوا، وتصدقوا وادخروا» يعني بالدافة قوماً مساكين قدموا المدينة⁽³⁾.

فقد نهى عن أكلها بعد ثلاث، والنهي يقتضي التحريم، ثم نسخ ذلك بإباحة الأكل والادخار. قال الباجي⁽⁴⁾: «هذا من نسخ السنة بالسنة» وقال القرطبي⁽⁵⁾: «وقالت طائفة: إن كانت بالناس حاجة إليها فلا يدخر لأن النهي إنما لعلته، وهي قوله ﷺ: إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت. ولما ارتفعت ارتفع المنع المتقدم لارتفاع موجب لا إنه منسوخ. وتنشأ هنا مسألة أصولية هي: الفرق بين رفع الحكم بالنسخ ورفعه لارتفاع علته. اعلم أن المرفوع بالنسخ لا يحكم به أبداً. والمرفوع لارتفاع علته يعود الحكم لعود العلة، فلو قدم على أهل بلدة ناس محتاجون في زمان

(1) التحرير والتنوير 3/ 575.

(2) المتقى 3/ 88.

(3) أخرجه مالك في الضحايا، باب ادخار لحوم الأضاحي. ومسلم في الأضاحي، باب ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث.

(4) المتقى 3/ 93. وانظر مفتاح الوصول ص 92. (5) أحكام القرطبي 12/ 47.

الأضحى، ولم يكن عند أهل ذلك البلد سعة يسدون بها فاقتهم إلا الضحايا، لتعين عليهم ألا يذخروها فوق ثلاث كما فعل النبي ﷺ.

والأمر بالتصدق في الحديث بعد إباحة الأذخار يحمل على الندب. والدليل على ذلك الإجماع⁽¹⁾.

والأفضل من الأيام للذبح اليوم الأول إلى الزوال، ثم إلى الغروب؛ ثم اليوم الثاني إلى الزوال ثم اليوم الثالث إلى الزوال؛ ثم اليوم الثاني من الزوال إلى الغروب. فمن فاتته الذبح قبل زوال اليوم الثاني، ندب له أن يؤخره لليوم الثالث قبل الزوال. ودليل كون أيام النحر ثلاثة: ما روي عن ابن عمر وعلي بن أبي طالب قولهما: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى⁽²⁾.

ما يندب في الأضحية:

1 - سلامتها من كل عيب لا يمنع الإجزاء. فيندب أن تكون سليمة من كل مرض خفيف أو كسر قرن لا يدمي. ويندب أن تكون غير خرقاء، وهي التي في أذنها خرق مستدير. ويندب أن تكون غير شرقاء، وهي ما كانت مشقوقة الأذن أقل من ثلث. ويندب أن تكون غير مقطوعة الأذن من جهة وجهها أو من جهة خلفها.

2 - يندب أن تكون سمينة.

3 - يندب أن تكون حسنة في نوعها.

4 - يندب إبرازها للمصلّى لنحرها فيه⁽³⁾. ويتأكد الندب على الإمام ليعلم الناس

ذبحها. ويكره له، دون غيره، عدم إبرازها.

5 - يندب أن يذبحها المضحي بيده ولو كان امرأة، لما روى أنس رضي الله عنه قال:

ضخى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده، وسمى، وكبر، ووضع رجله على صفاحهما⁽⁴⁾.

6 - يندب للمضحي ترك حلق شعر سائر بدنه، وقلم أظافره، في التسعة أيام من

ذي الحجة إلى أن يضحي؛ وكذلك لمن شرك في ثواب الأضحية. ووجه الندب التشبه بالحاج. والدليل حديث أم سلمة. المذكور في حكم الأضحية.

ما يكره في الأضحية:

1 - يكره للإمام دون غيره، عدم إبراز أضحيته للمصلّى.

(1) انظر الممتقى 94/3.

(2) أخرجه مالك في الأضاحي، باب ذكر أيام الأضحى.

(3) قال الشيخ محمد الأخواة: هذا شرطه أن يكون في البرية لا في نحو المدن إذ ليس من الدين

طلب تلطيخ الطرقات وما إليها من الساحات.

(4) سبق تخريجه.

- 2 - يكره للمضحي إنبابة الغير في ذبحها لغير ضرورة. فإن أناب أجزاء عن صاحبها، إن كان النائب مسلماً، ولو نوى النائب ذبحها عن نفسه. كما تجزىء إذا ذبحها قريب للمضحي كصديق اعتاد الذبح له. أما إذا ذبحها أجنبي دون نيابة لم يعتد ذبحها له؛ فإنها لا تجزىء عن المضحي وعليه بدلها. وكذلك الغالط الذي اعتقد أن الأضحية له، فذبحها، فإذا هي لغيره؛ فإنها لا تجزىء عن واحد منهما، لا عن صاحبها لعدم توكيله، ولا عن الذابح لعدم ملكه. وإذا ذبحها قريب دون إنبابة لم يعتد ذبحها له، فالأظهر عدم الإجزاء نظراً لعدم الاستنابة. أما الأجنبي الذي اعتاد ذبحها له ولو مرة، فذبحها له بلا نيابة على عادته فالحكم قولان: الإجزاء وعدمه.
- 3 - يكره قول المضحي عند التسمية: «اللهم منك وإليك» إذ لم يصحبه عمل أهل المدينة⁽¹⁾.

- 4 - يكره شرب لبنها وجزء صوفها قبل الذبح. ووجه كراهة شرب لبنها أنه نواها لله، والإنسان لا يعود في قربته. ووجه كراهة جزء صوفها لما فيه من نقص جمالها. ومحل كراهة جزء الصوف إن لم يكن الزمان متسعاً، بحيث ينبت مثله أو قريب منه قبل الذبح، وإن لم ينو الجزء حين أخذها، وإلا فلا كراهة.
- 5 - يكره بيع الصوف إن جزه.
- 6 - يكره إطعام كافر منها.
- 7 - يكره فعلها عن ميت، إذا لم يعينها قبل موته. فإن عينها فإنه يندب للوارث إنفاذاً.
- 8 - يكره التغالي في ثمنها زيادة على عادة أهل البلد، لأن ذلك مظنة المباهاة.
- 9 - تكره العتيرة وهي شاة كانت تذبح في الجاهلية لرجب وكانت أول الإسلام ثم نسخ ذلك بالضحية.

ما يمنع:

- 1 - يمنع بيع شيء منها من جلد أو صوف أو عظم أو لحم. ولا يعطى الجزار شيئاً من لحمها في نظير جزارته، سواء كانت الأضحية مجزئة أو غير مجزئة، لأنها خرجت لله تعالى. وهذا إذا ذبحها بالفعل؛ أما لو أبقاها حية جاز له فيها البيع وغيره، لأنها لا تتعين إلا بالذبح.
- 2 - يمنع البدل لها أو لشيء منها بعد الذبح بشيء عجانس للمبدل منه، وإلا كان بيعاً؛ إلا المتصدق عليه أو الموهوب له، فإنه يجوز لهما بيع ما تصدق أو وهب لهما، ولو علم ربها بذلك.

وإذا وقع بيع من صاحبها أو إبدال، فإنَّ البيع يفسخ إن كان المبيع قائماً لم يفت. فإن فات المبيع بأكل أو نحوه وجب التصدق بالعرض، إن كان العوض قائماً مطلقاً، سواء كان البائع هو المضحّي أو غيره، بإذنه أو لا. فإن فات العوض أيضاً بصرف في لوازمه، أو غيرها أو بضياعه أو تلفه، وجب التصدق بمثله. إلا إذا تولّى البيع غير المضحّي، كوكيله أو صديقه أو قريبه بلا إذن منه في بيعه، وصرفه الغير فيما لا يلزم المضحّي من نفقة عيال أو وفاء دين ونحو ذلك، بأن صرفه في توسعة ونحوها، فلا يلزمه التصدق بمثله حينئذٍ؛ أما لو صرفه الغير فيما يلزم المضحّي، فإنه يجب التصدق بمثله، كما لو تولّاه هو، أي المضحّي أو غيره بإذنه، صرفه فيما يلزمه أو لا.

أرش الضحية:

يجب على صاحب الضحية التصدق بأرش عيب من ضحيته لا يمنع الإجزاء، ولو لم يطلع عليه إلا بعد ذبحها. فالأرش المأخوذ في نظيره يجب التصدق به ولا يتملكه، لأنّه في معنى البيع. فإن كان العيب يمنع الإجزاء كالعور لم يجب التصدق بأرشه، لأنّ عليه بدلها لعدم إجزائها.

متى تتعين الضحية؟

تتعين الشاة ضحية ويترتب عليها أحكامها بالذبح، لا بالنذر، ولا بالنية، ولا بالتمييز لها. فإن حصل لها عيب بعدما ذكر فلا تجوز ضحية، ولا تتعين للذبح، ولصاحبها أن يصنع بها ما شاء ما لم تكن مندورة. ولا يجب عليه عوض حيث كانت معيّنة غاية ما هناك يطالب بسنة الضحية إن كان غنياً. وهي لا تتعين كما لا تجزىء ولو كانت مندورة وحصل لها العيب بعد نذرها وقبل الذبح، لأنّ تعيين المكلف والتزامه لا يرفع ما طلب منه الشارع فعله يوم الأضحى، من ذبح شاة سليمة من العيوب، بخلاف المندورة فإنّ نذرها يوجب ذبحها ويمنع بيعها وبدلها ولو لم تتعين ضحية. وقيل: تتعين بالنذر. فإن تعيبت بعده تعين ذبحها ضحية.

انتهى باب الحج والحمد لله

المراجع والمصادر

- أحكام القرآن. أبو بكر بن العربي. دار المعرفة. بيروت.
- أحكام القرآن. عبد المنعم بن الفرس. مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس عدد 4923.
- الاستذكار. أبو عمر بن عبد البر. مطبعة فضالة. المغرب.
- الإشراف على مسائل الخلاف. عبد الوهاب البغدادي. مطبعة الإرادة تونس.
- أقرب المسالك إلى فقه الإمام مالك. دار المعرفة بيروت.
- إكمال إكمال المعلم. أبو عبد الله الأبي. مطبعة السعادة. مصر.
- بداية المجتهد. أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد. مكتبة الكليات الأزهرية. مصر.
- بلغة السالك لأقرب المسالك. دار المعرفة. بيروت.
- البيان والتحصيل. أبو الوليد محمد بن رشد الجد. النسخة المخطوطة بالمكتبة الوطنية تحت عدد 12101. والنسخة المطبوعة. دار الغرب الإسلامي. بيروت.
- التحرير والتنوير محمد الطاهر بن عاشور. الدار التونسية للنشر.
- تفسير سورتي الفاتحة والبقرة. الإمام محمد بن عرفة، تحقيق حسن المناعي مركز البحوث بالكلية الزيتونية. تونس.
- تقييد التهذيب. أبو الحسن الصغير. مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس تحت عدد 5895.
- التمهيد. أبو عمر بن عبد البر. مطبعة فضالة. المغرب.
- الجامع لأحكام القرآن. أبو عبد الله محمد القرطبي. دار الكتاب العربي.
- الجواهر الثمينة. عبد الله بن شاس. مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس تحت عدد 13482 تونس.
- حاشية على الشرح الكبير. محمد الدسوقي. دار الفكر.
- الذخيرة. محمد بن إدريس القرافي. الجزء المطبوع لمكتبة الكليات الأزهرية. والجزء المخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس تحت عدد 5360 والطبعة الكاملة لدار الغرب الإسلامي.
- شرح الزرقاني على الموطأ. محمد الزرقاني. مكتبة الكليات الأزهرية. مصر.
- عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي. أبو بكر بن العربي - دار الكتاب العربي. بيروت.
- كشف المغطى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ. محمد الطاهر بن عاشور. الشركة التونسية للتوزيع. تونس.
- متن الفقه، مع الشرح الكبير. خليل بن إسحاق. دار الفكر.
- المدونة. سحنون بن سعيد التنوخي. دار الفكر. لبنان.
- المعلم بفوائد مسلم. أبو عبد الله محمد المازري. الدار التونسية للنشر.
- المعيار المعرب. أبو العباس أحمد الونشريسي. دار الغرب الإسلامي. بيروت.
- مفتاح الوصول أبو عبد الله محمد التلمساني. دار الكتب العلمية. بيروت.
- المقدمات. أبو الوليد محمد بن رشد الجد. مطبعة السعادة. مصر.
- المتقى. أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي. دار الكتاب العربي.
- النظر الفسيح عند مضائق الأنظار في الجامع الصحيح. الدار العربية للكتاب. تونس.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
تعريفها	5
حكمها	5
شروط وجوب الزكاة	6
أنواع الزكاة	8
زكاة النعم	9
النصاب في الماشية	10
مجيء الساعي	11
حكم الوارث للماشية	11
نصاب الإبل وما يجب فيه	12
نصاب البقر وما يجب فيه	14
نصاب الغنم وما يجب فيه	15
الضم في الماشية	15
النسل والوقص في زكاة الماشية	16
إكمال النصاب بالإبدال	16
الإبدال فراراً من الزكاة	17
من باع ماشيته ثم ردت عليه	17
الفائدة في الماشية	18
الخلطة	18
ما يؤخذ من الماشية	20
زكاة الحرث	20
مقدار نصاب الحرث	20
الأصناف التي تجب فيها الزكاة	21
المقدار الواجب إخراجه	24
ضم الأصناف إلى بعضها	27
ما يخرج في زكاة الحرث	27
زمن وجوب الزكاة في الحرث	29
زكاة الأرض المستأجرة	29
الخرص	29
حكم الخرص	30
وقت الخرص	30
صورة الخرص	31
التخفيف في الخرص وعدمه	31
الجيد والرديء	32
الميراث في الزرع	32
بيع الزرع	33
زكاة الوصية	33
النفقة على الوصية	33
زكاة العين	34
مقدار النصاب في الذهب	34
مقدار النصاب في الفضة	35
الواجب إخراجه	35
حكم العين المخلوطة والناقصة وردية المعدن	35
السكة والأوراق النقدية	36
الحول في العين	38
الضم في الذهب والفضة	38
ما لا زكاة فيه من العين	39
الحلي المحرم	41
اعتبار الوزن في العين	41
العين المغصوبة أو الضائعة	41
الوديعة	42
ما يحصل من العين بعد أن لم يكن؟	42
أو نماء العين	42
الربح	42
حول الربح	42
غلة المكثري	44
الفائدة	45
حكم ما يحدث من العين عن سلع بلا بيع لها	45
حكم تعدد الفوائد وما يضم منها وما لا يضم	46

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	باب الصوم	47	حول الزكاة في أموال من أسلم
72	تعريف الصوم	48	زكاة الدين
72	أنواع الصيام	50	محل التزكية لسنة فقط
72	صيام رمضان	50	الحول عند تعدد الاقتضاءات
73	شروط صوم رمضان	51	اجتماع الفوائد مع الاقتضاءات
73	شروط الوجوب فقط	52	زكاة عروض التجارة
74	شروط الصحة فقط	52	أقسام التجارة
74	شروط الوجوب والصحة معاً	55	اجتماع الإدارة والاحتكار
74	النيابة في الصوم	55	زكاة القراض
75	بِمَ يثبت الشهر لرمضان وشوال	56	زكاة ربح العامل في القراض
80	رؤية البلد هل تلزم بلداً آخر		ما يسقط الدين من الزكاة وما لا
82	يوم الشك	56	يسقطه
83	رؤية الهلال نهاراً	58	زكاة المعدن
83	أركان الصوم	59	نوع المعدن وما يجب فيه
83	النية	60	زكاة ندرة العين
85	الكف عن كل مفطر	60	الركاز واللقطة
86	ما يترتب على الإفطار في رمضان	61	مصارف الزكاة
86	ما يوجب القضاء والكفارة	62	الفقير
88	أنواع الكفارة	62	المسكين
90	ما يوجب القضاء فقط	62	العامل على الزكاة
90	غير قاصد الانتهاك	63	المؤلفة قلوبهم
92	التأويل القريب	63	الرقاب
93	الجاهل	63	الغارم
94	كفارة قضاء رمضان	63	المجاهد في سبيل الله
94	مندوبات القضاء	64	ابن السبيل
95	من أفطر متعمداً في أيام القضاء	64	مسائل
95	بقية ما يترتب على الفطر في رمضان	68	زكاة الفطر
95	الإمساك	68	حكمها
96	قطع التتابع	68	وقت وجوبها
96	الإطعام	69	على من تجب
96	التأديب	70	مقدارها الواجب
96	ما لا قضاء فيه	70	من أي شيء تدفع؟
97	القضاء في غير رمضان	70	المندوبات
98	قضاء التطوع	71	الجائزات
99	مندوبات الصوم	71	سقوطها
100	مكروهات الصوم	71	لمن تدفع

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
136.....	مندوبات الإحرام	103.....	الصيام المندوب
138.....	أفضل أنواع الإحرام	105.....	الصيام المكروه
138.....	الأفراد	106.....	الصيام المحرم
140.....	القران	107.....	ما يجوز للصائم
142.....	التمتع	108.....	الفطر في السفر
144.....	ما يترتب على التمتع والقران	110.....	شروط الفطر في السفر
144.....	شروط لزوم هدي التمتع والقران	111.....	حكم الفطر في المرض
145.....	محرمات الإحرام	111.....	حكم المرضع والحامل
153.....	مكروهات الإحرام	112.....	الاعتكاف
154.....	جائزات الإحرام	112.....	تعريفه
155.....	الركن الثاني: السعي بين الصفا والمروة	113.....	حكمه
157.....	شروط صحة السعي	113.....	شروط صحته
157.....	واجبات السعي	115.....	مبطلات الاعتكاف
159.....	سنن السعي	116.....	مكروهات الاعتكاف
160.....	مندوبات السعي	117.....	جائزات الاعتكاف
160.....	الركن الثالث: الحضور بعرفة ليلة النحر	117.....	مندوبات الاعتكاف
162.....	واجبات الوقوف بعرفة	117.....	الجوار
162.....	الخطأ في الرؤية	118.....	أحكام الجوار
163.....	سنن الوقوف بعرفة		
163.....	مندوبات الوقوف بعرفة		الحج
164.....	الركن الرابع: طواف الإفاضة	120.....	تعريف الحج
164.....	دليل فرضيته	120.....	حكم الحج
164.....	وقته	122.....	شروط الحج
164.....	شروط صحة الطواف مطلقاً	122.....	شروط وجوب الحج
167.....	واجبات الطواف مطلقاً	127.....	شروط صحة الحج
169.....	سنن الطواف	127.....	النيابة في الحج
171.....	مندوبات الطواف	128.....	الحج بالدين والمال الحرام
171.....	واجبات الحج	129.....	متى يقع الحج فرضاً
171.....	الواجب الأول: طواف القدوم	129.....	أركان الحج
172.....	شروط صحة طواف القدوم	129.....	الركن الأول: الإحرام
172.....	الواجب الثاني: النزول بمزدلفة	130.....	الميقات الزماني للإحرام
174.....	سنن النزول بمزدلفة	131.....	الميقات المكاني للإحرام
175.....	المندوبات	131.....	مكان الإحرام لمن هو خارج مكة
176.....	الواجب الثالث: رمي جمرة العقبة يوم النحر	134.....	حكم المرور بميقات من هذه المواقيت
	شروط صحة الرمي في جمرة العقبة	135.....	واجبات الإحرام
177.....	وفي غيرها	135.....	سنن الإحرام

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
209.....	مسائل		مندوبات الرمي لجمرة العقبة يوم
209.....	الفدية	179.....	النحر خاصة
210.....	ما تلزم فيه الفدية	179.....	مندوبات عامة للجمار كلها
210.....	شرط وجوب الفدية في اللباس	180.....	الواجب الرابع: الحلق أو التقصير
211.....	الأمر التي تتحد فيها الفدية	182.....	واجبات الحلق
211.....	ما يوجب حفنة من طعام تُعطى لفقير	182.....	مندوبات الحلق
211.....	ما لا فدية فيه		الواجب الخامس: تقديم الرمي
212	الأكل من دماء الهدى والفدية وجزاء الصيد	182.....	للعقبة على الحلق
212.....	القسم الأول		الواجب السادس: تقديم الرمي للعقبة
212.....	القسم الثاني	183.....	على طواف الإفاضة
213.....	القسم الثالث	184.....	الواجب السابع: المبيت بمنى
213.....	القسم الرابع		الواجب الثامن: رمي الجمرات
214.....	الإحطار	186.....	الثلاث أيام منى
214.....	الإحصال لغة	187.....	شروط صحة الرمي
214.....	الحصر عن البيت وعرفة معاً	187.....	النيابة في الرمي
217.....	الحصر عن عرفة فقط		إقامة الجمعة وقصر الصلاة بعرفة
220.....	الحصر عن البيت فقط	188.....	والمزدلفة ومنى ومكة
220.....	مسائل	190.....	تحللات الحج
223.....	العمرة	190.....	التحلل الأصغر
223.....	حكمها	190.....	التحلل الأكبر
224.....	مقات العمرة	191.....	مندوبات عام في الحج
225.....	التلبية	194.....	الجزاء في الصيد
226.....	أركان العمرة	196.....	ما لا يجوز أكله من الصيد
226.....	الأضحية	197.....	ما يجوز أكله من الصيد
226.....	حكمها	198.....	أنواع الجزاء
227.....	شروط سنيتها	200.....	ما يفسد الحج والعمرة
227.....	من أي شيء تكون	201.....	هل الفسوق مفسد للحج
228.....	شروط صحتها	202.....	دماء الحج
231.....	الفضائل في الضحايا	202.....	شروط صحة الهدى
233.....	ما يندب في الأضحية	203.....	ما يجب فيه الهدى
234.....	ما يمنع	203.....	مكان النحر
235.....	أرش الضحية	204.....	عند انعدام الهدى الواجب
235.....	متى تتعين الضحية	206.....	سنن الهدى
236.....	المراجع والمصادر	207.....	مندوبات الهدى
237.....	فهرس الموضوعات	207.....	الاشتراك في الهدى
		208.....	الأفضل في الهدى

المفقه المالك

وأدلته

الحبيب بن طاهر



المجلد الثالث

(العقيدة - الزكاة - المكاتب والمحرمات
الأيمان والنذور - النكاح)

مؤسسة المعارف

بيروت - لبنان

مؤسسة
المعارف
للطباعة والنشر
بيروت - لبنان

يطلب من مكتبة المعارف ص ب: 1761 / 11 بيروت - لبنان
- 01 / 653852 / 653857 - تليفاكس: email: maaref@cyberia.net.lb

الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

الحبيب بن طاهر

الجزء الثالث

العقبة - الزكاة - المباح والحرام - الأيمان والنذور - النكاح

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف
بيروت - لبنان

الطبعة الثالثة

1426 هـ - 2005 م

ISBN 9953-434-38-7

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراي - ط2

هاتف وفاكس : 00961-1-653852/00961-1-653857

المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة

هاتف وفاكس : 00961-1-640878

هاتف جوال : 205669-892210-227724 (00961-3-)

ص . ب 11/1761 - بيروت - لبنان

E-mail: maaref@cyberia.net.lb

WWW.al-maaref.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم علمني ما ينفعني
وانفعني بما علمتني
وزدني علما

آمين

أخي الكريم

تذكر جهاد غيرك ولا تحرمهم من الدعاء الصالح



تعريف العقيقة:

لغة: الشعر الذي يولد عليه كل مولود من الناس والبهائم⁽¹⁾.
 واصطلاحاً: هي ما يذبح من النعم في سابع ولادة المولود. وإنما سميت الذبيحة عقيقة باسم الشعر، لأنه يحلق رأس المولود عند ذبحها⁽²⁾.

مشروعيتها:

العقيقة من الأمور التي كانت في الجاهلية فأقرت في الإسلام⁽³⁾، فقد روي عن بريدة أنه قال: كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام، ذبح شاة ولطخ رأسه بدمها، فلما جاء الإسلام، كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران⁽⁴⁾. وأدلة مشروعيتها في الإسلام ما يلي⁽⁵⁾:

أ - عن سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال: «كل غلام رهين بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويحلق رأسه ويسمى»⁽⁶⁾.

ب - عن سلمان بن عامر الضبي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مع الغلام عقيقة، فأهريقوا عنه دماً، وأميطوا عنه الأذى»⁽⁷⁾.

ج - عن زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه قال: سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة؟ فقال: «لا أحب العقوق» وكأنه إنما كره الاسم وقال رسول الله ﷺ: «من

(1) مختار الصحاح ص 289 والمقدمات 1 / 447 ولباب اللباب ص 65.

(2) مختار الصحاح ص 289 والمقدمات 1 / 447 والذخيرة 4 / 162.

(3) البيان والتحصيل 3 / 384.

(4) أخرجه أبو داود في الأضاحي، باب في العقيقة.

(5) الإشراف 2 / 262 والمنتقى 3 / 101 وبداية المجتهد 1 / 638 والذخيرة 4 / 162.

(6) أخرجه أبو داود في الأضاحي، باب في العقيقة. والترمذي في الأضحية، باب من العقيقة، والنسائي في العقيقة، باب متى يعق؟ وابن ماجه في الذبائح، باب العقيقة.

(7) علقه البخاري في العقيقة، باب إمطة الأذى عن الصبي في العقيقة، وأخرجه موصولاً أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه في الأبواب المذكورة في التعليق السابق.

ولد له ولد فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل»⁽¹⁾.

د - عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ علق عن الحسن والحسين رضي الله عنهما كبشاً كبشاً⁽²⁾.

روجه الاستدلال أنه ﷺ فعلها، وأمر بها، وسماها نسكاً، وقوله ﷺ: «لا أحب العقوق» لا يدل على أكثر من كراهته للاسم، كما بينه الراوي، وليس كما ذهب إليه البعض من أنها بدعة⁽³⁾.

حكم العقيدة:

هي شرع من شرائع الإسلام⁽⁴⁾، وحكمها النذب، ودليله:

أ - حديث زيد بن أسلم. ووجه الاستدلال به أنه ﷺ علق القيام بها باختيار أبي المولود ومحبه⁽⁵⁾، وما كان كذلك فلا يكون واجباً.

وأما حديث سمرة بن جندب وسلمان بن عامر، فإنهما يدلان بظاهرهما على الوجوب. وقد أجاب عن ذلك ابن رشد الجدّ، بأن الوجوب كان في أول الإسلام ثم نسخ بحديث زيد بن أسلم⁽⁶⁾.

ب - القياس على الوليمة⁽⁷⁾:

وقيل في المذهب إنها سنة يكره تركها وهو قول ابن حبيب⁽⁸⁾، ورآه ابن عبد السلام قولاً يحصل به الجمع بين الأحاديث، لأن في بعضها الأمر، وفي بعضها التعليق على إرادة المكلف، زيادة إلى ما انضاف إلى ذلك من فعله ﷺ⁽⁹⁾؛ فهو لم يذهب إلى القول بالنسخ وإنما ذهب إلى إعمال الأحاديث كلها، وأن الأمر محمول على السنة بحديث زيد وفعله ﷺ.

(1) أخرجه مالك في الموطأ في العقيدة. باب ما جاء في العقيدة، والبيهقي في الضحايا، باب ما يستدل به على أن العقيدة على الاختيار، وأخرجه بزيادة فيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، أبو داود في الأضاحي، باب في العقيدة والنسائي في العقيدة، باب أخبرنا أحمد بن سليمان.

(2) أخرجه أبو داود في الأضاحي باب العقيدة والنسائي في العقيدة باب كم يعق عن الجارية؟ عن ابن عباس، والترمذي في الأضحية، باب العقيدة بشاة عن علي بن أبي طالب. وأخرجه مالك بلاغاً في العقيدة. باب العمل في العقيدة.

(3) الإشراف 262/2 والمنتقى 101/3. (4) العتبية مع البيان والتحصيل 384/3.

(5) الإشراف 262/2 والمنتقى 101/3 والمقدمات 448/1 والبيان والتحصيل 384/3 وبداية المجتهد 638/1 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 124 والذخيرة 163/4.

(6) البيان والتحصيل 385/3 والمقدمات 448/1. (7) الإشراف 262/2.

(8) البيان والتحصيل 384/3. (9) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 124.

شروطها:

- 1 - أنها تشرع في حق القادر، والمخاطب بها والد المولود، لقوله ﷺ في حديث زيد بن أسلم: «فليفعل»، فقد توجه بالخطاب لجهة الآباء⁽¹⁾.
- 2 - يشترط في نوعها وسنّها وخلؤها من العيوب، وفي حكم جلدّها ولحمها وأجرة الجزارة، ما يشترط في الأضحية، ودليل ذلك القياس على الأضحية لأنها نسك وقربة إلى الله تعالى⁽²⁾.
- وفي خصوص أفضلية الضأن⁽³⁾، ما رواه ابن عباس أن رسول الله ﷺ عتق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً⁽⁴⁾. وقد علل تفضيل النبي ﷺ الغنم في الأضحية بطيب اللحم، فيكون التعليل في العقيقة كذلك. إلا أن الإمام اللخمي علل تفضيل النبي ﷺ الغنم في العقيقة بالتخفيف عن أمته⁽⁵⁾.

وقتها:

- تذبح العقيقة في اليوم السابع من ولادة المولود، وذلك بأن يمضي للمولود سبعة أيام وسبع ليال، والدليل⁽⁶⁾:
- حديث سمرة بن جندب المتقدم.
- ويكون الذبح نهاراً بداية من طلوع الفجر، والوقت ينقسم إلى ثلاثة أقسام:
- أ - وقت استحباب، وهو من الضحوة إلى الغروب.
- ب - وقت كراهة، وهو من الفجر إلى طلوع الشمس، ومن بعد الزوال إلى الغروب.
- ج - وقت منع وهو الليل، فلا تجزىء إذا ذبحت فيه.
- والدليل على ذلك: القياس على الأضحية لأنها نسك مثلها⁽⁷⁾.
- وإذا ولد المولود نهاراً بعد الفجر، فإن ذلك اليوم يلغى ولا يعدّ من السبعة، لأنّ القصد سبعة أيام كاملة⁽⁸⁾.

(1) المنتقى 101 / 3.

(2) الإشراف 262 / 2 والبيان والتحصيل 390 / 3 والمقدمات 449 / 1.

(3) الإشراف 262 / 2 وبداية المجتهد 638 / 1. (4) سبق تخريجه.

(5) شرح ابن ناجي على التفریع ورقة 61.

(6) المنتقى 101 / 3 والبديع على التفریع م 1 ورقة 94.

(7) المنتقى 101 / 3 والبيان والتحصيل 387 / 3 والبديع على التفریع م 1 ورقة 91 و 94 وشرح ابن

ناجي على التفریع ورقة 61.

(8) البديع على التفریع م 1 ورقة 94.

وأما إذا ولد قبل الفجر أو معه حسب منها، لأنَّ اليوم من الفجر إلى الغروب⁽¹⁾.
وتسقط العقيدة بغروب اليوم السابع، خلافاً لمن قال يعق عنه في الأسبوع الثاني
أو الثالث، ودليل السقوط:

أ - ورود الحديث بالعق في اليوم السابع دون غيره، ولو جاز أن يعق عن المولود
في غير الأسبوع الأوّل لجاز أن يعق عنه في الخامس والسابع⁽²⁾.

ب - القياس على الأضحية، فإنها تفوت بفوات زمانها الذي عينه لها الشرع،
والعقيدة تشترك معها في كونها نسكاً عين لها الشرع زماناً⁽³⁾.

ج - الاستدلال بالأولى، وذلك أنه لما كان اليوم الثامن أقرب إلى السابع ممّا
بعده، ثم مع ذلك لا يعق فيه، فبأن لا يذبح فيما بعده أولى⁽⁴⁾.

وبناء على هذا فإنّ الكبير إذا لم يعق عنه والده وهو صغير، فلا يعق عن نفسه
وهو كبير. وما روي عن أنس أنّ رسول الله ﷺ عقّ عن نفسه بعد النبوة⁽⁵⁾.

فهذا الحديث لم يصحّ عند الإمام مالك رحمه الله تعالى وأنكره وقال: رأيت
أصحاب رسول الله ﷺ الذين لم يعق عنهم في الجاهلية أعقوا عن أنفسهم في الإسلام،
هذه الأباطيل؟!⁽⁶⁾.

تعدد العقيدة:

تتعدد العقيدة بتعدد المولود، فلكل مولود كان ذكراً أو أنثى، عقيدة واحدة، فلو
ولد توأمان في بطن واحد عقّ عن كلّ واحد منهما واحدة. ودليل كون العقيدة عن
الذكر والأنثى سواء ما يلي⁽⁷⁾:

أ - عن ابن عباس وعلي بن أبي طالب أن النبي ﷺ عقّ عن الحسن والحسين
كباشاً كبشاً⁽⁸⁾.

ب - القياس على الأضحية والهدي، لأنه ذبح متقرب به عن آدمي فلم يتفاضل فيه
الذكر والأنثى⁽⁹⁾.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور

(1) نفس المصدر. (2) شرح ابن ناجي على التفريع ورقة 61.

(3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 146 والذخيرة 4/164.

(4) المنتقى 3/101.

(5) أخرجه البيهقي في الضحايا، باب العقيدة سنة.

(6) العتبية مع البيان والتحصيل 3/391 والمقدمات 1/448.

(7) الإشراف 2/262 وبداية المجتهد 1/640 والذخيرة 4/163.

(8) سبق تخريجه.

(9) الإشراف 2/262 والمنتقى 3/102 والبديع على التفريع ورقة 94 مجلد 1.

والإناث⁽¹⁾.

د - عن هشام بن عروة أن عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والإناث بشاة⁽²⁾.

وأما ما روي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ عاق عن الحسن والحسين رضي الله عنهما بكبشين كبشين⁽³⁾، وما روي عن عائشة أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة⁽⁴⁾. وما روي عن أم كرز الكعبية قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة»⁽⁵⁾.

فهذه الأحاديث قد رجّح عليها ما اعتمده الإمام مالك ودليل الترجيح⁽⁶⁾:
أ - القياس المتقدم.

ب - فعل الصحابي وهو عبد الله بن عمر وفعل التابعين، وهو الذي عبّر عنه الإمام في موطنه بقوله: «الأمر عندنا في العقيقة أن من عاق فإنما يعقّ عن ولده بشاة شاة، الذكور والإناث» فقوله: «الأمر عندنا» أي هو قول من يرتضيه ويقتدي به⁽⁷⁾.

مندوبات العقيقة:

1 - يندب ذبحها بعد طلوع الشمس.

2 - يندب حلق رأس المولود يومها، والدليل⁽⁸⁾:

أ - حديث سمرة بن جندب المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «ويحلق رأسه».

ب - حديث سلمان بن عامر الضبي المتقدم وفيه قوله ﷺ: «وأميطوا عنه الأذى».

ج - عن جعفر بن محمد عن أبيه أنه قال: وزنت فاطمة بنت رسول الله ﷺ شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم، فتصدقت بزنة ذلك فضة⁽⁹⁾ والوزن لا يكون إلا بعد الحلق.

(1) أخرجه مالك في الموطأ. كتاب العقيقة باب ما جاء في العقيقة.

(2) أخرجه مالك في الموطأ. في الكتاب والباب المذكورين في التعليق السابق.

(3) أخرجه النسائي في العقيقة، باب كم يعق عن الجارية؟.

(4) أخرجه الترمذي في الأضحية، باب في العقيقة، وابن ماجه في الذبائح، باب العقيقة.

(5) أخرجه أبو داود في الأضحية، باب في العقيقة، والترمذي في الأضحية، باب الأذان في أذن

المولود. والنسائي في العقيقة، باب العقيقة عن الغلام. وابن ماجه في الذبائح، باب العقيقة.

(6) شرح الزرقاني على الموطأ 98/3.

(7) المقدمة في الأصول لابن القصار ص 318.

(8) المنتقى 102/3 وبداية المجتهد 640/1.

(9) أخرجه مالك في الموطأ في العقيقة، باب ما جاء في العقيقة.

3 - يندب التصدق بزنة شعر المولود ذهباً أو فضة. والدليل⁽¹⁾: ما سبق ذكره من فعل فاطمة رضي الله عنها، لأنها فعلت ذلك بأمر من رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما روي عن علي قال: عتق رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحسن بشاة، وقال: «يا فاطمة احلقي رأسه، وتصدقي بزنة شعره فضة» فوزنته فكان وزنه درهماً أو بعض درهم⁽²⁾.

إلا أنه روي عن الإمام مالك قوله: «إن ذلك ليس من عمل الناس وما ذلك عليهم»⁽³⁾ فحمله ابن رشد الجد علي الاستحباب ونفي الوجوب فقال: يريد ليس ذلك مما التزم الناس العثمل به ورأوه واجباً، لا أنه أنكره ورآه مكروهاً، بل هو مستحب من الفعل⁽⁴⁾.

وحمله الباجي على نفي المشروعية ورأى أن فعل فاطمة رضي الله عنها من فعل البر وليس بلازم ولا بأمر مشروع⁽⁵⁾. وتأويل ابن رشد أقرب لما تقرر أنه مندوب.

4 - يندب تسمية المولود يوم العقيدة، فإن لم يعق عنه سمي في أي يوم شاء والده. والدليل على تسميته يوم العقيدة⁽⁶⁾:

أ - حديث سمرة بن جندب، وفيه قوله صلى الله عليه وسلم: «تذبح عنه يوم السابع ويسمي».

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتسمية المولود يوم سابعه⁽⁷⁾. وقد ورد ما يدل أن التسمية تكون عند الولادة، من ذلك:

أ - عن أنس بن مالك قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «وُلِد لي الليلة غلام فسميته باسم أبي إبراهيم»⁽⁸⁾.

ب - عن أنس أن امرأة أبي طلحة ولدت غلاماً، فأتي به النبي صلى الله عليه وسلم ومعه تمرات فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم فمضغها وحنكه به وسمّاه عبد الله⁽⁹⁾.

ولهذين الحديثين قال ابن رشد الجد: والأمر في ذلك واسع. وللجمع بين الأحاديث حمل هو وغيره حديثي سمرة وعمرو بن شعيب على أن لا تؤخر التسمية عن

(1) المتقى 102/3 والبيان والتحصيل 385/3 والبديع على التفریع م 1 ورقة 95 وبداية المجتهد 1/640 والذخيرة 4/163. وشرح الزرقاني على الموطأ 3/97.

(2) أخرجه الترمذي في الأضحية، باب العقيدة بشاة.

(3) العتبية مع البيان والتحصيل 385/3. (4) البيان والتحصيل 385/3.

(5) المتقى 102/3.

(6) البيان والتحصيل 386/3 وشرح ابن ناجي على التفریع ورقة 61.

(7) أخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في تعجيل اسم المولود.

(8) أخرجه مسلم في الفضائل، باب رحمة النبي صلى الله عليه وسلم بالصبيان.

(9) أخرجه البخاري في العقيدة، باب تسمية المولود، ومسلم في الآداب، باب استحباب تحنيك المولود.

اليوم السابع⁽¹⁾.

وخير الأسماء ما عبّد أو حمّد، والدليل⁽²⁾:

- عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ أَحَبَّ أَسْمَائِكُمْ إِلَى اللَّهِ عَبْدُ اللَّهِ وَعَبْدُ الرَّحْمَانِ»⁽³⁾ وقد سُمّي النبي ﷺ بحسن وحسين وإبراهيم، قصد التوسعة في تشريع التسمية⁽⁴⁾.

مكروهات العقيقة:

1 - يكره ختان المولود في اليوم السابع لأنه من فعل اليهود.

2 - يكره لطح المولود بدمها، والدليل⁽⁵⁾:

أ - أنّ الدم نجاسة وينبغي التباعد عنها.

ب - أن ذلك من فعل الجاهلية وقد أبطله الإسلام كما تقدم في حديث بريدة.

ج - عن عائشة قالت: كان أهل الجاهلية يجعلون قطنة في دم العقيقة ويجعلونه على رأس الصبي. فأمر رسول الله ﷺ أن يجعل مكان الدم خلوقاً⁽⁶⁾.

د - القياس على الأضحية والهدي، لأن العقيقة ذبح مقصود بها القرية مثلها.

3 - يكره عملها وليمة، بأن يجمع عليها الناس كوليمة العرس، بل يتصدق منها ويطعم منها الجار في بيته ويهدى منها ويؤكل منها كالضحية.

ووجه الكراهية فيما ذكر، أنّ شاة العقيقة نسكاً لله وقرية إليه. فاستحبّ ألا يعدل فيها عن سيرة السلف الصالح، ولئلا يدخلها الفخر والسمعة فتفسد النية⁽⁷⁾.

وأما ما روي أنّ ابن عمر كان يدعو إلى طعام الولادة، فإنما هو الدعاء لطعام الولادة لا لطعام العقيقة، وهما متغايران⁽⁸⁾.

(1) البيان والتحصيل 386/3 وشرح ابن ناجي على التفرغ ورقة 61.

(2) شرح ابن ناجي على التفرغ ورقة 61.

(3) أخرجه مسلم في الأدب في باب النهي عن التكني بأبي القاسم.

(4) مواهب الجليل 256/3 وإكمال الإكمال 414/4.

(5) المعونة 672/1 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 146 والبديع ورقة 95 وبداية المجتهد 640/1 والذخيرة 164/4.

(6) أخرجه البيهقي في الضحايا، باب لا يمسه الصبي بشيء من دمها.

(7) المنتقى 104/3 والبيان والتحصيل 386/3 والمعيان المعرب 45/2 وشرح ابن ناجي علو، التفرغ ورقة 61.

(8) شرح ابن ناجي على التفرغ ورقة 61.

جائزات العقيقة:

- 1 - يجوز كسر عظامها خلافاً لما كان عليه في الجاهلية، فقد كانوا إذا عقوا عن المولود حرّموا كسر عظامها وقطعوها من المفاصل لأنهم كانوا يعتقدون أن كسرها يؤدّي إلى أن تضعف عظام المولود وهو كذب⁽¹⁾.
- وعلى الجملة فإن كسر عظامها ليس بلازم، وإنما لا يجوز تحرّي الامتناع منه، والعقيقة في ذلك كسائر الذبائح، وربما كان لها مزية المخالفة لفعل أهل الجاهلية⁽²⁾.
- 2 - تلطيخ المولود بالطيب خلافاً لما كان عليه أهل الجاهلية من تلطيخ رأسه بدم العقيقة.

العتيرة والفرع:

- العتيرة هي شاة كانت تذبح في رجب في الجاهلية يتقربون بها لآلهتهم، ويصبون دمه على رأس الصنم.
- والفرع أول ولد الناقة، كانوا يذبحونه في الجاهلية لآلهتهم رجاء البركة في الأم بكثرة النسل، وقيل: كان الرجل إذا بلغت إبله مائة يقدم ذكراً يذبحه لآلهتهم. فلما جاء الإسلام صار المسلمون يتقربون بالعتيرة والفرع لله تعالى، ثم نسخ ذلك، ودليل النسخ⁽³⁾:
- عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا فرع، ولا عتيرة. والفرع أول نتاج كانوا يذبحونه لطواغيتهم، والعتيرة في رجب»⁽⁴⁾.

(1) المتقى 3/ 103 والبدیع علی التفریح م 1 ورقة 94 وشرح ابن ناجي علی التفریح ورقة 61.

(2) المتقى 3/ 103.

(3) البيان والتحصيل 3/ 295، إكمال الإكمال 5/ 305.

(4) أخرجه البخاري في العقيقة، باب الفرع، ومسلم في الأضاحي، باب الفرع والعتيرة.

الختان والخفاض

تعريف الختان:

هو قطع القلفة من ذكر الصبي، والقلفة الجلدة، وهو يكون للذكر.

حكم الختان:

الختان سنة مؤكدة. وهو عند الإمام سحنون واجب، ودليل السنية وعدم الوجوب:

أ - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «خمس من الفطرة: الختان، والاستحداد، وشف الإبط، وتقليم الأظفار، وقص الشارب»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال منه أنه قرن في الحديث بقص الشارب وشف الإبط، ولا خلاف في أن هذه غير واجبة. وهذا استدلال بالقرائن وقد عزاه الإمام الباجي للقاضي عبد الوهاب واعترض عليه بأن أكثر الأصحاب على الاعتراض من الاستدلال بالقرائن⁽²⁾.

ب - عن أسامة الهذلي أن النبي ﷺ قال: «الختان سنة للرجال مكرمة للنساء»⁽³⁾ وهو دليل على السنية⁽⁴⁾.

ج - القياس على قطع الأظفار بجامع أنه قطع جزء من البدن بقصد النظافة⁽⁵⁾. وقد عللت مشروعية الختان بأنه الانقاء من البول، لأنه إذا لم يختن لم ينقطع أثر البول⁽⁶⁾.

وإذا بلغ الشخص قبل الختان، وخاف على نفسه من فعله، فهل يترك أم لا؟، قولان في المذهب أظهرهما الترك، لأن بعض الواجبات يسقط بخوف الهلاك، فالسنة أحرى. ولا يجوز للبالغ أن يكشف عورته لغيره لأجل الختان، بل إن لم يمكنه فعله بنفسه

(1) أخرجه البخاري في اللباس، باب قص الشارب، ومسلم في الطهارة، باب خصال الفطرة،

وأخرجه مالك موقوفاً على أبي هريرة، في صفة النبي ﷺ، باب ما جاء في السنة في الفطرة.

(2) المتقى 7/ 232. (3) أخرجه أحمد في مسنده: 75/5.

(4) إكمال الإكمال 1/ 35.

(5) الإشراف 2/ 262 والمتقى 7/ 232 والذخيرة 4/ 166.

(6) إكمال الإكمال 1/ 35.

سقطت السنة. وسقوطها عن الأنثى أولى بذلك، لما سيأتي أن حكمها أقل من السنة؛ فلا تكشف العورة الواجب سترها من أجل سنة أو أقل.

ويكره ختان المولود يوم السابع لأنه من فعل اليهود، وإنما يندب زمان أمره بالصلاة⁽¹⁾، ووجه ذلك أنه وقت فهمه ويمكنه امتثال الأمر والنهي، وهو ابتداء أخذه على العمل بالشرائع⁽²⁾.
وإذا ولد مختوناً فقد كفي المؤنة.

الخفاض:

الخفاض ختان الصبية، وهو قطع اللحم الناتئة بين الشفرتين فوق الفرج. وحكمه الندب. ودليل مشروعيته⁽³⁾:

- عن أم عطية الأنصارية أن امرأة كانت تختن بالمدينة فقال لها رسول الله ﷺ: «لا تنهكي فإن ذلك أحضى للمرأة وأحب إلى البعل»⁽⁴⁾ وفي رواية: «فإنه أسرى للوجه وأحضى عند الزوج» وقال فيه أبو داود: وهذا حديث ضعيف.

ومعنى «لا تنهكي» أي لا تبالغي، ولذلك يندب عدم المبالغة في القطع. ومعنى بقية الحديث، أي فإنه أشرق للون الوجه وألذ عند الزواج⁽⁵⁾.
وذكر الشيخ زروق أن الخفاض يكون في نساء الشرق لا في نساء المغرب⁽⁶⁾.

(1) الشرح الكبير 2 / 126.

(2) المنتقى 2 / 262.

(3) المنتقى 7 / 232 والذخيرة 4 / 167.

(4) أخرجه أبو داود في الأدب، باب ما جاء في الختان.

(5) المنتقى 7 / 232 وحاشية الشرح الصغير 1 / 312 وشرح زروق على الرسالة 1 / 394.

(6) شرح زروق على الرسالة 1 / 394.



تعريف الذكاة:

الذكاة لغة: هي التمام، يقال ذكيت الذبيحة إذا أتممت ذبحها، وذكيت النار إذا أتممت إيقادها، ورجل ذكي أي تام الفهم.
وشرعاً: هي السبب الموصل لحلّ أكل الحيوان البرّي اختياراً.

شرح التعريف:

قوله: هي السبب، مراد به السبب الشرعي لا السبب العادي. ولا السبب العقلي، لأنه الذي تعبّدنا الشرع به، وإن لم نعقل له معنى.
وقوله، الحيوان البرّي، أي وإن لم يكن له نفس سائلة كالجراد، فإنه يفتقر في حلّ أكله للتذكية كما سيأتي. ويخرج بهذا القيد الحيوان البحري، فإنه لا يحتاج للتذكية.
وقوله: اختياراً يخرج به حال الضرورة.

حكمة مشروعية الذكاة:

هي إزهاق النفس بسرعة واستخراج الفضلات المستخبثة⁽¹⁾.

أنواع التذكية:

تتنوع التذكية إلى أربعة: الذبح والنحر والعقر والفعل المميت.

النوع الأول: الذبح

يكون الذبح واجباً متعيناً في الغنم والطيور والوحوش المقدور عليها، فإن نحرت لم تؤكل، ما عدا الزرافة والفيل، فإنه يجب فيهما النحر كالإبل، فإن ذبحت لم تؤكل.
وأما البقر فيجوز فيه الأمران، إلا أنه يندب فيه الذبح ويكره النحر، ومثل البقر في جواز الأمرين وأفضلية الذبح الجاموس وبقر الوحش، إذا قدر عليه، والحمير والخيول والبغال الوحشية. والدليل على أن الغنم لا تذكى إلا بالذبح⁽²⁾:

(1) الذخيرة 4/ 126 ولباب اللباب ص 65 والمعيار المعرب 2/ 17.

(2) بداية المجتهد 1/ 611 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 121.

أ - قوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَهُ بِذَبِيحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: 107].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى سمى الكبش بما يذكى به. والذبح اسم للمذبوح⁽¹⁾.

ب - ما جاء في حديث أبي بردة قوله: لا أجد إلا جذعاً يا رسول الله. فقال له رسول الله ﷺ: «وإن لم تجد إلا جذعاً فاذبح»⁽²⁾.
فقد أمره بالذبح.

ج - فعله ﷺ المستمر فقد ثبت أنه كان لا يذكي الغنم إلا بالذبح.
ودليل وجوب النحر في الإبل⁽³⁾:

- فعله ﷺ أيضاً، فما كان يذكي الإبل إلا بالنحر.
ودليل جواز الذبح والنحر في البقر⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾.

ووجه الاستدلال أن تعالى أمر بالذبح، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، وقد جاء في شرعنا ما يوافق، وهو فعله ﷺ الآتي ذكره.

ب - ما جاء عن عائشة أنه دخل عليهن في الحج يوم النحر بلحم بقر فقالت: ما هذا؟ فقيل لها: نحر رسول الله ﷺ عن أزواجه⁽⁵⁾.

وفي رواية أخرى بلفظ: ذبح⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال أنه ثبت عنه ﷺ أنه ذبح ونحر. وتخصيص الذبح بالذكر في الآية لا يدل على نفي ما عداه، لأن الحكم المستفاد بدليل الخطاب، وهو عدم جواز النحر، معارض لما ثبت عن النبي ﷺ من أنه نحر عن أزواجه، ووجه الخروج من هذا التعارض:

- إما بتقديم الحديث على دليل الخطاب، مع صحة الاحتجاج بدليل الخطاب وعدم جواز تقديمه على الحديث.

- وإما بإثبات النحر بالحديث زيادة على الذبح، مع عدم اعتبار دليل الخطاب لأنه لا يحتج به⁽⁷⁾.

(1) أحكام القرطبي 107/15.

(2) بداية المجتهد 1/611.

(3) بداية المجتهد 1/611.

(4) البيان والتحصيل 3/323 وبداية المجتهد 1/611 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 121 والذخيرة 4/132 والبديع على التفريع 1/95 ورقة.

(5) أخرجه مالك في الحج، باب ما جاء في النحر في الحج، والبخاري في الحج، باب ذبح الرجل البقر عن نسائه.

(6) أخرجه البخاري نفس الكتاب والباب. ومسلم في الحج، باب بيان وجوه الإحرام.

(7) أحكام القرآن لابن الفرس مخطوط رقم 5409 م 1 ورقة 14.

ودليل كون الأصل في البقر الذبح وأنه أفضل من النحر، أن الأمر بالذبح في الآية أقل أحواله الندب⁽¹⁾.

والمعنى المراعى في تخصيص كل حيوان بنوع من التذكية، ومن أجله يلحق به في الحكم ما يشبهه هو ما ذكر في حكمة مشروعية الذكاة من سرعة إزهاق الروح وإخراج الفضلات. فالغنم لما كانت قصيرة العنق تناسب معها الذبح، لأنه أسرع لموتها، ويمكن معه خروج أكثر دمها المسفوح، ولم يناسب معها النحر لأنه لا لبة لها، ولقرب موضع النحر من خاصرتها، فلا يمكن من نحرها إلا بما يصل إلى جوفها، فيكون كالطعن في جوفها⁽²⁾.

والإبل لما كانت طويلة العنق فالمناسب لها النحر، لأنه أسرع لموتها، ولم يجز ذبحها، لأنه لا يسرع في موتها لبعده خروج الدم من جوفها، فيكون في ذلك تعذيبها وزيادة في ألمها⁽³⁾.

وأما البقر فلكون عنقها فوق عنق الشاة ودون عنق البعير جاز فيها الأمران⁽⁴⁾.
ووجه نحر الفيل أنه لا عنق له يذبح فيه، والزرافة مثل البعير.

تعريف الذبح:

الذبح لغة الشق والقطع والثقب.

واصطلاحاً: قطع مميّز مسلم أو كتابي جميع الحلقوم والودجين من المقدم، بمحدد، بلا رفع، بنية.

ومن هذا التعريف تؤخذ شروط صحة الذبح.

شروط الذبح:

الشرط الأول: أن يكون الذابح مميّزاً.

فغير المميّز، لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر، لا يصحّ ذبحه، وذلك أنه لا يوجد من غير المميّز القصد للفعل، أي نيته⁽⁵⁾، وهي شرط في صحة الذكاة.

وأما الصبي المميّز والمرأة فإن ذكاتها تجوز، وهو مشهور المذهب. ودليل جواز ذكاة المرأة⁽⁶⁾:

(1) المنتقى 108 / 3.

(2) المنتقى 108 / 3 والذخيرة 132 / 4 والبديع على التفريع ورقة 96.

(3) نفس المصادر. (4) نفس المصادر.

(5) البيان والتحصيل 270 / 3 وبداية المجتهد 622 / 1 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 112 والبديع على التفريع ورقة 96.

(6) المنتقى 111 / 3 وبداية المجتهد 622 / 1 وشرح ابن عبد السلام 112 / 2.

- ما روي أنّ جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنماً له بسلع، فأصيبت شاة منها، فأدركتها فذكتها بحجر، فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «لا بأس بها فكلوها»⁽¹⁾.

وأما الصبي المميز فوجه جواز ذكاته مع كون الذكاة من التكاليف الشرعية، أنه يصح في حقّه التمرين على العبادات كالصلاة⁽²⁾.

وتكره ذكاة الخنثى والخصي والمجبوب والفاسق، سواء كان فسقه بجارحة، كتارك الصلاة، أو بالاعتقاد، كالبدعي الذي لم يكفر ببدعته. وقد عللت الكراهية في المذكورين بنفور النفس من أفعالهم غالباً، كما عللت في خصوص الفاسق بأنه لا يؤمن على النية والتسمية⁽³⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الذابح مسلماً أو كتابياً. ودليل جواز ذبيحة الكتابي⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌ لِّكَرْمٍ﴾ [المائدة: 5].

والآية عامّة في جميع أهل الكتاب دون استثناء لنصارى العرب. والمراد بطعامهم ذبائحهم، خلافاً لمن قال: إنّ الطعام هو ما لا يفتقر إلى ذكاة كالخبز؛ فإنّ إضافة الطعام إليهم تقتضي نوعاً من الاختصاص، ولا اختصاص لهم بالخبز وما في معناه⁽⁵⁾.

ب - فعله ﷺ، فقد ثبت أنه أكل من الشاة التي أتت بها اليهودية مسمومة، من غير أن يسأل هل ذبحها مسلم أو يهودي، مع أنّ الغالب فيما تأتي به يهودية أنه من ذبيحة أهل دينها⁽⁶⁾.

ج - الإجماع.

وقد نقل ابن العربي أنّ الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب مع علمه سبحانه أنهم يسمّون غيره عليها، لأنهم ينتسبون لكتاب إلهي، ويتعلقون بنبي، فجعلت لهم حرمة على أهل الشرك⁽⁷⁾.

على أنّ من متأخري المالكية - كالطروش - من ذهب إلى التفريق بين أهل الكتاب في زمنه، وبين من تقدم منهم، وقال: لأن هؤلاء بدّلوا شريعتهم فلا يؤمنوا أن

(1) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الذبائح، باب ما يجوز من الذكاة في حال الضرورة، والبخاري في الذبائح والصيد، باب ذبيحة المرأة والأمة.

(2) البديع على التفريع ورقة 96.

(3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 114 وأقرب المسالك 315/1.

(4) المنتقى 111/3 وبداية المجتهد 618/1 وشرح ابن عبد السلام 2 ورقة 113 والبديع على التفريع ورقة 96.

(5) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 113.

(6) المعيار المعرب 18/2.

(7) أحكام القرآن. ابن العربي 553/2.

يكونوا قد بدّلوا التذكية الشرعية التي كان عليها أسلافهم.

وقد ردّ على هذا القول، بأنه لا يلزم، لأن تذكيّتهم إنّما تتلقّى منهم فإذا قالوا هذه تذكيّتنا الشرعية قبل قولهم⁽¹⁾.

ولا تصحّ ذكاة غير المسلم والكتابي، كالمجوسي والدهري والمشرّك الوثني والمرتد، كما لا تصحّ من الصابئين، وإن كان أصلهم نصاري، لأنهم لعظم مخالفتهم للنصاري ألحقوا بالمجوس واعتبروا ليسوا من أهل الكتاب⁽²⁾.

والمجوس لا تصحّ ذكاتهم لأنهم مشركون، ولأنّ الآية نصّت على أهل الكتاب فقط⁽³⁾.

وتصحّ ذكاة الكتابي ولو كان أصله مجوسياً وتهود، أو يهودياً بدّل وغير، كالسامرية، وهي فرقة من اليهود.

ويشترط لصحة ذبح الكتابي ونحره، ما يلي:

أولاً: أن يذبح لنفسه ما علم بشرعنا حلّه له من غنم وبقر وغيرهما. وأما ما علم بشرعنا تحريمه عليه لم يؤكل إن ذبحه أو نحره. وهو بالنسبة لليهودي كلّ ذي ظفر، والدليل⁽⁴⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ﴾ [الأنعام: 146].

والمراد بذي الظفر ما له جلدة بين أصابعه، كالإوز والإبل وحمّار الوحش والنعّام، وكلّ ما ليس بمشقوق الخفّ ولا مفتوح الأصابع، بخلاف الدجاج.

ووجه تحريم ذلك علينا أنّ الذكاة مفتقرة إلى النية والقصد، وهو لا يصحّ ذلك منهم، لأنّه عندهم لا يستباح بالذكاة، ولا يعتقدون حلّيته، كما لا يكون لنا ذبح الخنزير ذكاة، فهو كالميتة⁽⁵⁾.

ويكره لنا ما حرم على الكتابي اليهودي بشرعه، إذا ذبحه، وكان المذبوح ممّا أخبرنا بأنّه يحرم عليه بشرعه، كالدجاج مثلاً، والطريفة وهي أن توجد الشاة بعد الذبح فاسدة الرثة، فإنهم يقولون بحرمتها.

ويكره لنا أكل شحم البقر والغنم إذا ذبحها يهودي لنفسه، والمراد بالشحم الخالص منه. ودليل منع تحريم الشحوم⁽⁶⁾:

(1) البديع على التفريع ورقة 97. (2) بداية المجتهد 622 / 1.

(3) بداية المجتهد 622 / 1 والبديع على التفريع ورقة 96.

(4) المنتقى 112 / 3 وأحكام ابن العربي 769 / 2 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 113 والبديع ورقة 97.

(5) المنتقى 112 / 3 والبيان والتحصيل 367 / 3 وبداية المجتهد 621 / 1 وأحكام ابن العربي 770 / 2 والبديع على التفريع ورقة 97.

(6) الإشراف 257 / 2 والمنتقى 112 / 3 والبيان والتحصيل 366 / 3 وبداية المجتهد 621 / 1 وأحكام القرآن لابن العربي 769 / 2 والذخيرة 123 / 4 والبديع على التفريع 97 / 1.

أ - قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: 5]. ووجه الاستدلال أن المراد بطعام أهل الكتاب ذبائحهم المذكاة.

ب - عن عبد الله بن مغفل قال: أصبت جراباً من شحم يوم خيبر، قال: فالتزمته فقلت: لا أعطي اليوم أحداً من هذا شيئاً. قال: فالتفت فإذا رسول الله ﷺ مبتسماً⁽¹⁾. وهذا إقرار من النبي ﷺ.

ج - القياس على المسلم في جواز أكل لحم وشحم ما يذكيه. وهذا القياس بناء على أن الذكاة لا تتبع بل تقع على جميع المذكى، والشحم إنما حرم عليهم في ثاني حال بعد صحة التذكية، فهو حلال لغيرهم. د - أن اليهود تعتقد استباحة الشاة، وإنما تعتقد تحريم بعض منها، وهو اعتقاد باطل عندنا.

ودليل الكراهة في الشحم الخالص مراعاة الخلاف الواقع فيه بين القائلين بتحريمه والقائلين بإباحته.

وأما الشحم المختلط بالعظم، وما حملته الظهور والحوايا وهي الأمعاء، فلا خلاف في إباحته لأن الله تعالى استثناه في قوله تعالى ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوْ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِبَنِيهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [الأنعام: 146]. ولذا فيجوز أكله ويكره شراؤه.

وقد خالف أحد علماء المذهب - وهو ابن لبابة - في أصل هذا الشرط، وقال بجواز الأكل من طعامهم كل ما يجوز لنا أكله من الشحوم والمذبوح والمنحور وغير ذلك، كان مما حرّمه الله تعالى عليهم في التوراة أو حرّمه إسرائيل على نفسه من قبل أن تنزل التوراة، أو حرّموه هم على أنفسهم، لأن ما حلّ لنا حلّ لهم، وما حرّم علينا حرّم عليهم، لوجوب الإسلام عليهم وبطلان ما هم عليه من البقاء على شرائعهم. وقد ناقشه في هذا الرأي ابن رشد الجد⁽²⁾. وإلى مثل رأي ابن لبابة ذهب ابن رشد الحفيد⁽³⁾.

وأما ما ذبحه الكتابي لا لنفسه، بل لمسلم وكّله على ذبح ما يملكه ففي جواز أكله وعدمه قولان، والراجح الكراهة.

ويكره لنا شراء ما يذبحه الكتابي لنفسه مما يباح له أكله عندنا. ويكره جعله جزاءً في الأسواق أو في بيت من بيوت المسلمين لعدم نصحه لهم. كما يكره أن يبيع المسلم له طعاماً أو غيره، أو أن يؤاجره دابة أو سفينة أو

(1) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب جواز الأكل من طعام الغنيمة في دار الحرب.

(2) بداية المجتهد 1/ 621.

(3) البيان والتحصيل 3/ 368.

حانوتاً أو بيتاً، إذا كان لأجل عيد أو لتعظيم شأنه، لأنه من قبيل إعانته على الضلال وإشهار دينه.

ثانياً: أن لا يهمل بها لغير الله تعالى، والإهلال الصياح، وقد جرت عادة الجاهلية بالصياح باسم المقصود بالذبيحة. فإن جعل الكتابي الذبيحة قربة لغير الله تعالى، وذلك بأن يذكر عليها اسم غير الله، بأن قال: باسم المسيح، أو العذراء، لم تؤكل، وأولى لو قال: باسم الصنم. فإن ذكر مع ذلك اسم الله تعالى أكلت، ولو قدموا اسم غيره عليه، لأنه يعلو ولا يعلى عليه.

ودليل تحريم ما أهلوا به لغير الله تعالى⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهَلَّ بِهِ، لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: 173].

ب - قوله تعالى: ﴿أَوْ فَسَقًا أَهَلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: 145].

ويكره ما يذبحه النصارى لعيسى أو الصليب أو الصنم للتقرب به إليهم، وهذا ولو لم يذكروا اسم الله تعالى، لأن التسمية لا تشترط من كافر، وإنما يضر أن يسموا اسم عيسى أو الصليب أو الصنم كما تقدم⁽²⁾. وقال ابن رشد الجدل في وجه الكراهة وعدم الحرمة: لم يحرمه - أي الإمام مالك - إذ لم ير الآية متناولة له، وإنما مضاهية له⁽³⁾. ونقل ابن الفرس أن ذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ ولاحتمال أن يكون المراد بآية الإهلال غير الكتابي⁽⁴⁾.

وخالف ابن لبابة⁽⁵⁾ من علماء المالكية، فذهب إلى تحريم ذلك مثل تحريم ما سمي عليه اسم المسيح تعلقاً بظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ فَسَقًا أَهَلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ وبظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: 121].

ثالثاً: أن لا يغيب عنا حال ذبحها إن استحلت أكل الميتة. بل لا بد من حضور مسلم عارف بالذكاة الشرعية، خوفاً من أن يقتلها أو ينزعها أو يسمي عليها غير الله، فإن غاب عنا لم تؤكل.

وهذا التفصيل هو المشهور في المذهب. وقال ابن رشد الجدل: القياس أنه إذا كان يستحل أكل الميتة لم تؤكل ذبيحته ولو لم يغيب عنا، لأن الذكاة لا بد فيها من النية، وإذا استحلت الميتة فكيف ينوي الذكاة، وإن ادعى أنه نواها فكيف يصدق، وقبله ابن عرفة وابن ناجي.

والقول المشهور مبني على المعتمد من أن النية في الذكاة لا تشترط من الكافر

(1) البيان والتحصيل 378/3 وأحكام ابن الفرس م 1 ورقة 42.

(2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 101/2. (3) البيان والتحصيل 272/3.

(4) أحكام القرآن م 1/43. (5) البيان والتحصيل 368/3.

والقول بعدم الأكل مطلقاً غابوا عنا أم لا، مبني على أن نية الذكاة لا بدّ منها في حق كلّ مذك⁽¹⁾.

وخالف ابن العربي⁽²⁾ في هذا فقال بجواز أكل ما قتلوه، ولو رأيناه يقتل الشاة، لأنّ ذلك من طعامهم. وردّ عليه ابن عبد السلام بأن معنى طعامهم في الآية هو ما أبيع لهم في شرعهم، فإذا أطبق جمهور أهل شرعهم ومن هو متمسك بظاهر دينهم على أنّ هذا ليس ممّا يدلّ على شرعهم وجب ألا يكون من طعامهم⁽³⁾. وقال الشيخ ابن عاشور: وقول ابن العربي شذوذ⁽⁴⁾.

الشرط الثالث: أن يقع قطع جميع الحلقوم.

والحلقوم هي القصبة التي يجري فيها النفس، فلا يكفي قطع بعضه، كما لا يكفي المغلصمة، وهي ما انحازت الجوزة فيها لجهة البدن، لأن القطع حينئذ يصير فوق الحلقوم فلا يقطعه، وإنما يقطع الجلدة المتعلقة بلحي الذبيحة، فيكون الذبح في غير محلّ الذكاة⁽⁵⁾. فالشرط لا يتحقق إلا بأن تبقى الجوزة أو بعضها كدائرة حلقة الخاتم لجهة الرأس حتى يصدق على الذابح انه قطع الحلقوم. وانحياز الجوزة كلها غير متأتّ، وإنما المتأتّي انحياز ما ظهر منها، بأن يجعل القطع من أسفل العنق.

ولا يجزىء قطع نصف الحلقوم على الأصحّ، ومن ذلك ما لو بقي قدر نصف الدائرة من الجوزة لجهة الرأس، بأن كان المنحاز لجهة الرأس مثل القوس، فإنّه لا يكفي على الأصحّ، وهو مذهب سحنون والرسالة، والقول بالإجزاء لابن القاسم في العتبية، وذلك إن قطع جميع الودجين، وإلا فلا يكفي باتفاق ابن القاسم وسحنون.

ودليل وجوب الانحياز بالجوزة لجهة الرأس ما سيأتي من دليل وجوب قطع الحلقوم، والوجوب مستفاد من الحديث بدلالة الالتزام⁽⁶⁾.

الشرط الرابع: أن يقع قطع جميع الودجين.

والودجان عرقان في صفحتي العنق يتصل بهما أكثر عروق البدن، ويتصلان بالدماغ، فهما من المقاتل. ولا يكفي قطع أحدهما دون الآخر، فلو قطع أحدهما وأبقي الآخر أو بعضه لم تؤكل باتفاق. ودليل قطع الودجين⁽⁷⁾:

(1) حاشية الدسوقي 101/2.

(2) أحكام القرآن 556/2.

(3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 114.

(4) التحرير والتنوير 122/6.

(5) المنتقى 108/3.

(6) الذخيرة 137/4.

(7) الإشراف 251/2 والمنتقى 113/3 والبيان والتحصيل 308/3 وأحكام القرآن 542/2، وبداية

المجتهد 612/1 والذخيرة 133/4.

أ - عن رافع بن خديج قال: قلت يا رسول الله، إنا لاقوا العدو غدأ وليست معنا مدى؟ فقال «أعجل أو أرن ما أنهر الدم، وأذكر اسم الله عليه فكل»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أن إنهار الدم لا يكون إلا بقطع الأوداج لأنها مجرى الدم، فالحديث يدل على قطع الودجين مطابقة⁽²⁾.

ب - عن أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «كل ما أفرى الأوداج ما لم يكن قرض أو حرّ ظفر»⁽³⁾.

ج - عن ابن عباس أنه قال: ما فرى الأوداج فكلوه. «الموطأ» ولا مخالف له من الصحابة. وحكمة إيجاب قطع الودجين أن الذكاة مبنية على فري ما كان الموت معه أسرع، لأنه أخف على الحيوان ويتحقق معه سفح الدم، ولا يمكن ذلك إلا بقطع الودجين⁽⁴⁾.

ووجه عدم إجزاء قطع أحد الودجين وترك الآخر، أنه لا يتم به إنهار الدم المقصود⁽⁵⁾.

ودليل وجوب قطع الحلقوم أن الأوداج لا تقطع إلا بعد قطع الحلقوم، فالحديث دلّ على قطع الودجين مطابقة وعلى قطع الحلقوم التزاماً⁽⁶⁾.

ولا يشترط قطع المري المسمى بالبلعوم، وهو مجرى الطعام تحت الحلقوم متصل بالفم ورأس المعدة.

ووجه عدم اشتراطه أن الأحاديث خصت الأوداج، ولم تنص على المريء، فدلّ ذلك على أن قطعه غير مطلوب في الذكاة، ولم يثبت أن أحداً من الصحابة قال باعتبار المريء، كما أن المريء ليس بمقتل، وليس بمجرى للدم، وإنما هو مجرى للطعام وليس فيه من الدم إلا اليسير الذي لا يحصل به الإنهار⁽⁷⁾.

الشرط الخامس: أن يكون القطع من المقدم.

فلا يجزئ القطع من القفا، لأنه ينقطع به النخاع المتصل بالرقبة وسلسلة الظهر، قبل الوصول إلى الحلقوم والودجين، فتكون ميتة، لأن قطع النخاع من المقاتل، فيكون

(1) أخرجه البخاري في الذبح والصيد، باب ما نذ من البهائم، ومسلم في الأضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم.

(2) الذخيرة 4/133.

(3) عزاه الزيلعي في نصب الراية للطبراني في المعجم الكبير، (نصب الراية 4/186).

(4) المنتقى 3/113 وأحكام ابن العربي 2/542 والذخيرة 4/133.

(5) شرح ابن عبد السلام 2/123 والذخيرة 4/133.

(6) الذخيرة 4/133.

(7) المنتقى 3/109 والبدیع علی التفریح 1/96.

هو سبب موت الذبيحة دون فري الأوداج والحلقوم. ودليل هذا الشرط⁽¹⁾:

أ - عن أبي العشاء عن أبيه قال. قلت: يا رسول الله، أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللثة؟ قال: «لو طعنت في فخذها لأجزأك»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه يتعلق بالصيد، وأن السائل استفسر هل يجوز العدول عن الحلق واللثة إلى الطعن فيما لا يقدر على حلقه ولبته؟ مما يدل أنه مقرر عندهم أنه لا يجوز الذبح والنحر إلا في الحلق واللثة، وإلا لما كان لسؤال السائل وجه⁽³⁾.

ب - فعله ﷺ فما ذبح إلا في الحلق وما نحر إلا في اللثة.

ج - أن الذبح من القفا يقطع النخاع، وهو المخ الذي في عظم الرقبة قبل أن يصل إلى موضع الذبح. فيكون فيها قتل البهيمة، لأن النخاع مقتل من المقاتل، ويكون هو سبب الموت قبل أن يصل إلى موضع ذكاتها، وهو الحلقوم والأوداج، والذكاة لا تعمل في منقوذة المقاتل.

د - أن الذكاة وإن كان المقصود بها إنهار الدم، إلا أن فيها ضرباً من التعبد والتقرب إلى الله تعالى، لأن الجاهلية كانت تتقرب بذلك لأصنامها وأنصابها، وتهلّ بها لغير الله فيها، فأمر الله تعالى بردها إليه والتعبد بها له، وهذا يقتضي أن تكون على صفة مخصوصة، يبيتها أحكام الشريعة، فإن لم تقع الذكاة عليها زال منها حظ التعبد وبطل تحقق المقصد بترك وسيلته الشرعية⁽⁴⁾.

وإذا ابتدأ الذابح من صفحة العنق ومال بالسكين إلى الصفحة الثانية فإنها تؤكل إذا لم ينخعها ابتداءً. فإذا لم تساعد السكين على قطع الحلقوم والودجين، فقلبها وأدخلها تحت الأوداج والحلقوم لم تؤكل على المعتمد لمخالفته صفة الذبح المخصوصة.

الشرط السادس: أن يقع القطع بمحدد.

ولا يشترط أن يكون المحدد من حديد، بل يجوز أن يكون من غيره كزجاج وحجر له حدّ. ولا يكفي الدق بحجر ونحوه، أو النهش أو القطع باليد. ويندب الحديد إن وجد. ودليل وجوب استعمال المحدد وأفضلية الحديد⁽⁵⁾:

(1) الإشراف 251/2 والمنتقى 109/3 والبيان والتحصيل 284/3 وبداية المجتهد 613/1 وأحكام

ابن العربي 543/2 والبديع على التفريع 95/1.

(2) أخرجه أبو داود في الأضاحي، باب ما جاء في ذبيحة المتردية والترمذي في الصيد، باب ما جاء في

الذكاة في الحلق واللثة والنسائي في الضحايا، باب ذكر المتردية في البئر: وابن ماجه 1063/2.

(3) المعلم 95/4 (4) أحكام ابن العربي 543/2.

(5) بداية المجتهد 616/1 والذخيرة 132/4 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 120.

- عن شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «وليحذّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»⁽¹⁾. والحديث تضمن الأمر بأن تكون آلة الذبح من حديد وحادة.

ودليل جواز استعمال المحدد من غير الحديد⁽²⁾:

أ - قوله ﷺ في حديث عديّ: «أنهر الدم بما شئت»⁽³⁾.

ب - حديث رافع بن خديج المتقدم وفيه قوله ﷺ: «ما أنهر الدم».

ج - حديث جارية كعب بن مالك المتقدم وفيه أنه ﷺ أقرها على ذبح شاة

بحجر.

د - عن عطاء بن يسار أن رجلاً من الأنصار من بني حارثة كان يرعى لقحة له بأحد، فأصابها الموت فذكاها بشظاظ، فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «ليس بها بأس فكلوها»⁽⁴⁾. والشظاظ فلقة عود.

ولا يجوز استعمال السنّ والظفر، سواء وجدت آلة غيرهما أو لم توجد. ودليل عدم الجواز⁽⁵⁾:

أ - حديث رافع بن خديج، وفيه قوله ﷺ: «ليس السنّ والظفر. فسأخبرك. أمّا السنّ فعظم، وأمّا الظفر فمدى الحبشة» وقد سبق تخريجه.

ووجه الاستدلال بالحديثين أن الإذن في أولهما بالذبح بكل ما أنهر الدم عام في كلّ آلة. ثم خصّ النبي ﷺ من حكم الإباحة السنّ والظفر، فمنع الذكاة بهما.

ب - القياس على الذابح، ذلك أن الشرع قد ورد باعتبار صفة الذابح واعتبار صفة الآلة، ثم ثبت وتقرر أن ما نهى عنه من صفة الذابح يمنع صحة الذبح، فكذلك ما نهى عنه من صفة الآلة.

ج - أن الذكاة عبادة، وذلك يقتضي اتباع النصّ في كفيّتها وآلتها.

الشرط السابع: أن لا يرفع الذابح آلة الذبح قبل تمام الذبح.

فإن رفع الذابح يده قبل التمام وطال الفصل عرفاً، ثم عاد وتمّم الذبح، لم تؤكل إن أنفذ بعض مقاتل الذبيحة، بأن قطع ودجاً أو بعض الودجين، سواء رفع اختياراً أو اضطراراً.

(1) أخرجه مسلم في الصيد، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل.

(2) المنتقى 106/3 والبيان والتحصيل 302/3 وأحكام ابن العربي 2/543.

(3) أخرجه النسائي في الصيد والذبائح، باب إباحة الذبح بالعود.

(4) أخرجه مالك في الذبائح، باب ما يجوز من الذكاة حال الضرورة.

(5) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2/107-108 والبيان والتحصيل 3/302. وبداية المجتهد 1/

615 والمنتقى 3/106 وأحكام ابن العربي 2/544 وإكمال الإكمال 5/300.

وإن لم يطل الفصل، بأن كان يسيراً، كما لو رفع يده لعدم حدّ السكين وأخذ غيرها، أو سنّها، لم يضرّ ذلك، وتؤكل. وهذا إن أنفذ بعض مقاتلها، ولو كان الرفع اختياراً.

أما إذا لم تنفذ مقاتلها، بحيث لو تركت لعاشت، فإنّ الرفع لا يضرّ مطلقاً، سواء كان اختياراً أو اضطراراً، وسواء طال الفصل أو لم يطل، لأنّ إعادة السكين ثانية يعتبر ذكاة مستقلة. وفي هذه الحال فإنّها تحتاج من جديد إلى نية وتسمية، وذلك إن طال الفصل وكان الذابح ثانية نفس الأول. فإن كان غير الأول فلا بدّ من جديد من نية وتسمية، سواء طال الفصل أو لم يطل.

هذا وإنّ قطع الحلقوم لا يعتبر من المقاتل، وإنّ الفصل القصير أو الطويل يقدر بالعرف.

الشرط الثامن: أن يصاحب القطع نية التذكية الشرعية.

ولا يشترط أن ينوي الذابح تحليلها، لأنّه حاصل وإن لم ينوه. ولو نوى مجرد موتها، أو قصد ضربها فأصاب محلّ الذبح فلا تؤكل.

والنية هي شرط في كلّ نوع من أنواع الذكاة، فمن لم يكن عنده نية كالمجنون، لم تؤكل ذبيحته أو صيده، وكمن ضرب حيواناً لدفع شرّه مثلاً بسيف فقطع حلقومه وأوداجه.

وهي واجبة مطلقاً ولو من كافر - كتابي - بدون قيد ذكر أو قدرة. ودليل اشتراط النية⁽¹⁾:

أ - عن عمر بن الخطاب قال قال رسول الله ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيات، وإنّما لكل امرئ ما نوى».

ب - الإجماع.

ج - أنّ الله تعالى منع التذكية من المجوسي، ولو كانت تصحّ بغير نية وقصد، لم يختلف الحكم فيها ممّن وقعت.

ووجه اشتراطها في الصيد، أنّ الصيد أحد أنواع الذكاة فيفتقر إلى نية.

الشرط التاسع: التسمية

وسياتي الاستدلال عليها في خاتمة المبحث.

(1) الإشراف 251/2 و254، والمقدمات 429/1 وشرح ابن عبد السلام م2 ورقة 100 و112 وأحكام ابن العربي 543/2 والذخيرة 134/4 و178، والمعيار المعرب 15/2.

النوع الثاني: النحر وهو يكون في الإبل والزرافة، ويجوز بكراهة في البقر

تعريف النحر:

النحر طعن المميّز المسلم أو الكتابي بشروطه بمسّنّ بلبّة، بلا رفع قبل التمام. ومن هذا التعريف تؤخذ شروط صحة النحر، وهي: التمييز وكونه مسلماً أو كتابياً، وأن يكون بلبّة، وأن لا يقع رفع قبل التمام. وشرحها هو ما تقدم في شروط الذبح، وكذلك أدلتها. ومعنى «اللبّة» النقرة التي فوق الترقوة وتحت الرقبة، وهي المحلّ الذي حدده الشرع للنحر. وحكمة تخصيص اللبّة للنحر أنّه محلّ تصل منه الآلة إلى القلب فيموت الحيوان بسرعة⁽¹⁾.

ولا يشترط في النحر قطع الحلقوم ولا الودجين، ولا يؤمر الناحر بذلك. ولا بضرّ الفصل اليسير، ولو كان الرفع اختياراً، كما تقدم في الذبح.

النوع الثالث: العقر

العقر هو الجرح⁽²⁾. ويتعلق هذا النوع بالصيد.

تعريف الصيد:

الصيد لغة: إمساك الحيوان الذي لا يألّف باليد أو بوسيلة⁽³⁾. وهو يطلق بالإشتراك على المصدر الذي هو فعل الصائد، وعلى الاسم الذي هو المصيد⁽⁴⁾. واصطلاحاً: جرح مسلم مميّز حيواناً وحشياً غير مقدور عليه إلاّ بعسر، بمحدد أو حيوان معلّم.

ومن خلال هذا التعريف تتبين أحكام الصيد وشروطه.

حكم الصيد

الصيد مباح. ودليل الإباحة⁽⁵⁾

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: 2].

ووجه الاستدلال أنّ الآية أمرت بالاصطياد عند الإحلال من الإحرام، بعد أن

(1) شرح ابن ناجي على التفريع ورقة 63.

(2) مختار الصحاح ص 288.

(3) المعجم الوسيط 2/530 والتحرير والتنوير 6/80.

(4) إكمال الإكمال 5/268 والتحرير والتنوير 6/80 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 97.

(5) المنتقى 3/118 والمقدمات 1/417 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 98.

كان المحرم منهيًا عنه حال إحرامه، والأمر بالاصطياد هنا محمول على الإباحة، لأن الصيد مباح في الأصل، وإنما حرم حال الإحرام، فإذا زالت علة التحريم التي هي الإحرام زال حكم التحريم، ورجع الحكم إلى أصله، فكان الأمر في الآية مؤكداً للإباحة التي عليها الصيد في غير حال الإحرام. وليس حمل الأمر هنا على الإباحة من باب وروده بعد نهي كما ذهب إليه البعض⁽¹⁾.

كما أن الإجماع هو دليل حمل الأمر هنا على الإباحة⁽²⁾.

ب - قول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَمَكَلُوا بِمَا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ﴿٤﴾ [المائدة: 4].

والإستدلال من الآية على وجوه، منها أنها أحلت الطيبات، وكل ما لم يأت تحريمه في كتاب ولا سنة فهو من الطيبات، وهو استدلال باستصحاب الأصل، وهو على مذهب من يقول: الأصل في الأشياء الإباحة، وما سكت عنه الشرع فهو مباح⁽³⁾.

ومنها أن الآية تحمل على تقدير مضاف وهو «صيد» فيكون المعنى: أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح⁽⁴⁾.

ومنها وهو الأقوى، أن الآية نصت على جواز الأكل مما يمسك الجوارح المعلم على الصائد⁽⁵⁾.

ج - الأحاديث النبوية التي سنذكرها عند الإستدلال على المسائل.

د - الإجماع.

وكون الصيد مباحاً هو في العموم وقد تعتريه الأحكام الخمسة.

فهو فيما هو مأكول من طير أو غيره حرام إذا كان بنية حبسه أو الفرجة عليه، ووجه ذلك أنه يبقى السنين المتطاولة محبوساً وهو تعذيب له⁽⁶⁾. وقيل إن اليسير من ذلك وبدون تعذيب جائز، قال البرزلي: ولم يمنع الأطفال من اللعب بالحيوان إذا وقع لبسط نفوسهم وفرحتهم لقوله ﷺ: «يا أبا عمير ما فعل الثغير⁽⁷⁾» وإنما يمنع ما كان عبثاً لغير منفعة ولا وجه مصلحة. قال الخطاب تعليقا عليه: فظاهر هذا أن اللعب

(1) أحكام ابن العربي 536/2 وبداية المجتهد 624/1 وأحكام القرطبي 44/6 وأضواء البيان 4/2 والتحرير والتنوير 85/6.

(2) أحكام القرطبي 44/6 (3) المقدمات 417/1.

(4) أحكام ابن العربي 549/2 والمقدمات 417/1 وأحكام القرطبي 65/6.

(5) المنتقى 118/3 (6) مواهب الجليل للخطاب 222/3.

(7) الثغير تصغير لثغر، وهو طائر صغير كان يلعب به أخو أنس بن مالك. والحديث أخرجه البخاري في الأدب، باب الكنية للصبي. ومسلم في الأدب، باب استحباب تحنيك المولود.

اليسير مباح، فيكون الصيد له مباحاً⁽¹⁾.
وهو جائز بنية القنية أو الذكاة، أو للتوسعة على النفس وعلى العيال، ولو كانت التوسعة غير معتادة.

وهو مكروه للهو، وخالف ابن عبد الحكم فقال بالإباحة.
وهو واجب لسدّ خلّة واجبة. ومندوب لتوسعة معتادة على النفس وعلى العيال أو سدّ خلّة غير واجبة.

وأما صيد ما هو محرّم الأكل كالخنزير، إذا كان بنية قتله فجائز، وإذا كان بنية حبسه أو الفرجة عليه فلا يجوز.

وقد ذكر القرافي أنّ الصيد إنّما هو من باب الرخص، أباحه الله تعالى، مع كونه مشتملاً على دماؤه ويكتفى فيه بمجرد الجرح والخدش⁽²⁾.

شرح التعريف:

1 - قوله: «جرح» أي إدماء الحيوان ولو بأذنه، والحال أنه مات من ذلك؛ أو أنفذ مقاتله، فإن لم يحصل إدماء لم يؤكل ولو شق الجلد. ودليل عدم جواز الأكل منه عند عدم الإدماء، سيأتي في شروط إباحة أكل صيد الحيوان المعلم.

2 - قوله: «مسلم» خرج بهذا القيد غير المسلم، وهو الكافر ولو كان كتابياً. فوجه عدم جواز صيد الكافر. ومنه المجوسي، لأنه بمنزلة ذبحه، ومن لا تجوز ذكاته لا يجوز صيده⁽³⁾. وقد حكى ابن العربي الإجماع على ذلك⁽⁴⁾.

ودليل عدم جواز صيد الكتابي:

أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَبَّوْا لَكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ لِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَخَافُهُ بِالْغَيْبِ﴾ [المائدة: 94].

والاستدلال بالآية هو على تأويل أنها دالة على الإباحة وأنها في الحلال لا في المحرم⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال منها قد اختلف فيه علماء المالكية الذين يقولون بعدم جواز صيد الكتابي على طريقتين⁽⁶⁾:

(1) مواهب الجليل 222/3.

(2) شرح التنقيح ص 75 والبدیع على التفریع ورقة 96.

(3) المنتقى 128/3 والبدیع على التفریع ورقة 95.

(4) أحكام ابن العربي 663/2.

(5) أحكام القرطبي 300/6 والمعیار المعرب 18/2.

(6) المنتقى 121/3 و127، وأحكام ابن العربي 263/2 والمعیار المعرب 18/2 وعارضة الأحوذی 260/6.

الأولى: - أن الخطاب فيها موجه للمؤمنين، فيقتضي ذلك تخصيص جواز أكل الصيد بهم إلا للدليل يقتضي التعميم. ولم يذكر أهل الكتاب في الصيد كما ذكر إباحة طعامهم التي هي ذبائحهم.

- أن إضافة الأيدي والرماح إلى المخاطبين تدل على قصر هذا الحكم عليهم. وليس هذا عند أصحاب هذه الطريقة من باب دليل الخطاب الذي هو تعليق الحكم بأحد وصفي الشيء ليدل على أن الآخر بخلافه، وإنما هو من باب النطق بأحد الوصفين والسكوت عن الثاني، وأنه ليس في معنى ما نطق به. وعلى هذا الوجه، فإن المسكوت عنه في الآية - وهم أهل الكتاب - لا يحمل على آية ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ لأن الآية دالة على إباحة طعامهم وهي ذبائحهم، والصيد باب آخر لا يدخل في عموم طعامهم، ولا يتناوله مطلق لفظه.

كما أنه لا يحمل المسكوت عنه على المنطوق به - وهم المؤمنون - بدليل القياس باعتبار كون الصيد نوعاً من أنواع الذكاة فيصح من الكتابي كما يصح منه الذبح، لأن هذا قياس مع قيام الفارق، وهو أن موضوع الذبح هو الحيوان المقدر عليه، وموضوع الصيد هو الحيوان الذي لا يقدر عليه.

الثانية: وهي لبعض المالكية ومنهم ابن عقاب، أن الخطاب للمؤمنين، ودليل الخطاب، ويسمى مفهوم المخالفة، يقتضي أن غير المسلم بخلاف ذلك، إلا أن آية ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ عنده عامة في الذبح والصيد، ولكنها مخصصة بمفهوم آية ﴿لَيْتَبَلَّوْكُمْ﴾. ورد على من اعترض بأن المفهوم لا يختص العموم، لأن دلالة العام منطوق، والمنطوق لا يعارض بالمفهوم؛ بأنه يلزم من عدم التخصيص إبطال أحد الدليلين، والجمع بينهما وإعمالهما معاً أولى.

ب - قوله تعالى: ﴿قُلْ أَجَلٌ لَكُمْ أَطَّيَّبْتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: 4] والآية أيضاً الخطاب فيها خاص بالمسلمين، وما قيل في الآية السابقة يقال في هذه.

ج - أن الصيد رخصة للمسلمين، والرخص لا يقاس عليها، سواء قياس صيد الكتابي على صيد المسلم، لأن صيد المسلم رخصة خاصة به؛ أو قياس صيد الكتابي على ذبيحته، لأن أكل المسلم من ذبيحته هي أيضاً رخصة، على قول ابن عقاب. وبناء على تعريف الرخصة بأنها «المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر» فإن العذر - على قول ابن عقاب - هو الحاجة إلى مخالطة أهل الكتاب بسبب عقد الذمة، وهي داعية لأكل طعامهم، والغالب الذبيحة، والصيد قليل بالنسبة إليها، والضرورة داعية إلى الأول لغلبته دون الثاني لندوره⁽¹⁾.

(1) المعيار المعرب 2/18 وشرح التنقيح ص 75 والبدیع على التفریع ورقة 96.

وهذا القول، أي عدم جواز أكل صيد الكتابي هو المعتمد وقد اقتصر عليه خليل وتبعه الدردير.

وفي المذهب قولان آخران: الإباحة وهي لابن وهب وأشهب، واختاره ابن يونس والباجي واللخمي⁽¹⁾ وصححه ابن العربي⁽²⁾ وابن عبد السلام⁽³⁾ والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾.

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كل طعامهم ومنه الصيد، والدليل على أن الصيد من طعامهم ما علم بالضرورة أن كل أمة تصيد وتاكل، ولا يوجد ذلك في بعض الأمم دون بعض، وإذا كان ذلك كذلك فإن صيدهم مباح لعموم الآية.

ب - القياس على ذبائحهم⁽⁴⁾.

والقول الثالث الكراهة، وهو لابن حبيب، ووجه الجمع بين القولين⁽⁵⁾.

وعلى القول الأول فإن صيد الكافر ومنه الكتابي، لا يؤكل ولو سمي عليه اسم الله تعالى.

3 - قوله: «مميّز»، يخرج به غير المميّز، كالسكران، والمجنون، والصبي، لأن الصيد يشترط فيه النية، وهي لا تصح منهم⁽⁶⁾.

وحكم الإسلام والتمييز يشمل كل ذكر أو أنثى، وكلّ بالغ أو غير بالغ، والبلوغ غير التمييز.

ويعتبر الإسلام والتمييز حال الإرسال وحال الإصابة.

4 - قوله: «حيواناً وحشياً»، يخرج به الحيوان الإنسي، كالبقرة والإوز والدجاج، فلا يؤكل الإنسي بالعقر، ولو شرد أو تردى في حفرة، بأن لم يقدر على ذبحه أو نحره. وهذا هو المشهور، والدليل⁽⁷⁾:

أ - الأحاديث المتقدمة الميّنة لمحلّ الذكاة.

ب - قياس الشارد أو المتردي على المقدور عليه الذي لم يشرد ولم يترد في حفرة، لأنه من بهيمة الأنعام مثله.

ج - استصحاب الأصل، والأصل أن الحيوان الإنسي لا يؤكل إلا بالذبح أو النحر. وأن الوحشي يؤكل بالعقر. والعقر إنما يكون في غير المقدور عليه طبعاً لا

(1) مواهب الجليل 214/3 وحاشية الصاري 1/315.

(2) أحكام ابن العربي 2/664.

(3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 98.

(4) المتقى 3/127.

(5) البديع على التفريع ورقة 95.

(6) المتقى 3/128.

(7) الإشراف 2/252 والمنتقى 3/109 وبداية المجتهد 1/625 والذخيرة 4/136 و177، والمعلم

3/66 و94، وإكمال الإكمال 5/269 والبديع على التفريع 1/96.

عرضاً، فالعلة المبيحة لأكل الحيوان المتوحش بالعقر، هي العجز عنه، وهي غير مضطربة بل منقوضة بأصل الحيوان، فلا يكون العجز مؤثراً إلا مع ما أصله التوحش وعدم القدرة عليه، ولأجل هذا الأصل لم ينقل التوحش الطارئ الحيوان عن أحكام المتأنس في الإحرام، كسقوط الجزاء عن المحرم بقتله، وجوازه في الضحايا والهدايا والعقيقة.

وما روي في حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ بذبي الحليفة، فأصاب الناس جوع، فأصبنا إبلًا وغنماً... فنذ منها بعير، وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم، فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله، فقال النبي ﷺ: «إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما نذ عليكم منها فاصنعوا به هكذا»⁽¹⁾.

وهو يفيد إباحة أكل الإبل بالعقر إذا نذت أو شردت، وقد أولوا الحديث بأن السهم لم يقتله ولم ينفذ مقاتله، وإنما منعه من الحركة، لذلك قال: فحبسه، وأنهم بعد ذلك أمسكوه وذكّوه⁽²⁾، وليس فيه إخبار بأن ذكاته تحصل بذلك، على أن الحديث قضية عين لا يدرى كيف وقعت، وجوابه ﷺ محال على هذه القضية، فيقع في جوابه من الاحتمال زيادة على ما سبق ما يقع في القضية؛ والحديث إذا تطرقه الاحتمال سقط التعلق به⁽³⁾.

وكذلك ما روي في حديث أبي العشاء المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «لو طعنت في فخذها لأجزأك»⁽⁴⁾، فهذا الحديث لم يسلم بشوته بعض المالكية، وحمله البعض الآخر⁽⁵⁾ على الصيد الذي لا يقدر عليه، فكأنه ﷺ فهم عن السائل بقريئة حال أنه سأل عن صيد أراد أن يتصيد هل لا يذكى إلا في الحلق واللثة؟ فأجابه بما قال⁽⁶⁾.

وخالف ابن حبيب في البقر، فقال بجواز أكله إذا توحش، وعلل ذلك بأن البقر لها أصل في التوحش ترجع إليه، أي شبهها ببقر الوحش، وقد رد عليه بأن هذا فيه نظر، لأن بقر الوحش ليست بأصل للبقر الإنسية، ولا تشبهها في خلق ولا صورة. والإتفاق في الاسم لا يوجب شيئاً. كما أن الحمر الوحشية ليست بأصل للحمر الإنسية، ولا الماعز البري بأصل للإنسي، ولذلك فرّق بينهما في حكم المنحرم⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري كتاب الذبائح، باب التسمية على الذبيحة، ومسلم في الأضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم.

(2) المتقى 110/3 والمعلم 94/3 والذخيرة 177/4 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 121.

(3) المعلم 95-94/3 وإكمال الإكمال 301/5.

(4) سبق تخريجه. (5) المعلم 95/3.

(6) المعلم 95/3.

(7) الإشراف 252/2 والمتقى 110/3 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 121.

كما خالف ابن حبيب في الحيوان الإنسي المتردي المعجوز عن ذكاته فقال بجواز أكله بالعقر صيانة للأموال، ودليله حديث أبي العشاء المتقدم، مع حمله على حال الضرورة دون الاختيار⁽¹⁾.

وعلى القول المشهور، فإن الحمام البيتي كله صيد، وحينئذ إذا توحش أكل بالعقر.

5 - قوله: «غير مقدور عليه إلا بعسر»، يخرج به الحيوان الوحشي المقدور عليه بسهولة، فإنه لا يؤكل بالعقر، ومن ذلك من رمى صيداً فأثخنه ولم ينفذ مقاتله، لأنه يصير بذلك مقدوراً عليه، والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - حديث رافع بن خديج وحديث أبي العشاء، وتقدما.

ب - حديث عدي بن حاتم، وفيه قوله ﷺ: «فإن أمسك عليك فأدرته حياً فاذبحه»⁽³⁾.

ج - القياس على الإنسي بجامع القدرة على ذبحه من غير مشقة فيهما.

د - أن الأصل في الذكاة قطع الودجين والحلقوم، وإنما يعدل عن ذلك إلى العقر عند عدم القدرة، وإذا أدركه الصائد حياً وتركه حتى مات أو قتله الجرح، كان تاركاً للذكاة المشروعة في ذلك الحيوان.

وقول ابن عمر في الكلب المعلم: كل ما أمسك عليك إن قتل وإن لم يقتل⁽⁴⁾. فإن قوله: وإن لم يقتل، معناه إن لم يقتل فأدرت ذكاته فذكته⁽⁵⁾.

وعلى هذا الشرط فإن من رمى صيداً فأثخنه حتى صار لا يقدر على الفرار، ثم رماه آخر فقتله، لم يؤكل، لأنه صار أسيراً مقدوراً عليه، وحينئذ فإن الذي رماه ثانية يضمن قيمته مجروحاً للأول.

6 - قوله: «بمحدد»، وهو متعلق بقوله: «جرح»، أي جرح بمحدد. ودليل اشتراط المحدد⁽⁶⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: 94].

والذي تناله الأيدي صغار الصيد وما لا يفر ولا يمتنع بنفسه، والذي تناله الرماح كبار الصيد وما لا يوصل إليه باليد.

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 121.

(2) المنتقى 127/3 وبداية المجتهد 633/1 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 102 و 106.

(3) أخرجه مسلم في الصيد والذباح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(4) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد المعلمات.

(5) المنتقى 125/3.

(6) المنتقى 120/3 والمقدمات 420/1 وأحكام ابن العربي 661/2 وبداية المجتهد 626/1

والمعلم 65/3 و 67، وشرح ابن عبد السلام 100/2 والبديع 95/1.

ب - حديث عدي بن حاتم وفيه قوله ﷺ: «وإن رميت سهمك فاذكر اسم الله»⁽¹⁾.
ج - حديث أبي ثعلبة الخشني، وفيه قوله ﷺ: «وما صدت بقوسك فذكرت اسم الله فكل»⁽²⁾.

د - حديث عدي وقد سأل النبي ﷺ عن المعراض؟ فقال له رسول الله ﷺ: «إذا رميت بالمعراض فخرق فكله، وإن أصابه بعرضه فلا تأكله»⁽³⁾ وفي رواية: «إذا أصاب بحدّه فكل، فإذا أصاب بعرضه فقتل فإنه وقيد فلا تأكل»⁽⁴⁾.

فالمعراض عصا في طرفها حديدة يرمي الصائد بها الصيد، وقد اشترط النبي ﷺ لجواز الصيد بها أن يصيب الصيد بحدّه لا بعرضه⁽⁵⁾.

وسواء كان المحدد سلاحاً أو غيره كحجر له سنّ، وأما العصا والحجر الذي لا حدّ له، وبنندق الطين الذي يرمى بالقوس، فلا يؤكل الصيد بشيء من ذلك إذا مات منه أو أنفذ مقتله، وذلك لأنها ترضّ ولا تخزق، وما كان كذلك فهو وقيد، كما جاء في حديث عدي بن حاتم. والموقوذة المحرّمة في الآية هي المضروبة بما لا حدّ له⁽⁶⁾.

وعلى هذا يحمل ما جاء في الموطأ عن نافع أنه قال: رميت طائرين بحجر، وأنا بالجرف فأصبتهما، فأما أحدهما فمات، فطرحه عبد الله بن عمر، وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدم فمات قبل أن يذكيه، فطرحه عبد الله أيضاً⁽⁷⁾.

فقد طرح الطائرين حين لم يدرك ذكاتهما، لأنّ نافعاً رماهما بما لا حدّ له، ولو كان الحجر ممّا له حدّ، وأصاب بحدّه وجرح، لكانت تلك ذكاة تبيح أكلهما وإن لم تدرك ذكاتهما⁽⁸⁾.

ومحلّ الاحتراز عن العصا والحجر وبنندق الطين، إذا لم يؤخذ الصيد حيّاً غير

(1) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلّمة.

(2) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب صيد القوس، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلّمة.

(3) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلّمة، والبخاري في الذبائح والصيد، باب ما أصاب المعراض بعرضه.

(4) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب صيد المعراض، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلّمة.

(5) المنتقى 3/120.

(6) المنتقى 3/120 وبداية المجتهد 1/627 وشرح ابن عبد السلام 2/101 وإكمال الإكمال 5/271 والبدیع علی التفریح ورقة 95.

(7) كتاب الصيد، باب ترك أكل ما قتل المعراض والحجر.

(8) المنتقى 3/118.

منفوذ المقاتل، فإن أخذ حيًّا غير منفوذ المقاتل ذكي وأكل. وأما إذا أخذ منفوذ المقاتل فلا يؤكل، ولو أدرك حيًّا وذكي.

وأما الصيد بالرصاص فإنه يؤكل به، لأنه أقوى من السلاح، وقد اعتمده بعضهم. والحاصل أن الصيد ببندق الرصاص لم يوجد فيه نصّ لمتقدمي العلماء، لحدوث الرمي به بحدوث البارود. وقد اختلف فيه المتأخرون، فمنهم من قال بالمنع قياساً على بندق الطين، ومنهم من قال بالجواز كأبي عبد الله القوري وابن غازي والشيخ المنجور والشيخ عبد الرحمان الفاسي والشيخ عبد القادر الفاسي، لما فيه من إنهار الدم والإجهاز بسرعة، الأمر الذي شرعت الذكاة لأجله⁽¹⁾.

7 - قوله: «أو حيوان علم»، عطف على «محدد»، أي جرح الصيد بمحدد أو بحيوان معلّم.

والحيوان الذي يصح الصيد به هو كلّ جارح يمكن أن يفهم التعليم من ذوات الأربع كالكلب والفهد والنمر، ومن الطير كالبازي والباشق والشاهين والعقاب، وغير ذلك. والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ أَجَلٌ لَّكُمْ الطَّيِّبُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: 4].

ووجه الاستدلال هو العموم الذي في كلمة الجوارح، وهو يشمل الكلب وغيره، كما يشمل الكلب الأبيض والأسود على السواء، وليس يوجد حديث يخص هذا العموم.

وأما كلمة «مكّلبين» فمن التكليب، وهو لغة إما بمعنى التضرية بالشيء والتسليط عليه⁽³⁾. وإما بمعنى اتخاذ الكلاب وتعليمها. فهو لفظ مشترك.

وعلى المعنى الأوّل، يكون كلّ جارح يقبل التعليم داخل في عموم الآية، وتكون الأدلة الآتية مؤيدة لهذا العموم.

وعلى المعنى الثاني، تكون الآية خاصّة في الكلاب المعلّمة، وتكون الأدلة الآتية هي أدلة لصحة الصيد بكلّ جارح معلّم من الطيور والحيوانات.

ب - عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال: «ما علمت من كلب أو باز، ثم أرسلته وذكرت اسم الله فكل»⁽⁴⁾.

(1) أقرب المسالك مع حاشيته 1/315 وحاشية الدسوقي 2/103.

(2) الإشراف 2/253 والمنتقى 3/123 والمقدمات 1/418 وبداية المجتهد 1/628 وأحكام ابن العربي 2/548 والمعلم 3/67 والذخيرة 4/172 وإكمال الإكمال 5/270. والبديع ورقة 95.

(3) المنتقى 3/124 وأحكام ابن العربي 2/547.

(4) أخرجه أبو داود في الصيد، باب في الصيد، والترمذي في الصيد، باب ما جاء في صيد الباز.

- ووجه الاستدلال أنه ﷺ ذكر البازي مع الكلب في جواز صيده والأكل منه .
- ج - قياسها على الكلب لأنها من الجوارح المعلمة .
- د - أن الاقتصار في الآية على ذكر «التكليب» إذا حمل على المعنى الثاني فلأن الغالب الصيد بالكلاب .
- هـ - أن الجوارح من الحيوانات يطلق عليها لغة اسم الكلب، والدليل: أن النبي ﷺ قال في عتبة بن أبي لهب: «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك» فافترسه أسد⁽¹⁾ .
- و - قول ابن عباس: لو صاد عليّ ابن عرس لأكلته .
- ز - أن العلة في جواز صيد الكلب هي أنه جارح يقبل التعليم، وهي موجودة في غيره من الحيوانات والطيور .
- وقد قيل إن الكلب الأسود لا يؤكل صيده، ودليله:
- عن أبي ذرّ أن رسول الله ﷺ قال: «الكلب الأسود شيطان»⁽²⁾ .
- وردّ على ذلك بأن النبي ﷺ قاله في قطع الصلاة، ولو كان الصيد مثله لقاله⁽³⁾ .
- والقياس يقتضي عدم التفرقة لعلة أنه جارح يفقه التعليم⁽⁴⁾ .
- ودليل اشتراط التعليم في الجارح⁽⁵⁾:
- أ - الآية المذكورة سابقاً .
- ب - حديث أبي ثعلبة الخشني، وفيه قوله ﷺ: «وما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله فكل، وما صدت بكلبك غير معلم فأدركت ذكاته فكل»⁽⁶⁾ .
- ووجه الاستدلال أنه ﷺ فرّق في حكم أكل الصيد بين أن يصيده كلب معلم فيجوز أكله ولو قتله، وبين أن يصيده كلب غير معلم فلا يجوز أكله، إلا إذا أدركه الصائد حياً فذكاه، فدلّ على أن التعليم شرط⁽⁷⁾ .
- ووجه اشتراط التعليم هو أن يكون الحيوان المعلم كالألة للصائد، ثلثاً يمسك على نفسه فيصير ميتة⁽⁸⁾ .

(1) دلائل النبوة للبيهقي 338 / 2 والخصائص الكبرى للسيوطي 366 / 1.

(2) أخرجه مسلم في الصلاة، باب قدر ما يستر المصليّ .

(3) أحكام ابن العربي 548 / 2. (4) الإشراف 253 / 2.

(5) بداية المجتهد 629 / 1 وشرح ابن عبد السلام م 1 ورقة 100.

(6) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب صيد القوس، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة .

(7) الذخيرة 171 / 4. (8) الذخيرة 171 / 4.

والحيوان المعلم هو الذي إذا أرسل أطاع، وإذا زجر انزجر، ولو كان من جنس ما لا يقبل التعليم عادة كالنمر.

وشروط الانزجار غير معتبر في البزاة، لأنها لا تنزجر. وإن عصيان المعلم مرة لا يخرج عن كونه معلماً، كما لا يكون معلماً بطاعته مرة، بل المرجع في ذلك العرف، والشرع إنما نبه على اعتبار التعليم ولم ينبه على الوصف الذي يكون الجارح به معلماً، وذلك الوصف معروف عند أهل العرف فوجب الرجوع إليهم في ذلك⁽¹⁾. ودليل اعتبار قتل الجارح الصيد تذكية:

أ - قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 4].

قال ابن رشد الجذ: ظاهره أدركت ذكاته أو لم تدرك⁽²⁾.

ب - حديث عدي، وفيه قوله ﷺ: «كُلْ مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ، وَإِنْ قَتَلْتَ»⁽³⁾.

ج - حديث عدي، وفيه قوله ﷺ: «فَكُلْ فَإِنَّ أَخْذَ الْكَلْبِ ذَكَاةٌ»⁽⁴⁾.

د - قول ابن عمر في الكلب المعلم: كُلْ مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ إِنْ قَتَلَ، وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ⁽⁵⁾.

هـ - الإجماع⁽⁶⁾.

ويشترط لإباحة أكل صيد الحيوان المعلم خمسة شروط، وهي:

الشرط الأول: أن يموت الصيد أو ينفذ مقتله قبل إدراكه حياً، فإن أدرك حياً غير منفوذ المقتل لم يؤكل إلا بالذبح. وإن أدرك حياً منفوذ المقتل استحبت ذكاته.

ووجه وجوب تذكيته وعدم جواز أكله بدونها إذا لم ينفذ مقتله، وأدركه صائده حياً، أنه يكون حينئذ ميتة، لأنه صار مقدوراً عليه، والذكاة فيه قد انتقلت لأصلها⁽⁷⁾. والدليل⁽⁸⁾:

- حديث عدي، وفيه قوله ﷺ: «إِنْ أَمْسَكَ عَلَيْكَ فَأَدْرَكَتَهُ حَيًّا فَذَبَحَهُ»⁽⁹⁾.

(1) شرح ابن عبد السلام مجلد 2 ورقة 100 وإكمال الإكمال 270/5.

(2) المقدمات 418/1.

(3) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب ما أصاب المعراض، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(4) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب التسمية على الصيد، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(5) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد المعلمة.

(6) إكمال الإكمال 272/5 (7) المتقى 127/3.

(8) إكمال الإكمال 273/5.

(9) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

واستحباب تذكيتة عند إصابة مقتله، قد اختلف في توجيهه، فقيل إنه من باب إراحة الصيد، وقال عياض: إنما هو لخروج الدم⁽¹⁾.

الشرط الثاني: أن يرسل الصائد المسلم المميّز الحيوان الجارح من يده، أو يد خادمه، بنية وتسمية. وتكفي نية الأمر وتسميته، نظراً إلى أن يد خادمه كيده. ولا يشترط أن يكون الخادم مسلماً، لأنّ الثاوي والمسمي هو سيده، فالإرسال منه حكماً.

والمراد باليد حقيقتها، ومثلها إرسال الجارح من الحزام، أو من تحت القدم، فلا يكفي القدرة عليه أو ملكه فقط. ودليل اشتراط الإرسال⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 4].

ووجه الاستدلال أن الآية اشترطت في الجارح المعلّم أن يمسك علينا، ومعناه أن يمسك بإرسالنا، لأنه إما أن يمسك علينا أو على نفسه. ولما كان صيده لا يؤكل إلا بنية، وجب أن يميّز كون الإمساك علينا أو على نفسه بنية من له نية، وهو مرسله، فإذا أرسله فقد أمسك عليه، وإذا لم يرسله يكون غير ممسك عليه.

ب - حديث عدي وفيه قوله ﷺ: «إذا أرسلت كلابك المعلّمة وذكرت اسم الله فكل»⁽³⁾.

فقد شرط - مما شرط - لجواز الأكل الإرسال.

وقد تقدم الاستدلال على اشتراط النية، وسيأتي الاستدلال على اشتراط التسمية. وهنا نستدل على اشتراط كونهما عند الإرسال، ويدلّ على ذلك حديث عدي وفيه قوله ﷺ: «إذا أرسلت كلابك المعلّمة وذكرت اسم الله فكل».

ووجه الاستدلال أنه ﷺ علّق إباحة الأكل من الصيد على مجموع، وهو الإرسال والتعليم وذكر اسم الله تعالى. والإرسال يندرج فيه النية، فوجب انعدام جواز الإباحة بانعدام أجزاء هذا المجموع⁽⁴⁾.

فالنية والتسمية في الصيد يكونان حال إرسال الكلب ونحوه، أو السهم أو رفع الزناد في الرصاص، لا حال الإصابة، وأما ما يفيد قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَأَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ من جواز تأخر التسمية على الإمساك، فإنه على غير ظاهره، والآية فيها تقديم وتأخير، وتقديره: فاذكروا اسم الله عليه وكلوا مما أمسكن عليكم⁽⁵⁾.

ووجه تقديم التسمية أن إرسال الكلب هو ابتداء ذكاة ما يقتل، لأنه يتغيّب حين

(1) إكمال الإكمال 273/5 وشرح ابن ناجي على التفريع ورقة 62.

(2) المتقى 124/3 وشرح ابن عبد السلام 99/2 وإكمال الإكمال 269/5.

(3) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب ما جاء في التصيد، ومسلم في الصيد والذبائح. باب الصيد بالكلاب المعلّمة.

(4) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 99. (5) المقدمات 420/1.

القتل ولا يعلم به، فلا تمكن التسمية حينئذ، فشرعت حين الإرسال. وأيضاً فإن التسمية تلزم عند إرسال الجارح لأنه فعل الصائد، وما بعد ذلك فإنما هو فعل الكلب، وحينئذ يلزم الصائد أن ينوي ويسمي عند فعله دون فعل الكلب⁽¹⁾.

وإذا كان الجارح سائياً فذهب للصيد بنفسه أو بإغراء ربه، فلا يؤكل. ولو أرسله، إلا بذكاته، وهو قول مالك، ووجه عدم الأكل فقدان شرط الإرسال ولأن الاعتبار بأول الانبعاث ولم تقع فيه النية، فيكون أصابه دون نية من الصائد⁽²⁾. وقال ابن القاسم: يؤكل ولو أرسله من غير يده وما في حكمها، والقولان في المدونة. واختار غير واحد - كاللخمي - ما أخذ به ابن القاسم، وأيده البناني.

الشرط الثالث: أن لا يشتغل الجارح حال إرساله بغير الصيد قبل اصطياده. فإن اشتغل الجارح بشيء. كأكل جيفة أو صيد آخر، ثم انطلق فقتل الصيد، لم يؤكل. ووجه ذلك أنه يكون قد أخذ الصيد من غير إرسال، لأن الاشتغال يقطع حكم الإرسال، فيكون أمسك على نفسه⁽³⁾.

ولا فرق بين كثير التشاغل وقليله. ورأى الإمام اللخمي أن قليل التشاغل لا يضر.

الشرط الرابع: أن يدمي الجارح الصيد بنابه أو ظفره في عضو ولو بأذنه. فلو صدمه فمات الصيد لم يؤكل، ولو شق جلده حيث لم ينزل منه دم. والدليل:

أ - أنها نطيحة وهي محرمة بنص الآية⁽⁴⁾.

ب - القياس على المعراض⁽⁵⁾.

الشرط الخامس: أن يعلم الصائد حين إرسال الجارح على الصيد، أن الصيد من المباح كالغزال وحمار الوحش وبقر الوحش. ولا يشترط أن يعلم نوعه من المباح، بأن اعتقد أنه من المباح وتردد هل هو حمار وحش أو بقر وحش أو ظبي، فإنه يؤكل حيث ظهر أنه من أنواع المباح التي تؤكل بالعقر.

فإن اعتقد أنه من المباح، وتردد هل هو نعم إنسي أو حيوان وحشي لم يؤكل، لأن الأول لا يباح بالعقر، ولو ظهر له بعد نفوذ مقتله أنه حيوان وحشي.

ويؤكل ما اصطاده الجارح، ولو تعدد مصيده، وذلك إن أرسله صاحبه على جماعة معينة من الوحش، ويكون قد نوى جميعها. فإن لم ينو الجميع، بل نوى واحداً أو اثنين، فلا يؤكل إلا ما نواه إن صاده أولاً قبل غيره، فإن صاد الجارح غير المنوي

(1) المنتقى 3/126.

(2) البديع على التفريع ورقة 95.

(3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 99.

(4) المنتقى 3/125.

(5) المنتقى 3/125 والمعلم 3/70 وبداية المجتهد 1/635.

قبل المنوي لم يؤكلا إلا بذكاة، وذلك لتشغل الجارح ابتداء بصيد غير المنوي عن المنوي، وبعدم النية في الذي اشتغل به عن المنوي.

ولا يحلّ أكل الصيد إن تردّد الصائد بأن شكّ أو ظنّ أو توهم في حرمة كخنزير، فإذا هو حلال، كغزال، فإنه لا يؤكل. ووجه ذلك لعدم الجزم بالنية التي هي شرط في صحّة الاصطياد⁽¹⁾.

وإذا اضطرب الجارح لرؤية صيد، فأرسله الصائد بلا رؤية منه للصيد، فصاد الجارح صيداً، فإنه لا يؤكل إلا بذكاة، لاحتمال أن يكون اصطاد غير ما اضطرب عليه.

ولذا لو نوى الصائد المضطرب عليه وغيره، لأكل على أحد التأويلين، والتأويل الثاني: لا يؤكل مطلقاً، لأن شرط أكله الرؤية، وهو لم ير.

أكل الجارح من الصيد:

لا يشترط لصحّة الأكل من صيد الجارح أن لا يأكل من الصيد. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 4].

ووجه الاستدلال أنّ الآية لم تفرّق بين أن يأكل منه أو لا يأكل⁽²⁾. وبذلك يكون ما بقي بعد أكله ممّا أمسك علينا⁽³⁾. ولا يكون الجارح ممسكاً على نفسه إلا إذا صاد بدون إرسال، فيمنع الأكل منه حيثلذ لأن الآية إنّما أشارت إلى منع الأكل بغير إرسال⁽⁴⁾.

ب - عن أبي ثعلبة الخشني قال: يا رسول الله، إنّ لي كلاباً مكلّبة فأفتني في صيدها، فقال ﷺ: «إن كان لك كلاب مكلّبة فكل ممّا أمسكن عليك» قال: ذكياً أو غير ذكي؟ قال: «نعم» قال: فإن أكل منه؟ قال ﷺ: «وإن أكل منه»⁽⁵⁾.
والحديث نصّ في جواز الأكل⁽⁶⁾.

ج - قياس قتل الجارح الصيد على الذبح، لأنّه ذكاة، فكما لا يفسد الصيد بأكل الجارح منه بعد ذبحه فكذلك لا يفسده أكله منه بعد قتله له⁽⁷⁾.

د - لأن عقره له قبل الأكل لا يخلو أن يكون ذكاة أو غير ذكاة، فإن لم يكن ذكاة لم يجز أكله، وإن أمسك عنه ولم يأكل منه، وذلك باطل. وإن كان ذكاة لم يضرّ ما طرأ عليه من بعد، كما لو أكل منه غيره⁽⁸⁾.

(2) الإشراف 2/ 253.

(4) الذخيرة 4/ 172.

(1) شرح ابن عبد السلام 2/ 103.

(3) المنتقى 3/ 124 والمعلم 3/ 67.

(5) أخرجه أبو داود في الصيد، باب في الصيد.

(6) الإشراف 2/ 253 والمعلم 3/ 67 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 100 والبدیع ورقة 95.

(8) الإشراف 2/ 253 والمنتقى 3/ 124.

(7) الإشراف 2/ 253 والمنتقى 3/ 124.

هـ - أن الكلب قد يأكل لفرط جوع أو نسيان⁽¹⁾، ولذلك فهو يجوع ثم يرسل على الصيد، لأنه لو كان شاباً ما صاد؛ فإذا أمسك على نفسه فقد أمسك علينا، إذ لا يصح أن يظن أحد أن الكلب إذا أرسله صاحبه يمضي لمرسله بنية خالصة دون نفسه، لأن ذلك خلاف ما في طبعه من أن يفترس لنفسه، ولو كلفنا الله تعالى في تعليم الجوارح هذا لكلفنا نقل طباعها، وذلك ما لا يصح أن يقع التكليف به⁽²⁾.

و - عن نافع أن ابن عمر قال: وإن أكل وإن لم يأكل⁽³⁾.

ز - عن سعد أنه سئل عن الكلب إذا قتل الصيد فقال: كل وإن لم تبقى إلا بضعة واحدة⁽⁴⁾.

ح - وأيضاً هو قول علي بن أبي طالب وأبي هريرة وسلمان الفارسي⁽⁵⁾.

وأما ما جاء في حديث عدي من قوله ﷺ: «فإن أكل فلا تأكل فإنني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه»⁽⁶⁾ فقد اختلف فيه على طريقتين:

الأولى: التأويل، وذلك إما بالجمع بينه وبين حديث الخشني، على أن يحمل على الكراهة وحديث الخشني على الإباحة، ودليل صرف النهي إلى الكراهة تعليقه على خوف أن يكون أمسك على نفسه، والخوف لا يستقل بالتحريم⁽⁷⁾.

وإما بحمل العموم الذي فيه على ما أدرك ميتاً من الجري أو الصدم فأكل منه، وهو وجه يتفق مع ما جاء عن النبي ﷺ من اعتبار قتل الجارح الصيد ذكاة⁽⁸⁾. وقد تقدمت الأدلة على ذلك.

الثانية: الترجيح. وذلك برّد هذه الجملة من حديث عدي. وهي لابن رشد الجد⁽⁹⁾، وذلك لوجهين:

أ - أنها من رواية الشعبي عن عدي⁽¹⁰⁾، وقد خالفه فيها همام ولم يذكر هذه الزيادة⁽¹¹⁾.

(1) أحكام القرآن لابن العربي 2/ 548. (2) المقدمات 1/ 419.

(3) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد المعلمات.

(4) أخرجه مالك نفس الكتاب والباب. (5) المنتقى 3/ 124.

(6) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب صيد المعراض وباب إذا أكل الكلب. وأخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(7) المعلم 3/ 68 وبداية المجتهد 1/ 630 والعارضه 5/ 255 وأحكام ابن العربي 2/ 548 وإكمال الإكمال 5/ 272 والذخيرة 4/ 172.

(8) المنتقى 3/ 124. (9) المقدمات 1/ 419.

(10) سبق تخريجه.

(11) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب ما أصاب المعراض بعرضه، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

ب - أن اللفظة في الحديث إذا جاءت مخالفة للأصول لم تقبل.
وترجيح حديث الخشني لأن الأصول تشهد بصحته، ومن الأصول إجماع الفقهاء
على أن قتل الجارح ذكاة.

الاشتراك في قتل الصيد والشك في المبيح:

إذا اشترك مع كلب المسلم في قتل الصيد كلب آخر أرسله ربه الكافر، وتردد
الصائد المسلم في المبيح، ولم يعلم هل الذي قتل الصيد كلبه أو كلب الكافر، فإنه لا
يحلّ أكله، والدليل⁽¹⁾:

أ - حديث عدي، وفيه قوله ﷺ: «وإن وجدت مع كلبك كلباً غيره. وقد قتل،
فلا تأكل فإنك لا تدري أيهما قتله».

وفي رواية، قال عدي: قلت أرسل كلبى فأجد معه كلباً آخر؟ قال: «لا تأكل
فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ علق المنع من أكله بالشك، والأصل أن الشك في
التذكية يمنع من تأثيرها ويبقى الحيوان على المنع.

ب - وفي رواية لحديث عدي، وفيه قوله ﷺ: «وإن قتلن، ما لم يشركها كلب
ليس معها»⁽³⁾.

والمراد بالكلب الذي ليس معها، إما كلب انبعث معها لنفسه، أو أرسله من ليس
من أهل الذكاة.

ج - الإجماع.

وكذلك يحرم أكل الصيد إذا رمى المسلم سهمه ورمى الكافر سهمه فأصاب
السهمان الحيوان ومات من ذلك. ووجه الحرمة الشك في السهم المبيح. وكذا لو
شارك كلب المسلم المعلم كلب غير معلم في قتل الصيد، فلا يؤكل للشك في المبيح.

ومثل ذلك لو رمى المسلم الصيد فسقط في ماء ومات، فلا يؤكل للشك في
السبب المبيح هل مات من السهم أو من الماء.

ومحلّ عدم الأكل، حيث لم ينفذ مقتله، أما إذا نفذت مقاتله ثم سقط في الماء
فإنه لا يضر. وعلى هذا يحمل ما جاء في حديث عدي من قول النبي ﷺ: «وإن وجدته

(1) الإشراف 2/ 255 والمعلم 3/ 69 وبداية المجتهد 1/ 634 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 100
واكمال الإكمال 5/ 271.

(2) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب صيد المعراض، وباب التسمية على الصيد، ومسلم في
الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(3) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

غريباً في الماء فلا تأكل»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه اعتبر الفرق وهو هاهنا بمعنى الموت، وأما لو أنفذ السهم مقاتله، فإن ذلك يكون سبب موته لا الفرق، لأنه السابق⁽²⁾.

وإذا رمى الصائد الصيد بسهم مسموم فإنه أيضاً لا يؤكل لاحتمال موته من السمّ الغير المبيح لا من السهم، ولأنّ السمّ أيضاً مضرّ بالآكل، فيحرم أكله، والدليل⁽³⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195].

والحاصل أنّ الصيد إذا شارك في قتله سبب مبيح لأكله كالجراح المرسل المعلم، والسهم، وسبب غير مبيح، كالجراح غير المرسل، أو غير المعلم، وكالماء، فإنه لا يؤكل، للشك في القتل هل كان من السبب المبيح أو من غير المبيح. وأما إذا ارتفع الشك، بأن علم أن مقاتل الصيد أنفذت بالسبب المبيح فإنه يؤكل، ولا يضرّ مشاركة غير المبيح بعد ذلك. إلا في السهم المسموم فإن للمنع من أكله علتين، الشكّ والسمّ، فإذا ارتفعت علّة الشكّ بنفوذ السهم مقتله، فإنّ علّة الخوف على آكله من السمّ باقية⁽⁴⁾.

اتباع الصيد والتراخي في ذلك:

يجب على الصائد أن يتبع الصيد رجاء أن يدركه مجتمع الحياة فيذكيه ذكاة المقدور عليه⁽⁵⁾، ودليل وجوب الطلب⁽⁶⁾:

- قول ابن عباس.

وإذا تراخى الصائد في اتباع الصيد، ولمّا وصل إليه وجدّه ميتاً، فإنه لا يؤكل لاحتمال أنه لو جدّ في طلبه لأدرك ذكاته قبل موته، إلا إذا تحقق أنه لو جدّ في طلبه لم يدركه حياً.

وإذا حمل الصائد آلة الذبح مع غيره، وأدرك الصيد حياً غير منفوذ المقاتل، فما جاء حامل الآلة إلا وقد مات الصيد، فلا يؤكل لتفريطه.

وإذا حملها في خرجه ونحوه، ممّا يستدعي طولاً في إخراجها، فأدركه حياً غير منفوذ المقاتل، فما أخرج الآلة إلا وقد مات، فلا يؤكل للتفريط بوضعها في الخرج دون مسكها بيده أو جعلها في حزامه.

وأما منفوذ المقاتل فيؤكل، ولا يضرّه التفريط في حمل الآلة أو وضعها في

(1) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الصيد والذباح، باب الصيد بالكلاب المعلّمة.

(2) المتقى 3/ 122. (3) البديع على التفريع ورقة 95.

(4) المتقى 3/ 122.

(5) المعلم 3/ 71 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 105.

(6) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 105.

الخرج، لأنه لو كانت الآلة معه حينئذ لم تجب ذكاته.

وإذا بات الصيد أو خفي على الصائد مدة من الليل فيها طول، بحيث يلتبس الحال؛ ثم وجدته ميتاً، لم يؤكل لاحتمال موته بشيء آخر من الهوام التي تظهر في الليل. ودليل ذلك⁽¹⁾:

أ - قوله ﷺ في حديث الخشني: «إذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل ما لم يبت»⁽²⁾.

ب - عن أبي رزين قال جاء رجل إلى النبي ﷺ بأرنب فقال: «إني رميت أرنباً فأعجزني حتى أدركني الليل فلم أقدر عليها حتى أصبحت فوجدتها وفيها سهمي فقال ﷺ: «أصميت أو أنميت؟» قال: لا بل أنميت. قال ﷺ: «إن الليل خلق من خلق الله عظيم لا يقدر خلقه إلا الذي خلقه. ولعله أعان على قتلها شيء انبذها عنك»⁽³⁾ والإصماء ما لم يبت والإنماء ما بات.

ج - قول ابن عباس: ما أصميت فكل وما أنميت فلا تأكل⁽⁴⁾.

د - عن عامر أن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ ظبياً فقال: «من أين أصبت هذا؟» قال: رميته أمس فطلبته فأعجزني حتى أدركني المساء، فرجعت، فلما أصبحت اتبعت أثره فوجدته في غار أو في أحجار، وهذا مشقصي فيه أعرفه فقال ﷺ: «بات عنك ليلة ولا آمن أن تكون هامة أعانتك عليه لا حاجة لي فيه»⁽⁵⁾.

وهذا التعليل لعدم الأكل يعم الجوارح والسهام⁽⁶⁾.

وخالف بعض علماء المالكية في هذه المسألة فقالوا بجواز الأكل إذا بات الصيد. ودليلهم⁽⁷⁾:

أ - حديث عدي، وفيه قوله ﷺ: «وإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك فكل»⁽⁸⁾.

(1) الإشراف 254/2 والبيان والتحصيل 311/3 والمعلم 71/3 وبداية المجتهد 626/1، وأحكام

ابن العربي 550/2 والذخيرة 178/4 وشرح ابن عبد السلام 105/2 والبديع ورقة 95.

(2) استدلت به المالكية ولم أقف عليه بلفظ «بيت».

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في الصيد باب الرجل يرمي الصيد ويغيب عنه.

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في الصيد، باب الرجل يرمي الصيد ويغيب عنه والبيهقي في الصيد والذبائح، باب الإرسال على الصيد يتواري.

(5) أخرجه البيهقي في الصيد والذبائح، باب الإرسال على الصيد يتواري.

(6) الإشراف 254/2 والمنتقى 123/3.

(7) المنتقى 123/3 والبيان والتحصيل 311/3 والمعلم 71/3 وأحكام ابن العربي 550/2.

(8) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب الصيد إذا غاب عنه، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

ب - عن أبي ثعلبة قال، قال رسول الله ﷺ: «إذا رميت بسهمك فغاب عنك، فأدرته بعد ثلاث فكله ما لم يتن»⁽¹⁾.

وحملوا أحاديث النهي على عدم نفاذ مقاتل الصيد، وأما إذا أدركه من الغد وقد مات، وسهمه في مقاتله، أو قد أنفذتها كلابه، فلا بأس عندهم بأكله.

وقيل في المذهب بالتفريق بين الصيد بالسهم أو الجارح فأباحوا ما صيد بالسهم دون الجارح، ووجه ذلك أن الأحاديث اقتصر على ذكر السهم، وأن السهم يوجد في موضعه، فإذا لم يوجد فيه أثر غيره علم أنه مات منه، وأما الجوارح فإن آثارها كآثار غيرها من السباع لا تتميز⁽²⁾.

وعلى القول الأول فإنه لو رماه نهاراً وغاب عنه ثم وجدته ميتاً فإنه يؤكل ولو غاب عليه يوماً كاملاً، بشرط أن لا يتراخى في اتباعه.

حكم ما أُبين من الصيد:

إذا أبان الجارح أو السهم جزءاً من الصيد، ولو حكماً، كما لو تعلق بيسير جلد، فإنه لا يؤكل إذا كان المنفصل مثل اليد أو الرجل أو الجناح لأنه ميتة. والدليل⁽³⁾:

أ - عن أبي واقد قال قال النبي ﷺ: «ما قطع من البهيمة وهي حيّة، فهي ميتة»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ عام مخصص بالحديث.

ب - أن فعل الصائد سبب للذكاة، والأصل في المسببات الشرعية أن تكون متأخرة عن أسبابها لا مقارنة لها، والعضو المبان هنا مقارن لفعل الصائد فيجب طرحه⁽⁵⁾.

وأما إذا كان الجزء المنفصل يحصل به إنفاذ مقتل كقطع الرأس أو قطع وسط الحيوان أو قطع الفخذين مع الوركين، فإنه ليس بميتة، ويؤكل. والأصل المراعى في هذا أن يقطع منه ما لا يعيش معه فيكون كأنه أنفذ مقاتله⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلّمة.

(2) المنتقى 3/ 123 والبيان والتحصيل 3/ 311.

(3) الإشراف 2/ 255 وبداية المجتهد 1/ 636 والذخيرة 4/ 183.

(4) أخرجه أبو داود في الصيد، باب في صيد ما قطع منه قطعة، والترمذي في الصيد، باب ما قطع من الحيّ فهو ميتة، وابن ماجّة عن ابن عمر في الصيد، باب ما قطع من البهيمة وهي حيّة.

(5) شرح ابن ناجي على التفريع ورقة 62 والمعيار المعرب 2/ 8.

(6) المنتقى 3/ 119 والبيان والتحصيل 3/ 312 والبديع على التفريع ورقة 95.

إدراك الصيد حياً:

إذا أدرك الصيد حياً غير منفوذ المقتل لم يؤكل إلا بذكاة، بخلاف ما إذا أدرك منفوذ المقتل فيندب ذكاته فقط حيث وجد حياً، وتقدم في الشرط الأول لإباحة أكل صيد المعلم الاستدلال على ذلك.

ضمان الصيد:

إذا مرّ شخص على صيد حي، وأمكته ذكاته، بأن كان قادراً عليها، بوجود الآلة، وكان ممن تصحّ ذكاته، بأن كان مميّزاً، ولو كتابياً أو صيبياً، ولم يفعل حتى مات الصيد، فإنه يضمن قيمته مجروحاً للصائد لتفويته عليه، وهذا هو المشهور، بناء على أن الترك فعل⁽¹⁾.

وقيل لا ضمان عليه بناء على أن الترك ليس بفعل، وعلى نفي الضمان فإن الصائد يأكله وليس بميته، وعلى المشهور فلا يأكله وهو ميتة.

والكتابي كالمسلم في وجوب ذكاة ما ذكر، لأنها ليست عقراً، ولا يتأتى الخلاف المتقدم في ذبح الكتابي للمسلم، لأن هذا من باب حفظ مال الغير، وهو واجب عليه يضمنه بتفويته على ربه.

ووجه تضمين الصبي، وهو غير مكلف، أنّ الضمان من خطاب الوضع، لأنّ الشارع جعل الترك سبباً في الضمان فيتناول الخطاب البالغ وغيره. وغير الراعي إن ذكّى غير الصيد، لا يصدّق أنّه خاف موته بل يتركه، ولا يضمن، إلا بيئته أو قرينة فيصدق. ويأتي تصديق الراعي في باب الإجارة.

التدافع على الصيد:

يقضى بالصيد للسابق له بوضع يده عليه، أو حوزة له في داره، أو كسر رجله، وإن رآه غيره قبله، لأن كلّ من سبق لمباح فهو له.

وإن تدافع جماعة على صيد، فهو بينهم، ولو دفع أحدهم الآخر ووقع عليه، إذ ليس وضع يده عليه والحالة هذه من المبادرة، بخلاف المسابقة بلا تدافع.

ووجه قسمته بينهم في التدافع رغم تساويهم في عدم سبب الملك في حقهم، هو انتفاء المنازع لهم من غيرهم، ومخافة أن يقتلوا عليه⁽²⁾.

ولو جاء غير المتدافعين حال التدافع وأخذ اختصّ به.

شروط الصيد:

إذا شرد الصيد بغير اختيار صاحبه، ولو من مشتر، فاصطاده آخر فهو له، ولو لم

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 110.

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 107.

يلتحق بالوحش، حيث لم يكن تأنس عند الأول ولم يتوحش عند شروده، وإلا لكان لصاحبه الذي شرد من يده، وللصائد أجره تحصيله فقط.

النوع الرابع: الفعل المميت

وتعريفه: هو كل فعل يموت به ما ليس له نفس سائلة.

ويكون هذا النوع من الذكاة لمثل الجراد والدود وخشاش الأرض، ودليل وجوب الذكاة في هذه⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْيَتُهُ﴾ [المائدة: 3].

ووجه الاستدلال أن ما مات حتف أنفه يعتبر ميتة ويدخل في عموم الآية وهي لم تخص حيواناً من غيره.

ب - القياس على سائر حيوان البر.

وقيل في المذهب بأن الجراد لا يحتاج فيه إلى ذكاة، ويجوز أكل ما وجد منه ميتاً، ودليل هذا القول⁽²⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال»⁽³⁾.

ب - عن ابن أبي أوفى قال: غزونا مع النبي ﷺ سبع غزوات أو ستاً، كنا نأكل معه الجراد⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن الحديثين خصصا عموم الآية بجواز أكل ميتة الجراد.

وقد ردّ على هذا القول بتضعيف الحديث الأول، قال ابن العربي: «ليس في الجراد حديث يعول عليه في أكل ميتته»⁽⁵⁾. ويتأويل الحديث الثاني قال الشيخ ابن عاشور⁽⁶⁾: «لعل مالكاً استضعف الحديث أو حمله على الاضطرار في السفر، أو حمله على أنهم كانوا يصنعون به ما يقوم مقام الذكاة»، لأن الحديث ليس فيه ما يدل على أنهم كانوا يأكلونه ميتاً.

(1) الإشراف 257/2 والمتقى 129/3 والبيان والتحصيل 306/3 والمعلم 8/3 وبداية المجتهد 1/610 وأحكام ابن الفرس م 1 ورقة 37 وإكمال الإكمال 287/5 وأضواء البيان 270/2.

(2) المعلم 81/3 وأحكام القرطبي 217/2.

(3) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة، باب الكبد والطحال.

(4) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب أكل الجراد؛ ومسلم في الصيد والذبائح، باب إباحة الجراد.

(5) أحكام ابن العربي 53/1 وأضواء البيان 271/2.

(6) التحرير والتنوير 117/2.

وعلى القول الأول فإنّ خشاش الأرض تلحق بالجراد.
وما روي أن كعباً قال لعمر بن الخطاب: إنه نثره حوت.
فإنه لا ينسب على قوله حكم، لأنه يحدث عن كتب أهل الكتاب ونحن لا يلزمنا تصديقه ولا تكذيبه⁽¹⁾. وقال الإمام اللخمي: لا وجه للاحتجاج به لوجهين:
أحدهما: إنه لا يعرف إلا من قول كعب الأحبار بخبر عما في كتبهم، ولا خلاف أنه لا يجب العمل بمثل هذا ولا تعبدنا بمثله.

- ثانيهما: إنه الآن من صيد البرّ، ففيه يخلو وفيه يسكن، فلم يكن لاعتبار الأصل فيه وجه، لو صحّ ذلك. وقد حكم فيه عمر بن الخطاب بالجزاء وجعله من صيد البرّ. قال ابن الفرس: وهذا الذي قاله اللخمي وجه حسن⁽²⁾.

شرط التسمية عند الذكاة:

يجب وجوب شرط عند التذكية ذكر اسم الله تعالى بأي صيغة، من تسمية أو تهليل أو تسبيح أو تكبير، وذلك للمسلم. وأما الكتابي فلا يجب عند ذبحه أو نحره ذكر اسم الله، بل الشرط في حقّه أن لا يذكر اسم غير الله تعالى، ممّا يعتقد ألوهيته. ودليل اشتراط التسمية في المسلم:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: 121].
ووجه الاستدلال أن ظاهر الآية يدل على تحريم الأكل ممّا لم يذكر اسم الله عليه، والآية وإن نزلت على سبب⁽³⁾ وهو بيان حكم الميتة والتفرقة بينها وبين ما ذكّر وذكر اسم الله عليه، فإن السبب لا يخصص عموم الآية⁽⁴⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: 118]. وهذا يقتضي بدليل الخطاب ألا يؤكل ممّا لم يذكر اسم الله عليه، لأن الله تعالى علق حكم جواز الأكل على أحد وصفي الشيء، وهو ما ذكر اسم الله عليه، فيدلّ على أن الآخر بخلافه، إلا أنه تعالى صرح بحكم هذا الآخر وهو التحريم في الآية التي تقدمت⁽⁵⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: 4].
ووجه الاستدلال أنه تعالى أمر بذكر اسم الله على التصيد، والأمر يقتضي الوجوب⁽⁶⁾.

د - ما جاء في حديث عدي من قوله ﷺ:

- (1) أحكام ابن العربي 1 / 53.
- (2) أحكام القرآن لابن الفرس م 1 ورقة 37.
- (3) انظر سبب نزول الآية أحكام القرآن لابن العربي 2 / 746 وأحكام القرطبي 7 / 74.
- (4) أحكام ابن العربي 2 / 748، والقبس 2 / 618 والتحرير والتنوير 8 / 40.
- (5) أحكام القرآن لابن العربي 2 / 748.
- (6) المنتقى 3 / 126.

«إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل».

«إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله».

«إذا سميت فكل وإلا فلا تأكل».

«وإن وجدت مع كلابك كلباً غيره، فخشيت أن يكون أخذه معه، وقد قتله، فلا تأكل، فإتعا ذكرت اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره».

«وإن رميت بسهمك فاذكر اسم الله»⁽¹⁾. وفي رواية: «إذا سميت فكل، وإلا فلا تأكل»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث أنه ﷺ علق إباحتها الأكل بذكر اسم الله تعالى، وجعله شرطاً في ذلك كالإرسال، ومنع من الأكل عند عدم التسمية⁽³⁾.

هـ - عن عروة بن الزبير قال: سئل رسول الله ﷺ فقيل له: يا رسول الله إن ناساً من أهل البادية يأتوننا بلحمان، ولا ندري هل سموا الله عليها أم لا؟ فقال رسول الله ﷺ: «سموا الله عليها ثم كلوا»⁽⁴⁾ قال مالك: وذلك في أول الإسلام.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أقر السائلين على سؤالهم، وإجابته ﷺ بما جاوبهم دليل على اعتبار التسمية في التذكية، ولو لم يكن للتسمية في ذلك حكم لقال لهم: لا يضر تركها⁽⁵⁾. وأما ما أجاب به من التسمية على اللحم وأكله فقد علله مالك - رحمه الله - بأن ذلك كان في أول عهد الإسلام، ويدل عليه ما جاء من قول الراوي: إن الذابحين كانوا حديثي عهد بالإسلام من أهل البادية، ويصح أن يكونوا ممن لم يعلموا وجوب التسمية، ولم يبلغ إليهم حكم الشرع، أو ممن يكثر منهم النسيان لمثل هذا أو الغفلة عنه لما لم تجر لهم به عادة⁽⁶⁾.

و - القياس، وذلك أن الله تعالى سمى ترك التسمية فسقاً، فوجب أن يكون حراماً، قياساً على سائر الفسوق من قذف المحصنات والزنا وشرب الخمر⁽⁷⁾.

ز - أن ترك التسمية إذا كان عمداً فصاحبه قاصدٌ لمخالفة الشرع، وفي ذلك طريق

(1) أخرج هذه الروايات، البخاري في الذبائح والصيد، باب التسمية على الصيد، ومسلم في الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(2) أخرجه أبو داود في الصيد، باب في الصيد.

(3) الإشراف 2/ 215 والمعلم 3/ 68 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 100 وأحكام ابن العربي 2/ 749 والذخيرة 4/ 178 وإكمال الإكمال 5/ 270.

(4) أخرجه مالك في الذبائح، باب ما جاء في التسمية على الذبيحة، ووصله البخاري عن عائشة، في الذبائح والصيد، باب ذبيحة الأعراب.

(5) الإشراف 2/ 252 والمنتقى 3/ 104.

(6) المنتقى 3/ 105.

(7) المنتقى 3/ 105.

إلى الاستخفاف بالسنن والاستهزاء بالشريعة، فوجب أن يمنع⁽¹⁾.
 ووجوب التسمية بالنسبة للمسلم مقيد بالذكر والقدرة. فمن نسي التسمية أو كان عاجزاً عنها كالأخرس، فإن الذبيحة تؤكل، وتكون الأدلة المذكورة مقيدة بما إذا تركت التسمية عمداً مع القدرة عليها، لا نسياناً أو عجزاً، ودليل التقييد⁽²⁾:
 - عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽³⁾.

والجاهل بحكم التسمية حكمه كالعامد كما هو ظاهر المدونة.
 ولابن رشد الجد رأي في تفسير الآيات المتقدمة، وقول مخالف لجمهور المالكية في حكم التسمية، أورده في البيان والتحصيل⁽⁴⁾، ثم خالفه في المقدمات⁽⁵⁾، انظر ذلك إن أردت.

والأفضل في ذكر الله تعالى أن يقول الذابح: باسم الله والله أكبر، ووجه ذلك أنه الأمر الذي مضى عليه السلف⁽⁶⁾.

متى يعوّض النحر بالذبح والذبح بالنحر:

تقدم في شروط العقر أنه لا يجوز تعويض النحر أو الذبح بالعقر، مهما كانت الحالة، ولو تردى الحيوان الإنسي في بئر منع الوصول إلى محل الذبح أو النحر ولم يمكن إلا بالعقر. وكذا لو توحش ولم يمكن القدرة عليه إلا بالعقر، وتقدم الاستدلال على ذلك.

وهنا نتحدث عن تعويض النحر بالذبح والذبح بالنحر، وهو جائز عند الضرورة فقط، كعدم وجود آلة صالحة للذبح أو وقوع الحيوان في حفرة بحيث لا يمكن فعل ما يجب فيه، ويكون الذبح حينئذ في محل الذبح وهو الودجان والحلقوم، ويكون النحر في غيرها في محل النحر وهو اللبّة. والأدلة التي ذكرناها في بيان تخصيص كل حيوان بنوع من التذكية هي أيضاً أدلة لعدم جواز المخالفة في ذلك إلا عند الضرورة.

مندوبات التذكية:

- يندب استعمال الحديد في الذبح والنحر، فإنه أفضل من غيره، من كل ما كان مسنوناً كالزجاج والحجر والقصب والعظم.

(1) الإشراف 252 / 2 والمعلم 69 / 3.

(2) بداية المجتهد 617 / 1 وإكمال الإكمال 271 / 5.

(3) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.

(4) البيان والتحصيل ج 3 ص 681 وج 17 ص 619.

(5) المقدمات 420 / 1.

(6) المنتقى 105 / 3 والبيان والتحصيل 281 / 3.

- ويندب سنّ الحديد للتسهيل على الحيوان.
- ويندب نحر الإبل قياماً، وهو أفضل من تبريكها، كما يندب أن تكون مقيدة أو معقولة الرجل اليسرى، مستقبلة، ويقف الناحر بجانب الرجل اليمنى الغير المعقولة، ماسكاً مشفرها الأعلى بيده اليسرى، ويطعنها في لبتها بيده اليمنى مسمياً.
- ويندب في المذبوح ضجعه برفق، وهو أفضل من رمية بقوة.
- ويندب إيضاح محلّ الذبح من صوف أو شعر أو ريش، لما في ذلك من الرفق والسهولة. ودليل طلب الرفق عموماً⁽¹⁾:
- أ - عن شداد بن أوس قال: ثنتان حفظتهما عن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحدّ أحدكم شفرته، فليرح ذبيحته»⁽²⁾.
- ب - عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ أمر بحدّ الشفار، وأن توارى عن البهائم وقال: «إذا ذبح أحدكم فليجهز»⁽³⁾.

استقبال القبلة عند التذكية:

يندب توجيه المذبوح أو المنحور للقبلة، لأنها أفضل الجهات، قال ابن رشد الحفيد في الردّ على من أوجب ذلك أو كره عدم الاستقبال: هي مسألة مسكوت عنها، أي من قبل الشارع، والأصل فيها الإباحة إلا أن يدلّ الدليل على اشتراط ذلك. وليس في الشرع شيء يصلح أن يكون أصلاً تقاس عليه هذه المسألة، إلا أن يستعمل فيها قياس مرسل، وهو القياس الذي لا يستند إلى أصل منصوص عند من اجازته، أو قياس شبه بعيد، وذلك أن القبلة هي جهة معظمة، وهذه عبادة، فوجب أن يشترط فيها الجهة، لكن هذا ضعيف، لأنه ليس كلّ عبادة تشترط فيها الجهة، ما عدا الصلاة، وقياس الذبح على الصلاة بعيد، وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت⁽⁴⁾.

وقال القرافي في التفريق بين التسمية واستقبال القبلة: إنّ الاستقبال أخف من التسمية لعدم دلالة النصوص عليه في الكتاب والسنة، بخلاف التسمية تظافرت النصوص على الأمر بها، وإنّما الذبيحة لا بدّ لها من جهة فاختر أفضل الجهات، وهي الكعبة⁽⁵⁾.

(1) المنتقى 3/ 107 والبيان والتحصيل 3/ 286 وإكمال الإكمال 5/ 288 والذخيرة 4/ 138-139.

(2) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح.

(3) أخرجه ابن ماجه في الذبائح، باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح.

(4) بداية المجتهد 1/ 618. (5) الذخيرة 4/ 136.

مكروهات التذكية:

- يكره الذبح بدون حفرة كما يقع للجزارين بالمذابح السلطانية، لما فيه من رؤية الذبائح بعضها بعضاً، وهو من تعذيبها، لأن لها تمييزاً وإشعاراً، ولما فيه من عدم الاستقبال لأكثرها.

- يكره سلخ جلد المذكى أو قطع عضو منها قبل الموت، أي قبل تمام خروج روحها وبعد تمام الذبح أو النحر، وأما قبل تمام الذبح أو النحر، كأن يشرع إنسان في النحر، فيأتي آخر ويقطع منه قطعة قبل تمام النحر، فلا يؤكل ما قطع لأنه ميتة. ووجه كراهة السلخ قبل الموت لما فيه من التعذيب، وقد ورد النهي عن ذلك، فيستحب أن ترك حتى تبرد.

ويستثنى السمك فيجوز تقطيعه وإلقاؤه في النار قبل موته عند ابن القاسم، لأنه لما كان لا يحتاج للذكاة، صار ما وقع فيه من الإلقاء والتقطيع بمنزلة ما وقع في غيره بعد تمام ذكاته. وذكر الشيخ الصاوي أنه قد يقال: علة تعذيب الحيوان موجودة، فلا أقل من الكراهة⁽¹⁾.

- يكره تعمد إبانة الرأس ابتداءً، بأن ينوي الذابح أنه يقطع الحلقوم والودجين ويستمر حتى يبين الرأس من الجثة، فإن الذبيحة تؤكل مع الكراهة لذلك الفعل. ووجه الإجزاء أن إبانة الرأس حصلت بعد تمام الذكاة المبيحة، كما لو تعمد سلخها أو قطع عضو منها بعد أن أكمل ذكاتها، وقبل أن يزهد روحها⁽²⁾.

ذكاة الميئوس من حياته:

تعمل الذكاة في الحيوان الميئوس من حياته بسبب إضناء مرض، أو انتفاخ بعشب، أو دق عنق، أو سقوط من شاق، أو غير ذلك. وتأثير الذكاة في الميئوس منه له شرطان:

الشرط الأول: أن يصحب الذكاة قوة حركة عقب الذبح كمدّ رجل وضمتها، فلا يكفي مجرد مدّ أو ضمّ أو ارتعاش أو فتح عين أو ضمّتها، سواء كان معها سيلان دم أم لا؛ وهو المشهور. وقيل إن مدّ الرجل فقط أو ضمّتها فقط كاف في حلّها لدلالة ذلك على حياتها حال الذبح، وهو الأظهر.

أو أن يصحب الذكاة شخب دم - أي خروجه بقوة - وإن لم تتحرك. ولا يكفي مجرد سيلانه المجرد عن الشخب أو عن التحرك القوي. ووجه ذلك أن الحركة في معرفة الحياة أقوى من سيلان الدم⁽³⁾. وأيضاً فإن مجرد سيلان الدم قد يقع بعد موتها

(1) حاشية الشرح الصغير 1/320.

(2) الإشراف 2/251 والمتقى 3/113.

(3) المقدمات 1/428.

وقبل أن تبرد، فلا يكون دليلاً على حياتها، لحصول موجب الشك في المريضة⁽¹⁾.
وأما الصحيحة فيكفي فيها سيلان الدم، ولو بلا شخب، ولو لم تتحرك أصلاً.
ووجه الفرق بينها وبين المريضة، أن الصحيحة الحياة فيها قائمة بيّنة، فيكتفى من وجود
علامات الحياة فيها بعد الذبح بأقلها وهي سيلان الدم. وأما المريضة، فلا يكتفى من
وجود علامات الحياة فيها بعد الذبح بسيلان الدم وحده، فلا بدّ من التحريك، وذلك
لخفاء الحياة فيها قبل ذبحها من أجل مرضها⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن لا ينفذ مقتل من مقاتلها.

وعلى هذا فإن:

المنخنة، وهي التي تخنق بحبل ونحوه.

والموقوذة، وهي التي تضرب بالعصا أو الحجر ونحوهما.

والمتردية، وهي الساقطة من جبل ونحوه.

والنطيحة، وهي المنطوحة من شاة أخرى بقرونها، وما أكل السبع.

فهذه الوارد ذكرها في القرآن الكريم إذا بلغت حالاً لا تعيش معه ممّا أصابها فإن

الذكاة تعمل فيها إذا كانت غير منفوعة المقاتل. ودليل ذلك:

- قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ

وَالْمَوْقُودَةُ وَالْمُتْرَدِيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: 3].

ووجه الاستدلال من الآية أن الاستثناء بـ «إلا» متصل، والاستثناء المتصل هو ما

يخرج عن الجملة بعض ما يتناوله اللفظ. وقد وردت الآية بتحريم المنخنة وما معها

واستثنت ما يدرك ذكاته منها⁽³⁾. ودليل حمل الاستثناء على الاتصال، وكون المستثنى

من المنخنة وأخواتها هو ما كان غير منفوذ المقاتل:

أ - أن الاستثناء المتصل هو الأصل في اللغة، ولا يحمل على المنفصل إلا إذا

تعذر حمله على المتصل⁽⁴⁾.

ب - أن المنخنة وما معها، إذا كانت منفوعة المقاتل حياتها ذاهبة وهي في حكم

الميتة، وقد نصّت الآية في أولها على تحريم الميتة، لأن اسم الميتة عام يدخل تحته

الميتة حتف أنفها، والتي تموت من هذه الأشياء. ولو حمل الاستثناء على غير الاتصال

لما كان لذكر المنخنة وأخواتها في الآية معنى⁽⁵⁾.

(1) شرح ابن عبد السلام 125/2.

(2) البيان والتحصيل 370/3 والمقدمات 428/1.

(3) المنتقى 114/3 والمقدمات 424/1 والذخيرة 128/4.

(4) أحكام ابن العربي 540/2 والذخيرة 128/4.

(5) المقدمات 427/1 والمعيار المعرب 12/2.

ج - إذا كانت المنخقة وما معها إذا أنفذت مقاتلها في حكم الميتة، وكانت التي لم تنفذ مقاتلها وترجى حياتها في حكم الصحيحة، والميتة مذكورة في أول الآية، والصحيحة لا معنى لذكرها إذ لا إشكال في أمرها. فلم يبق إلا القول بأن المراد من الاستثناء بالموقوذة وأخواتها هو ما صار إلى حال اليأس منه دون أن تنفذ مقاتله⁽¹⁾.

د - ما روي أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنماً لها بسلع، فأصببت شاة منها، فأدركتها، فذكتها بحجر، فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «لا بأس بها، فكلوها»⁽²⁾.

هـ - عن زيد بن ثابت أن ذئباً نيب في شاة فذبحوها بمروءة، فرخص النبي ﷺ في أكلها⁽³⁾.

ووجه الاستدلال بالحديثين أن الشاة الأولى تدخل في المتردية والثانية تدخل في ما أكل السبع وقد أجاز النبي ﷺ ذكاتها.

و - قوله ﷺ في حديث عدي في المعراض: «إذا أصاب بحدّه فكل، فإذا أصاب بعرضه فقتل، فإنه وقيد، فلا تأكل»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ قيد حرمة الأكل في الموقوذة بالقتل، وفيه إشارة إلى أن الموقوذة وما معها إذا لم تقتل لا يحرم أكلها إذا ذكيت⁽⁵⁾.

ز - القياس على الإجماع بأن المريضة الميئوس منها تعمل فيها الذكاة، بجامع أنها أدركت ذكاتها وبها بقية من حياة⁽⁶⁾.

المقاتل التي لا تعمل معها الذكاة:

الحيوان الذي أنفذت مقاتله يكون ميتة حكماً، ولا تعمل فيه الذكاة، ونفاذ المقتل يكون بخمسة أمور هي:

1 - انقطاع النخاع، وهو المخ الذي في فقار الرقبة والصلب، فمتى قطع، فإن الحيوان لا يعيش. وأما كسر الصلب دون قطع النخاع فليس بمقتل.

(1) المقدمات 1/ 423.

(2) أخرجه مالك في الذبائح، باب ما يجوز من الذكاة حال الضرورة. والبخاري في الذبائح والصيد، باب ذبيحة المرأة والأمة.

(3) أخرجه النسائي في الصيد والذبائح، باب ذكاة التي قد نيب فيها السبع، وابن ماجه في الذبائح، باب ما يدعى به.

(4) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب صيد المعراض، ومسلم في الصيد، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(5) المعلم 1/ 69.

(6) المنتقى 3/ 114 والبيان والتحصيل 3/ 294 والبدیع على التفريع 1/ 96.

- 2 - قطع ودج واحد، أو الودجين، وأما شق الودج، ففي المذهب قولان.
 - 3 - نشر الدماغ، وهو ما تحويه الجمجمة. وأما شرح الرأس أو خرق خريطة الدماغ بلا انتشار فليس بمقتل.
 - 4 - نشر الحشوة، وهي ما حوته البطن من قلب وكبد وطحال وكلوة وأمعاء، أي إزالة ما ذكر عن موضعه، بحيث لا يمكن عادة رده لموضعه.
 - 5 - ثقب المصير⁽¹⁾. وأما ثقب الكرش فليس بمقتل. فالبهيمة المنتفخة إذا ذكبت فوجدت مثقوبة الكرش، فإنها تؤكل على المعتمد.
- ويحصل نفوذ المقتل للحيوان، إما بختق أو وقذ أو ترد وسقوط من علو، أو نطح من غيره، أو بأكل سبع لبعضه، أو غير ذلك من كل ما يؤدي إلى نفاذ مقتل له.

ذكاة الحيوان المحرم الأكل:

لا تعمل الذكاة في محرم الأكل. فإن ذبح أو نحر أو عقر، فهو ميتة نجس بجميع أجزائه، ما عدا الشعر وزغب الريش، لأنه لا تحل فيه الحياة. والحيوانات المحرمة الأكل هي:

- 1 - الخنزير.
 - 2 - الحمر الأهلية، ولو توحشت، بأن نفرت ولحقت بالوحش، نظراً لأصلها. أما الحمر الوحشية أصالة فتعمل فيها الذكاة لأنها صيد.
 - 3 - البغال والخيول، ما لم تكن وحشية، وإلا عملت فيها الذكاة.
- وعدم عمل الذكاة في البغال والخيول هو على المشهور في المذهب من أنها محرمة، وأما على غير المشهور وهو القول بالكراهة في البغال والإباحة في الخيل، فإن الذكاة تعمل فيها. وسيأتي الاستدلال على حكم ذلك في باب المباح.

ذكاة الجنين:

ذكاة الجنين الحي في بطن أمه، إذا مات بعد ذكاة أمه، هي ذكاة أمه. فيؤكل بسببها وتحلّه الطهارة. ودليل ذلك:

أ - عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»⁽²⁾ ووجه الاستدلال أن لفظ «ذكاة» الثانية هي بالرفع، وقد حصر النبي ﷺ ذكاة الجنين في ذكاة أمه، فيكون داخلاً فيها ومندرجاً، لأن القاعدة أن المبتدأ يجب حصره في الخبر.

(1) المصير جمع مصران، وجمع الجمع مصارين.

(2) أخرجه أبو داود في الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين، والترمذي في الصيد، باب ما جاء في ذكاة الجنين.

وعلى رواية النصب في «ذكاة» الثانية، يكون التقدير: ذكاة الجنين داخله في ذكاة أمه. ثم حذف الخبر الذي هو لفظ «داخله» وحذف حرف الجر «في»، وبذلك يتم الجمع بين الروایتين⁽¹⁾.

ب - قوله ﷺ في رواية: «ذكاة الجنين في ذكاة أمه»⁽²⁾، وقد ذكرها ابن رشد الجذ⁽³⁾.

ج - عن أبي سعيد قال: قلنا يا رسول الله، ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة، فنجد في بطنها الجنين أنلقيه أو نأكله؟ قال: «كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه»⁽⁴⁾. وهو نص في المسألة⁽⁵⁾.

والحديث يعتبر مخالفاً لأصول التذكية، لأنه إذا كان حياً ثم مات بموت أمه فإنما يكون مات خنقاً⁽⁶⁾.

ويشترط لأكل الجنين بذكاة أمه شرطان:

- 1 - أن يتم خلقه، بأن يستوي، ولو كان ناقص يد أو رجل خلقه.
 - 2 - أن ينبت شعر جسده، ولو لم يتكامل، ولا يكفي شعر رأسه أو شعر عينيه.
- ودليل هذين الشرطين:

أ - قوله ﷺ: «ذكاة الجنين إذا أشعر ذكاة أمه»⁽⁷⁾.

وهذا الحديث مقيد لما ورد مطلقاً في الأحاديث السابقة، لأن المطلق يحمل على المقيد⁽⁸⁾.

ب - القياس على ما تعمل فيه الذكاة، والذكاة لا تعمل إلا فيما فيه حياة، وأدل شيء على الحياة تمام الخلق وإنبات الشعر⁽⁹⁾.

ج - قول ابن عمر: إذا نحررت الناقة فذكاة ما في بطنها في ذكاتها إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره، فإذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه⁽¹⁰⁾.

(1) شرح التنقيح ص 51 - 52 والذخيرة 4 / 190 والعارضه 6 / 270.

(2) استدل بها ابن رشد الجذ. ولم أقف على الحديث بحرف «في».

(3) البيان والتحصيل 3 / 291.

(4) أخرجه أبو داود في الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين، وابن ماجه في الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه.

(5) الإشراف 2 / 252 وبداية المجتهد 1 / 602. (6) الذخيرة 4 / 130.

(7) عزاه السيوطي في الجامع الصغير للحاكم في المستدرک عن ابن عمر، وأخرجه مالك موقوفاً على ابن عمر بلفظ قريب منه في الذبائح، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة.

(8) أحكام القرآن لابن الفرس ورقة 41 مجلد 1.

(9) المتقى 3 / 117 والإشراف 2 / 252 وبداية المجتهد 1 / 609 والبديع ورقة 96.

(10) سبق تخريجه مع الحديث السابق.

د - قول سعيد بن المسيّب: ذكاة ما في بطن الذبيحة في ذكاة أمه إذا كان قد تمّ خلقه ونبت شعره⁽¹⁾.

هـ - روى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه.

وأما ما روي أنّ النبي ﷺ قال في الجنين: «ذكاته ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر»⁽²⁾ وهو يدل على أنّ الجنين ذكاته في ذكاة أمه ويؤكل وإن لم يشعر، فلم يأخذ به المالكية وضعفوه⁽³⁾.

والبيض مثل الجنين، يكون طاهراً ويؤكل إن خرج بعد ذكاة الأم، بخلاف ما لو ماتت بلا ذكاة، فلا يؤكل بيضها ولو كان متكاملًا.

والجنين إن خرج بعد ذكاة أمه حيّاً حياة مستقرة محققة أو مشكوكاً فيها، فإنه يجب ذكاته، ولا يؤكل إذا مات بدونها. ووجه ذلك أنّه في حكم المولود فلا يؤكل إلا بذكاة تخصّه⁽⁴⁾.

وإذا خرج وكان ميتوساً من بقائه حيّاً فإنه يبادر بتذكيته ندباً، وتفوت التذكية بموته ويؤكل. ووجه ذلك أنّ ذكاته قد كملت بذكاة أمه، فكان كعضو من أعضائها، وأنّ حياته حينئذ كلاً حياة، وتعجل موته دليل على ذلك⁽⁵⁾.

والجنين المزلق، أي المسقط، لا يؤكل إلا بذكاة إن تحققت حياته، أو ظنت بعد إسقاطه وقبل ذبحه، وتمّ خلقه ونبت شعره بجسده.

وأما إن لم تتحقق حياته، بأن شك فيها، أو تحققت حياته لكن لم يتمّ خلقه أو لم ينبت شعره، لم تعمل الذكاة فيه، ويكون ميتة نجساً، ووجه ذلك أنّ موته كان بالإزلاق، وهو ليس بذكاة له ولا لغيره⁽⁶⁾.

(1) الموطأ، كتاب الذبائح، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة.

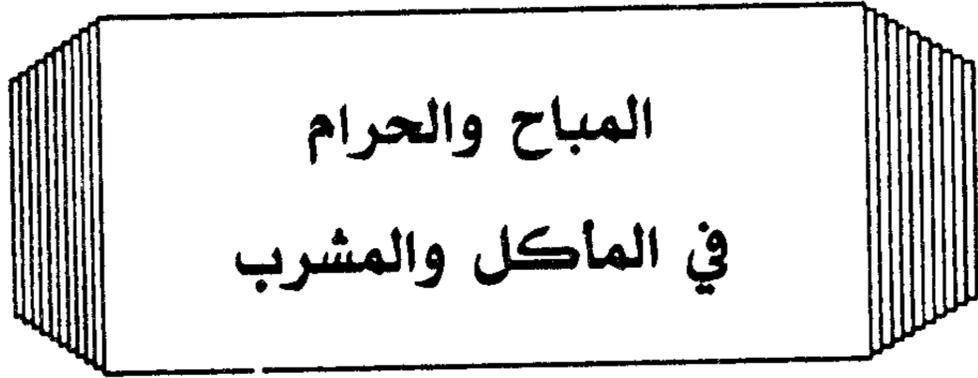
(2) أخرجه البيهقي في الضحايا، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة. وقال: رفعه ضعيف.

(3) البيان والتحصيل 3/ 381 وأحكام القرآن لابن الفرس م 1 ورقة 41، وبداية المجتهد 1/ 609.

(4) المتقى 3/ 117.

(5) المتقى 3/ 117.

(6) المتقى 3/ 1172.



المباح حال الاختيار:

يباح للمسلم من المأكل والمشرب حال الاختيار ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل ما عملت فيه الذكاة وذكي.

والمذكي ذكاة شرعية طاهر، ولو تغير بنتونة، ويؤكل ما لم يخف الضرر. والذكاة تعمل فيما يلي:

1 - النعم، وهي البقر والغنم والإبل، ولو كانت جلالة، أي تستعمل النجاسة. ودليل الإباحة:

أ - قول الله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 1].

ب - قوله تعالى: ﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [النحل: 5].

ج - قوله تعالى: ﴿وَلَئِنْ لَكُرْتُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةٌ لِيُفَكِّرُ مِمَّا فِي بَطُونِهَا وَلَكُرْتُمْ فِيهَا مَنَفَعٌ كَثِيرَةٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [المؤمنون: 21].

د - قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَمِنَكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثْنَا وَمِئَةً إِلَى جِزِينَ﴾ [النحل: 80].

فالأية الأخيرة بيّنت ما يدخل في لفظ الأنعام التي صرّحت الآيات بإباحتها، فيدخل الإبل لأن لها أوباراً، والبقر والمعز لأن لها أشعاراً، والغنم لأن لها أصوفاً⁽¹⁾.

ودليل جواز أكل الجلالة⁽²⁾:

أ - عموم الآيات.

(1) أحكام ابن العربي 2/ 529 و3/ 1141.

(2) الإشراف 2/ 258 والبيان والتحصيل 3/ 369 وبداية المجتهد 1/ 643 وشرح ابن عبد السلام م/ 2/ 115.

ب - قياس ذوات الكروش الجلالة على ذوات الحواصل الجلالة المجمع على حوازمها، وهو من القياس الجلي.

ج - القياس على غير الجلالة.

وما روي عن ابن عمر قوله: نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها⁽¹⁾. فقد صحفه لأن سنده فيه محمد بن إسحاق وهو مختلف فيه.

2 - الطيور بجميع أنواعها، ولو كانت جلالة، ولو كانت ذات مخالِب، كالبازي والعقاب والرخم. وهو المشهور من المذهب، ودليله:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: 173].

ووجه الاستدلال أن «إنما» موضوعة للحصر تتضمن الإثبات والنفي، فتثبت ما تناولته الخطاب وتنفي ما عداه. وقد حصرت ما هنا المحرم لا سيما قد جاءت عقب المحلل في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾ [البقرة: 172]، ثم عقبها بذكر المحرم بكلمة «إنما» الحاصرة، فافتضى ذلك الإيعاب للقسمين، فلا محرم يخرج عن هذه الآية، وهي مدنية، وأكدتها الآية التي نزلت بعرفة⁽²⁾، وهي الموالية:

ب - قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أُحَدِّثُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: 145].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في تحليل ما عدا المحرم فيها، إلا ما خصه الدليل⁽³⁾. وهي آية مدنية مكية نزلت يوم عرفة، ولم ينزل بعدها ناسخ فهي محكمة⁽⁴⁾.

ج - آيات إباحة الصيد.

ووجه الاستدلال منها أنها عامة ولم تفرق بين ذوات المخالِب وغيرها⁽⁵⁾.

د - القياس على الدجاج والإوز، لأنها جميعاً طيور⁽⁶⁾.

وما روي عن ابن عباس أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب النهي عن أكل الجلالة، والترمذي في الأطعمة، باب في أكل لحوم الجلالة، وابن ماجه في الذبائح، باب النهي عن لحوم الجلالة.

(2) أحكام ابن العربي 1/ 51 وأحكام القرطبي 2/ 216.

(3) الإشراف 2/ 256 والمنتقى 3/ 132 والبيان والتحصيل 3/ 376 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 118 وأضواء البيان 2/ 272.

(4) أحكام ابن العربي 2/ 764 و3/ 1145. (5) الإشراف 2/ 256 والمنتقى 3/ 132.

(6) المصدران السابقان.

(7) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل ذي ناب من السباع.

فللمالكية فيه وجهان:

الأول: أنه لم يصح عند مالك، فإن جملة «وكلّ ذي مخلب من الطير» زيادة لم يروها مالك ولا الزهري ولا غيرهما، فلا تصلح لتخصيص عموم الآية المتقدمة وآيات إباحة الصيد⁽¹⁾.

الثاني: تأويل الحديث، قال المازري: لعل أصحابنا يحملون النهي عنه على التنزيه⁽²⁾.

ومقابل القول المشهور في المذهب ما روي عن مالك أنه لا يؤكل كلّ ذي مخلب، وصحح هذا القول ابن عبد السلام⁽³⁾، ودليله الحديث.

ويستثنى من الطيور على القول المشهور، الطوطا، كما سيأتي في الكراهة.

3 - الحيوانات الوحشية غير المفترسة، وهي حيوانات البرية، كالبقرة الوحشية والحمار الوحشي والبغل الوحشي، وكالزرافة والغزال والأرنب واليربوع والضب والفار إذا لم يصل للنجاسة تحقياً أو ظناً، فإن شك في استعماله لها فإنه يكره، لكن فضله نجسة.

وأيضاً يباح الوبر، والقنفذ، والجراد، والحية إن أمن سمها بالنسبة لمستعملها، فيجوز أكلها بسمها لمن ينفعه. ذلك لمرضه، فإن لم يؤمن سمها لم يبح أكلها.

ودليل الإباحة عموماً في الحيوانات الوحشية غير المفترسة:

أ - آيات إباحة الصيد.

ب - آية الأنعام 145.

ج - الإجماع.

ووجه الاستدلال أن عموم ظواهر الآيات يتناول الحيوانات الوحشية غير المفترسة⁽⁴⁾.

وفي ما يلي أدلة خاصة على بعض الحيوانات⁽⁵⁾:

أ - عن أبي قتادة أنه كان مع رسول الله ﷺ ببعض طريق مكة، وأنه رأى حماراً وحشياً.. فقتله.. فقال رسول الله ﷺ: «إنما هي طعمة أطعمكموها الله»⁽⁶⁾.

(1) البيان والتحصيل 377/3 والذخيرة 105/4 وأضواء البيان 272/2.

(2) شرح ابن ناجي على التفريع ورقة 65. (3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 119.

(4) شرح ابن عبد السلام 119/2 والذخيرة 99/4.

(5) الإشراف 257/2 وشرح ابن عبد السلام 117/2 و118.

(6) أخرجه مالك في الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، والبخاري في الجهاد، باب ما قيل في الرماح، ومسلم في الحج، باب تحريم الصيد للمحرم.

ب - عن أنس قال: أنفجنا أرنباً بمرّ الظهران فسعوا عليها حتى لغبوا فسعيت عليها حتى أخذتها، فجئت بها إلى أبي طلحة، فبعث إلى النبي ﷺ بوركها وفخذيها، فقبله⁽¹⁾.

والحديث يدل على الإباحة، وما روي عن جرير بن أوس الأسلمي أنه سأل رسول الله ﷺ عن الأرنب؟ فقال: «لا أكلها أنبت أنها تحيض»⁽²⁾.
فقد رده المالكية لأنه منقطع ضعيف. وحملوه مع احتمال الصحة على التقدر كما في الضب⁽³⁾.

ج - عن ملقاف بن تلب عن أبيه قال: صحبت النبي ﷺ فلم أسمع لحشرة الأرض تحريماً⁽⁴⁾. وذكر القنفايد واليراب.

ويؤيده ما ثبت أن عمر بن الخطاب أوجب في اليربوع فدية⁽⁵⁾، وذلك يدل على أنه صيد⁽⁶⁾. وما روي في القنفذ قوله ﷺ: «خبيثة من الخبائث»⁽⁷⁾، فإنه ضعيف⁽⁸⁾.
د - ما روي أن عائشة رضي الله عنها أباحت الفأرة⁽⁹⁾.

هـ - ودليل إباحة الحية هو دخولها في عموم آية الأنعام 145. ودليل المنع من أكلها إذا لم يؤمن ستمها، هو النهي عن قتل النفس. وإنما يؤمن السم بذكاة الحية على الصفة التي ذكرها أهل الطب، مع ملاحظة كون شرط الذكاة أن تكون من المقدم.
و - عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال في الضب: «كلوا فإنه حلال ولكنه ليس من طعامي»⁽¹⁰⁾.

ووجه الاستدلال أنه لو كان مكروهاً لم ييحبهم أكله⁽¹¹⁾.

وفي رواية أن رسول الله ﷺ قدم إليه ضبّ محنوذ فلم يأكله فقال له خالد: أحرام هو؟ فقال: «لا ولكن لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه» قال خالد: فاجتررت فأكلته

(1) أخرجه البخاري في الذبائح، باب ما جاء في التصيد، ومسلم في الصيد والذبائح، باب إباحة الأرنب.

(2) أخرجه عبد الرزاق في المناسك، باب ما جاء في أكل الأرنب.

(3) شرح ابن عبد السلام 117/2.

(4) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب في أكل حشرات الأرض.

(5) أخرجه عبد الرزاق في المناسك، باب الغزال واليربوع.

(6) أضواء البيان 268/2.

(7) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب في أكل الحشرات.

(8) أضواء البيان 265/2.

(9) لم أقف عليه فيما بين يدي من مصادر السنة.

(10) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب إباحة لحم الضب.

(11) الإشراف 257/2.

ورسول الله ينظر⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه إقرار منه ﷺ على أكله⁽²⁾.

وفي رواية عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الضَبُّ لست آكله ولا أحرمه»⁽³⁾. وهو نص في عدم حرمة⁽⁴⁾.

وقد اختلفت طرق الحديث في علة امتناعه ﷺ من أكله⁽⁵⁾:

ففي رواية أنه تركه لأجل العيافة وذلك بقوله ﷺ: «لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه»⁽⁶⁾.

وفي رواية أنه خوف أن يكون من القرون التي مسخت وذلك بقوله ﷺ: «لا أدري لعله من القرون التي مسخت»⁽⁷⁾، وهو عن جابر بن عبد الله.

وفي رواية أنه احترام الملائكة، وذلك أنه قدم لرسول الله ﷺ لحم ضب، فقال لعبد الله بن عباس وخالد بن الوليد: «كلا»، فقالا: «أو لا تأكل أنت؟ قال: «إني تحضرني من الله حاضرة»⁽⁸⁾ أي ملائكة.

فيكون اتقاه لأجل الملائكة كما اتقى الثوم والبصل.

وذكر القاضي ابن رشد الجذ أن علة المسخ قد بطلت بما روى عبد الله بن مسعود قال، قال رجل: يا رسول الله القردة والخنازير هي ممّا مسخ؟ قال ﷺ: «إن الله عز وجل لم يهلك قوماً، أو يعذب قوماً، فيجعل لهم نسلًا. وإن القردة والخنازير كانوا قبل ذلك»⁽⁹⁾.

وذكر أن الحديثين ليسا بمتعارضين لأنه ﷺ أخبر في حديث جابر بن عبد الله أنه شك في أن يكون الضب من الممسوخ، وأخبر في حديث ابن مسعود أن الممسوخ لا يكون له نسل، فيقتضي هذا أن حديث ابن مسعود متأخر عن حديث جابر، وأنه رفع الشك الذي كان له أولاً بما علم آخراً، وهذا يقتضي أنه لا كراهة في أكل الضب، ومن

(1) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب الضب، ومسلم في الصيد والذبائح، باب إباحة الضب.

(2) قرة العين ص 117.

(3) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب الضب، ومسلم في الصيد، باب إباحة الضب.

(4) البيان والتحصيل 270 / 17.

(5) المعلم 80 / 3 والقبس 1147 / 3 وشرح ابن عبد السلام 117 / 2 وإكمال الإكمال 283 / 5.

(6) سبق تخريجه.

(7) أخرجه مسلم في الصيد، باب إباحة الضب.

(8) أخرجه مالك في الاستدلال، باب ما جاء في أكل الضب.

(9) أخرجه مسلم في القدر، باب معنى: كل مولود يولد على الفطرة.

كرهه لم يبلغه حديث ابن مسعود، إذ لا يصح أن يحمل الحديثان على التعارض⁽¹⁾.
4 - خشاش الأرض. ودليل إباحتها:

أ - آية الأنعام 145. وظاهر الآية يتناول خشاش الأرض⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه كله، ثم ليطرحه، فإن في إحدى جناحيه شفاء، وفي الآخر داء»⁽³⁾.
ووجه الاستدلال منه أن الغالب من غمس الذباب في الطعام موته، فلو كان الطعام ينجس بموت الذباب فيه لما أمر بذلك صوناً للطعام عن النجاسة، فيكون الحديث أصلاً لما لا نفس له⁽⁴⁾.

ولا تدخل خشاش الأرض في تحريم الخبائث في قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: 157]؛ لأن كلمة الخبث وردت في القرآن الكريم بمعان مختلفة، فكان اللفظ بذلك محتملاً، والدليل إذا تطرق الاحتمال سقط به الاستدلال⁽⁵⁾.
ج - قياسها على الحيات⁽⁶⁾.

وذكاة خشاش الأرض تكون بما يموت به قياساً على الجراد بجامع عدم النفس السائلة⁽⁷⁾.
ومن هذا النوع، العقرب والخنفساء والجندب وبنات وردان والنمل والدود والسوس.

وإذا مات الدود ونحوه في الطعام وميّز عنه أخرج منه وجوباً، ولا يؤكل مع الطعام لعدم ذكاته، كما لا يطرح الطعام لطهارته، لأن ميته طاهرة.
وإذا لم يمت في الطعام جاز أكله، لكن بنية التذكية، بأن ينوي بمضغه ذكاته مع ذكر الله تعالى وجوباً، مع الذكر والقدرة.

ومحلّ جواز أكله، إن قبلته طبيعة الأكل، وإلا فلا يجوز، حيث يترتب عليه ضرر، لأنه قد يعرض للظواهر المباح ما يمنع أكله، كالمريض، إذا كان يضرب به نوع من الطعام، لا يجوز له أكله.

وفي حالة عدم تمييز الدود ونحوه، بأن اختلط وتهرّى، فإن الطعام يطرح لعدم إباحة الدود الميت به، وإن كان ظاهراً، فيلقى لكلب أو هرّ أو دابة، إلا إذا كان الدود

(1) البيان والتحصيل 271/17 وإكمال الإكمال 286/5.

(2) الإشراف 257/2 والمنتقى 132/3 وشرح ابن عبد السلام م/2/118.

(3) أخرجه البخاري في الطب، باب إذا وقع الذباب في الإناء.

(4) الذخيرة 103/4. (5) الذخيرة 103/4.

(6) المنتقى 132/3. (7) أقرب المسالك 322/1.

ونحوه، الغير المميّز، أقل من الطعام، بأن كان الثلث فدونه، فيجوز أكله مع الطعام لِسَارَتِهِ، كذا قيل.

ويجوز أكل الدود والسوس مع الفاكهة والحبوب والتمر، إذا تولّد فيها، سواء قلّ أو كثر، مات فيها أو لا، ميّز أو لا.

النوع الثاني: الحيوان البحري

الحيوان البحري مباح مطلقاً، أي في كل حالاته، ولو كان ميتاً، أو كلباً أو خنزيراً أو تمساحاً، أو سلحفاة. ولا يفتقر لذكاة. وميته طاهرة، ولو تغيّرت بتونة، إلا أن يتحقق ضررها، فيحرم أكلها لذلك لا لنجاستها.

ويؤكل ميتته، سواء وجد راسياً في الماء أو طافياً، أو في بطن حوت أو طير. وسواء صاده مسلم أو مجوسي.

وقد تقدم في الطهارة دليل طهارة ميتة الحيوان البحري، ونزيد الاستدلال هنا توسعاً لتعلّق المسألة بباب المباح. فدلّل إباحة ميتته وأنّه لا يفتقر لذكاة:

أ - قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ﴾ [المائدة: 96].

ووجه الاستدلال أنّ ظاهر الآية عام في الحيّ والميت على السواء⁽¹⁾. وأنّ الآية أحلتّ أمرين، أحلتّ صيد البحر، وأحلتّ طعامه، ولا طعام للبحر غير صيده إلاّ ميتته⁽²⁾، ولذلك فسر قوله تعالى: ﴿صَيْدَ الْبَحْرِ﴾ بما صيد وأخذ بتكلف، وفسر قوله: ﴿وَطَعَامَهُ﴾ بميته. وهو قول أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما⁽³⁾. وقد ذكر البخاري قولهما معلقاً⁽⁴⁾، ومعلوم أنّ البخاري لا يعلّق بصيغة الجزم إلاّ ما كان صحيحاً ثابتاً عنده. والرواية عنهما موصولة في كتب السنّة الأخرى⁽⁵⁾.

ب - عن أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «هو الطهور ماؤه الحلّ ميتته»⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال منه أنّه نصّ في المسألة - أي إباحة الميتة - وهو عام لم يفرق بين ما مات بسبب وما مات بغير سبب⁽⁷⁾. ووجه عموم ما تقرّر في الأصول أنّ المفرد إذا أضيف إلى المعرفة كان من صيغ العموم، والمفرد هنا «ميتته» والمعرفة «الحلّ»، وعلى هذا فإنّ

(1) الإشراف 256/2 والمعلم 75/3 وشرح ابن عبد السلام 119/2 وأضواء البيان 1/90-91.

(2) أضواء البيان 1/92.

(3) أحكام ابن العربي 1/53 و2/685، والذخيرة 4/98 وأضواء البيان 1/91.

(4) كتاب الذبائح والصيد، باب قول الله تعالى: أحلّ لكم صيد البحر.

(5) أضواء البيان 1/98.

(6) أخرجه مالك في الطهارة باب الطهور للوضوء، وأبو داود في الطهارة، باب الوضوء بماء البحر، والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في ماء البحر.

(7) المنتقى 3/128 والبيان والتحصيل 3/276 وأحكام القرآن 1/53 و2/685، وبداية المجتهد 1/642.

«ميتته» يعتم بظاهره كل ميتة مما في البحر⁽¹⁾.

ج - حديث أبي عبيدة بن الجراح المذكور في باب الطهارة.

ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ علم أنه ميتة رمى به البحر، وأكل منه اختياراً دون حالة ضرورة⁽²⁾.

د - قياس الميت بغير سبب على الميت بسبب بعلة أنه من صيد البحر⁽³⁾.

هـ - عن نافع أن عبد الرحمان بن أبي هريرة، سأل عبد الله بن عمر عما لفظ البحر، فنهاه عن أكله، قال نافع: ثم انقلب عبد الله فدعا بمصحف فقرأ: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَمَاثُكُمْ﴾ قال نافع: فأرسلني عبد الله بن عمر إلى عبد الرحمان، أنه لا بأس بأكله⁽⁴⁾.

و - عن أبي سلمة بن عبد الرحمان، عن أبي هريرة وزيد بن ثابت أنهما كانا لا يريان بما لفظ البحر بأساً⁽⁵⁾.

وأما آية: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْبَانَةُ﴾ فإنها إن حملت على العموم ودخول ميتة البحر فيها، فإنها مخصصة، ودليل التخصيص⁽⁶⁾:

أ - ظاهر آية المائدة 96، الدال على عدم الفرق بين الحي والميت.

ب - الحديثان المتقدمان.

ج - قول الخليفين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وغيرهما من الصحابة.

وما روي عن جابر عن النبي ﷺ قال: «إذا طفا السمك على الماء فلا تأكله، وإذا جزر عنه البحر فكله»⁽⁷⁾ فهو حديث ضعيف والصحيح أنه موقوف على جابر. ومع احتمال صحته فإنه مرجوح بالأدلة السابقة لأنها أقوى منه، وهي معضدة بالقياس⁽⁸⁾.

وأما دليل إباحة خنزير البحر وكلبه ونحوهما⁽⁹⁾:

أ - عموم آية المائدة، وحديث أبي هريرة، وتخصيص هذا العموم يحتاج إلى دليل من الكتاب أو السنة يدل على التخصيص.

ب - القياس على السمك.

(1) أضواء البيان 1/ 93.

(2) المعلم 3/ 75 والذخيرة 4/ 98 والبديع ورقة 96 وإكمال الإكمال 5/ 279.

(3) الإشراف 2/ 256 والمنتقى 3/ 128.

(4) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد البحر.

(5) أخرجه مالك في الصيد، باب ما جاء في صيد البحر.

(6) أحكام ابن العربي 1/ 53 و2/ 685، وأحكام ابن الفرس م 1/ ورقة 36.

(7) أخرجه البيهقي في الصيد والذبائح، باب من كره أكل الطافي.

(8) البيان والتحصيل 3/ 300 وبداية المجتهد 1/ 641 وأحكام ابن العربي 2/ 685 أضواء البيان 1/ 94.

(9) الإشراف 2/ 256 والمنتقى 3/ 128 والمعلم 3/ 75 والبديع ورقة 96 وأضواء البيان 1/ 93.

وما ورد أنّ الإمام مالكا رحمه الله تعالى لم يكن يجيب في الخنزير بشيء، وكان يقول: أنتم تقولون خنزيراً. فقد حمل هذا عند بعض علماء المالكية على أنه كان متوقفاً فيه، بينما حمّله البعض الآخر على أنه لم يكن متوقفاً، وإنما امتنع من الجواب إنكاراً على تسميته خنزيراً ولذلك قال: أنتم تسمونه خنزيراً، يعني أن العرب لا تسميه خنزيراً، وإنما يفسّر الكتاب العزيز بلغة العرب لا بلغتكم⁽¹⁾.

ووجه إباحة صيد البحر إذا صاده المجوسي، أنّ صيد البحر لا يلتفت فيه إلى شروط الصائد، لأنه لا يطلب لجواز أكله الزكاة المعتبرة شرعاً⁽²⁾.

ويدخل في حكم الحيوان البحري ما يعيش في البرّ والبحر، ولو طالت حياته في البرّ، كالضفادع والسلحفاة والسرطان، وذلك للأدلة المذكورة في خنزير الماء وكلبه.

وما روي عن عبد الرحمان بن عثمان أنّ طبيباً سأل النبي ﷺ عن ضفدع يجعلها في دواء فنهاه النبي ﷺ عن قتلها⁽³⁾.

فقد ذكر فيه: أن الإمام مالكا لعلة لم يثبت عنده الحديث، أو أنه يحمل إن ثبت على الاستحباب⁽⁴⁾.

النوع الثالث: ما طهر من الطعام والشراب

ومن ذلك:

- 1 - النبات الذي لا يغيّر العقل، ولا يضرّ الجسم، فيشمل الحبوب والبقول وغيرهما. وقد نقل الشيخ الصاوي عن الأمير في المجموع قوله: «وتجوز القهوة لذاتها. وفي الدخان خلاف، فالورع تركه، خصوصاً الآن، فقد كاد درء التماسد أن يحرمه»⁽⁵⁾.
- 2 - لبن المباح إذا خرج حال الحياة أو بعد الزكاة. فإن خرج بعد موت الحيوان بدون زكاة فهو نجس. ولبن مكروه الأكل مكروه إذا خرج في الحياة أو بعد الزكاة. وأمّا لبن الأدمي فهو طاهر مباح مطلقاً، خرج حال الحياة أو بعد الموت على المعتمد، ودليل إباحته: القياس على الألبان المباحة⁽⁶⁾.
- 3 - البيض: ويجري فيه تفصيل لبن الحيوان.
- 4 - عصير العنب، مباح. وكذلك الفقاع، وهو شراب يتخذ من القمح والتمر. وكذلك الشراب المتخذ من الأرز، أو القمح يضاف إليه عسل أو سكر، وهذا ما لم يسكر.

(1) المتقى 128/3 والمعلم 75/3 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 119 وإكمال الإكمال 278/5.

(2) كشف المغطى ص 237.

(3) أخرجه أبو داود في الأدوية المكروهة. والنسائي في الصيد والذبائح، باب الضفدع.

(4) المعلم 75/3 وإكمال المعلم 278/5. (5) أقرب المسالك 323/1.

(6) الذخيرة 106/4.

المحرّم من الأطعمة والأشربة حال الاختيار

يحرم من الأطعمة والأشربة حال الاختيار سبعة أنواع:

النوع الأوّل: ما أفسد العقل

يحرم ما يفسد العقل سواء كان مائعاً كالخمر، أو جامداً كالحشيشة، والأفيون والسيكران والداتورة. أو مركباً كبعض المعاجين.

والمائع المفسد للعقل يسمّى مسكراً، وهو يغيّب العقل دون الحواس، وتصحبه نشوة وطرب، وهو نجس، ويحدّ شاربه، قلّ أو كثر، وإن لم يكن متخذاً من ماء العنب.

والجامد، يسمّى مخدراً ومرقداً، وهو طاهر، لا يحدّ مستعمله، بل يؤدّب، ولا يحرم القليل منه الذي لا أثر له، بل يكره.

وتأثير الحشيشة أنها تغيّب العقل دون الحواس، ولا يصحبها نشوة ولا طرب، وهو ما يفرّقها عن المسكر.

وأما الأفيون والسيكران والداتورة، فإنها تغيّب العقل والحواس معاً.

ودليل تحريم المفسد المائع، وهو الخمر:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَفْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩١﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴿٩٢﴾﴾ [المائدة: 90 - 91].

والاستدلال على تحريم الخمر من الآية له أوجه:

الأوّل: أنه تعالى ستمها رجساً، ثم نصّ على تحريم الرجس في آية الأنعام

149. فيكون تحريم الخمر من باب دلالة النصّ⁽¹⁾.

الثاني: أنه أمر باجتنابها، والأمر يقتضي الوجوب⁽²⁾.

الثالث: أنه تعالى وعد بالفلاح وعلقه على اجتنابها، وهو يؤكد الوجوب⁽³⁾.

(1) المتقى 3/ 147 و151، والمقدمات 1/ 440 - 441، والذخيرة 4/ 115.

(2) نفس المصادر.

(3) المتقى 3/ 147 وأحكام ابن العربي 2/ 657.

الرابع: أنه تعالى وصفها بأنها توقع العداوة والبغضاء بين المؤمنين وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة. وهذه صفة المحرمات⁽¹⁾.

الخامس: أنه تعالى توعد على استباحتها بقوله ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْهَوْنَ﴾ وهذا غاية في الوعيد، ولا يتوعد إلا على محرم. والاستفهام هنا كناية عن التحذير⁽²⁾.

السادس: أنه تعالى أمر بطاعة الله ورسوله وحذر من مخالفتها، وهذا تأكيد للتحريم وتشديد في الوعيد⁽³⁾.

السابع: أنه تعالى أضافها إلى الشيطان، وهذا يفيد التحريم في عرف الشرع⁽⁴⁾.
ب - قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: 219].

ووجه الاستدلال أنه تعالى سماها إثماً. ثم نص على تحريم الإثم بقوله: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الأعراف: 33]. وهو أيضاً تحريم لها بالنص⁽⁵⁾. وهذا الاستدلال بهذه الآية للقاضي ابن رشد الجد، وقد اعترض عليه في ذلك بأن الآية لا تفيد التحريم، وإنما تفيد الذم، وأما التحريم فيعلم بآية المائدة⁽⁶⁾.

ج - عن أنس بن مالك قال: كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر في بيت أبي طلحة، وما شرابهم إلا الفضيخ، البسر والتمر... فإذا مناد ينادي ألا إن الخمر قد حرمت⁽⁷⁾.

د - الأحاديث الآتية في تحريم كل مسكر.

هـ - إجماع الأمة على تحريمها. وإن تحريمها معلوم من الدين بالضرورة، فمن قال إن الخمر ليست بحرام فهو كافر بإجماع يستتاب، كما يستتاب المرتد، فإن تاب وإلا قتل⁽⁸⁾. ودليل القتل:

- عن ديلم الحميري قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إنا بأرض باردة نعالج فيها عملاً شديداً، وإنا نتخذ شراباً من هذا القمح... قال: «هل يسكر؟» قلت نعم. قال: «فاجتنبوه» قلت: «فإن الناس غير تاركيه»، قال: «فإن لم يتركوه فقاتلوهم»⁽⁹⁾.

(1) المنتقى 3/ 147.

(2) منتقى 3/ 147 والمقدمات 1/ 440 وأحكام ابن العربي 2/ 657 والتحرير والتنوير 7/ 28.

(3) أحكام ابن العربي 2/ 657. (4) اللخيرة 4/ 116.

(5) المقدمات 1/ 440 - 441. (6) تفسير ابن عرفة 2/ 628.

(7) أخرجه مسلم في الأشربة، باب تعريف الخمر. (8) المقدمات 1/ 441.

(9) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب النهي عن المسكر.

وقد حمل الحديث على المكذب بتحريمه⁽¹⁾.

هذا وإن الآية من البقرة 219 وآية ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى﴾ [النساء:

43]، لا يدلان على التحريم، على قول غير ابن رشد.

فآية البقرة إنما تقتضي ذم الخمر لا تحريمها⁽²⁾، ومع ذلك فإنها أذنت بما في الخمر من علة تقتضي التحريم وهي الإثم، فهي مهيئة إلى ما سيرد من التحريم⁽³⁾، لأن ما يشتمل على الإثم متصف بوصف مناسب للتحريم⁽⁴⁾.

وآية النساء تقتضي التحريم في أوقات معينة، هي أوقات الصلوات، وبقي ما عدا هذه الأوقات على الإباحة الأصلية لما يدل عليه مفهوم النهي⁽⁵⁾. ثم نزلت آية المائدة محرمة الخمر في سائر الأوقات، فكانت ناسخة للآيتين لما فيهما من إقرار الخمر على الإباحة الأصلية⁽⁶⁾.

قال الإمام ابن عرفة عن آية النساء: هذا نصّ على أنّ لفظ التأثيم في آية البقرة غير ملزوم للتحريم، لأن الصحابة لم ينتهوا عن الخمر بهذه الآية⁽⁷⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تُتَّخَذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾

[النحل: 67].

فالمراد بالسكر المسكر، وهو الخمر، والآية إخبار عما كانوا يصنعون ويتخذون من النخيل والأعناب من الشراب المسكر. وقد ورد هذا الإخبار في سياق امتنان الله تعالى على عباده وتعداد نعمه عليهم، ولا إشكال في هذا، لأنه امتنان بمباح، فتكون الآية أيضاً منسوخة، لأن الآية مكية وتحريم الخمر نزل بالمدينة⁽⁸⁾.

ودليل تحريم كل مائع مسكر، ولو لم يكن متخذاً من العنب⁽⁹⁾، خلافاً للمذهب الحنفي في قصرهم لفظ الخمر على عصير العنب فقط:

أ - آية المائدة في تحريم الخمر.

ووجه الاستدلال بها أن لفظ الخمر فيها يطلق لغة على كلّ شراب مسكر من عنب كان أو من غيره. لأن اشتقاقه من خَمَرَ الشيء إذا ستره. وهي تسمية مجازية للخمر لأنه يخمر العقل أي يستره عن تصرفه الخَلْقِي. وهذا ليس من شأن شراب العنب فحسب،

(2) أحكام ابن العربي 1/ 153.

(4) التحرير والتنوير 5/ 60.

(5) المقدمات 1/ 440 والتحرير والتنوير 5/ 60.

(6) أحكام الفصول ص 403 والمقدمات 1/ 440. (7) تفسير ابن عرفة 2/ 626.

(8) المقدمات 1/ 439 وأحكام ابن العربي 3/ 1154 والتحرير والتنوير 14/ 203.

(9) الإشراف 2/ 259 والمنتقى 3/ 151 والمقدمات 1/ 442 وبداءة المجتهد 1/ 651 وأحكام القرآن

لابن العربي 1/ 149.

بل هو شأن كلّ شراب مسكر. ومع ذلك فإنّ الآية نصّت على حكمة التحريم، وهي وقوع العداوة والبغضاء والصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة التي تحصل بسبب الإسكار، وهي حكمة ملحوظة في جميع الأشربة المسكرة.

إلا أنّ تسمية الخمر غلبت عند العرب على عصير العنب المسكر، لأنهم كانوا يتنافسون فيه للذّته عندهم، ولندرته. فقد كان يجلب إلى الحجاز من اليمن والطائف والشام. وقد وردت أحاديث وآثار صحيحة - سنذكرها فيما بعد - تدلّ على أنّ معظم شراب العرب يوم تحريم الخمر، كان من فضيخ التمر، وأنّ أهل المدينة كانت أشربتهم يومئذ خمسة غير عصير العنب، وهي التمر والزبيب والعسل والذرة والشعير، وبعضها يسمّى الفضيخ والنقيع والسكركة والبتع⁽¹⁾.

ب - عن عائشة أنّها قالت: سئل رسول الله ﷺ عن البتع فقال: «كلّ شراب أسكر فهو حرام»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ البتع هو شراب العسل، وقد أجاب النبي ﷺ عن السؤال بتحريم جنس الشراب المسكر، وهذا يقتضي تحريم جميع أنواع الأشربة المسكرة، لاستعماله حرف «كلّ» الدالة على العموم⁽³⁾.

وسؤال السائل إنّما هو لمعرفة عمّا يقع عليه اسم الخمر الوارد في الآية، ليعلم هل هو محمول على عمومته أو مخصوص ببعض ما يتناوله اللفظ، ولا يدلّ سؤاله على أنّ العرب لم تكن تطلق اسم الخمر على البتع، لأنّه يجوز أن يكون السائل قد بلغه تحريم الخمر باسم خاص، كأن يبلغه تحريم خمر العنب أو خمر التمر، فأراد أن يعرف هل حكم البتع يدخل في تحريم الخمر؟⁽⁴⁾

ج - عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: «كلّ مسكر خمر، وكلّ مسكر حرام»⁽⁵⁾.

د - عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله ﷺ: «إنّ من الحنطة خمرأ، ومن الشعير خمرأ، ومن الزبيب خمرأ، ومن التمر خمرأ، ومن العسل خمرأ، وأنهاكم عن كلّ مسكر»⁽⁶⁾.

(1) الذخيرة 114/4 والتحرير والتنوير 341/2.

(2) أخرجه مالك في الأشربة، باب تحريم الخمر، والبخاري في الأشربة، باب الخمر من العسل، ومسلم في الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر.

(3) المنتقى 152/3 ومفتاح الوصول ص 62. (4) المنتقى 151/3.

(5) أخرجه مسلم في الأشربة، باب بيان أن كلّ مسكر خمر.

(6) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب الخمر ممّا هو؟ والترمذي في الأشربة، باب ما جاء في الحبوب التي يتخذ منها الخمر، وابن ماجه في الأشربة، باب ما يكون منه الخمر، والحاكم في المستدرک 148/4.

هـ - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «الخمير من هاتين الشجرتين النخلة والعنب»⁽¹⁾.

و - عن عطاء بن يسار أنّ رسول الله ﷺ سئل عن الغبيراء، قال: «لا خير فيها ونهى عنها» قال مالك: فسألت زيد بن أسلم ما الغبيراء؟ فقال: هي الأسكركة⁽²⁾.

ز - عن أنس قال: حرّمت علينا الخمر حين حرّمت، وما نجد - يعني في المدينة - خمر الأعناب إلا قليلاً، وعامة خميرنا البسر والتمر⁽³⁾.

ح - عن أنس بن مالك أنه قال: كنت أسقي أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة وأبي بن كعب شراباً من فضيخ وتمر، فأتاهم آت، فقال إن الخمر قد حرّمت. فقال أبو طلحة: يا أنس قم إلى هذه الجرة فاكسرها. فقامت إلى مھراس لنا فضربتھا بأسفلھا حتى تكسّرت⁽⁴⁾.

ط - عن ابن عمر قال: خطب عمر بن الخطاب على المنبر فقال: أما بعد، نزل تحريم الخمر، وهي من خمسة: العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير. والخمر ما خامر العقل⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال من الأحاديث والآثار المتقدمة أن لفظ الخمر لا يطلق فقط على عصير العنب، وإنما يطلق أيضاً على أنواع أخرى من الشراب، كشراب الزبيب وشراب التمر وشراب العسل وشراب الشعير، وقد بيّن عمر بن الخطاب ﷺ، وهو من أهل اللسان، أنّ اسم الخمر يدخل فيه كل ما خامر العقل⁽⁶⁾.

ي - إجماع الصحابة على ذلك. فقد خطب عمر بذلك في حضرة قريش والعرب والعجم، وسائر المسلمين، فلم ينكر ذلك عليه⁽⁷⁾.

ك - قياس كل شراب مسكر على عصير العنب، بجامع الإسكار. ذلك أنّ الشرع لم يحرم الخمر لذاتها بل لما فيها من علّة الإسكار، المنصوص عليها، ولذلك فإنّ العصير إذا لم يدخله الإسكار أو دخله ثم زال عنه، ذهب عنه التحريم، لأنّ التحريم

(1) أخرجه مسلم في الأشربة، باب بيان أن جميع ما ينبذ ممّا يتخذ من النخل والعنب يسمّى خمراً.

(2) أخرجه مالك في الأشربة، باب تحريم الخمر.

(3) أخرجه البخاري في الأشربة، باب الخمر من العنب، ومسلم في الأشربة، باب تعريف الخمر.

(4) أخرجه مالك في الأشربة، باب جامع تحريم الخمر، والبخاري في الأشربة، باب نزول تحريم الخمر، ومسلم في الأشربة، باب تحريم الخمر.

(5) أخرجه البخاري في الأشربة، باب الخمر من العنب، ومسلم في التفسير، باب في نزول تحريم الخمر.

(6) المنتقى 3/ 147 و 155 وأحكام ابن العربي 1/ 149.

(7) أحكام ابن العربي 3/ 1154 والمنتقى 3/ 147.

يدور مع العلة وجوداً وعدمًا⁽¹⁾.

ودليل تحريم قليل المسكر⁽²⁾:

أ - أن القليل يدخل في مسمى الخمر، فيكون محرّمًا بالنص.

ب - أن النبي ﷺ علق التحريم في الأحاديث المتقدمة بجنس الشراب المسكر ولم يعلقه بالمقدار المسكر⁽³⁾.

ج - عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»⁽⁴⁾.

د - عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «كل مسكر حرام، ما أسكر الفرق منه، فملاء الكفّ منه حرام»⁽⁵⁾.

وهذه الأحاديث الثلاثة نصّ في المسألة⁽⁶⁾.

هـ - عن السائب بن يزيد أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال: إني وجدت من فلان ريح شراب، فزعم أنه شراب الطلاء، وأنا سائل عما شرب، فإن كان يسكر جلده. فجلده عمر الحدّ تاماً⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال منه أن عمر رضي الله عنه جلد الشارب بعد أن تبين له أن الريح ريح شراب مسكر، دون أن يوجد في الشارب سكر⁽⁸⁾.

و - إجماع الصحابة على ذلك. إذ لم ينكر عليه أحد⁽⁹⁾.

ز - القياس على خمر العنب الذي يحرم عند الحنفية قليله وكثيره. وعلة القياس الإسكار⁽¹⁰⁾.

ح - إن حكمة تحريم القليل من المسكر رغم كون الإسكار لا يقع به، هي أن

(1) الإشراف 259 / 2 وإحكام الفصول ص 760 والمقدمات 1 / 443 ومفتاح الوصول 120-121 والتحرير والتنوير 2 / 341.

(2) الإشراف 260 / 2 والمنتقى 3 / 148.

(3) المنتقى 3 / 152 وبداية المجتهد 1 / 654.

(4) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب النهي عن المسكر، والترمذي في الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره، وابن ماجه في الأشربة، باب ما أسكر كثيره.

(5) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب النهي عن المسكر، والترمذي في الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره.

(6) بداية المجتهد 1 / 651.

(7) أخرجه مالك في الأشربة، باب الحدّ في الخمر، والبخاري في الأشربة، باب الباذق ومن نهى عن كل مسكر.

(8) الإشراف 260 / 2 (9) الإشراف 260 / 2.

(10) الإشراف 260 / 2 والمنتقى 3 / 148 وإحكام الفصول ص 757.

المقدار المسكر وغير المسكر يختلف باختلاف الناس، فهو غير منضبط، وفتح باب القليل داعية إلى الكثير، وتطرق إلى الوقوع في الحرام، فحرّم القليل لأجل ذلك، جرياً على قاعدة سدّ الذرائع الملاحظة في كثير من التشريعات القرآنية والنبوية. وبهذا يظهر أنه لا فارق بين أن يكون المسكر من عصير العنب أو من غيره، في تحريم قليله وكثيره⁽¹⁾. والأدلة المتقدمة تتضمن ردّ المالكية على علماء الحنفية في قولهم: إن الخمر لا يطلق إلا على عصير العنب، وقد حرّمها الله تعالى لعينها، فيحرم بذلك الكثير منها والقليل على السواء، وما عداها من الشراب المتخذ من غير العنب، فلا يدخل تحت مسمى الخمر، ولا يحرم منه إلا القدر المسكر، أما القليل غير المسكر فلا يحرم⁽²⁾. وقد اعتمدوا في ذلك على أحاديث ضعفتها المالكية وغيرهم⁽³⁾. ودليل نجاسة المسكر تقدم ذكره في الطهارة⁽⁴⁾. ودليل تحريم الحشائش المفسدة للعقل:

أ - عن أم سلمة أنّ رسول الله ﷺ نهى عن كل مسكر ومفتر⁽⁵⁾. والمفتر هو ما يسبب إفساد العقل واسترخاء الأطراف وتخديرها وصيرورتها إلى وهن وانكسار⁽⁶⁾.

ب - القياس على الخمر في إفساد العقل⁽⁷⁾. وذكر القرافي الفرق بين نصّ الشرع على تحريم الخمر وعلى حدّه، دون الحشائش، فقال: لأنّ المسكر - وهو الخمر - لما أسر النفس توقّرت الدواعي على تناوله تحصيلاً للمسرّة، فزجر الشرع عنه بالحدّ والتنجيس، والمرقد خسارة محضة، وموت صرف، فالدواعي منصرفة فاكتفي في ذلك بالتعزير⁽⁸⁾.

النوع الثاني: ما أفسد البدن

والمفسد للبدن هو كالسميات؛ فيحرم الوزغ لسمّها، والحيات إن لم يؤمن سمّها.

النوع الثالث: النجس

ويدخل في النجس ميتة الحيوان ذي النفس السائلة، والبول والغائط. ودليل تحريم الميتة:

- (1) بداية المجتهد 654/1 والبدیع علی التفریع ورقة 98.
- (2) المنتقى 147/3 والمقدمات 442/1 وبداية المجتهد 650/1 وأحكام القرآن 149/1.
- (3) المقدمات 442/1 وبداية المجتهد 652/1 وأحكام ابن العربي 149/1.
- (4) أنظر أيضاً الذخيرة 115/4 وأضواء البيان 128/2.
- (5) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب النهي عن المسكر، وأحمد في مسنده 309/6.
- (6) تهذيب الفروق، محمد علي بن حسين، على هامش الفروق 216/1.
- (7) الذخيرة 116/4. (8) الذخيرة 116/4.

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: 173].

ب - قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: 145].

ودلالة الآيتين على تحريم الميتة نص وصريحة⁽¹⁾. والمراد بالميتة ما مات من الحيوان حتف أنفه، أو ما مات مقتولاً بغير ذكاة شرعية⁽²⁾.

ودليل حرمة ميتة كل حيوان برّي ذي نفس سائلة هو العموم⁽³⁾.

ودليل تحريم الدم:

أ - الآيتان السابقتان. ووجه الاستدلال أنه تعالى نصّ على تحريمه، وقد ذكره في الآية الأولى مطلقاً، وذكره في الثانية مقيداً بالمسفوح. وقد أجمع العلماء ما هنا على حمل المطلق على المقيد. فيكون المحرم هو الدم المسفوح، وهو الذي يسيل عند الذبح أو الفصد أو الجرح. وأما الباقي في العروق المخالط للحم فهو غير حرام، لأنّ التحفظ منه فيه مشقة وإصر، وهما موضوعان في الدين⁽⁴⁾.

وقد تقدم في الطهارة بيان أدلة نجاسة الدم المسفوح. ولا يدخل في حكم الدم الكبد والطحال، فإنهما ليسا بدم، بل هما لحم بدليل المشاهدة، وليس كما قيل: هما دم ولكنهما مخصّصان من التحريم بحديث: «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال»⁽⁵⁾ وقد ردّ ابن العربي على هذا القول بأن المشاهدة تنفي كونهما دمًا، وأما الحديث فهو ضعيف لا يصلح للتخصيص⁽⁶⁾.

وهل يدخل في تحريم الدم ونجاسته، دم السمك؟ فالذي اعتمده الشيخ خليل في مختصره⁽⁷⁾، أنه نجس ولا يؤكل. ودليل هذا القول: عموم آيات تحريم الدم، والقياس على سائر الدماء⁽⁸⁾. وخالف ابن العربي فقال بطهارته، لأنه لو كان نجساً لشرعت ذكاته⁽⁹⁾.

ودليل تحريم البول والغائط هو دليل نجاستهما المذكور في الطهارة.

(1) التحرير والتنوير 2/ 116.

(2) أحكام ابن العربي 1/ 52.

(3) أحكام ابن الفرس م 1 ورقة 36.

(4) أحكام ابن العربي 1/ 53 وأحكام القرطبي 2/ 222 وأحكام ابن الفرس م 1 ورقة 41 و47. والذخيرة 4/ 106.

(5) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة، باب الكبد والطحال.

(6) أحكام ابن العربي 1/ 52. (7) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي 1/ 57.

(8) المتقى 3/ 129 وأحكام ابن الفرس م 1 ورقة 42.

(9) أحكام القرطبي 2/ 222.

النوع الرابع: الخنزير

ودليل تحريم الخنزير:

- قوله تعالى: ﴿وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ﴾ [البقرة: 173 - المائدة: 3 - الأنعام: 145 - النحل: 115].

وقد اقتضت الآيات على النصّ على اللحم دون الشحم وبقية أجزائه ووجه ذلك أنه حيوان يقصد غالباً إلى لحمه⁽¹⁾. ودليل تحريم شحمه وبقية أجزائه:

أ - أن الشحم يطلق عليه اسم اللحم من جهة الحقيقة اللحمية، فكل شحم لحم، وليس كل لحم شحم. أو أنه يطلق عليه اسم اللحم بحكم التبعية، لأنه الأقل، واللحم هو الأكثر، أو لأنه متولد عن اللحم⁽²⁾.

ب - إجماع الأمة على تحريم الخنزير بجميع أجزائه⁽³⁾.

النوع الخامس: البغال والحمير والخيول الإنسية

يحرم البغال والحمير والخيول الإنسية ولو توحشت. وكذا تحرم إذا كانت وحشية ثم تأنست. فإن توحشت بعد ذلك أكلت وصارت فضلها طاهرة.

ودليل تحريم البغال والحمير والخيول الإنسية:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: 8].

ووجه الاستدلال بالآية⁽⁴⁾: أن اللام في ﴿لِتَرْكَبُوهَا﴾ هي لام التعليل، والعلّة المنصوصة تفيد الحصر. والذي يدلّ عليه الظاهر أن المعنى الذي حصرته الآية في الخيل والبغال والحمير هو كونها للركوب والزينة. ويتأيد هذا المعنى بأن الآية وردت في سياق الامتنان علينا وإحسانه تعالى إلينا، وبيان أوجه الانتفاع الجائزة لنا. ولو كان أكلها مباحاً لذكر الأكل مع الركوب والزينة، لأن الامتنان به أعظم منافعتها، والحكيم لا يمتنّ بأدنى النعم ويترك أعلاها، وقد ذكر في الأنعام نعمة أكلها مع ما نبت عليه من وجوه الانتفاع بها، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴿٥﴾ وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ ﴿٦﴾ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّا تُكُونُوا لِيَلْفِيهِ إِلَّا يَشِقُّ الْأَنْفُسَ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرؤُوفٌ رَّحِيمٌ ﴿٧﴾﴾ [النحل: 5 - 7].

(1) أحكام ابن العربي 54/1 وشرح ابن عبد السلام م/2 115 وتفسير ابن عرفة 506/2 وأحكام ابن الفرس م/1 ورقة 42.

(2) أحكام ابن العربي 54/1 وشرح ابن عبد السلام م/2 115 والبديع على التفریع ورقة 97.

(3) المصادر السابقة، وأحكام القرطبي 222/2 والذخيرة 99/4 وشرح ابن ناجي على التفریع ورقة 65.

(4) المنتقى 132/3 والمعلم 77/3 وأحكام ابن العربي 1144/3 وشرح ابن عبد السلام م/2 ورقة 117 والذخيرة 101/4 والبديع على التفریع ورقة 97 وأضواء البيان 255/2.

وبذلك تكون آية النحل 8 مخصصة لآية الأنعام 145⁽¹⁾. ويتأيد المعنى المستنبط من آية النحل 8 وتخصيصها لعموم آية الأنعام بما يلي⁽²⁾:

أ - عن ابن عمر وجابر أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وكان الناس احتاجوا إليها⁽³⁾.

ب - عن أبي ثعلبة قال: حرّم رسول الله ﷺ الحمر الأهلية⁽⁴⁾.

ج - عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ جاءه جاء، فقال: أكلت الحمر، ثم جاءه جاء فقال: أكلت الحمر ثم جاءه جاء، فقال: أفنيت الحمر، فأمر منادياً، فنادى في الناس: «إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية، فإنها رجس»، فأكفئت القدور، وإنها لتفور باللحم⁽⁵⁾. وفي رواية: «فإنها رجس أو نجس»⁽⁶⁾. وفي رواية: «فإنها رجس من عمل الشيطان»⁽⁷⁾.

د - عن عبد الله بن أبي أوفى قال: أصابتنا مجاعة يوم خيبر، ونحن مع رسول الله ﷺ، وقد أصبنا للقوم حمراً خارجة من المدينة فنحرناها، فإن قدورنا لتغلي، إذ نادى منادي رسول الله ﷺ: «أن أكفثوا القدور ولا تطعموا من لحوم الحمر شيئاً» فقيل له: حرّمها تحريم ماذا؟ قال: تحدثنا بيننا، فقلنا: حرّمها البتة، وحرّمها من أجل أنها لم تخمس⁽⁸⁾.

هـ - عن سلمة بن الأكوع قال: لما أمسوا يوم فتحوا خيبر، أوقدوا النيران، قال النبي ﷺ: «على ما أوقدتم هذه النيران؟» قالوا: لحوم الحمر الإنسية. قال: «أهريقوا ما فيها واكسروا قدورها»، فقام رجل من القوم فقال: نهريق ما فيها ونغسلها؟ فقال النبي ﷺ: «أر ذاك»⁽⁹⁾.

و - عن ابن عباس قال: لا أدري إنما نهى عنه رسول الله ﷺ من أجل أنه حمولة

(1) البيان والتحصيل 376/3.

(2) المعلم 77/3 وأحكام ابن العربي 1144/3 وشرح ابن عبد السلام 117/2 وإكمال الإكمال 5/280.

(3) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب لحوم الحمر الإنسية، ومسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحم الحمر الأهلية وباب إباحة أكل لحم الخيل.

(4) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب لحوم الحمر الإنسية، ومسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحم الحمر الأهلية.

(5)(6)(7) أخرجه البخاري ومسلم في الكتاب والباب المذكورين لهما في التعليق السابق.

(8) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحم الحمر الأهلية.

(9) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب آنية المجوس، ومسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية.

الناس، فكره أن تذهب حمولتهم، أو حرّمه في يوم خبير لحوم الحمر الأهلية⁽¹⁾.
 ز - عن خالد بن الوليد أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال
 والحمير⁽²⁾.

والحاق البغال بالحمر والخيول، لأنها متولدة بينها.

وقد اختلف في علة تحريم الحمر الأهلية - كما جاء في الروايات - على أقوال:
 الأول: أنها حرّمت شرعاً بدون تعليل، كما جاء في حديث ابن أبي أوفى قولهم:
 حرّمها البتّة.

الثاني: أنها حرّمت لأنها لم تخمس، كما جاء في حديث ابن أبي أوفى.
 الثالث: أنها كانت جوال القرية، أي تأكل الجلّة وهي النجاسة، كما سيأتي في
 حديث غالب.

الرابع: أنها حرّمت لأنها رجس في ذاتها، كما جاء في حديث أنس:

الخامس: أنها حرّمت لأنها كانت حمولة الناس، كما جاء في قول ابن عباس.
 والعلّة الراجحة من هذه العلل هي أنها رجس من عمل الشيطان، والرجس النجس،
 وهي علة يقوى بها التحريم، ولذلك أمر ﷺ بإراقتها وغسل القدور منها، وهذا حكم
 النجاسة. وأما التعليل بأنها لم تخمس، فلا يصح، لأنّ الأكل من طعام الغنيمة قبل القسم
 جائز. والتعليل بأنها جوال القرية، فإنّ الحديث فيه ضعف، وسيأتي ما قالوه فيه⁽³⁾.

وأما ما روي في الخيل عن أسماء قالت: ذبحنا، وفي رواية: نحرنا، على عهد
 رسول الله ﷺ فرساً ونحز بالمدينة فأكلناه⁽⁴⁾. وما روي عن جابر قوله: نهى
 رسول الله ﷺ يوم خبير عن لحوم الحمر الأهلية ورخص في لحوم الخيل، وفي رواية:
 وأذن في لحوم الخيل⁽⁵⁾. فقد أجاب ابن العربي عن ذلك بأن هذه الرواية قضية عين
 وحكاية حال، فيحتمل أن يكون ذلك لضرورة، ولا يحتج بقضايا الأحوال المحتملة⁽⁶⁾.

وما روي في الحمير عن غالب بن أبجر قال: أتيت النبي ﷺ، فقلت:

-
- (1) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحم الحمر الأهلية.
 (2) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب في أكل لحوم الخيل، والنسائي في الصيد والذبائح، باب
 تحريم أكل لحوم الخيل، وابن ماجه في الذبائح، باب لحوم البغال.
 (3) إكمال الإكمال 282 / 5.
 (4) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب النحر والذبح، ومسلم في الصيد والذبائح، باب إباحة
 أكل لحم الخيل.
 (5) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب لحوم الحمر الإنسانية، ومسلم في الصيد والذبائح باب
 إباحة أكل لحم الخيل.
 (6) أحكام القرآن 1144 / 3.

يا رسول الله، أصابتنا السنة، ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان الحمر، وإنك حرمت لحوم الحمر الأهلية، فقال: «أطعم أهلك من سمين حمرك، فإنما حرمتها من أجل جوال القرية»⁽¹⁾.

فقد أجيب عنه بأنه ضعيف، وفي سنده من تكلم فيه. ومع الصحة فهو أيضاً قضية عين لا تتعدى، ويحمل على حال الضرورة⁽²⁾.

وفي المذهب أقوال أخرى غير التحريم المذكور، الذي مشى عليه الشيخ خليل في مختصره، وتبعه عليه الشيخ الدردير. وأهم الأقوال المذكورة في المسألة القول بالكراهة في الخيل والبغال والحمير. وهو في أدلته يتجاذب أدلة القول بالتحريم، ويحملها على الكراهة. فقد استدل القاضي عبد الوهاب على كراهة الخيل بقوله تعالى: ﴿لِتَرْكَبُوا وَزِينَةً﴾ ثم قال: ففرّق بينها وبين الأنعام، وأخبر عن المقصود منها، وهو الركوب والتجمل، بخلاف المقصود من الأنعام، ولأن الخيل يحتاج إليها للجهاد عليها، وفي إباحة أكلها تطرّق إلى انقطاع نسلها⁽³⁾.

ولاستدلاله على كراهة الحمير والبغال وعدم الحرمة ذكر التمسك بظاهر آية الأنعام 145، وقياسها على الخيل⁽⁴⁾.

وذكر المازري أنّ وجه الكراهة في الحمر الأهلية الإضطراب الوارد في علة النهي عنها⁽⁵⁾. ووجه الكراهة في الخيل ما يلي:

- أنّ التحريم فهم من التعليل، أي في قوله تعالى: ﴿لِتَرْكَبُوا وَزِينَةً﴾، وهي ليست صريحة فيه، وحديث جابر وحديث أسماء كلاهما صريح في الإباحة، والصريح مقدّم على المفهوم.

- تضعيف حديث خالد، وترجيح حديثي جابر وأسماء عليه.

- نسخه بحديثي جابر وأسماء، واعتبار حديثيها نافيان للتحريم.

ولأجل المعارضة بين المفهوم والصريح، والمعارضة بين الحديثين وحديث خالد، ومعارضة حديثي جابر وأسماء لظاهر آية ﴿لِتَرْكَبُوا وَزِينَةً﴾ وقد ذكر فيها الخيل كما ذكر الحمير والبغال، منبهاً بذلك على المنّة بما خلقت له، ولم يذكر الأكل، قيل بالكراهة. فالقول بالكراهة جمع بين الأدلة⁽⁶⁾. قال ابن العربي في وجه الكراهة عند

(1) أخرجه أبو داود، في الأطعمة، باب في أكل لحوم الحمر الأهلية.

(2) المعلم 78/3 وشرح ابن عبد السلام 117/2 وإكمال الإكمال 281/5.

(3) الإشراف 256/2. (4) نفس المصدر.

(5) المعلم 78/3.

(6) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 97 والمعلم 80/3 والبديع ورقة 97 وإكمال الإكمال 282/5 وأضواء البيان 255/2.

القائلين بها في الخيل والبغال والحمير، هو تعارض الأدلة وإشكال مأخذ الفتوى فيها⁽¹⁾.

وعلى القول بالحرمة المذكور أولاً، فإنه لا يجوز أكل مباح ولده محرّم كشاة من أتان، ولا عكسه، كأتان من شاة. وأمّا نسل ذلك المباح الذي ولده المحرّم، فيؤكل حيث كان مباحاً لبعده. وأمّا دليل التحريم ولو توخّشت الاستصحاب لأصله. ودليل التحريم إذا كانت وحشية وتأنست الاحتياط للتحريم، فاعتيد بالعارض لأجل ذلك ولم ينظر لأصله.

النوع السادس: ميتة ما ليس له نفس سائلة: وذلك كالجراد وخشاش الأرض، وإن كانت ميتته ظاهرة، إذ لا يباح إلا بذكاة كما تقدّم.

النوع السابع: الطين والتراب: الراجح أنهما حرام لما في ذلك من الضرر. وقيل يكرهان. هذا وقد تقدّم ذكر الطاهر في باب الطهارة، ولا يلزم من الطهارة الإباحة، ولا العكس، فبينهما خصوص وعموم. فإنّ الجراد مثلاً ميتته طاهرة، ولكن لا يباح أكله إلا بذكاة. وكذلك السمّ والمخدرات، هما طاهران، ولكن لا يباحان.

(1) أحكام القرآن لابن العربي 3/1145.

ما يكره من الطعام والشراب حال الاختيار

1 - الوطواط، وهو الخفاش، جناحه من لحم.
 2 - الحيوان المفترس كالسبع والذئب والضبع والثعلب والفهد والنمر والنمس والقرد والذئب والهر، ولو كان وحشياً، والكلب الإنسي.
 والمفترس هو ما افترس الأدمي وغيره. وسنذكر أولاً دليل عدم الحرمة، ثم نذكر وجه الكراهة. فدليل عدم الحرمة⁽¹⁾:

أ - آية البقرة 173 في تحريم الميتة وما معها.

ووجه الاستدلال منها أن «إنما» أداة حصر، حصرت المحرمات فيما ذكر فيها، ولا يمكن معارضتها إلا بدليل قطعي المتن متواتر، كتواتر القرآن الكريم.
 ب - آية الأنعام 145.

ووجه الاستدلال بها أنها عامة في نفي كل محرّم غير ما تضمنت تحريمه، إلا أن يدل دليل على تحريم ما لا تتضمنه. وحرف «لا» فيها لنفي المستقبل دون الماضي.

ج - آيات إباحة الصيد، وهي عامة في الوحوش المفترسة وغير المفترسة.

د - القياس على الضبع والثعلب الذين هما مباحان عند المخالف الذي يقول بحرمة السباع، بجامع كونها سباعاً. وسيأتي الدليل على عدم حرمة الضبع المقاس عليه.

وأما ما روي عن أبي هريرة وأبي ثعلبة الخشني أن رسول الله ﷺ قال: «أكل كلّ ذي ناب من السباع حرام»⁽²⁾. وفي رواية عن أبي ثعلبة وابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن أكل كلّ ذي ناب من السباع⁽³⁾.

فإن هذا الحديث لا يصلح لتخصيص عموم آية الأنعام 145، ولا الحصر في آية

(1) الإشراف 256/2 والمنتقى 131/1 وإكمال الإكمال 275/5 والذخيرة 100/4 والبديع على التفريع ورقة 97 وأضواء البيان 248/2.

(2) أخرجه مالك في الصيد، باب تحريم أكل كلّ ذي ناب. والبخاري في الذبائح والصيد، باب أكل كلّ ذي ناب من السباع، ومسلم في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل كلّ ذي ناب.

(3) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع، والنسائي في الصيد والذبائح، باب تحريم أكل السباع.

البقرة 173، لأن الآيتين متواترتان مقطوع بصحتهما. والحديث خبر آحاد ظني الثبوت، وزيادة محترم ليست زيادة لشيء سكت عنه القرآن حتى يكون من الزيادة الجائزة على النص، وإنما هو زيادة لشيء نفاه القرآن، للدلالة الحصر على نفي التحريم عن غير المذكور⁽¹⁾.

ولكون الحديث صحيحاً فقد أولوه بعدة وجوه منها⁽²⁾:

- أن في الكلام إضماراً وحذفاً تقديره: مأكول كل ذي ناب من السباع حرام؛ أي من إضافة المصدر إلى الفاعل لا إلى المفعول، فيكون الحديث بذلك مطابقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ﴾ أي ذو الناب هو الآكل فيحرم ما افترسه⁽³⁾.

- أنه مع جواز التخصيص به، فإن النهي محمول على الكراهة، جمعاً بين الدليلين⁽⁴⁾.

والقول بالكراهة هو المشهور في المذهب. وقيل في المذهب بالحرمة في الجميع ودليله التمسك بالأحاديث، فمنها ما هو ظاهر في التحريم، ومنها ما هو نص عليه، ويحصل من مجموعها ما يقارب القطع، فتخصص به الآية، وقد صحح هذا القول ابن عبد السلام⁽⁵⁾ وابن العربي⁽⁶⁾.

وردة على القول بالإضمار والحذف بأن الأصل في الكلام الاستقلال فيحمل عليه⁽⁷⁾.

وعلى القول المشهور، فإن دليل عدم حرمة الضبع⁽⁸⁾، وهو من السباع، وعليه يقاس بقية السباع ما يلي:

- عن ابن أبي عمّار قال، قلت لجابر: الضبع أصيد هي؟ قال: نعم، قلت: أكلها؟ قال: نعم، قلت: أقاله رسول الله ﷺ؟ قال: نعم. وفي رواية قال جابر: سألت رسول الله ﷺ عن الضبع؟ فقال: «هو صيد، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم»⁽⁹⁾.

وما روي عن خزيمة بن جزء قال: سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع؟ فقال:

(1) المتقى 3/ 131 والبدیع علی التفریع ورقة 97 وأضواء البيان 2/ 248.

(2) أنظر للتوسع ما ذكره الباجي في تأويل الحديث 3/ 131.

(3) شرح ابن عبد السلام 2/ 116 والذخيرة 4/ 101 ومفتاح الوصول ص 58.

(4) بداية المجتهد 1/ 647 والذخيرة 4/ 100 والبدیع ورقة 99.

(5) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 116. (6) القبس 2/ 621.

(7) مفتاح الوصول ص 58. (8) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 116.

(9) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب في أكل الضبع، والترمذي في الحج، باب ما جاء في الضبع، والنسائي في الصيد، باب الضبع، وابن ماجه في المناسك، باب جزاء الصيد بصيبه المحرم.

«أو يأكل الضبع أحد» وسألته عن الذئب؟ فقال: «أو يأكل الذئب أحد»⁽¹⁾ فهو حديث ضعيف⁽²⁾. وقد قال فيه الترمذي: هذا حديث ليس إسناده بالقوي⁽³⁾.
ودليل كراهة الهر⁽⁴⁾:

- عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن أكل الهرّ وأكل ثمنها⁽⁵⁾.

3 - الانتباز في الأواني التالية:

- الدباء: وهو القرع.

- الحنتم: وهي الأواني المطلية بالزجاج الأخضر أو الأصفر أو غيرهما من كل ما دهن بزجاج ملون.

- المقير: وهو المطلي بالقارّ وهو الزفت.

- النقير: هو ما نقرّ من الأواني من جذوع النخل.

والانتباز هو وضع الفواكه كزبيب - ولو مفرداً - في ماء، لتخرج حلاوتها إليه. والنبذ هو ذلك الماء⁽⁶⁾.

والانتباز مباح - في غير الأواني المذكورة - ما لم يحدث فيه الإسكار. ودليل الإباحة⁽⁷⁾.

- عن بريدة قال قال رسول الله ﷺ: «كنت نهيتكم عن الأوعية، فانتبذوا فيما بدا لكم وإياكم وكلّ مسكر»⁽⁸⁾.

وصيغة الأمر هنا تدلّ على الإذن والإباحة للفعل لأن الأمر جاء بعد نسخ.

ودليل كراهة الانتباز في الأواني المذكورة:

أ - عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن الختمة، وهي الجرّة، ونهى عن الدباء، وهي القرعة، ونهى عن النقير، وهو أصل النخل ينقر نقراً، أو ينسح نسحاً، ونهى عن المزقت، وهي المقير، وأمر أن ينبذ في الأسقية⁽⁹⁾.

(1) أخرجه الترمذي في الأطعمة، باب ما جاء في أكل الضبع.

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 116. (3) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في أكل الضبع.

(4) شرح ابن عبد السلام، م 2 ورقة 116.

(5) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع، والترمذي في البيوع، باب كراهية ثمن الكلب والسنور، وابن ماجه في الصيد باب الهرة.

(6) عمدة القاريء 3 / 178.

(7) إحكام الفصول ص 426 وبداية المجتهد 1 / 655 ومفتاح الوصول ص 28.

(8) أخرجه النسائي في الأشربة، باب في الإذن في شيء منها، وابن ماجه في الأشربة، باب ما رخص فيه.

(9) أخرجه الترمذي في الأشربة، باب ما جاء في كراهية أن ينبذ في الدباء والحنتم والنقير.

ب - عن أبي هريرة وابن عمر أنّ رسول الله ﷺ نهى أن ينبذ في الدباء والمزفت⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النهي هنا لا يحمل على التحريم، لأنّ التحريم نُسِخ، ودليل النسخ⁽²⁾:

أ - عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن الظروف، فقالت الأنصار: إنه لا بدّ لنا منها. قال: «فلا إذا»⁽³⁾، أي: فلا نهى.

ب - عن بريدة قال، قال رسول الله ﷺ: «إني كنت نهيتكم عن الظروف، وإن ظرفاً لا يحلّ شيئاً ولا يحرمه، وكلّ مسكر حرام»⁽⁴⁾.

وقد بقيت الكراهة في هذه الأواني لعلّة خوف تعجيل الإسكار لما ينبذ فيها⁽⁵⁾. فاقضى سدّ الذريعة النهي عنها، وإنّما نسخ التحريم لأنّ الأنصار شكوا حاجتهم إلى الانتباز فيها، وهذا يدلّ على أن التحريم لم يكن لذات هذه الأواني لذلك أزيل من أجل الحاجة⁽⁶⁾.

4 - شراب خليطين، كزبيب وتمر، أو تين، أو مشمش، أو نحو ذلك، سواء خلطاً عند الانتباز أو عند الشرب. ومحل الكراهة إن أمكن الإسكار، بأن طال زمن النبذ كالיום والليله فأكثر، فإن كان أقل، فهو مباح. وإذا دخله الإسكار ولو ظناً فحرام نجس. ودليل النهي عن الخليطين:

أ - عن جابر أنّ رسول الله ﷺ نهى أن ينبذ البُسْرُ والرُّطْبُ جميعاً، والتمر والزبيب جميعاً⁽⁷⁾.

ب - عن أبي قتادة الأنصاري أنّ رسول الله ﷺ نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً، والزهو والرطب جميعاً⁽⁸⁾.

وقد حملت الأحاديث على عدم الحرمة للإذن الوارد في الانتباز. وعلّة النهي عن الخليطين، احتمال تعجيل الإسكار بمخالطة نبذ نوع لآخر، وهو وجه حمل الحديثين

(1) أخرجه مالك في الأشربة، باب ما ينهى أن ينبذ فيه، ومسلم في الأشربة، باب النهي عن الإنتباز في المزفت والدباء.

(2) المنتقى 148/3 والعارضه 62/8.

(3) أخرجه البخاري في الأشربة، باب ترخيص النبي ﷺ في الأوعية والظروف.

(4) أخرجه مسلم في الأشربة، باب نسخ النهي عن الانتباز.

(5) المنتقى 148/3. الشرح الكبير على مختصر خليل 117/2.

(6) عارضه الأحوذى 60/8 - 61.

(7)(8) أخرجه مالك في الأشربة، باب ما يكره أن ينبذ جميعاً، والبخاري في الأشربة، باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر، ومسلم في الأشربة، باب كراهة انتباز التمر والزبيب.

على الكراهة⁽¹⁾، فيكون دليل الكراهة هو سدّ الذريعة⁽²⁾.
 وإذا طرح الشيء في نبيذ نفسه، كطرح العسل في نبيذ نفسه، والتمر في نبيذ
 نفسه، كان شربه جائزاً. وكذلك اللبن المخلوط بالعسل.

(1) المنتقى 3/ 149 والذخيرة 4/ 118.

(2) البديع على التفرع ورقة 99.

ما يباح من الأكل والشرب حال الاضطرار

يباح للمسلم عند الضرورة أكل ما يحفظ حياته، من كلّ محرّم، ميتة أو غيرها. وحدّ الضرورة هنا حفظ النفس من الهلاك، ومن الضرر الشديد، علماً أو ظناً. ولا يشترط أن يصير إلى حال يشرف معها على الموت، فإن الأكل عند ذلك لا يفيد⁽¹⁾. ودليل الإباحة:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: 173].

ب - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: 3].

ووجه الاستدلال أنه تعالى بيّن أن سبب الاضطرار المبيح هو المخمصة، وهي الجوع، وذلك في آية المائدة، وهي مبيّنة للآية الأخرى. وقد نصّ الله تعالى على نفي الإثم عند تناول المحرّم عند الاضطرار، وعقّب بالإخبار بأنه غفور رحيم، وذلك كناية عن الإذن في تناوله ورفع حرج التحريم عن المضطر⁽²⁾.

وقد ذكر الشنقيطي أن الأكل من المحرّم عند خوف الهلاك واجب وليس مباحاً فقط لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195]، وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: 29]. وبذلك تكون الرخصة في هذه الحالة واجبة⁽³⁾. ودليل الترخّص من أجل الجوع مع ما جاء في الآيتين:

- أن الجوع يوجب المواساة، وإذا وجبت المواساة جاز أخذ مال الغير، فيقاس عليه أكل الميتة⁽⁴⁾.

ويستثنى من حكم الإباحة الآدمي والخمر. فأما الآدمي فلا يجوز أكله عند الاضطرار، ولو أدى الأمر إلى موت المضطر. والدليل⁽⁵⁾:

(1) الذخيرة 109 / 4 وأضواء البيان 109 / 1.

(2) أضواء البيان 105 / 1 والتحرير والتنوير 141 / 8.

(3) أضواء البيان 110 / 1. (4) الذخيرة 109 / 4.

(5) الإشراف 258 / 2 والبديع على التفريع 97 وأحكام ابن الفرس 44 / 1.

أ - عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «كسر عظم الميت ككسره حياً»⁽¹⁾.

ب - حديث: «حرمة المؤمن ميتاً كحرمة حياً»⁽²⁾.

ج - أن ذلك يؤدي إلى أكل لحوم الأنبياء وهتك حرمتهم.

وقيل في المذهب بجواز أكله والدليل: عموم آية تحريم الميتة⁽³⁾.

وأما الخمر، فلا يجوز أيضاً تناولها لضرورة عطش، ودليل عدم الجواز، أن الله تعالى في آية تحريم الميتة استثنى حالة الضرورة، وفي آية تحريم الخمر لم يستثن منها شيئاً وحرّمها مطلقاً⁽⁴⁾.

والفرق بين الخمر وبين الميتة، أن الميتة فائدتها عند الضرورة تدفع المخمصة، وأما الخمر، فلا فائدة فيها عن العطش فلا تدفعه، بل لا تزيد العطشان إلا عطشاً لحرارتها⁽⁵⁾.

وخالف بعض علماء المالكية فقال: إن صحّ أنها تدفع عطشاً أو ترفع جوعاً، فإنها تجوز عند الضرورة، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو بكر الأبهري، والقاضي عبد الوهاب، والإمام ابن العربي. ودليلهم⁽⁶⁾:

أ - القياس على الخنزير، وذلك أن الله تعالى وصف الخنزير بأنه رجس، وأباحه للضرورة، ووصف الخمر بأنها رجس فتباح للضرورة.

ب - القياس على الميتة بجامع الضرورة.

وعلى القول الأول فإن الخمر لا تجوز إلا عند إزالة غصة فقط، وذلك إذا تعيّن الخمر بحيث لا يوجد غيرها. فإن كان شربها لغير غصة أو لم تتعيّن فلا تجوز.

ووجه جوازها عند الغصة أن ذلك من باب حفظ النفس من الهلاك⁽⁷⁾. ووجه

الفرق بين إساعة غصة وبين شربها للجوع أو العطش أن إزالتها للغصة معلومة، وإزالتها للجوع والعطش غير متعيّنة⁽⁸⁾.

القدر المباح:

يجوز للمضطر الشبع من المحرّم - على الأصح - والتزوّد منه، إلى أن يستغني

(1) أخرجه أبو داود في الجنائز، باب في الحفار يجد العظم، وابن ماجه في الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت.

(2) لم أقف عليه. (3) البديع على التفرّيع ورقة 97.

(4) أحكام ابن العربي 56/1 وأحكام ابن الفرس 44/1.

(5) الإشراف 258/2 والمنتقى 3/141 وأحكام ابن العربي 56/1 وأحكام ابن الفرس م 1 ورقة 44 والبديع على التفرّيع ورقة 98.

(6) المصادر السابقة. (7) البديع على التفرّيع ورقة 98.

(8) أضواء البيان 1/116.

عنه، فإن استغنى عنه وجب طرحه. ودليل جواز الشبع⁽¹⁾ :
 أ - عموم الآيات الدالة على إباحة المحرم عند الاضطرار.
 ب - لأن الضرورة باقية إن أكل دون الشبع، إلى أن يستغنى به عن الحرام.
 ج - القياس على الطعام المباح، لأن الضرورة ترفع التحريم عن المحرم فيعود مباحاً للمضطر.

اجتماع محرّمات عند الضرورة:

إذا وجد المضطر ميتة وخنزيراً وصيداً صاده محرم، فإنه يقدم الميتة على الخنزير وعلى صيد المحرم الحي. وإذا وجد صيد المحرم مقتولاً أو مذبوحاً، فإنه يقدمه على الميتة. أي أن المحرم المضطر إذا وجد ميتة وصيداً صاده محرم ما يزال حياً، قدم الميتة على ذبح الصيد، فإن وجد مذبوحاً قدمه.
 ووجه تقديم الميتة على لحم الخنزير أن الميتة تحلّ حية، والخنزير لا يحلّ بوجه⁽²⁾.

ووجه تقديم الميتة على صيد المحرم الحي، أن تذكية الصيد لغو، ويكون ميتة، ويكون قد اصطاد من حيث لا يجوز له الاضطهاد، وقتل ما لا يجوز له قتله حال إحرامه، فتقديم الميتة أخف ضرراً كما أن حلّ أكل الميتة عند الضرورة منصوص عليه، وإباحة الصيد للمضطر مسألة مجتهد فيها، والعمل بالمنصوص عليه أولى⁽³⁾.
 ووجه تقديم صيد المحرم إذا وجد مذكياً على الميتة، أن الصيد حرمة عارضة للمحرم، والميتة حرمتها أصلية⁽⁴⁾.

ووجه تقديم صيد المحرم على الخنزير، أن حرمة صيد المحرم عرضية. وحرمة الخنزير ذاتية⁽⁵⁾.

ويقدم المضطر الحيوان المختلف فيه بين العلماء، على المتفق عليه، كالخيل تقدم على الحمير والبغال، لأن مشهور مذهب الشافعي حلّ أكل الخيل، فعلى مذهبه تعمل فيه الذكاة.

ويقدم طعام الغير إذا كان لغير مضطر، ولو بغصب، فيقدمه على الميتة ولحم الخنزير ولحم ما اختلف فيه. ومحلّ جواز الغصب، إذا لم يخف قطع اليد أو الضرب

(1) الإشراف 257/2 وأحكام ابن العربي 56/1 والبدیع ورقة 97.

(2) المتقى 140/3 وأحكام ابن العربي 58/1 والذخيرة 112/4.

(3) المتقى 140/3 وأضواء البيان 114/1.

(4) أحكام القرآن لابن العربي 58/1 والذخيرة 111/4 وأقرب المسالك 324/1.

(5) أقرب المسالك 324/1.

أو القتل، فإن خاف ذلك قدم الميتة أو لحم الخنزير.
 ووجه تقديم طعام الغير على الميتة ونحوها أن طعام الغير مباح في نفسه، والميتة ليست بمباحة في نفسها⁽¹⁾.
 وتقديم طعام الغير بشرطه المذكور على الميتة ونحوها مندوب، وأما عند الانفراد فيتعين ما يوجد.
 واعلم أن اشتراط عدم خوف القطع إنما هو إذا وجد الميتة ونحوها، وإلا أكل ولو خاف القطع، لأن حفظ النفس مقدم على خوف القطع أو الضرب.
 وإذا أكل المضطر بالوجه المذكور - من طعام الغير - فلا ضمان عليه إذا لم يكن معه ثمن، ووجه عدم الضمان أن صاحب المال كان واجباً عليه أن يدفع له ما يسد به رمقه، ومن فعل ما يجب عليه لم يرجع به على أحد، بدليل النفقة على الوالدين والزوجة، لا يرجع بها الولد على والديه ولا الزوج على زوجته، لوجوبها عليهما⁽²⁾.
 ويجوز للمضطر أن يقاتل على أخذ الطعام من صاحبه بل إذا خشي الهلاك ولم يجد غيره قاتل وجوباً، لأن حفظ النفوس واجب، لكن يقاتله بعد الإنذار، بأن يعلمه أنه مضطر، وإن لم يعطه قاتله. فإن قتل صاحب الطعام المضطراً فالقصاص، لكونه متعدياً. وإن قُتل صاحب الطعام فهدر لوجوب بذله للمضطر.

التداوي بالحرام:

لا يجوز التداوي بالخمير، ولو تعين التداوي بها. ودليل التحريم⁽³⁾:
 أ - عموم ظاهر الأمر باجتنابها يقتضي اجتناب الشرب وغيره.
 ب - عن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر، فنهاه، أو كرهه أن يصنعها. فقال: إنما أصنعها للدواء. فقال: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء»⁽⁴⁾.
 ج - عن أم سلمة قالت: نبذت نبيذاً في كوز، فدخل رسول الله ﷺ وهو يغلي، فقال: «ما هذا؟» قلت: اشتكت ابنة لي، فنتعت لها هذا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»⁽⁵⁾.
 ووجه الاستدلال بالحديث أن جعل هنا بمعنى المشروعية، ومنع المشروعية عند الضرورة يدل على عظم مفسدته، فيكون حراماً⁽⁶⁾.

(1) المنتقى 3 / 139.
 (2) الدخيرة 4 / 111 والبديع ورقة 9.
 (3) الإشراف 2 / 258 والبيان والتحصيل 18 / 429 وأحكام بن العربي 1 / 152 وبداية المجتهد 1 / 658 وأضواء البيان 1 / 116.
 (4) أخرجه مسلم في الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمير.
 (5) أخرجه البيهقي في الفسحانا، باب انتهى عن التداوي بالمسك.
 (6) الدخيرة 4 / 112.

وأما قوله تعالى: ﴿قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفِعٌ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: 219]، فإن المراد بالمنافع هي الربح في تجارتها⁽¹⁾.

وأما غير الخمر من النجاسات كالميتة ولحم الخنزير، ففي التداوي بها إذا تعينت، خلاف. والمنع شهره الباجي⁽²⁾، وصححه ابن العربي⁽³⁾، وجزم به ابن رشد الجذ⁽⁴⁾. ودليل عدم الجواز:

أ - أن حكم النجاسات هو حكم الخمر، وقد تقدم النص على تحريم التداوي بالخمر.

ب - أن البرء غير متيقن بالتداوي بها، فلم يجوز أن يستعمل المحظور فيه، والفرق بين التداوي والأكل أن الشبع متيقن بها، ولذلك جاز استعمالها⁽⁵⁾.

ومحل الخلاف في المذهب في حكم التداوي بالنجاسة، هو إذا استعملت في ظاهر البدن، في مثل جرح. وأما شربها فمحرم بلا خلاف⁽⁶⁾. كما أن محل القول بالمنع من التداوي بالنجاسة هو عند تعينها⁽⁷⁾، بعدم وجود غيرها، وأما إذا لم تتعين فلا خلاف في المنع.

وأما الحشائش فقد قال فيها ابن فرحون: الظاهر جواز أكل المرقد لأجل قطع عضو ونحوه، لأن المرقد ضرره مأمون، وضرر العضو غير مأمون⁽⁸⁾.

المضطر العاصي بسفره:

العاصي بسفره هو من سفره في ذاته معصية، كأن يكون محارباً أو قاطع رحم أو طالب إثم، وهو غير العاصي في سفره، بأن يكون سفره جائزاً لكنه قد يرتكب فيه معصية، كشرب خمر أو سرقة أو زنا.

وحكم العاصي بسفره أنه لا يجوز له عند الاضطرار الأكل من الميتة ونحوها. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ﴾.

ب - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾.

ووجه الاستدلال أنه تعالى اشترط لاستباحة المحرم لأجل الضرورة أن لا يكون المضطر متجانفاً لإثم، أي مائلاً إليه، وفسر المتجانف لإثم في الآيات الأخرى بالباغي

(1) أحكام ابن العربي 1/ 151.

(3) أحكام القرآن لابن العربي 1/ 59.

(5) المتقى 3/ 141.

(6) المتقى 3/ 141 وشرح ابن ناجي على الرسالة 2/ 410 وشرح زروق على الرسالة 2/ 410.

(7) حاشية الدسوقي 1/ 60. (8) حاشية الدسوقي 1/ 50.

(2) المتقى 3/ 141.

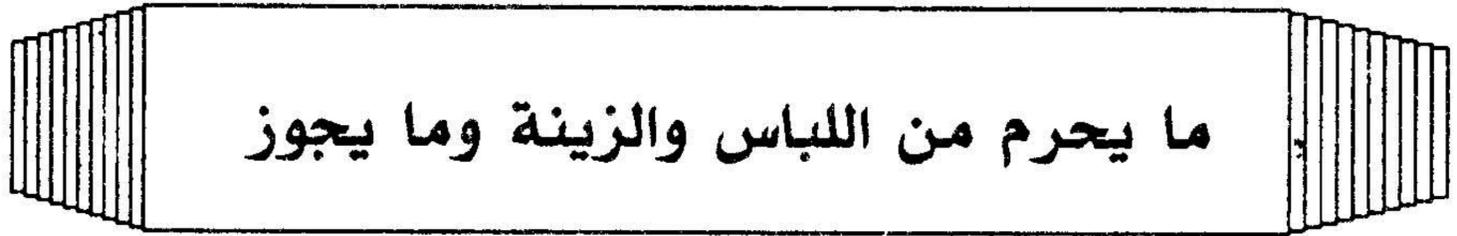
(4) المقدمات 3/ 466.

والعادي، والباغي هو الخارج عن إمام المسلمين، وكثيراً ما يطلق اسم البغي على ذلك، والعادي هو قاطع الطريق ومخيف المسلمين. ويلحق بذلك كل سفر في معصية الله تعالى، ولذلك فإن المسافر على وجه المحاربة وقطع الرحم، وطلب الإثم، باغ ومتعدّ، فلم يوجد فيه الشرط المطلوب⁽¹⁾.

وقد علّل المنع بأنّ رخص الشرع هي للتخفيف والإعانة على الأسفار المباحة، لحاجة الإنسان إليها، فلا تشمل العاصي بسفره، لأنّه لا يجوز أن يعان على ذلك. وإن أراد أن ينقذ نفسه من الهلاك بالأكل من الميتة فما عليه إلا أن يتوب⁽²⁾. بأن يقلع عمّا هو قاصد إليه ويستغفر الله تعالى.

(1) المتنفى 3/ 141 وأحكام ابن العربي 1/ 57 وبداية المجتهد 1/ 658 والذخيرة 4/ 110 والبديع ورقة 98 وأضواء البيان 1/ 105.

(2) المتنفى 3/ 141 وأحكام ابن العربي 1/ 58 والذخيرة 4/ 110 والبديع ورقة 98.



يحرم على الذكر المكلف، وهو المسلم البالغ العاقل، استعمال ما يلي:

الحرير:

يحرم الحرير الخالص لبساً وفرشاً وغطاء، وأما الخنز، وهو ما كان سداه من حرير ولحمته من قطن أو كتان، فقليل بحرمة، وقيل بجوازه، وقيل بكراهته، وهو الأرجح. قال الشيخ الصاوي: ولكن الورع تركه، لأنه من الشبهات، ومن ترك الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه. ودليل تحريم الحرير⁽¹⁾:

أ - عن حذيفة بن اليمان أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلبسوا الحرير، ولا الديباج ولا تشربوا في أنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا، ولنا في الآخرة»⁽²⁾.

والديباج، غليظ الحرير⁽³⁾.

ب - عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب رأى حلة سبيراء تباع عند باب المسجد. فقال: يا رسول الله، لو اشتريت هذه الحلة فلبستها يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك. فقال رسول الله ﷺ: «إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة». ثم جاء رسول الله ﷺ منها حلل. فأعطى عمر بن الخطاب منها حلة. فقال عمر: يا رسول الله، أگسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت؟ فقال رسول الله ﷺ: «لم اكسها لتلبسها» فكساها عمر أخاً له مشركاً بمكة⁽⁴⁾.

وقد صرح في روايات أخرى أن الحلة كانت من حرير⁽⁵⁾.

ج - عن علي بن أبي طالب قال: إن نبي الله ﷺ أخذ حريراً فجعله في يمينه،

(1) المتقى 7/ 222 و 229، والمقدمات 3/ 429.

(2) أخرجه البخاري في الأطعمة، باب الأكل في إناء مفضض، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب.

(3) إكمال الإكمال 5/ 375.

(4) أخرجه مالك في اللباس، باب ما جاء في لبس الثياب، والبخاري في الجمعة، باب يلبس أحسن ما يجد، ومسلم في اللباس، باب تحريم استعمال إناء الذهب.

(5) المتقى 7/ 229.

وأخذ ذهباً فجعله في شماله، ثم قال: «إن هذين حرام على ذكور أمّتي»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بالأحاديث أنها نصّ في التحريم والوعيد على لباس الحرير. ودليل تحريم ما يفرش⁽²⁾:

أ - عن حذيفة قال: نهانا النبي ﷺ أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه⁽³⁾.

ب - أن الجلوس على الحرير يطلق عليه لغة لباساً، بدليل قول أنس: فقامت إلى حصير لنا قد أسود من طول ما لبس فنضحته⁽⁴⁾. فسَمِيَ أنس الجلوس على الحصير لباساً له، فوجب أن يكون حكمه حكم اللباس.

ج - عن البراء بن عازب قال: نهانا رسول الله ﷺ عن خواتيم الذهب، وعن الشرب في الفضة، وعن المياثر، والقسي، وعن لبس الحرير والديباج والاستبرق⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّ المياثر هي ما يصنع من الديباج والأرجوان الأحمر تجعل وطاء على السروج يجلس عليها الراكب، وكانت من مراكب العجم، وقيل هي أغشية السروج من الحرير⁽⁶⁾.

د - أنّ الحرير إنّما حرّم من جهة التشبه بالكفار، فوجب أن يجتنب الجلوس عليه من جهة التشبه بهم. وذكر الأبهري أنّ العلة هي ما فيه من التشبه بالنساء⁽⁷⁾.

وما روي عن عبد الله مولى أسماء بنت أبي بكر، قال أخرجت أسماء إليّ جبة طيالية كسروانية لها لبنة ديباج. وفرجيتها مكفوفين بالديباج، فقالت: هذه كانت عند عائشة... وكان النبي ﷺ يلبسها فنحن ننسلها للمرضى يستشفى بها⁽⁸⁾.

فهذا يدلّ على جواز لباس الديباج - أي الحرير - وقد ضعفه الباجي لما يلي⁽⁹⁾:

أ - لأن عبد الله مولى أسماء غير معروف.

(1) أخرجه أبو داود في اللباس، باب في الحرير للنساء، والنسائي في الزينة، باب تحريم الذهب، وابن ماجه في اللباس، باب لبس الحرير والذهب.

(2) المنتقى 222 / 7 والمقدمات 431 / 3.

(3) أخرجه البخاري في اللباس، باب افتراش الحرير.

(4) أخرجه مالك في قصر الصلاة، باب جامع سبحة الضحى، والبخاري في الأذان، باب وضوء الصبيان، ومسلم في المساجد، باب جواز الجماعة في النافلة.

(5) أخرجه البخاري في الأشربة، باب آنية الفضة، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم الذهب على الرجال.

(6) إكمال الإكمال 375 / 5. (7) إكمال الإكمال 374 / 5.

(8) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم الذهب والحرير على الرجال.

(9) المنتقى 222 / 7.

ب - مثله لا يحتمل الانفراد بمثل هذا الحديث .

ج - لأن الحديث مخالف لأحاديث الأئمة .

ومع الصحة، فإنه يحتمل أن يكون الديباج صنع فيها بعد وفاة النبي ﷺ، واعترض على هذا التأويل بأن أسماء إنما احتجت بها من حيث إنه ﷺ كان يلبسها وهي كذلك. وقد قيل في تأويله أيضاً: إنه ﷺ لعله كان يلبسها في الحرب⁽¹⁾.

وأما لمس الحرير فجائز لما روى البراء بن عازب قال: أهدى إلى النبي ﷺ سرقه من حرير، فجعل الناس يتداولونها بينهم ويعجبون من حسنها ولينها. فقال رسول الله ﷺ: «أتعجبون منها؟» قالوا: نعم. قال: «والذي نفسي بيده لمناديل سعد في الجنة خير منها»⁽²⁾.

كما يجوز ملك الذكر للحرير وبيعه وشراؤه. ودليل ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ أتى بحلل سيرا، فبعث إلى عمر بحلة، وبعث إلى أسامة بن زيد بحلة. وأعطى علي بن أبي طالب حلة، وقال: «شققتها خُمرًا بين نساءك»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ قسم الحلل بين أصحابه وهو لا يجوز لهم لبسه، وذلك بدل على صحة تملك المسلم الذكر للحرير، لأن من المسلمين من ينتفع به كالنساء⁽⁴⁾. ودليل الكراهة في الخنز هو الجمع بين الأدلة المتكافئة في تحليله وتحريمه⁽⁵⁾. وأدلة التحريم هي أدلة تحريم الحرير الخالص. وأدلة إباحته⁽⁶⁾:

أ - ما روي عن عروة بن الزبير عن عائشة أنها كست عبد الله بن الزبير مطرف حر كانت عائشة تلبسه⁽⁷⁾.

ب - ما روي عن جماعة من الصحابة أنهم كانوا يلبسونه، كعثمان بن عفان، وسعيد بن زيد، وعبد الله بن عباس، وكان عبد الله بن عمر يكسو بنيه الخنز. وعلى هذا فإن وجه الكراهة الخروج من الخلاف واتقاء الشبهات⁽⁸⁾، وقيل وجه لكراهة هو السرف⁽⁹⁾.

ويجوز العلم من الحرير في أثناء الثوب، إذا كان أربعة أصابع متصلاً بالثوب

(1) إكمال الإكمال 378 / 5.

(2) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب يمين النبي ﷺ. ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل سعد بن معاذ.

(3) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم الذهب والحرير على الرجال.

(4) إكمال الإكمال 375 / 5. (5) المقدمات 432 / 3.

(6) المتقى 221 / 7 والمقدمات 432 / 3.

(7) أخرجه مالك في اللباس، باب ما جاء في لبس الخنز.

(8) المقدمات 432 / 3. (9) إكمال الإكمال 374 / 5.

كشريط الحكمة. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - عن أبي عثمان قال كتب إلينا عمر ونحن بأذربيجان، أن النبي ﷺ نهى عن لبس الحرير، إلا هكذا، وصفت لنا النبي ﷺ إصبعيه، ورفع زهير الوسطى والسبابة⁽²⁾.

ب - عن سويد بن غفلة أن عمر بن الخطاب خطب بالجابية فقال: نهى رسول الله ﷺ عن لبس الحرير، إلا موضع إصبعين أو ثلاث أو أربع⁽³⁾.

ويجوز القيطان والزرّ لثوب أو سبحة، ويجوز الخياطة به.

ويجوز استعمال ستارة من حرير، إذا لم يستند المكلف إليها، وكذلك الناموسية، والراية لخصوص الجهاد.

وأما لبس الحرير من أجل الحكمة فلم يقل به الإمام مالك ولم يرخص فيه، وجوّزه ابن حبيب، ودليله حديث أنس وقد ورد بعدة روايات منها:

أ - عن شعبة عن قتادة عن أنس قال: رخص النبي ﷺ للزبير وعبد الرحمان بن عوف في لبس الحرير لحكمة بهما⁽⁴⁾.

ب - عن همام عن قتادة أن أنساً أخبره أن عبد الرحمان بن عوف والزبير بن العوام شكوا إلى رسول الله ﷺ القمل فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما⁽⁵⁾.

ج - عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس أن رسول الله ﷺ رخص لعبد الرحمان بن عوف والزبير بن العوام في القمص الحرير في السفر من حكمة بهما أو وجع كان بهما⁽⁶⁾.

وقد ذكروا في وجه عدم ترخيص مالك فيه ما يلي⁽⁷⁾:

أ - إما أنه لم يبلغه الحديث.

ب - وإما أنه رجّح عليه حديث التحريم، لأنه لم يختلف رواه فيه، وحديث قتادة عن أنس اختلف الرواة فيه في علّة الإباحة، ففي رواية أنه ﷺ رخص فيه للحكمة، وفي أخرى أنه رخص فيه من أجل القمل، وفي الثالثة شك الراوي بين الحكمة أو الوجع. وفي رواية أن ذلك كان في غزاة، وفي أخرى أنه كان في سفر.

(1) المتفق 222 / 7 والبيان والتحصيل 310 / 18 والمقدمات 423 / 3 وإكمال الإكمال 379 / 5.

(2) أخرجه البخاري في اللباس، باب لبس الحرير، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم الذهب والحرير على الرجال.

(3) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم الذهب والحرير على الرجال.

(4) أخرجه البخاري في اللباس، باب ما يرخص للرجال من الحرير، ومسلم في اللباس والزينة، باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة.

(5) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة.

(6) أخرجه مسلم في الكتاب والباب المذكورين. (7) المتفق 223 / 7 والمقدمات 430 / 3.

وإلى قول ابن حبيب ذهب علماء المالكية من بعده، لأنَّ الضرورة تدعو إلى ذلك. وقد حكى القاضي عبد الوهاب أنه إن دعت الضرورة إلى لبس الحرير جاز.

المحلّي بأحد النقيدين:

يحرم على الذكر، المحلّي بأحد النقيدين، الذهب والفضة، نسجاً أو طرزاً أو زراً. وأولى في الحرمة الحلّي نفسه، كأساور وحزام، ولو آلة حرب كخنجر وسكين وحرية. ودليل تحريم الحلّي والمحلّي:

أ - عن عبد الله بن عمر أنّ رسول الله ﷺ كان يلبس خاتماً من ذهب، ثمّ قام رسول الله ﷺ فنبذه، وقال: «لا ألبسه أبداً» قال: فنبذ الناس بخواتيمهم⁽¹⁾.

وهو حديث يدلّ على نسخ ما كان عليه الأمر من جواز لبس الذهب للرجال، وذلك بتحريمه عليهم⁽²⁾.

ب - عن ابن عباس أنّ رسول الله ﷺ رأى خاتماً من ذهب في يد رجل، فنزعه فطرحه، وقال: «يعمد أحدكم إلى جمرة من نار فيجعلها في يده» فقيل للرجل بعدما ذهب النبي ﷺ: خذ خاتمك انتفع به. قال: لا والله لا آخذه أبداً وقد طرحه رسول الله ﷺ⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ التوعّد عليه بالنار يدلّ على التحريم⁽⁴⁾.

ج - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ نهى عن تختم الذهب⁽⁵⁾.

والنهى محمول على التحريم⁽⁶⁾.

د - الإجماع.

ويستثنى من الحرمة ما يلي:

1 - السيف: فإنه يجوز تحليته بأحد النقيدين سواء كانت التحلية في قبضته أو جفيره. ومحلّ الجواز، إذا كان اتخاذه لأجل الجهاد في سبيل الله. وأما حمله في بلاد الإسلام، فلا يجوز.

(1) أخرجه مالك في صفة النبي ﷺ، باب ما جاء في لبس الخاتم، والبخاري في اللباس، باب حدثنا عبد الله بن مسلمة.

(2) المنتقى 254/7 وإكمال الإكمال 387/5.

(3) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال.

(4) إكمال الإكمال 386/5.

(5) أخرجه مالك بلاغاً في اللباس، باب ما جاء في لبس الثياب المصبغة، والبخاري في اللباس، باب خواتيم الذهب، ومسلم في اللباس والزينة، باب في طرح خاتم الذهب.

(6) المنتقى 221/7.

2 - المصحف: فإنه يجوز تحليته بالذهب والفضة للتشريف، إلا أن كتابة أعشاره وأحزابه مكروهة، لأنها تشغل القارئ عن التدبر.

وأما كتب العلم والحديث، فلا يجوز تحليتها بهما. وأجاز البرزلي تحلية الدواة لكتابة المصحف وتحلية الإجازة.

3 - السنن: والمراد بالسنن الجنس الصادق بالواحد والمتعدد. ويشمل الضرس، فيجوز ربطه إذا تخلخل بشريط من الذهب أو الفضة. وكذا يجوز اتخاذ أنف إذا قطع، من الذهب أو الفضة.

4 - اتخاذ خاتم من فضة: فإنه يندب للذكر، وذلك بشروط:

الأول: أن يكون بقدر درهمين شرعيين فأقل لا أكثر⁽¹⁾.

الثاني: أن يكون متحداً غير متعدد، ولو كان المتعدد درهمين فأقل، فيحرم المتعدد.

الثالث: أن لا يكون فيه ذهب، بأن يكون بعضه ذهباً وبعضه فضة، إلا إذا قلّ الذهب عن الفضة، بأن كان الثلث فأقل، فلا يحرم، بل يكره، ولو تميّز عن الفضة، أو طلي خاتم الفضة بالذهب، فيما يظهر، لأنه تابع. ودليل جواز اتخاذ الرجل خاتماً من فضة⁽²⁾:

أ - عن ابن عمر قال: اتخذ النبي ﷺ خاتماً من ذهب ثم ألقاه، ثم اتخذ خاتماً من ورق، ونقش فيه «محمد رسول الله ﷺ» وقال: «لا ينقش أحد على نقش خاتمي هذا» وكان إذا لبسه جعل فضه ممّا يلي بطن كفه⁽³⁾.

والورق: الفضة.

وما روي عن ابن شهاب عن أنس بن مالك أنه رأى في يد رسول الله ﷺ خاتماً من ورق يوماً واحداً، ثم إن الناس اصطنعوا الخواتيم من ورق ولبسوها، فطرح رسول الله ﷺ خاتمه فطرح الناس خواتيمهم⁽⁴⁾.

وهو يدلّ على النهي عن خاتم الفضة أيضاً على الذكر. فإن العلماء قالوا في هذه الرواية بأنها غلط من ابن شهاب، والمحفوظ عن أنس من طريق أصحابه، ثابت وقتادة وعبد العزيز بن صهيب، أنه ﷺ لم يلبس خاتم الفضة. على أن ابن شهاب روى عنه

(1) انظر مقدار الدرهم وزناً في باب الزكاة. (2) إكمال الإكمال 387/5.

(3) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال. وقريب منه ما أخرجه البخاري في اللباس، باب خاتم الفضة.

(4) أخرجه البخاري في اللباس، باب خواتيم الذهب، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب.

زياد بن سعد رواية موافقة عن أنس لرواية أنه ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب ثم نبذه⁽¹⁾.
وقيل في الجمع بين الروایتين عن أنس من رواية ابن شهاب ورواية غيره، أنّ النبي ﷺ لما أراد تحريم خاتم الذهب، اتخذ خاتماً من فضة. فلما لبسه أراه الناس في ذلك اليوم ليعلمهم إباحته، ثم طرح خاتم الذهب واتخذ خاتم الفضة، وأعلمهم بتحريمه، فطرح الناس خواتيمهم، يعني من الذهب⁽²⁾.
وما روي عن أبي ریحانة أنّ النبي ﷺ نهى عن عشر. منها: لبوس الخاتم إلاّ لذي سلطان⁽³⁾.

فقد ضعفه الباجي⁽⁴⁾ وأوله ابن رشد الجد⁽⁵⁾، مع احتمال صحته، بأنه لا يجب، أو لا يستحب إلاّ لذي سلطان.

ما يندب في الخاتم.

- يندب وضع الخاتم باليد اليسرى، وقد علل ذلك بما يلي⁽⁶⁾:

أ - أنه آخر فعله ﷺ.

ب - للتيامن في تناوله، بأن يأخذه باليمين ويضعه في الشمال.

ج - أنه أبعد لقصد التزين.

وهل يحوّل عند الاستنجاء؟، فقد روي عن مالك أنه قال: لا بأس بذلك وأرجو أن يكون خفيفاً⁽⁷⁾. وحديث أنس قال: كان رسول الله ﷺ إذا دخل الخلاء وضع خاتمه⁽⁸⁾: قال فيه أبو داود: هذا حديث منكر. إلاّ أن ابن رشد الجد ذكر أنّ خلعه عند الاستنجاء مستحب لمن تختم في شماله إذا كان فيه اسم الله تعالى⁽⁹⁾.
- يندب جعل فضه للكفّ، لأنه أبعد للعجب، ولفعله ﷺ⁽¹⁰⁾.

ما يجوز في الخاتم:

- يجوز نقش الخواتيم، ونقش أسماء أصحابها، وأسماء الله تعالى فيها. ودليل الجواز⁽¹¹⁾ فعله ﷺ وقد تقدم في حديث أنس، وكان نقش خاتمه ﷺ «محمد رسول الله» في

(1) المنتقى 254 / 7 والمقدمات 230 / 3 وإكمال الإكمال 388 / 5.

(2) إكمال الإكمال 388 / 5.

(3) أخرجه أبو داود في اللباس، باب من كره لبس الحرير، والنسائي في الزينة، باب التف.

(4) المنتقى 254 / 7 (5) المقدمات 230 / 3.

(6) حاشية الدسوقي 63 / 1 وحاشية الصاوي 25 / 1.

(7) المنتقى 254 / 7.

(8) أخرجه الترمذي في اللباس، باب ما جاء في لبس الخاتم والنسائي، باب نزع الخاتم عند دخول الخلاء.

(9) المقدمات 430 / 3 (10) إكمال الإكمال 388 / 5.

(11) إكمال الإكمال 387 / 5.

ثلاثة أسطر. وكان نقش خاتم الإمام مالك رحمه الله تعالى «حسبي الله ونعم الوكيل»⁽¹⁾.
- يجوز التختم بالجلد والخشب والعقيق.

ما يكره في الخاتم:

- يكره التختم بالحديد والنحاس ونحوهما. والدليل⁽²⁾ ما روي عن بريدة أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وعليه خاتم من شبه [نحاس] فقال له: «مالي أجد منك ريح الأصنام؟ فطرحة، ثم جاءه وعليه خاتم من حديد، فقال: «مالي أرى عليك حلية أهل النار؟ فطرحة، فقال: يا رسول الله من أي شيء أتخذه؟ قال: «أتخذه من ورق ولا تتمه مثقالاً»⁽³⁾.

ما يجوز للمرأة:

يجوز للمرأة استعمال الملبوس من الحرير والذهب والفضة، وما كان محلى بالذهب والفضة، ولو نعلًا أو قباقبًا، لأنه من الملبوس.
ويلحق بالملبوس ما شابهه من فرش ومساند وأزرار وما يعلق بالشعر.
ويجوز لها اتخاذ شريط السرير من الحرير، لأنه يتوسع في الحرير أكثر من النقدين. ودليل الجواز⁽⁴⁾:

أ - حديث الحلل المتقدم. وفيه قوله ﷺ لعلي: «شققتها خمراً بين نسائك».
ب - عن أبي موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ قال: «حرّم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتي، وأحلّ لإناثهم»⁽⁵⁾.

ما لا يجوز للمرأة:

لا يجوز لها من النقدين ما لم يكن ملبوساً، ولا ملحقاً بالملبوس، وذلك كالمرود والسرير والأواني والمشط والمكحلة والمدية.
وكذا لا يجوز تحلية ما ذكر بالذهب أو الفضة، ولا تحلية سيفها به، إن كان لها سيف، ولو كانت تقاتل به.
والحاصل أن كلّ ما كان خارجاً عن جسدها لا يجوز لها اتخاذه من أحد النقدين، ولا من المحلى به. وإنما حرّم عليها تحلية السيف لأنه من زينة الرجال

(2) المقدمات 3/ 430.

(1) المنتقى 7/ 254.

(3) أخرجه أبو داود في الخاتم، باب ما جاء في خاتم الحديد، والترمذي في اللباس، باب في الخاتم الحديد، والنسائي في الزينة، باب مقدار ما يجعل في الخاتم من الفضة.

(4) إكمال الإكمال 5/ 375.

(5) أخرجه الترمذي في اللباس، باب ما جاء في الحرير والذهب.

حكم الصبي:

يجوز للصبي أن يلبسه وليه الفضة، ويكره له الحرير والذهب.

ما يحرم على الرجل والمرأة:

يحرم على المكلف مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى، اتخاذ أواني من ذهب أو فضة، ولو لم يستعملها بالفعل. فلا يجوز اتخاذها للإدخار أو لعاقبة الدهر أو للكراء.

وهذا الحكم يشمل الصبيان، والنهي يتعلق بالأولياء. وكذا لا يجوز التزين بها على الرفوف ونحوها. ودليل تحريم استعمالها:

أ - عن أم سلمة زوج النبي ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: «الذي يشرب في آنية الفضة، إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»⁽¹⁾.

ب - عن حذيفة بن اليمان أنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحرير، ولا الديباج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا، ولنا في الآخرة»⁽²⁾.

ج - عن أم سلمة، قال رسول الله ﷺ: «من شرب في إناء من ذهب أو فضة، فإنما يجرجر في بطنه ناراً من جهنم»⁽³⁾.

د - الإجماع.

والأحاديث تقتضي التحريم، لأن النهي فيها اقترن به الوعيد⁽⁴⁾. وعلّة تحريم اتخاذها واستعمالها، ما في ذلك من السرف والتشبه بالأعاجم والأكاسرة المتجبرين المتكبرين⁽⁵⁾. وذكر القاضي عياض في علّة التحريم: أن الصحيح أن تحريم آنيتهما لعينهما، أو لأنهما قيم المتلفات وأرث الجنائيات، فإذا اتخذت منهما الأواني قلت بين أيدي الناس كعلّة منع الربا فيهما⁽⁶⁾.

ودليل تحريم اتخاذها⁽⁷⁾:

أ - الإجماع.

(1) أخرجه مالك في صفة النبي ﷺ، باب النهي عن الشراب من آنية الفضة، والبخاري في الأشربة، باب آنية الفضة، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم استعمال أواني الذهب.

(2) أخرجه البخاري في الأطعمة، باب الأكل في إناء مفضض 126، ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب.

(3) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب تحريم استعمال أواني الذهب.

(4) المنتقى 236/7 والمقدمات 454/3 والقبس 1113/3 وإكمال الإكمال 367/5.

(5) نفس المصادر. (6) إكمال الإكمال 367/5.

(7) القبس 1104/3 وإكمال الإكمال 367/5 وأقرب المسالك 25/1.

ب - سدّ الذرائع، لأن اتخاذها ذريعة لاستعمالها. ومن المعلوم أنّ سدّ الذرائع واجب عند الإمام مالك.

ج - أنّ النهي عن الأكل والشرب لم يكن لذات الأكل والشرب، وإنما كان لينبه بذلك على تحريم استعمالهما في كلّ شيء، وخصّ الأكل والشرب لأنه الغالب.

ويحرم الاستئجار على صياغة الأواني من الذهب والفضة، ولا ضمان على من كسرها، وأتلف تلك الصياغة. وهذا مبني على القول بتحريم شرائها⁽¹⁾.

وهذا في الأواني المتخذة من الذهب والفضة، وأمّا الحلبي فجائز للرجل أن يتخذه لعاقبة الدهر. وهو ظاهر، إذ الحلبي يجوز للنساء استعماله. والأواني لا يجوز استعمالها للرجال والنساء.

واقْتناء الإناء المتخذ من الذهب والفضة، إذا كان لأجل كسره أو لفك أسير به، فجائز.

ويحرم اتخاذ الإناء من الذهب والفضة، ولو غشي ظاهره بنحاس، أو رصاص أو قزدير، نظراً لباطنه؛ وهذا بناء على تعليل تحريم أواني الذهب والفضة بحرمة عينها⁽²⁾.

كما يحرم على المكلف ذكراً أو أنثى، أن يضيب إناء الخشب أو الفخار بأحد النقدين، والتضيب ربط كسره أو شقه بهما. وما روي عن عاصم الأحول قال: رأيت قدح النبي ﷺ عند أنس بن مالك، وكان قد انصدع فسلسله بفضة. قال أنس: لقد سقيت فيه النبي ﷺ أكثر من كذا وكذا. وقال ابن سيرين: كان فيه حلقة من حديد فأراد أنس أن يجعل مكانها حلقة من ذهب أو فضة، فقال له أبو طلحة: لا تغير شيئاً صنعه رسول الله ﷺ، فتركه.

قال فيه الإمام الباقي: لا حجة فيه، لأنه يحتمل أن يكون أنس سلسله بفضة بعد زمان رسول الله ﷺ ووفاة أبي طلحة الذي منعه من ذلك⁽³⁾.

وأما إذا كان الإناء من نحاس أو حديد كالقدور والصحون والمباخر والقماقم، وموهت - أي طليت - بأحد النقدين، وكذا الركاب يطلى بأحدهما، ففي ذلك قولان في المذهب، بالجواز والمنع. واستظهر بعضهم القول بالجواز، وهو المرجح نظراً لباطنه، والطلبي تبع. والقول بالمنع مبني على التعليل بحرمة العين⁽⁴⁾.

ولا يحرم اتخاذ الجواهر كالياقوت والزبرجد واللؤلؤ والبلّور. ولا استعمال أوانيه، وهو المرجح. ولا يلزم من نفاسته حرمة استعماله، لأنّ علّة حرمة النقدين تضيق المعاملة على العباد، فلا يقاس عليهما الجواهر⁽⁵⁾.

(1) إتعال الإكمال 368 / 5.

(2) إكمال الإكمال 368 / 5.

(3) تمتقى 236 / 7.

(4) إكمال الإكمال 368 / 5.

(5) حاشية الصاوي 25 / 1.



تعريف اليمين:

اليمين في العرف الحلف، واليمين والحلف والإيلاء والقسم، ألفاظ مترادفة. وهي مؤنثة. وتجمع على أيمان، وعلى أيمن. وهي في اللغة مأخوذة من اليمين الذي هو العضو. لأنهم كانوا إذا تحالفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه، فسُمي الحلف يميناً لذلك. وقيل اليمين: القوة، ويسمى العضو يميناً لوفور قوته على اليسار، ولما كان الحلف يقوي الخبر على الوجود أو العدم سُمي يميناً. فعلى هذا التفسير تكون الإلتزامات كالطلاق والعتاق وغيرها داخلة في اليمين.

أقسام اليمين:

اليمين قسمان: تعليق قرية أو فك عصمة، والقسم.

القسم الأول: تعليق قرية أو فك عصمة

التعريف: هو تعليق مسلم مكلف قرية أو حلّ عصمة، ولو حكماً، على أمر أو نفيه، ولو معصية، قصد بتعليقه الامتناع منه، أو الحضّ عليه، أو قصد تحقيقه.

شرح التعريف:

- قوله: «تعليق مسلم»، يخرج به الكافر ولو كتابياً، فلا يعتبر تعليقه، ولا يلزمه شيء إن حنث، ولو أسلم بعد التعليق. ووجه ذلك أنّ من شروط صحة الإلتزامات الإسلام، ولو أنّ الكافر مخاطب بفروع الشريعة.

- قوله: «مكلف»، يخرج به الصبي والمجنون والمكروه. ولا يلزمهم شيء بالتعليق، ولو بلغ الصبي أو أفاق المجنون أو زال الإكراه قبل حصول المعلق عليه، لأنّ من شروط صحة الإلتزام التكليف.

- قوله: «قرية»، أي أن يعلّق المسلم المكلف قرية كصلاة أو صيام أو مشي لمكة.

- قوله: «أو حلّ عصمة»، أي أو أن يعلّق طلاق زوجته.

- قوله: «ولو حكماً»، أي سواء كان تعليق القرية أو الطلاق حقيقة وتصريحاً، أو

حكماً وبالقوة.

ومثال تعليق القرية أو فك العصمة حقيقة، قول الرجل: إن دخلت الدار فعليّ صيام كذا، أو فزوجته طالق. وهذا المثال في صيغة البرّ. أو قول الرجل: إن لم أدخل الدار فعليّ صيام كذا، أو فزوجته طالق. وهذا المثال في صيغة الحنث.

ومثال تعليق القرية أو فك العصمة حكماً، قول الرجل: عليّ صيام كذا، أو عليّ الطلاق، لا أدخل الدار، فإنه في قوة: إن دخلتها فعليّ صيام كذا، أو فزوجته طالق. وهذا المثال في صيغة البرّ. أو قول الرجل: عليّ صيام كذا، أو عليّ الطلاق لأدخلن الدار. فإنه في قوة قوله: إن لم أدخل الدار فعليّ صيام كذا، أو فعليّ الطلاق. وهذا المثال في صيغة الحنث.

- قوله: «قصد الامتناع منه أو الحثّ عليه» أي قصد المعلق بتعليقه المذكور الامتناع من فعل المعلق عليه في صيغة البرّ. مثل قول الرجل: إن دخلت الدار يلزمني الطلاق. قصده به الامتناع من دخولها.

أو قصد بتعليقه الحثّ على الأمر المنفي في صيغة الحنث. مثل قول الرجل: إن لم أدخلها فزوجته طالق. قصده بذلك الدخول والحثّ عليه. فإذا لم يدخل لزمه الطلاق.

ويخرج بجملة التعريف النذر. مثل: إن شفى الله مريض فعليّ صدقة كذا. فهذا ليس بيمين باتفاق، لعدم قصد الامتناع من شيء ولا طلب لفعله.

- قوله: «أو قصد تحقيقه»، أي قصد تحقق ذلك الأمر وحصوله وثبوت ما نسب لذلك الأمر من الوجود أو العدم. سواء كان ذلك الأمر جائزاً أو محرماً شرعاً، أو واجباً شرعاً أو عادة أو عقلاً، أو كان مستحيلاً.

ومثال ذلك قول الرجل: عليه الطلاق لقد قام زيد، أو إنه لم يقم، فليس هنا قصد امتناع من شيء، ولا حثّ على فعله، وإنما مراده تحقق قيامه أو عدمه. ومعنى التحقق التقوية والتأكيد. ولذلك يقولون إن اليمين من جملة المؤكّدات.

ملاحظتان:

1 - أفهم قول التعريف: «قرية أو حلّ عصمة» أنه لو علق امرأً جائزاً غير حلّ العصمة، أو علق معصية على أمر، فإنه لا يلزمه شيء، نحو: إن دخلت الدار فعليّ، أو فيلزمني المشي في السوق، أو إلى بلد كذا، أو شرب الخمر، لم يلزمه شيء، بل يحرم عليه المعصية كسرب الخمر.

2 - وأشعر قوله: «قرية» أنها قرية غير متعيّنة. فإن كانت متعيّنة فهي لازمة أصالة، كصلاة الظهر؛ لأن التزام المتعيّن من تحصيل الحاصل. وحقيقة اليمين هو تحقيق ما لم يجب؛ فالواجب الشرعي والعقلي والعادي لا يتأتى تجديده تحصيله لحصوله؛ بخلاف

غير المتعین من تطوع أو فرض كفاية، فإنه يلزم الحالف إن فعل المحلوف عليه.
أمثلة على ما تقدم.

- قول الرجل: إن فعلت كذا فعليّ صوم شهر، أو فأنت طالق. وهذا المثال في صيغة البرّ، لأنه على برّ حتى يقع المحلوف عليه. والتاء من «فعلت» تكون مضمومة إن كانت للمتكلم، ومفتوحة إن كانت للمخاطب، ومكسورة إن كانت للمخاطبة. فلا فرق بين التعليق على فعله أو فعل الغير، ذكراً أو أنثى.

- قول الرجل: إن لم أفعل، أو إن لم تفعلني. أو إن لم تفعل، كذا، كلبس ثوب، فعليّ صوم كذا، والصوم قرية. أو فأنت يا زوجتي طالق، والطلاق حلّ عصمة النكاح. وهذا المثال في صيغة الحنث، لأنه قد تعلق به الحنث، ولا يبرّ إلا بفعل المحلوف عليه.

والتعليق في قسمي البرّ والحنث، في المثالين المتقدمين صريح.

- قول الرجل: عليّ المشي إلى مكة أو عليّ الصدقة بدينار، أو عليّ الطلاق، لأدخلنّ الدار، أو لتدخلنّها، أو يلزمني المشي إلى مكة، أو يلزمني التصدق بدينار، أو يلزمني الطلاق، لأفعلنّ كذا أو لتفعلنّ كذا.

والتعليق في هذا المثال حكمي، في قوة: إن لم أفعل كذا، أو إن لم تفعل أو نفعلني كذا. فعليّ، أو فيلزميني ما ذكر، أي من المشي إلى مكة أو التصدق بدينار أو الطلاق.

والمثال في صيغة الحنث، المقصود منها فعل الشيء، وهو على حنث حتى يفعل المحلوف عليه.

- قول الرجل: يلزمني التصدق أو الطلاق، أو عليّ التصدق أو الطلاق، لا أفعل كذا، أو لا تفعلني كذا؛ بإدخال حروف النفي على الفعل. وهذا التعليق حكمي أيضاً في قوة: إن فعلته أو فعلته، فالطلاق أو التصدق يلزمني.

والمثال في صيغة البرّ المقصود منها عدم فعل الشيء، وهو على برّ حتى يقع المحلوف عليه.

والأمثلة الأربعة المتقدمة تتعلق بقصد الامتناع من الفعل المعلق أو الحثّ عليه، في صيغتي الصريح والضمني. وكلّ منهما في صيغتي البرّ والحنث. وفيما يلي أمثلة تتعلق بقصد تحقق حصول الأمر:

- قول الرجل: عليّ الطلاق أو التصدق، أو يلزمني الطلاق أو التصدق لقد قام بد، أو لزيد في الدار.

والتعليق في هذا المثال ضمني في صيغة الحنث قصد به تحقق القيام والكون في الدار. وهو في قوة قوله: إن لم يكن قام زيد، أو إن لم يكن في الدار أحد، فيلزميني

الطلاق أو التصدق أو عليّ الطلاق أو التصدق.

- قول الرجل: عليّ الطلاق أو التصدق أو يلزمني الطلاق أو التصدق، لم يقم زيد أو ليس في الدار أحد.

والتعليق في هذا المثال ضمنى أيضاً في صيغة البرّ قصد به عدم القيام، أو عدم كون أحد في الدار. وهو في قوة قوله: إن كان زيد قام أو إن كان في الدار أحد فيلزميني الطلاق أو التصدق أو عليّ الطلاق أو التصدق.

خلاصة:

القسم الأول من اليمين يشتمل على ست عشرة صورة وهي: أنّ المعلق إمّا أن يكون التزام قربة أو حلّ عصمة، وفي كلّ إمّا أن يكون صريحاً أو ضمناً، وفي كلّ إمّا أن يكون المعلق عليه قصد امتناع منه أو حتّ عليه. فهذه ثمان صور.

والصور الثمانية الباقية تتمثل في أنّ المعلق إمّا التزام قربة أو حلّ عصمة، وفي كلّ إمّا أن يكون صريحاً أو ضمناً، وفي كلّ إمّا أن يكون المعلق عليه قصد تحقّقه إثباتاً أو نفيّاً.

وهذا القسم من اليمين لا تفيد فيه كفارة ولا إنشاء. أمّا عدم كونه إنشاء، فلكونه تعليقاً، والتعليق غير الإنشاء. وأمّا عدم الكفارة، فلأنه ليس ممّا يكفر. بل إمّا لزوم المعلق أو عدمه.

دليل ما تقدم:

إنّ دليل لزوم ما يلتزمه الإنسان من طلاق أو قربة. هو أنّ الشرع أوجب على المسلم الوفاء بما يلتزمه، والالتزامات هي من جنس النذر. والأصل في الوجوب:

- قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَزْوَاجًا بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

ويدخل في العقود، عقد اليمين وعقد النذر وسائر العقود اللازمة⁽¹⁾.

وإنّما سمّيت الالتزامات أيماناً، عند المالكية، إمّا على طريق التجوّز والتوسّع، لا بحسب الدلالة اللغوية - كما ذكر ذلك ابن رشد الحفيد - لأنّ الأيمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة، وتقع بما هو معظم، وليست صيغة الشرط والإلزام هي صيغة اليمين⁽²⁾.

وإنّما لأنه يتأتى فيها البرّ والحنث، إلّا أنّه لا كفارة فيها - كما ذكر ذلك صاحب البديع - لأنّها ليست من الأيمان الشرعية، خاصّة اليمين بالطلاق، لما روي: «الطلاق

(1) بداية المجتهد 1/ 564.

(2) شرح ابن عبد السلام 2/ 150 وبداية المجتهد 1/ 565 والذخيرة 4/ 10.

والعتاق أيمان الفساق»⁽¹⁾. فلا لغو في شيء من ذلك⁽²⁾.

وقد ذكر ابن رشد الحفيد وجهاً ثالثاً في تسمية المالكية ما خرج مخرج الشرط أو مخرج الإلزام دون شرط ولا يمين، يميناً، أنه قد يكون تسمية بالعرف الشرعي لا اللغوي، ويدل على ذلك:

- قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحْلَةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: 2]. وذلك حين حرّم النبي ﷺ على نفسه أمته مارية أو العسل - على اختلاف الروايات - ووجه الاستدلال أنه تعالى سمى ما التزمه النبي ﷺ. على نفسه يميناً⁽³⁾. لكن هذا الوجه لا يتوافق مع رأي المالكية، لأنهم يقولون إن النبي ﷺ لم يلتزم التحريم فقط، وإنما قدم ذلك باليمين بالله تعالى. وسيأتي الاستدلال على ذلك في «يمين تحريم الحلال». ولعل استدلال ابن العربي يكون أوفق حين دلت بقوله ﷺ «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»⁽⁴⁾، وقال: فسّمى الحالف بغير الله حالفاً⁽⁵⁾.

(1) هذا الحديث استدّل به المالكية ولم أقف عليه بهذا اللفظ. وإنما بلفظ: «الطلاق يمين الفساق» وهذا أيضاً قال فيه البخاري: لم أقف عليه، وأظنه مدرجاً. (الأسرار المرفوعة للملاّ علي القاري ص 240).

(2) البديع على التفرّيع ورقة 91.

(3) بداية المجتهد 1/ 565.

(4) سيأتي تخريجه.

(5) أحكام ابن العربي 2/ 643.

القسم الثاني من اليمين: القسم

القسم لغة: الحلف.

واصطلاحاً: قسم على أمر، إثباتاً بقصد الحث على الفعل، أو نفيًا، بقصد الامتناع من الشيء، أو على تحقق وقوع شيء أو عدمه. بذكر اسم الله تعالى أو صفته، وهي التي تكفر.

شرح التعريف:

1 - قوله: «على أمر»، هذا يصدق بالواجب العقلي والعادي، ولكن بقوله في آخر التعريف «وهي التي تكفر» يخرج الواجب العقلي والعادي. ويدخل الممكن عادة، ولو كان واجباً شرعاً أو ممتنعاً شرعاً. ومثال الممكن عادة: «والله لأدخلن الدار، أو لا أدخلها». ومثال الواجب شرعاً: «والله لأصليّن الصبح، أو لا أشرب الخمر». ومثال الممتنع شرعاً: «والله لا أصلي الصبح، أو لأشربن الخمر».

ويدخل الممكن عقلاً، ولو امتنع عادة، نحو: والله لأصعدن السماء. ويحتمل في هذا بمجرد اليمين، إذ لا يتصور هنا إلا العزم على الضد، لعدم قدرته على الفعل. ويدخل الممتنع عقلاً، نحو: والله لأجمعن بين الضدين، كالماء والنار، ولأقتلن زيداً الميت، بمعنى إزهاق روحه. ويحتمل في هذا أيضاً بمجرد اليمين، لما مرّ. فالمتنع عقلاً أو عادة، إنما يأتي فيه صيغة الحث كما مثلنا.

وأما صيغة البرّ، نحو: والله لا أشرب البحر، ولا أصعد السماء، ولا أجمع بين الضدين، فهو على برّ دائماً، ضرورة أنه لا يمكن الفعل.

ومثال خروج الواجب العادي والعقلي من التعريف، كما ذكرنا أولاً: طلوع الشمس من المشرق وتحيز الجسم، فإنه لو قال: والله إن الشمس تطلع من المشرق، والجسم متحيز، فهو صادق. وإن قال: والله إن الشمس لا تطلع من المشرق، والجسم غير متحيز، فهي يمين غموس. وإنما خرج هذان القسمان لأن الكلام في اليمين التي تكفر.

2 - قوله: «إثباتاً بقصد الحث على الفعل»، نحو: والله لأضربن أو لتضربن زيداً.

3 - قوله: «أو نفيًا بقصد الامتناع من الشيء»، نحو: والله لا أضرب، أو لا

تضرب زيداً.

- 4 - قوله: «أو تحقق وقوع شيء أو عدمه»، نحو: والله لقد قام زيد، أو لم يتم.
 5 - قوله: «بذكر اسم الله أو صفته»، أي قسم بذكر اسم الله تعالى أو بصفة من صفاته. وسيأتي تفصيل القول في هذا بعد إتمام شرح التعريف.
 6 - قوله: «وهي التي تكفر»، أي إذا حنث، فيما إذا كانت الصيغة صيغة برّ، أو قصد الحنث إذا كانت الصيغة صيغة حنث.

واليمين التي تكفر هي اليمين المنعقدة، والتي لا تكفر هي غير المنعقدة، وهي يمين الغموس، ويمين اللغو، وسيأتي الحديث عنهما.

القسم باسم الله تعالى أو بصفة من صفاته:

ينعقد اليمين بالحلف بذكر اسم من أسماء الله تعالى. والمراد بالاسم ما يدلّ على الذات العلية. سواء دلّ عليها وحدها، كاسم الجلالة «والله» أو مع صفة كـ «والخالق»، «والقادر»، «والرازق»، «والرحمان»، «وربّ الكعبة»، «ورب العالمين». كما ينعقد اليمين بذكر صفة من صفات الله تعالى. ويشمل كلّ صفة من صفاته المعاني الذاتية - أي القائمة بالذات -: «وعلم الله»، «وقدرة الله»، «وإرادة الله». ويشمل كلّ صفاته تعالى المعنوية، وهي كونه قادراً ومريداً. إلى آخرها. ويشمل كلّ صفاته السلبية: «وقدم الله»، «وبقاء الله» «ووحدانية الله»، وباقي صفات السلوب، ولو بمخالفته تعالى للحوادث، لا مخالفة الحوادث له وإن تلازما. ويشمل صفته تعالى النفسية، وهي الوجود: «وجود الله» بخلاف الاسم الدال عليه.

ويشمل كلّ اسم دالّ على صفة فعل كـ: «والخالق»، «والقادر»، «والعزيز»، «والرازق» أما الصفات الفعلية التي هي تعلق القدرة بالمقدورات، كالخلق والرزق والإحياء والإماتة، فلا ينعقد بها اليمين، لأنها أمور اعتبارية تتجدد بتجدد المقدور، وهذا على مذهب الأشاعرة، لأنهم يقولون إنّ صفات الأفعال حادثة من أجل تجددّها، وكلّ متجدد حادث. وأمّا على مذهب الماتريدية فينعقد بها اليمين، لأنها قديمة عندهم، ويسمونها بالتكوين، فهو معنى قائم بذاته - وسبحان من لا يعلم قدره غيره ولا يبلغ الواصفون وصفه -.

ويشمل الصفات الجامعة للصفات السلبية والرجودية، ومنها:

أ - «وأيمن الله» من اليمن، أي بركته، وقد تحذف النون، فيقال: «وأيم الله»، وقد تحذف الألف والياء، فيقال: «وم الله»، وكلها لغات للعرب في القسم⁽¹⁾. وهي

(1) البيان والتحصيل 3/ 174 وتقييد التهذيب م 2 ورقة 32.

قسم مطلقاً، سواء ذكر معها حرف القسم، وهو الواو، أم لا. والمراد بالبركة المعنى القديم المقتضي لتعظيم الموصوف، كأوصافه تعالى الثبوتية أو السلبية. فإن أراد الحالف به المعنى الحادث كنمو الرزق واتساعه لم يكن يمينا، وإن لم يرد واحداً منهما، ففي كلام الإمام الأبي ما يفيد انعقاد اليمين، حملاً على المعنى القديم.

ب - «وحق الله»، ومرجعه للعظمة الراجعة للألوهية، أي كونه تعالى مستحقاً لها، فإن قصد الحالف به الحق الذي على العباد من التكاليف والعبادة، فليست بيمين شرعاً، وأما إن لم يقصد شيئاً فيحمل على المعنى القديم الأزلي، وينعقد به اليمين. وهو في جواز إثبات الواو وحذفها مثل «وأيمن الله».

ج - «وعظمة الله»، «وجلال الله»، «وكبرياء الله».

د - «وجمال الله»، ومرجعه للتقديس عن النقائص من صفات المخلوقات.

ودليل جواز الحلف بصفات الله القديمة⁽¹⁾: ما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «بينما أيوب يغتسل عرياناً فخرّ عليه جراد من ذهب فجعل أيوب يحثي في ثوبه، فناداه ربه: يا أيوب، ألم أكن أغنيك عما ترى؟ قال: بلى وعزتك، ولكن لا غنى بي عن بركتك»⁽²⁾.

ومما ينعقد به اليمين أيضاً مما يتعلق بصفات الله تعالى ما يلي:

- ينعقد اليمين بـ «والقرآن»، «والمصحف»، لأنه كلام الله القديم، وهو صفة من صفات ذاته⁽³⁾. وهذا ما لم يرد الحالف بالحروف والورق. وإن قصد المعنى القديم أو لم يقصد شيئاً فإن اليمين ينعقد.

ووجه انعقاد اليمين إذا لم يرد الحالف شيئاً، أن كلاً من القديم والحادث الذي هو الحروف، يسمّى قرآناً وكلام الله على التحقيق، فيحمل على المعنى القديم. وقال ابن رشد الجد؛ لأن القرآن اسم شرعي لكلام الله القديم يقع عليه حقيقة، ولا يقع على ما سواه إلا مجازاً، والعدول بالكلام عن الحقيقة إلى المجاز لا يجوز إلا بدليل⁽⁴⁾.

وأما وجه انعقاد اليمين بالمصحف، أن المفهوم من إطلاق ذلك هو المعنى القديم لأن الحلف بالحروف والورق لا يجوز، وحمل يمين الحالف على ما يجوز له الحلف به أولى من حملها على ما لا يجوز له الحلف به⁽⁵⁾.

- وينعقد اليمين بـ «وآية الكرسي» ومثل ذلك كل كلمة من القرآن.

(1) الذخيرة 6/4.

(2) أخرجه البخاري في الغسل، باب من اغتسل عرياناً وحده.

(3) المنتقى 245/3 والبيان والتحصيل 177/3.

(4) البيان والتحصيل 177/3.

(5) الإشراف 230/2 والبيان والتحصيل 177/3.

- وينعقد بالحلف بالتوراة والإنجيل والزيور، لأنها ترجع إلى كلامه تعالى، الذي هو صفة ذاته تعالى. وهذا ما لم يقصد الحالف المعنى الحادث كما تقدم.

- وينعقد بالحلف بـ «وأمانة الله»، «وعهد الله»، «وميثاق الله»، وهي ترجع لكلام الله القديم، لأن العهد والميثاق إنما يكون بالكلام⁽¹⁾. ولقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: 91]. ووجه الاستدلال من الآية أنه تعالى سمى العهد يمينا، ونهى عن نقضه بعد توكيده⁽²⁾. كما أن العهد يمين في عرف الشرع واللغة، لأنه يعقل من إطلاق قول القائل «علي عهد الله» ما يفهم من قوله «والله»⁽³⁾.

والأمانة، هي كذلك ترجع إلى الكلام، لأن التامين إنما يكون بالكلام⁽⁴⁾. وإن أراد الحالف بالعهد والميثاق والأمانة، المعنى المخلوق، وهو التكليف التي كلف الله بها الإنسان، فلا ينعقد بها اليمين.

- وينعقد بالحلف بـ «وعزة الله»، إلا إذا أراد الحالف بها الهيبة والقوة والمنعة التي خلقها الله في الملوك المشار إليها في قوله تعالى: ﴿سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ﴾ [الصافات: 180]. قال ابن سحنون في معنى هذه الآية: إنما هي العزة التي جعلها الله تعالى في خلقه⁽⁵⁾.

الفاظ لا يقع بها اليمين إلا بنية أو تلفظ اسم الجلالة:

- قول الحالف: «أحلف ما فعلت كذا، أو لأفعلن كذا» و«أقسم» و«أشهد» بضم الهمزة، لا تعتبر يمينا إلا إذا نوى «بالله» أو تلفظ به بأن قال: «أقسم بالله» و«أحلف بالله» و«أشهد الله». ودليل انعقاد اليمين بلفظ «أقسم» بالنية، أنه لفظ مستعمل في اليمين كلفظ «أحلف»، ويدل على هذا الاستعمال⁽⁶⁾ قوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [الأنعام: 109]، فسمى القسم يمينا، وقوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرُنَّهَا مُّصْبِحِينَ﴾ [القلم: 17]، ولقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات». ولأنه قسم علق على اسم الله تعالى فأشبهه إذا علقه به نطقاً⁽⁷⁾.

ودليل اشتراط نية اسم الجلالة أو لفظها في «أقسم» و«أشهد» و«أحلف» لكي تكون أيمانا، أن الحلف قد يكون بغير اسم الله، ولأن الكفارة تجب في لفظ له حرمة،

(2) الإشراف 2/ 229.

(4) البديع 1/ 91.

(1) البديع على التفريع 1/ 91.

(3) الإشراف 2/ 229.

(5) تقييد التهذيب م 2 ورقة 27.

(6) الإشراف 2/ 229 والمنتقى 3/ 245 وأحكام ابن العربي 2/ 643.

(7) الإشراف 2/ 229.

والحرمة للمقسم به، فإذا عري اليمين عن مقسم به أو نيته فلا حرمة له⁽¹⁾.

- وقول الحالف: «أعزم لأفعلن كذا»، لا يكون يميناً إلا إذا تلفظ «بالله»، بأن يقول: «أعزم بالله»، ولا تكفي النية. والفرق بين «أعزم» وما قبله، أن معنى «أعزم» أقصد وأهتم، فكان بذلك غير موضوع للقسم، فاحتاج إلى التصريح بلفظ الجلالة، بخلاف ما قبله، فإنه لما كان موضوعاً للقسم كانت النية كافية.

ألفاظ لا ينعقد بها اليمين لا بالنية ولا باللفظ:

- «أعاهد الله لأفعلن كذا» ليس بيمين، على الأصح، لأن معاهدته تعالى ليست صفة من صفاته تعالى.

- «لك عليّ عهد» أو «أعطيك عهداً».

- «أسألك بالله»، لأنها لفظة لم يتقرر لها عرف شرعاً، وهي في اللغة موضوعة لاستدعاء الفعل على وجه المسألة، وذلك ليس من اليمين في شيء، ولأنها بمثابة قوله: أطلب منك أو أتمس⁽²⁾.

- «عزمت عليك بالله»، بخلاف «عزمت بالله» أو «أعزم بالله» فإنها يمين. والفرق: أن الإتيان بلفظ «عليك» صيره غير يمين. وأما «أقسمت عليك بالله» فإن اليمين ينعقد بها ولو مع وجود لفظ «عليك»، وذلك للتصريح بفعل القسم.

- «الله راع» و «الله حفيظ» و «معاذ الله» و «حاشى لله».

ألفاظ لا ينعقد بها اليمين مع الكراهة:

لا ينعقد اليمين بالحلف بكل ما عظمه الله تعالى، بمثل النبي والكعبة. وفي حرمة الحلف بذلك وكراهته قولان، ذكر الصاوي أن المعتمد منهما الكراهة. وقال خليل في التوضيح الأظهر من القولين التحريم لحديث عمر بن الخطاب حين حلف بأبيه - وسيأتي ذكره. ونقل الخطاب أنه هو المشهور، ونقل أيضاً أنه قول اللخمي وابن بشير وابن رشد⁽³⁾.

ألفاظ يمنع الحلف بها:

1 - يحرم الحلف بكل ما عبد من دون الله تعالى، كالألات والعزى، والطواغيت. وإذا قصد الحالف بذلك التعظيم من حيث إنه معبود، فكفر وارتداد عن دين الإسلام، تجري عليه أحكام الردة.

وإن لم يقصد التعظيم فحرام قطعاً بلا ردة، ولو قصد بذلك السخرية، ولا كفارة في ذلك. والدليل:

(1) الإشراف 2/ 229 والمنتقى 3/ 245 وبداية المجتهد 1/ 565.

(2) الإشراف 2/ 230.

(3) الإشراف 2/ 230.

أ - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من حلف فقال باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله. ومن قال لصاحبه تعال أقامرك فليصدّق»⁽¹⁾.

ب - عن ثابت بن الضحاك قال قال النبي ﷺ: «من حلف بغير ملة الإسلام فهو كما قال»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ في الحديث الأول أمر الحالف بأن يعاود كلمة التوحيد، فدل ذلك على أنه موجب قوله. ولو كانت الكفارة واجبة عليه لأمره بها، كما أمره بكلمة التوحيد. وفي الحديث الثاني محمول على أنه قال ذلك معتقداً له⁽³⁾.

2 - يحرم الحلف بنحو رأس السلطان، أو رأس الأب أو العم أو الشيخ أو تربتهم.

3 - يحرم الحلف بمثل قول الحالف على نفسه: «هو يهودي، أو نصراني، أو على غير دين الإسلام، أو مرتد إن فعل كذا» ولا يرتد إن فعل المحلوف عليه، ولا كفارة عليه. وإنما يستغفر الله تعالى، مطلقاً، أي فعله أو لم يفعله؛ لأنه ارتكب ذنباً، وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يضيف إلى الاستغفار النطق بالشهادة كما تضمنه الحديث⁽⁴⁾.

وإذا غرّ مسلم بيهودية فقال لها: هو يهودي ليتزوجها، فلا يرتد. وأما إن قصد الإخبار بذلك عن نفسه، فهو ردّة ولو كان هزلاً. ودليل عدم الكفارة في هذا⁽⁵⁾:

أ - حديث أبي هريرة المتقدم.

ب - القياس على الحلف بالنبي والكعبة، لأنها يمين تعرّت عن اسم الله وصفاته، فلم يلزم بالحنث فيها كفارة.

ودليل تحريم الحلف بغير الله فيما تقدّم من المسائل:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ أدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو يسير في ركب، وهو يحلف بأبيه. فقال رسول الله ﷺ: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم. من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»⁽⁶⁾.

(1) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب لا يحلف باللات والعزى. ومسلم في الأيمان باب النهي عن الحلف بغير الله.

(2) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب من حلف بملة سوى ملة الإسلام، ومسلم في الأيمان، باب غلظ تحريم قتل النفس.

(3) المنتقى 3/ 259 و260. (4) شرح ابن عبد السلام م 1 ورقة 91.

(5) الإشراف 2/ 228 والمنتقى 3/ 248 والمعلم 2/ 366.

(6) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب جامع الأيمان، والبخاري في الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بأبائكم، ومسلم في الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ خصص أولاً النهي بالحلف بالآباء، لكثرة استعمال العرب له، ولأنه هو الذي سمع النبي ﷺ من عمر، ثم عمّم بعد ذلك النهي عن الحلف بغير الله تعالى بقوله: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت».

ودليل التحريم منه أنه ﷺ قصر الحلف عليه، وخيّر المكلف بين الحلف به تعالى أو الصمت⁽¹⁾.

ووجه آخر أنه ﷺ أمر بالصمت عن ما عدا اليمين بالله، وهو ظاهر في الوجوب، وهو مستلزم لتحريم اليمين بغير الله تعالى⁽²⁾.

ب - إجماع أهل العلم على عدم جواز الحلف بغير الله تعالى⁽³⁾.

وما جاء في القرآن الكريم أن الله تعالى أقسم بأشياء كثيرة مثل قوله تعالى: ﴿وَالسَّمَاءَ وَالطَّارِقَ﴾ [الطارق: 1]، وقوله: ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ﴾ [النجم: 1] وقوله: ﴿وَالشَّمْسِ وَضُحَاهَا﴾ [الشمس: 1]. وغيرها من الآيات، فإنها لا تدلّ على جواز القسم بغير الله لوجهين⁽⁴⁾:

أ - أن الآيات فيها تقدير محذوف، وهو كلمة «رب» والتقدير: ورب السماء والطارق. وربّ النجم إذا هوى. وربّ الشمس وضحاها.

ب - أنه تعالى يختصّ بذلك، لأن له أن يقسم بما شاء من مخلوقاته ترفيهاً لها على ما سواها، وتنبهها على آثار صنعته فيها، وعلى المنّة بها على عباده. فلا حجة لمخلوق بهذا على إجازة الحلف بغير الله تعالى. وقد أعلمنا النبي ﷺ أن ذلك محظور علينا، فلا يجوز لنا القسم بشيء غير الله تعالى. قال الإمام المازري: وتعظيم الباري جلّت قدرته للأشياء بخلاف تعظيمنا لها، لأنّ كلّ حقّ بالإضافة إلى حقّه سبحانه حقير، وكلّ عظيم عند الإضافة إليه تعالى هين. إذ لا حقّ لأحد عليه، وله الحقّ على كلّ أحد. وإنما تعظيمه لبعض الأمور تنبيه لنا على قدرها عنده، أو تعبد لنا بأن نعظمها، فلا يقاس هذا على هذا⁽⁵⁾.

وقوله ﷺ في حديث الأعرابي: «أفلح وأبيه إن صدق»⁽⁶⁾ فقد حلف عليه الصلاة والسلام بمخلوق، ففي الجواب عليه احتمالات⁽⁷⁾:

(1) المنتقى 3 / 259.

(2) المعلم 2 / 365 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 148.

(3) أضواء البيان 2 / 123.

(4) المنتقى 3 / 259 والمعلم 2 / 366 والمقدمات 1 / 578 وبداية المجتهد 1 / 561.

(5) المعلم 2 / 366.

(6) أخرجه مسلم في الإيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله.

(7) المعلم 2 / 365 والذخيرة 4 / 7.

- إِمَّا منع صحّة هذه اللفظة إذ أنّها لم ترد في الموطأ⁽¹⁾.
- وإمّا أنه منسوخ بالحديث الذي نهى فيه ﷺ عن الحلف بغير الله تعالى.
- وإمّا أنه خرج مخرج توطئة الكلام، لا الحلف، لأنّها كانت غالبية على السنة العرب، نحو قولهم: قاتله الله ما أكرمه.

دليل مشروعية الحلف بالله تعالى وبجميع أسمائه الحسنی وصفاته العلی:

- أ - قوله تعالى: ﴿شَهَادَةُ أَحِيْرٍ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّٰدِقِيْنَ﴾ [النور: 6].
- ب - قوله تعالى: ﴿فَيَقْسِمَانِ بِاللّهِ لَشَهِدُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهِدَتَيْهِمَا﴾ [المائدة: 107] فقد شرع الله تعالى اليمين لإثبات الدعوى ونفيها.
- ج - قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَشْفِرُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ﴾ [يونس: 53] فقد أمر الله تعالى نبيه ﷺ أن يقسم باسمه.
- وكان النبي ﷺ كثيراً ما يحلف: «لا والذي نفسي بيده» «لا ومقلب القلوب»⁽²⁾.
- قال ابن رشد الجدّ: ولا وجه لكراهة اليمين بالله تعالى على الصدق، لأنّ القصد إلى الحلف بالله تعظيم له. فلا شك أنّ في ذكر الله تعالى على وجه التعظيم له، أجراً عظيماً⁽³⁾.

حروف القسم:

- 1 - حرف الواو: وهو الأصل في حروف القسم، لدخولها على جميع المقسم به. وتقوم «ها» التنيه مقامه، فيقال: «والله» و «ها الله».
- وينعقد اليمين بالاسم المجرد من حرف القسم، فيقال: «الله لأفعلن».
- 2 - حرف التاء: وهو خاصّ بـ «الله» فيقال: «تالله»، وقد تدخل على «الرحمان» قليلاً.
- 3 - حرف الباء: ودخولها على غير «الله» قليل في استعمال القسم.

لغة القسم:

في اشتراط العربية لانعقاد اليمين خلاف داخل المذهب.

(1) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب جامع الترغيب في الصلاة. والبخاري في الأيمان، باب الزكاة من الإسلام.

(2) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب كيف كانت يمين النبي ﷺ، وكتاب المناقب، باب مناقب عمر بن الخطاب. ومالك في النذور والأيمان، باب جامع الأيمان.

(3) المقدمات 1/ 573 - 574.

اليمين المنعقدة وغير المنعقدة:

اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته - على ما تقدّم - تنقسم إلى قسمين: يمين منعقدة، ويمين غير منعقدة.

فاليمين المنعقدة، فهي ما فيها الكفارة.

واليمين الغير المنعقدة، فهي ما لا كفارة فيها، وتنقسم إلى قسمين: يمين غموس، ويمين لغو.

1 - اليمين الغموس:

اليمين الغموس، أن يحلف الحالف بالله تعالى على شيء مع الشك منه في المحلوف عليه، أو يحلف مع ظن غير قوي فيه، وأولى إذا حلف مع تعمد الكذب. أما إن حلف مع الظن القوي، فإنه من لغو اليمين.

وسميت غموساً لأنها كذب وبهتان ومكر وخديعة، وهي سبب في غمس صاحبها في النار. ودليل ذلك⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٧﴾﴾ [آل عمران: 77].

والآية وإن كانت في اليهود، فإن مجيء الوعيد فيها عقب الصلة، إيدان بأن من شابههم في هذه الصفات فهو لاحق بهم⁽²⁾.

ب - عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حقّ امرئ مسلم بيمينه حرّم الله عليه الجنة وأوجب له النار» قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: «وإن كان قضيباً من أراك. وإن كان قضيباً من أراك» قالها ثلاث مرّات⁽³⁾.

ولذا فإن هذه اليمين لا تفيد فيها الكفارة، بل الواجب فيها التوبة. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: فأما الذي يحلف على الشيء، وهو يعلم أنه آثم، أو يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضي به أحداً أو ليعتذر به إلى معتذر إليه، أو ليقطع به مالا، فهذا أعظم من أن تكون فيه كفارة⁽⁴⁾. والدليل على أنه لا كفارة فيها:

(1) بداية المجتهد 1/ 563 وتقييد التهذيب م 2 ورقة 26.

(2) التحرير والتنوير 3/ 290.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما جاء في الحنث، ومسلم في الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم.

(4) الموطأ 2/ 477.

أ - قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ، إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: 89].

ووجه الاستدلال بالآية أنها ذكرت يمينين: الأول، يمين اللغو، والثاني، اليمين المنعقدة. وعلّق الكفارة على اليمين المنعقدة، وأسقطها عن يمين اللغو، ولم يذكر الغموس مع ما فيه الكفارة، لأنها أعظم من أن تكفر⁽¹⁾.

ووجه آخر أنه تعالى أخبر أن الكفارة لا تكون إلا في يمين منعقدة، والغموس تقع محلولة غير منعقدة، لأن المنعقدة هي ما يمكن حلّها، والغموس تقع على وجه واحد فلا يتصور ذلك فيها. فالحالف بها لم يعقد على نفسه شيئاً لأنه كاذب، فلا يدخل في الآية⁽²⁾.

ووجه ثالث أن الآية أمرت بحفظ الأيمان، وذلك يقتضي أن تكون ممّا يمكن حفظها أو مراعاتها، بأن تتعلق بما يتأتى به البرّ والحنث، وهو لا يتأتى في الغموس⁽³⁾.
ب - الآية والحديث المتقدمان في كون اليمين الغموس سبباً في غمس صاحبها في النار.

ج - القياس على يمين اللغو، لأنها يمين لا يتأتى فيها برّ ولا حنث، فلم تجب فيها الكفارة⁽⁴⁾.

وفي غير المذهب المالكي أن يمين الغموس تجب فيها الكفارة بطريق الأولى، لأنها معصية، والتكفير شأن المعاصي. وقد أجبوا عن ذلك: بأن الكفارة ليست لزوال الإثم، لأن الحنث ليس إثمًا، لقوله ﷺ: «من حلف بيمين فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، وليفعل الذي هو خير»⁽⁵⁾، فقد أمر النبي ﷺ بالحنث والتكفير، والمأمور به لا يكون معصية، بل هو تشریف بالتكليف، والمعصية تنافي شرف المخاطبة بالتكليف وفتح باب القربة⁽⁶⁾.

ومحلّ عدم الكفارة في اليمين الغموس، إن تعلقت بماض نحو: والله ما فعلت كذا، أو لم يفعل زيد كذا، أو لم يقع كذا، مع شكّه، أو ظنه الغير القويّ في ذلك، أو تعمد الكذب.

(1) أحكام ابن العربي 642/2 ومفتاح الوصول ص78.

(2) الإشراف 228/2 وأحكام ابن العربي 642/2 والبديع ورقة 91 والذخيرة 16/4.

(3) الإشراف 228/2. (4) الإشراف 229/2.

(5) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما تجب فيه الكفارة، ومسلم في الأيمان، باب نذب من حلف يميناً.

(6) الذخيرة 16/4.

فإن تعلقت اليمين بالمستقبل ففيها الكفارة، ولو لم يحصل المحلوف عليه، وعلى كل حال تسمى غموساً. ومثال ذلك: والله لأتيناك غداً، أو لأقضيئك غداً، وهو جازم عند الحلف بعدم ذلك، أو متردد في ذلك، وعلى كل حال يجب عليه الوفاء بذلك، وتنتفي عنه الكفارة. فإن لم يوف بما حلف عليه لمانع أو غيره فالكفارة. وإن حرم عليه الحلف مع جزمه أو ترده في ذلك، وإثم الجراءة باق عليه على كل حال.

وأما إذا كان جازماً بالإتيان أو القضاء عند الحلف، ثم طرأ خلف الوعد، فلا يقال له غموس، بل هو من اللغو، كما يأتي.

وتكفر اليمين الغموس أيضاً إن تعلقت بالحال، نحو: والله إن زيدا لمُنطلق أو مريض، أي في هذا الوقت، والحالف متردد في ذلك، أو جازم بعدم ذلك. وتعلق الكفارة به محله إن لم يتبين مطابقة حلفه للواقع، فإن تبين مطابقة حلفه للواقع فلا كفارة، ولكن إثم الجراءة باق، ولا يزيله إلا التوبة أو عفو الله تعالى.

2 - يمين اللغو:

يمين اللغو، أن يحلف الحالف على شيء يعتقد حصوله أو عدم حصوله، فيظهر خلاف ما اعتقد. ولا كفارة في يمين اللغو. ودليل سقوط الكفارة:

أ - قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [البقرة: 225].

ب - آية المائدة 89. وقد تقدمت.

ووجه الاستدلال أن آية المائدة مبيّنة لآية البقرة لمعنى كسب القلب، ولما يترتب على ذلك⁽¹⁾. وقد علقت الكفارة بما عقد عليه اليمين، وأسقطتها عن يمين اللغو، لأنه ليس فيه عقد ولا كسب للقلب، لأنه يتعلق بالماضي. قال ابن عرفة: «والماضي لا يتعلق به كسب لعجز الفكر عن تلافيه، والمستقبل منتظر الوقوع؛ فيتعلق به الكسب، أعني بانتظاره والتماسه وإدراكه، هل هو كذلك أم لا؟ بخلاف الماضي»⁽²⁾.

وعلى هذا فإن يمين اللغو ضدّ اليمين المنعقدة، والمعنى الذي تضاداً فيه هو انعقاد النية وكسب القلب، ولذلك تضاداً في الحكم⁽³⁾.

وسقوط الكفارة إنما هو من باب العذر ورفع الحرج لكثرة وقوعها، ولما في التكفير عنها كلما وقعت من المشقة⁽⁴⁾.

وما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تقول: «لغو اليمين، قول الإنسان: لا والله،

(1) أضواء البيان 1/ 148.

(2) تفسير ابن عرفة 2/ 649.

(3) بداية المجتهد 1/ 562.

(4) البديع ورقة 91.

بلى والله»⁽¹⁾ فإن بعض البغداديين من المالكية حمله على قول مالك في تعريفه يمين اللغو، لأنها ﷺ لا تعني تعمّد الكذب⁽²⁾.

وإن كان المراد به ما يجري في تراجع الناس من قولهم: لا والله، وبلى والله، من غير اعتقاد يمين ولا قصد إليه، فقد تأوله الشيخ ابن عاشور عن الإمام مالك أنه حمل ما قالته عائشة ﷺ، على أنه كان رخصة في أول الإسلام، وأنه مورد الآية، ثم انتهى عنه المسلمون، فوجب تعظيم اليمين على أصل الدلالة اللغوية⁽³⁾.

وإلى ظاهر قول عائشة ﷺ ذهب أبو بكر الأبهري من علماء مالكية بغداد.

وجمع الإمام الباجي بين القولين في احتمال دخولهما في لغو اليمين⁽⁴⁾، ولذا قال الشيخ الشنقيطي: القولان متقاربان، واللغو يشملهما، لأنه على قول عائشة ﷺ، لم يقصد عقد اليمين أصلاً. وعلى قول مالك فإنه لم يقصد إلا الحق والصواب⁽⁵⁾.

ومحلّ عدم الكفارة في يمين اللغو، إن تعلقت بغير المستقبل، بأن تعلقت بماض، نحو «والله ما زيد فعل كذا» أو «لقد فعل كذا» معتقداً حصول ما حلف عليه فتبين خلافه. أو إن تعلقت بالحال نحو: «والله إنه لمنطلق».

فإن تعلقت بالمستقبل نحو «والله لأفعلن كذا في غد» مع الجزم بفعله، فلم يفعل الحالف ما حلف عليه كفر عن يمينه.

فيعلم ممّا تقدّم أنه لا كفارة في يمين متعلقة بماض مطلقاً، غموساً، أو لغواً، أو غيرهما. لأنها إما صادقة، وظاهر أنها لا كفارة فيها. وإما غموس، وهذه لا كفارة لها إلا الغمس في جهنم أو التوبة أو عفو الله تعالى. وإما لغو، وهذه أيضاً لا كفارة فيها لما مرّ أنه لا كفارة فيها إن تعلقت بغير مستقبل، كما أنه لا إثم فيها.

وهذا عكس اليمين المستقبلية فإنها تكفر مطلقاً إذا حنث، كانت غموساً أو لغواً.

ويبقى التفصيل في اليمين المتعلقة بالحال، فإنها إن كانت غموساً كفرت، وإلا

فلا.

في ماذا لا يفيد اللغو؟.

لا يفيد اللغو في غير اليمين بالله تعالى والنذر المبهم وكلّ ما فيه كفارة يمين، أي لا يفيد في التعليق المتقدم ذكره في القسم الأول من اليمين.

فمن حلف بطلاق أو مشي لمكة «لقد فعل زيد كذا» أو «إن هذا الشيء لفلان»

(1) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب اللغو في اليمين. والبخاري في الأيمان والنذور، باب لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم.

(3) كشف المغطى ص 236.

(2) المنتقى 3 / 243.

(5) أضواء البيان 2 / 120.

(4) المنتقى 3 / 243.

معتقداً ذلك، فتبين خلافه، لم يفده اعتقاده ولزمه ما حلف به. ودليل عدم إفادة اللغو فيما ذكر أن الله تعالى لم يذكره إلا في اليمين التي أوجب الله فيها الكفارة⁽¹⁾.

ومحلّ عدم إفادة اللغو فيما ذكر، ما لم يقيد في يمينه، بأن يقول: «في ظني أو في اعتقادي». فإن قيد نفعه اللغو حتى في الطلاق. ولا يلزمه ما حلف به، أي الطلاق أو المشي لمكة.

الاستثناء بالمشيئة في اليمين:

الاستثناء في اليمين غير واجب والدليل⁽²⁾:

أ - القياس على الكفارة، لأنه يحلّ اليمين.

ب - أنه لو كان واجباً لم يجز لأحد أن يعقد يميناً وذلك خلاف الإجماع.

والاستثناء في اليمين بمشيئة الله تعالى يسقط الكفارة عمّن حلف ثم حنث؛ إلا أنه لا يفيد إلا في اليمين بالله تعالى والنذر المبهم وما فيه كفارة يمين. ودليل سقوط الكفارة بالاستثناء بالمشيئة⁽³⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف فاستثنى، فإن شاء رجع، وإن شاء ترك غير حنث»⁽⁴⁾.

وفي رواية: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله فقد استثنى فلا حنث عليه»⁽⁵⁾.

وفي رواية: «من حلف فاستثنى، فإن شاء مضى، وإن شاء ترك، غير حنث»⁽⁶⁾.

وفي رواية: «من حلف واستثنى فلن يحنث»⁽⁷⁾.

ب - إجماع العلماء على ذلك⁽⁸⁾.

ووجه سقوط الكفارة بالاستثناء أنه يرفع انعقاد اليمين فتقع محلولة⁽⁹⁾.

وأما التعليق المتقدم ذكره في القسم الأول من اليمين، فإن الاستثناء لا يفيد فيه ولا يحلّه. فمن قال: «إن كلمت زيدا فامرأتي طالق، أو فعلي المشي لمكة، أو فعلي صدقة بدينار إن شاء الله» لزمه ما التزم، ولا يفيد الاستثناء بأن شاء الله. والفرق بين

(1) البيان والتحصيل 3/ 128.

(2) الإشراف 2/ 231.

(3) المقدمات 1/ 575 والمنتقى 3/ 246 وأحكام ابن العربي 3/ 1235.

(4) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين.

(5) أخرجه الترمذي في النذور والأيمان، باب ما جاء في الاستثناء في اليمين.

(6) أخرجه النسائي في الأيمان والنذور، باب من حلف فاستثنى.

(7) أخرجه ابن ماجه في الكفارات، باب الاستثناء في اليمين.

(8) البيان والتحصيل 3/ 170.

(9) أحكام ابن العربي 3/ 1235.

التعليق وبين اليمين بالله تعالى ذكره على ثلاثة أوجه⁽¹⁾:

أ - أن الأصل في جميع الأيمان اللزوم، لا ينفع فيها الاستثناء، وقد خرج عن هذا الأصل اليمين بالله تعالى، للحديث الوارد فيه، وبقي ما سواه على الأصل. قال ابن ناجي في هذا الفرق: هو أوضحها.

ب - أن الاستثناء في اليمين بالله رخصة لا تتعداه إلى غيره من الأيمان.

ج - أن يمين التعليق ممنوعة غير مشروعة، وما كان ممنوعاً لا يدخله التخفيف والتوسعة. ودليل كون يمين التعليق غير شرعية⁽²⁾:

- حديث: «الطلاق والعتاق أيمان الفساق»⁽³⁾.

ودليل لزوم الطلاق أو الطاعة التي التزمها ولو مع الاستثناء⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة ولم تفرّق بين أن يستثنى أو لا يستثنى فتحمل على العموم.

ب - القياس على الكفارة في كونها تحلّ اليمين بالله ولا تحلّ يمين الطلاق.

ج - إن مشيئة الله تعالى إنما تعلم بوقوع الفعل، لأنه لا يكون إلا ما يشاء الله، فإذا قال أنت طالق إن شاء الله، أو أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله فقد كان الطلاق بوجود المشيئة، لأن وجود الفعل علامة عليها، إذ لا يصحّ أن يقع من مخلوق فعل مع عدم مشيئة الله تعالى.

هذا وإنّ فائدة المشيئة في اليمين بالله تعالى وما ألحق بها، حاصلة ولو كانت اليمين غموساً. وفائدته رفع الإثم.

ألفاظ الاستثناء:

يقع الاستثناء بـ «إن شاء الله» و «إلا أن يشاء الله» و «إلا أن يريد الله» و «إلا أن يقضي الله»، ووجه ذلك أن قضاء الله ومشيئته وقدره هي إرادته، فلا فرق بينها⁽⁵⁾.

شروط نفع الاستثناء:

ينفع الاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله تعالى إذا تعلقت بمستقبل، نحو: «والله لا أفعل كذا، أو لأفعلنه، إن شاء الله». ومعنى النفع أنه لا كفارة عليه. أما اليمين على

(1) المنتقى 3/ 246 وأحكام ابن العربي 3/ 1236 و1237، وشرح ابن ناجي على التفريع ورقة 75، والبدیع ورقة 91، والذخيرة 4/ 22 و23، وأضواء البيان 2/ 124.

(2) البديع على التفريع ورقة 91. (3) سبق تخريجه.

(4) المنتقى 3/ 246 وأحكام ابن العربي 3/ 1236 والمقدمات 1/ 415.

(5) البيان والتحصيل 3/ 170.

الماضي فهو إما غموس أو لغو، ولا تعلق للكفارة بواحدة منهما⁽¹⁾.
ويشترط للاستثناء بالمشيئة لإفادتها أربعة شروط:

1 - أن يقصد الحالف الاستثناء، بقصد حلّ اليمين، بلفظ ممّا ذكر. لا أن يجري اللفظ على لسانه بغير قصد، ولا أن يقصد به التبرّك، فلا يفيد. ودليل اشتراط النية⁽²⁾:
- قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».

ووجه عدم صحّة الاستثناء إذا قصد به التبرّك فقط، أنّ التبرّك هو على الضدّ من حلّ اليمين، فهو تأكيد لمقتضى اليمين، يدلّ على ذلك ما يلي⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَوَلَا تَقُولَنَّ لِشَايٍ إِنْى فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴿١٣﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف: 23 - 24].

ب - عن أبي هريرة، أنّ رسول الله ﷺ قال في قصّة سليمان: «والذي نفس محمد بيده لو قال: إن شاء الله لجاهدوا في سبيل الله فرساناً أجمعون»⁽⁴⁾.

ج - عن عكرمة أنّ رسول الله ﷺ قال: «والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً» ثم قال: «إن شاء الله»⁽⁵⁾.

فالاستثناء هنا ممّا يقصد به التبرّك وتأكيد اليمين.

2 - أن يتصل الاستثناء بالمستثنى منه، فإذا انفصل اختياراً، لم يفد، ولزمت الكفارة. ودليل هذا الشرط:

أ - حديث ابن عمر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «من حلف فاستثنى»، وفي رواية: «من حلف فقال إن شاء الله».

ووجه الاستدلال أنه ﷺ عطف بحرف الفاء «فاستثنى»، «فقال»، وهو يقتضي التعقيب⁽⁶⁾.

ب - أنّ اللغة تمنع أن يكون الاستثناء متراخياً عن المستثنى منه من وجهين:

* أنّ الاستثناء غير مستقل بنفسه ولا مفيد بانفراده، بل هو متعلق بما يتقدمه، ولذلك لا يحسن الابتداء به، كما لا يحسن قطعه عمّا سبقه.

* أنه جار مجرى الشرط والتقييد وخبر المبتدأ⁽⁷⁾.

(1) شرح ابن عبد السلام 2/ 154. (2) البيان والتحصيل 3/ 139.

(3) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 155.

(4) أخرجه البخاري في الجهاد، باب من طلب الولد للجهاد، ومسلم في الأيمان، باب الاستثناء في اليمين.

(5) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت.

(6) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 155 والبديع ورقة 91.

(7) الإشراف 2/ 232.

ج - أن الاستثناء المتراحي يؤدي إلى أن لا يوثق من أحد يمين ولا وعد⁽¹⁾.
 د - أن الاستثناء المتراحي لو كان نافعاً في حلّ اليمين لما انعقد يمين، لإمكان أن يلحقها الاستثناء المتأخر، ولكان يغني عن الكفارة. وكان من شاء أن يحلّ يمينه بعد زمن لكان عليه أن يستثني، ولم يلتجئ إلى الحنث والتكفير⁽²⁾.
 وما روي عن ابن عباس من أنه أجاز الاستثناء ولو بعد سنة، فللمالكية فيه ثلاث طرق:

الأول: أنه لم يثبت عنه ذلك. لأنه من أهل اللسان، ولا يخفى عليه أن ذلك ليس من لغة العرب⁽³⁾.

الثاني: أن قوله يحمل على أنه يجيز الاستثناء بالقلب دون تلفظ، وأنه يجوز للحالف أن يظهر من الاستثناء ما كان اعتقده بقلبه حين اليمين⁽⁴⁾.

الثالث: أن المراد به، أن العبد يلزمه إذا قال: لأفعلن كذا، أن يقول: إن شاء الله، فإن نسي الاستثناء بان شاء الله، وتذكره ولو بعد حين، فإنه يقوله ليخرج بذلك من عهدة عدم تفويض الأمور إلى الله تعالى، وتعليقها بمشيئته تعالى، لا من حيث إنه يحلّ اليمين التي مضت وانعقدت⁽⁵⁾.

وإذا انفصل الاستثناء لعارض لا يمكن للحالف رفعه كسعال أو عطاس أو تشاؤب أو انقطاع نفس، فلا يضر، وينفعه الاستثناء. وأما الفصل لتذكر أو ردّ سلام فلا يفيد.
 3 - أن ينطق الحالف بالاستثناء بحركة اللسان ولو سراً. فلا يشترط سماع نفسه. ولا يكفي إجراؤه على قلبه بلا نطق. ودليل اشتراط النطق⁽⁶⁾:

أ - حديث ابن عمر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «فاستثنى فقال».

ب - إجماع العلماء على ذلك.

4 - أن يكون الحلف الذي ذكر فيه الاستثناء في غير توثق بحق. فإن كان في توثق بحق، كما لو شرط عليه في عقد نكاح أو بيع أو دين شروط، كان لا يضر بزوجه في عشرة، أو لا يخرجها من بلدها، أو على أن يأتي بالثمن أو الدين في وقت كذا، وطلب منه يمين على ذلك، فحلف واستثنى، لم يفده الاستثناء، لأنّ اليمين على نية المحلف لا الحالف. والدليل على أن اليمين على نية المحلف⁽⁷⁾:

(1) الإشراف 2/ 232.

(2) بداية المجتهد 1/ 567 وأضواء البيان 2/ 124.

(3) المتقى 3/ 247 (4) البيان والتحصيل 3/ 182.

(5) أضواء البيان 2/ 124.

(6) البيان والتحصيل 3/ 182 والبدیع على التفریع ورقة 91 والذخيرة 4/ 22.

(7) بداية المجتهد 1/ 572 والمعلم 2/ 368.

أ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك»⁽¹⁾.

ب - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «اليمين على نية المستحلف»⁽²⁾.

وهذا الاستثناء ينفع بشروطه المذكورة، ولو بتذكير غيره كما يقع كثيراً، يقول شخص للحالف: قل إن شاء الله، فيوصل الحالف النطق بها عقب فراغه من المحلوف عليه من غير فصل فينفعه ذلك.

الاستثناء الذي ينفع في جميع الأيمان:

قد تقدم أن الاستثناء بالمشيئة لا ينفع إلا في اليمين بالله، وفي النذر المبهم، وفي ما فيه كفارة يمين.

أما الاستثناء بحروف «إلا» و«غير» و«سوى» و«سواء» و«ليس» و«لا يكون» و«ما عدا» و«حاشا»، وما في معنى هذه الأدوات من شرط أو صفة أو غاية:

ومثال الشرط: لا أدخل دار زيد إن كان فيها.

ومثال الصفة: لا أدخل دار زيد الفلانية.

ومثال الغاية: لا أدخل دار زيد مدة غيبته، أو في هذا الشهر.

فإن الاستثناء بهذه الأدوات يفيد في جميع الأيمان. سواء كانت بالله تعالى، أو بغيره مما ورد ذكره في القسم الأول من أقسام اليمين، نحو: والله لا أكل سمنا إلا في الشتاء. أو: إن كلمت زيدا فعلي المشي إلى مكة إلا أن يكلمني ابتداء. أو: لأصدقن بكذا على فقراء بني فلان غير زيد.

كما يفيد الاستثناء بهذه الأدوات في جميع متعلقات اليمين بالله تعالى، مستقبلة أو ماضية، كانت اليمين منعقدة أو غموساً، كمن حلف أن يشرب البحر، ثم استثنى بقوله: إلا أكثره، فلا إثم عليه.

وتتحقق الإفادة بهذه الأدوات في جميع الأيمان وفي جميع متعلقات اليمين بالله بالشروط المتقدمة.

مسألة المحاشاة⁽³⁾:

يشبه الاستثناء في مطلق الإفادة مسألة المحاشاة.

وهذه المسألة خاصة بيمين «الحلال عليّ حرام» أو «كلّ حلال عليّ حرام»، وسيأتي الحديث عن هذه اليمين.

(1) أخرجه مسلم في الأيمان، باب اليمين على نية المستحلف.

(2) أخرجه مسلم في الأيمان، باب اليمين على نية المستحلف.

(3) انظر ما يتعلق ببعض التعليقات لهذه المسألة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 131/2.

ومعنى المحاشاة أن يعزل الحالف زوجته ويخرجها في نيته أولاً قبل تمام النطق باليمين، ويوقع اليمين على ما سواها، وذلك حتى لا يحتاج إلى النطق بالاستثناء في يمينه، بل تكفيه النية. ويصدق الحالف في دعواه ذلك حتى في القضاء.

فمن قال: الحلال علي حرام، أو كلّ حلال عليّ حرام إن فعلت كذا، وحاشى زوجته في نيته، ثم فعله فلا شيء عليه في الزوجة، لأنه أخرجها عن يمينه في قصده ابتداءً، فيكون ما قصد في يمينه إلا غير الزوجة؛ وهذه أيضاً، أي ما هو غير الزوجة، لا شيء عليه فيه، وهو حلال. لأنّ من حرّم ما أحلّه الله في غير الزوجة لم يحرم عليه.

والأصل أن القياس يدخل الزوجة، لأنّ هذه اليمين عامّة. وإخراج الزوجة إذا نوى محاشاتها استحساناً، مراعاة لاختلاف أهل العلم في أصل اليمين، إذ منهم من لا يوجب فيها إلا كفارة يمين⁽¹⁾.

وأما إذا طرأت نية محاشاة الزوجة بعد النطق، فلا يفيد إلا الاستثناء بالنطق شروطه المتقدمة.

يمين تحريم الحلال:

تحريم الحلال في غير الزوجة لغو، لا يقتضي شيئاً. فمن قال: كلّ حلال عليّ حرام إن فعلت كذا. ففعله فلا شيء عليه. ودليل عدم لزوم شيء عليه في غير الزوجة: أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَّا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: 87].
ب - قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ، وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف: 32].

ج - قوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ ءَللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ [يونس: 59].
ووجه الاستدلال أنه تعالى نهى عن تحريم الحلال ووصف تحريمه بأنه افتراء، على وجه الزجر، فدلّ أنه لا كفارة فيه⁽²⁾.

وقد قيل في غير المذهب المالكي إن تحريم الحلال في غير الزوجة يجب فيه الكفارة، لقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ لِحْمَةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: 2]، وسبب نزول هذه الآية أنه ﷺ كان قد حرّم على نفسه مباحاً، أم ولد أو عسلاً، على اختلاف الروايات. وقد ردّ على هذا القول بأنه ﷺ لما حرّم على نفسه ما حرّم حلف. ففي رواية تحريم الأمة قال الراوي: فحلف لها بالله لا يصيبها⁽³⁾. وفي رواية العسل، قال ﷺ:

(1) البيان والتحصيل 3/ 233. (2) الإشراف 2/ 242 والبدیع ورقة 91.

(3) أخرجه النسائي، وابن جرير الطبري (تفسير ابن كثير 4/ 386).

«لا بل شربت عسلاً عند زينب بنت جحش ولن أعود إليه وقد حلفت فلا تخبري بذلك أحداً»⁽¹⁾.

وسواء كان ما حلف عليه أم ولد أو العسل، فقد حمل مالك رحمه الله تعالى الآية على ظاهرها، وأنه يوجد يمين وتحريم، فعاتبه الله في التحريم، وأمره بالكفارة في اليمين بالله⁽²⁾.

وقد اشتركت أم الولد مع المباح من الطعام والشراب، ولم تشتك مع الزوجة، لأنها ليست بزوجة.

وأما الزوجة فيلزمه طلاق بات، أي ثلاث طلاقات في المدخول بها، إن لم ينو أقل، وهو مشهور المذهب، وقيل يلزمه طلقة بائنة في المدخول بها حيث لم ينو شيئاً. ويلزمه طلقة بائنة في غير المدخول بها إن لم ينو أكثر.

ومحل كون تحريم الزوجة لا يكون لغواً، ما لم يحاشها، فإن حاشاها، بأن أخرجها بالنية قبل تمام يمينه لم تحرم عليه ولم يلزمه شيء. كما تقدم.

وهذا في صيغة الجمع، فإن أفرد بأن قال: «اللحم أو القمح علي حرام إن فعلت كذا» ففعله فلا شيء عليه. وهو لغو. وإن قال: «إن فعلت كذا فزوجتي علي حرام» أو «فعلتي الحرام» فيلزمه تحريم زوجته كما تقدم.

(1) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب إذا حرّم طعامه. ومسلم في الطلاق، باب وجوب الكفارة على من حرّم امرأته.

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 150 والبدیع ورقة 91.



تعريف الكفارة:

الكفارة لغة، مأخوذة من الكفر - بفتح الكاف - وهو الستر، ومنه سمي الزارع كافراً، لستره الحب بالتراب، والبحر كافراً لستره ما فيه، والمشرك كافراً لستره الحق من الوجدانية وغيرها. وكفر النعمة عدم شكرها.

وأصل الكفارة في الشرع هي ما يفعله المكلف من أمور عينها له الشرع تكفيراً عن ذنب اقترفه عين له الشرع كفارة⁽¹⁾.

الأمور التي تجب فيها الكفارة:

تجب الكفارة في أربعة أمور:

1 - اليمين المنعقدة:

تجب الكفارة في اليمين المنعقدة، سواء انعقدت على برّ أو على حنث، وذلك بالحنث فيها. ودليل وجوب الكفارة في اليمين المنعقدة:

- قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَمَا كَفَّرْتُمْهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: 89].

ويكون الحنث بالفعل في صيغة البرّ، وبالعزم على الضدّ في صيغة الحنث.

أ - اليمين المنعقدة على برّ: هي ما دخل فيها حرف النفي، مثل: «والله لا أفعل كذا» أو «والله لا فعلت كذا»، وهي بمعنى لا أفعل، لأن الكفارة لا تتعلق بماض. أو «والله إن فعلت كذا» وهي بمعنى: ما أفعله.

وسميت يمين برّ لأنّ الحالف بها على البراءة الأصلية حتى يحنث، وحنثه فيها بالفعل.

ب - اليمين المنعقدة على حنث. ولها صيغتان، ومثالهما:

(1) لم أقف فيما اطلعت عليه من كتب المالكية على تعريف خاص لكفارة اليمين، والذي يوجب تعريفاً خاصاً بكفارة اليمين أن الحنث عندهم ليس دائماً ذنباً كما ستقف عليه في ثنايا المبحث.

* قول الحالف: «والله لأفعلن كذا».

* وقوله: «والله إن لم أفعل كذا ما فعلت كذا»، نحو: والله إن لم أضرب زيداً ما أقمت في هذه الدار. ثم عزم على الإقامة. وظاهر هذه الصيغة أن «إن» شرطية بدليل ذكر الجواب لها، وليس بمتعين بل يجوز أن تكون نافية ولا يذكر لها جواب، وهو الأولى لبعده عن التكلف، نحو «والله إن لم أكلم زيداً» ومعناها حينئذ: «لا كلمته» لأن «إن» نافية، و«لم» نافية، ونفي النفي إثبات، فساوت الصيغة التي قبلها.

والفعل في الصيغتين مستقبل، لأن الكفارة إنما تتعلق بالمستقبلات. والإنشاء يصرف الماضي للاستقبال، والحلف إنشاء.

وسميت يمين حنث، لأن الحالف بها على حنث حتى يفعل المحلوف عليه.

والحالف بهاتين الصيغتين إنما يكون على حنث إذا لم يضرب ليمينه أجلاً، أي بأن أطلق في يمينه، نحو «والله لا كلمت زيداً» أو «والله إن لم أكلمه»، لكن لا يحنث إلا بالموت. ومن هذا «والله لأطلقنك» فلا يجبر على الكفارة، ولا يمنع من وطئها، ولا يحنث إلا بموتها.

فإن ضرب أجلاً نحو: «والله لأفعلن كذا في هذا الشهر» أو «إن لم أفعل كذا في هذا الشهر فلا أقيم في هذه الدار» فهو على برّ حتى يمضي الأجل، فإن مضى الأجل ولم يفعل فإنه يحنث.

وهذا ولو وجد مانع يمنع من الفعل، سواء كان المانع شرعياً أو عادياً، لا إن كان عقلياً، فلا حنث⁽¹⁾.

2 - النذر المبهم:

وهو النذر الذي لم يسم له صاحبه مخرجاً، وهذا النذر ينعقد وفيه الكفارة، ودليل انعقاده ما سيأتي في باب النذر من الأدلة على انعقاد ولزوم النذر المندوب والمكروه والمحرم. ودليل وجوب الكفارة فيه⁽²⁾:

أ - عن عقبه بن عامر قال قال رسول الله ﷺ: «كفارة النذر إذا لم يسم، كفارة يمين»⁽³⁾.

(1) انظر تفصيل هذه المسألة في الشرح الكبير بحاشية الدسوقي 2 / 131.

(2) الإشراف 2 / 246 والبيان والتحصيل 3 / 192 والبديع ورقة 89 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 188 والمعلم 2 / 365 والقبس 2 / 660.

(3) أخرجه الترمذي في النذور والأيمان، باب ما جاء في كفارة النذر.

ب - عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين»⁽¹⁾.

وما جاء في رواية عن عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة يمين»⁽²⁾. وهو يفيد أن كل نذر، كان له مخرج أو لم يكن، فيه كفارة يمين، وذلك يتعارض مع ما روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»⁽³⁾، وغيره من النصوص الدالة على الوفاء بالملتزمات.

وللجمع بين الأحاديث، فإن حديث عقبه بن عامر يحمل على ما لم يسم له مخرج. فإنه حديث مطلق، فيحمل على الحديث المقيّد بما لا مخرج فيه⁽⁴⁾.

والنذر المبهم، هو مثل قول التاذر: «عليّ نذر» أو «لله عليّ نذر» أو «إن شفى الله مريضتي، أو إن فعلت كذا، فعليّ نذر» أو «فلله عليّ نذر».

فأمثله أربعة: وهي إمّا معلق أو غير معلق، وفي كل إمّا أن يقول «الله» أو لا يقول. وإذا نظرت لكون المعلق عليه من فعله أو من فعل غيره، تكون ست صور، ونصليها كما يلي:

- نذر مبهم معلق: قال فيه «الله»، والمعلق عليه من فعله.
- نذر مبهم معلق، قال فيه «الله»، والمعلق عليه من فعل غيره.
- نذر مبهم معلق، لم يقل فيه «الله»، والمعلق عليه من فعله.
- نذر مبهم معلق، لم يقل فيه «الله»، والمعلق عليه من فعل الغير.
- نذر مبهم غير معلق، قال فيه «الله».
- نذر مبهم غير معلق، لم يقل فيه «الله».

والنذر المبهم بصوره، فيه كفارة يمين. وسيأتي في باب النذور أن النذر الذي سمي له صاحبه مخرجاً نحو «عليّ نذر دينار» لزمه ما سماه.

3 - إلزام اليمين ونذره:

وصوره ست كالنذر المبهم، فهي إمّا معلق أو غير معلق. وفي كل إمّا أن يقول «الله»، أو لا يقول.

(1) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب من نذر نذراً لا يطيقه، وابن ماجه في الكفارات، باب من نذر نذراً لم يسمه.

(2) أخرجه مسلم في كتاب النذر.

(3) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما لا يجوز من النذور في معصية الله، والبخاري في الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة.

(4) الذخيرة 95/4 والبديع ورقة 90.

فمثال المعلق مع ذكر «لله»: إن فعلت كذا فله عليّ يمين.
ومثال المعلق بغير ذكر «لله»: إن فعلت كذا فعليّ يمين.
ومثال غير المعلق مع ذكر «لله»: لله عليّ يمين.
ومثال غير المعلق بغير ذكر «لله»: عليّ يمين.
والصورتان الخامسة والسادسة، إذا نظرت لكون المعلق من فعله أو من فعل غيره.

فالأمثلة الثلاثة الأولى، يلزمه في الفعل كفارة يمين. والمثال الرابع أي بحذف «لله» في غير التعليق لا شيء عليه إن قصد الإخبار، أما إن قصد الإنشاء فعليه كفارة يمين.

4 - التزام الكفارة ونذرها:

وصوره ست أيضاً:

فمثال المعلق مع ذكر «لله»: إن فعلت كذا فله عليّ كفارة.
ومثال المعلق بغير ذكر «لله»: إن فعلت كذا فعليّ كفارة.
ومثال غير المعلق مع ذكر «لله»: لله عليّ كفارة.
ومثال غير المعلق بغير ذكر «لله»: عليّ كفارة.
والصورتان الخامسة والسادسة، إذا نظرت لكون المعلق عليه من فعله أو من فعل غيره.

والأمثلة الثلاثة الأولى يلزم في الفعل كفارة يمين، والمثال الرابع، أي بحذف «لله» في غير التعليق، لا شيء عليه إن قصد الإخبار، أما إن قصد الإنشاء فعليه كفارة يمين.

وأما مسائل التعليق في التزام اليمين والكفارة، فلا يقبل فيها الإخبار.

ومحل لزوم الكفارة في التزام اليمين ما لم يكن العرف في «اليمين» الطلاق، وإلا لزمه طلاق رجعية. وكذلك يرجع إلى العرف في عدد الطلقات، فإن كان العرف البتات لزمه الثلاث، وإن كان العرف استعماله في الطلاق فقط حمل على الرجعي.

ولو جمع الأيمان فقال «لله عليّ أيمان» تعددت الكفارة، فإن ادعى بقوله ذلك يميناً واحدة، لم يقبل منه، لأن الجمع نص. وإن ادعى اثنتين فتردد، باعتبار أقل الجمع.

أنواع الكفارة:

الكفارة أربعة أنواع، الثلاثة الأولى على التخيير، والرابع على الترتيب معها، فلا يجزىء إلا عند العجز عن الثلاثة الأولى والدليل على ذلك:

- قوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: 89].

النوع الأول: إطعام عشرة مساكين مسلمين، لكل واحد منهم مدّ بمدّ النبي ﷺ - لا أقلّ - من أوسط طعام الأهل.

ومعنى إطعام المساكين تمليكهم الطعام. لأن المقصود من الإطعام التملك التام الذي يتمكن منه المسكين تمكن المالك. والدليل على هذا:

أ - أن معنى الإطعام هو التملك حقيقة، ويدلّ على هذا المعنى ما روي أن الجدة مع ابنها هي أول جدّة أطعمها رسول الله ﷺ السدس⁽¹⁾، أي ملكها.

ب - القياس على زكاة الفطر. وقد روي عن ابن عمر قال: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر وقال: «أغنوهم في هذا اليوم»⁽²⁾، فلم يجز فيه إلا التملك.

ج - القياس على الكسوة، لأنها أحد نوعي الكفارة المدفوعة إلى المساكين فلم يجز فيها إلا التملك.

واعتماد القياس هنا إما على سبيل التأييد للدليل السابق من أن المراد بالإطعام في الآية هو التملك، وإما على سبيل تخصيص عموم الآية إن كانت عامة تحتل التملك، وتحتل الإطعام بأي وجه⁽³⁾.

والمراد بالمساكين في الآية ما يشمل الفقراء. وشروط المساكين:

أ - أن لا يكونوا في نفقة المكفر، ممن تلزمه نفقته، فلا يجوز أن يدفع الرجل منها لزوجته، أو ولده، أو أبويه الفقيرين. ويجوز أن تدفع الزوجة منها لزوجها وأولادها الفقراء.

ولا يشترط كونهم من محلّ الحنث، كما لا يشترط أن يكونوا غير هاشميين، بل تصح للهاشمي، لأن الكفارة لا تعدّ أوساخاً، بخلاف الزكاة فإنها أوساخ الأموال والأبدان.

2 - أن يكونوا مسلمين، فلا يصح لكافر. ودليل اشتراط الإسلام:

- القياس على الزكاة الواجبة⁽⁴⁾.

والاستدلال بالقياس هو من باب تخصيص عموم الآية به⁽⁵⁾.

3 - أن يكونوا عشرة مختلفين، فلا يجزىء التكرار، بأن يعطي للمسكين الواحد أكثر من مدّ من الطعام أو أكثر من كسوة، كأن يعطي خمسة مساكين لكل واحد منهم

(1) أخرجه الترمذي، الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها.

(2) أخرجه الدارقطني في زكاة الفطر. وقريب منه، البيهقي في الزكاة، باب وقت إخراج زكاة الفطر.

(3) أحكام ابن العربي 2/651.

(4) الإشراف 2/245 وبداية المجتهد 1/575 وشرح ابن عبد السلام م2 ورقة 158.

(5) أحكام ابن العربي 2/653.

مدان أو كسوتان، ولو في أزمئة متباعدة. ودليل ذلك⁽¹⁾:

أ - ظاهر الآية، فقد صرّحت بالعدد، فيجب امتثاله.

ب - القياس على الوصية بإطعام عدد معين من المساكين على سبيل التملك أو سدّ الجوع، فوجب استيفاء العدد.

ج - أنّ الكفارة حقّ واجب للعدد المذكور.

ولا يجزىء النقص عن المدّ للمسكين، بأن يعطي أقلّ من مدّ للواحد، ولو كانت الكفارة كاملة في نفسها، بأن يعطي عشرين مسكيناً لكلّ واحد منهم نصف مدّ.

4 - أن لا يقع التلفيق بين أنواع الكفارة في العشرة.

لا يجزىء في الكفارة الواحدة التلفيق من نوعين، كإطعام خمسة فقراء وكسوة خمسة، ودليل ذلك⁽²⁾:

أ - القياس على ما أجمع عليه العلماء من أنّ بعض الرقبة لا يجزىء مع بعض الإطعام أو الكسوة.

ب - أن التخيير في الآية إنّما وقع بالنظر إلى الكلّ.

وأما التلفيق من صنفين نوع الطعام خاصّة، فيجزيء، كخمسة أمداد لخمسة مساكين، ورطلين لكل من الخمسة الباقية، أو يشبعهم مرتين.

ومحلّ هذا كله إذا كانت كفارة واحدة، وأما لو كان عليه كفارتان مثلاً، فأطعم عشرة وكسا عشرة، وقصد كلّ نوع منها عن واحدة فيجزيء.

ومتى لفق المكفر الكفارة أو أنقصها أو كرّرها، فإنها لا تجزئه إلا إذا كمل. وصورة التكميل في التلفيق من نوعين، أن يكمل نوعاً ويلغي الآخر. وفي الناقصة أن يكمل لعشرة، لكي يصير لكل منهم مدّ كامل أو رطلان. ويلغي ما أخذته العشرة الباقية من المساكين.

وفي التكرار، أن يعطي خمسة مساكين آخرين، تاركاً للخمسة الأولى ما زاد.

وله نزع ما زاد بعد التكميل في المسائل الثلاثة، بأن يأخذ في التلفيق من خمسة مساكين ما معهم بعد أن ألغاه، وكمل لهم من نوع ما أخذه الخمسة الأخرى.

وأن يأخذ في الناقصة، من عشرة ما معها بعد أن ألغاه، وكمل للعشرة الأخرى، لكل منهم نصف مدّ.

وأن يأخذ في التكرار من الخمسة الأولى الزائد الذي معهم بعد أن كمل الكفارة بإعطاء خمسة أخرى.

(1) الإشراف 2/ 245 وأحكام ابن العربي 2/ 652 وبداية المجتهد 1/ 575 والذخيرة 4/ 68.

(2) المتقى 3/ 258 والبديع على التفريع ورقة 94.

وحقّ النزاع مشروط بشرطين:

- 1 - أن يبقى الزائد بيد الفقير. فإن تصرف فيه بأكل أو غيره فليس له نزعه منه.
 - 2 - أن يبيّن له حين الإعطاء أنه كفارة يمين. فإن لم يبيّن له فليس له نزعه منه، لأنه إذا لم يبيّن كان متبرّعاً.
- ويكون النزاع بالقرعة، وهذا خاص بمسألة النقص، إذ النزاع من عشرة ليس بالأولى من الأخرى.
- وأما مسألة التكرار، فمحلّ النزاع فيها متعيّن. ومسألة التلفيق الأمر فيها موكول لاختياره، فإذا اختار تكميل الإطعام كان له نزاع الكسوة.

شرط الطعام في الكفارة:

يشترط أن يكون من أوسط طعام الأهل. ودليل هذا الشرط الآية. ولفظ الوسط يطلق لغة على الأعلى والخيار، ويطلق على المنزلة بين الطرفين.

والمعنى الأوّل خارج عن دلالة الآية، والإجماع هو الذي أخرجه⁽¹⁾. فيكون المعنى الثاني هو المقصود. وعلى هذا فإنّ لفظ الوسط عام في الجنس والقدر.

أما الوسط المطلوب في الجنس، فهو أن يكون الطعام من غالب عادات الناس، لا من الأدنى ولا من الأعلى. فما يجزىء في زكاة الفطر يجزىء هنا. وهي الأصناف التسعة: القمح، والشعير، والسلت، والزبيب، والمدخن، والذرة، والأرز، والأقط، والتمر.

وإن انفرد بواحد منهما - أي الأدنى أو الأعلى - فإن أخرج الأدنى لم يجزه، وإن أخرج الأعلى أجزأ. ودليل عدم الإجزاء بإخراج الأدنى إذا انفرد ولم يملك الأوسط، هو ما حمل عليه قوله تعالى ﴿وَأَهْلِيكُمْ﴾ من أنّ المراد به أهل المحلّة أو البلد. ووجه الاستدلال أنّ الخطاب موجه لعموم المسلمين لا لخصوص الحالفين⁽²⁾. وعن مالك رواية أخرى، وهو أنّه يعتبر وسط عيش المكفّر دون البلد، وحمل «أهليكم» على الأخصّ، وهو ظاهر الآية. فإنّ أهل البلد لا يقال لهم: أهل زيد⁽³⁾. وإليه ذهب ابن العربي⁽⁴⁾.

وأما الوسط المطلوب في المقدار، هو أن يكون الطعام مدّاً بمدّ النبي ﷺ لا أقلّ، والدليل:

- القياس على كفارة الفطر في رمضان⁽⁵⁾.

(2) البديع على التفريع ورقة 93.

(4) أحكام ابن العربي 2/650.

(1) أحكام ابن العربي 2/650.

(3) الذخيرة 4/63.

(5) الإشراف 2/245 وبداية المجتهد 1/574.

وإنما يعتبر المدّ إذا أخرج من البرّ. وأمّا إذا أخرج من الشعير أو التمر أو غير ذلك، فإنه يخرج من وسط الشيع به. ونقل ابن عرفة عن اللخمي أنّ هذا هو المذهب. ويُندب بغير المدينة المنورة الزيادة على المدّ لكل مسكين، بالاجتهاد، ولا تحدّ الزيادة بحدّ. وهو المذهب لأنّه قول الإمام مالك.

وأمّا أهل المدينة، فلا يندب لهم الزيادة، فليل لقلة الأقوات فيها، وقيل لقناعة أهلها.

وسائر البلدان، ومنها مكة، يندب لهم الزيادة، لأنّ أهلها لا يبلغون أهل المدينة في القناعة والقلة.

ويجزىء إطعام كلّ واحد من العشرة رطلين من الخبز الأوسط، ويعتبر الرطل البغدادي⁽¹⁾، وهو أصغر من المصري بيسير.

ويندب أن يكون الرطلان بإدام من تمر أو لحم أو غير ذلك. ودليل ندب⁽²⁾، الإدام، هو العرف الغالب في الناس من أنّهم لا يأكلون الخبز إلا بإدام. ومراعاة لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾.

ويجزىء عن إخراج العشرة أمداد إشباع عشرة مساكين مرّتين، كغداء وعشاء، في يوم أو أكثر، كغداءين أو عشاءين، مجتمعين أو متفرقين، متساوين في الأكل أو متفاوتين. والمراد الشيع الوسط في كلّ مرّة. والدليل على أنّ الأجزاء لا يقع إلاّ بمرّتين هو العرف⁽³⁾.

والأطفال إذا استغنوا عن اللبن، فلا يكفي إشباعهم مرّتين، بل لا بدّ من المدّ كاملاً أو من الرطلين كاملين.

النوع الثاني: كسوة العشرة مساكين

ويقع الأجزاء للرجل بثوب يستر جميع بدنه إلى كعبه، أو قريب منه، ولا يكفي إزار وعمامة.

ويقع الأجزاء للمرأة بدرع سابغ وخمار.

والمراعى في ذلك أقلّ ما يجزىء في الصلاة⁽⁴⁾. ولا يكفي أقلّ من ذلك لما يلي: أ - أن الواجب في الأخذ بأقلّ ما يدلّ عليه الاسم هو المعنى الشرعي لا اللغوي⁽⁵⁾.

(1) الرطل البغدادي إثنتا عشرة أوقية (المصباح المنير ص 88).

(2) البديع على التفريع ورقة 93. (3) البديع على التفريع ورقة 93.

(4) الإشراف 245/2 والمنتقى 258/3 وبداية المجتهد 574/1 وأحكام ابن العربي 652/2.

(5) بداية المجتهد 574/1.

ب - إن إطلاق الكسوة في الآية لا يتناول المئزر وحده، ولا المنديل بانفراده⁽¹⁾.
ج - القياس على الإطعام في وجوب التقدير، لأنها مصروفة إلى المساكين في الكفارة⁽²⁾.

د - أن التقدير في الكسوة ينصرف إلى المعنى الشرعي، لأن القاعدة حمل كلام كل متكلم على عرفه، وليس في الشرع ما يتعلق به الكسوة إلا الصلاة⁽³⁾.
ويجزىء أن تكون الكسوة من غير وسط كسوة أهل البلد، ولو كانت عتيقة غير جديدة، لأن المراد بها الستر لا الزينة. ولأن الآية جاءت في الكسوة مطلقة، ولم تقيد بالوسط إلا الطعام⁽⁴⁾.
ويعطى الصغير كسوة كبير. ولا يكفي ما يستره خاصة، وهو المعتمد قياساً على الطعام⁽⁵⁾.

النوع الثالث: عتق رقبة مؤمنة. واشتراط الإيمان قياساً على كفارة القتل⁽⁶⁾ ودليل التخيير بين الأنواع الثلاثة المذكورة: الآية⁽⁷⁾.

النوع الرابع: صيام ثلاثة أيام

ولا يجزىء الصوم إلا عند العجز عن الأنواع الثلاثة المتقدمة وقت الإخراج، بأن لم يكن عند المكفر ما يباع على المفلس. ودليل وجوب الترتيب وعدم جواز تقديم الصيام على الإطعام والكسوة والرقبة: الآية. ووجه الاستدلال منها أنها شرطت عدم الوجود للانتقال للصيام⁽⁸⁾.

ويندب اتباع في صيام الأيام الثلاثة. ويجوز تفريقها مع الكراهة. ودليل عدم وجوب التتابع⁽⁹⁾:

أ - أن الأمر بالصوم في الآية ورد مطلقاً غير مقيد.

ب - أن التتابع صفة زائدة على الأمر بالصيام. فلا تجب إلا بنص أو قياس على منصوص، وهما مفقودان.

ج - القياس على الإطعام والكسوة في جواز تفريقها، لأنها كفارة عن يمين.

(2) الإشراف 245 / 2.

(1) الإشراف 245 / 2.

(3) الإشراف 245 / 2 والذخيرة 64 / 4.

(4) حاشية الصاوي على أقرب المسالك 334 / 1.

(6) البديع ورقة 93.

(5) البديع ورقة 93.

(8) أحكام القرطبي 282 / 6.

(7) المنتقى 254 / 3.

(9) الإشراف 245 / 2 وبداية المجتهد 575 / 1 وأحكام ابن العربي 654 / 2 وشرح ابن عبد السلام

158 / 2.

وأما ما ورد في قراءة عبد الله بن مسعود وأبي بن كعب: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات»⁽¹⁾.

فإنها قراءة شاذة لا يعمل بها.

ودليل ندب التتابع وكراهية التفريق، الجمع بين أدلة منع الوجوب والقراءة الشاذة. ولأن التتابع فيه مبادرة إلى قضاء الواجب⁽²⁾.

وكون التتابع مندوباً غير واجب، لا ينافي وجوب النورية في أصل الكفارة من حيث هي.

ومن وجد طعاماً قبل تمام الصيام، ولو في آخر يوم، وجب الرجوع إليه، وكذلك إذا وجد كسوة.

ومن وجد مسلفاً مع القدرة على الوفاء، فليس بعاجز.

إخراج القيمة:

لا يجزىء إخراج القيمة عن الطعام والكسوة. ودليل ذلك⁽³⁾:

أ - أن الله تعالى نصّ على أنواع الكفارة وأعيانها. فانتفى بذلك أن تكون الكفارة من غيرها.

ب - أن النصّ على أعيان الكفارة يدلّ أنها مقصودة لنفسها.

ج - أنه لو كانت القيمة جائزة لكان النصّ على نوع واحد منها كاف في التقويم به، فلما نصّ على ثلاثة أشياء دلّ على أن الغرض أعيانها.

د - القياس على العتق في كونها أنواعاً يقع بها التكفير.

متى تجب الكفارة؟

تجب الكفارة على الحالف وتتعين عليه بالحنث. ويكون الحنث في صيغة البرّ، بفعل ما حلف على تركه، وفي صيغة الحنث بترك ما حلف على فعله.

ودليل وجوب الكفارة بالحنث:

- قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفْرَةٌ أَيْتَنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: 89].

ووجه الاستدلال هو بتقدير مضمّر وهو: «فحنثتم» بعد «إذا حلفتم»، فيكون مجموع الحلف والحنث سبب في وجوب الكفارة⁽⁴⁾.

(1) أحكام القرآن للقرطبي 6/283 وتفسير ابن كثير 2/86.

(2) التفريع ورقة 93.

(3) الإشراف 2/245 وأحكام ابن العربي 2/652-653 وأحكام القرطبي 6/280.

(4) شرح ابن عبد السلام م2 ورقة 156.

ووجه تعليق وجوب الكفارة بالحنث أن الكفارة لرفع إثم الحنث، وما لم يحنث فليس هناك ما يرفع⁽¹⁾. وهذا على قول من يرى الكفارة لرفع الإثم.

ويجزيء إخراج الكفارة قبل الحنث إذا قصدته، سواء كان حلفه باليمين أو بالنذر المبهم أو بالكفارة، كانت صيغة حنث أو برّ. ودليل جواز التقديم، اعتمد فيه أيضاً على الآية الكريمة. ووجه الاستدلال بها ما نقله ابن عبد السلام⁽²⁾ وابن العربي⁽³⁾ من أنها أضافت الكفارة إلى اليمين في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ لِّأَيْمَانِكُمْ﴾ والمعاني تضاف إلى أسبابها كما علّقها على الحلف في قوله: ﴿إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ وذلك دون تقدير مضمّر، وهو الحنث.

وهذا يفيد أن الكفارة تجب بالحلف الذي هو السبب، ويجوز تقديمها على الحنث، لأنه شرط وليس سبباً، وتقديم الكفارة قبل الشرط وبعد السبب يجزيء⁽⁴⁾. ولجواز تقديم الكفارة أدلة أخرى منها:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف بيمين فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، وليفعل الذي هو خير»⁽⁵⁾.

ب - عن أبي بردة عن بردة قال، قال النبي ﷺ: «وإني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير، أو أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني»⁽⁶⁾.

ج - عن عبد الرحمان بن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «يا عبد الرحمان بن سمرة... وإذا حلقت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير»⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال أن هذه الأحاديث نصّ في جواز التقديم، لأنه ﷺ أمر فيها بتقديم الكفارة قبل أن يأمر بإتيان الفعل⁽⁸⁾.

وليس في حديثي أبي هريرة وعبد الرحمان بن سمرة وكذا في اللفظ المتفق معهما من حديث بردة، تقديم ولا تأخير في الكلام، لأن الأصل عدم ذلك، وبقاء الترتيب

(1) أحكام ابن العربي 2/ 648 والبدیع ورقة 91. (2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 156.

(3) أحكام ابن العربي 2/ 649. (4) الذخيرة 4/ 66-67.

(5) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما تجب فيه الكفارة، ومسلم في الأيمان، باب ندب من حلف يميناً.

(6) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ ومسلم في الأيمان باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها.

(7) أخرجه البخاري ومسلم في الكتابين والبابين السابقين.

(8) الإشراف 2/ 231 والمنتقى 3/ 249 وبداية المجتهد 1/ 577.

على حاله⁽¹⁾. والواو في «وليفعل» و «أوتيت» و «وأت» وإن كانت لا تفيد الترتيب، فإن حديث عبد الرحمان بن سمرة ورد في رواية بلفظ «ثم»⁽²⁾ التي تقتضي الترتيب⁽³⁾. وكذا فإن الفاء في «فليكفر» في حديث أبي هريرة تقتضي الترتيب والتعقيب لرؤية ما هو خير من المحلوف عليه، فلا يتقدم عليه الحنث⁽⁴⁾.

د - القياس على الاستثناء في عدم وقوف ثبوت الحكم على وجوب الحنث، والكفارة أقوى من الاستثناء⁽⁵⁾.

هذا وإن في المذهب قولاً آخر هو عدم جواز تقديم الكفارة، وإليه ذهب ابن العربي واستدل له⁽⁶⁾. والقول الأول هو المشهور.

حكم الحنث:

ذكر ابن العربي⁽⁷⁾ أن الحنث يختلف باختلاف حال المحلوف عليه. فإن حلف ألا يأتي أمراً لا يجوز فالبر واجب والحنث حرام. وإن حلف على مكروه فالبر مكروه والحنث مستحب. وإن حلف على واجب فالبر حرام والحنث واجب. وإن حلف على مباح فإنه يجب النظر إليه، فإن كان تركه مضرّاً وجب عليه الحنث، وإن كان في فعله منفعة استحب له الحنث.

المكره على الحنث:

إذا أكره الحالف على الحنث في صيغة البرّ، نحو: والله لا أفعل كذا، أو لا أفعله في هذا الشهر، فأكره على الفعل، فلا كفارة عليه، لأنه مغلوب عليه ما لم يفعله طائعاً بعد الإكراه. وتسقط الكفارة في الإكراه بقيود ستة:

- أ - أن لا يعلم أنه يكره على الفعل.
- ب - أن لا يأمر غيره بإكراهه له.
- ج - أن لا يكون الإكراه شرعياً.
- د - أن لا يفعل ما أكره عليه ثانياً طوعاً بعد زوال الإكراه.
- هـ - أن لا يكون الحالف على شخص بأنه لا يفعل كذا، هو المكره له على فعله.

(1) مفتاح الوصول ص 70 - 71.

(2) أخرجه أبو داود في الأيمان والندور، باب الرجل يكفر قبل أن يحنث.

(3) المنتقى 249/3 وشرح ابن عبد السلام 156/2 والبديع ورقة 94.

(4) الذخيرة 67/4 (5) الإشراف 231/2.

(6) أحكام القرآن 2/648-649. (7) أحكام القرآن 2/648.

و - أن لا تكون يمينه هكذا: «لا أفعله طائعاً ولا مكرهاً»، وإلا حنث.
وأما في صيغة الحنث نحو: «والله لأفعلن كذا»، فمنع كرهاً، فإنه يحنث، وعليه الكفارة، لأن يمينه وقعت على حنث، فأولى إن ترك الفعل طائعاً.

تكرار الكفارة:

تتكرر الكفارة على الحالف في صيغة البر في صور:

أ - إن قصد تكرار الحنث كلما فعل المحلوف عليه، نحو: «والله لا أكلم زيداً»، وقصد أنه كلما فعله فعليه يمين.

ب - إذا كرر اليمين، نحو «والله لا أكلم زيداً، والله لا أكلمه» أو قال: «والله لا أكل، والله لا أدخل» ونوى لكل يمين كفارة، فتتكرر الكفارة. وأما إذا لم ينو فلا تتكرر.

ج - أن يقتضي العرف التكرار، بأن كان تكرار الحنث يستفاد من حال العادة والعرف، لا من مجرد اللفظ ك: «والله لا أشرب لك ماء» فإن العرف يقتضي أنه كلما شرب له ماء حنث. ومثله: «والله لا أكل لك خبزاً» و «لا أقرئك سلاماً» و «لا أجلس معك في مجلس».

ونحو: «والله لا أترك الوتر» فإنه يحنث كلما تركه، لأن العرف يقتضي لوم نفسه والتشديد عليها، فكلما تركه لزمه كفارة.

وقد ذكر ابن رشد الجد أن المسألة تعود إلى مسألة أصولية وهي أن الأمر المقيّد بصفة يقتضي تكراره بتكرار الصفة⁽¹⁾.

د - أن يحلف أن لا يفعل، ويحلف أن لا يحنث، ثم حنث، كأن قال: «والله لا أكلم زيداً، والله لا أحنث» فكلّمه، فعليه كفارتان، كفارة ليمينه الأصلي، وكفارة للحنث فيه. ووجه ذلك أن يمينه الثانية لما كانت على غير لفظ اليمين الأول، لم تحمل على أنه أراد بها التأكيد لها، وحملت على أنه أراد يميناً أخرى يوجبها على نفسه، كالنذر إن حنث⁽²⁾.

هـ - أن يشتمل لفظه على جمع للكفارة أو اليمين، نحو: «إن كلمته فعلي كفارات» أو «فعلي إيمان». وكذا إذا قال: «الله علي إيمان» أو «الله علي كفارات» فإذا كلمه لزمه أقل الجمع. وكذا في غير التعليق. وأقل الجمع ثلاثة، ما لم ينو أكثر. فلو سمى شيئاً لزمه، نحو «الله علي عشر كفارات» تلزمه العشر كفارات، أو «إذا كلمت زيداً فعلي عشر كفارات» فإن كلمه لزمته العشر كفارات، لأن أسماء العدد نصّ في معناها.

و - أن يدلّ لفظه على التكرار وضعاً مثل: «كلّما أو مهما»، كما لو قال: «كلّما

(1) البيان والتحصيل 3/ 111.

(2) البيان والتحصيل 3/ 109.

كلمته فعليّ يمين أو كفارة» أو «مهما دخلت الدار فعليّ يمين أو كفارة»، فتكرر الكفارة بتكرر الفعل.

ما لا يدل على التكرار:

لا تتكرر الكفارة بما يلي:

أ - لفظ «متى ما»، لأنها ليست من صيغ التكرار على الصحيح، بل هي من صيغ التعليق، إلا أن ينوي التكرار، فيلزمه ما نوى. فإذا قال: «متى ما كلمته فعليّ يمين أو كفارة» فلا يلزمه كفارة إلا في المرة الأولى. وأما «متى» بدون «ما» فلا تقتضي التكرار قطعاً، كـ «إن» و «إذا» بل هي من أدوات التعليق لا غير.

ب - قول الحالف: «والله، ثم والله، لا أفعل كذا» ثم فعله، فلا تتكرر عليه الكفارة، بل عليه كفارة واحدة، لأنها تفيد التأكيد⁽¹⁾. إلا إذا قصد تكرارها.

والدليل على أن تأكيد اليمين لا يكرر الكفارة:

- أن آية المائدة 89، عامة لم تخص تأكيداً من غيره⁽²⁾.

وما روي عن ابن عمر أنه قال: من حلف بيمين فوگدها، ثم حنث، فعليه عتق رقبة، أو كسوة عشرة مساكين⁽³⁾. وعنه أنه كان يعتق المرار إذا وگد اليمين⁽⁴⁾. أي أنه كان يرى في تأكيد اليمين أن يأخذ بأرفع الكفارات، ولا يكفي عنده الإطعام، ولا عتق رقبة واحدة⁽⁵⁾. فإنه استحسان واستحباب منه دون إيجاب⁽⁶⁾.

ج - قوله: «والقرآن، والمصحف، والكتاب، لا أفعل كذا» أو قال: «والقرآن، والتوراة، والإنجيل، لا أفعل كذا» أو قال: «والعلم، والقدرة، والإرادة، لا أفعل كذا» ففعل المحلوف عليه، فليس عليه إلا كفارة واحدة. وهذا إذا لم ينو «كفارات» في الجميع، وإلا لزمه ما نواه. لأن كل واحدة من هذه الصفات إذا انفردت كانت يميناً، فإذا جمعها وفصل بينها بواو القسم كانت أيماناً⁽⁷⁾.

وكل ما تقدم من مسائل تكرار الكفارة هو في اليمين بالله والنذر المبهم والكفارة. وأما الطلاق، فيتعدد بالتكرار إن لم يقصد التأكيد. وذلك احتياطاً في الفروج.

التعدد في التعليق:

إذا علق المعلق قربة أو طلاقاً لزمه ما سمّاه أو نواه. نحو: «إن دخلت الدار

(1) المنتقى 3/ 249. (2) البيان والتحصيل 3/ 165.

(3) الموطأ في النذور والأيمان، باب العمل في كفارة اليمين.

(4) الموطأ في النذور والأيمان، باب العمل في كفارة اليمين.

(5) المنتقى 3/ 254 وشرح الزرقاني على الموطأ 3/ 66.

(6) المنتقى 3/ 254 والبيان والتحصيل 3/ 165. (7) الإشراف 2/ 230.

فعلّي صوم عام وصدقة بدينار» أو نوى ذلك. ونحو: «إن دخلت فعلّي طلاق فلانة، وفلانة، أو جميع زوجاتي، أو بالثلاث، أو طلقتين» أو نوى شيئاً من ذلك. فالعبرة بالتسمية إن لم يكن له نية تقتضي التعدد. وإن كان له نية تقتضي التعدد عمل بها، وإن كان اللفظ يقتضي الاتحاد.

التعدد في التزام اليمين:

إذا قال الحالف: أيمان المسلمين تلزمني إن فعلت كذا، ففعله، فإنه يلزمه الطلاق الثلاث لمن في عصمته، واحدة أو أكثر؛ وصدقة بثلاث ماله، من عرض أو عين أو عقار حين يمينه، إلا أن ينقص ماله وقت الحنث عن وقت الحلف، فاللازم له التصديق بثلاث ما بقي، ولو كان النقص بفعل اختياري منه؛ كما يلزمه الحج ماشياً، لا عمرة، لأنه يلزمه من كل نوع من الأيمان أتمها. وإذا لم يقدر على المشي حين اليمين فلا شيء عليه؛ كما يلزمه صوم عام، وكفارة يمين.

ومثل هذه اليمين قول الحالف: عليّ أشد ما أخذ أحد عن أحد، أو أشق، أو أعظم.

وكذلك من حلف، ولم يدر بما حلف، أكان بطلاق أو صدقة أو مشي، فيلزمه ما يلزم من حلف باليمين اللازمة.

ملاحظة:

الأصل في المذهب في هذه اليمين هو ما ذكر. وقد كانت كذلك في العهد الأول بالمدينة المنورة. قال الإمام الباجي: «وقد رأيت في بيعة أهل المدينة ليزيد بن معاوية، وفيما بعدها من عهد الخلفاء»⁽¹⁾.

وليس لها من دليل إلا ما جرى به عرف الناس في استعمالها. وعلى هذا اختلفت أقوال علماء المالكية حسب ما كانت عليه أعراف بلدانهم في استعمال هذه اليمين. كما نتهوا على وجوب مراعاة هذه الأعراف في الإفتاء، قال الإمام الشاطبي، وقد سئل عما يلزم في هذه اليمين: «حكّم ما يلزمه في الحنث باللازمة، فإنه مقتضى العرف عندكم»⁽²⁾، وقال الإمام ابن عبد السلام الهواري: «فينبغي للمفتي في هذا الزمان إذا أفتى في هذه - الأيمان - وما أشبهها ممّا هو مبني على العرف القولي أو على العرف الفعلي، كأبواب بياعات الآجال عند المالكية، أن ينظر إلى عرف زمانه وبلده من ذلك، قولاً وفعلاً. ولا يكتفي في ذلك بما هو منقول في الكتب ممّا له نحو ستمائة سنة، وكانت الفتوى به في المدينة - المنورة - ولعل أهل أفريقية وأهل الأندلس عرفهم ذلك

(2) فتاوى الشاطبي ص 136.

(1) المتقى 3/ 251.

غير عرف أهل المدينة وأهل مصر. هذا في ذلك الزمان فكيف وقد طال ما بين زمان الواقعة وزمان المفتي⁽¹⁾.

وعلى هذا قال الشيخ الدردير بعد أن ذكر حكم التعدد في التزام اليمين: وهذا إن اعتيد الحلف بما ذكر، لأن الأيمان تجري على عرف الناس وعاداتهم، وإلا تجر عادة بالحلف بجميع ما ذكر، بل ببعضه، فالذي يلزم الحالف هو المعتاد بين الناس من الأيمان. والمعتاد بين أهل مصر الآن - أي عصر الدردير - أن يحلفوا بالله وبالطلاق. وأما المشي لمكة وصوم العام والصدقة بالمال فلا يكاد يحلف بها أحد منهم، وحينئذ فاللازم في «أيمان المسلمين» كفارة يمين والطلاق الثلاث لمن في عصمته فقط⁽²⁾.

وعلق الشيخ الصاوي على هذا الكلام فقال: إذا كان عرف مصر هكذا فيفتى بلزوم ذلك لأهل مصر وكل من وافقهم في ذلك العرف. وهذا ما لم يقصد الحالف الأمور التي ترتب على «أيمان المسلمين» في أصل المذهب، وإلا فيلزمه ما قصد، فإن النية تقدم على العرف، وإنما الحمل على العرف عند عدمها⁽³⁾.

ولبعض كبار علماء المالكية فتاوى في هذه اليمين لم يراعوا فيها العرف، فقد قال أبو بكر الأبهري وأبو عمر بن عبد البر: لا شيء فيها إلا الاستغفار، وقال أبو بكر الطرطوشي وأبو بكر بن العربي: فيها ثلاث كفارات. وعن ابن عبد البر أيضاً: فيها كفارة يمين⁽⁴⁾.

تخصيص اليمين وتقيدها:

خمس أمور تخصص اليمين أو تقيدها أو تبيتها، وهي النية، والبساط، والعرف القولي، والعرف الفعلي، والمقصد الشرعي. وأما المقصد اللغوي فلا يعد من المخصصات، بل أصل حمل اليمين يكون عليه إن لم يكن مخصص من المخصصات الخمسة المذكورة.

1 - النية:

ودليل اعتبار النية في اليمين⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبَدُّوْا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوْهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾ [البقرة: 284].

(1) شرح ابن عبد السلام 2/ 153. (2) أقرب المسالك 1/ 336.

(3) بلغة السالك على أقرب المسالك 1/ 336.

(4) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 152 وشرح المواق على خليل 3/ 276 ومذاهب الحكام في نوازل الأحكام ص 280 إلى 298 وحاشية الصاوي 1/ 336 وحاشية الدسوقي 2/ 135، وراجع أيضاً البيان والتحصيل 3/ 180-181.

(5) المقدمات 1/ 408.

ب - إنما الأعمال بالنيات⁽¹⁾.

والنية تخصّص لفظ الحالف العام، فيعمل بمقتضى التخصيص. والعام لفظ يستغرق الصالح له⁽²⁾ بلا حصر، والتخصيص قصره على بعض أفراد. والتعميم يكون في مدلول اللفظ، كان زماناً أو مكاناً أو حالاً أو غير ذلك.

وتقيّد أيضاً لفظه المطلق. والمطلق ما دلّ على الماهية بلا قيد، كاسم الجنس. وهو في المعنى كالعام، من حيث الشمول. وتقييده كالتخصيص، فيعمل بمقتضى التقييد.

وكذلك تبين النية المجمل. والمجمل ما لم تتضح دلالاته. ويكون بيانه بإخراجه إلى حيز الاتضاح. يعني أنه إذا قال: نويت به كذا، عمل بنيته. فإذا حلف مثلاً: لا ألبس الجون - بفتح الجيم - وهو يطلق على الأبيض والأسود، وقال أردت الأبيض، كان له لبس الأسود، وهذا مثال للمجمل.

ثم لا يخلو الحال، إمّا أن تكون النية مساوية لظاهر اللفظ⁽³⁾، أي تحتل إرادة ظاهر اللفظ، وتحتل عدم إرادتها على السواء، بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، بالنظر للعرف، أي بأن يكون احتمال لفظ الحالف لما نواه ولغيره متساوين عرفاً.

وإمّا أن تكون إرادة ظاهر اللفظ أقرب في الاستعمال من إرادة النية المخالفة لظاهرة.

وإمّا أن تكون إرادة النية بعيدة عن ظاهر اللفظ، شأنها عدم القصد. فإن ساوت نيته ظاهر لفظه عرفاً، بأن احتمل إرادتها وعدم إرادتها على السواء، بلا ترجيح لظاهر لفظه عليها، صدق مطلقاً، أي في اليمين بالله، وغيرها من التعاليق، وفي الفتوى والقضاء.

ومثال النية المساوية، أن يحلف الرجل لزوجته أنه إن تزوّج في حياتها، فالتى يتزوجها طالق، أو فعله المشي إلى مكة. فتزوّج بعد طلاقها، وقال نويت حياتها في عصمتي، وهي الآن ليست في عصمتي. فينفعه ذلك في الفتوى والقضاء.

وهذا المثال يدخل في تخصيص النية للفظ العام. لأنّ قوله «حياتها» مفرد

(1) أخرجه البخاري في بدء الوحي، ومسلم في الإمارة، باب قوله ﷺ إنما الأعمال بالنية.

(2) أي يتناول جميع الأفراد الصالح لها ذلك اللفظ دفعة. وبهذا يخرج السطلق، لأنه لا يتناول ما يصلح له دفعة، بل على سبيل البدل. فعموم العام شمولي، وعموم المطلق بدلي. وصلاحيّة اللفظ لتلك الأفراد من جهة اندراجها في معناه الموضوع له، فتكون دلالة العام على أفراد دلالة كلي على جزئيات معناه، لا دلالة كلّ على أجزاء معناه (حاشية الصاوي 1/337).

(3) أي شأنها أن تقصد من اللفظ، وليس المراد أنّ اللفظ موضوع لذلك المنوي بعينه، وإلا لم يكن تخصيص ولا تقييد ولا بيان (حاشية الصاوي 1/337).

مضاف، يعمّ كلّ وقت من أوقات حياتها، الذي يشمل الوقت الذي تكون معه في عصمته، وغيره. فإن أراد بحياتها كونها معه في عصمته كان قصراً للعام على بعض أفرادها، وهو تخصيص له.

ومن النية المساوية، ما لو حلف - بما ذكر - «لا آكل لحماً» فأكل لحم طير. وقال: أردت لحم غير الطير، فيصدق مطلقاً، لمساواة إرادة نيته لظاهر لفظه.

وهذا المثال يدخل في تقييد المطلق، لأنّ لفظ «لحم» يصدق بأي نوع على سبيل البدل، وقصره على غير لحم الطير تقييد له.

وإن لم تساو النية ظاهر اللفظ، بأن كان ظاهر اللفظ العام أو المطلق أرجح. ففي ذلك أمران:

الأمر الأول:

إن قربت في نفسها للمساواة⁽¹⁾ - أي بالنظر للعرف - قبلت دعوى الحالف في نيته مطلقاً، في اليمين بالله وغيره. إلا في يمين الطلاق في القضاء، أي فيما رفع للقاضي، وأقيمت عليه البيّنة، أو أقرّ، فلا يقبل ويتعيّن الحكم عليه بوقوع الطلاق، لما يجب على القاضي إجراء الأمور على ظواهرها، ومراعاة الاحتياط في الفروج، وبراءة الذمة في اليمين بالله⁽²⁾.

وفهم من هذا أنها تقبل عند المفتي مطلقاً، وكذا عند القاضي إن كانت اليمين بالله، أمّا إن كانت بطلاق، فلا تقبل عند القاضي⁽³⁾.

ومثال على مخالفة النية لظاهر اللفظ مع قربها للمساواة في عرف الاستعمال، أن يحلف الحالف: لا آكل لحماً، أو لا آكل سمناً. فأكل لحم الضأن وسمن البقر. فإذا رفع للقاضي، فقال: نويت لا آكل لحم بقر، وأنا قد أكلت لحم الضأن. أو نويت لا آكل سمن ضأن، وأنا قد أكلت سمن بقر، فلا يقبل، أي في القضاء في اليمين بالطلاق. ويقبل في الفتوى مطلقاً، كما تقدم، لأنها قريبة من المساواة. وهذا المثال يدخل في تقييد النية للفظ المطلق.

ومثال آخر للقريب من المساواة أن يحلف أن لا يكلمه، ثم فعل المحلوف عليه، وقال: نويت لا أكلمه في شهر أو في المسجد. أو يحلف بأن لا يدخل داره، ثم دخل بعد شهر، وقال: نويت لا أدخل مدة شهر. وهذا المثال يدخل في تخصيص النية للفظ العام.

(1) أي وإن كانت ضعيفة بالنسبة لظاهر اللفظ (أقرب المسالك 1/338).

(2) شرح ابن عبد السلام م2 ورقة 163 والمقدمات 1/408.

(3) راجع حاشية الدسوقي 2/138.

أو أن يحلف أن لا يبيع حيواناً له - مثلاً - ثم وكّل من يبيعه، فباعه له الوكيل، وقال: نويت أن لا أبيعته بنفسه. وهذا المثال يدخل في تبيين النية للفظ المجمل. فيقبل دعواه في هذه الأمثلة في جميع الأيمان، في الفتوى وفي القضاء، إلا يمين الطلاق، فلا يقبل في القضاء.

الأمر الثاني:

إن بعدت النية عن المساواة، فلا تقبل دعواه مطلقاً، في جميع الأيمان، لا في الفتوى، ولا في القضاء، إلا لقرينة تصدق دعواه، ويكون هذا حينئذ من باب العمل بالنية والقرينة معاً. وليس من باب العمل بالنية فقط.

ومثال على بُعد النية عن المساواة، أن يحلف الحالف أنه إن دخل دار زيد - مثلاً - فزوجته طالق. فلما دخل قال: نويت زوجتي الميتة، فلا يقبل منه ذلك لبعد نيته عن المساواة بعداً بيناً لظهور أنّ الطلاق لا يقصد به الميتة، إلا أن تكون قرينة تصدق دعواه في إرادة السية.

أو أن يحلف فيقول: إنها حرام. فلما وقع المحلوف عليه، قال أردت أن كذبها حرام، لا زوجته نفسها. فلا يصدق مطلقاً، إلا لقرينة كما تقدم. ويعمل بالقرينة، ولو في اليمين بالطلاق عند القاضي.

سبب اعتبار تخصيص النية أو تقييدها:

إنما يعتبر تخصيص النية أو تقييدها، إذا لم يستحلف الحالف في حقّ عليه لغيره، ولو لم يستحلفه ذلك الغير، بل حلف متبرّعاً.

فإن حلف في حقّ، فالعبرة بنية المحلّف، فلا ينفع تخصيص نية الحالف حينئذ، سواء كان الحقّ مالياً، كدين وسرقة، أم لا. فمن حلفه المدعي أنه ليس له عليه دين، أو لقد وافاه، أو أنه ما سرق، أو ما غصب، فحلف، وقال نويت: من بيع، أو من قرض، أو من عرض، والذي عليّ بخلاف ذلك، لم يفده، ولزمه اليمين بالله أو بغيره. أو حلف: ما سرقت، وقال: نويت من الصندوق، وسرقتي كانت من الخزانة، أو نحو ذلك، لم يفده.

وكذا لو شرطت عليه زوجته عند العقد أن لا يخرجها من بلدها، أو لا يتزوج عليها، وحلفته على أنه إن تزوج عليها، أو أخرجها، فالتى يتزوجها طالق، أو فأمرها بيدها؛ فحلف، ثم فعل المحلوف عليه، وادّعى نية شيء، لم تفده نيته، لأنّ اليمين بنية المحلّف، لأنه اعتاض هذه اليمين من حقّه، أي كأنّ هذه اليمين عوض عن حقّه، فصارت العبرة بنيته دون الحالف.

وقد تقدم الاستدلال على ذلك في شروط نفع الاستثناء.

والخلاصة أنّ النية لا تقبل مطلقاً في حقّ لغيره، إذا حلف أو استحلف، سواء كانت تلك النية مساوية لظاهر اللفظ، أو كانت مخالفة له، قريبة من التساوي، لا في الفتوى، ولا في القضاء، كانت اليمين بالله، أو بغيره، ولو كان الحلف عند غير حاكم⁽¹⁾.

2 - بساط اليمين :

إذا عدت النية الصريحة اعتبر بساط اليمين في التخصيص والتقييد والتعميم. وبساط اليمين نية حكمية.

وتعريفه: هو السبب الحامل على اليمين. وهذا تعريف له باعتبار الغالب. وإلاّ فهو المعبر عنه في علم المعاني بالمقام وقرينة السياق، وقد لا يكون سبباً.

والسبب الحامل على اليمين هو مظنة النية، فليس فيه انتفاؤها، بل هو متضمن لها، لأنّه نية حكمية محفوفة بالقرائن. ولذلك قال بعضهم هو أقوى من النية الصريحة. ودليل اعتبار البساط في اليمين⁽²⁾:

- أنّ الأحكام إنّما هي لمعاني الألفاظ المعتبرة المفهومة منها، دون ظواهرها قال ابن رشد الجدّ: ولو اتبعت ظواهرها دون معانيها المفهومة منها في كلّ موضع لعاد الإسلام كفرةً والدين لعباً.

وفي القرآن الكريم آيات تدلّ على ضرورة اعتبار قرينة السياق لتفهم على معناها الصحيح من ذلك:

- قوله تعالى: ﴿فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ مِنْ دُونِهِ﴾ [الزمر: 15].

فالظاهر من الآية الأمر بالشرك، والمراد به النهي والوعيد إذ هو المفهوم منه.

- قوله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَأَنْتَ الْحَلِيمُ الرَّشِيدُ﴾ [هود: 87].

وظاهر الآية المدح والثناء من قوم شعيب عليه السلام لنبئهم، ومرادهم به غير ذلك من السبّ والاستهزاء.

ومثل هذا كثير في القرآن والسنن المتواترة.

والبساط بانضمامه للفظ يصيره نصّاً أو ظاهراً في المعنى⁽³⁾.

وضابط بساط اليمين، تقييد اليمين بقول: ما دام هذا الحامل على اليمين موجوداً. ومن الأمثلة:

- من حلف لا أشتري لحماً، أو لا أبيع في السوق، لوجود زحمة، أو وجود

(1) راجع حاشية الدسوقي 138/2.

(2) المقدمات 410/1 والمعار المعرب 66/2. (3) الذخيرة 27/4.

ظالم حملة على الحلف، فهذا من بساط اليمين. وذلك لصحة تقييد يمينه بقوله: ما دامت هذه الزحمة أو الظالم موجوداً.

وكما لو كان خادم المسجد أو الحمام يؤذي إنساناً كلما دخله، فقال ذلك الإنسان: والله لا أدخل هذا المسجد، أو هذا الحمام. فإنه يصح أن يقيد بقوله: ما دام هذا الخادم موجوداً. فإن زال هذا الخادم جاز له الدخول، وإلا حنث.

وكما لو كان في طريق من الطرق ظالم يؤذي المارين بها، فقال شخص: والله لا أمر في هذه الطريق، أي ما دام هذا الظالم فيها.

وكذا لو كان فاسق بمكان فقال لزوجته: إن دخلت هذا المكان فأنت طالق. فإذا زال الفاسق منه، ودخلت لم يحنث، لأنه في قوة قوله: ما دام هذا الفاسق موجوداً في ذلك المكان.

- من حلف ليشتري دار فلان، فلم يرض البائع بثمن مثلها، فأقوى القولين في المذهب عدم الحنث.

وكذا من حلف لبيع داره فأعطي دون ثمن المثل.

- من سمع طبيباً يقول لحم البقر داء، فحلف لا يأكل لحماً، فلا يحنث بأكل لحم الضأن.

- من حلف أن زوجته لا تبيع دارها، وكانت باعها قبل ذلك، فلا يحنث، لأنه لو علم لم يحلف.

- من ضاع صكّه، فقال للشهود: اكتبوا لي غيره، وحلف لهم: امرأته طالق لا يعلمه في موضع ولا هو في بيته، ثم وجده في بيته، فلا حنث عليه.

شروط نفع البساط:

يشترط لنفع البساط ما يلي:

أ - أن لا يكون للحالف مدخل في السبب الحامل على اليمين، كما لو تنازع رجل مع ولده، أو زوجته، أو شخص آخر، فحلف إنه لا يدخل داره مثلاً، ثم زال النزاع واصطلح الحالف والمحلوف عليه، فإن الحالف يحنث بدخوله، لأن الحالف له مدخل في السبب، فالبساط هنا غير نافع.

ب - لا ينفع البساط فيما نجز بالفعل، كما لو تشاجرت زوجته مع أحد فطلقها ثم زالت المشاجرة أو مات الذي تشاجرت معه، فلا يرتفع الطلاق. لأن رفع الواقع محال. ومثال ذلك ما لو دخل على زوجته مثلاً، فوجدها أفسدت شيئاً في اعتقاده، فنجز طلاقها، فتبين له بعد ذلك أنه لم يفسد، فليس يوجد بساط. وليقس على ذلك.

ج - أن يزول السبب، أما إذا لم يزل، فلا ينفعه البساط إذا فعل المحلوف عليه.

د - أن لا تكون له نية، فإن كانت له نية فالعبرة بنيته.

هذا وإن البساط يجري في جميع الأيمان، سواء كانت بالله أو بطلاق. ويعتبر البساط أيضاً في الفتوى والقضاء.

3 - العرف القولي:

إذا لم يوجد بساط اعتبر العرف القولي في تخصيص أو تقييد اليمين. والعرف القولي ما دلّ عليه القول في عرف الناس، لأنه غالب قصد الحالف. والمراد العرف الخاص. كما لو كان عرفهم استعمال الدابة في الحمار، واستعمال الثوب فيما يُسلك في العنق، فحلف حالف أن لا يشتري دابة ولا ثوباً، وكان لا نية له، فلا يحنث بشراء فرس ولا عمامة.

وهذا القسم غير بساط اليمين، فإن البساط حالة تتقدم الحلف، وهذا العرف يفهم من نفس اللفظ المركب، مع الجهل بالحالة كيف كانت. فالعرف القولي كله مقدّم على اللغة، لأنه غلبة استعمال اللفظ في غير المسمى اللغوي، فهو ناسخ للغة، والناسخ مقدّم. بخلاف العرف الفعلي ليس معارضاً للغة⁽¹⁾.

4 - العرف الفعلي:

وذلك كما إذا حلف لا يأكل خبزاً، وكان بلد الحالف لا يأكلون إلا خبز الشعير، فأكل الشعير عندهم عرف فعلي، فلا يحنث بأكل خبز القمح.

هذا وإن الشيخ الدردير لم يذكر العرف الفعلي من جملة ما يخصص أو يقيّد اليمين، وقد تبع في ذلك الشيخ خليل الذي سلك هو أيضاً في مختصره، وفي كتابه التوضيح، من عدم اعتبار العرف القولي مسلك الإمام القرافي.

وقد أورد كل من الدسوقي والصابري في حاشيتهما اعتبار الإمام ابن عبد السلام له، وقد جاء في شرح ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب ما يلي: ظاهر مسائل الفقهاء أنه لا فرق بين أن يكون العرف قولياً أو فعلياً، ولبعض أصحاب الأصول أنه لا يعتبر إلا العرف القولي دون الفعلي، ولهم في ذلك حجج لا تسلم من القدح⁽²⁾.

كما جاء عن الباجي واللخمي تصريحهما باعتباره.

وذكر الصاوي أن العرف الفعلي يكون مقدماً على العرف القولي.

5 - العرف الشرعي:

إذا لم توجد نية ولا بساط ولا عرف قولي ولا عرف فعلي، فإن العرف الشرعي

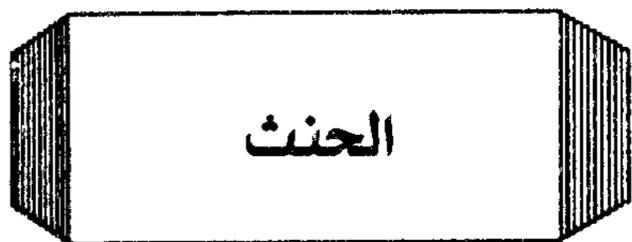
(1) مواهب الجليل 3/ 273 والذخيرة 4/ 28.

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 165.

يعتبر في تقييد أو تخصيص اليمين، إن كان الحالف من أهل الشرع. فمن حلف لا يصلي في هذا الوقت أو لا يصوم أو لا يتوضأ أو لا يتطهر أو لا يتيمم، حنث بالشرعي من ذلك دون اللغوي، أي فلا يحنث بالصلاة على النبي ﷺ، ولا بغسل اليدين إلى الكوعين، مثلاً.

والعرف الشرعي مقدّم على اللغوي.

ولا يعتبر العرف اللغوي من المخصّصات أو المقيدّات، لأنّه أصل وضع اللفظ، فالحمل عليه أصل عند الإطلاق عن المخصّصات والمقيدّات، وعدم القرائن كما تقدّم.



إذا لم يكن للحالف شيء من الأمور الخمسة، فإنه يحنث، ويختلف حنثه بحسب صيغ اليمين:

1 - الحنث في صيغة الحنث:

أ - ففي صيغة الحنث وهي «لأفعلن، أو إن لم أفعل» فإنه يحنث بفوات ما حلف عليه، أي بتعذر فعله، نحو «والله لأدخلن الدار» و «لأطآن الزوجة» و «لألبسن الثوب». ونحو «إن لم أدخل الدار» أو «إن لم أطأ الزوجة» أو «إن لم ألبس الثوب فعلي كذا»، فتعذر فعل المحلوف عليه.

ويحنث في هذه الصيغة، سواء كان الفوات لغير مانع، أو لمانع، ولو لمانع شرعي، أو عادي. كمن حلف: ليطآن زوجته الليلة، فوجدها حائضاً، فإنه يحنث إن لم يطأها مع المانع وفات الوقت، فإن وطئها فقولان. وهذا مثال للمانع الشرعي.

وكمن حلف: ليذبحن الحيوان، فوجده قد سرق، وهو مثال للمانع العادي. وهذا إذا لم يكن له نية ولا بساط، بأن أطلق في يمينه، ولم يقيد بإمكان الفعل ولا بعدمه، وأولى لو قال: لأفعلن كذا، قدرت على الفعل أو لم أقدر. أما إن قيد بإمكان الفعل، فلا حنث بفواته في المانع الشرعي والعادي اتفاقاً.

هذا في المانع الشرعي والعادي، أما المانع العقلي، فإنه لا يحنث به، كمن حلف ليذبحن الحيوان، فوجده قد مات. أو حلف لألبسن الثوب فوجده قد خرق. أو حلف ضيف على رب منزل أنه لا يذبح له فتبين أنه ذبح له، لأن رفع الواقع وتحصيل الحاصل محال عقلاً.

ومحلّ عدم الحنث في المانع العقلي، إن لم يفرط، بأن يادر إلى الفعل فحصل المانع قبل الإمكان. فإن أمكنه الفعل وفرط حتى حصل المانع، حنث، وهذا في صورة ما إذا لم يعين الحالف وقتاً لفعله، فإن عيّن وقتاً لفعله وفات المحلوف عليه في ذلك الوقت لم يحنث ولو فرط.

ب - ويحنث الحالف في هذه الصيغة أيضاً إذا عزم على الضد، أي بالعزم على ترك ما حلف عليه، كمن عزم على عدم الدخول إلى الدار بعد أن حلف ليدخلنها. أو عزم على عدم وطء زوجته بعد أن حلف ليطأها. أو عزم على عدم لبس الثوب بعد أن حلف ليلبسه.

ويتحتم الحنث بالعزم على الضدّ وتجب الكفارة في اليمين بالله تعالى، ولا ينفعه فعله بعد، ويلزمه المعلق عليه من طلاق ونحوه، ولا ينفعه الفعل بعد العزم على الترك. وهذا في الحنث المطلق، وأما المقيد بزمن، نحو: لأدخلنّ الدار في هذا الشهر، أو إن لم أدخلها في شهر كذا فهي طالق، فلا يحنث بالعزم على الضدّ، وإنما يحنث بعدم فعل المحلوف عليه إذا فات الأجل.

والقول بتحتم الحنث بالعزم على الضدّ، هو طريقة ابن المواز وابن شاس وابن الحاجب والقرافي. وقال غيرهم: غاية ما في المدونة أنّ الحالف بصيغة الحنث المطلق له تحنيث نفسه بالعزم على الضدّ، ويكفر. ولا يتحتم الحنث إلا بفوات المحلوف عليه. فله أن يرجع لحلفه ويبطل العزم، كما إذا قال: إن لم أتزوج فعليّ كذا. ثم عزم على ترك الزواج، فله الرجوع للزواج وإبطال عزمه. ولا يلزمه شيء ممّا حلف به، ما لم يكن المحلوف طلاقاً. واختار مصطفى الرماصي هذه الطريقة، لكن ردّ البناني قوله. وقد مشى كلّ من الشيخ خليل والشيخ الدردير على الطريقة الأولى بقولهما: «وحنث بالعزم على الضدّ».

2 - الحنث في صيغة البرّ:

أ - يحنث الحالف، في صيغة البرّ، بفعل المحلوف عليه نسياناً لحلفه، ودليل الحنث بالنسيان:

- قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَثْرَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: 89].

ووجه الاستدلال أنّ التقدير: إذا حلفتم فحنثتم. والحنث مخالفة المحلوف عليه، والمخالفة حاصلة في النسيان، كما هي حاصلة في العمد، فوجب تساويهما في الحكم⁽¹⁾.

ووجه آخر، أنّ الآية عامّة ولم تفرّق بين العامد والناسي⁽²⁾.

- القياس على العمد، لأنّ الفعل وقع منه على وجه منفرد بإضافته إليه⁽³⁾.

- القياس على قاصد الفعل، لأنّه حصل منه الفعل باختياره من غير إكراه⁽⁴⁾.

- العموم الذي يدلّ عليه لفظ اليمين⁽⁵⁾.

- أنّ صيغة البرّ في مقابلة صيغة الحنث، وقد ثبت أنّه لو حلف أن يفعل شيئاً، ففعله ساهياً فإنّه يبرّ وإن كان من غير قصد، فكذلك يجب إذا حلف ألا يفعله ففعله سهواً أن يحنث⁽⁶⁾.

(2) بداية المجتهد 1/ 570.

(4) الإشراف 2/ 239.

(6) الإشراف 2/ 239.

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 167.

(3) الإشراف 2/ 239.

(5) البيان والتحصيل 3/ 190.

وأما حديث: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽¹⁾، فإن المراد منه رفع الإثم دون ما عداه، ولا سيما في هذه المسألة للاتفاق على إلحاق المخطئ فيها بالعامد⁽²⁾.

وكذلك يحنث بالخطأ، كما لو فعل المحلوف عليه معتقداً أنه غيره، فيحنث.

وهذا إن أطلق في يمينه ولم يقيد بعمد ولا تذكّر. فإن قيد بأن قال: لا أفعله ما لم أنس، أو عامداً مختاراً، أو متذكراً. فلا حنث بالنسيان والخطأ. أما لو قال: لا أفعله عمداً ولا نسياناً، فإنه يحنث مطلقاً.

ومن أمثلة الخطأ أن من حلف لا يدخل دار فلان، فدخلها خطأ، فإنه يحنث عند الإطلاق.

ولا يحنث الحالف بالغلط اللساني، كمن حلف لا أذكر فلاناً، فسبق لسانه بذكره. أما الغلط الجنائي، فإنه يحنث به، لأنه هو الخطأ. كمن حلف أن لا يكلم زيدا فكلمه معتقداً أنه عمرو⁽³⁾.

هذا وإن ابن العربي والسيوري وجمع من المتأخرين قالوا بعدم الحنث بالنسيان، ودليلهم الحديث، وأنه ليس المراد نفس الخطأ والنسيان لوقوعهما في الأمة فوجب حملهما على حكم الخطأ والنسيان وإلحاق المخطئ والناسي بمن لم يصدر منه ذلك الفعل البتة⁽⁴⁾.

والقول الأوّل هو المعتمد.

ومثال النسيان: من حلف أنه لا يأكل في غد، فأكل فيه نسياناً، فإنه يحنث على المعتمد - كما تقدم - ولو حلف بالطلاق ليصومن غداً، فأصبح عاثماً ثم أكل ناسياً، فلا حنث عليه، لأنه حلف على الصوم، وقد وجد. والذي فعله نسياناً هو الأكل. وهذا الأكل غير مبطل لصومه، لأن الأكل في التطوع لا يبطله. وهذا الصوم تطوع بحسب الأصل، فلما لم يبطل صومه لم يحنث.

وتقدم أنه لا حنث في الإكراه في صيغة البرّ.

ب - ويحنث الحالف - في صيغة البرّ - بفعل بعض المحلوف على تركه. فمن حلف لا أكل الرغيف، أو هذا الطعام، فأكل بعضه ولو لقمة، حنث. ودليل الحنث في الترك بفعل البعض: هو الأخذ بأوائل الأشياء، ويسمى أيضاً الأخذ بأقل ما يدل عليه الاسم، ووجه الأخذ بذلك هو الاحتياط⁽⁵⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 167.

(3) راجع الدسوقي 2/ 143.

(4) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 167.

(5) بداية المجتهد 1/ 571 والبدیع على التفریع ورقة 92.

ومن أمثلة الحنث بالبعض: من حلف أن لا يلبس هذا الثوب، فإنه يحنث بإدخال طوقه في عنقه. ومن حلف لا يصلي، حنث بالإحرام. ومن حلف لا يصوم، حنث بالإصباح ناوياً، ولو أفسد الصلاة والصوم بعد ذلك. ومن حلف لا يركب حنث بوضع رجله في الركاب، ولو لم يستقر على وسيلة الركوب، حيث استقل عن الأرض. وإن علق يمينه على وضع زوجته ما في بطنها فوضعت واحداً وبقي واحد، حنث بوضع الأول.

ولو حلف لا يطؤها، حنث بمغيب الحشفة، ولا يحنث ببعضها لتعويل الشارع في أحكام الوطاء على مغيب الحشفة.

ولو حلف أن لا يدخل الدار، لم يحنث بإدخال رأسه بخلاف رجله. وأما في صيغة الحنث، فإنه لا يبرّ بفعل البعض، وإنما يبرّ بفعل الكلّ، نحو: والله لا أكلنّ هذا الطعام أو الرغيف، أو إن لم آكله فهي طالق، فلا يبرّ بأكل البعض، والدليل هنا - في الفعل - هو الأخذ بجميع ما يدلّ عليه الاسم، احتياطاً⁽¹⁾. وذكر الشيخ العدوي أن من حُلف عليه بالأكل، فإن كان الحلف في آخر الأكل، فلا يبرّ الحالف إلا بأكل المحلوف عليه ثلاث لقم فأكثر. وإن لم يكن المحلوف عليه في آخر الأكل، فلا يبرّ إلا بشبع مثله.

صور من الحنث:

1 - من حلف لا يأكل طعاماً فإنه يحنث بشرب السويق أو اللبن. لأن شربهما أكل شرعاً ولغة. وهذا إذا لم يكن له نية ولا بساط. والدليل على أن السويق واللبن طعام⁽²⁾: عن سويد بن النعمان أنه خرج مع النبي ﷺ عام خيبر، قال: حتى إذا كنا بالصهباء وهي أدنى خيبر، صلى العصر، ثم دعا بالأزواد، فلم يؤت إلا بالسويق، فأمر به فثري فأكل وأكلنا⁽³⁾.

ولا يحنث بشرب الماء ولو ماء زمزم، إذ هو ليس بطعام عرفاً، وإن كان ماء زمزم طعاماً وشراباً. والعرف مقدم - كما تقدّم - ومحلّ حنثه بشرب اللبن والسويق، إن قصد التضييق على نفسه بأن لا يدخل في بطنه طعاماً، إذ هما من الطعام، فإن قصد الأكل دون الشرب فلا حنث، وهو معنى قول ما تقدّم: إذا لم يكن له نية ولا بساط.

2 - من حلف لا أكل لحماً، فإنه يحنث بأكل لحم الحوت، أو لحم الطير، لصدق اللحم على هذه الأشياء، والدليل على ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي مَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: 14].

(2) البيان والتحصيل 3/ 261.

(1) المصدران السابقان.

(3) أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة خيبر.

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَخِرَ طَيْرٌ مِمَّا يَشْتَهُونَ﴾ [الواقعة: 21].
فسمى الحوت والطير لحماً⁽¹⁾.

وذكر الصاوي أن ما ذكره من الحنث بلحم الحوت والطير في حلفه: لا آكل لحماً عرف مضي، وأما عرف زماننا، خصوصاً بمصر، فلا يحنث بما ذكر لأنه لا يسمى لحماً عرفاً. والعرف القولي مقدّم على العرف الشرعي كما هو معلوم⁽²⁾، وكذا على العرف اللغوي⁽³⁾. كما أن أهل اللغة لا يطلقون لحم الحيتان لحماً إلا بقيد الإضافة⁽⁴⁾.

ويحنث الحالف بأن لا يأكل لحماً، إذا أكل شحماً، لأن الشحم جزء من اللحم، ومتولّد عنه، وقد أعطى الشرع المتولّد حكم ما تولّد عنه، فحرّم بالإجماع الشحم من الخنزير لتحريم لحمه، ولم يحرم اللحم لتحريم الشحم على اليهود، لأن اللحم غير متولّد عن الشحم⁽⁵⁾.

3 - من سأله سائل أن يسلفه، أو يقضيه حقّه، أو يهبه كذا، فحلف ليس معي إلا عشرة لا غير، فإذا معه أكثر، فإنه يحنث. وإنما يحنث فيما لا لغو فيه من الأيمان، كالطلاق وغيره. وأما ما فيه لغو، وهي اليمين بالله تعالى فلا حنث كما تقدّم.
وأما إذا وجد أقل ممّا حلف عليه، فلا حنث، لأن مقصود اليمين نفي الأكثر لا الأقل.

4 - من حلف لا أركب هذه الدابة، ولا ألبس هذا الثوب، حنث بدوام ركوبه، لأن الدوام كالاتداء. وأما لو حلف لأركب، أو لألبس، برّ بدوام الركوب واللبس في المدّة التي يظن الركوب واللبس فيها. فإذا كان مسافراً مسافة يومين، وقال: والله لأركب الدابة، والحال أنه راكب لها، فلا يبرّ إلا إذا ركبها باقي المسافة، ولا يضرّ نزوله في مقتضيات النزول، وكذا يقال في حلفه: لألبس.

5 - ومن حلف لأضربه عشرة أسواط، وضربه بالعشرة ضربة واحدة، فإنه لا يبرّ، لأن الصيغة صيغة حنث، واليمين باقية عليه، لأن الضرب بها مجموعة لا تؤلم كالمفرقة. لأن المقصد من تكثير العدد في الحلف زيادة الإيلاء والمبالغة فيه، فلم يجز أن يبرّ بضربة واحدة، لأن ذلك ضدّ مقصود الحالف. وأيضاً فإن اليمين تحمل على عرف التخاطب، وفي العرف أن العدد ينصرف إلى الضربات لا إلى أجسام الأسواط⁽⁶⁾. ولا حجة في قصة أيوب لأن الأيمان يجب حملها على العرف⁽⁷⁾.

(1) أحكام ابن العربي 3/ 1147.

(2) بلغة السالك 1/ 342.

(3) أحكام ابن العربي 3/ 1147 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 174.

(4) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 174. (5) البديع على التفريع ورقة 92.

(6) لإشراف 2/ 242. (7) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 170.

6 - من حلف لغريمه: لا فارقتك، أو لا فارقتني حتى تقضييني حقّي، ففرّ منه، فإنّه يحنث، ولو لم يفرط الحالف، بأن انفلت منه الغريم كرهاً عليه.

وكذلك يحنث إذا أحاله الغريم على مدين له. فرضي الحالف بالحوالة وترك سبيله. لأنّ المعنى: إلّا أن تقضييني بنفسك، إلّا لنية أو بساط.

7 - من حلف إلّا يدخل على شخص بيتاً، فدخل عليه ميتاً قبل الدفن فإنّه يحنث. وكذا إذا دخل عليه في بيت شعر، لأنّ الله تعالى سمّاه بيتاً في قوله: ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا﴾ [النحل: 80]. ويحنث أيضاً إذا دخل عليه في سجن بحق، كان سجن لدين أو غيره، لأنّ الإكراه الشرعي كلا إكراه. بخلاف ما لو سجن ظلماً، فلا يحنث الحالف، لأنّه إكراه، ولا حنث في الإكراه. وذكر الشيخ الصاوي في بيت الشعر، أنّ العرف الآن يقتضي عدم الحنث فيه، إذ لا يقال للشعر بيت، إلّا إذا كان الحالف من أهل البادية.

والحالف أن لا يدخل على شخص في بيت أو في سجن، لا يحنث بدخول المحلوف عليه على الحالف، ولو استمرّ هذا الأخير جالساً. وذلك إن لم ينو الحالف يمينه الاجتماع معه في مكان. وإلّا حنث، وإن لم يحصل جلوس.

8 - ومن حلف أن لا ينفعه في حياته، فإنّه يحنث بتكفينه أو بتغسيله، لأنّ ذلك من متعلقات الحياة.

9 - من حلف أن لا يكلم شخصاً معيّناً، فإنّه يحنث بالكتاب الذي يكتبه إليه، أو يأمر بكتابه إليه، وذلك إن وصل للمحلوف عليه، سواء أكان عازماً على كلامه حين كتابته أو إملائه أو الأمر بكتابه أم لا. أمّا إن لم يصل إليه فلا حنث، ولو كان عازماً عليه حين الكتابة، وهذا في سائر الأيمان، إلّا في الطلاق، فإنّه يقع بمجرد الكتابة عازماً عليه، لأنّ الطلاق يستقل به الزوج فلا يتوقف على حضور الزوجة، ولا على مشافهتها، بخلاف الكلام فيتوقف على حضور المخاطب ومشافهته.

وكذا يحنث بإرسال رسول بكلام، إن بلغ إليه. وأمّا مجرد وصول الرسول من غير تبليغ، فلا يوجب الحنث.

وتقبل نية الحالف إن ادّعى المشافهة بأن قال: أنا نويت أن لا أكلمه مشافهة، ووصول الكتاب وإبلاغ الرسول ليس فيهما مشافهة، فتقبل نيته مطلقاً، أي في جميع الأيمان، في الفتوى والقضاء. إلّا في إرسال كتاب ووصوله إليه في يمين الطلاق، فلا يقبل في القضاء، احتياطاً في الفروج؛ كما إذا حلف: إن كلمته فهي طالق، فأرسل له كتاباً ووصله، فادّعى المشافهة، لم يقبل عند الحاكم.

والفرق بين الكتاب والرسول، أنّ الكتابة يقال لها كلام للحالف لغة، بخلاف

كلام الرسول فإنه ليس بكلام للحالف، لا لغة ولا عرفاً، فلذلك قبلت نيته فيه حتى في الطلاق.

هذا وإن وجه الحنث بإرسال الكتاب والرسول أنه قد علم بالعرف أن غرض الحالف على ترك كلامه، إنما هو مقاطعته وهجرته، فيدخل في ذلك الكلام وما يقوم مقامه. لأن الأغراض المقصودة بالأيمان معتبرة فيها مع اللفظ⁽¹⁾.

10 - من حلف أن لا يكلم شخصاً معيناً، فإنه يحنث بالإشارة له وبكلام لم يسمعه المحلوف عليه لنوم، أو صمم، أو نحو ذلك، من كل مانع لو فرض عدمه لسمعه عادة. بخلاف ما لو كلمه من بعد لا يمكن سماعه منه عادة، فلا يحنث. ووجه الحنث بالإشارة هو ما تقدم في الحنث بالكتابة والرسول.

كما يحنث بالسلام عليه معتقداً أنه ليس هو، فتبين أنه هو، أو كان المحلوف عليه في جماعة سلم عليهم، فإنه يحنث، إلا أن يحاشيه بقلبه منهم قبل نطقه بالسلام، ثم يقصد بسلامه عليهم من سواه، فلا يحنث. وقال الصاوي: والمعتمد أن الإخراج بالنية حال السلام ينفع.

ولا يحنث إذا سلم عليه بصلاة، ولو كان على يساره، لأن السلام في الصلاة ليس كلاماً عرفياً، بخلاف السلام خارج الصلاة، وإن كان كل مطلوباً. ولا يحنث أيضاً بوصول كتاب المحلوف عليه له - أي للحالف - ولو قرأه، على الأصح.

وأما إذا فتح الحالف على المحلوف عليه في قراءة القرآن، بأن وقف في قراءة الفاتحة أو غيرها، فأرشده للصواب، فإنه يحنث، سواء كان القارئ في صلاة أو في غير صلاة، وهو المعتمد. لأن الفتح في معنى المكالمة إذ هو في قوة: قل كذا، أو اقرأ كذا.

11 - من حلف على زوجته بالطلاق أو غيره، أن لا تخرجي إلا بإذني، فأذن لها، وخرجت بعد إذنه، لكن قبل علمها بالإذن، فإنه يحنث. سواء أذن لها وهو حاضر أو في حال سفره، وسواء أشهد على الإذن أو لا. فلا ينفعه دعوى أنه أذن لها في الخروج وإن لم تعلم به. لأن حلفه أنها لا تخرج إلا بسبب إذنه، وخروجها كان بغير سبب إذنه⁽²⁾.

12 - من حلف أن لا يعير شخصاً شيئاً فوهبه أو تصدق عليه، فإنه يحنث. ولكن تقبل نيته في ذلك إن ادعى نيته عند المفتي مطلقاً وعند القاضي إلا في يمين الطلاق.

(1) الإشراف 2/ 243 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 182.

(2) انظر تعليقات هذه المسألة في الإشراف 2/ 238.

ومن حلف أن لا يهبه أو لا يتصدق عليه، فأعاره فإنه يحنث. وكذا يحنث بالأولى إن حلف لا يتصدق عليه فوهبه، أو حلف لا يهبه فتصدق عليه. وتقبل نيته في هذه المسائل الثلاث مطلقاً، عند المفتي والقضاء، وفي جميع الأيمان حتى في الطلاق.

ووجه الحنث في جميع المسائل أن معنى يمينه أنه لا ينفعه بشيء، وإرادة النفع قدر مشترك بين الهبة والصدقة والإعارة.

ووجه قبول نيته فيما تقدم، مساواة نيته لظاهر لفظه. والحاصل أنه لا ينوى فيما بين الهبة والصدقة مطلقاً لقوة المشابهة بينهما. وينوى بين العارية وبين كل من الهبة والصدقة، لأن الهبة والصدقة ظاهرة عرفاً في إعطاء الذوات، والعارية ظاهرة في إعطاء المنافع فقط⁽¹⁾.

13 - من حلف أن لا يسكن في هذه الدار - التي هو ساكن فيها - فإنه يحنث بالبقاء فيها، ولو ليلاً، ولو بإبقاء شيء من متاعه فيها، إلا ما لا بال له عرفاً، كمسار، ووتد، وخرقة، من كل ما لا تلتفت النفس له. ولا يبرئه إلا الارتحال بأثر حلفه⁽²⁾، إلا أن يخاف من ظالم أو لص أو سبع، إذا ارتحل بالليل. ولا يضره أن يأخذ إخراج متاعه مدة يوم أو يومين أو أكثر، لكثرتة، وليس من العذر وجود بيت لا يناسبه، أو كثير الأجرة، بل عليه أن ينتقل ولو في بيت شعر، ثم إذا خرج لا يعود، وإلا حنث بمجرد العود، لأنه على العموم، بخلاف ما لو حلف لأنتقلن كما سيأتي.

فإذا كان يخاف ظالماً، فلا يحنث ببقائه لأجل ذلك، لأنه مكره على البقاء، ويمينه صيغة برّ، ولا حنث عليه فيها بالإكراه كما مرّ.

ولا يحنث بالخزن فيها متاعاً غير تابع لسكنى الأهل⁽³⁾ بعد الانتقال منها، إذ لا يعدّ الخزن سكنى في العرف، بخلاف ما لو أبقى فيها شيئاً من متاعه مخزوناً حين الانتقال، فإنه يحنث.

ولا يحنث بالبقاء فيها إذا كان حلفه بقوله: لأنتقلن من هذه الدار.

ووجه عدم الحنث أن اليمين بالأفعلن، على التراخي، وليس على الفور، وهو المشهور من المذهب⁽⁴⁾.

قال ابن عبد السلام: والفرق بين الحلف على الانتقال وبينه على عدم السكنى

(1) انظر أيضاً تعليقات هذه المسألة في الإشراف 2/ 243 والبيان والتحصيل 3/ 207 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 173.

(2) انظر تعليقات هذه المسألة في الإشراف 2/ 234.

(3) شرح المواق على خليل 3/ 303. (4) حاشية الدسوقي 2/ 149.

جلي على أصل المذهب، لأنّ الأوّل راجع إلى طلب الفعل، وذلك يصدق بالمرّة الواحدة، ولا دلالة في ذلك الطلب على الفور، ولا على عدمه ما لم تنضمّ إليه قرينة. وأمّا الثاني فيرجع إلى طلب الترك، وذلك لا يتحقق إلاّ باجتناب الفعل المحلوف على تركه في كل زمان. وبالجمله فإنّ الأوّل يجري مجرى الأمر. والثاني يجري مجرى النهي. وقد علم من أصول الفقه أن الصحيح كون الأمر لا يقتضي الفور ولا التكرار، والنهي يقتضيهما. وهذا ما لم يقصد الحالف على الانتقال إلى عدم المساكنة. فإن قصد ذلك استوت المسألتان⁽¹⁾.

وإذا لم ينتقل - وكانت اليمين بالطلاق - ورافعته الزوجة، ضرب له أجل الإيلاء من يوم الرفع، فإن قيد يمينه بزمن، كالأنتقلن في هذا الشهر، فلا يمنع من وطء زوجته قبل ذلك، إلاّ إذا ضاق الأجل، ويحنث بمضيّ الزمن إذا لم ينتقل فيه.

ويجوز له بحلفه: لأنتقلن، ومثلها: لا بقيت فيها، أو لا أقمت فيها؛ أن يعود بعد الانتقال، لكن بعد مدّة أقلها نصف شهر. ويندب إكمال الشهر. وهذا ما لم يعين في يمينه مدّة.

وفي الفرق بين حنثه إذا حلف لا أسكن فيها ثم رجع فسكن بعد خروجه، وبين عدم الحنث إذا حلف لأنتقلن منها، ثم رجع فسكن بعد خروجه، قال الإمام اللخمي: لأنّ الأوّل حلف أن لا يوجد منه سكنى، فمضى وجد ذلك منه حنث. والآخر حلف ليفعلن، فإذا فعل ذلك مرّة برّ⁽²⁾.

14 - من حلف أن لا يساكنه في هذه الدار، وأحرى لو قال بدار، وكانا ساكنين بدار، كفى في برّه أن ينتقل عن الحالة التي كانا عليها، بحيث يزول عنهما اسم المساكنة عرفاً، ولو بضرب جدار بينهما، لأنّ الجدار يقطع المساكنة بينهما وهو القياس⁽³⁾. ولا يشترط أن يكون وثيقاً، بل يكفي ولو جريداً. ويحنث بالزيارة بعد ذلك إن قصد باليمين التنهّي والبعد عنه، لا إن لم يقصده، بل كان الحامل له على اليمين دخول شيء بين العيال من نساء وصبية، وكذا إن كان لا نية له، فلا يحنث بالزيارة، إلاّ أن يكثرها أو يبيت بغير عذر.

15 - من حلف لأسافرن، فلا يبرّ إلاّ بمسافة القصر، حملاً للفظ على المقصد الشرعي دون اللغوي. ولزمه المكث في منتهى سفره خارجاً عن مسافة القصر نصف شهر، فلا يرجع لمكان دون المسافة قبل نصف شهر. ويندب له إكمال الشهر.

16 - من حلف ليقضين الدين لربه في أجل كذا، فلما قضاه ظهر بالدين عيب

(2) شرح المواق على خليل 3/303.

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 177.

(3) البيان والتحصيل 3/235.

قديم بعد الأجل، يوجب الرد، ولم يرض به واجده، فإن الحالف يحنث. وحنثه مقيد بقيود ثلاثة:

أ - أن يقوم رب الدين به.

ب - وأن يكون قيامه بعد الأجل.

ج - وأن يكون العيب موجباً للرد.

فإن لم يكن موجباً للرد، أو لم يقم رب الدين به، بل سامح، أو قام قبل الأجل، فأجازه، أو استوفى حقه قبل مضي الأجل لم يحنث الحالف.

17 - من حلف ليقضين الدين لربه في أجل كذا، فوهبه الغريم له قبل أن يقضيه له، وقبل الحالف الهبة، فإنه يحنث بمجرد قبول الهبة، ولا ينفعه دفعه له بعد القبول. ووجه الحنث عدم حصول المحلوف عليه وهو القضاء⁽¹⁾.

وهذا القول الذي مشى عليه الشيخ الدردير في مختصره هو لأصبع وابن حبيب. وتعليل قولهما أن الحق سقط بالقبول⁽²⁾. وذكر الدسوقي في حاشيته أن قول مالك وأشهب إنه لا يحنث حتى يحل الأجل ولم يقضه الدين. فإن قضاء إياه بعد قبول الهبة وقبل حلول الأجل لم يحنث، ونقل أنه المشهور⁽³⁾.

18 - من حلف ليقضين الدين لغريمه في أجل كذا، فدفق قريب للحالف أو صديق له أو أجنبي الدين عنه بلا إذن الحالف، فإنه يحنث ولا يبر، ولو كان الدفع من ماله. إلا أن يكون الدافع وكيلاً للحالف، أو أن يعلم بدفع قريبه، أو غيره عنه قبل الأجل ويرضى فيبر، سواء كان الدفع من ماله أو من مال الحالف.

19 - من حلف ليقضين الدين لغريمه في أجل كذا، فشهدت بيته للحالف بالقضاء، أو تذكر أن الغريم كان قبضه، فإن الحالف لا يبر بذلك، ولا يبر إلا بدفع الحق. ثم إن شاء أخذه منه، وإن شاء لم يأخذه. فإن أبي المحلوف له من الأخذ. وقال: لا حق لي، فإنه يجبر على القبول لأجل أن يبر الحالف.

20 - من حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل كذا، فجنّ أو أسر أو حبس، ولم يمكنه الدفع، ودفق الحاكم عنه قبل مضي الأجل من ماله أو مال الحاكم فيبر. وإن لم يدفع الحاكم عنه قبل مضي الأجل، بل بعده، فقولان، بالحنث وعدمه. والقول الأول لأصبع نظراً إلى حين اليمين، والثاني لابن حبيب، نظراً إلى حين النفوذ.

21 - من حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل كذا، ثم باعه عرضاً بيعاً فاسداً، وقاصصه بالثمن من حقه؛ فلا يخلو إما أن يفوت ذلك المبيع في يد المشتري الذي هو

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 170.

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 170.

(3) حاشية الدسوقي 2 / 152.

صاحب الحق قبل الأجل المحلوف إليه، أو لا يفوت قبله. فإن فات قبله حنث إن كانت القيمة لا تفي بالدين، ولم يكمل الحالف للغريم بقية حقه قبل الأجل. وإن كانت القيمة تفي بالدين أو أكمل الحالف للغريم بقية حقه قبل الأجل فلا حنث. وهذا باتفاق. وإن لم يفت السبيع قبل الأجل، سواء فات بعده أو لم يفت أصلاً، فالمسألة ذات أقوال ثلاثة، قال سحنون: يحنث مطلقاً، وقال أشهب: لا يحنث مطلقاً، واختار الإمام اللخمي التفصيل، وهو الحنث إن لم يكن في القيمة وفاء بالدين، وعدم الحنث إن كان فيها وفاء به.

22 - من كان عليه دين ودفع في نظيره عرضاً برّ، ولو بغبن كما لو دفع عرضاً يساوي عشرة دنانير في مائة.

23 - ومن حلف ليقضين فلاناً حقه إلى أجل كذا، فغاب صاحب الحق، واجتهد الحالف في طلبه فلم يجده، فإنه يبرّ بدفع الدين لو كبل التقاضي أو وكيل مفوض. فإن لم يوجد، فالحاكم العادل. فإن لم يوجد فوكيل ضيعته، أي من يتولى شراء النفقة للبيت من لحم وخضار وغير ذلك. وقيل بتساوي الحاكم ووكيل الضيعة في الرتبة. فإن لم يكن أحد من هؤلاء، فجماعة المسلمين يشهدهم على إحضار الحق وعدده ووزنه وصفته، وأنه اجتهد في طلب الغريم، فلم يجده ثم يترك المال عند عدل منهم، أو يقيه عند نفسه حتى يأتي ربه. ولا يبرّ بلا إشهاد، فالدفع لأحد الأربعة المذكورين على هذا الترتيب مانع من الحنث. ووجه إشهاد جماعة المسلمين، هو ما عهد من الفقهاء في أكثر المسائل أن جماعة المسلمين يتزّلون منزلة الحاكم عند عدم الحاكم⁽¹⁾.

24 - من حلف لغريمه لأقضيتك غداً يوم الجمعة، والحال أن الغد ليس يوم الجمعة، وإنما اعتقد الحالف أنه يوم الجمعة غلطاً، فإنه يحنث إن لم يقضه فيه لتعلق الحنث بالغد، لا بتسميته يوم الجمعة.

25 - ومن حلف لأقضيتك حَقَّك في رأس الشهر الفلاني، أو عند رأسه، أو إذا استهلّ، أو عند انسلاخه، أو إذا انسلخ، أو لاستهلاله، فلا يحنث إلا إذا فاتته ليلة ويوم من ذلك الشهر ولم يقض الحق. والمراد بالانسلاخ الظهور، فهو بمعنى الاستهلال، إلا إذا دلّ العرف على أن المراد به زواله والفراغ منه، فيكون العبرة بفراغ الشهر الذي سمّاه لا بيوم وليلة من أوله.

وكونه يحنث بفوات يوم وليلة من الذي سمّاه، فذلك بخلاف ما لو أتى بـ «إلى» كقوله إلى رمضان، أو إلى استهلاله، فيحنث بمجرد فراغ شعبان، بغروب شمس آخر يوم منه.

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 171.

والفرق بين الجرّ بحرف «إلى» وبين بقية الحروف، أن «إلى» لا يدخل بها المغنياً فيما قبله⁽¹⁾.

وكلّ هذا ما لم تكن له نية أو بساط.

26 - من حلف لا يلبس الثوب، فإنه يحنث بجعله قباء [وهو الثوب المفرج] أو عمامة، ولبسه على هذه الحالة، أو اتزر به، أو ارتدى به على كتفه. وهذا ما لم يكن كرهه لضيقه، أي بأن كان الحامل على اليمين ضيقه أو سوء صنعته، فإنه لا يحنث بذلك. ووجه الحنث فيما تقدم، أن الجميع يسمّى لبساً عرفاً. وهذا إذا كان الثوب المحلوف عليه مما يلبس، مثل القميص وما أشبه ذلك. وأمّا إن كان ممّا لا يلبس، كقطعة قماش، فإذا حلف لا يلبسها ثم قطعها ولبسها، فإنه يحنث، ولا يقبل منه قوله إنه كرهها لضيقها.

27 - من حلف لا يدخل من هذا الباب فغير الباب عن حالته الأولى بتوسيع أو علو، مع بقاءه في مكانه الأول، فإنه يحنث إن دخل منه، إذا لم يكن الحامل له على اليمين كراهة ضيقه، أو نحوه، كمروره على من لا يحب الإطلاع عليه، وإلا لم يحنث إذا وسع.

28 - من حلف لا يدخل على فلان بيته حنث بقيامه على ظهره، ولو كان البيت بالكراء. لأن البيت ينسب لساكنه، وأمّا من حلف ليدخلنّ على فلان بيته فلا يبرّ باستعلائه على ظهره، لأنّ الحنث يقع بأدنى سبب، والبرّ يحتاط فيه.

29 - من حلف لا يأكل لفلان طعاماً، فدفعت المحلوف عليه طعاماً لولد الحالف الصغير، فإنّ الحالف يحنث إن أكل منه، إن كانت نفقة الولد على الأب، وكان الطعام المدفوع له يسيراً، وهو الذي لا ينتفع به إلا في الوقت. فإن لم تكن نفقته عليه، فلا يحنث. وكذا لا يحنث إذا كان الطعام المدفوع للولد كثيراً، إذ ليس لأبيه ردّ المال الكثير، لأنّه لا مصلحة في رده، بخلاف اليسير، فإنّ للأب أن يقول نفقة ولدي عليّ، فليس لأحد أن يحمل عنيّ منها شيئاً. ووجه الحنث في الأكل من اليسير أنّ الأب لما كان له رده، فكانه باق على ملك صاحبه.

وهذا في الطعام المدفوع للابن. أمّا الطعام المدفوع للوالدين الذين تجب نفقتهما على الولد الحالف، فلا يحنث بالأكل منه. سواء كان قليلاً أو كثيراً، لأنّه ليس له رده، لأنّ الوالدين ليس محجوراً عليهما للولد، بخلاف الولد، فإنه محجور عليه للوالد.

30 - من حلف على زوجته لا كلمتك حتى تفعلني كذا. فقال لها إثر حلفه إذهبي، فإنه يحنث. لأنّ قوله لها: إذهبي، كلام منه لها قبل الفعل. هذا هو المشهور. ومقابله لابن كنانة أنّه لا يحنث.

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل 3/ 84.

31 - من حلف على زوجته لا كلمتيني حتى تقولي: أحبك. فقالت له عفا الله عنك إني أحبك. فيحنث بقولها عفا الله عنك. لأنه كلام صدر منها قبل قولها أحبك.

32 - ومن قال لشخص في يمينه: لا كلمتك حتى تبدأني. فقال له المحلوف عليه: لا أبالي بك. فلا يعدّ بداءة للاحتياط في جانب البر.

33 - من اشترى سلعة بثمن لم يقبضه البائع، ثم طلب المشتري من البائع أن يحطّ عنه شيئاً من الثمن، فحلف البائع أن لا يترك من حقّه شيئاً. فقال له المشتري أقلني من هذه السلعة، فأقاله، فإنّ البائع الحالف يحنث بالإقالة، إذا كانت قيمة السلعة حين الإقالة أقلّ من ثمنها الذي بيعت به، أي لم تف السلعة بالثمن الذي وقع به البيع. ووجه الحنث أنّ البائع الحالف لم يأخذ جميع حقّه. أمّا إن كانت قيمتها حين الإقالة قدر الثمن الذي بيعت به أو أكثر، أو كانت أقل، إلا أنّ المشتري دفع ما نقص عن الثمن الذي بيعت به، فإنّ البائع لا يحنث ما لم يكن الدفع على وجه الهبة.

وهذه المسألة بناء على أنّ الإقالة بيع جديد، وأمّا على أنّها حلّ للبيع فلا حنث مطلقاً، ولو كانت القيمة حين الإقالة أقلّ من الثمن الذي حصل به البيع، لأنّ بساط يمينه: إن ثبت لي حقّ فلا أترك منه شيئاً. وحيث انحلت البيع، فلا حقّ للبائع عند المشتري.

34 - من حلف على زوجته، أن لا تخرجي إلا بإذني، فتركها تخرج بدون إذنه مع علمه بذلك، وعدم منعها منه، فإنّه يحنث لأنّ مجرد علمه لا يعدّ إذناً. فلا بدّ من الإذن الصريح، ولا يكفي العلم. لأنّ الإذن هنا في جانب البر، والبرّ يحتاط فيه، لذا كان العلم غير كاف فيه. وأولى إن لم يعلم. فإنّ أذن لها في الخروج فالعبرة بعلمها بالإذن، فإن علمت به لم يحنث، وإلا حنث.

كما يحنث إذا زادت على ما أذن لها فيه، بأن قال لها أذنت لك في الخروج لبيت أبيك، فزادت على ذلك. إذ لم يأذن لها إلا في شيء خاص، لا في الزيادة عليه، وسواء علم بالزيادة أم لم يعلم.

وقيل يحنث مطلقاً أي علم بالزيادة أو لم يعلم بها، لأنّ الإذن قد حصل، ولا دخل للزيادة في الحنث ولا في عدمه.

والقول الأوّل هو المعتمد، والثاني ضعيف. ومحلّ الخلاف بين القولين إذا خرجت ابتداء لما أذن لها فيه، ثم زادت عليه. وأمّا لو ذهبت لغير ما أذن لها فيه ابتداء، ثم ذهبت لما أذن لها فيه بعد ذلك، فإنّه يحنث اتفاقاً، سواء علم بالزيادة أم لم يعلم، ما لم يأذن لها في غيره، وإلا حنث مطلقاً اتفاقاً.

بخلاف حلفه أن لا يأذن لها إلا في كذا، فأذن لها فيه فزادت عليه بأن ذهبت لغيره قبله أو بعده، أو اقتصرت على غيره بلا علم منه حال الزيادة فلا يحنث. فإن علم

بزيادتها حال الزيادة ولم يمنعها حنث، لأن علمه بها حالها إذن منه بها، وقد حلف أنه لا يأذن لها في ذلك الزائد، فيكفي العلم هنا ليدلّ على الإذن احتياطاً في جانب الحنث، لأنه يقع بأدنى سبب، فالعلم فيه بمثابة الإذن، فلذا حنث فيه.

35 - من حلف لا يبيع لزيد، أو لا يبيع منه سلعة، أو شيئاً، فوكل زيد وكيلاً ليشتري له، فباعه الحالف سلعة، فإنه يحنث بالبيع للوكيل، ولو قال البائع له: أنا حلفت أن لا أبيع لزيد، وأخاف أن تشتري له فتوقني في الحنث، فقال له الوكيل: لا بل هو لي. فتبين بالبيّنة أنّ الشراء للموكل، ولا ينفعه ذلك، ولزم البيع، ولا كلام للحالف.

فإن لم تثبت بيّنة أنّ الشراء للموكل، فإنه لا يحنث، ولو قال الوكيل: اشتريت لنفسي، ثم بعد الشراء قال اشتريته لفلان، المحلوف عليه، لكون الوكيل غير مصدق فيما يدّعيه. وكذا لا يحنث إذا قال للوكيل: إن اشتريت لزيد فلا بيع بيننا، فلا يلزم البيع، ولا يحنث إن تبين أنه للموكل، قال هذا التونسي واللخمي، وهو المعتمد.

36 - من حلف على زوجته بالطلاق إنّها لا تدخل حماماً - مثلاً - فقالت له بعد ذلك: دخلته، ولم يثبت بالبيّنة فلا تصدق ولا يحنث الزوج.

37 - من حلف لا أكلمه، أو لا ألبسه، أو لا أركبه، شهوراً أو أياماً، أي بالتنكير. لزمه ثلاثة من الشهور أو الأيام، لأنّ الثلاثة أقلّ الجمع. ولا يحسب يوم الحلف، لكن لا يكلمه فيه.

وفي اللغة أنّ النكرة في سياق النفي تعمّ، فيكون مقتضى اليمين: أن لا يكلمه أبداً، وإنّ التنكير كالتعريف، إلا أنّ العرف جرى في التنكير على عدم الاستغراق، فإنه يتبادر منه أن معنى لا أكلمه أياماً - مثلاً - : لأتركّن كلامه أياماً.

وأما إذا أتى بالتعريف، فحلف لا أكلمه - مثلاً - السنين أو الشهور أو الأيام، فالأبد، أي في جميع ما يستقبل من الزمان، حملاً للألف واللام على الاستغراق احتياطاً حيث لا نية له ولا بساط.

38 - من قال: لأهجرتّه، وأطلق ولم يقيد بأجل، حمل قوله على الهجر الشرعي، وهو ثلاثة أيام على الراجح، تقديماً للمقصد الشرعي على العرف القولي⁽¹⁾. وقيل يحمل قوله على شهر مراعاة للعرف وتقديماً له على المقصد الشرعي⁽²⁾.

39 - من حلف لا يكلمه حيناً، لزمه سنة. ولا فرق في هذه اللفظة بين التعريف والتنكير.

40 - من حلف لا يكلمه زماناً أو عصراً أو دهرأ، فإن أتى بها بالتنكير لزمه سنة، وإن عرّفها لزمه الأبد، مراعاة للعرف. ونقل الدسوقي أنّ الحكم المذكور في ألفاظ الحين والزمان والعصر والدهر، لعلّه إذا اشتهر استعمالها عرفاً في السنة، وإلا فيلزمه أقلّ ما تصدق عليه لغة⁽¹⁾.

قال ابن عبد السلام بعد شرحه عدّة مسائل في الهجران من مختصر ابن الحاجب: واعلم أنّ قولهم في هذه المسألة يبرّ بهجرانه كذا من الزمان لا يدلّ على إباحة الهجران أكثر من ثلاثة أيام، ومقصدهم إنّما هو النظر فيما يخرج به من عهدة اليمين مع قطع النظر عن ذلك الفعل هل هو مباح أو محرّم. وقد نصّ ابن الماجشون على أنّه لا يجوز، وأنه جرحه ممّن فعله، يعني إذا كان لغير أمر ديني كما هو المذكور في غير هذا الموضع⁽²⁾.

41 - من حلف بالطلاق ليطأن زوجته الليلة، فوطئها وطئاً حراماً، مثل أن تكون حائضاً أو صائماً أو محرمة بحج أو عمرة، فهل يبرّ بذلك، حملاً للفظ على مدلوله اللغوي، أو لا يبرّ، حملاً للفظ على مدلوله الشرعي، وأنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً؛ فقولان في المذهب، وهما لابن القاسم. فهذه المسألة تتعلق بما إذا فعل المحلوف عليه مع وجود المانع قبل الفوات.

(1) حاشية البناني على الزرقاني 86/3 وحاشية الشرح الكبير 155/2.

(2) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 180.



تعريف النذر:

النذر لغة: الإلتزام، ويجمع على نذور ونُذِر. ويقال: نذر وأنذر، بفتح الذا في الماضي، وكسرهما وضمها في المضارع. واصطلاحاً: هو التزام مسلم مكلف قربة، ولو بالتعليق، أو كان الناذر غضباناً.

شرح التعريف:

- قوله «مسلم»، يخرج به الكافر، فلا يلزمه الوفاء به ولو أسلم، لكن يندب له فعله بعد الإسلام، وما روى ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: يا رسول الله، إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أوف بندرك»⁽¹⁾. فإنه محمول على الندب لا على الوجوب. وقال ابن رشد الجذ، في الدليل على ذلك إن الحديث جاء بلفظ «في» وهي لا تستعمل إلا فيما ليس بواجب، يقال وفي بالوعد، وأوفى بالحق والنذر⁽²⁾. وعند الإمام الباجي أن وجه الاستحباب أنه التزمه حال كفره وتلك حال لا يلزم ما نذر فيها⁽³⁾.

وأوله ابن العربي بأن عمر رضي الله عنه رأى أن يلتزم الإسلام مثل ما كان التزم في الجاهلية كفارة له، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: «أوف بندرك»، يعني النذر الثاني ليس الأول⁽⁴⁾.

- قوله: «مكلف»، يخرج به الصغير والمجنون والمكره. ودليل عدم لزوم النذر على الصبي والمجنون⁽⁵⁾: ما روي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «رفع القلم عن ثلاثة، عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم»⁽⁶⁾.

ويندب للصبي الوفاء به بعد البلوغ.

(1) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب إذا نذر أو حلف في الجاهلية ثم أسلم، ومسلم في الأيمان، باب نذر الكافر وما يفعل فيه إذا أسلم.

(2) البيان والتحصيل 127/3 - والحديث أخرجه الدارمي في النذور والأيمان، باب الوفاء بالنذر.

(3) المتقى 229/3 (4) القبس 659/2.

(5) البيان والتحصيل 126/3 (6) سبق تخريجه.

ويدخل في المكلف السفية، فيلزمه نذر غير المال، وأما المال فللولي إبطاله، لأن رد فعل السفية إبطال.

ويدخل أيضاً الزوجة والمريض، فيجب عليهما الوفاء بما نذراه بشرط أن يكون غير مال، أو كان مالاً ولم يزد على الثلث، فإن زاد على الثلث، كان للزوج - بالنسبة للزوجة - رد الجميع. فإن لم يزد لزمها. وكان للورثة - بالنسبة للمريض - رد ما زاد على الثلث.

فإن لم يرده الزوج أو الوارث فهو لازم لهما. واختلف في رد الزوج، فقيل هو رد إبطال، وقيل رد إيقاف. وأما رد الوارث فهو رد إيقاف.

ووجه عدم لزوم نذر المرأة فيما زاد على الثلث أن حق الزوج متعلق بمالها، بدليل ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال منه أن الزوج لما نكحها لمالها فقد زاد في صداقتها، وعليه يدخل في العرف، ومن أجل ذلك لم يكن لها أن تتلف جميع مالها وتهبه غيره⁽²⁾.

وكون الزوج له رد جميع نذرها إذا زادت على الثلث هو المشهور من مذهب مالك، وهو قول ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: إنما يرده ما زاد على الثلث فقط، قال الإمام الباجي: وهو أقيس وأجرى على الأصول⁽³⁾.

ودليل عدم جواز تصرف المرأة في أكثر من ثلث مالها إلا بإذن زوجها⁽⁴⁾، ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة عطية - وفي رواية أمر - إلا بإذن زوجها، - وفي رواية: في مالها إذا ملك زوجها عصمتها»⁽⁵⁾.

- قوله: «قربة»، أي أن يكون الالتزام مقصوداً به التقرب.

- قوله: «ولو بالتعليق»، أي فكما يكون النذر بلا تعليق نحو: لله علي صوم يوم أو شهر، فإنه يكون بالتعليق، ولو على معصية، فالمدار على أن المعلق قربة، كان المعلق عليه قربة أم لا.

- قوله: «أو كان الناذر غضباناً»، أي أن النذر لازم، ولو صدر من الناذر وهو

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح نيات الدين.

(2) الإشراف 16/2 والمتقى 3/253. (3) المتقى 3/254.

(4) الإشراف 16/2.

(5) أخرجه أبو داود في البيوع، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، والنسائي في الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، وابن ماجه في الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها.

غضبان، خلافاً لابن القاسم في قوله يلزمه كفارة يمين.
ومن نذر الغضبان نذر اللجاج، وهو أن يقصد منع نفسه من شيء ومعاقبتها،
نحو: لله عليّ كذا إن كلمت زيداً، ويكون نذر اللجاج لازماً. والفرق بينه وبين نذر
الغضبان، أن الغضبان ما كان نذره من أجل غضبه من غيره، واللجاج ما كان من
نفسه. ودليل لزوم نذر الغضب واللجاج:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

والوفاء بالعقود الإتيان بها على حسب ما التزمها الإنسان، والآية عامة في نذر
الرضا وغيره، وليس هناك ما يخصصها⁽¹⁾.

ب - عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر
أن يعصي الله فلا يعصه»⁽²⁾.

والحديث عام أيضاً في الرضا والغضب واللجاج⁽³⁾.

ج - القياس على حال الرضا، بأن حال الغضب يلزم فيها الوفاء بالطلاق، فلزم
فيها الوفاء بسائر القرب كحال الرضا⁽⁴⁾.

د - أن الغاضب ليس مجنوناً، فلا يرفع عنه القلم⁽⁵⁾.

وما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين»⁽⁶⁾. فإنه
ليس بصحيح من جهة الإسناد، ولا من جهة المتن. ووجه عدم صحته متناً، أنه إن كان
في حكم المجنون، فلا ينبغي أن تلزمه الكفارة، وإن كان في حكم السليم، فينبغي أن
يلزمه النذر الذي سماه بعينه إن لم يكن معصية⁽⁷⁾.

وما روي أيضاً من قوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»⁽⁸⁾.

فالإغلاق محمول عند المالكية على الإكراه، لا على الغضب، لأن الإغلاق هو
الإطباق، من أغلقت الباب، فكان المكره قضر عن الفعل وأغلق عليه حتى فعله⁽⁹⁾.

(1) الإشراف 246/2 والمنتقى 229/3 وبداية المجتهد 580/1.

(2) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما لا يجوز من النذور في معصية الله، والبخاري في
الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة.

(3) الإشراف 246/2 والمنتقى 229/3 وبداية المجتهد 580/1 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة
187 والبدیع على التفريع ورقة 90.

(4) الإشراف 46/2 والمنتقى 229/3. (5) البيان والتحصيل 150/3.

(6) أخرجه النسائي عن عمران بن حصين في الأيمان والنذور، باب كفارة النذر.

(7) البيان والتحصيل 151/3.

(8) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على غلط، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق
المكره.

(9) البيان والتحصيل 151/3.

وأما الفرق بين النذر⁽¹⁾ وبين اليمين ذات التعليق، أنّ النذر يقصد به التقرب، واليمين يقصد به الامتناع من المعلق عليه، أو الحثّ على فعله أو تحقق وقوعه على ما تقدم، بخلاف النذر. ولذا يصحّ في اليمين أن تقدم قسماً بالله، فتقول في البرّ: والله لا أدخل الدار، وإن دخلتها يلزمني كذا، ولمقصود الامتناع من دخولها.

وتقول في الحنث: والله لأدخلن الدار، وإن لم أدخل يلزمني كذا، والمقصود طلب الدخول.

وتقول في بيان تحقق الشيء: والله لقد قام زيد، وإن لم يكن قام يلزمني كذا. بخلاف قولك: إن شفى الله مريضى فعليّ كذا، فإنه لا يصلح لتقديم يمين، إلا على وجه التبرّك أو توكيد الكلام.

أركان النذر:

من خلال التعريف يستفاد أنّ أركان لنذر ثلاثة:

- 1 - الشخص الملتزم.
- 2 - الشيء الملتزم، وهو القربة.
- 3 - الصيغة.

أمثلة في النذر الذي لا تعليق فيه:

- قول الناذر: لله عليّ ضحية، أو صوم يوم. أو قوله: عليّ ضحية أو صوم يوم، بحذف «الله» لكن بقصد الإنشاء لا الإخبار.

أمثلة في النذر الذي فيه تعليق:

- قول الناذر: إن حججت فعليّ صوم شهر، أو شهر كذا. وفي هذا المثال المعلق عليه طاعة.

- قول الناذر: إن شفى الله مريضى فعليّ صوم شهر. وفي هذا المثال المعلق عليه فعل لله تعالى.

- قول الناذر: إن جاءني زيد فعليّ صوم شهر. وفي هذا المثال المعلق عليه فعل العبد المرغوب فيه.

(1) قال الشيخ الصاوي: هذا الفرق يؤيد أنّ نذر اللجاج والغضب من اليمين، وقد تقدم للشيخ الدردير، عدّه من أقسام اليمين. وإدخاله هنا في النذر تكلف وتناقض، لأنه اختار أولاً طريقة ابن عرفة في عدّه من اليمين، وهنا اختار طريقة غيره في جعل التزام الطاعة من قبيل النذر وإن لم يكن قاصد التقرب. (حاشية الصاوي ص 325 و 348).

- قول النَّاذِر: إن قتلته فعليّ صوم شهر، أو شهر كذا. فإن حصل المعلق عليه، فإنه يلزمه المعلق. والمعلق عليه في هذا المثال معصية.
فإن كان مقصود النَّاذِر من التعليق الامتناع من الفعل فيمين لا نذر، كما علمت. وما صدر من الغضببان جعله الشيخ خليل في مختصره من النذر، وجعله غيره من اليمين، وهو الأظهر⁽¹⁾.

النذر المبهم:

النذر المبهم، وهو ما لم يسم له النَّاذِر مخرجاً، أي لم يذكر فيه ما نذره، نحو: عليّ نذر، أو لله عليّ نذر. وقد يكون معلقاً وغير معلق.
وهذا النذر لا يدخل في تعريف النذر المذكور. وفيه كفارة يمين. وقد تقدم الحديث عنه في الأيمان، في ما تجب فيه كفارة اليمين.

حكم النذر:

يعتري النذر ثلاثة أحكام، وهي النذب والكراهة والحرمة.

1 - النذر المندوب:

يندب الإقدام على النذر المطلق، وهو ما لم يعلق على شيء، ولم يكرّر، وإنما يوجهه النَّاذِر على نفسه شكراً لله تعالى على نعمة وقعت، أو يوجهه لا لشكر. وسواء قال: لله عليّ كذا، أو عليّ كذا. تلفظ بنذر فيهما أم لا. ودليل الإباحة وعدم المنع:
أ - قوله تعالى: ﴿فَقُولِي إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا﴾ [مريم: 26].
ب - قوله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ﴾ [الإنسان: 7].
ووجه الاستدلال أنه تعالى أمر به ومدح على الوفاء به، ولا يمدح على ما هو منهي عنه⁽²⁾.

ج - عن ابن عباس أن سعد بن عبادَةَ استفتى رسول الله ﷺ فقال: إن أمي ماتت وعليها نذر، ولم تقضه، فقال رسول الله ﷺ: «اقضه عنها»⁽³⁾.
ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم ينكر إقدام أمه على النذر، وأمره بالقضاء عنها⁽⁴⁾.
ووجه النذب أنه من فعل الخير.

(1) هذا استدراك من الشيخ الدردير على إدخاله نذر الغضببان في النذر.

(2) المقدمات 1/ 403 وبداية المجتهد 1/ 580 والبديع 1/ 89.

(3) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما يجب من النذور في المشي، والبخاري في الوصايا، باب ما يستحب لمن توفي أن يتصدقوا عنه، ومسلم في النذر، باب الأمر بقضاء النذر.

(4) المنتقى 3/ 228.

2 - النذر المكروه:

- يكره النذر المكرّر، كنذر صوم كلّ يوم خميس. ووجه الكراهة، إنّما هو من حيث إنّ زمن القضاء للفعل المنذور قد يأتي على حال كسل من التّأذّر، فيفعله وهو مستثقل له، وكاره له، غير منبسط في فعله، فيكون إلى العقوبة عليه أقرب من المثوبة⁽¹⁾. ولأنّه قد يؤدّي إلى التفريط في الوفاء به مع طول المدّة فيأثم⁽²⁾.

- يكره النذر المعلق على غير معصية، نحو: إن شفى الله مريضى، أو قدم زيد من سفره، فعلى صدقة كذا. ودليل النهي⁽³⁾:

أ - عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ نهى عن النذر، وقال: «إنّه لا يأتي بخير، وإنّما يستخرج به من البخيل» وفي رواية: «إنّه لا يردّ شيئاً، وإنّما يستخرج به من البخيل»⁽⁴⁾.

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا تنذروا، فإنّ النذر لا يغني من القدر شيئاً، وإنّما يستخرج به من البخيل»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّه ﷺ علّل النهي عن النذر بكونه لا دخل له في تعجيل الشيء أو تأخيره، وأنه لا يغني من القدر شيئاً، وليس هو الجالب للقدر، ولكن النذر قد يوافق القدر، فيخرج بذلك من البخيل ما لم يكن البخيل يريد أن يخرج⁽⁶⁾. وأمّا علّة الكراهة، فإنّه كالمجازاة والمعاوضة، لا القرية المحضة. أي فلم يجعله خالصاً لوجه الله الكريم⁽⁷⁾.

وأما لو نذر شيئاً على نعمة حصلت بالفعل فنذر صوم شهر، فلا بأس بذلك، لأنّه من شكر النعمة، وشكر النعمة مأمور به. فيكون من النذر المطلق. وإنّما المذموم التعليق على أمر مترقّب.

وحكم الكراهة في النذر المعلق على غير معصية، ظاهره ولو كان المعلق عليه طاعة، نحو: إن حججت فلله عليّ كذا. وهو ظاهر التعليل المتقدّم أيضاً. لأنّه في قوة قوله: إن أقدرني الله على الحجّ لأجازيته بكذا. ولا شك في كراهة ذلك. قال الشيخ الدردير: ولا عبرة بمخالفة المخالف، الذي هو ابن رشد الجدّ القائل بإباحة النذر المعلق على غير معصية.

- وذكر الخطّاب ما يفيد أنّ نذر اللجاج مكروه.

(1) شرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 187.

(2) المعلم 260/2 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 187 والبيان والتحصيل 305/2 و137/3.

(3) البيان والتحصيل 137/3 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 187 والبديع ورقة 89.

(4) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب الوفاء بالنذر، ومسلم في النذر.

(5) أخرجه مسلم في النذر. (6) المعلم 360/2 والبيان والتحصيل 137/3.

(7) المعلم 360/2.

3 - النذر المحرّم:

يحرم النذر المعلق على معصية، نحو: الله عليّ إن شربت خمرأ لأتصدقنّ بكذا. ويجب على الناذر ترك المعصية، فإن فعلها أثم ولزمه ما سّماه في النذر. ودليل حرمة النذر المعلق على معصية، أن فيه العزم على ارتكاب المعصية، وهو حرام، لِمَا روي عن أبي بكر، قال قال رسول الله ﷺ: «إذا التقى المسلمان بسيفيهما، فالقاتل والمقتول في النار» فقلت: يا رسول الله، هذا القاتل فما بال المقتول؟ قال: «إنه كان حريصاً على قتل صاحبه»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه ﷺ علّل دخول المقتول النار بأنه كان حريصاً على قتل صاحبه. ولا يعارض هذا بقوله ﷺ: «من همّ بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة»⁽²⁾، لأنّ الهمّ بالشيء هو دون العزم عليه⁽³⁾.

وأنواع النذر المتقدمة: المندوب والمكروه والحرام، يلزم فيها ما سّماه الناذر من القربة، في المعلق وغيره. ودليل اللزوم:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْذِرَاتِ﴾ [المائدة: 1].

والنذر من عقود الطاعات⁽⁴⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ بِالَّذِي﴾ [الإنسان: 7].

ووجه الاستدلال أنه تعالى مدح على الوفاء بالنذر⁽⁵⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: 29].

وفيها الأمر بالوفاء بالنذور.

د - قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَن عَاهَدَ اللَّهُ لَئِن مَّاتْنَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ (٧٥) إلى قوله ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة: 75 - 77].

ووجه الاستدلال بالآية أنه تعالى توعد فيها بالعقاب لمن ينقض وعده مع الله تعالى. ولا يتوجه العقاب والذم إلا على ترك الواجب⁽⁶⁾.

(1) أخرجه البخاري في الإيمان، باب وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا. ومسلم في الفتن، باب إذا تواجه المسلمان بسيفيهما.

(2) أخرجه البخاري في الرقاق، باب من همّ بحسنة ومسلم في الإيمان، باب إذا همّ العبد بحسنة.

(3) البديع على التفريع ورقة 89.

(4) المقدمات 403 / 1 وبداية المجتهد 580 / 1 والبديع ورقة 89.

(5) المتقى 228 / 3 والمقدمات 403 / 1 وبداية المجتهد 580 / 1.

(6) المقدمات 403 / 1 وبداية المجتهد 580 / 1 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 187 والبديع ورقة 89.

هـ - عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»⁽¹⁾. وفيه الأمر بالوفاء بالنذر إذا كان طاعة، ودلالته عامة في كل نذر⁽²⁾.

و - عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال: «خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذي يلونهم» قال عمران: لا أدري ذكر ثنتين أو ثلاثاً بعد قرنه، «ثم يجيء قوم يندرون ولا يفون، ويخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، ويظهر فيهم السمن»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال به أنه ﷺ ذم القرن بأهله، لأنهم يندرون ولا يفون. وهذا يدل على أنه غير جائز ولا مباح. ولو كان جائزاً ترك الوفاء بالنذر لما عاب به القرن⁽⁴⁾.
ز - الإجماع على وجوب الوفاء بالنذر⁽⁵⁾.

حكمة لزوم النذر:

قال ابن راشد القفصي: والحكمة في لزومه التأدب مع الله تعالى بالوفاء بما التزم من طاعته⁽⁶⁾.

قضاء النذر عن الغير:

لا يجوز ولا يجزىء قضاء النذر عن الغير، إذا كان المنذور عملاً بدنياً، لأن العبادات البدنية كالصلاة والصوم والحج لا تصح النيابة فيها. والدليل:

- قوله تعالى: ﴿أَلَا نُرِذُّ وَرِزَّةً وَرِزَّةً وَرِزَّةً أُخْرَى ﴿٣٨﴾ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴿٣٩﴾﴾ [النجم: 38 - 39].

فإن كان النذر مختصاً بالمال كالصدقة، فإنه يجوز النيابة فيه وإن لمن شاء أن يقضيه عن الميت قضاءه، وينوب في ذلك بنيتة عن نية الميت⁽⁷⁾.

وما روى عبد الله بن عباس أن سعد بن عبادة استفتى رسول الله ﷺ فقال: إن أمي ماتت وعليها نذر، ولم تقضه. فقال رسول الله ﷺ: «اقضه عنها»⁽⁸⁾.

فإن الحديث محمول على أن نذر أم سعد يختص بالمال وما يتعلق به، ولذلك أمره النبي ﷺ أن يقضيه عنها، ولو كان ممّا يختص بالبدن لَمَا أمره بذلك، لأن النيابة

(1) سبق تخريجه. (2) الإشراف 2/ 246.

(3) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب إثم من لا يفى بالنذر، ومسلم في الفضائل، باب فضل الصحابة.

(4) المنتقى 3/ 229، وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 187 والبدیع ورقة 89.

(5) البديع ورقة 89. (6) لباب اللباب ص 82.

(7) المنتقى 3/ 230.

(8) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما يجب من النذور في المشي، والبخاري في الوصايا، باب ما يستحب لمن يتوفى فجأة، ومسلم في النذر، باب الأمر بقضاء النذر.

لا تصح فيه، كما لا تصح في فروضه⁽¹⁾.

كما أن الأمر بالقضاء في الحديث محمول على النذب، لا على الوجوب⁽²⁾.

ما يلزم من النذر وأمثلة على ذلك:

- يلزم الناذر المسمى ولو كان معيناً أتى على جميع ماله، على المشهور، نحو: عليّ صدقة حائطي الفلاني، وهذه الفرس. وهذا خلاف ما روي عن مالك من أنه إذا سمي معيناً وأتى على جميع ماله، لا يلزمه إلا ثلث ماله، ولما حكاه اللخمي عن سحنون من أنه لا يلزمه إلا ما لا يجحف به.

- ويلزم الناذر أيضاً ما سماه، كصوم أو صلاة - يمكن معها الرباط - نذر أن يفعلهما بشجر من الإسلام، فإنه يلزمه الذهاب إليه، وإن كان الناذر قاطناً بمكة أو المدينة، والأولى في اللزوم نذر الرباط. بخلاف غير الشجر، وغير المساجد الثلاثة، فلا يلزمه الذهاب إليه، بل يفعل ما نذره في محله. وأمّا المساجد الثلاثة فيلزم لها، كالشجر، كلّ ما نذره من صوم أو صلاة أو اعتكاف.

والحاصل أنه إذا نذر الرباط أو الصوم بشجر لزمه، وكذا إذا نذر صلاة يمكن معها الحراسة. وإن نذر صلاة فقط ثم يعود من غير رباط، فلا يلزمه إتيانه، بل يصلي بموضعه. ولذلك لو نذر بالشجر اعتكافاً، لم يلزمه، لأنّ الاعتكاف ينافي الرباط. بخلاف المساجد الثلاثة، فيلزمه الإتيان لها، سواء نذر صوماً أو صلاة أو اعتكافاً.

- وإذا نذر فقال في نذره أو يمينه: مالي أو كلّ مالي أو جميعه في سبيل الله، أو الفقراء أو المساكين أو طلبة العلم؛ فإنه يلزمه ثلث ماله الموجود حين النذر أو اليمين، لا ما زاد بعده. فإن نقص الموجود حين النذر يلزمه ثلث ما بقي. ولو كان النقص بإنفاق أو تلف بتفريطه. ودليل وجوب الثلث فقط⁽³⁾:

أ - عن ابن شهاب أنه بلغه أنّ أبا لبابة بن عبد المنذر، حين تاب الله عليه، قال: يا رسول الله، أهدر دار قومي التي أصبت فيها الذنب. وأجاورك، وأنخلع من مالي صدقة إلى الله، وإلى رسوله؟ فقال رسول الله ﷺ: «يجزيك من ذلك الثلث»⁽⁴⁾.

ب - دلالة الأولى، وذلك أنّ المريض لما منع من إخراج كلّ ماله إبقاء على ورثته، كان الصحيح بأن يسقط عنه ذلك بحق نفسه أولى⁽⁵⁾.

(1) المتقى 3/230.

(2) المتقى 3/230 وشرح الزرقاني على الموطأ 3/56.

(3) الإشراف 2/247 والمتقى 3/360 والذخيرة 4/89.

(4) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب جامع الأيمان.

(5) الإشراف 2/247.

ويحسب لإخراج الثلث من المال الموجود حين النذر كلّ ماله، من عين، ودين حال، وقيمة مؤجل، مرجوین، وقيمة عرض. وهو الذي يقتضيه القياس⁽¹⁾.

وهل يجوز القدوم على نذر جميع ماله، فيه خلاف، فقيل: يجوز، وهو رواية محمد، وقيل: لا يجوز، لقول العتبية: من تصدق بكل ماله ولم يبق ما يكفيه ردّت صدقته. واعترض ابن عرفة القول الثاني، وقال ابن عمر: المشهور أنّ ذلك جائز وإن لم يبق لنفسه شيئاً.

وسبيل الله هو الجهاد والرباط في الثغور، يشتري منه خيلاً وسلاحاً، ويعطي منه للمجاهدين والمرابطين، فلا يعطى منه لغير مرابط ومجاهد، من الفقراء ومن كلّ من فقدت منه شروط الجهاد، كمقعد وأعمى، وامرأة، وصبي، وأقطع.

وثالث المال المنذور للمجاهدين والمرابطين في قول الناذر: «مالي، أو كلّ مالي، أو جميع مالي» يحمله الناذر على نفقة ماله الخاص، لا منه. بخلاف قوله في نذره أو يمينه: «ثلث مالي أو ربه أو نصفه في سبيل الله» أي بتحديد قيمة النذر، فإنّ أجره حملة للمجاهدين والمرابطين من ذلك الثلث.

ووجه حمل «سبيل الله» على الجهاد وما إليه، هو أنّ عرف استعمال هذه اللفظة جرى في ذلك، فإذا أطلقت هذه اللفظة حملت عليه⁽²⁾.

وإن عيّن في نذره أو يمينه شخصاً. بأن قال في نذر أو يمين: مالي أو كلّ مالي لزيد، أو لجماعة مخصوصة، كخدمة مسجد، فجميع ماله يلزمه حين اليمين، ولا يترك له إلا ما يترك على المفلس. فإن نقص المال عمّا كان عليه حين اليمين فالباقي يلزمه.

العجز عن الوفاء بالنذر:

إذا نذر الناذر شيئاً، ولم يقدر عليه، سقط ما عجز عنه، وأتى بمقدوره، إلا البدنة، وهي الواحدة من الإبل، ذكراً أو أنثى، إذا نذرهما وعجز عنها، فيلزمه بقرة بدلها. ثم إن عجز عن البقرة لزمه سبع شياه بدل البقرة، كل شاة تجزىء ضحية. ودليل ذلك أنّ الشارع نزل البقرة منزلة البدنة، وذلك لما روي أنّ كلاً منهما تذبح عن سبع أنفس. ثم إنّ لحم بقرة يقرب من لحم بدنة، ولحم سبع شياه يقرب من ذلك⁽³⁾.

فإن عجز عن الغنم، فلا يلزمه شيء، لا صيام ولا غيره، بل يصبر لوجود الأصل أو بدله أو بدل بدله. فلو قدر على دون السبع من الشياه، فيلزمه، ثم يكمل متى أسر. قال الخرشي: وهو ظاهر، لأنّه ليس عليه أن يأتي بها كلّها في وقت واحد. فإن قدر على البدنة

(1) الإشراف 2/ 243.

(2) المتقى 3/ 263 والبيان والتحصيل 3/ 183.

(3) البديع على التفريع ورقة 89.

أو البقرة، فإنه لا يرجع إلى الأصل، ويكتمل الشيا؛ نقل الدسوقي أنه ظاهر.
وإذا نذر بقره ولم يقدر عليها، فإنه يلزمه سبع شيا أيضاً.

نذر المشي إلى مكة:

من نذر أو حلف بالمشي لمسجد مكة لحج أو عمرة أو للصلاة فيه فرضاً أو نفلاً، لزمه المشي في النذر، وفي اليمين إن حنث. ودليل لزوم المشي:

أ - أن المشي عمل من الأعمال، وقد يكون طاعة وقد يكون معصية، وإذا نذر الإنسان طاعة في المساجد الثلاثة لزمه إتيانها. وقد ذكره الله تعالى في معرض العبادة في قوله: ﴿بِأَتُوكَ رِجَالًا﴾ [الحج: 27]. فدل على مشروعيته⁽¹⁾.

ب - عن ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية، وأنها لا تطيق ذلك، فقال النبي ﷺ: «إن الله لغني عن مشي أختك فتركب ولتهد بدنة»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أقرها على نذر المشي وأفتاها ماذا تفعل عند عجزها، لأن الحديث محمول على حالة العجز⁽³⁾.

ومثل النذر أو الحلف بالمشي لمسجد مكة، النذر أو الحلف بالمشي إلى البيت أو إلى جزئه المتصل به كالركن والحجر الأسود والحطيم والشاذروان، فإنه يلزمه المشي. كما يلزمه المشي إذا سمي غير جزئه، كزمزم وقبة الشراب والمقام والصفاء والمروة. لأن العرف أنه إنما يمشى إلى هذه المواضع إلى الحج، والعرف كالشرط، ولأن هذه الأشياء شرفت بنفسها، وبأنها مناسك فلم يكن خلاف أنه يلزمه المشي إليها للحج أو العمرة، ولأنها لا يتوصل إليها إلا مع الإحرام⁽⁴⁾.

وهذا إن نوى نسكاً - حجاً أو عمرة - فإن لم ينو له يلزمه شيء.

وإذا نوى المشي في جميع ما تقدم لزمه ذلك من حيث نوى المشي. فإن لم ينو مكاناً مخصوصاً لزمه المشي من المكان المعتاد لشمي الحالفين، فإن لم يكن مكاناً معتاداً للحالفين، فمن حيث حلف أو نذر. ويجزىء المشي من مثله في المسافة.

ويجوز له إذا نزل بماء أو غيره، أن يركب لقضاء حوائجه، أو يرجع لشيء نسيه، ثم إذا قضى حاجته يرجع لمكان نزوله، ويبتدىء المشي منه.

كما يجوز له الركوب في الطريق لبحر، اعتاد الحالفون ركوبه أو اضطر الحالفون إلى ركوبه.

(1) القيس 2/ 664.

(2) أخرجه أبو داود في الإيمان والنذور، باب من رأى عليه كفارة.

(3) القيس 2/ 664 والمعلم 2/ 365 والمتقى 3/ 233.

(4) البديع على التفريع ورقة 90.

ويستمرّ ماشياً لتمام طواف الإفاضة، لأنه آخر الأركان، أو لتمام السعي إن كان سعيه بعد الإفاضة. وحينئذ يزكب في رجوعه من مكة إلى منى، وفي رمي الجمار التي بعد يوم النحر، لأن منى والرمي ليست أركاناً. وهذا إن قدم الإفاضة. وأما إن أخرها عن أيام الرمي فإنه يمشي في رمي الجمار، لكون المشي ينتهي بطواف الإفاضة وهو لم يحصل.

وإذا ركب الناذر أو الحالف في النسك الذي نذره مشياً، أو لزمه بالحنث في حلفه، فإنه يلزمه الرجوع في عام قابل بشروط⁽¹⁾.

ويلزم الهدى فيمن يجب عليه الرجوع ومن لا يجب عليه الرجوع⁽²⁾. والدليل حديث عقبه بن عامر المتقدم.

وإن فات الحالف أو الناذر الحج الذي أحرم به، وكان قد نذر مشياً مطلقاً أو حنث به، تحلل بعمرة ويمشي لتمام سعيها ليخلص من نذر المشي، وعليه حج قابل للفوات⁽³⁾.

وعلى الصرورة، وهو من عليه حجة الإسلام، وجوباً إن أطلق في نذره أو في يمينه وحنث، بأن لم يقيد مشيه في حج ولا عمرة، جعل مشيه في عمرة لينقضي بها نذره، ثم عليه حجة الإسلام⁽⁴⁾.

وإذا لم يطلق الناذر أو الحالف بل قيد المشي إما في عمرة أو في حج لزمه ما قيد به⁽⁵⁾.

ما لا يلزم من النذر:

1 - لا يلزم نذر ما هو مباح، نحو: الله عليّ لأكلن هذا الرغيف، أو لأطأن زوجتي والدليل:

أ - عن عائشة أنّ النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه».

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا نذر إلا فيما يبتغى به وجه الله»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين أنّه ﷺ علّق لزوم النذر بالطاعة وما يبتغى به وجه الله تعالى⁽⁷⁾.

(1) انظر هذه الشروط في أقرب المسالك 1/ 351-352.

(2) انظر أيضاً أقرب المسالك 1/ 351-352. (3) للتفصيل انظر أقرب المسالك 1/ 351-352.

(4) للتفصيل انظر أقرب المسالك 1/ 352. (5) للتفصيل انظر أقرب المسالك 1/ 352.

(6) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب اليمين من قطيعة الرحم.

(7) الإشراف 2/ 246.

ج - قياس نذر المباح على نذر المعصية لكونهما ليسا بقربة⁽¹⁾.

وقد قال الإمام مالك في نذر المباح هو معصية، ووجه ذلك أن ناذر المباح عكس الشريعة وأفرغ المباح في قالب الطاعة⁽²⁾.

2 - لا يلزم نذر ما هو مكروه، نحو: لله عليّ، أو إن كلمت زيدا، لأصلين ركعتين بعد فرض العصر أو الصبح. أو لأقرآن في السرية بالجهر، أو العكس، فلا يلزم بالنذر إلا ما ندب.

3 - لا يلزم نذر ما هو حرام. والدليل⁽³⁾:

- عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه. ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»⁽⁴⁾.

ونذر الحرام والمباح والمكروه حرام على قول الأكثر، لأن فيه تغييراً لمعالم الشريعة ومعاكستها⁽⁵⁾.

وليس في ترك نذر المباح والمكروه والمعصية كفارة. وما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين»⁽⁶⁾، فقد ضعفه المالكية لأنه يدور على سليمان بن أرقم. وهو متروك الحديث. وعلى زهير بن محمد عن أبيه، وأبوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه، وزهير أيضاً عنده مناكير⁽⁷⁾.

وقد أيد المالكية رأيهم بما روي عن ابن زيد الديلي أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً قائماً في الشمس، فقال: «ما بال هذا؟» قالوا: نذر أن لا يتكلم ولا يستظل، ولا يجلس، ولا يصوم. فقال رسول الله ﷺ: «مروه فليتكلم وليستظل، وليجلس، وليتم صيامه»⁽⁸⁾ ثم قال مالك رحمه الله: ولم أسمع أن رسول الله ﷺ أمره بكفارة، وقد أمره رسول الله ﷺ أن يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان لله معصية⁽⁹⁾.

وقد اختلف الشراح في معنى قول مالك «ويترك ما كان لله معصية»، فهل هو على ظاهره من كون نذر عدم الكلام والاستئلال والجلوس، معصية، أو لأن هذه الأعمال تؤول بصاحبها إلى الإضرار بنفسه، وهو معصية. أو لأن الرجل قصد التقرب إلى الله

(1) الإشراف 2/ 246، والمنتقى 3/ 229. (2) شرح ابن ناجي على التفريع ورقة 54.

(3) المنتقى 3/ 242 والبيان والتحصيل 3/ 129. (4) سبق تخريجه.

(5) شرح ابن ناجي على التفريع ورقة 54.

(6) أخرجه الترمذي في النذور والأيمان، باب ما جاء أن لا نذر في معصية.

(7) بداية المجتهد 1/ 582 وشرح ابن عبد السلام م 2 ورقة 188.

(8) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما لا يجوز من النذور في معصية الله. والبخاري في

الأيمان والنذور، باب النذر فيما لا يملك وفي معصية، عن ابن عباس.

(9) الموطأ 2/ 476.

تعالى بتعذيب نفسه على ما كان يفعل في الجاهلية، وكان النبي ﷺ قد نهى عن ذلك، فعَدَّ فعل الرجل معصية⁽¹⁾.

وعلى هذه الأوجه يكون استدلال الإمام مالك على كون نذر المعصية غير لازم وليس فيه كفارة، استدلالاً بنص الخطاب⁽²⁾.

وعلى احتمال أن هذه الأفعال ليست معصية، ولم ينه الرسول ﷺ عنها لأجل ذلك، وإنما نهاه عنها لأنها ليست من القرب التي يتقرب بها إلى الله تعالى، فإن النذر بها بعد ذلك تعدّ لحدود الله تعالى، ومن هذا الوجه سماها الإمام مالك معصية، لأنها بعد نهى النبي ﷺ عنها وأمره الرجل بتركها صار نذرها معصية بعد ذلك. وسواء كانت مباحة أو مكروهة، وأولى إذا كانت معصية. ويكون استدلال الإمام مالك على عدم لزوم نذر المباح والمكروه والمعصية استدلالاً بظاهر الحديث في البعض، أي في المباح والمكروه، لأن هذه الأعمال لا تخرج عن ذلك. وبفحوى الخطاب في البقية، أي في المعصية⁽³⁾.

أمثلة على ما لا يلزم من النذر:

1 - لا يلزم النذر بقول الناذر: «مالي في الكعبة أو بابها أو ركنها» وليس عليه كفارة يمين على المشهور. وهو قول عمر بن الخطاب⁽⁴⁾. وهذا حيث أراد صرفه في بنائها، أو كان لا نية له. وإنما كان النذر باطلاً ولا كفارة عليه في يمينه، لأنه لا قربة فيه، لأنها لا تنقض ولا ينقض الباب فيجعل مال هذا فيه⁽⁵⁾.

وأما إن أراد صرفه في كسوتها وطيبها لزمه ثلث ماله للحجبة بصرفونها فيها إن احتاجت، فإن لم تحتج تصدق به على الفقراء حيث شاء. ووجه إخراج الثلث أنه التزام لما فيه حرج ومشقة فلا يلزمه، وألزم الثلث جمعاً بين المصلحتين⁽⁶⁾.

وأما لو قال كل ما أكتسبه في الكعبة أو في سبيل الله أو الفقراء، لم يلزمه شيء للمشقة الحاصلة بتشديده على نفسه كمن عمم الطلاق، وهذا إذا لم يقيد بزمان أو مكان. وأما إذا قيد بأن قال: إن فعلت كذا فكل ما أكتسبه أو أستفيده في مدة كذا، وفي بلد كذا، في كسوة الكعبة - مثلاً - أو صدقة على الفقراء، أو في سبيل الله، وفعل المحلوف عليه، فقولان: قيل لا يلزمه شيء، وهو لابن القاسم وأصبخ. وحكى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن عبد الحكم أنه يلزمه إخراج جميع ما يكتسبه أو يستفيده في تلك المدة أو تلك البلد، وهو الراجح، لقول ابن رشد هو القياس، ولقول ابن عرفة إنه

(1) المتقى 3/ 241 وكشف المغفل ص 233. (2) كشف المغفل ص 234.

(3) كشف المغفل ص 234. (4) المتقى 3/ 262.

(5) المتقى 3/ 263. (6) البديع على التفريع ورقة 90.

الصواب . والقول الأول استحسان⁽¹⁾ .

وهذا كله إذا كانت الصيغة يميناً، فإن كانت نذراً بأن قال: الله عليّ التصدق بكلّ ما أكتسبه أو أستفيده، فإن لم يقيد بزمن أو بلد لزمه ثلث جميع ما يكتسبه بعد قوله . وهذا ما لم يعين المدفوع له . وأما إن عينه، كالله عليّ التصدق على فلان بكل ما أكتسبه، أو إن فعلت كذا فكلّ ما أكتسبه لفلان، لزمه جميع ما يكتسبه، عين زماناً أو مكاناً، أو لا . كانت الصيغة يميناً أو نذراً .

2 - لا يلزم نذر هدي بلفظه، أو بدنة بلفظها، لغير مكة، كالمدينة وقبره ﷺ، فلا يلزمه شيء، ولا ذبحه بمحلّه . لأن سوق الهدي لغير مكة من البدع والضلال . كما فيه من تغيير معالم الشريعة المطهرة . وهذا هو المشهور ومذهب المدونة لما جاء فيها: سوق الهدايا لغير مكة ضلال .

وبناء على القول المشهور، فإنّ من نذر حيواناً بغير تسمية هدي ولا بدنة، لنبي أو ولي، فلا بيعه وليذبحه بموضعه . ويعتبر بعثه أو استصحابه من الضلال أيضاً .

ولو نذر جنس ما لا يهدى، كالدرهم والثياب، فإن قصد به الفقراء الملازمين بذلك المحلّ لزم بعثه، وإلاّ تصدق به في أي مكان شاء .

3 - لا يلزم بعث الشمع والزيت للأولياء، إذا نذره أو حلف به وحنث، إلاّ أن يقصد به الإستصباح لمن يعبد الله بها .

4 - ولا يلزم نذر كسوة القبور، وهو من البدع وضياح المال فيما لا يعني .

5 - لا يلزم، بل يحرم نذر الذهب والفضة ونحوهما لتزيين باب، سواء كان باب الكعبة أو باب ولي أو تابوت ولي أو سقف مسجد، لأنه من ضياح المال فيما لا فائدة فيه دنيا وأخرى .

6 - لا يلزم نذر مال فلان، إلاّ أن ينوي: إن ملكته . فإن نوى ذلك لزمه إذا ملكه، لأنه تعليق .

7 - لا يلزم شيء بقول الناذر: عليّ نحر فلان . إن لم يلفظ بالهدي أو ينوه أو يذكر مقام إبراهيم وقصته مع ولده، حال قوله: عليّ نحر فلان . ووجه عدم لزوم شيء عليه أنّ ظاهر اللفظ يدل على المعصية⁽²⁾ .

فإن تلقظ بالهدي، كقوله: عليّ هدي فلان، أو ابني، أو نوى الهدي أو ذكر مقام إبراهيم لزمه الهدي . ووجه لزوم الهدي، أنّ الإتيان بلفظ الهدي الذي ظاهره قصد القرية، قرينة في صرف اللفظ عمّا يقتضيه من ذبح المسلم⁽³⁾ . ودليل اللزوم⁽⁴⁾ :

(1) شرح ابن عبد السلام، م 2، ورقة 204 .

(2) شرح ابن عبد السلام، م 2، ورقة 202 .

(3) شرح ابن عبد السلام، م 2، ورقة 202 .

(4) الإشراف 247/2، والمتقى 3/241 .

أ - أن إرادة نذره على وجه القربة هو إرادة فداه، لأن ذلك معهود في الشرع، وأن إبراهيم عليه السلام تعبد بذلك، وصارت الأضحية أصلاً في شرعنا شبيهاً به، فكان الناذر له على وجه القربة كناذر فداه.

ب - قول الصحابي، فهو قول علي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

8 - لا يلزم نذر الحفاء أو الحبو، كأن يقول: لله عليّ المشي إلى مكة حافياً أو حبواً. بل يمشي إليها منتعلاً. ويندب له هدي. ووجه عدم اللزوم أن الحفاء والحبو ليسا بطاعة وقد ورد النهي عن ذلك⁽¹⁾، فقد جاء في حديث أبي إسرائيل قوله عليه السلام: «مروه فليتعلم»⁽²⁾.

9 - يبطل قول الناذر: لله عليّ المسير أو الذهاب أو الركوب لمكة، إن لم يقصد بذلك نسكاً - حجاً أو عمرة - . ووجه البطلان أن السنة إنما وردت بالمشي. فإن قصد نسكاً لزمه ما نواه، ويركب جوازاً.

10 - ويبطل نذر مطلق المشي إن لم يقيد بمكة ولا البيت، ونحوهما، لفظاً ولا نية، كقوله: لله عليّ مشي، أو إن كلمت زيدا فعليّ مشي. ووجه البطلان أن المشي بانفراده لا طاعة فيه.

11 - لا يلزم نذر مشي لمسجد سماه، غير الثلاثة، كالأزهر، فإن النذر يلغى ولا يلزمه مشي لصلاة أو اعتكاف، بل يجب عليه فعل ما نذره بموضعه. ودليل البطلان: عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تعمل المطي إلا إلى ثلاثة مساجد، المسجد الحرام ومسجدي هذا ومسجد بيت المقدس» وفي رواية بلفظ: «لا تشد الرحال...»⁽³⁾.

ولا يعارض هذا الحديث حديث: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»⁽⁴⁾ لأن الأخير عام مخصص بالأول⁽⁵⁾.

ويستثنى المسجد القريب جداً من الناذر، وهو ما لا يحتاج فيه لإعمال المطي وشد الرحال، وذلك بأن يكون على ثلاثة أميال فأقل، ففي ذلك قولان تحتلهما المدونة، بلزوم الإتيان إليه لصلاة أو اعتكاف، وعدم لزومه. واستقرب ابن عبد السلام لزوم المشي. لأنه جاء في الماشي إلى المسجد من الفضل ما لم يأت مثله في الراكب، ولتناول

(1) البديع على التفريع، ورقة 90، وشرح ابن عبد السلام، م2، ورقة 189.

(2) لم أقف على رواية بلفظ «فليتعلم».

(3) اللفظ الأول أخرجه مالك في الموطأ في الجمعة، باب ما جاء في الساعة التي في يوم الجمعة، والنسائي في الجمعة، باب الساعة التي يستحب فيها الدعاء. واللفظ الثاني أخرجه البخاري في فضل الصلاة في مسجد مكة، ومسلم في الحج، باب سفر المرأة مع محرم.

(4) سبق تخريجه. (5) شرح ابن عبد السلام، م2، ورقة 196.

الدليل الدالّ على وجوب الوفاء بالنذر له، وعدم تناول حديث إعمال المطي وشدّ الرحال له⁽¹⁾. ولما أفتى به ابن عباس في مسجد قباء وهو على ثلاثة أميال من المدينة⁽²⁾.

وبناء على القول بعدم اللزوم يجب عليه فعل ما نذره بموضعه كالمسجد البعيد.

12 - من نذر المشي أو السير أو الذهاب للمدينة المنورة أو لبيت المقدس، أو حلف بذلك وحنث، فلا يلزمه الإتيان إليهما، لا ماشياً ولا راكباً، ووجه ذلك أن الإتيان إلى هذين الموضوعين قد يراد بهما التجارة وغير ذلك مما ليس بعبادة، فلا يكون من نذر الطاعة في شيء، ولو احتمل الطاعة، لأن الأصل براءة الذمة⁽³⁾.

ومحل عدم لزوم الإتيان إليهما إن لم ينو أو ينذر صلاة، ولو نفلاً، أو صوماً أو اعتكافاً بمسجديهما، أو لم يسمّ المسجدين، كعليّ المشي إلى مسجد المدينة، أو مسجد بيت المقدس.

فإن نوى صلاة أو صوماً أو اعتكافاً في المسجدين، أو سمى المسجدين لزمه الذهاب. ودليل اللزوم⁽⁴⁾:

أ - الحديث المتقدم في إعمال المطي.

ب - أن النية نصّ في التزام الطاعة فيهما، وتسميتهما قرينة تدل على إرادة الطاعة فيهما.

وحيث أن فركب ولا يلزمه المشي، لأنه خصوصية لمسجد مكة، وهو في غيره تعب لا طاعة فيه⁽⁵⁾.

ويستثنى من لزوم الإتيان إلى المساجد الثلاثة إذا كان مقيماً بالأفضل منها أو أمكنتها، ونذر الإتيان للمفضول فلا يلزمه. والمدينة أفضل من مكة، ومسجدها أفضل من المسجد الحرام عند علماء المدينة، ومكة تليها في الفضل. واتفقوا على أن بيت المقدس مفضول بالنسبة لهما. ودليل أفضلية المدينة على مكة⁽⁶⁾:

أ - عن رافع بن خديج قال: إني أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «المدينة خير من مكة»⁽⁷⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «اللهم إنك أخرجتني من أحبّ

(1) شرح ابن عبد السلام، م 2، ورقة 197.

(2) الذخيرة 4/85. وقول ابن عباس أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما يجب من النذور.

(3) شرح ابن عبد السلام، م 2، ورقة 198.

(4) شرح ابن عبد السلام، م 2، ورقة 198. والبديع على التفريع، ورقة 90.

(5) البديع على التفريع، ورقة 90. (6) الإشراف 1/244.

(7) أخرجه الطبراني في الكبير 4/288، حديث 4450، وعزاه السيوطي في الجامع الصغير

للدارقطني (فيض القدير 6/264).

البلاد إليّ فأسكنني أحبّ البلاد إليك» فأسكنه الله المدينة⁽¹⁾.

ج - عن أبي هريرة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أمرت بقريّة تاكل القرى، يقولون: يثرب، وهي المدينة، تنفي الناس كما ينفي الكبر خبث الحديد»⁽²⁾.

د - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تآرز الحية إلى جحرها»⁽³⁾.

هـ - عن أسلم مولى عمر بن الخطاب أن عمر بن الخطاب قال لعبد الله بن عيّاش: أنت القائل لمكة خير من المدينة؟ فقال عبد الله: هي حرم الله وأمنه وفيها بيته. فقال عمر: لا أقول في بيت الله، ولا في حرمه شيئاً. ثم قال عمر: أنت القائل لمكة خير من المدينة؟ فقال عبد الله: هي حرم الله وأمنه وفيها بيته. فقال عمر: لا أقول في حرم الله ولا في بيته شيئاً. ثم انصرف⁽⁴⁾.

ووجه الإستدلال من الحديث الثالث، أنه لا معنى لقوله «تاكل القرى» إلا فضلها على غيرها. وقد أنكر عمر رضي الله عنه بن عيّاش قوله إن مكة خير من المدينة⁽⁵⁾.

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد في أشهر روايتين عنه إن مكة أفضل من المدينة. ومحل الخلاف المذكور في غير البقعة التي ضمت أعضاء المصطفى ﷺ. وأما هي فهي أفضل من جميع بقاع الأرض والسماء حتى الكعبة والعرش والكرسي واللوح والقلم والبيت المعمور. ويليها الكعبة، فالكعبة أفضل من بقية المدينة اتفاقاً. وأما المسجدان بقطع النظر عن الكعبة والقبر الشريف، فمسجد المدينة. وما زيد في مسجده الشريف حكم مسجده عند الجمهور.

وعدم المجاورة بمكة أفضل. قال مالك: القفول، أي الرجوع أفضل من الجوار. وأما المدينة المنورة، فالمجاورة بها من أعظم القرب، فلذلك اختار مالك رحمه الله تعالى التوطن بها حتى لقي الله تعالى.

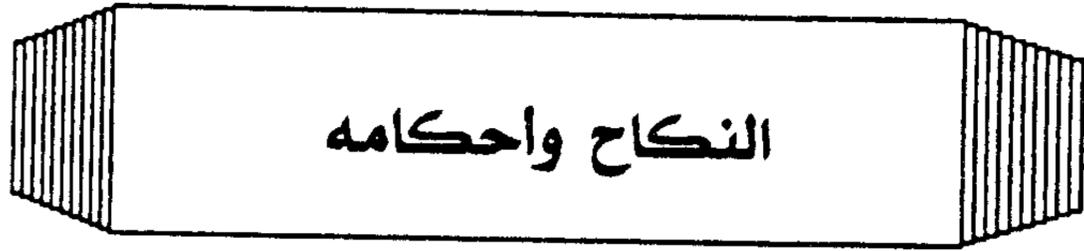
(1) أخرجه الحاكم في المستدرک في الهجرة 3/3.

(2) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في سكنى المدينة، والبخاري في فضائل المدينة، باب فضل المدينة، ومسلم في الحج، باب المدينة تنفي خبثها.

(3) أخرجه البخاري في الحج، باب الإيمان يآرز إلى المدينة، ومسلم كتاب الإيمان باب بيان أن الإسلام بدأ غريباً.

(4) أخرجه مالك في الجامع. باب جامع ما جاء في أمر المدينة.

(5) الإشراف 1/244.



تعريف النكاح:

النكاح لغة: التضمام والتداخل والجمع. يقال: تناكحت الأشجار، إذا دخل بعضها في بعض، ونكحت البر في الأرض إذا حرثته فيها. ونكحت الحصاة خفت البعير إذا دخلت فيها. ثم استعمل في الوطء مجازاً⁽¹⁾.

واصطلاحاً: هو عقد لحلّ تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، بصيغة، لقادر، محتاج، أو راج نسلأ.

شرح التعريف:

- قوله: «عقد»، هذا هو الراجح من قولين، حكاهما ابن عبد السلام، حيث قال: اختلف هل هو حقيقة في كل واحد من العقد والوطء، أو في أحدهما. وما هو محلّ الحقيقة؟ قال: والأقرب أنه حقيقة لغة في الوطء مجاز في العقد. وفي الشرع على العكس، أي حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، فقد جاء لفظ النكاح كثيراً في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ بمعنى العقد حتى قيل: لم يرد في القرآن إلا له، وإطلاقه مجازاً على الوطء من باب إطلاق المسبب على السبب⁽²⁾. وعند بعض المالكية أن العقد ورد في بعض الآيات بمعنى الوطء. وسيأتي بيان ذلك عند الحديث عن رجوع المبتوتة لزوجها.

- قوله: «لحلّ تمتع»، أي استمتاع وانتفاع وتلذذ. وهو العلة الباعثة على العقد. فلا يملك الزوج من المرأة إلا الانتفاع، لا ذات المنفعة، فلذلك كان للرجل منها الانتفاع بنفسه فقط. ويخرج بهذا سائر العقود، إذ الأصل فيها ملك الانتفاع العام وملك الذات.

- قوله: «بأنثى»، أي استمتاع بأنثى، وطناً ومباشرة وتقبيلاً وضمماً وغير ذلك.

- قوله: «غير محرم»، وصف للأنثى، وهو أن تكون غير محرم بنسب، أو

(1) الذخيرة 4/188، ولباب اللباب ص 82، وتفسير ابن عرفة 2/632، وتقييد أبي الحسن 2/68.

(2) تفسير ابن عرفة 2/632، والذخيرة 4/188، وتقييد أبي الحسن 2/68، ومنع الجليل 3/254، وكشف المغطى ص 245.

رضاع، أو مصاهرة. فلا يصح العقد على مخرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة.
- قوله: «ومجوسية»، أي فلا يصح العقد على مجوسية. ولذلك لو أسلم وتحتة
مجوسية، فإنه يفسخ نكاحهما ولا يقرّ عليها ما دامت مجوسية. وأما الكتابية فلا يمنع
العقد عليها.

والمحرم والمجوسية، المانع فيهما أصلي. وسيأتي في الشروط من مانعهن
عرضي كالملاعة والمبتوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة.
- قوله: «بصيغة»، متعلق بعقد، فهو من تمام التعريف. وسيأتي بيانها في
الأركان.

- قوله: «لقادر»، أي على ما يتحصّل به النكاح من صداق ونفقة. وأما غير
القادر، فلا يندب له، بل هو حرام إن لم يخف على نفسه العنت كما سيأتي في حكم
النكاح.

- قوله: «محتاج أو راج نسلًا». سيأتي عند ذكر حكم النكاح.

حكم النكاح:

الأصل في النكاح دون اعتبار لحالة الشخص أنه مندوب. ودليل الأمر به:

أ - قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3].

ب - قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: 32].

ج - عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب من
استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فعليه
بالصوم فإنه له وجاء»⁽¹⁾.

د - عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «تزوّجوا فإنني مكاتر بكم الأمم»⁽²⁾.

وهذا أمر بالنكاح، إلا أن الأمر محمول فيها على الندب. والندب مستفاد من
أدلة أخرى⁽³⁾. ودليل حمل الأمر على الندب دون الوجوب:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: 3].

ووجه الاستدلال أن اتخاذ ملك اليمين كان غير واجب. وقد خيّرت الآية بينه
وبين اتخاذ الزوجة الواحدة عند خوف العدل بين الزوجات. ولو كان الزواج واجباً لما
صحّ التخيير بين ما هو واجب، وما هو ليس بواجب. لأن ذلك مؤدّ إلى إبطال حقيقة

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم؛ ومسلم في النكاح، باب استحباب
النكاح لمن تافت نفسه إليه.

(2) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح.

(3) المقدمات 452/1، والمعلم 127/2، وبداية المجتهد 3/2، وتقييد التهذيب 68/2.

الواجب، وأن يكون تاركه إذا لم يختره غير آثم. فدلّ ذلك أن الزواج غير واجب⁽¹⁾.
 ب - حديث ابن مسعود المتقدم. ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ قصر الأمر بالزواج على الشباب، وهذا يدلّ على انتفاء وجوبه⁽²⁾.
 ودليل الحمل على الندب دون الإباحة.
 أ - فعله ﷺ، فقد تزوج⁽³⁾.

ب - نهيه ﷺ عن التبتّل. فعن سعد بن أبي وقاص قال: ردّ رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتّل، ولو أذن له لاختصينا⁽⁴⁾. وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال لعثمان بن مظعون: «يا عثمان إنّ الرهبانية لم تكتب علينا»⁽⁵⁾.

ج - ترغيبه ﷺ في النكاح، فعن أنس قال قال رسول الله ﷺ: «أما والله، إني لأحساكم لله وأنقاكم له. لكنني أصوم وأفطر. وأصلي وأرقد. وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني»⁽⁶⁾. وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم»⁽⁷⁾.

وأما قوله تعالى في حق يحيى عليه السلام: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ [آل عمران: 39]. فقد قيل: لو كان النكاح فضيلة ما مدح الله تعالى يحيى على تركه. ورُدّ على ذلك بأن ذلك شريعته، وقد جاء في شرعنا من الأمر به والحثّ عليه وتقدّمه ﷺ فيه ونهيه عليه عن التبتّل، ما يدلّ على نسخ شريعة يحيى عليه السلام⁽⁸⁾.

وقد تعتري النكاح الأحكام الخمسة. لأن الرجل ومثله المرأة⁽⁹⁾، إما أن يكون راغباً في الزواج، أو يكون غير راغب فيه. والراغب إما أن يخشى العنت، أو لا يخشى العنت.

فالراغب إن خشي على نفسه الزنا، وجب عليه الزواج، ولو مع الإنفاق على الزوجة من حرام أو عدم الإنفاق عليها. والظاهر وجوب إعلامها.

وإن لم يخش الزنا، ندب له الزواج. سواء رجا النسل أو لم يرج. ولو أدى به

(1) المعلم 127/2، والمقدمات 52/1، والذخيرة 189/4.

(2) الإشراف 89/2. (3) العارضة 299/4.

(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب ما يكره من التبتّل والخصاء؛ ومسلم في النكاح باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه.

(5) أخرجه أحمد في مسنده 226/6.

(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب الترغيب في النكاح؛ ومسلم في النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه.

(7) سبق تخريجه. (8) العارضة 299/4.

(9) المقدمات 454/1.

إلى الإنقطاع عن عبادة غير واجبة، إلا أن يؤدي به الزواج إلى حرام فيحرم. وغير الراغب إن خاف الإنقطاع عن عبادة غير واجبة فمكروه، سواء رجا النسل أو لم يرج.

فإن لم يخش الإنقطاع ورجا النسل ندب. فإن لم يرج أبيع. ويحرم الزواج في كل من قسم المندوب والمباح والمكروه إن أدى إلى محرم، كترك واجب، مثل تأخير الصلاة عن أوقاتها اشتغالاً بتحصيل نفقتها، أو أدى إلى الإضرار بها، كعدم قدرته على الوطاء، أو على النفقة أو التكسب من حرام. والمنع في عدم قدرته على الوطاء مقيد بما إذا لم تعلم المرأة بذلك، وإلا جاز النكاح إن رضيت. أما مع الإكتساب الحرام، فلا يجوز وإن رضيت، وهذا في أقسام المندوب والمباح والمكروه. ودليل الوجوب والإباحة والكرهية فيما تقام هو المصلحة المرسله التي تقتضي ما يناسب كل حالة من حكم.

وقد اعترض في قسم الوجوب في مسألة الوجوب ولو مع الإنفاق من حرام، بأن الخائف من الزنا مكلف بترك الزنا، لأنه في طوقه. كما أنه مكلف بترك التزويج الحرام، فلا يفعل محرماً لدفع محرم، فلا يصح أن يقال: إذا خاف الزنا وجب النكاح، ولو أدى إلى الإنفاق من حرام. وقد ردّ عليه بأنه إنما يصر لهذا عند الإضطرار لقاعدة ارتكاب أخف الضررين، حيث بلغ الأمر الإلجاء، كالمراة إذا لم تجد ما يسد رمقها إلا بالزنا جاز لها الزنا⁽¹⁾.

حكمة مشروعية النكاح:

من حكم مشروعية النكاح، دفع التوقان وغوائل الشهوة. والإستدلال بلذة الدنيا الفانية على لذة الآخرة الباقية. وكف النفس عن الزنا. وموافقة إرادة الله تعالى في بقاء النسل إلى الوقت المعلوم. وإرادة رسول الله ﷺ في المكاثرة⁽²⁾.



أركان النكاح

أركان النكاح ثلاثة، لأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حِلِّ شيء بما يدل عليه.

- 1 - فالإثنان في النكاح الزوج، ووكيله، ووليّ الزوجة.
- 2 - والشيء المقصود حله هو المحلّ المعقود عليه، وهما الزوج والزوجة، لأنه

(1) بداية المجتهد 3/2 ومنع الجليل 253/3 وحاشية الدسوقي 215/2.

(2) المقدمات 452/1، ولباب اللباب ص 82.

لا يحلّ الرجل للمرأة، والمرأة للرجل، إلا بالعقد.
3 - والذي يدلّ عليه هي الصيغة. وهي التي تدلّ على العقد، وتكون بالإيجاب والقبول.

وأما الصداق، فلا يتوقف عليه العقد بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع، وإن كان لا بدّ منه، فيكون شرطاً في صحته، وكذا الشهود.
وسياتي تفصيل الأركان ركناً ركناً.



شروط صحة النكاح

1 - الصداق: يشترط الصداق ولو لم يذكر حال العقد. والمضّر اشتراط إسقاطه. وإذا لم يذكر حال العقد فلا بدّ من ذكره عند الدخول. أو فيتقرّر صداق المثل بالدخول، على ما سياتي بيانه بعد تفصيل الأركان.

2 - شهادة رجلين عدلين غير الولي: يشترط إسهاد رجلين عدلين، ولو لم يقع الإسهاد حال العقد. وليس المراد بالولي من يباشر العقد، بل من له ولاية النكاح، ولو تولّى العقد غيره بإذنه. ولا تصحّ شهادة المتولّي أيضاً، لأنها شهادة على فعل النفس. ولا يصحّ النكاح بلا شهادة، ولا بشهادة رجل وامرأتين، ولا بشهادة فاسقين، ولا بشهادة رجلين مستوري الحال. فإن عدم العدول فيكتفي بمستوري الحال. وقيل يستكثر من الشهود. قال الصاوي: وهو المطلوب في هذه الأزمنة.

ولم أقف فيما بين يديّ من المصادر على من دقق في ذكر دليل اشتراط الإسهاد. وذلك لما في المذهب من الاختلاف في اشتراطه⁽¹⁾. حتى ترجح لدى البعض عدم اعتبار المشرّع له بدليل حديث نكاح النبي ﷺ صفة، وسياتي ذكره ووجه الاستدلال به. قال ابن العربي: إذ الشهادة ليست من فرائض النكاح ولا شروط، وإنما الغرض الإعلان، وإنما شرع الإسهاد لرفع الخلاف المتوقع من المتعاقدين، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة، ما كانت قط بشهادة، وإنما كانوا يعلنون لأمنهم التداور بينهم... وهذا البيع الذي ليس له حرمة الفروج. وقد أمر الله بالإسهاد فيه، ولم يذكره في النكاح، وإنما ذكره في الرجعة التي ينفرد بها الزوج فأما أصل النكاح الذي لا يكون إلا بخطبة ووليّ ودينار حلال واجتماع من الأهل والجيران فهذا هو الشرط فيه لا غير. وإذا كان الإعلان في النكاح استغنى عن الشهادة... وليس في ذلك حديث يعول عليه بحال. والعمدة لنا الحديث الصحيح [وهو حديث زواج النبي ﷺ بصفة وسنذكره] وهذا نصّ في ترك الإسهاد. فإنه لو أشهد لم يشكوا في حالها هل هي زوجة أم لا⁽²⁾.

إلا أن الإمام الباجي يذكر عن الإمام مالك أن النكاح إذا عري عن الإشهاد قبل البناء فإنه يفسخ ويفرق بين الزوجين ويستدلّ الباجي على ذلك بدليل سدّ الذرائع، لأنه لو جاز عدم الإشهاد لكان كل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقرّاً بالجماع، أن يدّعي أنها تزوجا بدون إشهاد، فيؤدي ذلك إلى انتشار الفساد وارتفاع حدّ الزنا والتعزير على الخلوة⁽¹⁾.

وأما حديث: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽²⁾ فلم يذكره دليلاً على اشتراط الإشهاد لضعفه. وتقدم قول ابن العربي أنه لم يثبت في ذلك حديث يعول عليه. ودليل عدم صحة النكاح بشهادة رجل وامرأة:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2].

والآية موردها إما في الطلاق وإما في الرجعة. والأمر يقتضي الوجوب، وقد أوجبت إسهاد رجلين⁽³⁾.

ب - عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة. فقال: هذا نكاح السرّ، ولا أجيزه، ولو تقدمت فيه لرجمت⁽⁴⁾.

ج - القياس على الحدود والقصاص، بأنه معنى يثبت حكماً في البدن، فإذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهنّ، لم يثبت بشهادتهنّ مع الرجال، كالحدود والقصاص⁽⁵⁾. ويصح العقد بشهادة العدلين ولو حصلت الشهادة بعد العقد وقبل الدخول، أي لا يشترط اقتران العقد مع الشهادة، لذلك اختلفت عبارة المالكية. فقال بعضهم: هي شرط صحة في الدخول، وقال غيرهم هي واجب مستقلّ. ودليل صحة العقد بدون اقتران الإسهاد له:

أ - عن أنس قال: أقام النبي صلى الله عليه وآله بين خبير والمدينة ثلاثاً يبنى عليه بصفية بنت حبي. فدعوت المسلمين إلى وليمته. فما كان فيها من خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع، فألقي فيها من التمر والأقط والسمن. فكانت وليمته. فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه؟ فقالوا: إن حجبتها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه. فلما ارتحل وطأ لها خلفه، ومدّ الحجاب بينها وبين الناس⁽⁶⁾.

(1) المنتقى 3/ 313.

(2) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 6/ 196، وعزاه السيوطي إلى البيهقي والطبراني في الكبير (الجامع الصغير ج 2 ص 204).

(3) المنتقى 3/ 313.

(4) أخرجه مالك في النكاح. باب جامع ما لا يجوز من النكاح.

(5) المنتقى 3/ 313.

(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب اتخاذ السراري، ومسلم في النكاح، باب فضيلة إعتاق أمته ثم يتزوجها.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ لو كان أشهد لم يشكوا ولعلموا حالها بالإشهاد. وهو خبر مشهور مردي في قصة مشهورة فيقدم على ما سواه⁽¹⁾.

ب - القياس على سائر العقود في انعقادها بدون إشهاد⁽²⁾.

ج - القياس على الصداق بطريق الأولى في عدم اشتراطه عند العقد. بدليل صحة نكاح التفويض. ووجه الأولية أن الصداق داخل في حقيقة العقد والبينة خارجة عن حقيقته⁽³⁾.

د - القياس على الزوجة في عدم اشتراط حضورها عند العقد⁽⁴⁾.

هـ - أن المقصود من الإشهاد التوثق لسد ذريعة الإختلاف أو الإنكار، فجعل من الشروط المتممة للعقد⁽⁵⁾.

أما حديث «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽⁶⁾.

فقد ضعفوه ورجحوا عليه حديث أنس⁽⁷⁾. كما أولوه بأنه محمول على الدخول. لأن لفظ النكاح حقيقة في الدخول، مجاز في العقد. وحمله على الحقيقة أولى من حمله على المجاز. كما أن النفي فيه محمول على الكمال⁽⁸⁾.

وإذا كان لإشهاد شرط صحة، فإن دخل الزوجان بدونها، فإن النكاح يتعين فسخه بطلقة تكون بائنة. وكونه يفسخ بطلقة، لأنه عقد صحيح. وكونها بائنة، لأنه جبري بحكم به الحاكم، وأيضاً لا يتأتى هنا أن يكون رجعياً، لأنه يشترط في الرجعي تقدم وطء صحيح، ولم يحصل. ولذلك كان الطلاق هنا بائناً حكم به حاكم أم لا.

ويحدان معاً حدّ الزنا جلداً أو رجماً، إن حصل الوطء، وأقرّاه، أو ثبت بأربعة كالزنا. ولا يعذران بجهل. ولا يلحق بالزوج الولد، لأنه زنا محض، لانعدام شرط الصحة، فالمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً.

ولا يقام عليهما الحدّ إن فشا النكاح بينهما، للشبهة. ومن باب أولى إن وقع العقد بشهادة مستوري الحال. وفسوّه يكون بمثل ضرب الدفّ والوليمة والشاهدين الفاسقين.

ومثل الفسّر في إسقاط الحدّ الشاهد الواحد - غير الولي -، فلا حدّ للشبهة، وإن لم يوجد فسوّ.

ويسقط الحدّ ولو علم الزوجان أنّ الإشهاد واجب قبل الدخول. وأن الدخول من غير إشهاد حرام.

(1) العارضة 4/310، والمنتقى 3/313، وإحكام الفصول ص 735.

(2) الإشراف 2/93، وأحكام ابن العربي 3/1480.

(3) الذخيرة 4/399. (4) الإشراف 2/93.

(5) بداية المجتهد 2/20. (6) سبق تخريجه.

(7) أحكام الفصول ص 735. (8) الذخيرة 4/399.

3 - عدم التواطؤ على كتمان العقد⁽¹⁾.

وسياتي تفصيل هذا عند الحديث عن نكاح السر.

مندوبات العقد:

1 - الخُطبة عند الخِطبة: والخِطبة - بالكسر - إلتماس النكاح. والخُطبة - بالضم - كلام مسجع مبدوء بالحمد والشهادتين. مشتمل على آية. فيها أمر بالتقوى؛ وعلى ذكر المقصود. ولا بدّ من تقديم البسمة على الجميع، لأنه من الأمور المهمة. ودليل عدم وجوب الخُطبة:

- حديث سهل بن سعد في الواهبة نفسها للنبي ﷺ - وسياتي ذكره كاملاً - وفيه في آخره قوله ﷺ: «قد ملكتها بما معك من القرآن».

ووجه الاستدلال منه أنه لم يذكر أن الخاطب وهو الرجل خطب خطبة. ولا النبي ﷺ وهو المخطوب إليه⁽²⁾.

ودليل مشروعيتها فعله ﷺ، وقد حمل على النذب⁽³⁾.

والبادي عند الخِطبة هو الزوج، ويقول بعد الثناء والشهادتين: أمّا بعد، فإننا قصدنا الإنضمام إليكم ومصاهرتكم والدخول في حومتكم، وما في معنى ذلك. فيقول ولي المرأة بعد الثناء: أمّا بعد فقد قبلناك ورضينا أن تكون منا وفينا، وما في معناه.

2 - الخُطبة عند العقد: ويكون البادي هو الولي. وهو الأفضل، بأن يقول: أمّا بعد، فقد أنكحتك بنتي أو مجبرتي أو موكلتي فلانة على صداق قدره كذا. فيقول الزوج: قد قبلت نكاحها لنفسي. ويقول وكيله قد قبلت نكاحها لموكلتي.

3 - يندب تقليل الخُطبة في الحالتين. إذ الكثرة توجب السامة.

4 - يندب إعلان النكاح بين الناس، لبعث تهمة الزنا، لقوله ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»⁽⁴⁾.

وهذا بخلاف الخُطبة، فينبغي إخفاؤها.

5 - يندب تفويض الولي العقد لرجل فاضل رجاء بركته. ويقول المفوض: أنكحتك فلانة بنت موكلتي - مثلاً - ومثله الزوج يندب له تفويض العقد لمن ترجى بركته. وأمّا تفويض العقد، لغير فاضل. فهو خلاف الأولى.

6 - يندب تهنته الزوجين.

(1) أقرب المسالك 1/ 392.

(2) المتقى 3/ 264.

(3) بداية المجتهد 2/ 4.

(4) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، وابن ماجه في النكاح، باب إعلان النكاح.

- 7 - يندب الدعاء لهما بالبركة والسعة وحسن العشرة وما في معنى ذلك .
- 8 - يندب أن يكون الإشهاد عند العقد، للخروج من الخلاف . إذ كثير من الأئمة لا يرى صحة العقد إلا بالإشهاد حال العقد . وفقهاء المالكية يرون وقوعه صحيحاً في نفسه، وإن لم تحصل الشهادة حال العقد، كالبيع . ولكن لا تتقرر صحته ولا تترتب ثمرته من حلّ التمتع إلا بحصولها قبل البناء . فيجوز أن يعقد العاقدان فيما بينهما سرّاً، ثم يخبرا به عدلين . كأن يقولوا لهما قد حصل منا العقد لفلان على فلانة . أو أن يخبر الولي عدلين، والزوج يخبر عدلين غيرهما . ولا يكفي أن يخبر أحدهما عدلاً، والثاني يخبر عدلاً غيره، لأنهما حينئذ بمنزلة الواحد .
- 9 - يندب ذكر الصداق، أي تسميته عند العقد لما فيه من اطمئنان النفس، ودفع توهم الاختلاف في المستقبل . وكذا يندب الإشهاد عليه . ومحلّ ندب ذكر الصداق، إن كانت صيغة العقد: أنكحت وزوجت . لا وهبت، فيجب ذكره كما يأتي .
- 10 - يندب حلول الصداق كله بلا تأجيل لبعضه، وإن لم يقبض كله . وتأجيله كلاً أو بعضاً خلاف الأولى، حيث أجل بأجل معلوم . وإلا فلا يجوز، كما يأتي في الصداق .
- 11 - يندب النظر إلى وجه الزوجة حين الخطبة، وقبل العقد ليعلم بذلك حقيقة أمرها . ودليل استحباب النظر إلى المخطوبة⁽¹⁾ :
- أ - عن أبي هريرة قال: كنت عند النبي ﷺ، فاتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار . فقال له رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا . قال: «فأذهب فانظر إليها . فإن في أعين الأنصار شيئاً»⁽²⁾ .
- ب - عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» . قال: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها فتزوجتها⁽³⁾ .
- ج - عن المغيرة بن شعبة قال: خطبت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: «أنظرت إليها؟» قلت: لا . قال: «فانظر إليها فإنه أجد أن يؤدم بينكما»⁽⁴⁾ .
- ويكون النظر بنفسه أو وكيله، إن لم يكن على وجه التلذذ . وإلاّ منع . كما يمنع ما زاد على الوجه والكفين، لأنه عورة . ودليل الإقتصار على الوجه والكفين :

(1) المعلم 147 / 2، والبيان والتحصيل 305 / 4، والعارضه 303 / 4، والذخيرة 191 / 4 .

(2) أخرجه مسلم في النكاح، باب الندب إلى أن ينظر إلى وجهها وكفيها .

(3) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها .

(4) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، والنسائي في النكاح، باب

إباحة النظر قبل التزويج، وابن ماجه في النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها .

أ - ما روي أنه ﷺ قال: «إذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة فليُنظر إلى وجهها وكفيها»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ خصّ الوجه واليدين بالذكر، فسقط ما عداه⁽²⁾.

ب - لأن جميع بدن المرأة عورة، لا يجوز النظر إليه، ما عدا الوجه والكفين. وعلى هذا يحمل الأمر بالنظر إلى المخطوبة في الأحاديث المتقدمة⁽³⁾.

وإذا وكل الرجل امرأة لكي تنظر إلى بدن المخطوبة، فإنه يجوز لها من حيث إنها امرأة. ويكون النظر - أي نظر الخاطب - بعلمها أو بعلم وليها. ويكره استغفالها، لأنها يتطرق أهل الفساد للنظر للنساء، ويقولون نحن خطاب. ومحل الكراهة، إن كان يعلم أنه لو سألها في النظر تجيبه إن كانت غير مجبرة. أو إذا سأل وليها يجيبه إن كانت مجبرة، أو جهل الحال. وأما إن علم عدم الإجابة حرم النظر إن خشي الفتنة، وإلا كره، وإن كان نظر وجه الأجنبية وكفيها جائزاً، لأن نظرهما في معرض النكاح مظنة قصد اللذة. وذكر ابن رشد الجد أن قول مالك بكراهية الاستغفال مع أن حديث جابر المتقدم - يدل على جوازه، أنه لم يسمعه أو لم يصح عنده⁽⁴⁾.

وذكر الشيخ الدردير أن جعل الشيخ خليل النظر إلى المخطوبة من المندوبات قد تبع فيه ابن القطان، وعامة أهل المذهب على أنه جائز لا مندوب، والأحق ذكره في الجائزات. وعقب عليه الشيخ الصاوي بقوله: قال بعضهم: ويمكن حمل الجواز في كلام أهل المذهب على الإذن الصادق بالمندوب.

ومثل الرجل، المرأة يندب لها نظر الوجه والكفين من الزوج.

وإنما أذن للخاطب في نظر الوجه والكفين، لأن الوجه يدل على الجمال وعدمه، ولأن الكفين يدلان على صلابة البدن وطراوته.

12 - يندب نكاح البكر لأنه أقرب لحسن العشرة، كما رواه عبد الرحمن بن سالم عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ: «عليكم بالأبكار. فإنهن أعذب أفواهاً، وأنتق أرحاماً وأرضى باليسير»⁽⁵⁾.

ما يحلّ بالعقد:

1 - يحلّ بالعقد الصحيح لكلّ من الزوجين، النظر لسائر أجزاء البدن، حتى نظر الفرج من صاحبه.

(1) ذكره القاضي عبد الوهاب في الإشراف. ولم أقف على من أخرجه.

(2) الإشراف 2/89.

(3) المعلم 2/147.

(4) البيان والتحصيل 4/305.

(5) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب تزويج الأبكار.

وقد بلغ تأكيد إباحة ذلك عند علماء المالكية غاية حتى إنه لما سئل أصبغ: أينظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء؟ قال: نعم، وزاد: ويلحسه بلسانه. إلا أن العتبي حذف هذه الزيادة في كتابه، لأنه استقبحها، وهي موجودة عند ابن المواز في كتابه. وقد علق ابن رشد الجد على تصرف العتبي فقال: إلا أن العلماء يستجيزون مثل هذا إرادة البيان، ولئلا يحرم ما ليس بحرام، فإن كثيراً من العوام يعتقدون أنه لا يجوز للرجل أن ينظر إلى فرج امرأته في حال من الأحوال. وقد سألتني عن ذلك بعضهم، فاستغرب أن يكون ذلك جائزاً، وكذلك تكليم الرجل امرأته عند الوطء، لا إشكال في جوازه، ولا وجه لكراهيته⁽¹⁾.

وحديث: إذا جامع أحدكم زوجته أو جاريتها فلا ينظر إلى فرجها، لأن ذلك يورث العمى. فهو حديث منكر لا أصل له. وصرح بوضعه ابن حبان وغيره.

2 - يحل بالعقد التمتع بغير الإيلاج في الدبر. وأما الإيلاج فيه فحرام. والتمتع بظاهره ولو بوضع الذكر عليه فجائز. ودليل جواز التمتع بكل شيء من بدن الزوجة ما عدا الدبر:

- قوله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: 223].

وقد نزلت هذه الآية على سبب. فقد روى جابر قال: كانت اليهود تقول: إذا أتى الرجل امرأته من دبرها في قبلها، كان الولد أحول. فنزلت الآية⁽²⁾.

وعن ابن عباس قال: إنما كان هذا الحي من الأنصار، وهم أهل وثن، مع هذا الحي من يهود، وهم أهل كتاب، وكانوا يرون لهم فضلاً عليهم في العلم. فكانوا يقتدون بكثير من فعلهم. وكان من أمر أهل الكتاب أن لا يأتوا النساء إلا على حرف، وذلك أستر ما تكون المرأة. فكان هذا الحي من الأنصار قد أخذوا بذلك من فعلهم. وكان هذا الحي من قريش يشرحون النساء شرحاً منكراً، ويتلذذون منهن مقبلات ومدبرات ومستلقيات. فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة من الأنصار، فذهب يصنع بها ذلك، فأنكرته عليه وقالت: إنما كنا نؤتى على حرف فاصنع ذلك، وإلا فاجتنبني، حتى شري أمرهما. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ. فأنزل الله عز وجل: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ أي مقبلات ومدبرات ومستلقيات، يعني بذلك موضع الولد⁽³⁾.

وعن ابن عباس قال: جاء عمر إلى رسول الله ﷺ فقال: هلكت، قال: «وما أهلكك؟» قال: حولت رحلي الليلة. قال: فلم يرده عليه رسول الله ﷺ شيئاً. قال:

(1) البيان والتحصيل 79 / 5.

(2) أخرجه مسلم في النكاح، باب جواز جماع الرجل امرأته في قبلها من ورائها.

(3) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في جامع النكاح.

فأوحى إلى رسول الله ﷺ هذه الآية، [يعني] أقبل وأدبر واتفق الدبر والحیضة⁽¹⁾.
وعن أم سلمة عن النبي ﷺ في قوله تعالى: ﴿نِسَاءُكُمْ حَرَّتُمْ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَّتَكُمْ أَنِّي
شَتَّمْتُ﴾ يعني صماماً واحداً⁽²⁾.

ومعنى «أني شتتم» في الآية، حملة جمهور المفسرين على «كيف شتتم»، وعضدوا ذلك بالروايات المذكورة في سبب نزول الآية. وحملها الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور على معنى «متى شتتم» لأن المتبادر من موقع الآية وتساعد عليه معاني ألفاظها أنها تذييل وارد بعد النهي عن قربان النساء في حال الحيض. وعلى هذا فإن المعنى - عنده - يكون: فأتوا نساءكم متى شتتم إذا تطهرن⁽³⁾.

ودليل عدم جواز الإيلاج في الدبر⁽⁴⁾:

أ - الآية السابقة. وأن محلها على الهيئات أو الأزمنة، ولا على الأمكنة.

ب - أن ظاهر الآية يفيد التحريم، وذلك أن المبتدأ «نساءكم» يجب انحصاره في الخبر «حرث لكم»، فلا يكون الحرث إلا في موضع الزرع، وهو في المرأة الفرج، لا الدبر ولا يحصل النسل في غير حالة الحرث الذي هو الفعل المفضي إلى النسل⁽⁵⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَيُحْرِمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: 157]. قال القرافي: وتلطف الإنسان بالعدرة من أخبث الخبائث، ولا يميل إلى ذلك إلا النفوس الخبيثة، خسيصة الطبع بهيمة الأخلاق والنفوس الشريفة بمعزل عن ذلك⁽⁶⁾.

د - عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلاً أو امرأة في الدبر»⁽⁷⁾.

هـ - عن علي بن طلق أن رسول الله ﷺ قال: «لا تأتوا النساء في أعجازهن، فإن الله لا يستحي من الحق»⁽⁸⁾.

و - ما جاء في حديث قصة عمر «أقبل وأدبر واتفق الدبر والحیضة»⁽⁹⁾.

ز - دلالة الأولى، وذلك أن الله تعالى حرّم الفرج حال الحيض لأجل النجاسة العارضة، فأولى أن يحرم الدبر للنجاسة الملازمة.

(1) أخرجه الترمذي في التفسير، باب سورة البقرة.

(2) أخرجه الترمذي في التفسير، باب سورة البقرة.

(3) التحرير والتنوير 2 / 372.

(4) أحكام ابن العربي 1 / 174، والذخيرة 4 / 417، والتحرير والتنوير 2 / 371 - 372.

(5) الذخيرة 4 / 417. (6) الذخيرة 4 / 418.

(7) أخرجه الترمذي في الرضاع، باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن.

(8) أخرجه الترمذي، نفس الكتاب والباب.

(9) سبق تخريجه، وأخرجه أيضاً أحمد في المسند. عزاه إليه المناوي (كنوز الحقائق ص 25).

ح - استصحاب حكم الإجماع . وذلك أن الإجماع منعقد على تحريم المرأة قبل عقد النكاح . وأختلف بعد العقد هل حلّ هذا العضو أم لا؟ فيستصحب الإجماع على التحريم حتى ينقل عنه ناقل⁽¹⁾ .

وعلى فرض حمل الآية على الإباحة، وهو ما لم يذهب إليه جمهور المفسرين، فتكون هذه الأدلة مخصصة لعمومها⁽²⁾ .

3 - يجوز العزل عن الزوجة إن أذنت . والعبرة بإذنها فقط دون وليها . ومعنى العزل أن يعزل الرجل الماء عن رحم المرأة إذا جامعها حذر الحمل⁽³⁾ . ودليل الجواز .

أ - عن ابن محيريز أنه قال : دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري، فجلست إليه، فسألته عن العزل؟ فقال أبو سعيد: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة بني المصطلق... فسألنا رسول الله ﷺ فقال: ما عليكم أن لا تفعلوا. ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة⁽⁴⁾ .

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أخبرهم أنه لا يضرهم ذلك، وأنه جائز، وأن المقدّر خلقه لا بدّ أن يكون . وأن الفضيلة في التوكل والتعويل على ذلك⁽⁵⁾ .

ب - عن جابر قال : كنّا نعزل على عهد رسول الله ﷺ والقرآن ينزل⁽⁶⁾ .
ج - الإجماع⁽⁷⁾ .

د - عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه كان يعزل⁽⁸⁾ .

هـ - عن أمّ ولد لأبي أيوب، أنه كان يعزل⁽⁹⁾ .

و - عن زيد بن ثابت أنه سئل عن العزل فقال زيد للحجاج بن عمرو أفته . فقال : هو حرثك إن شئت أسقيته وإن شئت أعطشته . قال زيد : صدق⁽¹⁰⁾ .

ز - عن ابن عباس أنه سئل عن العزل . فقال : أما أنا فأفعله⁽¹¹⁾ .

(1) المعلم 156/2 .

(2) المعلم 156/2 .

(3) المعلم 157/2 .

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في العزل، والبخاري في العتق، باب من ملك من العرب رقيقاً، ومسلم في النكاح، باب حكم العزل .

(5) المعلم 157/2، والمستقى 142/4، والعارضة 76/5 .

(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب العزل، ومسلم في النكاح، باب حكم العزل .

(7) القبس 762/2 .

(8) أخرج هذه الآثار مالك في الطلاق، باب ما جاء في العزل .

(9) أخرج هذه الآثار مالك في الطلاق، باب ما جاء في العزل .

(10) أخرج هذه الآثار مالك في الطلاق، باب ما جاء في العزل .

(11) أخرج هذه الآثار مالك في الطلاق، باب ما جاء في العزل .

أما ما روي عن عكاشة قال سئل رسول الله ﷺ عن العزل، فقال: «ذلك الواد الخفي»⁽¹⁾.

فإن وجه تسمية العزل في الحديث بالواد أنه كالفرار من القدر⁽²⁾. مع كون الحديث قد طعن فيه ابن العربي بأن فيه اضطراباً في سنده⁽³⁾. وقد قال علي رضي الله عنه: لا يكون موءودة حتى تأتي عليه حالات الخلق السبعة. فقال له عمر: صدقت.

يريد أن يكون نطفة ثم علقه ثم مضغة ثم عظماً ثم لحماً ثم تصوّر ثم تستهل⁽⁴⁾. وأما وجه اشتراط إذن الزوجة أن لها حقاً في الإستمتاع وطلب النسل، فلما لم يكن له أن يمتنع من وطئها، لم يكن له أن يمتنع من إكماله⁽⁵⁾.

محرمات النكاح:

1 - يحرم خطبة المرأة الراكنة لغير فاسق.

والمرأة إما أن تكون غير مجبرة، أي ثيباً رشيدة، أو مجبرة، أو سفية؛ فإذا ردّ الولي - بالنسبة للمجبرة والسفية - الخاطب لم تحرم خطبتها لغيره. وكذا إذا ردّت غير المجبرة الخاطب الأول لم تحرم خطبة غيره. فعلم من هذا أنه لا يعتبر ركون المجبرة مع ردّ مجبرها، ولا ردّها مع ركونه. ولا يعتبر ركون أمها أو وليها غير المجبر مع ردّها. ولا ردّ أمها أو وليها غير المجبر مع رضاها.

واعلم أن ردّ المرأة أو وليها بعد الركون للخاطب، لا يحرم ما لم يكن الردّ لأجل خطبة الثاني. فإن تزوجت الخاطب الثاني وادّعت هي، أو ادّعى وليها المجبر أنها كانت رجعت عن الركون للأول قبل خطبة الثاني، وادّعى الأول أن الرجوع كان بسبب خطبة الثاني، ولا قرينة لأحدهما، فالظاهر - كما قال الأجهوري - أنه يعمل بقولها، أو بقول مجبرها. لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها. ولأن دعوى الخاطب الأول توجب الفساد، ودعواهما توجب الصحة، والأصل في العقود الصحة.

ودليل تحريم الخطبة على الخطبة إذا ركنت المرأة للخاطب الأول:

أ - عن أبي هريرة وابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»⁽⁶⁾.

والحديث عام في كل حال، وفي كل خاطب، إلا أن الإمام مالكاً خصّ منه

(1) أخرجه مسلم في النكاح، باب جواز وطء المرضع وكراهة العزل.

(2) المعلم 2/157. (3) العارضة 5/76.

(4) المنتقى 4/142. (5) المنتقى 4/143. والذخيرة 4/419.

(6) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الخطبة. والبخاري في النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه.

الحال التي لم يقع فيها ركون بين المخطوبة وبين الخاطب. والركون هو التواعد والثقة والرضا والتوافق، بحيث لم يبق بعد إلا العقد⁽¹⁾.

كما خصّ منه الخاطب الفاسق. وسيأتي دليل التخصيص في الأمرين بعد هذا.

ب - سدّ الذريعة. لأن في خطبة الراكنة إفساداً على الناس وإضراراً بهم، يؤدي إلى التقاطع والشحناء التي فيها فساد ذات البين⁽²⁾.

وأما إذا لم يقع ركون بين الخاطب والمخطوبة، فإنه لا يحرم الخطبة على خطبة الأول. وهذا مخصّص من عموم الحديث السابق. ودليل التخصيص:

أ - عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة... فقال لها النبي ﷺ: «إذا حللت فأذنيني» قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان، وأبا جهم بن هشام خطباني. فقال رسول الله ﷺ: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه. وأما معاوية فصعلوك لا مال له. أنكحي أسامة بن زيد. قالت: فكرهته. ثم قال: «أنكحي أسامة بن زيد» فنكحته. فجعل الله في ذلك خيراً. واغتبطت به⁽³⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه ﷺ لم ينكر دخول خاطبين على بعضهما، كما أنه أضاف لها خاطباً ثالثاً، فخطبها لأسامة، فدلّ ذلك على جواز الخطبة على الخطبة في الحال التي لم يقع فيها تراكن. وأن ذلك مخصّص من الحديث الأول الذي ثبت النهي فيه على الحال التي يكون فيها التراكن ومقاربة الرضا⁽⁴⁾.

ب - أن المصلحة ودرء الفساد والمضرة عن المرأة يقتضي جواز الخطبة على الخطبة إذا لم يقع التراكن. لأنها لو منعت مع عدم التراكن، لكانت كل امرأة يخطبها من لا ترضاه ولا تريده، أن لا يتعرّض الناس لخطبتها بعده، وأن تكون قاصرة عليه وعلى الرضا بما يبذله لها من المهر، ولو كان لا يليق بها. ولذلك قال مالك: فهذا باب فساد يدخل على الناس⁽⁵⁾.

وغير الفاسق، هو الصالح أو مستور الحال، فيحرم إذا ركنت لصالح أو لمستور الحال أن يخطب غيره عليه. سواء كان الثاني صالحاً أو فاسقاً أو مستور الحال.

فإن ركنت لفاسق لم يحرم الخطبة عليه، إن كان الثاني صالحاً أو مجهولاً، إذ لا حرمة للفاسق. بل في نكاحها تخليص لها من فسقه. سواء كان فاسقاً بجارحة أو

(1) الإشراف 2/ 103، والمنتقى 3/ 264، والقبس 2/ 683، والذخيرة 4/ 198.

(2) الإشراف 2/ 103، والقبس 2/ 683.

(3) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في نفقة المطلقة. ومسلم في النكاح، باب المطلقة البائن لا نفقة لها.

(4) المعلم 2/ 138، والبيان والتحصيل 4/ 454، والقبس 2/ 683.

(5) المنتقى 3/ 265، والقبس 2/ 283.

عقيدة. فإن كان الثاني فاسقاً مثله حرم أن يخطب على الأول.
 ودليل عدم حرمة الخطبة على الفاسق، ولو ركنت إليه المرأة:
 - الأدلة القائمة على وحب النصيحة لكل مسلم. وهي مخصصة لحديث
 التحريم. قال ابن رشد الجذ: فكما خص من الأحوال الحال التي لا ركون فيها
 بحديث فاطمة المذكور، فكذلك يخصص من الخطاب الذي لا خير عنده ولا حظ للمرأة
 في نكاحه، بما يلزم في الدين من النصح للمرأة في أن لا تتزوج فاسقاً يردبها... فإذا
 خطب المرأة فاسق جاز للصالح أن يخطبها بعد أن تقارب الأمر بينهما. وينبغي لمن
 علم بذلك أن يحضها على أن تتزوج الصالح وتدع الفاسق⁽¹⁾. وقال ابن القاسم: لا
 أرى الحديث إلا في الرجلين المتقاربين. وأما صالح وفاسق فلا. أي فقد حمل
 الحديث على هذا المورد⁽²⁾.

والظاهر أن حرمة الخطبة بعد الركون تحصل، سواء قدر صداقاً أم لا. وهو أحد
 القولين. إذ العبرة بالركون والرضا بالخطاب، وهو ظاهر الموطأ. وقال ابن نافع: لا
 بد في اعتبار الركون من تقدير الصداق. ومقتضى نقل ابن عرفة أن كلاً من القولين
 مشهور.

وإذا وقعت المراكنة مع خاطب أول، وخطبها ثان وعقد عليها، فإن عقد الثاني
 يفسخ قبل الدخول بطلقة بائنة. قيل وجوباً. بمعنى أنه إذا رفعت الحادثة لحاكم وثبت
 عنده العقد بعد الركون بيّنة أو إقرار، وجب عليه فسخه. ودليل وجوب الفسخ⁽³⁾:

أ - نهي النبي ﷺ عن الخطبة على الخطبة. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

ب - سد الذريعة وعقوبة للفاعل وقطع للإضرار.

وقيل: إن الفسخ مستحب، وعليه الأكثر. ودليل الاستحباب:

- أن النهي إنما يتعلق بالخطبة وهو حق للغير، ولم يتعلق بعقد النكاح، فلم
 يقتض فساد العقد⁽⁴⁾.

وعلى القول بالاستحباب فإنما يكون الفسخ عند عدم مسامحة الأول له. فإن
 سامحه فلا فسخ.

ومحلّ الفسخ المذكور ما لم يحكم حاكم بصحة النكاح الثاني. وإلا لم يفسخ،
 كالحنفي فإنه يرى أن النهي في الحديث للكراهة. وعلى كل حال فعلى الثاني أن
 يستغنى الله تعالى للحديث وأن يتحلل صاحبه⁽⁵⁾.

(2) المتقى 3/264، والذخيرة 4/198.

(4) المتقى 3/265، والذخيرة 4/199.

(1) البيان والتحصّل 4/456.

(3) الإشراف 2/103، والمتقى 3/265.

(5) المتقى 3/265، والذخيرة 4/199.

2 - يحرم التصريح بخطبة امرأة، مسلمة أو كتابية، معتدة عدّة وفاة، أو طلاق، ولو كان الطلاق رجعياً، من غير الخاطب. وأما مَنْ عدّتها منه، فيجوز التصريح لها بالخطبة في العدة إذا لم يكن الطلاق بتاً، بل له تزويجها، ودليل تحريم التصريح هو بالأولى من تحريم المواعدة.

3 - يحرم مواعدة المعتدة، بأن يعدها الرجل بالتزويج بعد العدة، وهي تعدّه، إن كانت غير مجبرة. أو يعده وليّها إن كانت مجبرة. ودليل تحريم المواعدة:
- قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: 235].

فقد نهت الآية عن المواعدة استدراكاً على ما تقدم من الإذن في التعريض. حتى يعلم أنه لا يجوز تجاوز حدود ما أذن فيه، وقد قيّد النهي بالسّرّ مبالغة في الأمر بتجنّب المواعدة في العدة. وإذا كان النهي عن المواعدة سرّاً علم النهي عنها جهرّاً بطريق الأولى⁽¹⁾.

ووجه تحريم المواعدة والتصريح بالخطبة في العدة هو إعطاء الوسيلة حكم المقصد. فالمقصد هنا هو حفظ الأنساب من الإختلاط، والعقد على المعتدة وسيلة المقصد، والمواعدة والتصريح وسيلة الوسيلة، لأنها تفضي إلى العقد، والعقد يفضي إلى الوطاء وهو حرام⁽²⁾.

ومثل المرأة في حرمة التصريح بالخطبة والمواعدة، وليّها، فيحرم التصريح له بالخطبة ومواعده في عدة المرأة، وهذا إن كان مجبراً. ويكره مواعدة الولي غير المجبر على المشهور.

وكذلك يحرم التصريح بالخطبة، والمواعدة لامرأة مستبرأة في مدة الإستبراء. والإستبراء يكون من شبهة نكاح أو من غضب أو من زنا، ولو كان الغضب أو الزنا من الخاطب: لأن ماء الزنا فاسد. وكذا ماء الغضب، ولذا لا يلحق به الولد.

وأما صاحب الماء في شبهة النكاح، فيجوز له الخطبة زمن الإستبراء، لأن الماء غير فاسد، للحوق الولد به.

ويحرم أيضاً خطبة ولي المستبرأة ومواعده في مدة الإستبراء.

ويحرم بالأولى من التصريح والمواعدة العقد على المعتدة في عدّتها. ودليل التحريم:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: 235].

فقد نهى الله تعالى عن عقد النكاح في العدة حتى يبلغ الكتاب أجله، وهو

(1) أحكام ابن العربي 1/ 214، والتحرير والتنوير 2/ 453 - 454.

(2) الذخيرة 4/ 193.

انقضاؤها، والنهي فيها نهى تحريم⁽¹⁾. وكان يكفي في التحريم ما تقدم في الآية من تحريم المواعدة في العدة، لأن النهي عن الأدنى يستلزم النهي عما فوقه من باب أخرى. إلا أنه تعالى أكد بما يدل على مطابقة اللفظ على تمام مستناه، لأن دلالة المطابقة أقوى من دلالة الإلتزام⁽²⁾.

وعلة تحريم النكاح في العدة صيانة الأنساب من الإختلاط، وقد نهى الله تعالى عن العقد فيها ولو لم يقع الوطء، لأن العقد لا يُراد إلا للوطء، فكان ذلك ذريعة إلى اختلاط الأنساب فمُنِع⁽³⁾.

ويتأبد التحريم إذا عقد الخاطب أو المواعد على المعتدة بنوعيتها - الموت والطلاق -، أو على المستبرأة بأنواعها الثلاثة، ووطئها؛ ولو وقع الوطء بعد فراغ العدة أو الإستبراء. فالتأبيد يقع بسبب وطء مستند لعقد لا بمجرد أحدهما. ودليل تأبيد التحريم:

أ - عن سليمان بن يسار أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقيفي فطلقها فنكحت في عدتها، فضربها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وضرب زوجها بالمخفقة، وفرق بينهما. ثم قال عمر: أيتما امرأة نكحت في عدتها. فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب. فإن كان دخل فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول. ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً⁽⁴⁾.

ب - القياس على حرمان القاتل من الميراث بجامع استعجال غرضه قبل أوانه، فعوقب بحرمانه، معاملة له بنقيض مقصوده⁽⁵⁾.

ج - الإجماع الحاصل على قول عمر بن الخطاب، ولم يعلم له مخالف⁽⁶⁾.

وعلة تأبيد التحريم هي إدخال الشبهة في النسب⁽⁷⁾.

كما يقع التأبيد إذا حصلت مقدمات الوطء، من قبله أو مباشرة، حيث استندت لعقد. وهذا إن حصلت منه في العدة بنوعيتها أو الإستبراء بأنواعه لا بعدهما.

ويقع التأبيد أيضاً بوطء حصل بشبهة نكاح، بأن اعتقد أنها زوجته، وهذا أيضاً إن حصل الوطء في زمن العدة بنوعيتها، أو الإستبراء بأنواعه.

(2) تفسير ابن عرفة 2 / 681.

(1) المقدمات 1 / 519.

(3) المقدمات 1 / 519.

(4) أخرجه مالك في الموطأ في النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح.

(5) مفتاح الوصول ص 114، وأحكام ابن العربي 1 / 215، والذخيرة 4 / 193، والقبس 2 / 706.

(7) المنتقى 3 / 318.

(6) المنتقى 3 / 317.

وإذا حصلت مقدمات الوطء في زمن العدة أو زمن الإستبراء، ولم يحصل عقد، فلا أثر لمقدمات الوطء مطلقاً، بشبهة أو لا، وأما الوطء فيؤبد إن كان بشبهة نكاح في العدة والإستبراء.

وهذا كله، أي التأييد، إن كانت العدة أو الإستبراء من غيره، وإلا إن كانت منه، ولو من طلاق ثلاث، أو كان الإستبراء منه بسبب زنا أو غضب أو غلط، فلا يتأبد تحريمها عليه. وإن وطئها مستنداً لعقد أو شبهة. وذلك مثل العقد عليها مجرداً عن وطء، فلا يؤبد تحريمها، ومثل الزنا المحض، وهو ما لم يستند لعقد ولا شبهة، فلا يؤبد. والمراد بالزنا ما يشمل الغصب.

واعلم أن تأييد التحريم في المسائل المتقدمة لم يقل به الحنفية ولا الشافعية، لأنه خلاف الأصل، ولم يقم عليه دليل عندهم. فلو رفعت المسألة لشافعي أو حنفي وحكم بعدم تأييد التحريم لرفع الخلاف، كما هو معلوم.

الجائزات:

1 - التعريض في العدة:

يجوز التعريض للمرأة المعتدة. والتعريض أن يظهر في كلامه ما يصلح للدلالة على مقصوده، ويسمى تلويحاً، لأنه ذكر الكلام في معناه، ولوح به إلى إرادة لازمه. ودليل جواز التعريض:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذَكُرُنَّهُنَّ﴾ [البقرة: 235].

ووجه الاستدلال أنه تعالى نفى الجناح - وهو الإثم - في التعريض، وأكده بقوله ﴿إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: 235] وهو استثناء من قوله: ﴿لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: 235]. فدل على أنه غير محرّم. والقول المعروف هو التعريض المذكور في أول الآية⁽¹⁾.

ب - حديث فاطمة بنت قيس، وفيه قوله ﷺ لها: «إذا حللت فأذنيني» وفي رواية: «فلا تسبقيني بنفسك»⁽²⁾. وفي رواية: «فلا تفوتينا بنفسك»⁽³⁾.

وفعله ﷺ دليل على جواز التعريض في العدة⁽⁴⁾.

(1) المنتقى 3/ 265، والمقدمات 1/ 519، وأحكام القرآن للقرطبي 3/ 187، وأحكام القرآن لابن العربي 1/ 215، وتفسير ابن عرفة 2/ 678، والتحرير والتنوير 2/ 454.

(2) حديث فاطمة بنت قيس سبق تخريجه. والرواية الثانية أخرجها مسلم أيضاً.

(3) أخرجه الدارمي في النكاح، باب النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه.

(4) المنتقى 3/ 265، وأحكام القرآن لابن العربي 1/ 213.

ووجه عدم تحريم التعريض في العدة، أنه لا يفضي إلى المقصد ولا إلى وسيلة المقصد. ولبعده عن الإخلال بالمقصد لم يحرم. والإكثار في النفوس أبعد منه⁽¹⁾.
والتعريض ضد التصريح.

2 - الإهداء في العدة:

يجوز الإهداء في العدة، كالخضر والفواكه وغيرها، فلو تزوجت المرأة بغيره فلا رجوع له عليها بشيء. وأما إجراء النفقة على المعتدة في العدة ممن يريد التزوج منها، فلا يجوز، بل يحرم.

ومثل هذه المسألة في عدم الرجوع بشيء من الهدايا، الخاطب إذا أهدى أو أنفق على مخطوبة غير معتدة، ثم رجعت عنه، ولو كان الرجوع من جهتها، إلا لعرف أو شرط. وقيل: إن كان الرجوع من جهتها فله الرجوع عليها. لأنه في نظير شيء لم يتم. واستظهر الشمس اللقاني هذا القول.

3 - ذكر المساوي:

يجوز ذكر العيوب، أي يجوز لمن استشاره الزوج في التزوج بامرأة أن يذكر له ما يعلمه فيها من العيوب، ليحذره منها. ويجوز لمن استشارته المرأة في التزوج برجل أن يذكر لها ما يعلمه فيه من العيوب لتحذره منه.

ومحل جواز ذكر العيوب للمستشار، إذا كان هناك من يعرف حال المسؤول عنه غير ذلك المستشار، وإلا وجب عليه البيان، لأنه من باب النصيحة لأخيه المسلم. وهذه طريقة الجزولي. وهناك طريقة أخرى توجب عليه ذكر المساوي مطلقاً، كان هناك من يعرف تلك المساوي غيره أو لا. ودليل جواز ذكر العيوب⁽²⁾:

- حديث فاطمة بنت قيس المتقدم. ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ ذكر لها عيوب كل من معاوية وأبي جهم.

المكروهات:

1 - الوعد من أحد الطرفين للآخر:

يكراه وعد أحد الطرفين للآخر في العدة. وذلك بأن يعد أحدهما صاحبه بالزواج ويسكت الآخر فلا يرد عليه بالمثل. كأن يقول الرجل للمرأة، أو العكس، أتزوجك بعد العدة، ويسكت الآخر. وأما المواعدة من الجانبين فحرام كما تقدم. وإنما تظهر الكراهة إذا كان المتكلم يعلم أن المخاطب لا يجيبه بشيء. وإلا فلا وجه لها.

(1) الذخيرة 4 / 193.

(2) الذخيرة 4 / 198.

2 - التزوّج بامرأة زانية:

يكره التزوّج بامرأة زانية، أي مشهورة بذلك، ولو بقرائن الأحوال، وإن لم يثبت عليها بالوجه الشرعي. ودليل ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3].

ب - عن ابن عباس قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله إنّ تحتي امرأة لا تردّ يد لأمس. فقال ﷺ: «طلقها» قال: إني لا أصبر عنها. قال ﷺ: «فأمسكها»⁽¹⁾.

ووجه الإستدلال أن الآية عامة لم تخصّ زانية من غيرها، والنبي ﷺ أباح للرجل إمساك زوجته، ولو كان الزنا مانعاً لأوجب عليه مفارقتها⁽²⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 3]. فإن في تأويل الآية أوجه⁽³⁾:

- أن المراد، لا ينكحها في حال زناها إلا زان.

- أنه بيان للاتق بها.

- أنها خرجت مخرج الذم لا التحريم.

- أن الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ فدخلت الزانية في الأيامي. وبه أخذ مالك رحمه الله تعالى.

وأما من يتكلّم فيها وليست مشهورة بذلك، فلا كراهة في زواجها.

3 - تزوّج الرجل بامرأة صرّح لها بالخطبة في عدتها:

يكره للرجل التزوّج بامرأة بعد عدتها، إن صرّح لها بالخطبة فيها، ويندب فراق الزانية والمصرّح لها بالخطبة إن وقع الزواج.

وإذا فارق الرجل المرأة الزانية المبيحة فرجها للغير، فلا صداق لها حيث تزوج بها غير عالم بذلك.

(1) أخرجه أبو داود في النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد، والنسائي في الطلاق، باب ما جاء في الخلع، واللفظ للنسائي.

(2) الإشراف 99/2، وبداية المجتهد 47/2، والذخيرة 259/4.

(3) أحكام ابن العربي 1330/3، وبداية المجتهد 47/2، والذخيرة 259/4، وحاشية الصاوي 1/380، والتحرير والتنوير 157/18.



الصيغة هي اللفظ الدال على النكاح، أي على حصوله وتحققه، إيجاباً وقبولاً.

1 - الإيجاب:

الإيجاب إما أن يكون بلفظ صريح أو غير صريح. فالإيجاب الصريح مثل: أنكحت وزوجت. أي يقول الولي: أنكحتك بنتي فلانة، أو موكلتي فلانة. أو زوجتك بنتي، أو موكلتي فلانة. ولو لم يسم صداقاً، كما يأتي في نكاح التفويض. والأصل في انعقاد النكاح بلفظ النكاح والتزويج:

أ - قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّكَ أَنْ نَحْمَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ﴾ [القصص: 27].

فهذه الآية تدلّ أن النكاح يقع بلفظ الإنكاح، وهو استدلال بشرع من قبلنا. إلا أنه لا يؤخذ منها امتناع العقد بغير لفظ النكاح، فإن الآية لا تقتضيه⁽¹⁾.

ب - قوله ﷺ في حديث الواهبة نفسها: «قد زوجتكها بما معك من القرآن»⁽²⁾.
 ووجه الاستدلال أن الرواية تفيد انعقاد النكاح بلفظ التزويج⁽³⁾.

وأما لو قال: وهبتك، فإنه لفظ غير صريح، ولا بدّ عند ذلك من تسمية صداق حقيقة أو حكماً. ويكون حقيقة بقوله: وهبتها لك بصداق كذا. ويكون حكماً بقوله: وهبتها لك تفويضاً. وإذا لم يسم صداقاً لم ينعقد النكاح.

وقد اختلف في كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، كبعث أو ملكت أو أحللت أو أعطيت أو منحت. وهل هي كلفظ وهبت، ينعقد بها النكاح إن سمى صداقاً حقيقة أو حكماً، وهو قول ابن القصار وعبد الوهاب والباجي وابن العربي؛ أو لا ينعقد ولو سمى صداقاً، وهو قول ابن رشد في المقدمات، ككلّ لفظ لا يقتضي البقاء، فلا ينعقد به اتفاقاً كالحبس والوقف والإجارة والعارية والعمري. فيتحصل من كلامهم أن ألفاظ العقد أربعة أقسام:

الأول: ينعقد به النكاح مطلقاً سواء سمى صداقاً أم لا. وهو أنكحت وزوجت.

(1) أحكام ابن العربي 3/ 1468.

(2) أخرجه بهذا اللفظ البخاري في النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب.

(3) المعلم 2/ 148 - 149، والعارضة 5/ 36.

الثاني: ينعقد إن سُمي صداقاً حقيقة أو حكماً، وهو لفظ وهبت، فقط.

الثالث: ما فيه الخلاف، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدة البقاء.

الرابع: ما لا ينعقد به مطلقاً اتفاقاً، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة.

ودليل انعقاد النكاح بلفظ الهبة وبكل لفظ يقتضي التأييد⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا تُؤْمِنَهُ إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50].

ب - حديث الواهبة نفسها للنبي ﷺ. وفيه قوله ﷺ: «قد ملكتها بما معك من القرآن»⁽²⁾. وفي رواية: «قم فعلمها عشرين آية وهي أمراتك»⁽³⁾. وفي رواية: «أمكناكها»⁽⁴⁾.

وفي الحديث دلالة على انعقاد النكاح بغير لفظ النكاح والتزويج. وهو نص في ذلك، لأن النبي ﷺ زوج السائل بلفظ التملك⁽⁵⁾.

ج - القياس على لفظي النكاح والتزويج، لأنها ألفاظ تقتضي التأييد⁽⁶⁾.

د - القياس على البيع في كونه ينعقد بأكثر من لفظين، لأنه عقد معاوضة⁽⁷⁾.

والإيجاب إذا كان بصيغة الماضي أو الأمر فإنه يدل على اللزوم. وإذا كان بصيغة المضارع نحو: أزوجك، فإن قامت القرينة على الإنشاء لا الوعد، فكالماضي في اللزوم. ودليل لزوم الإيجاب إذا كان بصيغة المضارع:

- قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ﴾ [القصص: 27].

ووجه الاستدلال أن ظاهر الآية يدل على أن الإيجاب وقع من شعيب ﷺ بلفظ ﴿أَنْ أُنكِحَكَ﴾، والقبول وقع من موسى ﷺ بلفظ ﴿ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ﴾ وقد انعقد بينهما العقد، لأن الغرض منه قد حصل، وهو الرضا. وهو معتبر بالقلب. ولا يضر وقوع اللفظ بصيغة الإستدعاء⁽⁸⁾.

2 - القبول:

يكون القبول بمثل: قبلت ورضيت. ويكون من الزوج أو وكيله. والقبول إن كان

(1) الإشراف 98 / 2.

(2) أخرجه بهذا اللفظ البخاري في النكاح، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج. ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن.

(3) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في النكاح، باب في التزويج على العمل بعمل.

(4) لم أقف عليها فيما اعتمدناه من مصادر السنة.

(5) المنتقى 276 / 3، والمعلم 149 / 2، والإشراف 98 / 2، وأحكام ابن العربي 1468 / 3.

(6) الإشراف 98 / 2، والمنتقى 276 / 3. (7) الإشراف 98 / 2.

(8) أحكام ابن العربي 1469 / 3.

بصيغة الماضي أو الأمر أو المضارع فكالإيجاب. ولا يضرّ الفصل اليسير بين الإيجاب والقبول، ويصحّ تقديم القبول من الزوج، كأن يقول: زوجني ابنتك، فيقول الولي: زوجتك إياها. فينقذ النكاح. ودليل الجواز:

- حديث المرأة الواهبة نفسها، وفيه قول الرجل: يا رسول الله، زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة. وفي آخره قال النبي ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»⁽¹⁾.
 ووجه الاستدلال أن الرجل لم يعد التصريح بقبوله بعد إيجاب النبي ﷺ⁽²⁾.
 ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس.

ويلزم النكاح بمجرد الإيجاب والقبول، ولو قامت قرينة على قصد الهزل. لأن النكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار إلا خيار المجلس، فهو معمول به عند المالكية في خصوص النكاح إذا اشترط. ودليل كون الهزل لا اعتبار له:

أ - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «ثلاث جدّهن جدّ، وهزلهن جدّ: النكاح والطلاق والرجعة»⁽³⁾.

ومعناه أنه لا يثبت في هذه الأمور حكم اللّاعب، ولا يعذر اللّاعب فيها بلعبه، بل يحمل على مثل ما يحمل عليه الجادّ من اللزوم⁽⁴⁾.

ب - أنه قول جمع من الصحابة وغيرهم.

وخالف علي بن زياد وابن العربي فقالا بعدم لزوم نكاح الهازل، لأن الفرج محرّم فلا يحلّ إلا بدين ونية وعلى طريق من الشريعة سوية⁽⁵⁾. وهو قول مروى عن مالك⁽⁶⁾.
 ودليل هذا القول⁽⁷⁾:

أ - قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽⁸⁾.

ب - الإحتياط للفروج.

وأما حديث أبي هريرة فقد ضعفه ابن العربي⁽⁹⁾.

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، والبخاري في النكاح، باب السلطان ولي. ومسلم في النكاح، باب الصداق.

(2) المعلم 2/149.

(3) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب الطلاق في الهزل. والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الجدّ والهزل. وابن ماجه في الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لآعباً.

(4) المنتقى 3/352، والبيان والتحصيل 5/135، والذخيرة 4/403.

(5) العارضة 5/157. (6) الذخيرة 4/403.

(7) الذخيرة 4/403، والعارضة 5/157.

(8) أخرجه البخاري في باب كيف كان بدء الوحي. ومسلم في الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية».

(9) العارضة 5/156 - 157.



الولاية في النكاح تنقسم إلى قسمين، ولاية خاصة، وولاية عامة. والولاية الخاصة تنقسم إلى أربعة أقسام:

- 1 - ولاية نسب، وهي على مراتب، أعلاها الأب.
- 2 - ولاية تقديم، وهي على وجهين: تقديم من قبل الأب، وتقديم من قبل السلطان.
- 3 - ولاية السلطان.

4 - ولاية حضانة وكفالة.

وأما الولاية العامة فهي ولاية الإسلام.

والأصل في هذا⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71].

ب - عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُمْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا. فَإِنْ اسْتَجْرُوا فَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»⁽²⁾.

ج - عن سعيد بن المسيّب أنه قال قال عمر بن الخطاب: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليّها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان⁽³⁾.

ودليل ركنية الولي وتوقف العقد عليه:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: 221].

ووجه الاستدلال أنّ الخطاب موجّه للأولياء، ولو لم يكن لهم في العقد حقّ لَمَا خاطبهم بذلك. وهذا يدلّ على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها⁽⁴⁾.

(1) المنتقى 3/ 267 و270، والبيان والتحصيل 4/ 348، والمقدمات 1/ 472، وبداية المجتهد 2/ 15، والذخيرة 4/ 240.

(2) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وابن ماجه في النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

(3) أخرجه مالك في النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما.

(4) المعلم 2/ 141، والمقدمات 1/ 471، وبداية المجتهد 2/ 11.

ب - قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232].
والعضل المنع. وسبب نزول الآية ما روى معقل بن يسار قال: زوجت أختاً لي من رجل فطلقها. حتى إذا أنقضت عدتها جاء يخطبها. فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها. لا والله لا تعود إليك أبداً. وكان رجلاً لا بأس به. وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه. فأنزل الله هذه الآية: فلا تعضلوهن. فقلت الآن أفعل يا رسول الله. قال: فزوجها إياه⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن الخطاب موجه للأولياء. وقد نهتهم الآية عن الإمتناع من إنكاح ولاياتهم. وهذا يدل على أن العقد يتوقف على الولي، وإلا لم تحتج أخت معقل إلى أخيها، ولا توقفت في الرجوع إلى زوجها على موافقة أخيها، وهي تريد زوجها، وهو يريد لها. فتبين أن العضل إنما يصح ممن إليه عقد النكاح. ولو كان للمرأة أن تعقد لنفسها لم يكن امتناع وليها عضلاً لها، ولما نهى عنه. وهو نص في المسألة⁽²⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ [القصص: 27].
ووجه الاستدلال أن شعيباً عليه السلام تولى العقد لابنته على موسى عليه السلام دونها. لأنه وليها. وهذا استدلال بشرع من قبلنا⁽³⁾.

د - قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: 32].
ووجه الاستدلال أن الخطاب في الآية للأولياء أيضاً. وسيأتي زيادة بيان لمعناها في دلالتها على جبر الأب لابنته⁽⁴⁾.

هـ - حديث عائشة المتقدم، وفيه قوله عليه السلام: «أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...» الحديث.

ووجه الاستدلال أن الحديث عام في كل امرأة بكرأ كانت أو ثيباً، لأن لفظ «أي» في «أبما» شرطية تفيد العموم، ودالة على تأكيده. كما أن بطلان العقد بدون ولي مؤكّد بتكرار لفظ «باطل». وبذلك يكون الحديث قد أثبت للولي حق العقد على وليته من حيث منعه عنها⁽⁵⁾.

و - عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي»⁽⁶⁾.

-
- (1) أخرجه البخاري في النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي.
(2) الإشراف 89/2، والمنتقى 268/3، والمقدمات 472/1، وبداية المجتهد 11/2، وتقييد التهذيب 71/2، والعارضة 13/5.
(3) أحكام ابن العربي 1476/3. (4) المقدمات 471/1، والذخيرة 201/4.
(5) الإشراف 61/2 و77 و89، والذخيرة 203/4.
(6) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، وابن ماجه في النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

وقد استدلت به التلمساني في مفتاح الوصول⁽¹⁾.

ز - عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها. والبكر نستأذن في نفسها وإذنها صماتها»⁽²⁾.

ووجه الإستدلال من قوله ﷺ: «الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها» أن لفظ «أحقّ» من أنية المبالغة، وذلك يشعر أن للولي حقاً ما مع المرأة. والمراد بحقّها هو إرادتها في تعيين الأزواج لا في تولّي العقد. وأما الحقّ الذي للولي فهو تولّي العقد. وليس ما يمكن أن يكون من حقه في أمر نكاح الثيب إلا تولّي العقد⁽³⁾.

وأما قوله: «البكر تستأذن في نفسها» فسيأتي معناه.

ح - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «لا تزوّج المرأة المرأة، ولا تزوّج المرأة نفسها. فإنّ الزانية هي التي تزوّج نفسها»⁽⁴⁾.
والحديث نصّ في الباب⁽⁵⁾.

ط - حديث زواج النبي ﷺ بأمّ سلمة. وفيه قول أمّ سلمة لابنها: يا عمر، قم فزوّج رسول الله ﷺ، فزوّجه⁽⁶⁾.

ي - عن سعيد بن المسيّب أنه قال، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليّها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان⁽⁷⁾.

ومعنى ذلك أنها لا تنكح نفسها ولا ينكحها من الناس من ليس بولي لها⁽⁸⁾.

ك - أنه لم يثبت قط أنّ امرأة من السلف ولا من الخلف باشرت نكاحها⁽⁹⁾.

ل - أن وجه دخول الولي في عقد نكاح وليّته، هو لنفي الضرر والمعرّة عن نفسه وعنّها، بوضع نفسها في غير كفو⁽¹⁰⁾.

وإذا وقع العقد بدون ولي فإنه يفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ولو طال. ولا حدّ في ذلك على الزوجين. وأما قوله ﷺ المتقدّم: «فإنّ الزانية هي التي تزوّج

(1) مفتاح الوصول ص 23.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب استئذان البكر والأيّم في أنفسهما، ومسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح.

(3) المعلم 142/2، والمقدمات 472/1، وإحكام الفصول ص 747، والذخيرة 216/4.

(4) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

(5) الإشراف 90/2.

(6) أخرجه النسائي في النكاح، باب إنكاح الإبن أمّه.

(7) سبق تخريجه. (8) المتقى 267/3.

(9) القبس 289/2.

(10) المعلم 145/2، والإشراف 90/2، والذخيرة 201/4.

نفسها» فإنه محمول على المبالغة في التشبيه وشدة الزجر. ويؤيد هذا المحمل قوله ﷺ في حديث آخر فيمن تزوجت بغير إذن وليها، وهو حديث عائشة المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها» فانتفى بذلك الحد عنهما⁽¹⁾.

وينقسم الولي من حيث الجبر وعدمه إلى ولي مجبر، وولي غير مجبر.

الولي المجبر:

الولي المجبر هو الأب ووصيته.

١ - الأب. ودليل قصر الجبر على الأب ووصيه دون سائر الأولياء:

أ - عن عبد الله بن عمر قال: توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص. قال: وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون. قال عبد الله: وهما خالاي. قال: فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون، فزوّجنيها. ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها فأرغبها في المال، فحطت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها. فأبى حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ، فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله، ابنة أخي أوصى بها إليّ فزوجتها ابن عمتها عبد الله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة. ولكنها امرأة، وإنما حطت إلى هوى أمها. قال فقال رسول الله ﷺ: «هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها. فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوّجوها المغيرة بن شعبة»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ ناط عدم جواز جبر العم لابنة أخيه باليتم، وفسخ نكاحها. فدلّ على أن الجبر ليس بيد أحد سوى الأب⁽³⁾.

ب - قياس سائر الأقارب - عدا الأب - على الأجنبي، لأن من لا يتصرف في مال الصغيرة بنفسه لم يملك التصرف في بعضها⁽⁴⁾.

ج - قياس ولاية الأقارب - عدا ولاية الأب - على سائر الولايات، لأنها ولاية تملك انتقالاً، لا ابتداءً، فلم يملك بها الإيجاب⁽⁵⁾.

وللأب جبر ابنته، ولو بدون صداق المثل، ولو لأقلّ حال منها، أو لقبیح منظر. وذلك لثلاثة من بناته:

(1) المعلم 2/ 146، والذخيرة 4/ 202.

(2) أخرجه أحمد في مسنده 2/ 130، والبيهقي في النكاح، باب ما جاء في نكاح اليتيمة، والدارقطني في النكاح.

(3) الإشراف 2/ 91.

(4) الإشراف 2/ 91، وإحكام الفصول ص 759. (5) الإشراف 2/ 91.

الأولى: البكر. ودليل جبر الأب لابنته البكر:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: 32].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بإنكاح الأيامي من الأحرار والعبيد، ولم يذكر في ذلك استثماراً. ولا خصّ أباً من غيره، فوجب بظاهر الآية أن لا يستأمر الأب ولا غيره من الأولياء، الأيامي الأحرار من اللواتي لا أزواج لهنّ. كما لا يستأمر السيّد عبده ولا أمته في النكاح. إذ جاءت الآية في ذلك كلّ مجيئاً واحداً. فخصّصت السنّة من ذلك - كما سيأتي - من عدا الأب من الأولياء في الأيامي الأحرار، بقوله ﷺ: «الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»⁽¹⁾ وفي رواية: «لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»⁽²⁾. وخصّص الإجماع من ذلك الأب في ابنته الثيب - كما سيأتي -، وبقي الأب في ابنته البكر على عموم الآية يزوّجها دون استثمار⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ [القصص: 27].

ووجه الاستدلال أنه لم يذكر استثماراً. وهذا استدلال بشرع من قبلنا إذا لم يقدّم دليل على نسخه، وهو قول مالك. وهذا على القول بأن البنتين كانتا بكرين⁽⁴⁾.

ج - حديث «الأيّم أحقّ بنفسها» والأيّم هي الثيب. ووجه الاستدلال أن مفهوم الصفة - من مفهوم المخالفة - يقتضي أن غير الثيب - وهي البكر - لا تكون أحقّ بنفسها. فيكون وليّها - إذا كان أباً - أحقّ منها. وإذا كان كذلك، فله جبرها⁽⁵⁾.

د - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «تستأمر اليتيمة في نفسها. فإن سكنت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ ناط الاستثمار باليتم. واليتيمة هي التي لا أب لها. ومفهوم المخالفة يقتضي أن غير اليتيمة، وهي ذات الأب تنكح من غير استثمار⁽⁷⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه البخاري في النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها. ومسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت عن أبي هريرة.

(3) البيان والتحصيل 262/4.

(4) البيان والتحصيل 261/4، وإحكام الفصول ص 395، وإحكام ابن العربي 1477/3، وتقييد التهذيب 72/2.

(5) المعلم 144/2، ومفتاح الوصول ص 81.

(6) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الاستثمار، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة. والنسائي في النكاح، باب البكر يزوّجها أبوها.

(7) الإشراف 90/2، ومفتاح الوصول ص 57.

هـ - القياس على البكر الصغيرة، بجامع افتقار عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه⁽¹⁾.

و - استصحاب حال الإجماع على أن البكر غير البالغ يزوجه أبوها من غير استثمار⁽²⁾، كما سيأتي.

ز - أن ولاية الأب عليها ثابتة في المال وإن بلغت؛ والنكاح مبني على ذلك⁽³⁾.

ح - أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن⁽⁴⁾.

وأما قوله ﷺ فيما تقدم: «والبكر تستأذن في نفسها»، وفي الرواية الأخرى: «ولا تنكح البكر حتى تستأذن»، فإن المراد بالبكر التي لا أب لها، لأنها هي التي تستأذن. وقد جاء التصريح بأنها اليتيمة في ما تقدم أيضاً من حديث أبي هريرة.

وما روي بلفظ: «والبكر يستأذنها أبوها في نفسها»⁽⁵⁾ بزيادة لفظ «أبوها» فإن رواية الموطأ بدونها مرجحة عليها من وجهين:

الأول: أن رواية مالك تابعه عليها سفيان الثوري. ورواية مسلم هي من طريق زياد بن سعد. ومالك وسفيان كل واحد منهما إمام، إذا انفرد قوله غلب قوله على قول زياد بن سعد، فكيف إذا اتفقا على خلافه. ولذلك قال أبو داود: «أبوها» ليس بمحفوظ في هذا الحديث⁽⁶⁾.

الثاني: أن الحديث جاء من طريق عبد الله بن الفضل، وهو شيخ مالك في رواية الموطأ، برواية صالح بن كيسان عنه بلفظ «واليتيمة تستأمر». وهو أثبت من زياد بن سعد. ولعل عبد الله بن الفضل لعلمه بالمراد به كان مرة يقول: «والبكر تستأذن»، ومرة يقول: «واليتيمة تستأمر». كما أن الحديث جاء من طريق مالك برواية شعبة عنه، وفيه: «واليتيمة تستأمر»، كما روي الحديث من طريق زياد بن سعد بلفظ: «والبكر تستأذن» بمثل رواية مالك.

ومع التسليم بصحة رواية زياد كما ذكرها مسلم، فإنها تحتل وجهين من التأويل⁽⁷⁾:

(1) المتقى 3/ 272.

(2) المعلم 2/ 144، والبيان والتحصيل 4/ 262.

(3) الإشراف 2/ 90.

(4) أخرجه مالك في النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما.

(5) أخرجه مسلم في النكاح، باب استئذان الثيب والبكر.

(6) المتقى 3/ 266، والمعلم 2/ 144.

(7) المتقى 3/ 266، والمعلم 2/ 144، والعارضه 5/ 27.

الأول: أنها تحمل على البكر المعنّس.

الثاني: أنها تحمل على البكر غير المعنّس مع حمل الأمر بالإستئذان على النذب. وأما ما جاء عن ابن عباس أن جارية بكرة أنت النبي ﷺ فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ⁽¹⁾. فإن الثابت أنها كانت ثيباً. ورواية البكر ضعيفة⁽²⁾. ورواية الثيب هي عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك. فأتت رسول الله ﷺ فردّ نكاحه⁽³⁾.

ودليل جواز تزويج الأب ابنته البكر الصغيرة وجبرها على ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَيِّنَ مِنَ الْمَجِصِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: 4].

ووجه الإستدلال أنه تعالى أثبت العدة لمن لم يحضن من النساء، فدل ذلك على صحة العقد على الصغيرة قبل البلوغ، لأن العدة لا تكون إلا من نكاح. ويفهم جواز الجبر من ذلك، أن غير البالغ لا يصحّ منها أن تعقد، كما لا يعقل منها الإذن. فيكون الأب قد جبرها⁽⁴⁾.

ب - عن عائشة أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين. وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعاً⁽⁵⁾.

فالعقد عليها كان في سن صغيرة. وإنما تمّ بإنكاح أبي بكر أبيها⁽⁶⁾.

ج - الإجماع⁽⁷⁾.

وأما البكر غير ذات الأب، وهي البكر اليتيمة، فإنها لا تجبر. ودليل ذلك:

أ - حديث: «تستأمر اليتيمة» المتقدم.

ب - قوله ﷺ في حديث ابن عمر المتقدم لما تزوجه قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان بن مظعون: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها».

(1) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها. وابن ماجه في النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة.

(2) العارضة 26/5.

(3) أخرجه مالك في النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، والبخاري في النكاح، باب إذا زوج ابنته وهي كارهة.

(4) المنتقى 272/3، والمعلم 144/2، وبداية المجتهد 8/2، وتقييد التهذيب 72/2.

(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، ومسلم في النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة.

(6) المنتقى 272/3، والمعلم 144/2، وبداية المجتهد 8/2، وتقييد التهذيب 72/2.

(7) المعلم 144/2، والبيان والتحصيل 262/4.

فناط ﷺ عدم جبرها باليتم وفسخ نكاحها⁽¹⁾. والوجه في ذلك أن ما يوجد في الأب من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره⁽²⁾.

والبكر يجبرها أبوها ولو كانت عانساً، أي ولو طالت إقامتها عند أبيها وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج، ولو بلغت من العمر ستين سنة. ودليل جبر المعنسة: - القياس على غير المعنسة لعلّة البكارة⁽³⁾.

وأما إذا رشدها أبوها - حال كونها بالغة إذ الصغيرة لا ترشد - أو أطلق الحجر عنها لِمَا قام بها من حسن التصرف، فلا جبر له عليها حينئذ - وإطلاق الحجر وعدم الجبر متلازمان، إذ الترشيح لا يتبعض - ولا بدّ أن تأذن بالقول كما يأتي.

وكذا إذا أقامت بعد أن دخل بها زوج مدة سنة فأكثر بيت الزوجية، ثم تأيّم وهي بكر، فلا جبر له عليها أيضاً. تنزيلاً لإقامتها بيت الزوجية سنة منزلة الثوبية. ومعنى «وهي بكر» أي والحال أنها تدّعي البكارة، وأن الزوج لم يمّسها مع ثبوت الخلوة بينهما. وسواء كذبها الزوج أو وافقها. ومن باب أولى إن جهلت الخلوة. وأما لو علم عدم الخلوة بينهما وعدم الوصول إليها، فإجبار الأب باق ولو أقامت على عقد النكاح أكثر من سنة.

هذا وإنّ ما تقدّم من جبر البكر ولو عانساً، هو المشهور في المذهب، خلافاً لابن وهب حيث قال: للأب جبر البكر ما لم تكن عانساً، لأنها لِمَا عنست صارت كالثيب. ومنشأ الخلاف بين القولين هل العلة في الجبر البكارة أو الجهل بمصالح النساء، فالقول المشهور نظر للأول، وابن وهب نظر للثاني.

الثانية: الثيب الصغيرة. وهي التي لم تبلغ وتأيّم بعد أن أزال الزوج بكارتها، فللأب جبرها لصغرها؛ إذ لا عبرة بشيبتها في هذه الحالة. وأدلة ذلك هي أدلة جبر البكر البالغة وغير البالغة. ووجه الإستدلال منها هو عموم ظواهرها، وبالقياس على البالغة وغير البالغة؛ لأن علة جبر الأب ابنته البكر، الصغر والبكارة، فهما علّتان، وكل واحد منهما يوجب الإجبار بانفراده. فإذا ارتفعت البكارة قبل ارتفاع الصغر كان من حقه أن يزوجه لعلّة الصغر حتى تبلغ. كما أنه إذا ارتفع الصغر قبل ارتفاع البكارة كان له من حقه أن يزوجه بعلّة البكارة حتى ترتفع أيضاً⁽⁴⁾.

فإن بلغت بعد الثوبية والتأيّم وقبل النكاح، فلا تجبر، وهو قول ابن القاسم وأشهب. وتجبر مطلقاً عند سحنون.

(1) الإشراف 91/2.

(2) بداية المجتهد 8/2، والذخيرة 217/4.

(3) المنتقى 273/3، والمعلم 144/2، وتقييد التهذيب 72/2.

(4) البيان والتحصيل 409/4، والإشراف 90/2، وبداية المجتهد 7/2، والذخيرة 217/4، والعارضه 27/5.

الثالثة: البالغة إذا زالت بكارتها بزنا أو عارض.

إذا زالت بكاره البنت البالغة بزنا، ولو تكرّر منها حتى زال جلاب الحياء عن وجهها، أو ولدت منه، فإن للأب جبرها، ولا حقّ لولادتها من الزنا مع الأب. وكذلك إذا زالت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة أو بعود ونحو ذلك، فله جبرها ولو عانساً.

ووجه عدم سقوط حق الأب في الجبر بالزنا، أن زناها يجعلها متهمة أن تكون قصدت رفع ولاية أبيها عنها بما أحدثت، فلم تمكن من ذلك⁽¹⁾. كما أن بكارتها زالت بوجه ضعيف لا تبرز فيه ولا تشتهر كاشتهار حال النكاح. مع أنه حقّ للأب، فلا يزول حقه إلا بوجه ظاهر⁽²⁾.

وتستثنى البنت البالغة إذا زالت بكارتها بنكاح فاسد، ولو مجمعاً على فساده، فمثلها مثل البالغة إذا زالت بكارتها بنكاح صحيح ثم تأيّم، فليس للأب جبرهما، إلا أنه يشترط في النكاح الفاسد أن يدرأ الحدّ، وإلا فله جبرها لأنه زنا. ودليل سقوط الجبر عن الثيب البالغة إذا زالت بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد درأ الحدّ:
أ - قوله ﷺ: «الأيم أحقّ بنفسها».

والأيم لفظ يطلق على الثيب التي مات زوجها، وعلى البكر التي لا زوج لها، وعلى الزوج الذي لا زوجة له. والمراد هنا الثيب خاصة. وبذلك يكون الحديث مخصّصاً لآية الأيامى، بإخراج الثيب البالغة من عموم الآية⁽³⁾، كما تقدّم في دليل جبر الأب لابنته البكر.

ب - حديث خنساء بنت خدام، المتقدم.

ج - انعدام العلتين، وهما الصغر والبكارة، اللتان وجب بهما الجبر للأب⁽⁴⁾.

الرابعة: المجنونة البالغة الثيب. فلأبيها جبرها لعدم تمييزها، ولا كلام لولدها معه، إن كان لها ولد رشيد. وأما الصغيرة أو البكر، فللأب جبرها على كل حال مجنونة أو عاقلة.

والمجنونة البالغة الثيب إذا كانت تفيق من جنونها أحياناً، فإنها تنتظر إفاقتها لتستأذن ولا تجبر.

ومحلّ جبر الأب فيمن تقدم، إذا لم يلزم على تزويجها ضرر عادة، كتزويجها من خصي أو ذي عاهة كجنون وبرص وجذام ممّا يردّ به الزوج شرعاً. وإلا فلا جبر له

(1) تقييد التهذيب 74/2.

(2) نفس المصدر 72/2.

(3) المعلم 146/2، والذخيرة 216/4، وتقييد التهذيب 72/2.

(4) الذخيرة 217/4.

لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾ والأب لا يجوز له الإضرار بابنته وإنما يلزمه أن يحسن النظر لها⁽²⁾.

2 - وصي الأب:

لوصي الأب الجبر فيما للأب فيه جبر. ومحلّ جبر الوصي إذا عيّن له الأب الزوج بأن قال له: زوجها من فلان، فله - أي الوصي - جبرها عليه فقط دون غيره، إن بذل مهر المثل. بخلاف الأب، له جبرها مطلقاً، ولو على دون مهر المثل، ما لم يكن ذا عاهة، كما تقدّم.

وما ذكر من أن الوصي لا يزوّج إلا بمهر المثل فأكثر، لا يعارضه ما يأتي في نكاح التفويض من أنه يجوز الرضا بدونه للوصي؛ فقول: لأن ما هنا قبل العقد، وما يأتي بعده لمصلحة عدم الفراق.

ومحلّ جبر الوصي أيضاً إذا أمره الأب بالنكاح ولم يعيّن له الزوج ولا الإيجابار، بأن قال له: أنت وصيي على بضع بناتي، أو على نكاح بناتي، أو على تزويجهنّ، أو وصيي على بنتي تزوّجها ممن أحببت. فله الجبر على الراجح.

فإن لم يذكر الأب شيئاً من النكاح أو التزويج أو البضع، فالراجح عدم الجبر. كما إذا قال للوصي: أنت وصيي على بناتي، أو على بعض بناتي، أو على بنتي فلانة. وأما لو قال: أنت وصيي، فقط، أو على مالي، أو على بيع تركتي أو قبض ديني، فلا جبر له اتفاقاً.

ودليل ملك الوصي العقد على البكر، وأن مرتبه بعد الأب⁽³⁾:

أ - حديث قدامة المتقدم. وفيه قوله: يا رسول الله، ابنة أخي أوصى بها إليّ. فقال له رسول الله ﷺ: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها».

ووجه الاستدلال أن قدامة بن مظعون ذكر السبب الذي اعتقد أنه يملك به أن يعقد، وهو كونه عمّاً ووصياً. فلم ينكر النبي ﷺ عليه، ولا قال له ليس للوصي أن يعقد نكاحها. بل عدل إلى أن علّل منع العقد الذي عقده بمعنى يرجع إلى حالها وهو اليتيم. لا إلى صفة الولي. فمنعه من جبرها وأقرّه على العقد لها بإذنها.

ب - القياس على الوكيل، لأنها تولية من الأب في إنكاح من يلي عليه.

ج - القياس على ولاية المال، لأن العقد على البنت ولاية ثابتة للأب حال

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق، وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرّ بجاره. عن عبادة بن الصامت.

(2) بلغة السالك 1/382، والمنتقى 3/274.

(3) الإشراف 2/91 - 92.

حياته، فكان له نقلها إلى من يختار حال وفاته كولاية المال.

وهذا الإستدلال محلّه جواز عقد وصي الأب على البكر بشرط إذنها، وهو للقااضي عبد الوهاب البغدادي. وأما جواز جبره لها فلم أقف - فيما بين يديّ من مصادر المالكية - على دليل لهم على ذلك، سوى ما ذكره القرافي من التعليل لهذه المسألة، مع كون الوصي ليست له الشفقة الجلية والغيرة الطبيعية، بأنّ شفقة الأب تمنع من استخلاف من لا يوفي بمقاصد إشفاقه. وإذا حصلت مقاصد الإشفاق فهو كمباشرة المشفق⁽¹⁾.

والوصي في الثيب البالغة إذا أمره الأب بتزويجها، أو قال له: أنت وصيي على إنكاحها، مرتبته كالأب بعد ابنها، وبدون جبر. ووجه تقدّمه على سائر الأولياء - عدا الإبن - في تزويج الثيب، أن التقدّم حقّ للأب في حياته، فيكون له الإستخلاف فيها بعد وفاته كالمال⁽²⁾.

فإن زوّجها الوصي مع وجود الإبن جاز على الإبن. وإن زوّجها الأخ برضاها جاز على الوصي لصحة عقد الأبعد مع وجود الأقرب.

الولي غير المجبر:

بعد الأب ووصيّه في البكر والصغيرة والمجنونة، لا جبر لأحد من الأولياء الآتي ذكرهم على أنثى صغيرة أو كبيرة. وإنما تزوّج البالغة، لا الصغيرة، بإذنها ورضاها. سواء كانت البالغة بكراً أو ثيباً - وسيأتي أن إذن البكر صماتها، وأن الثيب تعرب عن نفسها - . أي لا تزوّج إلا البنت البالغة، ولا تزوّج إلا بإذنها. فمتى فقد أحد الأمرين فسد النكاح. وقد استدّل القرافي⁽³⁾ بعدم جواز تزويج الصغيرة بما جاء في رواية لحديث قدامة - المتقدّم - وفيه قوله ﷺ: «لا تزوّج اليتيمة حتى تبلغ».

ويستثنى في الصغيرة اليتيمة، التي لا أب لها ولا وصي، أنها تزوّج بلا إذنها وبلا رضاها بثلاثة قيود:

أ - إذا خيف عليها، إما لفسادها في الدين، بأن يتردّد عليها أهل الفسوق، أو تتردّد هي عليهم. أو تكون بجوارهم حتى تتطبع بطباعهم وتميل إلى الهوى. وإما لضياعها في الدنيا، لفقرها وقلة الإنفاق عليها. أو لخوف ضياع مالها.

ب - إذا بلغت عشراً من السنين، لأنها حينئذ صارت في سنّ من توطأ. وأما إذا كانت في سن لا يُوطأ مثلها، ولا يشتهى، فلا تنكح. ووجه ذلك أنه لا يخشى عليها الضيعة في هذه السن. ولا تدعو الضرورة إلى تزويجها فيه⁽⁴⁾.

(1) الذخيرة 4 / 223.

(2) الذخيرة 4 / 224.

(3) الذخيرة 4 / 231.

(4) البيان والتحصيل 4 / 282.

ج - إذا شوور القاضي، ليثبت عنده ما ذكر من القيدتين الأولين، وأنها خلية من زوج وعدة وغيرهما من الموانع الشرعية، ورضاها بالزوج، وأنه كفؤها في الدين والحال، وأن المهر مهر مثلها، فيأذن لوليها في العقد. ولا يتولى العقد بنفسه مع وجود غيره من الأولياء. قال الشيخ الدردير: وظاهره أن مشاوره القاضي شرط صحة، وهو ظاهر ما نقله الشيخ خليل عن ابن عبد السلام، وأثبتته في مختصره، وتبعناه فيه. والحق خلافه إذ لم يذكره أحد غير ابن عبد السلام من الأئمة. وعليه فإذا زوّجها وليها بالشروط المذكورة من غير مشاوره، كان النكاح صحيحاً قطعاً. نعم تستحسن المشاورة لثبوت الواجبات ورفع المنازعات.

ونقل الشيخ الصاوي عن الشيخ العدوي قوله «المعتمد في هذه المسألة ما ارتضاه المتأخرون من أن المدار على خيفة الفساد. متى خيف عليها الفساد في مآلها أو في حالها زوّجت بلغت عشرين أو لا، رضيت بالنكاح أم لا، فيجبرها وليها على التزويج ووجبت مشاوره القاضي في تزويجها. فإن زوّجت من غير مشاورته صحّ النكاح إن دخل وإن لم يطل. وأما إن لم يخف عليها الفساد وزوّجت صحّ إن دخل وطال». انتهى قول العدوي. وقال الصاوي: «إذا علمت ذلك، فالمدار على خلوها من الموانع الشرعية. أما رضاها بالزوج وأنه كفؤها في الدين والحال، وأن المهر مهر مثلها، وأن الجهاز الذي جهزت به مناسب، فليس بلازم على التحقيق، ارتكاباً لأخف الضررين. فإن لم يوجد قاض يشاور لعدمه، أو لكونه ظالماً كفى جماعة المسلمين».

وإذن الصغيرة اليتيمة صمتها كغيرها، خلافاً لمن قال: لا بد أن تآذن بالقول. وعلى القول بأن المدار على خيفة الفساد، فإنه إن لم يخف عليها فساداً ولا ضيعة، وزوّجت، فسخ نكاحها، إلا إذا دخل الزوج بها وطال الزمن بعد الدخول والبلوغ، فلا يفسخ. وفسر الطول بمثل ثلاث سنين بعد دخولها وبلوغها. وكذلك بما إذا ولدت الأولاد كائنين في بطنين. وشهر القول بعدم الفسخ المثبتي، وقال أبو الحسن: «المشهور الفسخ أبداً»، ووجه هذا القول أنه عقد وقع في غير موضعه ففسد لعقده⁽¹⁾. وروي عن ابن القاسم قول ثالث بعدم الفسخ أبداً، ودليله⁽²⁾: الإستحسان، ووجهه:

أ - مراعاة الخلاف، وقول من يرى أن للولي إنكاح وليته اليتيمة قبل بلوغها لما يدل عليه ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾ وقوله: ﴿وَرَزَّغُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾.

ب - تزويج عروة بن الزبير ابنة أخيه، وهي صبية، ابنه. والناس متوافرون، وعروة من هو.

(1) البيان والتحصيل 4/283.

(2) البيان والتحصيل 4/283.

مراتب الأولياء:

الوليّ الغير المجبر، ومن هو أحق بالتقديم عند وجود متعدّد من الأولياء كما يلي:

- الأولى تقديم ابن المرأة في العقد عليها برضاها. ثم ابنه، يتقدم على والد المرأة، أي على جدّه. ودليل ولاية الإبن على أمه⁽¹⁾:

أ - حديث زواج النبي ﷺ بأم سلمة. وفيه قولها لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ. فزوجها. وقد تقدّم.

ب - تزويج أنس بن مالك أمه بمحضرمين الصحابة ولم ينكر عليه أحد. وفيه قول أم سليم لابنها أنس: يا أنس قم فزوج أبا طلحة، فزوجها⁽²⁾.

ج - القياس على الميراث.

د - أنه جزء منها، فيتعلق به عارها.

ولو عقد والد المرأة مع وجود ابنها، أو ابن ابنها، جاز ولا ضرر. والمراد، أي ولو من زنا. كما إذا ثبتت بنكاح صحيح، ثم زنت وأتت بولد، فيقدم على الأب. وأما إذا ثبتت بزنا وأتت منه بولد، فإن الأب يقدم عليه، لأنها مجبرة للأب كما مر.

- ثم والد المرأة، فمرتبته بعد الإبن وابنه. فالمراد بالأب، الأب الشرعي، وأما أبو الزنا فلا عبرة به.

- ثم، أخو المرأة الشقيق، فللأب، فابن أخيها وإن سفل. أما أخوها للأم فلا ولاية له خاصة، وإن كان له ولاية عامة.

- ثم الجدّ لأب، فمرتبته بعد الأخ وابنه، كالولاء والصلاة على الجنازة، بخلاف الفرائض فإنه مقدّم على ابن الأخ.

- ثم العم، ثم ابنه، ثم جدّ الأب، ثم عمّ الأب، ثم ابنه.

والأصل في هذا الترتيب القياس على المواريث. فمن كان أقوى تعصياً، كان أولى بالتقديم⁽³⁾.

وهذا التقديم مندوب. والأولى تقديم الشقيق من كل صنف على الذي للأب. والأولى تقديم الأفضل عند التساوي في الرتبة. وإن تنازع متساوون في الرتبة والفضل، مثل إخوة، كلهم علماء، فإن الحاكم ينظر فيمن يقدمه، إن وجد حاكم. وإلا أقرع بينهم، وقيل يعقدون معاً.

(1) الإشراف 95/2، والذخيرة 227/4.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة في النكاح، باب ما قالوا في الرجل يزوّج أمه.

(3) الإشراف 95/2، والمنتقى 268/3، ومفتاح الوصول ص 119، وبداية المجتهد 15/2.

- ثم يقدم في العقد على المرأة عند فقد من تقدم ذكرهم من العصبه، الكافل لها، أي من قام بتربيتها حتى بلغت عنده، أو بلغت عشرًا بشروطها. وقد تقدمت هذه الشروط في اليتيمة، وتحقيقها، فلا حاجة للإعادة. وذلك بقيدتين:

أ - إن كانت المكفولة دنيئة، لا شريفة، كما هو ظاهر المدونة، وإلا فوليتها الحاكم.

ب - وأن يكون كفلها زمنًا تحصل فيه الشفقة والحنان عليها عادة، ولا يحد ذلك بأربعة أعوام ولا بعشرة على الأظهر. ولا بد من ظهور الشفقة عليها منه بالفعل، وإلا فالحاكم هو الذي يتولى عقد نكاحها.

فإن لم يوجد للمرأة عاصب ولا كافل ولا حاكم شرعي، تولى عقد نكاحها أي رجل من عامة المسلمين، بإذنها ورضاها. ويدخل في عامة المسلمين الخال والجد من جهة الأم، والأخ لأم، فهؤلاء من أهل الولاية العامة.

متى يصح النكاح بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص؟

يصح النكاح بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص، كأب وابن عم، وذلك بشرطين:

1 - إذا كانت المرأة دنيئة. والدنيئة هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب.

فالخالية من النسب بنت الزنا أو الشبهة. والحسب هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم، ونحوها من محاسن الأخلاق.

فالغنية ذات الجمال ليست بدنيئة، وإن لم يكن لها حسب ولا نسب.

والنسيبة، وإن كانت فقيرة أو قبيحة ليست بدنيئة، بل كل من اتصفت بصفتين من هذه الصفات الأربع فشريفة.

2 - أن يكون الولي الخاص غير مجبر، لكون المرأة بالغًا ثيبًا، أو بكرًا لا أب لها ولا وصي.

ففي هذه الحال لا يفسخ العقد الذي عقده الولي العام مع وجود الولي الخاص غير المجبر. سواء طال زمن العقد أو لا. وسواء دخل بالمرأة الزوج أو لم يدخل، لكونها لدنائتها وعدم الالتفات إليها لا يلحقها بذلك معرة.

وهل مع صحة هذا العقد يجوز ابتداء لمطلق مسلم - أي لا ولاية خاصة له على المرأة الدنيئة - أن يتولى عقد نكاح الدنيئة مع وجود وليها الخاص، كأبيها، أو لا يجوز له؟ قال الصاوي: الحق الجواز لأنه نص المدونة. ووجه الجواز أن الدنيئة يتعذر

عليها رفع أمرها للحاكم، فلو كلفت ذلك لأضرّ بها وتعدّر نكاحها⁽¹⁾.

متى يصح نكاح الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص؟

يصح نكاح الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص بقيود:

1 - أن يكون الولي غير مجبر.

2 - أن يدخل بها الزوج.

3 - أن يطول الزمن طويلاً، كالمقدم في الضغيرة التي لا أب لها إذا زوّجت مع فقد الشروط أو بعضها. وهو أن يمضي زمن تلد فيه الأولاد كثلاث سنين.

ولا يجوز ابتداء من له الولاية العامة أن يتولى عقد نكاح امرأة شريفة مع وجود ولي خاص غير مجبر. لكن يمضى هذا العقد اتفاقاً إن وقع، ولو لم يجز ابتداءً. ودليل عدم الجواز:

- أن إياحة ذلك مسقط لولاية الأولياء، فوجب أن يمنع، كما لو عقدت المرأة على نفسها⁽²⁾.

وأما إن لم يدخل بها الزوج، طال الزمن أم لا. أو دخل لكن لم يطل الزمن، فإن للأقرب من الأولياء أو للبعيد عند عدم القريب، أو للحاكم، إن غاب الأقرب غيبة بعيدة على ثلاثة أيام فأكثر ردة النكاح. كما أن له الإمضاء، فهو مخير بين الفسخ والإمضاء. فإن أجازته ثبت. وقيل يتعين الفسخ إذا لم يدخل الزوج بالمرأة وطال الزمن بعد العقد وقبل الدخول.

فحاصل المسألة، أن العقد يفسخ قبل البناء إن طال الزمن، ويثبت بعده إن طال الزمن. فإن قرب الزمن فيهما أي في حالتي البناء وعدمه، خير الولي الخاص في فسخه وإمضائه. فالتخير في صورتين.

تقديم الولي الخاص الأبعد مع وجود الأقرب:

يصح النكاح إذا تقدم على المرأة ولي أبعد، مثل العم وابنه والحاكم، مع وجود ولي أقرب غير مجبر كأب وابن، في شريفة وغيرها. فلا يفسخ بحال. إلا أنه يكره الإقدام على ذلك، أو هو خلاف الأولى.

وهذه المسألة مبنية على مراعاة القول بنسب الترتيب المتقدم، أو على أن الوجوب فيه غير شرطي. ووجه النذب أو عدم الشرط، أن الترتيب ليس بحكم شرعي ولا تعلق له بحق الله تعالى⁽³⁾.

(2) المتقى 3 / 270.

(1) المتقى 3 / 270.

(3) بداية المجتهد 2 / 9.

فإن كان الولي مجبراً كأب أو وصيه في البكر والصغيرة والمجنونة، فلا يصح النكاح بالأبعد مع وجوده، وذلك في الشريفة. ويفسخ أبداً متى اطلع عليه، ولو بعد مائة عام، إلا أن يحكم بصحته حاكم حنفي. وأما الدنيئة فيصنع ولا يفسخ. ويستثنى من عدم صحة النكاح بالأبعد مع وجود الولي المجبر، إذا فوّض الولي المجبر أموره لأحد من الأولياء غير المجبرين، كابن وأخ وجد وغيرهم، فعقد هذا الولي لولية المجبر، فإن هذا العقد يصح ويمضي بشروط ثلاثة:

1 - أن يثبت التفويض بيّنة، لا بمجرد دعوى ولا بإقرار من المجبر بعد العقد. وثبوتها بالبيّنة يكرن بأن تشهد على أن المجبر نصّ للمفوض على التفويض، بأن قال له: فوّضت لك جميع أموري، أو أقمّتك مقامي في جميع أموري. أو تشهد البيّنة أنهم يرونه يتصرّف تصرف الوكيل المفوض له.

2 - أن يجيزه المجبر.

3 - أن يجيزه بالقرب، بأن لا يطول الزمن ما بين العقد من المفوض له، والإجازة من المجبر، وهو الأوجه من التأويلين، لأن عقد المفوض مع وجود المجبر خلاف الأصول، والطول مما يزيد ضعفاً، فلا يمضي معه، ويمضي مع القرب. والتأويل الثاني: يمضي مطلقاً.

فقد الولي المجبر:

إذا فقد الولي المجبر، أو أسر، أو غاب غيبة بعيدة، كأفريقية من مصر، ولم يرج قدومه عن قرب؛ فإن ذلك لا يكون كسوته، فلا ينقل الحق للولي الأقرب فالأقرب. وإنما ينقله للحاكم دون غيره من الأولياء، وهو الذي يتولى تزويج البنت إذا كانت بالغة أو خيف عليها الفساد، كما تقدم، ويزوجها بإذنها، وإذنها صماتها.

وسواء كان للولي المجبر ذي الغيبة البعيدة نية استيطان، أو لم تكن له نية الإستيطان بالبلد التي ذهب إليها. فإن الحاكم هو الذي يزوّجها.

وإنما كان الأمر للحاكم دون غيره في حال الفقد والأسر والغيبة البعيدة، لأن الحاكم ولي الغائب، والولي مجبر لا كلام لغيره معه.

وإن غاب الولي المجبر غيبة قريبة كعشرة أيام أو عشرين يوماً، مع أمن الطريق وسلوكها، لم يزوّج المجبرة حاكم ولا غيره. لأن وليها المجبر في حكم الحاضر، لإمكان إيصال الخبر إليه بلا مشقة كبيرة. ويفسخ العقد أبداً إن وقع.

وأما إذا كانت الطريق لا يمكن سلوكها لعدم الأمن، وخيف على المجبرة الضياع أو الفساد، فإن الحاكم يزوّجها دون غيره. فإن زوّجها غيره فسخ.

غياب الولي الأقرب غير المجبر:

إذا غاب الولي الأقرب غير المجبر ثلاثة أيام ونحوها، وأرادت المرأة التزويج، فإن الحاكم يزوجه دون الولي الأبعد الحاضر. فإن كان أقل من الثلاث، كتب له إما أن يحضر أو يوكل، وإلا زوج الحاكم، لأنه وكيل الغائب. فإن زوجها الولي الأبعد صح. لأنها غير مجبرة كما تقدم.

استئذان البكر الغير المجبرة:

تستأذن البكر الغير المجبرة - وهي اليتيمة - وإذنها صمتها. وقد تقدم دليل وجوب استئذان البكر التي لا أب لها، وهي اليتيمة، وأما دليل كون إذنها يكون بالسكوت: أ - حديث ابن عباس المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها».

ب - حديث أبي هريرة المتقدم. وفيه قوله ﷺ: «ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت».

ووجه الإستدلال من الحديثين أن التي لا تنكح حتى تستأذن من الأبيكار هي اليتيمة⁽¹⁾.

ج - حديث أبي هريرة المتقدم. وفيه قوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها. فإن سكنت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها». وهذا نص⁽²⁾.

وقد جاء في رواية عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله: إن البكر تستحي قال: «رضاهها صمتها»⁽³⁾، وفي ذلك تعليل كون السكوت إقراراً، بعلّة أنها تستحي من التصريح بالنطق⁽⁴⁾.

والمراد بالإستئذان أنها إذا سئلت هل ترضين بأن نزوجك من فلان على مهر قدره كذا، على أن الذي يتولى العقد فلان، فإن صمتت فإن ذلك رضاً منها وإذن في ذلك. فلا تكلف النطق برضاها بالزوج والمهر والولي. وسواء كانت حاضرة أو غائبة. ويندب إعلامها بأن سكوتها رضا وإذن منها. فإن لم تعلم بذلك وادعت الجهل فلا تقبل دعواها الجهل، والنكاح تام عند الأكثر. وقيل تقبل دعواها الجهل، وهو مبني على وجوب إعلامها به، لا ندب ذلك.

(1) المنتقى 3/267، والذخيرة 4/227.

(2) الإشراف 2/95.

(3) أخرجه البخاري في النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها. ومسلم في النكاح، باب استئذان الثيب والبكر.

(4) العارضة 5/27.

فإن منعت البكر، بأن قالت لا أتزوج أو لا أرضى، أو ما في معناه، أو إذا نفرت، فإنها لا تزوج. فإن زوّجت فسخ نكاحها أبداً. ولو بعد البناء والطول، ولو أجازته. وأما إن ضحكت أو بكت، فإنها تزوج. لأن الضحك علامة على الرضا. ولأن البكاء يحتمل أنه لفقد أبيها الذي يتولى عقدها. وهذا ما لم تقم القرائن على أن ضحكها استهزاء أو أن بكاءها امتناع، وإلا فلا يكون رضا. وأما البكر المجبرة فإن إذنها أيضاً يكون بسكوتها. ويستحب لأبيها استئذانها. ودليل الإستحباب: أ - عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «استأمرؤا النساء في أبضاعهن»⁽¹⁾.

ووجه الإستحباب أنه محمول على ما تقدم من أدلة الجبر⁽²⁾.

ب - الإستحسان، حتى لا يدخل الأب على ابنته مضرة، إذ قد تكره بعض من يرضاه أبوها⁽³⁾.

ج - الخروج من الخلاف، لأن بعض أهل العلم يرى أنه لا يجوز للأب إنكاح ابنته البكر إلا بإذنها⁽⁴⁾.

استئذان الثيب:

تستأذن الثيب، ولو كانت سفية. ويكون إذنها بأن تعرب عما في ضميرها من رضا أو منع. ولا يكتفى منها بالصمت. وقد تقدم دليل وجوب استئذانها وعدم جبرها. وأما الدليل على أن إذنها يكون بالكلام فهو⁽⁵⁾:

أ - عن عدي بن عدي الكندي عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ: «الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها»⁽⁶⁾. والإعراب الإفصاح.

ب - حديث ابن عباس المتقدم. وفيه قوله ﷺ: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها».

ووجه الاستدلال منه أن مفهوم المخالفة يدل على أن الثيب إذنها نطقها.

الأبكار الذين يجب أن يُعربن عن أنفسهن:

يشارك مع الثيب في عدم الإكتفاء بالصمت ووجوب الإعراب والإذن بالقول، خمسة أبكار:

(1) أخرجه النسائي في النكاح، باب إذن البكر.

(2) العارضة 27/5.

(3) المنتقى 3/273.

(4) البيان والتحصيل 4/371.

(5) المنتقى 3/310 و312. وبداية المجتهد 6/2، والذخيرة 4/227.

(6) أخرجه ابن ماجه، باب استثمار البكر والثيب.

- 1 - البكر التي يرشدها أبوها، بأن يُطلق الحجر عنها في التصرف المالي، وهي بالغ، فلا بد من إذنها بالقول عند استئذانها.
- 2 - البكر التي يعضلها وليها، أي يمنعها من النكاح، فترفع أمرها للحاكم فيزوجها الحاكم، فلا بد من إذنها بالقول. فإن أمر الحاكم أباهما بالعقد، فأجاب وزوجها، لم يحتج لإذنها، لأنه مجبر.
- 3 - البكر المهملة التي لا أب لها ولا وصي، إذا زوّجت بعرض، وهي من قوم لا يزوّجون بالعروض، أو يزوّجون بعرض معلوم، سواء كان كل الصداق أو بعضه. فزوّجها وليها بغيره؛ فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت، أي بذلك المهر العرض، ولا يكفي الإشارة.
- 4 - البكر التي تزوّج بذوي عيب، كجذام، وبرص، وجنون، وخصاء، فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت به، مثلاً.
- 5 - البكر الغير المجبرة إذا افتيت عليها، بأن تعدى عليها وليها غير المجبر، فعقد عليها بغير إذنها ثم أنهى إليها الخبر، فرضيت، فيصح النكاح. ولا بد من رضاها بالقول. وأما اليتيمة التي بلغت عشرًا وخيف عليها، فالصحيح أنه يكفي صمتها.

متى يصح الإفتيات على الرجل والمرأة في عقد النكاح:

- يصح إفتيات الولي على المرأة مطلقاً - بكرًا أو ثيبًا - وعلى الرجل بشروط. أي يصح العقد الموقوف على الإجازة، والدليل:
- أ - عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوّجها وهي ثيب، فكرهت ذلك. فأتت رسول الله ﷺ، فردّ نكاحه⁽¹⁾.
 - ووجه الاستدلال أن الأب عقد نكاح ابنته دون أن يستأذنها، فلما كرهته ردّه رسول الله ﷺ. فدلّ على أن العقد كان موقوفاً عليها⁽²⁾.
 - ب - القياس على البيع، بعلّة أنه عقد معاوضة ليس من شرطه التقابض في الحال.
 - ج - القياس على الوصية في توقفها على الإجازة من الموصى له، بعلّة أنه عقد تملك يتضمن إيجاباً وقبولاً⁽³⁾.
- وشروط صحة إفتيات الولي، ما يلي:

- 1 - إذا قرب الرضا من العقد، كأن يكون العقد بالمسجد مثلاً، وينتهي إلى المرأة الخبر من وقته. ويعتبر اليوم بعد لا يصح معه الرضا. وقيل البعد ما فوق الثلاثة. واليومان قرب.

(2) المتفق 3/310، والإشراف 2/92،

(1) سبق تخريجه.

(3) المصدران السابقان.

- 2 - أن يكون الرضا بالقول. فلا يكفي الصمت، كما تقدّم في البكر وغيرها.
- 3 - أن لا يرذ من افتيت عليه من الرجل أو المرأة النكاح، ثم يرضى به. فإن رذّه، فلا يصح منه رضا بعد ذلك.
- 4 - أن يكون من افتيت عليه بالبلد حال الإفتيات والرضا. فإن كان ببلد أخرى لم يصحّ، ولو تقارب البلدان وأنهى إليه الخبر من ساعته.
- 5 - أن لا يقرّ الولي بالإفتيات حال العقد، بأن يسكت أو يدعي أنه مأذون. فإن أقرّ بالإفتيات لم يصح العقد.
- 6 - أن لا يقع الإفتيات على الرجل والمرأة معاً. فإن وقع عليهما معاً لم يصح العقد، ولا بد من فسخه.

شروط الولي:

يشترط في الولي الذي يتولّى العقد للزوجة ستة شروط:

1 - الذكورة: فلا يصحّ العقد من أنثى. والدليل هو ما تقدم من أدلة عدم صحة عقد المرأة لنفسها. وهو هنا أولى.

فإذا كانت المزووجة وليتها امرأة بالوصية. فإن هذه الوصية توكل ذكراً يتولّى عنها العقد للمزووجة، ولو كان وكيل الوصية أجنبياً منها ومن الموكّل عليها. ويتمّ العقد مع حضور الولاية.

فإن لم توكل وتولّت العقد بنفسها فسخ أبدأ، أي قبل الدخول وبعده، ولو ولدت المزووجة الأولاد، لكن لا يتأبد به التحريم، ويقع فسخه بطلاق، لأنه مختلف فيه. وهذا الكلام في تزويج الأنثى. وأما في تزويج الذكر، فإن الأنثى الوصية عليه تلي تزويجه. والفرق بين ولاية المرأة على الذكور فتصح، وولايتها على الإناث فلا تصح، أن الولي المعتبر به في صحة النكاح إنما هو الولي الذي من قبل المرأة. فإذا زوجت المرأة من إلى نظرها من النساء فقد وقع النكاح بغير ولي، إذ لا يجوز ولاية المرأة. وإذا زوجت من إلى نظرها من الذكور فلم يقع النكاح إلا بولي. لأن الأولياء المعتبر بهم في صحة النكاح أولياء الزوجات لا أولياء الأزواج⁽¹⁾.

2 - البلوغ: فلا يصح العقد من صبي لعدم أهليته.

3 - العقل: فلا يصح من مجنون ومعتوه وسكران.

4 - الإسلام: وهذا الشرط في خصوص المسلمة، فلا يصح أن يتولى عقد نكاحها

كافر، ولو كان أباه، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141].

وأما الكافرة الكتابية يتزوجها مسلم، فإنه يجوز لأبيها الكافر أن يعقد لها عليه لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِمَنُحُهُمْ أَوْلِيَاءَهُ بَعْضُهُمْ﴾ [الأنفال: 73].

ولا يكون المسلم ولياً لكافرة، فإن عقد لابنته الكافرة لكافر فلا نتعرض لفسخه وقد ظلم المسلم نفسه. وأما لو عقد لكتابية على مسلم فإنه يفسخ أبداً.

5 - خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة. فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح. فإن عقد فسخ العقد أبداً. ومثله إحرام الزوجين.

6 - عدم الإكراه: فلا يصح العقد من مكره، إلا أن عدم الإكراه لا يختص بولي عقد النكاح، بل هو عام في جميع العقود الشرعية.

ما لا يشترط في الولي:

1 - العدالة: لا يشترط في الولي العدالة. إذ فسقه لا يخرج عن الولاية. فيصح أن يتولى غير العدل عقد نكاح ابنته أو ابنة أخيه. ودليل عدم اعتبار العدالة في الولي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنكُمُ﴾ [النور: 32].

ووجه الاستدلال أنه خطاب للأولياء، وهو عام⁽¹⁾.

ب - القياس على العدل، لأنه مسلم⁽²⁾.

2 - الرشده: لا يشترط الرشده في الولي. فيصح عقد السفية لمجبرته وغيرها بإذنها. ووجه صحة عقده أن السفية غير محجور عليه في ذلك، وأن الولاية عليه إنما هي في ماله⁽³⁾.

ويستحب للسفيه إذن وليه، دون أن يكون شرطاً، فإن عقد لابنته مثلاً بغير إذن وليه، نظر الولي ندباً لما فيه المصلحة. فإن كان صواباً أبقاه، وإلا رده. فإن لم ينظر فهو ماض. وأما المعتوه، أي ضعيف العقل، فلا يصح عقده وفسخه، لأنه ملحق بالمجنون.

توكيل الزوج غيره في العقد:

الشروط المتقدمة في الولي، خاصة بالزوجة. أما الزوج فإنه يصح له أن يوكل ذكراً أو أنثى، بالغاً أو صبيّاً، مسلماً أو كافراً، ليعقد له نكاحه، ما عدا المعتوه والمجنون والسكران والمحرم بحج أو عمرة.

توكيل ولي الزوجة غيره:

لا يصح لولي المرأة أن يوكل في عقد نكاحها نيابة عنه، إلا مثله في استيفاء الشروط المتقدمة.

(2) الإشراف 93 / 2، والمنتقى 272 / 3.

(1) الإشراف 93 / 2.

(3) المنتقى 271 / 3.

الزوجان

محل العقد هو الزوجان. وله شروط تكون فيهما معاً. وشروط تخص كل واحد منهما.

الشروط المشتركة لصحة نكاحهما:

1 - عدم الإكراه: فلا يصح نكاح مكره أو مكرهة. ويفسخ أبدأً. وهذا إن كان الإكراه غير شرعي. وهو يكون بخوف من أمر مؤلم كالقتل أو الضرب أو السجن أو الصفع لذي مروءة بملاً من الناس، أو قتل ولد أو أخذه ماله. من كل ما يعدّ إكراهاً في الطلاق وسيأتي بيان ذلك.

ويفسخ النكاح، ولو أجزى. فلا بد من تجديد عقد، واستبراء من الماء الفاسد إن حصل دخول.

2 - عدم المرض: فلا يصح نكاح مريض أو مريضة. وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يتعلق بذلك من الفسخ وغيره. والمراد بالمرض هو المرض المخوف. ودليل هذا الشرط⁽¹⁾:

أ - القياس على طلاق الزوج زوجته في مرضه، بعلة عدم جواز إخراج الوارث عن الميراث في المرض. وزواجه في المرض يتضمن إخراج ورثته من بعض الميراث أو من كله.

ب - العمل بالمصلحة، بمراعاة حق الورثة ورفع الضرر عنهم، وذلك بمنع إدخال وارث عليهم.

ج - أن المريض محجور عليه أن يخرج ماله على غير معاوضة فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة. والنكاح يتضمن إخراج المال بالمهر والنفقة.

3 - عدم المحرمية من نسب أو رضاع أو صهر. فلا يصح نكاح المَحْرَم بالإجماع. ويفسخ أبدأً، ويحدّان إن علما. ولا يلحق الولد بالزوج.

4 - عدم الإشكال: فلا يصح نكاح الخنثى المشكل على أنه زوج أو زوجة.

5 - عدم الإحرام بحجّ أو عمرة، فلا يصحّ من الزوج المحرم ولا من الزوجة

(1) الإشراف 2/ 133، وبداية المجتهد 2/ 54.

المحرمة. وتقدم أن شرط الولي أن لا يكون محرماً أيضاً، وكذا ولي الزوج. وحينئذ فالإحرام مانع للنكاح. لأن الشرط عدمه فيهم. و ضد الشرط مانع. وقد تقدم في الحج الاستدلال على تحريم النكاح في الإحرام. وهي نفس أدلة اشتراط عدم الإحرام في عقد النكاح⁽¹⁾.

ويفسخ العقد أبداً إن وقع من مُحْرَم، إلا فيمن قدم سعيه وأفاض ونسي الركعتين، وتزوج، فإن كان بالقرب فسخ وإن تباعد جاز، كما نقله ابن رشد الجَدّ، وقال: القرب أن يكون بحيث يمكنه أن يرجع فيبتدىء طوافه.

6 - أن لا يتفقا على كتمانها. وسيأتي تفصيل هذا عند الحديث عن نكاح السرّ.

شروط الصحة الخاصة بالزوج:

1 - الإسلام: فلا يصح من كافر، كتابي أو غيره. ولو كان المعقود عليها كافرة. لما سيأتي أن أنكحتهم فاسدة، وإنما أقرّوا بعد الإسلام تأليفاً لهم. وبهذا الشرط فإن عقد المسلمة على كافر، كتابي أو غيره، باطل. والدليل:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَآئِمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَوَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَوَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [البقرة: 221].

والآية عامة في النهي عن نكاح المشركين والمشركات من الوثنيين والمجوس وأهل الكتاب ومن غيرهم. لأن لفظ الشرك يعم الجميع. وقد خصّ من ذلك بالدليل نكاح المسلم للكتابية فأبيح، كما سيأتي بيانه في المحرّمات من النكاح، وبقي نكاح المسلم لغير الكتابية، ونكاح المسلمة للمشرك من أهل الكتاب ومن غيرهم، على أصله من التحريم.

فالأنثى، لا يشترط في صحة نكاحها إسلامها، بل متى كانت كتابية صحّ نكاحها للمسلم.

2 - خلوّ الزوج من أربع زوجات. فلا يصحّ من ذي أربع نكاح، ولو كانت إحدى الأربع مطلقة طلاقاً رجعيّاً. فلا يصحّ عقد على غيرها حتى يبينها أو تخرج من العدة.

3 - أن لا يكون تحته من يحرم جمعها معها. وسيأتي الاستدلال على ذلك في المحرّمات من النكاح.

شروط الصحة الخاصة بالزوجة:

1 - الخلو من زوج: فلا يصحّ العقد على متزوجة، إلا في بعض المسائل سيأتي

(1) انظر البيان والتحصيل 33 / ولبعلم 2 37 ، وبدايه المحنّث 2 / 53.

بيانها. منها ذات الوليين، والمنعني لها زوجها، في المفقود، ونحوها. وتقدم أنه لو عقد على متزوجة أو مطلقة طلاقاً رجعيّاً يفسخ، ولا يتأبد به التحريم.

2 - الخلو من عدة غيره: فلا يصح عقد الرجل على امرأة معتدة من غيره. إلا الزوج المعتدة منه - في حال اطلاق - يصح عقده عليها إذا لم تكن مبتوتة. وقد تقدم الاستدلال على ذلك في محرّمات النكاح.

3 - أن تكون غير مجوسية: فلا يصح عقد على مجوسية. والمراد بها غير الكتابية. وسيأتي الدليل على ذلك في المحرّمات.

4 - أن لا تكون مبتوتة للزوج.

وسياتي الكلام على هذه الشروط مفصلاً، وذلك لأنه إذا اختلف شرط فتارة يكون العقد مجعماً على فساد، وتارة يكون مختلفاً فيه. والمختلف فيه تارة يفسخ أبداً، وتارة يفسخ قبل الدخول فقط، وتارة يفسخ قبله وبعده ما لم يطل. وسيأتي بيان ذلك وما يتعلق به من الأحكام إن شاء الله تعالى.

واجبات الولي نحو وليته:

1 - يجب عليه إجابتها لكفء إذا رضيت به، سواء طلبته للزوج به أو لم يطلبه، وإنما خطبها فرضيت به.

فإن امتنع من تزويجها للكفء الذي رضيت به كان عاضلاً لها بمجرد الإمتناع. فإن رفعت الأمر للحاكم فإنه يسأله عن وجه امتناعه، فإن أبدى وجهاً ورآه الحاكم صواباً ردّها إليه، ولا يكون عاضلاً. وإن لم يبد وجهاً صحيحاً أمره بتزويجها. فإن امتنع زوجها الحاكم. ولا ينتقل الحق للأبعد. وخالف ابن عبد السلام فقال: إنما يزوجه الحاكم عند عدم الولي غير العاضل. وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد، لأن العاضل صير الولي الأقرب بمنزلة العاضل. وأما الحاكم فلا يظهر كونه وكيلاً للأقرب إلا إذا لم يظهر منه امتناع، كما لو كان غائباً مثلاً. وقد استصوب بعضهم قول ابن عبد السلام⁽¹⁾.

وهذا في غير المجبرة، وأما هي، فإن وليها - أباً أو وصياً - لا يجب عليه إجابتها لكفنها. لأن له أن يجبرها ولو لغير كفء إلا لما فيه ضرر، كخصي. ولا يكون عاضلاً بالرد المتكرّر للأزواج. لأنه أدري بحالها منها ومن غيرها. وذلك حتى يتحقق العضل، ولو بمرّة، فيأمره الحاكم حينئذ بتزويجها. فإن أجاب وإلا زوجها الحاكم. وتقدم أنه لا بدّ من إذنها بالقول.

2 - يجب على الولي أن يعين للمرأة - سواء كانت بكرّاً أو ثيباً - الرجل قبل

(1) حاشية الدسوقي 2/232.

العقد إذا وكتته بأن يزوجه ممن أحب. وذلك لاختلاف أغراض النساء في الرجال. فإن عقد لها بدون أن يعين لها، وزوجه ممن أحب، فإن لها ردّ النكاح وإجازته. وسواء زوجه من نفسه أو من غيره. ولها الرد والإجازة ولو بعد ما بين العقد واطلاعها عليه.

وقد اختلفت هذه المسألة عن مسألة المفتات عليها في الإجازة في حالة البعد، لأنها هنا وكتت، بخلاف المفتات عليها، فإنها لم توكل، فاشتراط قرب رضاها وإجازتها.

وإذا وكتته على أن يزوجه ممن أحبّت فزوجه من غير تعيين منها له قبل العقد، فإن الحكم هنا كحكم المفتات عليها في صحة العقد بالشروط المذكورة. والإفتيات عليها هنا أشدّ لإسنادها المحبّة لها، وهي خفية على الوكيل مع كونها لم تعينه.

وهذا في الزوجة، وأما الزوج يوكل من يزوجه ممن أحبّ فزوجه، فإن العقد يلزمه. وليس له الردّ، إن كانت ممن تليق به. فإن طلق لزمه نصف المهر. ووجه لزوم العقد، أن الرجل إذا كره النكاح قدر على حلّه، لأن الطلاق بيده. بخلاف المرأة. ولا عبرة بضياع المال، وإن كانت ممن لا تليق به والحال أن الوكيل لم يعينها له قبل العقد، فإن النكاح لا يلزم.

زواج الولي بمن له عليها الولاية:

يجوز للولي، ولو بالولاية العامة، أن يزوجه من له عليها الولاية من نفسه. ودليل الجواز:

- عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ تزوجه وهو وليها⁽²⁾.

ويشترط أن يعين لها نفسه، بأنه هو الزوج، وأن ترضى به. وإذنها ورضاها صحتها، إن كانت بكرًا. وإلا فلا بدّ من النطق.

ووجه اشتراط تعيين نفسه، أن الوكيل على شيء لا يسوغ له أن يفعله مع نفسه إلا بإذن خاصّ. فليس لمن وكتل على بيع أو شراء، أن يبيع أو يشتري لنفسه إلا بتعيين، فالنكاح أولى.

وإذا رضيت به فإن الولي يتولّى الإيجاب والقبول معاً. ولا يحتاج لولي غيره يتولّى معه العقد. ويكون التزويج لنفسه بقوله: «تزوجتك بكذا» من المهر. ولا يحتاج

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها. ومسلم في النكاح، باب فضيلة إعتاق أمته ثم يتزوجها.

(2) الإشراف 98/2، وبداية المجتهد 19/2.

لقوله: «قبلت نكاحك لنفسي» بعد ذلك. لأن قوله: «تزوجتك» متضمن للقبول. ولا بد من شهادة عدلين على ذلك، يحضران العقد، أو يشهدهما بعد العقد وقبل الدخول.

مسألة ذات الوليين:

إذا أذنت غير المجبرة لوليين معاً، أو مرتبين، بأن قالت لكل واحد منهما «وكلتك في أن تزوجني»، أو قالت لهما معاً «وكلتكما في تزويجي» فعقد كل واحد منهما لها على رجل مع الترتيب، وعلم الأول منهما والثاني، فإنه يقضى للأول بها، وإن تأخر في الإذن له. ولا يقضى بها للثاني، لأنه تبين أنه تزوج ذات زوج. ومحل كونها للأول:

- أن لا يكون الثاني قد تلذذ بها أصلاً.

- أو يكون قد تلذذ بها مع علمه بأنه ثان.

والمراد بالتلذذ هنا إرخاء الستور، وإن لم يحصل مقدمات.

فإن تلذذ الثاني بها بوطء أو مقدماته بلا علم منه بأنه ثان، فإنها تكون له دون الأول. والأصل في كون الثاني، إذا دخل بها، أحق من الأول⁽¹⁾:

- إجماع الصحابة على ذلك.

فقد روي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الوليين ينكحان المرأة ولا يعلم أحدهما بصاحبه، أنها للذي دخل بها. فإن لم يدخل بها أحدهما فهي للأول منهما⁽²⁾.

وهو مروى عن الحسن بن علي ومعاوية، فعن ابن أبي مليكة أن موسى بن طلحة أنكح بالشام يزيد بن معاوية، أم إسحاق ابنة طلحة. وأنكح يعقوب بن طلحة الحسن بن علي. وأنكحها موسى قبل يعقوب. فلم تمكث إلا ليلتين أو ثلاثاً، حتى جامعها الحسن بن علي. فلما بلغ ذلك معاوية قال: امرأة قد جامعها زوجها، دعوها. قال: وموسى ولي مالها، وهما أخاها لأبيها⁽³⁾.

وأما ما روي عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَانُ فَهِيَ لِلأُولَى مِنْهُمَا»⁽⁴⁾.

فعموم هذا الحديث يقنضي أنها للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل، إلا أنه مخصص. ودليل التخصيص القياس على البيع في فوات السلعة⁽⁵⁾.

(1) الإشراف 97/2، ومفتاح الوصول ص 132، والذخيرة 253/4، والعارضه 30/5.

(2) استدل به القاضي عبد الرهاب في الإشراف ولم أقف على من خرجه.

(3) أخرجه عبد الرزاق 233/2، رقم الحديث 10636.

(4) أخرجه أبو داود في النكاح، باب إذا أنكح الوليان، والترمذي في النكاح، باب الوليان يزوجان، والنسائي في البيوع، باب الرجل يبيع البيعة فيستحقها.

(5) بداية المجتهد 17/2.

وذكر القرافي أن الحديث لم يتعرض لما لو دخل بها أحدهما، لذا فإنه يحمل على عدم دخول الثاني جمعاً بينه وبين ما تقدم من إجماع الصحابة رضي الله عنهم. أي فهو مخصص، ودليل التخصيص الإجماع⁽¹⁾.

ومحل كونها للثاني:

- أن لا يكون قد عقد عليها في عدة وفاة الأول. والعدة هنا لا تكون إلا من وفاة، ولا تكون من طلاق، لأن الطلاق إن وقع من الأول إنما يكون قبل الدخول. والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها. وهي هنا لا يتصور دخول الأول بها، وتكون للثاني.

- أن لا يكون قد تلذذ بها الأول قبل تلذذ الثاني.

فإن تبين أنه عقد عليها في عدة الأول، كانت للأول جزءاً. فترة لعدتها منه وترثه وتأخذ الصداق. وكذا إن ثبت تلذذ الأول بها قبل تلذذ الثاني كانت للأول بلا ريب، سواء مات أو كان حياً. فيحصل مما تقدم أن شروط كونها للثاني ثلاثة:

1 - أن يتلذذ بها غير عالم بأنه ثان.

2 - أن لا يكون قد عقد في عدة الأول.

3 - أن لا يسبقه الأول بالتلذذ بها.

وإذا شهدت بيّنة على الثاني أنه قبل دخوله عليها أقرّ على نفسه أنه ثان، فإن نكاحه يفسخ بلا طلاق وتكون للأول، كما تقدم. لأنه ثبت أنه تلذذ بها عالماً.

أما إن أقرّ بعد الدخول أنه دخل بها عالماً بأنه ثان، فإن عقده يفسخ بطلاق.

وإذا تبين وقوع عقد الأول والثاني على المرأة في زمن واحد تحقيقاً أو شكاً، فإنه يفسخ بلا طلاق، سواء دخلا بها أو دخل بها أحدهما أو لم يدخل بها أحد.

وإذا جهل زمن العقدين مع العلم بوقوعهما في زمنين، وجهل المتقدم منهما، فإنهما يفسخان بطلاق إن لم يدخلها، أو دخلا ولم يعلم المتقدم منهما في الدخول أيضاً. فإن دخل أحدهما فهي له. كما لو دخلا وعلم المتقدم.

وإذا أقام كل واحد منهما بيّنة على أنه الأحقّ بها لسبق نكاحه تساقطاً لتعارض البيّنتين، ولو كانت إحداهما أعدل من الأخرى. لأن أعدلية بيّنتين متناقضتين ملغاة في النكاح، ولو صدقتها المرأة، لتزويل زيادة العدالة منزلة شاهد، وهو ساقط في النكاح. بخلاف غيره كالبيع فيعتبر.

فسخ النكاح الفاسد:

النكاح الفاسد بالنسبة لفسخه ثلاثة أقسام:

(1) الذخيرة 4/253، والعارضة 5/30.

القسم الأول: وهو ما يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل. وذلك في ثلاث مسائل:

- 1 - الصغيرة اليتيمة إذا تزوجت مع فقد شروطها.
- 2 - الشريفة إذا تزوجت بالولاية العامة مع وجود ولي خاص غير مجبر.
- وقد سبق تفصيل هاتين المسألتين.
- 3 - نكاح السرّ.

ونكاح السرّ هو ما أوصى الزوج فيه الشهود حين العقد بكتمه. وأولى إذا توافق مع الزوج الولي والزوجة. وأما إذا وقع الإيضاء بعد العقد فلا يضرّ. لأن العقد وقع بوجه صحيح.

ونكاح السرّ باطل والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السرّ⁽²⁾.
والنهي يدلّ على الفساد.

ب - عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف»⁽³⁾.

ج - سدّ الذريعة إلى استباحة الزنا. لأنه لو أبيع نكاح السرّ لكان كل من وجد مع امرأة ادعى كذباً أنها زوجته وأن شهوده غيب. فوجب حسم الباب.

د - مشابهة نكاح السرّ للزنا. لأن الزنا لما كان يتواطأ عليه سرّاً وجب أن لا يجوز النكاح إلا على وجه يتميّز به عن الزنا. ولذلك شرع في النكاح الإشهاد وضرب من اللهو والوليمة، لما في ذلك من الإعلان.

ويفسخ نكاح السرّ في الحالتين التاليتين:

- إذا لم يدخل الزوج، طال الزمن أم لا.

- إذا دخل ولم يطل الزمن.

فإن طال بعد الدخول لم يفسخ. ويفسخ في الحالتين المذكورتين بطلاق، لأنه مختلف فيه. والطول المذكور مقدّر بالعرف. ولا يقدر بولادة الأولاد، كما في اليتيمة، وكما في الشريفة يزوّجها ولي عام مع وجود ولي خاص غير مجبر.

والعرف يقدر بما يحصل فيه الإشتهار والظهور بين الخاص والعام.

(1) الإشراف 93/2، والمنتقى 314/3، والبيان والتحصيل 378/4، والذخيرة 401/4.

(2) عزاه الهيثمي إلى الطبراني في الأوسط (مجمع الزوائد 288/4).

(3) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح. وابن ماجه في النكاح، باب إعلان النكاح.

ويكون الإيضاء بالكتم إما عن جماعة، أو عن رجل أو عن امرأة أو مدة أيام معينة كثلاثة أيام فأكثر.

ويعاقب الزوجان والشهود إذا تواطؤوا على الكتمان، ما لم يعذروا بجهل. ومحلّ معاقبة الزوجين مع عدم الجهل، إن كانا غير مجبرين. أما إن كانا مجبرين فالذي يعاقب هو وليهما إن لم يعذرا بالجهل.

ومحلّ المعاقبة لمن يستحقها إن ظهر على العقد بعد الدخول. فإن ظهر عليه قبله فلا عقاب.

ومن هنا يعلم أن من شرط صحة عقد النكاح عدم التواطؤ على كتم النكاح. ولا يطلب أن يكون الإشهاد مقارناً للعقد. فيكفي أن يقترن العقد بعدم التواطؤ على الكتمان.

القسم الثاني: وهو ما يفسخ قبل الدخول فقط. ولا يفسخ بعده، فيثبت بعد الدخول بالمهر المسمى. لأن ما فسد لعقده يلزم فيه بالدخول المهر المسمى.

ووجه وجوب الفسخ قبل الدخول إنما هو على معنى العقوبة والردع، لئلا يقيموا عليه، ولا يعودوا لمثله. وليس يعني هذا أن العقد وقع فاسداً، ثم صحّ بالدخول. أو أن الدخول أجاز الإقرار على عقد فاسد. ويظهر الردع والعقوبة أنه إذا فسخ فإنه يعدّ طلاقاً. فإذا نكحها ثانية عادت منه على اثنتين. كما إنها طليقة بائنة تملك الزوجة بها نفسها. فقد لا تشاء نكاحه ثانية. أو لا تشاء إلا بأضعاف الصداق الأول. وذلك فيه ردع بين. وعند البعض فإنّ الفسخ قبل الدخول من باب الإحتياط ليقع العقد صحيحاً بالإجماع، لإمكان أن يستأنف بصداق صحيح.

وإذا وقع الدخول ووجب فيه صداق صحيح وتقرّر، فلا معنى للمفسخ بعد الدخول، لزوال الفسخ الذي كان يقع قبل الدخول بتقرر صداق صحيح⁽¹⁾.

وهذا القسم فيه ثلاث مسائل:

1 - النكاح الفاسد لفساد عقده: وهو الواقع على شرط يناقض مقتضى النكاح.

ومثال ذلك:

- اشتراط أن لا تأتيه الزوجة، أو أن لا يأتيها هو إلا نهائراً فقط أو ليلاً فقط.

ووجه فساد عقده في هذا المثال أن فيه شيئاً من المتعة. وذلك أنه قد دخل مدة النكاح التحديد. ووجه مناقضة هذا الشرط لمقتضى النكاح، أن مقتضاه تأبيد المواصلّة واستكمال ملكه على منفعة البضع، فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك⁽²⁾.

(1) بداية المجتهد 2/69، وتقييد التهذيب 2/70.

(2) المنتقى 3/335.

والعقد على هذا الشرط يفسخ قبل الدخول ويثبت معه، ولها مهر المثل لا المسمى.

وهذا الشرط فيه أيضاً خلل بالصداق، لأن الصداق يزيد به وينقص. فهو إن كان الشرط من الزوج كان الصداق كثيراً، وإن كان من الزوجة كان قليلاً. ولذا كان يثبت بعد الدخول بصداق المثل لا بالمسمى.

وعلى هذا فإن قولهم في القاعدة إن ما فسد لعقده يلزم بالدخول المسمى من المهر، محله ما لم يؤثر خللاً في الصداق، كما في هذا الشرط. وإلا مضى بصداق المثل كالفاسد لصدقه فقط.

- اشتراط الخيار يوماً أو أكثر، سواء لأحد الزوجين أو لهما معاً، أو لأجنبي غيرهما. فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بالمسمى من المهر إن سمي. وإلا فبصداق المثل. والعلة في أن الخيار لا يجوز في النكاح هو أنه عقد لزم أحدهما ولا ميراث فيه قبل الرضا والمشورة. والنكاح هنا - أي في الخيار - أضيّق من البيوع فلا يحمل عليها⁽¹⁾.

ويستثنى من هذا خيار المجلس، فإنه هنا في النكاح جائز إذا اشترط، دون البيع. ولا يقال بأن اشتراط خيار المجلس يفسد البيع، فأولى النكاح، فقد أجيب عنه بأن النكاح مبني على المكارمة، فتسومح فيه ما لم يتسامح في غيره.

- اشتراط أنه إن لم يأت بالصداق لوقت كذا فلا نكاح بيننا. فإنه يفسخ قبل الدخول فقط إن جاء به في الوقت المذكور أو قبله. فإن لم يأت به في الأجل فسخ لبدا. ووجه فسادة أنه نكاح خيار. لأن الأمر يرجع إلى أن الزوج بالخيار بين أن يأتي بالصداق إلى الأجل فيجب له النكاح، أو لا يأتي إليه فلا يجب له⁽²⁾.

- نكاح الشغار إذا وقع على الصورة التالية: وهي: «تزوجني ابنتك بكذا على أن أزوّجك ابنتي بكذا». فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل. وسيأتي تفصيل الحديث فيه والاستدلال عليه.

2 - النكاح الفاسد لفساد الصداق. وذلك:

- بأن يكون الصداق لا يملك شرعاً كخمر وخنزير.

- أو يكون غير مقدور على تسليمه.

- أو يكون مجهولاً. أو نحو ذلك.

فيفسخ العقد قبل الدخول فقط. ويثبت معه بمهر المثل. وسيأتي فصل خاص بالصداق نذكر فيه بتفصيل أحكامه وأدلتها.

(1) البيان والتحصيل 4/ 478 و 5/ 123، والمقدمات 1/ 480.

(2) البيان والتحصيل 4/ 478.

3 - النكاح الفاسد لفساد عقده أيضاً. إلا أن الشرط هنا يناقض المقصود من النكاح، وإن كان يلزم من ذلك أن العقد لا يقتضيه. وهو يثبت بعد الدخول بمهر المثل، لا المسمى من المهر. خلاف ما كان واقعاً على شرط يناقض مقتضى النكاح. وإنما كان المناقض للمقصود، فيه صداق المثل بالدخول، خلاف المناقض لمقتضى النكاح، لأنه تارة يقتضي الزيادة في المهر، وتارة يقتضي النقص. لأن المرأة تكون إنما رضيت بالمسمى من أجل الشرط⁽¹⁾. ففيه خلل في المهر على كل حال. وصوره:

- اشتراط أن لا يقسم بينها وبين ضررتها في المبيت.

- اشتراط أن يؤثر عليها ضررتها بأن يجعل لضررتها جمعة أو أقل أو أكثر تستقل بها عنها.

- اشتراط الزوجة عند تزويجها بزواج محجور عليه أن نفقتها تكون على وليه، أبيه أو غيره. وهو شرط مناقض. لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها. واشتراط خلافه مضر.

- اشتراط الزوج أن نفقته تكون عليها. فإنه شرط مخل.

- اشتراط الزوجة على الزوج أن ينفق على ولدها أو على أبيها.

- اشتراطها أن أمرها بيدها متى أحببت.

فهذا العقد الواقع على هذا الشرط يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل. ويلغى الشرط المناقض فلا يعمل به. لأن كل شرط خالف كتاب الله وسنة رسوله ﷺ فهو لاغ وباطل.

محلّ فساد العقد بالشرط المذكورة:

لا يفسد العقد إلا بالإشراط لهذه الأشياء في صلب العقد. وأما إن حصل منها شيء بعد العقد، والزوجة في العصمة فلا ضرر في ذلك: فلها أن تسقط حقها في القسمة ولها أن تنفق عليه، وللزوج أن ينفق على أولادها من غيره، وعلى أبيها. ومكارم الأخلاق لا تضر.

الشرط التي لا تناقض مقصود العقد:

الشرط التي لا تناقض المقصود من العقد ولا تنافيه، مع كونها لا يقتضيه العقد مكروهة، ودليل الكراهة⁽²⁾:

- عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط.

(1) البيان والتحصيل 4/ 478.

(2) المتقى 3/ 296.

قضاء الله أحقّ. وشرط الله أوثق⁽¹⁾.

وذلك كاشتراط أن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من مكان كذا، أو من بلدها. وحكم العقد الواقع على هذه الشروط أنه لا يفسخ قبل العقد ولا بعده. ولا يلزم الوفاء به. وإنما يستحبّ ما لم يكن التزامها لها في يمين. فيجب عليه حينئذ الوفاء لها بالشرط. ودليل استحباب الوفاء بالشروط التي لا تعلق لها بالصدق والمجرّدة عن اليمين⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الذَّبَابُ أَمْثَلًا أَوْفُوا بِالْمَعْهُودِ﴾ [المائدة: 1].

ب - عن عقبه عن النبي ﷺ قال: «أحقّ ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»⁽³⁾.

ج - مراعاة الخلاف. إذ قد ذهب جماعة من العلماء إلى أنها واجبة يقضى بها. ووجه الاستحباب أن الحديث علق الشروط بالوفاء بها، وهو دليل على أنه لا يحكم بها عليه وأن ذلك مصروف إليه. وللنهي عن الإشتراط الوارد في الحديث المتقدم، ولقوله ﷺ فيه: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»⁽⁴⁾. وأما الشروط التي يقتضيها العقد كحسن العشرة وإجراء النفقة فإن وجودها وعدمها سواء.

القسم الثالث: وهو ما يفسخ مطلقاً، أي قبل الدخول وبعده، وإن طال. ويكون الفسخ في ما إذا اختل شرط من شروط الولي أو الزوجين أو أحدهما، أو اختل ركن، كما لو زوّجت المرأة نفسها بلا ولي، أو لم تقع الصيغة بقول، بل وقعت بكتابة أو إشارة، في غير الأخرس، أو وقعت بقول غير معتبر شرعاً. وأولى إن لم تقع أصلاً، كالمعاطاة. أو لم يحصل شهود قبل الدخول. أو وقع بشهادة عدل وامرأتين، أو بفاسقين. ويفسخ أيضاً ما يلي:

1 - نكاح الأجل.

ويسمى نكاح المتعة، وهو حرام ودليل تحريمه:

أ - الأحاديث الكثيرة الواردة عن النبي ﷺ بتحريمه، حتى بلغت حدّ التواتر⁽⁵⁾.

ب - الإجماع المنعقد على ذلك من علماء أهل السنة⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك في العتق والولاء. باب مصير الولاء لمن أعتق، والبخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحلّ، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

(2) المتقى 3/296، والبيان والتحصيل 4/295 و377، والمقدمات 1/484، والمعلم 2/141.

(3) أخرجه البخاري في النكاح، باب الشروط في النكاح، ومسلم في النكاح، باب الوفاء بالشرط في النكاح.

(4) سبق تخريجه. (5) بداية المجتهد 2/68.

(6) المعلم 2/130، والقبس 2/715.

وأما الأحاديث المنقولة في إباحته فإنها منسوخة⁽¹⁾. وقد اختلفت الروايات في زمن نسخها كما يلي:

أ - عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية⁽²⁾.

ب - عن سبرة بن معبد الجهني قال: أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة. ثم لم نخرج منها حتى نهانا عنها⁽³⁾.

ج - عن إياس بن سلمة عن أبيه قال: رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً. ثم نهى عنها⁽⁴⁾.

وغيرها من الروايات. وقد فسّر هذا الإختلاف بأمرين:

- أن المتعة تداولها التحريم والإباحة على عهد رسول الله ﷺ مرّات. واستقر الأمر أخيراً على التحريم⁽⁵⁾.

- أنه قد يكون تكرّر التذكير من النبي ﷺ بتحريمها على سبيل التأكيد، ومن هنا جاء الإختلاف في تعيين زمن التحريم، لاختلاف الرواة واختلافهم في زمن السماع. إذ قد يسمع بعض الرواة نهيه في زمان، ويسمع آخرون نهيه عن ذلك في زمان آخر، فينقل كل فريق ما سمعه، ويخبر عن الزمان الذي سمع فيه التحريم؛ ولا يكون في ذلك تكاذب ولا تناقض⁽⁶⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: 24].

فمورد الآية في النكاح المؤبد لا المؤجل⁽⁷⁾.

وما روي أن ابن عباس وأبي بن كعب كانا يقرآن: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مَّسْمُومٍ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽⁸⁾. فإن ذلك لم يثبت عنهما ولم يصح⁽⁹⁾. ولو ثبت فإنه لا يعمل بها لأمرين⁽¹⁰⁾:

الأول: أنها ليست بحجة، لأنها ثبتت من طريق الأحاد. والقرآن لا يثبت بخبر الواحد.

(1) المعلم 2/ 130.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب نكاح المتعة. والبخاري في المغازي، باب غزوة خيبر. ومسلم في النكاح، باب ما جاء في نكاح المتعة.

(3) أخرجه مسلم في النكاح، باب ما جاء في نكاح المتعة.

(4) أخرجه مسلم في النكاح، باب ما جاء في نكاح المتعة.

(5) أحكام ابن العربي 1/ 389. (6) المعلم 2/ 131.

(7) أحكام ابن العربي 1/ 389، والمعلم 2/ 131.

(8) أحكام القرطبي 5/ 130، وتفسير ابن كثير 1/ 449.

(9) أحكام ابن العربي 1/ 389. (10) المعلم 2/ 131.

الثاني: أنه لا يلزم العمل بخبر الأحاد في ما ينقل على أنه قرآن، ولو جاء من طريق صحيح.

وما روي أن ابن عباس كان يفتي بجوازها، فإنه قد ثبت عنه الرجوع عن ذلك لما أخبره علي رضي الله عنه بما ورد في ذلك من التحريم⁽¹⁾.

وما روي أيضاً من قول جابر: كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق، الأيام، على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي بكر، حتى نهى عنه عمر⁽²⁾.

فإن هذا لا يعني أن عمر رضي الله عنه هو الذي أنشأ التحريم، وإنما كان نهى عمر عنها تأكيداً وإعلاناً بنسخها المتقرر من عهد النبي صلى الله عليه وآله لمن لم يكن عالماً بذلك⁽³⁾. ويدل على استقرار تحريمها بين الصحابة ما رواه عروة بن الزبير أن خولة بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن ربيعة بن أمية استمتع بامرأة مولدة فحملت منه. فخرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه فزعاً يجرّ رداءه فقال: هذه المتعة، ولو كنت تقدمت فيها لرجمت⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن إعلام خولة عمر بما ارتكبه ربيعة هو من باب إعلام ولي الأمر عن حصول منكر. وهو دليل على أن تحريم المتعة كان معلوماً لدى كثير من الصحابة، كما كان مجهولاً عند بعضهم. ومعنى قول عمر: «لو تقدمت فيه» أي لو أعلمت الناس إعلاماً شائعاً حتى لا يخفى على أحد. فهو إشارة إلى أن وقوع بعضهم في هذا الفعل إنما هو من جهل التحريم⁽⁵⁾.

ونكاح المتعة حرام، سواء عيّن الأجل كقوله: زوجني ابتك عشر سنين بكذا. أم بغير تعيين، كقوله: زوجني ابتك مدة إقامتي في هذا البلد، فإذا سافرت فارقتها. وينسخ بلا طلاق، لأنه مجمع على منعه. ويجب فيه المسمى من المهر إن دخلا، لأن فساده لعقده. ودليل فسخه⁽⁶⁾:

أ - ما تقدم من أدلة تحريمه والنهي عنه. والنهي يقتضي الفساد.

ب - القياس على النكاح بغير ولي، لأن الفساد حصل بالعقد.

ويعاقب فيه الزوجان ولا يحدان. ويلحق الولد بالزوج.

والمضّر في نكاح المتعة هو بيان ذلك في العقد للمرأة، أو وليها واشترائه وأما

لو أضمّر الزوج في نفسه أن يتزوجها ما دام في هذه البلدة أو مدة سنة، ثم يفارقها،

(1) المنتقى 3/334. وقول علي رضي الله عنه أخرجه مسلم في النكاح، باب ما جاء في نكاح المتعة.

(2) أخرجه مسلم في النكاح، باب نكاح المتعة. (3) المعلم 2/130.

(4) أخرجه مالك في النكاح، باب نكاح المتعة. (5) المنتقى 3/335.

(6) المنتقى 3/335.

فلا يضر، ولو فهمت المرأة من حاله ذلك. وعلى هذا فقد قال بعضهم: هي فائدة تنفع المتغرب.

2 - النكاح في المرض.

يفسخ النكاح إذا وقع من الزوج أو الزوجة في مرض. والفسخ يكون قبل البناء وبعده، لكن إذا صح المريض لم يفسخ.

3 - نكاح الشغار الصريح: وهو البضع بالبضع.

فإنه يفسخ أبداً بطلاق للاختلاف فيه.

4 - النكاح الذي يعقده ولي فقد شرطاً، كأن يكون الولي امرأة عقدت على نفسها

أو على غيرها. أو محرماً تولّى عقد نكاح امرأة، فإنه يفسخ أبداً بطلاق.

كون الفسخ بطلاق وبغير طلاق:

تقدم في النكاح الفاسد أنه يفسخ، إما قبل الدخول وبعده ما لم يطل الزمن، وإما قبل الدخول فقط، وإما مطلقاً، أي قبل الدخول وبعده ولو طال. إلا أن هذا الفسخ قد يكون بطلاق، وقد يكون بغير طلاق.

والقاعدة أن ما اختلف فيه بين أهل العلم بالصحة والفساد، ففسخه طلاق بائن، ولو كان الاختلاف خارج المذهب، ولو في مذهب انقرض، ولو أجمع على عدم جواز القدوم عليه ابتداء - كالشغار، فإنه لا قائل بجوازه وإنما قيل بصحته بعد الوقوع -.

ويقع الفسخ من الزوج بقوله: طلقها أو فسخت نكاحها. فإن امتنع من فسخه بنفسه فإنه يحتاج الفسخ فيه لحكم الحاكم. فلو عقد عليها غيره قبل حكم الحاكم بالفسخ وقبل رضا الزوج بالفسخ لم يصح نكاحه، لأنه عقد على ذات زوج.

ويدخل في هذه القاعدة مما ذكرناه في أقسام النكاح الفاسد: نكاح المريض ونكاح الشغار الصريح وإنكاح ولي فقد شرطاً.

فإن أعاد العقد صحيحاً بعد الطلاق، رجعت المرأة معه على طلقتين. وإن أعاده صحيحاً قبل الطلاق استمر على ما هو عليه. سواء أعاده في المجلس أو في غيره.

وأما المتفق على فساده ففسخه يكون بدون طلاق. دخل أو لم يدخل. ولا يحتاج الفسخ فيه لحكم حاكم لعدم انعقاده من أصله. ومن المتفق عليه:

- العقد على خامسة: فإنه متفق على فساده. ولا عبرة بمخالفة الظاهرية،

لخروجهم عن إجماع أهل السنة.

- عقد الزوج على أصوله وفصوله: وأول فصل من كل أصل، وأم زوجته،

ومبتوته قبل نكاح زوج آخر. وفصوله مقيدة بما إذا لم تكن من ماء الزنا، فليس بمتفق

على فساده بل بعض العلماء يقول بجواز العقد عليهم.

وذكر بعضهم وجهاً آخر للفرقة بين ما يفسخ بطلاق، وما يفسخ بغير طلاق، وهو أن ذلك مبني على الفرق بين النهي عن الشيء إذا كان لحق الله تعالى، يفسد المنهي عنه، وإذا كان لحق العبد فلا يفسد المنهي عنه. وعلى هذا فإن كل نكاح كان للزوج أو للزوجة أو للولي إمضاؤه وفسخه، فإنه يفسخ بطلاق، لأن النهي فيه ليس إلا لحق من له الخيار. فالنكاح في نفسه منعقد ليس بفساد. وأما كل نكاح لا خيار فيه لأحد الثلاثة، بل يجب فسخه على كل حال، فإنه يفسخ بغير طلاق. لأن الفسخ فيه ليس لحق أحد منهم. ولو كان لحق أحد منهم لسقط الفسخ بإسقاط حقه. فلما لم يسقط الفسخ بإسقاط أحدهم علمنا أن الحق فيه لله تعالى. فكان فاسداً غير منعقد، فلا يحتاج في فسخه إلى طلاق. لأن الطلاق إنما هو حل العقد، فحيث لا عقد فلا حل. فهذه قاعدة المذهب، وما خرج عن هذا فإنما هو لدليل منفصل⁽¹⁾.

نشر الحرمة في النكاح الفاسد:

النكاح الفاسد ينشر الحرمة. إلا أنه إذا كان مختلفاً فيه، فهو كالنكاح الصحيح يحرم المرأة على أصول الرجل وفصوله، ويحرم عليه أصولها، وذلك بمجرد العقد، لأن العقد على البنات يحرم الأمهات. ولا يحرم عليه فصولها، لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات. فإذا دخل بالأم حرمت البنت أيضاً.

وإذا كان النكاح الفاسد متفقاً على فساده فإن تحريم أصول زوجته وفروعها عليه، وتحريم زوجته على أصوله وفصوله يقع بالتلذذ بها، بالوطء أو مقدماته لا بمجرد العقد، لأنه عدم.

ثبوت الميراث في النكاح الفاسد:

يثبت الإرث بين الزوجين في النكاح المختلف في فساده إذا مات أحدهما قبل الفسخ. إلا نكاح المريض فإنه مختلف فيه ولا إرث فيه سواء مات المريض أو الصحيح. لأن علة فساده إدخال وارث، دخل أو لم يدخل.

وأما المتفق على فساده، فإنه لا إرث بينهما فيه لو مات أحدهما قبل فسخه، لما علمت أنه لم ينعقد بوجه.

حكم صداق النكاح الفاسد:

كل نكاح فسخ بعد الدخول، ولو كان متفقاً عليه، ولا يكون فساده إلا لعقده فقط، أو لعقده وصداقه معاً، فإن فيه المسمى من الصداق إن وجد مسمى معلوم وكان حلالاً. ودليل ذلك⁽²⁾ قوله وَالصَّادِقُ فِي الْمَتْرُوجَةِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ: «فإن دخل بها فلها المهر بما

(1) مفتاح الوصول ص 41، وبداية المجتهد 2/82. (2) الذخيرة 4/446.

استحلّ من فرجها⁽¹⁾.

فإن لم يوجد مسمى، أو وجد ولكنه كان حراماً لذاته، كخمر، أو لوضفه، كجهله، أو عدم القدرة على تسليمه، كحيوان شارد، فإن فيه صداق المثل.

وإذا فسخ النكاح قبل الدخول، سواء المختلف في فساده والمتفق عليه، فلا شيء لها من الصداق في ذلك. لأن حقيقة الفسخ ردّ كل واحد من العوضين لصاحبه⁽²⁾.

ويستثنى من عدم ثبوت الصداق للمرأة في فسخ النكاح قبل الدخول ما يلي:

أ - النكاح المنعقد على أقل من الصداق الشرعي، كدرهمين، إذا امتنع الزوج من إتمامه، ففسخ قبل الدخول، ففيه نصفهما.

ب - النكاح الذي يدعي فيه الزوج الرضاع مع التي عقد عليها ولم يدخل بها، فأنكرت الزوجة، ففسخ قبل الدخول، لإقراره بالرضاع. فيلزمه نصف المسمى، لاتهامه على أنه قصد فراقها بلا شيء، فعومل بنقيض قصده.

ج - فرقة المتلاعنين إذا وقعت قبل الدخول، ففيها نصف الصداق المسمى. وإنما لزم الزوج نصف الصداق لأنه يتهم على أنه لاعنها لأجل أن يفسخ النكاح فيسقط عنه النصف، فعومل بنقيض مقصده.

وأما لو ثبت الرضاع بيّنة أو إقرارهما، وثبت الزنا، فلا يلزمه شيء لعدم التهمة.

طلاق الزوج في النكاح الفاسد:

طلاق الزوج في النكاح الفاسد كفسخه. فإن كان مختلفاً في فساده وقع طلاقاً. وإن كان متفقاً على فساده فهو مجرد فراق. ولا يحتاج لرفع بعده. فإن دخل فالعدة من يوم الفسخ أو الطلاق. ولها المسمى إن كان، وإلا فصداق المثل، ولا شيء لها إن طلق قبله، إلا نكاح الدرهمين والمتراضعين والمتلاعنين، فنصف المسمى.

ما يعطى للمرأة نظير التلذذ بها في النكاح الفاسد:

إذا تلذذ الزوج بالزوجة في النكاح الفاسد بما دون الوطء، بل بقبلة أو مباشرة، فإنه يعطيها وجوباً شيئاً في نظير تلذذه بها. ويقدر ما يعطى باجتهاد الحاكم أو جماعة المسلمين. ويكفي اجتهاد جماعة المسلمين ولو مع وجود الحاكم الشرعي.

وليس لها صداق في الفسخ والطلاق، سواء كان مختلفاً فيه أو متفقاً على فساده. والحديث هنا على الفسخ أو الطلاق قبل الدخول.

فسخ نكاح الصبي:

إذا تزوج الصبي بدون إذن وليّه، فإن للوليّ فسخه إذا اطلع عليه. فإذا فسّخه فلا

(1) سبق تخريجه.

(2) الذخيرة 4/446.

مهر للمرأة ولا عدة عليها إن وطئها، ولو أزال بكارتها. لأن وطأه كالعدم.
وأما إذا مات قبل الفسخ فعليها عدة الوفاة ولو لم يدخل.
وقال ابن عبد السلام ينبغي أن يكون لها في البكر أرش ما شأنها.
ويكون فسخه بطلاق لأنه عقد صحيح غايته أنه غير لازم.

فسخ نكاح السفية:

إذا تزوج السفية بغير إذن وليه، فللولي رد نكاحه وفسخه، وذلك إن لم يحصل له
رشد. ويكون الفسخ بطلقة بائنة. فإن رشد فلا كلام لوليه.
وللمرأة إن فسخ العقد ربع دينار شرعي إن دخل بها السفية. ولا يتبع بالباقي إن
رشد. ودليل استحقاق المرأة ربع دينار:

- الإستحسان. وهو على غير قياس. لأن القياس يقتضي أن لا يترك لها شيئاً،
كبيع السفية إذا بطل. ووجه الإستحسان أن البضع لا يحلّ بذله بغير عوض، فيلزم
السفية ليكون استوفاه على وجه مباح أقلّ ما يكون عوضاً له لكي يتميز عن السفاح.
ووجه آخر، وهو أن السفية إذا انتفع بما اشترى بغير إذن وليه لزمته القيمة،
فكذلك يلزمه ما يستباح به البضع إذا استوفاه⁽¹⁾.

ويفسخ العقد بحكم الشرع إن مات السفية، ولا مهر للمرأة ولا ميراث. ولا
يطلب الولي بفسخه إذ لا ولاية له بعد موت السفية.

جبر الذكر على النكاح:

يجوز جبر الذكر على النكاح بقيود في المَجْبِرِ والمَجْبَرِ. فقيود المَجْبِرِ أن يكون
أباً أو وصياً أو حاكماً. وأما غيرهم كالأخ والعم وباقي الأولياء فلا جبر لأحدهم.
وقيود المَجْبَرِ هي:

1 - أن يكون ذكراً مجنوناً جنوناً مطبقاً. فإن كان يفيق في بعض الأحيان انتظرت
إفاقته. وأما الأنثى فلا يجبرها إلا الأب على تفصيل تقدم. وأما الحاكم فلا يجبرها.
ووجه الفرق بين الصبي يزوجه الأب والوصي والسلطان، فيجوز ذلك، وبين
الصبية لا يزوجه إلا الأب، ولا يجوز للوصي أو السلطان ذلك؛ أن الصبي اليتيم إن
كره هذا النكاح استطاع التخلص منه بعد البلوغ بالطلاق. والصبية اليتيمة لا تقدر على
ذلك بعد البلوغ، فلم تجبر عليه⁽²⁾.

ولا جبر للحاكم للمجنون إلا عند عدم الأب والوصي، إلا إذا بلغ عاقلاً ثم
جنّ، فالكلام للحاكم.

(1) المتقى 3/286.

(2) المتقى 3/285.

2 - الصغير.

ويشترط لجبر المجنون والصغير وجود مصلحة تقتضي تزويجهما، بأن يخاف وقوعهما في الزنا. أو الضرر على المجنون، فتحفظه الزوجة. ومصلحة الصبي تزويجه من غنية أو شريفة أو ابنة عم، أو لمن تحفظ ماله. ولا بد من ظهور المصلحة في الوصي والحاكم. وأما الأب فمحمول عليها. وأما السفية، فالذي صححه الشيخ خليل في التوضيح هو عدم جبره، ولا بد من رضاه.

صداق المجنون والصبي:

يكون صداق المجنون والصبي إذا جبرا على الأب. وتتعلق بتركته إن مات. لأن الصداق معاوضة وليس صدقة، لزم ذمته بجبره لهما، فلا ينتقل عنها. ومحل كون الصداق على الأب أن يكون المجنون والصبي معدمين حال العقد، فلا تنتقل عن الأب ولو أيسرا بعد العقد، ولو اشترط الأب أن الصداق عليهما، وقال: لا يلزمني صداق بل الصداق على الصبي أو المجنون. فلا يعمل بشرطه. وأما إن كانا موسرين حين العقد، بالصداق أو ببعضه، فعليهما، ما أيسرا به كلاً أو بعضاً، لا على الأب. والصداق لا يلزم الوصي ولا الحاكم مطلقاً. سواء كان الصبي أو المجنون موسراً أو معدماً. لكن إن كان معدماً اتبع به. وأما إذا شرط ولي الزوجة أن يكون الصداق على الأب أو الوصي أو الحاكم فيعمل به.

تطرح الصداق بين الأب وابنه الرشيد:

إذا عقد أب لابن له رشيد، بإذنه، ولم يبين كون الصداق عليه أو على ابنه، وتطرحاه - أي طرحه كل منهما على الآخر - بأن قال الإبن لأبيه: أنت التزمت الصداق وما رضيت إلا لأنه عليك. وقال الأب: بل ما قصدت إلا أنه على ابني. وحكم هذا العقد أنه إن كان قبل الدخول فسخ ولا مهر على واحد منهما إن لم يلتزمه أحدهما. وإلا لزم من التزمه ولا فسخ. وإن كان بعد الدخول حلف الأب أنه ما قصد بالصداق إلا أنه على ابنه، وبريء ولزم ابنه صداق المثل. ولا يمين عليه إن كان قدر المسمى أو أكثر. ويحلف إن كان مهر المثل أقل من المسمى، ليدفع عن نفسه غرم الزائد. وإنما لزم الإبن صداق المثل مع أنه نكاح صحيح، لأن المسمى ألفي لأجل المطارحة وصار المعتبر قيمة ما استوفاه الزوج.

ضمان الصداق ورجوعه لزامنه:

إذا زوّج الأب ولده وضمن له الصداق، أو زوّج ذو قَدْرٍ بين الناس غَيْرَهُ والتزم صداقه، أو زوّج الأب ابنته لشخص بصداق والتزم لابنته الصداق، ثم وقع الطلاق قبل الدخول، فإن نصف الصداق يرجع لزامنه. وليس للزوج المطلق فيه حق. لأن الضامن إنما التزمه على أنه صداق ولم يتم فيرجع له، والنصف الثاني للزوجة. فإن لم يقع الطلاق، وإنما فسخ العقد قبل الدخول لفساده، فإن الصداق كله يرجع للضامن.

فإن فسخ بعد الدخول فللزوجة المسمى كله. ولا يرجع أحد منهم - الأب، وذو القدر، والضامن لابنته صداقها - على الزوج بما استحقته الزوجة من النصف قبل الدخول في الطلاق أو الكل بعد الدخول في الفسخ. لأنهم إنما التزموه ليكون تبرعاً منهم للزوج. ومحل عدم الرجوع منهم على الزوج أمران:

- إذا لم يصرّح الواحد منهم بالحمل، كعَلَيَّ حمالة الصداق، لأن لفظ الحمالة يؤذن بمجرد التحمل دون التزامه في الذمة، فإن صرّحوا بالحمل فإنهم يرجعون به على الزوج مطلقاً. أي تحمّلوه قبل العقد أو حال العقد أو بعد العقد.

- أن يصرّح الواحد منهم بالضمان بعد العقد. فيرجع على الزوج. أما التصريح بالضمان إذا وقع قبل العقد أو حال العقد، فلا رجوع، إلا إذا وجدت قرينة أو عرف يدلّ على أن من دفع عن إنسان صداقه أو تحمّل به عنه بأي لفظ يرجع به، فإنه يعمل بمقتضاهما كالشرط.

عدم دفع الصداق من الملتزم به:

إذا لم يدفع الصداق الملتزم له، فإن للزوجة الإمتناع من الدخول، والوطء بعده، حتى تأخذ الحال أصالة أو بعد أجله.

وللزوجة الترك، بأن يطلق ولا شيء عليه في نكاح التفويض، أو في نكاح التسمية، حيث لا يرجع المتحمل به على الزوج. وأما ما فيه رجوع عليه، وهو ما إذا صرّح بالحمل مطلقاً، أو كان بلفظ الضمان ووقع بعد العقد، فإنه إن طلق غرم لها نصف الصداق، وإن دخل غرم الجميع.

الضامن إذا ضمن حال المرض:

يبطل الضمان على وجه الحمل إن تحمّل الضامن في مرضه المخوف عن وارث، لأنه وصية لوارث أو عطية في المرض. وأما إن تحمّل عن زوج ابنة غير وارث فلا يبطل، لأنه وصية لغير وارث، فيجوز في الثلث. فإن زاد على الثلث ولم يجزه الوارث خيّر الزوج بين أن يدفعه من ماله أو يترك النكاح ولا شيء عليه.

الكفاءة المعتبرة في النكاح

تعريف الكفاءة:

الكفاءة لغة: مطلق المماثلة والمقاربة.

واصطلاحاً: المماثلة في الدين والحال.

والأصل في مشروعية الكفاءة أن المطلوب من النكاح السكون والودّ والمحبة، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ [الروم: 21].

والنفس لا تسكن إلا لما يماثلها، فنفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن لغير الشريف، بل ذلك سبب العداوة والفتن والبغضاء، على مرّ الأعصار، والأخلاف والأسلاف. والقاعدة أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع⁽¹⁾.

وتطلب الكفاءة في أمرين، كما جاء في التعريف، وهما:

1 - الدين: أي التدين، بأن يكون ذا ديانة، احترازاً من أهل الفسوق، كالزناة والشرييين، ونحوهم.

2 - الحال: أي السلامة من العيوب الموجبة للرد.

ولا تشترط المماثلة في النسب والحسب والمال. ولا تعتبر من الكفاءة على المعتمد. فمن ساوى المرأة في الدين والحال كان كفوّاً لها. ودليل قصر الكفاءة المعتبرة في النكاح على الدين والحال دون النسب والحسب والمال⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَنُّكُمْ﴾ [الحجرات: 13].

ب - قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾﴾ [النور: 32].

فالآية بينت أن الفقر ليس عذراً في ردّ الخاطب الفقير⁽³⁾.

ج - عن أبي حاتم المزني قال قال رسول الله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوها، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد»⁽⁴⁾. وفي رواية: «وفساد عريض»⁽⁵⁾.

(1) الذخيرة 4/ 212.

(2) الإشراف 2/ 96، والمعلم 2/ 145، والعارضنة 4/ 301، وأحكام ابن العربي 4/ 1726، والذخيرة 4/ 214.

(3) التحرير والتنوير 18/ 217.

(4) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء: إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه.

(5) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب الأكفاء.

د - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»⁽¹⁾.

هـ - عن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممن شهد بدرًا مع النبي ﷺ تبني سالمًا وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار⁽²⁾.

و - عن عائشة أن ضباعة بنت الزبير كانت تحت المقداد بن الأسود⁽³⁾.

والمقداد بن الأسود الكندي تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب الهاشمية بنت عم النبي ﷺ. ولو كانت الكفاءة معتبرة في النسب لما جاز للمقداد أن يتزوج ضباعة وهي فوقه في النسب⁽⁴⁾. وهذا يقال أيضاً في زواج سالم بهند ابنة الوليد.

ز - إنكاح النبي ﷺ زيد بن حارثة زينب بنت عمته. وزيد مولى لرسول الله ﷺ.

ح - إنكاح النبي ﷺ أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس. وقد تقدم الحديث وفيه قوله ﷺ: «وأما معاوية فصعلوك لا مال له أنكحي أسامة».

ووجه الاستدلال أنه ﷺ وصف معاوية بأنه صعلوك وأنكحها أسامة، وهو صعلوك مثله لا مال له، فقدّم أسامة على معاوية لفضله، وإن ساواه في صفته⁽⁵⁾.

ط - تزويج النبي ﷺ المرأة الواهبة لنفسها ممن لم يقدر على خاتم حديد. وقد تقدم.

ي - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «خير نساء ركب الإبل صالحو نساء قريش، أحناه على ولد في صغره، وأرعاه على زوج في ذات يده»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ مدح نساء قريش بخلقهن لا بحسبهن⁽⁷⁾.

ك - قول عمر رضي الله عنه: لا تكرهوا فتياتكم على الذميمة من الرجال، فإنهنّ يحبين من ذلك ما تحبون⁽⁸⁾. ووجه اعتبار السلامة من العيوب فلأنها نقص يوجب الرد⁽⁹⁾.

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين.

(2) أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين.

(3) أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين. ومسلم في الحج، باب جواز اشتراط المحرم التحلل بعذر.

(4) عمدة القاري 85/20. (5) العارضة 302/4.

(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب إلى من ينكح. (7) العارضة 301/4.

(8) أخرجه ابن أبي شيبة في النكاح، باب من كان يكره المرأة على ما لا تهوى من الرجال.

(9) الإشراف 96/2.

جواز ترك الكفاءة:

للزوجة ولوليها الحق في ترك الكفاءة، والرضا بعدمها، والتزويج بفاسق ومعيب، ويكون النكاح صحيحاً. وذلك لأن الحق في الكفاءة لهما، ولا يتعلق به حق الله تعالى⁽¹⁾. فإذا أسقطا حقهما منها جاز. وهو المشهور من المذهب.

فإن لم يرضيا معاً بإسقاطها، فالقول لمن امتنع، وعلى الحاكم منع من رضي منهما. وليس للأب جبر البكر على فاسق أو ذي عيب. فإن تزوجها الفاسق أو ذو العيب، فلها وللولي الرد والفسخ.

وقيل في المذهب إن تزويج الفاسق غير صحيح، ويتعين فسخه، ولو كان يؤمن عليها منه، وأنه ليس لها ولا للولي الرضا به. ورجحه بعض علماء المالكية، لأن مخالطة الفاسق ممنوعة وهجره واجب شرعاً، فكيف بخلطة النكاح. وبفسخه قال الإمامان اللخمي وابن بشير. ورجح عدم الصحة ابن غازي.

وبناء على أن الكفاءة هي في الدين والحال، فإن مجهول النسب، وغير الشريف، وهو الدنيء في نفسه، أو في حرفته، كحرف رفع الزبالة، والأقل جاهاً وقدرأً، كالجاهل بالنسبة للعالم أو المأمور بالنسبة للأمير، والفقير بالنسبة للغني، فهؤلاء أكفاء للمرأة ذات الجاه. وذلك لعدم اشتراط النسب والحسب والمال. ولهذا كان الإمام مالك يقول بأن المولى كفؤ للعربية⁽²⁾.

رأي الأم في تزويج البنت:

ليس للأم كلام مع الأب في تزويج ابنته الموسرة المرغوب فيها من فقير لا مال له.

وإذا أراد تزويجها بما فيه ضرر بين، كأن يزوجها من ذي عيب أو فاسق، فإنه يكون لها كلام حينئذ، لعدم الكفاءة، وليس للأب جبرها، فترفع الأم الأمر للحاكم ليمنعه من تزويجها منه.

وروي عن مالك أن لها كلاماً مطلقاً، وجد ضرر أم لا. ومنه تزويجها بفقير مع يسارتها. وهو قول مبني على أن الكفاءة يعتبر فيها المال كالحال والدين. ولا مانع من بناء قول مشهور على قول ضعيف. ودليل كون الأم لها كلام في تزويج ابنتها:

- عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ: «أمروا النساء في بناتهن»⁽³⁾.

وقد حمله ابن العربي على الاستحباب لا على الوجوب. ودليله الإجماع⁽⁴⁾.

(2) أحكام ابن العربي 4/1726.

(1) الإشراف 2/96.

(3) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الإستثمار.

(4) العارضة 5/27.

المحرمات من النكاح

إن ما جاء في قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]، وفي قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَّتَى يَنْكُرُ﴾ [النور: 32]، عام، ولكنه لا يحمل على عمومه. فقد خصّ الله تعالى من ذلك عدداً من النساء حرّمهنّ على الرجال⁽¹⁾. والأدلة الآتي ذكرها في كل نوع من أنواع المحرمات هي أدلة التخصيص.

وأسباب التحريم التي وردت في الشرع ما يلي: النسب، والصهر، والرضاع، والزيادة على الأربع، والجمع بين المحرمات، والطلاق الثلاث، والشرك، والمرض المخوف، والنكاح في العدة، واللعان، والإحصان بالزوج، والعدة، والإحرام، والحمل، والإستبراء.

وسنذكر الأسباب الثمانية الأول. والبقية تجدها في المباحث المتعلقة بها.

ما يحرم من النسب:

يحرم على الشخص - ذكراً أو أنثى - من النسب إجماعاً ما يلي:

- 1 - الأصل: وهو كل من له على الشخص ولادة وإن علا.
 - 2 - الفرع: وهو كل من للشخص عليه ولادة وإن سفل. وإن من زنا أو شبهة.
 - 3 - فصول أول أصل: أي فصول أم الشخص وأبيه، وهم الإخوة والأخوات، الأشقاء، أو من جهة الأب أو الأم، وأولادهم وإن سفلوا.
 - 4 - أول فصل فقط من كل أصل عدا الأصل الأول: من جهة الأم والأب.
- بمعنى أن كل أصل الذي عدا الأصل الأول هو الجدّ وإن علا، والجدّة وإن علت. وأول فصل منهم هم أبناءهم فقط. وهم للشخص أعمام وعمّات، وأخوال وخالات.

وأما بنو الأعمام والعمّات وبنو الأخوال والخالات فلا يحرمون، فتحلّ بنت العمّ أو العمّة وبنت الخال أو الخالة بالنسبة للذكر، ويحلّ ابن العم أو العمّة، وابن الخال أو الخالة بالنسبة للأنثى.

وهذا التفصيل باعتبار طرفي الزواج الذكر والأنثى. ودليل ما تقدّم:

- قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [النساء: 32].

فالأم هنا اسم لكل أنثى لها على الشخص ولادة، فيدخل أمهات الأمهات وأمّهات الجدات، من قبل الآباء والأمهات.

والبنت، اسم لكل أنثى للشخص عليها ولادة مباشرة، أو من قبل الإبن أو من قبل البنت.

والأخت، اسم لكل أنثى شاركت الشخص في أصله أو في أحدهما. أي الأخت للأم والأب، وللأب دون الأم، وللأم دون الأب.

والعمة، اسم لكل أنثى هي أخت لأب الشخص، أو لكل ذكر له عليه ولادة.

والخالدة، اسم لكل أنثى هي أخت لأم الشخص، أو لكل أنثى لها عليه ولادة.

وبنت الأخ، اسم لكل أنثى، لأخ الشخص عليها ولادة مباشرة، أو من قبل أبيها، أو من قبل أمها. كان الأخ للأب والأم، أو للأب فقط أو للأم فقط.

وبنت الأخت، اسم لكل أنثى، لأخت الشخص عليها ولادة مباشرة، أو من قبل أبيها، أو من قبل أمها. كانت الأخت للأب والأم، أو للأب فقط، أو للأم فقط⁽¹⁾.

والدليل على أن هذه الأسماء مراد بها القريب والبعيد من كل نوع⁽²⁾: قوله تعالى: ﴿يَبْنِيْٓ أَدَمَ﴾ ﴿يَبْنِيْٓ إِسْرَءِيْلَ﴾ ﴿قَلِيْلَةٌ مِّنْكُمْ إِبْرَءِيْمَ﴾. فقد أثبت الله تعالى وصفي الأبوة والبنوة بين آدم وإبراهيم وإسرائيل وبين من خوطبوا بهذه الآيات رغم تطاول الأزمان.

إلا أن اندراج الجدات في اسم الأم. والجد في اسم الأب، والأحفاد في اسم الإبن والبنت، ليس بمقتضى الوضع اللغوي، وإنما هو في اللغة حقيقة في القريب المباشر، مجاز في غيره. وعند القرافي أن هذه الإندراجات دليلها الإجماع لا النص، لأن

الإستدلال بنفس اللفظ متعذر، لأن الأصل عدم المجاز والإقتصار على الحقيقة⁽³⁾.

وتحرم ابنة الزنا على أبيها لأنها مخلوقة من ماء. وظاهر النص يدل على ذلك⁽⁴⁾.

ما يحرم بالمصاهرة:

5 - زوج الأصل والفرع: يحرم على الشخص الذكر زوجة أبيه وزوجة جده وإن

علا. ولو كانت الأبوة من زنا. ودليل التحريم⁽⁵⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ

كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿١٧﴾ [النساء: 22].

وتحرم عليه أيضاً زوجة ابنه وإن سفل. ولو كانت البنوة من زنا. ودليل التحريم⁽⁶⁾:

(1) المقدمات 1/ 455 - 456، وبداية المجتهد 2/ 37، وأحكام القرآن 1/ 372.

(2) الذخيرة 4/ 257. (3) الذخيرة 4/ 268 - 269.

(4) الذخيرة 4/ 258.

(5) المقدمات 1/ 458، وبداية المجتهد 2/ 37، وأحكام القرآن 1/ 368، والذخيرة 4/ 258.

(6) الإشراف 2/ 100، والبيان والتحصيل 5/ 130، والمقدمات 1/ 457، والمتقى 3/ 303.

- قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: 23].

وقد قيد الله تعالى تحريم حلائل الأبناء بقوله: ﴿مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ لإخراج حلائل الأبناء بالتبني فهنّ غير محرّمات، لا لإخراج حلائل الأبناء من الرضاعة، لأنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، بنصّ الكتاب والسنة، كما سيأتي. والحليلة لغة الزوجة.

ويحرم على الأنثى زوج أمها أو جدّتها وإن علت. وزوج ابنتها وإن سفلت. وسيأتي تفصيل هذه المسألة ودليها.

وأما لو تزوج الرجل بأم زوجة أبيه أو ابنة زوجة أبيه من غيره، إذا ولدتها أمها قبل التزوج بأبيه، فتحلّ إجماعاً. وأما إذا ولدتها أمها بعد أن تزوجت بأبيه وفارقت، فالمعتمد حلّها أيضاً.

ومن شربت من لبن امرأة زنى بها رجل، فتحرم تلك البنت على ذلك الزاني الذي شربت من لبن مائه.

6 - أصول الزوجة: أي أم الزوجة، وأم أمها، وإن علت. وهذا وإن لم يحصل تلذذ بالزوجة. لأن مجرد العقد على البنات يحرم الأمهات. ودليل التحريم:

- قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: 23].

ولا يدخل بنات أمهات الزوجات ولا أخواتهن، ولا عمّاتهن، ولا خالاتهن، فإنه يحلّ نكاحهنّ بعد موت أو فراق الزوجة.

ودليل تحريم أم الزوجة بمجرد العقد على الزوجة، أن الآية جاءت مبهمة فيها أي في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ أي مطلقة غير مقيدة باشتراط الوطاء. والشرط في قوله تعالى: ﴿أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ عائد على النساء الذين في قوله: ﴿وَرَبِّبَاتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ أي أمهات الربائب، فلا تحرم الربائب إلا بالدخول بأمهاتهن⁽¹⁾.

ودليل حمل الشرط على ذلك:

أ - أن الاستثناءات والشروط تعود إلى أقرب المذكورات إليها⁽²⁾.

ب - أن لفظ «النساء» الأولى مخفوضة بالإضافة. ولفظ «النساء» الثانية مخفوضة بحرف الجرّ، فلا يجوز أن يكون قوله تعالى: ﴿أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ نعتاً لهما، ولو اتفقا في الخفض، لاختلاف العامل فيهما. وهذا قول البصريين من النحاة، خلافاً

(1) الإشراف 2/100، والبيان والتحصيل 5/130، والمقدمات 1/457، والمنتقى 3/303.

(2) المنتقى 3/303، والمعلم 2/134، وبداية المجتهد 2/39.

للكوفيين في تجويزهم أن يكون نعتاً لهما لاتفاقهما في الخفض. وقول البصريين أولى، لأن الصفة تتبع الموصوف في المعنى واللفظ فيجب أن يكون العامل في الموصوف عاملاً في الصفة. فلو كان صفة للجملتين لعمل في الصفة عاملان وهو ممتنع كما تقرر في علم النحو⁽¹⁾.

ويؤيد هذا الحمل ما يلي:

أ - عموم قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ فيحمل على عمومه حتى يدل دليل على التخصيص⁽²⁾.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ ابْنَتِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلْيُنِكَحْ ابْنَتَهَا. وَأَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَلَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ أُمَّهَا»⁽³⁾.

وفي رواية: «إِذَا نَكَحَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَتَهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهَا»⁽⁴⁾.

د - قياس العقد على الوطاء، لأن المرأة تصير به فراشاً⁽⁵⁾.

هـ - عن يحيى بن سعيد قال: سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة، ثم فارقتها قبل أن يصيبها، هل تحل له أمها؟ فقال زيد بن ثابت: لا، الأم مبهمة ليس فيها شرط. وإنما الشرط في الربائب⁽⁶⁾.

و - ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه استفتي وهو بالكوفة عن نكاح الأم بعد البنت إذا لم تكن البنت مسّت، فأرخص في ذلك. ثم إن ابن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك؟ فأخبر أنه ليس كما قال وإنما الشرط في الربائب. فرجع ابن مسعود إلى الكوفة، فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذي أفناه بذلك فأمره أن يفارق امرأته⁽⁷⁾.

ز - تغليب دليل التحريم على دليل التحليل في باب الفروج⁽⁸⁾.

7 - فصول الزوجة: أي ابنة الزوجة وابنة ابنتها وإن سفلت. ودليل اندراج أم أم

(1) المنتقى 3/ 303، والذخيرة 4/ 261، والمعلم 2/ 134.

(2) المنتقى 3/ 303.

(3) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها.

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في النكاح، باب ما جاء في قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾.

(5) الإشراف 2/ 100.

(6) أخرجه مالك في النكاح، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته.

(7) أخرجه مالك في النكاح، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته.

(8) أحكام ابن العربي 1/ 377، والقبس 2/ 703.

الزوجة وإن علت، وابنة ابنتها وإن سفلت في لفظ «الأمهات» و«الربائب» هو الإجماع⁽¹⁾.

ويشترط في تحريم ابنة الزوجة تلذذ الزوج بزوجته. لأنه لا يحرم البنات إلا الدخول بالأمهات. ودليل تحريم ابنة الزوجة وهي الربيبة:

أ - قوله تعالى: ﴿رَبِّبْتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: 23].

والآية تدل أيضاً على أن تحريم الربائب مشروط بالدخول بالأمهات⁽²⁾.

ب - حديث عمرو بن شعيب المتقدم.

ج - الإجماع⁽³⁾.

ولا يشترط أن تكون الربيبة في حجر الزوج أي في كفاله وحضانه. والدليل⁽⁴⁾:

وأما ظاهر قوله تعالى ﴿أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ فقد خرج مخرج الغالب والوصف للحال. فليس له مفهوم، ولا هو شرط في الحكم⁽⁵⁾.

والمراد بالدخول مطلق التلذذ ولو بغير جماع. ولو كان التلذذ بالزوجة وقع وهي ميتة. ولو تلذذ بها بالنظر لغير الوجه والكفين، كأن ينلذذ بشعرها وبدنها وساقها. وأولى التلذذ بالقبلة والمباشرة ولو في الوجه والكفين. ودليل كون التحريم يقع بما ذكر⁽⁶⁾:

أ - القياس على الوطء، لأنه استمتاع مثله.

ب - اتفاق الأمة على تغليب التحريم على التحليل في ما يتعلق بالفروج.

ودليل التحريم ولو وقع الوطء والتلذذ بالزوجة وهي ميتة:

- الإستحسان. وهو على غير قياس. لأن القياس يقتضي عدم التحريم. لأنه وطء لا يحصنه، ولا يوجب لها عليه صداقاً. ولأن عصمة النكاح تنقطع بينهما وإن كانت حرمة الزوجية باقية بينهما بدليل أنه يجوز له أن يتزوج رابعة إن كانت له ثلاث

(1) الذخيرة 4/ 269.

(2) المقدمات 1/ 457، وبداية المجتهد 2/ 39.

(3) أحكام القرآن لابن العربي 1/ 378، والذخيرة 4/ 263.

(4) الإشراف 2/ 100.

(5) الإشراف 2/ 100، وأحكام ابن العربي 1/ 378، وبداية المجتهد 2/ 38، والمعلم 2/ 162، والذخيرة 4/ 263.

(6) الإشراف 2/ 100، وأحكام القرآن لابن العربي 1/ 378.

زوجات⁽¹⁾. ووجه الإستحسان تغليب جانب التحريم.

ولا يحرم الزنا بامرأة أصولها وفصولها على الزاني. وهي كذلك لا تحرم على أصوله وفصوله - وهو الأرجح - ولو زنى بابنة زوجته لم تحرم عليه زوجته وبالعكس. أي إن الزنا لا تثبت به المصاهرة ولا يحرمها والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: 23].

ووجه الإستدلال أنه تعالى لم يذكر الزنا في جملة ما يقع به التحريم⁽²⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: 23].

ووجه الإستدلال أن لفظ «نساءكم» إنما يطلق في عرف الإستعمال على الزوجة دون من يقع الزنا بهن. كما أن العرف جار على أن إضافة النساء إلى الرجال تقتضي كونهن زوجات وأن التحريم لأمهاتهن. ولم تذكر الآية تحريم أمهات النساء المزني بهن، فلا يشملهن الحكم. وعلى القول بدليل الخطاب، لمن يقول به، فإن الآية لما علقت التحريم بأمهات الزوجات دل ذلك على انتفائه عن أمهات غير الزوجات⁽³⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ [النساء: 23].

ووجه الإستدلال أن المزني بها ليست حليلة للزاني⁽⁴⁾.

د - عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «لا يحرم الحرام الحلال»⁽⁵⁾.

هـ - القياس على اللواط في عدم تحريم المصاهرة به، لأنه لا يثبت به الفراش⁽⁶⁾.

و - القياس على اللواط أيضاً، لأنه وطء يتعلق به وجوب الحد⁽⁷⁾.

ز - دلالة الأولى. وذلك أن الزنا لا يثبت به النسب، فأولى أن لا يثبت به المصاهرة⁽⁸⁾.

ح - أن التحريم حكم من أحكام النكاح الصحيح، فلم يثبت بالزنا، كالأحصان والنفقة وإسقاط الحد. وهذا قياس⁽⁹⁾.

ط - أن التحريم فيما جاء به النص عبادة لا لعلّة، فيقتصر على محله وهو النكاح

(1) البيان والتحصيل 5/ 130، والذخيرة 4/ 262.

(2) المتقى 3/ 306.

(3) المتقى 3/ 307، والبيان والتحصيل.

(4) البيان والتحصيل 5/ 133.

(5) استدلاله القاضي عبد الوهاب في الإشراف 2/ 101، وأخرجه ابن ماجه في النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال.

(6) الإشراف 2/ 101.

(7) الإشراف 2/ 101.

(8) الإشراف 2/ 101.

(9) الإشراف 2/ 101.

الحلال⁽¹⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ فإن النكاح هنا هو العقد. لأن النكاح حقيقة شرعية في العقد ومجاز شرعي في الوطاء. والزنا لا عقد فيه، فلا يدخل في تحريم المصاهرة⁽²⁾.

هذا بالنسبة للزنا. وأما النكاح المختلف في فساد، كنكاح المحرم والشغار وتزويج المرأة نفسها. فإنه ينشر الحرمة كالنكاح الصحيح. والعقد المجمع على فساد، ووطؤه والتلذذ فيه ينشر الحرمة إن درأ الحد عن الواطئ، كنكاح المعتدة، والخامسة، وذات المحرم، والرضاع، غير عالم بذلك. وإن لم يدرأ الحد بأن كان عالماً - في غير المعتدة - كان من الزنا، فلا ينشر الحرمة.

بخلاف شبهة النكاح، فمن قصد تلذذاً بزوجه فالتدبأ بها أو ابتها غلطاً، حرمت عليه زوجته على المعتمد.

8 - جمع الرجل بين امرأتين لو قدرت إحداهما ذكراً حرم على الأخرى: وذلك كالأختين، وكالعمة مع ابنة أخيها، وكالخاله مع ابنة أختها. فلا يجوز الجمع بينهما. لأنك لو قدرت إحدى الأختين ذكراً لحرم نكاحه أخته. ولو قدرت العمة ذكراً لحرم عليه بنت أخيه، وكذا العكس. ولو قدرت الخالة ذكراً لكان خالاً، ولو قدرت بنت الأخت ذكراً لحرمت عليه خالته.

وأما المرأة مع بنت زوجها أو أمه، فيجوز جمعهما.

ودليل تحريم الجمع بين الأختين:

- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: 23].

ودليل تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها:

أ - الآية السابقة. وهي أصل في تحريم الجمع بين ذوات الأرحام، لأنه سبب يؤدي إلى قطعها ويمنع من مواصلتها⁽³⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»⁽⁴⁾.

والحديث بيان لما أصطلته الآية من تحريم الجمع بين ذوات الأرحام. وعلى هذا

(1) البيان والتحصيل 5 / 133.

(2) مفتاح الوصول ص 67، وتقييد التهذيب 2 / 68، وحاشية الصاوي 1 / 374.

(3) المثقى 3 / 301، والمقدمات 1 / 457.

(4) أخرجه مالك في النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء، وأبخاري في النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، ومسلم في النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.

فإنّ تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها إنما هو بالقرآن لا بالسنة. وإنما السنة جاءت مبيّنة للقرآن الكريم. وهو رأي ابن رشد الجدي⁽¹⁾. مستنداً بأن الآية استقصت جميع المحرمات بدليل قول الله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: 24].

وأما الباجي فإنه يرى أن الحديث مخصص لعموم قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]. أي فالحديث عنده مستقل بتشريع تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها. ودليل التخصيص عنده هو الإجماع⁽²⁾.

وابن العربي يراه مخصصاً لآية: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾. بناء على جواز تخصيص القرآن بالسنة⁽³⁾.

ج - الإجماع المنعقد على ذلك⁽⁴⁾.

ويفسخ نكاح الثانية من محرمتي الجمع، بلا طلاق، لأنه مجمع على فساد. ولا مهر لها إذا فسخ قبل الدخول لفسخه بلا طلاق. أي ليس لها نصف المهر. لأن كل ما فسخ قبل الدخول لا شيء فيه إلا ما استثنى، سواء كان الفسخ بطلاق أو لا.

ومحل كونها لا مهر لها إن صدقت الزوج على أنها الثانية لإقرارها بأنه لا حق لها. وأولى إن شهدت بيّنة بأنها ثانية.

فإن لم تصدّقه بل ادعت أنها الأولى، ولا بيّنة لها حلف إنها الثانية لسقوط المهر عنه. فالقول قوله بيمين. ويفسخ حينئذ بطلاق، لاحتمال أنها الأولى.

فإن نكل حلفت واستحقته. فإن دخل بها فلها المهر بالدخول صدّقه أو لم تصدّقه.

وإن جمعتهما في عقد واحد فسخ العقد بلا طلاق للإجماع على فسخه.

ومن جمع بين الأم وابنتها في عقد واحد، فإنه يفسخ بلا طلاق، ويتأبّد تحريمهما عليه إن دخل بهما معاً، لاستناد التلذذ بهما لنكاح، وإن أجمع على فساد. وهو ظاهر إن درأ الحد، بأن كان جاهلاً بالتحريم، كحديث عهد بالإسلام يعتقد حلّ نكاح الأم وابنتها. أو كان غير عالم بالقرابة من أصلها. فإن لم يدرأ الحد، فعلى ما ذكره الدردير، فإنه يحرم أيضاً، على القول بأن الزنا ينشر الحرمة.

وهذا العقد مجمع على فساد، لذلك لا يثبت إرث بينه وبينهما، ولو حصل الموت قبل الفسخ.

وإن لم يدخل بواحدة منهما، لم تحرما عليه، لأن عقده عدم.

(1) البيان والتحصيل 287/4، والمقدمات 457/1.

(2) أحكام الفصول ص 262. (3) عارضة الأحوذى 57/5.

(4) الإشراف 100/2، والمتقى 302/3، وبداية المجتهد 48/2.

وإن دخل بواحدة دون الأخرى حرمت عليه التي لم يدخل بها. وتأبّد تحريمها لتلذّذه بأماها أو بابنتها. وأما التي دخل بها فتحلّ له بعد فسخ العقد الأول. وموضوع هذه المسألة أنه جمعهما في عقد واحد⁽¹⁾.

وتحلّ الثانية من كل محرّمتي الجمع، كأختين، وابنة وعمتها، وابنة وخالتها، إذا كانت تحت الرجل إحداهما بنكاح وأراد التزوّج بالأخرى، وذلك ببيئونة الأولى. والبيئونة تقع بأحد الأمور التالية:

1 - الخلع.

2 - الطلاق البات.

3 - انقضاء عدة الطلاق الرجعي. وهنا فإن القول قول المرأة الأولى إن ادعت عدم انقضاء عدتها، لأنها مؤتمنة على فرجها. فإن ادعت احتباس الدم صدّقت بيمين لأجل النفقة، لحين انقضاء سنة. فإن ادعت بعدها تحركاً نظرها النساء، فإن صدّقها تربص الزوج لأقصى أمد الحمل. وإلا لم يلزمه تربص.

ما يحرم بسبب الرضاع:

9 - يحرم بالرضاع مثل ما يحرم من النسب. وسيأتي الاستدلال على ذلك وذكر أحكام الرضاع في باب الرضاع إثر الطلاق.

ما يحرم بسبب العدد:

10 - الخامسة للرجل: ولو جمع الرجل الخمسة في عقد واحد لكان العقد فاسداً اتفاقاً. ودليل تحريم الخامسة⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرَبْعٌ﴾ [النساء: 3].

ووجه الاستدلال أن الآية اقتضت في بيان ما يجوز للرجل جمعه من النساء على الأربع. فدلّ على عدم جواز الزيادة على هذا العدد.

وعند الشيخ ابن عاشور أن تحريم الزيادة مستفاد من غير هذه الآية. لأن مجرد الإقتصار غير كاف في الاستدلال، ولكن يستأنس به. وأن الآية جاءت مقررة لما هو ثابت بين المسلمين من الإقتصار على أربع زوجات قبل نزولها⁽³⁾.

وصيغة «مثنى وثلاث ورباع» على معنى تكرير اسم العدد لقصد التوزيع. وهو هنا باعتبار اختلاف المخاطبين في السعة والطول. فمنهم فريق يستطيع أن يتزوجوا اثنتين،

(1) انظر لو جمعهما في عقدين مترتبين، في حاشية الصاوي 1/ 401.

(2) الإشراف 2/ 98، وإحكام الفصول ص 113، وبداية المجتهد 2/ 47، وأحكام القرآن 1/ 313.

(3) التحرير والتنوير 4/ 225.

فهؤلاء تكون أزواجهم اثنتين اثنتين، وهلمّ جرأً. وهذا كقوله تعالى: ﴿أُولَىٰ أَجْنَحَةٍ مَّتَنَّىٰ وَتِلْكَ وَرَبِّعٌ﴾ [فاطر: 1]. أي لطائفة جناحان ولطائفة ثلاثة ولطائفة أربعة⁽¹⁾.

ب - عن ابن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعاً منهن⁽²⁾.

ج - عن الحارث بن قيس قال: أسلمت وتحتي ثمان نسوة فقال النبي ﷺ: «اختر منهن أربعاً»⁽³⁾.

د - عن نوفل بن معاوية الديلي قال: أسلمت وتحتي خمس نسوة. فسألت النبي ﷺ؟ فقال: «فارق واحدة وأمسك أربعاً» فعمدت إلى أقدمهن عندي عاقر منذ ستين سنة ففارقتها⁽⁴⁾.

ومن كانت له أربع زوجات فطلق واحدة طلاقاً رجعيّاً، وأراد أن يتزوج واحدة بدلها، فلا بد أن يتربص حتى تخرج المطلقة من عدتها. ووجه ذلك أن أحكام الزوجية باقية بينهما⁽⁵⁾.

ما يحرم بسبب الطلاق:

11 - المبتوتة: والمبتوتة هي المطلقة ثلاثاً في مرّات أو مرّة، مما يأتي بيانه في الطلاق إن شاء الله تعالى. ودليل تحريم المرأة على زوجها إذا طلقها ثلاثاً⁽⁶⁾:

- قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]. وهذا في الطلقة الأولى والطلقة الثانية اللتين له فيهما الرجعة. ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230].

وهذه هي الطلقة الثالثة. وقد صرّحت الآية بعدم حلّيتها له بعدها إلا بشرط. وتستمر حرمتها على مطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ثم يطلقها أو يموت عنها. فقد قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة: 230]. ويشترط في هذا النكاح ما يلي:

1 - أن يكون نكاحاً صحيحاً لا فاسداً. فلا تحلّ المبتوتة بنكاح فاسد إلا إذا ثبت بعد الدخول، فتحلّ، لكن بوطء ثان بعد الأول الذي حصل به ثبوت النكاح. ودليل عدم الإحلال بالنكاح الفاسد:

(1) الذخيرة 314/4، والتحرير والتنوير 225/4.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب جامع الطلاق. والترمذي في النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم، وابن ماجه في النكاح، باب الرجل يسلم، واللفظ للترمذي.

(3) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب من أسلم وعنده نساء، وابن ماجه في النكاح، باب الرجل يسلم.

(4) أخرجه البيهقي في النكاح، باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(5) المتقى 352/3. (6) الذخيرة 316/4.

أ - قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230].

ووجه الاستدلال أن المراد بالنكاح هو الصحيح⁽¹⁾. لأن القاعدة أن اللفظ يحمل على عرف المتكلم، فيحمل النكاح في الآية على النكاح الشرعي⁽²⁾.

ب - أن الطلاق لا يتناول النكاح الفاسد⁽³⁾.

2 - أن يكون لازماً للزوجين، ولو بعد الإجازة من ولي. لا إذا كان غير لازم. ومن النكاح غير اللازم نكاح المحجور، ونكاح ذي عيب. فالأول لا يلزم إلا بإذن الولي، والثاني لا يلزم إلا بالرضا بالعيب. ويشترط هنا أن يقع الوطء بعد الإذن أو الرضا.

3 - أن يكون الزوج بالغاً لا صبيّاً. والدليل:

- عن عائشة قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فبتت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير. وإن معه مثل هدبة الثوب. فتبسم رسول الله ﷺ فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ اشترط ذوق كل واحد منهما من عسيلة صاحبه. والصبي لا يتأتى منه ذلك⁽⁵⁾.

4 - أن يدخل الزوج حشفته كلها مع انتصاب الذكر في قُبُل الزوجة. فلا يكفي بدون انتصاب الذكر، ولا إدخاله في الدبر، ولا بين الفخذين، ولا بين الشفرين خارج الفرج. وهذا هو الوطء المطلوب. ودليل اشتراط الوطء:

أ - قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230].

وللمالكية في تفسير المراد من قوله «تنكح» وجهان:

الأول: أن المراد به الوطء لا العقد. وهو من الإستعمالات القليلة التي أطلق فيها النكاح في القرآن الكريم على الوطء. وعلى هذا فالآية نصّ في اشتراط الوطء للتحليل، والسنة جاءت مثبتة لهذا المعنى فيها⁽⁶⁾. وقد قرّر القرافي بناء على ذلك قاعدة وهي أن كل نكاح في كتاب الله تعالى فالمراد به العقد إلا هذه الآية المراد منها الوطء مع العقد⁽⁷⁾.

(2) الذخيرة 4 / 263.

(1) الإشراف 2 / 138.

(3) الإشراف 2 / 138.

(4) أخرجه البخاري في الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث. ومسلم في النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً وأخرجه مالك بلفظ قريب في النكاح باب نكاح المحلل وما أشبهه.

(5) الذخيرة 4 / 319.

(6) أحكام القرآن لابن العربي 1 / 198، وتقييد أبي الحسن 2 / 68، وتفسير ابن عرفة 2 / 662.

(7) الذخيرة 4 / 316.

الثاني: أن المراد به العقد لا الوطء. بناء على أن النكاح لم يستعمل في الشرع إلا في العقد. وعلى هذا فإن الآية تفيد كون العقد كافياً في التحليل. وأما اشتراط الوطء فقد جاء مثبتاً من السنة⁽¹⁾.

ب - حديث قصة امرأة رفاعة المتقدم.

ووجه الاستدلال منه أنه قيد الإطلاق الذي في لفظ النكاح في الآية، بناء على أن المراد به العقد، وذلك بإثبات شرط الوطء⁽²⁾.

ج - الإجماع⁽³⁾.

د - أن الغرض باشتراط نكاح الزوج الثاني حتى ترجع للأول، هو عقوبة الزوج الأول على ما فعل من الطلاق الثلاث وردعه أن يعود لمثله، وذلك إنما يحصل بالوطء دون مجرد العقد⁽⁴⁾.

هـ - عن عائشة أنها سئلت عن رجل طلق امرأته البتة فتزوجها بعده رجل آخر فطلقها قبل أن يمسيها، هل يصح لزوجها الأول أن يتزوجها؟ فقالت: لا حتى يذوق عسيلتها⁽⁵⁾.

5 - أن لا يوجد مانع شرعي عند إدخال الذكر، كالحيض والنفاس والإحرام والصوم والإعتكاف. والدليل:

- القياس على الوطء في النكاح الفاسد، في كونه لا يقع به الإحلال، لأنه ووطء على وجه ممنوع بالشرع لحق الله تعالى⁽⁶⁾.

6 - أن لا ينكر الزوجان الإيلاج، أي إدخال الذكر، بأن يقرّأ به. أو لم يعلم منهما إقرار ولا إنكار. فإن أنكر واحد منهما أو أنكر معاً الإيلاج لم تحلّ لزوجها الأول.

7 - أن تُعلم الخلوة بينهما، ولو بشهادة امرأتين. ولا يكفي مجرد تصادق الزوجين على الخلوة. فإن لم تعلم الخلوة، فلا تحلّ لزوجها الأول.

8 - أن تعلم الزوجة - فقط - بالوطء. والمراد بالعلم العقل. فلا يكفي أن تكون حين الوطء نائمة أو مغمى عليها أو مجنونة. ودليل ذلك أن الحديث اشترط ذوق العسيلة والنائمة ونحوها لا تذوق العسيلة⁽⁷⁾.

(1) المعلم 154/2، وتفسير ابن عرفة 662/2، وكشف المغطى ص 245.

(2) الإشراف 137/2، والمعلم 155/2، والذخيرة 319/4، وكشف المغطى ص 245.

(3) حاشية الصاوي 374/1. (4) الإشراف 137/2.

(5) أخرجه مالك في النكاح، باب نكاح المحلل وما أشبهه.

(6) الإشراف 38/2. (7) المعلم 55/2.

ولا يشترط علم الزوج بذلك، كأن يكون مجنوناً ودليل عدم اشتراط علم الزوج، وأنه يجوز أن يكون وطؤه حال جنونه:

- قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230].

ووجه الاستدلال أنه أسند الفعل لها ولم يسنده للزوج فلم يقل: حتى ينكحها زوج غيره⁽¹⁾.

9 - أن لا يقع النكاح بقصد التحليل. لأنه نكاح فاسد لا يثبت بالدخول. والمحلل هو من تزوج المبتوتة بقصد تحليلها لغيره. وذلك إذا نوى مفارقتها بعد وطئها، أو لم ينو شيئاً، أو نوى إمساك المرأة وعدم فراقها إن أعجبت به؛ فلا تحلّ به المبتوتة. وهو نكاح فاسد على كل حال، وهو حرام. ودليل تحريمه:

أ - عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»⁽²⁾.

ب - عن ابن مسعود قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له⁽³⁾.

ج - عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟» قالوا: بلى يا رسول الله. قال: «هو المحلل. لعن الله المحلل والمحلل له»⁽⁴⁾.
والدليل على أنه فاسد ولا يقع به التحليل:

أ - عن ابن عباس قال: سئل رسول الله ﷺ عن المحلل؟ فقال: «لا إلا نكاح رغبة، لا نكاح دلسة، ولا استهزاء بكتاب الله. ثم يذوق العسيلة»⁽⁵⁾.

ب - القياس على شراء الخمر في بطلانه، بجامع كونه محظوراً استحقّ عقده به اللعن⁽⁶⁾.

ج - أن اللعن في الأحاديث المتقدمة يدل على التحريم وعلى النهي. والنهي يدل على فساد المنهي عنه⁽⁷⁾.

وسبب لعن المحلل ما فيه من دناءة المروءة، من عزم الإنسان على وطء امرأة لتمكين غيره من وطئها بعد صيرورتها فراشاً له ومنسوبة إليه. وسبب لعن المحلل له لاستباحته بهذا التحليل الفاسد⁽⁸⁾.

(1) الذخيرة 4/317.

(2) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في التحليل، وابن ماجه في النكاح، باب المحلل والمحلل له.

(3) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في المحلل، والنسائي في الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثاً.

(4) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب المحلل والمحلل له.

(5) أخرجه الطبراني في الكبير 11/180. (6) الإشراف 2/138.

(7) بداية المجتهد 2/101، والذخيرة 4/320. (8) الذخيرة 4/320.

ويفسخ هذا النكاح أبداً، بطلقة بائنة، للاختلاف فيه. ولها المهر المسمى بالدخول، وقيل مهر المثل، نظراً إلى أن العقد على وجه التحليل أثر خلاً في الصداق. وهذا القول ضعيف وإن كان موافقاً للقواعد.

والذي يضر في هذا النكاح هو نية الزوج المحلل. وأما نية المرأة للتحليل لزوجها الأول، ونية زوجها الأول المطلق التحليل، فهي لغو لا أثر لها ولا تضر، ولو اتفقا على أنها تتزوج بزيد ليحللها، فلا تضر إلا نية المحلل.

ووجه اعتبار نية المحلل في إفساد النكاح، دون نية الزوج الأول؛ أن الطلاق بيد الزوج المحلل، وليس بيد الزوجة. والزوج الأول لا مدخل له في إمساك الزوج الثاني ولا في طلاقه⁽¹⁾.

ما يحرم بسبب الكفر:

12 - الكافرة غير الكتابية: لا يجوز نكاح الكافرة غير الكتابية، كالدهرية والمجوسية. ولو كانت الدهرية أو المجوسية كتابية ثم انتقلت. ودليل تحريم الكافرة غير الكتابية:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾ [البقرة: 221].

ووجه الاستدلال أن النهي هنا للتحريم. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه⁽²⁾. والآية عامة في كل مشركة وثنية كانت أو مجوسية⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا بَعْضَ الْكَافِرِينَ﴾ [المتحنة: 10].

والآية أمرت المسلمين الذين أسلموا ولهم زوجات مشركات أن لا يتمسكوا بهن وأن ينفصلوا عنهن⁽⁴⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَاللَّحْمَنِاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾

[المائدة: 5].

ووجه الاستدلال أن دليل الخطاب يقتضي أن من كانت من غير أهل الكتاب هي محرمة⁽⁵⁾.

د - عن الحسن بن محمد بن علي قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يدعوهم إلى الإسلام، فمن أسلم قبل منه، ومن أبى كتب عليه الجزية، ولا تؤكل

(1) المنتقى 3/ 299، والبيان والتحصيل 4/ 385، والعارضه 5/ 47، والذخيرة 4/ 321.

(2) أحكام الفصول ص 229، وتفسير ابن عرفة 2/ 632.

(3) الإشراف 2/ 101.

(4) أحكام ابن العربي 4/ 1789، وبداية المجتهد 2/ 51.

(5) الإشراف 2/ 102.

ذبيحته ولا تنكح منهم امرأة⁽¹⁾.

فقد استثنى أكل طعامهم ونكاح نسائهم فلم يلحقهم في ذلك بأهل الكتاب.

هـ - قياس المجوسيات على الوثنيات بجامع عدم تمسكهن بكتاب⁽²⁾.

وأما الكتابية، سواء كانت يهودية أو نصرانية، أو يهودية انتقلت للنصرانية، أو نصرانية انتقلت لليهودية، أو كانت دهرية أو مجوسية ثم انتقلت إلى اليهودية أو النصرانية، فإنه يجوز نكاحها. ودليل جواز نكاح الكتابية:

- آية المائدة 6 المتقدمة.

ووجه الاستدلال أن المراد بالمحصنات هنا حرائر أهل الكتاب⁽³⁾. وهذه الآية خصصت عموم النهي عن نكاح المشركات، لأن أهل الكتاب مشركون داخلون في عمومها⁽⁴⁾. ودليل كونهم مشركين:

أ - دلالة اللغة، فإن الإشراف بين شيئين شرك. ومن جعل عيسى أو عزيزاً ابناً لله تعالى، فقد أشركه معه.

ب - دلالة الشرع، وهو قوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ يُضَاهُونَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ قَتَلْنَاهُمْ اللَّهُ أَنْتَ يُؤْفَكُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [التوبة: 30].

وقد قال ابن عمر: لا أعلم شركاً أعظم ممن جعل لله صاحبة وولداً.

ويكره عند الإمام مالك نكاح الكتابية في دار الإسلام، ولا يكره عند ابن القاسم. وهو ظاهر الآية الكريمة. ودليل الكراهة⁽⁵⁾:

- فعل الصحابة، عن شقيق قال: تزوج حذيفة يهودية، فكتب إليه عمر أن خلّ سبيلها... إني لا أزعّم أنها حرام، ولكنني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن⁽⁶⁾.

ووجه الكراهة أنها تتغذى بالخمير والخنزير، وتتغذى ولدها به، وزوجها يقبلها ويضاجعها، وليس له منعها من ذلك التغذي، ولو تضرر برائحته. كما ليس له منعها من الذهاب للكنيسة. وقد تموت وهي حامل فتدفن في مقبرة الكفار، وهي حفرة من حفر النار.

(1) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 70/6، والبيهقي في السنن الكبرى 192/9 و285.

(2) الإشراف 102/2.

(3) الإشراف 101/2، والمنتقى 328/3، والمقدمات 465/1، والذخيرة 322/4، وقرّة العين ص 107.

(4) المنتقى 328/3، وأحكام ابن العربي 157/1، وتفسير ابن عرفة 632/2، وقرّة العين ص 107.

(5) الذخيرة 322/4.

(6) أخرجه ابن أبي شيبة في النكاح، باب من كان يكره النكاح في أهل الكتاب، والبيهقي في النكاح، باب نكاح حرائر أهل الكتاب.

وتتأكد الكراهة إن تزوجها بدار الحرب، لأن لها قوة بها ليست لها في دار الإسلام. فربما ربّت ولده على دينها ولم تبال باطلاع أبيه على ذلك. وأما حكم تزوج المسلمة بالكافر ودليله فقد تقدم في شروط الزوج.

إسلام الكافر وتحتة كافرة:

إذا أسلم الكتابي أو غيره، ولو مجوسياً، وتحتة زوجة كتابية، فإن نكاحه يقرّر. ولو لم تسلم معه. لأنها تكون كتابية تحت مسلم.

وإذا أسلم الكتابي أو المجوسي، على زوجة مجوسية، ثم أسلمت بعده زوجته، فإن نكاحهما يقرّر بشرط، وهو أن يقرب إسلامها من إسلامه، كالشهر وما قرب منه. وهذا ولو وقفت وعرض عليها الإسلام فأبته، ثم أسلمت.

وإذا أسلمت معه أو أسلمت قبله، فأسلم هو في عدّتها فإنهما يقرآن على نكاحهما. والدليل على أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها لا تبين منه بمجرد إسلامها، وأنه إذا أسلم فهو أحقّ بها بدون ارتجاع ما لم تنقض عدّتها:

أ - عن ابن شهاب الزهري أن زوجة صفوان بن أمية أسلمت ولم يفرّق رسول الله ﷺ بينها وبين زوجها صفوان، حتى أسلم واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح. وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهرين⁽¹⁾.

ب - عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام، وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل، فأسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة من الإسلام حتى قدم اليمن. فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام، فأسلم. وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح فلما رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحاً، وما عليه رداء حتى بايعه. فثبتا على نكاحهما ذلك⁽²⁾.

وهذان الخبران من ابن شهاب وإن كانا مرسلين إلا أن قصة صفوان وقصة عكرمة قد شهرتا وتواتر خبرهما. وذلك يقوم مقام الإسناد المتصل⁽³⁾.

ج - عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد النبي ﷺ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده. فقال: يا رسول الله إنها قد كانت أسلمت معي فردّها عليّ. فردّها عليه⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله.

(3) المنتقى 3/343.

(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين، والترمذي في النكاح، باب في الزوجين المشركين يسلم أحدهما، وابن ماجه في النكاح، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر.

د - أن إسلام الزوجة لا يوجب الفرقة، وإنما تقع به الفرقة، أي يجري به إلى الفرقة إذا لم يتعقبه إسلام الزوج. ويحصل العلم بوقوع الفرقة بإسلام الزوجة إذا انقضت العدة ولم يسلم الزوج. فإن أسلم فإنه يحصل العلم بأن إسلام الزوجة لم يؤثر فرقة. وإنما يؤثر تصحيحاً للعقد وإثباتاً له⁽¹⁾.

وبلفظ آخر فإن إسلام الزوجة يدخل تشغيباً على النكاح. وهذا التشغيب لا يوجب الفرقة وإنما يوجب العدة فقط كالطلاق الرجعي. فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة فقد زال التشغيب وانجبر الثلم وصحح إسلامه العقد، فبقيت عنده على حكم النكاح الأول ولم يحتج إلى رجعة⁽²⁾.

ودليل اشتراط عدم انقضاء العدة حتى يستقر نكاحه عليها إذا أسلم:

- الإجماع⁽³⁾. قال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها. إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها⁽⁴⁾.

وأما ما روي عن ابن عباس قال: رد رسول الله ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بالنكاح الأول، لم يحدث شيئاً بعد ست سنين. وفي رواية: بعد ستين⁽⁵⁾.

وهذه الرواية ضعيفة لما فيها من الإضطراب. وهي معارضة بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي ﷺ ردّ زينب ابنته على أبي العاص بن الربيع بنكاح جديد ومهر جديد⁽⁶⁾.

وهي رواية مرجحة على رواية ابن عباس⁽⁷⁾. ومع احتمال صحة رواية ابن عباس فإن لها وجوهاً من التأويل منها أنه حكم منسوخ، وقد ثبت نسخه بالإجماع على أنها إذا انقضت عدتها فقد بانت منه⁽⁸⁾.

فإن أسلمت الزوجة بعد زوجها بزمن بعيد، أو أسلمت قبله، وأسلم هو بعد خروجها من العدة. فإنه يفرق بينهما بلا طلاق، لأن أنكحة الكفار فاسدة. ودليل التفريق بين الزوج إذا أسلم وبين زوجته إذا لم تسلم أو أسلمت بزمن بعيد:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا بِعِصْمِ الْكُوفِرِ﴾ [المتحنة: 10].

(1) المنتقى 3/ 344.

(2) المنتقى 3/ 344.

(3) المنتقى 3/ 345.

(4) الموطأ 2/ 544.

(5) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب إلى متى تردّ عليه امرأته، والترمذي في النكاح، باب في الزوجين المشركين وابن ماجه في النكاح.

(6) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما، وابن ماجه في النكاح، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر.

(7) المنتقى 3/ 345.

(8) المنتقى 3/ 345.

وأما وجه استقرار النكاح إذا أسلمت بعده بنحو شهر وما قرب منه أن الأمر في الآية محمول على التراخي⁽¹⁾.

ودليل عدم استقرار نكاح المسلمة على الكافر إذا لم يسلم في عدتها من يوم إسلامها:

أ - قوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَسْنَ جِلَّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [المتحنة: 10].

والآية نص في تحريم إرجاع المؤمنات المهاجرات إلى أزواجهن المشركين⁽²⁾.

ب - قياس غير المهاجرات - بعد انقطاع الهجرة - على المهاجرات في عدم جواز إقرار أو استدامة ملك الكافر عصمتها بجامع كونها امرأة مسلمة⁽³⁾.

ودليل كون أنكحة المشركين فاسدة:

- دلالة الأولى. وذلك أن أنكحة المسلمين إذا عريت عن الشروط التي يفتقر إليها

النكاح كالولي ورضا الزوجة وعدم العدة، كانت فاسدة، فأنكحة أهل الشرك أولى بالفساد⁽⁴⁾.

فإن تزوجها بعد ذلك فهي بعصمة جديدة كاملة.

كما أن طلاق الكفار فاسد لا يقع. فإن أبانها بإيقاع الطلاق الثلاث في حال كفره، وأسلم بعد ذلك، فإنه يعقد عليها إن شاء بدون الزواج من زوج آخر. وتكون معه بعصمة جديدة كما لو لم يتزوج بها أصلاً.

إسلام من عنده أكثر من أربع نسوة أو من يحرم جمعهن:

إذا أسلم كافر، سواء كان قبل إسلامه كتابياً أو مجوسياً، وتحتته أكثر من أربع نسوة، فإن له اختيار أربع منهن ممن شاء. سواء كانت المختارات أوائل في العقد أو أواخر، أو كان عقد على جميعهن في عقد واحد. وسواء بنى بمن أو لا. وإن شاء اختار أقل من أربع أو لم يختار شيئاً. ودليل ثبوت الخيار:

أ - حديث غيلان المتقدم.

ب - حديث الحارث بن قيس المتقدم.

ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم أثبت لهما الخيار⁽⁵⁾.

ودليل عدم الفرق بين كونهن أوائل في العقد عليهن أو أواخر، أو كان العقد

عليهن في عقد واحد:

(1) البيان والتحصيل 137/5.

(2) المتقى 344/3.

(3) المتقى 344/3.

(4) الإشراف 104/2.

(5) الإشراف 103/2، والعارضة 60/5، وبداية المجتهد 58/2، والذخيرة 332/4.

أ - أن النبي ﷺ لم يستفسرهما عن ذلك. فدل أن الحكم لا يختلف. لِمَا ذكر في أصول الفقه أن ترك الإستفصال في حكايات الأحوال مع الإحتمال يستنزل منزلة العموم في المقال⁽¹⁾.

ب - أن الأصل في أنكحة الكفار أنها فاسدة، وإنما يصحح لهم الإسلام منها العقود ويعفو عن صفاتها⁽²⁾.

ومحلّ الإختيار المذكور إن كنّ أسلمن معه أو كنّ كتابيات. وأما المجوسيات الباقيات على كفرهنّ، فلا يتأتى فيهنّ اختيار.

وإذا أسلم وتحتته من يحرم الجمع بينهما، فإنه يختار واحدة من محرمتي الجمع، غير الأم وابنتها، وسواء كانت المختارة متأخرة أو متقدمة، عقد عليهما معاً أو مترتبتين، دخل بهما، أو بإحدهما، أو لم يدخل. ودليل ثبوت الإختيار:

أ - عن الضحاک بن فيروز الديلمي عن أبيه قال: قلت يا رسول الله أسلمت وتحتي أختان. فقال رسول الله ﷺ: «اختر أيتها شئت»⁽³⁾.

ووجه الإستدلال أنه ﷺ أثبت له الخيار أيضاً⁽⁴⁾.

ب - أن الإسلام يصحح عقد الكافر ويعفو عن صفاته⁽⁵⁾.

وأما جمعه بين أم وابنتها، فإنه يختار إحدهما ويفارق الأخرى إن لم يمسهما، ولم يتلذذ بواحدة منهما. سواء تقدمت المختارة في العقد أو تأخرت، أو كانا في عقد واحد.

وأما إذا مسهما معاً فإنهما تحرمان عليه. وإذا مسّ إحدهما فإنها تتعین للإبقاء إن شاء وتحرم الأخرى أبداً.

ويقع الإختيار فيما تقدم من المسألتين بما يلي:

1 - بصريح اللفظ. كقوله: اخترت فلانة وفلانة.

2 - بطلاق، لأن الطلاق إنما يقع على زوجة فإذا طلق واحدة معينة فقد اختارها، وكان له اختيار ثلاثة من البواقي. وإن طلق أربعاً لم يكن له اختيار شيء من البواقي.

3 - بظهار. فإذا قال فلانة عليّ كظهر أمي، كان له اختيار ثلاثة على ما تقدم.

4 - بإيلاء. لأنه لا يكون إلا في زوجة. فإذا قال: والله لا أطؤها أكثر من أربعة أشهر كان مختاراً لها.

(1) المنتقى 4/ 122، والإشراف 2/ 103، وبداية المجتهد 2/ 58.

(2) الإشراف 2/ 103، والمنتقى 3/ 123.

(3) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في من أسلم وعنده أكثر من أربع، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان. وابن ماجه في النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أختان.

(4) الإشراف 2/ 103، والذخيرة 4/ 333. (5) الإشراف 2/ 103، والذخيرة 4/ 333.

5 - بالوطء. فإذا وطئ واحدة أو أكثر بعد إسلامه كانت الموطوءة مختارة. فإن وطئ أكثر من أربع فالعبرة بالأول.

ويحصل الإختيار بالوطء، لأنه إذا كان ما يقطع العصمة يحصل به الإختيار فأولى الوطاء المترتب على وجودها.

ولا يقع الإختيار بلفظ فسخت نكاحها لأن الفسخ لا يعدّ اختياراً. وعليه فله إختيار غير من فسخ نكاحها. فإذا كنّ عشر نسوة فسخ نكاح ستة منهن كان له إختيار البواقي. والفرق بين الفسخ والطلاق، أن الطلاق لا يكون إلا في زوجة كما تقدم. وأما الفسخ فيكون في الفاسد المجمع عليه.

ومن لم يقع إختيارها فلا شيء لها من الصداق إذا لم يدخل بها. لأن نكاحه فسخ قبل البناء. وما كان كذلك فلا شيء فيه. فإن دخل بها فلها جميع صداقها.

ومن طلقها قبل الدخول فلها نصف الصداق، لأن الطلاق إختيار.

ما يحرم بسبب المرض:

13 - المرض مرضاً مخوفاً: يمنع النكاح في المرض المخوف الذي يتوقع منه الموت عادة. سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما معاً.

ويمنع هذا ولو احتاج المريض منهما إلى الزواج لإنفاق أو غيره. وكذا ولو أذن الوارث للمريض منهما في التزويج، لاحتمال موت ذلك الوارث ويكون الوارث غيره. فلذلك كان إذنه بمنزلة العدم. وعلة المنع أن فيه إدخال وارث وإخراج وارث وهو منهي عنه. ودليل النهي⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال: «إن الرجل ليعمل والمرأة، بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار» ثم قرأ أبو هريرة ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَكَرٍ وَصِيَّتَهُ مِّنَ اللَّهِ﴾ الآية⁽²⁾.

ب - عن أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ: «من فرّ من ميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة»⁽³⁾.

ووجه الإستدلال أن المتزوج في المرض يدخل من تزوجه وارثاً ويخرج الوارث عن بعض الميراث.

(1) الذخيرة 4/208.

(2) أخرجه أبو داود في الوصايا، باب كراهية الإضرار في الوصية. والترمذي في الوصايا، باب في الضرر في الوصية. وابن ماجه في الوصايا، باب الحيف في الوصية.

(3) أخرجه ابن ماجه في الوصايا، باب الحيف في الوصية.

فإن وقع النكاح في المرض المخوف، فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يصح المريض.

وإذا تزوجت المريضة في مرضها وفسخ العقد بعد الدخول فإن لها المسمى من المهر، لأنه من المختلف فيه، وفسخه لفساد عقده، ولم يؤثر خلافاً في الصداق. ومثل الفسخ بعد البناء، موت الزوج أو موت الزوجة قبل البناء، فإن لها المسمى. وتقدم أنه لا إرث بينهما وإن كان من المختلف فيه، لأن علة فساده إدخال وارث.

وإذا تزوج المريض في مرضه المخوف، فإنه إن مات من مرضه قبل فسخه فعليه الأقل من أمور ثلاثة:

الأول: ثلث ماله.

الثاني: المسمى من المهر.

الثالث: صداق المثل.

فإن مات عن ثلاثين ديناراً شرعية - مثلاً - فإن الثلث عشرة، والمسمى أحد عشر، وصداق مثلها خمسة عشر؛ كان لها عشرة، لأنه الأقل.

وهذا سواء دخل أو لم يدخل. فإن مات بعد الفسخ وقبل الدخول لم يكن لها شيء. وأما إن مات بعد الفسخ وبعد الدخول، أو صحح كان لها المسمى تأخذه من ثلثه مبدأ إن مات. ومن رأس ماله إن صح.

ويعجل بالفسخ وجوباً متى اطلع عليه، قبل البناء وبعده، إلا أن يصح المريض منهما. أو يحكم حاكم يرى صحة عقده؛ فلا يفسخ.

ويمنع المرض أيضاً نكاح الكتابية لجواز إسلامها، فتصير من أهل الميراث. وفسخ قبل البناء وبعده ما لم يصح.



تعريف الصداق:

الصداق في اللغة مهر المرأة. وهو مشتق من الصدق، لأنه عطية يسبقها الوعد بها فيصدق المعطي⁽¹⁾.

واصطلاحاً: هو ما يجعل للزوجة في نظير الإستماع بها. وقد انتقد هذا التعريف فيما سيأتي من الإستدلال على حكمته.

حكم الصداق:

هو شرط صحة في عقد الزواج. ومعنى ذلك أنه لا يصح اشتراط إسقاطه، لا أنه يشترط تسميته. والإتفاق على إسقاطه مفسد للعقد. ودليل اشتراطه:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 4].

ووجه الإستدلال أن الله تعالى أمر بإيتاء النساء صدقاتهن، والأمر للأزواج كما يدل عليه سياق الآيات وتناسق ضمائرهما⁽²⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: 24].

ووجه الإستدلال أنه تعالى أحل ما عدا من ذكرهم من النساء في الآية السابقة لهذه الآية. وشرط أن يقع ابتغاؤهن، أي العقد عليهن بالأموال، أي بإعطاء المهور. وبذلك يفترق النكاح عن السفاح. وأكد ذلك بالأمر بإيتائهن أجورهن. ووصف المهور بكونها فريضة، بمعنى واجبة على أحد تأويلين⁽³⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ [المائدة: 5].

والآية اشترطت للنكاح إيتاء الأجور لتمييز النكاح عن السفاح والمخادنة⁽⁴⁾.

(1) التحرير والتنوير 4 / 230.

(2) أحكام القرآن لابن العربي 1 / 360، والمقدمات 1 / 468، وبداية المجتهد 2 / 21.

(3) الإشراف 2 / 106، وأحكام ابن العربي 1 / 387، والتحرير والتنوير 5 / 8.

(4) التحرير والتنوير 6 / 124.

د - قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾ [المتحنة: 10].

وفي هذه الآية اشترط الله تعالى أيضاً لنكاح المؤمنات المهاجرات الممتحنات إيتاءهن أجورهن.

هـ - قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: 50].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أخبر أن نكاح النبي ﷺ بدون مهر للتي وهبت نفسها له أمر خاص به ﷺ دون سائر المؤمنين، فلا يحل ذلك لغيره. فتعين اشتراط الصداق عليهم⁽¹⁾.

و - عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك. فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة. فقال رسول الله ﷺ: «هل عندك من شيء تصدقها إياه؟» فقال: ما عندي إلا إزاري هذا. فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك. فالتمس شيئاً» فقال: ما أجد شيئاً. فقال رسول الله ﷺ: «إلتمس ولو خاتماً من حديد» فالتمس شيئاً فلم يجد شيئاً. فقال له رسول الله ﷺ: «هل معك شيء من القرآن؟» فقال: نعم، معي سورة كذا وسورة كذا، لسور سماها. فقال رسول الله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه ﷺ لما وهبت المرأة نفسها للنبي لم ينكر ذلك عليها. ولما سأله الرجل نكاحها لم يجعل له إلى ذلك سبيلاً دون صداق، مع حاجة الرجل وفقره وعدم ما يصدقها إياه، حتى أنكحه إياها بما معه من القرآن، ولو جاز أن يخلو نكاح غير النبي ﷺ من مهر لما منعه النبي ﷺ من ذلك⁽³⁾.

ز - عن عمران بن حصين قال قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر قل أو كثر»⁽⁴⁾.

حكمة مشروعية الصداق:

نصت الآيات المذكورة على أن الصداق فارق بين النكاح المشروع والنكاح غير المشروع، وهو الزنا والخدان والسفاح.

(1) المنتقى 3/ 276، والذخيرة 4/ 349.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، والبخاري في النكاح، باب السلطان ولي، ومسلم في النكاح باب الصداق.

(3) المنتقى 2/ 276، القبس 2/ 692.

(4) عزاه الهيثمي للطبراني في الكبير (مجمع الزوائد 4/ 286).

وقد سمّاه الله تعالى نحلة وأجرأ، للإشارة إلى أنه يأخذ من جانب حكم النحل، ومن جانب آخر حكم المعاوضات.

فهو من الجانب الأول هدية أوجبها الله تعالى على الزوج لزوجته وليس عوضاً، لأن النحلة في اللغة العطية بلا قصد عوض.

وقد اختلف في تعليل وجوب هذه الهدية. فقال ابن رشد الجدّ هي لإحلال فرج الزوجة واستباحته. ونفى أن تكون عوضاً عن الإستمتاع بالزوجة لأن الزوجة تستمتع به كما يستمتع بها، ويلحقها من ذلك مثل الذي يلحقه، والمباضعة فيما بينها وبين زوجها واحدة⁽¹⁾. فقد فرّق بين إحلال الفرّج وبين الإستمتاع به.

وهي عند الشيخ ابن عاشور إكرام للزوجة فقد قال: «وسمّيت الصدقات نحلة إبعاداً لها عن أنواع الأعواض، وتقريباً بها إلى الهدية، إذ ليس الصدّاق عوضاً عن منافع المرأة عند التحقيق، فإن النكاح عقد بين الرجل والمرأة قصد منه المعاشرة، وإيجاد آصرة عظيمة، وتبادل حقوق بين الزوجين، وتلك أغلى من أن يكون لها عوض مالي، ولو جعل لكان عوضها جزئياً ومتجدداً بتجدد المنافع، وامتداد أزمانها، شأن الأعواض كلها، ولكن الله جعله هدية واجبة على الأزواج إكراماً لزوجاتهم»⁽²⁾.

ولكونه نحلة تسومح في أحكامه ما لم يتسامح في البيع، فيجوز فيه عدم تسميته عند العقد، ولو كان ثمناً للبضع حقيقة لما صحّ النكاح دون تسمية الصدّاق، كالبيع الذي لا ينعقد إلا بتسمية الثمن⁽³⁾.

وهو من جانب آخر يأخذ شبيهاً من الأعواض لما فيه من بعض أحكام البيع، ولذلك قال الإمام مالك: النكاح أشبه شيء بالبيع⁽⁴⁾، كما سترى ذلك في ثنايا المسائل.

وعند ابن العربي أن الصدّاق عوض خرج عن حكم النحل إلى حكم المعاوضات. لأن الله تعالى سمّاه أجرأ. وعوضه ملك الزوج السلطنة على المرأة بما بذل من العوض فيه⁽⁵⁾. وهو رأي لم يذهب إليه الشيخ ابن عاشور رغم تقليده له في كثير من مواطن التفسير.

قدر الصدّاق:

أقلّ الصدّاق ربع دينار ذهباً، أو ثلاثة دراهم فضّة، خالصة من الغش. فلا يجزىء أقل من ذلك. والإستدلال على أقلّ الصدّاق ينبنى على البحث في مسألة، وهي وجوب

(2) التحرير والتنوير 4/ 230 - 231.

(4) أحكام ابن العربي 1/ 389.

(1) المقدمات 1/ 468.

(3) المقدمات 1/ 468.

(5) أحكام ابن العربي 1/ 317.

تقدير أقل المهر وعدمه . وعند المالكية أنه يجب تحديد أقله . ودليل هذا الوجوب :
أ - حديث سهل بن سعد عن الواهبة نفسها . المتقدّم .

ومحل الاستدلال منه لفظة «شيء» في قول الرجل : «ما أجد شيئاً» فإنها تقع على القليل والكثير . ولا خلاف أنه كان يقدر على نواة تمرّة وقتة خشيش وحزمة حطب ، وأنواع من هذا . فدلّ على أن مثل هذه الأنواع لا يصح أن تكون مهراً ، وأن الرجل فهم من قول النبي ﷺ : «إلتمس شيئاً أي شيئاً يصح أن يكون صداقاً .

وكذلك فإن النبي ﷺ لما قال له : «إلتمس ولو خاتماً من حديد» يدل على أنه كلفه أولاً بإحضار ما فيه مقدار ما يصلح أن يكون صداقاً . فلما عجز نقله إلى الأقل وهو خاتم الحديد⁽¹⁾ .

ب - أن الشيء اليسير الذي لا قدر له يجعل النكاح بدون صدق ، أو في معنى الموهوبة التي خصّ الله تعالى بها النبي ﷺ دون المؤمنين⁽²⁾ .

ج - القياس على الزكوات والكفارات في تقدير أقلها ، بجامع كونها من حقوق الله تعالى لا يجوز إسقاطها⁽³⁾ .

د - قياس المهر على قطع اليد في السرقة ، في تقدير أقله بجامع أنه عضو مستباح بمال⁽⁴⁾ .

وأما دليل تقدير أقل الصدق بربع دينار :

- القياس على القطع في السرقة ، بجامع أنه عضو مستباح بمال⁽⁵⁾ .

وذكر التلمساني أن الدليل على هذه المسألة ليس قياساً ، وإنما هو - كما سمّاه - استشهاد على أقل ما هو معتبر . وتقريره عنده أن الشرع أوجب المال في النكاح ، وذلك إظهار لخطر النكاح ، والخطر لا يحصل بأقل ما يسمى مالاً ، فإن الفلوس والحبة يصدق على كل واحد منهما أنه مال . ولا بدّ من اعتبار ماله خطر وبال ، وذلك مختلف شرعاً وعرفاً . فوجب الرجوع فيهما إلى الشرع ؛ إذ هو الموجب لأصل المال في النكاح تشريعاً له . فوجب اعتبار أقل الأموال التي جعل الشرع لها خطراً ، ولا أقل من نصاب السرقة ؛ فإن اليد ذات خطر ؛ فلما قطعت في ربع دينار ، دل ذلك على أن ربع دينار له خطر . ولما لم نجد أقل منه يشهد الشرع بخطرته ، علمنا أن أقل الأموال التي لها خطر في الشرع ربع دينار ، فلذلك حددنا به المهر⁽⁶⁾ .

(1) المنتقى 3/276 ، والذخيرة 4/351 . (2) المقدمات 1/469 .

(3) الإشراف 2/107 ، وبداية المجتهد 2/22 . (4) الإشراف 2/107 .

(5) الإشراف 2/107 ، والمنتقى 3/289 ، والمعلم 2/150 ، وبداية المجتهد 2/22 .

(6) مفتاح الوصول ص 109 ، وانظر أيضاً المقدمات 1/469 ، وأحكام ابن العربي 1/387 .

وأما قوله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد» فإن ظاهره يدل على جواز أن يكون المهر بأقل من ربع دينار لأنه خرج مخرج التقليل. وقد اعتمد في ردّ هذا الظاهر ثلاثة وجوه⁽¹⁾:

الأول: القياس المتقدم.

الثاني: أن الأصل في الصداق أنه حق الله تعالى فوجب تقديره، وهذا الأصل لا يردّ بأحاديث محتملة، ومن ذلك، احتمال أنه خاص بذلك الرجل.

الثالث: أن خاتم الحديد - عندهم - كان يتزين به، فكانت قيمته أكبر من وزنه لصياغته.

وأما أكثر الصداق فلا حدّ له. ودليل عدم تحديده:

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ سَبِّدَآلَ زَوْجٍ مَّكَّاتٍ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُهُمْ إِحْدَثَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: 20].

ووجه الإستدلال أن الله تعالى نهى الأزواج إذا طلقوا نساءهم أن يسترجعوا منهن المهور التي دفعوها لهن عند النكاح ولو بلغ مهر المرأة قنطاراً⁽²⁾. والقنطار هنا مبالغة في مقدار المال المعطى صداقاً، أي مالا كثيراً كثيرة غير متعارفة، وهذه المبالغة تدلّ على أن إيتاء القنطار مباح شرعاً. لأن الله تعالى لا يمثل بما لا يرضى شرعه⁽³⁾.

ويجوز أن يكون الصداق بما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم. أي فلا بدّ أن تكون قيمته مساوية إما لربع دينار، أو لثلاثة دراهم، وإن لم تساو الآخر، لاختلاف صرف الوقت. فالمضرّ النقص عنهما.

شروط الصداق:

يشترط في الصداق ما يشترط في الثمن في البيع. إلا أنه لبنائه على المكارمة قد يغتفر فيه ما لا يغتفر في الثمن. وشروطه:

1 - أن يكون متمولاً شرعاً: من عرض أو حيوان أو عقار. ودليل اشتراط التمول: أن الله تعالى لما أمر بأن يكون النكاح بالأموال لم يجز أن يبذل فيه ما ليس بمال، وحقيقة المال ما تتعلق به الأطماع ويعتد للإنتفاع⁽⁴⁾.

2 - أن يكون طاهراً لا نجساً: إذ لا يقع بالنجس تقويم شرعاً، كالخمر وغيره من النجاسات.

3 - أن يكون منتفعاً به شرعاً: إذ غير المنتفع به لا يقع به تقويم، كآلة لهو، فلا

(1) المعلم 150/2، والذخيرة 351/4، والعارضه 37/5، وبداية المجتهد 22/2.

(2) أحكام القرآن 366/1، والمقدمات 470/1. (3) التحرير والتنوير 289/4.

(4) أحكام ابن العربي 388/1.

يصح دفعها صداقاً إن لم يكن الجوهر الذي بها - بقطع النظر عن كونها للهو - يساوي أقل الصدّاق، وإلا أجزاء.

4 - أن يكون مقدوراً على تسليمه للزوجة.

5 - أن يكون معلوماً قدرأً وصنفأً وأجلاً.

وأدلة هذه الشروط القياس على البيع. وسيأتي إن شاء الله تعالى أدلتها في البيوع.

ولا يجزىء الصدّاق إن لم يكن متمولاً، ومن ذلك:

- إذا وجب على المرأة للرجل قصاص، فيتزوجها على تركه. فيفسخ قبل الدخول. فإن دخل ثبت بصدّاق المثل.

- التراب الذي لا بال له.

- أن يتزوجها ليكون سمساراً في بيع سلعة لها. وأما لو جعلت له شيئاً يساوي ربع دينار في نظير السمسرة، فاستحقه، فله جعله صدّاقاً.

ولا يجزىء أن يكون كما يلي:

- لا يملك شرعاً كالخنزير والخمر. مع ما في الخمر من النجاسة.

- أو يكون غير مقدور على تسليمه كحيوان شارد.

- أو يكون فيه غرر كثمرة لم يبد صلاحها على التبقية للطيب. وأما على أخذها من هذا الوقت فيغتفر، وإن كان لا يصح بيعه.

- أو يكون مجهولاً كشيء أو ثوب لم يوصف. أو دنائير لم يبين قدرها، أو بيته ولم يبين الأجل.

التغالي في الصدّاق:

يكره التغالي في الصدّاق. والدليل:

أ - عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «أعظم الناس بركة أيسرهن مؤنة»⁽¹⁾.

ب - عن أبي العجفاء قال: خطبنا عمر فقال: ألا لا تغالوا بصدّق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أمّدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه، ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية⁽²⁾.

(1) ذكره السيوطي في الجامع الصغير 47/1، وعزاه لأحمد بن حنبل والحاكم والبيهقي في شعب الإيمان.

(2) أخرجه أبو داود في النكاح، باب الصدّاق، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في مهور النساء، والنسائي في النكاح، باب القسط في الأصدقة، وابن ماجه في النكاح، باب صدّاق النساء.

ما يجوز في الصداق:

1 - يجوز الصداق بما فيه غرر يسير أو جهالة يسيرة، وذلك لانبنائه على المكارمة، بخلاف البيع، كما لو وقع بثمرة لم يبد صلاحها على الجد. أي وإن لم توجد شروط البيع.

ومن ذلك أيضاً لو وقع بشويرة معروفة عندهم، أي بجهاز بيت معلوم بينهم. كأن يقول: أتزوجك بالشوار. فينظر لها، إن كانت حضرية أو بدوية، ويقضى بشوار مثلها لمثله. بخلاف البيع، فلا يجوز أن تكون الشويرة ثمناً.

وكذا لو وقع على عدد معلوم من الإبل - مثلاً - لكن في الذقة وغير موصوف.

وكذا لو وقع على صداق مثلها.

فإن وقع النكاح على ما فيه غرر يسير أو جهالة يسيرة فإن لها الوسط مما ذكر من الشويرة والعدد وصداق المثل. ودليل جواز الغرر اليسير والجهالة اليسيرة في الصداق:

أ - عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ: «أنكحوا الأيامى» قالوا: يا رسول الله ما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون ولو قضياً من أراك»⁽¹⁾.

ب - أن الصداق وإن كان يأخذ صورة العوض، ويشترط فيه ما يشترط في سائر الأعراض في البيع، إلا أن العوضية فيه غير مقصودة لأن النكاح مبني على المكارمة والمساهلة. ولذلك سماه الله تعالى نحلة، فلا يضر الجهل به ولا الغرر اليسير فيه، بدليل أن النكاح يصح مع عدم ذكره، وذلك في نكاح التفويض وبذلك يفارق البيع، لأن البيع، العوضية مقصودة فيه وهو مبني على المكايسة والمشاحة، والإخلال بذكره عند العقد مفسد له⁽²⁾.

2 - يجوز تأجيل الصداق كلاً أو بعضاً للدخول، وذلك إن علم وقت الدخول بالعرف والعادة عندهم. فإن لم يعلم، فإن العقد يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل.

3 - يجوز تأجيله إلى الميسرة إن كان الزوج ملياً، له سلع يرصد بها الأسواق، أو له معلوم في وقف أو وظيفة. ووجه الجواز أن الأجل فيه وإن كان غير معلوم تحديداً، إلا أنه معلوم عرفاً بما يعرف من حاله، فجاز في الصداق هذا اليسير من الجهل؛ لأن النكاح في ما يتعلق بالصداق أوسع من البيوع⁽³⁾.

(1) أخرجه البيهقي في الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً.

(2) الإشراف 2/ 112، والبيان والتحصيل 5/ 29، والذخيرة 4/ 354، وبداية المجتهد 2/ 25، ومفتاح الوصول ص 123.

(3) البيان والتحصيل 5/ 29.

أما إن كان معدماً فإن العقد يفسخ قبل الدخول. ووجه عدم الجواز الجهالة الكثيرة في الأجل⁽¹⁾.

4 - يجوز أن يكون الصدّاق هبة من الزوج يملكه لآخر تعيينه الزوجة.

تسليم الصدّاق:

يجب على الزوج تسليم الصدّاق المعيّن والحالّ للزوجة أو لوليّها، إذا كان حاضراً في مجلس العقد وما في حكمه. وذلك إذا طلبت الزوجة تعجيله، ولو كان الزوج صغيراً والزوجة غير مطيقة.

ولا يجوز تأخير تسليم المعيّن بعد العقد عليه لما يلحق ذلك من الغرر. لأنه لا يدرى كيف يقدم لإمكان هلاكه قبل قبضه. ومحل امتناع التأخير إذا كان بشرط وإلا فلا.

ويفسد العقد إن دخلا على تأجيله ووقع في صلب العقد شرط التأخير. وأما إن لم يشترط في صلب العقد، فالحق لها في تعجيل المعيّن ولها التأخير إذ لا محذور فيه لدخوله في ضمانها بالعقد. ومحل الفساد فيما ذكر إذا بعد الأجل. أما إذا قرب فلا يفسخ.

فإن لم يسلم لها الصدّاق المعيّن والحالّ المضمون، فإنه يندب لها منع نفسها من الدخول حتى يسلمه لها. ويندب لها منع نفسها من الوطاء إذا تمّ الدخول. ولها المنع من السفر معه قبل الدخول إلى أن يسلمها ما حلّ من المهر أصالة أو بعد التأجيل. ويكره الدخول بها ووطؤها قبل قبضها ربع دينار. والكراهة هي لحقّ الله تعالى، ووجهها مخافة أن تهب له الصدّاق بعد ذلك، فيكون قد استحلت فرجها بلا صدّاق⁽²⁾.

وهذا كله إن لم يحصل الوطاء ولا تمكينه منه. فإن سلّمت نفسها له ومكنته من الوطاء، ووطيء أو لم يطاء، فليس لها المنع بعد ذلك من الوطاء والسفر، سواء كان موسراً أو معسراً، وإنما لها المطالبة به فقط، ورفعها للحاكم كالمدين. إلا إذا استحق الصدّاق من يدها بعد الوطاء، فلها المنع بعد الاستحقاق وقبل تمكينها له بعده حتى يسلمها بدله. وسواء غرّها بأن علم أنه لا يملكه أو لم يغرّها، لاعتقاده أنه يملكه بأن ورثه أو اشتراه. فإن مكنته بعد الإستحقاق فليس لها المنع.

جبر الزوجة على تمكين نفسها وجبر الزوج على دفع الصدّاق:

إذا بادر الزوج ببذل ما عنده، أي بدفع ما حلّ من الصدّاق، وكان بالغاً، وطلب

(1) نفس المصدر.

(2) البيان والتحصيل 397/4.

الدخول، فامتنعت الزوجة وكانت مطيقة يمكن وطؤها، فإنها تجبر على أن تمكّنه من نفسها. فإن لم يكن بالغاً لم تجبر له الزوجة.

وإذا بادرت الزوجة بالتمكين من نفسها، وكانت مطيقة للوطء، وأبى الزوج أن يدخل عليها، وامتنع من دفع الصدّاق حتى يدخل بها، وهو بالغ، فإنه يجبر لها. فإن لم تكن مطيقة لم يجبر الزوج على دفع ما حلّ من الصدّاق. وهذا كله إذا كان الصدّاق غير معيّن. أما لو كان معيّنًا فلا يشترط بلوغ ولا إطاقة، بل يجب تعجيله كما مرّ.

إمهال الزوج والزوجة للتجهيز:

وعلى ما تقدم، فإنه إذا طلب الزوج الإمهال حتى يهيّء نفسه، فإنه يجاب لذلك قدر ما يهيّء مثله أمره. وإذا كانت الزوجة مطيقة ودفع الزوج ما وجب عليه من الصدّاق، وقتلنا بجبرها له، فإنها تمهل زمنًا بقدر ما يهيّء مثلها أمرها من الجهاز. وهو يختلف باختلاف الناس والزمن. ولا نفقة لها في مدة التهيئة. ودليل الإمهال هو دفع الضرر عن كليهما. لأن تعجيل دخوله عليها من ساعته تضيق عليها وإضرار بها، وتأخيرها عنه المدة الطويلة حملٌ عليه وإضرار به. فالوسط من ذلك عدل بينهما⁽¹⁾.

ويستثنى من هذا أمران:

- الأول: صدور يمين من الزوج ليدخلنّ عليها الليلة - مثلاً - فإنه يجاب لذلك ويقضى عليها بالدخول فيها، ولو كان يميناً بالله يمكن تكفيره.

وإذا حلفت هي أيضاً على عدم الدخول حتى تهيّء أمرها فينبغي أن يحنث الزوج. لأنها حلفت على حقها، وإن كان هو أيضاً صاحب حق لكن حقها أصلي.

- الثاني: طرء الحيض والنفاس، فإنها لا تمهل، ولا يقضى لها بالتأخير لانقطاع دم الحيض أو النفاس، ويقضى عليها بالدخول حال تلبّسها بأحدهما لجواز استمتاعه بما عدا ما بين السرّة والركبة.

إمهال الزوج من أجل العسر:

إذا طالبت الزوجة الزوج الصدّاق المضمون قبل الدخول أو بعده، وقبل التمكين، فادّعى العسر، وأنه لا مال له ظاهر، ولا بيّنة تشهد بعسره. فإنه يؤجّل لإثبات العسر ثلاثة أسابيع.

وهذه المدة ليست تحديداً لازماً، بل هو استحسان لاتفاق قضاة قرطبة وغيرهم عليه. وهو موكول لاجتهاد الحاكم.

(1) البيان والتحصيل 4/ 353.

فإن أثبتته في أثناء المدة المفروضة أو بعد تمامها، بالبيّنة وحلف الزوج مع تلك البيّنة يمين الإستظهار على تحقيق ما ادعاه، تلوم له من الحاكم بالنظر لعلّه يحصل له يسار ويدفع ذلك الصدّاق المطالب به، ولو لم يرج له مال. ثم إن لم يأت بالصدّاق طلق عليه إذا لم ترض الزوجة بالمقام معه وانتظاره. ودليل كون الخيار يثبت لها بالإعسار بالصدّاق، هو الإستدلال بالأولى على النفقة؛ لأن المهر أكثر اختصاصاً بالنكاح من النفقة، لأنه عوض عن البضع، ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالإعسار بالنفقة، فبأن يكون الخيار بالإعسار بالمهر أولى وأحرى⁽¹⁾.

ويجب عليه نصف الصدّاق في ذمته، لكونه قبل الدخول، إذ لا طلاق بعد الدخول بعسر الصدّاق.

ووجوب نصف الصدّاق هو بخلاف العيب يوجد بالزوجة أو الزوج يفسخ قبل البناء، فلا شيء فيه. ووجه الفرق بين المسألتين أن الذي يعسر بالصدّاق، يحتمل أن يكون الفراق من قبله، لأنه يتهم على أنه أراد الطلاق فأخفى ماله لتطلق المرأة نفسها. وأما في الذي يوجد فيه عيب فإن امرأته هي التي اختارت الفراق وليس من قبله⁽²⁾.

وأما لو كان للزوج مال ظاهر أخذ منه - كالمعِين - فإن شهدت له بيّنة بعسره حال دعواه العسر، تلوم له بالنظر من أول الأمر، ولا يؤجل. فإن كان ظاهر الملاء حبس حتى يثبت عسره.

إمهال الزوجة لأجل غربتها أو مرضها أو صغرها:

إذا طلبت الزوجة الإمهال لأجل سفرها مع الزوج وغربتها عن أهلها، أو لأجل صغر يمكن معه الوطاء، فإنها تجاب لذلك لمدة سنة. ومحل الإجابة بسنة، إذا اشترطت عند العقد. فإن لم تشترط عند العقد، وإنما ذكرت بعد العقد، أو اشترطت عند العقد أكثر من سنة، فإن الإمهال وجميع ما اشترط يبطل. وكذلك يبطل اشتراط السنة إذا كان الإشتراط لا لغربة ولا لصغر.

وحيث أجابها الزوج للإمهال على ما تقدم فإنه لا نفقة لها.

وإذا طلبت الإمهال لأجل المرض الذي يمنع من الجماع والصغر الذي لا يمكن معه الجماع، فإنها تجاب لذلك لزوالهما ولو طال.

وتمهل الزوجة للمرض، ولو لم يشترط الإمهال عند العقد بلغ حدّ السياق أم لا.

استقرار الصدّاق في ملك الزوجة وتكميله:

تملك الزوجة بالنعقد عليها نصف الصدّاق. والدليل:

(1) المنتقى 131/4، وبداية المجتهد 61/2. (2) البيان والتحصيل 50/5.

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237].

وهو نص في أن المطلقة إذا لم يمسه الزوج تستحق نصف الصداق لأجل العقد عليها الذي وقع الطلاق بعده وقبل المسيس، أي الجماع⁽¹⁾.
ويكمل لها ملك النصف الثاني من المسمى أو صداق المثل في التفويض بما يلي:

1 - بالوطء. ودليل تكميله بالوطء وأنه لا يكفي مجرد الدخول والخلوة التي لا وطاء فيها:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ نَسْتَبْدِلَ زَوْجَ مَكَانِ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِذَا تَزَوَّجْتُمْ وَأَنْتُمْ إِذَا تَزَوَّجْتُمْ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَنْ تَأْخُذُوا مِنْهُ بِهَتَّكَاتٍ وَإِنَّمَا مِثْلُهَا﴾ [النساء: 20].

فقد نصت الآية على أن المدخول بها المنكوح لا يجوز للزوج أن يأخذ شيئاً من صداقها إذا طلقها، لأن ملكيتها له استقرت عليه⁽²⁾. والدليل على أن الآية تتعلق بمن وقع وطؤها، قوله تعالى في الآية الموالية: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ والإفشاء كناية عن الجماع⁽³⁾.

ب - آية البقرة 237 المتقدمة.

ووجه الاستدلال أن الآية اعتبرت عدم المسيس مانعاً من استحقاق الزوجة جميع الصداق. والمسيس هنا كناية عن الوطاء. مما يدل على أن الدخول وحده لا تأثير له في تكميل الصداق. وأن الشرط هو المسيس. ولذلك فإن المطلقة بعد الدخول وقبل المسيس مثلها مثل المطلقة قبل الدخول في كونها لا تستحق إلا نصف الصداق⁽⁴⁾.

ج - وهو قول ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما.

وأما مجرد الدخول وإرخاء الستور فإنه لا يوجب تكميل الصداق، وإنما هو شبهة يوجب أن يكون القول قول الزوجة في ادعاء المسيس، كالشاهد، واليد، ومعرفة العفاص والوكاء، مع يمينها، إن أنكر الزوج المسيس⁽⁵⁾، وعليه يحمل ما روي عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق⁽⁶⁾. وما روى ابن شهاب عن زيد بن ثابت أنه كان يقول: إذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق⁽⁷⁾.

(1) بداية المجتهد 26 / 2، وأحكام ابن العربي 1 / 218.

(2) بداية المجتهد 26 / 2. (3) أحكام القرآن للقرطبي 5 / 102.

(4) الإشراف 111 / 2، والمتقى 292 / 3، وبداية المجتهد 26 / 2، وأحكام ابن العربي 1 / 218.

(5) البيان والتحصيل 117 / 5. (6) أخرجه مالك في النكاح، باب إرخاء الستور.

(7) أخرجه مالك في النكاح، باب إرخاء الستور.

فإن محل قولهما هو عند التنازع بين الزوجين في الوطاء. وسيأتي بيان وجه قولهما فيما بعد.

د - أن الوطاء يتعلق به أحكام كثيرة، كوجوب الغسل، وإفساد الصوم والحج، ووجوب الحد، وإحلال المطلقة للزوج الأول، والحصانة. أما الخلوة فلا يتعلق بها شيء من ذلك، فلا يتعلق بها كمال المهر⁽¹⁾.

والوطاء شرط في تكميل الصداق ولو وقع حكماً، كدخول العنين والمجبوب والمعترض؛ أو وقع محرماً، كأن يطأها في زمن حيض أو اعتكاف أو إحرام، ولو وقع الوطاء في الدبر وبقيت على بكارتها حينئذ.

وإذا أزال بكارتها بإصبعه، فإن طلقها قبل البناء فلها نصف الصداق مع أرش البكارة. وإن طلقها بعد البناء فلها الصداق كله فقط. ويندرج أرش البكارة في الصداق.

2 - بإقامة الزوجة سنة بتمامها فأكثر بيت الزوج، ولو لم يطأها ولم يتلذذ بها. وهذا إن بلغ الزوج، وأطاعت الزوجة الوطاء، وإلا فلا. وهنا قد نزلت إقامتها السنة عنده بشرطها منزلة الوطاء، لأن إتمام المهر عوض من طول تلذذه بها إن تلذذ، ومن تغييره لجهازها باستعماله معها⁽²⁾.

3 - أن يموت أحد الزوجين قبل الدخول. سواء كان الموت متيقناً أو بحكم الشرع. ودليل تكميل الصداق بالموت قبل الدخول:
- الإجماع⁽³⁾.

ويتكامل الصداق بالموت ولو قتلت نفسها كرهاً في زوجها، فلا يسقط الصداق عن زوجها. أما لو قتلت زوجها فإنها تعامل بنقيض مقصودها ولا يتكامل لها الصداق؛ وذلك لاتهامها، ولثلاً يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن.

وهذا التكميل للصداق بوفاة أحد الزوجين قبل الدخول محله في النكاح الصحيح وفي النكاح الفاسد لعقده إذا لم يؤثر خللاً في الصداق، وكان مختلفاً فيه، كنكاح المحرم بحج أو عمرة. ويشترط للتكميل في هذه الحالة:

- أن يقع تسمية الصداق. أما نكاح التفويض فلا شيء فيه بالموت قبل البناء وقبل الفرض. وأما إذا مات واحد منهما بعد فرض الصداق فهو كنكاح التسمية.

وإذا طلق الزوج زوجته بعد خلوة الإهتداء، وتنازعا في الوطاء، فادعى الزوج عدمه، وخالفته الزوجة، فإن الزوجة تصدق بيمين. لأنه قل أن لا يقع في خلوة الإهتداء

(1) الإشراف 111/2، والمنتقى 293/3.

(2) المنتقى 293/3، والذخيرة 375/4.

(3) بداية المجتهد 26/2.

وطء. ودليل تصديق الزوجة على الزوج في دعوى المسيس:

أ - القياس على العدة بجامع الضرورة الداعية لتصديق الزوجة واثمانها على ما لا يمكن الإشهاد عليه وتوثيقه بالبيّنة مما يتعلق بها⁽¹⁾.

ب - ما روي عن عمر وزيد رضي الله عنهما، وعلى ذلك يحمل قولهما⁽²⁾ المتقدم.

ج - قاعدة أن قول مدعي الإثبات مقدّم على قول النافي⁽³⁾.

د - العرف الشاهد بأن الغالب من حال الرجل إذا خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوف إليها، فإنه يطؤها. فكان القول لمن يشهد له العرف⁽⁴⁾.

هـ - أن اليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين. والمرأة هنا قوي جانبها بشهادة العرف، فيكون بمثابة الشاهد، ويكون القول قولها مع اليمين⁽⁵⁾.

وخلوة الإهتداء هي المعروفة في الفقه بإرخاء الستور. كان هناك إرخاء ستور أو غلق باب أو غيره. وتصدق المرأة ولو كانت متلبسة بمانع شرعي كحيض وإحرام، أو كانت صغيرة.

فإن نكلت الزوجة عن اليمين حلف الزوج لردّ دعواها، ولزمه النصف إن طلق.

وإن نكل الزوج غرم جميع الصدّاق، لأن الخلوة بمنزلة شاهد، ونكوله بمنزلة شاهد آخر.

والصغيرة لا يتوجه عليها يمين فيحلف هو ويغرم نصف الصدّاق. فإذا بلغت حلفت على طبق دعواها وأخذت النصف الباقي. فإن نكلت فلا شيء لها. فإن ماتت قبل البلوغ ورث عنها وحلف وارثها ما كانت تحلفه.

وإن نكل هو غرم جميع الصدّاق، وليس له تحليفها إذا بلغت.

وتثبت خلوة الإهتداء ولو بامرأتين، أو بإقرارهما عليها. أما إن اختلفا في حصول هذه الخلوة، فإن أنكرها الزوج صدق بيمين. فإن نكل غرم جميع الصدّاق. ودليل تصديق الزوج هنا مع يمينه:

- استصحاب الحال، لعدم ما يشهد لها، ويجعل قولها الأظهر. لذلك كان القول قول الزوج، فإن حلف برىء، وهذه فائدة يمينه⁽⁶⁾.

وأما في خلوة غير الإهتداء، بأن زار أحدهما الآخر في بيته وتنازعا في الوطاء،

(2) المتقى 292/3، والمقدمات 541/1.

(1) الإشراف 111/2.

(3) الإشراف 112/2.

(4) الإشراف 112/2، والمتقى 292/3، والمقدمات 541-540/1.

(5) الإشراف 112/2، والبيان والتحصيل 117/5، وبداية المجتهد 27/2.

(6) المتقى 293/3.

فإنه يصدّق الزائر منهما بيمين. فإن زارته صدّقت أنه وطئها، ولا عبرة بإنكاره. وإن زارها صدّق في نفي الوطء، ولا عبرة بدعواها الوطء، لأن له جراءة عليها في بيته دون بيتها.

وأما إن كانا معاً زائرين في بيت غيرهما صدّق الزوج في نفيه كما يرشد له التعليل المذكور قبل.

فإن لم يكونا زائرين، بأن اختليا في بيت أو فلاة من الأرض فتصدّق المرأة في دعواها الوطء، لأن الرجل ينشط في الوطء.

الفسخ وعدمه عند فقد شرط من شروط الصدّاق:

تقدّم في القسم الثاني من النكاح الفاسد أن ما كان فاسداً لفساد صدّاقه، أو لفساد عقده وأثر خللاً في صدّاقه، فإنه يفسخ قبل الدخول فقط وجوباً، ويثبت بعده بمهر المثل. ودليل هذه المسألة قائم على أمور ثلاثة:

الأول: القياس على البيع الفاسد، لفساد العوض، بأنه يفسخ قبل فوات السلعة، ولا يفسخ بعد الفوات⁽¹⁾.

الثاني: هو التفريق بين عقد النكاح والصدّاق، فقد جعلهما القاضي عبد الوهاب اثنين، بدليل أن الصدّاق يجوز تأخير تسميته عن العقد في نكاح التفويض. وبناء على ذلك ففساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر، كالبيع والنكاح. والعقد على صدّاق فاسد بمنزلة العقد بغير مهر أصلاً، فيكون كمن لم يسمّ مهراً أصلاً. وعدم تسمية المهر عند العقد لا تمنع صحته كنكاح التفويض⁽²⁾.

الثالث: أن عقد النكاح مبني على المكارمة والمواصلة⁽³⁾.

وأما وجه الوجوب في فسخه قبل الدخول هو التغليظ والردع⁽⁴⁾. وفيما يلي تفصيل هذه القاعدة وبيان ما يتعرض به النكاح للفساد والفسخ:

1 - يتعرض النكاح للفساد والفسخ إن نقص الصدّاق عن ربع دينار شرعي، أو ثلاثة دراهم شرعية، خالصة من الغش؛ أو ما يقوم بأحدهما. وإطلاق الفساد هنا تسامح، لأن الفساد يوهم وجوب الفسخ قبل الدخول ولو أتمّه، ويوجب صدّاق المثل بعده كما هو قاعدة الفساد لصدّاقه. وأنه لا شيء فيه إن طلق قبل الدخول؛ وهو منا في هذه المسألة لا يوجب الفسخ قبل الدخول، وإنما يوجب تخييره، إما أن يتمّه ربع دينار أو ثلاثة دراهم، وإلا فسخ بطلاق ولها نصف ما سمّاه لها.

وإذا غفل عنه حتى دخل لزمه إتمام ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته ذلك،

(2) الإشراف 2/ 106.

(4) المنتقى 3/ 292.

(1) المنتقى 3/ 292.

(3) المنتقى 3/ 291.

- ولا سبيل لفسخه لصحة النكاح، ولا يلزمه صدّاق المثل على القاعدة.
- 2 - وقوع الصدّاق بما لا يملك شرعاً كخمر وخنزير، ولو كانت الزوجة كتابية؛ فإنه يفسخ قبل الدخول متى عثر عليه، ولا شيء فيه، ويثبت بعده بصدّاق المثل، فلا سبيل لفسخه.
- 3 - وقوع العقد على شرط إسقاط الصدّاق، فإنه يكون فاسداً بفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصدّاق المثل.
- 4 - وقوع العقد بصدّاق غير متموّل، كقصاص ثبت له عليها أو على وليها - مثلاً - فتزوجها على أن يسقط لها حقه في القصاص، فإنه فاسد ويفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصدّاق المثل، وله الرجوع للدية، لأنه أسقط على شيء لم يتم له شرعاً، وسقط القصاص. وهذا في العمد فله الرجوع لديته، وليس له الرجوع للقصاص بحال.
- ومثل القصاص ما أشبهه مما هو غير متموّل. وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام تزوج صفية وجعل عتقها صدّاقها⁽¹⁾، مع كون العتق ليس مالاً، ولا يتصور الرجوع به ولا العفو عنه، فإنه من خصوصياته ﷺ⁽²⁾.
- 5 - وقوع العقد على ما لا قدرة له على تسليمه لها في الحال، كحيوان شارد، أو على أن يشتري لها دار فلان ويجعلها صدّاقها، إذ قد لا يبيعها صاحبها له. فيفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بصدّاق المثل.
- 6 - وقوع العقد على صدّاق بعضه مؤجل لأجل مجهول، كموت، أو فراق، أو قدوم زيد، ولا يعلم وقت قدومه؛ وبعضه الآخر حالاً أو مؤجلاً بأجل معلوم. فهذا العقد فاسد يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى الحلال وصدّاق المثل. ولا يلتفت للمسمى الحرام، فيلغى ولا لما أجّل بأجل مجهول حرام، كما سيأتي في الشغار.
- أو لم يقيد الأجل بزمن، بأن قيل المعجل كذا والمؤجل كذا، ولم يبيّن الأجل ولم يكن عرف بالتأجيل، وإلا كان صحيحاً وحمل عليه. وإذا لم يبيّن ولم يكن عرف فسخ قبل البناء وثبت بعده بالأكثر من المسمى الحلال وصدّاق المثل. وأما لو قال: متى شئت أو إلى أن تطلبه، فالمنقول عن ابن القاسم أنه إن كان ملياً جاز، كتأجيله إلى الميسرة.
- وأما لو ذكر الصدّاق ولم يُذكر حلول ولا أجل، فيحمل على الحلول، والنكاح صحيح.

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب من جعل عتق الأمة صدّاقها، ومسلم في النكاح، باب فضيلة إعتاق أمته. عن أنس.

(2) أحكام ابن العربي 1/388.

وإذا قيل بأجل بعيد جداً، كخمسين سنة، فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصدّاق المثل، لأنه مظنة للدخول على إسقاط الصدّاق.

7 - وقوع العقد على صدّاق معيّن، عقّار أو غيره، بعيد جداً، كخراسان من المغرب. فيفسد مطلقاً، أي بالوصف أو برؤية سابقة على العقد، أو لم ير، ولم يوصف. لأن الشأن أن لا يدرك المعيّن على حاله وقت العقد، فيكون من الغرر.

وأما إذا وقع العقد على صدّاق معيّن غائب على مسافة متوسطة كمصر من المدينة المنورة، فإنه جائز. ومحل الجواز أن لا يشترط الزوج الدخول بالزوجة قبل قبضه، فإن شرط الدخول قبل قبض المعيّن فسد وفسخ قبل الدخول، وثبت بعده بصدّاق المثل، وأن يكون الصدّاق معيّن برؤية سابقة أو بوصف، وإلا كان فاسداً. وهذا في غير العقار، وأما العقار فلا يضرّ فيه هذا الشرط، لأن الشأن بقاؤه على هيئته.

ويعلم من هذا أن المعيّن القريب جداً، كالخمسة أيام فدونها، يجوز مطلقاً، شرط الدخول قبله أو لا. وهو مثل الغائب على مسافة متوسطة، محله أن يكون معيّن برؤية سابقة، أو بوصف، وإلا كان فاسداً.

8 - وقوع النكاح بصدّاق مغضوب أو مسروق، إذا علم الزوجان معاً، أو علمه وليهما إن كانا غير رشيدين. فيفسد العقد ويفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصدّاق المثل. وأما إن علم بغضبه أو سرقة أحدهما فقط، فلا يفسخ، وترجع الزوجة بقيمة المقوم، ومثل المثلي، ولا ترجع عليه بصدّاق المثل لدخولها على العوض حيث لم يعلم، ودخوله على ذلك حيث علم دونها. ومن المعلوم أن قيمة المقوم ومثل المثلي يقومان مقامه. ودليل فساد الصدّاق المغضوب أو المسروق ونحوهما:

- أن الشرع نفى أن يكون النكاح جائزاً إلا بصدّاق، والمتزوج بمال حرام لم يتزوج بصدّاق، إذ ليس المال الحرام بمال له. فيكون قد وطئ فرجاً غير مباح له شرعاً⁽¹⁾.

9 - وقوع العقد على صدّاق باجتماعه مع بيع. كقول الولي: بعتك هذه السلعة وزوجتك ابنتي بمائة. أو أن يدفع الزوج سلعة صدّاقاً على أن يأخذ منها مائة، أي فبعض السلعة صدّاق والبعض الآخر مبيع، أو أن تدفع للزوج داراً على أن يدفع لها مائة في نظير الصدّاق والدار. أي يكون بعض المائة ثمن المبيع والبعض الآخر صدّاق. ومثل البيع القراض والشركة والصرف والمساقاة والجمالة، لا يصح اجتماعها مع النكاح في عقد واحد.

وحكم اجتماع النكاح مع البيع ونحوه في عقد واحد، أن النكاح فاسد لصدّاقه،

يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصدّاق المثل. وإذا ثبت النكاح بالدخول ثبت ما معه من البيع وغيره، وإن لم يحصل فيه مفوّت، ويرجع في البيع ونحوه لقيمة المبيع. وقد اختلف في تعليل عدم جواز اجتماع نكاح وبيع على قولين:

الأول: أن البيع طريقه المكايسة، وتجاوز فيه الهبة. والنكاح طريقه المكارمة، ولا تجوز فيه الهبة. فإذا اجتمعا معاً لم يدر ما يقع مما أعطى الزوج للبضع مما يقع منه لما أعطت المرأة. فال ذلك إلى الجهل بمبلغ الصدّاق. وبمبلغ ثمن ما وقع فيه البيع، فوجب فيه الفسخ.

الثاني: سدّ الذرائع، وذلك مخافة أن يكون الفرج موهوباً بغير صدّاق، فلا يجوز، وإن كان فيما أعطى الزوج فضل كثير على ما أعطت المرأة، حماية للذرائع. لأن كثيراً من النساء ترضى أن تتزوج الرجل على أن تعطيه لرغبتها فيه، لشرفه وحاله أو لكثرة يساره، أو ما أشبه ذلك. فيخشى إن صح الأمر من هذين أن لا يصح من غيرهما⁽¹⁾.

10 - وقوع النكاح بدون صدّاق. بأن يهب الولي المرأة، أو تهب هي نفسها، ويمضيه وليها، ويشهد الشهود على ذلك. فإنه يكون فاسداً، يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصدّاق المثل. وأما لو وهبت نفسها من غير إذن الولي فإن النكاح يفسخ أبداً، بالأولى ممن زوجت نفسها بدون ولي بمهر.

11 - إذا كان النكاح شغاراً، فإنه يكون فاسداً بأنواعه الثلاثة. والشغار في أصل اللغة الرفع. يقال أشغر الكلب برجله إذا رفعها ليبول. ثم استعمل لغة فيما يشبهه من رفع كل من الرجل والمرأة رجله عند الجماع. ثم نقل فاستعمل في رفع المهر من العقد. لأن كل واحد من المتشاغرين رفع الصدّاق عن صاحبه. وقيل هو من الإخلاء يقال بلد شاغر أي خال من الناس. وعلى هذا تكون تسمية هذا النكاح به لخلوّه عن الصدّاق⁽²⁾. ودليل عدم جوازه:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام»⁽³⁾.

ب - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. والشغار أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صدّاق⁽⁴⁾.

(1) البيان والتحصيل 4/415؛ والذخيرة 4/392.

(2) المعلم 2/141، والمقدمات 1/486، والعارضة 5/51، والقبس 2/704، وتقييد التهذيب 2/69، والذخيرة 4/384.

(3) أخرجه مسلم في النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(4) أخرجه مالك في النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، والبخاري في النكاح، باب تحريم نكاح الشغار، ومسلم في النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

والشغار ينقسم إلى صريح، ووجه شغار، ومرتب.

فالشغار الصريح، هو أن يشترط في تزوج إحداهما تزوج الأخرى، وجعل تزويج كل منهما مهراً للأخرى. كزوّجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، دون أن يسمى لواحدة منهما صدّاق. ومن هنا جاءت تسميته شغاراً لخلوّه عن الصدّاق، أو لرفع الصدّاق عنه. ويفسخ أبدأ، قبل الدخول وبعده. ويثبت للمرأة بالدخول صدّاق المثل. ولا شيء فيه قبله، ككل نكاح فاسد مطلقاً - أي متفقاً على فساد أو مختلفاً فيه ما عدا المتراضعين والمتلاعنين والدرهمين -. ودليل فساد وفسخه قبل الدخول وبعده مبني على كون علة النهي هي فساد العقد. لأن الشغار يصير المعقود به معقوداً عليه. لأن الفرجين كل واحد منهما معقود به ومعقوداً عليه. ويجعل بضع الواحدة منهما مشتركاً بين الزوج وابنته، كما يجعله غير متميّز عن الصدّاق، لكونه هو ذاته صدّاقاً⁽¹⁾. وعلى هذا فدلّيل الفساد والفسخ⁽²⁾:

أ - قاعدة: أن النهي يدل على فساد المنهي عنه. ووجه الفساد هنا أن النهي هنا لحق الله تعالى.

ب - القياس على تزويج الرجل ابنته من رجلين، لأنه بالشغار يكون ملك بضع ابنته لشخصين، الزوج وابنته، وذلك يوجب فساد العقد.

وعلى القول بأن العلة هي فساد الصدّاق لأنه عقد عار عن الصدّاق، وفساد الصدّاق لا يقتضي فساد العقد، لأن الصدّاق ليس شرطاً في صحة العقد، فيقال فما وجه فساد العقد هنا - أي في الشغار - وخروجه عن قاعدة ما يقتضيه فساد الصدّاق؟ والجواب أن فساد العقد هنا أمر مخصوص لورود النهي عنه في الحديث⁽³⁾.

ووجه الشغار، وهو أن يذكر فيه الصدّاق لكن واحدة منهما، كزوّجني ابنتك بمائة، على أن أزوجك ابنتي بمائة. ومدار الفساد توقف إحداهما على الأخرى. سواء تساويا في المهر أم لا. وأما لو وقع على سبيل الإتفاق من غير توقف لجاز. وعلة منعه أنه قد جعل بضع كل واحدة من البنتين ملكاً للزوج الذي تزوجها والبنت الأخرى. فقد ملكه الزوج بالنكاح وملكته الأخرى لأنه بعض مهرها، وذلك يمنع صحة النكاح⁽⁴⁾.

وسمي وجه الشغار، لأنه شغار من وجه دون وجه. فمن حيث إنه يسمّى لكل منهما الصدّاق، فليس بشغار لعدم خلوّ العقد من الصدّاق. ومن حيث توقف إحداهما على الأخرى فشغار، لأن تسمية الصدّاق فيهما كلا تسمية.

(1) البيان والتحصيل 5/ 65، والمعلم 2/ 141، وتقييد التهذيب 2/ 69.

(2) نفس المصادر. والإشراف 2/ 105، والمنتقى 3/ 309، ومفتاح الوصول ص 40، وبداية المجتهد 2/ 68.

(3) بداية المجتهد 2/ 67.

(4) المنتقى 3/ 309.

وحكم وجه الشغار أنه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بالأكثر من المهر المسمى وصدّاق المثل. ووجه فسادة قبل الدخول إنما هو على طريق العقوبة لهما والردع على ما فعلاه، لثلا يعودا إلى مثله. وتظهر العقوبة في أنه إذا فسخ فإنه يعد طلاقاً، فإذا عقده بعد ذلك على الوجه الصحيح رجعت كل امرأة إلى زوجها على طلقين باقيتين.

وفائدة أخرى للعقوبة، أن الفسخ يكون بطلقة بائنة تملك الزوجة بها نفسها، فقد لا تشاء نكاحه، أو لا تشاء إلا بضعف الصدّاق الأول، وذلك فيه ردع بين⁽¹⁾.

ووجه إمضائه بعد الدخول إما لأن نزوله فوت. وإما القياس على البيع الفاسد في إمضائه باختلاف الأسواق⁽²⁾.

وأما المركّب من النوعين المتقدمين فهو ما يسمى فيه الصدّاق لواحدة، دون الأخرى. كزوجني ابتك بمائة على أن أزوّجك ابنتي.

وحكم المركّب، أن المسمى لها تعطى حكم وجه الشغار يفسخ نكاحها قبل البناء، ولا شيء لها، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصدّاق المثل. والتي لم يسم لها تعطى حكم صريحه بفسخ نكاحها قبل البناء وبعده، ولها بعد البناء صدّاق المثل ويلحق به الولد ويدراً الحد.

12 - إذا وقع النكاح على صدّاق بعضه حرام كمائة دينار وخمر، أو بعضه مجهول الأجل كمائة حالة، ومائة مؤجلة لموت أو طلاق، فإن فيه بالدخول الأكثر من المسمى الحلال وصدّاق المثل. ولا ينظر لما صاحب الحلال من الخمر والمؤجل بمجهول لأنهما حرام.

ضمان الصدّاق في النكاح الفاسد:

إذا قبضت المرأة الصدّاق، وكان النكاح فاسداً لأجل الصدّاق، فإنها تضمنه إن فات بيدها بما يفوت به البيع الفاسد؛ فتردّ قيمته للزوج، لأنه ممنوع. وترجع عليه بصدّاق المثل إن دخل بها. فإن لم يفت ردّته بعينه.

وهذا في النكاح الفاسد لصدّاقه أو لعقده وأثر خللاً في الصدّاق، كالنكاح لأجل مجهول أو بحيوان شارد، وبأقلّ من ربع دينار.

وأما الفاسد لعقده ولم يؤثر خللاً في الصدّاق كنكاح المحرم، وإنكاحها نفسها بلا ولي، فضمان صدّاقه من الزوجة، بمجرد عقده، سواء قبضته أو كان بيد الزوج؛ كالعقد الصحيح، إن هلك بيّنة، وإلا فضمّانه من الذي بيده.

(1) تقييد التهذيب 70 / 2.

(2) تقييد التهذيب 69 / 2.

حكم العقد إذا كان الصدّاق منافع:

إذا كان الصدّاق منافع تحصل للزوجة، كأن يقول: أتزوجك بمنافع داري، أو دابتي، سنة، ويجعل تلك المنافع صدّاقها. وكأن يجعل صدّاقها خدمة لها في زرع، أو بناء دار، أو تعليمها قرآناً، وإحجاجها؛ فإن النكاح يمضي قبل البناء وبعده بما وقع به من المنافع للإختلاف فيه، ولا يفسخ، كما لا تفسخ الإجارة على ذلك. ودليل إمضاء العقد بالصدّاق على منافع تحصل للزوجة:

أ - قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَّجٌ﴾ [القصص: 27].

وقد استدل بهذه الآية بعض علماء المالكية لما يدل عليه ظاهرها من كون الإجارة المذكورة جعلت مهراً للبت. وهذا بناء على أن شريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد ناسخ، وقد جاء الإسلام بما يجوز ذلك، في الأدلة الآتية.

والبعض الآخر لم يعتمدها لما رأى فيها من الإجمال كالقاضي عبد الوهاب في الإشراف والقاضي ابن رشد في البيان والتحصيل، والقرافي في الذخيرة⁽¹⁾.

ب - حديث سعد الساعدي في قصة المرأة الواهبة نفسها للنبي ﷺ. وقد تقدّم. وفيه قوله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»⁽²⁾. وفي رواية «قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك»⁽³⁾ وفي رواية: «قد زوجتكها فعلمها من القرآن»⁽⁴⁾.

والباء في رواية «بما» تسمى باء التعويض. والحديث برواياته فيه دلالة على إباحة النكاح بإجارة وجعل منافع الزوج مهراً⁽⁵⁾.

وردّا على من قال إن منافع الرجل ليست مالاً، فلا يجوز صدّاقاً، قال ابن العربي: «هذا باطل، فإن منافع الرجل مال بدليل جواز بيعها. ولو لم تكن مالاً ما جاز أخذ العوض عنه مالاً، لأنه يدخل في أكل المال بالباطل بغير عوض»⁽⁶⁾.

نكاح التفويض ونكاح التحكيم:

يجوز نكاح التفويض، وهو عقد نكاح بدون تسمية مهر، ولا دخول على إسقاطه، ولا صرفه لحكم أحد. ودليل جواز نكاح التفويض:

(1) المنتقى 3/ 277، وأحكام ابن العربي 3/ 1471، والذخيرة 4/ 390، والبيان والتحصيل 4/ 424، والتحرير والتنوير 20/ 107، وبداية المجتهد 2/ 24.

(2) سبق تخريجه.

(3) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في التزويج على العمل يُعمل.

(4) أخرجه مسلم في النكاح، باب الصدّاق.

(5) الإشراف 2/ 109، والمنتقى 3/ 277، والبيان والتحصيل 4/ 424، والمعلم 2/ 149.

(6) أحكام القرآن 3/ 1471.

أ - قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى التُّوسِيعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236].

ووجه الاستدلال أنه تعالى أباح الطلاق مع عدم الفرض والميسر، والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح، فدل على أن نكاح التفويض صحيح.

ووجه آخر، أن نفي الجناح عن من طلق ما لم يمس أو يفرض صدقاً يقتضي رفع الإثم بالعقد على التفويض، وإذا ارتفع الإثم دل على إباحته⁽¹⁾.

ب - الإجماع، فلا خلاف بين المسلمين في جوازه وصحته⁽²⁾.

فإن دخل الزوجان على إسقاط الصدّاق فليس من التفويض، بل هو نكاح فاسد كما تقدّم.

وإن صرف الصدّاق لحكم أحد، فهو نكاح تحكيم، وهو جائز أيضاً. ودليل جوازه القياس على نكاح التفويض⁽³⁾.

ونكاح التفويض ونكاح التحكيم لازمان للزوجة إن فرض الزوج صدّاق المثل. وليس لها الإمتناع. ووجه لزومه عليها أن الزوج ملك استباحة بضعها بالعقد، لأن نكاح التفويض صحيح، وإذا كان كذلك لم يلزمه أكثر من قيمته، وذلك مهر المثل⁽⁴⁾.

ولا يلزم الزوج في التفويض أن يفرض صدّاق المثل بل له أن يفرض أقل منه، دون أن ينزل عن ربع دينار، فإن رضيت به الزوجة، وإلا قيل له إما أن تزيد وإما أن تطلق، ويلزمهما ما يتفقان عليه لأن الحق لهما⁽⁵⁾. وإن شاء طلق قبل الفرض ولا شيء عليه. وأما إذا فرض لها أقل من ربع دينار، فلا يجوز لها الرضا به، لأن الحق لله تعالى، فلا يجوز لهما إسقاطه⁽⁶⁾.

ولا يلزم الزوج في التحكيم ما فرضه المحكّم إن كان المحكّم غير الزوج، ولا يلزمه فرض صدّاق المثل إن كان الزوج هو المحكّم.

ويكره للزوجة تمكينه من نفسها قبل الفرض. وإذا وطئ الزوج الزوجة قبل أن يفرض لها في نكاح التفويض، فإنها تستحق صدّاق المثل بالوطء، وذلك إن كان الزوج بالغاً، وكانت الزوجة مطيقة، ولو مع وجود مانع شرعي. وليس له أن يقول لا أفرض إلا أقل من صدّاق المثل، ووجه استحقاقها مهر المثل أن الزوج قد استوفى ما عقد عليه من استباحة البضع من غير تسمية لعوض فوجب أن تلزمه قيمته، وذلك مهر المثل⁽⁷⁾.

(1) المتقى 3/280، والمقدمات 1/478، وأحكام ابن العربي 1/218، والذخيرة 4/350 و467.

(2) المتقى 3/280، وبداية المجتهد 2/30.

(3) المقدمات 1/478.

(4) المتقى 3/281.

(5) المتقى 3/281.

(6) المتقى 3/281.

(7) المتقى 3/281.

ولا تستحق الزوجة صدّاق المثل بموت أحدهما قبل البناء، وإن ثبت به الإرث. كما لا تستحقه بالطلاق قبل البناء، ولو بعد إقامتها سنة فأكثر في بيت زوجها. فلا تستحقه في حالتي الموت والطلاق، وهذا إذا لم يفرض لها شيئاً. فإن فرض لها شيئاً ورضيت به ولو ربع دينار، فلها نصفه، إن طلق قبل البناء، وجميعه إن مات أو ماتت. فإن لم ترض فلا شيء لها. والرضا محمول على ما إذا كان المفروض أقل من صدّاق المثل. ودليل عدم استحقاق الزوجة في نكاح التفويض الصدّاق عند الطلاق قبل البناء وقبل الفرض:

أ - آية البقرة 236 المتقدمة.

ووجه الاستدلال أنه تعالى رفع الإثم عن طلاق المرأة إذا لم يمّسها الزوج ولم يفرض لها صدّاقاً عند العقد. و«أو» هنا بمعنى الواو. إلا أنه شرع لها المتعة. ويقابل هذا طلاق المرأة إذا لم يمّسها الزوج ولكن فرض لها صدّاقاً، فإنه شرع لها نصف الصدّاق الذي فرضه لها الزوج بعد العقد وقبل الطلاق، مثلها مثل التي فرض لها الصدّاق عند العقد ثم طلقت⁽¹⁾.

ب - الإجماع⁽²⁾.

ودليل مشروعية المتعة للزوجة في نكاح التفويض إذا طلقها زوجها قبل البناء والفرض، ما جاء في الآية من قوله تعالى: ﴿وَمِمَّنْ عَلَى التُّبُوعِ قَدَرٌ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرٌ مَّتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.

وهي مندوبة غير واجبة، لأن الله تعالى علّقها بالإحسان، وهو غير واجب، وقصرها على المحسنين، ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين⁽³⁾. وسيأتي زيادة الحديث عنها في الطلاق.

والدليل على أن المرأة إذا فرض لها زوجها بعد عقد التفويض وطلقها قبل أن يبني بها، أن لها نصف الصدّاق⁽⁴⁾.

أ - عموم ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237].

ب - قياس الصدّاق الذي فرض بعد العقد على الذي اقترن بالعقد.

ودليل عدم استحقاق الزوجة في التفويض صدّاق المثل عند الموت قبل البناء والفرض:

(1) أحكام ابن العربي 1/ 218، وتفسير ابن عرفة 2/ 683.

(2) أحكام ابن العربي 1/ 218.

(3) المتقى 3/ 281، وأحكام ابن العربي 1/ 217، والذخيرة 4/ 449.

(4) المتقى 3/ 281، وأحكام ابن العربي 1/ 218.

أ - القياس على الطلاق لأنه فراق في نكاح قبل الفرض والمسييس⁽¹⁾.

ب - القياس على البيع في أن العوض لا يجب إلا بقبض المعوض⁽²⁾.

ج - عن نافع أن ابنة عبيد الله بن عمر وأمها بنت زيد بن الخطاب، كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر، فمات، ولم يدخل بها، ولم يسم لها صدقاً، فابتغت أمها صداقها. فقال عبد الله بن عمر: ليس لها صدق، ولو كان لها صدق لم نمسكه ولم نظلمها. فأبت أمها أن تقبل ذلك. فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لا صدق لها، ولها الميراث⁽³⁾.

د - أن الأصل أن لا تستحق المرأة شيئاً حتى تسلم بضعها، وقد ورد النص في المهر المفروض لها بأنها تستحقه وبقي ما عداه على الأصل⁽⁴⁾.

وما روي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صدقاً ولم يدخل بها حتى مات؟ فقال ابن مسعود: لها مثل صدق نساها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بزوع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت. ففرح ابن مسعود⁽⁵⁾.

فقد ضعفه ابن العربي وغيره⁽⁶⁾، لأن راويه مجهول. فقيل فيه معقل بن سنان، وقيل معقل بن يسار⁽⁷⁾. وقد قال علي بن أبي طالب لما أخبر بقول عبد الله بن مسعود: لا تصدق الأعراب على رسول الله ﷺ⁽⁸⁾. أي لأن معقل هذا غير معروف. كما أن الحديث فيه اضطراب من جهة إسناده، فقيل عن علقمة عن ابن مسعود، وقيل عن مسروق عن ابن مسعود.

وانظر نكاح التحكيم هل تستحق المرأة فيه صدق المثل بالوطء، أو لا تستحق إلا ما حكم به المحكم، ولو حكم به بعد موت أو طلاق. فإن تعذر حكمه بكل حال كان فيه صدق المثل بالدخول.

(1) المنتقى 3/ 282، وأحكام ابن العربي 1/ 219، والإشراف 2/ 107.

(2) بداية المجتهد 2/ 31.

(3) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الصدق والحباء.

(4) الذخيرة 4/ 368.

(5) أخرجه الترمذي في النكاح باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن يفرض لها. وأخرجه أبو داود في النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صدقاً حتى مات، وابن ماجه في النكاح، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت، والنسائي في النكاح، باب إباحة التزويج بغير صدق.

(6) المنتقى 3/ 283، وأحكام ابن العربي 1/ 219، والعارضه 5/ 84.

(7) الرواية التي فيها ذكر معقل بن يسار أخرجه ابن أبي شيبة في النكاح، باب الرجل ينزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها.

(8) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 6/ 293.

وإذا فرض الزوج لها في نكاح التفويض الأقل من صدّاق المثل، فمات الزوج أو طلق قبل البناء، فادّعت الرضا لتأخذه في الموت، أو تأخذ نصفه في الطلاق، ونازعها الوارث أو الزوج، فإنها لا تصدق في ادّعاء الرضا بعد الموت والطلاق بمجرد دعواها إلا بالبيّنة.

فرض المهر في التفويض عند المرض:

إذا تزوج الرجل المرأة تفويضاً في صحته، وفرض لها شيئاً في مرضه قبل الدخول، فيكون وصية لوارث، وهي باطلة، إلا إذا أجازها الورثة، فتكون عطية منه. وإذا فرض لها أزيد من صدّاق مثلها، وهو مريض، فإن الزائد على مهر المثل يردّ للوارث. وهذا إن وطىء الزوج في مرضه ثم مات، لأنه وصية لوارث، إلا أن يجيزه الورثة، وتستحق بالوطء مهر المثل.

فإن صحّ الزوج من مرضه لزمه جميع ما فرضه، ولو أضعاف مهر المثل.

من له الرضا بما دون صدّاق المثل:

1 - المرشدة: وهي التي رشدها مجبرها أو رشدت نفسها، بأن حكم الشرع بترشيدها. فإن لها الرضا بما دون صدّاق المثل في نكاح التفويض والتسمية، ولو بربع دينار، قبل الدخول وبعده.

2 - الأب: وهو له في مجبرته الرضا بدون الدخول وبعده. ووجه جواز ذلك له، أنه لما كان هو الناظر لابنته والمقيم بمصلحتها، وكان غير متهم عليها في إسقاط حقها، وكان المقصود من النكاح العفة والصلاح دون المتاجرة والأرباح، جاز له إنكاحها بمهر مثلها، وأقل، وأكثر؛ لأنه لا يمنع أن يرى ذلك خطأً بأن يختار لها من يحسن عشرتها ويلحقها من برّه وحسن معاملته ما يوفي على قدر ما يحظ من صدّاق المثل، إذا كان هذا المعنى، فهو المقصود بالعقد. ولأنه يجوز له العفو عن نصف الصدّاق في حقها عند الطلاق قبل الدخول⁽¹⁾.

3 - الوصي: وله الرضا بدون الدخول، لا بعده؛ لأنه قد تقرر لها بالدخول فإسقاط بعضه بعد الدخول ليس من النظر. بخلاف الأب، لقوة تصرفه دون الوصي. وتصرّف الأب محمول على النظر حتى يظهر خلافه.

وأما المهملة التي لا أب لها، ولا وصي، ولا مقدّم من قبل القاضي، ولم يعلم حالها برشد ولا بسفه، لا يجوز رضاها بدون صدّاق المثل، ولا يلزمها إن رضيت. سواء قبل الدخول أو بعده. وكذا لا يجوز أن تضع منه شيئاً بعد الطلاق.

(1) الإشراف 2/110.

حقيقة مهر المثل:

مهر المثل هو قدر من المال يرغب به مثلُ الزوج في الزوجة. والمعتبر في تقدير مهر المثل في المسلمة ما يلي:

- 1 - التدين: من محافظة على أركان الدين والعفة والصيانة، من حفظ نفسها ومالها وماله.
- 2 - المال.
- 3 - الجمال: الحسي والمعنوي كحسن الخلق.
- 4 - الحسب: وهو ما يعدّ من مفاخر الآباء، من كرم وعلم وحلم ونجدة وصلاح وإمارة ونحوها.
- 5 - النسب.
- 6 - البلد: فإنه يختلف باختلاف البلاد.

ودليل اعتبار هذه الصفات في مهر المثل: ما رواه جابر وأبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أنه ﷺ أخبر بأن المقصود من النساء في النكاح هذه الصفات. فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعاني المقصودة، ولا يقصر على معنى دون غيره⁽²⁾.

ولا يعتبر مهر المثل بنساء عشيرة المرأة وعصبتها، لأن الصداق يختلف باختلاف وجود هذه الصفات وعدمها. فالرجل يرغب في جمال المرأة ومالها، مثلاً، فيبذل أكثر من بذله فيمن دونها في المال والجمال⁽³⁾.

وأما الذمية، فلا يعتبر اتصافها بالدين ولا بالنسب. وإنما يعتبر فيها المان والجمال والبلد.

فمتى وجدت هذه الأمور في المرأة عظم مهرها، ومتى فقدت أو فقد بعضها قلّ مهرها. فالتى لا يعرف لها أب، ولا هي ذات مال ولا جمال ولا ديانة، فمهر مثلها ربع دينار. والمتصفة بجميع صفات الكمال فمهر مثلها الألف، والمتصفة ببعضها فبحسبه.

وكلمة «مثل» الواردة في التعريف، إشارة إلى أن الزوج يعتبر حاله بالنسبة لصداق

(1) سبق تخريجه.

(2) المتقى 3/ 282، وبداية المجتهد 2/ 34، والذخيرة 4/ 368.

(3) الإشراف 2/ 108.

المثل أيضاً. فقد يرغب في تزويج فقير لقراءة أو صلاح أو علم أو حلم. وفي تزويج أجنبي لمال أو جاه. ويختلف المهر باعتبار هذه الأحوال وجوداً وعدمياً.

وهذه الأوصاف تعتبر في النكاح الصحيح، ولو تفويضاً، يوم العقد، وفي النكاح الفاسد يوم الوطاء؛ لأنه الذي يتقرر به صداق المثل في الفاسد، سواء كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه.

إتحاد مهر المثل وتعددده في نكاح الشبهة:

من النكاح الفاسد نكاح الشبهة، فإنه يعتبر صداق المثل فيه باعتبار الأوصاف يوم الوطاء.

ويتحد صداق المثل في وطاء الشبهة مراراً إن اتحدت الشبهة وذلك:

- كالغلط، بوطء امرأة مراراً يظنها زوجته، والمرأة غير عالمة بأن كانت نائمة أو مغمى عليها أو مجنونة، أو لظننها أيضاً، أنه زوجها، فلها مهر واحد.

وأما العالمة بأنه أجنبي ليس زوجها فهي زانية لا مهر لها وتحد.

ويتعدد مهر المثل في وطاء الشبهة مراراً إذا تعددت الشبهة وذلك كأن يطأ امرأة مراراً وهو يعلم أنها ليست زوجته وهي غير عالمة، أو عالمة لكنها مكرهة فهو زنا بالنسبة له لا بالنسبة لها، فيتعدد مهر المثل عليه بتعدد الوطاء لعذرها بعدم العلم، أو بالإكراه، ولو كان المكره لها غير الواطئ.

تشطير المهر بالطلاق:

التشطير هو التنصيف. ويتشطر المهر بالطلاق قبل الوطاء، أو بإقامة الزوجة أقل من سنة ببيت زوجها من غير وطاء، في النكاح الصحيح، في التسمية أو التفويض إذا فرض الزوج للزوجة مهر المثل أو ما رضيت به قبل الدخول. فإن طلقها قبل تمام السنة تشطر، وبعد تمامها تقرر كله على الزوج. وقد تقدم ذكر أدلة تشطير الصداق عند الحديث عن استقرار الصداق في ملك الزوجة وتكميله.

وكذا يتشطر ما زيد على الصداق بعد العقد على أنه من الصداق، أي بأن يقال: ما جعلته من الصداق ووقع عليه التراضي هو قليل بالنسبة للزوجة، أو تقوم قرينة على ذلك، فيزيدها الزوج شيئاً عليه. سواء من جنسه أو من غير جنسه، كان مؤجلاً بأجله أم لا.

وإذا كان المزيد بعد العقد يتشطر فأولى المزيد في العقد أو قبله.

وأما غير ما يزداد من غير الصداق، وهو الهدية، من نحو الفواكه والحلوى والسكر والبن والخمار والعمامة. فإن وقعت حال العقد أو قبله تشطرت بالطلاق قبل البناء. سواء كانت لها أو لوليها أو لغيرهما، كأمها وأختها وخالها. ومن ذلك الخاتم الذي يقدمه لها قبل العقد وبعد الخطبة وسواء اشترطت أو لم تشترط.

فإن وقعت بعد العقد. فإن كانت لغيرها، اختص بها ذلك الغير، ولا تشطر لأنها صارت صلة محضة. وإن كانت لها اختصت بها.

وإذا تشطر ما أهدي لولي الزوجة ونحوه، فإن للزوجة أخذ نصف الهدية ممن أهديت إليه، وللزوج أخذ النصف، وذلك بأن يرجع الزوج على الولي بنصفه إذ الإهداء لم يكن منها.

بخلاف ما أهدي للولي ونحوه بعد العقد فليس لها أخذه منه. ويختص به المهدي له لأنه محض عطية من الزوج لعدم توقف النكاح عليه. ودليل ما تقدم في الهدية:

- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حَبَاءٍ أَوْ عِدَّةٍ قَبْلَ عَصْمَةِ النِّكَاحِ فَهِيَ لَهَا. وَمَا كَانَ بَعْدَ عَصْمَةِ النِّكَاحِ فَهِيَ لِمَنْ أَعْطَاهُ. وَأَحَقُّ مَا أَكْرَمَ عَلَيْهِ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ أَوْ أُخْتَهُ»⁽¹⁾.

فالحديث جعل ما يهدى قبل العقد من حق المرأة، لأنها سبب العطية، لذلك كان لكل من الزوج والزوجة إذا وقع الطلاق قبل البناء أخذ نصفه ممن أهديت إليه؛ لأن وقوع الهدية قبل العقد أو عنده إنما هو من أجل المرأة وإتمام العقد عليها واستحقاق بضعها، فألحقت بالصداق وأعطيت حكمه. سواء أعطيت للزوجة أو لوليها. وأما بعد العقد فقد جعل الحديث الهدية من حق من أعطيت له، ولياً كان أو زوجة، ولا تشطر بالطلاق قبل البناء؛ لأن العقد قد تم وتقدر فيه العوض عن استباحة البضع، وهو الصداق، وكانت الهدية بعده هبة مبتدأة من حق من أهديت إليه لأنها ليست في نظير إتمام شيء⁽²⁾.

ودليل عدم تشطير ما يهدى للزوجة بعد العقد:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في الصداق وفي النحل التي يهديها للزوجة بعد العقد⁽³⁾.

ووقوع الهدية للزوجة بعد العقد وقبل البناء تختص بها، ولا تشطر ولو كان ما أهدي لها قائماً بيدها لم يفت، فأولى لوفات. ويستثنى ما يلي:

- أن يكون النكاح فاسداً ويفسخ قبل البناء فيأخذ الزوج القائم من الهدية ولو كان متغيراً، لا ما فات. خلاف ما يفسخ بعد البناء فلا شيء له من الهدية.

(1) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الرجل يدخل على امرأته قبل أن ينقدها. والنسائي في النكاح، باب التزويج على النواة، وابن ماجه في النكاح، باب الشرط في النكاح.

(2) المنتقى 3/ 283، والبيان والتحصيل 5/ 16-17، وبداية المجتهد 2/ 33، والذخيرة 4/ 366.

(3) أحكام ابن العربي 1/ 193.

- أو أن يجري بالهدية بعد العقد وقبل البناء عرف، فإنه يتشطر كالمهر، بناء على أنه يقضى به عند التنازع نظراً للعرف ويتكّمّل بالموت. وقيل لا يقضى به فيكون كالمتطوّع به لا يتشطر بالطلاق قبل البناء على الأرجح.

تشطير ما اشترته المرأة بالمهر:

إذا اشترت الزوجة بالمهر لجهازها من فرش وغطاء ووسائد وأوان وغير ذلك مما يصلح أن يكون جهاز أمثالها فإنه يتعيّن تشطيره. وسواء اشترته من زوجها أو من غيره. ولا يجاب الزوج لقسمة الأصل وهو الدراهم أو الدينانير التي دفعها لها، نما ما اشترته أو نقص. ودليل تشطير الجهاز دون أصله:

أ - ما روي أن علياً عليه السلام قضى بذلك في قضية ارتفع فيها إليه، فقضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته. وقال الزوج لما طلق فطلب نصف ما دفع فقال: آخذ صوفاً وخرقاً وقد أعطيت دراهم. قال: أنت أضعت مالك ولم يخالف عليه⁽¹⁾.

ب - العرف. وذلك أن العرف إذا كان جارياً في موضع الزوجة بأن المرأة تتجهز للرجل، وأنه يلتمس ذلك منها. فإنهما يدخلان على ذلك، وتكون كأنها فعلت ذلك بأمره؛ لأنه يعلم أنها تتصرّف فيه، ويكون كما لو صرّح لها بالإذن في أن تشتري بالصدّاق جهازاً. وعلى هذا فليس له إلا نصف ما أذن لها في اشتراؤه⁽²⁾.

وإذا طلبت هي قسمة الأصل فلا تجاب لذلك إلا برضاها معاً.

وأما لو اشترت ما لا يصلح للجهاز كحيوان ودار، فإنها إن اشترته من غير زوجها، فلا يتعين قسمته، بل القول لمن أراد قسمة الأصل. وإن اشترته من زوجها تعيّن تشطيره كالجهاز.

سقوط الزائد عن المهر بعد العقد:

يسقط عن الزوج ما زاده عن المهر بعد العقد بموته أو فلسه، وذلك إذا لم تقبضه الزوجة قبل البناء، لأنه حينئذ يكون هبة لم تحزها الزوجة، فتسقط بموت الواهب أو فلسه. فإن بنى بها استحقّته.

وأما في حال موت الزوجة، فلا يسقط المزيد بعد العقد بل يتكّمّل بالموت، كما يتشطر بالطلاق، فهو ليس عطية محضة.

وأما المزيد قبل العقد، فلا يسقط بموت الزوج أو فلسه، كأصل المهر، بل يتقرر به كأصله.

(1) ذكره القاضي عبد الوهاب في الإشراف 2/ 112.

(2) الإشراف 2/ 112، والذخيرة 4/ 364.

ضمان الصداق إذا هلك:

إذا هلك الصداق بعد العقد، كما لو حرق أو سرق أو تلف أو مات إن كان حيواناً، من غير تفريط أحد من الزوجين، وثبت هلاكه بيّنة أو بإقرارهما عليه، كان مما يغاب عليه أم لا، كان بيد الزوج أو الزوجة، أو غيرهما، أو لم تقم على هلاكه بيّنة، وكان مما لا يغاب عليه، كالحوائط والزرع والحيوان؛ فإن ضمانه من الزوجين معاً إذا طلق الزوج قبل البناء؛ فلا رجوع لكل واحد منهما على الآخر، ويحلف من هو بيده إنه ما فرط، إن اتهم.

فإن كان مما يغاب عليه ولم تقم بيّنة على هلاكه فضمانه من الذي بيده، فيغرم النصف لصاحبه.

ما يجب على الزوجة فعله بالمهر:

يلزم الزوجة التجهيز بما قبضته من المهر قبل البناء، كان حالاً أصالة أو حلّ بعد أجله. وتتجهز على عادة أمثالها في البلد. ودليل وجوب تجهيز المرأة بالصداق:

أ - عن عبيد الله الكاهلي أن علياً عليه السلام قال: لما خطبت فاطمة عليها السلام قال النبي صلى الله عليه وآله: «هل لك من مهر؟» قلت: معي راحلتي ودرعي. قال: فبعتها بأربعمائة. وقال: «أكثروا الطيب لفاطمة فإنها من النساء»⁽¹⁾.

ب - عن علي عليه السلام قال: جهز رسول الله صلى الله عليه وآله فاطمة عليها السلام في خميل وقربة ووسادة من آدم حشوها ليف⁽²⁾.

ج - العرف. فإذا كان العرف جارياً بوجوب تجهيز المرأة للزوج بما يدفعه إليها من الصداق فإن ذلك يلزمها⁽³⁾.

فإن لم تقبض الزوجة شيئاً قبل البناء من الحال أو مما حلّ بعد أجله لم يلزمها تجهيز. وتضمن به إذا قبضته ما شاءت، إلا لشرط أو عرف. كما لا يلزمها تجهيز ما لو كان الصداق مما يكال أو يوزن أو كان حيواناً أو عروضاً أو عقاراً، فإنه لا يلزمها بيعه لتجهز به ما لم يقصد الزوج تجهيزها به، وإلا وجب بيعه.

ولا يلزمها التجهيز بأكثر مما قبضته قبل البناء إلا لشرط أو عرف.

وإذا دعاها الزوج لقبض الحال قبل البناء لتجهز به، وامتنعت قضي له عليها بذلك، أي يقضى عليها بقبض ذلك.

ومثل حال الصداق إذا عجل لها، المؤجل وكان نقداً، وإن كان لا يلزمها قبوله.

ولا يجوز للمرأة أن تقضي مما قبضته قبل البناء ديناً، ولا أن تنفق على نفسها

(1) أخرجه البيهقي في الصداق باب المرأة تصلح أمرها للدخول بها.

(2) أخرجه الحاكم في المستدرک 2/185. (3) الإشراف 2/112.

منه، إلا إذا كانت محتاجة، فتنفق الشيء اليسير بالمعروف. ودليل جواز إنفاق المرأة من الصدّاق الشيء اليسير إذا كانت محتاجة مع أنّ مذهب مالك هو وجوب أن تتجهّز به للزوج ما يلي:

- مراعاة الخلاف في هذه المسألة، لقول من يقول هو مالها وليس عليها أن تتجهّز بشيء منه إلى زوجها، ولا حقّ له فيه⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن الخلاف مبني على اختلاف الأعراف. وتقدم أن العرف هو دليل وجوب التجهيز.

وكذا يجوز لها قضاء الدين القليل كالدينار الشرعي من مهر كثير. ثم إن طلقت قبل البناء حسب عليها ما أنفقت أو ما قضت من ذلك، من أصل ما يخصها من النصف.

تنازع الأب وابنته في الجهاز:

إذا ادعى الأب أو غيره أن بعض الجهاز له، وأنه أعاره لها، وخالفته البنت أو الزوج، فإنه تقبل دعوى الأب فقط دون الأم والجدّ والجدّة، ويشترط لقبول دعواه:

- 1 - أن يكون في السنة من يوم البناء.
 - 2 - أن تكون ابنته بكرًا، أو ثيبًا في ولايته، قياساً على البكر. بخلاف الثيب التي ليست في ولايته، فلها حكم آخر.
 - 3 - أن يكون ما بقي من الجهاز بعدما ادّعاه من العارية يفي بجهازها المعتاد أو المشترط، وإن زاد على الصدّاق.
- وإذا خالفت البنت أباه قبل انتهاء السنة فلا تقبل دعواه إلا أن يشهد الأب عند البناء أو بعده بقرب أن هذا الشيء عارية عند ابنته فيقضى له به ولو طال الزمن.
- وإذا صدقته ابنته الرشيدة في دعواه بعد السنة فهو نافذ في ثلثها وما زاد على الثلث فللزوج رده.

وإذا جهّز الأب ابنته بشيء زائد على صدّاقها، ومات قبل البناء أو بعده اختصت به البنت عن بقية الورثة إن أورد الجهاز بيتها التي دخلت فيه، أو أشهد لها الأب قبل موته بأن ذلك الجهاز الزائد على المهر ملك لها. ولا يضر إبقاؤه تحت يده بعد الإشهاد ولتنزيل الإشهاد منزلة الحياة.

وكذا تختص به إذا اشتراه الأب لها ووضعها عند غيره كأمها، أو عندها هي، وذلك إن سماه لها، وأقرت الورثة بالتسمية لها، أو شهدت البيّنة بالتسمية، وإن لم يشهد على أنه لها. لأن حياة الأم أو غيرها لها تغني عن الإشهاد.

(1) البيان والتحصيل 4 / 331.

هبة الزوجة المهر لزوجها قبل البناء:

إذا وهبت الزوجة الرشيدة للزوج الصداق قبل قبضه منه، أو بعده، وقبل البناء؛ أو وهبت له مالاً يصدقها به قبل العقد أو بعده قبل البناء؛ فإن الزوج يجبر في المسألتين على دفع أقل الصداق، وهو ربع دينار شرعي أو ثلاثة دراهم شرعية، أو ما قيمته ذلك لثلا يخلو النكاح من صداق. أما في المسألة الأولى فظاهر. وأما في الثانية فيدفع لها ما وهبته له ويزيد عليه ربع دينار.

فإن وهبت له بعض الصداق نُظر للباقي، فإن كان ربع دينار فأكثر صح. وإن كان أقل خيّر على إتمامه إن أراد الدخول. فلو طلق قبل البناء فلا شيء عليه في المسألتين. وتأخذ الزوجة جميع ما وهبته في المسألة الثانية إذا لم يدفع لها أقل الصداق، وإلا تشطر ما دفعه من عنده.

ووجه أخذ الزوجة جميع ما وهبته أنه عطية معلقة على كونها صداقاً ولم يتم، فلها الرجوع فيها، ككل عطية معلقة على شيء لم يتم.

هبة الزوجة المهر لزوجها بعد البناء:

يجوز للزوجة الرشيدة بعد البناء أن تهب جميع الصداق الذي تقرر به النكاح، لأنها ملكته وتقرر بالوطء، سواء قبضته منه أم لم تقبضه. ودليل الجواز:

- قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنَّهُ فَمَا تَكَلُّوهُ مِنِّيَا مَرْيَا﴾ [النساء: 4].

ودليل حمل هذه الآية على المالكات أمر أنفسهن دون المحجورات، هو تخصيصها بغيرها من أدلة الحجر، فإن الصغيرات غير داخلات هنا بالإجماع⁽¹⁾.

فإن وهبت الصداق بعد البناء أو وهبت ما عدا أقله قبل البناء، أو أعطته مالاً من عندها لدوام عشرتها معه، أو لأجل حسن عشرته معها، ففسخ النكاح لفساده، أو طلقها عن قرب، رجعت عليه بما وهبت من الصداق وبما أعطته من مالها لعدم حصول غرضها. وأما لو تباعد الطلاق كسنين، فلا رجوع لها عليه.

وإن وهبت من مهرها أو أعطته مالاً على أن لا يتزوج عليها فتزوج فلها الرجوع، سواء كان ذلك بالقرب أو بالبعد.

وهذا في الرشيدة. وأما السفينة إذا أعطت الزوج ما ينكحها به فتزوجها به، فإن النكاح يثبت ولا سبيل إلى فسخه. ويجبر الزوج أن يعطيها من خالص ماله مثل ما أعطته إن كان مثل مهرها فأكثر. فإن كان أقل من مهر مثلها أعطاها من ماله قدر مهر مثلها.

(1) التحرير والتنوير 4/ 233.

رجوع الزوجة بالنفقة على المهر:

إذا أنفقت الزوجة على حيوان جعل صداقاً لها أو على ثمرة أصدقها الزوج لها، فإنها ترجع على زوجها بما أنفقت إن فسخ النكاح قبل البناء. وترجع بنصف ما أنفقت إن طلقها قبله في النكاح الصحيح. وإن كان الإنفاق من الزوج فيرجع بنصف ما أنفق حيث طلق قبل الدخول.

من يتولّى قبض الصدّاق:

يختلف قبض الصدّاق باختلاف حال الزوجة على صورتين:
 الصورة الأولى: أن يقبضه الولي المجرى، أب أو وصي. والسفينة يقبضه وليها إن وجد، أو حاكم أو مقدّمه من عاصب أو غيره، يأمره الحاكم بقبضه وصرفه في شراء الجهاز. فإن لم يكن حاكم، أو لم يمكن الرفع إليه، أو خيف على الصدّاق منه، حضر الزوج والولي والشهود فيشتركون لها بصدّاقها جهازاً ويدخلونها بيت البناء. ويصدّق الولي المجرى، ومن معه، في ضياع الصدّاق بلا تفريط، بيمين. ومصيبته على الزوجة. فلا رجوع لها على ولي ولا زوج. فإن طلقها قبل البناء، وكان الصدّاق يغاب، ولم تقم على هلاكه بيّنة، رجع عليها الزوج إن أسرت يوم الدفع لوليها، وإلا فلا رجوع له، ولو أسرت بعد.

وإنما يبرىء المجرى وولي السفينة من مقبوض الصدّاق أحد أمور ثلاثة:

- 1 - شراء جهاز يصلح لها، وتشهد البيّنة بدفعه لها ومعاينة قبضها له.
 - 2 - إحضاره بيت البناء، وتشهد البيّنة بحضوره فيه.
 - 3 - توجهه إلى بيت البناء وإن لم تشهد البيّنة بوصوله إليه.
- فلا تسمع دعوى الزوج حينئذ أنه لم يصل. فيعلم من هذا أنه لا يبرىء من له قبضه، دفعه عيناً للزوجة. ولا مجرد دعوى أنه دفع لها الجهاز، أو أنه وصل لبيت البناء. ودليل عدم جواز أن يدفع ولي المجرى أو السفينة مهرها دنانير أو دراهم:
- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: 5].

ووجه الإستدلال أنه تعالى نهى أن يُدفع إلى السفهاء أموالهم لثلا يفسدوها ويبدروها. وأمر أن يرزقوا ويكسوا منها. فوجب أن يدفع إليهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة، وكذلك ما تحتاجه المرأة من جهاز إلى زوجها⁽¹⁾.

الصورة الثانية: أن تقبضه المرأة الرشيدة، لا من يتولى عقدها، إلا بتوكيل منها له

في قبضه. فإن ادّعت ضياعه بلا تفريط صدّقت يمين، ولا يلزمها تجهيز.
فإن قبض الصدّاق غير الولي المجبر ومن معه، وغير المرأة الرشيدة، بلا توكيل
ممن له حق القبض، وضاع من غير تفريط ولو بيّنة، كان ضامناً له لتعدّيه بقبضه.
وتتبعه الزوجة أو تتبع الزوج لتعدّيه بدفعه لغير من له قبضه. فإن دفعه له القابض،
فلا شيء على الزوج، وإن دفعه لها الزوج رجع الزوج به على القابض، فقرار الغرم
عليه.

وإذا أقرّ من له قبض الصدّاق من مجبر أو امرأة بالقبض في مجلس العقد أو غيره
ثم قال: لم أقبضه وإنما قلت ذلك لتوثقي بالزوج وظني فيه الخير، لم يفده؛ لأن
المكلّف يؤخذ بإقراره. وله تحليف الزوج على أنه قد أقبضه الصدّاق، إن كان الأمر
قريباً كعشرة أيام من يوم الإقرار بالقبض. فإذا زاد الزمن على نصف شهر فليس له
تحليف.

نفقة حمل الجهاز:

تكون أجرة حمل الجهاز من بيت الزوجة إلى بيت الزوج على الزوجة إلا لشرط
أو عرف فيعمل به.

عفو الأب المجبر عن نصف الصدّاق:

يجوز للأب المجبر دون غيره من الأولياء - ولو كان وصياً مجبراً - أن يعفو عن
نصف الصدّاق أو أقل منه، الذي ترتب لمجبرته في ذمة الزوج بعد الطلاق قبل البناء.
ودليل جواز عفو الأب المجبر⁽¹⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ
إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: 237].

ووجه الاستدلال أن الآية تتعلق بالطلاق الذي يتنصف به الصدّاق، وهو الذي
يقع قبل الدخول. وقد نذبت النساء المطلقات إلى العفو عن نصف الصدّاق الذي ملكته
بالعقد، أو عن شيء منه، في قوله ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ﴾ وهنّ النساء اللاتي لا جبر لولي
عليهن أي وهنّ الثيبات اللاتي دخل بهنّ في نكاح سابق لهذا، لأن الآية في طلاق قبل
الدخول. ولما كنّ لا جبر عليهن، فهنّ مالكات أمر أنفسهن، ولهنّ التصرف في
أموالهن.

كما نذبت الآية الأب المجبر الذي له حق العقد لوليته بدون إذنها، إلى العفو عن

(1) المنتقى 3/ 287، والإشراف 2/ 109، وأحكام ابن العربي 1/ 220، وبداية المجتهد 2/ 29،
ومفتاح الوصول ص 48، والذخيرة 4/ 372، وكشف المغطى 245.

نصف الصداق أو عن بعضه إذا طلقت قبل الوطاء، وذلك في قوله ﴿أَوْ يَعْفُوا أَلَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾.

وندبت أيضاً الزوج المطلق إلى العفو، وذلك في قوله: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾.

والذي يدل على أن قوله: ﴿أَوْ يَعْفُوا أَلَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ مراد به الولي وليس الزوج ما يلي:

1 - أن سياق الآية ابتداء بتوجيه الخطاب للأزواج في قوله: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَلَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ ثم عدل عنه إلى توجيهه إلى الغائب في قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوا أَوْ يَعْفُوا أَلَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ ثم رجع به إلى الزوج في قوله: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا﴾ وهذا يدل على أن من وجه إليه الخطاب بضمير الغائب هو غير من وجه إليه الخطاب بضمير المخاطب. فعلم أن الخطاب وجه إلى ثلاثة أنواع:

الأول: بصيغة المخاطب وهم الأزواج.

الثاني: بصيغة الغائب وهم النساء المالكات أمر أنفسهن.

الثالث: بصيغة الغائب وهو يتعلق بالزوجات الغير المالكات أمر أنفسهن. إلا أن الخطاب كان لأوليائهن، لأنهم المالكون لعقدة نكاحهن.

وبذلك تكون الآية قد استوعبت جميع جهات الزوجية. وفي حمل قوله: ﴿أَوْ يَعْفُوا أَلَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ على الأزواج فإنه يترتب عليه ما يلي:

أ - التكرار. لأن طلب العفو توجه إلى الأزواج في قوله: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾. وحمل الكلام على عدم التكرار مع استيعاب الأطراف التي لها دخل في عقد الزواج، أولى من حمله على التكرار مع إقصاء طرف له دخل في العقد وهم الأولياء.

ب - عدم التناسق في الضمائر، فيكون الخطاب موجهاً للأزواج أولاً بضمير المخاطب «طلقتنَّوهن» ثم بضمير الغائب «أو يعفو» ثم بضمير المخاطب «وأن تعفوا»، وهذا عدول عن الظاهر. وحمل الكلام على ظاهره أولى حتى يدل دليل على العدول به عن ذلك.

2 - أن طلب العفو توجه لمن بيده عقدة النكاح في الحال، والزوج ليس بيده بعد الطلاق شيء، فيكون الولي هو المراد، لأنه ما زال بيده عقدة نكاح وليته المجبرة.

3 - أن المستثنى منه وهو قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾ وهو خطاب للأزواج، ولا يتأتى أن يكون هو المخاطب بالعفو عن هذا النصف أو عن بعضه. فيكون التقدير: فالواجب نصف ما فرضتم إلا أن يقع عفو من المرأة إن كانت مالكة أمر نفسها، أو من وليها إن كانت في حجره، لأنه يملك عقد نكاحها.

4 - أن العفو ظاهر في الإسقاط وهو يحصل من الولي، ولو كان الزوج هو من

بيده عقدة النكاح لكان عفوه تكميل الصداق والتزام ما سقط عنه بالطلاق؛ والتزام ما ليس بواجب لا يسمى عفواً.

وأما قبل الطلاق، فلا يجوز للأب العفو. وهو قول الإمام مالك. وقال ابن القاسم يجوز إذا كانت مصلحة تقتضي العفو، كعسر الزوج ورجاء استدامة العصمة⁽¹⁾.

وإذا طلقها بعد الدخول، فلا يجوز للأب العفو سواء رشدت أو كانت سفية أو صغيرة، لأنها بالمسيس وجب لها جميع الصداق. وليس للأب أن يضع حقاً قد وجب لها إلا في الموضع الذي أذن الله له فيه، وهو الطلاق قبل المسيس⁽²⁾.

(1) البيان والتحصيل 5/ 62-63، والذخيرة 4/ 373، وحاشية الدسوقي 2/ 326-327.

(2) نفس المصادر.

خيار أحد الزوجين إذا وجد عيباً بصاحبه

يثبت لكل واحد من الزوجين الخيار في ردّ النكاح إذا وجد عيباً بصاحبه. ودليل ثبوت الخيار بالعيب⁽¹⁾:

أ - عن ابن عمر قال: تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار، فلما أدخلت رأى بكشخها وضحاً فردّها إلى أهلها وقال: «دلّستم عليّ».

ب - إجماع الصحابة، فهو قول عمر وعلي وابن عباس وعثمان. ولا مخالف لهم.

ج - قياس النكاح على البيع؛ لأنه عقد معاوضة يثبت فيه الخيار بوجود العيب. ويشترط لثبوت الخيار للسليم:

1 - أن لا يسبق له علم بعيب صاحبه قبل العقد. فإن كان عالماً بالعيب قبل العقد فلا خيار له.

2 - أن لا يرضى بالعيب حال اطلاعه عليه. فإن رضي به رضاً صريحاً بقوله: رضيت. أو ضمناً، بأن يتلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب، فلا خيار له.

وإذا أراد أحد الزوجين أن يردّ صاحبه بالعيب الذي وجد به، فقال المعيب للسليم أنت علمت بالعيب قبل العقد ودخلت عليه، أو علمت به في العقد ورضيت به، ولا بينة لذلك المدعي بما ادّعاه، وأنكر المدعى عليه وهو السليم الرضا أو العلم، فإنه يحلف على نفي الرضا أو العلم، ويصدق بيمينه ويثبت له الخيار. وإن نكل حلف المعيب على طبق دعواه وانتفى الخيار.

واعلم أن من وجد بصاحبه عيباً لم يعلم به ولم يرض، فله الخيار ولو كان هو معيباً. لكن إن كان معيباً بغير ما قام بالآخر من العيب فظاهر. وإن كان معيباً بمثله كجذام وجذام، أو برص وبرص، أو جنون صرع وجنون صرع، فإن للزوج القيام دون الزوجة، لأنه بذل الصداق لسالمة فوجدها ممّن صداقها أقل. لكن استظهر القول بأن لكل واحد منهما القيام مطلقاً، كان من جنس الآخر أم لا، لأن المدرك الضرر، واجتماع المرض على المرض يورث زيادة.

(1) الإشراف 2/ 105، والمنتقى 3/ 278، وبداية المجتهد 2/ 59، والذخيرة 4/ 419.

العيوب التي يثبت معها الخيار:

العيوب التي يثبت معها الخيار ثلاثة عشر عيباً، يشترك الرجل والمرأة في أربعة، ويختص الرجل بأربعة، وتختص المرأة بخمسة.

والعلة الموجبة للخيار فيما سيذكر من العيوب، هي المنع من الإستمتاع وكمال الإلتذاذ بالوطء المقصود بالعقد. وغيرها من العيوب مما ليس له تأثير في الإستمتاع ولا يمنع المقصود من النكاح فلا يوجب خيار الرد⁽¹⁾

العيوب المشتركة:

1 - البرص: ولا فرق بين أبيضه وأسوده، ولا بين قليله وكثيره، اتفاقاً في المرأة، وعلى أحد القولين في يسير البرص في الرجل. وهذا كله في برص قديم قبل العقد. وأما الحادث بعده فلا رد باليسير اتفاقاً، وفي الكثير خلاف. وهذا فيما حدث بالرجل، وأما بالمرأة فمصيبة نزلت بالرجل، وسيأتي.

2 - العذِيْطَة: وهو خروج الغائط عند الجماع، ويقال للمرأة عذِيْوْطَة، وهي التي تحدث عند الجماع. والرجل عذِيوْط. ومثل الغائط البول عند الجماع، وأما البول في الفرش والريح فلا رد بهما.

3 - الجذام: ويشترط أن يكون محققاً، ولو قلّ، لا مشكوكاً فيه.

4 - الجنون: سواء كان بطبع، أو صرع أو وسواس. وسواء استغرق كل الأوقات، أو غالبها، أو حصل في كل شهر مرة. ومحل الرد به إذا كان يحصل منه إضرار من ضرب أو إفساد شيء. أما الذي يطرح بالأرض، ويفيق من غير إضرار فلا رد به.

العيوب التي تختص بالرجل:

1 - الخصاء: وهو قطع الذكر، دون الأنثيين. وأما قطع الأنثيين دون الذكر، فلا رد به ولا يضر عدم النسل كالعقم. إلا إذا كان لا يمني، فيقع به الرد. ومثل قطع الذكر قطع الحشفة على الأرجح.

2 - الجبّ: وهو قطع الذكر والأنثيين.

3 - العنة: وهو صغر الذكر جداً بحيث لا يتأتى به الجماع. ومثل صغر الذكر في كونه موجباً للرد، غلظ الذكر المانع من الإيلاج. وأما طول الذكر فلا يرد الزوج به. ولا يرد الرجل بوجوده خنثى متضح الذكورة.

4 - الإعتراض: وهو عدم انتشار الذكر، وإنما يكون لعارض، كسحر أو خوف

أو مرض.

العيوب التي تختص بالمرأة:

- 1 - القَرْن: وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون لحمياً غالباً، فيمكن علاجه، وتارة يكون عظماً فلا يمكن علاجه.
 - 2 - الرَّتْقُ: وهو انسداد مسلك الذكر، بحيث لا يمكن الجماع معه، إلا أنه إن انسَدَ بلحم أمكن علاجه، فإن كان بعظم لم يمكن علاجه.
 - 3 - بخر الفرج: أي نتوته، لأنه منقر جداً. بخلاف نتن الفم فلا رد به.
 - 4 - العَقْل: وهو لحم يبرز في قبلها يشبه أدرة الرجل. والأدره اسم لنفخ الخصية.
 - 5 - الإفضاء: وهو اختلاط مسلك البول والذكر، وأولى مسلك البول مع الغائط.
- والأصل في هذه العيوب:

أ - عن سعيد بن المسيّب أنه قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمستها فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها⁽¹⁾.

ب - عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أربع لا يجزن في بيع ولا نكاح، المجنونة والمجدومة والبرصاء والعفلاء⁽²⁾.

ج - عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه: أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار ما لم يمستها، إن شاء أمسك، وإن شاء طلق. فإن مستها فلها المهر بما استحل من فرجها⁽³⁾.

د - عن ابن المسيّب أن عمر رضي الله عنه جعل للعنين أجل سنة وأعطاهما صداقها وافيأً⁽⁴⁾. وهو قول ابن مسعود⁽⁵⁾ وعلي⁽⁶⁾.

هـ - قياس غير المنصوص عليه على المنصوص عليه للعلّة المذكورة أولاً.

ظهور العيب بعد العقد أو الدخول:

إن محل الرد بهذه العيوب، إن كانت موجودة حال العقد ولم يعلم بها، كما تقدم. وأما ما حدث منها بعد العقد، فإن كان بالزوجة، فلا رد للزوج به، وهو مصيبة

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، والبيهقي في النكاح، باب ما يرد به النكاح.

(2)(3) أخرجه البيهقي في النكاح، باب.

(4)(5)(6) أخرجه عبد الرزاق في النكاح، باب أجل العنين. والدارقطني في النكاح، وابن أبي شيبة في النكاح.

نزلت به؛ لأن المعنى الذي أوجب الخيار له عند العقد وجود التدليس، وهذا معدوم في مسألتنا. ولأن المهر ليس بمبذول للإستدامة، وإنما لأول مرة، والنفقة يمكنه إسقاطها بالطلاق⁽¹⁾.

وإن كان بالزوج فإن للزوجة ردّ زوجها بما يلي:
- الجذام المحقق، ولو يسيراً، لا المشكوك.
- البرص المضرّ، أي الفاحش، لا اليسير.
- الجنون.

ف للزوجة في ذلك الخيار، ولو حدثت بعد الدخول؛ لأنه لا صبر لها عليها، وليست العصمة بيدها. بخلاف الزوج ليس له ردّ بها إن حدثت بالزوجة بعد العقد، وهي مصيبة نزلت به، فإما أن يرضى، وإما أن يطلق، إذ العصمة بيده. وكون العصمة بيده وليست بيدها هو أساس الفرق بينها وبينه.

سقوط الخيار إذا حصل الوطء:

ليس للزوجة ردّ زوجها بالجبّ والإعتراض والخصاء إن حصل له ذلك بعد وطئها ولو مرّة. وهي مصيبة نزلت بها. فإن لم يحصل وطء فلها القيام بحقّها وفسخ النكاح.

التأجيل قبل الفسخ:

يؤجل من قام به عيب من العيوب المشتركة، من الزوجين، وكذلك الرجل إذا قام به عيب من العيوب الخاصة به، سنة كاملة للتداوي. وذلك إن رجي برؤها، وإلا فلا فائدة في التأجيل. وأما العيوب المختصة بالمرأة فالتأجيل فيها إن رجي البرء بالإجتهد. ووجه التحديد بسنة، أن السنة جعلت ليختبر الدواء في الفصول الأربعة فقد ينفع في فصل دون فصل.

وللزوجة في أجل التأجيل نفقتها على زوجها دون أجره الطبيب والدواء، إذا دخل بها. فإن لم يدخل بها فلا نفقة لها.

العيوب التي لا يثبت بها الخيار:

لا يثبت الخيار بغير العيوب المتقدمة، كالسواد، والقرع، والعمى، والعمور، والعرج، والشلل، وقطع عضو، وكثرة أكل، ونحوها مما يعدّ في العرف عيباً. فلا يثبت بهذه العيوب الخيار إلا بشرط، فإنه يعمل بذلك الشرط ويثبت الخيار. وإذا وصف الولي الزوجة للزوج عند الخطبة، كأن يقول له: هي سليمة العينين، طويلة الشعر، لا عيب بها، فتوجد بخلافه، فله الرد؛ لأن وصف الولي لها منزل منزلة

الشرط. وكذا وصف غير الولي - ما عدا الأم - وهو حاضر ساكت.
ولا يثبت الخيار بخلف ظن الزوج، كأن يظنها ذات شعر وهي من قوم ذوي شعور فوجدها قرعاء. أو يظنها بيضاء، وهي من قوم بيض، فوجدها سوداء. أو يظنها غير بخراء الفم فيجدها كذلك؛ فلا رد بذلك، أو يظنها بكرًا فيجدها ثيبًا.
والحاصل في الثبوت أن من تزوج امرأة يظنها بكرًا فوجدها ثيبًا، فإن لم يوجد شرط، فلا رد مطلقاً، علم الولي بثبوتها أم لا، وإن شرط الزوج العذارة فله الرد مطلقاً. وكذا لو اشترط البكارة وكان زوالها بنكاح فترد مطلقاً.
وإن شرط البكارة فوجدها زائلة وكان زوالها بوثة أو زنا، فإن علم الولي وكنتم على الزوج كان له الرد. وإن لم يعلم الولي ففيه تردد أي قولان في المذهب.
وسبب التردد الإختلاف في الفرق بين البكر والعذراء، فالبكر عند بعض الفقهاء هي التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح. والعذراء هي التي لم تنزل بكارتها بمزيل، فلو أزيلت بكارتها بزنا أو بوثة أو بنكاح لا يقرّ الزوجان عليه فهي بكر. وبهذا فإن البكر أعم من العذراء.
وقيل البكر مرادفة للعذراء، فهي التي لم تنزل بكارتها أصلاً. وعلى هذا الخلف وقع التردد.
على أن محل التردد ما لم يجر عرف بمساواة البكر للعذراء، وما لم يعلم الولي بثبوتها عند شرط الزوج، وإلا فله الرد قطعاً.

ابتداء السنة في التأجيل:

تبتدىء السنة في التأجيل من يوم الحكم لا من يوم الرفع للحاكم.

التأجيل من أجل الاعتراض ونفقة الزوجة:

إذا كان التأجيل من أجل الاعتراض، فإن السنة تحسب من يوم الحكم بعد الصحة إن كان مريضاً بمرض غير الاعتراض. وللزوجة نفقتها على زوجها في تلك السنة، لأنها في نظير الإستمتاع، وهي ممكنة له.
فإن ادعى الزوج الوطء في الأجل، وكذا إن ادعى بعد الأجل أنه وطئ في الأجل، فإنه يصدق بيمين. فإن نكل عن اليمين، حلفت الزوجة إنه لم يطأ، وفرّق بينهما قبل تمام السنة إن شاءت. فإن لم تحلف الزوجة بأن نكلت كما نكل الزوج بقيت إلى تمام الأجل.

وإن لم يدع الزوج الوطء بعد تمام السنة، بأن وافقها على عدمه أو سكت ولم يدع وطئاً ولا عدمه، فإن الزوج يطلقها بأمر من الحاكم، إن طلبت الطلاق. فإن لم يطلقها وامتنع، فإن الحاكم يطلق عليه بأن يقول: طلقها عليك، أو هي طالق منك، أو نحو ذلك.

ولزوجة المعترض بعد ضرب الأجل أن تفارق بعد إقامتها معه مدة تعينها، كقولها: رضيت بالمقام معه سنة أيضاً، أو سنتين. وذلك لتتروى وتنظر في أمرها بدون ضرب أجل ثان، لأنه قد ضرب أولاً، ولذلك فلها الرجوع إذا أرادت الفراق.

وإذا أقامت معه الأجل المضروب، وهو السنة، فلها الصداق كاملاً، لأنها مكنته من نفسها وطال مقامها معه وتلذذ بها بمقدمات الجماع.

فإن طلق قبل السنة، ولم يطل مقامها معه فلها نصف الصداق، وتعوض زيادة على النصف مقابل التلذذ بها بما يراه الحاكم أو جماعة المسلمين إن لم يكن حاكم. وإن طلق قبل السنة وطال مقامها معه فلها الصداق كاملاً. وهذا التفصيل إن طلق بغير اختياره. وأما إن طلق باختياره فعليه الصداق كاملاً بمجرد الدخول، أولى من المجبوب والعنّين والخصي الذين يجب عليهم الصداق كاملاً إذا طلقوا اختياراً بعد الدخول. وسيأتي حكم لو طلق عليهم.

تأجيل المرأة بما تختص به من العيوب:

تؤجل الرتقاء للتداوي إذا رجي زوال الرتق بالدواء. ويقع ضرب مدة الأجل بالإجتهد حسب ما يقوله أهل المعرفة بالطب. وهذا هو المشهور، وقيل تحدد بشهرين.

وهذا إذا كان الرتق من أصل الخلقة، لا إن كان بسبب، كما يقع لبعض السودان حين الخفاض من التحام الشفرتين. وعلى أنه من أصل الخلقة فإن الزوجة لا تجبر على التداوي. وإذا كان بسبب فإنها تجبر.

وجميع الأدوية المختصة بالمرأة، فإنها تؤجل فيها، إن رجي برؤها كحكم الرتق.

إثبات العيوب المتعلقة بالفرج:

إذا أنكر الزوج أن به جباً أو خصاء أو عنة، فإنه يجس على ثوبه بظاهر اليد، لأنه أخف من باطنها. ولا يجوز النظر إليه من قبل الشهود.

وأما منكر الاعتراض، فلا يمكن أن يعلم بالجس، لأن إنعاضه والجس عليه لا يحصل من ذوي المروءات، فلا يلزم به لفحشه؛ وحينئذ يصدق في نفيه باليمين.

ومثل الاعتراض في نفيه باليمين إذا أنكره صاحبه وادّعاه الآخر، أدواء الفرج كالبرص أو الجذام، وعيوب فرج المرأة؛ فإن الزوجين يصدقان بيمين. ولا يجوز نظر النساء للمرأة. كما لا يجوز نظر الرجال للرجل. وخالف الإمام سحنون فقال: تجبر المرأة على أن ينظر لها النساء، وعليه جرى العمل بفاس. وألحق الإمام الباجي وغيره

الرجل في النظر إليه، لاستواء النظر والجس في المنع. والنظر يحصل به العلم القوي. وتصدق المرأة في حدوث عيب فرجها بعد العقد إذا ادّعت، وادّعى الزوج أنه قديم. وتصدق في بكارتها، وتحلف إن كانت رشيدة، ويحلف أبوها إن كانت سفية أو صغيرة. والأخ كالأب، بخلاف غيرهما من الأولياء، فلا يمين عليهم، بل اليمين على السفية، ويصبر لبلوغ الصغيرة. فإن قيل كيف يحلف الأب ليستحق الغير مع أن الشأن أن الإنسان إنما يحلف ليستحق هو؟ وأجيب بأن المراد بالحلف لكونه مقصراً بعدم الإشهاد على أن وليته سالمة حين العقد، فالغرم متعلق به، والحلف لرد الغرم عن نفسه لا لاستحقاق غيره.

ومحل تصديق المرأة بيمينها، ما لم يأت الرجل بامرأتين أو امرأة واحدة يشهدان أو تشهد له. فإنه يعمل بهذه الشهادة، ولا تصدق المرأة، ولو حصلت الشهادة بعد حلفها.

ولا يكون نظر المرأتين أو المرأة لفرجها جرحاً تسقط بها الشهادة نظراً لقول الإمام سحنون.

حكم الصداق عند الرد بالعيب:

إذا وقع الرد قبل البناء، فلا صداق فيه ولو وقع بلفظ الطلاق، لأن العيب إذا كان بالزوج فقد اختارت فراقه قبل استيفاء سلعتها. وإن كان بها فهي غارة مدلسة.

وإذا وقع الرد بعد البناء، فإن كان الرد من الزوجة للزوج لعيبه، فلها المسمى لتدليسه. وهذا إذا كان يتصور وطؤه، كمجنون ومجدوم ومبرص. فإن كان لا يتصور وطؤه كالمجبوب والعين والخصي مقطوع الذكر، فإنه لا مهر عليه.

وإن كان الرد من الزوج للزوجة لعيبها، فإنه يرجع بالصداق على الولي أو على المرأة كما يلي:

1 - فإنه يرجع به على الولي الذي تولّى العقد إذا كان الولي لا يخفى عليه حال المرأة. وذلك يكون في الأب والأخ والإبن. وإنما يرجع الزوج على الولي بجميع الصداق لأنه لما كان مخالطاً وعالماً بعيوبها وأخفاها على الزوج صار غاراً له ومدلساً عليه. فلذلك كانت الغرامة عليه وحده، إن كانت الزوجة غائبة عن مجلس العقد، ولا شيء عليها من الصداق الذي أخذته. فلا رجوع للولي ولا للزوج عليها إذا كانت غائبة عن المجلس.

ومثل الولي القريب في الرجوع عليه، الولي البعيد إذا علم بالعيب وكتمه، وكانت غائبة عن مجلس العقد. والأصل فيما تقدم:

- عن سعيد بن المسيّب أنه قال، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أيما رجل تزوج

امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمستها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها⁽¹⁾.

2 - ويرجع به على الولي القريب الذي تولى العقد، أو على الزوجة إذا حضرت مجلس العقد، فهو بالخيار، وذلك لتدليسهما بالكتمان. ومثل الولي القريب في الرجوع به عليه أو عليها بالخيار، الولي البعيد إذا علم العيب وكتمه وهي حاضرة في مجلس العقد كاتمة. فإن أخذه الزوج من الولي، فإن الولي يرجع به على الزوجة، فقرار الغرم عليها في هذه الحالة.

وهذا في العيب الظاهر، كالجذام والبرص. وأما ما لا يظهر إلا بعد البناء أو بالوطء كالرتق، فالولي القريب فيه كالبعيد في عدم الرجوع، كما يأتي.

3 - ويرجع الزوج بالصداق على الزوجة فقط فيما يلي:

* إذا كان الولي بعيداً شأنه أن يخفى عليه حالها، لكونه غير مخالط لها، كابن عمّ وحاكم. وكذا شديد القرابة إن كان غير مخالط لها. ففي الحقيقة المدار على المخالطة وعدمها، وينظر في ذلك للقرائن.

ويكون رجوعه عليها فيما عدا ربع دينار، أو ما يقوم مقامه. فيتركه لها لثلا يخلو البضع عن مهر، فيشبه وطؤها الزنا.

ومثل هذه المسألة، الغرور بالعدّة حيث قالت أنا خرجت من العدّة، وعقد عليها ودخل بها معتمداً على ذلك. ثم ظهر كذبها، فإنه يترك لها ربع دينار. وأما لو كان الغرور من الولي، فإنه يرجع عليه بكل الصداق.

* إذا كان الولي قريباً فيما لا بعث من العيوب قبل البناء كالعفل والرتق والبخر. وفي خصوص الولي البعيد، فإن الزوج يحلفه إن ادعى عليه أنه كان عالماً بالعيب فأنكر. فإن نكل الولي حلف الزوج أن الولي غرّه ورجع عليه بالصداق. فإن لم يحلف الزوج فلا شيء له.

حكم الصداق عند تغير الولي بالزوج:

إذا تولى العقد غير ولي خاص، وكان عقده بالولاية العامة، أو بتوكيل من ولي خاص، ولم يخبر الزوج بأنه غير ولي، وغرّه بأنها سليمة من العيوب، فإن الزوج يرجع على الغارّ بجميع الصداق. فإن أخبره الغارّ بأنه غير ولي، أو علم بذلك، لم يكن للزوج عليه رجوع ولا على الزوجة أيضاً. وذلك لتفريطه بعدم الفحص عن حال تلك المرأة.

(1) سبق تخريجه.

الاطلاع على العيب بعد الطلاق أو الموت:

إذا اطلع أحد الزوجين من الآخر على عيب بعد الطلاق أو الموت، فهو كالعدم. وللزوجة الصداق كاملاً في الموت مطلقاً، وفي الطلاق إن دخل. ولها نصفه إن لم يدخل في الطلاق. والإرث بينهما ثابت.

ما يجوز للولي كتمه من العيوب:

يجوز للولي كتم العمى ونحوه من كل عيب لا يوجب الخيار، كالقرع والسواد والشلل، إذا لم يشترط الزوج السلامة منها. لأن النكاح مبني على المكارمة. بخلاف البيع يجب على البائع بيان كل ما يكرهه المشتري. وأما ما يوجب الخيار، فإنه يجب بيانه.

ما يجب كتمه من العيوب:

يجب على الولي كتم الفواحش التي توجب العار، كالزنا والسرقه. ولو اشترط الزوج السلامة من ذلك. ودليل وجوب كتم الولي الفواحش:

أ - عن أبي الزبير المكي أن رجلاً خطب إلى رجل أخته، فذكر أنها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب. فضربه، أو كاد يضربه. ثم قال: مالك وللخبر⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن هذا الرجل قد حسب أن إخباره الخاطب بأن مخطوبته أحدثت، أي زنت، أمر مشروع، وأن كتمانها ضرب من الغش للخاطب. وكان مخطئاً في حسابانه ذلك، فلذلك ضربه عمر أو كاد يضربه لأنه لو فعل أمراً مشروعاً لما أدبه عمر على فعله⁽²⁾.

ب - عن زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال: «أيها الناس، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستر بستر الله. فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽³⁾.

والحديث فيه الأمر بأن يستر المرء على نفسه إذا ارتكب فاحشة.

ج - حديث هزال، وفيه قوله ﷺ: «يا هزال، لو سترته بردائك لكان خيراً لك»⁽⁴⁾.

د - أن زناها ذنب وليس عيباً تردّ به، فمن جهة كونه ذنباً، فإن الله تعالى أمر بستر

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب جامع النكاح. (2) كشف المغطى ص 252.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا. والحاكم في المستدرک في الحدود 383/4. وعبد الرزاق في النكاح، باب الرجم والإحصان.

(4) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم. وأبو داود في الحدود، باب الستر على أهل الحدود.

المسلم فيما زلّ فيه من المعاصي، وقد تضافرت الأدلة على وجوب الستر حتى حصل العلم بأن من مقاصد الشريعة الستر على المسلمين.

ومن جهة كونه ليس عيباً في الخلقة تردّ به، فإنه لم يجب على وليّها أن يعلم الخاطب به. ولذلك قال عمر للرجل: «مالك وللخبر»، فإن الإستفهام إنكاري، وهو في معنى النفي، أي ليس لك مع هذا الخبر اتصال واختصاص.

ثم إن كان الذي أحدثته المرأة لا يعلمه إلا وليها وخاصتها، فوجوب كتمانها عن الخاطب ظاهر. وإن كان قد اشتهر بين الناس فإن وجوب كتمانها من أهلها وجيه وليس يلزمهم ذكر ذلك له، وعلى الخاطب أن يستعلم على مخطوبته من غير أهلها وأن يستشير ذوي نصيحته، وليس الولي بمستشار. وإن إخبار الولي بحدث ونيته إن كان خشية أن يطلع الخاطب عليه بعد التزوج، فليس الذي يحصل بعد اطلاعه بأشدّ عاقبة مما أخبره وليها قبل الزواج⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن الولي يزوّجها. وهو الذي تتابعت عليه مصادر المالكية من تعليل عدم جواز ذكر ما أحدثته بما تقدم، وخاصة بكونه ليس عيباً ولا يوجب الخيار. لكن الشيخ الدردير ذكر في شرحه الكبير أنه يجب المنع من تزويجها، بأن يقول الولي للزوج: هي لا تصلح لك. وعلّل ذلك بأن الدين النصيحة⁽²⁾.

(1) المنتقى 3/ 352، والبيان والتحصيل 4/ 262، والقبس 2/ 720، وشرح الزرقاني على الموطأ 3/ 164، وكشف المغطى ص 252، وما بعد وشرح المواق على مختصر خليل بهامش شرح الحطاب 3/ 497.

(2) الشرح الكبير 2/ 290.

أحكام تنازع الزوجين

يدخل التنازع بين الزوجين في أصل النكاح وفي الصداق، قدراً أو جنساً أو صفة أو اقتضاء، أو في متاع البيت، وما يتعلق بذلك.

1 - التنازع في الزوجية:

إذا تنازع الزوجان في الزوجية، بأن ادّعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن الزوجية تثبت بالبيّنة المعاينة للعقد. كما تثبت بيّنة السماع. فإن لم تثبت لا بيّنة المعاينة، ولا بيّنة السماع، فلا يمين على المنكر للزوجية منهما، لأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين، فلا يمين بمجردا على المنكر المدعى عليه. لذلك فلا يمين على المنكر ولو أقام المدعى شاهداً يشهد له إذ لا فائدة في توجيهها على المنكر، لأنه لو نكل لم يقض بالشاهد والنكول.

ولكن يحلف المدعى مع شاهده إذا مات المنكر ليرثه، لأن الدعوى آلت إلى مال. لأن دعوى الزوجية بعد الموت ليس المقصود منها إلا المال، وكل دعوى مال تثبت بالشاهد واليمين. ولا صداق للمرأة إذا كانت هي المدعية، لأنه من أحكام الحياة، لأنه في مقابلة التمتع في حالة الحياة، ولم تثبت الزوجية حال الحياة.

وتؤمر المرأة المنكرة بانتظار الزوج المدعى لحضور بيّنة ادعى قربها، إذا كان لا ضرر على المرأة في انتظارها، أي فلا تتزوج. فإن أتى بالبيّنة قضى له بها.

ثم بعد انتظارها كما أمرت، ولم يأت المدعى ببيّنته، أو كانت البيّنة بعيدة، وحكم القاضي بعجزه، لم تسمع له بيّنة بعد ذلك. فإن لم يحكم القاضي بعجزه فتسمع.

وإذا ادّعت الزوجة الزوجية وأنكرها الزوج لم يعد إنكاره طلاقاً؛ لأن إنكاره لاعتقاده أنها ليست زوجة، فحيث أثبتها وحكم الحاكم بها، فيلزمه النفقة، ويحلّ له وطؤها. ولا يلزمه طلاق. وهذا إذا لم ينو بالإنكار الطلاق. فإن نواه بالإنكار بعد إثباتها البيّنة وحكم الحاكم بها، فإنه يكون طلاقاً. وأما إن لم تثبت الزوجة البيّنة، فلا يكون طلاقاً ولو قصده، لأنه طلاق في أجنبية.

وعند حكم الحاكم على الزوج بالزوجية حين أقامت المرأة عليه البيّنة، فإن الزوج يجدد عقداً لتحلّ له. وذلك إن علم من نفسه أنها غير زوجة في الواقع، وأن البيّنة زور.

وإذا ادعى رجلان المرأة فقال كل منهما: هي زوجتي، وأقام كل منهما بينة تشهد له، سواء صدقتهما المرأة أو كذبتهما أو صدقت أحدهما، فإن نكاحهما يفسخ بطلقة بائنة، لاحتمال صدقتهما مع عدم علم السابق منهما، كذات الوليين إذا جهل زمن العقدين. ولا ينظر لدخول أحدهما بها. وحينئذ لا يكون الداخل أولى، ولا بد من الفسخ، كما لا ينظر لأعدلية إحدى البيئتين، ولا لغيرها من المرجحات، إلا التاريخ، فإنه يعمل بالتاريخ السابق الذي تثبتته إحدى البيئتين، ولو أرخت إحداهما فقط بطلت البينة كعدم التاريخ بالمرة.

وإذا أقرّ زوج وزوجة طارثان، بالزوجية، فإنهما يتوارثان بإقرارهما، وهما طارثان. فإذا كانا بلديين غير طارئين، أو كان أحدهما بلدياً والآخر طارئاً، وأقرّا بالزوجية أو أقرّ بها أحدهما من غير ثبوت، وسواء كان الإقرار في الصحة أو في المرض، ثم مات أحدهما، ففي التوارث خلاف.

2 - التنازع في قدر المهر وصفته وجنسه:

إذا تنازع الزوجان في مقدار المهر، كأن يقول الزوج: عشرة دنانير شرعية، وتقول هي: بل خمسة عشر. أو تنازعا في صفته، بأن قالت: بدنانير محمّدية، وقال هو: بل يزيدية؛ فإن كان تنازعهما قبل البناء، فالقول لمُدّعي الأشبه، أي ما وافق المعتاد بين أهل بلدهما بيمينه. فإن نكل حلف الآخر وثبت النكاح ولا فسخ. فإن لم يشبه واحد منهما، أو أشبها معاً، حلفا إن كانا رشيدين، وإلا فولّي غير الرشيد، كل على طبق دعواه ونفي دعوى الآخر. وفسخ النكاح بينهما. ونكولهما كحلفهما. وتبدأ الزوجة بالحلف لأنها كالبائع. ويقضى للحالف على الناكل.

وإن تنازعا في جنسه قبل البناء كذهب وثوب وفرس وبعير، فإنه يفسخ مطلقاً، أشبها معاً المعتاد بين أهل البلد، أو أشبه أحدهما، أو لم يشبها. وهذا إن لم يرض أحدهما بقول الآخر، وإلا فلا يفسخ.

وإن كان تنازعهما في القدر والصفة بعد البناء، فالقول للزوج بيمين، وإن لم يشبه، كما لو أشبه بالأولى، ولا فسخ.

وأدلة هذه المسألة، أي التنازع في قدر المهر وصفته وجنسه تجري مجرى أدلة التنازع في البيع⁽¹⁾. وسيأتي إن شاء الله تعالى بيانها في البيوع.

وفي خصوص التنازع بعد الدخول فوجه كون القول قول الزوج، أنها لما سلمت نفسها من غير إظهار عليه، كان ذلك رضاً منها بأمانته⁽²⁾.

(1) الإشراف 2/109، والمتقى 3/18، وبداية المجتهد 2/34-35-36.

(2) الإشراف 2/109.

ومثل التنازع بعد البناء في كون القول قول الزوج يمين في القدر والصفة، فكذلك تنازعهما قبل البناء بعد الطلاق، وتنازع أحدهما مع ورثة الآخر في الموت، سواء أشبه أو لم يشبه، فلا يراعى الشبه وعدمه إلا قبل البناء من غير طلاق وموت.

فإن نكل الزوج في هذه المسائل حلفت الزوجة، وكان القول قولها فيما إذا تنازعا بعد البناء أو بعد الطلاق، أو يحلف ورثتها فيما إذا ماتت، لأن الطلاق والموت والبناء بمنزلة فوات السلعة في البيع، فالقول فيه بعد الفوات للمشتري إن أشبه. وهنا القول للزوج مطلقاً أشبه أم لا. وأما قبل البناء فيراعى قول من أشبه لأنه بمنزلة قيام السلعة في البيع يراعى فيه قول من أشبه. ويبدأ البائع باليمين والمرأة هنا كالبائع. هذا في الاختلاف في القدر والصفة.

وأما في الجنس فإن الزوج يُردُّ لصدّاق المثل إن تنازعا بعد البناء. والمراد بالجنس ما يشمل النوع كفرس أو بعير. وتقدّم أنه إن كان التنازع قبل البناء ولم يرض أحدهما بما ادّعاه الآخر، فلا بد من فسخه، أي بعد حلفهما أو نكولهما معاً، ولا شيء فيه للمرأة. فإن كان بعده، فإنه يردُّ لصدّاق المثل ما لم يزد على ما ادّعت المرأة، فإن زاد فليس لها إلا ما ادّعت. إذ لا يعطى مدّع أكثر مما ادعى. وكذا ما لم ينقص عن دعوى الزوج، فإن نقص صدّاق المثل عن دعواه فإنها تعطى ما ادّعاه. كما لو قال أصدقتها بقرة، وكان صدّاق مثلها شاة، فإنها تعطى البقرة، ويثبت النكاح ولا يفسخ.

والفسخ المذكور فيما تقدم يكون بحكم، ويكون بطلاق. والحاصل أنه متى حصل بناء فلا فسخ مطلقاً كان التنازع في القدر أو الصفة أو الجنس، أشبهها، أو لم يشبهها، أو أشبه أحدهما دون الآخر، إلا أنه في القدر والصفة، القول قول الزوج إن حلف، وإلا حلفت وكان القول لها. وفي الجنس يردُّ لصدّاق المثل إن حلفا أو نكلا. فإن حلف أحدهما فالقول له.

وإنه إن لم يحصل بناء فتارة يفسخ، وذلك فيما إذا تخالفا أو تناكلا معاً، في اختلافهما في الجنس مطلقاً، أو في الصفة والقدر، إذا لم ينفرد أحدهما بالشبه.

3 - تنازع الزوجين في كون المهر تسمية أو تفويضاً:

إذا ادّعى الزوج أنه تزوجها تفويضاً، وكانا من قوم يتناكحون على التفويض فقط أو هو الغالب عندهم، أو عليه وعلى التسمية سوية، وادّعت هي أنه تزوجها على التسمية، فالقول له يمين ولو بعد الفوات، بدخول أو موت أو طلاق. فيلزمه أن يفرض لها صدّاق المثل بعد البناء، ولا شيء عليه في الطلاق أو الموت قبل البناء. فإن اعتاد قومهما التسمية خاصة فالقول للمرأة يمين. وثبت النكاح.

تنازع الزوجين المحجور عليهما:

لا كلام للمحجور عليه لسفه أو صبا، من زوج أو زوجة، في التنازع المتقدم ذكره. بل الكلام لوليه واليمين عليه.

4 - تنازع الزوجين في قبض ما حلّ من الصداق:

إذا قال الزوج للزوجة: دفعته لك، أي ما حلّ من الصداق. وقالت الزوجة لم تدفعه بل هو باق عندك. فإذا كان قبل البناء فالقول قولها بيمين أنها لم تقبض، إن كانت رشيدة، وإلا فوليتها هو الذي يحلف، فإن نكل وليها غرم لها لإضاعته بنكوله ما حل من الصداق.

وإن كان التنازع بعده فالقول قول الزوج بيمين. والدليل على كون القول للزوج هنا: - العرف. وهو غالب في معظم البلدان، بل جميعها، أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء. وقد كان العرف بالمدينة المنورة في عهد الإمام مالك أن الزوج لا يدخل بالزوجة إلا بعد دفع الصداق، ولذلك قال بأنهما إذا تنازعا في قبضه فالقول قول الزوج، وجعل العرف شاهداً له مع يمينه، لأن تمكين الزوجة له من الدخول دليل على صحة دعواه بالدفع إليها⁽¹⁾.

ويشترط لقبول قول الزوج بيمينه في التنازع بعد البناء أربعة شروط:

أ - أن لا يكون العرف تأخير ما حل من الصداق، بأن كان عرفهم تقديمه، أو لا عرف لهم. فإن كان العرف تأخيره فلا يكون القول قوله بل قولها.

ب - أن لا يكون مع الزوجة رهن، وإلا فالقول لها لا له.

ج - أن لا يكون الصداق مكتوباً بكتاب أو وثيقة، وإلا فالقول لها.

د - أن يدعي الزوج بعد البناء أنه دفعه لها قبل البناء. فإن ادعى دفعه بعد البناء، فقولها بيمين، وعليه البيان.

5 - التنازع في مؤجل الصداق:

إذا تنازعا في مؤجل الصداق، فالقول لها كسائر الديون، من أن من ادعى الدفع، فلا يبرئه إلا البينة أو اعتراف من رب الدين، وسواء كان تنازعهما قبل البناء أو بعده.

6 - التنازع في متاع البيت:

إذا تنازعا في متاع البيت، فللمرأة المعتاد للنساء فقط. كالحلي والأخمرة وما يناسب النساء من الملابس. وهذا بقيدتين:

(1) الإشراف 109/2، والمنتقى 319/3، والبيان والتحصيل 141/5، وبداية المجتهد 35/2، ومذاهب الحكام في نوازل الأحكام ص 264.

1 - أن لا يكون في حوزة الخاص به، وإلا فالقول له بيمين.

2 - أن لا تكون المرأة معروفة بالفقر، وإلا فالقول له.

وكون القول له بيمين، فهو بقيود أيضاً:

1 - أن لا يكون في حوزها الخاص بها.

2 - أن لا يكون فقيراً لا يشبهه لفقره.

3 - أن لا يناسب جهازها.

فإن كان في حوزها الخاص بها، أو كان يناسب جهازها، أو كان فقيراً، فلا يقبل قوله. ويكون القول للمرأة.

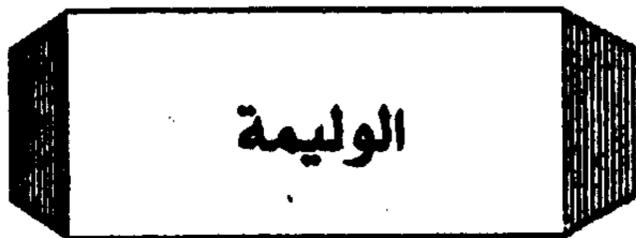
وإذا كان ما في البيت غير معتاد للنساء فقط، بل للرجال فقط كالسيف ونحوه، والفرس ونحوها، والمصحف وكتب العلم وبيع التجارة، أو كان معتاداً لهما، كالأواني، فإنه للرجل بيمين؛ لأن الشأن أن ما في البيوت للرجال.

وللمرأة الغزل بيمينها، إذا تنازعا فيه قبل الطلاق أو بعده، ولا يئنه لأحدهما، إلا أن يثبت الزوج أن الكتان له، فيكونان شريكين فيه، هو بقيمة كتانه وهي بقيمة غزلها.

وإنما قضي لها به إذا لم تكن بينة لأحدهما، لأنه من فعل النساء غالباً. وهذا ما لم يكن يشبهه أيضاً ككونه من العاكة، وإلا كان له خاصة بيمينه، لأنه من المشترك، وتقدم أنه فيه يغلب جانب الرجل. وكل هذا ما لم يكن في حوز أحدهما الخاص به.

وإذا اشترى الزوج شيئاً شأنه أن يكون لها كالحلي، فادعته المرأة، وأنه اشتراه لها من مالها، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه من ماله؛ حلف الزوج وقضي له به. فإن نكل حلفت وقضي لها به.

والعكس كذلك، وهو أنها إذا اشترت شيئاً يشبه أن يكون للرجال كالسيف، وادعت أنها اشترته من مالها، وقال هو: بل من مالي اشترته لي، حلفت الزوجة وقضي لها به. فإن نكلت حلف وأخذه. وقيل لا يمين عليها، أي يقضي لها به من غير يمين.



تعريف الوليمة:

الوليمة مشتقة من الولم، وهو الإجماع، وذلك لاجتماع الزوجين والناس فيها. ومنها أولم الغلام إذا اجتمع عقله وخلقه.

واصطلاحاً هي طعام العرس، وهي تطلق خاصة على ذلك، ولا تطلق على غيره إلا بقيد، بأن يقال وليمة الختان مثلاً.

واعلم أن طعام الختان يقال له: إعدار، وطعام القادم من سفر يقال له: نقيعة، وطعام النفاس يقال له: خُرس، والطعام الذي يعمله الجيران والأصحاب لأجل المودة يقال له: مآدبة، وطعام بناء الدور يقال له: وكيرة، والطعام الذي يصنع في سابع الولادة يقال له: عقيقة، والطعام الذي يصنع عند حفظ القرآن يقال له: حذاقة.

حكم الوليمة:

الوليمة مندوبة للقادر عليها ولو قبل البناء، سفرأ وحضرأ، فلا يقضى بها. وقيل هي واجبة ويقضى بها. ودليل مشروعيتها الوليمة وندبها:

أ - عن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله ﷺ، فأخبره أنه تزوج. فقال له رسول الله ﷺ: «كم سقت إليها؟» فقال: زنة نواة من ذهب. فقال له رسول الله ﷺ: «أولم ولو بشاة»⁽¹⁾. وأمره ﷺ محمول على معنى الندب⁽²⁾.

ب - فعله ﷺ، فلم يرو عنه أنه ترك الوليمة على أحد من نساءه. وهذا يدل على تأكيد الندب والحض عليه⁽³⁾.

وحكمة مشروعيتها الوليمة أن فيها إشهار النكاح وإظهاره، لأن الشهود يهلكون؛ وهو صفة من صفات النكاح التي يتميز بها عن السفاح، مع ما يقترن بالإطعام فيه من

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، والبخاري في النكاح، باب الصفرة للمتزوج، ومسلم في النكاح باب الصداق.

(2) المتقى 3/348.

(3) المتقى 3/348.

كرم الأخلاق ومكارمة الإخوان ومواساة أهل الحاجة⁽¹⁾.

وقتها:

يندب أن تكون الوليمة بعد البناء. والدليل⁽²⁾:

أ - عن أنس أن رسول الله ﷺ تزوج صفية عند رجوعه من خيبر. حتى إذا كان بالطريق جهزتها له أم سليم فأهدتها له من الليل. فأصبح النبي ﷺ وسلم عروساً. فقال: «من كان عنده بشيء فليجيء به» قال: ويسط. نطعاً. قال: فجعل الرجل يجيء بالأقط، وجعل الرجل يجيء بالتمر، وجعل الرجل يجيء بالسمن، فحاسوا حيساً. فكانت وليمة رسول الله ﷺ⁽³⁾.

ب - عن أنس أن النبي ﷺ أصبح عروساً بزینب ابنة جحش. فدعا القوم فأصابوا من الطعام⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين أن وليمة النبي ﷺ على كل من صفية وزینب كانت صباحاً بعد البناء.

ج - أن المقصود من الوليمة أن تكون زيادة في إشهار البناء، كما أن الإشهاد يكون لإشهار العقد. وكذلك فيها معنى الرضا بما اطلع عليه الزوج من حال الزوجة⁽⁵⁾.

حكم إجابة الدعوة:

إجابة الدعوة في الوليمة واجب. ودليل الوجوب:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها»⁽⁶⁾. والأمر هنا للوجوب⁽⁷⁾.

ب - عن أبي هريرة أنه كان يقول: شرّ الطعام الوليمة يدعى لها الأغنياء، ويترك المساكين. ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله⁽⁸⁾.

(1) المتقى 348/3، والمقدمات 481/1. (2) الذخيرة 451/4.

(3) أخرجه البخاري في النكاح، باب اتخاذ السراري، ومسلم في النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته واللفظ لمسلم.

(4) أخرجه البخاري ومسلم في الكتابين السابقين. (5) المتقى 348/3.

(6) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الوليمة. والبخاري في النكاح، باب حق إجابة الوليمة. ومسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي.

(7) المتقى 349/3، والبيان والتحصيل 307/4، والذخيرة 452/4.

(8) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، والبخاري في النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، ومسلم في النكاح، باب الأمر بإحابه الداعي.

ج - أنها تأخذ حكم الشهادة، لأن المقصود بها الإعلان للنكاح والإثبات لحكمه⁽¹⁾.

وفي رواية أخرى للإمام مالك أن إجابة دعوة وليمة العرس غير واجبة. وحمل الأمر في الحديث على الندب. وأما ما جاء من قول أبي هريرة «ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله» وروي مرفوعاً إلى النبي ﷺ، فإن الشيخ محمد الطاهر بن عاشور رجح كونه موقوفاً على أبي هريرة، مع ما أبداه من الشك في رفعه من ناحية السند. وأما من ناحية المتن فقد وجه نقده إليه بأن أصول الشريعة لا تقتضي أن تكون عدم الإجابة معصية، إذ لا يترتب عليها فساد في المعاملات بين الناس، ولكنها غضاضة في المعاملة، ولنظائرها حكم الكراهة، لا حكم التحريم بقياسها الكراهة⁽²⁾.

وأما ما عداها - أي الوليمة - فحضوره مكروه إلا العقيقة فمندوب. وقال ابن رشد الجذ: إن حضور الكل مباح، إلا وليمة العرس فواجب، وإلا العقيقة فمندوب. والمأدبة إذا فعلت لإيناس الجار ومودته فمندوبة أيضاً، وأما إذا فعلت للفخار والمحمدة فحضورها مكروه.

على من تجب إجابة الدعوة:

تجب الإجابة على من عيّن لها بالشخص، صريحاً أو ضمناً، ولو بكتاب أو رسول ثقة، يقول له رب الوليمة: ادع فلاناً وفلاناً، وكذا ادع محلة كذا، أو العلماء أو المدرسين، وهم محصورون. وأما إن لم يكونوا محصورين، فلا، وكذا إذا قال له: ادع من لقيته، فلا تجب الإجابة.

وإذا كان المدعو صائماً، فيجب الإجابة. أما الأكل فلا يجب عليه، كما لا يجب على المفطر الأكل؛ فهو بالخيار. والدليل قوله ﷺ: «إذا دعيت أحدكم فليجب، فإن شاء طعم وإن شاء ترك»⁽³⁾. والتخير قول الرسالة⁽⁴⁾.

وقال ابن رشد الجذ: الأكل مستحب ودليله: قوله ﷺ: «إذا دعيت أحدكم فليجب. فإن كان صائماً فليصل، وإن كان مفطراً فليطعم»⁽⁵⁾.

فقد حمل الإمام مالك الأمر في هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الحديث الذي فيه التخير، وهو أولى من طرح أحدهما⁽⁶⁾.

(1) المنتقى 3/ 349. (2) كشف المغفل 250 - 251.

(3) أخرجه مسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة. عن جابر.

(4) حاشية الصاري 1/ 435.

(5) أخرجه مسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة. عن أبي هريرة.

(6) البيان والتحصيل 4/ 308.

شروط وجوب الإجابة:

لوجوب إجابة الدعوة شروط. ودليل تحريم الإجابة فيما سيأتي هو أن التحريم يقدم على الإيجاب، لأن دفع المفسد مقدم على جلب المصالح⁽¹⁾. والشروط هي:

- 1 - أن لا يكون في المجلس من يتأذى به المدعو، لأمر ديني، كمن شأنه الخوض في أعراض الناس. أو يكون فيه من يؤذيه.
- 2 - أن لا يكون في المجلس منكر كفرش حرير أعد ليجلس عليه المدعو أو غيره بحضرته.
- 3 - أن لا يوجد فيه أوان من ذهب أو فضة، لأكل أو شرب، أو تبخير، أو نحو ذلك. ولو كان المستعمل غير المدعو، بحضرته.
- 4 - أن لا يوجد فيه مغنية ولا رقص نساء ولا آلة لهو غير الدف والزقارة والبوق. فهذا شرط وجوب الإجابة.

وأما سماع المغنية فيكون حراماً إذا كان غناؤها يثير شهوة أو كان بكلام قبيح أو كان بآلة من ذوات الأوتار. وإلا فهو مكروه إن كان من النساء. فإن كان الغناء من الرجال فلا كراهة، ما لم يكونوا متشبهين بالنساء، وإلا كان حراماً. ويكره الزقارة والبوق إذا لم يكن حاداً حتى يلهي كل اللهو. وإلا حرم. وأما الغربال وهو المسمى بالبندير، والكبر ويسمى الطبل وهو المدور المغشى من جهتين فلا يكره.

وقد نقل الشيخ الصاوي في حاشيته اختلاف العلماء في العود وما جرى مجراه من الآلات المعروفة ذوات الأوتار، فالمشهور من المذاهب الأربعة أن الضرب به وسماعه حرام. وذهبت طائفة إلى جوازه، ونقل سماعه عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن جعفر وعبد الله بن الزبير ومعاوية بن أبي سفيان وعمرو بن العاص، وغيرهم، وجملة من التابعين ومن الأئمة المجتهدين. ثم اختلف الذين ذهبوا إلى تحريمه فقليل كبيرة، وقليل صغيرة، والأصح الثاني⁽²⁾.

والأصل في جواز الغربال والكبر والدف ونحوها⁽³⁾:

أ - عن عائشة رضي الله عنها أنها زقت امرأة إلى رجل من الأنصار فقال نبي الله صلى الله عليه وسلم:
«يا عائشة ما كان معكم لهو، فإن الأنصار يعجبهم اللهو»⁽⁴⁾.

(1) الذخيرة 4/ 452. (2) حاشية الصاوي 1/ 436.

(3) البيان والتحصيل 4/ 431، والعارض 4/ 311، والذخيرة 4/ 452.

(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب النسوة اللاتي يهدين المرأة إلى زوجها.

ب - قوله ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف»⁽¹⁾.

ج - قوله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح»⁽²⁾.

5 - أن لا يوجد صور حيوان كاملة لها ظلّ. سواء كانت تدوم كصنعها من خشب وطين، أو لا تدوم كما لو صنعت من قشر بطيخ ونحوه، فيحرم.

والحاصل أن تصاوير الحيوانات تحرم إجماعاً إذا كانت كاملة لها ظلّ، مما يطول استمراره. بخلاف ناقص عضو لا يعيش به لو كان حيواناً، وبخلاف ما لا ظلّ له كنفش في ورق أو جدار فلا يحرم. وفيما لا يطول استمراره فيما له ظلّ من الحيوانات خلاف، والصحيح حرمة. والنظر إلى الحرام حرام. وإنما حرمت الصور - كما ذكر - لما ثبت أن المصورين يعذبون يوم القيامة، ويقال لهم: أحيوا ما كنتم تصورون⁽³⁾.

وأما تصوير غير الحيوان، كالسفن والأشجار، فلا حرمة فيه. وليس من المنكر ستر الجدران بالحرير إذا لم يستند إليه.

والمشهور أن المشي على مثل الحبل واللعب بالسيف وحضوره، جائز للرجال والنساء، غاية الأمر أنه يكره لذي الهيئة أن يحضر اللعب.

ويستثنى من التصوير المحرم، تصوير لعبة على هيئة بنت صغيرة تلعب بها البنات الصغار، فإنه جائز، ويجوز بيعها وشراؤها لتدريب البنات على تربية الأولاد.

6 - أن لا يكثر الزحام: فإن كثرة الزحام مسقطة لوجوب إجابة الدعوة. وقد أورد ابن رشد الجّد دليلاً لهذا، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾ واعتبره مخصصاً لعموم الأمر بالإتيان إلى الوليمة⁽⁵⁾. وقال الإمام الباجي: إنه لا يلزمه الإبتدال في الزحام وتكلف الإمتهان، فإن ذلك مما يثلم المروءة والتصاون ويسقط الوقار⁽⁶⁾.

7 - أن لا يغلّق الباب دون المدعو عند قدومه ولو لمشاورة.

8 - أن لا يوجد عذر يبيح التخلف عن الجمعة من كثرة مطر أو وحل أو خوف على مال أو مرض أو تمييز قريب، ونحو ذلك من باقي أعمار الجمعة.

ومن جملة ما يسقط الإجابة أن يكون الداعي امرأة غير محرم، أو تكون الوليمة لغير مسلم، ولو كان الداعي مسلماً، أو يكون في البيت كلب لا يحلّ اتخاذه، أو يكون

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه النرمذي في النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، والنسائي في النكاح، باب إعلان النكاح بالصوت، وابن ماجه في النكاح، باب إعلان النكاح.

(3) حاشية الصاوي 435/1. (4) سبق تخريجه.

(5) البيان والتحصيل 308/4. (6) المتقى 350/3.

الطعام فيه شبهة كطعام المكاس، أو يكون خص بالدعوة الأغنياء، أو يكون الطريق فيها نساء واقفات يتعرضن للدخال.

المحرّمات :

يحرم لغير المدعو الذهاب . ويحرم عليه الأكل أيضاً، إلا بإذن من رب الطعام، أي في الدخول والأكل . وجواز الأكل حينئذ لا ينافي حرمة الذهاب ابتداء . ومحل حرمة ذهابه بغير إذن، ما لم يكن تابِعاً لذي قدر معروف بعدم ذهابه وحده فالظاهر الجواز.

المكروهات :

يكره نثر اللوز والسكر ونحوهما في المجلس، لأجل الإنتهاب . فإن صار أحدهم يأخذ ما بيد صاحبه فحرام . ودليل التحريم⁽¹⁾ :

أ - عن عبد الله بن يزيد أن النبي ﷺ نهى عن النهبة والمثلة⁽²⁾ .

ب - عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال : لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام . ومن انتهب نهبة فليس منا⁽³⁾ .

وأما وضع ذلك على العادة للأكل فجائز .

(1) الذخيرة 4/453.

(2) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب ما يكره من المثلة.

(3) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار.

القسم بين الزوجات

يجب على الزوج البالغ العاقل أن يقسم بين زوجاته في المبيت. ودليل الوجوب:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَمْلِكُوا فُرُجَةَ﴾ [النساء: 3].

ووجه الاستدلال أن العدل المطلوب هو في القسم بين الزوجات والتسوية في حقوق النكاح، وقد منعت الآية الزيادة على الواحدة إذا لم يكن عدل في القسم ونحوه، وذلك دليل على وجوبه⁽¹⁾.

ب - عن هشام المخزومي أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة، وأصبحت عنده، قال لها: «ليس بك على أهلك هوان. إن شئت سبعتُ عندك، وسبعتُ عندهنّ. وإن شئت ثلثتُ عندك ودرت. فقالت: ثلثتُ»⁽²⁾.

وفي رواية: «إن شئت زدتك وحاسبتك، للبكر سبع وللثيب ثلاث»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن الحديث تضمن تمتيع الزوجة الجديدة عند البناء بأيام تنفرد بها، ثم يكون حقها مساوياً لبقية الزوجات في دوران الزوج عليهن⁽⁴⁾.

ج - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»⁽⁵⁾.

ووجوبه على الزوج ولو كان مجبوراً أو مريضاً بقدر معه على القسم، ولو امتنع الوطء شرعاً أو عادة أو طبعاً. ومثال الامتناع الشرعي إحرام الزوجة بحج أو عمرة، والمظاهر من زوجة، فالمانع في الأول من جهتها، وفي الثاني من جهته؛ ومثال الإمتناع عادة الرتقاء؛ ومثال الامتناع طبعاً الجذماء.

(1) أحكام ابن العربي 313 / 1، وأحكام القرطبي 20 / 5.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، ومسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب.

(3) أخرجه مسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب.

(4) المنتقى 294 / 3.

(5) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الفرائر، والنسائي في عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نساها وابن ماجه في النكاح، باب القسمة بين النساء.

ولا يجب عليه القسم في غير المبيت، كالوطء والكسوة والنفقة والميل القلبي. ودليل عدم وجوب الميل القلبي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَنْ نَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [النساء: 129].

ووجه الاستدلال أن العدل الذي نفته الآية وأخرجته عن قدرة الإنسان هو العدل القلبي والميل الطبيعي الغير المكتسب، فدل أنه غير واجب ولا يتعلق به تكليف⁽¹⁾.

ب - عن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل، ويقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»⁽²⁾.

والذي كان لا يملكه ﷺ هو قلبه. وكان أميل بقلبه إلى عائشة⁽³⁾.

ويدخل في هذا الاستدلال عدم وجوب العدل في الوطء أيضاً إذا كان من غير إضرار، لأن الجماع والنشاط فيه قد يعجز فيه ولا يستطيعه⁽⁴⁾.

ومحلّ عدم وجوب القسم في الوطء أن لا يكون فيه قصد الضرر بتركه. وذلك ككفّه عن وطء واحدة مع قدرته عليه لتوفر لذته للأخرى، فيمنع ويجب عليه تركه. وما قيل في الوطء يقال في الكسوة والنفقة. وقد استدل ابن رشد الجدل على عدم وجوب العدل بين الزوجات في الكسوة والنفقة، وأنه إذا أقام لكل واحدة منهن ما يلزمها من المطعم والملبس على قدر حالها لم يكن عليه حرج في أن يوسع على من يشاء منهن بما شاء من ماله، وذلك بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾، لأنها إنما تكون كالمعلقة إذا انفرد بغيرها دونها، لا إذا وسع على غيرها أكثر من توسعته عليها⁽⁵⁾.

وذهب ابن نافع إلى أنه يجب على الزوج أن يعدل بين زوجاته في ماله بعد أن يقيم لكل واحدة منهن ما يلزمه لها على قدر حالها⁽⁶⁾.

ويفوت القسم في المبيت بفوات زمنه، سواء فاته لعذر أم لا، فلا يقضى، فليس للتي فاتت ليلتها ليلة بدلها، ولو ظلمها الزوج بأن بات عند غيرها ليلتين، أو بات ليلتها في المسجد - مثلاً - .

(1) المعلم 2/ 178، وأحكام القرآن 1/ 504.

(2) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء، والنسائي في عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نساءه، والترمذي في النكاح، باب التسوية بين الضرائر، وابن ماجه في النكاح، باب القسمة بين النساء.

(3) المعلم 2/ 178، وأحكام القرآن لابن العربي. 1/ 504.

(4) أحكام القرآن لابن العربي 1/ 505. (5) البيان والتحصيل 4/ 317.

(6) نفس المصدر.

ووجه عدم القضاء أن القصد من القسم دفع الضرر الحاصل في الحال، وذلك يفوت بفوات زمنه، ولو قيل بالقضاء لظلم صاحبة الليلة المستقبلية.

مدة القسم:

يكون القسم الواجب يوماً وليلة، لكل واحدة. ومحل الوجوب إذا لم يرضين بشيء أقل أو أكثر. ويجوز برضاهنّ الزيادة على اليوم والليلة، والنقص عن ذلك، لأن الحق لهن في ذلك.

وهذا إذا كانت الزوجتان فأكثر ببلد واحدة، أو في بلدين في حكم الواحدة. وأما إذا كانتا ببلدين متباعدين، فلا بأس بالقسم بالجمعة أو الشهر، مما لا ضرر على الزوج فيه.

ويندب الإبتداء بالليل، لأنه وقت الإيواء.

ويجوز للزوج استدعاء زوجته لمحلّه بأن يكون له محلّ بخصوصه يدعو كل من كانت نوبتها أن تأتي إليه فيه. والأولى أن يذهب هو إليهما.

ويجوز أن يجمع بينهما، ولو جبراً بغير رضاهما، بدار واحدة، لكل واحدة منزل مستقل بمنافعه.

ويجوز الجمع بينهما برضاهما، إن لم يكن كل منزل مستقل، بأن كان المنزلان بمرحاض واحد ومطبخ واحد.

كما يجوز برضاهما الجمع بينهما في منزل واحد. ولا تُجايب الزوجة بعد رضاها بسكنائها مع ضررتها أو مع أهل زوجها، في إسكانها في دار واحدة. وهذا ما لم يحدث مقتض.

ويجوز أن يؤثر الزوج زوجة على أخرى، برضاها، سواء في نظير شيء تأخذه منه أو بغير نظير، بل مجاناً.

ويجوز للزوج أن يأخذ عطية من إحدى زوجاته في نظير إمسائها في عصمته وعدم طلاقها. وليس ذلك من أكل أموال الناس بالباطل.

ويجوز له شراء يومها منها بمال أو منفعة. وهذا من باب إسقاط حق وجب في نظير شيء، لا يبيع حقيقي لأنه ليس متمولاً.

ويجوز للزوج وطء زوجة في يوم زوجة أخرى، بإذنها، لا بغير إذنها.

ويجوز له سؤاله عن زوجة وعن حالها بالبواب في غير يومها، من غير دخول عليها وإلا منع. ودليل الجواز⁽¹⁾:

(1) البيان والتحصيل 351/4.

- عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا. وكان قلّ يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها⁽¹⁾.

ويجوز له البيات عند زوجة ليست لها الليلة، إذا أغلقت من هي ليلتها دونه الباب ولم تفتح له.

وإذا وهبت زوجة نوبتها لضرّتها، فالكلام للزوج لا للموهوبة، فله أن يرضى، وأن لا يرضى؛ إذ قد يكون له غرض في الواهبة دون الموهوبة. فإن رضي اختصت الموهوبة بتلك الليلة. ودليل الجواز⁽²⁾:

- عن عائشة أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة. وكان النبي ﷺ يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة⁽³⁾.

وهذا بخلاف هبتها ليلتها للزوج، فإن الواهبة تعتبر كأنها معدومة فيستحق تلك الليلة من يليها في القسم. وليس للزوج أن يجعلها لمن شاء. وأما إن اشترى الزوج ليلة من ضرة فإنه يختص بها من يشاء.

وللزوجة الواهبة لزوجها أو لضرّتها ليلتها الرجوع فيما وهبت، لما يلحقها من الغيرة، فلا قدرة لها على الوفاء.

المحرّمات:

- يحرم دخول الزوج على زوجة في غير يومها بغير إذن صاحبة الليلة، إلا لحاجة فيجوز الدخول بقدر زمن قضاء الحاجة بلا مكث بعد تمامها.

- يحرم دخول الزوج بزوجاته حتماً جميعاً، ولو برضاهنّ، لأنه مظنة كشف العورة.

- يحرم جمعهنّ معه في فراش واحد، ولو بدون وطء.

القسم للزوجة الجديدة:

إذا تزوج الرجل بامرأة أخرى فإنه يقسم للبكر سبعاً من الليالي متواليات تختص بها عن البقية. ويقسم للثيب بثلاث، ثم يقسم بعد ذلك. والدليل على ذلك:

أ - عن أنس أنه قال: من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم. وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم. قال أبو قلابة: لو

(1) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء.

(2) الذخيرة 4/458.

(3) أخرجه البخاري في النكاح، باب المرأة تهب يومها، ومسلم في النكاح، باب جواز هبة المرأة نوبتها.

شئت لقلت إن أنساً رفعه إلى النبي ﷺ⁽¹⁾.

ب - حديث زواج النبي ﷺ بأم سلمة المتقدم. وفيه قوله ﷺ: «إن شئت زدتك وحاسبتك. للبكر سبع وللثيب ثلاث».

وما جاء في حديث أم سلمة من تخيرها بين السبع والثلاث، فظاهر منه أنه ﷺ جعل لها ثلاثة أيام لكونها ثيباً، لأنه قال لها: «وإن شئت ثلثت عندك ودرت». وأما تخيرها في أن يسبع عندها ثم يسبع عند بقية أزواجه، فذلك بإسقاط حقها في التثيب. فلا يكون لها مزية إلا الإبتداء بسبع عند البناء بها، ومع ذلك فإن تثليث النبي ﷺ صار هو الحكم الثابت لجميع الزوجات الثيبات⁽²⁾.

وقيل أيضاً في وجه عدم استقرار حكم التسبيع للثيب عند مالك، أنه يمكن أن يكون رأى ذلك من خصائصه ﷺ، لأنه قد خص في النكاح بأمور لم تجز لأمة⁽³⁾.

والدليل على أن بقية الزوجات لا قضاء لهن بمثل ما بقي الزوج عند الجديدة، وأن الجديدة لا تحاسب بالإيام التي أقام فيها عندها، ما جاء في الحديث من قوله ﷺ: «للبكر» و«للثيب» واللام فيهما للتمليك. ومن ملك الشيء لا يحاسب به ولا عليه. ولأنه لا معنى حينئذ للفرقة بين البكر والثيب، ولا معنى أيضاً للإقتصار في العدد على الثلاث والسبع إذا كان القضاء واجباً للبقية⁽⁴⁾.

وعلة تخصيص الجديدة بأيام، أن الجديدة يلحقها من الإستهحاش والإنقباض والخجل عندما تتزوج، ما تحتاج به إلى التأنيس. وذلك لا يحصل إلا بطول المقام عندها. ولما كانت البكر أكثر حياءً وانقباضاً احتاجت من التأنيس أكثر مما تحتاجه الثيب. وهذا التعليل بناء على أن الحق في التخصيص للمرأة لا للزوج⁽⁵⁾.

والزوج مخير عند الزواج بجديدة في البداية بما يشاء. ولا تجاب البكر أو الثيب لأكثر مما جعله لها الشرع، إن طلبته، ولو شرطت ذلك عند العقد، لأنه شرط مخالف للسنة.

عجز المريض عن القسم:

إذا كان الزوج مريضاً ولم يقدر على القسم لشدة مرضه، فإنه يمكث عند من شاء منهن بلا تعيين.

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، والبخاري في النكاح، باب إذا تزوج البكر على الثيب، ومسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب.

(2) الإشراف 113/2، والمتقى 295/3، وكشف المغفل ص 247، والمعلم 178/2.

(3) المعلم 179/2.

(4) الإشراف 113/2، والمعلم 179/2.

(5) المتقى 294/3 و295.

القسم عند السفر:

إذا أراد الزوج السفر، فإنه يختار من يشاء للسفر معه؛ إلا إذا أراد السفر لعبادة كحج وغزو، فإنه يقرع بينهم. فمن خرج سهمها أخذها معه، لأن الرغبات تعظم في العبادات؛ لما ثبت أن النبي ﷺ كان إذا أراد الخروج في سفر أقرع بين نسائه⁽¹⁾. وهو إنما كان يسافر للحج والغزو.

البيات عند الزوجة الواحدة:

يندب البيات عند الزوجة الواحدة التي لا ضرة لها. وذلك لما فيه من حسن العشرة، ما لم تقتض الحاجة خلافه. فإن شككت الزوجة الواحدة في الليل أو في النهار، ضمت لمن يؤانسها، أو أن يأتي لها بمن يؤانسها وجوباً إذا كان يخشى عليها في بياتها وحدها.



النشوز: خروج الزوجة عن طاعة زوجها. ويكون بما يلي:

- 1 - بمنع نفسها عن تمتع الزوج بها.
- 2 - بخروجها بلا إذن منه لمكان لا يحب خروجها له.
- 3 - بتركها حقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة.
- 4 - بغلقها الباب دونه ومنعه من الدخول.
- 5 - بخيانتها في نفسها أو ماله.

وللزوجة إذا نشزت زوجته أن يفعل ثلاثة أمور على الترتيب وهي:

الأول: أن يعظ زوجته بذكر ما يقتضي رجوعها عما ارتكبهت، بالأمر والنهي، برفق. ومحل وعظ الزوج لها إذا لم يبلغ نشوزها الإمام. أو بلغه ورجي صلاحها على يد زوجها. وإلا وعظها الإمام.

الثاني: أن يهجرها في المضاجع، وذلك إن لم يفد فيها الوعظ. فلا ينام معها في فراش، ولا يباشرها، لعلها ترجع عن نشوزها. وغاية الهجر المستحسن شهر، ولا يبلغ به أربعة أشهر، لأن الله تعالى جعلها حذاً للإيلاء، وفيه ضرر عليها.

الثالث: أن يضربها - جوازاً - لا وجوباً ولا استخباباً، ضرباً غير مبرح، إذا لم يفد الهجر. ولا يجوز الضرب المبرح، أي الشاق، وهو الذي يكسر عظماً أو يشين لحماً، ولو علم أنها لا ترجع عما هي فيه إلا به. فإن فعل فهو جان، فلها التطلق والقصاص.

وإن ضربها الزوج فادعت العدا، وادعى هو الأدب، فإنها تصدق ما لم يكن الزوج معروفاً بالصلاح، وإلا قبل قوله. والدليل على هذه الأمور الثلاثة:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَوَقَّوهُمْ وَأَفْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُمْ فَإِنْ أَلْفَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾ [النساء: 34].

ووجه الاستدلال بالنسبة للترتيب، أن الترتيب هو الأصل والمتبادر في العطف بالواو وما يقتضيه ترتيب ذكرها مع ظهور أنه لا يُراد الجمع بين الثلاثة⁽¹⁾.

وبالنسبة للهجر وأنه يكون في المضاجع فلا ينام معها في فراش واحد ولا يجامعها، أن الهجر في الآية من الهجران، وهو البعد، ولا يمكن ذلك إلا بترك مضاجعتها⁽¹⁾.

ب - حديث جابر في حجة النبي ﷺ وفيه قوله ﷺ: «ولكن عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه. فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ قيد الإذن بالضرب بشرط، وهو أن يخالفن أزواجهن بإدخال من يكره الأزواج دخولهم منازلهم، من الأقارب والنساء الأجانب، وهو المراد بقوله: «لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه» وليس المراد بذلك الزنا، فإن ذلك محرّم، ويلزم عليه الحد⁽³⁾.

كما أن الحديث قيد الضرب بكونه غير مبرح⁽⁴⁾. ومثّل له القرطبي باللكزة ونحوها⁽⁵⁾، لأن المقصود منه الصلاح وإقامة المعاشرة بين الزوجين. فإذا تجاوز الحد الذي أذن الله تعالى فيه كان الزوج معتدياً⁽⁶⁾. ولما كان الأمر بالضرب محمولاً على الإباحة، وكان يخشى أن يتجاوز الزوج الحد، فقد قال عطاء بكراهية ضرب الزوج زوجته، وإن أمرها ونهاها فلم تطعه، ولكن يغضب عليها. وقد أشاد بقوله ابن العربي⁽⁷⁾ وابن عاشور⁽⁸⁾. وعلل كل واحد منهما قوله من ناحية.

فابن العربي ذكر أنه استفاد الكراهية من أدلة أخرى وهي:

أ - عن عبد الله بن زمعة عن النبي ﷺ قال: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم»⁽⁹⁾.

ب - روى ابن نافع عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رسول الله ﷺ استؤذن في ضرب النساء، فقال: اضربوا، ولن يضرب خياركم.

قال ابن العربي: فأباح وندب إلى الترك⁽¹⁰⁾.

وأما ابن عاشور فحمل قول عطاء على أن الخطاب في الآية موزع بحسب من

(1) أحكام القرطبي 5/170، وأحكام ابن العربي 1/419.

(2) أخرجه مسلم في الحج. (3) المعلم 2/85، وأحكام القرطبي 5/172.

(4) أحكام ابن العربي 1/420، وأحكام القرطبي 5/172.

(5) أحكام القرطبي 5/172.

(6) أحكام القرطبي 5/172، والتحرير والتنوير 5/43.

(7) أحكام ابن العربي 1/420. (8) التحرير والتنوير 5/43.

(9) أخرجه البخاري في النكاح، باب ما يكره من ضرب النساء، ومسلم في الجنة باب جهنم.

(10) أحكام ابن العربي 1/420.

يصلح لكل عمل فيها من ولاية الأمور والأزواج، وأن الضرب لولاية الأمور وليس للزوج⁽¹⁾.

هذا وقد اشترط المالكية لجواز ضرب الزوج على ما تقدم:

- أن يظن إفادة الضرب، وإلا فلا يضرب. وأما الوعظ والهجر، فلا يشترط فيهما ظن الإفادة. ولا يقال هما من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيشترط فيهما ظن الإفادة، لأنه يقال: بل هما من باب رفع الشخص الضرر عن نفسه، بدليل أن في الآية تقدير مضاف وهو «واللآتي تخافون نشوزهن» أي ضرر نشوزهن، والخوف يصدق ولو بالشك. ووجه عدم الضرب إن لم يظن إفادته، أنها وسيلة لإصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها⁽²⁾.

تعدي الزوج على زوجته:

إذا تعدي الزوج على زوجته بضرب لغير موجب شرعي، أو بسب كاللعن ونحوه، ويثبت ذلك ببينة أو إقرار، فإن الحاكم يزجره بالوعظ أولاً، ثم بالتهديد إن لم ينفع الوعظ، ثم بالضرب إن ظن إفادته، وإلا فلا.

ودليل تحريم التعدي على الزوجة:

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ سَبِيلٌ مُسْتَقِيمٌ﴾ [النساء: 34].

وهذا نهي عن ظلمهن⁽³⁾.

وما تقدم من زجر الحاكم له إن اختارت زوجته البقاء معه. ولها التطلق بالتعدي إذا ثبت، وإن لم يتكرر التعدي منه عليها، أو كانت صغيرة أو سفية. ولا كلام لولي السفية في ذلك.

وليس من الضرر منع الزوج زوجته من الحمام، والنزاهة، وضربها ضرباً غير مبرح على ترك الصلاة. بخلاف المبرح كما تقدم.

تحكيم الحكيمين:

إذا أشكل الأمر بين الزوجين، فلم يعلم هل الضرر منها أو منه، بأن ادعت الضرر وتكررت شكواها ولم تثبت ذلك. أو ادعى كل منهما الضرر، وتكررت منه الشكوى، ولم يكن له بينة، فإن الحاكم يأمر بإسكانها بين قوم صالحين، إن لم تكن بينهم ليظهر لهم الحال فيخبروا الحاكم بصاحب الضرر.

ثم إن استمر الإشكال والنزاع بعث الحاكم حكيمين، حكماً من أهل الزوج،

(1) التحرير والتنوير 5 / 43.

(2) منح الجليل لعليش 3 / 545.

(3) أحكام القرطبي 5 / 173.

وحكماً من أهل الزوجة، إن أمكن؛ لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال، وأطيب للإصلاح، ونفوس الزوجين أسكن إليهما، فيبرزان ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصحبة. ودليل مشروعية تحكيم الحكمين:

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾ [النساء: 35].

والمخاطب بذلك الحكام أو وليّ الزوجين المحجورين⁽¹⁾.

فإن لم يمكن إرسال حكّمين من أهلها فإنه يبعث حكّمين أجنبيين، ويندب أن يكونا جارين، لأن الجار أدري بحال الجار. وشروط صحة الحكّمين:

1 - العدالة: وذلك ليؤمن من جور الحكّمين⁽²⁾.

فلا يصح حكم غير عدل، سواء حكم بطلاق أو إبقاء أو بمال في الخلع. لأن تحكيم غير العدل غرر، لما فيه من الجهل بما يؤول إليه الحكم⁽³⁾.

2 - الذكورة: فلا يصح حكم النساء.

3 - الرشد: فلا يصح حكم السفیه.

4 - الفقه بالتحكيم: فلا يصح حكم جاهل بما ولي فيه.

ويجب على الحكّمين أن يصلحا ما استطاعا بين الزوجين. ودليل الإبتداء بالإصلاح:

- قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: 35].
والخطاب موجه للحكّمين⁽⁴⁾.

فإن تعذر الإصلاح حكماً بالطلاق ونفذ حكمهما ظاهراً وباطناً، ولو لم يرض بحكّمي الزوجان، أو الحاكم الذي أقامهما.

وينفذ حكمهما ولو أقامهما الزوجان من جهتهما.

ويكون الطلاق، طليقة واحدة. فإن أوقعا أكثر من واحدة فلا يلزم الزوج إلا واحدة، لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح.

ودليل نفوذ حكم الحكّمين ولو لم يرض الزوجان والحاكم:

أ - قوله تعالى: ﴿فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35].

ووجه الإستدلال أن الله تعالى سمى المبعوثين حكّمين، وهذا نص. وذلك ينفي كونهما وكيلين. لأن للوكيل إسماً في الشريعة ومعنى. وللحكّم إسماً ومعنى. والحكّم

(1) المتنى 4 / 113، وأحكام ابن العربي 1 / 423.

(2) المتنى 4 / 114. (3) أحكام ابن العربي 1 / 427.

(4) المتنى 4 / 113، وأحكام ابن العربي 1 / 426.

- لا يحتاج فيما يوقعه من أحكام إلى إذن غيره⁽¹⁾.
- ب - قول علي عليه السلام في الحكمين: إن إليهما الفرقة بينهما، والاجتماع⁽²⁾.
- ووجه الاستدلال أنه لم يشترط رضا الزوجين⁽³⁾.
- ج - وهو قول ابن عباس عليهما السلام، أيضاً⁽⁴⁾.
- د - دلالة الأولى، وذلك أن الحاكم له إيقاع الفرقة بين الزوجين لإزالة الضرر، كالطلاق على المولي والمعسر بالنفقة والمهر وغيره؛ فإذا كان له ذلك لإزالة الضرر عن أحدهما، كان بأن يكون في حقهما أولى⁽⁵⁾.
- هـ - أن الخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الأئمة والحكام دون أهل الخصومات⁽⁶⁾.

ويكون الطلاق أيضاً بما فيه المصلحة، وصوره كما يلي:

- 1 - أن يطلق بلا مال يأخذانه من الزوجة للزوج، أي بلا خلع، وذلك إن كانت الإساءة من الزوج.
 - 2 - أن يطلق بخلع إن كانت الإساءة من الزوجة، أو أن ياتمنا الزوج على الزوجة، أي بلا طلاق، وذلك بأن يأمره بالصبر عليها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها إن اقتضى النظر والمصلحة ذلك.
 - 3 - أن يتعين الطلاق بدون خلع، إذا لم ترض الزوجة بالمقام مع الزوج، وذلك إن كانت الإساءة منهما، وكان كل واحد منهما يضر بصاحبه. وقال البعض يجوز هنا الطلاق بخلع إذا كان يقتضيه النظر. وعلى هذا القول فللمعترض أن يقول: إذا كان الزوج لا يجوز له أن يأخذ من زوجته شيئاً على فراقه إياها إذا أضر كل واحد منهما بصاحبه، فكيف يجوز له أن يأخذ ما حكم به الحكمان من صداقها إذا تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه. وقد نص الله تبارك وتعالى على أن حكم الحاكم لا يُجَلّ مال أحد لأحد. فقد قال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْمُحْكَمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 188].
- وقد أجاب القاضي ابن رشد الجد بقوله: إن الزوج في الخلع قد اختار الطلاق وأجبر الزوجة على أخذ مالها بما كان من ضرره إليها وذلك ما لا يجوز له، لقوله

(1) الإشراف 113/2، والمنتقى 114/4، وأحكام ابن العربي 424/1، وبداية المجتهد 113/2.

(2) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الحكمين. والدارقطني في النكاح، والبيهقي في النكاح، باب الحكمين.

(3) المنتقى 113/4، والإشراف 114/2، وبداية المجتهد 113/2، وأحكام ابن العربي 424/1.

(4) أحكام ابن العربي 425/1.

(5) الإشراف 113/2 - 114.

(6) الإشراف 113/2 - 114.

تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَآءِ تَيْبُسُوهُنَّ﴾ [النساء: 19]. وفي حكم الحكامين لم يختر الطلاق، بل أجبره عليه الحكمان كما أجبرا الزوجة على إعطاء المال، وساغ له أخذه عوضاً عن إخراج الزوجة عن ملكه حكماً من الله تعالى⁽¹⁾.

وبعد أن يحكم الحكمان بما يرياه نظراً وصلاً، فإنهما يأتیان الحاكم فيخبرانه لينفذ حكمهما وجوباً؛ بأن يقول حكمت بما حكمتما به. ولا يجوز للحاكم أن يتعقب حكمهما ولا نقضه، ولو خالف مذهبه، لأن الفائدة جمع الكلمة وعدم الاختلاف.

ويجوز للزوجين إقامة حكم واحد يرضيانه من غير رفع للحاكم، سواء كان قريباً منهما أو أجنبياً، وذلك على الصفة المتقدمة من كونه عدلاً، رشيداً، ذكراً، عالماً بما يحكم فيه، وينفذ حكمه ولو لم يرضيا بحكمه. بخلاف الحاكم إذا رفعاً إليه، فلا بد من بعث حكيمين إذا كان لكل من الزوجين قريب من أهله. والآية الكريمة تفيد ذلك، لأن قوله تعالى ﴿فَأَبْعَثُوا حَكَمًا﴾ يفيد أن ذلك يكون عند الرفع وأنهما إذا رضيا بإقامة واحد بلا رفع كفى. وكذلك فإن الحق في بعث الحكامين هو للزوجين. ولا يجوز للحاكم إسقاط حكمهما فيه⁽²⁾.

ووجه الفرق بين جواز تحكيم الزوجين حكماً واحداً بينهما، وعدم جواز تحكيم الصائد في الحرم حكماً واحداً، أن تحكيم الحكامين في شقاق الزوجين حق للزوجين فيجوز لهما إسقاط حكمهما، وتحكيم الحكامين في صيد الحرم حق لله تعالى، فلا يجوز لأحد إسقاطه⁽³⁾.

ويجوز للحاكم، وللولين حيث كان الزوجان محجورين لهما، إقامة الواحد، بلا رفع، على أحد القولين، إذا كان المقام أجنبياً من الزوجين، ومثله فيما يظهر إذا كان قريباً لهما معاً قرابة مستوية كابن عم لهما أو عم. والقول الثاني: لا يجوز للحاكم وللولين إقامة الواحد مطلقاً، والأظهر من القولين القول بالجواز.

ويجوز للزوجين إذا أقاما من أنفسهما، بلا رفع للحاكم، حكيمين أو حكماً واحداً، أن يقلعا عن التحكيم ولا يرضيا بحكمهما. وهذا بشرط أن لا يكون الحكمان قد استوعبا الكشف عن حالهما ولم يعزما على الحكم، وإلا فليس لهما الإقلاع. وظاهر هذا ولو رضيا بالبقاء والصلح بعد عزم الحكامين على الحكم بالطلاق. وقال ابن يونس: ينبغي إذا رضيا معاً بالبقاء أن لا يفرق بينهما. وقد اعتمد بعضهم هذا القول.

وأما لو كان الحكمان موجّهين من الحاكم، فليس لهما الإقلاع، ولو لم يستوعب الحكمان الكشف. ووجه عدم الإقلاع عن تحكيم الحكامين إذا وجههما الحاكم، أن

(2) المتقى 4/114.

(1) المقدمات 1/557.

(3) المتقى 4/114.

توجيههما وتحكيمهما حكم من الحاكم فليس لهما نقضه⁽¹⁾.
 وإذا اتفق الحكمان، وحكما بالطلاق واختلفا في العوض المالي، فقال أحدهما بعوض، وقال الآخر مجاناً، فإن التزمت المرأة فظاهر في أنه ينفذ، ووجه ذلك أن الطلاق متفق عليه بينهما فيلزم، وإنما الخلاف في أخذ الزوج مالاً من الزوجة، فإن رضيت فلا حجة للزوج في عدم الطلاق⁽²⁾. وإن لم تلتزمه الزوجة فلا طلاق يلزم الزوج.

وعلى هذا، فإن لم تلتزم به الزوجة فإن الحال يرجع لما كان، لأن الزوج يدعي أن الطلاق معلق على شيء لم يتم. لأن مجموع الحكمين بمنزلة حكم واحد. ولا وجود للمجموع عند انتفاء بعضه. كما أنه لا يلزمه شيء إذا حكم أحدهما بالطلاق والآخر بالبقاء. وعلى هذا فيجددان الحكم. ودليل عدم نفوذ حكم الحكمين عند اختلافهما:

- الإجماع⁽³⁾.

فإن اتفق الحكمان على المال، ولكن اختلفا في قدره أو صفته أو نوعه، فينبغي الرجوع إلى خلع المثل. وقد تم الخلع ما لم يزد خلع المثل على دعوتهما جميعاً، أو ينقص عن دعوى أقلها.

نفقة الناشز:

اختلف في نفقة الناشز. والصحيح أن الزوج إذا كان قادراً على ردها ولو بحكم من الحاكم ولم يفعل، فلها النفقة. وعلة هذا الحكم أن النفقة في مقابلة استباحة الاستمتاع، فمتى كان الاستمتاع مباحاً وجبت النفقة⁽⁴⁾. وليست في مقابلة التمكين من الاستمتاع.

وإن غلبت عليه لإحيمية قومها، وكانت ممن لا تنفذ فيهم الأحكام فلا نفقة لها.

تم كتاب النكاح والحمد لله وحده

ويليه إن شاء الله تعالى كتاب الطلاق

(1) المنتقى 4 / 114.

(2) المنتقى 4 / 115.

(3) بداية المجتهد 2 / 113.

(4) المنتقى 4 / 128.

سبحان الله وبحمده

عدد خلقه ورضا نفسه

وزنة عرشه ومداد كلماته

Mostafamas

المصادر والمراجع⁽¹⁾

- إحكام الفصول في أحكام الأصول. أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي. دار الغرب الإسلامي بيروت 1407-1986.
- أحكام القرآن. أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي. دار المعرفة بيروت - لبنان.
- أحكام القرآن. عبد المنعم بن الفرس. مخطوط بالمكتبة الوطنية رقم 6395 و 6396. بتونس.
- الإشراف على مسائل الخلاف. عبد الوهاب البغدادي. مطبعة الإرادة. تونس.
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن. محمد الأمين الشنقيطي. عالم الكتب. بيروت - لبنان.
- أقرب المسالك إلى فقه الإمام مالك. أحمد الدردير. دار المعرفة. بيروت 1398هـ - 1978م.
- إكمال إكمال المعلم. أبو عبد الله محمد بن خليفة الأبي. مطبعة السعادة. مصر.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. محمد بن رشد [الحفيد] مكتبة الكليات الأزهرية. مصر 1982م.
- البديع على التفریع. عبد الله السرماساحي. مخطوط بالمكتبة الوطنية رقم 6213 بتونس.
- بلغة السالك لأقرب المسالك. [حاشية على أقرب المسالك]. أحمد الصاوي. دار المعرفة. بيروت 1398هـ - 1978م.
- البيان والتحصيل. محمد بن رشد [الجد]. دار الغرب الإسلامي. بيروت.
- التاج والإكليل لمختصر خليل. [بهامش مواهب الجليل] أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري المواق. دار الفكر. 1978م - 1398هـ.
- التحرير والتنوير. محمد الطاهر ابن عاشور. الدار التونسية للنشر. تونس 1984.
- تفسير سورتي الفاتحة والبقرة. أبو عبد الله بن عرفة. مركز البحوث بالكلية الزيتونية. تونس 1986.
- تقييد التهذيب. أبو الحسن الصغير. مخطوط بالمكتبة الوطنية. مجلد 2 رقم 6980.

(1) لم أذكر هنا مصادر السنة التي اعتمدها لتخريج الأحاديث النبوية الشريفة.

- تهذيب الفروق. [على هامش الفروق للقرافي] محمد علي بن حسين. دار المعرفة. بيروت - لبنان.
- الجامع لأحكام القرآن. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي. دار الكتاب العربي. القاهرة 1967م.
- حاشية الشرح الصغير. [بلغه السالك]
- حاشية على الشرح الكبير. محمد عرفة الدسوقي. دار الفكر.
- الذخيرة. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. دار الغرب الإسلامي بيروت - لبنان 1994م.
- شرح على التفریح. قاسم بن عيسى بن ناجي. مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 5808.
- الشرح الكبير على متن خليل. أحمد بن محمد الدردير. دار الفكر للطباعة والنشر.
- شرح الموطأ. محمد الزرقاني. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت - لبنان 1978م.
- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق. أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. دار الغرب الإسلامي. بيروت 1990.
- عارضة الأحوذ في شرح صحيح الترمذي. أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، دار الكتاب العربي.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري. بدر الدين محمود العيني. دار الفكر.
- فتاوى الشاطبي. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الأندلسي الشاطبي. مطبعة الكواكب تونس 1985.
- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس. أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي. دار الغرب الإسلامي. بيروت - لبنان 1992م.
- كشف المغطى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ. محمد الطاهر ابن عاشور. الشركة التونسية للتوزيع. تونس 1975م.
- لباب اللباب. أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد القفصي. المطبعة التونسية تونس 1346هـ.
- مختار الصحاح. محمد بن أبي بكر الرازي. دار اليمامة للطباعة والنشر دمشق. 1407هـ - 1987م.
- مختصر الفقه. خليل بن إسحاق [بشرح الدردير]. دار الفكر.
- المدونة الكبرى. سحنون بن سعيد التنوخي. دار الفكر. بيروت - لبنان. 1406هـ - 1986م.
- مذاهب الأحكام في نوازل الأحكام. القاضي عياض اليعصبى وولده. دار الغرب الإسلامي. بيروت - لبنان. 1990م.

- المعجم الوسيط. مجموعة من المؤلفين. دار أمواج للطباعة والنشر. بيروت - لبنان. 1407هـ - 1987م.
- المعلم بفوائد مسلم. أبو عبد الله محمد المازري. الدار التونسية للنشر. تونس.
- المعونة على مذهب عالم المدينة. القاضي عبد الوهاب البغدادي. دار الفكر. بيروت - لبنان.
- المعيار المعرب. أبو العباس أحمد الونشريسي. دار الغرب الإسلامي. بيروت - لبنان.
- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول. أبو عبد الله محمد بن أحمد التلمساني. دار الكتب العلمية. بيروت - لبنان. 1417هـ - 1996م.
- المقدمات الممهّدة. محمد بن أحمد بن رشد [الجدّ] دار الغرب الإسلامي. بيروت - لبنان. 1408هـ - 1988م.
- المقدمة في الأصول. أبو الحسن علي بن عمر بن القصار. دار الغرب الإسلامي. بيروت - لبنان. 1966.
- المنتقى شرح الموطأ. أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي. دار الكتاب العربي. بيروت - لبنان. 1403هـ - 1983م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل. محمد عيش. دار الفكر. بيروت - لبنان. 1409هـ - 1989م.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل. أبو عبد الله محمد المغربي الحطاب. دار الفكر. 1398هـ - 1978م.

سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم

Mostafamas

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	النوع الثاني: النحر وهو يكون في الإبل والزرافة، ويجوز بكراهة في البقر	7	تعريف العقيقة
29	تعريف النحر	7	مشروعيتها
29	النوع الثالث: العقر	8	حكم العقيقة
29	تعريف الصيد	8	ب - القياس على الوليمة
29	حكم الصيد	9	شروطها
29	الصيد مباح. ودليل الإباحة	9	وقتها
29	شرح التعريف	10	تعدد العقيقة
31	أكل الجارح من الصيد	11	مندوبات العقيقة
42	الاشتراك في قتل الصيد والشك في المبيع	13	مكروهات العقيقة
44	اتباع الصيد والتراخي في ذلك ...	14	جائزات العقيقة
47	حكم ما أبين من الصيد	14	العتيرة والفرع
48	إدراك الصيد حياً		
48	ضمان الصيد		
48	التدافع على الصيد		
48	شروط الصيد		
49	النوع الرابع: الفعل المميت	15	تعريف الختان والخفاض
49	تعريفه	15	حكم الختان
50	شروط التسمية عند الذكاة	16	الخفاض
52	متى يعوّض النحر بالذبح والذبح بالنحر		
52	مندوبات التذكية		
53	استقبال القبلة عند التذكية		
			الذكاة
		17	تعريف الذكاة
		17	شرح التعريف
		17	حكمة مشروعية الذكاة
		17	أنواع التذكية
		17	النوع الأول: النبح
		19	تعريف الذبح
		19	شروط الذبح

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	ما يحرم من اللباس والزينة وما يجوز	54	مكروهات التذكية
93	الحرير	54	ذكاة الميئوس من حياته
97	المحلّى بأحد النقدين	56	المقاتل التي لا تعمل معها الذكاة
99	ما يندب في الخاتم	57	ذكاة الحيوان المحرّم الأكل
99	ما يجوز في الخاتم	57	ذكاة الجنين
100	ما يكره في الخاتم		
100	ما يجوز للمرأة		
100	ما لا يجوز للمرأة		
101	حكم الصبي		
101	ما يحرم على الرجل والمرأة		
	حقيقة اليمين وأحكامه		
103	تعريف اليمين		
103	أقسام اليمين		
	اليمين قسمان: تعليق قرية أو فكّ		
103	عصمة، والقسم		
	القسم الأوّل: تعليق قرية أو فكّ		
103	عصمة		
103	شرح التعريف		
104	ملاحظتان		
106	خلاصة		
106	دليل ما تقدم		
	القسم الثاني من اليمين: القسم		
108	شرح التعريف		
	القسم باسم الله تعالى أو بصفة من		
109	صفاته		
	الفاظ لا يقع بها اليمين إلا بنية أو		
111	تلفظ اسم الجلالة		
	الفاظ لا ينعقد بها اليمين لا بالنية		
112	ولا باللفظ		
112	الفاظ لا ينعقد بها اليمين مع الكراهة ..		
		54	ذكاة الميثوس من حياته
		56	المقاتل التي لا تعمل معها الذكاة
		57	ذكاة الحيوان المحرّم الأكل
		57	ذكاة الجنين
			المباح والحرام
			في المأكّل والمشرب
		60	المباح حال الاختيار
			النوع الأول: كل ما عملت فيه
		66	الذكاة وذكّي
		66	النوع الثاني: الحيوان البحري
			النوع الثالث: ما طهر من الطعام
		68	والشراب
			المحرّم من الأطعمة والأشربة حال الاختيار
		69	النوع الأوّل: ما أفسد العقل
		75	النوع الثاني: ما أفسد البدن
		75	النوع الثالث: النجس
		77	النوع الرابع: الخنزير
			النوع الخامس: البغال والحمير
		77	والخيول الإنسية
		81	النوع السادس: ميتة ما ليس له نفس سائلة
		81	النوع السابع: الطين والتراب
			ما يكره من الطعام والشراب
		82	حال الاختيار
			ما يباح من الأكل والشرب حال الاضطراب
		88	القدر المباح
		89	اجتماع محرّمات عند الضرورة
		90	التداوؤ: الحرام
		91	لمضطر العاصي بسفره

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
135	النوع الرابع: صيام ثلاثة أيام	112	الفاظ يمنع الحلف بها
136	إخراج القيمة		دليل مشروعية الحلف بالله تعالى
136	متى تجب الكفارة؟		وبجميع أسمائه الحسنی وصفاته
138	حكم الحنث	115	العلی
138	المكروه على الحنث	115	حروف القسم
139	تكرار الكفارة	115	لغة القسم
140	ما لا يدل على التكرار	116	اليمين المنعقدة وغير المنعقدة
140	التعدد في التعليق	116	1 - اليمين الغموس
141	التعدد في التزام اليمين	118	2 - يمين اللغو
141	ملاحظة	120	الاستثناء بالمشيئة في اليمين
142	تخصيص اليمين وتقييدها	121	ألفاظ الاستثناء
142	1 - النية	121	شروط نفع الاستثناء
144	الأمر الأول		الاستثناء الذي ينفع في جميع
145	الأمر الثاني	124	الأيمان
145	متى يعتبر تخصيص النية أو تقييدها ..	124	مسألة المحاشاة
146	2 - بساط اليمين	125	يمين تحريم الحلال
147	شروط نفع البساط		الكفارة
148	3 - العرف القولي	127	تعريف الكفارة
148	4 - العرف الفعلي	127	الأمور التي تجب فيها الكفارة
148	5 - العرف الشرعي	127	1 - اليمين المنعقدة
	الحنث	128	2 - النذر المبهم
150	1 - الحنث في صيغة الحنث	129	3 - التزام اليمين ونذره
151	2 - الحنث في صيغة البر	130	4 - التزام الكفارة ونذرها
153	صور من الحنث	130	أنواع الكفارة
	النذر	133	شرط الطعام في الكفارة
165	شرح التعريف	134	النوع الثاني: كسوة العشرة مساكين ..
168	أركان النذر		النوع الثالث: عتق رقبة مؤمنة.
168	أمثلة في النذر الذي لا تعليق فيه		واشترائط الإیمان قياساً على
168	أمثلة في النذر الذي فيه تعليق		كفارة القتل. ودليل التخيير بين
169	النذر المبهم	135	الأنواع الثلاثة المذكورة: الآية.

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
202	1 - الوعد من أحد الطرفين للآخر	169	حكم النذر
203	2 - التزوج بامرأة زانية	169	1 - النذر المندوب
203	3 - تزوج الرجل بامرأة صرّح لها بالخطبة في عدتها	170	2 - النذر المكروه
	الصيغة	171	3 - النذر المحرّم
204	1 - الإيجاب	172	حكمة لزوم النذر
205	2 - القبول	172	قضاء النذر عن الغير
	الولي	173	ما يلزم من النذر وأمثلة على ذلك
210	الولي المجبر	174	العجز عن الوفاء بالنذر
210	1 - الأب	175	نذر المشي إلى مكة
216	2 - وصي الأب	176	ما لا يلزم من النذر
217	الولي غير المجبر	178	أمثلة على ما لا يلزم من النذر
219	مراتب الأولياء		النكاح وأحكامه
	متى يصح النكاح بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص؟	183	تعريف النكاح
220	متى يصح نكاح الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص؟	183	شرح التعريف
221	تقديم الولي الخاص الأبعد مع وجود الأقرب	184	حكم النكاح
222	فقد الولي المجبر	186	حكمة مشروعية النكاح
223	غياب الولي الأقرب غير المجبر	186	أركان النكاح
223	استئذان البكر الغير المجبرة	187	شروط صحة النكاح
224	استئذان الثيب	187	1 - الصداق
	الأبكار الذين يجب أن يُعرّثن عن أنفسهن	187	2 - شهادة رجلين عدلين غير الولي
224	متى يصح الإفتيات على الرجل والمرأة في عقد النكاح	190	3 - عدم التواطؤ على كتمان العقد
225	شروط الولي	190	مندوبات العقد
226	ما لا يشترط في الولي	192	ما يحلّ بالعقد
227		196	محرمات النكاح
		201	الجائزات
		201	1 - التعريض في العدة
		202	2 - الإهداء في العدة
		202	3 - ذكر المساوي
		202	المكروهات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
249	جواز ترك الكفاءة	227	توكيل الزوج غيره في العقد
249	رأي الأم في تزويج البنت	227	توكيل ولي الزوجة غيره
المحرمات من النكاح		الزوجان	
250	ما يحرم من النسب	228	الشروط المشتركة لصحة نكاحهما
251	ما يحرم بالمصاهرة	229	شروط الصحة الخاصة بالزوج
258	ما يحرم بسبب الرضاع	229	شروط الصحة الخاصة بالزوجة
258	ما يحرم بسبب العدد	230	واجبات الولي نحو وليته
259	ما يحرم بسبب الطلاق	231	زواج الولي بمن له عليها الولاية
263	ما يحرم بسبب الكفر	232	مسألة ذات الوليين
265	إسلام الكافر وتحتة كافرة	233	فسخ النكاح الفاسد
	إسلام من عنده أكثر من أربع نسوة	237	محل فساد العقد بالشروط المذكورة .
267	أو من يحرم جمعهن	237	الشروط التي لا تناقض مقصود العقد
269	ما يحرم بسبب المرض	241	كون الفسخ بطلاق وبغير طلاق
الصداق		242	نشر الحرمة في النكاح الفاسد
271	تعريف الصداق	242	ثبوت الميراث في النكاح الفاسد
271	حكم الصداق	242	حكم صداق النكاح الفاسد
272	حكمة مشروعية الصداق	243	طلاق الزوج في النكاح الفاسد
273	قدر الصداق		ما يعطى للمرأة نظير التلذذ بها في
275	شروط الصداق	243	النكاح الفاسد
276	التغالي في الصداق	243	فسخ نكاح الصبي
277	ما يجوز في الصداق	244	فسخ نكاح السفية
278	تسليم الصداق	244	جبر الذكر على النكاح
	جبر الزوجة على تمكين نفسها وجبر	245	صداق المجنون والصبي
278	الزوج على دفع الصداق		تطرح الصداق بين الأب وابنه
279	إمهال الزوج والزوجة للتجهيز	245	الرشيد
279	إمهال الزوج من أجل العسر	246	ضمان الصداق ورجوعه لزامنه
	إمهال الزوجة لأجل غربتها أو	246	عدم دفع الصداق من الملتزم به
280	مرضها أو صغرها	246	الضامن إذا ضمن حال المرض
	استقرار الصداق في ملك الزوجة	الكفاءة المعتبرة في النكاح	
280	وتكميله	247	تعريف الكفاءة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
309	العيوب التي لا يثبت بها الخيار		الفسخ وعدمه عند فقد شرط من
310	ابتداء السنة في التأجيل	284	شروط الصداق
	التأجيل من أجل الاعتراض ونفقة	289	ضمان الصداق في النكاح الفاسد
310	الزوجة	290	حكم العقد إذا كان الصداق منافع
	تأجيل المرأة بما تختص به من	290	نكاح التفويض ونكاح التحكيم
311	العيوب		فرض المهر في التفويض عند
311	إثبات العيوب المتعلقة بالفرج	294	المرض
312	حكم الصداق عند الرد بالعيب	294	من له الرضا بما دون صداق المثل
	حكم الصداق عند تغريم الولي	295	حقيقة مهر المثل
313	بالزوج		اتحاد مهر المثل وتعدده في نكاح
	الاطلاع على العيب بعد الطلاق أو	296	الشبهة
314	الموت	296	تشطير المهر بالطلاق
314	ما يجوز للولي كتمه من العيوب	298	تشطير ما اشترته المرأة بالمهر
314	ما يجب كتمه من العيوب	298	سقوط الزائد عن المهر بعد العقد
	احكام تنازع الزوجين	299	ضمان الصداق إذا هلك
316	1 - التنازع في الزوجية	299	ما يجب على الزوجة فعله بالمهر
	2 - التنازع في قدر المهر وصفته	300	تنازع الأب وابنته في الجهاز
317	وجنسه	301	هبة الزوجة المهر لزوجها قبل البناء
	3 - تنازع الزوجين في كون المهر	302	رجوع الزوجة بالنفقة على المهر
318	تسمية أو تفويضاً	302	من يتولى قبض الصداق
319	تنازع الزوجين المحجور عليهما	303	نفقة حمل الجهاز
	4 - تنازع الزوجين في قبض ما حل	303	عفو الأب المجرى عن نصف الصداق
319	من الصداق		خيار أحد الزوجين إذا وجد عيباً بصاحبه
319	5 - التنازع في مؤجل الصداق	307	العيوب التي يثبت معها الخيار
319	6 - التنازع في متاع البيت	307	العيوب المشتركة
	الوليمة	307	العيوب التي تختص بالرجل
321	تعريف الوليمة	308	العيوب التي تختص بالمرأة
321	حكم الوليمة	308	ظهور العيب بعد العقد أو الدخول
322	وقتها	309	سقوط الخيار إذا حصل الوطء
322	حكم إجابة الدعوة	309	التأجيل قبل الفسخ

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
332	القسم عند السفر	323	على من تجب إجابة الدعوة
332	البيات عند الزوجة الواحدة	324	شروط وجوب الإجابة
	النشوز	326	المحرّمات
335	تعدي الزوج على زوجته	326	المكروهات
335	تحكيم الحكّمين		القسم بين الزوجات
339	نفقة الناشر	329	مدّة القسم
341	المصادر والمراجع	330	المحرّمات
345	فهرس الموضوعات	330	القسم للزوجة الجديدة
		331	عجز المريض عن القسم

المفقه المالكى

وأدلتنه

الحبيب بن طاهر



الجزء الرابع

(الخلع - الطلاق - الرجعة - الإيلاء - الظهار
العدة - الرضاع - النفقة - الحضانه - الموارث)

مؤسسة المعارف

بيروت - لبنان

الكتب والدراسات التي تصدرها
الدار تعبر عن آراء واجتهادات
أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف

بيروت - لبنان

ISBN 9953-434-24-7

الطبعة الثانية

1426 هـ - 2005 م

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراي - ط ٢

هاتف وفاكس : ٠٠٩٦١١٦٥٣٨٥٢ - ٠٠٩٦١١٦٥٣٨٥٧

المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة

هاتف وفاكس : ٠٠٩٦١١٦٤٠٨٧٨

هاتف جوال : ٢٠٥٦٦٩ - ٨٩٢٢١٠ - ٢٢٧٧٢٤ (٠٠٩٦١٣)

ص . ب ١١/١٧٦١ - بيروت - لبنان

E-mail: maaref@cyberia.net.lb

WWW.al-maaref.com

الفقه المالكي

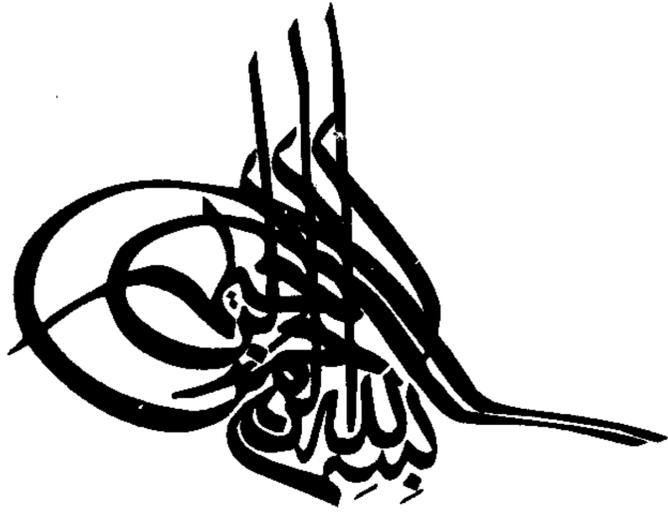
فرائد التمهيد

للحبيب بن طاهر

الجزء الرابع

(الخلع - الطلاق - الرجعة - الإيلاء - الظهار
العدة - الرضاع - النفقة - الحضانة - المواريث)

مؤسسة المعارف للطباعة والنشر
بيروت - لبنان





تعريف الخلع لغة:

الخلع النزع والإزالة والإبانة، من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه. والزوجان كلّ منهما لباس لصاحبه، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِيَأْسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسُ لِهِنَّ﴾ [البقرة: 187] فإذا فارقها كأنه نزعها منه. ومنه أيضاً ما جاء في الحديث عن عبد الرحمن بن كعب: أنّ معاذ بن جبل كثر دَيْئُهُ على عهد رسول الله ﷺ، فلم يزد رسول الله ﷺ غرماءه على أن خلع لهم ماله⁽¹⁾. أي أخرجهم عن جميعه⁽²⁾.

ولما كان في نظير عوض ناسبه أن يسمّى بهذا الاسم أكثر من غيره.

تعريف الخلع شرعاً:

عرّفه بعض تلامذة ابن عرفة بأنه عقد معاوضة على البضع، تملك به الزوجة نفسها، ويملك الزوج العوض به. وعرّفه الرضاع بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج، بعوضٍ على التطلق⁽³⁾. وعرّفه ابن راشد القفصي بأنه خلع العصمة بالطلاق على عوض⁽⁴⁾.

ولللخلع عبارات أخرى هي الصلح والمباراة والافتداء. وكلّها تؤول إلى معنى واحد، وهو بذل العوض عن الطلاق؛ إلا أن اختلافها يرجع إلى اختلاف صفات وقوعها، فالخلع بذل جميع المال على الطلاق، والصلح بذل بعضه، والافتداء بذل جميع الذي أعطاهما، وقيل: هو بذل بعض الذي لها، والمباراة ترك ما لها عليه من الحق على الطلاق، أو ترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق، وقيل: هي التي تباري زوجها قبل البناء، وقيل: هي التي لا تأخذ ولا تعطي. وحكم كل هذه العبارات سواء⁽⁵⁾.

(1) أخرج البيهقي في التفليس، باب لا يؤاجر الحرّ في دين عليه.

(2) المقدمات 560/1.

(3) شرح حدود ابن عرفة 275/1؛ ومنح الجليل 3/4.

(4) لباب اللباب ص 102.

(5) المنتقى 67/4؛ والمقدمات 560/1؛ وبداية المجتهد 78/2؛ وشرح حدود ابن عرفة 275/1؛

وأحكام ابن العربي 195/1؛ وأحكام القرطبي 145/3.

وذكر ابن رشد الجَدَّ أَنْ طلاق المِباراة لا يجوز منه إلا ما كان على وجه الخلع شيء تعطيه من مالها أو تترك له من حقها أو تلتزمه من مؤنة حمل أو رَضاع أو ما أشبه ذلك كما سيأتي، مما تجوز به المخالعة في الموضع الذي أجازَه اللهُ تعالى، وهو إذا كان النشوز من قبل المرأة ولم يكن من الزوج منه ضرر إليها⁽¹⁾.

حكم الخلع:

الخلع جائز، والجواز مستوي الطرفين على المشهور. وقيل: هو مكروه، وهو قول ابن القصار. والخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة. وأما من حيث كونه طلاقاً فهو مكروه بالنظر لأصله، أو خلاف الأولى كما يأتي في الطلاق، ودليل جواز الخلع وجواز أخذ الزوج العوض من الزوجة في الخلع⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن نفي الجناح معناه رفع الإثم عن الزوج في قبض الفدية، وعن الزوجة في دفعها. ولم يختلف علماء الأمة في أن المراد بالآية أخذ العوض على الفراق. والخطاب في الآية للزوجين⁽³⁾. ومنطوقها يدل على جواز الخلع وأخذ العوض على الفراق بشرط الخوف من عدم إقامة الزوجين لحدود الله تعالى، من حسن الصحبة وجميل العشرة. والمراد بالخوف الظن، أي أن يظن كل واحد منهما بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسبما يجب عليه فيه لكرهية يعتقدها، فلا حرج على المرأة أن تفتدي، ولا على الزوج أن يأخذ⁽⁴⁾.

وفسر الإمام مالك ترك إقامة حدود الله باستخفاف المرأة بحق زوجها وسوء طاعتها إياه⁽⁵⁾، لأنها بفعل ذلك قد يؤدي إلى أن يقابله بسوء المعاملة، لذلك جاء الخوف بصيغة التثنية.

ولكن هذا الشرط لم يعمله الجمهور، ومنهم المالكية، فقالوا بجواز الخلع وأخذ العوض عليه من غير اشتكاء ضرر، لأن الآية لم تذكره على وجه الشرط، وإنما لأنه الغالب من أحوال الخلع، فخرج القول على الغالب وألحق به النادر⁽⁶⁾، ويدل عليه الحديث الآتي عن حبيبة بنت سهل مع زوجها ثابت بن قيس.

(1) المقدمات 1/ 503.

(2) المعونة 2/ 869؛ والمنتقى 4/ 61؛ والعارضه 5/ 159؛ وبداية المجتهد 2/ 78.

(3) أحكام ابن العربي 1/ 194؛ وأحكام القرطبي 3/ 137؛ والمقدمات 1/ 555؛ والتحرير والتنوير 2/ 410.

(4) أحكام القرطبي 3/ 138؛ وأحكام ابن العربي 1/ 194؛ والتحرير والتنوير 2/ 411.

(5) أحكام القرطبي 3/ 138.

(6) أحكام ابن العربي 1/ 194؛ وأحكام القرطبي 3/ 138.

وهذه الآية محكمة غير منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴿٢٠﴾﴾ [النساء: 20]، لأنه لا تعارض بين الآيتين، فمورد آية النساء هذه في الرجل يريد فراق امرأته، فحرمت عليه أن يأخذ منها مالا؛ وآية البقرة هي في خوف الزوجين عدم إقامة حدود الله تعالى عند إرادة الزوجة فراق زوجها عن كراهية له؛ فإذا دخل الزوج مع زوجته في آية البقرة، لم يدخل في آية النساء⁽¹⁾. والقول بعدم النسخ حكى فيه القرطبي الإجماع عليه، ومن قال بالنسخ هو خارج عن الإجماع⁽²⁾.

وقد جرى الفقهاء⁽³⁾ في الاستدلال على جواز أخذ العوض في الخلع بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4]، والحق أن مورد هذه الآية في عفو المرأة عن بعض الصداق في حال العصمة، فراجع ذلك فيما تقدم في باب الصداق.

ب - عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرت عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغسل، فقال لها رسول الله ﷺ: «من هذه؟» فقالت: أنا حبيبة بنت سهل. فقال: «ما شأنك؟» فقالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس، لزوجها. فلما جاء زوجها ثابت بن قيس، قال له رسول الله ﷺ: «هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر». فقالت حبيبة: يا رسول الله، كل ما أعطاني عندي. فقال رسول الله ﷺ: لثابت بن قيس: «خذ منها»، فأخذ منها. وجلست في أهلها⁽⁴⁾. وفي رواية ابن عباس أنها قالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»⁽⁵⁾.

والحديث زيادة على دلالة على جواز الخلع ومشروعيته بعوض تدفعه الزوجة ويأخذه الزوج لقوله ﷺ: «أتردين عليه حديقته» ولقوله: «خذ منها»، فإنه يدل أيضاً على جوازه مع استقامة الحال وعدم اشتكاء ضرر، بدليل قولها: «ما أعتب عليه في خلق ولا دين»⁽⁶⁾.

(1) التحرير والتنوير 2/412؛ والتسهيل 135؛ وأحكام القرطبي 3/140.

(2) أحكام القرطبي 3/140؛ وأحكام ابن العربي 1/368.

(3) المنتقى 4/61؛ والإشراف 2/725؛ والمقدمات 1/554؛ وأحكام ابن العربي 1/194؛ وأحكام القرطبي 3/140.

(4) أخرجه مالك في الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في الخلع؛ وأبو داود في الطلاق، باب في الخلع؛ والنسائي في الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

(5) أخرجه البخاري في الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه.

(6) المنتقى 4/61؛ وأحكام القرطبي 3/140؛ وشرح ابن عبد السلام 3/219.

وأما ما روي عن ثوبان عن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة»⁽¹⁾. فقد قال فيه ابن العربي⁽²⁾: هو غير صحيح، ففيه وعيد عظيم لا يقابل طلب المرأة الخروج من النكاح.

ج - القياس على البيع والإجارة، لأنها معاوضة تجوز حال الخصومة، فجازت مع التراضي⁽³⁾.

د - عن نافع أن الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر، فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان، فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره. وقال عبد الله بن عمر: عدتها عدّة المطلقة⁽⁴⁾.

قال القاضي عبد الوهاب في توجيه جواز الخلع مع التراضي وأخذ الزوج العوض: لأن المرأة قد تكره زوجها مع قيامه بحقوقها، ولا يمكنها من مطالبته بالفرقة، لأن ذلك لا يلزمه إلا برضاه، فجاز أن تبذل له عوضاً على ذلك⁽⁵⁾.

ولا يحلّ للزوج إذا كره زوجته وأراد فراقها أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه، وإن أتت بفاحشة من زنا أو نشوز أو بذاء، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَنْكِحُوا نِسَاءَ آبَائِكُمْ اللَّاتِيْنَ هُنَّ أُمَّهَاتُكُمْ إِذْ كَانَ آبَاؤُكُمْ لَا يَدْرُونَ خَبْرَهُمْ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِهِمْ يَبْتَئِسُ الْمَرْءُ بِالْمَقْتُولِ إِذْ لَا يَدْرِي أَلْيَدٌ تَأْخُذُهُ أَلَمْ يَلْعَنُ اللَّهُ الْفٰسِقِينَ﴾ [النساء: 20]. فجعل الله تعالى أخذ الزوج المال الذي صار لزوجته من الصداق لطلاقها بهتاناً وإثماً⁽⁶⁾.

وحكى القرطبي الإجماع على عدم جواز ذلك⁽⁷⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفٰحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾ [النساء: 19]، فالاستثناء المذكور فيها منفصل. والمعنى: لكن إن نشزن عليكم وخالفن أمركم حلّ لكم ما أخذتم من أموالهنّ بدون عضل، بل بطيب نفس. ولا يكون ذلك بطيب نفس إلا إذا لم يكن من الأزواج ضرر بهن ولا تضيق عليهنّ. أي ليس للزوج أن يقابل نشوز زوجته بالإضرار لها والتضييق عليها حتى تفتدي منه⁽⁸⁾.

وما قاله ابن القصار من كون الخلع مكروهاً يردّه أنّه لو كان مكروهاً لما أرشد إليه النبي ﷺ. لكن لابن القصار أن يقول: لا يلزم من انتفاء الكراهة عن هذه الصورة - أي قضية ثابت - وشبهها، انتفاؤها مطلقاً. ولعلّ قضية ثابت عارض فيها أمر آخر من شأنان

(1) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في المختلعات وقال: هذا حديث حسن.

(2) عارضة الأحوذى 160/5. (3) الإشراف 725/2؛ والمعونة 870/2.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب المختلعة. (5) المعونة 869/2.

(6) البيان والتحصيل 233/5؛ وأحكام ابن العربي 364/1.

(7) أحكام القرطبي 137/3.

(8) البيان والتحصيل 234/5؛ والمقدمات 503/1، 554، 555؛ وأحكام ابن العربي 362/1.

وبغض وغير ذلك أوجبت ارتكاب أخف المفسدتين، وهو الفراق على هذا الوجه⁽¹⁾.
ولا يتوقف الخلع على السلطان، والدليل:
أ - القياس على النكاح، لأنه معاوضة⁽²⁾.
ب - قول عمر وعثمان وابن عمر بذلك⁽³⁾.
وأما ما جرى بين ثابت وزوجته فقد جرى مجرى الاستفتاء عند الحاكم، ولذلك وقف الأمر على رضاها في إعطاء الحديقة⁽⁴⁾.

حكمة المشروعية:

ذكر ابن رشد القفصي في حكمة مشروعية الخلع أنه التوسعة على الزوجين والرفق بهما لما عسى أن يلحقهما من الضرر بطول الإقامة⁽⁵⁾. أي الإقامة على الكراهية.

أنواع الخلع:

الخلع شرعاً له نوعان:

النوع الأول: وهو الغالب: الطلاق في نظير عوض للزوج من الزوجة، أو من غيرها، كولي أو غيره. وسواء قلّ العوض أو كثر، ولو زاد العوض على الصداق بأضعاف. والدليل على جواز الزيادة على الصداق:

أ - قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في الجنس المفتدى به وفي القدر، ولا يوجد دليل يخصص هذا العموم. ودليل العموم: حرف «ما» الموصولة، والموصولات من صيغ العموم كما هو مقرر⁽⁶⁾.

وأما قوله تعالى أول الآية: ﴿مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾، فهو وإن كان ظاهراً في أن ما أعطاه من المهر هو محلّ الرخصة في أن يسترجعه الزوج في الخلع، فإن الجمهور تأولوه بأنه هو الغالب فيما يجحف بالأزواج، وأنه لا يبطل عموم قوله: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁷⁾. وعند ابن رشد الجد⁽⁸⁾ فإن الافتداء الوارد في آخر الآية لا يتعلق بمقدار الإيتاء الوارد أولها حتى يقال إنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاه؛ لأنه لو كان كذلك لكانت الآية: فيما افتدت به منه، أي من الصداق الذي آتاها.

(1) شرح ابن عبد السلام م 3 ورقة 219. (2) الإشراف 2/726.
(3) أحكام القرطبي 3/138. (4) عارضة الأحوذى 5/159.
(5) لباب اللباب ص 102.
(6) الإشراف 2/726؛ والمنتقى 4/65؛ والعارضة 5/159؛ وأضواء البيان 1/209؛ وأحكام ابن العربي 1/195؛ وأحكام القرطبي 3/141؛ والمقدمات 1/561.
(7) التحرير والتنوير 2/412. (8) المقدمات 1/561.

ب - نصّ الحديث في قصة ثابت بن قيس، فإنه يدلّ على جواز الخلع بجميع ما أعطاه من المهر⁽¹⁾. ولكنه لا يدلّ على منع الخلع بأكثر ممّا أعطاه، لأنّ ما جرى في شأنه اتفاق قد وقع لا يدلّ على الاقتصار عليه بحال⁽²⁾.

ج - عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كانت أختي تحت رجل من الأنصار تزوّجها على حديقة، وكان بينهما كلام، فارتفعا إلى رسول الله ﷺ. فقال: «تردّين عليه حديقته ويطلقك؟». قالت: نعم، وأزیده. قال: «ردّي عليه حديقته وزيديه»⁽³⁾.

وأما ما روي في أحد طرق الحديث قوله ﷺ: «أما الزيادة فلا»⁽⁴⁾ فلم يصحّ عند الإمام مالك⁽⁵⁾.

د - القياس على مقدار الصداق، لأنه عوض غير مقدّر، يصحّ تملكه⁽⁶⁾.

وكون الخلع معاوضة فإنّ الزوج يملك به العوض ملكاً تاماً لا يفتقر إلى حيازة، فلو ماتت أو فلسست أخذ من تركتها وأتبعته به لأنه خرج على عوض، بخلاف الهبة والصدقة وما أشبه ذلك ممّا خرج على غير عوض⁽⁷⁾.

النوع الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول الزوج لزوجته: خالعتك، أو أنت مخالعة. ودليل صحّة وقوعه خلعاً إذا قصد إيقاعه بغير عوض:

أ - إنّ عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج عن مقتضاه، أصل ذلك إذا خالع بمحرّم⁽⁸⁾.

ب - إنه طلاق قصد موقّعه أن يكون خلعاً، فكان على ما قصده، كالذي معه عوض⁽⁹⁾.

وقيل: إن النوع الثاني لا يشمل التعريف. وقال ابن عاشر: بل يشمل، لأنّ من لوازم كونه خلعاً جريان أحكام الخلع عليه، ومنها سقوط نفقتها أيام عدّتها. وهذا عوض محقق، وإن لم يدخل عليه، فهذا طلاق بعوض أيضاً.

(1) أحكام ابن العربي 1/195. (2) عارضة الأحوذى 5/159.

(3) أخرجه الدارقطني في النكاح والخلع.

(4) أخرجه البيهقي في الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحلّ به الفدية.

(5) التحرير والتنوير 2/412.

(6) الإشراف 2/726؛ والمنتقى 4/65؛ والمعونة 2/869؛ وبداية المجتهد 2/79.

(7) المقدمات 1/558.

(8) المعونة 2/874؛ والمنتقى 4/64؛ وأحكام القرطبي 3/145.

(9) المعونة 2/874.

أثر الخلع⁽¹⁾:

يقع الخلع بنوعيه طلاقاً بائناً، أي لا رجعة للزوج فيه. فحقيقته الشرعية حينئذ الطلاق. فالطلاق جنس يشمل الخلع وغيره من أقسام الطلاق، ويترتب عليه أحكام الطلاق البائن. وليس الخلع فسخاً، والدليل⁽²⁾:

أ - قصة امرأة ثابت بن قيس، وفيها قوله ﷺ: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة». وقد تقدم ذكره كاملاً.

والحديث نصّ في المسألة⁽³⁾.

ب - روى سعيد بن المسيب أنّ النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة⁽⁴⁾.

ج - إنّ الخلع موقوف على اتفاق الزوجين، لا غلبة للحاكم فيه، ولذلك هو طلاق لا فسخ، لأنّ شأن الفسخ أن يكون من الحاكم لا اختيار للزوج في ذلك⁽⁵⁾.

د - إنّ الزوج يأخذ عوضاً على إرسال ما يملكه، والذي يملكه الطلاق دون الفسخ⁽⁶⁾.

هـ - القياس على فرقة العتّين والمولي والمعسر بالنفقة، لأنّها فرقة يجوز الإبقاء على النكاح مع الحال الموجبة لها، والفرقة في هذه المسائل طلاق⁽⁷⁾.

و - عن نافع أن عبد الله بن عمر قال: عدّة المختلعة عدّة المطلقة⁽⁸⁾.

ز - وهو مروى عن عثمان وعلي وابن مسعود⁽⁹⁾.

وأما ما روي عن الربيع بنت معوذ أنها اختلعت على عهد رسول الله ﷺ فأمرها النبي ﷺ أن تعتدّ بحيضة⁽¹⁰⁾، وما روي عن ابن عباس أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله ﷺ فأمرها النبي ﷺ أن تعتدّ بحيضة⁽¹¹⁾، قال في ذلك ابن العربي: هذا باب لم يصح فيه شيء⁽¹²⁾. وقال القرطبي: حديث ابن عباس مضطرب

(1) منح الجليل 9/4.

(2) الإشراف 725/2؛ وشرح ابن عبد السلام 220/3.

(3) المعونة 870/2؛ والمقدمات 561/1.

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في الطلاق، باب ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته.

(5) الإشراف 725/2؛ والعارضة 159/5.

(6) الإشراف 725/2؛ والمنتقى 67/4؛ وبداية المجتهد 81/2.

(7) المعونة 870/2؛ والمنتقى 67/4.

(8) أخرجه مالك في الطلاق، باب طلاق المختلعة.

(9) أحكام القرطبي 143/3.

(10) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

(11) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

(12) عارضة الأحوذى 159/5.

من جهة الإسناد والتمتن⁽¹⁾. وقال ابن عبد السلام: هذه الرواية لا تقوى قوة ما أخرجه البخاري⁽²⁾.

واستدل من قال: إن الخلع فسخ وليس طلاقاً بأن الله ذكر الخلع في قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فدل ذلك عنده على أن الخلع ملغى غير محسوب. ورد المالكية بأن هذا لا حجة فيه لأن ذكر الفدية حكم على حياله، فلا فرق بين أن يذكر بين ذكر الطلقتين والطلقة الثالثة أو في غير ذلك الموضع⁽³⁾.

وحديث البخاري دليل على أن طلاق الخلع طلقة واحدة⁽⁴⁾. وأما دليل كون الطلقة تقع بائنة أن المرأة إنما تبذل المال لإزالة الضرر عنها بقطع العصمة، وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية للضرر، ولاجتمع للزوج العوض والمعوض⁽⁵⁾.

وهذا الحكم، وهو أنه لا رجعة للزوج في الخلع، مخصص لقوله تعالى: ﴿وَيَعُولُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: 228]. قال الإمام ابن عرفة: هذا مخصص بطلاق الخلع⁽⁶⁾.

ولا تحل المرأة لمن خالعهما إلا بعقد نكاح جديد بشروطه وأركانه الآتي ذكرها. ولا ينفع الزوج اشتراط الرجعة، كأن يقول حين دفع العوض أو حين التلفظ بالخلع: طلقتك طلقة رجعية، فلا يفيد، ويقع الطلاق بائناً، والشرط باطل. ودليل بطلانه⁽⁷⁾:

أ - قوله ﷺ: «فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق»⁽⁸⁾. وشرط الرجعة مخالف لحكم الشرط.

ب - إنه شرط في عقد الخلع ما يمنع المقصود منه، فلم يثبت ذلك كما لو شرط في عقد النكاح أنه لا يطاق.

لوازم البيونة:

يلزم من البيونة أمران:

- (1) أحكام القرطبي 145/3.
- (2) شرح ابن عبد السلام 220/3.
- (3) المقدمات 561/1؛ وأحكام ابن العربي 195/1؛ وأحكام القرطبي 143/3؛ وبداية المجتهد 81/2.
- (4) أحكام ابن العربي 197/1.
- (5) المعونة 870/2؛ والمقدمات 560/1؛ والمنتقى 68/4؛ وبداية المجتهد 81/2؛ وعارضة الأحوذى 161/5؛ والإشراف 727/2؛ وأحكام القرطبي 146/3.
- (6) تفسير سورتي الفاتحة والبقرة 656/2.
- (7) الإشراف 727/2؛ والبيان والتحصيل 338/5؛ وأحكام القرطبي 146/3.
- (8) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق؛ والبخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل؛ ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

1 - سقوط النفقة أيام العدة: ودليل ذلك: القياس على المبتوتة، لأن طلاقها بائن⁽¹⁾.

وهذا إذا لم تكن حاملاً. فإن كانت حاملاً لزمته النفقة للحمل قياساً على المبتوتة الحامل⁽²⁾.

وأما دليل وجوب العدة للمختلعة فهو دليل المطلقة بغير عوض، لأن حقيقة الخلع الشرعية الطلاق⁽³⁾. وقال عبد الله بن عمر: عدة المختلعة عدة المطلقة.

2 - سقوط الميراث:

إلا أن المخالغ يجوز له دون غيره أن ينكح المختلعة في العدة، لأن الماء ماؤه والعدة منه⁽⁴⁾. ولأن المنع من النكاح في العدة معلل وليس تعبدياً⁽⁵⁾.

عدم لحوق المختلعة الطلاق:

لا يلحق المختلعة الطلاق، والدليل⁽⁶⁾:

أ - أن الخلع يقع طلاقاً بائناً، فلا يرتد عليه طلاق آخر، لأن المختلعة تصبح للمخالغ أجنبية منه، بدليل انتفاء خصائص النكاح عنها، كالإيلاء والظهار والنفقة بالزوجة.

ب - القياس على الطلاق الثلاث واللعان، لأنها فرقة لا يملك بها الرجعة بحال، فلم يصح ورود الطلاق على المرأة في هذه الحال.

ج - القياس على المطلقة قبل الدخول، لأنها مطلقة لا رجعة عليها.

د - قول ابن عباس وابن الزبير بذلك.

إلا أن المختلعة إذا افتدت من زوجها على أن يطلقها ثلاثاً متتابعاً نسقاً، فطلقها كذلك، فهو ثابت عليه، لأن نسق الكلام بعضه على بعض متصللاً يوجب له حكماً واحداً. وأما إن كان بين الخلع والطلاق صمات، فما أتبعه بعد الصمات من الطلاق فليس بشيء.

أركان الخلع

أركان الخلع خمسة. والمراد من الخلع حقيقته المتضمنة لهذه الأركان وهي: القابل، والموجب، والعوض، والمعوض، والصيغة.

(1) المعونة 872/2.

(2) المعونة 872/2.

(3) المنتقى 67/4.

(4) المعونة 872/2؛ والمنتقى 68/4.

(5) بداية المجتهد 82/2.

(6) الإشراف 727/2؛ والبيان والتحصيل 277/5؛ وأحكام القرطبي 147/3؛ وبداية المجتهد 82/2.

1 - القابل: وهو الملتزم للعرض. وعرفه الإمام ابن عرفة بأنه من صحّ معرفته، فأخرج به من لا يصحّ معرفته من صبي أو محجور عليه في ماله⁽¹⁾. ويشترط في الملتزم للعرض من زوجة أو غيرها ما يلي:

الرشد: فلا يلزم من سفيه أو صغير، فهو تصرف منهما صحيح لكنه غير لازم، لأن الولي ينظر في فعل محجوره، فإن وجد فيه مصلحة أمضاه.

فإن بذل العرض غير رشيد، ولم يأذن وليه، ردّ الزوج المال المبذول، وبانت منه الزوجة. وهذا ما لم يعلق الزوج الخلع بمثل قوله: إن تمّ لي هذا المال فأنت طالق؛ أو إن صحت براءتك فطالق؛ فإذا ردّ الولي أو الحاكم المال من الزوج لم يقع الطلاق. بخلاف ما إذا قاله لرشيدة أو رشيد، أو قاله بعد صدور الطلاق لصغيرة أو سفيهة، فلا ينفعه ذلك على المعتمد، خلافاً للبرزلي.

أما لو قال ذلك بعد صدور الطلاق لرشيدة فقد ينفعه، كما إذا كان مضاراً لها فافتدت منه ليطلقها، وأضمرت أنها تثبت الضرر وتعود عليه، فلو علق في تلك الحالة فلا يلزمه طلاق حينئذ. وأما طلاق الحاكم عليه للضرر فحكم آخر.

ويجوز الخلع من الولي المجبر والوصي المجبر كلّ منهما عن مجبرته، بغير إذنها، ولو بجميع مهرها. وذلك ظاهر قبل الدخول، وكذا بعد الدخول إذا كانت بحيث لو تأيمت بطلاق أو موت كانت مجبرة لصغر أو جنون. ودليل جواز خلع الأب عن الصغيرة، أنه إذا جاز له أن يعقد عليها بأقل من مهر مثلها إذا رأى ذلك حظاً، فكذلك في الخلع إذا كان الحظ لها في الفراق، لأن الأب غير متهم على ابنته⁽²⁾. ودليل الوصي أنه ولي يحجب سائر الأولياء حال البكارة كالأب⁽³⁾.

وقد جعل الشيخ الدردير في شرحه ومختصره المجبر شاملاً للوصي تبعاً لبعضهم، لكن نصّ في المدونة أنه لا يجوز خلع الوصي إلا برضاها؛ لقوله فيها: يجوز خلع الوصي عن البكر برضاها.

ولا يجوز الخلع من غير المجبر من سائر الأولياء، إلا بإذن من الزوجة غير المجبرة له فيه.

وأما السفيهة ذات الأب الثيب البالغ، التي لا تحسن التصرف في مالها، فهل هي كالمجبرة يجوز للأب أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها، أو ليست كالمجبرة، فليس له ذلك؟ ففي ذلك خلاف. وظاهر كلام الشيخ خليل في التوضيح أن الأرجح أنه لا يجوز إلا برضاها. قال: القياس المنع في الجميع.

(1) شرح حدود ابن عرفة 1/276.

(2) المعونة 2/736.

(3) المنتقى 4/66.

فإذا كان برضاها أو من مال الأب فجائز قطعاً. لكن استشكل البعض إذا كان الخلع برضاها، لأنّ رضا السفية لا عبرة به⁽¹⁾.

2 - الموجب: وهو الزوج أو وليه. وعرفه ابن عرفة بأنّه من صحّ طلاقه⁽²⁾. وموجب الخلع هو موقعه ومثبته، وهو الزوج لا غيره إلا أن يكون وكيلاً عنه. ويشترط في الزوج ما يلي:

1 - أن يكون مكلفاً: والمكلف هو البالغ العاقل. ويصحّ الخلع من السفية، لأنّ العصمة بيده، وله أن يطلق بغير عوض فيه. ودليل صحّة خلعه هو دلالة الأولى، فإنّه لما كان السفية يملك حلّ العصمة من غير عوض، فلأنّ يكون ذلك بيده بالعوض أولى⁽³⁾.

ويصحّ الخلع من ولي الزوج الصغير أو المجنون، سواء كان الولي أباً للزوج أو وصياً أو حاكماً أو مُقَاماً من جهة الحاكم، إذا كان الخلع من الولي لمصلحة.

ولا يجوز عند الإمام مالك وابن القاسم أن يطلق الولي على الصغير والمجنون بدون عوض. ودليل جواز خلع الأب على ولده الصغير أنّه إخراج ملك عنه بعوض، فجاز إذا رأى فيه الحظّ، قياساً على البيع؛ ولأنّه لما ملك إنكاحه ابتداءً ملك إزالة النكاح عنه بعوض، قياساً على البيع؛ ولأنّ المصلحة قد تكون له في ذلك، والأب غير متهم على ابنه⁽⁴⁾.

ونقل ابن عرفة عن الإمام اللخمي أنّه يجوز لمصلحة، إذ قد يكون في بقاء العصمة فساد لأمر ظهر أو حدث. قال الشيخ الصاوي: هذا هو المعول عليه.

ولا يجوز لأب السفية أن يخالع عن ابنه بغير إذنه، لأنّ الطلاق بيد الزوج المكلف ولو كان سفياً، لا بيد الأب؛ فأولى غيره من الأولياء كالوصي والحاكم.

2 - أن لا يكون مريضاً مرضاً مخوفاً: المرض المخوف هو ما الشأن فيه أن يكون سبباً في الموت. وهذا هو المراد بالمرض، لا نحو رمد أو خفيف صداع.

ومثل المريض مرضاً مخوفاً: الحاضر صفّ القتال والمحبوس لقتل أو قطع⁽⁵⁾.

ولا يجوز ابتداءً للمريض مرضاً مخوفاً أن يخالع، لما فيه من إخراج وارث. فإن وقع الخلع منه نفذ وترثه زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه، ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره، وهذا هو المشهور. ومقابله ما روي عن مالك من عدم إرثها لانتفاء التهمة لكونها طالبة الفراق.

فإن ماتت هي في مرضه قبله فإنّه لا يرثها، ولو كانت مريضة مرضاً مخوفاً حال الخلع أيضاً، لأنّه هو الذي أسقط ما كان يستحقّه، لأنّ العصمة كانت بيده.

(1) حاشية الدسوقي 2/348.

(2) شرح حدود ابن عرفة 1/276.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 221.

(4) الإشراف 2/734.

(5) المتقى 4/85؛ والشرح الكبير 2/352.

ووجه عدم ميراثه منها أن الطلاق بائن .

ويحرم على الزوجة المريضة مرضاً مخوفاً أن تخالع زوجها، وكذا يحرم على الزوج لإعانتها لها على الحرام . وينفذ هذا الخلع إن وقع، ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحاً، ولو ماتت في عدتها .

ومحل المنع إن زاد الخلع على إرث الزوج منها لو ماتت، بأن كان - مثلاً - إرثه منها عشرة، وخالعتة بخمسة عشر، وأولى لو خالعتة بجميع مالها . ودليل منع الخلع بأكثر من إرث الزوج ما في ذلك من التهمة بالفرار بالمال من الورثة⁽¹⁾ .

فإن خالعتة بقدر إرثه منها فأقل جاز، ولا يتوارثان . وإن خالعتة بأكثر من إرثه منها ردة الزائد على إرثه .

والوقت المعتبر في ردة الزائد هو يوم موتها لا يوم الخلع . وحينئذ فيوقف جميع المال المخالع به إلى يوم الموت، فإن كان قدر إرثه فأقل استقل به الزوج، وإن كان أكثر ردة ما زاد على إرثه كما قاله اللخمي خلافاً لابن رشد القائل بأنه لا شيء له أصلاً حيث كان زائداً .

فإن صححت من مرضها تم الخلع . وأخذ الزوج جميع ما خالعتة به، ولو أتى على جميع مالها، ولا توارث بينهما على كل حال، سواء ماتت قبل الصحة أو بعدها، انقضت العدة أم لا، لأن الطلاق بائن .

وإذا وكَّل الزوج وكيلاً على خلع زوجته، وأطلق له بأن لم يسم له شيئاً، فنقص الوكيل عن خلع المثل؛ وإذا وكَّل الزوج وكيلاً على خلع زوجته فنقص الوكيل عما سماه له، بأن قال له: وكَّلتك على أن تخالعتها بعشرة فخالعتها بخمسة؛ وإذا أطلق الزوج لزوجته ولم يقيد لها بقدر معلوم، بأن قال لها: إن أعطيتني مالاً، أو ما أخالعتك به فأنت طالق، فنقصت الزوجة عن خلع المثل؛ ففي هذه الصور لا يلزم الخلع إلا أن يتم الوكيل في الصورة الأولى خلع المثل، وفي الثانية ما سماه له، وتتم الزوجة في الثالثة خلع المثل . وأما إذا زاد الوكيل على ما سماه له أو على خلع المثل فيما إذا أطلق له، فاللزوم ظاهر بالأولى .

وإذا وكَّلت الزوجة وكيلاً ليخالعتها، وسمت له شيئاً فزاد الوكيل على ما سمت له؛ وإذا وكلته ليخالعتها وأطلقت، فزاد الوكيل على خلع المثل؛ ففي هاتين الصورتين فإن الزيادة تكون على الوكيل، ولا يلزم الزوجة إلا ما سمت أو خلع المثل؛ ولزم الطلاق على كل حال .

3 - العوض : وهو الشيء المخالع به . وفيما يلي ما يجوز في العوض وما لا يجوز .

(1) المعونة 2/872؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 224.

- يجوز الخلع بالغرر، كجنين في بطن بقرة، للزوجة، ونحو ذلك. فإذا انفسح الحمل فلا شيء له، وبانت الزوجة، كما لو كان الجنين في ملك غيرها.

- ويجوز الخلع بعوض غير موصوف، من حيوان أو عرض أو ثمرة لم يبد صلاحها؛ وللزوج الوسط لا الجيد ولا الدنيء من جنس ما خلعت الزوجة به. ودليل جواز الخلع بالغرر وبغير الموصوف⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة:

ب - القياس: لأن الغرر مما يملك بالهبة والوصية، فجاز أن يكون عوضاً في الخلع كالمعلوم. ووجه إلحاق الخلع بالهبة والوصية دون البيوع، أن الخلع طريقه الصلة والمبتغى فيه تخليص الزوجة من ملك الزوج، فلا يضر فيه الجهل بالعوض، بينما البيوع المبتغى فيها الأثمان، ويضر فيها الجهل⁽²⁾.

والفرق بين الصداق لا يجوز فيه الغرر الكثير والخلع يجوز فيه ذلك مع أن كلاً منهما طريقه الصلة، أن الصداق يذهب بالغرر الكثير فيبقى البضع بدون عوض، والصداق حق لله تعالى فلا يجوز إسقاطه، بينما الخلع لا حق لله فيه، فجاز بالغرر الكثير من جميع جهاته وإن ذهب جملة، فيبقى الخلع بلا عوض⁽³⁾، وهو ملحق بالطلاق، والأصل في الطلاق عدم العوضية⁽⁴⁾.

ج - دلالة الأولى وذلك أن الخلع طلاق، والطلاق يصح بغير عوض أصلاً؛ فإذا صح على غير شيء، فلأن يصح بالعوض الفاسد أولى، لأن أسوأ حال المبدول أن يكون كالمسكوت عنه.

وكذلك لما كان النكاح الذي هو عقد تحليل لا يفسده العوض الفاسد، فلأن لا يفسد الطلاق الذي هو إتلاف وحل عقد أولى⁽⁵⁾.

- ويجوز الخلع بنفقة الزوجة على نفسها مدة حملها إن كان حمل، أي على تقدير وجوده، وأولى إذا كان الحمل ظاهراً. وكذا بالإنفاق على ولدها منه، أو ما تلده من الحمل مدة الرضاع عامين أو أكثر.

فإذا خالعهما على نفقة ما تلده من الحمل، فلا تسقط به نفقة الحمل على الأصح، وهو قول ابن القاسم، لأن نفقة ما تلده ونفقة الحمل حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير

(1) الإشراف 732/2؛ والمنتقى 62/4؛ والمقدمات 561/1؛ وأحكام القرطبي 141/3.

(2) الإشراف 733/2؛ والمقدمات 561/1؛ وبداية المجتهد 79/2؛ والمنتقى 62/4.

(3) المقدمات 561/1؛ وعدة البروق ص 272. (4) عدة البروق ص 272.

(5) أحكام القرطبي 142/4.

الخلع فيبقى الآخر. وقال الإمام: إذا خالعتها بنفقة ما تلده استلزم ذلك نفقة الحمل. وقد مشى الشيخ خليل على قول الإمام. والأول مرجح. وعلى القول الأول، فإنه إذا خالعتها على إسقاط نفقة الحمل فلا يسقط به نفقة الرضاع.

- ويجوز الخلع على أن تنفق على الزوج المخالعة لها، أو على غيره، قريب أو غيره، سواء كانت النفقة منفردة عن نفقة رضاع لولدها منه مدة الرضاع أو أكثر، أو كانت مع نفقة الإرضاع.

فإن ماتت المرأة أو انقطع لبنها أو ولدت أكثر من ولد في بطن، فعليها النفقة. وتؤخذ من تركتها في موتها، أي يؤخذ ما يفي برضاعه في بقية الحولين، ولو استغرق جميع التركة، فإن الدين يقدم على جميع الورثة، لأنه حق ثبت فيها قبل موتها، فلا يسقط بموتها⁽¹⁾.

وإن أعسرت المرأة أنفق الأب على ولده المدة المشترطة، ويرجع عليها إذا أسرت، والدليل: القياس على الحمالة، لأن النفقة قد وجبت عليها بالصلح، فهو في إنفاقه عنها كالحميل إذا أدى، ويرجع بما غرم⁽²⁾.

والقول بالرجوع هو للإمام مالك. وروي عن ابن القاسم أنه لا يتبعها بشيء، والدليل هو الاستحسان، لأن النفقة واجبة عليه في الأصل، وإثما ألزم ذلك إياها من أجل ذلك، لا من أجل أنه حميل بها، إذ لم يتحمل بشيء⁽³⁾.

وإذا مات الولد أو غيره، من زوج أو غيره، رجع الوارث على المرأة ببقية المدة المشترطة، إلا لعرف أو شرط، فيعمل به. ويقدم الشرط على العرف عند تعارضهما. أي أن القياس الرجوع عليها، ويترك القياس للعرف أو الشرط⁽⁴⁾. ووجه القياس أن العوض حق ثبت للزوج في ذمة الزوجة بالخلع، فلا يسقط بموت الصبي، كما لو خالعتها بمال متعلق بذمتها⁽⁵⁾. ولأن الخلع عقد على منفعة لها قيمة متعلقة بعين، فإذا تلفت العين المتعلقة بها استحق قيمتها، أو لم يتلف الحق بتلفها⁽⁶⁾.

- ويجوز الخلع بإسقاط حضانتها لولده، وينتقل الحق له، ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله.

وجواز الخلع بإسقاط حضانتها مقيد بأن لا يخشى على المحضون ضرر، إما لعلوق قلبه بأمه، أو لكون مكان الأب غير حصين، وإلا فلا تسقط الحضانة اتفاقاً ويقع الطلاق.

(1) المنتقى 62/4؛ وأحكام القرطبي 143/3. (2) البيان والتحصيل 355/5.
(3) البيان والتحصيل 355/5. (4) شرح ابن عبد السلام ورقة 232.
(5) المنتقى 62/4؛ وأحكام القرطبي 142/3. (6) الإشراف 731/2.

وإذا خالته على إسقاط الحضانة ومات الأب، فالظاهر أن الحضانة تعود للأم.
وإذا ماتت الأم أو تلبست بمانع، فإن الحضانة تستمر للأب نظراً إلى أنها ثبتت له بوجه جائز، ولا تنتقل لمن بعدها. قال الشيخ الدسوقي: إن ما ذكره من أن الحق ينتقل له، وإن كان هو المشهور ومذهب المدونة، لكنه خلاف ما به العمل من انتقاله لمن يليها. ونقل أنه الذي به الفتوى وجرى به عمل القضاة والحكام⁽¹⁾.

- ويجوز الخلع مع البيع، كأن تدفع له حيواناً على أن يخالعه ويدفع لها عشرة دراهم؛ أي فالحيوان نصفه في مقابلة العشرة وهو بيع، ونصفه في مقابلة العصمة وهو خلع؛ سواء كانت قيمة الحيوان تزيد على ما دفعه الزوج من الدراهم، أو تساوي، أو تنقص، على الراجح من وقوع الطلاق بائناً، لأنه طلاق قارنه عوض في الجملة؛ واستحسنه اللخمي وبه القضاء. والفرق بين اجتماع الخلع والبيع يجوز، واجتماع النكاح والبيع لا يجوز، أن وجود العوض الحاصل في النكاح من حق الله تعالى لا يصح التواطؤ من الزوجين على إسقاطه، فلا بد من وجود العوض ربع دينار فأكثر. وأما حل العصمة فإنه حق للزوج فيصح اقترانه مع العوض وانفراده عنه⁽²⁾.

- إذا خالعت الزوجة زوجها بمال معلوم قدره لأجل مجهول، عجل هذا المؤجل بمجهول فيأخذه منها حالاً، والخلع صحيح؛ لأن المال في نفسه حلال، وكونه لأجل مجهول حرام، فيبطل الحرام ويعجل.

- للزوج رد الشيء الرديء إذا وجدته في المال الذي خالعه به، ليأخذ بدله منها. سواء كان دراهم أو غيرها، إلا لشرط، بأن شرطت عليه عدم رد الرديء، فليس له رده عملاً بالشرط.

- إذا استحق العوض من يد الزوج، وكان مقوماً معيناً، خالعه به الزوجة، كثوب معين، فإن الزوج يرجع بقيمته عليها. وإن خالعه بمثلي أو بمقوم موصوف، كثوب صفته كذا، فاستحق من يده فإنه يرجع به عليها، إلا أن يعلم الزوج حين الخلع بأنها لا تملك ما خالعه به وخالعه عليه؛ فلا شيء له، وبانت الزوجة.

- إذا خالعه بعوض حرام، كأن يخالعه بخمر وخنزير ومغصوب ومسروق علم به، فلا شيء له عليها، وبانت منه. ودليل وقوع الطلاق بائناً، لأنه طلاق وقع على وجه المعاوضة، فكان بائناً كما لو صح العوض⁽³⁾. ودليل كون الزوجة لا يلزمها البدل: أن الزوج لما رضي بأن يعتاض ما لا يصح أن يكون عوضاً في حقها كان راضياً بسقوط العوض، فلم يكن له بدل⁽⁴⁾.

(1) حاشية الدسوقي 2/349؛ والشرح الصغير 1/443.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 229؛ وعدة البروق ص 272.

(3) الإشراف 2/731؛ والمنتقى 4/63. (4) المعونة 2/872؛ المنتقى 4/63.

ويراق الخمر دون كسر أوانيه لأنها تطهر بالجفاف ويقتل الخنزير، وهو المعتمد، وقيل: يسرح. ويرد المغصوب أو المسروق لربه. ولا يلزم الزوجة شيء بدل ذلك كله إذا كان الزوج عالماً بالحرمة، علمت هي أم لا. أما لو علمت هي بالحرمة دونه فلا يلزمه الخلع كما مر. وإن جهلاً معاً الحرمة ففي الخمر والخنزير لا يلزمها شيء وتبين منه. وأما المغصوب والمسروق فكالمتحقق يرجع عليها بقيمته إن كان معيناً، وبمثله إن كان موصوفاً أو مثلياً.

- إذا أخرجت الزوجة ديناً لها على زوجها في نظير خلعها، وكان الدين قد حلّ أجله، فإنه لا شيء له عليها؛ لأن تأخير الدين الحال سلف، لأن من أخر ما عجل يعدّ مسلفاً، وقد جرّ لها نفعاً وهو خلاص عصمتها منه، فيردّ هذا التأخير وتأخذ منه الدين حالاً، وبانت منه ولا شيء له عليها.

وكذا إذا عجلت ديناً لها عليه لأجل لم يحلّ أجله ولم يجب عليها قبوله، بأن كان طعاماً أو عرضاً من بيع، فإنه يردّ التعجيل ويبقى إلى أجله وتبين منه، ولا شيء له عليها، لما فيه من حطّ الضمان عنه وانتفاعها بحلّ العصمة، ولأن من عجل ما أجل عدّ مسلفاً كمن أخر ما عجل. فإذا عجلت ماله عليها من الدين المؤجل كانت مسلفة له وقد انتفعت بالعصمة.

وقد قيد هنا الدين بكونه طعاماً أو عرضاً من بيع، احترازاً من كونهما من قرض، فإنه يجب عليها قبولهما قبل الأجل كالعين مطلقاً، لأن الأجل فيها من حق من هي عليه كما سيأتي في الربويات إن شاء الله تعالى.

ومثل تعجيل الدين المؤجل في الردّ والبيونة إذا أسلفته ابتداءً، ولا شيء له عليها.

- إذا خالع الزوج زوجته على خروجها من المسكن الذي طلقها فيه، فيردّ برجوعها له، لأنه شرط حرام، لأنه حقّ لله تعالى لا يجوز إسقاطه⁽¹⁾ وبانت منه ولا شيء له عليها.

- إذا أعطت الزوجة - هي أو غيرها - زوجها مالاً في عدة طلاق رجعي على أن ينفي الرجعة، فقبل الزوج ذلك المال على ذلك، فإنه يقع عليه طلاق أخرى بائنة اتفاقاً، لأنها خلع⁽²⁾.

- إذا طلق الزوج زوجته، وأعطاه مالاً من عنده، فليس بخلع، بل هو طلاق رجعي على المعتمد، لأنه بمنزلة من طلق وأعطى لزوجته المتعة.

وكذلك إذا طلق زوجته وشُرطَ عليه نفي الرجعة من غير إعطاء مال، فإنه يستمرّ على أنه رجعي، ولا تبين الزوجة بذلك، سواء كان الشرط منه أو منها أو من غيرها.

(1) البيان والتحصيل 5/211.

(2) البيان والتحصيل 5/236.

- إذا وقع الخلع على ألف عتين نوعها، كألف دينار أو درهم أو شاة، وفي البلد دنانير (محمدية) و(يزيدية)، أو ضآن ومعز، فإنه يلزم الغالب في البلد، فإن لم يكن غالب أخذ من كل المتساويين نصفه، ومن الثلاثة المتساوية ثلث كل.

- وإذا قال لزوجته: أنت طالق بهذا الثوب (الهروي) نسبة إلى هراة، وأشار لثوب حاضر، فدفعته له، فإذا هو (مزوي) نسبة لمزو، فيلزمه الطلاق البائن. ويلزم الثوب المشار إليه، كان المقصود ذاته أم لا، وسواء كان الثاني أدنى أو أجود.

- وإذا قال لزوجته: أنت طالق بما في يدك، فإذا هو غير متمول، كتراب، أو كانت يدها فارغة، فيلزمه الطلاق البائن عند محمد وسحنون، واستحسنه ابن عبد السلام، واختاره الشيخ خليل في مختصره؛ لأنه رضي بما غرت به، أي أبانها مجوزاً لذلك⁽¹⁾. كالجنين فينفش حمل البقرة. وللإمام مالك رحمه الله تعالى والأكثر من الفقهاء لا يلزمه الطلاق، واختاره الإمام اللخمي.

4 - المعوض: وهو بضع الزوجة أو العصمة.

5 - الصيغة: وذلك كاختلعت.

وتكفي المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق، إن جرى عرف بالمعاطاة. كأن يجري العرف بأنها متى دفعت له أسورتها أو عقدها فأخذه وانصرفت كان ذلك خلعاً، ومثل العرف قيام القرينة.

وإذا علق الخلع بالإقباض أو الأداء، نحو إن أقبضتني أو أدتني عشرة فأنت طالق، أو فقد خالعتك، لم يختص الإقباض أو الأداء بالمجلس الذي علق به. أي فلا يشترط قبول الزوجة للتعليق عقب حصوله من الزوج. بل متى أعطته ما طلبه لزمه الخلع، ما لم يطل الزمن، بحيث يقضي العرف أن الزوج لم يقصد التملك إليه، إلا لقرينة تقتضي أنه أراد الإقباض بالمجلس، فيعمل بها.

وإذا قال الزوج لزوجته: إن دفعت ما أخالعتك به فأنت طالق، فخالعته بدون خلع المثل لم يقع عليه طلاق، لأن قوله: «ما أخالعتك به» منصرف لخلع المثل. فإن دفعت خلع المثل بانت، وإلا فلا.

وإذا قالت له: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة، فتلزمه البيونة، ويلزمها الألف؛ لأن قصدها البيونة وقد حصلت، والثلاث لا يتعلق بها غرض شرعي⁽²⁾.

وإذا قالت له: طلقني واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً، فتلزمها الألف، لحصول غرضها وهو قطع العصمة وزيادة.

(2) الإشراف 2/732؛ والشرح الكبير 2/359.

(1) المتقى 4/63.

استرجاع الزوجة العوض إذا كان الخلع لضرر من الزوج:

إذا خالعت الزوجة زوجها بمال، ثم ادّعت أنها خالعت لضرر منه لجوز التطلق به؛ نفذ الخلع ولها ردّ المال الذي أخذه الزوج منها، وسقط عنها ما التزمت به من رضاع ولدها أو نفقة حمل أو إسقاط حضانة. ووجه نفوذ الخلع أنّ المخالعة قد ألزم نفسه بذلك وأوقعه باختياره، فلا سبيل إلى رفعه، لأنّ الطلاق يفوت ويتعذر نقضه⁽¹⁾.

ووجه ردّ المال الذي أخذه الزوج من زوجته ونقض المعاوضة، أنّ شرط العوض الذي تدفعه المرأة في الخلع أن يكون عن رضا وطيب نفس منها، وما ليس كذلك فأخذه لا يحلّ، ويدخل في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾ وهي إنما تدفعه إلى الزوج لتتخلص بذلك من ضرره وظلمه، وهو لا يحلّ له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدي عوضاً أو التزاماً منها، ولأنّه بظلمه وتعديه عليها يكون متحياً لأخذ العوض، والحيلة تنقض المعاوضة⁽²⁾.

ويكون ردّ المال بأحد أمرين:

- 1 - بإقامة بيّنة تشهد لها على الضرر، سواء كانت البيّنة شهدت بمعاينة الضرر أو شهدت بالسمع بأن تقول البيّنة لم نزل نسمع أنه يضاررها.
- 2 - أو بيمين الزوجة مع شاهد واحد، أو مع شهادة امرأتين. ويشترط هنا لكفاية شهادة الواحد أو المرأتين أن تكون الشهادة قاطعة بمعاينة الضرر ولو مرّة، لا بالسمع، فلا بدّ من رجلين على المعتمد.

وقد عمل هنا بشاهد أو امرأتين مع يمين الزوجة، لأنّ الأمر آل إلى المال⁽³⁾. وللمخالعة القيام بطلب ردّ العوض للضرر ولو كانت أسقطت القيام بذلك، بأن قال لها: أنا أخالعتك بشرط أن تسقطي حقك من القيام ببيّنة الضرر، فوافقت، فلها أن تقيمها بعد الطلاق وتأخذ منه المال الذي دفعته له على الأصح، لأنّ الضرر يحملها على ذلك قهراً فلا يعمل بالتزامها لذلك ولو أشهدت عليها بيّنة. وبانت منه ما لم يعلق طلاقها على تمام المال أو صحّة البراءة كما تقدّم.

والمراد بالضرر المذكور، الذي يجوز لها التطلق به من الضرب والشتم بغير حقّ.

استرجاع الزوجة العوض إذا لم يصادف الخلع محلاً:

يردّ الزوج المال أيضاً إن ثبت أنّها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقاً بائناً، إذ الخلع لم يصادف محلاً حالة البينونة منه. وهذا كما لو وقع عليه طلاق بائن واستمر معاشراً لها من غير تجديد عقد.

(1) المعونة 2/870؛ والمنتقى 4/64؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 225.

(2) المعونة 2/870؛ والمنتقى 4/64؛ والبيان والتحصيل 5/256؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 225.

(3) المنتقى 4/65؛ والبيان والتحصيل 5/257.

ومثل هذا، كأن يقول لها: إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً، ثم خالعتها، فيقع الطلاق عليه ثلاثاً، ويردّ لها ما أخذها منها، لأنّ الخلع لم يصادف محلاً، لوقوع الثلاث عليه. هذا قول ابن القاسم وهو المشهور. ووجهه أنّ المعلق والمعلق عليه يقعان في آن واحد. وقد يقال: إنّ المعلق لا يقع إلا بعد حصول المعلق عليه وهو الخلع. وإذا حصل الخلع كانت غير زوجة فلم يقع المعلق، ولا يلزمه إلا طلقة واحدة بائة، فلا تردّ منه المال، وهذا قول أشهب، وهو دقيق. وإن كانت الفتوى بقول ابن القاسم.

فإن لم يقل لها: ثلاثاً، بل قال: إن خالعتك فأنت طالق وأطلق، لزمه طلقتان، واحدة بالخلع وواحدة بالتعليق، ولم يردّ المال. فإن قيّد باثنتين لم يردّ المال ولزمه الثلاث، واحدة بالخلع واثنتان بالتعليق. وكلّ هذا على مذهب ابن القاسم. وأما على مذهب أشهب فلا يلزمه إلا طلاق الخلع، ويقضى له بالمال في سائر الأحوال.

وأما إن خالعتها في حال كونها مطلقة طلاقاً رجعيّاً لم تنقض عدّته، فلا يردّ المال، وصحّ الخلع، ولزمه طلقة أخرى بائة، لأن الرجعية زوجة ما دامت في عدّتها.

التنازع بين الزوجين في الخلع:

- إذا اتفق الزوجان على وقوع الطلاق، وتنازعا في المال، فقال الزوج: طلقتك على مال، وقالت الزوجة: بل بلا عوض؛ أو اتفقا في الخلع وتنازعا في قدر المال، فقال: بعشرة، وقالت: بل بخمسة؛ أو اتفقا في الخلع وتنازعا في جنس المال، فقال: بحيوان، وقالت: بثوب؛ فإنّ الزوجة تحلف على طبق دعواها ونفي دعوى الزوج، وكان القول لها يمين في المسائل الثلاث، أي في أصل المال أو القدر أو الجنس.

وكذا فإنّها تبين منه على مقتضى دعواه في الأولى، فيؤاخذ بإقراره من جهة البينة احتياطاً في الفروج وتبين منه في الثانية والثالثة لأنهما خلع.

فإن نكلت الزوجة حلف الزوج لأنّها دعوى تحقيق تردّ فيها اليمين. وكان القول قوله، وأخذ ما ادّعى.

فإن نكل الزوج كما نكلت فالحقول قولها. أي فلا شيء له في دعواه الخلع، ويقع الطلاق بائناً، وله ما قالت في دعوى الجنس والقدر.

- وإذا ادّعى الزوج موت حيوان خالعه به الزوجة، قبل الخلع، وادّعت هي موته بعده، أو ادّعى الزوج حين ظهر بالحيوان عيب أن عيبه قبل الخلع، وادّعت هي أنه بعده، فالحقول قول الزوج في المسألتين، والضمان من الزوجة، لأنّ الأصل عدم انتقال الضمان إليه، فعليها البيان. فإن ثبت أنّ الموت أو العيب بعد الخلع فضمّانه من الزوج.





تعريف الطلاق:

الطلاق لغة: التخلية والإرسال⁽¹⁾.

وشرعاً: فقد عرفه الإمام ابن عرفة بقوله: صفة حكمية ترفع حلّية متعة الزوج بزوجته، موجباً تكرّرها مرتين حرمتها عليه قبل زوج⁽²⁾.

فقوله: صفة حكمية، قد تقدّم شرحها في باب الطهارة.

وقوله: ترفع حلّية، أي إنّ الطلاق مانع من استباحة الزوجة. ورفع الحلّية هو غير الحرمة، لأنّ مقتضى التحريم يرفع حلّية المتعة مطلقاً.

وقوله: موجباً تكرّرها مرتين حرمتها عليه قبل زوج، أي إنّ تكرّر هذه الصفة الحكمية مرتين يوجب تحريمها على الزوج.

وقوله: مرتين، لأنّ ذلك هو الموجب للتحريم، والزائد لا أثر له. والمراد بالتكرّر مرتين الطلاق الثاني والثالث. وأمّا الطلاق الأوّل فلا يصدق عليه أنه متكرّر.

والحاصل من التعريف أنّ الطلاق يعود إلى حلّ العصمة المنعقدة بين الأزواج بالفاظ مخصوصة⁽³⁾.

حكم الطلاق:

الأصل في الطلاق الإباحة. والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أنّ الآية سيقت لبيان أحكام الطلاق. وأفادت إباحة الطلاق بدلالة الإشارة، لأنّ القرآن لا يقدر حصول فعل محرّم من دون أن يبيّن منعه.

ب - قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أنّ التخيير بين الإمساك والتسريح يدلّ على الإباحة.

(1) المقدمات 497/1. (2) شرح حدود ابن عرفة 271/1.

(3) أحكام القرطبي 126/3.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 239؛ وأحكام القرطبي 126/3؛ والتحرير والتنوير 295/28.

ج - ما روي أن رسول الله ﷺ طلق بعض نسائه. فعن أبي أسيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى بالجونية، فلما دخل عليها قال: هبي نفسك لي. قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة. فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن. فقالت: أعوذ بالله منك. فقال: «قد عدت بمعاذ» ثم خرج فقال: يا أبا أسيد، اكسها رازقين وألحقتها بأهلها»⁽¹⁾.

د - قوله ﷺ في حديث ابن عمر الآتي ذكره: «فإن شاء أمسك وإن شاء طلق».

ه - الإجماع.

وأما ما روي عن النبي ﷺ قوله: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽²⁾، فإنه يشير إشكالاً، لأن المباح ما استوى طرفاه، وليس منه مبغوض ولا أشد مبغوضية، والحديث يقتضي ذلك، لأن أفعل التفضيل بعض ما يضاف إليه. والجواب عن ذلك أن معنى الحديث: أقرب الحلال للبغض الطلاق، فالمباح لا يبغض بالفعل، لكن قد يقرب له إذا خالف الأولى. والطلاق من أشد أفراد خلاف الأولى، فيكون الطلاق حلالاً، إلا أنه خلاف الأولى؛ أي عدم ارتكابه أولى لما فيه من قطع الألفة⁽³⁾.

وعلى هذا يكون الحديث خاصاً بالطلاق الذي يأتيه الزوج بداع من تلقاء نفسه، بسبب ما يخلفه من بغض المطلقة من يطلقها، فلا يصدر من النبي ﷺ ابتداءً، تجنياً من أن تبغضه المطلقة، فيكون ذلك وبالأعلى عليها. وهذا ما لم يكن في طلاق النبي ﷺ للمرأة الجونية، لأنها باستعادتها سأله الطلاق⁽⁴⁾.

وأما الحديث المروي في أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها، فهو حديث ضعيف⁽⁵⁾.

وذكر الرضاع ما يفيد أن الطلاق ليس خلاف الأولى، وإنما هو حلال، وإن كان أقرب الحلال إلى البغض، لأن الحلال فيه ما يكون قريباً من البغض، وفيه ما يكون بعيداً عن ذلك القريب، وإن كان الطرفان فيه مستويان، لكن ربما كان في أحد الطرفين ما يوجب القرب من المتشابه. وقرّر بذلك أن عدم الطلاق أحل من الطلاق، أي أن ثم حلالاً وأحل⁽⁶⁾.

والطلاق جعله الله تعالى بأيدي الأزواج وملّكهم إياه دون الزوجات، والدليل⁽⁷⁾: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ وقوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ وقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾.

(1) أخرجه البخاري في الطلاق، باب من طلق.

(2) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في كراهية الطلاق؛ وابن ماجه في الطلاق حديث 2018.

(3) حاشية الشرح الكبير 2/361. (4) التحرير والتنوير 28/297.

(5) التحرير والتنوير 28/296. (6) شرح حدود ابن عرفة 1/274.

(7) المقدمات 1/497.

وقد تعتري الطلاق الأحكام الأربعة الأخرى، وهي: الوجوب والحرمة والندب والكراهة، وذلك لعارض.

فقد يجب كما لو علم الزوج أن بقاء زوجته معه يوقعه في محرّم من نفقة محرّمة، أو ضرب مبرح أو سبّ متحقق الوقوع بالفعل. ومحلّ وجوب طلاقها عند الإنفاق عليها من حرام ما لم يخشَ بفراقها الزنا، وإلا فلا يجب عليه طلاق ويقتصد مهما أمكن.

وقد يحرم، كما لو علم أنه إن طلقها وقع في الحرام كالزنا، لتعلّقه بها، أو لعدم قدرته على زوج غيرها، فيحرم عليه الطلاق ولو لزم عليه الإنفاق عليها من حرام، كما علمت.

وقد يندب لعارض، كما لو كانت بذیئة اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده، كأن يضربها ضرباً مبرحاً، أو يسبّها ويسبّ والديها، أو كانت قليلة الحياء تتبرّج إلى الرجال، وأكثرهنّ يسبّ أم الزوج إذا كانت الأم عند ابنها، وذلك حرام عليها.

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى قسمين: سني وبدعي.

الطلاق السني:

اختلف في وجه تسمية هذا القسم بالسني، فقيل: لأنه أذنت في فعله للسنة. وردّ على هذا القول بأن القرآن أيضاً أذن فيه بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [البقرة: 236]. ثم إن السنة ليست في مقابلة القرآن. وقيل: لأن أحكامه علمت تفصيلاً من السنة وإن كانت في الكتاب مجملة. وقيل: المراد بالسنة الطريقة الشرعية التي هي في مقابلة البدعة.

وعلى كلّ فليس المراد أنه سنة راجح الفعل كما قد يتوهم من إضافته للسنة. فلذلك كانت تعتريه الأحكام كما تقدّم وإن كان سنياً⁽¹⁾.

والطلاق السني هو ما استوفى شروطاً خمسة. وهي:

1 - أن يكون طلقه واحدة لا أكثر. أي فما زاد على الواحدة بدعة، والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا سَاكُؤٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية وردت لبيان سنة الطلاق، وهو التفريق، لأن الطلقتين إذا

اجتمعتا لم يكن الطلاق مرتين⁽²⁾. وسيأتي بيان معنى الآية فيما يتعلّق بها من مسائل.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1].

(1) شرح ابن عبد السلام 3/239، ومنح الجليل 4/34؛ والشرح الكبير مع حاشيته 2/361.

(2) أحكام ابن العربي 1/190.

ووجه الاستدلال أن الآية توجب أن يكون الطلاق الواقع من الزوج موجباً لعدة في حال تعدد الزوجة منه. والطلاق الواقع ثانياً أو ثالثاً لا يوجب عدة، فكان ممنوعاً لأنه واقع على خلاف المأمور به⁽¹⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 1 - 2].

ووجه الاستدلال أن الأمر الذي لعل الله يحدثه هو الندم على الطلاق وإرادة الرجعة. والطلاق الواقع ثلاثاً لا رجعة فيها ولا يمكن تلافيتها، فيكون غير داخل تحت الآية⁽²⁾.

د - الإجماع⁽³⁾.

وأما ما روي أن ابن عمر طلق امرأته ثلاثاً، فهو غير صحيح ومطعون في رواته، والصحيح أنه طلق واحدة، والدليل⁽⁴⁾:

أ - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأة له وهي حائض تطلقه واحدة، فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها. الحديث⁽⁵⁾.

ب - عن ابن سيرين قال: مكثت عشرين سنة يحدثني من لا أتهم أن ابن عمر طلق امرأته ثلاثاً وهي حائض. حتى لقيت أبا غلاب الباهلي وكان ذا ثبوت فحدثني أنه سأل ابن عمر فحدثه أنه طلق امرأته تطلقه وهي حائض⁽⁶⁾.

وسياتي زيادة الاستدلال على هذا الشرط عند الاستدلال على حرمة الطلاق الثلاث.

2 - أن يكون طلاقه كاملة، لا بعض طلاقه، كنصف طلاقه.

3 - أن يكون واقعاً في طهر، لا في حيض أو نفاس. ودليل هذا الشرط:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أن اللام في «لِعَدَّتِهِنَّ» لام التوقيت، أي الوقت المضاف إلى عدتهن. أي طلقوهن في الزمان الذي جعل وقتاً للطلاق، وهو وقت العدة. وكنى بالعدة عن الطهر لأن المطلقة تعدد بالأطهار⁽⁷⁾. وبهذا جاء قول ابن عمر تفسيراً للآية، فعن

(1) الإشراف 2/740؛ والمعونة 2/835؛ والمنتقى 4/4.

(2) المقدمات 1/543؛ والإشراف 2/740؛ وأحكام ابن العربي 4/1826؛ وأحكام القرطبي 18/152.

(3) بداية المجتهد 2/74.

(4) المعلم 2/184، 192؛ وأحكام ابن العربي 4/1826؛ وأحكام القرطبي 18/151، 3/130.

(5) أخرجه مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض.

(6) أخرجه مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض.

(7) المعونة 2/834؛ والمقدمات 1/498؛ وأحكام القرطبي 18/153؛ والمنتقى 4/95، 124؛ والتحرير

والنوير 28/295.

عبد الله بن دينار أنه قال: سمعت عبد الله بن عمر يقرأ هذه الآية هكذا: «يا أيها النبي إذا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِقَبْلِ عَدَّتِهِنَّ»⁽¹⁾ أي أن يطلقها طاهراً، لأنها المدة التي تستقبل بها العدة، أي تبدوها فيها، لأنه لا خلاف أنه لا يجوز الطلاق في حال الحيض فثبت أن الأمر بالطلاق تناول حال الطهر. وثبت بذلك أن زمن الطهر هو الذي يقع الاعتداد به، وهو الذي تستقبل العدة به⁽²⁾.

وسياتي الاستدلال على أن الاعتداد يكون بالأطهار عند بيان معنى القرء في العدة.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ. فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك؛ فقال: «مره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»⁽³⁾.

وفي رواية: فتغيظ رسول الله ﷺ⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن تغيظ رسول الله ﷺ يدل على أن ابن عمر أقدم على فعل غير جائز، وهو الطلاق في الحيض. وكذلك فإن أمره إياه بأن يراجعها وأن يطلقها في طهر إن شاء، دليل على أن الطلاق لا يجوز في غير الطهر⁽⁵⁾.

ج - الإجماع على أن طلاق الحائض محرّم. وما كان محرماً لا يكون للسنة. كما حصل الإجماع على أن الطلاق في الطهر مأذون فيه⁽⁶⁾.

وسياتي بيان علة المنع من الطلاق في الحيض.

وأما الدليل على منع الطلاق في النفاس⁽⁷⁾.

أ - الآية المذكورة سابقاً في تحريم الطلاق في الحيض. وفيها الأمر بأن يكون الطلاق واقعاً في حال تستقبل فيها المطلقة العدة، ولا يتصور ذلك إلا بعد الطهر من اذم، والنفساء لا يمكنها استقبال عدتها إلا بعد طهرها من دم النفاس.

ب - القياس على الحيض، لأن علة المنع فيهما واحدة.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب جامع الطلاق.

(2) المنتقى 124/4.

(3) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الأقراء؛ والبخاري في الطلاق، باب قول الله تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾؛ ومسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض.

(4) أخرجه مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض.

(5) المعونة 834/2؛ والمنتقى 96/4؛ والمقدمات 498/1؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 239؛ وعارضة

الأحوزي 126/5؛ وأحكام ابن العربي 1825/4.

(6) المعونة 834/2؛ وأحكام القرطبي 153/18.

(7) المقدمات 506/1؛ وعارضة الأحوزي 128/5.

- 4 - أن لا يطاء المطلق مطلقته في الطهر الذي طلق فيه، والدليل⁽¹⁾ :
 أ - حديث ابن عمر المتقدم، وفيه قوله ﷺ : «ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس». .
 ب - الإجماع.
 5 - أن لا يكون واقعاً في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق.
 6 - أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة، لا على بعضها، كئديها.
 فإن انتفت هذه الشروط أو بعضها، بأن أوقع المطلق أكثر من طليقة واحدة، أو أوقع بعض طليقة، أو أوقعها على بعض المرأة، أو أوقعها في حيض أو نفاس أو في طهر مسها فيه، أو أردف طليقة أخرى في عدة طلاق رجعي، فهو طلاق بدعي.

الطلاق البدعي:

الطلاق البدعي هو ما انتفى من الطلاق شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة. وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام.
 فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه، والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه، والواقع بعض طليقة.
 وعلة الكراهة في الواقع في طهر مس فيه، قد اختلف فيها، فقليل لما في ذلك من التلبس على المرأة في عدتها، فلا تدري هل تعتد بالأقراء أو بوضع الحمل؛ لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطاء، فكره له أن يدخل عليها اللبس في العدة، وأمر أن لا يطلقها إلا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها. وقيل: لتكون مستبرأة فيكون المطلق على يقين من نفي الحمل إن أتت بولد وأراد أن ينفيه. وقيل: لخوف الندم على الفراق إن ظهرت حاملاً⁽²⁾. واستظهر ابن رشد الجد التعليل الثاني⁽³⁾.
 ووجه كراهة الطلاق في عدة من طلاق رجعي سبق⁽⁴⁾ :

- أ - أن العدة من الطليقة الثانية والثالثة تقع على خلاف ظاهر الآية ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228]، لأن العدة من الطليقة الثانية قرآن، ومن الثالثة قرء واحد، أي فلا عدة لهما، ولم يبح الله تعالى الطلاق إلا للعدة. وسيأتي بيان ذلك.
 ب - أن من شرط جواز الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة. قال الإمام

(1) المعونة 2/834؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 239؛ والمنتقى 4/98؛ وأحكام ابن العربي 4/1826؛ وأحكام القرطبي 18/152؛ وبداية المجتهد 2/74؛ والمعلم 2/185.

(2) المعونة 2/834؛ والمعلم 2/185؛ والمنتقى 4/98؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 239.

(3) المقدمات 1/500.

(4) المقدمات 1/501؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 240؛ وبداية المجتهد 2/74، 77؛ والمنتقى 4/4.

مالك في الذي يفعل ذلك: قد ظلم نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها⁽¹⁾.
والبدعي الحرام هو الواقع في حيض أو نفاس، والواقع ثلاثة، والواقع على جزء المرأة.

وعلة تحريم الطلاق في الحيض أو النفاس هو تطويل العدة على المطلقة، لأن المطلقة إذا طلق زوجها في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها، وهي لا تعتد بها في أقرائها، فتكون في تلك المدة كالمعلقة، لا معتدة، ولا ذات زوج، ولا فارغة من زوج، وذلك إضرار بها، وهو منهي عنه. فعن ثور بن زيد الديلي أن الرجل كان يطلق امرأته، ثم يراجعها ولا حاجة له بها، ولا يريد إمساكها، كيما تطول بذلك عليها العدة ليضارها، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْدُوْنَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽²⁾ فنهى الله عن ذلك، وأمر بأن يكون الطلاق في طهر تبدأ فيه المطلقة عدتها دون إضرار بها⁽²⁾.

وقال بعض الفقهاء: إن النهي عن الطلاق في الحيض تعبدي غير معقول المعنى. قال الإمام ابن عبد السلام: والقول بكونه معقول المعنى أجري على الأصول، لأن الحكم إذا تعارض فيه اعتقاد كونه متعبداً به أو معقول المعنى، حمل على كونه معقول المعنى إذا وجد له معنى مناسب، وقد وجد هنا⁽³⁾.

والدليل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد حرام ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطلاق للعدة، وقرنه بما يدل على أن المراد به الطلاق الرجعي بقوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ أي ندماً؛ فيكون للمطلق طريق إلى تلافى الطلاق بالارتجاع؛ ووصف الطلاق بما يقتضي الإثم إذا خولف فيه السنة، وذلك بقوله: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ وهذا يقتضي أن الطلاق إذا وقع بائناً لا رجعة فيه كان تعدياً لحدود الله تعالى وظلماً للنفس؛ وإلا لو كان الطلاق الثلاث جائزاً لم يكن المطلقة به متعدياً لحدود الله تعالى ولا ظالماً لنفسه⁽⁴⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية لا تخلو أن تكون أمراً بصفة الطلاق والأمر يقتضي

(1) المنتقى 4/111.

(2) المنتقى 4/125؛ والمعونة 2/836؛ والمقدمات 1/500؛ وعدة البروق ص 274؛ وأحكام القرطبي 3/156؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 241.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 241. (4) الإشراف 2/737؛ والمقدمات 1/502.

الوجوب؛ أو تكون إخباراً عن صفة الطلاق الشرعي؛ والألف واللام للحصر، فيقتضي أن لا يكون الطلاق الشرعي على غير هذا الوجه⁽¹⁾.

ج - ما رواه الحسن عن ابن عمر أنه قال لرسول الله ﷺ: أفرايت لو أنني طلقته ثلاثاً كان يحلّ لي أن أراجعها؟ قال: «كانت تبيّن منك وتكون معصية»⁽²⁾. وهذا نصّ في تأنيب المطلق ثلاثاً⁽³⁾.

د - عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطلقات جميعاً، فقام غضباناً. ثم قال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم»⁽⁴⁾. وهذا كالنصّ. وفيه بيان أنّ هذا الغضب لهذا الفعل الذي هو الجمع بين الثلاث في كلمة واحدة⁽⁵⁾.

هـ - القياس على الظهار، لأنه سبب يحرم البضع به، فعلة الزوج من غير حاجة، فكان ممنوعاً كالظهار⁽⁶⁾.

و - إجماع الصحابة. فقد روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن مسعود وعمران بن حصين رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم فيه⁽⁷⁾.

فمن مجاهد قال: سئل ابن عباس عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتلا: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمْ حَتَّىٰ بَلَغَ ﴿يَجْعَلُ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: 2]، وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً. وعن مالك أنه بلغه أن رجلاً قال لعبد الله بن عباس: إنني طلق امرأتي مائة تطلقه، فماذا ترى علي؟ فقال له ابن عباس: طلق منك بثلاث، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزواً⁽⁸⁾.

وعن ابن مسعود أنّ رجلاً قال له: إنني طلق امرأتي ثمانين تطلقات. فقال ابن مسعود: ماذا قيل لك؟ قال: قيل لي: قد بانت مني. قال ابن مسعود: صدقوا، من طلق كما أمره الله فقد بين الله له. ومن لبس على نفسه لبساً جعلنا لبسه به، لا تلبسوا على أنفسكم، وتحملة عنكم، هو كما يقولون⁽⁹⁾.

(1) المنتقى 3/4، 5.

(2) أخرجه البيهقي في الخلع والطلاق، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة. وقال البيهقي: فيه عطاء الخراساني قد تكلموا فيه.

(3) الإشراف 738/2؛ وأحكام ابن العربي 1826/4؛ وأحكام القرطبي 152/18.

(4) أخرجه النسائي في الطلاق، باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليب.

(5) الإشراف 738/2؛ والمقدمات 502/1؛ والقبس 726/2؛ وشرح ابن عبد السلام 239/3.

(6) الإشراف 738/2؛ والمعونة 829/2. (7) المعونة 829/2؛ والمقدمات 502/1، 503.

(8) الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في البتة. (9) الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في البتة.

ي - أن الطلاق بلفظ الثلاث رفع للتوسعة التي جعلها الله لعباده، فكان على غير السنة، ومن ضيق على نفسه لزمه⁽¹⁾.

وأما ما روي في حديث المتلاعنين من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثاً بحضرة الرسول ﷺ، فلو كان بدعة لما أقره رسول الله ﷺ.

فقد رد المالكية على ذلك بأن المتلاعنين قد وقعت الفرقة بينهما فوق الطلاق على غير محله، أي وقع في أجنبية عنه، فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة⁽²⁾.

وما ادعى أن عبد الرحمن بن عوف وأبا عمرو بن حفص طلقا زوجتيهما ثلاثاً، فليس بصحيح؛ لأنهما لم يطلقا ثلاثاً في كلمة واحدة، وإنما طلقا واحدة، كانت آخر ما بقي لهما من الثلاث⁽³⁾.

والطلاق الواقع اثنتين مكروه غير حرام. وعبر في «المدونة» عن طلاق الثلاث بالكراهة، لكن قال الرجراحي مراده بالكراهة التحريم، والإجماع على لزوم الثلاث إذا أوقعها في لفظ واحد، نقله ابن عبد البر وغيره. واشتهر القول عن ابن تيمية بأنه يلزمه طلقة واحدة. واعتبر الفقهاء قوله خرقاً للإجماع. وذكر الشيخ الدردير أن ما نسب لأشهب من القول بذلك كذب⁽⁴⁾. ودليل لزوم الطلاق الثلاث الواقع بلفظ واحد:

أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بأن يكون الطلاق يمكن للزوج معه الرجعة، حتى إذا حصل له الندم على الطلاق الذي أفاده قوله: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ كان له أن يتلافاه بالرجعة. ولو لم يلزم الطلاق الثلاث ووقع واحداً لما كان لهذا القول معني، لأن له أن يتلافاه بالرجعة. وقوله: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ جاء للزجر عن الفعل والردع عنه، فلولا أن طلاق الثلاث واقع لما وصف بذلك لأنه يكون لغواً، واللاغي لا يقال له ذلك⁽⁵⁾.

ب - عن ركانة قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إني طلقت امرأتي البتة. فقال: «ما أردت بها؟» قلت: واحدة. قال: «والله». قلت: والله. قال: «فهو ما أردت»⁽⁶⁾.

(1) بداية المجتهد 2/75؛ وأحكام ابن العربي 1/189.

(2) المقدمات 1/502؛ وبداية المجتهد 2/75؛ وأحكام القرطبي 18/152؛ وشرح ابن عبد السلام 3/239.

(3) المقدمات 1/2، 5؛ وأحكام القرطبي 18/152.

(4) أقرب المسالك 1/448.

(5) الإشراف 2/738؛ والمعونة 2/827؛ والمعلم 2/191؛ والمقدمات 1/502.

(6) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة؛ وأبو داود في الطلاق، باب في البتة.

ووجه الاستدلال أنّ الطلاق بما زاد على الواحدة لو لم يكن واقعاً لما كان لإخلاف ركانة معنى، فدلّ على أنّ الثلاث تقع بالكلمة الواحدة⁽¹⁾.

ج - حديث ابن عمر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «كانت تبين منك وتكون معصية».

د - ما روي أنّ رجلاً من أسلم طلق امرأته على عهد رسول الله ﷺ ثلاث تطليقات جميعاً. فقال له بعض أصحابه: إن لك عليها رجعة، فانطلقت امرأته حتى دخلت على رسول الله ﷺ، فقالت: إن زوجي طلقني ثلاث تطليقات في كلمة واحدة. فقال لها رسول الله ﷺ: «قد بنت منه ولا ميراث بينكما»⁽²⁾.

وما جاء في هذين الحديثين نصّ في المسألة⁽³⁾.

هـ - القياس على طلاق الثلاث المفرّق، لأنّ طلاق الثلاث المجتمع أوقعه من يملكه، فوجب أن يلزمه، أصل ذلك إذا أوقعه مفرّقاً⁽⁴⁾.

و - إجماع الصحابة، لأنّه مروى عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة، ولا مخالف لهم⁽⁵⁾.

فعن محمّد بن إياس بن البكير أنّه قال: طلق رجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها، ثم بدا له أن ينكحها، فجاء يستفتي، فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك. فقالا: لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجاً غيرك. قال: فإنما طلاقها واحدة. قال ابن عباس: إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل⁽⁶⁾.

وعن عطاء بن يسار أنّه قال: جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاص، عن رجل طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يمسه. قال عطاء: فقال عبد الله: الواحدة تبينها والثلاثة تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره⁽⁷⁾.

ز - تغليب حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة⁽⁸⁾.

ح - تشبيه الطلاق بالأيمان والندور التي تلزم العبد بحسب ما التزم منها⁽⁹⁾.

وأما ما روي عن ابن عباس أنّه قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر: إنّ الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم. فأمضاه عليهم⁽¹⁰⁾.

(1) الإشراف 2/738؛ والمعونة 2/828؛ والمعلم 2/191.

(2) أخرجه سحنون في المدونة، كتاب العدة وطلاق الستة.

(3) الإشراف 2/739. (4) المنتقى 4/4.

(5) المنتقى 3/4؛ وأحكام ابن العربي 1/191.

(6) أخرجه مالك في الطلاق، باب طلاق البكر.

(7) أخرجه مالك في الطلاق، باب طلاق البكر. (8) بداية المجتهد 2/72.

(9) البيان والتحصيل 5/370؛ وبداية المجتهد 2/72.

(10) أخرجه مسلم في الطلاق، باب طلاق الثلاث.

ففي هذه الرواية أمران:

الأول: أنّ ابن عباس نقل عنه بسبب هذه الرواية أنّه يقول بأنّ الطلاق الثلاث لا يلزم إلا واحدة.

والثاني: أن هذه الرواية ظاهرها أنّ الطلاق الثلاث كان موجوداً على عهد النبي ﷺ، وأنه كان يقع واحدة فقط.

وقد تأوّل علماء المالكية هذه الرواية بأنّ معناها أنّ الطلاق الذي يقعونه الآن ثلاثاً كان يقع في عهد النبي ﷺ طلقة واحدة، وهذا على طريق الإنكار لخروجهم عن السنة. ويدلّ على صحّة هذا التأويل أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنكر عليهم في الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه أناة. فلو كان الأمر في عهد النبي ﷺ أنّ الطلاق الثلاث لا يلزم إلا واحدة، ما عاب عليهم عمر بن الخطاب استعجالهم⁽¹⁾.

وقد حملوا كلام ابن عباس على هذا التأويل. ويؤيده ما نقل عنه أنه كان يقول بأنّ الطلاق الثلاث بلفظ واحد يلزم صاحبه، وقد تقدم ذكر الروايات عنه. وممن روى عنه ذلك أيضاً سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار ومالك بن الحويرث ومحمد بن إياس بن بكير والنعمان بن أبي عياش. وأنّ ما نقل عن ابن عباس من الخلاف في ذلك هو وهمّ في التأويل عنه⁽²⁾.

وقد تقدّم أنّ المالكية يعتبرون الفقيه الحنبلي ابن تيمية قد خرق الإجماع بقوله بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة. لكن النقل يثبت أنّه ليس وحده من خالف الإجماع، إن كان هناك إجماع. فقد ثبت أنّه قول علي بن أبي طالب وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام رضي الله عنهم، ومحمد بن إسحاق وطاوس. وقال بذلك بعض فقهاء المالكية من الأندلس منهم: محمد بن زنباع، ومحمد بن بقي بن مخلد، ومحمد بن عبد السلام الخشني فقيه عصره بقرطبة، وأصبغ بن الحباب من فقهاء قرطبة، وأحمد بن مغيث الطليطلي الفقيه الجليل⁽³⁾.

واعتبر ابن رشد الحفيد⁽⁴⁾ القول بلزوم الطلاق الثلاث منافياً لمقصد الشريعة من جعل الطلاق ثلاث طلاقات توسطاً بين مصلحة المرأة برفع المشقة عنها لو كانت الرجعة دائماً، وبين مصلحة الزوج برفع المشقة عنه لو كانت البينونة تقع بالطلقة الواحدة؛ كما اعتبره مبطلاً للرخصة الشرعية والرفق المقصود من قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

(1) المنتقى 4/4؛ والمعلم 192/2؛ وأحكام القرطبي 130/3.

(2) المنتقى 4/4؛ وأحكام القرطبي 129/3؛ وبداية المجتهد 72/2؛ والقبس 725/2.

(3) التحرير والتنوير 418/2. (4) بداية المجتهد 72/2 - 73.

ورجح الشيخ ابن عاشور القول بعدم لزوم الطلاق الثلاث فقال: هو الأرجح من جهة النظر والأثر. وحرر أدلة هذا القول كما يلي⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال من الآية أنّ الله تعالى جعل الطلاق مرتين ثم ثالثة. ورتب حرمة العود على حصول الثالثة بالفعل لا بالقول. فإذا قال الرجل لامرأته: هي طالق ثلاثاً، ولم تكن تلك الطلقة ثالثة بالفعل والتكرّر، فقد كذب في وصفها بأنها ثلاث، وإنما هي واحدة أو ثانية؛ فكيف يقدم على تحريم عودها إليه والله تعالى لم يحرم عليه ذلك. وأورد الشيخ ما نقل عن ابن عباس قوله: وهل هو إلا كمن قال: قرأت سورة البقرة ثلاث مرّات، وقد قرأها واحدة، فإنّ قوله: ثلاث مرّات يكون كذباً.

ب - إنّ الله تعالى قصد من تعدد الطلاق التوسعة على الناس؛ لأنّ المعاشر لا يدري تأثير مفارقة عشيره إياه. فإذا طلق الزوج امرأته يظهر له الندم وعدم الصبر على مفارقتها، فيختار الرجوع. فلو جعل الطلقة الواحدة مانعة بمجرد اللفظ من الرجعة تعطل المقصد الشرعي من إثبات حق الرجعة. ثم نقل ما ورد في «بداية المجتهد» من قول ابن رشد الحفيد: وكأنّ الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود من قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

ج - نقل الشيخ قول ابن مغيث: إنّ الله تعالى يقول: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ وموقع الثلاث غير محسن، لأنّ فيها ترك توسعة الله تعالى. وقد يخرج هذا بقياس على غير مسألة في «المدونة»، من ذلك قول الإنسان: مالي صدقة في المساكين، قال مالك: يجرئه الثلث.

د - احتجّ بحديث ابن عباس المتقدم في إمضاء عمر بن الخطاب طلاق الثلاث. ثم ضعّف التأويل الذي ذكره فيه، وقال: هو غير صحيح ومناف لألفاظ الرواية، ولقول عمر: «فلو أمضيناه عليهم» وقال: فإن كان إمضاه عليهم سابقاً من عهد رسول الله ﷺ لم يبق معنى لقول عمر: «فلو أمضيناه عليهم». وإن لم يكن إمضاه سابقاً بل كان غير ماض حصل المقصود من الاستدلال.

وعلى فرض اتفاق رأي ابن عباس مع رأي الجمهور ومخالفته لروايته فإن ذلك لا يوهن الرواية كما ذهب إليه البعض، لما تقرّر في علم الأصول، وإنّما نأخذ بروايته وليس علينا أن نأخذ برأيه.

هـ - احتجّ الشيخ أيضاً بحديث ركّانة برواية الدارقطني، رغم تصريحه بأنها رواية ليست في مرتبة معتبرة من الصّحة، وذكر أن في هذه الرواية أنّ ركّانة طلق زوجته ثلاثاً

في كلمة واحدة، وأن النبي ﷺ قال له: «إنما هي واحدة، فارتجعها»⁽¹⁾.
وقال: سواء صحت زيادة أنه طلقها ثلاثاً أو لم تصح فقد قضى النبي ﷺ بالواحدة فيما فيه لفظ الثلاث.

و - وضعف الشيخ ابن عاشور اعتمادهم على حديث ابن عمر بزيادة أنه طلق زوجته ثلاثاً فقال: وهذا دليل ضعيف جداً لضعف الرواية، ولكون مثل هذه الزيادة مما لا يغفل عنها رواة الحديث في كتب الصحيح كالموطأ والبخاري ومسلم.

وأما عن قضاء عمر بن الخطاب بإمضاء الطلاق الثلاث بلفظ واحد، فذكر الشيخ ابن عاشور أنه رضي الله عنه قضى بذلك عن اجتهاد، فهو مذهب له، ومذهب الصحابي لا يقوم حجة على غيره.

ورد الشيخ أن يكون سكوت الصحابة إجماعاً يتأيد به القول بلزوم الطلاق الثلاث، لأن الإجماع السكوتي ليس بحجة عند أئمة الأصول كالشافعي والباقلاني والغزالي والرازي. وخاصة أنه صدر من عمر بن الخطاب مصدر القضاء والزجر، فهو قضاء في مجال الاجتهاد لا يجب على أحد تغييره، ولكن القضاء جزئي لا يلزم اطراد العمل به. وتصرف الإمام بتحجير المباح لمصلحة مجال للنظر، فهذا ليس من الإجماع الذي لا تجوز مخالفته.

طلاق الثلاث في غير المدخول بها:

على القول بلزوم الثلاث بكلمة واحدة، فالمعتمد في المذهب أنها تلزم في غير المدخول بها أيضاً، والدليل⁽²⁾:

أ - عموم قوله ﷺ لابن عمر: «كانت تبين منك وتكون معصية» فالحديث لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول.

ب - القياس على المدخول بها بجامع الزوجية.

وقد تقدم ذكر بعض الآثار عن الصحابة تتعلق بغير المدخول بها ذكرناها مع الأدلة على لزوم الطلاق الثلاث.

وخالف ابن الماجشون بأن الثلاث تقع واحدة في غير المدخول بها⁽³⁾.

ما يترتب على الطلاق في الحيض والنفاس:

قد تقدم أن الطلاق في الحيض أو النفاس ممنوع، ولو طلبته الزوجة من زوجها أو خالته فيه. ومحل المنع إنما هو في المدخول بها غير الحامل بدليل ما يأتي. ويترتب عليه ما يلي:

(1) انظر سنن أبي داود في الطلاق، باب في البتة. (2) الإشراف 746/2؛ والمعونة 852/2.

(3) حاشية الدسوقي 364/2.

أولاً: الوقوع:

أي لزوم الطلاق. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كل طلاق ولم يفرق بين أن يكون الطلاق في حال حيض أو طهر.

ب - حديث ابن عمر، وفيه قوله ﷺ: «فليراجعها».

ووجه الاستدلال منه أن الرجعة لا تكون إلا بعد طلاق، فقد حكم النبي ﷺ بوقوع الطلاق الذي أحدثه ابن عمر في الحيض، وذلك حين أمره بالرجعة. ولو لم يكن الطلاق واقعاً لقال له: مره فليمسكها.

ج - عن ابن عمر قال: حسبت عليّ بتطبيقه⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن ابن عمر لم يكن ليعتد بتلك الطلقة من غير أن يكون له فيها أمر من النبي ﷺ.

د - الاستدلال بالأولى، وذلك أن إيقاع الطلاق وإلزامه تغليظ، ومنعه تخفيف، بدليل أنه لا يلزم المجنون والصبي والمغمى عليه والنائم لأنهم غير عصاة، ويلزم السكران لأنه عاص؛ فإذا ثبت أنه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به، فبأن يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى.

هـ - أنه الذي كان يفتي به عبد الله بن عمر.

قال ابن عبد السلام: وللمسألة تعلق بالخلاف المعلوم في الأصول هل يدل النهي على فساد المنهى عنه إذا وقع أم لا⁽³⁾.

ثانياً: إجبار الزوج على الرجعة إذا كان الطلاق رجعيّاً:

ودليل الإجمار:

أ - قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أمر بإزالة الضرر. وطلاق المرأة حال الحيض إضرار بها، لأنه يطول عليها العدة؛ فيجب إزالته، ولا طريق إلى ذلك إلا بالارتجاع⁽⁵⁾.

(1) الإشراف 2/736؛ والمنتقى 4/98؛ والقبس 2/723؛ وبداية المجتهد 2/76؛ وأحكام القرطبي 18/

150؛ والمعلم 2/183؛ وعارضة الأحوذى 5/127.

(2) أخرجه البخاري في الطلاق، باب إذا طلقت الحائض يعتد بذلك الطلاق.

(3) شرح ابن عبد السلام 3/242.

(4) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره.

(5) الإشراف 2/737؛ وعارضة الأحوذى 5/127.

ب - قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «مره فليراجعها».

ووجه الاستدلال أن الأمر في الحديث للوجوب، وهو الأصل في الأوامر إذا لم يقترن بها ما يصرفها عنه⁽¹⁾.

ج - أن الرجعة إذا تعلقت بضرر، كانت تابعة له في الثبوت والانتفاء، إلا أن المعسر بالنفقة إذا طلق عليه فارتجع فإن مراجعته معتبرة بيسره؛ فإن دام إعساره لم تصح، فإن في إثباتها إضراراً بها؛ وكذلك المولي. فإذا ثبت ذلك وجب في هذا الموضوع إذا كان في منع الرجعة لخوف ضرر بها أن يزال بارتجاعها لزوال الضرر عنها⁽²⁾.

وأما إن كان الطلاق بائناً، ولو بطلقة واحدة، كما لو كانت في خلع، فإنه لا يجبر على الرجعة، ولا يطلب منه ذلك.

ويستمر جبر المطلق في الحيض على الرجعة إذا كان الطلاق رجعياً، إلى آخر العدة، والدليل⁽³⁾:

أ - الأمر بالرجعة في حديث ابن عمر. والأمر فيه مطلق غير مقيد بالحيضة الأولى أو الثانية.

ب - أن الرجعة حق على المطلق في الحيض، فلا يزول إلا إذا خرج زمن الرجعة، وهو العدة.

فإن خرجت من العدة بانت. وقال أشهب: يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية، لأنه ﷺ أباح في هذه الحالة طلاقها، أي في الطهر الثاني، فلا معنى لإجباره في هذه الحالة.

والأمر بارتجاع الزوجة المطلقة في الحيض أو النفاس حق لله تعالى، فيجبره الحاكم ولو لم تقم المرأة بحققها في الرجعة. فإن أبي من الرجعة هدد بالسجن، ثم إن أبي سجن بالفعل، فإن أبي هدد بالضرب، فإن أبي ضرب بالفعل. والضرب مقيد بظن الإفادة كما تقدم في ضرب الزوجة عند النشوز. ويفعل ذلك كله في مجلس واحد، لأنه في معصية يجب الإقلاع عنها فوراً⁽⁴⁾.

فإن أبي من الارتجاع ارتجع عنه الحاكم، بأن يقول: ارتجعتها لك، أو حكمت عليه بها.

(1) الإشراف 2/737؛ والمنتقى 4/97؛ والمقدمات 1/504؛ والبيان والتحصيل 5/353؛ وبداية المجتهد 2/77؛ والمعلم 2/184؛ وعارضة الأحوذى 5/127.

(2) الإشراف 2/737. (3) المعونة 2/237؛ والمعلم 2/185.

(4) المنتقى 4/97؛ والبيان والتحصيل 5/464.

ويجوز بارتجاع الحاكم الوطاء والتوارث، وإن لم ينو الزوج الرجعة، لأن نية الحاكم تقوم مقام نيته، لأنها ترجع إلى عصمته بالحكم شاء أو أبي⁽¹⁾.

ويجب على من راجع المطلقة في الحيض، طوعاً أو كرهاً، وأراد مفارقتها أن يمسكها حتى تطهر. ثم إذا طهرت، وطئها. ويستحب أن يمسكها ما دامت في هذا الطهر حتى تحيض، فيجب إمساكها ما دامت حائضاً، ثم تطهر من هذه الحيضة الثانية، ثم إن شاء طلق قبل أن يمسه ليكون الطلاق سنياً. فمجموع ما تقدم مستحب، وهو لا ينافي وجوب الإمساك في حالة الحيض. ودليل ما تقدم⁽²⁾:

- حديث ابن عمر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق».

وعلة المنع من الطلاق في الطهر الذي يلي الحيض الذي طلق فيه، ما في ذلك من تطويل العدة على المرأة بإضافة أيام الحيض الذي طلق فيه، ولأن مقصود الارتجاع الصلح، وهو إنما يتم بالوطء بعد الحيض، فلو ارتجعها بدون وطء كان ارتجاعه لغير مقصود النكاح. قال ابن عرفة: لو ارتجعها ولم يصبها كان مضرراً بها أثماً.

وإن مسها يكون مسها في طهر يمنع من الطلاق فيه. فالطهر الأول مقصوده الوطاء، والطهر الثاني هو مخير فيه بين الوطاء والطلاق⁽³⁾.

وعلل القاضي عبد الوهاب المنع بأمر آخر، وهو أنه لما أجبر على الارتجاع لمصلحة المرأة، وجب أن تراعى مصلحته أيضاً، بأن يكون له حظ في الركعة من الاستمتاع. فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر التالي للحيض الذي طلق فيه، لم يكن أن يطلق فيه⁽⁴⁾.

وعلل البعض المنع بأن فيه معنى الطلاق قبل الدخول⁽⁵⁾. وبعض الفقهاء نفى وجود تعليل لذلك، وقال: هو أمر تعبدي غايته عقوبته، لأنه لما أوقع الطلاق في موضع لا يجوز له منع منه في موضع يجوز له. وهذا التعليل معترض عليه بأن ابن عمر لم يكن يعلم الحكم ولا تحقق التحريم فتعمد ارتكابه، وحاشاه من ذلك، فلا وجه لعقوبته⁽⁶⁾. وصحح ابن رشد الجذ كونه معللاً، والعلة هي الأولى⁽⁷⁾.

وقد روي حديث ابن عمر بغير قوله: «ثم تحيض ثم تطهر»⁽⁸⁾، وهي من رواية

(1) المقدمات 505/1.

(2) الإشراف 741/2؛ والمعونة 835/2؛ وبداية المجتهد 77/2؛ وأحكام القرطبي 151/18.

(3) المنتقى 98/4؛ والمقدمات 501/1؛ والبيان والتحصيل 417/5.

(4) المعونة 835/2. (5) بداية المجتهد 77/2.

(6) المعلم 184/2. (7) المقدمات 501/1.

(8) مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض، وأبو داود في الطلاق، باب في طلاق الستة.

سعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم عن ابن عمر. وقد رجّحت رواية نافع، لأنه أثبت الناس في روايته عن ابن عمر. وهي مؤيدة برواية ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر، وابن شهاب أثبت من يروي عن سالم. وأنّ زيادة الثقات مقبولة⁽¹⁾.

والطلاق في الطهر الذي يلي الحيض الذي طلق فيه مكروه، ولا يجبر على الرجعة، سواء مسّها قبل الطلاق أو لا.

وينبني على التعليل المذكور في منع الطلاق في الحيض ما يلي:

1 - جواز طلاق الحامل في الحيض، ودليل ذلك⁽²⁾:

أ - عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً» والحديث أخرجه مسلم في الطلاق.

والحديث مطلق في الحامل، ولم يقيد بحالة دون أخرى.

ب - أنّ الحامل إذا طلقت تستقبل عدتها فوراً، فلا يلتبس عليها الأمر. وعدتها وضع حملها، فلا يوصف بطول أو قصر، فارتفعت بذلك علة المنع.

2 - جواز طلاق غير المدخول بها في الحيض، والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أنّ الآية واردة في اللاتي دخل بهنّ، لأنّ غير المدخول بهنّ لا عدّة عليهنّ، لما سيأتي في باب العدة.

ب - أنّ العلة، وهي تطويل العدة والإضرار بالمطلقة، منعدمة في غير المدخول بها، لأنّه لا عدّة عليها، فينعدم الحكم.

ج - القياس على الطاهرة، لأنّه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة.

3 - جواز تطليق الصغيرة واليائسة. والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أنّ طلاق الصغيرة واليائسة يُستقبل به العدة حال وقوعه.

ب - لأنّه ليس فيه تطويل عدّة ولا إلباس، فانعدمت علة المنع، فجاز الطلاق في كلّ وقت.

ولا يوصف بأنه للسنّة أو البدعة من حيث الوقت، لأنّ الوصف بذلك يتضمّن كون المطلقة ممّن يتأتى فيها الأمران، فيقع كلّ واحد منهما بدلاً من صاحبه. فأما من لا

(1) المنتقى 98/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 243.

(2) الإشراف 741/2؛ والمعونة 838/2؛ والمقدمات 505/1.

(3) المراجعة 838/2؛ المنتقى 96/4؛ والمقدمات 505/1؛ وأحكام ابن العربي 1824/4؛ والمعلم 190/2.

(4) المعونة 837/2؛ والمنتقى 96/4.

تختلف الأوقات عليها فلا حال لها للسنة ولا للبدعة. فأما من حيث العدد فإنه يصح فيه، لأنه إن طلق واحدة كان للسنة، وإن جمع بين ثلاث أو اثنتين كان للبدعة. وحكم المستحاضة التي لا تميز حكم الصغيرة واليائسة، لأنها تطلق للعدة وعدتها سنة⁽¹⁾.

التنازع بين الزوجين في الطلاق في الحيض:

إذا تنازع الزوجان في زمن وقوع الطلاق، فادعت المرأة أنه وقع في الحيض، وقال الزوج: طلقتها في حال طهرها، وترافعا وهي حائض، فإنها تصدق بيمين لدعواها عليه العداء، والأصل عدمه، فتحلف لمخالفتها الأصل. ولا ينظرها النساء لأنها مؤتمنة على فرجها ومصدقة فيه قياساً على انقضاء العدة⁽²⁾. وهو قول سحنون وأحد قولي ابن القاسم. قال الدردير: وهو المعتمد.

ورجح ابن يونس إدخال خرقه في فرجها وينظرها النساء بعد إخراجها منه، فإن رأين بها أثر الدم صدقت، وإلا فلا.

ووجه هذا الترجيح أنه حق للزوج كعيب الفرج، وأنها تتهم على عقوبة الزوج بالارتجاع، ولا ضرر عليها في الاختبار⁽³⁾.

فإن ترافعا للحاكم حال كونها طاهراً، فالقول للزوج، فلا يجبر على الرجعة.

ما يستثنى من منع الطلاق في الحيض:

1 - النكاح الفاسد، فإنه يعجل فسخه في زمن الحيض ولا يؤخر حتى تطهر منه؛ إذ التأخير على الفساد أقبح من الفسخ في الحيض.

2 - المولي إذا حلّ أجل الإيلاء في زمن الحيض، ولم يفئ بأن لم يرجع عن يمينه ولم يكفر عنه، فإنه يعجل الطلاق عليه. ثم إنه يجبر على الرجعة بعد الطلاق.

ما لا يعجل فيه الطلاق أو الفسخ في الحيض:

1 - المعسر بالنفقة، إذا حلّ أجل التلؤم، فلا يطلق عليه في الحيض، بل حتى تطهر.

2 - العيب: إذا اطلع أحد الزوجين في صاحبه على عيب يقتضي الخيار فلا يعجل الفسخ في الحيض لأجل العيب، بل يؤخر حتى تطهر. وذلك لاحتمال أن يرضى من له الخيار بعيب صاحبه. فإن عجل فيه وقع بائناً إن أوقعه الحاكم ولا رجعة له. وهذا ما قاله ابن رشد الجد وهو المعتمد. وقال اللخمي: يقع رجعياً ويجبر على الرجعة إلا في

(2) المنتقى 4/95؛ والبيان والتحصيل 5/465.

(1) المعونة 2/839؛ والمنتقى 4/96.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 244.

العنين فإنه بائن. فإن أوقعه الزوج من غير حاكم فرجعي اتفاقاً، ويجبر على الرجعة إلا في العنين فإنه بائن لأنه طلاق قبل الدخول.

3 - النكاح الذي للولي فسخه أو عدم فسخه. وذلك كأن يتزوج صغير أو سفیه بغير إذن وليه، أب أو غيره، فلا يعجل فسخه في الحيض إذا كان ذلك بعد الدخول. أما قبله فلهم الفسخ لأن الطلاق في الحيض حينئذ جائز.

4 - اللعان: وذلك إذا قذف الزوج زوجته بزنا أو نفي حملها، فلا يعجل لعانها وهي حائض، بل حتى تطهر. فإن تلاعنا فيه أثم ووقعت الفرقة.

أركان الطلاق

للطلاق أربعة أركان، سواء كان الطلاق سنياً أو بدعياً، وسواء كان بعوض أم لا.

الركن الأول: الموقع:

وهو الزوج أو نائبه أو وليه إن كان الزوج صغيراً أو مجنوناً. ويدخل في النائب الحاكم والوكيل. ومن الوكيل الزوجة إذا جعله بيدها. ويشترط في الموقع ما يلي:

1 - الإسلام: فلا يصح من كافر، سواء كانت زوجته التي طلقها الكافر كافرة أو مسلمة.

2 - التكليف: فلا يصح من مجنون أو صبي أو مغمى عليه. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»⁽²⁾.

ب - القياس على النكاح، لأنه لا يصح نكاحه فلم يصح طلاقه.

ج - أن الطلاق من الحدود، ولا حدّ على الصبي. ودليل كونه من الحدود قوله تعالى في آية الطلاق: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ [الطلاق: 1]، ومن جملة ما تعود عليه الإشارة الطلاق.

وأما السفیه فيصح منه الطلاق. والفرق بين النكاح لا يلزم السفیه، ويلزم طلاقه، أن النكاح يجب به الصداق والنفقة، وهما مال، وليس كذلك الطلاق، فأمرهما مختلف⁽³⁾.

ويصح طلاق المكلف ولو كان سكراناً، إذا كان سكره بحرام، كما لو استعمل عمداً ما يغيب عقله، سواء كان جازماً حين الاستعمال بتغييب عقله بهذا الشيء أو شاكاً

(1) المعونة 2/840؛ وعدة البروق ص 227.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدّاً؛ والترمذي في الحدود، باب فيمن يجب عليه الحدّ.

(3) عدة البروق ص 224.

في ذلك؛ كان ممّا يسكره من جنسه أو من غيره، كلبن حامض، ولو كان ذلك المغيب مرقدًا أو مخدرًا؛ فالمراد بالسكر كل مغيب. ودليل صحة طلاق السكران⁽¹⁾:

أ - القياس على الصحيح، لأنّ كل حال يلزمه قضاء الصلوات المتروكة وحدّ القذف فيها لزمه الطلاق الموقع فيها.

ب - أنّه قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

ج - أنّ أحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية عليه كالقود إذا قتل، والحدّ إذا زنى أو قذف، ووجوب قضاء الصلاة، فكذلك الطلاق.

وأما السكر بحلال فكالإغماء والجنون.

وممّا يلزم السكران بحرام جنائياته على نفس أو مال. أمّا عقوده من بيع أو شراء أو إجارة أو نكاح فلا تلزم ولا تصحّ. وكذا إقراره بشيء في ذمته، أو أنّه فعل كذا، فلا يلزمه.

وذكر الإمام الباجي أنّ السكران المذكور هو الذي لا يذهب عقله جملة، وإنّما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده، ولذلك يقتض من في القتل ولا خلاف فيه. وأما لو بلغ إلى حدّ أن يغمى عليه ولا يبقى له عقل جملة، فهذا لا يصحّ منه تطليق إذا بلغ هذه الحالة، ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد إلى قتل ولا غيره. وإنّما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر، لأنّ سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة، وإنّما يتغيّر العقل تغييراً يجترئ به على معان لا يجترئ عليها صاحباً كالسفيه. ولو علم أنّه بلغ حدّ الإغماء لما اقتض من ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه⁽²⁾.

والفرق بين السكران يصحّ طلاقه والمجنون لا يصحّ، أنّ السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته، والمجنون بخلاف ذلك، وهو أيضاً من باب التغليظ على السكران⁽³⁾.

طلاق الفضولي:

الفضولي هو من يوقع الطلاق عن غيره بغير إذنه، فإنّ حكمه كبيعه، متوقف على الإجازة، فإنّ أجازة الزوج لزم. وهذا التشبيه بالبيع من ناحية توقف كلّ منهما على إجازة المالك، لا في أصل القدوم على هذا التصرف. فإنّه اتفق على عدم جواز قدوم الفضولي على الطلاق، بخلاف البيع، فليل بالحرمة، وقيل بالجواز. والفرق بينه وبين الطلاق أنّ الناس شأنهم يطلبون الأرباح في سلعهم بالبيع بخلاف النساء.

وتكون العدة في طلاق الفضولي من يوم إجازة الزوج لا من يوم إيقاع الفضولي.

(1) الإشراف 2/748؛ والمعونة 2/840؛ والمتقى 4/125.

(2) المتقى 4/125.

(3) بداية المجتهد 2/95.

طلاق الهازل:

يلزم الطلاق ولو وقع من الشخص هازلاً. وهذا كالنكاح والرجعة، فإنها تلزم بالهزل والمزاح وإن لم يقصد إيقاعها. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْتَنَ أَجَلَهُنَّ فَأَنْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [البقرة: 231].
 ووجه الاستدلال أن معنى الآية، لا تأخذوا أحكام الله في طريق الهزل، فإنها جدٌ كلها، فمن هزا بها لزمته⁽¹⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»⁽²⁾.

ج - الاحتياط للفروج بتغليب التحريم على التحليل⁽³⁾.

د - ما روي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي الدرداء رضي الله عنهم أنهم قالوا: ثلاث لا لعب فيهن، واللاعب فيهن جاد: النكاح والطلاق والعتاق⁽⁴⁾.

قال الإمام الترمذي: وعلى هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم⁽⁵⁾.

طلاق الغائب:

إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها، فإنه يقع. والدليل: ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها وهو غائب باليمن وأرسل إليها بطلاقها مع عياش بن أبي ربيعة⁽⁶⁾.
 ووجه الاستدلال أن هذه الواقعة قد علمها رسول الله ﷺ، فلم ينكر عليه ولا ردّ طلاقه، فدلّ على جواز طلاق الغائب⁽⁷⁾.

الركن الثاني: قصد النطق:

المراد بقصد النطق إرادة النطق باللفظ الصريح أو الكناية الظاهرة، ولو لم يقصد الموقع حلّ العصمة. وقصد حلّها إنّما هو ركن في الكناية الخفية.

سبق اللسان بالطلاق:

إذا قصد الزوج النطق بلفظ غير لفظ الطلاق فزلّ لسانه فنطق به، فلا يلزمه الطلاق

(1) أحكام ابن العربي 1/200؛ وأحكام القرطبي 3/156.

(2) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في الطلاق على الهازل؛ والترمذي في الطلاق، باب في الجد والهزل في الطلاق.

(3) أحكام ابن العربي 1/200؛ وعارضة الأحوذني 5/156.

(4) أحكام القرطبي 3/157.

(5) الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق.

(6) سيأتي تخريجه. (7) عارضة الأحوذني 5/144.

في الفتوى، ويلزمه في القضاء. وهذا إن لم يثبت سبق لسانه بالبيّنة، وإلا فلا يلزمه في الفتوى ولا في القضاء.

تلقين الأعجمي لفظ الطلاق:

إذا لقّن أعجمي لفظ الطلاق بلا فهم منه لمعناه فلا يلزمه شيء مطلقاً، أي لا في الفتوى ولا في القضاء؛ لعدم قصد النطق باللفظ الدالّ على حلّ العصمة، الذي هو ركن في الطلاق.

الهديان بلفظ الطلاق:

الهديان هو الكلام الذي لا معنى له. فإذا هذى الزوج لمرض ألمّ به، فطلق من غير شعور، فلا يلزمه شيء، لأنّه في معنى المغلوب بالجنون⁽¹⁾. وهذا إذا شهد العدول بأنّه يهذي. وأمّا لو شهدوا بصحة عقله لزمه الطلاق ولا يقبل قوله.

الإكراه على الطلاق:

إذا أكره الزوج على الطلاق فلا يلزمه في الفتوى ولا في القضاء. ودليل عدم اللزوم⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: 106].

فالآية استثنت المكره من ترتب حكم الكفر عليه إذا تلفظ به، ومنه أخذ حكم المطلق بإكراه.

ب - عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «إنّ الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽³⁾.

قال ابن العربي: والخبر وإن لم يصح سنده، فإن معناه صحيح باتفاق العلماء.

ج - عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق ولا عتق في إغلاق»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ الإغلاق معناه الإكراه.

د - قوله ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيات»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّ المكره لا نية له في

الطلاق.

(1) المعونة 2/841.

(2) الإشراف 2/747؛ والمعونة 2/841؛ والمنتقى 4/124؛ وأحكام ابن العربي 3/1180؛ وبداية المجتهد 2/94.

(3) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره.

(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق على غلط.

(5) أخرجه البخاري في باب كيف كان بدء الوحي؛ ومسلم في الإمارة، باب إنّما الأعمال بالنيات.

هـ - القياس على الصغر والجنون، لأن كل حال لم يثبت معها حكم الإقرار لم يثبت معها حكم الإيقاع.

و - أن ذلك قول ابن عمر وابن الزبير، وقد أفتيا به ثابت بن الأحنف حين أكره على طلاق زوجته⁽¹⁾. وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس.

ومحلّ عدم لزومه ما لم يكن قاصداً بالطلاق حلّ العصمة باطناً، وإلا وقع عليه. ولا يطلب من المكره التورية، وهي الإتيان بلفظ فيه إيهام على السامع، كأن يقول: هي طالق، ويريد من وثاق. فلا يلزمه شيء ولو ترك التورية مع معرفتها. بل لو قيل له: طلقها، فقال: هي طالق ثلاثاً؛ لأن المكره لا يملك نفسه حال الإكراه، ولو كان له اختيار في إيقاع لفظ الطلاق. قال ابن عبد السلام الهواري: هذه الحال حال دهش، فقد لا يستحضر المكره حينئذ ما يورّى به، وإن كان من أهل العلم باللسان. فيعذر، والله أعلم⁽²⁾.

وكذا لا يلزم المكره شيء إذا أكره على فعل ما علق عليه الطلاق، فلا يحنث؛ كحلفه بطلاق أن لا يدخل الدار، فأكره على دخولها، أو حمل كرهاً فأدخلها، وذلك في صيغة البرّ بشروط خمسة:

- 1 - أن لا يعلم أنه سيكره. فإن علم أنه سيكره فإنه يحنث.
- 2 - أن لا يكون الإكراه شرعياً. فإن كان شرعياً فإنه يحنث لأن الإكراه الشرعي كالطوع. كما لو حلف بالطلاق لا خرجت زوجته، فأخرجها قاض لتحلف عند المنبر. وكما لو حلف لا ينفق على زوجته أو لا يطيع أبويه أو لا يقضي فلاناً دينه الذي عليه، فإذا أكرهه القاضي على الإنفاق على زوجته أو على طاعة أبويه أو على قضاء الدين لزمه الطلاق، لأن المكره له الشارع.
- 3 - أن لا يفعل الشيء المحلوف عليه بعد زوال الإكراه. فإن فعله بعد زوال الإكراه لزمه الطلاق.

4 - أن لا يأمر الحالف غيره بإكراهه، فإن فعل لزمه الطلاق.

5 - أن لا يعتم في يمينه بأن يقول: لا أفعل طائعاً ولا مكرهاً.

وأما صيغة الحنث نحو: إن لم أدخل الدار فامرأته طالق، فأكره على عدم الدخول فإنه يحنث، كما لو عزم على عدم الدخول.

والحاصل أن صيغة البرّ لا يحنث فيها بالإكراه بالقيود الخمسة المتقدمة. وأما صيغة الحنث فلا ينفع فيها الإكراه لانعقادها على حنث.

(1) الموطأ في الطلاق، باب جامع الطلاق. (2) شرح ابن عبد السلام ورقة 3.

الإكراه الذي لا حنث به في صيغة البرّ:

الإكراه الذي لا حنث به في صيغة البرّ يكون بما يلي:

- بخوف قتل إن لم يطلق. والمراد بالخوف ما يشمل الظن.
- بخوف ضرب مؤلم.
- بخوف سجن أو قيد، ولو لم يطل كلّ منهما.
- خوف صفع بالقفا ونحوه.

ودليل كون الخوف من حصول المهدّد به يكفي دون تحقق حصوله، ما روي عن ثابت بن الأحنف أنّه تزوّج أمّ ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال: فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن، فجئته فدخلت عليه، فإذا بسياط موضوعة، وإذا قيّدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما، فقال: طلقها، وإلا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا. قال: هي الطلاق ألفاً. قال: فخرجت من عنده فأدركت عبد الله بن عمر... وقال: ليس ذلك بطلاق وإنّها لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك... وقال لي عبد الله بن الزبير: لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنّ ابن عمر وابن الزبير أقرّاه على التطليق بمجرد الخوف من الضرب⁽²⁾.

- خوف أخذ مال له، سواء كان قليلاً أو كثيراً، ما لم يكن تافهاً.
- خوف قتل ولد له، إن لم يطلق. وكذا خوف عقوبة الولد. والولد يشمل الذكر والأنثى، وإن سفل.
- خوف قتل والد من أب أو أم، لا غيرهما من أخ أو عمّ أو خال أو غيرهم. فإذا قال له ظالم: إن لم تطلق زوجتك وإلا قتلت أخاك أو عمك فطلق خوفاً عليهما، فإنّ الطلاق يقع عليه. ومن باب أولى الخوف على الأجنبي، فليس الخوف على من ذكر إكراهاً شرعياً.

وعندئذ يندب للشخص أن يحلف بالطلاق أو غيره ليسلم الغير من القتل بحلفه، وإن حنث هو؛ وذلك فيما إذا قال ظالم: إن لم تطلق زوجتك أو إن لم تحلف بالطلاق قتلت فلاناً. وقيل: هو واجب. وقال ابن رشد: إن لم يحلف لم يكن عليه حرج، أي لا إثم ولا ضمان. ويردّ عليه أنّ ارتكاب أخفّ الضررين واجب. ولكن عدم الضمان هنا مبني على مراعاة القول بالندب.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب جامع الطلاق.

(2) المتقى 4/124.

الركن الثالث: المحل:

محل الطلاق هو ما يملكه الزوج من العصمة، سواء كانت مملوكة حقيقة أي حاصلة بالفعل، أو كان ملكها تعليقاً، أي مقدراً حصولها بالتعليق. ودليل لزوم الطلاق في الأجنبية إذا علّقه على زواجها:

أ - أن تعليق الطلاق على الزواج عقد يجب الوفاء به⁽¹⁾. فهو داخل في عموم الأدلة الموجبة للوفاء بالعقود.

ب - عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد كانوا يقولون: إذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أتم إن ذلك لازم له إذا نكحها⁽²⁾.

قال ابن العربي: والتعليق في الأجنبية عقد التزمه بقوله وربطه بنيته وعلّقه بشرطه، فإن وجد الشرط نفذ القول، وإن عدم الشرط بموت أو فراق سقط القول، ولم يكن ذلك بمانع من أن يكون منعقداً في ذاته حتى إذا وجد محله نفذ فيه. فهو قول صحيح مضاف إلى محل صحيح معلق بأجل صحيح، فجاز⁽³⁾.

وأما حديث: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك»⁽⁴⁾ فإنه محمول على ما إذا طلق أجنبية طلاقاً مطلقاً، أي بأن يقول لها: أنت طالق. وأما على ربط الأقوال بالشروط مضافة إلى المحال فلا يقتضيه الحديث⁽⁵⁾.

ج - أن الطلاق ليس من شرطه أن يكون ملك العصمة متقدماً بالزمان على الطلاق، لذلك يصح الطلاق المعلق على الشروط في الأجنبية⁽⁶⁾.

د - أن الطلاق من حقوق الله تعالى لا يملك المطلق رده إذا وقع، فيلزم بعد النكاح كما ألزمه نفسه قبل النكاح⁽⁷⁾.

وسياتي ذكر حكم الطلاق المعلق ودليله، وكذا دليل انعقاده في الزوجة.

الطلاق المعلق على عصمة يقدر حصولها في المستقبل:

قد تقدم دليل انعقاد هذا النوع من الطلاق. وفيما يلي تفصيل أحكامه:

(1) المعونة 842/2.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح.

(3) عارضة الأحوذى 149/5.

(4) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(5) عارضة الأحوذى 149/5.

(6) بداية المجتهد 97/2.

(7) عدة البروق ص 275.

فالتعليق إما أن يكون صريحاً كقوله لأجنبية، أي غير زوجة: إن تزوجتك، أو تزوجتها، فهي طالق. فمتى تزوجها وقع عليها الطلاق.

وإما أن يكون غير صريح وهو قسمان: إما بنية أو بساط.

فالأول: وهو النية، كقوله لأجنبية: إن فعلت كذا فأنت طالق؛ ونوى بذلك إن فعلته بعد نكاحها، فتزوجها ففعلته لزمه الطلاق لنية التعليق.

والثاني: وهو البساط، كقوله عند خطبته لأجنبية، وقد شدد الولي في الشروط مثلاً: هي طالق، ولم يستحضر نية إن تزوجها، لزمها الطلاق، لأن بساط اليمين، أي قرينة الحال، تدل على أن المراد إن تزوجها.

ويقع عليه الطلاق في المسائل الثلاث المتقدمة، عقب الفعل في الثاني، أي النية، وعقب العقد في الثالث، أي البساط، وفي الأول، أي الصريح.

ويلزمه نصف الصداق، لكن في الثاني إن فعلت قبل الدخول، وإلا فعليه جميع الصداق.

ويتكرر وقوع الصداق ولزوم نصف الصداق إن أتى بصيغة تقتضي التكرار، كأن يقول: كلما تزوجتك فأنت طالق. إلا إذا تزوجها ثلاث مرات، فإن عقد عليها بعد ذلك قبل أن تنكح زوجاً غيره لم يلزمه شيء لأن عقده حينئذ لم يصادف محلاً. فإن تزوجت غيره عاد الحنث ولزوم النصف إلى أن تنتهي العصمة، وهكذا، لأن العصمة لما لم تكن مملوكة بالفعل وإنما حلف على عصمة مستقبلة، وهي عامة، لزمه النصف في كل عصمة. بخلاف ما لو كان متزوجاً بها وحلف بأداة تكرار فيختص بالعصمة المملوكة فقط، كما يأتي:

ولزوم نصف الصداق المذكور هو في نكاح التسمية، وإلا فلا شيء عليه.

ولو دخل بهذه المرأة التي علق طلاقها على تزويجها، فالمسمى يلزمه فقط، إن وجد. وإلا فصداق المثل.

ورّد بـ«فقط» على أبي حنيفة وابن وهب في قولهما: يلزمه صداق ونصف صداق. أما النصف فللزومه بالطلاق، وأما الصداق كاملاً فللوطاء. ورّد بأن هذا الوطاء من ثمرات العقد قبله. وذكر القاضي عبد الوهاب في ردّه على أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يخلو بهذا الوطاء أن يكون زانياً أو واطئاً بشبهة العقد الأول؛ فلو كان زانياً لوجب عليه الحد، وذلك ليس بقول لأحد، لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندهم؛ وإن كان واطئاً بشبهة العقد وجب أن لا يلزمه إلا مهر واحد كسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطئ فيها؛ ولأنه واطئ بشبهة عقد فلم يجب به مهر زائد على المسمى كالوطاء في عدة طلاق رجعي، ولأنه عقد يعقبه وطاء يستند إليه فلم يجب به مهر ونصف، اعتباراً بالمهور كلها⁽¹⁾.

وهذا إذا لم تكن المرأة عالمة بوقوع الطلاق عليها وإلا كانت زانية. ويستثنى من حكم هذا التعليق حالتان:

1 - إذا عمّ النساء في تعليقه، كأن يقول: كل امرأة أتزوجها، أو إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، ثم دخل، فلا يلزمه شيء للخرج والمشقة بالتضييق، والأمر إذا ضاق اتسع.

2 - إذا أبقى قليلاً من النساء، كقوله: كل امرأة أتزوجها طالق إلا من قرية كذا، وهذه القرية صغيرة شأنها لا يجد فيها ما يتزوج بها لصغرها، بخلاف الكبيرة كالقاهرة. أو كقوله: كل امرأة أتزوجها طالق إلا تفويضاً، لأنّ نكاح التفويض قليل جداً بالنسبة لنكاح التسمية.

وكذا لا يلزمه طلاق إذا ذكر زمناً لا يبلغه عمره غالباً، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها مدة أربعين سنة فهي طالق، وكان ما مضى من عمره أربعين أو خمسين سنة، إذ الغالب أنه لا يعيش الثمانين، بناء على أنّ التعمير بخمس وسبعين، فهو كمن عمّ النساء جميعاً. ودليل هذا الاستثناء⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَّا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: 78].
 ووجه الاستدلال أنّ الحالف بهذه اليمين قد حرّم على نفسه طيبات ما أحلّ الله له.
 ب - الاستحسان المبني على المصلحة. وهو مخصص للأدلة المذكورة في لزوم يمين التعليق. ووجه المصلحة أنّ الحالف سدّ على نفسه بيمينه هذه باب المباح، ولم يبق له سبيل إلى النكاح الحلال، فكان ذلك عتياً وحرماً به، وهو مرفوع في الشريعة.
 ج - سدّ الذريعة، لأنه بيمينه يكون عرض نفسه للزنا، وما أدى إلى ذلك فهو ممنوع.

د - عن عبد الله بن مسعود أنه كان يقول فيمن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق، أنه إذا لم يسمّ قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه⁽²⁾.
 ومفهوم ما تقدّم أنه لو أبقى كثيراً من النساء، ولو كان بالنسبة لغيره قليلاً، لزمه الطلاق. كما لو قال: كل امرأة أتزوجها من مصر أو من المغرب أو من العجم أو من قبيلة كذا فهي طالق، فتزوج من ذلك.

وكذا إذا قال: كل امرأة أتزوجها تفويضاً فهي طالق. أو كل امرأة أتزوجها مدة أربعين سنة فهي طالق، وكان الماضي من عمره عشرين أو ثلاثين، فإنه يلزمه الطلاق في كل من تزوجها في مدة الأربعين، لأنّ السبعين يبلغها الشخص في الغالب.

(1) الإشراف 729/2؛ والمنتقى 115/4؛ وبداية المجتهد 97/2؛ والعارضه 150/5؛ وعدة البروق ص 277.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح.

وكذا إذا أبقى لنفسه قرية كبيرة، كالقاهرة، فيلزمه الطلاق فيما عداها. ويلزمه يمين التعليق إذا قال: كلّ مصرية - مثلاً - أتزوجها طالق، ولو لم تقم بمصر، إذا كان أبوها مصري مثلها، ولو كانت أمها غير مصرية. ويلزمه في الطارئة إلى مصر، إذا كانت شامية - مثلاً - إن تخلقت بخلق المصريات، بأن أقامت مدة بمصر حتى تطبعت بطباعهنّ، لا إن لم تتخلق بخلقهنّ، ولو طالت إقامتها بها.

مسائل لا يلزم فيها يمين التعليق:

- إذا قال: كلّ امرأة أتزوجها طالق إلا أن أنظرها أو حتى أنظرها، فعمي؛ لأنّ بساط يمينه ما دُمْتُ بصيراً؛ فلا يلزمه الطلاق. وله بعد العمى تزوّج من شاء.

- إذا قال: كلّ بكر أتزوجها طالق، بعد أن قال: كلّ ثيب أتزوجها طالق؛ فلا يلزمه طلاق في الأبكار، لأنهنّ اللاتي حصل بهنّ التضييق. ويلزمه في الثيبات لتقدمهنّ⁽¹⁾.

ومثل هذه المسألة إذا قال: كلّ ثيب أتزوجها طالق، بعد أن قال: كلّ بكر أتزوجها طالق، وذلك للحرج والتضييق، ويلزمه في الأبكار لتقدمهنّ.

- إذا خشي الحالف على نفسه العنت في مؤجل بأجل يبلغه غالباً، كقوله: كلّ امرأة أتزوجها في السنة المقبلة أو مدة عشرة أيام، وهو ابن ثلاثين مثلاً. فإن لم يخش العنت حنث، كما مرّ. فهذا كالمستثنى من مفهوم مسألة: إذا ذكر زمناً لا يبلغه غالباً. أي فإن كان الزمن يبلغه الحالف عادة حنث إلا إذا خشي العنت.

أو كقوله: آخر امرأة أتزوجها طالق، لم يلزمه شيء فيمن يتزوجها على الراجح. وذلك لأنّ الآخر لا يتحقق إلا بالموت، ولا يطلق على ميت. ولأنّه ما من واحدة إلا ويحتمل أنها الأخيرة، فكان كمن عمّ النساء.

فإن قال ذلك، فإنّه لا يوقف عن وطء الزوجة الأولى حتى يتزوج بثانية، فإن تزوج بثانية حلّ وطء الأولى. وإنما يوقف عن الثانية حتى يتزوج ثالثة، فإن تزوج وقف عن الثالثة حتى يتزوج برابعة، وهكذا. ويضرب له أجل الإيلاء من يوم الرفع فيمن وقف عنها، فإن مضى الأجل ولم يتزوج طلق عليه، كما هو قول سحنون، واختاره اللخمي، إلا في الزوجة الأولى فلا يوقف عنها، لأنّه لما قال: آخر امرأة، علم أنّه جعل لنفسه أولى لم يُردها بيمينه.

متى يكون الحالف في التعليق مالكا للعصمة؟:

يعتبر الزوج الحالف ولياً على المحلّ الذي هو العصمة، أي مالكا لها، حال

النفوذ، أي وقت وقوع المعلق عليه، كدخول الدار. فالمعتبر شرعاً في ملك العصمة هو وقت وقوع الفعل الذي علق الطلاق عليه، لا حال التعليق.

فلو فعلت الزوجة التي حلف بطلاقها إن دخلت الدار، المحلوف عليه، بأن دخلت الدار حال بينونتها، ولو بطلقة واحدة كخلع، أو بانقضاء عدّة طلاق رجعي، لم يلزم الطلاق؛ إذ لا ولاية له على المحل وهو العصمة حال النفوذ، أي حال وقوع المحلوف عليه، من الدخول المعلق عليه الطلاق، إذ المحل معدوم حال النفوذ، وإن كان له عليه الولاية حال التعليق.

وكذا من حلف على فعل غيرها، كدخول زيد أو دخوله هو، فدخل حال بينونتها لم يلزم. قال ابن القاسم: من حلف لغريمه بالطلاق الثلاث ليقضيه حقه وقت كذا، فقبل مجيء الوقت طلقها طلاق الخلع، لخوفه مجيء الوقت وهو معدوم، أو قصد عدم القضاء في الوقت؛ لا يلزمه الثلاث. ثم بعد ذلك يعقد عليها برضاها بربع دينار.

فلو نكحها بعد البيونة وكانت يمينه مطلقة غير مقيدة بزمن، أو كانت مقيدة بزمن ولم ينقض، ففعلته بعد نكاحها حنث، سواء فعلته حال البيونة أيضاً أم لا؛ إن بقي له من العصمة المعلق فيها شيء⁽¹⁾، بأن كان طلاقها دون الغاية.

والمراد بنكاحها بعد البيونة، أي مطلقاً قبل زوج أو بعده، لأن نكاح الأجنبي لا يهدم العصمة السابقة.

واحترز بجملة: «إن بقي له من العصمة...» عما لو أبانها بالثلاث ثم تزوجها بعد زوج، ففعلت المحلوف عليه، لم يحنث، لأن العصمة المعلق فيها قد زالت بالكلية ولو كانت يمينه بأداة تكرار، كمحلوف لها بطلاق غيرها إن تزوجها عليها أو أثرها عليها بقوله: كل امرأة أتزوجها عليك طالق. فإن اليمين تختص بالعصمة المعلق فيها دون غيرها، كالمحلوف بطلاقها المتقدم ذكرها.

فإذا طلق المحلوف لها دون الغاية ثم تزوجها، ثم تزوج عليها طلقت من تزوجها عليها. ولو طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج، وتزوج عليها لم يحنث.

فلو بانت المحلوف لها بدون الغاية، فتزوج بأجنبية، ثم تزوج المحلوف لها المطلقة بما دون الغاية، طلقت الأجنبية بمجرد العقد عليها. ولا حجة له في أنه لم يتزوج على المحلوف لها، وإنما تزوجها على الأجنبية، وإن ادعى نية. ولا يعمل بنيته في فتوى ولا قضاء، لأن اليمين على نية المحلوف لها، ونيته أن لا يجمع معها غيرها. وقيل: هذا إن رفعته، ولو جاء مستفتياً لقبلت نيته.

(1) قال الشيخ الصاوي: هذا خلاف مذهب الشافعي. فإن مذهبه إذا قال الرجل لزوجته إن فعلت أنا أو أنت كذا فأنت طالق ثلاثاً ثم خالعتها انحلت يمينه. فإذا فعل المحلوف عليه بعد ذلك فلا يلزمه شيء، بقي من العصمة المعلق فيها شيء أم لا. وهي فسحة عظيمة يجوز التقليد فيها.

الركن الرابع: اللفظ الدالّ على فكّ العصمة:

الطلاق على ضربين، صريح وكناية. والكناية تنقسم إلى كناية ظاهرة وكناية خفية.

اللفظ الصريح:

هو الذي تنحلّ به العصمة ولو لم ينو حلّها متى قصد اللفظ. وهو ينحصر في ستّة ألفاظ دون غيرها، وهي:

- 1 - الطلاق، بالتعريف. كما لو قال: الطلاق يلزمي، أو علي الطلاق، أو أنت الطلاق، ونحو ذلك.
- 2 - طلاق، بالتنكير. أي يلزمي، أو عليك، أو أنت طلاق، أو عليّ طلاق. وسواء نطق بالمبتدأ؛ كأت، أو بالخبر، أم لا، لأنّه مقدر والمقدر كالثابت.
- 3 - طلّقت، بالفعل الماضي، والتاء مضمومة.
- 4 - تطلّقت، بتشديد اللام المفتوحة وكسر التاء، أي متي، أو أنت تطلّقت.
- 5 - طالق، اسم فاعل.
- 6 - مطلّقة، اسم مفعول، نحو: أنت مطلّقة.

وقد عدّ ما فيه هذه الصيغ من الصريح، لأنّه المستعمل في القرآن الكريم؛ كقوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: 1]، وقوله: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: 229]، وقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْيِّضْنَ﴾ [البقرة: 228]. فدلالته على المعنى دلالة وضعية بالشرع⁽¹⁾.

وضابط الصريح ما دلّ على معناه بنفسه ولم يحسن أن يستفسر عنه بلفظه، فهو لفظ وضع لهذا المعنى دون غيره⁽²⁾.

وأما باقي الألفاظ الواردة في القرآن الكريم وكان المراد منها الطلاق، وهي الفراق والسراح، فإنهما لم تردا فيه بالعرف الشرعي على المعنى الذي يدل عليه الطلاق، وإنما وردتا لبيان أحكام علق على الطلاق، فلا تستفاد منه ما لم يذكر لأجله ولا في موضعه، فهما باقيتان على دلالتهما اللغوية، فإن استعملتا في معنى الطلاق كان كناية⁽³⁾.

وذكر ابن رشد الحفيد أن المشهور عن الإمام مالك أنّ الطلاق عنده يحتاج إلى نية، لكنّه لم ينوّه هنا، أي في لفظ الطلاق، لموضع التهمة عملاً بسدّ الذرائع⁽⁴⁾.

وأما ألفاظ: مطلّوقة ومنطلّقة وانطلق، فليست من الصريح ولا من كنياته الظاهرة،

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 4.

(2) الإشراف 744/2؛ والمنتقى 6/4؛ والقبس 728/2.

(3) بداية المجتهد 86/2؛ وأحكام ابن العربي 199/1.

(4) بداية المجتهد 87/2.

لاستعمالها في العرف في غير الطلاق، بل هي من الكنايات الخفية إن قصد بها الطلاق لزمه، وإلا فلا.

ما يلزم بالصريح:

يلزم بالصريح طلقة واحدة، إلا لنية أكثر فليزمه ما نواه. ودليل لزوم ما نواه⁽¹⁾:
 أ - قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽²⁾.
 ب - أن لفظ الطلاق محتمل للعدد قابل له. واللفظ المحتمل للشيء إذا نوى به ما يحتمله كان كما نوى به. أي إن لفظ الطلاق وإن كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد. وللقاضي عبد الوهاب كلام طويل في الاستدلال لهذه المسألة، فانظره⁽³⁾.
 وفي تصديقه في أنه لم يرد إلا واحدة قولان: قيل: يحلف، وقيل: لا يحلف.
 الأول: نقله الإمام اللخمي عن ابن القاسم، والثاني: رواية المدنيين عن مالك. ومحل الخلاف إذا رفع للقاضي. وأما في الفتوى فلا يمين اتفاقاً.

الكناية الظاهرة وما يلزم فيها:

المراد بالكناية اللفظ المستعمل في غير ما وضع له. وليس المراد اللفظ المستعمل في لازم معناه. والكناية الظاهرة أقسام:

1 - القسم الأول: ما يلزم فيه طلقة واحدة، إلا لنية أكثر في المدخول بها، وهو لفظ «اعتدي». ووجه اعتباره من الكنايات الظاهرة أن الظاهر منه أنه كناية عن الطلاق وأمر بالاعتداد منه. لأنه لو لم يكن كذلك لم يكن بدّ من أحد أمرين، إما أن يكون مصروفاً إلى غيره، وذلك مفتقد إلى شاهد حال، أو سبب يدلّ عليه؛ أو يسقط فلا يكون له حكم، وذلك لا سبيل إليه في ألفاظ العقلاء التي لها مقاصد تصلح أن تراد بها، فلم يبق إلا أنه من الكنايات الظاهرة في الطلاق⁽⁴⁾.

ووجه لزوم ما نواه إن نوى به أكثر من واحدة: أنه لفظ كناية عن الطلاق يصلح أن يكون عبارة عما نواه⁽⁵⁾.

أما غير المدخول بها فلا عدة عليها، فهو في حقها من الكناية الخفية. ويصدق في دعوى نفي الطلاق من أصله، وذلك إن دلّ بساط على نفيه، كما لو كان الخطاب في مقام ذكر الاعتداد بشيء أو العدة فيصدق في ذلك، وتصديقه يكون بيمين في القضاء. وأما في الفتوى فلا يحتاج ليمين.

(1) الإشراف 742/2؛ وبداية المجتهد 87/2.

(2) أخرجه البخاري في بدء الوحي؛ ومسلم في الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية».

(3) الإشراف 742/2. (4) المعونة 850/2.

(5) الإشراف 745/2.

2 - القسم الثاني: ما يلزم فيه الثلاث مطلقاً، وهو «بته» و«حبلك على غاربك». ويلزم بهما الطلاق الثلاث مطلقاً، أي دخل بالزوجة أم لا.

ووجه لزوم الثلاث في الحبل على الغارب، أنّ الحبل هو الذي كان بيد الزوج منها، وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكه لها، فإذا قال لها: حبلك على كتفك فقد أقرّ بخروجه عن يده وكونه بيدها. وذلك يقتضي أن يكون طلاقه لا رجعة فيه، لأنّه إن كان فيها رجعة فليس حبلها على غاربها، بل هو بيده، ويرتجعها متى شاء. وخروج ملك العصمة من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون إلاّ بالثلاثة وبآخر الطلاق⁽¹⁾.

ودليل كون هذا اللفظ ممّا يلزم به الطلاق أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتّب إليه من العراق أنّ رجلاً قال لامرأته: حبلك على غاربك. فكتب عمر إلى عامله: أن مره يوافيني بمكة في الموسم... فقال له عمر: أسألك برب هذه البنية ما أردت بقولك: حبلك على غاربك؟ فقال له الرجل: أردت بذلك الفراق. فقال عمر بن الخطاب: هو ما أردت⁽²⁾.

إلا أنّ هذه الرواية عن عمر رضي الله عنه ورد فيها أنّه نوى الرجل في هذا اللفظ، ومالك رحمه الله تعالى لا ينوي فيها. والجواب عن ذلك: أنّ مالكا توقف في هذه الرواية، وقال: لو ثبت عندي أنّه نواه ما خالفته.

وسبب توقفه أنّ الرواية رواها مالك مقطوعة بحيث لم يتحقق ما روي عن عمر رضي الله عنه، ولم يترجح له ذلك مع كون القصة قد شاعت، فلو نواه عمر، وهو من أهل اللغة وأعلم بما يقتضيه هذا اللفظ، لما خالفه العرب ولما قالوا بعدم التنوية فيه⁽³⁾. ودليل لزوم الثلاث في البتّة في المدخول بها، ما يلي⁽⁴⁾:

أ - حديث رفاعة المتقدم في النكاح، وفيه قول زوجته: إني كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتّة. وأجابها النبي صلى الله عليه وسلم أنّها لا ترجع إليه حتى تنكح زوجاً غيره.

ووجه الاستدلال منه أنّه يقتضي أنّ حكم طلاق البتّة هو هذا. ولو اختلف حكم البتّة لما منعها من زوجها حتى سألها عن أي نوع من أنواع البتّة كان طلاقه إيّاها.

إلا أنّ ابن العربي ردّ الاستدلال بهذا الحديث لأنّه ليس فيه ما يدلّ على أنّه تلفظ بالبتّة.

ب - عن أبي بكر بن حزم أنّ عمر بن عبد العزيز قال: البتّة ما يقول الناس فيها؟ قال أبو بكر: فقلت له: كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة. فقال عمر بن عبد العزيز: لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت البتّة منه شيئاً. من قال: البتّة، فقد رمى الغاية القصوى⁽⁵⁾.

(1) المنتقى 8/4.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك؛ والبيهقي في السنن الكبرى 7/343.

(3) المنتقى 8/4؛ والقبس 2/729. (4) المنتقى 7/4؛ وعارضة الأحوذى 5/133.

(5) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في البتّة.

أي إن من قال البتة فقد بلغ أقصى الغايات في الطلاق⁽¹⁾.

ج - إن هذا اللفظ من الكنايات الظاهرة التي يستعملها الناس في الطلاق وفي غير الطلاق على معنى القطع والمبالغة فيه، ومنع التراجع. وإذا كان كذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها فلا يكون ذلك في المدخول بها إلا بالثلاث.

وأما ما ورد في حديث ركاة المتقدم أن النبي ﷺ استحلفه في البتة، فإنهم لم يأخذوا به، لأنه حديث مضطرب كما قال ذلك فيه الإمام البخاري، ونقله عنه الترمذي⁽²⁾.

ودليل غير المدخول بها فإنه مبني على أن البتة لا تتبعض، ولا يصح الاستثناء منها⁽³⁾.

ويدخل في هذا القسم ما إذا اشترت الزوجة من زوجها العصمة، بأن قالت له: بعني عصمتك بمائة دينار؛ فباعها لها؛ فإنها تطلق ثلاثاً، دخل أو لم يدخل.

3 - القسم الثالث: ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها ما لم ينو أكثر، وهو لفظ «واحدة بائنة». فقول الزوج لزوجته: أنت طالق طلقة واحدة بائنة نظر فيه لقوله: بائنة. والبيونة بعد الدخول بغير عوض وبغير لفظ الخلع إنما يكون ثلاثاً، فالزم بها الثلاث كما يأتي. ولم ينظر للفظ «واحدة» إما لكون واحدة صفة لمرة محذوفاً، أي مرة واحدة. بدليل قوله بعد «بائنة»، وإما لأنه يحتاط في الفروج ما لا يحتاط في غيرها، فاعتبر لفظ بائنة وألغي لفظ واحدة.

4 - القسم الرابع: ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها وفي غير المدخول بها إن لم ينو أقل، وهو ما يلي:

- تشبيه الزوجة بالميتة والدم ولحم الخنزير، كأن يقول لزوجته: أنت علي كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير.

- لفظ: «وهبتك لأهلك» أو «رددتك لأهلك» أو «لا عصمة لي عليك».

- لفظ: «أنت حرام» أو «أنت خلية» أي من الزوج، أو «برية» أو «خالصة» أي متي لا عصمة لي عليك.

- لفظ: «أنت بائنة» أو «أنا بائن منك» أو «خلي» أو «بريء» أو «خالص» أي منك.

فإنه يلزم في هذه الألفاظ الثلاث في المدخول بها، وكذلك في غير المدخول بها إن لم ينو أقل. فإن نوى الأقل لزمه ما نواه وحلف إن أراد نكاحها أنه ما أراد إلا الأقل.

ودليل لزوم الثلاث في هذا القسم⁽⁴⁾:

(2) عارضة الأحوذى 132/5.

(4) المتقى 11/4 و14.

(1) المتقى 7/4.

(3) المتقى 7/4.

أ - أن هذه الألفاظ من الكناية الظاهرة الدالة على البينونة .
 ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية إنها ثلاث تطليقات، كل واحدة منهما⁽¹⁾.

ج - وهو قول علي بن أبي طالب وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.
 د - أن معنى الخلية التي خلت من الأزواج، ولذلك لا يستعمل في الرجعية، لأن الرجعية ذات زوج. وكذلك معنى البرية هي التي برئت من عصمة الزوجية، لأن كلام الزوج: أنت برية راجع إلى ذلك، لأنه لم يطلبها بدين فيرجع قوله ذلك إليه. وإذا كان مقتضى اللفظ إزالة العصمة وذلك لا يكون في المدخول بها إلا بالثلاث وجب أن يحمل عليه. وكذلك معنى البائن، لأنه لا يبين المرأة الطلقة الواحدة، وإنما يبينها الثلاث. ولا يقبل قوله إن ادعى الواحدة لأن لفظه لا يصح استعماله في الواحدة، لأن الإبانة تستعمل بمعنى القطع والبعد، وعلى أي الوجهين حملت البينونة في الطلاق اقتضى ذلك إبطال الرجعة وانقطاع العصمة. وهذا في المدخول بها.

هذا وإن: «لست لي على ذمة» و«خالصة» فقد استظهر فيهما الشيخ العدوي لزوم طلقة بائنة. واستظهر الشيخ الدردير لزوم الثلاث. واستظهر بمعنى المحققين أن «خالصة» يمين سفه. و«لست لي على ذمة» في عرف مصر بمنزلة فارقتك، يلزم فيه طلقة واحدة، إلا لنية أكثر في المدخول بها وغير المدخول بها، وإنها رجعية في المدخول بها وبائنة في غيرها.

5 - القسم الخامس: ما يلزم فيه الثلاث ما لم ينو أقل، وهو في «خلت سبيلك». وسواء دخل بها أم لا، فإن نوى الأقل لزمه ما نواه. ووجه لزوم الثلاث إن لم ينو أقل أن تخلية السبيل إنما تستعمل على معنى أطراح العصمة وترك الإمساك بشيء منها، فاقتضى الثلاث⁽²⁾.

6 - القسم السادس: ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها وينوى في غير المدخول بها، وذلك فيما يلي:

- لفظ: «وجهي من وجهك حرام» أو «وجهي على وجهك حرام» فلا فرق بين «من» و«على».

- لفظ: «لا نكاح بيني وبينك» أو «لا ملك لي عليك» أو «لا سبيل لي عليك». وفي «لا نكاح بيني وبينك» وما بعدها، لا شيء عليه إن كان لعتاب، كما لو كانت زوجته تفعل أموراً لا توافق غرضه بلا إذن منه، فقال لها ذلك. فالعتاب قرينة وبساط دال على عدم إرادته الطلاق. وكذلك لا شيء عليه في قوله: «يا حرام» أو «الحلال حرام»

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك.

(2) المتقى 4/13.

بدون لفظ «عليّ» أو «الحلال حرام عليّ» أو «الحلال عليّ حرام» أو «جميع ما أملك حرام» وهذا ما لم يرد إدخال زوجته وما لم ينو الطلاق بلفظ من هذه الألفاظ. فإن قصد ذلك فثلاث في المدخول بها وفي غير المدخول بها، إلا لنية أقل.

وأما لفظ: «عليّ الحرام» فإنّ الحالف به إذا حنث يلزمه الثلاث في المدخول بها، ولا ينوئ فيها، ويلزمه في غير المدخول بها مع تنويته في العدد. والدليل⁽¹⁾:

أ - إنّ هذا اللفظ وضع لغة وجرى الاستعمال له لأمرين: إبانة العصمة وعدد الثلاث، لأنّ المرأة لا تبين من زوجها بعد الدخول بأقل من ثلاث، لأنّ الواحدة لا تحرّمها بل له ارتجاعها، وإنما تحرّمها الثلاث، فإذا كان اللفظ الذي هو التحريم إنّما يقتضي معنى الثلاث حمل على ذلك، ولم يصدّق في قوله: أردت الواحدة. وأما قبل الدخول فإنّه لما كانت المرأة تبين بالطلاق قبل الدخول، وكان هذا اللفظ غالباً في العدد في الثلاث، ونادراً في أقل منه، فحمل قبل الدخول على الثلاث ونوى في أقل.

ب - عن علي بن أبي طالب أنّه كان يقول في الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ حرام، إنّها ثلاث تطليقات⁽²⁾. وقد روي عنه عليه السلام أنّه قضى بها في عدي بن قيس الكلابي وقال له: والذي نفسي بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمتك. وهذا قول زيد بن ثابت وأبي هريرة وعبد الله بن عباس. وهم من أهل اللسان.

ومما يدلّ على أنّ لفظ التحريم مقتضاه تحريم عقد النكاح ما روي عن عبد الله بن عمرو أنه قال في غير المدخول بها: إنّ الطلقة الواحدة تبينها والثلاث تحرّمها فدلّ ذلك على أنّ معنى التحريم منع عقد النكاح، وذلك لا يكون إلا بالثلاث. ولو أراد تحريم الوطء لكان معناه معنى البيونة الواقعة في غير المدخول بها بالطلقة الواحدة.

هذا وإنّ الفرق بين لفظ «عليّ الحرام» وبين ما قبله، أنّ «عليّ الحرام» استعمل في العرف في حلّ العصمة، بخلاف ما قبله. فمن قاس «عليّ الحرام» على باقي الصيغ فقد أخطأ لوجود الفارق وخالف المنصوص في كلامهم، قال هذا الأجهوري. وقال البناني: وقد جرى العمل بفاس ونواحيها بلزوم طلقة بائنة في «عليّ الحرام»، بالتعريف، لا فرق بين مدخول بها وغير مدخول بها. قال الدسوقي: الحاصل أنّ كلّاً من هذين القولين يعني القول بلزوم الثلاث، والقول بلزوم طلقة بائنة معتمد.

ووجه القول بأنّها بائنة في المدخول بها وفي غير المدخول بها، أنّ هذا اللفظ لا يفيد عدداً، وأنّ البيونة تصحّ بعد الدخول بواحدة كما قبل الدخول وهو رواية ابن خوزير منداد عن الإمام مالك⁽³⁾.

(1) المنتقى 9/4؛ والمعلم 194/2، 195؛ وبداية المجتهد 90/2.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الخلية والبرية.

(3) المعلم 196/2؛ وأحكام ابن العربي 1847/4.

وحكى البدر القرافي أقوالاً أخرى، وهي أنه لغو لا يلزم به شيء، وقيل: إنه طلقة رجعية. وقيل: ينوى فيه، فإن نوى به الطلاق لزمه، وإن لم ينوه لا يلزمه شيء، وهو المفتى به عند الشافعية. ووجه القول بأنه طلقة رجعية، أن هذا اللفظ يفيد انقطاع الملك على صفة، ولا يستعمل غالباً في الثلاث، فحكم بكونها واحدة لصحة معنى اللفظ في الواحدة وهي كونها محرمة، وإن كانت الطلقة رجعية. وهو قول رواه ابن سحنون عن عبد العزيز بن أبي سلمة. وهو مبني على أصل من أصول الفقه، وهو حمل اللفظ على أقل وجوهه؛ والرجعية محرمة الوطاء فيحمل عليه اللفظ. وهذا القول صححه ابن العربي، لأن الزوج لو ذكر الطلاق لكان أقله وهو الواحدة إلا أن يعدده، كذلك إذا ذكر التحريم، يكون أقله إلا أن يقيد بالأكثر⁽¹⁾.

7 - القسم السابع: ما يلزم فيه واحدة إلا لنية أكثر، وهو في لفظ «فارتك». فيلزم فيه واحدة، سواء دخل بها أم لا، إلا لنية أكثر، وهي رجعية في المدخول بها. ودليل كون «فارتك» من الكنايات الظاهرة ويلزم فيها طلقة واحدة.

أ - قوله تعالى: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2]. وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَا يُعْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾ [النساء: 130].

ووجه الاستدلال أنه أراد بهذا اللفظ المفارقة بالواحدة، ولا يجوز أن يريد الثلاث، لأنها ليست من المفارقة بالمعروف⁽²⁾.

ووجه كونه ليس من الصريح، أنه لفظ يطلب لمعرفة معناه أن يفسر بغير لفظه. وهو مستعمل في معنى الطلاق وفي غيره، وهذا هو حقيقة الكناية⁽³⁾.

وعلى هذا فلو قال الرجل: أنت طالق، لما حسن أن يقال له أي شيء أردت بقولك ذلك. ولو قال: قد فارتك، لحسن أن يقال له: أي فرقة أردت، هل من فرقة الطلاق، أم من فرقة شركة، أم غير ذلك⁽⁴⁾.

وأما لفظ «أنت سائبة» أو «ليس بيني وبينك حلال ولا حرام» فإنه يحلف على نفي الطلاق حيث ادعى عدم قصده، فإن نكل لزمه الطلاق، ونوي في عدده، وقبل قوله فيما دون الثلاث بيمينه. واستشكل تنويته في العدد مع كونه قد أنكر قصد الطلاق، وهو إذا أنكر قصد الطلاق فلا تقبل نيته. قال بعضهم: هذا الفرع وإن ذكره في المدونة إلا أنه ذكر عن ابن شهاب وليس هو لمالك، بل هو مخالف لأصل مذهبه. ولذا لم يذكره ابن الحاجب ولا ابن شاس ولا ابن عرفة. فعلى المصنف - أي الشيخ خليل - الدرك في ذكره. أي فالجاري على أصل مذهب مالك أنه يلزمه الثلاث في المدخول بها كغيرها إلا إذا نوى أقل.

(1) المعلم 196/2؛ وأحكام ابن العربي 1847/4، 1848، 1850.

(2) المتقى 12/4. (3) الإشراف 744/2؛ والمتقى 6/4.

(4) الإشراف 744/2.

خلاصة للأدلة⁽¹⁾: فدلّيل عدم قبول قول الرجل في الكنايات الظاهرة أنّه لم يرد بها طلاقاً، أنّ العرف جار بأنّ الناس يطلقون بهذه الكنايات، كما يطلقون بالصريح. وعرف اللغة والشرع جار بذلك، إلّا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك⁽²⁾.

قال الإمام الباجي: إنّ هذه الألفاظ وإن استعملت في الطلاق وغيره إلّا أنّه قد كثر استعمالها في الطلاق، وعرفت به، فصارت بيّنة واضحة في إيقاع الطلاق، كالغائط الذي وضع للمطمئن من الأرض ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة، فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له. وكذلك في مسألتنا مثله⁽³⁾.

ووجه لزوم البيونة في المدخول بها فيما تقدّم، ولا يقبل منه أنّه أراد دون الثلاث، أنّ الظاهر من الألفاظ المذكورة ظاهرة في البيونة، وهي لا تقع إلّا في الخلع أو ثلاثاً؛ وإذا لم تقع خلعاً، لأنّه ليس هناك عوض، بقي أن تكون ثلاثاً⁽⁴⁾.

وكذلك، لأنّ قوله: أنت حرام أو بائن أو بته أو برية أو خلية، إيقاع طلاق يتضمّن هذه الصفات، فكأنّه قال: أنت طالق طلاقاً تبين به منّي، وبنت العصمة بيني وبينك، وتخلو به من الزوج، ويتبرأ به أحدنا من الآخر، وهذا لا يكون في المدخول بها إلّا ثلاثاً، فإن ادّعى أنّه أراد دون الثلاث، كان رجوعاً فيما أوقعه، فلم يقبل منه⁽⁵⁾. هذا وإن للدخول تأثيراً في تغليظ الطلاق⁽⁶⁾.

مراعاة البساط والقرائن:

كلّ الأقسام السبعة يلزم فيها ما ذكر ما لم يدلّ البساط والقرائن على عدم إرادة الطلاق، وأنّ المخاطبة بلفظ ممّا ذكر ليست في معرض الطلاق بحال؛ فإنّ الزوج يصدّق في نفي الطلاق إن دلّ بساط على النفي في جميع الكنايات الظاهرة.

وكذلك الصريح، فإنّ الزوج يصدّق في نفي الطلاق عند قيام القرائن، كما لو أخذها الطلق عند ولادتها، فقال: أنت طالق، إعلاماً أو استعلاماً؛ أو كانت مربوطة فالت له: أطلقني، فقال: أنت طالق، ونحو ذلك ممّا يقتضيه الحال. أي فالأصل حمل اللفظ على الحقيقة العرفية، وهي حلّ العصمة أولى من حمله على الحقيقة اللغوية أو المجاز العرفي، إلّا إذا قامت قرينة تصرفه عن الحقيقة العرفية⁽⁷⁾.

وجوب مراعاة العرف:

قال الشيخ الصاوي: لزوم الثلاث في العرف في «بته» و«حبلك على غاربك» لكونه

(1) هذه الخلاصة بدون اعتبار الأقوال المخالفة والتي ذكرنا تعليقاتها في حينها.

(2) الإشراف 744/2؛ والمعونة 847/2؛ وبداية المجتهد 89/2.

(3) المنتقى 6/4. (4) بداية المجتهد 89/2.

(5) الإشراف 745/2. (6) المنتقى 12/4.

(7) مفتاح الوصول 27.

من الكناية الظاهرة، على حسب العرف القديم. وأما عرفنا الآن أي في عصره وبلده - فهما من الكناية الخفية -؛ لأن ألفاظ الأيمان مبنية على العرف. وكذلك باقي الألفاظ ينظر فيها على حسب العرف. ولذلك قال القرافي في فروقه ما معناه: إن نحو هذه الألفاظ من برية وخليه وحبلك على غاربك ورددتك، إنما كانت لعرف سابق. وأما الآن فلا يحل للمفتي أن يفتي بها إلا لمن عرف معناها، وإلا كانت من الكنايات الخفية، فلا نجد أحداً اليوم يطلق امرأته بخلية ولا برية. والحاصل أنه لا يحل للمفتي أن يفتي بالطلاق حتى يعلم العرف في ذلك البلد⁽¹⁾.

الكناية الخفية:

إذا نوى الزوج الطلاق وعدده في كل كناية خفية توهم قصد الطلاق، لزمه ما نواه. وذلك نحو: اذهبي وانصرفي وانطلقني، أو لم أتزوج، أو قيل له: ألك زوجة؟ فقال: لا، أو قال لزوجته: أنت حرة أو معتقة، أو الحقني بأهلك أو لست لي بامرأة. فإن ادعى عدم الطلاق صدق، وإن ادعى عدداً، واحدة أو أكثر صدق. فإن ادعى أنه نوى الطلاق ولم ينو عدداً لزمه الثلاث في المدخول بها وفي غير المدخول بها. وإذا قصد الطلاق بكلمة، كاسقني، أو صوت ساذج، أو مزمار، لزمه. وهذا من الكناية الخفية عند الفقهاء وإن لم يستعمل في لازم معناه. ووجه لزوم الطلاق أنه لفظ قصد به إلى إيقاع الطلاق قياساً على التلّفظ بكنايات الطلاق. وهذه المسألة مبنية على أن الطلاق لا يقع بمجرد النية، وإنما يقع بما يقارن النية من اللفظ⁽²⁾. وأما صوت الضرب واليد، فهو من الفعل الذي يحتاج للعرف أو القرائن. ويعاقب الآتي بهذه الألفاظ الموجبة للتلبس على نفسه وعلى الناس.

إذا قصد التلّفظ بالطلاق فتلفظ بغيره:

إذا قصد الزوج التلّفظ بالطلاق فعديل لغيره غلطاً، كما لو أراد أن يقول: أنت طالق، فسبقه لسانه بقوله: أنت قائمة، فلا يلزمه شيء، لعدم وجود ركن الطلاق وهو اللفظ الدالّ عليه أو غيره مع نيّته. وكذلك إذا أراد أن ينطق بالثلاث فقال: أنت طالق، وسكت عن التلّفظ بالثلاث، فلا يلزمه ما زاد عن الواحدة، لأنه لم يقصد الثلاث بقوله: أنت طالق، وإنما أراد أن ينطق بالثلاث فبدأ له عدم الثلاث فسكت عن النطق به. وأما لو أراد أن ينجز واحدة فقال: أنت طالق ثلاثاً، فقال مالك: يلزمه الثلاث في الفتوى والقضاء، ولا ينوئ مطلقاً. وقال سحنون: يلزمه الثلاث في القضاء، ويقبل منه ما نواه في الفتوى.

(1) حاشية الشرح الصغير 1/458.

(2) المعونة 2/851؛ والمنتقى 4/16.

رأي ابن عبد البرّ والقرطبي في الكنايات :

قال أبو عمر بن عبد البرّ: اختلف قول مالك في معنى قول الرجل لامرأته: اعتدي، أو خلّيتك، أو حبلك على غاربك. فقال مرّة: لا ينوي فيها وهي ثلاث. وقال مرّة: ينوي فيها كلّها في المدخول بها وغير المدخول بها، وبه أقول⁽¹⁾.

وقال القرطبي⁽²⁾: ما ذهب إليه الجمهور، وما روي عن مالك أنّه ينوي في هذه الألفاظ، ويحكم عليه بذلك هو الصحيح. ودلّل على ذلك بما يلي:

- أنّ كلّ كلمة تحتل أن تكون طلاقاً أو غير طلاق فلا يجوز أن يلزم بها الطلاق إلا أن يقول المتكلم أنّه أراد بها الطلاق، فيلزمه ذلك بإقراره. ولا يجوز إبطال النكاح، لأنهم قد أجمعوا على صحته بيقين.

- حديث ركانة المتقدم، وصححه القرطبي، وفيه أنّ النبي ﷺ نواه في لفظ «البتة».

وقال أبو عمر بن عبد البرّ: أصل هذا الباب في كلّ كناية عن الطلاق ما يلي:

- حديث الجونية المتقدم التي طلقها النبي ﷺ وقد قال لها النبي ﷺ: «قد عدت بمعاذ إلحقي بأهلك» فكان ذلك طلاقاً.

- أنّ كعب بن مالك أحد الثلاثة الذين تخلّفوا في غزوة تبوك، أمره النبي ﷺ أن يعتزل امرأته، فقال لها: إلحقي بأهلك. فلم يكن ذلك طلاقاً.

فدلّ على أنّ هذه اللفظة مفتقرة إلى النية، وأنها لا يُقضى فيها إلا بما ينوي اللفظ بها. وكذلك سائر الكنايات المحتملات للفراق وغيره.

وأما الألفاظ التي ليست من ألفاظ الطلاق ولا يكتفى بها عن الفراق فأكثر العلماء لا يوقعون بشيء منها طلاقاً وإن قصده القائل. وقال مالك: كلّ من أراد الطلاق بأي لفظ كان لزمه الطلاق حتى بقوله: كُلي واشربي وقومي واقعدي؛ ولم يتابع مالكا على ذلك إلا أصحابه⁽³⁾.

رأي ابن العربي:

صحّح ابن العربي القول بالتنوية في الكنايات في المدخول بها، قال: وهي كلّها ألفاظ إن لم تكن مثل الطلاق فلا تكون فوقه. ولو قال رجل لامرأته طلقتك لنوي، كذلك إذا قال خلّيتك⁽⁴⁾.

الطلاق بما يقوم مقام اللفظ:

اللفظ الذي هو ركن من أركان الطلاق ليس المراد به خصوص اللفظ، بل المراد

(2) أحكام القرطبي 3/135.

(4) القبس 2/729.

(1) أحكام القرطبي 3/135.

(3) أحكام القرطبي 3/136.

اللفظ أو ما يقوم مقامه، كالإشارة والرسول والكتابة والفعل الذي جرت به عادة والكلام النفسي. وفيما يلي تفصيل ذلك.

1 - الإشارة:

يلزم الطلاق بالإشارة المفهومة، بيد أو رأس، ولو من غير الأخرس، والدليل القياس على النطق، لأن الإشارة عبارة عما نواه كالنطق⁽¹⁾.

أما الإشارة غير المفهومة فلا يلزم بها الطلاق، ولو فهمتها الزوجة، لأنها من الأفعال التي لا طلاق بها.

والمفهومة هي التي يقطع من رآها بقصد الطلاق، ولو كانت المرأة لبلادتها لم تفهم منها طلاقاً.

2 - الرسول:

يلزم الطلاق بمجرد إرساله مع رسول، ولو لم يصل إلى الزوجة، فمتى قال الزوج للرسول: أخبرها بأني طلقتها لزمه الطلاق.

3 - الكتابة:

يلزم الطلاق بمجرد كتابته، وذلك بشرط أن يكتب اللفظ عازماً بطلاقها، لا متردداً فيه حتى يبدو له، فإن كان عازماً غير متردداً، لزمه بمجرد كتابة «طالق». ودليل لزوم الطلاق بالكتابة إذا نواه⁽²⁾:

أ - القياس على اللفظ، لأن الكتابة مواضعة يعبر بها عما في القلب، فجاز أن يقع بها الطلاق، كاللفظ.

ب - القياس على النطق، لأن الكتابة عمل جارحة، يفهم منه الطلاق كالنطق باللسان. وإن لم يكن عازماً بالطلاق حال الكتابة، بل كان متردداً أو مستشيراً فيلزمه الطلاق بإخراج الكتاب إن أخرجه عازماً وأعطاه لمن يوصله، ولو لم يصل.

فإن أخرجه غير عازم ووصل الكتاب للزوجة أو لوليها لزمه الطلاق، فإن أخرجه غير عازم ولم يصل، فقولان في المذهب أقواهما عدم اللزوم.

قال ابن رشد الجد: وتحصيل القول في هذه المسألة: أن الرجل إذا كتب طلاق امرأته، لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون كتبه مجمعاً على الطلاق.

الثاني: أن يكون كتبه على أن يستخير فيه، فإن رأى أن ينفذه، وإن رأى أن لا ينفذه لم ينفذه.

(1) المعونة 2/851؛ والمنتقى 4/15.

(2) الإشراف 2/746؛ والمعونة 2/851؛ والمنتقى 4/15.

الثالث: أن لا يكون له نية.

فأما إذا كتبه مجمعاً على الطلاق، أو لم يكن له نية فقد وجب عليه الطلاق. وأما إذا كتبه على أن يستخير فيه، ويرى رأيه في إنفاذه، فذلك له ما لم يخرج الكتاب من يده، فإن أخرجه من يده على أن يرده إن بدا له، فقيل: إن خروج الكتاب من يده كالإشهاد، وليس له أن يرده، وهو رواية أشهب. وقيل: له أن يرده، وهو قوله في المدونة. فإن كتب إليها: إن وصلت كتابي هذا فأنت طالق، فلا اختلاف في أنه لا يقع عليه الطلاق إلا بوصول الكتاب إليها، فإن وصل إليها طلقت مكانها.

فتحصل أن اللزوم إما في الكتابة عازماً أو بإخراجه من يده عازماً على الطلاق، وإما بالوصول إليها. وفي قوله الثالث أن لا يكون له نية، نظر، لأن المراد بالنية العزم، والإنسان إما عازم على الشيء، وإما غير عازم، ولا واسطة بينهما، إلا أن يحمل على العبث أو السهو.

4 - الكلام النفسي والعزم على الطلاق:

الكلام النفسي لا يلزم به طلاق على أرجح القولين. والقول بعدم اللزوم للإمام مالك في الموازية، وهو اختيار ابن عبد الحكم، وهو الذي ينصره أهل المذهب. قال القرافي: وهو المشهور. واعتمده الشيخ الدردير في شرحه الكبير وفي مختصره. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تجاوز الله لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به»⁽²⁾.

ب - القياس على عقد النكاح، لأن الطلاق حل العصمة التي انعقدت بالنية والقول بين طرفين، فوجب أن يكون حلها كعقدها.

وعلى هذا فالنية لا تقوم مقام القول والعمل، ولا تكفي في التكليف الظاهرة ولا فيما بين آدميين. قال ابن عبد السلام: هذا القول أظهر، لأنه إنما يكتفى بالنية في التكليف المتعلقة بالقلب لا فيما بين آدميين⁽³⁾.

والعزم على أن يطلق الزوج زوجته، ثم بدا له عدمه، فلا يلزمه اتفاقاً.

5 - الفعل:

لا يلزم الطلاق بالضرب وفتق ثوب أو تمزيقه أو قطع حبل، ولو قصد الزوج بذلك الطلاق؛ إلا أن يكون ذلك الفعل عادتهم في وقوع الطلاق به، فيلزم به.

(1) المعرنة 2/852؛ والمنتقى 4/15؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 7؛ وبداية المجتهد 2/88.

(2) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء فيمن يحدث نفسه بطلاق امرأته.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 7.

ألفاظ لا يقع بها طلاق:

من السفه ولغو الحديث أن يقول الزوج لزوجته: يا أمي أو يا أختي أو يا خالتي أو يا عمّتي، أي من المحارم. ومن السفه الخفيف قوله: يا ستي أو يا حبيبي.
على أن العرف شاع بها في الودّ والتعظيم. وإنما ينسب القائل بذلك للسفه، للنهي الوارد عنه ﷺ في ذلك. فقد روي أنه سمع رجلاً قال لامرأته: يا أختي. فقال له: «أختك هي؟» فكره ذلك ونهى عنه⁽¹⁾. وفي كراهته وحرمة قولان⁽²⁾.

تكرار الطلاق في المجلس:

إذا كرّر المطلق الطلاق، سواء بالعطف بحرف الواو، أو الفاء أو ثم، أو بغير العطف، نحو: أنت طالق طالق طالق، بغير إعادة المبتدأ «أنت» في الأخيرين، أو بإعادته؛ لزمه في الطلاق ما كرّر مرتين أو ثلاثاً. وهذا في المدخول بها، سواء نسقه أو فصل بسكوت أو كلام، إذا لم يكن خلعاً، لأن الرجعية زوجة يلحقها الطلاق ما كانت في العدة.

وكذا يلزمه ما كرّر في غير المدخول بها، لكن إن نسقه أي تابعه ولو حكماً، بأن فصل بعطاس أو سعال. ووجه وقوع الثلاث في غير المدخول بها إذا كرّر الطلاق متناسقاً مع كون الطلاق يقع بائناً في غير المدخول بها، لأنّ المتناسق في حكم المجموع بلفظ واحد. ولأنّ كلّ زوج ملك إيقاع الطلاق ثلاثاً عليها بلفظ واحد، صحّ أن يوقعه بثلاثة ألفاظ متناسقة قياساً على المدخول بها⁽³⁾.

أما إن فصله، فلا يلزمه ما كرّر، لأنّها بانت منه باللفظ الأوّل واستقرّ الفراق، فلا يلحقه الثاني بعد الفصل، لأنّه لا تأثير له⁽⁴⁾، كالتكرار بعد الخلع.

ويستثنى نية التأكيد في غير العطف، فلا يلزمه التكرار. ويصدق في المدخول بها وفي غير المدخول بها بيمين في القضاء، وبغير يمين في الفتوى. بخلاف العطف، فلا نفعه نية التأكيد مطلقاً، لأنّ العطف ينافي التأكيد، وإنما يقتضي المغايرة.

تجزئة الطلقة:

يلزم المطلق طلقة واحدة إذا عبّر بجزء طلقة، قلّ أو كثر، أتى بلفظ الجزئية أم لا، نحو ربع أو ثمن طلقة، أو ثلثي أو ثلث أو سدس طلقة. ودليل ذلك أنّ الطلاق مبني على التغليب والتكميل وأنّ الطلقة لا تتجزأ⁽⁵⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الرجل يقول لامرأته: يا أختي.

(2) حاشية الصاوي 1/460. (3) الإشراف 2/747.

(4) المعونة 2/853. (5) المعونة 2/853.

طلاق جزء المرأة:

يلزم الطلاق إذا طلق الزوج جزءاً من زوجته، كَيَدِ ورجل وأصبع وأنملة وشعر، ومما يعدّ من محاسن المرأة كقوله: شعرك أو كلامك أو ريقك طالق، والدليل على ذلك أنّ الطلاق مبني على السراية والتغليب. فإذا طلق البعض سري الطلاق إلى الكلّ، وذلك أنّ الطلاق لما لم يصحّ تبعيظه لم يكن بدّ من أحد ثلاثة أمور: إمّا أن يقتصر بالتحريم على قدر ما يتناوله اللفظ، وذلك ممتنع؛ أو أن يسقط فلا يكون له حكم، وذلك غير جائز، لأنه يسقط التغليظ الذي هو موضوع الطلاق؛ أو أن يعمّ الكلّ ويسري، وهو ما قالوه. ويدعم هذا قاعدة تغليب الحضر على الإباحة إذا اجتمعا⁽¹⁾.

ولا يلزم الطلاق بما لا يعدّ من المحاسن، نحو: بصاق ودمع وسعال. والفرق بين الريق والبصاق أنّ الريق هو ماء الفم ما دام فيه، فإن انفصل فهو بصاق، والأول يلتذّ به بخلاف الثاني.

ويحرم تجزئة الطلاق وطلاق جزء المرأة، ويؤدّب فاعل ذلك.

الاستثناء في عدد الطلاق:

يصحّ الاستثناء في الطلاق بإلّا وأخواتها، ولو تلفظ المطلق بالاستثناء سرّاً، فإنّه ينفعه، نحو: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، أو غير واحدة، أو سوى واحدة؛ فيلزمه اثنتان. ومحلّ الاكتفاء بالسرّ ما لم يكن الحلف في وثيقة حق، وإلّا فلا ينفعه إلا الجهر، لأنّ اليمين على نية المحلّف كما مرّ في اليمين. ويشترط لصحة الاستثناء ثلاثة شروط:

- 1 - أن يتصل بالمستثنى منه ولو حكماً؛ فلا يضرّ الفصل بعطاس أو سعال، فإن انفصل اختياراً لم يصحّ.
- 2 - أن يقصّ الحالف الاستثناء، أي الإخراج، لا إن جرى على لسانه بلا قصد، فلا يفيد.
- 3 - أن لا يستغرق المستثنى منه، وإلّا لم يصحّ، نحو: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، ويلزمه الثلاث، لأنّه متهم على أنّ ذلك رجوع منه⁽²⁾. ومثال غير المستغرق: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، فيلزمه واحدة.

ويعتبر في صحة الاستثناء ما زاد على الثلاث لفظاً، وإن كان لا حقيقة له شرعاً، على أرجح القولين. فمن قال: أنت طالق أربعاً إلا اثنتين لزمه اثنتان. وإن قال: إلا ثلاثاً لزمه واحدة. وقيل: لا يعتبر الزائد على الثلاث، لأنّه معدوم شرعاً، فهو كالمعدوم

(1) المنتقى 5/4؛ والإشراف 748/2؛ والمعونة 2/853.

(2) المعونة 2/846؛ وبداية المجتهد 2/93.

حسباً، فيلزمه في المثال الأول واحدة؛ وفي الثاني ثلاثة، لأنه كان استثنى ثلاثاً من ثلاث، فيلغى الاستثناء للاستغراق.

الطلاق المعلق على مقدر حصوله في المستقبل:

قد تقدم دليل انعقاد الطلاق المعلق على عصمة يقدر حصولها في المستقبل، وذلك في ركن المحل. وهنا نذكر الدليل على انعقاد ولزوم الطلاق على أمر مقدر حصوله في المستقبل سواء كان عصمة أو غيرها.

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسْرِخَكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾﴾ [الأحزاب: 28].

ووجه الاستدلال أن «إن» أداة شرط، وجوابه «فتعالين» فعلق تمتيعهن وتسريحهن على شرط، وهذا يدل على أن التخيير والطلاق المعلقين على شرط صحيحان، فينفذان ويمضيان⁽¹⁾.

ب - الإجماع على انعقاد ذلك في حق الزوجة⁽²⁾.

وأما حكم الحلف بالطلاق، أي تعليق الطلاق على الشروط، فقد ذكر القاضي ابن رشد الجدل أنه مكروه، ودليله⁽³⁾:

أ - قوله ﷺ: «الطلاق يمين الفساق»⁽⁴⁾.

ب - قوله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»⁽⁵⁾.

ج - أنه قد يقع الحنث في حال الحيض أو النفاس أو في طهر مس فيه. وهذه أحوال لا يجوز إيقاع الطلاق فيها، فإن كانت الزوجة ممن لا تحيض أو يائسة من المحيض كره لمخالفته السنة خاصة.

وروى زياد عن مالك أنه يؤذّب من حلف بالطلاق. وقال مطرف وابن الماجشون: من اعتاد الحلف بالطلاق فذلك جرحه فيه، وإن لم يعلم له حنث فيه.

وعند الإمام اللخمي يمين الطلاق ممنوع.

وإذا علق الزوج الطلاق على أمر مستقبل محقق الوقوع، أو غالب وقوعه، أو مشكوك في حصوله في الحال، ويمكن الاطلاع عليه بعد، أو لا يمكن، فإنه ينجز عليه الطلاق في الحال.

وإن علقه على ممكن الوقوع، مع عدم حصوله وقت التعليق، وليس بغائب الوقوع، كدخول الدار فإنه ينتظر. وتفصيل ذلك كما يلي:

(1) أحكام ابن العربي 3/1525؛ وأحكام القرطبي 14/170.

(2) عارضة الأحوذى 5/148. (3) المقدمات 1/504.

(4) سبق تخريجه في الأيمان. (5) سبق تخريجه في الأيمان.

1 - ينجز الطلاق في الحال إذا علقه الزوج بمستقبل محقق الوقوع عقلاً أو عادة أو شرعاً.

فمثال المحقق العقلي قوله: إن تحيّر الجرم في غد فأنت طالق، أو إن لم أجمع بين الضدين فأنت طالق، إذ الجمع بين الضدين مستحيل عقلاً. والمثال الأول يمين برّ، والثاني حنث.

ومثال العادي قوله: أنت طالق بعد سنة مثلاً. فبعدية السنة أمر محقق عادة، ويبلغه عمرهما عادة، فينجز عليه من الآن. أي المطلوب هنا أن يكون المستقبل يبلغه عمرهما عادة بأن كان أقل من مدة التعمير، بخلاف قوله: بعد ثمانين سنة.

أو كقوله: أنت طالق يوم موتي أو قبله بلحظة، وأولى أكثر؛ فينجز عليه الآن، بخلاف بعد موتي أو موتك، فلا شيء عليه، إذ لا طلاق بعد موت. وأمّا قوله: أنت طالق إن مات زيد أو بعد موته، فينجز عليه.

أو كقوله: إن أمطرت السماء فأنت طالق، إذ المطر أمر محقق وقوعه عادة، أي واجب عادة، وهو يمين برّ.

أو كقوله: إن لم أمس السماء فأنت طالق، فينجز عليه، إذ عدم مسّه لها محقق عادة، وهو يمين حنث.

أو كقوله: إن قمت أو إن قام زيد، أو إن جلست أو إن أكلت، أو إن أكل أو جلس زيد، فأنت طالق. ويدخل في هذا المثال كلّ ما لا صبر للإنسان عنه، فينجز عليه في يمين البرّ، بخلاف الحنث، نحو: إن لم أقم، وإن لم أكل، فينتظر، كما ينتظر في البرّ ممّا للإنسان الصبر عنه، نحو: إن دخلت الدار.

ومثال الواجب الشرعي، كإن صليت أو صمت رمضان، فأنت طالق، فينجز عليه من الآن، سواء صلى الخمس أو صام رمضان، أم لا؛ لوجوبه عليه شرعاً. ومثله قول: إن صلى زيد.

ودليل تنجيز الطلاق إذا علق بأجل⁽¹⁾.

أ - القياس على نكاح المتعة المنهي عنه. والعلّة في ذلك أنّ المعنى المقصود من النكاح، وهو المودة وحسن الألفة والعشرة، لا يتحقق في النكاح إلا بالتأييد. أمّا توقع الفراق عند حصول الأجل، قطعاً أو ظناً، فذلك مخلّ لما يقصد من النكاح، وهو المودة وحسن الألفة.

ب - إجماع أهل المدينة، وهو حجة عند الإمام مالك فيما طريقه الاجتهاد، وأنّ اجتهادهم مقدّم عنده على اجتهاد غيرهم.

(1) الإشراف 2/748؛ والمعونة 2/844؛ والبيان والتحصيل 5/348؛ وعدة البروق ص 280.

2 - ينجز الطلاق في الحال إذا علّقه المطلق بمستقبل غالب وقوعه . كقوله لغير آيسة من المحيض : إن حضت أو حاضت هند فأنت طالق، وهي من شأنها الحيض، أو صغيرة يتوقع منها الحيض ولو بعد عشر سنين، فينجز عليه، وهذا مبني على دليل المسألة السابقة، لأنّ هذه المسألة تعود إلى الطلاق إلى أجل، وهو محرّم، لأنّ الغالب كالمحقق في حكم الشرع، وله نظائر عديدة، كمنع المريض مرضاً مخوفاً من التصرف في ثلث ماله، إذ الغالب من مرضه الموت؛ وكذلك الاستئصال في النوم، لمّا كان الغالب منه خروج الحدث أجري مجرى التحقيق⁽¹⁾.

وهذا بخلاف ما لو قال ذلك لآيسة، فلا شيء عليه، لأنّ الحيض في حقها من الممتنع عادة.

3 - ينجز الطلاق في الحال إذا علّقه المطلق بمستقبل مشكوك وقوعه في الحال، وإن كان يعلم في المآل . وذلك كقوله لزوجته حامل محققة الحمل : إن كان في بطنك ذكر، أو إن لم يكن في بطنك ذكر، فأنت طالق، فينجز عليه ولا ينتظر ما في بطنها للشك حين اليمين، ولا بقاء على فرج مشكوك.

أو كقوله لزوجته : إن كان في هذه اللوزة قلبان، أو إن لم يكن فأنت طالق، فإنه ينجز عليه، للشك حال اليمين.

أو كقوله : إن كان فلان من أهل الجنة، أو إن لم يكن من أهلها، فأنت طالق، للشك في الحال، فينجز عليه ما لم يكن مقطوعاً بأنّه من أهلها كالعشرة الكرام، ونحوهم ممّن ورد النصّ فيهم بدخول الجنة.

أو كقوله لغير ظاهرة الحمل : إن كنت حاملاً، أو إن لم تكوني حاملاً، فأنت طالق، فينجز عليه، للشك في الحمل وعدمه، وتحمل المرأة على البراءة من الحمل إذا كانت حال يمينه في طهر لم يمسه فيه . وحينئذ فلا حنث عليه في يمين البرّ، وهو : إن كنت حاملاً فأنت طالق، بخلاف يمين الحنث، وهو : إن لم تكوني حاملاً، فيحنث للعلم بعدم حملها.

4 - ينجز الطلاق إذا علّقه المطلق بما لا يمكن اطلاعنا عليه حالاً أو مآلاً، كمشيئة الله أو الملائكة أو الجنّ . كقوله : أنت طالق إن شاء الله، أو إن شاءت الملائكة، أو إلّا أن يشاء الله، أو إلّا أن تشاء الملائكة، فإنه ينجز عليه . ودليل ذلك :

أ - قوله ﷺ : «من حلف بالله ثم استثنى رجع غير حالف»⁽²⁾.

(1) المعونة 2/844.

(2) استدل بالحديث بهذا اللفظ القاضي عبد الوهاب في الإشراف 2/748. ولم أقف عليه بلفظ «بالله».

ووجه الاستدلال أن الحديث قصر نفع الاستثناء على اليمين بالله، فدل على أن غيرها بخلافها⁽¹⁾.

ب - أن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال، دون ماضيها. والطلاق إيجاب عقد، والعقد لا يتناول الماضي. وإذا ثبت ذلك، وكان قول الزوج: أنت طالق، لفظ إيجاب وإيقاع عقد، امتنع دخول الاستثناء عليه؛ لأنه لا مجال له في رفع ما، وقد وقع ووجب⁽²⁾.

ج - إن الاستثناء إن كان من حيث كونه شرطاً، فلا ينفع أيضاً، لأنه إما أن يكون لنا طريق إلى العلم بوقوعه أو لا طريق لنا إلى العلم به؛ فإن كان لنا طريق إلى العلم به، فيجب وقوف الحكم على وجوده، لأن الاعتبار في حصول مشيئة الله ﷻ في أفعال عباده، وقوعها، لأن ما شاء منها كان، وما لم يشأ لم يكن؛ وإن كان لا طريق لنا إلى العلم بوقوعه وجب تنجز الطلاق، لأن تعليق الطلاق بما لا يعلم وقوعه من الشروط هزل وعيب⁽³⁾.

د - القياس على كفارة اليمين، لأن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة، كالكفارة. وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة في الطلاق، فكذا الاستثناء⁽⁴⁾.

هـ - دلالة الأولى، وذلك أن الكفارة أقوى لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة، والاستثناء لا يؤثر إلا متصلاً، فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق فالاستثناء أولى⁽⁵⁾.

هذا بخلاف الاستثناء في اليمين فإنه ينفع. ومن أوجه الفرق بينهما ما ذكره ابن عرفة من أن مدلول الطلاق حكم شرعي فقط، فاستحال تعليقه لإقدمه، ومدلول اليمين بالله تعالى فعل أو كف عنه، فصح تعليقه لحدوثه⁽⁶⁾.

وأما تعليق الطلاق على مشيئة زيد، فتنظر مشيئته.

5 - ينجز الطلاق إذا علق بأمر ممكن وقوعه، أي محتمل وقوعه، ليس في وسعنا، كقوله: إن لم تمطر السماء في هذا الشهر، أو غداً، أو في هذا اليوم، فأنت طالق، بأن قيد بزمان يمكن فيه الوجود والعدم، فإنه ينجز عليه في يمين الحنث، بخلاف يمين البر، كقوله: إن أمطرت السماء في هذا الشهر - مثلاً - فأنت طالق، فينتظر، فإن أمطرت في الأجل المذكور طلقت، وإلا فلا، على الأرجح.

6 - وينجز الطلاق إذا علق بأمر محرّم، بصيغة الحنث، كقول الزوج: إن لم أزن

(1) الإشراف 2/748.

(2) الإشراف 2/749؛ وبداية المجتهد 2/91؛ وعدة البروق ص 279.

(3) الإشراف 2/750؛ والمعونة 2/845. (4) المعونة 2/845.

(5) المعونة 2/845. (6) عدة البروق ص 279.

أو أشرب الخمر فأنت طالق، فإنه ينجز عليه الطلاق، لكن بحكم حاكم في هذا الفرع، إلا أن يتحقق فعل المحرّم قبل التنجيز، فلا شيء عليه لانحلال يمينه.

ما لا حنث فيه:

- لا حنث على المطلّق إن علّق الطلاق بمستقبل ممتنع وقوعه عقلاً، كالجمع بين الضدين، أو ممتنع وقوعه عادة، كلمس السماء، وذلك في قوله: إن جمعت بين الضدين فأنت طالق، أو إن لمست السماء فطالق، أو إن شاء هذا الحجر فأنت طالق، إذ لا مشيئة للحجر، فيمتنع عادة أن تكون له مشيئة.

- ولا حنث عليه إن علّق الطلاق بما لا يشبه البلوغ إليه عادة بأن زاد أمدّه على مدّة التعمير كقوله: بعد ثمانين سنة أنت طالق. وكقوله: إذا متّ أنا أو متّ أنت فأنت طالق، فلا شيء عليه إذ لا طلاق بعد موت، بخلاف قوله: يوم موتي أو قبله، كما تقدم. وكقوله لزوجة خلية من الجمل تحقيقاً، لصغر أو إياس، أو في طهر لم يمست فيه: إن ولدت ولداً أو إن حملت فأنت طالق، فلا شيء عليه، لتحقق عدم حملها، وقد علّق الطلاق على وجوده؛ إلا أن يطأها ولو مرّة وهي ممكنة الحمل بعد يمينه، بل وإن وطئها قبل يمينه ولم تحض بعده، فينجز الطلاق عليه للشك.

- ولا حنث عليه إن علّق الطلاق بأمر محتمل وقوعه، غير غالب، كدخول دار وأكل وشرب وركوب ولبس. وينتظر حصول المحلوف عليه، فإن حصل لزم الطلاق وإلا فلا، ويحنث في يمين الحنث نحو: إن لم أدخل الدار فطالق، بالعزم على الضدّ إلى آخر ما تقدّم في الأيمان.

منع الحالف بالطلاق من زوجته في يمين الحنث:

وإذا قلنا: لا حنث، وينتظر، فلا يخلو الحال من أن تكون يمينه مثبتة أي يمين برّ؛ أو نافية، أي يمين حنث. ويمين البرّ إمّا مؤجّلة بأجل، أو مطلقة.

فلا يمنع من زوجته إن أثبت في يمينه بأن كانت يمين برّ، كقوله: إن دخلت لدار، أو إن قدم زيد، أو إن شاء زيد، فأنت طالق، فلا يمنع من زوجته حتى يدخل أو حتى يشاء زيد؛ فإن شاء الطلاق طلقت، وإن شاء عدمه لم تطلق، كما إذا لم يعلم مشيئته.

وكذلك لا يمنع من زوجته بأن كانت يمين حنث وكانت مؤجّلة بأجل، نحو: إن لم أدخل في هذا الشهر، أو شهر كذا، فلا يمنع، حتى يضيق الوقت بقدر ما يسع المحلوف عليه من آخر الأجل، فيمنع حتى يفعل المحلوف عليه أو يحنث.

فإن نفى، بأن كانت يمينه يمين حنث نحو: إن لم أدخل الدار فأنت طالق. وفي قوله: عليه الطلاق ليدخلن، وكان لم يؤجل بأجل معيّن، بل أطلق في يمينه، منع من

زوجته، فلا يجوز له الاستمتاع حتى يفعل المحلوف عليه. ويضرب له أجل الإيلاء من يوم الرفع إن رفعت الزوجة عليه، بأن طلبت حقها من الاستمتاع.

ومحلّ منعه إذا لم يؤجل أو أجل وضاق الوقت، أن لا يكون برّه في وطئها. فإن كان برّه في وطئها فلا يمنع، كأن يحلف: إن لم أطأها أو إن لم أحبلها فهي طالق. ومحلّه في قوله: إن لم أحبلها، إن كان يتوقع حملها، فإن أيس منه ولو من جهته نجز طلاقها.

فإن امتنع من وطئها كان لها أن ترفع أمرها للقاضي، فيضرب لها أجل الإيلاء عند الإمام مالك، لا عند ابن القاسم، قال الشيخ الصاوي: وهو الأقرب. وعليه إن تضررت بترك الوطاء طلق عليه بدون ضرب أجل.

ومحلّ ضرب أجل الإيلاء في صيغة الحنث، إن حلف على فعل نفسه، كقوله: إن لم أفعل كذا فهي طالق. فإن لم يحلف على فعل نفسه بل حلف على فعل غيره نحو: إن لم يدخل زيد، أو إن لم تدخل الدار فانت طالق؛ تلوم له الحاكم بالاجتهاد على ما يدلّ عليه البساط، أي القرائن الدالة على الزمن الذي أراده بيمينه، ولا يضرب له أجل الإيلاء على الأرجح من القولين اللذين ذكرهما الشيخ خليل. والقول الثاني: أنه لا فرق بين حلفه على فعل نفسه أو فعل غيره في ضرب أجل الإيلاء. فالخلاف إنما هو في أجل الإيلاء.

ويطلق عليه الحاكم بعد أجل التلوم.

ولو قال الحالف: إن لم أحج فانت طالق، وليس الوقت وقت سفر للحج؛ انتظر، ولا يمنع من وطء زوجته حتى يأتي وقت السفر المعتاد للحالف. فإن سافر برّ وإلا حنث. ومثله كلّ سفر له وقت معيّن لا يمكن السفر قبله عادة، على الأوجه عند ابن عبد السلام، قال: لأنّ الأيمان إنما تحمل على المقاصد، ولا يقصد أحد الحج في غير وقته المعتاد.

فإن قيد بقوله: في هذا العام، فاتفقوا على أنه لا يمنع منها، ولا ينجز عليه، لأنه على برّ إلى ذلك الأجل، إلا إذا جاء وقت الخروج؟

واعلم أنّ هذا الخلاف كما يجري فيما إذا كان للمعلق عليه وقت معيّن لا يتمكن من فعله قبله عادة، يجري فيما إذا كان حلف على فعل شيء أو الخروج لبلد، وكان لا يمكنه ذلك، بأن قال: علي الطلاق لأسافرّن لمصر - مثلاً -، ولم يمكنه السفر لفساد طريق أو غلوّ كراء. أو قال: عليه الطلاق لأشتكينّ زيدا للحاكم، ولم يوجد حاكم يشتكينّ. وقد علمت أنه لا يمنع من الزوجة، إلا إذا تمكن من الفعل، بأن تمكن من السفر أو تيسر الحاكم.

تعليق الطلاق على الطلاق :

- ينجز الطلاق على الزوج إذا قال لزوجته: إن لم أطلقك فأنت طالق. وكثيراً ما يقع هذا من العوام بلفظ: عليّ الطلاق لأطلقنك.

- وينجز عليه الطلاق في الحال إذا قال: إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق رأس الشهر البتة. أو قال: أنت طالق الآن. ويعدّ لفظ «الآن» لغواً. وكأنه قال: إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق البتة، فلا بدّ من التنجيز بقطع النظر عن قوله: الآن. فليس له أن يقول: أنظروني حتى يأتي رأس الشهر ليحصل المحلوف عليه. فإذا جاء رأس الشهر فال: لا أطلقك، فلا يقع عليه طلاق لانعدام المحلوف به بمضيه، لأنه لا عبرة بالتقييد بالزمن بقوله: الآن، كما في المثال الآتي، وهو إذا قال: أنت طالق الآن إن كلمته في غد، وكلمه فيه، فينجز عليه حال كلامه له في الغد. ويعدّ لفظ «الآن» لغواً.

الحلف بالطلاق على خلاف ما أقرّ به :

إذا أقرّ شخص بفعل، كسرقة أو غصب أو شرب خمر أو زنا أو سلف، ثم حلف بالطلاق ما فعلته، وقد أخبرت بخلاف الواقع؛ فإنه يوكل إلى دينه ويصدق بيمينه أنه كذب في إقراره، وهذا في القضاء، وفي الفتوى لا يمين عليه.

فإن نكل طلق عليه الحاكم وأخذ بإقراره إن كان إقراره بحق الله تعالى أو لأدمي، كالدين فهو حق الأدمي، فيغرمه للمقرّ له؛ وكالسرقة فهي حق الله وللأدمي فيقطع لحق الله، ويغرم لحق الأدمي؛ وكالزنا فهو حق الله تعالى فيحدّ لحقه.

وذكر الشيخ الصاوي أنّ أخذه بإقراره في حقوق الله تعالى فيه نظر. وقال: بل حيث كذب نفسه لا قطع عليه ولا حدّ في الزنا، وإنما يؤخذ بحق الأدمي فقط كما سيأتي في الحدود.

ومحلّ تصديقه عند المفتي والقاضي ما لم يقرّ بالفعل بعد الحلف بالطلاق أنه ما فعله. فإن أقرّ بالفعل بعد الحلف بالطلاق نجز الطلاق عليه في القضاء، أي فلا يصدق عند القاضي، ويصدق عند المفتي.

ما يؤمر فيه المطلق بالحنث من غير قضاء :

يؤمر المطلق وجوباً بمفارقة زوجته من غير جبر على ذلك. وذلك في تعليقه على أمر مغيب لم يعلم صدقها فيه من عدمه. نحو قوله: إن كنت تحبيني، أو إن كنت تبغضيني فأنت طالق. ولو أجابت بما يقتضي الحنث على الراجح.

ويؤمر بالفراق بلا جبر إذا قال لها: إن كنت فعلت هذا الشيء فأنت طالق، إذا لم يصدقها في فعله. فإن صدقها أجبر على فراقها.

الشك في الأيمان والشك في الطلاق:

إذا شك الزوج هل طلق زوجته واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً لزمه الثلاث؛ لأنه متيقن في حصول الطلاق وشاك في الرجعة هل ترفع التحريم أو لا ترفعه، فغلب حكم الأعلى وهو عدم رفع التحريم؛ كما لو شك في امرأتين يتيقن أن إحداهما أخته من الرضاعة، ويشك في عينها، فإنهما تحرمان عليه⁽¹⁾.

وإذا حلف المرء وشك هل كان حلفه بالطلاق أو بالمشي إلى مكة، فإنه يؤمر بتنفيذ الجميع من غير قضاء.

وإذا لم يتحقق الحلف بل شك هل حلف أم لا، أو شك هل طلق أم لا، فلا شيء عليه؛ لأن الأصل عدم الحلف وعدم الطلاق. ووجه ذلك أن الشاك في طلاق زوجته على يقين من ثبوت العصمة، فلا يبطل الشك ذلك اليقين⁽²⁾.

وإذا شك في فعل نفسه الذي حلف عليه، كما لو حلف بالطلاق لا يكلم زيدا، وشك هل كلمه أم لا، فإنه ينجز عليه الطلاق. وهذا على طريقة أبي عمران وابن الحاجب. وقال ابن رشد: يؤمر بالطلاق من غير جبر إن كان شكه لسبب قائم به، وإلا فلا يؤمر به. وعزاه ابن رشد لابن القاسم في المدونة، وحكى عليه الاتفاق.

وإذا شك في فعل غيره، كما لو حلف على زيد لا يدخل الدار وإن دخلها فيلزمه الطلاق، ثم شك هل دخلها زيد أم لا، فلا شيء عليه، إلا أن يستند الحالف لأمر من الأمور، فيتقوى حصول ما حلف عليه، فيؤمر بالطلاق. وهل يجبر عليه أم لا، فتأويلان.

ومثل ما يتقوى به المحلوف عليه رؤيته شخصاً يفعله، فشك هل هو زيد المحلوف عليه أو غيره، ولم يمكنه التحقق منه، وهذا كله في سالم الخاطر. وأما من استنكحه الشك أي ذي الوسوسة، فلا شيء عليه.

الشك في المطلقة من النساء:

إذا شك المطلق هل طلق واحدة من نسائه أو أكثر، فالجميع يطلقن عليه. كأن يقول لزوجاته: إحدائكن طالق، ولم ينو واحدة معينة، أو عينها ونسيها. ودليل ذلك⁽³⁾:

أ - الاحتياط للفروج.

ب - أن الطلاق لا يتبعض ولا ينقسم.

الحلف على شخص بالطلاق أو بغيره على فعل أمر فيمتنع حالفاً بالطلاق:

إذا حلف شخص بالطلاق أو بغيره على شخص آخر ليدخل الدار أو ليأكل طعاماً،

(1) الإشراف 753/2؛ وعدة البروق ص 280. (2) عدة البروق ص 280.

(3) الإشراف 854/2؛ والمعونة 855/2؛ وعدة البروق ص 285.

فحلف الآخر بالطلاق على عدم الفعل، فإنه يُقضى بالحنث على الأول، لأنه حلف على ما لا يملكه؛ بخلاف الثاني. ويكون القضاء بالحنث على الأول ما لم يحنث الثاني نفسه بالفعل طوعاً، وإلا فلا حنث على الأول. وهذا ما لم يكره الثاني على الفعل، وإلا فلا حنث على واحد.

تعليق الطلاق على شرطين:

إذا علق الحالف الطلاق - مثلاً - على شرطين، ويسمى تعليق التعليق، كما لو قال: إن كلمت إن دخلت فأنت طالق، أو فعلي المشي إلى مكة، لم يحنث الحالف إلا بهما معاً، سواء فعل المتقدم في اللفظ أولاً أو آخره، أو فعلهما معاً فيما يمكن فيه الجمع في آن واحد.

ولا يرد على هذا ما تقدم في اليمين من التحنيث بالبعض، لأن ما تقدم إما لا تعليق فيه أصلاً، كاليمين بالله، أو فيه تعليق واحد. وهذا فيه تعليق التعليق. والمعلق لا يقع إلا بوقوع المعلق عليه، والمعلق عليه هنا مجموع الأمرين معاً، كأنه قال: إن حصل الأمران فأنت طالق. وفي المسألة نزاع طويل بين الفقهاء والنحاة.

علم المطلقة بينونتها وليس لها بيّنة:

إذا علمت المطلقة بينونتها من زوجها ولا بيّنة لها تقيمها عند الحاكم أو جماعة المسلمين، ليفرقوا بينهما؛ فإنه لا يجوز لها أن تمكنه من نفسها وأن تتزين، إلا إذا كانت مكرهة بالقتل، لأنه من باب الإكراه على الزنا.

ويجب عليها أن تتخلص منه بما أمكن، من فداء أو هروب.

واختلف في المذهب في جواز قتلها لمطلقها إذا طلب الوطاء، وكان لا يندفع عنها إلا بالقتل. والقول بالجواز ولو كان الزوج غير محض، كما إذا كانت بينونتها منه قبل البناء، لمحمد بن المواز؛ وبعدهم الجواز لسحنون، وصوّبه ابن محرز قائلاً: إنه لا سبيل إلى القتل، لأنه قبل الوطاء لا يستحق القتل بوجه، وبعده صار حدّاً، والحد ليس لها إقامته. وقد ردّوا على ابن محرز، فانظره في حاشية الشرح الكبير. فإن أمكن دفعه بغير القتل، فلا يجوز، قولاً واحداً.

تنازع الزوجين في عدد الطلاق:

إذا تنازع الزوجان في عدد الطلاق، فقال: طلقها واحدة. وقالت: بل ثلاثاً، ولا بيّنة لكل منهما، فإن القول قوله بيمين، وله تزوجها قبل زوج. وإذا تزوجها بعد زوج كانت معه بطلقتين عملاً بقوله.

هذا هو الذي تقتضيه القواعد من العمل بالأصل، إذ الأصل عدم الطلاق، وقد ادّعت عليه خلاف الأصل فعليها البيان.

التنازع في الطلاق المانع من الميراث:

إذا اختلف الزوج وأبو الزوجة، فقال الأب: طلقها ثلاثاً، وقال الزوج: طلقها واحدة أو اثنتين، وأقام كل واحد منهما شاهداً على دعواه؛ فالقول قول الزوج بيمينه. وتعليل ذلك أنه لما كفاً دليل كل واحد منهما على دعواه دليل صاحبه، سقطا وبقياً على أصل الدعوى؛ فوجب اليمين على الزوج، لأنه المدعى عليه في إسقاط ما وجب له من الميراث بالعصمة المتيقنة. وكذلك لو أقام كل واحد منهما شاهدين فتكافأ في العدالة. وإن كان الشاهد للأب دون الزوج لوجب أن يحلف مع شاهده، لأنه يستحق بشهادته مالا⁽¹⁾.

تفويض الزوج الطلاق لغيره

التفويض كالجنس يدخل تحته ثلاثة أنواع، وهي: التوكيل والتخيير والتمليك. فالتوكيل جعل إنشاء الطلاق لغيره باقياً منع الزوج منه. وهو تعريف ابن عرفة. فقوله: باقياً منع الزوج منه، لأنه الموكّل له عزل وكيله متى شاء، لأنه الوكيل يفعل ما وكّل فيه نيابة عن موكله.

والتخيير، جعل إنشاء الطلاق ثلاثاً، صريحاً أو حكماً، حقاً لغيره. ومثال الحكمي: اختاريني أو اختاري نفسك.

والتمليك، جعل إنشاء الطلاق حقاً لغيره راجحاً في الثلاث. ومن صيغته: جعلت أمرك أو طلاقك بيدك.

قال بعضهم: والفرق بين التخيير والتمليك أمر عرفي لا دخل للغة فيه. فقولهم في المشهور من المذهب الآتي: إن للزوج البقاء على العصمة والذهاب لمناكرة المملّكة دون المخيرة، إنما نشأ من العرف. وعلى هذا ينعكس الحكم بانعكاس العرف. وقال القرافي ما حاصله: إن مالكا رضي الله عنه بنى ذلك على عادة كانت في زمانه أوجبت نقل اللفظ عن مسماه اللغوي إلى هذا المفهوم، فصار صريحاً في الطلاق، أي وليس من الكنايات كما قاله الأئمة الثلاثة، قال: وهذا هو الذي يتجه، وهو سرّ الفرق بين التخيير والتمليك. غير أنه يلزم عليه بطلان هذا الحكم اليوم ووجوب الرجوع إلى اللغة، ويكون كناية محضة كما قاله الأئمة الثلاثة، لأنّ العرف قد تغير حتى لم يصر أحد يستعمل هذا اللفظ إلا في غاية الندور. والقاعدة: أنّ اللفظ متى كان الحكم فيه مستنداً لحكم عادي بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك العادة وتغير إلى حكم آخر.

قال الشيخ الصاوي تعليقاً على قول القرافي: «ووجوب الرجوع إلى اللغة» إن لم يحدث عرف قولي، وإلا عمل على العرف الحادث، لتقديم العرف القولي على اللغة.

فلو كان العرف في خيرتك كملكك، في كونه راجحاً في الثلاث، لا صريحاً، كان حكم الصيغتين واحداً في المناكرة، وإن كان بالعكس عمل به، فإن كان كل منهما مهجوراً غير مفهوم المعنى كان من الكنايات الخفية، وهو معنى قوله: ويكون كناية محضة، فتأمل⁽¹⁾.

الأحكام المتعلقة بأنواع التفويض:

يجوز للزوج تفويض الطلاق لزوجته أو لغيرها، تفويض توكيل أو تمليك أو تخيير. وقد استدك البعض على مشروعية التخيير بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ قُلُوبٌ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْتُ أُمَتِّعُكَ وَأُسْرِخُكَ سَرَأً جَمِيلاً ﴿٢٨﴾ وَإِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْدارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيماً ﴿٢٩﴾﴾ [الأحزاب: 28 - 29].

فقد ذكر القرطبي أن الصحيح أن النبي ﷺ أمر أن يخير أزواجه رضي الله عنهن بين البقاء على الزوجية أو الطلاق. وذكر أنه قول عائشة رضي الله عنها لما روي عنها أنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئاً⁽²⁾. وذكر أنه لم يثبت عن النبي ﷺ إلا التخيير بين البقاء والطلاق بدليل قوله ﷺ لعائشة: «إني ذاك لك أمراً فلا عليك أن تستعجلي حتى تستأمري أبويك» وذلك حين أمره الله تعالى أن يخير نساءه⁽³⁾.

ووجه الاستدلال منه أن المعلوم منه ﷺ لم يرد أن تستامر عائشة أبويها في اختيار الدنيا وزينتها على الآخرة، لأنه ﷺ لم يكن ليقرها على هذا الاستمرار، فضلاً عن أن يأمرها به، فثبت أن الاستمرار إنما وقع في الفرقة والطلاق⁽⁴⁾.

وعند البعض الآخر أن هذه الآية لا علاقة لها بالتخيير والتمليك اللذين هما من تفويض الطلاق إلى الزوجة، وإنما هي في تخيير المرأة بين شيئين يكون اختيار أحدهما داعياً زوجها لأن يطلقها إن أراد ذلك. وهذان الأمران اللذان جاءت الآية بتخيير زوجات النبي ﷺ فيهما إما أن يخترن الله ورسوله والدار الآخرة، فيمسكهن؛ أو يخترن الحياة الدنيا، فيمتعن ويطلقهن، وليس فيه تمليكهن الطلاق، ولا جعل الأمر إليهن في الفراق. وبهذا قال القاضي ابن رشد الجد⁽⁵⁾ وابن العربي⁽⁶⁾ وابن عاشور⁽⁷⁾. فهو مثل قول الرجل لزوجته: إن كنت راضية بالمقام معي على ما أنت عليه فأبقي، وإن كنت لا ترضين بذلك فأعلميني أطلقك، إلا أن ابن رشد جعل تخيير النبي ﷺ زوجاته بما خيهرن

(1) وعليه فإن ما سيأتي من بعض أحكام التفويض يجب رده إلى هذا.

(2) أخرجه البخاري في الطلاق، باب من خير نساءه؛ ومسلم في الطلاق، باب أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية.

(3) أخرجه البخاري في التفسير، باب ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ قُلُوبٌ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾.

(4) أحكام القرطبي 170/14. (5) المقدمات 586/1.

(6) القبس 732/2. (7) التحرير والتنوير 316/21.

فيه يشبه التخيير في وجوب الطلاق للمختيرة باختيارها نفسها، لأن إخبار النبي ﷺ بذلك زوجاته لا خلاف فيه، لأن الله تعالى أمره به. ولو كان من غيره لما أشبه التخيير الذي يوجب الطلاق، لأنه إنما يكون منه عدة بالطلاق لا غير⁽¹⁾.

والفرق بين التخيير يجوز مع كونه يقع ثلاثاً في المدخول بها كما يأتي، وبين إيقاع الطلاق ثلاثاً جميعاً غير جائز، أن التخيير ليس بإيقاع طلاق، وإنما هو تملك الزوجة إياه، وإنما منع هو من إيقاعه⁽²⁾.

ودليل مشروعية التملك قضاء الصحابة بما يلزم فيه. فقد روي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن إني جعلت أمر امرأتي في يدها، فطلقت نفسها، فماذا ترى؟ فقال عبد الله بن عمر: أراه كما قالت. فقال الرجل: لا تفعل يا أبا عبد الرحمن. فقال ابن عمر: أنا أفعل، أنت الذي فعلته⁽³⁾.

وإذا وكل الزوج غيره في إنشاء الطلاق، نحو قوله للزوجة: وكلتك في طلاقك، أو جعلته لك توكيلاً، أو فوضته لك توكيلاً؛ فإن للزوج عزل وكيله من زوجة أو غيرها قبل إيقاع الموكل الطلاق، إلا إذا تعلق حقها بذلك، فليس له العزل. كما لو شرط لها أنه إن تزوج عليها فقد فوض لها أمرها أو أمر الداخلة عليها توكيلاً، لأن الحق، وهو رفع الضرر عنها، قد تعلق لها فليس له عزلها عنه.

وإن ملك أو خير فليس له عزلها، لأنه في التملك والتخيير قد جعل لها ما كان يملكه ملكاً لها، بخلاف التوكيل، فإنه جعلها نائبة عنه في إيقاعه.

ويحال بين الزوجين وجوباً في التملك والتخيير والتوكيل إن تعلق بالتوكيل حق لها، فلا يقربها.

وتوقف المملكة أو المختيرة أو من تعلق لها حق، بأن يوقفها الحاكم أو من يقوم مقامه، متى علم، حتى تجيب بما يقتضي رداً أو أخذاً بما يأتي بيانه؛ وإلا لزم الاستمتاع بعصمة مشكوكة، بخلاف الموكلة فلا يحال بينهما لقدرة الزوج على عزلها، فلو استمتع بها لكان ذلك منه عزلاً لها.

ولا نفقة للزوجة زمن الحيلولة، لأن المانع من قبلها. وإن مات أحدهما زمنها قبل الإجابة فإنهما يتوارثان.

ومحل الحيلولة والإيقاف وقت العلم إن لم يعلق التخيير أو التملك على أمر، كقدوم زيد، فإن علقه فلا حيلولة حتى يحصل المعلق عليه.

فإن أجابت بشيء عمل به. ودليل لزوم ما قضت به الزوجة من التملك⁽⁴⁾:

(1) المقدمات 1/586.

(2) المتقى 4/58.

(3) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما يبين من التملك.

(4) المتقى 4/18.

أ - عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ما قضت إلا أن ينكر عليها، فيقول: لم أرد إلا واحدة، فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها⁽¹⁾.

ب - أن لفظ التملك يقتضي ذلك، لأن ظاهره تملك نفسها، وذلك لا يكون إلا بالطلاق، فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها.

وإن لم تجب أسقط الحاكم أو من يقوم مقامه ما جعله الزوج لها، ولا يمهلها، ولو رضي الزوج بالإمهال، وذلك لحق الله تعالى، لما في الإمهال من البقاء على عصمة مشكوكة.

وإذا أجابت المملكة أو المخيرة، فإنه يعمل بجوابها الصريح في اختيار الطلاق أو رده، كأن تقول: طلقت نفسي، أو أنا طالق منك أو بائن أو حرام، أو اخترت نفسي، أو لست لك بزوجة، أو نحو ذلك من الكنايات الظاهرة. وكأن تقول في رد الطلاق: اخترتك زوجاً، ورددت لك ما ملكتني.

وإذا اختارت المخيرة أو المملكة زوجها فليس ذلك بطلاق، والدليل⁽²⁾:

أ - قول عائشة رضي الله عنها: خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلم يعد ذلك علينا شيئاً⁽³⁾.

ب - عن عبد الرحمن بن القاسم عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين أنها خطبت على عبد الرحمن بن أبي بكر قريية بنت أمية، فزوجوه. ثم إنهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا: ما زوجنا إلا عائشة، فأرسلت عائشة إلى عبد الرحمن، فذكرت له؛ فجعل أمر قريية بيدها، فاخترت زوجها، فلم يكن ذلك طلاقاً⁽⁴⁾.

أي إن قريية، وهي المملكة أمر نفسها، اخترت زوجها، فلم يحكم بالطلاق عليها من كان يفتي في ذلك الوقت، ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كعائشة رضي الله عنها وغيرها⁽⁵⁾.

ج - عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها، فترد ذلك إليه ولا تقضي فيه شيئاً، فقالا: ليس ذلك بطلاق⁽⁶⁾.

د - أن ذلك قول عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس وعائشة.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما لا يبين من التملك.

(2) الإشراف 754/2؛ والمنتقى 58/4؛ وبداية المجتهد 85/2؛ وأحكام القرطبي 171/14؛ وعارضة الأحوذى 138/5؛ والمعونة 880/2.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما لا يبين من التملك.

(5) المنتقى 24/4.

(6) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما لا يبين من التملك.

هـ - أن ظاهر اختيارها لزوجها اختيار الإقامة معه، لأنه إذا كان اختيارها نفسها فراقاً، كان اختيارها له بقاء على الزوجية.

و - إلحاق التخيير بالتعليق بصفة. ذلك أن المخير زوجته علق طلاقها بصفة، وهو أن تختاره أو يملكها الطلاق فتوقعه، فإذا لم توقع الطلاق وجب أن لا يقع؛ أصل ذلك أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو يوكل أجنبياً على الطلاق فلا يوقعه.

ويعمل بجوابها بكلام؛ كما تقدم أو بفعل، كتمكينها من نفسها طائفة لا مكرهة، عالمة بالتمليك أو التخيير، وإن لم يطق الزوج بالفعل، لا إن كانت غير عالمة بما جعله لها.

وأما جهل الحكم بأن لم تعلم أن التمكين مسقط لحقها فلا ينفعها.

ومثلها الأجنبي. فلو ملك الزوج أو خير أجنبياً، فقال للأجنبي: شأنك بها، أو خلّى بينه وبينها طائفاً، فرد. ودليل جواز تمليك الزوج أمر زوجته بيد أجنبي، وأن الأجنبي إذا ردّ التمليك لا يعدّ طلاقاً⁽¹⁾.

- عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي ﷺ زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به، ومثلي يفتات عليه، فكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن. فقال عبد الرحمن: ما كنت لأردّ أمراً قضيتيه، فقرت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقاً⁽²⁾.

ويسقط أيضاً ما جعله الزوج لها من التخيير والتمليك بمضي زمن التخيير أو التمليك، كما لو قال لها: خيرتك في هذا اليوم أو نصف هذا اليوم، أو أكثر، أو أقل، فانقضى الزمن، فلا كلام لها. وهذا إذا لم توقف، وإلا فإما أن تجيب ولا تمهل، وإما أن يسقطه الحاكم كما تقدم.

وعلى هذا فإن التخيير والتمليك لا يسقطان بالافتراق من المجلس إذا لم تقض الزوجة بشيء. ودليل ذلك ما تقدم من قول النبي ﷺ لعائشة: «إني ذاكرك أمراً فلا عليك أن تستعجلي حتى تستأمري أبويك». ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم يجعل قيامها من المجلس خروجاً من الأمر وسقوطاً للتخيير⁽³⁾.

فإن أجابت المفوضة بجواب مجمل يحتمل الطلاق ويحتمل الردّ لما جعله لها، بأن قالت: قبلت، أو قبلت أمري أو ما ملكتني، فإنه محتمل لقبول الطلاق وقبول رده؛ قيل

(1) المنتقى 22/4.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما لا يبين من التمليك.

(3) المقدمات 588/1؛ وأحكام القرطبي 172/14.

لها: أفصحي عما أردت بهذا اللفظ. فإن فسرت بشيء قبل تفسيرها برداً أو طلاق، أو إبقاء لما هي عليه من التمليك أو التخيير فيحال بينهما وتوقف حتى تجيب بصريح، وإلا أسقطه الحاكم.

وللزواج المخير أو المملك زوجته منكرة زوجته المخيرة إذا لم يدخل بها. فإن دخل بها لزم ما أوقعته من الثلاث، وليس له مناكرتها، لأن القصد من التخيير البينونة، وهي لا تبين بعد الدخول في غير خلع إلا بالثلاث، والدليل على أن التخيير يوجب الثلاث:

أ - أن الزوج إذا خير زوجته فإنما خيرها في أن تقيم معه في العصمة أو تخرج عنها، فإذا اختارت نفسها، فذلك يقتضي إزالة ملك الزوج منها، وأن لا يكون له عليها سبيل، وأنها ملكت نفسها، ولا تملك نفسها وتخرج عن العصمة إلا بالثلاث⁽¹⁾.

ب - إنه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه⁽²⁾.

وأما غير المدخول بها فإنها تبين منه وتخرج عن عصمته بما دون الثلاث⁽³⁾، ولذلك لم يمكن من المناكرة⁽⁴⁾.

وللزواج منكرة المملكة أيضاً، لكن مطلقاً، أي دخل بها أم لا.

والمناكرة عدم رضا الزوج بما أوقعته الزوجة من الطلاق.

ومحل المناكرة في المملكة مطلقاً والمخيرة غير المدخول بها، أن تزيد على الواحدة، بأن توقع اثنتين أو ثلاثاً، فله أن يقول: إنما قصدت واحدة فقط بتخييري أو تمليكي. ودليل مشروعية المناكرة⁽⁵⁾:

- عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: إذا ملك الرجل امرأته أمرها، فالقضاء ما قضت إلا أن ينكر عليها، فيقول: لم أرد إلا واحدة، فيحلف على ذلك، ويكون أملك بها ما كانت في عدتها⁽⁶⁾.

وأما إن أوقعت واحدة فقط فليس له منكرة بحيث يقول: لم أرد شيئاً، لأن لفظه ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها⁽⁷⁾.

ويشترط للمناكرة ما يلي:

1 - أن ينوي عند التفويض ما ناك فيه من واحدة أو اثنتين. وإنما شرط هذا الشرط

(1) الإشراف 754/2؛ والمنتقى 58/4؛ والمقدمات 587/1؛ وأحكام القرطبي 171/14؛ وبداية المجتهد 84/2؛ والعارض 140/5؛ والمعلم 198/2.

(2) أحكام القرطبي 171/14. (3) المقدمات 588/1.

(4) المعلم 198/2. (5) المنتقى 18/4.

(6) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما يبين من التمليك.

(7) بداية المجتهد 84/2.

لأن ظاهر تملكه يوجب أنه ملكها جميع ما بيده؛ وإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون ذلك في الحال. وإنما قبلت دعواه لأن الطلاق بيده، فلا يخرج عنه إلا ما أقر أنه أراد تملكها إياه⁽¹⁾.

فإن لم ينو شيئاً فلا منكرة له.

2 - أن يبادر بالإنكار عقب إيقاعها الزائد، وإلا بطل حقه. ووجه هذا الشرط أن إمساكه دلالة على رضاه بما قضت واعتراف منه، لأنه لو كان بخلاف ذلك لبادر بالإنكار ولم يتوقف⁽²⁾.

3 - أن يحلف على دعواه، بأن يقول: ما أردت بتفويضي إلا واحدة، ومحلّ تعجيل يمينه وقت المناكرة إن دخل بالمرأة، ليحكم الآن بالرجعة وتثبت أحكام الرجعة من نفقة وغيرها. ودليل هذا الشرط ما جاء في قول ابن عمر المتقدم: فيحلف على ذلك، ويكون أملك بها ما كانت في عدتها.

فإن نكل لزم ما أوقعته، ولا تردّ عليها اليمين، فإن لم يدخل فلا يمين عليه الآن، بل عند إرادة ارتجاعها لا قبله، إذ من حجته أن يقول: هب أتني لا أتزوج بها فلأني شيء أحلف.

4 - أن لا يكرّر حال التفويض قوله: أمرها بيدها. فإن كرّره فلا منكرة له فيما زاد على الواحدة، لأن التكرير يقتضي إرادة التكرير، إلا أن ينوي بتكريره التأكيد، فله المناكرة. وهذا كتكريرها هي، حيث ملكها قبل البناء، فقالت: طلقت نفسي، وكرّرت نسقاً، فإنه يلزمه ما كرّرت، إلا لنية التأكيد. وكذا بعد البناء ولو لم يكن نسقاً، لأنه رجعي فيلحق فيه الطلاق ما دامت العدة.

5 - أن لا يشترط التفويض لها في حال عقد نكاحها. فإن اشترط فيه فلا منكرة له فيما زاد على الواحدة.

تقييد الزوج في التخيير والتمليك:

إذا قيّد الزوج في تخييره أو تملكه بشيء من العدد، واحدة أو أكثر، لم تقض الزوجة إلا بما قيّد به، وليس لها الزيادة ولا النقصان عمّا جعله لها. فإن زادت على ما عينه لها لزم ما قيّد به، وله ردّ الزائد. وإن نقصت عنه بأن جعل لها ثلاثاً أو اثنتين فقضت بواحدة بطل ما قضت به فقط في التخيير، مع استمرار ما جعله لها بيدها. وأما في التملك فيصح، بأن قال لها: ملكتك طلقتين فقضت بواحدة، وذلك لأنه ملكها العدد فما دونه⁽³⁾. وتقع الواحدة في التملك رجعية، والدليل⁽⁴⁾:

(2) المعونة 2/879.

(1) المعونة 2/879.

(3) المعلم 2/198.

(4) الإشراف 2/755؛ والمتقى 4/19؛ وبداية المجتهد 2/85.

- أ - أن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي، وهو طلاق السنة.
- ب - أن الزوج ملك زوجته إيقاع الطلاق على الحد الذي كان هو يملكه، فلما كان لو أوقع الواحدة لوقعت رجعية، فكذاك إيقاعها بالتمليك.
- ج - قول ابن عمر المتقدم: ويكون أملك بها ما كانت في عدتها.
- د - ما روي عن زيد بن ثابت أنه قال لمحمد بن عتيق وكان ملك زوجته أمرها ففارقته: ارتجعها إن شئت، فإنما هي واحدة وأنت أملك بها⁽¹⁾.
- وقول زيد هنا محمول على أن الزوج ملكها طليقة واحدة، أو أنها طلقت نفسها طليقة واحدة.
- والفرق بين التخيير والتمليك، أن التخيير يقتضي قطع العصمة، والتمليك لا يقتضي ذلك.

إطلاق الزوج في التخيير والتمليك:

إذا أطلق الزوج في التخيير أو التملك بأن قال لزوجته: اختاري نفسك، أو ملكتك طلاقك أو ملكتك أمر نفسك، فقضت بدون الثلاث، واحدة أو اثنتين، بطل التخيير من أصله، لأنها خرجت عما خيرا فيه بالكلية، لأنه أراد أن تبين، وأرادت هي أن تبقى في عصمته، وهذا في المدخول بها. وأما في غير المدخول بها فيلزم، وذلك كالمملكة مطلقاً.

وهذا إذا أفصحت بما دون الثلاث. فإن لم تفصح عن عدد الطلاق بأن قالت: طلقت نفسي أو اخترت نفسي، سئلت عما أرادت من العدد. فإن قالت: أردت الثلاث لزم الثلاث في التخيير بالمدخول بها، لأن الأصل في التخيير الثلاث، وناكر في غير المدخول بها، كالتمليك مطلقاً، له المناكرة فيه على ما تقدم.

وإن قالت: أردت واحدة بطل التخيير في المدخول بها، ولزمت الواحدة في التملك وفي تخيير غير المدخول بها.

وإن قالت: لم أرد شيئاً من العدد حمل على الثلاث في الجميع على الأرجح، وله منكرة المملكة أو غير المدخول بها، وهو مذهب ابن القاسم.

شرط تفويض غير الزوجة:

يشترط لتفويض غير الزوجة، سواء كان ذكراً أو أنثى، ولو ذمياً ليس من شرعه طلاق، أن يكون حاضراً بالبلد، أو قريب الغيبة كاليومين، لا أكثر، ليرسل إليه إما أن يحضر وإما أن يعلمنا - بيينة - بما أراد.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما يجب فيه تغطية واحدة من التملك.

فإن لم يكن حاضراً ولا قريب الغيبة فإن التفويض ينتقل إلى الزوجة، ويجري فيه ما تقدم.

وعلى المفوض له النظر في أمر الزوجة، فلا يفعل إلا ما فيه المصلحة، وإلا نظر الحاكم.

ويصير المفوض له كالزوجة في التخيير والتمليك والتوكيل، فيجري فيه جميع ما تقدم فيها من حيلولة وإيقاف ومناكرة وغير ذلك.

وإذا فوض الزوج لأكثر من واحد، كأن يفوض طلاقها لاثنين فأكثر، لم تطلق عليه إلا بأجماعهما، لأنهما بمنزلة الوكيل الواحد، كالوكيل في البيع والشراء. فإن أذن له أحدهما في وطئها زال ما بيدهما جميعاً. وإن مات أحدهما أو غاب فليس للآخر كلام لانعدام المجموع بانعدام بعض أجزائه؛ إلا أن يقول لهما: مجتمعين أو متفرقين جعلت لكل منكما أو فوضت لكل منكما طلاقها، فلكل الاستقلال.

وإن قال الزوج: أعلمها بأني طلقها، فالطلاق لازم وإن لم يعلمها. ويسمى رسالة في العرف العام.

ولو قال: طلقها، احتمل الرسالة والتمليك والتوكيل. فعلى الرسالة يلزم وإن لم يبلغها. وعلى التمليك لا يلزم ولا يقع إلا بهما. وعلى التوكيل يلزم بتبليغ أحدهما، وله عزله، وهي أقوال ثلاثة، والمشهور أنها رسالة، فيلزم الطلاق بمجرد الإخبار.

ميراث المطلقة في المرض المخوف وميراث زوجها منها:

ترث المطلقة في المرض المخوف إن مات مطلقها من ذلك المرض، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وسواء مات في عدتها أو مات بعد خروجها من العدة، ولو تزوجت بغيره. ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه، ولو كانت هي مريضة أيضاً مرضاً مخوفاً، وذلك في الطلاق البائن أو الرجعي إذا انقضت عدتها منه.

وحكم توريث المطلقة من زوجها الذي طلقها في مرضه المخوف ولو كان الطلاق بائناً أو رجعياً انقضت عدتها؛ يشمل أيضاً المخالعة والملاعنة والمولى منها والمخيرة والمملكة، ودليل ذلك⁽¹⁾:

أ - إجماع الصحابة رضي الله عنهم، لأنه مذهب عمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب وابن الزبير، ولا مخالف لهم من الصحابة.

ب - القياس على حرمان قاتل العمد من الميراث بجامع التوصل إلى الغرض الفاسد، معاملة له بنقيض مقصوده. والغرض الفاسد في القتل استعجال الميراث، وفي

(1) الإشراف 2/750، 751؛ والمنتقى 4/85؛ ومفتاح الوصول ص121؛ وبداية المجتهد 2/95؛ والنظر الفسيح ص275؛ وعدة البروق ص282.

الطلاق ونحوه إخراج وارث من حيث لا يجوز التوصل إلى إخراج.

ج - سدّ الذرائع، لأنّ المريض يتهم على حرمان زوجته من الميراث. وهذا الدليل يعود إلى القياس المتقدم، لأن أصل سدّ الذرائع هنا مأخوذ من دليل حرمان القاتل العمد من الميراث.

د - أنّ المريض مرض الموت محجور عليه التصرف في غير الثلث من أجل ورثته، فلم يملك أن يخرجهم من الميراث.

هـ - توريث عثمان رضي الله عنه امرأة عبد الرحمن بن عوف، وقد سألت زوجها الطلاق. وهذا يتعلق بالخلع والتخيير والتملك واللعان. كما أنّ سدّ الذرائع هو دليل هذه المسائل أيضاً، لأنّ الزوج قد يضيّق على زوجته حتى تسأله الخلع، فحسم الباب بتوريثها في المرض المخوف، ولأنّ التي سألت الطلاق هي مطلّقة في المرض المخوف قياساً على التي لم تسأل.

والمطلّقة ترث كما تقدم، ولو أحنثت زوجها في مرضه المخوف تعمّداً منها، كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلتها قاصدة حنثه، فترثه دونها. أي فلا يرثها في الطلاق البائن أو الرجعي إن ماتت بعد انقضاء العدة، ولو كان تعليقه الطلاق في الصحة. وميراثها له هو المشهور. ومقابله ما رواه علي بن زياد عن الإمام مالك من عدم إرثها لانتفاء التهمة.

والمطلّقة إذا كانت كتابية وأسلمت في مرض موته فإنها ترثه إن مات من مرضه دون أن يرثها إن ماتت قبله.

والمطلّقة ترث كما تقدّم، ولو تزوجت أزواجاً كثيرة بعده. وترث كلّ من طلقها منهم في مرض موته. ودليل استحقاقها ميراث أكثر من زوج واحد، أنّها ترث بسبب العصمة. ولا يعتبر الطلاق الواقع في المرض مانعاً من تأثير السبب في الميراث. فحقها في الميراث ثابت بموجب عصمة سابقة. وإذا كان إثبات الميراث للمبتوتة في المرض بناء على تهمته بأنّه طلقها ليحرّمها من الميراث فعومل بنقيض مقصده بعلة المظنّة؛ فإذا كان كذلك لم يكن تعدد ميراثها من الأزواج ناقضاً لعلة حكم الميراث. والحاصل أن الطلاق في المرض يرفع حكم العصمة بالنسبة لإباحة الزوج بثان، ولا يرفع حكم العصمة في كونها سبباً للميراث⁽¹⁾.

وإذا أقرّ الزوج في المرض المخوف أنّه كان طلق زوجته سابقاً، أي وهو صحيح قبل مرضه هذا؛ فإنّه كإنشائه الطلاق في المرض في أنّها ترثه إن مات من ذلك المرض ولو انقضت عدّتها على دعواه ولو ماتت قبله؛ ولا يرثها إن كان طلاقاً بائناً على دعواه أو

رجعياً وخرجت من العدة على دعواه. وإلا بأن ماتت قبل انقضاء عدتها، فإنه يرثها ولا عبءة لإسناده الطلاق لزمن صحته. وتكون العدة في مسألة الإقرار هذه ابتداءها من وقت الإقرار بالطلاق لا من اليوم الذي أسند الزوج إليه الطلاق. وهذا إذا لم تشهد بيّنة بمقتضى إقراره، وإلا عمل بالبيّنة وتكون العدة من يوم أرختها البيّنة، ولا إرث لها إذا انقضت العدة على مقتضى ما أرخته، أو كان بائناً.

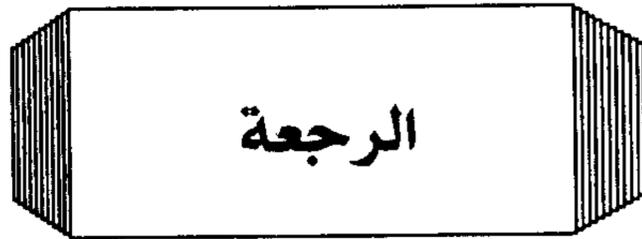
وينقطع إرث المطلقة في المرض المخوف من المريض إذا صحّ من ذلك المرض بيّنة ظاهرة، ومات بعد انقضاء العدة في الرجعي، أو كان الطلاق بائناً وإن لم تنقض العدة. ووجه عدم إرث المطلقة إذا صحّ المطلق، أن المريض إذا صحّ فقد زال عنه الحجر، وصار كمن طلق في الصحة ثم مرض فمات. ولأنّ المرض الذي لا يتصل بالموت جار مجرى الصحة، يدلّ عليه أن ما تصرف فيه ممّا كان موقوفاً على الثلث ينفذ مع الصحة، فكان كالمطلق في الصحة، فيمرض ثم يموت في العدة، فلا ترث⁽¹⁾.

ميراث المخيرة والمملّكة في المرض المخوف:

إذا اختارت المخيرة أو المملّكة نفسها في مرض الموت، بأن طلّقت نفسها طلاقاً بائناً فإنها ترثه إن مات الزوج في ذلك المرض، ولو خرجت من العدة وتزوجت أزواجاً. وهذا سواء كان التخيير أو التمليك وقع في الصحة أو المرض.

ولا يرثها الزوج إن ماتت هي في مرضه، ولو كان موتها قبل انقضاء عدتها. فإن طلّقت المخيرة أو المملّكة نفسها طلاقاً رجعياً فإنّ الزوج يرثها إذا لم تنقض العدة، وترثه هي مطلقاً.





تعريف الرجعة:

الرجعة لغة المرة من الرجوع .
 وشرعاً: إعادة الزوجة المطلقة طلاقاً غير بائن للعصمة بلا تجديد عقد . وعرفها ابن عرفة بأنها رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها⁽¹⁾ .

شرح التعريف الأول:

قوله: غير بائن، أي كون الطلاق بغير خلع أو بت أو بكونه قبل الدخول . فإن كان بائناً فلا رجعة . ويفهم من هذا أن عود البائن للعصمة لا يسمى رجعة، وهو كذلك، بل يسمى مراجعة لتوقف ذلك على رضا الزوجين، لأن المفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين .

قوله: للعصمة، أي لعصمة زوجها .

قوله: بلا تجديد عقد، أي بل بقول أو فعل أو نية، كما يأتي .

وقول ابن عرفة: أو الحاكم، إشارة إلى إدخال ما إذا طلق الزوج في الحيض وامتنع من الرجعة، فإن الحاكم يحكم عليه بها⁽²⁾ .

حكم الرجعة:

الأصل في الرجعة الجواز، وتعتبرها أحكام النكاح . ودليل مشروعيتها الرجعة⁽³⁾ :

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ بَعَدَ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾﴾ [الطلاق: 1] .

ووجه الاستدلال أن الأمر الذي لعل يحدثه هو ما يحدث في النفوس من الندم على الفرقة وإرادة الرجعة⁽⁴⁾ .

ب - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2] .

(1) شرح حدود ابن عرفة 1/ 287 .

(2) شرح حدود ابن عرفة 1/ 288 .

(3) المعونة 2/ 858 .

(4) المقدمات 1/ 543 .

ج - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيَنْ أَجْلِهِنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231].

ووجه الاستدلال من الآيتين ما جاء فيهما من تخيير المطلق بين إمساك مطلقته أو مفارقتها لدلالة «أو» على التخيير. والإمساك المذكور في الآيتين هو الرجعة. والأمر به أو بالفراق والتسريح للإباحة⁽¹⁾.

د - قوله تعالى: ﴿وَيُؤَلِّهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 229].

فقد جعلت الآية للزوج الحق في ارتجاع زوجته لعصمته، ولو لم ترض الزوجة بذلك⁽²⁾.

هـ - قوله ﷺ في حديث ابن عمر المتقدم: «مره فليراجعها».

و - الإجماع⁽³⁾.

وتعتري الرجعة من الأحكام النذب والحرمة. فأما النذب فدليلة مأخوذ من الآيات المذكورة آنفاً. فقد ذكر الشيخ ابن عاشور في شرحه للآية التي جعلت للزوج الحق برّد زوجته أنها ليست لمجرد تشريع المراجعة، بل هي جامعة لأمرين: حكم المراجعة وتحضيض المطلّقين على مراجعة المطلّقات. وذلك أنّ المتفارقين لا بد أن يكون لأحدهما أو لكليهما رغبة في الرجوع، فالله يعلم الرجال بأنهم أولى بأن يرغبوا في مراجعة النساء، وأن يصفحوا عن الأسباب التي أوجبت الطلاق، لأنّ الرجل هو مظنة البصيرة والاحتمال، والمرأة أهل الغضب والإباء. وقوله: ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ شرط قصد به الحث على إرادة الإصلاح وليس هو للتقييد⁽⁴⁾.

وذكر الشيخ ابن عاشور أنه ذكر التسريح مع الإمساك ليظهر معنى التخيير بين أمرين، وليتوسل بذلك إلى الإشارة إلى رغبة الشريعة في الإمساك، وذلك بتقديمه في الذكر، إذ لو لم يذكر الأمران لما تآتى التقديم المؤذن بالترغيب⁽⁵⁾.

وقال أيضاً: وتقديم الإمساك، أعني المراجعة على المفارقة، إيماء إلى أنه أرضى الله تعالى وأوفق بمقاصد الشريعة... ففهم أنّ المراجعة مندوب إليها، لأنّ أبغض الحلال إلى الله الطلاق⁽⁶⁾.

وأما الحرمة فدليلها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْدُوًّا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [البقرة: 231].

(1) المعونة 2/858؛ والمنتقى 4/111؛ وأحكام ابن العربي 4/1833؛ والتحرير والتنوير 28/308.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 50؛ وأحكام القرطبي 3/123.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 51؛ وبداية المجتهد 2/97.

(4) التحرير والتنوير 2/395.

(5) التحرير والتنوير 2/422.

(6) التحرير والتنوير 28/308.

ووجه الاستدلال أنّ الآية نهت عن أن يكون الإمساك لأجل الضرار بالزوجة، تأكيداً للأمر بالإمساك بالمعروف، إذ الضرار ضدّ المعروف. واستعمل لفظ الضرار بهذه الصيغة الذي يدلّ أصلها على وقوع الفعل من جانبين في معنى المبالغة في الضرر، تشبيهاً على من يقصده بأنه مفحش فيه. وحذرت الآية من يفعل ذلك بأنه إنما يظلم نفسه بتعريضها لعقاب الله في الآخرة، لأنّ المضارّة استهزاء بأحكام الله تعالى التي شرع فيها حق الرجعة رحمة بالناس، فحذرت المطلق من أن يجعلها هزواً. وآيات الله هي ما في القرآن من شرائع الرجعة... فالمخاطبون بهذه الآية محذرون أن يجعلوا حكم الله في العدة الذي قصد منه انتظار الندامة وتذكّر حسن المعاشرة لعلّهما يحملان المطلق على إمساك زوجته حرصاً على بقاء المودة والرحمة، فيغيروا ذلك ويجعلوه وسيلة إلى زيادة النكايّة وتفاقم الشرّ والعداوة⁽¹⁾.

عدد الطلاق الرجعي:

عدد الطلاق الذي جعل للزوج أن يراجع زوجته فيهما اثنان، فإذا أوقع طلاقاً ثالثاً بانت منه زوجته، وحرمت عليه إلا إذا نكحت زوجاً غيره بالشروط المذكورة في موانع النكاح. ودليل ما تقدّم⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]. ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: 230].

ووجه الاستدلال أنّ قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ مراد به الرجعي الذي سبق الكلام عليه قبل في قوله تعالى: ﴿وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: 228]. وسواء كان التعريف فيه للجنس المقصود منه بيان حقيقة الطلاق الشرعي، أو للعهد المستفاد ممّا سبقه. فيكون تقدير الكلام: الطلاق الرجعي مرتان. أي إن حق الزوج في إيقاع الطلاق الرجعي مرتان، وأمّا الطلقة الثالثة فليست برجعية. وقوله تعالى: ﴿مَرَّتَانٍ﴾ تشية مرّة؛ ويفيد أنّ الطلاق الرجعي شرع فيه حقّ التكرير إلى حدّ مرتين، مرّة عقب أخرى، لا غير.

والإمساك والتسريح المذكوران في الآية يعودان لكلّ مرّة من مرتي الطلاق. أي أنّ شأن الطلاق أن تكون كلّ مرّة منه معقبة بإرجاع بمعروف أو ترك بإحسان دون ضرار في كلتا الحالتين. والمعنى أنّ المطلق إن كان راغباً في امرأته فشأنه إمساكها أي مراجعتها، وإن لم يكن راغباً فيها فشأنه ترك مراجعتها فتسرح. فتبيّن أنّ الطلاق حدّ بمرتين قابلة

(1) التحرير والتنوير 2/424.

(2) التحرير والتنوير 2/404، 414؛ وانظر أحكام القرطبي 3/126، 127؛ وأحكام ابن العربي 1/189،

كلّ منهما للإمساك بعدها والتسريح بإحسان، توسعة على الناس ليرتؤوا بعد الطلاق ما يليق بحالهم وحال نساءهم، فلعلّهم تعرض لهم ندامة بعد ذوق الفراق، ويحسّوا ما قد يغفلون عن عواقبه حين إنشاء الطلاق عن غضب أو عن ملالة، كما قال تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

وأما قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾ الآية، فهو تفريع مرتّب على قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ الآية، فعلم من مجموع ذلك أنّ بعد المرّتين تخييراً بين المراجعة وعدمها، فرتب على تقدير المراجعة المعبر عنها بالإمساك قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ وهو يدل بطريق الاقتضاء على مقدّر، أي فإن راجعها فطلقها، لبيان حكم الطلقة الثالثة، وقد تهيأ السامع لتلقي هذا الحكم من قوله: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾، إذ علم أنّ ذلك بيان لآخر عدد في الرجعي، وأنّ ما بعده بتات، فذكر قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ زيادة في البيان وتمهيد لقوله: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ﴾ الآية. فالفاء إمّا عاطفة لجملة ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ على جملة ﴿فَإِمْسَاكُ﴾ باعتبار ما فيها من قوله: ﴿فَإِمْسَاكُ﴾ إن كان المراد من الإمساك المراجعة، ومن التسريح عدمها، أي فإن أمسك المطلق، أي راجع، ثم طلقها، فلا تحلّ له من بعد، وهذا هو الظاهر.

وإما أنّ الفاء فصيحة لبيان قوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ إن كان المراد من التسريح إحداث الطلاق. أي فإن ازداد بعد المراجعة فسرح، فلا تحلّ له من بعد. وإعادة هذا على هذا الوجه ليرتب عليه تحريم المراجعة إلّا بعد زوج، تصريحاً بما فهم من قوله: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾، ويكون التعبير بالطلاق هنا دون التسريح للبيان وللتفتن على الوجهين المتقدمين.

والآية بيان لنهاية حقّ المراجعة صراحة. وهي إبطال لما كانوا عليه في الجاهلية، وتشريع إسلامي جديد، فعن عروة أنّه قال: كان الرجل إذا طلق امرأته، ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدّتها، كان ذلك له، وإن طلقها ألف مرّة. فعمد رجل إلى امرأته فطلقها حتى إذا شارفت انقضاء عدّتها راجعها، ثم طلقها، ثم قال: والله لا أوويك إليّ ولا تحلين أبداً؛ فأنزل الله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ الآية، فاستقبل الناس الطلاق جديداً من يومئذ، من كان طلق منهم أو لم يطلق⁽¹⁾.

وحكمة تحديد الطلاق بثلاث مرّات هو مراعاة مصلحة المرأة برفع الضرّ عنها، إذ لو كانت الرجعة دائماً لعنتت وشقيت كما كانت في الجاهلية⁽²⁾.

شرط الزوج المرتجع:

يشترط في الزوج المرتجع أن يكون مكلفاً، أي بالغاً عاقلاً. والمكلف هو من فيه

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب جامع الطلاق. (2) بداية المجتهد 74/2.

أهلية الطلاق. فيخرج الصبي والمجنون. فالمجنون يرتجع له وليه أو الحاكم. والصبي لا يتأتى فيه رجعة، لأن طلاق وليه عنه بعوض أو بدون عوض يقع بائناً، لأن وطأه كلا وطء.

ويدخل في المكلف المحرم بحج أو عمرة، والمريض، والوصي والحاكم في السفية.

ووجه صحة رجعة المحرم، أن الرجعية باقية في العصمة ما لم تنقض العدة. فليس الارتجاع بعقد نكاح، وإنما هو إصلاح للثلم الذي أوجبه الطلاق فيها. كذا ذكر القاضي ابن رشد الجدل⁽¹⁾. وذكر ابن عبد السلام أنه على المعروف من المذهب أن الرجعية محرمة على مطلقها، ينبغي أن يعد الإحرام مانعاً، لأن الارتجاع سبب لاستباحة المرأة قياساً على النكاح، إلا أن يوجد إجماع فيرجع إليه⁽²⁾. لكن على تفسير ابن رشد من كون الارتجاع ليس بإنشاء نكاح والمطلقة باقية في العصمة ما لم تنقض العدة، يكون قياس ابن عبد السلام قياساً مع الفارق.

ووجه صحة رجعة المريض مرضاً مخوفاً، مع أن نكاحه غير صحيح، أن في النكاح إدخال وارث، وأما الارتجاع فليس فيه إدخال وارث ولا تغيير في الموارث، لأن الطلاق الرجعي لا يمنع من الميراث⁽³⁾.

شروط المرتجعة:

1 - أن تكون المطلقة غير بائن. أي مطلقة طلاقاً رجعياً لا بائناً. والطلاق البائن، كالطلاق الواقع ثالثاً بعد طلقتين، وطلاق الخلع، وطلاق اللعان، والطلاق قبل الدخول، وطلاق الحاكم ونحو ذلك. وانظر أدلة ذلك في أبوابها. وأدلة اشتراط عدم البينونة لصحة الرجعة تعود إلى أدلة مشروعية الرجعة، وأشتراط وقوعها في العدة، ويزيد عليها دليل الإجماع⁽⁴⁾.

2 - أن تكون في عدة نكاح صحيح. ودليل اشتراط وقوع الرجعة في العدة:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231].

ب - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 1، 2].

ووجه الاستدلال من الآيتين أن بلوغ الأجل المذكور فيهما معناه مقاربتة، لا البلوغ

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 55.

(1) البيان والتحصيل 355/5.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 55.

(4) المعونة 2/829؛ وبداية المجتهد 2/97؛ وأحكام القرطبي 3/120.

الحقيقي. أي قاربن انقضاء العدة؛ أي إن التخيير بين الإمساك والفراق محلّه قبل انقضاء العدة⁽¹⁾. كما أن إضافة الأجل إلى ضمير النساء المطلقات يعلم منه أنه أجل معهود بالمضاف إليه، وهو أجل الانتظار، وهو العدة⁽²⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 229].

ووجه الاستدلال أن الآية قيدت أحقية الزوج في رد زوجته بمدة العدة، كما نص عليه قوله تعالى: ﴿فِي ذَلِكَ﴾، والإشارة هنا لمدة التربص التي هي العدة المذكورة في أول الآية⁽³⁾.

ووجه جواز الرجعة في العدة وعدم جوازها بعد انقضاء العدة، أن العصمة بين الزوجين لا تنقطع في الرجعية، ألا ترى أن أسباب الزوجية كلها قائمة بينهما من النفقة والسكنى والموارثة، ما عدا الوطاء على قول. وارتفاع الوطاء عند من يقول به، هو التأثير الذي حصل في النكاح بإيقاع الطلاق. فإذا هو راجعها صلح ذلك الثلم برجعته وعادت إلى ما كانت عليه من عصمته⁽⁴⁾.

فلا تصح الرجعة إن خرجت المطلقة من العدة، ولا إن كانت العدة من نكاح فاسد يفسخ بعد الدخول، وسواء فسخ بعده أو طلق، فلا رجعة. وذلك كالخامسة والجمع بين الأختين، ولو ماتت الأولى أو طلقت، لعدم صحة النكاح.

3 - أن يطأ في النكاح الصحيح وطئاً حلالاً. وقد احترز بهذا الشرط عن نكاح صحيح وطئ فيه رطئاً حراماً، كالوطء في الحيض والوطء وهي محرمة بحج، فلا تصح الرجعة في العدة، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً.

طلاق الحاكم الذي فيه رجعة:

القاعدة أن كل طلاق يوقعه الحاكم فإنه يقع بائناً لا رجعة فيه إلا طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة فهو رجعي.

ما تقع به الرجعة:

تقع الرجعة بأحد أمور ثلاثة:

1 - قول صريح أو محتمل، مع نية، ولو لم يطقأ. ومثال الصريح: رجعت زوجتي، وارتجعت، وراجعتها، لعصمتي أو لنكاحي. ولفظ: «رددتها» لا يكون صريحاً إلا بذكر المتعلق الذي هو «لعصمتي» أو «لنكاحي».

ومثال المحتمل، وهو غير صريح: مسكتها وأمسكتها. إذ يحتمل أمسكتها تعذيباً،

(1) المقدمات 543/1؛ وأحكام ابن العربي 198/1.

(2) التحرير والتنوير 421/2. (3) التحرير والتنوير 395/2.

(4) المقدمات 545/1.

ويحتمل أمسكتها في عصمتي زوجة. فإذا أتى بهذا اللفظ المحتمل ونوى به الرجعة حصلت، لأن ورود لفظ الإمساك في القرآن الكريم دليل واضح على الاكتفاء بصيغته⁽¹⁾، أي دون ذكر متعلقه.

2 - فعل مع نية، كوطء ومقدماته، ودليل الاكتفاء بذلك ولو بدون قول:

أ - قوله تعالى: ﴿فَأَنسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231، الطلاق: 2].

ووجه الاستدلال أن الآية ظاهرة في القول والفعل، إذ الإمساك يكون بهما عادة وشرعاً⁽²⁾.

ب - القياس على الإيلاء، لأنها مدة تتعلق بقول الزوج، له رفعها من غير عقد، فوجب أن يصح رفعها بالوطء من غير قول كمدة الإيلاء⁽³⁾.

3 - نية فقط، والمراد بالنية حديث النفس، بأن يقول في نفسه: راجعتها. وأما مجرد القصد بأن يراجعها فلا يكون رجعة اتفاقاً.

واقتران النية مع قول أو فعل، فإن الرجعة تكون حقيقية، أي ظاهراً وباطناً. ودليل اشتراط النية:

أ - قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»⁽⁴⁾.

ب - القياس على عقد النكاح، لأنه معنى مبيح للوطء، فلا يصح إلا بنية⁽⁵⁾.

ج - أن الوطء محرّم فلا يستباح بنفسه، وإنما يستباح بغيره، وهو النية وحديث النفس بذلك⁽⁶⁾.

والنية بالمعنى المراد إذا كانت مجردة عن قول أو فعل تعتبر رجعة في الباطن فقط، يجوز الاستمتاع بالزوجة وتلزمه نفقتها. ولا تعتبر رجعة في الظاهر، أي عند الحاكم إذا رفع إليه ليمنع منها، فأدعى بعد العدة أنه كان راجعها بالنية، فلا يحكم بالرجعة لخفاء النية وعدم إمكان إثباتها، ولا يصدق في دعواه على الأظهر عند ابن رشد واللخمي.

وفي الموازية أنه لا رجعة بالنية فقط، وصححه ابن بشير.

وإن تجرد القول الصريح عن النية، ولو هزلاً، فتعتبر رجعة في الظاهر فقط. فيلزمه الحاكم بالنفقة وسائر الحقوق، ولا يحل له الاستمتاع بها فيما بينه وبين الله تعالى. ولا يحل له أيضاً أخذ شيء من ميراثها.

والفرق بين النكاح والرجعة حيث قالوا: إن النكاح يصح بالهزل ظاهراً وباطناً، والرجعة تصح ظاهراً لا باطناً؛ أن النكاح له صيغة من الطرفين، فكان الهزل فيه كالعدم.

(2) أحكام ابن العربي 4/1834.

(4) سبق تخريجه في هذا الجزء.

(6) المعلم 2/188.

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 56.

(3) المنتقى 4/111؛ والإشراف 2/758.

(5) الإشراف 2/758؛ والمنتقى 4/112.

ولما ضعف أمر الرجعة لكون صيغتها من جانب الزوج فقط أثر هزله فيها في الباطن .
وأما إن تجرد القول المحتمل عن النية فلا تصح الرجعة به لا في الظاهر ولا في
الباطن، كقوله: أعدت الحلّ، ورفعت التحريم. إذ يحتمل الأول: أعدته لي ولغيري،
ويحتمل الثاني: رفعت عني وعن غيري.

وكذا لا تصح الرجعة بفعل كوطء بلا نية، وأولى بغير الوطاء.
وهذا الوطاء الخالي عن نية الرجعة لا صداق فيه، لأنها زوجة ما دامت في العدة،
وإن كان وطؤها من غير نية رجعة حراماً، ويلحق به الولد، ولا حدّ فيه، ويستبرئها من
ذلك الوطاء إذا ارتجعها، ولا يرتجعها في زمن الاستبراء بالوطء بل بغيره.

ودليل عدم لزوم الصداق في هذا الوطاء الخالي عن نية أنه لو ارتجعها لم يكن عليه
مهر، فلا يكون الوطاء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة⁽¹⁾.
وقد ذكر أبو عمر بن عبد البرّ أن القول بأنّ الوطاء مراجعة على كلّ حال، نواها
أولم ينوها، مروى عن طائفة من أصحاب مالك⁽²⁾.

رجوع المطلقة لزوجها يكون على ما بقي من الطلاق:

إذا طلق الزوج زوجته طليقة أو طليقتين، ثم تركها حتى تحلّ، ثم نكحها بعقد،
فإنها تعود إليه على ما بقي له فيها من الطلاق، سواء تزوجت قبل أن ينكحها ثانية أولم
يتزوج والزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث. والدليل على ذلك⁽³⁾ ما روي عن عمر بن
الخطاب أنه قال: أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين، ثم يتركها حتى تحلّ
وتنكح زوجاً غيره، فيموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول فإنها تكون عنده
على ما بقي من طلاقها⁽⁴⁾.

وهو قول علي بن أبي طالب وأبي هريرة وأبي بن كعب وعمران بن حصين وزيد بن
ثابت ومعاذ بن جبل وعبد الله بن عمرو بن العاص.

وفي الردّ على من قال: إنّ الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث،
قال التلمساني المالكي⁽⁵⁾: إنّ نكاح الزوج الثاني غاية للتحريم اللازم عن الطلاق الثلاث،
لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، فلا يلزم من كونه غاية لشيء أن
يكون غاية لما دونه.

هذا وإنّ المطلقة الرجعية إذا راجعها زوجها في عدتها، فإنها تعود إليه على ما بقي
من الطلاق.

(1) المتقى 112/4؛ وأحكام القرطبي 120/3. (2) أحكام القرطبي 121/3.

(3) الإشراف 755/2؛ والمتقى 123/4؛ وأحكام القرطبي 152/3.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب جامع الطلاق.

(5) مفتاح الوصول ص 90.

شروط صحة الرجعة:

- 1 - ثبوت النكاح بشاهدين وثبوت الخلوة ولو بأمرأتين .
- لا تصح الرجعة إلا إذا ثبت النكاح بشاهدين، وثبتت الخلوة ولو بأمرأتين . فإن لم يعلم الدخول، بأن علم عدمه، أو لم يعلم شيء، فلا تصح الرجعة ولو تصادق الزوجان على الوطء قبل الطلاق . وأولى عدم الصحة إذا لم يتصادقا أو تصادقا بعده؛ إلا أن يظهر بالزوجة حمل لم ينفه الزوج بلعان، فله مراجعتها ما دامت حاملاً .
- وبناء على عدم تصديقهما في دعوى الوطء قبل الطلاق أو بعده، فإن كل واحد منهما يؤاخذ بمقتضى إقراره بالوطء قبل الطلاق أو بعده - فيما عدا الارتجاع -؛ فيلزمه النفقة والكسوة والسكنى ما دامت في العدة وتكميل الصداق، ويلزمها العدة وعدم حلها لغيرها، ولا يتزوج بأختها ولا بخامسة بالنسبة لها ما دامت في العدة . والحاصل أن من أقر منهما بالوطء أخذ بمقتضى إقراره، سواء صدقه الآخر أم لا .
- واشترط العلم بالدخول إنما هو بناء على أن من شرط صحة الرجعة وقوع الطلاق بعد الوطء للزوج . وإذا لم تعلم الخلوة فلا وطاء ولا رجعة ولو تصادق كل من الزوجين على الوطء قبل الطلاق، وأولى إذا تصادقا بعده . وإنما شرط في صحة الرجعة الوطء قبل الطلاق لأنه إذا لم يحصل وطاء كان الطلاق بائناً، فلو ارتجعها لأدى إلى ابتداء نكاح بلا عقد ولا ولي ولا صداق .
- وإذا ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه قد كان راجع زوجته في العدة من غير بيّنة ولا مصدق مما يأتي بيانه؛ فلا تصح الرجعة ولا يقبل قوله، ولا يمكن من المرأة، وقد بانت منه، ولو كانت الزوجة صدقته على ذلك؛ والموضوع أن الخلوة علمت بينهما . لكن يؤخذ بمقتضى دعواه، وهي أنها زوجة على الدوام، فيجب لها ما يجب للزوجة على ما تقدم ذكره، لأنها من حقوق الأدميين، فإنه إذا قيل بوجود النفقة لمدعية الطلاق على زوجها وهو منكر، فلأن تجب النفقة لهذه باتفاقهما على صحة الزوجية بينهما أولى⁽¹⁾ .
- وكذا تؤاخذ هي بمقتضى إقرارها إن صدقته، ولا يمكن واحد منهما من صاحبه، لأن الحق في ذلك لله تعالى، لأن إقرارها له بالمراجعة بعد العدة داعية إلى إجازة نكاح بلا صداق ولا ولي⁽²⁾ . فإن لم تصدقه فلا يجب لها عليه شيء، لأن لزوم ما يجب لها عليه إقراره مشروط بتصديقها، كما يأتي . فإن كذبت لم يؤاخذ بذلك لإقرارها بسقوط ذلك عنه . وأما زواج رابعة بدلها أو أختها - مثلاً - فلا يجوز ما دام مقراً وإن كذبت .
- ففي المسألة الأولى إذا لم تعلم بينهما خلوة، وتصادقا على الوطء قبل الطلاق . والمسألة الثانية ما إذا ادعى بعد العدة الرجعة فيها، يشترط في الأخذ بالإقرار فيهما . فإن رجعا أو أحدهما عن الإقرار سقطت مؤاخذاً الراجع .

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 54 .

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 54 .

وللزواج المقرّر بالرجعة جبر المصدّقة له أو جبر وليها، إن كانت غير رشيدة، في المسألتين، على الوطاء في الأولى، أو على الرجعة في الثانية؛ أي جبرهما على تجديد عقد بربع دينار أو ثلاثة دراهم أو بما هو مقوم بهما، لتعود له؛ لأنها باعتبار دعواهما في عصمته يلزمه نفقتها، ويلزمها عدم الزواج بغيره. وإتّما منع منها لحقّ الله تعالى في الظاهر.

2 - عدم إنكار الزوجة الوطاء.

لا تصحّ الرجعة إلا بشرط عدم إنكار الزوجة الوطاء. فإن أنكرته لم تصحّ الرجعة. وظاهر هذا الشرط سواء اختلى بها في زيارة أو خلوة اهتداء، وهو أحد أقوال ثلاثة، وهو المشهور.

شروط صحّة ادّعاء الزوج الرجعة بعد انقضاء العدة:

إذا ادّعى الزوج بعد انقضاء العدة أنّه راجع زوجته فيها، وأقام بيّنة بعد العدة تشهد أنّه أقرّ بالوطء أو التلذذ بها، وأدّعى أنّه كان نوى به الرجعة، فإنّه يصدّق في دعواه، وتصحّ رجعته؛ أو أقام بيّنة على معاينة تصرّفه في العدة بالدخول والخروج والإتيان بحاجة المنزل؛ أو أشهد على مبيته عند الزوجة في العدة؛ فإنّه يصدّق ويحكم له بصحّة الرجعة؛ والموضوع في كلّ من الإقرار والتصرّف والمبيت أنّ الخلوة بالزوجة قبل الطلاق قد علمت، ولو بأمرأتين.

وحيث كان تصحّ الرجعة بإقامة البيّنة على إقراره بالوطء في العدة مع دعواه أنّه نوى به الرجعة، فلو دخل على مطلّقة وبات عندها في العدة، ثم مات بعد العدة ولم يذكر أنّه ارتجعها، فلا تثبت بذلك الرجعة، ولا ترثه ولا يلزمها عدة وفاة.

وإذا قال الزوج لمطلّقتّه: ارتجعتك، يريد بذلك الإنشاء لا الإخبار، فقالت: قد انقضت العدة برؤيتي الحيضة الثالثة. أي فلم تصادف رجعتك محلاً، فإنّ رجعته تصحّ إن أقام بيّنة على ما يكذبها، بأن تشهد البيّنة أنّها قالت قبل ذلك بنحو يومين أو عشرة أيام أنّها لم تر إلا حيضة فقط، أو حيضتين، ولم يمض زمن يمكن فيه رؤية الثالثة.

والمطلوب في البيّنة أن تكون من الرجال لا من النساء، لأنّ شهادتها على إقرارها بعدم الحيض لا على رؤية الدم التي يكفي فيها النساء. فإن لم يقم بيّنة بذلك فالقول قولها لأنّها ادّعت ما يوافقها عليه العرف، وهي مؤتمنة على ذلك⁽¹⁾. أو أنّه لما راجعها سكتت زمناً طويلاً، كالיום أو بعضه، ثم قالت: كانت قد انقضت العدة قبل المراجعة، فلا يفيدها، وصحت الرجعة، ويعدّ ذلك منها ندماً، فأما لو بادرت لأفادها ولم تصحّ الرجعة، إذا لم تقم بيّنة بما يكذبها، كما تقدّم.

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 53.

ووجه عدم تصديقها إن سكتت زمناً طويلاً أنها بصمتها تكون قد صدقته، فثبتت له الرجعة، فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صحَّ له من الرجعة، قياساً على اليتيمة البكر إذا صممت في عقد النكاح يثبت عليها، فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا⁽¹⁾.

ولا تصحَّ الرجعة إذا أراد الزوج السفر، وكان علق طلاق زوجته على شيء، وخاف أن تفعله في غيبته، فقال لها: إن حثثيني في سفري فقد أرتجعتك. ولا يفيد هذا التعليق، لأن الرجعة تحتاج لنية بعد الطلاق.

وكذا لا تصحَّ الرجعة إذا قال: إن جاء الغد فقد ارتجعتك، فلا يفيد، لأن الرجعة ضرب من النكاح، فلا تكون لأجل، ولأن تعليق الرجعة بوقت يأتي محض وعد. والوعد في النكاح لا يجوز⁽²⁾، ولأنها تحتاج لمقارنة نية.

نعم إن وطئها في العدة بعد الغد معتمداً على تعليقه المتقدم صحت رجعته من حيث إنه فعل قارنه نية، لا بالتعليق المتقدم.

تصديق المعتدة في انتهاء العدة:

تصدق المعتدة في انقضاء العدة بلا يمين؛ وذلك ما أمكن الانقضاء، كثلاثين يوماً، ولو خالفت عاداتها، أو خالفها الزوج.

ويشمل هذا انقضاء العدة بالأقراء أو الوضع، فلا تصحَّ رجعتها، وقد حلت للأزواج.

ووجه تصديقها في مثل الشهر، جواز أن يطلقها أول ليلة من الشهر وهي طاهر فيأتيها الحيض، وينقطع قبل الفجر، ثم يأتيها ليلة السادس عشر، وينقطع قبل الفجر أيضاً، ثم يأتيها آخر يوم من الشهر بعد الغروب؛ لأن العبرة بالطهر في الأيام.

ودليل تصديقها بلا يمين في غالب ما يكون عليه انقضاء العدة وفي النادر، ولو في شهر؛ أن الله تعالى ائتمنها على ما في رحمها بقوله ﷻ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: 228]، فلولا أن قولها مقبول في ذلك لما كان لحرمة الكتمان فائدة، لأن إخبارها حينئذ عما في رحمها غير مقبول⁽³⁾. وقد ائتمنها الله تعالى على ذلك لأن العدة متعلقة بالحيض والأطهار، ولا يمكن الاطلاع عليهما إلا من جهتها فجعل القول قولها⁽⁴⁾.

ورأى بعض الشيوخ المتأخرين أن الكذب لما كثر في النساء سقطت أمانتهن

(1) المنتقى 4/113؛ وعدة البروق ص 291. (2) عدة البروق ص 291.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 51؛ والإشراف 2/801؛ والمنتقى 4/112.

(4) أحكام القرطبي 3/118.

كسقوط خبر المؤتمن عند ظهور كذبه أو قوة تهمة، فرأى أنها لا تصدق إذا أدعت أن عدتها انقضت في أقل من ثلاثة أشهر⁽¹⁾. وإلى ذلك ذهب ابن العربي فقال: وعادة النساء عندنا مرة واحدة في الشهر، وقد قلت الأديان في الذكران فكيف بالنسوان! فلا أرى أن تمكن المطلقة من الزواج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا يسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو آخره⁽²⁾.

وعلى القول بتصديقها المذكور في أول المسألة، فإنها تصدق في أنها رأت أول الدم من الحيضة الثالثة وأنه انقطع قبل استمراره المعتبر، وهو يوم أو بعض يوم، وأنها في عدتها لم تخرج. وقال ابن الحاجب: لا يفيد ذلك ولا تصدق، وقد حلت للأزواج، وتبعه الشيخ خليل. وقال ابن عرفة: المذهب كله على قبول قولها، أي خلافاً لابن الحاجب. ومشى الشيخ الدردير على ما ذكره ابن عرفة عن المذهب. ودليل قبول قولها، أنها كما هي مؤتمنة على وجوده أولاً فهي مؤتمنة أيضاً على تماديه وانقطاعه⁽³⁾.

ثم اختلفوا بعد أن قالوا بتصديقها فيما لو راجعها بعد قولها: قد انقطع، فعاودها الدم عن قرب قبل تمام طهر حتى لفتت عاداتها، هل هذه الرجعة فاسدة، لأنه قد تبين أنها حيضة ثالثة صحيحة وقعت فيها الرجعة، فتكون باطلة، وهو الصحيح؛ أو ليست بفاسدة بل صحيحة.

وعلى القول الصحيح، حمل بعضهم كلام ابن الحاجب و خليل. أي فقولهما: لا يفيد قولها قد انقطع، في صحة الرجعة، أي إنا وإن صدقناها فراجعها، فعاودها الدم حتى لفتت عاداتها، إلا أنه لا يفيد في صحة الرجعة، بل الرجعة فاسدة.

تكذيب المعتدة نفسها في انقضاء العدة:

إذا قالت المعتدة: كذبت في قولي قد انقضت عدتي، فلا يلتفت لتكذيبها نفسها. ولا تحل لمطلقها إلا بعقد جديد. ولا توارث بينهما. وهذا ولو صدقها النساء في تكذيبها نفسها بأن قلن: نظرنا حين قالت قد انقضت العدة بنزول الحيض أو الوضع، فلم نر بها أثر حيض ولا وضع، فلا يلتفت لذلك، وقد بان بقولها قد انقضت حيث أمكن الانقضاء. ووجه عدم تصديقها ثانية لأن قولها الأول تعلق به أحكام، ولأن تصديقها داعية إلى إجازة نكاح بغير صداق⁽⁴⁾.

عدم علم الزوجة بالرجعة حتى تزوجت⁽⁵⁾:

إذا طلق الزوج زوجته ثم راجعها في عدتها، ولم تعلم الزوجة بالرجعة حتى

(2) أحكام ابن العربي 1/187.
(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 52.

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 51.
(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 52.
(5) منح الجليل 4/189.

انقضت عدتها وتزوجت غيره، فحكمها حكم ذات الوليين، من فواتها على زوجها الأول بتلذذ الثاني بلا علم برجعة الأول. ولا تفوت بمجرد عقد الثاني، إلا أن يحضره الأول ساكتاً فتفوت به. والدليل على أنها تفوت بتلذذ الثاني بها ولا تفوت بعدم ذلك⁽¹⁾.

عن إبراهيم أن أبا كنف طلق امرأته، ثم خرج مسافراً وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة، ولا علم لها بذلك حتى زوجت. فسأل عمر عن ذلك. فقال: إن كان دخل بها فهي امرأته، وإلا فهي امرأتك⁽²⁾.

وهذه المسألة مبنية على أدلة مسألة ذات الوليين، وقد تقدمت.

وروي عن مالك أيضاً أنها تفوت ولو لم يدخل بها الثاني. والدليل⁽³⁾: ما روي أن عمر بن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها، ثم يراجعها، فلا تبلغها رجعتة وقد بلغها طلاقه إياها، فتزوجت أنها إن دخل بها زوجها الآخر أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها، إليها⁽⁴⁾.

ووجه الفوات أن العقد حصل من الثاني عليها بتقصير من الأول بكتم رجعتة والتفريط في إعلامها.

وقد قال ابن القاسم: إن الإمام رجع عن هذا القول قبل وفاته بعام، وقال بعدم الفوات قبل الدخول. وقال المدنيون من أصحابه: إنه لم يرجع عنه لأنه أثبتته في موطنه إلى يوم مات، وهو يقرأ عليه، وهو قول عمر بن الخطاب، ورواه عنه في الموطأ.

النفقة والكسوة والسكنى للرجعية:

الزوجة المطلقة طلاقاً رجعياً حكمها كالزوجة التي في العصمة في لزوم النفقة والكسوة والسكنى.

ما يلحق الرجعية من الطلاق ونحوه:

يلحق المطلقة طلاقاً رجعياً الطلاق والظهار والإبلاء واللعان، وأن مطلقها لا يجوز له أن يتزوج معها من يحرم جمعها ما دامت في العدة⁽⁵⁾.

التوارث في الطلاق الرجعي:

ترث الرجعية من زوجها ويرث منها ما دامت في العدة⁽⁶⁾.

(1) الإشراف 759/2؛ والمعونة 859/2؛ والمنتقى 94/4.

(2) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 313/6.

(3) الإشراف 759/2؛ والمنتقى 94/4؛ وبداية المجتهد 99/2؛ والقبس 755/2.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها.

(5) انظر شرح المواق على المختصر بهامش شرح الخطاب مواهب الجنيل 104/4.

(6) المصدر السابق.

الاستمتاع بالرجعية والخلوة بها والأكل معها:

يحرم على المطلق مع مطلقته طلاقاً رجعياً ما يلي:

- الاستمتاع ولو بالنظر لشعرها أو وجهها أو كفيها بلذة. أما نظره لوجهها وكفيها بدون لذة فجائز.

- الخلوة بها والسكنى معها وحدها. أما سكناه معها في دار جامعة له وللناس فهو جائز ولو كان أعزب.

- الأكل معها، ولو كان معها من يحفظها. وذلك لأن الأكل معها أدخل في الموائد، فمنع منه ذلك.

وذلك بلا نية مراجعتها بالأمر الثلاثة، فإن نوى رجعتها بأحد هذه الأمور جاز.

قال ابن عرفة: ومقتضى الروايات أن المطلقة الطلاق الرجعي محرمة في العدة حتى ترتجع. ودليل الحرمة فيما ذكر:

أ - قوله تعالى: ﴿وَيُؤَلِّهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: 228].

ووجه الاستدلال أن الرد لا يكون إلا لأمر ذهب. وما ذهب هو الزوجية وتحليل الوطاء⁽¹⁾.

ب - القياس على الخلع، لأنه طلاق يوجب التحريم⁽²⁾.

ج - القياس على الطلاق قبل الدخول⁽³⁾.

د - القياس على الكتابية بعد الدخول بها إذا أسلمت، لأنها جارية إلى البينونة فوجب أن تكون محرمة⁽⁴⁾.

هـ - أن الرجعية منحلة العصمة مختلة النكاح⁽⁵⁾.

و - عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة، زوج النبي ﷺ، وكان طريقه إلى المسجد، فكان يسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها⁽⁶⁾.

ونقل ابن بشير خلافاً لهذا القول، وهو أن المطلقة الرجعية على الإباحة حتى تنقضي العدة. والدليل هو ثبوت خواص الزوجية من النفقة والإرث وبقاء العقد⁽⁷⁾.

ادعاء المطلقة بعد سنة عدم انقضاء العدة وكان زوجها قد مات:

إذا مات زوج المطلقة طلاقاً رجعياً بعد سنة أو أكثر من طلاقها، فقالت: لم أحض

(1) المعلم 187/2؛ وأحكام ابن العربي 187/1؛ وأحكام القرطبي 123/3.

(2) الإشراف 757/2. (3) الإشراف 757/2.

(4) المقدمات 547/1؛ والإشراف 757/2. (5) عدة البروق ص 292.

(6) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه.

(7) المعلم 188/2؛ ومنح الجليل 190/4.

من يوم الطلاق إلى الآن أصلاً، أو لم أحض إلا واحدة أو اثنتين، ولم أدخل في الثالثة، فأنأ أرث، وهي غير مرضع وغير مريضة؛ فإنها لا ترث منه إلا إذا كانت تظهر عدم انقضاء العدة قبل موته، فتصدق وترث يمين إن ظهر للناس، لضعف التهمة حينئذ.
وإن مات الزوج بعد الطلاق في أقل من سنة، كالأربعة أشهر فأكثر، فإن المطلقة تحلف أنها لم تنقض عدتها، وذلك إن اتهمت، وإلا فلا يمين عليها.
فإن كانت مرضعاً أو مريضة صدقت بغير يمين، لأن شأن المرضع والمريضة عدم الحيض.

الإشهاد على الرجعة:

يندب للزوج أن يشهد على الرجعة، لدفع إيهام الزنا. ولا يجب الإشهاد، خلافاً لبعضهم. ودليل طلب الإشهاد في الرجعة:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2].

ووجه الاستدلال أن ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ يعني المراجعة. والأمر بالإشهاد راجع إلى الرجعة لا إلى الطلاق⁽¹⁾. أو أنه راجع إليهما⁽²⁾.

وأما دليل استحباب الرجعة دون وجوبها هو الجمع بين دلالة ظاهر الآية على الوجوب وبين القياس الذي يقتضي عدم الوجوب، ووجه القياس تشبيه هذا الحق بسائر الحقوق من الديون وغيرها، التي يقبضها الإنسان لا يجب الإشهاد عليها⁽³⁾.

ب - القياس على الإيلاء والظهار، لأنها حق من حقوق النكاح، فلم تفتقر إلى الإشهاد⁽⁴⁾.

ج - القياس على كفارة الظهار، لأنها رفع للتحريم تعلق بالبضع مع بقاء حكم العقد⁽⁵⁾.

د - القياس على سائر الحقوق، لأن الرجعة لا تفتقر إلى القبول فلم تفتقر إلى الإشهاد⁽⁶⁾. ولأنه حق للزوج بدليل أن له أن يراجعها بدون رضاها. ومن له حق فلا يلزمه الإشهاد على استيفائه كسائر الحقوق⁽⁷⁾.

(1) أحكام القرطبي 157/18. (2) المعلم 189/2.

(3) بداية المجتهد 98/2؛ والإشراف 758/2؛ وأحكام القرطبي 158/18.

(4) الإشراف 759/2.

(5) الإشراف 759/2؛ وأحكام ابن العربي 1835/4؛ وأحكام القرطبي 158/18.

(6) أحكام ابن العربي 1835/4؛ وأحكام القرطبي 158/18.

(7) الإشراف 758/2.

هـ - أن الإشهاد في الرجعة ليس بآكد من الإشهاد في عقد النكاح، وهو ليس بشرط فيه (1).

و - أن الرجعة تحصل بالوطء، وهو ما لا يمكن الإشهاد عليه (2).

وذهب ابن بكير إلى أن الإشهاد واجب للآية، والأمر فيها على الوجوب حتى يقترن به ما يدل على أنه ليس على الوجوب. ولم يقترن به ما يدل على ذلك كما اقترن في الأمر بالإشهاد في البيع، وذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُوتِيَ أَمْنَتَهُ وَليتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: 283] وعلى هذا فتارك الإشهاد آثم بخلاف الإشهاد على البيع (3).

ويندب للزوجة - على القول الأول - الامتناع من زوجها حتى يشهد على مراجعتها. وذلك دليل على كمال رشدتها.

والمعتبر في الإشهاد المندوب شهادة غير الولي، لأن شهادته وشهادة الوصي عدم لا تفيد ولا يحصل بها النذب لاتهمهم على ذلك. ولا فرق بين الولي المجبر وغير المجبر.

متعة المطلقة وحكمها:

المتعة هي ما يعطيه الزوج لمن طلقها، زيادة على الصداق، لجبر خاطرها المنكسر بآلم الفراق.

وكون المتعة لجبر خاطر المطلقة يقتضي أن النذب معلل بما ذكر. واعترض بأن المتعة قد تزيدها أسفاً على زوجها بتذكر حسن عشرته وكريم صحبته. ونقل الدسوقي أن الظاهر أنها غير معللة وأنها تعبد، وقول ابن القاسم: إن لم يمتعها حتى ماتت ورثت عنها يدل على أنها ليست للتسلي.

وتقدر المتعة بقدر حال الزوج من فقر وغنى بالمعروف، على الموسر قدره وعلى المقتر قدره، ودليل تقدير المتعة بقدر حال الزوج وإيكال ذلك إلى الاجتهاد (4):

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى التَّوَسُّعِ قَدْرُهُ وَعَلَى التَّقْدِيرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 236].

ب - أن المتعة غير واجبة.

وتشرع المتعة للمطلقة بعد الدخول، سواء سمي لها الصداق أولم يسم؛ وللمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها الصداق. ودليل مشروعية المتعة لهما:

أ - قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً

(1) المعونة 2/ 858. (2) الإشراف 2/ 759.

(3) مقدمات 1/ 548 - والبيان والتحصيل 5/ 418.

(4) المنتقى 4/ 89؛ والندخيرة 4/ 450؛ والتحرير والتنوير 2/ 462.

وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿١٣٦﴾ [البقرة: 236].

ووجه الاستدلال أن الآية نصت على طلب إمتاع المطلقة قبل المسيس، وقبل تسمية الصداق، أي فرضه. فقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ أمر بالمتاع لهن⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى بعد هذه الآية: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241].

وهذه الآية عامة في كل المطلقات، فالتعريف فيها للاستغراق، واللام للاستحقاق. فتكون هذه الآية قد زادت أحكاماً على الآية التي سبقتها⁽²⁾.

أي أن الآية تشمل كل المطلقات في استحقاق المتعة. ويستثنى من عمومها المطلقة قبل الدخول التي سمي لها صداق، فلا متعة لها، والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لِهِنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْوُسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236] وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لِهِنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴿٢٣٦﴾ [البقرة: 236، 237].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى ذكر المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية عقب المطلقة قبل الدخول وقبل التسمية، فأمر بالمتعة قبل الدخول وقبل التسمية. وأما المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية فأوجب لها نصف الصداق فقط، ولم يأمر لها بالإمتاع، فدل هذا على أنه لم يجعل لها متاعاً⁽³⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241] فهي عامة كما تقدم، فيها طلب تمتيع المطلقة بعد الدخول، سواء سمي لها الصداق أو لم يسم، وفيها طلب تمتيع المطلقة قبل الدخول، وعمومها يدل على طلب تمتيعها سواء سمي لها الصداق أو لم يسم، إلا أنه أخرج منها غير المدخول بها إذا سمي لها صداق بآية ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ [البقرة: 237]. وقد نقل عن ابن القاسم أنه سمي هذا الإخراج استثناء⁽⁴⁾.

وأما آية: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّوهُنَّ سِرَّاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]. وهي تقتضي تمتيع المطلقة قبل الدخول سواء فرض لها الصداق أو لم يفرض لها، وللجمع بينها وبين آية البقرة: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ التي تقتضي أن المطلقة قبل الدخول المفروض لها

(1) المقدمات 549/1؛ وأحكام ابن العربي 216/1.

(2) أحكام القرطبي 229/3؛ والتحرير والتنوير 474/2.

(3) المقدمات 550/1؛ وأحكام ابن العربي 217/1؛ وأحكام القرطبي 228/3.

(4) أحكام القرطبي 228/3.

لا متعة لها، فإن آية الأحزاب تحمل على غير المفروض لها من باب تخصيص العام⁽¹⁾.
ب - أن المطلقة قبل الدخول التي فرض لها الصداق لما سقط نصف المهر
المسمى لها بالطلاق وهو أكد من المتعة امتنع أن يجب لها شيء مستأنف⁽²⁾.

ج - عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد
فرض لها صداق ولم تمس، فحسبها نصف ما فرض لها⁽³⁾.

وخلاصة الاستدلال أن المهر جعل في مقابلة الوطاء، فتأخذه المطلقة بعد الدخول
كاملاً، وتأخذ المطلقة قبل الدخول التي فرض لها، نصفه. وجعلت المتعة في مقابلة
الابتذال بالعقد، فتأخذها المطلقة المدخول بها. ولا تأخذها المطلقة قبل الدخول
المفروض لها لعدم ابتذالها، وهي قد أخذت نصف الصداق من غير جريان وطاء فأكتفي
لها بذلك.

وأما المطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر، فإنه لما لم يكن لها مهر مسمى تعود
بنصفه، فقد شرعت لها المتعة⁽⁴⁾.

حكم المتعة:

مشهور المذهب أن المتعة مندوبة. ودليل النذب وعدم وجوبها مع كون ظاهر
القرآن الكريم يدل على الوجوب هو القرائن التي اقترنت بالأمر بالإمتاع، صرفته من
الوجوب الظاهر إلى النذب. ومن هذه القرائن ما يلي⁽⁵⁾:

أ - أن الله تعالى جعل المتعة حقاً على المحسنين والمتقين، ولو كانت واجبة
لجعلها حقاً على جميع الناس، لأن مفهوم قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله:
﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ أنها ليست حقاً على جميع الناس، لأن الإحسان والتقوى ليسا
بواجبين، ولا ينطلق على كل مؤمن محسناً ومتقياً. وللتقوى أقسام منها ما هو واجب،
ومنها ما ليس بواجب.

ب - أنه تعالى علق المتعة بهاتين الصفتين، وهما خفيتان لا يعلم وجودهما في
عباده غيره تعالى، فدل ذلك على عدم وجوبها، لأن الأحكام الذين يتولون الحكم بها
على المطلقين لم يجعل لهما طريق إلى تمييز الأمور بها من غير المأمور بها. وإنما يقال
للمطلق: متع إن كنت من المحسنين ومن المتقين.

(1) التسهيل لابن جزي ص 530؛ وأحكام القرطبي 228/3.

(2) المعونة 2/780.

(3) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في متعة الطلاق.

(4) المقدمات 1/551؛ وأحكام ابن العربي 1/217؛ وأحكام القرطبي 228/3.

(5) المقدمات 1/549؛ وأحكام ابن العربي 1/217؛ وبداية المجتهد 2/113؛ والذخيرة 4/448؛

والتحرير والتنوير 2/462.

ج - أن المتعة غير مقدرة ولا معلومة، والفرائض لا بد أن تكون مقدرة معلومة. إلا أن ابن العربي اعترض على هذه القرينة بأنها ضعيفة، لأن الله تعالى وكل التقدير في النفقة إلى الاجتهاد، وهي واجبة.

د - أن المتعة عطية ومواساة. والمواساة في مرتبة التحسيني، فلا تبلغ مبلغ الوجوب. لأنها مال مبذول في غير عوض فيرجع إلى التبرعات. والتبرعات مندوبة لا واجبة. وقرينة ذلك قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ فإن فيه إيماء إلى أن ذلك من الإحسان لا من الحقوق.

هـ - أن الله تعالى نفى الجناح عن المطلق، ثم أثبت المتعة، فلو كانت المتعة واجبة لانتقض نفى الجناح.

والمراد بالحق في قوله تعالى: ﴿حَقًّا﴾ الأمر الثابت المقابل للباطل، فيشمل المندوب.

وتدفع المتعة بعد تمام العدة للرجعية، لأنها ما دامت في العدة ترجو المراجعة، فلم ينكسر قلبها بألم الفراق. بخلاف ما إذا بانت بالخروج منها.

وتعطى للمطلقة طلاقاً بائناً إثر طلاقها ليأسها من الرجعة. كما تدفع إلى ورثة المطلقة إن ماتت بعد العدة، لأنها بأنقضاء العدة تستحقها، ومن مات عن حق كان لورثته قياساً على سائر الحقوق، لأنه حق ثبت لها⁽¹⁾. أما إن ماتت قبل انقضاء العدة فلا شيء للورثة، لأنها ماتت قبل الاستحقاق.

فإن مات الزوج في العدة أو بعدها، فلا متعة لها، لأنه لا يؤخذ من التركة إلا الحقوق الواجبة، كان الطلاق رجعياً أو بائناً. والظاهر تخريج ذلك على الخلاف في أن ندب المتعة معلل بجبر الخاطر أو تعبدتي، فعلى الثاني تؤخذ من تركته⁽²⁾.

وكذا تسقط المتعة عن الزوج إذا رد المطلقة لعصمته، كان الطلاق رجعياً أو بائناً. وهذا الحكم - أي الدفع لها أو لورثتها - يشمل المطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً بقيود، وهي:

1 - أن تكون المتعة في طلاق لا فسخ. فلا متعة في الفسخ بعد البناء. وأولى قبله إذا كان فسخه لغير رضاع بينهما. وأما فسخه لرضاع فتمتع كما ذكره ابن عرفة. والدليل على أن المتعة خاصة بالطلاق دون الفسخ⁽³⁾:

أ - أن الله تعالى خص المتعة في القرآن بالمطلقات، دون النكاح المفسوخ.
ب - أن الفسخ أمر غلب عليه الزوج والزوجة من جهة الشرع، وليس من قبل الزوج حتى يسليها بالمتعة.

(2) حاشية الدسوقي 2/425.

(1) المتقى 4/89.

(3) المتقى 4/89؛ والذخيرة 4/449.

2 - أن يكون الطلاق في نكاح لازم. وهذا احتراز عن غير اللازم؛ وهو أمران الفاسد الذي لم يمض بالدخول، والصحيح الغير اللازم، كنكاح ذات العيب، فإن رده لعيبه أو ردها لعيبها فلا متعة، كما يأتي.

من لا تستحق المتعة:

يستثنى من المطلقة التي تستحق المتعة ست لا يستحقنها:

1 - المختلعة، فلا متعة لها. ووجه ذلك أن الطلاق جاء من جهتها، وأنها هي التي رغبت في فراق زوجها، واشترت الفراق بما بذلت إليه، فلا كسر لخاطرها، ولا تحتاج إلى التسلية من أجل الفراق⁽¹⁾.

وهذا إذا كان الخلع بعوض منها أو من غيرها برضاها. لا إن كان بلفظ الخلع بلا عوض، أو بعوض من غيرها بلا رضا منها فتمتع.

2 - المطلقة قبل البناء في نكاح التسمية، فلا متعة لها لأخذها نصف الصداق مع بقاء سلعتها، بخلاف التفويض، فتمتع. وتقدم الاستدلال على ذلك.

3 - المفوض لها طلاقها تخييراً أو تمليكاً أو توكيلاً، فلا متعة لها.

ووجه ذلك أنها مختارة للطلاق. ومعلوم أن من اختارت فراق زوجها فلم تشفق لذلك ولا حزنت له، فلا يحتاج الزوج إلى تسليتها وتطييب نفسها⁽²⁾.
وأما لو كان التفويض لغيرها فلها المتعة.

4 - المختارة نفسها لعيب بزوجها، برص أو جذام أو نحو ذلك، فلا متعة لها، لأن الفراق كان من جهتها.

5 - المرتدة، ولو عادت للإسلام. والظاهر أيضاً إذا ارتد الزوج، عاد للإسلام أم لا.

6 - من فسخ نكاحها، كالملاعنة.



(1) المعونة 2/781؛ والمنتقى 4/88؛ والمقدمات 1/552؛ والذخيرة 4/449.

(2) المقدمات 1/552.



تعريف الإيلاء:

الإيلاء لغة: الحلف. وقيل: الامتناع، ثم استعمل فيما كان الامتناع منه بيمين. يقال: آلى يولي إيلاء. والاسم الأليّة والألوة. والجمع الأليا. ومنه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: 226]. فقد كان الحلف على اعتزال النساء من عهد الجاهلية. وهذه الآية نزلت لترفع الضرر اللاحق للزوجة من جراء ذلك، كما سيأتي بيانه. ويقال: تآلى يتآلى تآلياً، واثلى ياثلى اثتلاء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى﴾ [النور: 22].

وقد نزلت في قسم أبي بكر الصديق رضي الله عنه على مسطح أن لا ينفق عليه⁽¹⁾. وشرعاً: حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدلّ على ترك وطء زوجته، غير المرضع، أكثر من أربعة أشهر، تصريحاً بالأكثر، أو احتمالاً للأكثر وللأقل، قيد أو أطلق، وإن تعليقاً.

حكم الإقدام على الإيلاء:

لا أجد بياناً واضحاً لمسألة حكم الإقدام على الإيلاء، فيما بين يدي من كتب المالكية. فقد نسب الإمام ابن عرفة⁽²⁾ للمذهب أن الإقدام على الإيلاء جائز على تفصيل. ولم يذكر هذا التفصيل. ثم صحح القول بجوازه مطلقاً. ودليله على الجواز ما ثبت من أن النبي صلى الله عليه وآله آلى من نسائه.

فقد روى أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وآله آلى من نسائه شهراً⁽³⁾. وذهب أيضاً كل من ابن العربي⁽⁴⁾ والقرطبي⁽⁵⁾ إلى إثبات ذلك. ولكن نجد

(1) مختار الصحاح ص 23؛ والمعونة 2/282؛ والمنتقى 4/26؛ ولباب اللباب ص 112؛ وشرح حدود ابن عرفة 1/291؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 58؛ وأحكام ابن العربي 1/176؛ وأحكام القرطبي 3/102؛ والمقدمات 1/615؛ والتحرير والتنوير 2/385.

(2) تفسير سورتى الفاتحة والبقرة 2/652.

(3) أخرجه البخاري في الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾.

(4) أحكام القرآن 1/152. (5) أحكام القرآن 3/103.

اضطراباً عند بحث هؤلاء الثلاثة في تفسير آية الإيلاء، بين ما ذهبوا إليه في أولها من إثبات إيلاء النبي ﷺ، وما ذهبوا إليه في آخرها في تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: 226] بأن ذلك يقتضي تقدم ذنب وهو الإيلاء، لأنه لا يكون إلا عن ذنب وإضرار بالمرأة، وذلك غير جائز، وهو معصية⁽¹⁾.

ووجه الاضطراب أنه كيف يكون الإيلاء معصية ويثبتون فعله للنبي ﷺ.

ويفهم من قول القاضي عبد الوهاب وابن رشد الجدل أنه غير جائز. فقال الأول في معرض الاستدلال على وجوب الكفارة بالحنث في الإيلاء: لأن الحلف بما يآثم به لا ينفي عنه الكفارة، أصله إذا حلف ألا يصلي ولا يصوم⁽²⁾. فقد صرح بأنه إثم. وقال الثاني عند شرح مسألة من العتبية في حكم الحالف ألا يطأ زوجته أتراه يكون في حل من ترك مسيسها وهي لا ترفعها إلى السلطان؟ وجوابها: أنه لا يكون في حل. فذكر ابن رشد تعليل هذا الجواب بأنه ظالم لها في حلفه ألا يطأها، وممتنع مما يلزمه لها من الحق في ذلك، ولا يحل لمن عليه حق لغيره أن يمتنع منه حتى يرافع فيه إلى السلطان⁽³⁾.

وأما الشيخ ابن عاشور فقد أمسك بأطراف المسألة، فذكر أن الإيلاء يعتريه حكمان، فهو حرام إذا كان القصد منه الإضرار بالمرأة، وعلى هذا تحمل الآية بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، أي فالحنث في يمين الإيلاء مغفور للمولي. قال الشيخ: وفيه إيذان بأن الإيلاء حرام، لأن شأن إيلائهم الوارد فيه القرآن قصد الإضرار بالمرأة. ويكون الإيلاء مباحاً إذا لم يقصد به الإضرار ولم تطل مدته، أي الذي يكون لقصد التأديب أو لقصد آخر معتبراً شرعاً، غير قصد الإضرار المذموم شرعاً. وعلى هذا يحمل إيلاء النبي ﷺ. فقد قيل: كان إيلاؤه لمرض برجله، وقيل: لأجل تأديب نسائه لأنهن قد لقين من سعة حلمه ورفقه ما حدا ببعضهن إلى الإفراط في الإدلال وحمل البقية على الاقتداء بالأخريات⁽⁴⁾.

فمناط الفرق عنده بين الإيلاء المحرم، والإيلاء الجائز هو قصد المولي.

وإيلاء النبي ﷺ غير داخل في الآية لأنها خاصة بالإيلاء الحرام.

ويفهم من كلام الإمام الباجي أن الآية واردة في الإيلاء الجائز إذا كان من جهة تأديب المرأة بالهجر. وهي عنده متفرعة عن آية: ﴿وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ [النساء: 34]. ومن ذلك إيلاء النبي ﷺ. ولم يشر إلى المراد من قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ في آية الإيلاء، وذكر أن الإيلاء يبلغ الحرمة إذا جاوز أربعة أشهر، لأنه بذلك يتحقق الضرر

(1) أحكام ابن العربي 1/183؛ وأحكام القرطبي 3/110؛ وتفسير سورتي الفاتحة والبقرة لابن عرفة 2/

652.

(2) الإشراف 2/763. (3) البيان والتحصيل 6/373.

(4) التحرير والتنوير 2/386.

للمرأة⁽¹⁾. فيفهم من قوله أن الإقدام على الإيلاء جائز، وأن مناط الفرق بين الجائز والمحرم هو المدة، أي فإذا تجاوز المدة المشروعة تحوّل إلى محرم.

وعلى هذا جرى كلام فقهاء المذهب من أن الإيلاء الشرعي الذي يترتب عليه إيقاف الزوج لرفع الصرر عن المرأة هو ما تجاوز أربعة أشهر، أي لأنه دخل في الحظر الذي يوجب منعه منه. وأما ما كان دون ذلك فليس بإيلاء شرعي. قال الإمام الأبي⁽²⁾:
لأن الله أباح التربص في الأربعة الأشهر لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾ [البقرة: 226].

وعلى هذا فإن ما يناسب هذا القول وشموله لإيلاء النبي ﷺ، أن يحمل قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ على ما ذكره ابن عطية⁽³⁾ من أنه يدل على سقوط المؤاخذة. قال: إذ هو باب رفق وتوسعة. أي إن الإيلاء أربعة أشهر فأقل رخصة واستثناء من الأيمان التي قصد القاضيان عبد الوهاب وابن رشد تنظير الإيلاء بها. وبذلك يتم الجمع بين هذا التفسير وبين كون النبي ﷺ آلي. أي فيدخل إيلاؤه ﷺ في هذه الرخصة مثله مثل سائر أمته.

ولعل الذي يؤيد هذا الاستثناء كون الإيلاء أمراً يتعلّق بالزوجين وما قد يطرأ بينهما من مغاضبة ومشاركة، مما لا تخلو عنه الحياة الزوجية وسعي الشرع للحفاظ على الرابطة الزوجية من الانفصام بقدر الإمكان.

وبهذا التفسير لقوله: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ الذي ذكره ابن عطية يستقيم القول بجواز الإقدام على الإيلاء الذي قال به الإمام الباجي، والذي يدل عليه ظاهر الآية، لأن جعل التربص حقاً للمولي الذي تفيده لام الاستحقاق يقتضي إباحة بقاء المولي على اعتزال زوجته طيلة مدة التربص، كما أشار إلى ذلك الإمام الأبي. ولو كان الإيلاء حراماً لما أقرّ المولي على ذلك، ولأمر بالعدول عنه فوراً ولنهي عن الاستمرار عليه، لأن الشرع لا يقرّ على الحرام ولا يجعل منه حقاً لمرتكبه في أن يستمرّ فيه. وبذلك فإن الآية واردة في الإيلاء الجائز، أي الذي لا قصد فيه للمولي بإضرار المرأة. وأما إذا كان القصد منه الإضرار بالمرأة، فلا شك أنه لا يدخل تحت هذه الرخصة، ولو كان أقل من أربعة أشهر، لأنّ تعمّد إلحاق الضرر بالغير حرام، ومنه منع الزوجة حقها في الوطاء على وجه الضرر والنكاية. وأن ذلك مأخوذ من أدلة أخرى عامّة وخاصة. ومعنى كونه لا يدخل تحت هذه الرخصة أنه يائثم ولا يشمل العفو المذكور في الآية، وإن كان يجري عليه ما يجري على كل مولٍ من الفيء أو الطلاق إذا تجاوز المدة المحددة شرعاً.

وأشير إلى أن المراد بالإيلاء المحرم هو ما كان المولي قاصداً الإضرار بالزوجة الإضرار المذموم شرعاً. وهو يفترق هنا عن الإيلاء الجائز الذي يكون لمثل تأديب

(2) إكمال إكمال المعلم 4/120.

(1) المتقى 4/31.

(3) المحرّر والوجيز 1/264.

الزوجة ويحصل معه إضرار بالزوجة، لأن ترك وطء الزوجة في كلا الحالتين إضرار بها، ففي الحالة الأولى الضرر مقصود لذاته بدون سبب مبيح، والحالة الثانية المقصود التأديب وهو مشروع إذا كان لسبب مبيح؛ والامتناع من الوطء وسيلة للتأديب، وهي أيضاً مشروعة، ويحصل الضرر تبعاً لذلك.

وأشير أيضاً إلى أن أدلة بعض الفروع الآتي ذكرها بناها أصحابها على التعليل بقصد الإضرار، وهي صالحة لأن تبنى على التعليل بقصد التأديب⁽¹⁾.

شروط الإيلاء:

من خلال التعريف المتقدم للإيلاء نستخلص الشروط. وهي:

1 - أن يقع الامتناع بحلف. والدليل ما تقدم في التعريف اللغوي من أن الإيلاء لغة هو الحلف، أو أن أصله الامتناع ثم استعمل فيما كان الامتناع منه بيمين. وسواء هذا أو ذلك، فإنه بعد نزول آية الإيلاء صار حقيقة شرعية في الحلف على وصف مخصوص، وهو الامتناع من قربان الزوجة⁽²⁾.

ويكون الإيلاء بأي يمين كانت، سواء كان حلفه بالله أو بصفة من صفاته أو بالطلاق أو بالمشي لمكة أو التزام لقربة. والدليل⁽³⁾:

أ - أن هذه الأيمان لازمة للحالف بها كما تقدم في باب الأيمان.

ب - قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: 226] ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كل يمين⁽⁴⁾.

ج - القياس على اليمين بالله تعالى، لأنها يمين يلحقه الضرر بالحنث فيها أو يلزمه حكم بذلك أصل ذلك اليمين بالله⁽⁵⁾. وهذا الدليل لغير اليمين بالله تعالى.

د - قال ابن عباس: كل يمين منعت جماعاً فهي إيلاء⁽⁶⁾.

أما حديث «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»⁽⁷⁾ فإنما جاء لبيان الأولى، لا لإسقاط سواه من الأيمان، بدليل قوله: «من كان حالفاً فسمّاه حالفاً. وإذا كان كذلك وجب أن تنعقد يمينه»⁽⁸⁾.

(1) هكذا ظهرت لي مسألة حكم الإقدام على الإيلاء أنطلاقاً من الإشارات المختصرة لفقهاء المذهب الذين ذكرتهم. والله أعلم وأستغفر الله تعالى على الخطأ.

(2) شرح حدود ابن عرفة 291/1؛ والتحرير والتنوير 385/2.

(3) المنتقى 27/4.

(4) الإشراف 762/2؛ والمعونة 883/2؛ وأحكام القرطبي 104/3؛ والمنتقى 27/4؛ وبداية المجتهد 116/2.

(5) المنتقى 27/4؛ والإشراف 762/2؛ والمعونة 883/2.

(6) أحكام القرطبي 104/3. (7) سبق تخريجه.

(8) أحكام ابن العربي 177/1.

2 - أن يكون المولي زوجاً، ولو كان مريضاً لا قدرة له على الوقاع أو سكراناً، إذا سكر بحرام. وأما إذا سكر بحلال فلا إيلاء عليه لأنه كالمجنون.

3 - أن يكون المولي مسلماً، لا كافراً. والدليل:

- أن أنكحة الكفار فاسدة. وهم وإن كانوا مخاطبين بفروع الشريعة إلا أنه لا عبرة لأيمانهم ولا لأفعالهم حتى يقدموا عليها الإيمان. ولو ترفعوا إلى المسلمين في حكم الإيلاء لم ينبغ لحكام المسلمين أن يحكموا بينهم، إذا جرى ذلك مجرى التظالم بينهم حكم عليهم بحكم الإسلام، كما لو ترك المسلم وطء زوجته ضراراً من غير يمين⁽¹⁾.

وفائدة هذه المسألة أنه لا يؤاخذ بعد إسلامه بوقف ولا بكفارة إن حنث لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: 38]، ولقوله ﷺ: «الإسلام يَجُبُّ ما كان قبله»⁽²⁾، أي لأنه بإسلامه يكون قد سقط عنه كل ما سبق منه من عقد ويمين وغير ذلك⁽³⁾.

وقال الإمام الشافعي: ينعقد الإيلاء من الكفار لعموم آية الإيلاء: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ لأن الموصول من صيغ العموم. وجوابه منع بقاء الموصول على عمومه بدليل قوله تعالى آخر الآية: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ فإن الكافر ليس من أهل المغفرة والرحمة إذا فاء.

4 - أن يكون الزوج مكلفاً، فلا إيلاء على الصبي والمجنون. والدليل أن الإيلاء يمين، والأيمان لا تنعقد منهما⁽⁴⁾.

5 - أن يكون الوطاء ممكناً منه، فيخرج المجبوب، والخصي مقطوع الذكر، والشيخ الفاني، فلا إيلاء عليهم، لأن الإيلاء على من يستطيع الجماع. وأما من لا يستطيعه فلا يلزمه حكم الإيلاء، لأن المولي هو الذي يقصد الإضرار بزوجه بالامتناع من وطئها. وهذا معدوم في العاجز عن الوطاء، فلم يتعلّق به حكم الإيلاء⁽⁵⁾.

6 - أن تكون الزوجة غير مرضع. فلا إيلاء في مرضع، لما في ترك وطئها من إصلاح الولد. فإذا حلف لا يطأ زوجته ما دامت ترضع أو حتى تפטّم ولدها أو مدة الرضاع، فلا إيلاء عليه عند مالك. والدليل:

أ - أن الإيلاء الشرعي هو الامتناع من وطء الزوجة على وجه الضرر، وقصد منع حقها، فإذا بان له قصد صلاح الولد خرج عن أن يكون قاصداً للضرر، كما لو حلف

(1) أحكام ابن العربي 1/181؛ والقبس 2/734؛ وأحكام القرطبي 3/107.

(2) أخرجه أحمد في المسند 4/204. (3) الإشراف 2/766؛ والقبس 2/734.

(4) المنتقى 4/27.

(5) الإشراف 2/764؛ والمنتقى 4/26؛ وأحكام القرطبي 3/103.

وهي مريضة حتى تبرأ⁽¹⁾.

ب - روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن ذلك فلم يره إيلاء⁽²⁾.

وقال أصبغ: يكون مولياً. قال الإمام اللخمي: وقول أصبغ أوفق بالقياس، لكن المعتمد قول مالك. وهو مقيد بما إذا قصد بالحلف على ترك الوطء إصلاح الولد، أو لم يقصد شيئاً، وإلا فهو مول اتفاقاً.

ويشمل الزوجة، الكبيرة والصغيرة التي لا تطبق الوطء، لكن لا يضرب لها الأجل حتى تطبق، لأن المولي هو الممتنع من وطء الزوجة على وجه الإضرار، ولا ضرر يلحقها قبل إطاقتها. ولما تبلغ حد الوطء يصير لها الحق فيه وتتضرر بامتناع الزوج منه. ووجه عدم سنوط حكم الإيلاء عن الزوج لعدم إطاقتها الوطء أن اليمين لازمة له إلا إذا انحلت بما تنحل به⁽³⁾. وسيأتي ذكر ما تنحل به الإيلاء.

ويشمل أيضاً المدخول بها وغير المدخول بها، ولكن لا يضرب الأجل لغير المدخول بها إلا من الدعاء للدخول ومضي مدة التجهيز.

ويشمل أيضاً الزوجة التي هي في عصمته حين الحلف، والأجنبية التي يتزوجها بعد الحلف عليها، كقوله لامرأة أجنبية: والله لا أطوك إلا بعد خمسة أشهر، ونوى إن تزوجها، فإذا عقد عليها لزمه الإيلاء. ودليل صحة الإيلاء من الأجنبية⁽⁴⁾: عموم آية الإيلاء، إذ لم تفرق بين أن يحلف قبل الزوجية أو بعدها.

7 - أن تكون المدة المحلوف عليها أكثر من أربعة أشهر. وأما لو حلف على ترك الوطء أربعة أشهر فأقل فلا يكون مولياً. والدليل على ذلك أن الزوج المولي يُطلب بالفيئة بعد الأربعة الأشهر، لا فيها. وحيث كانت الفيئة يُطلب بها بعد الأربعة الأشهر، فلا يكون مولياً بالحلف بها أو بأقل منها.

قال الإمام مالك: لأنه إذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه، ولم يكن عليه وقف. يريد أن المدة التي تناولتها يمينه قد انقضت فلم يكن توقيف⁽⁵⁾. وسيأتي الاستدلال على أن الفيئة يطلب بها المولي بعد الأربعة الأشهر.

ولا يشترط أن يحلف على التأييد أو أن يُطلق من غير تحديد بمدة، كما ذهب إلى ذلك ابن عباس. والدليل⁽⁶⁾:

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 60؛ والإشراف 764/2؛ والمنتقى 36/4؛ وعدة البروق ص 299؛ وأحكام ابن العربي 178/1؛ وأحكام القرطبي 106/3.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب الإيلاء. (3) الإشراف 764/2؛ والمنتقى 27/4.

(4) الإشراف 765/2. (5) المنتقى 35/4.

(6) الإشراف 761/2.

أ - عموم الآية في الذي يحلف على التأييد أو الإطلاق أو في الذي يحلف على أقل من ذلك بتحديد مدة أكثر من مدة الترتبص.

ب - القياس على الحالف على التأييد، لأنه ممتنع من وطء زوجته زيادة على مدة الترتبص بيمين منعقدة، كالحالف على التأييد.

وينعقد الإيلاء - من خلال التعريف - سواء صرح بالأكثر من الأربعة الأشهر أو كان قوله محتملاً للأكثر وللأقل.

وكذلك ينعقد الإيلاء سواء كانت مطلقة، كوالله لا يطؤها، أو كانت مقيدة، كوالله لا يطؤها في هذه الدار. كما ينعقد الإيلاء ولو كان تعليقاً أي فلا فرق بين كون اليمين منجزة أو معلقة، ولا بين كون ترك الوطاء منجزاً أو معلقاً.

ومثال التعليق: إن وطئتك فعلي صوم، أو صوم يوم، أو شهر. ونحو: والله لا أطوك حتى تسأليني وطأك. فهذا مما يدل على ترك الوطاء أكثر من أربعة أشهر لزوماً عرفياً. إذ شأن النساء لا يسألن الأزواج الوطاء لمعرفة ذلك عليهن ومشقته عليهن. وفيه تقييد الترك لسؤالها. ومن جهة الدليل⁽¹⁾:

أ - أن آية الإيلاء عامة ولم تخص.

ب - أن العرف مستقر أن المرأة تستحي أن تفصح بطلب ذلك، وقد تزوجته على ذلك، فلا ينبغي أن تلزم المشقة بالإفصاح بطلبه.

وكذلك يكون مولياً إذا قال: والله لا أطوك حتى تأتيني للوطء إذ ليس عليها أن تأتية. والحجة في ذلك أن رسول الله ﷺ كان يأتي أزواجه في بيوتهن.

ومثال التعليق أيضاً: والله لا ألتقي معها، أو لا أغتسل من جنابة. فإذا قصد معناه الصريح فلا يحث إلا بالغسل. وإذا امتنع من الوطاء خوفاً من الغسل الموجب لحنثه كان مولياً، ويضرب له أجل الإيلاء من يوم الرفع والحكم لا من يوم الحلف. وإن أراد معناه اللغوي وهو عدم وطئها فالحنث بالوطء، ويكون مولياً، ويضرب له أجل من يوم الحلف، لأن هذا من اليمين الصريحة في ترك الوطاء.

وأما إن لم ينو شيئاً، فهل يحمل على الصريح أو على الالتزام، احتمالان. واستصوب ابن عرفة الثاني منهما.

ونحو إن وطئتك فأنت طالق، فإن امتنع من وطئها خوفاً من وقوع الطلاق المعلق، فإنه يكون مولياً ويضرب له أجل من يوم الحلف. ويمكن من وطئها. فإن استمر على الامتناع من وطئها حتى انقضى الأجل طلقت عليه بمقتضى الإيلاء. وإن وطئها طلقت عليه بمقتضى التعليق بأول الملاقاة، وحينئذ فالنزع حرام والاستمرار حرام، فالمخلص له

(1) البيان والتحصيل 6/399؛ وحاشية الشرح الكبير 2/428.

أن ينوي الرجعة ببقية وطئها. ولا فرق في ذلك بين المدخول بها وغير المدخول بها، لأن غير المدخول بها بمجرد مغيب الحشفة صارت مدخولاً بها فتصح رجعتها بما ذكر. ومحلّ تمكينه من وطئها، إن نوى ببقية وطئه الرجعة، وإلا فلا يمكن ابتداء من وطئها، لأن نزع حرام، والوسيلة للحرام حرام.

فلو كانت الأداة تقتضي التكرار نحو: كلما وطئتك فأنت طالق، فلا يمكن من وطئها. وكذا لو كان الثلاث أو البتة نحو: إن وطئتك فأنت طالق بالثلاث أو البتة. وهل يكون مولياً فيضرب له أجل الإيلاء، فلعلها أن ترضى بالمقام معه بلا وطء، أو ينجز عليه الطلاق حيث قامت بحققها من الوطء.

قال الشيخ خليل: وهو الأحسن، لقول مالك وابن القاسم ينجز عليه الثلاث من يوم الرفع ولا يضرب له أجل الإيلاء، واستحسنه سحنون وغيره، لأنه لا فائدة في ضرب الأجل لحنثه بمجرد الملاقاة، وباقي الوطء حرام. ونحو: إن لم أدخل الدار فأنت طالق، فأمتنع من وطئها ليبر، فإنه يكون مولياً. وتقدم تفصيل هذا في باب الطلاق.

ودليل دخول الإيلاء عليه مبني على منعه من الوطء كما تقدم في باب الطلاق.

قال القاضي عبد الوهاب⁽¹⁾: ووجه ذلك أنه في الظاهر على حنث، لأن الحنث هو مخالفة اليمين، واليمين هي بأن يفعل، فالمخالفة ألا يفعل؛ وهو في الحال غير فاعل، فكان حائثاً إلا أنه لا يتحقق عليه الحنث ما دام الفعل ممكناً. لكن منع الوطء لجواز أن لا يبرّ فيتبين أنه كان في الحال حائثاً. فإذا صحّ ذلك تعلق الإيلاء بأمتناعه، لأن الموجب لامتناعه هو اليمين الذي يحنث فيها متى لم يفعل المحلوف عليه. فإذا تبين ضرره بالامتناع وجب وقفه، وثبت عليه حكم الإيلاء.

انعقاد الإيلاء في الرضا والغضب:

إذا ألى الزوج من زوجته حال الغضب أو الرضا، فإنه ينعقد. والدليل⁽²⁾:

أ - أن الآية عامة في الرضا والغضب، ولا دليل يخصصها.

ب - القياس على الظهار والطلاق وسائر الأيمان.

ج - تعلق حقّ الزوجة بالوطء، فليس له أن يحلف على الامتناع منه في الغضب

والرضا.

د - إنه قول ابن مسعود.

(1) الإشراف 2/765.

(2) المنتقى 4/26؛ وأحكام ابن العربي 1/178؛ وأحكام القرطبي 3/106؛ والمحزر والوجيز 2/266.

الاستثناء بإن شاء الله في الإيلاء⁽¹⁾:

إذا ألى الزوج من زوجته واستثنى بقوله: إن شاء الله، وامتنع من الوطء، فإنه يكون مولياً، إلا أنه لا كفارة عليه. أي إذا طلب بالفيئة بعد الأجل كان له الوطء؛ وإذا وطئ فلا كفارة عليه. وهذا القول هو رواية ابن القاسم عن مالك. وقد استشكل من وجهين:

الأول: أن الاستثناء حل لليمين، فكيف يكون معه مولياً؟.

الثاني: كيف يكون مولياً ويطأ من غير كفارة؟

وقد دفع الإشكال الأول بأن هذا القول محمول على ما إذا رفعته زوجته للحاكم، ولم تصدقه على أنه أراد بالاستثناء حل لليمين، وإنما أراد التبرك والتأكيد بقريئة امتناعه من الوطء، فإنه يدل على أنه لم يرد حل لليمين. وأما المفتي فيصدق في إرادة حل لليمين، فلا يفتيه بلحوق الإيلاء. وحينئذ فيطلق عليه حالاً إذا امتنع من الوطء. أي حيث كان الاستثناء دائراً بين حل لليمين والتبرك حكموا بأنه مولٍ تغليبا للأصل، وهو ثبوت حق المرأة. كذا ذكر القرافي.

ومن هنا يكون الإشكال الثاني بيننا، وهو أنهم اعتبروه مولياً لأجل حق المرأة؛ وأما الكفارة فلا تعلق لحق المرأة بها فأجروها على أن الأصل في الاستثناء بالمشيئة أنه يحل لليمين ويرفع الكفارة، كما تقدم في باب الأيمان.

وأما الإمام الباجي فإنه حمل رواية ابن القاسم هذه عن الإمام علي أنها مبنية على أن الأصل في الاستثناء أنه لا يحل لليمين، وإنما يؤثر في إسقاط الكفارة فقط، فما كانت يمينه فيه منعقدة لزمه حكم الإيلاء وإن لم تجب عليه بالمخالفة كفارة. وبذلك لا ترد الإشكالات على هذا القول.

ما لا إيلاء فيه:

- لا يكون الزوج مولياً في قوله: إن لم أطأك فأنت طالق، لأن برّه في وطئها. فإن امتنع وعزم على الضد طلقت. وإليه رجع ابن القاسم وصوب. وكان أولاً يقول بأنه مولٍ حيث وقف عنها، وهو الذي مشى عليه الشيخ خليل، وضعف بأن يمينه ليست مانعة له من الوطء، وإنما امتنع من نفسه ضراراً.

- ولا يكون مولياً في التعليق في صيغة البر، كقوله: أنت طالق إن كلمت فلاناً، أو إن دخلت الدار. فهو على برّ لا يدخل عليه الإيلاء ولا يمنع من الوطء. وأستدل على ذلك الإمام الباجي بالقياس فقال: إن هذا لفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل، فلم يقع به طلاق مؤجل؛ أصل ذلك إذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر.

(1) المنتقى 28/4؛ وأحكام ابن العربي 178/1؛ وأحكام القرطبي 104/3؛ والشرح الكبير 438/2؛ والتاج والإكليل 111/4.

واستدلّ عليه أيضاً بأنه قول بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ⁽¹⁾.

- ولا يكون مولياً في قوله: لأهجرتها، أو لا كلمتها، لأنه لا يلزم من الهجر ولا من عدم الكلام ترك الوطء، إذ يطؤها ولا يكلمها؛ ويطؤها مع الهجر في مضجعها والمكوث معها. قال الإمام اللخمي: ولكنه من الضرر الذي لها القيام به والتطليق عليه بلا أجل.

- ولا يكون مولياً في حلفه: لأعزلن عنها، بأن يمني خارج الفرج، أو في حلفه: لا أبيت معها. فلا يضرب له أجل الإيلاء، ويطلق عليه لأجل الضرر بذلك، بالاجتهاد من الحاكم بلا أجل يضرب، حيث قامت الزوجة بحققها وشكت ضرر العزل أو عدم البيات معها.

ومعنى اجتهاد الحاكم بلا أجل يضرب، أن يطلق عليه فوراً إن علم الحاكم منه العناد والضرر، أو يتلوّم له إن رجا منه ترك ما هو عليه بقدر ما يراه. والدليل على أن الزوج لا يكون مولياً إذا حلف ألا يبيت مع زوجته أو كان له زوجتان يبيت عند إحداهما ولا يبيت عند الأخرى؛ أن الإيلاء إنما هو على من حلف على ترك الوطء جملة. وهذا إنما حلف على تركه بالليل دون النهار⁽²⁾. ودليل التطليق عليه للضرر⁽³⁾:

أ - ما جاء في القرآن الكريم من أن الله تعالى جعل الليل ليسكن الناس فيه. ومن حقّ الزوجة أن يبيت الزوج عندها لأنها لم تتزوجه إلا لتسكن إليه ويسكن إليها في الحين الذي جعله الله وقتاً للسكون، وهو الليل.

ب - ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لرافع: «اعدل بينهما وإلا ففارقهما».

ترك الزوج وطء زوجته بلا يمين:

إذا ترك الزوج وطء زوجته بلا يمين، وتضررت الزوجة من ترك الوطء ولو لم يقصد هو الضرر، فإنّ الحاكم يجتهد ولا يضرب له أجلاً ويطلق عليه. ووجه عدم ضرب الأجل له، أن الأجل وضع للإيلاء الشرعي الذي فيه يمين لحكمة، وهي حتى يرى المولي رأيه ويفكر في الخروج عن اليمين التي لزمته؛ وتارك الوطء بدون يمين لم يضرب له الأجل لأنه لا شيء يمنعه من الوطء، ولا يحتاج ضرب الأجل لأي شيء، ولذلك لا يدخل تحت عموم الآية، ولا ينطبق عليه تعريف الإيلاء⁽⁴⁾.

وقيل: يضرب له أجل الإيلاء، لأنّ الإضرار بالزوجة موجود⁽⁵⁾.

(1) المتقى 30/4.

(2) البيان 478/5.

(3) البيان 479/5.

(4) المعونة 887/2؛ والمتقى 36/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 63.

(5) الإشراف 764/2؛ والمعونة 887/2؛ وأحكام ابن العربي 178/1؛ وبداية المجتهد 116/2.

وهذا القول راعى المعنى الموجود بين المسألتين، وهو الضرر، وأغفل الحكمة من ضرب الأجل، الآتي ذكرها، وهي موجودة في إحداها ومنعدمة في الأخرى. ومن صور تضرر المرأة إذا قطع زوجها ذكره لعلّة نزلت به، أو قطعه خطأ، أو شرب دواء ليقطع به لذّة النساء، أو شربه لعلاج علّة وهو عالم أو شكّ أنّه يذهب شهوة النساء، فإنّ للزوجة الفراق إذا لم ترض بالإقامة معه⁽¹⁾. وهذا إذا كان الزوج حاضراً، فإذا كان غائباً فإنّه يكتب له إمّا أن يحضر وإمّا أن يطلق. فإن لم يحضر ولم يطلق عليه الحاكم إلّا أن ترضى بذلك. ومثل ما تقدم إذا سرمد العبادة، أي داومها بقيام الليل وصوم النهار، وترك زوجته بلا وطاء، فيقال له: إمّا أن تأتيها أو تطلقها أو يطلق عليك بلا ضرب أجل إيلاء.

ضرب الأجل وابتدائه:

إذا قامت المرأة بحقّها في ترك زوجها المولي ورفعت أمره للحاكم، فإنّ الحاكم يضرب له أجلاً وهو أربعة أشهر، والدليل: قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: 226].

ووجه الاستدلال أنّ التربص معناه التأخير والانتظار. أي ينتظر بهم مدّة أربعة أشهر⁽²⁾.

فاليمين على ترك الوطاء الذي يضرب لها الأجل لا بدّ أن تكون على ترك الوطاء أكثر من أربعة أشهر ولو بقليل. والأجل المضروب، أي مدّة التربص أربعة أشهر.

والأجل المضروب ابتداءه من يوم اليمين، وذلك في الأقسام التالية:

1 - إن دلت يمينه على ترك الوطاء صريحاً أو التزاماً، وكانت صريحة في المدّة المذكورة، أي أكثر من أربعة أشهر.

ومثال كون اليمين صريحة في الوطاء وفي المدّة قوله: والله لا أطوك أكثر من أربعة أشهر، أو مدّة خمسة أشهر، أو لا أطؤها أبداً، أو حتى أموت، أو تموتي، وكذلك لو أطلق، نحو: والله لا أطوك.

ومثال كون اليمين التزاماً: لا ألتقي معها، أو لا أغتسل من جنابة.

2 - إن دلت يمينه على ترك الوطاء صريحاً أو التزاماً، وكانت المدّة محتملة للأكثر

والأقل.

ومثال الاحتمال للأكثر والأقل: والله لا أطؤها حتى يقدم زيد من سفره، ولا يعلم

وقت قدومه، أو حتى يموت زيد، فإنها محتملة للأقل والأكثر.

(1) حاشية الدسوقي 431/2.

(2) المعونة 884/2؛ وأحكام القرطبي 108/3؛ والتحرير والتنوير 385/2.

وموضوع هذين القسمين البرّ.

3 - أن تكون يمينه صريحة في ترك الوطاء، وهي على حث. نحو: والله لا أطؤها إن لم أدخل الدار.

4 - فإن كانت غير صريحة في ترك الوطاء، وإنما تستلزمه، وهي على حث، فإنّ الأجل من يوم حكم الحاكم. ومثال ذلك: إن لم أدخل الدار فأنت طالق فهذه يمين حث ليس فيها ذكر ترك الوطاء. بل علق فيها الطلاق على عدم الدخول، فأمتنع من وطء زوجته حتى يفعل المحلوف عليه، بأن يدخل الدار ليبرّ، فرفعت له للحاكم فأمره بالدخول ليبرّ، فلم يعتجل الدخول، فيضرب له الأجل من يوم الحكم عليه بأنه إن لم يدخل يكون مولياً.

وفائدة كون ضرب الأجل في الصريح من وقت اليمين وفي المستلزمة من يوم الحكم، أنّها إن رفعت في الدالة على الترك صريحاً أو التزاماً بعد أربعة أشهر لم يضرب له الأجل، وإنما يأمره بالفيئة أو يطلق عليه. وإن رفعت بعد شهرين ضرب له شهرين، وهكذا، وإن رفعت في المستلزمة، فمن يوم الرفع، ولو تقدّم له من وقت التعليق زمن كثير.

وما ذكر في هذه الأقسام هو المنقول المعول عليه في المذهب.

حكمة مشروعية التبرص⁽¹⁾:

شرع التبرص لحكمة في جانب الزوج، وذلك بتمكينه من مدة يكون له في آخرها الخيار بعد إعمال النظر والتروي والمشورة بين الرجوع عن يمينه وحفظ حق الزوجة في الوطاء، أو الطلاق وتسريح الزوجة من عصمته. ومدة أربعة أشهر كفيلة بإزالة الغيظ وتناسي العثرات وتمكين الزوج من تقدير المصلحة في أي جهة هي.

وله حكمة في جانب الزوجة، وذلك بدفع الضرر اللاحق بها بحرمانها من حقها في الوطاء. وسيأتي بيان الحكمة من تحديد مدة التبرص بأربعة أشهر. وقد كان الرجل في الجاهلية إذا كره المرأة ألى منها حتى لا يعود إليها إذا حصل له شيء من الندم، فيتركها معلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة فتتزوج؛ يريد بذلك الإضرار بها، وقال ابن عباس: كان إيلاء الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك. وقد كان أهل الإسلام يفعلون ذلك فأزاله الله تعالى بهذه الآية.

وقد ذكر في حكمة التأجيل بأربعة أشهر أنّها مدة ينفذ فيها صبر ذات الزوج عن زوجها. وقد استدلوا على ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد:

(1) أحكام ابن العربي 1/177؛ وأحكام القرطبي 3/103؛ والمقدمات 1/616؛ وتفسير سورتي الفاتحة والبقرة لابن عرفة 2/651؛ والمنتقى 4/31؛ ولباب اللباب ص112؛ والتحرير والتنوير 2/384، 386.

ألا طال هذا الليل واسودّ جانبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره
مخافة ربي والحياء يكفني
وأزقني أن لا حبيب أعبه
لزعزع من هذا السرير جوانبه
وإكرام بعلي أن تنال مراكبه
فلما كان من الغد استدعى عمر تلك المرأة وقال لها: أين زوجك؟ فقالت: بعثت به إلى العراق. فاستدعى نساء فسألهنّ عن المرأة كم مقدار ما تصبر عن زوجها؟ فقلن: شهرين ويقلّ صبرها في ثلاثة أشهر، وينفذ صبرها في أربعة أشهر. وقيل: إنه سأل ابنته حفصة. فجعل عمر رضي الله عنه مدة غزو الرجل أربعة أشهر، فإذا مضت المدة استردّ الغازين ووجهه بقوم آخرين⁽¹⁾. قال الإمام الباجي: وهذا والله أعلم يقوي اختصاص أجل الإيلاء بأربعة أشهر⁽²⁾.

تأجيل المظاهر إذا امتنع من الكفارة:

من ظاهر من زوجته، وامتنع من كفارة الظهار، فرفعته، فإنه يضرب له الأجل من وقت الظهار. وهذا إذا كان قادراً على التكفير وامتنع منه فلم يكفر. أي أنّ المظاهر فينته التكفير عن الظهار. وقد دخل عليه الإيلاء لا لمجرد الظهار، وإنما بتحريم الوطء، وهو من أحكام الظهار⁽³⁾. ولا يزال عنه تحريم الوطء حتى يكفر⁽⁴⁾.
فإن عجز عن التكفير لا يكون مولياً لعذره بالعجز، فتطلق عليه زوجته إن أرادت، للضرر، بدون ضرب أجل بل بالاجتهاد.

انحلال يمين الإيلاء:

تنحل يمين الإيلاء بما يلي:

- 1 - بتعجيل مقتضى الحنث، أي ما يوجب الحنث كالطلاق، كما لو قال: إن وطئتك فزوجتي فلانة طالق، أو التصدق بهذا الدينار؛ ثم عجل طلاق زوجته المذكورة أو الصدقة بالدينار المعين، فإنها تنحل يمينه.
- 2 - بتكفير ما يكفر من الأيمان، وهو اليمين بالله تعالى أو بصفاته، كما لو قال: والله لا أطؤها خمسة أشهر، فكفر عن يمينه قبل وطئه. ومثله النذر المبهم، كقوله: إن وطئتك فعلي نذر.

ودليل جواز إقدام المولي على حل يمينه:

أ - قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾ [البقرة: 226، 227].

(1) أحكام القرطبي 108/3؛ والتحرير والتنوير 387/2.

(2) المنتقى 31/4. (3) المنتقى 50/4.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 64.

ووجه الاستدلال أن قوله: «فإن الله غفور رحيم» دليل جواب الشرط، أي فحشهم في يمين الإيلاء مغفور لهم، لأن الله غفور رحيم⁽¹⁾.

ووجه آخر أن الله تعالى خير المولي بين الفيئة المستلزمة للحنث وبين الطلاق؛ ولو كان الحنث غير جائز له لما أباح له الفيئة.

ووجه ثالث أن مدة التربص جعلت للمولي لينظر في أمره فإن شاء برّ بيمينه وطلق بعد انتهاء المدة، وإن شاء حنث في يمينه ورجع لوطء زوجته. ولو كان حنثه غير جائز لما كان لضرب مدة التربص فائدة.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف بيمين فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير»⁽²⁾.

وذكر ابن العربي الإجماع في مسألة الإيلاء على جواز تقديم الكفارة على الحنث. وقال: إنه دليل على أبي حنيفة في غير مسألة الإيلاء، إذ لا يرى جواز تقديم الكفارة على الحنث⁽³⁾.

ونقل عن الإمام مالك في غير المشهور أنه لا يبرئه ذلك من الإيلاء حتى يطاء، لخوف أن يكون كفر عن غيرها⁽⁴⁾.

مطالبة الزوجة زوجها بالفيئة إذا لم تنحل اليمين:

إذا لم تنحل إيلاء الزوج بوجه مما سبق، بأن استمرت منعقدة عليه، فللزوجة، ولو كانت صغيرة مطيقة، مطالبة زوجها بعد مضي الأجل بالفيئة. والدليل على أن المطالبة بالفيئة تكون بعد الأربعة الأشهر:

- قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: 226].

والاستدلال من الآية من وجوه⁽⁵⁾:

الأول: إنّ الفاء في قوله: «فإن» تستلزم تأخير ما بعدها عما قبلها. وذلك يوجب أن يكون زمان الفيئة متأخراً عن الأربعة الأشهر.

(1) التحرير والتنوير 2/386.

(2) أخرجه مالك في النذور والأيمان، باب ما تجب فيه الكفارة من الأيمان؛ ومسلم في الأيمان، باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها.

(3) أحكام القرآن 1/182. (4) المنتقى 4/32.

(5) الإشراف 2/761؛ والمعونة 2/884؛ والمنتقى 4/30؛ والمقدمات 1/618؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 60؛ وبداية المجتهد 2/116؛ والقبس 2/734؛ وأحكام ابن العربي 1/180؛ وأحكام القرطبي 105/3.

الثاني: إن «إن» الشرطية تصير الماضي بعدها مستقبلاً، فلو كانت الفيئة مطلوبة في الأربعة الأشهر، لبقى معنى الماضي بعدها على ما كان عليه قبل دخولها، وهو باطل.

الثالث: إن الله تعالى جعل مدة الترتيب حقاً للمولي بأن أضافها إليه، وجعل الفيئة أو الطلاق حقاً لامرأته عليه. وما كان حقاً للإنسان فلا يكون محلاً لحق غيره عليه، بدليل أن الآجال في الديون لما كانت حقاً لمن عليه الدين، لم تكن محلاً للدين الذي عليه.

وأما احتجاج الحنفية على أن الفيئة إنما محلها الأربعة الأشهر لا بعدها، بقراءة أبي بن كعب «فإن فاووا فيهن»، فقد اعترض عليهم المالكية بأن كلمة «فيهن» زيادة ليست من القرآن، لأنها لم تتواتر، ومن شرط القرآن أن يكون متواتراً⁽¹⁾.

والدليل على أن الزوجة لها الحق في مطالبة زوجها بالفيئة: الآية المذكورة سابقاً. ووجه الاستدلال منها أن تحديد حق الزوج في الإيلاء بأربعة أشهر، إنما هو لحق الزوجة في رفع الضرر عنها فيما هو أكثر من هذه المدة. فكان الزوج مأخوذاً بإزالة الضرر عنها، وكان لها الحق في المطالبة به⁽²⁾.

ومعنى الفيئة لغة مطلق الرجوع. وأما معناها الشرعي هنا فهي أخص من المعنى اللغوي. والمراد به الرجوع إلى ما كان المولي ممتنعاً عنه بسبب اليمين، وذلك هو الجماع⁽³⁾.

والدليل على أن الفيئة تكون بالجماع هو الإجماع⁽⁴⁾. ووجه ذلك أن الشيء لا يرفع إلا بما يضاؤه⁽⁵⁾.

والرجوع إلى وطء زوجته يستلزم الحنث في يمينه، والتكفير فيما فيه تكفير. وتقدم دليل ذلك.

وتكون الفيئة بتغيب الحشفة في قُبُل الزوجة إن كانت غير بكر، لأن ذلك أقل ما يصدق على وطء الثيب⁽⁶⁾. فإن كانت بكرأ فلا يكفي تغيب الحشفة، ولا بد من افتضاضها بإزالة البكارة، لأن التغيب قد لا يزيلها. ووجه اشتراط أفتضاض البكارة في البكر أنه الوطاء المعتبر في حقها⁽⁷⁾. فإن وطئها ولم يفتضها فلا تنحل الإيلاء وإن انحلت يمينه به.

ويشترط للوطء الكافي للفيئة أن يكون حلالاً. فلا يكفي الوطاء الحرام، كما في

(2) المعونة 2/885.

(1) مفتاح الوصول ص15.

(3) المقدمات 1/617؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 70؛ والتحرير والتنوير 2/385؛ وأحكام ابن العربي 1/179؛ وأحكام القرطبي 3/108.

(5) أحكام ابن العربي 1/179.

(4) أحكام القرطبي 3/108.

(7) شرح ابن عبد السلام ورقة 70.

(6) شرح ابن عبد السلام ورقة 70.

الحيض والإحرام. فيطلب بالفيئة بعد زوال المانع، وإن حنث بالوطء الحرام، فيلزمه الكفارة ولا تنحل الإيلاء، لأنه لا يلزم من حنثه ولزوم الكفارة انحلال يمينه، لأن حل الإيلاء بالوطء شرطه أن يكون حلالاً. فإن كان الوطء حراماً حصل الحنث ولا تنحل يمينه، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً. فما هنا يقيد ما تقدم في انحلال اليمين بتكفير ما يكفر.

فحصل مما تقدم أن انحلال اليمين في الإيلاء أمر، وانحلال الإيلاء أمر آخر. فأنحلال اليمين لا يستلزم انحلال الإيلاء، أي المطالبة بالفيئة مطلقاً. بل إن كان انحلال اليمين بوطء حلال في الحشفة وأفتضاض في البكر، كان ذلك مستلزماً لانحلال الإيلاء أي المطالبة. وإن كان انحلال اليمين بوطء حرام أو بين الفخذين فما زال مطالباً بالفيئة ولم يسقط طلبها.

وتنحل الإيلاء بتغييب الحشفة في القبل للثيب وأفتضاض للبكر، ولو حصل ذلك من المولي حال جنونه، فإنه كاف في انحلال الإيلاء. وأما إذا حصل ذلك حال جنون الزوجة فلا يكفي، والوطء في حالته لغو لا تنحل به الإيلاء وإن حنث في اليمين.

وإذا فاء الزوج بأن وطئ زوجته فإنه يكون حائشاً في يمينه، كما تقدم، وعليه الكفارة إن كانت يمينه تكفر. والدليل: القياس، لأن يمينه لما تناولت بأن لا يطأ في مدة الإيلاء صار بوطئه فيها حائشاً، أصله إذا حلف ألا يطأ يوماً⁽¹⁾.

امتناع المولي من الفيئة:

إذا امتنع المولي من وطئ زوجته بعد أن طلبته، فإنه يوقف لأجل ذلك، ويأمره الحاكم بالطلاق. والدليل على ذلك: أن الله تعالى خير المولي بعد انتهاء مدة التربص بين أن يعود لمضاجعة زوجته وذلك في قوله: ﴿فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، وبين أن يطلق، وذلك بقوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، ولا مندوحة له غير هذين الأمرين.

فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ دليل على شرط محذوف دل عليه قوله: ﴿فَإِنْ فَأَوْ﴾ فالتقدير: إن لم يفيؤوا فقد وجب عليهم الطلاق. فهم بخير النظرين، بين أن يفيؤوا أو يطلقوا، فإن عزموا الطلاق فقد وقع طلاقهم⁽²⁾.

ولا يقع الطلاق بمضي مدة التربص، ولا بد من أن يحدثه الزوج. والدليل على ذلك:

أ - ما تقدم من الدليل على أن المطالبة بالفيئة تكون بعد الأربعة الأشهر، وأن مدة التربص وزمن الفيئة أمران متعاقبان وليساً أمراً واحداً.

(1) الإشراف 2/763.

(2) تفسير ابن عرفة 2/651؛ والتحرير والتنوير 2/386.

ب - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَأُو فَاو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 226، 227]. والاستدلال بالآية من وجوه:

الأول: أنه تعالى خير الزوج بين أن يفيء أو يطلق، فدلّ على أنه لا يلزمه الطلاق بمضي الأجل⁽¹⁾.

الثاني: أنه تعالى أسند الفيئة والعزم على الطلاق لفعل المولي⁽²⁾. وهذا يقتضي أن يقع ذلك منه حقيقة. والقول بأن الطلاق يقع بأنقضاء المدّة يكون الطلاق منسوباً للزوج تجوّزاً، ولا يصار إلى المجاز والعدول عن الظاهر إلاّ بدليل⁽³⁾.

الثالث: أن وصف الله تعالى بالسميع يقتضي أن تكون عزيمة الطلاق واقعة على وجه يسمع، وهو وقوعه باللفظ من المولي أو الحاكم، لا بأنقضاء المدّة. ويؤكد ذلك أن هذا الوصف مفرّع عن عزم المطلق لا عن أصل الإيلاء⁽⁴⁾. وأمّا انقضاء أجل الإيلاء فليس بمسموع إنما هو معلوم⁽⁵⁾.

الرابع: أن الآية أفادت طلب العزم على الطلاق وقصده، والعزم على أمر في زمن الماضي محال. وحكم الله تعالى الذي هو الطلاق الواقع بمضي المدّة لا يصحّ أن يتعلق به عزيمة من المكلف بعد مضيه⁽⁶⁾.

ج - القياس على الحلف على أقلّ من أربعة أشهر، لأنها يمين بالله تعالى، فلم يلزمه بها طلاق، أصله إذا حلف على أقلّ من أربعة أشهر⁽⁷⁾.

د - القياس على العنة، لأنها مدّة ضربت بالشرع لم يتقدّمها فرقة، فلم يكن مضيتها بينونة، أصله العنة⁽⁸⁾.

هـ - عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول: إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف، فإمّا أن يطلق وإمّا أن يفيء⁽⁹⁾.

و - عن ابن عمر أنه كان يقول: أيما رجل آلى من امرأته فإنه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفيء، ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف⁽¹⁰⁾.

ز - قال سليمان بن يسار: كان تسعة رجال من أصحاب النبي ﷺ يوقفون في الإيلاء⁽¹¹⁾.

(2) الإشراف 761/2؛ والمعونة 885/2.

(1) تفسير ابن عرفة 651/2.

(3) بداية المجتهد 112/2.

(4) الإشراف 761/2؛ وبداية المجتهد 116/2؛ وأحكام القرطبي 111/3؛ والتحرير والتنوير 387/2.

(5) المقدمات 619/1. (6) أحكام ابن العربي 180/1.

(7) الإشراف 761/2؛ والمعونة 885/2.

(8) المعونة 885/2.

(9) أخرجه مالك في الطلاق، باب الإيلاء. (10) أخرجه مالك في الطلاق، باب الإيلاء.

(11) أحكام القرطبي 105/3.

ح - عن سهيل بن أبي صالح قال: سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ عن الرجل يولي من امرأته، فكلهم يقول: ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر، فيوقف، فإن فاء وإلا طلق⁽¹⁾.

قال الإمام مالك: وذلك الأمر عندنا⁽²⁾.

فإن امتنع طلق عليه الحاكم بلا تلوم، أي لا يضرب له أجلاً آخر، ووجه ذلك أن في ضرب أجل آخر زيادة على ما ورد الشرع به من التقدير والتحديد. وفيه أيضاً ضرراً بالمرأة⁽³⁾.

ودليل انتقال حكم التطلاق إلى الحاكم عند امتناع المولي من توليه، ما يلي:

أ - القياس على الفرقة من أجل العنة، لأنها مدة يرفعها الوطاء يتعلق بها الفرقة، فكان للحاكم مدخل في تلك الفرقة، أصله مدة العنة⁽⁴⁾.

ب - القياس على طلاق المعسر بالنفقة، لأنه طلاق مستحق عليه لإزالة ضرر، فجاز أن يليه الحاكم عند امتناع الزوج منه، أصله طلاق المعسر بالنفقة⁽⁵⁾.

ج - القياس على قضاء الدين، لأنه حق تدخله النيابة يثبت لمعنى يتعلق به إزالة ضرر، فإذا امتنع منه جاز أن ينفذه الحاكم كقضاء الدين⁽⁶⁾.

د - العمل بالمصلحة المرسله رفعا للضرر الداخل على المرأة. قال ابن رشد الحفيد: ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال: يطلق عليه السلطان، وهو نظر إلى المصلحة العامة. وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل. والمنقول عن مالك العمل به⁽⁷⁾.

وهل تطلق عليه في الحيض؟ فقد روى أشهب عن الإمام مالك لا تطلق عليه حال الحيض. واحتج الإمام مالك بقوله: كيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة. وروى ابن القاسم عن مالك تطلق عليه، لأن الطلاق حق للزوجة بأية الإيلاء. والارتجاع بعد ذلك حق الله تعالى، كما تقدم في باب الطلاق، فيجب أن يقضى بالحقين⁽⁸⁾. قال ابن رشد الجدد: تطلق عليه بالقرآن، ويجبر على الرجعة بالسنة⁽⁹⁾.

ومعنى كونها تطلق بالقرآن، أنه إذا لم تطلق عليه يكون قد زيد في المدة التي شرعها الله تعالى⁽¹⁰⁾.

لكن يمكن أن يرد على هذا القول بأنه كيف يجبر على الرجعة هنا في باب الإيلاء،

(1) المقدمات 617/1؛ وأحكام القرطبي 111/3. (2) الموطأ في الطلاق، باب الإيلاء.

(3) المنتقى 31/4، 33. (4) الإشراف 762/2.

(5) الإشراف 762/2؛ والمعونة 886/2. (6) الإشراف 762/2.

(7) بداية المجتهد 117/2. (8) المنتقى 96/4.

(9) المقدمات 506/1. (10) عدة البروق ص 274.

ورجعته باطلة لا حكم لها إذا لم يزل الضرر. لما سيأتي في رجعة المولي من أن كل طلاق واقع لأجل ضرر فالرجعة فيه معتبرة بزوال ذلك الضرر. وتعتد المرأة بعد الطلاق. والدليل⁽¹⁾:

أ - أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات.

ب - أن العدة فيها جانب التعبد، ولو أن الحكمة منها براءة الرحم.

ولا تملك المرأة أن تطلق نفسها بعد مضي المدة، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.

ووجه الاستدلال أنه تعالى أضاف الطلاق إلى الأزواج.

ب - أن المرأة لا تملك الطلاق، وإنما تملكه إذا ملكها الزوج إياه. ومضي المدة

لا يقع به تمليك.

فإن لم يمتنع المولي من الوطء، وإنما وعد بالفيئة، ولم يف، فإن الحاكم يؤخره

المرّة بعد المرّة إلى ثلاث. ويكون اختبار المرّات في يوم واحد. فإن لم يف، أمره

بالطلاق. فإن طلق فواضح وإلا طلق عليه.

وطلاق الحاكم على المولي يقع رجعيّاً إذا لم يطلق هو ثلاثاً أو يكمل به عدد

الثلاث. ودليل وقوعه رجعيّاً:

أ - القياس على غير المولي، لأنه طلاق مجرد صادف اعتداداً قبل استيفاء العدد،

فوجب أن يكون رجعيّاً، أصله غير المولي⁽³⁾.

ب - لأنه طلاق أوقع عليه رفعاً للضرر. فإذا تولى الزوج رفع ذلك الضرر بالجماع

فقد حصل المقصود⁽⁴⁾.

ويصدق المولي في الوطء إن أدعاه وخالفته الزوجة. ويكون تصديقه بيمين. فإن

نكل حلفت الزوجة أنه لم يف بما وعد من الفيئة، وبقيت في الطلب. فإن لم تحلف

بقيت زوجة كما لو حلف.

وترد اليمين على الزوجة عند نكول الزوج، إن كانت بالغة عاقلة. وأما إن كانت

مجنونة أو صغيرة سقطت عنها اليمين وطلّقت عليه حالاً.

المولي الذي لا يقدر على الفيئة لمرض ونحوه:

محلّ كون الفيئة مغيب الحشفة في القبل مع الافتضاض في البكر، إنما هو في غير

المريض والمحبوس والغائب، ومن يمتنع وطؤها شرعاً لحيض أو نفاس ونحوهما.

والفيئة هنا تكون بما تنحل به الإيلاء من تكفير ما يكفر وتعجيل مقتضى الحنث.

(1) بداية المجتهد 2/118.

(2) الإشراف 2/763.

(3) المعونة 2/886.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 73.

فإن لم يمكن انحلالها بما ذكر، كطلاق فيه رجعة في المولى منها أو في غيرها، كقوله: إن وطئتك فأنت طالق واحدة أو اثنتين؛ أو إن وطئتك ففلانة طالق كذلك، فلا يمكن انحلالها بطلاقها رجعيًا، لأنه لو طلقها كذلك فاليمين منعقدة عليه لأن الرجعية زوجة يلزمه طلاقها طلاقاً أخرى، فلا فائدة في تعجيل الطلاق قبل الحنث. وكذا إن طلق ضررتها رجعيًا ثم وطئها، فإنه يلزمه في ضررتها طلاقاً ثانية، بخلاف الطلاق البائن، فينحل به الإيلاء.

ومثل ذلك لو قال: عليّ صدقة بدينار، فلا يمكن انحلالها بصدقة دينار قبل الحنث. إذ لو تصدق بدينار ثم وطئ لزمه صدقة بدينار آخر. فالفيئة في ذلك كله تكون بالوعد بالوطفاء إذا زال مانع المرض أو السجن أو نحوهما لا بالوطفاء، لتعذره بالمرض أو السجن؛ ولا بالطلاق الرجعي ولا الصدقة بغير معين. إذ لو فعل ذلك للزمه مرة أخرى فلا فائدة في فعله كما تقدم. وكذا صوم غير معين، أو صوم زمن معين كرجب، ولم يأت زمنه. فإنه إن صام قبل مجيء زمنه ثم وطئ لزمه صومه إذا جاء زمنه.

والغائب يبعث إليه بعد انقضاء الأجل ولو بعدت المسافة بشهرين ذهاباً مع الأمن، ليعلم ما عنده. فإن كانت غيبته على مسافة أكثر من ذلك طلق عليه من غير إرسال. لأن الإرسال إليه يؤدي إلى الزيادة في الأجل الذي جعله الله تعالى⁽¹⁾. وهذا إن كان معلوم الموضع. وإلا فيطلق عليه من غير إرسال.

وما تقدم مقيّد بما إذا لم ترفعه زوجته للحاكم لتمنعه من السفر حيث أراد قبل الأجل، وإلا منعه. فإن أبى أخبره أنه إذا جاء الأجل طلق عليه. ففائدة إخباره بذلك أنه لا يبعث إليه إذا جاء الأجل وطلبت الزوجة الفيئة.

وللزوجة القيام على زوجها وطلب الفيئة أو الطلاق إن لم يفى، وذلك ولو رضيت بزوجها والمقام معه بلا وطء بعد أن حلّ أجل الإيلاء ثم رجعت عن ذلك الرضا وطلبت الفراق أو الفيئة. فلها ذلك بلا استئناف أجل آخر غير الأول، ولا يلزمها الرضا به أولاً. ووجه ذلك أن الوطفاء ممّا لا صبر للنساء عليه لشدة الضرر ودوامه. والصبر على الضرر لا يلزم الزوجة فيما يثبت لها الخيار فيه⁽²⁾. ولأنه حق لها لا يتعلق لله به حق، فجاز لها أن تتركه وأن ترجع فيه⁽³⁾.

إيقاع الزوج الطلاق بعد الإيلاء:

إذا آلى الزوج من زوجته ثم طلقها، فإن الطلاق يصح ولا يبطل أشهر التربص.

(1) المتقى 32/4.

(2) المتقى 30/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 72.

(3) البيان والتحصيل 374/2.

فإذا انقضت الأشهر وهي في عدتها كان لها أن توقفه إن شاءت. فإن فاء فحكم الفيئة أن يرجع فيطأ. فإن لم يفعل ذلك طلقت عليه بالإيلاء، وكانت مع الطلقة التي أوقعها تطليقتين. فإذا أوقفه الإمام فلا بد أن يفيء أو يطلق بعد، ولا يجزئ عنه ما مضى من الطلاق.

وإن مضت عدّة الطلاق قبل الأربعة الأشهر فقد بطل حكم الأشهر لأنها قد بانت منه، ولم يبق لها عليه حق مطالبة بوطء لأنها ليست له بزوجة⁽¹⁾.

الرجعة في طلاق الإيلاء:

تصح رجعة المولي بعد أن طلق عليه ما دامت الزوجة في العدة. وذلك إن انحل الإيلاء عنه بوطئها في العدة أو بتكفير ما يكفر في العدة كما لو كانت اليمين بالله؛ أو بتعجيل مقتضى الحنث في العدة كطلاق بائن وصوم معين حضر وقته أو حج معين حضر وقته.

فإن لم تنحل الإيلاء بما ذكر فلا تصح الرجعة وتبين منه المرأة بخروجها من العدة، والدليل:

أ - دلالة الأولى. وذلك أنّ الامتناع من الوطء مع بقاء الإيلاء إذا كان يهدم النكاح الذي صحّ وتقرّر حكمه وثبت، فبأن يمنع صحّة الرجعة أولى، لوجوده في حال الرجعة⁽²⁾.

ب - لأنّ كلّ طلاق وقع لأجل ضرر، فالرجعة فيه معتبرة بزوال ذلك الضرر. فإن زال الضرر صحّت الرجعة، وصار كطلاق المبتدأة. وإن لم يزل لم تصح لأنها لو صححت لم ينفع الطلاق شيئاً، لأنه إنما طلق عليه للضرر اللاحق للزوجة بترك الجماع. فلو عادت إلى العصمة بدونه لبقى ذلك الضرر على ما كان عليه⁽³⁾.

ووجه اعتبار صحّة الرجعة بالتكفير أو تعجيل مقتضى الحنث في العدة، أنّ ذلك يتنزّل منزلة الوطء في العدة، لأنها تشاركه في كونها تحلّ اليمين⁽⁴⁾. فإن رضيت المرأة بعد الرجعة بالبقاء معه بلا وطء، ففي المذهب خلاف في صحّة الرجعة. قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون بالصحة، وهو المذهب. وقال سحنون: لا تصح رجعته لأنّ الرجعة حدّ من الحدود⁽⁵⁾.

(2) المنتقى 33/4.

(1) المنتقى 35/4.

(3) الإشراف 763/2؛ والمعونة 886/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 73؛ وبداية المجتهد 119/2؛ وأحكام القرطبي 106/3.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 73.

(5) حاشية الدسوقي 438/2؛ ومنح الجليل 219/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 73.

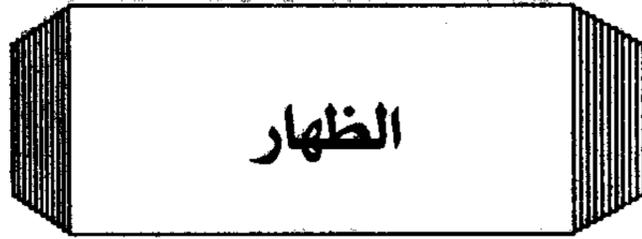
التوارث إذا وقع الإيلاء في المرض المخوف⁽¹⁾:

إذا آلى الزوج من زوجته في الصحة أو المرض المخوف، وانقضى الأجل ولم يفئ ولا وعد، فطلق عليه في مرضه وانقضت العدة فمات من مرضه، فإنها ترثه، أي ولو خرجت من العدة؛ ولا يرثها إن ماتت في مرضه قبله، أي قبل زوجها المريض وبعد خروجها من عدتها من الطلاق.

فإن ماتت قبله وقبل انقضاء عدة الطلاق، ورثها كما ترثه، لأنه رجعي.



(1) الشرح الكبير 2/353؛ والشرح الصغير 1/444.



لَمَّا كَانَ الظَّهَارَ شَبِيهًا بِالْإِيْلَاءِ فِي أَنَّ كِلَا مِنْهُمَا يَمِينٌ تَمْنَعُ الْوِطْءَ، وَيَرْفَعُ ذَلِكَ الْكُفَّارَةَ، وَإِنْ تَفَرَّقَا فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ، ذَكَرُوهُ عَقَبَ الْإِيْلَاءِ.

كَذَا ذَكَرَ الشَّيْخُ الصَّاوِي أَنَّ الظَّهَارَ يَمِينٌ. وَهُوَ مَا رَوَى عَنِ الْإِمَامِ مَالِكٍ فِي الْمَبْسُوطِ، مِنْ أَنَّ الظَّهَارَ يَمِينٌ تَكْفُرٌ. وَفِي الْمَدُونَةِ أَنَّ مَطْلُقَ الظَّهَارِ لَيْسَ بِيَمِينٍ، وَإِنَّمَا يَكُونُ يَمِينًا إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَأَنْتَ عَلِيٌّ كَظَهَرِ أُمِّي⁽¹⁾. لَمَّا عَلِمْتَ أَنَّ صَيْغَ التَّعْلِيْقِ مِنَ الْيَمِينِ.

تعريف الظهار.

الظهار لغة: مأخوذ من الظهر، لأنَّ الوطء ركوب، والركوب من غير النساء غالباً، إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الظَّهْرِ، وَهُوَ فِي النِّسَاءِ كِنَايَةٌ عَنِ الْجَمَاعِ⁽²⁾.

وشرعاً: هو تشبيه المسلم المكلف زوجته أو جزأها بمُحَرَّمَةٍ عَلَيْهِ أَصَالَةٌ أَوْ ظَهْرٍ أَجْنَبِيَّةٍ، وَإِنْ تَعْلِيْقًا.

وكان في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأة ولم يرد أن تتزوج بغيره ألى منها أو ظاهر، فتصير لا ذات زوج ولا خلية فتتكح غيره. وكان الظهار في الجاهلية وأول الإسلام طلاقاً حتى ظاهر أوس بن الصامت من امرأته خولة، ونزلت سورة المجادلة.

فمن خولة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه، ويقول: «اتقي الله فإنه ابن عمك» فما برحت حتى نزل القرآن ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ إِلَى الْفَرَضِ. فَقَالَ: «يَعْتَقُ رَقَبَةً» قَالَتْ: لَا يَجِدُ قَالَ: «فِيصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ» قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ. قَالَ: «فَلِيَطْعَمَ سَتِينَ مَسْكِينًا» قَالَتْ: مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ. قَالَتْ: فَأَتَيْتُ سَاعِتُذَ بَعْرَقَ مِنْ تَمْرٍ. قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَإِنِّي أَعِينُهُ بَعْرَقَ آخَرَ، قَالَ: قَدْ

(1) المنتقى 37/4؛ وحاشية الشرح الصغير 483/1. وانظر المقدمات 11/1 في وجه تشبيه الظهار باليمين.

(2) لباب اللباب ص 114؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 74؛ وأحكام القرطبي 273/17؛ والمقدمات 1/599؛ والمصباح المنير ص 388.

أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك⁽¹⁾.

وعند ابن العربي أن هذا دليل على أن النبي ﷺ حكم في الظهار بالطلاق كما كان معهوداً في الجاهلية، ونسخ الله تعالى هذا الحكم بما جاء في سورة المجادلة وقال: هذا نسخ في حكم واحد في حق شخص واحد في زمانين، وذلك جائز عقلاً وواقع شرعاً⁽²⁾.

ويفهم من كلام الشيخ ابن عاشور أنه لم يشرع في الإسلام بقوله: لم يكن مشروعاً في شرع قديم ولا في شريعة الإسلام⁽³⁾.

حكم الظهار:

الظهار حرام. وقد صرح بعضهم بأنه من الكبائر. ودليل الحرمة⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ ﴿٢﴾﴾ [المجادلة: 2].

والاستدلال بالآية من وجوه. وذلك أنه تعالى أكذب المظاهر تشبيهه زوجته بأمه بقوله: ﴿مَّا هُنَّ بِأُمَّهَاتِهِمْ﴾ وهي جملة خبر عن قوله: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ﴾ أي ليس أزواجهم أمهات لهم. أي لا تصير الزوجة بذلك أمّاً لقائل تلك المقالة.

ثم إنه تعالى وصف قولهم ذلك بأنه منكر من القول، والمنكر هو الذي لا حقيقة له. أو هو القبيح، لما فيه من تعريض حرمة الأم لتخيلات شنيعة، تخطر بمخيلة المتكلم والسامع عند قول المظاهر لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي.

كما وصف قولهم بأنه زور. والزور هو الكذب. وقد وصفه الله تعالى بذلك لما فيه من تغيير الحقائق، إذ لا تصير الزوجة أمّاً ولا تحرم عليه بذلك.

ثم ذيل الآية بقوله: ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ﴾ ولا يعفى ويغفر إلا للمذنبين. وهو يدل على أن المظاهر بعد نزول الآية منهي عن ذلك.

ثم أكد الله تعالى هذه الحرمة بقوله في آخر الآية التي ورد فيها ذكر كفارة الظهار: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾، والإشارة في الآية إلى ما سبق ذكره من الأحكام، ومنها ما يدل عليه وصف الظهار بأنه كذب من وجوب اجتنابه.

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الظهار، وابن ماجه في الطلاق، باب الظهار. وفي رواية ابن ماجه قوله ﷺ: «حرمت عليه».

(2) أحكام القرآن 4/1752. (3) التحرير والتنوير 12/28.

(4) المعونة 2/888؛ والمنتقى 4/37؛ والمقدمات 1/600، 602؛ وبداية المجتهد 2/120؛ ولباب اللباب ص 114؛ وأحكام ابن العربي 4/1752؛ وحاشية أقرب المسالك 1/483؛ والتحرير والتنوير

وما جاء في الآية من التكذيب ووصف قولهم بأنه منكر وزور، هو توبيخ لهم على صنيعهم؛ مما يدل على أنّ الظهار لم يكن مشروعاً في شرع قديم ولا في شريعة الإسلام. وإنما هو أمر وضعه أهل الجاهلية وجعلوه محرماً للزوجة، فأبطله الإسلام وحمق أهل الجاهلية الذين كانوا سبياً في ابتداعه، وشنع عليهم، وجعل للذين يقولونه من المسلمين كفارة تكفيراً للذنب وزجراً عن إتيانه.

ب - قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كَقَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ [الأحزاب: 4].

ذكر الشيخ ابن عاشور⁽¹⁾ أنه تعالى نفى أن تصبح الزوجة أمّاً لزوجها بعد قوله لها: أنت عليّ كظهر أمي وأنه تعالى أشار إلى أنّ ما كان يقوله أهل الجاهلية إنما هو كلام كاذب لا تتجاوز دلالة الأفواه، ولا يطابق الواقع، وذلك بقوله: ﴿ذَلِكَ كَقَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ﴾.

شرح التعريف:

1 - قوله: تشبيه، المراد ما يشمل التشبيه البليغ، وهو ما حذفت أداته مثل: أنت أمي، والمراد أيضاً ما يشمل تشبيه الكل بالكل، أو الجزء بالجزء، أو الكل بالجزء، أو الجزء بالكل، وسيأتي الدليل على ذلك في الصيغة.

2 - قوله: المسلم، أي فلا ظهار لكافر ولو أسلم، فلو تظاهر الكفار وتحاكموا إلينا في حال كفرهم، فالظاهر أننا لا نحكم بينهم بحكم المسلمين، والدليل على أنّ حكم الظهار خاصّ بالمسلمين.

أ - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُم مِّن نِّسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: 2].

ووجه الاستدلال أنّ حرف «منكم» يدل على أنّ الخطاب موجه للمسلمين خاصة. وهذا يقتضي خروج الكافر من الخطاب⁽²⁾. وليس هذا من باب الاستدلال بدليل الخطاب.

ب - أنّ الظهار يستدعي وجود عصمة صحيحة، والكفار أنكحتهم فاسدة. والأنكحة الفاسدة لا يتعلّق بها حكم طلاق ولا ظهار⁽³⁾.

ووجه فساد أنكحتهم أنّها مختلة من جهة شروطها من ولي وصدّق، وقد يعقدون في العدة ويعقدون على محرّمات.

(1) التحرير والتنوير 21/256، 260.

(2) الإشراف 2/767؛ وأحكام ابن العربي 4/1750؛ وشرح ابن عبد السلام 76؛ وأحكام القرطبي 17/276.

(3) المصادر السابقة.

ووجه لزوم شروط النكاح عليهم أنهم عند المالكية مخاطبون بفروع الشريعة⁽¹⁾.
ج - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَآسَا﴾ [المجادلة: 3].

ووجه الاستدلال أنه تعالى عطف هذه الآية على التي قبلها وبين فيها الكفارة. والكفارة لا تصح إلا بالإسلام⁽²⁾.

3 - قوله: المكلف، فيخرج بذلك الصبي والمجنون والمكره والسكران بحلال والمغمى عليه والنائم⁽³⁾. ووجه عدم لزوم الظهار عليهم أنهم لا يلزمهم طلاقهم⁽⁴⁾. ويدخل في المكلف السفية والسكران بحرام، لأن طلاقهما يلزمهما⁽⁵⁾. ويدخل أيضاً من صدر منه الظهار في حال الغضب، لأن الغضب لغو لا يرفع حكماً ولا يغير شرعاً⁽⁶⁾. ويؤكد ذلك ما جاء في بعض طرق قصة أوس بن الصامت، أن خولة قالت: كان بيني وبينه شيء. فقال: أنت علي كظهر أمي.

فقولها: كان بيني وبينه شيء، دليل على منازعة أخرجته، فظاهر منها⁽⁷⁾. وأما من كان به لمم، وكان قادراً على أن ينتظم له الكلام في بعض الأوقات، فقد ذكر بعض أهل المذهب أن الظهار يلزمه إذا ظاهر لما ورد في بعض طرق قصة أوس مع زوجته أن عائشة قالت: وكان أوس امرؤاً به لمم. فإذا اشتد به لممه ظاهر من امرأته⁽⁸⁾.

واعترض الإمام ابن عبد السلام على ذلك، وقال: ظاهر المذهب خلافه، وتأول ما جاء في الرواية بإمكان أن يكون أوس معه تمييز⁽⁹⁾.

والخصي والمجبوب والشيخ الفاني، فالمذهب أنه يلزمهم الظهار الصادر منهم، لأن الاستمتاع يحرم عليهم قبل التكفير كما يحرم الوطء، والاستمتاع يتأتى منهم. وقال الإمام سحنون: لا ظهار عليهم، لأن الاستمتاع بدون الوطء غير ممنوع⁽¹⁰⁾.

4 - قوله: أو جزأها. أي الحقيقي كيدها ورجلها. ويشمل أيضاً جزأها الحكمي، كالشعر، وسيأتي ذكر الدليل على ذلك.

5 - قوله: بمحرمة عليه أصالة، سواء كانت محرماً أو لا. فلا ظهار في قوله: أنت علي كظهر زوجتي، وهذه الزوجة المشبه بها نساء أو مطلقة طلاقاً رجعياً أو محرمة بحج.

- (1) أحكام ابن العربي 4/1750. (2) الإشراف 2/767.
(3) الشرح الكبير 2/439؛ ومنح الجليل 4/222. (4) المنتقى 4/40.
(5) المنتقى 4/40؛ وأحكام ابن العربي 4/1751؛ وأحكام القرطبي 17/277.
(6) أحكام ابن العربي 4/1751. (7) أحكام ابن العربي 4/1751.
(8) أخرجه البيهقي في الظهار، باب سبب نزول آية الظهار.
(9) شرح ابن عبد السلام ورقة 76.
(10) المنتقى 4/40؛ والمقدمات 1/609؛ والشرح الكبير 2/440.

6 - قوله: وإن تعليقاً، أي بحروف التعليق «إن» أو «إذا» أو «مهما» أو «متى»، نحو: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي، وإن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي. فإن علقه بمحقق، نحو إن جاء رمضان فأنت عليّ كظهر أمي أو بفلاحة الأجنبية، أو إن طلعت الشمس في غدٍ فأنت عليّ كظهر أمي، فإن الظهار يتنجز من الآن، ويمنع من زوجته حتى يكفر.

وإن قيده بوقت تأبد، أي لا يكون تحريمها عليه خاصاً بذلك الوقت الذي قيد به، ولا ينحلّ إلا بالكفارة، وذلك نحو: أنت عليّ كظهر أمي في هذا اليوم أو الشهر، والدليل على عدم التقييد:

أ - أن آية الظهار عامة في المقيّد وغير المقيّد⁽¹⁾.

ب - القياس على الطلاق، لأنه لفظ يحرم به الوطء، فوجب أن يكون التقييد كالإطلاق، كالطلاق⁽²⁾.

ودليل لزوم الكفارة لانحلال الظهار، وأنه لا يكفي لانحلاله مرور الزمن الذي قيد به؛ أن الآية أوجبت الكفارة على كل مظاهر عائد، فدلّت على أنّ التحريم إذا وقع بالظهار فلا يرفعه إلا الكفارة⁽³⁾.

ويمنع الزوج من زوجته في صيغة الحنث المطلق، أي الذي لم يقيد بأجل معين. نحو: إن لم أدخل الدار فأنت عليّ كظهر أمي، وذلك حتى يفعل، بأن يدخل، فإن عزم على الضدّ أو فات المحلوف عليه، فمظاهر لا يقربها حتى يكفر.

وإذا منع منها حتى يفعل المحلوف عليه، فلم يفعل، وكانت يمينه مطلقة، ضرب له أجل الإيلاء من يوم الرفع. نحو: إن وطئتك فأنت عليّ كظهر أمي. فهذه صيغة برّ، إلا أنه علق الظهار فيها على الوطء، فإذا غيب الحشفة صار مظاهراً منها، ولا يجوز له النزع إذ هو وطاء، وقد صار مظاهراً فيمنع منها، ولا يمكن منها، ويضرب له أجل الإيلاء من يوم اليمين لكونها صريحة في ترك الوطء.

وهذا المثال يتعلق بالمنع من الزوجة وضرب أجل الإيلاء. ولا يمكنه هنا تكفير، لأن الظهار لا ينعقد عليه إلا بالوطء، وهو لا يمكن كما علمت، فلا تكفير قبل ثبوته. نعم إن تجرأ ووطئ كان مظاهراً، وطلبت منه الكفارة، وإنما ضرب له أجل الإيلاء لعلها أن ترضى بالمقام معه على ترك الوطء. وهذا أحد أقوال، وهو قول محمد. والثاني لعبد الملك أنه يغيب ثم ينزع فيصير مظاهراً، والنزع لا يعدّ وطاءً، وإنما هو تخلص من حرمة.

(2) الإشراف 2/770؛ والمنتقى 4/38.

(1) أحكام ابن العربي 4/1754.

(3) الإشراف 2/770؛ وأحكام ابن العربي 4/1754.

وعلى القول الأول، فإن ضرب له الأجل ورضيت بالمقام معه بلا وطء، فلها ترك الرضا والقيام بحقها في الطلاق، ولا يستأنف لها أجل آخر. ودليل دخول الإيلاء عليه في هذا المثال أنه مضرّ بها بظهاره⁽¹⁾.

أركان الظهار:

الركن الأول: مظاهر. وهو الزوج. وشرطه الإسلام والتكليف كما تقدم في التعريف.

ولا يقع ظهار المرأة من زوجها والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: 2].

ووجه الاستدلال أنه تعالى علق الحكم بظهار الرجال من نسائهم، ولم يعلقه بظهار النساء من رجالهن⁽²⁾.

ب - القياس على الطلاق، لأن معنى الظهار تحريم الوطء بالقول، فلم يصح من النساء كالطلاق⁽³⁾.

ج - الإجماع على أن الحل والعقد والتحليل والتحریم في النكاح بيد الرجال، وليس بيد النساء منه شيء⁽⁴⁾. وكل من لم يكن له أن يطلق بحال لم يكن له أن يظاهر⁽⁵⁾.

الركن الثاني: مظاهر منها، وهي الزوجة.

ويلزم الظهار ولو كانت الزوجة غير مدخول بها أو مطلقة طلاقاً رجعياً. ووجه ذلك أن أحكام الزوجية ثابتة بينهما، وكما يلحقها الطلاق كذلك يلحقها الظهار قياساً⁽⁶⁾.

ويلزم الظهار في الأجنبية بشرط التزويج. فمن قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي، فهو مظاهر. فلا يشترط أن تكون الزوجة المظاهر منها في العصمة أثناء المظاهرة، والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: 2].

ووجه الاستدلال أن الآية لم تفرّق بين أن يكون الظهار وقع قبل التزويج بشرط وجوده أو بعده⁽⁷⁾.

(1) بداية المجتهد 2/127.

(2) المنتقى 4/48؛ وأحكام ابن العربي 4/1751؛ وأحكام القرطبي 17/276؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 76.

(3) الإشراف 2/769؛ وبداية المجتهد 2/125؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 76.

(4) المنتقى 4/48؛ وأحكام ابن العربي 4/1751. (5) الإشراف 2/769.

(6) أحكام القرطبي 17/279. (7) الإشراف 2/770.

ب - قول عمر، فعن القاسم بن محمد أن رجلاً جعل امرأة عليه كظهر أمه إن هو تزوجها، فأمر عمر بن الخطاب إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر⁽¹⁾.
ج - أن هذه المسألة مبنية على أصل المذهب في الطلاق⁽²⁾. فانظر الأدلة المذكورة هناك.

وأما إن قال: أنت عليّ كظهر أمي، ولم يعلق ذلك على التزويج لم يلزمه شيء⁽³⁾. ويلزم الظهار ولو كانت الزوجة حائضاً أو نفساء أو محرمة بحج أو عمرة أو صائمة أو معتكفة أو صغيرة. والدليل: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ﴾ فقوله: «من نسائهم» عام في جميع أحوال المرأة المظاهر منها⁽⁴⁾.

ويلزم الظهار أيضاً ولو كانت المرأة لا يمكن وطؤها لكونها رتقاء أو عفلاء أو قرناء، لأنه وإن تعذر وطؤها لا يتعذر الاستمتاع بغير الوطء⁽⁵⁾.

الركن الثالث: مشبه به. وهو من حرم وطؤه أصالة، من آدمي ذكراً أو أنثى، أو غير آدمي، كالبهيمة، وسيأتي الدليل على هذا في الصيغة.

الركن الرابع: صيغة دالة على الظهار.

وصيغة الظهار تكون إما صريحة فيه، وإما كناية، والكناية إما ظاهرة لا تنصرف عنه إلا بنية، وإما خفية لا تعتبر فيه إلا بنية.

1 - صريح الظهار: وهو اللفظ الدال على الظهار صراحة بالوضع الشرعي بلا

احتمال غيره. ولا بد فيه من أمرين:

الأول: ذكر ظهر امرأة.

الثاني: كون المرأة مؤبدة التحريم بنسب أو رضاع أو صهر. نحو: أنت عليّ كظهر

أمي، أو أختي من الرضاع، أو كظهر أمك. والدليل هو أن الظهار الذي نزل فيه القرآن وشرعت له الكفارة كان فيه لفظ الظهار والمرأة المؤبدة التحريم، وذلك كما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ ووجه

الاستدلال أن الآية تحدثت عن ظهار، وهو من الظهر، وعن الأمهات⁽⁶⁾.

ب - ما جاء في قصة سلمة بن صخر أنه جعل امرأته عليه كظهر أمه⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال أنه شبه جملة أهله بظهر أمه⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب ظهار الحر.

(2) الإشراف 2/770. (3) المنتقى 4/40.

(4) المقدمات 1/609. (5) الشرح الكبير 2/441.

(6) المنتقى 4/38.

(7) أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في كفارة الظهار.

(8) أحكام ابن العربي 4/1749.

ودليل إلحاق المرأة مؤبدة التحريم بحكم الأم في لزوم الظهار ما يلي:
- القياس على الأم، لأنها محرمة على التأبید، وتأيید التحريم علة تستوي فيه الأم
وغيرها من المحرمات⁽¹⁾.

ودليل التسوية بين الرضاع والصهر وبين النسب قياسهما على النسب، لأنهما
يوجبان التحريم المؤبد مثله⁽²⁾.

وأما تشبيه الزوجة بظهر امرأة مؤبدة تحريمها بلعان أو بنكاح في العدة، فهو كالتشبيه
بظهر أجنبية في كونه من الكناية لا من الصريح.

ولا ينصرف صريح الظهار للطلاق إن نوى الطلاق به، لأن صريح كل باب لا
ينصرف لغيره. ولا يؤخذ بالطلاق مع الظهار لا في الفتوى ولا في القضاء على المشهور
من المذهب.

وإذا قال: أنت علي حرام كظهر أمتي، فهل يؤخذ بالطلاق مع الظهار إذا نوى به
الطلاق فقط؟ أو يؤخذ بالظهار فقط؟ تأويلان⁽³⁾.

واستدل القاضي عبد الوهاب على القول بأنه يكون ظهاراً فقط، ولا يكون طلاقاً،
بأنه قد وجد في لفظه صريح الظهار، فوجب أن لا يكون طلاقاً؛ أصله إذا أفرد عن لفظ
التحريم؛ ولأنه شبه فرجاً محلاً له بفرج محرّم عليه مؤبداً، فصار مظاهراً، كما لو لم
يذكر التحريم⁽⁴⁾.

وعلل الإمام القرطبي القول بأنه يؤخذ بالظهار فقط بأن قوله: أنت علي حرام،
يحتمل التحريم بالطلاق، ويحتمل التحريم بالظهار، فلما صرح به كان تفسيراً لأحد
الاحتمالين يقضى به فيه⁽⁵⁾.

2 - كناية الظهار الظاهرة: وهي ما سقط فيه أحد اللفظين، أي لفظ الظهر أو لفظ
مؤبدة التحريم. فالأول نحو: أنت كأمتي. أو أنت أمتي، بحذف أداة التشبيه. إلا إذا قصد
كرامة، أي أنت مثلها في المنزلة والتكريم، أو قصد الشفقة والحنان. وكذا إذا كتى عن
الإهانة والتوبيخ، فلا يكون ظهاراً. ودليل لزوم الظهار مع سقوط لفظ الظهر: القياس
على ما لو ذكر الظهر، لأنه أطلق تشبيه امرأته بأمه⁽⁶⁾. قال ابن العربي: وهذا قوي. إذ
معنى اللفظ فيه موجود. واللفظ بمعناه. ولم يلزم حكم الظهر للفظه، وإنما لزم لمعناه،
وهو التحريم⁽⁷⁾.

(1) الإشراف 767/2؛ والمنتقى 39/4؛ وبداية المجتهد 120/2؛ وأحكام ابن العربي 1749/4.

(2) المعونة 889/2؛ والمنتقى 48/4.

(3) الشرح الكبير وحاشيته 442/2؛ والمنتقى 38/4؛ والإشراف 769/2؛ وأحكام القرطبي 375/17.

(4) الإشراف 769/2. (5) أحكام القرطبي 375/17.

(6) الإشراف 768/2؛ والمنتقى 38/4. (7) الأحكام 1749/4.

الثاني: نحو أنت كظهر كذا، وشبهها بظهر رجل ذكر، كزيد وعمرو، أو أبي أو ابني، ونحو أنت كظهر فلانة، وشبهها بظهر امرأة أجنبية يحل وطؤها في المستقبل بنكاح. فالمراد بالأجنبية غير المحرم وغير الزوجة، والدليل في هذا القسم: القياس على الأم، لأنه شبه امرأته بظهر محرّم منه كالأم، لأن الأسماء بمعانيها وعللها لا بألفاظها⁽¹⁾.

ومن الكناية الظاهرة تشبيه عضوها بمحرّمة أو بجزء محرّمة، نحو: يدك أو رأسك كأمي، أو مثل يد أمي أو رأسها أو شعرها. ودليل لزوم الظهار بتشبيه بعض الزوجة بالأم، أنه إنما يلزم حكم الظهار بتشبيهه امرأته المحلّة بالفرج المحرّم عليه مؤبداً، وهذا موجود فيه إذا شبه بعضها، لأن بعضها في الشرع في جواز الاستمتاع بمثابة كلّها، ولأنه لفظ يقتضي تحريم الوطاء، فإذا غلّق بعضو سرى إلى الجملة، أصله الطلاق. أي قياساً على الطلاق⁽²⁾.

ودليل لزوم الظهار بتشبيه الزوجة بعضو من الأم القياس على الظهر⁽³⁾. ووجه عدم التفرقة بين المسألتين أنّ المعنى حاصل، وهو تشبيه محلّل بمحرّم⁽⁴⁾.

وينوى في الكناية الظاهرة بقسميها - وهما ما إذا أسقط لفظ الظهر، أو أسقط مؤبدة التحريم - فإن نوى الظهار أو لا نية له، فظهار لا طلاق. وإن نوى بها الطلاق فيلزمه البتات في المدخول بها وغير المدخول بها، إن لم ينو في غير المدخول بها أقل من الثلاث. فإن نوى الأقل لزمه فيها ما نواه، بخلاف المدخول بها فإنه يلزمه فيها البتات، ولا يقبل منه نية الأقل.

ويلزمه البتات أيضاً في قوله: أنت كفلانة الأجنبية، أو أنت كابني، أو ككلّ شيء حرّمه الكتاب، نحو: أنت كالخمر أو كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير، فيلزمه في ذلك كله البتات، إلا أن ينوي في غير المدخول بها الأقل. والموضوع أنه لم يذكر لفظ الظهر ولا مؤبدة تحريم، وإلا كان ظهاراً إذا لم ينو به طلاقاً كما تقدم. فتكون هذه من كنايات الطلاق لا الظهار.

3 - الكناية الخفية: وهي ما لا تنصرف للظهار أو للطلاق إلا بالقصد. فيلزم الظهار بأي كلام نوى الظهار به، كانصرفي واذهبي وكلي واشربي. كما أنه لو نوى به الطلاق لزمه الطلاق. وإن لم ينو به شيئاً فلا شيء عليه.

وقولهم: بأي كلام، ظاهره ولو بصريح الطلاق، وهو ما نقل عن ابن القاسم، قال: من قال لامرأته أنت طالق، وقال: نويت به الظهار لزمه الظهار بما أقرّ به من نيته،

(1) الإشراف 2/169؛ والمعونة 2/890؛ وأحكام ابن العربي 4/1749؛ وأحكام القرطبي 17/275.

(2) الإشراف 2/768.

(3) الإشراف 2/768؛ وأحكام ابن العربي 4/1749؛ والمعونة 2/889؛ وأحكام القرطبي 17/274.

(4) المصادر السابقة.

والطلاق بما ظهر من لفظه. وقال غيره: لا يلزمهظهار، لأن صريح كل باب لا ينصرف لغيره بالنية. وهو المعتمد.

استمتاع المظاهر بزوجه قبل الكفارة:

يحرم على المظاهر الاستمتاع بزوجه المظاهر منها بوطء أو مقدماته قبل الكفارة. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٤﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٥﴾﴾ [المجادلة: 3، 4].

ووجه الاستدلال أنه تعالى شرط لانحلال الظهار القيام بالكفارة قبل المسيس⁽¹⁾.

ب - عن ابن عباس أن رجلاً ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر. فأتى النبي ﷺ فأخبره فقال: «ما حملك على ما صنعت؟» قال: رأيت بياض ساقها في القمر. قال: «فاعتزلها حتى تكفر عنك»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أمره بأن لا يعود إلى وطء زوجته حتى يكفر. كما أن قوله ﷺ: «ما حملك على ما صنعت» يدل على أنه لم يكن له ليفعل ذلك⁽³⁾.
ودليل تحريم المقدمات مع الوطء:

أ - العموم الذي يدل عليه قوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾. فهي عامة في الوطء وفي المقدمات⁽⁴⁾.

ب - الحديث المتقدم. ووجه الاستدلال أن الأمر بالاعتزال يشمل المقدمات.

ج - القياس على الوطء، لأنه استمتاع وتلذذ، فوجب أن يحرم بالظهار كالوطء في الفرج⁽⁵⁾.

وإذا وطئ المظاهر قبل الكفارة فإن الكفارة لا تسقط عنه ولا تتكرر. والدليل:

(1) المتقى 4/44؛ وأحكام القرطبي 17/283.

(2) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الظهار؛ والترمذي في الطلاق، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر؛ والنسائي في الطلاق، باب الظهار.

(3) أحكام ابن العربي 4/1754؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 86.

(4) الإشراف 2/775؛ والمعونة 2/892؛ والمقدمات 1/605؛ والبيان والتحصيل 5/177؛ وبداية المجتهد 2/126.

(5) الإشراف 2/775؛ والمعونة 2/892.

أ - الحديث المتقدم. وفيه قوله ﷺ: «حتى تكفر» وهو نص في عدم سقوط الكفارة⁽¹⁾.

ب - ما جاء في رواية لقصة سلمة بن صخر أنه ظاهر في زمان رسول الله ﷺ، ثم وقع بامراته قبل أن يكفر. فأتى رسول الله ﷺ، فذكر له ذلك، فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً⁽²⁾.

وهو نص في التكفير بكفارة واحدة⁽³⁾.

ج - أنه بوطئه ارتكب إثماً، فكيف تسقط الكفارة بذلك⁽⁴⁾.

د - أن السبب الموجب للكفارة، وهو العود، لم ينتف بالوطة فلا تسقط الكفارة⁽⁵⁾.

ولو عجز المظاهر عن أنواع الكفارة فلا يحل له مسها بالإجماع كما نقله ابن القصار عن النوادر. وخالف الإمام سحنون وأصبغ فجوزا المقدمات، والامتناع عندهما مما عدا الوطة مستحب فقط⁽⁶⁾.

ويجب على الزوجة منعه من الاستمتاع بها. ويجب عليها رفعه للحاكم ليمنعه منها إن خافت استمتاع زوجها بها. ووجه رفعه للحاكم أنه أراد ارتكاب محذور فوجب ردعه عنه بالأدب⁽⁷⁾.

ويجوز للزوج أن يقيم مع زوجته المظاهر منها في بيت واحد إن أمن على الزوجة منه، ويجوز له النظر لوجهها ويديها ورجليها بغير قصد اللذة، ويكره النظر إلى شعرها وإلى صدرها، والدليل: سد الذريعة مخافة التطرق إلى ما بعد ذلك⁽⁸⁾. ودليل الكراهة وعدم الحرمة أن النظر إلى شيء من ذلك ليس من المماساة المذكورة في الآية⁽⁹⁾.

سقوط الظهار:

يسقط الظهار بحيث يكون غير لازم، وكأنه لم يظاهر أصلاً، بالطلاق الثلاث أو بما يتم الثلاث. وذلك إذا تعلق الظهار على شيء، كدخول دار، ولم يتنجز ما علق الظهار عليه. فمن قال: أنت علي كظهر أمي إن دخلت الدار. فقبل الدخول طلقها ثلاثاً

(1) الإشراف 775/2؛ وأحكام ابن العربي 1754/4؛ وأحكام القرطبي 283/17؛ وعارضة الأحوزي 5/177؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 86.

(2) أخرجه الدارقطني في النكاح.

(3) بداية المجتهد 131/2؛ وأحكام القرطبي 277/17؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 86.

(4) المعونة 896/2. (5) المعونة 896/2.

(6) المقدمات 606/1. (7) المنتقى 48/4.

(8) المنتقى 37/4؛ والبيان والتحصيل 176/5.

(9) البيان والتحصيل 177/5.

أو ما يكمل الثلاث، سقط عنه الظهار. فإذا تزوجها بعد زوج، فدخلت لم تكن عليه كفارة، لذهاب العصمة المعلق فيها، وهذه عصمة أخرى. وأولى لو دخلت الدار قبل عودها له.

فلو تنجز الظهار قبل انقطاع العصمة بأن دخلت وهي في عصمته أو في عدة طلاق رجعي، ثم طلقها ثلاثاً وعادت له بعد زوج لم يسقط، ولا يقربها حتى يكفر.

ولو أبانها بدون الثلاث، ثم تزوجها، فدخلت، لم يسقط، فلا يقربها حتى يكفر. وأما إذا كان الظهار غير معلق فلا يسقط الطلاق الثلاث بعده.

والدليل:

أ - العموم الذي تدل عليه الآية⁽¹⁾.

ب - أن الظهار يوجب في الزوجة تحريم ما لا يرتفع إلا بالكفارة، للأدلة على وجوب الكفارة بشرط العود⁽²⁾.

ج - أن زوال العصمة التي ظاهر فيها لا يوجب زوال حكم ما وجب قبل زوالها، بل يعود على حكم العصمة⁽³⁾. أي فلا يستلزم أحدهما الآخر⁽⁴⁾.

وإذا لم يسقط الطلاق الثلاث حكم الظهار المتقدم عليه فأحرى أن لا يسقطه الطلاق المقصور عن الثلاث، سواء كان بائناً أو غير بائن⁽⁵⁾.

ويسقط الظهار إذا تأخر عن الطلاق الثلاث في اللفظ. كانت طالق ثلاثاً، أو البتة، ثم قال متمماً: وأنت عليّ كظهر أمي. ووجه السقوط هنا هو عدم وجود محله، وهو العصمة⁽⁶⁾.

وكذا لو تأخر عن الطلاق البائن دون الثلاث. كقوله لغير مدخول بها: أنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي، لأن غير المدخول بها تبين بمجرد إيقاع الطلاق عليها، فلا يجد الظهار محلاً، وكذا لو قال لمدخول بها: خالعتك وأنت عليّ كظهر أمي.

ولا يسقط الظهار إن تقدم على الطلاق في اللفظ، كانت عليّ كظهر أمي، وأنت طالق ثلاثاً. فإن تزوجها بعد زوج فلا يقربها حتى يكفر.

ولا يسقط الظهار إذا صاحب الظهار الطلاق في الوقوع لا في اللفظ، لتعذرهما، وإن فعلت كذا، أو إن تزوجتك، أو إن دخلت أو إن أكلت، فأنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي، والعكس بالأولى؛ فيلزمه الأمران. فإن تزوجها بعد الطلاق لزمه الكفارة.

ويقع الطلاق عليه في قوله: إن تزوجتك بمجرد عقده عليها. فإذا كان ثلاثاً وتزوجها بعد زوج كفر.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 84.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 84.

(6) عدة البروق ص 305.

(1) الإشراف 771/2.

(3) الإشراف 771/2.

(5) شرح ابن عبد السلام ورقة 84.

وإنما تصاحباً في الوقوع، لأن أجزاء المعلق لا ترتب لها إذا وجد سببها وهو المعلق عليه.

وجوب كفارة الظهار:

تجب الكفارة وتجزئ بالعود؛ وهو العزم على وطء الزوجة المظاهر منها. ودليل الوجوب بالعود:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: 3].
 ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى علق وجوب الكفارة بشرط زائد على التلفظ بالظهار، وهو العود. والآية نص في ذلك. وقد علمت شرطية العود بدخول الفاء في الخبر، لأن دخول الفاء في خبر المبتدأ الموصول دليل على الشرطية، فينتفي الوجوب بانتفاء العود⁽¹⁾.

والأصل أن تحمل الآية على الترتيب دون تقديم وتأخير. وهذا رد على من قال: إن في الآية تقديماً وتأخيراً، وتقديره: والذين يظاهرون من نسائهم فتحرير رقبة ثم يعودون لما كانوا من قبل الظهار سالمين من الإثم بسبب الكفارة، وقد رد على هذا القول بأن الأصل بقاء الكلام على ما هو عليه حتى يدل على التقديم والتأخير⁽²⁾.

ب - أن الظهار يمين، فلا تجب الكفارة إلا بالمخالفة وهو الحنث. والعود فيها هو الحنث كسائر الأيمان⁽³⁾.

وأما الدليل على أن العود معناه العزم على الوطء أن الله تعالى أوجب الكفارة قبل المسيس. وإذا كان ذلك كذلك فليس يوجد شيء بعد الظهار وقبل المسيس إلا إرادة الوطء والعزم عليه، فثبت أن ذلك هو المقصود بالعود. وذلك أن المظاهر قصد تحريم وطء زوجته على نفسه، فينشأ عن ذلك ثلاثة أمور، فإما أن يريد طلاقها فله أن يوقع عليها طلاقاً، لأن الله تعالى أبطل أن يكون الظهار طلاقاً؛ وإما أن لا يريد طلاقها ويندم على ما صدر منه من المظاهرة، ويروم العود إلى معاشرتها، وهو المراد بقوله: «ثم يعودون لما قالوا» فالعود الرجوع إلى شيء تركه وفارقه صاحبه وهو هنا عود مجازي، فاستعمل فعل «يعودون» في إرادة العود، فليس هو العود بالفعل أي الوطء، لأنه لو كان المراد عوداً بالفعل لم يكن لاشتراط التكفير قبل المسيس معنى. وهذا مثل قوله تعالى: «إذا قمتم إلى الصلاة» أي إذا أردتم القيام. واللام في قوله: «لِمَا قَالُوا» بمعنى «إلى» وما

(1) الإشراف 772/2؛ والمعونة 891/2؛ والمنتقى 9/4؛ وبداية المجتهد 121/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 85؛ وعارضة الأحوذى 177/5.

(2) شرح التنقيح للقرافي ص 98؛ ومفتاح الوصول ص 59.

(3) الإشراف 772/2؛ والمعونة 891/2؛ وبداية المجتهد 121/2.

قالوه هو الظهار، وهو تحريم وطء الزوجة. والتقدير: ثم يريدون العود إلى ما حرّموه على أنفسهم فعليهم كفارة قبل أن يعودوا إليه.

والأمر الثالث أن لا يريد طلاقاً ولا عوداً، فهذا قد صار ممتنعاً من معاشرة زوجته مضرّاً بها فله حكم الإيلاء⁽¹⁾.

وورد في معنى العود أقوال أخرى في المذهب وخارج المذهب⁽²⁾.

ولا تجزئ قبل العود، لأنه إخراج لها قبل الوجوب وتوجه الطلب، أي فلا يستقر وجوبها على المظاهر بتلفظه بالظهار حتى يعقد العزم على العود.

وتتقرّر الكفارة على المظاهر وتتحتم عليه بحيث لا تقبل السقوط بحال بالوطء، ولو وقع منه ناسياً. سواء بقيت الزوجة في عصمته أو طلقها، لأن الكفارة صارت حقاً لله تعالى. وتقدم أنّ الكفارة يجب أن تكون قبل العود كما تقدم ذكر الدليل على ذلك.

حكمة مشروعية الكفارة:

إذا كان الظهار محرماً وأنّ الله تعالى أبطل كونه طلاقاً فالمناسب أن تكون الكفارة تحلة لما قصده المظاهر من التحريم وتأديباً له على هذا القصد الفاسد والقول الشنيع كما قال ذلك الشيخ ابن عاشور⁽³⁾.

ولكن من ناحية كونها شرعت لانحلال الظهار فالحكمة أنها الرفق بالمكلف كما ذكر ذلك ابن راشد القفصي⁽⁴⁾.

سقوط كفارة الظهار:

تسقط كفارة الظهار إن لم يطأ المظاهر زوجته المظاهر منها بما يلي:

1 - بموت الزوجة أو بموت الزوج، لأنها لم تتحتم عليه، بخلاف لو وطئ فلا تسقط بحال.

2 - بطلاق الزوجة طلاقاً بائناً، ولو دون الغاية. لا الطلاق الرجعي. بمعنى أنه لا يخاطب بالكفارة ما دام لم يتزوجها. فإن تزوجها لم يمستها حتى يكفر.

وإذا أخرج المظاهر بعض الكفارة قبل الطلاق، ثم طلقها طلاقاً بائناً قبل إتمامها بطل ما أخرجها قبل الطلاق اتفاقاً في الصوم، وعلى أحد القولين في الإطعام، وإن أتمها بعد طلاقها البائن. وعلى هذا فإن تزوجها لم يقربها حتى يكفر بأن يبتدئ الكفارة من أصلها إن كان ما فعله صوماً اتفاقاً. وكذا إن كان طعاماً على أحد القولين.

(1) بداية المجتهد 2/122؛ والمنتقى 4/44، 49؛ والإشراف 2/773؛ والمعونة 2/891؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 86؛ وأحكام القرطبي 17/280؛ وأحكام ابن العربي 4/1752؛ والمقدمات 1/602؛ والعارض 5/177؛ والتحرير 28/16.

(2) انظر للتوسع في هذه الأقوال ومناقشتها المصادر المذكورة في الإحالة السابقة.

(3) التحرير والتنوير 28/18.

(4) لباب اللباب ص 114.

والثاني حتى يتم ما فعله قبل الطلاق، ولا يجزيه ما تم به بعده. وقيل: إن أتمه بعده أجزاء في الإطعام، فلا كفارة عليه إن تزوجها.

وإن تزوجها قبل الإتمام بنى على ما أخرجه قبل الطلاق. وهذا في الطلاق البائن.

وأما في الطلاق الرجعي، فإن أتمها بعد العدة ففيه الخلاف المذكور. وإن أتمها في العدة وقد عزم على رجعتها فيجزئ قطعاً. وإن لم يعزم على رجعتها بطل ما أخرجه بعد الطلاق، لا ما أخرجه قبله حتى تخرج من العدة.

وظاهر كلام أبي الحسن أن ما أخرجه قبله من الإطعام لا يبطل، وإنما يوقف الأمر، فإن راجعها يوماً ما بنى على ما أطعم قبل أن تبين منه لجواز تفرقة الطعام. قال ابن المواز: وهو قول مالك وابن القاسم وابن وهب وأصح ما انتهى إلينا. وقال الشيخ خليل في التوضيح: إنه لا يبني على الصوم اتفاقاً، واختلف هل يبني على الإطعام على أربعة أقوال. قال الشيخ الدردير: والأرجح المأخوذ من مجموع كلامهم اختلافهم أن الإتمام قبل تزويجها لا يكفي، وبعده يكفي، أي فالمدار على إعادتها لعصمته، كان الطلاق بائناً أو رجعياً، وقيل: لا يكفي مطلقاً، أي بعد العودة لعصمته؛ وقيل: يكفي مطلقاً، وقيل: ينظر لما أخرجه ابتداءً فإن كان الأكثر صح البناء وإلا فلا.

تعدد الكفارة:

إذا ظاهر الزوج من نسائه الأربع بصيغة واحدة، بأن قال لهن: أنتن علي كظهر أمي، فلا تعدد الكفارة عليه وتجزئه كفارة واحدة⁽¹⁾، والدليل:

أ - القياس على الإيلاء إذا حلف أن لا يطأ زوجاته الأربع فعليه كفارة واحدة. وصورة القياس: لأنه لفظ يتعلق بالفرج يوجب الكفارة فكانت واحدة وإن علقه بعدد، أصله الإيلاء⁽²⁾.

ب - القياس على اليمين، لأنها يمين واحدة تناولت أشياء فأجبرت منها كفارة واحدة أصله إذا قال: والله لا كلمت زيدا وعمراً⁽³⁾.

ج - قول عمر بن الخطاب⁽⁴⁾.

واعتبر الإمام القرطبي قول عمر رضي الله عنه يدل على الإجماع⁽⁵⁾.

(1) الشرح الكبير 2/445.

(2) الإشراف 2/771؛ وأحكام ابن العربي 4/1752؛ وبداية المجتهد 2/130؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 80.

(3) الإشراف 2/771؛ والمنتقى 4/41.

(4) أحكام القرطبي 17/278؛ ومفتاح الوصول ص 133.

(5) أحكام القرطبي 17/278.

ولا تتعدّد الكفارة على المظاهر إذا كرّر لفظ الظهار لزوجة واحدة، أو لأكثر، بغير تعليق، ولو في مجالس متعدّدة، إلا إذا نوى تعدّد الكفارات، فتلزمه.
وأما إذا وطئ المظاهر أو كفر ثم ظاهر ثانياً، فإن الكفارة تتعدّد. وتتعدّد أيضاً إن ظاهر من أكثر من واحدة بتعليق كأن يقول: من دخلت منكنّ الدار فهي عليّ كظهر أمي، فتتعدّد عليه الكفارة بدخول كل واحدة منهنّ⁽¹⁾.

كفارة الظهار:

كفارة الظهار ثلاثة أنواع على الترتيب كما في الآية، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ذَلِكَ تُسَلِّمُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٤﴾ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴿٥﴾ [المجادلة: 3، 4].

ووجه الاستدلال أنه تعالى لم يجز للمكفر الانتقال إلى الكفارة الموائية إلا عند عدم تمكنه ممّا قبلها. وهو نصّ في وجوب الترتيب.

ب - حديث أوس بن الصامت وحديث سلمة بن صخر. ووجه الاستدلال منهما أنه ﷺ ذكر لهما الكفارة على الترتيب القرآني، ولم ينقلهما من كفارة إلى التي بعدها إلا عند عجزهما عن الأولى.

1 - إعتاق رقبة مؤمنة.

2 - صوم شهرين متتابعين. ودليل وجوب التابع في صوم الشهرين⁽³⁾:

أ - الآية القرآنية، وهي نصّ في ذلك.

ب - حديث أوس بن الصامت وحديث سلمة بن صخر.

ويعتمد في الصوم الهلال، إن ابتداء أول شهرين كاملين أو ناقصين أو أحدهما. ولو ابتداء الصوم أثناء شهر صام الثاني على ما هو عليه من نقص أو كمال، وتمّم الأول المنكسر الذي صام من أثنائه من الثالث أي إن تبين نقصانه بيوم صامه من الثالث.

ولا بدّ من نية التابع ونية الكفارة. وينقطع التابع بأمور:

الأول: بوطء المظاهر زوجته المظاهر منها، ولو ليلاً ناسياً، وأولى إذا وطئ نهاراً عامداً. ودليل الانقطاع بالوطء:

- قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ [المجادلة: 4] ووجه

الاستدلال أن شرط الكفارة كونها قبل المسيس، وهذا الشرط يعود إلى جملة الشهرين

(1) الشرح الكبير 2/444، 445؛ والإشراف 2/771؛ والمنتقى 4/76؛ وبداية المجتهد 2/130.

(2) المعونة 2/892؛ والمنتقى 4/44. (3) المعونة 2/895؛ والمنتقى 4/44.

وأجزائهما. فمن واقع قبل إتمام الشهرين يكون غير آت بالصيام قبل المسيس، ولا يكون هو الصوم المأمور به؛ لأنّ الزمن الحاصل فيه الوطء ليس محلاً للكفارة⁽¹⁾.

ودليل الانقطاع ولو حصل الوطء ليلاً:

- القياس على الوطء نهاراً، لأنّه وطء في مدة الشهرين⁽²⁾.

ودليل الانقطاع ولو حصل الوطء نسياناً:

- القياس على الوطء عمدًا، لأنّ كلّ زمان لو وطئ فيه عامداً لقطع التتابع فكذلك

إذا وطئ فيه سهواً كالنهار⁽³⁾.

وأما القبلة والمباشرة فلا يقطعان التتابع، كما شهره ابن عمر، وقيل: يقطعانه

وشهره الزناتي. قال ابن عبد السلام: الأول أقرب لأنّ المتبادر إلى الفهم من قوله تعالى:

﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَاسَّأَ﴾ هو الوطء⁽⁴⁾.

الثاني: بفطر المظاهر في سفره، ولو في آخر يوم من الشهرين، وعليه أن يبتدئ

الصوم. ودليل الانقطاع بالسفر؛ أنّ التتابع شرط في صحّة الصيام في هذه الكفارة يقطعه

الفطر اختياراً؛ والفطر في السفر يقع اختياراً من المكفر⁽⁵⁾.

والفرق في هذا بين كفارة الظهار ورمضان، أنّ التتابع في رمضان إنّما كان سببه

تعيّن الزمان للصوم، وليس مقصوداً لذاته؛ وفي صيام كفارة الظهار وكذلك القتل التتابع

فيهما مقصود لذاته⁽⁶⁾.

الثالث: بفطر المظاهر لمرض أدخله على نفسه بسبب اختياري، كأكل شيء يعلم

من عاداته أنّه يضرّ به، ثم أفطر؛ أو سفر حرّك فيه المرض. فإن كان سبب المرض لا

مدخل له فيه فلا ينقطع التتابع، ووجه عدم انقطاع كفارة الظهار بالفطر من أجل المرض،

أنّ المريض عاجز وغير قادر على الاحتراز منه، فهو معذور. والفرق بينه وبين المسافر

أنّ المسافر غير عاجز عن الصيام، وإنّما أبيع له الفطر لتخفيف المشقة عليه، لذلك افرق

حكمهما في قطع التتابع⁽⁷⁾.

الرابع: بالعيد، إن علم المكفر أنّ العيد يأتي في أثناء صومه. أما إن جهل مجيء

العيد فلا يقطع التتابع. والمراد جهل مجيء العيد، لا جهل حرمة صوم العيد مع علمه

أنّه يأتي في أثناء صومه، فلا ينفعه.

(1) الإشراف 776/2؛ والمنتقى 44/4؛ وبداية المجتهد 128/2؛ وأحكام ابن العربي 1757/4؛ وأحكام

القرطبي 284/17؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 97.

(2) الإشراف 776/2. (3) الإشراف 776/2.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 97.

(5) أحكام القرطبي 284/17؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 98.

(6) شرح ابن عبد السلام ورقة 98.

(7) المنتقى 44/4.

فإن جهل مجيء العيد، وصادف أن كان العيد الأضحى، فإن المكفر يفطر يوم العيد جوازاً، لأنه وإن صامه فهو مفطر في الواقع. ويتعين عليه صوم اليومين بعده، ولا يقضيهما ويكتفي بهما، فإن أفطرهما انقطع تتابعه. وهو قول ابن القصار، وهو المعتمد والأرجح. وقال ابن أبي زيد: يفطر يوم العيد واليومين بعده، ويبنى. وقال ابن الكاتب: يصوم يوم العيد واليومين بعده، ويبنى، ويقضي هذه الأيام الثلاثة.

وأما اليوم الرابع فلا خلاف أنه يصومه، وإلا انقطع تتابعه بلا خلاف.

الخامس: بجهل رمضان. كما إذا ابتدأ بشعبان يظنه رجباً. وحكمه كجهل العيد في أنه لا يقطع التتابع ويبنى بعد يوم العيد.

السادس: بفصل القضاء الذي وجب عليه عن صيامه، ولو ناسياً أن عليه قضاء، لمزيد تفريطه. كما إذا أكل ناسياً أو أفطر لمرض أو إكراه أو ظن غروب الشمس، فالواجب عليه قضاء ما أفطر فيه، ووصل القضاء بصيامه. فإن ترك وصل القضاء بصيامه عامداً أو جاهلاً انقطع التتابع، واستأنف الكفارة من أولها اتفاقاً.

ولا ينقطع تتابع الصوم بالإكراه على الفطر ولا بظن غروب الشمس، ولا ظن بقاء الليل، ولا نسيان لكونه في صيام ولا بالحيز والنفاس. ووجه عدم انقطاع التتابع بذلك لأنها أعذار شرعية⁽¹⁾.

3 - إطعام ستين مسكيناً.

إذا أيس المكفر عن الصوم بأن لم يطقه بوجه، انتقل للإطعام، وهو: تملك ستين مسكيناً مسلمين، لكلّ منهم مدّ وثلثان. والمراد بالمسكين ما يشمل الفقير. ولا تجزئ لكافر، ولو من المؤلفة قلوبهم. فليست كالزكاة.

ويكون المدّ والثلثان بمدّه ﷺ، فمجموع الكفارة مائة مدّ، وهي خمسة وعشرون صاعاً، لأنّ الصاع أربعة أمداد.

والمراعى في هذا التقدير هو الشبع الكامل للمسكين، ودليل ذلك.

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: 4].

ووجه الاستدلال أنّ الإطعام ورد مطلقاً، ولم يقيد بالوسط كما في كفارة اليمين في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾، فحملت آية الظهار على الشبع الكامل⁽²⁾.

ودليل تقدير الشبع بمدّ وثلثين بمدّ النبي ﷺ، أن المكيلة المعروفة المحققة للشبع غالباً في المدينة المنورة في عهد الإمام مالك، هو مدّ هشام، نسبة لواضعها هشام بن

(1) المنتقى 4/44.

(2) الإشراف 2/776؛ والمنتقى 4/45؛ والبيان 5/170؛ أحكام ابن العربي 4/1756؛ وأحكام القرطبي

إسماعيل المخزومي، كان عاملاً على المدينة لعبد الملك بن مروان. على أن الإمام مالكا كان يكره أن يقال مدّ هشام، لأنه بلغه أنه جعل ذلك مقداراً في نفسه⁽¹⁾.

فالمدّ والثلاثان بمدّه ﷺ هو قدر مدّ هشام. فمن قال كفارة الظهار ستون مدّاً فالمراد مدّ هشام، لأن الإمام مالكا ضبطها به، وأما بمدّ رسول الله ﷺ فهي مائة مدّ كما علمت⁽²⁾.

ويكون الإطعام من البرّ، أي القمح، إن اقتاتاه أهل البلد كلهم أو جلهم⁽³⁾، فلا يجزئ غيره من شعير أو ذرة أو غير ذلك.

فإن اقتاتوا غير البرّ، فإن المكفر يخرج عدله شعباً أي ما يساوي المذكور من المدّ والثلاثين شعباً لا كيلاً، بأن يقال: إذا شبع الشخص من مدّ حنطة وثلاثين فما يشبعه من غيرها، فإذا قيل كذا أخرجه. خلافاً للإمام الباجي الذي قال بإخراج مكيلة القمح.

ولا يجزئ الغداء والعشاء عند الإمام، فقد قال: إنني لا أظنه يبلغ مدّاً وثلاثين. ولذلك لو تحقق بلوغ الغداء والعشاء ذلك لكفى.

وظاهر كلام الشيخ خليل والمدونة أنه لا يجزئ عرض ولا ثمن. وهو كذلك⁽⁴⁾، لأن الآية جاءت بالإطعام ونصت عليه.

الوطء أثناء الإطعام⁽⁵⁾:

يبطل الإطعام إذا وطئ المظاهر قبل تمامه، ولو لم يبق عليه إلا مدّ واحد. وعليه

(1) المعونة 2/895؛ والمنتقى 4/45. وقال الإمام ابن العربي: وقع الكلام هاهنا كما ترون في مدّ هشام، وددت أن يهشم الزمان ذكره ويمحو من الكتب رسمه؛ فإن المدينة التي نزل الوحي بها واستقرّ بها الرسول ﷺ ووقع عندهم الظهار، وقيل لهم فيه: «إطعام ستين مسكيناً» فهموه وعرفوا المراد به وأنه الشبع، وقدره معروف عندهم متقدّر لديهم... واستمرت الحال على ذلك أيام الخلفاء الراشدين المهديين، حتى نفخ الشيطان في أذن هشام، فرأى مدّ النبي ﷺ لا يشبعه، ولا مثله من حاشيته ونظرائه، فسوّل له أن يتخذ مدّاً يكون فيه شبعه، فجعله رطلين، وحمل الناس عليه. فإذا ابتل عاد نحو ثلاثة أرتال، فغيّر السنة، وأذهب محلّ البركة، التي كانت تجري بدعوة النبي ﷺ في مدّه، فسعى الشيطان في تغيير هذه السنة وإذهاب البركة، فلم يستجب له ذلك إلا هشام. فكان من حقّ العلماء أن يلغوا ذكره، ويمحوا رسمه إذا لم يغيروا أمره. وأما أن يحيلوا على ذكره في الأحكام ويجعلوه تفسيراً لما ذكره الله ورسوله بعد أن كان مفسراً عند الصحابة الذين نزل عليهم فخطب جسيم. ولذلك كانت رواية أشهب، عن مالك، في ذكر مدين بمدّ النبي ﷺ في كفارة الظهار أحبّ إلينا من الرواية بأنها بمدّ هشام. (أحكام القرآن 4/1756، 1757).

(2) هذا بخلاف كفارة الصوم، فإنها ستون مدّاً بمدّه ﷺ، وكفارة اليمين عشرة أمداد بمدّه ﷺ، وكفارة التفريط في قضاء رمضان عن كلّ يوم مدّ لمسكين بمدّه ﷺ، وكذلك فدية الأذى إطعام ستة مساكين لكلّ مسكين مدان.

(4) منح الجليل 4/264.

(3) منح الجليل 4/264.

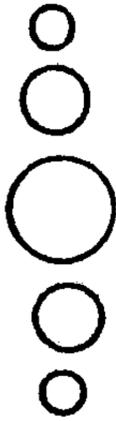
(5) الشرح الكبير 2/451.

أن يبتدئه. وهو المشهور في المذهب. وقال ابن الماجشون: الوطاء لا يبطل الإطعام المتقدم مطلقاً، والاستئناف أحب إلي. وسبب الخلاف بين القولين أن قوله تعالى: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ قَيْدٌ ذكره الله تعالى في النوعين الأولين من الكفارة، أي العتق والصيام. وسكت عنه في الإطعام؛ فالقول المشهور قيد المسكوت عنه بالمنطوق به وأجرى الجميع مجرى واحداً. وابن الماجشون لم يقيد⁽¹⁾. ويؤيد القول المشهور ما يلي:

أ - القياس على الصوم، لأنه وطاء في أثناء كفارة الظهار، كالوطاء في أثناء الصيام⁽²⁾.

ب - أن الإطعام بدل من الصيام ومجزأً لمثل أيام الصيام⁽³⁾. فيأخذ حكم المبدل

منه.



(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 97؛ والتحرير والتنوير 21/28؛ والشرح الكبير 451/2.

(2) الإشراف 777/2.

(3) التحرير والتنوير 21/28.



تعريف اللعان:

اللعان لغة⁽¹⁾ الإبعاد: يقال: لعنه الله أي أبعدته. وكانت العرب تطرد الشرير المتمرد لئلا تؤخذ بجرائره، وتسميه لعيناً.

واشتق من اللعنة في خامسة الرجل. ولم يسم غضباً بخامسة المرأة، تغليباً للذكر، ولسبق لعانه، ولكونه سبباً في لعانها.

واللعان شرعاً: هو حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها، وحلف الزوجة على تكذيبه أربعاً، بصيغة أشهد بالله، بحكم حاكم، وإن فسد نكاحه. وفيما يلي شرح التعريف، وهو ينطوي على بعض الشروط:

1 - أن يقع من الزوج لا من غيره، كأجنبي، وإنما يلزم الأجنبي عند الرمي بالزنا امرأة حدّ القذف إن قذف عفيفة ولم يثبت. وسيأتي إن شاء الله تعالى الاستدلال على ذلك في الحدود.

2 - أن يكون الزوج مسلماً أي لا كافراً، فلا نتعرض له في قذفه لزوجته ما لم يترافعا إلينا.

3 - أن يكون مكلفاً، فلا يقع من صبي أو مجنون؛ فلا يعتد برميها لزوجتيهما. ودليل عدم الاعتداد بقذف الصبي لزوجته وأنه لا لعان له:

أ - أنه لا حدّ عليه في قذف زوجته، لأنها لو أتت بولد لم يلحق به، فلا حاجة إلى الملاعة⁽²⁾.

ب - لأنه ليس من أهل الأيمان، لأنه غير مكلف.

ج - الإجماع⁽³⁾.

ولا تلتعن الصغيرة لعدم أهلية اليمين، ولا يلزمها حدّ ولا عقوبة عليها إن هي نكلت⁽⁴⁾.

(1) شرح حدود ابن عرفة 1/301؛ والقبس 2/747؛ والذخيرة 4/283؛ ولباب اللباب ص116.

(2) المتقى 4/81. (3) بداية المجتهد 2/136.

(4) الذخيرة 4/298؛ وعدة البروق ص315.

ومن المكلف الفاسق والأعمى والأخرس، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَزْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الْصَّادِقِينَ ﴿٦١﴾﴾ [النور: 6].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في الأخرس والناطق، والأعمى والبصير، والبر والفاسق، ولم تخص أحداً.

ب - أن اللعان يمين وليس شهادة، وسيأتي الاستدلال على ذلك.

ج - أن المعنى الذي فرق الله تعالى بين الزوج وغير الزوج في القذف، هو ضرورة الزوج إلى دفع العار ونفي الولد؛ وهذا يستوي فيه البر والفاجر، ويحتاجه كل منهما.

د - أن كل زوج صح قذفه صح لعانه.

هـ - أن الأعمى يصح اللعان منه لأن اللمس نوع من المحسوس كالرؤية.

و - وأن الأخرى ممن يصح نكاحه وطلاقه وظهاره وإيلاؤه إذا فهم عنه؛ وكل من صح نكاحه وطلاقه صح قذفه قياساً على الناطق.

ولأنه حكم يفهم بالإشارة والكتابة من جهته فجاز أن تقوم الإشارة فيه عند العجز مقام النطق قياساً على اليمين والإقرار.

ولأن الإشارة تفهم بها المعاني ويعبر بها عما في النفوس فتقوم مقام الكلام عند عدم الكلام. وقد سمي الله تعالى الإشارة كلاماً في قوله: ﴿قَالَ ءَايَتُكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: 41].

4 - أن يكون اللعان على رؤية زناً، أي رؤية الفعل الدال على الزنا، واللعان في الرؤية يتأتى ولو من محبوب. بخلاف نفي الحمل، فلا يكون من الم محبوب كما يأتي، لأنه منفي بغير لعان. ومثله الخصي مقطوع الأنثيين وسيأتي ما فيه.

5 - أن تكون رؤية زناً لزوج، أي فلا بد من ثبوت الزوجية، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ وهذا يقتضي اختصاص اللعان بالزوجات دون غيرهن⁽²⁾.

ويقع اللعان على رؤية زنا الزوجة، ولو كان النكاح فاسداً، أو كانت الزوجة كتابية. ودليل ملاءمة الكتابة⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: 6].

(1) الإشراف 2/781، 782؛ والمعونة 2/899، 910؛ والمقدمات 1/633؛ وأحكام العربي 3/1343؛

وبداية المجتهد 2/132، 136؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 104، 105، 130؛ والذخيرة 4/295.

(2) المنتقى 4/76.

(3) المنتقى 4/80، 81؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 136؛ وبداية المجتهد 2/136؛ والمقدمة في

الأصول ص 53؛ والمقدمات 1/633؛ والذخيرة 4/297؛ وأحكام ابن العربي 3/1343؛ وأحكام

القرطبي 12/186.

ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة في المسلمة وغيرها، ولا دليل يخصّص هذا العموم.

ب - أنّ الذمّة وإن كان لا يحدّ زوجها المسلم بقذفها، فإنّ لعانه مقصده دفع العار أو نفي الولد عن نسبه، وكذلك هي، فإن لعانها مقصده دفع عار ما قذفت به وقطع عصمة الزوج عنها، وإن كان لا حدّ عليها إذا نكلت. فحاجة كلّ من الزوج المسلم وزوجته الكتابية إلى اللعان موجودة، وتحصيل فائدته فيهما مطلوبة.

وما روي عنه عليه السلام قوله: «أربعة ليس بينهم لعان: ليس بين الحرّ والأمة لعان، وليس بين الحرّة والعبد لعان، وليس بين المسلم واليهودية، وليس بين المسلم والنصرانية لعان»⁽¹⁾.

فهذا الحديث ضعيف، وقد ضعف الدارقطني جميع طرقه⁽²⁾.

6 - أن يقع الحلف من الزوج والزوجة.

7 - أن يكون الحلف أربعاً من كلّ منهما.

8 - أن يكون بلفظ: «أشهد بالله» أي أشهد بالله لرأيها تزني، أو لزنت، أو ما هذا

الحمل متي، وتقول هي: أشهد الله ما زنت، كما يأتي.

9 - أن يقع اللعان بحكم حاكم، أي يشهد القضية ويحكم بالتفريق أو يحدّ من

نكل.

وقوله في التعريف: وإن فسد نكاحه، أي فيلا عن الزوج سواء صحّ النكاح بين

الزوجين أو فسد، لثبوت النسب بالنكاح الفاسد، ولو كان مجمعاً على فساده لكن درأ الحدّ، كما إذا عقد على أخته غير عالم بأنها أخته، ودليل اللعان في النكاح الفاسد:

أ - القياس على النكاح الصحيح، لأنه نكاح يثبت به الفراش ويلحق به النسب،

فجاز فيه اللعان⁽³⁾.

ب - أنّ مقصد اللعان نفي النسب وتطهير الفراش، والزوجة بالنكاح الفاسد قد

صارت فراشاً، ويلحق النسب فيه، فجرى اللعان عليه⁽⁴⁾.

دليل مشروعية اللعان:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعٌ

شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦١﴾ وَالْخَمِيسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٦٢﴾ وَيَدْرَأُ

(1) أخرجه البيهقي في اللعان، باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن.

(2) أحكام القرطبي 187/12.

(3) الإشراف 784/2؛ والمعونة 906/2؛ وأحكام القرطبي 191/12.

(4) أحكام ابن العربي 1346/3.

عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ [النور: 6 - 9].

ووجه الاستدلال بالآية أنها مخصصة لعموم آية ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4]. فَخَصَّ مِنْهَا الْأَزْوَاجَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ، فَرَفَعَ اللَّهُ عَنْهُمْ حَدَّ الْقَذْفِ إِذَا لَمْ يَسْتَطِيعُوا إِثْبَاتَ زِنَا زَوْجَاتِهِمْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَهُوَ مِنْ بَابِ الرَّخِصَةِ وَالْعُذْرِ لِلْأَزْوَاجِ خَاصَّةً فِي إِقْدَامِهِمْ عَلَى الْقَوْلِ فِي أَزْوَاجِهِمْ بِالزِّنَا.

ووجه عذرهم في ذلك ما في نفوس الرجال من سجية الغيرة على أزواجهم، وعدم احتمالهم السكوت على رؤية الزنا بهنَّ، إِذَا لَمْ يَسْتَطِيعُوا إِقَامَةَ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَرَفَعَ عَنْهُمْ حَدَّ الْقَذْفِ بِمَا شَرَعَ لَهُمْ مِنَ الْمَلَاعِنَةِ⁽¹⁾. وَسَبَبُ نَزُولِ آيَةِ اللَّعَانِ مَا يَلِي⁽²⁾:

ب - عن سهل بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال: يا رسول الله، أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد أنزل الله فيك وفي صاحبك، فاذهب فأت بها». قال سهل: فتلاعنا. وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ. فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ. قال مالك: قال ابن شهاب: فكانت تلك بعد ستة المتلاعنين⁽³⁾.

وعن ابن عباس أنه قال في حديث لعان هلال بن أمية أن رسول الله ﷺ قال: «أرسلوا إليها». فجاءت، فتلا عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، فقال هلال: والله لقد صدقت عليها، فقالت: قد كذبت. فقال رسول الله ﷺ: «لاعنوا بينهما» فقبل لهلال: اشهد. فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين. فلما كانت الخامسة قيل له: يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها - فشهد الخامسة إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم قيل لها: أشهدي. فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب. فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفصح قومي. فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. ففرق رسول الله ﷺ بينهما. وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا ترمى ولا يرمى ولدها، ومن رماها، أو رمى ولدها فعليه الحد. وقضى أن لا

(1) أحكام ابن العربي 3/1340؛ وعدة البروق ص309؛ والتحرير والتنوير 18/161.

(2) أحكام ابن العربي 3/1340؛ وأحكام القرطبي 12/182، 183.

(3) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في اللعان؛ والبخاري في الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث؛ ومسلم في اللعان، حديث 1.

بيت لها ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها... الحديث⁽¹⁾.
وبين المفسرين اختلاف فيمن نزلت آية اللعان بسببه.

حكم الملاعة بين الزوجين:

اللعان واجب عند وجود سببه. ودليل الوجوب⁽²⁾:

أ - الأدلة المذكورة في دليل مشروعيتها.

ب - الإجماع.

موقع اللعان:

ليس للزوج أن يوقع اللعان بنفسه، وإنما يقع بحكم، والذي يوقعه السلطان.
والدليل: الإجماع⁽³⁾.

حكم قذف الزوج زوجته:

الأصل في القذف التحريم كما هو في الأجنبي، وإنما أبيع للزوج وجاز له للضرورة الداعية لحفظ نسبه ودفع الفراش⁽⁴⁾، ودليل الإباحة عدم إنكار النبي ﷺ على هلال وعويمر قذفهما لزوجتيهما، وإنما اكتفى بدعوتهما إلى إقامة البينة، ثم نزل حكم اللعان.

حكمة مشروعية اللعان⁽⁵⁾:

إن الأصل في قذف النساء بالزنا أنه حرام إذا لم يثبت القاذف ذلك بأربعة شهداء، وعليه حد القذف، لأنه مأمور بالتستر عند عدم وجود شهداء، ولكن لما كان الأزواج بما ركب فيهم من غرائز الغيرة والحرص على طهارة الفراش وتيقن النسب، وعدم احتمال السكوت والصبر على رؤية زنا أزواجهم، وكان من العسير عليهم في الغالب إثبات ما رأوه بالشهود، فقد عذرهم الشرع في ذلك، فأباح لهم القذف، وأسقط عنهم حده، وأبدله باللعان رحمة ورفقاً بهم، لضرورتهم إلى دفع الفراش الملطخ وحفظ النسب من إلحاق به ما ليس منه، لأنه لا طريق له إلى ذلك إلا ما جعله له الشرع من تشريع اللعان. ولولا ذلك لفسدت الأنساب واختلط الصحيح منهما بالفاسد. وهذا بخلاف الأجنبي، فإنه لا ضرورة تدفعه إلى القذف، ولا ضرر يلحقه بزنا غير زوجته، لا في الفراش ولا في النسب، والأولى به التستر.

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان.

(2) المقدمات 629/1؛ وبداية المجتهد 132/2. (3) بداية المجتهد 137/2؛ والذخيرة 305/4.

(4) الذخيرة 287/4؛ ولباب اللباب ص 116.

(5) المعونة 899/2؛ والمقدمات 632/1؛ والذخيرة 284/4؛ ولباب اللباب 116؛ وشرح ابن عبد السلام

ورقة 103؛ والمعلم 210/2؛ وكشف المغطى ص 256، 258؛ والقبس 747/2.

وفي المقابل لما كان احتمال كذب الأزواج على زوجاتهم بالزنا وارداً، فقد جعل الله تعالى اللعان لها مخرجاً لحفظ عرضها ودفع حدّ الزنا عنها.

والحكمة المذكورة في تمكين الزوج من اللعان لحفظ نسبه من الإلحاق به ما ليس منه مبنية على أصل، وهو أنّ المولود ينسب لصاحب العقد على المرأة الوالدة. والدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الولد للفراش»⁽¹⁾، فالمرأة بالعقد عليها تصير فراشاً للعقاد عليها⁽²⁾ والحديث وإن ورد في قضية ابن أمة زمعة إلا أنه عام في الحرّة والأمة⁽³⁾.

ولا يمنع من لحاق المولود لصاحب الفراش إلا اللعان⁽⁴⁾ كما يأتي بيان ذلك.

اللعان يمين وليس شهادة:

والدليل على أنّ اللعان يمين وليس شهادة ما يلي⁽⁵⁾.

أ - قوله صلى الله عليه وسلم في قصة هلال بن أمية: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال أنّه صلى الله عليه وسلم سمى اللعان الذي وقع بين هلال وزوجته أيماناً.

ب - أنّ الزوج في اللعان يحلف لنفسه لإثبات دعواه وتخليص نفسه من حدّ القذف. والقول بأنّ اللعان شهادة مناقض لأحكام الشريعة، لأنّ الشاهد لا يشهد لنفسه بما يوجب حكماً على غيره. قال القاضي ابن رشد الجدّ رداً على المذهب الحنفي القائل بأنّ اللعان شهادة يأخذ أحكامها: وكيف يصحّ أن يشبه اللعان بالشهادة ويقاس عليها، والعدل لا تقبل شهادته لنفسه، ولو حلف مائة يمين لأته خصم⁽⁷⁾.

وأما تسمية اللعان في القرآن بالشهادة، فللمالكية تفسير لذلك، وهو كما يلي:

أ - أن العادة عند العرب جارية باستعمال صيغة الشهادة في الحلف كثيراً، فيقولون:

أشهد بالله، أي أحلف بالله والدليل على ذلك من القرآن الكريم في قوله: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُتَنَفِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: 1]، ثم قال في الآية الموالية: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾.

كما أنّ هذه التسمية روعي فيها كون اليمين بدلاً من الشهادة، فهو مجاز بعلاقة

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه؛ والبخاري في البيوع، باب تفسير المشتبهات؛ ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش.

(2) البيان والتحصيل 4/428. (3) المتقى 8/6.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 140؛ والذخيرة 4/290.

(5) الإشراف 2/781؛ والمعونة 2/899؛ والمنتقى 4/76؛ وأحكام ابن العربي 3/1344؛ وأحكام القرطبي 12/186؛ وبداية المجتهد 2/136.

(6) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان. (7) المقدمات 1/633.

الحلول الاعتباري، وهنا جعلت بدلاً من الشهادة، لأن المدعي كآته يخرج من نفسه أربعة شهود، وهي تلك الأيمان الأربع⁽¹⁾.

وذهب ابن العربي إلى أن تكرير الأيمان حكمته التغليظ في الفروج والدماء، لعل المقدم على الأيمان يكف عنها فيقع الستر في الفروج والحقن في الدماء. فهذا التكرير هنا يشبه التكرير في أيمان القسامة⁽²⁾.

ب - ذهب ابن رشد الجد⁽³⁾ وابن عبد السلام⁽⁴⁾ إلى أن الاستثناء في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْفُسَهُمْ﴾ استثناء منقطع، والمعنى: وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ غَيْرَ قَوْلِهِمُ الَّذِي لَيْسَ بِشَهَادَةٍ.

ج - أن اللعان يختلف عن الشهادات في كثير من شروطها منها: دخول النساء فيه، ولا مدخل لهن في الشهادة على الزنا، وتكرار ألفاظه، ولعان الملتعن نفسه إن كان ما شهد به على خلاف شهادته، وجوازه من الفاسقين وإن لم يكونوا من أهل الشهادة، وكذلك الأعمى؛ فدل على أنه يمين وليس بشهادة⁽⁵⁾.

أسباب اللعان:

من خلال التعريف فإن للعان سببين:

1 - السبب الأول: القذف بالزنا. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: 6].

والمراد بالرمي القذف والاتهام بالزنا.

ب ما تقدم في قصتي عويمر العجلاني وهلال بن أمية، فقد رمى كل منهما زوجته

بالزنا.

ويلاعن الزوج زوجته بالقذف بالزنا بشرطين:

- الأول: أن يقذفها في زمن نكاحه أو عدته بزنا واقع في زمن نكاحه أو زمن

عدته. فإن قذفها قبل نكاحها، أو بعد نكاحها بزنا واقع قبل النكاح أو بعد خروجها من

عدتها، ولو برؤية الزنا قبله، فإنه يحد ولا يلاعن. ولا يمنعه كونها زوجة حال إقامة

الحد، ومحل ذلك ما لم يقم بيّنة.

فالصورة التي لا يلاعن فيها ويحد، أن يقذفها قبل النكاح بزنا واقع قبل النكاح،

وأن يقذفها بعد أن طلقها بزنا واقع بعد خروجها من العدة، وأن يقذفها في زمن نكاحه

(1) أحكام القرطبي 186/12؛ وأحكام ابن العربي 3/1344؛ وبداية المجتهد 2/136؛ والتحرير 18/164.

(2) أحكام ابن العربي 3/1344. (3) المقدمات 1/633.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 105. (5) الإشراف 2/781؛ والمعونة 2/899.

بزنا واقع قبل النكاح . فالصورتان الأولى والثانية فلأنها أجنبية عنه ولا تدخل تحت عموم آية اللعان⁽¹⁾ . ودليل الصورة الثالثة :

أ - قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ﴾ [النور: 4] .

ووجه الاستدلال أن الآية جعلت حدّ القذف للذي يرمي امرأة محصنة غير زوجة له . وهو في هذه الصورة كذلك⁽²⁾ .

ب - قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور: 6] .

ووجه الاستدلال أن هذه الآية مخصصة للآية المتقدمة . فخصت الأزواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنا بحكم اللعان . وهذا يقتضي أن من يضيف القذف بالزنا إلى غير زوجة فإنه لا يلاعن ويحد⁽³⁾ .

ج - لأنه قذفها بزنا، ولو حملت منه لم يلحقه، فلزمه الحدّ، كما لو كانت أجنبية حين القذف⁽⁴⁾ .

د - لأنه لو قذفها وأنكر حملها ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحدّ، فإذا تزوجها بعد الوقت الذي زعم أنها زنت فيه، فبأن يحدّ ويلاعن أولى وأحرى⁽⁵⁾ .

هـ - أن المقصود من اللعان إنما هو دفع العار الذي يلحق الزوج بزنا زوجته أو دفع نسب أريد إلحاقه به، وذلك مفقود في هذه الصورة⁽⁶⁾ .

ويشمل القذف بالزنا الوطء في الدبر، والدليل⁽⁷⁾ :

أ - أن الوطء في الدبر داخل في عموم الآية، فهي عامة في كل رمي .

ب - القياس على القبل، لأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الحدّ، فإذا رماها بالفحش فيه كان له تحقيق ذلك باللعان .

ج - القياس على الرمي بالوطء في القبل، لأن الرمي به معرّة كالرمي بالوطء في القبل .

- الثاني: أن يتيقن الزنا ولو كان أعمى . فلا يلاعن بالاعتماد على الظنّ . واليتقن بالنسبة للبصير يكون بالرؤية، والدليل على اشتراط الرؤية :

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 136.

(2) الإشراف 782/2؛ وأحكام ابن العربي 1344/3؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 106.

(3) المنتقى 71/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 106.

(4) الإشراف 782/2؛ والمنتقى 71/4. (5) المنتقى 71/4، وأحكام ابن العربي 1344/3.

(6) أحكام ابن العربي 1344/3؛ وأحكام القرطبي 187/12؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 106.

(7) الإشراف 783/2؛ وأحكام ابن العربي 1345/3؛ وأحكام القرطبي 188/12.

أ - ما جاء في قول عويمر العجلاني: «يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقته فتقتلونه» وقول هلال بن أمية: «يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلاً، فرأيت بعيني وسمعت بأذني»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن قصة هلال نص في أن الملاعنة التي قضى فيها رسول الله ﷺ كانت بالرؤية، وهي سبب نزول الآية، فلا يجوز تعدي ذلك⁽²⁾.

ب - القياس على الشهادة، لأن اللعان معنى يتخلص به من حد القذف، فوجب أن يفتقر إلى رؤية⁽³⁾.

ج - القياس على الشهادة في أن دعوى الزنا يجب أن تستند ببينة هي الرؤية⁽⁴⁾.

د - أن حكمة اشتراط الرؤية الزجر عن دعواها، حتى إذا رهب ذكرها وخاف من تحقيق ما لم يتيقن عيانه كف عن اللعان، فوعدت السترة⁽⁵⁾.

فإن لم يذكر الزوج رؤية حد، والدليل⁽⁶⁾:

أ - عموم آية حد قذف المحصنات.

ب - القياس على الأجنبي، لأنها مسلمة عفيفة قذفها من لم يحقق قذفه، فلزمه الحد.

واشتراط الرؤية هو المشهور في المذهب. وقيل: إنها لا تشترط، ودليل هذا القول:

أ - عموم الآية وتناولها له. فهي لم تشترطها⁽⁷⁾.

ب - قول عويمر العجلاني: أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً.

ووجه الاستدلال أنه لم يذكر رؤية⁽⁸⁾.

ج - أنه محتاج لحفظ نسبه⁽⁹⁾.

د - أن الشهادة إنما شرطت فيها المعاينة لأجل تحقيق الفعل الذي يوجب القتل والجلد، وأما الزوج فلا يكلف ذلك بل يدفع وينفي عن نفسه فراشاً لم يصن⁽¹⁰⁾. وهذا رد على القياس المذكور في القول الأول.

وتشترط الرؤية وإن لم يصفها كالبينة، هذا هو المشهور، وقيل: لا يلاعن إلا إذا

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان.

(2) أحكام القرطبي 185/12؛ وبداية المجتهد 133/2.

(3) الإشراف 782/2؛ والمعونة 903/2. (4) بداية المجتهد 133/2؛ والذخيرة 287/4.

(5) أحكام ابن العربي 1343/3. (6) أحكام القرطبي 185/12؛ والمنتقى 71/4.

(7) المنتقى 71/4؛ وبداية المجتهد 133/2 وأحكام ابن العربي 1343/3؛ وشرح ابن عبد السلام 107؛ وأحكام القرطبي 185/12؛ والمعونة 903/2؛ والإشراف 782/2.

(8) أحكام ابن العربي 1343/3. (9) الذخيرة 287/4.

(10) العارضة 192/5.

وصف الرؤية بأن يقول: كالمروود في المكحلة. ووجه القول بعدم وجوب وصف الرؤية أن ظاهر الآية يدل على أن الرؤية كافية لأنها لم تشترط الوصف. والفرق بينه وبين الشهود أن الزوج به ضرورة إلى القذف، ولا ضرورة بالشهود، فغلظ عليهم.

وأما تسميته في الآية بأنه شاهد، فإنه ليس على الحقيقة، وإنما من ناحية المشاهدة بالعين والقلب، فالمعنى من ذلك حصول العلم⁽¹⁾.

ووجه القول بوجوب وصف الرؤية أن لعانه تحصل به المعزة على المرأة، ويلزمها الحد الذي هو الرجم أو الجلد، ويخلصه من حد القذف، فغلظ عليه حتى إذا رأى أن الأيمان تلزمه على تلك الصفة المحققة وعلى تفصيلها، وأنه يلعن نفسه إن كان كاذباً، ردعه ذلك وزجره إن كان غير محقق.

ولأن الوصف لما لزم في شهادة الشهود كان بأن يلزم الزوج الذي ثبت الأحكام بقوله ودعواه أولى⁽²⁾.

والتيقن بالنسبة للأعمى كونه يعتمد على الحس والجس أو بإخبار يفيد ذلك، ولو من غير مقبول الشهادة شرعاً كالمرأة.

وينتفي بلعان التيقن ما ولد كاملاً لستة أشهر من يوم الرؤية. وتعتبر الأشهر ناقصة، ولو كانت كاملة في الواقع، أي فيعتبر ستة أشهر إلا خمسة أيام، وإن كانت كاملة في الواقع لأنه لا يتوالى إلى النقص في الستة.

فإن ولدته كاملاً لأقل من ستة أشهر من الرؤية، كالشهر والشهرين، لحق به، للجزم بوجوده في رحمها وقت الرؤية. واللعان إنما كان للرؤية لا لنفي الحمل، إلا إذا استبرأها قبل رؤيته الزنا. فإن استبرأها بحيضة ولم يقربها بعده لم يلحق به، وينتفي بذلك اللعان. ووجه نفيه بذلك اللعان أن أصل اللعان لنفي النسب، لأن الضرورة إلى ذلك تدعوه دون دعوى الزنا، وإنما تجري إلى الحد. وإذا كان كذلك سقط الحد بلعانه وتضمن ذلك نفي الحمل إن حدث⁽³⁾.

2 - السبب الثاني: القذف بنفي حمل أو ولد. ودليل اللعان في نفي الحمل ونفي

الولد:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾ الآية [النور: 6].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كل رمي بالزنا أو بنفي الحمل⁽⁴⁾.

ب - أنه ﷺ لا عن بين رجل وامرأة في ذلك. فعن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته

(1) المعونة 2/903؛ والذخيرة 4/287؛ وعدة البروق ص 310؛ والبيان 6/409.

(2) المعونة 2/903. (3) المعونة 2/903.

(4) أحكام ابن العربي 3/1342؛ وأحكام القرطبي 12/185.

في زمان رسول الله ﷺ، وانتفى من ولدها، ففرّق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة⁽¹⁾.

ج - لأنّ الزوج به ضرورة إلى نفي نسب المولود منه. وأصل اللعان الضرورة التي لا طريق إلى انتفائها إلاّ به؛ فلو لم يلاعن لم يكن له طريق إلى نفي نسب ليس منه⁽²⁾.

وللزوج أن يلاعن زوجته من نفي الحمل مجرداً عن القذف بالزنا، والدليل:

أ - دلالة الأولى فإنّه إذا جاز له أن يلاعن بالقذف لحاجته إليه، فلأن يلاعن لنفي الحمل أولى وأحرى، لأنّ حاجته أكد⁽³⁾.

ب - لأنّ ضرورته إلى نفي الولد أشدّ من ضرورته إلى القذف، لأنّه به حاجة إلى أن يزيل عن نفسه نسباً ليس منه، وذلك يصحّ بنفي الولد أكثر ممّا يصحّ بالقذف⁽⁴⁾. وضرورته إلى نفي النسب موجودة وهو أصل ما وضع له الحدّ، ولا ضرورة له إلى القذف⁽⁵⁾.

ج - لأن المرأة قد تكون مغلوبة على نفسها⁽⁶⁾.

وللزوج أن يلاعن زوجته إذا قذفها بنفي حمل أو ولد وإن مات الحمل أو الولد أو ماتت الزوجة.

ووجه وقوع اللعان ولو مات الحمل أو الولد أنّ الولد ولد على فراش الزوج، وهو قاذف للزوجة بنفيه له⁽⁷⁾.

ووجه وقوع اللعان ولو ماتت الزوجة أنّ الزوج به ضرورة إلى حفظ نسبه⁽⁸⁾.

شروط اللعان لنفي الحمل والولد:

ويشترط لللعان لنفي الحمل والولد ما يلي:

- 1 - أن لا يكون قد وطئها بعد العقد أصلاً.
- 2 - أو يكون قد وطئها وأتت بولد بعد الوطاء لمدة لا يلتحق فيها بالزوج، إمّا لقلة المدة، كما لو دخل عليها وأتت بولد كامل بعد شهر أو شهرين أو خمسة من يوم الوطاء. فيعتمد الزوج على ذلك، ويعلم أنّه ليس منه ويلاعن، وإمّا لكثرة المدة، كخمس سنين بعد الوطاء، فلا يلحق به، ويعتمد على ذلك ويلاعن لنفيه.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في اللعان؛ والبخاري في الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة؛ ومسلم في اللعان حديث 8.

(2) المتقى 4/74.

(3) المعونة 2/905.

(4) المتقى 4/74.

(5) الإشراف 2/787؛ والمعونة 2/906.

(6) شرح ابن عبد السلام 128.

(7) المقدمات 1/635.

(8) الذخيرة 4/286.

3 - أو يكون قد وطئها واستبرأها بحيضة بعد الوطء أو بوضع لحمل، وكانت أنت به بعد ستة أشهر من يوم الاستبراء بالحيضة أو بالوضع، ودليل اشتراط الاستبراء:

- أن الحمل لا ينتفي إلا بأن يعلم براءة الرحم من ماء الزوج، وذلك لا يكون إلا بالاستبراء، لأنه ما لم يستبرئ يمكن أن يكون الحمل من مائه⁽¹⁾.

والدليل على أن الاستبراء يكون بحيضة واحدة:

أ - أن الغرض العلم ببراءة الرحم، وذلك يحصل بالحيضة الواحدة⁽²⁾.

ب - أن هذا الاستبراء ليس بعدة حتى يعتبر فيه عدد الأقراء⁽³⁾.

ج - أن هذه الحال حال ضرورة لأمر يخاف فواته ولا يستدرك⁽⁴⁾.

ومراعاة ثلاث حيض في العدة إنما هو لحكم آخر، يأتي بيانه في أحكام العدة.

وقيل في المذهب: إن الاستبراء يكون بثلاث حيض. والدليل على ذلك:

أ - القياس على العدة لأنه استبراء حرّة⁽⁵⁾.

وحكى الإمام اللخمي عن الإمام مالك أنه قال مرّة: لا يُنفى الولد بالاستبراء، لأنّ

الحيض يأتي على الحمل. وبه قال أشهب والمغيرة⁽⁶⁾. قال ابن عبد السلام: الأقرب أن

ليس له لعان، لأنّ دلالة الاستبراء على نفي الحمل ضعيفة، بناء على المذهب في أن

الحامل تحيض⁽⁷⁾. وقال المغيرة: لا يُنفى الولد إلا بخمس سنين لأنه أكثر مدة

الحمل⁽⁸⁾.

وعلى الشرط الثالث المذكور آنفاً، فإنه يعتمد على ذلك ويلاعن لنفيه إذ هو ليس

منه قطعاً، وإن لم يدع رؤية الزنا على المشهور كما قال عياض، لأنّ المقصود نفي

الحمل، ولا حاجة للرؤية.

فمحلّ كون الرجل يلاعن لنفي الولد أو الحمل إذا اعتمد على واحد من الأمور

المتقدمة، فإن لاعن لنفيه من غير اعتماد على واحد منها كان اللعان باطلاً، ولم ينتف

نسب ذلك الملاعن عنه.

ما ينتفي به الحمل أو الولد سوى اللعان:

لا ينتفي الحمل أو الولد بغير اللعان، ولو تصادق الزوجان على نفي الوطء، أو

على نفي الولد عن الزوج، ويلحق به، ولا حدّ عليه لأنه رمى غير عفيفة، وتُحدّ هي،

(1) المعونة 2/905؛ والمنتقى 4/74.

(2) أحكام ابن العربي 3/1343؛ وأحكام القرطبي 2/186؛ والذخيرة 4/287؛ وعدة البروق 311.

(3) المنتقى 4/74. (4) المعونة 2/905.

(5) المعونة 2/905؛ والمنتقى 4/74. (6) أحكام القرطبي 2/186.

(7) شرح ابن عبد السلام ورقة 106. (8) أحكام القرطبي 2/186.

ووجه القول بأنه لا بدّ من اللعان أنّ ذلك تواطؤ منهما على سقوط حق الولد، فلا يقبل إلا باللعان الذي هو طريق نفيه⁽¹⁾. ولأنّ الزوج محتاج إلى اللعان لدفع النسب بعد تصديقها، كحاجته إليه قبله، فكان له اللعان في الحالين⁽²⁾. وأمّا هي فتحدّ لإقرارها بالزنا⁽³⁾.

وتستثنى صور ينتفى فيها الحمل أو الولد بغير لعان وهي:

أ - أن تأتي به الزوجة لدون ستّة أشهر من العقد، كشهر أو شهرين. فينتفى عنه حينئذٍ بغير لعان لقيام المانع الشرعي من لحوقه بالزوج.

2 - أن تأتي به والزوج مقطوع البيضة اليسرى، لأنّه لا يولد له كالمجبوب.

3 - أن تدّعي الزوجة الحمل أو الولد لمن لا يمكن اجتماعه معها عادة، كمشرقية ومغربي؛ بأن يكون بينهما من المسافة ما إن قَدِمَ بعد العقد كان الباقي لا يمكن فيه الولد أو الحمل على الوجه الذي هو به. ويفرض هنا أنّ العقد بينهما تولّاه بينهما وليهما وهما في مكانهما، وعلم بقاء كلّ من الزوجين في محلّه إلى أن ظهر الحمل، فإنّه ينتفى عنه بغير لعان لقيام المانع العادي على نفيه عنه. وهذه المسألة لا تخالف عموم الآية لأنّ الخطاب الشرعي يتعلّق بالإمكان العادي. وهذه المسألة تفرض عدمه⁽⁴⁾.

مسألة:

إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول ثم مات، فظهر بها حمل، فإنّه يلحق به إذا أتت به لما يشبه أن يكون منه، والدليل⁽⁵⁾:

أ - قوله ﷺ: «الولد للفراش»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال أنّ المرأة صارت لزوجها فراشاً بعقد النكاح، فوجب أن يلحق به إذا ادّعت أنّه منه، إلا أن يتبين كذبها أو يكون حياً فينكر ويلاعن.

ب - أنّ المانع من لحاقه به إنّما هو إنكاره مع اللعان، وهو غير موجود.

هذا ولو أنكر الزوج الولد ثم مات قبل اللعان، وذلك لعدم اللعان ولأنّ بالموت يتكامل لها الصداق.

ويكون لها الميراث إن مات قبل انقضاء العدة للحقوق الولد.

مسألة:

إذا اختلف الزوجان في زمن النكاح وولدت الزوجة ولداً، وقال الزوج: تزوجت

(1) المعونة 2/910؛ والذخيرة 4/297.

(2) الإشراف 2/787.

(3) الذخيرة 4/309.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 130.

(5) البيان والتحصيل 4/428؛ وشرح ابن عبد السلام 140؛ والذخيرة 4/290.

(6) سبق تخريجه.

منذ خمسة أشهر، وقالت هي: تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر، فإنه لا ينفية إلا بلعان، لأنه لا يقطع بأنه ليس من الزوج، كذا علّله الإمام الباجي⁽¹⁾. وعلّله الإمام القرافي بتساوي التداعي⁽²⁾.

ما لا يعتمد عليه في اللعان:

1 - لا يعتمد في اللعان على الظن، بل لا بدّ من اليقين، كما تقدّم، ومثال ما لا يعتمد عليه رؤيتهما متجرّدين في لحاف واحد، إذ يمكن عدم وطئهما، أو يمكن وطئها بين فخذيهما.

2 - لا يعتمد في اللعان على عزل من الزوج، بأن يمني خارج الفرج، لأنّ الماء قد يسبقه قبل العزل من حيث لا يشعر به⁽³⁾.

3 - لا يعتمد على مشابهة في الولد لغيره، وإن كانت مشابهة الغير بسواد أو عكسه، ووالده على الضدّ من ذلك، لأنّ الشارع لا يعوّل على ذلك. ودليل عدم تعويله عليه ما رواه أبو هريرة أنّ رسول الله ﷺ جاءه أعرابيّ فقال: يا رسول الله. إنّ امرأتي ولدت غلاماً أسود. فقال: «هل لك من إبل؟» قال: نعم. قال: «ما ألوانها؟» قال: حُمْر. قال: «هل فيها من أورك؟» قال: نعم. قال: «فأنتي ذلك؟» قال: أراه عرق نزعه. قال: «فلعلّ ابنك هذا نزعه عرق»⁽⁴⁾.

ففهم من هذا الحديث أنّ الاشتباه لا يعتمد عليه في اللعان، وأنّه لا يصلح مظنة في ذلك ولا علة⁽⁵⁾.

4 - لا يعتمد في اللعان على وطء بين الفخذين دون الفرج، إن أنزل الزوج بين الفخذين، لأنّ الماء قد يجري للفرج فيشربه الرحم.

5 - لا يعتمد في اللعان على عدم إنزال من الزوج حال وطئها، إن كان أنزل قبل وطئها ولم يبُلْ بعده قبل وطئها، لاحتمال أن يكون في أصل ذكره بقية مني فانصبّ في رحمها حال جماعها، وهذا بخلاف ما لو بال قبل وطئها ولم ينزل، فله ملاءنتها، لأنّ البول يخرج بقايا المنى، وصورة هذه المسألة، كما إذا أنزل ثم وطئ الزوجة ولم ينزل فيها، والحال أنه لم يحصل منه بول بين الإنزال والوطء الذي لم ينزل فيه، فحملت الزوجة؛ فليس له نفيه والملاءنة فيه معتمداً على عدم إنزاله فيها، لاحتمال بقاء شيء من مائه في قسبة ذكره فيخرج مع الوطاء.

(2) الذخيرة 4/ 296.

(1) المنتقى 4/ 82.

(3) المنتقى 4/ 75.

(4) أخرجه البخاري في الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد.

(5) شرح ابن عبد السلام ورقة 129؛ والذخيرة 4/ 291.

فلا يجوز اعتماد الرجل في واحدة من هذه المسائل ويلاعن. فلو لاعن لا يعتبر لعانه، ولكن لا حدّ عليه لعذره.

استلحاق الولد بعد اللعان:

إذا استلحق الزوج الولد الذي لاعن فيه، فإنه يحدّ لتبين قذفه زوجته؛ إلا أن يثبت زناها ببيّنة أو إقرار، ولو زنت بعد اللعان، لأنه قد تبين أنه قذف غير عفيفة، فلا حدّ عليه.

تسمية الزوج الرجل الزاني بزوجه:

إذا سمى الزوج الملاعن الرجل الذي زنى بزوجه فإنه يحدّ لقذفه، إلا أن يثبت زناه، ولو بغيرها، فلا يحدّ، لأنه قذف غير عفيف، ودليل وجوب الحدّ على الملاعن إذا سمى الزاني:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَأَجْلَدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾

[النور: 4].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الحد في القذف عاماً، ثم خصّ منه الزوج إذا قذف زوجته بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾ [النور: 6] فرفع الحدّ عن الزوج إذا لاعن لأجل الضرورة إلى ذلك وأنه لا يستغني عن ذكر زوجته. وبقي الحكم فيما عدا ذلك عاماً أي في كلّ مقذوف بأن يحدّ قاذفه⁽¹⁾.

ب - أن الملاعن ليس به ضرورة إلى ذكر اسم الزاني وقذفه، فبقي على الأصل في وجوب الحدّ له⁽²⁾.

ج - القياس على قذفه بأجنبية غير زوجته، فإذا تخلّص من قذف واحد فإن حدّ الآخر لا يسقط عنه⁽³⁾.

وما ورد في قصة هلال بن أمية من أنه رمى زوجته بشريك بن سحماء⁽⁴⁾، ولم يثبت أن النبي ﷺ أقام على هلال حدّ القذف لشريك.

فقد أجابوا عن ذلك بأجوبة:

1 - أن الإمام مالكا لم يبلغه هذا الحديث⁽⁵⁾.

2 - أن المقذوف لم يطلبه. وحدّ القذف لا يقيمه الإمام إلا بعد المطالبة،

(1) المعلم 2/213؛ وأحكام ابن العربي 3/1347؛ وأحكام القرطبي 12/193.

(2) أحكام القرطبي 12/193؛ والمعلم 2/213. (3) الإشراف 2/786؛ والمنتقى 4/71.

(4) أخرجه أبو داود في الطلاق باب في اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق باب اللعان.

(5) حاشية الشرح الصغير 1/494.

إجماعاً⁽¹⁾. قال ابن عبد السلام في هذه الإجابة: هو صحيح إن ثبت أن حدّ القذف حق آدمي.

3 - أن شريكاً كان يهودياً⁽²⁾.

وأما دليل عدم وجوب الحدّ على الزوج الملاعن إذا لم يسمّ الزاني، أن حدّ القذف لا يجب استيفاؤه، إلا بالمطالبة، فإذا لم يسمّ المقذوف لم تصحّ المطالبة فلم يجب الحدّ⁽³⁾.

والمشهور في المذهب أنه يجب إعلام من سمّاه الزوج، بأن يقال له فلان قدفك بزوجه. والوجوب متعلق بالحاكم إن علم، أو بمن علم من العدول⁽⁴⁾.

اللعان مع وجود الشهود:

للزوج أن يلاعن وإن قدر على إقامة البينة، والدليل: أن اللعان يستفاد به ما لا يستفاد بالبينة، فإنه إذا أثبت الزوج الزنا بأربعة شهود، وحدت المرأة، لم ينتف الولد، ولم يدفع الفراش، والحاجة داعية إلى ذلك مع وجود البينة كما تدعو إليها مع عدمها، فجاز اللعان في الحالين⁽⁵⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿وَلَوْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾، ومفهومه أنه إذا كان للأزواج شهداء فلا لعان، فالجواب أن ذلك خرج مخرج الغالب فسقط هذا المفهوم. ودليل سقوطه: الإجماع⁽⁶⁾.

شهادة الزوج مع ثلاثة:

لا يكون الزوج شاهداً مع ثلاثة. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَوْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: 6].

وجه الاستدلال أنه تعالى استثنى الأزواج من الشهداء، فاقضى أن لا يكونوا شهداء⁽⁷⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4].

قال القرطبي في وجه الاستدلال بالآية: أخبر أن من قذف محصناً ولم يأت بأربعة

(1) أحكام ابن العربي 3/347؛ والمعلم 2/214؛ وأحكام القرطبي 12/193؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 134.

(2) المعلم 2/214. (3) الإشراف 2/786؛ والمنتقى 4/71.

(4) الشرح الكبير 2/462.

(5) الإشراف 2/781، والمنتقى 4/76؛ وأحكام القرطبي 12/191؛ وبداية المجتهد 2/135.

(6) الذخيرة 4/292. (7) الإشراف 2/788؛ والمنتقى 4/76.

شهداء سوى الرامي؛ والزوج رام لزوجته، فخرج عن أن يكون أحد الشهود⁽¹⁾.

ج - قوله ﷺ لهلال: «البينة أو حدّ في ظهرك»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ طالبه بالبينة المطلوبة شرعاً في القرآن، وهي أربعة شهداء، ولو كان يجزيه ثلاثة مع شهادته لم يكلفه أربعة⁽³⁾.

د - إن شهادة الزوج تردّ للتهمة⁽⁴⁾.

شروط اللعان:

1 - تعجيله بعد علمه في الحمل أو الولد، لنفيهما. ولا يتقيّد بزمان. ولا فرق بين كون المرأة في العصمة أو مطلقة، كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً، خرجت من العدة أو لا، كانت حية أو ميتة. وهذا بخلاف اللعان للرؤية، فإن شرطه أن تكون في العصمة أو في العدة، فمتى رماها وهي في العصمة أو في العدة لاعن، ولو انقضت العدة، فإن ادعى بعد العدة أنه رأى فيها أو قبلها أو بعدها، فلا لعان.

وعلى هذا فإن المرأة الحامل تلعن قبل وضع حملها، والدليل:

أ - عموم الآية، فلم تفرّق بين حال الحمل وبعد الوضع⁽⁵⁾.

ب - أن النبي ﷺ لاعن بين هلال وامراته قبل وضعها، وهو نص صريح في ذلك⁽⁶⁾، فعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «إن جاءت به أصنهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال. وإن جاءت به أورق جعداً جُمالياً خدلج الساقين سابغ الألتين فهو للذي رميت به»⁽⁷⁾.

فإن قيل: قد علم النبي ﷺ حملها فلذلك حكم باللعان. والحاكم منا لا يعلم أحمل هو أم ریح. قال ابن العربي جواباً على ذلك: إذا جرت أحكام النبي ﷺ على القضايا لم تحمل على الاطلاع على الغيب، فإن الأحكام لم تُبنّ عليه؛ عن . وإن كان به عليمًا. وإنما البناء فيها على الظاهر الذي يشترك مع النبي ﷺ فيه القضاة كلهم. وقد أعرب عن ذلك بقوله: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع»⁽⁸⁾، فأحال ﷺ على الظواهر⁽⁹⁾.

(1) أحكام القرطبي 190/12.

(2) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان.

(3) الإشراف 788/2. (4) الذخيرة 492/4.

(5) الإشراف 783/2؛ والمنتقى 75/4.

(6) أحكام ابن العربي 1345/3؛ وأحكام القرطبي 188/12.

(7) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان، وابن ماجه في الطلاق باب اللعان.

(8) أخرجه البخاري في الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، ومسلم في القضاء.

(9) أحكام القرآن لابن العربي 1345/3.

وفي احتمال كون الحمل ريحاً، فقد نقل الإمام المازري أن الحمل قد يقطع به والغلط فيه بالريح نادر⁽¹⁾.

ج - القياس على إسقاط الفراش، لأن كل نسب جاز إسقاطه باللعان بعد الوضع جاز إسقاطه قبله، كالفراش⁽²⁾.

هـ - أن الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاماً كثيرة، كالنفقة والعدة، ولا يؤخر لها الحكم بالنفقة خشية أن ينفش الحمل. فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك⁽³⁾.

2 - عدم وطء الزوجة الملاعنة بعد علمه، في الحمل والولد والرؤية. فإن وطئها بعد علمه بحمل غيره أو وضع أو رؤية لها تزني، أو أضر لعانها ولو يوماً، بلا عذر، بعد علمه بالحمل أو الوضع، امتنع لعانه لها، ولحق به الولد، وبقيت زوجة، سواء كانت مسلمة أو كتابية، ويحد للمسلمة. وليس من العذر تأخير اللعان لاحتمال كونه ريحاً فينفش، خلافاً لابن القصار، ودليل عدم جواز السكوت وتأخير اللعان بعد العلم بالحمل أو الوضع، وانتفاء اللعان بذلك وجوب الحدّ عليه:

- أن العرف يقتضي أنه ليس لسكوته وجه يحمل عليه إلا الرضا والاعتراف. ولو أراد نفيه لم يسكت عنه⁽⁴⁾.

ودليل انتفاء اللعان ووجوب الحدّ عليه إذا وطئ بعد الرؤية أو العلم بالحمل أو الوضع⁽⁵⁾:

أ - أن اللعان لا يمكن أن ينفي به النسب مع اعترافه بالوطء وثبوت حكم الفراش.

ب - أن العادة تشهد بكذبه، لأن الإنسان لا يطاء امرأته بعد أن يراها تزني، فإذا ادعى الوطاء فقد أكذب نفسه.

فالمانع من اللعان في الحمل والولد التأخير والوطء. والمانع في الرؤية الوطاء فقط لا التأخير.

3 - أن يقول الملعن والملاعنة: «أشهد» في الأربع مرات.

4 - اللعن في الخامسة من الملعن.

5 - الغضب في الخامسة من الملاعنة.

ودليل اشتراط الإتيان بلفظ الشهادة واللعن والغضب وعدم إبدال الشهادة بالحلف ولا الغضب باللعن⁽⁶⁾.

(1) المعلم 2/213. (2) الإشراف 2/783؛ والمنتقى 4/75.

(3) المعلم 2/293؛ وبداية المجتهد 2/134؛ وعارضة الأحمدي 5/194؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 138.

(4) الإشراف 2/789؛ والمنتقى 4/75؛ وأحكام القرطبي 12/190؛ والذخيرة 4/285 و295.

(5) المعونة 2/903.

(6) المعونة 2/907؛ والمنتقى 4/78؛ والذخيرة 4/304؛ وبداية المجتهد 2/137.

أ - ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَا يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمِيسَةَ أَنْ لَعَنَتَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمِيسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾﴾ [النور: 6 - 9].

ووجه الاستدلال أن الآيات نصت على لفظ مخصوص، فلا ينبغي أن تتعدى الألفاظ التي ولد بها النص لأنها تعينت به.

ب - القياس على عدد الشهادات، لأن الآية نصت على عدد الشهادات فأوجب ذلك تعينها، فلا يزداد فيها ولا ينقص؛ وكذلك نصت على لفظ مخصوص فوجب تعينه، فلا يبدل.

وحكمة تخصيص الرجل باللعة والمرأة بالغضب أن الرجل لما كان مبعداً لزوجته ولنسبه ناسب أن يذكر اللعة. وأن المرأة لما كانت مغضبة لزوجها ولربها ولأهلها ناسب أن تذكر الغضب⁽¹⁾.

6 - بدء الملاعن بالحلف على الملاعنة، وهو واجب، فإن بدأت المرأة به أعادت بعد الرجل الملاعن، ولا يكفي ما وقع منها ابتداء على المعتمد والمشهور، وهو قول أشهب، خلافاً لما نقل عن ابن القاسم، فهو لم يرجحه أحد. ودليل البداية بالزوج الملاعن وعدم أجزاء لعان المرأة إن بدأت قبل الملاعن⁽²⁾.

أ - آيات اللعان 6 و7 و8 و9 من سورة النور.

ووجه الاستدلال أن الآيات ابتدأت بلعان الزوج؛ لأنها جعلت لعانه سبباً عن قذفه زوجته عوضاً عن الحد المتوجه عليه بسبب القذف.

وكذلك فإن الآيات رتبت لعان الزوجة على لعان الزوج، لأن العذاب - وهو الحد - قد وجب عليها بلعان الزوج حتى تدرأه باللعان.

فلو ابتدأت المرأة باللعان لتقدم الحكم الذي هو لعانها على سببه الذي هو لعان الزوج. وهذا يؤدي إلى بطلان الحكم.

ب - أن الرسول ﷺ بدأ بهلال بن أمية في اللعان.

ج - أن أيمان المرأة في اللعان إنما هي لنفي أيمان الزوج وتكذيبه، وابتدائها بالأيمان لا وجه له، وغير مجزئ، لأنه ليس هناك ما تنفيه ولا ما يلزمها أن تخلص به نفسها منه باللعان، لأن الزوج لم يتقدم له يمين ولا إثبات لشيء.

(1) عدة البروق ص 313.

(2) المعونة 2/901؛ والمنتقى 4/76، 77؛ والإشراف 2/784؛ والذخيرة 4/305، 306؛ وأحكام القرطبي 21/191؛ والعارضه 5/189؛ وشرح ابن عبد السلام 133؛ والبيان والتحصيل 6/420.

ووجه قول ابن القاسم بجواز بداية المرأة ما يلي⁽¹⁾:

أ - أن الآية ليس فيها ما يدل على وجوب الترتيب.

ب - أن دلالة الأيمان على الصدق متساوية.

ج - استواء كل واحد من الزوجين في كونه مدع على صاحبه دعوى إن لم يثبتها وجب عليه حد. فالزوج يدعي على المرأة أنها زنت، وأن الولد غير لاحق به، فإن لم يثبت ذلك عليها وجب عليه حد القذف. والمرأة تدعي على الزوج أنه وطئها الوطاء الذي كان عنه ولدها، وتريد إلحاقه به، فإن لم يثبت ذلك لها عليه وجب عليها حد الزنا.

7 - حضور جماعة اللعان، وأقلها أربعة من العدول. والدليل⁽²⁾:

أ - فعل النبي ﷺ. فقد تقدم في دليل مشروعية اللعان أن النبي ﷺ لاعن بين المتلاعنين بحضور جماعة ممن كان معه في المسجد، وجاء في قول سهل بن سعد: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ.

ب - القياس على حد الزنا بجامع التغليظ، لأن الله تعالى أمر بحضور جلد الزاني.

ج - لأن قطع الأنساب وفساد الأعراض أمر عظيم فيغلظ في سببه. ولأن اللعان شعيرة من شعائر الإسلام وخصلة من خصاله ومن خصوصياته؛ فكان أقل ما تظهر به تلك الشعيرة أربعة عدول. ولأن حضور الجماعة المذكورة لاحتمال نكول الزوج أو إقرار الزوجة، لأن النكول والإقرار يثبت باثنين وقيل بأربعة.

كيفية اللعان:

يكون اللعان بأن يقول الزوج: أشهد - بفتح الهمزة - بالله لزنت، أربع مرّات، وذلك في الرؤية ونفي الحمل. وهو مذهب المدونة. وقال ابن المواز: يقول في الرؤية لرأيتها تزني، وفي نفي الحمل ما هذا الحمل مني. قال الدردير: وهو أوجه. قال الصاوي: ووجه ذلك أنه لا يلزم من نفي الحمل كونها زنت، لأن الحمل قد يأتي من وطء شبهة.

ولا يشترط زيادة «الذي لا إله إلا هو» على الراجح. قال ابن عبد السلام: القول بعدم الزيادة أوفق لظاهر الآية⁽³⁾.

ولا يشترط أن يقول في الرؤية: كالمروود في المكحلة.

ويلزم أن يقول: «وإني لمن الصادقين» وهو الذي يدل عليه ظاهر الآية⁽⁴⁾. كما يلزم أن

يقول في المرّة الخامسة: «لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين، أو إن كنت كذبت عليها».

(1) البيان والتحصيل 420/6؛ والذخيرة 4/305، 306.

(2) المنتقى 4/72، وشرح ابن عبد السلام 134؛ والذخيرة 4/305؛ والمقدمات 1/639.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 132. (4) شرح ابن عبد السلام ورقة 132.

وتقول الملاعنة بعد أربع مرّات: أشهد بالله ما زنيت، أو ما رأيت أذني. وفي المرّة الخامسة تقول: غضب الله عليّ إن كان من الصادقين.

لعان الأخرس:

الأخرس من الزوجين تكفيه الإشارة باليمين، بأن يكرّرها أربعاً، ويخمس باللعنة، وإن كان يعرف الكتابة فيكتب، ويكرّر الكتابة أربعاً ويخمس باللعنة. وتقدّم الاستدلال على صحّة لعان الأخرس في تعريف اللعان.

مندوبات اللعان:

1 - يندب إيقاعه إثر صلاة، لما فيه من الردع والرهبّة، ولأنّ الصلاة عبادة تذكّر بالله تعالى وتنتهي عن الباطل⁽¹⁾.

2 - يندب أن يقع إثر صلاة العصر، لأنّ بعد العصر أشد الأوقات في اليمين، والدليل⁽²⁾: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم... ورجل ساوم رجلاً بسبعة بعد العصر فحلف بالله لقد أعطى به كذا وكذا، فصدّقه رجل⁽³⁾.

فقد ذكر كون اليمين المتوعّد عليها بهذا الوعيد بعد العصر.

3 - يندب تخويف المتلاعنين بالوعظ، بأن يقال لهما: إنّ الإقدام على الحلف بالله كاذباً فيه الوبال الأخروي والديني، والاعتراف بالحقّ فيه النجاة وإن لزمه الحدّ، لأنّه يكون كفارة له.

4 - يندب تخويفهما عند الخامسة.

5 - يندب القول لهما عند الخامسة: إنّها الموجبة للعذاب بنزول اللعنة أو الغضب على الكاذب. ودليل التخويف المذكور ما تقدم في قصة هلال: «فتلا عليهما رسول الله وذكرهما وأخبرهما أنّ عذاب الآخرة أشدّ من عذاب الدنيا» وما جاء فيها: «وإنّ هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب».

مكان اللعان:

يجب وجوباً شرطاً: أن يلاعن المسلم بالمسجد الجامع، لأنّه أشرف الأماكن، فيغلظ فيه به، والدليل⁽⁴⁾:

(1) المتقى 72/4.

(2) المقدمات 637/1؛ وشرح ابن عبد السلام 134؛ والمتقى 72/4.

(3) أخرجه البخاري في الشهادات، باب اليمين بعد العصر؛ وأخرجه أيضاً في المساقاة.

(4) المقدمات 639/1، وشرح ابن عبد السلام 133، والمتقى 72/4، والعارضه 190/5.

أ - أنه فعل النبي ﷺ، فقد تقدّم في دليل المشروعية أنه أمر بإحضار المرأة إليه بقوله لزوجها: «فاذهب فأت بها» وهو ﷺ كان موجوداً في المسجد، لما روى سهل بن سعد قال: «فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد»⁽¹⁾.

ب - أن المقصود من اللعان التخويف والتعظيم، فلذلك يجب أن يكون في أشرف أمكنة البلد، وهو الجامع، لأنه محلّ للأيمان المغلظة.
ولا يُعْتَبَرُ رضا الزوجين أو أحدهما بدون الجامع.

وإذا صادف اللعان المرأة حائضاً أو نفساء، فالمشهور على ما ذكر ابن عبد السلام، أنه يؤخّر لعانها إلى الطهر، حتى تقع عدتها في طهر كالطلاق⁽²⁾، وقال الشيخ ابن أبي زيد في المختصر: يلتعن الرجل ويؤخّر لعان المرأة إلى الطهر. وعلق الإمام ابن عبد السلام على القولين بأن تأخير اللعان بعد وجوبه يستلزم تأخير حدّ القذف. وتأخير الحدود ممنوع. ألا ترى أنهم يقولون إن القاضي يسجن هذا الزوج حين دعواه حتى يتم الحكم لأنه قاذف بنفس الدعوى. وهذا المعنى - والله أعلم - هو الذي راعاه ابن أبي زيد في تعجيل لعانه وتأخير لعانها. وينبغي على قوله إذا التعن الزوج أن تسجن هي لأنها مطلوبة بحدّ الزنا على تقدير نكولها، كما كان هو مطلوباً لحدّ القذف، وحدّ الزنا أكد⁽³⁾.

والذمّة تلاعن زوجها المسلم بدون إجبار في الكنيسة أو البيعة، لأنّ هذين المكانين أشرف المواضع بالنسبة للذمي، النصراني أو اليهودي، فإن نكلت أدبت ولم تحدّ، لأنّ الحدود شرطها إسلام المحدود، ثم تردّ بعد تأديبها إلى أهل دينها ليفعلوا بها ما يرونه عندهم.

رمي الزوج زوجته بما دون الزنا:

إذا قال الزوج: وجدتها مع رجل في لحاف، أو متجرّدين، فإنه يؤدّب، ولو قال لأجنبية لحدّ.

رمي الزوج زوجته بالزنا غصباً أو شبهة.

إذا رمى الزوج زوجته بغصب، بأن قال لها غصبت على الزنا، أو قال: وطئها فلان أو رجل ظننته إيتاي، وأنكرت الزوجة ذلك أو صدقته؛ فإن ثبت ببينة أو ظهر للناس، التعن الزوج فقط دونها، ولا يفرّق بينهما وفائدة لعانه نفي الولد عنه.

فإن لم يثبت ما رمى به الزوج زوجته من الغصب والشبهة، ولم يظهر ذلك للناس التعن معاً، ولو صدقته على الغصب أو وطء الشبهة، وفرّق بينهما. وتقول المرأة في

(1) أخرجه البخاري في الطلاق، باب التلاعن في المسجد.

(2) الذخيرة 4/301.

(3) شرح ابن عبد السلام 134.

لعانها: ما زنت، ولقد غلبت وإني لمن الصادقين. وتقول في خامستها: غضب الله عليه إن كانت من الكاذبين. هذا إن صدقته.

وتقول إن كذبت: ما زنت وما غلبت، وإنه لمن الكاذبين، وتقول في خامستها: غضب الله عليّ إن كان من الصادقين.

ويقول الزوج: لقد غصبت أو وطئت وطء شبهة.

وفي هذه الحالة تحدّ الزوجة إن نكلت. ويحدّ الرجل إن نكل إذا كانت مكذبة له في دعوى الغصب أو الشبهة.

وثمره لعانه نفي الولد عنه، وثمره لعانها نفي الحد عنها، لأنها إن نكلت حدّت. سواء صدقته أو كذبت، لأنها حينئذ اعترفت بالوطء غصباً أو شبهة. ومن اعترف بالزنا على وجه الغصب أو الشبهة حدّ.

رمي الزوجة الصغيرة:

إذا كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها، وربما زوجها برؤية الزنا، فإنه يلتعن فقط، ولا تفريق بينهما، لأنّ التفريق إنّما هو بلعانهما معاً.

واحترز بالصغيرة التي توطأ، عمّا إذا كانت لا توطأ، فإنّ زوجها لا حدّ عليه ولا لعان، لعدم لحوق المعرة.

فإن أبى الزوج في المسائل الثلاث من اللعان لم يحدّ للقذف لفقد التكليف في الصغيرة، ولفقد حقيقة الزنا في الغصب والشبهة إذا ثبتا بيّنة أو ظهرا للناس.

حكم اللعان أو ما يترتب عليه:

حكم اللعان ثمرته المترتبة عليه وهي ستة أمور. ثلاثة مترتبة على لعان الزوج، وثلاثة مترتبة على لعان الزوجة.

1 - الثلاثة المترتبة على لعان الزوج.

الأول: رفع الحدّ عن الزوج إن كانت الزوجة مسلمة مطيقة للوطء، وإن لم تكن بالغة؛ أو رفع الأدب عنه في الذمّية. والدليل:

أ - أن آيات اللعان مخصصة لعموم آية القذف. وقد تقدّم بسط هذا المعنى في دليل مشروعية اللعان.

ب - أن النبي ﷺ لم يحدّ هلالاً ولا العجلاني، واكتفى منهما باللعان، فدلّ ذلك على إسقاط حدّ القذف عن الزوج بالملاعنة. فإن امتنع الزوج من اللعان وجب عليه حدّ القذف إذا كانت زوجته مسلمة؛ لأنّ الأصل أنّ الحكم هو حدّ القذف، واللعان بدل منه. والدليل هنا مركّب من الدليل على أنّ أصل الحكم هو حدّ القذف، ومن الدليل على أنّ اللعان بدل منه. فأما الدليل على الأول فهو:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في الزوج وفي الأجنبية⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ الآيات 6 و7 و8 و9 من سورة النور.

ووجه الاستدلال أن الله تعالى سمى الزوج رامياً لزوجته مثل ما سماه في الأجنبية.

ج - ما جاء في رواية قصة العجلاني قوله للنبي ﷺ: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ سكت عنه وأقره على قوله: فتكلم جلدتموه. فدل هذا على إصابته بالحكم⁽³⁾.

د - قوله ﷺ لهلال بن أمية: «البيّنة أو حدّ في ظهرك» وهو نصّ في المسألة⁽⁴⁾.

هـ - القياس على الأجنبية، لأنها مسلمة عفيفة قذفها من لم يحقق قذفه، فوجب أن يحدّها لها⁽⁵⁾.

و - دلالة الأولى، لأن قول الزوج يقبل عليها أكثر من قول الأجنبية فكان بالحدّ أولى⁽⁶⁾.

وأما الدليل على أن اللعان بدل من حدّ القذف فهو ما يلي:

أ - أن آية قذف المحصنات محكمة في الزوج والأجنبي، فهي غير منسوخة بآية اللعان في حق الزوج.

ب - أن آية اللعان ظاهرها يدلّ على أن اللعان شرع لعجز الزوج عن إقامة البيّنة، فهو رخصة للزوج ورفق به، يقوم مقام البيّنة في إسقاط حدّ القذف عنه لا في إثبات التهمة على الزوجة، فإن لم يلتعن الزوج حدّ كما يحدّ الأجنبي إذا لم يقيم البيّنة⁽⁷⁾.

الثاني: إيجاب الحدّ أو الأدب على المرأة إن نكلت بعد لعانه. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنَّا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكٰذِبِينَ﴾ [النور: 8].

(1) الإشراف 2/780؛ والمنتقى 4/77؛ وبداية المجتهد 2/137.

(2) أخرجه مسلم في اللعان.

(3) مفتاح الوصول ص 87 - 88؛ وبداية المجتهد 2/137؛ وأحكام القرطبي 12/191.

(4) المعونة 2/900؛ والمنتقى 4/77؛ وأحكام ابن العربي 3/1346.

(5) الإشراف 2/780؛ والمنتقى 4/77. (6) المعونة 2/901.

(7) المعونة 2/901؛ وأحكام القرطبي 12/182 و191؛ وأحكام ابن العربي 3/1346؛ والذخيرة 4/306؛ وبداية المجتهد 2/137؛ وعدة البروق ص 309.

ووجه الاستدلال من الآية أنه يلزم من درء العذاب بالشهادة استقرار العذاب وتوجهه عليها بلعان الزوج، وانتقاله منه إليها، حتى يصح درؤها له. وكذلك فالآية نص في أن الزوجة إذا لم تدرأ العذاب بالشهادة التي هي لعانها، فإنه يجب عليها هذا العذاب، لأنها تكون بعدم قيامها بالالتعان قد أثبتت التهمة عليها فاستحقت العذاب⁽¹⁾.

والمراد بالعذاب في الآية حدّ الزنا الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2] فسمى حدّ الزنا الواقع على الزانيين عذاباً لهما فتحمل آية اللعان على آية حدّ الزنا لاتحاد المقصد فيهما، ولأنّ الألف واللام في كلمة «العذاب» للعهد وهو المذكور في أول السورة⁽²⁾.

الثالث: قطع نسبه من حمل ظاهر أو سيظهر. والدليل⁽³⁾:

أ - قول ابن عباس في قصة لعان هلال بن أمية: ففرّق رسول الله ﷺ بينهما. وقضى أن لا يدعى ولدها لأب. وقد تقدم ذكر الحديث.

ب - عن ابن عمر أنّ رجلاً لاعن امرأته في زمان رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها، ففرّق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة⁽⁴⁾.

وقد تقدّم في أسباب اللعان متى ينتفي الولد في لعان الرؤية أو لعان نفي الحمل أو الولد.

وقوله ﷺ: «الولد للفراش»⁽⁵⁾ فإن هذا الحديث ورد في الذي يدعي بالزنا ولداً ولد على فراش غيره، كما هو موضوع حديث عتبة. وأمّا نفي الزوج ما تلده زوجته فليس من هذا الحديث في شيء لأنّ رسول الله ﷺ قد قضى في ذلك بالملاعنة وألحق الولد الملاعن به إلى أمه دون الزوج المولود على فراشه⁽⁶⁾.

وينتفي النسب بمجرد التعان الزوج وحده. ولا يفتقر إلى التعان المرأة، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإثبات النسب منه وإسقاط الحدّ عنها، ولا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه⁽⁷⁾.

2 - الثلاثة المترتبة على لعان الزوجة:

- (1) الإشراف 780/2؛ والمعونة 902/2؛ والمنتقى 77/4؛ والذخيرة 305/4؛ والمقدمات 630/1.
- (2) أحكام ابن العربي 1346/3؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 138.
- (3) القبس 748/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 138؛ والمنتقى 76/4.
- (4) أخرجه مالك في الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في اللعان؛ والبخاري في الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة؛ ومسلم في اللعان حديث 8.
- (5) سبق تخريجه.
- (6) المقدمات 637/1.
- (7) المعونة 909/2.

الأول: تأييد حرمتها عليه وإن انفس حملها الذي لاعن لأجله، أو أكذب نفسه، فلا تحل له أبدأ، ونذكر هنا أدلة مسألتين: الأولى: أن الفرقة تقع بين المتلاعنين، وأنها تقع على التأييد ولو انفس الحمل أو أكذب نفسه، والثانية: أن التأييد لا يقع إلا بعد التعان الزوجة.

فالدليل على المسألة الأولى ما يلي: (1)

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال للمتلاعنين: «حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها» (2).

ووجه الاستدلال أن دلالة الحديث على التحريم مطلقة. والتحريم إذا أطلق بدون تقييد حمل على التأييد وفي كل الأحوال، ولو انفس الحمل أو أكذب الزوج نفسه، والنبي ﷺ قد أعلم المتلاعنين أن تمام اللعان رفع سبيل الزوج على زوجته، وهو تنفيذ لما أوجبه الله تعالى بينهما من المباحة، وهو معنى اللعان في اللغة (3).

ب - عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدأ» (4).

ج - قول ابن عباس في حديث لعان هلال بن أمية: ففرق رسول الله ﷺ بينهما. وقد تقدم الحديث بكامله.

د - قول علي وعبد الله: مضت السنة ألا يجتمع المتلاعنان. قال علي: أبدأ (5).

وترتيب الحكم على الوصف هنا يدل على سببته له، والمسبب متأخر عن السبب ومرتب عليه (6).

وقوله: مضت السنة، محمول على أنه مرفوع إلى النبي ﷺ، لأن سنة النبي ﷺ أصل السنن، فهي أولى عند الإطلاق أن يحمل كلام الراوي عليها (7).

هـ - القياس على تحريم الرضاع، لأنه تحريم لا يرتفع بزواج وإصابة، فكان مؤبداً (8).

و - دلالة الأولى، لأن اللعان لما قطع النسب الذي هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع الفراش أقوى (9).

ز - أن المتلاعنين قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والريبة وإبطال حدود الله ما يقطع الألفة، ويوجب ألا يجتمعا بعد ذلك أبدأ. وذلك أن الزوجية مبناها على المودة

(1) المعونة 2/908؛ والإشراف 2/786؛ وأحكام القرطبي 12/194.

(2) أخرجه البخاري في الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب؛ ومسلم في اللعان.

(3) أحكام القرطبي 12/194؛ وبداية المجتهد 2/138؛ والمنتقى 4/78؛ والمقدمات 1/638.

(4) أخرجه الدارقطني في النكاح. (5) أحكام القرطبي 12/194.

(6) الذخيرة 4/308. (7) مفتاح الوصول ص 24.

(8) المنتقى 4/79. (9) المعونة 2/908.

والرحمة. وهؤلاء قد عدموا كلّ العدم. ولا أقلّ من أن تكون عقوبتهما الفرقة⁽¹⁾.
ح - أن الزوج أدخل لبسا في النسب فعوقب بالتحريم المؤبد. وهو أحد التحليلين في المذهب في النكاح في العدة⁽²⁾.

ط - أن الفرقة لا تزول بتكذيب الزوج نفسه كما يزول نفي النسب، لأنه لو قلنا إنها كالنسب في زوال نفيه لكان رجوع النكاح يحصل بغير استئناف عقد. وهذا ردّ على أبي حنيفة الذي يقول بالإرجاع إذا أكذب نفسه، لأنّ فرقة اللعان عنده طلاق بائن⁽³⁾.

ي - عموم قوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها»، ولم يفرّق بين الإكذاب وعدمه⁽⁴⁾.

ك - أن كلّ تحريم أوجب التأييد لم يكن للزوج رفعه بإكذاب نفسه⁽⁵⁾.

ل - أن حكم الفرقة ثابت ومحقق، لحصول سببه وهو اللعان، وانفشاش الحمل مشكوك فيه لاحتمال أن تكون المرأة أسقطته أو كتمته. فلا يؤثر هذا الشك في ذلك المحقق اليقيني⁽⁶⁾.

والدليل على المسألة الثانية، ما يلي⁽⁷⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال للمتلاعنين: «حسابكما على الله أحكما كاذب، لا سبيل لك عليها».

ب - قول ابن عباس المتقدم: ففرّق بينهما رسول الله ﷺ. ووجه الاستدلال أنه ﷺ قال لهما ذلك وفرّق بينهما بعد الانتهاء من لعانهما جميعاً. وابن عباس ذكر الحكم وسببه، والسبب هو التعانها معاً، وهو الذي ترتب عليه الحكم.

الثاني: فسخ النكاح.

فرقة اللعان فسخ وليست طلاقاً، لأنّ الزوجين مغلوبان على الفرقة، قياساً على الرضاع، لأنه يوجب فرقة⁽⁸⁾.

ولأنهما مغلوبان على الفرقة من غير إيقاع موقع، والطلاق لا يكون إلا بإيقاع مطلق، ووجه آخر أنهما مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح، فوجب أن يكون فسخاً، لأن الطلاق لا يغلبان على إيقاعه إلا لفساد في العقد على أحد القولين، وعلى القول الآخر فلا يغلبان عليه، وما غلب عليه فهو فسخ بكل وجه⁽⁹⁾.

الثالث: رفع الحدّ عنها، والدليل قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُهَا عَنِ الْعَذَابِ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ

شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: 8].

- (1) القبس 2/748؛ وبداية المجتهد 2/139. (2) المعلم 2/213.
(3) العارضة 5/191. (4) المعلم 2/213.
(5) المعونة 2/909. (6) شرح ابن عبد السلام ورقة 139.
(7) بداية المجتهد 2/139؛ والإشراف 2/785؛ والمنتقى 4/73؛ والعارضة 5/190؛ والمعلم 2/213.
(8) الإشراف 2/785؛ والمنتقى 4/78؛ والعارضة 5/191؛ والذخيرة 4/308.
(9) المنتقى 4/78.

والآية نصّ في أنّ التعان الزوجة فائدته رفع الحدّ عنها⁽¹⁾. وتقدم في دليل إيجاب الحدّ عند نكولها الدليل على أنّ المراد بالعذاب في الآية هو حدّ الزنا.

هل يطلب حكم الحاكم بالفرقة.

لا يشترط لوقوع الفرقة حكم الحاكم، بل بمجرد التلاعن وانقضائه منهما تقع الفرقة والدليل:

أ - القياس على الفرقة بتحريم الرضاع والمصاهرة، لأنها فرقة تقتضي تحريماً مؤبداً فلم تفتقر إلى حكم حاكم⁽²⁾.

ب - إنه لا يوجد بين الزوجين من هو محكوم له حتى يحكم عليهما، لأنّ حقوق الشرع في التحليل والتحريم ثابتة بالشرع، ولا تفتقر إلى حكم حاكم، كتحریم المصاهرة والرضاع⁽³⁾.

وأما قوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها» فهو إعلام منه ﷺ وإخبار لهما بمقتضى الشرع في اللعان، بأنّ إتمام اللعان يقتضي رفع سبيل الزوج عن الزوجة والتفريق بينهما، فهو هنا ﷺ منقذ لما أوجبه الله تعالى بينهما من المباحة لا من شيء حكم يطلب من كلّ حاكم إنشاء مثله⁽⁴⁾.

وكذلك قول الراوي: ففرّق رسول الله ﷺ بينهما. يعني أنه ﷺ أعلمهما بحكمهما، وهو انقطاع العصمة بينهما وتأييد التحريم، ولم يرد أنه استأنف الحكم وأوقع به الفرقة بينهما⁽⁵⁾.

هل يطلب من الملاعن أن يطلق بعد اللعان:

لا يحتاج للفرقة في اللعان أن يطلق الزوج الملاعن زوجته بعد انتهائهما من اللعان. لأنّ الفرقة تقع بنفس التلاعن وانتهاء الزوجين منه كما تقدّم. وأما ما جاء من قول الراوي في قصة العجلاني مع زوجته: فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ. فإنه لا يدلّ على احتياج الفرقة إلى إيقاع الزوج الطلاق، لأنّ العجلاني فعل ذلك من عند نفسه، وقد قال ابن عباس في قصة هلال: وقضى رسول الله ﷺ أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها. فدلّ هذا على أنّ طلاق العجلاني لم يصادف محلاً لأنها بانّت منه بنفس انقضاء اللعان منهما. ومما يؤكد عدم احتياج فرقة

(1) المعونة 2/901؛ وأحكام ابن العربي 3/1346. (2) المنتقى 4/73.

(3) المنتقى 4/36.

(4) المنتقى 4/76؛ وبداية المجتهد 2/139؛ وعارضة الأحوذى 5/190؛ والإشراف 2/785؛ وأحكام القرطبي 12/194؛ والمعلم 2/212.

(5) المنتقى 4/75.

اللعان لإيقاع الزوج الطلاق، أن تحريم اللعان مؤبد وهو أشد من الثلاث، لأن تحريم الثلاث يرتفع بوجه، وتحريم اللعان لا يرتفع بوجه⁽¹⁾.

الرجوع لللعان بعد النكول⁽²⁾.

إذا نكل الزوج عن اللعان، ثم أراد أن يعود إليه قبل حده بالقذف لم يقبل منه ذلك، وأما المرأة إذا نكلت ثم أرادت أن ترجع إلى اللعان قبل منها. ووجه عدم قبول رجوع الرجل، أنه بنكوله يكون قاذفاً، والقاذف لا يقبل رجوعه، بل لا بد من حده. ووجه قبول رجوع الزوجة أنها بنكولها تكون كالمقرّة بالزنا، والمقرّة به يقبل رجوعه⁽³⁾.

استلحاق الملاعن أحد التوأمين:

إذا استلحق الزوج الملاعن أحد التوأمين لحقا به معاً، وحدّ؛ لأنّهما كالشيء الواحد. فإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر، فهما بطنان، أي ليسا بتوأمين. فاستلحاق الأول لا يستلزم استلحاق الثاني، والثاني من زنا قطعاً، فلا يصح استلحاقه. ولا يحتاج في ذلك لسؤال النساء. والفرض في هذه المسألة أنه أقرّ بالأول ونفى الثاني. ووجه عدم سؤال النساء أنّ الستة أشهر حيث كانت قاطعة شرعاً للثاني عن الأول، فلا معنى للرجوع للنساء.

وأجابوا بأنّ الستة قاطعة وموجبة للحدّ ما لم تسأل النساء، وقلن يتأخر. فإن وقع ذلك درأ الحدّ، لأنّ سؤالهنّ شبهة.

فمفاد هذا الجواب أنّ النساء لا يطلب سؤالهنّ ابتداء بل لو وقع ونزل وسئل النساء وقلن يتأخر، درأ الحدّ.

إكذاب الملاعن نفسه:

إذا أكذب الملاعن نفسه فإنّ الولد يلحق به. ويجلد الحدّ لإقراره بقذفها، وأما الزوجة فلا تحلّ له⁽⁴⁾.

لا كفارة في أيمان اللعان:

إذا حلف الزوجان في اللعان فإنّ الكاذب منهما لا يمكنه رفع يمينه بالكفارة، لأنّها يمين غموس لا كفارة فيها، والدليل:

(1) المنتقى 73/4.

(2) الشرح الكبير وحاشيته 467/2؛ ومنع الجليل 292/4.

(3) المقدمات 630/1؛ والذخيرة 294/4؛ وعدة البروق ص 310.

(4) المعونة 909/2.

- قوله ﷺ: «أحدكما كاذب»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم يذكر للكاذب كفارة، ولو كانت واجبة لبيّنها، لأنه وقت البيان⁽²⁾.

التوارث بين المتلاعنين في المرض المخوف⁽³⁾.

إذا وقع اللعان في مرض الزوج المخوف، فإنّ الملاعنة ترث الزوج الملعن ولا يرثها، لأنّ فرقة اللعان تقوم مقام الطلاق وإن كانت فسخاً، إذ لا فرق بين الطلاق والفسخ، وقد تقدّم الدليل على التورث في المرض المخوف في آخر الطلاق. وسيأتي زيادة بيان لميراث المتلاعنين في أحكام الميراث.

حكم الصداق في اللعان:

إذا وقع اللعان قبل الدخول فإنّ للملاعنة نصف الصداق، والدليل:

أ - أن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به صدقه كالإعسار بالنفقة⁽⁴⁾.

ب - إن لحكم تفريق اللعان حكم تفريق الطلاق⁽⁵⁾.

ج - التهمة، لأنه لا يعلم صدق الزوج، فلعله أراد فراقها وتحريمها باللعان للأبد

لثلا يكون عليه صداق، فلما اتهم في ذلك ألزم نصف الصداق⁽⁶⁾.

وإذا وقع اللعان بعد الدخول فإنّ الزوج ليس له استرجاع الصداق والدليل⁽⁷⁾: ما

روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال للمتلاعنين من بني عجلان: «حسابكما على الله.

أحدكما كاذب. لا سبيل لك عليها» قال الرجل: مالي. قال ﷺ: «لا مال لك. إن كنت

صدقت عليها فهو بما استحلتت من فرجها. وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك»⁽⁸⁾.

متعة الملاعنة:

لا متعة للملاعنة. وقد اختلف في تعليل ذلك. فعند القرافي⁽⁹⁾ أنها آثرت الفراق

فلا تجبر بالمتعة، وعند ابن رشد الجد⁽¹⁰⁾ لأنّ اللعان فسخ وإنّ الله تعالى لم يوجبها إلاّ

على المطلّقين. وقال: والتعليل بهذا أصح.

(1) سبق تخريجه.

(2) الشرح الكبير 2/353.

(3) أحكام القرطبي 12/195.

(4) القبس 2/748؛ والعارضه 5/191.

(5) أخرجه البخاري في الطلاق، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب؛ ومسلم في اللعان.

(6) الذخيرة 4/310.

(7) المقدمات 1/638.

(2) عارضة الأحوذى 5/194.

(4) المنتقى 4/82؛ والذخيرة 4/308.

(6) المقدمات 1/638.

نفقة الملاعة:

ليس للملاعة نفقة مدة الاستبراء، سواء كانت حاملاً أو غير حامل، لأنها بائن بالفسخ، ولأن حملها منتف عن زوجها فلا تلزمه النفقة على حمل ليس منه⁽¹⁾. والأصل في ذلك ما جاء في رواية ابن عباس المذكورة في دليل مشروعية اللعان من قوله: وقضى رسول الله ﷺ أن لا بيت لها عليه ولا قوت، من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق⁽²⁾.

سكنى الملاعة:

الملاعة لها السكنى مدة الاستبراء، لأنها محبوسة بسبب الملاعن. وهو المشهور. وقال القاضي إسماعيل. لا سكنى لها، وهو اختيار ابن رشد. وقال ابن عبد السلام: وهو الظاهر عندي لانقطاع الزوجية وأسبابها، ولو أتت بولد لم يلحق به⁽³⁾. والدليل لهذا القول ما تقدم من قول ابن عباس: وقضى رسول الله ﷺ أن لا بيت لها ولا قوت⁽⁴⁾.

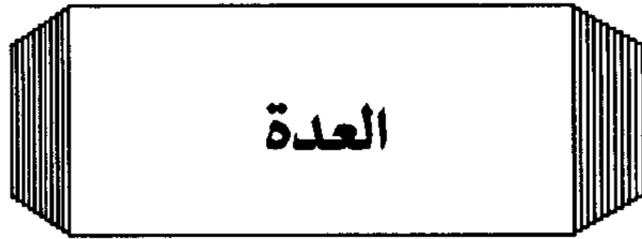


(1) المعونة 2/ 933.

(2) سبق تخريجه.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 163.

(4) سبق تخريجه.



تعريف العدة:

العِدَّةُ لغة من العدّ، وهو الحساب. وهي في الأصل اسم هيئة، فأطلقت على الشيء المعدود، يقال: جاء عدّة الرجال⁽¹⁾.

وشرعاً: هي مدة معينة شرعاً لمنع المطلقة المدخول بها، والمفسوخ نكاحها، والمتوفى عنها من النكاح.

فقوله: مدة، أي من الزمن.

وقوله: معينة شرعاً، أي عيّنها الشارع.

وقوله: المطلقة المدخول بها، أي دون غير المدخول بها.

وقوله: والمفسوخ نكاحها، أي كالملاعنة ونحوها.

وقوله: المتوفى عنها، أي من مات زوجها وإن لم يكن مدخولاً بها، بل وإن كان الزوج صيباً.

وقوله: من النكاح، متعلق بمنع، أي: لأجل منعها من نكاح غيره.

حكم العدة:

العدة فيمن تطلب منها واجبة. ودليل الوجوب:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228].

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: 234].

ووجه الاستدلال من الآيتين أن لفظ «يتربصن» خبر مراد به الأمر. ومقتضى الأمر الوجوب⁽²⁾. وليس المراد به الإخبار بالتربص، لأنه يوجد من لا يتربص، وخبر الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره، فثبت أن المراد به الأمر⁽³⁾.

وقال ابن العربي: إن «يتربصن» ليس معناه الأمر. بل معناه الخبر، أي الخبر عن

(1) المصباح المنير ص 396؛ والتحرير والتنوير 60/22.

(2) المنتقى 319/3؛ والتحرير والتنوير 388/2. (3) المنتقى 319/3.

حكم الشرع. فما وجد من مطلقات أو متوفى عنهن لم يترتب فليس ذلك من الشرع⁽¹⁾.
ج - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقْتُمُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أن الأمر بإحصاء العدة أمر بالاعتناء بها وحفظها بضبط أيامها والترتب في جميعها وعدم التساهل فيها⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ﴾ تحذير من التساهل في أحكام الطلاق والعدة⁽³⁾.
د - الإجماع⁽⁴⁾.

حكمة مشروعية العدة:

شرعت العدة لصون الأنساب عن الاختلاط⁽⁵⁾.

أسباب العدة:

الموت والطلاق. ويدخل في الطلاق الفسخ.

أنواع العدة:

أنواع العدة ثلاثة: وضع حمل وأقراء وأشهر.

المعتدات:

المعتدات: معتادة، وآيسة، وصغيرة، ومرتابة لغير سبب، أو بسبب من رضاع أو مرض أو استحاضة.

عدة الحامل:

عدة الحامل وضع حملها، سواء كانت مطلقاً أو متوفى عنها. ودليل المطلقة: قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4].

ووجه الاستدلال بالآية أن الكلام فيها ظاهر في المطلقة، لأنه عطف عليها، وإليها يرجع آخر الكلام، ويشمل أيضاً غيرها، وهي المتوفى عنها كما يأتي بيانه⁽⁶⁾، وهذه الآية مخصصة لعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228] الذي

(1) أحكام ابن العربي 186/1 و208.

(2) أحكام القرطبي 153/18؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 139؛ والتحريير والتنوير 298/28.

(3) التحريير والتنوير 298/28.

(4) أحكام ابن العربي 1552/3؛ وأحكام القرطبي 202/14.

(5) لباب اللباب ص 119؛ والمقدمات 508/1؛ والعارضة 145/5.

(6) أحكام ابن العربي 1838/4؛ وأحكام القرطبي 165/18.

يدخل فيه أولات الأحمال⁽¹⁾.

والدليل على أن المتوفى عنها عدتها وضع حملها، ولو انقضت أربعة أشهر وعشراً أو وضعت حملها قبل انقضائها⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة، لم تفرق بين المتوفى عنها والمطلقة.

وهذه الآية تعارض آية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: 234]، وهي عامة في الحامل وغير الحامل. فالعموم في الآية الأولى معارض بالعموم في الآية الثانية.

فذكر الإمام المازري أن هذين العمومين لا يمكن الجمع بينهما. وأن أهل المذهب ذهبوا إلى ترجيح أحدهما على الآخر بترجيح آية سورة الطلاق على آية سورة البقرة. ورأى ابن رشد الجد وغيره أنه يمكن الجمع بينهما، وذلك بجعل آية سورة الطلاق مخصصة لآية سورة البقرة⁽³⁾.

ودليل الترجيح أو التخصيص في هذين القولين واحد وهو حديث سبيعة الأسلمية وآثار الصحابة. وخاصة أثر ابن مسعود. وفيما يلي ذكرها وذكر باقي أدلة المسألة:

أ - عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال: سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها. فقال ابن عباس: آخر الأجلين. وقال أبو هريرة: إذا ولدت فقد حلت. فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي ﷺ فسألها عن ذلك. فقالت أم سلمة: ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر، فخطبها رجلان أحدهما شاب، والآخر كهل، فحطت إلى الشاب. فقال الشيخ: لم تحلي بعد. وكان أهلها غيب، ورجا إذا جاء أهلها أن يؤثره بها. فجاءت رسول الله ﷺ فقال: «قد حللت فأنكحي من شئت»⁽⁴⁾.

وقد حدثت هذه القصة لسبيعة الأسلمية بعد نزول آية البقرة في عدة المتوفى عنها زوجها. وهي من آخر ما حكم به النبي ﷺ؛ لأن سبيعة كان تحت سعد بن خولة فتوفى عنها في حجة الوداع بمكة وهي حامل.

(1) قرّة العين شرح الورقات وحاشية السوسي عليه ص 107.

(2) الإشراف 2/794؛ والمعونة 2/914؛ والمنتقى 4/132؛ والمعلم 2/206؛ وبداية المجتهد 2/110؛ وأحكام ابن العربي 1/208، 210، 4/1838؛ وأحكام القرطبي 3/175، 18/165؛ والمقدمات 1/513؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 146.

(3) المعلم 2/206؛ والبيان والتحصيل 5/345؛ وأحكام القرطبي 3/175؛ وقرّة العين ص 107؛ والمقدمات 1/513؛ وبداية المجتهد 2/111.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب عدة المتوفى عنها إذا كانت حاملاً؛ والنسائي في الطلاق، باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها.

كما أنّ حديث الأسلمية يؤكد حمل آية الطلاق على العموم.
 ج - عن ابن مسعود أنه قال: من شاء لاعنته أنّ هذه الآية التي في سورة النساء القصرى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ﴾ نزلت بعد الآية التي في البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ﴾⁽¹⁾.
 قال الباجي: فابن مسعود ذهب إلى معنى النسخ بين الآيتين⁽²⁾. وقال القرطبي: ليس ذلك مراده، والله أعلم. وإنما يعني أنها مخصصة لها، فإنها أخرجت منها بعض متناولاتها⁽³⁾.

د - القياس على ذوات الأقراء، لأنه يعلم بوضع الحمل براءة الرحم.
 هـ - القياس على المطلقة الحامل، لأن الأشهر عدة بنفسها، ولا تجتمع مع الحمل، فتصيران عدة واحدة.

و - أنّ الحكمة من إيجاب العدة هي براءة الرحم. وأنّ المتوفى عنها زوجها تكون بوضع حملها قد تحققت فيها الحكمة. وأنّ المعنى الموضوع لأجله الأجل وهو مخافة شغل الرحم قد سقط، فأى فائدة في الأشهر.

ز - الإجماع على أنّ الحامل المتوفى عنها لا تحلّ حتى تضع، ولو انقضت أربعة أشهر وعشراً. ذكره القرطبي⁽⁴⁾.

ج - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل. فقال عبد الله: إذا وضعت حملها فقد حلّت. فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أنّ عمر بن الخطاب قال: لو وضعت وزوجها على سريرها لم يدفن بعد لحلت⁽⁵⁾.

وحكم عدة الحامل يشمل الكتابية أيضاً⁽⁶⁾. والدليل:

أ - الأخذ بعموم الآية⁽⁷⁾.

ب - القياس على سائر الحقوق المتعلقة بها لمسلم⁽⁸⁾.

وإذا كان حمل المرأة متعدداً فإنها تحلّ بانفصال الأخير منها. والدليل⁽⁹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4].

وظاهر الآية يقتضي طلب وضع جميع الحمل، واحداً أو متعدداً، وإلا كانت واضحة بعض الحمل لا كله.

(1) أخرجه عبد الرزاق في المصنّف 371/6؛ والبيهقي 430/7.

(2) المنتقى 132/4. (3) أحكام القرطبي 175/3.

(4) أحكام القرطبي 176/3.

(5) أخرجه مالك في الطلاق، باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً.

(6) منح الجليل 308/4؛ والشرح الكبير 474/2. (7) المعونة 914/2.

(8) المنتقى 139/4. (9) الإشراف 793/2؛ والمعونة 915/2.

ب - لأن العدة إنما تراد لبراءة الرحم، وما لم تضع الثاني فالرحم مشغولة غير بريئة، فلم تنقض العدة.

ج - لأن العدة تكون بالشهور وبالأقراء وبوضع الحمل، ثم قد ثبت أنها تعتد بثلاثة أشهر كاملة، وبثلاثة أقراء كاملة، فكذاك بوضع الحمل الكامل.

وإذا كان الحمل واحداً فإنها تحل بانفصاله. ولزوجها مراجعتها في الطلاق بعد بروزه وقبل تمام انفصاله.

فإذا وضعت حلت للأزواج ولو بعد لحظة بعد الموت أو الطلاق، بخلاف ما إذا وضعت قبلها ولو بلحظة.

ومجرد الوضع يحلها وإن كانت في دمها. ولا يشترط طهرها من دم النفاس. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4] ووجه الاستدلال أنه تعالى لم يشترط الطهارة من دم النفاس⁽¹⁾.

ب - قوله ﷺ في رواية لحديث سبيعة: «قد حلت حين وضعت»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ علق الحل على الوضع، ولم يعلقه على انقطاع الدم ولا على الطهر⁽³⁾.

وليس في قول الراوي في رواية أخرى: «فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب»⁽⁴⁾، دليل على اشتراط الطهر من النفاس، لأن لفظ «تعلت» قد يراد به هاهنا تعلت من آلام نفاسها، أي استقلت من أوجاعها. والحجة إنما هي الحديث⁽⁵⁾.

ج - أن الحكمة من إيجاب العدة هي براءة الرحم. وأنها بالوضع تكون قد تحققت⁽⁶⁾.

وحكم عدة الحامل هذا، إذا كان الولد لاحقاً بالزوج، أي لاحقاً بالفعل، أو يصح استلحاقه، كالمنفى بلعان، فتحل بوضعه وإن لم يستلحقه.

فإن تحقق أنه من زنا، كما لو استبرأها زوجها من وطئه بحيضة، ثم زنت وظهر بها حمل، ومات زوجها أو طلقها، ووضعت ذلك الحمل لستة أشهر من وطء الزنا؛

(1) أحكام ابن العربي 208 / 1.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً؛ والبخاري في الطلاق، باب ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾؛ ومسلم في الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها؛ والنسائي في الطلاق، باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها.

(3) أحكام القرطبي 176 / 3.

(4) أخرجه مسلم في الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بالوضع.

(5) أحكام القرطبي 176 / 3.

(6) أحكام ابن العربي 208 / 1.

فعدتها أقصى الأجلين؛ الأشهر أو وضع الحمل في المطلقة الآيسة والمتوفى عنها؛ والأقراء أو وضع الحمل في المطلقة فقط.

فإذا وضعت قبل مضي الأشهر أو الأقراء فتحسب بالأشهر من يوم الوفاة، وبالأقراء من يوم الطلاق، وتعد النفاس قرءاً، ولو حاضت حال حملها فلا تعد به.

وتحلّ الحامل بوضع الحمل ولو وضعت علقه، وهو دم اجتمع، وعلامة كونه علقه أنه لو صب عليه ماء حار لا يذوب. والدليل على انقضاء العدة بالعلقه:

أ - القياس على الولد التام الخلقة الذي تنقضي به العدة، لأنه ينطلق عليه اسم الحمل والإسقاط⁽¹⁾.

ب - أن الحكمة من وضع العدة اختبار شغل الرحم من فراغه⁽²⁾.

عدة المطلقة الآيسة والتي لا تحيض:

المطلقة الآيسة من الحيض، كبت سبعين سنة، والمطلقة التي لم تر الدم أصلاً، لصغرها وهي مطيقة، أو لكون عاداتها عدم الحيض؛ فعدتها ثلاثاً أشهر. ودليل الصغيرة⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَيِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ﴾ [الطلاق: 4].

فالمراد بقوله: ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ﴾ الصغيرة، وهذا نص في المسألة⁽⁴⁾.

وهذه الآية مخصصة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228]. أي آية الطلاق أخرجت من آية البقرة هذه الصغيرة من حكم العدة بالأقراء إلى العدة بالشهور⁽⁵⁾.

وحكمة هذا التخصيص أن الصغيرة يتعذر فيها الأقراء عادة، والأحكام إنما أجراها الله تعالى على العادات⁽⁶⁾. كما أن براءة رحمها معلوم فلا فائدة في عدتها بالأقراء⁽⁷⁾.

ب - القياس على البالغة، لأن طلاق الزوج يوجب عدة⁽⁸⁾.

(1) الإشراف 797/2. (2) أحكام ابن العربي 138/4.

(3) الإشراف 798/2؛ وأحكام ابن العربي 1837/4؛ وأحكام القرطبي 165/18؛ والمقدمات 510/1، 511.

(4) المعونة 918/2.

(5) المقدمة لابن القصار ص 96، 97؛ وأحكام ابن العربي 185/1؛ وتفسير ابن عرفة 653/2.

(6) أحكام القرطبي 165/18؛ وأحكام ابن العربي 1837/4.

(7) تفسير ابن عرفة 653/2.

(8) الإشراف 798/2.

والمعنى المراعى في إيجاب العدة على الصغيرة هو الاحتياط، لأن الأمن من حملها ليس قطعياً⁽¹⁾.

وهذه الأدلة تشمل أيضاً المطلقة التي لم تر الدم أصلاً، لكون عادتها عدم الحيض. وأما دليل اليائسة من الحيض، فهو قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي يَسِّنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: 4].

وقوله: ﴿إِنْ أَرْبَبْتُمْ﴾ راجع إلى الحكم لا إلى الحيض ومعاودته لليائسة. وأن «إن» بمعنى «إذ». فمعنى الآية: «إذا ارتبتم في حكم ذلك فعديتهن». أي إن لم تعلموا عدة اليائسة والتي لم تحض، وارتبتم في ذلك فالعدة هذه. وهو قول مالك في تأويل الآية⁽²⁾. وهذا التأويل راجع إلى ما روي من سبب نزول الآية عن أبي عثمان قال: لما نزلت عدة النساء في سورة البقرة في المطلقة والمتوفى عنها زوجها قال أبي بن كعب: يا رسول الله إن ناساً من أهل المدينة يقولون قد بقي من النساء ما لم يذكر فيه شيء، الصغار والكبار وذوات الحمل، فنزلت: ﴿وَأَلَّتِي يَسِّنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ﴾ الآية⁽³⁾.

واعترض الشيخ ابن عاشور على تضعيف ابن العربي لهذه الرواية برواية الحاكم وتصحيحه لها. وقال: إن رجال سندها ثقات.

وفي أسباب النزول أن خلاد بن عمرو بن الجموح سأل النبي ﷺ عن عدة التي لا تحيض، فنزلت الآية⁽⁴⁾.

أي فالمرتابون في حكم اليائسة والصغيرة والحامل هم أصحاب رسول الله ﷺ. وهذا التأويل مروى أيضاً عن مجاهد والطبري⁽⁵⁾. إذاً فاليائسة التي أوجب الله عليها العدة بثلاثة أشهر هي التي لا ترتاب في الحيض، إذ ليست في سن من تحيض⁽⁶⁾. وسيأتي بيان حكم المرتابة في الحيض.

ويسأل النساء العارفات فيما بين الخمسين والسبعين في الدم النازل، فإن قلن: ليس بحيض اعتدت بالأشهر. وأما من انقطع حيضها بعد الخمسين فلا عدة لها إلا بالأشهر.

والصغيرة المطيقة إذا كانت ممكنة الحيض، كبنت تسع سنين، فإنها إذا رأت الدم أثناء عدتها بالأشهر فإنه حيض قطعاً. وتنتقل للأقراء، وتلغي ما تقدم ولو بقي منها يوم واحد. ووجه ذلك أن الحيض هو الأصل في الدلالة على براءة الرحم، وإذا وجد الأصل

(1) عدة البروق ص 319.

(2) البيان والتحصيل 5/388؛ وبداية المجتهد 2/106؛ وأحكام ابن العربي 4/1837؛ وأحكام القرطبي 18/162؛ والمنتقى 4/109؛ والمقدمات 1/510؛ والتحرير والتنوير 28/316.

(3) أخرجه البيهقي في العدد، باب سبب نزول الآية في العدة. ونقل الشيخ ابن عاشور تصحيح الحاكم لهذه الرواية.

(4) لباب النقول للسيوطي ص 216.

(5) أحكام القرطبي 18/163.

(6) البيان والتحصيل 5/390.

لم يبق للبدل حكم. وهذا إجماع⁽¹⁾.

وتبدأ المطلقة الآيسة أو التي لم تحض؛ عدتها باليوم الموالي ليوم الطلاق، أي فيلغى يوم الطلاق ولا يحسب من العدة. فإن طلقها بعد الفجر لم يحسب، بخلاف ما لو طلقها قبله. ودليل إلغاء يوم الطلاق هو: الاحتياط، لصعوبة ضبط الوقت الذي تبتدى منه ومقابلته به. والقياس على الأربعة أيام لإقامة المسافر، والعقيقة، والحول في الزكاة⁽²⁾.

وذكر ابن رشد الجد⁽³⁾ أن الدليل: الاستحسان مراعاة للاختلاف.

فإن كان مبدأ العدة أول الشهر فالثلاثة أشهر يعتمد فيها الأهلة، سواء كانت كاملة أو ناقصة. ووجه اعتماد الأهلة أن الخطاب إذا صدر وله عرف في الشرع حمل عليه. وعرف الشرع في الشهور هو بالأهلة⁽⁴⁾.

وإن كان مبدؤها ليس أول الشهر، فالشهران بعده بالأهلة على ما هما عليه من نقص أو كمال، ويتم الشهر الأول الذي طلقت فيه ثلاثين يوماً من الشهر الرابع، فتأخذ من الرابع أياماً بقدر ما تتم به الشهر الذي طلقت فيه ثلاثين يوماً ولو جاء ناقصاً. ودليل إتمامه إذا جاء ناقصاً هو الاحتياط⁽⁵⁾.

عدة المطلقة المدخول بها ذات الحيض:

عدة المطلقة المدخول بها إذا كانت من ذوات الحيض، فعدها ثلاثة قروء، والدليل⁽⁶⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228].

والآية نص في العدد الذي هو «ثلاثة» لا يحتمل غير ذلك.

ويشمل هذا الحكم الكتابية إذا طلقها مسلم، أو طلقها ذمي وأراد مسلم نكاحها⁽⁷⁾.
ودليل دخول الكتابية في هذا الحكم:

أ - الأخذ بعموم الآية⁽⁸⁾.

ب - تعلق حق المسلم بذلك، فيغلب فيه حكم الإسلام⁽⁹⁾.

ج - أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، وإنما لم يطرد ذلك في نكاح الذمي لها

(1) أحكام القرطبي 165/18، والشرح الكبير 473/2. (2) المعونة 917/2.

(3) البيان والتحصيل 356/5. (4) المعونة 917/2.

(5) المعونة 917/2.

(6) المقدمات 510/1؛ وأحكام ابن العربي 184/1؛ وبداية المجتهد 102/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 144.

(7) منح الجليل 308/4؛ والشرح الكبير 468/2. (8) المعونة 914/2.

(9) شرح ابن عبد السلام ورقة 143.

لفساد أنكحتهم، فلا تؤمر إلا بالاستبراء⁽¹⁾.

وتعد المطلقة المدخول بها ذات الحيض بثلاثة قروء سواء كان النكاح الذي اعتدت من طلاقه صحيحاً أو فاسداً. ووجه ذلك أن النسب يثبت فيهما على السواء⁽²⁾.

وسواء كان مختلفاً في فساده أو مجمعاً على فساده وكان يدرأ الحد. كما لو تزوج أخته غير عالم بذلك، وفسخ نكاحها، وإلا كان الواجب فيه يسمى استبراء لا عدة. والقروء معناها الأطهار. وأقل القراء خمسة عشر يوماً.

وقد اختلف في المذهب بناء على اختلاف أهل اللغة هل لفظ القراء مشترك بين الطهر والحيض، وهو حقيقة فيهما ويحتملها احتمالاً متساوياً، ودليل الاشتراك اختلاف الصحابة فيه، وهم أهل لغة⁽³⁾؛ أو هو لفظ لا يدل على الطهر ولا على الحيض، وإنما يدل على معنى آخر، وهو إما الوقت أو الجمع أو الانتقال⁽⁴⁾.

وكلا الفريقين طلب بيان استعمال الشرع لهذا اللفظ بمرجحات من داخل النص ومن خارجه. وفيما يلي استدالات علماء المذهب على أن القراء هو الطهر:

1 - من جهة اللغة:

أ - أن القراء مأخوذ من الجمع، يقال: قرئت الماء في الحوض، أي جمعته فيه: والرحم يجمع الدم في مدة الطهر ثم يمجه في مدة الحيض⁽⁵⁾.

ب - أن القراء إذا كان مأخوذاً من الانتقال والتغيير، كما هو عند بعض أهل اللغة، فإن الطهر أولى باسم القراء؛ لأن المرأة لما طلقت في الطهر كما هو الواجب، اعتدت بانتقالها منه إلى الحيض. فهو أسبق من انتقالها من الحيض إلى الطهر وأولى؛ إذ هو انتقال من الحالة الأصلية إلى الحالة العارضة، ثم كذلك في الانتقال الثاني من الطهر إلى الحيض، ثم كذلك في الثالث؛ فتحل بدخول الحيضة الثالثة لحصول ثلاثة انتقالات من حالة أصلية إلى حالة عارضة⁽⁶⁾.

ج - أن القراء إذا حمل لغة على الوقت يكون المعنى: يتربضن ثلاثة أوقات. وهو يصلح للطهر والحيض، فيطلب بيان ذلك من غير الآية.

- (1) شرح ابن عبد السلام ورقة 143. (2) شرح ابن عبد السلام ورقة 142.
- (3) أحكام ابن العربي 1/184؛ والإشراف 2/791؛ ومفتاح الوصول ص 68؛ وأحكام القرطبي 3/113؛ وبداية المجتهد 2/103؛ وتفسير ابن عرفة 2/654.
- (4) المنتقى 4/95؛ وأحكام ابن العربي 1/184؛ وأحكام القرطبي 3/112؛ ومفتاح الوصول ص 68؛ والمصباح المنير ص 501.
- (5) المنتقى 4/94؛ والمقدمات 1/517؛ وتفسير ابن عرفة 2/654؛ والقبس 2/756.
- (6) المنتقى 4/95؛ والمعلم 2/187؛ ومفتاح الوصول ص 68؛ وبداية المجتهد 2/104؛ وأحكام القرطبي 3/113.

د - أن ابن الأنباري قال: إن القراء مفرد يحتمل الطهر والحيض. فإن جمع على أقراء فالمراد به الحيض، وإن جمع على قروء فالمراد به الطهر. ولما جمع في الآية على قروء، دل على أن المراد به الطهر لا الحيض⁽¹⁾.

هـ - أن الأصل في العدد ما دون العشرة أنه يذكر مع المؤنث، ويؤنث مع المذكر. والطهر مذكر، لذلك جاء العدد في النص مؤنثاً «ثلاثة» ولو كان المراد بالقراء الحيضة لجاء العدد في النص مذكراً «ثلاث قروء»⁽²⁾.

2 - من جهة الشرع.

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أن اللام في «لعدتهن» بمعنى في. أي طلقوهن في عدتهن، أي في الزمان الذي يصلح لعدتهن. وقد حصل الإجماع على أن الطلاق في الحيض ممنوع، وفي الطهر جائز، كما بينه النبي ﷺ في حديث ابن عمر، بأن يطلق في طهر لم يمسه فيه. فيكون فيه دليل على أن الطهر الذي تطلق فيه المرأة تعتد به، وأنه من أقرائها. ولو كانت القروء الحيض، كما قال غير المالكية، لكان المطلق في الطهر مطلقاً لغير العدة.

وقد قرأ النبي ﷺ الآية تفسيراً: «في قبل عدتهن»⁽³⁾. كما ورد عن ابن عمر أنه قرأها كذلك⁽⁴⁾. وقبل العدة حال الطهر. وهذا دليل على أن القراء هو الطهر، لأنه إذا طلق في أثناء الطهر فبقية الطهر قرء، ولأن بعض القراء يسمى قرءاً.

وذكر ابن العربي أن اللام في «لعدتهن» على أصلها، ويكون مقصود الطلاق والاعتداد ماله الذي ينتهي إليه⁽⁵⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228].

ووجه الاستدلال أن مطلق الأمر محمول على الفور، ولا يتحقق ذلك إلا على القول بأن القراء الطهر، لأن المطلقة تعتد فوراً بالطهر الذي طلقت فيه. فلو حمل على الحيض، وطلقت المرأة في الطهر كما هو المشروع، لاعتدت بالحيض الذي يلي الطهر، ولكان ذلك تراخياً عن الامتثال للأمر⁽⁶⁾.

(1) بداية المجتهد 2/103؛ ومفتاح الوصول ص46؛ والعارضه 5/129.

(2) الإشراف 2/791؛ والمعلم 2/185؛ وأحكام ابن العربي 1/185؛ وبداية المجتهد 2/103؛ ومفتاح الوصول ص50.

(3) أخرجه مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب جامع الطلاق.

(5) المنتقى 4/95؛ وأحكام ابن العربي 4/1826؛ ومفتاح الوصول ص51؛ وأحكام القرطبي 18/153؛ والقبس 2/756.

(6) الإشراف 2/791؛ وأحكام ابن العربي 1/185.

ووجه آخر أنه تعالى علق الترتيب في الآية على الوصف المشتق وهو ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ﴾ فكان مشعراً بكون الطلاق علة الترتيب. فإذا حملت الآية على الطهر اتصل المعلول بعلته؛ وإذا حملت على الحيض لم يتصل المعلول بعلته، بل يتراخى عنها. والاتصال أولى⁽¹⁾.

ج - عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس». فتلك العدة التي أمر الله ﷻ أن يطلق لها النساء⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أمر ابن عمر أن يطلق امرأته في طهر. وبين أنه الزمن الذي يجوز أن يطلق له النساء، أي فيه. وهو بيان لما في الآية: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾. فيكون في ذلك دليل على أن الطهر يسمى عدة، وتعد به المطلقة، وأنه المراد بالقرء. والحديث نص في أن زمن الطهر هو الذي يسمى عدة، وهو أصح دليل في المسألة⁽³⁾.

د - القياس، وهو يقتضي أن تتأدى العدة بالطهر لا بالحيض. لأن العدة لما كانت مأموراً بها، كانت عبادة من العبادات. والشأن في العبادات أن الحيض ينافيها، ولا تتأدى فيه، كالصلاة والصيام والطواف، لا تصح مع الحيض. وإذا كان كذلك وجب حمل القروء في الآية على الأطهار لا على الحيض⁽⁴⁾.

هـ - أنه قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهم⁽⁵⁾ فعن عروة بن الزبير عن عائشة أنها قالت: تدرؤن ما الأقرء؟ إنما الأقرء الأطهار. وعن سليمان بن يسار أن زيد بن ثابت قال: إذا دخلت - أي المطلقة - في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها، ولا ترثه ولا يرثها. وعن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها⁽⁶⁾. قال الإمام مالك: وهو الأمر عندنا.

و - تضعيف الإمام أحمد بن حنبل الروايات الواردة عن عمر وعلي وأبي موسى بأن الأقرء هي الحيض⁽⁷⁾.

(1) مفتاح الوصول ص 68.

(2) سبق تخريجه.

(3) الإشراف 2/792؛ والمنتقى 4/95؛ والمعلم 2/185؛ وبداية المجتهد 2/104؛ والمقدمات 1/517؛ وأحكام ابن العربي 1/184، 4/1825؛ وأحكام القرطبي 3/115، 18/153؛ والعارض 5/129.

(4) مفتاح الوصول ص 52.

(5) المنتقى 4/94، 99 - 100؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 145؛ وبداية المجتهد 2/102؛ وأحكام القرطبي 3/112.

(6) أخرج هذه الروايات مالك في الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في الأقرء.

(7) المنتقى 4/100.

شروط عدة المطلقة بالأشهر أو الأقراء:

1 - أن يكون الزوج قد اختلى بها. وسواء كانت خلوة اهتداء أو خلوة زيارة، ولو حال حيضها أو صومها أو صومه أو نحو ذلك من الموانع الشرعية. فإذا لم يختل الزوج بالزوجة فلا عدة عليها، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: 49].

والآية نص في أنه لا عدة على المطلقة قبل الدخول. وهي مخصصة لآيات العدة من سورة البقرة النازلة قبلها في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، ومخصصة أيضاً لآية العدة في سورة الطلاق النازلة بعدها.

ب - الإجماع.

ج - أن براءة الرحم في المطلقة قبل الدخول معلومة. والعدة في الطلاق لاستبراء الرحم⁽²⁾.

وهذا الحكم يشمل الكتابية أيضاً. وأما قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ فلا مفهوم لصفة الإيمان هنا⁽³⁾.

2 - أن يكون الزوج بالغاً، لا صبيّاً. إذ خلوته كالعدم. وهذا بناء على أن عدة الطلاق معللة باستبراء الرحم، بدليل سقوطها بالطلاق قبل الدخول⁽⁴⁾.

3 - أن يكون الزوج غير محبوب، فخلوة الم محبوب كالعدم. وقال الإمام القرافي: إذا أنزل الخصي أو الم محبوب اعتدت زوجته حيث حصلت خلوة. والذي قاله الأشياخ أن المقطوع ذكره يسأل فيه أهل الطب إن كان ينزل، فإن قالوا تحمل زوجته، اعتدت. والمقطوع أنثياه تعتد من غير سؤال أحد.

4 - أن تكون الزوجة مطيقة للوطء، وإن لم يتوقع حملها، كبت سبع أو ثمان. لا إن لم تكن مطيقة.

5 - تكون الخلوة يمكن فيها الوطء عادة. واحترز بهذا الشرط عن خلوة تقصر عن زمن الوطء، كالحظة، فلا عدة عليها.

وتعتد المطلقة إذا حصلت الخلوة على الشروط المتقدمة ولو تصادق الزوجان على

(1) أحكام ابن العربي 1/185، 3/1551؛ وأحكام القرطبي 14/202؛ وحاشية السوسي على قرّة العين ص 107؛ وبداية المجتهد 2/102؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 140؛ والمعونة 2/511؛ والتحرير والتنوير 22/59.

(2) المعونة 2/511. (3) شرح ابن عبد السلام ورقة 140.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 141.

نفي الوطاء. ووجه لزوم العدة هنا الأخذ بالغالب، لأن الغالب من حال من يخلو بزوجته حصول الوطاء⁽¹⁾، ولأن العدة حق لله تعالى فلا يسقطها اتفاقهما على إسقاطها. ويؤخذ الزوجان بإقرارهما، أي أن كل واحد منهما إن أقر بنفيه أخذ بإقراره فيما هو حق له، فلا رجعة له عليها إن أقر بنفي الوطاء؛ ولا نفقة لها ولا يتكمل لها الصداق إن أقرت بنفي الوطاء.

فإن اختلف شرط مما ذكر فلا عدة عليها، إلا في حالتين:

الأولى: أن تقرّ الزوجة بوطء البالغ، فتعتدّ من غير أن يعلم بينهما خلوة، وسواء كذبها أو صدّقها بخلاف إقراره وحده مع تكذيبها له ولم تعلم خلوة، فلا عدة عليها. ويؤخذ بإقراره فيكتمل لها الصداق، وتلزمه النفقة والكسوة والسكنى. ونقل الشيخ الصاوي أن النفقة والسكنى والكسوة لا يؤخذ بها مطلقاً إلا إذا صدّقه.

وليست هذه الحالة مكرّرة مع الشرط الأخير، لأن هذه في غير الخلوة، وذلك فيها. والمقرّ به في المسألة الأخيرة النفي، والمقرّ به هنا الوطاء.

والثانية: أن يظهر بها حمل ولم ينه بلعان، فتعتدّ بوضعه، ولها النفقة والسكنى في العدة. فإن نفاه به فلا عدة. ولا يترتب عليه أحكام العدة من توارث ورجعة ونفقة وسكنى، وإن كانت لا تحلّ للأزواج إلا بوضعه، فلا بدّ من وضعه على كل حال، لكنّه يسمّى استبراء، ولا يترتب عليه أحكام العدة.

عدة المطلقة المستحاضة أو التي تأخر حيضها:

إذا استحاضت المطلقة ولم تميّز الحيض من غيره، أو تأخر حيضها لغير علة أو لعدة غير رضاع، فإنها تمكث سنة كاملة وتحلّ للأزواج. أي فعدتها سنة. وفي الحقيقة تمكث تسعة أشهر لزوال الرية، لأنها مدة الحمل، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر.

ودليل المطلقة المستحاضة غير المميّزة: إلحاقها بالمرتاباة التي تأخر حيضها⁽²⁾. وأما دليل المرتاباة التي تأخر حيضها فهو أيضاً إلحاقها باليائسة، لأنها في معناها ومنزلة منزلتها، فتعتدّ مثلها ثلاثة أشهر. ودليل إلحاقها باليائسة: هو أنها تبقى تسعة أشهر كاملة لا ترى فيها الدم. وبذلك تفارق حكم المحيض وتصبح عدتها بالشهور كاليائسة من المحيض، لأنه حصل الظنّ الغالب أنها ليست بحامل، وأنها لا ترى دمًا، فقام لها ذلك مقام الإياس.

وحكم التسعة أشهر أنها استبراء، والثلاثة أشهر عدة، وهي تعبد. ودليل كونها تمكث تسعة أشهر استبراء ما رواه سعيد بن المسيّب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة

(1) الإشراف 793/2.

(2) المتقى 109/4؛ والمعونة 923/2؛ والإشراف 109/4؛ وبداية المجتهد 106/2.

طلقت، فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر تسعة أشهر. فإن بان بها حمل فذلك؛ وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت⁽¹⁾. وهو أيضاً مذهب ابن عباس. وثبت بذلك إجماع الصحابة، لأنه لا مخالف لهما من الصحابة. أي فلا تحل المطلقة التي تأخر حيضها إلا بعد سنة بيضاء لا دم فيها⁽²⁾.

والفرق بينها وبين اليائسة، أن اليائسة كانت علامة اليأس فيها ظاهرة من السن وغيره، فلم يحتج إلى اعتبار تسعة أشهر. والمتأخر حيضها لما كان حكمها الحيض كان تأخيره ريبة. فلم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء⁽³⁾.

ووجه اعتبار التسعة أشهر مدة للاستبراء أنها مدة الحمل المعتاد. والغالب أن يظهر بها حمل إن كان بها، أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به. فإذا سلمت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل. فيكتفى بهذا الظاهر، لأن الغرض من ذلك التوصل إلى العلم في الغالب والظاهر ببراءة الرحم. وقد ثبت أنه لا يراعى فيه القطع واليقين. لأن ذلك يوجب أن تجلس أقصى مدة الحمل. أو أن لا يحكم ببراءة الرحم بمضي الثلاثة الأقرء أو الثلاثة أشهر لمن قاربت البلوغ، وذلك باطل، فلا يبق إلا الاعتبار بالظاهر، وقد حصل⁽⁴⁾.

واعتبر الشيخ ابن عاشور القول بالتسعة أشهر احتمال كونه بالاجتهاد من عمر رضي الله عنه، وراه مقيداً للإطلاق الذي في الآية⁽⁵⁾.

والتي تأخر حيضها لغير رضاع إن رأت الحيض في أثناء السنة، فإنها تنتظر الحيضة الثانية والثالثة، أو تمام سنة بعد ثانية، فتحل بأقرب الأجلين، الحيض أو تمام السنة، أي فإنها تلتق الحيض وإن تخللته الريبة، ولا تلتق مدة الاستبراء، بل تلغي كل ما تقدم من مدة الاستبراء إذا كان بعدها حيض، لأنه استبراء تجدد لريبة مجردة، فلذلك لا يصح فيه التلقيق. والحيض ليس بريبة، بل ينفي الريبة، فلذلك لفق بعضه إلى بعض⁽⁶⁾.

وهذا فيمن تأخر حيضها لغير رضاع، كما هو الموضوع، ومن عادت لها الحيض في كل سنة أو سنتين أو ثلاثة مرة واحدة فتعتد بالأقرء قطعاً، عملاً بعادتها⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مالك في الموطأ في الطلاق، باب جامع عدة الطلاق.

(2) البيان والتحصيل 5/390؛ والمقدمات 1/512؛ والإشراف 2/792؛ وأحكام القرطبي 18/164؛ وبداية المجتهد 2/105؛ وأحكام ابن العربي 4/1838؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 116؛ والمنتقى 108/4، 110.

(3) المنتقى 108/4.

(4) المعونة 2/922؛ والإشراف 2/792؛ والمنتقى 108/4.

(5) التحرير والتنوير 28/318. (6) المنتقى 110/4.

(7) شرح ابن عبد السلام ورقة 119.

وإن احتاجت من تأخر حيضها لغير رضاع، ومكثت سنة وتزوجت، لعدة أخرى من طلاق، فعدتها ثلاثة أشهر إن لم تحض فيها، لأنه صار لها حكم اليائسة⁽¹⁾. وإلا بأن حاضت في الثلاثة الأشهر انتظرت الحيضة الثانية والثالثة أو تمام السنة، أي سنة بيضاء لا دم فيها.

وأما المطلقة المستحاضة إن ميزت الحيض، والمطلقة التي تأخر حيضها بسبب رضاع، فعدتهما الأقراء.

ودليل المستحاضة التي تميز الحيض: القياس على غير المستحاضة، لأنها من ذوات الأقراء⁽²⁾.

ودليل المطلقة التي تأخر حيضها بسبب رضاع:

- ما روي أن حبان بن منقذ طلق امرأته وهو صحيح، وهي ترضع ابنته. فمكثت سبعة عشر شهراً لا تحيض يمنعها الرضاع أن تحيض. ثم مرض حبان بعد أن طلقها سبعة أشهر أو ثمانية. فقيل له: إن امرأتك تريد أن ترث. فقال: احملوني إلى عثمان رضي الله عنه فحملوه إليه، فذكر له شأن امرأته، وعنده علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما. فقال لهما عثمان: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها ترثه إن مات، فإنها ليست من القواعد اللاتي قد يؤسن من المحيض، وليست من الأبقار اللاتي لم يبلغن المحيض، ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثير. فأخذ حبان ابنته: فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ثم أخرى، ثم توفي فورثته⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن الصحابة اعتبروا التأخير بالرضاع لا يسوغ للمطلقة الاعتداد بغير الحيض، وعللوا ذلك بأنها ليست ممن تحيض ولا آيسة.

ووجه ذلك أن العادة جرت بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض، فلا يكون ذلك ريبة، ولا يحصل به الظن بالإياس من المحيض، لأن سبب ارتفاع الحيض معلوم، وهو عارض في المحل. فإن كان ذلك وجب انتظار زواله⁽⁴⁾.

وزوج المطلقة التي تأخر حيضها بسبب الرضاع له انتزاع ولدها الرضيع منها ليتعجل حيضها لغرض من الأغراض كالفرار من إرثها له إن مات، وكتزويج أختها أو امرأة رابعة أو لسقوط نفقتها. ووجه هذا الجواز أنه لا حق في الأصل للمرأة في وجود العدة، وإنما الحق في ذلك لله تعالى وللرجل؟ وذلك يحصل بما يدل على براءة الرحم، وهو الأقراء. والفرض أن الرجل لم يسع في إسقاطها، وإنما سعى في تعجيلها. وغلبوا جواز هذا

(1) المتقى 4/109.

(2) المعونة 2/923؛ والمتقى 4/109، 110.

(3) أخرجه البيهقي في العدد، باب عدة من تباعد حيضها.

(4) المعونة 2/920؛ وأحكام القرطبي 18/164؛ والبيان والتحصيل 5/415؛ وشرح ابن عبد السلام

التعجيل على حق المرأة في النفقة والسكنى لأنه إنما كان ذلك لها بسبب العدة التي هي من حق الرجل⁽¹⁾.

وهذا إن لم يضرّ النزاع بالولد، بأن يوجد غيرها ويقبلها الولد. وإلا فلا يجوز، لأنّ حق الابن مقدّم على حق الأب، لما ينشأ من تقديم حق الأب من عظيم المفسدة⁽²⁾. وانتزاع الولد مقيد أيضاً بأن يتأخر حيضها عن زمنه المعتاد لأجل الرضاع. أما إن علم أن حيضها يأتيها في زمنه المعتاد ولم يتأخر من أجل الرضاع، فليس له حينئذ انتزاعه لتبين أنه أراد ضرره.

ولزوج المطلقة منعها من إرضاع غير ولدها، بأجرة أو مجاناً. وله فسخ الإجارة إن أجرت نفسها للرضاع.

ومشهور المذهب أن تأخير الحيض بسبب المرض ريبة، ولا يلحق بالرضاع ووجه الفرق بينهما أن المرض ليس فيه عادة متقرّرة بتأخير الحيض، ولا اختصاص في ذلك لبعض الأمراض دون بعض. بينما الرضاع معروف أنه سبب تأخير الحيض⁽³⁾.

ووجه آخر أنّ المرضع تقدر على إزالة الإرضاع حتى يرجع إليها الحيض بأن تترك هي الرضاع، والمریضة ليست كذلك، إذ ليس في يدها إزالة مرضها⁽⁴⁾. ويقال مثل ذلك في الفرق بين الاستحاضة والرضاع⁽⁵⁾.

الاستبراء:

الاستبراء مشتق من التبرّي، وهو التخليص.

وهو لغة: الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض.

وشرعاً: مدة دليل براءة الرحم، لا لرفع عصمة أو طلاق، لتخرج العدة⁽⁶⁾.

قال في الحاشية: هذا صريح في أنّ المراد بالاستبراء نفس الحيض. فكما أنّ العدة

نفس الطهر، يكون الاستبراء نفس الحيض.

حكم الاستبراء:

حكمه الوجوب. فيجب على المرأة المطيقة أن تنتظر قدر العدة. استبراء لرحمها.

فذاوات الأقراء ثلاثة قروء - أي حيض -، وذاوات الأشهر ثلاثة أشهر، والمرتابة سنة. ودليل الوجوب⁽⁷⁾:

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 120.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 120.

(3) المعونة 2/921.

(4) المقدمات 1/510؛ وعدة البروق ص 319.

(5) عدة البروق ص 320.

(6) شرح حدود ابن غرنة 1/308.

(7) البيان والتحصيل 5/473؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 140.

أ - عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه أتى بامرأة مجحج - وهي الحامل التي قربت ولادتها - على باب فسطاط . فقال : «لعله يريد أن يلتم بها؟» فقالوا: نعم . فقال رسول الله ﷺ : «لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره . كيف يورثه وهو لا يحل له؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له»⁽¹⁾ .

ووجه الاستدلال أنه ﷺ غلظ في وطء الحامل . قال القاضي عياض : وهذا حكم كل حامل من وطء صحيح . وقال القرطبي : ظاهر الحديث سواء كان الحمل من وطء صحيح أو فاسد أو زنا ، لأنه ﷺ لم يستفسر . وهو موضع لا يصح فيه تأخير البيان . وإنما لم يوقع ما هم به ﷺ لأنه لم يتقدم منه نهي في ذلك . وأما بعد هذا فالفاعل متعرض للعن⁽²⁾ .

ب - عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال في سبايا أوطاس : «لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»⁽³⁾ .

حكمة مشروعية الاستبراء :

الحكمة من الاستبراء معرفة براءة الرحم لحفظ الأنساب⁽⁴⁾ . والفرق بينه وبين العدة أن الاستبراء ما شرع إلا لتحصيل براءة الرحم . بخلاف العدة فإن فيها معنى التعبد . فالمرأة المعتدة وإن علمت براءة رحمها لا بد لها من العدة ، للمعنى التعبدي الذي فيها ، وإن كانت في الجملة شرعت لبراءة الرحم وعدم اختلاط الأنساب⁽⁵⁾ .

الأسباب الموجبة للاستبراء :

يجب الاستبراء على المرأة عند الأسباب التالية :

- 1 - إذا وطئت بزنا .
 - 2 - إذا وطئت بشبهة كغلط ، أو نكاح فاسد لا يدرأ الحد . كنكاح المخرم عالماً بها . أما إن كان يدرأ الحد فالواجب فيه العدة لا الاستبراء كنكاح المخرم من نسب أو رضاع جهلاً بذلك ، ولم يعلم به حتى دخل .
 - 3 - إذا اختلى بها غاصب ، اختلاء يمكن الوطء فيه .
 - 4 - إذا اختلى بها ساب . أي محارب كافر سبها .
- ويحرم على زوجها ، إن كان لها زوج ، أن يطأها ، ما لم تكن ظاهرة الحمل منه قبل وطئها بالزنا أو الشبهة أو قبل اختلاء الغاصب أو السابي وغيابه بها ، وإلا فلا يحرم ،

(1) أخرجه مسلم في النكاح . (2) إكمال الإكمال 4/66 .

(3) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب في وطء السبايا .

(4) شرح حدود ابن عرفة 1/309 ؛ وعدة البروق ص 317 ؛ وحاشية الصاوي 1/507 .

(5) عدة البروق ص 317 .

بل قيل بكراهة الوطء، وقيل بجوازه. وفي البيان والتحصيل أنّ المذهب حرّمته. ومثله في فتاوى البرزلي. وعلّوه بأنه ربّما ينفش الحمل فيكون قد خلط ماء غيره بمائه، وهو ظاهر.

وهذا الخلاف في الظاهرة الحمل من زوجها. وأمّا لو حملت من الزنا أو من الغصب لحرم على زوجها وطؤها قبل الوضع اتفاقاً. ويحرم العقد عليها إن كانت غير متزوجة. فإن عقد عليها أحد وجب فسخه. فإن انضمّ للعقد تلذذ بها تأبّد تحريمها عليه. وسواء كان التلذذ في زمن الاستبراء أو بعده، إن كان بالوطء أو بالمقدمات وكان في زمنه لا بعده، كما مرّ. ولا تصدّق المرأة في الوطء حيث اختلى بها غاصب أو ساب الاختلاء الذي يمكن فيها الوطء منه، وإلا فتصدّق ولا شيء عليها.

بداية عدة المطلقة ونهايتها:

إذا طلقت المرأة في زمن طهر، فإنّها تعتدّ بذلك الطهر، ولو وطئها فيه أو بقي منه لحظة، أو اتصل الطلاق بالحيض. كما لو قال: أنت طالق، فنزل الدم بعد نطقه بالقاف. فإن قيل: يلزم على ذلك أنّ العدة قرآن وبعض ثالث، وهي عدتها ثلاثة قروء، والجواب: إنّ إطلاق الجمع على مثل ذلك شائع، كقوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَةٌ﴾ مع أنّه شهران وبعض شهر ثالث، فهو نظير ما هنا.

وتنتهي العدة بحيث تحلّ للأزواج بأول نزول الحيضة الثالثة. وهذا بناء على أنّ الأصل استمرار نزول الحيض. وسيأتي حكم ما إذا انقطع. ودليل انتهاء العدة بأول الحيض⁽¹⁾:

أ - أنّ الأقراء إنّما شرعت للعلم ببراءة الرحم، أو تغلب على الظنّ براءته. فإذا حاضت المطلقة بعد الطهر الأوّل الذي طلقت فيه، كانت الحيضة من العلامة ببراءة الرحم. فإذا حاضت الثانية بعد الطهر الثاني وحاضت الثالثة بعد الطهر الثالث تأكّد ما يراد من براءة الرحم، فتحلّ للأزواج ولا تنتظر بقية الحيض الثالث، لأنّ آخر الحيض أضعف من أوّله، فلا معنى لمراقبته، والأصل استمرار نزول الحيض.

ب - عن عروة بن الزبير أنّ عائشة رضي الله عنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة⁽²⁾.

ج - رواية ابن عمر المتقدمة.

د - رواية زيد بن ثابت المتقدمة.

(1) المنتقى 95/4، 199 - 100؛ والمقدمات 517/1؛ وأحكام القرطبي 3/116.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الأقراء.

وأما إذا طلقت في زمن حيض فإنها تحل بالحیضة الرابعة.
وينبغي استحباباً أن لا تعجل العقد على أحد بمجرد رؤية الدم، بل تصبر يوماً أو
جل يوم، لثلاثين قطع قبل ذلك فلا يعتد به.

أقل الحيضة في العدة والاستبراء:

يرجع في تقدير أقل الحيضة في العدة والاستبراء إلى النساء العارفات، هل هو يوم
أو بعض يوم له بال، بأن يزيد على ساعة فلكية.
ولا تعدّ الدفعة ونحوها هنا حيضاً حتى تحل للأزواج، بخلاف العادة، فإنّ الدفعة
تعدّ حيضاً توجب الغسل وتبطل الصوم.

والحاصل أنّ دم الحيض إذا لازمها يوماً فأكثراً فإنها تحل للأزواج به على ما تقدّم.
وإن أتاها بعض يوم وانقطع، فهل يعدّ هنا حيضاً تحلّ به، يرجع في ذلك للنساء وعاداتهنّ
في بلادهنّ. فإن قلن يعدّ حيضاً لأننا شاهدنا بعض النساء أنّ حيضهنّ كذلك عمل
بقولهنّ. وإن قلن إنّ شأن الحيض لا يكون كذلك عمل بقولهنّ ولا يعدّ حيضاً.
ويكفي سؤال امرأة واحدة بشرط سلامتها من جرحة الكذب، لأن طريق ذلك
الإخبار لا الشهادة.

أقل الطهر في العدة والاستبراء:

أقلّ الطهر، كالعبادة، خمسة عشر يوماً. فإذا عاودها الدم قبل تمامه لم تحسب
بذلك الطهر، وضمته إلى ما قبله من الدم.

ولادة المعتدة بعد العدة ولحق الولد بالزوج:

إذا أتت المعتدة من طلاق أو وفاة بعد العدة بولد لدون أقصى أمد الحمل، من يوم
انقطاع وطء زوجها صاحب العدة، فإنّ الولد يلحق بالزوج المطلق أو المتوفى، حيث لم
تزوج بغيره، كما لو ولدته بعد انقضاء العدة بسنة أو سنتين أو ثلاثة. وهذا مبني على
أقصى أمد الحمل الآتي بيانه. فيكون المولود قبل انقضاء أمد الحمل الأصل فيه كونه من
صاحب الفراش الزائل⁽¹⁾.

وكذلك إذا تزوجت بغيره قبل حيضة من انقضاء عدتها أو بعدها، وأتت بولد لدون
ستة أشهر من وطء الثاني؛ فإنّ الولد يلحق بالأول، ويفسخ نكاح الثاني، ويحكم له
بحكم النكاح في العدة. وهذا مبني على أنّ ستة أشهر هي أقلّ مدة الحمل التي لا يكون
قبلها ولادة. وسيأتي الاستدلال على ذلك، وأنّ لحوقه بالأول في هذه المسألة هو قضاء
عمر بن الخطاب كما رواه عنه الإمام مالك في الموطأ⁽²⁾.

(1) الإشراف 2/793؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 123.

(2) كتاب القضاء، باب القضاء بالحق الولد بأبيه.

ومحلّ لحوقه بالأول إذا لم ينفه عن نفسه بلعان، وهذا بالنسبة للحي .
 ووجه إلحاق الولد بالزوج الأول مع رؤية المرأة الحيض واعتمادها على ذلك في
 انقضاء العدة، أنّ الحامل قد يحصل منها حيض، وأنّ دلالته على براءة الرحم أغلبية،
 وقد يخلف⁽¹⁾.

وأما إن أتت به بعد العدة لدون أقصى أمد الحمل من انقطاع وطء الأول، ولكن
 ستة أشهر فأكثر من وطء الثاني، فإنه يلحق بالثاني .
 وإذا أتت به بعد العدة لأزيد من أقصى أمد الحمل، فإن كانت ولدت قبل ستة أشهر
 من دخول الثاني لم يلحق بواحد منهما .

ارتياب المعتدة بحسّ بطن:

إذا ارتابت المعتدة من طلاق أو وفاة، بأن شكّت في حملها بسبب حسّ في بطنها،
 فإنها تترتبص إلى أقصى أمد الحمل، ثم تحلّ للأزواج . والدليل: - الاستصحاب . وذلك
 أنّ الأصل منع هذه المرأة من التزويج بوجود أول العدة محققاً، وبقي الشك في
 انقضائها، فيستصحب الحكم الأول⁽²⁾.

فإن مضت المدة المذكورة وزادت الريبة بأن زاد كبر بطنها مكثت حتى ترتفع .
 وأما لو مضت المدة واستمرت الريبة على حالها، ولم يحصل فيها زيادة حلت
 للأزواج بمضي المدة . وهذا هو الذي في المدونة وعند أبي الحسن وابن يونس وابن
 عبد السلام، وشهره ابن ناجي، خلافاً لابن العربي من بقائها أبداً حتى تزول الريبة .
 وكلّ هذا ما لم يتحقق أنّ حركة ما في بطنها حركة حمل، وإلا لم تحلّ أبداً .

أقل مدة الحمل:

أقل مدة الحمل التي لا يكون قبلها ولادة هي ستة أشهر والدليل أنّ الله تعالى حدّد
 أقصى مدة الرضاع بحولين كاملين في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾
 وذكر أنّ حمل الولد وفصاله يكون في ثلاثين شهراً في قوله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ
 شَهْرًا﴾، فما يبقى بعد طرح مدة حولي الفصال سوى ستة أشهر . وبهذا استدلّ علي بن
 أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهما، أنّ الحمل قد يكون لستة أشهر، ومنعا عثمان رضي الله عنه من رجم
 امرأة ولدت لتمام ستة أشهر⁽³⁾.

أقصى أمد الحمل:

اختلف في المذهب في أقصى أمد الحمل . فقبل: أربعة أعوام، وقيل: خمسة

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 123. (2) شرح ابن عبد السلام ورقة 122.

(3) المتقى 10/6؛ وأحكام ابن العربي 202/1؛ وأحكام القرطبي 193/16؛ والتحرير والتنوير 30/26.

أعوام. واختار ابن القصار الأول، وجعله القاضي المشهور. وعزا الباجي الثاني لابن القاسم وسحنون. ودليل الأربع سنين⁽¹⁾.

أ - قضاء عمر بن الخطاب بأن امرأة المفقود تنتظر أربع سنين أقصى أمد الحمل. فعن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين. ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً. ثم تحل⁽²⁾. وهو قول عثمان وعلي⁽³⁾.

ب - الإجماع. لأنه لا مخالف للصحابة الثلاثة في ذلك.

ج - الع ف. فقد كان بالمدينة مستفيضاً عند أهلها أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين.

ودليل الخمس سنين؛ ما روي عن ابن عجلان أن امرأته ولدت لخمس سنين.

عدة المتوفى عنها زوجها:

تعتد الزوجة المتوفى عنها زوجها، غير الحامل، أربعة أشهر وعشراً، بأيامها ولياليها. والدليل⁽⁴⁾: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: 234].

فقوله تعالى: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ نص في المدة⁽⁵⁾. وهذه الآية ناسخة للآية التي تقتضي وجوب اعتداد المتوفى عنها سنة، وهي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَّعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: 240]. ولا شك أن هذه نزلت قبل الآية الناسخة وإن كانت في التلاوة قبلها. ودليل النسخ⁽⁶⁾:

أ - عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: «إنما هي أربعة أشهر وعشراً، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول»⁽⁷⁾.

(1) الإشراف 2/800، 801؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 122، والمنتقى 4/90.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها؛ والبيهقي في العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر.

(3) أخرجه البيهقي في العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين.

(4) المعونة 2/918؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 123؛ وأحكام ابن العربي 1/207؛ وأحكام القرطبي 3/174، 226؛ وقرّة العين ص 125، 133؛ والمقدمات 1/508؛ والمقدمات 1/514؛ وبداية المجتهد 2/110.

(5) أحكام النصول ص 191.

(6) أحكام ابن العربي 3/226، 227؛ وأحكام ابن العربي 1/207.

(7) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الإحداد؛ وأخرجه البخاري في الطلاق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربع أشهر وعشراً.

ووجه الاستدلال أنه عليه السلام قصر عدة المتوفى عنها على أربعة أشهر وعشر بعد أن كانت في الجاهلية ترمي بالبعرة عند رأس الحول. وبعد أن أمرها الله تعالى في أول الإسلام بملازمة بيتها حولاً.

ب - عن ابن أبي مليكة قال ابن الزبير: قلت لعثمان بن عفان: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً» قال: قد نسختها الآية الأخرى فلم تكتبها أو تدعها. قال: «يا ابن أخي لا أغير شيئاً منه من مكانه»⁽¹⁾.

ج - الإجماع: وقد ذكره القاضي عياض والقاضي ابن رشد الجد.

وأما ما روي عن مجاهد من أن للمتوفى عنها زوجها سبعة أشهر وعشرين ليلة وصية، عملاً بالآية، إن شاءت سكنت في وصيتها، وإن شاءت خرجت، أي أن الآية عنده غير منسوخة. فقد قال فيها ابن عبد البر: هي رواية شاذة مهجورة جاءت عن ابن أبي نجیح عن مجاهد، لم يتابع فيها. وقال ابن عبد البر: ولا قال بها فيما زاد على الأربعة الأشهر والعشر أحد من علماء المسلمين من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فيما علمت. وقد روى ابن جريج عن مجاهد مثل ما عليه الناس. فانعقد الإجماع وارتفع الخلاف.

وحكمة تقدير عدة المتوفى عنها بالشهور دون الأقراء الاحتياط للميت صاحب النسب وعجزه عن حمايته، فجعلت العدة بالشهور لظهور أمرها، ولم تجعل بالأقراء لخفائها⁽²⁾. وقال ابن رشد الجد⁽³⁾: تحديد عدة الوفاة بهذه المدة دون الاقتصار على ما يحصل به الاستبراء أو يعلم به براءة الرحم عبادة.

وهذه المدة للمتوفى عنها ولو كانت مطلقة طلاقاً رجعيّاً، لا بائناً؛ أو كانت غير مدخول بها. والدليل على أن المتوفى عنها غير المدخول بها تعتد⁽⁴⁾:

- عموم الآية. أي هي عامة في المدخول بها وغير المدخول بها. ولا يوجد دليل يخرج غير المدخول بها من عدة المتوفى عنها، كما أخرج المطلقة غير المدخول بها من عموم آية: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾.

وقد اختلف في فرض العدة على المتوفى عنها زوجها غير المدخول بها. فقيل: هو عبادة لا لعلّة. وقيل: إنها معللة بالاحتياط للزوج، إذ قد درج وأنطوى بحجته، فلعله لو كان حياً لبيّن أنه قد دخل بها. ولذلك حسم الشرع الباب، فأوجب له العدة مطلقاً، أي مع الدخول وعدمه. وهذا بخلاف الطلاق فإن الزوج موجود ويقدر أن يذبّ عن نفسه ويثبت دخوله⁽⁵⁾.

(1) أخرجه البخاري في التفسير، باب والذين يتوفون منكم.

(2) المنتقى 134/4. (3) المقدمات 508/1.

(4) المعونة 918/2؛ وأحكام ابن العربي 210/1؛ وأحكام القرطبي 183/3.

(5) المنتقى 134/4؛ والمقدمات 508/1؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 123.

وتعتد المتوفى عنها سواء كانت صغيرة غير مطيقة، وسواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً. ودليل وجوب العدة على الصغيرة المتوفى عنها ولو كانت غير مطيقة⁽¹⁾:
 أ - عموم الآية. ولا يوجد دليل يخصصها. فيجري الكلام على عمومه.
 ب - القياس على البالغة بعلّة أنّها زوجة توفى زوجها عنها.
 وذكر القاضي عبد الوهاب أنّ طريق عدّة الصغيرة المتوفى عنها العبادة دون براءة الرحم⁽²⁾.

ويشمل هذا الحكم الكتابية من وفاة زوجها المسلم. والدليل⁽³⁾:
 أ - عموم الآية.

ب - القياس على المسلمة لأنّها زوجة لمسلم مات عنها.
 ج - لأن الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام.

وتنتقل المطلقة رجعيّاً من عدّة الطلاق بالأقراء لعدّة الوفاة بالأشهر، وذلك إذا توفي زوجها أثناء عدّة الطلاق، ولو حصلت الوفاة قبل تمام الظهر الثالث بيوم. والدليل على هذا الانتقال أنّ المطلقة الرجعية في حكم الزوجات، بدليل لحوق طلاق الزوج لها أثناء العدة، ووجوب نفقتها عليه، وثبوت التوارث بينهما. ونقل القرطبي الإجماع على ذلك. وأمّا البائن فإنّها لا تنتقل إلى عدّة الوفاة لأنّها على عكس الرجعية. أي فهي كالتى قد خرجت من العدة، لأنّ أحكام الزوجية انقطعت بينهما⁽⁴⁾.

والكبيرة المدخول بها إن ارتفعت حيضتها - لغير رضاع - بأن لم تأتها على عاداتها، ولم ترها في الأربعة أشهر وعشر، أو إذا ارتابت بأن حصل لها ريبة في حملها، فإنّها تنتظر الحيضة، فإذا رأتها حلّت؛ أو تنتظر تسعة أشهر من يوم الوفاة، لأنّها مدّة الحمل غالباً. بمعنى أنّها تنتظر أول الأجلين. فإن حاضت أولاً لا تنتظر التسعة أشهر. وإن تمت التسعة المذكورة أولاً حلّت. ودليل اشتراط الحيضة أو التسعة أشهر⁽⁵⁾:

أ - القياس على المطلقة، لأنّها أنثى مدخول بها من ذوات الحيض، لم تتيقن براءة رحمها، فلم تبرأ إلا بالحيض أو التربص الدالّ على براءة الرحم القائم مقام الحيض.
 ب - لأن تأخير الحيض عن عادته من غير عارض أو سبب يعرف ريبة. ولا يجوز النكاح مع الريبة.

(1) الشرح الصغير 1/497؛ والمقدمة في الأصول ص53؛ والإشراف 2/798؛ وأحكام ابن العربي 1/210؛ وأحكام القرطبي 3/183.

(2) المعونة 2/918.

(3) منح الجليل 4/310؛ والشرح الكبير 2/475؛ والإشراف 2/798؛ والمعونة 2/920؛ والبيان والتحصيل 5/471؛ والمنتقى 4/137؛ وأحكام القرطبي 3/183.

(4) المعونة 2/925؛ وأحكام القرطبي 3/182؛ والإشراف 2/797.

(5) الإشراف 2/795؛ والمعونة 2/718؛ والمنتقى 4/137؛ والبيان والتحصيل 5/332.

ووجه الاكتفاء بحيضة واحدة. أنّ الأصل هو العدة المعتدّ بها، وليس الاستبراء بمجرد مقصوداً.

وعلى هذا تكون آية العدة في المتوفى عنها مخصّصة بهذه الأدلة⁽¹⁾.

وكذلك الحكم إذا استحيضت ولم تميّز. إذا لم تكن عادتتها قبل الاستحاضة إتيان حيضها بعد مضي زمن العدة، والدليل: القياس على المطلقة المستحاضة إذا لم تميّز. ولأنّ الاستحاضة مع عدم التمييز ريبة⁽²⁾.

فإن زالت الريبة حلّت، وإلا انتظرت رفعها أو أقصى أمد الحمل.

وأما ذات الرضاع فهي كالتي حاضت بالفعل، تحلّ بانقضاء أربعة أشهر وعشر؛ لأنّ الرضاع ليس ريبة بل سبب ارتفاع الحيض كما تقدّم في المطلقة.

وكذلك المستحاضة إن ميّزت الحيض، والمستحاضة التي لم تميّز لكن كانت عادتتها قبل الاستحاضة أن يأتيها حيضها بعد زمن العدة، أعتدّت بأربعة أشهر وعشرة أيام. والدليل على المستحاضة في هاتين الصورتين، دخولها في عموم الآية، وقياساً على غير المستحاضة لأنها متوفى عنها غير حامل⁽³⁾.

فالحاصل أنّ المعتدة عدّة وفاة إذا كانت غير حامل وكانت مدخولاً بها، تعتدّ بأربعة أشهر وعشر بشرطين:

الأول: أن تتمّ تلك المدة قبل زمان حيضها أو حاضت بالفعل في تلك المدة.

الثاني: أن تقول النساء لا ريبة بها.

وأما غير المدخول بها فتعتدّ بهذه المدة من غير شرط.

عدّة المتوفى عنها غير الحامل في النكاح المجمع على فسادها:

إذا كان نكاح المتوفى عنها نكاحاً مجمعاً على فسادها، وكانت مدخولاً بها وغير حامل، فعديتها كالمطلقة ثلاثة قروء. ولا إحداد عليها ولا مبيت لها. لأنّه استبراء لا عدّة كما تقدّم في الاستبراء. وإن كانت صغيرة أو آيسة فثلاثة أشهر. فإن لم يدخل بها فلا شيء عليها.

عدّة الذمّية من زوجها الذمي في الطلاق والموت:

إذا كانت المرأة ذمّية تحت ذمي فمات عنها أو طلقها، وكانت مدخولاً بها وغير حامل وأراد مسلم أن يتزوجها، أو ترافعا إلينا، فعديتها ثلاثة أقراء إن كانت من ذوات الحيض، وإلا فثلاثة أشهر. فإن لم يدخل بها فلا عدّة عليها في الطلاق والموت.

(2) المعونة 2/923؛ والمنتقى 4/137.

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 124.

(3) المعونة 2/916.

أما لو كانت تحت مسلم فتجبر على ثلاثة أقراء في الطلاق إن كان بعد الدخول؛ وعلى أربعة أشهر وعشرة أيام دخل بها أم لا في الوفاة، أراد مسلم تزوجها أم لا. وقد تقدم الدليل على ذلك.

بداية العدة من وقت الطلاق والموت لا من وقت السماع:

إذا طلق الرجل امرأته أو توفي عنها وهو غائب، فإنها تبتدئ العدة من يوم الموت أو الطلاق لا من يوم يبلغها الخبر. والدليل⁽¹⁾:

أ - أن الله تعالى علق العدة بالوفاة أو الطلاق.

ب - القياس على الحاضر.

ج - إجماع العلماء على أنها لو كانت حاملاً لا تعلم طلاق الزوج أو وفاته، ثم وضعت حملها أن عدتها منقضية، ولا فرق بين المسألتين.

إقرار الزوج بطلاق متقدم زمنه:

إذا أقر الزوج بطلاق زوجته في زمن متقدم، وهو صحيح، كأن يقر في شهر رجب أنه طلقها في المحرم، فإن الزوجة المطلقة تستأنف العدة من يوم الإقرار. ووجه ذلك احتمال إرادة إسقاط العدة، وهي حق لله تعالى⁽²⁾.

ولا رجعة له. وإذا ماتت فلا يرثها إذا انقضت العدة على مقتضى دعواه؛ لأنه مقر على نفسه بأنها صارت أجنبية فيؤخذ بإقراره⁽³⁾.

ولو مات هو ورثته إن مات في العدة المستأنفة إذا كان الطلاق رجعياً إذ لا مانع لها من الميراث ودعواه عليها غير مقبولة إن لم تصدقه⁽⁴⁾.

ومحل استئنافها العدة ما لم تشهد له بيينة بأنه طلق في الوقت الذي استند إليه طلاقه. فإن شهدت له بيينة فلا تستأنف عدة ولا ترثه.

والمريض كالصحيح عند قيام البيينة. فإذا لم تكن للمريض بيينة ورثته أبداً إن مات من ذلك المرض.

وحاصل ما في هذه المسألة أن الشخص إذا أقر بطلاق متقدم، إما أن يقر به في حالة الصحة أو في حال المرض. وفي كل إقرار أن تكون له بيينة تشهد له بما أقر به، أو لا. فهذه أربعة أحوال. وإما أن ينكر وقوع الطلاق منه وهو صحيح أو مريض مع شهادة البيينة عليه بذلك. وهاتان حالتان. فجملة الأحوال ست.

(1) الإشراف 794/2؛ وأحكام القرطبي 182/3 - 183.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 123.

(3) شرح ابن عبد السلام ورقة 123؛ والشرح الكبير 477/2.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 123.

فمتى شهدت البيّنة له أو عليه بأنّ الطلاق وقع في الصّحة، كان وقت أداء الشهادة صحيحاً أو مريضاً، فالعدة من يوم أرخت البيّنة، وترثه في تلك العدة، إن كان الطلاق رجعيّاً. وإلا فلا ميراث لها؛ لأنّه وإن كان إقراره في المرض أو إنكاره فيه لكن البيّنة أسندت الطلاق للصّحة، فالعدة من يوم أرخت على الراجح¹.

وأما إن أقرّ ولا بيّنة له، فإن كان مريضاً فالعدة من يوم الإقرار. وترثه في العدة وبعدها، ولو كان الطلاق بائناً. وإن كان صحيحاً ورثته في العدة المستأنفة إن كان الطلاق رجعيّاً ولا يرثها إذا انقضت على دعواه.

وكلّ هذا ما لم تصدّقه الزوجة على دعواه، وإلا فلا توارث بينهما حيث انقضت العدة على دعواه.

إنفاق المطلّقة على نفسها من مال الزوج قبل علمها بالطلاق:

إذا أنفقت المطلّقة طلاقاً بائناً من مال مطلقها قبل انقضاء العدة أو بعدها، أو رجعيّاً بعد انقضاء العدة، وذلك دون علمها بالطلاق، فإنّ الزوج لا يرجع عليها بما أنفقته على نفسها قبل علمها بطلاقها. ويغرم لها بما تسلفته إن كانت تسلفت شيئاً لنفقتها على نفسها. كما يغرم لها ما أنفقته من مالها على نفسها. وتعليل عدم رجوعه بما أنفقت من ماله وغرمه بما أنفقت من مالها، أنّه ألبس على نفسه وفرط، إذ لم يعلمها بطلاقه إياها، وهي فعلت ما كان يجوز لها بحكم إذنه من الإنفاق على نفسها من ماله، وما كان يحكم لها به عليه لو سألت ذلك⁽¹⁾. وقال ابن وهب: لا يعزم لها إلا ما تسلفته، لا ما أنفقته من مالها.

هذا ولا يلزم بالغبن فيما اشترته. مثل أن تشتري ما قيمته دينار بأكثر من دينار لأجل، فتبيعه بدينار في نفقتها، فلا يلزمه ما زادته في الشراء على الدينار الذي باعت به.

التنازع في زمن وفاة المطلّقة المانع من توريث الزوج:

إذا اختلف الزوج وأبو الزوجة في زمن وفاة الزوجة المطلّقة، فقال الزوج: توفيت في العدة. وقال أبوها: توفيت بعد انقضاء العدة، قال ابن القاسم: القول في ذلك قول الزوج، وعليه اليمين أنّها ماتت في عدتها.

قال ابن رشد الجدّ في شرح ذلك: هذا إذا اختلفا في وقت الطلاق فقال الزوج طلّقتها في وقت كذا وكذا، إلى ما لا يحاض في مثله ثلاث حيض. وقال الأب: طلّقتها منذ كذا وكذا، إلى ما يحاض في مثله ثلاث حيض، ولا اختلاف في هذا، لأنّ الميراث واجب للزوج بالعصمة المتيقّنة، فعلى من ادعى ما يسقطه إقامة البيّنة. وأما إن أتفقا على

(1) البيان والتحصيل 5/326؛ وعدة البروق ص335.

وقت الطلاق، فإن كان قد مضى له من المدة ما تنقضي فيه العدة في الأغلب، وذلك ثلاثة أشهر؛ حمل أمرها على أن العدة قد انقضت، ولم يكن لها ميراث، إلا أن يأتي بما يدل على أن العدة لم تنقض من قولها قبل أن تموت، إذ هي مصدقة في ذلك. فإن لم يأت بذلك وأدعى على الأب أنه علم بذلك، لزمته اليمين. وإن كان لم يمض من المدة ما تنقضي فيه العدة في الأغلب؛ حمل أمرها على أن العدة لم تنقض، وكان للزوج الميراث، إلا أن يأتي الأب ببينة على قولها إن عدتها قد انقضت. فإن لم يأت بذلك وأدعى على الزوج أنه علم بذلك لزمته اليمين⁽¹⁾.

ادعاء الزوجة عدم خروجها من العدة لثرت:

إذا مات زوج المطلقة طلاقاً غير بائن بعد سنة من يوم طلاقه إياها، فقالت الزوجة المطلقة: لم أحض في هذه السنة إلا حيضة واحدة، فإن لم تكن مرضعاً لم تصدق؛ لأنها تتهم على إرادة الميراث من مطلقها بدعوى أمر نادر. إلا أن تكون قبل موته تذكر أنها لم تحض غير مرة واحدة، فتضعف التهمة. ويحكم بمقتضى الأصل، وهو تصديقها فيما يرجع إلى رحمها؛ وأحرى أن تصدق إذا كانت مرضعاً، لأن العادة تشهد بصديقها.

إنفاق المتوفى عنها على نفسها من مال الميت قبل علمها بموته:

إذا أنفقت المتوفى عنها على نفسها من مال الميت قبل علمها بموته، وكذا الوارث غيرها، فإن بقية الورثة لهم الرجوع، لانتقال المال لهم بمجرد الموت ولو لم يعلم بموته.

وتعليل رجوع الورثة على المتوفى عنها بما أنفقت من مال زوجها بعد موته وقبل علمها بموته، أن الميت لم يكن منه تفريط في عدم علم زوجته بموته⁽²⁾. وأيضاً فالنفقة بعد الموت حصلت من مال الوارث، والزوجة لا تستحق نفقة على الورثة، ولم يتقدم منهم إذن لهما، فكانت متعدية بما أنفقت فلزمها الضمان. والجهل لا يسقط ذلك عنها، لأن التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد⁽³⁾.

إحداد المتوفى عنها زوجها:

الإحداد لغة و شرعاً الامتناع من الزينة والطيب. يقال: أحدت، وحدت، فهي حاد ومحد. ومنه قيل للبواب حداداً لأنه يمنع الداخل والخارج إلا بإذن. ومنه سمي الحديد حديداً للامتناع به. ومنه تحديد النظر بمعنى امتناع قلبه في الجهات⁽⁴⁾.

(2) البيان والتحصيل 5/326.

(1) البيان والتحصيل 5/433 - 434.

(3) عدة البروق ص 335.

(4) شرح حدود ابن عرفة 1/312؛ والمعونة 2/930؛ وأحكام القرطبي 3/179؛ والمعلم 2/207؛ والعارضه 5/171.

حكم الإحداد:

يجب على المرأة المتوفى عنها زوجها، ولو كانت صغيرة أو كتابية، الإحداد في مدة عدتها.

ودليل وجوب الإحداد⁽¹⁾:

أ - عن عائشة وحفصة زوجي النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج»⁽²⁾.

وهذا الحديث مبين لمعنى من معاني التربص المأمور به بالنسبة للمتوفى عنها زوجها في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: 234].

فأصل الإحداد في القرآن الكريم ورد بلفظ مجمل يتناوله ويتناول غيره. وفسرت السنة وبيئت كل ما يتناوله اللفظ⁽³⁾.

والحديث أفاد الأمر بإحداد المتوفى عنها مدة العدة في قوله: «إلا على زوج» بعد تحريمه أكثر من ثلاثة أيام على غيرها. والأمر هنا مستثنى من التحريم، وهو يدل على الوجوب⁽⁴⁾. كما أن الأمر بالتربص يدل على الوجوب⁽⁵⁾.

ب - عن أم سلمة قالت: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينيها أفتكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثاً. كل ذلك يقول: «لا» ثم قال: إنما هي أربعة أشهر وعشراً. وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول. قال نافع: قلت لزینب: وما ترمي بالبعرة على رأس الحول؟ قالت: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شراً ثيابها. ولم تمسّ طيباً ولا شيئاً، حتى تمرّ سنة. ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتضّ به. فقلما تفتضّ بشيء إلا مات. ثم تخرج فتعطى بعة فترمي بها. ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره. قال مالك: والحفش البيت الرديء. وتفتضّ تمسح به جلدها كالنشرة⁽⁶⁾.

(1) المنتقى 144/4؛ والعارضة 171/5؛ وأحكام ابن العربي 209/1؛ والإشراف 799/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 161؛ والمعونة 928/2.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الإحداد؛ والبخاري في الطلاق، باب تحدّ المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً؛ ومسلم في الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة.

(3) القبس 764/2؛ وأحكام القرطبي 176/3. (4) المنتقى 144/4.

(5) التحرير والتنوير 388/2.

(6) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الإحداد؛ والبخاري في الطلاق، باب تحدّ المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً؛ ومسلم في الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة.

ج - الإجماع⁽¹⁾.

د - القياس على المحرم، لأن الزينة والطيب داعيان إلى النكاح فمنعت منه المرأة⁽²⁾.

هـ - سدّ الذرائع، لأنّ الزينة داعية إلى الأزواج فنهيت عن ذلك قطعاً للذرائع وحماية لحرّمات الله تعالى أن تنتهك⁽³⁾.

و - دلالة الأولى. فإنه لما منعت من التصريح بالخطبة في العدة، وكان الطيب والزينة أبلغ في الدعاء إلى النكاح منه، كان أولى بالمنع⁽⁴⁾. ولا ينتقض هذا الاستدلال بالمطلقة، لأنّ المطلقة لها من يراعيها ويمنعها من التزويج إن أرادته، وهو زوجها الذي طلقها؛ والمتوفى عنها بخلافها⁽⁵⁾.

وأما ما روي عن أسماء بنت عميس قالت: لما أصيب جعفر بن أبي طالب قال لي رسول الله ﷺ: «تسلّبي ثلاثاً ثم اصنعي ما شئت»⁽⁶⁾ أي أمرها بلبس ثياب الإحداد السود ثلاثة أيام فقط. وبذلك احتجّ الحسن البصري على أنّ الإحداد ليس بواجب على زوجة المتوفى عنها. وقد ردّ عليه بأن الحسن لعلة لم يبلغه الحديث. كما ردّ عليه بأنّ الحديث شاذ لا يؤخذ به⁽⁷⁾. وقال ابن العربي: إنه حديث باطل. ولو صحّ فإنه يحمل على التسلب وهو لباس الحزن، وهو معنى غير الإحداد⁽⁸⁾. كما ذكر ابن العربي أنّ ما نقل عن الحسن البصري لم يصح⁽⁹⁾ ودليل وجوب الإحداد على الكتابية إذا توفي عنها مسلم⁽¹⁰⁾.

أ - العموم الذي يدلّ عليه الحديث.

ب - القياس على المسكن وعدم النكاح، لأنه حكم من أحكام العدة، فلزمت الكتابية للمسلم كلزوم المسكن وعدم النكاح.

ج - القياس على المسلمة، لأنها معتدة من وفاة مسلم.

وهذا القول هو رواية ابن القاسم عن مالك. واقتصر عليه خليل في مختصره.

وروي أشهب عن مالك أنّه لا إحداد عليها، ودليله⁽¹¹⁾:

(1) العارضة 171/5؛ وأحكام القرطبي 181/3. (2) الإشراف 799/2.

(3) أحكام القرطبي 179/3. (4) الإشراف 799/2.

(5) المعونة 928/2. (6) أخرجه البيهقي في العدد، باب الإحداد.

(7) أحكام القرطبي 181/3. (8) أحكام ابن العربي 209/1.

(9) العارضة 171/5.

(10) الإشراف 800/2؛ والمعونة 930/2؛ والمنتقى 144/4؛ وأحكام القرطبي 179/3؛ والبيان والتحصيل 333/5؛ والعارضة 172/5.

(11) المنتقى 144/4؛ والمعونة 930/2؛ والعارضة 172/5؛ وأحكام القرطبي 179/3؛ وشرح ابن عبد السلام 161.

أ - أن الحديث خصّ المؤمنة بالله واليوم الآخر بوجوب الإحداد. والكتابية ليست من أهل الإيمان.

ب - أنّ الإحداد عبادة. والكتابية ليست من أهل العبادة.

ودليل وجوب الإحداد على الصغيرة⁽¹⁾.

أ - عموم حديث عائشة وحفصة رضي الله عنهما.

ب - عموم حديث أم سلمة رضي الله عنها. وفيه أنه رضي الله عنه لم يسأل عن سنّها. ولو كان الحكم يفترق بالصغر والكبر لسأل عن سنّها حتى يبين الحكم. وتأخير البيان في مثل هذا لا يجوز.

ج - القياس على الكبيرة، لأنها عدّة وفاة. ولأنّها زوجة. وولي الصغيرة هو الذي ينوب عنها في حملها على ذلك.

ولا إحداد علي المطلقة، كانت رجعية أو بائنة. ودليل ذلك:

- قوله رضي الله عنه في حديث عائشة وحفصة: «أن تحدّ على ميت» وورد في حديث أم سلمة أن ابنتها توفي عنها زوجها.

ووجه الاستدلال أنّ ظاهر الحديثين يقتضي اختصاص الإحداد وقصره على المتوفى عنها⁽²⁾.

والفرق بين المتوفى عنها يجب عليها الإحداد، والمطلقة لا يجب عليها ذلك، أنّ الزينة والطيب يدعوان إلى النكاح، ويوقعان فيه. فنهي عنه ليكون الامتناع منهما زاجراً عن النكاح لما كان الزوج في الوفاة معدوماً لا يحمي عن نفسه ولا يزجر عن زوجته؛ بخلاف المطلق الذي هو حيّ ويتحفظ على المطلقة، فاستغنى بوجوده عن زاجر آخر⁽³⁾.

وذكر ابن العربي أنّ إحداد المتوفى عنها عبادة لا يعقل معناها، فلا تحمل عليه المطلقة⁽⁴⁾.

بماذا يكون الإحداد.

يكون الإحداد بما يلي:

1 - ترك ما تتزين به المرأة من الحلي والطيب وصناعة الطيب لأنه يعلق بها؛ والتجارة فيه.

2 - ترك الثوب المصبوغ مطلقاً، لما فيه من التزين. إلا الأسود، ما لم يكن زينة قوم كأهل مصر القاهرة وبولاق، فإن النساء يتزينّ في خروجهن بالحرير. كذا قال الشيخ

(1) الإشراف 2/800؛ والمعونة 2/929؛ والمنتقى 4/148؛ وأحكام القرطبي 3/180؛ والعارضه 5/172.

(2) المنتقى 5/145؛ وأحكام القرطبي 3/182؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 161.

(3) المعونة 2/928؛ والمعلم 2/207. (4) العارضه 5/171.

الدردير. ونقل ابن عبد السلام⁽¹⁾ أن بعض الشيوخ قال بمنع رقيق البياض. وبعضهم قال بمنع الرقيق من الأسود، ومال إلى جواز الأخضر والدني من الأزرق. وقال ابن رشد: لو رجع أمر اللباس إلى الأحوال لكان حسناً. فرب امرأة شأنها لبس الخبز والحريز، فإذا لبست ثوب كتان يكون لونه ما شاء الله لم يكن لها زينة.

3 - ترك الامتشاط بالحناء والكتم، وهو صبغ معلوم يذهب بياض الشعر ولا يسوده. بخلاف الزيت والسدر ونحوهما من كل ما لا طيب فيه، لما روي عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها كانت تقول: تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت⁽²⁾.

ولا يطلب منها ترك الاستحداد، وهو حلق العانة وترك نتف الإبطين.

4 - ترك دخول الحمام وطلي جسدها بالنورة، إلا لضرورة، وهو المرض.

5 - ترك الكحل، إلا لضرورة، فتكتحل ولو بكحل فيه طيب. وتمسحه نهاراً -

ودليل جواز الكحل للحادة ليلاً عند الضرورة⁽³⁾:

أ - عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ دخل على أم سلمة، وهي حاد على زوجها أبي سلمة، وقد جعلت على عينيها صبراً. فقال: «ما هذا يا أم سلمة؟» قالت: إنما هو صبر يا رسول الله ﷺ. قال: «اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار»⁽⁴⁾.

ب - عن مالك أنه بلغه أن أم سلمة زوج النبي ﷺ قالت لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينيها، فبلغ ذلك منها: اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار⁽⁵⁾. وقال الإمام مالك: وإذا كانت الضرورة فدين الله يسر.

وأما ما جاء في حديث أم سلمة عن ابنتها المتقدم، وفيه أنها قالت لرسول الله ﷺ: إن ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينيها أفكتحلها؟ فقال: «لا» مرتين أو ثلاثاً. فقد أولوه بأنه ﷺ فهم منها طلب الرخصة في الكحل للزينة ولم تحقق الشكوى⁽⁶⁾.

ومن الدليل على ما يكون به الإحداد⁽⁷⁾ ما روي عن أم عطية أن رسول الله ﷺ قال: «لا تُحدّ امرأة على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً. ولا تلبس

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 162.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الإحداد.

(3) المنتقى 148/4.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الإحداد؛ وأبو داود في الطلاق، باب فيما تجتنبه المعتدة.

(5) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في الإحداد.

(6) المنتقى 145/4؛ والمعلم 208/2؛ والعارضه 173/5.

(7) أحكام القرطبي 179/3 و181؛ والعارضه 174/5.

ثوباً مضبوغاً، إلا ثوب عَضِبٍ. ولا تكتحل ولا تمسّ طيباً، إلا إذا طهرت بُبْدَةً من قُسط أو أظفار⁽¹⁾.

بداية إحداد امرأة المفقود:

يجب على امرأة المفقود الإحداد بدخولها في العدة. وهو قول مالك والمعتمد في المذهب. والدليل على ذلك أنّ المفقود يحكم بموته. وعدة امرأته منه هي عدة من وفاة. وعلى ذلك فإنها صالحة لدخولها في عموم الحديث⁽²⁾.

وقال ابن الماجشون: لا إحداد عليها. ودليله القياس على طلاق الحاضر، لأنها فرقة يحتسب بها طلقة، فلم يجب في العدة إحداد⁽³⁾ وصححه ابن العربي⁽⁴⁾.

نفقة المعتدة من طلاق أو وفاة:

لا نفقة على الزوج للمعتدة من وفاة. والدليل: لأن ملكه قد زال عنه بالموت. فلو وجبت لها النفقة بحق الزوجية لكانت تلزم في حق الورثة. وهذا غير جائز⁽⁵⁾.

ويستدل على أنّ المتوفى عنها لا نفقة لها ولو كانت حاملاً بما يلي:

أ - القياس على غير الحامل، لأنها معتدة من وفاة، فوجب أن لا تستحق النفقة⁽⁶⁾.

ب - الإجماع على أنّ نفقة كل من كان يجبر الزوج على نفقته وهو حي، مثل أولاده الصغار ووالديه تسقط عنه. فكذلك تسقط عنه نفقة الحامل⁽⁷⁾.

ج - إنّ نفقة الحمل ليست بدين ثابت مستقر؛ بدليل أنّ أبا الميت لو كان معسراً لم يلزمه شيء، وموته أبلغ في إعساره⁽⁸⁾.

د - إنّ الحمل بعد موت والده صار وارثاً، فلم تجب له نفقة في مال الميت⁽⁹⁾.

هـ - إنّ نفقة الحمل تجب حالاً فحالاً، فلو أوجبناها بعد الموت لكان ذلك إيجاباً مبتدأ في حق الورثة، وذلك غير جائز⁽¹⁰⁾.

و - هو قول جابر بن عبد الله وابن عباس وابن الزبير⁽¹¹⁾.

ولا نفقة للمعتدة من طلاق بائن. إلا إذا كانت البائن حاملاً، فتجب لها النفقة من

أجل الحمل. ودليل عدم وجوب النفقة للبائن غير الحامل:

(1) أخرجه مسلم في الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة.

(2) المتقى 91/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 161.

(3) المتقى 91/4.

(4) العارضة 173/5.

(5) المعونة 934/2؛ والإشراف 795/2.

(6) الإشراف 795/2.

(7) أحكام القرطبي 185/3.

(8) المعونة 934/2؛ والمتقى 136/4.

(9) عدة البروق ص 331.

(10) المعونة 934/2.

(11) أحكام القرطبي 185/3، 168/18.

أ - قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارِرُوهُنَّ لِضَعْفِ عُنُقِهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ووجه الاستدلال أن هذه الآية خاصة بالنساء اللاتي قد بنّ من أزواجهنّ. فشرطت الحمل لوجوب النفقة عليهنّ. فإذا انتفى الشرط وهو الوجوب انتفى الوجوب. فتكون البائن غير الحامل لا نفقة لها⁽¹⁾.

والدليل على أن هذه الآية إنما هي المطلقات اللاتي قد بنّ من أزواجهنّ، أنها لو كانت في المطلقة الرجعية لما خصها بذكر النفقة في الحمل، لأنها تستحق النفقة حاملاً كانت أو غير حامل، إذ لم تخرج من العصمة باتفاق. فدلّ هذا على أن الآية في البائن التي ينفق عليها دون التي لا ينفق عليها⁽²⁾.

ومن جهة ترتيب الآيات، فالدليل على حمل الآية على اللاتي قد بنّ، وهنّ لم يتقدّم لهنّ في سورة الطلاق ذكر، وإنما تقدّم ذكر اللواتي لم يبنّ عن أزواجهنّ بدليل قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ فإنه وإن لم يتقدّم لهنّ ذكر في سورة الطلاق، فقد تقدّم لهنّ ذكر في سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فيعاد قوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية إليه، لأن القرآن كلّه كالسورة الواحدة في ردّ بعضه إلى بعض، وتفسير بعضه ببعض.

كما إنّه قد تقدّم لهنّ في السورة ذكر، لأنّ أول السورة عام فيمن لم تطلق بعد، وفيمن طلقت طليقة واحدة، وفيمن طلقت طليقتين وبقيت فيها طليقة، لأنها تبين بالطلقة الواحدة للسنة. فيرجع قوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية، إليها أي البائن دون من سواها ممن عمّه عموم اللفظ⁽³⁾.

ب - عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتّة، وهو غائب بالشام. فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته. فقال: والله مالك علينا من شيء. فجاءت إلى رسول الله ﷺ فذكرت. فقال: «ليس لك عليه نفقة» وأمرها أن تعتدّ في بيت أم شريك ثم قال: «تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند عبد الله بن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده»⁽⁴⁾.

والحديث نصّ في أن المطلقة المبتوتة غير الحامل لا نفقة لها⁽⁵⁾. وهو مؤكّد لدليل

(1) الإشراف 2/796؛ والمعونة 2/932؛ والمنتقى 4/104؛ والبيان والتحصيل 5/381؛ والمقدمات 1/

515؛ والمعلم 2/204؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 113؛ وأحكام القرطبي 18/166 - 168.

(2) أحكام ابن العربي 4/1840؛ والإشراف 2/796؛ والمقدمات 1/515؛ والمنتقى 4/106.

(3) المقدمات 1/515، 516.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة؛ ومسلم في الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها.

(5) الإشراف 2/796؛ والمنتقى 4/104؛ والمقدمات 1/515.

- خطاب الآية أي مفهوم الشرط، وهو أنه إذا لم يكن حوامل فلا يلزم الإنفاق عليهن⁽¹⁾.
- ج - القياس على غير المدخول بها، لأنها بائن بالطلاق، فلم تجب لها النفقة⁽²⁾.
- د - الإجماع⁽³⁾.
- هـ - لأنها بائن منه لا يتوارثان ولا رجعة له عليها⁽⁴⁾.
- و - لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وهو قد زال بالبينونة⁽⁵⁾.
- ز - عن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول: المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل. وليست لها نفقة، إلا أن تكون حاملاً فينفق عليها حتى تضع حملها. قال الإمام مالك: وهذا الأمر عندنا⁽⁶⁾.
- ح - أن النفقة للحمل لا للزوجة، لأن البينونة إنما تؤثر في سقوط النفقة في الزوجة. وإنما تعطى للزوجة لأنها لا تصل للحمل إلا من جهة الإنفاق على الأم⁽⁷⁾.
- وأما المطلقة الرجعية فلها النفقة، كانت حاملاً أو غير حامل. والدليل:
- أ - الإجماع⁽⁸⁾.
- ب - إن الرجعية زوجته. وأحكام الزوجية ثابتة بينهما من الطلاق والتوارث ولحوق الإيلاء والظهار⁽⁹⁾.
- وسياتي إن شاء الله تعالى زيادة تفصيل لهذه المسائل في أحكام النفقة.

نفقة المرأة إذا أسلمت ولم يسلم زوجها:

سئل ابن القاسم عن المرأة النصرانية تسلم، وزوجها نصراني، هل عليه نفقة في العدة، إذ كان له عليها الرجعة إن أسلم وهي في العدة؟ قال: ليس لها عليه نفقة. لأن الفسخ جاء من قبلها ومنعته فرجها. وليس هو بمنزلة من طلق وله عليها الرجعة. لأن أمرها فسخ بغير طلاق. فالفسخ لا يلزمه فيه نفقة. وتلك السنة. إلا أن تكون حاملاً فينفق عليها، لأن الولد يتبعه، لأنه ولده، وتلزمه نفقته. وكذلك هو في بطنها.

قال ابن رشد الجد في شرح ذلك: هذه الرواية أظهر عند أهل النظر، لأنه فسخ، والفسوخ لا نفقة فيها. ولأن الفراق والمنع جاء من قبلها بإسلامها. والنفقة لا تخلو من أن تكون واجبة بحق الاستمتاع أو بحق العصمة. فإن كانت واجبة بحق الاستمتاع، وجب

- (1) المعلم 204/2؛ وبداية المجتهد 109/2. (2) المتقى 104/4.
- (3) أحكام القرطبي 185/3. (4) أحكام ابن العربي 1439/4.
- (5) الإشراف 796/2؛ والمتقى 108/4.
- (6) الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة.
- (7) المعونة 932/2. (8) أحكام القرطبي 185/3.
- (9) المعونة 932/2؛ وأحكام ابن العربي 1839/4.

أن تسقط إذ قد منعت الاستمتاع بإسلامها. وإن كانت واجبة بحق العصمة وجب أن تسقط أيضاً، إذ قد انفسخ النكاح وارتفعت العصمة. وكونه أحقّ بها إن أسلم في عدتها أمر متبع لا يحمله القياس⁽¹⁾. وقال أصبغ: إن عليه النفقة من أجل أن له الرجعة بالإسلام.

قال ابن رشد في توجيه قول أصبغ: إنها لما كانت مأمورة بالإسلام لم تكن متعدية في الإسلام، ولا منعت لفرجها. بل هو المانع منه نفسه بترك فعل ما يلزمه فعله من الإسلام⁽²⁾.

سكنى المعتدة من طلاق:

السكنى واجبة على الزوج للمعتدة من طلاق كما يلي:

1 - المعتدة من طلاق، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً، ودليل وجوب السكنى للبائن:

أ - قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 6] ووجه الاستدلال أن الآية خاصة بالمطلقة البائن. وقد تقدّم في نفقة البائن الدليل على ذلك⁽³⁾.

ووجه آخر في الاستدلال أن الخطاب في الآية بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ لمن طلق، وكان الإنفاق والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق، فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق علم أن حكمه بعد الطلاق غير حكم الإنفاق، لأنّ للزوجة إسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده، وليس لها إسقاط السكنى ولا نقله عن محلّه⁽⁴⁾.

ولم تشترط الآية في السكنى ما شرطته في النفقة من الحمل. فدل ذلك على وجوب السكنى للبائن حاملاً كانت أو غير حامل⁽⁵⁾.

ولفظ «أسكنوهن» أمر وهو يقتضي الوجوب⁽⁶⁾.

ب - حديث فاطمة بنت قيس المتقدم. وفيه قول الراوي: وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك - ثم قال ﷺ: تلك امرأة يغشاها أصحابي. اعتدي عند عبد الله بن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده.

ووجه الاستدلال أن السكنى لو لم تكن واجبة لما أمرها بها في موضع معين، ولما

(1) البيان والتحصيل 432/5.

(2) البيان والتحصيل 432/5.

(3) انظر أيضاً: المعونة 2/933؛ وأحكام القرطبي 18/966؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 113؛ والمعلم 202/2، 203.

(4) المنتقى 4/103.

(5) شرح ابن عبد السلام ورقة 113.

(6) المنتقى 4/103.

خصّصها بالعدة، ولقال لها: اعتدي حيث شئت فلا سكنى لك، كما قال لها ذلك في النفقة⁽¹⁾.

وأما أمره ﷺ فاطمة بالاعتداد في غير بيتها فإنه رخصة لها. واختلف في تعيين سبب الرخصة⁽²⁾. فروي أنّ ذلك لبذاء لسانها واستطالتها على أحمائها. فهد روي عن سعيد بن المسيّب أنّه قال في فاطمة: تلك امرأة فتنت الناس، إنها كانت لسرة، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى⁽³⁾.

وروي أنّ الرخصة كانت بسبب أنها اشتكت الوحشة في منزلها فقد روي أنها قالت: يا رسول الله زوجي طلقني ثلاثاً. وأخاف أن يقتحم عليّ. فأمرها فتحزلت⁽⁴⁾. وقالت عائشة: إن فاطمة كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها، فلذلك أرخص لها النبي ﷺ⁽⁵⁾.

وأما الروايات الواردة في قصة فاطمة بنت قيس المخالفة لرواية الموطأ المتقدمة والمذكور فيها، أي هذه الروايات، أنّ النبي ﷺ قال لها: «لا نفقة لك ولا سكنى» فإنه لا حجة فيها، لأنّ الراوي سواء كانت فاطمة نفسها أو غيرها، إنما روى ذلك تأويلاً بالمعنى على النبي ﷺ دون ذكر لفظ الحديث. وحين أمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم فإنّ أمره لها بذلك دليل على أنّه نقلها عن العدة الواجبة لها في بيت زوجها إلى حيث أمرها أن تعتد فيه على وجه الرخصة، وأنه أوجب لها السكنى وجعله حقاً عليها لله تعالى من حيث لم تشعر. إذ لو لم يوجه عليها لما أمرها به في موضع معين، ولقال لها - حين ترخصت -: اعتدي حيث شئت فلا سكنى لك⁽⁶⁾.

ولذلك أنكر عمر وعائشة رضي الله عنهما على فاطمة روايتها أنّه لا سكنى ولا نفقة للمبتوتة. وقد ردّها عمر رضي الله عنهما بعموم القرآن، وإن كان يقول بأن لها النفقة بدليل رآه. وردتها عائشة بعلّة توخّش منزلها⁽⁷⁾. فقد قال عمر: لا نترك كتاب الله وسنة نبيّنا ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت⁽⁸⁾.

وروي عن عائشة قولها لفاطمة: ألا تتقي الله. يعني في قولها: لا سكنى ولا

(1) المنتقى 104/4؛ والمقدمات 516/1؛ والمعلم 204/2.

(2) أحكام القرطبي 156/18؛ والمنتقى 105/4؛ والمعلم 204/2؛ وبداية المجتهد 108/2.

(3) أبو داود في الطلاق، باب من أنكر ذلك على فاطمة.

(4) أخرجه مسلم في الطلاق، باب المطلقة البائن لا نفقة لها.

(5) أخرجه البخاري في العدة، باب قصة فاطمة بنت قيس.

(6) المنتقى 104/4؛ والمقدمات 516/1. (7) أحكام ابن العربي 1830/4.

(8) أخرجه مسلم في الطلاق، باب المطلقة البائن لا نفقة لها.

نفقة⁽¹⁾. أي تعني والحال أنها تعرف قصتها يقيناً في أنها إنما أمرت بالانتقال لعذر وعلة كانت بها. ونقل القرطبي رواية عن عائشة قولها: اتقى الله فإنك تعلمين لم خرجت⁽²⁾. وحديث الموطأ برواية أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أصح من رواية الشعبي وغيره.

وذكر الإمام الباجي⁽³⁾ أن عمر رضي الله عنه لم يرد حديث فاطمة لأنه لا يرى تخصيص القرآن بخبر الأحاد. وإنما رده لأنه ظن بها سوء ضبط لما روته، وقال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لها السكنى والنفقة.

وقد روي أن فاطمة احتجت حين رد الصحابة عليها روايتها إلا أن احتجاجها غير وجيه. وذلك أنها قالت: بيني وبينكم القرآن. قال الله تعالى: لا تخرجوهن من بيوتهن الآية. قالت: هذا لمن كانت له مراجعة، فأني أمر يحدث بعد الثلاث فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملاً، فعلام تحبسونها⁽⁴⁾.

فهي قد صدقت حين اعتبرت الآية في الرجعية. ولكنها حين تعجبت عن سبب حبسها إذا لم يكن لها نفقة غفلت عن أمرين:

الأول: أن السكنى في المبتوتة ثبتت بآية أخرى. وهي قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾.

الثاني: أن السكنى إنما هي لعدة حفظ الأنساب. وهو حق لله تعالى، لذلك تستوي فيه الرجعية التي لها النفقة والبائن التي لا نفقة لها⁽⁵⁾.

ج - القياس على المتوفى عنها، لأنها معتدة⁽⁶⁾.

د - القياس على الرجعية لأنها معتدة من طلاق⁽⁷⁾.

هـ - عن نافع أن بنت سعيد بن زيد كانت تحت عبد الله بن عمرو بن عثمان. فطلقها البتة. فانتقلت. فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمر⁽⁸⁾.

و - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: لا تبين المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا في بيتها⁽⁹⁾.

ز - عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار، أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق

(1) أخرجه البخاري في العدة، باب قصة فاطمة بنت قيس.

(2) أحكام القرطبي 156/18. (3) أحكام الفصول ص 263.

(4) أخرجه مسلم في الطلاق، باب المطلقة البائن لا نفقة لها.

(5) أحكام ابن العربي 4/1830. (6) المعونة 2/931.

(7) الإشراف 2/796.

(8) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه.

(9) أخرجه مالك في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها.

ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة. فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم. فأرسلت عائشة أم المؤمنين إلى مروان بن الحكم، وهو يومئذ أمير المدينة. فقالت: اتق الله واردد المرأة إلى بيتها. فقال مروان في حديث سليمان: إن عبد الرحمن غلبني. وقال مروان في حديث القاسم: أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس؟ فقالت عائشة: لا يضرّك أن لا تذكر حديث فاطمة. فقال مروان: إن كان بك الشرّ، فحسبك ما بين هذين من الشرّ⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال منه أنّ قول عائشة: «اتق الله واردد المرأة إلى بيتها» إنكار منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها. لأنّ ذلك عندها واجب تجبر عليه إن أبته. ولو كانت لا تجبر على المقام في بيت سكنها مدة العدة لما خاطبت بذلك من إليه الحكم بالمدينة⁽²⁾.

ح - عن ابن شهاب أنه كان يقول: المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحلّ. وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملاً فينفق عليها حتى تضع حملها. قال مالك: وهذا الأمر عندنا⁽³⁾.

ط - إن سكنى المبتوتة والرجعية والمتوفى عنها وإن كانت حقاً من حقوق الزوجية، فإن المقصود منها حفظ النسب، ولحق الله تعالى، فيغلظ لذلك. فليس للزوجة إسقاطه⁽⁴⁾.

والفرق بين النفقة لا تجب للمطلقة البائن، والسكنى تجب لها، أنّ النفقة عوض من الاستمتاع وقد زال. والسكنى لحرمة النسب ووجوب حفظه، وذلك لا يزول بزوال الزوجية⁽⁵⁾.

ودليل وجوب السكنى للرجعية:

أ - قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1].

ووجه الاستدلال أنّ الآية واردة في المطلقة الرجعية بدليل قوله تعالى آخرها: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾، أي ما يحدثه الله تعالى في النفوس من الندم على الفرقة وإرادة الرجوع⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه؛ والبخاري في الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس.

(2) المنتقى 102/4.

(3) أخرجه مالك في الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة.

(4) المنتقى 101/4. (5) المعونة 933/2.

(6) المنتقى 106/4؛ وأحكام ابن العربي 1830/4.

وفي الآية نهي للأزواج عن إخراج المطلقات الرجعيات من البيوت. وهذا يقتضي أن يكون إسكان المطلقات حقاً على الأزواج. كما أن الآية فيها نهي للزوجات عن الخروج من البيوت أثناء العدة. وهذا يقتضي أن يكون ذلك حقاً عليهن.

وأكد الله تعالى النهي عن الإخراج والخروج بالتحذير من تعدي حدود الله. فالآية نص في عدم جواز خروج الرجعية من مسكنها⁽¹⁾.

وأما الفاحشة المبيّنة التي إذا أتتها المطلقة استثنت من أجلها المطلقة وجاز إخراجها من المسكن. فمعناها إما البذاء على زوجها وأحمائها، كما قيل في قصة فاطمة بنت قيس. وإما الخروج بغير حق. وتقدير الكلام: لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن شرعاً إلا أن يخرجن تعدياً⁽²⁾.

ب - أن سكنى المعتدة حق لله تعالى لحفظ النسب⁽³⁾.

وتعتد المطلقة في مسكنها، سواء كان المسكن للمطلق أم لا. وسواء نقد الكراء أم لا.

2 - المحبوسة. وهي الممنوعة من النكاح بسبب الرجل، بغير طلاق، كالمزني بها غير عالمة، أو المشتبه بها، ومن فسخ نكاحها لفساد أو لعان. فالمزني بها غير عالمة لها الصداق والسكن. وأما لو كانت عالمة فلا صداق لها ولا سكنى.

والسكنى واجبة للمعتدة في المحل الذي كانت فيه. ولا يجوز لها الخروج إلا لضرورة تقتضيه.

ولا سكنى للصغيرة التي لا يوطأ مثلها، في الطلاق، وإن كان بنى بها زوجها؛ لأنه لا عدة عليها⁽⁴⁾.

سكنى المعتدة من وفاة:

السكنى واجبة أيضاً للمتوفى عنها في مدة عدتها. والدليل:

أ - عن سعيد بن إسحاق عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة، أن الفريضة بنت مالك بن سنان أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا. حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه. قالت: فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي في بني خدرة، فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه، ولا نفقة. قالت: فقال رسول الله ﷺ: «نعم». قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله ﷺ أو أمر بي فنوديت له. فقال:

(1) أحكام ابن العربي 4/1829؛ وأحكام القرطبي 18/154، 156.

(2) المقدمات 1/514؛ وأحكام ابن العربي 4/1830؛ وأحكام القرطبي 18/156.

(3) المعونة 2/933؛ والمقدمات 1/514. (4) المنتقى 4/102.

كيف قلت؟. فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي. فقال: «أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله». قالت: فأعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً. قالت: فلما كان عثمان بن عفان أرسل إليّ فسألني عن ذلك، فأخبرته، فاتبعه وقضى به⁽¹⁾.

فقوله ﷺ: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» هو دليل الوجوب⁽²⁾.

ب - القياس على المطلقة، لأنها عدة، فكان من حكمها المسكن للزوجة⁽³⁾.

ج - عن سعيد بن المسيّب أنّ عمر بن الخطاب كان يرّد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن من الحج⁽⁴⁾.

فقد كان عمر يرى اعتداد المتوفى عنها زوجها في منزل زوجها لازماً لها⁽⁵⁾.

د - عن نافع عن عبد الله بن عمر أنّه كان يقول: لا تبیت المتوفى عنها زوجها، ولا المبتوتة، إلا في بيتها⁽⁶⁾.

هـ - عن يحيى بن سعيد أنّه بلغه أنّ السائب بن خباب توفي. وأن امرأته جاءت إلى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها. وذكرت له حرثاً لهم بقناة. وسألته هل يصلح لها أن تبیت فيه فنهاها عن ذلك. فكانت تخرج من المدينة سحراً، فتصبح في حرثهم، فتظلّ فيه يومها. ثم تدخل المدينة إذا أمست فتبیت في بيتها⁽⁷⁾.

و - وهو أيضاً قول ابن مسعود وزيد بن ثابت وأمّ سلمة⁽⁸⁾.

ز - الاستدلال بالأولى. فإنه إذا تقرّر أن السكنى واجبة في المطلقة حفظاً للنسب، فبأن يثبت في المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى لذهاب صاحب النسب⁽⁹⁾.

ح - أنّ السكنى يتعلق بها حق الله تعالى وحق الميت في حماية النسب⁽¹⁰⁾. وأما قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَّعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: 240]. فإنّ حكم العدة إلى الحول منسوخ كما تقدّم في عدة المتوفى عنها. وحكم عدم الإخراج من المسكن إلى الحول منسوخ أيضاً.

(1) أخرجه مالك في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها في بيتها حتى تحلّ؛ وأبو داود في الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل؛ والترمذي في الطلاق، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها.

(2) الإشراف 2/796؛ والمعونة 2/934؛ والمنتقى 4/134؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 162؛ وأحكام القرطبي 3/176؛ والعارضه 5/195.

(3) المنتقى 4/134.

(4) أخرجه مالك في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحلّ.

(5) العارضه 5/195؛ وأحكام القرطبي 3/177.

(6) أخرجه مالك في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحلّ.

(7) أخرجه مالك في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحلّ.

(8) المنتقى 4/134. (9) المنتقى 4/134.

(10) المعونة 2/934؛ والمقدمات 1/514.

ونقل الباجي عن القاضي أبي إسحاق أنه منسوخ بقوله ﷺ في حديث الفريعة: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»⁽¹⁾.

وذكر ابن العربي وغيره أنه منسوخ مع نسخ الترتبص حولاً بآية العدة، وإنما الحديث مؤكّد لهذا النسخ⁽²⁾.

وذكر الشيخ ابن عاشور أنّ فرض الميراث نسخ جميع الوصايا التي كانت واجبة، ومنها الوصية للزوجة بالسكنى إلى الحول. إذ أبطل الميراث جميع الوصايا للورثة⁽³⁾. ويشترط لوجوب السكنى للمتوفى عنها شرطان:

الأول: أن يكون الزوج دخل بها. أو لم يدخل بها ولكنه أسكنها معه في بيته ولو لكفالة. ككونها صغيرة وله عليها الكفالة؛ لتنزيل إسكانها معه منزلة الدخول بها. وشرط الدخول أن تكون مطيقة للوطء. وأما غير المطيقة فلا سكنى لها. إلا إذا أسكنها قبل الموت، فلها السكنى دخل بها أم لا.

الثاني: أن يكون المسكن الذي مات فيه ملكاً له، أو بأجرة ونقد كراءه في المستقبل. فلو نقد بعض الكراء فلها السكنى بقدره فقط.

ودليل لزوم بقاء المعتدة من وفاة في المنزل ولو كان الزوج لا يملك رقبته:

أ - حديث الفريعة المتقدم. وقد أمرها النبي ﷺ بالاعتداد فيه، وقد علم أنّ زوجها لم يملك رقبة المسكن⁽⁴⁾.

ب - أن الميت ترك داراً يملك سكنها ملكاً لا تبعة عليه فيه، فلزم أن تعتدّ الزوجة فيه. أصل ذلك إذا ملك رقبته⁽⁵⁾.

ووجه اشتراط أن يكون الميت قد نقد الكراء أنّ حقّ المتوفى عنها إنما يتعلّق بما يملكه المتوفى ملكاً تاماً، وما لم ينقد عوضه لم يملكه ملكاً تاماً، وإنما ملك العوض الذي بيده، ولا حقّ فيه للزوجة إلا بالميراث دون السكنى؛ لأن ذلك مال وليس سكنى. وتؤوّل حديث الفريعة بأن النبي ﷺ يحتمل أنه أمرها بالاعتداد في منزل على وجه الكراء لما كان الزوج قد أدى كراءه؛ أو أنه أسكن فيه إلى وفاته؛ أو أنّ أهل المنزل أباحوا للمرأة العدة فيه بكراء أو بغير كراء أو ممّا رأى ﷺ به أنّ المقام لازم لها فيه حتى تنقضي عدتها⁽⁶⁾.

ووجه أنه لا سكنى للمتوفى عنها إذا لم يكن المتوفى قد نقد الكراء، أنّ المتوفى

(1) المتقى 4/134.

(2) أحكام ابن العربي 1/207؛ والعارضه 5/195؛ وأحكام القرطبي 5/226.

(3) النظر الفسيح ص 279.

(4) المتقى 4/135؛ وأحكام القرطبي 3/178.

(5) المصدران السابقان.

(6) المصدران السابقان.

عنها ليس لها حق السكنى في مال الميت⁽¹⁾.

فالمتوفى عنها لا سكنى لها إن لم ينقد المتوفى الكراء، ولو كان الكراء وجيبة، أي مدة معينة.

والحاصل أنه إن نقد الكراء كان لها السكنى، كان الكراء وجيبة أو مشاهرة اتفاقاً. وإن لم ينقد ففي المشاهرة لا سكنى لها اتفاقاً، وفي الوجيبة على الراجح من التأويلين. وتسكن المعتدة، مطلقة أو متوفى عنها، على ما كانت عليه قبل الطلاق أو الموت. ولا تنتقل إلى مسكن غيره. وترجع وجوباً إن نقلها زوجها لغيره، ثم طلقها أو مات من مرضه. وذلك إن أتهم على أنه إنما نقلها ليسقط سكنها في المكان الأول. أو إن كانت حال الطلاق أو الموت مقيمة بغيره لغرض من الأغراض، فإنها ترجع لمحلها الأصلي. وقد قال بذلك عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه⁽²⁾. وتطلب بالرجوع ولو في الحالات التالية:

1 - إن كانت إقامتها بغيره واجبة لشرط اشترطه عليها أهل رضيع في إجارة رضاع. بأن اشترطوا عليها أن لا ترضعه إلا عندهم في دارهم؛ لأن عدتها في بيتها حق لله تعالى، وهو مقدم على حق الأدمي. وتفسخ الإجارة إذا لم يرضوا برضاعها بمنزلها.

2 - إن خرجت مع زوجها أو غيره لحجة الفريضة، فطلقها أو مات عنها، فترجع في مثل الثلاثة أو الأربعة أيام، لا أزيد فلا ترجع. ودليل الرجوع في مثل المسافة المذكورة مبني على أن الحج فرض على التراخي، فيقدم عليه التبرص في زمن العدة وعدم الخروج من المسكن. وقد ذكر هذا التعليل ابن عبد السلام⁽³⁾. ورأى ابن العربي أنها لا تحج ولو كان الحج على الفور، لأن حق العدة أكد من حق الحج. فحق الحج خاص لله تعالى، وحق العدة لله تعالى ثم للأدمي في صيانته مائة وتحريم نسبه⁽⁴⁾.

ورأى ابن عبد السلام أن القول بالفور يقتضي التمادي لا الرجوع، لأنه يكون هناك تعارض بين واجبين، لأن مكثها في منزلها فرض والحج فرض، فيسلك مسلك الترجيح. وذكر أن ترجيح التمادي هو لما روي عن عائشة وابن عباس أن للمعتدة، أن تحج في عدتها من الطلاق⁽⁵⁾.

ودليل عدم رجوعها إذا بعدت عن المسافة المذكورة، هو رفع المشقة الحاصلة من الرجوع.

ولا ترجع أيضاً إذا تلبست بالإحرام. والدليل⁽⁶⁾:

- | | |
|----------------------------------|---------------------------------------|
| (1) المنتقى 4/135. | (2) أحكام القرطبي 3/179. |
| (3) شرح ابن عبد السلام ورقة 164. | (4) أحكام ابن العربي 1/210. |
| (5) شرح ابن عبد السلام ورقة 164. | (6) الإشراف 2/799؛ وعدة البروق ص 324. |

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ .

فقد أمر الله تعالى بإتمام الحج إذا انعقد الإحرام .

ب - أن الحج أسبق من العدة، وينوب عن مقامها في منزلها .

ج - أن الحج فرض عليها ويلزمها .

د - أن الحج يمنع النكاح والوطء، فكان أولى .

وعلى هذا يحمل ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يرّد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج . وتفسير ذلك عند الإمام مالك كما رواه عنه ابن القاسم، أن ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها، بحيث لا يشقّ عليهن الرجوع، ولم يحرمن . فإذا شقّ عليهن الرجوع أو أحرمن نغذن وبئس ما صنعن⁽¹⁾ .

3 - إن خرجت لتطوّع كحج ورباط، ولو وصلت ذلك المحلّ أو أقامت به ولو عاماً، وفي الحج ما لم تتلبس بالإحرام . ووجه رجوعها في الرباط أنه غير واجب عليها⁽²⁾ .

ومحلّ رجوعها فيما تقدّم إنّما هو مع ثقة من الناس وأمن الطريق لا منفردة أو كانت الطريق مخوفة .

ويشترط لرجوعها أن تدرك شيئاً من العدة في منزل ولو قلّ . وإن قيل هذا الشرط لا يتوهم بالنسبة لمن خرجت للحج الفرض، فمات زوجها أو طلقها، فإنّ الشرط أن ترجع من أربعة أيام فأقلّ . ومعلوم أنّ العدة باقية، فلا معنى لذلك الشرط . والجواب إنه يمكن إقامتها في محلّ الطلاق أو الموت لمرض اعترأها . أو انتظار رفقة حتى ضاق الوقت . أو في حامل أشرفت على الوضع . ولا ترجع المعتدة إن خرجت للانتقال والرفض لسكنى بلدها؛ فإنها تعتدّ حيث شاءت، إمّا أن ترجع لبلدها أو في المكان الذي طرأت فيه العدة أو للمتقلة إليه أو غيره .

وفي الحالات التي يجب عليها فيها الرجوع لوطنها، فإن زوجها المطلق يلزمه لها أجره الرجوع . لأنّه أدخله على نفسه . وأما في موته فالكراء عليها، لانتقال ماله للورثة . كما لا كراء على المطلق إذا رجعت لمكان تخير فيه .

انتقال المعتدة من محلّ السكنى لعذر:

يجوز للمعتدة الانتقال من محلّ السكنى الذي طرأت فيه العدة، لعذر لا يمكن المقام معه فيه . كسقوط المحلّ أو خوف لصّ أو جار سوء . وتنتقل في هذه الحالة لما أحبّت من الأمكنة، ولو أراد الزوج خلافه إلا لغرض شرعي .

(1) المنتقى 4/138 .

(2) عدة البروق ص 324 .

وإذا انتقلت لزممت ما انتقلت إليه إلا لعذر. ودليل جواز انتقالها عند العذر:

أ - ما تقدم في حديث فاطمة بنت قيس من ترخيص النبي ﷺ لها بالاعتداد في غير بيتها، بسبب بذاء لسانها مع أحمائها واستطالتها عليهم، أو بسبب وحشة منزلها وخوفها من الاقتحام عليها⁽¹⁾. وقد تقدم ذكر الروايات في ذلك.

ب - حديث عائشة مع مروان بن الحكم. وقد تقدم ذكره.

ووجه الاستدلال منه أن مروان كان يعتقد أن خروج فاطمة كان لما بينها وبين زوجها وذويه من الشر، على خلاف ما كانت تعتقد عائشة من أن خروجها كان بسبب وحشة منزلها⁽²⁾.

ج - إن الضرورة كالتغريب بالنفس والمال مرفوع في الشرع⁽³⁾.

خروج المعتدة في حوائجها:

يجوز للمعتدة أن تخرج لقضاء حوائجها الضرورية. كتحصيل قوت أو ماء أو نحوهما. لا لزيارة ولا تجارة ولا تهنئة ولا تعزية. هكذا قال الشيخ الدردير، كما هو ظاهر مختصر خليل. ولكن ظاهر النقل جواز خروجها في حوائجها. فإنه قال في المدونة: إذا خرجت لحوائجها أو لعرس فلا تبيت بغير سكنها.

وجواز الخروج محلّه طرفي النهار وما بينهما. أي من قرب الفجر إلى مغيب الشفق. فلها الخروج سحراً قرب الفجر، وبعد المغرب، وترجع ما بينها وبين العشاء الأخيرة. ودليل جواز الخروج نهاراً.

أ - قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: 6].

ووجه الاستدلال أن النصّ تضمّن الإسكان. والخروج بالنهار لا ينافي السكنى، فلم تمنع من ذلك⁽⁴⁾. والآية نزلت في المطلقة والبائن.

ب - عن جابر قال: طلقت خالتي، فأرادت أن تجدّ نخلها. فزجرها رجل أن تخرج فأتت النبي ﷺ فقال: بلى فجدي نخلك، فإنك عسى أن تصدّقي أو تفعلني معروفاً⁽⁵⁾.

والآية والحديث دليل في الرجعية والبائن. والحديث خصّص عموم آية الإخراج والخروج⁽⁶⁾.

(1) المنتقى 4/105؛ وأحكام ابن العربي 4/1830؛ وأحكام القرطبي 18/155؛ والعارضه 5/145.

(2) المنتقى 4/101، 102. (3) المعونة 2/931.

(4) المنتقى 4/102.

(5) أخرجه مسلم في الطلاق، باب جواز خروج المعتدة البائن لحاجتها.

(6) أحكام ابن العربي 4/1829.

ج - عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن السائب بن خباب توفي . وأن امرأته جاءت إلى عبد الله بن عمر، فذكرت له وفاة زوجها. وذكرت له حرثاً لهم بقناة. وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه. فنهاها عن ذلك. فكانت تخرج من المدينة ثم تدخل المدينة إذا أمست فتبيت في بيتها⁽¹⁾.

فقد نهاها ابن عمر عن المبيت خارج بيتها، وأقرها على الخروج للتصرف نهاراً في شؤونها.

د - عن ابن عمر أنه كان يقول: لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا في بيتها.

هـ - إن في منعها من التصرف في شؤونها إضراراً بها. لأن الضرورة تدعوها أن تباشر أموراً بنفسها. وليس كل النساء لها من يتصرف لها وينوب عنها. وهذا بخلاف المبيت فلا ضرورة لخروجها في الليل. بل بها ضرورة إلى المبيت⁽²⁾.

ووجه اختصاص المبيت بالمسكن بالوجوب دون البقاء فيه نهاراً، لأن السكنى معظمه المبيت بالليل. لأن المبيت وقت السكون والاستقرار في المسكن⁽³⁾.

ووجه جواز الخروج سحراً قبل الفجر، والدخول بعد المغرب ما بينها وبين العشاء، أنه وقت لا يفوتها به مقصود المبيت في بيتها⁽⁴⁾.

قال ابن العربي: قال مالك: ولا تفعل ذلك دائماً، وإنما أذن لها فيه إن احتاجت إليه. وإنما يكون خروجها في العدة لخروجها في النكاح، لأن العدة فرع النكاح. لكن الخروج في النكاح يقف على إذن الزوج، ويقف في العدة على إذن الله. وإذن الله إنما هو بقدر العذر الموجب له بحسب الحاجة إليه⁽⁵⁾.

وجواز الخروج في هذين الوقتين مقيد بما إذا كان الزمان مأموناً. وإلا فلا تخرج فيهما. بل نهاراً. وقال الإمام اللخمي: قال مالك: لا بأس أن تخرج قبل الفجر. وأرى أن يحتاط للأنساب فتؤخر خروجها لطلوع الشمس وتأتي حين خروجها. قال بعض العلماء: وكلام اللخمي هو اللائق بعرف هذا الزمان. فالمدار على الوقت الذي ينتشر الناس فيه لئلا يطمع فيها أهل الفساد.

سقوط سكنى المعتدة من طلاق أو وفاة:

تسقط سكنى المعتدة من وفاة أو طلاق إذا سكنت غيره بلا عذر. فلا يلزم الزوج

(1) سبق تخريجه.

(2) المعونة 2/931؛ والمنتقى 4/102؛ والمقدمات 1/517.

(3) المنتقى 4/138.

(4) المنتقى 4/139.

(5) أحكام ابن العربي 4/1830.

أجرة ما أنتقلت إليه . وذلك لأنها لما تركت ما كان واجباً لها من غير عذر فلا يلزمه عوض عند عدولها عنه .

سقوط نفقة الولد :

إذا هربت المطلقة بولد من زوجها، أو هربت به غيرها، فإن نفقة الولد تسقط إذا لم يعلم موضعها مدة هروبها . فإن علم الزوج وقدر على ردها لم تسقط . ومثل الأب الوصي .

سكنى المرتدة ونفقة حملها :

إذا ارتدت المرأة وهي متزوجة، فإن لها السكنى مدة استبرائها قبل قتلها، بحيضة أو وضع . ويزاد لها في الحمل نفقته .

وقد استشكل ثبوت السكنى للمرتدة بأنها تسجن حتى تتوب أو تقتل . والجواب، كما في الحاشية، إنه يفرض فيما إذا غفل عن سجنها، أو كان السجن في بيتها، أو كان لموضع السجن أجرة .

سكنى المشتبهة :

المشتبهة هي الموطوءة وطء شبهة . وفيما يلي حالات الموطوءة بشبهة وأحكامها :

1 - الموطوءة غلطاً يظنها الواطئ زوجته، وهي غير ذات زوج، أو لها زوج ولم يدخل بها . حيث لم تعلم حال وطئها لنحو نوم أو إغماء، فحملت؛ فلها السكنى والنفقة على الواطئ . وإن لم تحمل فالسكنى عليه والنفقة عليها . فإن علمت حال وطئها كانت زانية لا نفقة لها ولا سكنى .

والمشتبهة بغلط يظنها الواطئ الغالط زوجته، وهي ذات زوج ولم يدخل بها زوجها، إن لم تحمل من الواطئ لها غلطاً، فسكناها على الواطئ الغالط، ونفقتهما عليها نفسها مدة استبرائها بثلاث حيض، وهو الراجح، دون الواطئ لها . فإن حملت من الغالط، فعليه النفقة والسكنى بلا خلاف .

وإن كان زوجها قد دخل بها، فالنفقة والسكنى على زوجها بلا خلاف، حملت أو لم تحمل، إلا أن ينفيه الزوج بلعان، فلا نفقة لها عليه . ولها السكنى على الزوج والنفقة عليها . إلا أن يلحق الولد بالثاني فإن عليه نفقتها وسكناها، ما لم ينفه الثاني أيضاً بلعان . فإن نفاه فلا نفقة عليه أيضاً ولها السكنى عليه فيما يظهر .

وأما إذا كان لا يلحق بالثاني لقصر المدة مثلاً، فإن سكناها على الأول قطعاً، ولا نفقة لها على واحد منهما .

2 - الموطوءة وطء شبهة لنكاح فاسد إجماعاً يدرأ الحد . كمن نكح ذات محرم جهلاً منه ومن الموطوءة؛ فحملت؛ فلها السكنى ونفقة الحمل مدة الاستبراء . فلو علم

بالحرمة دونها، فلها السكنى فقط، لأنها محبوسة بسببه. فإن علمت هي أيضاً، فزانية لا سكنى ولا نفقة.

عدة من فقدت زوجها:

المفقود هو من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه. فيخرج بهذا التعريف الأسير، لأنه لم ينقطع خبره؛ والمحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه⁽¹⁾. وأقسام المفقود خمسة:

- 1 - مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء.
- 2 - مفقود في بلاد الإسلام في زمن الوباء.
- 3 - مفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام.
- 4 - مفقود في أرض الشرك، والأسير.
- 5 - مفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار.

وأحكام زوجة كل منهم كما يلي:

الأول: تعتد زوجة المفقود في أرض الإسلام عدة وفاة، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، مسلمة أو كتابية. والعدة على ما تقدم ابتداءها بعد الأجل الآتي بيانه. وذلك إن رفعت أمرها للحاكم الشرعي إن كان ثم حاكم شرعي. والمراد بالحاكم حاكم سياسة سواء كان والياً أو غيره. أو إن رفعت أمرها لجماعة المسلمين عند عدم الحاكم، ولو حكماً. ويكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلاً عارفاً، شأنه أن يرجع إليه في مهمات الأمور بين الناس.

وتستمر نفقة زوجة المفقود من ماله إن ترك لها ما تنفق على نفسها منه، ولم تخش العنت. ووجه إنفاقها من مال المفقود مدة الأجل المضروب أنها في الأجل لم تنزل على حكم الزوجية⁽²⁾.

فإن لم يترك لها مالا تنفق منه على نفسها فلها التطلق لعدم النفقة بشرطه المعلوم في محله. وكذا تطلق عليه للضرر عند خشية العنت، فهي أولى من معدومة النفقة.

وفائدة الرفع للحاكم الكشف عن حال زوجها بالسؤال والإرسال للبلاد التي يظن بها ذهابه إليها، للتفتيش عنه إن أمكن الإرسال والأجرة عليه.

فإذا عجز عن خبره بعد البحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها، فإنه يؤجل أربعة أعوام لعله أن يظهر خبره. فإذا تم الأجل دخلت الزوجة في عدة وفاة. ولا تحتاج

(1) شرح حدود ابن عرفة 514/1.

(2) المعونة 822/2؛ والمنتقى 92/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 175.

إلى نية دخول فيها. ودليل التأجيل بأربعة أعوام⁽¹⁾.

- إجماع الصحابة: لأنه المروي عن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس. وقال ابن رشد الجد: والصحيح عن علي مثله، ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف. ورواية عمر هي ما رواه سعيد بن المسيب عنه أنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل⁽²⁾.

وقال الإمام الباجي: الرواية عن علي بذلك ضعيفة. وروي عنه أنه قال: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو فراق. ثم قال: وهي أسانيد غير متصلة، وما أتصل منها فليس بقوي، وهي مع ذلك تحتمل التأويل⁽³⁾.

وعند القاضي ابن رشد أن الإجماع حاصل على هذه المدة حتى مع مخالفة علي رضي الله عنه. وذلك أن الأمة في المفقود على قولين: أحدهما أن زوجته لا تتزوج حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يحيى إلى مثله، والآخر أنه يباح لها التزوج إذا اعتدت بعد تربص أربعة أعوام، فلا يجوز إحداث قول ثالث⁽⁴⁾.

والمعنى الملاحظ في تحديد هذه المدة هو أن الأغلب من حال هذه المدة أنه يسمع فيها خبر من كان حياً في بلاد المسلمين فلا تخفى حياته مع البحث والسؤال عنه⁽⁵⁾. قال ابن رشد في تعليل المدة بكونها أقصى أمد الحمل: إنه تعليل ضعيف، لأن العلة لو كانت كذلك لوجب أن يسقط جملة في الصغيرة التي لا يوطأ مثلها إذا فقد زوجها وقام عنها وليها في ذلك⁽⁶⁾.

ووجه ضرب الأجل قبل دخول الزوجة في العدة، لأنه لا يجوز للحاكم أن يفرق ابتداء بين رجل وأمراته⁽⁷⁾.

ودليل جواز التفريق بين الزوجين من أجل الفقد⁽⁸⁾:

أ - نفي الضرر عن الزوجة - لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁹⁾.

(1) الإشراف 800/2؛ والمعونة 821/2؛ والمنتقى 91/4؛ وبداية المجتهد 61/1؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 171؛ والمقدمات 527/1.

(2) أخرجه مالك في الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها؛ والبيهقي في العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين.

(3) المنتقى 91/4. (4) المقدمات 525/1.

(5) المنتقى 91/4؛ والمقدمات 528/1. (6) المقدمات 525/1.

(7) المعونة 821/2.

(8) الإشراف 801/2؛ والمعونة 821/2؛ والمنتقى 91/4؛ والمقدمات 528/1؛ وبداية المجتهد 62/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 171.

(9) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره؛ وأخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق.

ب - ما تقدم من إجماع الصحابة .

ج - الاستدلال بالأولى على الخيار بالعنة والإيلاء من أجل الضرر . وذلك أنه لما كان الخيار ثابتاً للزوجة في الفرقة مع العنة والإيلاء، ولم يكن فيهما إلا فقد الوطاء دون فقد العشرة والنفقة كان في هذه المسألة الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار .

وذكر ابن العربي أن عمر رضي الله عنه قضى في هذه المسألة بالمصلحة . ورأى أن بقاءها تنتظره ضرر بها، وأن الاستعجال على الغائب قبل استينائه ضرر عليه⁽¹⁾ .

ووجه اعتداد امرأة المفقود عدّة وفاة، الأخذ بالغالب، لأن الغالب أنه لو كان حياً لكان مع طول البحث وكثرة الفحص مدّة أربع سنوات يعلم حاله⁽²⁾ .

وأما وجه عدم اعتدادها عدّة طلاق وتنزيل أمر المفقود على الطلاق، هو بناء على الغالب، والاحتياط للمفقود وللنسب في غير المدخول بها، إذ لو نزل أمره على الطلاق لما كان عليها عدّة⁽³⁾ .

ووجه دخول زوجة المفقود في العدة بعد انقضاء الأجل، أنه يحكم بموته في حقها⁽⁴⁾ .

وسواء في التأجيل بأربعة أعوام، كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، دعت قبل غيبته للدخول أم لا .

وحيث ضرب الأجل لواحدة من نساء المفقود قامت برفع الأمر للحاكم دون غيرها، سرى الضرب لبقيةهن وإن امتنعت الباقيات من كون الضرب لمن قامت ضرباً لهنّ، وطلبن ضرب أجل آخر، فلا يجبن لذلك . بل يكفي أجل الأولى ما لم يخترن المقام معه . فإن اخترنه فلهنّ ذلك وتستمرّ لهنّ النفقة . ونقل عن السيوري أن المفقود اليوم - أي زمن السيوري - ينتظر مدّة التعمير لعدم من يبحث عنه الآن . وأقرّه تلميذه عبد الحميد . ولكن محلّ هذا كله عند دوام النفقة وعدم خوف العنت، كما علمت ودين الله يسر، ولا ضرر ولا ضرار .

وعند دخول زوجة المفقود في العدة فإن عليها الإحداد، وتقدّم الدليل على ذلك .

ولها الرجوع في التمسك بزوجها قبل الشروع في العدة لفرض حياته عندها . فإن شرعت فيها فليس لها الرجوع إلى عصمة زوجها والبقاء عليها، لفرض موته عندها بالشروع فيها . وهو قول أبي عمران، ورجح . وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: لها ما لم تخرج من العدة . فلو خرجت منها فليس لها الرجوع اتفاقاً .

ولا نفقة لها في عدتها، بل تسقط عن زوجها لفرضها موته بشروعها في العدة .

(1) انقبس 753/2 .

(2) المعونة 822/2 .

(3) المعونة 822/2 .

(4) المنتقى 91/4 .

واعلم أنه بمجرد انقضاء العدة المذكورة تحل للأزواج. والدليل على ذلك أن الخبر ورد بذلك عن الصحابة كما تقدم. ولأن اعتدادها لو لم يفد جواز تزويجها لكان لا معنى له⁽¹⁾. ولا تحتاج في عدتها ولا في زواجها لإذن الإمام، لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل. ولأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضاء الأجل هو زوال المنع بأنقضاء الأجل⁽²⁾. ولا يتأتى هنا ما سبق في عدة المتوفى عنها من أن المعتدة عدة وفاة إذا كانت غير حامل وكانت مدخولاً بها تعتد بأربعة أشهر وعشر بشرطين مذكورين هناك. ولا يتأتى هنا ما سبق أيضاً من أنها إذا ارتفعت حيضتها أو إذا ارتابت فإنها تنتظر الحيضة أو تنتظر تمام تسعة أشهر. ووجه عدم تأتي ما ذكر هنا أن أمد الحمل انقضى من حين التأجيل. ويقدر الشارع بشروع زوجة المفقود في العدة وقوع طلاق من المفقود يفيتها عليه على احتمال حياته. وتأخذ منه جميع المهر، وإن لم يكن قد دخل بها قياساً على الميت والمعترض بعد التلوم له. وهذا قول مالك وبه القضاء.

وروى عيسى عن ابن القاسم أنه لا يكمل لها المهر بل لها نصفه فقط. ثم إن مضت مدة التعمير أو ثبت موته كمل لها. ونسب الحطاب هذا القول للباجي عن سحنون. وذكر أن هذا القول هو الذي به القضاء. والذي في المتطي أن الذي به القضاء الأول. ثم إنه على القول الأول إذا كان الصداق مؤجلاً فهل يعجل جميعه، وهو قول سحنون؛ أو يبقى على تأجيله، وهو قول مالك وهو الراجح. وإنما لم يكن الأول أرجح مع حلول ما أجل بالموت، لأن هذا تمويت لا موت حقيقة. ونص الخلاف الجاري في الصداق المؤجل يجري في غيره من الديون المؤجلة.

ويتحقق وقوع الطلاق المقدر بدخول الزوج الثاني عليها. وعلى ذلك فتحل للأول المفقود إن جاء بعصمة جديدة بعد الثاني، بأن طلقها أو مات عنها. وذلك إن كان المفقود طلقها اثنتين قبل فقدته وقبل دخول الثاني بها، وإن وطئها الثاني وطئاً يحل المبتوتة.

فالطالقة الثالثة التي بقيت من عصمة المفقود المقدر وقوعها عند ابتداء العدة قد حقت وقوعها دخول الثاني، فصارت بعد فراقها بعصمة جديدة للأول.

واستشكل تقدير هذا الطلاق بأنه لا حاجة له مع تقدير موته وعدتها عدة وفاة. وقد يقال: إنه محتاج إلى أجل لفواتها على الأول بدخول الثاني إذا تبين حياته إذ لو اقتصر على تقدير موته لم تفت عليه بدخول الثاني.

والحاصل أنه يقدر وفاته لأجل أن تعتد عدة وفاة، ويكمل لها الصداق، ولا نفقة لها في العدة. ويقدر طلاقه لأجل أن تفوت على الأول بدخول الثاني، ولأجل أن يكون حلتيها للأول إذا كان طلقها طلقين قبل فقدته بعصمة جديدة لا بالعصمة الأولى.

فإذا جاء المفقود بعد عقد الثاني عليها أو لم يجرى وتبين أنه حي، أو تبين أنه مات؛ فحكمها كحكم ذات الوليين. وصورة ذلك أنها تفوت على الأول إن تلذذ بها الثاني غير عالم بمجيئه أو حياته، أو بكونها في عدة وفاة الأول. فإن تلذذ بها الثاني عالماً بواحد من هذه الأمور فهي للمفقود.

وفائدة كونها للمفقود عند تبين موته أن نكاحها يفسخ وتتأبد حرمتها عليه، وإرثها للأول.

قال الشيخ ابن عاشور في توجيه اشتراط التلذذ، أي الدخول، لكي تفوت على المفقود الراجع، وأن قبل الدخول لا تفوت: إن عصمة الزوج الأول، وهو المفقود، تقررت بوجه يقين، وأن عصمة الثاني بنيت على ظن تبين خلافه. فكان عقد الثاني عقداً على ذات زوج. إلا أنه لما كان مأذوناً فيه كان عقداً معتبراً شرعاً. فكان العقدان بمنزلة حجتين متعارضتين. فإذا لم يدخل الثاني كان الترجيح لعقد الأول لأنه معضود بحيازة العصمة السابقة بحكم الاستصحاب. وإذا دخل بها الثاني اعتضدت حجة الثاني بحيازة العصمة الطارئة المأذون فيها شرعاً، فأبطلت عصمة الأول، وصار للثاني من التعلق بأمر إنه مثل ما كان للأول... ومن البين أن المنظور إليه شرعاً في تأجيل المفقود واعتداد زوجته منه وأنها تحل للأزواج بعد أنقضاء العدة هو حق المرأة في طلب العشير لأن الله تعالى قال: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾ فلذلك لم يلتفت إلى كون الغائب مفترطاً في إعلام زوجه بمحل غيبته أو غير مفترط. ولا إلى كونه مقهوراً عن الانقطاع أو مختاراً. لأن حق المرأة سبب يبيح لها التخلص من عصمة هذا المفقود. فصار من خطاب الوضع الذي لا يعتبر فيه علم المكلف ولا قدرته ولا معذرتة⁽¹⁾. ويتأيد هذا بما رواه ابن يونس عن الإمام مالك قال: بلغني عن عمر في امرأة المفقود، وفي التي تعلم بالطلاق ولم تعلم بالرجعة أنها إن تزوجت ثم قدم الأول فإنه أحق بها ما لم يدخل بها الثاني. قال مالك: وهذا أحب ما سمعت إلي في هذا⁽²⁾.

وللإمام مالك قول آخر، وهو أنها تفوت على الأول بالعقد. وقد رجع عنه إلى القول المذكور أولاً، وبه أخذ ابن القاسم⁽³⁾.

وأما ما رواه معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر وعثمان قضيا في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر بعد ذلك، ثم تتزوج، فإن جاء زوجها الأول خير بين الصداق وبين امرأته⁽⁴⁾.

(1) كشف المغطى ص 265، 266.

(2) نقل هذه الرواية عن ابن يونس عن مالك الشيخ ابن عاشور في كشف المغطى ص 265 عن أبي الحسن الزرويلي في شرح تهذيب المدونة في كتاب العدة وطلاق السنة.

(3) انظر توجيهه: كشف المغطى ص 264؛ والقبس 2/754.

(4) أخرجه عبد الرزاق في المصنف 7/85.

فموضوع هذه الرواية عن عمر في فوات زوجة المفقود على زوجها إذا رجع بعد عقد الثاني عليها. وقد قال مالك رحمه الله تعالى في قول عمر بتخيير الزوج الأول بين المهر أو رجوع امرأته إليه: وأدرکت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب⁽¹⁾.

وفسر الباجي معنى الإنكار فقال بأنه يحتمل وجهين أحدهما أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر، ولكنهم لا يرونه ولا يعملون به. وذلك أنّ من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل له إلى المهر. والوجه الثاني أنهم ينكرون الرواية. وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال فلا يمتنع أن تنكر على روايتها، فإنّ معمرأ قد روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه وهم في كثير منها. وقد تنكر الرواية على الثقة، إذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ⁽²⁾.

وعلل القاضي عبد الوهاب فواتها بالدخول، بأنّها قد بانت بالوطء وحكم الحاكم. لأنّ اعتدادها حكم من الحاكم بالفراق عليه على الشرط الذي تقدّم.

وعلل عدم فواتها بالعقد بدون الدخول بأنه عقد نكاح طراً على عقد صحيح تقدّمه بضرب سائغ من الاجتهاد. فوجب أن لا تمنع نفسها عن الأول إلا بأن يضامها دخول، أصله نكاح الوليين⁽³⁾.

وما تقدم هو بخلاف الحالات التالية:

- المنعي لها زوجها. وهي من أخبرت بعدول أو بغير عدول بموت زوجها الغائب، فأعدت وتزوجت. ثم قدم زوجها أو تبين حياته، فلا تفوت بدخول الثاني غير عالم، ولو ولدت الأولاد أو حكم بموته حاكم، حيث كان المخبر بالموت عدولاً، إذ لا يتصور حكم الحاكم بغير العدلين.

- المطلقة لعدم النفقة بشروطه. ثم ظهر سقوطها عن الزوج بأن أثبت أنه ترك عندها ما يكفيها، أو أنه وكل وكيلاً موسراً يدفعها عنه، أو أنها أسقطتها عنه في المستقبل، فلا تفوت بدخول الثاني، ولو ولدت أولاداً من ذلك الثاني.

- زوجة المفقود المتقدم ذكره إذا تزوجت في عدتها المفروضة لها، ففسخ النكاح لذلك، فاستبرأت وتزوجت بثالث، فثبت أنّ المفقود كان قد مات وانقضت عدتها منه في الواقع قبل عقد الثاني، فلا تفوت على الثاني بدخول الثالث.

- إذا أدعت المرأة الموت لزوجها، وتزوجت بمجرد دعواها أو بشهادة غير عدلين على موته، ففسخ نكاحها لعدم شهادة العدلين بموته. ثم ثبت بالعدل أنه مات، فتزوجت

(1) الموطأ في الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها.

(2) المتقى 4/93.

(3) المعونة 2/823.

بثالث، ثم ظهر أن نكاح الثاني كان على الصحة، فلا تفوت على الثاني بدخول الثالث.
وأما مال المفقود فإنه يبقى ولا يورث، حتى تنتهي مدة التعمير. والفرق بين التعجيل
بفراق الزوجة وبين تأجيل قسمة المال حتى انتهاء مدة التعمير، أن تعجيل الحكم بفراق الزوجة
إنما هو للضرر اللاحق بها، وإلا فحرمة العصمة والفروج أقوى من حرمة المال وأولى
بالاحتياط لها. إلا أن الورثة لا ضرر عليهم بتأجيل قسم المال، إذ لم يثبت استحقاقهم له⁽¹⁾.
ولا يكفي انتهاء مدة التعمير ليورث ماله، بل لا بد من حكم الحاكم بموته.
والمعتبر في ورثته الموجود منهم يوم الحكم بموته لا يوم الفقد، ولا يوم بلوغه
مدة التعمير بدون حكم.

وأما زوجاته اللاتي ضرب لهنّ الأجل، فلا ميراث لهنّ. لأن حالة موته لم يكن
في عصمته وإن كنّ أحياء. بل بمجرد شروعهنّ في العدة انقطع ميراثهنّ منه إن لم يثبت
قبل شروعهنّ في العدة.

الثاني: وهو المفقود في بلاد الإسلام في زمن الوباء. فأمراته تعتدّ بعد ذهابه،
ويورث ماله، لغلبة الظنّ بموته.

الثالث: وهو المفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام.

إذا فقد الزوج في معترك بين المسلمين، فإن زوجته تعتدّ عدة وفاة من يوم التقاء
الصفين على قول مالك وابن القاسم. وقال الشيخ خليل: بعد انفصال الصفين. وقال
الشيخ الدردير: والأرجح الأول، إلا أن الأظهر في النظر هو الثاني، لأنه الأحوط،
فيجب التعويل عليه. وهذا إذا شهدت البيّنة أنه حضر صف القتال، وإلا فحكمه كالمفقود
في بلاد الإسلام، المتقدم ذكره. ويورث ماله حين شروع زوجته في العدة.

الرابع: وهو مفقود أرض الشرك والأسير.

تمكث زوجة مفقود أرض الشرك والأسير إلى نهاية مدة التعمير بداية من ولادته.
ولا يضرب للأسير أجل، لأن حياته معلومة وعذره في نفي قصد المضارة ظاهر⁽¹⁾.

ومحلّ مكث زوجتي مفقود أرض الشرك والأسير إلى نهاية مدة التعمير، إذا دامت
نفقتهما. وإلا فلهما التطلق لعدم النفقة. وكذا لو خشيا الزنا ولو كانت نفقتهما دائمة.

ولا بدّ من الحكم بموت الأسير ومفقود أرض الشرك بعد تلك المدة. وتعتدّ زوجة
كلّ منهما عدة وفاة. ويقسم ماله على ورثته. فإن جاء بعد القسم لتركته لم يمض القسم
ويرجع له متاعه.

وإذا اختلف الشهود في سنه، بأن قالت بيّنة خمسة عشر، وقالت أخرى عشرون،
فالحكم بالأقل لأنه الأحوط.

وتجوز شهادتهم على التخمين للضرورة. ويحلف الوارث حيث كانت الشهادة على التخمين، بأن ما شهدوا به حق. ويحلف على البت معتمداً على شهادتهم. وإنما يحلف من يظن به العلم. فإن أرخت البيّنة الولادة فلا يمين.

الخامس: وهو المفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار. تعتدّ زوجة المفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار عدة وفاة، بعد سنة من النظر في شأنه بالسؤال، والتفتيش حتى يغلب على الظنّ عدم حياته.

ويورث ماله حينئذٍ. ودليل هذه المسألة هو العمل بالقياس المرسل أي النظر بالمصالح⁽¹⁾.

مدّة التعمير:

مشهور المذهب أنّ مدّة التعمير سبعون سنة من الولادة. والدليل على ذلك⁽²⁾ ما روي عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين. وأقل من يجوز ذلك»⁽³⁾. ووجه الاستدلال منه أنّه لا معنى لقوله ﷺ ذلك إلا الإخبار بما يتعلّق به الحكم من الأعمار.

واختار الشيخان أبو محمّد عبد الله بن أبي زيد وأبو الحسن علي القاسبي ثمانين سنة. وقضى ابن زرب بخمسة وسبعين سنة.

فقد من بلغ مدّة التعمير:

إذا فقد الرجل وقد بلغ مدّة التعمير أو جاوزها، كمن فقد وهو ابن سبعين أو ثمانين؛ قال ابن عرفة: إذا فقد وهو ابن سبعين زيد عشرة أعوام. قال أبو عمران: وكذا ابن الثمانين. وإذا فقد ابن خمسة وتسعين زيد له خمس سنين. وإن فقد ابن مائة اجتهد فيما يزداد له.

تداخل العدد والاستبراء:

عدة الطلاق وعدة الوفاة والاستبراء، ثلاثة أنواع، قد يطرأ كلّ منها على مثله وعلى غيره. وضابط أحكامها أنّه إن طرأ سبب لوجوب عدة من طلاق أو موت أو استبراء قبل تمام عدة من طلاق أو موت أو قبل تمام استبراء، انهدم الأول، واستؤنف ما طرأ. ولا يطرأ موت على موت، ولا طلاق على موت. فالموت يطرأ عليه الاستبراء فقط. فهذه سبع صور:

- طروء عدة وفاة على عدة طلاق أو استبراء.

(1) بداية المجتهد 2/62. (2) المعونة 2/823؛ والمقدمات 1/531.

(3) أخرجه الترمذي في الدعوات، باب في دعاء النبي ﷺ؛ وابن ماجه في الزهد، باب الأمل والأجل.

- طرء عدة طلاق على عدة طلاق أو استبراء.
- طرء استبراء على عدة وفاة أو عدة طلاق أو استبراء.
- ويستثنى من استئناف المرأة ما طرأ، إذا كان الطارئ أو المطرء عليه عدة وفاة، فتمكث أقصى الأجلين. وذلك في ثلاث صور:
- طرء عدة وفاة على استبراء.
- طرء عدة وفاة على عدة طلاق.
- طرء استبراء على عدة وفاة.

فمثال ما إذا طرأت عدة طلاق أو وفاة على عدة طلاق، أن يطلق زوجته بائناً، دون الثلاث. بأن يطلقها بعد الدخول في خلع، ثم يتزوجها في عدتها منه لجواز ذلك له خاصة، ثم يطلقها بعد البناء بها أو يموت بعد البناء أو قبله، فتستأنف عدة طلاق فيما إذا طلق بعد البناء، وعدة وفاة فيما إذا مات.

وأما لو طلقها قبل البناء فإنها تبقى على عدة الطلاق الأول، لأنه في الحقيقة لا يهدم العدة الأولى إلا الدخول، وهو لم يحصل قال ابن رشد الجد: لأن المختلعة قد بانت منه، فإن تزوجها، ثم طلقها قبل أن يمسه لم يكن عليها عدة من هذا الطلاق الثاني، لأنها مطلقة قبل الدخول. فوجب أن تبني على عدتها؛ لأنها عدة قد لزمها من طلاق بعد الدخول، فلا تنهدم إلا بالدخول⁽¹⁾.

ومثال طرء عدة طلاق أو استبراء على استبراء؛ أن يستبرئ امرأته من وطء فاسد، زنا أو غيره، ثم يطلقها فتستأنف عدة الطلاق وينهدم الاستبراء. أو توطأ بفساد، فتستأنف استبراء. وينهدم الأول.

والمرتجع لمطلقة الرجعية ولو لم يمسه بعد ارتجاعه، إن طلقها أو مات عنها، فإنها تستأنف عدة طلاق أو وفاة من يوم طلق أو مات.

ووجه استئنافها عدة الوفاة أن الموت يهدم العدة كما تهدمها الرجعة، فترجع المرأة إذا مات زوجها في العدة إلى عدة الوفاة⁽²⁾.

ووجه استئنافها عدة الطلاق أن ارتجاعها يهدم العدة الأولى، ويعود بها الزوج إلى حاله قبل الطلاق؛ لأن العصمة لم تنزل بالطلاق، وإنما حدث به فيها ثلم صلح بالرجعة. فوجب إذا ارتجعها ثم طلقها أن يستأنف العدة، مس بعد ارتجاعه أو لم يمسه؛ لأنه وإن لم يمسه بعد الرجعة فقد مس قبلها وقبل الطلاق الذي انهدمت عدته بالرجعة، فصار طلاقه هذا طلاقاً من نكاح قد مس فيه⁽³⁾.

(1) البيان والتحصيل 330/5؛ وانظر: عدة البروق ص318.

(2) البيان والتحصيل 330/5.

(3) المعونة 926/2؛ والمنتقى 111/4؛ والبيان والتحصيل 330/5؛ وعدة البروق ص318.

وقد نقل القرطبي عن سفيان الثوري إجماع الفقهاء على أن المطلقة الرجعية إذا راجعها زوجها قبل أن تنقضي عدتها ثم فارقها قبل أن يمسه فإنها تستأنف العدة من يوم طلقها ثانية، ولا تبني على ما مضى من العدة الأولى. وقال مالك في ذلك: وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها⁽¹⁾.

ومثال طروء الاستبراء على العدة من طلاق: المعتدة عدّة طلاق إذا وطئت وطئاً فاسداً، بشبهة أو زنا أو غصب، ولو من المطلق، أو نكاح من غيره، ولا يكون إلا فاسداً لأنها معتدة، فتستأنف الاستبراء وتهدم العدة. وهذا خلاف ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أنها تعتد بقية عدتها من الأول، ثم تعتد من الآخر⁽²⁾.

ومثال طروء الاستبراء على عدّة الوفاة: المعتدة من وفاة توطأ وطئاً فاسداً، فأقصى الأجلين، عدّة الوفاة ومدة الاستبراء. وكذا عكسه، وهو طروء عدّة وفاة على استبراء. وذلك كمستبرأة من وطء فاسد مات زوجها أيام الاستبراء، فتمكث أقصى الأجلين، تمام الاستبراء وعدّة الوفاة.

ومثال طروء عدّة وفاة على عدّة طلاق: كأن يموت زوج الرجعية في عدتها ولم يراجعها، فأقصى الأجلين.

ما يهدم وضع الحمل:

إذا وضعت المرأة، وكان الوضع من نكاح صحيح، وكانت هي معتدة من طلاق أو وفاة، وكانت قد وطئت وطئاً فاسداً، بنكاح في العدة أو بزنا أو بشبهة، فظهر بها حمل من صاحب العدة فإن ذلك الوضع يهدم غيره، وهو الاستبراء الكائن من الوطء الفاسد. لأنه إنما كان لخوف الحمل، وقد أمن منه بالوضع.

ويهدم الوضع هذا الاستبراء، ولو أحق الحمل المذكور بالوطء الفاسد. كما لو وطئها الثاني وهي معتدة بعد حيضة وأتت به بعد ستة أشهر من وطء الثاني ولم ينفه، فإنه يهدم أثره الفاسد وهو الاستبراء منه.

ويهدم وضع الحمل من وطء فاسد أيضاً عدّة الطلاق. سواء كان الطلاق متقدماً على الفاسد أو متأخراً عنه. كما لو وطئت المرأة المتزوجة بشبهة، وشرعت في الاستبراء فطلقها زوجها فأتت بولد لاحق بالوطء الفاسد، فإنه يهدم عدّة الطلاق.

ولا يهدم الوضع من الوطء الفاسد عدّة وفاة. بل عليها أقصى الأجلين، إما الوضع من الفاسد أو تمام عدّة الوفاة. فإن قيل كيف يتصور أقصى الأجلين مع أن مدة الحمل من الفاسد دائماً أكثر من عدة الوفاة فالجواب أنه قد يكون الوضع سقطاً.

(1) المتقى 4/111؛ وأحكام القرطبي 14/204. (2) المتقى 3/316؛ والمقدمات 1/520.

أحكام الرضاع

تعريف الرضاع:

الرضاع لغة من رَضَعَ أي امتص اللبن من الثدي أو الضرع⁽¹⁾.
وشرعاً: وصول لبن امرأة، وإن ميتة أو صغيرة لم تطق، لجوف رضيع، وإن بسعوط أو حقنة تغذي أو خلط بغيره، إلا أن يغلب عليه، في الحولين أو بزيادة شهرين إلا أن يستغني ولو فيهما.

حكم الرضاع:

يحرم الرضاع ما حرّمه النسب. والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخْوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضْعَةِ﴾ [النساء: 23].

ب - والآية لم تستوف جميع المحرمات من الرضاع، بل اقتصر على الأم من الأصول، وعلى الأخت من الفروع. فبين النبي ﷺ ما تناوله الآية وما يندرج في معناها بما روي عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»⁽³⁾.

وبما روي عن أم حبيبة أنها قالت لرسول الله ﷺ: إنا نحدث أنك تريد أن تنكح بنت أبي سلمة. قال: «بنت أم سلمة؟!» قالت: نعم. فقال: «لو أنها لم تكن ربيتي في حجري ما حلت لي. إنها لابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبا سلمة ثوية. فلا تعرضن عليّ بناتكن ولا أخواتكن»⁽⁴⁾. وكانت ثوية جارية لأبي لهب أرضعت رسول الله ﷺ وحمزة وأبا سلمة.

وبما روي عن ابن عباس قال: قيل لرسول الله ﷺ: ألا تزوج ابنة حمزة. قال:

(1) المعجم الوسيط 350.

(2) المعونة 2/946؛ والمقدمات 2/489؛ والقبس 2/765؛ وأحكام ابن العربي 1/373؛ وأحكام القرطبي 5/108؛ والعارض 5/87؛ والذخيرة 4/279.

(3) أخرجه مالك في الرضاع، باب جامع ما جاء في الرضاعة؛ والبخاري في الشهادات، باب الشهادة على الأنساب؛ ومسلم في الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل.

(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم؛ ومسلم في الرضاع، باب الربيبة وأخت المرأة.

«إنها ابنة أخي من الرضاعة»⁽¹⁾.

وأكد ابن رشد الجد وابن العربي أن أحاديث النبي ﷺ ليس فيها زيادة على النص القرآني. وإنما هي من باب البيان لما أجمله القرآن.

ج - الإجماع دليل على أن تحريم الرضاع مثل تحريم النسب.

شروط الرضاع المحرم:

شروط الرضاع المحرم يدل عليها التعريف المتقدم. وهي:

1 - أن يكون اللبن لآدمية. لا لبن بهيمة. والدليل:

- قوله تعالى: ﴿رَأَيْتُكُمْ أَلْتَقَىٰ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ووجه الاستدلال أنه لا يستحق وصف

الأمومة إلا الآدمية⁽²⁾.

ويحرم لبن الآدمية ولو كانت ميتة رضعها الطفل أو حلب له منها، وعلم أن الذي بثديها لبن أو شك هل هو لبن أو غيره. وأما إن شك هل كان فيها لبن أم لا فلا يحرم، لأن الأصل العدم. ودليل تحريم لبن المرأة الميتة:

أ - عموم أدلة تحريم الرضاعة توجب التسوية بين الحية والميتة⁽³⁾. ولا يقال إنه خارج من لفظ ﴿أَلْتَقَىٰ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ والميتة لا ترضع؛ لأن الوصف المذكور في الآية خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له. لأنه قد يحلب من ثديها اللبن وهي حية، وهي كارهة، ويرضع الصبي، أو يرضع الصبي وهي نائمة⁽⁴⁾.

ب - عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «إنما الرضاعة من المجاعة»⁽⁵⁾.

ج - عن ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: «لارضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين أن لبن الميتة يحصل به التغذي ويسد الجوع⁽⁷⁾.

د - القياس على اللبن المأخوذ من المرأة حال الحياة، لأنه لبن آدمية وصل إلى جوف الطفل في مدة الحولين⁽⁸⁾.

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم؛ ومسلم في الرضاع، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 126. (3) المعونة 2/950؛ وبداية المجتهد 2/46.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 126.

(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب من قال لا رضاع بعد حولين؛ ومسلم في الرضاع.

(6) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في رضاعة الكبير.

(7) الإشراف 2/804؛ والذخيرة 4/270.

(8) الإشراف 2/304؛ والمعونة 2/950؛ والمنتقى 4/150.

هـ - أنه لا فرق أن يكون في ثدي المرأة أو في كوز منفصل، وهي قد ماتت. وذكر ابن العربي أنه لا يوجد فرق إلا في النجاسة عند من يقول بنجاسة اللبن. وليست نجاسة اللبن مما يرفع انتشار الحرمة به⁽¹⁾.

واعتبر ابن رشد الحفيد هذه المسألة غير واقعة ولا يكون لها وجود إلا في القول⁽²⁾.

2 - أن يكون اللبن لامرأة، أي أنثى لا ذكر. فلا يحرم لبن الذكر ولو كثر. والدليل: قوله تعالى: ﴿رَأْمَهُنَّكُمْ أَلْتِيَّ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ والرجل ليس أمًا. والمعتاد رضاع النساء لا الرجال، وإن وجد هذا فهو نادر ولا يتعلق به حكم، لأنه خارج من غير مخرجه المعتاد فأشبهه مصّ دمه⁽³⁾.

والظاهر أن لبن الخنثى المشكل ينشر الحرمة قياساً على الشك في الحدث احتياطاً. ولبن المرأة يحرم ولو كانت صغيرة لم تطق الوطء، إن قدر أن بها لبناً. وأما المطيقة فلا خلاف أنها تنشر الحرمة. وكذا العجوز التي قعت عن الولد لبنها محرم إن كان لبناً لا ماء أصفر، ودليل تحريم لبن غير الموطوءة والصغيرة والعجوز.

أ - قوله تعالى: ﴿رَأْمَهُنَّكُمْ أَلْتِيَّ أَرْضَعْنَكُمْ﴾.

ووجه الاستدلال أن الآية عامة ولم تفرق بين الموطوءة وغير الموطوءة والصغيرة والعجوز⁽⁴⁾.

ب - أنه لبن يحصل به الغذاء⁽⁵⁾.

وأما وجه عدم الحرمة إذا كان ماء أصفر، أن الرضاع مختص باللبن، لأنه المتبادر إلى الفهم، فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات⁽⁶⁾.

3 - أن يصل اللبن للجوف، ولو كان الوصول للجوف شكاً. لا إن وصل للحلق فقط، فلا يلزم على المشهور.

ويحرم اللبن الواصل للجوف بوجور أو سعوط. والوجور الصب في وسط الفم دون المص، والسعوط الصب في الأنف. ويحرم أيضاً بما وصل للجوف بسبب حقنة، أي بما يصب في الدبر. ويشترط في الحقنة أن تكون تغذي. والشرط في الجميع الوصول للجوف. ودليل التحريم بوصول اللبن من هذه المنافذ.

أ - عن ابن الزبير قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء»⁽⁷⁾.

(2) بداية المجتهد 2/46.

(1) القيس 2/771.

(3) المنتقى 4/151.

(4) المعونة 2/950؛ والمنتقى 4/150؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 126.

(5) الذخيرة 4/270.

(6) شرح ابن عبد السلام ورقة 126.

(7) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب لا رضاع بعد فصال.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ نبّه على اعتبار ما فتق الأمعاء. وهذا يوجد في اللبن الواصل إلى الجوف صباً في الحلق ونحوه، أو التقاماً. وليس العبرة بكيفية وصوله⁽¹⁾.

ب - القياس على الرضاع بالتقام الثدي، لأنها صفة لوصول اللبن إلى الجوف⁽²⁾.

ج - أن المقصود، وهو الاغتذاء يحصل منها⁽³⁾.

وقد نصّ النبي ﷺ على التقام الثدي فيما روي عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام»⁽⁴⁾.

ولم أقف للمالكية على تفسير للحديث. ويحتمل أن يكون عندهم قوله ﷺ: «في الثدي» خرج مخرج الغالب لأنه قيد غير موجود في بقية الأحاديث.

وأما الواصل للجوف باكتحال، أو من أذن أو من مسام الرأس، فلا يحرم لعدم المنفذ، فلا يسمّى رضاعاً. فليس ذلك كالصوم. فالمنفذ العالي في الصيام مفطر، ولو كان ضيقاً، ولو وصل للحلق فقط إن كان الواصل مائعاً. وأما في تحريم الرضاع فليس كذلك.

4 - أن يصل اللبن لجوف الرضيع في الحولين، أو بزيادة شهرين عليها، لا إن وصل لجوف كبير. ودليل اشتراط كون الرضاع في الحولين:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 233] ووجه الاستدلال من الآية أنها بيّنت الزمان الذي يقع فيه الرضاع. وظاهرها يمنع أن يكون حكم ما بعد الحولين كحكم الحولين. والآية مقيدة لقوله تعالى: ﴿رَأَيْتُمْ كَيْفَ يَرْضِعُ الرُّضْعَاءُ﴾⁽⁵⁾.

كما أنّ الرضيع لفظ يطلق على الصغير دون الكبير حتى صار يسمّى به وإن لم يرضع⁽⁶⁾.

ب - عن عائشة قالت: دخل عليّ النبي ﷺ، وعندي رجل. قال: «يا عائشة من هذا؟» قلت: أخي من الرضاعة. قال: «يا عائشة انظرن من إخوانكنّ. فإنما الرضاعة من المجاعة»⁽⁷⁾.

ج - عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي، وكان قبل الفطام»⁽⁸⁾.

(1) المعلم 166/2؛ وبداية المجتهد 43/2. (2) المعونة 948/2؛ والإشراف 805/2.

(3) المعونة 948/2؛ والذخيرة 274/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 179؛ وعدة البروق ص 330.

(4) أخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر.

(5) القبس 769/2؛ وأحكام ابن العربي 375/1؛ والإشراف 804/2؛ والمقدمات 493/1؛ والمعلم 166/2.

(6) العارضة 97/5.

(7) أخرجه البخاري في الشهادات، باب الشهادة على الأنساب؛ ومسلم في الرضاع.

(8) سبق تخريجه.

ووجه الاستدلال من الحديثين أنهما ينفيان حكم التحريم بالرضاعة إذا وقعت في زمن لا يقع بها الاغتذاء وفتق الأمعاء كما تدل عليه صيغة الحصر في الحديثين. والحديث الثاني نص في اشتراط حصولها قبل الفطام⁽¹⁾.

د - أن علة تحريم الرضاعة هو ما يحصل للرضيع في استبقاء حياته واختلاط لبن المرضع بلحمه ودمه حين لا يغني عنه غيره، ما أشبه النسب في تكوين البعضية، ويصبح الرضيع جزءاً من المرضع، فلذلك جعلت له الشريعة حرمة النسب. وهذا منتف في رضاعة الكبير. ولو أوجبت رضاعة الكبير أيضاً حرمة ملحقة بحرمة النسب لكان حكم الرضاع عبثاً لا معنى له⁽²⁾.

وما رري أن سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة جاءت إلى رسول الله ﷺ بعد إبطال التبني، فقالت: يا رسول الله كذا نرى سالمًا ولدًا، وكان يدخل علي وأنا فضل، وليس لنا إلا بيت واحد فماذا ترى في شأنه. فقال لها رسول الله ﷺ: «أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها» ففعلت، فكانت تراه ابناً من الرضاعة⁽³⁾.

فهذه رخصة خاصة بسالم وسهلة. ودليل خصوصيته⁽⁴⁾:

أ - ما يدل عليه لفظ القصة، من أن ذلك كان على وجه الرخصة لها إذ كان حكم إرجاع المتبئين إلى الحقيقة في اعتبارهم أجنب من جهة النسب حكماً قد فاجأهم، في حين كان التبني فاشياً بينهم. وكانوا يجعلون للمتبئين مثل ما للأبناء. فشق ذلك عليهم وامتلوا أمر الله تعالى في إبطاله. وكان سهلة زوج أبي حذيفة بحال احتياج إلى خدمة سالم واختلاطه بهم. إذ لم يكن لها إلا بيت واحد. فعذرها رسول الله ﷺ، ورخص لها أن يدخل عليها وهي فضل. وجعل تلك الرخصة معضدة بعمل يشبه ما يبيح الدخول أصالة، محافظة على حكم إبطال التبني بقدر ما تمكن المحافظة في مقام الرخصة ومقام ابتداء التشريع. فإن للتدرج في أوائل التشريع أحوالاً مختلفة.

ب - الحديث المتقدم «فإنما الرضاعة من المجاعة».

ج - أنه لم يثبت أن النبي ﷺ أذن في ذلك لغير سهلة. ولا أن أحداً فعله في حياته ﷺ، مع مسيس الحاجة من الناس إلى ذلك. ولو كان عاماً لبادر إليه الكل⁽⁵⁾.

(1) المنتقى 154/4؛ والمقدمات 494/1؛ وبداية المجتهد 42/2؛ وأحكام ابن العربي 375/1؛ والإشراف 804/2؛ والمعلم 166/2؛ والعارضه 97/5؛ والمعونة 949/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 178.

(2) العارضه 97/5؛ وكشف المغطى ص 267.

(3) أخرجه مالك في الرضاع، باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر؛ ومسلم في الرضاع، باب رضاعة الكبير.

(4) المنتقى 154/4؛ وكشف المغطى ص 267. (5) القبس 769/2.

د - إجماع الصحابة: ما عدا عائشة رضي الله عنها جميعاً، على أنه ليس حكماً عاماً لكل أحد. ولم يوافقوا عائشة في قولها برضاعة الكبير. فقد خالفها عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم (1).

وأما وجه التحريم بزيادة الشهرين على الحولين:

أ - أن قوله تعالى: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ ليس تحديداً لازماً لأنه قال: ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾. فهو تعالى علق تحديد الرضاع بالحولين على إرادة المكلف. ولا يقال إن ما وقع شرط الإرادة في الانتهاء إلى المدة والنقصان عنها، فأما الزيادة عليها فلا. فجوابه عند ابن العربي بأن شرط الإرادة وقع مطلقاً، فتخصيصه ببعض احتمالاته يفتقر إلى دليل (2).

ب - إن ما قرب من الحولين يعطى حكم الحولين. لأنه به يتم حكم الحولين والمقصود بهما، وهو أنتفاع الصبي به وكونه غذاء له. لأنه لا يستغنى عن الرضاع بانقضاء الحولين، بل يحتاج إلى تدرّج. فكان ما قاربهما وتمم حكمهما في معناهما (3). وبهذا يكون عموم حديث «إنما الرضاعة من المجاعة» يتناوله، لأنه ما دام الطفل غذاؤه اللبن فإن ذلك الرضاع محرم (4).

ج - القياس على الرضاعة في الحولين، لأنه إرضاع مع المجاعة (5).

وأما إذا زادت الرضاعة على الشهرين فإنها لا تلحق بالعامين، لأنها مدة تأخذ حكم نفسها، فلا يحتاج الحولان إليها في تمام حكمها. وقياساً على السنة، لأنها مدة زائدة على الحولين. فيستغنى فيها بالطعام، فلم يؤثر إرضاعه فيها (6).

ولا فرق في مدة الرضاع المحرمة بين من مكث في بطن أمه تسعة أشهر، ومن مكث أقل منها، فلا تتداخل مدة الحمل ومدة الرضاع. ولا يأخذ الواحد من الآخر. وما روي عن ابن عباس أن من مكث مثلاً تسعة أشهر فرضاعه أحد وعشرون شهراً؛ ومن مكث ستة أشهر فرضاعه عامان لقوله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُمْ وَفِصْلُهُمْ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، فالجمهور على خلاف هذا. وإن الحولين غاية لإرضاع كل مولود (7).

وإذا أستغنى الصبي بالطعام عن اللبن أستغناء بيتاً، بأن فطم أو لم يوجد له مريض

(1) المنتقى 155/4؛ والقبس 769/2؛ والمعلم 166/2؛ وأحكام ابن العربي 375/1؛ والمقدمات 1/494؛ وبداية المجتهد 42/2.

(2) القبس 770/2؛ وأحكام القرآن 202/1.

(3) الإشراف 804/2؛ والمعونة 949/2؛ والمنتقى 152/4؛ والمقدمات 493/1؛ والذخيرة 272/4؛ وتفسير ابن عرفة 668/2.

(4) شرح ابن عبد السلام ورقة 179؛ والإشراف 804/2؛ وبداية المجتهد 43/2.

(5) الإشراف 804/2. (6) الإشراف 804/2؛ والمنتقى 152/4.

(7) أحكام القرطبي 163/3؛ والتحرير والتنوير 432/2.

في الحولين، فاستغني بالطعام أكثر من يومين وما أشبههما، فأرضعته امرأة فلا يحرم. والدليل على عدم التحريم:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾ [البقرة: 233].

ووجه الاستدلال أنه تعالى جعل الحولين مدةً لنهاية الرضاع وإكماله. وعلق ذلك بإرادة الإتمام. ولو لم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك بإرادة من يريد إتمام الرضاعة⁽¹⁾.

ب - الحديث المتقدم: «إنما الرضاعة من المجاعة».

ووجه الاستدلال أن الرضاعة المحرمة لا تكون إلا عند الحاجة إليها. ومن فطم في بعض الحولين ثم رضع لم يكن رضاعاً من المجاعة⁽²⁾.

ج - عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنه بالفطام والاستغناء بالطعام والشراب يكون ما أرضع بعد ذلك لا يعد رضاعاً تقع به الحرمة⁽⁴⁾.

د - القياس على الرضاع بعد انقضاء الحولين، لأنه رضاع لمستغن عنه بالطعام، كما لو كان بعد انقضاء المدة⁽⁵⁾.

هـ - إن مدة الرضاع لم تضرب لعينها، وإنما ضربت ليجري الرضاع فيها، وعلقت على الإرادة، فإذا قطعت بالإرادة ووقع الاستغناء عنها لم يكن لصورة المدة اعتبار⁽⁶⁾.

قال ابن القاسم: إن فطم، فأرضعته امرأة بعد فطامه، بيوم وما أشبهه حرم. وفي رواية بيومين وما أشبه ذلك حرم، لأنه لو أعيد للبن لكان غداء له. وذكر الإمام المارزاي أن هذه المسألة راجعة إلى القدر الذي تجري فيه العادة باستغناء الرضيع بالطعام عن الرضاع⁽⁷⁾.

وأما ما دام مستمراً على الرضاع، بحيث لم يستغن عنه، فهو محرم ولو كان يستعمل الطعام وعلى فرض لو فطم لاستغنى به عن الرضاع.

خلط اللبن بغيره:

إذا خلط لبن المرأة بغيره، من طعام أو شراب، فإنه يحرم إذا وصل إلى الجوف.

- (1) المنتقى 151/4؛ والقبس 771/2.
 (2) الإشراف 805/2؛ وبداية المجتهد 43/2.
 (3) سبق تخريجه.
 (4) المقدمات 493/1.
 (5) الإشراف 805/2؛ والمعونة 950/2.
 (6) القبس 771/2.
 (7) المعلم 166/2.

إلا أن يغلب الغير على اللبن حتى لم يبق له طعم ولا أثر مع الطعام ونحوه، فلا يحرم. ووجه التحريم إذا لم يغلب المخالط، أن الحكم للغالب، وأن الغذاء يحصل به⁽¹⁾. ووجه عدم التحريم إذا غلب المخالط، أن غلبة المخالط يجعل اسم اللبن لا يقع عليه، ويبطل حكمه، ويجعل الحكم للغالب الذي هو المخالط⁽²⁾. وإذا خلط لبن امرأة مع لبن أخرى صار ابناً لهما، سواءً تساويا أو غلب أحدهما على التحقيق.

ويحرم لبن المرأة ولو صار جبناً أو سمناً، واستعمله الرضيع.

أقل الرضاع المحرم:

لبن المرأة محرم، سواء كان قليلاً أو كثيراً، ولو رضع مصة واحدة. ودليل تحريم الرضاع بالمصة الواحدة:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [البقرة: 233].

ووجه الاستدلال أن الآية مطلقّة. لم تفرّق بين الرضعة الواحدة والأكثر منها. وأنها علقت التحريم بالإرضاع. والمصة تسمى رضاعاً، وتوجب تسمية المرضعة أمّاً من الرضاعة، فوجب الأخذ بأقل ما ينطلق عليه اسم الرضاع⁽³⁾.

ب - حديث: «إنما الرضاعة من المجاعة» المتقدم. وحديث ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن في المصة الواحدة سدّ الجوعة وإنبات اللحم⁽⁵⁾.

ج - القياس على الصهر بعلة أنه معنى طارئ يقتضي تأييد التحريم، فلا يشترط فيه العدد كالصهر⁽⁶⁾.

د - الإجماع، وقد حكى الإجماع على ذلك الإمام الليث بن سعد⁽⁷⁾.

هـ - قول علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس بذلك⁽⁸⁾.

و - الاحتياط للفروج⁽⁹⁾.

(1) المعونة 2/ 951؛ والذخيرة 4/ 276.

(2) الإشراف 2/ 805؛ وبداية المجتهد 2/ 44؛ والمنتقى 4/ 153؛ والذخيرة 4/ 276.

(3) الإشراف 2/ 947؛ والمنتقى 4/ 152؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 178؛ وأحكام ابن العربي 1/ 374؛ وأحكام القرطبي 5/ 110؛ والمقدمات 1/ 494؛ وبداية المجتهد 2/ 41؛ والمعلم 2/ 163.

(4) أخرجه أبو داود في النكاح، باب في رضاعة الكبير.

(5) المعونة 2/ 947؛ والمعلم 2/ 164. (6) المعونة 2/ 947؛ وأحكام القرطبي 5/ 110.

(7) أحكام القرطبي 5/ 110؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 178.

(8) بداية المجتهد 2/ 41؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 178.

(9) أحكام ابن العربي 1/ 374.

وأما ما روي عن عائشة أنها قالت: كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من. ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ، وهو مما يقرأ من القرآن⁽¹⁾.

فإن هذا الحديث لا يصح التعلق به لعدة أمور، وهي⁽²⁾:

أ - أنها أحالت بما ذكرت من العشر رضعات والخمس رضعات، وبالنسخ الواقع بينهما على القرآن الكريم. وأخبرت أن الخمس رضعات مما يقرأ من القرآن بعد وفاة النبي ﷺ. وهذا ما لم يوجد فيه. ولو كان قرآناً لتلي الآن، لأن الله تعالى أخبر أنه حفظ كتابه العزيز. فدل هذا على عدم اعتباره قرآناً.

ولا يجوز إثباته من القرآن الكريم بروايتها، لأن طريق إثبات القرآن هو النقل المتواتر. ولا يثبت بأخبار الآحاد.

ولا يجوز أن يكون مما نسخ خطه وبقي حكمه، لأنها قالت: «وهي مما يقرأ من القرآن» وهذا يقتضي وقوع النسخ بعد وفاته ﷺ. ونسخ القرآن لا يكون إلا بأمر الله تعالى، ولا يصح إلا في حياة النبي ﷺ.

وبناء على هذا، فإن الحكم الذي تضمنته هذه الرواية لا يثبت، لأن ثبوته فرع عن ثبوت أصله، وهو كون الرواية قرآناً.

وقد تؤول عنها بأن قولها يحتمل أن رسول الله ﷺ توفي وهذا الحكم مما يقرأ من القرآن المنسوخ. أي يُعلم أنه كان قرآناً فنسخ خطه وبقي حكمه، أو نسخ خطه وحكمه.

كما أنه لا يعمل به على أنه خبر آحاد فيقيد به القرآن لسببين:

الأول: أنها لم تحل بذلك على النبي ﷺ، ولو أحالته على النبي ﷺ للزم قبوله⁽³⁾.

الثاني: أن خبر الآحاد إذا توجهت إليه القوادح واستريب فيه توقف عنه. وهذا جاء آحاداً بما جرت العادة أنه لا يجيء إلا تواتراً، فلم يوثق به كما وثق بأخبار الآحاد في غير هذا الموضع⁽⁴⁾. أي إنه لا يحتج بالقراءة الشاذة على الصحيح، والقراءة ما كان طريقها الآحاد⁽⁵⁾.

ب - أن الاستدلال من هذه الرواية بأن ما دون العشر رضعات أو الخمس رضعات

(1) أخرجه مالك في الرضاع، باب جامع ما جاء في الرضاعة؛ ومسلم في الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات.

(2) المعلم 2/164؛ والمقدمات 1/494؛ والمنتقى 4/156؛ والقبس 2/768؛ وأحكام ابن العربي 1/374؛ والذخيرة 4/274؛ ومفتاح الوصول ص14.

(3) أحكام ابن العربي 1/374؛ والقبس 2/768. (4) المعلم 2/164.

(5) قرّة العين وحاشيته ص126.

لا يحرم من هو استدلال بدليل الخطاب. قال الإمام الباجي: وقد قررنا أنا لا نقول به. ولو كنا نقول به لخصصناه وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا⁽¹⁾.

ج - إن عائشة لم تتعرض لذكر الحكم، وإنما أخبرت عن التلاوة فقالت: وهي ممّا يقرأ. ولم تقل وهي ممّا يعمل به ولا يحرم بما دونه⁽²⁾.

وعلى التأويل المتقدم لقولها، أي إنه يحتمل أن تريد به «مما يقرأ من القرآن المنسوخ» فإن النسخ هو نسخ التلاوة والحكم معاً. والمنسوخ لا يعمل به⁽³⁾.

د - إنه روي عن عائشة رضي الله عنها أنه لا يحرم إلا سبع رضعات. وروي عنها أيضاً أنها أمرت أختها أم كلثوم أن ترضع سالم بن عبد الله عشر رضعات⁽⁴⁾، وروي عنها أيضاً ثلاث رضعات⁽⁵⁾. وهذا مخالف لما روت ويؤيد نسخ التلاوة والحكم.

وأما ما روي عن عبد الله بن الزبير عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تحرم المصّة والمصّتان»⁽⁶⁾.

فهذا الحديث قال فيه علماء المالكية: لا يصح التعلق به أيضاً. لما يلي:

أ - لأنه حديث فيه اضطراب. فقد اضطرب فيه ابن الزبير، فرواه مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم، ومرة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ومرة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم. ومثل هذا الاضطراب يرده ويسقطه⁽⁷⁾.

ب - لأن الحديث فيه اختلاف في متنه. فقد رواه ابن وهب عن مسلمة بن علي عن رجال من أهل العلم عن عبد الرحمن بن الحارث بن نوفل عن أم الفضل بنت الحارث قالت: سئل النبي صلى الله عليه وسلم: ما يحرم من الرضاع؛ قال: «المصّة والمصّتان»⁽⁸⁾.

قال ابن رشد الجد⁽⁹⁾: فوجب أن يسقط لهذا الاختلاف، فلذلك لم يخرج البخاري.

ج - إنه مؤول بأن التحريم لا يقع بالمصّة والمصّتين إذا لم يحصل بها اجتذاب شيء من اللبن⁽¹⁰⁾.

المحرّمات من الرضاع:

1 - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. والمحرّمات من الرضاع هنّ:

(1) المنتقى 4/156. (2) المنتقى 4/156.

(3) المعلم 2/165؛ وحاشية قرّة العين ص 125.

(4) أخرجه مالك في الرضاع، باب رضاعة الصغير.

(5) أحكام القرطبي 5/111. (6) أخرجه مسلم في الرضاع.

(7) المقدمات 1/495؛ وأحكام القرطبي 5/111؛ والذخيرة 4/274.

(8) المدونة 2/288. (9) المقدمات 1/494.

(10) المنتقى 4/152؛ والقبس 2/768؛ وأحكام ابن العربي 1/374.

- الأصول وإن علت .

- الفروع وإن نزلت .

- أول فصل من كل أصل . لأنه أخ أو أخت ، أو عم أو خال . أو عمّة ، أو خالة .

- كل فرع لأخ أو أخت . ودليل ذلك :

أ - قوله تعالى : ﴿رَأْتَهُنَّ كُفْرًا الَّذِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء : 23] .

ووجه الاستدلال أن الآية نبهت بذكر الأمهات على جميع الأصول ، فدخلت الأصول في مسمى الأمهات . ونبهت بذكر الأخوات على جميع الفروع⁽¹⁾ .

كما أنه تعالى نبه بذكر الأخت على أن حرمة الرضاع لا تختص بالمرأة المباشرة للرضاع ، وأنها تسري إلى سائر القربات المحرّمات بالنسب ، إذ لا فرق في المعنى والقياس بين الأخت وبين سائر القربات في سريان ما حرّمه الرضاع إلى جميعهن⁽²⁾ .

ب - عموم قوله ﷺ : «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب»⁽³⁾ . فهو عموم متفق عليه لم يدخله تخصيص⁽⁴⁾ .

2 - ويحرّم الرضاع أيضاً ما حرّمه الصهر . وهي : أم الزوجة من الرضاعة ، وبنت الزوجة من الرضاعة إن دخل بالزوجة . وأخت الزوجة من الرضاعة وخالة الزوجة وعمتها وبنت أخيها وبنت أختها كذلك ، وحلائل الأبناء . والدليل هو دخولهم فيما حرّمته الآية بالمصاهرة .

وأما قوله تعالى : ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ فتقييد تحريم حلائل الأبناء بكون الأبناء من الأصلاب لا يدل على أن حلائل الأبناء من الرضاع حلال ، لأن الآية إنما جاءت لتأكيد تحليل حلائل الأبناء الأدياء ، لا لحلائل الأبناء من الرضاعة ، وذلك في قصة زواج النبي ﷺ بمطلقة زيد بن حارثة الذي كان تبناه⁽⁵⁾ .

ما يستثنى من التحريم بالرضاع :

يستثنى ست حالات فيحرم من النسب ولا يحرم من الرضاع :

- أم الأخ من الرضاع وأم الأخت من الرضاع . فإذا أرضعت امرأة أجنبية أخاك أو أختك ، لم تحرم عليك ، وإن حرمت عليك أم أخيك أو أختك من النسب ، لأنها إما أمك أو زوجة أبيك . ومرضعة أخيك وأختك ليست كذلك .

- أم ولد ولدك من الرضاع . فقد لا تحرم عليك . وهي من النسب إما بنتك أو زوجة ولدك .

(1) المقدمات 2/490 ؛ وأحكام ابن العربي 1/373 .

(2) المقدمات 1/489 .

(3) سبق تخريجه .

(4) القبس 2/767 .

(5) البيان والتحصيل 5/157 .

- جدّة ولدك من الرضاع. كما لو أرضعت أجنبية ولدك، فلا تحرم عليك أمها. وهي من النسب إمّا أمك أو أم زوجتك.
- أخت ولدك من الرضاع. كما لو رضع ولدك على امرأة لها بنت، فلا تحرم عليك البنت. وهي من النسب إمّا بنتك أو بنت زوجتك.
- أم عمّك أو عمّتك من الرضاع - وهي من النسب إمّا جدّتك أو زوجة جدّك.
- أم خالك أو خالتك من الرضاع. فقد لا تحرم عليك. وهي من النسب إمّا جدتك أم أمك، وإمّا زوجة جدّك أبي أمك.
- فهؤلاء قد لا يحرم من الرضاع، وقد يحرم لعارض. وذلك ككون أخت ولدك وجدّة ولدك من الرضاع بنتك أو أختك من الرضاع أيضاً. وككون أم ولد ولدك وجدّة ولدك أختك أو جدّتك من الرضاع أيضاً.

عدم دخول إخوة الرضيع وأصوله في الحرمة:

لا يشمل التحريم بسبب الرضاع إخوة الرضيع وأخواته وأصوله. وأمّا فروعه فهم كالرضيع في حرمة المرضعة وأمهاتها وبناتها وعمّاتها وخالاتها.

تحريم زوج المرضعة:

يقدر الرضيع ولداً لصاحبة اللبن، أي المرضعة، سواء كانت المرضعة مسلمة أم كتابية.

كما يقدر ولداً لصاحب اللبن، أي زوج المرضعة. ودليل تحريم لبن الفحل، أي لبن زوج المرضعة:

أ - قوله تعالى: ﴿رَأْمَهُنَّكُمْ أَلْتِيَّ أَرْضَعْنَكُمْ﴾.

ووجه الاستدلال أنّ المرضعة إذا اعتبرت أمّاً للرضيع، فإنّ زوجها يعتبر أباً له، لأنّ اللبن ينسب إليه⁽¹⁾.

ب - قوله ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

وهذا يقتضي أنّ كلّ من يتعلّق به التحريم بسبب الولادة يتعلّق به بسبب الرضاعة. فكما أنّ الولادة تحرم الأعمام والإخوة والأجداد، فكذلك سبب الرضاع⁽²⁾. ولكن هذا لا يمنع أن يوجد اللبن بالمرأة بدون الرجل، كاللبن يوجد بالبكر، لأنّ غالب أحواله أنّه لا يكون إلاّ عن ولادة. ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عمومته أو خصوصه⁽³⁾.

(1) أحكام القرطبي 111/5.

(2) المعونة 951/2؛ والإشراف 803/2؛ والمقدمات 489/1؛ والمنتقى 150/4.

(3) المصادر السابقة.

ج - عن عمرة بنت عبد الرحمن أنّ عائشة أم المؤمنين أخبرتها أنّ رسول الله ﷺ كان عندها، وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة. قالت عائشة: يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله ﷺ: «أراه فلاناً» لعمّ لحفصة من الرضاعة. فقالت عائشة: يا رسول الله، لو كان فلان حياً لعمّها من الرضاعة دخل عليّ؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم إنّ الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»⁽¹⁾.

د - عن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت: جاء عمّي من الرضاعة يستأذن عليّ. فأبيت أن أذن له حتى أسأل رسول الله ﷺ. قالت: فجاء رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال: «إنه عمّك فأذني له» قالت: فقلت: يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل. فقال: «إنه عمّك فليلج عليك»⁽²⁾.

وهذا الرجل الذي جاء يستأذن عليها هو كما جاء منصوصاً عليه في رواية أخرى في الموطأ وغيره، أفلح أخو أبي القعيس. وتعني بالمرأة زوجة أبي القعيس. لأنها لما أرضعتها بلبن أبي القعيس صار أبو القعيس أباً لها من الرضاعة، وصار أخوه أفلح عمّاً لها من الرضاعة.

وقول عائشة: إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، دفع احتمال قول القائل بعدم تحريم لبن الفحل، أنّ التحريم لم يقع في عمّ عائشة أفلح من قبل الفحل، بل يمكن أن يكون أفلح أخو أبي القعيس قد أرضعته وأبا بكر امرأة واحدة في حولي رضاعهما، فيكون أفلح بذلك أخاً لأبيها وعمّها من الرضاعة من قبل المرضعة لا من قبل الفحل. فأزال قولها ذلك هذا الاحتمال. وعلم أن المرأة التي أرضعتها زوجة أبي القعيس. وصار أفلح أخو أبي القعيس من النسب، عمّاً لها من الرضاعة من قبل الفحل⁽³⁾.

وحديث عائشة نصّ في المسألة⁽⁴⁾.

هـ - القياس على تحريم الأمومة، لأنه تحريم بالنسب، فوجب أن يثبت مثله بالرضاع⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الرضاع، باب رضاع الصغير؛ والبخاري في الشهادات، باب الشهادة على الأنساب؛ ومسلم في الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

(2) أخرجه مالك في الرضاع، باب رضاع الصغير؛ والبخاري في النكاح، باب ما يحلّ من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع؛ ومسلم في الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل.

(3) المقدمات 490/1؛ والمتقى 151/4.

(4) بداية المجتهد 45/2؛ والمعلم 162/2؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 179؛ وأحكام ابن العربي 1/375.

(5) الإشراف 803/2.

و - انعقاد الإجماع على التحريم بلبن الفحل بعد العصر الأول⁽¹⁾ .
 ز - أن اللبن سببه وطء الرجل، فهو الذي يدرّه ويكثره. وهذا مستفاد من القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَاللِّبَّاءُ وَمَا وُلِدَ﴾ [البعد: 3]. ومعلوم أن الأب لم يلد ولده بالحمل والوضع، كما تضع الأم. وإنما ولدهم بما كان من مائه المتولّد عنه الحمل واللبن، فصار بذلك والدًا، كما صارت الأم بالحمل والوضع أمًا⁽²⁾ .
 وكون آية التحريم لم يذكر فيها تحريم البنت من الرضاعة كما ذكرتها في تحريم النسب، ولا ذكر من يكون من جهة الأب كالعمة، كما ذكر ذلك في النسب، فإنّ عدم ذكر ذلك ليس بنصّ في المنع. وذكر الشيء لا يدلّ على سقوط الحكم عمّا سواه⁽³⁾ .
 أمّا ما رواه القاسم بن محمد أنّ عائشة زوج النبي ﷺ كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها أو بنات أخيها، ولا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها⁽⁴⁾ . وهذا يقتضي أنّها ﷺ كانت لا ترى أنّ لبن الفحل يحرم، لذلك كان لا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها لأنّهم عندها ليسوا بنبي إخوتها من الرضاعة، فقد قيل: إنّ مخالفتها لما روت تبطل العمل به، إذ لا يمكن أن يروي الراوي الحديث ثم يترك العمل به إلا وقد علم النسخ فيه. إذ لو تركه وهو يعلم أنّه غير منسوخ، لكان جرحاً فيه. وقد ردّ المالكية أنّ الإمام مالكا لم ير مخالفة عائشة لما روت علّة في الرواية لاحتمال أن تكون تركتها لتأويل تأولته فيها. فلا يلزم غيرها من العلماء اتباعها على ما تأولتها بأجتهادها. والحجّة في الحديث لا فيما خالفه، وإن خالفه الراوي⁽⁵⁾ . ومن الاحتمالات الواردة في مخالفة عائشة لما روت ما يلي⁽⁶⁾ :

- أ - لعلّ عائشة تأولت أنّ ذلك رخصة لها في شأن أفلح.
 ب - أنّ المراد من الرواية هو نساء إخوتها قبل أن يتزوجهنّ إخوتها.
 ج - أنّ هذه الرواية قد وقع فيها بعض الوهم فيما روي من ذلك عنها، لأنّها لم تكن لتخالف ما سمعته من النبي ﷺ.
 ومن فقهاء المذهب المالكي، وهو الإمام القرطبي، رأى حديث عائشة في قصة أخي أبي القعيس خبر آحاد. والقول فيه مشكل في مقابل العموم الذي في قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾. ومع ذلك فهو يرى أنّ العمل عليه، لأنّ الاحتياط في التحريم أولى⁽⁷⁾ .

(1) العارضة 95/5.

(2) المقدمات 489/1؛ والذخيرة 280/4؛ وأحكام القرطبي 111/5.

(3) المعلم 162/2.

(4) أخرجه مالك في الرضاع، باب رضاع الصغير.

(5) المقدمات 493/1؛ والبيان والتحصيل 352/4. (6) المصدران السابقان والمنتقى 152/4.

(7) أحكام ابن العربي 111/5.

ويقع تقدير الرضيع ولدأ لصاحب اللبن من حين وطئه لزوجته المرضعة الذي أنزل فيه، لا من حين العقد، ولا من حين وطئه بغير إنزال فيه.

فإذا رضع ولد على امرأة، ثم عقد عليها رجل، أو رضعها بعد أن وطئها ولم ينزل، لم يكن ذلك الرضيع ابناً لذلك الرجل.

ويستمرّ تقدير الولدية لصاحب اللبن لحين أنقطاع اللبن، ولو بعد سنين كثيرة، أو بعد مفارقة الرجل لزوجته المرضعة، بأن يطلقها ويتمادي اللبن بها لخمس سنين أو أكثر، وأرضعت ولدأ كان ذلك الرضيع ابناً لذلك الرجل. وأولاد ذلك الرجل من تلك المرأة أو من غيرها، ما تقدّم على الرضاع أو تأخر عنه إخوة لذلك الرضيع. ووجه ذلك أن أصل اللبن من وطئه فجميعه مضاف إليه حتى ينقطع⁽¹⁾.

كما يستمرّ تقدير الولدية لصاحب اللبن، ولو تزوجت غيره بعد مفارقة الأول لها، وهي ذات لبن منه - أي من الأول -، ولو تزوجت أكثر من واحد.

ويشترك الزوج الثاني مع الأول في الولد الذي أرضعته بعد وطء الثاني، ولو كثرت الأزواج. وكان الولد ابناً للجميع ما دام لبن الأول في ثديها. ووجه ذلك أن وطء كلّ منهم له تأثير في ذلك اللبن، فوجب أن ينشر الحرمة⁽²⁾.

وتثبت الحرمة بين الرضيع وصاحب اللبن، ولو حصل اللبن بسبب وطء حرام لا يلحق الولد به، كزنا أو نكاح فاسد مجمع على فساده. فلو فرض أن ذات لبن من حلال أو حرام زنى بها ألف رجل، وأرضعت ولدأ لكان ولدأ للجميع من الرضاع. والدليل هو عموم ظواهر الأدلة على تحريم لبن الفحل⁽³⁾.

وإذا ثبتت الحرمة بين الرضيع وصاحب اللبن، فإنّ أصول الرجل صاحب اللبن وفصوله، وعمّاته وخالاته تحرم عليه. ويحرم ذلك الرضيع إن كان بنتاً وفصولها على ذلك الرجل دون أصولها.

إثبات الرضاع وفسخ النكاح بسببه:

يفسخ النكاح وجوباً بين الزوجين المكلفين، بدون طلاق، قبل الدخول وبعده، إذا ثبت الرضاع بينهما، وذلك بسببين:

السبب الأول: وهو ثبوته بالإقرار. ويكون الإقرار كما يلي:

1 - إقرار الزوجين معاً بالرضاع، بأخوة أو أمومة ونحوهما. وتصادقهما على ذلك. ولو كانا سفيهين؛ لأنّ المكلف يؤخذ بإقراره. كان تصادقهما قبل الدخول أو بعده.

2 - إقرار أحد الزوجين بالرضاع قبل العقد، ولم يطلع على ذلك إلا بعد العقد

(1) المنتقى 4/150.

(2) المنتقى 4/150.

(3) المعونة 2/950.

بقيام البيّنة التي تثبت الإقرار. وهي رجلان، أو رجل وأمرأة أو امرأتان. وإذا فسخ النكاح لتصادق الزوجين على الرضاع أو لقيام البيّنة على إقرار أحدهما به قبل العقد، فللزوجة المسمى من الصداق إن وجد، وإلا فصداق المثل بالدخول. سواء كانا عالمين بالرضاع حين العقد، ويتصوّر هذا في المتصادقين عليه، وفيما إذا قامت بيّنة على إقراره به قبل العقد؛ أو كانا جاهلين به حين العقد وتصادقا عليه بعد العقد؛ أو كان الزوج فقط عالماً به.

فإن علمت الزوجة بالرضاع وأنكر الزوج العلم، فحكمها كحكم الزوجة الغارّة التي غرّت خطيبها بكتّم عيبتها أو عدّتها من غيره، فعقد عليها؛ فلها ربع دينار بالدخول، لثلاث يخلو البضع عن صداق، ولا شيء لها قبله.

وأما الإقرار بعد العقد، ويشمل أيضاً قيام بيّنة على الإقرار بعد العقد، وهو منكر، ففيه تفصيل كما يلي:

فإن أقرّ الزوج بالرضاع بعد العقد وقبل البناء، والحال أنّه لا بيّنة له، فأنكرت الزوجة، أخذ بإقراره بالنسبة للفراق فيفسخ نكاحه، ولا يؤخذ به بالنسبة لغرم الصداق، لأنّه يتهم على أنّه أقرّ ليفسخ بلا شيء. إذ لو عمل بإقراره في الغرم لما وجب عليه شيء. وهذه إحدى المسائل الثلاث المستثناة من القاعدة، وهي أنّ كلّ عقد فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين، وفرقة المتلاعنين، وفسخ المتراضعين، وهي هذه.

وأما إن أقرّ بذلك قبل العقد وأنكرت الزوجة فلا شيء لها في فسخه بعد العقد وقبل البناء، لأنّ نكاحه وقع فاسداً على دعواه. فإن ادّعاه بعد البناء فإنه يفسخ ويلزمه كلّ الصداق لدخوله عالماً به.

وإن أقرّت الزوجة، بعد العقد وقبل البناء أو بعده. فأنكر، لم يفسخ النكاح لاتهاّمها على قصد فراقه، أي ولا مخلص لها من الزوج إلاّ بالفداء منه أو يطلق باختياره. فإن طلق باختياره قبل البناء فلا شيء لها.

ويقبل إقرار أحد الأبوين، للولد الصغير والبنت المجبرة ولو كبيرة، بأن يقرّ الأب أو الأم بالرضاع قبل العقد عليه فقط، فلا يصحّ العقد بعد الإقرار. ولا يقبل اعتذاره بعد العقد بأن يقول: إنّما أقرّيت بالرضاع بينهما قبل العقد لعدم قصد النكاح، ويفسخ العقد.

وإقرار الأم وحدها لا بدّ معه من فسوّ قبله. ووجه عدم قبول شهادة الأم مع عدم الفسوّ قبل إقرارها، أنّه يحتمل أن تكون أرادت أن تمنعه من نكاحها⁽¹⁾.

السبب الثاني: ثبوته بغير إقرار. ويكون بما يلي:

(1) البيان والتحصيل 4/450.

1 - شهادة رجلين .

2 - شهادة رجل مع امرأة إن فشامنها أو من غيرهما، قبل العقد، لا إن لم يحصل فشو قبل ذلك .

3 - شهادة امرأتين، إن فشا ذلك منهما، وأولى من غيرهما، قبل العقد. لا إن لم يفش، أو فشا بعد العقد، فلا يثبت بما ذكر. ووجه اشتراط الفشو لقبول شهادة المرأة الواحدة مع الرجل أو المرأتين، أن الرضاع شأنه عادة أن يفشو ويتحدث به. فإذا لم يفش كان ذلك ريبة في الشهادة. لأن السكوت عنه على خلاف عادة النساء، لأن الغالب من حالهن ذكر ذلك. ولا يعذر في السكوت بعذر، لأنه مع عدم أمنهن من الموت فقد كتمن حقاً من حقوق الله تعالى لا يعذر الشهود بكتمانه⁽¹⁾.

ولا يشترط مع الفشو عدالة عند ابن رشد. وعزاه لابن القاسم وروايته عن مالك، وهو الراجح.

ومقابل هذا القول ما للإمام اللخمي أنها تشترط معه، وعزاه لابن القاسم أيضاً. وشهادة رجل وامرأة، أو امرأتين، تشمل الأب مع الأم في البالغين، والأم مع امرأة أخرى وأمي الزوجين في البالغين.

4 - شهادة عدلين أو عدل وامرأتين، قبل العقد وبعده، فشا أم لا.

ولا يثبت الرضاع بشهادة امرأة فقط ولو فشا منها أو من غيرها قبل العقد، إلا أم صغير مع الفشو. ووجه عدم قبول شهادة امرأة منفردة، الإجماع المنعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة، ولأنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين؛ وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال، وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال. وإذا ثبت ذلك فلا أقل من أربع نساء أو من امرأتين⁽²⁾.

وأما ما روي عن عقبة بن الحارث قال: تزوجت امرأة، فجاءتنا امرأة سوداء فقالت: أرضعتكما. فأتيت النبي ﷺ فقلت: تزوجت فلانة بنت فلان فجاءتنا امرأة سوداء فقالت لي: إني قد أرضعتكما، وهي كاذبة. فأعرض عني. فأتيتها من قبل وجهه قلت: إنها كاذبة. قال: «كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما. دعها عنك»⁽³⁾.

فإنه ﷺ لم يأمره بذلك من طريق الحكم، بل على سبيل الورع؛ لأن شهادة المرضعة على فعل نفسها لا تقبل. ويحمل الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الأصول⁽⁴⁾.

(1) شرح ابن عبد السلام ورقة 183؛ وعدة البروق ص 330.

(2) بداية المجتهد 46/2؛ والعارضه 95/5.

(3) أخرجه البخاري في النكاح، باب شهادة المرضعة.

(4) البيان والتحصيل 450/4؛ وبداية المجتهد 46/2؛ والعارضه 95/5؛ وحاشية الصاوي 517/1.

ويندب التنزه في كل شهادة لا توجب فراقاً، كشهادة امرأة واحدة لما تقدم، وكشهادة رجل واحد أيضاً ولو عدلاً. لأنّ بشهادة الواحد صار الأمر من الشبهات التي من اتقاها فقد استبرأ لدينه وعرضه.

الغيلة:

عن عائشة عن جُدّامة بنت وهب أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لقد هممت أن أنهي عن الغيلة. حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك، فلا يضرّ أولادهم»⁽¹⁾. وقد اختلف في المراد بالغيلة في الحديث فقال الإمام مالك: هي أن يمسّ الرجل امرأته وهي ترضع. أي هي وطء المرضع. وقال غيره: هي إرضاع الحامل⁽²⁾. وإرادته ﷺ النهي عن الغيلة لضررها بالأولاد. وقد تبين له أنه لا ضرر فيها، يقوي المعنى الأول؛ لأنّ المشاهدة تدلّ على ضرر إرضاع الحامل لولدها. والغيلة جائزة - بناء على ما تقدم - وجوازها بمعنى خلاف الأولى - فإن تحقق ضرر الولد منع. وإن شكّ كره.



(1) أخرجه مالك في الرضاع، باب جامع ما جاء في الرضاعة؛ ومسلم في النكاح، باب جواز الغيلة.
 (2) المنتقى 4/156؛ والموطأ 2/608؛ وشرح حدود ابن عرفة 1/320؛ والذخيرة 4/275؛ وإكمال الإكمال 4/67.

النفقة على الغير

النفقة على الغير هو موضوع هذا الباب. أما النفقة على النفس فلا يحتاج لباب يخصه، لأن وجوب حفظ النفس أمر ضروري، وحكمه ظاهر.

تعريف النفقة:

النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف.

فقوله: ما به قوام معتاد حال الآدمي، خرج به غير الآدمي، كالتبن للبهائم. وخرج به أيضاً ما ليس بمعتاد في قوت الآدمي، كالحلوى والفواكه، فإنه ليس بنفقة شرعية.

وقوله: دون سرف. فما كان سرفاً فإنه ليس بنفقة شرعية، ولا يحكم به الحاكم. والمراد بالسرف الزائد على العادة بين الناس. بأن يكون زائداً على ما ينبغي، والتبذير صرف الشيء فيما لا ينبغي.

حكم النفقة على الغير:

النفقة على الغير واجبة إذا توفرت الشروط.

أسباب وجوب النفقة على الغير:

1 - النكاح: وهو أقوى الأسباب، لأنه لا يسقط عن الموسر بمضي زمنه، حكم به حاكم أم لا. بخلاف نفقة الوالدين والولد، فإنها تسقط بمضي الزمن إن لم يحكم بها حاكم.

2 - الترابة الخاصة.

3 - الملك:

السبب الأول: النكاح.

تجب نفقة الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها على الزوج. ودليل الوجوب⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]. وهذا

(1) المعونة 2/782؛ وبداية المجتهد 2/63؛ والبيان والتحصيل 5/329؛ والذخيرة 4/465؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 183.

الاستدلال بالآية بناء على أنها عامة في ذات العصمة، والمطلقة البائن⁽¹⁾. وبناء على أنها خاصة في المطلقة البائن، كما سيأتي الدليل عليه، فإنها تشمل من كانت في العصمة بالأولى.

ب - قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: 7].

ووجه الاستدلال أن هذه الآية وردت إثر آيات في الطلاق. وهي عامة في كل إنفاق يطالب به المسلم من مفروض ومندوب⁽²⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34].

ووجه الاستدلال هو ما تدل عليه الآية من إقرارها للعرف البشري. فقد جاء قوله تعالى: ﴿وَبِمَا أَنْفَقُوا﴾ بصيغة الماضي للإيماء إلى أن ذلك أمر قد تقرّر في المجتمعات الإنسانية منذ القدم. فالرجال هم العائلون لنساء العائلة من أزواج وبنات⁽³⁾.

د - عن عائشة أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلّا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»⁽⁴⁾.

هـ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أفضل ما ترك غني. واليد العليا خير من اليد السفلى. وابدأ بمن تعول. تقول المرأة: إمّا أن تطعمني، وإمّا أن تطلقني. ويقول العبد: أطمعني واستعملني. ويقول الابن: أطمعني، إلى من تدعني» فقالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ قال: لا هذا من كيس أبي هريرة⁽⁵⁾.

وجملة: «تقول امرأتك...» مرفوعة إلى النبي ﷺ. وقد حمل قول أبي هريرة: «لا هذا من كيس أبي هريرة» على الإنكار على السائلين. فيكون استعمال الخبر في ضدّ مدلوله بناء على اعتقاد المخاطب لينتقل من ذلك إلى إنكار اعتقاده. فيكون كناية مراداً بها اللازم وحده. والقرينة على تعيين المراد هو السياق⁽⁶⁾.

و - عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت»⁽⁷⁾.

(1) المنتقى 4/126؛ والبيان والتحصيل 5/456. (2) التحرير والتنوير 28/330.

(3) التحرير والتنوير 5/39.

(4) أخرجه البخاري في النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل على زوجته؛ ومسلم في الأقضية، باب قضية هند.

(5) أخرجه البخاري في النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال؛ وأحمد في المسند 2/527.

(6) النظر الفسيح ص 280.

(7) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في الزكاة، باب في صلة الرحم. وانظر: مسلم في الزكاة ص 40.

ز - عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف»⁽¹⁾.

ح - إنّ النفقة واجبة لغير المدخول بها إذا دعي الزوج للدخول، لأنّ النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع. فإذا حصل فقد وجب ما هو عوض عليه. فإن لم يدخل الزوج كان السبب منه.

ويشترط في غير المدخول بها لوجوب نفقتها ما يلي:

1 - أن يدعى الزوج للدخول.

2 - أن تكون الزوجة مطيقة للوطء. والدليل:

أ - أنّ النفقة عوض عن الاستمتاع. وهو غير متأتّ ممّن لا يوطأ مثلها. فلم تستحقّ العوض عليه لقصورها عن بلوغه⁽²⁾.

ب - القياس على المطلقة البائن. لأنّ الاستمتاع غير متأتّ منها، فلم تستحقّ العوض من النفقة⁽³⁾.

ج - القياس على البيع، لأنّ البدل إذا تعذر تسليمه يمنع وجوب تسليم المبدل. سواء كان بتفريط أو بعذر⁽⁴⁾.

ووجه اشتراط كونها مطيقة ولو لم تكن بالغاً، أنّ المعنى الذي يعاوض به الزوج في النفقة موجود كالبالغ⁽⁵⁾.

3 - أن يكون الزوج بالغاً. والدليل⁽⁶⁾:

أ - أنّ النفقة عوض من الاستمتاع. فإذا كان الزوج ممّن لا يتأتّى منه الاستمتاع الذي يعاوض عليه لصغره، فلا نفقة عليه.

ب - أنّ الزوجة لما عقدت على نفسها لمن لا يتأتّى منه الاستمتاع لا لعارض، فقد رضيت بترك النفقة، لأنها قد علمت أنّ الزوج لا يحصل له عوضها.

4 - أن لا يكون أحدهما مشرفاً على الموت عند الدعاء إلى الدخول، وإلا فلا نفقة لها لعدم القدرة على الاستمتاع بها. فدخوله وعدمه سواء، لأنه في حكم الميت. بخلاف ما إذا كان المرض خفيفاً. واختلف في الشديد الذي لم يبلغ صاحبه حدّ السياق، فمذهب المدونة الوجوب خلافاً لسحنون.

فإذا اختل شرط فلا تجب لها النفقة، والموضوع أنّها دعت زوجها للدخول كما تقدّم.

(1) أخرجه أبو داود في المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ.

(2) المعونة 2/783؛ والإشراف 2/807؛ والمنتقى 4/126.

(3) المنتقى 4/126. (4) الإشراف 2/807.

(5) المعونة 2/783. (6) الإشراف 2/807؛ والمعونة 2/783.

وأما المدخول بها فتجب لها النفقة من غير شرط، ولو كانت هي غير مطيقة، أو كان الزوج صبيّاً غير بالغ أو حصل الإشراف على الموت لأحدهما.
وتشترك المدخول بها وغير المدخول بها لوجوب النفقة لهما في شرطين:
- أن يكون الزوج موسراً بالنفقة على قدر حاله، كما يأتي.
- أن تمكنه الزوجة من نفسها.

فهذان الشرطان عامان في الدخول والدعوة للدخول اتفاقاً. لأنه من ثبت إعساره لا يقول أحد بوجوب النفقة عليه. وكذا المرأة الناشز، فلا تجب لها النفقة سواء كان نشوزها بالفعل كمن منعت زوجها من الوطء بعد الدخول، أو بالعزم على المنع كمن قالت لزوجها عند الدعوة للدخول: ادخل ولكن لا أمكنك.

هل يطلب حكم الحاكم لفرض النفقة:

إذا أسلمت المرأة نفسها وأمكنته من الاستمتاع، والزوج قادر على ذلك، كما تقدّم في الشروط، فإنّ النفقة تستقرّ لها من غير حاجة إلى فرض الحاكم. والدليل على ذلك القياس على المهر. لأنه حقّ مالي يجب في مقابلة الاستمتاع، فإذا أسلمت نفسها وأمكنّت من بدلها لم ينتظر فرض الحاكم، كالمهر⁽¹⁾.

الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة الولد والوالد:

الفرق بين نفقة الزوجة تجب مطلقاً، غنية كانت أو فقيرة، ونفقة الولد والوالد لا تجب إلا مع الفقر، لأنّ نفقة الولد والوالد من باب المواساة. ونفقة الزوجة من باب المعاوضة⁽²⁾.

من أي شيء تكون النفقة:

تكون النفقة من أمور وهي:

- 1 - القوت: وهو ما يؤكل من خبز أو غيره، من قمح أو من باقي الحبوب المقتاتة، وما ألحق بها من كلّ ما يقتات ويدخر. وذلك على مجرى عادة أهل المحلّ. وسيأتي ذكر الدليل على العمل بالعرف في مقدار النفقة.
- 2 - الإدام: من أدهان ومرق أو غيرهما على مقتضى عاداتهم. فيفرض لها الماء للشرب، والغسل، وغسل الثوب والإناء واليد والوضوء. ويفرض لها الزيت للدهان والأكل. ويفرض لها الوقود من حطب أو غيره على العادة.

(1) الإشراف 810/2.

(2) عذّة البروق ص331.

ويفرض لها مصلح الطعام، من ملح وبصل وأبزار.
 ويفرض لها اللحم، المرّة فالمرّة، في الجمعة، على مقتضى الحال، لا كل يوم.
 وهذا في غير الفقير. وأما الفقير فعلى حسب قدرته ولو في الشهر مرّة.
 ويلزمه شبعها وإن كانت أكلة. وهي مصيبة نزلت به. فعليه كفايتها أو يطلقها إذا
 لم يشترط كونها غير أكلة، وإلا فله ردّها، إلا أن ترضى بالوسط.
 وتزاد المرضع ما تقوى به على الرضاع من نحو الأدهان.

واستثنوا من قولهم: على مقتضى العادة إذا كانت الزوجة قليلة الأكل، أو مريضة
 قل أكلها، فلا يلزمه إلا قدر أكلها لا المعتاد للناس. بحيث فليس لها أن تأخذ منه طعاماً
 كاملاً تأكل منه بقدر كفايتها، وتصرف الباقي منه في مصالحتها، خلافاً لأبي عمران.
 وكذلك لو زاد أكلها بالمرض، فإنه لا يلزمه الزائد. إلا أن يقدر لها شيء عند حاكم،
 كحنفي يرى ذلك، فيلزمه ما قدر. وتصنع به ما شاءت. وأما مذهب مالك فلا يرى
 الحكم بتقرير النفقة في المستقبل، لأن حكم الحاكم لا يدخل المستقبلات عنده.
 ولا يلزمه فاكهة وعسل وسمن وجبن، إلا إذا كان إداماً عادة كالقثاء والخيار.

3 - الكسوة بحسب العادة: ويفرض لها الزينة المعتادة التي تستضرّ الزوجة بتركها.
 ككحل ودهن من زيت أو غيره. لا ما لا تستضرّ بتركها. والمراد بالضرر أن يحصل لها
 الشعث عند تركها.

ويفرض لها ما تخمر به الرأس من دهن وحناء ونحوهما.

ولا يلزمه الحرير، ولو اعتاده قوم، على المذهب، ولو كان شأنها لبسه. وإذا
 تزوج إنسان من شأنه لبس الحرير فلا يلزمه إلباس زوجته منه. جرت العادة بلبسه أم لا.
 كان قادراً عليه أم لا. ومثل الحرير الخزّ، إلا إذا شرط في صلب العقد، فإنه يلزمه، لأنه
 مما لا ينافي العقد. وهو الظاهر.

ولا يلزمه ثوب المخرج التي تخرج بها للزيارة أو العرس أو غيرهما، ولو جرت به
 العادة إلا لشرط.

4 - المسكن بحسب العادة. ويفرض لها حصير من سمر أو غيره لتوضع تحت
 فرشها، وسرير إن احتيج له عادة، ليمنع عنها العقارب والبراغيث.

ويلزمه إخدام زوجته إذا كانت أهلاً للإخدام، ولو كان الإخدام بكراء أو بأكثر من
 خادمة، حيث كانت أهلاً لذلك كما هو الموضوع.

ويقضى لها بالخادمة التي طلبتها لتخدمها. وعلى الزوج أن ينفق عليها، إلا لريبة
 في الخادمة تضرّ بالزوج في الدين والدنيا. وإذا أراد إبدال خادمتها المألوفة لا لريبة منع
 من ذلك نفيًا للضرر عن الزوجة.

وإذا عجز عن الإخدام لم تطلق عليه زوجته على المشهور.

وإذا لم تكن الزوجة أهلاً للإخدام، فعليها الخدمة في أمور خاصة لها وله، لا لضيوفه وأولاده، وأبويه، نحو العجن والطبخ والكنس والغسل لثوبه والإناء والفرش وطيه، كما جرت به عادة غالب الناس. وقال بعضهم: إنَّ غسل ثيابه وثيابها ينبغي جريانه على العرف والعادة. وقال الإمام الأبي: إنَّ ذلك من حسن العشرة، ولا يلزمها. وظاهره ولو جرت به العادة.

ولا يلزمها الطحن والنسج والغزل ونحو ذلك من كل ما هو حرفة للاكتساب عادة. فهي واجبة عليه لها، إلا أن تتطرَّع بذلك. ولو كانت عادة نساء بلدها جارية بذلك. والراجح لزوم خياطة ثوبه وثوبها. وقال بعضهم: إنَّه يجري على العرف والعادة. فإن جرى العرف به لزمها، وإلا فلا. ودليل اعتبار العرف وما جرت به العادة في إخدام الزوجة أو قيامها بنفسها قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228].

أي لهن من الحقوق مثل ما عليهن من الواجبات بالمعروف. والمعروف ما جرى من عرف المسلمين في بلدانهم ما تقرّه العقول السليمة المجردة من الانحياز إلى الأهواء أو العادات أو التعاليم الضالّة المتعارضة مع الشرع⁽¹⁾.

ويلزمه أجره القابلة، ولو كانت الزوجة مطلّقة، لأنّها من متعلّقات الولد. ويجب لها عند الولادة ما جرت به العادة من الفراريج والحلبة والعسل ونحو ذلك. ويلزمه عند ابن عبد الحكم أجره الطيب والمداواة⁽²⁾.

ولا يلزمه أجره الحمام إلا للغسل المطلوب، واجباً أو غيره، وليس عنده من الماء ما تغتسل به، أو كان بارداً يضرّ بها في الشتاء مثلاً، وليس عنده ما تسخن به، ونحو ذلك؛ فيلزمه أجره الحمام لتوقف الغسل عليه.

ما تقدّر به النفقة:

تقدّر النفقة في القوت والإدام والكسوة والمسكن بحسب العادة. إذ لم يرد أيّصوص الشارع ما يفيد أنه قدر النفقة، بل الذي ورد أنه أحال على العرف وما أعتاده الناس. ودليل عدم التقدير:

أ - قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَتْهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: 7].

ووجه الاستدلال أن الآية أمرت بالإنفاق بحسب الوسع ولم تحدّد مقداراً⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].

(1) أحكام القرطبي 3/123، 154؛ والتحرير والتنوير 2/400.

(2) منح الجليل 4/392.

(3) أحكام ابن العربي 4/1841؛ وأحكام القرطبي 18/170 - 171؛ والتحرير والتنوير 28/331.

ووجه الاستدلال أن تعليق النفقة بالمعروف ينفي التقدير⁽¹⁾.

ج - قوله ﷺ لهند في الحديث المتقدم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم يحدّد لها مقداراً معلوماً تأخذه، وإنما أحالها على كفايتها⁽²⁾.

د - أن النفقة في مقابلة الاستمتاع. وما تبذله المرأة من ذلك غير محدودٍ فكذلك العوض عنه⁽³⁾.

هـ - أن أحوال الناس مختلفة. فإذا خالف حال الغني حال المتوسط، خالف أيضاً حال الغني حال غني آخر دونه في الغنى⁽⁴⁾.

ودليل العمل بالعرف المتعارف بين الناس ما يلي⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

والمعروف هو ما تعارفه الناس في معتاد تصرفاتهم من غير تفريط ولا إفراط. وما لم تبطله الشريعة.

ج - حديث هند المتقدم. ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ أحالها في أخذ ما يكفيها على ما هو معروف.

د - أن العرف كالشرط. وأن الزوجين قد دخلا في الإنفاق على عرف البلد. وعلى هذا جرى أقوال فقهاء المالكية في تحديد النفقة، وتعليقهم لما ورد عن الإمام مالك في ذلك. قال ابن رشد الجدّ في توجيه قول الإمام في بعض المسائل: وذلك لعرف معروف عندهم - أي بالمدينة - وعادة جرى عليها نساؤهم. ولا يفرض ذلك عندنا - أي بالأندلس - إذ لا يعرفه نساؤنا. ولأهل كل بلد من هذا عرفهم وما جرت به عاداتهم⁽⁶⁾. وقال ابن عبد السلام: وما وقع في المذهب من الخلاف في قدر النفقة وما أشبه ذلك، فإنما هو لتغير السعر واختلاف الأماكن، لا أنه خلاف حقيقي⁽⁷⁾.

ولا يجاب الزوج لأنقص من العادة إن قدر. ولا تجاب المرأة لأكثر إن طلبته. والمراد بالأكثرية التي لا تجاب لها هي طلبها لحالة الأغنياء. فلا ينافي أنه إذا كان غنياً وهي فقيرة يلزمه رفعها لحال الوسط.

(1) الإشراف 2/806.

(2) المنتقى 4/128؛ والبيان 5/439؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 184.

(3) الإشراف 2/807. (4) المنتقى 4/128.

(5) أحكام القرطبي 3/163؛ والتحرير والتنوير 28/331؛ والإشراف 2/806؛ والذخيرة 4/467؛ والبيان والتحصيل 4/356.

(6) البيان والتحصيل 5/425. (7) شرح ابن عبد السلام ورقة 184.

فتعتبر العادة بقدر وسع الزوج وحال الزوجة. فإن كان غنياً رفعها عن الفقراء إن كانت فقيرة. وإن كان فقيراً لزمه أن ينفق عليها نفقة معتبراً فيها حالها من فقر أو غنى. فليس على الموسر أن ينفق على الفقيرة ما يساوي نفقة الغنية. ولا يكفي من غير المتسع في الغنية نفقة الفقيرة. بل لا بد من رفعها عن حال الفقيرة بقدر وسعه. ودليل وجوب اعتبار حال وسع الزوج وحال الزوجة معه:

أ - قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً ءَاتَاهَا﴾ [الطلاق: 7].

فقد أمر الله تعالى أن ينفق الزوج بحسب وسعه إن كان موسعاً عليه. فإن كان في ضيق من المال فلينفق بما يسمح به رزقه، لأن الله تعالى لا يكلف الإنسان أن ينفق إلا بقدر ما آتاه، وهو وسعه. وفي ذلك مراعاة لحال الزوج⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

والآية تقتضي تعلق المعروف والمعتاد في حق الزوج والزوجة معاً، لأنها لم تخصص في ذلك واحداً منهما، وليس من المعروف عرفاً أن تكون كفاية الغنية ككفاية الفقيرة⁽²⁾.

ج - قوله تعالى في هذه الآية: ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 233]. وهي تدل على أن الإنفاق مطلوب على قدر غنى الزوج وحال الزوجة من غير تقدير ولا إسراف⁽³⁾.

د - قوله ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أحالها في أخذ النفقة من مال زوجها على كفايتها، وذلك حين علم السعة من حال زوجها. ولم يقل لها اعتبار بكفايتها. فدل على أن حال الزوجة معتبر في تقدير النفقة⁽⁴⁾.

هـ - القياس على المهر، لأن الزوجة لها حق وللنفقة تعلق بها فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر⁽⁵⁾.

وتعتبر العادة أيضاً بحسب حال البلد. فإن كانت عاداتهم أكل الذرة فلا يجاب إلى طلب أكل القمح. وفي اعتبار حال البلد قال الإمام الباجي: فبين مالك أن في البلد في ذلك تأثيراً يراعى. لأن الناس إنما يحملون على عاداتهم في سعة الأقوات وضيقها. فلو

(1) أحكام القرطبي 170/18؛ وأحكام ابن العربي 4/1841؛ والذخيرة 4/465؛ والتحرير والتنوير 28/330.

(2) المعونة 2/783؛ وأحكام القرطبي 170/18؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 184.

(3) أحكام القرطبي 3/163.

(4) المعونة 2/783؛ وأحكام ابن العربي 4/1842؛ وأحكام القرطبي 170/18 - 171؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 184.

(5) المنتقى 4/128.

ألزم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق، فجحف ذلك بهم. ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة لأضر ذلك بهم، فكلّ يحمل على عادته وما ألف من قوته⁽¹⁾.

وقال ابن رشد الجدّ: إن كان بلد لا يعرف أهله إنفاق الشعير على أهلهم لم يكن له أن يخصصها بما لا يتحمّله أهل بلدها. قيل لمالك: إن بالمغرب لا يكفيها مدّ. قال: بقدر ما يكفيها⁽²⁾. وقال ابن رشد أيضاً: إن الزوجين قد دخلا في الإنفاق على عرف البلد⁽³⁾.

كما يعتبر حال البدو والحضر، فإذا كانت عادة البدو عدم الخبز فلا تجاب إلى الخبز. وكذا المسكن والكسوة والإدام، فكلّ يعتبر بحال السفر، فإذا كانت العادة فيه أكل الخبز اليابس فلا تجاب إلى خلافه.

تمتع الزوج بشورة زوجته.

الشورة ما تجهزت به الزوجة من متاع البيت من فرش وغطاء وآنية. فللزوجة التمتع والانتفاع بشورة زوجها. وله منعها من التزويج فيها بالبيع أو الهبة أو التصدق، لأنه يفوت عليه الاستمتاع بذلك، وهو حق له في نفسه له به. وقيل إن ابن زرب وذكره عن ابن رشد بما إذا لم يمض زمن يرى أنه قد انتفع به الزوج انفعاعاً تاماً، كالأربع سنين ونحوها. فلها التصرف بعد ذلك ما لم يزد على الثلث.

وله منعها من هبة ما زاد على الثلث أو التصدق به في جميع أموالها، لا في خصوص جهازها به. ومحلّ منعها من بيع مواردها ابتداءً إن دخلت له بعد قبض مهرها. وأمّا إن لم تقبض منه شيئاً وجهازت من ماله فليس له منعها من بيعها. وإنما له الحجر عليها إذا تبرعت بزائد ثلثها كسائر أموالها.

ولا يلزم الزوج بدل الشورة، إذا خلت من ماله إلا الغطاء والفريش وما لا بدّ منه عادة. ولو جدّد شيئاً في المنزل بدل شورتها لزمه بدلها، فإن يقضى لها بأخذها.

ما يجوز للزوج منع زوجته منه وما لا يجوز:

يجوز للزوج منع زوجته من أكل ما لا يملكه من راحة كريحة كالقمح. وهذا ما لم يأكله معها، وما لم يكن فاقد الشم. ويدخل في المنع مثل شرب النشوق والدخان.

وليس له منع أبويها وأجدادها من غيرهم، وولد الولد، والإخوة من النسب أن يدخلوا لها. أمّا إذا كانوا من الرضيع فلا يمنع.

ودليل عدم جواز المنع للمذكورين ما جاء من النهي عن قطع الرحم⁽⁴⁾.

(1) المتقى 129/4.

(2) البيان والتحصيل 439/5.

(3) البيان والتحصيل 356/4.

(4) البيان والتحصيل 357/4.

وإذا حلف على أبويها وأولادها فقط أن لا يدخلوا لها، أو حلف أن لا تزور والديها، فإنه يقضى بتحنيثه. ويشترط في تحنيثه في الزيارة أن تكون مأمونة ولو شابة. والأصل حتى يظهر خلافها.

ففي العتبية أن الإمام مالكا سئل عن المرأة يغيب عنها زوجها فيمرض أخوها أو أمها أو أختها، فتريد أن تأتيهم تعودهم ولم يأذن لها زوجها حين خرج؟ قال: لا بأس أن تأتيهم وإن لم يأذن لها حين خرج.

قال ابن رشد: وهذا كما قال: لأنه لو كان حاضراً فأراد أن يمنعها من ذلك لم يكن ذلك له. فليس على المرأة واجباً أن تستأذن زوجها إلا فيما له أن يمنعها منه⁽¹⁾.

وإذا حث فإنه يحث بالدخول عليها لمن ذكر. أو بزيارتها بمجرد الحكم. أي فإذا حكم القاضي بدخولهم لها، فلا يحث بمجرد ذلك، بل حتى يدخلوا بالفعل. وكذا في زيارتها.

وأما إذا حلف عليها أن لا تخرج. وأطلق لفظاً ونية، فلا يقضى بتحنيثه وخروجها ولو لأبويها.

والفرق بين حال التخصيص وحال الإطلاق، أنه في حال التخصيص يظهر منه قصد الضرر، فلا حث، بخلاف حال الإطلاق.

ومفهوم قوله لفظاً ونية أنه لو أطلق لفظاً وخصص نية، فحكمه كالتخصيص لفظاً، فيحث لظهور قصد الضرر.

ويقضى للصغار من أولادها بالدخول عليها كل يوم مرة لتفقد حالهم ولل كبار منهم كل جمعة مرة.

ويقضى لوالديها بالدخول عليها كل جمعة مرة ومع أمينة من جهته، أي تعين من جهة الزوج. وذلك إن اتهمهما بإفساد زوجته عليه. أي ولا يمنعان من الدخول عليها جملة لما في ذلك من قطع صلة الرحم⁽²⁾. ودليل منعهما من كثرة التكرار بالدخول عليها دفع الضرر الواقع بذلك على الزوج⁽³⁾.

والظاهر أن أجره الأمينة على الوالدين، لأن زيارتهما لها لمنفعتيهما، وقد توقفت على الأمينة، فتكون الأجرة عليهما. وذكر بعض المحققين أن الذي يظهر أنه إن ثبت ضرر الأبوين بيئته فأجرة الأمينة عليهما، لأنهما ظالمان. والظالم أحق بالحمل عليه، وقد انتفعا بالزيارة. وإن كان مجرد اتهام من الزوج فالأجرة عليه لانتفاعه بالحفظ.

ولا يقضى للأخ والعم والخال بالدخول عليها، فله منعهم وإن لم يتهمهم، على

(2) البيان والتحصيل 357/4

(1) البيان والتحصيل 317/4

(3) البيان والتحصيل 357/4

المذهب. وقال عبد الملك: إنه ليس له منعهم. وعليه فيمكنون من زيارتها في كل جمعتين أو كل شهر مرة.

سكنى الزوجة مع أقارب الزوج.

للزوجة ذات القدر الامتناع من السكنى مع أقارب الزوج، ولو الأبوين في دار واحدة، لما فيه من الضرر عليها باطلاعهم على حالها والتكلم فيها⁽¹⁾. إلا لشرط عند العقد أن تسكن معهم. فليس لها الامتناع، ما لم يحصل منهم الضرر أو الاطلاع على عوراتها.

وأما غير ذات القدر، أي ذات الصداق القليل، فليس لها الامتناع من ذلك إلا لشرط أو حد أو ضرر.

سكنى أحد الزوجين مع الآخر وله ولد:

إذا كان لأحد الزوجين ولد صغير لم يعلم به الآخر منهما حال البناء، والحال أن للابن حاضناً يحضنه، فلآخر الامتناع من السكنى به معه. ووجه ذلك ما في ذلك من الضرر لاطلاع الولد على أمرها وما تريد أن تستر به عنه من شأنها⁽²⁾.

فإن علم به الآخر وقت البناء، أو لم يعلم به وليس للولد حاضن، فليس له الامتناع من السكن به معه.

الزمن الذي تدفع فيه النفقة:

يقدر الزمن الذي يدفع فيه الزوج النفقة للزوجة بحسب حاله من يوم، كأرباب الصنائع والأجراء؛ أو جمعة كالبعض الآخر؛ أو شهر كأرباب الوظائف من إمامة أو تدريس؛ أو السنة كأرباب الرزق والحوائط والزرع.

وزمن دفع الكسوة قدر بما يناسب الشتاء والصيف. وليس المراد أنه في كل شتاء وفي كل صيف يكسوها ما يناسب الوقت، بل المراد أنها إن احتاجت لكسوة كساها في الشتاء ما يناسبه، وفي الصيف ما يناسبه، إن جرت عاداتهم بذلك في كل بلد بما يناسب أهلها بقدر وسعه وحالها.

وكذلك تقدير الغطاء والوطاء في الشتاء بما يناسبه، والصيف بما يناسبه، بحسب العرف والعادة.

ادعاء الزوجة عدم النفقة:

إذا ادعت الزوجة عدم دفع زوجها النفقة لها، فإن الإمام اللخمي قال: لا يقبل قولها إلا ببينة، لأن الأصل بقاؤها⁽³⁾.

(2) البيان والتحصيل 337/5.

(1) البيان والتحصيل 450/5.

(3) الذخيرة 471/4.

ضمان نفقة الزوجة عند ضياعها:

تضمن الزوجة النفقة المقدّرة باليوم أو الجمعة أو الشهر أو السنة. وكذا تضمن الكسوة، وذلك بقبضها من الزوج، سواء كانت ماضية أم مستقبلية، قامت البينة على هلاكها أم لا، فرّطت الزوجة في ضياعها أم لا.

ضمان نفقة المحضون:

وكذا تضمن الحاضنة نفقة الولد المحضون إذا قبضتها وضاعت منها. سواء قبضتها لمدة مستقبلية أو عن مدة ماضية. إلا إذا قامت البينة على الضياع بلا تفريط، فلا تضمنها، لأنها لم تقبضها لحق نفسها، ولا هي متمخضة للأمانة، بل قبضتها لحق المحضون، فتضمنها ضمان الرهائن والعواري.

ووجه كونها غير متمخضة للأمانة أنها تأخذها قهراً عنه لوجود حقها في الحضانة. وأما ما قبضته المرضع من أجره الرضاع، فالضمان منها مطلقاً، كالنفقة، لأنها قبضتها لحق نفسها، وليست نفقة للولد، فتضمنها ولو ثبت ضياعها بيّنة.

دفع النفقة أثماناً بدل الأعيان:

الواجب ابتداءً أن تدفع النفقة للزوجة من الأعيان. ولكن يجوز للزوج دفع الأثمان عمّا لزمه إن رضيت بذلك، ولو عن طعام. ولا يكون هذا من باب بيع الطعام قبل قبضه، لأنّ علّة منع بيع الطعام قبل قبضه غيبته عن البائع، وكونه ليس تحت يده؛ وهي مفقودة بين الزوجين، لأنّ طعام الزوج تحت يدها غير غائب عنها⁽¹⁾.

وإذا رضيت الزوجة بالثمن، فيلزم الزوج أن يزيد لها إن غلا سعر الأعيان بعد أن قبضت ثمنها. وله الرجوع عليها إن نقص سعرها ما لم يسكت مدة. وإلا حمل على أنه أراد التوسعة عليها. وهذا كلّ ما لم تكن اشترت الأعيان قبل غلوها أو رخصها، وإلا فلا يزيد لها شيئاً في الأول، ولا يرجع عليها بشيء في الثاني.

ويجوز للزوج المقاضاة بدينه الذي له عليها عمّا وجب لها من النفقة، وإن كان فرض ثمناً، أو كانت النفقة من جنس الدين، إلا لضرورة عليها بالمقاضاة، بأن تكون فقيرة يخشى ضيعتها بالمقاضاة، فلا يجوز له فعل ذلك.

أكل الزوجة مع زوجها وما يترتب من سقوط الأعيان المقرّرة:

للزوجة الأكل مع زوجها؛ وحينئذ فتسقط عن الزوج الأعيان المقرّرة لها من النفقة في المدة التي تأكل معه.

كما أنّ للزوجة الانفراد بالأكل عنه. والأولى لها الأكل مع زوجها لأنه توّدد وحسن معاشرته⁽²⁾.

سقوط النفقة .

تسقط عن الزوج نفقة زوجته بما يلي :

- 1 - عسر الزوج : فلا تلزمه نفقة ما دام معسراً . ودليل سقوط النفقة بالعسر⁽¹⁾ :
 - قوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُلْكَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [الطلاق : 7].
 ووجه الاستدلال أن هذه الآية عامة في كل إنفاق يطالب به المسلم من مفروض ومندوب⁽²⁾ . وقد رفعت التكليف عن من لم يؤته الله شيئاً .
 وليس للزوجة المطالبة بما مضى إن أيسر . ووجه ذلك أنه حق لا يتعلق بدمّة الزوج ، وإنما يتعلق بماله ، فلا يلزمه إذا أيسر⁽³⁾ .
 ولها التطلق عليه حال العسر بالرفع للحاكم وإثباته عنده . ودليل التطلق عليه :
 أ - قوله تعالى : ﴿ وَلَا نُضَارُهُنَّ لِيُضَيَّقُوا عَلَيْنَّ ﴾ .
 ووجه الاستدلال أن في إمساكه إياها بغير إنفاق إضراراً بها وتضييقاً عليها⁽⁴⁾ .
 ب - قوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء : 19] .
 ج - قوله تعالى : ﴿ فَأَنسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [البقرة : 231] .
 ووجه الاستدلال أن من الإمساك والمعاشرة بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق به على الزوجة أن يطلقها . فإن لم يفعل خرج عن حدّ المعروف ، فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق لها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لا صبر عليه⁽⁵⁾ .
 د - قوله ﷺ في الحديث المتقدم : « تقول المرأة : إما أن تطعمني وإما أن تطلقني » .
 ووجه الاستدلال من الحديث أنه إخبار عما لها أن تفعله ، وهو حق المطالبة بالطلاق⁽⁶⁾ . والحديث نصّ في المسألة⁽⁷⁾ .
 هـ - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : « يفرق بينهما »⁽⁸⁾ .
 وهو أيضاً نصّ في المسألة⁽⁹⁾ :

(1) المنتقى 4/126 . (2) التحرير والتنوير 28/330 .
 (3) المنتقى 4/126 . (4) المعونة 2/784 .
 (5) الإشراف 2/807 ؛ وأحكام القرطبي 3/155 . (6) الإشراف 2/807 .
 (7) أحكام القرطبي 3/156 ؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 115 .
 (8) أخرجه البيهقي في النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته .
 (9) أحكام القرطبي 3/155 ؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 115 .

- و - القياس على العتین بجامع الضرر . وهو قياس مبني على مسألة مجمع عليها .
وحكى ابن المنذر هذا الإجماع⁽¹⁾ .
- ز - دلالة الأولى على الإيلاء والعتة ، لأنه لما كان لها مفارقتة في الإيلاء والعتة ،
وضررهما أيسر من ضرر النفقة ، فكان في عدم النفقة أولى⁽²⁾ .
- ح - وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي هريرة⁽³⁾ .
- ط - أن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لا نفقة لها . فإذا لم تحصل
النفقة للزوجة سقط حق الزوج في الاستمتاع ، فوجب لها الخيار⁽⁴⁾ .
- ويرى الشيخ ابن عاشور أن العاجز عن نفقة زوجته لا يفرق بينهما ، وإنما نفقته
تكون من بيت مال المسلمين إن كان قائماً ، بدليل قول عمر بن الخطاب : وإن رب
الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ما شيتها يأتني ببنيه فيقول : يا أمير المؤمنين ! يا أمير
المؤمنين ! أفتاركهم أنا ؟ لا أبالك⁽⁵⁾ .
- قال الشيخ : فإن لم يكن بيت المال قائماً ، فإنه يلجأ عند ذلك إلى التفريق بينهما ،
ولا تترك المرأة وزوجها في احتياج⁽⁶⁾ .
- وطلاق الحاكم بينهما يقع رجعياً قياساً على طلاق المولي ، لأنها فرقة بعد البناء لم
يستكمل بها عدد الطلاق ، ولا كانت لعوض ، ولا لضرر بالزوج ، فكانت رجعية أصله
طلاق المولي⁽⁷⁾ .
- وهذا الطلاق مستثنى من قاعدة : كل طلاق حكم به حاكم فإنه يقع بائناً ، إلا طلاق
المولي وطلاق المعسر بالنفقة فهو رجعي .
- 2 - نشوز الزوجة : وذلك بمنع الزوجة زوجها الاستمتاع ، ولو بدون الوطاء .
والدليل :
- لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه . فإذا عدم ومنعته الزوجة ،
لم تستحق بدله ، كالأجرة في مقابلة المنفعة ، والتمن والمثمن في البياعات⁽⁸⁾ .
- والقول بسقوط النفقة هو المشهور في المذهب ، وهو قول العراقيين . وقال المغاربة
ومنهم الإمام سحنون : إن النفقة لا تسقط ، لأنها في مقابلة الاستباحة . فمتى كان

(1) بداية المجتهد 61/2 . (2) الإشراف 808/2 ؛ والمعونة 785/2 .

(3) بداية المجتهد 61/2 ؛ وأحكام القرطبي 155/3 .

(4) الإشراف 808/2 ؛ والمعونة 785/2 ؛ والبداية 61/2 .

(5) أخرجه مالك في دعوة المظلوم ، باب ما يتقى من دعوة المظلوم ؛ والبخاري في الجهاد ، باب إذا
أسلم قوم في دار الحرب .

(6) التحرير والتنوير 332/28 . (7) أحكام القرطبي 156/3 .

(8) الإشراف 807/2 ؛ والمعونة 783/2 ؛ والتمتقى 126/4 ، 128 ؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 113 .

الاستمتاع مباحاً وجبت النفقة في مقابلة ذلك. ولا تسقط بمنع النكاح⁽¹⁾.
والقول الأول مقيد بما إذا لم تكن حاملاً، وإلا لم تسقط لأن النفقة حينئذ للحمل.
ومحل سقوط النفقة بمنعها الاستمتاع، إذا كان المنع لغير عذر. وأما إذا كان
لعذر، كمرض، فلا تسقط نفقتها.

وإذا منعه لغير عذر مدة ومكنته مدة سقطت نفقتها مدة المنع فقط.
واعلم أن القول قولها في عدم المنع. فإذا ادعى الزوج أنها تمنعه من الاستمتاع،
وقالت: لم أمنعه؛ كان القول قولها. ولا يقبل قوله، لأنه متهم على إسقاط حقها من
النفقة، فيلزمه أن يثبت عليها، بأن تقر بالمنع بحضور عدلين أو عدل وامرأتين، أو
أحدهما ويمين.

3 - نشوز الزوجة: بخروجها من بيت زوجها بلا إذن منه. وهذا إذا لم تكن
حاملاً، وإلا لم تسقط، لأن النفقة حينئذ للحمل. ويشترط لسقوط النفقة بخروجها ما
يلي⁽²⁾:

- أن لا يكون قادراً على ردها ولو بحكم حاكم. فإن خرجت وهو حاضر قادر
على منعها لم تسقط، لأنه كخروجها بإذنه.
ومحل هذا الشرط إذا خرجت جهراً أو خفية لمكان معلوم. وأما الهاربة خفية
لمكان مجهول، فإن نفقتها تسقط ولو قدر على ردها، ولو علم بمكانها.
- أن تكون ظالمة، لا إن خرجت لظلم ركبها، فلها النفقة ولا تسقط.
- أن تكون غير حامل كما تقدم.

سكنى ونفقة الحامل⁽³⁾:

إذا كانت مطلقة رجعية فلا تسقط نفقتها مطلقاً، لأنه ليس له منعها من الخروج.
وأما المطلقة البائن بخلع أو بتات، فتسقط نفقتها إن لم تكن حاملاً. فإن كانت
حاملاً فلها النفقة للحمل. وإذا كانت الحامل البائن مرضعاً فلها أيضاً أجره الرضاع، كما
أن لها نفقة الحمل.

وتستحق الحامل المطلقة طلاقاً بائناً النفقة بظهور الحمل وحركته، لا بدعواها
الحمل. فإن ظهر فلها النفقة من أول الحمل أي من يوم الطلاق. كما أن لها الكسوة من
أوله. وهذا إن طلقت من أول الحمل. فإن لم تطلق من أوله بل طلقت حاملاً بعد أشهر
من حملها، فلها قيمة ما بقي من أشهر الحمل دراهاً.

(1) المتقى 4/128. (2) الشرح الكبير 2/514؛ ومنع الجليل 4/400.

(3) قد تقدم الاستدلال على هذه المسائل في باب العدة.

ومحلّ وجوب الكسوة إذا كانت محتاجة لها. وأما لو كانت عندها كسوتها فلا. ويستمرّ للبائن الحامل المسكن فقط دون النفقة إن مات زوجها المطلق لها قبل وضعها، لأنه حقّ تعلق بذمته فلا يسقطه الموت. سواء كان المسكن له أم لا، نقد كراهه أم لا. فإن مات الولد في بطنها قبل وضعه فلا نفقة لها ولا سكنى من يوم موته، لأنّ بطنها صار قبراً له، وإن كانت لا تنقضي عدّتها إلاّ بنزوله.

وأما البائن غير الحامل إذا مات زوجها المطلق لها، فالمسكن لانقضاء عدّتها. والأجرة فيهما من رأس المال.

بخلاف الرجعية والتي في العصمة فلا يستمرّ لها المسكن إن مات إلاّ إذا كان له أو نقد كراهه كما مرّ. وتسقط الكسوة والنفقة.

والحاصل أنّ البائن يستمرّ لها المسكن حتى تخرج من العدة بوضع الحمل أو تمام الأشهر فيمن لا تحيض، أو الأقراء فيمن تحيض، ولو لم يكن المسكن له ولا نقد كراهه. وأنّ التي في العصمة أو الرجعية يستمرّ لها إن كان له أو نقد كراهه. وأنّ النفقة والكسوة يسقطان في الجميع بالموت.

وإذا ماتت المطلقة فلا سكنى، أي لا شيء لو ارثها من كراهه المسكن.

وتردّ النفقة في موته وموتها، مطلقاً، أي سواء كان الميت هو أو هي، كانت في العصمة أو رجعية أو بائناً وهي حامل. وكذا إن كانا حيّين وطلّقها بائناً بعد قبضها النفقة وليست بحامل، كانفشاش الحمل؛ فتردّ نفقته إن قبضتها من أوّل الحمل، بخلاف التي قبلها فمن يوم الموت.

وكذا تردّ كسوة الحمل إذا أنفش ولو لبستها شهراً.

والمراد بأنفشاش الحمل تبين أنّه لم يكن، ثمّ حمل بها، بل كان علة أو ريحاً. وليس المراد به فساده واضمحلاله بعد تكوّنه. بل هذا تردّ نفقته من يوم أنعدامه.

وأما الكسوة التي كساها لها وهي في عصمته، فلا تردّها إن أبانها أو مات أحدهما بعد مضي أشهر من قبضها. فإن أبانها أو مات أحدهما بعد شهرين فأقلّ فإنّها تردّ.

شروط وجوب نفقه الحمل:

يشترط لوجوب نفقة الحمل لحوقه بأبيه. فلا نفقة لحمل ملاءنة لعدم لحوقه به بسبب قطع نسبه. وهذا إذا كان اللعان لنفي الحمل لا لرؤية الزنا. وإلاّ فلها النفقة إذا كانت حاملاً يوم الرمي ما لم تأت به لستة وما في حكمها من يوم الرؤية، وإلاّ فلا نفقة لها. ولها السكنى لأنّها محبوسة بسببه.

عدم سقوط النفقة بمضي زمنها مع اليسر.

لا تسقط النفقة بمضي زمنها إذا كان الزوج موسراً. وترجع الزوجة على زوجها بما

تجمّد عليه منها زمن يسره، ولو تقدّمه عسر يوجب سقوطها أو تأخر عن عسره. فما تجمّد عليه حال يسره في ذمته تطالبه به، وإن لم يفرضه عليه حاكم. ووجه ذلك أنّ نفقة الزوجة تثبت في الذمة في نظير الاستمتاع⁽¹⁾. ولا يُسقط العسر إلاّ زمنه خاصّة.

رجوع الزوجة بما أنفقت على زوجها ورجوع الشخص على أجنبي:

ترجع الزوجة إن شاءت على زوجها بما أنفقت عليه إذا كان الإنفاق من غير سرف بالنسبة إليه وإلى زمن الإنفاق. فإن كان سرفاً فإنها ترجع عليه بقدر المعتاد فقط.

وهذا سواء كان زمن الإنفاق عليه موسراً أم معسراً لأنّ العسر لا يسقط عن الزوج إلاّ ما وجب عليه لنفقة غيره، لا ما وجب عليه لنفقة نفسه. إلاّ أن تقصد بها الزوجة الصلة لزوجها، فلا ترجع بها عليه.

وكذا إذا أنفق شخص على أجنبي فإنه يرجع عليه بغير السرف، وإن كان المنفق عليه معسراً، إلاّ لصلة من الشخص على الأجنبي.

ومثل قصد الصلة في عدم الرجوع الإشهاد على الزوجة أو على الشخص إذا أنكر أنه عند الإنفاق أقرّ بأنه لا يرجع بما أنفق، فلا رجوع.

رجوع المنفق على صغير بما أنفق:

من أنفق على صغير ذكر أو أنثى، كريب أو أجنبي، فإنّ له الرجوع إن كان للصغير مال حين الإنفاق، أو كان له أب موسر معلوم تعمّد طرح ابنه.

وقالوا في تعليل اشتراط الأب الموسر للرجوع: إنّ الأب لما تعمّد طرح ولده فراراً من نفقته وجب أن يعامل بنقيض قصده الفاسد، فيرجع المنفق عليه بالنفقة. وذكر الونشريسي أنّ هذا التعليل فيه نظر، لأنّ المناسب لعقوبة الأب أن يؤخذ ذلك منه فيتصدّق به أدباً له. ولا يدفع إلى المنفق لدخوله على الاحتساب، ولا إلى الصبي لأنّه يسقط به نفقته عنه، لحصول اليسر له بذلك المقدار إن كان غير بالغ، واحتمال الموت وفقر الأب فيعود النفع إليه به إن كان بالغاً⁽²⁾.

فيشترط للرجوع أن يعلم المنفق بأنّ للصغير مالاً أو أباً، وأن يتعسّر إنفاق الأب على صغيره لغيبته، أو يتعسّر الإنفاق عليه من ماله، لكونه عرضاً أو عقاراً مثلاً.

ومحلّ اشتراط العلم بالأب الموسر ما لم يتعمّد الأب طرحه، أي لم يكن الولد لقيطاً، وإلاّ فللمنفق الرجوع إذا علم به بعد ذلك.

فإن لم يكن للصغير ولا لأبيه مال فلا رجوع للمنفق، لأنّ الصغير عند ذلك كاليتيم

(1) عدّة البروق ص 333.

(2) عدّة البروق ص 340 - 341.

الذي لا مال له، لا شيء لمن أنفق عليه، لأن نفقته عليه على وجه الحسبة، إذ ليس له أن يوجب في ذمة الصبي دينار بغير رضاه ولا برضاه، إذ هو ليس ممن يجوز على نفسه رضاه⁽¹⁾.

ولو أنفق المنفق على الصغير ظاناً أن لا مال له أو لا أب له موسراً، ثم علم فلا رجوع. وقيل: له الرجوع. والقولان قائمان من المدونة. ويسقط رجوع المنفق على ربيبه بما أنفق، إذا أثبتت الأم أنه التزم الإنفاق عليه. وقيل بعدم الرجوع على الربيب مطلقاً، والراجع الأول. ويشترط في الرجوع أيضاً أن يبقى ذلك المال الذي للصغير لوقت الرجوع. فإن ضاع وتجدد غيره، فلا رجوع، وكذا إذا لم يكن له مال وقت الإنفاق وتجدد بعده. ويشترط أيضاً أن يحلف أنه أنفق ليرجع. ومحل حلفه إن لم يشهد حال الإنفاق أنه يرجع بما أنفق، وإلا فلا يمين عليه.

قيام الزوجة بالفسخ عند عسر الزوج:

للزوجة طلب فسخ العقد والقيام به إن ادعى الزوج العجز عن النفقة الحاضرة أو المستقبلية إذا أراد السفر مثلاً، لا النفقة الماضية المترتبة في ذمته. وقد سبق الاستدلال على أن لها الحق في الفسخ.

وهذا إن لم تعلم الزوجة حال العقد بفقره وعسره. فإن علمت فليس لها الفسخ، ولو أيسر بعد ثم أعسر.. ووجه ذلك أنها رضيت بعينه وأقدمت على بصيرة ومعرفة بحاله⁽²⁾. وإذا كان مشتهراً بين الناس بالعطاء وينقطع عنه فلها الفسخ، لأن أشتهاره بذلك ينزل منزلة اليسار.

فإن أثبت الزوج عسره عند الحاكم أمهل باجتهاد الحاكم بحسب ما يراه من حال الزوج لعله أن يحصل النفقة في ذلك الزمن. ودليل الإمهال وأنه لا يطلق عليه بأول الإعسار، أن إعسار المدة القريبة كالיום واليومين لا يضرّ بها الإضرار الشديد، ولا يكاد يخلو أحد منه. وإنما الذي يؤثر ما يستدام من ذلك⁽³⁾.

فإن لم يثبت عسره عند الحاكم أمر الحاكم الزوج بالنفقة أو بالطلاق بلا تلوم، بأن يقول له: إما أن تنفق وإما أن تطلقها. فإن طلق أو أنفق فالأمر ظاهر. وإلا طلق عليه. بأن يقول الحاكم: فسخت نكاحه أو طلقته منه.

فإن لم يكن حاكم فجماعة المسلمين العدول يقومون مقامه في ذلك، وفي كل أمر يتعدّر فيه الوصول إلى الحاكم العدل، والواحد منهم كاف.

(1) البيان والتحصيل 352/5.

(2) المعونة 785/2؛ والمنتقى 132/4.

(3) المعونة 785/2.

وحاصل فقه المسألة أن الزوج إذا امتنع من النفقة وطولب بها، فإما أن يدعي الملاء ويمتنع من الإنفاق، وإما أن لا يجيب بشيء، وإما أن يدعي العجز. فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالاً. وإن قال أنا موسر ولكن لا أنفق، فقيل: يعجل عليه الطلاق، وقيل: يحبس. وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه. وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر، وإلا أخذ منه. وإن ادعى العجز وهي المسألة المذكورة قبل، فإما أن يثبت أو لا. فإن لم يثبت العجز قيل له طلق أو أنفق. فإن امتنع من الطلاق والإنفاق تلوم له، أي أمهل، ثم طلق عليه. وقيل: يطلق عليه حالاً من غير تلوم وهو المعتمد. أو إن أثبت عسره تلوم له على المعتمد ثم طلق عليه.

ويطلق الحاكم على الزوج الذي ثبت عسره بعد التلوم له. ولو كان غائباً، ولم يترك لها شيئاً، ولا وكل وكيلاً بها، ولا أسقطت عنه النفقة حال غيبته. وتحلف على ذلك.

وقال أبو الحسن القابسي: لا يطلق على المعسر إذا كان غائباً. والفرق عنده بين الحاضر والغائب أن الحاضر قد استأصل الحاكم حجته، والغائب عسى أن تكون له حجة.

قال الونشريسي: القول الأول به القضاء وعليه العمل والفتوى، وبالناس اليوم - أي زمنه - ضرورة إلى ذلك⁽¹⁾.

وهذا إذا كانت غيبته بعيدة كعشرة أيام. وأما قريب الغيبة فيرسل له، إما أن يأتي أو يرسل النفقة أو يطلق عليه إن لم يطلق هو بنفسه.

وكذا يطلق عليه إذا لم يجد الزوج - ولو كان حاضراً - إلا ما يسد الرمق خاصة، أي ما يحفظ الحياة دون شبع معتاد ومتوسط: فإنه يطلق عليه إذ لا صبر للزوجة عادة على ذلك. وأما إن قدر على القوت ولو من خشن المأكول، وعلى ما يوارى العورة ولو من غليظ الصوف، وكانت زوجته على قدر غنية شأنها لبس الحرير فلا يطلق عليه. والدليل:

أ - قوله تعالى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَاهَا﴾ [الطلاق: 7].

ووجه الاستدلال أن قوله: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَاهَا﴾ إقناع المنفق عليه بأن لا يطلب من المنفق أكثر من مقدرته. قال الشيخ ابن عاشور⁽²⁾: ولهذا قال علماؤنا: لا يطلق على المعسر إذا كان يقدر على إشباع زوجته وإكسائها بالمعروف ولو بشظف، أي دون ضرر.

(1) عدّة البروق ص 333.

(2) التحرير والتنوير 28/331.

ب - إنه واجد لقوت معتاد، وإنما يجب لها الخيار إذا لم يجد قوتاً معتاداً⁽¹⁾. وهذا الفرع من متعلقات العجز. وما تقدم من أنه يراعى في النفقة وسعه وحالها فهو من متعلقات اليسر والقدرة.

إرجاع المطلق عليه بالعسر زوجته في العدة:

للزوج الذي طلق عليه الحاكم لعسره إرجاع زوجته في العدة، إن وجد فيها يساراً يقوم بواجب مثلها عادة. وهذا بناء على ما هو مقرر من أن كل طلاق أوقعه الحاكم يكون بائناً إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة. والدليل على ذلك أن الفرقة إنما كانت من أجل الضرر، وهو علة الحكم. فإذا زال الضرر كانت له الرجعة. وهذا كما لو زال الضرر قبل الفرقة لم يكن لها المطالبة بالفرقة⁽²⁾.

والمراد بما يقوم بواجب مثلها، أن المعتبر فيها ما يعتبر في ابتداء النكاح. فإذا كانت غنية شأنها أكل الضأن، فلا تصح الرجعة إلا إذا قدر على ذلك. فإن قدر على خشن الطعام فقط فلا تصح الرجعة ولو رضيت على المعتمد. وهو قول سحنون، لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم إنما كانت لأجل ضرر فقره، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال الموجب. والحكم يدور مع العلة. وقيل: تصح إن رضيت.

وإنما اعتبر في الرجعة اليسار الكامل مع إنها لا تطلق عليه إذا وجد ما تيسر من خشن القوت، لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فلا يقدم عليه إلا بالضييق الشديد. بخلاف ما لو صارت أجنبية فلا ترد إلا باليسار المناسب.

وللزوجة حين حصل للزوج المطلق عليه يسر في العدة، فإن لها النفقة في عدتها، لأن الرجعية لها النفقة دون البائن، وإن لم يرتجع الزوج على المشهور. ومقابل المشهور ما رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه لا نفقة لها حتى ترتجع.

مطالبة الزوجة زوجها بنفقة مستقبله عند سفره:

إذا عزم الزوج على السفر، فإن للزوجة مطالبته بتعجيل نفقة المستقبل مدة غيابه عنها إلى حين قدومه. أو بأن يقيم لها كفيلاً يدفعها لها على حسب ما كان الزوج يدفعها لها.

ووجه ذلك أن الزوج إذا غاب تعذر على الزوجة تحصيل النفقة من جهته. فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة سفره، كالذي عليه الدين يريد سفره يقتضي حلول أجله قبل إيباه، فعليه أن يوجد وجهاً لقضائه في أجله⁽³⁾.

(2) المعونة 2/785.

(1) المنتقى 4/131.

(3) المنتقى 4/127.

فإن أبى الزوج ذلك طلق عليه إن شاءت .

فرض نفقة الزوجة والأولاد والوالدين في مال الغائب :

إذا كان الزوج غائباً فإن الحاكم إذا رفعت له الزوجة أمرها، أو لجماعة المسلمين إن لم يكن حاكم، يفرض لها النفقة في مال زوجها، ولو كان المال وديعة عند غيره، وفي دينه الثابت على مدينه، ويبيع داره في نفقتها. ولا يشترط لبيع داره ثبوت حياته وعدم وجود دين يستغرق ماله. والدليل استصحاب الحال، لأن نفقة الزوجة واجبة حتى يعلم سقوطها بمعرفة موته أو استغراق ذمته الديون⁽¹⁾.

وهذا بعد أن تحلف الزوجة باستحقاقها للنفقة على زوجها، وأنه لم يوكل لها وكيلاً في دفعها لها، وأنها لم تسقطها عنه.

ومثل الزوجة في فرض نفقتها، الأولاد والأبوان، فتفرض نفقتهم في هذه الأشياء كما تفرض للزوجة بشروطها.

وإذا تنازع الزوجان بعد قدوم الزوج من سفره في إرسالها، فقال: أرسلت لك النفقة، وقالت: لم ترسلها: أو قال: تركتها لك قبل سفري، وقالت هي: لم تتركها! فالقول لها بيمين إن رفعت أمرها للحاكم في شأن ذلك، وأذن لها في الإنفاق على نفسها، والرجوع لها بذلك على زوجها. ويكون القول قولها من يوم الرفع لا من السفر. فإذا سافر في أول السنة وحصل الرفع في نصفها فلها النفقة من يوم الرفع، وأما النصف الأول فالقول فيه قول الزوج بيمين.

فإن لم ترفع للحاكم أو رفعت لعدول وجيران مع وجود الحاكم العدل، فالقول قوله بيمين، ولا يقبل قولها مطلقاً، إلا ببيّنة. ويحلف الزوج: لقد قبضت نفقتها مني أو من رسولي أو وكيلي. والدليل عدم قبول قولها: أن الأصل أن الزوج مؤتمن في النفقة على من يلزمه الإنفاق عليه، وهو مصدق في ذلك دون إشهاد، لأن الله أمره بذلك، ولم يوجب عليه في ذلك الإشهاد⁽²⁾.

ويعتمد على غلبة الظن في حلفه أن رسوله أو وكيله قد أوصلها لها. والكسوة تدخل في النفقة.

وكون قولها لا يقبل إذا رفعت لعدول وجيران مع وجود الحاكم العدل، هو المشهور، وعليه العمل. وروي عن مالك قبول قولها حيث رفعت ولو للعدول والجيران مع وجود الحاكم. وذكر ابن عرفة أن عمل بلدة تونس أن الرفع للعدول بمنزلة الحاكم، وللجيران لغو.

(1) البيان والتحصيل 5/459؛ وعدة البروق ص337؛ وحاشية الدسوقي 2/520.

(2) البيان والتحصيل 5/448.

وحكم نفقة أولادها الصغار حكم نفقتها في التفصيل. وأما أولادها الكبار فالقول قولهم وإن لم يحصل رفع.

وإذا تنازع الزوجان فيما فرض للزوجة من النفقة لدى الحاكم، فقالت: عشرة، وقال: بل ثمانية، فالقول قول الزوج إن أشبه بيمين، سواء أشبهت هي أم لا. فإن لم يشبه فالقول لها بيمين إن أشبهت. فإن لم يشبه واحد منهما ابتدئ الفرض لما يستقبل. وهذه المسألة تفرض في حالة موت القاضي أو عزله أو نسيانه أو ضياع دفتره.

وإذا تنازعا بعد قدومه من السفر فقال: كنت معسراً، وقالت: بل كنت موسراً فيلزمك نفقة ما مضى؛ اعتبر حال قدومه، فيعمل عليه إن جهل حال خروجه. فإن قدم معسراً فالقول قوله بيمين، وإلا فقولها بيمين. وهو قول ابن القاسم، وهو استدلال بالحاضر على الماضي. ووجه هذا القول أن الحالة التي قدم عليها هي الأولى لأنها ثابتة عليه يوم الحكم عليه⁽¹⁾.

وقال ابن الماجشون: يحمل على الملاء. وقال ابن كنانة وسحنون: يحمل على العدم. ولم يلتفت هؤلاء إلى حال قدومه. قال ابن عبد السلام: والأجرى على الأصول قول ابن الماجشون، لأن كل غريب ادعى العدم فعليه البيّنة على المذهب، سواء كان ما طلب به من معاوضة أم من غيرها⁽²⁾.

ووجه قول ابن كنانة وسحنون أن الأحوال تختلف وتنتقل، فلا يعتبر بحال، والأصل العدم⁽³⁾.

فإن علم حال خروجه عمل عليه حتى يتبين خلافه. والدليل هو استصحاب الحال⁽⁴⁾.

ونفقة الأبوين والأولاد في هذا كالزوجة.

السبب الثاني: القرابة الخاصة:

تجب النفقة بسبب القرابة الخاصة لا العامة. ومن القرابة العامة الإخوة والأعمام وولد الإخوة. ودليل عدم وجوب النفقة بسبب القرابة العامة:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من ترك مالا فللورثة. ومن ترك كلاً فإلينا»⁽⁵⁾.

(2) شرح ابن عبد السلام ورقة 192.

(1) المنتقى 127/4.

(3) المنتقى 127/4.

(4) المنتقى 127/4؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 192.

(5) أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث الأسير؛ ومسلم في الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته.

أي إن بيت المال كفيل بنفقة الفقراء ممن لا قرابة لهم خاصة تنفق عليهم⁽¹⁾.
 ب - القياس على بني العمومة، لأنها قرابة بعدت عن الولادة من الطرفين فلم
 تجب بها نفقة كابن العم⁽²⁾.
 والنفقة الخاصة نفقة الوالدين ونفقة الولد.

نفقة الوالدين:

يجب على الولد الموسر، كبيراً أو صغيراً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، نفقة
 والديه المعسرين، ولو كانا كافرين، إذا كان الولد مسلماً، كالعكس، أي إذا كانا مسلمين
 والولد كافر. وأما إذا كان الجميع كفاراً فلا نحكم بينهم إلا إذا ترفعوا إلينا ورضوا
 بأحكامنا. ودليل وجوب نفقة المسلم على والديه المعسرين المسلمين⁽³⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [البقرة: 83].

ودليل وجوب النفقة على الوالدين الكافرين⁽⁴⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان 15].

ومحل وجوب نفقة الوالدين إذا كان له فضل عنه وعن زوجاته ولو أربعاً. لا عن
 نفقة خادمه ودابته، إذ نفقة الأبوين مقدمة على نفقتهما، ما لم يكن مضطراً لهما، وإلا
 قدمت نفقتهما على الأبوين.

ووجه وجوب النفقة على الصغير لوالديه، وهو لا يتعلق به الوجوب، أن انمراد
 بتعلق الوجوب به خطابه الوضعي لا التكليفي، كتعلق الزكاة بماله.

ومحل وجوب نفقة الوالدين على الولد ما لم يقدر على الكسب ويتركاه. فإن كانا
 قادرين على الكسب وتركاه لم تجب عليه النفقة على الراجح. وهو قول اللخمي. وقال
 الباجي: تجب النفقة على الولد لوالديه ولو كان الأب قادراً على الكسب.

ولا يجب على الولد المعسر أن يتكسب لينفق على والديه ولو كان قادراً على
 التكسب. ويجبران على التكسب على الأرجح ما لم يزر بهما ولو كان تكسبهما بصناعة
 تزري بالولد. فإن كانت تزري بهما وجب على الولد الإنفاق، لأن في تركه حينئذ
 عقوقاً، كما هو الظاهر.

وقال الشيخ ابن عاشور في الاكتساب: إذا كان من يجب عليه الإنفاق قادراً على
 الاكتساب لينفق من يجب عليه إنفاقه، أو ليكمل له ما ضاق عنه ماله، يجبر على
 الاكتساب، وذلك أخذاً من قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ

(1) التحرير والتنوير 2/437.

(2) الإشراف 2/809؛ والمعونة 2/939.

(3) المصدران السابقان.

(4) المعونة 2/938.

فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴿١﴾ فقله: مما آتاه الله، يشمل المقدرة على الاكتساب⁽¹⁾.

ويجب على الولد الموسر أيضاً نفقة خادم والديه وإن كانا غير محتاجين إليه لقدرتهما على الخدمة بأنفسهما. بخلاف خادم الولد فلا تلزم الأب ولو احتاج له.

ويجب على الولد إعفاف أبيه بزوجة. فإن لم تعفه الواحدة زيد عليها من يحصل به العفاف. ودليل الوجوب: القياس على النفقة، لأن النكاح قد تدعو إليه الحاجة وتمسه الضرورة، فوجب أن يكون كالنفقة. وإذا كان الولد يجبر على أن ينفق على زوجته لحاجته إليها وجب أن يجبر على تزويجه لحاجته إليها⁽²⁾.

ولا تتعدّد نفقة زوجات الأب بتعدّدهن إن عفته الواحدة منهن، ولو كانت إحدى زوجاته أمه، وإلا تعددت لمن يعفه. وتعيّنت الأم بالنفقة حيث كان يحصل بها الإعفاف، ولو كانت غنية، لأن نفقتها هنا للزوجية لا للقرابة. فإن لم تكن إحدى زوجات أبيه أمه، فالقول للأب فيمن ينفق عليها الولد.

ولا تجب نفقة الولد على زوج أمه الفقير، بل على أمه فقط، ولو توقف إعفافها عليها. لأن نفقته ليست واجبة عليها. بخلاف زوجة الأب، لوجوب نفقتها على زوجها. هذا هو ظاهر المدونة وهو المشهور. وقيل: يلزمه مطلقاً، دخل الزوج بأم الولد معسراً أو طراً عليه الإعسار. وقيل: إن دخل معسراً لم يلزمه، وإن طراً له الإعسار لزمه.

ولا تجب النفقة على الجدّ أو الجدّة لأولاد الأبناء؛ ولا على أولاد الأبناء للأجداد. والدليل على ذلك أن النفقة على الأقارب لا تجب انتقالاً، وإنما تجب ابتداءً؛ ونفقة ولد الولد لازمة لأبيهم فلا تنتقل إلى جدّهم؛ ونفقة الجدّ لازمة لولده فلا تنتقل إلى ولد ولده⁽³⁾.

وإذا تفاوت الأولاد الموسرون في اليسار، فإنه تراعى نفقة والديهم على قدر اليسار، ونقله اللخمي عن ابن الماجشون. وقيل على الرؤوس، فالذكر كالأنثى، وهو قول ابن حبيب ومطرف. وقيل على حسب الميراث فللذكر مثل حظ الأنثيين، وهو قول محمد وأصبغ. وشهر البرزلي الثالث. ورجح الشيخ الدردير الأول. وقال الشيخ الصاوي وهو الأوجه.

وإذا ادّعى الوالدان الفقر، وطلبا من الولد النفقة، وأنكر الولد فقرهما لزم الوالدين إثبات فقرهما بعدلين، لا بشاهد وامرأتين، أو أحدهما ويمين. ويكلف الوالدان اليمين مع العدلين.

وإذا طلب الابن بالنفقة على والده الفقير، وأدعى الابن الفقر، فهل يحمل على

(2) البيان والتحصيل 328/5.

(1) التحرير 331/28.

(3) الإشراف 808/2؛ والمعونة 939/2.

الملاء، فعليه إثبات الفقر؛ أو على العدم، فعلى والده إثبات الملاء، قولان، محلّهما إذا كان الولد منفرداً ليس له أخ، أو له أخ وأدعى مثله. وأما لو كان له أخ موسر فعلى الولد إثبات العدم باتفاق القولين.

نفقة الأولاد:

تجب نفقة الولد على أبيه فقط، لا على أمه. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ب - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].

ووجه الاستدلال من الآيتين أن الله تعالى أوجب على الأب النفقة على المطلقة الحامل والمطلقة المرضع من أجل الحمل والرضيع، لأنّ غذاءهما لا يصل إليهما إلاّ بواسطتهما، فدل ذلك على وجوب إنفاق الأب على ولده⁽¹⁾.

ج - قوله ﷺ لهند في الحديث المتقدم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

د - قوله ﷺ في حديث أبي هريرة المتقدم: «ويقول الابن أطمعني إلى من تدعني».

هـ - قوله ﷺ: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت» وقد تقدم.

وهذه الأحاديث تدلّ على أنّ نفقة الأبناء واجبة في مال أبيهم. وتنتهي الآباء عن تضييع أبنائهم⁽²⁾.

و - إجماع العلماء على أنّ على المرء نفقة ولده الأطفال الذين لا مال لهم⁽³⁾.

ودليل عدم وجوب النفقة على الأم وقصرها على الأب:

أ - أن الخطاب في الأدلة موجه للأب. ومعنى «المولود له» الأب.

ب - القياس على الأجنبية، لأنّ كلّ من لا يلزمها إرضاعه في بعض الأحوال إلاّ بعوض، وهو حال البيونة، لم يلزمها الإنفاق عليه، كالأجنبية⁽⁴⁾.

ج - إن حكم النفقة لا ينتقل. فإذا وجبت على شخص لم تنتقل إلى غيره، ولو حال دونه حائل. ونفقة الولد كانت لازمة للأب، فإذا فقد الأب أو أعسر لم يلزم غيره كما لا يلزم سائر الأقارب⁽⁵⁾.

ولا يجب على الأم إلاّ الرضاع، كما يأتي.

(1) المعونة 2/237؛ وأحكام ابن العربي 1/203؛ وأحكام القرطبي 3/163.

(2) المعونة 2/237؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 183؛ وأحكام ابن العربي 1/204؛ وأحكام القرطبي 3/163.

(3) أحكام القرطبي 3/163. (4) المعونة 2/938.

(5) المعونة 2/938.

ومحل وجوب نفقة الابن على أبيه، إذا كان فقيراً عديم الصنعة. وأما لو كان له مال أو صنعة لا معرّة فيها عليه ولا على أبيه، لم تجب على أبيه. فإن طرأ له كساد صنعة أو ضياع مال قبل بلوغه وجبت له النفقة.

ويستمر وجوب نفقة الوالد على ولده حتى يبلغ الذكر قادراً على الكسب. فإذا بلغ قادراً عليه سقطت عن الأب. ولا تعود بطرّو جنون أو زمانة أو مرض أو عمى. بخلاف ما إذا طرأت هذه الأمور متصلة بالبلوغ، فإنّ النفقة باقية؛ لأنّ نفقة الولد على أبيه تجب باستصحاب الوجوب بالصغر⁽¹⁾. ودليل عدم سقوطها إذا بلغ الولد مجنوناً أو زمنياً أو أعمى لأنها تمنعه التكبّب⁽²⁾.

ومحل لزوم نفقة نحو الأعمى البالغ على أبيه ما لم يكن يعرف صنعة يمكن تعاطيها وتقوم به، وإلا سقطت عن أبيه نفقته ببلوغه.

وتستمر النفقة بالنسبة للأنثى حتى يدخل الزوج بها، ولو لم يكن الزوج بالغاً؛ أو حتى يدعى الزوج للدخول بعد زمن يتجهّز فيه مثلها له، إن كان بالغاً وهي مطيقة، وإلا فللدخول بالفعل. ودليل عدم سقوط نفقة الأنثى بالبلوغ:

أ - القياس على الصغيرة غير البالغ، لأنّ كلّ حال ثبت للأب فيها إجبارها على النكاح وجب نفقتها عليه كالصغيرة⁽³⁾.

ب - استصحاب حكم الإنفاق لعجزها عن التكبّب⁽⁴⁾.

وتعود النفقة على الأب لابنته إن عادت له صغيرة دون البلوغ، أو بكرة ولو بالغاً، أو زمنة وقد دخل بها الزوج زمنة. فإن دخل بها صحيحة ثم طرأت عليها الزمانة وعادت لأبيها زمنة لم تجب عليه. وكذا إن صحّت بعد الدخول بها ثم عادت زمنة، لم تعد النفقة على الأب.

سقوط النفقة عن الولد أو الوالد:

تسقط النفقة عن الولد أو الوالد بمضي الزمن. فليس لمن وجبت له رجوع على من وجبت عليه، لأنها نفقة وجبت لسدّ الخلة، وهي متعلّقة بالمال بخلاف الزوجة فلها الرجوع بما مضى زمنه، لأنها في نظير الاستمتاع كما تقدّم، وهي تثبت في الذمة⁽⁵⁾.

فإن رفع مستحقّ النفقة من والد أو ولد لحاكم غير مالكي لا يرى السقوط بمضي المدة فحكم بلزومها فإنها لا تسقط. وهذا فيما تجمّد في الماضي من النفقة فحكم بلزومها. وليس المراد أنّه حكم بها في المستقبل، لأنّ حكم الحاكم لا يدخل في المستقبلات، إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئاً في المستقبل يقرّره على الدوام، لأنّه يختلف باختلاف الأزمان بحسب رخص الأسعار وغلوها.

(1) المعونة 2/937.

(2) المعونة 2/937.

(3) الإشراف 2/809.

(4) المعونة 2/938؛ وعدّة البروق ص 344.

(5) عدّة البروق ص 333.

ولا تسقط أيضاً بمضي الزمن إذا أنفق على الولد خاصة دون الوالدين إنسان غير متبرع بالنفقة، بل ليرجع على أبيه، فله الرجوع؛ لأن وجود الأب موسراً كوجود المال للولد. لا إن كان الأب معسراً أو أنفق متبرعاً، فلا يرجع على الوالد.

إرضاع الأم ولدها:

يجب على الأم المتزوجة بأبي الرضيع، أو الرجعية، إرضاع ولدها من ذلك الزوج بلا أجر تأخذه من الأب. ودليل وجوب الإرضاع على المتزوجة والرجعية:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: 233].

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في ذات الزوج والمطلقة مع عسر الأب⁽¹⁾.

وقوله: «يرضعن» صيغة خبر مراد بها الأمر، لأنه لا فائدة في حملها على الخبر⁽²⁾.

ب - تأخيره ﷺ إقامة الحد على الغامدية حتى أتمت رضاع ولدها، فدل ذلك على تعيين الأم للرضاع⁽³⁾.

ج - العرف الجاري والمستمر عند المسلمين على توالي الأعصار واختلاف الأمصار أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير أجر، إلا من استثني منهن كما يأتي بيانه. وما جرى العرف به كان كالمشترط⁽⁴⁾.

وإلى الاستدلال على المسألة بالآية المتقدمة ذهب بعض علماء المالكية⁽⁵⁾ ولكن الإمام ابن عبد السلام لا يرى الآية دليلاً على ذلك لأنها خاصة بالمطلقات. وذكر أن مستند أهل المذهب هو العرف فقط.

وإلى حمل الآية على المطلقات ذهب أيضاً الشيخ ابن عاشور. وجعل «والوالدات» من باب العام المراد به الخاص. ودليل التخصيص ما يلي⁽⁶⁾:

أ - سياق الآي التي قبلها. والمعنى: والوالدات منهن، أي من المطلقات المتقدم الإخبار عنهن.

ب - التحديد لأقصى أمد الرضاع بالحولين. وقد جاء هذا التحديد لقطع النزاع بين الزوجين بعد الطلاق في ذلك. كما سيجيء بيانه. والخلاف في مدة الإرضاع لا يقع بين

(1) البيان والتحصيل 147/5.

(2) الإشراف 809/2؛ والمعونة 934/2.

(3) الذخيرة 271/4.

(4) الإشراف 809/2؛ والمعونة 934/2؛ وأحكام ابن العربي 1841/4؛ وأحكام القرطبي 161/3؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 184؛ والذخيرة 271/4؛ وعدة البروق ص 339.

(5) تفسير ابن عرفة 667/2؛ والتحرير والتنوير 430/2.

(6) التحرير والتنوير 429/2، 430.

الأب والأم إلا بعد الفراق، ولا يقع في حالة العصمة. إذا من العادة المعروفة عند الأمم ومعظم الأمم أن الأمهات يرضعن أولادهن في مدة العصمة. وأنهن لا تمتنع منه من تمتنع إلا لسبب طلب الزوج بزواج جديد بعد فراق والد الرضيع. فإن المرأة المرضع لا يرغب الأزواج فيها.

ج - الأمر للآباء بإرزاق الوالدات اللاتي يقمن بإرضاع أولادهن. وهذا يدل على أنه ليس المراد بذلك الوالدات اللاتي في العصمة، لأن اللاتي في العصمة لهن النفقة والكسوة بالأصالة لأجن العصمة لا لأجل الرضاعة⁽¹⁾.

د - قوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ [البقرة: 233].

وهو يدل على النهي عن إضرار أحد الوالدين بالآخر، فليس للأم أن تلقي ولدها على الأب، ولا يجد من يرضعه؛ وليس له أن ينتزع منها ولدها وهي تحب أن ترضعه⁽²⁾.

أو تدل على النهي عن إضرار الولد بأن يكون أحد الوالدين بتعنته وتحريجه سبباً في إلحاق الضرر بولده، أي سبباً في إلقاء الآخر إلى الامتناع مما يعين على إرضاع الأم، فيكون في استرضاع غير الأم تعريض المولود إلى الضرر، ونحو هذا من أنواع التفريط⁽³⁾. وهذا الإضرار المنهي عنه لا يفترض وقوعه بين الزوجين في العصمة.

هـ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِضُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا بَيْنَكُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].

وهذا الجزء من الآية متفرع عن أولها لإتمام الفصل فيما يمكن أن يقع فيه الخلاف بين الزوجين بعد الطلاق؛ لأن استحقاق الإرضاع ونفقة المرضعة وتحديد مدته وحكم النقص عن هذه المدة وحكم الاسترضاع مسائل لا تثار بين الأبوين أثناء الزوجية⁽⁴⁾.

كما أن الشيخ ابن عاشور ذهب إلى أن قوله: «يرضعن» ليس بمعنى الأمر. وستأتي الإشارة إلى ذلك.

ودليل وجوب الإرضاع على الرجعية أنها ما دامت لم تخرج من العدة فهي باقية على العصمة، فوجب الإرضاع عليها بحق العصمة⁽⁵⁾.

وذكر الونشريسي أنه إنما وجب على الأم الرضاع إذا كانت في العصمة ولم تجب عليها النفقة، لأن اللبن يستخف الأم فيه، وليس عليها في رضاع ابنها كبير كلفة، والنفقة

(1) أحكام ابن العربي 1/204؛ والتحرير والتنوير 2/429، 430.

(2) البيان والتحصيل 5/152؛ والذخيرة 4/272؛ وأحكام ابن العربي 1/204؛ وأحكام القرطبي 3/168؛
والتحرير والتنوير 2/434.

(3) التحرير والتنوير 2/434.

(4) التحرير والتنوير 2/429.

(5) البيان والتحصيل 5/381.

إخراج مال من يدها⁽¹⁾.

وما تقدم من وجوب إرضاع الأم ابنها هو ما إذا لم تكن من ذوات القدر الذين شأنهم عدم إرضاع نسائهم أولادهم، فإن كانت كذلك فلا يلزمها رضاع. فإن أرضعت فلها الأجرة في مال الولد إن كان له مال، وإلا فعلى الأب. ودليل هذا الاستثناء هو العرف. والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. وهذا العرف كان من عهد الجاهلية وأقره الإسلام⁽²⁾. قال ابن عرفة: هذا عام، أي الآية مخصصة بالعادة. ونص الأصوليون على صحة التخصيص بالعادة⁽³⁾.

وهذا بناء على أن دليل وجوب إرضاع الأم ولدها في حالة الزوجية هو الآية.

واعترض الشيخ ابن عاشور⁽⁴⁾ على هذا التخصيص فقال: وقد جرى في كلام المالكية في كتب الأصول أن مالكا خصص عموم الوالدات بغير ذوات القدر، وإن المخصص هو العرف. وكنا نتابعهم على ذلك. ولكني الآن لا أرى ذلك متجهاً، ولا أرى مالكا عمداً إلى التخصيص أصلاً، لأن الآية غير مسوقة لإيجاب الإرضاع.

ويذهب الشيخ مثل ابن عبد السلام إلى أن دليل الإيجاب هو العرف⁽⁵⁾. ولكنّه يتوسع فيه فيقول بأنه العرف البشري العام، كما يفهم من كلامه المتقدم.

وكذلك البائن لا يلزمها إرضاع. فإن أرضعت فلها الأجرة. ودليل عدم وجوب إرضاع المطلقة ابنها بعد الطلاق:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ووجه الاستدلال أن لفظ «لكم» يدل على أن وجوب الإرضاع انتقل إلى الأب بعد بينونة الزوجة، لأن الآية خاصة في المطلقات البائنات. وقد كان قبل ذلك ينفق على ابنه الرضيع تبعاً لإنفاقه على الأم، فلما انقطع إنفاق الأب عليها بالبينونة تمحّض إقامة غذاء ابنه عليه⁽⁶⁾.

ب - ثم قال تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: 6].

ووجه الاستدلال أن الزوجين إذا اشتد الخلاف بينهما بعد الطلاق في رضاع الولد، فأبى الأب أن يبذل لها ما طلبت من الأجر، وأبت الأم أن تنقص مما طلبت أو أبت أن ترضع، فليس له إكراهها، وليستأجر مرضعة غيرها. وجملة «فسترضع» خبر مستعمل كناية في معنى الأمر للأب بالاسترضاع لولده، بقرينة تعليق كلمة «له» بقوله: «فسترضع».

(1) عدة البروق ص 339.

(2) أحكام ابن العربي 4/1841؛ والإشراف 2/809؛ والمعونة 2/935؛ وأحكام القرطبي 3/172.

(3) تفسير ابن عرفة 2/667. (4) التحرير والتنوير 2/440.

(5) التحرير والتنوير 2/440. (6) التحرير والتنوير 28/329.

وهذا يدل على تعليق إرضاع الأم لولدها بعد البيونة على إرادتها والتعليق على إرادة المكلف دليل على عدم الوجوب⁽¹⁾.

ج - العرف المتقرر أنّ الزوج إذا طلق زوجته، لا يلزمها أن ترضع ولده، إلا أن يكون غير قابل لغيرها، فيلزمها حينئذ الإرضاع، أو تكون مختارة.

ودليل العمل بالعرف هنا قوله تعالى في هذه الآية: ﴿وَاتِمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 6] قيد الائتمار بالمعروف، أي بالمعتاد في مثل حالهم وحال قومهم⁽²⁾.

وأما آية البقرة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ الآية. فهي على قول من لم ير أنها تدل على وجوب إرضاع الأم المطلقة لولدها، فإنها جاءت لإثبات حقها في الإرضاع، وتحميد مدته، وواجبات الأب نحو ابنه. فقوله: «يرضعن» خبر مراد به تشريع ذلك، وليس بمعنى الأمر للوالدات، والإيجاب عليهن. وآخر الآية يؤكد؛ وذلك في قوله: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: 233]، فقد نفى الإثم عن الآباء، رجاءاً ونساءً، بعد الطلاق إذا اختاروا أن يسترضعوا المراضع الأجانب لأولادهم، ولو كان الإرضاع بعد الطلاق واجباً على الأمهات لما جاز الاتفاق على إسقاطه⁽³⁾.

ودليل وجوب الأجرة للبائن إن أرضعت ولدها⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ب - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].

ويوجه الاستدلال أنّ «على» للاستعلاء المجازي. وتفيد طلب الفعل على وجه الوجوب. والمولود له هو الأب. لأن منافع الابن منجرة إليه وهو لأحق به. أي فقد أوجب الله تعالى على الآباء المطلقين نفقة نسائهم بعد طلاقهن إذا أرضعن أولادهن⁽⁵⁾.

وهذا بناء على أنّ هذه الآية خاصة في المطلقات البائنات كما تقدم الاستدلال على ذلك. وليكون آية: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ مؤكدة لها.

والإمام القرطبي⁽⁶⁾ رأى في آية البقرة، وهو أنه جعل الآية خاصة في الزوجات في حال نكاحهن. فانظر تعليقه لذلك.

ج - الإجماع⁽⁷⁾.

(1) أحكام ابن العربي 4/1841؛ وأحكام القرطبي 18/169؛ والتحرير والتنوير 28/330.

(2) التحرير والتنوير 28/329، 2/439؛ وبداية المجتهد 2/66؛ وأحكام القرطبي 4/184.

(3) التحرير والتنوير 2/430، 439.

(4) المعونة 2/35؛ والبيان والتحصيل 5/381؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 185؛ وأحكام ابن العربي

1/203، 4/1841؛ وأحكام القرطبي 18/168؛ والبداية 2/66؛ والتحرير والتنوير 28/329.

(5) التحرير والتنوير 2/432؛ وأحكام القرطبي 3/163.

(6) الأحكام 3/160.

د - العرف. لأن المعروف أن الأم بعد الطلاق لا ترضع ولدها. ودليل العمل بالعرف ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَأْتَمِرُوا بِمَا كُنْتُمْ مَعْرُوفِينَ﴾ أي بما جرت به العادة.

هـ - أن المعنى الذي كان يوجب عليها الإرضاع هو عصمة الزوجية، وقد زالت، فزال الحكم الواجب به.

ودليل وجوب الأجرة لذات القدر، سواء كانت في العصمة أو رجعية، أن الزوج بزواجه بها قد دخل على المعروف في شأنها، فلزمته الأجرة إذا تطوعت بالإرضاع، كما لو استرضع غيرها.

وإذا كانت المرضع البائن حاملاً فإنه يجتمع لها نفقة الحمل مع أجرة الرضاع. وقد تقدم في العدة ذكر الدليل على وجوب النفقة لها إذا كانت حاملاً. كما تقدم آنفاً الدليل على وجوب أجرة الرضاع لها.

ووجه أخذها جميع النفقتين على الكمال أنها بالبينونة أصبحت أجنبية، وقد وجب لها حقان على الاستقلال، فلها استيفاؤهما كالديون. وليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل بالذي يسقط ما أوجبه الله لها من الأجرة في الرضاع⁽¹⁾.

ويستثنى من عدم وجوب إرضاع عالية القدر أو البائن ولدها، إذا لم يقبل الولد غيرها؛ فيلزمها عند ذلك رضاعه، للضرورة، ولها الأجرة، أو إذا كان الأب معدماً أو ميتاً ولا مال للصبي، فيلزمها. وإذا لزمها استأجرت بمالها من يرضعه إن لم ترضعه بنفسها، ولا رجوع لها على الأب أو الولد إذا أسرا. والدليل على هذا الاستثناء:

أ - قوله تعالى: ﴿لَا تَضْكَرُّ وَاَلِدَةُ يُؤَلِّدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهَا يُؤَلِّدُهَا﴾ [البقرة: 233].

ووجه الاستدلال أن الآية نهت عن الإضرار بالولد، على أحد وجهي تفسير الآية المتقدمين. ومن الإضرار به امتناع الأم من الإرضاع إذا لم يكن للأب ولا للولد مال، أو كان الولد لا يقبل غيرها⁽²⁾.

ب - أن الأصل عدم تعلق حق الولد بها، لكن ضرورة حفظ الولد تقتضي تعيين الواجب فيها⁽³⁾.

ووجه عدم رجوعها بأجرة الرضاع على الولد أو على أبيه إذا أسرا أن ذلك قد سقط عنهما بفقرهما وانتقل الحكم إليها⁽⁴⁾.

(1) بداية المجتهد 2/66.

(2) البيان والتحصيل 5/381؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 113؛ ومنح الجليل 4/402.

(3) أحكام القرطبي 3/168؛ وأحكام ابن العربي 1/204؛ والبيان والتحصيل 5/152؛ والذخيرة 4/272؛ والتحرير والتنوير 2/434.

(4) الذخيرة 4/271؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 185.

(5) البيان والتحصيل 5/147.

ولا ينتقل رضاعه إلى أقاربه لعدم وجوب نفقته عليهم. وتقدم ذكر الدليل على ذلك في عدم وجوب النفقة بسبب القرابة العامة.

وأما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 233].

فقد قال البعض: إنه منسوخ. وقال البعض الآخر غير ذلك. واختلف المفسرون في تأويل الآية في المراد بالوارث، وفي المشار إليه بقوله: «مثل ذلك»⁽¹⁾ وأيد الشيخ ابن عاشور القول بالنسخ، واستدل عليه بقوله ﷺ: «من ترك مالا فللورثة ومن ترك كلاً فالينا»⁽²⁾ أي بوضع بيت المال. قال: ولا فرق بين إطعام الفقير وبين إرضاعه وما هو إلا نفقة ولمثله وضع بيت المال⁽³⁾. وقال ابن الجلاب: رضاعه في بيت المال. وقال القاضي عبد الوهاب: هو من فقراء المسلمين⁽⁴⁾.

والأم التي لا يلزمها إرضاع ولدها، وهي البائن عليه القدر، كانت في العصمة أو رجعية، إذا قالت: أنا أرضعه، فلها أجره المثل في مال الولد إن كان له مال، وإلا فعلى أبيه. ولو قبل الولد غيرها أو وجد الأب من يرضعه مجاناً ولو عند أمه، فهي أولى بإرضاعه. ودليل استحقاق الأم إرضاع ولدها وكونها أولى:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾

[البقرة: 233].

ووجه الاستدلال من الآية أنها وردت لإثبات حق الأم في إرضاع ولدها بعد فراق زوجها. وقد تقدم بيان عدم دلالتها على وجوب ذلك عليها وذكر الدليل عليه. ومحل الاستدلال من هذه الآية على أحقيتها وأنها أولى من غيرها قوله: ﴿أَوْلَادَهُنَّ﴾. ووجه الاستدلال منه أنه تعالى صرح بمفعول: ﴿يُرْضِعْنَ﴾ مع كونه معلوماً، وذلك للإيماء إلى أحقية الوالدات بذلك، وإلى ترغيبهن فيه، لأنهن أحنى عليه وأرق⁽⁵⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿لَا تُضَكَّرُ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ [البقرة: 233].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى نهى أن يلحق أحد الوالدين الضرر بالآخر، ومن ذلك أن ينتزع الأب الولد من أمه وهي تحب أن ترضعه⁽⁶⁾.

وقد نظر في القول بأحقية الأم في إرضاع ابنها بأجرة، ولو مع وجود غيرها بدون

(1) أحكام ابن العربي 1/205؛ وأحكام القرطبي 3/168؛ والتحرير والتنوير 2/434؛ والنظر الفسيح ص 283؛ والمحزر والوجيز 2/294؛ والتسهيل لعلوم التنزيل ص 84.

(2) سبق تخريجه. (3) التحرير والتنوير 2/437.

(4) المحزر والوجيز 2/491.

(5) أحكام القرطبي 3/160؛ والتحرير والتنوير 2/430.

(6) البيان والتحصيل 5/152؛ وأحكام القرطبي 3/168؛ وأحكام ابن العربي 1/204؛ والذخيرة 4/272؛ والتحرير والتنوير 2/334.

أجرة، إلى حق الطفل والنفق المتحقق له من رضاعه من أمه. وقد ذكر ابن رشد الجذ استحباب إرضاع الأم ولدها لأجل ذلك⁽¹⁾. ودليل هذا الاستحباب:

أ - أن التصريح في الآية بذكر مفعول «يُرْضِعَنَّ» وهو قوله: ﴿أَوْلَادَهُنَّ﴾ ترغيب للوالدات بإرضاع أولادهن، وتذكير لهن بداعي الحنان والشفقة⁽²⁾.

ب - ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لبن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه»⁽³⁾.

قال ابن رشد الجذ: ولذلك كانت المطلقة أحق برضاع ولدها بالأجر الذي ترضع به غيرها⁽⁴⁾.

ومثل ذات القدر في عدم وجوب الإرضاع المريضة وقليلة اللبن.

الاختلاف في مدة الرضاع:

إذا اختلف والدَا الطفل بعد الطلاق في مدة الرضاع، بأن أراد الأب الفطم قبل الحولين، لكي تقل نفقة الرضاع عنه، أو غير ذلك، ولم ترض الأم بذلك؛ أو أرادت الأم الفطم، ولم يرد الأب؛ فالحكم يستحقه من أراد الإتمام لقوله تعالى: ﴿وَأَوْلَادَاتُ يُرْضِعَنَّ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: 233].

ولهذا المعنى وردت الآية، وهو تحديد مدة الرضاع، وذلك لقطع النزاع بين الوالدين، ومراعاة لمصلحة الطفل، ببيان أقصى مدة يحتاج فيها للرضاع إذا عرض له ما يقتضي زيادة إرضاعه. فجعل الله تعالى القول لمن دعا إلى الزيادة والإتمام احتياطاً لحفظ الطفل⁽⁵⁾.

وأما إذا اتفقا على الفطام قبل الحولين فهو جائز إذا كان اتفاقهما ناشئ عن التراضي دون أن يكون أحدهما مرغماً أو مضطراً، ولا يكون ذلك إلا بعد التشاور. فإذا تشاورا وتراضيا بعد ذلك على الفصال، كان تراضيهما دليلاً على أنهما رأيا من حال الرضيع ما يغنيه عن الزيادة. إذ لا يظن بهما التمالؤ على ضرر الولد، ولا يظن إخفاء المصلحة عليهما بعد تشاورهما، إذ لا يخفى عليهما حال ولدهما؛ وإن كانت الآية تدل على مرجوحية الفصال قبل العامين لأن قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ لفظ يغلب استعماله في فعل المرجوح⁽⁶⁾.

(1) المقدمات 496/1، 570.

(2) أحكام القرطبي 160/3؛ والتحرير والتنوير 430/2.

(3) استدل به ابن رشد الجذ. ولم أقف على من خرجه.

(4) المقدمات 496/1.

(5) أحكام القرطبي 162/3؛ والتحرير والتنوير 431/2، 439.

(6) تفسير ابن عرفة 671/2؛ والتحرير والتنوير 438/2؛ وأحكام القرطبي 162/3.

والآية تدلّ على أنّ أحد الوالدين لو طلب الزيادة على الحولين لم يجب إلى ذلك؛ لأنّ الله تعالى جعل الحولين غاية لإرضاع كلّ مولود، وأنّ الرضاع المعتبر هو ما كان في الحولين، وأنّ ما بعدهما لا حاجة إليه في نمائه⁽¹⁾.

حكم استرضاع نساء أهل الكتاب:

يكره استرضاع نساء أهل الكتاب⁽²⁾. ووجه الكراهة أنّ لبنهنّ متولّد عن أكلهنّ لحم الخنزير والخمر، وما يخشى من أن يطعمن أطفال المسلمين ذلك خلصة وقال ابن حبيب عن مالك: فإذا أمن ذلك فلا بأس به.

وقد نهى النبي ﷺ عن استرضاع الحمقاء وذوات الطباع المكروهة وذلك في قوله ﷺ: «الرضاع مغيّر الطباع»⁽³⁾ ولما روي أنّه عليه السلام نهى أن تسترضع الحمقاء⁽⁴⁾.

السبب الثالث: الملك:

يجب على المالك نفقة دوابه، من بقر وإبل وغنم وخيل وحمير وغيرها. ويقضى عليه بذلك لأنّ تركها منكر.

فإن عجز عن الإنفاق عليها حكم عليه بإخراجها عن ملكه ببيع أو هبة أو صدقة. وهذا كتكليف الدواب من العمل ما لا تطيق عادة؛ فيخرج عن ملكه إن تكرر ذلك من مالها، لا بأول مرّة، بل يؤمر بالرفق.

ويجوز الأخذ من لبن الدواب ما لا يضرّ بولدها. فإن أخذ ما يضرّ به منع، لأنّه من باب ترك الإنفاق الواجب.

ويدخل في الدواب الهرة العمياء، فتجب نفقتها على من انقطعت عنده، حيث لم تقدر على الانصراف. فإن قدرت عليه لم تجب نفقتها لأنّ له طردها.



(1) التحرير والتنوير 431/2.

(2) المقدمات 496/1؛ والذخيرة 277/4.

(3) مسند الشهاب ص35؛ وكنز العمال 15653؛ وكشف الخفاء 519/1 (موسوعة أطراف الحديث 163/5).

(4) أخرجه أبو داود في باب الرضاع؛ والبيهقي 264/7.



تعريف الحضانة:

الحضانة لغة الحفظ والصيانة⁽¹⁾.

وشرعاً: هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. وقد نقل هذا التعريف الإمام ابن عرفة عن الإمام الباجي.

وعرفها ابن راشد بقوله: هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه⁽²⁾.

حكم الحضانة:

الحضانة واجبة للأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفاً مفتقراً إلى من يكفله ويربّيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته.

وهو واجب متعين على الأب وحده. ولا يتعين على أحد سواه، إلا على الأم في حولي رضاعه إذا لم يكن للولد أب، ولا مال تستأجر له منه، أو كان لا يقبل ثدي غيرها، فتجبر على رضاعه.

ومن ليس له أب معروف، فحضانته فرض كفاية على الناس أجمعين إن قام به قائم سقط عن الباقيين. ولا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع⁽³⁾.
ودليل الوجوب: الإجماع⁽⁴⁾.

ومن خلال حكم الحضانة تتبين حكمة مشروعيتها.

الأحقّ بالحضانة عند الطلاق أو موت الزوج:

الحضانة عند الطلاق أو موت الزوج هي حق للأم. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 233].

وهذه الآية وردت في المطلقات بدليل السياق؛ ولأنّ الخلاف في مدة الإرضاع لا

(1) لباب اللباب ص 126.

(2) لباب اللباب ص 126.

(3) المقدمات 564/1؛ ولباب اللباب ص 126؛ ومواهب الجليل 214/4؛ والتاج والإكليل بهامش مواهب الجليل 214/4.

(4) المقدمات 564/1.

يقع بين الأب والأم إلا بعد الفراق، ولا يقع في حالة العصمة. وقوله تعالى: ﴿يُرْضِعَنَّ﴾ خبر مراد به التشريع وإثبات أحقية الأم بإرضاع ولدها وليس بمعنى الأمر للوالدات والإيجاب عليهن. وفي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَرِّضُوهُ لِأُمِّهِ﴾ [الطلاق: 6]. دليل على عدم الوجوب⁽¹⁾. قال القرطبي: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ دليل لمالك على أن الحضانة للأم⁽²⁾. وقال ابن العربي: لأن الحضانة مع الرضاع⁽³⁾.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني. فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»⁽⁴⁾.
والحديث نص في أحقية الأم بالحضانة⁽⁵⁾.

ج - عن أبي أيوب قال: قال رسول الله ﷺ: «من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»⁽⁶⁾.

د - الإجماع. حكاها. ابن المنذر وابن عبد البر⁽⁷⁾.

هـ - أن المراعى في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه وأموره. والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد. وهي أحق عليه وأرفق⁽⁸⁾.

ولا يختير المحضون، لأن النبي ﷺ قضى فيه للأم في الحديث المتقدم، وفي ابنة حمزة للخالة في الحديث الآتي ذكره، وذلك دون تخيير⁽⁹⁾.

وهذه الأحقية فيما بين الحاضنين. وأما بين الحاضن والمحضون، فهل هي حق للحاضن أو حق للمحضون، المشهور في المذهب أنها حق للحاضن. وغير المشهور أنها حق للمحضون ولو كانت الحاضنة أمًا، والدليل على ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ [البقرة: 233].

والآية محمولة في أحد وجهيها على النهي عن أن تضرّ الوالدة ولدها والوالد ولده. أي لا يكن أحد الأبوين بتعنته وتحريجه سبباً في إلحاق الضرر بولده أي سبباً في إلقاء الآخر إلى الامتناع مما يعين على إرضاع الأم ولدها. فيكون في استرضاع امرأة أخرى غير الأم تعريض المولود إلى الضرر، ونحو هذا من أنواع التفريط.

(2) أحكام القرطبي 164/3.

(1) التحرير والتنوير 429/2.

(3) أحكام ابن العربي 204/1.

(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب من أحق بالولد.

(5) المعونة 940/2؛ والمنتقى 185/6؛ والمقدمات 563/1؛ وأحكام القرطبي 164/3.

(6) أخرجه الترمذي في البيوع، باب الفرق بين الأخوين.

(8) المنتقى 185/6؛ والمعونة 940/2.

(7) أحكام القرطبي 164/3.

(9) أحكام القرطبي 164/3.

وهذا التفسير بناء على أن الباء في قوله: «بولدها» و«بولده» باء الإلصاق. وهي لتعدية «تضاراً». فيكون مدخول الباء مفعولاً في المعنى لفعل تضاراً، وهو مسلوب المفاعلة مراد به أصل الضر⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من الآية أنه تعالى لما نهى الوالدين عن إلحاق الضرّ بالولد دلّ ذلك على أن الحقّ له عليهما⁽²⁾.

ب - أن الغرض حفظ الصبي ومراعاة مصلحته دون مراعاة أمر الأم. ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه. وكذلك إذا غاب الأب غيبة استقرار⁽³⁾.
ودليل القول بأن الحضانة حقّ الحاضن، قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي»؛ ولأنها يلحقها ضرر بالفرقة بينها وبين ولدها⁽⁴⁾.

وقال الإمام الباجي: إن فيه حقاً لكل منهما.

وما تقدم هو في أحقية الحضانة عند الطلاق أو موت الزوج. وأما عند بقاء العصمة فهي حقّ للزوجين.

مدة استمرار الحضانة:

تستمرّ الحضانة للذكر للبلوغ. ووجه ذلك أن البلوغ هو الحدّ الذي يقوى فيه الابن ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه⁽⁵⁾.

فإذا بلغ ولو زمنياً أو مجنوناً سقطت الحضانة عن الأم، وهو المشهور، وتستمرّ النفقة على الأب إذا بلغ زمنياً أو مجنوناً كما مرّ. وعليه القيام بشؤونه.

وخلاف المشهور ما لابن شعبان أن أمد الحضانة في الذكر حتى يبلغ عاقلاً غير زمن.

وتستمرّ حضانة الأنثى للدخول. أي دخول الزوج بالبنت المحضونة. وليس محلّ الدخول الدعاء للدخول وهي مطيقة. ودليل استمرار حضانة الأم للأنثى إلى دخول الزوج بها ما يلي:

أ - قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي» ووجه الاستدلال أن الحديث مطلق. وقد استدّل به القاضي عبد الوهاب⁽⁶⁾.

ب - أن الابنة تحتاج إلى الحفظ والمراعاة إلى أكثر ممّا يحتاج إليه الابن. وبلوغها لا يزيل ذلك عنها، لأنها معرضة للأزواج؛ وبنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها.

(1) التحرير والتنوير 2/434؛ ومفتاح الوصول ص 47.

(2) مفتاح الوصول ص 47.

(3) المعونة 2/940؛ والمنتقى 6/185.

(4) المنتقى 6/186.

(5) المصدران السابقان.

(6) المعونة 2/941.

والأزواج يرغبون فيمن يكتفها أبوها وأمتها ومن لم تخرج عن حضانتها ومراعاتهما، أكثر من رغبتهم في المختلّة بنفسها؛ فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها⁽¹⁾.

ج - إنّ بلوغها لم يؤثر في سقوط إجبار الأب إياها عن النكاح، فلم يؤثر في سقوط الحضانة، كحال الصغير⁽²⁾.

والاستدلالان الأخيران في استمرار حضانة الأم ورعاية الأب.

ولا تسقط حضانة الأم عن المشكل ما دام مشكلاً، لتغليب جانب الأنوثة. والأنثى لا تسقط حضانتها إلا بالدخول. ويتأتى هنا ذلك.

وتكون الحضانة للأم ولو كانت كافرة، والدليل:

أ - نقل الإمام القرطبي عن ابن المنذر قوله: قد روينا حديثاً مرفوعاً موافقاً لهذا القول، وفي إسناده مقال⁽³⁾.

ب - القياس على المسلمة، لأنّها امرأة من زوج، للابن في حضانتها مرفق فكانت لها الحضانة كالمسلمة⁽⁴⁾.

وقيل: لا حق لها في الحضانة. وهو قول ابن وهب. والدليل هو دلالة الأولى، وذلك أنّ المسلمة لو كانت امرأة سوء لنزع منها المحضون، والكافرة أولى.

رعاية الولي للمحضون وهو عند حاضنته:

للأب وغيره من الأولياء تعهد الولد عند أمه، وأدبه وبعثه للمعلم وحثه. ووجه ذلك أنّ الابن محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع والتصرف. وتلك معان إنما تستفاد من الأب، نكان الأب أولى بالابن في الأوقات التي يحتاج فيها إلى التعلم. وذلك لا يمنع الحضانة، لأنّ الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل وتهيئة المضجع والملبس وتنظيف الجسم، والعون على ذلك كلّ ممّا يختص النساء بمباشرتها، فكان كلّ واحد من الأبوين أحقّ ممّا إليه منافع الصبي والقيام بأمره⁽⁵⁾.

وليس للأب زفاف البنت من عنده لبيت زوجها، بل من عند الأم، فالحق لها في ذلك.

حق الحضانة بعد الأم.

إذا لم توجد الأم بأن ماتت أو قام بها مانع أو أسقطت حقها، فالمستحق للحضانة

(2) الإشراف 810/2.

(4) المنتقى 186/6.

(1) الإشراف 810/2؛ والمعونة 941/2.

(3) أحكام القرطبي 167/3.

(5) المنتقى 186/6.

يكون حسب الترتيب الموالي. فكل واحد أحق بالحضانة من الذي بعده. ولا تنتقل للذي بعده إلا عند عدم وجود أو سقوطها عمّن قبله.

وحكمة هذا الترتيب هو ما علم بمستقرّ العادة أنّ المقدم أشفق على المحضون، وأرأف به وأقوم بمنافعه. ولا يراعى في ذلك قوّة ولاية النكاح، ولا الصلاة على الجنائز، ولا الميراث. فقد يحضن من لا يرث مثل الوصي والعمّة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت. وقد يرث من لا يحضن مثل زوج المحضونة وزوجة المحضون⁽¹⁾. والحاضنون والحاضنات كما يلي:

1 - أمّ أمّ الولد. أي جدّته. ووجه تقديمها على من بعدها أنها تدلي بالأمومة، فهي والدة⁽²⁾. وشرط انتقال الحضانة لأمّ أمّ المحضون إذا كانت منفردة بالسكنى عن أمّ المحضون التي سقطت حضانتها بتزويج أو غيره. وكذا كلّ أنثى ثبتت حضانتها لا بدّ أن تنفرد بالسكنى عمّن سقطت حضانتها. ووجه هذا الشرط أنّ في سكنى الحاضنة مع أمّ المحضون ضرراً بالولد، لما اعتبر من الأزواج الاستئصال والتكره والتبرّم بوجود ولد زوجته معه⁽³⁾.

ودليل انتقال الحضانة للجدّة وتقديمها على والد المحضون: قضاء أبي بكر الصديق رضي الله عنه. فقد روى القاسم بن محمّد قال: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر. ثمّ إنّه فارقتها. فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصماً يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة. فأدرّكته جدّة الغلام، فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر فقال عمر: ابني. وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر: خلّ بينها وبينه قال: فما راجعه عمر الكلام⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنّ عاصماً كان في حضانة أمّه ثمّ حضانة أمّ أمّه بعد أن تزوجت زيد بن حارثة⁽⁵⁾.

2 - ثمّ جدّة الأم.

3 - ثمّ خالة الولد. ودليل إثبات حضانة الخالة وتقديمها على الأب⁽⁶⁾:

أ - عن علي قال: خرج زيد بن حارثة إلى مكة فقدم بابنة حمزة. فقال جعفر: أنا أخذها، أنا أحقّ بها، ابنة عمّي وعندني خالتها، وإنّما الخالة أم. فقال علي: أنا أحقّ بها ابنة عمّي وعندني ابنة رسول الله صلى الله عليه وآله، وهي أحقّ بها. فقال زيد: أنا أحقّ بها، أنا

(1) المقدمات 565/1.

(2) المعونة 942/2؛ والمنتقى 187/6.

(3) المنتقى 187/6.

(4) أخرجه مالك في الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحقّ بالولد.

(6) المنتقى 188/6؛ وأحكام القرطبي 165/3.

(5) المنتقى 185/6.

خرجت إليها وسافرت وقدمت بها. فقال ﷺ: «أما الجارية فأقضي بها لجعفر تكون مع خالتها، وإن الخالة أم»⁽¹⁾.

ب - أن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي، وما عهد من حنوها، أقدر على مباشرة حضانتها وتناول أمره من الأب، لتعذر هذه المعاني على الرجال في الغالب.

4 - فخالدة أم الولد.

5 - فعمّة الأم.

6 - فجدة الولد من قبل أبيه، وهي أم الأب. فأمتها، فأم أمها، فأم أبيه. فالتى من جهة أم الأب تقدم على التي من جهة أم أبيه.

7 - فأبو المحضون.

وتقديم قرابات الأم على الأب في حق الحضانة هو مشهور المذهب. وفي المذهب قول آخر، وهو أن الأب أحق من قرابات الأم⁽²⁾.

ووجه تقديم الأب على قراباته من النساء، أنه أولى منهن، لأنهن يدلين به⁽³⁾.

8 - فأخت المحضون. ووجه إثبات الحضانة لأخوات المحضون، ما فيهن من الإشفاق عليه⁽⁴⁾.

9 - فعمّة المحضون.

10 - فعمّة أبيه.

11 - فخالدة أبيه.

12 - فبنت أخي المحضون، شقيقة، أو لأم. أو لأب.

13 - فبنت أخته، كذلك.

14 - فالوصي.

15 - فالأخ، شقيقاً، أو لأم، أو لأب.

16 - فالجدّ للأب. أي من جهة الأب، الأقرب فالأقرب.

17 - فابن الأخ للمحضون.

18 - فالعم.

19 - فابن العم.

ووجه انتقال الحضانة إلى العصبية، وهم الأخ والجدّ وابن الأخ والعم وابن العم،

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب من أحق بالولد.

(2) البيان والتحصيل 414/5.

(3) المعونة 2/942؛ والبيان والتحصيل 414/5؛ والمنتقى 6/188.

(4) المعونة 2/942.

لأنه يلزمهم بحكم القرابة حفظه ورعايته، كما يثبت لهم حق ميراثه وعليهم العقل عنه، ولأن إضاعته غير جائزة⁽¹⁾.

ولا حضانة لجدّ لأم، ولا لخال. وقال اللخمي: الجدّ للأُم له الحضانة لأن له شفقة وحناناً. وعلى هذا فمرتبه بين الجدّ للأب وابن الأخ.

ويقدّم في الحضانة الشخص الشقيق ذكراً أو أنثى على الذي للأُم، فللأُم فللأب، في جميع المراتب التي يتأتى فيها ذلك، كالإخوة والعمومة وبنينهم.

ووجه تقديم الشخص الذي للأُم على الذي للأب، لأن الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق ممّن كان من جهة الأب فقط.

ويقدّم في المتساويين، كأختين وخالتين وعمتين، من كان معروفاً بالصيانة والشفقة. فإن كان في أحد المتساويين صيانة فقط، وفي الآخر شفقة فقط، فالظاهر تقديم ذي الشفقة إذا كان عند هذا الشقيق أصل الصيانة، وإلا فيقدّم الصيّن ارتكاباً لأخف الضررين.

فإن تساويا في الصيانة والشفقة فيقدّم الأسن.

ولا يجوز لمن له الحضانة أن يمنع المحضون من أن يزور عمّه أو عمّته أو خاله أو خالته، لأن منعه من ذلك قطع لما أمر الله به من صلة الرحم⁽²⁾.

شروط ثبوت الحضانة للحاضن:

فالشرط هنا لاستحقاق الحضانة لا لمباشرتها. والشروط هي:

1 - العقل: فلا حضانة لمجنون ولو كان يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به طيش وعه والطيّش خفة في العقل.

2 - الكفاءة: فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون. وذلك كالمسنة.

3 - الأمانة في الدين: فلا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللّهو الحرام.

4 - أمر المكان: فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق، أو بجوارهم، بحيث يخاف على أئيب المظنة منهم الفساد أو سرقة مال المحضون أو غضبه.

5 - الإمكان: فلا حضانة لسفيه مبذّر، لئلا يتلف مال المحضون، أو ينفق عليه منه ما لا يليق.

والرشد يطنو على حفظ المال المصاحب للبلوغ. وعلى حفظ المال وإن لم يساحبه بلوغ. فالرشد أمر كلي تحته فردان. والمراد هنا هو الأمر الكلي الصادق بأي نوع من أنواعه. فلذلك ثبت للصبي الحضانة لغيره حيث كان حافظاً لثمنه عاقلاً مستوفياً الشروط.

(1) المعرفة 2/943، والمنتقى 6/188.

(2) البيار والتحصيل 4/344.

6 - عدم مرض مضرّ: كجدام وبردص. فلا حضانة لمن به شيء من ذلك. ووجه هذه الشروط الستة أنّ الحضانة إنما هي للرفق بالصغير وحمايته من الضرر. فإذا عجز الحاضن عن القيام به، أو كان يلحق الصغير ضرر عنده، عدم الرفق، وكان في مقامه معه تضييع له⁽¹⁾.

7 - عدم سفر الولي عن المحضون سفر نقلة، ستة برد فأكثر. فإن أراد الولي السفر المذكور كان له أخذ المحضون من حاضنته، ويقال لها: اتبعي محضونك إن شئت. وسواء كان الولي ولي مال كالأب والوصي، أو ولي عصوبة كالعمّ. ووجه ذلك أنّه أحوط للمحضون وأحفظ له، وأثبت لنسبه⁽²⁾.

ولأنّ وجود المحضون مع أمه مصلحة مؤقتة تزول عن قريب، ووجوده مع أبيه مصلحة مؤبدة. ومراعاة المصلحة المؤبدة أولى⁽³⁾.

والوصي بمنزلة الأب في ذلك، لأنّه الناظر للمحضون دون أعمامه وحدوده ودون الحاضنة، وماله عنده فكان كالأب⁽⁴⁾.

وكذلك الولي بمنزلة الأب في ذلك، لأنهم عصبة كالأب⁽⁵⁾.

ويأخذ الولي المحضون معه ولو كان رضيعاً على المشهور. وقيل: لا يأخذ الرضيع وإنما يأخذ الولد إذا أثمر. وقيل: يأخذه بعد انقطاع الرضاع.

8 - عدم سفر الحاضنة سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد. ووجه ذلك، ما ذكر من التعليل في الشرط السابق.

وأما إذا كان سفر الولي أو الحاضنة سفر تجارة أو زيارة أقل من ستة برد، فلا تسقط به الحضانة، وليس للولي نزعها. إلا أنّ الحاضنة إذا أرادت السفر لا تأخذه معها إلا إذا كان السفر قريباً كبريد، ولا تأخذه إن كان بعيداً، وإن كانت حضانتها باقية.

والسفر القريب الذي مثلوه بالبريد إنما هو اجتهاد. والمراعى في ذلك أن لا يسقط خبر الصبي عن وليّه، ولا يشق عليه مطالعته فيه غالباً أو إلحاق الضرر عليه من أجل ذلك، كما لا تمنع المرأة من الخروج بمحضونها لما في ذلك من الإضرار بها. فوجب الاجتهاد في ذلك بناء على وجوب نفي الضرر الأصغر من أجل الضرر الأكبر إذا وقع التعارض⁽⁶⁾.

وإذا سافرت لمثل تجارة أو زيارة، وأخذت معها الولد فحفظه نبي الفقهاء باقٍ على

(1) المنتقى 6/186.

(2) المعونة 2/941؛ والمنتقى 6/189؛ والإشراف 2/811.

(3) الإشراف 2/811. (4) المنتقى 6/189.

(5) المنتقى 6/189؛ والإشراف 2/811. (6) المنتقى 6/189؛ والإشراف 2/811.

الولي. ولا تسقط نفقته عنه بسفره معها، على ظاهر المذهب.

ومحل جواز نزع الولي المحضون من الحاضنة عند سفره سفر نقلة، إن سافر لمكان مأمون وإن أمنت الطريق، وإلا لم يكن له نزعه.

ومحل نزع الولي المحضون أيضاً من الحاضنة إذا سافر سفر نقلة ستة برد فأكثر إذا لم تسافر الحاضنة معه. فإن سافرت معه فلا تسقط حضانتها، ولا تمنع من السفر معه.

وهذه الشروط الثمانية في الحاضن الذكر والأنثى، ويزاد للذكر من أب أو غيره ما يلي:

9 - أن يكون عنده من يحضن من الإناث، متبرعة أو بأجرة، كأم وزوجة وخالة وعمّة؛ لأنّ الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما للنساء.

10 - أن يكون محرماً إذا كان حاضناً لأنثى مطيقة، كأب أو أخ أو عم وإلا فلا، ولو كان مأموناً ذا أهل. ويزاد للأنثى الحاضنة ما يلي:

11 - عدم السكنى مع من سقطت حضانتها. فلا حضانة للجدّة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها.

12 - الخلو عن زوج، أصلاً؛ أو الخلو عن زوج دخل بها، بأن كان لها زوج ولكن لم يدخل بها. فإن دخل بها سقطت حضانتها. وهذا إذا كانت الحاضنة أمّاً أو غيرها. ودليل سقوط حق الحضانة للأم ويقاس عليها غيرها:

أ - قوله ﷺ: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي».

وهو نصّ في أنّ نكاح الأم مسقط حقّها في حضانة ابنها⁽¹⁾.

ب - إنّ الصبي يلحقه ضرر بوجوده مع زوج أمّه. ولأنّ الأمّ تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلباً لمرضاة زوجها الثاني. وحال هذا الزوج مظنة لبغضه ربيبه المحضون وتضجره به. ولأنّ والد المحضون يلحقه ضرر بوجود ولده مع رجلٍ آخر. وكلّ هذا مضرّ بالصبي، فبطل حقّ الأمّ من الحضانة بزواجها⁽²⁾.

وتنتقل الحضانة لمن يليها في الرتبة. وهذا ما لم يخف عن الولد بنزعه منها الضرر. وإلا بقي عندها ولا تسقط حضانتها.

ولا تسقط حضانتها أيضاً إذا علم من يليها بدخولها بزواج وسكت بعد علمه العام بلا عذر. فلا تسقط حضانة المتزوجة. وليس لمن يليها أخذ المحضون منها. فإن لم يعلم بالدخول أو علم به ولم يمض بعد العلم عام، أو مضى عام وكان سكوته لعذر يمنعه من التكلّم، ومنه جهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج بها؛ فله أخذ المحضون من الأمّ المدخول بها ما لم تتأيم قبل قيام من له الحضانة بعدها. ومعنى التأيم أن تطلق

(1) الإشراف 810/2؛ والمعونة 941/2.

(2) الإشراف 810/2؛ والمعونة 941/2؛ والمنتقى 186/6؛ وعدة البروق ص 343.

أو يموت زوجها الذي دخل بها.

ولا تسقط حضانتها إذا كان الزوج الذي دخل بها محرماً للمحضون وله حضانة كعمّ؛ أو كان محرماً لا حضانة له كخال للمحضون تتزوجه الحاضنة؛ أو كان ولياً للمحضون له حق الحضانة كابن عمّ للمحضون تتزوجه الحاضنة؛ فلا تسقط حضانتها، فليس لمن يليها أخذه منها وتستثنى أيضاً الجدّة لا يسقط حقّها في الحضانة إذا كان زوجها جدّ الصبي، لأنّ جدّه لا يضجر به، ولا يؤدّي كونه معها إلى تقصير في حقّ الطفل⁽¹⁾.

ولا تسقط حضانة المدخول بها إذا لم يقبل الولد غيرها، سواء كانت أمّاً أم لا. فلا تسقط بدخولها، للضرورة. أو إذا قبل غيرها ولكنها أبت أن ترضعه عند بدل الحاضنة المتزوجة المدخول بها. وبديلها هو من استحقّ الحضانة بعدها، بأن قالت المرضعة التي قبلها الولد المحضون: أنا لا أرضعه عندك. بل في بيتي أو في بيت الحاضنة المدخول بها بأجنبي، فلا تسقط حضانة هذه المدخول بها.

ولا تسقط حضانة المتزوجة المدخول بها إذا لم يكن للولد حاضن شرعي غير المتزوجة، كأن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون، أو يكون عاجزاً.

رجوع الحضانة لمن سقطت حضانتها:

لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها. أمّا أو غيرها، بسبب دخول الزوج بها، إذا تآيمت بطلاق أو موت زوجها أو فسخ نكاحها الفاسد بعد الدخول. وكذلك إذا أسقطت الحاضنة الحضانة الثابتة لها، بلا عذر. سواء أسقطتها بعوض أو بغير عوض. فإذا أسقطت حقّها من الحضيانة ثم أرادت العود لها، فلا كلام لها؛ لأنّ الحضانة حقّ للحاضن على المشهور، إلّا إذا أراد من له الحضانة ردّ المحضون لمن انتقلت عنه، فله ذلك.

وقيل: هي حقّ للمحضون، فلهما - أي المدخول بها والمسقطّة حقّها - الرجوع فيها. وقد فصل ابن رشد الجدّ القول في رجوع الحضانة للأم بعد أن سقطت عنها بسبب تزويجها، بأن الحضانة إمّا أنّها حقّ للحاضن، أو حقّ للمحضون.

فعلى القول بأنّها حقّ للحاضن، فقد اختلف أهل المذهب في رجوع الحضانة للأم إذا تآيمت بعد زواجها، فقيل: إن الحضانة تسقط عنها جملة، وليس لها أن تأخذ الولد. ووجه هذا القول أنّ تزويجها رضاً منها بإسقاط حقّها فيه.

وقيل: إن الحضانة تسقط في جهة من حضن الولد في حال تزويجها، فلا تعود إليها ما دام ذلك الحاضن على حضانته؛ فإن سقطت حضانة هذا الحاضن بموت أو نحو

(1) المعونة 2/942؛ والمنتقى 6/187.

ذلك ممّا تسقط به الحضانة، رجعت الحضانة إلى الأم. ووجه هذا القول أن تزويجها رضى منها بإسلام الولد إلى الذي يحضنه في حال تزويجها، وليس برضى منها بإسقاط حقها فيه جملة.

وقيل: إن حضانتها إنما تسقط ما دامت مع الزوج. فإن مات عنها أو طلقها رجعت فأخذت ولدها، وكانت أحق بحضانتها. وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبي حازم. ووجه هذا القول أن تزويجها ليس برضى منها بترك الولد؛ لأن النكاح ممّا تدعو إليه الضرورة وتمس الحاجة إليه، كالطعام والشراب فلا يقدر على الصبر دونه. فأشبه سقوط حضانتها إذا مرضت وضعفت عن الحضانة أو انقطع لبنها، أن الولد يؤخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها.

وأما على القول بأن الحضانة حق للمحضون، وهو قول ابن الماجشون فلها أن تأخذ ولدها إذا خلت من الزوج قولاً واحداً⁽¹⁾.

وإذا سقطت حضانتها لعذر كمرض وخوف مكان أو سفر ولي بالمحضون سفر نقلة، وزال ذلك العذر فلها الرجوع فيها، بناء على أن الحضانة حق للحاضن، وهذا ما لم تتركها بعد زوال العذر سنة، وإلا فلا رجوع لها، وما لم يألف الولد من هو عندها ويشق عليه نقله من عندها.

وتستمر الحضانة للحاضنة إذا دخل بها زوج إن تأيمت بطلاق أو فسخ أو موت زوجها قبل علم من انتقلت الحضانة له بالدخول، فلا كلام له بعد تأيمها. فإذا علم بزواجها، وسكت عن أخذ الولد عام أو أقل، ولم يقم حتى تأيمت، لم ينزعه منها ولا مقال له.

تمكين الحاضنة من نفقة المحضون.

يجب على الحاضنة قبض نفقة المحضون وكسوته، وما يحتاج إليه من أبيه، بالاجتهاد من الحاكم أو غيره، على الأب، بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شهر، ومن أعيان أو أثمان. وليس للأب أن يقول للحاضنة ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك، لما فيه من الضرر بالطفل والإخلال بصيانتها، وليس لها موافقته على ذلك.

وإذا ادعت الحاضنة تلف النفقة، فهل يقبل قولها في ذلك أم لا؟ ومذهب ابن القاسم أنها ضامنة، إلا أن تقوم بينة على التلف كما مر؛ لأن الضمان هنا ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة؛ لا ضمان أصالة، لأنه لو كان ضمان أصالة لضمنته ولو قامت بينة على تلفه بلا تفريط.

سكنى الحاضنة:

(1) البيان والتحصيل 5/ 220 - 221، 327؛ والمقدمات 1/ 570؛ وانظر: المعونة 2/ 941؛ والمنتقى 6/ 187.

يجب للحاضنة السكنى بالاجتهاد فيما يخصها ويخصّ الولد. بأن يوزّعها الحاكم أو غيره عليهما. فيجعل نصف أجره المسكن مثلاً في مال المحضون أو أبيه، ونصفها على الحاضنة، أو ثلثها في مال المحضون أو أبيه، وثلثها على الحاضنة، أو بالعكس.

أجرة الحاضنة:

ليس للحاضنة أجره في نظير الحضانة. وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها. وهذا هو قول مالك الذي رجع إليه، وأخذ به ابن القاسم بعد أن كان يقول: ينفق عليها من مال الغلام. نعم إن كانت الحاضنة أمّاً له معسرة، فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة. وهذا بناء على أنّ الحضانة حقّ للحاضن. ووجه ذلك أنّ الحاضنة قد وصلت إلى حقّها بضمّ المحضون إليها. ولا يستقيم أن تأخذ مع ذلك أجره، لأنّ ذلك زيادة على حقّها وهو باطل.

وعلى القول بأنّ الحاضنة حقّ للمحضون، فيجب للحاضنة أجره. ويكون الحق له عليها إنّما هو أن تحضنه بأجرة⁽¹⁾.

ودليل القول بأنّ الأمّ إذا كانت معسرة أنّها تنفق على نفسها من مال ولدها⁽²⁾: حديث هند المتقدّم. وفيه قوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» ووجه الاستدلال أنّه يؤخذ من الحديث جواز أن يأخذ الرجل لنفسه ما يجب له بالحكم. فقد أباح النبي ﷺ لهند أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه ما يجب لها فيه ولولدها من حقّ. وأمّا إذا كانت الأم غير معسرة فلا يجوز لها لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: 6].

والظاهر أنّ الحاضنة إذا لم تكن أمّاً له، ولم يوجد له حاضن غيرها، وكانت فقيرة، فيقضى لها بالإنفاق من ماله أو مال أبيه إن لم يكن له مال، لتوقف مصالح المحضون على ذلك.

تم باب الطلاق وتوابعه والحمد لله على نعمه وإفضاله
ولا حول ولا قولا إلا بالله العلي العظيم



(1) المقدمات 1/570؛ وشرح ابن عبد السلام ورقة 189.

(2) البيان والتحصيل 5/334.



الموارِيث جمع ميراث. مشتق من الإرث، وهو لغة: الأصل والبقية، ومنه قوله ﷺ: «كونوا على مشاعركم فإنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم»⁽¹⁾، أي: على أصله؛ وقوله ﷺ: «العلماء ورثة الأنبياء»⁽²⁾. لأن العلم بقية الأنبياء. ومن ذلك أخذ الميراث، لأنه بقية سلف إلى خلف⁽³⁾.

ويسمى علم الفرائض. والفرائض جمع فريضة، مشتقة من الفرض الذي جمعه فروض. والفرض لغة التقدير⁽⁴⁾.

وعلم الموارِيث أو علم الفرائض علم قرآني، لأن القرآن ورد به، وتولى الله تعالى تقدير الفرائض فيه، وبيان أحكامها⁽⁵⁾.

حكم تعلمه:

تعلم علم الفرائض فرض كفاية. ودليل الفرضية⁽⁶⁾:

أ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا القرآن والفرائض وعلموها الناس فإنني مقبوض»⁽⁷⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «تعلموا الفرائض وعلموها فإنه نصف العلم»⁽⁸⁾.

ودليل كون الوجوب على الكفاية: الإجماع⁽⁹⁾.

(1) أخرجه النسائي في المناسك، باب رفع اليدين في الدعاء بعرفة.

(2) أخرجه أبو داود في العلم، باب الحث على طلب العلم؛ والترمذي في العلم، باب فضل الفقه على العبادة.

(3) الذخيرة 7/13. (4) الذخيرة 7/13.

(5) القبس 1031/3.

(6) الذخيرة 8/13؛ ولباب اللباب ص 310؛ والقبس 1031/3؛ وأحكام القرطبي 56/5.

(7) أخرجه الترمذي، باب ما جاء في تعليم الفرائض.

(8) أخرجه ابن ماجه في الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض.

(9) الذخيرة 8/13؛ ولباب اللباب ص 310.

حكمة مشروعيتها:

شرع هذا العلم لرفع التشاجر وإيصال كل ذي حق إلى حقه⁽¹⁾.

تعريف علم المواريث:

هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث.

موضوعه:

موضوع علم الفرائض التركات، لأنها التي يبحث فيها عن عوارضها الذاتية. أي التي تلحقها لذاتها لا بواسطة أمر خارج عنها؛ ككون نصفها للزوج عند عدم الفرع الوارث، وككون ثمنها للزوجة عند وجود الفرع الوارث، وهكذا. والمراد بالبحث عن العوارض الذاتية، حمل تلك العوارض عليها، فتحصل مسائل العلم، بحيث يقال: التركة ربعها للزوج عند وجود الفرع الوارث، وهكذا. ووصف العوارض بالذاتية، للتخصيص، مثلاً كون ربع التركة للزوجة أمر عارض ذاتي لها، لأنها إنما لحق التركة من حيث كونها تركة لا بواسطة شيء. بخلاف ما يعرض لها من حرق مثلاً، فإنه عارض غريب عنها بواسطة النار، لا يبحث عنه في ذلك العلم.

غاية علم الفرائض:

غايته إيصال كل ذي حق إلى حقه من التركة. ويقال في تفسير الغاية أيضاً: هي حصول ملكة للإنسان توجب سرعة الجواب على وجه الصحة والجواب.

الحقوق المتعلقة بالتركة:

التركة حق يقبل التجزؤ، يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك. فقوله: «حق»: فهذا جنس يتناول المال وغيره، كالخيار والشفعة والقصاص والولاية.

وقوله: «يقبل التجزؤ»: يخرج به ولاية النكاح، لعدم قبولها التجزؤ.

وقوله: «يثبت لمستحقه»: أي بقراءة أو نكاح. ولا بد من هذا القيد لإخراج الوصية بناء على أنها تملك بالموت لا بالتنفيذ.

وقوله: «بعد موت من كان له ذلك»: يخرج به الحقوق الثابتة بالشراء والإيهاب،

ونحوهما، فلا تسمى تركة.

والحقوق المتعلقة بالتركة خمسة باستقراء الفقهاء. ويبدأ بها من رأس المال، ولو

أتت على جميع التركة. وهي على الترتيب التالي:

(1) لباب اللباب ص 310.

1 - الحق المتعلق بعين.

وذلك كمرهون في دين؛ فيقدم وجوباً على مؤمن التجهيز، لتعلق حق المرتهن به. وكزكاة الحرث والماشية في عام موته، حيث مات بعد وجوبها. فإن مات المالك بعد الحول أو الطيب، أخرجت زكاتها أولاً قبل الكفن، وقبل وفاء الدين والميراث. وهذا إن كان الحرث غير مرهون؛ فإن كان مرهوناً، والدين يستغرق جميعها فالذي استظهره الأجهوري أنّ رب الدين يقدم بدينه على الزكاة، مستنداً في ذلك لقول ابن رشد: إنّ حقّ الأدمي مقدّم على حقّ الله تعالى، لأنّ مقتضاه تقديم رب الدين بدينه على الزكاة. قال البناني: وفي هذا الاستناد نظر، لأنّ كلام ابن رشد فيما يتعلق بالذمة، وأمّا الحبّ فالفقراء شركاء في عينه، فلا ملك للميت في حظهم، حتى يؤخذ منه دينه.

ومن الحق المتعلق بعين: سلعة المفلس بالفعل، أي الذي حكم عليه القاضي بالفلس قبل موته. وحينئذٍ فلا يقال إنّ هذا مخالف لما سيأتي في الفلس من أنّ للغريم أخذ عين ماله المحاز عنه في الفلس، لا الموت، لحمل ما هنا على ما إذا قام بائعها بثمانها على المشتري قبل موته، فوجده مفلساً، وحكم له بأخذها، ثمّ مات قبل أخذ صاحبها لها بالفعل، فيأخذها ويقدم على مؤن التجهيز، لأنّه تعلق بعين.

ويدخل أيضاً في الحق المتعلق بعين، الهدى المقلد والغنم التي سبقت في الإحرام، والأضحية التي تعينت بذبحها. بخلاف ما لو مات صاحبها قبل الذبح، فإنّها تباع في الكفن والدين.

2 - مؤن تجهيز الميت.

وذلك ما يلزم من ثمن كفن وأجرة غسل وحمل، ونحو ذلك، بما يناسب حاله من فقر وغنى. ويضمن من أسرف. وتقدم مؤن التجهيز على الديون.

3 - قضاء الدين.

والمراد بذلك دين الميت الذي عليه لأدمي، كان الدين بضامن أم لا، أي حلّ أجله أم لا، لأنّه يحلّ بموت المضمون.

ويقدم الدين على الوصايا، من رأس المال.

ومن الدين هدي التمتع، إن مات بعد رمي العقبة، أوصى به أم لا؛ ثم زكاة الفطر إذا فرط فيها؛ والكفارات إذا شهد في صحته أنها بذمته أو أوصى فقط؛ وزكاة العين التي حلت إذا شهد بها في صحته، سواء أوصى بها أم لا، أو لم يشهد ولكن أوصى بها.

والحاصل أنّ زكاة الفطر التي فرط فيها والكفارات التي لزمته مثل كفارة الظهار واليمين والصوم والقتل، وزكاة العين التي حلت؛ إذا شهد في صحته أنها بذمته، فإنّها تخرج من رأس المال، سواء أوصى بإخراجها أم لم يوص؛ لما صرح به ابن عرفة وغيره

أن حقوق الله تعالى متى أشهد في صحته بها، خرجت من رأس المال؛ أوصى أم لا . فإن لم يشهد فمن الثلث . ووجه تقييد إخراج حقوق الله تعالى بالإشهاد أو الوصية بها، أنه لو أخرج ذلك عنه مع عدم الوصية أو الإشهاد، لأدى ذلك إلى إسقاط الزكاة في وقتها، وإلى ترك الورثة فقراء؛ لأنه قد يتعمد ترك الكلّ حتى إذا استغرق ذلك جميع ماله فلا يبقى للورثة حقّ . فكان هذا قصداً باطلاً في حق عباداته وحق ورثته . وكلّ من قصد قصداً باطلاً في الشريعة نقض عليه قصده . سواء تحقق ذلك منه أو أتهم به إذا ظهرت علامته، كما قضي بحرمان القاتل من الميراث⁽¹⁾

4 - وصايا الميت :

وتكون الوصايا من ثلث الباقي بعد ما تقدّم . ودليل تقديم الدين على الوصية⁽²⁾ :

أ - قال علي : إنّ النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية . وأنتم تقرؤون الوصية قبل

الدين⁽³⁾ .

ب - الإجماع .

وعلة تقديم الدين على الوصية أنّ الدين حقّ سابق في مال الميت، لأنّ المدين لا

يملك من ماله إلا ما هو فاضل عن دين دائنه⁽⁴⁾ .

وأما تقديم ذكر الوصية على ذكر الدين في قوله تعالى في آية المواريث : ﴿مِن بَعْدِ

وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ فقد فسّر ذلك بما يلي :

أ - إنّ تقديم الوصية على الدين لم يقصد منه الترتيب بينهما، وإنما قصد تقديمهما

على الميراث .

ب - إنّ الوصية لما كانت غير واجبة على الميت فقدّمها الله تعالى للتنبية على

أهميتها، وليشعر النفوس بميل صاحب الشرع لها، وحثّه عليها، فيبعد إهمالها . وقد

كانت عناية الشرع بها بهذا التقديم لأنّ النفوس مجبولة على إهمال مالا معاوضة فيه .

وأما الدين فهو مستغن بقوة صاحبه المطالب به⁽⁵⁾ .

5 - الورثة .

وللورثة الباقي بعد الوصايا، بالفرض أو بالتعصيب . ودليل تأخير الميراث عن

الوصية والدين، نصّ الآية على ذلك، بقوله تعالى : «من بعد» والمجرور في الآية في

(1) أحكام ابن العربي 1/344؛ وأحكام القرطبي 5/73 .

(2) المصدران السابقان .

(3) أخرجه الترمذي في الوصايا، باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية؛ والبيهقي في الفرائض، باب ميراث الإخوة والأخوات .

(4) التحرير 4/261 .

(5) أحكام ابن العربي 1/343؛ وأحكام القرطبي 5/74؛ والذخيرة 13/33؛ والتحرير والتنوير 4/261 .

موضع الحال؛ أي تقسمون المال على حسب تلك الأنصاء لكل نصيبه حالة كونه من بعد وصية أو دين⁽¹⁾.

أسباب التوارث:

الأسباب التي يقع بها التوارث ثلاثة، وهي:

- 1 - النكاح. والدليل ما نصّ عليه القرآن من التورث بين الزوجين⁽²⁾.
- 2 - النسب. والدليل ما نصّ عليه القرآن من التوارث بين الوالدين والمولودين والإخوة وغيرهم من الأنساب⁽³⁾.
- 3 - الإسلام. وهو بيت المال. وسيأتي ذكر الدليل على توريثه، في التعصيب.

الوارثون من الرجال:

الوارثون من الرجال تسعة⁽⁴⁾ بطريق الاختصار، وبطريق البسط أربعة عشر. وهم.

- 1 - الابن.
- 2 - ابن الابن وإن سفل.
- 3 - الأب.
- 4 - الجدّ للأب وإن علا.
- 5 - الأخ الشقيق.
- 6 - الأخ للأب.
- 7 - الأخ للأم.
- 8 - ابن الأخ الشقيق.
- 9 - ابن الأخ لأب.
- 10 - العم الشقيق.
- 11 - العم لأب.
- 12 - ابن العم الشقيق.
- 13 - ابن العم لأب.
- 14 - الزوج.

وأما ابن الأخ لأم، والعم لأم، وابن العم لأم، فمن ذوي الأرحام، لا يرثون. وكلّ الوارثين من الرجال عصبه إذا انفرد واحد حاز جميع المال، إلا الزوج والأخ للأم، فإنهما أصحاب فرض، كما يأتي.

(1) التحرير والتنوير 4/261.

(2) المعونة 3/1649؛ وأحكام ابن العربي 1/352.

(3) المصدران السابقان.

(4) في الأصل عشرة، وأسقط ذو الولاء.

وإن اجتمع جميع الذكور، فلا يرث منهم إلا ثلاثة، وهم: الزوج والابن والأب. ومسألتهم من اثني عشر لتوافق مخرج ربع الزوج وسدس الأب بالنصف، فتضرب أحد المخرجين في كامل الآخر باثني عشر، للزوج ربعها ثلاثة، وللأب سدسها اثنان، والباقي هو سبعة للابن تعصياً.

ودليل استحقاق ابن الابن وإن سفل للميراث:

- قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ [النساء: 11].

1 - ووجه الاستدلال أن قوله «أولادكم» عام في كل ولد من صلب الرجل، قريباً أو بعيداً⁽¹⁾ ويشهد لهذا العموم ما يلي⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَبْنَیْ آدَمَ﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى أثبت وصف البنوة بين من خوطبوا بهذه الآية وبين آدم عليه السلام.

ب - قوله ﷺ: «أنا سيد ولد آدم»⁽³⁾.

ج - الإجماع.

ومن العلماء من جعل هذا الإطلاق حقيقة في القريب والبعيد، لأجل عموم الاشتقاق الذي هو التولد. ومنهم من جعله حقيقة في القريب مجازاً في البعيد⁽⁴⁾. قال الإمام القرطبي: إلا أنه غلب عرف الاستعمال في إطلاق ذلك على الأعيان الأدنى على تلك الحقيقة⁽⁵⁾.

إلا أن هذا العموم لا يدل على الاشتراك إذا اجتمع الأدنى مع الأبعد، كما سيأتي بيان ذلك في الحجب.

ودليل توريث الجد⁽⁶⁾:

أ - دخوله في عموم قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: 11] ويشهد لهذا العموم قوله تعالى: ﴿مِثْلَهُ أَبَيْكُمْ إِذْ رَاهِمًا﴾ [الحج: 78]. وروي الاستدلال بهذه الآية عن أبي بكر الصديق ﷺ⁽⁷⁾. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أثبت وصف الأبوة بين إبراهيم ﷺ وبين من خوطبوا بهذه الآية رغم تطاول الأزمان.

ب - عن عمران بن حصين قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن ابن ابني مات،

(1) أحكام ابن العربي 1/333.

(2) القبس 2/1035، 1042؛ وأحكام ابن العربي 1/333؛ وأحكام القرطبي 5/75؛ والمعونة 3/1665؛ وبداية المجتهد 2/373.

(3) أخرجه مسلم في الفضائل، باب تفضيل نبينا ﷺ على جميع الخلائق.

(4) أحكام ابن العربي 1/333. (5) أحكام القرطبي 5/61.

(6) القبس 3/1035، 1039.

(7) أحكام ابن العربي 1/337؛ وأحكام القرطبي 5/68.

فما لي من ميراثه؟ قال: «لك السدس»، فلما ولى دعاه فقال: «لك سدس آخر». فلما ولى دعاه، قال: «إن السدس الآخر طعمة»⁽¹⁾.

إلا أن هذا الحديث مشكل إذ لا يدرى كيف أعطاه النبي ﷺ السدسين، أي الثلث⁽²⁾. وسيأتي ذكر تأويله في موقعه.

ج - الإجماع.

وهذا العموم المذكور في الآية لا يدلُّ على التشريك إذا اجتمع الأقرب مع الأبعد، كما سيأتي في الحجب.

الوارثات من النساء:

ودليل توريث الأنثى:

أ - قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 7].

وهذه الآية أبطلت ما كان عليه الأمر في الجاهلية من حرمان النساء والأطفال من الميراث. وكانوا يقولون: إنما يرث أموالنا من طاعن بالرمح وضرب بالسيف. فإذا لم يكن ذكور من أبناء الميت ورثه أقرب العصبة⁽³⁾. وقد أثبت الله تعالى للإناث بهذه الآية نصيباً في الميراث⁽⁴⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أن «أولادكم» لفظ عام في الذكور والإناث⁽⁵⁾.

ج - ما هو مذكور في آيات الميراث من توريث البنت والأم والأخت.

د - ما جاء في سبب نزول آيات الميراث عن جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ. فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً. وإنَّ عمَّهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالاً، ولا تنكحان إلا ولهما مال: قال: «يقضي الله في ذلك» فنزلت آية الميراث. فبعث رسول الله ﷺ إلى عمَّهما، فقال: «أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمَّهما الثمن، وما بقي فهو لك»⁽⁶⁾.

(1) أخرجه الترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجد.

(2) عارضة الأحوذى 250/8.

(3) التحرير والتنوير 248/4.

(4) أحكام القرطبي 47/5.

(5) الذخيرة 30/13.

(6) أخرجه الترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات؛ وأبو داود في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب.

وقيل: نزلت في ورثة ثابت بن قيس. قال القرطبي: والأول أصح عند أهل النقل⁽¹⁾.

والوارثات من النساء ست⁽²⁾ بطريق الاختصار، وبطريق البسط فتسع:

1 - البنت. 2 - بنت الابن. 3 - الأم. 4 - الجدة من قبل الأم. 5 - الجدة من قبل الأب. 6 - الأخت الشقيقة. 7 - الأخت لأب. 8 - الأخت لأم. 9 - الزوجة.

وكلهن من ذوات فرض. فإن اجتمعن فلا يرث منهن إلا الزوجة والبنت وبنت الابن والأم والأخت الشقيقة، كما يأتي.

ودليل توريث ابنة الابن هو ما ذكر في ابن الابن وإن سفل. ودليل توريث الجدة⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاٰحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أن لفظ «ولأبويه» عام يدخل فيه الجدّ والجدة. ودليل العموم ما تقدم ذكره في توريث الجدّ.

ب - الحديث الآتي ذكره عن المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمة في توريث النبي ﷺ الجدة السدس.

ج - إجماع الصحابة الآتي ذكره في تفصيل فرضها⁽⁴⁾.

إلا أن ابن العربي، وهو من استدلّ بعموم الآية على دخول الجدّ والجدة فيها في كتابه القبس، فقد ذكر في أحكام القرآن⁽⁵⁾ أن الآية لا تدلّ على العموم، ولا يدخل فيها من علا من الآباء والأمهات. واستدلّ بما يلي:

أ - أن قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَيْهِ﴾ مشني، والمثنى لا يحمل على العموم والجمع.

ب - أنه تعالى قال: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: 11]، والجدة لا يفرض لها الثلث بإجماع. فخرج الجدة من هذا اللفظ مقطوع به. وتناوله للأب الأعلى مختلف فيه.

ج - أن المقصود في قوله تعالى: ﴿أَوْلَادِكُمْ﴾ بيان العموم، والمقصود في قوله ﴿وَلِأَبْوَيْهِ﴾ بيان النوعين من الآباء، وهما الذكر والأنثى، وتفصيل فرضهما دون العموم، لذلك اختلف الصحابة في الجدّ، فروي عن أبي بكر أنه جعله أباً، وحجب به الإخوة، وخالفه زيد وعلي وابن مسعود، فورثوا معه الإخوة.

وعلى هذا فإن دليل توريث الجدّ هو الإجماع، ودليل توريث الجدة السنة

(2) في الأصل سبع وأسقطنا ذات الولاء.

(4) المعونة 3/1667؛ وبداية المجتهد 2/382.

(1) أحكام القرطبي 5/58.

(3) القبس 3/1039.

(5) أحكام القرآن 1/337.

والإجماع. قال الإمام القرطبي⁽¹⁾: إن كل الفرائض مأخوذة من كتاب الله إلا فرض الجدة والجدات، فإنه مأخوذ من السنة، وهو ما ذهب إليه الإمام مالك في الموطأ⁽²⁾. وهذا القول يؤيده ما سيأتي في حديث توريث الجدة من قول أبي بكر رضي الله عنه: «مالك في كتاب الله شيء». وهو الذي روي عنه حمل قوله تعالى: ﴿لِوَالِدَيْهِ﴾ على العموم بدليل قوله تعالى: ﴿مِثْلَ آبَائِكُمْ إِِبْرَاهِيمَ﴾ وقوله: ﴿يَبْنِيْءَ آدَمَ﴾. قال ابن العربي: فقول أبي بكر «مالك في كتاب الله شيء» غريب في الفقه، لأنه جعل الجد أباً ولم يجعل الجدة أمّاً⁽³⁾.

الفروض وأصحابها

الفروض ستة. ودليل حصرها في هذا العدد⁽⁴⁾:

أ - إن النص لم يرد بما سواها، قال تعالى في آيات الميراث: ﴿فَلَهُنَّ ثُلُثًا﴾ وقال: ﴿فَلَهَا النِّصْفُ﴾ وقال: ﴿لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾، وقال: ﴿فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ﴾ وقال: ﴿فَلَكَمُ الرُّبْعُ﴾ وقال: ﴿فَلَهُنَّ الثَّمَنُ﴾.

ب - الإجماع على أنه لا مدخل للعلماء فيها.

وما سيأتي ذكره من أدلة الفروض هو بيان لقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 7].

ووجه الاستدلال أن الآية أجملت الجهات المستحقة للميراث، من الرجال والنساء، وأجملت النصيب المفروض للمستحق⁽⁵⁾. والفروض الستة مع أصحابها كما يلي:

- النصف:

وهو لخمس أنواع.

1 - الزوج: وهو يرثه من زوجته عند عدم الفرع الوارث. والدليل⁽⁶⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: 11].

ب - الإجماع.

وهو يستحق النصف سواء كان الفرع الوارث ذكراً أو أنثى، أو ولد وولد وإن سفل، كان الولد منه أو من غيره. والمراد بولد الولد، ذرية أولادها الذكور لا الإناث، فوجودهم كالعدم.

(1) أحكام القرآن 60/5.

(2) المتقى 250/6.

(3) القبس 1039/3.

(4) المعونة 1664/3؛ وأحكام القرطبي 60/5.

(5) أحكام القرطبي 45/5.

(6) المعونة 1666/3؛ والمنتقى 227/6؛ وبداية المجتهد 375/2؛ وأحكام القرطبي 76/5؛ والذخيرة

أي فمحلّ إرث الزوج النصف من زوجته حيث لم يكن لها ولد ذكر أو أنثى لا ولد ابن منه أو من غيره، ولو من زنا، إن لم يقيم به مانع من الميراث. وأما ولد البنت فوجوده كالعدم.

2 - بنت الصلب: وهي ترث النصف إذا انفردت عن أخت أو عمّن يعصبها وهو أخوها المساوي لها. ودليل استحقاقها النصف بهذا الشرط⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: 11].

واسم «كانت» ضمير عائد إلى ما يفيدته قوله تعالى: ﴿فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ من مفرد ولد، أي: وإن كانت الولد بنتاً واحدة⁽²⁾.

ب - الإجماع.

3 - بنت الابن: وذلك إن لم يكن للميت بنت ولا ابن ابن؛ وإلا كان لها مع البنت السدس، وكان ابن الابن معصباً لها، للذكر مثل حظ الأنثيين، كان أخاها أو ابن عمّها. وسيأتي دليل ذلك.

4 - الأخت الشقيقة، إذا لم يكن للميت ولد ولا والد. والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ أَمْرًا هَلَاكٌ لِمَنْ لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ وَأَنْتُمْ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: 176].

والكلالة وردت في هذه الآية، وقبلها في قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً﴾ [النساء: 11]. واختلف في اشتقاقها، فقيل: أخذت من الإحاطة، ومنه الإكليل لإحاطته بالرأس، فكأن الميت محاط به من جنباته. وقيل: أخذت من البعد والانقطاع، من قولهم: كلت الرحم إذا تباعدت فطال انتسابها.

كما اختلف في وضع هذا اللفظ. فقالت طائفة من العلماء: وضع لنفس الوراثة إذا لم يكن فيها ولد ولا والد. ويكون نصب «كلالة» في قوله في آية الكلالة الأولى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً﴾ على موضع المصدر، أي يورث وراثة يقال لها كلالة، كما يقال: قتل غيلة. وقالت طائفة أخرى: الكلالة تسمية للورثة الذين لا ولد فيهم ولا والد. واحتجوا بقول جابر: يا رسول الله إنما يرثني كلالة⁽⁴⁾. وكان أبوه قتل يوم أحد، وليس له أبناء وله أخوات.

(1) المعونة 3/1665؛ والمنتقى 6/224؛ وأحكام القرطبي 5/64؛ وبداية المجتهد 2/373؛ والذخيرة 13/30.

(2) التحرير والتنوير 4/259.

(3) المنتقى 6/241؛ والمعلم 2/340؛ والقبس 3/1042؛ وأحكام ابن العربي 1/345، 349؛ والذخيرة 13/34؛ وأحكام القرطبي 5/76؛ والتحرير والتنوير 5/364.

(4) أخرجه البخاري في المرض، باب وضوء العائد للمريض؛ ومسلم في الفرائض، باب ميراث الكلالة.

واحتجوا بالقراءة الشاذة «يورث» بكسر الراء وبتشديدها أو تخفيفها. فسُمي الورثة هنا كلاله، لأنهم أطافوا بالميت من جوانبه، وليسوا منه ولا هو منهم، وإحاطتهم به أنهم ينتسبون معه.

وقالت طائفة أخرى: بل هي تسمية للميت الذي لا ولد له ولا والد. ويستوي فيه الذكر والأنثى، كما يقال: ضرورة، فيمن لم يحجّ قط ذكراً أو أنثى؛ وعقيم، للرجل والمرأة؛ فيكون النصب على هذا القول على الحال، والتقدير: وإن كان رجل يورث متكلل النسب. وقد روي هذا القول عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن عباس وابن مسعود، وهو قول الجمهور، وحكي الإجماع عليه.

وآية ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ هي الثانية. وهي في الإخوة الأشقاء والإخوة للأب⁽¹⁾. وأما آية الكلاله الأولى فهي في الإخوة للأم، وسيأتي ذكرها. والدليل على أن آية الكلاله الثانية واردة في الإخوة الأشقاء أو للأب، ما سيأتي ذكره في فرض الثلث للإخوة للأم من الدليل على أن الأخ والأخت في آية الكلاله الأولى مراد بهم الإخوة للأم فقط. ومن الدليل أيضاً على ذلك ما في آية الكلاله الثانية من القرائن الدالة على أن موردها في الإخوة الأشقاء أو الذين للأب، منها:

أ - مخالفة نصيب الأخت هنا، وهو النصف، لنصيب الأخت للأم المقصودة في آية الكلاله الأولى، الذي هو السدس. فدل ذلك على أن صاحبة النصف هي الأخت الشقيقة أو للأب.

ب - أن الأخ جعل له في هذه الآية جميع المال إذا لم يكن للميت ولد. وقد صرح في آية الكلاله الأولى أن الأخ للأم له مع الانفراد السدس؛ فدل ذلك على أن من يرث جميع المال مع عدم الولد هو الأخ الشقيق أو الذي للأب⁽²⁾.

ج - أن الإخوة للأم في الآية الأولى إذا اجتمعوا ذكوراً وإناثاً فإنهم يشتركون في الثلث، كما نصت على ذلك الآية؛ وفي الثانية فإن لهم للذكر مثل حظ الأنثيين كما نصت الآية أيضاً على ذلك. فدل هذا على أن الإخوة المذكورين في الآية الثانية غير الإخوة المذكورين في الآية الأولى، وبذلك لا يكون المذكورون في الآية الثانية إلا الإخوة الأشقاء أو الذين للأب⁽³⁾.

وفرض الأخت الشقيقة من آية الكلاله الثانية في قوله تعالى: ﴿فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾، فهي ترث فريضة مسمّاة⁽⁴⁾.

(2) التحرير والتنوير 6/66.

(1) أحكام القرطبي 6/28.

(3) المنتقى 6/242.

(4) المعونة 3/1666؛ وأحكام ابن العربي 1/520؛ وبداية المجتهد 2/377.

وشرط ميراث الأخت الشقيقة النصف إن لم يكن للميت ولد ولا والد. وهو المراد بالكلالة كما تقدّم. إلا أن الآية نصّت على الولد ولم تذكر الوالد. وقد علل ذلك بأمر⁽¹⁾، أظهرها ما ذكره الإمام المازري من أن الأب إنما لم يذكر ههنا لأنّ القصد باشتراط عدم الوالد نفي الفرض المسمّى الذي يقع به تعاول الأخت مع الورثة، لا نفي التوريث على الجملة، لأنّ الصحابة سوى ابن عباس ورثوا الأخت مع البنت، واتفقوا على توريث الأخ مع البنت. وإذا كان ذلك كذلك فلا يجب ذكر عدم الأب، لأنّ الأب ينتفي معه ميراث الإخوة أصلاً على الجملة والتفصيل، والولد ينتفي معه ميراث الإخوة على وجه دون وجه. وإنّما القصد بالاشتراط التحرز من أحد الوجهين الذي يفارق فيه الوالد الولد، فلهذا ذكر الولد دون الأب. مع أنّه أيضاً يمكن وضوح حكم الأب عندهم لأنّه قد استقرّ عندهم - أي الصحابة - في أصول الفرائض أنّ من تسبب بشخص لا يرث معه كالجدة مع الأم، والجدّ مع الأب، وابن الابن مع الابن، والإخوة يتسببون بالأب. فلا يشكل سقوطهم معه؛ وليس كذلك سقوطهم مع الولد، لأنّهم لا يتسببون به، ولو ورثوا معه لم يكن في ذلك مناقضة لأصول الفرائض، كيف وهم يرثون معه إذا كان الولد أنثى، ولا يرثون مع الأب بحال؛ فاكتمى عن اشتراط عدم الوالد - أي في الآية - لما قلناه، مع ما ثبت من إجماع السلف على اشتراطه، إلا ما ذكر عن ابن عباس من أنّ الكلالة من لا ولد له ولو كان له والد، وهو ممّا لم يصحّ عنه⁽²⁾.

وإلى قريب من هذا التعليل نحى الشيخ ابن عاشور⁽³⁾ في عدم ذكر الآية اشتراط عدم الوالد، فقال: إنّ في هذه الآية - أي آية الكلالة الثانية - بياناً لحقيقة الكلالة، أشار إليه قوله تعالى: ﴿لَيْسَ لَكُمْ وَوَلَدٌ﴾ وقد تقدّم في أول السورة أنّه ألحق بالكلالة المالك الذي ليس له والد. فحكم الكلالة قد بيّن بعضه في آية أول هذه السورة. ثم إنّ الناس سألوا رسول الله ﷺ عن صورة أخرى من صور الكلالة، فنزلت آية الكلالة الثانية.

وسياتي عند الحديث عن التعصيب أنّ الأخت الشقيقة ترث مع البنت تعصيباً، كما سياتي ذكر الأدلة على ذلك. وهذه الأدلة تدلّ على أنّ لفظ الولد في قوله تعالى في آية الكلالة الثانية: ﴿إِنْ أَمْرًا هَلْكَ لَيْسَ لَكُمْ وَوَلَدٌ﴾ قد دخله التخصيص، وأنّ المراد به الذكر دون الأنثى، لأنّ الأخت تسقط مع الولد الذكر ولا تسقط مع الولد الأنثى. أي أنها ترث النصف مع عدم الولد ذكراً كان أو أنثى؛ وتسقط مع الولد الذكر، ولا ترث معه شيئاً، كما يدلّ عليه ظاهر الآية؛ ولا تسقط مع الأنثى وإنّما تنتقل إلى التعصيب للأدلة التي سياتي ذكرها في التعصيب، فيكون بذلك معنى الولد الذي ترث مع عدم وجوده النصف

(1) أحكام القرطبي 28/6؛ والمعلم 342/2.

(2) المعلم 342/2 - 343.

(3) التحرير والتنوير 63/6.

هو الذكر. وأنه بوجوده لا ترث النصف ولا غيره⁽¹⁾.

ونذكر هنا أن دخول الأخوات في الميراث مع البنات لا يخرج الميت الموروث عن كونه كلاله، لدخول العصبية مع البنات من الإخوة والأخوات وغيرهم مع العصباء⁽²⁾، الآتي ذكرهم في التعصيب.

5 - الأخت لأب، إن لم يكن للميت ولد ولا والد، وإذا لم توجد شقيقة معها. فإن كان معها شقيقة كان للتي للأب السدس فقط تكملة الثلثين.

ملاحظة: تصير كل من النسوة الأربع عصبية بوجود أخ معها. ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين؛ وذلك إذا كان الأخ يساويها في الدرجة⁽³⁾.

ومعنى 'يرورتهن' عصبية أي ينتقلن من الفرض إلى التعصيب وسيأتي الدليل على ذلك في التعصيب.

ويشمل هذا ابن الابن مع بنت ابن آخر، لأنه أخ لها حكماً لتساويهما درجة. وتصير الأخت شقيقة أو لأب عصبية بالجد، فترث معه تعصبياً لا فرضاً، فهي عصبية بالغير.

وتصير الأخت الشقيقة أو لأب عصبية مع البنت وبنت الابن، أي عصبية مع الغير، فلا يفرض للأخت معهما، بل تأخذ ما بقي بعد فرض البنت، وهو النصف؛ أو البنتين، وهو الثلث، تعصبياً. وكذلك مع بنت الابن.

فالأخت الشقيقة والأخت للأب، كما يعصب كلاهما أخوها المساوي لها، يعصبها أيضاً الجد والبنت وبنت الابن.

- الربع:

وهو لاثنين.

1 - الزوج: وذلك إذا وجد فرع يرث من الزوجة كبنت أو ابن؛ منه أو من غيره، ولو من زنا للحوقه بأمه، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾ [النساء: 19].

(1) أحكام ابن العربي 1/350؛ وأحكام القرطبي 6/29؛ والمعلم 2/341؛ وبداية المجتهد 2/377، 378؛ والذخيرة 13/38.

(2) المعلم 2/341.

(3) ذكر الشيخ الصاوي أن استعمال لفظ القوة أولى من استعمال لفظ الدرجة ليحترز بذلك عن أخ لأب مع شقيقة، فهو مساو لها في الدرجة وليس مساوياً لهذا في القوة.

(4) المعونة 3/1666؛ والمنتقى 6/227؛ وبداية المجتهد 2/375؛ وأحكام القرطبي 5/76؛ والذخيرة 13/34.

ب - الإجماع .

2 - الزوجة؛ سواء كانت واحدة أو متعدّدة، وذلك إذا فقد الفرع الوارث للزوج، من ولد أو ولد ابن، ذكراً أو أنثى، منها أو من زوجة غيرها. والدليل⁽¹⁾ .

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ﴾ [النساء: 12].

ب - الإجماع .

ويخرج بلفظ: «الفرع الوارث» ولد الزنا، ومن نفاه بلعان، فهما كالعدم، ولا يحجبان الزوجة للثمن.

- الثمن :

وهو لواحد .

- الزوجة أو الزوجات . وذلك إذا وجد فرع وارث لاحق بالزوج . والدليل على ذلك⁽²⁾ :

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: 12].

ب - توريث النبي ﷺ الثمن لزوجة سعد بن الربيع مع بناته . وقد تقدّم .
والدليل على أنّ الربع أو الثمن فرض الزوجة الواحدة، ويشتركن فيه إذا كنّ أكثر من واحدة⁽³⁾ .

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَهُمُ الرُّبُعُ﴾ وقوله: ﴿فَلَهُنَّ الثُّمْنُ﴾ .

ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى لم يفرّق بين حكم الواحدة منهنّ وبين حكم الجمع، كما فرّق بين حكم الواحدة من البنات والواحدة من الأخوات، وبين حكم الجمع منهنّ .

ب - الإجماع .

والدليل على أنّ الولد الذي يحجب الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، يدخل فيه الذكران والإناث، والواحد والمتعدد من الأولاد، هو الإجماع⁽⁴⁾ .

وأما الدليل على دخول بني البنين مع بني الصلب، فقد تقدّم ذكره في الوارثين من الرجال .

- الثثان :

وهو لذوات النصف إن تعدّدت . وأنواعه أربعة :

1 - بتتان فأكثر . ودليل كون الثلثين فرض الثلاث بنات فأكثر :

(2) المصادر السابقة .

(4) أحكام القرطبي 75/5 .

(1) المصادر السابقة .

(3) أحكام القرطبي 76/5 .

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ﴾ [النساء: 11] واسم «كن» ضمير عائد على «أولادكم»⁽¹⁾. والآية نص في الزائد على الاثنتين، لأن معنى «فوق اثنتين» أكثر من اثنتين⁽²⁾.

ب - عن ابن عباس أن أوس بن ثابت الأنصاري توفي وترك ثلاث بنات وامرأة يقال لها أم كجة. فقام رجلان من بني عمه يقال لهما سويد وعرفجة فأخذا ماله ولم يعطيا امرأته ولا بناته شيئاً. فجاءت أم كجة إلى رسول الله ﷺ: فذكرت له ذلك. فنزلت آية المواريث⁽³⁾. وقد استدل بهذا لما روي أن النبي ﷺ أعطى البنات الثلاث الثلثين.

ج - الإجماع⁽⁴⁾.

وأما الدليل على كون الثلثين فرض البنتين أيضاً⁽⁵⁾:

- إلحاق البنتين بالثلاث، ذلك أن الله تعالى بين حكم الواحدة وحكم الثلاث فما زاد، وسكت عن حكم البنتين. ومفهوم المخالفة يقتضي إلحاقه بحكم الواحدة أو بحكم الثلاث. وقد وردت الأدلة بإلحاقه بالثلاث. وأدلة الإلحاق ما يلي⁽⁶⁾:

أ - إنه قيل في معنى الآية: فإن كن نساء اثنتين فما فوقهما فلهن الثلثان. وقد ضعف هذا التأويل⁽⁷⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أنه تعالى نبه على أن الواحدة إذا وجب لها مع أخيها الثلث، فأولى وأحرى أن يجب لها ذلك مع أختها، فيكون لهما الثلثان.

ج - أن النبي ﷺ قضى بالثلثين لابنتي سعد بن الربيع. وقد تقدم ذكر الحديث.

د - القياس على الأخوات، لأن كل إناث فرض الثلاث منهن الثلثين، فكذلك فرض الاثنتين أصله الأخوات. وتوضيح ذلك أن الله تعالى قال في الأخت الواحدة: ﴿وَلَهُرَّ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مِمَّا تَرَكَ﴾ وقال في الأختين: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ﴾؛ وفي البنات قال في البنت الواحدة: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾، وسكت عن البنتين؛ فيقاس حكمهما على الأختين في الاشتراك في الثلثين ويحملان عليهما؛ كما

(1) التحرير والتنوير 257/4.

(2) المعونة 1665/3؛ والذخيرة 30/13؛ والتحرير والتنوير 258/4؛ وبداية المجتهد 373/2.

(3) نقله ابن حجر عن الواقدي عن الكلبي في تفسيره (الإصابة 464/4).

(4) بداية المجتهد 373/2.

(5) الإشراف 102/2؛ والمعونة 1665/3؛ وبداية المجتهد 373/2؛ وأحكام ابن العربي 336/1.

(6) الإشراف 102/2؛ والمعونة 1665/3؛ والمنتقى 224/6؛ والذخيرة 30/13؛ وأحكام ابن العربي 1/336؛ وأحكام القرطبي 63/5؛ والقبس 1042/3؛ والتحرير والتنوير 258/4.

(7) الذخيرة 30/13؛ والتحرير والتنوير 258/4.

سكت عن حكم ما زاد على الاثنتين من الأخوات، أي سكت عن الثلاث من الأخوات فأكثر، ونصّ على حكم الثلاث من البنات، وهو الثلثان؛ فيقاس عليهن الثلاث من الأخوات.

هـ - عن هزيل بن شرحبيل قال: سئل ابن مسعود عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال: أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ: للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فلأخت⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه إذا كان لبنت الابن مع البنت الثلثان، فأولى وأحرى أن يكون لها ذلك مع أختها.

و - الإجماع على ذلك، وقد حكى الإجماع، ابن عطية والباجي. وضعف الباجي ما نُقل عن ابن عباس أنه قال: للبتين النصف كالبنت الواحدة. وخالفه القرطبي فصّح النقل عنه، وبذلك ردّ دعوى الإجماع.

على أنّ الباجي يستدل أيضاً على ضعف هذا القول بالإجماع على خلافه. وعند ابن عاشور أنه يحتمل انعقاد الإجماع بعد ابن عباس. ويذكر أنّ اختلال الإجماع بمخالفة الواحد أمر مختلف فيه. كما أنه لا يرى حديث ابنتي سعد يمكن الاحتجاج به، لأنّ في روايته اختلافاً هل ترك بتين أو ثلاثاً.

2 - بنتا ابن فأكثر.

3 - أختان شقيقتان فأكثر. والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ أَثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: 176].

وقد تقدّم الدليل على أنّ هذه الآية في الإخوة الأشقاء أو الذين للأب.

ب - قياس الثلاث الأخوات على الثلاث البنات، وتقدّم تعليل ذلك في فرض البنين فأكثر⁽³⁾.

4 - أختان للأب فأكثر.

- الثلث:

وهو فرض اثنين.

1 - الأم. وذلك إن لم يكن له ولد، ولا ولد ابن، ذكراً أو أنثى، واحداً أو متعدداً. وكذلك إن لم يكن له اثنان فأكثر من الإخوة أو الأخوات، أشقاء أو لأب أو لأم، أو مختلفين، أو محجوبين كإخوة لأم مع جدّ، فيسقطون بالجد ويحجبون الأم من

(1) أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة.

(2) بداية المجتهد 2/377.

(3) القبس 3/1042؛ والمعونة 3/1666؛ وأحكام ابن العربي 1/341.

الثالث إلى السدس كما سيأتي. ودليل استحقاق الأم الثلث بالشرطين المذكورين⁽¹⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَابِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: 11].

فقد صرّحت الآية بأن للأم السدس مع وجود الولد، وأن لها السدس أيضاً مع وجود الإخوة؛ وأن لها الثلث مع عدم وجود الولد. والتصريح بأن لها السدس مع الإخوة يقتضي أن لها الثلث مع عدمهم، لأن الآية نقلتها إلى السدس بوجودهم بعد أن كان لها الثلث بعدم وجودهم.

واعلم أن للأم حالتين ترث في إحداهما الثلث، وفي الأخرى السدس بنص القرآن. وثبت باجتهاد حالة ثالثة ترث فيها ثلث الباقي، وهي في مسألتين، وتلقبان بالعمريتين لقضاء عمر رضي الله عنه فيهما بذلك. وتعرفان بالغرّاوين، لأن الأم غرت فيهما بقول الفقهاء لها الثلث، وهو في الحقيقة سدس كما في الأولى، وربع كما في الثانية.

المسألة الأولى: زوجة ماتت عن زوج وأبوين. أصلها من اثنتين، مخرج نصيب الزوج، فله النصف، يبقى واحد على ثلاثة مباين، فتضرب ثلاثة في اثنتين بسة، فلها واحد بعد فرض الزوج؛ إذ لو أعطيت ثلث التركة للزم تفضيل الأنثى على الذكر، وتقديمها عليه، فيخالف القاعدة القطعية متى اجتمع ذكر وأنثى يدلان بجهة واحدة فللذكر مثل حظ الأنثيين.

المسألة الثانية: زوجة مات زوجها عنها وعن أبوين. فهي من أربعة، للزوجة الربع، وللأم ثلث الباقي، وهو في الحقيقة ربع، إذ لو أعطيناها ثلث المال للزم عدم تفضيل الذكر عليها التفضيل المعهود. ووجه ذلك أن المسألة من اثني عشر تأخذ الزوجة ثلاثة يبقى تسعة؛ فلو أعطيت الأم الثلث كاملاً لأخذت أربعة، يبقى خمسة للأب، فلم يفضل عليها التفضيل المعهود، وهو كونه للذكر مثل حظ الأنثيين. والدليل على هذا الاستثناء⁽²⁾:

- تخصيص عموم قوله تعالى: ﴿إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ﴾ بالقاعدة من أنه إذا اجتمع ذكر وأنثى يدلان بجهة واحدة ورتبة واحدة، فللذكر مثل حظ الأنثيين. ووجه التخصيص بالقاعدة أن القاعدة قطعية، والآية تحتل أن تكون فيما إذا كان للأب الثلثان، أو حيث لا يوجد أب. أمّا إذا وجد فلم يتعرّض له النص، فعينته القواعد.

(1) أحكام ابن العربي 1/339؛ وأحكام القرطبي 5/72؛ والتحرير والتنوير 4/260.

(2) المعونة 3/1669؛ وبداية المجتهد 2/376؛ والذخيرة 13/57؛ والقبس 3/1040؛ وأقرب المسالك

وذكر ابن العربي أن التخصيص كان بالقياس⁽¹⁾. وما ذكره من التعليل يشعر بأنه تخصيص بالقياس على القواعد، والمعنى واحد.

2 - الإخوة للأم عند تعددهم. أي إذا كانوا أكثر من واحد، فلا يزيدون على الثلث. والدليل على ذلك:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَجِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: 12].

وهذه الآية خاصة بالإخوة للأم. وتقدم الدليل على أن الكلاله من لا ولد له ولا والد. وأما الدليل على أن هذه الآية خاصة بالإخوة للأم فهو ما يلي:

أ - إجماع العلماء على ذلك⁽²⁾. ومستندهم أنهم لاحظوا أمرين:

الأمر الأول: أن آية الكلاله هذه أعطت الأخ أو الأخت السدس عند الانفراد، وأعطتهما عند اجتماعهما الثلث، وآية الكلاله الثانية أعطت الأخ المال كله، والأخت النصف، عند الانفراد؛ وأعطتهما عند الاجتماع للذكر مثل حظ الأنثيين؛ ورأوا أن سبب هذا الاختلاف راجع إلى اختلاف ما يدلي به الإخوة في الآية الأولى عن ما يدلي به الإخوة في الآية الثانية؛ وأن ضعف ما أعطيه الأخوة في الآية الأولى عن ما أعطيه الإخوة في الآية الثانية سببه ضعف من أدلوا به عن من أدلى به الآخرون. ولما كان الإخوة في الآية الثانية قد أعطوا الميراث بالتعصيب في بعض الأحوال تعين أن إدلاءهم كان بذكر، وهو الأب. لأنه لا عصوبة بالإدلاء بأنثى التي هي الأم. وتعين أن آية الكلاله الثانية وردت في الإخوة للأب والأم أو الذين للأب فقط، وأن آية الكلاله الأولى وردت في الإخوة للأم⁽³⁾.

الأمر الثاني: أنه إذا كان الميت لا ولد له ولا والد - في آية الكلاله الأولى -، وقلنا له أخ أو أخت، وجعلنا لكل واحد منهما السدس، نعمل بحكم ما يشبه دلالة الاقتضاء أنهما الأخ والأخت للأم؛ لأنهما لما كانت نهاية حظهما الثلث، فقد بقي الثلثان؛ فلو كان الأخ والأخت هما الشقيقان أو الذين للأب، لاقتضى أنهما يأخذان أقل المال، ويترك الباقي لغيرهما، وهل يكون غيرهما أقرب منهما، فتعين أن الأخ والأخت مراد بهما اللذان للأم خاصة، ليكون الثلثان للإخوة الأشقاء أو الأعمام أو بني الأعمام⁽⁴⁾.

(1) القبس 3/ 1040.

(2) المعونة 3/ 1667؛ والمنتقى 6/ 241؛ والمعلم 2/ 343؛ وأحكام القرطبي 5/ 78؛ وبداية المجتهد 2/ 377؛ والذخيرة 13/ 35.

(3) المنتقى 6/ 229؛ والقبس 3/ 1043؛ والذخيرة 13/ 35.

(4) التحرير والتنوير 4/ 365.

ب - القراءة الشاذة المروية عن سعد بن أبي وقاص: وهي «وله أخ أو أخت من أمه»⁽¹⁾.

وذكر الشيخ الصاوي أن القراءة الشاذة يستدل بها على ثبوت الأحكام، لكونها بمنزلة الأحاديث الصحيحة التي ثبتت بالآحاد⁽²⁾.

ويستوي الإخوة للأم في الثلث، إذا كانوا أكثر من واحد، الذكر والأنثى يقتسمونه بالسوية، والدليل:

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: 12].

ووجه الاستدلال أن الآية نصت على أن الإخوة إذا كانوا أكثر من أخ واحد أو أخت واحدة، فإن فرضهم يكون الثلث، يشتركون فيه. ولفظ الاشتراك ظاهر في التسوية بين الذكر والأنثى. وليس في الفرائض موضع يكون فيه الذكر والأنثى سواء إلا في ميراث الإخوة للأم⁽³⁾.

- السدس:

وهو فرض لسبعة:

1 - الأم، إن وجد فرع وارث، كابن، وابن ابن، وبنت، وبنت ابن. وإن وجد اثنان فأكثر من الإخوة مطلقاً، أي ذكراً، أو أنثيين، أو مختلفين؛ شقيقين، أو لأب، أو لأم.

فالأم يحجبها الولد، فينقلها من الثلث إلى السدس، سواء كان الولد ابناً أو ابن ابن، أو بنتاً أو بنت ابن، واحداً أو متعدداً. والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَابِهِمْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: 11].

وقد أبهم لفظ الولد، فحمل على الذكر والأنثى على السواء.

ب - الإجماع.

كما أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس. سواء كان الإخوة ذكوراً أو إناثاً، أشقاء أو لأب أو لأم. والدليل⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: 11].

(1) بداية المجتهد 2/377؛ وأحكام القرطبي 5/78.

(2) حاشية الصاوي على أقرب المسالك 2/481.

(3) المتقى 6/229؛ وأحكام ابن العربي 1/349؛ وأحكام القرطبي 5/79؛ والمقدمات 3/146.

(4) المعونة 3/1667؛ وأحكام ابن العربي 1/338؛ وأحكام القرطبي 5/71؛ وبداية المجتهد 2/375؛ والقبس 3/1040.

(5) أحكام ابن العربي 1/339؛ وبداية المجتهد 2/375؛ وأحكام القرطبي 5/79؛ والقبس 3/1040.

فالإخوة يحجبون الأم من الثلث إلى السدس، دون أن يرثوا معها.
 ب - الإجماع. كما أجمعوا على أنّ المراد بالإخوة في الآية ما يشمل الإناث. وأمّا
 الدليل على أن عدد الإخوة الذين يحجبون الأم اثنان فأكثر مع أنّ الصيغة في الآية
 للجمع، أي دليل دخول الاثنين في الحكم ما يلي⁽¹⁾:
 أ - إنّ أقلّ الجمع اثنان، بدليل أنّ التثنية معناها جمع شيء إلى مثله. وبدليل
 قوله ﷺ: «اثنان فما فوقهما جماعة»⁽²⁾.

ب - إن صيغة الجمع في «إخوة» في الآية ليست نصّاً فيما هو أكثر من الاثنين،
 لأنّ العرب يطلقون صيغة الجمع على الواحد والاثنين. وشواهد في القرآن كثيرة⁽³⁾.
 ج - عن شعبة عن ابن عباس أنه دخل على عثمان بن عفان وقال: إنّ الأخوين لا
 يرذآن الأم عن الثلث: قال الله: «إن كان له إخوة» فالأخوان بلسان قومك ليسا بإخوة.
 فقال عثمان: لا أستطيع أن أردّ ما كان قبلي ومضى في الأمصار وتوارث به الناس⁽⁴⁾.
 أي أن ابن عباس احتج باللغة على أنّ «إخوة» صيغة جمع تفيد ثلاثة فأكثر، فردّه
 عثمان إلى علماء الصحابة من قريش، وهم أهل الفصاحة والبلاغة وأعرف باللغة⁽⁵⁾.
 د - القياس، لأنّ كلّ حكم يتغيّر بالإخوة، فإنّه يتغيّر بالاثنين منهم، كتغيّر فرض
 الإخوة للأم من الثلث إلى السدس. وقد ذكروا هذا القياس بناء على ما قيل من أنّ أقلّ
 الجمع ثلاثة⁽⁶⁾.

2 - الأخ أو الأخت لأم، إن انفرد. والدليل: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ
 يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: 11].
 فالآية نصّت على أنّ فرض السدس يكون للأخ أو للأخت عند الانفراد، لدلالة
 حرف «أو» على ذلك. وقد تقدّم ذكر الدليل على أنّ هذه الآية واردة في الإخوة للأم.
 3 - بنت الابن وإن سفلت، أو بنات الابن المتساويات، وذلك مع البنت الواحدة
 تكملة الثلثين. والدليل⁽⁷⁾:
 أ - حديث هزيل بن شرحبيل المتقدم عن ابن مسعود. وفيه قوله: لأقضيّن فيها بما
 قضى به النبي ﷺ؛ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي
 فللأخت.

(1) المنتقى 6/228؛ ومفتاح الوصول ص65؛ وأحكام القرطبي 5/73؛ وبداية المجتهد 2/375.

(2) أخرجه ابن ماجه في الإقامة، باب الاثنان جماعة.

(3) أحكام ابن العربي 1/340.

(4) أخرجه البيهقي في الفرائض، باب فرض الأم.

(5) أحكام ابن العربي 1/340 - 341؛ وأحكام القرطبي 5/73.

(6) المنتقى 6/229. (7) القبس 3/1042.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أعطى لبنت الابن مع البنت الواحدة السدس تكملة الثلثين .
ب - الإجماع⁽¹⁾ : والحديث المذكور عن ابن مسعود يدل على رجوع أبي موسى عن قوله من أن ابنة الابن لا ترث مع البنت⁽²⁾ .

ج - من جهة المعنى، إن الثلثين فرض يرثه البنتان فأكثر، وقد علم أن بنات الابن يقمن مقام بنات الصلب عند عدمهن، فلما عدم من يستحق منهن السدس، كان ذلك لبنت الابن، فهي أولى بالسدس من الأخت الشقيقة⁽³⁾ .

والمعنى الملاحظ في توريث بنت الابن مع البنت الواحدة أن الشرع يقدرهما بنتين متفاوتتين في الرتبة، فشرکہما في الثلث بحكم البنتية وتفاوتتا في القسمة بتفاوت الدرجة⁽⁴⁾ .

وتقييد البنت بالواحدة، لأنه لو كانت بنت الابن مع بنتين لسقطت: ما لم تعصب كما سيأتي. ودليل سقوطها بالبنتين: الإجماع⁽⁵⁾ .

وبنت الابن ترث السدس مع البنت الواحدة لأنها عصبه معها. ودليل التعصيب⁽⁶⁾، قول ابن مسعود: «ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين». وقس على ذلك كل بنت ابن نازلة فأكثر مع بنت ابن واحدة أعلى منها.

4 - الأخت للأب فأكثر مع الأخت الشقيقة الواحدة، تكملة الثلثين. فأخت الميت التي أدلت بالأب فقط، فأكثر، فرضها أو فرضهن السدس مع الأخت الشقيقة الواحدة تكملة الثلثين. والدليل: الإجماع⁽⁷⁾ .

وتقييد الأخت الشقيقة بالواحدة، لأنه لو كانت الأخت للأب مع شقيقتين لسقطت، ما لم تعصب، كما يأتي.

5 - الأب مع فرع وارث للميت. فإن كان الفرع ذكراً فليس للأب غير السدس. وإن كان أنثى فله السدس فرضاً والباقي تعصيباً، كما يأتي. والدليل على فرض السدس⁽⁸⁾ :

- قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَابِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: 11].

فقد صرحت الآية بكون الأب يستحق السدس مع وجود الفرع الوارث.

6 - الجد مع فرع وارث للميت. فإن كان الفرع ذكراً فليس للجد غير السدس. وإن كان أنثى فله السدس فرضاً والباقي تعصيباً، كما سيأتي.

(1) المعونة 3/1668؛ وبداية المجتهد 2/378. (2) المنتقى 6/226.

(3) المنتقى 6/226. (4) أحكام ابن العربي 1/335.

(5) القبس 3/1042؛ وبداية المجتهد 2/373. (6) المنتقى 6/226؛ والذخيرة 13/38.

(7) بداية المجتهد 2/738.

(8) أحكام ابن العربي 5/338؛ وأحكام القرطبي 5/71؛ وبداية المجتهد 2/375؛ والذخيرة 13/31.

7 - الجدّة مطلقاً. أي من جهة الأم أو الأب. والدليل على أن فرض الجدّة

السدس:

أ - عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال: جاءت الجدّة إلى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها. فقال لها أبو بكر: مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس. فسأل الناس. فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاهما السدس. فقال أبو بكر: هل معك غيرك. فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة. فأنفذه لها أبو بكر الصديق. ثم جاءت الجدّة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها. فقال لها: مالك في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً، ولكنه ذلك السدس، فإن اجتمعتما فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن الجدّة أخذت السدس بالستة⁽²⁾.

ب - الإجماع⁽³⁾.

ودليل استحقاق كل من الجدّة من جهة الأم ومن جهة الأب الميراث⁽⁴⁾:

أ - ما روي عن القاسم بن محمد أنه قال: أتت الجدّتان إلى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم، فقال له رجل من الأنصار: أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث، فجعل أبو بكر السدس بينهما⁽⁵⁾.

فقوله: «الجدّتان» يريد أم الأم وأم الأب. وقد استدل بقول الأنصاري على أن التي جاءت أولاً هي الجدّة للأم.

ب - إجماع الصحابة على ذلك.

وكل من انفردت منهما أخذت السدس، وإن اجتمعتا فهو بينهما. والدليل على ذلك⁽⁶⁾:

أ - ما جاء في رواية قبيصة بن ذؤيب من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «فإن اجتمعتما فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها».

ب - ما تقدم من رواية القاسم عن أبي بكر رضي الله عنه أنه جعل السدس بينهما.

(1) أخرجه مالك في الفرائض، باب ميراث الجدّة؛ وأبو داود في الفرائض، باب في الجدّة؛ والترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدّة.

(2) المعونة 3/1667؛ والمنتقى 6/237، 238؛ وبداية المجتهد 2/232؛ وأحكام القرطبي 5/70.

(3) بداية المجتهد 2/382؛ وأحكام القرطبي 5/70.

(4) المنتقى 6/239.

(5) أخرجه مالك في الفرائض، باب ميراث الجدّة.

(6) المعونة 3/1667؛ وبداية المجتهد 2/382، 383؛ والمنتقى 6/239؛ وأحكام القرطبي 5/70.

ج - إجماع الصحابة على فعل أبي بكر وعمر.

د - القياس على الثمن للزوجات، لأن كل أنثى لها فرض مقدر لا يتغير ولا يساويها الذكر فيه، فإذا اجتمعت مع غيرها من جنسها شوركت فيه، كالثمن للزوجات⁽¹⁾.

وما ترثه الجدة فهو فرض وليس طعمة كما قال بذلك ابن سيرين. والدليل على أنه فرض: أن الميراث لا يكون إلا بفرض أو تعصيب كما دلت عليه الأدلة. وقد ثبت أن الجدة ليست من أهل التعصيب، فلم يبق إلا أن ترث بالفرض⁽²⁾.

ويشترط لميراث الجدة، أن لا تدلي بذكر غير الأب: كأم الأم وإن علت، وأم الأب وإن علت. فمن أذلت بذكر من جهة الأم، كأم أبي الأم وأمها، أو من جهة الأب غير الأب، كأم أبي الأب، لم ترث.

والحاصل أن الجدات أربع: أم الأم، وأمها، وإن علت؛ وأم الأب، وأم أمه وإن علت. وهاتان ترثان إجماعاً.

وأم الجد من جهة الأب، كأم أبي الأب وأمها؛ وهذه لا ترث عند مالك؛ لأن بينها وبين الميت ذكرين. وترث عند زيد بن ثابت.

وأم الجد من جهة الأم، كأم أبي الأم وأمها؛ وهذه لا ترث إجماعاً، لإدلائها بغير وارث. ودليل عدم توريث غير جدتين أم الأم، وأم الأب، وأمها:

أ - ما جاء في رواية قبيصة قوله: ثم جاءت الجدة الأخرى. قال الإمام الباجي⁽³⁾: يقتضي أنهما جدتان وارثتان، ولو كانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال: ثم جاءت الجدة الثانية: أو لقال: ثم جاءت جدة ثانية: فأما هذا اللفظ بالتعريف فإن ظاهره أن لا يستعمل إلا في الاثنين. ووجه ذلك أن الألف واللام تقتضي التعريف، فلو كان معها من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون ذلك معرفة... والدليل على منع توريث أم أبي الأب، وأم أبي الأم قول عمر في هذه الرواية للجدة الأخرى: «وما أنا بزائد في الفرائض، ولكنه ذلك السدس، فإن اجتمعما فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها». فجعله لهما عند اجتماعهما، وإن لم يوجد في الفريضة إلا إحداهما فهو لها دون غيرها من الجدات.

ب - إجماع الصحابة على قول عمر⁽⁴⁾.

ج - القياس: وذلك أن هذه جدة تدلي بالجد، فلم ترث كالجدة أم أبي الأب.

هـ - دلالة الأولى. وهو أن جهة الأم في الجدات أقوى من جهة الأب بدليل أن الأم تسقط الجدات أجمع، والأب لا يسقط الجدة أم الأم. ثم ثبت وتقرر أنه لا يرث

(1) المعونة 3/1668.

(2) المنتقى 6/240؛ والذخيرة 13/64.

(3) المنتقى 6/238.

(4) المنتقى 6/239؛ وبداية المجتهد 2/383.

من جهة الأم غير جدّة واحدة، فبأن لا ترث من جهة الأب غير جدّة واحدة أولى⁽¹⁾.
ودليل عدم توريث أم الجدّ من جهة الأم:

أ - الإجماع. وعلة الحكم أنها تدلي بغير وارث.

ب - دلالة الأولى، لأنّ الجدّ من جهة الأم لا يرث من المتوفى شيئاً؛ فأمّه أولى⁽²⁾.

وسياتي في باب الحجب إن شاء الله تعالى زيادة بيان لحكم الجدّة القربى والجدّة البعدى.

العصبة

آخر الفقهاء ذكر العصبة، لتقدّم أهل الفروض في الاستحقاق عليهم. ودليل تقديم أصحاب الفروض في قسمة التركة على العصبة:

- عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ جعل نصيب العصبة فيما بقي بعد أخذ أهل الفروض فروضهم⁽⁴⁾.

والعصبة من العصب، وأصله الشدّة والقوة، ومنه عصب الحيوان، لأنه يعينه على الشدّة والمدافعة.

فعصبة الرجل بنوه وقرابته لأبيه. وسمّوا بذلك لتقويهم بهم في المهمّات. وقيل: سمّوا عصبة لأنهم عصبة به أي أحاطوا به؛ فالأب طرف، والابن طرف، والأخ جانب وكذا العم.

وشرعاً: العاصب هو من يرث المال كلّ إن انفرد أو يرث الباقي بعد الفرض. ويسقط العاصب إذا استغرقت الفروض التركة، إلّا أن ينقلب من حالة العسوبة إلى حالة الفرضية، كالأشقاء في الحمارية، والأخت في الأكدرية. ولم يلحق هذا السقوط بالتعريف لعدم اطراده، إذ الابن ونحوه لا يسقط بحال.

وعرّف العاصب أيضاً بأنه كلّ ذكر يدلي للميت لا بواسطة أنثى، ولكنّه لا يشمل بيت المال. ودليل توريث العصبة: ⁽⁵⁾

أ - أنّ القرآن الكريم ورّث ولد الصلب والأب والإخوة، بالتعصيب. وسياتي بيان ذلك.

(1) المتقى 6/239.

(2) الذخيرة 13/63.

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث الولد من أمّه وأبيه؛ ومسلم في الفرائض.

(4) المتقى 6/224؛ وأحكام القرطبي 5/60.

(5) المعونة 3/1664؛ وأحكام ابن العربي 1/352؛ والمعلم 2/335، 337؛ والذخيرة 13/51.

ب - حديث ابن عباس المتقدم.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أعطى العصبة بقية المال بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم. والمراد بقوله: «أولى» أقرب، لا أحق لأنه لو حمل على معنى أحق لخلا من الفائدة المرادة به، لأنه لا يعلم من هذا من يكون أحق.

وقد فسّر قوله ﷺ: «رجل ذكر» مع أنّ الرجل لا يكون إلا ذكراً، بأن ذلك للتنبية على علة التعصيب في العاصبين، وهي الذكورية.

ج - الإجماع على توريث العصبة.

وذكر ابن العربي أنّ العصبة أعطوا من الميراث بالسنة لا بالقرآن؛ لأنّ القرآن بيّن الفرائض وسكت عن بقية المال بعد أخذ أصحاب الفرائض فرائضهم، فبيّن النبي ﷺ مستحقي هذا المسكوت عنه⁽¹⁾.

وما تقدم من أنّ القرآن أصل في توريث العصبة هو ما ذهب إليه القرافي⁽²⁾. ولعلّ ابن العربي يقصد عدم تصريح القرآن بذلك، وإلا فإن ما ذكره القرافي في خصوص الابن والأب والإخوة يقتضي تعصيبهم فيما لم ينصّ لهم فيه على فرض مسمى. واعتبر القرافي ما دلّ عليه القرآن في ذلك من الصريح.

أقسام العصبة:

ينقسم العصبة إلى ثلاثة أقسام:

1 - عاصب بنفسه، وهو المراد إذا أطلق لفظ العاصب بدون قيد.

2 - عاصب بغيره. وهو النسوة الأربعة ذوات النصف إذا اجتمع كلّ منهنّ مع أخيه، ولو حكماً، فتدخل الأخت الشقيقة أو لأب مع الجدّ، في غير الأكدرية. فإذا قيل عاصب مع غيره، أي فالغير مقوّ، لأنّ الأنثى قد تسقط في بعض المسائل لولا وجود الذكر المساوي لها، أو الأدنى منها.

3 - عاصب مع غيره، وهو الأخت الشقيقة أو لأب إذا اجتمعت مع بنت أو بنت ابن. فإذا قيل عاصب مع غيره، فالغير ليس بعاصب، فإنّ البنت لم تكن مقوية للأخت في أخذها الباقي، وإنما حصلت المصاحبة في الأخذ فقط. وسنذكر هنا الدليل على أنّ الأخت الشقيقة أو لأب تصير عصبة مع البنت أو بنت ابن، أما الدليل على تعصيب العاصب بنفسه والعاصب بغيره فسيأتي عند ذكر عدد العصبة. فدلّيل مسألتنا هذه⁽³⁾:

أ - حديث ابن مسعود المتقدم الذي رواه عنه هزيل بن شرحبيل.

(1) الأحكام 352/1.

(2) الذخيرة 51/13.

(3) الإشراف 1025/2؛ والمنتقى 230/6؛ والذخيرة 38/13، 57؛ وأحكام ابن العربي 350/1؛ وأحكام القرطبي 29/6؛ والبداية 377/2، 378؛ والمعلم 341/2.

ب - عن الأسود بن يزيد قال: أتانا معاذ بن جبل باليمن معلماً وأميراً، فسألناه عن رجل توفي، وترك ابنته وأخته، فأعطى الابنة النصف، والأخت النصف⁽¹⁾.

وهذا الحديث في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ، لأن شأن الصحابة أن لا يجعلوا المواريث مجالاً للاجتهاد، كما علم من سيرة الخلفاء⁽²⁾.

ج - القياس على الإخوة، فلما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات، فكذلك الأخوات.

وقد تقدم في فرض النصف للأخت الشقيقة أن هذه الأدلة مخصصة لفظ الولد في قوله تعالى: ﴿إِنْ أَمْرًا هَلْكَ لَيْسَ لَكَ وَلَدٌ﴾ بالذكر دون الأنثى.

عدد العصبة على الترتيب:

1 - الابن الذكر. وهو يعصب أخته كما يأتي. ودليل تعصيب الابن:

أ - قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُوسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أنه تعالى بين حكم الفريضة إذا اجتمع الأبناء ذكوراً وإناثاً؛ وذكر حكمها إذا انفرد البنات عن الذكور، وبين فرض الوالدين مع وجود الولد، وسكت عن حكم الفريضة إذا انفرد الذكور عن الإناث؛ وهذا يقتضي أن تكون جميع التركة للذكور إذا لم يكن معهم صاحب فرض من الوالدين، أو يكون لهم الباقي، فيكون الابن بذلك وارثاً بالتعصيب.

وتعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب، بدليل أن أبا الميت يرث مع ابن الميت فرضاً مسمى لا يزيد عليه.

ووجه عدم التصريح في الآية بحكم الابن أن مبنى الفرائض كون ما بقي بدون فرض يرجع إلى أصل العصابة عند العرب، لأن المال قبل نزول المواريث كان كله للعصبة، فلما قسم الله تعالى لكل واحد فرضه بقي الابن هنا والأب - كما يأتي ذكر ذلك عنه - على مقتضى الأصل من التعصيب، وهو ما نص عليه النبي ﷺ بقوله: «فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» مفسر بذلك الآية⁽³⁾.

ب - الحديث المذكور آنفاً.

ج - الإجماع⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث البنات.

(2) النظر الفسيح ص 342.

(3) الذخيرة 32/13؛ وأحكام ابن العربي 352/1؛ والتحرير والتنوير 260/4.

(4) بداية المجتهد 2/373.

2 - ابن الابن وإن سفل. وسيأتي أن الأقرب يحجب الأبعد. ولا يرث مع الابن أو ابن الابن من أصحاب الفروض إلا الأب؛ والأم، أو الجدة إن لم توجد أم؛ والزوج إن كان الميت زوجة؛ والزوجة إن كان الميت زوجاً.

ولا يأتي اجتماع الزوجين في ميراث واحد إلا في مسألة الملفوف والمشهورة، وسيأتي تحقيقها.

وعصب كل من الابن وابنه أخته، ولو حكماً؛ كابن ابن مع بنت عمه المساوية له في الرتبة، فإنه أخوها حكماً، كما تقدم لنا. ودليل انتقال البنت أو بنت الابن من الفرض إلى التعصيب بالأخ⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أن لفظ: «أولادكم» عام في الأبناء وأبناء الأبناء وبنات الأبناء.

ب - الإجماع على أن الابن يعصب أخته.

ج - قياس ابن الابن على الابن، لأن كل جنس يعصب ذكورهم إناثهم في جميع المال، فإنه يعصبهن فيما فضل منه، كالابن.

د - أنه قول زيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب.

وكذا يعصب ابن الابن النازل بنت الابن الأعلى منه إذا لم يكن لها شيء في الثلثين؛ كبنيتين، وبنت ابن، وابن ابن ابن، وهي عصبة بالغير. ولولاه لسقطت كما تقدم. وإذا كان لها شيء في الثلثين لا يعصبها بل يأخذ الباقي وحده؛ وذلك كبنت، وبنت ابن، وابن ابن ابن أنزل؛ فالمسألة من ستة؛ للبنت نصفها ثلاثة، ولبنت الابن سدسها واحد؛ والاثنان يأخذهما ابن الابن النازل.

ووجه كون ابن ابن الابن لولاه لسقطت بنت الابن، لعدم بقاء شيء من الثلثين. ويسمى بابن الأخ المبارك. ولا يقال إن ابن الأخ لا يعصب عمته، لأن ذلك في ابن الأخ للميت. كما إذا مات الميت وترك أختين شقيقتين، وأختاً لأب، وابن أخ؛ فإن ابن الأخ يأخذ الثلث الباقي، وتسقط الأخت للأب. وأما هنا فهو ابن ابن الميت، فيعصب من فوقه وإن كانت تسمى عمّة له.

3 - الأب. وهو عاصب يحوز جميع المال عند عدم الابن أو ابنه، والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلِلْأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى فرض لكل من الأب والأم السدس مع وجود الفرع الوارث، وفرض للأم الثلث مع عدم وجود الفرع الوارث، ونزل بنصيبها إلى السدس مع

(1) المتفقى 224/6؛ وبداية المجتهد 373/2؛ وأحكام القرطبي 61/5؛ وأحكام ابن العربي 335/1.

وجود الإخوة، ولم يصرح بنصيب الأب مع عدم الفرع الوارث، وإنما اكتفى بالنص على كونه وارثاً مع عدم الفرع الوارث بقوله: «وورثه أبواه» الدال على أنه لا وارث للميت مع عدم الولد إلا الأب والأم، وأن التركة منحصرة فيهما، من حيث إن إضافة الواو في قوله: «وورثه» مع تأدي الكلام بدونها، يفيد بيان هذا الانحصار بكونه أمراً ثابتاً ومستقراً. وإذا أخذت الأم فرضها فما بقي لا يكون إلا للأب تعصياً مع فرضه، سواء وجد إخوة أم لا، لأنه يحجبهم⁽¹⁾.

ب - إن ترك ذكر نصيب الأب يرجع إلى أن الفرائض مبناها على أن ما بقي بدون فرض يرجع إلى أصل العصابة عند العرب، لأن المال قبل نزول المواريث كان كله للعصبة، فلما قسم الله تعالى لكل واحد فرضه بقي الأب على مقتضى الأصل، وهو أقرب عصبة للميت عند عدم الابن. وذلك هو ما نص عليه النبي ﷺ بقوله: «فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» تبيانا للآية⁽²⁾.

ج - إجماع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأب الثلث وللأب الباقي⁽³⁾.

وسياتي ذكر دليل حجب الأب للإخوة عن السدس الذي يحجبون الأم عنه.

4 - الجد وإن علا. وذلك عند عدم الأب. ويحجب الأقرب الأبعد. أي إن أب الأب يحجب من فوقه، وهكذا. والدليل على أن الجد يرث بالتعصيب: - الإجماع على قيامه مقام الأب في الميراث عند عدمه⁽⁴⁾.

والدليل على أن الجد الأقرب يحجب الأبعد، هو الإجماع⁽⁵⁾.

ويعصب الجد الأخت الشقيقة أو التي للأب، فترث معه تعصياً لا بالفرض وذلك في غير الأكدرية. وسياتي ذكر متى يعصب الجد الأخت.

5 - الإخوة الأشقاء. وهم في مرتبة الجد. ودليل تعصبيهم⁽⁶⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَلَةِ إِنَّ أَمْرًا هَكَذَا لَيْسَ لَكُمْ وَلَدٌ وَلَهُمْ أُمَّتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: 176].

وقد تقدم الدليل على أن هذه الآية في الإخوة الأشقاء أو الذين للأب. ومحل الدليل منها على هذه المسألة قوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾. ووجه الاستدلال أن الآية نصت على توريث الأخ إذا كان الميت كلاله، ولم تذكر المقدار كما

(1) أحكام ابن العربي 1/238؛ وأحكام القرطبي 5/71؛ والتحرير والتنوير 4/260.

(2) الذخيرة 13/32؛ والتحرير والتنوير 4/260. (3) بداية المجتهد 2/375.

(4) المعونة 3/1667؛ وأحكام القرطبي 5/69؛ وبداية المجتهد 2/379.

(5) بداية المجتهد 2/385. (6) بداية المجتهد 2/377.

ذكره للأخت. فعلى هذا فتوريث الأخ يكون بالتعصيب؛ لأنه لما ورث بدون فرض مسمى في ميت كلاله، لا والده ولا ولد، دلّ على أنه عاصب، يأخذ منفرداً عن الجدّ جميع المال، أو مجتمعاً معه مقاسمة، إذا لم يوجد صاحب فرض، فإن وجد كان له ما ذكر بعد أن يأخذ صاحب الفرض فرضه.

ومن أصحاب الفروض الذين يرث معهم الإخوة الأشقاء أو الذين للأب، تعصياً، البنت. ولفظ الولد في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ مراد به الذكر دون الأنثى، فهو لفظ مخصص. ودليل التخصيص قد علم من القرآن الكريم، لأنه أعطى البنت النصف والبنتين فأكثر الثلثين إذا انفردت أو انفردن عن الذكر بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ ثَلَاثِينَ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾، وورث الأخ في آية الكلاله الثانية بالتعصيب، كما تقدّم. وهذا يقتضي أنّ ما يبقى بعد فرض البنات وفرض غيرهنّ، كالأمّ، فإنما يذهب للإخوة، فدلّ ذلك على أنّ المراد بالولد الذكر دون الأنثى.

وقد تقدّم أنّ لفظ «الولد» في قوله تعالى: ﴿إِنْ أَمْرًا هَكَذَا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ محمول أيضاً على الذكر دون الأنثى، وقد دخله أيضاً التخصيص، وذكرنا الأدلة على ذلك.

كما تقدم أنّ وجود البنات لا يمنع كون الميت كلاله، لدخول العصبة معهنّ من الإخوة والأخوات وغيرهم.

- ب - توريث النبي ﷺ الإخوة مع البنات في قصة سعد بن الربيع. وقد تقدم.
والحديث أيضاً دليل على تخصيص لفظ «الولد» في الآية بالذكر دون الأنثى.
ج - الإجماع على أنّ الأخ يرث مع البنت⁽¹⁾.

6 - الإخوة للأب، عند عدم الأشقاء. والإجماع هو دليل قيام الإخوة للأب مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم⁽²⁾.

ويعصب كلّ من الإخوة الأشقاء أو للأب الأخت التي في درجتهم، فللذكر مثل حظّ الأنثيين، أي ويترك فرضها، والدليل⁽³⁾: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ [النساء: 76].

7 - ابن كل من الأشقاء أو للأب. ومرتبته بعد مرتبة أبيه؛ فيقدّم ابن الأخ الشقيق على ابن الأخ للأب.

8 - العمّ الشقيق.

(2) بداية المجتهد 2/378.

(1) المعلم 2/341.

(3) المتقى 6/230؛ وبداية المجتهد 2/377.

9 - العمّ للأب، أي عمّ الميت للأب، وهو أخو أبيه لأبيه. وقد علمت أنّ العمّ للأم ليس بوارث.

واعلم أنّه لو اجتمع بنو أبناء في طبقة واحدة، فالمال أو الباقي بعد الفروض بينهم بالسوية على عدد الرؤوس، للذكر مثل حظّ الأنثيين، فليس لكلّ ما كان لأبيه؛ لأنّهم تلقوا المال عن جدّهم لا عن أبيهم. وكذلك أبناء الإخوة وأبناء الأعمام.

فتنزيل أبناء الإخوة منزلة آبائهم في أصل التعصيب لا فيما يأخذونه فلا ينافي أنّه إذا مات شقيقان أو لأب، أحدهما عن ولد واحد، والآخر عن خمسة، ثم مات جدّهم عن مال، فإنّهم يقتسمونه على ستة أسهم بالسوية، لاستواء رتبتهما، ولا يرث كلّ فريق منهما ما كان يرثه أبوه، لأنّ ميراثهما بأنفسهما لا بأبائهما.

10 - أبناء العمّ الشقيق والعمّ للأب. فيقدّم ابن العمّ الشقيق على ابن العمّ للأب. ودليل توريث أبناء العمّ بالتعصيب:

- حديث كجّه وبناتها مع ابني عمّ أوس بن ثابت. وفيه أنّه صلّى الله عليه وسلم أعطى الباقي لابني عمّ أوس. وقد تقدم ذكر الحديث.

11 - عمّ الجدّ.

12 - ابن عمّ الجدّ.

ويقدّم في جميع المراتب الأقرب فالأقرب في الدرجة على الأبعد، وإن كان الأبعد أقوى منه. فجهة البنوة تقدّم على جهة الأبوة، والابن يقدّم على ابن ابنه، وهكذا. وجهة الأبوة تقدّم على جهة الجدودة والأخوة. والأخ وإن كان لأب يقدّم على ابن الأخ ولو شقيقاً، ولا ينظر لقوّته. وجهة الأخوة تقدّم على جهة العمومة؛ فابن الأخ للأب يقدّم على العمّ الشقيق، ويقدم العمّ على عمّ العمّ الأقرب.

ثم جهة بني العمومة، فيقدّم ابن العمّ ولو غير شقيق على ابن ابن العمّ الشقيق، للقرب، أي بنو العمومة القريبة يقدّمون على الأعمام الأبعد، فأولاد عمّ الميت يقدّمون على أعمام أبيه.

والخلاصة: إن التقديم يعتبر أولاً بالجهة. فإن اتحدت الجهة، فالتقديم يكون بالقرب، كالبنوة وإن نزلت، والجدودة وإن علت، فإنّ كلّ جهة، فتقديم الابن على ابن الابن باعتبار القرب، لا باختلاف الجهة لاتحادها؛ وكذلك الجد الأدنى مع الأعلى.

فإن حصل اتحاد في الجهة والقرب معاً؛ اعتبر التقديم بالقوة. فمن يدلي بجهتين أقوى ممّن يدلي بجهة. فالاعتبار بالقوة إنّما يظهر في الإخوة وبنيتهم والعمومة وبنيتهم.

13 - بيت المال، وإن لم يكن عدلاً. فيأخذ جميع المال أو ما أبقّت الفروض. والمراد ببيت المال، الذي بوطنه، سواء مات به أو بغيره من البلاد، وسواء كان ماله به أو بغيره.

وظاهر كلام الشيخ خليل أن بيت المال عاصب، فهو كوارث ثابت النسب. وهو المشهور، كان منتظماً أو غير منتظم.

وقيل: هو حائز للأموال الضائعة لا وارث. وهو قول شاذ.

وعلى القول الثاني فإنه يجوز للإنسان أن يوصي له بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب، لأنه ليس بوارث؛ لا على القول الأول.

والقول بتوريث بيت المال جميع المال أو الباقي عن الفروض عند عدم العاصب، هو أصح الروايتين عن زيد رضي الله عنه: وهو المشهور عن مالك رضي الله عنه.

الرد على ذوي السهام وعلى ذوي الأرحام:

بناء على ما تقدم من أن المشهور توريث بيت المال، فإن التركة أو ما أبقت الفروض، إذا لم يكن عاصب، فإنما يدفع لبيت المال، ولا يرث لذوي السهام ولا يدفع لذوي الأرحام. والدليل على منع الرد لذوي الفروض:

أ - أن آيات الموارث اقتضت فروضاً مقدرة، فلو قلنا بالرد لبطلت حكمة التقدير.
ب - أن مفهوم الفروض المذكورة في القرآن الكريم يدل على أنه لا يكون لأصحاب الفروض غير ذلك.

ج - قياس النسب على ما أتفق عليه مع المخالف من عدم الرد على الزوج و الزوجة، لأن النسب أحد أسباب التوريث فلم يستحق به الرد كالنكاح.

وأما الدليل على الرد على بيت المال، فهو أن الإسلام يوجب حقاً، والقربة توجب حقاً، والقول بالرد على القربة يبطل حق الإسلام لعدم توريث بيت المال⁽¹⁾.

ودليل حق الإسلام⁽²⁾: قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71].

وأما الدليل على عدم الرد على ذوي الأرحام، فهو لأنهم لا يرثون بالفرض ولا بالتعصيب. ودليل عدم توريثهم:

أ - أن الأصل في تعيين أهل الفرائض لا مجال للقياس فيه. ولا يثبت من ذلك شيء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع. وجميع ذلك معدوم في هذه المسألة⁽³⁾.

ب - حديث: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر».

ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ما فضل عن الفرائض للعصبة؛ وذوو الأرحام ليسوا من أهل التعصيب، فسقطوا بذلك⁽⁴⁾.

ج - عن ابن عمر قال: أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم على حمار، فلقية رجل، فقال: يا

(1) المعونة 3/1657؛ وبداية المجتهد 2/385؛ والذخيرة 13/54.

(2) المقدمات 3/141. (3) بداية المجتهد 2/372.

(4) القبس 3/1044؛ والذخيرة 13/53.

رسول الله، رجل ترك عمته وخالته، لا وارث له غيرهما. قال: فرفع رأسه إلى السماء فقال: «اللهم رجل ترك عمته وخالته لا وارث له غيرهما». ثم قال: «أين السائل؟» قال: ها أنا ذا. قال: «لا ميراث لهما»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم يورث العمّة والخالة، وهما من ذوي الأرحام، وهو نص⁽²⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75]، فهي آية مجملة فسرتها آيات الميراث أو هي عامّة خصصتها آيات الميراث⁽³⁾. كما أنها آية مطلقة تحمل على البرّ والصلة والمعاضدة ونحوه⁽⁴⁾.

وما روي عن النبي ﷺ قال: «الخال وارث من لا وارث له»⁽⁵⁾ فهو حديث غير صحيح⁽⁶⁾.

وقد عدّ ابن الجلاب ذوي الأرحام خمسة عشر: الجدّ أبو الأم، والجدّة أم أبي الأب، وولد الإخوة والأخوات للأم، والخال وأولاده. والخالة وأولادها، والعم للأم وأولاده، والعمّة وأولادها، وولد البنات، وولد الأخوات من جميع الجهات كلّها، وبنات العمومة.

وقال الشيخ الدردير: ولكن الذي اعتمده المتأخرون الردّ على ذوي السهام، فإن لم يكن، فعلى ذوي الأرحام.

ونقل هذا أيضاً ابن عرفة عن أبي عمر بن عبد البرّ، وعن الطرطوشي، عن الباجي وعن ابن القاسم. وكذا ذكره ابن يونس وابن رشد. وذكر الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد عن عيون المسائل أنه حكى اتفاق شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوي الأرحام، والردّ على ذوي السهام لعدم انتظام بيت المال.

وعلى هذا فالقول المشهور بدفع ما فضل لبيت المال مقيد بصرفه في مصارفه، كما ذكره غير واحد من أهل المذهب⁽⁷⁾. ففي المنتقى: من مات ولا وارث له، فعن ابن القاسم يتصدّق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرج في وجهه، مثل عمر بن عبد العزيز، فليدفع إليه. وقال ابن يونس: وإنما تكلم مالك وأصحابه ﷺ إذا كان للمسلمين بيت مال. وإذا لم يكن بيت مال فيجب كون ميراثه لذوي رحمه. وإلى هذا رأيت كثيراً من فقهاءنا ومشائخنا يذهبون. ولو أدرك مالك وأصحابه ﷺ مثل زماننا هذا لجعلوا الميراث

(1) أخرجه الحاكم في المستدرک 4/342.

(2) الإشراف 2/1020؛ والمعونة 3/1656؛ والذخيرة 13/53.

(3) القبس 3/1045؛ وبداية المجتهد 2/372. (4) الذخيرة 13/55.

(5) أخرجه ابن ماجه في الفرائض، باب ذوي الأرحام.

(6) القبس 3/1045؛ والذخيرة 13/54. (7) منح الجليل 9/632.

لذوي الأرحام إذا انفردوا، أو الردّ على من يجب له الردّ من ذوي السهام. وقال ابن ناجي: فإن كان الإمام غير عدل فقال مالك رضي الله عنه: يتصدق بخمس الركاز ولا يدفع إلى من يعث به، وكذلك العشر، وما فضل من المال عن الورثة، ولا أعرف اليوم بيت مال وإنما هو بيت ظلم⁽¹⁾.

وبناء على الردّ، فيردّ ما فضل من التركة على كل ذي فرض بقدر ما ورث، إلا الزوج والزوجة فلا ردّ عليهما إجماعاً. وإذا انفرد ذو السهم أخذ الجميع، كما إذا مات الميت عن أم مثلاً، فإنها تأخذ الجميع. ولا فرق بين كون المنفرد سهمه المجهول له بحسب الأصالة قليلاً أو كثيراً.

فإذا عدم أصحاب السهام، فيردّ على ذوي الأرحام. فلا شيء لذوي الأرحام ما دام واحد من أهل السهام موجوداً، غير الزوجين.

وانظر كيفية الردّ على ذوي السهام وذوي الأرحام فيما هو مبسوط في كتب علم الفرائض.

الجمع بين الفرض والتعصيب:

الذين يرثون بالفرض والتعصيب هم:

- الأب، فيفرض للأب مع بنت أو بنت ابن أو بنتين فأكثر أو بنتي ابن فأكثر، السدس، ويأخذ الباقي تعصياً.

- الجدّ، كذلك، عند عدم الأب.

- ابن العمّ إذا كان أخاً لأمّ، فيرث السدس، لكونه أخاً لأمّ، والباقي تعصياً لكونه ابن عمّ. وكذلك ابن العمّ إذا كان زوجاً.

اجتماع فرضين لشخص واحد:

إذا اجتمع فرضان - غير التعصيب - لشخص واحد، فإنه يرث بالأقوى، لا بالجهتين. والقوة تكون بكونها لا تسقط بحال؛ كالبنوة مع الأخوة؛ والأمومة مع الأخوة. وإن اتفق هذا في المسلمين فإنما يقع على وجه الغلط. يقع في المجوسية كثيراً عمداً، لكن إسلامهم بعد ذلك يصحح أنسابهم، فلذلك حكم بالميراث بينهم. وأما العمد في المسلمين فلا يتأتى فيه صحّة النسب. والدليل على أنه لا يجمع له بين الفرضين:

- القياس على الأخت للأب، لأنّ الجهتين سببان يورث بكلّ منهما فرضاً مقدّراً،

فإذا اجتمعا لم يورث بهما، كالأخت للأب والأمّ، لأنّ كونها أختاً لأب يوجب النصف، وللأمّ يوجب السدس، ثم إذا اجتمعا ورثت بالأقوى⁽²⁾.

(1) منح الجليل 9/633.

(2) الإشراف 2/1022.

والقوة تقع بأحد أمور ثلاثة:

الأول: أن تكون إحدى الجهتين لا تحجب، بخلاف الأخرى. وذلك كأم هي أخت؛ أو بنت هي أخت؛ في مجوسي وطى ابنته فولدت منه بنتاً، ثم أسلم معهما ومات. فالبنت الصغرى بنت للكبرى وأختها لأبيها. فإذا ماتت الكبرى بعد موت أبيهما، ورثتها الصغرى بالبنوة، لأن البنوة لا تسقط بحال، بخلاف الأخوة، فلها النصف فقط. ومن ورثها بالجهتين أعطاهما الباقي بالتعصيب.

ولو ماتت الصغرى أولاً ورثتها الكبرى بالأمومة، فلها الثلث، لأنها لا تسقط بحال. بخلاف وصف الأخوة فقد يسقط، فحينئذ يكون لها الثلث لكونها أمّاً. ولا شيء لها بالأخوة.

الثاني: أن تكون إحدى الجهتين تحجب الأخرى. فالجهة التي تحجب بها غيرها أقوى، فترث بها، كأن يطاء أمه فتلد ولداً، فهي أمه وجدته أم أبيه؛ فترث بالأمومة اتفاقاً، ولا ترث بالجدودة، لما مرّ أن الإرث بالجدودة لا يكون مع الأمومة.

الثالث: أن تكون إحدى الجهتين أقل حجماً من الأخرى. فهي أقوى، ترث بها؛ كأم أم هي أخت لأب؛ كأن يطاء ابنته فتلد بنتاً، ثم يطاء الثانية فتلد بنتاً، ثم تموت الصغرى عن العليا بعد موت الوسطى والأب، فالكبرى جدتها وأختها لأبيها، فترثها بالجدودة فلها السدس دون الأختية، لأن الجدّة أم الأم تحجبها الأم فقط؛ والأخت تحجب بكثير كالأب والابن وابن الابن.

اجتماع تعصيبين لشخص واحد:

إذا اجتمع لشخص ميراث بالتعصيب من جهتين فإنه يرث بأقواها أيضاً⁽¹⁾.

ميراث الجد مع الإخوة والأخوات

يرث الجد مع الإخوة والأخوات. وهو ليس كالأب معهم، أي لا يحجبهم كالأب. ودليل ذلك⁽²⁾:

أ - عن الشعبي أن أول جدّ ورث في الإسلام عمر بن الخطاب. مات ابن فلان ابن عمر فأراد عمر أن يأخذ المال دون إخوته. فقال له علي وزيد: ليس لك ذلك. فقال عمر: لولا أن رأيكما اجتمع لم أر أن يكون ابني ولا أكون أباه⁽³⁾.

ب - روي عن معاوية أنه كتب إلى زيد بن ثابت يسأله عن الجدّ، فكتب إليه زيد: ذلك ممّا لم يكن يقضي فيه إلا الأمراء، يعني الخلفاء. وقد حضرت الخليفين قبلك،

(1) تفرض هذه المسألة مع وجود الميراث بالولاء، وقد أسقطنا الحديث عنه.

(2) المنتقى 6/233؛ وبداية المجتهد 2/379.

(3) أخرجه البيهقي في الفرائض، باب من ورث الإخوة للأب وللأم وللأب مع الجدّ.

فيعطيانه النصف مع الأخ الواحد، والثالث مع الاثنين، فإن كثرت الإخوة لم ينقصوه من الثلث⁽¹⁾.

ج - أن الأخ أقرب إلى الميت من الجد، لأن تعصيب الأخ تعصيب بنوة، فهو ابن أبي الميت؛ وتعصيب الجد تعصيب أبوة، فهو أبو أبي الميت. وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة⁽²⁾.

د - القياس على الابن، لأن الأخ الذكر يعصب أخته، فلم يسقطه الجد كالابن⁽³⁾.
هـ القياس على البنت، لأن الأخت الأنثى فرضها النصف إذا انفردت فلم يسقطها الجد كالبنت⁽⁴⁾.

والجد ترث معه الأخوات ويقاسمهن وإن انفردن عن الذكور، لأن كل شخص قاسم ذكراً من أهل المواريث في الأخذ بالتعصيب، وجب أن يقاسم الأنثى التي في درجته، أصله الأخ للأب والأم، والابن⁽⁵⁾.

وللجد مع الإخوة الأشقاء أو الأخوات الأشقاء، أو للأب، حالان من حيث وجود صاحب فرض معهم أم لا.

الحال الأولى: حيث لم يوجد معهم صاحب فرض. وله فيها الأفضل من أحد أمرين:

1 - ثلث جميع المال.

2 - المقاسمة، كأنه أخ معهم. والدليل على أن الجد له ثلث المال أو المقاسمة:

أ - ما تقدم عن عمران بن حصين قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن ابن ابني مات، فما لي في ميراثه. قال: «لك السدس». فلما ولى دعاه فقال: «لك سدس آخر» فلما ولى دعاه قال: «إن السدس الآخر طعمة»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال أن أقل فريضة الجد السدس، كالأب. وأعلى درجاته التعصيب كالأب. وإعطاء النبي له الثلث لا يجوز أن يكون بالتعصيب، ولا يجوز أن يكون مع الولد، فلم يبق إلا أن يكون مع الاشتراك الذي قضى به زيد عن الاجتماع مع الإخوة، وإعطائه الجد الأحظ⁽⁷⁾.

ب - أنه قول زيد⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في الفرائض، باب ميراث الجد.

(2) الإشراف 1026/2؛ والمعونة 1681/3؛ وبداية المجتهد 379/2.

(3) المعونة 1681/3؛ والمنتقى 233/6. (4) الإشراف 1026/2؛ والمعونة 1681/3.

(5) الإشراف 1027/2؛ والمعونة 1681/3. (6) سبق تخريجه.

(7) القبس 1037/3. (8) المنتقى 233/6؛ والذخيرة 61/13.

فالجد يقاسم الإخوة إذا كانوا أقل من مثليه، لأن المقاسمة خير له من ثلث المال، وذلك في خمس صور:

الصورة الأولى: جد وأخ، فينوبه نصف المال، وتصح الفريضة من اثنين.
الصورة الثانية: جد وأختين، فينوبه نصف المال. وأصلها اثنان وتصح من أربعة.
لأن نصيب الأختين واحد لا ينقسم عليهما، فيضرب عدد الأختين في أصل المسألة، يكون الحاصل أربعة، للجد اثنان، ولكل واحدة واحد.

والصورة الثالثة: جد وأخت فقط. وينوبه الثلثان، وتصح من أصلها ثلاثة.

الصورة الرابعة: جد وأخ وأخت.

الصورة الخامسة: جد وثلاث أخوات.

فينوبه في الرابعة والخامسة الخمسان. وأصل كل صورة خمسة، تصح منها. ويأخذ ثلث جميع المال إن زاد الإخوة أو الأخوات عن مثليه، بأن زادت الإخوة عن اثنين، أو الأخوات عن أربع؛ كجد وأخوين وأخت، فالمسألة من سبعة لو قاسم لأخذ سبعة، والثلث سبعة وثلث سبع، فهو خير له. وما بقي للإخوة بقدر ميراثهم. وهذا مما يفترق فيه الأب عن الجد، لأن الأب يحجب الإخوة، والجد لا يحجب إلا الإخوة للأم.

الحالة الثانية: حيث يوجد معهم صاحب فرض، وله فيها الأفضل من ثلاثة أمور، وهي: السدس من أصل الفريضة، أو ثلث ما بقي، أو المقاسمة، وهو قول زيد⁽¹⁾.

1 - السدس من أصل الفريضة: كبنيتين وزوجة وجد وأخ؛ من أربعة وعشرين، لضرب مخرج الثلث في الثمن؛ للبنتين ستة عشر، وللزوجة ثلاثة، يبقى خمسة؛ فسدس جميع المال أربعة، خير له من ثلث الباقي الذي هو واحد وثلثان؛ وخير له من المقاسمة إذ ينوبه لو قاسم اثنان ونصف.

2 - ثلث الباقي: كأم وجد وخمسة إخوة؛ من ثمانية عشر، للأم سدسها يبقى خمسة عشر؛ ثلث الباقي خمسة، خير للجد من سدس جميع المال ومن المقاسمة.

3 - المقاسمة: كجدة وجد وأخ، من ستة؛ سدسها واحد، فالمقاسمة خير للجد من السدس ومن ثلث الباقي، فينوبه بالمقاسمة اثنان ونصف؛ فتضرب مخرج النصف في ستة، ومنها تصح، أي من اثني عشر؛ للجد اثنان يبقى عشرة، الجد خمسة والأخ كذلك.

وقد تستوي له المقاسمة والسدس؛ كزوج وجدة وجد وأخ؛ من ستة، يأخذ الزوج النصف والجدة السدس.

وقد يستوي له المقاسمة وثالث الباقي؛ كأم وجد وأخوين.

وقد يستوي له ثلث الباقي والسدس؛ كزوج وجد وثلاثة إخوة.

وقد تستوي له الثلاثة؛ كزوج وجد وأخوين.

وعلة عدم النزول بالجد مع الإخوة الأشقاء أو الذين لأب عن الثلث في الحال الأولى، وعن ثلث ما بقي في الحال الثانية، أن الإخوة للأم يفرض لهم مع عدم الإخوة الشقائق أو الذين لأب الثلث فريضة لا ينقصون منه إلا أن ينقصهم العول. فلما كان الجد يحجبهم عن الثلث، وجب ألا ينقص منه شيئاً، إذ لو كان إخوة لأم لكان لهم ذلك الثلث⁽¹⁾.

معادة الإخوة الأشقاء الجد بالإخوة لأب:

إذا اجتمع مع الجد إخوة أو أخوات أشقاء، وإخوة أو أخوات لأب، فإن الإخوة يعادون الجد، أي يحاسبونه، عند قسمة التركة، بالإخوة للأب، ليمنعوه من كثرة الميراث، سواء كان معهم ذو فرض أم لا. ثم إذا أخذ الجد ما يخصه بالمعادة، رجع الأشقاء إن شاءوا على الإخوة للأب بما يخصهم بالقسمة؛ لأن الإخوة الأشقاء يحجبون الإخوة للأب عن الإرث. فعلة العدة منع الجد من كثرة الميراث من غير أن تعود ثمرة على الإخوة للأب؛ لأن حجبهم ليس لأجل أن يرثوا، ولكن لأجل غيرهم، فلم يكن لهم حظ فيما يحجبون فيه، كالإخوة إذا حجبا الأم مع وجود الأب⁽²⁾.

وهذا كمن مات عن أخ شقيق وأخوين لأب وجد؛ فللجد الثلث لزيادة الأخوين عن مثليه، وللشقيق الثلثان.

وكذا فإن الشقيقة تعد على الجد الإخوة للأب، ثم ترجع عليهم بما لها، وهو النصف للواحدة، والثلثان للأكثر، لو لم يكن جد معها. وإن فضل شيء بعد ذلك فهو للأب. ودليل المعادة⁽³⁾:

أ - قول زيد بن ثابت.

ب - القياس على الأم، لأن الجد له ولادة، فإذا جاز حجه بأخوين وارثين جاز حجه بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث، أصله الأم يحجبها الإخوة وإن لم يرثوا مع الأب.

ولأن كل أخ حجب شخصاً فيه ولادة إذا كان وارثاً، فإنه يحجبه وإن لم يكن وارثاً، أصله الإخوة مع الأبوين، يحجبون الأم وإن لم يرثوا كما يحجبونها إذا ورثوا.

(2) المعونة 3/1683.

(1) المقدمات 3/147.

(3) الإشراف 2/1027؛ والمعونة 3/1683؛ والقبس 3/1038؛ وبداية المجتهد 2/382.

انفراد الأخت الشقيقة أو للأب مع الجد:

إذا انفردت الأخت الشقيقة أو للأب مع الجد فإنه لا يفرض لها معه، بل يعصبها. وإن اجتمعت مع غيرها من أصحاب الفروض أو الإخوة، فحكم الجد ما تقدم. ويستثنى من عدم الفرض للأخت الشقيقة أو للأب مع الجد المسألة الأكدرية والغراء⁽¹⁾.

وأركان الأكدرية أربعة: زوج وأم وجد وأخت شقيقة أو لأب. فهي من ستة، يبقى بعد فرض الزوج والأم واحد للجد، لأنه لا ينقص عنه بحال. فأسقطت الحنفية الأخت، لأن الجد يحجب الإخوة والأخوات عندهم. وأما في المذاهب الثلاثة فيفرض للأخت النصف وله السدس، فقد عالت بفرض النصف إلى تسعة، فلو استقلت بما فرض لها لزادت، فترد بعد الفرض إلى التعصيب، فتضم حصتها التي أخذتها بالعدل، وهي ثلاثة، لحصته وهو الواحد الذي كان له في أصل المسألة، للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنه معها كأخ. والأربعة السهام مباينة للثلاثة الرؤوس، لأن الجد برأسين وهي برأس، فتضرب ثلاثة الرؤوس في تسعة فتصح من سبعة وعشرين. فمن له شيء من التسعة أخذه مضروباً في الثلاثة.

ولو كان بدل الأخت في المسألة المذكورة أخ لأب، ومعه إخوة لأم اثنان فصاعداً، فتصير أركانها: زوج وجد وأم وأخ لأب وإخوة لأم؛ سقط الأخ لأب، لأن الجد يقول له: لو كنت دوني لم ترث شيئاً لاستغراق الفروض التركية، وأنا الذي حجبت الإخوة لأم عن الثلث، فأنا أخذه وحدي، ووجودي معك لم يوجب لك شيئاً. بمعنى أن الثلث الباقي بعد الزوج والأم يأخذه أولاد الأم، والجد يحجب كل من يرث من جهة الأم، فيأخذ الجد حينئذ الثلث وحده كاملاً. وتسمى هذه المسألة بالمالكية. وإنما سميت بذلك لأن مالكا لم يخالف زيدا إلا فيها، لأن زيدا قال فيها: للأخ للأب السدس. ومالك يسقطه.

وقد ذكروا في هذه المسألة الإخوة للأم لتكون هي المالكية، وللتنبية على مخالفة زيد فيها، وإلا فالأخ ساقط ولو لم يكن معه إخوة لأم.

كما أن تقييد الأخ بكونه لأب لتكون هي المالكية، وإلا فالأخ الشقيق ساقط فيها أيضاً. وتسمى شبه المالكية. وإنما سميت بذلك في حال بدل الأخت بالأخ الشقيق، لأنه لم يكن لمالك فيها نص، وإنما ألحقها فقهاء المذهب بالمسألة الأولى.

(1) سميت بالأكدرية قيل: لأن الجد كدر على الأخت فرضها، وسميت بالغراء لشهرتها في الفرائض كغرة الفرس.

الحجب

الحجب لغة: المنع.

واصطلاحاً: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه.

الورثة الذين لا يُحجَبون:

لا يُحجب الأبوان والزوجان والولد، ذكراً أو أنثى. والمراد بالحجب هنا حجب حرمان. فلا يدخل عليهم حجب الحرمان بالأشخاص، وأما الحجب بالأوصاف، وهي موانع الإرث، فيدخل على الجميع. كما يدخل عليهم حجب النقضان، كما هو معلوم مما تقدم، وباعتبار مسائل العول الآتية.

الورثة الذين يُحجَبون:

يحجب من الورثة حجب حرمان من يلي:

- ابن الابن، وبنت الابن؛ يحجبان بالابن، والدليل هو الإجماع⁽¹⁾. وما تقدم في تعصيب الابن من الأدلة تفيد تخصيص العموم الذي في قوله تعالى: ﴿فِي أَوْلَادِكُمْ﴾. ووجه الحجب أن الابن أقرب للميت، وكل من أدلى بواسطة حجبه تلك الوساطة، إلا الإخوة للأم. وأيضاً فإن الابن استوفى المال بالسبب الذي أدلى به، فانعدم المحل الذي فيه الحكم بتقدم ذلك السبب⁽²⁾.

وكل أسفل فهو محجوب بأعلى منه، فابن ابن محجوب بابن ابن.

- الجد: وهو يحجب بالأب. والدليل هو الإجماع⁽³⁾. والعموم الذي في قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَابِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ مخصص بالأب الأدنى. ودليل التخصيص قوله ﷺ في الحديث المذكور سابقاً: «فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر» والإجماع. ووجه الحجب أن الأب أقرب للميت من الجد، وأن الجد يدلي بالأب فلم يرث معه. والجد الأقرب يحجب الأبعد والدليل هو الإجماع⁽⁴⁾.

- الأخ، شقيقاً أو لأب أو أم، ذكراً أو أنثى أو خنثى؛ وهو يحجب بابن الميت وابنه وإن نزل. ووجه الحجب أن تعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأخوة⁽⁵⁾. ولأن تعصيب الابن يبطل تعصيب الأب، فإذا كان الأخ لا يرث مع الأب فبأن لا يرث مع الابن الذي هو أقوى تعصياً منه أولى⁽⁶⁾. ولأن ابن الابن أقرب، ومع ذلك فهو يسقط

(1) القبس 3/1035؛ وأحكام القرطبي 5/61.

(2) القبس 3/1042؛ وأحكام ابن العربي 1/335؛ والمنتقى 6/226.

(3) المعونة 3/1669، 1680؛ وأحكام القرطبي 5/67؛ وبداية المجتهد 2/379؛ والقبس 3/1035.

(4) بداية المجتهد 2/385.

(5) المعونة 3/1669.

(6) المنتقى 6/230.

بالابن، فكان الإخوة أولى⁽¹⁾.

وإذا ثبت حجب الإخوة الذكور فالإناث أولى⁽²⁾.

ويحجب أيضاً الأخ الشقيق أو لأب أو لأم بالأب. والدليل على ذلك ما تقدم في تعصيب الأب من أنه يرث جميع المال أو الباقي عن الفروض. وأما قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُولَئِهِ السُّدُسُ﴾ فليس فيه ما يدل على أن الإخوة يرثون ما حجبوا الأم عنه. وإنما تدل فقط على أنهم يحجبون الأم من الثلث إلى السدس. ويدل على ذلك أن أولاد المتوفى إن وجدوا يسقطون الإخوة، ولا يسقطون الأب، بل يشاركونه الأب ويأخذ حظه من أيديهم، فوجب أن يسقط الأب من أسقطه الأولاد. بل هو أولى بإسقاطهم، لأن الإخوة يدلون به إلى الميت، ويقولون نحن أبناء أبيه. فلما كان الأب هو واسطتهم وسببهم الذي يريدون الأخذ به، كان هذا السبب أولى منهم، ومانعاً لهم⁽³⁾.

وإذا ثبت حجب الإخوة الذكور، فالإناث أولى وأحرى⁽⁴⁾.

ولا يحجب الجد الإخوة بل يشاركونهم، كما تقدم.

- الأخ للأب، يحجب بمن ذكر، ويزيد بأنه يحجب بالأخ الشقيق، والدليل⁽⁵⁾:

أ - الإجماع.

ب - القياس على بني الأبناء مع بني الصلب.

- الأخ للأم. وهو يحجب بمن ذكر، ويزيد بأنه يحجب بالجد، وبالبنات، وبنات الابن، سواء كان الأخ ذكراً أو أنثى. فهو يحجب بستة. والدليل هو الإجماع⁽⁶⁾.

- ابن الأخ، ولو كان شقيقاً، فإنه يحجب بالأخ، لأنه أقرب منه في الدرجة وإن كانت جهتهما واحدة، ولو كان الأخ لأب.

ويحجب أيضاً بالجد، والدليل: القياس على العم وابن العم، لأنه ذكر لا يعصب أخته، فلم يقاسم الجد، كالعم، وابن العم⁽⁷⁾.

العم وابنه، فيحجبان بالأخ وابنه، والدليل هو الإجماع⁽⁸⁾. لما علمت أن جهة الأخوة مقدّمة على جهة العمومة، لأن الأبعد من الجهتين يحجب بالأقرب، ولأن الإخوة بنو أبي المتوفى، والأعمام بنو جده، أي فتعصيب الإخوة بالأبوة، وتعصيب العمومة بالجدوة، والأبوة أولى⁽⁹⁾.

(1) المعونة 3/1669. (2) المنتقى 6/230.

(3) المعلم 2/336؛ وأحكام ابن العربي 1/338؛ وأحكام القرطبي 5/72.

(4) المنتقى 6/230. (5) بداية المجتهد 2/365.

(6) بداية المجتهد 2/376. (7) المنتقى 6/233؛ وأحكام القرطبي 5/67.

(8) بداية المجتهد 2/384. (9) المعلم 2/336.

فإذا اتحدت جهة أخوة أو جهة عمومة، فيحجب الأبعد في الدرجة بالأقرب فيها، كابن عم محجوب بالعم.

وإن كان الأقرب غير شقيق، فيقدم الأخ للأب على ابن الأخ الشقيق، والعم للأب يقدم على ابن العم الشقيق، وابن العم للأب يقدم على عم الأب الشقيق. والذي أدلى بالأب من الإخوة وبينهم محجوبون بمن أدلى بالأبوين، لأنه أقوى منه.

ويحجب العم وابنه بالجد، والدليل: الإجماع⁽¹⁾: لأن العم بالجد يتسبب⁽²⁾ - الجدة لأم أو لأب، تحجب بالأم، لإدلاء التي من جهة الأم بالأم؛ ولأن التي من جهة الأب تدلي بمثل ما تدلي به الأم، وهي الأمومة، والأم أقرب من يرث بها. والجدة للأب ترث بالأمومة بواسطة الأب. والإجماع هو دليل حجب أم الأم وأم الأب بالأم⁽³⁾.

وأما الأب فلا يحجب أم الأم ووجه ذلك أنها لا تدلي به ولا ترث بسببه، لأنها ترث بالأمومة، وهو يرث بالأبوة فلم يحجبها كما تحجبها الأم⁽⁴⁾.

- الجدة لأب، تحجب بالأب، فلا ترث معه، لأن الأصول موضوعة على أن من أدلى إلى غيره بعصبة لم يرث مع بقاء من يدلي به⁽⁵⁾. ولأن الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك⁽⁶⁾. ولأنه لما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئاً، كان كذلك أم الأب مع الأب⁽⁷⁾. وهو قول زيد وعثمان وعلي⁽⁸⁾.

- الجدة البعدى من جهة، كأم أم أم، تحجب بالجدة القربى، كأم أم؛ وكأم أم أب تحجب بأم أب، لإدلائها بها.

- الجدة البعدى لأب تحجب بجدة قربى لأم، كأم أم أب مع أم أم. فليس لها في السدس شيء. لما تقدم من الدليل على أن الأم تحجب أم الأب، فكذلك أم الأم تحجب أم أم الأب⁽⁹⁾.

فإن لم تكن البعدى من جهة الأب، بل كانت من جهة الأم، فإن القربى من جهة الأب لا تحجبها لقوتها. ولأن نص الحديث فيها، وقاس عمر بن الخطاب رضي الله عنه التي للأب، فلذلك اشتركا في السدس على الصحيح، ووجه القوة التي للبعدى من جهة الأم،

- | | |
|---|--------------------------|
| (1) بداية المجتهد 385/2. | (2) المعلم 336/2. |
| (3) بداية المجتهد 384/2؛ وأحكام القرطبي 70/5. | (5) الإشراف 1029/2. |
| (4) المتقى 240/6. | (7) بداية المجتهد 384/2. |
| (6) بداية المجتهد 384/2. | |
| (8) أحكام القرطبي 70/5؛ وبداية المجتهد 383/2. | |
| (9) المتقى 240/6. | |

أن من يرث بالأم من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلي بالأب من تلك الجهة، وكذلك من يدلي بالأم من جهة الأمومة لا يسقط بمن يدلي بالأب من تلك الجهة⁽¹⁾.

ولا ترث من أدلت من الجدات بذكر، كأم أبي الأم، سوى من أدلت بذكر هو لأب، كأم الأب، كما تقدم.

- بنات الابن، ويحجبن بابن أو بنتين، لأنه لم يفضل لهن من الثلثين شيء. والدليل هو الإجماع⁽²⁾.

وكذلك بنتا ابن مع بنت ابن ابن، لهما الثلثان، ولا شيء لبنت ابن الابن؛ وهكذا. أي فكل اثنتين علت درجتها حجبتا ما بعدهما من الإناث إن لم يكن معصب من الذكور لمن بعد.

- بنات الابن، يحجبن بابن ابن أعلى. فإذا مات عن بنت، وابن ابن وبنت ابن ابن ابن، حُجبت، واستقل ابن الابن بالباقي بعد فرض البنت، أو بجميع المال حيث لم تكن بنت. لأنه أقرب منها يرث بمثل سببها من التعصيب، قياساً على الأخ مع ابن الأخ⁽³⁾.

فإن لم يكن أعلى، بل كان مساوياً، عصبهن، سواء كان لبنات الابن شيء في الثلثين، كبنت، وبنت ابن ابن ابن، أو لم يكن، كبنتين، وابن ابن، وبنت ابن؛ كان أخاها أو ابن عمها؛ أو كان أنزل منها، ولم يكن لها في الثلثين شيء، كبنتين، وبنت ابن، وابن ابن ابن.

فإن كان أنزل، ولها السدس، فتأخذه، ويستقل هو بالباقي.

وقد يكون ابن الابن مشؤوماً على بنت الابن لولاه لورثت؛ كزوج وأم وأب وبنت وبنت ابن، فلها السدس فتعول لخمسة عشر؛ فلو كان ابن ابن معها، أخاها أو ابن عمها، لسقط وسقطت معه، لاستغراق الفروض، وتعول لثلاثة عشر عند سقوط بنت الابن.

- الأخت أو الأخوات لأب، يحجبن بأختين لأبوين، لاستغراقهما الثلثين، والدليل هو الإجماع⁽⁴⁾.

من لا يرث لا يحجب:

والدليل على ذلك:

أ - أن الشرع جعل من لا يرث بمانع من موانع الإرث في حكم المعدوم، كذلك في باب الحجب؛ فإنه أحد حكمي الميراث، فلا يؤثر فيه الكافر ونحوه⁽⁵⁾.

ب - القياس على ذوي الأرحام، لأن كل من لا مدخل له في الإرث بحال، فلا

(2) بداية المجتهد 2/ 373.

(1) المنتقى 6/ 240؛ والذخيرة 13/ 63.

(4) بداية المجتهد 2/ 378.

(3) المنتقى 6/ 226.

(5) أحكام ابن العربي 1/ 352.

مدخل له في الحجب، أصله ذوو الأرحام. ولا يناقض هذا قياس الإخوة للأم مع الأبوين، لأنَّ لهم مدخلاً في الإرث⁽¹⁾.

ج - أنه قول زيد وعمر وعلي رضي الله عنهم⁽²⁾.

سقوط العاصب:

يسقط العاصب باستغراق ذوي الفروض؛ كزوج، وأم، وأخ لأم، وشقيقة، وأخ وأخت لأب. فهي من ستة وعالت لثمانية. وسقط أولاد الأب لأنهم عصبية.

ويسقط ابن الأخ لغير أم، بأن كان شقيقاً أو لأب، كأبيه. إلا أنه لا يرث الأم للسدس إذا تعدد، بخلاف أبيه، كما تقدم.

ولا يرث ابن الأخ مع الجد، بخلاف الإخوة لغير أم، فيرثون معه.

ولا يعصب ابن الأخ أخته، بل يختص بجميع المال أو بما أبتت الفروض.

وليس لبنت الأخ مع أخيها أو ابن عمها شيء، فهي من ذوي الأرحام.

ويسقط ابن الأخ في المسألة المشتركة، وتسمى بالحمارية وبالجزيرية وباليمية.

وهي زوج وأم وإخوة لأم وإخوة أشقاء. أصلها ستة، للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس، وللإخوة للأم الثلث، فشاركهم الأشقاء، فلو كان ابن أخ لسقط.

وكان مقتضى الحكم السابق أن يسقط الأشقاء لأنه لم يبق لهم شيء لاستغراق

الفروض التركية. وذلك هو الذي قضى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه أولاً. وهو مذهب أبي

حنيفة وأحمد. ثم وقعت لعمر رضي الله عنه ثانية، فأراد أن يقضي بذلك، فقال له زيد بن

ثابت رضي الله عنه: هب أن أباهم حمار، ما زادهم الأب إلا قريباً. وقيل: قائل ذلك أحد

الورثة. وقيل: قال بعضهم: هب أن أبانا كان حجراً ملقى في اليم. فلما قيل له ذلك،

قضى بالتشريك بين الإخوة للأم والإخوة الأشقاء، كأنهم كلهم أولاد أم. فقيل له في

ذلك. فقال: ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي. ووافقه على ذلك جماعة من

الصحابة منهم زيد، وذهب إليه مالك. والدليل الذي ترجع إليه المسألة:

أ - قوله تعالى في آية الكلاله الأولى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً

وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي

الْثُلُثِ﴾ [النساء: 11].

ووجه الاستدلال أن الآية ورثت الإخوة للأم بسبب ما يدلون به وهو الأم، وهو

السبب نفسه الذي يدلي به الإخوة للأب والأم. فالأم هي سبب ميراث جميع الإخوة،

فتحمل الآية على عمومها في كل أخ لأم، سواء كان أخاً لأب أو لم يكن. والأب لا

(2) بداية المجتهد 2/387.

(1) الإشراف 2/1026؛ والذخيرة 13/58.

يزيد ما بينهما ضعفاً، بل يزيده قوة وتأكيذاً. وهذا الاستدلال بالآية ذكره الإمام مالك في الموطأ، وشرك به الإخوة للأب والأم مع الإخوة للأم في فرضهم إذا لم يفضل من مال ما يأخذه الإخوة للأب والأم بالتعصيب⁽¹⁾.

ب - ومن التعليل أيضاً لهذه المسألة ما ذكره القاضي عبد الوهاب، من أن الأخ للأب والأم له تعصيب بالأب، ورحم بالأم، كل واحد من هذين السببين يوجب الإرثة إذا انفرد. ووجدنا من حصل له هذان السببان إذا سقط تعصبيه في موضع صار حكمه حكم المنفرد برحمته في استحقاق الإرث به. ألا ترى أن ابن العم إذا كان أحدهما أخاً من أم. فإن تعصيب ابن العم يسقط، ويصير الأخ للأم كالمنفرد برحمته واسحق المشاركة به. ولأن الأخ للأب والأم جمع تعصيباً ورحماً، والأخ للأم ينفرد بالرسم، فكان الأخ للأب والأم مع الأخ للأم كالأب مع الأم، وقد ثبت أن الأب إذا اجتمع مع الأم، ولا مانع من تعصبيه فإنه يرث بالتعصيب، وإن كان هناك مانع من تعصبيه يرث بالرحم، فكذلك الأخ للأب والأم مع الأخ للأم⁽²⁾.

حجب النقص:

قد تقدم ما يستفاد منه حجب النقص، كالزوج مع الفرع، والأم والزوجة.

اجتماع جميع الذكور:

إذا اجتمع الذكور الأربعة عشر، فالوارث منهم ثلاثة: أب وابن وزوج. فمسألتهم من اثني عشر، مخرج الربع، والثلث للزوج، وثلاثة للأب اثنان، والباقي للابن.

اجتماع جميع الإناث:

ولو اجتمع الإناث فيرث منهن خمسة: البنت، وبنت الابن، والأم، والأبنت لأبوين، والزوجة، مسألتهن من أربعة وعشرين.

اجتماع الممكن من الذكور والإناث:

إذا اجتمع الممكن من الذكور والإناث، فالوارث منهم: الأبوان، والابن، والبنت، وأحد الزوجين، فإن كان الميت الزوج، فالمسألة من أربعة وعشرين للثمن والسدس. وتصح من اثنين وسبعين للمباينة بين رؤوس الأولاد وسهامهم. إذ الباقي لهم ثلاثة بشر على ثلاثة، فمن له شيء من أصلها، أخذه مضروباً في ثلاثة. وإن كان الميت الزوجة، فالمسألة من اثني عشر مخرج الربع والسدس، يبقى للأولاد الثلاثة خمسة، فتضرب رؤوسهم في أصلها ستة وثلاثين، ومنها تصح.

(1) المتقى 6/230 - 231.

(2) الإشراف 2/1028 - 1029.

الأصول لمسائل الفرائض

الأصول جمع أصل. وهو في اللغة ما يبنى عليه غيره.
والمراد بالأصل العدد الذي يخرج منه سهام الفريضة صحيحاً. والمراد بالسهام أجزاء المسألة من نصف وربيع، وهكذا.
والأصول سبعة: وقد ثبت بطريق الاستقراء انحصار فرائض الله الصحيحة الأجزاء في السبعة وهي:

1 - اثنان، 2 - وضعفهما أربعة. 3 - وضعف ضعفهما ثمانية، 4 - وثلاثة، 5 - وضعفها ستة.

وهذه الأصول الخمسة هي مخارج الفروض الستة في كتاب الله تعالى: النصف والربع والثلثان والثلث والسدس.

وهي لم تكن ستة كأصلها لاتحاد مخرج الثلث والثلثين. وكلها مشتقة من مادة العدد الذي هو أسماء مخارجها، إلا الأول.

فالثلث مأخوذ من ثلاثة، والربع مأخوذ من أربعة والسدس مأخوذ من ستة والثلثان مأخوذ من ثمانية.

والفرض الأول، وهو النصف، فإنه ليس مأخوذاً من لفظ العدد الذي هو مخرجه.
6 - واثنان عشر، ضعف الستة. كزوجة وإخوة لأم، فمخرج الربع أربعة، والثلث ثلاثة، وبين المخرجين تباين، فتضرب أحدهما في الآخر باثني عشر.

7 - وأربعة وعشرون: ضعف الاثني عشر، ولأنه قد يوجد في المسألة ثمن وسدس، كزوجة وأم وولد، وبين المخرجين توافق بالنصف، فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، بأربعة وعشرين. والولد إن كان ذكراً فعاصب له الباقي، وإن كان أنثى واحدة فلها النصف مخرجه داخل في الثمانية. وإن كانت متعدّدة فلها الثلثان، ومخرجهما داخل في الستة.

وزاد بعضهم في خصوص باب الجدّ والإخوة أصليين على السبعة وهما:

8 - ثمانية عشر، كأم وجدّ وأربعة إخوة لغير أم؛ للأم السدس من ستة، والباقي خمسة، للجدّ والإخوة، له ثلث الباقي، لأنه أفضل، ولا ثلث له صحيح، فتضرب ثلاثة في ستة بثمانية عشر. ومن له شيء من الستة أخذه مضروباً في ثلاثة.

9 - وستة وثلاثون، كأم وزوجة وجدّ وأربعة إخوة، للزوجة ثلاثة، يبقى سبعة، الأفضل للجدّ ثلث الباقي، وليس له ثلث صحيح، فتضرب ثلاثة في اثني عشر، أصل المسألة بست وثلاثين.

ومن الذين زادوا هذين الأصليين من المالكية ابن رشد وابن أبي زيد.

والراجح أنهما أصلان. وقال الجمهور: إنهما نشأ من أصل الستة وضعفها، فهما صحيح لا أصلان.

مخرج الفرض .

المخرج والمقام والأصل شيء واحد . وهو أقل عدد يخرج منه ذلك الفرض صحيحاً .

- فالنصف مخرجه من اثنين ، فإن كانت فريضة فيها نصفان ، فمن اثنين ، لأن المتماثلين يكتفى بأحدهما ، كزوج وأخت شقيقة أو لأب ، وتسمى هاتان المسألتان باليتيمتين ، لأنهما لا نظير لهما ، إذ ليس في الفرائض مسألة يورث فيها نصفان غيرهما ، أعني مسألة الشقيقة ومسألة التي للأب .

وتسمى بالنصفتين ، لاشتمال كل منهما على نصفين وتسمى عادلة ، والعادلة هي التي ساوت سهامها أصحابها .

وكذلك إن كانت الفريضة فيها نصف ما بقي ، فمخرجها من اثنين ؛ كزوج ، أو بنت ، أو بنت ابن ، أو أخت شقيقة ، أو أخت لأب ، مع عم ، فأصلها اثنان . وتسمى ناقصة لزيادة فروضها على مستحقيها .

- والربع مخرجه من أربعة ، فالأربعة أصل لكل فريضة اشتملت على ربع وما بقي ، كزوج وابن ؛ أو اشتملت على ربع ونصف وما بقي ، كزوج وبنت وأخ ؛ أو اشتملت على ربع وثلاث ما بقي وما بقي ، كزوجة وأبوين ؛ وهي إحدى الغراوين المتقدمتين .

- والثمن مخرجه من ثمانية - فالثمانية أصل لكل فريضة فيها ثمن ونصف وما بقي ، كزوجة وبنت وأخ ؛ أو فيها ثمن وما بقي ، كزوجة وابن .

ولا يكون كل من الأربعة والثمانية إلا ناقصاً لا عادلاً . كما رأيت في الأمثلة من عدم استغراق الفروض التركة .

- والثالث مخرجه من ثلاثة . فهي أصل لكل فريضة فيها ثلث فقط ، كأم وعم ، أو فيها ثلث وثلثان كإخوة لأم وأخوات لأب ؛ أو فيها ثلثان وما بقي كبنيتين وعم ، ففريضة الثلث تارة ناقصة ، وتارة عادلة كما رأيت ، فالناقصة هي الأمثلة التي ذكر فيها العاصب . والعادلة هي التي لم يذكر فيها العاصب .

- والسدس مخرجه من ستة ، فهي أصل لكل فريضة فيها سدس وما بقي ، كجدة وعم ؛ أو فيها سدس وثلث ما بقي ، كجدة وأخوين لأم وأخ لأب ؛ أو فيها سدس وثلثان وما بقي ، كأم وبنيتين وأخ ؛ أو فيها نصف وثلث وما بقي ، كأخت وأم وعاصب ؛ أو فيها سدس ونصف وثلث ، كأم وأخت شقيقة وأخوين لأم ؛ أو فيها سدس ونصف وسدس وسدس ثالث ، كأم وثلاث أخوات متفرقات ؛ أو فيها سدس وثلثان وسدس آخر ، كأم وشقيقتين وأخت لأم . ففرائض السدس ناقصة وعادلة . وقد علمت أن الناقص ما ذكر فيه العاصب ؛ والعادل ما لم يذكر فيه . وتكون من فرض ، وذلك كالمثال الأول ؛ وتكون من فرضين ، وذلك كالمثال الثاني والثالث والرابع ؛ وتكون من أكثر ، وذلك كباقي الأمثلة .

- والربع والثالث، أو الربع والسادس، أو الربع والثلاثان، أو الربع مع النصف والسادس؛ مخرجه من اثني عشر، وذلك كما يلي:

فالربع والثالث، مخرج الربع فيه من أربعة، ومخرج الثلث من ثلاثة، وبينهما تباين⁽¹⁾، فيضرب أحدهما في الآخر باثني عشر، وذلك كزوجة وأم وأخ.

والربع والسادس، مخرج الربع من أربعة، ومخرج السادس من ستة؛ وبين مخرج السادس ومخرج الربع توافق بالنصف؛ فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر باثني عشر، كزوج وأم وابن.

والربع والثلاثان، مثالهما زوج وبتان وأخ.

والربع مع النصف والسادس، مثالهما زوج وبت وبت ابن.

وفرائض الاثني عشر كلها ناقصة.

- الثمن والسادس وما بقي، كزوجة وأم وابن؛ أو الثمن والنصف والسادس، كزوجة

وبنت وبت ابن وعم؛ أو الثمن والثلاثان والسادس، كزوجة وبتين وأم وعم، فهي من أربعة وعشرين، لتوافق المخرجين بالانصاف فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر. والنصف يدخل في السادس.

والثمن مع الثلثين من أربعة وعشرين، لتباين مخرج الثمن، والثلث، فيضرب أحدهما في كامل الآخر، كزوجة وبتين وابن ابن.

ولا يتصور أن يجتمع الثمن مع الثلث ولا مع الربع، لأن الثمن يكون للزوجة مع الفرع الوارث؛ والثلث يكون للأم إن لم يكن فرع وارث ولا جمع من الإخوة، أو للإخوة للأم مع عدم الفرع الوارث؛ والربع إما للزوج مع الفرع الوارث، ولا يتأتى اجتماعه مع الزوجة؛ أو للزوجة مع عدم الفرع الوارث.

وفريضة الأربعة والعشرين ناقصة دائماً.

أصول ما لا فرض فيه:

إذا كانت مسائل لا يوجد فيها فرض، كابنين مع بنت فأكثر، أو إخوة مع أخوات، فأصلها عدد رؤوس عصبتها. فإن كانوا ذكوراً كلهم فظاهر، وعند اجتماع ذكر وأنثى فصاعداً، فللذكر ضعفاً الأنثى، فيجعل الذكر برأسين، كابن وبت من ثلاثة، وكابنين وبت من خمسة، وهكذا.

العول

تعريف العول لغة: الزيادة.

واصطلاحاً: زيادة في السهام، ونقص في الأنصباء.

(1) سيأتي بيان حقيقة مصطلحات التباين والتوافق والتماثل والتداخل.

وصورة ذلك أنّ الفروض إذا زادت على أصل المسألة عالت الفروض، أي زيد فيها، بأن تجعل الفروض بقدر السهام، فيدخل النقص على كل واحد من أصحاب الفروض، ودليل مشروعية العول⁽¹⁾.

أ - لم يقع العول في زمن رسول الله ﷺ، ولا في زمن الصديق. وأول من نزل به عمر بن الخطاب فعن عبيد الله بن عبد الله قال: دخلت على ابن عباس أنا وزفر بن أوس، بعدما ذهب بصره، فتذاكرنا فرائض الميراث. فقال: ترون الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يحص في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً. إذا ذهب نصف ونصف فأين موضع الثلث. فقال له زفر: يا ابن عباس من أول من أعال الفرائض. قال: عمر بن الخطاب رضي الله عنه؟ قال: ولم؟ قال: لما تدافعت عليه وركب بعضها بعضاً، قال: والله ما أدري كيف أصنع بكم. والله ما أدري أيكم قدم الله ولا أيكم آخر الله. قال: وما أجد في هذا المال شيئاً أحسن من أن أقسمه عليكم بالحصص. ثم قال ابن عباس، وإيم الله لو قدم من قدم الله، وآخر من آخر الله، ما عالت فريضة فقال له زفر: وأيهم قدم وأيهم آخر، فقال: كل فريضة لا تزول إلا إلى فريضة فتلك التي قدم الله. وتلك فريضة الزوج وله النصف، فإن زال فإلى الربع، لا ينقص منه. والمرأة لها الربع، فإن زالت عنه صارت إلى الثمن منه. والأخوات لهن الثلثان والواحدة لها النصف، فإن دخل عليهن البنات كان لهن ما بقي فهؤلاء الذين آخر الله. فلو أعطى من قدم الله فريضته كاملة، ثم قسم ما بقي بين من آخر الله بالحصص ما عالت فريضة. فقال له زفر: فما منعك أن تشير بهذا الرأي على عمر؟ فقال: هبته والله. قال ابن إسحاق: فقال لي الزهري: وإيم الله، لولا أنه تقدمه إمام هدى كان أمره على الورع ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم⁽²⁾.

ب - إجماع الأمة على قول عمر رضي الله عنه.

ج - القياس على الوصايا والديون إذا تزاومت، فإن النقص يعتمها.

الأصول التي يدخلها العول:

الأصول التي يدخلها العول ثلاثة، وأما الأربعة الباقية فلا تعول، وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية، لما تقدم أنّ الاثنان إما ناقصة أو عادلة، وكذلك الثلاثة: وأنّ الأربعة والثمانية دائماً ناقصتان. فالعائل من الأصول ما يلي:

1 - الستة. وتعول أربع عولات متواليات.

أ - فتعول لسبعة بمثل سدسها، كزوج وأختين شقيقتين أو لأب؛ للزوج النصف

(1) المعونة 3/1688؛ وأحكام ابن العربي 1/353؛ والذخيرة 13/57، 75؛ ومفتاح الوصول ص 133؛

ومنح الجليل 9/644؛ وحاشية الشرح الكبير 4/471.

(2) أخرجه البيهقي في الفرائض، باب العول في الفرائض.

ثلاثة، وللأختين الثلثان أربعة. وهذه أول فريضة عالت في الإسلام.

وإذا أردت معرفة قدر ما عالت به، وقدر ما نقص كل وارث، فانسب ما زدته، وهو ما عالت به الفريضة لأصلها بدون عول، فتعرف قدره، وإذا نسبته لها عائلة علمت قدر ما نقص كل وارث.

مثلاً: الستة إذا عالت لسبعة فتنسب واحد لستة، فتعلم أنها عالت بمثل سدسها؛ وتنسب الواحد للسبعة، فهو سبع، فتعلم أن كل وارث نقص سبع ما بيده، وهكذا.

ب - وتعول الستة لثمانية، فتكون عالت بمثل ثلثها، لأنها عالت باثنين تنسبهما للستة، تجدهما ثلثاً؛ فتعرف قدر ما عالت به؛ وتعلم أن كل وارث نقص ما بيده ربعاً، لأن نسبة الاثنين لها عائلة ربع كما علمت، كزوج وأختين لغير أم، وأم، للزوج النصف ثلاثة، وللأختين أربعة، وللأم السدس واحد.

ج - وتعول الستة لتسعة، بمثل نصفها، فيكون نقص كل واحد ثلث ما بيده، لما علمت، كزوج وأختين وأم مع أخ لأم.

د - وتعول الستة لعشرة، بمثل ثلثيها، فينقص كل واحد مما له خمسان من نسبة أربعة لها بعولها، كزوج وأختين لغير أم وأم مع إخوة لأم، وهي أم الفروخ، وسميت بذلك لكثرة ما فرخت في العول. ومنها أيضاً: أم وزوج وولداً أم وأختان لغير أم.

2 - الاثنا عشر. وتعول ثلاث عولات أفراداً إلى سبعة عشر.

أ - فتعول إلى ثلاثة عشر. بمثل نصف سدسها، لما علمت أنك تنسب ما عالت به إليها قبل العول. ويكون كل واحد نقص ما بيده جزء من ثلاثة عشر جزءاً من واحد، كزوجة وأم وأختين لغير أم، أو زوج وأم وبتين.

ب - وتعول الاثنا عشر لخمس عشرة، بمثل ربعها. ويكون نقص كل خمس ما بيده، كزوج وأبوين وبتين.

ج - وتعول الاثنا عشر لسبعة عشر، بمثل ربعها وسدسها. وينقص كل وارث مما بيده خمسة أجزاء من سبعة عشر جزءاً من واحد؛ كزوجة وأم وولديها وأخت شقيقة وأخت لأب.

ومن أمثلتها أم الأرامل. وتسمى بأم الفروج - بالجيم - وبالدينارية الصغرى. وهي: ثلاث زوجات وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأب. والتركة سبعة عشر ديناراً. وهي مقسومة عليهن. كل رأس بدينار.

وسميت بأم الأرامل وأم الفروج لعدم وجود ذكر فيها.

وأما الدينارية الكبرى فمن أربعة وعشرين. وليس فيها عول. وهي: زوجة وابنتان وأم واثنان عشر أخاً وأخت، فللبنتين الثلثان ستة عشر من أربعة وعشرين، وللزوجة الثمن ثلاثة، وللأم السدس أربعة، يفضل واحد على خمسة وعشرين رأساً عدد رؤوس الإخوة

مع الأخت، فتضرب الخمسة والعشرين في أصل المسألة بستمائة؛ للبنتين أربعمائة، من ضرب خمسة وعشرين في ستة عشر؛ وللأم مائة من ضرب أربعة في خمسة وعشرين؛ وللزوجة خمس وسبعون من ضرب ثلاثة في خمسة وعشرين؛ وللأخت خمسة وعشرون من ضرب واحد فيها.

وقد جاءت الأخت لسيدنا علي رضي الله عنه، وقالت له: مات أخي عن ستمائة دينار، فلم أعط منها إلا ديناراً واحداً. فقال علي رضي الله عنه: لعل أخاك مات عن زوجة وبنيتين وأم وأثني عشر أخاً وأنت؟ فقالت: نعم، فقال: معك حقك الذي خصك.

3 - الأربعة والعشرون، وتعول عولة واحدة، بمثل ثمنها، لسبعة وعشرين. فيكون نقص كل واحد تسع ما بيده، لما علمت. ومن صورها: زوجة وأبوان وابتنان. وهي المنبرية، لقول علي رضي الله عنه وهو على المنبر: صار ثمنها تسعاً. أي صار ما كان ثمناً بنسبته لها قبل العول تسعاً بالنسبة لها بعد عولها. فالثلاثة التي كانت ثمناً بالنسبة للأربعة والعشرين لما زيدت عليها صارت تسعاً للسبعة والعشرين، للزوجة الثمن ثلاثة، وللبنتين الثلثان ستة عشر، ولكل واحد من الأبوين السدس أربعة، وإذا صار الثمن تسعاً نقص كل وارث تسع ما بيده. وهي لا يمكن أن تعول لها إلا والميت ذكر هو زوج.

التداخل والتوافق والتباين والتماثل في مخارج الفروض

إذا فرض عددان، فإما أن يكون بينهما التساوي أي التماثل، كخمسة وخمسة؛ أو يكون بينهما التفاضل.

فإن كان القليل جزءاً واحداً، أي مفرداً ليس مكرراً من العدد الكثير فهما متداخلان. وذلك كالأثنين والأربعة، فإن الاثنين جزء واحد من الأربعة، لأن الأربعة جزءان بالتنصيف، وكالثلاثة والخمسة عشر، فإن الثلاثة جزء واحد من الخمسة عشر، لأنها خمسها.

ولا يشمل هذا نحو الأربعة والستة، فإنه وإن كانت الأربعة جزءاً من الستة، لكن جزء غير مفرد، بل مكرّر، إذ هي ثلثان، فهما متوافقان، كما يأتي.

وإن لم يكن جزءاً واحداً منه، بأن كان جزءاً مكرراً، فإن كان بينهما موافقة في جزء واحد فقط، كأربعة وستة؛ أو أكثر كثمانية، وأثني عشر، فمتوافقان فبين الثمانية والأثني عشر موافقة بالنصف والربع. ويقال لهما مشتركان أيضاً.

ويقال في تعريفهما أيضاً: هما اللذان لا يفني أصغرهما أكبرهما وإنما يفنيهما عدد ثالث، كأربعة وستة، فإن لكل منهما نصفاً صحيحاً، فقد توافقا في جزء. ولا تفني الأربعة الستة، ويفني كلاً منهما الاثنان؛ وكثمانية وأثني عشر، فإن لكل من الثمانية والأثني عشر نصفاً صحيحاً وربعاً، فقد توافقا في أكثر من جزء، لأنهما توافقا في جزأين كما رأيت.

وإن لم يكن بين العددين موافقة في جزء، فهما متباينان ومتخالفان، لأن كل عدد منهما يخالف الآخر.

والواحد يباين كل عدد، والأعداد الأوائل متباينة. وعرف العدد الأول بأنه ما لا يفنيه إلا الواحد، كالاثنين والثلاثة والخمسة والسبعة والأحد عشر والثلاثة عشر. فإنه يقال لكل من هذه الأمثلة عدد أول لانطباق التعريف عليه.

والأربعة الأول، يعني الاثنين والثلاثة والخمسة والسبعة، تسمى أوائل منطقة. وما عدا الأربعة كالأحد عشر والثلاثة عشر ونحوهما أوائل أصم.

فلو التبست النسبة بين العددين، بأن لم يدر أمتباينان أم متداخلان مثلاً، وأردت معرفة الواقع، فأسقط الأصغر من الأكبر مرة بعد أخرى، فإنك إن أسقطت الاثنين من الأربعة مرتين فريت الأربعة، وهكذا بقية أمثلتهما، أي المتداخلين.

وإن بقي من الأكبر بعد إسقاط الأصغر منه مرة فأكثر، واحد؛ فمتباينان، كالثلاثة وسبعة أو عشرة، فإنك إن أسقطت الثلاثة مرتين من السبعة بقي واحد، من السبعة، وإن أسقطت الثلاثة من العشرة ثلاث مرات بقي من العشرة واحد.

وإن بقي من الأكبر بعد إسقاط الأصغر منه، مرة بعد مرة، أكثر من واحد، فأسقط الباقي الذي هو أكثر من واحد من العدد الأصغر مرة فأكثر، فإن فني به الأصغر بإسقاط الباقي منه فمتوافقان، كعشرة وخمسة عشر، فإنك إذا أسقطت الأصغر، وهو العشرة، من الأكبر، وهو الخمسة عشر، بقي من الأكبر أكثر من واحد، إذ الباقي خمسة، تسقط الخمسة من العشرة مرتين، فيفني الأصغر؛ وكعشرين وأربعة وثمانين، فإذا أسقطت العشرين من الأكبر أربع مرات يبقى أكثر من واحد، وهو أربعة، فأسقط الأربعة من العشرين خمس مرات تفني العشرين، فتعلم بذلك أن النسبة بين الأصغر والأكبر التوافق.

وإن لم يفن الأصغر بإسقاط الباقي، فإن بقي من الأصغر واحد فمتباينان كخمسة وتسعة، فإنك إذا أسقطت الخمسة من التسعة يبقى أكثر من واحد وهو أربعة، تسقط الأربعة من الأصغر يبقى واحد؛ كالثلاثين وسبعة، فإنك إذا أسقطت السبعة من الثلاثين أربع مرات بقي أكثر من واحد، وهو اثنان، تسقطهما من السبعة ثلاث مرات يبقى واحد.

وإن بقي أكثر، أي لم يفن الأصغر وبقي أكثر من واحد، فأطرح ذلك الباقي الأكثر من واحد من بقية العدد الأكبر، فإن فنت البقية بذلك الأكثر؛ فمتوافقان؛ كعشرين وخمسة وسبعين، فإنك إذا سلطت الأصغر ثلاث مرات على الأكبر يبقى خمسة عشر، تسقطهما من الأصغر يبقى خمسة، سلطها على بقية الأكبر وهو خمسة عشر فتفنيها في ثلاث مرات.

فإن لم تفن البقية بذلك الأكثر؛ بل بقي منها واحد فمتباينان، أو بقي أكثر فأطرحه من بقية الأصغر. وهكذا تسلط بقية كل عدد على العدد الذي طرحته به، فإن بقي واحد

فمتباينان؛ أو لا يبقى شيء فمتوافقان بما للعدد الأخير - أي الثالث - المفني لكل منهما من الأجزاء.

واعلم أن كل متماثلين متوافقان بما لأحدهما من الأجزاء؛ لكن لا يطلق عليهما متوافقان اصطلاحاً. وكذا كل متداخلين متوافقان بما لأصغرهما ولكن لا يطلق عليهما متوافقان اصطلاحاً، لأن المتوافقين هما مشتركان ليسا متماثلين ولا متداخلين. والمعتبر من أجزاء الموافقة إذا تعددت أقلها، طلباً للاختصار.

تصحيح المسائل

وكيفية العمل إذا انكسرت السهام على الرؤوس

إذا انقسمت السهام على الورثة، فالأمر ظاهر، كزوجة وثلاثة إخوة؛ المسألة من أربعة، للزوجة واحد، ولكل أخ واحد.

أو إذا تماثلت السهام مع الرؤوس، كثلاثة بنين، فالسهام ثلاثة كالورثة.

أو تداخلت، كزوج وأم وأخوين، للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس واحد، ولكل أخ واحد، فالأمر أيضاً ظاهر.

وإن لم تنقسم السهام، ولم تتماثل، ولم تتداخل، بأن انكسرت على الورثة؛ فإنك تنظر بين سهم المنكسر عليهم وبينهم بالموافقة والمباينة فقط.

فإن توافقت فرد كل صنف انكسرت عليه سهامه إلى وفقه، كزوجة وستة إخوة لغير أم، أشقاء أو لأب، فللزوجة الربع واحد، يبقى ثلاثة منكسرة على الستة إخوة، ولكن توافق بالثلث، فاضرب وفق الرؤوس، وهو اثنان في أصل الفريضة أربعة بثمانية، للزوجة اثنان، ولكل أخ واحد.

وإلا توافق السهام الرؤوس بأن باينتها، فلا تردّ النصف المنكسر عليه سهامه، بل اضربه بتمامه في أصل المسألة، كبنت وثلاثة أخوات لغير أم، أشقاء أو لأب، المسألة من اثنين، للبنت النصف وللأخوات الباقي، لأنهنّ عصبات مع البنت، وهو مباين لهنّ، فتضرب ثلاثة في اثنين بستة. فمن له شيء من أصل المسألة أخذه مضروباً فيما ضربت فيه المسألة، وهو ثلاثة، فللبنت واحد في ثلاثة بثلاثة.

وإذا انكسرت السهام على صنفين فإنك تنظر بين كل صنف وسهامه بالموافقة والمباينة كما تقدم، ثم تنظر بين الرؤوس بعضها مع بعض بأربعة أنظار؛ فقد يتماثلان فتكتفي بأحدهما وتضربه في أصل المسألة، كأم وأربعة إخوة لأم وستة إخوة لأب، أصلها من ستة، للأم سهم منقسم عليها، وللإخوة للأم الثلث اثنان لا ينقسمان على الأربعة، ولكن يوافقان بالنصف، فردّ الأربعة إلى نصفها، وللإخوة للأب ثلاثة ولا تنقسم، ولكن توافق بالثلث، فردّهم إلى اثنين فكأنّ المسألة انكسرت على صنف واحد، فتضرب اثنين في ستة أصل المسألة، يخرج اثنا عشر، فمن له شيء من أصل المسألة

أخذه مضروباً في اثنين، للأم سهم في اثنين باثنين إلى آخره.
وقد يتداخل راجع الصنفين فتكتفي بأكثرهما، كأم وثمانية إخوة لأم وستة إخوة لأب، المسألة من ستة، للأم سهم، وللإخوة للأم سهمان لا ينقسمان عليهم. ولكن يوافق عددهم بالنصف فتردهم إلى الأربعة، وللإخوة للأب ثلاثة لا تنقسم، وتوافق بالثلث فتردهم إلى اثنين، واثنان داخلان في الأربعة فتكتفي بها، وتضرب الأربعة في الستة بأربعة وعشرين، فمن له شيء من أصل المسألة أخذه مضروباً فيما ضربت فيه المسألة، وهو أربعة، فللأم سهم في أربعة بأربعة إلى آخره.

وإن كان بين الصنفين موافقة فتضرب أحدهما في وفق الآخر، كأم وثمانية إخوة لأم وثمانية شرأخاً، المسألة من ستة، للأم سهم، وللإخوة للأم اثنان لا ينقسمان عليهم، وتوافق بالنصف، فترد الثمانية لأربعة، وللإخوة للأب ثلاثة لا تنقسم وتوافق بالثلث، فترد لستة، وهي توافق الأربعة وفق الإخوة للأم بالنصف، فتضرب وفق أحدهما في كامل الآخر باثني عشر، ثم في ستة أصل المسألة، يحصل اثنان وسبعون، فمن له شيء في المسألة أخذه مضروباً في اثني عشر.

وقد يتباينان فيضرب كل في كل الآخر، ثم في أصل المسألة، كأم وأربعة إخوة لأم وست أخوات، أصلها ستة، وتعول لسبعة: للأم سهم وللإخوة للأم اثنان، وراجع أولاد الأم اثنان مباين لوفق الأخوات الستة، وهو ثلاثة، فتضرب ثلاثة في اثنين يحصل ستة، ثم في أصل المسألة بعولها يحصل اثنان وأربعون، من له شيء من سبعة أخذه مضروباً في ستة.

وإن وقع الانكسار في المسألة على ثلاثة أصناف، وهو غاية ما ينكسر فيه الفرائض عند مالك، لأنه لا يورث أكثر من جدتين، فإنك تعمل في صنفين منها ما مر. ثم انظر بين الحاصل من الصنفين وبين الصنف الثالث بالموافقة والمباينة والمماثلة والمداخلة إلى آخره، مثاله جدتان وثلاثة إخوة لأم وخمسة إخوة، فللجدتين السدس، واحد مباين، وللإخوة للأم اثنان يباينان الثلاثة، وبين الاثنين والثلاثة تباين فاضربهما يحصل ستة، وللخمسة إخوة للأب ثلاثة، مباين. فننظر بين الستة والخمسة تجد التباين فاضربهما يحصل ثلاثون ثلاثون، تضرب في الستة يحصل مائة وثمانون، فللجدتين واحد في ثلاثين بثلاثين، وللإخوة للأم اثنان في ثلاثين بستين إلى آخره.

المناسخات

المناسخات والمناسخة لغة من النسخ وهو الإزالة، يقال: نسخت الشمس الظل أي أزالته. ويطلق لغة أيضاً على النقل، يقال: نسخت الكتاب أي نقلته.

وفي اصطلاح الفرضيين: ، أن يموت إنسان ولم تقسم تركته حتى يموت من ورثته وارث أو أكثر. وتنقسم المناسخة إلى قسمين:

القسم الأول: لا يفتقر لعمل، ككون ورثة الثاني ورثة الأول؛ كثلاثة بنين ورثوا

أباهم، ثم مات أحدهم قبل قسمة تركة الأب، ولا وارث له غير أخويه، فهو كالعدم. وتقسم فريضة الأب على الباقيين.

وكثلاثة إخوة وأربع أخوات أشقاء ورثوا أخاهم، ثم مات أخ، فأخر، فأخت أخرى قبل القسم؛ فمن مات فكالعدم. وتقسم فريضة الأخ الميت الأول على الباقيين.

فإن كان ورثة الثاني بعض ورثة الأول، والبعض الآخر لم يرثه، كثلاثة بنين وزوج ليس أباهم، وماتت أمهم أولاً، ثم مات ابن؛ فللزوجة الربع والباقي للوالدين، ومن مات فهو كالعدم.

وكذلك عكس هذه المسألة، وهي أن يموت زوجها عنها وعن ثلاثة بنين من غيرها، ثم مات أحد البنين عن أخويه، فكان الزوج مات عن زوجة وابنين.

القسم الثاني: وهو أن لا يرث الميت الثاني ورثة الأول، ولا بعضهم بالوجه المتقدم. بل خلف الثاني ورثة غير ورثة الأول؛ أو خلف ورثة الأول، ولكن اختلف قدر استحقاقهم. فالعمل أن تصحح مسألة الميت الأول، ثم الثانية. ويعرف سهم الميت الثاني من مصحح الأولى. فإذا عرف مصحح الثانية وسهام الميت الثاني من الأولى، فتعرض سهام الميت الثاني مسألته.

فإذا انقسم نصيب الثاني على ورثته صحت المسألتان، ولا يحتاج إلى عمل ثان بل الأول كاف: كابن وبنت ورثا أباهما، ثم مات الابن عن أخته وعن عاصب، كعمه، فالفريضة الأولى من ثلاثة، والثانية من اثنين، وللابن من الأولى سهمان قد مات عنهما، وترك أخته وعمه، فينقسمان على مسألته، وتصح من الأولى، فللبنت اثنان من الفريضتين وللعاصب سهم.

وإن لم يكن نصيب الميت الثاني من الميت الأول منقسماً على ورثته، فيوفق بين نصيبه وما صحت منه المسألة، ويضرب وفق الثانية في الأولى بتمامها إن توافقا؛ فما اجتمع فمنه تصح، كابنين وبنيتين تركهما ميت، ثم مات أحد الابنين قبل القسم، عن زوجة وبنت وثلاثة بني ابن، فالمسألة الأولى من ستة، لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم، والمسألة الثانية من ثمانية للزوجة سهم وللبنت أربعة، ولكل واحد من ولد الابن سهم. فسهم الميت من الأولى اثنان وفريضته من ثمانية متفقان بالأنصاف، فيضرب نصف فريضته، وهو أربعة في الفريضة الأولى، وهو ستة بأربعة وعشرين. فمن له شيء من الأولى ضرب له وفق الثانية وهو أربعة، ويأخذه. ومن له شيء من الثانية ففي وفق سهام الثاني، وهو مورثه، وهو واحد، ويأخذه، وتمت.

وإن لم توافق سهام الميت الثاني فريضته، بل باينتها فتكون كنصف باينته سهامه، فيضرب ما صحت منه مسألته، وهو جميع سهام الفريضة الثانية، فيما صحت منه الأولى، وهو جميع سهامها، كموت أحد الابنين المذكورين في المسألة السابقة، عن ابن

وبنت، فالأولى من ستة، فسهمه منها اثنان؛ والثانية من ثلاثة؛ وللثاني من الأولى سهمان، وهما يباينان فريضته، فيضرب ثلاثة وهي الثانية في ستة سهام الأولى، فمن له شيء من الأولى أخذه مضرورياً في الثانية، ومن له شيء من الثانية أخذه مضرورياً في سهام مورثه.

وهذا العمل سواء كانت التركة عيناً أو مثلياً أو عرضاً.

إقرار أحد الورثة بوارث

إذا أقرّ من الورثة واحد فقط، بوارث، وأنكر الباقي؛ فإنه يكون للمقرّ له من حصة المقرّ ما نقصه الإقرار، وهذا النقصان لا يأخذه المقرّ له على جهة الإرث، بل على جهة الإقرار بالدين.

ويكون هذا سواء كان المقرّ عدلاً أو غير عدل على الراجح، وقيل: يثبت بالعدل الواحد مع يمين المقرّ به، ويؤخذ ذلك من جميع التركة، ويكون المقرّ كالشاهد الأجنبي.

وتعمل فريضة الإنكار ثم فريضة الإقرار، ثم تنظر ما بين الفريضتين من تداخل وتباين وتوافق وتمائل، فإن تداخلتا أخذت أكبرهما، كشقيقتين وعاصب، أقرت واحدة بأخت شقيقة، وكذبها الباقيون من الورثة، ففريضة الإنكار من ثلاثة، وفريضة الإقرار تصحّ من تسعة لانكسار السهمين على الأخوات الثلاث. فتضرب عدد الرؤوس المنكسر عليها سهامها في أصل المسألة، وهو ثلاثة، يخرج تسعة، فالثلاثة داخله في التسعة، فتقسم التسعة على الورثة باعتبار فريضة الإنكار، لكلّ أخت ثلاثة، وللعاصب ثلاثة. ثم تقسمها على الورثة باعتبار فريضة الإقرار، فلكلّ أخت سهمان، وللعاصب ثلاثة، فقد نقصت المقرّة، سهماً فتدفعه للمقرّ لها.

وإن تباينت الفريضتان، أي الإقرار والإنكار، فتضرب إحداهما في كامل الأخرى، كشقيقتين وعاصب، أقرت واحدة من الأختين بأخ شقيق، وأكذبها الباقيون من الورثة؛ فمسألة الإنكار أيضاً من ثلاثة، ومسألة الإقرار من أربعة، وبينهما تباين، فتضرب ثلاثة في أربعة باثني عشر، ثم تقسمها على الإنكار، لكلّ أخت أربعة، وللعاصب أربعة، وعلى الإقرار لكلّ أخت ثلاثة وللأخ ستة، فقد نقص من حصّة المقرّة سهم تدفعه للمقرّ به.

وإن كان بينهما توافق بجزء ضربت وفق إحداهما في كامل الأخرى، كابنتين وابن، أقرّ الابن بابن، وكذبه الابنتان، ففريضة الإنكار من أربعة وفريضة الإقرار من ستة، وبينهما توافق بالأنصاف، فتضرب اثنين في ستة أو ثلاثة في أربعة يحصل اثنا عشر فاقسمها على الإنكار، يحصل للابن ستة، ولكلّ بنت ثلاثة، وعلى ورثة الإقرار يخصّه أربعة، ولكلّ بنت سهمان، فقد نقص المقرّ من حصّته اثنان يدفعهما للمقرّ به.

وإن كان بينهما تماثل، كأم وعم وأخت لأب أقرت بشقيقة للميت وأنكرتها الأم؛

ففريضة الإنكار من ستة، للأم اثنان وللأخت ثلاثة، وللعَم الباقي وهو واحد. وكذلك فريضة الإقرار من ستة أيضاً، للشقيقة النصف وللأخت للأب السدس تكملة الثلثين، وللأم السدس واحد، وللعَم ما بقي وهو واحد؛ فقد نقصت حصّة الأخت للأب سهمين تدفعهما للشقيقة المقرّ بها.

وهذا كله إذا اتحد المقرّ والمقرّ به، أي بأن كان المقرّ واحداً والمقرّ به واحداً. فإن تعدّد المقرّ والمقرّ به، وذلك كما إذا ترك الميت ابنه وابنته، فأقرّ الابن ببنته وكذّبت أخته، وأقرّت البنت بابن وكذّبتها أخوها، وكان كلّ من المستلحقين منكر للآخر، ففريضة الإنكار من الجانبين من ثلاثة، للابن سهمان وللبنات سهم، وفريضة إقرار الابن من أربعة، للابن اثنان ولكلّ بنت سهم؛ وفريضة إقرار البنت من خمسة؛ لكلّ ابن سهمان وللبنات سهم.

والفرائض الثلاثة متباينة، فتضرب فريضة إقراره وهي أربعة في فريضة إقرارها وهي خمسة بعشرين؛ ثم تضرب العشرين في فريضة الإنكار بستين؛ ثم تقسمها على الإنكار، يخصّ الابن أربعون، والبنت عشرون؛ ثم تقسمها أيضاً على فريضة إقرار الابن، يخصّ الابن ثلاثون، ولكلّ بنت خمس عشرة؛ فقد نقصه الإقرار عشرة يدفعها للبنات المقرّ بها، تقسمها أيضاً على فريضة إقرارها، يخصّ الابن أربعة وعشرون، ويخصّ البنت اثنا عشر، فقد نقصها الإقرار ثمانية يدفعها للمقرّ به.

تتمة:

إذا كان إقرار أحد الورثة بوارث مع إنكار بقية الورثة يؤثر في نقصان حصّته يدفعه للمقرّ به، فكذلك فإنّ إقراره قد يسقط نصيبه بالكلية وذلك لأن إقرار الوارث بوارث آخر على أربعة أقسام:

أحدها: أن يؤثر في نصيب المقرّ بإسقاطه، وذلك بأن يقرّ بوارث يحجبه مثل أن يترك الميت أخوين، فيقرّ أحدهما بابن للميت؛ فإنّ الأخ المقرّ يدفع للابن جميع ما بيده.

الثاني: أن يؤثر في نصيبه بنقص. وهذا كما تقدم تقريره.

الثالث: أن يؤثر في نصيبه بزيادة، كما لو تركت المرأة زوجاً وأخوين لأم وأخاً لأب، فأقرّ الأخ للأب ببنت؛ فميراث الأخ المقرّ على الإنكار السدس، وميراثه على الإقرار الربع. فقد بان أن إقرار الأخ أثر في نصيبه الزيادة، فلا يلتفت إليه، لأنّه دعوى ولا تسمع منه إلا بإقامة البيّنة أو بإقرار الورثة بذلك.

الرابع: أن لا يؤثر إقرار أحد الورثة في سهامه نقصاً ولا زيادة ولا إسقاطاً، فهذا أيضاً لا يلتفت إليه، مثاله: أن يترك الميت زوجة وابناً، فتقرّ الزوجة بابن آخر للميت، وينكره الابن؛ فلا شيء على الزوجة، لأنّ فرضها الثمن مع ابن ومع ابنين. هذا هو المشهور في المذهب.

إقرار أحد الورثة بدين:

إذا أقر أحد الورثة بدين على الميت، فإن حكمه أنه يثبت ويؤخذ من التركة بشهادة الوارث أو امرأتين من الورثة مع اليمين، فلو نكل أو كان المقر غير عدل، فإن كان الدين مثل التركة فأكثر أخذ المقر له بالدين جميع ما بيد المقر باتفاق؛ وإن كان أقل من التركة، كما لو كان الدين عشرة والتركة خمسة وأربعون، فعلى قول ابن القاسم يؤخذ من المقر ثلاثة وثلاث من العشرة حيث كان الوارث ثلاثة أولاد أقر أحدهم. وقال أشهب: بل يأخذ جميع العشرة من المقر. قال بعضهم: سبب الخلاف هل ما بيد المنكر كالقائم الأجنبي أو كالتالف.

موانع الميراث

1 - القتل العمد:

لا يرث القاتل عمداً عدواناً لمورثه، ولو كان القاتل صبياً أو مجنوناً، وسواء كان متسبباً أم مباشراً، ولو أتى بشبهة تدرأ عنه القتل، كرمي الوالد ولده بحديدة شأنها عدم القتل.

ولا يضرّ حكم القاضي بقتل مورثه، فإنه ليس مانعاً له من الإرث، لأن المانع شرطه أن يكون عدواناً، وهذا وإن كان عمداً إلا أنه غير عدوان.

ولا يرث القاتل من المقتول لا من المال ولا من الدية وإن عفى عنه. ودليل منع توريث القاتل العمد⁽¹⁾.

أ - عن عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل ميراث»⁽²⁾ وعن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء»⁽³⁾.

ب - الإجماع.

ج - العمل بالمصلحة، لأن القاتل استعجل غرضه قبل أوانه فعوقب بحرمانه، وذلك لئلا يتذرع الناس بالمواريث إلى القتل.

وهذه الأدلة مخصصة لعموم آيات المواريث.

والقاتل المخطئ لا يرث من الدية ويرث من مال المقتول. ودليل توريثه من المال⁽⁴⁾:

(1) المعونة 3/1651؛ والذخيرة 13/17؛ وأحكام القرطبي 5/59؛ وبداية المجتهد 2/394؛ ومفتاح الوصول ص 114.

(2) أخرجه ابن ماجه في الديات، باب القاتل لا يرث.

(3) البيهقي في الفرائض، باب لا يرث القاتل.

(4) الإشراف 2/1021؛ والذخيرة 13/20؛ وأحكام القرطبي 5/59.

أ - دخوله في عموم أدلة الموارث .

ب - عن محمد بن سعد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبد الله بن عمرو أنّ رسول الله ﷺ قام يوم فتح مكة فقال: «المرأة ترث من دية زوجها وماله وهو يرث من ديتها ومالها ما لم يقتل أحدهما صاحبه، فإذا قتل أحدهما صاحبه عمداً لم يرث من ديته وماله شيئاً، وإن قتل أحدهما صاحبه خطأ ورث من ماله ولم يرث من ديته»⁽¹⁾.
وأما قوله ﷺ في رواية عمر بن الخطاب المتقدمة فإنه مطلق، فيحمل على حديث عمرو بن شعيب المقيّد بالعمد.

ودليل منع توريثه من الدية⁽²⁾:

أ - الحديث المتقدم عن عمرو بن شعيب .

ب - أنّ الدية واجبة عليه بجنائته، وإنما تحملها عنه العاقلة تخفيفاً. ولا يجوز أن يجني جنابة يستحق بها مالاً، لأنّ الجنابة إن لم يلزمه بها شيء فلا أقلّ من أن لا يفيد استجلاب مال.

ومن الخطأ قتل المسلم المسلم على أنه حربي، وحلف على اعتقاده أنه حربي، فتبين أنه مورثه.

ويلحق بالخطأ ما لو كان المورث يريد قتل الوارث، ولا يندفع إلا بالقتل. فإن كان لا يندفع إلا بالقتل وقتله فإنه لا دية له أصلاً كما في دفع الصائل، فلا وجه لإلحاقه بالخطأ.

2 - اختلاف الدين :

فلا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم. ودليل منع توريث الكافر من المسلم⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141].

ب - عن أنس أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم»⁽⁴⁾.

ج - عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يتوارث أهل ملّتين»⁽⁵⁾.

(1) أخرجه ابن ماجه في الفرائض، باب ميراث القاتل.

(2) الإشراف 1021/2.

(3) الإشراف 1026/2؛ والمعونة 1650/3؛ والمنتقى 250/6 وأحكام ابن العربي 352/1؛ وأحكام القرطبي 59/5؛ والمعلم 333/2؛ وبداية المجتهد 385/2.

(4) أخرجه مالك في الفرائض، باب ميراث أهل الملل؛ والبخاري في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر؛ ومسلم في الفرائض.

(5) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر؛ والترمذي في الفرائض، باب لا يتوارث أهل ملّتين.

د - الإجماع المنعقد على منع توريث الكافر من المسلم .
 ودليل منع توريث المسلم من الكافر⁽¹⁾ :
 أ - الحديثان المتقدمان .

ب - عن أسامة بن زيد قال : قلت : يا رسول الله أين تنزل غداً؟ قال : «وهل ترك لنا عقيل منزلاً؟»⁽²⁾ .

وقد روى مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين أنه أخبره إنما ورث أبا طالب عقيل وطالب، ولم يرثه علي رضي الله عنه⁽³⁾ . أي أنهما انفردا بميراثه دون علي وجعفر، وذلك أن علياً وجعفرأ تقدم إسلامهما قبل موت أبي طالب، وبقي طالب وعقيل على ملتتهما فانفردا بميراثه، وإنما أسلما عام الفتح، ولذلك لم يكن لعلي ولا لجعفر ولا لأحد من عقبهما حظ في الشعب الذي كان لأبي طالب لذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم ما قال⁽⁴⁾ .

ج - الإجماع المنعقد في عصر التابعين بعد الخلاف الواقع في عصر الصحابة والتابعين .

د - القياس على منع توريث الكافر من المسلم بعلّة اختلاف الدينين .

وأما ما روي في الاحتجاج بتوريث المسلم من الكافر ما ذكر أن أخوين اختصما إلى يحيى بن يعمر، مسلماً ويهودياً، في ميراث أخ لهما يهودي، فوّرث المسلم . وذكر أن معاذ بن جبل قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «الإسلام يزيد ولا ينقص»⁽⁵⁾ وأيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم : «الإسلام يعلو ولا يعلى»⁽⁶⁾ فقد قال الإمام المازري في ذلك : «وهذا لا حجة فيه لأن المراد به فضل الإسلام على غيره، ولم يصرّح في هذا بإثبات التوريث، ولا يصح أن يرذ النص في قوله صلى الله عليه وسلم : «لا يرث المسلم الكافر» بمثل هذه الاحتمالات⁽⁷⁾ .
 وبهذه الأدلة تكون آيات الموارث مخصصة⁽⁸⁾ .

والمرتد إذا مات أو قتل على رذته فما له فيء للمسلمين، فلا يرث ولا يورث، والدليل هو عموم الأحاديث المتقدمة⁽⁹⁾ .

(1) المعونة 3/1650 والمنتقى 6/250؛ والقبس 3/1032.

(2) أخرجه البخاري في المغازي، باب أين ركز النبي صلى الله عليه وسلم الراية يوم الفتح؛ ومسلم في الحج، باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها.

(3) الموطأ 2/519 في الفرائض، باب ميراث أهل الملل.

(4) المنتقى 6/250؛ والقبس 3/1032.

(5) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر.

(6) أخرجه الدارقطني في النكاح.

(7) المعلم 2/334.

(8) القبس 3/1032؛ وأحكام ابن العربي 1/352؛ وأحكام القرطبي 5/59.

(9) بداية المجتهد 2/386.

ويستثنى الزنديق فإنه إذا قتل فميراثه لورثته المسلمين، وذلك إذا أنكر ما شهدت به البيئة أو تاب بعد الاطلاع عليه. ووجه ذلك لأنه يقتل حداً⁽¹⁾.

واختلاف الدين باليهودية والنصرانية يمنع التوارث، لأن اليهودية ملة والنصرانية ملة.

وغير اليهودية والنصرانية ملة واحدة، فيرث بعضهم بعضاً لأنهم لا كتاب لهم، ودليل منع التورث بين أهل الملل⁽²⁾ حديث جابر المتقدم.

والدليل على أن الأديان غير الإسلام ملل مختلفة:

- قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِغِينَ وَالنَّصْرِيَّةَ وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ [الحج: 17].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل أهل الأديان المخالفة للإسلام مللاً⁽³⁾.

وإذا ترفع أهل الكفر جميعهم إلينا راضين بحكمنا فيجب الحكم بينهم بحكم الإسلام. فإن لم يترافعوا إلينا، فلا نتعرض لهم إلا أن يسلم بعضهم بعد موت مورثه، وإلا فيحكم بينهم بحكم الإسلام من غير اعتبار لغير الراضين منهم، لشرف المسلم. هذا إذا لم يكونوا كتابيين. فإن كانوا كتابيين وأسلم بعضهم بعد موت مورثه فنحكم بينهم بحكم مواريتهم، بأن نسأل القسيسين عمن يرث وعمن لا يرث، وعن القدر الذي يورث عندهم، ويحكم بينهم بذلك، إلا أن يرضوا جميعاً بحكمنا، وإلا حكمنا بينهم بشرعنا.

إذا أسلم الوارث بعد موت مورثه المسلم أو الكافر وقبل قسمة الميراث فالجمهور على أنه يعتبر في ذلك وقت الموت. وعلى ذلك فإنه لا يرث إن كان مورثه مسلماً ويرث إن كان مورثه كافراً⁽⁴⁾. ودليل عدم التورث إذا أسلم بعد موت مورثه أن كل من لم يكن وارثاً حال الموت لوجود معنى، فزوال المانع بعد الموت لا يجعله وارثاً، أصله بعد القسمة⁽⁵⁾.

3 - جهل تأخر موت الوارث عن موت المورث.

إن الجهل بتأخر الموت مانع من الإرث، لأن شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث فيكون موجب عدم الإرث هو الشك في الشرط، لأن الموارث لا تجب بالشكوك، والدليل⁽⁶⁾:

- إجماع الصحابة والتابعين. فقد توفيت أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب، وهي

(1) المنتقى 250/6.

(2) المعلم 334/2؛ وبداية المجتهد 387/2؛ والذخيرة 21/13.

(3) الذخيرة 22/13. (4) بداية المجتهد 394/2.

(5) الإشراف 1022/2؛ والمعونة 1654/4. (6) المنتقى 253/6.

زوج عمر بن الخطاب، وابنها زيد في وقت واحد، فلم يدر أيهما مات أولاً، فلم يرث أحدهما من الآخر، وكذلك لم يتوارث من قتل يوم صفين ويوم الجمل ويوم الحرّة ويوم قديد.

فإذا مات قوم من الأقارب تحت هدم أو في حرق، فيقدر أن كل واحد كأنه لم يخلف صاحبه، وإنما خلف الأحياء من ورثته، فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم مثلاً، وجهل موت السابق منهم، وترك الزوج زوجة أخرى، وتركت الزوجة ابناً لها من غير زوجها الميت معها؛ فللزوجة الربع وما بقي للعاصب، ومال الزوجة لابنها الحي، وسدس مال البنين لأخيهم لأقربهم، وباقيه للعاصب.

ويشمل الجهل ما إذا ماتا مرتبين ولم يعلم السابق. ولا يدخل هنا ما إذا مات أخوان مثلاً. أحدهما عند الزوال بالمغرب والآخر عند الزوال بالمشرق، فلا يقال ماتا معاً في وقت، فلا يتوارثان، لأنّ زوال المشرق مقدّم. فالوارث من مات عند الزوال بالمغرب، لتأخر حياته جزماً.

4 - وقوع التلاعن بين الزوجين.

إذا حصل اللعان من الزوجين على الترتيب الشرعي لم يرث أحدهما الآخر، لأنه بتمام اللعان بينهما تقع الفرقة ويبطل الميراث⁽¹⁾.
وإذا التعن أحدهما فقط توارثا.

ولا توارث بين الزوج وبين ولده الذي لاعن فيه، سواء التعنّت الزوجة أم لا؛ لأنّ باللعان ينتفي الولد عن الملاعن⁽²⁾ كما تقدم في اللعان، وأمّا أمّه فترثه على كل حال. ودليل توريث أمّه منه⁽³⁾:

أ - دخوله في عموم توريث الأم الوارد في آيات الميراث، لأنّ كلّ أم لها السدس أو الثلث، وهذه أمّ فلها ذلك⁽⁴⁾.

ب - أنّ اللعان لا يبطل نسبه من جهة أمّه⁽⁵⁾.

ويدخل مع الأم إخوته، فإنهم يرثونه معها، للأدلة المذكورة في الأم⁽⁶⁾.
وإذا كان ولد الملاعنة مورثاً فإنه كذلك وارث لأمّه وإخوته للأدلة المذكورة⁽⁷⁾.
وحكم ولد الزنا كحكم ولد الملاعنة، لأنه بمنزلته⁽⁸⁾.

واللعان المذكور مانع من سبب الميراث الذي هو الزوجية، فعدم الإرث فيه لانتفاء

(1) المنتقى 6/255.

(2) المنتقى 4/83.

(3) المنتقى 6/83.

(4) بداية المجتهد 2/388.

(5) المنتقى 6/83.

(6) المنتقى 6/83.

(7) كشف المغطى ص244.

(8) المعونة 3/1655؛ وكشف المغطى 244.

السبب لا لوجود المانع، إذ المانع بجامع السبب ولا سبب هنا. وأما بين الزوج وولده فمانع للحكم، لأنه لو استلحقه ورث. أو يقال هو مانع للسبب بشرط عدم الاستلحاق. واعلم أن توأمي الملاعنة من الحمل الذي لاعنت فيه شقيقان على المشهور، أي يتوارثان باعتبارهما إخوة لأب وأم، لأن الفراش لهما معروف، ولو استلحقهما الأب للحق به. والدليل هو الاستحسان. والقياس يقتضي أنهما لا يتوارثان إلا من قبل الأم، لأن نسبهما من الأب منقطع⁽¹⁾.

وأما توأما الزانية والمغتصبة فأخوان لأم على المشهور أيضاً. ودليل توريث توأمي الزانية باعتبارهما إخوة لأم فقط؛ أن ولد الزنا نسبه من أبيه منقطع وإن عرف أنه أبوه بما ثبت من قول النبي ﷺ: «الولد للفراش» أي ينسب للفراش وولد الزنا لا فراش له⁽²⁾.

ويقاس توريث توأمي المغتصبة على توأمي الزانية فإنهما لا يتوارثان إلا من قبل الأم، لأن نسبهما من الأب منقطع، إذ لا فراش لهما. ولو استلحقهما الغاصب لم يلحقا به⁽³⁾.

وذهب ابن تافع إلى أن الأتوام كلهم كيف ما كانوا يتوارثون من قبل الأب والأم؛ لأن ولد الزنا عنده وعند من قال بقوله إنما لم يورث من أبيه من أجل أنه لا يعرف أنه أبوه، إذ لا فراش له، وأنه لو عرف لورثه، ولو استلحقه لحق به بدليل الإجماع على أنه يرث أمه وترثه⁽⁴⁾.

وإذا ورثت الملاعنة ولدها فإن ما فضل لا يكون لها ولا لعصبتها والدليل⁽⁵⁾:

أ - ما تقدم من توريثها وتوريث إخوته للأم منه.

ب - القياس على الإخوة للأم؛ لأن الأم لها رحم محض، فلا تكون عصبية بالنسب على وجه كالإخوة للأم.

ج - القياس على غير الملاعنة، لأن عصبتها أخوال، فلا تعصيب فيهم. ويذهب الفاضل لبيت المال.

وما روي من أن النبي ﷺ جعل ميراث ولد الملاعنة لأمه ولورثته فيما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: جعل رسول الله ﷺ ميراث ولد الملاعنة لأمه وإخوته من أمه⁽⁶⁾. وما رواه وائلة بن الأسقع عن النبي ﷺ أنه قال: «المرأة تحرز ثلاثة مواريث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت فيه»⁽⁷⁾.

(1) البيان والتحصيل 405/6، والذخيرة 18/13. (2) البيان والتحصيل 406/6.

(3) البيان والتحصيل 405/6، 406. (4) البيان والتحصيل 406/6.

(5) المنتقى 255/6، والإشراف 388/2.

(6) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ميراث ولد الملاعنة.

(7) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ميراث ولد الملاعنة؛ والترمذي في الفرائض، باب ما يرث النساء من الولاء.

فقد قال ابن رشد الحفيد فيها: هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خصّصت عموم الكتاب، والجمهور على أنّ السنة يخص بها الكتاب. ولعل الفريق القائل بغير هذا لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم، وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان، وهو مشهور في الصدر الأول، واشتهاره دليل على صحة هذه الآثار. فإن هذا ليس يستنبط بالقياس والله أعلم⁽¹⁾.

وقف قسم التركة:

يوقف قسم التركة في مسألتين:

الأولى: بسبب احتمال الذكورة والأنوثة، واحتمال الحياة والموت وهي مسألة الحمل.

الثانية: بسبب احتمال الحياة والموت، وهي مسألة المفقود.

مسألة الحمل: ودليل استحقاق الجنين الميراث قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ ووجه الاستدلال أنّ كلمة «أولادكم» عامّة في كل ولد، كان موجوداً أو جينياً في بطن أمه⁽²⁾.

وتوقف التركة فلا تقسم إذا كان في الورثة حمل. وذلك للشك فيه هل يوجد من الحمل وارث أو لا. وعلى وجوده هل هو واحد أو متعدد، وهل هو ذكر أو أنثى. ولا يرث المولود ولا يورث إلا باستقرار حياته بعد الولادة، وتعلم حياته باستهلاله صارخاً. فإن لم يستهل ولم يطل مكثه لم يعلم أنه كان حياً، ولا اعتبار بحركته ولا بعطاسه، لأنّ المذبوح يتحرك ولا يدل ذلك على حياته⁽³⁾ ودليل كون الاستهلال تعلم به الحياة ويقع به التوريث لو مات المولود بعده⁽⁴⁾:

أ - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «ما من مولود يولد إلا نخسه الشيطان فيستهل صارخاً من نخسة الشيطان إلا ابن مريم وأمّه»⁽⁵⁾.

ب - عن جابر عن النبي ﷺ قال: «الطفل لا يصلّي عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل»⁽⁶⁾.

ج - الإجماع.

(2) أحكام القرطبي 5/61.

(1) بداية المجتهد 2/389.

(3) الإشراف 2/1022؛ والقوانين الفقهية 400؛ والذخيرة 13/16؛ وأحكام القرطبي 5/65؛ والمعونة 3/1054.

(4) أحكام القرطبي 5/65.

(5) أخرجه مسلم في الفضائل، باب فضائل عيسى ﷺ، والبخاري في التفسير.

(6) أخرجه الترمذي في الجنائز، باب ترك الصلاة على الجنين حتى يستهل؛ وابن ماجه في الفرائض.

فإذا وضع الحمل قسمت التركة. واليأس من حملها كالوضع، بمضي أقصى أمد الحمل.

فإذا مات الرجل وترك ورثة وزوجة حاملاً، أو زوجة أخيه أو ابنه أو أمه المتزوجة بغير أبيه، حاملاً، فالمشهور أنّ القسم يوقف إلى وضع ذلك الحمل أو اليأس منه بمضي أقصى أمد الحمل، ولا يعجل القسم في المحقق لقصر مدة الحمل غالباً فيظنّ فيها عدم تغير التركة، وهو مذهب ابن القاسم. وقال أشهب: يعجل من المحقق من الأسهم وهو الأدنى، وهو القدر الذي لا شك فيه، فتعطي الزوجة أقل سهمها، وهو قول أبي حنيفة، والمعتمد عند الشافعية تعجيل القسم والبناء على اليقين والأقل. فمن مات وترك زوجة حاملاً وأخاً لغير أم، فلا يعطى شيئاً قبل الوضع إجماعاً. فلو خلف زوجة حاملاً وابناً فلا تعطى الزوجة شيئاً قبل الوضع على المشهور في مذهب مالك، وتعطى الثمن عند الأئمة الثلاثة وقال به أشهب.

وقد رُدّ هذا القول لأنه يحتمل تلف التركة قبل الوضع فتأخذ الزوجة دون غيرها وهو ظلم، ولا يمكن الرجوع عليها بما أخذته، لأنها تقول أخذته بوجه جائز.

مسألة المفقود: يوقف مال المفقود عن القسم بين الورثة إلى أن يحكم الحاكم بموته، وقيل: لا يتوقف على الحكم بل متى مضت المدة سبعون أو ثمانون سنة على الخلاف المتقدم في باب المفقود. فيقسم المال من غير حكم. نعم إن مضى مائة وعشرون سنة لم يحتج لحكم اتفاقاً لأنه كثبوتة بالبينة.

وهذا في المفقود في بلاد الإسلام أو الشرك. أما مفقود معركة المسلمين فإن لم يوجد بعد انقضاء المعركة فيحكم بموته ويقسم ماله.

فإن كان في معركة بين المسلمين والكفار، فبعد مضي سنة بعد انفصال الصفيين.

هذا إذا كان المفقود موروثاً، فإن كان وارثاً بأن مات مورثه، فلا يرث المفقود شيئاً، ولكن يقدر حياً مرة، ويقدر ميتاً مرة أخرى، ويعطى غير المفقود أقل نصيبه ويوقف المشكوك فيه. فإن ثبتت حياته أو موته فالأمر واضح، وإن لم يثبت ذلك بأن مضت مدة التعمير السابقة فيرثه أحياء ورثته غير المفقود. فإن ماتت امرأة عن زوجها وأمتها وأختها لغير أم وعن أب مفقود؛ فبتقدير حياة الأب حين موت المرأة تكون المسألة من ستة، وهي إحدى الغراوين، للزوج ثلاثة وللأم ثلث الباقي، والباقي للأب. وبتقدير موته قبل موت المرأة، فكذلك من ستة، وتعول لثمانية، للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، والثمانية توافق الستة فيضرب نصف إحداهما في كامل الأخرى بأربعة وعشرين، فمن له شيء من الستة فيأخذه مضروباً في الأربعة، أو من ثمانية ففي ثلاثة، للزوج تسعة هي أقل نصيبه، لأنها المحققة له على كلا الاحتمالين، وللأم أربعة على تقدير حياته، ويوقف الباقي هو أحد عشر. فإن ظهر أنه حي فللزوج ثلاثة مضافة،

للتسعة يكمل له النصف، وللأب ثمانية. وأما الأم فمعها حقها، وإن ظهر موته أو مضت مدة التعمير أخذت الأخت تسعة من الموقوف، ويزاد للأم اثنان من الموقوف على الأربعة.

حكم الأسير:

الأسير المعلوم حياته فميراثه ثابت، لأنه داخل في جملة المسلمين الذين أحكام الإسلام جارية عليهم⁽¹⁾، وإذا انقطع خبره فحكمه حكم المفقود⁽²⁾.

ميراث الخنثى المشكل:

جمع الخنثى خنثى، كحبالى وسكارى، وخنثا كإناث، ويقال للرجل المتشبه بالنساء متخنث ومخنث، ويصيح عود الضمير عليه مذكراً ومؤنثاً. ودليل توريث الخنثى قوله تعالى: ﴿فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ وهو عموم يتناول الخنثى⁽³⁾.

ويأخذ الخنثى المشكل نصف نصيبى ذكر وأنثى، أي يأخذ نصف نصيبه حال فرضه ذكراً، وحال فرضه أنثى، فإذا كان يعطى على تقديره ذكراً سهمين وعلى تقديره أنثى سهماً، فإنه يعطى سهماً ونصفاً. والدليل على توريثه هكذا، أن أسوأ أحواله أن يكون أنثى، وما زاد عليها فتنازع بينه وبين بقية الورثة، وليس لأحد الفريقين مزية على صاحبه، لأن الإشكال قائم، فوجب أن يقسم بينهما كالتداعي في الخصومة⁽⁴⁾.

وهذا إذا كان يرث بالجهتين، وكان يرث بهما مختلفاً، كابن وابن ابن.

فلو كان يرث بالذكورة فقط كالعم وابنه فله نصفها فقط إذ لو قدر عمه لم يرث.

وإن كان يرث بالأنوثة فقط، كالأخت في الأكدرية أعطي نصف نصيبها، إذ لو قدر ذكراً لم يعمل له. فلو اتحد نصيبه على تقدير ذكوره وأنوثة ككونه أخاً لأم أعطى الأخ للأم السدس إن اتحد، والثالث إن تعدد.

وقد يرث بالأنوثة أكثر، كزوج وأخ لأم وأخ لأب خنثى، فمسألة الذكورة من ستة، والأنوثة كذلك، وتعول لسبعة، والحاصل منهما اثنان وأربعون يضرب في حالته بأربعة وثمانين.

وتصحح المسألة على التقديرين بأن كان في الفريضة خنثى واحد، فله حالان. أو تصحح على التقديرات بأن كان في الفريضة خنثيان لهما أربعة أحوال، وإن كانوا أكثر فلهم أكثر، كما يأتي.

فإذا صححت المسألة على أنه ذكر محقق وعلى أنه أنثى محقق، فانظر بين

(2) الذخيرة 22/13؛ والقوانين الفقهية ص 400.

(4) المعونة 1657/3.

(1) أحكام القرطبي 165/5.

(3) أحكام القرطبي 65/5.

المسألتين من توافق، فتضرب وفق إحداهما في كامل الأخرى؛ كزوج وأخوين لأم، وأخ لغير أم خنثى، فتقدير الذكورة من ستة، وتقدير الأنوثة من ثمانية، لأنها تعول، وبينهما توافق بالنصف فتضرب ثلاثة في ثمانية أو أربعة في ستة يحصل أربعة وعشرون. ثم في حالتي الخنثى يحصل ثمانية وأربعون. ثم تقسم وتجمع وتعطي كل واحد نصف ما بيده.

فمعنى «ثم تقسم» أي على أنه ذكر، وعلى أنه أنثى، فللزوجة على تقدير الذكورة أربعة وعشرون، وللأخوين للأم ستة عشر، وللخنثى ثمانية، وعلى تقدير الأنوثة فللزوجة ثمانية عشر، وللأخوين للأم اثنا عشر، وللخنثى ثمانية عشر.

ومعنى «تجمع» أي فيجتمع للزوج اثنان وأربعون، وللإخوة للأم ثمانية وعشرون، وللخنثى ستة وعشرون.

ومعنى: «وتعطي كل واحد نصف ما بيده» أي فتعطي الزوج أحداً وعشرين وللإخوة للأم أربعة عشر، والخنثى ثلاثة عشر.

وإن تباينت ضربت كامل إحداهما في كامل الأخرى، كذكر واحد وخنثى واحد، فالتذكير من اثنين، والتأنيث من ثلاثة، وبينهما تباين، فتضرب الثلاثة في الاثنين يحصل ستة، ثم تضربها في حالتي الخنثى، يحصل اثنا عشر للخنثى في الذكورة ستة، وللذكر المحقق ستة، وللخنثى في الأنوثة أربعة، وللذكر المحقق ثمانية، فيعطي كل واحد نصف ما حصل بيده. فالذي بيد الخنثى في الحالتين عشرة، فنصفها خمسة يأخذها، والذي بيد الذكر المحقق في الحالتين أربعة عشر فيعطي نصفها وهو سبعة.

وإن تماثلتا اكتفيت بأحدهما، كخنثى وبنت، فإن مسألة الذكورة من ثلاثة، والأنوثة كذلك، إذ البنتان لهما الثلثان، فتضرب ثلاثة في حالتي الخنثى بستة، له في التذكير أربعة، وفي التأنيث اثنان، فالمجموع ستة، يأخذ ثلاثة، والبنت المحققة اثنان في التأنيث، واثنان في التذكير تعطي نصفها اثنين، يبقى واحد للعاصب.

وإن تداخلتا اكتفيت بأكثرهما، كابن خنثى وأخ لأب، ففريضة التذكير من واحد، والتأنيث من اثنين، والواحد داخل فيهما، فتضرب اثنين في حالتي الخنثى بأربعة؛ فعلى ذكوره يختص بها، وعلى أنوثته يأخذ اثنين، ومجموعهما ستة، يعطي نصفها ثلاثة، وللأخ الباقي، وهو واحد، لأن له في التأنيث اثنين نصفهما واحد.

قيام علامة في الخنثى:

إذا قامت بالخنثى علامة الإناث، دل ذلك على أنه أنثى، وعلامات الإناث ما يلي:

- بوله من فرجه دون ذكره.

- أو كون بوله من فرجه أكثر خروجاً من الذكر، كبوله مرتين من الفرج ومرة من الذكر، ولو كان الذي نزل من الذكر أكثر كيلاً أو وزناً، أو كون بوله في الفرج أسبق حيث كان يبول منهما، فإن اندفع منهما معاً اعتبر الأكثر كيلاً أو وزناً.

- أو ظهور ثدي له كثدي النساء، لا كثدي رجل بدين، فإن نبت له ثدي مع لحية أو لم ينبتا فباقي على إشكاله.
 - أو حصول حيض ولو مرّة.
 - أو خروج مني من الفرج.
 وإذا قامت به علامة الرجال دلّ ذلك على أنه رجل وزال الإشكال وعلامات الرجال ما يلي:

- بوله من ذكره.
 - أو كون بوله من ذكره أكثر من فرجه أو أسبق.
 - أو نبات لحية له دون ثدي.
 - أو خروج مني من الذكر.
 والظاهر تقديم مني الرجل على الثدي، وإلغاء متعارضين غير ذلك كالكثرة والسبق واللحية والثدي.
 ونبات اللحية بعد الحكم بالثدي لغو، وكذا عكسه.

تم الجزء الرابع والحمد لله أولاً وأخيراً على توفيقه



المصادر والمراجع^(١)

- إحكام الفصول في أحكام الأصول: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1407 - 1986.
- أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- أحكام القرآن: عبد المنعم بن الفرس، مخطوط بالمكتبة الوطنية رقم 6395، 6396، بتونس.
- الإشراف على مسائل الخلاف: عبد الوهاب البغدادي، مطبعة الإرادة، تونس.
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: محمد الأمين الشنقيطي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- أقرب المسالك إلى فقه الإمام مالك: أحمد الدردير، دار المعرفة، بيروت 1398هـ - 1978م.
- إكمال إكمال المعلم: أبو عبد الله محمد بن خلفه الأبي، مطبعة السعادة، مصر.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن رشد (الحفيد) مكتبة الكلية الأزهرية، مصر 1982م.
- البديع على التفريع: عبد الله السرمسامي، مخطوط بالمكتبة الوطنية رقم 6213، بتونس.
- بلغة السالك لأقرب المسالك. (حاشية على أقرب المسالك): أحمد الصاوي، دار المعرفة، بيروت 1398هـ - 1978.
- البيان والتحصيل: محمد بن رشد (الجد). دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، (بهامش مواهب الجليل): أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري المواق، دار الفكر 1978م 1398هـ.
- التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس 1984.
- تفسير سورتي الفاتحة والبقرة: أبو عبد الله بن عرفة، مركز البحوث بالكلية الزيتونية، تونس 1986.
- تقييد التهذيب: أبو الحسن الصغير، مخطوط بالمكتبة الوطنية، مجلد 2 رقم 6980.
- تهذيب الفروق. (على هامش الفروق للقرافي): محمد علي بن حسين، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتاب العربي، القاهرة 1967م.
- حاشية الشرح الصغير. (بلغة السالك).
- حاشية على الشرح الكبير: محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر.
- الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان 1994م.

(1) لم أذكر هنا مصادر السنة التي اعتمدها لتخريج الأحاديث النبوية الشريفة.

- شرح ابن عبد السلام الهواري: على مختصر ابن الحاجب، مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 15165.
- شرح على التفريع: قاسم بن عيسى بن ناجي، مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 5808.
- الشرح الكبير على متن خليل: أحمد بن محمد الدردير، دار الفكر للطباعة والنشر.
- شرح الموطأ: محمد الزرقاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان 1978م.
- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990.
- عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي: أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، دار الكتاب العربي.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري: بدر الدين محمود العيني، دار الفكر.
- فتاوى الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الأندلسي الشاطبي، مطبعة الكواكب تونس 1985.
- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان 1992م.
- كشف المغطى من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ: محمد الطاهر بن عاشور، الشركة التونسية للتوزيع، تونس 1975م.
- لباب اللباب: أبو عبد الله محمد بن عبد الله راشد القفصي، المطبعة التونسية 1346هـ.
- مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، دار اليمامة للطباعة والنشر دمشق 1407هـ - 1987م.
- مختصر الفقه: خليل بن إسحاق (بشرح الدردير)، دار الفكر.
- المدونة الكبرى: سحنون بن سعيد التنوخي، دار الفكر، بيروت، لبنان 1406هـ - 1986م.
- مذاهب الحكام في نوازل الأحكام: القاضي عياض اليعصبى وولده، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان 1990م.
- المعجم الوسيط: مجموعة من المؤلفين، دار أمواج للطباعة والنشر، بيروت، لبنان 1407هـ - 1987م.
- المعلم بفوائد مسلم: أبو عبد الله محمد المازري، الدار التونسية للنشر، تونس.
- المعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- المعيار المعرب: أبو العباس أحمد الونشريسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: أبو عبد الله محمد بن أحمد التلمساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1417هـ - 1996م.
- المقدمات الممهّدة: محمد بن أحمد بن رشد (الجدّ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان 1408هـ - 1988م.
- المقدمة في الأصول: أبو الحسن علي بن عمر بن القصار، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان 1966.
- المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1403هـ - 1983م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، لبنان 1409هـ - 1989م.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: أبو عبد الله محمد المغربي الحطاب، دار الفكر، 1398هـ - 1978م.

الفهرس

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
43	الطلاق الفضولي		الخلع
44	طلاق الهازل	5	تعريف الخلع لغة
44	طلاق الغائب	5	تعريف الخلع شرعاً
44	الركن الثاني: قصد النطق	6	حكم الخلع
44	سبق اللسان بالطلاق	9	حكمة المشروعية
45	تلقين الأعجمي لفظ الطلاق	9	أنواع الخلع
45	الهديان بلفظ الطلاق	11	أثر الخلع
45	الإكراه على الطلاق	12	لوازم البينونة
47	الإكراه الذي لا حنث به في صفة البر ..	13	عدم لحوق المختلعة الطلاق
48	الركن الثالث: المحل	13	أركان الخلع
	الطلاق المعلق على عصمة يقدر		استرجاع الزوجة العوض إذا كان الخلع
48	حصولها في المستقبل	22	لضرر من الزوج
51	مسائل لا يلزم فيها يمين التعليق		استرجاع الزوجة العوض إذا لم يصادف
	متى يكون الحالف في التعليق مالكاً	22	الخلع محلاً
51	للعصمة	23	التنازع بين الزوجين في الخلع
53	الركن الرابع: اللفظ الدال على فك العصمة		الطلاق
53	اللفظ الصريح	24	تعريف الطلاق
54	ما يلزم بالصريح	24	حكم الطلاق
54	الكناية الظاهرة وما يلزم فيها	26	أقسام الطلاق
60	مراعاة البساط والقرائن	26	الطلاق السني
60	وجوب مراعاة العرف	29	الطلاق البدعي
61	الكناية الخفية	36	طلاق الثلاث في غير المدخول بها
61	إذا قصد التلفظ بالطلاق فتلفظ بغيره ...		ما يترتب على الطلاق في الحيض
	رأي ابن عبد البر والقريطي في	36	والنفاس
62	الكنائيات	42	أركان الطلاق
62	رأي ابن العربي	42	الركن الأول: الموقع

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
87	حكم الرجعة	62	الطلاق بما يقوم مقام اللفظ
89	عدد الطلاق الرجعي	65	ألفاظ لا يقع بها طلاق
90	شرط الزوج المرتجع	65	تكرار الطلاق في المجلس
91	شروط المرتجعة	65	تجزئة الطلقة
92	طلاق الحاكم الذي فيه رجعة	66	طلاق جزء المرأة
92	ما تقع به الرجعة	66	الاستثناء في عدد الطلاق
94	رجوع المطلقة لزوجها يكون على ما بقي من الطلاق	67	الطلاق المعلق على مقدر حصوله في المستقبل
95	شروط صحة الرجعة	71	ما لا حنث فيه
96	شروط صحة ادعاء الزوج الرجعة بعد انقضاء العدة	71	منع الحالف بالطلاق من زوجته من الحنث
97	تصديق المعتدة في انتهاء العدة	73	تعليق الطلاق على الطلاق
98	تكذيب المعتدة نفسها في انقضاء العدة	73	الحلف بالطلاق على خلاف ما أقر به ..
98	عدم علم الزوجة بالرجعة حتى تزوجت ...	73	ما يؤمر فيه المطلق بالحنث من غير قضاء ..
99	النفقة والكسوة والسكنى للرجعية	74	الشك في الأيمان والشك في الطلاق ..
99	ما يلحق الرجعية من الطلاق ونحوه	74	الشك في المطلقة من النساء
99	التوارث في الطلاق الرجعي	74	الحلف على شخص بالطلاق
100	الاستمتاع بالرجعية والخلوة بها والأكل معها	75	تعليق الطلاق على شرطين
100	ادعاء المطلقة (بعد سنة) عدم انقضاء العدة وكان زوجها قد مات	75	علم المطلقة بينوتها وليس لها بينة
101	الإشهاد على الرجعة	76	تنازع الزوجين في عدد الطلاق
102	متاع المطلقة وحكمها	76	التنازع في الطلاق المانع من الميراث ..
104	حكم المتعة	77	تفويض الزوج الطلاق لغيره
106	من لا تستحق المتعة	82	الأحكام المتعلقة بأنواع التفويض
	الإيلاء	82	تقييد الزوج في التخيير والتملك
107	تعريف الإيلاء	83	إطلاق الزوج في التخيير والتملك
107	حكم الإقدام على الإيلاء	83	تفويض غير الزوجة
110	شروط الإيلاء	83	ميراث المطلقة في المرض المخوف وميراث زوجها منها
114	انقضاء الإيلاء في الرضا والغضب	84	ميراث المخيرة والمملكة في المرض المخوف
115	الاستثناء بأن شاء الله في الإيلاء	86	
115	ما لا إيلاء فيه		الرجعة
		87	تعريف الرجعة
		87	شرح التعريف الأول

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
153	حكم قذف الزوج زوجته	116	ترك الزوج وطء زوجته بلا يمين
153	حكمة مشروعية اللعان	117	ضرب الأجل وابتدأؤه
154	اللعان يمين وليس شهادة	118	حكمة مشروعية التريص
155	أسباب اللعان	119	تأجيل المظاهر إذا امتنع من الكفارة
159	شروط اللعان لنفي الحمل والولد	119	انحلال يمين الإيلاء
160	ما يتنفي به الحمل أو الولد سوى اللعان		مطالبة الزوجة زوجها بالفيئة إذا لم
162	ما لا يعتمد عليه في اللعان	120	تنحل اليمين
163	استلحاق الولد بعد اللعان	122	امتناع المولي من الفيئة
163	تسمية الزوج الرجل الزاني بزوجه		المولي الذي لا يقدر على الفيئة
164	اللعان مع وجود الشهود	125	لمرض ونحوه
164	شهادة الزوج مع ثلاثة	126	إيقاع الزوج الطلاق بعد الإيلاء
165	شروط اللعان	127	الرجعة في طلاق الإيلاء
168	كيفية اللعان		التوارث إذا وقع الإيلاء في المرض
169	لعان الأخرس	128	المخوف
169	مندوبات اللعان		الظهار
169	مكان اللعان	129	تعريف الظهار
170	رمي الزوج زوجته بما دون الزنا	130	حكم الظهار
170	رمي الزوج زوجته بالزنا غصباً أو شبهة	131	شرح التعريف
171	رمي الزوجة الصغيرة	134	أركان الظهار
171	حكم اللعان أو ما يترتب عليه	138	استمتاع المظاهر بزوجه قبل الكفارة
176	هل يطلب حكم الحاكم بالفرقة	139	سقوط الظهار
	هل يطلب من الملاعن أن يطلق بعد	141	وجوب كفارة الظهار
176	اللعان	142	حكمة مشروعية الكفارة
177	الرجوع للعان بعد النكول	142	سقوط كفارة الظهار
177	استلحاق الملاعن أحد التوأمين	143	تعدد الكفارة
177	إكذاب الملاعن نفسه	144	كفارة الظهار
177	لا كفارة في أيمان اللعان	147	الوطء أثناء الإطعام
178	التوارث بين المتلاعنين في المرض المخوف		اللعان
178	حكم الصداق في اللعان	149	تعريف اللعان
178	متعة الملاعنة	151	دليل مشروعية اللعان
179	نفقة الملاعنة	153	حكم الملاعنة بين الزوجين
179	سكنى الملاعنة	153	موقع اللعان

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
			العدّة
204	إقرار الزوج بطلاق متقدّم زمنه		تعريف العدّة
205	إنفاق المطلقة على نفسها قبل علمها بالطلاق	180	حكم العدّة
	التنازع في زمن وفاة المطلقة المانع من	180	حكمة مشروعية العدّة
205	توريث الزوج	181	أسباب العدّة
	ادعاء الزوجة عدم خروجها من العدّة	181	أنواع العدّة
206	لترث	181	المعتدات
	إنفاق المتوفى عنها على نفسها من مال	181	عدّة الحامل
206	الميت قبل علمها بموته	181	عدّة المطلقة الآيسة والتي لا تحيض
206	إحداد المتوفى عنها زوجها	185	عدّة المطلقة المدخول بها ذات الحيض
207	حكم الإحداد	187	شروط عدّة المطلقة بالأشهر أو الأقران
209	بماذا يكون الإحداد	191	عدّة المطلقة المستحاضة أو التي تأخر
211	بداية إحداد امرأة المفقود		حيضها
211	نفقة المعتدة من طلاق أو وفاة	192	الاستبراء
213	نفقة المرأة إذا أسلمت ولم يسلم زوجها ..	195	حكم الاستبراء
214	سكنى المعتدة من طلاق	195	حكمة مشروعية الاستبراء
218	سكنى المعتدة من وفاة	196	الأسباب الموجبة للاستبراء
222	انتقال المعتدة من محل السكنى لعذر	196	بداية عدّة المطلقة ونهايتها
223	خروج المعتدة في حوائجها	197	أقلّ الحيضة في العدّة والاستبراء
224	سقوط سكنى المعتدة من طلاق أو وفاة ...	198	أقلّ الطهر في العدّة والاستبراء
225	سقوط نفقة الولد	198	ولادة المعتدة بعد العدّة ولخوف الولد
225	سكنى المرتدة ونفقة حملها		بالزوج
225	سكنى المشتبهة	198	ارتباب المعتدة بحسّ بطن
226	عدّة من فقدت زوجها	199	أقلّ مدة الحمل
233	مدة التعمير	199	أقصى أمد الحمل
233	فقد من بلغ مدة التعمير	199	عدّة المتوفى عنها زوجها
233	تداخل العدد والاستبراء	200	عدّة المتوفى عنها غير الحامل في النكاح
235	ما يهدم وضع الحمل		المجمع على فساده
	أحكام الرضاع	203	عدّة الذمّية من زوجها الذمّي في الطلاق
236	تعريف الرضاع		والموت
236	حكم الرضاع	203	بداية العدّة من وقت الطلاق والموت لا
237	شروط الرضاع المحرّم		من وقت السماع
242	خلط اللبن بغيره	204	

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
270	رجوع المنفق على صغير بما أنفق	243	أقل الرضاع المحرم
271	قيام الزوجة بالفسخ عند عسر الزوج	245	المحرّمات من الرضاع
273	إرجاع المطلّق عليه بالعسر زوجته في العدة	246	ما يستثنى من التحريم بالرضاع
273	مطالبة الزوجة زوجها بنفقة مستقبلة عند سفره	247	تحريم زوج المرضعة
273	فرض نفقة الزوجة والأولاد والوالدين في مال الغائب	250	إثبات الرضاع وفسخ النكاح بسببه
274	السبب الثاني: القرابة الخاصة	253	الغيلة
275	نفقة الوالدين	النفقة على الغير	
276	نفقة الأولاد	254	تعريف النفقة
278	سقوط النفقة عن الولد أو الوالد	254	حكم النفقة على الغير
279	إرضاع الأم ولدها	254	أسباب وجوب النفقة على الغير
280	الاختلاف في مدة الرضاع	254	السبب الأول: النكاح
286	حكم استرضاع نساء أهل الكتاب	254	هل يطلب حكم الحاكم لفرض النفقة
287	السبب الثالث: الملك	257	الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة الولد والوالد من أي شيء تكون النفقة
الحضانة		257	ما تقدّر به النفقة
288	تعريف الحضانة	259	تمتع الزوج بشورة زوجته
288	حكم الحضانة	262	ما يجوز للزوج منع زوجته منه وما لا يجوز
288	الأحق بالحضانة عند الطلاق أو موت الزوج	262	سكنى الزوجة مع أقارب الزوج
288	مدة استمرار الحضانة	264	سكنى أحد الزوجين مع الآخر وله ولد
290	رعاية الولي للمحضون وهو عند حاضته ..	264	الزمن الذي تدفع فيه النفقة
291	حقّ الحضانة بعد الأم	264	ادعاء الزوجة عدم النفقة
291	شروط ثبوت الحضانة للحاضن	264	ضمان نفقة الزوجة عند ضياعها
294	رجوع الحضانة لمن سقطت حضانتها	265	ضمان نفقة المحضون
297	تمكين الحاضنة من نفقة المحضون	265	دفع النفقة أثماناً بدل الأعيان
298	سكنى الحاضنة	265	أكل الزوجة مع زوجها وما يترتب عليه من سقوط الأعيان المقررة
298	أجرة الحاضنة	266	سقوط النفقة
الموارث		266	سكنى ونفقة الحامل
300	حكم تعلّمه	268	شروط وجوب نفقة الحمل
301	حكمة مشروعيته	269	عدم سقوط النفقة بمضي زمنها مع اليسر ..
		269	رجوع الزوجة بما أنفقت على زوجها ورجوع الشخص على أجنبي

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
344	الأصول لمسائل الفرائض	301	تعريف علم الموارث
345	مخرج الفرض	301	موضوعه
346	أصول ما لا فرض فيه	301	غاية علم الفرائض
346	العول	301	الحقوق المتعلقة بالتركة
347	الأصول التي يدخلها العول	304	أسباب التوارث
	التداخل والتوافق والتباين والتماثل في	304	الوارثون من الرجال
349	مخارج الفروض	306	الوراثات من النساء
	تصحيح المسائل وكيفية العمل إذا	308	الفروض وأصحابها
351	انكسرت السهام على الرؤوس	323	العصبة
352	المناسخات	324	أقسام العصبة
354	إقرار أحد الورثة بوارث	325	عدد العصبة على الترتيب
356	إقرار أحد الورثة بدين	330	الرد على ذوي السهام وذوي الأرحام
356	موانع الميراث	332	الجمع بين الفرض والتعصيب
356	القتل العمد	332	اجتماع فرضين لشخص واحد
357	اختلاف الدين	333	اجتماع تعصيين لشخص واحد
	جهل تأخر موت الوارث عن موت	333	ميراث الجد مع الإخوة والأخوات
359	المورث	336	معاودة الإخوة الأشقاء الجد بالإخوة لأب ..
360	وقوع التلاعن بين الزوجين	337	انفراد الأخت الشقيقة أو للأب مع الجد ...
362	وقف قسم التركة	338	الحجب
362	مسألة الحمل	338	الورثة الذين لا يحجبون
363	مسألة المفقود	338	الورثة الذين يحجبون
364	حكم الأسير	341	من لا يرث لا يحجب
364	ميراث الخنثى المشكل	342	سقوط العاصب
365	قيام علامة في الخنثى	343	حجب النقص
367	المراجع والمصادر	343	اجتماع جميع الذكور
369	الفهرس	343	اجتماع جميع الإناث
		343	اجتماع الممكن من الذكور والإناث



أخي الكريم

تذكر جهاد غيرك ولا تحرمهم من الدعاء الصالح

الفقه المالكي

وأدلته

أبي حنيفة بن طاهر



مؤسسة المعارف
العلمية

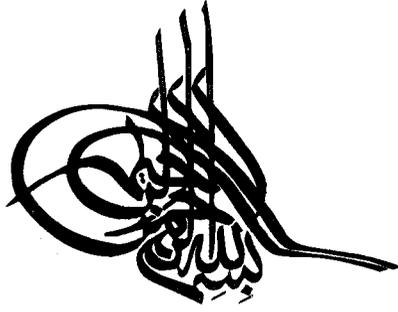
الفقه المالكي

وآثارها

الجيب بن طاهر

الجزء الخامس

البيوع - الربا - بيع العينة - بيع المرابحة - المداخلة - القرض والمقاصة
- الرهن - الفلوس - الحجر - الصلح - الحوالة - الضمان



الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

الجزء الخامس

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس والترجمة محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

1430 هـ - 2009 م

ISBN 978-9953-69-159-6

ISBN 978-9953-69-159-6



9 789953 691596

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراني - ط 2

هاتف وفاكس : 00961-1-653852/00961-1-653857

المكتبة والمسودعات : شارع حمد بناية رحمة

هاتف وفاكس : 00961-1-640878

هاتف جوال : 205669-892210-227724 (-3-00961)

ص . ب 11/1761 - بيروت - لبنان

E-mail: maaref@cyberia.net.lb

WWW.al-maaref.com

البيوع

تعريف البيع لغة:

البيع مصدر باع الشيء، إذا أخرجته عن ملكه أو أدخله فيه، بعوض. فهو من أسماء الأضداد، يطلق على البيع والشراء، كالقرء للظهر والحيض. قال الزناتي: ولغة قريش استعمال باع إذا أخرج، واشترى إذا أدخل، وهي أفصح. واصطلاح عليها العلماء تقريباً للفهم. وأما شرى فيستعمل بمعنى باع، كما في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: 20] أي: باعوه، ففرق بين شرى واشترى.

والمعاوضة عند العرب تختلف بحسب اختلاف ما يضاف إليه؛ فإن كان أحد المعوّضين في مقابلة الرقبة سميّ بيعاً؛ وإن كان في مقابلة منفعة رقبة فإن كانت منفعة بضع سميّ نكاحاً، وإن كانت منفعة غيرها فهو إجارة، وإن كان عيناً بعين فهو بيع النقد وهو الصرف، وإن كان بدين مؤجل فهو السلم⁽¹⁾.

تعريف البيع اصطلاحاً بالمعنى الأعم:

البيع عقد معاوضة على غير منافع.

تعريفه بالمعنى الأخص:

البيع عقد معاوضة على غير منافع، ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معيّن غير العين فيه.

ما يخرج بالتعريف:

فيخرج بقيد «المعاوضة» كلّ عقد ليس فيه معاوضة كالهبة والوصية والقرض والعارية.

والمعاوضة مفاعلة إذ كلّ من البائع والمشتري عوض صاحبه شيئاً بدل المأخوذ

منه.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 3/ 357.

ويخرج بقيد «على غير منافع» النكاح والإجارة.
ويخرج بقيد «ذو مكايسة» هبة الثواب والتولية والشركة والإقالة والأخذ بالشفعة؛
لأن معنى المكايسة المغالبة، وهذه لا مغالبة فيها.

ويخرج بقيد «أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة» الصرف والمراطلة. فالصرف دفع
أحد النقدين من الذهب أو الفضة في مقابلة الآخر. والمراطلة بيع ذهب بذهب، أو
فضة بفضة، بالميزان، بأن يضع ذهب هذا في كفة والآخر في كفة، حتى يعتدلا، فيأخذ
كل واحد ذهب صاحبه.

ويخرج بقيد «معين غير العين فيه» السلم؛ لأن غير المعين في السلم هو المسلم
فيه، ومن شروطه كونه ديناً في الذمة.

والمراد بالمعين ما ليس في الذمة فيشمل الغائب المبيع بالصفة ونحوه، لا
الحاضر.

والمراد بالعين الثمن، وإن لم يكن عيناً.

حكم البيع:

البيع جائز. فقد أباحه الله تعالى لعباده، وأذن لهم فيه إذناً مطلقاً وإباحة عامة،
في غير ما آية من كتابه الكريم. وحكمه من الإباحة معلوم من الدين بالضرورة،
فالاستدلال المذكور على ذلك في الكتب والمجالس إنما هو على طريق التبرك بذكر
الآيات والأحاديث، مع تمرين الطلبة على الاستدلال⁽¹⁾. ومن الأدلة⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 274].

والمراد بالبيع هنا بيع التجارة، لا بيع المحتاج سلعته برأس ماله. ذكر الإمام
القرطبي أن (أل) في البيع للجنس لا للعهد، إذ لم يتقدم بيع مذکور يرجع إليه؛ وهي
في الربا للعهد، وهو ما كانت العرب تفعله، ثم تناول ما حرّمه الرسول ﷺ ونهى عنه
من البيع الذي يدخله الربا، وما في معناه من البيوع المنهي عنها⁽³⁾. وذكر الشيخ ابن
عاشور أن (أل) في كل من البيع والربا لتعريف الجنس، فثبت بها حكم أصليين عظيمين
في معاملات الناس محتاج إليهما فيها: أحدهما يسمى بيعاً والآخر يسمى ربا. أولهما
مباح معتبر كونه حاجياً للأمة، وثانيهما محرّم ألغيت حاجيته لما عارضها من المفسدة
الآتي بيانها. وظاهر تعريف الجنس أن الله أحلّ البيع بجنسه فيشمل التحليل سائر
أفراده، وأنه حرّم الربا بجنسه كذلك. ولما كان معنى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أذن فيه كان

(1) مواهب الجليل، للحطاب: 227/4.

(2) المقدمات: 61/2، ومواهب الجليل: 227/4، والتحرير والتنوير: 84/3.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 356/3، 358.

في قوة قضية موجبة، فلم يقتض استغراق الجنس بالصيغة، ولم تقم قرينة على قصد الاستغراق قيامها في نحو: ﴿أَلْحَمْدُ لِلَّهِ﴾، فبقي محتملاً شمول الحلال لسائر أفراد البيع. ولما كان البيع قد تعثره أسباب توجب فساده وحرمة تتبعت الشريعة أسباب تحريمه، فتعطل احتمال الاستغراق في شأنه في هذه الآية. أما معنى قوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فهو في حكم المنفي؛ لأنَّ حَرَمَ في معنى منع، فكان مقتضياً استغراق جنس الربا بالصيغة، إذ لا يطرأ عليه ما يصيرُه حلالاً⁽¹⁾. فقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ عام، وقوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ تخصيص لهذا العموم، وكذلك باقي المنهيات في البيوع مما هو ثابت في السنة وإجماع الأمة، هي مخصصة لعموم الآية⁽²⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾، ثم قال: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: 9 - 10] يريد التجارة للبيع والشراء. ولفظ البيع لفظ عام؛ لأنَّ الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم. واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومته إلا أن يأتي ما يخصه. فيندرج تحت قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 274] كل بيع، إلا ما خص منه الدليل. وقد خص منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة؛ فبقي ما عداها على أصل الإباحة.

ج - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. المراد بالأكل بالباطل الانتفاع والاستيلاء والأخذ بنية التملك. ومعنى الآية: لا يأخذ بعضكم مال بعض بالباطل؛ أي: بما لا يحلّ شرعاً؛ لأنَّ الشرع نهى عنه ومنع منه وحرّم تعاطيه. واستثنت الآية الأخذ بسبب التجارة، والتجارة لغة عبارة عن المعاوضة بالبيع والشراء، والاستثناء منقطع؛ لأنَّ التجارة ليست من أكل المال بالباطل، فالمعنى: لكن التجارة غير منهي عنها. فقد قابلت الآية بين أخذ المال بالتجارة عن تراض وبين أخذ المال بالباطل، فعلم أنّ الزيادة التي يأخذها التاجر على رأس ماله هي في عوض تصدّيه للتجر وجلب السلع وترويجها، وأنَّ ما يؤخذ بالباطل ليس في عوض شيء كالسرقة والغصب والحيلة؛ أو هو في عوض شيء لا يجوز شرعاً من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد كالخمر والخنزير ووجوه الربا. فدلّ ذلك على أنّ البيع جائز⁽³⁾. وتخصيص التجارة بالاستدراك أو بالاستثناء لأنها أشدّ أنواع أكل الأموال شهاً بالباطل، إذ التبرعات كلّها أكل أموال عن طيب نفس، والمعاوضات غير التجارات كذلك؛ لأنَّ أخذ كلا المتعاضين عوضاً عمّا بذله للآخر مساوياً لقيمته في نظره يطيّب نفسه. وأمّا التجارة فلاجل ما فيها من

(2) الجامع لأحكام القرآن: 356/3.

(1) التحرير والتنوير: 86/3.

(3) أحكام القرآن: 97/1 و 408/1، والتحرير والتنوير: 190/2 و 24/5.

أخذ المتصدّي للتجر مالاّ زائداً على قيمة ما بذله للمشتري قد تشبه أكل المال بالباطل، وقد قال الكافرون: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾، فلذلك خصّت بالاستدراك أو الاستثناء⁽¹⁾.

د - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «والذي نفسي بيده لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره، خير له من أن يأتي رجلاً أعطاه الله من فضله فيسأله، أعطاه أو منعه»⁽²⁾.

هـ - عن جميع بن عمير عن خاله قال: سئل النبي ﷺ عن أفضل الكسب؟ فقال: «بيع مبرور، وعمل الرجل بيده»⁽³⁾. والبيع المبرور الذي برّ فيه صاحبه فلم يعص الله فيه، ولا به، ولا معه.

و - فعله ﷺ من بيعه وشرائه وإذنه ووقوعه بحضرته.

ز - الإجماع على جوازه.

وقد يعرض له الوجوب، كمن اضطرّ إلى شراء طعام أو شراب أو غير ذلك؛ والندب كمن أقسم عليه إنسان أن يبيع سلعة لا ضرورة عليه في بيعها، فيندب إلى إبرار المقسم فيما ليس فيه ضرورة مندوب إليه، كما تقدّم في باب الأيمان؛ وتعرض له الكراهة كبيع الهرّ والسباع، لا لأخذ جلودها؛ والتحريم كالبيع المنهي عنه⁽⁴⁾.

حكمة مشروعية البيع:

البيع والنكاح عقدان يتعلّق بهما قوام عالم الإنس؛ ذلك أنّ الله تعالى خلق الإنسان - ذكراً وأنثى - محتاجاً إلى الغذاء وإلى النكاح، وخلق له ما في الأرض جميعاً كما أخبر في كتابه، ولم يتركه سدى يتصرّف في اقتضاء شهواته ويستمتع بنفسه في اختياره كما فعل بالبهائم؛ لأنّه فضّله عليها بالعقل الذي جعله لأجله خليفة في الأرض. وتعارض الشهوات والعقل تعيّن أن يكون هنالك قانون يفصل به وجه المنازعة بين الأمرين، فتسترسل الشهوة بحكم الجبلة ويقيدّها القانون بحكم الشريعة.

وجعل لكلّ واحد من المكلفين اختصاصاً يقال له «الملك» بما يتهيأ به النفع، وجعل له مصدرين: أحدهما يثبت ابتداءً، وهو الاصطياد والاحتشاش والاقتطاع على اختلاف وتفصيل؛ والثاني: نقله من يد إلى يد بعوض وهو البيع وما في معناه، وبغير

(1) التحرير والتنوير: 24/5.

(2) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في التعفف عن المسألة؛ والبخاري في الزكاة، باب الاستعفاف عن المسألة.

(3) أخرجه أحمد في مسنده: مسند المكيين. (4) مواهب الجليل: 227/4.

عوض وهو الهبة وما في معناها⁽¹⁾.

وحكمة البيع الوصول إلى ما في يد الغير على وجه الرضا. وذلك مفضٍ إلى عدم المنازعة والمقاتلة والسرقة والخيانة والحيلة، وغير ذلك.

وحكمة إباحة المال الزائد على رأس المال أنه مدار رواج السلع الحاجية والتحسينية، ولولا تصدّي التجار وجلّبهم السلع، لما وجد صاحب الحاجة ما يستدّ حاجته عند الاحتياج. ويشير إلى هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الاحتكار: «ولكن أيّما جالب جلب على عمود كبدته في الشتاء وال الصيف، فذلك ضيف عمر، فليبيع كيف شاء ويمسك كيف شاء»⁽²⁾.

والبيع ممّا يتعيّن الاهتمام به وبمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه والبلوى به، إذ لا يخلو المكلف غالباً من بيع أو شراء، فيجب أن يعلم حكم الله فيه قبل التلبس به. ثم يجب على كل مكلف العمل بما علمه الله من أحكامه، ويجتهد في ذلك، ويحترز عن إهماله له فيتولّى أمر بيعه وشراؤه بنفسه إن قدر، وإلاّ فغيره بمشاورته، ولا يتكل في ذلك على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها ويتساهل في العمل بمقتضاها.

أركان البيع

لَمّا كان البيع في اللغة مصدر باع؛ أي: دفع عوضاً وأخذ معوضاً، فإنّه يقتضي بائعاً وهو المالك أو من ينزل منزلته؛ ومبتاعاً وهو الذي يبذل الثمن؛ ومبيعاً وهو المثمون وهو الذي يبذل في مقابلته الثمن؛ وصيغة وهي التي بها التبايع. وعلى هذا فأركان البيع ثلاثة: العاقد ويشمل البائع والمشتري، والمعقود عليه ويشمل الثمن والمثمون، والصيغة.

الركن الأوّل: العاقد.

يشمل البائع والمشتري.

شروط صحّة عقد العاقد:

يشترط لصحة عقد العاقد التمييز. فلا يصحّ من غير مميز، لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر، سواء كان السكر بحلال أو حرام.

والسكر بحرام يسقط صحة العقد، إمّا على المشهور من المذهب، وهي طريقة ابن شعبان، وإمّا اتفاقاً، وهي طريقة ابن رشد والباجي. ودليل عدم لزوم عقد السكران ما ذكره الإمام المازري: القياس على السفه لا تمضي تصرفاته، كما سيأتي في باب الحجر. ووجه القياس أنّ العلة في منع السفه من التصرف في ماله، أنّه لا

(2) الموطأ في البيوع، باب الحكرة والترصص.

(1) القبس: 2/ 775.

يعرف وجه المصلحة فيه، ولا مقدار الحاجة إليه، فيكون بذلك لا يحسن حفظه ولا تنميته. وهذه العلة موجودة في السكران؛ لأن السكر يصيره بغير عقل ولا تمييز؛ وأقل مراتبه أن يغطي العقل والتمييز عن درجة الكمال التي تكون للبالغ العاقل الرشيد، فيجب أن يلحق تصرفه في ماله بتصرفات السفه العاقل الذي لا تلزمه عقوده لجهله بتدبير المال.

وقد نبه الله سبحانه على فساد عقل السكران بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: 91]، بل وقد نبه أيضاً إلى أن السكران يفقد عقله، مما يجعله أسوأ حالاً من السفه، فقال تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: 43]، فقد بين الله تعالى أن السكر ينافي العلم، لذلك جعل تحقق العلم بفقدان السكر. فلاجل هذه العلة شارك السفه في عدم لزوم عقوده. كما شاركه في وقوع طلاقه ولزوم إقامة الحدود عليه، كما سيأتي في بابه وتعليل ذلك⁽¹⁾.

شروط لزوم عقد العاقد:

1 - التكليف:

فلا يلزم العقد صبيّاً مميّزاً وإن صحّ، ما لم يكن الصبي المميّز وكيلّاً عن مكلف وإلا لزم؛ لأن البيع في الحقيقة من الموكل. ووجه اشتراط التكليف في البيع والإجارة، مع كونهما من أحكام الوضع المترتبة على الأسباب والشروط والموانع؛ أي: فهما من باب الأسباب في انتقال ملكية الأعيان والمنافع، وليستا من أحكام التكليف التي تتوقف على علم المكلف وقدرته وبلوغه، والتي تقتضي صحة البيع والإجارة من الصبي؛ فوجه ذلك أن الشرع راعى في التصرف المالي - بيعاً وإجارة - مصلحة صون الأموال عن الضياع، بسبب قصور نظر الصبي ونحوه⁽²⁾. كما راعى في الإجارة مصلحة صون جهده عن أن يبخر حقه، وصون بدنه عن تكليفه ما لا يطيق.

2 - عدم الحجر:

فلا يلزم عقد المحجور لسفه، إلا بإذن وليّه.

قال الإمام المازري⁽³⁾: والرشد عندنا المطلوب ها هنا في تدبير الدنيا وإصلاحها، لا في إصلاح الدين. وقال بعض شيوخنا: بل الرشد لإصلاحهما جميعاً. والأول أولى إذا كان الفاسق ممسكاً لماله منمياً له، لا يتلفه في المعاصي؛ واستدل على ذلك بما يلي:

(1) شرح التلقين: 2/ ورقة 12، والمعلم: 239/2.

(2) انظر الذخيرة: 372/5. (3) المعلم: 237/2.

- أ - أنه لا أعظم فسقاً من الكافر، وفسقه لم يوجب ردّ بيعاته إذا تحاكم إلينا وقد باع على الصّحة من مسلم.
- ب - أن رسول الله ﷺ أقام الحدّ على الزناة وقطع السراق وضرب شراب الخمر؛ ولم ينقل إلينا أنه حجر عليهم.
- 3 - عدم الإكراه:

فلا يلزم عقد المكره. ودليل عدم لزوم عقد المكره⁽¹⁾:

- أ - قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَيْعَةً عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل التراضي مناط انعقاد عقد التجارة الذي تنتقل به الأملاك، فهذا نصّ على إبطال بيع المكره، لفوات الرضا فيه، وتنبه على إبطال أفعاله كلّها حملاً عليه⁽²⁾.
- ب - قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْثَرَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: 106]. ووجه الاستدلال من الآية أن الله سبحانه أباح إظهار كلمة الكفر من أجل الإكراه؛ فدلّ على أن الإكراه يصيّر المكره كغير القاصد، ومن لا قصد له لا يلزمه بيعه.
- ج - عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»⁽³⁾.

فإذا أجزبر العاقد على البيع أو على سببه جبراً حراماً ليس بحق فإن ذلك ينقسم إلى قسمين:

- القسم الأول: إكراه على نفس البيع. كأن يكرهه ظالم على بيع ملكه أو بعضه.
- القسم الثاني: إكراه على شيء يجبره على البيع. كأن يكرهه ظالم على أن يعطيه مالاً غير قادر عليه، فيضطر لبيع ملكه ليحصل له ذلك المال، فالظالم لم يكرهه على نفس البيع. وإنما أكرهه على سبب البيع.
- وحكم القسم الأول أنه بيع صحيح، لكنّه غير لازم، فللبائع أن يرده ما باعه متى أمكنه. وعليه أن يرده الثمن الذي أخذه، ما لم يكن قد تلف منه بدون أن يفرط في حفظه. فإذا أقام البيّنة على أنه تلف منه بدون تفریط فإنّه لا يلزم برده، بل يستردّ سلعته بدون أن يرده ثمنها.

أما حكم القسم الثاني، وهو الإكراه على سبب البيع، ففيه خلاف:

- قول بأنه بيع غير لازم أيضاً، وهو مشهور في المذهب.

(1) المعلم: 238/2، وإكمال الإكمال: 313/5.

(2) أحكام القرآن: 411/1، والمقدمات: 96/2، والتحرير والتنوير: 24/5.

(3) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره.

- قول بأن البيع لازم، وهذا القول لابن كنانة. وقد اختاره المتأخرون وأفتى به اللخمي والسيوري، ومال إليه ابن عرفة، وجرى به العمل. وذلك لأن فيه مصلحة البائع. إذا لو فرض أن ظالماً طلب من شخص مالا لم يكن قادراً عليه فسجنه لذلك وعنده عين إذا باعها يحصل على ذلك المال ويخلص من السجن. فإذا قيل إن بيعها غير لازم لم يقدم أحد على شرائها، وفي ذلك ضرر بالمسجون. فلذا أفتى كثير من أئمة المالكية بلزوم البيع للمصلحة.

وعلى القول بعدم لزومه، فإنه إذا استرده البائع فإنه يسترده بلا ثمن.

وفي الجبر الحرام المتقدم، فإن المبيع إذا لم يمضه البائع لا يفوت عليه ببيع ولا هبة. أما إذا أجبر على البيع جبراً حلالاً كان البيع لازماً. وذلك كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة، أو على بيع سلعة للوفاء بدين أو لنفقة زوجة أو ولد أو أبوين، أو للوفاء بما عليه من الخراج السلطاني الذي لا ظلم فيه.

4 - أن يكون العاقد مالكاً أو وكيلاً عنه:

فإن لم يكن العاقد مالكاً أو وكيلاً عن المالك، فإن العقد صحيح، لكنه غير لازم.

5 - أن لا يتعلق بالمعقود عليه حق للغير:

وهو شرط لزوم خاص بالمعقود عليه.

عقد الأعمى:

يجوز عقد الأعمى، إذا كان يعرف ما يوصف له، وسواء كان بصيراً فعمي أو ولد أعمى؛ والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة تتناول البصير والأعمى.

ب - القياس على البصير بعدة علل؛ إما لأن كل من جاز نكاحه جاز بيعه وابتاعه كالبصير؛ وإما لأن كل من صحّ صلّمه صحّ بيعه للأعيان كالبصير؛ وإما لأن كل عقد صحّ من البصير صحّ من الأعمى كالصلّم؛ وإما لأنه عقد معاوضة فصّح من الأعمى كالنكاح؛ وقياساً على ما شاهده قبل ذهاب بصره.

ما يحرم بيعه للكافر:

1 - يحرم بيع مصحف أو جزء منه لكافر، ولو كان بقراءة شاذة، وبيع كتب حديث، سواء كان الكافر كتابياً أو غيره.

(1) الإشراف: 556/2؛ والمعونة: 1032/2.

ويقع البيع صحيحاً على المشهور، ويجبر الكافر المشتري على إخراج المصحف من ملكه ببيع ناجز أو هبة لمسلم، لا بفسخ. وهو المشهور كما قال الإمام المازري، وهو مذهب المدونة. ووجه عدم الفسخ أنّ علة الحظر يمكن رفعها ببيع المصحف على المشتري⁽¹⁾.

ونسب سحنون لأكثر أصحاب مالك أنّ البيع يفسخ إذا كان المبيع قائماً. ووجه الفسخ على هذا القول أنّ علة الحظر باقية في العقد ببقاء المبيع⁽²⁾.

واختلف في المذهب في جواز معاملة اليهود والنصارى وغيرهم من أهل الكفر بالدنانير والدراهم المنقوش فيها اسم الله سبحانه، فالمشهور عن ابن القاسم النهي عن ذلك احتراماً لاسم الله سبحانه أن يمسه كافر وهو نجس، كما قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: 28] فعلة هذا الحكم احترام المسجد عن النجاسة، فكذلك يجب أن يحترم اسم الله سبحانه عن النجاسة.

وأجاز ابن كنانة معاملتهم بها، وقال: لم يزل اليهود والنصارى والحائض يمسونها قديماً وحديثاً، ولا ينكر ذلك أحد من العلماء فيما علمناه. وقد وجّه الإمام المازري قول ابن كنانة بأنه التفات إلى كون هذا المحرم نزر الجرم، وكونه ممّا تدعو الضرورة إلى إباحتها، قياساً على استشهاد النبي ﷺ في كتابه إلى هرقل بأية من القرآن، وعلى الترخيص للجنب قراءة القليل من القرآن للتعوذ، فرأى ابن كنانة أنّ هذا ممّا تدعو الضرورة إلى المعاملة به، مع كون ما كتب فيه نزر قليل. وأمّا ابن القاسم فرأى أنّ هذا لا ضرورة فيه تبيح هتك هذه الحرمة، فلم يجز ذلك⁽³⁾.

2 - يمنع بيع كلّ شيء يعلم أنّ المشتري قصد به أمراً لا يجوز، كبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، أو بيع خشبة لمن يتخذها صليباً، أو بيع عنب لمن يعصره خمراً، أو نحاس لمن يتخذة ناقوساً.

3 - يمنع بيع آلة حرب للحربيين، وكذا كلّ ما فيه قوة لأهل الحرب، كالخيل، والبغال، والحمير، والغراير، والحديد، والنحاس، والحريز، والصوف، والكتان، والزفت، والقطران، والجلود (ويؤخذ من ذلك كلّ وسائل الحرب العصرية ومتعلقاتها). والدليل: قول الله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: 60]، ووجه الاستدلال من الآية أنّها إذا بعناهم ما يكون لهم به قوة على المسلمين، صار هذا نقيض ما أمر الله به، وصار معونة على دماء المسلمين. قال الإمام سحنون فيمن باعهم السلاح فقد شارك في دماء المسلمين. وذكر الإمام المازري أنّ من باعهم الطعام والسلاح فهو فاسق، ومن فعل ذلك متعمداً ومعتقداً استحلال دماء المسلمين

(2) المقدمات: 63/2.

(1) المقدمات: 63/2.

(3) شرح التلقين، للمازري: 4/ورقة 172.

فهو كافر⁽¹⁾.

وما سوى ما تقدم تحريم بيعه للكافر، فيجوز معاملته وحلّية ما يؤخذ منه مع العلم بخبث كسبه واستحلاله ما لا يحلّ من الربا ونحو ذلك. ودليل الجواز⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: 5]. والآية نصّ في جواز الأكل من طعام الكافرين، كان الطعام مشتري منهم، أو مهدي منهم، أو غير ذلك.

ب - فعل النبي ﷺ، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: اشترى رسول ﷺ من يهودي طعاماً بنسيئة، فأعطاه درعاً له رهناً⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ عامل اليهودي بالشراء والرهن، فدلّ فعله على الجواز. وأمّا كونه ﷺ رهنة درعاً فلاّنه ليس من أهل الحرب. قال ابن العربي: اتفاق الأمة على جواز التجارة مع أهل الحرب، وقد سافر النبي ﷺ إليهم تاجراً، وذلك من سفره أمر قاطع على جواز السفر إليهم والتجارة معهم. فإن قيل: كان ذلك قبل النبوة؛ قلنا: إنّه لم يتدنّس قبل النبوة بحرام - ثبت ذلك تواتراً -، ولا اعتذر عنه إذ بعث، ولا منع منه إذ نبئ، ولا قطعه أحد من الصحابة في حياته، ولا أحد من المسلمين بعد وفاته.

ج - الإجماع.

د - أنّ الله تعالى أباح أخذ الجزية من الكفار، وقد علم ما يفعلون وما يأتون وما يذرون.

هـ - أنّ الإسلام قد أقرهم على ما بأيديهم من ذلك، وأنهم لو أسلموا لأحرزوا بإسلامهم ما بأيديهم من الربا، ومن ثمن الخمر والخنازير، ولطاب ذلك لهم، لما سيأتي من حكم من أسلم وله ربا.

وهذا بخلاف المسلم الذي يتكسّب من حرام، فإنّه لا يعامل ولا يؤكل طعامه⁽⁴⁾. وإن باع أحد لأحد خمراً، فلا يخلو أن يبيعها مسلم لمسلم، أو مسلم لنصراني، أو نصراني لمسلم، أو نصراني لنصراني، فالحكم كما يلي:

الحالة الأولى: فإن باعها مسلم لمسلم، فلا يخلو أن يعثر على العقد والخمر قائمة لم تفت أو فاتت بأن أخذها المشتري.

(1) شرح التلقين: 4/ ورقة 168.

(2) المعلم: 318/2، والمقدمات: 156/2، والجامع لأحكام القرآن: 299/5، والمفهم: 5/2890، وإكمال الإكمال: 5/525.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر.

(4) المفهم: 5/2890، وإكمال الإكمال: 5/525.

- فإن كانت قائمة فإنّ العقد يفسخ، وتكسر الأواني بخمرها، ويردّ الثمن إلى المشتري إن كان دفعه للبائع، فإن لم يكن دفعه لم يؤخذ منه شيء؛ لأنّ البائع لا يجوز له أخذ مال عوضاً من الخمر، والخمر إنّما كسرت بيده.

- وإن كانت قد فاتت بأن انتقلت عند المشتري، فقد فات موضع الفسخ، ويؤخذ الثمن من البائع إن كان قبضه، أو من المشتري إن كان لم يدفعه، ويفرق على أهل الحاجة. وتكسر الأواني بخمرها أيضاً.

ويعاقب الطرفان عقوبة موجعة ببيعها وابتاعها.

الحالة الثانية: إن باعها مسلم لنصراني، فلا يخلو أن يعثر على العقد والخمر قائمة بيد البائع المسلم لم تفت، أو بعد أن فاتت عند المشتري النصراني.

- فإن عثر على العقد والخمر بيد البائع، كسرت على البائع المسلم وردّ الثمن على النصراني.

- وإن عثر على ذلك بعد أن فاتت عند المشتري، أخذ الثمن من البائع المسلم إن كان قبضه، أو من النصراني إن كان لم يدفعه؛ لأنّه ثمن حرام، وفرق على أهل الحاجة.

الحالة الثالثة: إن باعها نصراني لمسلم، فلا يخلو أن يعثر على العقد والخمر قائمة بيد البائع النصراني لم تفت، أو بعد أن فاتت عند المشتري المسلم.

- فإن عثر على ذلك وهي قائمة في يد البائع النصراني قد أبرزها للمسلم، فإنّها تكسر عليه عقوبة له، ويردّ الثمن على المسلم إن كان قبضه، ويسقط عنه إن كان لم يقبضه.

- وإن كان المسلم قد قبض الخمر كسرت عليه؛ لأنّه لا يجوز له ملكها ولا إمساكها. ولا يدفع الثمن للنصراني أدباً له، وأخذ من المسلم فيتصدق به.

قال الإمام المازري في تعليل الحالة الثالثة: وإذا باع كافر لمسلم ما يحرم عليه في دين الإسلام كالخمر، فإنّ الخمر يتلف على المسلم، ولا يستحق الكافر الثمن؛ وذلك لما تقرّر من الأصول من أنّ الخمر لا يصحّ ملك المسلم لها ولا ملك عوضها، ولما تقرّر أيضاً من وجوب فسخ العقد فيها، ولما تقرّر أيضاً من الإلتاف على المسلم ما يحوزه من المحرّم وسقوط غرامته؛ وعلى هذه الأصول صار الكافر كمن دخل على عدم استحقاقه الثمن على المسلم، لكونه حراماً في شريعة الإسلام، ودخل المسلم على أنّه يخرج من ملكه هذا الثمن، وشريعة الإسلام تقتضي منع دفعه إلى الكافر، فصار هذا الثمن كمال لا مالك له، فوجب الصدقة به كما تجب الصدقة في الأموال التي لا يعرف لها مالك⁽¹⁾.

بيع الفضولي:

يصح بيع غير المالك، وهو المسمى بالفضولي، ولو علم المشتري أن البائع - أي: الفضولي - لا يملك المبتاع. ويقع البيع لازماً من جهة المشتري منحللاً من جهة المالك، ويتوقف البيع على رضاه. ودليل صحة بيع الفضولي وتوقفه على إجازة المالك⁽¹⁾:

أ - عن شبيب أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي ديناراً يشتري له بها شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة. فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح⁽²⁾.

ب - عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتري بدينار، وباعها بدينارين، فرجع فاشتري له أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي ﷺ، فتصدق به النبي ﷺ، ودعا له أن يبارك له في تجارته⁽³⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين أن النبي ﷺ لم يأمر الصحابين في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع، فكان ذلك حجة على الإمام أبي حنيفة القائل بصحة الشراء فقط للغير؛ وعلى الإمام الشافعي القائل بالمنع في الشراء والبيع.

ج - القياس على الوصية؛ لأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة، فجاز أن يقع موقوفاً عليها كالوصية.

د - القياس على التصدق باللقطة؛ لأنه تمليك للملك الغير بغير إذنه، كالتصدق باللقطة.

هـ - القياس على الخيار؛ لأن الإجازة أحد موجبي الخيار، فصح أن يقف العقد عليها كالفسخ.

وأما ما روي من النهي عن بيع الرجل ما ليس عنده⁽⁴⁾، فهو محمول على أن يبيع المرء لنفسه لا لغيره، والفضولي يبيع لغيره لا لنفسه.

ويكون البيع لازماً من جهة المالك ما لم يقع بحضورته وهو ساكت، فيكون لازماً من جهته أيضاً، ويصير الفضولي كالوكيل.

وكذلك يكون البيع لازماً من جهة المالك، إذا بلغه بيع الفضولي وسكت عاماً من

(1) الإشراف: 561/2، والمعونة: 1038/2، بداية المجتهد: 195/2 - 196، والجامع لأحكام القرآن: 114/7.

(2) أخرجه البخاري في المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في المضارب يخالف؛ والترمذي في البيوع، باب. واللفظ لأبي داود.

(4) سيأتي ذكره وتخريجه.

حين علمه من غير مانع يمنعه من القيام والاعتراض. ولا يعذر بجهل في سكوته.

الركن الثاني: المعقود عليه:

ويشمل الثمن والمثمن.

شروط صحة المعقود عليه:

1 - أن يكون طاهراً:

فلا يصح بيع نجس، ولا متنجس لا يمكن تطهيره. فلا يصح بيع زبل الحمير، وعذرة بني آدم، والدم، ولحم الميتة، والخمر، لنجاستها. وقد تقدم أدلة عدم طهارتها في باب الطهارة. وأما دليل عدم صحة بيعها فهو لنهي الشارع عن بيعها كما يلي⁽¹⁾:

أ - عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح، وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» فقيل: يا رسول الله، أريت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام. قاتل الله اليهود؛ إن الله ﷻ لما حرم عليهم شحومها، أجملوها ثم باعوها، فأكلوا ثمنه»⁽²⁾. ومعنى أجملوها أذابوها.

وهذا الحديث نص في تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، والعلّة هي النجاسة، ويلحق بها كلّ محرّم نجس.

ب - عن ابن عباس أنه قال: أهدى رجل لرسول الله ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «أما علمت أنّ الله حرمها»، فقال: لا، فسأره رجل إلى جنبه، فقال رسول الله ﷺ: «بم ساررتة؟» فقال: أمرته أن يبيعه، فقال له رسول الله ﷺ: «إنّ الذي حرم شربها حرم بيعها»، ففتح الرجل المزدتين حتى ذهب ما فيهما⁽³⁾. ومعنى الحديث أنّ «الذي» كناية عن اسم الله تعالى، فكأنه قال: إن الله الذي حرم شربها حرم بيعها. ويحتمل أنها كناية عن مقتضى التحريم؛ أي: الذي اقتضى تحريم شربها اقتضى تحريم بيعها⁽⁴⁾، فيكون أشار إلى أنّ المنفعة المقصودة من الخمر هي الشرب لا أكثر، فإذا حرّمت حرّمت المعاوضة؛ لأن المشتري منعه الشرع من الانتفاع بها، فإذا بذل ماله وهو مطيع للشرع في أن لا ينتفع بها فقد سفه وضلّ رشده وصار من أكل المال

(1) المفهم: 2816/5 - 2825، والمعلم: 294/2، وبداية المجتهد: 144/2، وإكمال الإكمال: 315/5.

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب الميتة والأصنام؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والخنزير والأصنام.

(3) أخرجه مالك في الأشربة، باب جمع تحريم الخمر؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر.

(4) المفهم: 2816/5 - 2817.

بالباطل⁽¹⁾، وكذلك يقال في الميتة والخنزير؛ لأنّ المقصود منها الأكل، فإذا حرمت حرم ثمنها، وكان يبيعها من أكل المال بالباطل⁽²⁾.

ج - عن عائشة رضي الله عنها قالت: لما نزلت الآيات من آخر سورة البقرة، خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقترأهنّ على الناس، ثمّ نهى عن التجارة في الخمر⁽³⁾.

د - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بالمدينة قال: «يا أيّها الناس، إنّ الله تعالى يعرض بالخمر. ولعلّ الله سينزل فيها أمراً. فمن كان عنده منها شيء فليبعه ولينتفع به». قال: فما لبثت إلاّ يسيراً حتى قال النبي صلى الله عليه وسلم: «إنّ الله تعالى حرّم الخمر، فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شيء، فلا يشرب ولا يبيع»⁽⁴⁾. قال القرطبي: فيه دليل على أنّ الخمر وبيعها كانا مباحين بإباحة متلقاة من الشرع؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم قرّر أصحابه عليها، وليس ذلك من باب البقاء على البراءة الأصلية؛ لأنّ إقراره دليل الجواز والإباحة⁽⁵⁾.

وفيه دليل على اقتران البيع بالشرب في حكم الإباحة ثمّ في حكم التحريم.

هـ - أنّ الشرع حرّم جميع منافع الخمر والميتة والدم ولحم الخنزير، وما كان هذا شأنه فلا يصحّ تملكه ولا العقد عليه؛ لأنّ فائدة الملك إنّما هي الانتفاع بالمملوك لا ذاته؛ ولأنّ ذلك يكون من أكل أموال الناس بالباطل⁽⁶⁾.

و - الإجماع⁽⁷⁾.

والواجب في الخمر أنّها تراق، ولا يحلّ حبسها والاحتفاظ بها، ويمنع تعمد تخليلها، ودليل المنع⁽⁸⁾: ما تقدّم في حديث ابن عباس في الذي أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم راويتي خمر. ووجه الاستدلال أنّ مهدي المزدتين أراقهما بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم، ولم ينكر ذلك عليه، ولو جاز تخليلها لما أباح له إراقتهما، ولنبّه على تخليلها كما نبّه أهل الشاة الميتة على الانتفاع بجلدها. وذكر الإمام الباجي أنّ هذا حكم ما قصد بعصره الخمر، وأمّا ما لم يقصد به الخمر وإنّما قصد به الخلّ فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر.

(1) المعلم: 242/2، وإكمال الإكمال: 315/5.

(2) المعلم: 242/2، وإكمال الإكمال: 315/5.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر.

(5) المفهم: 2814/5، وبداية المجتهد: 144/2.

(6) المعلم: 239/2، وإكمال الإكمال: 315/5، البديع على التفرغ: 98/1.

(7) المقدمات: 62/2.

(8) اختلف في تعمد تخليلها، والذي استدللّ عليه الإمام الباجي هو الحرمة كما هو المذكور (انظر

المنتقى: 154/3، وحاشية الدسوقي: 52/1).

وإذا وجد خمر عند مسلم، فإنها تراق عليه، ويكسر أوانها ويشق ظروفها، عقوبة له على إمساكه الخمر وبيعه لها.

ويحرم عصر الخمر وبيعها، فعن نافع عن عبد الله بن عمر، أن رجلاً من أهل العراق قالوا: يا أبا عبد الرحمن، إننا نبتاع من ثمر النخيل والعنب فنعصره خمرًا فنبيعها، فقال عبد الله بن عمر: إني أشهد الله عليكم، وملائكته، ومن سمع من الإنس والجن، إني لا آمركم أن تبيعوها، ولا تبتاعوها، ولا تعصروها، ولا تشربوها، ولا تسقوها، فإنها رجس من عمل الشيطان⁽¹⁾.

فقد أضاف ابن عمر العصر فيما هو محرّم من متعلقات الخمر. ومعنى قوله: «لا آمركم» أي: لا أبيع لكم ذلك؛ لأن الأمر قد يستعمل في مثل هذا بمعنى الإباحة⁽²⁾.

وجزم الشيخ البناني بجواز بيع زبل الحمير ولو أنه نجس للضرورة، وهو قول ابن القاسم وأشهب وهو الذي جرى به العمل. وأما العذرة فلا خير فيها ولا ضرورة إليها. وأما أرواث الحيوانات المباحة الأكل فهي طاهرة.

ولا يصح بيع جلد الميتة ولو دبغ، لما تقدّم في باب الطهارة أن الدبغ لا يطهر الجلد على المشهور. بخلاف الكيمخت - وهو جلد الحمار - متى دبغ طهر، وجاز بيعه على الراجح في المذهب.

ولا يصح بيع زيت ونحوه من سائر الأدهان إذا تنجست، إذا لا يمكن تطهيرها. والدليل على ذلك⁽³⁾: القياس على الخمر والدم؛ لأنه مائع نجس.

والقول بعدم صحّة بيع الزيت - ونحوه - المتنجس هو المشهور من المذهب. ومقابله ما روي عن مالك جواز بيعه، وكان يفتي به ابن اللباد. ودليله ما روي عن علي بن أبي طالب وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت المتنجس ليستصبح به⁽⁴⁾.

قال ابن رشد الجد: المشهور عن مالك المعلوم من مذهبه في المدونة وغيرها أن بيعه لا يجوز. والأظهر في القياس أن بيعه جائز لمن لا يغش به إذا بيّن؛ لأن تنجيسه لا يسقط ملك ربّه عنه ولا يذهب جملة المنافع منه. قال الشيخ البناني: وهذا على مذهب من لا يجيز غسله. وأما على مذهب من يجيز غسله فسيبيله في البيع سبيل الثوب المتنجس، وهو ما مشى عليه ابن اللباد، وبني عليه الفتوى بجواز بيعه.

والفرق بين من يجيز غسله وبين من لا يجيزه، أن المجيز يرى أنّ نجاسته نجاسة مجاورة فتزول بالغسل، والمانع يرى أنّ نجاسته نجاسة عين لا تزول بالغسل⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الأشربة، باب جامع تحريم الخمر.

(2) المنتقى: 158/3. (3) الإشراف: 570/2، والمعونة: 1041/2.

(4) بداية المجتهد: 146/2. (5) بداية المجتهد: 146/2.

وأما ما يمكن تطهيره، كالثوب المتنجس، فإنه يصح بيعه، ويجب عندئذ البيان، فإن لم يبيّن وجب للمشتري الخيار وإن كان الغسل لا يفسده.

ويدخل في المبيع الطاهر لبن الآدميات، فإنه يجوز بيعه، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة.

ب - القياس على لبن الشاة؛ لأنه طاهر.

ج - القياس على الماء؛ لأن كل ما جاز شربه جاز بيعه.

ودليل طهارة لبن الآدميات، زيادة على ما تقدّم في باب الطهارة⁽²⁾:

أ - القياس على الماء؛ لأنه مائع يجوز شربه.

ب - القياس على لبن الشاة؛ لأنه لبن حيوان طاهر اللحم.

2 - أن يكون منتفعاً به شرعاً:

فلا يصح بيع ما بلغ من الحيوان السياق؛ أي: نزع الروح، بحيث يدرك بذكاة.

وقال أصبغ: لا بأس ببيع المريض ما لم تنزل به أسباب الموت.

وكذا خشاش الأرض، كالديد الذي لا نفع به. أما ما به نفع فإن بيعه جائز مثل

دود الحرير والديد الذي يتخذ لطعم السمك.

ولا يصح بيع آلة غناء لعدم الانتفاع الشرعي.

3 - أن يكون غير منهي عن بيعه:

فلا يصح بيع ما نهى الشرع عن بيعه لنجاسته كالدم، والميتة، والخنزير،

والخمر. وقد تقدّم أدلة عدم صحّة بيعها في الشرط الأول. ولا يصح بيع ما نهى الشرع

عن بيعه، وإن كان طاهراً منتفعاً به، كالكلب ولو كان للصيد أو الحراسة، والدليل⁽³⁾:

أ - عن أبي مسعود الأنصاري، أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي،

وحلوان الكاهن⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أن النهي فيه عام؛ لأن الكلب معرّف بالألف واللام،

والألف واللام على هذا القول إذا دخلت على الاسم أفادت العموم، سواء كان مفرداً

أم جمعاً⁽⁵⁾، فيحمل الكلب على عمومه.

(1) الإشراف: 538/2، وبداية المجتهد: 146/2.

(2) الإشراف: 538/2.

(3) المستقى: 28/5، والمعلم: 289/2، والمفهم: 2797/5.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في ثمن الكلب؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب.

(5) وفي المسألة خلاف، فمنهم من قال: الألف واللام في الاسم لا تفيد العموم في مفرد ولا

جمع، ومنهم من قال: تفيد العموم في الجمع دون العموم (مفتاح الوصول: 62).

ب - عن رافع بن خديج قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «شَرَّ الكسب مهر البغي، وثن الكلب، وكسب الحجّام»⁽¹⁾.

وقد روي عن مالك القول بمنع بيع المأذون في اتخاذه، واختلف في ذلك هل المنع محمول على الحرمة أو على الكراهة⁽²⁾.

وروي عنه الجواز، وبه قال سحنون فإنه قال: أبيع وأحجّ بضمنه. والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُؤْمِنُونَ بِمَا عَلَّمَكُمْ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا آتَاكُمْ مِنْهُ﴾ [المائدة: 4]. ومحل الاستدلال أنّ لفظ الجوارح يشمل الكلب. وقوله: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ من التكليب، وهو اتخاذ الكلاب وتعليمها⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى أباح اتخاذ الكلاب للصيد، وما أبيع اتخاذه جاز يبيعه كسائر الحيوانات⁽⁴⁾.

ب - عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من اقتنى كلباً إلا كلب ضارية أو ماشية، نقص من عمله كلّ يوم قيراطان»⁽⁵⁾.

ج - عن أبي هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «من اقتنى كلباً ليس بكلب صيد ولا ماشية ولا أرض، فإنه ينقص من أجره قيراطان كلّ يوم»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال بالحديثين أنه ﷺ استثنى كلب الصيد والماشية والزرع، فأباح اتخاذه، وما أباح اتخاذه جاز يبيعه كسائر الحيوانات⁽⁷⁾.

د - القياس على البازي؛ لأنه حيوان جارح يصاد به⁽⁸⁾.

هـ - القياس على الصيد؛ لأنه حيوان يملك بالأخذ فجاز أن يملك بالبيع كالصيد⁽⁹⁾.

فأما حديث أبي مسعود الأنصاري فإن قيل فيه: قد سوى النبي ﷺ في النهي بين ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن، والمهر والحلوان محرّمان بالإجماع، فليكن ثمن الكلب كذلك؛ فالجواب على القول بالجواز هو القول بالتسوية في الحرمة، لكن بحمله على غير المأذون في اتخاذه، أو أنه كان حين أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم وقعت الرخصة في الثلاث؛ أي: في كلب الصيد والماشية

(1) أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب.

(2) إكمال إكمال المعلم: 444/5. (3) راجع الفقه المالكي وأدلته: 37/3.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 66/6.

(5) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد، باب من اقتنى كلباً ليس بكلب صيد؛ ومسلم في المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب.

(6) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب.

(7) المنتقى: 28/5. (8) الإشراف: 562/2، والمعونة: 1040/2.

(9) الإشراف: 562/2، والمعونة: 1040/2.

والزرع⁽¹⁾. وقد ورد الأمر بقتل الكلاب ثم الرخصة في الثلاث، في رواية ابن المغفل، قال: أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: «ما بالهم وبال الكلاب؟» ثم رخص في كلب الصيد والضرع والزرع وكلب الغنم⁽²⁾.

وعلى القول بالكراهة فإن النهي في الحديث محمول على التنزيه؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق. ويكون النهي فيه قصد به القدر المشترك الذي بين الحرمة والكراهة، إذ كلّ منهما منهي عنه، ثم تؤخذ خصوصية كلّ منهما من دليل آخر، فإنه قد علم تحريم مهر البغي وحلوان الكاهن بالإجماع، لا لمجرد النهي. ولا يلزم من الاشتراك في مجرد العطف الاشتراك في الحكم⁽³⁾.

وأما حديث رافع بن خديج فكذا، إماماً بحمله على غير المأذون فيه، أو على أنه لا يلزم المساواة في المعطوفات؛ فقد شكّ بينها في الشرّ، مع إن نسبة الشرّ فيها غير متساوية، فقد ثبت أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره؛ فيكون «شرّاً» في كسب الحجام بمعنى ترك الأولى، والحض على الورع، وهذا مثل حديث: «شرّ صفوف النساء أولها»؛ ويكون «شرّاً» في مهر البغي على التحريم. وعلى هذا فإمّا أن يحمل لفظ «شرّاً» في الحديث على قدر مشترك بين المحرّم والمكروه، أو على أن اللفظ المشترك قد يراد به جميع متناولاته⁽⁴⁾.

واختلف في حراسة الديار، فمن العلماء من قال بالإباحة قياساً على حراسة الزرع والضرع؛ ومنهم من منع ذلك، والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن أبي طلحة أن النبي ﷺ قال: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب»⁽⁶⁾، فحصر الذمّ بالبيوت التي فيها الكلاب.

ب - أن اتخاذ الكلاب في الدور يسبّب ترويع الناس وإذابتهم، وقد يؤدي إلى الإضرار بهم، ولا يجوز التسبّب في ترويع المسلمين فضلاً عن التسبّب في أذيتهم.

ج - أن اتخاذها للزرع والماشية والصيد إنما دعت الضرورة لذلك لحراسة المال والتكسب، ولا ضرورة في اتخاذها لحراسة الدور.

وأما القياس فهو قياس مع الفارق؛ لأنّ الزرع والضرع إنما يكون غالباً في الفيافي والقفار الغير المسكونة، فلا يصحّ قياس حراسة البيوت على حراسة الزرع والضرع.

(1) المعلم: 290/2، وإكمال إكمال المعلم: 444/5.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب.

(3) المفهم: 2798/5. (4) المفهم: 2798/5.

(5) شرح التلقين: 4/ورقة 32، والمعلم: 293/2.

(6) أخرجه البخاري في بدء الخلق، باب ذكر الملائكة؛ ومسلم في اللباس والزينة، باب تحريم تصوير الحيوان.

ويجوز بيع الهرّ لاصطياد الفأرة، وبيع السبع لأجل الجلد. ويكره بيعهما لأجل اللحم لكرهه أكل لحمهما.

4 - أن يكون مقدوراً على تسليمه:

فلا يصحّ بيع الطير في الهواء، ولا الوحش في الفلاة، ولا الحيوان الشارد، ولا السمك في الغدير. والدليل على عدم الجواز⁽¹⁾:

أ - نهيه ﷺ عن الغرر⁽²⁾. وهذا منه.

ب - عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق، ثم أبيع؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس داخلياً في ملك البائع عند البيع، لعدم قدرته على تسليمه بعد العقد. وبيع ما ليس عند البائع يدخله المنع سواء كان المبيع معيناً، كهذا الثوب؛ أو كان في الذمة؛ أي: بيع السلم، إذ لا يجوز في السلم أن يكون المبيع معيناً ولا حالاً.

ج - عن مالك أنه بلغه أنّ رجلاً أراد أن يبتاع طعاماً من رجل إلى أجل، فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق، فجعل يريه الصبر ويقول له: من أيها تحبّ أن أبتاع لك؟ فقال المبتاع: أتبيعي ما ليس عندك؟ فأتيا عبد الله بن عمر، فذكرا ذلك له، فقال عبد الله بن عمر للمبتاع: لا تتبع ما ليس عنده، وقال للبائع: لا تبع ما ليس عندك⁽⁴⁾.

أما إذا علم محلّه وصفته، وكان موقوفاً لصاحبه ليأخذه، جاز بيعه على الرؤية المتقدمة، أو على الصفة كالغائب.

ولو كان المبيع عند ذي سلطان، فلا يجوز بيعه؛ لأنه لا يقدر على نزع منه إلا بمشقة. وكذلك لا يجوز كلّ ما في أخذه خصومة ونزاع ورفع للحاكم، لعدم القدرة على تسليمه.

ويصحّ بيع مرهون لغير مرتنه. ويقف إمضاؤه على رضا المرتهن، فله إمضاؤه وتعجيل دينه، كما له عدم الإمضاء. وسيأتي تفصيل هذه المسألة في باب الرهن إن شاء الله تعالى.

(1) الإشراف: 562/2، والمعونة: 1030/2، والمنتقى: 286/4 و41/5، والمقدمات: 71/2.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الغرر؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر.

(3) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك؛ وأبو داود في البيوع، باب بيع ما ليس عندك؛ والنسائي في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده؛ وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.

(4) الموطأ في البيوع، باب العينة وما يشبهها.

ويجوز بيع أشياء قد يتوهم فيها المنع؛ لأنها مظنة عدم القدرة على التسليم، وهي:

- بيع مثل العمود أو الحجر أو الخشب عليه بناء هو ملك للبائع أو لغيره:

وذلك إن أمن كسره، وإلا لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه.

وإذا جاز البيع فيلزم البائع تعليق بنائه وحفظه.

ويكون عند ذلك نقض العمود ونحوه من محلّه على البائع؛ لأنه يشبه ما فيه حق

التوفية.

فإن انكسر حال نقضه فضمّانه من بائعه. وقيل: نقضه على المشتري وضمّانه منه.

وكلا القولين قد رجّح. والظاهر منهما الأول. وأما نقض البناء الذي حوله فعلى البائع اتفاقاً.

- بيع هواء فوق هواء، أو هواء فوق بناء، بطريق الأولى:

كأن يقول المشتري لصاحب أرض: بعني عشرة أذرع من الهواء فوق ما تتركه من الهواء فوق دارك. ويشترط أن يبني البائع الهواء الذي تركه لنفسه فوق داره، ووجه هذا الشرط لبني المشتري العشرة أذرع من الهواء الذي اشتراه؛ إذ يستحيل أن يعتمد ما بينه المشتري على الهواء، فهو إنما اشترى هواء فوق هواء، فلا يمكنه الانتفاع بما اشتراه إلا بعد أن يبني له الهواء الذي تحت الهواء الذي اشتراه، وإلا يكون هذا العقد من أكل المال بالباطل⁽¹⁾.

أو يقول له: بعني عشرة أذرع من الهواء فوق ما تبنيه بأرضك.

ويشترط أن يوصف البناء الأعلى والأسفل وصفاً ذاتياً، من عظم وخفة، وطول

وقصر، كما يوصف ما يبني به من حجر أو آجر، وذلك للأمن من الغرر والجهالة.

ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، ولكن ليس له أن يزيد على ما شرط عليه.

- العقد على غرز جذع ونحوه بحائط:

يجوز إن وصف.

ويكون العقد في هذه المسألة والتي قبلها مضموناً أي: لازماً أبداً. فيلزم رب

الحائط ورب الدار السفلى أو وارثهما أو المشتري منهما إعادة البناء إن هدم وترميمه إن

وهي. إلا إذا وقع تعيين مدة العقد كسنة أو أكثر، فإنه يكون إجارة تنقضي بانقضاء

المدة. وتفسخ الإجارة بانهدامه. ويرجع للمحاسبة قبل تمام المدة. وإن جهلت المدة

حمل العقد على البيع.

5 - أن يكون الثمن والمثمن معلومين للمتبايعين:

فلا يصح بيع مجهول الذات، ولا القدر، ولا الصفة. والدليل على عدم الجواز⁽¹⁾:
 أ - عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر⁽²⁾. والجهل بذات المبيع وقدره وصفته من الغرر.
 ب - القياس على بيع السلم بغير صفة؛ لأن الجهل بصفة المبيع حال العقد يوجب بطلانه.

فما جهل صفته كبيع رطل من شاة قبل السلخ أو الذبح، فلا يصح؛ لأنه لا يدري ما صفة اللحم بعد سلخه. وأما بعد السلخ فجائز.

وما جهل قدره كتراب صائغ، فلا يصح بيعه، ويردّه المشتري لبائعه، لعدم صحة البيع ولو خلصه. ودليل عدم الجواز⁽³⁾: أنه غرر؛ لأنه لا يعلم هل فيه شيء أم لا؟ ولو علم أن فيه شيئاً، لم يظهر ولم يعلم قدره ولا حزره، وذلك غرر للجهل.

وعلى البائع إعطاء المشتري أجرة تخليصه إن لم يزد الأجر على قيمة الخارج. فإن زاد لم يدفع له إلا مثل قيمة الخارج فقط. فإن لم يخرج شيء فلا يدفع له شيئاً ويرجع المشتري بالثمن الذي دفعه للبائع على كل حال لفساد البيع. وقيل: له أجر مثله ولو زاد على ما خرج. وهو ظاهر إطلاق الشيخ خليل. وقد رجح هذا القول. والقول الأول أظهر لأنه خلصه لنفسه لا للبائع.

والفرق بين النكاح يصح أن يكون المهر فيه مجهولاً، والبيع لا يصح إلا بذكر الثمن؛ أن المقصود من النكاح إنما هو الألفة والوصلة دون المهر، فصح وإن لم يذكر. وليس كذلك البيع؛ لأن المقصود منه الثمن، إذ مبناه على المكايسة والمشاحة، فلذلك لم يصح إلا بذكر الثمن؛ لأنه المقصود⁽⁴⁾.

ويستثنى من هذا الشرط ما يلي:

- بيع تراب معدن ذهب أو فضة، بغير صنفه:

سواء كان البيع جزافاً أو كَيْلاً. ودليل جواز بيع تراب معدن الذهب والفضة⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَكَلْهُ اللَّهُ الْبَيْعُ﴾ [البقرة: 275]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة، ولم يرد ما يخص تراب المعدن بالمنع.

(1) الإشراف: 522/2، والمعونة: 978/2، والمنتقى: 41/5، والمقدمات: 75/2.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الغرر؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر.

(3) المعونة: 1028/2، وبداية المجتهد: 180/2.

(4) عدة البروق، للونشريسي: 256. (5) المعونة: 1028/2.

ب - القياس على بيع الجزاف؛ لأنه مرثي محذور ومعلوم بالعادة مقدر في غالب الحال، فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف.

- بيع الصوف على ظهور الغنم:

ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - القياس على الثمار؛ لأنه مبيع مملوك مرثي يجوز بيعه قبل تناوله كالثمار.

ب - القياس على سائر المبيعات التي تباع مع أصلها أو مقطوعاً منه؛ لأن كل ما جاز بيعه مع أصله أو مقطوعاً منه، جاز بيعه في منته كسائر المبيعات.

- بيع لبن الغنم أيما معلومة إذا عرف قدر حلابها:

ودليل الجواز⁽²⁾: القياس على لبن الظئر؛ لأنه لبن موصوف بصفته وقدره، فجاز بيعه في الضرع مدة معلومة كلبن الظئر.

- بيع جملة شاة قبل السلخ جزافاً:

قياساً على الحي الذي لا يراد إلا للذبح. ويمنع بيعها وزناً، لما فيه من بيع لحم وعرض وزناً، فإن الجلد والصوف عرض. قيل: إن علة المنع أن الوزن يقتضي أن المقصود اللحم، وهو مغيب، بخلاف الجزاف، فإن المقصود الذات بتمامها وهي مرثية.

- بيع حنطة في سنبلها بعد يبسها:

قبل الحصد وبعده، فتأ أي: حزمًا، ومنفوشاً أي: حصيداً، أو في تبته بعد الدرس، بشرطين:

الأول: أن يقع البيع على الكيل، نحو بعثك جميع حبّ هذا كلّ أردب بكذا، أو بعثك من حبّه أردباً بكذا. وهذا كالصبرة الآتي بيانها.

الثاني: وأن لا يتأخر تمام حصده ودراسه أكثر من خمسة عشر يوماً، وإلا منع لما فيه من السلم في معين. وهذا إذا كان التأخير مدخولاً عليه بالشرط أو العادة، وإلا فلا يضرّ التأخير، كما يؤخذ من باب السلم. وسيأتي ذكر الأدلة على ذلك في بيع الثمار قبل بدوّ صلاحه وبعده.

ولا يجوز أن يقع البيع جزافاً، إلا أن يبيعه بقتّه وتبته، فيجوز البيع جزافاً، إلا في المنفوش فلا يجوز. ومثل الحنطة غيرها من الحبوب.

فالحاصل أن للزرع خمسة أحوال: قائم بالأرض، وغير قائم. وغير القائم إما قت، وإما منفوش، وإما في تبته في الجرين، وإما خالص بعد التذرية، وهو المشار إليه بالصبرة الآتي بيانها.

(1) الإشراف: 571/2.

(2) الإشراف: 571/2.

فبيع الحب خاصة جائر في الجميع إن وقع بكيل. وبيعه بقتة يجوز جزافاً فيما عدا المنفوش وكذا بيع الصبرة جزافاً بشروط الجزاف الآتية.

- بيع زيت الزيتون بالوزن:

نحو بعتك زيت هذا الزيتون كل رطل بكذا.

ويجوز بيع دقيق الحنطة ونحوها، نحو بعتك دقيق هذه الحنطة كل صاع بكذا.

ويشترط أن لا يختلف خروج الزيت أو الدقيق عادة، بأن كان تارة يخرج له زيت أو دقيق، وتارة لا يخرج، فلا يجوز البيع عند الاختلاف للغرر.

وكذلك يشترط عدم الاختلاف في القلّة والكثرة والصفاء والجودة.

ومحلّ منع الجواز عند الاختلاف ما لم يشتر على الخيار. فإن كان اشترى على

الخيار جاز البيع، ولو اختلف الخروج.

ويشترط أيضاً عدم تأخر عصر الزيت أو طحن الحب أكثر من نصف شهر، وإلا

لزم السلم في معيّن وهو ممنوع؛ لأنّ أقلّ أجل السلم نصف شهر. فلو تأخر حصل أجر

السلم. وشروط صحّة السلم المؤجل بهذا الأجل أن يكون المسلم فيه في الذمة، لا في

معيّن. راجع باب السلم في ذلك.

- بيع صبرة معيّنّة:

والصبرة من الحبس؛ لأنها حبست عن الكيل، من الصبر الذي هو حبس النفس،

أو لأنها من وضع الشيء بعرضه على بعض، ومنه: الصبر، يقال للسحاب الكثيف

الصبير⁽¹⁾.

وبيع الصبرة جائز بشرط أن يباع كلّ صاع منها بكذا؛ أي: أن يعلم ثمن الصاع.

سواء كانت الصبرة معلومة الصيعان أم لا؛ لأنها إن كانت معلومة الصيعان كانت

معلومة الجملة، وإن كانت مجهولة الصيعان كانت مجهولة الجملة معلومة التفصيل،

وجهل الجملة فقط لا يضرّ. فإن الجهل وإن تعلق بجملة الثمن ابتداء لكن يعلم تفصيله

بالكيل فاغتفر⁽²⁾.

- بيع ما هو مقيس أو موزون، مثل الصبرة:

نحو كلّ ذراع من شقة، أو كل رطل من زيت بكذا، فيجوز بشرط أن يراد شراء

الجميع أو قدر معيّن منه. فلا فرق بين المكيلات والمقيسات والموزونات، كصاع أو

عشرة أصع بكذا، أو ذراع أو عشرة أذرع بكذا، أو رطل أو عشرة أرطال بكذا. فإن

أريد شراؤها أو شراء قدر غير معيّن فلا يجوز للجهل بجملة الثمن والمثمن، فلم يغتفر.

(2) انظر الإشراف: 572/2.

(1) الذخيرة: 129/5.

ويجوز في بيع الصبرة استثناء قدر ثلث فأقل لا أكثر، كيلاً أو وزناً أو عدداً. ودليل الجواز في الثلث فأقل: عمل أهل المدينة. فقد ذكر الإمام مالك المسألة وقال إثرها: «وهو الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽¹⁾.

فإن استثنى جزءاً شائعاً جاز بكلّ حال، سواء كان ذلك الجزء ثلثاً أو أقلّ أو أكثر، كبيع صبرة بكذا إلا ربعها - مثلاً -⁽²⁾.

- بيع الجزاف:

وهو بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جملة، بلا كيل ولا وزن ولا عدّ.

حكم بيع الجزاف:

الأصل فيه المنع للغرر بجهل الكيل أو الوزن أو العدّ، لكن أجازته الشارع للضرورة والمشقة فيما يقلّ جهله وغرره⁽³⁾. ودليل الجواز: عن ابن عمر، أنّ رسول الله ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»، قال ابن عمر: وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنّه ﷺ كان يعلم أنّهم يبيعون الطعام جزافاً، فلم ينههم عنه، وإنّما نهى المشتري عن بيعه قبل قبضه⁽⁵⁾.

ووجه الجواز أنّ التحري والحزر يمكن بهما التحديد والحصر⁽⁶⁾.

والقاعدة في هذا الباب أنّ من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده، وذلك كالحنطة والشعير والثمرة والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافاً؛ لأنّه ليس المقصد إلى عين كلّ واحد من آحاده؛ لأنّ أحداً لا يقصد عين كلّ جوزة وباذنجانة، وإنّما المقصد جملته ومبلغه. فإذا علم ذلك بالحزر والتقدير عند مشاهدته جاز بيعه كما يجوز بيع الشيء بالخرص، فيتعلّق به أحكام الكيل والوزن. ولأنّ قصد المبلغ ليس في جزافه خطر أو غرر، فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده؛ وإنّما المقصد التخفيف والرفق والراحة من التعب ومؤنة الكيل والوزن ما يقصر أعيانه وآحاد جماعات كلّ عين في نفسها كالحيوان والثياب والجواهر؛ لأنّ كلّ واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختيار في نفسه والعلم بسلامته من العيوب، وليس

(1) الموطأ في البيوع، باب جامع بيع الطعام. وانظر في دلالة قول الإمام مالك: «وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) الشرح الكبير: 18/3. (3) إكمال الإكمال: 344/5.

(4) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(5) إكمال الإكمال: 344/5. (6) إكمال الإكمال: 344/5.

الغرض المبلغ دون العلم، فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الغرر بالمجازفة فيه، فلا يجوز بيعه جزافاً⁽¹⁾.

شروط جوازها:

يشترط لجوازها ما يلي من الشروط:

الأول: أن يرى حال العقد أو قبله واستمر على حاله، لوقت العقد. ووجه اشتراط هذا الشرط أنّ المرثي هو الذي يمكن حزره وتقديره، أما الغائب فلا يتأتى فيه ذلك⁽²⁾.

ولا يجوز بيعه على الصفة، ولا على رؤية متقدمة يمكن فيها التغيير. وهذا ما لم يلزم على الرؤية فساد المبيع، كقلال الخلّ المختومة يفسدها فتحها وإلا جاز، ويكفي حضور مجلس العقد.

فإن لم ير حين العقد ولا قبله، لم يجز البيع جزافاً، ولو كان حاضراً، مثل أن يقع العقد على ملء ظرف فارغ، كقفة يملؤها حنطة بكذا، أو قارورة يملؤها زيتاً بكذا. ومثل أن يكون الظرف مملوءاً، فاشتره جزافاً بكذا على أن يملأه ثانياً من ذلك المبيع بنفس الثمن بعد تفريغه؛ لأن الثاني غير مرثي حال العقد. وهذا إذا كان الظرف ليس مكياً معلوماً.

والعلة في منع ما تقدّم الغرر للجهل بكيله، وبيع الجزاف مستثنى من منع بيع المجهول بشرط أن يكون مرثياً⁽³⁾.

ويستثنى من هذا نحو سلّة زبيب وتين، وقربة ماء وجراره، ممّا صار في العرف، كالمكيال لذلك الشيء، فيجوز شراء مثله فارغاً، وملئه ثانياً بعد تفريغه بثمان كذا وهذا حيث كانت القفة أو القارورة غير معروفة القدر، وإلا كان مكياً معلوماً، فيخرج عن الجزاف. وأمّا شرط ما في المكيال المجهول جزافاً فجاز بشرطه لا على أنه مكيل به.

الثاني: أن لا يكثر المبيع جداً. فإن كثر جداً، بحيث يتعدّر حزره عادة، لم يجز بيعه جزافاً، سواء كان مكياً أو معدوداً أو موزوناً.

وإن كان كثيراً لا جداً، جاز سواء كان مكياً أو معدوداً أو موزوناً، وذلك لإمكان حزره.

وإذا كان المبيع ممّا يعدّ، وقل جداً، لم يجز بيعه جزافاً؛ لأنه يسهل عدّه ولا ضرورة تمنع من ذلك⁽⁴⁾. أما إذا كان ممّا يكال أو يوزن، وقلّ جداً جاز بيعه جزافاً، ولو كان لا مشقة في الكيل والوزن.

(2) المتقى: 8/5.

(1) المعونة: 974/2.

(4) إكمال الإكمال: 344/5.

(3) المتقى: 9/5 - 10.

الثالث: أن يجهل المتبايعان قدر المبيع من الجهة التي وقع عليها العقد. أي: جهلاً بقدر كيله أو وزنه أو عدده. وذلك كبيعه عدداً، وهما يجهلان عدده ويعرفان وزنه؛ لأنّ المبيع إذا كان له جهتان كوزن وعدد وجهل من الجهة التي وقع العقد عليها فقد وجد الشرط.

ولا يجوز إذا علمه أحدهما. ودليل عدم الجواز⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «من غشنا فليس منا»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ العالم من المتبايعين غاشّ لصاحبه؛ لأنّ الثاني دخل على أنّ صاحبه بمثابته في الجهل بالمبيع، فإذا كتّمه كان تدليساً عليه.

ب - عن الأوزاعي أنّ النبي ﷺ قال: «لا يحلّ للرجل أن يبيع طعاماً جزافاً، قد علم كيله، حتى يعلم صاحبه»⁽³⁾. وهو نصّ.

وعلة المنع هو الغرر الذي دخل على العقد⁽⁴⁾.

فإن علم الجاهل بقدره حين العقد بعلم صاحبه فسد البيع لتعاقدتهما على الغرر، وردّه إن كان قائماً، وإلا فالقيمة؛ لأنه مثل مجهول القدر.

وإن علم الجاهل بعلم صاحبه بعد العقد خيّر في الردّ والإمضاء.

الرابع: أن يقع حزره؛ أي: تخمين قدره عند إرادة العقد عليه. سواء كان الحزر من المتبايعين، بشرط أن يكون كلّ واحد منهما من أهل الحزر، أو كان الحزر ممّن وكّلاه وكان من أهله، سواء كان المتعاقدان من أهل الحزر أم لا. ووجه جواز الجراف مع الحزر، أنّ المبيع المرثي يتأتّى فيه الحزر ويقلّ فيه الغرر، ولا يظهر فيه القصد إلى المخاطرة والمغابنة، فجاز بيعه جزافاً⁽⁵⁾.

الخامس: أن تكون الأرض التي عليها المبيع مستوية في اعتقاد المتبايعين، وإلا فسد العقد. ثمّ إن ظهر الاستواء فظاهر، وإلا فالخيار لمن لزمه الضرر.

السادس: أن يشقّ عدّ المبيع إن كان ممّا يعدّ كالبيض. أما ما شأنه الكيل كالحبّ أو الوزن، كالزيتون، فلا يشترط المشقة.

والفرق أن المكيل والموزون مظنة المشقة لاحتياجهما لآلة وتحرير، وذلك لا يتأتّى لكل الناس، بخلاف العدّ، لتيسره لغالب الناس.

السابع: أن لا تقصد أفراده بالبيع. فإن قصدت، كالثياب والخيل وكبير الحيتان

(1) الإشراف: 573/2، والمعونة: 976/2، والمنتقى: 10/5.

(2) أخرجه مسلم في الإيمان، باب من غشنا فليس منا.

(3) أخرجه عبد الرزاق في البيوع، باب المجازفة.

(4) المنتقى: 8/5.

(5) المنتقى: 9/5.

وكبير الخشب، لم يجز بيعه جزافاً، ولا بدّ من عدّه، إلا إذا قلّ ثمنها عادة، فيجوز بيعه جزافاً، ولا يضرّ قصد الأفراد. ووجه اشتراط هذا الشرط، أنّ الأفراد المقصودة بالبيع تحتاج إلى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله، وسلامته من العيوب، وقيمتها في نفسه، فشرط فيه العدّ لقوة الغرر فيه وخفة عدّه⁽¹⁾.

ومما لا يجوز فيه الجزاف إذا قصدت الأفراد بالبيع ولم يقلّ ثمنها النقد - أي: الدنانير والدراهم المسكوكة - إذا كان التعامل فيها بالعدد. والدليل على عدم الجواز⁽²⁾:

أ - نهى ﷺ عن بيع الغرر⁽³⁾. والأصل في الجزاف الغرر، وإنّما عفي للضرورة فيما فيه مشقة، وعدّ الدنانير والدراهم لا مشقة فيه؛ لأنّ لها بالآ وخطراً.

ب - أنّ العقد على الدنانير والدراهم إنّما يتناول ما في الذمة، والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد، وإنّما يثبت في الذمة المقدّر بكيل أو وزن أو عدد. والمسألة مبنية على أنّ الدنانير والدراهم لا تتعيّن بالعقد، وقد تقدّم الاستدلال على ذلك فيما مضى.

فإن كان بالوزن جاز لعدم قصد الأفراد حينئذ.

ومما يتعامل فيه بالوزن ولا يتأتى العدد فيه الحلي فيجوز بيعه جزافاً؛ لأنّ الضرورة تدعو إليه؛ أي: لأنّ المشقة تكون في كسره لو احتيج إلى ذلك عند بيعه بالوزن، وقد يكون فيه الحشو والجوهر، ولأنّ أمره خفيف بالنسبة للدنانير والدراهم المسكوكة؛ لأنّ الدنانير والدراهم المسكوكة يكثر فيها التشاح ويقصد فيها إلى الغرر⁽⁴⁾.

ومما تقدم يعلم أن الشروط الخمسة الأولى عامة، وأن الشرطين الأخيرين خاصان بالمعدود.

الثامن: أن لا يشتري الجزاف - كان ممّا أصله أن يكال كالحبّ أم لا - مع مكيل من نوعه أو غير نوعه، كان ممّا أصله أن يباع جزافاً كالأرض، أم لا كالحب. ودليل المنع⁽⁵⁾: ما روي عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر لا تعلم مكيلتها بالكيل المسمّى من التمر⁽⁶⁾.

(1) المتفق: 8/5 و 110/5، وإكمال الإكمال: 345/5.

(2) الإشراف: 572/2، والمعونة: 1022/2، والمتقى: 268/4.

(3) سبق تخريجه.

(4) الإشراف: 572/2، والمعونة: 1022/2، والمتقى: 268/4.

(5) المعلم: 254/2.

(6) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر.

ووجه الاستدلال أنّ النهي جاء في الحديث لأمرين؛ الأول: سدّ ذريعة الوقوع في الربا، ببيع التمر بالتمر متفاضلاً، والقاعدة أنّ الجهل بالتمائل كتحقق التفاضل، كما سيأتي في الربا؛ والثاني: لما في ذلك من المزابنة، ببيع المعلوم بالمجهول من جنسه، كما سيأتي في المزابنة.

ووجه المنع خروج إحدى الصورتين عن الأصل، وهما: جزاف حبّ مع مكيل منه، ومكيل أرض مع جزاف أرض.

أو خروجهما معاً عن الأصل. وهي مكيل أرض مع جزاف حبّ.

فهذه أربع صور استثنيت منها صورة، وهي أن يأتي معاً على الأصل فيجوز، كجزاف أرض مع مكيل حبّ في عقد واحد. أي: كقطعة أرض مجهولة القدر يشتريها مع أردب قمح بدينار مثلاً.

ووجه المنع في الصور الثلاثة هو الغرر⁽¹⁾؛ لأن الغرر المانع من صحّة البيع قد يكون بسبب انضمام معلوم لمجهول؛ لأن انضمامه إليه يصير في المعلوم جهلاً لم يكن.

ويجوز جزافان مطلقاً، جاء على الأصل، أو جاء أحدهما على الأصل والآخر خارجاً عن الأصل، أو جاء معاً خارج الأصل، كقطعة أرض مع قطعة أرض أخرى في عقد واحد بكذا؛ أو كقطعة أرض مع صبرة قمح أو مع أردب قمح، أو كصبرة مع أخرى.

ويجوز في عقد واحد مكيلان مطلقاً، كمائة ذراع من أرض ومثلها من أخرى أو مع أردب قمح، أو أردب قمح مع أردب فول بكذا.

ويجوز في عقد واحد جزاف مع عرض كصبرة حبّ أو قطعة أرض مع حيوان مما لا يباع جزافاً ولا كيلاً، كسائر الحيوانات.

التاسع: أن يكون مجزّفاً قبل الطلب. قيل: إنّه شرط لا بدّ منه. وعليه فلا يجوز أن تدفع مالاً لعطار ليعطيك شيئاً من الأبخار من غير وزن، ولا أن تأتي لجزار وتتفق معه على أن يكوّم لك لحماً وتشتريه جزافاً، فلا بدّ في الجواز أن يكون مجزّفاً عنده قبل طلبك.

وقيل: لا يضرّ إن كان غير مجزّف قبل الطلب وفيه فسحة.

- البيع على رؤية بعض المثلي:

أي: يجوز العقد مع الاكتفاء بمعرفة صفة المبيع على رؤية بعضه.

ويشترط في رؤية ذلك البعض في بيع الجزاف أن يكون متصلاً بالمبيع، كروية السمن في حلق جرّة.

وهذا العقد يجوز، سواء كان على البت أو على الخيار، وسواء كان مكيلاً أو موزوناً، كقطن وكتان، بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه، كرؤية ثوب من مجموع أثواب.

ومحلّ عدم الاكتفاء برؤية البعض فيه إن لم يكن في نشره إتلاف، وإلا اكتفي برؤية البعض.

- البيع على رؤية الصوّان:

وهو ما يصون الشيء، كقشر الرمان والجوز واللوز، فلا يشترط كسر بعضه ليرى ما في داخله، ومن ذلك البطيخ. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة.

ب - أنّ الضرورة تدعو إلى ذلك، لما للناس من الحاجة إلى بيعه رطباً، إذ ليس كلّ أحد يمكنه تجفيف ثمرته. كما إنّ في نزع قشره مشقة وإفساداً له.

- البيع على رؤية البرنامج:

وهو دفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل⁽²⁾ من الثياب المبيعة. أي: يجوز أن يشتري ثياباً مربوطة في العدل معتمداً فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر. فإن وجدت على الصفة لزم البيع، وإلا خيّر المشتري إن كانت أدنى صفة. وهو يختلف عن بيع الملامسة والمنابذة الممنوعين الآتي ذكرهما في المعاملات المنهي عنها. ودليل جواز البيع على البرنامج⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة.

ب - قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِمَكْرَةٍ عَنْ تَاجِرٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]. والآية عامة أيضاً.

ج - قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِّنْ عِنْدِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِّمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِن قَبْلُ يَسْتَفْخِرُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَمِنَ ذَلِكَ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: 89]، ووجه الاستدلال من هذه الآية أنّ اليهود كانوا يجدون في التوراة نعت النبي ﷺ وصفته، فكانوا يحدثون بذلك ويستفتحون به على الذين كفروا؛ أي: يستنصرون به على كفار العرب، يقولون: اللهم آت بهذا النبي الذي يقتل العرب

(1) الإشراف: 546/2، والمعونة: 1011/2، والمقدمات: 76/2.

(2) العدل: نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير.

(3) الإشراف: 521/2، والمعونة: 981/2، والمنتقى: 44/5، 45، 54، والمقدمات: 76/2 - 78.

ويذلمهم؛ لأنهم كانوا يرجون أن يكون منهم؛ فلما بعثه الله من العرب حسدوه وكفروا به، وقالوا: ما هذا الذي كنا نخبر به، فكذبهم الله تعالى بقوله: ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ﴾ فذكر أنهم عرفوه، وهم لم يعرفوه قبل بعثته إلا بصفته التي وجدوها في التوراة؛ فدل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف.

د - عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبأشر المرأة المرأة تنعتها لزوجها حتى كأنه ينظر إليها»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ شبه المبالغة في الصفة بالنظر.

هـ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أجاز بيع الحب في أكمامه، وهو غير مرئي، على صفة ما فرك منه إن كان حاضراً؛ فهذا يدل على جواز أن يشتري من البائع على الصفة إذا كان غائباً، إذ لا فرق بين ما إذا غاب المبيع وبين أن يبيعه على الصفة أو على مثال يريه إياه.

و - أن ذلك مروى عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما.

ز - القياس على المبيع المرئي؛ لأنه مبيع معلوم للمتبايعين مقدور على تسليمه غالباً.

ح - القياس على بيع السلم المضمون في الذمة؛ لأن الصفة تقوم مقام الرؤية عند تعذرهما.

ط - القياس على عقد النكاح؛ لأنه عقد معاوضة فلم يبطله عدم رؤية المعقود عليه، وهما الزوج والزوجة.

ي - الضرورة إلى ذلك؛ لأن فتح العدل ونشر ما فيه من الثياب مما يضر بصاحبه ويشق عليه، وتكلفه مؤنة لإعادتها إلى حالها، ولا يكون ذلك في الغالب إلا بأجرة وصانع يتولى ذلك؛ لأن السائمين يتكثرون وليس كل من يسوم وينظر إلى المبتاع يشتريه، فرب إنسان يوافقه وآخر لا يوافق ولا يبلغ ثمنه الذي يرضي البائع. وترك المبتاع دون شد وإعادة إلى حاله الأولى تغيره وتذهب بجماله وتنقص من ثمنه؛ فللهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة مقام رؤية المبتاع والنظر إليه.

ك - أن الرؤية لو كانت شرطاً في بيع الأعيان، لم يجز ألا يوجد في المقصود من المبيع وأن يشترط فيما ليس بمقصود منه كالصفة في السلم. وقد ثبت أن بيع الجوز واللوز في قشرهما جائز وإن اشترى المقصود بالبيع على الرؤية، فدل على أنها ليست

(1) أخرجه أحمد في مسنده: مسند عبد الله بن مسعود.

(2) أخرجه مسلم في البيع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

شرطاً فيه؛ ولأن ما كان شرطاً في صحّة عقد وجب مقارنته له، ولا يكتفى برؤيته له إذا لم يوجد في ذلك معنى العقد على التسليم، فلما اتفق على جواز بيع العين الغائبة إذا تقدمتها الرؤية، دلّ على أنها ليست بشرط فيه.

والبيع على البرنامج لازم وليس لأحد المتبايعين الردّ، وذلك ما وجداه على تلك الصفة. والدليل: القياس على السلم؛ لأنه بيع على الصفة فوجب أن يكون لازماً، أصل ذلك السلم⁽¹⁾.

فإن وجدها أقل عدداً وضع عنه من الثمن بقدره، فإن كثر النقص أكثر من النصف لم يلزمه، وردّ به البيع إن شاء.

فإن وجدها أكثر عدداً كان البائع شريكاً معه بنسبة الزائد. وقيل: يردّ ما زاد. قال ابن القاسم: والأول أحبّ إليّ.

وإنما اغتفر الاعتماد على الدفتر لما في حلّ العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلوّث شيءه ومؤن شدّه إن لم يرضه المشتري. فأقيمت الصفة مقام الرؤية، وإن كان الشيء حاضراً.

وإذا قبضه المشتري وغاب على البائع وادّعى أنه أدنى أو أنقص ممّا هو مكتوب في البرنامج، حلف البائع أن ما في العدل موافق للمكتوب، حيث أنكر ما ادّعاه المشتري. أي: فالقول للبائع بيمينه. فإن نكل حلف المشتري وردّ المبيع. أي: حلف أنه ما بدّل فيه، وأن هذا هو المبتاع بعينه. فإن نكل كالبائع لزمه.

فإن قيل: القاعدة أنّ الذي يحلف المدّعى عليه، لا المدعي، وهنا قد حلف البائع، وهو مدع للموافقة؛ فالجواب أن البائع وإن ادّعى الموافقة إلّا أنه في المعنى مدّعى عليه؛ لأن المدّعى عليه هو من ترجح قوله بمعهود أو أصل، والأصل هنا الموافقة، وذلك كمن دفع مالاً كان عليه ديناً أو أقرضه لغيره، فادّعى عليه أخذه أن المال ناقص، فالقول لدافعه بيمين أنه ما دفع إلا كاملاً. فإن نكل حلف أخذه وردّه أو كمل له دافعه النقص.

- بيع السلعة على الصفة لها إذا لم يكن المبيع في مجلس العقد:

بأن كان غائباً عن مجلسه؛ فلا يشترط حضوره ولو كان بالبلد. ودليل جواز بيع الغائب: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274]. ووجه الاستدلال أنه بيع حلال، لما لم يأت ما يحرمه، وإذا كان حلالاً وجب أن يكون صحيحاً؛ لأنّ الحلّ علّة الصّحة. وهذا من باب الاستدلال بالعلّة على المعلول⁽²⁾.

فإن لم يكن غائباً عن مجلس العقد، فلا يصحّ بيعه على الصفة لزوماً. ولا بدّ من

(2) مفتاح الوصول: 130.

(1) المتقى: 54/5.

الرؤية له لتيسر علم الحقيقة، والدليل على عدم الصحة أن الاقتصار على الصفة مع تيسر رؤيته مخاطرة وتغريب وضرر وجهالة بالمبيع لم تدع الحاجة إليه، فأشبه بيع الملامسة. ووجه الغرر والمخاطرة أن الصفة لا تحل محل العيان، فإننا نجد من أنفسنا أن الشيء يوصف لنا، ويجتهد الواصف له في البيان عنه وعن صفاته، فإن وقع البصر عليه قصر عما تحمّلته النفس منه من الخبر أو زاد على ذلك، وإذا كانت الصفة لا تحل محل العيان مع إمكانه صار تركه يقتضي العقد على مبيع مجهول⁽¹⁾. لكن إن كان في فتحه ضرر للمبيع أو فساد له، فيجوز بيعه على الصفة. ودليل جواز البيع على الصفة سواء كان المبيع غائباً أو حاضراً يشق رؤيته لخوف ضرره وفساده، ما تقدّم من الدليل على جواز البيع على البرنامج⁽²⁾. وهو وإن كان في البيع على الصفة غرر، إلا أنه من الغرر اليسير المعفو عنه⁽³⁾.

ثم إن وجد المبيع على الصفة المشترطة فالببيع لازم، وإلا فللمشتري رده. والدليل⁽⁴⁾:

أ - القياس على بيع السلم؛ لأنه عقد صحيح على مبيع موصوف لم يشترط فيه خيار، وجد على صفته المشترطة، فلم يكن فيه خيار الرؤية، أصله السلم.

ب - قياس الشبه على سائر البيعات؛ لأنه مبيع سليم لم يشترط فيه خيار، ولا هناك عرف يوجبه، فأشبه سائر المبيعات.

ج - أن الصفة في بيوع الأعيان قد أقيمت مقام الرؤية، فيجب إذا وجد المبيع عليها ألا يثبت فيه خيار، كما لو بيع على الرؤية.

والببيع على الصفة جائز، سواء كان الوصف من غير بائعها أو من بائعها، وسواء كان على البت أو الخيار أو السكوت، خلافاً لمن منع الشراء على اللزوم معتمداً على وصف البائع. ففي الموازية والعتبية لا يجوز أن يباع الشيء بوصف بائعه؛ لأنه لا يوثق بوصفه إذ يقصد الزيادة في الصفة لإنفاق السلعة. وهو خلاف ما ارتضاه ابن رشد واللخمي من جواز البيع بوصف البائع. نعم لا يجوز النقد، فهو شرط في النقد عندهما لا في صحة البيع. فمتى كان الوصف من البائع منع النقد، كان تطوعاً أو بشرط، كان المبيع عقاراً أو غيره.

- البيع على رؤية سابقة للمبيع:

وذلك بشرط أن لا يتغير المبيع بعد الرؤية عادة إلى وقت العقد. وهو يختلف

(1) شرح التلقين، للمازري: 4/ ورقة 155.

(2) الإشراف: 2/ 521، والمعونة: 2/ 978، وشرح التلقين: 4/ ورقة 155.

(3) بداية المجتهد: 2/ 177.

(4) الإشراف: 2/ 522.

باختلاف الأشياء من فاكهة وثياب وحيوان وعقار. فإن كان شأنه التغيير لم يجز على البت. وعلة المنع فيما يتغير الغرر الذي يلحق العقد⁽¹⁾.

ويجوز البيع على الخيار لما بيع على الصفة أو على الرؤية المتقدمة، إذا لم يبعد المبيع جداً. فإن بعد جداً، كخراسان بالمشرق من أفريقية بالمغرب، مما يظن فيه التغيير قبل إدراكه على صفته لم يجز إلا على خيار بالرؤية؛ أي: على خيار المشتري عند رؤيته، فيجوز البيع مطلقاً، سواء بيع على الصفة أو الرؤية المتقدمة، بعد أو لم يبعد. وهذا الجواز المطلق يشترط فيه أن لا يشترط نقد المشتري الثمن للبائع أو نقد المشتري الثمن تطوعاً. فإن اشترط نقد الثمن أو نقده تطوعاً لم يجز، ودليل المنع⁽²⁾:

أ - أن النقد ولو تطوعاً فيه غرر.

ب - لتردده بين السلفية والشمسية. أي: يدخله سلف وبيع؛ لأن النقد يتردد بينهما؛ لأن المبيع إن سلم كان نقداً، وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشتري. والحاصل أن في بيع الغائب اثنتي عشر صورة؛ لأنه: إما أن يباع على الصفة، أو على رؤية متقدمة، أو بدونها.

وفي كل: إما أن يباع على البت أو على الخيار بالرؤية.

وفي كل: إما أن يكون بعيداً جداً أو لا.

فإن كان على الخيار جاز مطلقاً إن لم ينقد.

وإن كان على البت جاز؛ إلا فيما بيع بدونها، قرب أو بعد للجهل بالمبيع؛ أو كان يتغير عادة؛ أو كان بعيداً جداً.

وأما إن كان حاضراً في مجلس العقد فلا بد من رؤيته، إلا أن يكون في فتحه مشقة أو فساد، فيباع بالوصف أو على ما في البرنامج على ما تقدم. فالغرر هو علة المنع فيما تقدم⁽³⁾.

ضمان المبيع غائباً على الصفة أو برؤية متقدمة:

و ضمان المبيع غائباً على الصفة أو برؤية متقدمة من المشتري إن كان عقاراً وأدركته الصفقة سالماً. ووجه كون الضمان على المشتري أن الأصل السلامة مع كونه متميزاً عن ملك البائع لا يتعلّق به حق توفية⁽⁴⁾.

فإن لم يكن عقاراً أو أدركته الصفقة معيباً ف ضمانه من البائع. ووجه كون الضمان من البائع، أن على البائع حق توفية المشتري ما اشتراه، فلما لم يوفه لم يستحقّ عليه العوض، والتلف منه لأنه لم يحصل بيد المشتري.

(2) المعونة: 980/2، والمنتقى: 287/4.

(4) المنتقى: 287/4.

(1) المنتقى: 22/5.

(3) المنتقى: 22/5 - 23.

ويستثنى من هذا إذا كان الشرط من المشتري في العقار أنه على البائع أو من البائع على المشتري.

وقبض المبيع غائباً والخروج له يكون على المشتري.

ويجوز في المبيع غائباً النقْد تطوعاً عقاراً كان أو غيره. كما يجوز النقْد فيه بشرط، إن كان المبيع الغائب على الصفة أو برؤية متقدمة، عقاراً وعلى اللزوم، ولو بعد جداً؛ لأن شأنه أن لا يسرع إليه التغير.

ولا يجوز النقْد بشرط في المبيع غائباً على الصفة أو برؤية متقدمة إذا كان الواصف له بائه أو إذا كان غير عقار وقرب جداً، كيوم ويومين لا أكثر؛ لأن الشأن عدم التغير في اليومين بعد الرؤية أو الوصف. لكن يجوز النقْد تطوعاً.

عدم تعيّن الدنانير والدراهم بالعقد:

العين - ذهباً أو فضة - إذا كانت مسكوكة تسمى نقداً. وقد كان الذهب المسكوك يطلق عليه اسم الدينار؛ والفضة المسكوكة يطلق عليها اسم الدرهم.

قال القاضي عبد الوهاب: الظاهر من مذهب أصحابنا في الدنانير والدراهم، أنهما لا يتعيّنان في العقد، وهو قول أبي حنيفة؛ ولابن القاسم قول أنها تتعيّن، وهو قول الشافعي. والدليل على عدم تعيّنهما بالعقد⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: 20]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى سمّى الدرهم ثمناً، قال الفراء - وهو من أئمة اللغة -: «الثمن ما ثبت في الذمة» وإذا ثبت أنّ الثمن في كلام العرب ما ثبت في الذمة، كان هذا الاسم منطلقاً على هذا الجنس من المال - أي: الدنانير والدراهم - ويختص به؛ اقتضى ذلك أن لا تتعيّن لأنه متعلق بالذمة.

ب - أنها لو كانت مما يتعيّن لم يجز إطلاق العقد عليها، كالثياب والطعام وسائر ما يتعيّن.

ج - أنّ العين بدل مستحق على وجه الثمن، فوجب أن يثبت في الذمة أصله إذا أطلقه المتعاقدان ولم يعيّناه.

د - أنّ الدنانير والدراهم لا يرادان لأعيانهما، وإنما يرادان للانتفاع بهما، إذ الأغراض فيهما واحدة، ولا مزية لعين منها على عين (يقصد لا مزية لدينار على دينار ولا لدرهم على درهم)؛ لأنه لا شيء تراد له إحدى العينين إلا وهو موجود في الأخرى (يقصد بإحدى العينين الدينار مع الدينار، والدرهم مع الدرهم)، وإذا ثبت ذلك وجب أن يكون تعيّنهما وعدم تعيّنهما بمنزلة واحدة.

(1) الإشراف: 2/ 554، والمتقى: 268/4.

وعَلَّل القاضي عبد الوهاب القول بالتعین، فانظر في كتابه⁽¹⁾. وإنما ذكرنا تعليل عدم التعین لأنه المنصوص عليه فيما يأتي من المسائل، وإن استثنوا في بعضها وجوب تعینها⁽²⁾.

الركن الثالث: ما يدل على الرضا عرفاً:

وهي الصيغة أو ما يقوم مقامها من قول أو إشارة أو كتابة. من جانبين أو من جانب واحد. والدليل على هذا الركن، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحِكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى وصف عقد التجارة الذي تنتقل به الأملاك بالتراضي؛ أي: صادرة عن التراضي، وهو الرضا من الجانبين بما يدل عليه من لفظ أو عرف، فمطلق الآية يدل على التجارة المتراضى عليها، وذلك ينقضي بالعقد وينقطع بالتجاوب بين المتعاقدين⁽³⁾.

ودليل قيام الإشارة مقام اللفظ: فعل النبي ﷺ. فعن كعب بن مالك أنه تقاضى - أي: طالب - ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه، في عهد النبي ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها النبي ﷺ وهو في بيته. فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف عن سجف⁽⁴⁾ حجرته، ونادى كعب بن مالك: «يا كعب» فقال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك. قال كعب: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ أشار لكعب بوضع النصف من دينه، ولم يكلمه؛ فدل أن الإشارة تقوم مقام القول. ولهذا جاز بيع الأبكم ونكاحه وشهادته⁽⁶⁾.

وتقوم المعاطاة من الجانبين مقام الصيغة، ولو في غير المحقرات. وذلك بأن يدفع المشتري الثمن للبائع، ويأخذ المثلن، أو يدفعه له البائع. ومحل أجزاء المعاطاة حيث أفادت في العرف.

الصيغ التي ينعقد بها البيع:

ينعقد العقد بقول المشتري ابتداء للبائع: اشتريتها منك بكذا بصيغة الماضي. أو يقول البائع للمشتري: بعتكها بكذا، بصيغة الماضي أيضاً، ويأتي الآخر بما يدل على

(1) الإشراف: 554/2.

(2) انظر مسألة: الإقالة قبل قبض المبيع، في مبحث: ضمان المبيع وانتقاله من البائع إلى المشتري.

(3) أحكام القرآن: 409/1، والمقدمات: 96/2، والتحرير والتنوير: 24/5.

(4) السجف: الستر.

(5) أخرجه البخاري في الصلاة، باب رفع الصوت في المسجد؛ ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضوء من الدين.

(6) إكمال الإكمال: 428/5.

الرضا من قول أو غيره، فيكون التعبير بالماضي إنشاء للبيع لا من قبيل الخبر. وينعقد البيع بالماضي اتفاقاً. ولا يقبل دعوى من أتى بصيغة الماضي أنه لم يرد البيع أو الشراء، ولو حلف.

وينعقد البيع بصيغة المضارع، يقول البائع: أبيعها بكذا، أو يقول المشتري: أشتريها منك بكذا، فرضي الآخر.

كما ينعقد بصيغة الأمر، يقول المشتري: بعني أو يقول البائع: اشتر مني هذه السلعة بكذا، فرضي الآخر.

إلا أنّ المبتدئ بصيغة المضارع أو الأمر إذا قال: لم أرد بذلك إنشاء البيع، وإنما قصدت الإخبار أو الهزل، بالمضارع أو الأمر؛ فإنه يصدّق بيمين فيهما. فإن لم يحلف لزم البيع. هذا قول ابن القاسم في المدونة، قياساً لهما على مسألة التسوق. لكن الشيخ خليل رحمته جزم بأن الأمر كالماضي في اللزوم بلا يمين، وإنما اليمين في المضارع فقط؛ لأن الأمر عرفاً يدل على البيع بأقوى من دلالة المضارع، خلافاً لابن القاسم، واعتمده الشيخ البنانى.

وحاصل هذا أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدلّ على الرضا عرفاً، وإن كان محتملاً لذلك لغة.

فالماضي لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال انعقد البيع به من غير نزاع، ولا يقبل رجوعه ولو حلف.

والأمر إنما يدلّ لغة على طلب البيع له فهو يحتمل الرضا به وعدمه، ولكن العرف دلّ على رضاه به، وحيثئذ فيستوي مع الماضي ولا يقبل رجوعه عنه، ولو حلف كما هو قول الشيخ خليل.

والمضارع يحتمل الحال والاستقبال. ولم يكن في العرف دالاً على الرضا، فقبل فيه الرجوع باليمين.

مسألة التسوق

هي أن يعرض البائع سلعة للبيع في سوقها، فقال له شخص: بكم تبيعها؟ فقال له: بكذا. فقال: أخذتها به. فقال البائع: لم أرد البيع، وإنما أوقفها في سوقها لأمر ما، فإنه يصدّق بيمين. فإن نكل لزم البيع. ووجه تصديقه بيمين أنه يصح أن يكون له غرض من تعرّف ثمن سلعته ونهاية ما يعطى بها، واللفظ غير صريح في إنفاذ البيع؛ لأن البيع علق بالمستقبل دون الماضي⁽¹⁾. وهذا إن لم تقم قرينة على إرادة البيع، وإلا لزم البيع قطعاً، ولا يلتفت لكلام البائع.

وقياس ابن القاسم لصيغة الأمر على مسألة التسوق مطعون فيه. ووجه القياس أنه إذا كان يحلف مع المضارع في مسألة التسوق، فأولى مع الأمر؛ لأن المضارع دلالة على البيع والشراء أقوى من دلالة الأمر؛ لأنه يدلّ على الحال، بخلاف الأمر، فإنه لا يدلّ عليه اتفاقاً.

ووجه الطعن في القياس، أنّ العرف غلب في الأمر، ولم يغلب في المضارع كما تقدم.

هذا ولا يضرّ في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول، إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفاً. وللبائع إلزام المشتري بالمزايدة ولو طال حيث لم يجر عرف بعده.

تقدير الربح:

الربح هو ما يكتسبه المرء زائداً على قيمة سلعته. ويكون ذلك الربح بحسب حاجة المشتري والبائع إلى عقد الصفقة، فالزيادة أبداً تكون من جهة المحتاج؛ إن احتاج البائع أعطى زائداً على الثمن من قيمة سلعته، وإن احتاج المشتري أعطى زائداً من الثمن⁽¹⁾. وحكم ذلك يختلف إذا كان مع العلم بقدر المبيع، أو كان مع الجهل به في الزيادة بالثلث فأقلّ، أو كان مع الجهل به في الزيادة بأكثر من الثلث؛ وفي حال الجهل إذا كان مع استسلام أحد المتبايعين لصاحبه وعدمه. فسيأتي الحديث عن ذلك فيما يرّد من البيوع بسبب الغبن.

لزوم عقد البيع:

إذا حصل الإيجاب والقبول بين المتبايعين فقد لزم البيع، وليس لأحدهما أن يحلّه؛ إلا إذا تراضيا على ذلك أو إذا تضمّن ما يوجب فسخه كما سيأتي، أو إذا اشترط أحدهما الخيار لنفسه. ودليل لزوم عقد البيع ما يلي⁽²⁾:

- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْثُودِ﴾ [المائدة: 1].

العقود في الآية اليهود. تقول العرب: عهدنا أمر كذا وكذا؛ أي: عرفناه؛ وعقدنا أمر كذا وكذا؛ أي: ربطناه بالقول كربط الحبل بالحبل. وعهد الله إلى الخلق إعلامه بما ألزمهم به. وتعاهد القوم أعلن بعضهم لبعض بما التزمه له وارتبط معه إليه وأعلمه به؛ فبهذا دخل أحد اللفظين في الآخر. فكلّ عهد لله سبحانه أعلمنا به ابتداء، والتزمنا نحن له، وتعاقدنا فيه بيننا؛ فالوفاء به لازم بعموم هذا القول المطلق الوارد منه سبحانه علينا في الأمر بالوفاء به.

(1) أحكام القرآن: 408/1.

(2) أحكام القرآن: 525/2، والجامع لأحكام القرآن: 4/6، وانظر الإشراف: 652/2،

المقدمات: 184/2، المتقى: 114/5.

فوجه الاستدلال بالآية أن لفظ المؤمنين عام في المسلمين؛ وأن الأمر فيها بالوفاء بالعقود عام في كل العقود، سواء كانت عقود طاعات مع الله تعالى، أو عقود معاوضات بين الناس، ومنها البيع؛ قال القرطبي: وهو الصحيح.

الكتابة والإشهاد عند البيع:

للبيع - باعتبار حصول التقابض بين المتبايعين - صور:

الأولى: البيع بنقد؛ أي: مناجزة يتقابض فيه المتبايعان كل منهما ما عاوض عليه.

الثانية: البيع بدين، بتأخير الثمن، ويسمى بيع السلم.

الثالثة: البيع بدين، بتأخير الثمن.

وسياتي - إن شاء الله تعالى - الحديث عن حكم الكتابة والإشهاد في صورتين الأخيرتين في باب القرض، لاشتراكهما مع القرض في الحكم. وتحدث هنا عن حكم الكتابة والإشهاد في الصورة الأولى. لكن نشير إلى خلاصة ما سياتي هناك، وهو أن الله تعالى أمر بالكتابة والإشهاد في كل معاملة فيها دين، على اختلاف بين العلماء فيما يحمل عليه الأمر، هل يحمل على الوجوب أو على الندب. قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَفِهُعُ أَنْ يُمْلِلْ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلْيُؤْمَرِ بِالْعَدْلِ وَأَنْتُمْ شَاهِدُونَ مِنَ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَمَنْ رَضِيَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تُصَلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلٍ ذَٰلِكُمْ أَنْقَضَ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقَوْمٌ﴾ [البقرة: 282].

ثم قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا﴾ [البقرة: 282].

ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى استثنى البيع الذي يقع فيه التقابض، وهي التجارة الحاضرة، من عموم الأمر المتقدم بالكتابة والإشهاد في معاملات التداين؛ لأن التجارة الحاضرة ليست من الدين في شيء. فرخص في ترك الكتابة. والاستثناء منقطع، والتقدير: إلا أن تقع تجارة حاضرة. والتجارة الحاضرة الناجزة، التي لا تأخير فيها في دفع الثمن ودفع المثل. وقوله: ﴿تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ بيان لجملة ﴿أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً﴾. وهذا إيماء إلى تعليل الرخصة في ترك الكتابة؛ لأن إدارة التجارة أغنت عن الكتابة. وصرحت الآية بمفهوم الاستثناء بقوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾، مع ما في قوله: ﴿جُنَاحٌ﴾ من الإشارة إلى أن هذا الحكم رخصة؛ لأن رفع الجناح مؤذن بأن الكتابة أولى وأحسن. ووجه الرخصة بترك الكتابة رفع المشقة في كل مباحة بنقد يدا بيد، ولأن المتبايعين إذا تفاعلا في المعاملة وتقابضا وبان كل واحد من

صاحبه، فإنه يقلّ في العادة خوف التنازع إلا بأسباب عارضة⁽¹⁾.

وأبقت الآية الإشهاد مطلوباً من غير كتب⁽²⁾. والأمر بالإشهاد هنا للندب عند الأئمة مالك، وأبي حنيفة، والشافعي، وأحمد؛ لأنّ الأمر للإرشاد. ووجه حمل الأمر في الآية على الندب، أنّ الأمر العاري عن القرائن الأصل فيه الوجوب، وههنا قرائن صرفته عنه منها⁽³⁾:

أ - قوله تعالى في الآية: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَعَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَيْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنْ مِنْ بَعْضِكُمْ بَعْضًا فُلْيُورَ الَّذِي أَوْثِنَ آمَنْتُمْ﴾ [البقرة: 283]، ووجه الاستدلال أنه لما جاز أن يترك الرهن الذي هو بدل الشهادة ويؤتمن صاحبه، جاز ترك الإشهاد.

ب - قوله تعالى: ﴿يَكْتَابُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، ووجه الاستدلال أنّ البيع عقد من العقود، فأمر الله تعالى بالوفاء به دليل على جوازه بغير إشهاد؛ لأنّ الأمر بالوفاء مع الإشهاد لا معنى له؛ لأنه إن جحد لزمه الحق بالشهود.

ج - عن عمارة بن خزيمة أن عمه حدثه، وهو من أصحاب النبي ﷺ، أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي واستتبعه ليقبض ثمن فرسه، فأسرع النبي ﷺ وأبطأ الأعرابي، وطفق الرجال يتعرضون للأعرابي فيسومونه بالفرس، وهم لا يشعرون أنّ النبي ﷺ ابتاعه حتى زاد بعضهم في السوم على ما ابتاعه به منه، فنادى الأعرابي النبي ﷺ فقال: إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته؛ فقام النبي ﷺ حين سمع نداءه فقال: «أليس قد ابتعته منك؟» قال: لا والله ما بعته. فقال النبي ﷺ: «قد ابتعته منك». فطفق الناس يلوذون بالنبي ﷺ وبالأعرابي وهما يتراجعان، وطفق الأعرابي يقول: هلمّ شاهداً يشهد أنني قد بعته. قال خزيمة بن ثابت: أنا أشهد أنك قد بعته. قال: فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: «بم تشهد؟» قال: بتصديقك يا رسول الله. قال: فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة شهادة رجلين⁽⁴⁾.

د - أنّ النبي ﷺ ثبت عنه أنه باع وكتب وأشهد، وباع واشترى ولم يشهد فقد رهن درعه عند يهودي ولم يشهد.

هـ - الإجماع على إجازة ترك الإشهاد في القليل التافه، كابتياح البقل وما أشبه ذلك.

(1) أحكام القرآن: 258/1، والجامع لأحكام القرآن: 401/3، والتحرير والتنوير: 116/3.

(2) تفسير ابن عرفة: 792/2.

(3) الإشراف: 963/2، والمقدمات: 276/2، وأحكام القرآن: 258/1، والجامع لأحكام القرآن: 401/3.

(4) أخرجه النسائي في البيوع، باب التسهيل في ترك الإشهاد؛ وأبو داود، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد.

وعلى هذا القول، فوجه حمل الأمر على النذب لا على الإباحة؛ أن الله تعالى أمر بحفظ الأموال، ونهى عن إضاعتها، وفي الإشهاد حفظ لها، فهذا دليل على النذب.

قال الإمام ابن عطية: «الوجوب في ذلك قلق، أما في الدقائق فصعب شاق. وأما ما كثر فرتما يقصد التاجر الاستتلاف بترك الإشهاد، وقد يكون عادة في بعض البلاد، وقد يستحيي من العالم والرجل الكبير الموقر فلا يشهد عليه؛ فيدخل ذلك كله في الائتمان، ويبقى الأمر بالإشهاد ندباً؛ لما فيه من المصلحة في الأغلب ما لم يقع عذر يمنع منه كما ذكرنا»⁽¹⁾. وحالة الائتمان - عند ابن عطية - مستثناة من النذب.

ورجح الشيخ ابن عاشور القول بالوجوب، وهو قول أبي سعيد الخدري، وأبي موسى الخدري، وابن عمر، وسعيد بن المسيب، ومجاهد، والضحاك، وابن جريج، وعطاء، والنخعي، وجابر بن زيد، وداود الظاهري، والطبري. وقد علل الشيخ ترجيحه بما علل به أيضاً ترجيحه - الآتي ذكره في باب القرض - الأمر بكتابة الدين والإشهاد عليه بأنه على الوجوب؛ وهو أن الأصل في الأمر بالوجوب، وقد تأكد هذا الحمل بمقاصد تشريع الكتابة والإشهاد، وبفعل النبي ﷺ فقد باع وكتب وأشهد، ومما جاء في ذلك: عن عبد المجيد بن وهب قال: قال لي العداء بن خالد بن هوذة: ألا أقرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قال قلت: بلى. فأخرج لي كتاباً: «هذا ما اشتري العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ اشتري منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خيثة بيع المسلم المسلم»⁽²⁾. وحمل قوله تعالى في الآية: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْنَتَهُ﴾ [البقرة: 283] على حالة الائتمان، كما حمل ما ثبت أن النبي ﷺ باع ولم يشهد على أن ذلك كان في مواضع الائتمان، فهي حالة مستثناة من الوجوب، وأنها رخصة خاصة بين المتعاقدين، فإن حالة الائتمان حالة سالمة من تطرق التناكر والخصام؛ لأن الله تعالى أراد من الأمة قطع أسباب التهاجر والفوضى، فأوجب عليهم التوثق في مقامات المشاحنة، لئلا يتساهلوا ابتداء ثم يفضوا إلى المنازعة في العاقبة⁽³⁾. وقد يقال: إن الاستدلال بأية الرهن في غير محلّه؛ لأنها واردة في السفر الذي هو مظنة فقدان الكاتب والشهداء.



(1) الجامع لأحكام القرآن: 403/3.

(2) أخرجه الترمذي في البيع، باب ما جاء في كتابة الشروط؛ وابن ماجه في التجارات، باب تجارة الرقيق. ومعنى الغائلة: الإباق والسرقة والزنا.

(3) التحرير والتنوير: 100/3 و117.



تعريف الربا لغة:

الزيادة والإضافة. يقال: ربا الشيء يربو إذا زاد وعظم، وأربنى فلان على فلان إذا زاد عليه. ولا بدّ في الزيادة من مزيد عليه تظهر الزيادة به⁽¹⁾.

تعريف الربا شرعاً:

قد تصرفَ الشرع في إطلاق لفظ الربا، فمرة أطلقه على معنى عام، وهو الكسب الحرام؛ ومرة أطلقه على معنى خاص، وبيان ذلك كما يلي⁽²⁾:

أ - المعنى العام: وهو اكتساب الحرام كيفما كان. وهو داخل في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. المراد بالأكل الانتفاع والاستيلاء والأخذ بنية التملك. ومعنى الآية: لا يأخذ بعضكم مال بعض بالباطل؛ أي: بما لا يحلّ شرعاً؛ لأنّ الشرع نهى عنه ومنع منه وحرّم تعاطيه؛ واستثنت الآية الأخذ بسبب التجارة، والاستثناء منقطع؛ لأنّ التجارة ليست من أكل المال بالباطل، فالمعنى: لكن التجارة غير منهي عنها. فقد قابلت الآية بين أخذ المال بالتجارة عن تراض وبين أخذ المال بالباطل، فعلم أنّ الزيادة التي يأخذها التاجر على رأس ماله هي في عوض تصديّه للتجر وجلب السلع وترويجها، وأنّ ما يؤخذ بالباطل ليس في عوض شيء كالسرقة والغصب والحيلة؛ أو هو في عوض شيء لا يجوز شرعاً من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد كالخمر والخنزير ووجوه الربا. ولذلك فإنّ أكثر البيوع الممنوعة إنّما تجد منعها لمعنى زيادة إمّا في عين المال، وإمّا في منفعة لأحد المتبايعين من تأخير ونحوه. لكن من البيوع ما ليس فيه معنى الزيادة؛ كبيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها، وكالبيع ساعة النداء يوم الجمعة، فإنّ قيل لفاعلها: هو آكل ربا، فهو من باب التجوز والتشبيه⁽³⁾.

(1) أحكام القرآن: 1/ 241، والمقدمات: 2/ 8، والجامع لأحكام القرآن: 2/ 264.

(2) المفهم: 5/ 2829، والجامع لأحكام القرآن: 2/ 264، وإكمال الإكمال: 5/ 478.

(3) أحكام القرآن: 1/ 97، و1/ 408، والجامع لأحكام القرآن: 2/ 264، والتحرير والتنوير: 2/

ووجه الاستدلال من الآية على المعنى العام للربا، أن الزيادة التي تؤخذ في الربا، لما كانت محرمة فهي من الباطل الذي نهت الآية عن أخذه.

ب - المعنى الخاص، وهو:

* ربا الفضل، وهو الزيادة في أحد العوضين في بيع الصنف بصنفه، من الأصناف الآتي ذكرها في الأحاديث النبوية.

* ربا النساء، أو النسبته، وهو بيع شيء من تلك الأصناف بمثله مؤخرًا؛ أي: مؤجلًا.

* ربا الجاهلية، وهو الزيادة على الدين لأجل التأخير.

* ما يؤول إلى واحد من الأصناف المتقدمة بتهمة التحيل على الربا، وهو مما اختص به المذهب المالكي، وهو المعروف عنده ببيع الآجال⁽¹⁾.

وسياتي الاستدلال على هذا المعنى الخاص عند ذكر أدلة أنواع الربا.

دلالة لفظ الربا في القرآن:

اختلف في لفظ الربا في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، هل هو عام يفهم المراد به ويدل على إباحة البيوع في الجملة والتفصيل، ويحمل على عمومته حتى يأتي ما يخصه؛ أو هو مجمل لا يفهم المراد به من لفظه، ويفتقر في البيان إلى غيره؛ أي: فلا يمكن أن يستعمل في إحلال البيع وتحريمه في التفصيل إلا أن يقتصر به بيان من سنة الرسول ﷺ، وإن دل على إباحة البيوع في الجملة دون التفصيل. فذهب ابن العربي والقرطبي - صاحب التفسير - إلى أنه عام وليس مجملًا، ودليلهما: أن الله تعالى أرسل رسوله ﷺ إلى قومه بلغتهم، وأنزل عليه كتابه - تيسيرًا منه - بلسانه ولسانهم؛ وقد كانت التجارة والبيع والربا عند العرب من المعاني المعلومة عندهم، فكانوا يتبايعون ويربون، وكان الرجل يبايع الرجل إلى أجل، فإذا حلّ الأجل قال: أتقضي أم تربني؟ يعني أم تزيدني على مالي عليك وأصبر أجلاً آخر. فأنزل الله تعالى ما يلزمهم في البيع والربا وما يعقدونهما عليه، ثم إن الله ﷻ أوحى إلى رسوله ﷺ أن يلقي إليهم زيادة فيما كان عندهم من عقد أو عوض، فألقى إليهم وجوه الربا المحرمة في كل مقتات، وثمان الأشياء مع الجنس متفاضلاً، وألحق به بيع الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، والبيع والسلف، إلى غير ذلك⁽²⁾.

وذهب ابن رشد الجدّ إلى أنه من الألفاظ المجملة المفتقرة إلى البيان والتفسير، والأحاديث الواردة في الربا تحمل على البيان والتفسير لما أجمل الله في كتابه، ودليله:

(1) التحرير والتنوير: 89/3.

(2) أحكام القرآن: 241/1، 243/1، والجامع لأحكام القرآن: 357/3.

ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: «إن آخر ما نزلت آية الربا وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبض ولم يفسرها لنا فدعوا الربا والريبة»⁽¹⁾؛ لكنه يبين مقصود عمر رضي الله عنه بقوله: «ولم يفسرها» أنه لم يرد أنه صلى الله عليه وسلم لم يفسر آية الربا ولا يبين المراد بها؛ وإنما أراد أنه صلى الله عليه وسلم لم يعم جميع وجوه الربا بالنص عليها، لما هو معلوم من أنه صلى الله عليه وسلم نص على كثير منها، كما سيأتي ذكر الأحاديث المتعلقة بالربا، وما لم ينص عليه من وجوه الربا فإنه أحال فيه على أدلة الشرع؛ لأنه صلى الله عليه وسلم ما توفي إلا بعد أن بين كل ما بالمسلمين الحاجة إلى بيانه، ويعني بأدلة الشرع أدلة الاجتهاد والنظر⁽²⁾.

وأما الشيخ ابن عاشور، فلم ير في كلام عمر رضي الله عنه ما يدل على أن لفظ الربا مجمل عنده لما قبله بالتفسير، ولم يذهب إلى نفس تأويل ابن رشد لكلام عمر رضي الله عنه؛ بل رأى أن عمر أراد أن تحقيق حكم الربا في صور البيوع الكثيرة خفي لم يعمه النبي صلى الله عليه وسلم بالتنصيص⁽³⁾؛ فذهب ابن رشد - على ما فهمه من كلام عمر - إلى أن وجوه الربا لم تستكمل بالتنصيص وترك معرفتها إلى طلب الأدلة، وذهب ابن عاشور إلى أن وجوه الربا منصوص على جميعها، وإنما الذي لم يستكمل التنصيص عليه هو تحقيق مناطها من صور البيوع الكثيرة، فلم يعمها النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأنها لكثرتها لا تحصى، ولو أراد التنصيص عليها لتطلب منه تتبع جزئيات صور البيوع وفروع مسائلها، وهذا ليس من معهود الشارع، فهو متروك لعلماء أمته صلى الله عليه وسلم يقومون باستنباط العلل التي أنيطت بها الأحكام المنصوص عليها، ويحققون وجودها في صور البيوع المتعددة والطارئة، فما وجد منها فيها فإنهم يعطونها حكم الأصل، وهذا هو القياس الشرعي.

وذهب جمهور العلماء إلى أن لفظ الربا في الآية منقول عن المعنى المعروف في اللغة، إلى معنى جديد في عرف الشرع، كما دلت عليه أحاديث كثيرة وأنه أعم من ربا الجاهلية المعروف عندهم قبل الإسلام. وقد كان الربا في الجاهلية هو الزيادة لأجل التأخير. وهو السلف بزيادة على ما يعطيه المسلف⁽⁴⁾. وذهب ابن عباس وابن عمر إلى أنه باق على معناه المعروف وهو ربا الجاهلية؛ أي: الزيادة لأجل التأخير، وتمسك ابن عباس بحديث أسامة، وسيأتي ذكره وتأويل العلماء له.

حكم الربا:

هو حرام. ودليل التحريم⁽⁵⁾: الكتاب، والسنة، والإجماع.

(1) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب التغليظ في الربا.

(2) المقدمات: 12/2. (3) التحرير والتنوير 3/87.

(4) التحرير والتنوير: 3/81 - 87.

(5) المعلم: 2/298، والمقدمات: 2/8، وأحكام القرآن: 1/241، والجامع لأحكام القرآن: 3/

364، والمفهم: 5/2858، وإكمال الإكمال: 5/499.

أ - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٧٥﴾ [البقرة: 275].

المراد بالذين يأكلون الربا هنا من كان على دين الجاهلية؛ لأن الوعيد والتشنيع الذي في الآية لا يناسب إلا التوجه إليهم؛ لأن ذلك من جملة أحوال كفرهم، وهم لا يرفعون عنها ما داموا على كفرهم. أما المسلمون فسبق لهم تشريع بتحريم الربا، في سورة آل عمران كما سيأتي، وهم لا يقولون إنما البيع مثل الربا، فجعل الله هذا الوعيد من جملة أصناف العذاب خاصاً للكافرين لأجل ما تفرغ عن كفرهم من وضع الربا. ومن عادات القرآن أن يذكر أحوال الكفار إغلاظاً عليهم، وتعرضاً بتخويف المسلمين، ليكره إياهم لأحوال أهل الكفر. وقد قال ابن عباس: كل ما جاء في القرآن من ذم أحوال الكفار، فمراد به أيضاً تحذير المسلمين من مثله في الإسلام⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن الآية عامة في تحريم كل ربا. ف (أل) في كل من البيع والربا لتعريف الجنس، فثبت بها حكم أصليين عظيمين في معاملات الناس محتاج إليهما فيها: أحدهما يسمى بيعاً والآخر يسمى ربا. أولهما مباح معتبر كونه حاجياً للأمة، وثانيهما محرّم ألغيت حاجيته لما عارضها من المفسدة الآتي بيانها. وظاهر تعريف الجنس أن الله أحلّ البيع بجنسه فيشمل التحليل سائر أفرادها، وأنه حرّم الربا بجنسه كذلك. ولما كان معنى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275] أذن فيه كان في قوة قضية موجبة، فلم يقتض استغراق الجنس بالصيغة، ولم تقم قرينة على قصد الاستغراق قيامها في نحو: ﴿الْحَدُّ لِلَّهِ﴾ [الفاتحة: 2]، فبقي محتملاً شمول الحلّ لسائر أفراد البيع. ولما كان البيع قد تعثره أسباب توجب فساده وحرمة تتبعت الشريعة أسباب تحريمه، فتعطل احتمال الاستغراق في شأنه في هذه الآية. أما معنى قوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275] فهو في حكم المنفي؛ لأن حرّم في معنى منع، فكان مقتضياً استغراق جنس الربا بالصيغة، إذ لا يطرأ عليه ما يصيره حلالاً⁽²⁾. فقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ عام، وقوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ تخصيص لهذا العموم، وكذلك باقي المنهيات في البيوع مما هو ثابت في السنة وإجماع الأمة، هي مخصصة لعموم الآية⁽³⁾.

وقد ذكر الشيخ ابن عاشور أن الله تعالى جاوب بهذه الجملة من الآية المنافقين بالمدينة الذين قالوا: «إنما البيع مثل الربا» فردّ عليهم شبهتهم التي حاولوا بها مغالطة المسلمين بادعاء مماثلة الربا للبيع لأنهما في أذهانهم - أي: الكفار - سواء؛ لأنهم

(2) التحرير والتنوير: 86/3.

(1) التحرير والتنوير: 80/3.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 356/3.

كانوا يتعاطونها معاً، وهو ردّ يتضمّن إعراضاً عن مجادلتهن، إذ لا جدوى فيها لأنهم قالوا ذلك كفراً ونفاقاً، فليسوا ممن تشملهم أحكام الإسلام؛ كما إنّ الآية جواب للمسلمين لإقناعهم بأنّ ما قاله الكفار هو شبهة محضة، وأنّ العليم قد حرّم هذا وأباح ذاك، وما ذلك إلّا لحكمة وفروق معتبرة لو تدبّرها أهل التدبّر لأدركوا الفرق بين البيع والربا، ولكن ليس في هذا الجواب كشف للشبهة، فهو ممّا وكّله الله تعالى لمعرفة أهل العلم من المؤمنين، مع أنّ ذكر تحريم الربا عقب التحريض على الصدقات يرمي إلى كشف الشبهة. وذكر الشيخ أنّ مبنى شبهة القائلين: «إنّما البيع مثل الربا» هي أنّ التجارة فيها زيادة على ثمن المبيعات لقصد انتفاع التاجر في مقابلة جلب السلع وإرصادها للطلابين في البيع الناض، ثمّ لأجل انتظار الثمن في البيع المؤجل؛ فكذلك إذا أسلف عشرة دراهم - مثلاً - على أنّه يرجعها له أحد عشر درهماً، فهو قد أعطاه هذا الدرهم الزائد لأجل إعداد ماله لمن يستسلفه؛ لأنّ المقرض تصدّى لإقراضه وأعدّ ماله لأجله، ثمّ لأجل انتظار ذلك بعد محلّ أجله.

وبعد أنّ عرض الشيخ ابن عاشور لبعض من كشف هاته الشبهة من العلماء كالقفال وفخر الدين الرازي والبيضاوي، وقوم تفرقتهم بين البيع والربا، قال: فالوجه عندي في التفرقة بين البيع والربا، أنّ مرجعها إلى التعليل بالمظنّة مراعاة للفرق بين حالي المقرض والمشتري؛ فقد كان الاقتراض لدفع حاجة المقرض للإنفاق على نفسه وأهله؛ لأنّهم كانوا يعدّون التداين همّاً وكرباً، وقد استعاذ منه النبي ﷺ؛ وحال التاجر حال التفضّل. وكذلك اختلاف حالي المسلف والبائع؛ فحال باذل ماله للمحتاجين لينتفع بما يدفعونه من الربا فيزيدهم ضيقاً؛ لأنّ المتسلف مظنّة الحاجة، ألا تراه ليس بيده مال؛ وحال بائع السلعة تجارة حال من تجشّم مشقة لجلب ما يحتاجه المتفضّلون، وإعدادهم لهم عند دعاء حاجتهم إليه مع بذلهم له ما بيدهم من المال. فالتجارة معاملة بين غنيين، ألا ترى أنّ كليهما باذل لما لا يحتاج إليه وأخذ ما يحتاج إليه؛ فالمتسلف مظنّة الفقر، والمشتري مظنّة الغنى، فلذلك حرم الربا لأنّه استغلال لحاجة الفقير، وأحلّ البيع لأنّه إعانة لطالب الحاجات. فتبيّن أنّ الإقراض من نوع المواساة والمعروف، وأنها مؤكّدة التعيّن على المواسي وجوباً أو ندباً، وأيّاً ما كان فلا يحلّ للمقرض أن يأخذ أجراً على عمل المعروف. فأما الذي يستقرض مالاً ليتجر به أو ليوسع تجارته فليس مظنّة الحاجة، فلم يكن من أهل استحقات مواساة المسلمين، فلذلك لا يجب على الغني إقراضه بحال، فإذا أقرضه فقد تطوّع بمعروف. وكفى بهذا تفرقة بين الحالين⁽¹⁾.

وكانت أول آية نزلت في الربا قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّكَ لِيَرْبُوا فِي أَمْوَالِ

النَّاسِ فَلَا يَرِيئُوا عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضَعِفُونَ ﴿٣٩﴾ [الروم: 39]، وهي آية مكّية. وقوله: ﴿فَلَا يَرِيئُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾ جواب شرط لـ ﴿وَمَا آتَيْتُمْ﴾، والمعنى أنه عمل ناقص عند الله غير زاك عنده، والنقص يكتنئ به عن المذمة والتحقير. فالآية تزهد المسلمين في الربا، وكان فاشياً في زمن الجاهلية وصدر الإسلام، وخاصة في ثقيف وقريش. فلما أرشد الله تعالى المسلمين إلى مواساة أغنيائهم فقراءهم - في الآيات السابقة لهذه الآية من سورة الروم - أتبع ذلك بتهيئة نفوسهم للكفت عن المعاملة بالربا للمقترضين منهم، فإنّ المعاملة بالربا تنافي المواساة؛ لأنّ شأن المقترض أنّه ذو حلّة، وشأن المقرض أنّه واجد، فمعاملته المقترض منه بالربا اقتناص فرصة لحاجته واستغلال لاضطراره، وذلك لا يليق بالمؤمنين⁽¹⁾.

والظاهر أنّ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٣٠﴾﴾ [آل عمران: 130] نزلت قبل قوله تعالى: ﴿وَاحِلَ اللَّهُ أَلْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]. إذ كانت سورة البقرة استمرّ نزولها إلى آخر الفترة المدنية، ونزلت في أثنائها سور وآيات ومنها آية سورة آل عمران. فكانت هذه الآية تمهيداً لآية سورة البقرة، فهي أول آية نزلت في تحريم الربا، وقد روي أنّ آية البقرة نزلت بعد أن حرّم الله الربا ولا يمكن ذلك إلّا بآية آل عمران، ولم يكن النهي فيها بالغاً ما في آية سورة البقرة؛ لأنّ صيغتها تناسب ابتداء التشريع؛ وصيغة آية البقرة تدلّ على أنّ الحكم قد تقرّر، ولذلك ذكر فيها عذاب المستمرّ على أكل الربا، وذكر غرور من ظنّ الربا مثل البيع، وقيل فيها: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾. ويكون وصف الربا بـ ﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ نهياً عن الربا الفاحش، وسكوتاً عمّا دون ذلك ممّا لا يبلغ مبلغ الأضعاف، ثمّ نزلت آية البقرة. ويحتمل أن يكون بعض المسلمين داين بعضاً بالمراباة عقب غزوة أحد، فنزل تحريم الربا في مدّة نزول قصّة تلك الغزوة⁽²⁾، فكانت آية سورة آل عمران مبدأ التحريم، وكانت آية البقرة إغلاق باب المعذرة في أكل الربا وبياناً لكيفية تدارك ما سلف منه⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿يُظَاهِرُ مِنَّ الدَّيْتِ هَادُوا حَرَمًا عَلَيْهِمْ طَبِئَتِ أُحْلَتَ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا ﴿١٦٦﴾ وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْبِهِمْ أَمْوَالُ النَّاسِ بِالْبُطْلِ﴾ [النساء: 160 - 161].
 ووجه الاستدلال أنّ الربا كان محرّماً في شريعة موسى ﷺ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ له في شرعنا. وهو قول مالك رحمه الله تعالى⁽⁴⁾.

ج - عن جابر بن عبد الله، قال: لعن رسول الله ﷺ آكل الربا، ومؤكله، وكتابه،

(1) التحرير والتنوير: 105/21.

(2) موقع هذه الآية في سورة آل عمران إثر الحديث عن غزوة أحد. التحرير والتنوير: 85/4.

(4) المقدمات: 5/2.

(3) التحرير والتنوير: 81/3، 86.

وشاهديه، وقال: «هم سواء»⁽¹⁾.

معنى قوله: أكل الربا، أخذه. ومعنى قوله: مؤكله، معطيه. ومعنى قوله: كاتبه، الذي يكتب وثيقته. ومعنى قوله: شاهديه، من يتحمل الشهادة بعقده وإن لم يؤدها. وإنما سوى بين هؤلاء في اللعنة؛ لأن عقد الربا لا يحصل إلا بمجموعهم، ولأن الشاهد والكاتب قد أعانا على المعصية.

د - الإجماع: فقد أجمعت الأمة على حرمة في الجملة. وصح رجوع ابن عباس وابن عمر عن إباحة ربا الفضل لعموم التحريم. وإنما اختلف العلماء في بعض مسائله.

حكم من استحلّ الربا:

من استحلّ الربا فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب وإلا قتل؛ والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: 275].

وجه الاستدلال أنّ المراد بالعود؛ أي: إلى: إما إلى استحلال الربا بالقول: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلَ الرِّبَا﴾ وذلك نفاق وكفر، فإنّ منهم من شقّ عليهم ترك التعامل بالربا، فعلم الله منهم ذلك وجعل عدم إقلاعهم عنه أمانة على كذب إيمانهم، فتكون الآية في الكافر والخلود المذكور خلود تأييد حقيقي؛ وإما المراد العود إلى المعاملة بالربا دون استحلال له، فتكون الآية في المسلمين العاصين، ويكون الخلود المذكور مستعار لطول المكث، على معنى المبالغة.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: 278 - 279].

وجه الاستدلال أنّ الوعيد في الآية على عدم ترك الربا استحلالاً له؛ أي: إن لم تفعلوا وتقبلوا ذلك وتقرّوا به، فأذنوا بحرب من الله ورسوله⁽³⁾. فاعلموا أنّكم محاربون من الله ورسوله لأنكم مشركون.

وأما من باع ببعاً أربى فيه غير مستحلّ، فعليه العقوبة الوجعة إن لم يعذر بجهل.

حكم من تاب أو أسلم وله ربا:

المسلم إذا أربى ثم تاب، فليس له إلا رأس ماله، وما قبض من الربا وجب عليه أن يردّه إلى من قبضه منه، فإن لم يعلمه تصدّق به عليه. والدليل⁽³⁾ على أنّ المرابي

(1) أخرجه مسلم في المساقاة، باب لعن أكل الربا ومؤكله.

(2) المقدمات: 8/2، والجامع لأحكام القرآن: 362/3، 364، والتحرير والتنوير: 90/3.

(3) المقدمات: 9/2، والجامع لأحكام القرآن: 365/3.

المسلم ليس له إلا رأس ماله، قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَقْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279]. فجعل للنائب رأس ماله دون سواه.

وأما من أسلم وله ربا، فإن كان قبضه فهو له، والدليل⁽¹⁾: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: 275]. فقوله: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى﴾ تفريع على الوعيد الذي في قوله: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا﴾. والمجيء بمعنى بلوغ العلم والبلاغ؛ أي: من علم هذا الوعيد، وهذا عذر لمن استرسل على معاملة الربا قبل بلوغ التحريم إليه، فالمراد بالموعظة هذه الآية وآية آل عمران.

والانتهاء إذا صدّه عما لا يليق. ومعنى ﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ أي: ما سلف قبضه من مال الربا فلا تباعة عليه منه في الدنيا ولا في الآخرة، لا ما سلف عقده ولم يقبض، بقرينة قوله فيما بعد: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279].
وتقدّم معنى العود.

ومن أسلم، إن لم يقبض الربا الذي له، فلا يحلّ له أن يأخذه، وهو موضوع عن الذي هو عليه ولا خلاف في ذلك، والدليل: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: 278 - 279]. ومعنى الآية: اتركوا ما بقي في ذمم الذين عاملتموهم بالربا؛ أي: فهذا النهي يتعلّق بما لم يكن مقبوضاً لا بما قبض؛ لأنه لا يتعقّب بالفسخ ما كان مقبوضاً، فهذا مقابل قوله: ﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾، فكان الذي سلف قبل نزول هذه الآية معفواً عنه، وما لم يقبض مأموراً بتركه. وقوله في الآية: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ تأكيد لإبطال ما لم يقبض من الربا وأخذ رأس المال الذي لا ربا فيه. وقيل: نزلت هذه الآية خطاباً لثقيف - أهل الطائف - إذ دخلوا الإسلام بعد فتح مكة وبعد حصار الطائف، على صلح وقع بينهم وبين عتاب بن أسيد، وكانت لهم معاملات بالربا مع قريش، فاشتطت ثقيف قبل النزول على الإسلام أن كلّ رباً لهم على الناس يأخذونه، وكلّ رباً عليهم فهو موضوع، وقبل رسول الله ﷺ شرطهم، ثم أنزل الله تعالى هذه الآية خطاباً لهم - وكانوا حديثي عهد بالإسلام - فقالوا: لا يدي لنا - أي: لا قدرة لنا - بحرب الله ورسوله. وقوله: ﴿فَإِنْ لَمْ تَقْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ يعني إن تمسكتم بالشرط فقد انتقض الصلح بيننا، فاعلموا أنّ الحرب عادت جذعة. فإذا صحّ ما ذكر في سبب

(1) المقدمات: 9/2، والجامع لأحكام القرآن: 361/3، والتحرير والتنوير: 90/3.

نزولها، فهو من تجويز الاجتهاد للنبي ﷺ في الأحكام، إذ قبل من ثقيف النزول على اقتضاء ما لهم من الربا عند أهل مكة، وذلك قبل أن ينزل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفَقُوا اللَّهُ وَذُرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٧٧) فَإِن لَّمْ تَقْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ، فيحتمل أن النبي ﷺ رأى الصلح مع ثقيف على دخولهم في الإسلام مع تمكينهم مما لهم قبل قريش من أموال الربا الثابتة في ذمهم قبل التحريم مصلحة، فلم يقره الله تعالى على هذا الاجتهاد، أو أنه أقره فترة ثم أنزل الله تعالى هذه الآية وأمرهم بالانكفاف عن قبض مال الربا بعد التحريم ولو كان العقد قبل التحريم، ولذلك جعلهم على خيرة من أمرهم في الصلح الذي عقده^(١). قال القرطبي: قيل: إن الآية نزلت بسبب ثقيف، وكانوا عاهدوا النبي ﷺ على أن ما لهم من الربا على الناس فهو لهم، وما للناس عليهم فهو موضوع عنهم، فلما أن جاءت آجال رباهم بعثوا إلى مكة لاقتضاها، وكانت الديون على بني المغيرة المخزوميين. فقال بنو المغيرة: لا نعطي شيئاً فإن الربا قد رفع. ورفعوا أمرهم إلى عتاب بن أسيد عامل النبي ﷺ على مكة، فكتب به إلى رسول الله ﷺ، فنزلت الآية، فكتب بها رسول الله ﷺ إلى عتاب بن أسيد، فعلمت بها ثقيف فكفّت وقالوا: لا يدي لنا بحرب الله ورسوله^(٢). فرواية القرطبي تفيد أن الله تعالى أقر النبي ﷺ فترة على اجتهاده ثم نسخه بالآية. وقد أكد النبي ﷺ النسخ بقوله في خطبة يوم عرفة في حجة الوداع: «ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»^(٣).

حكم الربا في دار الحرب:

الربا ثابت بين المسلمين في دار الحرب كثبوته في دار الإسلام. والدليل^(٤):

أ - قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275].

وجه الاستدلال أن الآية مطلقة في التحريم في كل الأحوال والأمكنة والأزمنة.

ب - سائر الأحاديث النبوية في باب الربا والنهي عنه، تدلّ بظواهرها على تحريمه مطلقاً، بدون تقييده بدار الإسلام.

ج - القياس على البيوع الفاسدة؛ لأن كل مبيع لم يصح في دار الإسلام لم يصح في دار الحرب، كسائر البيوع الفاسدة.

(1) المقدمات: 9/2، والتحرير والتنوير: 94/3.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 263/3.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في وضع الربا؛ والترمذي في تفسير القرآن، باب ومن سورة البقرة؛ وابن ماجه في المناسك، باب الخطبة يوم النحر.

(4) الإشراف: 541/2، وشرح التلقين: 4/ورقة 171.

د - القياس على الزنا وشرب الخمر؛ لأنّ كلّ ما كان محظوراً على المسلمين في دار الإسلام كان محظوراً عليهم في دار الحرب، كالزنا وشرب الخمر.

هـ - أنّ المسلم متى دخل دار الحرب بأمان، فأمواله عليه محظورة، فلم يجوز مبايعته بالربا؛ قياساً على الحربي إذا دخل إلينا بأمان فماله علينا محظور، ولا يجوز مبايعته بالربا.

حكمة تحريم الربا:

لما كانت الأقوات والأثمان ممّا تمسّ حاجة الإنسان إليها وتشتدّ ضرورته إلى توفيرها، وتحصل له المشقة والضيق إذا قلت أو منعت عنه أو أخذت من يده بغير وجه حق؛ فقد حرّم الله تعالى الربا فيها. وبالجمع بين كلام القاضي عبد الوهاب والرازي وابن عاشور الذين فصلوا في بيان الحكمة من تحريم الربا، يتحصّل أنّ الحكمة من التحريم هي حراسة الأموال وحفظها، ونفي الضرر عن الناس فيها، وذلك لما في الربا من المفاسد التالية:

أ - أنّ فيه أخذ مال الغير بغير عوض.

ب - أنّ في تعاطي الربا ما يمنع الناس من اقتحام مشاق الاشتغال في الاكتساب؛ لأنّ صاحب المال إذا تعود أخذ الربا خفت عنه اكتساب المعيشة، فإذا فشا في الناس أفضى إلى انقطاع منافع الخلق؛ لأنّ مصلحة العالم لا تنتظم إلا بالتجارة والصناعة والعمارة. ومقصد الشريعة من تحريم الربا البعد بالمسلمين عن الكسل في استثمار المال، وإلجاؤهم إلى التشارك والتعاون في شؤون الدنيا، فيكون تحريم الربا ولو كان قليلاً، مع تجويز الربح من التجارة والشركات ولو كان كثيراً، تحقيقاً لهذا المقصد.

ج - أنّه يفضي إلى انقطاع المعروف والمواساة بين الناس بالقرض. وفي تحريم الربا حمل الأمة على مواساة غنيها محتاجها احتياجاً عارضاً مؤقتاً بالقرض، فهو دون مرتبة الصدقة، وهو ضرب من المواساة، إلا أنّ المواساة منها فرض كالزكاة، ومنها ندب كالصدقة والسلف.

د - أنّ فيه أخذ الأجر على عمل المعروف، وهو من خسة النفوس، وقد أراد الله تعالى أن يكون فعل المعروف خالصاً لوجهه الكريم. فإذا انتدب المكلف للقرض حرم عليه طلب العوض عنه.

هـ - أنّ الغالب في المقرض أن يكون غنياً، وفي المستقرض أن يكون فقيراً، فلو أبيع الربا لكان فيه استغلال لحاجة الفقير، ولتمكّن الغني من أخذ مال الضعيف، فيزيده ذلك ضيقاً على ضيقه، وقد كان في الجاهلية يتحوّل المستقرض إذا لم يستطع الأداء إلى الرق لمن أقرضه. وفي الإسلام جعل الله تعالى مواساة المستقرض حقاً على الأمة

وفرض كفاية على القادرين عليها، وجعل المقرض غير الذي يريد المعاملة للربح كالمتبايعين والمتقارضين، للفرق الواضح في العرف بين التعامل وبين التداين، ولأجل ذلك ميّز الشرع هاته المواهي بعضها عن بعض بحقائقها الذاتية، لا باختلاف أحوال المتعاقدين، فلذلك لم يسمح لصاحب المال في استثماره بطريقة الربا في القرض، ولو كان المستقرض غير محتاج، بل كان طالب سعة وإثراء بتحريك المال الذي يتسلفه في وجوه الربح والتجارة ونحو ذلك، وسمح لصاحب المال في استثماره بطريق الشركة والتجارة ودين السلم، ولو كان الربح في ذلك أكثر من مقدار الربا، تفرقة بين المواهي الشرعية⁽¹⁾.

قال الشيخ ابن عاشور في وصف واقع الأمة في تعاملها بالربا الذي فرض عليها بحكم فقدان استقلالها بإدارة شؤونها، وانخراطها في المعاملات المالية الدولية، والواجب عليها للتخلص من ذلك: «ولقد قضى المسلمون قرناً طويلة لم يروا أنفسهم فيها محتاجين إلى التعامل بالربا، ولم تكن ثروتهم أيامئذ قاصرة عن ثروة بقية الأمم في العالم، أزمان كانت سيادة العالم بيدهم، أو أزمان كانوا مستقلين بإدارة شؤونهم، فلما صارت سيادة العالم بيد أمم غير إسلامية، وارتبط المسلمون بغيرهم في التجارة والمعاملة، وانتظمت سوق الثروة العالمية على قواعد القوانين التي لا تتحاشى المرباة في المعاملات، ولا تعرف أساليب مواساة المسلمين؛ دهش المسلمون، وهم اليوم يتساءلون، وتحريم الربا في الآية صريح، وليس لما حرّمه الله مبيح. ولا مخلص من هذا المضيق إلا أن تجعل الدول الإسلامية قوانين مالية تبنى على أصول الشريعة في المصارف، والبيوع، وعقود المعاملات المركبة من رؤوس الأموال وعمل العمال، وحوالات الديون، ومقاصتها، وبيعها. وهذا يقضي بإعمال أنظار علماء الشريعة، والتدارس بينهم في مجمع يحوي طائفة من كل فرقة، كما أمر الله تعالى»⁽²⁾.

فسخ صفقة الربا:

عقد البيع المتضمّن للربا فاسد، ويفسخ. ودليل الفسخ:

أ - قوله تعالى: ﴿يَمْحُ اللَّهُ الرِّبَا﴾ [البقرة: 276].

وجه الاستدلال أي: يفسخ عقده، ويرفع بركته. وتمام المحق يكون بإتلاف عينه، لذلك يجب إتلاف مال الربا على المتعاقدين بالصدقة به، تأديباً لهم، كما يجب على السلطان إذا وقع له أحد من هؤلاء أن يغلظ عليه العقوبة في أبدانهم⁽³⁾.

(1) الإشراف: 531/2، والمعونة: 959/2، وبداية المجتهد: 151/2، والتحرير والتنوير: 85/3 -

86، و4/86 - 87.

(3) المفهم: 2858/5.

(2) التحرير والتنوير: 87/4.

ب - عن أبي سعيد قال: جاء بلال بتمر برنّي، فقال رسول الله ﷺ: «من أين هذا؟» فقال بلال: تمر كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع؛ لمطعم النبي ﷺ. فقال النبي ﷺ عند ذلك: «أوه، عين الربا. لا تفعل. ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر، ثم اشتره»، وفي رواية: «هذا الربا. فؤدوه، ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا»⁽¹⁾.
معنى تمر برنّي: نوع من أجود أنواع التمر. ومعنى أوه: كلمة تحزّن وتوجّع⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أمر برّد التمر البرنّي، فدلّ على وجوب فسخ صفقة الربا وأنها لا تصحّ بوجه. ولو كانت الصفقة صحيحة وإنّما الممنوع ما صاحبها من وصف الربا كما يقول أبو حنيفة؛ لما أمر الرسول ﷺ برّد الصفقة، ولأمر فقط برّد الزيادة عن الصاع، ولصحّ الصفقة في مقابلة الصاع⁽³⁾.

ج - عن معمر بن عبد الله أنّه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال له: بعه ثمّ اشتر به شعيراً. فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع. فلما جاء معمرأ أخبره بذلك. فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فردّه، ولا تأخذنّ إلّا مثلاً بمثل. فإني كنت سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»، قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: إني أخاف أن يضارع⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنّ معمرأ أمر غلامه برّد الصاع وفسخ الصفقة، وذلك معلل بالربا⁽⁵⁾.

د - عن يحيى بن سعيد أنه قال: أمر رسول الله ﷺ السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة، فباعا كلّ ثلاثة بأربعة، وكلّ أربعة بثلاثة عيناً. فقال لهما رسول الله ﷺ: «أربيتما، فردّا»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أمرهما برّد البيع، وهو معنى الفسخ⁽⁷⁾.
فإن فات البيع فليس له إلا رأس ماله، قبض الربا أو لم يقبضه. فإن كان قبضه ردّه إلى صاحبه.

أنواع الربا:

الربا إما ربا فضل أي: زيادة، وإما ربا نساء أي: تأخير. ويدخلان في العين

(1) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(2) المفهم: 2848/5.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 3/358، والمفهم: 2850/5.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(5) إكمال الإكمال: 491/5.

(6) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبرأ.

(7) المقدمات: 9/2.

- الذهب والفضة - والطعام في الجملة؛ دون غيرهما من عروض وحيوان.

النوع الأول: ربا الفضل:

يحرم ربا الفضل - أي: الزيادة - في شيئين، ولو مناجزة أي: يداً بيد. والزيادة المحرمة هي ما كانت في القدر، كيلاً أو وزناً أو عدداً؛ لا ما كانت في الصفة، إذ لا حرمة في زيادتها. فيحرم ربا الفضل في العين والطعام:

1 - حرمة ربا الفضل في العين: يحرم ربا الفضل في العين - الذهب والفضة - وذلك بشرط اتحاد الجنس، فلا يجوز بيع درهم من فضة بدرهمين من فضة، ولا دينار من ذهب بدينارين من ذهب، ولو يداً بيد. والدليل على تحريم ربا الفضل في العين⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما»⁽²⁾. والحديث نصّ في منع التفاضل في العين.

ب - عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفُّوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا الورق بالورق، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفُّوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز»⁽³⁾. وفي رواية عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزناً بوزن، مثلاً بمثل، سواء بسواء»⁽⁴⁾.

ومعنى الورق - بكسر الراء -: الفضة، وهي اسم جنس يتضمّن الجنس كلّ مسكوكه ومصوغه وتبره ونقاره⁽⁵⁾. والحديث نصّ في منع التفاضل في العين.

ج - عن عثمان بن عفان قال: قال لي رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين؛ ولا الدرهم بالدرهمين»⁽⁶⁾.

د - عن يحيى بن سعيد أنه قال: أمر رسول الله ﷺ السعديين أن يبيعا آتية من المغانم من ذهب أو فضة، فباعا كلّ ثلاثة بأربعة، وكلّ أربعة بثلاثة عيناً. فقال لهما رسول الله ﷺ: «أربيتما، فرداً»⁽⁷⁾.

(1) المقدمات: 14/2، والمنتقى: 257/4 - 271، وبداية المجتهد: 148/2، و2/220، وإكمال الإكمال: 479/5 - 480.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً؛ ومسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً؛ والبخاري في البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، ومسلم في المساقاة، باب الربا.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الربا. (5) المفهم: 2835/5.

(6) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً؛ ومسلم في المساقاة، باب الربا.

(7) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبرأً.

ووجه الاستدلال أنّ فيه النهي عن بيع المصوغ بجنسه بأكثر من وزنه غير مصوغ⁽¹⁾.

هـ - عن مجاهد أنّه قال: كنت مع عبد الله بن عمر، فجاءه صائغ، فقال له: يا أبا عبد الرحمن، إني أصوغ الذهب، ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه، فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي. فنهاه عبد الله من ذلك. فجعل الصائغ يردّد عليه المسألة، وعبد الله ينهاه. حتى انتهى إلى باب المسجد، أو إلى دابة يريد أن يركبها. ثم قال عبد الله بن عمر: الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما. هذا عهد نبينا إلينا، وعهدنا إليكم⁽²⁾.

وجه الاستدلال أنّ ابن عمر نهى الصائغ عن أن يأخذ في المصوغ الذي يبيعه أكثر من وزنه مقابل عمل يده، وعلله بأن في ذلك تفاضلاً في بيع الذهب بالذهب⁽³⁾.

و - عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبرّ بالبرّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح؛ مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»، وفي رواية بزيادة: «عيناً بعين. فمن زاد أو ازداد فقد أربى»⁽⁴⁾. والحديث نصّ في منع التفاضل في العين.

ز - عن فضالة بن عبيد الأنصاري قال: أتني النبي ﷺ، وهو بخيبر، بقلادة فيها خرز وذهب، وهي من المغانم تباع؛ فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده. ثم قال لهم: «الذهب بالذهب وزناً وبوزن»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أمر فضالة بن عبيد بتفصيل القلادة وبيع الذهب على انفراده؛ لأنّ المشتري أراد أن يشتريها بذهب، أو أنّ البيع قد وقع بذهب، كما دلّت عليه رواية أخرى، وفيها قال فضالة: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فيها ذهب وخرز، فقال النبي ﷺ: «لا تباع حتى تفصل»⁽⁶⁾.

ووجه المنع وجود المفاضلة بين الذهبين؛ لأنّ الصفقة ذهب منفرد بذهب وعرض وهو الخرز، فلم تقع المساواة بين الذهبين⁽⁷⁾.

(1) المتقى: 258/4 و260/4.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً.

(3) الإشراف: 527/2، والمتقى: 260/4.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

(5) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب.

(6) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب.

(7) إكمال الإكمال: 486/5.

ح - عن عبد الله بن عمر، أنّ عمر بن الخطاب قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل، ولا تُشَقِّوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا الورق بالورق إلاّ مثلاً بمثل، ولا تُشَقِّوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا الورق بالذهب، أحدهما غائب والآخر ناجز. وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تُنظره، إتي أخاف عليكم الرّماء. والرّماء هو الربا⁽¹⁾.

وقد جاء في هذه الأحاديث طلب المماثلة بألفاظ مختلفة، وهي:

بلفظ: «مثلاً بمثل» وهو تصريح بوجود تحقق المماثلة في القدر، وإن كانت المماثلة أعمّ من أن تكون في القدر⁽²⁾.

بلفظ: «وزناً بوزن»، وهو صريح في وجوب تحقق المماثلة في الميزان⁽³⁾.

بلفظ: «لا فضل بينهما» وهو تصريح بالنهي عن المفاضلة.

بلفظ: «ولا تُشَقِّوا بعضها على بعض»، ومعنى تشقُّوا في الحديث: تُفضّلوا. أي:

لا تفضّلوا بعضها على بعض. وقد يكون الشفّ في اللغة النقص، فهو من أسماء الأضداد. والحديث يدلّ على أنّ الزيادة وإن قلت حرام؛ لأنّ لفظ الشفوف يقتضي الزيادة القليلة. ومنه شفاقة الإناء، وهي البقية اليسيرة من الماء⁽⁴⁾.

بلفظ: «سواء بسواء»، وهو نصّ في المساواة في المقدار⁽⁵⁾.

بلفظ: «فمن زاد أو ازداد فقد أربى»؛ أي: فمن بذل الزيادة وطاع بها ومن

سألها، كلّ واحد منهما قد فعل الربا، وهما سواء في ذلك، كما قال: «الآخذ والمعطي فيه سواء»⁽⁶⁾؛ أي: في فعل المحرّم وإثمه⁽⁷⁾.

وحديث عثمان بن عفّان: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين؛ ولا الدرهم بالدرهمين»

نصّ في منع المفاضلة.

وأنّ الباء في الأحاديث «بالصاعين»، «بالدينارين»، «بالدرهمين»، «بالدينار»،

«بالذهب»، «بالورق»، «بالدرهم»، «بمثل»، «بوزن»، «بسواء» تفيد المقابلة.

ودليل اشتراط اتحاد الصنف في تحريم ربا الفضل في العين⁽⁸⁾:

- أنّ النبي ﷺ - في الأحاديث المتقدّمة - قصر التحريم على الصنف في مقابل

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالفضّة تبرأ وعينا.

(2) المفهم: 2834/5، وإكمال الإكمال: 471/5.

(3) إكمال الإكمال: 473/5.

(4) المتقى: 260/4، والمفهم: 2833/5، وإكمال الإكمال: 471/5.

(5) إكمال الإكمال: 473/5.

(6) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب والورق نقداً.

(7) المفهم: 2834/5.

(8) المعونة: 960/2، إكمال الإكمال: 479/5 - 480.

صنفه. ثم قال في رواية عبادة بن الصامت: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»، وهذا نص.

والنهي عن التفاضل في العين عند اتحاد الجنس، يدخل فيه جميع أنواع العين من التبر⁽¹⁾ والمسكوك والمصوغ والجيد والرديء، والدليل: دلالة العموم في أحاديث النهي المتقدمة⁽²⁾.

2 - حرمة ربا الفضل في الطعام. فلا يجوز بيع صاع قمح مثلاً بصاعين من قمح، ولو يداً بيد. والدليل على تحريم ربا الفضل في الطعام⁽³⁾:

أ - عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاءه بتمر جنيب. فقال له رسول الله ﷺ: «أكل تمر خبير هكذا؟» فقال: لا والله، يا رسول الله. إنا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنياً»⁽⁴⁾. وفي رواية عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ قال: «التمر بالتمر مثلاً بمثل»، فقيل له: إن عاملك على خبير يأخذ الصاع بالصاعين. فقال رسول الله ﷺ: «ادعوه لي»، فدعي له، فقال له رسول الله ﷺ: «أتأخذ الصاع بالصاعين؟» فقال: يا رسول الله لا يبيعونني الجنيب بالجمع صاعاً بصاع. فقال له رسول الله ﷺ: «بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنياً»⁽⁵⁾.

ومعنى الجنيب: نوع جيد من التمر. ومعنى الجمع: تمر رديء مجموع من أنواع مختلفة. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ نهى عامله على خبير أن يبيع نوعاً من تمر بنوع آخر بأكثر من مكيلته، ويبين له أنه إن لم يجد من يعطيه الجيد من التمر بالرديء منه متماثلاً، فالطريقة الشرعية أن يبيع الرديء بالدراهم، ويشتري بالدراهم الجيد.

ب - عن أبي عيَّاش أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت؟ فقال له سعد: أيتهما أفضل؟ قال: البيضاء. فنهاء عن ذلك، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب؟ فقال رسول الله ﷺ: «أينقص الرطب إذا يبس؟»

(1) التبر قطع الذهب والفضة قبل أن تضرب وتطبع دنائير أو دراهم.

(2) المنتقى: 260/4، وبداية المجتهد: 221/2.

(3) المعونة: 956/2، والمنتقى: 241/4، والمقدمات: 14/2، وإكمال الإكمال: 479/5 - 480، وبداية المجتهد: 148/2.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يكره من بيع التمر؛ والبخاري في البيوع، باب إذا بيع تمر بتمر خير منه؛ ومسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يكره من بيع التمر.

فقالوا: نعم. فنهى عن ذلك⁽¹⁾. وفي رواية: «فلا إذا»⁽²⁾.

ومعنى البيضاء: الحنطة أي: القمح. ومعنى السلت: حبّ بين الحنطة والشعير، ولا قشر له كقشر الشعير.

ووجه الاستدلال أنّ سعداً أراد بالسؤال عن الأفضلية بين الحنطة والسلت أي: في القدر، يعني بذلك أكثر كيلاً، لا الأفضلية في الصفة؛ لأنه لا يخفى عليه ولا على غيره أنّ الحنطة أفضل صفة من السلت، وأنّ بيع الحنطة بالسلت غير ممنوع إذا كان مثلاً بمثل، يبدأ بيد؛ ولذلك استدلت سعد بنهي النبي ﷺ عن الرطب بالتمر، ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ نهى عن ذلك لأنّ الرطب ينقص إذا يس وجفت، فإذا أعطي فيه كيل معلوم من التمر يكون فيه التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض، وإنّ رطبه وإن كان فيه غرض لا يكون في يابسه، فإنّه لا يخرج بذلك عن جنسه، ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض إذا اتفقا في معظمها⁽³⁾. ومع التفاضل الذي في ذلك ففيه أيضاً الغرر الممنوع بسبب الجهل بالمقدار الذي سيكون عليه الرطب إذا جفت، وقطعاً سيكون غير متماثل مع كيل التمر الذي أعطي فيه؛ وهذا هو معنى المزابة المنهي عنها. وسيأتي الحديث عن ذلك في المزابة.

وقد حاول الحنفية إخراج هذا الحديث عن معناه الظاهر بضرب من التأويل البعيد، بقولهم إنّ قوله ﷺ في الرواية الثانية: «فلا إذا» لا يفهم إلا بتقدير محذوف، فقد يكون «فلا يجوز إذن»، وقد يكون «فلا بأس إذن»، ومع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال. والردّ على هذا أنّ جوابه ﷺ: «فلا إذن» قد فسره ما في الرواية الأولى بقول الراوي: «فنهى عن ذلك»، ولو لم يوجد هذا التفسير لم يكن لاعتراضهم وجه، وذلك أنّ جوابه ﷺ إنّما يطابق سؤال السائل إذا كان التقدير «فلا يجوز إذن»؛ لأنه إنّما سئل عن الجواز؛ وأيضاً فقريئة التعليل بالنقص تدلّ على المنع، إذ النقص لا يكون مناسباً للجواز، فهذا يوجب القطع بأنّ المراد أنّه لا يجوز⁽⁴⁾.

وحديث سعد فيه زيادة تفسير لربا الفضل على ما في حديث عبادة وباقي أحاديث الربويات، ببيان عدم جواز بيع رطب الجنس بيابسه، ولو مع وجود التماثل والتساوي⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يكره من بيع التمر؛ وأبو داود في البيوع، باب في التمر بالتمر؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابة؛ والنسائي في البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب؛ وابن ماجه في البيوع، باب بيع الرطب بالتمر.

(2) أخرجه أحمد في مسنده: 179/1.

(3) المتتقى: 243/4، وانظر بداية المجتهد: 159/2.

(4) مفتاح الوصول: 44.

(5) بداية المجتهد: 159/2.

ج - عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبرّ بالبرّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح؛ مثلاً بمثل، سواء بسواء، يبدأ بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»، وفي رواية بزيادة: «عيناً بعين. فمن زاد أو ازداد فقد أربى»⁽¹⁾. والحديث نصّ في منع التفاضل في الطعام.

د - عن أبي سعيد قال: جاء بلال بتمر برنيّ، فقال رسول الله ﷺ: «من أين هذا؟» فقال بلال: تمر كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع؛ لمطعم النبي ﷺ. فقال النبي ﷺ عند ذلك: «أوه، عين الربا. لا تفعل. ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر، ثم اشتره»، وفي رواية: «هذا الربا. فزُدوه، ثم يبعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا»⁽²⁾.

وقد جاء في هذه الأحاديث طلب المماثلة بألفاظ مختلفة، وهي: بلفظ: «مثلاً بمثل»، ولفظ: «سواء بسواء»، ولفظ: «فمن زاد أو ازداد فقد أربى». وتقدّم بيان معانيها.

ويحرم ربا الفضل في الطعام بشرطين:

الشرط الأول: اتحاد الجنس. ودليل ذلك⁽³⁾: ما تقدّم من الدليل في اشتراط اتحاد الصنف في تحريم ربا الفضل في العين. أي: ما جاء في رواية عبادة بن الصامت من قول النبي ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد». وحديث عبادة بن الصامت ذكر فيه تحريم ربا الفضل في العين والطعام.

الشرط الثاني: كونه طعاماً ربوياً. والطعام الربوي ما ذكر في الأحاديث وما ألحق به من غير المنصوص عليه. وسيأتي الاستدلال على ما هو ملحق به عند بيان الطعام الربوي وأجناسه.

جواز التفاضل إذا اختلف الجنس:

وإذا اختلف الجنس، ذهباً أو فضة، أو طعاماً ربوياً، أو كان الطعام غير ربوي، جازت المفاضلة إذا كانت يداً بيد. وذلك كدينار من ذهب بقنطار من فضة مناجزة، وأردب قمح بأردب من فول مناجزة؛ أي: حالاً يداً بيد. والدليل على جواز التفاضل في العين والطعام الربوي وغير الربوي، إذا اختلف الجنس وكان يداً بيد⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]. والآية عامة في كلّ بيع، إلا ما

(1) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(3) إكمال الإكمال: 479/5 - 480. (4) المعلم: 299/2.

خصه الدليل. وقد خصّ منها بيوعاً كثيرة، وليس منها هذا؛ فبقي على أصل الإباحة.

ب - ما جاء في رواية عبادة بن الصامت من قول النبي ﷺ: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد». وحديث عبادة بن الصامت ذكر فيه تحريم ربا الفضل في العين والطعام.

ج - أنه لو كان التفاضل ممنوعاً في كلّ شيء، لم يكن لتخصيص النبي ﷺ الأصناف الستة⁽¹⁾ بتحريم التفاضل معنى، ولعمّ تحريم التفاضل في كلّ شيء؛ ولكن لما خصّ هذه الستة دلّ ذلك على أنّ التحريم ليس بعام في سائر الأشياء.

إعطاء الصائغ الأجرة:

إذا باع الصائغ مصوغاً من ذهب أو فضة بجنسه، فلا يجوز له أن يبيعه إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن، ولا يجوز له أن يأخذ زائداً على ذلك قدر قيمة الصياغة، والدليل:

أ - عن مجاهد أنه قال: كنت مع عبد الله بن عمر، فجاءه صائغ، فقال له: يا أبا عبد الرحمن، إني أصوغ الذهب، ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه، فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي. فنهاه عبد الله من ذلك. فجعل الصائغ يردّد عليه المسألة، وعبد الله ينهاه. حتى انتهى إلى باب المسجد، أو إلى دابة يريد أن يركبها. ثم قال عبد الله بن عمر: الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما. هذا عهد نبيّنا إلينا، وعهدنا إليكم⁽²⁾.

تقدّم في وجه الاستدلال أنّ ابن عمر نهى الصائغ عن أن يأخذ في المصوغ الذي يبيعه أكثر من وزنه مقابل عمل يده، وعلله بأن في ذلك تفاضلاً في بيع الذهب بالذهب⁽³⁾.

ب - عن يحيى بن سعيد أنه قال: أمر رسول الله ﷺ السعديين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة، فباعا كلّ ثلاثة بأربعة، وكلّ أربعة بثلاثة عيناً. فقال لهما رسول الله ﷺ: «أرئيتما، فردّأ»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنّ فيه النهي عن بيع المصوغ بجنسه بأكثر من وزنه غير مصوغ⁽⁵⁾.

(1) الأصناف الستة جمعها حديث عبادة بن الصامت، وهي: الذهب، والفضة، والبرّ - أي: القمح -، والشعير، والتمر، والملح.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً.

(3) الإشراف: 527/2، والمنتقى: 260/4.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبرأً.

(5) المنتقى: 258/4 و260/4.

الرواية عن ابن عباس وابن عمر في ربا الفضل:

روي أنّ ابن عمر وابن عباس كانا يجيزان الصرف؛ أي: بيع الذهب بالذهب، متفاضلاً. ولا يريان الربا إلا في النسيئة. فعن أبي نضرة، قال: سألت ابن عباس عن الصرف؟ فقال: أيداً بيد؟ قلت: نعم. قال: فلا بأس به. فأخبرت أبا سعيد، فقلت إنّي سألت ابن عباس عن الصرف، فقال: أيداً بيد؟ قلت: نعم. قال: فلا بأس به. قال: أو قال ذلك؟ إنّنا سنكتب إليه فلا يفتيكموه. قال: فوالله، لقد جاء بعض فتیان رسول الله ﷺ بتمر فأنكره، فقال: «كأنّ هذا ليس من تمر أرضنا»، قال: كان في تمر أرضنا أو في تمرنا العام بعض الشيء؛ فأخذت هذا وزدت بعض الزيادة. فقال رسول الله ﷺ: «أضعفت، أربيت. لا تقرينّ هذا. إذا رابك من تمرك شيء فبعه، ثمّ اشتر الذي تريد من التمر»، وفي رواية، قال أبو نضرة: سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف، فلم يريا به بأساً. فإني لقاعد عند أبي سعيد الخدري فسألته عن الصرف؟ فقال: ما زاد فهو ربا. فأنكرت ذلك لقولهما. فقال: لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ؛ جاءه صاحب نخلة بصاع من تمر طيب، وكان تمر النبي ﷺ هذا اللون. فقال النبي ﷺ: «أتى لك هذا؟» قال: انطلقت بصاعين فاشتريت به هذا الصاع. فإنّ سعر هذا في السوق كذا، وسعر هذا كذا. فقال النبي ﷺ: «ويلك، أربيت. إذا أردت ذلك فبع تمرك بسلعة، ثمّ اشتر بسلعتك أيّ تمر شئت». قال أبو سعيد: فالتمر بالتمر أحقّ أن يكون ربا أم الفضة بالفضة⁽¹⁾.

فقوله: هذا اللون؛ أي: يشير إلى تمر رديء.

وقوله: فبع تمرك بسلعة؛ أي: بسلعة غير التمر.

وقد سئل ابن عباس عن مصدره في القول بعدم تحريم ربا الفضل؛ فعن أبي سعيد الخدري قال: لقيت ابن عباس، فقلت: أرايت قولك في الصرف، شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ، أم شيئاً وجدته في كتاب الله عزّ وجلّ؟ فقال ابن عباس: كلاً، لا أقول. أمّا رسول الله ﷺ فأنتم أعلم به مني. وأمّا كتاب الله فلا أعلمه، (وفي رواية: ولم أجده في كتاب الله)؛ ولكن حدّثني أسامة بن زيد، أنّ رسول الله ﷺ قال: «ألا إنّما الربا في النسيئة»، وفي رواية: «لا رباً إلا في النسيئة»⁽²⁾. وفي رواية عن ابن عباس عن أسامة بن زيد، أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا رباً فيما كان يداً بيد»⁽³⁾.

فقول أبي سعيد الخدري: أرايت قولك في الصرف شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ،

(1) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل. وأخرج البخاري حديث أسامة بمفرده، في البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساء.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

أم شيئاً وجدته في كتاب الله: سؤال منكر لما سمع، طالب للحقيقة بالدليل.
وقول ابن عباس: كلاً، لا أقول: أي: لم أسمع من النبي ﷺ شيئاً ولا سمعته
من كتاب الله.

والجواب عن ذلك، ما يلي⁽¹⁾:

أولاً: أنه قد صحّ رجوع كلّ من ابن عمر وابن عباس عن القول بذلك. فقد روي
عن أبي نضرة قال: فأتيت ابن عمر، بعدُ، فنهاني. ولم آت ابن عباس. قال: فحدّثني
أبو الصهباء أنه سأل ابن عباس عنه بمكّة، فكرهه⁽²⁾. وتقدّم رواية ابن عمر عن النبي ﷺ
في تحريم التفاضل في الذهب والفضة.

ثانياً: أنّ حديث أسامة، ظاهره الحصر، فينتفي ربا الفضل؛ فيكون معارضاً
للأحاديث المتقدمة عن أبي سعيد، وعبادة، وعثمان، وعمر، وسعد، وغيرهم؛ فإنّها
نصوص قطعية الدلالة في إثبات تحريم ربا الفضل. وأوجه حمل العلماء حديث أسامة،
فإنّه على النحو التالي:

أ - أنه منسوخ بهذه الأحاديث. غير أنهم لم ينقلوا التاريخ نقلاً صريحاً، وإنّما
أخذوه من رجوع ابن عباس وابن عمر، ومن عمل الجمهور من الصحابة، وغيرهم من
علماء المدينة.

ب - أنّ إجماع المسلمين بعد ذلك على ترك الأخذ به يردّه ويصحّ نسخه.

ج - أنه يحمل على أنه يقصد لا رباً إلّا في النسبة، في العروض غير الستة
المذكورة في حديث عبادة، وما يقاس عليه، ومعلوم أنّ العروض يدخلها ربا النسبة،
على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

أو يحمل على أنه أراد بيع الأجناس المختلفة، الستة وما يقاس عليها، ببعضها،
فإنّه لا ربا فيها إلّا في النسبة.

د - أنّ مقصوده نفي الربا الأغلظ، الذي حرّمه الله تعالى بنصّ القرآن، وتوعّد
عليه بالعقاب الشديد، وجعل فاعله محارباً لله. وما كانت العرب تعرف رباً إلّا ذلك،
فكانت إذا حلّ دينها قالت للغريم: إمّا أن تقضي وإمّا أن تربّي؛ أي: تزيد في الدين،
وهذا هو الذي فسّخه النبي ﷺ يوم عرفة لما قال: «ألا إنّ كل ربا من ربا الجاهلية
موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»، وهذا كما تقول العرب: إنّما
المال الإبل، وإنّما الشجاع علي، وإنّما الكريم يوسف نبي الله تعالى، ولا عالم في

(1) المعونة: 2/955، والمعلم: 2/303، وبداية المجتهد: 2/221، والمفهم: 5/2833 -
2852، وإكمال الإكمال: 5/496.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

البلد إلا زيد، ومثله كثير، يعنون بذلك نفي الأكثر والأكمل، لا نفي الأصل. وإذا كان هذا محتملاً وأحاديث إثبات ربا الفضل نص، وجب تأويل حديث أسامة على الجهة التي يصح الجمع بينها.

هـ - أن دلالة حديث أسامة على نفي ربا الفضل ليس بنص في ذلك، بل بدلالة مفهوم المخالفة وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه نص، ودلالة إثباته دلالة بالمنطوق؛ ودلالة المنطوق راجحة على دلالة المفهوم باتفاق النظار. والاستدلال (ج) و(د) و(ه) هو على فرض عدم النسخ.

النوع الثاني: ربا النساء:

يحرم ربا النساء؛ أي: التأخير، في العين والطعام مطلقاً؛ أي: كما يلي:

* يحرم في العين سواء اتحد الجنس أو اختلف، ولو مع المماثلة في القدر، فلا يجوز بيع دينار من ذهب بمثله لأجل؛ ولا بيع درهم من فضة بمثله لأجل؛ ولا بيع دينار من ذهب بدراهم فضة بقدرها أو أكثر منها أو أقل منها لأجل.

* يحرم في الطعام، سواء اتحد الجنس أو اختلف، كان الطعام ربوياً أم لا، ولو مع المماثلة. فلا يجوز دفع طعام ربوي أو غيره في طعام آخر، ربوي أو غير ربوي، من جنس المدفوع فيه أو من غير جنسه، لوقت كذا؛ فلا يجوز بيع أردب قمح بمثله لأجل، أو أردب قمح بأردب فول لأجل، فهذا مثال الربوي؛ ومثال غير الربوي كخوخ وتفاح، فلا يجوز بيع قنطار من أحدهما بقنطار من الآخر لأجل. ودليل تحريم النساء في العين والطعام⁽¹⁾:

أ - عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «إنما الربا في النسيئة»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال منه، على أحد الوجوه التي ذكرناها فيما تقدم بكونه لا يدل على جواز ربا الفضل؛ أن مقصوده نفي الربا الأغلظ، الذي حرّمه الله تعالى بنص القرآن، وتوعد عليه بالعقاب الشديد، وجعل فاعله محارباً لله، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفَعُوا اللَّهَ وَذَرَوْا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٧٧) فَإِن لَّمْ تَقْمَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَلَئِنَّ رُءُوسَ أَمْوَالِكُمْ لَا تَحْلُمُونَ وَلَا تَحْلُمُونَ ﴿٧٧﴾ [البقرة: 278 - 279]. وما كانت العرب تعرف رباً إلا ذلك، فكانت إذا حلّ دينها قالت للغريم: إِمَّا أَنْ تَقْضِيَ وَإِمَّا أَنْ تَرِيَّ؛ أي: تزيد في الدين، فقد روى مالك عن زيد بن أسلم أنه قال: «كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل، فإذا حلّ

(1) الإشراف: 532/2، والمعونة: 968/2، والمنتنقى: 260/4، و65/5، والمقدمات: 14/2، والمفهم: 2852/5، وإكمال الإكمال: 471/5، وبداية المجتهد: 148/2.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

الأجل قال: أتقضي أم تربني؟ فإن قضى أخذ، وإلا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل⁽¹⁾. وهذا هو الذي فسخه النبي ﷺ يوم عرفة لما قال: «ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»⁽²⁾، وهذا كما تقول العرب: إنما المال الإبل، وإنما الشجاع علي، وإنما الكريم يوسف نبي الله تعالى، ولا عالم في البلد إلا زيد، ومثله كثير، يعنون بذلك نفي الأكثر والأكمل، لا نفي الأصل.

ب - ما جاء في حديث أبي سعيد الخدري قوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشَفُّوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا الورق بالورق، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشَفُّوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز». ووجه الاستدلال أنه ﷺ نهى عن عدم المماثلة في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وعن بيع الغائب منها بالناجز، والنهي يدل على التحريم. والغائب ما كان لأجل، أو كان غائباً عن مجلس العقد؛ والناجز الحاضر.

ج - ما جاء في رواية عبادة بن الصامت من قول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح؛ مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد». وحديث عبادة بن الصامت ذكر في تحريم ربا الفضل وربا النساء في العين والطعام. ووجه الاستدلال أنه ﷺ اشترط في بيع الأصناف المختلفة، بعضها ببعض، أن تكون مناجزة؛ أي: أخذاً وعطاءً بدون تأخير، وهو معنى قوله: «إذا كان يداً بيد».

د - ما جاء في قول عمر بن الخطاب: «ولا تبيعوا الورق بالذهب، أحدهما غائب والآخر ناجز. وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تُنظره، إني أخاف عليكم الرماء. والرَّمَاء هو: الربا». ووجه الاستدلال أن عمر بن الخطاب نهى عن التأخير في التقابض في بيع الذهب والفضة، ولو كان التأخير بمقدار دخول أحد المتبايعين داره لإحضار عوضه من العين⁽³⁾.

هـ - عن مالك بن أوس، أنه قال: أقبلت أقول: من يصطرف الدرهم؟ فقال طلحة بن عبيد الله، وهو عند عمر بن الخطاب: أرنا ذهبك، ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك ورقك. فقال عمر بن الخطاب: كلاً والله، لتعطيته ورقه، أو لتردّن إليه ذهبه، فإن رسول الله ﷺ قال: «الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء. والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء. والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء. والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»⁽⁴⁾.

(1) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين.

(2) سبق تخريجه. (3) المتقى: 263/4، والمفهم: 2835/5.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في الصرف، ومسلم في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

فقوله: «إلا هاء وهاء» أي: خذ وهات من غير تراخ، فهو كناية عن التقابض في المجلس على الفور، كما جاء «يداً بيداً». ووجه الاستدلال أنه ﷺ نهى عن بيع الأصناف المذكورة كلَّ صنف بعضه ببعض، واستثنى ما إذا وقع البيع مع التقابض في الحال، بدون تأخير ولا تراخ. ولذلك نهى عمر بن الخطاب طلحة بن عبيد الله عن التأخير في إعطاء الرجل ما يستحقه من الفضة مقابل ما دفعه إليه من الذهب، أو يردَّ إليه ذهبه؛ لأنَّ في التأخير ربا⁽¹⁾.

و - عن عمر بن الخطاب أنه قال: الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، والصاع بالصاع، ولا يباع كالكئ بناجز⁽²⁾.

ز - دليل عمل أهل المدينة في خصوص الطعام. فقد قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة، ولا التمر بالتمر، ولا الحنطة بالتمر، ولا التمر بالزبيب، ولا الحنطة بالزبيب، ولا شيء من الطعام كله إلا يداً بيداً؛ فإن دخل شيئاً من ذلك الأجل لم يصلح، وكان حراماً؛ ولا شيء من الأدم كلها إلا يداً بيداً⁽³⁾.

والكائ هو المؤخر، والناجز هو المعجل. فقد نهى عن صرف المؤخر بالمعجل في العين، وعن بيع الطعام بذلك⁽⁴⁾.

هذا وكلَّ ما يدخله ربا الفضل - وهو العين والطعام الربوي - يدخله ربا النساء. وليس كلَّ ما يدخله ربا النساء يدخله ربا الفضل؛ أي: لأنَّ الطعام غير الربوي يدخله ربا النساء، ولا يدخله ربا الفضل، فيجوز بيع الخوخ بالخوخ متفاضلاً إذا كان يداً بيداً. استثناءان من ربا النساء:

يستثنى من حرمة ربا النساء أمران:

الأول: بيع الطعام بالعين مع التأخير. فإنَّ المناجزة، يداً بيداً، مطلوبة في بيع العين والطعام مع الاتفاق في المطعومية، والعيانية - الذهب والفضة - . ودليل جواز بيع الطعام بالعين مع التأخير: الإجماع⁽⁵⁾.

الثاني: القرض فلا يضرب فيه التأخير مع أنه متحد الجنس، ولا فرق بين الطعام الربوي وغيره بشروطه الآتية. وحكمة الاستثناء أن الله تعالى شرع القرض للمعروف

(1) المتقى: 271/4، وبداية المجتهد: 222/2، والمفهم: 2835/5، إكمال الإكمال: 477/5.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبراً.

(3) الموطأ في البيوع، باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(5) منح الجليل، عlish: 493/4.

(4) المتقى: 264/4.

والإحسان، ولذلك استثناه من الربا المحرّم، فيجوز - مثلاً - دفع أحد النقيدين في القرض ليأخذ مثله نسيئة، وهو محرّم في غير القرض. فقد رجحت مصلحة الإحسان على مصلحة منع الربا، فقدّمها الشارع عليها، على عادته في تقديم أعظم المصلحتين على أدناها عند التعارض؛ فإذا وقع القرض ليجرّ نفعاً للمقرض بطلت مصلحة الإحسان لأمرين:

الأول: للمكايسة، فيبقى الربا سالماً عن المعارض فيما يحرم فيه الربا، فتثبت الحرمة للربا. وهذا فيما فيه ربا.

الثاني: لكون المقرض والمقرض خالفاً مقصود الشارع، فأوقعا ما لله لغير الله؛ فيحرم لهذا المعنى فيما فيه ربا، وفيما لا ربا فيه كالعروض⁽¹⁾.

تعليل حكم الربا

قرّر فقهاء المذاهب أنّ أحكام الشرع معلّلة، بناء على تمسّكهم بالقاعدة الكلية أنّ الشرع جاء باعتبار المصالح. وقرّروا أيضاً أنّ تحريم الربا ليس حكماً تعبدياً، بل هو معقول المعنى؛ وأنّ الشارع إنّما خصّ الأصناف الستة⁽²⁾ بالتحريم لمعنى فيها، ليطلب ذلك المعنى، فحيثما وجد حرّم، فجعلوا ذلك من باب الخاص الذي أريد به العام، وذلك اعتماداً على دليل القياس، المعتبر عندهم دليلاً شرعياً تستقى منه الأحكام⁽³⁾. وسيأتي لنا ذكر علل الربا في محلّها.

علّة الربا في العين:

علّة الربا في العين كونها رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات، إما بغلبة الثمنية أو بمطلق الثمنية. وينبغي على ذلك حكم الفلوس النحاس، فإذا قلنا: مطلق الثمنية فيلحق بذلك ما كان ثمناً كالفلوس والجلود المطبوعة إذا تعولم بها؛ وإذا قلنا: إنّها الثمنية في الغالب فتخرج الفلوس وغيرها. ومعنى الثمنية كونها رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات.

وهذه علّة قاصرة على الذهب والفضّة غير متعدية إلى غيرهما من المعادن. والدليل⁽⁴⁾: أنّ النبي ﷺ نصّ على الذهب والفضّة، ولم ينصّ على ما سواهما؛ فدلّ ذلك على أنّهما مختصان بالحكم؛ لأنّه لا يوجد لهما مشارك في وضعهما الأخص.

وأما الدليل على صحّة التعليل بالعلّة المستنبطة القاصرة: أنّ التعدي في العلّة

(1) الذخيرة: 231/5.

(2) الأصناف الستة جمعها حديث عبادة بن الصامت، وهي: الذهب، والفضّة، والبرّ - أي: القمح -، والشعير، والتمر، والملح.

(3) المعونة: 957/2، والمعلم: 299/2، والمفهم: 2833/5، وبداية المجتهد: 149/2.

(4) الإشراف: 532/2، والمعونة: 960/2، والمقدمات: 35/2، وبداية المجتهد: 149/2.

ليس فيه أكثر من تعذر القياس، وذلك لا يخرجها عن أن تكون علة، كما لو نصّ الشارع على علة وعلى منع القياس على المنطوق به، فاستفدنا بذلك كونها علة وإن لم نستفد جواز القياس عليها.

واختلاف الحكم المذكور في الفلوس مبني على أنها لم تكن تروج - في عهد الشيخ الدردير وقبل عهده - في مقابل ذهب أو فضة؛ إذ كانت غير متخذة في نظير رصيدها من الذهب أو الفضة لدى الحكام. وأما في هذه العهود فقد أصبحت تروج بين الناس في مقابل سبائك ذهبية معينة، يرصدها الحكام في المصارف الحكومية؛ لذلك يدخلها الربا، كما وجبت فيها الزكاة. وكذلك الأوراق المالية. وتقدر الفلوس النحاسية والأوراق المالية بالذهب لا بالفضة؛ للتعليل الذي ذكرناه في زكاة العين. وسيأتي بيان علة الربا في الطعام.

أنواع بيع النقد بالنقد

بيع النقد بالنقد ثلاثة أنواع:

- 1 - صرف: وهو بيع النقد بغير جنسه.
- 2 - مبادلة: وهي بيع النقد بمثله عدداً.
- 3 - مراطلة: وهي بيع النقد بمثله وزناً.

الصرف:

تعريف الصرف:

هو بيع العين ذهباً أو فضة بغير جنسه.

حكمه:

يجوز صرف ذهب بفضة، سواء كانت قليلة عن صرف الوقت أو كثيرة. ودليل جواز الصرف: ما تقدّم من أدلة منع النساء في العين إلا بشرط المناجزة، فدلّ على أنّ الشرط إذا توفّر جاز الصرف.

ويشترط للجواز باختلاف صرف الوقت:

- الرضا بذلك

- وأن يكون مناجزة - أي: يبدأ بيد - لاختلاف الجنس ويجوز الغبن في هذا.

ودليل اشتراط المناجزة⁽¹⁾: ما تقدّم من أدلة تحريم النساء في العين.

ما لا يجوز في الصرف:

1 - لا يجوز اشتراط الخيار في الصرف؛ لأنّ الصرف مضيق فيه في الشرع،

(1) المعونة: 2/ 1022، والمقدمات: 2/ 14، وإكمال الإكمال: 5/ 475.

باشتراط المناجزة عقيب العقد⁽¹⁾.

2 - لا يجوز صرف ذهب مع فضة من جانب بذهب مع فضة من جانب آخر، ولو تساويا، كدينار من ذهب ودرهم من فضة بدينار ودرهم. ودليل المنع: سدّ الذريعة وحسم باب التوهّمات؛ إذ لولا توهّم الزيادة لما تبادلنا. وقد علّل منع ذلك بتعدّر المماثلة عند التوزيع؛ فإنّه يلزم منه ذهب وفضة بذهب⁽²⁾.

ومحلّ المنع ما لم تتحقق تحقّقاً تاماً مساواة الدينار للدينار والدرهم للدرهم، وإلاّ جاز ويكون من قبيل المبادلة، لا من قبيل الصرف.

3 - لا يجوز صرف ذهب أو فضة مع عرض من جانب، بمثلها من الجانب الآخر، كدينار وثوب بمثلها، أو درهم وشاة بمثلها؛ لأن قاعدة المذهب سدّ الذرائع⁽³⁾. فالفضل المتوهّم كالمحقق. فتوهّم الربا كتحقّقه فلا يجوز أن يكون مع أحد التقدين أو مع كلّ منهما غير نوعه أو سلعة؛ لأن ذلك يوهّم القصد إلى التفاضل: إذ ربّما كان أحد الثوبين أقلّ قيمة من الدينار أو أكثر، فتأتي المفاضلة. ودليل عدم الجواز⁽⁴⁾:

أ - ما تقدم من حديث فضالة بن عبيد، ووجه الاستدلال به. والحديث نصّ في المنع.

ب - أنّ الصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة الثمن في مقابلة الجميع، مقسّطة على المبيع بالقيمة، فإذا تبايعا ديناراً وثوباً بدينارين، كانت جملة الدينار والثوب في مقابلة الدينارين، فلا يؤمن أن تكون قيمة الثوب ديناراً أو أكثر من دينار، فيؤدّي ذلك إلى أن يكون دينار في مقابلة أقلّ من دينار، وذلك ربا وذلك للقاعدة الفقهية: «الجهل بالتماثل كتحقق التفاضل»؛ فعلة المنع وجود التفاضل وعدم التماثل.

4 - لا يجوز صرف مؤخر، لما فيه من ربا النساء ولو كان التأخير غلبة. أمّا إذا قرب التأخير مع وجود فرقة في المجلس، كأن يتصارف رجلان في مجلس ويتقابضا في مجلس آخر، فالمشهور المنع على الإطلاق، ودليل المنع⁽⁵⁾: ما تقدّم من أدلّة تحريم النساء في العين، ووجوب المناجزة في التقابض. وقيل: يجوز فيما قرب.

ودخول الصيرفي حانوته ليخرج منه الصرف أو مشيه قدر حانوت أو حانوتين لتقليب العين، فقيل: بالكراهة، وقيل: بالجواز.

ولو عقد أحد الصرف ووكّل غيره في القبض، فلا يجوز للوكيل القبض

(1) الذخيرة: 31/5. (2) الجامع لأحكام القرآن: 353/3.

(3) بداية المجتهد: 225/2.

(4) الإشراف: 538/2، والمعونة: 1025/2.

(5) المعونة: 1022/2، والمنتقى: 271/4، وبداية المجتهد: 222/2.

إلا بحضرة موكله. فإن لم يكن الموكل حاضراً منع وفسد الصرف.
 وإذا غاب نقد أحد المتعاقدين على الصرف عن مجلس العقد، وطال الوقت بلا تفرق في المجلس منع وفسد الصرف. ودليل المنع وفساد الصرف مع أتهما لم يفترقاً⁽¹⁾: ما تقدم من أدلة تحريم النساء في العين، ووجوب المناجزة في التقابض. وهنا لم تقع المناجزة بين المتعاقدين.
 وكذلك إذا غاب نقداهما معاً عن مجلس العقد فسد الصرف ولو لم يطل لأنه مظنة الطول.

ومن عقد الصرف مع غيره، وليس معهما شيء، فاقترض أحدهما ديناراً ذهباً من رجل بجانبه، واقترض الآخر من رجل بجانبه دراهم فضة، ودفع الأول الذهب للثاني ودفع الثاني الفضة للأول، فهذا حرام؛ لأنهما دخلا على الفساد والغرر.

5 - لا يجوز صرف إذا وقع بدين من الجانبين كأن يكون لك على شخص دراهم وله عليك دنانير فتسقط الدراهم في الدنانير. وذلك إذا تأجل الدين من كلا الشخصين أو من أحدهما؛ لأن التأجيل يقوم مقام تأخير القبض إلى أجله، فيكون من بيع الدين بالدين⁽²⁾، ولأن من عجل المؤجل عد مسلفاً. فإذا جاء الأجل قبض من نفسه لنفسه. فكان القبض إنما وقع عند الأجل وعقد الصرف وقع متقدماً. بمعنى كأن الذي له الدينار يأخذ من نفسه إذا حلّ الأجل والذي له الدراهم يأخذها من نفسه لنفسه في نظير الدنانير الذي تركه لصاحبه.

أما لو حلّ دينهما معاً جاز، ودليل الجواز إذا حلّ أجل الدينين⁽³⁾: عن ابن عمر، قال: كُنْتُ أبيعُ الإِبِلَ بِالبَقِيعِ فَأبيعُ بالدَّنَانِيرِ وَأأخذُ الدَّرَاهِمَ، وَأبيعُ بالدَّرَاهِمِ وَأأخذُ الدَّنَانِيرَ، أأخذُ هُذِهِ مِنْ هُذِهِ، وَأعْطِي هُذِهِ مِنْ هُذِهِ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ فِي بَيْتِ حَفْصَةَ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ رُوَيْدَكَ أَسْأَلُكَ إِنِّي أبيعُ الإِبِلَ بِالبَقِيعِ فَأبيعُ بالدَّنَانِيرِ وَأأخذُ الدَّرَاهِمَ وَأبيعُ بالدَّرَاهِمِ وَأأخذُ الدَّنَانِيرَ، أأخذُ هُذِهِ مِنْ هُذِهِ وَأعْطِي هُذِهِ مِنْ هُذِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ»⁽⁴⁾.

ووجه الجواز في ذلك: أن ما حلّ أجله ليس بغائب، وإنما حكمه حكم الحاضر، ويقوم مقام الناجز بالناجز، والإبراء منه يقوم مقام القبض فيه، فهو كالمقبوض

(1) المعونة: 1022/2، والمتقى: 271/4.

(2) المتقى: 263/4، وبداية المجتهد: 225/2.

(3) المعونة: 1023/2.

(4) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في الصرف؛ والنسائي في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب؛ وابن ماجه في التجارات، باب اقتضاء الذهب من الورق.

فكان كالعين بالعين سواء؛ بخلاف ما لم يحلّ أجله فإنه كحكم الغائب، إذ المطلوب في الصرف المناجزة، وصرف ما في الذمة أسرع مناجزة من صرف المغيبات؛ لأنّ صرف ما في الذمة ينقضي بنفس الإيجاب والقبول، وصرف المغيبات لا ينقضي إلاّ بقضهما معاً، فهذه المسألة هي مسألة المقاصة فيما هو في الذمة⁽¹⁾.

ولا يجوز الصرف إذا وقع لرهن عند المرتهن أو وديعة عند المودع، أو وقع لحليّ مستأجر أو عارية، إذا كان الرهن والوديعة والمستأجر والعارية غائبة عن مجلس الصرف. فإن حضرت في مجلسه جاز الصرف. ووجه عدم الجواز أنّ حق المرتهن المودع والمستأجر والمعري متعلّق بعين مالهم؛ لأنّه لم يتعلّق بذمة غيرهم، فلا يجوز أن يصارفون به إلاّ عند حضورهم⁽²⁾.

6 - لا يجوز صرف مصوغ من ذهب أو فضة غصب وغاب عن مجلس الصرف. فإذا هلك المصوغ في حال غصبه فإنه يلزم فيه القيمة لدخول الصياغة فيه. فهو بالصنعة صار من المقومات، فيجوز الصرف بما في الذمة، كالدين الحال. فإذا قوّم بدينار جاز أن يدفع عن دراهم، وعكسه بشرط التعجيل.

وإذا لم يهلك فإنه يجب على الغاصب رده بعينه ويمنع صرفه في غيبته لاحتمال أنه هلك ولزمته القيمة، وما يدفعه في صرفه قد يكون أقل من القيمة أو أكثر فيؤدي إلى التفاضل بين العينين.

وأما غير المصوغ كالمسكوك ونحوه، ممّا لا يعرف بعينه كالتمبر⁽³⁾ والدينانير والدراهم، فيجوز صرفه ولو غائباً؛ لأنه بمجرد غصبه أصبح مترتباً في ذمته مثله، ولا يدخل في صرفه في غيبته احتمال التفاضل. ويشترط في هذا التعجيل. وذلك كالغاصب إذا غصب دينانير ثم لقي صاحبها، فقال: عن ذهبك في داري، فصارفه عنها بدراهم فهو جائز؛ لأنّ ما غصب من الذهب متعلّق بذمته، ويصح قبضه له بالبراءة. وهذا الجواز مبني على أن الدينانير والدراهم لا تتعين في الغصب⁽⁴⁾.

7 - لا يجوز اجتماع صرف مع بيع في عقد واحد، كأن يشتري ثوباً بدينار ذهباً على أن يدفع فيه دينارين ذهباً ويأخذ صرف دينار دراهم فضة. ووجه المنع ما يلي:

أ - أنّ الصرف بابه ضيق ومغلّظ فيه خشية دخول الربا إليه، واختصّ بأحكام لا توجد في غيره.

(1) المعونة: 2/ 1023، والمنتقى: 4/ 263، وبداية المجتهد: 2/ 225، وإكمال الإكمال: 5/ 372.

(2) المنتقى: 4/ 263.

(3) التبر قطع الذهب والفضة قبل أن تضرب وتطبع دينانير أو دراهم، واحدتها تبرة (الجامع لأحكام القرآن: 2/ 267).

(4) المنتقى: 4/ 263.

ب - أن البيع يجوز فيه أحكام لا تجوز في الصرف، كالأجل والخيار. فمقتضى الصرف عدم التناجز يفسده، والبيع لا يفسد بذلك⁽¹⁾.

وخالف أشهب حيث قال بجواز جمعهما نظراً إلى أن العقد احتوى على أمرين كلّ منهما جائز على انفراده. وأنكر أن يكون مالك حرّمه، قال: وإنما الذي حرّمه الذهب بالذهب مع كلّ منهما سلعة، والفضة بالفضة مع كلّ منهما سلعة. قال ابن رشد: وقول أشهب أظهر من جهة النظر، وإن كان خلاف المشهور⁽²⁾.

8 - ولا يجوز اجتماع البيع أو الصرف مع جعل أو مساقاة أو شركة أو نكاح أو قراض. كما لا يجوز اجتماع اثنين منهما في عقد واحد.

واستثنى أهل المذهب من منع اجتماع البيع والصرف صورتين:

أ - أن يكون البيع والصرف بدينار ذهب. كأن يشتري سلعة بدينار ذهباً إلا خمسة دراهم فضة مثلاً، فيدفع الدينار ويأخذ خمسة دراهم مع السلعة.

ب - أن يجتمع الصرف والبيع في دينار، بأن يأخذ من الدراهم أقلّ من صرف دينار. كأن يشتري سلعة أو أكثر بعشرة دنانير ونصف دينار، فيدفع أحد عشر ديناراً ويأخذ صرف نصف دينار. أي: فالعشرة دنانير وقعت في بيع ليس إلا، والحادي عشر بعضه وقع في مقابلة بعض السلعة والبعض الآخر في مقابلة الصرف، فقد اجتمع البيع والصرف في الدينار الحادي عشر.

ودليل جواز هاتين الصورتين⁽³⁾: الضرورة، وأنّ ذلك غير مقصود.

ولا بدّ من تعجيل السلعة والصرف في الصورتين على الراجح؛ أي: تعجيل الثمن من المشتري، والسلعة مع الدراهم من البائع، وذلك لأن السلعة صارت كالنقد، فهي لأنها صاحبت الدراهم صارت كأنها من جملة الدراهم المدفوعة في مقابلة الدينار في الصورة الأولى أو الدنانير في الصورة الثانية.

وخالف السيوري فأجاز تأخير السلعة وأوجب تعجيل الصرف إبقاء للكلّ على حكمه الأصلي.

9 - ولا يجوز إعطاء الصائغ الزنة والأجرة، وذلك صادق بصورتين:

أ - أن يشتري من الصائغ سبيكة فضة بوزنها دراهم مسكوكة، ويدفع له السبيكة ليصوغها له، ويزيده أجرة الصياغة.

ب - أن يأخذ منه مصوغاً أو مسكوكاً بوزنه، من جنسه مصوغاً أو مسكوكاً، وزيادة الأجرة.

(2) بلغة السالك: 17.

(1) المنتقى: 270/4.

(3) المعونة: 1027/2.

والأولى تمتنع وإن لم يزد أجره لعدم المناجزة في بيع الفضة بالفضة؛ أي: لما فيه من ربا النساء.

والثانية تمتنع إن زاده الأجرة للمفاضلة؛ أي: لدخول ربا الفضل فيها لأن الأجرة زيادة من المشتري. فإن لم يزد الأجرة جاز بشرط المناجزة.

فلو وقع الشراء بنقد مخالف جنساً كذهب وفضة امتنعت الأولى للتأخير، وجازت الثانية بشرط المناجزة.

10 - لا يجوز إعطاء زيتون لمن يعصره، أو حنطة لمن يطحنها، على أن يأخذ قدر ما يخرج منه تحريماً، ووجه المنع الشك في المماثلة. وسواء دفع أجرة أم لا. أي: فحرمته لربا الفضل والنسيئة في الطعام وهي التأخير مدة العصر أو الطحن. فإن كان يوفيه من زيت حاضر عنده عاجلاً منع لربا الفضل.

وكذا دفع الزيتون ونحوه على أن يخلطه على شيء عنده ثم يقسمه بعد عصره على حسب ما لكل.

أما عصره على حدته بأجرة أو بغيرها فحائز.

بيع المحلّي بأحد النقدين:

يجوز أن يباع بأحد النقدين - ذهباً أو فضة - ما حلّي بأحدهما. سواء كان المحلّي بأحدهما ثوباً لامرأة أو سيفاً أو مصحفاً أو غيرها. وذلك إذا كان يخرج منه شيء بالسبك بالنار، فإن لم يخرج منه شيء إذا سبك فكالعدم، وجواز بيعه ظاهر بلا شرط. ويشترط لجواز بيع المحلّي الذي يخرج منه شيء بالسبك ثلاثة شروط:

1 - أن تكون الحلية مباحة كالسيف ونحوه، ووجه الجواز أن الشارع أباح تحليته، وهو قليل تبع والأتباع لا تقصد في العقود، وأن ذلك قد يضطر إليه⁽¹⁾. والمحرم، كسكين وثوب رجل وعمامة ودواة. فلا يجوز بيعها بأحد النقدين بل بالعروض.

2 - أن تكون الحلية مسخرة في المباع بحيث يلزم على خلعها منه فساد.

3 - أن يقع تعجيل المعقود عليه من ثمن ومثمن. فإذا أجلا معاً أو أجل أحدهما منع بيعه بالنقدين وجاز بالعروض.

وإذا وجدت الشروط جاز البيع بغير صنفه مطلقاً، كانت الحلية تبعاً للجواهر أم لا. وإذا بيع بصنفه زيد شرط رابع وهو:

4 - أن تكون الحلية تبلغ الثلث فدون؛ أي: إذا بيع بصنفه. ووجه الجواز بهذا الشرط أن الثلث قليل، ويجعل العين غير مقصودة في البيع وكأنها هبة⁽²⁾.

(1) المعلم: 305/2، والمفهم: 2845/5، وإكمال الإكمال: 486/5.

(2) بداية المجتهد: 222/2.

فإن وجدت هذه الشروط جاز البيع، ويحمل حديث فضالة بن عبيد المتقدم عليها؛ وإن لم توجد هذه الشروط فلا يجوز لحديث فضالة وأحاديث النهي عن التفاضل في العين.

وإن حلّي المباع بهما معاً جاز بيعه بأحدهما إن تبعاً الجوهر؛ أي: المباع الذي هما به، لا بهما معاً.

المبادلة:

تعريف المبادلة:

هي بيع العين ذهباً أو فضة بمثله عدداً. فقوله في التعريف: بمثله، يخرج الصرف. وقوله: عدداً، يخرج المراطلة.

حكمها:

تجوز المبادلة في الذهب والفضة بالمثل عدداً؛ أي: ذهباً بذهب أو فضة بفضة، عشرة دانير بمثلها يدأ بيد. ودليل النهي عن التفاضل في ذلك: - عن عثمان بن عفان قال: قال لي رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين»⁽¹⁾. ويشترط لجواز المبادلة أن يتساويا في العدد والوزن. فتجوز المبادلة ولو كان أحدهما أجود. ولا يشترط للجواز عند التساوي في العدد والوزن إلا المناجزة وعدم دوران الفضل من الجانبين.

فإن لم يتساويا فيما ذكر فلا تجوز المبادلة إلا بشروط ستة وهي:

- 1- القلة في العدد. فلا تجوز في الكثير بأن تكون ستة فأقل لا سبعة فأكثر؛ لأن شأن ابتغاء المعروف إنما يكون في القليل.
- 2- أن تقع المبادلة عدداً لا وزناً، كواحد بواحد أو ستة بستة. فلا تجوز المبادلة في الدراهم الفضية أو الدنانير الذهبية المتعامل بها وزناً، كأوقية تبر كاملة بأوقية ناقصة.
- 3- أن تكون الزيادة في الوزن فقط لا في العدد.
- 4- أن تكون الزيادة بمقدار السدس فأقل في كل دينار أو درهم؛ لأنّ الجواز مبني على المعروف كما سيأتي في الشرط الموالي، وما كان هذا حكمه فإنه يختص باليسير دون الكثير⁽²⁾.
- 5- أن تكون المبادلة على وجه المعروف لا المغالبة؛ أي: لا تكون قهرية. ودليل

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبراً؛ ومسلم في المساقاة، باب الربا.

(2) المتقى: 260/4.

جواز المبادلة مع عدم التساوي، إذا كان على وجه المعروف: أنّ كسر السكّة غير جائز⁽¹⁾.

6- أن يكون بلفظ دون البيع.

والأجود جوهريّة أو سكة إذا كان أنقص وزناً عن مقابله ممتنع فيه المبادلة لدوران الفضل من الجانبين فينتفي المعروف؛ لأنّ صاحب الأدنى جوهريّة أو سكة أخذ فضل صاحبه عليه في زيادة وزن ذهبه⁽²⁾؛ لأن القواعد تقتضي منع المبادلة ولو تمحض الفضل من جهة واحدة. لكن الشارع أباحها حينئذ بشرطها ما لم يخرجها عن المعروف بدوران الفضل من الجانبين.

فإن كان الأجود جوهريّة أو سكة غير ناقص وزناً، بل كان مساوياً لمقابله أو أزيد منه جازت المبادلة لانتفاء علّة المنع، وهي دوران الفضل من الجانبين؛ أي: لبعده التهمة عن ذلك، لكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة، ولا يحتمل ذلك سوى مجرد التفضّل⁽³⁾.

المراطة:

تعريف المراطة:

هي بيع عين - ذهباً أو فضّة - بمثله وزناً. سواء كانا مسكوكين أم لا، اتحدت سكّتهما أم لا، كان التعامل بالوزن أو بالعدد.

وكون المراطة تكون بالوزن؛ لأنّ الأصل في اعتبار الذهب والفضة إنما هو بالوزن، وإنما أبيع التعامل فيه بالعدد في بعض البلاد للعرف، مع العلم بالوزن فيما لا يراعى فيه التساوي، فإذا كان العقد مما يراعى فيه التساوي وجب أن يعتبر الوزن الذي هو أصل اعتباره⁽⁴⁾.

حكمها:

الجواز. ووجه الجواز⁽⁵⁾: أنّ التماثل يتحقق بين التقدين بالوزن لا بالعدد، وهو المطلوب في الشرع الذي يمنع التفاضل في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، كما تقدّمت الأدلّة على ذلك. أي: فإن كان أحد الذهبين أكثر عدداً أو أقلّ، وهما متساويين في الوزن فلا بأس؛ لأنّ الوزن يرفع الجهالة عن القدر ويخرج المتراطلين عن الجراف⁽⁶⁾.

(2) المتقى: 259/4.

(4) المتقى: 276/4.

(6) إكمال الإكمال: 489/5.

(1) المعونة: 1025/2.

(3) المتقى: 259/4.

(5) المعونة: 1027/2.

ويجوز المراطلة ولو كان أحد النقدين كلّه أو بعضه أجود من الآخر.

أما إذا كان أحدهما بعضه أدنى من مقابله وبعضه الآخر أجود منه؛ أي: إنّ المقابل وسط بينهما، فلا يجوز. وذلك لدوران الفضل من الجانبين. ودليل عدم الجواز: سدّ الذرائع، ووجه الاستدلال به أنّ المراطل يتهم أن يكون قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلاً، فكأنّه أعطى جزءاً من الوسط بأكثر منه من الأدنى، أو أعطى جزءاً من الوسط بأقلّ منه من الأجود، فيتدرّج من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلاً. مثال ذلك: أن يقول شخص لآخر: خذ منّي خمسة وعشرين مثقالاً - ذهباً - وسطاً بعشرين من الأعلى، فيقول له الآخر: لا يجوز لنا هذا، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك، وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط؛ فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك، ويقبل الخمسة والعشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى⁽¹⁾.

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، أنّ الأولى المعروف فيها من جهة واحدة، فلم يظهر فيها قصد المكايسة المؤدية إلى التفاضل. وأمّا الثانية فقد ظهر فيها ذلك، ولأنّ معطي النوعين لم يسمح بأجودهما إلّا لأنّ الآخر قبل منه أرداهما⁽²⁾.

والمراطلة جائزة في غير المسكوك لا خلاف في ذلك في المذهب. وأما في المسكوك فهو مخرّج في المذهب على روايتين؛ إحداهما: أنه جائز، وذلك مبني على أن الدنانير والدراهم تتعين بالعقد، وعلى هذا ترد أكثر مسائل علماء المذهب في المراطلة، فإن أقوالهم في ذلك مطلقة لا تنقيد بمعرفة الوزن؛ والثانية: أنه لا يجوز، وذلك مبني على أنّ الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد؛ لأنّ هذا من باب الجراف، والجراف من مسكوك الذهب والفضة لا يجوز العقد عليه، إلّا أن يكون هذا الحكم يختصّ عندهم بالمراطلة ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع⁽³⁾.

ويكون الوزن إمّا بصنجة توضع في إحدى الكفتين، والذهب أو الفضة في الأخرى؛ أو بكفتين أن يوضع عين أحدهما في كفة وعين الآخر في الكفة الأخرى، فيساوي بينهما. فعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيّب يراطل الذهب بالذهب، فيفرغ ذهبه في كفة الميزان، ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى، فإذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى⁽⁴⁾.

ولا تغتفر الزيادة في المراطلة ولو قليلاً بخلاف المبادلة. فإن قيل: إذا كان كلّ واحد إنّما يأخذ مثل عينه، فأبي غرض في ذلك الفعل؟ والجواب: أنه يمكن أن يكون الغرض باعتبار الرغبة في الأنصاف دون الكبار، أو بالعكس، أو في غير المسكوك دون المسكوك، أو بالعكس.

(1) بداية المجتهد: 2/ 224.

(2) إكمال الإكمال: 490/5.

(3) المتقى: 4/ 276.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب المراطلة.

ويكون الوزن هكذا ولو لم يوزننا قبل ذلك؛ لأنّ كلّ واحد سيأخذ زنة عينه، كان معلوماً قدرها وزناً قبل ذلك أم لا .

ويجوز بيع النقد المغشوش مراطلة ومبادلة أو غيرهما، سواء تساوى الغش أم لا . كما يجوز المغشوش، بالخالص - على المذهب -، كانت رداءة المغشوش من المعدن أو من فعل الإنسان يضيف إلى الذهب فضةً أو نحاساً . ومحل الجواز إن بيع لمن لا يغش به، بل لمن يكسره ويجعله حلياً أو غيره . ويفسخ البيع إن بيع لمن يغش .

قضاء الدين من قرض أو بيع

الدين المترتب في الذمة إمّا أن يكون من قرض أو من بيع . ونذكر هنا أحكام قضاء الدين من بيع . وسيأتي - إن شاء الله تعالى - ذكر أحكام قضاء الدين من قرض في باب القرض .

قضاء الدين من بيع :

قد تقدّم أنّ بيع الطعام بالعين مع التأخير مستثنى من حرمة ربا النساء أمران، وتقدّم الدليل على ذلك .

وإذا كان ثمن المبيع المترتب في الذمة عيناً فإنه يجوز قضاؤه بما هو مساوٍ، وبما هو أفضل منه في الصفة مطلقاً، سواء حلّ الأجل أم لا .

ويجوز قضاؤه بما هو أقل منه صفة أو قدراً، ويشترط لذلك: أن يحلّ الأجل، وأن لا يدور الفضل من الجانبين . فإنّ لم يحلّ الأجل، أو دار الفضل من الجانبين فلا يجوز . ودليل عدم الجواز :

أ - عن أبي صالح أنه قال: بعث بزراً لي من أهل دار نخلة إلى أجل، ثم أردت الخروج إلى الكوفة، فعرضوا عليّ أن أضع عنهم من الثمن وينقدوني . فسألت عن ذلك زيد بن ثابت، فقال: لا أمرك أن تأخذها ولا أن تؤكله⁽¹⁾ .

ويحمل نهيهِ على التحريم؛ لأنّه لا يمنعه من أن يأكله ويؤكله لو كان مباحاً⁽²⁾ .

ب - عن عبد الله بن عمر أنّه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل، فيضع عنه صاحب الحق ويعتجله الآخر . فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه⁽³⁾ . ويحمل نهيهِ على التحريم . وهو قول جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ .

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين .

(2) المتفق: 65/5 .

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين .

(4) المتفق: 65/5 .

ج - عمل أهل المدينة المجمع على منع تعجيل القضاء مقابل حط شيء من الدين، وأنه ربا لا شك فيه. فقد صدر الإمام مالك هذه المسألة بقوله: «الأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽¹⁾.

د - أن المدين يكون قد اشترى من صاحب المال الثمن المؤجل بأقل منه معجلاً، وذلك غير جائز للتفاضل والنساء في الجنس الواحد من العين⁽²⁾.

هـ - أنه يدخله سلف لعوض؛ لأن المدين يكون قد أسلف صاحب المال ما عجله له يقبضه من نفسه عند الأجل، على أن يسقط عنه جزءاً من الثمن⁽³⁾.

ويعبر عن منع تعجيل القضاء مقابل حط شيء من الدين، بقاعدة الربوية: «ضع وتعجل».

ويجوز قضاء العين بأكثر مما في الذمة وزناً وعدداً، وأولى صفة، حلّ الأجل أم لا. إذ علة منع ذلك في القرض - وهي السلف بزيادة - منفية هنا. أي: في ثمن المبيع من العين. ولذلك يجوز للرجل أن يشتري بعشرة دنانير ويدفع خمسة عشر، حلّ الأجل أم لا؛ لأن الأجل في العين من حق من هي عليه - وهو المشتري - فلا تهمة فيه. والدليل على جواز قضاء القرض من بيع بأكثر مما في الذمة - إذا كان الدين عيناً -: عن جابر أنه كان على بغير - في غزوة من الغزوات - فقال له النبي ﷺ: «بعنيه» فبعته منه بخمس أواق. قال قلت: عليّ أن لي ظهره إلى المدينة. قال ﷺ: «ولك ظهره إلى المدينة». قال: فلما قدمت المدينة أتيت به، فزادني وقية، ثم وهبه لي⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لما قضى دين جابر الذي عليه له ثمن البعير، بعد الوصول إلى المدينة، زاده وقية. فدلّ ذلك على جواز القضاء بالأكثر من الدين، إذا كان عيناً⁽⁵⁾.

أما إذا كان ثمن المبيع الكائن في الذمة من غير العين بأن كان الثمن عرضاً أو طعاماً ففيه التفصيل التالي:

- يجوز قضاؤه إن حلّ الأجل، بأزيد منه صفة أو قدراً، أما إن لم يحلّ الأجل فلا يجوز لما فيه من: «حطّ الضمان وأزيدك» القاعدة الربوية.

(1) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) المتقى: 65/5.

(3) المتقى: 65/5.

(4) أخرجه البخاري في الوكالة، باب إذا وكل رجلاً؛ ومسلم في المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.

(5) المفهم: 2876/5.

ويدخل في ذلك جواز اشتراط البائع على المشتري قضاء الدين من بيع ببلد آخر إذا حلّ الأجل. وسيأتي تعليل ذلك في باب القرض.

- ويجوز بأقل صفة وقدرًا في العروض إن حلّ الأجل، سواء أبراه من الزائد أم لا، إذ المفاضلة في العرض لا تمنع.

والطعام أيضاً يجوز فيه القضاء بعد الأجل بأقل، بشرطين:

الأول: أن يجعل الأقل في مقابلة قدره.

الثاني: أن يبرئه من الزائد.

أما إذا جعل الأقل في مقابلة الكلّ فلا يجوز القضاء لما فيه من المفاضلة في الطعام. كما لا يجوز القضاء قبل الأجل لما فيه من «ضع وتعجل» في العرض والطعام.

ويدور الفضل من الجانبين في قضاء القرض وثن المبيع وذلك بسكة من جانب أو صياغة مع جودة من الجانب الآخر. أي: كلّ من السكة أو الصياغة يقابل الجودة، فيدور بها الفضل، فلا يجوز قضاء مثقال من تبر جيد عن مثله مسكوكاً أو مصوغاً غير جيّد. ولا العكس.

وأما قضاء المسكوك عن المصوغ وعكسه فمذهب ابن القاسم الجواز.

بطلان التعامل بالسكة أو غيرها في بلد:

إذا بطلت المعاملة بدنانير أو دراهم أو فلوس، أو تغيّر التعامل بها بزيادة أو نقص، وكانت ترتبت لشخص على غيره من قرض أو بيع، أو وديعة وتصرف فيها، أو دفعها لمن يعمل فيها قراضاً. فالواجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل بها أو التغيّر، ولو كانت الفلوس - مثلاً - حين العقد مائة بدرهم ثم صارت ألفاً بدرهم أو العكس. وهذا إن كانت موجودة في بلد المعاملة. ووجه القضاء بالمثل دون النقد الجديد: أنّ النقد إذا ترتّب وانبرم لم يبطل بالتعامل مع غيره؛ لأنّ أكثر ما في ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى، وذلك غير مؤثّر⁽¹⁾.

فإن عدمت في بلد المعاملة، فالواجب القيمة يوم الحكم، بأن يدفع له قيمتها عرضاً، أو يقوم العرض بعين من السكة المتجددة، ويوم الحكم يكون متأخراً عن يوم انعدامها وعن يوم الاستحقاق. والظاهر أن طلبها بمنزلة التحاكم، وحينئذ فتعتبر القيمة يوم طلبها، وإن وجدت غير بلد المعاملة.

وتؤخذ القيمة ولو حصلت مماثلة من المدين حتى عدمت تلك السكة وبه قال بعضهم وهو الظاهر. وقال بعضهم: هذا مقيد بما إذا لم يكن المدين مطل وإلا

(1) المعونة: 2/1024.

كان لربها الأحظ من أخذ القيمة أو مما آل إليه الأمر من السكة الجديدة الزائدة عن القديمة. وهذا هو الأظهر لظلم المدين بمطله. قال الأجهوري: كمن عليه طعام امتنع ربه من أخذه حتى غلا فليس لربه إلا قيمته يوم امتناعه وتبين ظلمه.

علة الربا في الطعام

علة ربا النساء في الطعام:

علة حرمة ربا النساء في الطعام الربوي وغيره مجرد كونه مطعوماً للإنسان على غير وجه التداوي به. فما يتداوى به من مسهل أو غير يجوز فيه النساء؛ أي: التأخير.

ويدخل في الطعام مع ما هو معروف ما يلي:

- جميع الفواكه كالرمان والإجاص.

- الخضر. ما يؤكل أخضر، كالخيار والبطيخ.

- البقول كالجزر والقلقاس والفجل، والفرق بين البقول والخضر أن البقول ما

يقلع من أصله بخلاف الخضر فإنه ما يتناول شيئاً بعد شيء.

- الحلبة ولو يابسة وقد اختلف فيها فقيل: هي طعام وهو مذهب ابن القاسم في

المدونة، أو دواء وهو قول ابن حبيب، أو الخضراء طعام واليابسة دواء وهو قول أصبغ في الموازية. واختار الشيخ الدردير قول ابن القاسم.

علة ربا الفضل في الطعام وبيان أجناس ربا الفضل:

العلة في ربا الفضل في الطعام، عند الإمام مالك، الاقتيات والادخار. أي:

مجموع الأمرين - فالطعام الربوي ما يقتات ويدخر. ودليل هذه العلة أن النبي ﷺ لما نصّ على أربعة أصناف من الطعام، وهي البرّ، والشعير، والتمر، والملح؛ أراد أن يشير إلى معنى مشترك بينها، الذي هو الاقتيات والادخار، ليعلم علماء أمته ما يساعدهم على إلحاق ما لم ينصّ عليه ﷺ بما نصّ عليه.

فنصّ على البرّ الذي هو أعلى المقتاتات درجة، ثم نصّ على الشعير الذي هو أدناها؛ وذلك لينبّه بالنصّ على الطرفين على ما هو وسط بينهما. ولما عهد النبي ﷺ عادة الناس في زمنه أكل البرّ مع السعة والاختيار، والشعير مع الضرورة والإقتار، كان ذكره لهما تنبيهاً على السلت، والأرز، والذرة، والدخن؛ لأنّ من اعتاد أكلها في بعض البلاد إما أن يأكلها في حال سعته، فيكون ذكر القمح منبهاً له على حكمها؛ أو في حال ضيقه فيكون ذكر الشعير منبهاً له. ولو اتفق أن يكون الدخن أو غيره هو الغالب في زمنه ﷺ في قوت أهل الإقتار، لأمكن أن ينبّه به بدلاً من الشعير.

وأما التمر فإنه وإن كان يقتات فيه ضرب من التفكّه، حتى إنه يؤكل على غير

جهة الاقتيات، فأراد النبي ﷺ أن يرفع اللبس لأجل هذا المعنى الذي انفرد به وينصّ

عليه مع الحنطة والشعير مشيراً إلى أنّ كلّ مقتات وإن كان فيه زيادة معنى التفكّه كالعسل والزبيب والسكر، فإنّ ذلك لا يخرج عن باب.

ولمّا علم النبي ﷺ أنّ هذه الأقوات لا يصحّ الاقتيات بها بدون مصلح حتّى إنّها دون مصلحتها تكاد أن تلحق بالعدم، أعطى ما يصلحها حكمها؛ فذكر الملح، ونبه به على ما سواه، من الأبخار ممّا هو مثله في الإصلاح؛ لأنّه لا يقتات منفرداً ولكنّه يجعل ما ليس بمقتات مقتاتاً.

وفي الردّ على الإمام أبي حنيفة القائل إنّ العلة هي جنس المكيل؛ وعلى الإمام الشافعي القائل إنّ العلة هي جنس المطعوم؛ ذكر علماء المالكية أنّه ﷺ لو أراد المطعوم أو المكيل لاقتصر على ذكر واحد منها، لتساوت هذه الأربعة في كونها مطعومة ومكيلة، ولا يظهر لذكر الزائد على الواحد منها فائدة، وكلامه ﷺ كلّه فوائد، لتعليم الشرائع وبيان الأحكام⁽¹⁾.

والفرق بين علة ربا الفضل في الطعام، وهي الاقتيات والادّخار؛ وعلة ربا النساء في الطعام وهي مجرد الطعام؛ وأنّ ربا النساء أوسع باباً في المنع من التفاضل؛ لأنّ تحريم التفاضل يختصّ بالجنس الواحد؛ وتحريم تأخير التقابض - أي: النساء - يتعلّق بالجنسين؛ ولذلك جاز - في غير الطعام - التفاضل بين الذهب والفضّة، ولم يجز فيهما التفرّق قبل القبض⁽²⁾.

والمقتات ما تقوم به البنية عند الاقتصار عليه؛ والمدخر ما يدخر إلى الأمد المبتغى منه عادة ولا يفسد بالتأخير، ولا يشترط كونه متخذاً للعيش غالباً - على المذهب - قال ابن ناجي: لا حدّ في الادّخار على المذهب بل هو في كلّ شيء بحسبه.

ولا بدّ أن يكون الادّخار على وجه العموم فلا يلتفت لما كان ادّخاره نادراً.

قال ابن عرفة: الطعام ما غلب اتخاذه لأكل آدمي أو لإصلاحه أو لشربه.

فيدخل في التعريف الملح والفلفل. لأنّها من مصلحات الطعام. ولا يدخل

الزعفران وماء الورد والمصطكي والصبر والزرايع التي لا زيت لها.

وقوله في التعريف: أو لشربه، يدخل فيه اللبن لأنه غلب اتخاذه لشرب آدمي.

ويخرج الماء لأنه غلب اتخاذه لغير شرب آدمي لكثرة من يشربه من الدواب.

والأصل في زيت الزيتون اتخاذه للطعام وإصلاحه.

(1) الإشراف: 528/2 - 531، والمعونة: 958/2 - 959، والمتقى: 240/4، والمعلم: 300/2

- 302، والمقدمات: 35/2، وإكمال الإكمال: 481/5، 149/2، وبداية المجتهد: 150/2.

(2) المتقى: 3/5.

دلالة النصوص على العلة:

قال ابن رشد الجّد - بعد أن عرض لآراء المذاهب في علل الربا -: «هذه العلل أخذت من طريق النظر والاجتهاد، إذ لم ينصّ النبي ﷺ على العلة في ذلك، ولا نبه عليها، ولذلك اختلف فيها، فهي مظنونة غير معلومة ولا مقطوع بها؛ والحكم بها عند من رآها علة بنظره واجتهاده معلوم مقطوع عليه»⁽¹⁾.

الربويات وأجناسها:

دليل دخول الربا فيما سيذكر من الأصناف، ما يلي⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275].

ووجه الاستدلال بالآية أنّ المراد بالربا الزيادة، فتحمل الآية على عمومها.

ب - عن معمر بن عبد الله قال: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أنّ النبي ﷺ أوجب التماثل في الطعام، فيحمل على عمومها؛ أي: في كل طعام.

- القياس على الأصناف الأربعة المنصوص عليها في الأحاديث النبوية. وعلة قياسها على هذه الأصناف الاقتيات والادخار.

- البر⁽⁴⁾، والشعير، والسلت⁽⁵⁾. وهي جنس واحد على المذهب، فيحرم بيع بعضها ببعض متفاضلاً، ولو يبدأ بيد. والدليل على أنّ الثلاثة جنس واحد⁽⁶⁾:

أ - عن معمر بن عبد الله أنّه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال له: بعه ثم اشتر به شعيراً. فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع. فلما جاء معمرأ أخبره بذلك. فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فردّه، ولا تأخذنّ إلا مثلاً بمثل. فإني كنت سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»، قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: إني أخاف أن يضارع⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال أنّ معمر بن عبد الله استدّل من قول النبي ﷺ: «الطعام بالطعام»

(1) المقدمات: 33/2.

(2) المعونة: 957/2 - 958، والمقدمات: 35/2.

(3) أخرجه مسلم في البيوع، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(4) البر هو القمح، وهو الحنطة.

(5) وهو ضرب من الشعير ليس له قشر يشبه القمح.

(6) الإشراف: 540/2، والمعونة: 961/2، والمفهم: 2838/5، وبداية المجتهد: 156/2.

(7) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

اتحاد البرّ والشعير في الجنس، إذ كان غالب قوتهم الشعير، فعلى هذا فإطلاق النبي ﷺ لفظ الطعام يشعر بدخول الشعير في مسماه كالبرّ.

ب - إجماع الصحابة، فإنه مروى عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن الأسود، ومعمّر بن عبد الله، ولا مخالف لهم.

فعن عمر أنه أرسل غلاماً له أو عبداً له بصاع من برّ، يشتري له به صاعاً من شعير، وزجره إن زادوه أو أن يزداد⁽¹⁾.

وعن سعد بن أبي وقاص أنّ أبا عيَّاش أنه سأله عن البيضاء بالسلت؟ فقال له سعد: أيتهما أفضل؟ قال: البيضاء. فنهاه عن ذلك. وتقدّم ذكر هذه الرواية.

ومعنى البيضاء: الحنطة أي: القمح أي: البرّ. ومعنى السلت: حبّ بين الحنطة والشعير، ولا قشر له كقشر الشعير. ووجه الاستدلال أنّ سعداً أراد بالسؤال عن الأفضلية بين الحنطة والسلت أي: في القدر، يعني بذلك أكثر كيبلاً، لا الأفضلية في الصفة؛ لأنه لا يخفى عليه ولا على غيره أنّ الحنطة أفضل صفة من السلت، وأنّ بيع الحنطة بالسلت غير ممنوع إذا كان مثلاً بمثل، يبدأ بيد؛ ولذلك استدللّ سعد بنهي النبي ﷺ عن الرطب بالتمر⁽²⁾. وقد تقدّم توجيه استدلال سعد بنهي النبي ﷺ عن الرطب بالتمر. كما سيأتي الحديث عن ذلك في المزبنة.

وروي عن سعد أيضاً أنّ علف حماره فني، فقال لغلامه: خذ من حنطة أهلك فابتع به شعيراً، ولا تأخذ إلّا مثله⁽³⁾.

وعن عبد الرحمن بن الأسود أنه روي عنه أنّ علف دابته فني، فقال لغلامه: خذ من حنطة أهلك طعاماً فابتع به شعيراً، ولا تأخذ إلّا مثله⁽⁴⁾.

والرواية عن معمّر بن عبد الله تقدمت.

والمراد بالمثل في هذه الروايات المقدار؛ لأنّ المماثلة في الصفات محال في القمح والشعير، فلم يبق إلّا المماثلة في القدر. وهي دليل على تحريم التفاضل في القمح والشعير؛ لأنه لا خلاف أنّ الحنطة أفضل من الشعير، وأنه لو جاز ذلك لوجد الصحابة بالقمح من الشعير أفضل من مكيلته، لكنهم منعوا من ذلك، وهذا يقتضي أنّ

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية، باب من كره ذلك.

(2) المنتقى: 243/4.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما؛ وابن أبي شيبة في البيوع، باب من كره ذلك.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما؛ وابن أبي شيبة في البيوع، باب من كره ذلك.

القمح والشعير صنف واحد لا يجوز التفاضل بينهما، وكذلك يقال في السلت⁽¹⁾.
 ج - عمل أهل المدينة. كذا ذكره ابن رشد الحفيد⁽²⁾. ولعله فهم ذلك من قول الإمام مالك في الموطأ بعد ذكره حديث سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود: «وهو الأمر عندنا». لكن فقهاء المذهب ونظاره لا يعتبرون مثل هذه الجملة من كلام الإمام دالة على عمل أهل المدينة، وإنما يقصد بها اجتهاده واختياره من أقوال وآراء من سبقه⁽³⁾.

د - أن منافعها متقاربة، ويتفقان في المنبت والحصاد، ولا يخلو أحدها من الآخر، فكانوا كالجنس الواحد. والاختلاف بينها إنما هو من باب مخالفة الشيء لرديته.

وقال السيوري وتلميذه عبد الحميد الصانع والقرطبي - صاحب التفسير -: إن الثلاثة المذكورة أجناس، فيجوز التفاضل فيما بينها مناجزة، والدليل على أنها أجناس مختلفة⁽⁴⁾: - قوله في الحديث: «البرّ بالبرّ، والشعير بالشعير». ووجه الاستدلال أنه قابل البرّ بالبرّ والشعير بالشعير، فدلّ على المخالفة، كما خالف بين البرّ والتمر.

وقد اعترض القرطبي - صاحب المفهم - على استدلال المالكية بحديث معمر، فقال: إن حديث معمر لا حجة فيه لأصحابنا، وإن كانوا قد أطبقوا على الاحتجاج به، ووجه ذلك أن غايتهم في التمسك به أن يحتجوا بمذهب معمر، وهو قول صحابي، وهو أعلم بالمقال وأقعد بالحال، قلت: إن قول معمر هذا رأي منه لا رواية، وما استدللّ به من قول النبي ﷺ: «الطعام بالطعام» لا حجة فيه؛ لأنه إن حمل على عمومه لزم منه ألا يباع التمر بالبرّ، ولا الشعير بالملح إلا مثلاً بمثل، وذلك خلاف الإجماع. وظهر أن المراد به الجنس الواحد من الطعام، وقد بين النبي ﷺ الأجناس المختلفة في حديث عبادة بن الصامت وغيره، وفصلها واحداً واحداً، ثم قال بعد ذلك: «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم». ثم الظاهر من فتيا معمر أنها إنما كانت من تقية وخوفاً، ألا ترى قوله: «إني أخاف أن يضارع»⁽⁵⁾.

لكن ردّ عليه الإمام الأبي بقوله: لا يلزم ما ذكر من منع التفاضل بين التمر والبرّ؛ لأن معمرًا إنما اعتبر الطعمية مع تقارب المنفعتين، ألا ترى إلى قوله: «أخاف أن يضارع» أي: يماثل فيمنع التفاضل، وهو أخذ بالأحوط فيما ثبت حرمة أصله⁽⁶⁾.

(1) المتفقى: 2/5.

(2) انظر في ذلك: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(3) المقدمات: 2/35، والجامع لأحكام القرآن: 3/349، والمفهم: 5/2838.

(4) المفهم: 5/2847.

(5) إكمال الإكمال: 5/491.

- العلس⁽¹⁾ والذرة والدخن⁽²⁾ والأرز. وهي أجناس كل واحد منها جنس على حدته على المشهور في الثلاثة الأخيرة يجوز التفاضل بينها مناجزة ويمنع في الجنس منها. والدليل على أنها أجناس مختلفة: انفصال بعضها من بعض في المنبت والمحصد؛ واختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض، وذلك يدل على اختلاف منافعها، وأن بعضها لا يستحيل إلى بعض. وإنما يستدل على أن العينين من جنس واحد بعموم الاتخاذ لهما كالشعير والقمح، واستحالة أحدهما إلى الآخر كالقمح والسلت⁽³⁾.

- القطاني السبعة⁽⁴⁾ التي هي: العدس، واللوبيا، والحمص، والترمس، والبقول، والجلبان، والبسيلة وتسمى الماش، والكرسنة وهي قريبة من البسيلة وفي لونها حمرة.

وهذه السبعة أجناس مختلفة، يمنع التفاضل في الجنس الواحد ويجوز بين الجنسين. والدليل على ذلك ما تقدم في القمح والشعير⁽⁵⁾. ولم يختلف قول مالك في الزكاة إنها جنس واحد يضم بعضها لبعض. وذلك لأن الزكاة لا تعتبر فيها المجانسة العينية، وإنما يعتبر فيها تقارب المنفعة وإن اختلفت، لا في البيع. ألا ترى أن الذهب والفضة جنس واحد في الزكاة، وهما جنسان في البيع.

تنبيه: سبب الاختلاف بين العلماء فيما هو جنس منفرد بنفسه أو هو مضموم إلى غيره، كالبرّ والشعير ونحو ذلك، هو اختلاف الشهادة بالتقارب في مقصود الناس منه وفي المنبت؛ فالفقيه الذي شهد له عادة استعمال جنس في معنى جنس آخر، وشابهه في شيء ألحقه به، ومن لم يحصل له ذلك لم يلحق شيئاً بشيء⁽⁶⁾.

- التمر. هو جنس.

- الزبيب. هو جنس. وهو مقاس على التمر⁽⁷⁾.

- التين. هو جنس على المشهور من أنه ربوي، بناء على أن العلة الاقتيات والادخار وإن لم يكن متخذاً للعيش غالباً.

- ذوات الزيت، من زيتون، وسمس، وقرطم، وفجل أحمر، وكذلك بزر الكتان

(1) العلس: قريب من شكل البر، وهو طعام أهل صنعاء اليمن.

(2) الدخن: يضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة؛ وهو حب صغير فوق حب البرسيم. طعام السودان.

(3) المتقى: 3/5.

(4) سميت قطاني لأنها تقطن بالمكان، أي: تمكث به.

(5) المتقى: 3/5.

(6) المفهم: 2839/5، بداية المجتهد: 2/156.

(7) المتقى: 4/5، وإكمال الإكمال: 481/5.

والخردل على الأرجح. قال الشيخ الصاوي: إنما كان الأرجح في بزر الكتان والخردل كونهما ربويين لأنه يؤكل زيتهما غالباً لا على وجه التداوي في هذا الزمان. وأنت خير بأن الطعمية ينظر فيها للعرف. فأخرج الشيخ الخرخشي بزر الكتان من الربويات بقوله: «فلا يرد أكل بعض الأقطار كالصعيد بزر الكتان» لأن هذا من غير الغالب على حسب زمانه⁽¹⁾.

وذوات الزيوت المذكورة أجناس وكذلك زيوتها فإنها أجناس، فيجوز بيع رطل من الزيت الطيب برطلين من الشيرج أو من الزيت الحار مناجزة.

- العسول: جمع عسل. والأظهر أنه إدام لغلبة ذلك عليه في أغلب البلاد⁽²⁾. وسواء كانت من نحل أو تمر أو قصب أو غير ذلك كعسل العنب، هي أجناس يجوز فيها التفاضل، كرطل من عسل نحل برطلين من عسل قصب إذا كان يداً بيد. ويمنع الواحد منها.

- الخلول والأنبذة: وهي جنس واحد لا يجوز فيها التفاضل، على المذهب. وهذا حيث كان أصلها واحداً. أي: إن جميع الخلول - كخلّ التمر، وخلّ العنب، وخلّ العسل، ونحو ذلك -؛ وجميع الأنبذة - كنبذ التمر، ونبذ العنب، ونحو ذلك - فإنها كلّها جنس واحد. وأما لو اختلف أصل الخلّ من أصل النبيذ كخلّ تمر ونبذ زبيب فإنهما جنسان اتفاقاً؛ لأن الذي يراد من الخلّ غير ما يراد من النبيذ عادة. فالذي يراد من الخلّ الإدام وإصلاح الطعام، والذي يراد من النبيذ شربه والتلذذ به، فبينهما بون. والأنبذة كلّها جنس واحد ولو اختلفت أصولها حيث كانت ربوية كالخلول.

- الأخباز كلّها جنس واحد يحرم التفاضل فيها، ولو كان بعضها من قطنية كقول وبعضها من قمح. إلا أن يكون البعض بأبزار أو أدهان أو سكر، فلا يكون مع غيره جنساً، ويجوز التفاضل فيه مع غيره لأن الأبزار تنقله عما ليس فيه أبزار. والمراد جنس الأبزار فيصدق بالواحد.

ومقابل المشهور قولان، فقيل: إن ما كان بعضها من قطنية فهي أصناف، وقيل: خبز القطني صنف وخبز غيره صنف.

- البيض. كان من دجاج أو غيرها. وهو جنس واحد. فتتحرى المساواة، ولو اقتضى التحري بيضة بيضتين أو أكثر كما قال الإمام المازري. ويستثنى وجوباً عند البيع قشر بيض النعام فلا يدخل في البيع، سواء يبيع بمثله أو بغيره. وعلة وجوب الاستثناء ليصح البيع أنه عرض؛ لأنه إذا لم يستثنى يلزم في الأول بيع طعام وعرض بطعام وعرض، وفي الثاني بيع طعام بطعام وعرض، وهو ممنوع؛ لأن مصاحبة العرض

للطعام كمصاحبه للنقد. فكما لا يجوز بيع نقد مع عرض بنقد متحد الجنس مع عرض كذلك لا يجوز في الطعام؛ لأن العرض المصاحب للنقد أو للطعام يعطى حكمهما فيؤدي للتفاضل في متحد الجنس.

ومثل قشر بيض النعام بيع عسل مع شمهه بعسل بدونه، فيجوز إن استثنى الشمع، وإلا فلا فإن بيع بدراهم ونحوها جاز مطلقاً.

- السكر: وهو بجميع أصنافه جنس واحد، فيمنع رطل من المكرر أو النبات برطلين مع غيره.

- اللبن: من بقر أو غيرها، من كل مباح الأكل أو مكروهه. وهو بأصنافه التي هي الحليب والأقط والمخض والمضروب، جنس واحد، ويلحق به لبن الآدمي.

- لحم الطير، إنسياً كان أو وحشياً، كحداة ورخم، هو من جميعها جنس واحد يمنع فيه التفاضل.

- المطبوخ منه جنس، ولو اختلفت مرقته، بأن طبخ بأوراق مختلفة، بأبزار أم لا. ولا يخرج ذلك عن كونه جنساً. وما سيأتي من طبخ اللحم بأبزار يخرج عن النية، فالأبزار لا تنقل إلا عن النية.

- دواب الماء من حوت وغيره، صغيره وكبيره هي جنس واحد.

- لحم ذوات الأربع من مباح الأكل من غنم وبقر وغيرها، وإن كان وحشياً كغزال، وبقر وحش، وحمار وحش، كلها جنس واحد يمنع التفاضل فيها. ودليل اعتبار لحم ذوات الأربع جنساً واحداً⁽¹⁾:

أ - عمل أهل المدينة. فقد صدر المسألة بقوله: الأمر المجتمع عليه عندنا⁽²⁾.

ب - أن علة ذلك اتفاق وجوه استعمالها والانتفاع بها، وتشاكل صورها، فإن لذلك تأثيراً في الجنس.

والدليل على أن لحوم الطير ودواب الماء وذوات الأربع أجناس مختلفة يجوز بيع كل جنس منها بغيره متفاضلاً: أن الجنسية التي أجاز الحديث البيع فيها تفاضلاً إذا اختلفت، في قوله: «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم»، المراد بها تباين المنافع والأغراض؛ وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الأنعام؛ لأنهما لا يتفقان في غرض ولا منفعة، ولا يؤكل أحدهما على الوجه الذي يؤكل عليه الآخر، فوجب أن يكونا جنسين مختلفين. وكذلك الطير⁽³⁾.

(1) المتقى: 27/5.

(2) الموطأ في البيوع، باب بيع اللحم باللحم. وانظر في دلالة هذه الجملة: من قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة (المقدمة في الأصول: 318، 76؛ وإحكام الفصول: 485).

(3) الإشراف: 535/2، المعونة: 961/2 - 962، المتقى: 26/5، بداية المجتهد: 156/2.

ولحم الأنعام بالخيل وسائر الدواب الإنسية، فلا بأس بالتفاضل فيها نقداً أو مؤجلاً؛ لأنه لا يؤكل لحم الخيل والدواب.

وأما الهرّ والثعلب والضبع، فمكروه بيع لحم الأنعام بها، لاختلاف الصحابة في أكلها. وهذا يفيد أنّ مكروه الأكل من ذوات الأربع ليس من جنس المباح منها وإلا لم يبع لحم المباح منها بالمكروه متفاضلاً، وإنما كره التفاضل في بيع لحمها بلحم المباح مراعاة للخلاف لحرمة أكلها وعدمها. وفي الذخيرة ما يفيد أن الكراهة على التحريم. وعليه فهما جنس واحد.

والظاهر أنه يجري مثل ذلك في مكروه الأكل من الطير، كالوطواط مع مباح الأكل منه.

وأجزاء الحيوان، من الشحم والكبد والفؤاد والطحال وما جرى مجرى ذلك، له حكم اللحم، فلا يجوز بيع شيء من ذلك بلحم حيوانه متفاضلاً؛ لأنه نوع مأكول من جسد الشاة، قياساً على اللحم؛ ولأنّ جميع جسد الشاة قد أجري مجرى واحداً، ولم يخرج اختلاف أسمائه وأحواله من كونه لحماً⁽¹⁾.

- المطبوخ من ذوات الأربع، هو جنس واحد ولو اختلفت مرقة.

- الجراد فهو ربوي على المعتمد وهو جنس غير الطير. وقيل: هو غير ربوي.

- المطبوخ من جنسين، كلحم طير ولحم بقر، في إناء واحد أو كلّ منهما في إناء، إذا طبخا بأبزار ناقلة لكل واحد منهما عن أصله، ففي ذلك خلاف، فقيل: يصير بذلك جنساً واحداً يمتنع فيه التفاضل، وقيل: بل كلّ على أصله فلا يمتنع. فإن طبخ أحدهما فقط بأبزار أو كلّ منهما بلا أبزار، فجنسان اتفاقاً.

- المرق وهو كاللحم يمنع التفاضل بينهما، فلا يجوز رطل لحم برطلي مرق.

والعظم المختلط باللحم كاللحم الخالص، فلا بدّ من المماثلة يدأ بيد. فهو كنوى التمر لم ينفصل عنه. فإن انفصل وكان لا يؤكل جاز بيعه باللحم متفاضلاً كالنوى إذا انفصل عن تمره.

والجلد أيضاً كاللحم، فتباع شاة مذبوحة بمثلها وزناً أو تحريماً مناجزة. ولا يستثنى الجلد. بخلاف الصوف فإنه يستثنى، كقشر بيض النعام؛ لأنه عرض.

- مصلحات الطعام⁽²⁾ الربوي كالمالح والبصل والثوم والتابل، من فلفل وكزبرة وكروياً وشمار وكمون أبيض وكمون أسود وأنيسون. وهذه أجناس يجوز التفاضل بينها مناجزة. وهذه يجري فيها الربا لأنها من الأقوات وتستعمل في تطيب الطعام

(1) المعونة: 2/ 963.

(2) مصلح الطعام هو ما لا يتم الانتفاع بالطعام إلا به.

وتحسين طعمه⁽¹⁾.

ونقل الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عن ابن المواز عن ابن القاسم أن الشمار والأنيسون جنس والكمونين جنس آخر قال الشيخ العدوي: هو المعتمد. ومن مصلحات الطعام أيضاً الخردل⁽²⁾ وحب السلجم⁽³⁾ وما عدا ذلك فليس بربوي وذلك ما يلي:

- الفواكه كالرمان وخوخ وإجاص فليست ربوية على الأرجح، ولو ادخرت بقطر من الأقطار كالتفاح واللوز والبندق. واختلف في التين واستظهر الشيخ خليل أنه ربوي.
- الدواء، كحزنبل وحرمل وسائر العقاقير.

- الحلبة اليابسة والخضراء، فليست ربوية، ولا ينافي أنها طعام.
- البلح الصغير بأن انعقد ولم يزه. أي: لم يبلغ حدّ الرامح. وما كان كذلك فلا يعدّ طعاماً من أصله. بخلاف الزهو فأعلى من بسر فرطب فتمر، فربوي اتفاقاً.

والحاصل أن مراتب البلح سبع: طلع، فأغريض، فبلح صغير، فبلح كبير وهو المسمّى بالزهو، فبسر، فرطب، فتمر. فكل واحد من هذه إمّا أن يباع بمثله أو بغيره والجملة تسع وأربعون صورة، المكرر منها إحدى وعشرون صورة، والباقي ثمان وعشرون. وهي بيع الطلع بمثله والست بعده، وبيع الإغريض بمثله والخمس بعده، وبيع البلح الصغير بمثله وبالأربع بعده، وبيع الكبير بمثله وبالثلث بعده، وبيع البسر بمثله وبالإنين بعده، وبيع الرطب بمثله وبالتمر بعده، وبيع التمر بالتمر، فالجائز منها بيع كل بمثله بشرط المماثلة والمناجزة في الأربع الأخيرة: وأمّا في الثلاث الأول فالجواز ولو مع التفاضل مع المناجزة، وبيع الطلع بكل واحد من الست بعده، وبيع الإغريض لكل واحد من الخمس بعده، وبيع البلح الصغير لكل من الأربع بعده ولو متفاضلاً من غير مناجزة لاختلاف الأجناس والطعمية، وبيع الزهو بالبسر لأنهما كشيء واحد بشرط التماثل أو المناجزة. وبقي خمس ممنوعة وهي بيع الرطب بالزهو أو البسر أو التمر، وبيع التمر بالزهو أو بالبسر وعلة المنع فيها بيع رطب بيباس.

- الماء، سواء كان عذباً أو مالحاً، فليس بربوي ولا بطعام. ووجه نفي الربا عنه أنّ التفاضل إنّما حرّم حراسة للأموال وحفظاً لها ومصلحة للناس، فلذلك قضى على ما تمسّ الحاجة إليه من المأكولات دون غيره، والماء أصله مباح غير متشاح فيه، فكان منافياً لموضوع المقصود بالربا⁽⁴⁾.

(1) المتقى: 241/4.

(2) هو حب أحمر صغير كالبرسيم يخرج منه زيت حار.

(3) هو أحمر أيضاً أصغر من الخردل يخرج منه أيضاً زيت حار. فهو كالخردل في كونه ربوياً.

(4) الإشراف: 541/2، والمعونة: 963/2.

وروي عن مالك منع بيع الماء إلى أجل بالطعام، قال القاضي عبد الوهاب: فعلى هذا يجب أن يحرم التفاضل فيه، قال ابن العربي: وهو الصحيح من المذهب⁽¹⁾. ودليل هذا القول⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾ [البقرة: 249]، ووجه الاستدلال أنّ قوله تعالى: ﴿يَطْعَمْهُ﴾ دليل على أنّ الماء طعام، وإذا كان طعاماً كان قوتاً لبقائه واقتيات الأبدان به، فوجب أن يجري فيه الربا.

ب - أنّ الماء ممّا تقوم الأبدان بتناوله كالقوت، بل هو أولى بذلك من جميع الأوقات؛ لأنه لا يوجد ما يقوم مقامه.

قال ابن العربي: ولم لا يجري فيه الربا وهو أجلّ الأوقات، وإنّما هان لعموم وجوده، وإنّما عمّم الله تعالى وجوده بفضل له لعظيم الحاجة إليه. ومن شرفه على سائر الأطعمة أنّه مهياً مخلوق على صفة لا صنعة لأحد فيها، لا أولاً ولا آخراً⁽³⁾.

والمراد بالعذب ما يشرب ولو عند الضرورة، والمراد بالمالح ما لا يشرب أصلاً. والعذب جنس والمالح جنس. ويجوز بيع بعض الجنس الواحد ببعض متفاضلاً يداً بيد. وأما لأجل فإن كان المعجل هو القليل منع لما فيه من سلف جرّ نفعاً. وأما إن كان هو الكثير فظاهر المدونة المنع أيضاً قال الخرخشي: ولعله مبني على أنّ تهمة «ضمان بجعل» توجب المنع.

وأما بيع الحلو بالمالح وعكسه فيجوز بأي حال لاختلاف الأجناس وعدم كونه ربوياً وطعاماً.

ويجوز بيع كل من البلح الصغير والماء بطعام لأجل. كما يجوز بيع الأدوية بطعام لأجل لأنها كالعروض.

وما عدا ما تقدم، فإنّ ما يدخر للأكل دون الاقتيات، كالجوز واللوز والبندق والصنوبر والفسق، وأنواع الفواكه التي تدخر كالتفاح؛ فلا يدخلها ربا الفضل؛ لأنها وإن كانت مما يدخر إلا أنّها غير مقتاتة، والادخار في بعض الفواكه ليس بمعتاد فيها.

وما يقلّ ادخاره من الفواكه كالخوخ والرمان والإجاص؛ فلا يدخلها ربا الفضل أيضاً؛ لأنها لا تيبس ولا تدخر غالباً، ومنها ما لا ييبس بوجه كالموز؛ ولا تعمل الأحكام بما هو نادر⁽⁴⁾.

ما لا ينقل الجنس الواحد إلى جنسين:

- الطحن لا ينقل الحبّ عن أصله بل هما جنس واحد، فالدقيق ليس جنساً منفرداً

(2) الإشراف: 2/ 541.

(4) المتقى: 4/ 241.

(1) أحكام القرآن: 1/ 232.

(3) أحكام القرآن: 1/ 232.

عن أصله، فلا يجوز فيه التفاضل بينه وبين أصله؛ لأنه مجرد تفريق بين أجزاء. فإذا بيع القمح بالدقيق، فلا بدّ من المماثلة. وتعتبر المماثلة في قدر الدقيق بالتحري.

- العصر، فلا ينقل الزيتون عن أصله، فالزيت ليس جنساً منفرداً عن أصله، بل هما جنس واحد.

- العجن لا ينقل عن الدقيق ولا الحب. فلا يجوز التفاضل فيها.

- الصلق لا ينقل عن الأصل. فالمصلوق مع غيره جنس، فلا يباع مصلوق بمثله متفاضلاً ولا متماثلاً لعدم تحقق المماثلة. وذلك في غير الترمس من الحبوب فإن صلقة على الوجه المعلوم ينقله عن أصله لكثرة المعاناة فيه وصيرورته حلوّاً بعد المرارة. وكذلك تدميس الفول وصلق الفول الحار، وذلك للكلفة التي فيه، فيجوز بيع الفول المدمس أو الفول الحار باليابس ولو متفاضلاً إذا كان مناجزة.

- شي اللحم بلا أبقار غير ناقل عن الأصل.

- تقديد اللحم بنار أو هواء أو شمس، غير ناقل عن الأصل.

- تسمين اللبن، عن لبن حليب لم يخرج سمنه، بخلاف ما أخرج منه سمنه، فناقل.

- النبد فلا ينقل عن الأصل، كنبذ التمر والزبيب. فلا يجوز التفاضل بين النبيذ وبين أصله، ولو احتمالاً، كرطل زبيب برطل نبيذ منه لعدم تحقق المماثلة.

ما ينقل الجنس الواحد إلى جنسين:

- الخبز: فإنه ناقل عن العجين والدقيق وأولى عن الحب.

- تخليل النبيذ، فإنه ناقل عن الأصل النبيذ لا عن النبيذ؛ لأنّ الخلّ والنبيذ جنس كما تقدم. والحاصل أن النبيذ مع التمر جنس واحد وكذلك مع الخلّ. إلا أنّه يمنع بيع النبيذ بالتمر مطلقاً لعدم تحقق المماثلة، ويجوز بيع النبيذ بالخلّ متماثلاً لا متفاضلاً. وأمّا الخلّ مع التمر فهما جنسان يجوز التفاضل بينهما مناجزة.

- القلي لقمح مثلاً فناقل.

- السويق، وهو ما طحن بعد صلقة، فإنه ينقل لاجتماع أمرين.

- طبخ غير اللحم، كأرز فإنه ناقل

- طبخ اللحم بأبقار فإنه ناقل

- شي اللحم بالنار بأبقار

- تخفيف اللحم بالأبقار.

وإذا كانت هذه الأشياء ناقلة عن أصلها فيجوز فيها التفاضل بأصلها، يدأ بيد.

ووجه جواز التفاضل لما ينتقل من هذه عن أصله أنّ الصنعة تغيّر ما تدخله من

الجنس، حتى تجعله في حكم الجنس المفرد، فلا يصلح لما كان يصلح له أولاً، وتختلف الأغراض فيه، فلا يقول أحد أن منفعة التمر تقارب منفعة الخل، وكذلك الحنطة والسويق، والخبز والدقيق لأن تأثير النار والصنعة في الطبخ والخبز يجعل المنافع تتباين وتتغير، ما ينفي التقارب ويوجب التفاوت، وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل ما له جاز في الجنسين المتباينين⁽¹⁾.

ما يجوز فيه التفاضل أيضاً:

- يجوز بيع التمر بالتمر- سواء كانا قديمين أو جديدين أو أحدهما جديد والآخر قديم.

- لبن الحليب من بقر أو غيره بمثله.

- الرطب بمثله. والرطب ما نضج ولم ييبس، وإلا فهو تمر. ودليل جواز بيع الرطب بمثله⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

وجه الاستدلال أن الآية عامة فتحمل على عمومها، إلا ما خصه الدليل.

ب - القياس على بيع التمر بالتمر؛ لأنها ثمرة بيعت بجنسها وهما على حال متساويين فيها، فجاز ذلك كالتمر بالتمر.

ج - القياس على بيع اللبن باللبن؛ لأن كل جنس جاز بيعه بجنسه حال جفافهما جاز حال رطوبتهما، كاللبن باللبن.

- لحم مشوي بمثله.

- لحم قديد بمثله، واعلم أن اللحم إما نبيء أو مشوي أو قديد أو مطبوخ، فكل واحد بمثله جائز، إن كان بأبزار ولو متفاضلاً، لنقله بالأبزار كما تقدم، وإلا منع مع المشوي والقديد مطلقاً؛ لأنه رطب يابس، ومع المطبوخ متفاضلاً فقط.

- اللحم العفن⁽³⁾ بمثله.

- السمن بمثله.

- الأقط⁽⁴⁾ بمثله.

- الجبن بمثله.

- الحَبّ المغلوث - المخلوط - إذا قلّ غلثه بمثله، لا نقي بمغلوث، ولا إن كثر

الغالث، وهو ما الشأن أن يتسامح فيه.

(1) المعونة: 966/2.

(2) الإشراف: 537/2، والمعونة: 965/2، والمتقى: 243/4.

(3) وهو ما تغير طعمه بطول مكثه.

(4) وهو اللبن المستحجر.

- الزيتون بمثله.

- اللحم بمثله.

وشرط الجواز في المذكورات المتقدمة: المثلية - كيلاً أو وزناً -، والمناجزة أي:

يداً بيد، فلا يجوز ما يلي:

- لا يجوز رطبها بياسها، متماثلاً ولا متفاضلاً.

- ولا يجوز مبلول، من حبّ - كقمح - بمثله من جنس ربوي، لا متماثلاً ولا

متفاضلاً لعدم تحقق المماثلة في البِلّ.

- ولا يجوز لبن حليب بزبد أو سمن لعدم النقل. فإن أخرج زبده جاز بهما؛

لأنهما صاروا جنسين.

- ولا يجوز لحم مشوي بقديد أو بمطبوخ، أو قديد بمطبوخ، لا متفاضلاً ولا

متماثلاً، لعدم تحقق المماثلة، إلا أن يكون في أحده أجزار ومقابله خالياً منها. فيجوز

لحصول النقل بالأجزار عما لا أجزار فيه - كما تقدم في غير هذه الثلاثة - والمراد

بالأجزار الجنس. فمتى أضيف للماء ملح أو بصل أو ثوم فإنه ينقل.

والدليل على عدم جواز ما تقدّم⁽¹⁾:

أ - عن سعد بن أبي وقاص، أنّ رسول الله ﷺ سئل عن اشتراء التمر بالرطب؟

فقال: «ينقص الرطب إذا جفت؟»، قالوا: نعم، فنهى عن ذلك⁽²⁾. وفي رواية: «فلا

إذا»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ لا يخفى عليه أنّ الرطب ينقص إذا يبس وجفت،

ولكنه نبههم على علة التحريم، وهو التفاضل في هذا الجنس بعبءه ببعض، وإنّ رطبه

وإن كان فيه غرض لا يكون في يابسه، فإنه لا يخرج بذلك عن جنسه، ولا يجوز

التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض إذا اتفقا في

معظمها. ومع التفاضل الذي في ذلك ففيه أيضاً الغرر الممنوع بسبب الجهل بالمقدار

الذي سيكون عليه الرطب إذا جفت، وقطعاً سيكون غير متماثل مع كيل التمر الذي

أعطي فيه؛ وهذا هو معنى المزبنة المنهي عنها. وسيأتي الحديث عن ذلك في المزبنة.

ودليل تحريم الرطب باليابس في كلّ جنس بعبءه ببعض:

وإنّ سؤال النبي ﷺ عن نقصان الرطب إذا جفت تعليم للصحابة القياس عليه إذا

(1) الإشراف: 536/2 - 537، والمعونة: 965/2، والمنتقى: 243/4، المفهم: 2733/5،

وبداية المجتهد: 159/2.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يكره من بيع التمر؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي

عن المحاقلة والمزبنة؛ وأبو داود في البيوع، باب التمر بالتمر؛ والنسائي في البيوع، باب اشتراء

التمر بالرطب؛ وابن ماجه في التجارات، باب بيع الرطب بالتمر.

(3) أخرجه أحمد في مسنده: 179/1.

وجدت علة المنع في غير الرطب، وهي التفاضل والغرر في الربوي، والغرر في غير الربوي. وسبب ذلك المزابنة كما سيأتي في تعريفها. فحديث سعد فيه زيادة تفسير لربا الفضل على ما في حديث عبادة وباقي أحاديث الرويات، ببيان عدم جواز بيع رطب الجنس بيباسه، ولو مع وجود التماثل والتساوي.

ب - أن أحاديث النهي عن المزابنة عامة فتحمل على عمومها إلا ما خصه الدليل.

ج - القياس بجامع العلة التي نبه عليها النبي ﷺ.

- ولا يجوز شيء منه مع عرض، كثوب أو شاة، بمثله. فلا يجوز زيتون وثوب بزيتون بمثله، أو معه عرض أيضاً، والدليل: سدّ الذريعة، لاحتمال أن يكون فاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد بمثله متفاضلاً. إذ في ذلك التفاضل المعنوي والجهل بالتساوي، لاحتمال اختلاف قيمة العرض المصاحب للربوي⁽¹⁾.

ما يعتبر في المماثلة في بيع الخبز:

- يعتبر في بيع الخبز بمثله قدر الدقيق تحريماً، إذا لم يعلم قدره كيلاً أو وزناً، إن كان الخبز من جنس واحد، كقمح.

واشترط الجنس الواحد لا بدّ منه على المذهب. ولا يعتبر وزن الخبز.

فإن لم يكونا من جنس واحد كخبز قمح وذرة؛ أي: والموضوع أن أصلهما طعام ربوي، فالوزن بين الخبز هو المعتبر، لا الدقيق.

وهذا حكم البيع. وأما في القرض فالعبرة بالعدد المتقارب ولو زاد الوزن على العدد أي: نقص. وهذا ما لم تحصل مشاحة، وإلا فلا بدّ من الوزن إن اختلف أصلهما أو التحري إن اتحد أصلهما. قال ابن شعبان: لا بأس أن يتسلف الجيران فيما بينهم الخبز، ويقضوا مثله؛ لأنّ القصد فيه المعروف لا المبالغة.

فإن كانا في البيع من صنفين غير ربويين أو أحدهما ربوي والآخر غير ربوي، لم يعتبر الوزن ولا غيره لجواز المفاضلة حينئذ.

- ويعتبر الدقيق تحريماً أيضاً في بيع عجين بحنطة أو دقيق.

- ويجوز القمح بالدقيق إن تماثلاً وزناً أو كيلاً على الراجح. فأما جواز القمح بالدقيق وزناً فظاهر للنص على الوزن. وأما وجه جواز الكيل: أنّ طحن القمح دقيقاً ليس فيه أكثر من تفريق أجزاء القمح، وذلك لا يمنع من الكيل، ولا ينافي المماثلة؛ لأنّ المكيال يأخذ من الدقيق كما يأخذ من القمح⁽²⁾.

(1) انظر بداية المجتهد: 160/2.

(2) الإشراف: 534/2، المعونة: 966/2، المنتقى: 6/5.

وتعتبر المماثلة في قدر الدقيق بالتحري كما تقدم فيما لا ينقل الجنس إلى جنسين. وقيل: لا يجوز إلا بالوزن. وقيل: لا يجوز مطلقاً، لعدم تحقق المماثلة، وهو أضعفها.

ما تعتبر به المماثلة في المثليات:

المطلوب مراعاة المعيار الذي اعتبره الشرع إن كان كيلاً فكيلاً وإن كان وزناً فوزناً. فما ورد عنه أن يكال كالقمح، فلا يصح فيه إلا بالكيل، وما ورد أنه يوزن كالنقد، فلا تجوز المبادلة فيه إلا بالوزن. وهكذا فتعتبر المماثلة في المثليات بأمور ثلاثة:

1- بالكيل فيما يكال، كالحبوب. ودليل كون المعتبر شرعاً في الحبوب ونحوها الكيل: أن النبي ﷺ ذكر الوسق في زكاة الحرث، والصاع في زكاة الفطر، والمد في فدية الأذى في الحج؛ فكان الكيل هو المشروع في الحبوب ونحوها⁽¹⁾.

2- بالوزن فيما يوزن، كالتقدين. ودليل كون المعتبر شرعاً في التقدين الوزن: نصه ﷺ على ذلك، فعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزناً بوزن، مثلاً بمثل، سواء بسواء»⁽²⁾.

3- بالتحري في غيرها، وزناً لا كيلاً، كالبيض فيباع بعضه ببعض بالتحري، ولو اقتضى التحري بيع بيضة ببيضتين أو أكثر.

ويجوز التحري فيما يوزن من الربويات ولو لم يتعسر الوزان، لا فيما يكال. ودليل جواز البيع على التحري فيما يوزن⁽³⁾:

أ - ما ثبت من العمل المستفيض أن الصحابة كانوا يقتسمون اللحوم على التحري. والقسمة بيع أو في حكم بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه. وإذا جاز التحري في القسمة جاز في البيع.

ب - أن الشرع جعل الحزر طريقاً إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن، وسبباً لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند تعذرهما، ألا ترى جواز ذلك في الزكاة والعرايا، فجاز أن يكون التحري في هذه المسألة طريقاً إلى معرفة التماثل للضرورة.

ج - الضرورة أو الحاجة الداعية لذلك، على اختلاف في التعبير بين القاضي عبد الوهاب والإمام الباجي. ووجهها أن الموازين قد تعدم أو تتعدر وتشق، فليس كل متبايعين يقع بينهما بيع يكون عندهما ميزان أو يجدهان بيسر، وقد يكونان في سفر؛ ولو منع من التحري لشق عليهما ولأدى إلى ضياع المبيع وفوات الانتفاع به.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الربا.

(1) المنتقى: 6/5.

(3) الإشراف: 535/2، والمعونة: 968/2، والمنتقى: 27/5.

وحاصل النقل عن ابن القاسم أن كل ما يباع وزناً ولا يباع كيلاً مما هو ربوي تجوز فيه المبادلة والقسمة على التحري؛ وكل ما يباع كيلاً أو وزناً مما هو ربوي فلا تجوز فيه المبادلة ولا القسمة بالتحري بلا خلاف. والفرق بين ما يوزن فيجوز فيه التحري وما يكال لا يجوز فيه: أن آلة الوزن قد يتعدّر وجودها، بخلاف آلة الكيل فإنه يتيسر بأي وعاء، فلذلك منع التحري فيه.

وأما غير الربوي فاختلف في جواز القسمة ما فيه.

والمبادلة على التحري على ثلاثة أقوال: الجواز فيما يباع وزناً لا كيلاً، والثاني الجواز مطلقاً، والثالث المنع مطلقاً.

وإذا تعدّر التحري فيما يجوز فيه التحري لكثرتة جداً، منع، فلا تجوز المبادلة والقسمة فيه.

ما لا يجوز التصديق فيه في الصرف والمبادلة والقرض والمبيع لأجل:

تنبيه: دليل هذه الأحكام هو سدّ الذرائع المفضية إلى الربا. لذلك تجد العلل التي عللت بها الأحكام عللاً ربوية⁽¹⁾.

1 - لا يجوز التصديق في الصرف، لا في عدده، ولا وزنه، ولا جودته. بل يجب العدّ والوزن والنقد وإن كان الدافع مشهوراً بالأمانة والصدق، إذ ربما كان الصرف ناقصاً عدداً أو وزناً أو زائفاً، فيرجع به فيؤدي إلى الصرف المؤخر. أي: إن من وجد النقص فإن رضي به جاز؛ لأن الثمن يكون بقدر ما حصل معه؛ وإن أراد التمام فلا يجوز له، وينتقص الصرف؛ لأنه لو أخذ التمام لكان قبضه له متأخراً عن مجلس الصرف، وهو ما لا يجوز⁽²⁾، كما تقدّم في الصرف.

2 - المبادلة في نقد - ذهباً أو فضة - كأن يبدل ديناراً بمثله أو درهماً بمثله.

وكذلك مبادلة في طعام، ولو اختلف الجنس كأن يبدل صاع من قمح بمثله أو بفول. فلا يجوز التصديق فيما ذكر من النقد والطعام ولا بدّ من معرفة العدد وقدر الكيل أو الوزن لثلا يوجد نقص، فيدخل التفاضل إن شرط عدم الرجوع بالنقص أو يدخل التأخير إن شرط الرجوع بعد الاطلاع عليه.

3 - لا يجوز التصديق في القرض، فمن اقترض نقداً أو طعاماً أو غيرهما لا يجوز له أن يصدّق المقرض فيما أخذه منه؛ وتعليل عدم الجواز لاحتمال وجود نقص أو رداءة فيغاضي عنه أخذه لحاجته أو رجاء أن يؤخره المقرض، أو يجعله في نظير المعروف، فيكون في ذلك سلف بزيادة، كهدية المديان التي سيأتي الحديث عن وجه

(1) انظر إشارات الإمام الباجي إلى سدّ الذريعة وعلل الربا لمسائل عدم التصديق: المتقى: 75/5.

(2) المعونة: 2/1024.

منعها في باب القرض. وقيل في علة المنع: ما يقع فيه من المخاطرة والغدر، لتجويز أن يكون دافع الطعام قد كذب في كيّله، فقد ضمن ردّ مكيّلة معلومة، والمقترض لا يعلم هل حصلت له مكيّلة كاملة أو أقلّ أو أكثر؟، وهذا نوع من الغدر والمخاطرة، وذلك يقتضي المنع. وقيل أيضاً في علة المنع: رفع التشاجر والخلاف⁽¹⁾.

4 - لا يجوز التصديق في المبيع لأجل، من طعام أو غيره، وعلة المنع ما تقدّم من علل المنع من التصديق في القرض.

5 - لا يجوز التصديق في المعجل من الديون قبل أجله؛ لأن ما عجل قبل أجله سلف، فيحتمل أن يكون ناقصاً، فيغتفر للتعجيل فيكون سلفاً جرّ نفعاً.



المعاملات المنهي عنها في الشرع

قد تقدّم أن الشرع أباح للناس التعامل بالبيع والشراء وبكلّ ما للناس ضرورة أو حاجة إلى التعامل به، وقد وردت أدلة عامة في الإباحة، كما ورد في كلّ نوع من أنواع العقود الجائزة دليلاً الخاص. واستثنى من ذلك معاملات معيّنة نهى عنها واعتبرها باطلة وحرّم كسبها، وقد نهى عنها بأدلة عامة وأدلة خاصة. فأما الأدلة الخاصة فهي مذكورة في محلّها، وأما العامة فمنها:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذَّبَرَةُ أَمْتُونَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: 29].

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: 188].

ومعنى الآيتين: لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق؛ أي: بما لا يحلّ شرعاً؛ فيدخل فيه كلّ ما لا تطيب به نفس مالكة كالقمار، والغش، والربا، والغصب، والغرر، وبيع العريان، وجحد الحقوق؛ وكذلك ما تطيب به نفس مالكة وحرّمه الشرع، كمهر البغي، وحلوان الكاهن، وأثمان الخمر والخنازير، وغير ذلك. فالآيتان دليل عام على أنّ الباطل في المعاملات لا يجوز، لكن ليس فيهما تعيين الباطل، وإنّما يطلب تعيينه من أدلة خاصة⁽¹⁾.

حكم ما نهى عنه الشرع:

ما نهى عنه الشرع - ويشمل العبادات والمعاملات - فإنّ حكمه الفساد؛ لأنّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه، إلّا ما خرج بدليل منفصل. والدليل على ذلك: أنّ الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم لم يزالوا يحتجّون على فساد بيعات وأنكحة كثيرة بصدور النهي عنها، ولم ينكر بعضهم على بعض ذلك الاستدلال، بل كان يعارض بعضهم بعضاً بأدلة أخرى⁽²⁾.

فالصحة في العقود ترتب آثارها عليها، كحلّ التلذذ بعقد النكاح، والتصرف بالمبيع بعد عقد البيع.

(1) أحكام القرآن: 97/1، والجامع لأحكام القرآن: 260/1، و5/105.

(2) مفتاح الوصول: 40.

والفساد عدم ترتب آثارها عليها كعدم حلّ النكاح بالعقد، وعدم جواز التصرف في المبيع بسبب عقده، وعدم نقل الملك. ودليل فساد المنهي عنه في المعاملات⁽¹⁾:
أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا يَسْتَوِي الْنَجِيبُ وَالْطَّيِّبُ﴾ [المائدة: 100]. ووجه الاستدلال أنّ لفظ الآية عام في كل، ومن ذلك الصحيح والفساد من العقود، لا يستويان في الإمضاء.

ب - ما روي عن أبي سعيد قال: جاء بلال بتمر برنّي، فقال رسول الله ﷺ: «من أين هذا؟» فقال بلال: تمر كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع؛ لمطعم النبي ﷺ. فقال النبي ﷺ عند ذلك: «أوه، عين الربا. لا تفعل. ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر، ثم اشتره»، وفي رواية: «هذا الربا. فردّوه، ثم يبعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنه ﷺ أمر برّد التمر البرنّي، فدلّ على وجوب فسخ صفقة الربا وأنها لا تصحّ بوجه. ولو كانت الصفقة صحيحة وإتّما الممنوع ما صاحبها من وصف الربا كما يقول أبو حنيفة؛ لما أمر الرسول ﷺ برّد الصفقة، ولأمر فقط برّد الزيادة عن الصاع، ولصحّ الصفقة في مقابلة الصاع⁽³⁾. قال القاضي عياض في الحديث: فيه فسخ البياعات الفاسدة.

ج - عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ»⁽⁴⁾.

ويستثنى من حكم فساد المنهي عنه من العقود ما يدلّ الدليل الشرعي على صحته⁽⁵⁾، كالنجش وبيع المصرة وتلقّي الركبان، وسيأتي الدليل على ذلك. هذا وإنّ ما فسد يتعيّن ردّه ما لم يفت كما يأتي بيانه. والصحة في العبادات موافقة الفعل ذي الوجهين⁽⁶⁾ - أي: الفعل ذي الوجه الموافق للشرع والوجه المخالف له - فما نهى عنه ففسد.

(1) إكمال الإكمال: 493/5، والجامع لأحكام القرآن: 201/6.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(3) المفهم: 2850/5.

(4) أخرجه البخاري معلقاً في البيوع، باب النجش؛ ومسلم في القضاء، باب نقض الأحكام الباطلة.

(5) سواء كان الدليل متصلاً بالمنهي عنه أو منفصلاً عنه؛ فالمتصل كأن يكون النهي والصحة في حيز واحد، والمنفصل يكون النهي في حيز والصحة في حيز آخر. حاشية الصاوي: 29/2.

(6) قال الشيخ الصاوي: إن قلت إن كلّ فعل له وجهان فلا معنى لقولهم: «ذي الوجهين» والجواب: إنّ هناك أموراً ما لها إلّا وجه واحد، كاعتقاد وحدانية الله، فليس لها إلّا وجه واحد، وهو موافقة الشرع، وكالأمر المجمع على حرمتها فليس لها إلّا وجه واحد وهو مخالفة الشرع. واعلم أنّ لهم قاعدة أخرى وهي: إذا كان النهي ذاتياً للشيء كالذم والخنزير، أو وصفاً له =

1 - الربا:

وقد تقدّم تفصيل الكلام فيه .

2 - الغش:

الغش والتدليس في البيع بمعنى واحد. وعرف الإمام ابن عرفة الغش بقوله: «إبداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً، أو كتم عيبه»⁽¹⁾. ودليل تحريم الغش⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾

[النساء: 29].

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: 188].

ج - عن عبد الرحمن بن أبي بكره عن أبيه أن النبي ﷺ قال في حجة الوداع: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»⁽³⁾.

د - قول النبي ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بالآيتين والحديث أن قبض الثمن كاملاً في سلعة مدلسة ومعيبة من أكل المال بالباطل.

هـ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من غشنا فليس منا»⁽⁵⁾. وسبب ورود هذا الحديث أن رسول الله ﷺ مرّ على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فقالت أصابعه بللاً. فقَالَ: «مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟» قَالَ: أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللَّهِ! قَالَ: «أَفَلَا

= كالخمر للإسكار، أو خارجاً لازماً له كصوم يوم العيد، لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله تعالى، فإنه يكون مقتضياً للفساد. ويؤخذ من هذه القاعدة فساد الصلاة وقت طلوع الشمس أو غروبها. ولا دلالة لقول خليل: «وقطع محرم بوقت نهى» على الصحة إذا كان النهي لخارج عنه غير لازم كالصلاة في الأرض المغصوبة والتنقل وقت خطبة الجمعة ولبس الثوب الحرير في الصلاة، فلا يقتضي الفساد، ألا ترى أن إشغال بقعة الغير بغير إذنه أو إتلاف ماله أو الإعراض عن سماع الخطبة أو لبس الحرير حرام كلّ منها وإن لم يكن في صلاة. اه حاشية الصاوي: 29/2.

(1) شرح حدود ابن عرفة، للرصاع: 370/1.

(2) المعونة: 2/1050، والمعلم: 2/248، والمقدمات: 2/99، وإكمال المعلم: 5/330، الذخيرة: 5/86.

(3) أخرجه البخاري في العلم، باب قول النبي ﷺ: «رب مبلغ»؛ ومسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(4) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغصب، باب من لو غضب لوحاً، عن أنس.

(5) أخرجه مسلم في الإيمان، باب من غشنا فليس منا.

جَعَلْتُهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ، مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال أن في عدم بيان البائع العيب الذي في سلعته يكون غاشاً للمشتري؛ لأن المشتري يدخل في البيع على أن المبيع سليم، ولأن البائع يعلم أن المشتري لا يعلم بالعيب، وأنه لا يدري إذا علم به هل يرضى أم لا؟ فإذا كتبه فقد غشه.

ومعنى قوله ﷺ: «من غشنا فليس منا»؛ أي: ليس على مثل هدينا وطريقتنا، والغاش وإن كان لا يخرج من الإيمان فهو معدود في جملتهم، إلا أنه ليس على هديهم وسبيلهم، لمخالفته إياهم في التزام ما يلزمه في شريعة الإسلام من النصح لأخيه المسلم. قال ابن رشد الجذ: «وقد يحتمل أن يحمل قوله: من غشنا فليس منا، على ظاهره فيمن غش المسلمين مستحلاً ذلك؛ لأنه من استحل التديس بالعيوب والغش في البيوع فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب من ذلك وإلا قتل»⁽²⁾.

و - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا تُصْرُوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاغَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِيَهَا، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعُ تَمْرٍ»⁽³⁾. والتصرية جمع اللبن في ضرع الحيوان أياماً، فيوهم ذلك أنه ذو لبن غزير⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال أنه ﷺ نهى عن التصرية لأنه غش وتديس؛ لأن المشتري يظن أن حلابها كثير فيقدم على شرائها من أجل ذلك. فالحديث أصل في تحريم الغش.

ز - عن تميم الداري أن النبي ﷺ قال: «الدين النصيحة» قلنا: لمن؟ قال: «لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم»⁽⁵⁾.

وحكم الغاش أنه يتصدق بما غشهم به أدياً له، على سبيل الجواز لا الوجوب. أي: يجوز للحاكم - كالمحتسب - أن يتصدق به على الفقراء. ولا يحرم عليه.

والتصدق هو المشهور، وقيل: يراق اللبن ونحوه من المائعات، وتحرق الثياب الرديئة أو تقطع خرقاً وتعطى للمساكين.

ومحل التصديق بالمبيع الذي وقع به الغش، إن كان قائماً بيد البائع أو المشتري، ويفسخ البيع. وإذا لم يكن قائماً، بأن ذهب عينه أو تغير فإنه يتصدق بالثمن الذي بيع به.

(1) أخرجه مسلم في الإيمان، باب من غشنا فليس منا.

(2) المقدمات: 99/2.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعه؛ والبخاري في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على أخيه.

(4) المنتقى: 104/5، وشرح التلحين: 4/ ورقة 182.

(5) أخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة.

ويجوز للحاكم أن يؤدّبه بضرب ونحوه.

ولا يجوز أن يؤدّبه بأخذ مال منه كما يقع كثيراً من الظلمة. قال الونشريسي: أمّا العقوبة بالمال فقد نصّ العلماء على أنها لا تجوز. وفتوى البرزلي بتحليلها لم تزل الشيوخ يعدّونها من الخطأ⁽¹⁾.

وللحاكم أن يخرج الغاش من السوق.

ويكون الغش في كل شيء حتى في الحيوان. ومن الغش خلط شيء جيّد - كلبن وسمن وزيت ودقيق وثياب وقطن وكتان - برديء من جنسه أو غير جنسه. ومن الغش أيضاً بلّ الثياب بنشا، ونفخ اللحم بعد السلخ لا قبله؛ لأنه يوهم أنه سمين.

والغشّ قسمان بحسب تعريف ابن عرفة:

الأوّل: إظهار جودة ما ليس بجيد، كنفخ اللحم بعد السلخ، ودق الثياب.

الثاني: خلط شيء بغيره كخلط اللبن بالماء، والسمن بالدهن.

ومحلّ النهي عن خلط اللبن بالماء ما لم يخلط بالماء لاستخراج زبده، وكتخليط العصير بالماء لتعجيل تخليله.

ومن القسم الثاني أيضاً خلط الشيء برديء من جنسه، كقمح جيد برديء.

وجوب بيان العيوب وعدم جواز البراءة منها:

سيأتي إن شاء الله ذكر وجوب بيان العيوب، وحكم البراءة منها، وذلك عند الحديث عن خيار النقيصة.

3 - بيع حيوان حيّ مباح الأكل بلحم جنسه:

سواء كان الحيوان فيه منفعة كثيرة ويراد للقنية، أو كان لا تطول حياته، أو كان لا منفعة فيه إلا اللحم، أو ما كان قليل المنفعة. وهذا كبيع شاة بعشرة أرطال لحم من الظأن أو البقر أو الإبل، لما تقدم أن ذوات الأربع جنس واحد. ودليل عدم الجواز⁽²⁾:

أ - عن سعيد بن المسيّب أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم⁽³⁾. وعن داود بن حصين أنّه سمع سعيد بن المسيّب يقول: من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين. قال أبو الزناد: وكلّ من أدركت من الناس ينهون عن بيع

(1) بلغة السالك، الصاوي: 23/2.

(2) الإشراف: 539/2، والمنتقى: 25/5، وبداية المجتهد: 157/2.

(3) أخرجه مالك - مرسلًا - في البيوع، باب بيع الحيوان باللحم. ووصله الدراقطني عن سهل بن سعد، في البيوع.

الحيوان باللحم، وكان ذلك يكتب في عقود العمال في زمان أبان بن عَفَّان وهشام بن إسماعيل، ينهون عن ذلك⁽¹⁾.

ب - عن القاسم بن أبي بزة عن رجل من أهل المدينة، أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع حيٍّ بميت⁽²⁾.

ج - ما في بيع الحيوان الحي المباح بلحم جنسه من المزابنة المنهي عنها؛ لأنَّ اللحم معلوم والحيوان مجهول، وسيأتي الحديث عنها. وقد قصر الإمام مالك حديث النهي عن بيع الحيوان باللحم على ما كان من جنسه، لعلَّة المزابنة التي سيأتي الحديث عنها، ولأنَّ ما يجري فيه الربا يعتبر فيه الجنس.

د - القياس على بيع الزيت بالزيتون؛ لأنَّه جنس يدخله الربا، والربا بيع الشيء بأصله من غير صناعة مؤثرة في نقله عن أصله.

وقد قيّد الحيوان بكونه حيّاً مباح الأكل؛ لأنَّ بيع الخيل ونحوها باللحم جائز لعدم المزابنة - وسيأتي الحديث عنها - وسواء كان البيع نقداً أو لأجل. ووجه عدم المزابنة فيها أنَّ أكلها لم تجر العادة به، ولأنَّ منافعتها المقصودة منها غير الأكل⁽³⁾، وهذا على القول بتحريمها؛ لأنَّ محرّم الأكل لا يمنع بيع الحيوان منه بلحم جنسه؛ لأنَّه ليس مما يحلّ أكله فيقال: إنَّ فيه من جنس هذا اللحم⁽⁴⁾.

والنهي عن بيع الحيوان بلحم جنسه مقيد بأن يكون اللحم غير مطبوخ ولو بغير أبنار، لبعده بالطبخ عن الحيوان. فإنَّ طبخ جاز، ووجه الجواز ولو بغير أبنار أن نقل اللحم عن الحيوان يكون بأدنى ناقل. بخلاف اللحم عن اللحم فإنه لا يكفي فيه مجرد الطبخ بل لا بدّ من طبخه بأبنار.

كما يجوز بيع الحيوان بلحم غير جنسه لكن مناجزة في ما لا تطول حياته وما لا منفعة فيه إلا اللحم وما كان قليل المنفعة، في الحيوان. وأما ما فيه منفعة كثيرة ويراد للقتية، فيجوز ولو لأجل.

4 - بيع حيوان بأقسامه الأربعة:

وهذه الأقسام هي:

- أ - ما فيه منفعة كثيرة ويراد للقتية.
- ب - أو ما لا تطول حياته.
- ج - أو ما لا منفعة فيه إلا اللحم.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الحيوان باللحم.

(2) أخرجه البيهقي في البيوع، باب بيع اللحم بالحيوان.

(3) المتفق: 25/5.

(4) المتفق: 25/5.

د - أو ما كان قليل المنفعة.

فيمنع بيعه بحيوان من جنسه لا تطول حياته كطير الماء، أو بحيوان من جنسه لا منفعة فيه إلا اللحم كخصي معز، أو قلت منفعته كخصي ضأن، إذ الخصي يتخذ للسمن والزيادة في اللحم⁽¹⁾. وذلك لتقدير هذه الثلاثة لحماً. إذ فيه بيع مجهول بمعلوم، أو مجهول بمجهول من جنسه وهو بيع المزابنة الممنوع، وسيأتي الحديث عنه. ودليل تقديرها لحماً: - أنّ النهي في الحديث عن بيع اللحم بالحيوان يتناولها؛ لأنه حتى تعذر بقاؤه، فكان حكمه حكم اللحم، فيتعذر التماثل بينه وبين اللحم الآخر⁽²⁾.

وحاصل ذلك أن الصور ست عشرة كلّها ممنوعة، وهي:

أ - بيع الحيوان بأقسامه الأربعة بلحم جنسه.

ب - وبيع الحيوان بأقسامه الأربعة بما لا تطول حياته.

ج - وبيعه بأقسامه الأربعة بما لا منفعة فيه إلا اللحم.

د - وبيعه بأقسامه الأربعة بما قلت منفعته.

فهذه ست عشرة صورة. المكرر منها ثلاثة، يبقى ثلاث عشرة صورة، يضم لها بيع اللحم باللحم، وبيع الحيوان يراد للقنية بمثله. وهاتان الصورتان الأولى منها جائزة على التفصيل المتقدم والثانية جائزة بلا خلاف.

والثلاثة المذكورة التي هي: حيوان من جنسه لا تطول حياته، أو حيوان من جنسه لا منفعة فيه إلا اللحم، أو قلت منفعته.

فهذه إذا قدرت لحماً، فلا يجوز بيعها بطعام لأجل؛ لأنه طعام بطعام نسيئة. فلا يؤخذ منها كراء أرض زراعية، ولا تؤخذ قضاء عن دراهم أكرت بها أرض زراعية، ولا يؤخذ قضاء عن ثمنها طعم لحماً أو غيره، فلا يجوز بيع شاة للجزار بدراهم ثم يأخذ بدل الدراهم لحماً أو طعاماً، لإلغاء الدراهم المتوسطة بين العقد والقبض، فكأنه من أول الأمر باع الشاة باللحم والطعام. وهذا بخلاف الحيوان الذي يراد للقنية لكثرة منفعته فإنه يجوز بيعه بطعام ولو لأجل. ويجوز كراء الأرض به وأخذه قضاء عما أكرت به الأرض وأخذ الطعام قضاء عن ثمنه؛ لأنه ليس طعاماً حقيقة ولا حكماً. ويجوز بيع أرض الزراعة بالطعام لحماً أو غيره لأن المنهي عنه إنما هو كراؤها به.

ولا يجوز أيضاً بيع أحد هذه الثلاثة المتقدمة بحيوان مثلها من غير جنسها لأجل - كما تقدم - وأما يبدأ بيد فيجوز لاختلاف الجنس.

ويجوز بيع الحيوان الذي يراد للقنية لكثرة منفعته بمثله - أي: متفاضلاً -؛ لأنهما لا يقدران طعاماً، بل هما من العروض، ولو كان البيع لأجل، كبقرة بمثلها أو بقرة

ببغير أو بعير ببغير. كما ويجوز بيعه بطعام ولو لأجل، كبقرة أو بعير بأردب قمح. كما يجوز بعير ببعيرين. وسيأتي الدليل على ذلك في باب السلم. وعلة جواز التفاضل والنساء في غير العين والطعام - أي: في العروض ومنها الحيوان ولو كان الصنف واحداً - هو اختلاف المنافع ومقاصد الناس وأغراضهم فيها⁽¹⁾؛ لأنّ الجنسية المعتمدة في المنع من التفاضل والنساء هو اتفاق الأغراض والمنافع أو اختلافها، دون الخلق والألوان؛ لأنّه لو كانت الجنسية المعتمدة في الحيوان هي الخلقة واللون، كبقرة ببغير، أو بعير ببعيرين إلى أجل، لكان سلفاً جرّ نفعاً، وهو متفق على حرمة، لكن لما رأينا النبي ﷺ أمر به، وفعله الصحابة، كما سيأتي في باب السلم، فلا بدّ أن يقدر فيها اختلاف الجنسين⁽²⁾.

وأما لو كانت الأغراض متفقة في الجنس الواحد على ما سيأتي في باب السلم، كبيع البعير بالبعيرين - مثلاً - من نفس الجنس إلى أجل، فذلك ممنوع، ودليل المنع: سدّ الذريعة؛ لأنّ ذلك ذريعة إلى الممنوع وهو القرض الذي يجزّ نفعاً؛ لأنّه كأنه أقرضه بعيراً ببعيرين إلى أجل⁽³⁾.

فإن كان التفاضل فيما اتفقت أجناسه بزيادة ما ليس من جنس العوضين، كبيع جمل بجمل مثله وزيادة دراهم، والكلّ يبدأ بيد؛ أو يبيع جمل بجمل مثله وزيادة دراهم، ويكون الجمل بالجمل يبدأ بيد، والدراهم إلى أجل؛ فذلك جائز. ودليل الجواز: عمل أهل المدينة. فقد صدر الإمام مالك هذه المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»⁽⁴⁾. ووجه الجواز أنّ التأجيل لم يقع على أحد العوضين المتجانسين - أي: أحد الجميلين -، وإتّما على شيء ليس من جنسهما، فسلما من السلف. وصورة التأجيل المفسد ما قاله الإمام مالك: «ولا خير في الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم، الدراهم نقداً والجمل إلى أجل؛ وإن أخرجت الجمل والدراهم لا خير في ذلك أيضاً»؛ أي: فقد تأجل شيء من جنس ما تعجل، فصار سلفاً، وازداد أحد المتبايعين فيه ما أفسد السلف⁽⁵⁾.

5 - المزابنة:

المزابنة، مفاعلة من الزبن وهو الدفع الشديد؛ لأنّ كلّ واحد من المتبايعين يدفع

(1) بداية المجتهد: 153/2.

(2) الإشراف: 533/2، والمتقى: 19/5، والمفهم: 2888/5.

(3) الإشراف: 534/2، والمفهم: 2888/5.

(4) الموطأ في البيوع، باب ما يجوز من بيع الحيوان بفضه بعضه والسلف فيه. وانظر دلالة هذه الجملة على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(5) المتقى: 20/5.

صاحبه عمّا يقصده منه؛ من قولهم: ناقة زبون، إذا منعت حلابها ودفعت من يحلبها. ومنه «الزبانية» لدفعهم الكفار في نار جهنم. وفي البيع فكأنّ كلّ واحد من المتبايعين يزين صاحبه عن حقّه بما يزداد منه، وإذا وقف أحدهما على ما يكره تدافعاً، فحرص على فسخ البيع وحرص الآخر على إمضائه.

وقال الإمام الباجي: لعله أن يكون مأخوذاً من الزبن، وهو الدفع عن البيع الشرعي، وعن معرفة التساوي⁽¹⁾.

وقال ابن حبيب: الزبن والزبان هو الخطر والخطار⁽²⁾.

وللتعريف الشرعي للمزابنة صورتان:

الأولى: بيع مجهول وزناً أو كيلاً أو عدداً، بمعلوم قدره من جنسه، ربوي أو غيره، وذلك كجفاف من قمح أو غيره بأردب منه.

الثانية: بيع مجهول وزناً أو كيلاً أو عدداً بمجهول من جنسه، ويكون في الطعام وغيره، كالقطن والحديد وغيرهما من المثليات. فإن اختلف الجنس ولو بالنقل جاز البيع بشروط الجفاف.

واشترط تحريم المزابنة من خلال الصورتين باتفاق الجنس؛ لأنّ مع اتفاق الجنس تنصرف أغراض المتبايعين إلى القلّة والكثرة، فيقصد كلّ واحد منهما الغرر بصاحبه وغبنه، فيقول كلّ واحد: لعلّ ما أخذه يكون أكثر فأغبن صاحبي، فيحصل التدافع الممنوع، ولا يرتفع ذلك حتى يكون العوضان جميعاً معلومين⁽³⁾.
ودليل منع المزابنة⁽⁴⁾:

أ - عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة؛ بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وبيع الزرع بالحنطة⁽⁵⁾.

ومعنى الثمر الرطب. ووجه الاستدلال أنّ الرطب إذا جفت وتحول إلى تمر ينقص كيلاه، وكذلك العنب إذا تحول إلى زبيب. ومعنى الزرع؛ أي: في سنبله قبل حصاده أو قبل درسه وتصفيته. وسواء عرف كيل الرطب والعنب وحبّ الزرع بالتحري في رؤوس الأشجار وفي السنابل، أو بعد الجذّ بالمكيال الذي وقع كيل التمر والزبيب والحنطة به؛ فإنّه لن يكون متماثلاً لكيال التمر والزبيب الذي أعطي فيه، فيكون فيه بيع مجهول

(1) المنتقى: 243/4 - 244.

(2) المنتقى: 243/4 - 244.

(3) المعلم: 261/2.

(4) الإشراف: 536/2، والمعونة: 964/2 - 965، والمنتقى: 243/4 و 42/5، والمعلم: 261/2، والمفهم: 2730/5 - 2732.

(5) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاولة؛ والبخاري في البيوع، باب بيع المزابنة؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

القدر وهو الرطب والعنب والزرع، بمعلوم القدر وهو التمر والزبيب والحنطة، وذلك ربا الفضل لأنّ هذين الجنسين من الطعام الربوي، وكذلك هو مزبنة للغرر الذي في عقد البيع.

هذا وقد يطلق على بيع الزرع بالحنطة اسم المحاقلة، كما جاء في بعض الروايات⁽¹⁾.

وما ذكر في الحديث من كيل العنب، مع أنّ العنب يوزن ولا يتأتى فيه الكيل، فيحتمل أن يريد بذلك رسول الله ﷺ ما يقوم مقام الكيل في معرفة التساوي بين الزبيب والعنب، كما أنّ الكيل يعرف به ذلك في ما شأنه أن يباع بالكيل؛ كما يحتمل أن يكون ذكر الكيل للزبيب، وأمّا العنب فيعني أنه يباع جزافاً⁽²⁾.

ب - عن أبي سعيد الخدري أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة والمحاقلة. والمزبنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل، والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة⁽³⁾.

ج - عن عطاء عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزبنة والمخابرة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا يباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا. قال عطاء: فسّر لنا جابر قال: أمّا المخابرة، فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها، ثم يأخذ من الثمر. وزعم أنّ المزبنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً؛ والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك، يبيع الزرع بالحب كيلاً⁽⁴⁾.

وفي الحديث تدبيح بالتقديم والتأخير، وترتيبه: نهى عن المحاقلة والمخابرة، إلا بالدينار والدرهم، ونهى عن المزبنة إلا في العرايا، ونهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه⁽⁵⁾.

وتفسير المزبنة في هذه الأحاديث إما أن يكون مرفوعاً للنبي ﷺ، أو أن يكون من تفسير كلّ من ابن عمر وأبي سعيد الخدري وجابر، وتفسيرهم أولى من تفسير غيرهم؛ لأنّ طريق معرفة معناها اللغة، وهم حجّة فيها⁽⁶⁾.

(1) انظر المتقى: 246/4، والمفهم: 2731/5. وانظر الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزبنة والمحاقلة.

(2) المتقى: 244/4.

(3) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزبنة والمحاقلة، والبخاري في البيوع، باب بيع المزبنة، ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(4) حديث جابر أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزبنة والمخابرة؛ وأخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة، بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمر يطيب، ولا يباع شيء منه إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا». البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.

(5) الإشراف: 536/2، والمتقى: 243/4.

(6) إكمال الإكمال: 380/5.

د - عن سعد بن أبي وقاص، أن رسول الله ﷺ سئل عن اشتراء التمر بالرطب؟ فقال: «أينقص الرطب إذا جفت؟»، قالوا: نعم، فنهى عن ذلك⁽¹⁾. وفي رواية: «فلا إذا»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لا يخفى عليه أن الرطب ينقص إذا يبس وجفت، ولكنه نهىهم على علة التحريم، وهو التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض، وذلك أن الرطب إذا جفت نقص كيله، وهو وإن كان فيه غرض لا يكون في يابسه، فإنه لا يخرج بذلك عن جنسه، ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض إذا اتفقا في معظمها⁽³⁾. وحديث سعد فيه زيادة تفسير لربا الفضل على ما في حديث عبادة وباقي أحاديث الربويات، ببيان عدم جواز بيع رطب الجنس بيابسه، ولو مع وجود التماثل والتساوي⁽⁴⁾.

ومع التفاضل الذي في ذلك ففيه أيضاً الغرر الممنوع بسبب الجهل بالمقدار الذي سيكون عليه الرطب إذا جفت، وقطعاً سيكون غير متماثل مع كيل التمر الذي أعطي فيه؛ وهذا هو معنى المزابنة المنهي عنها⁽⁵⁾.

هـ - عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبتاعوا الثمر بالتمر»⁽⁶⁾. وهو في معنى الحديث السابق. فمعنى الثمر الرطب.

و - عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا تعلم مكيلتها، بالكيل المسمى من التمر⁽⁷⁾.

ووجه الاستدلال أن النهي في الحديث لأمرين؛ للتفاضل؛ لأن التمر ربوي فيمتنع التفاضل فيه؛ لأن الجهل بقدر الصبرة يجعل التماثل بينها وبين التمر المكيل غير متحقق، والشك في التماثل كتحقق التفاضل؛ والأمر الثاني: أن ذلك من المزابنة؛ لأن فيه بيع الصبرة المجهولة الكيل، بالتمر المعروف الكيل. وعبر بالمعلوم عن المسمى؛ لأن التسمية لازم العلم فإن المجهول لا يسمى⁽⁸⁾.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يكره من بيع التمر؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة؛ وأبو داود في البيوع، باب التمر بالتمر؛ والنسائي في البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب؛ وابن ماجه في التجارات، باب بيع الرطب بالتمر.

(2) أخرجه أحمد في مسنده: 179/1.

(3) الممتقى: 243/4، وبداية المجتهد: 159/2.

(4) بداية المجتهد: 159/2. (5) الإشراف: 537/2.

(6) أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحه.

(7) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر.

(8) إكمال الإكمال: 348/5.

ز - ما تقدّم من الأحاديث تدلّ على منع المزابنة بالصورة الأولى؛ أي: بيع المجهول بالمعلوم من جنسه. وأمّا دليل منع الصورة الثانية؛ أي: بيع المجهول بالمجهول، فهو قياس الأولى، ذلك أنّه إذا منعت الصورة الأولى للجهل من جهة واحدة، فالجهل من جهتين أولى بالمنع⁽¹⁾.

ودليل تحريم المزابنة في كلّ جنس بعضه ببعض⁽²⁾:

أ - أنّ سؤال النبي ﷺ عن نقصان الرطب إذا جفت تعليم للصحابة القياس عليه إذا وجدت علّة المنع في غير الرطب، وهي التفاضل والغرر في الربوي، والغرر في غير الربوي. وسبب ذلك المزابنة كما جاء في تعريفها.

ب - أنّ أحاديث النهي عن المزابنة عامّة فتحمّل على عمومها إلا ما خصّه الدليل.

ج - القياس بجامع العلّة التي نبت عليها النبي ﷺ.

فعلّة المنع في المزابنة الغرر والخطر بسبب الجهل بأحد العوضين أو كليهما، فإنّ قصد كلّ من المتبايعين هنا المغالبة - المكايسة -؛ أي: فكلّ منهما يقصد إلى غلبة صاحبه وغبنه في مبلغ الثمرتين، وإلى أن يأخذ أكثر ممّا يعطي، وهذا موجود في المزابنة بمعنيها⁽³⁾.

وأما إن تحققت المغلوبة في أحد العوضين؛ أي: بأن علم أنّ أحد العوضين أكثر، جاز المجهول بالمعلوم أو بالمجهول من جنسه، إن كثر أحدهما كثرة بيّنة تنتفي معها المغالبة - أي: المكايسة -، بحيث ترتفع المدافعة التي هي وصف في بيع المزابنة؛ لأنّه يقدر المغبون من المتبايعين واهباً للزائد لظهور الزيادة له، ولأنّه أيضاً يصير بيع معلوم بمعلوم. ولكن يشترط أن يكون ذلك فيما لا ربا فضل فيه؛ أي: فيما يجوز فيه التفاضل، فيشمل ما يدخله ربا النساء فقط كالفواكه، وما لا يدخله ربا أصلاً كقطن وحديد، لكن بشرط المناجزة في الطعام. ووجه الجواز فيما يجوز فيه التفاضل صحّة تعلق الأغراض باختلاف المعاني في العوض. وأمّا الربوي فلا يجوز التفاضل في الجنس الواحد، ولو كثر أحدهما كثرة بيّنة؛ لأنّه ربا على كلّ حال. كما لا يجوز إذا كانت الكثرة غير بيّنة⁽⁴⁾.

والخلاصة أنّ علّة منع المزابنة قد تكون الغرر فقط إذا كان المبيع لا يدخله ربا الفضل؛ وقد تدخله علّة ربا الفضل أيضاً مع الغرر إذا كان طعاماً مقتاتاً مدخراً مع

(1) المفهم: 2732/5.

(2) الإشراف: 536/2، والمتقى: 243/4، المفهم: 2733/5.

(3) المتقى: 245/4 و42/5، والمفهم: 2732/5.

(4) المعلم: 262/2، والشرح الكبير: 60/3.

اتحاد الجنس⁽¹⁾، يدلّ على ذلك: ما رواه سهل بن أبي حثمة، قال: إنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: «ذلك الربا، تلك المزابنة»⁽²⁾.

وإذا كانت المزابنة مقيّدة باتحاد الجنس فإنّه مع اختلافه - ولو بدخول ناقل - لا مزابنة؛ لأنّ الناقل يصير المنقول عن أصله جنساً آخر⁽³⁾.
وقد تقدم ما ينقل الطعام عن جنسه، كالطبخ بالأبزار، ونزع السمن من اللبن، والخبز.

وأما غير الطعام فينتقل عن أصله بصنعة معتبرة - عظيمة - كالأواني، لا بصنعة هيّنة كالفلوس. ووجه الجواز أنّ الصنعة العظيمة تصير المصنوع جنساً آخر غير أصله⁽⁴⁾.

فيجوز بيع النحاس ونحوه، كالحديد والقصدير والخشب والطين، المعلوم قدره أو غير معلومه، بالأواني منه لا بالفلوس، لعدم انتقال الفلوس عن النحاس لسهولة صنعها بخلاف الإناء، فإنّ صنعته عظيمة الشأن. ومحلّ المنع حيث جهل عدد الفلوس، علم وزن النحاس أو جهل، أو علم عددها و جهل وزن النحاس. فإن علم العدد والوزن جاز، إذ لا مزابنة حينئذ، كآنية من نحاس بفلوس.

ومعنى: «بالأواني منه» أي: من النحاس إن كانت نحاساً، أو من القصدير إن كانت قصديراً، أو من الحديد إن كانت حديداً، أو من الخشب إن كانت خشباً، أو من الطين إن كانت طيناً، لكن لا تخرج أواني الطين عن أصلها إلا بالحرق على ما يظهر. وهذا كلّه بخلاف أواني التقدين، الذهب والفضّة، وأما هي فلا تخرج عن أصلها بحال.

والحاصل أن مسائل بيع النحاس أربعة:

الأولى: بيع النحاس غير المصنوع بالمصنوع صنعة قوية.

الثانية: بيع النحاس الغير المصنوع بالفلوس المتعامل بها.

الثالثة: بيع النحاس المصنوع بالفلوس.

الرابعة: بيع الفلوس المتعامل بها بمثلها.

فالأولى: تجوز، سواء كانا جزافين أو أحدهما بيع نقداً أو لأجل، وقدم النحاس حيث لم يمكن أن يعمل في الأجل مثل المصنوع، وإلا منع. وأما لو قدمت الأواني فلا منع.

والثانية: لا تجوز لعدم انتقال الفلوس بصبغتها ومحلّ المنع فيها حيث جهل

(1) المتقى: 42/5، وبداية المجتهد: 157/2 و181/2.

(2) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلّا العرايا.

(3) إكمال الإكمال: 367/5. (4) إكمال الإكمال: 367/5.

عددها علم وزن النحاس أم لا، كثر أحدهما كثرة تنفي المزابنة أم لا، أو علم عددها وجهل وزن النحاس حيث لم يتبين فضل أحد العوضين، وإلا جاز. كما إذا علم عددها ووزن النحاس.

والثالثة: تجوز لأنهما مصوغان إن علم عدد الفلوس ووزن الأواني أو جهل الوزن ووجدت شروط الجراف وإلا منع كما لو جهل العدد والوزن معاً.
والرابعة: تجوز إن تماثلا عدداً، كأن جهل عدد كلّ وزاد أحدهما زيادة تنفي المزابنة، وإلا منع.

وهذا على أن الفلوس غير ربوية. وأما على أنها ربوية فلا تجوز، إلا إذا تماثلا وزناً وعدداً.

وقد ذكرت هذه المسألة هنا - أي: مسألة بيع النحاس - لمناسبتها لبيع الحيوان باللحم لأنّ علته المزابنة⁽¹⁾.

6 - بيع الغرر:

الغرر اسم جامع لبياعات كثيرة. والمراد البيع الملبس للغرر وهو الخطر. وقد عرّف اصطلاحاً بأنه ما تردد بين موافقة الغرض وعدم الموافقة، قال الإمام المازري⁽²⁾: بيع الغرر ما تردّد بين السلامة والعطب. وقال عياض: هو ما ظاهره محبوب وباطنه مبغوض، ولذا سميت الدنيا دار الغرور. وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة. وتعبّ الإمام ابن عرفة تعريف الإمام المازري بأنه تعريف غير جامع؛ لأنّه يخرج عنه الغرر الذي في فساد بيع الجراف، وبيعتين في بيعة؛ وعرفه بـ: أنّه ما شكّ في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالباً⁽³⁾، فيدخل غرر بيعتين في بيعة⁽⁴⁾.
وبيع الغرر فاسد للنهي عنه. ودليل النهي عنه⁽⁵⁾:

- عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر⁽⁶⁾.

وقد دقّق ابن رشد الجدل⁽⁷⁾ فيما يشمله وصف الغرر المانع من صحة العقد، فذكر ثلاثة أشياء هي: الأول: العقد، والثاني: الثمن أو المثلن أو كليهما، والثالث: الأجل فيهما أو في كليهما. فأدخل العقد، لما رأى أنّ بعض العقود المنهي عنها لا جهل فيها في ثمن ولا مثلن ولا أجل، كالبيعتين في بيعة، وبيع العربان، وبيع الملامسة، وإتّما

(2) المعلم: 243/2.

(1) الشرح الصغير: 31/2.

(4) عليش: 29/5.

(3) إكمال الإكمال: 318/5.

(5) المعونة: 1029/2، والمنتقى: 41/5، والمقدمات: 71/2 - 73.

(6) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الغرر؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر.

(7) المقدمات: 73/2.

حصل الغرر فيها بانعقاد البيع بين المتبايعين على هذه الصفات. وعلى هذا فيبيع الغرر ليس هو المتضمن للجهل بالثمن أو المثلن أو الأجل فقط، بل المتعلق أيضاً بصفة العقد. وهذا ما استفاده ابن عرفة حين عرّف الغرر بما يدخل غرر بيعتين في بيعة، بقوله: «أو مقصود منه غالباً». إلا أنّ الشيخ الدردير رأى أنّ الغرر في صفة العقد يعود إلى الثمن أو المثلن أو الأجل فيهما، لذلك عرّفه بقوله: «كالغرر وهو ذو الجهل - بثلن أو مثلن أو أجل - والخطر»⁽¹⁾.

وقد علّل الإمام المازري⁽²⁾ الغرر بإضاعة المال وأكله بالباطل، فقال: «أنّه يلحق بمعنى إضاعة المال؛ لأنّه قد لا يحصل المبيع، فيكون بذل ماله باطلاً، وقد نبّه النبي ﷺ على هذه العلة بقوله: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»⁽³⁾. وقال ابن عبد السلام الهواري: هو ما يؤدي إليه من التنازع بين المتبايعين. وتعقّب الإمام الأبي بأنّ كثيراً من صور البيع الغرر عرية عن التنازع، كبيع الحيوان الشارد والثمرة قبل بدوّ صلاحها. ورجّح أنّ العلة هي الغرر، وأنّ ما ذكره الإمام المازري هو حكمة العلة، ونظّره بتعليل القصر بوصف السفر لاشتماله على حكمة درء المشقة، وقال الإمام الأبي: وقد كان الحباب من شيوخ شيوخنا ينكت على متفكّهة الوقت، ويقول: يعلّون بالغرر ولا يعرفون وجه العلة فيه⁽⁴⁾. ومن أمثلة الغرر:

الأول: تعذر التسليم: كبيع السمك في مائه، وبيع ما فيه خصومة. وإذا كان لا يقدر على تسليمه، فإنّه لا يخلو أن تكون صفة المبيع للمتبايعين معلومة أو مجهولة، فإن كانت معلومة فالغرر من وجه واحد، وهو العجز عن التسليم؛ وإن كانت صفته غير معلومة لهما دخل بيعهما الغرر من وجهين الجهل والعجز عن التسليم⁽⁵⁾.

الثاني: بيع السلعة بقيمتها التي ستظهر، أو التي يقولها أهل السوق، أو بما يرضاه فلان. وذلك إن وقع البيع على اللزوم للمتبايعين أو لأحدهما، لا على الخيار فإنه جائز لأن بيع الخيار منحل.

فالمضّر الدخول على لزوم البيع لهما أو لأحدهما، إذا وقع البيع بقيمتها أو بقول أهل السوق أو بقول فلان. فإن وقع على رضا أحد المتبايعين فالمضّر إلزام غير من له الرضا.

الثالث: بيع الملامسة والمنابذة: فإنه فاسد. والدليل⁽⁶⁾: ما رواه أبو هريرة أنّ

(1) بلغة السالك: 31/2.

(2) المعلم: 243/2.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها؛ والبخاري في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها؛ ومسلم في المساقاة، باب وضع الجوائح.

(4) إكمال الإكمال: 318/5.

(5) المعونة: 1030/2، والمقدمات: 75/2، بداية المجتهد: 179/2.

(6) المعونة: 1029/2، والمنتقى: 44/5، والمفهم: 2671/5، والمقدمات: 71/2، وبداية

المجتهد: 169/2، وإكمال الإكمال: 316/5.

النبي ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة⁽¹⁾. وعلة المنع في ذلك ما فيه من الغرر للجهل بالصفة، بما يحصل من المفسدة العظيمة؛ إذ لا يدري أحدهما ما حصل له؛ فيعمّ الخطر، ويكثر القمار والضرر.

فكان الرجلان في الجاهلية يساومان السلعة، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع لزم البيع.

قال مالك: «والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه، أو يتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه. والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما، ويقول كل واحد منهما: هذا بهذا، - على الإلزام - فهذا الذي نهى عنه من الملامسة والمنابذة»⁽²⁾. قال أبو الحسن: قوله: «ولا يعلم ما فيه»، يعني ويكتفي باللمس؛ وقوله: «أو يتاعه ليلاً»؛ أي: مقمراً أو مظلماً.

فمحل الفساد إذا كان العقد على اللزوم. فإذا كان على الخيار جاز.

وبيع المنابذة أن يبيعه ثوباً بمثله أو بدراهم وينبذه له على أنه يلزم بالنبذ من غير تأمل فيه، فالمفاعلة فيه قد تكون على بابها وقد لا تكون، فالأولى كما إذا شرط عليك نبذ الثمن واشترطت عليه نبذ الثمن؛ والثانية كما إذا كان الشرط من أحدهما.

وأما الملامسة فلا تكون على بابها بل من جانب واحد، وهي أن يشترط البائع على المشتري لزوم المبيع بمجرد لمسه له. والملامسة أن يبيعه الثوب مثلاً على اللزوم بمجرد لمسه من غير تفتيش فيه ولا تأمل.

وبيع الملامسة والمنابذة يختلفان عن بيع ما في البرنامج؛ لأنهما بيع على غير صفة ولا رؤية، والبيع على البرنامج بيع على الصفة⁽³⁾.

الرابع: بيع كل ما فيه خصومة في تسليمه لمشتريه، بأن يتوقف تسليمه له على منازعة، كبيع مغصوب أو مسروق ونحو ذلك تحت يد غير مالكة البائع له.

الخامس: بيع الرجل سلعة - عقاراً كانت أو عرضاً - مقابل أن يتولى المشتري النفقة على البائع مدة حياته. ففاسد للغرر بعدم العلم بالثمن لأن مدة الحياة غير معلومة.

ويرجع المشتري على البائع بما أنفق المشتري عليه ويكون الرجوع كما يلي:

- بالقيمة إن كان مقوماً أو مثلياً جهل قدره، كما إذا كان في عياله.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب الملامسة والمنابذة، والبخاري في البيوع، باب بيع المنابذة؛ ومسلم في البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة.

(2) الموطأ في البيوع، باب الملامسة والمنابذة.

(3) المتقى: 44/5.

- بمثله إن كان مثلياً وعلم قدره، بأن دفع له قدراً معلوماً من طعام أو دراهم.
فالمصور أربع؛ يرجع بالقيمة في ثلاثة: المقوم مطلقاً، والمثلي المجهول القدر،
وبالمثل في واحدة. واختلف هل يرجع بما كان سرفاً بالنسبة للبائع أو لا يرجع إلا
بالمعتاد ومحل الخلاف إذا كان السرف قائماً. فإن فات لم يرجع به ولا بعوضه ويرد
المبيع لبائعه إلا أن يفوت عند المشتري فيرد القيمة للبائع.
وتعتبر القيمة عند الرد يوم القبض لا يوم الحكم وهذا في الفوت في البيع وأما
في الفوت في الإجارة فعليه أجره المثل وهي قيمة المنافع في أزمانها، وفي النفقة عليه
قيمة ما أنفق في زمانه.

وأما إذا باع البائع السلعة مقابل أن ينفق عليه المشتري مدة معلومة فجاز. فإن
مات البائع قبل تمامها رجع ما بقي من المدة لورثته. لا إن دخل على أنه إن مات
يكون الباقي هبة للمشتري فلا يجوز.

السادس: وما قيل في مسألة البيع بالنفقة عليه حياته يقال في مسألة الإجارة، كما
لو أجرها منه بالنفقة عليه مدة مجهولة، إلا في السرف، فيرجع به وبعوضه إن فات
والفرق أن مشتري الذات يملك الغلة بملك الرقبة فلذلك لم يرجع مع الفوات بالسرف،
والإجارة لا يملك فيها غلة لعدم ملكه الرقبة فيلزمه أجره المثل.

السابع: بيعتان في بيعة. والمراد بالبيعة العقد. فإنه فاسد للنهي عنه. ودليل
النهي: عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة⁽¹⁾. وظاهر الحديث محمول
على التحريم⁽²⁾. وعلة النهي الغرر⁽³⁾، لما فيه من الجهل بالثمن أو بالثمن حال العقد
أو بهما معاً⁽⁴⁾. وذلك إذا كانت البيعة بتاً لهما أو لأحدهما. فإن كان على الخيار لهما
معاً جاز.

فمعنى بيعتين في بيعة أن يتناول عقد البيع بيعتين، على أن لا تتمّ منهما إلا
واحدة، مع لزوم العقد.

وصورة البيعتين في بيعة:

* البيع على اللزوم - بتاً - بضمن معين نقداً، كعشرة دانير، ويزيد الثمن لأجل
معلوم وأولى مجهول، كأحد عشر ديناراً. فهذا لا يجوز إذا كان بتاً - أي: على اللزوم
-، ثم يختار المشتري بعد أخذها الشراء بعشرة أو بأكثر لأجل. ودليل المنع:

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في
بيعتين في بيعة؛ والنسائي في البيوع، باب بيعتين في بيعة.

(2) المنتقى: 36/5. (3) المقدمات: 73/2 و93.

(4) الشرح الكبير بشرح الدسوقي: 58/3.

أ - سدّ الذريعة الموجبة للربا، لإمكان أن يكون الذي له اختيار إحدى البيعتين قد اختار أولاً إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل، ثم بدا له غير ذلك، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني، فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني، فيدخله ثمن بضمن نسيئة، أو نسيئة ومتفاضلاً؛ وهذا كله إذا كان الثمن عيناً، فإن كان طعاماً دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلاً⁽¹⁾.

ب - الجهل بالثمن حال البيع⁽²⁾.

وأما إذا لم يكن البيع على اللزوم في أحدهما فذلك جائز؛ لأنه من باب الخيار فلا يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر⁽³⁾.

* البيع على اللزوم إحدى سلعتين مختلفتين جنساً كثوب ودابة، أو صفة كرداء وكساء. والمراد بيع أحدهما على اللزوم بعشرة دانائير، وعلّة المنع: الجهل بالثمن حال العقد إن اتحد الثمن، أو للجهل في المثلن والثلن إن اختلف⁽⁴⁾.

فالجهل حاصل في الصورتين من حيث إنه لا يعلم أي العوضين ابتاع المشتري أو باع البائع⁽⁵⁾.

فإن وقع العقد على خيار المشتري جاز.

ويستثنى من منع البيع على اللزوم إذا كان اختلافهما بالجودة والرداءة فقط مع اتفاقهما فيما عداهما من الجنس والثلن، كثوب جيّد وآخر من جنسه رديء، فيجوز بيع أحدهما على اللزوم بضمن واحد كعشرة دانائير؛ لأنّ الشأن الدخول على أخذ الجيد؛ ولقلّة الغرر في الأصناف المستوية في الجنس والصفة⁽⁶⁾.

فيجوز ذلك ولو كان في طعام ربوي، لكن بأحد قيدين:

* إن اتحد الكيل فيما يكال أو الوزن فيما يوزن، كأرديي قمح أحدهما أجود، فيجوز بيع أحدهما بدينار على اللزوم؛ لأنّ الشأن اختيار الأجود.

* أو كان الأجود أكثر من الرديء، فيجوز.

ويشترط اتحاد الثمن كما هو الموضوع.

وأما إذا صحب الطعامين أو صحب الرديء منهما، غير الطعام، من عرض أو حيوان فلا يجوز. وعلّة المنع فيهما ما في ذلك من بيع الطعام قبل قبضه، ولأنّ من خيّر بين شيئين يعدّ منتقلاً، فيؤدّي إلى بيع طعام وعرض بطعام، وعرض أو بيع طعام

(1) المتفق: 39/5، وبداية المجتهد: 176/2. (2) أقرب المسالك: 32/2.

(3) بداية المجتهد: 175/2.

(4) بداية المجتهد: 176/2، والشرح الكبير بشرح الدسوقي: 58/3.

(5) المتفق: 42/5.

(6) المتفق: 37/5، وبداية المجتهد: 176/2.

وعرض بطعام، وكلّ منهما لدخول الشك في التماثل. ومثل ذلك في المنع بيع البائع نخلة مثمرة على اللزوم ليختارها المشتري من نخلات مشمرات معيّنت إلا من باع بستانه المثمر فله أن يستثنى عدداً يختاره منه بشرط أن يكون المستثنى قدر ثلث الثمر كيلاً فأقل، ولا ينظر لعدد النخل ولا لقيّمته، وإنما جاز في هذه المسألة إمّا لأن المستثنى مبقى أو لأن البائع يعلم جيد حائظه من رديئه، فلا يختار ثم يتقل.

الثامن: بيع حيوان حامل بشرط الحمل. فهو فاسد للنهي عنه، وذلك إن قصد استزادة الثمن. وعلة النهي الغرر، إذ قد تلده حيّاً وقد لا تلده لانفشاش الحمل، وقد تلده ميتاً. فإن قصد التبري جاز.

وحكم الفاسد أنه يمضي بالثمن إن فات المبيع ووجه المضي بالثمن أن بيع الحامل بشرط الحمل مختلف في صحته. فإن الشافعي يقول بالصحة. وهو يمضي بالثمن عند الفوات إذا ظهر بها حمل فإن تبين عدمه مضى بالقيمة؛ لأن الحامل يزداد في ثمنها، فأخذ ما زيد من الثمن إن تخلف الحمل من أكل أموال الناس بالباطل.

التاسع: بيع حيوان حامل واستثناء الجنين. وعلة النهي الغرر والمخاطرة؛ لأنه مجهول الصفة؛ لأنه لا يدري أيولد حيّاً أو ميتاً، تاماً أو ناقصاً.

والجنين تابع لأمه في البيع، فيكون للمشتري، والدليل: عمل أهل المدينة. فقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽¹⁾.

الغرر اليسير:

يغتفر الغرر اليسير، وهو ما شأن الناس التسامح فيه، وذلك إذا لم يقصد عادة، فإن قصد - كبيع حيوان حامل بشرط الحمل - لم يجز كما تقدم. ودليل جواز اليسير من الغرر⁽²⁾: الإجماع على ذلك. وعلة الجواز:

أ - أنّ ذلك ممّا تدعو الضرورة إلى العفو عنه؛ لأنه لا يكاد يخلو عقد منه.

ب - أنه يسير غير مقصود.

وهذان جعلهما الإمام المازري شرطين للغرر المعفو عنه.

ولمّا كان كلّ بيع لا يفارقه شيء من الغرر؛ لم يلتفت الشرع إلى ما كان منه يسيراً غير مقصود. وبذلك افترق الغرر اليسير عن الغرر الممنوع، إذ الممنوع ما كان قوياً ومقصوداً.

(1) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في رهن الثمر والحيوان. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) المنتقى: 41/5، والمفهم: 2673/5، والمعلم: 244/2، وإكمال الإكمال: 319/5، وأقرب المسالك: 32/2.

- ومثال اليسير غير المقصود:
- * غرر أساس الدار المبيعة، فإنه لا يعلم عمقه ولا عرضه ولا متانته.
- * غرر إجارة الدار مشاهرة من غير معرفة نقصان الشهور.
- * غرر جبة محشوة ولحاف.
- * غرر الشرب من سقاء مع الاختلاف في الشرب.
- * غرر دخول الحمام مع الاختلاف في الاغتسال.

7 - بيع الكالئ بالكالئ:

الكالئ من الكلاء، بكسر الكاف؛ أي: الحراسة والحفظ. فهو اسم فاعل، إمّا البائع أو المشتري؛ لأنّ كليهما يحفظ صاحبه ويراقبه لما له عنده، فيكون المعنى: بيع دين الكالئ بدين الكالئ؛ لأنّ الرجلين لا يباع أحدهما بالآخر فتعيّن تقدير الحذف. أو هو بيع الدين بمثله. وسُمّي الدين كالثأ لأنه مكلوء، فهو من استعمال اسم الفاعل في معنى اسم المفعول. وسُمّي بذلك لأنّ كلاً من صاحبي الدين يحفظ صاحبه ويراقبه فيه⁽¹⁾. ودليل التحريم⁽²⁾: عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ⁽³⁾.

وحكمة التحريم أنّ مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفتن؛ وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجّهت المطالبة من الجهتين، وكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات؛ فمنع الشرع ما يفضي لذلك من بيع الدين بالدين⁽⁴⁾. وهو أقسام ثلاثة:

القسم الأول: فسخ الدين في الدين، وهو أشدّ الأقسام الثلاثة؛ لأنه ربا الجاهلية وتحريمه بالكتاب بخلاف الثاني والثالث فتحريمهما هنا بالسنة.

ومعناه فسخ الدين الذي في الذمة في مقابلة شيء يتأخر قبضه عن وقت الفسخ يلتزمه المدين في ذمته، حلّ الدين أم لا، إن كان المؤخر الذي فسخ فيه من غير جنس الدين كما لو كان الدين عيناً ففسخه في طعام يتأخر قبضه أو بالعكس. أو كما لو كان الدين دراهم (فضة) ففسخها في دنائير (ذهب) يتأخر قبضها.

أو كان المؤخر من جنس الدين ولكن بأكثر منه، كما لو كان الدين عشرة دنائير ففسخها في خمسة عشر يتأخر قبضها.

(1) الذخيرة: 225/5.

(2) المعونة: 1037/2، والمتقى: 32/5.

(3) أخرجه الحاكم: 57/2، وقال: صحيح على شرط مسلم. ونبه ابن حجر على خطأ الحاكم وقال: في إسناده موسى بن عبيدة، وهو متروك (الدراية: 157/2). وأخرجه البيهقي: 290/5.

(4) الذخيرة: 225/5.

وأما تأخير الدين من غير زيادة، أو تأخيره مع الحط عن المدين بعض الدين، فإنه جائز، ولو كان طعاماً من بيع، أو كان نقداً من بيع أو من قرض. وليس هذا من فسخ الدين في الدين، بل هو سلف أو مع حطيطة، ولا يدخل في فسخ ما في الذمة؛ لأن حقيقة الفسخ الانتقال عما في الذمة إلى غيره. ووجه الجواز أن هذا معروف، فهو سلف أو مع حطيطة كما ذكر⁽¹⁾.

وفسخ الدين الذي في الذمة المضمون يمنع كما تقدم ولو في أمرين:

- الأول: ولو اتهما. فيدخل فيه ما إذا أخذ منه في الدين شيئاً ثم ردّه إليه بشيء مؤخر من غير جنس الدين أو من جنسه وهو أكثر لأن ما خرج من اليد وعاد إليها يعدّ لغواً. ويدخل أيضاً ما لو قضى المدين دين الدائن ثم ردّه إليه الدائن سلماً. وهاتان صورتان يقعان للتحويل على التأخير بزيادة.

- الثاني: ولو كان المفسوخ فيه ليس مضموناً في الذمة بل معيناً يتأخر قبضه كغائب عن مجلس الفسخ عقاراً أو عرضاً لأنه لا يدخل في ضمانه إلا بالقبض مع بقاء الصفة المعينة حين الفسخ، وسواء بيع العقار مذارعة أو جزافاً. فالمذارعة كما لو طلبت من المدين الدين عند حلول الأجل فأعطاك داراً غائبة كل ذراع بكذا. والجزاف كما لو طلبت الدين من المدين بعد حلوله فأعطاك داراً غائبة في الدين جزافاً.

فإن قيل: العقار المبيع جزافاً يدخل في ضمان المشتري بالعقد فليس فيه بيع معيّن يتأخر قبضه، فالجواب هو وإن كان مقبوضاً شرعاً لكن قبضه متأخر حساً. ومتى تأخر القبض شرعاً أو حساً فالمنع، ولا يحصل الخلاص منه إلا بالقبضين. وهذا هو المعتمد في الجزاف أي: حكمه كالمذارعة وقيل: بالجواز في الجزاف⁽²⁾.

وكذا يمنع فسخ الدين في الدين ولو كان المفسوخ فيه منافع شيء معيّن، كأن يفسخ المدين ما عليه من الدين في ركوب دابة معيّنة مدّة محدّدة، أو سكنى دار معيّنة مدّة محدّدة، أو ثمار يتأخر جدها، أو سلعة فيها خيار، أو ما فيه حقّ توفية بكيل أو وزن أو عدد.

وهذا قول ابن القاسم. وقال أشهب: إن فسخ ما في الذمة في منافع الذات المعيّنة غير ممنوع بل هو جائز؛ لأنها إذا أسندت لمعيّن أشبهت المعيّنات المقبوضة. قال الشيخ الدردير: وصحّ؛ أي: قول أشهب، لكن الراجح الأوّل⁽³⁾.

وأما المنافع المضمونة - غير المعيّنة - كركوب دابة غير معيّنة وسكنى دار غير معيّنة، فلا خلاف بين ابن القاسم وأشهب في منعها.

(2) انظر حاشية الشرح الكبير: 62/3.

(1) الذخيرة: 303/5.

(3) الشرح الكبير: 62/3.

فعلم أنه لا يجوز لمن له دين على ناسخ أن يقول له: انسخ لي هذا الكتاب بما لي عليك من الدين. وأما لو نسخ له الكتاب أو خدمه بأجر معلوم بغير شرط، وبعد الفراغ قاصصه بما عليه، فذلك جائز؛ لأنه ليس بفسخ ما في الذمة في مؤجل، بل هو مقاصصة شرعية.

القسم الثاني: بيع الدين بالدين لغير من هو عليه. وذلك كبيع الرجل ما على غريمه من دين بدين في ذمة رجل ثالث.

فلا يتصور بيع الدين بالدين لأقل من ثلاثة بل في ثلاثة أو أربعة؛ لأنه لا بد فيه من تقديم عمارة ذمة أو ذمتين. فالأول يتصور في ثلاثة، كمن له دين على شخص فيبيعه من ثالث لأجل. والثاني في أربعة ومثاله بكر له دين على زيد، وخالد له دين على عمرو، فيبيع خالد دينه الذي على عمرو بدين بكر الذي على زيد. وهذه ممتنعة ولو كان كل من الدينين حالاً لعدم تأتي الحوالة هنا.

وأما بيع الدين بحال أو بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع معين فلا يمنع. وسواء كان ذلك المعين عقاراً أو غيره. فإذا كان لزيد دين على عمرو فإنه يجوز له بيعه لبكر بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع ذات المعين.

وإذا علمت أن الدين يجوز بيعه بما ذكر ولا يجوز فسحه تعلم أن هذا القسم أوسع مما قبله.

فإن قيل: الدين لا يجوز بيعه إلا إذا كان على حاضر وكان الشراء بالنقد، والمعين الذي يتأخر قبضه ومنافع الذات المعينة ليست نقداً.

فالجواب، بأن المراد بالنقد ما ليس مضموناً في الذمة. ولا شك أن المعين ومنافعه ليست مضمونة في الذمة؛ لأن الذمة لا تقبل المعينات، فهي نقد بهذا المعنى. وليس المراد بالنقد المقبوض بالفعل فقط.

القسم الثالث: ابتداء الدين بالدين وهذا القسم أخف من بيع الدين لجواز التأخير فيه ثلاثة أيام مع أن هذا لا يجوز في بيع الدين.

ومن ابتداء الدين بالدين تأخير رأس مال السلم وهو عين أكثر من ثلاثة أيام. ومعناه أن يتعاقد الطرفان على أن يسلمه ديناراً في شيء مثلاً، على أنه لا يأتيه برأس السلم إلا بعد ثلاثة أيام، فإنه ممنوع لما فيه من ابتداء دين بدين، إذ كل منهما أشغل ذمة صاحبه بدين له عليه، وهذا إذا كان رأس مال السلم عيناً. وأما لو كان غير عين جاز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام إن لم يكن بشرط. وسيأتي تفصيل المسألة في باب السلم.

وأما بيع الدين بالنقد حقيقة أو حكماً، كبيعه بمعين يتأخر قبضه أو منافع معين، فصحيح. وشروط صحته ما يلي:

- أ - حياة المدين، فلا يصح بيع دين ميت ولو ثبت بالبينة لأنه من بيع ما فيه خصومة.
- ب - حضور المدين في البلد، ولو لم يحضر مجلس البيع، وذلك ليعلم حاله من فقر أو غنى. إذ لا بدّ من علم ذلك لاختلاف مقدار عوض الدين باختلاف حال المدين بفقر أو غنى والمبيع لا يصحّ أن يكون مجهولاً.
- ج - إقرار المدين بالدين. لا إن لم يقرّ به ولو ثبت بالبينة؛ لأنه من بيع ما فيه خصومة. أن يكون المدين ممتن تأخذه الأحكام.
- د - تعجيل الثمن حقيقة أو حكماً، كييعه بمنافع معيّن يتأخر قبضها؛ لأن قبض الأوائل قبض للأواخر. وإلا يعجل الثمن كان بيع دين بدين وتقدم منه.
- هـ - أن يكون الثمن من غير جنس الدين أو بجنسه - في غير العين - واتحداً قدرأ وصفة، لا إن كان أقل، لما فيه من دفع قليل في كثير، وهو سلف بمنفعة، ولا أزيد لما فيه «حط الضمان وأزيدك».
- و - أن لا يكون الدين ذهباً يبيع بفضة وعكسه، لما فيه من الصرف المؤخر.
- ز - أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه احترازاً من بيع طعام المعاوضة قبل قبضه وقد ورد النهي عنه.
- ح - أن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة.

8 - بيع العريان:

ويقال: العربون - بضم العين وفتحها - قال ابن الأثير: قيل: سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع؛ أي: إصلاحاً وإزالة فساد، لثلا يملكه غيره باشترائه. وقال ابن حبيب: العريان أول الشيء وعنفوانه.

وهو أن يشتري الرجل أو يكتري سلعة ويعطي البائع شيئاً من الثمن، على أن المشتري إن كره البيع تركه للبائع مجاناً، وإن أحبّه حاسبه به من الثمن. ودليل التحريم: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع العريان⁽¹⁾.

وعلة المنع⁽²⁾:

أ - أنه من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن ما يتركه المشتري للبائع يذهب بغير

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في بيع العريان؛ وأبو داود في البيوع، باب في العريان؛ وابن ماجه في التجارات، باب بيع العريان.

(2) المعونة: 1037/2، والمنتقى: 157/4، والمقدمات: 72/2، وأحكام القرآن: 408/1، والجامع لأحكام القرآن: 105/5، وبداية المجتهد: 185/2.

عوض، ولا على وجه الهبة والصدقة. وقد قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، ووجه الاستدلال أن الله تعالى أجاز التجارة القائمة على التراضي، والتراضي لا يجوز بما فيه غرر أو خطر أو قمار؛ لأنه من الميسر الذي حرّمه الله تعالى.

ب - أنه من أبين الغرر والمخاطرة والقمار وأكل المال بغير عوض ولا هبة.

ويفسخ. فإن فات مضى بالقيمة ويحسب منها العربون. ووجه الفسخ أو المضى بالقيمة عند الفوات؛ لأجل ما دخله من الغرر والمخاطرة⁽¹⁾.

فإن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه وإن أحبّه حسبه من الثمن جاز. ووجه الجواز أنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو بعضه⁽²⁾. ويختم على الثمن في حال الجواز إن كان لا يعرف بعينه؛ وذلك لثلا يتردد بين السلفية والثمنية.

وأولى من بيع العربون في المنع للعلة المذكورة - وهي المخاطرة وأكل أموال الناس بالباطل - المراهنة التي تقع بين عوام الناس.

9 - اجتماع بيع مع شرط يناقض المقصود من البيع⁽³⁾:

ويفسخ مع تمسك البائع بشرطه⁽⁴⁾، كما سيأتي. كأن يبيع البائع دابة بشرط أن لا يركبها المشتري أو لا يبيعه، أو يبيعه ثوباً بشرط أن لا يلبسه، أو يبيعه داراً بشرط أن لا يسكنها. ووجه المنع والفسخ الإخلال بما يقتضيه البيع ومقصوده، الذي هو التسليم على وجه التمليك وحرية التصرف في المبيع، وعدم التحجير على المشتري في السلعة التي اشترى⁽⁵⁾. وهذا النوع من الشروط التي يسميها العلماء ببيع الثنيا، وهي من البيوع الفاسدة⁽⁶⁾.

والأصل في بطلان البيع والشرط:

أ - عن جابر، قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة

(1) المعونة: 1037/2، والمتقى: 158/4. (2) المعونة: 1037/2، والمتقى: 158/4.

(3) هذه المسألة والتي تليها تدخلان في ما يسمّى بالشروط في البيع، وسيأتي الحديث عن أقسام هذه الشروط وأحكام كلّ قسم فيما يأتي تحت عنوان: «الشروط في البيع». وقد اضطربت تقسيمات فقهاء المذهب لها، كما اضطربت استدلالاتهم عليها. ومن الذين كان لهم تقسيم وذكر للدالة القاضي ابن رشد الجدّ والإمام المازري وغيرهما. وقد ظهر لنا أن الشيخ الدردير سار على تقسيمات القاضي ابن رشد الجدّ وتعليقاته لأحكامها، فأرأينا أن نكتفي بما فهمناه من استدلالاته في القسم المختلف في أحكامه، ومنه هاتين المسألتين؛ حتى يستقيم الاستدلال ولا يتعارض. وسنذكر استدلال المازري في «الشروط في البيع». وأما ما هو متفق فيه فسنعتمد على ما ذكرناه وذكره غيرهما من أدلة وتعليقات.

(4) المقدمات: 65/2. (5) المقدمات: 65/2، ومنح الجليل: 52/5.

(6) المقدمات: 64/2، ومنح الجليل: 52/5.

والمخابرة وعن الثنيا، ورتخص في العرايا⁽¹⁾.

معنى «الثنيا»: بضمّ الثاء وفتحها، اسم المبيع الذي وقع فيه استثناء من البائع أو المبتاع. والاستثناء مأخوذ من ثناه عن وجهه، إذا كفه وصرفه. وهو في اصطلاح النحاة إخراج الشيء ممّا دخل فيه غيره؛ لأنّ فيه كفاً ورداً عن الدخول.

والأصل فيه المنع، للنهي الوارد في هذا الحديث. غير أنّه حمل على نوع من الثنيا التي لا تجوز، كالتّي تناقض مقصود البيع من التحجير على المشتري في التصرف في المبيع، أو على ما يؤدي إلى جهالة بالمبيع أو نحو ذلك⁽²⁾، وذلك جمعاً بينه وبين حديث جابر الآتي المجيز للشروط.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النهي في الحديث محمول على ما إذا كان الشرط مناقضاً لمقصود البيع وما يقتضيه، كما إنّهُ محمول على الشرط الذي يعود لخلل في الثمن؛ وكان فيهما البائع متمسكاً بشرطه، وذلك جمعاً بينه وبين ما يأتي من حديث بريرة الآتي في إجازة البيع وإبطال الشرط، وحديث جابر وبيعه البعير الآتي في إجازة البيع والشرط⁽⁴⁾.

ج - عن عائشة، أنّها قالت: جاءت بريرة، فقالت: إنّني كاتبته أهلي - أي: سادتها - على تسع أواق، في كلّ عام أوقية، فأعينيني. فقالت عائشة: إن أحبّ أهلك أن أعدّها لهم عددها، ويكون لي ولاؤك فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم ذلك. فأبوا عليها. فجاءت من عند أهلها، ورسول الله ﷺ جالس، فقالت لعائشة: إنّني قد عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع ذلك رسول الله ﷺ، فسألها فأخبرته عائشة. فقال رسول الله ﷺ: «خذوها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» ثمّ قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثمّ قال: «أما بعد، فما بال رجال

(1) تقدّم بيان معنى المزبنة والمعاومة في هذا الباب، وسيأتي فيه بيان معنى المعاومة والعرايا عند الحديث عن بيع الثمار. وأما معنى المحاقلة والمخابرة فسيأتي إن شاء الله في باب الإجازة. والحديث أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزبنة.

(2) المعلم: 270/2، والمقدمات: 65/2.

(3) أخرجه الطبراني في الأوسط، (بلوغ المرام: 232). ولفظ: عَيْدَ اللَّهِ بِنَ عَمْرٍو، قَالَ: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَيَبِيعُ وَلَا شَرْطَانٌ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ». أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده؛ والترمذي في البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك؛ والنسائي في البيوع، باب يبيع ما ليس عندك؛ وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(4) المقدمات: 68/2، والمفهم: 2873/5، ومنح الجليل: 51/5 - 52.

يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله . ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط . قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق⁽¹⁾ .

ووجه الاستدلال من الحديث، أنّ رسول الله ﷺ أبطل شرط سادة بريرة بأن يكون لهم الولاء إذا أعتقتها عائشة بعد اشترائها منهم، وأمضى البيع؛ لأنّ شرطهم يناقض مقصود البيع، وهو أن يملك المشتري المبيع بكلّ منافعه، ومن ذلك الولاء إذا كان المبيع عبداً ثمّ أعتقه . وحمل هذا الحديث على هذا المعنى جمعاً بينه وبين ما تقدّم من حديث النهي عن بيع وشرط، وما يأتي من حديث جابر في إجازة البيع والشرط⁽²⁾ .

لكن إذا كان الشرط أن يتصدق المشتري بالمبيع، أو يهبه، أو يحبسه؛ فالبيع صحيح ولا يجبر المشتري على الشرط، إن أبهم البائع في شرطه ولم يقيد بالزام وإيجاب الشرط على المشتري . ووجه صحّة البيع بهذه الشروط، وإن كانت مناقضة لمقتضى العقد ومقصده، أنّ الشارع يتشوّف لعمل البر⁽³⁾ .

وكذلك لا يجبر إذا خيّر في هذا الشرط ورد المبيع للبائع . فإن اشتراه على ذلك لم يجبر المشتري على الشرط . فإن لم يفعله كان للبائع ردّ المبيع وإمضاؤه .
وأما إذا كان الاشتراء على شرط إيجاب الشرط على المشتري، بأن شرط عليه البائع ذلك فاشتراه على ذلك فإنّه يجبر على الشرط فإن أباى فعله الحاكم عنه .

10 - اجتماع بيع مع شرط يخلّ بالثمن:

ومعنى يخلّ بالثمن: يوجب جهلاً بقدره⁽⁴⁾ . فيفسخ البيع إذا تمسك مشترط السلف بشرطه⁽⁵⁾، كما سيأتي . ووجه الإخلال بالثمن أنه يؤدي إلى نقص أو زيادة فيه، وذلك جهل بحقيقة الثمن .

ومثاله: بيع بشرط سلف . فإن كان المتسلف البائع فيؤدي إلى نقص الثمن، وإن كان المتسلف المشتري فيؤدي إلى زيادة فيه، وعلى كلا الحالين فهو جهل بالثمن، ويدخل في معنى الثمن المثلث؛ لأنه ثمن أيضاً فهو عوض في مقابل عوض . إلا أنّ هذا الشرط يؤدي إلى ما ذكرنا دون وجوب وتحقق - على قول ابن رشد الجذّ - كما سيأتي تعليقه لذلك . ووجه كون شرط السلف مع البيع يؤدي إلى الجهل بالثمن والمثلث، أنّ من شرط السلف في البيع إنّما أراد الانتفاع إلى الأجل الذي يسمّى للسلف، والانتفاع به مجهول، فأل الأمر إلى الجهل بالثمن⁽⁶⁾؛ لأنّ هذا الشرط يقع

(1) أخرجه مالك في كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق؛ والبخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحلّ؛ ومسلم في العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق .

(2) المقدمات: 67. (3) منح الجليل: 53 / 5.

(4) منح الجليل: 55 / 5. (5) المقدمات: 65 / 2.

(6) المقدمات: 66 / 2، وإكمال الإكمال: 513 / 5.

على حصة من الثمن⁽¹⁾. ولك أن تقول: إن كان السلف من المشتري فالانتفاع به يقابله بعض المثمن، وبعضه الآخر يقابل الثمن وهو مجهول، فقد أدى إلى جهل في الثمن؛ وإن كان السلف من البائع قابل الانتفاع به بعض المثمن، وقابل باقيه وهو مجهول المثمن، فقد أدى إلى جهل الثمن⁽²⁾. ومع ذلك فإن هذا الشرط لا يؤدي إلى ذلك على وجه التحقيق، كما سيأتي.

والحكمة من منع البيع بشرط السلف، أن الله تعالى شرع السلف معروفاً وإحساناً بين الخلق، وما شرع لحكمة يمتنع إيقاعه غير متضمن تلك الحكمة؛ فلا يجوز السلف على وجه غير المعروف؛ لأن السلف بشرط البيع يقع للمكايسة لا للمعروف فيمتنع، ولأن دافع الثمن أو الأجرة - في الإجارة - لم يدفعها للمعروف، فتوقع ردّها بعد الانتفاع توقع لسلف لم يقصد به المعروف فيمتنع، لكنّه أخفت من السلف بشرط النفع، لكونه لم يتعين كونه سلفاً بخلاف ذلك⁽³⁾.

وصيغ البيع بشرط السلف أربع؛ لأن البائع إما أن يقول للمشتري: أبيعك هذا على أن تسلفني كذا، أو بشرط أن أسلفك.

وإما أن يقول المشتري للبائع اشتريته منك على أن أسلفك أو على أن تسلفني كذا.

وأما جمعها من غير شرط فالراجح الجواز.

وأما تهمة بيع وسلف فممنوع كما يأتي في بيوع الآجال. فالمسائل ثلاثة:

الأولى: بيع بشرط السلف ولو بجريان العرف

الثانية: وبيع مع سلف بلا شرط فجائز

الثالثة: وتهمة بيع وسلف. وهو ما يأتي منعه في بيوع الآجال. والمراد بتهمة بيع

وسلف التهمة بالدخول على شرط بيع وسلف، لا تهمة نفس البيع والسلف.

والدليل على منع البيع بشرط السلف⁽⁴⁾:

أ - عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أن النهي في الحديث محمول على ما إذا كان الشرط مخالفاً

بشروط صحة البيع، وكان البائع متمسكاً بشرطه. وشرط السلف مع البيع يؤدي إلى

(1) المقدمات: 67/2.

(2) منح الجليل: 54/5.

(3) الذخيرة: 436/5.

(4) المتقى: 29/5، 57، ومفتاح الوصول: 40.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض؛ وأبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده؛ والترمذي في البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك؛ والنسائي في البيوع، باب يبيع ما ليس عندك؛ وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

الجهل بالثمن، وهو إخلال بشرط العلم بالمبيع. وحمل هذا الحديث على ذلك جمعاً بينه وبين ما تقدّم من حديث بريرة في إجازة البيع وإبطال الشرط، وما يأتي من حديث جابر في إجازة البيع والشرط⁽¹⁾.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط. ووجه الاستدلال أنّ الحديث محمول على وجهين: أحدهما الشرط الذي يناقض المقصود، والثاني الذي يعود لخلل في الثمن⁽²⁾.

ج - إجماع الفقهاء على ذلك.

د - أنّ السلف ليس من عقود المعاوضة، وإنّما هو من عقود البرّ والمكارمة، فلا يصحّ أن يكون له عوض؛ فإنّ قارنه بيع فقد فرض عقد معاوضة، وكان له حصّة من العوض، فيخرج من مقتضاه.

هـ - أنّ السلف عقد غير لازم، والبيع وما أشبهه كالإجارة والنكاح، من العقود اللازمة، لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم، لتنافي حكميهما.

ويصحّ البيع إن حذف الشرط المناقض للمقصود أو المخلّ بالثمن؛ أي: إذا لم يكن البائع في الصورة الأولى ومشترط السلف في الصورة الثانية متمسكين بشرطيهما⁽³⁾. وليس فيه بعد إلغاء الشرط إلا الثمن الذي وقع به البيع، ولو غاب المتسلف منهما على العين التي تسلفها غيبة يمكن فيها الانتفاع به. ووجه صحّة البيع - أي: عدم الفسخ - إذا حذف الشرط في الصورة الثانية، أنّ اشتراط السلف من أحد المتبايعين على صاحبه، يؤدّي إلى الجهل بالثمن ولا يوجب، إذ لا تحقّق أنّ مشترط السلف قصد إلى بيع سلعته بالثمن الذي سمّاه وبما يربح في السلف، إذ قد لا يريده - أي: السلف - للتجارة فيه، وإنّما غرضه فيه أن يتتاع به عرضاً يقننيه، أو ثوباً يلبسه، أو طعاماً يأكله، أو ينفع به رجلاً فيسلفه إيّاه، أو يتصدّق به عليه، أو ما أشبه ذلك من وجوه المنافع الموجودة فيه؛ أي: فيما يتسلفه. لأنّ الشرط إذا آل به البيع إلى الغرر أو المجهولة في الثمن أو المثلون، على وجه التحقّق، فالبيع فاسد مفسوخ على كلّ حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين⁽⁴⁾.

قال الشيخ خليل في التوضيح: ظاهر إطلاقهم وإطلاق ابن الحاجب أنه لا فرق في الإسقاط بين أن يكون قبل فوات السلعة أو بعد فواتها.

لكن ذكر المازري أنّ ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد المشتري لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه، فلا يؤثر الإسقاط بعده. قال الشيخ

(2) منح الجليل: 52/5.

(4) المقدمات: 66/2.

(1) المقدمات: 68/2.

(3) المقدمات: 65/2.

الدردير: وهو ظاهر إلا أن في البيع بشرط السلف - إن فات المبيع بيد المشتري - الأكثر من الثمن الذي وقع به البيع، والأكثر من القيمة يوم قبضه من بائعه، إن كان المبيع مقوّمًا، وإن كان مثلياً فإنما فيه المثل. وهذا إن أسلف المشتري بائعه؛ لأنه لما أسلفه أخذها منه ببخس.

ومثل ذلك الشرط المناقض للمقصود، فإن فيه الأكثر من الثمن أو القيمة. إذا فات المبيع بيد المشتري؛ لأنه بشرطه المناقض يلزم النقص في الثمن فوجب له الأكثر. فإن كان السلف من البائع، فالعكس؛ أي: فيلزم المشتري الأقل من الثمن والقيمة؛ لأن الشأن في سلف البائع الزيادة على قيمتها، فعومل كلّ بنقيض قصده. وهذا التفصيل مذهب المدونة. ومقابله لزوم القيمة مطلقاً، كان المسلف البائع أو المشتري.

خلاصة منع اجتماع بيع وشرط ودليله:

اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع هو كما يلي:

- إما أن ينافي المقصود.

- وإما أن يخلّ بالثمن.

- وإما أن يقتضيه العقد.

- وإما أن لا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

فالمضّر الممنوع الأولان - المتقدم الحديث عنهما - دون الأخيرين. فالذي يقتضيه العقد كشرط تسليم المبيع وأحكامه معلومة ممّا مضى من شروط البيع، وممّا يأتي في خيار النقيصة والاستحقاق.

والذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه. فسيأتي الحديث عنه في الجائز في البيع، وهو شرط الرهن والحميل ونحوهما.

فهذا الأخير إن اشترط عمل به وإلا فلا، والشرط الذي قبله لازم له على كل حال.

وهذا التفصيل لمالك رحمته الله، وذهب أبو حنيفة إلى تحريم البيع مع الشرط مطلقاً، لما ورد من النهي عن بيع وشرط؛ وذهب بعضهم إلى الجواز مطلقاً عملاً بما في جاء في حديث جابر في ابتياع الناقة؛ وذهب بعضهم إلى بطلان الشرط مع صحة البيع مطلقاً لحديث بريرة. فأحاط مالك بتلك الأحاديث واستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها⁽¹⁾؛ لأنّ الجمع بين الأحاديث مقدّم على العمل بأحدها وإسقاط الباقي.

وسياتي في آخر الباب الحديث عن الشروط في البيع وأقسامها.

11 - بيع حائط مع استثناء نخلات مجهولات أو كيبلاً مجهولاً من الثمرة، على أن يعين ذلك بعد البيع:

وذلك ممنوع والعقد فاسد، لما فيه من الجهالة لتناول النهي له⁽¹⁾.

12 - اجتماع بيع مع جعل في صفقة واحدة:

وعلة الفساد تنافي أحكامهما؛ ووجه تنافي أحكامهما أنهما أصلان مفترقان، فافترقت أحكامهما⁽²⁾، وذلك كما يلي⁽³⁾:

- أن الجعالة غير لازمة بالعقد، بخلاف البيع فإنه يلزم بالعقد.

- أن الجعالة يجوز فيها الغرر، بخلاف البيع فلا يجوز فيه الغرر.

- أن الجعالة لا يجوز فيها الأجل، بخلاف البيع فيجوز فيه الأجل.

ووجه فسادهما معاً لا الجعالة وحدها، أنه لا يمكن أن يكون العقد الواحد صحيحاً في شيء وفساداً في شيء آخر⁽⁴⁾. وأن الغرر الذي في الجعالة يصير البيع غرراً⁽⁵⁾.

13 - بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبل:

فالمضامين: ما في بطون الحيوانات الإناث من الأجنة، جمع جنين.

والملاقيح: ما في ظهور الذكور من الماء الذي يتكون منه الجنين.

وحبل الحبل: ما ينتج الناتج؛ أي: تلد الأولاد.

فإن البيع فاسد للنهي عنه. ودليل النهي⁽⁶⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبل. وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية. كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها⁽⁷⁾. وتفسير الحديث أنهم كانوا يبيعون ما يذبح من الإبل، ويؤجلون قبض الثمن إلى وقت

(1) المفهم: 2735/5، وإكمال الإكمال: 384/5.

(2) المقدمات: 182/2، الذخيرة: 415/5، 435.

(3) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: 268/2.

(4) انظر شرح عبد الباقي الزرقاني على المختصر: 5/7، حاشية علي العدوي على شرح الخرشي على المختصر: 219/7.

(5) الذخيرة: 415/5.

(6) المنتقى: 42/5، والمعلم: 243/2، والمفهم: 2674/5، والمقدمات: 71/2، وبداية المجتهد: 170/2، وإكمال الإكمال: 320/5.

(7) أخرج مالك في البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان؛ والبخاري في البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبل؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبل.

أن تنتج نتاج ما في بطون الإبل وقت البيع؛ فهو بيع إلى أجل مجهول، وهو الذي فسّر به الإمام مالك الحديث؛ كما يحتمل أن المبيع هو نتاج ما تنتجه ما في بطون الإبل من الحمل وقت البيع، وهو جهل بالمبيع وصفته⁽¹⁾، كما إنّه متعذّر التسليم، وكلّ من الجهل بالمبيع وتعذّر التسليم يفسد العقد بمفرده، فإفسادهما له إذا اجتمعا أوكد⁽²⁾.

وعلة النهي عن ذلك ما فيه من الغرر العظيم وشدة الخطر، وأنّ الغرر فيه مقصود، ويؤدّي إلى أكل المال بالباطل؛ فوجب أن يفسد العقود.

ب - عن جابر بن عبد الله، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمال⁽³⁾.

ج - عن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل⁽⁴⁾.

د - عن سعيد بن المسيّب أنّه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنما نهى من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلّة. والمضامين بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال»⁽⁵⁾.

ومعنى النهي عن الملاقيح، وضراب الجمال، وعسب الفحل، عند الإمام مالك أن يعطي صاحب الناقة ثمناً لصاحب الفحل على أن يحمل فحله على ناقته، فهذا فاسد إذا وقع بلفظ البيع وأريد تحصيل العوض الذي هو حصول ماء الفحل في محلّ الرحم وحمل الأنثى منه؛ لأنّ فيه غرراً للجهل بانفصال الماء عن الفحل، ويقدره، ويحصله في الرحم، وفي حمل الأنثى منه. وأمّا إذا استأجره على أن ينزبه على ناقته أكواماً معدودة، عددها يسير، يمكن أن يأتي منه في وقت أو أوقات متقاربة، فلا بأس بذلك، ودليل الجواز:

أ - أنّ الفحل معلوم معيّن والأكوام معلومة، فليس فيها شيء من الغرر ولا الجهالة.

ب - أنّ الضرورة تدعو إلى ذلك.

فتحمل الأحاديث على ذلك؛ أي: على الإجارة بالشروط المذكورة. أو تحمل على النذب إلى مكارم الأخلاق والنذب إلى عاريتها ليكثر النسل في الحيوان؛ لأنّ أخذ الأجرة على ذلك ليس من مكارم الأخلاق، ولا يفعله غالباً إلّا أولوا الدناءة⁽⁶⁾.

(1) المنتقى: 21/5 و 42/5، والمعلم: 245/2، والمقدمات: 71/2، والمفهم: 2674/5، وإكمال الإكمال: 320/5.

(2) المنتقى: 42/5.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب النهي عن بيع فضل الماء.

(4) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية عسب الفحل؛ وأبو داود في البيوع، باب في عسب الفحل؛ والنسائي في البيوع، باب بيع ضراب الفحل.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان.

(6) المنتقى: 22/5، والمعلم: 287/2، والمفهم: 2796/5، وإكمال الإكمال: 442/5.

14 - البيع بعد الشروع في نداء الجمعة:

وهو الأذان الذي بين يدي الخطيب على المنبر. والدليل على التحريم⁽¹⁾:
 - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٩﴾﴾ [الجمعة: 9].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالسعي إلى صلاة الجمعة، والأمر بالشيء نهي عن ضده، وهو الاشتغال بغير السعي. وأنه تعالى أمر بترك البيع عند النداء لصلاة الجمعة، وهو نص في التحريم. والبيع يقتضي شراء فاكتمى بذكر أحدهما. ويفسخ إن وقع. فإن فات فالقيمة حين القبض. وعلة الفسخ أنه يتعلق بحق الله تعالى لا يجوز إسقاطه. ودليل الفسخ⁽²⁾:

- أ - أن النهي يدل على فساد المنهي عنه.
 ب - القياس على الربا والغرر؛ لأنه عقد معاوضة نهي عنه لحق الله تعالى لا يجوز التراضي بإباحته، فوجب فساده إذا وقع كالربا والغرر.
 ج - القياس على نكاح المحرم؛ لأنه عقد منع منه لحرمة عبادة، فوجب فساده أصله نكاح المحرم.
 د - سد الذريعة؛ لأن البيع أثناء الجمعة يؤدي إلى الاشتغال عنها وتفويتها.

15 - سوم سائم ثان بعد ركون البائع لسائم أول:

لنهي عنه. ومعنى الركون الحالة التي يركن البائع فيها إلى السائم، ولا يبقى بينهما إلا شيء يسير، مثل وزن الذهب من الثمن أو التبرؤ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف أن البائع قد أراد مبايعة السائم⁽³⁾. ودليل النهي⁽⁴⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»⁽⁵⁾. وفي رواية: «لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له»⁽⁶⁾.

(1) الإشراف: 335/1، الجامع لأحكام البيوع: 108/18، بداية المجتهد: 191/2.

(2) الإشراف: 336/1، والمقدمات: 63/2، وشرح التلقين: 4/ورقة 40، والفقهاء المالكي وأدلتها: 256/1.

(3) المنتقى: 100/5، وشرح التلقين، للمازري: 193/4.

(4) المعونة: 1032/2، والمنتقى: 100/5، وشرح التلقين، للمازري: 193/4، والمفهم: 5/2675، وبداية المجتهد: 187/2، وإكمال الإكمال: 321/5.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة؛ والبخاري في البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

والحديث عام لم يشترط فيه التراكن، إلا أنّ الإمام مالكاً رحمه الله تعالى خصّه بالمشتري دون البائع. وخصّه بالتراكن. ووجه الاستدلال على تخصيصه بالمشتري أنّ المراد بالبيع في الحديث الشراء، والمقصود بالمنهي المشتري؛ أي: لا يشتر بعضكم على شراء بعض، فهى المشتري أن يزيد على المشتري، تقول العرب: اشترت وشريت بمعنى بعت، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَّوْهُ يَشْرُونَ بِحَسَبِ دَرَجَتِهِمْ مَعْدُودَةٌ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾ [يوسف: 20]، وقال: ﴿وَلَيْسَ مَا شَكَرُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ أَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 102]. ويؤيد هذا المعنى ما روي عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يسم المسلم على سوم أخيه»⁽¹⁾، وعنه أنّ رسول الله ﷺ نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه⁽²⁾. والسوم طلب الابتاع؛ أي: الشراء. قال أبو عبيدة: ليس للحديث وجه غير هذا عندي؛ لأنّ البائع لا يكاد يدخل على البائع، وإنّما المعروف أن يزيد المشتري على المشتري. فالمرجح لحمل لفظي البيع والسوم على المشتري أمران:

* العرف، وذلك بأنّ المتعارف هو مساومة المشتريين ومزايدتهم بعضهم على بعض، فيحمل الحديث على ما هو المتعارف في البيوع بين الناس.

* أنّ البائع إذا ساوم على بائع غيره بعرض سلعته على مشتريه ليجلبه إليه، فإنّما يفعل ذلك إذا رخص في ثمن سلعته على سلعة البائع الأول الذي ركن إليه المشتري، وهذا جائز لأنّ الاسترخاخص مستحب في الشرع كما ذهب إلى ذلك ابن حبيب، وسيأتي بيان هذه المسألة؛ ولا تجد بائعاً ثانياً يسوم على بائع أول ليجلب مشتريه إذا كان ثمنه أعلى من الأول؛ ولهذين الحالين حمل الحديث على قصد المشتري دون البائع.

ووجه الاستدلال على حمل النهي على حصول التراكن والاتفاق بين البائع والسائم الأول، أنّ في حمله على حقيقة البيع أو على حقيقة المساومة بطلب ابتاع وقبل الاتفاق، معارضة للأصول الشرعية في البيوع، وبيانه:

* أنّ حقيقة البيع إنّما هو إذا انعقد العقد بين المتبايعين، وهذا غير مقصود لأنّه لا يتصور شرعاً دخول مشترئان على متعاقدين قد انعقد بينهما البيع، للزوم العقد للطرفين وعدم إمكان رجوعهما عنه إلاّ بالإقالة بالتراضي.

* أنّ السوم طلب الابتاع، قبل حالة الاتفاق، وهذا لا يتصور منعه في الشرع؛ لأنّ فيه مضرّة للبائع؛ لأنّه لو منع سوم الناس بعضهم على سوم البعض لفسدت بذلك حال كلّ بائع، واضطرب حال التبايع بين الناس، إذ لا يشاء أحد أن يمنع بائعاً من بيع سلعته إلاّ ساومه بها وأعطاه أقلّ من ثمنها، فإذا خرجا على عدم الاتفاق بما عرضه

(1) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(2) أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط في الطلاق؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

عليه، كان في ذلك ضرر للبائع بما يقع له من بخس سلعته ووقوعه بين ضررين إما أن يبيعه لمن ساومه بها أولاً بثمن قليل، أو يردّها فتتلف عليه. وتقدّم لنا في النكاح تجويز النبي ﷺ على الخطبة قبل وقوع التراكن بين الخطيب الأول والمرأة، وهو تخصيص لقوله: «ولا يخطب على خطبة أخيه» وحمله على التراكن⁽¹⁾.

ولمّا تعذّر حمل لفظ البيع في الحديث على الحقيقة حمل على أقرب المجاز إليها وهي المراكنة والاتفاق. ويقال مثل ذلك للسوم. وإتّما وصف فعل المشتري الأول سوماً؛ لأنه هو ما صدر منه في الأول قبل أن يركن البائع إليه ويتفق معه.

ب - أنّ التراكن إذا حصل بين السائم الأول والبائع، تعلّق للسائم حقّ بالمبيع، ومنع السائم الثاني من إبطال ما تعلّق للأول من هذا الحقّ؛ لأنه يصير مفسداً على الأول ومضراً به؛ والإضرار بالناس منهي عنه في الشرع.

وعلة النهي ما فيه من الضرر، ووقوع الشحاء بين المشتريين؛ وهو من النظر في مصلحة الخلق ودفع الضرر عنهم وصيانة أموالهم⁽²⁾.

وذكر الإمام الباجي أنّه يحتمل أن يحمل لفظ البيع على ظاهره، فيمنع البائع أيضاً من أن يبيع على بيع أخيه، إذا كان المشتري قد ركن إلى البائع الأول وواقفه في ثمن سلعته، ولم يبق إلّا تمام العقد، فلا يجوز للبائع الثاني أن يصرفه عن ذلك بأن يعرض عليه سلعته على وجه غير الإرخاص، وأمّا على وجه الإرخاص فقال بقول ابن حبيب: أنّ ذلك لا منع منه⁽³⁾. ووجه جواز شمول النهي للبائع أيضاً وجود علة النهي وهي دفع الضرر، فلا فرق بين البيع على البيع والسوم على السوم⁽⁴⁾.

ويدخل في النهي الذمي، والدليل⁽⁵⁾:

أ - القياس على المسلم؛ لأنّ له عهداً وذمة.

ب - أنّ كلّ معاملة بين الذمي والمسلم فإنّها تكون على حكم الإسلام.

وأما تقييد النهي في الحديث بالمسلم وبالأخوة؛ فليس فيه اشتراط الدين، وإتّما خرج مخرج التقييد للفعل والتهجين له، ولذلك ذكره بالأخوة التي تمنع فعل ما هو قبيح؛ كما إنّ النهي خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له؛ أي: ليس فيه دليل على أن حكم الذمي بخلاف المسلم. قال الإمام المازري: وقد تقرّر في الشرع أنّ الحكم بين مسلم وذمي كالحكم بين مسلمين، وتقرّر أيضاً في الشرع المنع من ضرر المسلم للذمي⁽⁶⁾.

(2) شرح التلقين: 4/ ورقة 193.

(4) إكمال الإكمال: 178/7.

(1) الفقه المالكي وأدّته: 197/3.

(3) المنتقى: 100/5، 101.

(5) المنتقى: 100/5، وإكمال الإكمال: 322/5.

(6) شرح التلقين: 194/4.

وقال الإمام ابن عرفة: في السوم على السوم، إذا كان كسب الأول حراماً أنّه يجوز السوم على سومه. وقال أيضاً: إنّ السائم الأول إذا لم تبلغ السلعة قيمتها جاز السوم على سومه. وذلك قياساً على ما قاله ابن العربي - فيما يأتي في بيع النجش - أنّ السلعة إذا لم تبلغ قيمتها جاز النجش فيها، ووجه الجواز عنده أنّه رفع الغبن عن صاحبها⁽¹⁾. وقد قيل لابن عرفة: الفرق بين المسألتين هو أنّ السائم في مسألة السوم بمراكتته سلّم حقّه في الزيادة، بخلاف مسألة النجش، فلم يقبل الفرق⁽²⁾.

وإذا وقع وسام رجل على سوم رجل كما تقدم في النهي، فإنّه يترتب على فعله أمور:

أن يستغفر الله تعالى. ولا يفسخ العقد عند ابن القاسم. وقال غيره: يفسخ؛ لأنّ النبي ﷺ نهى عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

أن يعرض السلعة على الأوّل بالثمن، زادت أو نقصت، فإن شاء الثاني أخذ، وإن شاء ترك.

أن يزجر الحاكم من صدر منه هذا الفعل، فإن تكرّر عاقبه وأدبه⁽³⁾.

16 - بيع النجش:

بفتح النون وسكون الجيم. وهو الزيادة في المبيع. والناجش هو الذي يزيد في السلعة على ثمنها، لا لإرادة شرائها، بل ليغترّ غيره بالزيادة. ودليل المنع⁽⁴⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النجش⁽⁵⁾.

ب - عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «ولا تناجشوا»⁽⁶⁾.

وعلة المنع ما فيه من التدليس والغرر؛ لأنّ العادة من الناس الركون إلى مزايده التجار، وثقتهم بأنهم لا يعطون بالسلعة إلّا ما تساوي.

ج - القياس على تلقّي السلع؛ لأنّ المنع من ذلك من المصلحة العامة.

والمراد بثمان السلعة المذكور أنّها الذي شأنها أن تباع به تلك السلعة. وعلى هذا فإذا بلغها بزيادته قيمتها فلا حرمة عليه؛ بل قال ابن العربي: هو مندوب يثاب فاعله على ذلك، وعلّل ذلك بأنّه رفع الغبن عن صاحبها⁽⁷⁾.

(2) إكمال الإكمال: 322/5.

(1) إكمال الإكمال: 327/5.

(4) الإشراف: 572/2، والمنتقى: 107/5.

(3) المنتقى: 100/5.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعه؛ والبخاري في البيوع، باب النجش؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(6) أخرجه البخاري في البيوع، باب ولا يبيع على بيع أخيه؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(7) إكمال الإكمال: 327/5.

وقيل: الناجش هو الذي يزيد في السلعة ليقنتدي به غيره وإن لم يزد عن قيمتها. وعلى هذا فالمدار في الحرمة على زيادته من غير قصد شراء، سواء زاد على قيمتها أم لا، غرر غيره أم لا. ولهذا استبعد ابن عبد السلام قول ابن العربي، وقال: لأنه إتلاف لمال المشتري.

والنهي يتعلق بالبائع أيضاً حيث علم بالناجش، وإلا تعلق بالناجش فقط. وإذا علم المشتري فهو مخير بين الإجازة وردّ المبيع؛ أي: وله التمسك لأنّ البيع صحيح، وذلك في حالة قيام المبيع وعدم فواته. وفي حال الفوات يلزمه الأقل من الثمن والقيمة. ومقتضى كون بيع النجش صحيحاً اعتبار القيمة يوم العقد لا يوم القبض. ودليل صحة البيع:

أ - أنّ النهي في الحديث لا يتضمّن فساد المنهي عنه؛ لأنه لا يتعلّق بنفس البيع، بل بأمر خارج عنه⁽¹⁾.

ب - أنّ النهي في الحديث لحقّ الخلق، وما كان كذلك لا يوجب الفسخ⁽²⁾. وصحة بيع النجش مستثناة من قاعدة: النهي يدلّ على الفساد.

ودليل الفسخ وردّ المبيع إذا اختاره المشتري: رفع الضرر عنه؛ لأنّ فيه مضرة وإفساداً لمعايش الناس؛ لأنّ من عادتهم أن يركنوا إلى زيادة التجار، لاعتقادهم أنّهم لا يبذلون فيها إلّا ما تساويه السلعة في الحقيقة، وفي النجش فساد لما اعتادوه وضرر عليهم، فوجب رفعه⁽³⁾.

17 - تولّي ساكن الحضر بيع سلعة البدوي ساكن العمود:

- أي: الخيام -. ولو كانت السلعة للتجارة قدم بها للحضر، وسواء كان لها ثمن عنده أم لا؛ للنهي عن ذلك. فالقيود هي:

أ - أن يكون صاحب السلعة من البدو ساكن الخيام؛ لأنّهم المرادون بالحديث الآتي⁽⁴⁾.

ب - وأن يكون متولّي البيع حضري ساكن الحضر.

ج - وأن لا يعرف البدوي الأسعار بالحاضرة، كما سيأتي.

ودليل النهي ما يلي:

أ - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»⁽⁵⁾.

(2) المعلم: 248/2.

(1) بداية المجتهد: 190/2.

(4) المنتقى: 103/5.

(3) المعونة: 1033/2.

(5) أخرجه كاملاً مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي؛ وأخرج مالك في البيوع، باب =

ب - عن طاوس عن ابن عباس، قال: نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد. قال طاوس: فقلت لابن عباس ما قوله: «حاضر لباد»؟ قال: لا يكن له سمساراً⁽¹⁾.

وعلة النهي رفع الضرر عن أهل الحضر؛ ذلك أن مقصود الشارع أن يرتفق أهل الحاضرة بأهل البادية من ساكني الخيام، بحيث لا يضر ذلك بأهل البادية ضرراً ظاهراً. وهذا لا يحصل إلا بمجموع القيود المذكورة. ووجه ذلك أن أهل البادية لا يعرفون الأسعار، ويضرب بهم بيع ما يجلبونه بالرخص، كما يضرب بأهل الحضر شراؤه بالغلاء؛ لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض، وأموال أهل البادية جلتها من المباح الذي يؤخذ بغير عوض؛ فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم، فإذا باع لهم السماسة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة، فيما أصله على أهل البادية بغير ثمن، فأضرب ذلك بالحاضرة. فقصد الشرع أن يباشر البدو بيع سلعهم بأنفسهم؛ ليرفق أهل الحاضرة بالرخص فيما لا ضرر على أهل البادية في ذلك، دفعاً لأشد الضررين، وترجيحاً لأعظم المصلحتين، وهو معنى قوله: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»، وقد ظن ابن رشد الحفيد أن هذه الزيادة انفرد بها أبو داود، وكأنه استضعفها في معارضة قوله ﷺ: «الدين النصيحة» وأن ذلك من باب غبن البدوي لأنه يرد والسعر مجهول عنده، وقال: «إلا أن تثبت هذه الزيادة». وبالفعل فهي زيادة ثابتة أخرجها مسلم⁽²⁾.

ومحل المنع إذا لم يعرف ثمنها بالحاضرة، أو يعرفه ويتفاوت. فإن عرفه وكان لا يتفاوت، كما إذا كان يعلم أن قطار العسل في الحاضرة بدينار فباعه له الحاضر - متولّي البيع - بالسعر الواقع فلا ضرر؛ لأنه والحالة هذه مجرد وكيل عنه. وقيل: يمنع مطلقاً ولو عرف ثمنه، وليس بالبين فالوجه الأول؛ لأن علة النهي ترك المالك في غفلته، وفي هذه الحالة لم يكن عنده غفلة.

ويكون المنع مطلقاً ولو بإرسال العمودي السلعة إلى الحاضر لبيعها له. خلافاً لأبي بكر الأبهري القائل بجواز البيع في هذه الحالة؛ لأنها أمانة اضطر إليها.

ويفسخ البيع إن لم يفت، وإلا مضى بالثمن. وهذا هو المعتمد؛ لأنه من

= ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة؛ والبخاري في البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، جملة: «لا يبيع حاضر لباد».

(1) أخرجه البخاري في الإجارة، باب أجر السمسرة؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(2) المعونة: 2/1034؛ والمنتقى: 5/103، والمفهم: 5/2679، وبداية المجتهد: 2/189، وإكمال الإكمال: 5/328.

المختلف فيه. وقيل: يمضي بالقيمة. ووجه الفسخ: العقوبة لفاعله من أجل المصلحة العامة؛ ولأن قصده قطع أرزاق الناس⁽¹⁾.

ويؤدب البائع وكذا المالك إن لم يعذر كلّ منهما بجهل. ووجه الأدب أنّ ما فعله مضرّة عامة⁽²⁾. وهل الأدب مطلقاً، اعتاده أم لا؟ قولان.

18 - تلقي السلع:

يمنع تلقي السلع على مسافة دون ستة أميال، أو تلقي صاحبها القادم قبل وصوله البلد، ليشتري منه ما سيصل على الصفة أو ما وصل قبله فإنه منهي عنه.

كما يمنع أخذ السلعة من صاحبها المقيم بالبلد، قبل وصولها، على الصفة، ولو طعماً؛ فيمنع أخذها قبل إخراجها لسوقها. ولا يفسخ إن وقع، بل يدخل في ضمان المشتري بالعقد، ما لم يكن فيه حق توفية، وإلا فلا يدخل في ضمانه إلا بالقبض. ودليل النهي عن تلقي السلع أو أخذها قبل إخراجها لسوقها⁽³⁾: - عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ قال: «لا تلقوا الركبان»⁽⁴⁾. ومعنى الحديث النهي عن الخروج للقاء الركبان القادمين بالسلع لشرائها، حتى تبلغ الأسواق.

واختلف في علّة النهي؛ فقال الإمام مالك: هي منع استبداد الأقوياء من أهل السوق، بالسلع ورخصها، دون الضعفاء ومن لا قدرة لهم على مشاركتهم والخروج مثلهم، وهو ضرر. ومقصد الشرع من ذلك الفرق بأهل الحاضرة. قال الإمام الباجي: إنّ هذا فيه مضرّة عامة على الناس؛ لأنّ من تلقاها أو اشتراها غلّاها على الناس، وانفرد ببيعها، فمنع من ذلك ليصل بائعها بها إلى البلد فيبيعونها في أسواقها، فيصل كلّ أحد إلى شرائها والنيل من رخصها⁽⁵⁾.

وجعلها الإمام المازري علّتين: الأولى: ما ذكره الإمام مالك؛ والثانية: أن لا يغبن البادي القادم بسلعته من البادية.

ويفهم من التعليل المذكور في منع بيع الحاضر للبادي ومنع تلقي الركبان، أنّه مبني على ما تقتضيه أصول الشريعة من تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند التعارض، وذلك أنّ البادي إذا باع سلعته بنفسه - دون وساطة من أهل الحضر - انتفع

(1) المعونة: 1034/2، والمنتقى: 104/5.

(2) المنتقى: 104/5.

(3) المعونة: 1033/2، والمنتقى: 101/5، والمعلم: 247/2، والمفهم: 2677/5، وبداية المجتهد: 188/2، إكمال الإكمال: 323/5.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(5) المنتقى: 101/5.

هو يبيع سلعته بما لا غبن له فيه؛ كما انتفع سائر أهل السوق، فاشترؤا منه بالرخص، وعاد ذلك الانتفاع على سائر سكان البلد؛ ومن أجل ذلك منع تلقي الركبان حتى لا ينفرد المتلقي بالرخص دونهم، ولا تنقطع المواد عنهم⁽¹⁾.

والدليل على عدم الفسخ⁽²⁾: - ما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل الحق لصاحب السلعة، وما كان حقاً للعبد وليس حقاً لله تعالى فللعبد أن يسقط حقه؛ فلذلك أثبت له الخيار إذا قدم السوق.

وإذا قدم صاحب السلعة السوق وعلم السعر، ووجد أن من تلقاه واشترى منه قد غبنه، ففي المذهب أنه لا خيار له حتى يصل السوق ويعلم السعر، ودليل وجوب الخيار له: الحديث المتقدم. ووجه الاستدلال به أنه جعل له الحق في الخيار إذا قدم السوق. ويفهم منه علة النهي عن التلقي، وهي لثلاً يغبن الجالب؛ لأنه يرجى له بالخيار بالردّ الزيادة في السعر ورفع الغبن عنه.

إلا أنه إن كان الشراء منه بأرخص من سعر البلدة فله الخيار؛ وإن كان الشراء بسعر البلد فأكثر، فوجهان: أصحهما أنه لا خيار إذ لا غش، والثاني ثبوته، لإطلاق الحديث⁽⁴⁾.

وينهى المتلقي عن تلقيه، فإن عاد أدب ولا ينزع منه شيء لعدم فساد البيع، ووجه عدم فساد البيع أن البيع عقد لازم، ولم يتعلّق به وجه فساد يمنع صحته، وإنما يتعلّق بالتلقي الحرج لمن فعله، وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه وانتزاعه منه⁽⁵⁾.

وإن كان للسلعة سوق فلاهل السوق مشاركته. وإلا فالعبرة بأهل البلد. وقيل: يختص بها مطلقاً كان لها سوق أم لا، شهرة القاضي عياض.

19 - الاحتكار:

الاحتكار لغة: هو الأذخار والخزن.

وشرعاً: الأذخار لأجل البيع وطلب الربح بتقلب الأسواق. وأما الأذخار للقوت - أي: لما يقتاته الإنسان ويقتاته عياله - فليس من باب الاحتكار.

والأصل في الاحتكار عدم المنع، فقد روى ابن المواز عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء؟ قال: ما علمت فيه بنهي فيه، ولا أعلم به بأساً،

(1) انظر المعلم: 2/ 247، وإكمال الإكمال: 5/ 336.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 336.

(3) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم تلقي الجلب.

(4) إكمال الإكمال: 5/ 336. (5) المتقى: 5/ 102.

يحبس إذا شاء، ويبيعه إذا شاء، ويخرجه إلى بلد آخر. قيل لمالك: فمن يتباع الطعام فيحبّ غلاءه؟ قال: ما من أحد يتباع طعاماً أو غيره إلا ويحبّ غلاءه⁽¹⁾.

ويعتري الاحتكار حكم الحرمة إذا توفرت شروط، وسواء كان ذلك في الطعام أو غيره، كالصوف والكتان والثياب. والأصل في المنع⁽²⁾:

أ - عن سعيد بن المسيّب أنّ مَعْمَرًا قال: قال رسول الله ﷺ: «من احتكر فهو خاطيء»، فقيل لسعيد: فإنّك تحتكر؟ قال: «إنّ معمرًا⁽³⁾ الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر»⁽⁴⁾. والخاطيء اسم فاعل من خطيء يخطأ خطأ - بكسر الخاء -، على وزن علم يعلم علماً، إذا أثم. ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ قَلْبَهُ كَانَ خَطِئًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: 31]. وأمّا أخطأ خطأ - بفتح الخاء والطاء والهمز في المصدر - فهو إذا فعل ضدّ الصواب، عامداً كان أو غير عامد. وقد يكون بمعنى الإثم، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: 286]. وقد يكون لا بمعنى الإثم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِإِثْمِنِ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ [النساء: 92]. والمعاني القرآن.

وهذا الحديث يدلّ بمطلقه أو عامه على منع الاحتكار في كلّ شيء، وفي كلّ الأحوال، غير أنّ هذا الاطلاق قد تقيّد، أو العموم قد تخصص بما سيأتي من أدلّة الشروط الآتي ذكرها.

ب - دفع الضرر عن المسلمين، فكلّ ما أضرّ بالمسلمين وجب أن ينفي عنهم.

ويحرم الاحتكار بشروط هي:

الأول: أن يكون الوقت وقت ضرورة وضيق، يسبّب بما اشتراه واحتكره غلاء أسعار الناس؛ ففي هذه الحال يمنع الاحتكار، وسواء كان ذلك في الطعام وهو أشدّه أو في غيره، كالصوف والكتان والثياب. وعلة المنع لرفع الضرر عن الناس؛ لأنّ كلّ ما أضرّ بالمسلمين وجب أن ينفي عنهم⁽⁵⁾. ودليل منع الاحتكار في الطعام وكونه أشدّه: عموم الضرورة والحاجة إليه، إذ لا يتصوّر الاستغناء عنه، ولا يتنزّل غيره منزلته، فإن أبيع للمحتكرين شراؤه ارتفعت أسعاره وعزّ وجوده، وشحت النفوس به، وخرجت على تحصيله؛ فتظهر الفاقات والشدائد، وتعمّ المضارّ والمفاسد، ويكون هذا الاحتكار من الذنوب الكبار.

(1) المنتقى: 16/5.

(2) المعونة: 1035/2، والمنتقى: 15/5، والمعلم: 322/2، وشرح التلّفين، للمازري: 4/ورقة 188.

(3) معمر هو ابن عبد الله بن نضلة العدوي، قديم الإسلام، وكان قد عمّر.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات.

(5) المنتقى: 16/5، والمعلم: 322/2، ومواهب الجليل: 227/4.

ودليل حمل النهي في الحديث المتقدم على الطعام في وقت الضيق والضرورة: فعل السلف. فقد جاء في قول سعيد بن المسيّب حين قيل له: إنك تحتكر؟ قال: «إنّ معمرأ الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر». قال أبو عمر: إنّ سعيداً ومعمرأ إنّما كانا يحتكران الزيت، وحملا الحديث على احتكار الأقوات عند الحاجة إليها والغلاء.

ودليل منع احتكار غير الطعام إذا أضّرّ بالناس ذلك: القياس على الطعام؛ لأنّ غير الطعام ممّا تدعو حاجة الناس ومصالحهم إليه، فوجب أن يمنع من إدخال المضرّة عليهم باحتكاره كالطعام.

وإن كان الوقت وقت كثرة وسعة لا يضرّ الاحتكار بالناس، فالمشهور الجواز في أيّ شيء كان، في الطعام وغير الطعام. ووجه عدم المنع في وقت السعة أنّ المنع ظلم للتاجر، لما في المنع من حرمان المحتكر من منفعة لا مضرّة فيها على غيرهم، قال الإمام مالك في ذلك: وممّا يعيبه من مضي - أي: من العلماء -، ويروونه ظلماً، منع التجر إذا لم يكن مضرّاً بالتّاس ولا بأسواقه.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، أنّه منع الاحتكار في الطعام والأقوات في كلّ وقت؛ لأنه رأى أنّ أقوات الناس لا يكون احتكارها أبداً إلّا مضرّاً، وأمّا غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلّا في وقت ضرورة⁽¹⁾.

قال القرطبي في تعليل القول المشهور بكون الاحتكار لغير مضرّة جائز: لأنّ ما لا يضرّ بالناس شراؤه واحتكاره لا يخطأ مشترهه بالاتفاق، ثمّ إذا اشتراه وصار ملكه فله أن يحتكره أو لا يحتكره، ثمّ قد يكون احتكار ذلك مصلحة ينتفع بها في وقت آخر، فلعلّ ذلك الشيء ينعدم أو يقلّ فتدعو الحاجة إليه فيوجد فترتفع المضرّة والحاجة بوجوده، فيكون احتكاره مصلحة وترك احتكاره مفسدة⁽²⁾. وقال ابن العربي: أمّا إنّه تكون الحكرة مستحبة، وذلك بأن يكثر الوارد على الموضع بالأقوات، وعند بعض الناس نقود، فإن لم يشتروا من الجالب ردّ ما جلب، فالشراء حينئذ جائز والحكرة حسنة⁽³⁾.

قال الإمام المازري: وقد وردت آثار يقتضي عمومها ما قال مطرف وابن الماجشون - أي: الحديث المتقدم وغيره -، وهذه العمومات ربّما اقتضت خلاف التفصيل الذي فضلناه، لكننا نخصّصها بما أشرنا إليه من طرف الاستدلال والاعتبار بشواهد الأصول⁽⁴⁾. وأيضاً ما جمعناه لك هنا من أدلّة مسائل الاحتكار عن علماء المذهب رحمهم الله تعالى.

(1) المنتقى: 16/5، والمعونة: 1036/2، والمعلم: 323/2، والمفهم: 2898/5، وإكمال الإكمال: 537/5.

(2) المفهم: 2898/5. (3) القيس: 837/2.

(4) شرح التلقين، للمازري: 4/ورقة 188.

الثاني: أن يكون المدخر ممّا اشترى من السوق، فهذا إن كان في وقت ضرورة وشدة فلا يجوز له أن يحتكره، فإن فعل فعله أن يتوب، ويخرجه إلى السوق، وبيعه لأهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به، لا يزداد فيه شيئاً؛ ووجه ذلك أنّ المنع قد تعلق بشرائه لحقّ الناس وأهل الحاجة، فإذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولاً حين ابتياعه إياه، فقد رجع عن فعله الممنوع منه. فإنّ أبي من ذلك فإنّه يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره، ووجه ذلك أنّه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعله أجبر عليه، وصرف الحق لمستحقّه⁽¹⁾.

وإن كان شراؤه من السوق في وقت سعة وجواز شراء، جاز خزنه واحتكاره كما تقدّم في الشرط الأوّل. لكن إن لحقت بالناس شدة وضرورة، بعد أن احتكر ذلك المحتكر على وجه يجوز، أمر بإخراجه للناس في السوق ليبيع، وذلك أنّه إنّما أبيع للمحتكر شراؤه ليكون عدّة للناس عند الضرورة، فهذا تغليب لأحد الضررين؛ لأنّ إضرار المحتكر بهذا؛ أي: بإخراج ملكه عنه بغير رضاه أخفّ من ضرر الناس بانعدام أوقاتهم⁽²⁾.

وأما إن كان المشتري من غير السوق، بأن جلبه من بلد آخر أو تحصّل له من كسبه وزراعته فله احتكاره واستدامة إمساكه ما شاء، إن شاء باع وإن شاء احتكر، كان ذلك في ضرورة أو غيرها. إلّا أن ينزل بالناس حاجة فادحة، وأمر ضروري بالناس، ولا يوجد عند غيره، فيؤمر ببيعه لدفع الضرر عن الناس. فإن لم يفعل أجبر على ذلك إحياء للمهج وإبقاء للرمق، قال القرطبي: يبيعه بسعر وقته⁽³⁾، وقال ابن العربي: وإذا كان السعر فأراد أحد أن يزيد، فإن كان جالباً فله أن يبيع كيف شاء، وإن كان بليدياً قيل له: يبع بسعر الوقت أو تخرج من السوق⁽⁴⁾.

والدليل على أنّ الاحتكار الممنوع ما اشترى من السوق، وأنّ الجالب والمكتسب والزراع لهم الاحتكار، ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال: «لا حكرة في سوقنا، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب - جمع ذهب - إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونها علينا. ولكن أيّما جالب جلب على عمود كيده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر، فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله»⁽⁵⁾.

فقوله: «لا حكرة في سوقنا»، وقوله: «نزل بساحتنا فيحتكرونها علينا»، تخصيص للاحتكار الممنوع بما نزل بالسوق. وباقي كلامه يدلّ على جواز الاحتكار للجالب من خارج المدينة، وسواء كان جالباً بالتجارة أو بالزراعة، وتعهد عمر رضي الله عنه بأن يمنعه ممن

(1) المتقى: 17/5، والمفهم: 2900/5، وإكمال الإكمال: 537/5.

(2) المتقى: 17/5، وشرح التلقين: 4/ورقة 188.

(3) المفهم: 2900/5، ومواهب الجليل، للحطاب: 227/4.

(4) إكمال الإكمال: 537/5. (5) الموطأ في البيوع، باب الحكرة والتريص.

يريد إجباره على البيع. وأضاف المشيئة إلى الله تعالى، لقوله تعالى: ﴿وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الإنسان: 30]، فلا يشاء الجالب البيع والامساك إلا أن يشاء الله تعالى. ومعنى قوله: «جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف» أي: جلب على ظهره أو ظهر دابته، في قلب الشتاء وشدة برده، وقلب الصيف وشدة حره، فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد⁽¹⁾. ولهذا السبب روعي فيه المشقة التي يعانها، فاستثني من منع الاحتكار، تكثيراً للسلع بالمدن وحثاً على إيصالها لأسواقها.

ووجه التفرقة بين التاجر من أهل المدينة لا يجوز له الاحتكار، والجالب للسلعة من خارج المدينة، أن الجالب لم يزاحم أهل البلد على شرائه فيكون ذلك سبباً في غلته، بل ربما كان الجالب سبباً في رخصه لتكثير ما يقدم به هو وغيره من المسافرين من السلع، وكثرة الشيء يقتضي رخصه. لذلك قاس الإمام مالك الزارع على الجالب لكونه مشاركاً للجالب في هذا المعنى؛ لأنه أيضاً لم يزاحم الناس في شراء الطعام بل زراعته تكون سبباً في رخصه بإذن الله تعالى⁽²⁾.

وحكمة عناية الشرع بتوفير السلع بالمدن وجلبها إليها، وتقديمها على الأرياف في ذلك، أن المدن عمدة الإسلام ومجتمع الناس، إذا فسدت فسدت الأرياف والجهات، ولا تفسد الأرياف والجهات مع صلاح المدن؛ لأن قيامها بها، فإذا كانت الحاجة بالريف وكثرة السلع بالمدن جاز اقتيات أهل الأرياف منه بالإخراج إليهم؛ لأن جلب الطعام إلى المدن وادخاره بها إنما هو عدة للمدن وأريافها وجهاتها. وأما إذا كان الطعام قليلاً بالمدن، فإخراجه إلى الأرياف مضرّة، فيمنع لتساوي الحالين، إلا إذا ابتاع أهل الأرياف بالمدن وأكلوا بها فلا يمنعون؛ لأنه لا يجوز إسلامهم للضرر والهلكة، وإنما يمنعون من إضعاف المدن بإخراج الطعام منه؛ لأنه إذا لم يكن بدّ من إتلاف إحدى الجهتين كانت مراعاة بقاء المصير أولى⁽³⁾.

الثالث: أن يكون المحتكر قد اشترى ما احتكره من السوق للتجارة رجاء الزيادة والربح. فإن أضرّ ذلك بأهل البلد فإنه يمنع من ذلك، سواء في الطعام وغير الطعام من السلع التي يلحق ضرر بالناس باحتكارها. وعلّة هذا الشرط أن التمكين من الاحتكار للربح والزيادة إذا أضرّ بالناس، لا يقابل ما يتضمّنه من لحوق الضرر العام للجمهور، فإن إزاحة الضرر عنهم مقدّم على طلب المنفعة لهم⁽⁴⁾.

قال الإمام المازري: وأما الادخار طلباً للربح، ولكنه قد يتضمّن مرفقاً للناس من جهة، وضرر من جهة أخرى، مثل من يشتري الطعام من السوق الأعظم حيث يجتمع فيه طعام الجلابين، ثم يبيعه على يديه في أطراف المدينة، فإنّ ظاهر المذهب في هذا

(1) المتقى: 16/5، والمعونة: 2/1036. (2) شرح التلقين، للمازري: 4/ورقة 187.

(3) المتقى: 16/5. (4) شرح التلقين: 4/ورقة 187.

الجواز، وهو المنصوص في هذا؛ لأنّ فيه مرتفق لمن لا يقدر على الشراء من السوق الأعظم لعجزه عن ذلك، أو لكونه يعرض عن الشراء منه إذا طلب القليل، فكان من المصلحة إباحة هذا، لتضمّنه مصلحة ورفقاً بأهل الحاجة وإن تضمّن غلاء في الأسعار، وكذلك من يشتره ليطحنه ويبيعه دقيماً، فيه أيضاً مرتفق بمن لا يتمكّن له الطحن، لعجزه عنه أو لكونه إن اشتغل به فاته التغيّدي بالطعام وقت الحاجة، وكذلك أيضاً من يشتره لبيعه خبزاً؛ هذا كلّه مسلكه واحد، وهو الالتفات إلى الموازنة ما بين منفعة ومضرة، أيهما أولى بأن يقدّم على صاحبه. فصار شراؤه على الاحتكار على وجه يضرّ بالناس ولا يتضمّن منفعة لهم ممنوع بلا خلاف؛ وعلى وجه تقابل فيه منفعة من جهة ومضرة من أخرى فيه من الاختلاف ما ذكرناه، وأسندنا الخلاف فيه إلى الموازنة ما بين الضرر والمنفعة⁽¹⁾.

فإن اشترى المحتكر من السوق، لا للتجارة والربح، بل لقوت نفسه وقوت عياله وما يحتاجون إليه، فجائز؛ لأنّ النبي ﷺ أذخر قوت عياله سنة، فعن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يبيع نخل بني النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم⁽²⁾. وهو يدلّ على جواز ادخار قوت العيال سنة، وهو مخصّص لعموم النهي عن الاحتكار⁽³⁾. قال الأبي: هذا والله أعلم، ما لم يضيق بشرائه لقوته على الناس، فيشتركون فيما اشتراه بحسب الحال⁽⁴⁾. أي: إنّه إن كان في وقت ضيق الطعام فلا يجوز أن يشتري إلّا ما لا يضيق على المسلمين، كقوت أيام وأشهر، على ما تقدّم من اشتراط عدم الضرورة والضيق، وإن كان في وقت سعة اشترى قوت سنة⁽⁵⁾.

وأما إن اشتراه لبيعه في الحين فليس باحتكار⁽⁶⁾.

الرابع: أن يكون في البلدان الصغار الذين يضرّ بهم الاحتكار. فأما البلدان الكبار والأمصار الواسعة، التي يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز إليها فلا بأس؛ لأنّ ذلك غير مضرّ بهم غالباً، إلّا أن يتفق في بعض الأوقات غلاء أو شدة، ويؤدّي ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ، كما تقدّم⁽⁷⁾.

20 - التسعير⁽⁸⁾:

عرّف الإمام ابن عرفة التسعير بقوله: «تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرأ

(1) شرح التلقين: 4/ ورقة 187.

(2) أخرجه البخاري في النفقات، باب حبس نفقة الرجل قوت سنة على أهله؛ ومسلم في الجهاد والسير، في حكم الفيء.

(3) المفهم: 5/ 2898، وإكمال الإكمال: 5/ 537 وما بعدها، ومواهب الجليل: 4/ 228.

(4) إكمال الإكمال: 5/ 537 وما بعدها. (5) مواهب الجليل: 4/ 228.

(6) المفهم: 5/ 2898. (7) المعونة: 2/ 1036.

(8) المعونة: 2/ 1034، والمتقى: 5/ 18، والقبس: 2/ 838، والبيان والتحصيل: 9/ 305، 306،

314، وشرح التلقين: ورقة: 4/ 190.

للمبيع بدرهم معلوم». وشرحه الرضاع بما يلي⁽¹⁾:

فقوله: «حاكم» أخرج به غير حاكم السوق، كما إذا حدّد البائع لنفسه؛ لأنه لا يسمّى تسعيراً، وكذلك غير الحاكم.

وقوله: «المأكول» أخرج به غير المأكول؛ لأنه لا يسعّر.

وقوله: «فيه» حرف الجرّ «في» يتعلّق بالبائع. والضمير يعود على السوق؛ أي: أن يحدّد الحاكم للبائع الذي شأنه أن يبيع في السوق. وأمّا الجالب فالمذهب أنه لا يسعّر عليه.

وقوله: «قدرأ» منصوب على المفعول بالمصدر.

وقوله: «للمبيع» صفة للقدر.

وقوله: «بدرهم معلوم» يتعلّق بالتحديد.

حكم التسعير:

يختلف حكم التسعير باعتبارين اثنين، هما:

الاعتبار الأوّل: التسعير على المنفرد بسعر دون سائر التجار في السوق. فمن أراد أن يبيع في السوق بأقلّ من سعر التجار، فيأمره حاكم السوق باللحاق بسعرهم، أو القيام من السوق. وذلك أنّ البائع إمّا أن يكون من أهل السوق، أو يكون جالباً.

والبائع من أهل السوق إمّا أن يبيع سلعته بمثل ما يبيع به سائر الباعة، أو أن يبيعها بأقلّ منهم، أو أن يبيعها بأكثر منهم.

فالصورة الأولى لا إشكال فيها.

والصورة الثانية، يأمره حاكم السوق بأن يبيع بمثل سعر التجار، فإنّ أبي أخرجته من السوق، ومنعه من البيع. وهذه هي صورة التسعير. والدليل على ذلك: ما روي عن سعيد بن المسيّب أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرّ بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زيبياً له بالسوق، فقال له عمر بن الخطاب: «إمّا أن تزيد في السعر وإمّا أن ترفع من سوقنا». وقد فسّر ذلك بأنّ حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر التجار، فأمره عمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق.

ويختصّ التسعير هنا بالمكيل والموزون، مأكولاً كان أو غير مأكول، دون غيره من المبيعات التي لا تكال ولا توزن. ووجه قصر التسعير على المبيع المكيل والموزون؛ لأنه ممّا يرجع إلى المثل يمكن فيه حمل الناس فيه على سعر واحد؛ وأمّا المبيع غير المكيل والموزون لا يرجع إلى المثل، وإمّا يرجع إلى القيمة، ويكثر

(1) شرح حدود ابن عرفة: 356/1.

اختلاف الأغراض في أعيانه، فلَمَّا لم يكن متماثلاً لم يصحَّ أن يحمل الناس فيه على سعر واحد. وهذا إذا كان المبيع المكيل والموزون متساوياً في الجودة، فإذا اختلف صفه لم يؤمر من باع الجيد أن يبيعه بمثل ما هو أدون؛ لأنَّ الجودة لها حصّة من الثمن كالمقدار.

وممّن قال بهذا النوع من التسعير القاضيان عبد الوهاب البغدادي والباجي وغيرهما. وخالف القاضي ابن رشد الجدي، وقال: وهو غلط ظاهر، إذ لا يلام أحد على المسامحة في البيع والحطيطة فيه، بل يشكر على ذلك إن فعله لوجوه الناس، ويؤجر إذا فعله لوجه الله تعالى. وتأول ما روي عن الإمام مالك في ذلك بأنَّ المعنى أن يبيع بأقلّ من بيع الناس في المثلث - أي: السلعة - لا في الثمن، كأن يكون الناس يبيعون الطعام أربعة (قطع من الخبز) بدرهم، فلا يجوز أن يبيع واحد منهم الثلاثة (قطع من الخبز) بدرهم⁽¹⁾. وحمل حديث عمر بن الخطاب مع حاطب على أنّ حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع بالدرهم أقلّ ممّا كان يبيع به أهل السوق⁽²⁾. وهو تعسف في التأويل فظاهر كلام عمر رضي الله عنه أنه يقصد الثمن لا المثلث. ثم إنَّ التنقيص في المثلث يؤول إلى التنقيص في الثمن. وأنَّ الوجه في منع الواحد والاثنين من التنقيص لأنَّ فيه مضرة لأهل السوق بتكسيد سلعتهم، وهو التفات من هذا القول إلى مضرة أهل السوق فرفعها.

وإلى القول بأنَّ القليل الذين يرخصون السعر يتركون على ما هم عليه ذهب الإمام المازري، التفاتاً منه إلى منفعة العامة في الترخيص. وأما القصة بين عمر وحاطب، فإنه يحملها على أنّ أمر عمر حاطب بن أبي بلتعة بالترخيص ليس على سبيل العزم⁽³⁾، فعن القاسم بن محمد عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه مر بحاطب بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فسأله عن سعرهما فسعر له مدين لكل درهم، فقال له عمر رضي الله تعالى عنه: قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زيبياً، وهم يعتبرون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زيبك البيت فتبيعه كيف شئت. فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره فقال له: إن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع⁽⁴⁾.

والصورة الثالثة، فله ذلك ولا يؤمر سائر الباعة باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع؛ لأنَّ ما باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه، ولا بما تقوم به المبيعات، وإنما يراعى في ذلك حال الجمهور ومعظم الناس. هذا قول الباقي في هذه الصورة.

(1) البيان والتحصيل: 305/9، 306.

(2) البيان والتحصيل: 314/9.

(3) شرح التلقين، للمازري: مخطوط ج 4 ورقة 189.

(4) أخرجه البيهقي في البيوع، باب التسعير.

وخالف الإمام المازري فقال: بأنه يمنع من ذلك لما يؤدي من اغترار الطارئ على السوق ممن لا يعرف الأسعار، فإذا ساومه بالسعر الغالي اعتقد أن سائر أهل السوق مثله⁽¹⁾.

وذكر الإمام المازري صورة رابعة، وهي إذا كان الباعة في السوق فئتين متساويتين، فأرخصت فئة وأغلت أخرى، فذكر أنه لا ينكر على المرخصين ويقرون على ما هم عليه؛ لأن ما فعلوه أنفع للجماهير وأصلح لهم. وأما التي أغلت في الثمن، فعلى القول بعدم جواز التسعير العام الآتي الحديث عنه، فلا ينكر عليهم أيضاً؛ وعلى القول بالجواز أخذوا بالحظ من السعر مقدار ما يقتضيه التسعير عليهم لو انفردوا، ولا يلزمهم أن يرجعوا إلى ما باع به المرخصون⁽²⁾.

وأما الجالب، فإنه لا يمنع أن يبيع في السوق بأقل من بيع سائر البائعين. وهذا مبني على قاعدة المصلحة. ووجه ذلك أن الجالب يسامح في ذلك، ترغيباً له وتحضيضاً على الإكثار من جلب الأقوات لأهل البلد فيدخل الرفق عليهم بما يجلبه. لأن في منعه من خفض سعره تحجير عليه يؤدي إلى الضرر بالناس بقطع الجلب عنهم؛ بينما البائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر على العدول بها عنهم في الأغلب، ولهذا فرّق بينهما في الاحتكار وقت الضرورة، وقد تقدّم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: «ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر، فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله».

إذا ثبت ذلك، فإن كان البائع للطعام من أهل السوق، هل يمنع من بيعه في داره بسعر السوق؟ فالذي قاله ابن حبيب: أنه ينبغي في الطعام أن يخرج إلى السوق؛ لأن بيعه في الدور ضرب من الإخفاء يؤدي إلى إعزازه، وسبب إلى غلاته، وتطرق لبيعه البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق، إذا لم يعرف له ذلك في السوق.

وإن كان البائع جالباً، فيجوز له أن يبيعه في السوق أو في الدار إن شاء على يده، ليكثر جلبه إلى المدينة؛ لأنه متى ضيق عليهم يخشى ألا يجلبوا إليها شيئاً.

الاعتبار الثاني: التسعير العام. وهو أن يتولى الإمام - أي: السلطان - إلزام جميع أهل السوق بسعر محدد لا يتجاوزونه. فهذا منعه الإمام مالك، والدليل⁽³⁾:

أ - أن النبي صلى الله عليه وسلم امتنع عن التسعير لما سئل فيه، فقبل له: لو سعرت لنا. فقال: «إن الله هو القابض والباسط والمغلي والمرخص، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندي مظلمة ظلمته إياها في عرض ولا مال»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم جعل التسعير من الظلم.

(1) شرح التلقين: ج 4 ورقة 189.

(2) المعونة: 2/1034، والمنتقى: 5/18، وشرح التلقين: 4/188.

(3) أبو داود في الإجارة، باب التسعير؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في التسعير وقال: حسن

ب - أن الناس مالكون لأموالهم والتصرف فيها، ينافيه إجبارهم على بيعها بما لا يختارون، وما لا تطيب به أنفسهم، وهو من الظلم لهم.

وروى أشهب عن مالك رواية بالجواز، وبه قال أشهب وابن حبيب، والدليل⁽¹⁾:

أ - النظر في المصالح العامة، بحسب ما يرى الإمام من المصلحة في ذلك للبائع والمبتاع؛ فلا يمنع البائع ربحاً ولا يسوّغ له الإضرار بالناس؛ لأنّ التسعير يمنع من إغلاء السعر.

ب - أنه قول بعض السلف من التابعين، كسعيد بن المسيّب ويحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة بن عبد الرحمن.

وأما الحديث فقد حمل على وجوه⁽²⁾:

أحدهما: إذا لم يكن الزائد بين أسعار الباعة متفاوتاً.

الثاني: إذا لم يكن في ذلك ضرر، بأن يتوقى منه إلى غيره.

الثالث: أنه محمول على أنهم طلبوا التسعير على الجالب فلم يفعل، وفيه قال ما قال. والاتفاق على أنه لا يسعر على الجالب.

فالمسألة دائرة بين جلب المصلحة ودفع المضرة، قال الإمام المازري: فمن يلتفت إلى القضاء بالمصالح أباح التسعير، ومن يلتفت إلى مضرة أصحاب الأموال في أن يحجّر عليهم في أموالهم الثمن الذي يختارونه منع من التسعير؛ فصار الأمر ينحصر إلى أنه متى كان التحجير لا يتضمّن مصلحة فإنه يمنع منه، ومتى كانت المصلحة لا تقابلها مضرة ولا مفسدة لأحد فإنه يجوز للإمام فعله. وذكر الإمام أنّ القولين مشهوران في المذهب⁽³⁾.

وبناء على هذا القول ذكر ابن حبيب الشروط المطلوبة لهذا التسعير، وقد نقلها

كلّ من الإمامين الباجي والمازري، وخلصتها هي⁽⁴⁾:

الأول: أن يجمع الإمام وجوه أهل سوق كلّ سلعة، وأن يحضر معهم غيرهم

استظهاراً على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد ومصلحة حتى يرضوا به.

الثاني: أن لا يجبروا على التسعير، ولكن عن رضى منهم. ولا يتحقّق ذلك إلا

بمعرفة مصالح الباعة والمشتريين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا

= صحيح؛ وابن ماجه في التجارات، باب من كره أن يسعر.

(1) المعونة: 1034/2، والمنتقى: 18/5، والبيان والتحصيل: 314/9.

(2) القبس: 838/2، وشرح التلقين: 4/ورقة 189.

(3) شرح التلقين: 4/ورقة 188.

(4) المنتقى: 19/5، وشرح التلقين: 4/ورقة 189، وانظر أيضاً: البيان والتحصيل: 314/9.

يكون فيه إجحاف بالناس؛ لأنه إذا سَعَر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأوقات وإتلاف أموال الناس.

الثالث: أن يسَعَر على أهل الأسواق. وأمّا أهل الجلب فلا يسَعَر عليهم ما يجلبونه.

وما يجلبه الجالب على ضربين:

أصل القوت، وهو القمح أو الشعير. فهذا لا يسَعَر عليه، برضاه ولا بغير رضاه، وليبيع كيف شاء وأمكنه، وذلك إذا اتفقوا. فإن اختلفوا فقد تقدّم بيانه قبل هذا.

الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه، وما أشبه ذلك ممّا يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم. فهذا أيضاً لا يسَعَر على الجالب، ولا يقصد بالتسعير، ولكنه إذا استقرّ أمر أهل السوق على سعر قيل له: إمّا أن تلحق بسعر أهل السوق وإلا فأخرج منه، على نحو ما تقدّم تفصيله.

الرابع: أن يختصّ التسعير بالمكيل والموزون. وأمّا غيره فلا يمكن تسعيره، لعدم التماثل فيه. وقد تقدّم بيان معناه وتعليقه.

21 - بيع ما يستعان به على ما لا يحلّ:

لا يجوز بيع ما لا يستعان به على المحرّم، ولو كان في ذاته حلال، وذلك مثل بيع العنب لمن يعصره خمراً. فإنّ العنب مباح الانتفاع به، فلهذا جاز بيعه؛ فإذا صار خمراً حرّم شرب الخمر، فإذا باعه لمن يصنعه خمراً صار معيناً على ما لا يحلّ. وكذلك بيع الحرير لمن يلبسه من الرجال. وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2]. فنهى تعالى عن كلّ ما فيه إعانة على الإثم وهو الفعل المحرّم⁽¹⁾.

22 - البيع والشراء في المسجد:

يحرم البيع والشراء في المسجد، إذا كان بعرض السلع فيه والسمسرة ورفع الصوت. فإن كان بمجرد التعاقد بالإيجاب والقبول، فمكروه. وسيأتي الاستدلال على ذلك في أحكام المساجد، من باب إحياء الموات.



المعاملات الجائزة في البيع

1 - التفريق بين الأم وولدها من البهائم:

وهو ظاهر المذهب كما قال ابن ناجي. وقيل بالمنع حتى يستغني الولد عن أمه بالرعي. وهو رواية عن ابن قاسم. ولكن لو فرق بينهما بالبيع لم يفسخ ويجبران على جمعهما في حوز⁽¹⁾.

والأصل في هذا⁽²⁾: ما رواه أبو أيوب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»⁽³⁾. والحديث عام في السبي والبهائم.

ووجه عدم الفسخ أنّ النهي في الحديث لا يتضمّن فساد المنهي عنه؛ لأنّه لا يتعلّق بنفس البيع، بل بأمر خارج عنه⁽⁴⁾.

والحديث وإن كان يتعلّق ببيع العبيد، إلّا أنّه يشمل كل تفريق بين الأم وولدها، كما يكون أصلاً تؤخذ منه أحكام تتعلّق بالبهائم، لصيغة العموم التي ورد بها.

2 - بيع دار ليقبضها مشتريها بعد عام من يوم بيعها⁽⁵⁾:

فيجوز استثناء منفعتها سنة؛ وبيع أرض لتقبض بعد عشرة أعوام، فيجوز استثناء منفعتها عشراً. ووجه الجواز مع أن في ذلك بيع معيّن يتأخر قبضه؛ ما في الدار والأرض من قوة الأمن من تغييرهما، فاغتفر فيهما بيع معيّن يتأخر قبضه⁽⁶⁾.

(1) الشرح الكبير وحاشيته: 64/3.

(2) منح الجليل: 47/5، وبداية المجتهد: 191/2.

(3) أخرجه الترمذي في السير، باب التفريق بين السبي، وقال: حسن غريب.

(4) بداية المجتهد: 191/2.

(5) هذه المسألة والمسألان بعدها سيعاد ذكرها في الإجارة. وهي تدخل في ما يسمّى بالشروط في البيع، وسيأتي الحديث عن أقسام هذه الشروط وأحكام كلّ قسم، والاختلاف في هذا التقسيم، فيما يأتي تحت عنوان: «الشروط في البيع».

(6) شرح الزرقاني على المختصر: 14/4.

3 - بيع حيوان ليقبض بعد ثلاثة أيام ونحوها:

أما بعد عشر فلا يجوز؛ لأن الغالب فيها تغييره فيتردد الثمن بين السلفية والثمنية، وكره فيه استثناء المتوسط كخمسة أيام، لاحتمال تغييره.

4 - بيع الثوب المعين والنحاس ونحو ذلك، واستثناء منفعة مدة دون نصف شهر:

أما أزيد من ذلك فلا يجوز، لما فيه من السلم في معين. ولا يرد على هذا تأجير الدور والأراضي الزمن الطويل؛ لأن السلم لا يكون فيها؛ لأن من شرطه أن يكون في الذمة وهذه الأشياء لا تقبلها الذمم بحال⁽¹⁾.

5 - بيع حائط واستثناء نخلات معينات، قلت أو كثرت:

ووجه الجواز لأن البيع لم يقع عليها بل على غيرها. وهو من بيوع الثنيا الجائزة⁽²⁾.

6 - بيع حائط واستثناء كيل معلوم:

أجازه الإمام مالك إذا كان المستثنى قدر الثلث فأقل، ولا يجوز ما زاد على ذلك. ووجه الجواز لأن الخرص والحزر يحصر الحائط ويعرف به مقدار الثمرة، فاستثناء القليل لا يكثر فيه الغرر، والغرر اليسير مغتفر في مواضع كثيرة، والثلث يسير. ودليل تخصيص عموم النهي عن بيع الثنيا عمل أهل المدينة، قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين الثلث لا يجاوز ذلك، وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك»⁽³⁾، ففسر القاضي عبد الوهاب قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» بعمل أهل المدينة، ثم قال: فإن ذلك عمل مستفيض بين الصحابة والتابعين، أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حوائطهم⁽⁴⁾؛ وفسره الإمام الباجي بمذهب أهل المدينة⁽⁵⁾.

7 - بيع حائط واستثناء جزء مشاع من الثمرة، قلّ المستثنى أو كثر:

أجازه الإمام مالك وعامة أصحابه، وذهب عبد الملك إلى أنه لا يجوز استثناء الأكثر. والخلاف في ذلك مبني على جواز استثناء الأكثر من الأقل وعدم جوازه.

(1) انظر أيضاً الذخيرة: 293/5.

(2) المعونة: 1014/2، والمفهم: 2735/5، وإكمال الإكمال: 384/5.

(3) الموطأ في البيوع، باب ما يجوز في استثناء الثمر.

(4) الإشراف: 546/2، والمعونة: 1014/2، والمفهم: 2735/5، وإكمال الإكمال: 384/5.

(5) المتقى: 236/4.

والخلاف فيه عند النحاة وعند الأصوليين. ودليل المجيزين قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: 42]، ومعلوم أنّ الغاوين أكثر، فاستثناهم من الأقل⁽¹⁾.

8 - بيع شاة - مثلاً - واستثناء ما دون الثلث منها وزناً:

وحكم الجواز بناء على أنّ المستثنى مبقى لا مشتري، وإلا كان من باب شراء اللحم المغيب، وهو ممنوع للجهل بالصفة.

وأما استثناء الثلث فأكثر فهو ممنوع وذلك إن بيعت قبل الذبح أو السلخ. فإن بيعت بعد الذبح أو السلخ فله استثناء قدر الثلث وزناً، سواء قلنا إنّ المستثنى مبقى أو مشتري؛ لأنّ الشاة المسلوخة بمنزلة الصبرة وهي لا يجوز أن يستثنى منها ما زاد على الثلث كما تقدّم. والحاصل أنّ الفرق بين المسلوخة وغيرها إنّما هو في جواز استثناء الثلث في المسلوخة ومنعه في غيرها. وأما استثناء ما زاد على الثلث فهو ممنوع فيهما. واستثناء الأقلّ من الثلث فهو جائز فيهما.

فإن استثنى جزءاً شائعاً فله استثناء ما شاء، كربع أو خمس أو سدس، ولو أكثر من ثلثها كنصفها، سواء قبل السلخ أو بعده.

ولا يجوز للمستثنى أن يأخذ بدل المستثنى من غيرها، لحماً أو دراهم، لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه، وهذا بناء على أنّ المستثنى مشتري. وأما بناء على أنّه مبقى على ملكه - وهو الراجح - فلما فيه من بيع اللحم المغيب وهو ممنوع، سواء كان بلحم أو دراهم. لكن هذا التعليل لا ينهض فيما إذا بيعت بعد السلخ مع أنّ الحكم المنع.

ويجوز بيع شاة واستثناء الجلد والأسقاط (الرأس والأكارع)، لا الكرش والكبد والطحال فإنّها من اللحم، فتأخذ حكمه كما تقدّم. ومحلّ جواز البيع واستثناء الجلد والأسقاط إن كان بسفر فقط. وإنّما جاز استثنائهما في السفر فقط لخفة ثمنهما فيه دون الحضر، قال الشيخ الدسوقي: فلو انعكس الحال فهل ينعكس الحكم؟ وهو الظاهر لمقتضى العلة⁽²⁾. لذلك جاء تقييد الحكم عند القاضي عبد الوهاب بما إذا كانت الأسقاط ليس لها قيمة ولا تأخذ قسطاً كبيراً من الثمن، وذلك لقلة الغرر. فإذا كانت لها قيمة تأخذ قسطاً كبيراً من الثمن، لم يجز البيع، لا في سفر ولا في حضر؛ لأنّ استثناء الكثير يعرّض الصفقة للغرر، وأما استثناء اليسير لا يوجب ذلك⁽³⁾. ودليل الجواز:

أ - أنه ﷺ لما هاجر ومعه أبو بكر رضي الله عنه، مرّوا براع فاشترّوا منه شاة وشرطوا له

(1) المفهم: 2735/5، وإكمال الإكمال: 384/5.

(3) المعونة: 1015/2.

(2) حاشية الدسوقي: 18/1.

رأسها وإسقاطها⁽¹⁾.

ب - أن ذلك مروى عن زيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب⁽²⁾.

ويجوز استثناء جزء شائع مطلقاً، من حيوان أو غيره - كصبرة أو ثمرة -، سافراً وحضراً، ثلثاً أو أقل أو أكثر؛ وسواء باع الحيوان على الذبح أو الحياة، ويكون البائع شريكاً للمشتري بقدر ما استثنى⁽³⁾.

9 - أن يعقد البائع مع المشتري بشرط أنه إن لم يأت المشتري بالثمن إلى وقت كذا فلا بيع بينهما:

وهو من بيوع الثنبا. وقد أجازاه الإمام مالك، ولكن اختلف قوله في الشرط، فمرة أجاز البيع وأبطل الشرط، ومرة ألزم الشرط وجعل للآخر الخيار⁽⁴⁾.

10 - اجتماع بيع مع شرط رهن أو شرط حميل أو شرط أجل معلوم أو شرط خيار⁽⁵⁾:

مثل أن يبيعه السلعة بثمن مؤجل على شرط رهن أو حميل. وهذه الأمور المشترطة يقضي بها مع الشرط لا بدونه.

ووجه الجواز أنها لا تنافي في المقصود ولا تغل بالثمن. بل هي مما تعود على البيع بمصلحة.

فوجه عدم الفساد في هذه المسألة وفي الثلاث قبلها، أن هذه الشروط المقترنة بالبيع تعتبر شروطاً صحيحة؛ لأنها لا تؤول بالبيع لا إلى غرر، ولا إلى فساد في ثمن ولا مئمن، ولا إلى إخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع⁽⁶⁾؛ بل إذا كانت الشروط مما يقتضيه العقد كشرط تسليم المبيع، وشرط التصرف في المبيع، فهذا لا خلاف في جواز اشتراطه؛ لأنه يقضى به وإن لم يشترط. وإذا كان من مصلحة البيع كشرط الحميل وشرط الرهن وشرط الخيار، فهذا صح فيه البيع والشرط؛ لأنه من مصلحته، فأشبه ما كان من مقتضاه، ولكنه إنما يقضى به مع الاشتراط، وإن لم يشترط فلا يقضى به⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أبو داود في المراسيل عن عروة بن الزبير. وذكر الحديث في المدونة، ورواه ثقات إلا موسى بن

شيبه الحضرمي، فإنه مقبول. والحديث مرسل (انظر تخريج أحاديث المدونة: 1138/3).

(2) مصنف عبد الرزاق: 27/8. (3) الشرح الكبير: 18/1.

(4) المفهم: 2735/5، وإكمال الإكمال: 384/5.

(5) هذه المسألة والمسائل الثلاث قبلها تدخل في ما يسمى بالشروط في البيع، وسيأتي الحديث عن أقسام هذه الشروط وأحكام كل قسم، والاختلاف في هذا التقسيم، فيما يأتي تحت عنوان: «الشروط في البيع».

(6) المقدمات: 67/2.

(7) المعلم: 229/2 و317، وإكمال الإكمال: 513/5.

والأصل في إجازة البيع وشرط إذا كان الشرط غير مناقض للمقصود ولا مخللاً بالثمن:

أ - عن جابر أنه كان على بغير - في غزوة من الغزوات - فقال له النبي ﷺ: «بعنيه» فبعته منه بخمس أواق. قال قلت: على أن لي ظهره إلى المدينة. قال ﷺ: «ولك ظهره إلى المدينة». قال: فلما قدمت المدينة أتيت به، فزادني وقية، ثم وهبه لي. وفي رواية قوله: «فبعته إياه، على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن قوله: «فبعته إياه، على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة» نص في أن الشرط كان في أصل العقد. وقوله: «ولك ظهره إلى المدينة» صريح في جواز بيع الدابة واستثناء ركوبها. والحديث محمول على جواز استثناء اليسير القريب المعلوم، جمعاً بينه وبين ما تقدم من حديث النهي عن بيع وشرط والنهي عن بيع الثنيا، وحديث إجازة البيع وإلغاء الشرط⁽²⁾. ووجه الجمع أن حديث النهي عن بيع وشرط وعن بيع الثنيا عامان، وحديث جابر هذا خاص، والخاص يقدم على العام⁽³⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽⁴⁾.

فهو محمول على الشروط الجائزة التي لا تؤول إلى غرر، ولا خطر في ثمن ولا مئمن، ولا يجزى إلى ربا ولا حرام⁽⁵⁾.

11 - اجتماع بيع مع إجارة في صفقة واحدة:

ووجه صحة البيع والإجارة إذا اجتمعا في صفقة واحدة، انعدام العلة التي من أجلها دخل الفساد عند اجتماع الإجارة مع الجعل في صفقة، واجتماع البيع مع الجعل في صفقة؛ وهي التنافي الموجود بين أحكام العقدين المجتمعين؛ أما أحكام الإجارة فهي متوافقة مع أحكام البيع، في الأركان والشروط غالباً⁽⁶⁾. وتقدم بيان أوجه التنافي بين البيع والجعل، وهي نفسها في التنافي بين الإجارة والجعل، وستأتي في باب الإجارة.

(1) أخرجه البخاري في الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى؛ ومسلم في المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.

(2) المقدمات: 67/2، والمفهم: 2872/5.

(3) المعلم: 317/2، إكمال الإكمال: 512/5.

(4) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(5) منح الجليل: 286/5.

(6) انظر المقدمات: 182/2، الذخيرة: 415/5، بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد

الصاوي: 268/2.

12 - طلب أحد المشتريين من بعض الحاضرين الكف عن الزيادة في السلعة ليشتريها :

يجوز لمن أراد شراء سلعة في المزاد أن يطلب من بعض الحاضرين لسوم السلعة الكف عن الزيادة فيها، ليتمكن هو من شرائها برخص. قال ابن رشد: ولو في نظير شيء يجعله لمن كف عن الزيادة نحو قوله: كف عن الزيادة ولك درهم. ويقضي له به حيث كف عن الزيادة ولو لم يشترها الجاعل. واستشكل ابن غازي ذلك بأنه من أكل أموال الناس بالباطل، لا سيما إذا كان رب السلعة لم يبعها. وقال العبدوسي: لا إشكال لأنه عوض على ترك وقد ترك.

ويجري مثل ذلك فيمن أراد تزوج امرأة أو كان يسعى في رزقه أو وظيفة، وجعل لغيره دراهم على الكف فإنها تلزمه.

ويقيد الجواز في هذه المسألة أن يكون طلب الكف للبعض، لا لجميع المساومين الحاضرين، أو يجتمع المساومون ويتفقون على عدم الزيادة على ثمن يحدونه بينهم، فلا يجوز لما فيه من الضرر على البائع بحظ بعض ثمن سلعته⁽¹⁾. ومثل الجميع من في حكمهم كشيخ السوق ومن يقتدى به في الزيادة. فإن وقع خير البائع في الرد والإمضاء. فإن فات فله الأكثر من الثمن والقيمة - على حكم الغش والخديعة في البيع - فإن أمضى فليس لهم مشاركته إن كان فيها ربح وهو الصواب. وليس له أن يلزمهم الشركة إن حصل فيها تلف أو خسارة. وذلك لأن الضرر في الطلب منهم الكف إنما كان على البائع، وهو قد رضي حيث أمضى البيع، وأما المشتري فقد سلموا له لما طلب منهم وأسقطوا له حقهم ورضي هو بالشراء وحده فلا يجبر واحداً منهم على الشركة بحال.

13 - يجوز للحضري أن يتولى البيع لأهل القرى الصغيرة: ولا يلحقون بأهل البادية ساكني العمود.

14 - يجوز للحضري أن يتولى الشراء للعمودي سلعة من الحضري:

ولكن بالنقد لا بغيره من السلع المجلوبة من عنده لأنه من البيع له. ودليل الجواز: - القياس على الشراء لغير البدوي؛ لأن الحاضر يعرف ثمن ما يبيعه فلا يستتر بمن يشتري منه الحاضر للبادي، بخلاف البيع لهم⁽²⁾.

15 - يجوز لمن خرج من بلده لسته أميال أو كان منزله أو قريته على ستة أميال الاشتراء من السلع المجلوبة لبلد:

سواء كانت السلعة المجلوبة للتجارة وغيرها، كان لها سوق أم لا.

وكذا لمن كان منزله أو قريته على أقل من ستة أميال إن لم يكن للسلعة سوق تباع فيه. فإن كان لها سوق تباع فيه فيجوز له شراء ما يحتاجه لقوته فقط. وعلة الجواز أنه لم يقصد الضرر ولا الاستبداد دون أهل السوق، فلذلك لم يمنع⁽¹⁾.
وأما الخارج لتلقي السلع على دون ستة أميال فيحرم عليه - كما تقدم -، كانت السلعة للتجارة أو للقنية، كان لها سوق أم لا.

16 - يجوز بيع المصحف:

والدليل: إجماع الصحابة على ذلك، فقد بيعت المصاحف في عهد عثمان رضي الله عنه، ولم ينكر الصحابة ذلك فكان إجماعاً⁽²⁾.



(1) المعلم: 247/2، وإكمال الإكمال: 325/5.

(2) الذخيرة: 402/5.

ما يوجب الضمان على المشتري في البيع الفاسد

سيأتي أنّ ضمان المبيع - عند هلاكه أو عيبه - ينتقل من البائع إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم؛ ولو لم يقبض المشتري المبيع من البائع؛ وذلك في ما لا يوزن ولا يكال ولا يعدّ من العروض والحيوان والجزاف ونحو ذلك ممّا ليس فيه حقّ توفية⁽¹⁾. إلا في مسائل فإنّ المبيع فيها لا ينتقل لضمان المشتري إلا بالقبض، والمسائل هي:

- المبيع الذي فيه حقّ توفية لمشتريه. وهو المثلي، من مكيل أو موزون أو معدود. فعلى البائع ضمان المثلي حتّى يقبضه المشتري ويستولي عليه. ووجه ذلك أنّ المشتري ممنوع من تسلمه، لا يستطيع الانتفاع به إلا بعد التوفية، كالذي في الذمة⁽²⁾.

- السلعة المحبوسة للثمن.

- السلعة المحبوسة للإشهاد على البيع.

- المبيع الغائب على الصفة أو رؤية متقدّمة. والمراد بالغائب غير العقار.

- المبيع بيعاً فاسداً، من عقار أو غيره، لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض.

- الثمار المباعة بيعاً صحيحاً بعد بدوّ صلاحها، فإن ضمانها من البائع قبل أمنها من الجوائح. وينتقل ضمانها للمشتري بالأمن من ذلك.

وتقدّم أنّ البياعات المنهي عنها، بعضها فاسد وبعضها غير فاسد. ولا ينتقل ضمان المبيع في البيع الفاسد للمشتري إلا بقبضه من بائعه، سواء كان البيع متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه، وسواء نقد الثمن أم لا، وسواء كان المبيع في البيع الصحيح يدخل في ضمان مشتريه بالعقد أو بالقبض كالمثلي.

ويردّ المبيع في البيع الفاسد لبائعه وجوباً إن لم يفت. ولا يحتاج الردّ لحكم حاكم إن كان مجتمعاً على فساده. وأمّا إن كان مختلفاً في فساده فلا بدّ من فسح الحاكم أو من يقوم مقامه.

(1) الإشراف: 553/2، وبداية المجتهد: 209/2.

(2) المتفق: 250/4.

ولا يجوز للمشتري في البيع الفاسد الانتفاع بالمبيع ما دام قائماً .
وغلة المبيع في البيع الفاسد تكون للمشتري؛ لأنه في ضمانه . ولا تكون للبائع
إلا أن يشتري وفقاً على غير معين واستغله عالمياً بوقفه، وسيأتي ذلك .

وكون الغلة للمشتري، فذلك إلى حين الحكم برّد المبيع . وكون المبيع في ضمانه
فلأن الغلة بالضمان أي: الخراج بالضمان . وعلمه بالفساد وبوجوب الرّد لا ينفي
الضمان عنه، ولو في بيع الثنيا الممنوعة، بل عليه الضمان وله الغلة متى قبضه على
الراجح، وهو المعروف في مصر ببيع المعاد، بأن يشترط البائع على المشتري أنه متى
أتى له بالثمن عاد له المبيع . فإن وقع ذلك الشرط حين العقد أو توطأً عليه قبله كان
البيع فاسداً ولو أسقط الشرط، لتردد الثمن بين السلفية والثمنية . وأما إذا تبرع المشتري
للبيع بذلك بعد العقد بأن قال له: متى رددت إلى الثمن دفعت لك المبيع كان المبيع
صحيحاً، ولا يلزم المشتري الوفاء بذلك الوعد بل يستحب فقط .

وإذا كانت الغلة للمشتري لأنها في ضمانه فإنه لا رجوع له على البائع بالنفقة التي
أنفقها على المبيع بيعاً فاسداً؛ لأن النفقة في نظير الغلة تساويها أو لا . لكن إذا كان
المبيع لا غلة له فله الرجوع على البائع بما أنفقه عليه . وذلك كما إذا سقى المشتري
زرعاً وثمرأ لم يبد صلاحه وحصل الرّد قبل بدوّه .

وإذا المبيع بيعاً فاسداً بيد المشتري، مضى المختلف في فساده، ولو خارج
المذهب، بالثمن⁽¹⁾ الذي وقع فيه البيع فاسداً .

فإن لم يكن مختلفاً فيه، بل كان متفقاً على فساده عند الجميع فالمعتبر القيمة يوم
قبض المشتري له إن كان مقوماً، ومثل المثلى إن كان مثلياً بقيدتين:

- أن يعلم قدره

- أن يوجد في البلد

وإلا فقيمته أيضاً لكن يوم الحكم عليه بها . وهذا في غير الحبس . وأما في
الحبس فيردّ لأصله ولو بعد سنين كثيرة ولا يمضي البيع فيه بوجه من الوجوه ويرجع
مشتريه على البائع بالثمن أو بقيمته إن كان مقوماً وفات . ويردّ الغلة للمستحقين إن كان
البائع غيرهم بلا إذن منهم .

والحاصل في هذه المسألة أن من اشترى وفقاً على غير معين واستغله عالمياً
بوقفه فإنه يلزمه ردّ الغلة لمستحقها . وكذا إن كان موقوفاً على معين، وعلم بوقفه
عليه، ولم يرض ذلك المعين ببيعه . بخلاف ما إذا ظهر أنه وقف على معين وهو راض
ببيعه، فإن المشتري يفوز بالغلة ولو علم بالوقفية، وإنما يعتبر رضا الرشيد دون غيره .

(1) هذه قاعدة أغلبية، إذ قد يكون مختلفاً فيه ويمضي بالقيمة لا بالثمن، كالبيع وقت نداء الجمعة .

ما يفوت به المبيع في البيع الفاسد:

يكون الفوات بالأمور التالية:

1 - بتغير السوق فيما يلي:

* في غير المثلي وأما المثلي فلا يفوت بتغير سوقه. وهذا ما لم يبيع جزافاً، وإلا يفوت بتغير سوقه. واللازم فيه القيمة.

* في غير العقار، كالعروض والحيوان. وأما العقار، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر، فلا تفوت بتغير سوقه، كالمثلي ويرد بعينه؛ لأن غالب ما يراد له العقار الفنية، فلا ينظر فيه لكثرة الثمن ولا لقلته.

2 - بطول زمان الحيوان عند المشتري بعد قبضه، ولو لم يتغير سوقه ولا ذاته وقد ورد في المدونة اختلاف عن الإمام مالك في تقدير الطول. فقد رأى مرة أن بعض الحيوانات يفите الشهر لمظنة تغيره فيه لصغر ونحوه فحكم بأن الشهر فيه طول، ورأى مرة أن بعض الحيوانات لا يفите الشهران والثلاثة لعدم مظنة تغيره في ذلك فحكم فيه بأنه ليس بطول. فيكون اختلاف الحكمين لاختلاف محلها ليس بينهما خلاف حقيقي.

3 - بنقل المبيع بيعاً فاسداً من محلّ لمحلّ آخر بكلفة في الواقع. فإن لم يكن على ناقله كلفة، كحمله على ما يملك من وسيلة النقل البرّ والبحري فيلزمه قيمة المقوم ومثل المثلي في المحلّ الذي نقل منه لا البلد المنقول إليها.

ولا يشترط في النقل أن يكون لبلد آخر، بل المدار على نقله لمحلّ فيه مشقة وبعد يلزم على رده بعينه المشقة.

فإن لم يكن في نقله كلفة ولو لبلد آخر لم يفوت - كالحيوان - فإرد بعينه إلا أن تكون الطريق مخوفة ومثل ذلك أخذ المكس وأجرة الركوب إن عظمت.

4 - بتغير ذات المبيع بيعاً فاسداً، بعيب كعور وعرج وصبغ وطحن وخبز، بسمن الدابة أو هزالها فيلزمه قيمة المقوم ومثل المثلي.

وما ذكره من أن اللازم في الفوات هو قيمة المقوم ومثل المثلي هو طريقة ابن يونس وابن بشير وابن الحاجب والشيخ خليل. ولابن رشد واللخمي والمازري طريقة أخرى، وهي أن اللازم في الفوات القيمة مطلقاً في المقوم والمثلي وأن المشهور أن المثلي لا يلحقه فوات في تغير سوق ولا ذات ولا نقل بمشقة؛ لأن مثله يقوم مقامه إذ اللازم في هذه الأحوال المثل على الراجح ومقابله يقول بفواتها بأحد هذه الأحوال واللازم القيمة كالمقوم.

5 - بخروج المبيع بيعاً فاسداً عن يد مشتريها. ويكون الخروج:

* بمثل بيع صحيح غير فاسد، فإن كان فاسداً أيضاً فلا يفوت.

* وبمثل بيع ما لا ينقسم أو بعضه ولو قل، أو بيع أكثر ما ينقسم فإنه فوت لما بيع فقط إن بيع البعض.

* وبمثل الهبة الصدقة والحبس.

* وبمثل تعلق حق غير مشتره بالمبيع فاسداً، كرهن له في دين وإجارته إجارة لازمة بأن كانت وجيبة أو نقد كراء أيام معلومة ولم يقدر على فسخها بتراض. وهذا في رهن وإجارة بعد القبض له. وأما قبل قبضه ففيه خلاف كما إذا باعه بيعاً صحيحاً قبل قبضه، فقيل: يفوت بذلك، وقيل: لا يفوت. واستظهر الحطاب الفوات. ومحل القولين ما لم يقصد بما ذكر الإفاتة، وإلا فلا يفوته اتفاقاً معاملة له بنقيض قصده.

6 - بحفر بئر أو حفر عين بأرض بيعت بيعاً فاسداً.

7 - بغرس الشجر أو بناء عظيمي المؤنة في أرض بيعت بيعاً فاسداً ومثلهما القلع والهدم؛ لأنهما من تغيير الذات وتقييد الغرس والبناء بعظم المؤنة دون حفر البئر أو العين لأن حفرهما شأنه أن يكون عظيم المؤنة.

وإذا كان الغرس والبناء في الأرض خفيفين كشجرة أو شجرتين ونحوهما. وكحائط خفيف لم تفت بهما الأرض. فترة الأرض لبائعها. وللمشتري الباني أو الغارس قيمة ما بناه أو ما غرسه قائماً على التأيد؛ لأنه فعله بوجه شبهة وتفصيل هذه المسألة أنه إذا أحاط البناء أو الغرس الذي أحدثه المشتري بالأرض بأن جعله كالسور لها، فإن عظيمي المؤنة أفاتا الأرض، وإلا فلا يفيتان شيئاً. وإن عمّ الأرض كلها أو جلّها كنصفها - عند ابن عرفة - فإنهما يفيتان الأرض بتمامها عظمت مؤنتهما أم لا. فإن عمّ الثلث أو الربع - ومثلهما النصف عند أبي الحسن - فأتت جهته فقط، وإن لم تعظم مؤنتهما. فإن عمّ أقل من الربع فلا يفيت شيئاً منها ولو عظمت المؤنة ويعتبر كون الجهة الربع أو أكثر أو أقل بالقيمة يوم القبض لا بالمساحة.

وإذا لم يكن الغرس أو البناء مفيتاً إما لنقص محلها عن الربع أو لعدم عظم المؤنة فيما يعتبر فيه العظم، فإنه يكون للبائع الأرض وللمشتري قيمة غرسه أو بنائه قائماً على التأيد على ما للمازري وابن محرز.

وأما الزرع فلا يفوت بل يرد المبيع. ثم إن كان الفسخ والرد في إبان الزراعة فعلى المشتري كراء المثل ولا يقلع الزرع. وإن كان بعد فواته فلا كراء عليه، وفاز بذلك الزرع لأنه غلة.

القبض غير مفوت للمبيع في البيع الفاسد:

وأما قبض المبيع، فلا يعتبر مفوتاً له في البيع الفاسد، والدليل: الاستحسان. وهو استدلال ابن مسلمة أنّ الفسخ بعد القبض استحسان، قال الإمام المازري: وهذا

إشارة منه إلى أن القياس كون مجرد القبض مانعاً من الفسخ⁽¹⁾.

ارتفاع حكم الفوات:

إذا عاد المبيع فاسداً لأصله بأن رجع للمشتري بعد خروجه من يده، ولو اضطراراً، كإرث أو زال ما به من عيب أو غيره فإن حكم الفوات - وهو لزوم القيمة أو الثمن في المختلف فيه - يرتفع، إلا إذا فات بتغير السوق ثم رجع لأصله فلا يرتفع به حكمه، ووجب على المشتري ما وجب، وهذا في غير المثلي والعقار، وهو الحيوان والعروض. وأما المثلي والعقار فقد مرّ أنهما لا يفوتان بتغير الأسواق.

ووجه عدم الارتفاع إذا فات بتغير السوق ثم رجع لأصله أن تغير السوق الذي أوجب الفوات ليس من سبب المشتري، فلا يتهم على أنه حصله لتفويت السلعة، فلذا إذا عاد السوق الأول لم يعد بخلاف نحو المبيع والصدقة والنقل فإنه يتهم على فعله ذلك للتفويت فإذا حصل شيء من ذلك حكمنا بالفوات نظراً لظاهر الحال. فإذا زال حكمنا بزوال حكمه نظراً للاتهام ولا يقال: إن تغير الذات ليس من سببه؛ لأنه يقال: قد يحصل منه بتجويب أو تفريط في صونه أو غير ذلك، فالغالب كونه من سببه، وحمل غير الغالب عليه.

بيوع الأجال:

تعريف بيوع الأجال:

هو بيع المشتري ما اشتراه، لبائعه أو لوكيله لأجل.

حكم بيوع الأجال:

هو بيع ظاهره الجواز، لكنه قد يؤدي إلى ممنوع فيمتنع، ولو لم يقصد فيه التوسل إلى الممنوع.

والحاصل أن ما أدى إلى الواجب واجب، وما أدى إلى الحرام حرام، ولو لم يقصد الحرام.

وكذلك ما أدى إلى الجائز جائز كما في بعض مسائل هذا الباب.

ودليل المنع من ذلك⁽²⁾:

أ - سدّ الذريعة. وهو من قواعد المذهب. وسيأتي أثناء المسائل ذكر العلل التي من أجلها منعت بيوع الأجال، سدّاً للطريق أمام المتبايعين من ارتكاب ما يؤول إلى

(1) شرح التلقين: 4/ ورقة 35.

(2) الإشراف: 2/ 560، والمعونة: 2/ 1003، والمقدمات: 2/ 54، وشرح التلقين: 4/ ورقة 2،

وبداية المجتهد: 2/ 162، والجامع لأحكام القرآن: 3/ 359.

الحرام. وذلك أنه إذا وجد فعل من الأفعال يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد، ولا يوجد طريق إلى تمييز مقاصد الناس، ولا إلى تفصيل أغراضهم، وجب حسم الباب وقطع التطرق إليه.

ب - عن العالية عن عائشة رضي الله عنها أنها سمعتها، وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم: يا أم المؤمنين إني بعثت من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة، فاحتاج إلى ثمنه، فاشتريته منه قبل محلّ الأجل بستمائة، فقالت عائشة: بثمنا شريت، وبثمنا اشتريت، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. قالت: رأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار؟ قالت: نعم، ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: 275]⁽¹⁾.

(1) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل؛ وعبد الرزاق في البيوع، باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراها؛ والإمام أحمد في مسنده فيما عراه إليه الزيلعي في نصب الراية: 16/4. وقد وقع الاختلاف في هذا الحديث، فضعه الإمام الشافعي والدارقطني بسبب العالية، فقال فيها الدارقطني: «إنها مجهولة لا يحتج بها». وقد تعقبه ابن جوزي بأنها امرأة معروفة جلييلة القدر، وهي العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي، سمعت عائشة. كما تعقبه ابن التركماني في الجوهر النقي على سنن البيهقي (330/5)، بأن العالية معروفة، روى عنها هذا الحديث زوجها أبو إسحاق وابنها يونس، وهما إمامان، وذكرها ابن حبان في الثقات من التابعين، لذلك قال ابن عبد الهادي في الرواية بسند الإمام أحمد: «هذا إسناد جيد» (انظر تخريج أحاديث الإشراف: 1170/3). وللشيخ ابن رزق - من فقهاء المالكية - مقال في تضعيف الحديث من جهة المعنى، قال: قول عائشة: «أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب» خلاف ما جاء في القرآن من أن الحسنات يذهبن السيئات، وأن الأعمال لا تبطل إلا بالردة. وعقب عليه ابن رشد الجذ بما يفيد أنه لا يرى ما ذهب إليه شيخه ابن رزق من حمل كلام عائشة على ظاهره، أي: بتأيم الصحابي زيد بن أرقم، وإنما حمل فعله على الصحة لسلامة نيته لأن الصحابة لا يهتمون بمثل ذلك، أي: على شراء الذهب بالذهب متفاضلاً إلى أجل، ولأن أكثر أهل العلم يمتصون البيعتين على ظاهرهما من الصحة ولا يهتمون المتبايعين ولا يرون الحكم بالذرائع، وإنما يرى أن هذا الفعل من الصحابي مكروهاً له لثلاً يكون ذريعة لغيره يتطرق بها إلى الربا، فقال: «وهذا أي: حمل قول عائشة على الظاهر لو جاز أن يحمل عن زيد بن أرقم أنه عمل مع أم ولده في الباطن بما أظهره من البيعتين، على أن يأخذ منها ستمائة دينار في ثمانمائة إلى أجل، وهذا ما لا يحل لمسلم أن يتأوله عليه، فالذي فعله لا إثم عليه فيه، ولا حرج فيما بينه وبين خالقه عند أحد من الأئمة، إلا أنه يكره ذلك له لثلاً يكون ذريعة لغيره يتطرق بها إلى الربا، وأكثر أهل العلم يمتصون البيعتين على ظاهرهما من الصحة ولا يهتمون المتبايعين ولا يرون الحكم بالذرائع» (المقدمات: 54/2)، وهو تأويل من ابن رشد قريب من القول بأن فعل زيد بن أرقم اجتهاد منه. وبناء على قول ابن رشد من عدم جواز حمل قول عائشة على ظاهره، وجّه الإمام القرافي قولها بحمله على معنيين: أحدهما أن المراد المبالغة في الإنكار لا التحقيق، والثاني أن من معاني الإحباط ارتكاب المعصية الذي يستلزم التوبة، إلا أنها من زيد بن أرقم إتما بترك التعلم لحال هذا العقد قبل القدم عليه؛ لأنه اجتهد فيه ورأت أن =

والحديث يتعلّق بالصورة الأولى من صور بيوع الآجال الممنوعة الآتي ذكرها. ووجه الاستدلال منه أنّ عائشة رضي الله عنها غلّظت الأمر فيه تغليظاً لا يبلغ إلى مثله في مسائل الاجتهاد، فكان الأغلب أن يكون عندها فيه توقيف من رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ إذ مثله لا يقال بالرأي فإنّ إبطال الأعمال لا يتوصّل إلى معرفته إلا بالوحي.

تنبيه: مسائل بيوع الآجال المحرّمة معلّلة بالعلل التالية: سلف جرّ نفعاً، أو ضمان بجعل⁽¹⁾، أو شرط بيع وسلف، أو صرف مؤخر، أو بدل مؤخر، أو فسخ ما في الذمة في مؤخر أي: فسخ الدين في الدين، أو وضع وتعجّل، أو ابتداء الدين بالدين، أو بيع الدين بالدين.

فهذه العلل عرفت من أدلّة تحريم الربا بأنواعه، فلتراجع فيما تقدّم. فكّلما وجدت في أي مسألة وجد حكم الربا؛ لأنّ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً. ولذا فادلّة المسائل الممنوعة في بيوع الآجال هي الأدلّة التي استخرجت منها هذه العلل.

بيوع الآجال الممنوعة:

يمنع من البيوع ما أدى لممنوع يكثر قصده للمتبايعين، ولو لم يقصد بالفعل، إلا أنّه لا إثم على فاعله فيما بينه وبين الله حيث لم يقصد الأمر الممنوع، لكن يتهم في حكم الظاهر أنّه قصد ذلك ليتوصّل إلى الحرام. ومن البيع الممنوع الذي يكثر قصده للمتبايعين:

- البيع الذي يؤدّي إلى سلف بمنفعة. كبيع الرجل سلعة بعشرة لأجل، ثم يشتريها بخمسة نقداً أو إلى أجل أقل. فقد آل الأمر إلى رجوع السلعة لربّها، وقد دفع قليلاً عاد إليه كثيراً. فالبيع في الظاهر جائز، وباعتبار ما يؤول إليه حرام.

- البيع الذي يؤدّي إلى بيع دين بدين. كما لو باع رجل سلعة بعشرة لأجل، واشتراها بمثلها أو باختلاف في الثمن للأجل، وشرطاً عدم المقاصة، فالسلعة رجعت لربّها، وكلّ منهما ابتدأ في ذمة صاحبه ديناً، وسيأتي تفصيله. فالمدار في الحرمة على شرط عدم المقاصة، سواء كان الثمن الثاني مساوياً للأول أو أقلّ أو أكثر.

- البيع الذي يؤدّي إلى صرف مؤخر، كما لو باع رجل سلعة بعشرة دنائير لأجل، واشتراها بمائة درهم حالة أو لأجل، أقلّ أو أكثر، أو مثلها للأجل نفسه.

وأصل صور هذا الباب اثنتا عشرة صورة، يمنع منها ثلاثة، ويجوز الباقي، وجميع الصور تتكوّن من الأمور التالية:

= اجتهاده ممّا يجب نقضه وعدم إقراره عليه، فلا يكون حجّة له، أو هو ممّن يقتدى به فخشيت أن يقتدي به الناس، فيفتح باب الربا بسببه، فيكون ذلك في صحيفته فيعظم الإحباط في حقه (انظر الفروق: 267/3).

الأمر الأول: أن يبيع الرجل شيئاً لأجل.
 الأمر الثاني: ثم يشتريه هو أو وكيله من المشتري أو وكيله. وحرف «ثم» هنا ليس المقصود منها التراخي، بل لا فرق بين التراخي وغيره.
 الأمر الثالث: أن يشتريه بجنس ثمنه الذي باعه به، من عين أو طعام أو عرض.
 الأمر الرابع: أن يشتريه لنفسه، وأما لو اشتراه لغيره كمحجوره - مثلاً - فهو مكروه فقط.

وصور هذا الشراء كما يلي:

- إما أن يشتريه نقداً.

- وإما أن يشتريه للأجل الأوّل.

- وإما أن يشتريه لأقلّ من الأجل الأوّل.

- وإما أن يشتريه لأكثر من الأجل الأوّل.

وفي هذه الصور الأربع يكون ثمن الشراء كما يلي:

- إما أن يشتريه بمثل الثمن الأوّل قدرأ.

- أو أن يشتريه بأقل منه.

- أو أن يشتريه بأكثر منه.

فجملة الصور اثنتا عشرة صورة يمنع منها ثلاث صور وهي:

- ما تعجل فيه الثمن الأقل. كأن يبيعها بعشرة لرجب، ثم يشتريها بثمانية نقداً.

- أو يشتريها بثمانية لدون رجب.

- أو يشتريها بأكثر من العشرة لأبعد من رجب كشعبان.

وذلك لما فيه من السلف بمنفعة. وتجاوز الصور التسعة الباقية:

فيجوز تساوي الأجلين سواء كان الثمن مساوياً للأصل أو أقل أو أكثر. وهذا إن

لم يشترطاً نفي المقاصة، وإلا منع كما يأتي.

ويجوز تساوي الثمنين، سواء اتحد الأجلان أو اختلفا.

ويجوز اختلاف الأجلين والثمنين بالقلة أو الكثرة، إذا لم يرجع لليد السابقة

بالعطاء أكثر، فإن رجع لها أكثر منع. وهي الثلاثة المتقدمة. وهذا معنى قولهم: إن

تساوى الأجلان أو الثمنان فالجواز، وإلا فانظر لليد السابقة بالعطاء، فإن دفعت قليلاً

عاد إليها كثير منع، وإلا فلا. وهذا إن عجل الثمن كله أو أجله كله.

وأما لو أجل بعض الثمن الثاني ونقد بعضه، امتنع من الصور ما تعجل فيه بعض

الأقل، وسواء فيهما تعجل على جميع الأكثر أو بعضه، فالصور أربعة.

فمثال ما تعجل فيه الأقل على كلّ الأكثر: أن يبيع السلعة بعشرة لأجل، ثم

يشتريها منه بثمانية، أربعة نقداً وأربعة لدون الأجل. فآل أمره إلى أنه دفع ثمانية أخذ منها عند الأجل عشرة.

ومثال ما تعجل فيه الأقل على بعض الأكثر: أن يبيعه بعشرة لأجل، ثم يشتريها باثني عشر، خمسة نقداً والسبعة لأجل أبعد. فآل الأمر إلى أن البائع الأول تعجل الأقل، وهي العشرة عند أجلها، خمسة منها في نظير الخمسة التي نقدها، وخمسة يدفع عنها سبعة عند أجلها. وصدق عليه أنه تعجل الأقل على بعض الأكثر.

ومثال ما تعجل فيه بعض الأقل على جميع الأكثر: أن يبيعه بالعشرة إلى أجل، ثم يشتريها بثمانية، أربعة منها نقداً، وأربعة للأجل نفسه. فآل الأمر إلى أنه عند الأجل تقع المقاصة في أربعة ويأخذ عن الأربعة التي نقدها ستة.

ومثال ما عجل فيه بعض الأقل على بعض الأكثر: أن يشتريها في الفرض المذكور بثمانية، أربعة نقداً وأربعة لأبعد من الأجل، فرجع الحال إلى أن المشتري الأول دفع عشرة عند أجلها ستة منها في نظير الأربعة، والأربعة الأخرى يأخذ عنها أربعة عند أجلها. فالمنوع أربع صور من تسع، لسقوط صور النقد الثلاث من الاثني عشرة التي بني الباب عليها، والجائز خمس وهي:

- أن يشتري السلعة التي باعها لأجل بعشرة مثل الثمن الأول، لكن خمسة منها نقداً، وخمسة لدون الأجل.
- أو خمسة منها نقداً، وخمسة للأجل.
- أو خمسة منها نقداً وخمسة لأبعد من الأجل.
- أو يشتريها باثني عشر، خمسة نقداً، وسبعة لدون الأجل.
- أو خمسة نقداً وسبعة للأجل نفسه.

وحاصل الصور التسع أن تقول: إذا كان الثمن الثاني أقل منع مطلقاً، كان البعض المؤجل أجله أبعد من الأجل الأول أو مساوياً له أو دونه. وإن كان الثمن الثاني قدر الأول جاز مطلقاً في الأحوال الثلاثة. وإن كان أكثر منعت واحدة، وهي ما إذا كان البعض مؤجلاً لأبعد.

ولما كان من ضابط الجواز أن يستوي الأجلان؛ ومن ضابط المنع أن يرجع إلى اليد السابقة بالعطاء أكثر مما خرج منها؛ نتهوا على أنه قد يعرض المنع للجائز في الأصل والجواز للممتنع في الأجل.

وشبه صاحب المختصر⁽¹⁾ في المنع تساوي الأجلين إن شرط البائع والمشتري أو أحدهما عند الشراء نفي المقاصة.

(1) الشرح الكبير: 79/3 وأقرب المسالك: 42/2.

وسواء كان الثمن الثاني مساوياً للأول أو أكثر أو أقل. وذلك لابتداء الدين بالدين؛ لأن كل واحد منهما قد أشغل ذمة صاحبه بما له عليه.

وأما لو شرطاً المقاصة - أي: عدم نفيها - أو سكتنا جاز، وهو ما تقدم.

ولأن للشرط المتعلق بالمقاصة تأثيراً ثبوتاً أو نفيّاً، صحّ البيع إذا شرطها للسلامة من دفع قليل في كثير. فلو سكتنا عن شرطها بقي المنع على أصله، لوجود العلة وهي سلف جرّ نفعاً. فظهر الفرق بين التي أصلها المنع والتي أصلها الجواز. فالتّي أصلها الجواز لا يفسدها إلا شرط نفي المقاصة لا السكوت، فإن التهمة فيها ضعيفة، فإذا شرط نفيها تحققت التهمة. وأما ما أصلها المنع فلا تجوز إلا إذا شرطها لأن التهمة فيها قوية، فإذا شرطها بعدت والسكوت عنها لا ينفي المنع.

بيع السلعة وشراؤها بغير جنس ثمنها:

ما تقدم يتعلّق ببيع الرجل سلعة لأجل، ثم شراؤها من المشتري بجنس ثمنه الذي باع به، من عين أو طعام أو عرض. وهنا نذكر حكم شرائها بغير جنس ما باع به.

- فيمنع بيع سلعة بذهب مؤجل وشراؤها بفضة وعكسه، في الصور الاثني عشر. سواء تقدمت الفضة على الذهب أو تأخرت. وبذلك صارت الصور أربع وعشرين صورة، وذلك لتهمة الصرف المؤخر. ولأجل ذلك لو عجل من أحد النقيدين أكثر من قيمة المتأخر جداً جاز، وذلك بأن تبلغ الكثرة النصف فأكثر، كبيع ثوب بدينار أو دينارين لشهر، ثم اشتراه بستين درهماً نقداً - وصرف الدينار عشرة - ووجه الجواز نفي التهمة إذ العاقل لا يعجل ستين ليأخذ ما قيمته عشرة أو عشرون إلا لقصد المعروف. وكذا إذا باعه بثلاثين درهماً لشهر ثم اشتراه بستة دنائير.

- ويمنع البيع والشراء بسكّتين إلى أجل فيهما، وسواء اتفق الأجل أو اختلف، كبيع رجل سلعة بعشرة يزيدية⁽¹⁾ لشهر، ثم اشتري تلك السلعة بمحمدية⁽²⁾، لذلك الشهر أو دونه أو أبعد منه، وذلك للدين بالدين، تساوي العدد أو اختلف. ولا يمكن هنا شرط المقاصة، إذ شرطها تساوي الدينين قدرأ وصفة لمثل أجل الأول أو أقل أو أكثر، وفي كلّ إما أن يساويه في القدر أو أقل أو أكثر، فهذه تسعة. وفي كلّ منها إما أن يبيع بالجيّد ويشترى بالرديء أو عكسه. وصور النقد ستة؛ لأنه إما مثل المؤجل قدرأ أو أقل أو أكثر، وفي كلّ إما أن يبيع بالجيّد ويشترى بالأدنى أو عكسه. وكلّها جائزة⁽³⁾

(1) نسبة ليزيد بن معاوية، وهي الرديئة.

(2) نسبة لمحمد السفاح أول خلفاء بني العباس، وهي الجيدة.

(3) كذا قال الشيخ الدردير، وقال الشيخ الصاوي: فيه نظر، بل الجائز منها اثنتان، وهما ما إذا اشترى بأجود أكثر أو مساوياً، والأربعة ممنوعة وهي ما إذا اشترى بأدنى أكثر أو مساوياً أو أقل أو بأجود أقل؛ لأنه وإن انتفى فيه عمارة الذمتين لكن وجد فيه علة سلف جرّ نفعاً. فإن قلت: =

لعدم شغل الذمتين. فمجموع الصور أربعة وعشرون، كصور الصرف، إلا أن صورته كلها ممنوعة للصرف المؤخر كما تقدم.

- وإن اشترى المبيع بعرض مخالف لما باعه به في الجنس، كما لو باعه بدينار أو ثوب، ثم اشتراه بشاة أو ثوب من غير جنس الأول، جازت من الاثني عشرة ثلاثة النقد فقط، وهو أن يكون العرض المنقود قيمته قدر قيمة السلعة التي باع بها أو أقل أو أكثر، ومنعت التسعة الباقية⁽¹⁾، وذلك لابتداء الدين بالدين. ولا يتأتى هنا اشتراط المقاصة، لاختلاف الدينين وشرطها اتحادهما جنساً وصفة كما تقدم.

والمراد بالعرض هنا ما قابل العين، فيشمل الطعام والحيوان. والمراد بالجنس الصنف. ومفهوم المسألة في اشتراؤه بعرض مخالف لما باعه به في الجنس، أنه لو اشتراه بموافق في الصنف كما لو باع سلعة بثوب لشهر ثم اشتراه بثوب من صنفها فالشراء إما نقداً أو لدون الأجل أو للأجل أو لأبعد، وفي كل إما أن تكون قيمة الثوب الثاني مساوية لقيمة الأول أو أقل أو أكثر، فهذه اثنتا عشرة صورة يمنع منها ما عجل فيه الأقل، وهو ثلاث صور كما تقدم أول الباب.

- والمبيع المثلي، من مكيل كالبر، أو موزون كالسمن والنحاس، أو محدود كالبيض، إذا كان موافقاً لما باعه لأجل كشهري، صفة وقدراً، حكمه كعين ما باعه. فمن باع أردب قمح أو قنطارين بعشرة لشهر، ثم اشترى من المشتري مثله؛ ففيه اثنتا عشرة صورة؛ لأنه كأنه اشترى عين ما باعه، فإما نقداً، أو لأجل، أو لأقل، أو أكثر، بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، فيمنع منها الصور الثلاث وهي ما عجل فيه الأقل، بأن اشتراه بثمانية نقداً أو لأجل أقرب، أو اشتراه بأكثر مما باع به لأبعد كما تقدم. ولا فرق في المثلي أن يكون ربوياً أو غيره.

وإن غاب مشتري المثلي الأول به غيبة يمكنه الانتفاع به، منع أيضاً صورتان بقية صور الأقل، وهو ما إذا اشتراه بأقل مما باع به لأجله أو لأبعد، وذلك لأن الغيبة على المثلي تعدّ سلفاً، لكونه لا يعلم بعينه فكأنه تسلف ورده لرّبه وأعطاه عند الأجل درهمين في نظير تسلفه، والثمانية في نظير الثمانية. فعلم أنه باع مثلياً وغاب عليه المشتري، فاشتراه منه يمتنع منه خمس صور، أربع صور الأقل وصورة ما إذا اشتراه بأكثر لأبعد.

وأما إن باع مقوماً، كثوب أو شاة أو أرض ثم اشترى من المشتري مثل المقوم

= إذا كان المنقود أدنى وهو مساو للمؤجل في القدر كيف يمنع مع أنه تقدّم جواز قضاء القرض بالأفضل صفة؟ والجواب: إن محلّ جوازه فيما تقدّم إن لم يكن مدخولاً عليه، وإلا فيمنع، وما هنا مدخول عليه، فتأمل.

(1) وهي ما أجل فيه الثمنان، سواء كان أجل الثاني مساوياً للأول أو أقل أو أبعد، كانت قيمة العرض المشتري به قدر قيمة الأول أو أقل أو أكثر. حاشية الشيخ الصاوي: 43/2.

الذي باعه له، فحكم ذلك كما لو اشترى منه غير المبيع أولاً، فتجوز الصور كلها؛ لأن ذوات القيم لا يقوم فيها المثل مقام مثله، وهو الأصح⁽¹⁾.

وتجوز الصور كلها أيضاً إذا تغيرت السلعة التي باعها تغيراً كثيراً عند مشتريها ثم اشتراها بائعها منه.

هذا وإنه إذا كان جائزاً اشتراء الرجل ما باعه بأقل مما باعه به للأجل نفسه أو لأبعد منه، ثم رضي المشتري الثاني بالتعجيل؛ أي: تعجيل الأقل الذي اشترى به، فالأرجح من القولين المنع، نظراً لما آل إليه الأمر من أنه دفع قليلاً عاد إليه كثيراً. وقيل بالجواز نظراً إلى حال العقد، الذي هو الانفاق على أن يكون دفع الثمن في العقد الثاني الذي هو أقل مما وقع به البيع في العقد الأول عند أجل الدفع المتفق عليه في العقد الأول أو أبعد منه، لا قبله.

وكل ما تقدم يتعلق بما إذا اشترى البائع كل ما باع. فأما إن اشترى بعض ما باع، كما لو باع ثوبين بعشرين لشهر فاشترى أحدهما بثمن لأبعد من الأجل الأول بمثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر؛ أو اشتراه نقداً بأقل من الثمن الأول، أو اشتراه لدون الأجل؛ امتنع في الصور الخمس لما في المساوي والأكثر من سلف جرّ نفعاً؛ أي: والمسلف فيهما هو المشتري الأول، فالسلعة التي رجعت للبائع الأول كأنها لم تخرج من يده، وصار الثمن المدفوع إليه سلفاً يأخذ عنه بعد شهر مثله أو أكثر منه؛ فقد انتفع المشتري الأول بالسلعة التي بقيت عنده فيما إذا عاد إليه مثل دراهمه أو بها وبالإضافة إن عاد إليه أكثر؛ ولما في الأقل نقداً أو لدون الأجل أو لأبعد من بيع وسلف.

أما إن كان الشراء نقداً أو لدون الأجل فلأن البائع الأول يدفع عشرة سلفاً للمشتري، فإذا جاء الأجل ردّ إليه عشرين، عشرة في نظير العشرة التي أخذها، وهي سلف، وعشرة ثمن الثوب. وأما في الأبعد فلأنه عند حلول الأجل يدفع للبائع عشرين، عشرة ثمن الثوب، وعشرة سلفاً، فإذا جاء الأجل الثاني دفع البائع الأول عشرة بدل العشرة التي أخذها سلفاً.

وإذا اشتراه بمثل الثمن أو بأكثر منه، نقداً فيهما، أو لدون الأجل، جاز في الصور الأربع كصور الأجل الثلاثة، فالجواز في سبع، وهي: أن يشتريه بمثل الثمن نقداً، أو لدون الأجل، أو بأكثر نقداً، أو لدون الأجل، وبمثل أو أقل أو أكثر للأجل، وجوازها لانتفاء علّة المنع.

ما يصحّ من بيوع الأجال وما يفسخ:

يصحّ العقد الأول من بيوع الأجال فقط ويلزم بالثمن لأجله. ويفسخ الثاني، إن

كانت السلعة قائمة عند بائعها الأول، وهو المشتري الثاني. فإن فات البيع الثاني بيد المشتري الثاني وهو البائع الأول بأي مفوت من مفوتات الفاسد⁽¹⁾، فيفسخان معاً لسريان الفساد للأول بالفوات.

وحينئذ فلا مطالبة لأحدهما على الآخر بشيء؛ لأن البيع رجع لبائعه، فضمانه منه، وسقط عن المشتري الأول، لرجوع السلعة لربها، وسقط الثمن الثاني عن الثاني لفساد البيع، سواء كانت قيمة السلعة في البيع الثاني قدر الثمن الأول أو أقل أو أكثر، وهو الذي حكاه اللخمي والمازري عن ابن القاسم، وقال ابن شاس إنه المشهور. وقيل: إنما يفسخ الأول إن كانت القيمة أقل من الثمن الأول، فإن كانت مثله أو أكثر فلا يفسخ الأول، وهو قول سحنون، قال ابن الحاجب: وهو الأصح. وقال غيره: وهو المشهور. ولذا قال الشيخ خليل: خلاف. ووجه الفرق في القول الثاني بين الفسخ بقلة القيمة وعدمه بالمثلية أو الكثرة، أنّ الفسخ لو لم يقع بقلة القيمة يلزم دفع القيمة معجلاً وهي أقل ويأخذ عنها عند الأجل أكثر، وهو عين الفساد الذي منع منه ابتداء بخلاف ما إذا فات وكانت القيمة مساوية للثمن الأول أو أكثر منه، فإنه إذا فسخ الثاني ودفعت القيمة عشرة أو اثني عشر وبقي الأول على حالها فلا محذور فيه لأنه تدفع عشرة أو اثني عشر، ويؤخذ عشرة على كل حال.

البيع الجائز المؤدي لممنوع يقلّ قصده:

ما تقدم يتعلق ببيع الآجال التي تؤدي لممنوع يكثر قصده من المتبايعين ولو لم يقصد بالفعل. وأما ما قلّ قصده فلا يمنع لضعف التهمة كتهمة ضمان بجعل⁽²⁾، وتهمة أسلفني وأسلفك.

فمثال الأول: أن يبيعه ثوبين بدينار لشهر، ثم يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار فيجوز. ولا ينظر لكونه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما، وهو الثوب الذي اشتراه مدة بقائه عنده بالآخر⁽³⁾، لضعف تهمة ذلك، ولقلة قصد الناس إلى ذلك. وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه؛ لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تفعل إلاّ الله تعالى فأخذ العوض عليها سحت⁽⁴⁾.

ومثال الثاني: أن تبيعه ثوباً بدينارين إلى شهر، ثم تشتريه منه بدينار نقداً ودينار

(1) وهو قول سحنون والذي صححه ابن رشد أنه لا يفوت هنا إلا العيوب المفسدة، ونص ابن رشد في البيان: واختلف بما تفوت به السلعة فقيل: إنها تفوت بحوالة الأسواق وهو مذهب سحنون والصحيح أنها لا تفوت إلا بالعيوب المفسدة، إذ ليس هو بيع فاسد ولا مثنى، وإنما فسخ لأنهما تطرقا به إلى استباحة الربا (حاشية الشيخ الصاوي: 44/2).

(2) المراد بالضمان الحفظ. (3) أي: ليحفظ له أحدهما بالثوب الآخر.

(4) السحت فسروه بأنه كسب ما لا يحلّ.

إلى شهرين، فأل أمر البائع إلى أنه دفع الآن ديناراً سلفاً للمشتري، ويأخذ عند رأس الشهر دينارين، أحدهما عن ديناره، والثاني سلف المشتري للبائع يدفع البائع للمشتري مقابله عند رأس الشهر الثاني، فتكون السلعة خرجت من يده وعادت إليها ملغاة، فكأنه لم يحصل لها بيع أصلاً. فلا يمنع أيضاً لضعف التهمة؛ لأن الناس في الغالب لا يقصدون إلى السلف إلا ناجزاً لا بعد مدة.

أي: إن الشأن أنهم يقصدون السلف حالاً بما يدفعونه، كما إنهم لا يقصدون أن ما يدفعونه قد يؤول أمره إلى كونه سلفاً كما في دفع المشتري الأوّل الدينارين عند رأس الشهر.



بيع العينة

تعريف العينة:

أصل العينة «عونة» وقعت الواو ساكنة بعد كسرة، فقلبت ياء، من العون. كأنَّ البائع أعان المشتري بتحصيل مراده. والمراد بالبائع هنا المطلوب منه سلعة، وبالمشتري الطالب لها. وحينئذٍ قسميته بائعاً باعتبار المآل؛ لأنه حين طلبت منه السلعة لم يكن بائعاً بل مطلوب منه فقط.

ومعنى أعان المشتري بتحصيل مراده، الباء للتعليل. ومراده هو الربح الذي يحصل له من التوسط.

قال أبو عمران: هي بيع ما ليس عندك. أي: حين الطلب لا حين البيع. وإلا ففي وقت البيع تكون عنده.

وقال ابن عرفة: مقتضى الروايات أنه أخصَّ ممَّا ذكر، والصواب أنه البيع المتحيّل به على دفع عين في أكثر منها.

ومعنى قول ابن عرفة: أنه أخصَّ ممَّا ذكر، أن قول ابن عمران: بيع ما ليس عندك، عام يشمل البيع بنماء وغير نماء، مع أنّ مقتضى الروايات التخصيص، وهو كونه بنماء. فلذلك صوّب ما قال في تعريفها.

وقال الشيخ الدردير: الأظهر أنّه أعمّ مما ذكره ابن عرفة؛ لأن الثمنين إما أن يتساويا أو يكون الثاني أكثر أو أقل، وفي كلّ إمّا أن يكونا حاليّين أو مؤجلين أو الأول حالاً والثاني مؤجلاً أو عكسه، وفي كلّ إمّا أن يقول: «اشتر لي»، أو لا يقول: «لي» فحاصلها أربعة وعشرون صورة. ولذا عرّفه الشيخ الدردير بقوله: العينة بيع من طلبت منه سلعة وليست عنده لطالبا بعد شرائها.

والمعنى: أنّ البائع طلب منه مشتر سلعة وهي ليست عند البائع، فيشتريها البائع لنفسه من آخر، ثم يبيعها لطالباها. فأهل العينة قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم، فيذهبون إلى التجار ليشتروها بثمن لبيعوها للطالب، وسواء باعها لطالباها بعد الشراء بثمن حالّ أو مؤجل، أو بعضه حالّ وبعضه مؤجل.

وذكر الشيخ الصاوي أنّ هذا التعريف لأجل العموم الشامل لجميع الصور الأربعة والعشرين، وهو انتصار من الشيخ الدردير لتعريف أبي عمران.

حكم بيع العينة:

العينة جائزة، لكن خلاف الأولى، ووجه خلاف الأولى ما فيه من التحيل على دفع قليل يعود عليه كثير. وهو جائز ولو بمؤجل بعضه كما تقدم. ويستثنى من الجواز ثلاث صور غير جائزة، ودليل حرمتها:

أ - عن ابن عمر، قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ، سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ»⁽¹⁾.

ب - عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق، ثم أبيع. قال: «لا تبع ما ليس عندك»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ البائع إنّما يبيع شيئاً معيناً قبل أن يملكه ثم يتحقق خروجه من ملكه⁽³⁾.

ج - عن مالك أنه بلغه أنّ رجلاً أراد أن يبتاع طعاماً من رجل إلى أجل، فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق، فجعل يريه الصبر ويقول له: من أيها تحب أن أبتاع لك؟ فقال المبتاع: أتبيعي ما ليس عندك؟ فأتيا عبد الله بن عمر، فذكرا ذلك له، فقال عبد الله بن عمر للمبتاع: لا تتبع ما ليس عنده، وقال للبائع: لا تبع ما ليس عندك⁽⁴⁾.

د - عن مالك أنه بلغه أنّ رجلاً قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد، حتى أبتاعه منك إلى أجل. فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه⁽⁵⁾.

هـ - سدّ الذرائع؛ لأنّ علّة المنع في الصور الثلاث أنّها ذريعة إلى الربا⁽⁶⁾.
و - تضمّنّها لغرر بيع ما ليس عنده، إذ يطلب البائع عقيب العقد بقضاء المشتري فيتعدّر عليه تسليمه، وذلك يمنع صحة العقد⁽⁷⁾.

تنبيه: مسائل العينة المحرّمة معلّلة بالعلتين: سلف جرّ نفعاً، وسلف وإجارة. وهذه العلل عرفت من أدلّة تحريم الربا بأنواعه، فلتراجع فيما تقدّم. فكلّمًا

(1) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب النهي عن العينة.

(2) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك؛ وأبو داود في البيوع، باب بيع ما ليس عندك؛ والنسائي في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده؛ وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.

(3) المتقى: 77/5. (4) الموطأ في البيوع، باب العينة وما يشبهها.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة.

(6) المعونة: 2/1004، وبداية المجتهد: 2/167.

(7) المتقى: 77/5.

وجدت في أي مسألة وجد حكم الربا؛ لأنّ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا. ولذا فأدلة المسائل الممنوعة في بيع العينة هي الأدلة التي استخرجت منها هذه العلة. وصور عدم الجواز هي:

الصورة الأولى: هي التي يقول فيها طالب الشراء للبائع: اشتريها بعشرة نقداً وأنا أخذها منك باثني عشر لأجل. وهذه الصورة حرام، فتمنع لما فيها من تهمة سلف جرّ نفعاً؛ لأنه كأنه سلفه عشرة ثمن السلعة يأخذ عنها بعد الأجل اثني عشر. وفي هذه الصورة تلزم السلعة طالبها بالعشرة نقداً، وذلك إن قال للمطلوب منه - وهو البائع -: «اشترها لي»، ويكون للمطلوب منه الأقلّ من جعل مثله ومن الربح. ويفسخ البيع الثاني وهو الاثني عشر لأجل.

فإن لم يقل الطالب: «لي» مضى البيع الثاني بالاثني عشر للأجل على الأرجح من القولين الذين ذكرهما الشيخ خليل، لبعده تهمة السلف بمنفعة، ولزم الاثنا عشر الطالب. والقول الثاني: الفسخ إلا أن تفوت السلعة بيده، فالقيمة.

والحاصل أنه إذا لم يقل: «لي» والفرض أنه أمره بشرائها بعشرة، واتفق معه على أن يشتريها منه باثني عشر لأجل ووقع ذلك، فقيل: يفسخ البيع الثاني وهو أخذ الأمر لها باثني عشر لأجل. ثم إن كانت السلعة قائمة بيد الأمر ردّت للمأمور بعينها، وإن فاتت في يد الأمر بمفوت البيع الفاسد ردّ قيمتها يوم القبض حالة بالغة ما بلغت. وقيل: إن البيع الثاني يمضي على الأمر باثني عشر للأجل، ولا يفسخ، كانت السلعة قائمة أو فائته.

وعلى القول بالفسخ ولزوم القيمة عند الفوات يشكل على ما تقدم من أن المختلف في فساده يمضي إذا فات بالثمن، وهذا من المختلف فيه. والجواب: أن ما تقدم أكثره.

الصورة الثانية: هي التي يقول فيها الطالب: اشتريها لي بعشرة نقداً وأخذها باثني عشر نقداً. فهذه الصورة جائزة والمأمور أجير على اشترائها بدرهمين⁽¹⁾، ولكن تحرم إن شرط الطالب النقد على المأمور، بأن يقول له: اشتريها لي بعشرة دراهم، بشرط أن تنقدها عني، وأنا أشتريها منك باثني عشر درهماً نقداً؛ لأنه حينئذ قد جعل له درهمين في نظير سلفه وتوليته الشراء، فهو سلف وإجارة بشرط⁽²⁾.

وفي هذه الصورة تلزم السلعة الطالب بالعشرة، وللمأمور في نظير عمله الأقل من جعل مثله والدراهمين.

وإذا نقد المأمور بغير شرط من الطالب بل تطوعاً، فالبيع جائز وله الدرهمان.

كما يجوز إذا نقد الأمر بأن قال له، اشتريها لي بعشرة نقداً، ونقدها له، وأنا أخذها باثني عشر نقداً، فللمأمور الدرهمان لأنهما أجرة. ولو كان ذلك بشرط اشتراطه عليه المأمور.

وإذا لم يقل الأمر «لي» في هذا الفرض، وهو ما إذا شرط الطالب النقد على المأمور، كره وهو الراجح وقيل: يجوز أيضاً، وهما روايتان عن الإمام.

ويكره أيضاً قول بائع المشتري: خذ مني بمائة سلعة بثمانين قيمة، لما فيه من رائحة الربا، ولا سيما إذا قال له المشتري: سلفني ثمانين، وأردك عنها مائة، فقال المأمور: هذا ربا، بل خذ مني بمائة ما بثمانين. ولا فرق في هذه المسألة بين كون الفاعل لذلك من أهل العينة أو غيرهم، فهي مسألة عامة.

وأما لو أعطى رب المال لمريد التسلف منه بالربا ثمانين ليشتري بها سلعة على ملك رب المال، ثم يبيعها له بمائة لأجل فهو حرام لا مكروه؛ لأنها لما لم تكن عنده السلعة كان المقصود بشرائها، ولو على وجه الوكالة صورة إنما هو دفع قليل ليأخذ منه أكثر.

ويكره أيضاً إذا قال شخص لآخر: اشتر هذه السلعة وأنا أربحك، ولم يعين له قدر الربح، فإنه يكره. فإن عتبه حرم. فإن لم يذكر الربح ولم يعينه وإنما أوماً من غير تصريح بلفظه نحو: لا يكون إلا خيراً فجائز.

الصورة الثالثة: وهي التي يقول فيها الطالب للبائع: اشتريها لي بعشرة لأجل، وأنا أشتريها منك بثمانية نقداً. وهذه الصورة حرام، فتمنع لما فيها من السلف بزيادة؛ لأنه سلفه الثمانية المنقودة على أن يشتريها له بعشرة.

واختلف في منع هذه الصورة. فضعفه الشيخ الدردير بقوله بعد إيرادها: كذا قيل، ولا وجه له. ثم نقل قول ابن رشد وغيره أن وجه المنع أن الأمر استأجر المأمور على أن يشتري له السلعة بسلفه الثمانية ينقدها له يتنفع بها إلى أجل، ثم يرده له، أي: والأمر يدفع له العشرة عند الأجل للبائع الأصلي ثم قال: وهذا بعيد أيضاً لا يقتضي الحرمة، فتأمل.

وذكر الشيخ الصاوي أنه قد يقال وجهه ظاهر؛ لأن المأمور عجلت له الثمانية في نظير توليته الشراء وزيادته للدرهمين وتحمل الثمن في ذمته للأجل.

كما ذكر أن قول الشيخ الدردير: وهذا بعيد أيضاً لا يقتضي الحرمة، أن كونه لا يقتضي الحرمة غير ظاهر بل متى كان التصوير هكذا كانت حرمة ظاهرة؛ لأن دفع الثمانية ورجوعها إليه سلف جرّ له نفعاً، وهو تولية المأمور الشراء له.

وعلى القول بالمنع فإن السلعة تلزم الأمر بما أمر وهو العشرة لأجلها، ولا يعجل له الأقل وهو الثمانية في المثال. فإن عجل الأقل للمأمور ردّ للأمر؛ لأن بقاء ربا، ويكون للمأمور جعل مثله في نظير توليته الشراء.

وعلى القول بالمنع أيضاً فإنه إن لم يقل «لي» فسخ البيع الثاني الذي هو قوله: وأنا اشتريها منك بثمانية. فترد السلعة للمأمور إن كانت قائمة. فإن فاتت فالقيمة على الأمر يوم قبضها على أحد القولين: والثاني لا يفسخ بل يمضي بالثمانية نقداً، وعلى المأمور العشرة للأجل لرب السلعة. أي: فيتفق القولان على ردها إذا لم تفت وإنما يختلفان عند الفوات فعلى الأول تفوت بالقيمة على الأمر يوم قبضها، وعلى الثاني تمضي بالثمانية نقداً.



بيع الخيار

بيع الخيار مستثنى من بيع الغرر الممنوع، بناء على أن بيع الخيار رخصة كما قال ابن عرفة. وقال المازري في كونه رخصة لاستثنائه من الغرر وحجر المبيع خلاف.

أقسام الخيار:

الخيار قسمان:

- 1 - خيار تروء، أي: نظر وتأمل، في انبرام البيع وعدمه.
 - 2 - وخيار نقيصة، وهو ما كان موجه وجود نقص في البيع من عيب أو استحقاق.
- والفرق بين القسمين أن موجب الخيار في التروء مصاحب للعقد، وموجه في النقيصة مقدم على العقد؛ لذلك فهو خيار حكمي لأنه يعيب سابق على العقد. وأمّا خيار المجلس فلم يقل به الإمام مالك رحمه الله تعالى. وأمّا الحديث عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان، كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار»⁽¹⁾. وظاهر الحديث أنه يثبت خيار المجلس للمتبايعين، أي: فيكون للمتبايعين الخيار في إمضاء العقد وعدم إمضائه ما دام في مجلس البيع، ولا يكون العقد لازماً لهما إلا بعد التفرق عن المجلس. والحديث قد أخرجه الإمام مالك في موطنه، ولكنه لم يأخذ به. واختلف في الدليل الذي أخذ به، فقال ابن رشد الجدل⁽²⁾ ومن سار على رأيه: أنه إنما أخذ بدليل عمل أهل المدينة المستمر إلى عهده، بلزوم البيع بوجود الإيجاب والقبول، أي: ولا تأثير للمجلس والتفرق عنه في الخيار. قال الإمام مالك بعد ذكر الحديث: «وليس لهذا عندنا حدّ معروف، ولا أمر معمول به». ومثله نقله سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك في المدونة، وقال في آخره: «به فيه»⁽³⁾. أي: إن خيار المجلس لم يكن معمولاً به في المدينة المنورة على عهده، وثبت عنده أن عدم العمل به مستمر في المدينة المنورة ومتصل إلى عهد النبي ﷺ. ونقل سحنون عن أشهب قوله: «الذي اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البائعين إذا

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الخيار؛ والبخاري في البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يفترا؛ ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

(2) المقدمات: 2/95، وبداية المجتهد: 2/194، مفتاح الوصول: 17.

(3) المدونة الكبرى: 3/234.

أوجبا البيع بينهما فقد لزم، ولا خيار لواحد منهما، إلا أن يكون اشترط الخيار أحدهما، فيكون ذلك المشترط على الخيار على صاحبه. وليس العمل على الحديث الذي جاء: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»⁽¹⁾. قال القاضي عياض: عمل معظم السلف وأهل المدينة أقوى متمسك في المسألة⁽²⁾.

ووجه تقديمه عمل أهل المدينة على الحديث، أنه تعارض لديه العمل والحديث، ولما كان عمل أهل المدينة طريقه النقل المتواتر وهو قطعي الثبوت، والحديث طريقه نقل الآحاد وهو ظني الثبوت، فقد قَدّم الإمام مالك العمل على الحديث لأنه أقوى؛ لأن ما استمرّ عليه العمل بالمدينة واتصل بعهد النبي ﷺ مقدّم عنده على أخبار الآحاد العدول؛ لأنّ المدينة المنورة دار النبي ﷺ، وبها توفي وأصحابه متوافرون؛ فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على خلاف ما روي عن النبي ﷺ، إلا وقد علموا أحد أمرين فيه، هما:

- أ - إما أنه منسوخ. وهو قول أشهب، واستدلّ على وقوع النسخ لما روي عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽³⁾، أي: قبل التفرق وبعده.
- ب - أو أنهم صرفوه عن ظاهره وتأولوه⁽⁴⁾.

وذلك أنه روي عن عبد الله بن عمر راوي الحديث ما يدلّ على أنه حديث ترك العمل بظاهره في زمن الصحابة بالمدينة، إمّا لنسخ علموه فيه، وإمّا لتأويل تأولوه عليه، وذلك أنه قال: «بعت من عثمان أمير المؤمنين مالاً بالوادي بمال له بخبير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أنّ المتبايعين بالخيار حتى يفترقا»⁽⁵⁾. وجه الاستدلال أنه لا يقال: كان كذا وكذا، إلا لما قد كان وذهب، لا لما هو قائم ثابت بعد. وأمّا قوله: «وكانت السنة» أي: كانت السنة عنده وفي مذهبه على ما كان يحمل عليه الحديث من التفرق بالأبدان؛ وهذا يدلّ على أنه ﷺ رجع عن مذهبه إلى أنّ البيع يلزم المتبايعين بتمام الإيجاب والقبول - أي: بالكلام - وإن لم يفترقا عن مجلسهما؛ وأيضاً لو كان ابن عمر مستمراً على هذا العمل، أي: قيامه من المجلس خشية أن يرده من بايعه البيع، لكان مخالفاً للرواية الآتية، وفيها: «فلا يحلّ له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»، وسيأتي بيان ما فيها⁽⁶⁾.

(2) إكمال الإكمال: 350/5.

(1) المدونة الكبرى: 234/3.

(3) سبق تخريجه.

(4) المقدمات: 95/2، والمعلم: 255/2، وإكمال الإكمال: 349/5.

(5) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته.

(6) المقدمات: 97/2.

ويؤيد عمل أهل المدينة من الأدلة ما يلي⁽¹⁾:

أ - ظاهر قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾ [المائدة: 1]. والعقد هو الإيجاب والقبول. والأمر في الآية بالوفاء يحمل على الوجوب، وهو ينافي الخيار؛ لأن خيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد؛ لأن له أن يرجع بعدما انعقد البيع ما لم يتفرقا. ثم إنها مطلقة لا ذكر للمجلس فيها ولا لافتراق الأبدان منها. قال ابن رشد الحفيد في هذه الآية: هي من أظهر الظواهر في ذلك.

ب - ظاهر قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونِ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل مناط انعقاد عقد التجارة الذي تنتقل به الأملاك التراضي خاصة دون التفرق بالأبدان، والتراضي يحصل عند التباعد بالإيجاب والقبول⁽²⁾. فمطلق الآية يدل على التجارة المتراضي عليها، وذلك ينقضي بالعقد وينقطع بالتجاوب بين المتعاقدين، وبقاء التخاطر في المجلس بينهما لا تشهد له الآية لا نطقاً ولا تنبيهاً⁽³⁾.

ج - قوله تعالى في آية الدين: ﴿وَلِيَسْلُبَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ ثم قال: ﴿وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْفُرُوا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ آلِهِ﴾ ثم قال: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ ثم قال: ﴿فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 282 - 283].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بأن يتولى صاحب الحق الإملاء، فإذا أملى وكتب وأعطى الأجرة، ثم عاد في المجلس ومحا ما أملى وكتب، كان تلاعباً وفسخاً لعقد آخر قد تقرّر. وكذلك فيما أمر به من عدم السامة من كتابة كل صغير أو كبير. وأمر بعدم البخس منه شيئاً، فإذا حلّه في المجلس فقد بخسه كله، ولا وجه للوصية بعدم البخس إذا كان لهما الخيار. وأمر بالإشهاد، فإذا كان لهما الخيار فعلى أي شيء يشهدون؟ وهل يقفون طول مدة المجلس لانعقاد شهادتهم؟. وأمر بقبض رهن، فإذا كان له الخيار في المجلس فإنه يكون قد أضيف عقد الرهن إلى غير عقد، وارتهان إلى غير واجب⁽⁴⁾.

د - ظواهر ما في السنن والآثار التي تدل على أن الأملاك المبيعة تنتقل بتمام الإيجاب والقبول على ما يتراضي عليه المتبايعان وإن لم يفترقا بأبدانها؛ وقال رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»⁽⁵⁾، فظاهره قبل الافتراق

(1) المعونة: 2/ 1043، وأحكام القرآن: 1/ 409، والمقدمات: 2/ 96، وبداية المجتهد: 2/ 194، والذخيرة: 5/ 21.

(2) المقدمات: 2/ 96، والتحرير والتنوير: 5/ 24.

(3) أحكام القرآن: 1/ 409، والمقدمات: 2/ 96، والتحرير والتنوير: 5/ 24.

(4) أحكام القرآن: 1/ 410.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها؛ والبخاري في البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض.

وبعده؛ لأنه ﷺ أجاز بيعه بعد الاستيفاء بإطلاق، من غير أن يقيّد ذلك بالافتراق؛ وعن عبد الله بن مسعود أنّ رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا بَيَّعِينَ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَانِ»⁽¹⁾، أي: عند الاختلاف، وسواء كان اختلافهما قبل التفريق أو بعده على ظاهر الحديث وحمله على عمومهما، والتراذُّ إنّما يكون بعد تمام البيع، وقد أدخل الإمام مالك هذا الحديث في موطنه عقيب حديث: «البيعان بالخيار» على طريق التفسير له والبيان لمعناه، وصرّح بذلك في المدونة فقال: «وليس لهذا عندنا حدّ معروف، ولا أمر معمول به فيه؛ وقد كان ابن مسعود يحدث أنّ رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا بَيَّعِينَ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَانِ»، فلو كان خيار المجلس ثابتاً لم يحتج إلى التحالف، إذ لم يفرق بين كون الاختلاف في المجلس أو بعده. وسيأتي كيفية الجمع بين هذه الظواهر وبين حديث: «البيعان بالخيار».

هـ - القياس على سائر العقود؛ لأنّه عقد معاوضة فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح، والخلع، والرهن، والصلح على دم العمد⁽²⁾.

و - ما جاء في رواية أخرى للحديث، وهي: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، إلّا بيع الخيار، فلا يحلّ له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ قوله: «فلا يحلّ له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله» تسقط خيار المجلس؛ لأنّه لو كان ثابتاً لم يحتج إلى أن يستقبله، والإقالة غير الخيار. قال الإمام الأبي: لم يكره له القيام من جهة أنه قصد وضع الخيار، حتى يكون حجة في إثباته، وإنّما كره له القيام من جهة أنه قصد قطع طلب الإقالة في المجلس، فالزيادة - أي: في هذه الرواية - تسقط خيار المجلس، إذ لو كان ثابتاً لم يحتج أحد المتبايعين إلى طلب الإقالة، أي: وكان يكفيه خيار المجلس لو كان مشروعاً⁽⁴⁾.

ز - أنّ مدّة خيار المجلس مجهولة، فيكون انعقاد البيع متوقفاً على أمر مجهول وهو غرر، قياساً على تعليق الخيار إلى قدوم زيد، والقدوم مجهول. ولذلك قال الإمام مالك: «وليس لهذا عندنا حدّ معروف» أي: ليس لمدّة خيار المجلس حدّ منضبط ومعروف. ح - أنّ كلّ واحد من المتبايعين لا يدري ما يحصل له من الثمن أو المثل، فكان مجهولاً، وهو غرر.

(1) أخرجه مالك - باللفظ المذكور - في البيوع، باب بيع الخيار؛ أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب البيعان يختلفان، عن ابن مسعود أنّ رسول الله ﷺ قال: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بيعة، والبيع قائم، فالقول قول البائع أو يترادان»

(2) الإشراف: 522/2، والمنتقى: 55/5، وبداية المجتهد: 194/2.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب 51؛ والترمذي في البيوع، باب 26؛ والنسائي في البيوع، باب 11.

(4) إكمال الإكمال: 349/5 - 350.

قال الإمام القرافي في تقديم دليل عمل أهل المدينة في هذه المسألة: عمل أهل المدينة، وهو مقدّم على خبر الواحد، فإن تكرر البيع عندهم مع الأنفاس، فعدم خيار المجلس من بين أظهرهم يدلّ على عدم مشروعيته دلالة قاطعة، والقطع مقدم على الظنّ. إذا تقرّر هذا فاعلم أنّ القواعد والقياس معنا كما تقدّم لنا، وقد تعارض في هذا الموضوع خبر الواحد والقياس، فلمّا كان شأن الحنفية تقديم القياس قدّموه ههنا، واختلف النقل عن مالك في تقديم القياس على خبر الواحد، فنقل عبد الوهاب عنه تقديمه، ونقل عنه غيره عدم تقديمه. فعلى الأوّل طرد أصله مع الحنفية، وعلى الثاني يكون القياس ههنا معضوداً بعمل أهل المدينة. وبهذه المباحث يظهر لك نفي التشنيع عليه في كونه روى خبراً صحيحاً وما عمل به، فما من عالم إلّا وترك جملة من أدلّة الكتاب والسنة لمعارض راجح عنده، وليس هذا خاصّاً به، رضي الله عنهم أجمعين⁽¹⁾.

واعترض كلّ من ابن العربي والمازري أن يكون دليل الإمام مالك عمل أهل المدينة، واختلفا في تعيين الدليل، فقال ابن العربي: هو الجهل الذي في مدّة مجلس العقد؛ لأنّه لو شرط الخيار مدّة مجهولة لبطل إجماعاً، فكيف يقال إنّ الشرع أثبت حكماً لا يجوز شرطاً في الشرع، وذلك أنّ الحديث جعل المتعاقدين بالخيار بعد تمام البيع ما لم يتفرّقا، ولم يكن لتفرّقهما وانفصال أحدهما عن الآخر وقت معلوم ولا غاية معروفة، إلّا أن يقوما أو يقوم أحدهما؛ وفي هذا جهالة يقف عليها انعقاد البيع، فيصير من بيع المنابذة والملامسة، وعلى ذلك حمل قول مالك: «وليس لهذا عندنا حدّ معروف، ولا أمر معمول به». قال ابن العربي: وهذا شيء لا يتفظن إليه إلّا مثل مالك، وإنّما غاص على ما قلناه. وعلى هذا فالحديث مظنون غير مفهوم المراد منه، والجهالة مقطوع بفسادها في العقد؛ فيترجّح العمل بالمقطوع به على المظنون به. وأمّا فعل ابن عمر أنّه كان إذا ابتاع بيعاً وهو قاعد قام ليحب له البيع، إن حمل على ظاهره فهو اجتهاد منه وليس من قول النبي ﷺ ولا تفسيره⁽²⁾، ولهذا عدل عن ظاهر الحديث الفقهاء السبعة وغيرهم من السلف، منهم ربيعة وكذلك الثوري والنخعي في أحد قوليهما⁽³⁾. وقال في قوله ﷺ في الرواية الأخرى: «فلا يحلّ له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»: وظاهر هذه الزيادة مخالف لظاهر أوّل الحديث، فإن تأوّل من أخذ بظاهر أوّل الحديث - أي: بخيار المجلس - لفظ الاستقالة باختيار الفسخ، تأوّلنا لفظ الخيار باختيار الاستقالة؛ وإذا تقابل التأويلان وقف الحديث والقياس في جانبنا⁽⁴⁾.

وأما الإمام المازري، فرأى قوله ﷺ في الرواية الأخرى: «فلا يحلّ له أن يفارق

(1) الذخيرة: 23/5.

(2) القيس: 845/2، وعارضة الأحوزي: 6/6. (3) المفهم: 2702/5.

(4) المفهم: 2703/5.

صاحبه خشية أن يستقيله»، وما ذكرناه في وجه الاستدلال من أنها تسقط خيار المجلس، هو أمثل ما يكون الاعتماد عليه في عدم إثبات خيار المجلس، وتقديمه على الرواية الأولى⁽¹⁾.

وقد سلك بعض علماء المالكية مسلك الجمع بين عمل أهل المدينة - على قول من يجعله الدليل - وبين الحديث، وذلك بتأويل الحديث على معان تتفق مع عمل أهل المدينة. وقد حملهم على التأويل قبول الحديث للاحتمال. وتأولوه على النحو التالي⁽²⁾:

أ - حمل الافتراق على المجاز وهو الكلام، لا على على تفرق الأبدان وهو الحقيقة؛ لاحتماله في اللغة الأمرين؛ فقال تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَدِي مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ﴾ [آل عمران: 105]، ومعنى تفرقوا أي: في الأديان ومباينة بعضهم لبعض فيها. وغيرها من الآيات التي تدل على أن التفرق كما يكون بالأبدان يكون أيضاً بالكلام والانحياز إلى المعاني والتباين فيها.

وحمل لفظ: «المتبايعين» على المتساومين والمتشاعلين بالبيع؛ لأن المتساومين يقع عليهما اسم المتبايعين حقيقة، فعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»⁽³⁾، فسمى التساوم بيعاً؛ لأن المتبايعين لا يوصفان حقيقة بأنهما متبايعان إلا في حين مباشرة البيع والتلبس به؛ فباب المفاعلة شأنها اتحاد الزمان، كالمضاربة ونحوها، فكما أن المتضاربين يصدق عليهما حالة المباشرة اللفظ حقيقة، فكذلك المتبايعان، وأما بعد كماله وتفرقهما وانفصال كل واحد منهما عن صاحبه واستبداده بما صار إليه، فلا يوصفان بأنهما متبايعان إلا مجازاً لا حقيقة، ويدل عليه ما تقدم من الأدلة.

وعلى هذا فإن أحد المجازين المتقدمين في تأويل الحديث لازم في الحديث. فإن حملنا المتبايعين على حالة المبايعة - أي: التساوم - كان حقيقة؛ لأن اسم الفاعل لا يصدق حقيقة إلا حالة الملابس، ويكون المجاز في الافتراق، فإن أصله في الأجسام، ويستعمل مجازاً في الأقوال؛ وإن حملنا المتبايعين على من تقدم منه البيع كان مجازاً، ثم يكون الافتراق في الأجسام حقيقة. وإذا كان كذلك فليس أحد المجازين أولى بالتقديم من الآخر، فيكون الحديث محتملاً فيسقط به الاستدلال،

(1) المعلم: 256/2.

(2) المنتقى: 55/5، والمقدمات: 95/2 - 96 - 97، والمعلم: 255/2، وإكمال الإكمال: 5/349، والذخيرة: 21/5، ومفتاح الوصول: 56.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة؛ والبخاري في البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

والقاعدة أن الدليل إذا تطرّق إليها الاحتمال سقط به الاستدلال؛ لكنّ المرجّح المجاز الأوّل لكونه معضوداً بالقياس والقواعد المذكورة في الأدلّة المتقدّمة⁽¹⁾.

فيكون معنى الحديث أنّ المتساومين كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار، ما لم يكملا البيع بالقول ويستبدّ كلّ واحد منهما بما صار إليه عوضاً عمّا صار لصاحبه.

فإن قيل: إذا حمل التبايع على التساوم بطلت فائدة الحديث، إذ لا يشكّ أحد أنّ المتساومين كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتمّ البيع بالكلام، هذا معلوم بالفطرة لا يحتاج إلى بيان؟ فأجاب القاضي ابن رشد الجدّ عن ذلك بأنّ فائدة الحديث لا تبطل؛ لأنّ المستفاد منه على ما تأولناه أنّ البيع يلزم بمجرد العقد - أي: الإيجاب والقبول -، إلّا أن يكون البيع قد شرط فيه الخيار، فيثبت فيه الخيار على حسبما شرط فيه، ويكون الاستثناء في قوله ﷺ: «إلا بيع الخيار»، ممّا يقتضيه لفظ الحديث ويدلّ عليه، كأنه قال: البيعان كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا، فإن تفرّقا أي: باللفظ، فلا خيار لهما إلّا في بيع الخيار.

ب - أن ترتب الحكم على الوصف يدلّ على علّية ذلك الوصف لذلك الحكم، فيكون وصف المفاعلة هو علّة الخيار، فإذا انقضت بطل الخيار لبطلان سببه، فيكون الحديث حجّة على الذين أخذوا بظاهره لا لهم.

ج - حمل الحديث على أنّ من أوجب البيع من المتبايعين لصاحبه، لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع عن إيجابه قبل ذلك.

د - حمل الحديث على خيار الإقالة، بالحثّ على قبول استقالة أحد المتبايعين وإساعاده بالفسخ، فتكون الإقالة في المجلس سنّة بهذا الحديث، وبعد الافتراق من المجلس تفضلاً واستحباباً.

فإذا احتمل الحديث أن يحمل على هذا، لم يصحّ أن يفرّق بين عقد البيع وسائر العقود اللازمة باللفظ إلّا بنصّ جلي لا يحتمل التأويل، وليس ذلك بموجود في مسألتنا هذه، لما تقدّم من الأدلّة على أن الأملاك المبيعة تنتقل بتمام اللفظ بالبيع على ما يتراضى عليه المتبايعان وإن لم يفترقا بأبدانها.

وقد اعترض كلّ من ابن العربي والمازري على هذه التأويلات، فانظرها⁽²⁾.

1 - خيار التروّي:

ويقال له: خيار شرطي، وهو الذي ينصرف له لفظ الخيار عند الإطلاق. وحقيقته: أنه بيع وقف بثّه ولزومه على إمضاء من له الخيار، من مشتر أو بائع أو

(1) الذخيرة: 21/5، والفروق: 270/3.

(2) المعلم: 255/2، وعارضة الأحوذى: 4/6 - 5.

غيرهما يتوقع في المستقبل. ودليل جواز اشتراط خيار التروّي لكلّ من المتبايعين⁽¹⁾:

أ - الحديث المتقدّم: «المتبايعان، كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يفترقا، إلّا بيع الخيار»، والمعنى: البيعان كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا، فإن تفرقا أي: باللفظ ونحو ذلك من التأويلات والترجيحات المتقدّمة، فلا خيار لهما إلّا في بيع شرط فيه الخيار. فقوله: «إلّا بيع الخيار» استثناء، والاستثناء من النفي إثبات.

ب - عن ابن عمر قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنّه يخدع في البيوع. فقال له رسول الله ﷺ: «من بايعت فقل: لا خلافة»⁽²⁾، والخلافة الخديعة. وذلك يدلّ على إثبات الخيار للمغبون.

ج - أنّ العلة في إجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه وإلى الاختبار، وكلّ واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاز اشتراط كلّ واحد منهما له.

ويفترق البيع في ذلك عن النكاح، وإن كان الرجل والمرأة قد يحتاجان إلى أن يختبر كلّ واحد منهما الآخر، وأن يتثبتا إن كانا يصلحان لبعضهما أم لا، وأن يستشيرا في أمر بعضهما، أكثر ممّا يحتاجان إليه في السلعة التي يتبايعانها؛ فالفرق أنّ البيع طريقه المكايسة والمتاجرة، والنكاح طريقه المكارمة والمواصلة، فافترق لذلك موضوعهما⁽³⁾.

وخيار التروّي في البيع أصله غرر، وإنّما جوزته السنّة لحاجة الناس إلى ذلك؛ لأنّ المتبايع قد لا يخبر ما ابتاع، فيحتاج إلى أن يختبره ويعلم إن كان يصلح له أم لا، وإن كان يساوي الثمن الذي ابتاعه به أم لا. وكذلك الأمر بالنسبة للبائع. وقد يحتاجان في ذلك كلّهما إلى رأي غيرهما، فجعل لهما الخيار رفقاّ بهما. ولذلك فهو رخصة مستثنى من بيع الغرر⁽⁴⁾. وقد تقدم تعليل ابن رشد الجدل وابن العربي منع خيار المجلس بالجهالة والغرر ووجه ذلك التعليل.

ويحصل خيار التروّي بشرط من المتبايعين، ولا يحصل بالمجلس - وهو مشهور المذهب - واشتراط خيار المجلس مفسد للبيع، وقد تقدّم الدليل على ذلك.

(1) المعونة: 2/ 1042، والمنتقى: 5/ 55، والمقدمات: 2/ 85 و 87 و 97، وبداية المجتهد: 2/

235، والمفهم: 5/ 2703، والذخيرة: 5/ 23، وإكمال الإكمال: 5/ 351.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب جامع البيوع؛ والبخاري في البيوع، باب ما يكره من الخداع؛ ومسلم في البيوع، باب من يخدع في البيوع.

(3) انظر المقدمات: 2/ 86.

(4) المقدمات: 2/ 86، وإكمال الإكمال: 5/ 351.

الفرق بين النكاح والبيع في خيار التروّي:

الفرق بين النكاح لم يشرع فيه خيار التروّي، والبيع شرع فيه ذلك، يظهر في ما يلي:

- أن حكمة الخيار استدراك المصلحة الفائتة حال العقد، والنكاح إنما يقع بعد الفحص.

- أن الأصل في العقود اللزوم، وإنما استثنى البيع بدليل.

- أن الخيار في النكاح يؤدي إلى ابتذال النساء وإهانتهم بين القبول والرد، لذلك أوجب الشرع لهنّ نصف الصداق إذا طلقن قبل الدخول، جبراً لهنّ ممّا وقع لهن في نفوسهنّ من ذلك.

- أن البيع مبني على المكايسة، فشرع الخيار فيه لئلا يدخل الغبن فيه على أحد من المتبايعين؛ والنكاح مبني على الوصلة، فلا يحتاج فيه إلى الخيار⁽¹⁾.

خيار غير المتبايعين:

يجوز الخيار ولو كان لغير المتبايعين. ويكون الكلام في إمضاء البيع وعدمه له، دون المتبايعين. وذلك كأن يعلق البيع على رضا الغير، كبعته لك أو اشتريته منك بكذا إن رضي فلان، فإن الكلام لمن علق الإمضاء على رضاه، وهو الراجح في المذهب. والدليل على جواز أن يكون الخيار لغير المتبايعين⁽²⁾:

أ - عموم الحديث، في أنه ﷺ أجاز شرط الخيار ولم يفرق بين أن يكون للمتبايعين أو لغيرهما.

ب - أن الخيار وضع لتأتمل المبيع واختباراه، وقد لا يعرف المشتري ذلك، فيشترط خيار غيره له.

والدليل على أن إمضاء البيع وعدمه يكون لمن فوّض له الخيار دون المتبايعين: أن مشترط الخيار لغيره قد أعرض عن نظر نفسه⁽³⁾.

وهذا بخلاف المشورة وذلك كبعته أو اشتريته بكذا، على مشورة فلان، فإن إمضاء البيع أو رده يكون لمن علق المبيع على المشورة من المتبايعين، دون من علقت المشورة عليه؛ أي: لا يكون إمضاء البيع ورده للمستشار. ووجه ذلك أن من اشترط المشورة إنما اشترطها لنفسه لا لغير⁽⁴⁾.

والفرق بين تعليق البيع على خيار الغير ورضاه وتعليقه على مشورة الغير، أن من

(1) عدّة البروق: 227.

(2) الإشراف: 526/2، والمعونة: 1046/2. (3) الذخيرة: 29/5.

(4) المعونة: 1047/2.

علّق الأمر على خيار غيره فقد أعرض عن نفسه بالمرّة، ومن علّق على مشورة غيره قد جعل لنفسه ما يقوّي نظره، فله أن يستقل بنفسه.

منتهى مدّة خيار التروي:

منتهى زمن خيار التروي يختلف باختلاف المبيع⁽¹⁾. والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - قوله ﷺ في حديث ابن عمر المتقدم في الخيار: «لأبيع الخيار». ووجه الاستدلال أن الحديث مطلق لم يقيد الخيار بمدّة محدّدة.

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽³⁾.

ج - القياس على التحديد بثلاثة أيام لمن يقول بذلك؛ لأنها مدّة ملحقة بالعقد، فجاز أن تكون أكثر من ثلاثة أيام كالأجال.

د - القياس على الردّ بالعيب؛ لأنّه خيار يستحقّ به الردّ فلم يقف على ثلاثة أيام كخيار الردّ بالعيب.

هـ - أنّ الحاجة تدعو إلى هذه المدّة يحتاج لاختبار المبيع كالثلاثة أيام.

و - أنّ الخيار وضع لتأمّل المبيع واختباره واستدراك المصلحة في ذلك، فيجب أن تختلف مدّته باختلاف أحوال المبيعات واختبارها، وأن لا تقف على مدّة محصورة، بل تعلق بما يمكن هذا فيه تحصيلاً لمقصود الشرع، وإلا كان حصره بمدّة محدّدة إبطالاً لفائدته؛ لأنّه لا يجوز أن يكون موضوعاً لمعنى ومستثنى من الغرر لأجله، ثمّ يكون محصوراً بمدّة لا يستفاد بها ما أريدت لأجله.

والمراعى في تحديد أمد مدّة الخيار واختلافه بين مبيع وآخر، هو ما تحتاج إليه في الاختبار باختلاف أحوالها، مع مراعاة إسراع التغيير إليه وإبطائه عنه⁽⁴⁾.

وأما التحديد بثلاثة أيام الوارد في حديث الذي يخدع في البيوع، فإنّما ورد للتنبيه على هذا المعنى، فهو من باب الخاص الذي أريد به العام⁽⁵⁾.

فتكون مدّة الخيار كالآتي:

العقار: وهو الأرض وما يتصل بها من بناء أو شجر. وتكون أقصى مدّة الخيار فيه ستة وثلاثين يوماً، لا أكثر. وتكون أقل من ذلك إذا عينه المتعاقدان. وعلة التحديد

(1) هذا في المذهب المالكي، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي القائلين بأنّ مدّة الخيار ثلاثة أيام في كلّ شيء.

(2) الإشراف: 54/2، والمعونة: 1044/2، والمنتقى: 56/5، والمقدمات: 87/2، والذخيرة: 25/5.

(3) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(4) المقدمات: 88/2. (5) بداية المجتهد: 236/2.

بالسنة والثلاثين في العقار والدور، أنها يؤمن عليها التغير فلا يسرع إليها، ولا تحتاج إلا إلى الاختبار⁽¹⁾.

ولا يجوز للمشتري في مدة الخيار أن يسكن الدار المشتراة بالخيار، وذلك في المسائل التالية:

- أن يسكنها بدون أجره مدة كثيرة، سواء كانت السكنى بشرط أم لا. وسواء كانت لاختبار حال الدار أم لا. وله اختبارها بغير السكنى.

- أن يسكنها بدون أجره مدة يسيرة، سواء كانت السكنى بشرط أم لا، وكانت السكنى لغير اختبار.

ويفسد البيع في صورتين من هاتين المسألتين:

- أن يسكنها بدون أجره مدة كثيرة، وكانت السكنى قد شرطت في صلب العقد سواء كانت لاختبار حال الدار أم لا.

- أن يسكنها بدون أجره مدة يسيرة لغير الاختبار، وكانت السكنى بشرط. فإن كانت السكنى للاختبار جاز.

وعلة الفساد هنا هو اشتراط السكنى. ووجه ذلك أن هذا الشرط ينافي المقصود من البيع، إذا لا يجوز التصرف في المبيع، إلا إذا دخل في ملك مشتريه.

وتجوز السكنى في مدة الخيار، إذا كانت بأجرة، سواء كانت السكنى كثيرة أو يسيرة، لاختبارها أو لغير اختبارها، شرطها المشتري أم لم يشترطها.

وتجوز السكنى أيضاً، إذا كانت بدون أجره، وكانت المدة يسيرة، للاختبار لا لغيره، بشرط أم لا. فإن سكن الكثير أو اليسير لغير اختبارها بلا إذن فهو متعد تلزمه الأجرة.

فتحصّل أنه إن سكن بأجرة جاز مطلقاً، بشرط وبغير شرط، قلّ أو كثر، للاختبار أو لغير الاختبار.

وإن سكن بلا أجره منع في الكثير في صورته الأربع، وفي اليسير في صورتين عدم الاختبار. وجاز في صورتين الاختبار. فالممنوع ستّ من ستّ عشرة صورة.

المعروض: وذلك كالثياب، ومنتهى مدة الخيار فيها خمسة أيام. وهي مدة موسعة لا تضيق فيها بالنسبة للثياب، وعلة عدم التضيق في الثياب أنها لا يسرع إليها التغير في هذه المدة⁽²⁾.

الدواب: ومنتهى مدة الخيار فيها خمسة أيام. وهي مدة مضيقّة بالنسبة للدواب. وعلة التضيق والتحديد بذلك، إسراع التغير إليها، وأنّ اختبارها والعلم بما هي عليه

(2) المتنتى: 56/5، والمقدمات: 88/2.

(1) المقدمات: 88/2.

من أحوالها يحصل في هذه المدة؛ إذ هي ليست من ذوي الميز الذي يخشى منها أن تستمر ما فيها من الأخلاق الذميمة والعيوب التي تزهد فيها وتظهر ما يرغب فيها من أجله⁽¹⁾.

والمراد بالدواب أي: التي ليس شأنها الركوب، كالبقرة والغنم. ويدخل فيها الطير والإوز والدجاج. وقال اللقاني فيها: إن جرى عرف فيها بشيء عمل به، وإلا فلا خيار فيها فيما يظهر.

وكذلك الدواب التي شأنها الركوب ولكن لا لاختيارها فقط بل بنحو أكلها وغلائها ورخصها. وأما إن كان بخصوص ركوبها، فإما أن يكون الركوب في البلد أو خارجها، فإذا اشترط ركوبها في البلد، فمدة الخيار يومان لا أكثر، وإن اشترط ركوبها خارج البلد فمدة الخيار البريدان لا أكثر، على قول أشهب، والبريد على قول ابن القاسم.

وقد اختلف هل بين القولين خلاف - كما هو الظاهر - بحيث يكون البريد عند ابن القاسم ذهاباً وإياباً، والبريدان⁽²⁾ عند أشهب كذلك، أو البريد ذهاباً ومثله إياباً، والبريدان كذلك، أو بينهما وفاق بحمل البريدين في قول أشهب على بريد ذهاباً وبريد إياباً، وهو عين قول ابن القاسم، وهو ما مشى عليه الشيخ خليل. وكلام غيره أن الدواب لها الثلاثة الأيام ونحوها مطلقاً، سواء كانت تراد للركوب أو غيره، وإنما اليوم ونحوه، والبريد ونحوه لخصوص الركوب.

السكوت عن مدة الخيار:

إذا اشترط الخيار، وسكت المتبايعان عن ضرب مدته، فلا يفسد البيع، ويضرب لهما من المدة بقدر ما يختبر في مثله المبيع في العادة؛ لأن الأصل حمل تصرف العقلاء على الصحة؛ ولأن قدر ما يحتاج إليه المبيع من المدة معروف في العادة، فإذا سكت المتبايعان عنه فقد دخلا فيه على العرف والعادة، فيصير كالمشترط⁽³⁾.

صحة وجواز الخيار بعد بت البيع:

يصح الخيار ويجوز للمشتري أو للبائع أو لغيرهما بعد عقد بت؛ أي: يصح فيما وقع فيه البيع على البت، أن يجعل أحدهما لصاحبه أو كل منهما للآخر الخيار. وأما الجمع بين البت والخيار في عقد واحد فهو ممنوع، لخروج الرخصة عن موردها؛ لأن

(1) المتقى: 56/5، والمقدمات: 87/2.

(2) وهما سير يوم كامل؛ لأنهما على النصف من مسافة القصر.

(3) الإشراف: 526/2، والمعونة: 1047/2، والمتقى: 57/5، والمقدمات: 89/2، والذخيرة:

إباحة الخيار رخصة؛ لأن الخيار محتو على غرر، إذ لا يدري كل من المتبايعين ما يحصل له هل الثمن أو المثلن، لجهله بانبرام العقد ومتى يحصل، فكان مقتضاه أن يكون ممنوعاً، لكن رخص الشارع فيه فأباحه عند انفراده.

ومحل صحة وجواز الخيار بعد بت البيع، إن نقد المشتري الثمن للبائع، فإن لم ينقده فلا يصح على الراجح؛ لأنه إذا لم ينقده فقد فسخ البائع ماله في ذمة المشتري في معيّن يتأخر قبضه.

وإذا لا يصحّ فضمانه حين وقوعه بعد البتّ يكون من المشتري لأنه صار بائعاً حينئذ، ولو جعل الخيار له. ويلغز بها فيقال: مبيع بالخيار بيعاً صحيحاً وضمّانه في مدّته من المشتري.

فساد الخيار:

يفسد البيع المحتوي على الخيار إذا شرط فيه ما يلي:

- مدة بعيدة تزيد على مدّته. واليومان ملحقان بأمد الخيار فلا يضر زيادتهما.
- مدة مجهولة، مثل اشتراط مدة إلى أن تمطر السماء، أو إلى قدوم زيد، ولم يعلم أمد قدومه.

- مشاوره شخص بعيد لا يقدم إلا بعد مدة الخيار بزمان كثير. وهذا الشرط داخل في المدّة المجهولة، لكن نصّ عليه زيادة في الإيضاح.

ووجه الفساد بالشروط الثلاثة المذكورة، للغرر، ولاتهامهما في إظهار الخيار وإبطال البتّ، ليكون في ضمان البائع بجعل⁽¹⁾.

ويفسد البيع بما ذكر وإن أسقط الشرط. ووجه الفساد ولو أسقط الشرط؛ لأنّ هذه الشروط، وكذلك الآتية، ممّا ينافي موجب العقد، كما لو اشترط ألا يملك المبيع⁽²⁾.

ويفسد أيضاً باشتراط ما يلي:

- اشتراط الخيار في الصرف؛ لأنّ الصرف مضيق فيه في الشرع، باشتراط المناجزة عقيب العقد⁽³⁾.

- اشتراط لبس ثوب أو استخدام حيوان كثيراً. ودليل الفساد: أنّه غرر؛ لأنّه إن لم يتمّ البيع يكون قد انتفع بالسلعة باطلاً من غير شيء، وإنّما جوّز له من ذلك قدر ما يقع به الاختبار خاصّة فيما يختبر بالاستعمال كركوب الدابة في الشيء اليسير الذي لا

(1) الذخيرة: 26/5، 27.

(2) المعونة: 1048/2، وبداية المجتهد: 239/2.

(3) الذخيرة: 31/5.

ثمن له⁽¹⁾.

وإذا شرط هذا الشرط ردّ أجرة المبيع للبائع؛ لأن الضمان منه والغلة له. أي: أن الأجرة والغلة للبائع في بيع الخيار زمن الخيار، سواء كان صحيحاً أو فاسداً، ولو كان الخيار في الصحيح للمشتري وأمضى البيع لنفسه؛ لأن الملك للبائع وزمنه لم يدخل في ضمان المشتري. وما تقدم من أن الغلة للمشتري في البيع الفاسد والضمان منه محمول على ما إذا كان البيع بتأجيل البيع البت الفاسد ينتقل فيه الضمان بالقبض، فيفوز المشتري بالغلة. وأما بيع الخيار فالملك فيه للبائع ولا ينتقل الضمان فيه بالقبض كان صحيحاً أو فاسداً، فلذا كانت الأجرة والغلة فيه للبائع.

- اشتراط النقد للثمن. وذلك للتردد بين السلفية والشمية؛ لأنّ النقد المدفوع يصير تارة ثمناً إن تمّ البيع، وتارة سلفاً إن لم يتمّ⁽²⁾.

ويفسد البيع وإن لم ينقد بالفعل. وأما التطوع به بعد العقد فهو جائز، ووجه الجواز أنه صرف الثمن الذي تطوّع بتقديمه في عين تعجّل قبضها⁽³⁾.

وكذا يفسد البيع ولو أسقط الشرط بعد ذلك - على المعتمد - فليس كالبيع بشرط السلف الذي إذا أراد مشتري السلف إسقاطه صحّ البيع⁽⁴⁾.

ويشارك هذا الفرع في الفساد بشرط النقد فروع خمسة تشبهه وهي:

- المبيع - من غير العقار - الغائب البعيد كالعشرة أيام، الذي يبيع بتأجيل الوصف بشرط النقد، فإنه يفسده. وأما لو كان المبيع عقاراً مطلقاً أو غيره، وهو قريب الغيبة كالثلاثة الأيام، فلا يفسد بشرط النقد فيه.

- كراء الأرض للزراعة التي لم يؤمن ربّها، كأراضي النيل العالية أو الأراضي التي تروى بالمطر، فشرط النقد يفسد البيع، وذلك لتردد المنقود بين الشمية إن رويت والسلفية إن لم ترو. فإن أمن ربّها جاز كالنقد تطوّعاً. فيجوز ولو في غير مأمونة الري.

- الجعل على تحصيل شيء كحيوان شارد، فشرط النقد يفسده، وذلك للتردد المذكور في المسألة السابقة.

أما النقد تطوّعاً لا يضّر على المعتمد خلافاً لمن قال إن النقد يفسد الجعل مطلقاً ولو تطوّعاً.

(1) المقدمات: 92/2.

(2) المعونة: 1048/2، والمنتقى: 57/5، والمقدمات: 91/2، وبداية المجتهد: 236/2، والذخيرة: 27/5.

(3) المنتقى: 58/5.

(4) تقدمت هذه المسألة في المعاملات المنهي عنها، وتأتي أيضاً في الشروط في البيع.

- الإجارة لحراسة زرع. فشرط النقد يفسده لاحتمال فساد الزرع بجائحة، فيكون المنقود سلفاً، واحتمال سلامته فيكون ثمناً.

ومثل الإجارة لحراسة الزرع، الإجارة لرعي غنم، والإجارة لخياطة ثوب.

وكون شرط النقد يفسد الإجارة هنا هو مبني على أنه لا يجب عليه خلف الزرع وما ألحق به إذا تلف، ولكن المعتمد أنه يلزمه الخلف أو يعطيه الأجرة بتمامها، ولا يضر شرط النقد. فالقول هنا بالفساد بشرط النقد مشي فيه الشيخ على ضعيف لأجل جمع النظائر. نعم إذا كان الزرع المستأجر على حراسته معيناً فلا يجب الخلف اتفاقاً، وحينئذ فيمتنع اشتراط النقد.

- إجارة مستأجر معين كزيد بعينه أو هذه الدار بعينها، فالمستأجر المعين أعم من العاقل، وهذا المستأجر يتأخر الشروع فيما استؤجر عليه أكثر من نصف شهر، فشرط نقد الأجرة يفسد الإجارة، لاحتمال تلف الأجير المعين، فيكون سلفاً لأن عقد الإجارة يفسخ بتلف ما يستوفى منه حيث كان معيناً لا ما يستوفي به، ولاحتمال سلامته فيكون ثمناً.

والتقييد بالمعين لما يأتي في الإجارة، أن غير المعين، وهو المضمون يتعين فيه إما الشروع في العمل أو تعجيل النقد.

والعلة إذاً في الجميع التردد بين السلفية والتمنية، وحكمه منع التردد بين السلفية والتمنية ما فيه من سلف جرّ نفعاً؛ لأن الدافع للثمن لم يكن قصده بالسلف على احتمال حصوله وجه الله، بل رضاه به مجوّزاً كونه ثمناً، ولولا ذلك ما دفعه.

ويمنع النقد مطلقاً - بشرط وبغير شرط - في مسائل، وضابط ذلك: أن كلّ ما يتأخر قبضه بعد أيام الخيار يمنع النقد فيه مطلقاً إذا كان لا يعرف بعينه؛ لأن علة المنع فيه فسخ ما في الذمة في مؤخر، وما يعرف بعينه لا يترتب في الذمة.

أي: فما لا يعرف بعينه هو المثلي، مكياً كان أو موزوناً أو معدوداً، بأن يجعل ذلك ثمن الغائب أو أجرة الكراء أو رأس مال السلم، ويكون العقد على الخيار.

وما في الذمة هنا هو الثمن الذي قبضه البائع وصار في ذمته.

والمؤخر هو المبيع الذي يتأخر قبضه بعد أيام الخيار.

ومن هذه المسائل ما يلي:

- بيع شيء غائب على الخيار، سواء كان عقاراً أو غيره.

- كراء شيء بخيار كدار ودابة، كراء مضموناً أو غير مضمون. فمن اكرت دابة

معينة أو غير معينة ليركبها أو يحمل عليها بخيار لم يجز نقد الأجرة فيه مطلقاً، بشرط وبغيره. وإنما لم يجز نقد الأجرة بناء على أن قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر. وهو قد منع في الكراء مطلقاً، وجاز في البيع بالخيار النقد تطوعاً، لان اللازم في البيع

التردد بين السلفية والثنوية، وهو إنما يؤثر مع الشرط واللازم في الكراء، فسخ ما في الذمة في مؤخر وهو يتحقق حتى في التطوع.

- السلم بخيار، ويأتي في باب السلم إن شاء الله تعالى أنه يجوز السلم بالخيار لما يؤخر، ما لم ينقد رأس السلم وإن تطوعاً.

انقطاع الخيار:

ينقطع الخيار ويلزم البيع أو رده بما يلي:

- بما يدل على الإمضاء أو الرد للبيع من قول كقول من له الخيار: أمضيت البيع أو قبلته أو رددته، ونحو ذلك، أو فعل كما يأتي أمثله.

- بمضي زمن الخيار المشروط أو الشرعي. وإذا مضت مدته فيلزم المبيع من هو بيده من بائع أو مشتر، كان الخيار لهما أو لأحدهما، ولو كان المبيع بيد من ليس له الخيار. وحاصله: أنه إذا كان المبيع بيد البائع وانقضى أمد الخيار، فإنه يلزم رد البيع، كان الخيار له أو للمشتري. ولو كان المبيع بيد المشتري حتى انقضى أمد الخيار كان البيع لازماً له، كان الخيار له أو لغيره.

ويجوز لمن بيده المبيع بالخيار الرد في اليوم واليومين بعد انقضاء مدة الخيار المحددة للمبيع. وهي الستة والثلاثون في العقار، والخمسة في غيره من سائر العروض والدواب. لكن قال الشيخ الصاوي في هذه الزيادة: انظر هل هذا مسلم.

ولا يقبل ممن له الخيار بعد زمن الخيار وما ألحق به، دعواه أنه اختار وقبل البيع في أيام الخيار ممن هو بيده أو يلزمها لمن ليست في يده، أو دعواه أنه رد البيع، ليلزمها لبائعها أو ليأخذها البائع إن كان الخيار له، ولا يقبل منه ذلك إلا بيينة تشهد له بما ادعاه.

وإذا علمت أن الخيار ينقطع بما يدل على الرضا أو الرد من قول أو فعل، فإن الأفعال التالية تدل على الرضا من المشتري وعلى الرد من البائع إلا مسألة الإجارة الآتية ففيها استثناء، والأفعال هي:

- الرهن لشيء بيع بالخيار من بائع أو مشتر. وهو يعدّ رضاً وإن لم يقبضه المرتهن من الراهن، ولكن يقيد ذلك بما إذا كان الراهن قبضه من البائع، وأما إذا لم يقبضه من البائع ورهنه فلا يعدّ ذلك رضاً.

- البيع له، ولو بلا تسوق.

- التسوق؛ أي: إيقاف المبيع في السوق للبيع، ولو لم يبع أو لم يتكرر التسوق.

- الوسم بنار للدابة المبيعة أو فصدها في أسافلها أو في ودجها.

- تعمّد الجنابة على المبيع بالخيار زمن الخيار. وحاصل هذه المسألة أنه إذا جنى

البائع زمن الخيار والخيار له، فإن كان عمداً فهو رد للمبيع، وإن كان خطأ فللمشتري

خيار العيب إن أجاز البائع البيع، إن شاء - أي: المشتري - تمسك ولا شيء له، أو ردّ وأخذ الثمن، هذا إن لم يحصل في المبيع تلف، فإن تلف انفسخ فيهما. وإن كان الخيار للمشتري وتعمّد البائع الجناية ولم يتلف المبيع فللمشتري الردّ أو الإمضاء وأخذ أرش الجناية، وإن تلف ضمن الأكثر من الثمن والقيمة. وإن أخطأ البائع للمشتري أخذه ناقصاً ولا شيء له من أرش النقص أو ردّه للبائع. وإن تلف انفسخ. فهذه ثماني صور في جناية البائع.

وإن جنى المشتري والخيار له عمداً ولم يتلفه فهو رضاً، إن جنى خطأ فله ردّه وما نقص وله التمسك ولا شيء له، وإن أتلفه بالجناية ضمن الثمن كانت الجناية عمداً أو خطأ.

وإن كان الخيار للبائع وبنى المشتري عمداً أو خطأ ولم يتلف المبيع فله الردّ وأخذ أرش الجناية أو الإمضاء وأخذ الثمن. وإن تلف في العمد أو الخطأ ضمن الأكثر من الثمن والقيمة فهذه ثمان أيضاً فالجملة ست عشرة صورة.

- إجارة المشتري المبيع دون البائع. فإنها تعتبر من المشتري رضاً وقبولاً للبيع، لدلالة الإجارة على ذلك. وأما الإجارة من البائع فإنها لا تدلّ على الردّ؛ لأن الغلة له والضمان منه ما لم تزد مدتها على مدة الخيار.

ووجه كون الرهن، والبيع، والتسوّق، والوسم، وتعمّد الجناية، والإجارة، ينقطع به الخيار ويكون اختياراً، حسب القيود المذكورة في كلّ منها، أنّ هذه كلّها معان لا يفعلها الإنسان من غير تعدّد إلا فيما تملكه⁽¹⁾.

الاتفاق والاختلاف بين المتبايعين في الإمضاء أو الردّ:

إذا اشترط الخيار أحد المتبايعين كان له الإمضاء والردّ دون صاحبه.

وإذا اشترطه معاً جاز، ولكن إن اجتمعا على الردّ أو الإجازة، جاز ما اجتمعا عليه من ذلك، لحصول المقصود. وإن اختلفا فأراد أحدهما إمضاء البيع وأراد الآخر ردّه؛ فالقول قول من أراد ردّه، ولا يتمّ البيع إلا باجتماعهما جميعاً على الإجازة؛ لأنّ الردّ مقصود الخيار، ولأنّ الذي أراد إمضاء البيع مسقط لحقّه في الردّ بائعاً كان أو مبتاعاً، والذي أراد ردّ البيع منهما أخذ بحقّه غير مسقط له، فلا يسقط بإسقاط الذي أراد إمضاء البيع⁽²⁾.

وإذا اختار من له الخيار الإمضاء أو الفسخ فله ذلك بدون حضور صاحبه، والدليل⁽³⁾:

(1) المتقى: 58/5، والذخيرة: 39/5.

(2) المعونة: 1042/2، والمقدمات: 87/2، والذخيرة: 32/5.

(3) الإشراف: 524/2، والمعونة: 1047/2، المتقى: 59/5.

أ - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا تُصَرُّوا الإبلَ والغنمَ، فَمَنْ ابْتاعَهَا بعدُ فإنه بخير النَّظَرَيْنِ بعد أن يحتلبَها، إن شاء أمسك وإن شاء ردَّها وصاع تمرًا»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يفرق بين أن يكون صاحب من له الخيار حاضراً أو غائباً، عند إمضائه أو ردّه.

ب - القياس على الإجارة؛ لأنَّ الإمضاء أو الفسخ معنى ينقطع به الخيار فلم يفتقر إلى رضا الآخر، كالإجارة.

ج - القياس على الأجنبي؛ لأنَّ من لم يفتقر حال العقد إلى رضاه فإنه لا يفتقره إلى حضوره، كالأجنبي.

موت من له الخيار أو فلسه:

إذا مات من له الخيار أو فلس انتقل الخيار للوارث. ودليل انتقال الخيار للوارث⁽²⁾:

أ - عموم آيات الميراث؛ وهذا الحق ممَّا ترك فوجب أن يكون للوارث.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلاً فألينا»⁽³⁾. والتنصيص في الحديث على المال لا ينافي غيره من سائر الحقوق، وهو عام في كلِّ حق يتركه الميت.

ج - القياس على خيار الردِّ بالعيب؛ لأنَّه خيار ثابت في عقد بيع، فجاز أن يقوم الوارث فيه مقام المورث، أصله خيار الردِّ بالعيب.

د - القياس على الرهن والدين؛ لأنَّ كلَّ من ورث شيئاً ورثه بحقوقه كالرهن والدين.

فيتقرر بهذه الأدلة أصل، وهو أنَّ الحقوق والأموال تورث، إلا ما قام دليل على مفارقة الحقوق في هذا المعنى للأموال⁽⁴⁾.

وينتقل الخيار للوارث إذا كان ليس معه غريم، أو معه غريم ولم يحط الدين بمال الميت.

فإن أحاط الدين بمال الميت انتقل الخيار للغريم ولا كلام للوارث معه. ولو مات المشتري بالخيار وتعدد وارثه فليس لهم إلا أن يأخذوا أو يردوا جميعاً وليس لهم

(1) أخرجه البخاري في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحقل الإبل.

(2) الإشراف: 523/2، والمعونة: 1045/2، والمنتقى: 59/5، وبداية المجتهد: 238/2، والذخيرة: 36/5.

(3) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الصلاة على من ترك ديناً؛ ومسلم في الفرائض.

(4) بداية المجتهد: 238/2، والذخيرة: 36/5.

التبعض. فإذا اختلفوا فأجاز البعض وردّ البعض فالقياس يقتضي ردّ جميع الورثة إن ردّ بعضهم، ويجبر المجيز على الردّ مع من ردّ، لما في التبعض من ضرر الشركة، فكما أن من ورثوا الخيار عنه ليس له ردّ بعض السلعة وقبول بعضها للضرر بالبائع، فكذلك هم ليس لبعضهم القبول ولبعضهم الردّ إذا لم يرض البائع بذلك لضرر الشركة فالحق الوارث بالمشتري في عدم جواز التبعض والجبر على الردّ بجامع الضرر في كلّ، وليس للمجيز أخذ مناب من ردّ إذا لم يرض البائع. وهذا للإمام مالك في المدونة⁽¹⁾.

وأما الاستحسان - وهو عند الإمام أيضاً - يقتضي أنّ للمجيز أخذ جميع السلعة فلا يجبر على الردّ إن ردّ البعض. ووجه استحسان أخذ المجيز الجميع أن المجيز حيث أخذ الجميع يدفع جميع الثمن للبائع ويرتفع ضرر الشركة بالتبعض.

ولو مات البائع الذي له الخيار وتعدد وارثه فالقياس يقتضي إجازة الجميع إن أجاز بعضهم، ويجبر من ردّ البيع على الإجازة مع المجيز، عكس ورثة المشتري. وهل يتعين فيهم القياس ولا يجري فيهم الاستحسان وهو قول ابن أبي زيد، أو يجري فيهم أيضاً، وهو قول بعض القرويين، وعليه فللرادّ منهم أخذ الجميع.

والقياس في كلّ من المسألتين هو المعتمد. أي: فالمعتمد في ورثة المشتري ردّ جميع السلعة للبائع إن ردّ بعضهم، وفي ورثة البائع إمضاء الجميع البيع إن أمضى بعضهم.

ملكية المبيع في فترة الخيار:

تكون ملكية المبيع بالخيار في زمن الخيار للبائع، سواء كان الخيار لأحد المتبايعين أو لغيرهما، هذا هو المعتمد؛ فالعقد بالخيار ليس بناقل للملكية حتّى يتصل به الإمضاء. وعليه فالإمضاء نقل للمبيع من ملك البائع لملك المشتري. والدليل على بقاء المبيع بالخيار على ملك البائع:

أ - الاستصحاب في ملك البائع. لأنّ الملك إنّما ينتقل بحصول التبايع المحقّق، وذلك يكون بالإيجاب المحقّق والقبول المحقّق؛ فإذا شرط فيه الخيار فإنّ الإيجاب يكون غير محقّق؛ لأنّه مشروط بشرط يقع في المستقبل، وهو الرضا به أو فسخه، فعلى ذلك فإنّه عقد غير لازم⁽²⁾.

وقيل: إن ملك المبيع هو للمشتري، وعليه فالإمضاء تقرير لملك المشتري، وأصل ملكه حصل بالعقد.

(1) انظر تصوير أركان القياس عند الصاوي في: بلغة السالك: 51/2.

(2) الإشراف: 523/2، والمعونة: 1044/2، والمنتقى: 59/5، وبداية المجتهد: 237/2،

والذخيرة: 31/5.

وهذا معنى قولهم إنَّ بيع الخيار منحلّ أي: إنَّ المبيع على ملك البائع، أو إنَّ بيع الخيار منعقد؛ أي: إنَّ المبيع على ملك المشتري، لكن ملكه له غير تام، لاحتمال رده. ولذلك كان ضمان المبيع من البائع على القولين اتفاقاً. وإنما ثمره الخلاف إنما هي في الغلة الحاصلة في مدة الخيار وما ألحق بها فهي للبائع على الأول، وللمشتري على الثاني، إلا أن كون الغلة للمشتري على القول الثاني مخالف لقاعدة: «الخراج بالضمان» وقاعدة: «من له الغنم عليه الغرم» فإن الغنم هنا للمشتري والغرم هو الضمان على البائع.

ضمان المبيع في فترة الخيار:

ضمان المبيع في فترة الخيار يكون من البائع، وذلك على القولين المتقدمين في ملكية المبيع في فترة الخيار لمن تكون. لكن علل كون الضمان للبائع بأنَّ المبيع باقٍ على ملكه⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن غلة المبيع وأرش الجناية عليه تكون للبائع، إلا ولد الدابة وصوفها التام أو غير التام فهما للمشتري إذا تمَّ له الشراء لأنهما كجزء من البيع.

وإذا قبض المشتري المبيع بالخيار، وادعى ضياعه زمن الخيار، فإنه يضمن فيما يغاب عليه كالرهن، إلا ببينة تشهد بضياعه بلا تفريط من المشتري فلا يضمن. ودليل ضمان المشتري فيما يغاب عليه⁽²⁾:

أ - القياس على الرهن؛ لأنه قبض المبيع لمنفعة نفسه مع بقاءه على ملك بائعه فأشبه الرهن.

ب - أنه قبضه على وجه المبايعة دون مجرد الأمانة، فيده عليه غير مؤمنة وهو متهم فيه.

وإذا كان المبيع لا يغاب عليه، كالحيوان فإن المشتري يحلف، حيث اتهمه البائع، فيحلف أن المبيع ضاع وما فرط ولا ضمان عليه، إلا أن يظهر كذبه في دعواه الضياع، كأن يقول: ضاع يوم كذا، فتشهد البينة على رؤيته عنده بعد ذلك اليوم، أو تشهد عليه بأنه أكله أو تلفه أو باعه، فإنه يضمن ولا يقبل منه يمين.

وإذا نكل عند توجه اليمين عليه، غرم للبائع بأن يضمن للبائع الأكثر من الثمن الذي وقع به البيع والقيمة، وتعتبر يوم قبض المشتري المبيع. وهذا إن كان الخيار للبائع في الصور الثلاث وهي:

- ما إذا كان غاب عليه وادعى الضياع ولم تقم له بينة.

(1) الذخيرة: 130/5.

(2) والمعونة: 1048/2، المتقى: 59/5، والذخيرة: 130/5.

- ما لا يغاب عليه واتهمه ولم يحلف.

- ما لا يغاب عليه وظهر كذبه.

وفي الصورة الأولى فإنه إن حلف أنه ما فرط في ضياعه، فإنه يغرم للبائع الثمن خاصة وذلك إن قلّ الثمن عن القيمة؛ لأنه إذا ساوى القيمة أو كثر عنها لم يتوجه عليه اليمين، إذ لا ثمرة لها حينئذ أن الخيار للبائع، وكذلك يغرم المشتري الثمن الذي وقع به البيع إذا كان الخيار له وسوءاً كان الثمن أقل من القيمة أو أكثر ووجه تغريمه الثمن هنا أنه يعدّ راضياً.

وإن كان الخيار لهما غلب جانب البائع فيما يظهر لأن الملك له.

الضمان في الاختيار المجامع للخيار:

إذا اشترى شخص أحد سلعتين، كثوبين وقبضهما من البائع ليختار واحداً منهما ويردّ الآخر فادعى ضياعهما معاً، فإنه يضمن واحداً منهما فقط؛ لأنه في الآخر أمين لا ضمان عليه فيه. ويغرم فيها ويضمنه بالثمن الذي وقع به البيع، سواء كان ما يضمنه فيه الخيار أو لا، بأن كان فيه على البت. وقيل: المسألة مفروضة في الأول وأما لو كان فيما يختاره على البت لا شتركا فيهما ولزمه نصف قيمة أحدهما ونصف ثمن الآخر.

وإن ادعى ضياع واحد منهما ولم يكن له بينة بضياعه ففي الخيار مع الاختيار بأن شرط أنه فيما يختاره بالخيار ضمن نصفه لعدم العلم بالضائع، هل هو المبيع بالخيار أو الثاني فاعمل الاحتمالين - أي: احتمال كون الضائع هو المبيع واحتمال كونه غيره - أي: وقع ارتكاب حالة وسطى لأنه على احتمال كون الضائع هو المبيع يلزمه كله، وعلى احتمال كونه غير المبيع لا يلزمه لأنه وديعة عنده، فوقع التوسط والأخذ من كل طرفاً.

وللمشتري في ادعاء ضياع واحد فقط اختيار الباقي ورده لربّه إن كان زمن الخيار باقياً، وليس له اختيار نصفه لما فيه من ضرر الشركة. فإن قال: كنت اخترت هذا الباقي ثم ضاع الآخر وأنا فيه أمين لم يصدق ويلزمه نصفه.

الضمان في الاختيار فقط:

وفي الاختيار فقط أي: دون خيار، بأن كان البيع فيما يختاره على البت، وادعى ضياع أحدهما ولا بينة له، لزمه النصف من كل من التالف والباقي، وليس له اختيار الباقي كما نصّ عليه ابن يونس لأنه إنما يكون له الاختيار إن وقع البيع على الخيار ولم تنقص مدته.

قال الشيخ الدردير: وهذا ممّا يرجح ما قيل في ضياعهما معاً، المتقدم، ويضعف التعميم الذي ذكرناه.

خلاصة:

الأقسام الثلاثة: بيع خيار فقط، وبيع اختيار فقط، وبيع خيار واختيار.

ففي بيع الخيار فقط يكون الثوبان كلاهما مبيع فيضمنهما ضمان الرهان، إن ادعى ضياعهما أو ضياع أحدهما. فإن مضت مدة الخيار ولم يختر لزمه معاً.

وفي بيع الاختيار فقط، إن ادعى ضياعهما معاً أو ادعى ضياع أحدهما أو مضت مدة الاختيار ولم يختر لزمه النصف من كل منهما، فيغرم نصف ثمن أحدهما ونصف قيمة الآخر.

وفي بيع الخيار والاختيار، إن ادعى ضياعهما معاً ضمن واحداً بالثمن. وإن ادعى ضياع واحد فقط ضمن نصفه وله اختيار الباقي. وإذا أمضت المدة ولم يختر لم يلزمه شيء.

انقضاء مدة الاختيار بدون اختيار:

إذا اشترى رجل ثوبين على الاختيار، وانقضت مدة الاختيار - بلا ضياع - ولم يختر واحداً منهما فإنه يلزمه النصف من كلّ من الثوبين. ويكونان - أي: المشتري والبائع - شريكين في كل منهما إذا لم يرضيا بأخذ كلّ منهما ثوباً منهما ويترك لصاحبه الآخر.

انقضاء المدة في الخيار والاختيار معاً:

وإذا انقضت مدة الخيار والاختيار في اشتراء أحدهما على الخيار والاختيار معاً، بأن اشترى أحدهما على أن يختار، ثم هو فيما يختاره بالخيار، فمضت المدة ولم يختر، لم يلزمه شيء من الثوبين، ولا شركة فيهما؛ لأن ترك الاختيار حتى مضت مدة الخيار دليل على إعراضه عن الشراء وسواء كان المبيع بيده أو بيد البائع إذا لم يقع البيع على معيّن فيلزمه، ولا على لزوم أحدهما فيشتركا.

2 - خيار النقيصة:

وهو قسمان: الأوّل: ما وجب لفقد شرط، الثاني: ما وجب لظهور عيب في المبيع.

القسم الأوّل: الخيار الواجب لفقد شرط:

يجب الخيار بعد انبرام البيع لأجل فقد شيء مشروط في العقد، فيه غرض للمشتري، كان فيه مالية بأن كان الثمن يزيد عند وجوده ويقلّ عند عدمه، أو لا مالية فيه فيثبت للمشتري الخيار فله الردّ.

ويمثل للمشروط الذي فيه الغرض، قوة الحيوان على الحمل والحرث، ومن كلّ وصف فيه حق مالي. والدليل على وجوب الخيار للمشتري لفقد شيء من شروطه في عقد البيع⁽¹⁾: - ما روي عن أبي هريرة، أنّ ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽²⁾.

(1) الذخيرة: 53/5.

(2) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

فإن انتفى الغرض فإن الشرط يلغى ولا يردّ البيع، لكونه لا غرض فيه ولا نفع للمشتري.

القسم الثاني: الخيار الواجب لظهور عيب في المبيع:

يجب الخيار لوجود نقص في المبيع، عقاراً كان أو عرضاً أو عيناً فيشمل الثمن. والدليل على وجوب الخيار والردّ بالعيب⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحِكْمَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

ووجه الاستدلال أنّ إمضاء البيع على مشتري المبيع المعيب أكل لماله بالباطل، وقد نهت الآية عنه.

ب - حديث المصرة الآتي.

والنقص الذي بسببه يجب الخيار هو ما كان العادة السلامة منه في ذلك المبيع، فللمشتري ردّ المبيع إن أخلّ بالذات أو بالثمن أو بالتصرف العادي أو كان يخاف عاقبته، فإن لم يخلّ بشيء من ذلك فلا، كما يأتي بيان ذلك كله.

عيوب الحيوان: ومن أمثلة النقص في الحيوان: العور، والعمى، والغشاوة بالعينين لعدم تمام البصر، والعشى لعدم البصر ليلاً، والعرج، والخصاء في غير البقر فإنّ الخصاء فيها ليس عيباً لأن العادة أنه لا يستعمل منها إلا الخصيّة، وقطع الذنب، والرھص وهو داء بحافر الدابة، والعتر للدابة، والحرن وهو عدم الانقياد، وعدم حمل المعتاد لمثلها، بأن وجدها لا تطيق حمل أمثالها. فترد بذلك ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثلث أو خيف عاقبته.

ولا يقع الرد بما يلي:

- بكّيّ الحيوان إذا لم ينقص ثمناً ولا ذاتاً.

- وبما لا يطلع عليه إلا بتغير المبيع بكسر أو نشر أو ذبح، كسوس الخشب، وفساد الجوز ولوز وبنّاق وبنّاق مرّ، وبطيخ مرّ، وفساد باطن شاة ونحوها بعد ذبحها. ووجه عدم الردّ بالعيوب الباطنة أنّ المشتري يعلم أنّ البائع لم يكن يعلم بالعيوب، فكان بمنزلة بيع البراءة⁽²⁾.

وهذا إذا لم يوجد شرط فإن وجد فيعمل به وتردّ.

وعند عدم الردّ، فلا قيمة للمشتري على البائع إذا لم يشترط. وكذا لا قيمة للبائع على المشتري إذا ردّها بالشرط إذا كسره في نظير الكسر، والعادة كالشرط. ومفهوم عدم الردّ بما لا يطلع عليه إلا بتغير، أنه لو أمكن الاطلاع عليه قبل تغييره

فإنه يردّ لفساده كالبيض؛ لأنه قد يعلم قبل كسره. والحاصل في البيض أنه إن ردّ البيض لفساده بعد كسره فلا شيء عليه في كسره، دلس البائع أم لا، إن كان لا يجوز أكله، كالمتن وكذا إن جاز أكله كالممروق إن دلس بائعه أو لم يدلس ولم يكسره المشتري. فإن كسره فله رده وما نقصه ما لم يفت بنحو قلي، وإلا فلا ردّ، ورجع المشتري بما بين قيمته سليماً ومعيباً، فيقوم على أنه صحيح غير معيب فإذا قيل: قيمته صحيحاً غير معيب عشرة دنانير، وصحيحاً معيناً ثمانية رجع بنسبة ذلك من الثمن وهو الخمس. وهذا إذا كسره بحضرة البيع، فإن كان بعد أيام فلا ردّ له لأنه لا يدري أفسد عند البائع أو المشتري.

عيوب العقار: لا يقع الردّ بالعيب القليل إذا كان المبيع عقاراً كدار وفرن وحمام وخان، ككسر عتبة الدار وسلّمها وسقوط شرفة، مما جرت العادة بعدم الالتفات إليه ويزول بالإصلاح، ولا قيمة على البائع في اليسير جداً كما مثلنا. وهذا خاص بالعقار. والفرق بينه وبين غيره أنّ العقار يسهل إصلاح عيبه اليسير، ولأنه لا يخلو عن عيب، فلو ردّ باليسير لضرّ البائع فتسهل فيه، ولأنه لا يراد للتجارة غالباً؛ لأنّ الغالب شراؤها للقنية دون التنمية، ولذلك لا تفتيتها حوالة الأسواق في البيع الفاسد⁽¹⁾.

وأما إذا كان العيب في العقار يسيراً لكن غير بالغ اليسر، بأن يكون ما دون الثلث، والثلث كثير، فإن المشتري لا ردّ له ولكن يرجع البائع بقيمة العيب القليل، إذا لم يبلغ الثلث، كصدع جدار غير واجهة العقار، إن لم يخف عليه منه، وسواء خيف على الجدار نفسه أم لا. فإن كان الجدار المصدوع واجهة العقار سواء خيف عليه منه أم لا أو كان بغير الواجهة ولكن خيف على العقار السقوط منه، فهو عيب كثير يردّ به.

ما يقع به رد المبيع من العيوب في العقار وغيره:

- يرد العقار إذا انعدمت منفعة من منافعه، كملح البئر إذا كان بمحلّ الحلاوة، أو بمحلّ الآبار التي ماؤها حلو، وكتهوير البئر وغور مائها، أو لعدم وجود مرحاض به، أو كونه بيباه، أو مواجهاً له أو كان في دهليز الدار أو كان بقرب الحائط بحيث يحصل منه نرز أو رائحة بمكان النوم أو الجلوس.

- كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة العقار، فللمشتري الردّ به كسوء الجار، وكثرة البق والنمل، وإيذاء جنّ العقار ساكنيه، وكشؤمه بأن جرّب بأن كل من يسكن فيه يصاب بمصيبة.

- صبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد.

- صقل السيف ليوهم أنه جيد فيوجد بخلافه.

- التغيرير الفعلي من البائع. وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظنّ به المشتري كمالاً فلا يوجد كذلك⁽¹⁾. وهو كالشرط المصرح به، فيرد به المبيع؛ لأنه غرر بخلاف الشرط القولي، كقوله: اشتر مني هذا الشيء فإنه جيد، فيوجد بخلافه فيجري على ما تقدم، فإن وجد به عيباً منقصاً فله الردّ وإلا فلا. ومن أمثلة التغيرير الفعلي الذي يقع به الرد:

* صبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد.

* صقل السيف ليوهم أنه جيد فيوجد بخلافه.

* تصرية الحيوان؛ أي: ترك حلبه ليعظم ضرعه فيظن به كثرة اللبن. قال الإمام المازري: ولو كانت التصرية في غير الأنعام كالحمير فللمبتاع مقال، فإن زيادة لبنها يزيد ثمنها لتغذية ولدها.

والتصرية عيب، والدليل على ذلك الحديث في النهي عن تصرية الإبل والغنم⁽²⁾، فعن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا تُصَرُّوا الإبلَ والغنمَ، فَمَنْ ابْتاعَهَا بعدُ فإنه بخيرِ النَّظَرَيْنِ بعد أن يحتلِّبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر»⁽³⁾. ووجه الاستدلال منه من أوجه⁽⁴⁾:

أ - قوله في الحديث: «فمن ابتاعها بعد فإنه بخيرِ النَّظَرَيْنِ» يريد بعد التصرية، والظاهر أنه جعل له الردّ بالتصرية، وليس ههنا وجه يردّ به إلا بالعيب؛ لأنّ العقد وقع لازماً.

ب - أنّ النبي ﷺ جعل المبتاع بخير النظرين بعد أن تبين أمرها بالحلب، إن رضيتها أمسكها، وإن سخطها ردّها، وهذا نصّ.

ج - أنّ معنى التدليس ستر العيب، وهذا موجود في التصرية؛ لأنّ البائع ستر ما في شاته أو ناقته من قلة اللبن عمّا ابتاع عليه المبتاع، قاصداً بذلك التغيرير به، ليعتقد أنّ الناقة التي ساوم فيها هكذا يكون ضرعها كلّ يوم لكثرة لبنها، وعلى ذلك اشتراها، فإذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الردّ على البائع.

إلا أنّ التصرية لا توجب فسخ البيع، وإنما يثبت بها الخيار. فهي مستثناة من قاعدة: النهي يدل على الفساد. والدليل على صحة البيع الحديث المتقدم. ووجه

(1) الذخيرة: 63/5.

(2) الإشراف: 548/2، والمعونة: 1073/2، والمنتقى: 104/5.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعه؛ والبخاري في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفلّ الإبل؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(4) المنتقى: 104/5، وشرح التلقين: 4/ورقة 183.

الاستدلال أنّ النبي ﷺ نهى عن التصرية، ثم خيّر المشتري بين أن يتمسك بالبيع وأن يردّه، والبيع الفاسد لا يصحّ التمسك به، فدلّ على أنّ العقد صحيح. ووجه ذلك أنّ العيب ليس فيه إلاّ أنّه نقص من المبيع، وذلك لا يوجب الفساد، كما لو اشترى رزمة على أنّ فيها عشرة أثواب فكانت تسعة⁽¹⁾. وكذلك لأنّ الحكم يتعلق بحق الآدمي ولا يتعلّق بحق الله تعالى⁽²⁾.

ويرد الحيوان إن حلبه المشتري، مع صاع من غالب قوت أهل البلد. والظاهر اتحاد الصاع ولو تكرر حلابه، حيث كان تكرر الحلاب لا يدل على الرضا. ودليل ردّ الحيوان من أجل التصرية مع صاع من تمر: الحديث المتقدّم. وردّ الصاع خاص بالأنعام، وغير الأنعام تردّ بلا صاع.

والمشهور أن يكون الصاع من غالب قوت أهل البلد، ولا يتعيّن أن يكون من تمر. وحديث النبي ﷺ قال فيه: «إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر» فهو محمول على أن التمر كان غالب قوت أهل المدينة في عهده ﷺ. وقيل: بأن الصاع يتعين أن يكون من تمر.

وعلى القول المشهور فإنه إن لم يكن هناك غالب من القوت بل كان هناك صنفان مستويان أو ثلاثة أصناف مستوية فإنه يخيّر في الإخراج من أيّها شاء من الأعلى أو الأدنى أو الأوسط.

ويحرم ردّ اللبن الذي حلبه من الحيوان بدلاً عن الصاع، ولو تراضى المشتري والبائع على ذلك. كما يحرم ردّ غير اللبن من طعام أو عين أو غيرهما بدلاً عن الصاع. وذلك لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنه بردّ المصرة أوجب عليه الشارع ردّ الصاع عوضاً عن اللبن، فلا يجوز اللبن ولا غيره عوضاً عن الصاع. وهذا التعليل يفيد حرمة ردّ غير الغالب مع وجود غالب وهو كذلك. فلو غلب اللبن ردّ منه صاعاً من غير ما حلبه من المصرة.

وفيد أيضاً أنه لو ردّ الحيوان بعيب التصرية قبل أخذ لبنه فلا صاع عليه، وأنه لو ردّ اللبن مع الصاع فلا حرمة؛ لأن الصاع بدل اللبن والممنوع عدم ردّ البدل، وهذا ردّ البدل وإن كان قد ردّ المبدل أيضاً.

ونقل الشيخ الدسوقي عن الشيخ البتّاني أن ردّ المشتري للصاع أمر تعبدى أمرنا به الشارع ولم نعقل له معنى، وذلك لما يلي⁽³⁾:

(1) الإشراف: 548/2، والمعونة: 1051/2 و1073، والمعلم: 248/2، والمفهم: 2683/5، وإكمال الإكمال: 333/5.

(2) المفهم: 2683/5، وإكمال الإكمال: 333/5.

(3) المعلم: 248/2، والمفهم: 2681/5، وإكمال الإكمال: 331/5، والشرح الكبير: 116/3.

أ - أن القاعدة: أن الخراج بالضمان، لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»⁽¹⁾. والضمان على المشتري، فمقتضاه أنه يفوز باللبن ولا شيء عليه. أي: إن المغتال لا يرد الغلّة إذا ردّ المبيع من أجل العيب، بينما الحديث أمر بالردّ.

ب - أن القاعدة أن اللبن ممّا يضمن بالمثل، فإذا تعدّر المثل رجع إلى القيمة، والمثل هنا تعدّر لتعدّر معرفة قدره، فكان يغرّم بالقيمة، والقيمة إنّما هي بالعين، والتمر ليس بمثل اللبن ولا قيمة له.

ج - أنه لَمّا عدل عن المثل إلى غيره، فقد نحا به نحو المبيعة، فهو بيع الطعام بالطعام غير يد بيد، وهو ربا نسبيّة.

د - أن الصاع المقابل للبن محدود، واللبن ليس بمحدود، فإنّه يختلف بالكثرة والقلّة؛ فكيف يصلح أن يلزم متلف القليل مثل ما يلزم متلف الكثير؟.

ولهذا قال بعض أهل المذهب كأشهب: إنّه لا يؤخذ بحديث المصرة لنسخه بحديث: «الخراج بالضمان»؛ أو أنه مرجوح به، لمعارضته؛ أي: حديث المصرة، لهذه القواعد الكلية.

وذكر الإمام المازري عن الجمهور أن الحكم معلّل غير تعبدي وبيانه⁽²⁾:

أ - أن ردّ عوض اللبن، مع كون: «الخراج بالضمان»، وأن المشتري لا يردّ الغلّة إذا ردّ بالعيب؛ فلأنّ المصرة كان فيها لبن حين البيع، ولم يكن غلّة حينئذ فتكون للمشتري؛ لأنّ الخراج ما نشأ عن الشيء وهو في يد المشتري، لذلك فاللبن على ملك البائع كأحد أعضاء الشاة، فردّه إذا ردّ بالعيب واجب، فلمّا استحال رده بعينه لاختلاطه بما يحدث عند المشتري وجب أن يردّ العوض عنه، ويصير كالفاتح، ويقدر العوض عنه لرفع التنازع في ذلك، لما سيأتي بيانه في الاقتصار على الصاع.

ب - أن الردّ للتمر عن اللبن، فإنّما ذلك لأنّه قوت بلدهم حينئذ، وكأنّه ﷺ رأى أنّ اللبن كانوا يريدونه للقوت، وهذا يحلّ محلّه، وهو أصل كسبهم للقوت، فقضي به. وإذا كان عيش بعض البلاد غيره من الطعام قضي بالغالب من عيشهم. وقد روي عن النبي ﷺ قوله: «من اشترى شاة مصرة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها ردّ صاعاً من طعام، لا سمراء»⁽³⁾، فقوله: «سمراء» أي: القمح، فقد نفى أن يكون الطعام المردود

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد فيستغله؛ والنسائي في البيوع، باب الخراج بالضمان؛ وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان. وقال فيه الترمذي: حديث حسن صحيح.

(2) المعلم: 248/2، والمفهم: 2681/5، وإكمال الإكمال: 331/5، وانظر المنتقى: 106/5، والذخيرة: 66/5، والشرح الكبير: 116/3.

(3) أخرجه مسلم في البيوع، باب حكم بيع المصرة.

من السمراء تخفيفاً ورفعاً للحرج، وهذا يدلّ على مراعاة حال قوت البلد.

ج - أنّ الاقتصار على الصاع، مع اختلاف لبن الشاة والناقة في الكيل وفي نفسه، مع أنّه لا يلزم المتلف للكثير مثل ما يلزم المتلف لليسير؛ فإنّما ذلك لأنّ النبي ﷺ أراد أن يكون ذلك حدّاً يرجع إليه، ليرتفع الخصام ويزول التنازع والتشاجر وسدّاً لذريعة المنازعة. وقد كان النبي ﷺ حريصاً على رفع التشاجر عن أمته. وهذا كما قضى في الجنين بالغرّة، ولم يفصل بين الذكر والأنثى، مع اختلافهما في الديات، وكما استثنى ضرب الدية على العاقلة، والعريّة والجعل والقراض عن أصول ممنوعة للحاجة إلى هذه المسببات، ولحصول مصالح خاصّة منها؛ لأنّ هذه المواضع لما كان يتعدّد ضبطها عند البيّنات كثر التنازع فيها، فرفعه النبي ﷺ بأن جعل القضاء في ذلك حدّاً. وبذلك فإنّ حديث المصراة أصل منفرد بنفسه، مستثنى من تلك القواعد. وأنّه غير خارج عن قانون الالتفات للمصالح، لكنّها مصالح مخصوصة لا يلحق بها غيرها لعدم نظائرها⁽¹⁾.

وردّ بعضهم كابن يونس والقرطبي على دعوى الصّحة والنسخ: أنّه لا نسخ، وأنّ حديث المصراة أصحّ. وإنّما حديث: «الخراج بالضمان» عام، وحديث المصراة خاص، والعام يرّد إلى الخاصّ.

وإذا ردّ المشتري المصراة بعيب بغير عيب التصرية، أو ردّها قبل حلبها فلا يرّد صاعاً معها بل يرّدّها مجردة عنه. وذلك كأن يرّدّها بخيار التروّي بعد أن حلبها المرّتين أو الثلاث، فلا يرّدّ للبن صاعاً، لما فيه من بيع الطعام بالطعام نسيئة. بل إمّا أن يرّدّ اللبن بعينه أو مثله إن علم قدره، أو قيمته إن جهل قدره؛ لأن الملك للبائع والغلة له. فإن أنفق عليها المشتري حسبت الغلة من أصل النفقة كانت الغلة لبناً أو غيره. وهذا الحكم قد علم مما تقدم في خيار التروّي.

وإذا حلب المشتري المصراة أوّل مرّة فلم يتبين له أمرها، فحلبها ثانية ليختبرها فوجد لبنها ناقصاً، فله ردّها اتفاقاً. فلو حلبها في اليوم الثالث فهو رضاءً بها، ولا ردّ له، ولا حجّة عليه في الحلبّة الثانية إذ بها يختبر أمرها. وإن لم يحصل بالحلبّة الثانية اختبار فله الحلبّة الثالثة فيحصل له بها علم حالها ولا تعدّ رضاءً منه. والدليل على أنّ الثالثة إذا كانت لحصول العلم بها لا تعدّ رضاءً⁽²⁾:

(1) لما كان القياس يقتضي عدم ردّ شيء بدل اللبن أو ردّ المثل أو القيمة والتمر ليس مثلاً ولا قيمة، فقد استدلل القاضي عياض بهذا الحديث على أنّ الإمام مالك يقدّم الخبر الواحد على القياس، فقال في التنبهات: وهذا يدلّ على تقديمه الخبر على القياس، وهو مشهور مذهبه خلاف ما حكاه عنه البغداديون. (الذخيرة: 64/5).

(2) المتقى: 105/5.

أ - في رواية للحديث عن أبي هريرة: «فهو بالخيار بعد أن يحلبها ثلاثاً»⁽¹⁾.

ب - أنّ الحلبة الثانية لا يعلم بها حالها، لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى، ولأنّ التحفيل يقلل لبنها في الحلبة الثانية، وإنما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة، فيجب أن يكون له الخيار بعدها؛ لأنه بها يتبين أمرها.

ويحلف المشتري إن ادعى عليه البائع بالحلبة الثالثة أو ادعى عليه أنه علم أنها مصراة ورضي بها، وأنكر المشتري في المسألتين. فإن حلف فله الردّ، وإلا فلا.

وإن علم المشتري بأنها مصراة حين الشراء واشتراها عالماً بالتصيرية وكذا إن رضي بعد علمه بعد الشراء، فلا ردّ له.

وإن اختار المبتاع إمساك المصراة والرجوع على البائع بأرش العيب فتكون له السلعة المعيبة ببعض الثمن، فليس له ذلك إلا برضى البائع؛ لأنّ البائع دخل على أن يحصل له الثمن كلّه وتحصل السلعة للمشتري، فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن؛ ولأنّ النبي ﷺ لم يجعل للمشتري إمساك المصراة مع أخذ الأرش، فدلّ على أنّه لا يستحق ذلك إلا برضى البائع⁽²⁾.

تحريم الغشّ ووجوب بيان العيوب وعدم جواز البراءة منها:

تقدّم في: «المعاملات المنهي عنها في الشرع» بيان تحريم الغشّ وذكر الأدلة على ذلك، وهنا نذكر وجوب تفصيل وبيان عيوب المبيع، وعدم جواز البراءة منها؛ كما تقدّم.

يجب على البائع لشيء بيان ما علمه من عيب سلعته قل أو كثر، ولو كان البائع حاكماً أو وارثاً أو وكيلاً. وأمّا قولهم: إن بيع الحاكم والوارث بيع براءة، فمحلّه إذا لم يكن عالماً بالعيب، وإلا كان مدلساً.

وبيع الحاكم هو البيع على المفلس وبيع تركة الميت، وبيع المغنم. والمراد ببيع الورثة البيع لقضاء ديون الميت وتنفيذ وصاياه، لا بيعهم لانفصال بعضهم من بعض، أو البيع للإنفاق على الورثة.

ويجب أيضاً على البائع تفصيل العيب وصفاً شافياً كاشفاً عن حقيقته وإراءته للمشتري إن كان يرى كالمور والكي في الحيوان. ولا يجوز له أن يجمله، كأن يقول: هو معيب ولم يعين عين العيب، أو هو مريض ولم يبين ما هو المرض، ونحو ذلك فإن أجمل البائع في ذكر العيب فهو مدلس ويردّ المبيع بما وجده فيه. ودليل وجوب بيان

(1) أورده الإمام الباجي، وقال: رواه ابن سيرين عن أبي هريرة، ورواه ابن وهب عن أبي صالح عن أبي هريرة.

(2) المعونة: 1051/2.

العيب، ووجوب الردّ بالعيب الذي يعلمه البائع في سلعته⁽¹⁾:

أ - عن وائلة بن الأسقع قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعه»⁽²⁾.

ب - حديث: «من غشنا فليس منا»، وسبب وروده. وقد تقدّم وجه الاستدلال به. وكتب العيب من باب الغبن والغش والتدليس، ولو كان من حاكم إذا كان يعلم عيب السلعة.

ج - حديث التصرية. وتقدّم وجه الاستدلال به، وهو أصل في الردّ بالعيب ووجوب الخيار.

د - عن وائلة بن الأسقع أنّ رسول الله ﷺ قال: «من باع شيئاً فلا يحلّ له حتّى يبيّن ما فيه، ولا يحلّ لمن يعلم ذلك أن لا يبيّنه»⁽³⁾.

هـ - أنّ المشتري دخل على أنّ البائع مثله في أنّه لا يعلم بالمبيع عيباً، والبراءة وقعت على هذا الوجه وإن لم يلفظ بها، فوجب متى بان له خلافه أن يستحقّ الردّ؛ لأنّه قد غره.

ويختلف النكاح عن البيع في هذا، فلا يجوز للولي أن يخبر بالعيوب التي لا توجب الردّ من عيوب وليّته، وكذلك بالنسبة للزوج، ولا يجوز للبائع أن يكتّم في البيع ما يكرهه المشتري في المبيع؛ والفرق في ذلك أنّ النكاح عقد مكارمة، والبيع عقد مكايسة⁽⁴⁾.

كما يختلفان في أنّ البائع يجب عليه أن يبيّن جميع العيوب، وفي النكاح لا يجب بيان إلا العيوب التي توجب الخيار للزوجين؛ والفرق يظهر فيما يلي:

- أنّ مبنى النكاح على خلاف مبنى البياعات، ويدلّ على ذلك أنّ شراء السلعة من غير رؤية ولا صفة لا يجوز، والنكاح من غير رؤية ولا صفة جائز.

- أنّ ما سوى هذه العيوب لا تمنع من الوطاء واستدامته، ولا من استكمال الالتذاذ، فلم تشبهها.

- أنّ ما سوى هذه العيوب لا يخفى غالباً، ويمكن للخاطب أن يسأل عنها، فلمّا لم يسأل فقد قصر في الاستعلام⁽⁵⁾.

(1) الإشراف: 555/2، والمعونة: 1050/2، والمنتقى: 180/4، والمقدمات: 99/2، وبداية المجتهد: 208/2، وإكمال الإكمال: 331/5، والذخيرة: 92/5 - 95.

(2) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب من باع عيباً فليبينه.

(3) أخرجه البيهقي في البيوع، باب ما جاء في التدليس وكتمان العيوب.

(4) عدّة البروق: 231. (5) عدّة البروق: 231.

البراءة من العيوب:

ولا ينفع البائع التبرّي ممّا لم يعلم في سلعته من العيوب، فإن باع سلعة على أنّها ليس بها عيب وإن ظهر بها عيب لم ترد عليه، لم يعمل بهذا الشرط وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم، ولا تنفعه البراءة منه. والدليل على أنّه لا تنفع البراءة مما لا يعلمه البائع ما يلي⁽¹⁾:

- أنّ بيع البراءة مما لا يعلمه البائع غرر، فإنّ المبتاع بذل ثمنه في مقابلة سلعة عقد البيع على عدم العلم بصحتها، وعلى عدم الرجوع له بما ينقص العيب منها، فلم يعلم قدر ما يشتري به ولا قدر ما يسلم.

ويستثنى من صورة عدم علم البائع بالعيب، إذا كان البائع حاكماً أو وارثاً، فلا يشترط فيه البراءة من العيب، بل متى باع الحاكم أو الوارث وهو غير عالم بالعيب فيبيعه بيع براءة، لا يردّ عليه بالعيب في كلّ شيء. ووجه كون بيع الحاكم على البراءة أنّ بيعه حكم نافذ تقتضيه الضرورة لذلك لتحصيل المصالح، من تنفيذ الوصايا ووفاء الديون، فلولا البراءة لم تستقرّ المصالح. ووجه كون بيع الوارث على البراءة أنّه بيع على ميت لقضاء دينه ووصيته لا يستطيع ردّه، فأشبه بيع السلطان، وما كان من بيع الورثة لغير ما ذكر فليس بيع براءة، لعدم ضرورة تنفيذ المصالح⁽²⁾.

وهذا إن كان المشتري من الحاكم أو الوارث عالماً بأنّ البائع حاكم أو وارث، وإلا فيختر إن ظنّه غيرهما.

ما لا ردّ للمشتري فيه، مع ما تقدم:

لا ردّ للمشتري بما يلي:

- 1- إن علم بالعيب حين الشراء.
- 2- إن رضي بالعيب بعد علمه به بعد الشراء.
- 3- إن ظهر العيب عند المشتري بعد أن زال عنده قبل الحكم بالردّ، سواء زال قبل القيام به أو بعده وقبل الحكم بالردّ بأن زال في زمن الخصام، عند ابن القاسم، كما لو كان الحيوان أعرج فزال العرج. إلا إذا احتمل عود العيب بعد زواله، فلا يمنع الردّ حيث قال أهل المعرفة يمكن عوده.
- 4- إن أتى المشتري بما يدلّ على الرضا بالعيب بعد الإطلاع عليه من قول أو فعل أو سكوت طال بلا عذر.

والفعل الذي يدل على الرضا هو ما ينقص المبيع، ومن ذلك: ركوب الدابة

(1) الإشراف: 255/2، والمنتقى: 179/4، وبداية المجتهد: 208/2، والذخيرة: 91/5.

(2) المنتقى: 181/4، والذخيرة: 93/5.

واستعمالها في حرث أو درس أو طحن أو حمل؛ ولبس الثوب؛ وإجارة الدابة أو غيرها؛ ورهن المعيب في دين؛ وكل ما فيه من التصرف القوي الذي لا يفعله الشخص إلا في الملك عادة، ولو حصل منه الفعل في زمن الخصام مع البائع.

وأما الفعل الذي لا ينقص المبيع، فإنه لا يدلّ على الرضا. ومن ذلك: سكنى الدار والحانوت زمن الخصام، لا قبل زمن الخصام فإنه يدلّ على الرضا. ومثل السكنى اجتناء الثمرة وحلب الشاة ونحوها والقراءة في المصحف والمطالعة في الكتاب، فإنها لا تنقص الأصل، فلا تدلّ على الرضا إن وقعت زمن الخصام.

والحاصل أن الاستعمال أو الاستغلال إن حصل قبل الاطلاع على العيب، فلا يمنع الردّ مطلقاً. ووجه ذلك أنّ ما تصرف به المشتري في المبيع يعدّ رضاً من البائع؛ لأنه لما كتم العيب وهو يعلم أنّ المشتري يتصرف في المبيع، فكأنه سلّطه عليه ورضي بذلك⁽¹⁾.

وإن حصل بعد الاطلاع وقبل زمن الخصام منع الردّ لدلالته على الرضا. وإن حصل زمنه فإن كان ينقص الأصل دلّ على الرضا، وإلا فلا كسكنى الدار.

والسكوت الطويل الذي يدلّ على الرضا ويمنع الردّ، ما كان أكثر من يومين بعد الإطلاع على العيب، بلا عذر من المشتري، فإنه يدلّ على الرضا. فإن كان لعذر كغيبه من البائع أو المشتري أو لمرض أو سجن أو خوف من ظالم، فلا يدلّ على الرضا؛ كما إذا لم يطل زمن السكوت.

ويحلف المشتري، إن سكت في يوم أو يومين لا أقلّ، إن لم يرض بالعيب وردّه. فلا يمين عليه في أقلّ من اليوم. ولا يمين عليه أيضاً إذا كان مسافراً، فسكوته لا يدلّ على الرضا، لعذره بالسفر.

وحاصل مسألة السكوت، أنه إذا اطلع على العيب وسكت، ثم طلب الردّ؛ فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره ردّ مطلقاً، طال أو لا، بلا يمين. وإن كان سكوته بلا عذر، فإن ردّ بعد يوم أو نحوه أجيب لذلك مع اليمين أنه لم يرض. وإن طلب الردّ قبل مضي يوم أجيب لذلك من غير يمين. وإن طلب بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين.

والمسافر له الركوب والحمل على الدابة ولو لم يضطرّ له على المعتمد، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك. ولا شيء عليه في ركوبها بعد علمه؛ لأنّ استعمال ذلك في السفر لا يعدّ رضاً. ثم إن رجعت الدابة بحالها فله الردّ ولا شيء عليه؛ وإن عجزت فله الردّ وغرم قيمة ما نقصها، أو له إمساكها وأخذ أرض العيب القديم.

ومثل المسافر؛ الحاضر إذا تعذر عليه قود الدابة، فله ركوبها من المكان الذي رأى به العيب إلى بيته؛ أو كان من ذوي الهيئات الذين لا يليق بهم المشي ولم يجد غيرها؛ أو ركبها لردّها لبائعها ولم يتعذر قودها ولم يكن من ذوي الهيئات؛ وإلا دلّ على الرضا كما تقدم.

وأما لبس الثوب ونحوه، فإنه يدلّ على الرضا اتفاقاً، كان في الحضر أو في السفر.

5 - إن فات المبيع عند المشتري قبل اطلاعه على العيب؛ فواتاً حسيّاً أو حكماًياً.

ومن الفوات الحسيّ الضياع والهلاك؛ سواء كان الهلاك باختيار المشتري، كقتل المبيع عمداً؛ أو كان بغير اختياره كقتله خطأ؛ أو كان بقتل الغير له؛ أو بموته حتف أنفه.

ومن الفوات الحكمي الحبس والصدقة والهبة قبل اطلاعه على العيب.

وإذا لم يكن للمشتري الردّ في الفوات الحسيّ أو الحكمي، تعيّن للمشتري على البائع أرش العيب الذي اطلع عليه بعد الفوات، فيما إذا خرج من يده بلا عوض؛ أي: في غير البيع. والمراد بالبيع هنا خروجه من يده بيعاً أو هبة ثواب أو أتلفه إنسان ولزمته القيمة قبل الاطلاع على العيب.

وإذا تعيّن الأرش؛ فيقوم المبيع ولو مثلياً، سالمّاً ومعيباً، ويؤخذ للمشتري من الثمن الذي وقع به البيع نسبة نقص ما بين القيمتين. ومثال ذلك أن يقوم المبيع المعيب سالمّاً من عيبه بعشرة، ومعيباً بثمانية، فيأخذ المشتري نسبة نقص ما بين القيمتين؛ فنسبة الثمانية للعشرة في المذكور أربعة أخماس؛ فقد نقصت قيمته معيباً الخمس، فيرجع المشتري على البائع بخمس الثمن؛ أي: فالقيمة ميزان يعرف بها نسبة النقص في الثمن، فإذا كان الثمن مائة رجع عليه بعشرين.

وأما لو خرج المبيع من يد المشتري بعوض، كما لو باعه لأجنبي، فلا يرجع إلا بالأرش. وكذا إذا باعه لبائعه. وسيأتي بيان ذلك.

وأما إذا لم يخرج من يده بالمرّة، ولكن تعلق بالمبيع المعيب حق لغير مشتريه، نحو إجارة وإعارة ورهن، قبل اطلاعه على العيب، وإلا كان اطلاعه عليه رضاً منه كما تقدّم؛ فيوقف لخلاصه من الإجارة وما بعدها، ويردّ لبائعه بعد خلاصه؛ إن لم يتغيّر في تلك المدّة. فإن حصل له تغيّر جرى على أقسام التغيّر الآتي بيانها من القليل والمتوسط المفيت للمقصود.

ومحلّ إيقافه لخلاصه، إن تعذر خلاصه. وأما لو تيسر الخلاص فلا إيقاف، وإلا كان رضاً.

ويردّ المبيع أيضاً إذا عاد المعيب لمشتريه بعد أن خرج من ملكه غير عالم بعيبه،

بيعه أو غيره؛ وكان عوده له بسبب عيب كان هو القديم أو حدث عند المشتري قبل بيعه، أو بسبب فلس لمشتريه الثاني، أو بسبب فساد للبيع الثاني، أو عاد له بملك مستأنف، بأن اشتراه المشتري الأول ممن باعه له، أو بهبة أو يارث؛ أي: لا فرق بين أن يعود له بمعاوضة أو غيرها، وبين ما عاد له اختياراً أو جبراً؛ فله الردّ في الجميع إن لم يتغير، فإن تغير فله حكمه الآتي.

وفيما تقدّم بيان لحكم فوات المبيع المعيب بالخروج من اليد، وأنه يمنع الردّ ويتعيّن الرجوع بالأرش، إن قام المشتري به، وكان ذلك فيما خرج من يد مشتريه بلا عوض.

وأما لو خرج من يده بعوض، بأن باعه المشتري لبائعه بمثل الثمن الأول، بأن اشتراه بعشرة، وباعه لبائعه بعشرة، سواء دّلس البائع الأول بأن كتم العيب أم لا، أو باعه لبائعه بأكثر من الثمن الأول، والحال أنّ بائعه الأول قد دّلس بكتم العيب، كما لو باعه له بائني عشر؛ فلا رجوع لأحد منهما على صاحبه بأن المبيع ردّ لربّه. ففيما إذا تساوى الثمنان فالأمر واضح، وفيما إذا اشتراه بائعه بأكثر فهو مدّلس، فلا رجوع بالزائد، وليس للمشتري منه أرش لأخذ العوض منه أكثر ممّا خرج من يده.

فإن لم يكن البائع الأول مدّلساً كان له ردّه على المشتري الأول بذلك العيب، ويأخذ منه الاثني عشر، ثم ردّ على البائع الأوّل، فيأخذ منه العشرة.

ولو باعه لبائعه بأقلّ، كما لو باعه بثمانية، كملّ البائع الأوّل لمشتريه منه بقيمة الثمن، فيدفع له درهمين، دّلس أم لا.

وأما لو باعه لأجنبي؛ أي: لغير بائعه، فلا رجوع على البائع مطلقاً بمثل الثمن أو أقلّ أو أكثر؛ لأنّه إن باعه بعد اطلاعه على العيب فهو رضاً منه؛ وإن باعه قبل اطلاعه عليه بمثل الثمن أو أكثر فواضح؛ وإن باعه بأقلّ فلحوالة السوق لا للعيب، قاله ابن القاسم. وقال ابن الموّاز: إلّا أن يكون النقص في الثمن من أجل العيب؛ مثل أن يبيعه بالعيب ظاناً أنّه حدث عنده، أو باعه وكيله ظاناً ذلك؛ فيرجع على بائعه بما نقصه من الثمن أو قيمته. قال ابن رشد وابن يونس وعياض: قول ابن الموّاز تفسير لقول ابن القاسم.

والفرق بين البيع لأجنبي وللبائع، أنّه لا ضرر على البائع إذا كان البيع له لرجوع سلعته إليه، فيردّ لذلك كلّه؛ بخلاف ما لو باع المشتري لأجنبي، فإنّه لو رجع المشتري على بائعه بكاملة الثمن لتضرّر، ومن حجّته أن يقول: النقص إنّما هو لحوالة السوق، لا للعيب، فلذا لا يكمل له.

محلّ الردّ بالعيب بالشروط المتقدّم ذكرها:

إنّ جميع ما تقدّم من أنّ لواجد العيب الردّ به بالشروط المتقدّم ذكرها، محلّه ما

لم يحدث عند المشتري عيب آخر في المبيع. فإن حدث به عيب، فلا يخلو إما أن يكون متوسطاً أو يسيراً أو كثيراً. ولكل حكم، كالآتي:

- إن حدث بالمبيع المعيب عند المشتري عيب متوسط، بين المخرج عن المقصود والقليل كحدوث عجب؛ أي: شدة هزال لحيوان؛ فللمشتري الواجد لعيب قديم بعد حدوث شيء مما ذكر، التمسك بالمبيع وأخذ أرش العيب القديم. وله ردّه على البائع ودفع أرش العيب الحادث؛ فالخيار له لا للبائع. والدليل على أن التخيير للمشتري⁽¹⁾:

أ - حديث المصراة المتقدم، وفيه: «فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلها، إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر». ووجه الاستدلال أن الحديث عام في المصراة التي يحدث بها عيب أو التي لا يحدث بها عيب، فأثبت التخيير للمشتري.

ب - أنّ في منع المبتاع الردّ بظهور العيب عنده، إلزامه قبول سلعة معينة من غير رضا منه بالعيب ولا تعدّ منه، فلم يلزمه ذلك.

ج - أنّ الحقيين إذا تعارضا كان تقديم حقّ المشتري أولى؛ لأنّ البائع لا يخلو أن يكون علم بالعيب، فيكون قد دلّس ودخل على أنّ المبيع مردود عليه، بقصده عدم اطلاع المشتري على عيب سلعته؛ أو يكون لم يعلم به فذلك تفريط منه وتقصير في اختبار ملكه قبل البيع ليذهب الجهالة عنه، فلم يلزم المشتري منه شيء، وكان البائع أولى بالحمل عليه بترجيح ضرر المشتري عن ضرر البائع.

د - أنّ الردّ حقّ المشتري - فيما له فيه حقّ الردّ -، كما تقدّم في الحديث، فله بذلك أن يستوفيه، وله أن يعاوض على ترك حقه.

هـ - الاستصحاب، وذلك أنّ حقّ الردّ بالعيب القديم ثابت للمشتري قبل حدوث العيب الجديد عنده، وذمة البائع مشغولة ببقاء جزء من المبيع عنده فاستصحب الردّ عليه.

وطريق تقدير الأرش التقويم ثلاث مرّات: يقوم أولاً صحيحاً، بعشرة مثلاً، ثمّ يقوم بكلّ من العيين، بقطع النظر عن الآخر؛ فيقوم ثانياً بالعيب القديم بقطع النظر عن الحادث، بثمانية مثلاً، فقد نقص الخمس؛ ثمّ يقوم ثالثاً بالحادث، بقطع النظر عن القديم، بثمانية مثلاً، فقد نقص الخمس أيضاً؛ ثمّ يقال للمشتري: إمّا أن تتمسك بالمبيع وترجع على البائع بخمس الثمن، أو تردّه وتترك له خمس الثمن، وعل هذا القياس، وهو قول القاضي عياض، خلافاً لقول الإمام الباجي إنّه إذا أراد الردّ إنّما يقوم تقويمين، أحدهما بالعيب القديم والآخر بالحادث عند المشتري.

وظاهر المدونة أنّ التخيير على الوجه المذكور يكون قبل التقويم.

ومحلّ التخيير أن لا يقبله البائع بالعيب الحادث عند المشتري بلا أرش؛ فإن قبله بالعيب الحادث بلا أرش، فيصير البائع كالعدم؛ فيقال للمشتري: إما أن تردّه بالقديم ولا شيء عليك، أو تتمسك به ولا شيء لك في نظير القديم. ومثل ذلك إذا دلّس البائع، كما يأتي تفصيل ذلك في هلاك المبيع عند المشتري ببيع التدليس.

- وفي حدوث العيب القليل الذي لا يؤثر نقصاً في الثمن، فإنّه كالعدم، فلا خيار للمشتري في التماسك وأخذ أرش القديم، أو الردّ ودفع أرش الحادث؛ بل إما أن يردّ ولا شيء عليه، أو يتماسك ولا شيء له. ومثل العيب القليل قطع شقة قطعاً معتاداً كصفتين من وسطها. ووجه الفرق - في هذه المسألة - بين البائع يردّ عليه بالعيب القليل ولا تخيير له، وبين المشتري لا يكون العيب القليل عنده كالعدم فله التخيير، أنّ البائع يتوقّع تدليسه، بخلاف المشتري، ودليل التفريق: الاستحسان، والقياس التسوية بينهما⁽¹⁾.

- وأما العيب الحادث الكثير، فهو المخرج عن الغرض المقصود؛ أي: التغيّر المفوّت المنافع من ذلك المبيع الذي ظهر به عيب قديم عند بائعه؛ وهو مفيت للردّ بالعيب القديم؛ لأنّه يصير المبيع كالمعدوم؛ لأنّ المقصود من الأعيان منافعها⁽²⁾. وإذا كان مفيتاً فيتعين الأرش للمشتري على البائع، عند التنازع وعدم الرضا، وذلك المخرج عن المقصود؛ إلا أن يهلك المبيع عند المشتري ببيع التدليس من بائعه، كما لو دلّس بصولته - أي: الحيوان - فصال قتل، أو لمرضه فمات منه؛ أو يهلك بأمر سماوي في زمن عيب التدليس، كموت في زمن شرود الحيوان الذي دلّس به؛ فإن المشتري يرجع بالثمن على بائعه المدلّس. فإن لم يدلّس، أو دلّس ومات بأمر سماوي في غير زمن التدليس، بل عند المشتري، فالأرش كما تقدّم.

التنازع في العلم بالعيب الثابت وجوده وقدمه:

إذا تنازع المشتري مع البائع، فقال له البائع: أنت رأيت العيب حال البيع، أو أنت رضيت به حين اطلعت عليه؛ وأنكر المشتري ذلك؛ فالقول قوله أنّه ما رآه ولا رضي به؛ ولا يمين عليه في ذلك، ويردّ المبيع لبائعه. وهذا مقيد بما يلي:

- إذا لم يحقق البائع عليه الدعوى، فإن حَقَّق عليه الدعوى، بأن يقول له: أنا أريتك العيب، أو أعلمتك به، أو فلان أعلمك به وأنا حاضر، أو قال له: أنت قد أخبرتني بأنك رضيت به بعد اطلاعك عليه، أو أخبرني عدل بأنك رضيت به؛ فالقول له بيمين. فإن حلف ردّ المبيع على البائع، وإلا ردّت اليمين على البائع؛ لأنها يمين تحقيق، فإن حلف فلا كلام للمشتري. وهذا إذا لم يسمّ البائع من أخبره، أو سمّاه

وتعذر إشهاده، لموت ونحوه؛ وإلا فله أن يقيمه شاهداً ويحلف معه، ولزم البيع. ولا يفيد المشتري دعوى عدم الرضا. والحاصل أن القول للمشتري بلا يمين إن تجردت دعوى البائع عن مرجح، وبيمين إن اقترنت بمرجح ولم يكن ذلك المرجح شهادة عدل ويقوم البائع بها، وإلا كان القول للبائع بيمين معه.

- إذا أقر المشتري بأنه فتن المبيع وقبّله حال البيع، ولكنه ما رأى العيب؛ فلا يقبل قوله إلا بيمين. فإن نكل لزمه المبيع، ولا تردّ اليمين على البائع لأنّها يمين تهمة.

التنازع في وجود العيب وقدمه:

يكون القول للبائع إذا باع شيئاً، وظهر به عيب عند المشتري بالقرب، فادّعى المشتري أنه عيب قديم عند البائع، وأنكر البائع أن يكون قديماً، وادّعى أنه ما به عيب أصلاً. ولا يمين على البائع إلا أن يحقق عليه المشتري الدعوى، فعليه اليمين كالذي تقدّم في المشتري من يمين وعدمه. ووجه كون القول للبائع مع اليمين: أن الأصل السلامة ولزوم البيع، والمشتري يدّعي ثبوت خيار واستحقاق، فلا يقبل ذلك منه إلا بيينة⁽¹⁾.

وذلك في ظهور العيب بالقرب من البيع، وأولى عند البعد، إذ القول له في وجود العيب وفي عدم قدمه، عند التنازع فيه، إلا أن تشهد العادة للمشتري بقدمه قطعاً أو رجحاناً، فالاستثناء راجع للقدم فقط.

ويحلف من لم يقطع بصدقه، من بائع أو مشتري. فإن ظنّ قدم العيب، فللمشتري بيمين؛ وإن شكّ أو ظنّ حدوثه، فللبائع بيمين. ومفهومه أنه إن قطع بقدمه فالقول للمشتري بلا يمين، وإن قطع بحدوثه فالقول للبائع بلا يمين.

ويعمل بشهادة البيّنة بالقدم، سواء استندوا في قولهم ذلك للعادة أو للمعاينة أو لإخبار العارفين أو لإقرار البائع لهم بذلك.

والكلام هنا في العيوب التي شأنها الخفاء، وأمّا الظاهرة فلا قيام بها، ولا يرجع فيها للعادة ولا غيرها.

وجود العيب القديم في بعض المبيع:

- إذا ابتاع المشتري مبيعاً مقوماً لا مثلياً، معيناً لا موصوفاً، متعدداً؛ كثوبين فأكثر بأعيانها، قائمة في صفقة واحدة، كما لو اشترى عشرة أثواب بأعيانها، بمائة، فظهر له عيب ببعض المبتاع المقوم، فله ردّ البعض المعيب بحصّته من الثمن، ولزمه التمسك بالباقي بما يخصّه من الثمن. وله التمسك بالجميع بجميع الثمن. وليس له ردّ الجميع

إلا برضا البائع. وليس للبائع أن يقول إما أن تردّ الجميع أو تأخذ الجميع. وإذا ردّ المشتري المعيب، وكان ثوباً - مثلاً - واحداً أو أكثر إلى خمسة، وكانت قيمة كلّ ثوب عشرة، رجع بعشر الثمن في الأول وهو عشرة، وبخمس في الاثنين وهو عشرون، وهكذا وهكذا.

وهذا إن لم يكن الثمن سلعة، بأن كان عيناً أو مثلياً. فإن كان الثمن سلعة كدار، فيرجع في قيمتها. فإذا كان المعيب ثوباً من العشرة، وهو يساوي عشرة، ردّه ورجع بعشرة قيمة الدار، ولا يرجع بجزء من السلعة، خلافاً لأشهب، إلا أن يكون المعيب الأكثر، بأن زاد على النصف، والسالم من العيب الأقلّ باقياً عند المشتري لم يفت؛ فيردّ الجميع ويأخذ الثمن أو يتماسك به. وليس له التمسك بالأقلّ السالم وردّ الأكثر المعيب.

ومفهوم كلمة: «باقياً» أنه لو فات عند المشتري لكان له ردّ المعيب مطلقاً، قلّ أو كثر، وأخذ حصّته من الثمن أو من قيمة السلعة وإن وقت ثمناً.

ومعنى أنه ليس له التمسك بالأقلّ السالم؛ أي: بحصّته من الثمن؛ وأما بجميع الثمن ويردّ المعيب مجاناً فجاز. وإنما منع التمسك بالقليل السالم؛ لأنه كإنشاء عقدة بثمن مجهول، إذ لا يعرف ما ينوب الأقلّ إلا بعد تقويم المبيع كلّه أولاً ثم تقويم كلّ جزء من الأجزاء.

وحاصل فقه المسألة، أن الثمن إذا كان مقوماً، كدار أو كتاب أو ثوب، واطلع المشتري على عيب في بعض المبيع؛ فقال أشهب: يرجع شريكاً في الثمن بما يقابل المعيب؛ وقال ابن القاسم: لا يرجع شريكاً للبائع في الثمن لضرر الشركة، وإنما يرجع بالقيمة. وعلى هذا القول اختلف؛ قيل: معناه أنه يرجع بنسبة قيمة المعيب لقيمة المبيع في قيمة المقوم الواقع ثمناً؛ فإذا كان المبيع ثوباً وقيّمته عشرة، نسبتها للمائة قيمة الأثواب المبيعة، فيرجع بعشر قيمة المقوم الواقع ثمناً على ما هو معتمد. وقيل: يرجع بما يخصّ المعيب من قيمة الثمن المقوم، فإذا كان المعيب ثوباً رجع بقيمة عشر المقوم المدفوع ثمناً.

ويشبه الحكم بردّ الجميع أو التمسك بالجميع أو التمسك ببعض السالم بجميع الثمن وإن لم يكن أكثر؛ ما كان أحد مزدوجين، كخفّين ونعلين وسوارين، مما لا يستغنى بأحدهما عن الآخر، فليس له ردّ المعيب بحصّته من الثمن، إلا أن يتراضيا بذلك، كما يأتي في القسمة.

فعلم أنه لا يجوز التمسك بأقلّ سالم من متعدّد بأكثره، إذا لم يفت الأقلّ عند المشتري، وإلا جاز.

وكما لا يجوز التمسك بالأقلّ المذكور، لا يجوز التمسك بالأقلّ إن استحقّ

الأكثر، إن كان المبيع مقوماً، متعدداً، معيناً، في صفقة، والباقي لم يفت؛ فله التمسك بما يخص ما استحق. فجميع القيود المذكورة في المعيب تجري في الاستحقاق على المعتمد.

وإذا منع التمسك بالأقل، إذا استحق الأكثر، تعين الفسخ برء الأقل والرجوع بجميع الثمن، أو يتمسك بالبعض الباقي بجميع الثمن، فالمنع أن يتمسك بالبعض الباقي ويرجع بما يخص ما استحق من الثمن، كما تقدم في العيب.

وعلى ما تقدم من عدم جواز التمسك بالأقل؛ فإنه إذا كان درهماً وسلعة كدابة تساوي عشرة، وقع بيعهما بثوب - مثلاً - وثمن الثوب اثنا عشر؛ فاستحققت السلعة المساوية للعشرة؛ أي: الدابة، من يد المشتري، وهي خمسة أسداس الصفقة؛ فقد استحق الأكثر؛ فلا يجوز التمسك بالأقل الباقي، وهما الدرهما؛ فیتعین فسخ البيع برء الدرهمين وأخذ الثوب، إن كان قائماً؛ فإن فات ولو بحوالة سوق، فلمن استحق منه السلعة، وهو بائع الثوب، القيمة الكاملة للثوب الذي خرج من يده لفواته؛ لأن القيمة تقوم مقامه عند فسخ البيع ورد الدرهمين. أي: فيأخذ البائع قيمة الثوب، ولا يجوز له أن يتمسك بالدرهمين فيما يقابلهما من سدس الثوب، بحيث يكون شريكاً بسدسه أو سدس قيمته. وأما تمسكه بالدرهمين في مقابلة الثوب بتمامه فجائز.

- وإذا ابتاع المشتري مبيعاً مثلياً (وهو مفهوم مقوم) وموصوفاً (وهو مفهوم معين)؛ فإنه يلزمه التمسك بالأقل إذا تعيب أو استحق الأكثر، وأولى المساوي أو الأقل؛ كما لو اشترى عشرة أثواب موصوفة (وهو مثال للموصوف) أو عشرة أرطال أو أوسق من قمح (وهو مثال للمثلي)، فاستحق أكثرها أو أقلها، أو وجد بها عيباً؛ فلا ينتقض البيع، بل يرجع بمثل الموصوف أو المثلي، وله أن يتمسك بالباقي بحصة من الثمن في الاستحقاق، وبالسالم والمعيب في العيب. وأما إن كان المبيع متحداً، كدار، فاستحق البعوض، قل أو كثر، فالمشتري مخير بين التمسك والرد؛ لدفع ضرر الشركة.

رد أحد المبتاعين المبيع دون صاحبه:

إذا اشترى شخصان سلعة واحدة أو سلعة متعددة، كل واحد يأخذ نصفها، في صفقة واحدة، لا على سبيل الشركة؛ ثم اطلعا على عيب قديم، فأراد أحدهما أن يرء نصيبه على البائع، وأبى الآخر من الرد؛ فالمشهور أن له أن يرء نصيبه ولو قال البائع: لا أقبل إلا جميعه؛ بناء على تعدد العقد بتعدد متعلقه. وإلى هذا رجع الإمام مالك، واختاره ابن القاسم. والدليل على ذلك:

أ - أنه بيع اجتمع في أحد طرفيه عاقدان، فجاز أن ينفرد أحدهما بالرد عن الآخر، قياساً على ما إذا ابتاع واحد سلعة من اثنين.

ب - أن العقد إذا تناول شيئاً بثمن معلوم، فالثمن مقابل الجملة، وأجزاؤه تقسم

على أجزاء المبيع، فيصير كأن كل واحد مشتر بقدر حصته منفرد بها؛ أي: فكأنهما صفتان متفرقتان.

وكان الإمام يقول أولاً إنما لهما الردّ معاً أو التماسك معاً، وليس لأحدهما أن يرده دون الآخر. والقولان في المدونة.

وأما إذا كانا شريكين في التجارة، واشترى معيّنًا في صفقة، وأراد أحدهما الردّ، فلصاحبه منعه وقبول الجميع، كما يأتي في الشركة.

ردّ المشتري المبيع على أحد البائعين دون الآخر:

إذا اشترى شخص واحد سلعة من بائعين، فاطلع فيها على عيب قديم؛ فإنه يجوز له أن يرده على أحد البائعين نصيبه دون الآخر. وهذا بخلاف شريكي التجارة؛ لأنهما كرجل واحد، فالردّ على أحدهما ردّ على الآخر.

حكم غلّة المبيع المردود بالعيب:

تكون غلّة المبيع المردود من أجل العيب للمشتري؛ وذلك من وقت دخول المبيع في ضمانه أي: من وقت عقد البيع وقبض المشتري له إلى فسخ البيع بسبب العيب. ودليل كون الغلّة للمشتري⁽¹⁾:

- عن عائشة أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله، ثم وجد أو رأى به عيباً فرده بالعيب، فقال البائع: غلّة عبدي؛ فقال النبي ﷺ: «الغلّة بالضمان»⁽²⁾. وعن عائشة أنّ رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان». وفي رواية: قالت عائشة رضي الله عنها: «قضى رسول الله ﷺ أنّ الخراج بالضمان»⁽³⁾.

ويكون الفسخ إمّا بحكم الحاكم أو بتراضي المتبايعين؛ بأن يرضى البائع بقوله من غير رفع. وسيأتي بيان ذلك قريباً إن شاء الله تعالى.

والمراد بالغلّة ما لا يكون استيفاؤه دليلاً على الرضا؛ وهي التي استغلّها قبل الإطلاع على العيب مطلقاً؛ أي: سواء نشأت عن تحريك كسكنى أو إسكان، أو لم تنشأ عن تحريك كلبن وصوف؛ والتي لا تنقص المبيع؛ ولو استغلّها زمن الخصام، ولو طال زمنه. وأما ما استغلّه بعد الإطلاع وقبل الخصام، فيدلّ على الرضا مطلقاً، إلّا ما

(1) الإشراف: 552/2، والمعونة: 1060/2، والمقدمات: 115/2. وبداية المجتهد: 203/2، والذخيرة: 75/5.

(2) أخرجه أحمد في مسنده: رقم 23373.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشترى العبد فيستغله؛ والنسائي في البيوع، باب الخراج بالضمان؛ وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان. وقال فيه الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

نشأ عن تحريك ولم يطل زمنه. والحاصل أنّ الغلّة التي تدلّ على الرضا هي الحاصلة بعد الاطلاع على العيب ونشأت عن تحريك منقص كالركوب، سواء في زمن الخصام أو قبله، أو نشأت عن تحريك غير منقص كالسكنى، وكانت قبل زمن الخصام، أو كانت ليست ناشئة عن تحريك أصلاً قبل زمن الخصام وطال.

ويكون للمشتري أيضاً غلّة ما يلي:

- الشفعة؛ فإنّ الغلّة فيها للمشتري، لا لمن أخذ منه - بالبناء للفاعل والضمير في منه يعود على المشتري - الشقص بالشفعة.

- الاستحقاق؛ فالغلّة لمن استحقّت من يده، مشترياً أو غيره، لا لمن استحقّها.

- التفليس؛ فالغلّة للمشتري المفلس، لا لبائعها الذي أخذها منه بالتفليس.

- فساد البيع؛ فالغلّة للمشتري لا للبائع الذي ردّت له بالفساد.

والحاصل أنّ مثل الردّ بالعيب القديم الأخذ بالشفعة والاستحقاق والردّ بالفلس والفساد، في أنّ المشتري يفوز بالغلّة، ولا تردّ للبائع. فمن أخذ منه الشقص بالشفعة يفوز بالغلّة، ولا تردّ للأخذ بها؛ وكذلك المستحق منه يفوز بها ولا تردّ للمستحق؛ وكذلك من أخذ منه المبيع لتفليسه وعجزه عن ثمنه أو لفساد بيعه، فلا تردّ للبائع فيهما.

ولا يفوز بها المشتري في المسائل الأربع مع مسألة الردّ بالعيب، إلّا إذا لم تكن الغلّة ثمرة، أو كانت ثمرة غير مؤبّرة يوم الشراء أو يوم الاستحقاق وجذّت. فإن لم تجذّ، فهي له في الشفعة والاستحقاق إن يبست على أصلها، وإلّا كانت للشفيع والمستحق، ولو زهت؛ أي: صارت رطباً. وفي الفساد والعيب إن زهت، وإلّا أخذها البائع فيهما، كما يأخذها في الفلس مطلقاً، ما لم تجذّ.

وأما الثمرة المؤبّرة حين الشراء أو حين الاستحقاق، فهي ليست غلّة؛ فتردّ للبائع في الفلس والعيب والفساد مطلقاً، ولو أزهت أو يبست أو جذّت؛ وفي الشفعة والاستحقاق يأخذها الشفيع والمستحق مطلقاً.

وأما البائع فيكون له من الغلّة ما يلي:

- ولد الحيوان. فإنّه للبائع ولو حملت به أمّه عند المشتري، ثمّ اطلع على عيب أمّه، فيردّ مع الأمّ. ودليل ذلك⁽¹⁾:

أ - أنّ حقّ الردّ لزم الأمّ قبل الولادة ليس بمعاوضة على منافع، فكان الولد الحادث تابعاً لها فيه كالزكاة.

ب - أنّ الولد في حكم أمّه فليس بخراج، وإنما الذي لا يرده هو الخراج لحديث: «الخراج بالضمّان».

- الثمرة المؤبّرة؛ فإنها تردّ مع الأصل للبائع، حيث ردّ الأصل بعيب؛ ولو جدّها المشتري. فإن فاتت عنده ردّ مثلها إن علم قدرها. وأمّا إن لم يعلم قدرها فقيمتها، إذا كان القوات بغير البيع، وأمّا به ولم تعلم المكيّلة فإنّه يردهُ ثمنه إن علم.

وأما غير المؤبّرة حين الشراء؛ فغلّة يفوز بها المشتري، إذا حصل الردّ بعد أن جدّها أو لم يجدّها وأزهدت، وسيأتي ذلك. والدليل على أنّ غير المؤبّرة لا يردها المشتري مع أصولها بالعيب⁽¹⁾: عن عائشة أنّ رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل خراج المبيع؛ أي: غلّته، لمن عليه ضمانه، وقد ثبت أنّ ضمانه من المشتري، فيجب أن تكون غلّته له.

- الصوف التّام وقت الشراء. فإنّه يردهُ للبائع مع ردّ أصله بعيب. وهو داخل في الشراء وإن لم يشترطه المشتري، بخلاف الثمرة المؤبّرة فلا تدخل فيه إلّا بشرط.

فإن فات الصوف ردّ وزنه إن علم، وإلّا ردّ الغنم بحصّتها من الثمن، ويكون له الصوف في مقابلة بقية الثمن، ولا يلزمه أن يردهُ مع الغنم ثمن الصوف إن باعه، أو قيمته إن انتفع به في نفسه، كما قيل في الثمرة. وإن قيل: لم فرق بين الثمرة والصوف عند انتفاء علم المكيّلة والوزن؟ والجواب أنّه لو ردّ الأصول بحصّتها من الثمن مثل الغنم لزم بيع الثمرة مفردة قبل بدوّ صلاحها، وهو لا يجوز إلّا بشروط تأتي، وهي منتفية هنا، وأخذ القيمة ليس بيعاً، بخلاف ردّ الغنم بحصّتها من الثمن، فإنّه لا محذور فيه؛ لأنّ الصوف سلعة مستقلّة يجوز شراؤه منفرداً عن الغنم.

ومحلّ ردّ الصوف إن لم يحصل بعد جزّه مثله عند المشتري، وإلّا فلا، لجبره بما حصل. قال الشيخ الدسوقي: وأمّا الثمرة المؤبّرة فهل تكون كذلك، قياساً على الصوف، وهو الظاهر، أو تردّ مطلقاً ولو لم تردّ أصولها حتّى ظهر فيها أخرى؟ وهو ظاهر المصنّف؛ أي: قول الشيخ خليل.

ضمان السلعة المردودة بالعيب:

تدخل السلعة المردودة بالعيب في ضمان البائع كما يلي:

- إن رضي بقبضها من غير حكم الحاكم، وإن لم يقبضها بالفعل.
 - إذا ثبت العيب عند الحاكم بإقرار بائعها أو بالبيّنة، وإن لم يحكم.
- فإن هلكت بعد ذلك ف ضمانها منه.

ما لا يقع ردّ المبيع به في ما عدا الردّ بالعيب:

لا يقع ردّ المبيع بما يلي:

(2) سبق تخريجه.

(1) الإشراف: 550/2.

- لا يقع ردّ المبيع بالغلط، بل البيع لازم. وذلك إن سُمّي المبيع باسم عام، كحجر، مع الجهل بحقيقته الخاصّة، وهو يعلم شخص المبيع. كأن يبيع هذا الحجر بدرهم، فإذا هو ياقوتة تساوي ألفاً. ولا فرق في حصول الغلط بالمعنى المذكور - وهو جهل اسمه الخاص - من المتبايعين أو من أحدهما، مع علم الآخر؛ ما لم يستسلم الجاهل به للعالم، وإلا فيثبت للجاهل الردّ كما يأتي في الغبن.

ومحلّ عدم الردّ إذا كان البائع غير وكيل، وإلا فلموكله الردّ قطعاً.

وإن سمّاه بغير اسمه، كهذه الزجاجة، فإذا هي زبرجدة، أو بالعكس؛ ثبت الردّ قطعاً.

- لا يقع الردّ بسبب الغبن؛ أي: في الثمن. والغبن الغلبة والنقص. وسواء كان الغبن بما جرت به العادة في مغالبة الناس به في القلّة والكثرة، والمغالبة المعتادة هي الثلث؛ أو كان الغبن بما خالف العادة في المغالبة، والمغالبة الغير المعتادة ما خرج عن معتاد العقلاء، كأن يشتري ما يساوي درهماً بعشرة أو عكسه. فهذا في العالم بقدر المبيع، فذلك جائز ولا قيام له بالردّ اتفاقاً؛ لأنّه قد أوتي من قبل نفسه بمعرفته، فيكون كالواهب لما غبن فيه⁽¹⁾. وهذا مبني على أنّ المالك الصحيح الملك جائز له أن يبيع ماله الكثير بالتافه اليسير، قال القرطبي: وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء إذا عرف قدر ذلك، كما تجوز الهبة لو وهب⁽²⁾.

وعلة عدم الردّ بالغبن المعتاد أنّ ذلك يعتبر من الغبن اليسير الذي لا تكاد تسلم منه البياعات، ولهذا انتصب له التجار، فهو كالمدخول عليه⁽³⁾؛ وأنّ النهي عن الغبن لا يتضمّن فساد المنهي عنه كما دلّ عليه الحديث؛ لأنّه لا يتعلّق بنفس البيع، بل بأمر خارج عنه⁽⁴⁾.

وقال ابن القصار: إنّه يجب الردّ بالغبن إذا كان أكثر من الثلث؛ أي: بما خالف العادة. وهذا الخلاف - أي: خلاف ابن القصار - في الغبن من غير استسلام، إذا كان المغبون جاهلاً، ففي المسألة قولان. ودليل القول بثبوت خيار الردّ في المغبون بما خالف العادة، الجاهل غير المستسلم⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: 85].

(1) المعلم: 256/2، وإكمال الإكمال: 356/5.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 152/5.

(3) المعلم: 257/2، وإكمال الإكمال: 356/5 - 357.

(4) بداية المجتهد: 191/2.

(5) الإشراف: 525/2، والمعونة: 1049/2، والمنتقى: 108/5، والمعلم: 257/2، وأحكام

القرآن: 788/2، والجامع لأحكام القرآن: 180/7، وإكمال الإكمال: 336/5 و356.

ووجه الاستدلال أنّ البخس في كلام العرب هو النقص بالتعيب والتزهيد، أو المخادعة عن القيمة، أو الاحتيال في التزبد في الكيل أو النقصان منه. وقد نهى الله تعالى عن كلّ ذلك. وإنّما أذن سبحانه في الأموال بالأكل بالحقّ والتعامل بالصدق وطلب التجارة بذلك. فمتى خرج عن يد أحد شيء من ماله بعلمه لأخيه، فقد أكل كلّ واحد منهما ما يرضي الله ويرتضيه. وإن خرج شيء من ماله عن يده بغير علمه، فلا يخلو أن يكون ممّا يتغابن الناس بمثله ممّا لا غنى عنه في ارتفاع الأسواق وانخفاضها عنه، فإنّه حلال جائز بغير خلاف، إذ لا يمكن الاحتراز منه؛ وإن كان بأكثر من ذلك فالصحيح أنّه إذا جرى ذلك في بيع كان صاحبه بالخيار، إن شاء أمضاه بعد العلم به، وإن شاء رده.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

ووجه الاستدلال أنّ إمضاء البيع عليه أكل لماله بالباطل، وقد نهت الآية عنه؛ لأنّه ليس تبرعاً ولا معاوضة، فإنّ المعاوضة عند الناس لا تخرج إلى هذا التفاوت، وإنّما هو من باب الخلافة، والخلافة ممنوعة شرعاً مع ضعفها، كالغلبة - وهو الغصب - ممنوعة شرعاً مع قوتها⁽¹⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ يَوْمُ النَّفَاثِ﴾ [التغابن: 9]، ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى خصّص التغابن بيوم القيامة وهذا الاختصاص يفيد أنّه لا غبن في الدنيا، وأنّه لا يجوز في المعاملات الدنيوية، فدلّ على أنّ الغبن في البيع محرّم ومردود، وأنّه من الخداع المحرّم شرعاً؛ إذا كان كثيراً يمكن الاحتراز منه. وأمّا اليسير منه فلا يمكن الاحتراز منه، فيمضي في البيوع، إذ لو حكم بالردّ به ما نفذ بيع أبداً⁽²⁾.

د - عن ابن عمر قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنّه يخدع في البيوع. فقال رسول الله ﷺ: «من بايعت فقل: لا خلافة»⁽³⁾، والخلافة الخديعة، وذلك يدلّ على إثبات الخيار للمغبون. وعلى هذا فالحديث عام في كلّ أحد على مثل حاله. فإن قيل: كان هذا الرجل قد أصابته مأمومة⁽⁴⁾ في الجاهلية أثرت في عقله، فكان يخدع لأجل ذلك في بيعه، فقال له النبي ﷺ ما قال لما كان عليه من الحال، حتّى كان يقول لنا أصابه: لا خلافة، لا خلافة. فالجواب أنّ النبي ﷺ لو كان الذي قال له من حكمه لما

(1) أحكام القرآن: 1/ 409.

(2) أحكام القرآن: 4/ 1816، والجامع لأحكام القرآن: 18/ 104.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب جامع البيوع؛ والبخاري في البيوع، باب ما يكره من الخداع؛ وسلم في البيوع، باب من يخدع في البيوع.

(4) المأمومة: الشجة التي بلغت أم الرأس.

أصابه من عقله لما جَوَزَ بيعه؛ لأنَّ بيع المعتوه لا يجوز بخيار ولا بغير خيار، ولكنَّه أمره بأن يصرِّح عن قوله، حتَّى يقع الاحتراز منه.

هـ - ما تقدّم من النهي عن تلقّي الركبان. ومن علل النهي المذكورة أن لا يغبن البادي القادم بسلعته من البادية؛ لأنه لا يعرف الأسعار، وقد جعل له النبي ﷺ الخيار إذا قدم السوق؛ لأنَّه يرجى له الزيادة، فقال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيّده السوق فهو بالخيار»⁽¹⁾. وذلك يفيد أنّ الغبن يؤثّر في الخيار.

و - نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال⁽²⁾. ومن اشترى ما قيمته درهماً بعشرة دراهم، أو باع ما قيمته عشرة دراهم بدرهم، فقد أضاع ماله.

ز - عن ابن عباس وعبادة بن الصامت أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾. وفي إلزام المغبون بما غبن به بما لا عادة فيه ضرار به.

ح - القياس على العيب؛ لأنَّه نقص بضمن المبيع، فكان مؤثراً في الخيار أصله العيب.

وأما القول بعدم ثبوت خيار الردّ للمغبون بما خالف العادة، الجاهل غير المستسلم، فدلّله⁽⁴⁾:

أ - أنّ الآية تدلّ عنده على إمضاء البيع؛ لأنَّ البيع وقع عن تراض، وقد استثنته الآية من النهي.

ب - أنّ الحديث حجّة لعدم القيام بالغبن، ووجه الاستدلال منه أنّه ﷺ لم يجعل له الخيار إلّا بشرط، بأن يقول: «لا خلافة»، إذ لو كان القيام به ثابتاً لم يأمره بالشرط.

ج - أنّ الحديث خاص بهذا الرجل، أو أنّه عام في كلّ أحد في مثل حاله إذا كان مستسلماً، كما سيأتي الحديث عن المستسلم. أو أنّه مؤوّل بأنَّ النبي ﷺ أمره بأن يقول: «لا خلافة» على وجه الإعذار إلى من يبايعه ليتوقّى خديعته أهل الصلاح والدين، لا ليكون له الخيار إن خدع، ولكن لثلاثاً يقدم على خديعته من يأثم به. وهو تأويل ذكره الإمام الباجي بعد أن ضعّف الرواية التي جاء فيها إثبات الخيار له.

د - أنّ معنى الخلافة الخداع، وليس من الخداع أن يبيع البائع بالغلاء أو يشتري المشتري بالرخص، وإنَّما الخلافة أن يكتمه عيباً في السلعة ويقول: إنّها تساوي أكثر من

(1) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر لباد.

(2) أخرجه البخاري في الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال.

(3) أخرجه مالك في القضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرّ بجاره.

(4) المنتقى: 108/5، وأحكام القرآن: 408/1، والمعلم: 257/2، والجامع لأحكام القرآن: 5/

قيمتها، إنّه قد أعطي فيها أكثر ممّا أعطى بها، ولذلك نهى النبي ﷺ عن النجش؛ لأنّه من باب الخديعة في البيع وإظهار الناجش للمبتاع أنّ قيمتها أكثر من قيمتها، وأنّه يريد أن يبتاعها.

هـ - وقول النبي صلى الله عليه وسلّم: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»⁽¹⁾. وليس فيه تفصيل بين القليل والكثير من ثلث ونحوه.

و - أنّ المغبون مفرط؛ إذ كان عليه أن يشاور من يعلم أو يوكله.

وأما المستسلم وهو الذي لا بصيرة له بالبيع، فإنّه إذا استسلم أحد المتبايعين لصاحبه؛ بأن يخبره بجهله؛ كأن يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة، فبعتي كما تبيع الناس؛ فقال البائع: هي في العرف بعشرة. فإذا هي بأقل؛ أو يقول البائع: أنا لا أعلم قيمتها، فاشترتني كما تشتري من الناس؛ فقال: هي في عرفهم بعشرة؛ فإذا هي بأكثر؛ فعند ذلك يكون للمغبون الردّ باتفاق أهل المذهب في استسلام أحد المتبايعين لصاحبه. والدليل على أنّ حكم المستسلم هو هذا⁽²⁾:

أ - الحديث المتقدّم؛ ووجه الاستدلال حمله على معنى أن يعلم الرجل الناس بأنّه لا خيرة له بالأثمان، ويعلمهم بحكمه وأنّه لا تنفذ خلافة الخالب على مغبون مثله.

ب - الإجماع عليه، وقد حكاه ابن رشد.

ج - أنّه من أكل المال بالباطل.

د - أنّ الاستسلام كالشرط بعدم الغبن في البيع، ويجب في الشرع الوفاء بالشروط.

حكم الحاكم ورضا البائع في الفسخ بالعيب:

لا يفتر الفسخ بالعيب إلى حكم الحاكم، ولا إلى رضا البائع، والدليل⁽³⁾:

أ - حديث المصراة المتقدم، وفيه: «وإن شاء ردّها»، ووجه الاستدلال أن

الحديث مطلق غير مقيد بحكم حاكم ولا رضا البائع.

ب - القياس على الطلاق؛ لأنّ الفسخ معنى يقطع استدامة العقد، فإذا لم يكن

رضا المتعاقدين شرطاً فيه لم يكن حضورهما شرطاً فيه، أصله الطلاق.



(2) المتقى: 108/5، والذخيرة: 112/5.

(1) سبق تخريجه.

(3) الإشراف على مسائل الخلاف: 550/2.

ضمان المبيع وانتقاله من البائع إلى المشتري

ينتقل ضمان المبيع من البائع إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم؛ ولو لم يقبض المشتري المبيع من البائع. فمتى هلك المبيع أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشترئه. وسواء كان المبيع عرضاً أو غيره.

فاحترز بالصحيح من الفاسد.

واحترز باللازم من غيره، كبيع المحجور وبيع الخيار. وتقدم في الخيار أنّ ضمان المبيع بالخيار من البائع. والدليل على انتقال الضمان للمشتري بما تقدم ذكره⁽¹⁾:

أ - أنّ العقد يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، ولذلك فإنّ ملكية المبيع تنتقل للمشتري بمجرد العقد ولا يشترط لذلك القبض، وإنّما القبض حكم من أحكام العقد، وفرع على الملكية، ألا ترى أنّ البائع إذا امتنع عن إقباض المشتري المبيع، فإنّه يأثم ويجبر على ذلك ويصير في حكم الغاصب متى تلف الشيء المغصوب في يده يلزمه قيمته دون ثمنه، وذلك يدلّ على أنّ الملك استقرّ للمشتري عليه قبل القبض، فيدخل المبيع في ضمانه.

ب - عن عائشة أنّ رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل خراج المبيع؛ أي: غلّته، لمن عليه ضمانه، وقد ثبت أنّ غلّة هذا المبيع الذي ذكرناه وفيما عدا ما سيسئني قريباً، هي للمشتري ولو لم يقبضه، فيجب أن يكون الضمان منه.

ج - القياس على المهر في النكاح؛ لأنّ الثمن البيع كالمهر في النكاح؛ لأنّ كلّ واحد منهما عوض مستحقّ لقدر معاوضته، فإذا كان متعيّناً وتلف قبل القبض لم يتلف من بائعه كالمهر.

(1) الإشراف: 553/2، والمنتقى: 251/4، وبداية المجتهد: 209/2، والذخيرة: 122/5.

(2) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد فيستغله؛ والنسائي في البيوع، باب الخراج بالضمان؛ وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان.

د - الاستحسان. قال ابن رشد الحفيد في توجيهه: ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل.

ويستثنى من انتقال الضمان للمشتري بالعقد الصحيح اللازم مسائل لا ينتقل فيها الضمان إليه إلا بقبضه المبيع، والمسائل هي:

1 - المبيع الذي فيه حقّ توفية لمشتريه؛ وهو المثلي، من مكيل أو موزون أو معدود، في غير الجزاف. ووجه ذلك أنّ المشتري ممنوع من تسلّمه، لا يستطيع الانتفاع به إلا بعد التوفية، كالذي في الذمة⁽¹⁾. فعلى البائع ضمان المثلي حتّى يقبضه المشتري ويستولي عليه. ويستمرّ ضمان البائع له ما دام المبيع في معياره من مكيال أو ميزان؛ حتى يفرغ في أواني المشتري. فإذا هلك بيد البائع عند تفريغه فضمانه عليه، قال ابن رشد: اتفاقاً. ويكون الضمان على البائع ولو تولّى المشتري الكيل أو الوزن أو العدّ نيابة عن البائع؛ فلو سقط المبيع من الميزان أو المكيال أو غصب، لكان ضمانه من البائع؛ بخلاف ما لو كاله البائع أو نائبه وناوله للمشتري، فسقط من المشتري أو هلك بعد استلامه أو عند تفريغه في أوعيته، فضمانه من المشتري؛ لأنّ قبض المبيع قد تمّ باستيلاء مشتريه عليه، وهو ليس نائباً عن البائع في هذه الحالة. واعلم أنّ الصور هنا أربع:

* الأولى: أن يتولّى البائع أو نائبه الوزن أو الكيل ليفرغه في ظرف المشتري، فيسقط من يده أو يتلف، فضمانه من البائع.

* الثانية مثلها: ولكن الذي تولّى تفريغه في الظرف هو المشتري، فضمانه من المشتري؛ لأنّه حين أخذه من الميزان أو المكيال ليفرغه في ظرفه فقد تولّى قبضه، فضمانه منه. قال ابن رشد: باتفاق فيهما. ونازعه ابن عرفة في الأولى بوجود الخلاف فيها.

* الثالثة: أن يتولّى المشتري الوزن أو الكيل والتفريغ فيسقط من يده، فقال مالك وابن القاسم: مصيبته من البائع؛ لأنّ المشتري وكيل عن البائع، ولم يقبض لنفسه حتّى يصل لظرفه. وقال سحنون: من المشتري.

* الرابعة: أن لا يحضر ظرف المشتري، وإنّما يحمل ذلك في ظرف البائع بعد وزنه أو كيله ليفرغه في ظرفه ببيته مثلاً، فيسقط منه أو يتلف، فضمانه من المشتري بمجرد الفراغ من الوزن أو الكيل أو العدّ؛ لأنّ قبضه بعد الفراغ من وزنه قبض لنفسه في ظرف البائع، ويجوز له بيعه بذلك قبل وصوله لداره، وليس فيه بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنّه قد وجد القبض منه. وهذا ولو كان الحامل للمبيع لبيت المشتري البائع بطريق الوكالة. هذا تحرير الفقه، قاله الشيخ البتاني.

وتكون أجرة الكيل أو الوزن أو العدّ في البيع على البائع؛ إذ لا تحصل التوفية إلا بالكيل أو الوزن أو العدّ، والدليل على أنّ التوفية على البائع⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: - ﴿فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ﴾ [يوسف: 88]، فكان يوسف ﷺ هو الذي يكيل، فدلّ على أنّ الكيل على البائع. وهذا بناء على أنّ شرع من قبلنا شرع لنا، حتّى يدلّ الدليل على نسخه.

ب - أنّ الرجل إذا باع مبيعاً من طعام، وجب عليه أن يبرزه للمشتري ويميّز حقّه من حقّه، فتكون أجرة ذلك على البائع.

وأما في القرض فتكون على المقترض؛ لأنّ المقرض صنع معروفاً فلا يكلف الأجرة. وكذلك عليه الأجرة في ردّ القرض، بلا شبهة في ذلك. ومثل القرض في ذلك الإقالة والتولية والشركة؛ فليست الأجرة على المطلوبة منه؛ لأنها فعل معروف، وإنّما هي على الطالب.

2 - السلعة المحبوسة للثمن. وهي التي حبسها بائعها ولم يسلمها للمشتري، لأجل قبض الثمن منه.

3 - السلعة المحبوسة للإشهاد على البيع؛ وهي مثل المحبوسة للثمن، إذ لا فرق بينهما على التحقيق. وقال ابن القاسم: هما كالرهن. وشهّر هذا القول، وعليه مشى الشيخ خليل. ورجّح البعض ما تقدّم.

4 - المبيع الغائب على الصفة أو رؤية متقدّمة. والمراد بالغائب غير العقار.

5 - المبيع بيعاً فاسداً، من عقار أو غيره، لا يدخل في ضمان المشتري إلاّ بالقبض.

6 - الثمار المباعه بيعاً صحيحاً بعد بدوّ صلاحها، فإن ضمانها من البائع قبل أمنها من الجوائح. ووجه ذلك أنّ الثمرة تحتاج إلى بقائها في الأصل وتغذيتها به⁽²⁾.

وينتقل ضمانها للمشتري بالأمن من ذلك. والأمن يكون بتمام طبيها، فمتى تمّ طبيها سواء جدّها المشتري أم لا انتقلت من ضمان البائع، كما يأتي. وأما المباعه بيعاً فاسداً، فإن اشترت بعد طبيها فضمانها من المشتري بمجرد العقد؛ لأنّه لما كان متمكناً من أخذها كان بمنزلة القبض؛ وإن اشترت قبل طبيها فضمانها من البائع حتّى يجدها المشتري. وهذا بالنسبة للجوائح فقط، وأما الغصب ونحوه كالسارق فالضمان من المشتري بمجرد العقد الصحيح؛ بناء على الراجح من أنّهما ليسا بجائحة.

البيع على التصديق:

يكره البيع على تصديق البائع في الكيل والوزن والعدّ. ووجه الكراهة لما يؤدّي

(1) الجامع لأحكام القرآن: 179/9، والذخيرة: 125/5.

(2) المتقى: 250/4.

إليه من الخصومة. فإن نزل وادعى المبتاع نقصاً غير معتاد، لم يصدق إلا بيّنة، فيرجع بحصّته من الثمن.

ولا يمنع - على قول ابن القاسم - من البيع على التصديق بيع طعام بطعام من غير جنسه؛ لأنّ مصيبة كلّ طعام من بائعه فهو مقبوض كالجزاف⁽¹⁾.

القبض الذي يكون به ضمان المشتري:

يختلف القبض الذي يحصل به ضمان المشتري باختلاف المبيع كآتي:

- يكون القبض في ما فيه التوفية باستيفاء ما كيل أو عدّ أو وزن منه. وقد تقدّم بيان الاستيفاء قريباً.

- يكون القبض في العقّار، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، بالتخلية بينه وبين المشتري، بأن يسلم له المفاتيح إن كان للعقّار مفاتيح، فإن لم يكن له مفاتيح كفى تمكنه من التصرف به. ويكون القبض بما تقدّم ولو لم يخل البائع متاعه منه؛ إن لم يكن العقّار دار سكنى البائع؛ فإن كانت دار سكناه، فالقبض يكون بالإخلاء لمتاعه منها، ولا يكفي مجرد التخلية، بأن يسلم له المفاتيح والحال أنّ فيها أمتعته.

- يكون القبض في غير العقّار من حيوان وعرض بالعرف. وذلك كتسليم الثوب وزمام الدابة أو سوقها أو عزلها عن الدواب أو انصراف البائع عنها.

تلف المبيع في وقت ضمان البائع له بأمر سماوي:

إذا تلف المبيع المعين بيعاً صحيحاً بأمر من الله تعالى، لا بجناية أحد عليه، وكان المبيع في وقت ضمان البائع له، لكونه فيه حقّ توفية أو كان غائباً أو كان ثماراً قبل أمن الجائحة؛ فإنّ عقد البيع يبطل. ولا يلزم البائع الإتيان بمثله. ومحلّ عدم لزوم ذلك عليه إذا كان المبيع معيناً، وأمّا إذا كان موصوفاً متعلقاً بالذمة، كالسلم، فإنّ المسلم إليه إذا أحضر المسلم فيه فتلف قبل أن يقبضه المسلم لزم الإتيان بمثل ما في ذمته.

ومحلّ البطلان فيما تقدّم ذكره إن ثبت التلف بالبيّنة أو تصادقا عليه.

وإذا تلف بعض البيع المعين أو استحقّ في وقت ضمان البائع؛ فهو كعيب بالمبيع؛ فينظر في الباقي بعد التلف والاستحقاق، فإن كان النصف فأكثر لزم الباقي بحصّته من الثمن، وذلك بقيدتين:

الأول: إن تعدّد المبيع.

الثاني: إن كان المبيع قائماً.

فإن اتّحد أو فات، خيّر المشتري. لكن ذكر الشيخ الصاوي أنّ التخيير في التلف والاستحقاق لا يظهر، وإنّما الواجب فيه التمسك بالفائت الذي لم يستحقّ ولم يتلف بحصّته من الثمن، ويرجع بحصّة المستحقّ أو التالف من الثمن.

وإن كان الباقي بعد التلف أو الاستحقاق أقلّ من النصف حرم التمسك به، وتعيّن الفسخ كما تقدّم؛ لأنّ التمسك به كإنشاء عقدة بئمن مجهول، إذ لا يعلم ثمنه إلّا بعد تقويم المبيع كلّه أولاً، ثمّ تقويم كلّ جزء من الأجزاء، كما تقدّم. ومحلّ حرمة التمسك بالأقلّ ما لم يفت، كما تقدّم.

وأما المبيع المثلي، فيخيّر المشتري مطلقاً في التلف والاستحقاق، بين الفسخ والتمسك بالباقي بحصّته من الثمن، وإن كان التخيير في العيب بين ردّ الجميع والتمسك بالجميع بالثمن.

تلف المبيع في وقت ضمان البائع له بغير سماوي:

إذا جنى على المبيع جان، فلا يخلو أن يكون الجاني إما البائع، أو المشتري، أو غيرهما. وفي كلّ الأحوال يخيّر المشتري بين فسخ البيع والتماسك به، فيرجع على البائع بقيمة المقوم أو مثل المثلي، وذلك على النحو التالي:

- إن غيّب البائع المبيع أي: أخفاه وادعى ضياعه، ولا بينة له، ولم يصدقه المشتري، ونكل البائع عن اليمين. ووجه التخيير أنه لم يتمكن من المبيع مع جواز بقائه عند بائعه.

- إذا عيّب المبيع، إن قرئ بالبناء للفاعل؛ بالبناء للمفعول والضمير النائب عن الفاعل عائد على المبيع. أي: إن حدث به عيب سماوي زمن ضمان البائع خيّر المشتري بين الرد والتمسك ولا شيء له.

- إذا استحقّ بعض شائع من مبيع متحد كدار أو دابة أو ثوب، وإن قلّ المستحقّ. واحترز بالبعض الشائع من المعين وقد تقدمه أنه يحرم التمسك بالأقلّ إلا المثلي. وفي مسألة استحقاق بعض الشائع هنا، فإنّ المبيع إمّا أن يكون قابلاً للقسمة أو غير قابل لها، وفي كلّ إمّا أن يتخذ للغلّة أو لا، فهذه أربعة أقسام؛ وفي كلّ قسم إمّا أن يكون الجزء المستحقّ كثيراً كالثلث فأكثر، أو قليلاً، فهذه ثمانية صور. فإن كان كثيراً خيّر المشتري، كان المبيع يمكن قسمه أو لا، كان متخذاً للغلّة أو لا؛ وكذلك إن كان قليلاً، وكان المبيع لا يمكن قسمه، ولم يتخذ للغلّة. فإن كان متخذاً للغلّة، قبل القسمة أو لم يقبلها، أو لم يكن متخذاً للغلّة وقبل القسمة؛ فلا خيار للمشتري، ويلزمه الباقي بحصّته من الثمن.

- إذا أتلف المشتري المبيع مقوماً كان أو مثلياً، زمن ضمان البائع؛ فهو كالقبض له؛ فيلزمه الثمن.

- إتلاف البائع والأجنبي للمبيع يوجب عليهما الغرم؛ فيغرم المتلف قيمة المقوم ومثل المثلي، ولا سبيل للفسخ بأخذ جميع الثمن.
 وحكم تعيب من ذكر من بائع أو أجنبي أو مشتر للمبيع، كحكم الإتلاف. فتعيب المشتري وقت ضمان البائع قبض؛ وتعيب الأجنبي يوجب غرم الأرش لمن منه الضمان؛ وتعيب البائع يوجب غرم الأرش للمشتري. قال في المدونة في كتاب الاستحقاق: ومن ابتاع من رجل طعاماً بعينه ففارقه قبل أن يكتاله فتعدى البائع على الطعام فعليه أن يأتي بطعام مثله، ولا خيار للمبتاع في أخذ دنانيره. ولو هلك الطعام بأمر من الله تعالى انتقض البيع وليس للبائع أن يعطي طعاماً مثله ولا ذلك عليه، اهـ. وهذا يفيد أن تعيب البائع يوجب الغرم ولو خطأ كالأجنبي، ولا يلحق الخطأ بالسماعي.



التصرف في المبيع قبل قبضه

1 - بيع المبيع قبل قبضه:

يجوز لمن ملك شيئاً بشراء أو غيره - كهبة ونحوها - البيع له قبلاً القبض له من مالكة الأول؛ إلا طعاماً المعَاوِضَةَ، فلا يجوز بيعه قبل قبضه، وسواء كان الطعام ربوياً كقمح أو غير ربوي كتفاح. ودليل منع بيع الطعام قبل قبضه⁽¹⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»، وفي رواية: «حتى يقبضه»⁽²⁾. ومعنى «يستوفيه»: يقبضه. ومعنى الحديث أنّ المشتري إذا ابتاع الطعام فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه من بائعه. والحديث يدلّ على عدم جواز أن يتوالى على الطعام عقداً يبيع لا يتخللها قبض.

ب - عن عبد الله بن عمر أنّه قال: «كنا في زمن رسول الله ﷺ نبتاع الطعام، فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه، قبل أن نبيعه»⁽³⁾.

ج - عمل أهل المدينة قال الإمام مالك - بعد أن ذكر أصناف الطعام الربوي -: الأمر المجتمع عليه عندنا، الذي لا اختلاف فيه⁽⁴⁾ أنّه من اشترى طعاماً برأ، أو شعيراً، أو سلتاً، أو ذرة، أو دخناً، أو شيئاً من الحبوب القطنية، أو شيئاً مما يشبه القطنية، مما تجب فيه الزكاة، أو شيئاً من الأدم كلها الزيت، والسمن، والعسل، والخل، والجبن، والشيرق، واللبن، وما أشبه ذلك من الأدم؛ فإنّ المبتاع لا يبيع شيئاً من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 2/ 969، والمنتقى: 4/ 279، وبداية المجتهد: 2/ 164، والمفهم: 5/ 2692، والذخيرة: 5/ 133، والفتاوى: 1/ ورقة 251.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها؛ والبخاري في البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها، ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(4) انظر لبيان أنّ المراد بهذه الجملة عند الإمام مالك هو عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول، للأبهري: 76، 318؛ وإحكام الفصول، للبايجي: 485).

(5) الموطأ في البيوع، باب العينة وما يشبهها.

قال الإمام الباجي: إنّ ما ذكر من المقتات لا اختلاف في أنّه لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وإنّ ذلك مجمع عليه، وإنّما اختلف الناس فيما عدا ذلك. وإنّما قصد الإمام مالك ههنا أن يذكر المثق عليه، وقد ذكر قبل هذا أنّ جميع المطعوم لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وهو المشهور عنه.

د - سدّ الذريعة، حتى لا يتطرق بيع الطعام قبل قبضه إلى الربا، كما سيأتي بيان ذلك عند الحديث عن علّة النهي.

هـ - أنّ علّة تخصيص الطعام بالمنع دون غيره، أنّ الناس لهم حاجة إلى الطعام أكثر من غيره، لكونه سبباً لقيام البنية وعماد الحياة، فشدد الشرع فيه على عادته من تكثير الشروط فيما عظمت الحاجة إليه وعظم شرفه، فكان الاحتياط فيه واجباً⁽¹⁾. قال سند: العلّة كون الطعام غذاء للإنسان، وحافظاً بنيته الشريفة لطاعة الله تعالى، وسبب العون على السعادة في الدنيا والآخرة، فكلّ ما شرف قدره عظّمه الله بكثير شروطه، وهذا هو شأن الشرع في كلّ ما عظم خطره⁽²⁾.

ودليل كون غير الربوي داخل في المنع:

أ - عمل أهل المدينة؛ قال الإمام مالك: الأمر للمجتمع عليه عندنا أنّ من ابتاع شيئاً من الفاكهة من رطبها أو يابسها فإنه لا يبيعه حتى يستوفيه⁽³⁾.

ب - حمل النهي في الحديث على عمومه في كلّ طعام، ولا يوجد ما يخصصه بالربوي⁽⁴⁾.

وحرمة بيع طعام المعاوضة قبل قبضه، قيل: تعبد، وهو قول الإمام اللخمي، واعترض على الذين علّوه بالعينة كما يأتي بقوله: لأنّه لو كان لأجل العينة لجاز بيعه من بائع بأقل⁽⁵⁾. وصحّح الشيخ خليل في التوضيح القول بالتعبد. وقيل: معقول المعنى، من حيث إنه ربما أدى لفساد، فهى الشارع عنه سدّاً للذريعة، من ذلك أنّ الشارع له غرض في ظهور الطعام بين الناس؛ إذ لو أجاز بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم لبعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منع من ذلك فإنّه ينتفع به الكيّال والحّمّال ويظهر للفقراء، فتطمئنّ به قلوب الناس، لا سيما في زمن المسبغة والشدة. وقيل غير ذلك.

وعلى القول بمعقولية المعنى فإنّ العلّة من منع بيع الطعام قبل قبضه، هو بيع

(1) المتقى: 31/5، 134/5. (2) الذخيرة: 148/5.

(3) انظر لبيان أنّ المراد بجملة: «الأمر للمجتمع عليه عندنا» عند الإمام مالك هو عمل أهل المدينة:

(المقدمة في الأصول، للأبهري: 76، 318؛ وإحكام الفصول، للبايجي: 485).

(4) المعونة: 2/969، والمتقى: 4/279، المفهم: 5/2692.

(5) الذخيرة: 148/5.

العينة الممنوع؛ أي: حفظ الطعام وحراسته وتوقيه من الربا، لثلاً يتوصل أهل العينة⁽¹⁾ ببيع الطعام قبل قبضه إلى بيع دنائير بأكثر منها؛ لأنّ بيع الطعام قبل قبضه مشابه للعينة، ومؤدّ إليه، ولذلك أدخل الإمام مالك الحديث في باب العينة؛ وذلك أنّ صاحب العينة يريد أن يدفع دنائير في أكثر منها نقداً أو إلى أجل؛ ولما كان يعلم أنّ ذلك ربا ممنوع، فقد يتوصل إليه بطريق آخر بأن يبيع حنطة بدينار، ثم يشتريه بنصف دينار دون استيفاء، ولا قصد لبيعه، ولا لابتياعه، فكأنّهم قصدوا إلى أن يدفعوا ذهباً في أكثر منه والطعام محلّل، وقد أشار ابن عباس إلى ذلك حين سئل عن سبب النهي، فقال: «ألا تراهم يتبايعون بالذهب، والطعام مرجأ»⁽²⁾؛ أي: مؤخراً، فكأنّهم قصدوا أن يدفعوا ذهباً في أكثر منه، وجعلوا الطعام محللاً؛ فلما كثر هذا التحيل، وكانت الأقوات ممّا يتعامل بها في كثير من البلاد، وكان ذلك ممّا يقصد لهذا المعنى كثيراً لمعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته، منع ذلك فيها، وشرط لصحة توالي البيع القبض والاستيفاء؛ لأنّ ذلك نهاية التبايع فيها وإتمام العقد ولزومه. ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات غير الطعام؛ لأنّه لم يتكرّر تعامل أهل العينة بها؛ لأنّ ثمنها يخفى في الأغلب ويقلّ مشتريها. والمذهب كلّه على المنع ولو ظهرت السلامة من ذلك، بأن لا يكون المتبايعان من أهل العينة⁽³⁾.

وأما الدليل على أنّ غير الطعام - من سائر العروض والحيوان والعقار، كانت تنقل وتحول أم لا، تكال أو توزن، عيناً معيّنة أو سلماً مضموناً في الذمّة - يجوز بيعه قبل قبضه⁽⁴⁾:

أ - عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]. فتحمل الآية على العموم.

ب - الأخذ بظاهر الحديث المتقدّم. ووجه الاستدلال به أنّه ﷺ قيّد النهي بالطعام، فدلّ دليل الخطاب على أنّ غير الطعام حكمه بخلاف الطعام.

ج - القياس على العقار بعلّة أنّه مبيع غير مأكول. وهو استدلال على أبي حنيفة الذي يعتمّ النهي في كلّ ما ينقل ويحول فإنّه عنده لا يجوز بيعه قبل استيفائه، ولو كان غير طعام؛ وأما ما لا ينقل ولا يحول من الدور والأراضين فإنه يجوز بيعها قبل استيفائها⁽⁵⁾.

(1) تقدّم تعريف بيع العينة.

(2) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه.

(3) المنتقى: 280/4 و31/5، والمعلم: 252/2، والمفهم: 2693/5، والذخيرة: 147/5.

(4) الإشراف: 547/2، والمعونة: 972/2، المنتقى: 280/4، المعلم: 253/2، وبداية

المجتهد: 164/2 - 165، والمفهم: 2692/5، والذخيرة: 135/5.

(5) المنتقى: 31/5.

ويكفي في قبضه أن يكيّله البائع، والدليل: عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله»⁽¹⁾. وظاهر الحديث أنه يكفي في بيعه كيّله من البائع، ولا يحتاج أن يكتاله المشتري ثانية، لكنّه محمول على ما إذا باعه نقداً، وكان المشتري حاضراً أو مصدّقاً للبائع في كيّله. أما إذا باعه بدين فلا يجوز على التصديق، ولا بدّ من كيّله ثانية، خوفاً من أن يقع السلف بالتأخير⁽²⁾. وقد جاء في بعض طرق الحديث: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري»⁽³⁾، وقد قيل فيه⁽⁴⁾:

- إنه ضعيف، في الإسناد محمد بن عبد الرحمن وهو ضعيف.

- إنه متروك الظاهر؛ لأنه اقتصر على الكيل؛ لأنّ الصاع يراد به الكيل، ولم يذكر الموزون والمعدود والجزاف.

- إنه معارض بالقياس على الجزاف والموزون والمعدود.

- إنه محمول على ما إذا باعه بدين فلا يجوز على التصديق، ولا بدّ من كيّله ثانية، خوفاً من أن يقع السلف بالتأخير.

وطعام المعاوضة ما استحق في نظير عوض، ولو كان العوض غير متمول، كطعام جعل رزقاً لقاضي وجنديّ، فإنه من بيت المال في نظير حكمه وحراسته وغزوه؛ وكذا رزق عالم أو إمام أو مؤذن أو نحوهم في وقف أو بيت مال، في نظير التدريس أو الإمامة أو الأذان؛ لا يجوز بيعه قبل قبضه من ناظر ونحوه؛ لأنه في نظير عمله وهو عوض. والدليل:

أ - عموم الحديث وحمله على كلّ معاوضة⁽⁵⁾.

ب - عن نافع أنّ حكيم بن حزام ابتاع طعاماً أمر به عمر بن الخطاب للناس، فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فردّه عليه، وقال: لا تبع طعاماً ابتعته حتى تستوفيه⁽⁶⁾.

ج - عن مالك أنه بلغه أنّ صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار؛ فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها، فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم فقالا: أتحلّ الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، وما ذاك؟ فقالا: هذه الصكوك تبايعها الناس ثمّ باعوها قبل أن يستوفوها.

(1) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه.

(2) إكمال الإكمال: 340/5.

(3) أخرجه ابن ماجة في التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

(4) الذخيرة: 137/5. (5) المتقى: 280/4، المفهم: 2692/5.

(6) أخرجه مالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها.

فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها⁽¹⁾.

والصكوك: جمع صك، وهو الورقة التي يكتب فيها ولي الأمر برزق من الطعام لمستحقه.

والجار: موضع بساحل البحر يجمع فيه الطعام، ثم يفرق على الناس بصكاك.

ووجه الاستدلال أن زيد بن ثابت ومن معه نهى من خرجت لهم الأرزاق بالصكوك أن يبيعوا الصكوك قبل أن يستوفوا الطعام الذي رزقوا إياه من قبل الأمير، واعتبر ذلك داخلاً في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، لذلك أمر مروان بنقض تلك البياعات ونزع الصكوك ممن اشتراها وردّها إلى أصحابها⁽²⁾.

بخلاف ما لو رتب شيء لإنسان من بيت المال أو غيره كوقف على وجه الصدقة، فيجوز بيعه قبل قبضه لعدم المعاوضة.

ومحل منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه؛ إن اشتراه بائع بكيل أو وزن أو عدّ. وأما إن أخذه جزافاً، فيجوز بيعه قبل قبضه؛ فمن اشترى صبرةً جزافاً بشرطه جاز بيعها قبل القبض. والدليل على استثناء الصبرة من الطعام جزافاً تباع قبل قبضها⁽³⁾:

أ - عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن النهي في الحديث مقيد باشتراء الطعام بالكيل، فيكون الحكم معلق بما ثبت له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود، فدلّ بدليل الخطاب على أن الجزاف بخلاف النهي.

ب - أن علة الجواز دخول الصبرة في ضمان المشتري بالعقد؛ فهي مقبوضة حكماً، فليس في الجزاف توالي عقدي بيع لم يتخللها قبض.

ج - أن الجزاف يكون استيفاؤه بتمام العقد فيه، ورفع البائع يده عنه؛ لأنه ليس فيه حق توفية أكثر من ذلك، فيستقرّ ملك المشتري عليه. وهذه العلة؛ أي: كون الجزاف ليس فيه حق توفية، أكّدت دليل خطاب الحديث، فخصّص بذلك عمومه.

وأما ما روي عن ابن عمر أنّه قال: كنّا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(2) المنتقى: 285/4، المفهم: 2699/5، وإكمال الإكمال: 347/5.

(3) الإشراف: 548/2، والمعونة: 972/2، والمنتقى: 283/4، وبداية المجتهد: 167/2، والمفهم: 2694/5، والذخيرة: 133/5 - 135.

(4) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض.

جزافاً، فبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه، إلى مكان سواه، قبل أن نبيعه.

وقد أخذ به الإمامان أبو حنيفة والشافعي، فلم يستثنيا الجزاف من وجوب قبض الطعام قبل بيعه. وأمّا الإمام مالك فقد أخذ بروايته التي رواها، ولفظها: «كنا في زمن رسول الله ﷺ نبتاع الطعام، فبيعت علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه، قبل أن نبيعه»⁽¹⁾، وهي ليس فيها كلمة: «جزافاً»، فحمل الحديث على الطعام غير الجزاف⁽²⁾. وأمّا الرواية بلفظ: «جزافاً» فقد حملها على الأولى والاستحباب⁽³⁾. وأمّا الرواية التي فيها ذكر ضربهم، وهي عن ابن عمر؛ أنهم كانوا يضربون على بيعه، على عهد رسول الله ﷺ، إذا اشتروه جزافاً، أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه⁽⁴⁾؛ فالقول فيها أنها محمولة على أنهم كانوا يتخذون ذلك عينة ممنوعة⁽⁵⁾. وللإمام الباجي توجيهات أخرى للحديث فانظرها⁽⁶⁾.

وأما حديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن⁽⁷⁾، وقد أخذ به الإمام الشافعي فعمم به النهي عن بيع كلّ مشتري قبل قبضه، سواء كان طعاماً أو غير طعام، جزافاً أو غيره؛ فإنّ المالكية لهم على ذلك جوابان:

الأول: حمل الحديث على بيع الخيار، بأن لا يبيع المشتري قبل أن يختار.

الثاني: قصره على الطعام، ويكون دليل تخصيصه به؛ أي: جواز البيع قبل القبض في غير الطعام، إمّا دليل الخطاب، كما تقدّم؛ أو بما ذكره ابن عمر من أنهم كانوا يبيعون الإبل بالدرهم ويأخذون عنها ذهباً، أو بالذهب ويأخذون عنها دراهم، وأضاف إجازة ذلك إلى النبي ﷺ فعن ابن عمر، قال: كُنْتُ أبيعُ الإِبِلَ بِالْبَيْعِ فَأبيعُ بالدنانيرِ وَأأخذُ الدرّاهِمَ، وَأبيعُ بالدرّاهِمِ وَأأخذُ الدنانيرَ، أَخذُ هذِهِ مِنْ هذِهِ، وَأعْطِي هذِهِ مِنْ هذِهِ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ فِي بَيْتِ حَفْصَةَ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ رُوَيْدَكَ أَسْأَلُكَ

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها، ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(2) بداية المجتهد: 2/ 167. (3) المفهم: 5/ 2694.

(4) أخرجه مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الطعام قبل القبض.

(5) المعلم: 2/ 252 - 253، وإكمال الإكمال: 5/ 340.

(6) المنتقى: 4/ 283 - 284.

(7) عن عبد الله بن عمرو، أنّ رسولَ الله قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك». أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده؛ وقال أبو عيسى: وهذا حديث حسن صحيح؛ وأخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده؛ والنسائي في البيوع، باب شرطان في بيع.

إِنِّي أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَيْعِ فَأَبِيعُ بِالذَّنَانِيرِ وَأَخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَأَخُذُ الدَّنَانِيرَ، أَخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ وَأَعْطِي هَذِهِ مِنْ هَذِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ»⁽¹⁾. وهذا إجازة ربح ما لم يضمن في العين، فيقاس عليه ما سوى الطعام، ويخص به حديث النهي عن ربح ما لم يضمن⁽²⁾.

ويستثنى من المنع الوصي أو الأب إذا اشترى لأحد يتيمه أو لأحد ولديه طعاماً من الآخر، كان له أن يبيعه لأجنبي قبل قبضه ثانياً حسيماً لمن اشتراه له؛ لأن الولي لما كان يتولى الطرفين لمحجوره نزل اشتراؤه من أحدهما للآخر منزلة القبض؛ فإذا باعه من أجنبي لمن اشتراه له فكأنه قبضه له بعد قبضه، فجاز. بخلاف من عنده طعام وديعة لشخص أو اشتراه له بإذنه، ثم اشتراه من مالكة قبل أن يقبضه المالك، فلا يجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء؛ لأن شرط جواز بيع طعام المعاوضة أن لا يقبض من نفسه لنفسه؛ لأن ذلك القبض السابق على الشراء لم يكن قبضاً تاماً، بدليل أن رب الطعام لو أراد إزالته من يده ومنعه من التصرف كان له ذلك. ذكر ذلك الشيخ خليل في التوضيح عن ابن عبد السلام. وكذا من عليه طعام من سلم لا يجوز له أن يدفع عيناً أو عرضاً لرب الطعام يقول له: اشتر طعاماً وكله ثم اقبض منه ما لك علي من الطعام. قال في المدونة: لأنه بيع طعام قبل قبضه؛ أي: لأنه قبض من نفسه لنفسه حقه قبل أن يقبضه دافع الثمن. وهاتان المسألتان قد فسر بهما قول الشيخ خليل تبعاً لابن الحاجب: «ولم يقبض من نفسه» أي: لا يكفي في جواز بيع الطعام قبل قبضه أن يقبض من نفسه؛ لأنه قبض ضعيف كالعدم؛ ولا بد من قبضه حقيقة من مالكة حتى يجوز بيعه، واستثنوا من ذلك - أي: من قولهم: إن القبض من النفس ضعيف لا يعتبر الولي بالنسبة لمحجوره فأكثر، إذا اشترى لأحدهما من الآخر طعاماً، فيجوز له أن يبيعه قبل قبضه له لأجنبي كما تقدم.

2 - إقراض المبيع من الطعام قبل قبضه:

يجوز لمن اشترى طعاماً إقراضه قبل قبضه لشخص؛ أو دفعه وفاء عن قرض عليه؛ لأن الإقراض والوفاء عن قرض ليسا ببيع، فليس فيه توالي عقدتي بيع لم يتخللها قبض. بخلاف وفائه عن دين أصله بيع؛ فلا يجوز لوجود علة المنع؛ وهي توالي عقدتي بيع لم يتخللها قبض.

3 - بيع القرض والصدقة والهبة من الطعام قبل القبض:

يجوز لمُقرِّضٍ يَبِّعُ ما اقترضه قبل قبضه ممَّن اقترضه منه، وسواء باعه لمن تسلفه

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق.

(2) المعلم: 253/2، وإكمال الإكمال: 340/5.

منه أو لأجنبي. ووجه الجواز أن القرض ليس معاوضة، بل هو معروف، ولو كان معاوضة لكان فيه بيع الطعام نسيئة، وهو ليس كذلك⁽¹⁾.

وكذلك الصدقة والهبة يجوز بيعهما قبل قبضهما من الواهب أو المتصدق، ولو كانت الصدقة مُرْتَبَةً مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أو من وقف لا في نظير عمل. ومحل الجواز إذا لم يكن المتصدق أو الواهب اشتراه وتصدق به أو وهبه قبل قبضه، وإلا فلا يبيعه حتى يقبضه.

4 - الإقالة قبل قبض المبيع من الطعام:

عرّف الإمام ابن عرفة الإقالة بقوله: «الإقالة ترك المبيع لبائعه بئمه». وحكمها الجواز، والدليل: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلماً أقال الله عشرته»⁽²⁾. ومعنى أقال مسلماً وافقه على نقض البيع.

وتكون في كلّ مبيع. وهي بيع سواء وقعت بالثمن نفسه أو بأكثر منه أو أقلّ، وليست حلاً للبيع. إلا في طعام المعاوضة قبل قبضه، فهي حلّ للبيع إن وقعت بالثمن. وإن وقعت بأكثر منه أو أقلّ فيبيع مؤتلف، ولا تجوز.

فالإقالة من جميع طعام المعاوضة قبل قبضه بئمه جائز. أي: فمن اشترى من شخص طعاماً يجوز له أن يوقع الإقالة في جميعه قبل قبضه من بائعه، بأن يرده لبائعه بئمه؛ لأن الإقالة هنا حلّ بيع لا بيع مستأنف، سواء كان الثمن عيناً أو عرضاً، غاب عليه البائع أم لا. ووجه كونها ليست بيعاً أنها لو كانت كذلك لمنعت لما فيها من بيع الطعام قبل قبضه.

فإن وقعت بأكثر من الثمن أو أقلّ لم يجز؛ لأنها حينئذ بيع مؤتلف لا حلّ للبيع، وتمنع لما في ذلك من بيع الطعام قبل قبضه، كما يأتي. ودليل جواز الإقالة في طعام المعاوضة قبل القبض⁽³⁾:

أ - ما رواه الإمام سحنون عن سعيد بن المسيّب - مرسلًا -، أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، إلا ما كان من شرك أو تولية أو إقالة»⁽⁴⁾.

وهو نصّ في الجواز. وقال القرطبي - صاحب المفهم -: هو حديث مرسل صحيح مشهور⁽⁵⁾.

(1) الذخيرة: 145/5.

(2) أخرجه ابو داود في البيوع، باب فضل الإقالة؛ وابن ماجه في التجارات، باب الإقالة.

(3) المعونة: 971/2، والمتقى: 78/5، وبداية المجتهد: 167/2، والمفهم: 2694/5.

(4) المدونة: 162/3؛ وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه. وقال القرافي: هو عند أبي داود ولم أجده فيه.

(5) المتقى: 78/5، والمفهم: 2695/5.

ب - القياس على القرض؛ لأنها عين المقصود بها المعروف.

ج - أنّ الإقالة لَمَّا كان المقصود منها المعروف والمواصلة دون المتاجرة والمغابنة، جازت للرفق، واستثنت من أصل البيع كما استثنت العربية من بيع الرطب بالتمر للرفق؛ وكما استثنت الحوالة من بيع الدين بالدين؛ لأنه لم يقصد فيها ذلك. وهذه الأدلة مخصصة لعموم حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه⁽¹⁾.

وكذا تجوز الإقالة قبل قبض الطعام من بَعْضِهِ دون البعض الآخر، إذا كان الثمن الذي وقع به البيع حاضراً لم يغب عليه البائع؛ وأولى إذا لم يقبضه أو غاب عليه وهو مما يعرف بعينه كالعروض والحيوان، وإلا لم يجز؛ لأنه يعدّ بيعاً مستقلاً، فيلزم بيع الطعام قبل قبضه. وإنما منعت الإقالة مع غيبته على الثمن لأنّ فيه بيعاً وسلفاً؛ فالبيع ما كان الثمن في مقابلة البعض الذي لم تقع الإقالة فيه، والسلف ما كان في مقابلة البعض الذي وقعت الإقالة فيه. والحاصل أنّه إذا كان رأس المال عرضاً يعرف بعينه، غاب عليه القابض أم لا؛ أو كان عيناً أو طعاماً لا يعرف بعينه ولم يغب عليه القابض، جازت الإقالة في البعض؛ وإن كان عيناً أو طعاماً وقبضه وغاب عليه، لم تجز الإقالة في البعض.

شروط جواز الإقالة من جميع طعام المعاوضة قبل القبض:

يشترط لجواز الإقالة من جميع طعام المعاوضة قبل القبض أن تقع الإقالة فيه بالثمن عينه، سواء كان الثمن مثلياً أو عرضاً أو حيواناً أو غيره، لا بأقل منه ولا بأكثر ولا بغيره، وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه، وسواء كان الطعام المبتاع مسلماً أو لا. ووجه اشتراط وقوع الإقالة بنفس الثمن، أنّ بذلك يعلم أنّ طالب الإقالة لم يقصد المتاجرة والربح، وإنما أثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق بمن فعل ذلك معه؛ ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان، أو تأخير أو تعجيل، صار بيعاً محضاً منافياً للمكارمة مبنياً على المغابنة والمكايسة، والذي يمنع أن يقع به بيع الطعام قبل قبضه، وعلم أنّهما لم يريدوا الوجه الذي وقعت له الرخصة، وإنما أرادوا الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه، فمنعنا منه⁽²⁾. ووجه ثانٍ أنّ الإقالة إنّما هي في معنى حلّ العقد الأوّل، فإذا لم يؤدّ إليه ثمنه ولا مثله لم تكن إقالة، وكان بيع الطعام قبل استيفائه وهو ممنوع منه⁽³⁾.

وتجوز الإقالة بالثمن نفسه ولو تغيّر سُوْقُهُ - أي: الثمن - بغلاء أو رخص. وأما إن تغيّر بَدَنُهُ بعيب كعرج وعور أو بسمن أو هزال في الحيوان، فلا تجوز الإقالة فيه حيثنذ إلّا بعد قبض الطعام؛ لأنّ الإقالة حيثنذ تصير بيعاً مؤثناً.

(2) المتقى: 78/5، والمعوّنة: 971/2.

(1) إكمال الإكمال: 342/5.

(3) المتقى: 281/4.

ولا تجوز الإقالة إن وقعت بِمِثْلِ الثمن، إذا كان من المثليات من مكيل أو موزون أو محدود؛ إِلَّا الْعَيْنُ خَاصَةً، فَله دَفْعُ مِثْلِهَا إذا غاب عليها بائع الطعام بعد قبضها، بل وإن كانت حَاضِرَةً بيده في المجلس؛ لأن النقود لا تتراد لأعيانها. قال الخرشي: وهذا ما لم يكن البائع من ذوي الشبهات، فإن الدراهم والدنانير تتعين في حقّه.

واستثناء العين فيما تقدّم، محلّه في الإقالة من الجميع لا من البعض؛ لأنّه تقدّم أنّه يشترط فيه عدم الغيبة على الثمن إذا كان لا يعرف بعينه.

وإذا كان الطعام الذي وقعت فيه الإقالة سلماً لا بد من تعجيل رد رأس المال الذي وقع ثمناً، لئلا يلزم فسخ الدين في الدين، ولا يجوز التأخير ولو ساعة ولو برهن أو حميل أو حوالة.

شروط أخرى للإقالة من حيث هي بيع:

الإقالة من حيث هي بَيْعٌ يشترط فيها ما يشترط فيه، ويمنعها ما يمنعه؛ فإذا وقعت وقت نداء الجمعة منعت وفسخت، وإذا حدث بالمبيع عيب وقت ضمان المشتري ولم يعلم به البائع إلا بعد الإقالة فله الرد به. وهذا في ما عدا ثلاث مسائل، وهي:

الأولى: في طعام المَعَاوِضَةِ قبل قبضه، فهي فيه حَلٌّ للبيع كما مرّ. فلذلك جازت قبل قبض المشتري لها من البائع بالشروط المتقدمة. وعلى هذا فليس لها حكم البيع وشروطه.

الثانية: في الشُّفَعَةِ، فليست بيعاً، ولا حَلٌّ ببيع، بل هي باطلة شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً. فمن باع نصيبه من عقار ثم أقال المشتري منه، فالشفعة ثابتة للشريك بما وقعت به الإقالة؛ أي: وليست مرتبة على كون الإقالة بيعاً بل على البيع الأول، وعهدة الشفيع على المشتري، ولو كانت بيعاً لخير الشفيع بين أن يأخذ بالأول أو الثاني، وعهده على من أخذ ببيعه، ولو كانت حَلٌّ ببيع لم تكن شفعة.

الثالثة: في المَرَابِحَةِ، فهي حَلٌّ للبيع، فمن باع بمرابحة ثم تقايل مع المشتري، فلا يجوز له أن يبيعهها مرابحة على الثمن الذي وقعت الإقالة به، إذا وقعت بزيادة. كمن اشترى سلعة بعشرة وباعها بخمسة عشر، ثم تقايل، فلا يبيع مرابحة على الثمن الثاني، اللهم إلا أن يبين.

5 - التولية والشركة قبل قبض الطعام المبيع:

التولية: هي تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه. وهي رخصة في الطعام غير الجزاف. وسيأتي الحديث عن شروطها. فالتولية تقتضي نقل الملك من المشتري إلى آخر بالثمن المتقرر، وهي من المعروف⁽¹⁾.

وتجوز التولية في الطعام قبل قبضه، بأن يقول له شخص: ولّني ما اشتريت من الطعام بما اشتريته فيفعل.

الشركة: هي هنا جعل مشتر قدرأً لغير بائعه باختياره ممّا اشتراه لنفسه بمنابه من الثمن، كذا قال ابن عرفة. وهي من المعروف⁽¹⁾.

قوله: «هنا»: احترازاً من الشركة المترجم عنها بباب الشركة، والإشارة بـ «هنا» إلى مبحث الإقالة والتولية.

وقوله: «قدرأً»: أخرج به التولية.

وقوله: «لغير بائعه» أخرج به الإقالة في بعض المواضع.

وقوله: «باختياره» أخرج به ما إذا اشترى شيئاً ثمّ استحقّ جزءاً منه، فإنه يصدق عليه أنّ المشتري جعل قدرأً لغير بائعه، لكن بغير اختياره.

وقوله «بمنابه من الثمن» أخرج به ما إذا اشترى سلعة بدينار ثمّ جعل لأجنبي منها الربع بنصف دينار، فلا يصدق على ذلك شركة هنا.

ودليل جواز التولية والشركة قبل قبض الطعام المبيع، ما تقدّم من الدليل على جوازه في الإقالة⁽²⁾. ووجه جواز التولية أنّها معروف كالإقالة. ووجه جواز الشركة أنّها تولية البعض⁽³⁾.

وتجوز الشركة في المبيع قبل القبض، بأن يقول له: أشركني فيما اشتريته من الطعام قبل قبضه فيشركه؛ لأن التولية والشركة من المعروف كالقرض فتسومح فيهما.

ويشترط للجواز في الشركة ثلاثة شروط، وهي:

الأول: أن لا تكون الشركة على شرط أن ينقذ المشرِك - بالفتح - عن المشرِك - بالكسر - الثمن الذي اشتريت به، وإلا كان بيعاً وسلفاً منه لك، وانتفى المعروف فهذا ظاهر في الشركة دون التولية. والتعليل بالبيع والسلف يجري في الشركة في غير الطعام كذلك، فلا خصوصية لطعام المعاوضة بذلك.

الثاني: أن يستوي عقد المشرِك - بالكسر - والمشرِك - بالفتح -، قدرأً وأجلاً وحلواً ورهنأً وحميلاً، في الطعام قبل قبضه خاصة. وتعليل هذا الشرط هو ما تقدّم في الشرط الثاني لجواز الإقالة.

الثالث: أن يكون الثمن عيناً. فإن كان مكيلاً أو موزوناً منع عند ابن القاسم لأنهما في الطعام قبل قبضه رخصة، والرخصة يقتصر فيها على ما ورد. وأجاز ذلك أشهب. وقال اللخمي: قول أشهب أحسن إذا كان ممّا لا تختلف فيه الأغراض. وإن

(2) المعونة: 971/2، والذخيرة: 149/5.

(1) الذخيرة: 155/5.

(3) إكمال الإكمال: 342/5، والذخيرة: 149/5.

كان الثمن عرضاً؛ أي: غير مكيل ولا موزون، منع؛ لأنه يؤول إلى القيمة فيؤدي إلى عدم استواء العقدين لعدم انضباط العرضين في القيمة. ويشترط للجواز في التولية الشرطان الثاني والثالث.

فإن اختل شرط من الشروط المطلوبة في الإقالة والشركة والتولية قبل القبض، كان كل منها بيع مؤتلفاً، يعتبر فيه شروطه وانتفاء موانعه، وتبطل الرخصة في الثلاثة، فتمنع الإقالة والتولية والشركة في الطعام قبل قبضه، لا بعده، ولا على غير الطعام إن لم يكن على أن ينقد عنه كما مر من أن علة المنع وهي اجتماع بيع وسلف تجري في غير الطعام أيضاً.

على ماذا يحمل لفظ التشريك عند الإطلاق:

إذا اشتريت شيئاً فطلب منك إنسان أن تشركه فيه وأشركته، بأن قلت له: أشركتك، حمل التشريك عند الإطلاق على النصف؛ لأنه الجزء الذي لا ترجيح فيه لأحد الجانبين، ولأن التساوي هو الأصل⁽¹⁾. ويقضى له به. فإن قيد بشيء من ثلث أو غيره فالأمر ظاهر. وإن سأل ثالث شركتهما، فله الثلث عند الإطلاق، وإن سألهم رابع فله الربع، وهكذا. وهذا فيما إذا استولى الأنصباء وسألها أو سألهم معاً بمجلس فأجابوا بنعم. وأما لو سأل كل واحد على حدة فأجابه لكان له نصف نصيب من أجابه قل أو كثر، وكذا إذا اختلفت الأنصباء؛ كما لو كانا شريكين بالثلث والثلثين، فإذا قالا له: أشركناك، كان له نصف الثلث ونصف الثلثين، وحينئذ فيكون له النصف وللأول السدس وللثاني الثلث.

عدم بيان الثمن في التولية:

إذا وُلِّيتَ من طلب منك التولية ما اشتريتَ من سلعة بما اشتريتَ من ثمن، ولم تبين له الثمن ولا المثلث جازاً؛ لأنه من المعروف، إن لم تُلزمه البيع، بأن سكت أو جعلت له الخيار عند رؤيته المبيع وعلمه بثمنه. وله الخيار إذا رآه وعلم الثمن. ومحل الجواز إن حصلت بصيغة التولية، وأما لو كانت بلفظ البيع ففسدت في صورتها الإلزام والسكوت، وصحت في شرط الخيار.

ومفهوم «إن لم تلزمه» أنك لو ألزمته البيع لم يجز، وهو كذلك لما فيه من الخطر وشدة الجهالة فيفسد البيع.

وإن عَلِمَ حين التولية بأحد العوضين، الثمن أو المثلث دون الآخر ثم عَلِمَ بالآخر، ففكرة البيع وأراد رده فله الخيار؛ لأن التولية من ناحية المعروف تلزم المولى - بالكسر - بمجرد العقد، ولا تلزم المولى - بالفتح - إلا بعد علمه بالثمن والمثلث.

انواع العقود التي يطلب فيها المناجزة:

العقود التي يطلب فيها المناجزة ستة أنواع، وهي مرتبة بحسب الأضيق منها كما

يلي:

- الصَّرْف؛ لأنه لا يغتفر فيه المفارقة بالبدن ولا طول بالمجلس، بعد العقد وقبل

الاصطراف.

- إقالة طَعَام من سلم؛ وقد تقدم في صدر هذا المبحث أنه لا يجوز فيه التأخير

ولا ساعة، إلا أن المفارقة بالبدن لتحصيل الثمن لا تضر إذا لم تطل، وكذا التوكيل

على القبض قبل المفارقة. وإنما قيّدت الإقالة المذكورة بكون الطعام من سلم؛ لأن في

الطعام إذا كان من بيع، سواء وقعت قبل قبضه أو بعده، يجوز فيها تأخير رد الثمن ولو

سنة. والعلّة في منع التأخير في الإقالة من طعام السلم، تأديته إلى فسخ الدين في الدين

مع بيع الطعام قبل قبضه، فحكم المنع من باب سدّ الذريعة؛ لأنه يتهم أن يكون ما

أظهراه من العقد لغواً، وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به، فخرج عن الإقالة إلى

البيع الذي نهى عنه رسول الله ﷺ في الطعام قبل استيفائه⁽¹⁾. ولا يقال إنها حلّ بيع؛

لأنّ الجواب أن الإقالة لما قارنها التأخير عدتّ بيعاً لخروجها عن مورد الرخصة.

- تَوَلِيَّة في طعام السلم.

- شَرِكَةٌ في طعام السلم.

فمن أسلم في طعام فولاه لغيره أو أشركه فيه، اغتفر لمن ولاه أو أشركه تأخير

الثمن بعض اليوم، وقيل: يغتفر مفارقة البدن فقط كالذي قبله. والوسع فيه عما قبله

باعتبار أن القول بجواز تأخير اليوم أو اليومين قوي. وعلّة منع التأخير فيما ذكر تأديته

إلى بيع الدين بالدين مع بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنّ المولى والمشارك - بالكسر - باع

الطعام الذي في ذمّة المسلم إليه بالثمن الذي لم يأخذه من المولى والمشارك - بالفتح

فيهما - . ولما كان مجموع علتين كان أضيق ممّا بعده.

- إقالة عَرَض من سلم؛ فمن أسلم في عرض ثم أقال بائعه فلا بد من تعجيل رد

مال السَّلْم، وإلا لزم فسخ الدين في الدين، وقد يجوز التأخير نحو الساعة العرفية.

- وَفَسْخُ دَيْنٍ في دَيْنٍ صريحاً؛ كأن تطالبه بدين عليه من عين مثلاً، فيعطيك في

نظيره ثوباً أو عبداً وبالعكس، فلا بد من التعجيل كالذي قبله، وقد يغتفر نحو الذهاب

للبيت. ووسعه من حيث إن الخلاف بجواز اليوم ونحوه قوي.

- بيع الدين بالدين؛ كبيع عرض من سلم لغير من هو عليه، فلا بدّ فيه من تعجيل

ثمنه، كالذي قبله. ووسعه باعتبار أنّ الخلاف فيه قوي، فلا يجوز اليوم ونحوه في

الجميع على ما هو المعتمد. أي: فالمعتمد أنّ التوسعة فيه باعتبار قوّة الخلاف وضعفه لا باعتبار اتساع الزمن.

- ابتداء الدين بالدين؛ فإنه أوسع مما قبله حقيقة؛ لجواز تأخير رأس السلم بشرط الثلاثة الأيام. فعلم أن الأضيّق حقيقة الصرف، والأوسع حقيقة ابتداء الدين بالدين، وأن ما بينهما على ما هو المعتمد رتبة واحدة والتوسعة فيها باعتبار أن مقابل المعتمد فيها قوي. ومن قلد عالماً في قوله المعتمد عند أهل العلم لقي الله سالماً والله أعلم.



بيع المربحة والمساومة والمزايدة

تعريف المربحة:

هي بَيْعُ المشتري ما اشْتَرَى بثمنه وربح عُلِمَ. أي: أن يبيع بائع شيئاً اشتراه بثمن معلوم، بِثَمَنِهِ الذي اشتراه به، مع زيادة ربح عُلِمَ لهما. فمعنى «بثمن معلوم» أن يكون رأس المال الذي اشترى به معلوماً للمتبايعين. ومعنى «مع زيادة ربح علم لهما» أن يكون ما يزيد من الربح على رأس المال معلوماً أيضاً للمتبايعين⁽¹⁾.

فخرج بهذا التعريف جميع أنواع البيع من صرف ومبادلة ومراطة وسلم وشركة، وكذا الإجارة والمساقاة.

حكم بيع المربحة:

المربحة جَائِزَةٌ. والمراد بالجواز خلاف الأولى، ولذا قال الشيخ خليل في مختصره: «والأحب خلافه». ومراده بخلافه خصوص بيع المساومة. ودليل جواز بيع المربحة⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275] ووجه الاستدلال أن الآية عامة في حلية كلِّ بيع خال من الربا.

ب - أن الغرض المطلوب أن يكون الثمن معلوماً، وذلك متحقق في المربحة، فعلى أي وجه وقع العلم بالثمن جاز.

ووجه كون المربحة خلاف الأولى لكثرة وجوه الكذب والغش فيها⁽³⁾.

المساومة:

المساومة أحب إلى أهل العلم من بيع المزايدة، وبيع الاستثمان والاسترسال، وأضيفها عندهم بيع المربحة؛ لأنه يتوقف على أمور كثيرة قلَّ أن يأتي بها البائع على وجهها.

والمساومة: كبيع المالك بغيته لمن يشتري منه. أي: بأن لا يخبر برأس ماله، بل

(2) المعونة: 1075/2.

(1) المعونة: 1075/2.

(3) الذخيرة: 160/5.

يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافقه المبتاع عليه من مقدار الثمن؛ أي: كأن تأتي لربّ السلعة وتقول له: بعني هذه السلعة بكذا، فيقول لك: يفتح الله أو نحو ذلك. فتزيد له شيئاً فشيئاً إلى أن يرضى فتأخذها. ولم يبين لك الثمن الذي اشتراها به، وليس هناك من يزيد عليك⁽¹⁾.

المزايدة:

المزايدة: وهي أن تعطى السلعة للدلال ينادي عليها في السوق، فيعطي زيد فيها ثمناً، فيزيد عليه عمرو، وهكذا إلى أن تقف على حدّ، فيأخذها به المشتري⁽²⁾.

الاستئمان والاسترسال:

ويبيع الاستئمان والاسترسال: كقول المشتري للبائع: أنا أجهل ثمن السلعة بعني كما تباع للناس، فيقول له: أنا أبيع لهم بكذا، فتأخذها منه بما قال. وهو مع الجاهل بالبيع، ويردّ بالغبن كما تقدّم⁽³⁾.

تفضيل المساومة:

وإنما كانت المساومة أحبّ لما في المزايدة من السوم على سوم الأخ المنهي عنه؛ ولما في الاستئمان من الجهل والخطر؛ ولتوقّف المرابحة على أمور كثيرة.

إلا أنّ الفقهاء فضّلوا المساومة على المزايدة لا لأنّ المزايدة ممنوعة، بل هي جائزة شرعاً ولا تأخذ من سوم الرجل على أخيه المنهي عنه إلا الصورة؛ لأنّ سوم الرجل على سوم غيره المنهي عنه هو الذي يكون إذا ركن البائع إلى السائم، أمّا قبل ذلك فغير ممنوع. وقد تقدّم دليل ذلك في المعاملات المنهي عنها في الشرع. والدليل على جواز المزايدة وأنها خارجة عمّا نهى عنه النبي ﷺ من سوم الرجل على سوم أخيه⁽⁴⁾: عن أنس بن مالك أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ يسأله فقال: «أما في بيتك شيء؟» قال: بلى جلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه من الماء. قال: «ائتني بهما». قال: فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله ﷺ بيده، وقال: «من يشتري هذين؟» قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: «من يزيد على درهم» مرتين أو ثلاثاً، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين. فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين وأعطاهما الأنصاري. الحديث⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 1075/2، حاشية الدسوقي: 159/3.

(2) حاشية الدسوقي: 159/3. (3) حاشية الدسوقي: 159/3.

(4) البيان والتحصيل: 475/8.

(5) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد؛ والنسائي في البيوع، باب البيع فيمن يزيد؛ وابن ماجه في التجارات، باب بيع المزايدة.

شرح تعريف المراجعة:

قوله في تعريف المراجعة: «وربح» يقتضي أن البيع على الوضيعة والمساواة لا يقال له مراجعة، والظاهر أن إطلاق المراجعة عليهما حقيقة عرفية. وأجابوا بأن هذا تعريف للنوع الغالب في المراجعة الكثير الوقوع، لا تعريف لحقيقتها الشاملة للوضيعة أو المساواة.

وقد عرف الإمام ابن عرفة حقيقتها أنها: «بيع مرتب ثمنه على ثمن مبيع تقدمه، غير لازم مساواته له».

فقوله: «غير لازم مساواته له»؛ صادق بكون الثاني مساوياً للأول أو أزيد أو أنقص منه.

ويجوز بيع المراجعة ولو على مقوم مضمون؛ أي: موصوف نقده في سلعة، وأولى مقوم معين. فمن ابتاع سلعة بحيوان أو عرض موصوف أو معين ونقده فيها، فالشرط أن ينقد العوض لا أن يكون في الذمة؛ جاز أن يبيعها مراجعة على ما نقد، لا على قيمته إذا وصفه للمشتري عند ابن القاسم، ومنعه أشهب إذا كان ذلك المقوم ليس عند المشتري مراجعة، لما فيه من سلم الحال؛ لأن دخول البائع على أن المشتري يدفع له المقوم الموصوف الآن هو عين السلم الحال، وهو باطل. واختلف هل يجوز ابن القاسم هذه المسألة، فيكون بينه وبين أشهب خلاف؛ أو يمنعها، فيكون موافقاً. ومحل الخلاف بينهما في مقوم مضمون ليس عند المشتري ولكن يقدر على تحصيله، وإلا لمنع اتفاقاً. كما يتفقان على المنع في مقوم معين في ملك الغير لشدة الغرر. وأما مضمون أو معين في ملكه فيتفقان على جوازه.

ما يحسب في بيع المراجعة:

إذا وقع البيع على المراجعة، وأطلق البائع في الربح حال البيع من غير بيان ما يربح وما لا يربح، بل وقع على ربح العشرة أحد عشر مثلاً؛ فإن البائع يحسب على المشتري ما يلي:

- ربح ما له عين قائمة بالسلعة؛ أي: مدركة بإحدى الحواس؛ كأجرة صنغ وطرز وقصير وخياطة وقتل لحريز ونحوه وغزل وكمد - بسكون الميم أي: دق الثوب لتحسينه - وتطرية - أي: جعل الثوب في الطراوة ليلين وتذهب خشونته وكذا عرك الجلد المدبوغ ليلين -؛ فيحسب أجرة ما ذكر، ويحسب ربحه. والحاصل أنه إذا وقع البيع على العشرة أحد عشر، فإنه يحسب على المشتري ثمن السلعة وربحه، ويحسب عليه أيضاً أجرة الفعل الذي لأثره عين قائمة وربحها.

ومحل حسب ما ذكر، إن كان استأجر عليه، لا إن كان من عنده، قال ابن يونس: لو كان هو الذي يتولى الطرز والصنغ ونحو ذلك لم يجز أن يحسب.

فإذا لم يكن له عين قائمة حسب أصل ما زَادَ في الثَّمَنِ دون ربحه، وذلك كالأمثلة التالية:

- أَجْرَةَ حَمَلٍ من مكان لآخر، إذا كانت السلع في المكان المنقولة إليه أعلى من المنقولة منه؛ والموضوع أنه استأجر عليه، وأما لو حمله بنفسه فلا يحسب له أجره، وكذا يقال في الشدِّ وَطِيَّيَ اللَّثِيَابِ وَالطَّيِّبَاتِ.

- أَجْرَةَ شَدِّ وَطِيَّيَ اللَّثِيَابِ ونحوها أو للأحمال، اعتيد أَجْرَتُهُمَا، بأن لم تجر العادة بأنه هو الذي يتولى ذلك.

- كِرَاءِ بَيْتٍ لِلسَّلْعَةِ فقط.

وإلا يعتد أجرتهما بأن جرت العادة بأن البائع هو الذي يتولاهما بنفسه، ولم يكن كراء البيت لخصوص السلعة بل لها ولربها؛ فَلَا يحسب أصل ولا ربح، كما لو تولى ما ذكر بنفسه. وهذا بخلاف الفعل الذي لأثره عين قائمة، فإنه متى أجر عليه حسب الأجرة وربحها ولو كان شأنه يتولّى ذلك بنفسه. والفرق أن ما لا عين له قائمة لا يقوى قوّة ما له عين قائمة.

وأما السمسار، فإن اعتيد بأن كان المبتاع مثله لا يشتري إلا بسمسار فقال أبو محمد وابن رشد: يحسب أصله دون ربحه، وقال ابن محرز: يحسب ربحه أيضاً، والمعتمد الأول. وإن لم يعتد بأن كان شأن المبتاع يتولى الشراء بنفسه لم يحسب ما أخذه ولا ربحه قطعاً. وهو مذهب المدوّنة والموطأ، وشد من خالف.

ودليل عدم احتساب ما ذكر: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا في البزّ - الثياب من القطن والكتان - يشتره الرجل ببلد، ثمّ يقدم به بلداً آخر، فيبيعه مرابحة، إنّه لا يحسب فيه أجره السماسرة، ولا أجره الطيّ، ولا الشدّ، ولا النفقة، ولا كراء بيت...»⁽¹⁾.

قال الإمام القرافي: مدرك الأصحاب وغيرهم فيما يحسب وما لا يحسب، وما له ربح وما لا ربح له، إنّما هو عرف التجارة، وكذلك صرّحوا في تعاليلهم بذلك، ووقع لفظ المرابحة في تصانيفهم في مقتضيات الألفاظ عرفاً. ويلزم هذا أمران:

أحدهما: أنّ البلد إذا لم يكن فيه عرف، وباع بهذه العبارات من غير بيان أن يفسد البيع للجهل بالثمن، وبأيّ شيء هو مقابل من المبيع.

وثانيهما: أنّ العرف إذا كان في بلد على خلاف مقتضى هذه التفاصيل، أن

(1) الموطأ في البيوع، باب بيع المرابحة. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

تختلف هذه الأحكام بحسب ذلك العرف. فاعلم ذلك⁽¹⁾.

الوجوه التي تجوز فيها المراجعة:

- أن يبيّن حال البيع أصل الثمن، وما يربح له، وما لا يربح له، والربح، وجعل الربح على الجميع أو على ما يربح له فقط.

- أن يجمل فيقول: أبيعك على ربح العشرة أحد عشر، ثم يقول: وقفت علي بمائة، ولم يبيّن ماله الرايح من غيره؛ أي: بعد بيان ما تحصلت به عنده من ثمن وغيره، بدليل ما بعد، ويفضّ الربح على ما يربح له دون غيره على ما تقدم. وإذا قال: «على ربح العشرة أحد عشر» فإنه يزداد عشر الأصل؛ أي: الثمن الذي اشترت به السلعة، وكذا ثمن ماله عين قائمة على ما تقدم. فإذا كان الأصل مائة زيد عشرة؛ ويزاد في قوله: على ربح العشرة اثنا عشر خمسه؛ أي: خمس الأصل؛ لأن الاثنين من العشرة خمس، وهكذا.

فإن أبهم، كقوله: «قامت علي بكذا» أو «قامت بشدها وطبها بكذا» ولم يُفصّل؛ أي: لم يبين ما هو أصل ثمنها ولا ثمن ماله عين قائمة ولا غيره؛ فللمشتري الفسخ والرضا بما يتراضيان عليه، ولا يتعين الفسخ على ما يظهر ترجيحه من كلامهم. وهذا ما لم يحظّ البائع عن المشتري الزائد على أصل ما يلزمه وربحه؛ فإن حظّ عنه ذلك لزم البيع. ومحل التخيير إذا كانت السلعة لم تفت.

وما ذكر من أن للمشتري الخيار إذا لم تفت السلعة، مبنى على أن الإبهام بلا تفصيل من باب الكذب، وهو تأويل عبد الحق وابن لبابة، وقول سحنون وابن عبدوس. وقيل إنه من باب الغش، وعليه فالحكم أنه يسقط عنه ما يجب إسقاطه، فانت السلعة أو لم تفت، ولا ينظر إلى القيمة، ذكره في التوضيح عن عياض، وهو تأويل أبي عمران. والظاهر من المدونة الأول قال فيها: «وإن ضرب الربح على الحمولة ولم يبيّن ذلك، وقد فات المبتاع بتغير سوق أو بدن، حسب ذلك ولم يحسب له ربح؛ وإن لم يفت ردّ البيع، إلا أن يتراضيا على ما يجوز» (اه). ويحتمل أن كلامها في المسألة التي قبل مسألة الإبهام التي فيها التأويلان فتأمل.

ما يجب على البائع تبينه عند البيع:

يجب على البائع - مراجعة - عند العقد تبين ما سيأتي ذكره. ووجه الوجوب أن عدم تبين ذلك من أكل المال بالباطل، ومن الكذب والغش والخديعة والخلافة المنهي عنه في القرآن والسنّة⁽²⁾. وفيما يلي ما يجب تبينه:

- تبين ما يكره المشتري في ذات المبيع أو صفته. وهذه قاعدة عامة لا تخص بيع المرابحة، بخلاف غالب ما يأتي فيختص بالمرابحة. فإن لم يبين ما يكره في ذات المبيع أو وصفه، كان عدم بيانه تارة كذباً، وتارة غشاً كما يأتي بيانه.

- تبين ما نَقَدَهُ وعقد عليه، إن اختلف النقد والعقد، فقد يعقد على دنائير وينقد عنها دراهم أو عرضاً. فإن لم يبين، فإن كان المبيع قائماً خيّر المشتري بين رده والتمسك بما نقده من الثمن، وإن فات عند المشتري لزمه الأقل مما عقد عليه البائع وما نقده. وعلى هذا فليس له حكم الغش ولا الكذب.

- تبين الأجل الذي اشتراه إليه، أو الذي اتفقا عليه بعد العقد؛ لأن له حصة من الثمن. فإن ترك بيانه كان غشاً، فيخير المشتري بين الرد والإمضاء بما دفعه من الثمن مع قيام السلعة، وأما مع فواتها فيلزمه الأقل من القيمة والثمن الذي اشتراها به.

- تبين طول مكثه عنده، ولو عقاراً؛ لأن الناس يرغبون في الذي لم يتقادم عندهم. وسواء تغير المبيع في ذاته أو سوقه أو لم يتغير أصلاً ولكنه قلت الرغبة فيه؛ خلافاً للخمى حيث قال إنما يجب بيان طول إقامته عنده إذا تغير في ذاته أو تغير سوقه، وإلا فلا يجب البيان. فإن مكث عنده زمناً طويلاً، وباع مرابحة ولم يبين كان غشاً، فيخير المشتري بين الرد والتمسك بجميع الثمن، إن كان قائماً، فإن فات لزمه الأقل من الثمن والقيمة.

- تبين التجاوز عن زيف (وهو المغشوش الذي خلط ذهبه أو فضته بنحاس أو رصاص) أو نقص من الثمن؛ أي: رضا بائه بما وجدته في الثمن من الزيف أو النقص. وليس المراد بالتجاوز تركه وترك بدله؛ لأن هذا داخل في الهبة.

- تبين الاستعمال عنده من ركوب أو لبس ونحو ذلك، إذا كان ذلك منقصاً.

- تبين التوظيف إن حصل منه توظيف؛ أي: توزيع الثمن على السلع، ولو اتفقت السلع، كأن يشتري عشرة أثواب بمائة، ويوظف على كل ثوب عشرة؛ إلا أن يكون المبيع من سلم متفق، فلا يجب بيان التوزيع؛ لأن أحاده غير مقصودة، وإنما المقصود وصفها. ولذا إذا استحق منه ثوب مثلاً لزم الرجوع بمثله لا بقيمته، بخلاف المبيع في غير سلم.

حكم الغلط والكذب والغش في المرابحة:

اعلم أن البائع عند البيان قد يغلط وقد يكذب وقد يغش وفيما يلي أحكامها:

- إن غلط البائع عند البيان بنقص في الثمن، بأن قال للمشتري منه مرابحة:

اشتريته بخمسين؛ ثم ادعى الغلط، وقال: بل بمائة، وصدقه المشتري في ذلك، أو ثبت بالبينة، فللمشتري الخيار بين أمرين:

* إما الرد للسلعة.

* أو دَفَع ما تَبَيَّنَ، بالبيِّنة أو بإخباره حيث صدَّق، وربحه.

وهذا إن لم تفت السلعة عند المشتري. ووجه تخيير المشتري في ذلك، أنَّ البائع قد تَبَيَّن غلظه، فلا يلزمه الثمن الذي غلظ فيه مع وجود سلعته قائمة؛ ولا يلزم المشتري ما ظهر من الثمن الذي لم يرض به، فكان له الخيار في ذلك⁽¹⁾.

فإنَّ فَاتَتْ السلعة خَيْرَ المشتري بَيْنَ أمرين:

* دفع الثمن الصَّحِيحِ وربِّحِهِ، والصَّحِيح ما ثبت بعد البيع.

* أو دَفَع قيمة السلعة يَوْمَ بَيْعِهِ، ما لم تنقص القيمة عن الغَلَطِ وربِّحِهِ، فإنَّ نقصت فلا ينقص عنهما؛ لأنَّ المشتري قد كان رضي به دون أن يظهر ما ظهر من زيادة الثمن فلا حجة له. وإن كانت القيمة أكثر من الثمن الذي ظهر وربحه، فلا حجة للبائع؛ لأنَّه قد كان رضي أن يبيعه بأقلَّ من هذا، وهو يعتقد أنَّ ذلك ثمنه، فإنَّ أعطى الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة له، فإنَّ المشتري يقول: لم أكن أريد أن أشتري هذه السلعة بقيمتها⁽²⁾.

فتحصَّل أن للمشتري الخيار في الفوات وعدمه وإن اختلف التخيير. وإنَّما كان له الخيار؛ لأنَّ خيرته تنفي ضرر البائع حيث يدفع له الصَّحِيح وربحه أو يرده عند القيام؛ وعند الفوات يدفع له الصَّحِيح وربحه أو القيمة إن لم تنقص عن الغلط وربحه، مع أنَّ البائع عنده نوع تفريط حيث لم يثبت في أمره.

والفوات هنا بغير حوالة السوق؛ لأنَّ حوالة السوق وإن أفادت السلعة في الغشِّ والكذب، لا تفيتها في الغلط.

فإن ادَّعى الغلط بنقص الثمن، ولم يصدِّقه المشتري، ولم تقم له بيِّنة؛ يكون البيع ماضياً بالغلط، ولا يلتفت لدعوى البائع الغلط.

- وإنَّ كَذَّبَ البائع؛ بأن زاد في الثمن ولو خطأ، بأن يخبر بأنَّه اشتراها بمائة وقد اشتراها بأقلَّ؛ لَزِمَ المُبْتَاعُ الشراء إنَّ حَطَّ البائع عنه المكذوب به وربِّحِهِ. فإن لم يحطه وربحه خَيْرَ المشتري في التمسك والردِّ.

- وإنَّ عَشَّ البائع فإنَّ المشتري يخيِّر في التمسك والردِّ، كالكذب.

واعلم أنَّهم عدواً عدم بيان تجاوز الزائف، والنقص، والركوب، واللبس، وهبة بعض الثمن إن اعتيدت بين الناس، وجدَّ ثمرة أُبْرَت، وجز الصوف التام، من الكذب. وجعلوا عدم بيان طول الزمان من الغشِّ. واختلوا فيما إذا أبهم ولم يبيِّن، فقيل: من الكذب وهو الذي درج عليه الشيخ الدردير، وقيل: من الغشِّ، وقد ذكر الشيخ خليل فيه التأويلين. وجعلوا عدم بيان الأجل وما نقد وعقد واسطة بينهما.

قال الرضاع: «الغش هنا هو المعلوم بغش في المراجعة، وهو مغاير للتدليس في الردّ بالعيب إذا تأملت ذلك، ولك النظر في غش الردّ بالعيب وفي غش المراجعة هل بينهما عموم وخصوص من وجه، أو مطلق، والظاهر التباين لتنافر خواصهما»، ولذلك اختلف تعريف الإمام ابن عرفة للغش بين غش الردّ بالعيب، وغش المراجعة، والأول تقدّم ذكره في المعاملات المنهي عنها؛ والثاني قال ابن عرفة في تعريفه له: «أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع، أو يكتّم فقد موجود مقصود فقده منه»⁽¹⁾. اهـ. كأن يكتّم طول إقامته عنده؛ أو يكتب على السلعة ثمناً أكثر مما اشتراها به، ثم يبيع على ما اشترى به، ليوهم أنّه غلط.

وهذا إن كانت السلعة قائمة. فَإِنْ قَاتَتْ بِيَدِ الْمُشْتَرِي؛ فَيُفِي الْغِشَّ يُلْزَمُ الْمُشْتَرِي الْأَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعِ وَالْقِيَمَةِ؛ وَفِي الْكَذِبِ خُيَّرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ الصَّحِيحِ وَرِبْحِهِ أَوْ الْقِيَمَةِ يَوْمَ قَبْضِهِ وَلَا رِبْحَ لَهَا، مَا لَمْ تَزِدْ الْقِيَمَةَ عَلَى الْكَذِبِ وَرِبْحِهِ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَيْهِمَا لَمْ يُلْزَمِ الزَّائِدُ.

ولما كان التدليس أعمّ من الغش؛ لأنّ كاتم طول الزمان والعقد والنقد مدلس وليس بغاش، فإنّ حكمه في بيع المراجعة كالمدلس في غيره؛ يخيّر المشتري في الردّ أو التمسك ولا شيء له، إلّا أن يدخل عنده عيب فيجري فيه ما تقدم في العيوب. أي: فإمّا أن يكون قليلاً جداً أو متوسطاً أو مفيتاً للمقصود؛ ويجري ما تقدّم في بيع المساومة في الرابحة، فإن كان العيب الحادث عند المشتري يسيراً كان بمنزلة العدم، وخياره على الوجه المذكور ثابت؛ وإن كان متوسطاً خيّر، إمّا أن يردّ ويدفع أرش الحادث أو يتمسك ويأخذ أرش القديم؛ وإن كان مفيتاً للمقصود تعيّن التمسك وأخذ أرش القديم.



المداخلة

وهي دخول شيء في العقد على شيء. فإذا وقع العقد على شيء فإنَّ العقد يتناول شيئاً آخر بالتبع، كان العقد بيعاً أو رهناً أو وصية أو هبة أو صدقة أو حبساً، وذلك على النحو التالي:

- العقد على الحيوان الحامل يتناول الجنين، فيكون للمشتري، والدليل: عمل أهل المدينة. فقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽¹⁾. وتقدم بيع الغرر أنه لا يجوز استناؤه.

- العقد على البناء والشجر يتناول الأرض التي هما تناوياً شرعياً. والمراد بأرض الشجر ما يمتد فيه جريد النخلة وجذورها، المسمى بالحريم، وهذا هو المشهور. وقيل: إنَّ العقد على النخل لا يتناول الحريم، وإنما يتناول مكان جذرها، وهو قول الشيخ سالم والتثائي.

- العقد على الأرض يتناول البناء والشجر؛ فمن اشترى أرضاً وفيها بناء أو شجر لم يذكر حين شراء أرضهما، دخلاً في بيع الأرض، إلا لشرط أو عرف فيعمل به.

- العقد على الأرض يتناول البذر الذي لم ينبت، فيدخل في بيعها. ولا يتناول بيع الأرض الزرع الظاهر عليها، بل هو لبائعه، إلا لشرط أو عرف؛ لأنَّ ظهوره على الأرض إقرار له، فيكون لمالكة عند عدم الشرط والعرف، وهذا ما صوّبه الشيخ الدردير. أي: فالصواب أنَّ الأرض تتناول البذر المدفون حيث وقع العقد عليها قبل بروزه لا الزرع، خلافاً لما مشى عليه الشيخ خليل.

كما لا تتناول الأرض مدفوناً بها، من رخام وعمد وحلي ونقد وغير ذلك؛ بل هو لمالكه بلا خلاف، إنَّ عُلِمَ بالإثبات أنه المالك، أو دلت القرائن عليه؛ ويحلف، سواء كان هو البائع أو غيره من بائع له أو وارث أو غيره.

فإن لم يعلم مالكة فهو لَقَطَةٌ إذا لم يوجد عليه علامة الجاهلية؛ فيعرف على حكم اللقطة إن ظن إفادة التعريف، وإلا كان مالاً جهلت أربابه، محلّه بيت مال المسلمين.

(1) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في رهن الشمر والحيوان. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

وإذا وجد عليه علامة الجاهلية فهو ركاز، يكون لواجده وَيُحْمَسُ .
ولا يتناول العقد على الشجر ثمرًا مؤبّرًا، والتأبير خاص بالنخل؛ أو ثمرًا مُنْعَقِدًا
نوره من غير النخل؛ أي: بارزاً ومتميزاً عن أصله⁽¹⁾؛ إلا لعرف أو شُرْط من المشتري
فيكون له. وكذلك الخلفة، وهي ما يخلفه الزرع بعد جذّه، فلا تدخل في بيع الأصل
كالبرسيم والقصب، وليس للمشتري إلا ما وقع عليه البيع من الأصل، إلا لشرط.
والدليل على أنّ الثمر المؤبّر أو المنعقد يكون للبائع إلا لشرط⁽²⁾: عن ابن عمر أنّ
رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع»⁽³⁾.
ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل الثمرة المؤبّرة للبائع بمطلق العقد، واستثنى
ما إذا اشترط المبتاع عند العقد أن تكون الثمرة له. فالحديث أصل في أنّ الثمرة
المأبورة لا تدخل مع أصولها، إذا بيعت الأصول إلا بالشروط.
وعلة جواز اشتراطها من المشتري أنّها عين موجودة يحاط بها أمن سقوطها.
والدليل على أنّ الثمرة غير المؤبّرة تكون للمشتري⁽⁴⁾:

أ - الحديث المتقدم. ووجه الاستدلال به أنّ النبي ﷺ جعل الثمرة المؤبّرة للبائع
بمطلق العقد، فدّل هذا - بدليل الخطاب - على أنّ غير المؤبّرة لا تكون للبائع، وتكون
للمشتري ولو لم يشترطها. والقول بدليل الخطاب⁽⁵⁾ هنا ظاهر؛ لأنّه لو كان حكم غير
المؤبّر حكم المؤبّر، لكان تقييده بالشرط لغواً لا فائدة له. وأيضاً أنّه جعلها للبائع
بشرط الإبرار، فإن انتفى الشرط انتفى المشروط؛ لأنّ ذكر الإبرار ههنا القصد منه تعليق
الحكم عليه، ليدلّ على أنّ ما عداه بخلافه.

ب - القياس على الحمل واللبن؛ لأنّ الثمرة قبل الإبرار كامنة في أصل خلقتها،
فوجب أن تكون تابعة لأصلها في البيع، كالحمل في البطن واللبن في الضرع. وهذا
القياس أقوى من قياسها على المؤبّرة.

ولا يجوز للبائع اشتراط أن تكون الثمرة له إذا كانت غير مؤبّرة. وعلة عدم

(1) علامة التأبير في الأشجار - غير النخل - أن تورّد الشجر ثمّ ينعقد الورد ثمرًا، فيثبت البعض
ويسقط البعض مما لم ينعقد فيها، فيكون ذلك كالإبرار في النخل (المعونة: 2/ 1013).

(2) الإشراف: 2/ 109، والمعونة: 2/ 1011، والمنتقى: 4/ 215، والمعلم: 2/ 266، والمفهم:
2726/5، بداية المجتهد: 2/ 214، وإكمال الإكمال: 5/ 376.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله؛ والبخاري في البيوع، باب من
باع نخلاً قد أبرت؛ ومسلم في البيوع، باب من باع نخلاً عليه ثمر.

(4) الإشراف: 2/ 109، والمعونة: 2/ 1011، والمنتقى: 4/ 215، والمعلم: 2/ 266، والمفهم:
2728/5، والذخيرة: 5/ 157، وإكمال الإكمال: 5/ 376، ومفتاح الوصول: 81.

(5) أي: مفهوم المخالفة، وهنا هو مفهوم الصفة.

الجواز أنّ سقوطها غير مأمون، فلم يتحقق لها وجود⁽¹⁾.

وحقيقة التأبير تعليق طلع ذكر النخل على ثمر الأنثى، لثلاً يسقط ثمرها، وهو اللقاح. ويطلق على انعقاد غيره - أي: النخل -، وعلى ظهور الزرع من الأرض.

وسواء وقع البيع على الشجر فقط أو دخل ضمناً في بيع الأرض. وهذا إذا كان الثمر مؤثراً أو منعقداً كُله أو أكثره إذا الحكم للأكثر؛ لأنّ الأصول موضوعة على الغالب⁽²⁾.

وإن أثير أو انعقد النصف أو ما قاربه دون النصف الآخر؛ فلكلّ منهما حكمه، فالمؤثر أو المنعقد للبائع إلا لشرط، وغيره للمبتاع. وهل يجوز للبائع اشتراطه؟ قولان، وتقدم تعليل عدم الجواز.

وليس لمشتري النخل المؤثر إجبار البائع على جذ ثمرته قبل أوان الجذاذ، والدليل⁽³⁾:

أ - أنّ من ابتاع شيئاً مشغولاً بحق البائع، فإنّ البائع يكلف نقل حقه على ما جرت به العادة. والعادة في مسألتنا أنّ الناس لا ينقلون ثمارهم إلا بعد أن تبلغ ويستحكم صلاحها، فيكلف المشتري تبقية الثمرة على النخل ليأخذها البائع على العادة.

ب - أنّ من باع شيئاً، وكانت منفعة المبيع مستثناة للبائع أو لغيره بالعقد، فإنّ له استيفاء تلك المنفعة المستثناة له بالعقد على كمالها.

فإن تنازع المشتري والبائع في تقدم التأبير على العقد وتأخره فالقول للبائع أنّ التأبير كان قبل العقد، كما قاله ابن الموّاز. وقيل: القول قول المشتري، وهو للقاضي إسماعيل.

- العقد على الدار يتناول الثابت فيها، كباب وزفّ وسلّم مسمر ورحى مبنية؛ بخلاف سرير وسلّم لم يسمر ورحى غير مبنية، فللبائع إلا لشرطه. ومثل السرير الحانوت التي بجوار الدار، حيث لم تكن تتناولها حدودها.

ولو وقع العقد على دار، وفيها ما لا يتناوله العقد عليها، كحيوان أو أزيار غير مبنية، وكان لا يمكن إخراجه من بابها إلا بهدم؛ فقال ابن عبد الحكم: لا يقضى على المشتري بهدم، ويكسر البائع أزياره ويذبح حيوانه؛ وظاهره كان المشتري عالماً بذلك حين الشراء أم لا. وقال أبو عمران الاستحسان هدمه وبينه البائع، إذا كان لا يبقى به بعد البناء عيب ينقص الدار؛ وإلا قيل للمبتاع: أعطه قيمة متاعه؛ فإنّ أبي قيل للبائع:

(2) المعونة: 2/ 1012.

(1) المفهم: 5/ 2728.

(3) الإشراف: 2/ 542.

اهدم وابنِ واعطِ قيمة العيب؛ فإن أبا نظر الحاكم. والذي اختاره الأجهوري، وهو الأوفق بالقواعد، أنه إن كان الضرران مختلفين ارتكب أخفهما؛ وإن تساويا فإن اصطلاح المتبايعان على شيء فالأمر ظاهر، وإن لم يصطلحا فعل الحاكم باجتهاده ما يزيل ذلك. ومن ذلك لو دخل قرناً ثور في غصن شجرة، ولم يمكن تخليصهما إلا بقطع الشجرة أو كسر القرنين.



بيع الثمار

لا يجوز بيع الثمار قبل أن تخلق، والدليل⁽¹⁾: عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر سنين⁽²⁾. وفي رواية: أنه نهى عن بيع المعاومة⁽³⁾. والمعاومة مفاعلة من العام؛ أي: السنة. يقال: عاومت النخل، إذا حملت سنة ولم تحمل أخرى. وهي في العرف بيع الثمرة أعواماً. وعلّة التحريم كثرة الغرر والجهل، الذي في منع بيع الثمر قبل بدوّ صلاحه؛ لأنه إذا منع بيع الثمر بعد وجوده وقبل بدوّ صلاحه، فبيعه إذا لم يوجد أولى وأحرى.

وأما بعد أن تخلق الثمار، وبعد أن يبدو صلاحها فيصحّ بيّعها؛ من بلح ورمّان وتين وعنب وإجاص وخوخ ونانج وغير ذلك؛ وكذلك بيع الزرع، كقمح وشعير وفول وكتّان وجرز وخس وفجل وغيرها؛ فبدوّ الصلاح شرط في صحة البيع إذا بيع منفرداً عن أصله. ودليل اشتراط بدوّ الصلاح لصحة بيع الثمر⁽⁴⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمشتري⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النهي يقتضي التحريم، ولا يعدل به عن مقتضاه إلاّ بدليل. ومعنى نهى البائع والمشتري؛ أي: نهى المشتري أن يغرّ بماله، ونهى البائع عن أن يأخذ مال أخيه بغير عوض يقابله إذا هلك الثمرة؛ كما قال في الحديث الموالي: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه».

ب - عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. فقيل: يا رسول الله: وما تزهي؟ فقال: «حين تحمر»، وقال رسول الله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله

(1) المعلم: 269/2، وبداية المجتهد: 170/2، والمفهم: 2735/5، وإكمال الإكمال: 383/5.

(2) أخرجه مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(3) أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة.

(4) الإشراف: 542/2، والمتقى: 217/4، والمفهم: 2710/5، وإكمال الإكمال: 358/5.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها؛ والبخاري في البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها؛ ومسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها.

الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»⁽¹⁾.

وأما ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار، فإذا جدّ الناس وحضر تقاضيههم، قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض، أصابه قشام، عاهات يحتجون بها؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «فإما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر» كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم. قال خارجة بن زيد بن ثابت: أن زيد بن ثابت لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا فيتبين الأصفر من الأحمر. فالجواب عن ذلك بوجهين⁽²⁾:

أ - أن حملة على المشورة تأويل من زيد، فلا يردّ به ظاهر النهي الدالّ على التحريم.

ب - أنه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أشار بذلك أولاً، ثم حرّمه من أجل الخصومة والاختلاف.

ويصحّ بيعه إذا لم يبدو صلاحه في الحالات التالية:

- إذا بيع مع أضليه، من شجر أو أرض، وإن لم يبدو صلاحه؛ لأنه صار تابعاً للأصل في البيع إذا وقع العقد عليهما معاً.

- إذا ألحق الثمر أو الزرع بالأصل؛ بأن يشتري الشجر والأرض ثم بعد ذلك يشتري الثمر أو الزرع، فيجوز وإن لم يبدو صلاحهما. ووجه جواز إلحاق الثمر بالأصل ولو لم يبدو صلاحها لأنّ لها حكم التبعية، ولضرورة تخليص الرقاب⁽³⁾.

وأما عكس ذلك، كما إذا بيع الثمر أو الزرع أولاً ثم ألحق أصله به فممنوع؛ لفساد البيع الأوّل حيث لم يكن بدا صلاحه، ولا يلحق بالثاني لتأخره عنه.

- إذا بيع قبل بدوّ صلاحه بشرط قطعه في الحال، أو في مدّة قريبة، لا ينتقل فيها الثمر أو الزرع من طور لآخر. ودليل جواز بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها بشرط القطع:

أ - قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أنس: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»، ووجه الاستدلال أنّ المنع في الحديث إنّما توجه إلى البيع بشرط الذي لم يشترط فيه القطع؛ لأنّ ما اشتري على القطع لا يخاف من تعرّضه للأفة، فلم يتوجه إليه المنع⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها؛ والبخاري في البيوع،

باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها؛ ومسلم في المساقاة، باب وضع الجوائح.

(3) المفهم: 2728/5.

(2) المنتقى: 219/4.

(4) المنتقى: 221/4.

ب - القياس الجلي على سائر المبيعات؛ لأنه بيع معلوم يصح قبضه حالة العقد عليه كسائر المبيعات⁽¹⁾.

ج - انتفاء الغرر من العقد؛ لأن مقصود مشتري الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط التبقية، ما يؤول إليه من الزيادة والنماء، وذلك مجهول. ولأن الجوائح تكثر فلا يعلم الباقي منها، ولا على أي صفة تكون عند بدو صلاحها⁽²⁾.

ولا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها على التَّبْقِيَّةِ، والدليل⁽³⁾:

أ - عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. فقيل: يا رسول الله: وما تزهي؟ فقال: «حين تحمر»، وقال رسول الله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»⁽⁴⁾.

ب - الإجماع⁽⁵⁾.

وعلة المنع الغرر الذي يتضمّنه العقد، وهو من أكل المال بالباطل؛ لأن الآفات والعاهاات لا تؤمن عليها في تبقيتها، وقد نصّ النبي ﷺ على هذه العلة بقوله: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه». ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء. فإذا ظهر صلاحها أمنت من الآفات في الغالب وقلّ الغرر فيها، وقد أشار النبي ﷺ إلى ذلك، فعن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه الآفة»⁽⁶⁾؛ وعن عمرة بنت عبد الرحمن، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة⁽⁷⁾؛ فبدو الصلاح دليل خلاصه من الآفة⁽⁸⁾.

كما لا يصح البيع على الإطلاق من غير بيان قطع ولا تبقية. لأن الإطلاق بدون شرط القطع يقتضي التبقية. ودليل الفساد عند عدم شرط القطع⁽⁹⁾:

أ - حديث النهي المتقدم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها. ووجه الاستدلال أن النهي عام في القطع والتبقية، وخصّ شرط القطع بالاتفاق على جوازه، فبقي الباقي

(1) المفهم: 2710/5. (2) المعونة: 1005/2، والمنتقى: 218/4.

(3) الإشراف: 543/2، والمعونة: 1007/2، والمنتقى: 218/4 - 222، والمفهم: 2710/5، والجامع لأحكام القرآن: 39/7.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها؛ والبخاري في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها؛ ومسلم في المساقاة، باب وضع الجوائح.

(5) إكمال الإكمال: 358/5.

(6) أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

(7) أخرجه مالك مرسلًا في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.

(8) إكمال الإكمال: 361/5.

(9) الإشراف: 543/2، والمعونة: 1007/2، والمنتقى: 218/4 - 219، والمعلم: 258/2،

والمفهم: 2710/5، وإكمال الإكمال: 359/5.

وهو التبقية على عموم النهي، فيكون الإطلاق والسكوت باق على أصل المنع لا يفيد إلا التبقية. والنهي يقتضي الفساد.

ب - القياس على البيع بشرط التبقية؛ لأنه عقد على ثمرة منفردة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع فلم يصح، أصله إذا باعها بشرط التبقية.

ج - أن الإطلاق يحمل في العقود على العرف فيكون كالمشترط، والعرف إبقاء الثمرة على الشجرة إلى أن تنتهي، فوجب حمل الإطلاق عليها، ووجب منعه إذا كان قبل بدو الصلاح.

ودليل جواز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح بشرط التبقية⁽¹⁾:

أ - الحديث المتقدم عن ابن عمر؛ ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام علّق جواز البيع ببدا الصلاح، فدلّ على أن الصلاح إذا بدأ جاز بيعها على التبقية.

ب - أنه لا يمكن اجتناء الثمرة دفعة واحدة، ولأنّ تنهاى طبيها لا يحصل حالة التعاقد، وإنما تحصل في أوقات مختلفة.

وإذا بيعت الثمرة بعد بدو الصلاح على الإطلاق، فإنه تجب التبقية، والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - الأدلة المتقدمة في حمل الإطلاق على التبقية. وقوله ﷺ في حديث أنس: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»، فمنعها إنما هو بالجائحة بعد البيع، وهو دليل التبقية.

ب - أن العادة مطردة في مشتري الثمرة بعد بدو الصلاح، أنه لا يشتريها إلا للتبقية، وحتى تصير إلى حال يمكن ادخارها فيها، فيحمل الاطلاق على المعتاد ولو خالف مقتضى العقد، وتكون العادة كالشرط يدخل المشتري والبائع عليه، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ولا يقدر ذلك في العقود.

ويجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع بشروط ثلاثة:

الأول: إن كان ينتفع بها لو قطعت، لأكل أو علف أو دواء. ولا يجوز البيع إن لم ينتفع بها. ووجه عدم جواز بيعها ما في ذلك من فقد شرط صحة البيع، ولأنه من إضاعة المال المنهي عنه⁽³⁾.

الثاني: إذا احتيج له؛ لأكله أو غيره. ووجه هذا الشرط أن يبيعها قبل بدو

(1) الإشراف: 2/ 543، والمعونة: 2/ 1007، والمعلم: 2/ 258، والمفهم: 5/ 2710، وإكمال الإكمال: 5/ 359.

(2) المعلم: 2/ 256، وإكمال الإكمال: 5/ 360، والذخيرة: 5/ 183.

(3) الذخيرة: 5/ 194، وإكمال الإكمال: 5/ 359.

الصلاح لغير حاجة من باب الفساد وقطع الثمرة عن غايتها المطلوبة منها⁽¹⁾.

الثالث: أن لا يتمالأ أهل المحلّ على ذلك بكثرة. فإن تمالؤوا على ذلك ولو باعتبار العادة منع بيعه قبل بدوّ صلاحه. ووجه المنع لثلاً يعظم الفساد في ذلك؛ لأنّه يؤدّي إلى قطع الأصل وتقليله⁽²⁾.

ويُدوّ الصلاح في بعض من ذلك النوع ولو نخلة، ولو في بعض عراجينها، كافٍ في جواز بيع الجميع من جنسِهِ، في ذلك الحائط وفي مجاوره ولو اختلفت أصنافه. ودليل جواز الاكتفاء يبدو صلاح البعض لبيع الثمرة⁽³⁾:

أ - الضرر العظيم الذي يلحق صاحبها لو شرط بأن يعتم الصلاح الحائط كلّهُ، إذ لا يكاد يلحق الآخر إلا بفساد الأول. وعلى هذا فإنّ من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة.

ب - أن الزمان الذي تؤمن فيه الآفة حاصل غالباً.

ج - أن الغالب التقارب في بدوّ صلاح الجنس.

وذلك إن لم يكن ما بدا صلاحه باكورة، فإن كانت باكورة؛ أي: سبق طيبها على غيرها بزمان طويل، لم يجز بيع الباقي بطيبها، وكفّي فيها فقط. وعلة عدم جواز الاكتفاء بالباكورة أن الأمن من العاهة لا يحصل؛ لأن الباكورة تسبق الزمان الذي يؤمن من العاهة فيه، وقوله ﷺ: «حتى يبدو صلاحها» أراد به الصلاح المأمون المعتاد⁽⁴⁾.

وبدوّ الصلاح في غير جنسه غير كاف؛ فلا يباع رمان ببدوّ صلاح بلح أو تين، والدليل⁽⁵⁾: - أحاديث النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وفيها اشترط النبي ﷺ في الثمار حتى تحمرّ، وفي العنب حتى تسودّ، وفي السنبل حتى تبيضّ، وسيأتي ذكرها. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ اعتبر في كلّ جنس صفة لا توجد في غيره، ومنع بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه.

وعلة المنع أنها متفاوتة في الإدراك والتلاحق، فلم يكن طيب بعضها دالاً على تلاحق غيره وتخلّصه من الآفة.

ولا يصحّ بيع بظنّ ثابن من الثمار بطيب بطن أوّل ممّا له بطون؛ كالموز والجميز والنبق؛ فمن باع البطن الأول لبدوّ صلاحه، ثم ظهر البطن الثاني، لم يجز بيعه إلا إذا

(1) الذخيرة: 194/5.

(2) إكمال الإكمال: 359/5، والذخيرة: 194/5.

(3) الإشراف: 544/2، والمعونة: 1009/2، والمنتقى: 219/4، وبداية المجتهد: 179/2، والذخيرة: 190/5.

(4) المعونة: 1008/2.

(5) المعونة: 1009/2، والإشراف: 544/2، والمنتقى: 220/4.

بدا صلاحه أيضاً، ولا يعتمد في جواز بيعه بطيب الأول. وهذا هو المشهور. وحكى ابن راشد قولاً بالجواز، بناء على أنّ البطن الثاني يتبع الأول في الصلاح.

وعلى القول المشهور فالفرض أنّ البطون متميّز بعضها عن بعض، كالنبق والجميز؛ وأما ما لا يتميّز بطونه - كالمقائي والمباطخ، وكذلك الأصول المغيبة كالجزر والفجل والبصل - فإنه يجوز أن يباع كلّه ببذو صلاح البطن الأول؛ لأنّ طيب الثاني يلحق طيب الأول عادة. والدليل⁽¹⁾:

أ - عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

ب - أنّ الغرر الذي فيه قليل ومما تدعو إليه الضرورة أو الحاجة. ولو لم يجز في هذه المسألة البيع للجملة حتى يظهر، لأدى إلى أحد أمرين: إما أن يفرد الموجود بالبيع، وهو إنّما يؤخذ أولاً فأول، وذلك يؤدى إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر؛ لأنّ خروجه متتابع، فليس يؤخذ الأول إلا وقد خرج بدله ويشقّ التمييز بين الثمرين؛ أو أن لا يباع إلا بعد ظهور جميعه، وفي ذلك إضاعته وإفساده؛ فدعت الحاجة إليه مع قلة الغرر فيه.

ج - أنه إذا جاز بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار تبعاً لما قد بدا صلاحه، فكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تبعاً لما قد خلق.

وجواز البيع ببذو صلاح البعض، على نحو ما تقدّم، خاصّ بالثمار؛ فلا يجوز بيع الزرع ببذو صلاح بعضه، بل لا بدّ من بيع جميع الحب؛ والفرق أنّ حاجة الناس لأكل الثمار رطبة لأجل التفكّه بها أكثر؛ ولأنّ الغالب تتابع طيب الثمار؛ وليست الحبوب كذلك، فإنّها تؤكل للقوت لا للتفكّه⁽²⁾. وهذا يفيد أنّ المقناة ونحوها كالثمار.

ضمان الثمرة في البيع الفاسد:

يكون ضمان الثمرة في البيع الفاسد من البائع، ما دامت في رؤوس الشجر؛ لأنّ قبض الأصل ليس قبضاً للثمر، والبيع فاسد⁽³⁾.

فإن جدها المشتري رطباً ردّ قيمتها؛ وإن جدها ثمرأ ردّه بعينه إن كان باقياً، وإلا ردّ مثله إن علم، وقيمته إن لم يعلم، وهذا إذا اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها على التيقية. وأما لو اشتراها على الإطلاق وجدها، فإنه يمضى بالثمن على قاعدة المختلف فيه.

بدو الصّلاح في الثّمار وغيرها:

يكون بدو الصّلاح كما يلي:

- الزّهو في البلح؛ باصفاره أو احمراره وما في حكمهما، كالبلح الخضراوي،

(1) المعونة: 2/ 1009، والإشراف: 2/ 545، وبداية المجتهد: 2/ 179.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 361. (3) الذخيرة: 5/ 187.

فيكفي ظهور الحلاوة في البلح الخضراوي لكونه دائماً أخضر.
 - ظُهُورُ الحَلَاوَةِ في غير البلح، كالعنب والتين ونحوهما.
 - التَّهْيِؤُ لِلنُّضْجِ فيما يميل إذا قطع إلى صلاح كالموز؛ لأن شأنه ألا يطيب إلا بعد جذّه، وربما دفن في التبن والنخالة ليطيب. - انفتاح الأكمام وظهور الورق منها في ذِي النَّوْرِ - بفتح النون - وهو الزهر، كالورد والياسمين.
 - بلوغ حدّ الإطعام في البُقُولِ، كالفجل والكراث والجزر؛ وفي القثاء والخيار.
 - الاضْفِرَارُ في البطيخ الأصفر. ومثل الاضفرار في غير الأصفر تهيوّه للنضج بدخول الحلاوة فيه، وتلون لَبّه بالحمرة والسواد.
 - الميل للسواد في الزيتون⁽¹⁾.

- اليبس في الحَبِّ. والمراد به غاية الإفراك وبلوغه حدّاً لا يكبر بعده عادة. فإذا بيع قائماً في سنبله جزافاً بعد الإفراك وقبل اليبس على التبقية، أو كان العرف ذلك، فإنّ بيعه لا يجوز ابتداءً، وإن وقع مضى بقبضه بحصاده. وهذا إذا اشتراه على أن يتركه حتى ييبس أو كان العرف ذلك، وإلا بأن اشتراه على القطع أو الإطلاق أو كان العرف ذلك، فالبيع جائز، والمراد ببيع جزافاً مع سنبله. وكان لمشتريه حيثنذ تركه حتى ييبس. وأما بيعه مجرداً عن سنبله:

فقبل اليبس لا يجوز ويفسخ مطلقاً، بيع جزافاً أو كيلاً، على التبقية أو الإطلاق. وبعد اليبس يجوز إن وقع على الكيل كما تقدم، ولم يتأخر تمام حصده ودرسه وذروه أكثر من نصف شهر؛ ولا يجوز جزافاً لعدم رؤيته؛ أي: لأنه قد صار على حالة لا يتأتى حزره، ولا يؤمن من إضافة التبن إليه، كما لو صفاه ثم أضاف إليه تبناً⁽²⁾.
 والأصل في أمارات بدو الصلاح⁽³⁾:

أ - حديث أنس المتقدم.

ب - عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة؛ نهى البائع والمشتري⁽⁴⁾.

ج - عن أنس أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود⁽⁵⁾.

(1) إكمال الإكمال: 362/5. (2) المنتقى: 221/4.

(3) الإشراف: 544/2، والمعونة: 1007/2.

(4) أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

(5) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها؛ وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

والجوز واللوز والفسق بمنزلة الزرع، أن يشتد حبه⁽¹⁾.

ويكون للمُشْتَرِي بَطُونُ ما له بطون يعقب بعضها بلا تمييز ثم تنتهي، كالياسمين والورد والمقشاة - بفتح الميم - البطيخ والخيار والقشاة؛ فيقضي له بذلك وإن لم يشترطها.

ولا يَجُوزُ بيعها لأجل، كشهر؛ لاختلافها بالقلّة والكثرة، والصغر والكبر؛ بخلاف ما لا يَنْتَهِي بطونه، كالموز في بعض الأقطار، فَيَتَعَيَّنُ في بيعه بيان الأجل وضربه.

وجواز بيع الثمار بعد بدوّ صلاحها إنما هو بغير طعام، وإلا لَزِمَ ربا الفضل والنساء إن كان الثمن من جنسها، وربما النساء فقط إن لم يكن من جنسها.

بيع العرية من الثمار بجنسها:

العرية في اللغة: مشتقة من عراه يعروه، إذا أتاه يطلب معرفه؛ لأنّ معراها يأتيها ويطلبها ويختلف إليها. ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: 36]، فالمعتر من عرا إذا تعرّض للعبء. وهذا الاشتقاق موافق لما فسره بها مالك من أنها هبة الثمر، وتفسيرها بذلك هو الذي صوّبه أبو عبيد. وعلى هذا فهي فعيلة بمعنى مفعولة؛ أي: عطية وهبة. قال أهل اللغة: العرية والمنحة والعطية والهبة بمعنى واحد. وهي على هذا مأتية مطروقة؛ لأنّ الذي أعطيها يأتيها ويختلف إليها. وإنما تثبت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء كالنطيحة.

وقيل: مشتقة من عري على وزن علم؛ لأنّ المعري أعرى نخله من ثمرها بهذه الهبة، أو لأنها أعريت من السوم عند بيع الثمر، أو لأنّ مالكها أخلى ملكه منها، أو لأنها عريت من التحريم وعلّة المزابنة. وهي ليست من العارية⁽²⁾.

والعرية وإن كانت بمعنى الهبة لغة، إلا أنّ لها أحكاماً خاصة تختلف بها عن الهبة شرعاً في الزكاة والسقي، كما يأتي.

والعرية في الشرع: ثمر نخل أو غيره، يبس، ويدخر، يهبها مالِكها وهي على رؤوس النخل، ثم يشتريها من الموهوب له بالخرص بعد بدوّ الصلاح وقيل الجذاذ، بثمر يابس، إلى وقت الجذاذ. والدليل على أنّ العرية اسم للثمرة الموهوبة لا للأصول التي أعريت ثمرتها ما سيأتي من قوله ﷺ: «أرخص لصاحب العرية أن يبيعها

(1) إكمال الإكمال: 362/5.

(2) المعونة: 1017/2، والمنقّى: 226/4، والمعلم: 264/2، والمقدمات: 525/2، والمفهم:

2714/5، وإكمال الإكمال: 368/5 - 369، والتحرير والتنوير: 266/17.

بخرصها»، فإن التي تخرص هي الثمرة لا أصولها⁽¹⁾.

فيجوز لمُعْرِ، وهو واهب الثمرة، ولمن قام مَقَامَهُ بإرث أو هبة أو اشتراء للأصول مع ثمرها أو لأحدهما فقط؛ اشْتِرَاء الثَّمَرَةِ التي أُعْرَاهَا، إذا كانت من شأنها اليبس، كبلح وجوز ولوز وعنب وتين وزيتون في غير مصر، لا كموز وعنب وتين بمصر فإنه لا ييبس فيها إذا ترك، وخوخ وبرقوق لعدم ييبسه لو ترك.

وتسمية واهب الثمرة بالمعري، وتسمية الثمرة الموهوبة بالعريّة، اصطلاح

للفقهاء.

حكم بيع العريّة بجنسها:

بيع العريّة بجنسها رخصة شرعية. ودليل الرخصة⁽²⁾:

أ - عن زيد بن ثابت أنّ رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العريّة أن يبيعها بخرصها من التمر⁽³⁾.

ب - عن رافع بن خديج وسهل بن أبي حنمة، أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة، الثمر بالتمر؛ إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم⁽⁴⁾.

ومعنى الرخصة: «ما شرع لعذر مع قيام المحرم». لذلك فإن الأصل في بيع العريّة المنع؛ فقد اجتمع فيها أربعة ممنوعات، إلا أنه رخص فيها للعذر⁽⁵⁾، وسيأتي بيان العذر في ذلك عند ذكر علّة الترخيص في الشرط الحادي عشر، وأمّا المحرمات فهي:

الأول: المزبنة؛ لأنّ المعري يشتري الثمر - الرطب - التي على رؤوس النخلة أو النخلات المعراة ثمرتها بالخرص، ويدفع مقابله مكيلة خرصه تمراً عند الجذاذ. ووجه المزبنة أنّ المعري يدفع تمراً معلوم الكيل في جنسه وهو الرطب المجهول الكيل مستقبلاً؛ لأنّ الرطب حين يجفّ بعد جدّه ويصير تمراً ينقص ولا يدرى إلى أي قدر بصير، كما تقدّم في المزبنة.

الثاني: ربا الفضل؛ لأنّ الثمر - أي: الرطب - والثمر - أي: الجاف - جنس واحد لا يجوز في بيع بعضه ببعض إلا التماثل، لا التفاضل.

(1) المقدمات: 528/2.

(2) المعونة: 1017/2، والمقدمات: 525/2 - 529، وبداية المجتهد: 243/2، والمفهم: 5/2722.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في بيع العريّة؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر.

(4) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر.

(5) الذخيرة: 196/5، وإكمال الإكمال: 369/5.

الثالث: ربا النساء؛ لأن المعري يشتري الرطب عند العقد؛ أي: وهو على رؤوس النخل، ويدفع تمرأ عند الجذاذ؛ أي: متأخرأ، وفي ذلك ربا النساء؛ لأن الجنس الواحد لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا يداً بيد.

الرابع: العود في الهبة.

فبيع العرية مستثنى من هذه الأصول الأربعة.

والحاصل، أن من وهب ثمرأ من حائطه لإنسان، فإنه يجوز له أن يشتريه منه بخرصه للجذاذ بشروط:

1 - أن تكون الثمرة الموهوبة مما يبس ويدخر. والدليل على أن حكم العرية يشمل غير التمر⁽¹⁾:

أ - القياس عليه بعلّة الاقليات والادّخار.

ب - القياس عليه بعلّة أنها أبيعحت للمعروف أو لنفي الضرر عن ربّ الحائط بتكرّر دخول المعري عليه. وهذا الوصف عام فيعمّ الحكم موارد.

فالعرية وإن كانت رخصة، إلا أنها رخصة معلّلة بعلّة متعدية، والرخص المعلّلة بعلة متعدية يقاس عليها، بخلاف المعلّلة بعلة قاصرة، فإنه تقصر على موضعها، ولا يقاس عليها.

2 - أن يكون الشراء بخرصها؛ أي: قدر كيلها، لا بأكثر ولا أقل.

3 - أن يكون الشراء بنوعها؛ أي: صنفها، فلا يباع تمر بتين، ولا تمر صيحاني

ببرني.

4 - أن يكون الشراء مخصصاً بالثمرة المعراة.

5 - أن يكون المشتري هو الواهب أو من يقوم مقامه. والدليل:

أ - ما جاء في رواية للحديث: أن رسول الله ﷺ رخص في العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ، يأكلونها رطباً⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن قوله: «أهل البيت» يريد أهل الحائط المعرين للثمرة، والله أعلم⁽³⁾.

ب - ما جاء في رواية للحديث: أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها من معريها بخرصها تمرأ عند الجذاذ⁽⁴⁾.

(1) المتقى: 224/4، والمفهم: 2721/5، والذخيرة: 199/5.

(2) أخرجه مسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(3) المقدمات: 530/2، والمفهم: 2719/5، وبداية المجتهد: 245/2.

(4) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

ووجه الاستدلال أنّ قوله: «من معريها» نصّ في وجوب أن يكون المشتري العرية بخرصها هو من أعراها دون غيره⁽¹⁾.

والحديثان مقيّدان بما ذكر فيهما من اللفظين: «أهل البيت» و«من معريها» فيجب حمل المطلق عليهما.

ج - قصر الرخصة على محلّها، لما سيأتي من علّتي الترخيص في بيع العرية بجنسها، وخاصّة علّة نفي الضرر عن المعري. فلو كان المشتري غير الواهب لانعدمت العلّة، والحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً⁽²⁾.

د - أنّ الحديث خصّ العرايا من منع بيع الثمر بالتمر، فلو جاز بيعه لغير معريها لبطلت فائدة التخصيص⁽³⁾.

ويدخل من يقوم مقام الواهب ممّن صارت إليه الثمرة بوجه من وجوه الملك مدخله بالقياس⁽⁴⁾.

6 - أن يكون الخرص في الذمّة؛ أي: ذمة المشتري من واهب أو قائم مقامه، لا في حائط معيّن.

7 - أن لا يكون على التعجيل؛ لأن بيعها على الوجه المذكور رخصة يقتصر فيها على ما ورد.

8 - أن يلفظ الواهب حين الإعطاء بلفظ العريّة، ك: أعريتك، لا بالهبة ولا الصدقة ولا المنحة على المشهور. والفرق أنّه إذا سمّاها عرية فتختصّ بالرخصة التي ورد بها الشرع، ويكون سقيها وزكاتها على المعري؛ فإن لم يسمّها عرية وسمّاها هبة ونحو ذلك، لم تختصّ بالرخصة، وكان السقي والزكاة على الموهوب له⁽⁵⁾. ووجه هذا الفرق أنّ العرية هي ما يقصد به المواساة في الثمرة، لا في عين المعري، على ما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم من المواساة بثمر حوائطهم لمن لا حائط له؛ فكأنّها على ملك المعري ما لم تطب، يجب عليه سقيها وزكاتها؛ ولا تجب للمعري له إلا بالطياب وإن قبضها قبل ذلك، إذ لم يقصد بها عينه؛ والهبة ما قصد به عين الموهوب، فخرجت عن ملك الواهب، ووجبت للموهوب له بالقبض⁽⁶⁾.

9 - أن يبدو صلاحها؛ وذلك للنهي عن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها، فعّم الثمرة الموهوبة وغيرها⁽⁷⁾. وإنما نصّ على هذا الشرط، وإن كان لا يختص بالعرية، لثلاً

(1) المقدمات: 530/2.

(2) المعونة: 1018/2، والمنتقى: 229/4، والذخيرة: 200/5.

(3) المنتقى: 229/4.

(4) المقدمات: 530/2، والمنتقى: 228/4.

(5) المقدمات: 525/2، والذخيرة: 200/5.

(6) المقدمات: 526/2.

(7) المعونة: 1018/2، والذخيرة: 200/5.

يتوهم عدم اشتراطه للرخصة.

10 - أن يكون المشتري منها خمسة أوسقٍ فدُون، لا أكثر إن كان أكثر. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أَرخص في بيع العرايا بخرصها، فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، يشك داود بن الحصين أحد رجال السند⁽²⁾. ولما ورد الحديث بصيغة الشك من الراوي، قال الإمام اللخمي: المنع أحسن. يعني في الأكثر من خمسة أوسق؛ لأنه الأصل في العرية.

ب - أن العرية لما كانت مخصوصة ومستثناة من بابها، وجب أن يحدّ بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع؛ لأنّ هذا حكم كلّ بعض مستثنى من جملة.

وهذا ما لم يكن أعرى عرايا لواحد أو لأكثر من واحد، في حوائط أو حائط؛ فيكون من كلّ منها خمسة أوسق. ووجه الجواز هنا أنّ عرية كلّ واحد قائمة بنفسها لا تتعلّق بعرية غيره، فجاز في كلّ واحد ما جاز في الآخر⁽³⁾.

لكن يشترط أن يكون بعقود متعدّدة، إن كان المعري له واحداً، مع اختلاف زمنها.

11 - أن يكون المشتري قَصَدَ الرفق والمعروف مع المعري له؛ لكفايته المؤنة والحراسة، أو قصد دَفَعَ الصَّرْرَ عن نفسه بدخول المعري له في حائطه وتطلعه على عوراته؛ لا أن يكون قصد التجارة ونحوها، ولا إن لم يقصد شيئاً. فعلة الترخيص هي إحدى علتين على البذل:

إحدهما: إمّا دفع الضرر عن المعري - بالكسر - الحاصل له بدخول المعري - بالفتح - وخروجه وإطلاعه على ما لا يحبّ الاطلاع عليه؛ وذلك أنّ الناس كانوا يتواسون فيما بينهم فيطعم من له نخل النخلة والمخلات لمن لا نخل له؛ فكان يشقّ على المعري دخول المعري عليه لجمع عريته والقيام عليها؛ فيمتنع المعري بذلك من الانفراد في حائطه بأهله وولده، على ما جرت به عادتهم؛ فيؤدّي ذلك من المشقة عليه إلى ما يمنعه من الإعراء في عام آخر.

الثانية: أو للمعروف والرفق بالمعري - بالفتح - لكفايته المؤنة والحراسة؛ وذلك

(1) المعونة: 1019/2، والمنتقى: 230/4، والمقدمات: 528/2، والمفهم: 2721/5، والذخيرة: 198/5، وإكمال الإكمال: 373/5.

(2) أخرجه مال في البيوع، باب ما جاء في بيع العرية؛ ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(3) المعونة: 1019/2.

أنّ المعري يحتاج إلى حفظ عريته وجمع سواقطها والقيام عليها، فيلزمه من المشقة في ذلك أكثر من قدر قيمتها، فيؤدّي ذلك إلى أن لا ينتفع بعريته، فيحتاج المعري إلى من يكفيه مؤنته عريته، كما احتاج المعري إلى الانفراد في حائطه، فرخص رسول الله ﷺ لهذا المعنى أن يخرص على المعري عريته التي أعراها، ويكون عليه خرصها تماًراً عند الجذاذ إذا تراضيا بذلك واتفقا عليه⁽¹⁾.

والحاصل أنّه لا بدّ أن يكون الباعث للمعري على الشراء أحد الأمرين المذكورين، وأولى إذا وجدا معاً، وهذا مذهب الإمام مالك وابن القاسم. وعلّل عبد الملك بن الماجشون بالأوّل فقط، وعلّل اللّخمي بالثاني فقط. فإذا كان الشراء للتجارة منع باتفاق الطرق الثلاثة في التعليل، وإن كان الشراء لدفع الضرر جاز على الطريقة الأولى والثانية دون الثالثة، وإن كان للمعروف جاز على الطريقة الأولى والثالثة دون الثانية.

ويتفرّع على العلة الثانية ثلاث مسائل: جواز اشتراء بعضها؛ وجواز شراء كلّ الحائط إذا أعراه جميعه وكان خمسة أوسق فأقلّ؛ وجواز الشراء المذكور ولو باع المعري - بالكسر - الأصول للمعري - بالفتح - أو لغيره، كان ذلك قبل شراء العرية أو بعده. وأمّا على العلة الأولى وهي دفع الضرر فلا يتأتى شيء من ذلك؛ لبقاء الضرر⁽²⁾.

ويجوز لصاحب حائط شراء ثمر أضلّ لغيره في حائطه بخرصه، مع بقية الشروط الممكنة؛ لقصد المَعْرُوفِ منه مع صاحب الأصل فقط، لا إن قصد دفع ضرر، وأوليّ عدم قصد شيء. ولكن لفظ العرية وكون المشتري هو المُعْرِي لا يتأتى هنا؛ وإنما المتأتى بقية الشروط التسعة.

واشترط اشتراء العرية بخرصها لا ينافي جواز شرائها بالعين والعرض. فلو اشتراها بعين أو عرض لجاز مطلقاً بشرط بدوّ الصلاح، وهو من مشمولات ما تقدم من جواز بيع الثمر إن بدا صلاحه.

بيع العرية بخرصها ليس بيعاً على الحقيقة:

وعلى ما تقدّم من تعليل الرخصة في بيع العرية بخرصها لمعريها، فليس بيعها بيعاً على الحقيقة؛ وإنما هو معروف قام به المعري للمعري له عندما اشتراها منه، أتبعه معروفه الأوّل حين أعراه إيّاها، ونفى به الضرر عن نفسه بأن التزم له عريته بخرصها

(1) المعونة: 2/1018، والمتنقى: 4/225، والمقدّمات: 2/529، والمعلم: 2/263، والمفهم:

2719/5، وإكمال الإكمال: 5/369.

(2) المتنقى: 4/229، وإكمال الإكمال: 5/371.

إلى الجداد. وإنما سماها رسول الله ﷺ بيعاً، لما فيه من معنى البيع؛ وهو أن مبتاع العريّة بخرصها يملكها ويجوز له التصرف فيها، كما لو اشتراها بالدنانير والدراهم؛ ولا يجوز ذلك له أيضاً إلاّ باجتماع من المعري والمعري له واتفاق ورضا واختيار كالبيع⁽¹⁾.

ما يبطل العريّة:

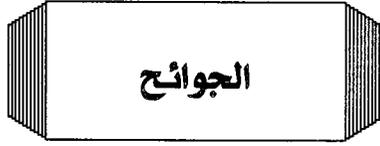
تبطل العريّة بطروء مانع لمعريها قبل حوزها وتعدّ ظهور الثمرة على أصلها؛ بأن مات مُعريها أو فليس أو مرض أو جنّ واتصل مرضه أو جنونه بموته؛ لأنها عطية لا تتم إلاّ بالحوز كسائر العطايا. إلاّ أنّ الحوز هنا لا يفيد إلاّ بظهور الثمر على الشجر على الأرجح، فلا يكفي الحوز لأصولها قبل ظهور ثمرها. فإن حصل اللواهب مانع بعد حوز أصلها وقبل بروز الثمر بطلت، وقيل: يكفي. ويجري مثل هذا في هبة الثمرة وصدقها وتحسيسها.

زكاة العريّة وسقيها:

ثبتت زكاة العريّة وسقيها على المُعري - بالكسر -؛ وإن لم يشترها، ولو حصلت العريّة قبل الطيب، بخلاف الهبة والصدقة كما يأتي. وأمّا غير السقي من تقليم وتنقية وحراسة فعلى المعري له. وإنما كانت زكاتها وسقيها على المعري لأنّ المعري في العريّة أشدّ منه في بقية العطايا.

وإذا نقصت العريّة عن النصاب؛ كمكّث من ثمار معريها وزكاها. وأمّا الهبة والصدقة فزكاتها على الموهوب له والمتصدق عليه، إن حصل قبل الطيب لا بعده، فعلى الواهب.





تعريف الجوائح:

الجوائح: جمع جائحة. وهي مأخوذة من الجوح، وهو الهلاك والاستئصال. يقال: جاحته الجائحة وأجاحتها بمعنى واحد. وكذلك: جاحه الله، وأجاحه، واجتاحه، إذا أهلكه بالجائحة⁽¹⁾.

واصطلاحاً: ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادة، قدرأ من ثمر أو نبات، بعد بيعه. والتعريف لابن عرفة.

فقوله: «من معجوز» بيان لـ «ما».

وقوله: «قدرأ» مفعول لأتلف. وأطلق في القدر لأجل أن يعمّ الثمار وغيرها؛ لأنّ الثمار وإن اشترط فيها كون التالف ثلثاً، لكن البقول لا يشترط فيها ذلك. وإنّما وضعت جائحة الثمار عن المشتري لما بقي على البائع في الثمرة من حقّ التوفية.

حكم وضع الجوائح:

وضع الجوائح واجب، والدليل⁽²⁾:

أ - عن جابر أنّ النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح⁽³⁾. والحديث واضح في وجوب إسقاط ما اجتبح من الثمرة عن المشتري.

ب - عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لو بيعت من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة، فلا يحلّ لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حقّ»⁽⁴⁾. وهذا نصّ في وضع جائحة الثمار.

(1) الذخيرة: 212/5.

(2) الإشراف: 546/2، والمعونة: 1019/2، والمنتقى: 232/4، والمقدمات: 573/2، والمعلم: 277/2، والمفهم: 2771/5 - 2774، وبداية المجتهد: 210/2، والجامع لأحكام القرآن: 38/7، والذخيرة: 214/5.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب وضع الجوائح.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب وضع الجوائح.

ج - عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان. فسأل رب الحائط أن يضع له، أو أن يقيله؛ فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً»، فسمع بذلك رب الحائط، فأتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله هو له⁽¹⁾.

والحديث يحتمل معانٍ، منها أن النقصان الذي تبينه المشتري في الثمرة سببه جائحة طرأت عليها. ولهذا أدخله الإمام مالك في باب «الجائحة في بيع الثمار والزرع» من الموطأ. ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ أنكروا على من حلف أن لا يضع النقصان، وقد فهم الرجل إنكار رسول الله ﷺ فسارع إلى امتثال ما يرضي رسول الله ﷺ من الإقلاع عن اليمين والعمل بما تبين له من شرعه ﷺ بإقالة الرجل أو الوضع عنه مقدار النقصان، حسب ما يفهم قوله: «هو له»، قال مالك: «لا أدري الوضعية أو الإقالة»⁽²⁾.

د - القياس. وتحريره أن يقال: لأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل تلفت بأفة سماوية، فوجب أن تكون من البائع، أصله إذا تلفت بعطش.

هـ - أنه لما لم يكن للبائع مطالبة المبتاع بقطع الثمرة دلّ على أنها غير مقبوضة، وأنه بقي فيها حقّ توفية، فلم ينفع وجود التخلية من البائع؛ لأنها محتاجة إلى بقائها على أصولها ليكتمل طيبها، ولأنّ البائع ما زال عليه سقيها إلى انتهائها.

و - عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بوضع الجوائح.

وأما ما روي عن أبي سعيد الخدري قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه». فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»⁽³⁾. ففي الحديث أنه ﷺ لم يحكم بالجائحة. وقد تأوله المالكية بما يلي:

- أنه يمكن أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة.

- أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة.

- أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب؛ وإذ ذاك لا تحتاج إلى تبقية فوق رؤوس الأشجار، ولا إلى السقي من البائع؛ فيكون ضمانها على المشتري.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار؛ والبخاري في الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح؛ ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

(2) المنتقى: 231/4.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

- أن الأحاديث الموجبة لوضع الجائحة مرجحة عليه؛ لأنه واقعة معينة لا تفصيل فيها، بينما الأخرى مفصلة.

- أن المشتري دخل في العادة على سقوط الثمار بالعفن أو الريح أو الطير؛ ولم يدخل على ما زاد على ذلك مما يعتبر جائحة؛ لأنه لا يصدق في العادة أن ثمرة فلان أجيحت إلا إذا ذهب منها ما له بال⁽¹⁾.

ما توضع فيه الجوائح:

توضع جَائِحَةُ الثَّمَارِ عن المشتري؛ أي: تسقط عن المشتري من الثمن حصة ما أصابته الجائحة؛ ولو كان شأنها لا تيبس، أو كانت بطوناً لا تنتهي، أو كانت تنتهي كمؤزٍ ومقائئ، ويشمل البطيخ والخيار والقثاء والقرع والبادنجان، فليس المراد بالثمار خصوص ما ييبس ويدخر كما هو المتعارف.

وتوضع الجائحة إن بيعت على التبقية لأجل أن ينتهي طيبها. وكذلك توضع ولو في الحالات التالية:

- إن بيعت على الجَدِّ، فأجيحت قبل تمامه في المدة التي تجدَّ فيها عادة، أو بعدها إن حصل مانع منه.

- أو كانت الثمرة مِنْ عَرِيَّتِهِ، فاشتراها معريها بخرصها، فأجيحت فتوضع. وخالف أشهب فقال بأن العرية لا توضع جائحتها؛ لأن العرية مبنية على المعروف. ومحل الخلاف إذا أعراه ثمر نخلات، ثم اشترى عريته بخرصها. أما لو اشتراها بعين أو عرض، فإن الجائحة تحظ عن المشتري، وهو المعري - بالكسر - اتفاقاً. وإن أعراه أوسقاً من حائطه، ثم اشتراها منه، ثم أجيح ثمر الحائط فلم يبق إلا مقدار تلك الأوسق؛ فلا قيام للمعري بالجائحة، ولا تحظ عنه اتفاقاً.

- أو كانت الثمرة مهراً لزوجة فأجيحت. فتوضع الجائحة وليس للزوجة القيام بجائحتها. ووجه وضع الجائحة هنا أن عقد النكاح لا يقتضي المغابنة والمكايسة، وإنما يقتضي المكارمة والمواصلة، ووضع الجائحة ينافي ذلك. وقيل: لا توضع الجائحة؛ لأنها عوض للبضع.

شروط وضع الجائحة:

الشرط الأول: أن تصيب الثمرة قبل انتهاء طيبها.

الشرط الثاني: أن تصيب الجائحة الثلث فأكثر من الثمر لا أقل. ودليل تقدير

(1) المقدمات: 539/2، والمعلم: 278/2، وبداية المجتهد: 211/2، والمفهم: 2772/5،

والذخيرة: 214/5.

الجائحة بالثلث فأكثر: تخصيص ظواهر الأدلة المتقدمة بالعرف والعادة. وذلك أنّ الشرع قصد بوضع الجوائح رفع الضرر عن المشتري، ولما كان الضرر الذي يلحقه يتقدّر بما هو كثير لا بما هو قليل؛ لأنّ القليل معلوم الوقوع بحكم العادة، إذ لا بدّ من سقوط شيء وعفته وتربيته وأكل الطير منه، فكأنّ المشتري دخل عليه ورضي به؛ وليس كذلك الكثير، فإنّه لم يدخل عليه؛ وأيضاً فإنّ اسم الجائحة يطلق ويراد به ما أتلف جلّ الشيء أو ما له خطر ويال منه، لا ما أتلف اليسير؛ لأنّ اليسير في العرف لا يسمّى جائحة؛ فلما افترق الحال بينهما وجب أن يفترقا في الحكم، وأن لا يحمل الحديث عليه؛ وقد نظر العلماء إلى ما اعتبر كثيراً في نظر الشرع، فوجدوه أنّه اعتبر الثلث في الفصل بين القلّة والكثرة في غير موضع منها: الوصية، والمحاكمة، وحمل العاقلة، والحجر على مال المرأة لحق زوجها وغير ذلك، وقد نصّ على ذلك في قوله ﷺ في الوصية: «الثلث والثلث كثير»⁽¹⁾، فقالوا به في الجائحة⁽²⁾.

على هذا فوجه عدم اعتبار الجائحة فيما هو أقلّ من الثلث أنّ الثمار لا تنفك من ذلك ولا تسلم من يسير العفن وأكل الطير، فالمشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل عليه بالنطق، فلا يكون الرجوع به؛ لأنّه لو كان له الرجوع به لما صحّ بيع ثمر أبداً؛ لأنّه لا يمكن أن يسلم جميعها بوجه⁽³⁾.

الشرط الثالث: أن تفرد الثمرة بالشراء دون أصلها؛ أو ألحق أصلها في الشراء بالثمرة لا عكسها، وهو شراء أصلها أولاً ثم ألحقت به، أو اشتراها معاً في عقد، فلا جائحة فيهما، ومصيبته من المشتري.

وتعتبر قيمة ما أصيب من بطون ونحوها إلى ما بقي في زمنه. يعني إذا أبيع بطن ممّا يطعم بطوناً كالمقاني، وقد جنى بطنين مثلاً، أو اشتري بطناً واحدة ممّا لا يحبس أوله على آخره كالعنب، أو اشتري أصنافاً كبرني⁽⁴⁾ وصيحاني⁽⁵⁾، أو غير ذلك مما تختلف أسواقه في أول مجناه ووسطه وآخره؛ فإن بلغ ذلك ثلث المكيلة أو الوزن، وضع عنه كما تقدم، ثم يعتبر قيمة ما أصيب بالجائحة من البطون أو ما في حكمها كما ذكرنا، وينسب إلى قيمة ما بقي سليماً في زمنه. وعبارة المدونة: فإن كان المجاح ممّا لم يجح قدر ثلث النبات وضع قدره وقيل له: قيمة المجاح في زمنه. قال الأشياخ:

(1) أخرجه البخاري في الوصايا، باب الوصية بالثلث؛ ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث.

(2) المعونة: 2/ 1020، والمقدمات: 2/ 540، والمعلم: 2/ 278، والمفهم: 5/ 2772، وبداية المجتهد: 2/ 213.

(3) المعونة: 2/ 1020، والمنتقى: 4/ 236، والمقدمات: 2/ 541، والمعلم: 2/ 278، وبداية المجتهد: 2/ 213.

(4) البرني: نوع جيد من التمر مدور أحمر مشرب بصفرة.

(5) الصيحاني: نوع من تمر المدينة.

معناه أن يصبر إلى انتهاء البطون، ثم يقال: كم يساوي كل بطن زمن الجائحة على أن يقبض في أوقاته. فإذا قيل: قيمة المجاح يوم الجائحة عشرة وقيمة السليم يوم الجائحة على أن يقبض في وقته عشرة، حط عنه نصف الثمن. وإذا قيل: قيمة السليم على الوجه المذكور عشرون حط عنه الثلث. وإذا قيل خمسة: حط عنه الثلثان من الثمن.

ولذا قالوا: لا يَسْتَعَجَلُ بالتقويم يوم الجائحة، بل يصبر إلى انتهاء البطون؛ ليتحقق المقدار الذي يقوم ثم يعتبر التقويم يوم الجائحة بأن يقال: ما قيمته يوم الجائحة على أن يقبض في وقته؟ فعلم أنه ليس المراد أنه يقوم كل في زمنه. قال أبو الحسن: لم يتأولها أحد عليه وإن كان هو الظاهر منها، وإنما اختلفوا: هل يراعي يوم البيع أو يوم الجائحة، وأن وضع الجائحة إنما يكون إذا أصاب الثلث فأكثر. وأما الرجوع لقيمة المصاب فيثبت بعد إجابة الثلث قلت أو كثرت.

فإن لم تهلك الثمرة بل تَعَيَّبَتْ، كأن أصابها غبار أو عفن من غير ذهاب عينها؛ فذلك جائحة تحط بالشروط السابقة، والمعتبر في وضعها ثلث القيمة لا ثلث المكيلة. فإن نقصت بالعيب ثلث قيمتها فأكثر وضع عن المشتري وإلا فلا. وإنما لم يعتبر ثلث المكيلة؛ لأن عينها موجودة لم تذهب، ولم يحصل فيها نقص من جهة الكيل، بل حصل فيها النقص من جهة ثمنها.

الجوائح المعتبرة شرعاً:

الجوائح المعتبرة في الشرع هي كل شيء لا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ عادة، من الأمور التالية:

- من أمر سَمَاوِيٍّ؛ كبرد وثلج وغبار وسموم أي: ريح حار وجراد وفأر ونار ونحو ذلك. والدليل على ذلك: ما روي عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. فقيل: يا رسول الله: وما تزهي؟ فقال: «حين تحمر»، وقال رسول الله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»⁽¹⁾. ففي الحديث إشارة إلى منع الثمرة بأسباب سماوية لا دخل للإنسان فيها، بإسناد فعل المنع إلى الله تعالى⁽²⁾.

- من جَيْشِيٍّ. والدليل: تشبيهه بالأمور السماوية⁽³⁾.

واختلف في السَّارِقِيٍّ، فقيل: ليس بجائحة؛ لأنه يستطاع دفعه بالحراسة منه، وهو قول ابن القاسم في الموازية وعليه الأكثر. وقيل: من الجائحة، وهو قوله في المدونة، وصوِّبَ ابن يونس، واستظهره ابن رشد. ومحلّ الخلاف إذا لم تعلم عينه وإلا اتبعه المشتري.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها؛ والبخاري في البيوع،

باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها؛ ومسلم في المساقاة، باب وضع الجوائح.

(2) بداية المجتهد: 212/2.

(3) بداية المجتهد: 212/2.

- من عطش. وما تقدم من أنّ محلّ وضع الجائحة إذا بلغت الثلث فأكثر، إنّما هو فيما إذا أجيحت بغير العطش. وأما بالعطش فيوضع مطلقاً، وإنّ قلّ المجاح بالعطش ما لم يكن تافهاً؛ من ذلك:

* البُقُول، كالخس والكزبرة والسلق والهندبا والكراث؛ فيوضع قليل ما أجيح منها وكثيره. إلا أنّ البقول يوضع ما أجيح منها قليله وكثيره، سواء أجيحت بعطش أو بغيره؛ لأنّ البقول ليست كالثمار، وذلك لأنّ البقول لما كانت تجذّ أولاً فأوّل لم ينضبط قدر ما يتلف منها. والدليل على أنّ البقول يوضع منها القليل والكثير بالإجاحة⁽¹⁾:

أ - عموم أمر النبي ﷺ بوضع الجائحة، فتناول ذلك الثمار والبقول، فخرجت الثمار من ذلك بما دلّ عليه من الدلائل، وبقيت البقول على الأصل في العموم.

ب - أنّ العادة في الثمار ذهاب بعضها، بسبب الحاجة إلى تبقيتها على رؤوس النخل، فالمشتري على ذلك دخل، وليس كذلك البقول؛ لأنّه لا عادة في تلفها ولا في تلف شيء منها، بل العادة سلامة جميعها، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يوضع قليلها وكثيرها.

* مغيب الأصل، كالجزر والبصل.

* الرُّعْفَرَان والرَّيْحَان والقرط - بضم القاف - حشيش يشبه البرسيم في الخلقة.

* القُضْب - بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة - ما يرعى من الحشيش.

* وَرَق التوت، وهو يشتري لعلف دود الحرير.

* الفِجْل.

ونحو هذه المذكورات، كاللفت والقلقاس والثوم.

ودليل وضع الجائحة بسبب العطش، ولو كانت أقل من الثلث: القياس على منفعة الأرض المكتراة؛ لأنّ الثمرة المشتراة منفعة من شرط تمامها السقي، فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها، كمنفعة الأرض المكتراة⁽²⁾.

والفرق بين العطش وسائر الجوائح أنّ سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها، والعطش تنفك الثمرة من يسيرها، فالمشتري داخل على السلامة منها، ولم يدخل على السلامة من يسير العفن والأكل⁽³⁾.

ومحلّ وضع الجائحة من العطش مطلقاً، ما لم يكن العطش من تفریط المشتري، وإلا فلا توضع عنه؛ وما لم يكن المجاح تافهاً لا بال له.

وتقدم أنّ المقائي والموز والورد والياسمين ونحوها، كالعصفر والبقول الأخضر

(1) المقدمات: 542/2، والذخيرة: 215/5. (2) المنتقى: 233/4.

(3) المنتقى: 233/4.

والجلبان، ملحقة بالثمار يراعي فيها الثلث فأكثر، ويلزم المشتري الباقي. وعن أشهب أنّ المقائي كالبقول يوضع قليلها وكثيرها. والأوّل أشهر وبه القضاء. وذهب بعضهم إلى أن مغيب الأصل كالثمر يراعي فيه ذهاب الثلث.

ما يلزم المشتري بعد الوضع:

إذا وضع من الثمرة ما قل وما كثر لزم المشتري ما تبقى بعد الجائحة وإن قلّ. وليس له فسخّ البيع وحلّه عن نفسه. وهذا بخلاف الاستحقاق فإنّه، يخيّر في المثلي وإن قل كما هو الموضوع. والفرق كثرة تكرّر الجوائح، فكأنّ المشتري داخل على ذلك بخلاف الاستحقاق.

ما لا جائحة فيه:

لا جائحة في الأمور التالية:

- إن انتهت طيب الثمار وما ألحق بها، بأن بلغت الحد الذي اشترت له، فتوانى المشتري في جدّها حتى أجيحت فلا جائحة؛ لفوات محل الرخصة. وأمّا لو أجيحت أيام جدّها على العادة، فإنها توضع. وحاصل المسألة أنّ الثمرة المبيعة إذا أصابها الجائحة بعد تناهي طيبها فإنها لا توضع. وسواء بيعت بعد بدوّ الصلاح وتناهي طيبها عند المشتري، أو بعد تناهي طيبها على الجدّ، فأخر جدّها لغير عذر فأجيحت. والمراد بانتها طيبها بلوغها الحد الذي اشترت له من تمر أو رطب أو زهر.

- القصب الحلو، فإنّه لا جائحة فيه على مذهب المدونة، ووجه هذا القول أنّه لا يباع حتى يتم⁽¹⁾. وقال ابن القاسم: توضع فيه، قال ابن يونس: وهو القياس.

- الحب اليابس، من قمح أو غيره، إذا بيع بيعاً صحيحاً، وذلك بعد يبسه أو قبله على القطع، لكن أبقاه المشتري ليبسه فأجيح؛ فلا جائحة فيه. وأمّا لو اشتراه قبله على التبقية أو الإطلاق؛ ففساد وضمّانه من بائعه بجائحة أو غيرها؛ بخلاف ما لو اشتراه على القطع فأجيح أيام قطعه المعتاد ففيه الجائحة.

اشتراط عدم الجائحة:

إذا اشترط البائع على المشتري عدم الجائحة، فالشرط باطل والعقد فاسد؛ لأنّه على خلاف مقتضى العقد⁽²⁾.

الاختلاف في الجائحة:

إذا اختلفت البائع والمشتري في حصول الجائحة؛ فالقول للبائع إنها لم تجح؛

لأنَّ الأصل عدمها؛ وعلى المشتري الإثبات. وإن توافقا علي حصولها، واختلفا في قَدْرِ المَجَاح، هل هو الثلث أو أكثر أو أقل؛ فالقول للمُشْتَرِي؛ لأنه غارم وهو مصدق فيما غرمه. والله أعلم.

مسألة: في جائحة المساقاة:

يخيّر العامل في المساقاة، إذا أصابت الجائحة الثمرة، وأجيج الثلث فأكثر، ولم يبلغ الثلثين، وكان المجاح شائعاً؛ بين سقي الجميع أو تركه بأن يحلّ العقد عن نفسه ولا شيء له فيما تقدّم. فإن كان معيّنًا في جهة لزمه سقي الجميع مطلقاً.

مسألة:

من باع ثمرة، واستثنى كَيْلاً معلوماً، وأجيجت تلك الثمرة، فإنه يوضع عن المشتري من ذلك المكيل المستثنى بقدر المجاح من الثمرة، بناء على أنّ المستثنى مشترى. فلو باع ثمرة ثلاثين أردباً، بخمسة عشر، واستثنى عشر أرداب، فأجيج ثلث الثلاثين؛ وضع عن المشتري ثلث الثمن وثلث القدر المستثنى.



الشروط في البيع

تلغى الشروط في البيع إذا كانت على النحو التالي:

- اشتراط ما لا عَرَضَ فِيهِ وَلَا مَالِيَّةً، فإنه يلغى.

- اشتراط عَدَمِ عُهُدَةِ الْإِسْلَامِ، وهي ضمان المبيع من عيب أو استحقاق؛ فإذا باع شيئاً على أنه لا يقوم بما ذكره فالشرط لاغ، وللمشتري الرجوع بحقه منهما؛ لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه. كما لو قال المشتري للبائع: أشتري منك هذه السلعة على أنها إذا استحققت من يدي أو ظهر بها عيب قديم فلا قيام لي عليك؛ أو يقول البائع للمشتري ذلك. وقد تقدم ذكر الدليل على إلغاء ذلك في المعاملات المنهي عنها في مسألة التبرئ من العيوب.

وأما لو أسقط ذلك بعد العقد وقبل ظهور العيب فإنه يلزمه، سواء كان ممّا يجوز فيه البراءة أم لا.

- اشتراط عدم الجائحة في الثمار أو الزرع. فيلغى ويصح البيع على المعتمد. ووجه إلغاء هذا الشرط أنه من اشتراط نقل الضمان عن محلّه⁽¹⁾؛ وأنه من إسقاط حق قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك في حصّة الثمن؛ لأنّ الجائحة أمر نادر فلم يقع لشرطه ذلك حصّة من الثمن، ولم يلزم الشرط إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة وما أشبه ذلك⁽²⁾.

- اشتراط أنه إن لم يأتِ بِالثَّمَنِ لِكَدًّا، نحو: لآخر الشهر أو لعشرة أيام فلا يَبَّعَ بيننا، فيلغى الشرط ويصح البيع وغرم الثمن الذي اشترى به، قاله في المدونة.

فهذه الأشياء يصح فيها البيع بعد الوقوع ويبطل فيها الشرط. وعند ابن رشد الجدل أن الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك رحمه تعالى أربعة أقسام⁽³⁾:

الأول: يفسخ به البيع على كلّ حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين؛ وهو ما آل البيع به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحّة العقد، كعدم الربا والغرر في الثمن والمثمن وما أشبه ذلك. فإن كانت السلعة قائمة ردّت بعينها، وإن

(2) المقدمات: 67/2.

(1) المستقى: 232/4.

(3) المقدمات: 67/2، ومنح الجليل: 58/5.

كانت فائتة صحّ البيع فيها بالقيمة، بالغة ما بلغت، كانت أكثر من الثمن أو أقلّ. وقال ابن رشد في موضع آخر: وتردّ السلعة إلى البائع إن كانت قائمة، أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة، ويردّ البائع الثمن على المشتري⁽¹⁾.

ويستثنى من هذا القسم البيع بشرط السلف. فهو وإن كان فيه إخلال بشرط من شروط صحة البيع، إلا أنّ لمشرطه تصحيحه بإسقاط الشرط، فإن رضي بتركه صحّ البيع، ولم يفسخ. ويفسخ البيع ما دام مشروط السلف متمسكاً بشرطه، شاء المتبايعان أو أياً إذا كانت السلعة قائمة. وتقدم حكمه عند الفوات لما تحدثنا عنه في «المعاملات المنهي عنها في الشرع»، كما تقدّم هناك الاستدلال على عدم جواز بيع بشرط السلف. وأدلة هذا القسم المذكورة في شروط صحة البيع، وفساد البيع بعدمها، وفي المعاملات المنهي عنها، وفي الربا وأحكامه.

الثاني: يفسخ فيه البيع ما دام مشروط الشرط متمسكاً بشرطه، وهو بيوع الثنيا التي لا تجوز: مثل أن يبيع الرجل السلعة على أن لا يبيع ولا يهب، أو على أن لا يخرج بها من البلد، أو على أن يبيعها فهو أحقّ بالثمن الذي يبيعها به، أو على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه، أو ما أشبه ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري في السلعة التي اشترى؛ فالمشهور أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه، وإن ترك الشرط صحّ البيع. وإن فاتت السلعة كان فيها الأكثر من القيمة أو الثمن. وقيل: إنّه يرجع البائع على المشتري إذا فاتت بمقدار ما نقص من الثمن بسبب الشرط على كلّ حال. وهو المشهور في المذهب - عند ابن رشد الجّد -، إلا في مسألة واحدة، وهي شراء الرجل السلعة على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه، فإنّه يفسخ فيها البيع على كلّ حال، ولا يمضي إن رضي مشروط الخيار بترك الشرط؛ لأنّ رضاه بذلك ليس تركاً للشرط، وإنّما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذي اشترط.

وعلى غير المشهور - عند ابن رشد الجّد - فإنّ حكم هذه البيوع كلّها حكم ما فسد من البيوع للإخلال بشرط من شروط صحّتها، يفسخ على كلّ حال، كانت السلعة قائمة أو فائتة، شاء المتبايعين أو أياً، ولا اختيار في ذلك لواحد منهما؛ فإن كانت السلعة قائمة ردّت بعينها، وإن كانت فائتة ردّت قيمتها على البائع بالغة ما بلغت، وردّ الثمن على المشتري.

الثالث: يجوز فيه البيع والشرط، ويلزم الوفاء به، إذا كان الشرط صحيحاً، ولم يؤلّ البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثنى، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال

بشروط من الشرائط المشترطة في صحة البيع. وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكنها أشهراً معلومة، أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أياماً يسيرة أو إلى مكان قريب، أو يشترط شرطاً يوجب الحكم، وما أشبه ذلك. وقد تقدّم الاستدلال على جواز مثل هذه الشروط في: «المعاملات الجائزة في البيوع».

الرابع: يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط، فلا يلزم الوفاء بالشرط، وذلك ما كان الشرط فيه غير صحيح، إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن. وذلك أن يبيع السلعة ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها، فلا يبيع بينهما؛ ومثل الذي يتناع الحائط بشرط البراءة من الجائحة؛ لأن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع، لم يلزمه ذلك؛ لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك في حصته؛ لأن الجائحة أمر نادر، فلم يقع لشرطه ذلك حصة من الثمن، ولم يلزم الشرط إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة، وما أشبه ذلك⁽¹⁾.

وقد تقدّم ذكر الأدلة على فسخ مثل هذه الشروط فيما مرّ.

وهذا التقسيم للشروط هي طريقة القاضي ابن رشد الجدّ، وللإمام المازري طريقة أخرى، وذلك أنه يقسمها إلى ثلاثة أقسام، هي:

الأول: ما كان خارجاً عن مقتضى العقد وينافي موجهه، ممّا لا يجوز اشتراطه في العقود أو يوقع فيه غرراً وجهالة، وغير ذلك من الوجوه الممنوعة. والمشهور - عنده - على الجملة في القول المطلق في هذا القسم، أنّ البيع والشرط جميعاً ينقضان ويبطلان، واستدلّ على ذلك ب:

أ - عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحدث في ديننا ما ليس فيه فهو ردّ»⁽²⁾.

ب - أنّ البائع بشرطه يكون قد وضع من الثمن لأجل الشرط، فصار له حصة من المعاوضة، فيجب بطلان ما قبله من العوض لفساده. والذي ينوبه من العوض مجهول، وهذا يؤدي إلى الجهالة بما يقابل ما سواه في العوض، فوجب فسخ الكلّ لذلك.

ويدخل في هذا القسم عند المازري بيع الثنيا، والحديث الوارد في النهي عنه⁽³⁾ محمول على ثنيا لا تجوز، أو على ما يؤدي إلى الجهالة بالمبيع⁽⁴⁾.

(1) المقدمات: 67/2.

(2) أخرجه البخاري في الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح؛ ومسلم في الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة.

(3) سبق ذكره وتخريجه في: «المعاملات المنهي عنها في الشرع».

(4) المعلم: 270/2، و317/2.

واعتبر - القول المشهور - أنّ الحديث والتعليل مقدّمان في الدلالة على إبطال البيع والشروط جميعاً، على ما فهمه بعض العلماء من حديث بريرة بتخصيص الشرط بالبطلان دون البيع، وذلك في قوله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحقّ، وشرط الله أوثق، وإنّما الولاء لمن أعتق»⁽¹⁾. وهذا التقديم بناء على أنّ حديث بريرة لم ينصّ فيه على صحّة البيع، إنّما ذكر الشروط خاصّة، فبقي البيع يؤخذ حكمه من مواضع آخر في الشريعة.

كما اعتبر الإمام المازري حديث جابر في إشراف ظهر البعير إلى المدينة، لما باعه للنبي ﷺ⁽²⁾، مخصّصاً لحديثي النهي عن بيع وشرط⁽³⁾، وعن بيع الثنيا⁽⁴⁾؛ لأنّهما عامّان وهو خاصّ، والخاص يقضى به على العام. وذكر أنّ الأخذ به مقيد بالقرب واليسير⁽⁵⁾.

على أنّه صرح بأنّ هذا القسم من الشروط موضع اضطراب العلماء، ومسائل المذهب مضطربة فيه⁽⁶⁾.

الثاني: ما كان من مقتضى العقد كالتسليم، وجواز التصرف في البيع. وهذا لا خلاف عنده في جواز اشتراطه؛ لأنّه يقضى به وإن لم يشترط⁽⁷⁾.

الثالث: ما كان ليس من مقتضى العقد، ولكنّه من مصلحته، كالحميل والرهن واشتراط الخيار. فهذا أيضاً يجوز اشتراطه؛ لأنّه من مصلحته، فأشبهه ما كان من مقتضاه، ولكنّه إنّما يقضى به مع الاشتراط، وإن لم يشترط فلا يقضى به⁽⁸⁾.



(1) سبق تخريجه في «المعاملات المنهي عنها في الشرع».

(2) سبق ذكره وتخريجه في «المعاملات المنهي عنها في الشرع».

(3) سبق ذكره وتخريجه في «المعاملات المنهي عنها في الشرع».

(4) سبق ذكره وتخريجه في «المعاملات المنهي عنها في الشرع».

(5) المعلم: 316/2.

(6) المعلم: 229/2.

(7) المعلم: 229/2، و317/2.

(8) المعلم: 229/2، و317/2.

اختلاف المتبايعين

الاختلاف في جنس الثمن والمثمن ونوعهما:

يحلف كل من البائع والمشتري، كان المبيع ذاتاً أو منفعة، على إثبات دعواه وردّ دعوى صاحبه؛ وذلك إذا اختلفا فيما يلي:

- في جنس الثمن؛ كأن قال البائع: بعته لك بدينار، وقال المشتري: بل بثوب. ومثل ذلك الكراء.

- في جنس المثمن كقول البائع: بعتك هذا الحمار بدينار، فقال المشتري: بل البقرة بدينار.

- في جنس الثمن والمثمن معاً.

- في نوع الثمن أو المثمن؛ كدنانير ودرهم، أو قمح وشعير، أو ثوب كتان وثوب قطن.

ويفسخ البيع مطلقاً؛ أي أشبهها أو لم يشبهها أو انفرد أحدهما بالشبه، كان المبيع قائماً أو فات. لكن إن لم يفت ردّه بعينه، وردّ قيمته في الفوات، ولو كان الفوات بحوالة سوق. ووجه التحالف والفسخ أن كلا من المتبايعين يعتبر مدعياً ومدعى عليه؛ لأنهما لم يتفقا على شيء من الثمنين؛ ولأن أحدهما ليس أولى من الآخر⁽¹⁾.

وتعتبر القيمة يوم البيع لا يوم الحكم ولا يوم الفوات؛ وذلك لأن يوم البيع أول زمن تسلط المشتري على المبيع. فإذا ساوت القيمة الثمن تقاصاً، وأما لو زاد أحدهما رجع صاحب الزيادة بها على صاحبه. وهذا إذا كان مقوماً فإن كان مثلياً ردّ مثله.

الاختلاف في قدر الثمن والمثمن والأجل وفي الرهن والحميل:

يحلف المتبايعان ويفسخ البيع بينهما إذا اختلفا، وكانت السلعة قائمة، والظاهر إذا كان الاختلاف قبل القبض لا بعده، كما سيأتي الإشارة إليه عند حكم الفوات. ويكون الحلف والفسخ مع قيام السلعة فيما يلي:

(1) المتقى: 62/5، والذخيرة: 322/5.

- في قدر الثمن؛ كقول البائع: بعشرة، وقال المشتري: بل بتسعة. - في قدر الثمن؛ كتوب بكذا، وقال: المشتري: بل ثوبين به.

- في قَدْرِ الأجلِ بعد اتفاقهما عليه. وسيأتي ما إذا اختلفا في انتهائه أو في أصله.

- في الرَّهْنِ؛ بأن قال البائع: برهن، وقال المشتري: بل بلا رهن.

- في الحَمِيلِ؛ بأن قال البائع: بحميل، وخالفه المشتري.

ومعنى يحلف المتبايعان، أن يكون القول قول البائع بيمينه، بأن يبدأ البائع بالحلف على دعواه، فإن لم يأخذ المشتري السلعة بما حلف عليه البائع، فإنه يحلف على دعواه، ثم لا يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر، ويفسخ البيع بينهما. والدليل على ذلك⁽¹⁾: عن عبد الله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بيّنة، والبيع قائم، فالقول قول البائع أو يتراذان»⁽²⁾.

ووجه حلف كلّ من المتبايعين، إذا اختلفا وكانت السلعة قائمة، أن كلّ واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه، فلم تكن دعوى أحدهما بأظهر من دعوى الآخر⁽³⁾. وسيأتي لماذا يقدّم البائع في اليمين، ووجه الفسخ.

ويكون الفسخ بحُكْمٍ من حاكم، أو تراضٍ منهما عليه. واشتراط الحكم في الفسخ إذا لم يتراضيا عليه هو قول ابن القاسم.

وقيل يحصل الفسخ بمجرد التحالف كاللعان، ولا يتوقّف على حكم، وهو قول سحنون وابن عبد الحكم. والدليل: القياس على اللعان؛ لأنّ الحلف إذا لزم من الجهتين وتعبه فسخ كان ذلك لازماً لا خيار فيه لأحد، كاللعان⁽⁴⁾.

فإن لم يحكم به حاكم ولم يحصل منهما تراضٍ به، جاز لأحدهما الرضا بما ادّعه الآخر وتمّ البيع به ظاهراً عند الناس، وباطناً عند الله تعالى. وينبغي على ذلك أنه يجوز لمن ردّت له السلعة بالفسخ التصرف فيها بجميع أنواعه. هذا هو المشهور والصحيح. وقيل: تمّ البيع به ظاهراً فقط.

فإن نكلا عن اليمين، فإنّ البيع يفسخ ظاهراً وباطناً، إن حكم به أو تراضيا عليه. فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قُضِيَ للحالِفِ منهما على الناكِلِ.

ويبدأ البائع بالحلف على الأرجح، فالقول له بيمينه. وإنما يبدأ البائع باليمين في هذه الأحوال؛ لأنّ الأصل استصحاب ملكه، والمشتري يدّعي إخراجه بغير ما رضي

(1) الإشراف: 573/2، والمعونة: 1077/2، والمتقى: 61/5، وبداية المجتهد: 217/2.

(2) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب البيعان يختلفان.

(3) المتقى: 61/5. (4) المتقى: 61/5.

به. فإن نكل حلف المشتري وقضي بدعواه. ولأن الإيجاب الذي من جهته قبل القبول الذي من جهة المبتاع. ولا يراعى الشبه ولا عدمه عند القيام. وإنما فائدة يمين البائع لتمنع المبتاع من استحقاق السلعة لما يحلف عليه إن حلف، وليقوي دعواه أنه إنما باع بالثمن الذي ذكره، فإذا اقترن به نكول المبتاع استحق الثمن الذي حلف عليه. فإذا حلف المبتاع لم يستحق أيضاً أخذ السلعة بما حلف عليه؛ لأن يمينه إنما هي لمقاومة يمين البائع، ولتقوى دعواه بمثل ما قوى به البائع دعواه بيمينه. فإذا تكافأت اليمينان لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر، فينتقض البيع بينهما ويفسخ؛ لأن البائع اقتضت يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بالثمن الذي ادّعاه المشتري؛ والمشتري اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه بالثمن الذي ادّعاه البائع، فلم يبق إلا الفسخ ما بينهما⁽¹⁾.

وأما إذا فاتت السلعة بحوالة السوق، فأعلى - وقيل: قبضها من المشتري فوت - فالقول للمشتري بيمين. وسواء أشبه البائع أم لم يشبه. فإن حلف قضي له به. ووجه كون القول للمشتري بيمينه عند الفوت والقبض ما يلي⁽²⁾:

أ - أن الفوت أو القبض صار شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه، والأصل في اليمين إنما تجب على أقوى المتداعيين سبباً.

ب - أن التحالف عند الفوت يوجب الفسخ في عين السلعة وردّ عينها إلى البائع، وذلك متعذر بعد تلفها، وإنما يرّد بدلها وهو القيمة فيقرر بها من ذلك أن المبتاع غارم لما تعلق بدمته، ومن كان هذا حكمه فالقول قوله.

ج - أن المشتري بعد القبض أقوى سبباً من البائع؛ لأنه لما دفع إليه السلعة اتتمنه عليها إذ لم يتوثق منه، فوجب أن يكون القول قوله.

وإن لم يحلف حلف البائع. كما يحلف ابتداء إن انفرد بالشبه.

فإن نكلا معاً عن اليمين؛ فالحكم ما تقدم.

ومثل كون القول قول المشتري إن أشبه، بيمينه، من حيث البدء باليمين؛ التّجاهل في الثمن، بأن قال كل منهما: لا أعلم قدر الثمن الذي وقع به البيع.

وورثة كل من المتبايعين كالمتبايعين أنفسهما. أي: فيبدأ المشتري أو وارثه بيمينه، ثم يحلف البائع أو وارثه.

فإن حلف كل على نفي العلم؛ ردت السلعة إن كانت قائمة. فإن فاتت ولو بحوالة سوق، فإنه يكون على المشتري القيمة إن كانت مقومة، والمثل إن كانت مثلية. وكذلك إن نكلا معاً أو نكل أحدهما، إذ كل منهما يدعى الجهل؛ فالفسخ لا بد منه؛

(1) المتقى: 61/5.

(2) الإشراف: 575/2، والمتقى: 62/5، وبداية المجتهد: 217/2.

فترد إن كانت قائمة. ويحلف كلّ منهما على تحقيق دعواه فقط، ولا يتصور حلفه على نفي دعوى خصمه، لقول كلّ منهما: لا أدري.

فإن ادعى أحدهما العلم والثاني الجهل؛ حلف مدعي العلم، وإن لم يشبه، إن كانت السلعة قائمة، وإن أشبه إن فاتت. فإن نكل فسخ بحكم، وردت السلعة في قيامها، وقيمتها في فواتها.

ويحلف الحالف منهما - في غير مسألة التجاهل - على نفي دَعْوَى خَصْمِهِ وَتَحْقِيقِ دَعْوَاهُ. ويقدم النفي بأن يقول البائع: «ما بعثها بثمانية، ولقد بعثها بعشرة»، ويحلف المشتري: «ما اشتريتها بعشرة ولقد اشتريتها بثمانية». قال بعضهم: يجوز أن يقتصر على ما فيه حصر، فالحصر يقوم مقام النفي؛ كأن يقول البائع: «ما بعثها إلا بعشرة»، ويقول المشتري: «ما اشتريتها إلا بثمانية» أو «إنما بعثها» أو «إنما اشتريتها» إلخ.

الاختلاف في انتهاء الأجل

إذا اختلف المتبايعان في انتهاء الأجل، عند اتفاقهما عليه، كأن يدعي البائع أول شعبان أنّ الأجل شهر أوّل رجب، وقد انقضى؛ ويدعي المشتري أنّ أوّل نصف رجب، فلم ينقض أو أنه شهران؛ فإنّ القَوْلَ لِمُنْكَرِ الانْتِهَاءِ وأنه لم ينقض، ووجه ذلك أنّ الأصل عدم الحلول⁽¹⁾. ويكون قوله بيمينه إنّ أشبه قوله عادة الناس في الأجل، أشبه الآخر أم لا.

فإن لم يُشْبِهَا معاً حَلَفَا على ما تقدم؛ أي: فيحلف كلّ على نفي دعوى خصمه مع تحقيق دعواه. ويقضى للحالف على الناكل.

ويفسخ البيع ويردّ في الفَوَاتِ القِيَمَةِ، وإذا لم تفت ردها. وفهم من هذا أنّه إن انفرد مدعي انتهاء الأجل بالشبه، فالقول له بيمين.

وإن اختلفا في أضلّ الأجل، بأن قال البائع: بلا أجل بل بالحلول، وقال المشتري: بل لأجل كذا؛ فالقَوْلُ لِمَنْ وَافَقَ قوله العرف في بيع السلع؛ فمثل اللحم والبقول والأبزار وكثير من الثياب شأنها الحلول، وفي مثل العقار شأنها التأجيل. ومن ذلك حال البائع والمشتري.

فإن لم يوافق قولهما معاً العرف، بأن كان الشأن في تلك السلعة أن تباع بأجل تارة، وبغيره أخرى، فإنهما يتحالفان، ويفسخ في قيام السلعة؛ وفي فواتها يصدّق المُشْتَرِي بيمين، فيكون القول له بيمينه.

الاختلاف في قبض الثمن والسلعة:

إذا اختلف المتبايعين في قبض الثمن بعد تسليم السلعة، بأن قال المشتري:

أقبضتك الثمن، وأنكر البائع؛ أو إذا اختلفا في قبض السلعة بأن قال البائع: أقبضتها وأنكر المشتري؛ فالأصلُ بقاؤُهُمَا وعدم الإقباض، فالقول لمن ادعى عدمه منهما يمينه؛ إلا لِعُرْفٍ يشهد بخلاف الأصل؛ فالقول لمن شهد له العرف؛ لأنه كالشاهد؛ كالجزار وبائع الأبقار فقد جرت العادة فيهما أنه لا يقطع اللحم ولا يعطي الأبقار إلا بعد قبضه الثمن، فإذا ادعى بعد أن أعطاه اللحم أنه لم يقبض الثمن، فالقول للمشتري بأنه أقبضه إياه. ومعلوم أن العرف يختلف باختلاف الناس.

وسواء كان التنازع بين البائع والمشتري أو ورثة كلٍّ منهما؛ فإن ادعى البائع على ورثة المشتري أن ثمن السلعة التي باعها لمورثهم لم يقبضه، وادعى الورثة أنه قبضه من مورثهم قبل موته؛ فلا يقبل دعواهم؛ لأن الأصل بقاء الثمن عند المشتري، ما لم تقم لهم بيّنة بأن مورثهم أقبض ذلك قبل موته. وهذا إذا اعترف الورثة بأن مورثهم اشترى تلك السلعة من المدعي؛ فإن أنكروا ذلك فلا تقبل دعوى ذلك المدعي إلا بينة ويمين؛ فإن ادعى المدعي على من يظن به العلم من الورثة أنه يعلم بدينه، كان له تحليفه، فإن حلف وإلا غرّمه.

ومن العرف الذي يعمل بمقتضاه طولُ الزمّن؛ فإذا مضى زمن يقضي العرف بأن المشتري لا يصبر لمثله في أخذ السلعة، أو أن البائع لا يصبر لمثله في أخذ الثمن؛ فالقول لخصمه في الإقباض. والظاهر أنه لا يحدّ بعامين ولا بأكثر بل يراعى في ذلك أحوال الناس وأحوال الزمن.

وإشهادُ المشتري ببقاء الثمن في ذمته بأن قال: «اشهدوا أن ثمن السلعة التي اشتريتها من فلان في ذمتي» يقتضي عرفاً قبض المئتمّن. فإذا ادعى بعد ذلك أنه لم يقبضه، لم يصدّق، وكان القول للبائع، يمين، إن قرب.

وللمشتري تحليفُ البائع إن قُربَ الزمن من يوم الإشهاد، كالعشرة الأيام؛ لا الشهر، فليس له تحليفه، بل القول للبائع إنه أقبضه السلعة بلا يمين. وما بين العشرة الأيام والشهر، فحكمه أن ما قارب كلاً منهما يعطى حكمه. وأما المتوسط فليس له تحليفه فيه.

ومثل ذلك إشهادُ البائع بقبضه الثمن من المشتري، ثم ادعى عدمه وأنه لم يقبضه، وقال: إنما حملني على الإشهاد بقبضه توثقي به وظني أنه لم ينكر، فله تحليف المشتري إن بادر كالعشرة لا أكثر.

وإن ادعى مُشْتَرٍ، بعدَ إشهادِهِ على نفسه بدفع الثمن للبائع، بأن قال: اشهدوا عليّ بأنّي دفعته له، والبائع حاضر لتم الشهادة، أنه لم يقبض المئتمّن من البائع، وادعى البائع إقباضه له؛ فالقول للمشتري يمينه أنه لم يقبضه في مثل العشرة الأيام فدون. ويكون القول للبائع يمينه في البعد، كالشهر. وهذا قول ابن القاسم، وبه قال بعض

الأئمة كابن عرفة وغيره. وتقدم أنه إن أشهد أنه في ذمته، فالقول للبايع مطلقاً، قرب الزمن أو بعد. وللمشتري تحليفه إن بادر، كالعشرة. ولعل الفرق أن الإشهاد على البايع بأنه دفع له الثمن يشعر بأنه لم يقبض السلعة مخافة أنه لو طلبها منه لطالبه بالثمن، بخلاف الإشهاد بأنه في ذمته فإنه يقتضي قبض الثمن كما تقدم. وقال أصبغ: إن الإشهاد بالثمن دفعاً أو في الذمة، مقتضى لقبض السلعة، فالقول للبايع مطلقاً. والمعتمد ما قاله ابن القاسم.

الاختلاف في البتّ أو الخيار وفي الصّحة أو الخيار:

إذا اختلف المتبايعان في البتّ والخيار؛ فالقول لمدعي البتّ؛ لأنه الغالب عند الناس. وذلك ما لم يجر عرف بخلافه، كأن يجري عرف بالخيار فقط، وإلا فالقول قول مدعي الخيار.

وأما إن اتفقا على وقوع البيع على الخيار، لكن ادّعاها كلّ منهما لنفسه، فقيل: يتفاسخان بعد أيمانهما، وقيل: يتحالفان ويكون البيع بتاً. والقولان لابن القاسم، والظاهر الأوّل كما ذكر الدسوقي في حاشيته. وهذا ما لم يجر العرف بأنّ الخيار لأحدهما، وإلا عمل به.

وكذلك الاختلاف في صحّة البيع وفساده؛ فالقول لمدّعي الصّحة، دون مدّعي الفساد، سواء بيّن وجه الفساد أم لا، فات المبيع أم لا؛ إلا أن يعلّب الفساد في شيء كالصرف والسلم والمساقاة؛ فإنها لكثرة الشروط فيها يغلب عليها الفساد؛ فالقول لمدعيه فيها ما لم تقم بينة على الصحة.

الاختلاف في السلم:

إن فات رأس المال بيد المسلم إليه بعد قبضه من المسلم؛ فالحكم كالمشتري في بيع النقد؛ يُقبَلُ قَوْلُهُ إن أشبه؛ سواء أشبه المسلم أم لا، فإن لم يشبه وانفرد المسلم بالشبه فالقول له.

فإن لم يُشبهها معاً؛ حَلَفَ كل واحد على نفي دعوى صاحبه وتحقيق دعواه.

ويكون الفوات المذكور، إن كان عيناً، فبالزمن الطويل الذي يظن فيه التصرف بها والانتفاع بها؛ فطول الزمان الذي هو مظنة لما ذكر على العين وهو بيد المسلم إليه، منزل منزلة فوات السلعة المقبوضة في بيع النقد. وإن كان غير عين ولو مثلياً فبتغير سوق أو ذات.

ويفسخ عقد السلم إذا كان اختلافهما في قدر رأس المال أو في الأجل أو الحميل؛ فيردّ ما يجب رده من قيمة أو مثل، إذ الموضوع فوات رأس المال بيد المسلم إليه.

وإذا كان اختلافهما في قَدْرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فَسَلِمَ وَسَطَ مِنْ سَلُومَاتِ النَّاسِ فِي الْبَلَدِ
لَتَلِكِ السَّلْعَةِ وَفِي الزَّمَنِ.

وإن اختلفا في موضع قبض المسلم فيه؛ فالقولُ لمُدْعِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ بِيَمِينِهِ؛
لأنَّهما لو سكتا عن ذكر موضع القبض لحكم بموضع العقد. فإن لم يدع واحد منهما
موضع العقد بل غيره؛ فالقول للبايع؛ أي: المسلم إليه، بيمينه، إن أشبهه، سواء أشبه
الآخر أم لا. ووجه كون القول للبايع هنا أنه غارم قد ترجح جانبه بالغرم.
فإن انفرد المسلم بالشبه فقله بيمين.

وإن لم يُشْبِهْ واحد منهما حَلْفًا، ويبدأ البائع وهو المسلم إليه؛ وفسخ عقد السلم؛
ورد مثل رأس السلم أو قيمته. وهذا إن فات رأس المال بيده؛ فإن كان باقياً تحالفاً
وتفاسخاً مطلقاً. ومثل ذلك فسخ ما يُقْبَضُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ، إذا أسلمه في شيء واتفقا
على أن يقبضه منه في اليمن أو في المغرب أو في مصر، وأطلقا، بأن لم يقيدا ببلد
معين في القطر المذكور، فإنه يفسخ لفساده.

ويجوز إن قيدا ببلد كذا من ذلك القطر؛ كالقاهرة بمصر، وتونس بالمغرب:
وصنعاء باليمن، ومكة بالحجاز، ولم يقيدا بمكان من تلك البلد. وإذا جاز فلا فسخ.
ووجه الجواز عدم الجهل.

ويقضى الوفاء بسوقها، إن كان لها سوق وتنازعا في مكان القبض. فإن لم يكن
لتلك السلعة سوق ففي أي مكان من هذا البلد يقضي المسلم إليه ما عليه، ويبرأ من
عهده، ويلزم المشتري قبوله في ذلك المكان؛ إلا لعرف خاص بالقضاء بمحل خاص،
وإلا عمل به.



بيع السلم

تعريف السلم لغة:

السلم هو والسلف شيء واحد، وقد جاء في الحديث. ومعناها إثبات مال في الذمة مبذول في الحال. فسُمي سلفاً لتسليم رأس المال دون قبض عوضه؛ وسُمي سلفاً لتقديم رأس المال دون عوض، ومنه سلف الرجل أباه. ومعنى ب: «دون عوض» أي: في الحال، فلا ينافي أنّ عوضه مؤجل⁽¹⁾.

وعن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله رضي الله عنهما أنّهما كرها تسمية هذا البيع سلفاً؛ لأنّ لفظ السلم لما كان قريباً من لفظ الإسلام، والإسلام الدين والدين لله، كرها أن يستعمل اللفظ في أمر الدنيا. ولذلك - والله أعلم - لم يستعمل مالك في الموطأ لفظ السلم بحال، وإنما استعمل السلف بالفاء⁽²⁾.

وقد اصطلح على إطلاق «السلم» على هذا الباب؛ أي: بيع السلم؛ وإطلاق «السلف» على القرض⁽³⁾.

تعريف السلم اصطلاحاً:

هو يَبِّعُ مَوْصُوفٍ، غير منفعة، مؤجل في الذمة، بغير جنسه. فقوله: «موصوف» أي: شيء ممّا يوصف من طعام، أو عرض، أو حيوان، أو غير ذلك.

فخرج بذلك المعين فيبعه ليس بسلم.

وخرج أيضاً ببيع الأجل؛ لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل.

وقوله: «غير منفعة» خرج به الكراء المضمون.

وقوله: «مؤجل» خرج به غير المؤجل وسيأتي بيان الأجل.

وقوله: «في الذمة» أي: ذمة المسلم إليه الذي هو البائع، وأما دافع الثمن فيسمى

(1) الذخيرة: 223/5، والمفهم: 2892/5، والجامع لأحكام القرآن: 379/3، وإكمال الإكمال: 526/5.

(2) إكمال الإكمال: 526/5.

(3) المفهم: 2892/5، والجامع لأحكام القرآن: 379/3.

مسلماً. فخرج به ببيع موصوف لا في الذمة، كبيع ما في العُدل على ما في البرنامج أو غيره، وكبيع موصوف بمكان غير مجلس العقد؛ أي: بيع الغائب على الصفة.

وقوله: «بغَيْرِ جَنْسِهِ» متعلق ببيع، سواء كان بغير جنسه حقيقة كفارس في بعير، أو حكماً كما إذا كان الجنس واحداً واختلفت في المنفعة كفاره الحمر في الأعرابية وسابق الخيل في الحواشي؛ فخرج بقوله: «بغير جنسه» ما إذا دفع شيئاً في جنسه فليس بسلم شرعاً، وقد يكون قرضاً فيجزي على أحكامه فإن لم يدخله ربا التساء جاز، وسيأتي ذلك كله إن شاء الله تعالى.

فالسلم وإن سمي مسلماً، فهو بيع من البيوع؛ لأنَّ البيع نقل الملك عن عوض، وهو موجود في السلم.

حكم السلم:

بيع السلم جائز. ودليل الجواز:

أ - أن الله تبارك وتعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه، إذناً مطلقاً وإباحة عامة، في غير ما آية من كتابه، كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، وهي آية دلالتها عامة، يجب حملها على العموم في كلِّ بيع بحق الظاهر، حتى يأتي ما يخصها، وقد جاء ما يخصها منها بيوعاً كثيرة تقدّم ذكرها في باب البيع، ولم يأت منها السلم، فبقي على أصل الإباحة الواردة في القرآن لعموم الألفاظ؛ لأنَّه بيع من البيوع. لكن خصّ منه صور لا تجوز، بالسنة والقياس والإجماع⁽¹⁾، كما هو مذكور في سياق هذا المبحث.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ إِلَهَ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾

[البقرة: 282].

ووجه الاستدلال أنّ الآية سيقّت لبيان أحكام التداين. وأفادت جواز التداين بدلالة الإشارة، إذ أمرت بكتابة الدين إذا حصل التداين، والقرآن لا يقدر حصول فعل غير جائز من دون أن يبيّن منعه، فالأمر بكتابة الدين فرع مشروعيته. وحقيقة الدين كلّ معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة مؤخراً؛ ومن ذلك بيع السلم، فإنَّ الثمن فيه معجل والسلعة مؤخّرة، كما سيأتي في الشروط. وقد روي عن ابن عباس أنّ الآية نزلت في السلم، ومعنى كلامه أنّ بيع السلم سبب نزول الآية، إذ كان السلم من معاملات أهل المدينة. لكن الآية عامّة تتناول جميع المداينات بالإجماع، قال الإمام مالك في هذه الآية: «هذا يجمع الدين كلّهُ»، وذلك لما هو مقرّر في الأصول أنّ

(1) المعونة: 2/ 982، والمقدمات: 2/ 19، و2/ 303، والذخيرة: 5/ 223، وإكمال الإكمال: 5/

السبب الخاص لا يخصص العموم، كما أنّ لفظ الدين في الآية ورد نكرة في سياق الشرط، والشرط كالتنفي يفيد العموم⁽¹⁾.

ج - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة، وهم يسلفون في الثمار، السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»، وفي رواية: «من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»⁽²⁾. وهذا نصّ في جوازه، ولا خلاف فيه⁽³⁾.

د - الإجماع عليه من حيث الجملة⁽⁴⁾.

هـ - القياس، لأنّ الثمن يجوز تأخيره في الذمة فيجوز المثمن قياساً عليه⁽⁵⁾.

و - أنّه من المصالح الحاجية التي يحتاج إليه الإنسان في معاملاته⁽⁶⁾. وقد صرح بأنّ السلم من المصالح الحاجية كلّ من ابن العربي، والقرطبي صاحب المفهم، والقرطبي صاحب التفسير⁽⁷⁾. وسيأتي بيان وجه الحاجة لذلك في بعض المسائل الآتية. وأمّا القرافي فعده من المصالح التمامية التي في منعها مشقة على الناس، وهي من تمام معاشهم⁽⁸⁾.

وقيل: هو مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند البائع⁽⁹⁾؛ أي: ليس الأصل فيه الإباحة، وعلى ذلك جرت تعليقات بعض مسائله كما سيأتي.

كتابة دين السلم والإشهاد عليه:

سيأتي الحديث عن كتابة الدين والإشهاد عليه في باب القرض، إن شاء الله تعالى.

أركان السلم:

- 1 - المُسَلِّمُ: وهو المشتري دافع الثمن.
- 2 - المُسَلَّمُ إليه: وهو البائع دافع المثمن.

- (1) المعونة: 982/2، وأحكام القرآن: 247/1، والجامع لأحكام القرآن: 377/3، والذخيرة: 5/223، وتفسير ابن عرفة: 277/2. وإكمال الإكمال: 527/5، والتحرير والتنوير: 99/3.
- (2) أخرجه البخاري في البيوع، باب السلم في وزن معلوم؛ ومسلم في المساقاة، باب السلم.
- (3) الإشراف: 567/2، والمعونة: 982/2، وإكمال الإكمال: 527/5.
- (4) الذخيرة: 224/5.
- (5) الذخيرة: 224/5.
- (6) المعونة: 989/2، والمقدمات: 29/2، المفهم: 22893/5، والجامع لأحكام القرآن: 3/379.
- (7) المفهم: 22893/5، والجامع لأحكام القرآن: 379/3، والذخيرة: 224/5.
- (8) الذخيرة: 224/5.
- (9) الجامع لأحكام القرآن: 379/3.

3- المُسَلَّمُ فيه: وهو المثلثن أي: السلعة. وهي في السلم كل شيء تجتمع فيه شروط السلم الآتي ذكرها. وما جاء في الحديث من ذكر الثمار، فلأنه كان غالب ما يسلم فيه عندهم⁽¹⁾.

شروط صحة بيع السلم:

يشترط في صحة بيع السلم، زيادة على شروط البيع المتقدم ذكرها، شروط سبعة. وهذه الزيادة صيرت السلم أخص من مطلق البيع. وإنما زيدت فيه هذه الشروط لكونه رخصة، فشدّد فيه.

الشرط الأول: تعجيل رأس المال:

فلا يصح الدخول فيه عند العقد على تأجيل رأس المال فوق ثلاثة أيام. والدليل: أنه إذا كان مؤجلاً؛ أي: متعلقاً بالذمة، وتأخر المدة الطويلة، وكان المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل بعيد؛ فهو من الكالئ بالكالئ - أي: الدين بالدين - المنهي عنه⁽²⁾. وحكمة التحريم أن مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفتن؛ وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجّهت المطالبة من الجهتين، وكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات؛ فمنع الشرع ما يفضي لذلك من بيع الدين بالدين⁽³⁾.

ويجوز تأخير رأس المال بعد العقد ثلاثة أيام، ولو كان التأخير بشرط عند العقد، سواء كان رأس المال عيناً أو عرضاً أو مثلياً. والدليل على الجواز:

أ - أن ذلك لا يدخله في حكم الكالئ بالكالئ؛ لأن هذه المدة ليست من باب التأجيل؛ لأنه لو كان لها حكم التأجيل لجاز تأخر المسلم فيه إليه.

ب - أنه لا بدّ من استثناء مدة يمكن فيها وزن المال ونقده وتهيئته وتحصيله، وقد جرت العادة بتراخي الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول، وعدم عدّ ذلك التراخي من باب التأجيل.

ج - أن مدة ثلاثة أيام قريبة من يوم العقد، وما قارب الشيء يعطى حكمه.

وعلى هذا فلا يعدّ تأخير رأس المال ثلاثة أيام ديناً⁽⁴⁾.

وقد اعترض على المذهب بأن هذا التأخير يجعل العقد كالصرف المؤخر

(1) المفهم: 2894/5.

(2) المعونة: 988/2، والمنتقى: 300/4، والمقدمات: 28/2، والمفهم: 2893/5، والجامع لأحكام القرآن: 378/3، وإكمال الإكمال: 535/5.

(3) الذخيرة: 225/5.

(4) الإشراف: 568/2، والمعونة: 988/2، والمنتقى: 300/4، والمفهم: 2895/5، والذخيرة:

الممنوع. وردّ القرطبي - صاحب المفهم - هذا الاعتراض بقوله: وهذا قياس غير مسلم؛ لأنّ البابين مختلفان بأخصّ أوصافهما؛ فإنّ الصرف بابهُ ضيقٌ كثرت فيه التقييدات والشروط، بخلاف السلم فإنّ شوائب المعاملات عليه أكثر؛ وأيضاً فإنّه على نقيضه، ألا ترى أنّ مقصود الشرع في الصرف المناجزة، والمقصود في السلم التوسيع بالتأخير، فكيف تحمل فروع أحدهما على الآخر مع وجود هذا الفرق⁽¹⁾.

ووجه اعتبار الثلاثة أيام دون الأربعة أيام فما فوق: أنّ الثلاثة معتبرة في أحكام الشرع، فهي مستثناة من المحرّم في المهاجرة وفي الهجرة بالإقامة بمكّة، وفي الإحداد لغير ذات الزوج، ونحو ذلك⁽²⁾.

ويفسد بيع السلم بتأخير رأس المال عن الثلاثة الأيام بشرط عند العقد، إذا كان عرضاً أو مثلياً.

فإن كان رأس المال عيناً فإنّ بيع السلم يفسد ولو تأخر بلا شرط، على ما في المدونة من قول الإمام مالك. ودليل هذا القول: أنّ ذلك ذريعة إلى التعاقد على بيع الدين بالدين؛ لأنّ عمله آله⁽³⁾.

والذي رجع إليه ابن القاسم: أنه لا يفسد ولو تأخر لأجل المسلم فيه حيث تأخر بلا شرط، وهو قول أشهب وابن حبيب. ودليل هذا القول: أنّ عقدهما سلم من الدين بالدين، وهذا مما لا يفسده التفرق قبل القبض⁽⁴⁾.

فإن كان رأس المال غير عين، فلا يفسخ إن كان التأخير بلا شرط في العقد، ولو لأجل المسلم فيه، لكن قد يجوز التأخير بلا شرط وقد يكره، وذلك على النحو التالي:

- فيجوز تأخير رأس المال بغير شرط، إن كان لا يُغابُ عليه، بأن كان يعرف بعينه، كحَيوانٍ وثوب يعرف بصفته ولونه. وهو هنا جائز لِتَعَيُّنِهِ، فلا يدخل في الذمة بالغيبه عليه، ولو تأخر لأجل المسلم، على الراجح. وأما تأخيره مع شرط التأخير فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ويفسد كالعين؛ لأنّه بيع معيّن يتأخر قبضه، وبيع معيّن يتأخر قبضه لا يمنع إلا مع الشرط.

- ويكره التأخير لرأس مال السلم إن كان يُغابُ عليه، بأن كان ممّا لا يعرف بعينه؛ مثلياً كان، كطعام وصوف وقطنٍ وحديد لأنه ممّا يوزن؛ أو عرضاً، كثياب لا تعرف بعينها.

ومحل الكراهة فيما ذكر إن لم يُحضَرِ العَرَضُ مجلس العقد، أو لم يُكَلِّمِ الطَّعَامُ الذي جعل رأس مال في غير طعام؛ فإن أحضر ذلك العرض أو كيل الطعام لربه ثم

(2) الذخيرة: 230/5.

(4) المتقى: 300/4.

(1) المفهم: 2896/5.

(3) المتقى: 300/4.

تركه عند المسلم، فلا كراهة في تأخيرته ولو لأجل السِّلْم. قال الشيخ الدردير: وهذا الذي ذكرناه هو المعتمد الذي به الفتوى، وفي كلام الشيخ - خليل - أولاً وآخرأً نظر من وجوه فراجعها إن شئت.

- ويجوز رأس السلم بِمَنْفَعَةٍ شيءٍ مُعَيَّن، كسكنى دار وركوب دابة، مُدَّة مُعَيَّنَةٌ كشهري، إن شرع فيها قبل أجل السلم، ولو انقضت بَعْدَ أَجَلِهِ، بناءً على أَنَّ قبض الأوائل قبض للأواخر، بل إنَّ الشروع في قبضها كافٍ ولو على القول بأنَّ قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر؛ لأنَّ غاية ما فيه ابتداء دين بدين وقد استخفوه في السلم.

وإنما منعت المنافع عن دين؛ لأنه من فسخ الدين في الدين، والسِّلْم ابتداء دين في دين، وهو أخف من فسخه.

واحترز بـ «معين» على المنفعة المضمونة، فلا يجوز مطلقاً وإن شرع فيها، كقوله: أحملك إلى مكة في نظير إردب قمح في ذمتك تدفعه بعد شهر مثلاً.

والقيد بـ «إن شرع فيها» إشارة إلى أنَّ منفعة المعين، سواء كان حيواناً أو عقاراً أو عرضاً، ملحقه بالعين، فلا بد من قبضها حقيقة أو حكماً، وقبضها بقبض أصلها ذي المنفعة أو الشروع في استيفائها منه، فلا بد من قبض أصلها حين العقد أو قبل مجاوزة أكثر من ثلاثة أيام.

ولو وقع السِّلْم بمنفعة معين، وتلف ذو المنفعة قبل استيفائها؛ رجع المسلم إليه على المسلم بقيمة المنفعة التي لم تقبض، ولا يفسخ العقد، قياساً على الدرهم الزائفة؛ فهذه مستثناة من قولهم في الإجارة: وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به.

- ويجوز السِّلْم بجزأفٍ بشروطه، يجعل رأس مال في شيء معين. ودليل الجواز: القياس على المقدر؛ لأنه يجوز بيع الجزاف فجاز أن يكون ثمناً كالمقدر⁽¹⁾.

وخالف القاضي عبد الوهاب فمنع الجزاف مطلقاً، فهو يشترط معرفة مقدار رأس المال فيما يتعلّق على مقدار، ودليله⁽²⁾:

أ - القياس على سائر البياعات؛ لأنه أحد طرفي العوضين في السلم، اعتباراً بسائر البياعات.

ب - أنه لا يؤمن أن يطرأ على عقد السلم ما يوجب فسخه، فيكون رأس المال مجهولاً لا يمكن رده، ولا يعلم ما يرجع به المسلم؛ فيجب أن يكون ذلك معتبراً في العقد.

(1) الذخيرة: 229/5، والمفهم: 2894/5.

(2) الإشراف: 568/2، والمعونة: 987/2، والذخيرة: 231/5.

وأما جعل الجزاف مسلماً فيه فلا يصح؛ لأن من جملة شروطه أن يرى حين العقد، وهو متعذر هنا.

- ويجوز السلم بوجود خيارٍ في عقده، كان الخيار لهما أو لأحدهما أو لأجنبي؛ في الثلاثة الأيام فقط، ولو كان رأس المال داراً على ظاهر المدونة وهو المعتمد. ودليل جواز الخيار في بيع السلم: الحاجة للسؤال والمشورة، مع أن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغيير⁽¹⁾.

وعلة المنع في أكثر من ثلاثة أيام، ما في ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ، والثلاثة أيام مما يعنى عنه في الكالئ بالكالئ؛ لأنه يعنى عن سيره دون كثيره⁽²⁾.

وقال ابن محرز: الخيار يختلف باختلاف رأس المال من دار وغيرها على ما تقدم في باب الخيار؛ وهو قول ضعيف، قد ردّه القاضي عياض والإمام ابن عرفة. ومحل جوازه في الثلاثة الأيام إن لم يُنقذ رأس المال ولو تطوعاً، وإلا فسد؛ وذلك للتردد بين السلفية والثمنية. وعلله ابن أبي زيد في الطوع بفسخ الدين في الدين⁽³⁾.

ومحل الفساد بالنقد تطوعاً إن كان ممّا تقبله الذمة، بأن كان لا يعرف بعينه. فإن كان حيواناً معيناً أو ثوباً يعرف بعينه فلا يفسد بنقده تطوعاً لعدم التردد بين السلفية والثمنية. وعلى تعليل ابن أبي زيد فالفساد باقٍ⁽⁴⁾.

وشرط النقد مفسد وإن لم ينقد ولو أسقط الشرط.

ويجوز ردُّ الزائف من العين المنقودة إذا وجد في رأس المال، ولو بعد طول.

وإذا ردّ الزائف عُجِّلَ البدل وجوباً، ويغتفر التأخير ثلاثة أيام إن قام بذلك قبل حلول أجله بكثير. فإن قام به بعد الحلول أو قبله باليومين جاز التأخير ما شاء.

وإن لم يعجل البدل فيما فيه التعجيل فسَدَ ما يُقَابَلُ الزائف فقط، لا الجميع.

وهذا حيث كان رأس المال عيناً، وقام بحقه في ذلك، كما هو ظاهر. فإن سامحه المسلم إليه من الزائف لم يبطل ما قابله.

الشرط الثاني: أن لا يَكُونُ رأس المال والمسلم فيه طَعَامَيْنِ ولا نقدين ولا شيئاً في أكثر منه أو أجود أو أقل:

فمعنى هذا الشرط هو اشتراط اختلاف الجنسين؛ أي: جنس الثمن والمثمن، حتّى يتجنّب الربا الذي يقع بإسلاف الثمن إلى أجل ثم قبض مثله في معاملة بيع لا قرض؛ لأنّ السلف - أي: القرض - لا يتحقّق في المختلفين، فتزول بذلك التهمة. وبهذا افترق بيع السلم عن القرض، وإن تشابها في الصورة؛ وهذا بناء على ما تقدم في

(1) المتقى: 56/5، والذخيرة: 31/5. (2) المتقى: 56/5.

(3) المتقى: 58/5. (4) المتقى: 58/5.

البيوع أنّ القرض مستثنى من حرمة ربا النساء؛ فلا يضرّ فيه التأخير مع أنه متّحد الجنس، ولا فرق بين الطعام الربوي وغيره بشروطه. وأنّ حكمة هذا الاستثناء أنّ الله تعالى شرع القرض للمعروف والإحسان، ولذلك استثناءه من الربا المحرّم، فيجوز - مثلاً - دفع أحد التقدين في القرض ليأخذ مثله نسيئة، وهو محرّم في غير القرض. فقد رجحت مصلحة الإحسان على مصلحة منع الربا، فقدّمها الشارع عليها، على عادته في تقديم أعظم المصلحتين على أدناهما عند التعارض؛ فإذا وقع القرض ليجزّ نفعاً للمقرض بطلت مصلحة الإحسان لأمرين:

الأول: للمكايسة، فيبقى الربا سالمًا عن المعارض فيما يحرم فيه الربا، فتثبت الحرمة للربا. وهذا فيما فيه ربا.

الثاني: لكون المقرض والمقرض خالفا مقصود الشارع، فأوقعا ما لله لغير الله؛ فيحرم لهذا المعنى فيما فيه ربا، وفيما لا ربا فيه كالعروض.

ولهذا يشترط في بيع السلم اختلاف جنس الثمن والمثمن - أي: المُسَلَّم والمُسَلَّم فيه -؛ لأنّ السلف لا يتحقق في المختلفين، فتتعدّر التهمة⁽¹⁾. وفيما يلي ذكر ما لا يجوز مما يتعلق بهذا الشرط:

- فلا يجوز أن يكونا طعامين ربويين؛ كأن تقول لآخر: أسلمك أردب قمح في أردب قمح؛ وذلك، لأدائه لربا النساء عند تماثل رأس المال والمسلم فيه، أو لأدائه لربا الفضل إن حصلت زيادة وكان الطعام ربوياً⁽²⁾، كسمن في برّ وعكسه.

- ولا يجوز أن يكونا نَقْدَيْنِ كذهب في فضة وعكسه أو ذهب في ذهب أو فضة في فضة. وسواء تساوبا أو زاد أحدهما على الآخر؛ لما في ذلك من الربا كما تقدّم في الطعامين.

قال الشيخ الدسوقي: واعلم أنّ الفلوس الجدد هنا - وهي المسكوكات من معادن غير الذهب والفضة - كالعين فلا يجوز سلم بعضها في بعض.

فإن اتحد القدر والصنف وكان بلفظ القرض أو السلف - أي: في الطعام والنقد - فهو جائز.

- ولا يجوز أن يكونا شَيْئًا - من العروض والحيوان - في أكثر منه، كثوب في ثوبين من جنس وقنطار كتّان في قنطارين وأردب في أردبين؛ أو شيئاً في أجود منه، كثوب رديء في جيّد وقنطار كتّان رديء في أجود؛ والدليل: سدّ الذريعة، فقد منع هنا في السلم هذا وإن كان جائزاً؛ لأنّ التهمة تقوى في التطرّق بذلك إلى الأمر الممنوع، وهو السلف بزيادة، وهو ربا فضل. وذلك كأن يقول أحد رجلين للآخر: أقرضني ثوباً

من صفته كذا، وأردّ عليك ثوبين مثله إلى شهر كذا؛ فيقول له: إنّ هذا قرضاً يجرّ نفعاً وذلك ممنوع، ولكن أبيعك ثوباً بثوبين، فيحصل من ذلك استعمال القرض في الباطن بلفظ البيع، فمتى أجز ذلك حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه⁽¹⁾.

- ولا يجوز أن يكونا شيئاً في أقلّ منه أو أدنى من جنسه؛ لما في ذلك من تهمة ضمان بجعل، وإن لم ينصّ عليه، سداً للذريعة⁽²⁾؛ لأنه إنّما رضي بالأقلّ والأدنى رغبة في الضمان، فإذا أسلمت ثوبين من ثوب، فكأنّ المسلم إليه ضمن للمسلم ثوباً منهما للأجل وأخذ الثوب الآخر في نظير ضمانه. وإنّما اعتبروا هذه التهمة هنا وألغوها في بيع الآجال لأنّ تعدد العقد هناك أضعفها.

ويستثنى من منع الأكثر والأجود والعكس، المُنْفَعَةُ إذا اختلفت في أفراد الجنس الواحد، فيصير كالجنسين؛ فيجوز في الأكثر والأجود، من مثل ما يلي:

* الحمار الفأره - وهو سريع السير - يجوز سلمه في الواحد أو المتعدد من الحمر ضعيفة السير.

* الخيل السابّقة، يجوز سلمها في المتعدد من الحواشي منها وعكسه.

* البعير الكثير الحمل أو السابق في متعدد من غيره من الضعاف.

واعلم أنّ التعدد لا يشترط، وقد عبرت المدونة بالأفراد كما عبرت بالجمع، وكلام الإمام اللخمي يفيد أنه لا يشترط اختلاف العدد، إلا إذا ضعف اختلاف المنفعة، أما إذ قوي اختلاف المنفعة فيجوز السلم ولو اتحد العدد، فإنه قال: الإبل صنفان صنف يراد للحمل وصنف يراد للركوب لا للحمل، وكل صنف منهما صنفان: جيد وحاشي؛ فيجوز أن يسلم ما يراد للحمل فيما يراد للركوب، فيجوز جيد أحدهما في جيد الآخر والجيد في الرديء والرديء في الرديء، اتفق العدد أو اختلف. وأما إذا كانت كلها تراد للحمل أو الركوب فلا يجوز أن يسلم الجيد بالرديء ولا عكسه وجاز أن يسلم جيد في حاشيين فأكثر وعكسه. اهـ. أي: والموضوع أنّ كلّاً يراد للحمل أو الركوب، واختلافهما إنّما هو بالجودة والرداء؛ فيجوز الواحد في المتعدّد، كجيد في حاشيين فأكثر وحاشيين فأكثر في جيد. ولا يجوز أن يسلم واحد في واحد، تقدّم الجيد أو الرديء؛ لأنه سلف جرّ نفعاً إن تقدّم الرديء، وضمنان بجعل إن تقدّم الجيد.

* البقر القوي، ذكراً أو أنثى، على العمل من حرث ودرس وطحن؛ فيسلم قوتها في ضعيفها وعكسه.

* الشاة من المعز، الكثيرة أو القليلة اللبن؛ فيسلم أحدهما في الآخر لأنّ المقصود من الشياه اللبن؛ لا الضأن فكثرة اللبن فيها لا يلتفت له، على الأصح؛ لأنّ

المقصود منها الصوف لا اللبن، واللبن فيها كالتابع لمنفعة الصوف؛ ولأنّ لبنها غالباً أقلّ من لبن المعز مع قلة منفعة شعر المعز، فالمقصود من المعز اللبن، كما أنّ المقصود من الضأن الصوف.

* الصَّغِيرَانِ من كلّ جنس يجوز سلمهما في كَبِيرٍ من جنسه، وعكسه. ما عدا صغير الغنم والطيور الذي يراد للأكل، كما يأتي.

* الصَّغِيرِ في كَبِيرٍ وعكسه، يجوز.

ومحلّ الجواز في المسألتين إنّ لَمْ يُوَدَّ إلى المُرَابَّةِ⁽¹⁾ بطول الرَّمَانِ؛ أي: الأجل المضروب إلى أن يصير فيه الصغير كبيراً أو يلد فيه الكبير صغيراً، فيصير ضمناً بجعل في الفرعين الأولين من المسألتين، وهما: الصغيران في كبير، والصغير في كبير؛ ويؤدي إلى الجهالة في الفرعين الثانيين؛ أي: العكس في الفرعين، وهما: كبير في صغيرين، وكبير في صغير.

وهذا بخلافِ صَغِيرِ العَنَمِ وطيور الأكل، كالدجاج والحمام والإوز، فلا يسلم كبير كلّ في صغيره ولا عكسه، اتحد عدد كلّ أو اختلف، لعدم اعتبار الصغر والكبر فيها.

* الجِذْعُ الطَّوِيلُ الغليظ في جذع أو جذوع غَيْرِهِ من القصار الرقاق، فيجوز. ولا بدّ من الوصفين، فلا يكفي أحدهما. خلافاً لابن الحاجب، فيكفي عنده الغلظ، قال الشيخ الدسوقي: المعتمد كلام ابن الحاجب. والفرق بين الغلظ والطول أنّ الغلظ لا يتأتى معه إخراج جذوع من الجذع إلاّ بمشقة، بخلاف الطول فقط فإنّه يمكن ذلك معه بسهولة كقطعه قطعاً.

واعترضت هذه المسألة بأنّ الكبير قد يصنع منه صغار فيؤدي إلى سلم الشيء فيما يخرج منه، وهو مزابنة؛ والجواب أنّ المراد بالجذع إذا كان خلقه ليس فيها نجر ولا نحت، وإلاّ كانت جوائز لا جذوعاً، فعلى هذا إذا كان المسلم فيه جوائز منع السلم.

والخشب كلّ جنس واحد، فلا يجوز سلم بعضه في بعض، ما لم تختلف منفعته كالألواح للأبواب والجوائز للسقف.

وتقدّم أنّه لا يشترط تعدّد المسلم فيه إذا أسلم بعض أفراد الجنس المختلفة المنفعة في بعض.

* السِّيفُ القَاطِعُ لجودة جوهريته يجوز سلمه في أكثرِ دونه في القطع والجودة. ولا بدّ من الوصفين، وأمّا إن كان دونه في أحدهما فقط، فلا يجوز لعدم التباعد. فإن استويا معاً في القطع والجودة منع اتفاقاً فيما إذا كان المقابل متعدّداً، وجاز في المتحد لأنّ الشيء في مثله قرض وإن لم يلفظ بالقرض هنا لأنّه ليس فيه ربا فضل ولا نسيئة.

(1) والمزابنة بيع المعلوم بالمجهول من جنسه.

* الطَّيْرُ المعلم صنعة شرعية كالصيد وتوصيل الرسائل، فيسلم في غيره مفرداً ومتعدداً. وأما تعليمه صنعة غير شرعية، كالكلام والصياح، فإنه لا يوجب اختلاف المنفعة.

والخلاصة فيما تقدّم من الأمثلة أنه إذا اختلفت المنفعة فكالجنسين يجوز سلم أحدهما في الآخر. ولو تَقَارَبَتِ المنفعةُ بينهما، كثوب رَقِيقِ قُظْنٍ وثوب رَقِيقِ كِثَّانٍ، فأولى غليظهما أو رقيق أحدهما في غليظ الآخر. ولا عِبْرَةٌ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ؛ فلا يسلم ذكر في أنثى ولا عكسه. والمراد مجرد ذكورة، فإن قصدت منافعهما المختلفة فيجوز؛ لأن اختلاف المنفعة يصير الجنس كالجنسين. أي: فإنّ الجنس الواحد لا يسلم بعضه في بعض إلا أن تختلف المنفعة؛ والجنسان يسلم أحدهما في الآخر ولو تقاربت المنفعة.

ولا عبرة بكثرة البيض، فلا تسلم دجاجة بيوض في اثنتين غير بيوض، لعدم الاختلاف في المنفعة؛ وأما في واحدة غير بيوض فجائز لأنه قرض.

وعلة جواز التفاضل والنساء في غير العين والطعام - أي: في العروض ومنها الحيوان ولو كان الصنف واحداً - هو اختلاف المنافع ومقاصد الناس وأغراضهم فيها، ولجواز نفاق كل واحد من الصنفين وكساده دون الآخر⁽¹⁾؛ لأنّ الجنسية المعتبرة في المنع من التفاضل والنساء هو اتفاق الأغراض والمنافع أو اختلافها، دون الخلقة والألوان والأسماء؛ لأنه لو كانت الجنسية المعتبرة في الحيوان هي الخلقة واللون والاسم، كبقرة ببعير، أو بعير ببعيرين إلى أجل، لكان سلفاً جرّ نفعاً، وهو متفق على حرمة، لكن لما رأينا النبي ﷺ أمر به، وفعله الصحابة، كما سيأتي، فلا بد أن يقدر فيها اختلاف الجنسين⁽²⁾. والدليل على ما تقدّم من الاستثناء من منع الأكثر والأجود والعكس، إذا اختلفت المنفعة في أفراد الجنس الواحد - في بيع السلم -، ما يلي⁽³⁾:

أ - عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفتد الإبل، فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنّ البعير الذي أخذه عبد الله بن عمرو ناجزاً من جنس البعيرين المأخوذين إلى أجل، وهو محمول على اختلاف المنافع باختلاف الصفات؛ لأنّ القلائص هي الفتيات من الإبل، وهي أكثر ما تؤخذ في الزكاة؛ فسلمها المذكور إنّما

(1) المعونة: 2/ 995، والمنتقى: 4/ 159، والمقدمات: 2/ 33، وبداية المجتهد: 2/ 153.

(2) الإشراف: 2/ 533، والمنتقى: 5/ 19، والمفهم: 5/ 2888.

(3) المعونة: 2/ 996.

(4) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرخصة في ذلك.

هو فيما هو أسنّ منها وأقوى على العمل⁽¹⁾.

ب - عن عليّ بن أبي طالب أنّه باع جملاً له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ الإبل لما كان الغرض المقصود منها القوّة على الحمل، فقد باع عليّ بن أبي طالب جملة بعشرين بعيراً تختلف عنه في الغرض المقصود منها، إذ كانت من جملة حواشي الإبل التي لا توصف بقوّة ولا تشارك عصيفيراً فيها⁽³⁾.

ج - عن عبد الله بن عمر أنّه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوقبها صاحبها بالربذة⁽⁴⁾.

والراحلة اسم يقع على الذكر والأنثى من الإبل. ووجه الاستدلال من هذه الرواية ما تحتمله من أنّ الراحلة غاية في قوّة الحمل، فاختلف الغرض بينها وبين الأبعرة الأربعة⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّه يدل على جواز التفاضل مع النساء في الجنس من الحيوان؛ وهو محمول على اختلاف الأغراض فيها⁽⁶⁾.

د - إجماع الصحابة على ذلك، لعدم وجود مخالف لعليّ وابن عمر رضي الله عنهما⁽⁷⁾.
وأما عن سمرة بن جندب، أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيتة⁽⁸⁾. فهو محمول على اتفاق الأغراض⁽⁹⁾.

قال الإمام المازري في توضيح ما تقدّم، ومذهب الإمام مالك فيه: «وأما مالك فإنّه توسّط بين القولين وعدل بين المذهبين، وسلك حماية الذريعة، وأصله القول بحمايتها. فنظر إلى الأجناس إذا اختلفت جاز التفاضل فيها نسيتة، والغرض من الممتلكات الانتفاعات، وأما نفس الذوات فلا يملكها إلاّ الله الذي يوجد لها ويعدها،

(1) إكمال الإكمال: 529/5.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه؛ والبيهقي في البيوع، باب بيع الحيوان بعضه ببعض.

(3) المنتقى: 19/5.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه؛ وأخرجه البخاري معلقاً في البيوع، باب بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيتة؛ والبيهقي في البيوع، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيتة.

(5) المنتقى: 19/5. (6) بداية المجتهد: 154/2.

(7) الإشراف: 534/2، والمعونة: 996/2.

(8) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيتة؛ وأبو داود في البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيتة؛ والنسائي في البيوع، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيتة؛ وابن ماجه في التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيتة.

(9) بداية المجتهد: 154/2.

وإنما ملك الخلق الانتفاع بها؛ فإذا كانت المنافع مختلفة وهي المقصودة التي يتعلّق بها الملك، وجب أن تحلّ محلّ اختلاف الأجناس، وإذا كان الغرض في دابة الحمل عليها، والغرض من أخرى الجريّ بها، صارا في الأنفس كدابة يراد ركوبها وثوب يراد لباسه. فإذا تساوت المنافع نظر إلى نهي النبي ﷺ عن سلف جرّ نفعاً؛ فإذا دفع ثوباً في ثوبين الغرض فيهما كالغرض في الثوب، فكأنّه أسلفه واشترط عليه أن ينتفع بالزيادة، ولو أسلم ثوبين في ثوب تتفق الأغراض فيهما لآتئها أيضاً على أن يكون أعطاه أحد الثوبين ليضمن له الثاني في ذمته أجلاً سميّاه، فيصير ذلك معاوضة على الضمان وسلفاً لينتفع بالضمان، وذلك لا يجوز. ولو تحققنا حصول السلف والقرض على وجه لا منفعة فيه محققة وهي الزيادة المحسوسة، ولا منفعة فيه مقدرة يتهم الناس عليها، لأجزنا ذلك إذا سلك به مسلك القرض⁽¹⁾.

وأما لو كانت الأغراض متفقة في الجنس الواحد على ما تقدّم، كبيع البعير بالبعيرين - مثلاً - من نفس الجنس إلى أجل، فذلك ممنوع، ودليل المنع: سدّ الذريعة؛ لأنّ ذلك ذريعة إلى الممنوع وهو القرض الذي يجزّ نفعاً؛ لأنّه كأنّه أقرضه بعيراً ببعيرين إلى أجل⁽²⁾.

الشرط الثالث: أن يؤجّل المسلم فيه بأجل معلوم:

فهذا الشرط يتضمّن أمرين: التأجيل؛ لأنّه لا يجوز السلم الحال؛ والعلم بالأجل. فلا يجوز إن لم يؤجّل أو أجّل بأجل مجهول. ودليل هذا الشرط، ومنه يؤخذ دليل منع السلم الحال⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بَيْنِي إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْتَبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

ووجه الاستدلال أنّ الآية سبقت لبيان أحكام التداين. وأفادت وجوب التأجيل وتعيين الأجل وتسميته بدلالة الإشارة، إذ أمرت بكتابة الدين إذا حصل التداين إلى أجل مسمّى؛ أي: أجل معيّن بنهايته، والدين لا يكون إلّا إلى أجل، والمقصود من وصف الدين بالمسمّى إدماج الأمر بتعيين الأجل، ولو كان الدين يجوز إلى غير أجل أو إلى أجل مجهول لبينه الله تعالى، ولما كان في وصف الأجل بالمسمّى فائدة. والأمر بالكتابة يتعلّق بالدين وأجله وتقدّم أنّ الآية نزلت في السلم، وأنّ دلالتها عامة في كل دين من بيع أو قرض.

(1) المعلم: 320/2.

(2) الإشراف: 534/2، والمفهم: 2888/5.

(3) الإشراف: 567/2، والمعونة: 988/2، والمقدمات: 28/2، والمعلم: 321/2، والمفهم:

2893/5، والجامع لأحكام القرآن: 381/3، والذخيرة: 252/5، وإكمال الإكمال: 532/5،

وبداية المجتهد: 228/2.

ب - حديث ابن عباس المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «فليسلف إلى أجل معلوم». ووجه الاستدلال اشتراط الحديث أن يكون السلم مؤجلاً إلى أجل معلوم، والأمر في جواب الشرط للوجوب، وهو نص في المطلوب. فلا يجوز أن يكون حالاً، ولا أن يكون مؤجلاً إلى أجل مجهول.

والآية والحديث المتقدمان مخصصان لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، الدال بعمومه على السلم الحال وغير الحال.

ج - عن عبد الله بن عمر أنه قال: لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف، بسعر معلوم، إلى أجل مسمى، ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه⁽¹⁾.

د - أن عدم ضرب الأجل يؤدي إلى بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه، فعن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق، ثم أبيع. قال: «لا تبع ما ليس عندك»⁽²⁾. فاشتراط الأجل لأجل السلامة من ذلك. بخلاف ما إذا ضرب الأجل فإن الغالب تحصيل المسلم فيه في ذلك الأجل، فلم يكن من بيع الإنسان ما ليس عنده، إذ كأنه إنما باع ما هو عنده عند الأجل.

هـ - أن السلم مشتق من اسمه الذي هو السلف، وهو أن يتقدم رأس المال ويتأخر المسلم فيه، فوجب منع ما أخرجه عن ذلك.

و - أن السلم إنما يجوز ارتفاعاً للمتعاقدين؛ لأن المسلم يقدم الثمن للاسترخاص والمسلم إليه يرغب في إرخاص الثمن، للرفق الذي له في استعجال الانتفاع به، وفي الصبر والتأخير، وإذا زال الرفق كان كالقرض، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابه ممنوع؛ لأنه إذا كان حالاً زال هذا الرفق.

ز - أن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة، كان بيع غائب، فإن لم يكن فيه أجل كان هو بيع الغائب المنهي عنه، وإنما استثنى المشرع السلم من بيع ما ليس عند البائع لأنه بيع تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين، فإن صاحب رأس المال يحتاج أن يشتري الثمر - مثلاً -، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها؛ فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج، فإن جاز حالاً بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عند

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب السلف في الطعام.

(2) أخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك؛ وأبو داود في البيوع، باب بيع ما ليس عندك؛ والنسائي في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده؛ وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.

البائع فائدة⁽¹⁾.

ح - الإجماع على أن الأجل يجب أن يكون معلوماً.

ط - أن الأجل له جزء من الثمن، فهو مبيع، فيجب أن يكون معلوماً.

ي - أن عدم العلم بالأجل غرر. فاشتراط الأجل بدون أن يكون معلوماً، ليعلم منه الوقت الذي يقع فيه قضاء المسلم فيه، تأجيل بمجهول؛ والأجل المجهول لا يفيد للغرر الذي في ذلك.

فالفرق بين حلول المثلث في البيع وعدم حلول المسلم فيه في السلم؛ أن البيع موضوعه المكايسة، والتعجيل يناسبها؛ والسلم موضوعه الرفق، والتعجيل ينافية؛ وأن مدلول الاسم يبطل في السلم بالتعجيل؛ ولا يبطل مدلول البيع بالتأجيل؛ فلذلك صحّت مخالفة قاعدة البيع في المكايسة بالتأجيل، ولم يصح مخالفة السلم بالتعجيل⁽²⁾.

ومدة التأجيل خمسة عشر يوماً فأكثر لا أقل. أي: فيجوز الأجل البعيد والقريب، والدليل⁽³⁾:

أ - الحديث المتقدم، وهو عام في القريب والبعيد.

ب - القياس على المسلم فيه؛ لأنه معنى يشترط في السلم، فجاز قليله وكثيره، أصله مقدار المسلم فيه.

وإنما حدّ أقلّ الأجل القريب بخمسة عشر يوماً؛ لأنّ الأمر في الحديث بالتأجيل معلّل، والعلّة هي مظنة اختلاف الأسواق غالباً - أي: ارتفاعها وانخفاضها -؛ واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه، فكأنّه عنده⁽⁴⁾. والدليل على عدم جواز تأجيل المسلم فيه أقلّ من خمسة عشر يوماً: أنّه من باب بيع الإنسان ما ليس عنده المنهي عنه، فيكون أسلم إليه في سلعة غير معيّنة حالّة عليه، يتعذّر عليه شراؤها في أغلب الحالات⁽⁵⁾.

ووجه التحديد بما يظنّ فيه اختلاف الأسواق، أنّ المقصود من السلم الارتفاق من انتفاع البائع بتقديم المال وتأخير المسلم فيه بما يسترخسه، ليحصل له من تغيّر الأسواق واختلافها ما يريده؛ وإذا ضرباً أجلاً لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود، فكان في معنى الحال، وهو لا يجوز لأنّه من بيع الإنسان ما ليس عنده المنهي عنه⁽⁶⁾.

وعلى هذا فإنّ ضرب الأجل وتعيينه بما يظنّ فيه اختلاف الأسواق، هو السلم

(1) المفهم: 22893/5، والجامع لأحكام القرآن: 379/3.

(2) الذخيرة: 252/5. (3) المعونة: 988/2.

(4) بداية المجتهد: 229/2، وإكمال الإكمال: 532/5.

(5) المقدمات: 29/2. (6) المعونة: 989/2، والمقدمات: 29/2.

الذي جوزه القرآن والسنة، واستثناه من النهي من بيع ما ليس عند الإنسان⁽¹⁾.
قال القاضي عبد الوهاب: من قدر ذلك بخمسة عشر يوماً أو أكثر فإنما قدر على عرف بلده⁽²⁾.

وقال اللخمي: يجوز الحال وإلى أجل قريب فيما شأنه أن يكون في بعض السلع: كاللحم والفكاه والرطاب⁽³⁾.

والأيام المعلومة عند الناس كالمنصوصة، فمن لهم عادة بوقت القبض لا يحتاجون لتعيين الأجل، وذلك كأرباب المزارع وأرباب الألبان وأرباب الثمار؛ فإن عادة الأول القبض عند حصاد الزرع، وعادة من بعدهم الوفاء بدفع ما عليهم زمن الربيع وزمن جذ الثمار، وعادة غيرهم نزول الحاج والضيف والشتاء، ولو لم يعرفا الصيف والشتاء إلا بشدة الحر أو البرد لا بالحساب. ودليل جواز التأجيل إلى الجذاذ والحصاد خلافاً لمن منعه، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»، ووجه الاستدلال أن الحصاد والجذاذ معلوم وقت حصوله في العادة، لا يتفاوت اختلافه اختلافاً شديداً، وهو من الغرر اليسير المعفو عنه في الشرع. ويشبه في ذلك الاختلاف الذي يكون في الشهور من جهة الزيادة والنقصان.

ب - القياس على السنة والشهر؛ لأن هذا أجل معلق بوقت من الزمان، فجاز أن يكون أجلاً في السلم والبيوع المؤجلة، أصله إذا أجله بسنة أو بشهر.

ويعتبر من ذلك الفعل الوقت الذي يحصل فيه غالبه وهو وسط الوقت لذلك، لا أوله ولا آخره: أي: قوة ذلك الفعل عادة ولو لم يقع؛ أي: سواء وجدت الأفعال، يعني الحصاد ونحو ذلك، أو لم توجد، فالمراد الوقت الذي يغلب فيه الوقوع.

وتعتبر الأشهر بالأهلة، ناقصة أو كاملة؛ فإذا سميا ثلاثة أشهر وكانا في أثناء شهر، فالثاني والثالث بالأهلة، ويتم المنكسر ثلاثين يوماً من الرابع، ولا ينظر لنقص الأول.

وإن أجل إلى شهر ربيع الأول، مثلاً، حلّ الأجل بأول جزء منه، وهو أول ليلة منه. وإذا قيل بشرط أن أقبضه في ربيع مثلاً، حلّ الأجل بوسيطه، ولا يفسد السلم على الأصح، وكذا لو قال: في سنة كذا، لم يفسد ويحمل على نصف السنة كما صرحوا به. ويستثنى من هذا الشرط ما إذا شرطاً قبض المسلم فيه ببلد غير بلد العقد؛ فيسقط

(1) المقدمات: 29/2.

(3) الذخيرة: 253/5.

(4) الإشراف: 568/2، والمعونة: 989/2، والمنتقى: 298/4، وبداية المجتهد: 229/2.

(2) المنتقى: 298/4.

شرط التأجيل وَيُكْفَى بدله مقدار الْمَسَافَةِ إلى تلك البلد، وذلك بشروط خمسة:

* أن تكون البلد الثانية على مسافة يَوْمَيْن ذهاباً من بلد العقد.

* أن يَشْتَرَطَ في العقد الْخُرُوجَ إليها فوراً ليقبض فيها.

* أن يخرجاً بالفعل، بأنفسهما أو وكيلهما، حين العقد.

* أن يكون السفر بَبَرٍّ لا بحر، أو ببحر بَغَيْرِ رِيح، كالمنحدرين؛ احترازاً من

السفر بالرياح كالمقلعين فلا يجوز؛ لأنه ربما أدى إلى قطع مسافة اليومين في نصف يوم فيؤدي إلى السلم الحال.

* أن يعْتَجَلَ رأس المال وقت العقد، في المجلس أو قربه. فمتى انخرم شرط من

هذه الشروط فلا بد من ضرب الأجل.

فإن انخرم شرط من هذه الشروط فلا بدّ من ضرب الأجل. والحاصل أنّ السلم

لا بدّ أن يُوجَلَ بأجل معلوم، أقله نصف شهر، إلا إذا اشترط قبضه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد، فيصحّ بتلك الشروط الخمسة، ولا يشترط التأجيل بنصف شهر.

ولو حصل عائق عن الخروج ورجي انكشافه انتظر، وإلا خيّر المسلم إليه في

البقاء والفسخ، قاله البدر القرافي. وأما لو ترك الخروج من غير عائق فسد العقد.

السلم في شيء واحد إلى أجلين وفي شيئين إلى أجل واحد:

يجوز أن يسلم الرجل في شيء واحد إلى أجلين، وفي شيئين إلى أجل واحد،

والدليل⁽¹⁾:

أ - حديث ابن عباس المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»، ووجه

الاستدلال أنه لم يفرّق بين أن يكون السلم في شيء واحد إلى أجل واحد، أو إلى أجلين، أو في شيئين إلى أجل واحد.

ب - القياس على الأثمان؛ لأنه كلّ ما جاز أن يكون في الذمّة إلى أجل، جاز

أن يكون إلى أجلين كالأثمان.

قبول المشتري المسلم فيه قبل الأجل:

يجوز للمسلم - أي: المشتري - قبل حلول الأجل بصفتيه التي وقع عليها العقد،

وذلك إن دفعه إليه المسلم إليه، لكن لا يجب عليه ذلك ولا يلزم بقبوله، فله أن يقبله

وله أن لا يقبله، كما لا يجب على المسلم إليه دفع المسلم فيه قبل الأجل. ووجه ذلك

أنّ الأجل في السلم حقّ لهما، فإذا تراضيا على أخذه قبل الأجل جاز؛ لأنّه مسامحة من أحدهما للآخر⁽²⁾.

ويشترط لجواز قبُول المسلم فيه قَبْل حلول الأجل أن يكون بِصِفَتِهِ التي وقع عليها العقد، لا أزيد ولا أنقص؛ لما يدخل من قاعدتي الربا، وهما:

- في النقصان «ضع وتعجل»؛ لأنَّ التقديم غير مستحق للمسلم؛ أي: ليس حقاً له، وإنَّما رضي بدون شرطه لتعجّله.

- في الزيادة «حظ الضمان وأزيدك»؛ لأنَّ أخذ الزيادة في مقابلة إسقاط الضمان عن البائع؛ لأنَّه يخاف إن بقي في ذمته - أي: قبل شرائه - إلى وقت أجله ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه، فإذا اشتراه تلزمه كلفة حفظه وتعهده إلى ذلك الوقت، فتكون الزيادة في مقابلة جميع هذا⁽¹⁾.

قبول المشتري المسلم فيه بعد الأجل:

إذا أسلم في أكباش ليأخذها في أيام الأضحية، فاتاه بعد الأضحى، قال مالك: يلزمه قبولها، وكذلك في قطائف الشتاء فأتى بها في الصيف، ووجه قوله لأنَّه مبيع أوجبته العقد. وقال ابن وهب: لا تلزمه لفوات المنفعة التي أسلم لأجلها، ووافقه اللخمي في كراء الدواب إذا أتاه بعد إبان الحج، لا يلزمه عندهما، لفوات الفائدة⁽²⁾.

قبول المشتري المسلم فيه قبل المحلّ المشترط:

يجوز قبول المسلم فيه قَبْلَ المَحَلّ الذي شرط القبض فيه، أو مكان العقد إذا لم يشترط مكان غيره، فيجوز قبوله في غير ذلك المكان؛ ولكن بشرطين:

الأوّل: أن يحلّ الأجل، لا إن لم يحل، سواء كان عرضاً أو طعاماً، وهو مذهب ابن القاسم. وقال سحنون: يجوز مطلقاً، حلّ الأجل أم لا فيهما، فتفصيل الشيخ خليل بين العرض والطعام لم يوافق واحداً منهما. وظاهر بحث بعضهم المنع مطلقاً.

وذكر الشيخ الصاوي أن في العرض والطعام قولين؛ أحدهما لابن القاسم وأصيح: بشرط الحلول فيهما، والثاني لسحنون: الجواز قبل محلّه وإن لم يحصل الحلول فيهما؛ قال ابن عرفة: وهذا أحسن والأوّل أقيس؛ وانظر من قال بالمنع.

وإنَّما اشترط هذا الشرط؛ أي: الحلول؛ لأنَّ من عَجَّل ما في الدَّمة عدّ مسلفاً، وقد ازداد الانتفاع بإسقاط الضمان عن نفسه إلى الأجل، وهو «سلف جرّ نفعاً»، وفيه أيضاً إذا كان طعاماً: بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنَّ ما عَجَّله عوض عن الطعام الذي لم يجب عليه الآن، وإنَّما يجب عليه إذا حلّ⁽³⁾.

(1) المعونة: 2/ 991، والمتقى: 5/ 34، وبداية المجتهد: 2/ 233.

(2) الذخيرة: 5/ 283.

(3) بلغة السالك: 2/ 102؛ وحاشية الشرح الكبير: 3/ 220.

الثاني: أن لا يكون البائع قد دفع للمشتري كِرَاءً لحمله لمحل القبض؛ لما في دفعه من الزيادة فيكون فيه «حُطَّ الضمان وأزيدك الكراء»؛ لأنَّ البلدان بمنزلة الآجال. ويلزم المشتري القبول كما يلزم البائع الدفع بعد الأجل والمحل. والمراد ببعديه الأجل انقضاؤه، وبعديه المحلّ وصوله.

ومحلّ لزوم قبول المسلم للمسلم فيه بعدهما إذا أتاه بجميعه؛ فإن أتاه ببعضه لم يلزمه قبوله حيث كان المدين موسراً. هذا في السلم، وأما القرض فيختلف الأمر فيه، كما يأتي في باب إن شاء الله تعالى.

ولا يَلْزَمُ المسلم إليه دَفْعُ المسلم فيه للمسلم؛ ولا يلزم المسلم قبُولُهُ، لو دفعه له المسلم إليه، بغيرِ المحل الذي اشترط التسليم فيه أو محل العقد إذا لم يشترط محلاً؛ ولو خَفَّ حَمَلُهُ، كجوهر وثوب لطيف؛ إلا أن يرضيا بذلك فيجوز إن حلَّ الأجل كما تقدم.

والأفضل أن يذكر المتبايعان موضع التسليم، ليزول التخاصم بينهما، وليدخلا على علم من ذلك، فليس كل واحد يعلم حكمه إذا لم يعين. ولا يضر ترك ذكر موضع التسليم، والدليل⁽¹⁾:

أ - حديث ابن عباس فإنه ليس فيه ذكر المكان الذي يقبض فيه السلم، ولو كان من شروطه لبينه النبي ﷺ كما بين الكيل والوزن والأجل؛ فحمل الأمر على العرف في ذلك، فيصير العرف كالمشترط.

ب - أنه يوجد فرق بين الزمان والمكان، يمنع القياس على الزمان؛ لأنَّ من مقصود السلم الزمان دون المكان في العادة، وهذا أيضاً في القرض؛ لأنَّ الناس يستلفون لزمان معين، ويسلمون له، دون المكان، فإنَّ المقصود تجدد الأرزاق المعينة على الوفاء، والرزق في الغالب يتجدد بتجدد الزمان دون المكان، فإن وقع في المكان فهو لتجدد الزمان؛ وكذلك إن تعلق أمل الناس بالسعادة والأرزاق يكون في الزمان المستقبل دون المكان، فالناس كلهم يؤملون في المستقبل، وليس كل الناس يؤملون مكاناً معيناً، فلذلك كان الزمان مقصوداً دون المكان. وإطلاق العقد يقتضي كونه يبلى العقد⁽²⁾.

الشرط الرابع: أن يكون المسلم فيه في الذمة لا في معين:

قال الإمام القرافي في تعريف الذمة: «هي معنى شرعي مقدّر في المكلف قابل للالتزام واللزوم». وعرفها ابن عبد السلام الهواري بقوله: «هي أمر تقديري يفرضه

(1) المعونة: 2/ 990، والتمتقى: 4/ 299، والذخيرة: 5/ 263.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 536.

الذهن، ليس بذات ولا صفة لها». وقال ابن عرفة بعد أن أورد عليه اعتراضاً: «ملك متمول كلّي حاصل أو مقدر»⁽¹⁾.

فلا يجوز السلم في شيء معيّن غائب أو حاضر، لفساد بيع معيّن يتأخر قبضه. والدليل على أن السلم لا يصح أن يكون في معيّن:

- أن السلم في شيء معيّن غرر لا يحتاج إليه؛ لأنه إن أريد ضمانها في الذمة إلى الأجل المضروب، حتى إذا تلفت لزمت المسلم إليه بدلها أو قيمتها؛ فذلك غير جائز؛ لأنّ المعيّن يفسخ العقد بتلفه ولا يلزم ردّ مثله⁽²⁾. وقد كان أهل المدينة حين قدم عليهم النبي ﷺ يستلفون في ثمار نخيل بأعيانها، فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك لما فيه من الغرر؛ إذ قد لا تثمر تلك الأشجار شيئاً⁽³⁾.

ولهذا لا يشترط أن يكون المسلم فيه موجوداً حين العقد ولا مملوكاً للمسلم إليه، خلافاً لأبي حنيفة، والدليل:

أ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما المتقدم، وفيه قوله: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار، السنة والسنتين.

ووجه الاستدلال أن الثمار حين العقد عليها السنة والسنتين تكون معدومة غير موجودة، وقد أقرّ النبي ﷺ المسلمون على ذلك ولم ينههم عنه، ولو كان الوجود شرطاً لبيته لهم؛ لأنّ تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع⁽⁴⁾.

ب - فعل الصحابة⁽⁵⁾، فعن محمد بن أبي المجالد قال: بعثني عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنه، فقالا: سله هل كان أصحاب النبي ﷺ في عهد النبي ﷺ يسلفون في الحنطة؟ قال عبد الله: كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنطة والشعير والزيت، في كيل معلوم إلى أجل معلوم. قلت: إلى من كان أصله عنده؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك. ثم بعثاني إلى عبد الرحمن بن أبزى فسألته؟ فقال: كان أصحاب النبي ﷺ يسلفون على عهد النبي ﷺ ولم نسألهم ألهم حرث أم لا؟⁽⁶⁾

ج - القياس على الزمان الذي بين وقت العقد وانقضاء الأجل؛ لأنه وقت لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق وجود المسلم فيه، أصله ذلك الزمان الذي بين وقت

(1) انظر شرح الرصاع لتعريف ابن عرفة: (شرح حدود ابن عرفة: 399/2).

(2) المعونة: 984/2، والمقدمات: 27/2.

(3) المفهم: 2893/5، والجامع لأحكام القرآن: 378/3.

(4) بداية المجتهد: 229/2، والذخيرة: 258/5.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 381/3.

(6) أخرجه البخاري في السلم، باب السلم إلى من ليس عنده أصل.

العقد وانقضاء الأجل⁽¹⁾.

د - القياس على عدم وجود أثمان المبيع قبل محلها في بيع التأجيل⁽²⁾.

قال ابن العربي: فلا إشكال في أن المقصود منه كونه في الذمة؛ لأنه مداينة، ولولا ذلك لم يشرع ديناً ولا قصد الناس إليه ربحاً ورفقاً⁽³⁾.

وقد أورد الأحناف على هذا الشرط اعتراضات، وقد قام بالردّ عليها الإمام القرافي، فانظرها إن شئت⁽⁴⁾.

ولا يصحّ سلم في جزأف؛ لما علمت أنه يشترط أن يكون في الذمة، وشرط صحة بيع الجزاف رؤيته، وبرؤيته كان معيناً.

ولا يصحّ سلم في أرضٍ ودارٍ وحنوتٍ وخانٍ وحمامٍ؛ لأنّ خصوص المواضع فيها مقصود للعقلاء، وبيان محلها ووصفها صارت معينة لا في الذمة، وصار السلم فيها كمن ابتاع من رجل دار فلان على أن يتخلّصها منه، وربما لم يقدر على أن يتخلّصها منه، ومتى لم يقدر على أن يتخلّصها منه ردّ إليه رأس ماله، فصار مرّة بيعاً ومرّة سلفاً، وذلك سلف جرّ نفعاً. فإن لم تعين كان سلماً في مجهول⁽⁵⁾. وعلى هذا ذكر القرافي أنّ علّة المنع من سلم الدور والأرضين أنّها لا تنقل، وما لا ينقل لا يكون في الذمة⁽⁶⁾.

قال ابن العربي: بيد أنّ مالكا قال لا يجوز السلم في المعين إلا بشرطين: أحدهما أن يكون قرية مأمونة، والثاني أن يشرع في أخذه كاللبن من الشاة والرطب من النخلة، ولم يقل ذلك أحد سواه. وهاتان المسألتان صحيحتان في الدليل؛ لأنّ التعيين امتنع في السلم مخافة المزبنة والغرر؛ لئلا يتعذّر عند المحلّ. وإذا كان الموضوع مأموناً لا يتعذّر وجود ما فيه في الغالب جاز ذلك؛ إذ لا يتقن ضمان العواقب على القطع في مسائل الفقه؛ ولا بدّ من احتمال الغرر اليسير، وذلك كثير في مسائل الفروع، تعدادها في كتب المسائل. وأمّا السلم في اللبن والرطب مع الشروع في أخذه فهي مسألة مدنية اجتمع عليها أهل المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة؛ لأنّ المرء يحتاج إلى أخذ اللبن والرطب مياومة ويشقّ أن يأخذ كلّ يوم ابتداء؛ لأنّ النقد قد لا يحضره ولأنّ السعر قد يختلف عليه، وصاحب النخل واللبن محتاج إلى النقد؛ لأنّ الذي عنده عروض لا يتصرّف له. فلمّا اشتركا في الحاجة رخص لهما في هذه المعاملة قياساً على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح⁽⁷⁾.

(1) المتقى: 300/4.

(2) الذخيرة: 259/5.

(3) نقلاً عن الجامع لأحكام القرآن: 379/3.

(4) الذخيرة: 257/5.

(5) المقدمات: 27/2، والذخيرة: 242/5.

(6) الذخيرة: 242/5.

(7) نقلاً عن الجامع لأحكام القرآن: 379/3.

الشرط الخامس: أن يضبط المسلم فيه بعادته من كيل أو وزن أو عدد:

ووجه اشتراط هذا الشرط لينتفي الغرر بالجهل، ويحصل العلم لكل من المتعاقدين؛ للبائع بما اشتغلت به ذمته، وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه⁽¹⁾.
ودليل ضبط المسلم فيه بما يكال ويوزن ويعد⁽²⁾:

أ - عموم الحديث.

ب - الإجماع.

والشرط أن يُضَبَّطَ المسلم فيه بعادته التي جرى بها العرف في البلد. ووجه مراعاة عادة أهل كل بلد في معرفة مقادير المسلم فيه، أنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة؛ لأن قصدهم من معرفة المقدار الوجه الذي ألفوه بينهم⁽³⁾.

ويكون الضبط بما يلي:

- بالكَيْل فيما يكال، كالحب.

- بِالوَزْنِ فيما يوزن، كالسمن والعلس.

- بِالْعَدَدِ فيما يعدّ، كالرمان والبيض والحيوان والثياب. ويعتبر عند العقد قياس ما يعدّ من رمان ونحوه كبطيخ بختيط، لاختلاف الأغراض بالكبر والصغر ونحو ذلك.

- بِحِجْلِ، بكسر الحاء المهملة؛ أو جُرْزُوةً، بضم الجيم وسكون الراء، حزمة من القَتِّ والأغمار فيما يقصل ويجذ، نحو فول وبرسيم وكتان؛ بأن يقاس حبل، ويقال: أسلمك فيما يملأ هذا الحبل.

ولا يصحّ الضبط بَفَدَانٍ⁽⁴⁾ غير المعين أو قيراط⁽⁵⁾، لما فيهما من الجهل بالمقدار؛ ويزاد في الفدان غير المعين أن السلم لا بدّ فيه من ذكر موضعه، لاختلاف الغرض بالقرب والبعد والرياح والسقي والجودة في الحب وغيره، فيكون العقد عليه غرراً⁽⁶⁾. وخالف أشهب فأجاز السلم في الفدادين غير المعينة بناء على غالب تلك الأرض⁽⁷⁾.

- بالتَحْرِي عند عدم آلة وزن أو كيل، لا عند وجودهما؛ كَنَحْوِ كَذَا؛ أي: قدر عشرة أرتال أو قنطار على أحد التأويلين في معنى التحري؛ أو نَحْوِ هَذَا؛ أي: أو يأتي بشيء كقدر من لحم أو خبز أو نحو ذلك ويقول: أسلمك في قدر زنة هذا، على التأويل الثاني في معناه، قال أبو الحسن عن عياض: ذهب ابن أبي زمنين وغير واحد

(1) المعونة: 989/2، والمقدمات: 28/2. (2) بداية المجتهد: 226/2.

(3) المعونة: 989/2.

(4) الفدان: مقدار من الأرض الزراعية تختلف مساحته من بلد إلى آخر (المعجم الوسيط: 677).

(5) القيراط: معيار في الوزن والقياس، اختلفت مقاديره باختلاف الأزمنة (المعجم الوسيط: 727).

(6) الذخيرة: 249/5. (7) الذخيرة: 249/5.

إلى أن معنى التحري أن يقول: أسلمك في لحم أو خبز يكون قدر عشرة أرتال، وقال ابن زرب: إنما معناه أن يعرض عليه قدرأ ويقول: آخذ منك قدر هذا كل يوم ويشهد على المثل (اه). ووجه عدم جواز التحري في بيع السلم عند وجود آلة الوزن أو الكيل، أنه مع إمكان الآلة إنما يقصد بالتحري التخاطر والحزر الذي ينافي السلم⁽¹⁾.

ويفسد السلم بمعياري مجهول، كزنة هذا الحجر أو ملء هذا الوعاء.

- بالذرع في الطول والعرض في الثياب؛ لأنها لا تتقدر إلا به⁽²⁾.

ودليل اشتراط الضبط والعلم بالمقدار في السلم⁽³⁾:

أ - حديث ابن عباس المتقدم، وفيه: «ففي كيل معلوم، ووزن معلوم». وهو نص في ذلك.

ب - عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر⁽⁴⁾. والجهل بذات المبيع وقدره وصفته من الغرر.

ج - أن المسلم فيه متعلق بالذمة، وما يتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافاً غير مقدر؛ لأنه لا يتميز في الذمة من غيره إلا بالتقدير، وليس كذلك المشاهدة لأنه يتميز من غيره بالإشارة إليه والتعيين له.

الشرط السادس: أن تبين الأوصاف التي تختلف بها الأغراض عادة:

لا يجوز السلم فيما يتعدّر حصره بالصفة، والدليل⁽⁵⁾:

أ - أنه غرر يؤدي إلى التنازع وضياع أموال العباد، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر بالجهالة.

ب - أنه يؤدي إلى بيع وسلف، وسلف جرّ منفعة؛ وذلك أن السلعة لو وجدت على ما اشترطت تمّ البيع، وإن لم توجد رجع إلى المشتري رأس ماله، فصار مرةً بيعاً ومرةً سلفاً، وذلك أيضاً سلف جرّ منفعة.

ويشترط أن تبين الأوصاف التي تختلف بها الأغراض في المسلم فيه عادةً، في بلد السلم، تبيناً شافياً. ودليل اشتراط تبين الأوصاف⁽⁶⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أنه قال: لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام

(1) المتقى: 296/4.

(2) المتقى: 297/4.

(3) المتقى: 296/4، وإكمال الإكمال: 533/5، والذخيرة: 242/5.

(4) أخرجه مالك في البيوع، باب بيع الغرر؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر.

(5) المقدمات: 28/2، والمفهم: 2893/5، والذخيرة: 240/5.

(6) المعونة: 984/2، والمتقى: 293/4، والذخيرة: 240/5.

الموصوف، بسعر معلوم، إلى أجل مسمى، ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه.

ووجه اشتراط بيان الأوصاف التي تختلف بها الأغراض، أنها هي التي تؤثر في ثمن المسلم فيه وتوجب الرغبة فيه؛ وأنّ تبيينها يجعل المسلم فيه معلوماً ويخرجه عن حيّز الجهل.

ب - الإجماع.

ج - أنّ الأصل أن يكون المبيع معلوماً بالرؤية، فلما كان ذلك متعذراً في السلم رخص الشرع في ذكر ما يقوم مقام الرؤية وهي الصفة، منعاً لسوء العاقبة بضياح المالية. ووجه عدم ذكر الصفة في الأحاديث، أنّ التمر الذي كانوا يسلمون فيه بالمدينة أنواعه معلومة، ولكلّ نوع صفة، ولا بدّ لهم من ذكر النوع، فاكثفوا بذكر النوع عن ذكر الصفة⁽¹⁾.

ويدخل فيما يوصف الحيوان، فإنه يجوز فيه السلم، خلافاً لأبي حنيفة الذي منعه. ودليل على جواز السلم في الحيوان⁽²⁾:

أ - آية التداين المتقدمة في بيان جواز السلم. ووجه الاستدلال منها أنها عامّة في كلّ دين، ولم تخصّ ديناً من دين، والحيوان من ذلك.

ب - عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يجهّز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ البعير الذي أخذه عبد الله بن عمرو ناجزاً من جنس البعيرين المأخوذين إلى أجل، وهو محمول على اختلاف المنافع باختلاف الصفات؛ لأنّ القلائص هي الفتيات من الإبل، وهي أكثر ما تؤخذ في الزكاة؛ فسلمها المذكور إنّما هو فيما هو أسنّ منها وأقوى على العمل، وهذا سلم وليس بقرض⁽⁴⁾.

ج - عن أبي رافع أنّ رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً. فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكّره، فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً. فقال النبي ﷺ: «أعطه إياه. إنّ خيار الناس أحسنهم قضاء»⁽⁵⁾.

(1) إكمال الإكمال: 531/5.

(2) الإشراف: 564/2، والمعونة: 985/2، والمنتقى: 293/4 و96/5، والمقدمات: 22/2، والمفهم: 2880/5، والذخيرة: 245/5، وإكمال الإكمال: 519/5.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرخصة في ذلك

(4) الإشراف: 569/2، إكمال الإكمال: 529/5.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب فيما يجوز في السلف، ومسلم في المساقاة، باب من استسلف شيئاً ففرض خيراً منه.

ومعنى «بكرًا» الفتى من الإبل. ومعنى «رباعياً» الذي دخل في السنة الرابعة من الإبل. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ اقترض من الرجل بكرًا، وقضاه رباعياً بدلاً عن بكره؛ أي: أفضل منه. وفعله ﷺ يدل على جواز قرض الحيوان. وما جاز فيه القرض جاز فيه السلم بجامع ضبط الصفة.

د - القياس على الثياب؛ لأن كل عين صح أن تثبت في الذمة مهراً صح أن تثبت في الذمة سلماً وقرضاً كالثياب.

وأما ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان⁽¹⁾. فهو حديث متكلم فيه، وردّه بعضهم، ومع ذلك فإن تأويله كما يلي:

* أنه يحمل على ما اتفقت فيه الصفات والأغراض، ويخصص عمومه بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص المتقدم.

* أو يحمل على منع الحيوان المضمونين.

وبهذا يتم الجمع بين الأحاديث، ويبقى كل في محلّه مختصّ بعلته في بابه، وتعمل السنن ولا يطرح منها شيء إلا ما ثبت نسخه أو ضعف أصله⁽²⁾.

والدليل على أن الحيوان يضبط بالصفة⁽³⁾:

- عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيئاً من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فإنه لا بأس بذلك»⁽⁴⁾.

أ - أن بني إسرائيل استوصفوا البقرة من نبيهم موسى ﷺ، فوصفها لهم؛ فلو لم يكن الوصف يضبطها لما كان فيما استوصفوا فائدة.

ب - أن النبي ﷺ وصف الدينة من الحيوان في الذمة.

ج - القياس على الإنسان لأنه يضبط بالصفة. ودليل كون الإنسان يضبط بالصفة:

ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال، قال النبي ﷺ: «لا تبأشر المرأة المرأة فتنتعتها لزوجها كأنه ينظر إليها»⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال أنه أقام الصفة مقام الرؤية في التعرف على المرأة.

(1) أخرجه الحاكم في المستدرک؛ والدارقطني في سننه. وفيه إسحاق بن إبراهيم بن جوفى، قال فيه ابن حبان: منكر الحديث جداً، وقال الحاكم: روى أحاديث موضوعة (تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذی).

(2) بداية المجتهد: 2/227، وإكمال الإكمال: 5/529.

(3) الإشراف: 2/569، والمنتقى: 4/293، و5/99، والذخيرة: 5/244.

(4) الموطأ في البيوع، باب ما لا يجوز في السلف. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب لا تبأشر المرأة المرأة فتنتعتها لزوجها.

د - القياس على الثياب؛ لأن كل ما صح أن يثبت في الذمة فإنه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب.

هـ - أن الصفات المقصودة معلومة، ولكل صفة عبارة، فيقتصر على أول مراتبه، فلا جهالة البتة.

والدليل على أن الحيوان يثبت في الذمة⁽¹⁾:

أ - حديث أبي رافع المتقدم. فهو يدل على جواز ثبوت الحيوان في الذمة؛ لأن النبي ﷺ أمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره؛ أي: مثل بكره، ولا يعرف ذلك إلا بأوصاف بكر الرجل، فلما لم يجد أمره بأن يقضيه بما هو أفضل منه.

ب - القياس على الطعام؛ لأن الحيوان معنى يكون بدلاً عن سلف، فوجب أن يثبت في الذمة كالطعام.

ج - القياس على الثياب؛ لأن كل ما جاز أن يثبت في الذمة ثمناً جاز أن يثبت فيها سلماً كالثياب.

د - القياس على سائر العروض؛ لأن كل نوع من الأعيان صح أن يكون بدلاً في النكاح والخلع، صح أن يثبت في الذمة سلماً كسائر العروض.

ويدخل فيما يوصف أيضاً الجواهر والياقوت والأحجار، فيجوز فيها السلم لأنها تضبطها الصفة، بشدة الصفاء وتوسطه وقلته، وكبر الحبة وصغرها وتوسطها، وسلامتها من النمش، وتدويرها واستطالتها، ووزنها ومقدارها، وما هو من أغراض أرباب الجواهر⁽²⁾.

ويدخل أيضاً المركبات كالترياقات⁽³⁾، ونحوها، ووجه الجواز أن المقصود في المركبات موصوف عادة⁽⁴⁾.

وتكون الأوصاف المشترطة فيما يلي:

* النوع، كقمح وشعير وفول ونحو ذلك.

* الصنف، كبُخت وعراب، وضأن ومعز، وكتان وقطن وحرير وصوف. ووجه

اشتراط تبيين النوع والصنف؛ لأنهما مقدمان على ما يتبعهما من الصفات، ولأن الصفات مضمّنة بهما ليكون المسلم فيه معلوماً ويخرج عن حيز الجهل؛ ولا يكون ذلك إلا بالمشاهدة، والمشاهدة لا تتصور في السلم إلا على معنى الصفة، بأن يريد عيناً بصفة النوع الذي يسلم فيه، وإذا تعذرت المشاهدة لم يبق إلا الصفة، ومتى عري العقد

(1) الإشراف: 569/2، والمنتقى: 293/4، و96/5.

(2) إكمال الإكمال: 531/5، والذخيرة: 241/5.

(3) ما يمنع امتصاص السم من المعدة والأمعاء. (4) الذخيرة: 241/5.

منهما - أي: النوع والصفة - كان مجهولاً وغرراً⁽¹⁾.

* الجَوْدَةُ والرَدَاءَةُ وبينهما؛ ووجه جواز الوصف بالجودة بذلك أنه معلوم متيسر للناس⁽²⁾.

* اللَّوْنُ فِي الثَّوْبِ وَالْعَسَلِ، لاختلاف الأغراض فيه، كثوب أبيض أو أسود أو أحمر بعد بيان صنفه أو عسل كذلك.

* الْمَكَانُ إِنْ احتِيجَ، ككون الحوت من بركة أو غدير أو بحر؛ وككون الثَّمَرِ مِنَ الطَّوْرِ أو مِنَ الشَّامِ أو من مصر وهكذا.

* نَاجِيَتِهِ إِنْ احتِيجَ لذلك، كالجبهة الشرقية أو الغربية أو الغيط الفلاني.
* الْقَدْرُ فِي الْجَمِيعِ.

* السَّنُّ الْمَسْتَلْزَمُ لبيان الصغر والكبر، وَالذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ، وَالْقَدْرُ الْمَسْتَلْزَمُ لِلطَّوْلِ وَالْقَصْرِ وَالتَّوَسُّطِ بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ فِي الْحَيَوَانِ.

* السَّمَرَاءُ وَالْمَحْمُولَةُ، إِنْ اختلفت الأغراض بهما، وَالجِدَّةُ وَالْمِلْءُ، وَضِدُّهُمَا الْقَدَمُ وَالضَّمُورُ، وَذَلِكَ فِي الْبُرِّ أَيْ: الْقَمَحِ.

* الرَّقَّةُ وَالطُّوْلُ وَالْعَرْضُ، وَضِدُّهَا الثَّخَنُ وَالْقَصْرُ وَقِلَّةُ الْعَرْضِ. وَذَلِكَ فِي الثَّوْبِ.

* الْمُعَصَّرُ مِنَ الْحَبُوبِ، كزيتون أو سلجم أو حب فجل أو كتان أو سمسم؛ وَنَاجِيَتِهِ، كمْغربي أو شامي، وَذَلِكَ فِي الزَّيْتِ.

* السَّنُّ وَالسَّمْنُ وَالذُّكُورَةُ، وَضِدُّهَا مِنْ هِزَالٍ أَوْ أُنُوثَةٍ؛ وَكَوْنُ الْحَيَوَانِ رَاعِيًا أَوْ مَعْلُوفًا، حَيْثُ احتِيجَ لذلك؛ أَوْ كَوْنُ اللَّحْمِ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ مِنْ جَنْبٍ أَوْ رَقَبَةٍ، وَنَحْوَ ذَلِكَ إِنْ اختلفت الأغراض؛ وَذَلِكَ فِي اللَّحْمِ، بَعْدَ بَيَانِ نَوْعِهِ مِنْ بَقَرٍ أَوْ ضَأْنٍ أَوْ غَيْرِهِمَا. وَدَلِيلُ جَوَازِ السَّلْمِ فِي اللَّحْمِ⁽³⁾:

أ - عموماً الحديث.

ب - أَنَّ اللَّحْمَ يَضْبَطُ بِالصِّفَةِ مِنْ جِنْسِ الْحَيَوَانِ، وَنَوْعِهِ، وَسَمَانَتِهِ، وَمَوَاضِعِ أَخْذِهِ، فَهُوَ كسائر العروض.

ج - الْقِيَاسُ عَلَى الْبِرِّ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ فَاشْبَهَ الْبِرَّ.

وَيَشْتَرَطُ أَنْ يُبَيِّنَ فِي كُلِّ شَيْءٍ أُسْلِمَ فِيهِ مِنْ لَوْلُوٍّ وَمَرْجَانٍ؛ أَوْ زَجَاجٍ؛ أَوْ مَعْدِنٍ، كحديد ورمصاص وكحل؛ أَوْ شَيْءٍ مَقْطُوبِخٍ، مِنْ لَحْمٍ أَوْ غَيْرِهِ؛ أَوْ مَنْسُوجٍ؛ أَوْ مِصَاغٍ مِنْ حَلِيٍّ؛ أَوْ أَوَانِيٍّ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ؛ مَا يَخْضُرُهُ وَيَضْبَطُهُ وَيُمَيِّزُهُ؛ أَيْ: يَعَيِّنُهُ فِي الذَّهْنِ حَتَّى تَنْتَفِي الْجِهَالَةُ بِهِ.

(2) الذخيرة: 251/5.

(1) المعونة: 985/2.

(3) الإشراف: 570/2، والمعونة: 987/2.

ولو أسلمه في شيء وشرط الجودة أو الرداءة وأطلق صح. وحمل في الجيد على الغالب؛ أي: الكثير منه في البلد؛ وحمل في الرديء على الغالب؛ وإن لم يغلب شيء فالوسط من الجيد أو من الرديء يقضى به.

ولأ يصح السلم فيما لا يمكن وصفه كتراب معادن الذهب والفضة والحديد وغير ذلك مما يحتاج في إخراج المقصود منه إلى عمل؛ لما علمت أنه يشترط بيان وصفه التي تختلف بها الأغراض، فما لا يمكن وصفه مجهولة حقيقته، وتراب المعادن لا تضبط بصفة⁽¹⁾.

السلم في الدنانير والدراهم:

يجوز السلم في الدنانير (الذهب) والدراهم (الفضة)، والدليل⁽²⁾:

أ - عموم الحديث، في قوله: «ووزن معلوم».

ب - القياس على الثياب؛ لأن كل ما جاز أن يكون في الذمة جاز أن يكون مسلماً فيه - أي: مثنوياً - أصله الثياب.

ج - أنه يمكن ضبطها بالصفة، فيذكر جنس فضتها أو ذهبها، وسكتها، وخفتها، وثقلها، ووزنها، وكونها صحاحاً وجياداً، فجاز السلم فيها.

السلم في طعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط بعينه:

السلم في الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط بعينه على ضربين:

الأول: إن كان ممّا يخلف⁽³⁾ ولا يؤمن تلفه، فهذا لا يجوز لأنه غرر.

الثاني: إن كان ممّا لا يخلف في العادة ولا بد أن يسلم كله أو أكثره، وإن جاز أن يتلف بعضه فلا بأس، مثل أن يسلم في عشرة أقفزة تمر برني من بلد كذا فيجوز؛ لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع المسلم فيه⁽⁴⁾.

السلم في الصناعات:

تدخل الصناعات فيما يوصف في السلم، وينقسم حكمها في مذهب ابن القاسم

على أربعة أقسام:

القسم الأول: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما

يعمل منه. فهو سلم على حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل، وضرب الأجل، وتقديم رأس المال.

(1) المتقى: 294/4، وإكمال الإكمال: 531/5، والذخيرة: 240/5.

(2) الإشراف: 570/2، والمعونة: 986/2.

(3) المراد بالإخلاف عدم الإثمار (المعجم الوسيط: 251).

(4) المعونة: 994/2.

القسم الثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه. فهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع. فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو يمكن إعادته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل، فيجوز على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك؛ فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره؛ وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها، لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل.

القسم الثالث: أن لا يشترط عمله بعينه، ويعين ما يعمل منه. فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام، بتعجيل النقد وتأخيره.

القسم الرابع: أن يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه. فهذا لا يجوز على حال؛ لأنه يتجاذبه أصلاً متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً؛ وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه⁽¹⁾.

القضاء بالأجود والأدنى بجنس المسلم فيه:

تقدم أنه يجوز قبل حلول الأجل قبول المسلم فيه بصفتيه التي وقع عليها العقد فقط، لا أزيد ولا أنقص؛ لما في النقصان من قاعدة: «ضع وتعجل»، ولما في الزيادة من قاعدة: «حط الضمان وأزيدك».

ونذكر هنا أنه يجوز بعد الأجل والمحل، دفعاً وقبولاً، الأجود مما في الذمة صفة؛ لأنه حسن قضاء ومسامحة من المسلم إليه؛ لأنه بحلول الأجل لا يجب عليه في حق المسلم شيء.

وكذلك الأذنى صفة؛ لأنه حسن اقتضاء، وهو من باب المعروف والمسامحة من المسلم؛ لأنه ليس بمتعجل شيئاً لا يستحقه؛ لأن الأجل قد حل⁽²⁾.

وأما الأقل كيلاً أو وزناً أو عدداً، طعاماً كان أو نقداً، فلا يجوز؛ إلا أن يقبل الأقل ويبرئه من الرأيد، فيجوز؛ لأنه معروف لا مكايسة.

وأما العروض، كالثياب، فيجوز قبول الأقل مطلقاً، أبراه أم لا؛ وكذا المثلي إذا لم يكن طعاماً ولا نقداً، كالحديد والنحاس. وهذا في قضاء السلم بجنسه.

القضاء بغير جنس المسلم فيه:

يجوز القضاء بغير جنس المسلم فيه، ولو قبل الأجل، وذلك بشروط ثلاثة وهي:

الأول: أن يعجل المدفوع من غير جنسه، وإلا لزم فسخ الدين في الدين.

الثاني: أن يكون المُسَلَّمُ فِيهِ غَيْرَ طَعَامٍ، ليسلما من بيع الطعام قبل قبضه. لأنه إذا أسلم في قفيز حنطة، فلما حلَّ الأجل أعطاه مكانه عدساً أو أرزاً أو حمصاً أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان، لم يجز شيء من ذلك؛ لأنه يبيع الطعام قبل قبضه، وقصد المتاجرة والمغابنة، وخروج عن المعروف والمسامحة. وأما في غير الطعام فيجوز، كأن يسلم إليه في عشرة أثواب بصفة معلومة وغزل معروف، فلما حلَّ الأجل أعطاه شيئاً من غير جنس المسلم فيه مثل الطعام أو الحيوان، فإنه يجوز لأنه يبيع الثياب قبل قبضها بما أعطاه فيها وذلك جائز، لكن بشرط أن يقبضه، فإن لم يقبضه وكان في ذمة المسلم إليه لم يجز؛ لأنه يصير ديناً بدين⁽¹⁾.

الثالث: أن يصحَّ سَلَمُ رَأْسِ المَالِ فِي المدفوع من غير الجنس، كما لو أسلمه ثوباً في بقرة فقبضها عنها بغيراً، فإنه يصح سلم الثوب في البعير. فلا يصح القضاء بالذهب ورأس المال عن المسلم فيه وِرْقٌ، وَعَكْسُهُ أَي: بورق ورأس المال ذهب؛ لأنه يؤول إلى سلم ذهب في فضة وعكسه وهو صرف مؤخر. ولا يصح القضاء بطعام يدفعه عن ثوب مسلم فيه ورأس المال فيه طعام؛ وإلا لزم بيع طعام بطعام نسيئة. ومتى كان المسلم فيه طعاماً فلا يجوز قضاء غيره عنه طعاماً كان أو غيره؛ لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه.

الشرط السابع: أن يوجد المسلم فيه عند حلول الأجل غالباً:

يشترط أن يُوجَدَ المسلم فيه عِنْدَ حُلُولِ الأجلِ غَالِباً. وقد علّل هذا الشرط بما يلي:

أ - لأن الغرض بالسلم حصول المسلم فيه بإزاء العوض المبذول في مقابله، فإذا لم يوجد عند المحلّ كان غرراً وعائداً بالجهل؛ لأنه إما أن يفسخ العقد فيرجع المسلم بالثمن على غرر، أو يصبر إلى وقت وجوده، وذلك انتقال من أجل إلى أجل، ويصير كمن عقد على عين الغير والبائع لا يقدر على تسليمها، وكل ذلك غير جائز⁽²⁾.

ب - لأن حلول الأجل يقتضي تسليم المسلم فيه، فإذا كان معدوماً حين الأجل لم يصح السلم فيه؛ لأن من شرط صحة السلم والبيع التمكّن من التسليم⁽³⁾.

ج - لثلاً يكون الثمن تارة يبعأ لو وجد المسلم فيه عند الأجل، وتارة سلفاً لو لم يوجد. قال القرافي: السلف رخص فيه صاحب الشرع لمصلحة المعروف بين العباد، فاستثناه لذلك من قاعدة الربا في النقدين وغيرهما لعدم التناجز فيه. فإن فعل لغير المعروف امتنع، فإذا آل الثمن إلى السلف مع أنه لم يقصد به المعروف أولاً، امتنع

(2) المعونة: 2/990.

(1) المعونة: 2/992.

(3) المتقى: 4/300.

لفقدان المعنى الذي لأجله استثناء الشرع من المحرمات⁽¹⁾، أو لأن ما شأنه أن يكون الله إذا وقع لغير الله امتنع، ويفيدنا هذا - أي: التعليل الثاني⁽²⁾ -؛ فلهذه القاعدة يعلل الأصحاب بقولهم: يلزم - من ذلك - أن يكون الثمن تارة بيعاً وتارة سلفاً⁽³⁾.

ولا يضر انقطاعه قبل حلول الأجل مع وجوده عنده. وقد قال بعضهم: إن انقطاعه قد يتفق مع وفاة المسلم إليه أو طرؤه عذر فيتأخر القبض أو لا يقع، فيؤول ذلك إلى الغرر. ورد ابن رشد الجّد هذا الاعتراض بأن ذلك لا يلزم؛ لأن العقود إذا صحّت وسلمت من الغرر، فلا يراعى ما يطرأ عليها بعد ذلك ممّا لم يقصد إليه، إذ لو روعي ذلك لما صحّ عقد ولا سلم بيع بوجه من الوجوه⁽⁴⁾.

ولكن لا يصح السلم فيما هو نادر الوجود؛ لعدم وجوده في الغالب عند الأجل، فيلزم عليه بيع ما ليس عندك، وما لا قدرة لك على تسليمه.

وإن انقطع ما له إبان من المسلم فيه، بجائحة أو تعيب، خيّر المشتري بين أمرين: - في الفسخ وأخذ رأس ماله.

- في البقاء لقابل، حتى يظهر المسلم فيه في وقته. فإن أتى القابل فلا فسخ، وتعين أخذ المسلم فيه.

ووجه تخيير المسلم - وهو المشتري - بين الأمرين، أن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار. وفي البقاء لقابل بيع الدين بالدين، لكنّه غير منظور إليه؛ لأنه دخل اضطراراً لا مقصوداً⁽⁵⁾.

ومحل التخيير: إذا لم يكن التأخير حتى انقطع بسبب المشتري، وإلا وجب الإبقاء لقابل؛ لأنه قد ظلم البائع حيث فرط في أخذ حقه، فتخييره زيادة ظلم له، ذكر هذا ابن عبد السلام.

وإن قبض المشتري البعوض من المسلم فيه وانقطع، وجب عليه التأخير لقابل ولا تخيير له، إلا أن يرضى المشتري والبائع بالمحاسبة؛ فإن كان المشتري قبض النصف مثلاً رد البائع له نصف رأس السلم فيجوز؛ سواء كان رأس المال مقوماً أو مثلياً، كما صرح به الشيخ خليل، فعلم أن محلّ تخيير المشتري مقيد بقيود ثلاثة:

الأول: أن لا يصبر حتى يأتي العام القابل.

(1) وهذا التعليل للرويات.

(2) التعليل الثاني هو قوله: أو لأن ما شأنه أن يكون الله إذا وقع لغير الله امتنع.

(3) الذخيرة: 254/5.

(4) المقدمات: 23/2.

(5) بداية المجتهد: 231/2.

الثاني: وأن لا يقبض البعض.

الثالث: وأن لا يكون التأخير حتى انقطع بسببه.

وأما الإقالة من بعض ما أسلم فيه، إذا لم يحصل انقطاع، فيأخذ المشتري بعضه ويعض رأس ماله، فلا يجوز؛ لأنه ذريعة إلى البيع والسلف، وإلى بيع الطعام قبل قبضه إذا كان طعاماً، والذرائع ممنوعة؛ وذلك أن التهمة تقوى في أنهما تواطأ على البيع والسلف، وسمّياه بيعاً ليتطرقاً بذلك إلى جوازه؛ ومن صور التحيل كأن يقول رجل لآخر: بعني عشرة أفقزة من طعام بمائة دينار، فقال الثاني: لا أفعل إلا أن تسلفني مائة دينار. فقال: إن البيع والسلف لا يجوز، ولكن يجعل السلم في عشرين قفيزاً، فإذا حلّ الأجل أقلتك من عشرة وأخذت عشرة، فيتتفع البائع بثمان العشرة ثم يردّ له بدله، فيصير بيعاً وسلفاً⁽¹⁾.

بيع المسلم السلعة المسلم فيها قبل قبضها⁽²⁾:

إذا أسلم الرجل في طعام ثمناً معلوماً، ثم أراد بيعه قبل قبضه، فلا يجوز له يبيعه لا للبائع وهو المسلم إليه ولا لغير البائع؛ لما تقدّم في البيع من عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه.

وإذا أسلم الرجل في عرض ثمناً معلوماً، ثم أراد بيعه قبل قبضه للبائع وهو المسلم إليه، فإنه إن باعه بمثل ثمنه أو أقلّ منه جاز، ووجه الجواز أنه لا تهمة في بيعه بمثل الثمن أو أقلّ منه؛ لأنه يعطيه دنائره أو أقلّ بعد مدّة، عند أجل التسليم، وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان.

وإن كان بأكثر لم يجز، ودليل عدم الجواز:

أ - سدّ الذريعة؛ لأنه يتهم أن يكون أقرضه دنائير بأكثر منها إلى أجل، وتسمية السلم الذي سمّياه يكون لغواً لم يتحصّل، وذلك ذريعة إلى الربا.

ب - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فإذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً فسلف فيه إلى أجل فحل الأجل فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك أنه إذا فعله فهو الربا صار المشتري إن أعطى الذي باعه دنائير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد إليه ما سلفه وزاده من عنده»⁽³⁾.

(1) الإشراف: 570/2، والمعونة: 993/2، وبداية المجتهد: 232/2.

(2) المعونة: 1002/2، وبداية المجتهد: 232/2.

(3) انظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

وإن باعه لغير بائعه - أي: غير المسلم إليه - بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر - يداً بيد - جاز؛ لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه، ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لئلا يكون ديناً بدين.

اختلاف البيع عن السلم:

ويجوز الشراء من بائع دائم العمل، كخباز ولحّام، تشتري منه جُمْلَةً، كقنطار، مُفَرَّقَةً عَلَى أَوْقَات، ككلّ يوم رطل حتى تفرغ الجملة المعينة، بدينار مثلاً؛ أو تشتري منه كُلَّ يَوْمٍ قِسْطاً مُعَيَّناً، كرطل بكذا. فقولُه: بكذا راجع للمسألتين، لكن رجوعه للأولى على أنه ثمن المجموع كالقنطار، وللثانية على أنه ثمن القسط المعين كالرطل في كل يوم مثلاً. وهذا من باب البيع لا السلم فلا يشترط تعجيل رأس المال ولا تأجيل المثل؛ لأن البائع لما نصب نفسه للعمل أشبه ما باعه الشيء المعين، فإن مات انفسخ في الصورة الثانية. ويشترط الشروع في الأخذ فيما دون نصف شهر.

وأما إن لَمْ يَدُم عمله فَسَلَمٌ؛ يشترط فيه شروطه، كقنطار من خبز من كذا، صفته كذا، يأخذه بعد نصف شهر بكذا، ويعلم فيه رأس المال على ما تقدم.

ومن أمثلة السلم اسْتِصْنَاع سَيْفٍ أو رِكَابٍ من حَدَادٍ؛ أو سَرْجٍ من سُرُوجِيٍّ؛ أو ثوب من حياك؛ أو باب من نجار؛ على صفة معلومة بثمن معلوم؛ فيجوز وهو سلم تشترط فيه شروطه، كان البائع دائم العمل أم لا؛ وذلك بشرط أن لا يُعَيَّنَ الْعَامِلُ أو الْمَعْمُولُ مِنْهُ. فإن عينه فسد، نحو: أنت الذي تصطنعه بنفسك أو يصنعه زيد بنفسه، أو تصنعه من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الغزل أو من هذا الخشب بعينه؛ لأنه حينئذ صار معيناً لا في الذمة، وشرط صحة السلم كون المسلم فيه ديناً في الذمة.

وإن اشْتَرَى الْمَعْمُولَ مِنْهُ، كأن يشتري منه الحديد أو الغزل أو الخشب ونحو ذلك؛ واشْتَأَجَرَهُ على عمله بعد ذلك؛ جَازَ إنْ شَرَعَ الْعَامِلُ فِي الْعَمَلِ فيما دون نصف شهر، عَيَّنَ الْعَامِلُ أم لا، وذلك كمن وجد صانعاً شرع في تور أو طشت أو سيف أو نحو ذلك فاشتراه منه جزافاً بثمن معلوم، على أن يكمله له جاز؛ ودخل في ضمان المشتري بالعقد. وإنما يضمه البائع ضمان الصانع. فإن اشتراه على الوزن لم يدخل في ضمانه إلا بالقبض. ومحل الجواز إن شرع بائعه في التكميل على ما تقدم. وهذا بخلاف شراء ثوبٍ ليكمل، فإنه لا يجوز لأن المعدن، كالنحاس والحديد، إن خرج على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة يمكن إعادته؛ بخلاف الثوب، إلا أن يَكْتُرَّ الْعَزْلُ من جنسه عند العامل، فإنه يجوز شراء الثوب ليكمل؛ لأنه لو خرج على خلاف الصفة المشترطة عمل من ذلك الغزل بدله على الصفة.

والفرق بين مسألة الشراء هذه والتي قبلها؛ أن العقد فيما قبلها وقع على المصنوع على وجه السلم، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري؛ وهذه وقع العقد فيها على

المعمول منه بعد أن ملكه المشتري، ثم استأجره بالشرط في العقد على عمله؛ فلذلك كان العقد صحيحاً بشرطه، عيّن العامل أم لا.

المسامحة في بعض الشروط:

إذا عقد السلم على الشروط المذكورة، جازت المسامحة بعد ذلك من أحد المتعاقدين للآخر، ما لم يعد بنقض أصله، أو بذريعة إلى فعل محظور ممّا يلي:

- بيع وسلف.
 - ضع وتعجل.
 - معاوضة على إسقاط الضمان.
 - بيع الطعام قبل قبضه.
 - بيع طعام بطعام نسيئة.
- وما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة. فمتى أدت المسامحة إلى شيء من ذلك لم يجز⁽¹⁾.



القرض والمقاصة

القرض لغة:

القرض - بفتح القاف - القطع، سمي قرضاً لأنه قطعة من مال المقرض. وهو أيضاً الترك، يقال: قرضت الشيء إذا تركته، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا عَرَبَتْ فَقَرْضُهُمْ ذَاتَ الشِّمَالِ﴾ [الكهف: 17]. وهو المسمّى في العرف بالسلف.

حقيقة القرض الشرعية:

القرض - بفتح القاف - إعطاء مُمْتَمُولٍ، من مثلي أو حيوان أو عرض، في نظير عَوْضٍ مُتَمَاثِلٍ، صفة وقدرأ، للمعطي له، لنفعه فقط، كائن ذلك العوض في ذمته. فخرج بقوله: «متمول» ما ليس متمولاً كقطعة نار، فليس بقرض. وخرج بقوله: «في نظير عوض» دفع الهبة والصدقة والعارية. وخرج بقوله: «مماثل» البيع والسلم والصرف والإجارة والشركة، فإنّ العوض فيها مخالف.

وخرج بقوله: «لنفعه فقط» نفع المعطي ونفع المعطى له ونفع أجنبي من جهة المعطي، فالكلّ سلف فاسد؛ لأنه الربا المجمع على تحريمه. وقوله: «في ذمته» أي: أن يكون مؤجلاً في الذمة. وخرج به المبادلة المثلية، كدفع دينار أو أردب في مثله حالاً.

حكم القرض:

القرض - بمعنى الإقراض - مندوب. ودليل المشروعية والجواز⁽¹⁾:
أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بَيْنِي ءِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

ووجه الاستدلال أنّ الآية سيقت لبيان أحكام التداين. وأفادت جواز التداين

(1) المعونة: 2 / 982، 988، وأحكام القرآن: 1 / 247، والجامع لأحكام القرآن: 2 / 184، و3 / 377، والذخيرة: 5 / 285، والتحرير والتنوير: 3 / 99.

بدلالة الإشارة، إذ أمرت بكتابة الدين إذا حصل التداين، والقرآن لا يقدر حصول فعل غير جائز من دون أن يبين منعه، فالأمر بكتابة الدين فرع مشروعيته. وحقيقة الدين كلّ معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة مؤخرأ؛ ومن ذلك بيع السلم، فإن الثمن فيه معتجل والسلعة مؤخره، كما سيأتي في الشروط. وقد روي عن ابن عباس أنّ الآية نزلت في السلم، ومعنى كلامه أنّ بيع السلم سبب نزول الآية، إذ كان السلم من معاملات أهل المدينة. لكن الآية عامة تتناول جميع المداينات، من قرض أو من بيع أو غير ذلك بالإجماع، لما هو مقرّر في الأصول أنّ السبب الخاص لا يخصّص العموم. قال القرطبي: وقد استدلّ بالآية بعض علمائنا على جواز التأجيل في القروض - على ما قال مالك - إذ لم يفصل بين القرض وسائر العقود في المداينات. وعند البعض الآخر من العلماء أنّ الدين غير القرض بدلالة اللغة، إذ الدين يكون عن بيع، والقرض لا يكون عن بيع، وإنما هو سلف.

ب - فعله ﷺ، فقد اقترض كما سيأتي.

ودليل النذب⁽¹⁾: أنّه من التعاون على البر والمعروف الذي حثّ عليه الإسلام. والنذب هو الأصل فيه، وقد يعرض له ما يوجبه كالقرض عند الضرورة كتخليص مستهلك وفي المسبغة؛ أو ما يكرهه كالقرض ممّن له في ماله شبهة أو لمن يخشى صرفه في محرّم من غير أن يتحقّق ذلك؛ أو ما يحرمه إن تحقّق ذلك. ولا يكون القرض مباحاً لأنّه من المعروف.

ويعدّ القرض من أعظم المعروف، يقبله الفضلاء الممتنعون من تحمّل المنن⁽²⁾.

استثناء القرض من قواعد محرّمة:

قد تقدم في البيوع أنّ القرض مستثنى من قاعدة ربا النساء، ونضيف هنا أنّه مستثنى أيضاً من قاعدتي المزابنة وبيع ما ليس عند البائع، فالقواعد ثلاث هي: قاعدة حرمة ربا النساء؛ فلا يضرّ فيه التأخير مع أنّه متحد الجنس، في النقد وفي الطعام، ولا فرق بين الطعام الربوي وغيره بشروطه.

قاعدة المزابنة، وهو بيع معلوم بالمجهول من جنسه، إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات.

قاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات.

وحكمة الاستثناء أنّ الله تعالى شرع القرض للمعروف والإحسان، ولذلك استثناء من الربا المحرّم، والمزابنة المحرّمة، ومنع ما ليس عند البائع المحرّم؛ فجوزها في القرض، وهي محرّمة في غير القرض. من باب ترجيح مصلحة الإحسان على مصلحة

المنع، فقدّمها الشارع عليها، على عادته في تقديم أعظم المصلحتين على أدناهما عند التعارض؛ فإذا وقع القرض ليجرّ نفعاً للمقرض بطلت مصلحة الإحسان لأمرين:
 الأوّل: للمكايسة، فيبقى الربا سالماً عن المعارض فيما يحرم فيه الربا، فتثبت الحرمة لأجل الربا. وهذا فيما فيه ربا.
 الثاني: لكون المقرض والمقترض خالفا مقصود الشارع، فأوقعا ما لله لغير الله. فيحرم لهذا المعنى فيما فيه ربا، وفيما لا ربا فيه كالعروض⁽¹⁾.

الفرق بين القرض والعارية:

العارية هي الذات المعارة. والإعارة تملك منفعة الذات مؤقتة بلا عوض. وهي من المعروف كالقرض، كما سيأتي في باب الإعارة.
 والفرق بين العارية تجوز إذا وقعت إلى أجل بعوض، وإن خرجت بذلك عن المعروف؛ وبين القرض لا يجوز إذا خرج عن المعروف إلى انتفاع المقرض؛ أنّ الإعارة إذا وقعت بعوض كانت إجارة، والإجارة لا يتصور فيها الربا، والقرض إذا وقع بعوض كان بيعاً، والبيع يدخله الربا، كما بينا آنفاً⁽²⁾.

اشتراط الأجل في القرض:

يشترط تعيين الأجل في القرض. والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

ووجه الاستدلال أن الآية سيقّت لبيان أحكام التداين. وأفادت وجوب التأجيل وتعيين الأجل وتسميته بدلالة الإشارة، إذ أمرت بكتابة الدين إذا حصل التداين إلى أجل مسمّى؛ أي: أجل معيّن بنهايته، والدين لا يكون إلّا إلى أجل، والمقصود من وصف الدين بالمسمّى إدماج الأمر بتعيين الأجل، ولو كان الدين يجوز إلى غير أجل أو إلى أجل مجهول لبيّنه الله تعالى، ولما كان في إدماج وصف الدين بالمسمّى فائدة. والأمر بالكتابة يتعلّق بالدين وأجله وتقدّم في باب السلم أن الآية نزلت في السلم، وأنّ دلالتها عامة في كلّ دين من بيع أو قرض، والدليل:

أ - أنّ كلمة «دين» في قوله تعالى: ﴿بِدَيْنٍ﴾ نكرة في سياق الشرط، فيفيد العموم.

(1) الذخيرة: 231/5، و289/5، وشرح التلّفين: 4/ ورقة 23.

(2) الذخيرة: 291/5.

(3) الإشراف: 567/2، والمعونة: 988/2، والمقدمات: 28/2، والمعلم: 321/2، والمفهم: 2893/5، والجامع لأحكام القرآن: 377/3، وتفسير ابن عرفة: 778/2، والذخيرة: 252/5، وإكمال الإكمال: 532/5، وبداية المجتهد: 228/2.

ب - الإجماع .

ج - عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة، وهم يسلفون في الثمار، السنة والستين، فقال: «من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»، وفي رواية: «من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»⁽¹⁾. وتقدم لنا في باب السلم أنّ وجه الاستدلال اشتراط الحديث أن يكون السلم مؤجلاً إلى أجل معلوم، والأمر في جواب الشرط للوجوب، وهو نصّ في المطلوب. فلا يجوز أن يكون حالاً، ولا أن يكون مؤجلاً إلى أجل مجهول. وقد تقدم أيضاً بيان أنّ الدين من بيع أو من قرض حكمه سواء.

د - عن أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم «ذكر رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال: ائنتني بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى بالله شهيداً. قال: فأنتني بالكفيل، قال: كفى بالله كفيلاً. قال: صدقت، فدفعها إليه إلى أجل مسمى. فخرج في البحر ففقد حاجته، ثم التمس مركباً يركبها يقدم عليه للأجل الذي أجله، فلم يجد مركباً، فأخذ خشبة فنقرها فأدخل فيها ألف دينار وصحيفة منه إلى صاحبه، ثم زجج موضعها، ثم أتى بها إلى البحر، فقال: اللهم إنك تعلم أنّي كنت تسلفت فلاناً ألف دينار، فسألني كفيلاً، فقلت: كفى بالله كفيلاً، فرضي بك، وسألني شهيداً، فقلت: كفى بالله شهيداً، فرضي بك. وأني جهدت أن أجد مركباً أبعث إليه الذي له فلم أقدر، وإني أستودعكها فرمى بها في البحر حتى ولجت فيه. ثم انصرف وهو في ذلك يلتمس مركباً يخرج إلى بلده، فخرج الرجل الذي كان أسلفه ينظر لعل مركباً قد جاء بماله، فإذا بالخشبة التي فيها المال فأخذها لأهله حطباً، فلما نشرها وجد المال والصحيفة، ثم قدم الذي كان أسلفه فأتى بالألف دينار، فقال: والله ما زلت جاهداً في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركباً قبل الذي آتيت فيه، قال: هل كنت بعثت إلي بشيء قال: أخبرك أنّي لم أجد مركباً قبل الذي جئت فيه، قال: فإن الله قد أدى عنك الذي بعثت في الخشبة، فانصرف بالألف الدينار راشداً»⁽²⁾. ووجه الاستدلال من القصة أنّ الرجل سعى بكلّ حيلة أن يوصل المال إلى من اقترضه منه في الأجل المضروب بينهما، وقد ذكر النبي صلى الله عليه وسلم هذه القصة في سياق المدح، وذلك يدلّ على مشروعية الأجل. وهذا الاستدلال مبني على أنّ شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ⁽³⁾.

هـ - أنّ القرض لمّا كان مستثنى من تحريم الربا والمزابنة وبيع ما ليس عند البائع

(1) أخرجه البخاري في البيوع، باب السلم في وزن معلوم؛ ومسلم في المساقاة، باب السلم.

(2) أخرجه البخاري في الحوالات، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها.

(3) القبس: 2/ 790، والذخيرة: 295/5.

كما قد بينا، لأجل المعروف وحاجة الناس إليه ومراعاة مصلحتهم؛ فإن ضرب الأجل يكون أتمّ للمعروف وأبقى للموَدّة بين المقرض والمقرض⁽¹⁾.

كتابة الدين والإشهاد عليه:

أمر الله تعالى بكتابة الدين والإشهاد عليه، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَالِّيًا أَوْ لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمْلِعَ لَهُ فَيَمْلِكْ وَلِيًّا بِالْعَدْلِ وَأَنْتُمْ تُشْهِدُونَ شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلٍ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ﴾ [البقرة: 282].

ومحل الاستدلال على الكتابة قوله: ﴿فَاكْتُبُوهُ﴾، ومحل الاستدلال على الإشهاد قوله: ﴿وَأَنْتُمْ تُشْهِدُونَ شَهِدَيْنِ...﴾.

والأمر بالكتابة محمول عند الأئمة مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد على النذب إلى حفظ الأموال لإزالة الريب، قال ابن عطية في توجيه حمل الأمر على النذب: لأنّ للمرء أن يهب هذا الحق ويتركه بإجماع، فكيف يجب عليه أن يكتبه، وإنما هو نذب للاحتياط⁽²⁾.

والأمر بالإشهاد هو غير الكتابة؛ أي: الإشهاد على الكتابة، فالأمور به المتداينون أمران: الكتابة والإشهاد عليها، ويؤيد هذا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283]، فلم يجعل بين فقدان الكاتب وبين الرهن درجة وهي الشهادة بلا كتابة؛ لأنّ قوله: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا﴾ صار في معنى: ولم تجدوا شهادة، ولأجل هذا يجوز أن يكون الكاتب أحد الشاهدين، وإنما جعل القرآن كاتباً وشاهدين لندرة الجمع بين معرفة الكتابة وأهلية الشهادة⁽³⁾.

والأمر بالشهادة محمول على النذب أيضاً، وهو أمر إرشاد للتوثق والمصلحة⁽⁴⁾.

والحكم عام في كلّ دين، من قرض أو من بيع أو غير ذلك بدليل الإجماع، كما تقدّم ذكره في باب السلم وهنا في حكم القرض.

(1) القبس: 790/2.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 383/3، والمقدمات: 278/2، والتحرير والتنوير: 100/3.

(3) التحرير والتنوير: 105/3.

(4) أحكام القرآن: 253/1، والجامع لأحكام القرآن: 389/3، والمقدمات: 278/2، والتحرير

والتنوير: 106/3.

والأمر بالكتابة والإشهاد عليه يتعلّق بالدين وأجله⁽¹⁾.

وعلى هذا - أي: الحمل على الندب - فيكون قوله تعالى فيما بعد في هذه الآية: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَمِصْرًا فَمِصْرًا أَلَّذِي أَوْثِقَ أَمْتَهُ﴾ [البقرة: 283] تكميلاً لمعنى الندب لطلب الكتابة والإشهاد؛ أي: إذا ظننتم أنكم في غنية عن التوثق في ديونكم بأنكم أمناء عند بعضكم، فأعطوا الأمانة حقّها. ومعنى كونها تكميلاً لذلك أنّها بيّنت أنّ الكتابة والإشهاد بين المتدائنين، مقصود بهما حسن التعامل بينهما، فإن بدا لهما أن يأخذا بهما فنعمًا، وإن اكتفيا بما يعلمانه من أمان بينهما فلهما تركهما. وأتبع هذا البيان بوصية كلا المتعاملين بأن يؤدّيا الأمانة ويتقيا الله⁽²⁾.

ومقصد شرع الكتابة والإشهاد تظهر من جهتي المتدائنين كما يلي⁽³⁾:

التوثق للحقوق، لما عسى أن يطرأ بين المتعاقدين من اختلاف الأحوال كالموت ونحوه. التذكير بالدين عند حلول أجله، لما يتوقّع من الغفلة والنسيان في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل.

تنظيم معاملات الناس.

إمكان الاطلاع على العقود الفاسدة.

وهذه مصالح دنيوية، تعود إلى حفظ المال.

الحفاظ على العلاقة بين المتعاقدين وبقيائها، بقطع أسباب الخصومات، بسدّ الطريق أمام تغيير القلوب وما قد يوسوس به الشيطان من الإنكار، المؤدي إلى التنازع بينهما. وهذا مصلحة دينية، وهي السلامة من الخصومة بين المتعاملين.

وعرف هذا المقصد من تعليل الله تعالى لأحكام الكتابة، بقوله: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: 282] فهو تصريح بالعلّة لتشريع الأمر بالكتابة والشهادة، وقد صرّحت العلّة بثلاث علل:

الأولى: أنّ الكتابة فيها زيادة التوثق بحفظ الحقوق، فهي أقسط أي: أشدّ قسطاً؛ أي: عدلاً؛ لأنّه أحفظ للحقوق.

الثانية: أنّ الكتابة أقوم للشهادة؛ أي: أعون على إقامة الشهادة.

الثالثة: أنّها أقرب إلى نفي الريبة والشكّ.

قال الشيخ ابن عاشور: ويستخرج من هذه العلل أنّ المقصد الشرعي أن تكون الشهادة في الحقوق بيّنة، واضحة، بعيدة عن الاحتمالات والتوهّمات. وقال: وفي الآية حجة لجواز تعليل الحكم الشرعي بعلل متعدّدة، وهذا لا ينبغي الاختلاف فيه⁽⁴⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 3/ 382.

(2) التحرير والتنوير: 3/ 123.

(3) أحكام القرآن: 1/ 247، وتفسير ابن عرفة: 2/ 779.

(4) التحرير والتنوير: 3/ 114.

وقد رجّح الشيخ ابن عاشور القول بحمل الأمر بالكتابة والإشهاد على الوجوب، وهو قول أبي سعيد الخدري، وابن جريج، والشعبي، وعطاء، والنخعي، والطبري. وقد علّل الشيخ ترجيحه بأن الأصل في الأمر الوجوب، وقد تأكد هذا الحمل بمقاصد تشريع الكتابة والإشهاد؛ وبفعل النبي ﷺ فقد باع وكتب وأشهد، ومما جاء في ذلك: عن العداء بن خالد قال: كتب لي النبي ﷺ: «هذا ما اشتري محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد، بيع المسلم من المسلم، لا داء ولا خبث ولا غائلة»⁽¹⁾. وحمل قوله تعالى في الآية: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْنَتَهُ﴾ على حالة الائتمان، وأنها رخصة خاصة بين المتعاقدين، فإن حالة الائتمان حالة سالمة من تطرّق التناكر والخصام؛ لأن الله تعالى أراد من الأمة قطع أسباب التهاجر والفوضى، فأوجب عليهم التوثق في مقامات المشاحنة، لئلا يتساهلوا ابتداء ثم يفضوا إلى المنازعة في العاقبة. قال: ويظهر لي أنّ في الوجوب نفيًا للخرج عن الدائن إذا طلب من مدينه الكتب حتى لا يعدّ المدين ذلك من سوء الظنّ به، فإنّ في القوانين معذرة للمتعاملين. ثمّ اعترض الشيخ على تعليل ابن عطية للندب، فقال: وهذا كلام قد يروج في بادئ الرأي، ولكنه مردود بأنّ مقام التوثق غير مقام التبرّع. ومقصد الشريعة تنبيه أصحاب الحقوق حتى لا يتساهلوا ثمّ يندموا، وليس المقصود إبطال ائتمان بعضهم بعضاً؛ كما أنّ من مقاصدها دفع موجدة الغريم من توثق دائنه إذا علم أنّه بأمر من الله؛ ومن مقاصدها قطع أسباب الخصام⁽²⁾.

وقد جاء في الآية أحكام تتعلق بالكتابة، وهي التالية:

- إذا كان المتدائنان يحسنان الكتابة، فالأمر لهما بأن يكتبوا الوثيقة بينهما. وهذا مأخوذ بدلالة لحن الخطاب أو فحواه من قوله تعالى فيما بعد: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾ ووجه اشتراط كونهما يحسنان الكتابة؛ لأنّ جهل أحدهما بالكتابة ينفي ثقته بكتابة الآخر⁽³⁾.

- إذا كان المتدائنان لا يحسنان الكتابة أو أحدهما، فقد أمر الله تعالى أن يكتب بينهما كاتب بالعدل ويسلمه بيد صاحب الحق، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾؛ أي: بالحق فلا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل. وفعل الأمر بالكتابة إلى الكاتب مبالغة في أمر المتعاقدين بالاستكتاب. وقوله: ﴿بِالْعَدْلِ﴾ متعلّق بقوله: ﴿وَلْيَكْتُبْ﴾؛ أي: لا يكون في قلبه ولا قلمه ميل لأحدهما على الآخر، وليس

(1) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتبما. ومعنى الغائلة: الإباق والسرقة والزنا.

(2) التحرير والتنوير: 100/3.

(3) أحكام القرآن: 247/1، والتحرير والتنوير: 101/3.

متعلقاً بـ ﴿كَاتِبٌ﴾؛ لأنه كان يلزم ألا يكتب وثيقة إلا العدل في نفسه؛ أي: فليس العدل هنا بمعنى العدالة التي يوصف بها الشاهد؛ لأن وجود الباء يصرف عن ذلك، وإليه ذهب ابن عاشور. وعند الإمام القرطبي أنه متعلق بـ ﴿كَاتِبٌ﴾؛ أي: ليكتب بينكم كاتب عدل، فقوله: ﴿بِالْمَكْدَلِ﴾ في موضع الصفة، لقول الإمام مالك: «لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها عدل في نفسه مأمون، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْمَكْدَلِ﴾⁽¹⁾.

- نهى سبحانه الكاتب إذا دعي للكتابة، أن يأبى ذلك، فقال: ﴿وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ﴾. وصرح بمقتضى النهي عن الإباء بقوله: ﴿فَلْيَكْتُبْ﴾ وهو موجه للكاتب⁽²⁾. واختلف هل الإجابة واجبة على الكاتب أم لا؟ فهو عند ابن العربي أمر إرشاد لا وجوب، فللكاتب أن يأخذ أجره على ذلك⁽³⁾. قال القرطبي: لو كانت الكتابة واجبة ما صح الاستئجار بها؛ لأن الإجارة على فعل الفروض باطلة، ولم يختلف العلماء في جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة⁽⁴⁾. وأما الشيخ ابن عاشور فقال بعد أن نقل القول بكونه فرض كفاية: «وهو الذي لا ينبغي أن يعدل عنه»، ثم عدل عنه إلى القول بكونه فرض كفاية، فقال: «لو قيل إنه واجب على الكفاية على من يعرف الكتابة من أهل مكان المتدائنين، وإنه يتعين بتعيين طالب التوثق أحدهم، لكان وجيهاً»⁽⁵⁾.

- أمر الله تعالى بأن يكون الذي يتولى إملاء الكتابة على الكاتب هو من عليه الدين؛ أي: المدين، قال تعالى: ﴿وَلْيُلْبِ الْاِذَى عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ ووجه ذلك أن المدين بإملائه يكون مقراً بالدين وملتزمأ له، فلو كان صاحب الدين هو المملي لم ينفع حتى يقر له الذي عليه الدين⁽⁶⁾.

- فإن كان المدين سفيهاً أو ضعيفاً، فقد أمر الله تعالى بأن يتولى الإملاء وليه نيابة عنه. قال تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤَدِّيَ هُوَ فَلْيُمِدَّ لَهُ مِنْ مَالِ اللَّهِ لِيُؤَدِّيَ إِلَيْهِ بِمَا كَانَتْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ﴾.

والسفيه: المتناهي في ضعف العقل وفساده، كالمجنون والمحجور عليه، وشاهده قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ على ما سيأتي في باب الحجر إن شاء الله تعالى.

والضعيف: الذي يغلبه قلة النظر لنفسه كالطفل، وشاهده قوله تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِي لَوْ تَرَكَوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: 9].

(1) الجامع لأحكام القرآن: 3/384، والتحرير والتنوير: 3/101.

(2) التحرير والتنوير: 3/103. (3) أحكام القرآن: 1/248.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 3/384. (5) التحرير والتنوير: 3/101.

(6) أحكام القرآن: 1/248، والجامع لأحكام القرآن: 3/385.

والذي لا يستطيع أن يملّ: الغبي الذي يفهم منفعته، لكن لا يلفق العبارة عنها؛ وكذلك الأخرس الذي لا يتبين منطقه عن غرضه⁽¹⁾.

- نهى الله تعالى المملي أو الكاتب عن أن ينقص من أمور الدين شيئاً، لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ لَآلِهَةٍ رَبُّهُ وَلَا يَبْحَسُ مِنْهُ شَيْئاً﴾ أمره بمراقبة الله تعالى ونهاه عن البخس، والبخس النقص بقصد الإخفاء عن غفلة من صاحب الحق. وفي ذلك إشارة إلى وجوب كتابة الدين بجميع صفاته، المبيّنة له، المعربة عنه، المعرفة للحاكم بما يحكم عند تنازع المتدائنين إليه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْمُرُوا أَنْ تَكْتُمُوا صَهِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَيْنَا أَجْلِبُهُ﴾ فهو تأكيد من الله تعالى على كتابة جميع ما يتعلّق بالدين مهما كان قدره، فلا يقول قائل: هذا لا أحتاج إلى كتبه والإشهاد عليه؛ لأنّ الله تعالى أمر به وخصّ بالتنبيه على كتابة القليل والكثير بنفس الدرجة. لكن قال العلماء: إلّا ما كان من قيراط ونحوه لنزارته وعدم تشوّف النفوس إليه، إقراراً أو إنكاراً⁽²⁾.

وأما ما جاء في الآية من أحكام الشهادة فسيأتي الحديث عنه في باب الشهادة إن شاء الله تعالى.

التوثق بالرهن في الدين:

إنّ جميع ما تقدّم من الأمر بالكتابة والإشهاد في معاملات التداين، حكم في الحضر. فإن كان المتدائنان في سفر ولم يتمكنا من ذلك لعدم وجود من يكتب ويشهد، فقد شرع الله لهما حكم آخر وهو الرهن. وسيأتي الحديث عن أحكام الرهن في بابه، إن شاء الله تعالى.

ما يجوز أن يقرض:

إنما يجوز أن يقرض الشيء الذي يصحّ السلم فيه، من حيوان، وعرض، ومثلي من مكيل أو موزون، ولو لم يمكن ردّ المثل في غير المثلي. والدليل⁽³⁾:

أ - الإجماع.

ب - القياس على السلم بطريق الأولى.

ج - أنّ المعروف يباح فيه أكثر من غيره؛ فقد جوّز القرض بالنسيئة بخلاف السلم.

ودليل جواز قرض الحيوان⁽⁴⁾:

(1) أحكام القرآن: 248/1، والجامع لأحكام القرآن: 385/3، والتحرير والتنوير: 104/3.

(2) أحكام القرآن: 248/1، والجامع لأحكام القرآن: 385/3، والتحرير والتنوير: 104/3.

(3) الذخيرة: 287/5.

(4) الإشراف: 564/2، والمعونة: 988/2، والمنتقى: 293/4 و96/5، والمعلم: 318/2،

والمفهم: 2880/5، وإكمال الإكمال: 519/5.

أ - عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً. فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكراً، فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً. فقال النبي ﷺ: «أعطه إياه؛ إن خيار الناس أحسنهم قضاء»⁽¹⁾.

ومعنى «بكراً» الفتى من الإبل. ومعنى «رباعياً» الذي دخل في السنة الرابعة من الإبل. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ اقترض من الرجل بكراً، وقضاه رباعياً بدلاً عن بكراه؛ أي: أفضل منه. وفعله ﷺ يدل على جواز قرض الحيوان.

ب - القياس على الثياب؛ لأن كل عين صح أن تثبت في الذمة مهراً صح أن تثبت في الذمة قرضاً كالثياب. وتقدم في السلم الدليل على ثبوت الحيوان في الذمة.

ج - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيئاً من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فإنه لا بأس بذلك»⁽²⁾.

ولا يجوز أن يقرض ما لا يسلم فيه، وذلك فيما يلي:

كدار، وأرض، وحانوت، وخان، وحمام. ووجه المنع أن مواضعها مقصودة، فإن عيّنت لم تكن في الذمة، وإلا بقيت مجهولة⁽³⁾.

وتراب معدن وصائغ، وجوهر نفيس ينذر وجوده، وجزاف. ووجه المنع لتعذر معرفة مقدار المقصود منه حتى يرد المثل على صفته⁽⁴⁾.

ما يحرم في القرض:

- يحرم هدية المقترض لمن أقرضه، والدليل: سد الذريعة؛ لأنه يؤدي إلى سلف بزيادة؛ لأن المقترض يتهم على أنه يهدي للمقرض رجاء التأخير، فيكون بذلك قد قصد أن يجعل ما سماه هدية عوضاً عما يرجوه من تأخير الغريم، فيكون ذريعة لربا الجاهلية «أخرني وأزيدك»، وقد أمر ابن عباس بحاسبة المديان بهديته⁽⁵⁾. وليس المراد بالهدية حقيقتها فقط، بل كل ما يحصل به الانتفاع، كركوب دابة المقترض. أما الأكل من بيته وشرب قهوته والتظلل بجداره، على طريق الإكرام لا لأجل الدين، فالمعتمد الجواز⁽⁶⁾.

ومثل ذلك هدية المدين من بيع وسلم.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يجوز في السلف، ومسلم في المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه.

(2) الموطأ في البيوع، باب ما لا يجوز في السلف. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(4) الذخيرة: 287/5.

(3) الذخيرة: 287/5.

(6) انظر حاشية الدسوقي: 224/3.

(5) الذخيرة: 294/5.

وحيث منعت الهدية وجب ردّها أو ردّ مثلها أو قيمتها إن فاتت؛ لأنها تصرف محرّم⁽¹⁾.

- يحرم على كلّ من ربّ القراضِ وعامِلِهِ أن يهدي للآخر هدية. وإنّما حرم على ربّ القراض الإهداء للعامل، لئلا يقصد بذلك استدامة عمله. وأمّا إهداء العامل لربّ المال؛ فإن كان قبل شغل المال، فلأن لربّ المال أخذه منه، فيتهم العامل أنّه إنّما أهدى له ليقبى المال بيده. وأمّا إن كان بعد شغل المال، فلترقبه من ربّ المال معاملته ثانياً بعد نضوض المال لأجل هديته، وهو قول نظر فيه للمالك؛ وقال بعضهم بالجواز لعدم قدرة ربّ المال على انتزاع المال من العامل حينئذ، وهو قول نظر فيه للحال. والمنع مقيد بعدم تقدّم مثلها وعدم حدوث موجب⁽²⁾.

- يحرم الإهداء للحاكم الأكبر والقاضي وجباة أموال المسلمين. والدليل: أنّ ذلك ذريعة إلى الرشوة؛ لأنّه لا خفاء أنّ أحد الخصمين إذا دفع مالا للقاضي يحمل على أنّه دفع له على أن يحكم له، ولو لم يشترط ذلك وأنّه دفعه باسم الهدية؛ لأنّ المعنى المطلوب حصل من الهدية وهي الرشوة، وهو استمالة القاضي إلى جانبه ليحكم له، فهي رشوة وإن أعراها مهديها من التسمية؛ لأنّه لا اعتبار بالأسماء. وقد نبّه النبي ﷺ على ذلك، فعن أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سليم يدعى ابن اللثبية، فلما جاء حاسبه قال: هذا مالكم وهذا هدية. فقال رسول الله ﷺ: «فهلما جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً»، ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد فإنّي أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي؛ أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته، والله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلاعرفنّ أحداً منكم لقي الله يحمل بغيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر». ثم رفع يده حتى رئي بياض إبطه يقول: «اللهم هل بلغت»، بصر عيني وسمع أذني⁽³⁾. فنّبّه على أنّ الهدية لم يرد بها إلا استمالة العامل لأجل ولايته على ذلك.

وقال أيضاً في هذا الذي يهدى على هذه الصفة أنّه غلول: فعن معاذ بن جبل قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فلما سرت أرسل في أثري، فرددت فقال: «أتدري لم بعثت إليك؟ لا تصيبنّ شيئاً بغير إذني فإنه غلول، ومن يغلل يأت بما غلّ يوم القيامة، لهذا دعوتك فامض لعملك»⁽⁴⁾.

(1) الذخيرة: 294/5.

(2) منح الجليل: 404/5.

(3) أخرجه البخاري في الحيل، باب احتيال العامل ليهدي له؛ ومسلم في الإمارة، باب تحريم هدايا العمال.

(4) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء في هدايا الأمراء. قال الترمذي: حديث معاذ حديث غريب.

وذكر ابن حبيب أن الإمام يأخذ من قضاياه وعماله ما وجد في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال؛ وأنه يحصي ما عند القاضي حين ولايته ويؤخذ منه ما اكتسبه زائداً على رزقه، وقدّر أنّ هذا الكسب إنما اكتسبه بجاه القضاء وبمعنى الهدية للقاضي التي هي رشوة.

وإذا ظهر ارتفاع التهمة وأنها لسبب آخر، فإنّها لا تمنع، كهدية والد القاضي إليه، وهدية ولده، والخالة، والعمّة، وبنات الأخ. وإذا كان من الأجنبي ومن بعد من الأقارب، بينه وبين القاضي صداقة ومودة، وكانوا يهادونه قبل ولايته لأجلها، فإن أرادوا البقاء معه على هذه العادة بعد ولايته، فإنّ المذهب على قولين في ذلك⁽¹⁾.

- يحرم الإهداء لذي الجاه من حيث جاهه، بحيث يتوصل بالهدية له إلى أمر ممنوع أو إلى أمر يجب على ذي الجاه دفعه عن المهدي بلا تعب ولا حركة. وأما كونه يتوصل بذلك إلى أن يذهب به في قضاء مصالحه إلى نحو ظالم أو سفر لمكان، فيجوز إذا أخذ أجر مثله؛ فمحلّ منع الأخذ على الجاه إذا كان الإنسان يمنع غيره بجاهه من غير مشي ولا حركة. فقد سئل أبو عبد الله العبدوسي عمّن يحرس الناس في المواضع المخيفة، ويأخذ منهم على ذلك؛ فأجاب بأنّ ذلك جائز بشروط: أن يكون له جاه قوي بحيث لا يتجاسر عليه عادة، وأن يكون سيره معهم بقصد تجويزهم فقط لا لحاجة له، وأن يدخل معهم على أجرة معلومة أو يدخل على المسامحة بحيث يرضى بما يدفعونه له. وفي المعيار سئل بعضهم عن رجل حبسه السلطان أو غيره ظلماً فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه أو غيره، هل يجوز أم لا؟ فأجاب: نعم يجوز، صرح به جماعة منهم القاضي حسين ونقله عن القفال.

ولذا قال ابن عرفة: يجوز دفع الضيعة لذي الجاه، للضرورة، إذا كان يحمي بسلاحه، فإن كان يحمي بجاهه فلا؛ لأنّها ثمن الجاه. فالمسألة عند ابن عرفة من الضرورة⁽²⁾.

أما الهدية له لغير حاجة، وإنما لمحبة أو اكتساب جاه، فيجوز.

ولو وقعت مغرمة على جماعة، وقدر أحدهم على الدفع عن نفسه، لكن حصته تؤخذ من باقيهم؛ فقال الداودي بالجواز، واختار الشيخان الكراهة، وقال ابن المنير بالحرمة وعزاه المواق لسحنون. فإن تحقّق أنّ حصته لا تؤخذ من باقيهم كان له الدّفْع عن نفسه، قولاً واحداً.

ويعمل فيما يأخذه المكّاس من المركب أو القافلة، مثلاً، بتوزيعه على الجميع؛ لأنّهم نجوا به.

ويستثنى من التحريم المذكور إذا ظهر دليل يرفع هذه التهمة، مثل أن يتقدم للمقترض مع المقرض، وعامل القراض مع صاحب القراض، وكل أحد مع ذي الجاه والقاضي؛ هدية مثلها أي قد اعتاد متاحفة من له الدين قبل أن يداينه، أو يتحدث لمن ذكر موجب يقتضي الإهداء له عادة، كفرح أو موت أحد عنده أو سفر ونحو، وبينهما من الصلة ما يعلم أن الهدية لأجل ما بينهما من وصلة، لا لأجل رجاء التأخير⁽¹⁾.
فذلك فيجوز.

- يحرم مبايعة من يحرم الإهداء له، بيعاً مسامحةً؛ أي: بغير ثمن المثل. فإن وقع ردّ البيع إلا أن يفوت، فتكون فيه القيمة في المقوم والمثل في المثلي. ولا يحرم إذا كان البيع لأجل وجه الله أو لأجل أمر اقتضى ذلك. وهذا في المسامحة، وأما إذا كان بغير مسامحة فليل: يجوز وقيل: يكره، واستظهر الجواز.

وأما شراء المدين من رب الدين مسامحة فيكره، لاحتمال حمل المدين على زيادة في السلف.

مفسدات القرض:

يفسد القرض إن جرّ نفعاً للمقرض. ومن أمثلة ذلك ما يلي:

- أن يكره صاحب متاع، ذهباً وفضة أو غيرهما، إقامة ذلك المتاع عنده لأمر من الأمور، مثل ثقل حملها في سفر أو خوف الطريق؛ فيسلفها ليأخذ بدلها في بلد أخرى، فيدفع عن نفسه أجره الحمل أو غرر الطريق؛ فيحرم ويرد على صاحبه ما لم يفت، فالقيمة كما هو مقتضى الفساد.

فعن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل أسلف رجلاً طعاماً، على أن يعطيه إياه في بلد آخر. فكره ذلك عمر بن الخطاب، وقال: فأين الحمل؟⁽²⁾. يعني أجره الحمل. وهذا منه ﷺ تبيين لوجه المنع ومقتضى التحريم: لأنّ المقترض سيزيد على الطعام الذي اقترضه نفقة حمله إلى البلد الذي اشترطه المقرض، وزيادة الضمان في مدة الحمل، مع ما في ذلك من الغرر، وهو منفعة للمقرض⁽³⁾.

وهذا إذا كان لغير ضرورة، فإن كان لضرورة فيجوز؛ كعموم الخوف على المال في الطرق، فيجوز أن يسلفه لمن علم أنه يسلم معه؛ بل يجب أن يسلفه لأنّ حفظ المال واجب بأيّ وجه تيسر حفظه به.

ويدخل في حكم المنع: «السفاتج»، وهو الكتاب الذي يرسله المقترض ببلد لوكيله ببلد آخر، ليقضي عنه به للمقرض ما اقترضه ببلده؛ فيمنع لانتفاع المقرض بدفع

(1) شرح التلقين: 4/ ورقة 25.

(2) المنتقى: 97/5.

(3) المنتقى: 97/5.

كلفة حمل ما أقرضه عن نفسه وغرره برأً وبحراً، ووجه عدم الجواز: أنه قرض جرّ نفعاً للمقرض⁽¹⁾.

- أو يكره إقامتها عنده خوف سوسها، أو قدمها، أو عنفها، أو تغيير ذاتها بإقامتها عنده، فيسلفها ليأخذ بدلها جديداً أو سالماً فيحرم، ويرد على صاحبه ما لم يفت، فالقيمة كما هو مقتضى الفساد.

وهذا إن قام دليل على نفع المقرض فقط، كمجاعة أو كان بيع المسوس الآن أحظ للمسلف لغلائه ورخص الجديد في إبانته فيجوز.

وأما الدين من بيع، فإنه إذا اشترط البائع على المشتري قضاء الدين من بيع ببلد آخر غير الذي وقع به التبائع، وضرب لذلك أجلاً وحلّ الأجل، فهو جائز، بل وله أن يطلبه منه حيثما لقيه؛ لأنه لا يمنع من الأزدباد في البيع، وليس للذي عليه الدين الامتناع من القضاء لما شرط من البلد، وهذا في العين خاصة؛ ووجه الجواز أنّ الدنانير والدرهم تتقوم بها الأشياء ولا تتقوم هي بالأشياء، ولذلك لم تختلف باختلاف البلدان، وإنما تختلف باختلاف الوزن والجنس، وقد لزم المشتري ما لا يغير الدرهم والدنانير⁽²⁾.

وقبل الأجل لا يجوز له طلبه منه؛ لأنّ يدخله: «حظ عني الضمان وأزيدك» أو «ضع وتعجل»⁽³⁾.

وأما الدين من غير العين من سائر المبيعات، فتختلف قيمتها من بلد لآخر، فلم يكن على من عليه الدين أن يقضي بغير بلد التبائع⁽⁴⁾.

- أن يقول شخص لربّ دين: آخر دينك عن فلان وأنا أعطيك ما تحتاجه؛ لأنّ التأخير سلف. وأما إن قال له: أخره وأنا أقضيه عنه، فهو جائز.

- أن يقرض شاة مسلوخة ليأخذ عنها كلّ يوم رطلين، مثلاً؛ وأن يدفع قدرأً معيناً من دقيق أو قمح لخبّاز ليأخذ منه كلّ يوم قدرأً معيناً من الخبز.

وسياًتي تفصيل ما يجزّ نفعاً للمقرض في الحديث عن قضاء الدين من قرض.

ما يملك به القرض:

يملك المقرض القرض بالعقد، بحيث يصير مالاً من أمواله يقضى له به، وإن لم يقبضه. بخلاف الهبة والصدقة وكلّ معروف، فإنه يملك بالعقد، ولكن لا يتم ذلك إلا بالقبض والحيازة، على ما سياتي. إلا أنه إذا حصل مانع للمتصدق أو الواهب أو فاعل المعروف بغير القرض، قبل الحوز، بطل؛ بخلاف القرض لأنه لا يتوقف على القبض والحوز.

(1) المعونة: 1000/2، ومنح الجليل: 406/5. (2) المتقى: 97/5.

(4) المتقى: 98/5.

(3) المتقى: 97/5.

متى يلزم ردّ القرض:

إذا قبض المقترض القرض، وكان له أجل مضروب أو معتاد، فلا يلزمه ردّ القرض لربه، إلا عند الأجل المضروب في العقد، فيلزمه رده فيه ولو لم ينتفع به عادة أمثاله؛ أو عند المعتاد الانتفاع به في أمثاله إذا لم يكن أجل مضروب. ولا يجوز للمقترض مطالبة به قبل الأجل، والدليل⁽¹⁾:

أ - عن ابن عباس قال، قال النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ الأجل هبة من المقرض للمقترض، فمنع من الرجوع فيه.

ب - أنّ الأجل حقّ للمقترض وحده، فأشبهه الأجل في السلم في كون أنّ له حقاً في الأجل.

فإن لم يشترطاً أجلاً ولم توجد عادة، كان كالعارية المنتفي فيها شرط الأجل أو العادة، فيبقى للوقت الذي يقتضي النظر أن يكون القرض لمثله. وإذا كان الأجل حقاً للمقترض وحده، فإن عجله لزم المالك قبوله؛ لأنّ للمقترض إسقاط حقّه⁽³⁾.

مكان أخذ صاحب القرض قرضه:

لا يلزم صاحب القرض أن يأخذ قرضه بتغير محلّه، والدليل⁽⁴⁾: أنّ في ذلك تكليفاً للمقترض، ومؤنة، وخسران، والتزام، وغرر.

ويستثنى الذهب أو الفضة فيلزمه أخذها لخفتها. ويلحق بها الجواهر الخفيفة؛ لأنّه لا يرجى في الذهب والفضة من تغير الأسواق واختلاف الأسعار، ما يرجى في سائر المثلثات؛ ولا يحتاج فيها إلى حفظ ولا إلى مراعاة؛ ولا يلزم عليها مؤنة؛ ولا يخاف عليها فساد؛ فكان الأجل فيها والمحلّ حقاً ينفرد به من هي عليه، وهو المقرض⁽⁵⁾.

وهذا إذا لم يكن خوف ولا كبير حمل فلا يلزمه الأخذ.

وأما في البيع فيجوز اشتراط القضاء ببلد آخر؛ لأنّ البيع يقوم على المكايسة يقبل شرط التنمية⁽⁶⁾.

(1) المعونة: 1001/2.

(2) أخرجه البخاري في الهبة، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها؛ ومسلم في الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة.

(3) المعونة: 992/2، والذخيرة: 283/5. (4) المعونة: 1000/2.

(5) المعونة: 992/2. (6) الذخيرة: 293/5.

قضاء الدين من قرض أو بيع:

الدين المترتب في الذمة إما أن يكون من قرض أو من بيع. وقد ذكرنا أحكام قضاء الدين من بيع في باب البيع. ونذكر هنا أحكام قضاء الدين من قرض. ويرد المقرض على المقرض مثل ما اقترض قدرأ وصفة؛ أو يرد عينه إن لم يتغير في ذاته عنده. فإن تغير تعين رد مثله.

قضاء الدين من قرض:

- ما يجوز فيه وما لا يجوز :-

1 - قضاء القرض بأفضل منه: يجوز، بل الأولى والأحسن رد المقرض ما اقترضه بأفضل منه صفة؛ لأنه حُسن قضاء، سواء كان القرض عيناً أو طعاماً أو عرضاً، وسواء حلّ الأجل أم لا؛ لأن القرض لا يدخله قاعدة: «حط الضمان وأزيدك»، كدينار جيد عن أدنى منه، أو ثوب أو طعام أو حيوان جيد عن دنيء؛ لأن الحق في الأجل في القرض لمن له دين. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرأ. فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً. فقال النبي ﷺ: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء»⁽²⁾.

ومعنى «بكرأ» الفتى من الإبل. ومعنى «رباعياً» الذي دخل في السنة الرابعة من الإبل. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ اقترض من الرجل بكرأ، وقضاه رباعياً بدلاً عن بكره؛ أي: أفضل منه، وجعله من القضاء الأحسن⁽³⁾. وفعله ﷺ يدل على جواز قضاء القرض بأفضل منه؛ وهو مخصص لعموم النهي عن السلف الذي يجز نفعاً⁽⁴⁾. ووجه آخر أنه ﷺ أثنى على من أحسن القضاء وأطلق الثناء ولم يقيد⁽⁵⁾.

ب - أن عبد الله بن عمر استسلف من رجل دراهم، ثم قضاه دراهم خيراً منها. فقال الرجل: يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك. فقال عبد الله بن

(1) الإشراف: 564/2، والمعونة: 999/2، والمنتقى: 97/5، والمقدمات: 33/2، والمفهم:

2880/5، والجامع لأحكام القرآن: 184/2، وإكمال الإكمال: 521/5.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يجوز من السلف، ومسلم في المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه.

(3) انظر في إكمال الإكمال: 520/5، رفع إشكال وارد كيف يرد ﷺ من إبل الصدقة، والصدقة لا تحل له.

(4) المعلم: 318/2، وإكمال الإكمال: 522/5، والذخيرة: 296/5.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 184/2.

عمر: قد علمت، ولكن نفسي بذلك طيبة⁽¹⁾.

فقوله: «خير من دراهمي» أي: في الصفة⁽²⁾.

ج - عن عبد الله بن عمر أنّ رجلاً أتاه فقال: يا أبا عبد الرحمن، إنّي أسلفت رجلاً سلفاً واشترطت عليه أفضل مما أسلفته. فقال عبد الله: فذلك الربا. فقال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ فقال عبد الله بن عمر: السلف على ثلاثة أوجه: سلف تسلفه تريد به وجه الله، فلك وجه الله؛ وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك، فلك وجه صاحبك؛ وسلف تسلفه لتأخذ به خبيثاً بطيب، فذلك الربا. قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ قال: أرى أن تشق الصحيفة، فإن أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته؛ وإن أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت؛ وإن أعطاك أفضل ممّا أسلفته طيبة به نفسه، فذلك شكره لك، ولك أجر ما أنظرته⁽³⁾.

د - أنّ للمقترض - قبل الأجل - تعجيل القرض قبل الأجل، فلا حاجة به إلى أن يحفظ عنه الضمان بزيادة؛ لأنه قادر على أن يحفظه بغير زيادة⁽⁴⁾.

ويشترط لجواز قضاء القرض بأفضل منه أن لا يدخل عليه، بأن لا يشترطه المقرض، وإلا منع الأفضل. والدليل:

أ - أنّ ذلك ربا؛ لأنه سلف جرّ منفعة.

ب - عن عبد الله بن عمر أنه قال: من أسلف سلفاً فلا يشترط إلا قضاءه⁽⁵⁾. أي: أن لا يشترط زيادة ولا منفعة ولا شيئاً، إلا قضاء مثل ما أعطى⁽⁶⁾.

ج - عن عبد الله بن مسعود أنه كان يقول: من أسلف سلفاً، فلا يشترط أفضل منه، وإن كانت قبضة من علف، فهو ربا⁽⁷⁾.

د - الإجماع⁽⁸⁾.

والعادة كالشرط؛ أي: إن كانت عادة أهل البلد أن من اقترض شيئاً ردّه أفضل منه، فلا يجوز⁽⁹⁾؛ لأنّ العادة معنى يتعلق به القصد كالشرط، فيقاس عليه. ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز في الزيادة بقوله: «نفسى بذلك طيبة»؛ أي: إنّ الزيادة التي

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما يجوز من السلف.

(2) المتقى: 96/5.

(3) أخرجه مالك في البيوع، باب ما لا يجوز من السلف.

(4) المتقى: 34/5.

(5) أخرجه مالك في البيوع، باب ما لا يجوز من السلف.

(6) المتقى: 99/5.

(7) أخرجه مالك في البيوع، باب ما لا يجوز من السلف.

(8) الجامع لأحكام القرآن: 184/2. (9) منح الجليل: 568/4.

زادها لا تعلق لها بشرط ولا عادة، وإنما مختصة بطيب نفسه ورضاه بإسداء المعروف إلى من أقرضه⁽¹⁾. وقال أيضاً للسائل: وإن أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه، فذلك شكره لك⁽²⁾.

وأما قضاء القرض بأزيد منه عدداً أو وزناً، فلا يجوز مطلقاً، حلّ الأجل أم لا؛ لأنه سلف بزيادة، وقاعدته: «أخزني وأزيدك» وهو فاسد. ودليل عدم الجواز، ويدخل فيه دليل منع الدخول على قضاء القرض بأفضل منه⁽³⁾:

أ - عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «إنما الربا في النسيئة»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال منه، على أحد الوجوه التي ذكرناها فيما تقدم بكونه لا يدل على جواز ربا الفضل؛ أن مقصوده نفي الربا الأغلظ، الذي حرّمه الله تعالى بنصّ القرآن، وتوعدّ عليه بالعقاب الشديد، وجعل فاعله محارباً لله، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنْ رَيْبٍ إِنَّ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: 278 - 279]. وما كانت العرب تعرف رباً إلا ذلك، فكانت إذا حلّ دينها قالت للغريم: إمّا أن تقضي وإمّا أن تربني؛ أي: تزيد في الدين، فقد روى مالك عن زيد بن أسلم أنه قال: «كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل، فإذا حلّ الأجل قال: أتقضي أم تربني؟ فإن قضى أخذ، وإلا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل»⁽⁵⁾. وهذا هو الذي فسّخه النبي ﷺ يوم عرفة لما قال: «ألا إن كل رباً من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون»⁽⁶⁾، وهذا كما تقول العرب: إنّما المال الإبل، وإنّما الشجاع علي، وإنّما الكريم يوسف نبي الله تعالى، ولا عالم في البلد إلا زيد، ومثله كثير، يعنون بذلك نفي الأكثر والأكمل، لا نفي الأصل.

ب - عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال: «كلّ قرض جرّ منفعة فهو ربا»⁽⁷⁾.

(1) المنتقى: 97/5.

(2) المنتقى: 98/5.

(3) المعونة: 1038/2، والمنتقى: 65/5 و97/5، وبداية المجتهد: 147/2، والذخيرة: 296/5.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(5) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين.

(6) سبق تخريجه.

(7) لم أجد فيما بين يدي من مصادر المالكية من استدللّ بهذا الحديث سوى القرطبي في المفهم. وذلك لسقوط إسناده، ولما في الحديث الذي قبله والإجماع كفاية في الاستدلال على المسألة. والحديث أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده؛ وأورده ابن حجر العسقلاني في بلوغ المرام: ص 252، ثم قال ابن حجر: إسناده ساقط. وله شاهد ضعيف عن فضالة بن عبيد ﷺ عند البيهقي، وآخر موقوفاً عن عبد الله بن سلام ﷺ عند البخاري.

- ج - إجماع الصحابة على ذلك.
- د - أن محلّ التخصيص الوارد في حديث أبي رافع المتقدم هو في الزيادة في الصفة، فلا يتعدى به ما ورد فيه⁽¹⁾.
- هـ - أن الدخول على قضاء القرض بأفضل منه، معناه أنه سلف لنفع؛ لأنه يؤخره على أن يزيده في دينه⁽²⁾.
- وذكر القرطبي أن الزيادة في العدد والوزن منعها الإمام مالك في مجلس القضاء، سداً للذريعة، إذا كان بدون شرط، وأجازها ابن حبيب. ولم يختلف في جواز ذلك إذا كانت الزيادة بعد مجلس القضاء⁽³⁾.
- والفرق بين جواز القضاء بأفضل منه صفة، وعدم جواز القضاء بأكثر منه عدداً أو وزناً؛ أن الصفة والموصوف كالشيء الواحد لا ينفصلان، بخلاف العدد⁽⁴⁾.
- 2 - قضاء القرض بأقل منه صفة وقدرأماً فيجوز، كنصف دينار ذهب عن دينار كامل أجود منه، أو نصف درهم فضة عن درهم كامل أجود منه، أو عن نصف أردب كامل أجود منه، أو نصف ثوب عن ثوب كامل أجود منه.
- والأولى جواز القرض بأقل منه صفة فقط أو قدرأماً. ودليل الجواز: ما تقدم من إجابة ابن عمر السائل، وفيه قوله: وإن أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت. ووجه الاستدلال أن ابن عمر ندبه إلى فعل الخير بقبول الأقل⁽⁵⁾.
- ويشترط لهذا القضاء أن يكون الأجل قد حلّ، وإلا فلا يجوز القضاء بالأقلّ قبل الأجل، لدخوله تحت القاعدة الربوية: «ضع وتعجل»⁽⁶⁾. ودليل عدم جواز:
- أ - عمل أهل المدينة المجمع على منع تعجيل القضاء مقابل حظّ شيء من الدين، وأنه ربا لا شكّ فيه. فقد صدر الإمام مالك هذه المسألة بقوله: «الأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽⁷⁾.
- ب - قياس الشبه على تحريم الزيادة مع التأخير. ووجه القياس أنه في التأخير مع الزيادة لَمَّا زاده في الزمان زاد له عوضه ثمناً، وهنا في الوضع مع التعجيل لَمَّا حظّ عنه الزمان حظّ عنه في مقابله ثمناً⁽⁸⁾.

(1) المعلم: 318/2. (2) المنتقى: 65/5.

(3) المفهم: 2876/5، وانظر المنتقى: 261/4. (4) الذخيرة: 298/5.

(5) المنتقى: 98/5. (6) المنتقى: 34/5.

(7) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(8) المنتقى: 34/5، وبداية المجتهد: 164/2.

ج - عن أبي صالح أنه قال: بعت بزاً لي من أهل دار نخلة إلى أجل. ثم أردت الخروج إلى الكوفة، فعرضوا عليّ أن أضع عنهم بعض الثمن، وينقدوني، فسألت عن ذلك زيد بن ثابت. فقال: لا أمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله⁽¹⁾. ومعنى قول زيد بن ثابت أنه لو كان مباحاً لم يمنعه أن يأكله ويؤكله⁽²⁾.

د - عن سالم بن عبد الله، عن عبد الله بن عمر، أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل، فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر. فكره ذلك عبد الله بن عمر، ونهى عنه⁽³⁾.

هـ - أن المدين يكون قد اشترى من صاحب المال الدين المؤجل بأقل منه معجلاً، وذلك غير جائز لوجهين: للتفاضل والنساء في الجنس الواحد من العين. ويدخله سلف لعوض؛ لأن المدين يكون قد أسلف صاحب المال ما عجله له يقبضه من نفسه عند الأجل، على أن يسقط عنه جزءاً من الدين⁽⁴⁾.

وأما ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ لما أراد أن يخرج بني النضير، قالوا: يا رسول الله إنك أمرت بإخراجنا، ولنا على الناس ديون لم تحلّ. فقال رسول الله ﷺ: «ضعوا وتعجلوا»⁽⁵⁾، فهو حديث ضعيف، وعمل أهل المدينة والقياس وأقوال الصحابة مقدّمة عليه.

ما يجوز في القرض:

يجوز في القرض اشتراط رهنٍ وحَمِيلٍ أي: ضامن، وذلك للتوثق بذلك.



(1) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين.

(2) المتقى: 65/5.

(3) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين.

(4) المتقى: 65/5.

(5) أخرجه الحاكم في المستدرک، في البيوع: 60/2؛ البيهقي: 350/8؛ والدارقطني في البيوع: 46/3، وقال: اضطرب في إسناده، مسلم بن خالد وهو سيء الحفظ ضعيف. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: 234/4: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه: مسلم بن خالد الزنجي، وهو ضعيف، وقد وثق.

المقاصة

تعريف المقاصة:

المُقَاصَّةُ مُتَارَكَةٌ مَدِينَتَيْنِ بمتماثلين عليهما، كلّ ما له فيما عليه.
فالمشاركة مفاعلة معناها الترك من الجانبين.

وقوله: «بِمُتَمَاتِلَيْنِ» أي: مدينين بدينين متماثلين قدرأ وصفة، كعشرة محمّدية وعشرة محمّدية، أو غير متماثلين، كما يأتي.

وقوله: «عَلَيْهِمَا» أي: كلّ واحد منهما عليه مثل ما على صاحبه له.

وقوله: «كُلُّ مَا لَهُ فِيمَا عَلَيْهِ» أي: كل واحد منهما يترك الدين الذي له على صاحبه في نظير الدين الذي عليه لصاحبه.

ثم إنّ الدينين إمّا أن يكونا عيناً أو طعاماً أو عرضاً.

وفي كلّ إمّا أن يكونا من بيع أو قرض، أو أحدهما من بيع والثاني من قرض.
فهذه تسع صور.

وفي كلّ منها إمّا أن يكونا حالّين أو مؤجلين، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً،
بسبع وعشرين صورة.

وفي كلّ إمّا أن يتفقا في النوع والصفة والقدر أو يختلفا في واحد منها؛ فهذه
أربعة في السبعة والعشرين بمائة وثمان صور؛ تفصيلها فيما يأتي.

حكم المقاصة:

حكم المقاصة الجواز. والمراد بالجواز الإذن، فيصدق بالوجوب؛ فإنها قد تجب
أي: يجب القضاء بها، كما إذا كانا متماثلين وحلّ الأجل أو طلبها أحدهما.

تنبيه: دليل مسائل المقاصة الممنوعة إمّا تحقق الوقوع في الربا أو سدّ الذرائع
المفضية إلى الربا. لذلك تجد العلل التي عللت بها الأحكام عللاً ربوية، وهي: بيع
الطعام قبل قبضه، وبيع الطعام بالطعام نسيئة، وبيع الدين بالدين، وضع وتعجّل،
والزيادة مع التأخير⁽¹⁾.

(1) شرح التلقين: 4/ ورقة 27.

المقاصة في العين:

تجوز المقاصة في ذَيْئِي الْعَيْنِ مُطْلَقًا؛ أي: كان الدينان من بيع أو من قرض، أو كان أحدهما من بيع والآخر من قرض؛ وذلك في الأحوال التالية:

الأولى: أن يَتَّحَدَا قَدْرًا وَصِفَةً، كعشرة دنائير محمّدية وعشرة محمّدية. وسواء حَلًّا مَعًا، أَوْ حَلًّا أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ مُؤَجَّلٌ، أَوْ كَانَا مُؤَجَّلِينَ مَعًا. فالحاصل هنا أن ديني العين إن اتّحدا في القدر والصفة فيه تسع صور، كلّها جائزة. ووجه الجواز عدم ما يتوهم من فساد العقد⁽¹⁾.

الثانية: أن يَخْتَلَفَا صِفَةً؛ أي: جودة ورداءة، كمحمّدية ويزيدية.

الثالثة: أن يَخْتَلِفَا نَوْعًا، كذهب وفضة.

وفي الحالين الثانية والثالثة يشترط أن يحلّا معًا فيجوز، إذ هي في اختلاف الصفة مبادلة، وفي اختلاف النوع صرف، ولا تأخير فيهما عند حلولهما. فإن كانا مؤجلين أو أحدهما لم يجز للتأخير كما يأتي.

فالحاصل أن ديني العين إن اختلفا في الصفة أو النوع، ففي كلّ تسع صور، الجائز من كلّ ثلاث، والممنوع من كلّ ست صور.

الرابعة: أن يَخْتَلِفَا قَدْرًا، كعشرة محمّدية وأكثر منها أو مثلها أو أقل؛ لكن يشترط هنا أن يكون الدينان معًا مِنْ بَيْعٍ، وأن يحلّا أجلهما معًا، فيجوز على المعتمد.

والحاصل هنا أن الصور تسع، والممنوع منها سبع والجائز صورتان:

الأولى: وهي منطوق المسألة؛ أي: إذا اختلف الدينان قدرًا، وكانا من بيع وحلّا أجلهما معًا.

والثانية: وهي ما تدلّ عليه المسألة، ما إذا حلّا الأجلان، وكان أحدهما من بيع والآخر من قرض، وكان القرض هو الأكثر، كما يأتي.

فإن لم يكن الدينان على الحالات المتقدمة منعت المقاصة.

ففي الحالة الرابعة، بأن لا يكونا من بيع، بأن كانا من قرض أو كان أحدهما من قرض؛ منعت المقاصة، سواء حلّا الأجلان أو حلّا أجل أحدهما أو لم يحلّا أجلهما معًا؛ فهذه ست صور في القرض، يستثنى منها واحدة: وهي ما إذا حلّا الأجلان وكان أحدهما من بيع والآخر من قرض وكان القرض هو الأكثر، فيجوز؛ لأنه قضاء عن دين بيع أكثر منه ولا ضرر فيه بخلاف العكس.

وكذا يمتنع إذا كانا من بيع ولم يحلّا أجلهما معًا، بأن أجلا معًا أو حلّا أجل أحدهما، فهاتان صورتان تمام السبع الممنوعة؛ لما فيه من: «حط الضمان وأزيدك»

أي: إذا كان المعجل أكثر؛ أو فيه من: «ضع وتعجل» أي: إذا كان المعجل قبل الأجل الأقل.

ويستثني من الحالة الثانية، وهي اختلاف الصفة فقط، ثلاث صور، وهي: ما إذا حلّ الأجود فقط؛ سواء كانا من بيع أو قرض، أو كانا منهما؛ لأن القضاء بالأفضل يجوز. أي: إذا اختلفا بالجودة والرداءة، وكان الرديء مؤجلاً والأجود حالاً، فالقضاء به جائز، إن لم يكن مشروطاً.

المقاصة في الطعام:

تجوز المقاصة في ديني الطعام من قرض كذلك؛ أي: فيجوز فيهما المقاصة في الأحوال التالية:

- إن اتفقا صفة وقدرًا حلّ أجلهما معاً، أو حلّ أجل أحدهما فقط، أم لم يحلّ أجلهما.

- إن اختلفا صفة، كسمراء ومحمولة.

- إن اختلفا نوعاً، كقمح وفول، إن حلا معاً، وإلا فلا.

- إن اختلفا قدرًا، إن حلا معاً، وإلا فلا.

فالحاصل اثنتا عشرة صورة؛ ثلاث في اتحاد القدر والصفة، وثلاث في اختلاف الصفة، وثلاث في اختلاف النوع، وثلاث في اختلاف القدر.

أما الثلاث الأولى فجائزة. وفي الثلاث الثانية تجوز واحدة، وكذلك في الثلاث الثالثة، والثلاث الرابعة ممنوعة. ومقتضى ما تقدّم من الاستثناء من الحال الثانية من ديني العين جواز الأفضل صفة إن حلّ الأجل، ولو كان الآخر مؤجلاً.

وتمنع المقاصة في ديني الطعام كما يلي:

أولاً: في الطعامين، إذا كان معاً من بيع مُطلقاً؛ أي: اتفقا أو اختلفا صفة، أو نوعاً، حلّ أجلهما معاً أو حلّ أجل أحدهما أم لا؛ وذلك لما فيه من بيع طعام المعاوضة قبل قبضه⁽¹⁾. وإذا لم يحلّ فيزداد فيه بيع طعام بطعام نسبية.

ثانياً: في الطعامين، إذا اختلفا من بيع وقرض؛ فتمنع المقاصة فيهما، وذلك في الحالات التالية:

- إن اختلفا صفةً، وأولى نوعاً أو قدرًا.

- إن اتفقا صفة ونوعاً وقدرًا، ولم يحلّ؛ لأنه دين بدين⁽²⁾. وإلا بأن حلا معاً واتفقا، كإردب سمراء ومثله جازت. وهو ظاهر.

المقاصّة في العروض:

تَجُوزُ المقاصّة في العَرَضَيْنِ، كالحيوان والثياب، مُطْلَقاً؛ أي: من بيع أو قرض أو مختلفين، حلّاً أو حلّاً أحدهما أم لا، وذلك في الحالات التالية:

- إنَّ اتَّخَذَا نَوْعاً وَصِفَةً، سواء حلّ أحدهما أو أجلهما أو لم يحلّا، وسواء اتفقا أجلاً أو اختلفا. ومثال الاختلاف في النوع: ثوب وكساء. ومثال الاختلاف في الصفة: ثوبان من القطن اختلفا بالجودة والرداءة، أو ثوبان إحداهما من بلد والآخر من بلد.

- إن اختلفا صفة أو نوعاً، وحلّاً معاً، أو لم يحلّا واتَّفَقَا أَجْلاً؛ لا إن اختلف أجلهما.

أمّا إذا اختلفا قدرّاً فممنوع، كانا من بيع أو قرض أو مختلفين؛ حلّاً أو أجلاً أو حلّاً أحدهما. فهذه تسع صور، يضمّ لها ما إذا اختلفا صفة أو نوعاً وحلّاً أحدهما دون الآخر، أو أجلاً بأجل مختلف، وفي كلّ إمّا من بيع أو قرض أو مختلفين؛ فهذه اثنتا عشرة صورة، فجملة الممنوع في صور العرض إحدى وعشرون.

وهذا كلّها؛ أي: ما تقدّم من أحكام المقاصّة، إذا كان الدينان عينين أو طعامين أو عرضين؛ فإن اختلفا ك:

- عين في ذمّة وعرض في ذمّة أخرى.

- عين في ذمّة وطعام في ذمّة أخرى.

- عرض في ذمّة وطعام في ذمّة أخرى.

والصور الثلاث: إما من بيع أو قرض أو مختلفين؛ وهذه التسعة تضرب في أحوال الأجل الثلاث بسبع وعشرين، كلها جائزة. وهي في الحقيقة من باب البيع لا المقاصة، إلّا إذا كان أحد الدينين طعاماً من بيع، فيلزم عليه بيع الطعام قبل قبضه فلا تجوز، والله تعالى أعلم.



الرهن

تعريف الرهن لغة:

الرهن لغة اللزوم والحبس، وكل ملزم، قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: 38] أي: محبوسة. والرهن دافعه، والمرتهن - بالكسر - أخذه، ويقال: مرتهن - بالفتح - لأنه وضع عنده الرهن، ويطلق أيضاً على الرهن لأنه يطلب منه.

الرهن اسم للشيء المرهون تسمية للمفعول بالمصدر كالخلق⁽¹⁾.

تعريف الرهن اصطلاحاً:

الرهن شيء مُمْتَمَوْلٌ، أُخِذَ ثَوْتُقاً به في دَيْنٍ لَازِمٍ، أو صَائِرٍ إِلَى اللُّزُومِ. وهو تعريف بالمعنى الاسمي، بناء على الاستعمال الكثير.

شرح التعريف:

- مُمْتَمَوْلٌ: أي: من الأموال، كانت عيناً، أو عرضاً، أو حيواناً، أو عقاراً، أو غيرها كمنفعة على ما سيأتي.

- أُخِذَ: أي: من مالكة؛ والمراد يؤخذ منه؛ أي: حصل التعاقد على أن يؤخذ منه، وليس المراد الأخذ بالفعل؛ لأن قبضه بالفعل ليس شرطاً في انعقاده ولا في صحته ولا لزومه، بل ينعقد ويلزم بالصفة، ثم يطلب المرتهن أخذه، إذ لا يتم إلا به لأنه لو طرأ له مانع قبل أخذه لكان أسوة الغرماء.

- ثَوْتُقاً به: أي: بالتمول. وخرج بهذا القيد الوديعة والمصنوع عند صانعه.

- في دَيْنٍ لَازِمٍ: من بيع أو قرض أو قيمة متلف.

- أو صَائِرٍ إِلَى اللُّزُومِ: كأخذ رهن من صانع أو مستعير، خوفاً من ادعاء ضياع، فيكون الرهن في القيمة وسيأتي في ما يجوز الارتهان وتسليمه، عَلَى مَا يَلْزَمُ الْمُؤَجَّرَ - بالكسر - من الأجرة.

واعلم أنه كما يطلق الرهن على الشيء المبذول، يطلق أيضاً على العقد؛ وعليه

(1) التحرير والتنوير: 120/3.

عرّفه بعضهم بقوله: «عقد لازم لا ينقل الملك، قصد به التوثيق في الحقوق» وهذا التعريف بالمعنى المصدري، وهو الذي تعتبر فيه الأركان.
وكون عقد الرهن لا ينقل الملك، فعلى ذلك فإنّ الرهن باق على ملك الرّاهن، ولذلك كانت غلّته له ونفقتة عليه.

حكم الرهن:

الرهن جائز، ودليل الجواز:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283].
ووجه الاستدلال أنّ الآية قد سبق فيها تشريع الكتابة والإشهاد⁽¹⁾ لتوثيق معاملات التداين في الحضر. ثمّ انتقلت لبيان حكم التداين في السفر، فيما إذا لم يتمكّن المتداينان من توثيق الدين بالكتابة والإشهاد؛ لأنّ الغالب في السفر عدم وجود من يكتب ويشهد، فشرع الله لهما حكماً آخر وهو الرهن. ومعنى ﴿فَرِهَانٌ﴾ أي: فرهان تعوّض بها الكتابة⁽²⁾.

ب - ما يأتي ذكره من قول وفعل عن النبي ﷺ. ووجه الاستدلال منها أنّ بيان النبي ﷺ لأحكام الرهن يفيد جوازه؛ لأنّ الشارع لا يقدر حكماً على أمر لا يجوز⁽³⁾.
ج - القياس على الكفالة؛ لأنّه وثيقة بحق كالكفالة⁽⁴⁾.

قال الإمام القرطبي: «ويدخل في ذلك - أي: في عذر السفر - بالمعنى كلّ عذر، فربّ وقت يتعذر فيه الكاتب في الحضر، كأوقات أشغال الناس وبالليل، وأيضاً فالخوف على خراب ذمّة الغريم عذر يوجب طلب الرهن⁽⁵⁾.
والرهن جائز في الحضر أيضاً، والدليل⁽⁶⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283].
ووجه الاستدلال أنّ الآية نصّ في جواز الرهن في السفر. لكن مفهوم المخالفة لاشتراط السفر يقتضي عدم جوازه في الحضر، لكنّه غير معمول به لأمرين:

* لأنّه ملغى بالسنة لما سيأتي أنّ النبي ﷺ رهن درعه في الحضر.
* لأنّه خرج مخرج الغالب؛ لأنّ السفر مظنة لعدم وجدان الكاتب والشاهد،

(1) تقدم الحديث عن أحكام الكتابة والإشهاد في باب القرض.

(2) المقدمات: 362/2، والتحرير والتنوير: 120/3، والجامع لأحكام القرآن: 307/2.

(3) المقدمات: 362/2. (4) المعونة: 1151/2.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 308/2.

(6) المعلم: 318/2، وإكمال الإكمال: 524/5، والمقدمات: 361/2، والجامع لأحكام القرآن:

308/2، والمفهم: 2891/5، وبداية المجتهد: 303/2.

بخلاف الحضر⁽¹⁾. قال الشيخ ابن عاشور: «والآية دالة على مشروعية الرهن في السفر بصريحها. وأما مشروعية الرهن في الحضر فلأن تعليقه هنا على حال السفر ليس تعليقا بمعنى التقييد، بل هو تعليق بمعنى الفرض والتقدير، إذا لم يوجد الشاهد في السفر، فلا مفهوم للشرط لوروده مورد بيان حالة خاصة لا للاحتراز، ولا تعتبر مفاهيم القيود إلا إذا سيقنت مساق الاحتراز، ولذا لم يعتدوا بها إذا خرجت مخرج الغالب. ولا مفهوم له في الانتقال عن الشهادة أيضاً، إذ قد علم من الآية أن الرهن معاملة معلومة لهم، فلذلك أحيلوا عليها عند الضرورة على معنى الإرشاد والتنبيه»⁽²⁾.

ب - عن عائشة رضي الله عنها، قالت: اشترى رسول ﷺ من يهودي طعاماً بنسيئة، فأعطاه درعاً له رهناً⁽³⁾. وهذا رهن في الحضر. والحديث يدلّ منطوقه على جواز الرهن في الحضر. ومنطوق الحديث مقدّم على مفهوم المخالفة في الآية. وعلى هذا فإنّ الرهن ثابت في السفر بنصّ القرآن، وفي الحضر ثابت بسنة الرسول ﷺ.

ج - قياس الرهن على الضمان؛ لأنّ كلّ وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر كضمان الضامن⁽⁴⁾.

د - القياس على السفر؛ لأنّ الحاجة تدعو إليه في الموضوعين⁽⁵⁾.

والرهن جائز في السفر بإطلاق، بمعنى ليس موقوفاً على شرط عدم وجدان الكاتب، كما يفهم من مفهوم المخالفة في الآية. والدليل أنّ هذا الشرط خرج مخرج الغالب في السفر، أنّ الغالب فيه عدم وجود من يكتب أو يشهد؛ قال الشيخ ابن عاشور: «ولا مفهوم له في الانتقال عن الشهادة أيضاً، إذ قد علم من الآية أنّ الرهن معاملة معلومة لهم، فلذلك أحيلوا عليها عند الضرورة على معنى الإرشاد والتنبيه».

ويؤيد حمل آية: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ قوله تعالى إثرها: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثَقَ أَمَنَّتَهُ وَلِيَسْتَقِ اللَّهَ رَبَّهُمْ﴾؛ أي: إذا ظننتم أنّكم في غنية عن التوثق في ديونكم، بالكتابة والإشهاد والرهن، بأنكم أمناء عند بعضكم، فأعطوا الأمانة حقها، فظاهر الآية أنها أسقطت الكتابة والإشهاد والرهن عند حصول الرضا بأمانة المتعاقدين لبعضهما والتعويل عليها، ولو كانت هذه الأمور واجبة لما جاز إسقاطها، وبهذا يتبين أنّها للتوثق. فهي تعتبر تكميلاً لطلب الكتابة والإشهاد والرهن؛ لأنّه بيّنت أنّ هذا الطلب مقصود به حسن التعامل بين المتدائنين، فإنّ بدا لهما أن يأخذا به فنعماً، وإن اكتفيا بما يعلمانه من أمان بينهما فلهما تركه، وأتبع هذا البيان

(1) تفسير ابن عرفة: 798/2.

(2) التحرير والتنوير: 121/3.

(3) أخرجه البخاري في الرهن، باب من رهن درعه؛ ومسلم في المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر.

(4) الإشراف: 576/2، والمعونة: 1152/2. (5) المعونة: 1152/2.

بوصاية كلا المتعاملين بأن يؤديا الأمانة ويتقيا الله تعالى وهذا خلاف لمن قال بوجوب الكتابة والإشهاد والرهن ثم نسخ بقوله: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِيَ مِنْ أَمْنَتِهِ وَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾، وهذا معترض عليه بأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِيَ مِنْ أَمْنَتِهِ وَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ لم يثبت تأخر نزوله عن صدر الآية المشتملة على الأمر بالكتابة والإشهاد، بل نزلت آية الدين جملة، ولا يجوز أن يرد الناسخ والمنسوخ معاً جميعاً في زمن واحد، وقد روي عن ابن عباس أنه قال: لا والله إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ⁽¹⁾.

أركان الرهن:

والمراد هنا أركانه باعتبار إطلاقه على العقد، وهي أربعة:

الركن الأول: العاقِدُ، من راهن ومرتهن.

الركن الثاني: المرهُونُ، وهو المال المبذول.

الركن الثالث: المرهُونُ به؛ أي: فيه، وهو الدين المذكور.

الركن الرابع: الصِّعَّةُ، كالْبَيْعِ، وظاهره أنه يكفي ما يدل على الرضا، وقال ابن

القاسم: لا بدّ فيها من اللفظ الصريح.

الجائز في الرهن:

1 - الغرر الخفيف؛ فإذا كان المتمول ملتبساً بغيره، كحيوان شارد وثمرة لم يبدُ صلاحها، فإنه يصح رهنه، لجواز ترك الرهن من أصله، فشيء يتوثق به خير من عدمه. والمراد الغرر الخفيف منه؛ فإن اشتد فلا يصح رهنه؛ كالجنين كما سيأتي، ثم إن حاز المرتهن الشارد ونحوه قبل المانع تم الرهن واختص به، وإلا كان أسوة الغرماء.

2 - رهن الغلّة؛ فإذا كان المتمول غلّة، نحو دَارٍ وحانوت ودابة، فإنه يصح ويستوفي منها.

3 - رهن المشاع؛ إذا كان المتمول جزءاً مشاعاً، في دار أو دابة أو ثوب ونحو ذلك، فيصح رهنه. ودليل جواز رهن المشاع⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة.

ب - قياس المرهون المشاع على المقسوم؛ لأنه يصح قبضه بالبيع فصَحَّ ارتهانه

كالمقسوم.

(1) أحكام القرآن: 1/262، والجامع لأحكام القرآن: 3/406، وتفسير ابن عرفة: 2/798،
والتحريم والتنوير: 3/123.

(2) الإشراف: 2/577، والمعونة: 2/1156، والمنتقى: 5/249، وأحكام ابن العربي: 1/261.

ج - قياس عقد الرهن على عقد البيع؛ لأن كل عقد جاز أن يعقد على بعض الجملة مقسوماً، جاز أن يعقد على ذلك البعض مشاعاً أصله البيع. بل هو أولى من البيع؛ لأنه لو لم يصح رهن المشاع لم يصح بيعه؛ لأن البيع يفتقر إلى القبض افتقار الرهن بل أشد منه.

د - قياس عقد الرهن على عقد البيع؛ لأن كل عقد جاز على عين لنفسين جاز على نصفها لأحدهما أصله البيع.

هـ - أن صفة القبض لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعاً أو رهناً، وقد ثبت أن بيع المشاع جائز، وأن بيع ما لا يمكن لا يصح، وإن كان ممكناً صح. و - أن الإشاعة لا تمنع صحة الرهن، كما لو رهن داراً من رجلين في عقد واحد.

ولا يلزم الراهن للجزء المشاع استئذان شريكه، إذ لا ضرر على الشريك لعدم تعلق الرهن بحصته، هذا قول ابن القاسم المشهور. نعم يندب الاستئذان لما فيه من جبر الخواطر. وللشريك الذي لم يرهن أن يقسم ويبيع ويسلم للمشتري بغير إذن شريكه.

ويحوز المرتهن جميع المشاع ما رهن وما لم يرهن بالقضاء ل يتم الرهن، وإلا لجالت يد الراهن فيه مع المرتهن فيبطل الرهن؛ أي: بسبب بقاء يد الراهن عليه⁽¹⁾، وهذا إن كان الجزء الباقي للراهن. فإن كان لغيره كفى حوز الجزء المرهون من ذلك المشاع؛ لأن جولان يد غير الراهن لا يضر في الحوز، إذ المطلوب خروج يد الراهن عن الرهن وعدم جولان يده فيه⁽²⁾.

وللراهن الذي رهن الجزء المشاع، إذا كان الباقي لغيره، استئجار جزء شريكه، ولكن لا يمكن من وضع يده عليه. ويقبض المرتهن أجره الجزء المستأجر، لثلاً يبطل حوزة بجولان يده - أي: الراهن - علي الجزء المستأجر. وقبض المرتهن يكون للراهن المستأجر لجزء شريكه؛ أي: فيسلمها له.

وكذا فإن المرتهن هو الذي يؤاجر للراهن الجزء المرتهن، ولا يؤاجره هو لأنه في حكم جولان يده فيه.

ويجوز للراهن رهن الجزء الباقي من المشاع في دين آخر، ولكن لا بد من علم المرتهن الأول ورضاه، لا بغير علمه ورضاه، ويحوزه الأول للثاني فيكون أميناً فيه. ولذا لا يضمنه إن ادعى ضياع الرهن منه، بلا بينة ولا تفريط، وهو مما يغاب عليه، فإنه لا يضمن إلا ما يخصه؛ أي: كحاله قبل الرهنية. فإن حل أحد الدينين أولاً قبل

الآخر، قَسَمَ الرهن وأعطى لمن حلّ دينه منابه ليستوفي منه، إذا لم يوفقه المدين دينه أي: ويدفع لصاحب الدين الذي لم يحلّ قدر ما ينوبه يبقى رهناً عنده، وذلك إن أمكنّ قسمه بلا ضَرَرٍ، فإن لم يمكن أو كان يمكن بضرر، بيع جميع الرهن وقُضِيَ الدينان معاً، بأن يقضى الدين الأول كلّهُ أولاً لتقدّم الحقّ، ثم ما بقي للثاني.

وهذا إذا رهن الجزء الباقي لغير المرتهن الأول، أما لو رهنه له فلا بدّ أن يكون الدين الثاني مساوياً للأول، لا أكثر ولا أقلّ، وإلا منع؛ لأنه إذا كان أجل الثاني أبعد من الأجل الأول يباع الرهن عند انقضاء أجل الأول، ويقضى الدينان، فيتعجّل الدين الثاني قبل أجله، وهو سلف؛ وإن كان أجل الثاني أقرب من الأجل الأول يباع الرهن عند انقضاء أجل الثاني، ويقضى الدينان، فيعجّل الدين الأول قبل أجله، وهو سلف. فإن كان الدين الأول من بيع لزم اجتماع بيع وسلف، وإن كان من قرض لزم «أسلفني وأسلفك» فتحصل أنّ الجزء الباقي إما أن ترهن للأول أو لغيره، فإن رهنتم للأول فلا بدّ من تساوي الدينين أجلاً؛ وإن رهنتم لغيره جاز مطلقاً، تساوى الأجلان أم لا، بشرط علم الحائز لها ورضاه، سواء كان هو المرتهن الأول أو أمين غيره، وإنما اشترط رضا الحائز كان هو المرتهن أو غيره لأجل أن يصير حائزاً للثاني.

4 - رهن شيء مُستأجر لمن استأجره. ورهن حائظ مساقٍ للعامل. وحوزُهُمَا الأوّلُ كافي عن حوزتان للرهن.

وكذا يجوز رهنهما عند غيرهما إن جعل المرتهن مع العامل أميناً، أو يجعلانه معاً تحت أمين ويجعل المرتهن يده مع الأجير أو أميناً معه.

5 - وجاز رهن مثليّ، من مكيل أو موزون أو معدود، ولو عَيَّن مسكوكة. ومحل: الجواز إن طُبِعَ عَلَيْهِ طبعاً محكماً؛ سداً للذريعة لثلا يقصد به السلف مع تسميته رهناً؛ والسلف مع الدين لا يجوز. وهذا إن وضع تحت يد المرتهن؛ أو لم يطبع عليه وكانَ تَحْتَ أَمِينٍ لانتفاء العلة المتقدمة.

6 - وجاز أن يجعل دَيْنَ على إنسان رهناً، كان الدين على المُرتَهِنِ له أو على غيره؛ فمثال كونه على المرتهن في القرض: أن يقترض رجل من آخر وله عليه دين، فيرهنه دينه الذي عليه، فيجعله فيما اقترضه منه. ومثال آخر، وهو من السلم: أن يشتري المسلم سلعة من المسلم إليه، ويجعل المسلم فيه رهناً في ذلك الدين. ومثال كونه على غير المرتهن: أن يشتري زيد سلعة من عمرو بثمان لأجل، ولزيد دين على بكر، فيقول زيد لعمرو: جعلت الدين الذي لي على بكر رهناً تحت يدك حتى يأتيك الثمن. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - أَنْ كَلَّ مَا جاز بيعه جاز رهنه، وما يكون في الذمة أي: ديناً فإنه يجوز بيعه؛ فوجب أن يجوز رهنه.

ب - قياس الدين على النقد؛ أي: المبيع الحاضر؛ لأنه مال تقع الوثيقة به فجاز أن يكون رهناً، قياساً على سلعة حاضرة.

7 - وجاز رهن الشيء المُستَعَارُ للرهن أي: لأجله، أو ليرهنه في دين عليه. فإن وقى المستعير دينه رجع الرهن لصاحبه المعير. وإن لم يوفت وبيع الرهن في الدين رَجَعَ صَاحِبُهُ المعير على المستعير بِقِيَمَتِهِ يوم استعاره، وقيل: يوم رهنه. ورجع بِثَمَنِ الذي بيع به إن يَبَعَ في الدين، و«أو» لتنويح الخلاف نُقِلَتْ المدونة عليهما كما قال الشيخ.

وَضَمِنَ المستعير أي: تعلق به الضمان ولو كان ممّا لا يغاب عليه؛ أو قامت على ضياعه بلا تفريط بينة؛ إن رَهْنَهُ في غير ما أذِنَ لَهُ فِيهِ، كأن استعاره ليرهنه في دين عين فرهنه في عرض أو طعام، فَلَرَبِيهِ أَخْذُهُ إن وَجَدَهُ قَائِماً لم يتغير في ذاته عن المرتهن، وإلا يجده قائماً فقيمتُهُ تلزم المستعير مطلقاً، ولو كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ أو هَلَكَ بِبَيِّنَةٍ.

8 - وجاز رهن مِنْ وَلِيِّ مَحْجُورٍ، كَأبٍ أو وصي أو غيرهما، من مال المحجور في دين على المحجور، تداينه الولي له لمضلحة، من طعامه وكسوته ونحو ذلك من الأمور الضرورية.

9 - جاز رهن مَمَّنَ أَحاط الدين بماله ما لم يفلس. ويكون المرتهن أحقّ بالرهن من الغرماء. والدليل: أَنْ من لم يحجر عليه فتصرفاته صحيحة في كلِّ أحواله من بيع وشراء، والغرماء عاملوه على أَنَّهُ يبيع ويشترى ويقضي، فكذلك الرهن⁽¹⁾.

ما لا يجوز في الرهن:

لا يجوز رهن مِنْ أَحَدٍ وَصِيَّيْنِ أو كيلين أو قيمين؛ لأنه لا يجوز لأحدهما تصرف برهن أو بيع أو غيره إلا بإذن الآخر.

متى يلزم عقد الرهن:

يلزم عقد الرهن بالقَوْل؛ أي: بالصيغة. ولا يحتاج للزومه إلى القبض، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. وفي ذلك استدلالان:

(1) الجامع لأحكام القرآن: 314/2.

(2) الإشراف: 576/2، والمعونة: 1153/2، والمنتقى: 248/5، والمقدمات: 364/2، والجامع لأحكام القرآن: 310/2، وبداية المجتهد: 306/2، والمفهم: 2891/5، والتحرير والتنوير:

الأول: أنه تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة بعد أن أثبتها رهناً، وذلك يفيد أنها قد تكون رهناً وإن لم تقبض؛ لأن وصف الشيء بصفة يجب أن يكون معنى زائداً على وجوده. أي: جعل القبض وصفاً للرهن يدل على أن ماهية الرهن قد تحققت بدون القبض.

الثاني: أن هذه الجملة لا تخلو أن تكون خيراً أو أمراً، ولا يجوز أن تكون خيراً؛ لأنه لو كانت كذلك لم يجوز وجود رهن غير مقبوض، ولكنه جائز، فثبت أنه أمر.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا آتُوهَا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، والعقود تحصل بالإيجاب والقبول، وذلك موجود في عقد الرهن، فيجب الوفاء به لأنه لازم للمتعاقدين.

ج - قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ [الإسراء: 34]. وعقد الرهن عهد، ويجب الوفاء به.

د - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽¹⁾. والرهن بالقول شرط، ويجب الوفاء به.

هـ - القياس على عقدي النكاح والبيع؛ لأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس القول كالنكاح والبيع.

و - القياس على الكفالة؛ لأنه عقد وثيقة فوجب أن يلزم بنفس القول كالكفالة.

ز - القياس على سائر العقود؛ لأنه عقد من العقود، فلم يكن من شرط انعقاده ولزومه قبض المعقود عليه، أصله سائر العقود.

متى يتم الرهن:

لا يتم الرهن إلا بالقبض، فقبله يكون المرتهن - في فلس الراهن - أسوة الغرماء إذ ليس له ما يؤثره على بقية الغرماء؛ وبعد القبض يختص به المرتهن عنهم وعن غيرهم، كمؤن التجهيز. وللمرتهن حينئذ مطالبة الراهن بإقباضه المرهون تحويزه، ويقضى له به. ودليل انبرام الرهن وتمامه بالقبض: قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل القبض وصفاً للرهن، فإذا خرج عن يد صاحبه فإنه مقبوض صحيح يوجب انبرامه وتمامه، واختصاص المرتهن به دون غيره⁽²⁾. فالقبض شرط تمام في الرهن، وليس شرط صحة.

ودليل كونه يقضى للمرتهن به ويجبر الراهن على دفع المرهون له؛ لأن ذلك من الوفاء بالعقد والعهد والشرط، كما جاء في النصوص المتقدمة.

(1) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(2) المنتقى: 248/5، والمقدمات: 364/2، وأحكام القرآن: 261/1، وبداية المجتهد: 305/2.

وكلام الإمام ابن العربي يقتضي أنه يرى القبض شرطاً في الصحة، وأن الرهن بالقول لا يوجب حكماً، فقال: قوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ﴾ دليل على أن الرهن لا يحكم له في الوثيقة إلا بعد القبض، فلو رهنه قولاً ولم يقبضه فعلاً لم يوجب ذلك له حكماً، قال الشافعي: لم يجعل الله الحكم إلا لرهن موصوف بالقبض، فإذا عدت الصفة وجب أن يعدم الحكم، قال ابن العربي: وهذا ظاهر جداً⁽¹⁾.

قال الشيخ ابن عاشور في بيان ما جرى به العرف بتونس في قبض رهن العقار: «وأهل تونس يكتفون في رهن الرباع والعقار برهن رسوم التملك، ويعتدون ذلك في رهن الدين حوزاً»⁽²⁾.

حكم غلة الرهن:

غلة الرهن من كراء وغيره للرَّاهِنِ، لا للمرتهن فليس له أن ينتفع بشيء من الرهن، حيواناً كان أو غيره. إلا أنه يجوز شرطها للمرتهن إن عيّنت ببيع لا قرض. ودليل كون الغلة على ملك الراهن ولا حق للمرتهن فيها⁽³⁾:

أ - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الرهن مَمَّنْ رهنه، له غنمه وعليه غرمه»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أن قوله: «مَمَّنْ رهنه» أي: صاحبه والعرب تضع «من» موضع اللام، وقوله: «له غنمه» يقتضي انفراد الراهن به. والغنم النماء والزيادة.

ب - أن الغلة ملك الراهن لم يعاوض عليها ولا وهبها، فكانت على ملكه، قياساً على ما ليس برهن.

ج - أنه لو كانت للمرتهن لكان في ذلك زيادة في القرض وعض مجهول في المبايع.

وأما ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الرهن مركوب ومحلوب»⁽⁵⁾، فإنه لا يجوز أن يريد به المرتهن؛ لأنه لا ملك له عليه؛ ولا يجوز أن يريد به أن يركبه الراهن ويحلبه؛ لأنه يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهنًا، فإن الرهن من شرط تمامه القبض؛ فلم يبق إلا أن يكون المعنى أن أجرة ظهره وثمر حلبه ونفقته على الراهن؛ لأنه ملكه، ولا يمنعه كونه رهنًا من صرف هذه المنافع إلى مالكه الراهن.

(1) أحكام القرآن: 260/1. (2) التحرير والتنوير: 122/3.

(3) الإشراف: 582/2، 584، والمنتقى: 240/5، والمقدمات: 363/2، 370/2، وبداية المجتهد: 308/2، والجامع لأحكام القرآن: 311/2.

(4) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الرهن، باب الرهن غير مضمون؛ والحاكم في المستدرک: 51/2.

(5) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الرهن، باب ما جاء في زيادات الرهن؛ والحاكم في المستدرک: 58/2.

وما روي عن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»⁽¹⁾، فلا يخلو من أن يكون احتلاب المرتهن له بإذن الراهن أو بغير إذنه؛ فإن كان بغير إذنه ففي حديث ابن عمر أنّ النبي ﷺ قال: «لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه»⁽²⁾ ما يرده ويقضي بنسخه؛ وإن كان بإذنه ففي الأصول المجتمع عليها في تحريم المجهول والغرر وبيع ما ليس عندك وبيع ما لم يخلق ما يرده أيضاً؛ فإن ذلك كان قبل نزول تحريم الربا⁽³⁾. وسيأتي حكم اشتراط المرتهن الانتفاع بالرهن.

ولكن هل تدخل الغلّة في الرهن أم لا؟ فسيأتي قريباً.

ويتولّى الغلّة المرتهن للراهن بإذنه، لثلا تجول يد الراهن في الرهن بتولّيه قبضها فيطل. واحتيج هنا لإذنه قطعاً للمنازعة في المستقبل، لثلا يدعى عليه الراهن أنه أكرى ما يساوي عشرة بخمسة ونحو ذلك.

مبطلات عقد الرهن:

يبطل عقد الرهن بما يلي:

- بشرط حين العقد مُنافٍ لما يقتضيه العقد من الأحكام؛ فعقد الرهن يقتضي أنه يباع إذا لم يوف الراهن الدين، وأنه يقبض عند المرتهن أو عند أمين، فإن شرط خلاف ذلك كان مناقضاً ورافعاً للحقيقة، كما لو شرط في النكاح أنه لا يطأ، وفي البيع أنه لا يتصرف في المبيع⁽⁴⁾. إذ القاعدة أنّ كلّ عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له، كأن شرط أن لا يقبضه من راهنه، أو شرط أن لا يبيعه عند الأجل. ومفهوم القيد بحين العقد، أنه لو وقع الشرط المنافي بعد العقد لا يعتبر، بل هو لاغ، والرهن صحيح.

وظاهر البطلان بالشرط المنافي حين العقد، أنّ العقد يبطل ولو أسقط الشرط. والفرق بين الرهن والبيع المصاحب للشرط المناقض فإنه يصح إذا أسقط الشرط، أنّ قبض الرهن وبيعه إذا احتيج له، كلّ منهما مأخوذ جزءاً من حقيقة الرهن، والأمر المناقض لهما مناقض للحقيقة؛ وأما شرط عدم التصرف في المبيع - مثلاً - فهو مناقض لما يترتب على البيع لا لنفس حقيقته.

- بجعل الرهن في بيع فاسد أو قرض فاسد، ظن لزوم عقد الرهن أو لم يظن،

(1) أخرجه البخاري في الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب.

(2) أخرجه البخاري في اللقطة، باب لا تحتلب ماشية أحد بغير إذنه؛ ومسلم في اللقطة، باب تحريم حلب الماشية بغير إذن مالكها.

(4) المعونة: 2/ 1158.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 2/ 312.

فياخذه ربه ويتعين فسخ الفاسد. ومثال الفاسد من البيع الواقع وقت نداء الجمعة أو لأجل مجهول. ومثال القرض الفاسد دفع عفن في جيد.

ويبطل العقد بذلك إلا أن يَفُوتَ الفاسد بمفوت، فيصح جعل ذلك الرهن في عوضه من قيمة أو مثل أو ثمن، كمختلف فيه يفوت بالثمن. وقيل: برد الرهن لفساده مطلقاً، ولو مع الفوات، ويكون أسوة الغرماء لوقوعه فاسداً، والمراد بالفساد باعتبار ما صاحبه من البيع والقرض الفاسدين، وإلا فالرهن ليس بفاسد. والقول بالرد مطلقاً هو ظاهر إطلاق كلام الشيخ خليل؛ لأنه لم يقيد البطلان بفوات ولا بعدمه.

- بجعل الرهن في قرض جديد اقترضه من إنسان له عليه دين قبله، وجعل ذلك الرهن فيه مع دين قديم من قرض أو بيع؛ أي: جعله فيهما معاً؛ لأنه سلف جر نفعاً، وهو توثقة في القديم بالرهن، فيرد لربه ويقيان - أي: القديم والجديد - بلا رهن.

وإذا حصل مانع للراهن قبل رده له اختص بالرهن الدين الجديد دون القديم؛ أي: فيكون المرتهن أحق به في الجديد فقط ويحاصص بالقديم، وهذا هو المراد بقول الشيخ خليل: وصح في الجديد، فمراده بالصحة الاختصاص، لا الصحة المقابلة للفساد فاندفع قول الخطاب: «كلام المصنف نص في صحة الرهن ولم أقف على ذلك لغيره».

واعلم أن محلّ فساد الرهن في هذه المسألة إذا كان المدين معسراً إذا كان المدين معسراً به، أو كان الدين القديم مؤجلاً حين أخذ الرهن. أما لو كان حالاً أو حلّ أجله صحّ ذلك، إن كان الغريم مليئاً مقدوراً على الخلاص منه؛ لأن ربّ الدين لما كان قادراً على أخذ دينه كان تأخيرها كابتداء سلف؛ وكذا لو كان الغريم عديماً وكان الرهن له ولم يكن عليه دين محيط؛ لأنه حينئذ كالملئ.

وما تقدم في هذه المسألة هو في جعل الرهن في قرض جديد مع دين قديم من قرض أو بيع. وأما لو كان في بيع جديد فقد صرح ابن القاسم بالحرمة، كما جاء في شرحي المواق وأبي الحسن، وما استظهره الخطاب من أنه لو كان في بيع جديد لصحّ في البيع الجديد والقديم، قال فيه البناني: هو قصور.

- بحصول مانع قبل حوز الرهن. هذا إذا فرط المرتهن في طلبه، بل ولو جدّ في طلبه فحصل المانع قبل حوزة؛ بخلاف الهبة والصدقة فإن الجدّ في حوزهما يفيد؛ لأنهما خرجا عن ملكه بالقول والرهن لم يخرج عنه. ومن أمثلة الموانع ما يلي:

* مؤت الرّاهن

* أو فليبه؛ أي: ولو بالمعنى الأعم، وهو قيام الغرماء ومنعه من التصرف في ماله، لا بمجرد إحاطة الدين، فلا يبطل الرهن به من غير قيام الغرماء. ووجه بطلان الرهن بالفلس؛ لأنّ حق جميع الغرماء تعلّق بالتركة، فلا يجوز أن يختص بها بعضهم

دون بعض. وإنما يكون المرتهن أحقّ بتقدّم الحيازة قبل موت الراهن أو تعلق حقوق الغرماء كلّهم بالمال، وهذا متى أمكن الإقباض فلم يفعل. فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن يوافق حتى مات أو فلس، فإنّ حقّ الراهن ثابت⁽¹⁾.

* أو جنونه

* أو مرضه المتصل بموته. فالحوز في حالة المرض والجنون لا ينفع.

- إذن المرتهن للراهن في سُنْئِي لدار مرهونة، أو إسكان الغير، أو في إجارَة لذات مرهونة، كانت تلك الذات عقاراً أو حيواناً أو عروضاً. ويقع البطلان ولو لم يَفْعَلِ الراهن ما ذكر من السكنى والإجارة. وتقدم أن المنافع للراهن وأن المرتهن يتولاها للراهن بإذنه. وخالف أشهب فقال: بأنّ الرهن لا يبطل بمجرد الإذن فيما ذكر، حتى يسكن أو يؤاجر بالفعل.

ويقع البطلان غير تام، ولا يتمّ إلا بأحد أمرين:

* بفوات الرهن بنحو بَيْعٍ وهبة وصدقة وحبس، وكان الراهن موسراً، وإلا فلا يفوت كما يأتي. فإن لم يفت فللمرتهن أخذه بالقضاء، قال ابن يونس عن الموازية: من ارتهن رهناً فقبضه ثم أجره للراهن فقد خرج من الرهن. قال ابن القاسم وأشهب: ثم إن قام المرتهن برده قضي له بذلك. اهـ. وهو ظاهر إذا لم يحصل فوت بما ذكر، وإذا كان له الرجوع في رده فيما إذا أجره له فأولى إذا أذن له في ذلك، والحاصل أنه إن فات تحقق البطلان، وكذا إن حصل للراهن مانع قبل رده للمرتهن، فإن انتفيا فله أخذه من راهنه ويقضى له بذلك.

* أو بإذن المرتهن لراهنه في بَيْعِ الرهن المقبوض وتسليمه للراهن فيبطل ويبقى الدين بلا رهن، سواء كان الرهن المقبوض مشروطاً في صلب العقد أو متطوعاً به. فإن أذن له في بيعه ولم يسلمه له وباعه الراهن بطل أيضاً على الراجح، إلا أن يدعي أنه إنما أذن له لبيعته ليجيئه بثمنه فالقول له بيمين، ويكون الثمن رهناً للأجل، أو يأتي الراهن بدله برهن كالأول في القيمة وإن لم يكن من جنسه؛ وإن لم يبعه الراهن فللمرتهن التمسك به.

- بإعارة له لراهنه مُطْلَقَةً، وذلك بقيود ثلاثة:

* إن لم يشترط فيها الردّ قبل الأجل.

* ولم يجر العرف بذلك.

* ولم تقيد بزمن أو عمل ينقض قبله.

ووجه البطلان بالإعارة أنّ ذلك يدلّ على إسقاط حقه من الرهن.

فإن لم تُطَلَّق الإعارة، بل وقعت مقيدة بقيد مَّا ذكر، فللمرتهن أخذُه من الراهن ويقضى له به.

وكذلك له أخذه إن عَادَ الرهن لِرَاهِنِهِ اِخْتِيَاراً من المرتهن بإيداع ونحوه، ولو بإجارة، فله أخذه ولو قبل مدة الإجارة، إن ادعى أنه جهل أن الردَّ اختياراً يبطله، كان الردَّ بإجارة أو غيرها، وهذا إن أشبه وحلف.

إلا أن يَفُوتَ عند راهنه بحَبْسٍ أو قِيَامِ الغُرَمَاءِ على الراهن، فيبطل وليس له أخذه، ويكون المرتهن أسوة الغرماء فيه. ويعجل الدين في الحبس وما بعده، وما تقدّم في الإذن بالسكنى على نهج ما هنا.

وإن عاد لراهنه غَضَباً عن المرتهن، فَلَهُ أَخْذُهُ مُطْلَقاً فات أو لم يفت، ويختص به عن الغرماء.

وما تقدّم من بطلان الرهن بما ذكر من إذن المرتهن للراهن في التصرف في الرهن بالسكنى والإجارة ونحو ذلك، أو بإعارته إياه، هو بناء على أنّ استدامة قبض المرتهن للرهن شرط في صحّة الرهن. والدليل على ذلك⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة في جعل الرهن مقبوضاً في كلّ أحواله وأزمته. وأنّ الرهن إذا خرج عن يد المرتهن لم يصدق ذلك اللفظ عليه لغة، فلا يصدق عليه حكماً.

ب - أنّ ما أذن فيه المرتهن للراهن، هو تبقية للرهن في يد الراهن باختيار المرتهن، فكان ذلك إخراج الرهن عن كونه رهناً.

ج - أنّ المعنى الذي لأجله استحقّ قبض الرهن في الابتداء هو لأن يكون وثيقة للمرتهن بقبضه إياه، وهذا المعنى يحتاج إليه في كلّ حال كان فيها الرهن رهناً، فكان القبض شرطاً في صحّة الرهن.

التنازع في حوز الرهن:

يكون القَوْلُ عِنْدَ تَنَازُعِهِمَا لمن طلب منهما حوزَه عِنْدَ أَمِينٍ؛ لأنّ الراهن قد يكره وضعه عند المرتهن، والمرتهن قد يكره وضعه عنده خوف الضمان إذا تلف أو غير ذلك.

ودليل جواز وضع الرهن في يد أمين⁽²⁾:

أ - أنّ الرهن إذا قبضه أمين كان مقبوضاً لغة وحقيقة؛ لأنّ الأمين نائب عن صاحب الحق وبمنزلة الوكيل.

(1) الإشراف: 577/2، والمعونة: 1154/2، والجامع لأحكام القرطبي: 310/2، وبداية المجتهد: 306/2، والمفهم: 2892/5.

(2) الإشراف: 580/2، والمعونة: 1155/2، والجامع لأحكام القرآن: 310/2.

ب - أن الرهن يكون بذلك ممنوعاً عن الراهن لا يتصرف فيه، في يد من يقوم مقام المرتهن فصَحَّ ذلك، كما لو كان في يد المرتهن.

وهذا الحكم في التنازع سواء جرت العادة بوضعه عند المرتهن أم لا؛ خلافاً لقول اللخمي إذا كانت العادة تسليمه للمرتهن كان القول لمن دعا إليه؛ لأنه كالشرط، وإلا فالقول لطالب الأمين. ومحلّ هذا الخلاف إذا دخلا على السكوت. وأمّا لو امتنع المرتهن عند العقد من قبضه، فلا يلزمه قبضه ولو كانت العادة وضعه عنده اتفاقاً.

ولو اتفقا على وضعه عند أمين، واختلفا في تَعْيِينِهِ؛ نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي الْأَصْلَحِ مِنْهُمَا فَيَقْدِمُهُ. فإن استويا في الصلاحية خيّر الحاكم.

وإن سَلَّمَهُ الْأَمِينُ لِأَحَدِهِمَا بِلَا إِذْنٍ مِنَ الْآخَرِ؛ فَإِنْ سَلَّمَهُ لِلرَّاهِنِ ضَمِنَ لِلْمُرْتَهِنِ الدَّيْنَ أَوْ قِيَمَةَ الرَّهْنِ؛ أَي: الْأَقْلَ مِنْهُمَا. أي: تعلق به الضمان، بحيث إذا تلف يضمن قيمته أو مثله، وليس المراد أنه يضمنه بالفعل ولو كان باقياً، غاية ما هناك يردّ فعله.

وإن سَلَّمَهُ لِلْمُرْتَهِنِ وتلف عنده ضَمِنَ الْقِيَمَةَ لِلرَّاهِنِ؛ أَي: تعلق بها ضمانها على النحو التالي:

* فإن كانت قدر الدين سقط الدين وبرئ الأمين.

* وإن زادت على الدين ضمن الزيادة للراهن ورجع بها على المرتهن. ويغرم الأمين تلك الزيادة ويرجع بها على المرتهن، كان الرهن ممّا يغاب عليه أم لا، قامت بينة على هلاكه بدون تفريط أم لا؛ وذلك لأنّ الأمين متعدّد بالدفع للمرتهن، والمرتهن متعدّد بأخذه.

* وإن كانت القيمة أقلّ من الدين فالحكم أنه يحطّ عن الراهن من الدين بقدر قيمة الرهن، ولا غرم على الأمين في هذه الحالة.

ثم إنّ محلّ تضمين الأمين الزيادة إذا سلّم الرهن للمرتهن بعد الأجل أو قبله، ولم يطلع الراهن على ذلك حتى حلّ الأجل. وأمّا إن علم به قبل الأجل فإنّ للراهن أن يغرم القيمة أيهما شاء؛ لأنهما متعدّيان عليه، هذا بأخذه وهذا بدفعه؛ وتوقف تلك القيمة على يد أمين غيرهما للأجل، وللراهن أن يأتي برهن كأول ويأخذ القيمة.

ما يجوز في حوز الرهن:

يجوز حَوْزُ أَخِي الرَّاهِنِ، ووجه الجواز أنه مالك لنفسه بائن عن الراهن بملكه كالأجنبي⁽¹⁾. وكذا ولد الراهن الرشيد المنعزل عنه، كما قال سحنون. والمراد بالولد المنعزل ما ليس تحت الحجر، بل هو مستقلّ بالتصرف ولو كان مشاركاً لأبيه في الأموال.

ولا يكون حوزهما كحوز الراهن مبطلاً للرهن؛ لأنّ الأخ والابن الكبير المنعزل لا تجوز يد الراهن على أموالهم. وأمّا حوز مَخْجُورِ الراهن، لصغر أو سفه، فلا يجوز. ووجه عدم جواز حوز هؤلاء لما له عليهم من الحجر.

وكذلك الزوجة، ووجه ذلك أنّ للزوج عليها نوع حجر، ولذلك هي ممنوعة فيما زاد على الثلث⁽¹⁾.

الارتهان قبل الدين:

يجوز ارتهان قبل الدين، من قرض أو بيع، كأن يعاقده على دفع رهن الآن ليقترض منه في غد كذا، أو يشتري منه سلعة ويكون الرهن في ذلك الدين، فإذا قبض الرهن الآن وحصل الدين في المستقبل لزم الرهن ولا يحتاج لقبض آخر وإن لم يقبضه لزمه دفعه بعد الدين. وصورة المسألة: أن يقول شخص لآخر: خذ هذا الشيء عندك رهناً على ما أقترضه منك، أو على ما يقترضه منك فلان، أو على ثمن ما تبيعه لي أو لفلان. والرهن على هذه الكيفية صحيح لازم؛ لأنه ليس من شرط صحة الرهن أن يكون الدين لازماً قبل الرهن، لكن لا يستمرّ لزومه إلا إذا حصل بيع أو قرض في المستقبل، فإن لم يحصل كان له أخذ رهنه. ودليل جواز هذه المسألة⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة لم تفرّق بين وجوب الحقّ وعدم وجوبه.

ب - أنّ المقصود من الرهن هو استيفاء الحق من ثمنه، وقد ثبت أنّ ذلك يجوز أن يتعلّق بصفة تأتي وهو امتناع من عليه الحق من أدائه، فجاز أن يتعلّق الرهن به؛ ولأنّه أذن له في قبضه على وجه الأمانة أو الضمان فصحّ ذلك؛ أصله في الأمانة إذا قال له: متى جاءك فلان يقتضي الذي له عندي فأقبضه بكذا فهو ودیعة لي عندك؛ وأصله في الضمان ضمان القضاء، إذا قال خذ هذا القيس فإن كان فيه قدر حقك فقد قضي من حقك.

الارتهان على ما يلزم المؤجر - بالكسر - من الأجرة:

- يجوز الارتهان وتسليمه، على ما يلزم المؤجر - بالكسر - من الأجرة، بسبب عمل يعمله الأجير له بنفسه أو دابته مثلاً، كأن يؤجره على خياطة أو نجارة باب أو نسج ثوب أو حراسة أو خدمة بعشرة مثلاً، على أن يدفع للأجير رهناً في نظير ما يلزم المؤجر من الأجرة.

وكذا يجوز للأجير إذا دفع المستأجر له الأجرة قبل العمل، وخاف أن يفرط الأجير

فيه، أن يدفع رهناً للمستأجر، على تقدير لو لم يعمل كان الرهن رهناً فيما دفعه له. كما يجوز بسبب جَعَالَةٍ، بأن يأخذ العامل من رب الحيوان الشارد - مثلاً - رهناً على الأجرة التي تثبت له بعد العمل. وتقدم أنّ الرهن مال يكون في دين لازم أو آيل للزوم.

- يجوز الارتهان على ما يلزم من قيمة الشيء، كأن يستعير شيئاً ويدفع رهناً للمعير في قيمته على تقدير لزومها لو ادعى الضياع، وكذا الصناع يدفعون للمصنوع له رهناً في قيمته على تقدير ادعائهم الضياع.

ما يندرج في الرهن:

يُنْدَرِجُ فِي الرهن ما يلي:

- الصّوف التّامّ على الغنم المرهونة يوم رهنها تبعاً لها. ووجه اندراج الصوف التام يوم الرهن؛ لأنّ متصل بالحيوان اتصال خلقة قد كمل، ويتبع في البيع بمجرد العقد، فكذلك في الرهن، قياساً على أعضاء الحيوان⁽¹⁾.

- جنين في رهن حيوان حامل وقت الرهن، وأولى إن حملت به بعد. ووجه دخوله إذا كانت حاملاً به وقت الرهن، أنّه كالجزء منها، فدخوله هنا كالبيع. قال ابن المواز: ولو شرط عدم دخوله لم يجز؛ لأنّه شرط مناقض لمقتضى العقد لكونه بمنزلة الجزء من أمّه. ووجه الأوليّة فيما إذا حملت به بعد الرهن، أنّه بعد الرهن يكون جزءاً من أمّه، وقد تعلق بها الرهن، بخلافه قبل الرهن فقد يتوهم أنّه ذات مستقلّة.

- فَرُخُ نَخْلِ - بالخاء المعجمة - وهو المسمّى بالفسيل، في رهن النخل.

ووجه اندراج الجنين وفرخ النخل في الرهن؛ لأنّها تبع لأصولها، ويظهر ذلك في الجنين أنّه تبع لأمّه في الزكاة؛ لأنّ الأصول موضوعة على أنّ كلّ حكم يثبت في الأمهات فإنّ الولد يتبعها فيه، ولأنّه نماء من جنس الرهن ومن خلقتة وصورته كنماء المتصل به⁽²⁾.

ما لا يندرج في الرهن:

لا يندرج في الرهن ما يلي:

- الصوف غير التام. فلا يندرج في عقد الرهنية، وللراهن أخذه بعد تمامه، وذلك أنّ غير التام بمنزلة الغلّة⁽³⁾ وهي لا تندرج كما سيأتي.

(1) المتقى: 241/5.

(2) المعونة: 116/2، والجامع لأحكام القرآن: 313/2.

(3) الغلّة ما نشأ عن الشيء بلا بيع له، ككراء العقار والدواب وكالبلن والصوف ونحو ذلك.

- الثَّمَرَة على رؤوس الشجر المرهونة، ولو طَابَتْ يوم الرهن. ولم يجعلها ابن القاسم كالصوف التام؛ أي: حيث طابت. ودليل كون الثمرة على رؤوس الشجر لا تندرج في الرهن، أنّ الرسول ﷺ جعلها في البيع للبائع، كما تقدّم في البيوع. والفرق أنّ الصوف لا يخلو منه الحيوان ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له، فأشبهه جريد النخل؛ وأما الثمرة فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلّة، تخلو منها الشجرة في بعض أوقاتها⁽¹⁾.

- بَيِّضٌ في رهن دجاج، بل هو لربه.

- غَلَّةٌ، كأجرة دار أو حيوان وكسمن ولبن وعسل نحل.

إلا لِشَرَطٍ في جميع ما تقدم فيعمل به، وتكون المذكورات رهناً مع أصلها. ودليل عدم اندراج ما ذكر في الرهن⁽²⁾: عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «الرهن ممّن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ قوله: «له غنمه» يقتضي انفراد الراهن به، إلّا لشرط.

والعلّة في عدم اندراجها أنّها أعيان منفصلة عن الرهن ومن غير جنسها، لا يكون حكمها حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجازات، فلم تدخل معه في الرهن؛ لأنّ ذلك غلّة وخراج، والرهن تناول العين دون المنافع، والحديث المتقدم بين أنّ المنافع ينفرد بها الراهن ولا يتعلّق لغيره حقّ فيه⁽⁴⁾.

اشتراط المنفعة في الرهن:

- يجوز للمرتهن شَرَطَ مَنَفَعَةٍ في الرهن، كسكنى أو ركوب بشرطين:

* إن عُيِّنَت المنفعة بزمان أو عمل، للخروج من الجهالة في الإجارة.

* إن كانت في دين بيع فقط؛ أي: لا في قرض، فلا يجوز لأنّه في البيع بيع وإجارة وهو جائز؛ لأنّ السلعة المبيعة بعضها في مقابلة ما يسمّى من الثمن، وبعضها في مقابلة المنفعة، والأول بيع والثاني إجارة، ومحصله أنّ تلك المنفعة لم تضع على الراهن، بل وقعت جزءاً من ثمن السلعة التي اشتراها. وأمّا في القرض فهو سلف جر نفعاً، وهو لا يجوز.

وكذا يمتنع التطوع بالمنفعة في القرض والبيع مطلقاً عينت أم لا، ووجه المنع في التطوع بها في البيع والقرض أنّها هدية مديان. فعلم أنّها في القرض تمتنع في الصور

(1) المتقى: 240/5.

(2) الإشراف: 584/2.

(3) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الرهن، باب الرهن غير مضمون؛ والحاكم في المستدرک: 51/2.

(4) المعونة: 1162/2، والمتقى: 241/5.

الأربع وهي: الشرط، والتطوع، عينت أم لا. وفي البيع في الثلاث وتجوز في الرابعة: وهي ما إذا وقعت بشرط في العقد وعينت. ومما عمت به البلوى في مصر جميعها حتى لا يقدر أحد من أهل العلم على رفعه؛ أن يبذل الرجل لآخر دراهم ثم يأخذ منه أرض زراعة أو حائطاً رهناً، على أن يزرع الأرض أو يأخذ ثمر الحائط ما دامت الدراهم في ذمة آخذها، ثم زادوا في الضلال إلى أنه إذا رد أخذ الدراهم ما في ذمته ليأخذ أرضه أو حائطه توقف معطيها في القبول، فتارة يشتكيه إلى أمرائها لينصروا الباطل وتارة يصلحوه على دفع شيء له ليستمر على ذلك السنة أو السنتين أو الأكثر، فإننا لله وإننا إليه راجعون. نقل الشيخ الصاوي أنّ مسألة رهن الأرض والحائط هي المسماة بين الناس بالغاروقة، وهي ممنوعة مطلقاً، ولو شرط المنفعة في مدة معينة؛ لأنها في قرض لا بيع، ولا ينفعه أن يقول: وهبتك المنفعة ما دامت دراهمك عليّ؛ لأنها حيلة باطلة عندنا، وهي من الربا، فيجب على واضع اليد على الطين في نظير دراهمه الإقلاع عنه وتركه لصاحبه والاستمرار عليه محرّم؛ ولكن إذا وقع وزرع الأرض يكون الزرع له، وعليه أجره مثل الأرض لصاحبها، فيقاصصه بها من أصل الدين الذي عليه، فإن كان يدفع الخراج للملتزم وكان قدر أجره الأرض لا يلزمه أجره لربّها، كما قرره الأشياخ.

- ويجوز شرط المنفعة المعينة بزمان أو عمل على أن تُحسب من الدين، في بيع أو قرض. أمّا غير المعينة فلا يجوز، وعلّة المنع في صور القرض اجتماع السلف والإجارة، وفي صور البيع اجتماع البيع والإجارة المجهولة الأجل.

وكذا إذا وقعت بعد العقد؛ لأنه من البيع والإجارة وليس فيه هدية مديان، بخلاف التطوع بها بعد العقد من غير أن تحسب من الدين. نعم في القرض سلف وإجارة.

وهذا كلّ في أخذ المرتهن المنفعة التي هي ليست من جنس الدين، وأمّا لو شرط المرتهن أخذ الغلّة التي هي من جنس الدين من دينه، فانظر تفصيله في حاشية الشيخ الدسوقي على الشرح الكبير⁽¹⁾.

دعوى المرتهن الحوز:

لا يُقبَلُ من المرتهن بعد حصول المانع للراهن؛ كموت أو فلس مع حوزة للرهن، أنه حازَ الرهن قبل المانع، ونازعه الغرماء، وقالوا: إنما حزته بعده، فلا تفيد دعواه، ولو شهد له الأيمن الحائز له؛ لأنها شهادة على فعل نفسه، إلا ببينة تشهد له على التحويز قبله؛ أي: على معاينة أنّ الراهن سلّم له الرهن قبل حصول المانع؛ أو تشهد له على الحوزة؛ أي: على كونه حازه قبل المانع ولو لم تشهد بالتحويز على الأوجوه من التأويلين؛ لأن شهادتها بالحوز قبله مع ثبوت الدين يفيد الظن بأن الراهن سلمه له،

واحتتمال اءءءال المرءهن علىه بعءء. وءلأوءل ءلءنءى: أنه لا بءء من الشءاءة على ءءءوءز والقبض من الرهن. واءءار الإمام الباءى الأول، ولكن ظاهر المءءونة ءلءنى، وبه قال جماعة منهم ابن رءءء. وقال بعض المءءققىن: ىكفى الءوز فى الهبة ولا ىكفى فى الرهن؛ لأن الرهن لم ىءرء عن ملكه بءلاف الهبة. وءلءل اشءراط البىنة لءبوء ءصول ءءءوءز قبل قىام المانع من موء أو فلس، وأنه لا ىكفى من ءىازءه الاءفاق على الإقرار بءلك: أن ءق الءىر مءءلق به عند الءءاءة إلى الءكم بءونه رهنأ بعء موء الرهن أو وقت مءلق ءق الءرماء به؛ وءق الءىر هو ءق الءرماء، فىءءمئل أن ىكون ءءءوءز ءصل بعء الفلس، لكن قد ىءقق الرهن والمءرءهن على الإقرار بءصوله قبل الفلس لىءوءصلاً بءلك إلى إسقاط ءق الءرماء؛ ولما كان من شرط ءبوء ءكم الرهن له قبضه وءىازءه قبل مءلق ءق الءرماء به، لم ىءكم له بءلك إلا بعء ءبوء الشرط فى وقءه وقبل فوءءه، ولا ىءصل ءلك إلا بالبىنة⁽¹⁾.

ءلق الرهن:

ءلق الرهن ءلقأ أى: اسءءقه المرءهن ولم ىفءكّه صاءبه فى الوقت المءروط. أى: أن ىرهن الرءل الرهن عند الرءل بالشىء، فىقول الرهن للمءرءهن: إن ءءءك بءءك إلى آءل كءا وكءا، وإلا فالرهن لك بما فىه. فمءنى ءلق الرهن أن لا ىفك. وكان هذا من فعء الءاهلىة، فأبءله الإسلام، وءكم بأن ءلق الرهن لا ىءوز، والمءنى أنه لا ىءوز أن ىعءء الرهن على وءه ىؤول إلى المنع من فكّه، وءلءل⁽²⁾:

أ - عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا ىءلق الرهن»⁽³⁾. ووءه الاسءءلال أن النبى ﷺ نهى عن المنع من فك الرهن؛ أى: نهى عن عءء ىءضمّن ءلك. وقد وءء الءءء بصىغة النهى، والنهى ىءضى الفساد.

ب - أنه ىبع ءرر ومءهول؛ لأن البائع - فى البىع - لا ىعلم كىف ىكون الرهن وقت آءءه، ولا ىعرف صفءه؛ ولأنه لا ىءرى بما باع سلءءه بالءمن الءى اءققا علىه أو بالرهن الءى وءع فىه.

ء - أنه إن كان فى قرض فءارة ىكون بىعأ وءارة ىكون قرضأ، فىكون بمءنى فسء الءىن فى الءىن.

وإذا وقع الرهن على هذا الشرط فإنه ىفسء ءلاقه.

(1) المءونة: 2/ 1154، والمءءقى: 5/ 248، والمقءماء: 2/ 366.

(2) المءونة: 2/ 1168، والمقءماء: 2/ 362، والمءءقى: 5/ 239، وىءاءة المءءءء: 2/ 306، والءامع لأءكام القرآن: 2/ 312.

(3) آءرءه مالك فى الأقضىة، باب ما لا ىءوز من ءلق الرهن؛ وابن مائه فى الأحكام، باب لا ىلق الرهن.

بيع الراهن الرهن قبل قبضه:

لا يجوز للراهن أن يبيع الرهن بغير إذن المرتهن؛ لأنّ في ذلك إبطال حق الوثيقة⁽¹⁾.

ولو باع الراهن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن منه، مَضَى بَيْعُهُ وإن كان لا يجوز. ومضَى البيع مَقِيدٌ بأنْ يَفْرَطَ مَرْتَهْنُهُ في طلبه حتى باعه راهنه، ويبقى دينه بلا رهن لتفريطه. فإن لم يفرط بل جدّ في طلبه، فباعه قبل قبضه، فثلاثة أقوال:

* يَمْضِي بَيْعُهُ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا في الدين، فات الرهن عند مشتريه أولاً، وهو لابن أبي زيد القيرواني.

* لا يمضي، بل يرد ويكون رهناً في الدين، وهذا إذا لم يفت فإن فات بيد مشتريه كان ثمنه رهناً، وهو لابن القصار.

* أنه ليس للمرتهن ردّ بيع الرهن، وإنما له فسخ بيع سلعته؛ لأنه لما باعها على رهن بعينه فلما فوّته ببيعه كان أحقّ بسلعته إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت، قال: وهذا كله إن دفع السلعة للمشتري أي: للراهن أو السلف له، وإلا فهو أحقّ بسلعته أو سلفه فرط في الرهن أو لم يفرط، وهو لابن رشد.

واعلم أنّ محلّ الخلاف هو في بيع الراهن الرهن المعين المشتراط في عقد البيع أو القرض، والحال أنّ الراهن البائع سلّم الرهن المبيع للمشتري، فإن لم يسلمه له كان للمرتهن منعه من التسليم ولو أتاه برهن بدله؛ لأنّ العقد وقع على عينه، فإن خالف الراهن وسلمه للمشتري كان للمرتهن فسخ العقد الأصلي المشتراط فيه الرهن. وأمّا إن كان الرهن غير معين، وباعه الراهن قبل أن يقبضه المرتهن، فللمرتهن أيضاً منع الراهن من تسليمه للمشتري حتى يأتيه بدله. وأمّا لو كان الرهن متطوّعاً به بعد العقد، وباعه الراهن قبل أن يقبضه المرتهن، فإنه يمضي ببيعته؛ وهل يكون ثمنه رهناً، أو يكون للراهن ويبطل الرهن من أصله؛ فهو خلاف مخرّج على الخلاف في بيع الهبة قبل قبضها وبعد علم الموهوب له، في مضى البيع ويكون الثمن للمعطي - بكسر الطاء - أو للمعطي - بالفتح -، كما سيأتي.

بيع الراهن الرهن بعد قبضه:

إذا باع الراهن الرهن بعد أن قبضه المرتهن مضى ببيعته أيضاً، وذلك إن باعهُ بِمِثْلِ الدِّينِ فَأَكْثَرَ في صور ثلاثة:

- أن يكون الدين عيناً من بيع.

- أن يكون الدين عيناً من قرض.

- أن يكون الدين عرضاً من قرض.

ويشترط تعجيل الدين في الصور الثلاث.

فإن لم يبعه بمثل الدين، بل بأقل منه في الصور الثلاث، أو باعه بمثله فأكثر وكان الدين عرضاً من بيع؛ للمرتهن الرد لبيع الرهن في الصور الأربع، وهي:

- إذا كان الدين عيناً من بيع.

- إذا كان الدين عيناً من قرض.

- إذا كان عرضاً من قرض.

- إذا كان عرضاً من بيع.

وهذا الرد مشروط بما إذا لم يكتمل له في الثلاثة الأول بقية دينه. ولا يلزمه في الرابعة قبول العرض قبل أجله ولو يبيع بما فيه الوفاء؛ وعلة عدم اللزوم أن الأجل فيه من حقهما بخلاف العرض من قرض فإن الأجل فيه من حق المقرض فقط. فإن كتمل له فحكمه حكم ما إذا باعه بمثل الدين في مضي البيع.

وإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجلاً دينه من ثمنه مطلقاً، في الصور الأربع، فإن وفى، كما في الصورة الرابعة؛ وإلا أتبعه بالباقي، كما في الصور الثلاث.

بيع الأمين الرهن:

يجوز للأمين الذي وضع الرهن تحت يده بيّعه في الدين، وذلك إن أذن الراهن له فيه، ولو في صلب عقد الرهن، وسواء أذن له في بيعه قبل الأجل أو بعده؛ لأنه وكيل عن ربه حينئذ ما لم يقل: إن لم آت بالدين وقت كذا، فإن قال ذلك لم يجوز له البيع، ولا بدّ من إذن الحاكم لما يحتاج إليه من إثبات الغيبة أو العسر أو المطل، كما يأتي.

وجواز بيع الأمين الرهن في الدين إن أذن له الراهن فيه ولو في صلب العقد، هو بخلاف المرتهن، فلا يجوز له البيع إلا إذا كان الإذن بعد العقد - كما سيأتي - والفرق بين الأمين والمرتهن في ذلك، أن الأمين وكيل محض، بخلاف المرتهن، فإنه ربما يتوهم أن الإذن الواقع في العقد كالإكراه لضرورته فيما عليه من الحق، فإذنه كلا إذن.

بيع المرتهن الرهن:

يجوز للمرتهن بيع الرهن إن أذن الراهن له فيه بعد العقد أو بعد الأجل، لا في حال العقد. فإن أذن له الراهن في حال العقد فيمنع ابتداء؛ لأنها وكالة اضطرار.

ومحل الجواز للأمين والمرتهن إن لم يقل الراهن لواحد منهما: إن لم آت بالدين.

بيع الحاكم الرهن:

إن قال الراهن للأمين أو للمرتهن: إن لم آت بالدين؛ أو أذن للمرتهن في صلب

العقد قال ذلك أو لم يقل، لم يجز البيع في الصور الخمسة، وهي:

* الإذن للأمين في العقد أو بعده، مع التقييد فيهما.

* الإذن للمرتهن في العقد، قيد أم لا.

* الإذن للمرتهن بعد العقد، وقيد.

وأولى في عدم الجواز إن لم يأذن أصلاً، فلا يجوز البيع إلا بإذن الحاكم، ليثبت عنده العسر أو المطل أو الغيبة للراهن.

فإن لم يستأذن الحاكم وباع الأمين أو المرتهن بلا رفع الحاكم مَضَى بيعه - أي: في الصور الخمسة - من الأمين أو المرتهن وإن لم يجز ابتداءً. ومحلّ المنع إن لم يكن المبيع تافهاً، ولم يخش فساده؛ وإلا جاز قطعاً.

وبيع الحَاكِمُ الرهن في الحالات التالية

- إن امتنَّ ربه من بيعه بعد الأجل، ومن وفاء الدين فيما إذا لم يأذن. والدليل على ذلك: أنّ الرهن مرهون بحق لا يمكن المرتهن من استيفائه، فجاز أن يملك المرتهن مطالبة الحاكم ببيعه، قياساً على ما إذا مات الراهن⁽¹⁾.

- إن غاب الراهن أو مات، إلا أنه في الغيبة لا بدّ من يمين الاستظهار. وعن ابن رشد أن الذي جرى به العمل أنّ القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن إذا غاب أو مات حتى يثبت عنده الدين وملك الراهن له، وتحليفه مع ذلك أنه ما وهب دينه، ولا قبضه، ولا أحال به، وأنه باق على عليه إلى حين قيامه.

التنازع بين الأمين والمرتهن في بيع الرهن:

إن قال الأمين للمرتهن: بعتُ الذات المرهونة بمائة مثلاً وسلمتها لك، فأنكرَ المُرْتَهِنُ، ضَمِنَ الأَمِينُ، فلا يصدّق في التسليم إلا ببينة. وأمانته لا تسري على تسليم الثمن. وأما في أصل البيع وقدر ما باع به، فمصدّق؛ لأنّه وكيل في ذلك، والموضوع أنّه مأذون في العقد أو بعده.

نفقة الرهن:

نفقة الرهن على راهنه؛ لأنّه مالكة؛ ولأنّ الذي فيه للمرتهن حقّ التوثيق وهو أخذ دينه منه عندما يتعدّر على الراهن أداءه، وذلك لا يستحقّ به نفقة عليه؛ ولأنّ منفعته وخراجه للراهن دون المرتهن، والدليل⁽²⁾: قوله ﷺ في الحديث المتقدّم: «وعليه غرمه» والغرم النفقة والنقصان.

(1) الإشراف: 582/2.

(2) المعونة: 1163/2، وبداية المجتهد: 309/2.

الرجوع بالنفقة على الرهن:

يرجع المرتهن على الراهن بِنَفَقَتِهِ التي أنفقها على الرهن في الذمة؛ أي: ذمة الراهن، ولو لم يأذن له في الإنفاق. وخالف أشهب فقال: إن نفقته على الرهن إذا لم يأذن له فيها تكون في الرهن مبدأ بها في ثمنه.

ولا يكون الرهن رهنًا في النفقة، بخلاف الضالة ينفق عليها من وجدها، فإن له الرجوع في ذات الضالة ويكون مقدماً على الغرماء بالنفقة عليها. فإن زادت النفقة على قيمة الضالة، فلا ترجع بتلك الزيادة على ربها، وضاعت عليه. والفرق بين الضالة والرهن أن الضالة لا يعرف صاحبها حين الإنفاق عليها، بخلاف الرهن فإن صاحبه معروف حين الإنفاق عليه، فلو شاء طلبه بالنفقة عليه، فإن امتنع أو غاب رفع للحاكم.

وهذا إن لم يصرح الراهن بأن الرهن رهنٌ بالنفقة؛ أي: فيها. فإن صرح بذلك بأن قال الراهن للمرتهن: أنفق عليه وهو رهن في النفقة عليه أو بما أنفقت. أو يقول: أنفق عليه على أن نفقتك في الرهن، فإنه يكون رهنًا فيها، ويقدم فيه على الغرماء بنفقته عليه. قال ابن القاسم: إذا قال أنفق على أن نفقتك في الرهن، أو أنفق والرهن بما أنفقت رهن أيضاً، فذلك سواء، ويكون الرهن في النفقة. ثم قال: فإن غاب وقال الإمام: أنفق ونفقتك في الرهن كان أحق به من الغرماء كالضالة (أه) نقله المواق.

وإن أنفق المرتهن على رهن من نحو شجر وزرع، خيف عليه التلف بعد سقيه والإنفاق عليه، وامتنع الراهن من الإنفاق، ولم يأذن للمرتهن في ذلك وقت انقطاع الماء عنه، فاحتيج لإجرائه له أو لإصلاح بثره، فأنفق المرتهن؛ بدأ بالنفقة التي صرفها المرتهن على ذلك الثمر أو حب الزرع، فتقدم على الدين ولا تكون النفقة في ذمة الراهن.

ولا يجبر الراهن على الإنفاق على الشجر والزرع مطلقاً، ولو اشترط الرهن في صلب العقد للدين، فأولى إذا كان تطوعاً بعده. وتوالت - أي: المدونة - على عدم الجبر إذا تطوع به، وأما إذا اشترط في العقد جبر. والمعتمد الأول، لكنه إن أنفق بدأ بها على الدين على ما تقدم. واستشكل جبره، بأن الشخص لا يجبر على إصلاح شيء؛ والجواب أنه إنما يجبر لتعلق حق المرتهن به.

إيصال الأمين بالرهن للغير:

ليس للأمين الذي أمن على حوز الرهن أو بيعه إيصال بالرهن عند سفره أو موته؛ لأن الحق في ذلك للمرتهنين، وهما لم يرضيا إلا بأمانته لا بأمانة غيره.

ومثل الأمين القاضي، فليس له الإيصال بالقضاء. وكذا الوكيل ولو كان مفوضاً، ومقدم القاضي. بخلاف الخليفة والوصي والمجبر وإمام الصلاة والمقام من طرف السلطان وناظر الوقف، فلكل واحد الاستخلاف على منصبه. والمراد بالناظر الذي جعل له الواقف الإيصال به، وإلا فهو كالقاضي.

ضمان الرهن وعدمه:

يكون الضمان بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان مقوماً، وذلك إن ادعي التلف أو الضياع أو الردّ. وهل تعتبر القيمة يوم التلف أو الضياع أو يوم الارتهان، قولان. ووفق بعضهم بين القولين، بأنّ الأول فيما إذا ظهر عنده يوم ادعاء التلف، والثاني فيما إذا لم يظهر عنده من يوم قبضه حتى ضاع.

ويضمن المرتهن الرهن بشرطين:

الأول: إن كان الرهن بيده

الثاني: وكان ممّا يُغابُ عَلَيْهِ؛ أي: يمكن إخفاؤه عادة، كالحلي والثياب

والسلاح والكتب.

ولا يضمنه في الحالتين التاليتين:

الأولى: إن كان بيد أمين، وإنما ضمانه من الراهن. ووجه كون ضمانه من

الراهن، أنّ الراهن لم يرض بأمانة المرتهن لَمَّا جعله على يد غيره، فكان ذلك رضاً منه بأن لا يدخل في ضمان المرتهن. وإنما يضمنه المرتهن بالقبض والحوز وهذا معدوم⁽¹⁾.

ولا يضمنه الأمين لأنه في يده أمانة والأمين غير ضامن، فهو قد قبضه لمنفعة

غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه⁽²⁾.

الثانية: وكذلك إن كان ممّا لا يغاب عليه⁽³⁾ كالحيوان والعقار والسفينة الراسية،

وادعى ضياعه أو تلفه، ولم تقم على هلاكه بيّنة. ودليل التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، في ضمان المرتهن للرهن:

أ - الاستحسان. ومعنى الاستحسان - عند الإمام مالك على ما ذكره ابن رشد

الحفيد - هو الجمع بين الأدلة المتعارضة، وليس قولاً بغير دليل⁽⁴⁾. ووجه أنّ الرهن

أخذ شياً من المضمون وشياً من الأمانة، فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد.

وبيّن ذلك أنّ الأمانة المحضة ما لا نفع فيها لقابضها، بل النفع كلّ للمالك كالوديعة.

والمضمون المحض ما يكون النفع فيه كلّ لقابضه كالمشتري أو بتعدّي جنابة كالغصب.

(1) الإشراف: 580/2، والمعونة: 1159/2.

(2) المعونة: 1159/2، والجامع لأحكام القرآن: 310/2.

(3) اعلم أنّ مثل الرهن في التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه: باب العواري، وضمان

الصناع، والمبيع بخيار، ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضن، والصدّاق إذا دفع للمرأة وحصل

فسخ أو طلاق قبل الدخول، وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر، والمشتري من غاصب

ولم يعلم غصبه، والسلعة المحبوسة للثمن أو للإشهاد (حاشية الصاوي: 121/2).

(4) بداية المجتهد: 309/2.

ومسألتنا هذه خالية من كل ذلك، فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فيجب الفصل بينهما⁽¹⁾. ووجه ذلك أنه لم يكن جناية وتعدّ فيضمن، ولا ممّا ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن، بل المنفعة لهما، فهي للمالك بأن حصل له ما ابتاعه وملكه وبقي الدين في ذمته لأجل بالرهن، ولولاه لم يملكه فقد انتفع به؛ وللمرتهن بحصول التوثيق، فلم يقبضه لنفع مالكة كالوديعة، وإنما قبضه ليكون على وثيقة بحقه. وإذا أخذ شيئاً من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما على التجريد، فيجب الفصل بينهما⁽²⁾.

ب - عمل أهل المدينة. فقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽³⁾.

والدليل على أن ضمان الرهن من الراهن في الحالة التي يكون فيها ضامناً:

أ - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الرهن مَمَّن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أن قوله: «الرهن مَمَّن رهنه» عام في الراهن ويفيد أن تلفه منه، وذلك ينفي أن يضمّنه المرتهن. وقوله: «له غنمه وعليه غرمه» أي: إن له منافعه وعليه خسارته، والغرم التلف والنقصان. والحديث يتناول ما لا يغاب عليه، أو ما يغاب عليه إذا قامت البيّنة على تلفه من غير تعدّي المرتهن. ومخصص منه ما يكون ضمانه على المرتهن وقد تقدّم بيان وجه ضمان المرتهن، وما سيأتي أيضاً من دليل وجوبه عليه فيما يختصّ به⁽⁵⁾.

ب - عمل أهل المدينة، كما تقدّم.

ج - استصحاب الحال في براءة ذمّة المرتهن في الأصل، وثبوت الدين في ذمّة الراهن، ونقل ذلك عما هو عليه يحتاج إلى دليل، ولا دليل يوجد على النقل⁽⁶⁾.

د - أنه قول علي بن أبي طالب عليه السلام⁽⁷⁾.

وما روي أن رجلاً ارتهن رجلاً فرساً، فنفق - مات - في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك»⁽⁸⁾، فإنه لا حجة فيه؛ لاحتمال أن يكون ذهب حقك من الوثيقة

(1) الإشراف: 582/2، والمقدمات: 368/2.

(2) المعونة: 1157/2، والمقدمات: 369/2.

(3) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في الرهن من الحيوان. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(4) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الرهن، باب الرهن غير مضمون؛ والحاكم في المستدرک: 51/2.

(5) الإشراف: 583/2، والمقدمات: 363/2، 369/2، 370.

(6) المقدمات: 369/2. (7) المنتقى: 243/5.

(8) أخرجه ابن أبي شيبة، في البيوع والأقضية، باب في الرجل يرهن الرجل فيهلك.

لا دينك. وفائدته أنه لا يلزم الراهن رهن آخر بدله⁽¹⁾.

فإن قامت بينة على هلاكه، فشرط ضمان المرتهن ثلاثة:

الأول: كونه بيده.

الثاني: وكونه ممّا يغاب عليه.

الثالث: ولم تقم على هلاكه بينة بضياعه بغير تفريط.

فيضمنه المرتهن، ولو اشترط البراءة من الضمان؛ ولا ينفعه شرطها في غير رهن متطوع به، وهو المشترط في العقد. بل هذا الشرط مما يقوي التهمة.

وكذلك يضمنه ولو علم احتراق محلّه، وادعى احتراقه أو سرقة محله، وادعى أنه سرق من جملة المتاع فيضمن ولا ينفعه ذلك إلا ببقاء بَعْضِهِ لم يحرق.

والدليل على ضمان المرتهن الرهن فيما هو من ضمانه:

أ - عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²⁾. وحرف «على» من حروف الإيجاب⁽³⁾.

ب - القياس على البيع؛ لأن قبض الشيء لمنفعة القابض مؤثر في تعلق الضمان بها كالبيع⁽⁴⁾.

ج - المصلحة؛ لحاجة الناس إلى الرهن والإقراض والشراء بالدين وحفظ أموالهم، فما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة بغير تفريط، يدعى فيه الضياح على وجه لا يعلم فيه كذب مدّعيه غالباً، فيؤدّي إلى ضياح أموال الناس، والمرتهن يأخذ الرهن لمنفعة نفسه، وقد كان له أن يضعه على يد عدل فيراً من ضمانه⁽⁵⁾.

فإن كان بيد أمين، أو كان مما لا يغاب عليه، أو قامت على ضياحه بينة، أو كان متطوعاً به بعد العقد، واشترط عدم الضمان على ما قال اللخمي والمازري، أو علم احتراق محله وبقي البعض بلا حرق مع ظهور أثر الحرق؛ فلا ضمان على المرتهن؛ لأن ضمانه ضمان تهمة، وقد زالت. فلا ضمان ولو اشترط ثبوت الضمان، إلا أن تُكذِّبهُ البينة - الشاملة للعدل وامرأتين -، كما لو ادعى موت الدابة الرهن، فقال جيرانه أو رفقة في السفر: لم نعلم بذلك، أو قال: ماتت أو ضاعت يوم كذا، فقالت البينة: رأيناها عنده بعد ذلك اليوم.

(1) المقدمات: 369/2.

(2) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، حديث 1266؛ وابن ماجه في الصدقات، حديث 2400. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(3) المقدمات: 369/2. (4) الإشراف: 583/2.

(5) المتقى: 244/5.

ويحلف المرتهن مُطْلَقاً، في ضمانه وعدم ضمانه. أي: للراهن تحليفه إنّه لَقَدْ ضَاعَ أو تَلَفَ بلا تَفْرِيطٍ منه، وأنه لَمْ يَعْلَمْ مَوْضِعَهُ، لاحتمال أنه فَرَطَ أو لم يفرط، ولكنه يعلم موضعه.

وإن ادَّعَى رَدُّهُ لربه، وأنكر ربه؛ لَمْ يُقْبَلْ منه ويضمن.

ويستمر الضمانُ عليه إن قبض الدَّيْنُ أو وَهَبَ له حتى يسلمه لربه، ولا يكون بعد وفاء الدين كالوديعة؛ لأنه لم يقبض على وجه الأمانة بل على وجه التوثق به؛ والأصل بقاء ما كان على ما كان. إلا أن يُحْضِرَهُ المرتهن لربه أو يَدْعُوهُ لِأَخْذِهِ فَقَالَ رَبِّهِ لِلْمُرْتَهِنِ: دَعَهُ عِنْدَكَ، ثم ادعى ضياعه فلا يضمن؛ لأنه صار بعد البراءة من الدين، وبعد إحضاره لربه أو طلبه لأخذه محض أمانة. ولا بد في الثانية من قوله: دعه عندك أو ما في معناه وإلا ضمن. وأما إحضاره فلا يحتاج لذلك.

يعني أن الرهن إذا كان ممّا يضمن، بأن كان ممّا يغاب عليه، فإن ضمانه من المرتهن ولو قبض دينه من الراهن أو وهبه له؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يسلمه لربه، ولا يكون ذلك الرهن عند المرتهن بعد براءة ذمّة الراهن كالوديعة.

ومعنى: «أو وهب له» أي: هبة يبرأ بها المدين الذي هو الراهن، بأن وهب الدين له؛ لأنه إذا وهب الدين لغير المدين صار من عنده الرهن أميناً على الرهن لا مرتهنًا، وحينئذ فلا يضمن. قال الحطاب: وإذا وهب المرتهن الدين للراهن، ثم تلف الرهن فضمنه قيمته، كان للمرتهن إبطال الهبة إذا حلف أنه إنما وهبه الدين لأجل أن يبرئ ذمته من الرهن، ويلزم الراهن غرم الدين، ويتقاضان فإن فضل عند أحدهما للآخر شيء دفعه له. قال ذلك أشهب، قال الشيخ العدوي: ما قاله أشهب أصل يخرج عليه كل ما فعل لغرض فلم يتم.

قضاء الراهن بعض الدين:

لَوْ قَضَى الرَّاهِنُ بَعْضَ الدَّيْنِ، أو أسقط بعضه بهبة أو صدقة أو لطلاق قبل البناء؛ فَجَمِيعُ الرَّهْنِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الدَّيْنِ، وليس للراهن أخذ شيء منه؛ لأن كل جزء منه رهن بكل جزء من الدين، ولأنه قد تحول عليه الأسواق، فليس للراهن أخذ شيء منه، والدليل⁽¹⁾:

أ - القياس على حبس التركة من أجل الدين؛ لأن الرهن مال محبوس بحق، فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه، أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن بيعها محبوس على الدين، ولا يستحق الورثة منها شيئاً إلا بأداء جميع الدين.

ب - أن الرهن وثيقة بحق، فوجب أن تكون وثيقة به وبكل جزء منه.

وتستثنى صورتان:

الأولى: أَنْ يَتَعَدَّدَ الرَّاهِنُ وَيَقْضَى بَعْضُهُمْ مَا عَلَيْهِ، فَلَهُ أَخْذُ مَنْابِهِ مِنَ الرَّاهِنِ وَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمَ. كَمَا لَوْ رَهَنَ زَيْدٌ وَعَمْرُو دَاراً يَمْلِكَانِهَا مِنْ بَكْرٍ، فَكُلٌّ مِنْ قَضَى دِينَهُ مَكَّنَ مِنْ حَصَّتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ تِلْكَ الْحَصَّةُ تَقْبَلُ الْقِسْمَةَ.

الثانية: أَوْ يَتَعَدَّدُ الْمُرْتَهِنُ، فَكُلٌّ مِنْ أَخْذَ دِينَهُ رَدًّا مِنَ الرَّهْنِ الْمُتَعَدَّدِ، كَثِيَابٍ، أَوْ الْمُتَّحِدِ الْمُنْقَسِمِ مَا عِنْدَهُ مِنْهُ. قَالَ فِي الْمَدُونَةِ: مِنْ رَهْنِ دَاراً مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً، فَقَضَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ أَخْذَ حَصَّتِهِ مِنَ الدَّارِ؛ أَيْ: كَمَا لَوْ رَهَنَ زَيْدٌ عَمْرًا وَبَكْرًا رَهْنًا، وَوَقَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ، كَانَ لَهُ أَخْذَ حَصَّتِهِ مِنَ الرَّهْنِ إِذَا كَانَ يَنْقَسِمُ، وَإِلَّا كَانَتْ تِلْكَ الْحَصَّةُ أَمَانَةً عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ الثَّانِي، أَوْ يَجْعَلُ الرَّهْنُ كُلَّهُ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ وَلَا يَمَكَّنُ الرَّاهِنُ مِنْهُ لِثَلَا يَبْطُلُ حُوزَ رَهْنِ الثَّانِي.

ومثال تعدد الراهن والمرتهن رجلان رهنا داراً لهما من رجلين، فقضى أحدهما حصته من الدين، كان له أخذ حصته من الرهن.

التنازع بين الراهن والمرتهن في إثبات الرهنية ونفيها:

إذا تنازع المتراهنين، كأن يقول رب السلعة للمرتهن: هي عندك أمانة أو عارية ودينك بلا رهن، وقال الآخر: بل هي رهن، وقد يدعى المرتهن نفي الرهن ورب السلعة يدعي الرهنية، كما إذا كانت ما يغاب عليه وضاعت منه فیدعي ربه أنها رهن ليضمنه القيمة أو المثل؛ فالقول لمدعي نفي الرهنية منهما، لتمسكه بالأصل. ومن ادعى الرهنية فقد أثبت وصفاً زائداً فعليه البيان. وعلى نافي الرهنية اليمين، لقاعدة: «أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فمدعي نفي الرهنية هو المنكر لتمسكه بالأصل فعليه اليمين، ومدعي الرهنية هو المدعي لتمسكه بخلاف الأصل فعليه البينة.

التنازع في عين الرهن:

إذا اختلف الراهن والمرتهن في عين الرهن، فقال الراهن: ليس هذا رهني، وقال المرتهن: هذا الذي رهنته عندي؛ فالقول قول المرتهن؛ لأنه مؤتمن على عين الرهن، فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى عليه لا يعترف بها؛ ولأنه لما رضي بأمانته وأن يكون الرهن في قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه، وجب أن يكون القول قوله في ذلك⁽¹⁾.

التنازع في المقبوض من الدين:

إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقبوض، فقال الراهن: هو عن ذين الرهن، وقال

المرتتهن: هو عن غيره؛ فالحكم أن يحلف كلّ منهما على طبق دعواه ونفي دعوى صاحبه، ووَزَعَ المقبوض على الدينين معاً كالمحاصة. سواء حلّ الدينان، أو حلّ أحدهما، أو لم يحلّا؛ وسواء اتحد أجلهما أو اختلف.

فإن نكلاً، فإنه أيضاً يوزع عليهما بقدرهما. وإن نكل أحدهما قضي للحالف على الناكل.

ويبدأ الراهن - كالحَمَالَةِ - في التوزيع بعد حلفهما؛ فإذا كان لرجل دينان، أحدهما بحميل والثاني بغير حميل، فقضاه أحدهما، فادعى رب الدين أنه عن الذي بلا حميل، وادعى المدين أنه عن الذي بحميل؛ أو يكون على رجل دينان أحدهما أصلي والآخر هو حميل به عن غيره، وقضى أحدهما ثم ادعى أنه دين الحماله وادعى الآخر أنه دين الأصالة، فإنه يوزع في الصورتين بعد حلفهما.

التنازع في قيمة رهن تالف:

إذا اختلفا في قِيَمَةِ رهن تالف عند المرتتهن، فإتھما يتوَصَّفَاهُ، ثم يقوّم إن اتفقا على وصفه. فإن اختلفا في وصفه فالقول للمرتتهن بيمينه، لأنه غارم والأصول موضوعة على أن القول قول الغارم مع يمينه.

فإن تَجَاهَلَا؛ أي: ادعى كل منهما جهل حقيقة صفته، فالرهن بما فيه من الدين، ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء. وانظر هل لا بدّ من أيمانهما كتجاهل المتبايعين الثمن أو لا؟ قال الشيخ سالم السنهوري: لم أر فيه نصّاً، والظاهر أنّه مثله.

قيام الرهن مقام الشاهد:

ويكون الرهن بالنظر لقيمته كالشاهد للراهن أو للمرتتهن إذا اختلفا في قدر الدين الذي رهن فيه؛ لأنّ المرتتهن إنّما أخذه وثيقة بحقه، ولا يتوثق إلّا بمقدار دينه؛ فمن شهد له حلف معه، وكان القول له. ولا يكون العكس؛ أي: لا يكون الدين كالشاهد في قدر الرهن، بل القول للمرتتهن إذا تلف الرهن واختلفا في وصفه، ولو ادعى صفة دون قدر الدين لأنه غارم والغارم مصدق، وكذا إذا لم يدعِ هلاكه وأتى برهن دون قدر الدين وقال الراهن: بل رهنّي غيرُ هذا وقيمته تساوي الدين، وهذا هو المشهور؛ أي: رواه عيسى عن ابن القاسم وهو قول أشهب، وبه قال ابن حبيب.

وتنتهي شهادة الراهن إلى قِيَمَةِ الرهن، فلا يشهد بالزائد عليها. وتعتبر القيمة يوم الحكم إن كان قائماً - كما سيأتي - مدة كونه لم يفت في ضمان الراهن، بأن كان قائماً لم يفت أصلاً، أو فات في ضمان المرتتهن؛ بأن كان مما يغاب عليه ولم يقم على هلاكه بينة. فلو فات في ضمان الراهن بأن قامت على هلاكه بينة أو كان مما يغاب عليه أو تلف بيد أمين لم يكن شاهداً على قدر الدين.

وإذا كان الرهن كالشاهد فلا يخلو: إما أن يشهد للراهن أو للمرتهن أو لا يشهد لواحد منهما .

فإن شَهِدَ لِلْمُرْتَهِنِ، كأن يدعي أن الدين عشرون، وقال الراهن: بل عشرة، وقيمة الرهن عشرون فأكثر، حَلَفَ أن دَيْتَهُ عشرون وأخذه في دينه لثبوته حينئذ بشاهد ويمين . وذلك إن لَمْ يَفْتَكُ الرَّاهِنُ من يد مرتته بما حلف عليه المرتهن من العشرين، فإن افتكه بالعشرين أخذ رهته .

وإن شَهِدَ لِلرَّاهِنِ، بأن كانت قِيمَتُهُ عشرة كدعوى الراهن فَكَذَلِكَ؛ أي: يحلف معه أن الدين عشرة وأخذه، وَعَرِمَ ما أَقَرَّ به للمرتهن وهو العشرة في المثال . فإن نكل الراهن حلف المرتهن وأخذ ما ادعاه وهو العشرون، ما لم يفتكه الراهن كما تقدم .

ودليل كون الرهن كالشاهد للراهن أو للمرتهن:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الرهن بدلاً من الكاتب والشاهدين في التوثق، فدل أن الرهن يقوم مقامهما، إذ لا يجوز أن يعوض شيء من شيء وهو لا ينوب منابه . فكان الرهن شاهداً إلى مبلغ قيمته؛ لأنه إنما صار رهناً من أجل قيمته، كما أن الشهود قيام بما أشهدوا به⁽¹⁾ .

ب - العرف . وذلك أن العرف أصل يرجع إليه في التخاصم إذا لم يكن هناك ما هو أولى منه . لأن العرف جار بأن الناس إنما يرهنون ما يساوي ديونهم أو ما يقاربها، لا ما لا يفي بها؛ فمن ادعى خلاف ذلك فقد خرج عن العرف، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر ما يكذبه العرف كانت اليمين في جنبه ما يصدقه العرف؛ لأن أحداً لا يرتهن على ألف دينار ما يساوي عشرين ديناراً، ولا على عشرين ديناراً ما يساوي مائتي ديناراً⁽²⁾ .

وإلا يشهد لواحد منهما، بأن كانت أقل من دعوى المرتهن، وأكثر من دعوى الراهن؛ كأن يكون قيمته في المثال خمسة عشر؛ يحلف كل منهما على طبق دعواه، ورد دعوى صاحبه . ويبدأ المرتهن؛ لأن الرهن كالشاهد بقيمته، ومن المعلوم أنه لا يبدأ بالحلف إلا من تقوى جانبه، وقيمة الرهن قريبة من دعوى المرتهن، فقد تقوى جانبه .

ويأخذه المُرْتَهِنُ في دينه إن لَمْ يَغْرَمِ الرَّاهِنُ قِيمَتَهُ للمرتهن وهي الخمسة عشر؛ فإن افتكه بها أخذه . فإن نكلا معاً فكحلفهما . وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضي للحالف بما ادعاه .

(1) المقدمات: 2/365، وأحكام القرآن: 1/261.

(2) الإشراف: 2/585، والمعونة: 2/1159.

وتعتبر قيمته يَوْمَ الْحُكْمِ، لا يوم الرهن ولا يوم قبضه، وهذا إذا كان باقياً لم يتلف. فإن تلف فيَوْمِ الْارْتِهَانِ - أي: يوم عقد الرهن - على الْأَرْجِحِ عند الباجي، واستظهره ابن عبد السلام، وهو نص الموطأ. وقيل: يوم قبضه المرتهن؛ لأنَّ القيمة كالشاهد يضع خطه ويموت فيرجع لخطه فيقضى بشهادته يوم وضعها. وقيل: يوم التلف؛ لأنَّ عينه كانت شاهدة وقت التلف. أقوال ثلاثة ذكرها الشيخ خليل بلا ترجيح. ثم إن الكلام في اعتبار القيمة لتكون كالشاهد لا لتضمن، وأما اعتبارها لتضمن، فيوم القبض إن لم ير بعده، وإلا فمن آخر رؤية عنده، والله أعلم.



الفلس

لَمَّا تَمَّ الكَلَامُ عَلَى مَتَعَلِقِ الرِّهْنِ، وَكَانَ مِنْهُ الحِجْرُ الخَاصُّ عَلَى الرَّاهِنِ، وَمَنْعَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الرِّهْنِ إِلَّا بِإِذْنِ المَرْتَهِنِ، يَأْتِي الكَلَامُ عَلَى الحِجْرِ العَامِّ، وَهُوَ إِحَاطَةُ الدِّينِ وَالفِلسِ.

حُكْمُ التَّدَايِنِ:

يَجُوزُ التَّدَايِنُ إِذَا كَانَ فِي غَيْرِ إِسْرَافٍ وَلَا فِسَادٍ، وَكَانَ يَرَى أَنَّ ذَمَّتْهُ نَفِي بِمَا تَدَايِنُ بِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى الجَوَازِ⁽¹⁾:

أ - قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِكُمْ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاصْكُتُوا﴾ [البقرة: 283]. وَوَجْهُ الاستِدْلَالِ أَنَّ الآيَةَ سَيَقْتُ لِبَيَانِ أَحْكَامِ التَّدَايِنِ. وَأَفَادَتُ جَوَازِ التَّدَايِنِ بِدَلَالَةِ الإِشَارَةِ، إِذْ أَمَرَتْ بِكُتَابَةِ الدِّينِ إِذَا حَصَلَ التَّدَايِنُ، وَالفَرَّانُ لَا يَقْدَرُ حُصُولُ فِعْلٍ غَيْرِ جَائِزٍ مِنْ دُونِ أَنْ يَبَيِّنَ مَنْعَهُ لَوْ كَانَ مَمْنُوعاً.

ب - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ثَبَتَ عَنْهُ أَنَّهُ اسْتَدَانَ وَرَهْنًا دَرَعَهُ. فَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: اشْتَرَى رَسُولُ ﷺ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً بِنَسِيئَةٍ، فَأَعْطَاهُ دَرَعاً لَهُ رَهْنًا⁽²⁾.

وَأَمَّا مَا وَرَدَ مِنْ أَحَادِيثٍ فِي التَّشَدُّدِ فِي الدِّينِ، مِنْهَا:

عَنْ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ قَتَلْتُ فِي سَبِيلِ صَابِرٍ مُحْتَسِباً، مَقْبِلاً غَيْرَ مَدْبِرٍ، أَيْكْفَرُ اللَّهُ عَنِّي خَطَايَايَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ». فَلَمَّا أَدْبَرَ الرَّجُلُ، نَادَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، أَوْ أَمْرٌ بِهِ فَنُودِيَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَيْفَ قَتَلْتَ؟» فَأَعَادَ عَلَيْهِ قَوْلَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «نَعَمْ، إِلَّا الدِّينَ؛ كَذَلِكَ قَالَ لِي جَبْرِيلُ»⁽³⁾.

وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَحْشٍ قَالَ: كُنَّا جُلُوساً عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَفَعَ رَأْسَهُ إِلَى السَّمَاءِ، ثُمَّ وَضَعَ رِاحَتَهُ عَلَى جَبْهَتِهِ، ثُمَّ قَالَ: «سُبْحَانَ اللَّهِ مَاذَا نَزَلَ مِنَ التَّشْدِيدِ»

(1) المقدمات: 303/2.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضرة والسفر.

(3) أخرجه مالك في الجهاد، باب الشهداء في سبيل الله؛ ومسلم في الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياهم إلا الدين.

فسكتنا وفزعنا. فلما كان من الغد سألته: يا رسول الله ما هذا التشديد الذي نزل؟ فقال: «والذي نفسي بيده، لو أن رجلاً قتل في سبيل الله، ثم أحیی، ثم قتل، ثم قتل، ثم قتل، وعليه دين ما دخل الجنة حتى يقضى عنه دينه»⁽¹⁾.

وعن سمرة قال: خطبنا رسول الله ﷺ، فقال: «هاهنا أحد من بني فلان؟» فلم يجبه أحد. ثم قال: «هاهنا أحد من بني فلان؟» فلم يجبه أحد. ثم قال: «هاهنا أحد من بني فلان؟» فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله. فقال ﷺ: «ما منعك أن تجيبني في المرتين الأوليين، أما إني لم أنوه بكم إلا خيراً، إن صاحبكم مأسور بدينه» فلقد رأيت أذى عنه حتى ما بقي أحد يطلبه بشيء»⁽²⁾.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»⁽³⁾.

وعن جابر قال: توفي رجل فغسلناه وكفناه، ثم أتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه، فتخطى خطى ثم قال: «عليه دين؟» قلنا: نعم ديناران. قال: فانصرف فتحملهما أبو قتادة. فأتيناه فقال أبو قتادة رضي الله تعالى عنه: الديناران علي. فقال النبي ﷺ: «حق الغريم ويرىء منهما الميت». قال: نعم. قال: فصلى عليه. فقال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنما مات أمس. فعاد عليه كالغد، فقال: قد قضيتهما. فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت عليه جلده»⁽⁴⁾.

فهذه الأحاديث يحتمل منها عدّة وجوه، منها⁽⁵⁾:

أ - أنها إنما وردت فيمن تداين في سرف أو أمر غير مباح.

ب - أو أنها وردت فيمن تداين وهو يعلم أن ذمته لا تفي بما تداين به؛ لأنه متى فعل ذلك فقد قصد إلى استهلاك أموال الناس وأخذها بغير وجه حق، وذلك مما لا يكفره شيء ولا القتل في سبيل الله أو صلاة النبي ﷺ عليه؛ لأنها من حقوق آدميين كما جاء في الحديث، وحقوق آدميين لا تكفرها الحسنات. وقد كان النبي ﷺ يمتنع في أوّل الإسلام من الصلاة على من مات وعليه دين لم يترك له قضاء. وظاهر ذلك لثلاً يتسرع الناس في أكل أموال الناس بغير حاجة ولا رفق في إنفاق، ثم يموت من مات منهم على ذلك ولا يترك له قضاء، فيذهب بأموال الناس.

(1) أخرجه النسائي في البيوع، باب التغليظ في الدين.

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب التشديد في الدين.

(3) أخرجه الترمذي في الجنائز، وقال: حسن؛ وابن ماجه في الأحكام، باب التشديد في الدين.

(4) أخرجه أحمد في مسنده: 3/330، والبيهقي في الضمان، باب لا ينقل الحق.

(5) المننقى: 3/206، والمقدمات: 2/304، وشرح التلقين: 2/56، والجامع لأحكام

ج - أن صلواته على الميت تقتضي الرحمة والمغفرة وتكفير الذنوب، ومع الدين لا يحصل فكاك منه إلى يوم القيامة؛ لأنَّ حقَّ الآدمي لا يسقطه إلا صاحبه أو يأخذه.

د - أن المداينة لم تكن مشروعة في أول الإسلام، لأجل الضيق وعدم القدرة على الأداء، وكانت هذه الأحاديث من النبي ﷺ في الدين قبل أن يفتح الله تعالى عليه الفتوحات، وقبل أن يفرض على الناس الزكوات، فلما أنزل الله تعالى سورة براءة، وفرض فيها الزكوات، وأنزل الفياء والخمس، وجعل فيها حقاً للمساكين وابن السبيل والغارمين؛ نسخ التشديد في الدين، للتمكّن من الأداء حينئذ، عن أبي هريرة ؓ، أن النبي ﷺ قال: «ما من مؤمن إلا وأنا أولى به في الدنيا والآخرة، اقرؤوا إن شئتم: ﴿الَّتِي أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ فأيما مؤمن مات وترك مالا فليرثه عصبته من كانوا، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فليأتني فأنا مولاه»⁽¹⁾. وعن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: «هل ترك لدينه فضلاً؟» فإن حدث أنه ترك لدينه وفاء صلى وإلا قال للمسلمين: «صلّوا على صاحبكم» فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعليّ قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته»⁽²⁾. فصار بعد ذلك يصلي على من مات وعليه دين. وعلى هذا فكل من أدان في مباح، وهو يرى أن ذمته تفي بما أدان به، فغلبه الدين فلم يقدر على أدائه حتى توفي؛ فعلى الإمام أن يؤدي ذلك عنه من بيت مال المسلمين، أو من سهم الغارمين من الصدقات، أو من الصدقات كلها، والإثم على ولي الأمر إن لم يقض عن الميت دينه، دون أن يكون في ذلك إثم عليه إذا مات معسراً، في غير سرف أو فساد. وقد قيل: لا يجوز أن يؤدي دين الميت من الزكاة؛ فعلى هذا القول إنما يؤدي الإمام دين من مات من بيت المال، من الفياء الحلال للفقير والغني⁽³⁾. والدليل على أن الإمام يجب عليه قضاء دين الميت الفقير إذا مات معسراً⁽⁴⁾: قوله تعالى: ﴿الَّتِي أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: 6]، وقد فسّر النبي ﷺ الولاية بما جاء في الحديث المتقدم، ومما جاء فيه: «فعليّ قضاؤه».

الوصية بالدين:

يجب على كل ذي دين أن يوصي بأدائه. فإذا فعل وترك من المال ما يفي بدينه،

(1) أخرجه البخاري في الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً؛ ومسلم في الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته.

(2) أخرجه البخاري في النفقات، باب قول النبي: «من ترك مالا»؛ ومسلم في الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته.

(3) المقدمات: 2/ 304، وشرح التلقين: 2/ ورقة 56.

(4) أحكام القرآن: 3/ 1508، والجامع لأحكام القرآن: 14/ 92.

فليس بمحبوس عن الجنة من أجل دينه. وكذلك إن لم يترك وفاء دينه، فعلى الإمام أن يؤديه عنه من بيت مال المسلمين، أو ممّا فرض الله تعالى في الزكاة للغارمين، فإن لم يفعل الإمام فهو المسؤول عن ذلك وليس صاحب الدين بمحبوس عن الجنة من أجل دينه، إذا لم يقدر على أدائه في حياته وأوصى بأدائه بعد مماته⁽¹⁾.

تعريف الفلس لغة:

الفلس عدم المال. قال الإمام الباجي⁽²⁾: الفلس هو عدم المال، وهو الإعسار.

تعريف المفلس لغة:

هو مشتق من الفلوس التي هي أحد النقود. قال عياض: أي: إنه صار صاحب فلوس، بعد أن كان ذا ذهب وفضة، ثم استعمل في كل من عدم المال، يقال: أفلس الرجل - بفتح الهمزة واللام - فهو مفلس.

تعريف المفلس شرعاً:

المفلس هو المحكوم عليه بحكم الفلس.

الأحوال التي يكون عليها من أحاط الدين بماله:

اعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: الفلس:

وهي حالة قبل التفليس. وتسميته في هذه الحالة مفلساً باعتبار التهيؤ والصلاحية، لا بالفعل.

تعريف الفلس شرعاً:

أنه إحاطة الدين بمال المدين؛ بأن زاد الدين على مال المدين أو ساواه. فيمنعه ذلك من الهبة وما في معناها، لا من البيع والشراء والتصرف اللازم، ما لم يقيم عليه الغرماء. أي: منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض، فيما لا يلزمه، ممّا لم تجر العادة بفعله، من هبة وصدقة وما أشبه ذلك، كإقرار بدين لمن يتهم عليه. وأما ما جرت به العادة من الصدقة والهبة ككسرة لسائل ونفقة ابنه وأبيه دون سرف في الجميع فلا يمنع. وأما البيع والشراء فيجوز له ذلك.

الحالة الثانية: التفليس الأعم:

وهي حالة قيام الغرماء عليه.

(1) المقدمات: 305/2.

(2) المنتقى: 81/5، وبداية المجتهد: 317/2.

تعريف التفليس الأعم:

التفليسُ الأعمُّ قِيَامُ ذِي دَيْنٍ حَلَّ أَجَلَهُ، أَوْ كَانَ حَالاً أَصَالَةً، عَلَى مَدِينٍ لَهُ، لَيْسَ لِلْمَدِينِ مِنَ الْمَالِ مَا يَفِي بِالذَّيْنِ، بَأَنَّ كَانَ مَا مَعَهُ أَقَلُّ مِنَ الذَّيْنِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَسَاوِياً لَهُ عَلَى مَا يَفِيدهُ النُّقْلُ. وَأَمَّا لَوْ كَانَ مَعَهُ أَكْثَرَ مِنَ الذَّيْنِ فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِمَّا سَيَأْتِي، إِلَّا أَنْ يَتَّبِعَ بِمَا يَنْقُصُ مَالَهُ عَنِ الذَّيْنِ، كَمَا إِذَا كَانَ يَمْلِكُ مِائَةَ وَعَلِيهِ خَمْسُونَ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّبَرُّعُ بِسِتِينَ.

وللغرماء سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء ولو بغير محاباة، وكذلك من الأخذ والعطاء ومن جميع التصرفات، نص عليه ابن رشد. ويقبل إقراره لمن لا يتهم عليه، إذا كان في مجلس واحد أو قريباً بعضه من بعض.

وأما صاحب الدين المؤجل فلا يمنع غريمه من التبوع.

ما يمنع بالتفليس الأعم:

يحجّر على من أحاط الدين بماله وقام عليه غرامؤه من التصرف المالي. والدليل على جواز الحجر على المفلس في التصرف المالي⁽¹⁾:

أ - عن كعب بن مالك عن أبيه، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَجَرَ عَلَى مَعَاذِ بْنِ جَبَلِ مَالَهُ، وَبَاعَهُ فِي دِينِ عَلَيْهِ⁽²⁾.

ب - القياس على مرض الوفاة؛ لأنه إذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته، فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء.

وما يحجّر عليه في التصرف المالي أمور:

- من تَبَرُّعِهِ بِهَبَةٍ وَصَدَقَةٍ وَحَسْبٍ وَحَمَالَةٍ، وَوَجَّهَ مَنَعُهُ مِنَ الْحَمَالَةِ أَنَّهَا ضَمَانٌ وَهِيَ مِنْ جِهَةِ الصَّدَقَةِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى. وَمِنَ التَّبَرُّعِ قَرْضُهُ وَلَوْ لغير عديم، فيمنع منه. وإذا التزم بها ثم فلس فلا تجب المحاسبة بها مع الغرماء؛ لأنّ الفلس يبطلها كما يبطلها الموت⁽³⁾. ووجه منعه من هذه التصرفات لأنّ جميعها إبطال لحقّ الغرماء ونقص من المال الذي يستحقّوه⁽⁴⁾.

- من يبيعه وشرائه وأخذه وعطائه؛ لأنّ التفليس الأعم مانع من ذلك كما نص عليه ابن رشد كما تقدم، خلافاً لظاهر ابن عرفة. بخلاف مجرد الإحاطة بلا قيام الغرماء فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء بغير محاباة، قال الشيخ الدردير: هذا هو النقل.

- مِنْ إعْطَاءِ كُلِّ مَا يَبْدُوهُ مِنَ الْمَالِ لِبَعْضٍ مِنَ الْغُرْمَاءِ دُونَ بَعْضٍ، فَإِنْ وَقَعَ وَأُعْطِيَ

(1) الإشراف: 588/2، والمعونة: 1181/2، وشرح التلقين: 2/ورقة 14.

(2) أخرجه الحاكم في البيوع، حديث: 2348؛ والدارقطني في الأفضية والأحكام، حديث: 95.

(3) المقدمات: 333/2. (4) شرح التلقين: 2/ورقة 15.

جميع ما بيده لبعض الغرماء، كان لغيره ردّ الجميع. ولا فرق في إعطاء الكلّ بين كون الإعطاء قبل الأجل أو بعده.

ويمنع أيضاً من إعطاء بعض ما بيده قبْلَ حلول الأجل؛ لأنّ من عجل ما أجل عدّ مسلفاً، وتقدم أنّه يمنع من السلف؛ لأنّ السلف من جملة التبرع، وهو ممنوع منه. وكذا يمنع من إعطاء بعض ما بيده بعد الأجل، إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة.

- من إقراره لمُتَّهَم عليه، من ولد ونحوه وزوجة يميل لها وصديق ملاطف. ويردّ إقراره بذلك، بخلاف غير المتهم عليه فإنه جائز.

- من تزوجه أكثر من زوجة واحدة، فلو كان متزوجاً فيمنع من إحداث أخرى إن كانت التي في عصمته تعقه. وأما الواحدة فلا يمنع منها إن كانت من نسائه وأصدقها صداق مثلها، فإن أصدقها أكثر من صداق مثلها فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به، وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه.

- من حجّة الصّرورة؛ لأنّ ماله الآن للغرماء. وحجّ التطوع أولى بالمنع.

- من سَفَرٍ لتجارة أو غيرها، إن حلّ دينه أو كان يحلّ بغيثته. وهذا يجري حتى في غير من أحاط الدين بماله حيث لم يوكل من يوفي عنه دينه. فهذا المنع من السفر للتجارة حيث كان موسراً؛ أي: فشرط منعه ثلاثة: حلول الدين بغيثته، وإيساره بذلك الدين، ولم يوكل في قضائه.

ما لا يمنع بالتفليس الأعم:

لا يمنع من أحاط الدين بماله وقام عليه غرماؤه، من أمور:

- من رهن في دين استحدثه من بيع أو قرض، وهو صحيح، فلا يمنع منه. وأما المريض فيمنع من الرهن على خلاف فيه ذكره الحطاب. بخلاف المريض غير من أحاط الدين بماله فيجوز قطعاً، إذ لا حرج عليه في معاملاته، ولا في تبرعاته من الثلث.

- من نَفَقَةِ عَيْدٍ وَأَضْحِيَّةٍ، بِالْمَعْرُوفِ فِيهِمَا دُونَ السَّرْفِ، فيمنع منه. وهذا ظاهر فيمن أحاط الدين به دون قيام الغرماء عليه. فإن قاموا فلهم منعه حتى من البيع والشراء كما تقدم عن ابن رشد، أو أنه مبني على مقابل ما لابن رشد من أنهم ليس لهم منعه من البيع والشراء؛ أي: وما جرت به العادة، وهو ظاهر كلام الشيخ خليل وابن عرفة، فيجوز الإفتاء بكل من القولين.

الحالة الثالثة: التفليس الأخص:

وهي حالة خلع ماله لغرمائه.

للغريم، سواء اتحد أو تعدد رفع من أحاط الدين بماله للحاكم، فيحكم بعد إثبات إحاطة الدين بماله مع ما يأتي من الشروط بخلع ماله لغرمائه، سواء حضر المدين أو غاب. ولا يتوقف الحكم على حضوره. ويقتسم الغرماء ماله بالمحاصة. والدليل على خلع مال المفلس لغرمائه⁽¹⁾:

أ - عن أبي سعيد الخدري قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه. فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه. فلم يبلغ ذلك وفاء دينه. فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»⁽²⁾. والرجل هو معاذ بن جبل رضي الله عنه، وكان غرماؤه يهود. وفي الحديث أنه رضي الله عنه نزع كل مال المفلس ومكّن غرماؤه منه.

ب - عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ خلع معاذ بن جبل من غرمائه، ثم استعمله على اليمن، فقال معاذ: إن رسول الله ﷺ استخلصني بمالي ثم استعملني⁽³⁾. وهذا دليل على خلع مال المفلس لغرمائه.

ج - روى مالك في الموطأ أن رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج، فيشتري الرواحل فيغلي بها. ثم يسرع السير فيسبق الحاج. فأفلس. فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب. فقال: أما بعد، أيها الناس فإنّ الأسيفع، أسيفع جهينة، رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج⁽⁴⁾. ألا وإنه قد دان معرضاً⁽⁵⁾، فأصبح قد رين به⁽⁶⁾. فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة. نقسم ماله بينكم. وإياكم والدين، فإنّ أوله هم وآخره حرب⁽⁷⁾.

د - إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه؛ لأنه فعل ذلك بمحضر الصحابة، ولم يخالف عليه أحد.

هـ - القياس على الدين على الميت؛ لأنّ كلّ دين حلّ جاز أن يباع فيه العرض، كالدين على الميت.

(1) الإشراف: 588/2، والمعونة: 1181/2، والمنتقى: 197/6، والمقدمات: 315/2، والمفهم: 2775/5، و2782/5، وبداية المجتهد: 316/2، وإكمال الإكمال: 420/5.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

(3) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب تفليس المعدم.

(4) قوله: رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج: أي أراد ذمه تحذيراً لغيره وزجراً له؛ لأنّ ما فعله ليس بدين ولا أمانة؛ لأنه كان يقصد أن يقال: إنه سبق الحاج.

(5) قوله: ألا وإنه قد دان معرضاً: أي: اشترى بدين ولم يهتم بقضائه.

(6) قوله: قد رين به: أي: أحاط بماله الدين.

(7) أخرجه مالك في الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته؛ والبيهقي في التفليس، باب الحجر على المفلس ويبيع ماله؛ وابن أبي شيبة في البيوع، باب في رجل يركبه الدين، عن بلال بن الحارث.

واستشكل تسمية التفليس الأوّل بالأعم وهذا بالأخص، بأن حقيقة الأعم ما يشمل الأخص وزيادة، والأخص ما اندرج تحت الأعم كالإنسان والحيوان، وليس الأمر هنا كذلك؛ لأن جنس الأعم قيام الغرماء على المدين، وجنس الأخص حكم الحاكم المذكور وهما متباينان. وأجيب: بأن الأعمية والأخصية باعتبار الأحكام لا باعتبار الصدق لتباين المفهومين. ولا شك أن الثاني يمنع من كل ما منعه الأول، لا العكس.

شروط حكم الحاكم بخلع مال المدين:

الشرط الأول: أن يحلّ الدَيْنُ الذي هو عليه، بعد ثبوته كلاً أو بعضاً، فلا يفلس من لم يحل عليه شيء. إلا أن محلّ تفليس الغائب كما يلي:

- * إن بعدت غيبته كشهر ولو علم ملاؤه. ووجه ذلك أن مال الغائب البعيد الغيبة لا يقضى منه دين ولا يعرف ما يدلّ عليه، فلا يمنع ذلك إفلاسه⁽¹⁾.
- * أو توسطت كعشرة أيام ولم يعلم ملاؤه، وإلا لم يفلس.
- * وكُشِفَ عن حاله إن قربت؛ لأن حكمه كالحاضر.

ويشترط حلول الدين، سواء كان ذلك الحال كلّه لطالب تفليسه، أو بعضه له وبعضه لغيره.

الشرط الثاني: أن يطلب تفليسه البعض من أرباب الديون، وكَلَوْ أبى تفليسه غير الطالب له، فإنه يفلس لحق الطالب. وبالأولى الكلّ. ووجه تفليسه بطلب البعض من الغرماء دون البعض، أن لطالب التفليس الحق في ذلك، ولا يلزمه إتلاف حقّه إذا رضي الآخرون في إتلاف حقوقهم أو الصبر عليها. وهل سكوت البعض عن الطلب يعدّ إسقاطاً لحقوقهم أو لا يعدّ إسقاطاً؟ ففي ذلك قولان في المذهب⁽²⁾.

فإن لم يطلبه واحد منهم فلا يفلس؛ أي: ليس له أن يفلس نفسه بأن يرفع الأمر للحاكم، ويثبت كونه عديماً، ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء ذلك.

الشرط الثالث: أن يزيد الدين الحالّ على ما له الذي بيده. فلا يحكم الحاكم بخلع ماله فيما يلي:

- * إن كان ماله أكثر اتفاقاً.
- * إن ساوى، على المذهب. لكن لا ينافي أنه يمنع من التبرّعات عند المساواة كما مرّ.

* أو لم يزد الحالّ على ما بيده، بأن كان أقلّ لكن بقي من ماله ما لا يفي بالمؤجّل من الدين الذي عليه، فيفلس على المذهب، فلو كان عليه مائتان مائة حالة

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 64.

(1) المنتقى: 82/5.

ومائة مؤجلة، ومعه مائة وخمسون، فالخمسون الباقية لا تفي بالمؤجل فيفلس. وقيل: لا يفلس في هذه الحالة؛ لأنّ الديون المؤجلة لا يفلس بها، والأول للخمي والثاني للمازري. وقيده ابن محرز بما إذا كان الباقي لا يرجى بتحريكه وفاء المؤجل ولا يعامله الناس عليه، وإلا لم يفلس؛ وبما إذا لم يأت بحميل، وإلا لم يفلس على الراجح فلا يحل عليه المؤجل. وظاهر كلام ابن عرفة أنّ هذا التقييد هو المذهب.

الشرط الرابع: أن يماطل المدين بعد حلول الأجل، ولم يدفع ما عليه. فإن دفع لهم جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس بالمعنى الخاص.

ما يترتب على التفليس بالمعنيين الأعم والأخص:

يترتب على هذا الحجر، في التفليس بالمعنيين الأعم والأخص، أمور خمسة: منعه من التصرف المالي، وحلول المؤجل عليه، وبيع ما معه من العروض بحضرتة، وحبسه، ورجوع الإنسان في عين شئته. واعلم أنّ هذه الأمور كما تترتب على التفليس بالمعنى الأخص الذي هو حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء، تترتب أيضاً على التفليس بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء كما يدل عليه كلام ابن الحاجب وابن شاس؛ لكن يختص الفليس بالمعنى الأخص عن الأعم بحلول المؤجل.

1 - منعه من التصرف المالي:

فَيَمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ الْمَالِيِّ، كبيع وشراء وكراء واكتراء. كما تقدّم. والمعتمد ما تقدم عن ابن رشد أن التصرف المالي يمنع منه حتى في الأعم كتبرعاته. وتقدّم الدليل على جواز الحجر على المفلس في التصرف المالي.

وإذا تصرف المفلس في أعيان ماله بعد الحجر عليه لم ينفذ تصرفه. والدليل⁽¹⁾: القياس على السفه؛ لأنّه محجور عليه بأمر الحاكم فلم ينفذ تصرفه في ماله كالمحجور عليه لسفه.

وهنا مسائل لا يمنع فيها من التصرف وهي:

* أن يتصرف بشيء في ذمّته لغير أرباب الدين، على أن يوفيه من مال يطرأ له، لا مما بيده، كأن يتسلف شيئاً في ذمته، أو يشتري أو يكتري فلا يمنع.

وشبهه في عدم المنع:

* الخُلع لزوجه فيجوز له ذلك؛ لأنه قد يأخذ منها مالاً، أو يحظ عنه دين مهرها أو غيرها. وأما المرأة المفلسة فليس لها الخلع لزوجها؛ لأنّه تصرف مالي وهي ممنوعة منه، إلا أن يكون في ذمّتها من شيء يطرأ لها غير ما فلست فيه.

* الطَّلَاق لزوجته، لما فيه من تخفيف أمر النفقة عنه، ولأن لها المحاصة بمهرها، طلق أم لا. أي: لحلول مؤخر الصداق وإن لم يطلق.

* القصاص الواجب له على جان، فله ذلك. ولا يلزمه العفو على مال لأن الواجب فيه على مذهب ابن القاسم إِمَّا القصاص أو العفو مجاناً، وليس للمجني عليه أو عاقلته إلزام الجاني بالدية، نعم لهم التراضي عليها. وأمّا على مذهب أشهب القائل إنَّ المجني عليه يخيّر بين الدية والقود والعفو مجاناً، فمقتضاه أنَّ للغرماء منعه من القصاص ويلزمه أخذ الدية، إلا أن يقال قاعدة المذهب تقتضي جواز القصاص حتى عند أشهب. ومثل القصاص في النفس جراح العمد التي ليس فيها شيء مقدر، وإلا فلهم منعه منه..

* العَفْو عن قصاص لا مال فيه، بخلاف الخطأ أو ما فيه مال.

2 - حلول الدين المؤجل عليه:

يحلّ بالتفليس الأخص وكذلك بالموت ما أُجِّلَ من الدين، إلا لِشَرَطِ بعدم الحلول بهما، فيعمل بالشرط فيهما. ونص على العمل بالشرط في الموت ابن الهندي. ويستثنى من الموت من قتل مدينه، فإنَّ دينه المؤجل لا يحلّ، لحمله على الاستعجال. ودليل حلول الدين المؤجل بالموت⁽¹⁾:

أ - أنَّ الدين كان متعلقاً بالذمة فإذا خربت لم يبق لها محلّ تتعلّق به، فوجب انتقاله إلى التركة، وذلك يقتضي حلوله.

ب - أنه لو لم يحلّ لم يخل أن يكون الدين متعلقاً بذمة الميت وذلك باطل بخرابها؛ أو بدم الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجب، ولا يلزم صاحب الدين الرضا بدمهم وتسليم التركة إليهم؛ لأنَّ الدين متقدّم على الميراث؛ أو متعلقاً بالتركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل، فلا يجوز ذلك لأنَّ فيه إضراراً بالورثة بتأخير القسمة إلى حلول الأجل، وتعريضاً للمال للتلف من حيث لا منفعة للغرماء فيه..

ودليل حلول الدين المؤجل بالتفليس⁽²⁾: القياس على الموت؛ لأنَّ الفلس معنى يفسد الذمة، فافتضى حلول الديون كالموت؛ أو لأنَّ الفلس معنى يوجب تعلّق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال كالموت.

وأما الدين المؤجل الذي له، فلا يحل بفلسه ولا موته. والدليل على عدم حلول الدين الذي له بالفلس والموت⁽³⁾:

(1) الإشراف: 589/2، والمعونة: 1184.

(2) الإشراف: 589/2، والمعونة: 1184/2، والمنتقى: 86/5، وشرح التلقين: 2/ورقة 33.

(3) المعونة: 1184/2، والمنتقى: 86/5.

أ - أن المحلّ المتعلّق به الدين، وهو ذمّة المدّين، لم يبطل ولم يغب، وإنّما الذي بطل وغاب هو صاحب الدين، لذلك تحلّ الديون التي عليه لبطلان محلّها وغيبتها؛ أي: بالفلس والموت.

ب - قياس الفلس على الموت؛ لأنّ خراب الذمّة لا يوجب حلول الديون التي لها كالموت.

وإنّ قام للفلس شاهدٌ بدين له على شخص، فطلب منه أن يحلف معه ليستحق دينه، فنكّل عن اليمين مع شاهده؛ فإنّ كُلاًّ من الغرماء يحلف مع ذلك الشاهد، كحلف المدّعي المفلس، فيحلف كلّ واحد أنّ ما شهد به الشاهد حق؛ ويأخذ كلّ من حلف حصّته فقط من ذلك الدين.

ولو نكّل غير الحالف، فلا يأخذ الحالف إلا قدر نصيبه مع حلفه على الجميع على المشهور.

فإن حلفوا كلهم تقاسموا الحق على قدر نصيب كلّ من الدين.

وإن نكلوا كلهم فلا شيء لهم منه. ومن حلف أخذ حصته فقط أي: ما نابه الحصاص من ذلك الدين، لا جميع حصته كما هو قول ابن عبد الحكم المقابل للمشهور. ومن نكل فلا شيء له.

ويقبل إقرارُ المفلس، ولو بالمعنى الأعمّ، كما تقدم عن ابن رشد، إذا أقرّ لغير متهم عليه، لا لمتهم عليه كابن وأخ وزوجة، إذا لم يظهر بينهم وبينه عداوة، وإلا فهم ممن لا يتهم عليه. وقبول إقراره مقيّد بأمور:

- إذا أقرّ بالمجلس الذي فلس فيه أو قامت عليه الغرماء فيه، أو أقرّ قربةً بالعرف لا بعد الطول، فلا يقبل.

- إذا ثبت ديبته - الذي حكم لأجله بالتفليس الأخصّ، أو قامت الغرماء عليه به وهو التفليس الأعمّ - بإقرار منه به، لا إن ثبت عليه بيينة؛ فلا يقبل إقراره لغير المتهم عليه ولو أقر بالمجلس كما هو الموضوع. والمراد أنّ إقراره لا يقبل بالنسبة للمال الذي فلس فيه.

وما أقرّ به ولم يقبل به، لكون ما فلس فيه ثبت بيينة، أو ثبت بإقراره وأقر لغير المتهم عليه بعد طول من المجلس، أو لمتهم عليه ولو بقرب المجلس؛ يكون في ذمّته يحاصص المقرّ له به في مال يطرأ له غير ما فلس فيه. ووجه كون ذلك يتعلّق بدمّته لا في المال الذي فلس فيه: لأنّه بهذا الإقرار يريد أن يقطع حقّ الغرماء من المال، أو من بعضه بقوله، ولا سبيل له إلى ذلك⁽¹⁾.

والحاصل أن مذهب المدونة أن دين الغرماء الذين قاموا عليه، متى كان ثابتاً بالبينة، فلا يقبل إقراره، ولو علم تقدّم معاملة لمن أقرّ له. واختاره بعض الشيوخ واستظهره ابن عبد السلام. وللإمام مالك في الموازية قول ثالث: أن من أقرّ له المفلس إن كان يعلم تقدم مديانة وخطئة بينه وبين المقرّ حلف المقرّ له ودخل في الحصاص مع من له بيّنة.

ويقبل من المفلس تَعْيِينُهُ الْقَرَاضَ الَّذِي تَحْتَ يَدِهِ لغيره، وَالْوَدِيعَةَ، بأن يقول: هذا المال قراض تحت يدي أو وديعة لفلان. وقيد الشيخ خليل في التوضيح بإقراره في المجلس أو قربه. وقيل: لا يتقيد بذلك.

ويشترط لقبول تعيينه ذلك أن تقومَ بَيِّنَةٌ بِأَصْلِ مَا ذَكَرَ مِنَ الْقَرَاضِ أَوِ الْوَدِيعَةِ، بأن عهدت بأن عنده قراضاً أو وديعة لفلان. ومفهوم تعيينه أنه إن لم يعين بأن قال: لفلان عندي قراض أو وديعة لفلان، لم يقبل إقراره، كما إذا عيّن ولم تقم بينة بأصله، والكلام في إقراره بذلك. وأما لو ثبتا بالبينة فربُّ القراض والوديعة يحاصص بهما في الموت والفلس، وسواء كان المفلس صحيحاً أو مريضاً. نعم إن أقرّ مريض غير مفلس بهما قبل إقراره، ولو لم تقم بينة بأصلهما حيث أقرّ لمن لا يتهم عليه. والفرق أن الحجر على المريض غير المفلس أضعف من الحجر على المفلس؛ لأنّ المريض له أن يشتري ما يحتاجه، بخلاف المفلس

واشترط قبول تعيينه ذلك بقيام بينة بأصله، هو قول ابن القاسم، خلافاً لأصبغ حيث قال: يقبل تعيين القراض والوديعة، ولو لم تشهد بينة بأصلهما، واختاره اللخمي. ويقبل قولُ الصّانِعِ إذا فلس، في تعيين ما بيده لأربابه، كهذا ثوب فلان أو غزل فلان، وذلك بيمين من المقرّ له مطلقاً؛ أي: ببينة وغير بينة بالمجلس وغيره؛ لأنّ الشأن أن ما بيده أمتعة الناس وعدم الإشهاد عليه عند الرفع؛ ولا يعلم ربه إلا منه فيتعد أن يقرّ به لغير ربه.

3 - بيع ما معه من العروض بحضرته:

والدليل على جواز بيع مال المفلس⁽¹⁾:

أ - حديث أبي سعيد الخدري.

ب - عن كعب بن مالك عن أبيه، أن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل ماله، وباعه في دين عليه⁽²⁾.

ج - حديث أسيف جهيئة.

(1) المعونة: 2/1181، والمفهم: 5/2782.

(2) أخرجه الحاكم في البيوع، حديث: 2348؛ والدارقطني في الأقضية والأحكام، حديث: 95.

د - إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه.

يجب على الحاكم أو نائبه أن يبيع ماله، من عقار أو عروض أو مثليات. والدليل على جواز بيع العقار⁽¹⁾:

أ - عموم الأخبار المتقدمة، فإن لفظ المال فيها عام في جميع الأموال.

ب - القياس على ما يباع في نفقة الزوجات؛ لأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة، جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات.

ج - القياس على بيع العقار في الموت؛ لأن الفلس معنى طارئ يوجب قسمة المال، فيباع فيه العقار كالموت.

وماله الذي يباع عليه يشمل الدين الذي له على الغير، كما نص عليه ابن رشد، إلا أن يتفق الغرماء على إبقائه حتى يقبض. وقيل إنها لا تباع وتبقى على حالها.

فبيع عليه ولو كُتِبَ احتاج لمراجعتها والمطالعة فيها، فهي ليست كألة الصانع المحتاج إليها؛ لأن شأن العلم أن يحفظ بالقلب. وقال بعضهم: إن الكتب لا تباع أصلاً. والخلاف هنا في الكتب الشرعية، كالفقه والتفسير والحديث وآلة ذلك، قال الشيخ العدوي: إن الحفظ الآن قد ذهب، فلذا أجراها بعضهم على آلة الصانع، اهـ. وأما غير هذا فلا خلاف في وجوب بيعها.

وكذلك يباع عليه ثياب جمعته وعيده، إن كثرت قيمتها، بخلاف ما إذا لم تكثر، وبخلاف ثياب جسده التي لا بد له منها. والكثرة هنا إما في نفسها وإما بالنظر لصاحبها. وإذا بيعت فيشترى له دونها، كما إن دار سكنه إن كان فيها فضل تباع ويشترى له دار تكفيه.

وأما آلة صنعته التي لا بد منها، فلا تباع بخلاف ما لا يحتاج إليها.

ويكون البيع لما يجب بيعه على النحو التالي:

- أن يكون مع الاستقصاء في الثمن وعدم وجود من يزيد.

- أن يكون مع الخيار للحاكم، ثلاثة أيام لطلب الزيادة والاستقصاء في الثمن في كل سلعة، سواء كانت عرضاً أو حيواناً أو عقاراً، إلا ما يفسده التأخير كما يأتي. وهذا بخلاف خيار التروي فإنه يختلف باختلاف السلع كما مر. قال الشيخ الدسوقي: والظاهر أن للحاكم البيع بخيار التروي، وعليه فيكون خيار الحاكم ثلاثاً بعده. ولا يختص خيار الحاكم بسلع المفلس، بل كل ما باعه الحاكم على غيره كذلك.

ويعجل ببيع ما خيف بتأخيره فسادُه، كالفواكه؛ أو تغيّره عن حالته التي هو بها؛ أو كساده لو تأخر. وكذا يعجل ببيع الحيوان بالنظر؛ لأنه قد يتغير مع الاحتياج إلى

مؤنته. أمّا عقّاره فإنّه ينتظر به لطلب زيادة الثمن، كالشّهْرَيْنِ، وكذا ينتظر بعروضه، كالثياب والحديد والمعادن. ثمّ يباع بعد ذلك بالخيار للحاكم ثلاثة أيام. وهذا الانتظار واجب، فإنّ باع الحاكم من غير انتظار خيّر المفلس في إمضاء البيع وردّه، ولا يضمن الحاكم الزيادة التي في سلع المفلس حيث باع بغير الانتظار؛ لأنّ الزيادة غير محققة والذمة لا تلزم إلاّ بأمر محقق.

- أن يكون بحضرة المدين؛ لأنه أقطع لحجته، وهو مستحب. وقال الشيخ خليل في التوضيح: ولا يبعد وجوبه.

ما لا يُلْزَمُ به المفلس:

لا يُلْزَمُ المفلسُ بأمرٍ هي:

- لا يُلْزَمُ بأن يتكسّب لوفاء ما بقي عليه من الدين، ولو كان قادراً عليه. ولو عامله الغرماء على التكسّب، وشرطوا عليه ذلك إذا فلس، فلا يعمل بذلك الشرط، وسواء كان صانعاً أو تاجراً. والدليل على عدم إلزامه بذلك⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظَرُهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280]. والآية عاقبة في كلّ من أعسر بدين، وليست خاصّة بالربا.

ب - قوله النبي ﷺ في الحديث المتقدّم: «وليس لكم إلاّ ذلك».

ج - عن ابن شهاب، عن عبد الرحمن بن كعب، أنّ معاذ بن جبل كثر دينه في عهد رسول الله ﷺ، فلم يزد رسول الله ﷺ غرماءه على أن خلع لهم ماله⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الآية والحديثين أنّ المفلس لم يلزم فيهما بأن يؤاجر نفسه ليؤتي الدين، وإنّما أوجبت الآية إنظاره، ومنع الحديث الغرماء ممّا سوى ما وجدوا.

د - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أنّ الحرّ إذا أفلس لا يؤاجر»⁽³⁾.

هـ - القياس على الهبة والوصية؛ لأنّ التكسّب ابتداء تملّك، فلا يجبر عليه كالهبة والوصية.

و - أنّ الدين إنّما يتعلق بذمته دون عمله، فلا يطلب به إلاّ عند اليسار.

وأما ما روي أنّ النبي ﷺ أمر ربّ الدين أن يبيع المدين، ومن قال بلزوم مؤاجرته

(1) الإشراف: 590/2، والمعونة: 1183/2، والمنتقى: 82/5، والمقدمات: 305/2، 316، والجامع لأحكام القرآن: 372/3، وإكمال الإكمال: 421/5.

(2) أخرجه سحنون في المدونة: 120/4.

(3) المدونة: 120/3. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

كالإمام أحمد، قال في الحديث: لَمَّا تَعَدَّرَ بَيْعَ الْحَرِّ حَمَلَ عَلَى أَنْ الْمَرَادُ بَيْعُ مَنَافِعِهِ. والجواب عن ذلك أَنَّ الْحَدِيثَ ضَعِيفٌ⁽¹⁾، أو يحتمل على أَنَّ الْمَدِينِ رَضِيَ بِأَنْ يُؤَاجِرَ فِي الدِّينِ، وَهُوَ غَيْرُ مَمْنُوعٍ، وَإِنَّمَا الْمَمْنُوعُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى ذَلِكَ⁽²⁾.

- لَا يُلْزَمُ بِأَنْ يَتَسَلَّفَ.

- لَا يُلْزَمُ بِأَنْ يَأْخُذَ بِالشَّفْعَةِ لِطَلْبِ الزِّيَادَةِ فِيمَا يَأْخُذُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى التَّكْسِبِ⁽³⁾؛ لِأَنَّ فِيهِ ابْتِدَاءَ مَلِكٍ وَاسْتِحْدَاثَهُ، وَهُوَ لَا يُلْزَمُهُ؛ لِأَنَّهَا مَعَامَلَةٌ أُخْرَى، وَلَوْ مَاتَ الْمَفْلَسُ عَنِ شَفْعَةٍ فِيهِ لِلْوَرِثَةِ لَا لِلْغَرْمَاءِ.

- لَا يُلْزَمُ بِأَنْ يَعْفُوَ عَنِ قِصَاصٍ وَجِبَ، لِأَجْلِ أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ، وَلَهُ الْعَفْوُ مَجَانًّا. بِخِلَافِ مَا فِيهِ شَيْءٌ مُقَرَّرٌ فَلَا يَعْفُوَ مَجَانًّا كَالْخَطَا لِأَنَّ فِيهِ مَا لَا تَقَرَّرُ.

- لَا يُلْزَمُ بِأَنْ يَنْتَزِعَ مَا وَهَبَهُ لَوْلِيهِ الصَّغِيرِ أَوْ الْكَبِيرِ قَبْلَ إِحَاطَةِ الدِّينِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي مَعْنَى التَّكْسِبِ⁽⁴⁾. وَأَمَّا مَا وَهَبَهُ بَعْدَهُ فَهُوَ كَالْتَبْرَعِ، لَهُمْ رَدُّهُ وَأَخْذُهُ.

قسمة المتحصل بعد البيع:

إذا لم يف المتحصل بجميع الديون فإنه يقسم، بِنِسْبَةِ الدُّيُونِ بِمَا عَلَيْهِ؛ أَي: نِسْبَةَ كُلِّ دَيْنٍ لِمَجْمُوعِ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدُّيُونِ. وَيَأْخُذُ كُلُّ غَرِيمٍ بِتِلْكَ النِّسْبَةِ؛ فَإِذَا كَانَ لَغَرِيمٍ عَشْرُونَ وَآخَرَ ثَلَاثُونَ وَآخَرَ خَمْسُونَ، فَمَجْمُوعُ مَا عَلَيْهِ مِائَةٌ؛ نِسْبَةُ الْعَشْرِينَ لَهَا الْخُمْسُ فَيَأْخُذُ رِبْعًا خَمْسًا مَا تَحْصُلُ، وَنِسْبَةُ الثَّلَاثِينَ خَمْسَ وَعَشْرَ وَنِسْبَةُ الْخَمْسِينَ النِّصْفَ. فَإِذَا كَانَ مَالُ الْمَفْلَسِ عَشْرِينَ أَخَذَ صَاحِبُ الْعَشْرِينَ خَمْسَهَا أَرْبَعَةً، وَأَخَذَ صَاحِبُ الثَّلَاثِينَ سِتَةً، وَأَخَذَ صَاحِبُ الْخَمْسِينَ عَشْرَةَ. وَيَجُوزُ بِنِسْبَتِهِ لِلدُّيُونِ أَي: مَجْمُوعِ الدُّيُونِ؛ ففِي الْمِثَالِ مَجْمُوعُ الدُّيُونِ مِائَةٌ وَنِسْبَةُ مَالِهِ لَهَا الْخُمْسُ فَكُلُّ يَأْخُذُ خَمْسَ دِينِهِ فَصَاحِبُ الْعَشْرِينَ خَمْسَ دِينِهِ أَرْبَعَةً وَهَكَذَا وَالْمَعْنَى وَاحِدٌ.

إثبات الغرماء في الفلاس والموت:

ولا يكلف الحاكم الغرماء إثبات أن لا غريم على المفلس الميت غيرهم. بِخِلَافِ الْوَرِثَةِ، فَإِنَّهُمْ يَكْلِفُونَ إِثْبَاتَ أَنَّهُ لَا وَارِثَ غَيْرَهُمْ بَيْنَهُ تَشْهَدُ بِحَصْرِهِمْ وَمَوْتِ مَوْرَثَتِهِمْ وَرَبْتِهِمْ مِنَ الْمَيْتِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْفِلْسِ أَنَّ الشَّأْنَ فِي الْمَوْتِ مَعْرِفَةُ عَدَدِ الْوَرِثَةِ وَحَصْرِهِمْ بِالْجِيرَانِ وَأَهْلِ الْبَلَدِ، فَلَا كَلْفَةَ فِي الْإِثْبَاتِ عَلَيْهِمْ؛ بِخِلَافِ الْفِلْسِ، فَإِنَّ الدِّينَ يَقْصِدُ إِخْفَاؤَهُ غَالِبًا، فَإِثْبَاتُ حَصْرِ الْغَرْمَاءِ مَتَعَسِّرٌ⁽⁵⁾. ثُمَّ إِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ شَهَادَةُ الْبَيْنَةِ الشَّاهِدَةِ لِلْوَرِثَةِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، لَا عَلَى الْقَطْعِ، فَلَوْ قَالَ: لَا وَارِثَ لَهْ غَيْرِ هَذَا قِطْعًا، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ.

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 57.

(4) إكمال الإكمال: 421/5.

(1) إكمال الإكمال: 421/5.

(3) إكمال الإكمال: 421/5.

(5) إكمال الإكمال: 420/5.

الانتظار بالقسم في الفلس والموت:

إذا كان الميت معروفاً بالدين فإن الحاكم ينتظر بالقسم على الغرماء وجوباً، وذلك في الموت فقط، بقدر ما يراه، لاحتمال طرؤ غريم آخر فيجتمع الغرماء، والذمة قد خربت بالموت. بخلاف الفلس فلا ينتظر لعدم خرابها حقيقة، وإن خربت حكماً، ولذلك عجل ما كان فيها مؤجلاً من الدين، فذمة المفلس لما كانت باقية إذا طرأ غريم تعلق حقه بذمته، ولأن المفلس لو كان له غريم آخر لأعلم به بخلاف الميت. وأما إن كان غير معروف بالمداينة، فظاهر المدونة أنه لا يستأنى حياً كان أو ميتاً⁽¹⁾.

انفكاك الحجر وحكم الحاكم بذلك:

إذا اقتسم الغرماء ما تحصل مع المفلس انفكَّ حَجْرُهُ. ولا يحتاج في فكّه إلى حكم من الحاكم. ولهم تحليفه: أنه لم يخف عنهم مال عنده. فإن نكل فلا ينفك حجره.

تجديد الحجر على المفلس بعد انفكائه:

إذا انفك حجره المفلس، ثم حَدَثَ له مالٌ بعد ذلك، كميراث وهبة وصدقة ووصية ودية وغير ذلك، فيُحَجَّرُ عَلَيْهِ أيضاً كما حجر عليه أولاً؛ لأنَّ الحجر الأول كان في مال مخصوص وانفكَّ حجره، فيتصرف فيما حدث إلى أن يحجر عليه فيه.

وإذا تداين بعد ذلك وحجر عليه بالحجر الأخص أو الأعم، فلا يَدْخُلُ فيما حجر عليه ثانياً الذين حجر لهم سابقاً مع الذين حجر لأجلهم ثانياً في مال من دين حَدَثَ عن معاملة. والدليل⁽²⁾: أنَّ الغرماء الذين حجر لهم ثانياً أقوى سبباً؛ لأنَّ هذا المال كأنه عين مالهم أو بدله، فكانوا أقوى سبباً من الأوائل، كالذي يجد سلعته فيكون أقوى وأحقَّ بها من غيره.

وهذا بخلاف مال حدث عن أصل معاملة؛ نحو إرثٍ وجِنَايَةٍ وهبة واستحقاق وقف أو وظيفة وركاز؛ فيدخل فيه الأول والآخر.

وكذا إنَّ مَكَّنَّهُم من ماله من غير رفعهم له إلى الحاكم، وهو تفليس أعم، فَبَاعُوا متاعه واقتَسَمُوا، قَدَّائِنَ غَيْرِهِم، فلا يدخل الأول مع الآخر، إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة كإرث فيدخل.

تقويم العروض التي على المفلس:

إذا كان الدين الذي على المفلس غير نقد؛ أي: كان عروضاً أو مثليات، حالة أو مؤجلة، فإنها تقوِّم يَوْمَ القِسْمَةِ لمال المفلس؛ لأنه يحلّ بفلسه.

ويقع تمكين صاحب الدين غير النقد بعد التقويم، بأن يشتري له من جنس دينه وصفته بما يُخَصُّهُ في الحصاص من مال المفلس؛ كأن يكون مال المفلس مائة وعليه لشخص مائة وعليه لآخر عرض قيمته يوم القسم مائة، فيأخذ رب المائة خمسين، ويشتري بالخمسين الأخرى لرب العرض عرضاً من جنس عرضه وصفته. وهذا عند المشاحة بين المدين وصاحب الدين.

ويجوز لرب الدين المخالف للنقد أخذ الثمن، كالمخمسين الباقية. وذلك عند التراضي بينهما. ويشترط للجواز أن لا يجد مانع، كأن يكون الدين المخالف للنقد طعاماً معاوضة، فلا يجوز لربه أخذ الثمن لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه. وهذا مبني على أن التفليس لا يرفع التهمة، وقيل: إنه يرفعها، فيجوز في التفليس ما لا يجوز في الاقتضاء، وهما روايتان.

محاصة الزوجة بصداقها في الفلس والموت:

تحاصّ الزوجة بصداقها ولو كان مؤجلاً، لحلوله بتفليس زوجها ولو قبل البناء. والمراد بـ«ولو قبل البناء» أي: أنه ليس لها الخيار في نفسها كما يخيّر البائع في سلعته إذا فلس المشتري قبل قبض السلعة. ووجه عدم تخييرها أمران:

الأول: أن النكاح قد انعقد، ولا خيار للمرأة في حلّه، إذ ليس بيدها طلاق.

الثاني: أن الصداق ليس بعوض للبضع على الحقيقة، وإنما هو نحلة من الله تعالى للزوجات، أوجه لهنّ على أزواجهنّ بالعقد.

ووجه محاصتها بصداقها لأنه لما حلّ بالتفليس الحق بالديون. وهي تحاصّ بجميع صداقها لا بنصفه؛ لأن الصحيح أن الصداق يجب جميعه بالعقد، إلا أنه يجب وجوباً غير مستقرّ، ولا يستقرّ إلا بالموت أو الدخول⁽¹⁾.

وتحاصّ الزوجة كذلك بما أنفقت على نفسها قبل عسره؛ لأن النفقة تلزم الزوج بالوطاء، فإذا حصل تخلّدت في ذمته وأصبحت كاللاحقة بالديون⁽²⁾. وأما في عسره فلا تحاصّ بها، لما تقدم في النفقة أنها تسقط بالعسر، وسواء كان ما أنفقت من عندها أو تسلفته، حكم بها حاكم أم لا.

كما تحاصص بصداقها وبما أنفقت على نفسها في موته.

بخلاف نفقتها على الولد فلا تحاصص بها؛ لأنها من المواساة. وإذا لم تحاصص بها فتكون في ذمة زوجها ترجع به عند اليسر، إلا لقرينة تبرّع منها على الولد فتسقط. فالحاصل في نفقة الزوجة على ولد المفلس في حال يسره، أنها لا تحاصص بها، ولكنها ترجع بها على الأب في المستقبل إذا طرأ له مال، إن لم تكن متبرعة، وهذا ما لم يحكم

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 22.

(1) المقدمات: 331/2.

بها حاكم، وإلا حاصت بها، سواء كانت تسلفتها أو من عندها، فالمحاصة بها تحصل بأمرين: إنفاقها على الولد في حال يسر الأب، وحكم الحاكم بها.

وكذا لا تحاصص بنفقتها على أبويه الفقيرين، إلا بشروط ثلاثة: أن يحكم حاكم بها، وأن تتسلف تلك النفقة، وأن يكون إنفاقها عليهما حال يسره. وهذا التفصيل لأصبخ، وأما رواية ابن القاسم عن مالك فإنها لا تحاصص بنفقة الأبوين والأولاد مطلقاً، بل تتبع الذمة إن لم تكن متبرعة، وهو مقتضى ما ذكره الشيخ الدردير.

طرو دين على المفلس أو الميت بعد القسم:

- صورة طرو غريم على غريم: إن المفلس أو الميت إذا قسم الغرماء ماله بينهم، ثم طرأ عليهم غريم أو شخص استحقت سلعة من سلعه من يده، وإن بيعت لأجنبي أو لأحد الغرماء قَبْلَ قَلْبِهِ، ولم يعلموا به، والحال أن الوارث والوصي لم يعلموا بذلك الغريم، ولم يكن الميت مشهوراً بالدين؛ رَجَعَ الغريم الطارئ أو من استحقت من يده السلعة عَلَى كَلِّ واحد من الغرماء بِمَا يَخُصُّهُ في الحصاص؛ أي: بالحصة التي تنوبه لو كان حاضراً، ولا يأخذ ملياً عن معدم ولا حاضراً عن غائب؛ أي: فلا يأخذ أحد عن أحد؛ لأنهم اقتسموا ما كان يستحقه. إلا أن المستحق من يده إن اشترى قبل الفلس فظاهر؛ وبعده رجع بجميع الثمن الذي خرج من يده. ووجه كون الغريم الطارئ يرجع على الغرماء بما يستحقه بالحصاص؛ لأن الغريم لو كان حاضراً في وقت القسم لشارك الغرماء، فإذا حضر بعد القسمة لم يسقط حَقُّهُ⁽¹⁾.

وكذلك الوارث أو الموصى له، إذا طرأ عَلَى مِثْلِهِ فيرجع الطارئ على كل من الورثة أو الموصى لهم بما يخصه.

وإن اشْتَهَرَ الميت بالدين، أو عَلِمَ به الوارث وأقبض الغرماء الحاضرين، رَجَعَ الطارئ على الوارث بما ثبت له، لتفريطه واستعجاله كما لو قبض لنفسه. ثم رَجَعَ الوارث عَلَى الغريم الذي قبض منه. وللطارئ الرُّجُوعُ على الغريم ابتداء فهو مختير. والدليل على أن الطارئ هنا يرجع على الوارث لا على الغرماء⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ بَعَدَ وَصِيَّتْهُ يُوْصِي بِهَا أَوْ دِينًا﴾ [النساء: 11] ووجه الاستدلال أنه تعالى جعل الميراث بعد أداء الدين.

ب - أن الورثة أخذوا ما لم يستحقوه، بدليل أنه لو انكشف حال هذا الغريم قبل اقتسام الورثة ببقية لم يكن لهم أخذها، فصاروا بمنزلة من أخذ مالا لغيره بظنه لا يستحقه، ثم انكشف له فإنه يرده على مالكه.

(1) الإشراف: 587/2.

(2) الإشراف: 588/2، وشرح التلقين: 2/ ورقة 63.

- صورة طرّو غريم على وارث: إن طراً غريم على وارث قَسَمَ التركة رَجَعَ عليه، وأخذ مَلِيٍّ عَن مُعَدِّمٍ، وحي عن ميت، وحاضر عن غائب؛ ما لم يُجَاوِزَ دين الطارئ ما قَبَضَ من التركة لنفسه. فإن جاوز كما لو كان الدين عشرة وهو قبض ثمانية لم يؤخذ منه إلا ما قبضه.

ما يترك للمفلس عند بيع متاعه:

يترك للمفلس قُوْتُهُ وَالتَّفَقُّةُ الواجبةُ عليه للزوجة والولد والوالدين الفقيرين إلى وقت يظن حصول اليسر له عادة. ووجه ترك ذلك له أن إسلامه ومن تجب عليه نفقتهم للهلاك دون قوت غير جائز، والواجب إذا عجز هو عن ذلك أن يتكلف له به المسلمون، وأحقهم بتكليف ذلك الغرماء الذين طلبوا إزالة ما عليه من ستر وأخذ ما في يديه من طعام، فكأنهم هم الطالبون لإحداث هذا المنكر، فوجب عليهم ألا يفعلوه⁽¹⁾. وأما تحديد المدة فالواجب أن يترك له ما يقتات به المدة التي يمكن أن يفكر فيها ويسعى في أثنائها حتى يحصل له طريق يتطرق به إلى قوت نفسه وعياله وزوجته، فتارة أدى الاجتهاد إلى تقدير هذه المدة بالشهر، وتارة أخرى بالشهور، وتارة بنفي التقدير؛ والتحقيق في هذا أن تقدير المقدار بما يقتضيه قرائن حال المفلس، وما عرف من وجوه تكسبه للرزق وقدرته عليه⁽²⁾.

ويترك له كِسْوَتُهُمْ، كُلُّ دَسْتًا مُعْتَادًا له، من قميص وعمامة وقلنسوة أو خمار للمرأة. والدست - بفتح الدال - ما قابل ثياب الزينة. والحاصل أنه لا يترك له ولا لمن تلزمه نفقته إلا ما يوارى العورة وقت الحرّ والبرد وتجوز به الصلاة. ووجه ترك ذلك له أن هذا القدر لا يعاوض عليه⁽³⁾.

وهذا بخلاف مُسْتَعْرِقِ الدِّمَةِ بِالظُّلْمِ، كالمكاس وقاطع الطريق وبعض الأمراء، فيترك له ما يَسُدُّ الرَّمَقَ؛ أي: ما يحفظ الحياة فقط، وما يَسْتُرُ العَوْرَةَ فقط؛ لأنّ الناس لم يعاملوه على مثل المفلس.

تلف مال المفلس بعد جمعه للبيع:

إذا جمع الحاكم مال المفلس لبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه، فالتلف من المفلس، وديون الغرماء ثابتة عليه؛ لأنه قبل تلفه كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء. ولا شيء على الحاكم؛ لأنه أمين⁽⁴⁾.

(1) المنتقى: 84/5، وشرح التلقين: 2/ ورقة 63.

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 63.

(3) المنتقى: 84/5.

(4) المعونة: 2/ 1186.

4 - حبس المفلس:

يحبس المفلس إلى أن يثبت عُسرُه. ودليل جواز حبس المفلس⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنَ إِن تَأْمَنَهُ يَظُنُّهُ يُؤَدِّيهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنَ إِن تَأْمَنَهُ يَدِينُكَ لَا يُؤَدِّيهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمَّتْ عَلَيْهِ قَالِمًا﴾ [آل عمران: 75] ووجه الاستدلال أن الآية أشارت إلى جواز القيام على المدين ليؤدي دينه، بالإلحاح عليه والحرص والمقاضاة، وإذا جاز القيام عليه ومنعه من التصرف جاز حبسه.

ب - عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة، ثم خلى عنه⁽²⁾.

ج - المصلحة المرسله؛ لأن الحبس ضروري لاستيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض.

ومحل حبس المفلس في حالين:

الحالة الأولى: إن جهل حاله هل هو مليء أو معدم؛ لأن الناس محمولون في الغالب على الملاء؛ لأن المعلوم من حال الناس التكسب وطلب المال، فالغريم محمول على ما يعلم من حال الناس وما جبلهم الله عليه⁽³⁾. وإن كان الأصل هو الفقر لأن الإنسان يولد فقيراً لا ملك له. وهذا مما قدّم فيه الغالب على الأصل. ووجه حبس المفلس المجهول الحال، أن ما يدعيه من الإعسار ينافيه إقراره بما عليه من الدين؛ لأنه قد أخذ عوضه، وذلك يقتضي أنه موسر، فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه، فلذلك ألزم السجن لتحقيق حاله؛ لأنه يقال له: أين ما أخذته من العوض فأظهره ليأخذه أصحابه أو يأخذون أثمانه، فقد صار هنا كالمعلوم الكذب، فلهذا لا يقبل دعواه حتى يثبت ما يدل على صدقه من جوائح طرأت على ما في يده أو نحو ذلك⁽⁴⁾.

وأما إن علم عسرُه، فلا يحبس، ويحرم مطالبته، وإنما يجب إنظاره إلى أن يتبين يساره، والدليل⁽⁵⁾:

(1) المنتقى: 81/5، والمقدمات: 307/2، وشرح التلقين: 2/ورقة 59، وبداية المجتهد: 2/325، والتحرير والتنوير: 287/3.

(2) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الحبس في الدين؛ والنسائي في البيوع، باب مطل الغني؛ والترمذي في الديات، باب الحبس في التهمة، وقال: حديث حسن.

(3) المقدمات: 307/2.

(4) المنتقى: 81/5، وشرح التلقين: 2/ورقة 57.

(5) المنتقى: 82/5، والمقدمات: 305/2، 316، والجامع لأحكام القرآن: 372/3، والمفهم: 2787/5، وإكمال الإكمال: 421/5، وحاشية الصاوي: 133/2.

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ لِّإِنْ مَيَّسَّرَ﴾ [البقرة: 280]. ووجه الاستدلال أن الآية إنما أوجبت إنظار المعسر لا حبسه. ومعنى الآية: إن حصل ذو عسرة، أو وقع ذو عسرة؛ أي: غريم معسر. فهذه الآية معطوفة على ما قبلها، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبَيَّنَ فَلَكُمْ رُءُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279]. فهذه الآية المعطوف عليها تناولت حالة التشريع بالأمر للمؤمنين، وقيل لأهل ثقيف⁽¹⁾، بترك ما بقي من الربا في ذمم الذين عوملوا به، وبترتب على إبطال أخذ ما بقي من الربا حق الدائنين في استرجاع ديونهم معجلة؛ لأن العقود قد فسخت. وأمّا الآية المعطوفة، هي حالة أخرى، وهي ناشئة عن الأولى ومسيبة عنها، وهي حصول وظهور ذوي عسرة لا يقدرّون على أداء ما عليهم من ديون، فأمر الله تعالى بإنظارهم. فحملها العلماء على العموم في كلّ من أعسر بدين، كائناً ذلك الدين ما كان، ولم يقيدوه بدين الربا⁽²⁾. قال الشيخ ابن عاشور: ومورد الآية على ديون معاملات الربا، لكنّ الجمهور عمّموها في جميع المعاملات، ولم يعتبروا خصوص السبب؛ لأنه - تعالى - لما أبطل حكم الربا صار رأس المال ديناً بحتاً، فما عيّن له من طلب الإنظار في الآية حكم ثابت للدين كلّ⁽³⁾. فجمهور العلماء - عند الشيخ ابن عاشور - اعتبروا الاستدلال بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

وقد روي عن ابن عباس أنّ الآية نزلت في الربا، وإلى هذا ذهب شريح فقال: إنّ المعسر يحبس في الدين؛ لأنّ الله قد أمر بأداء الأمانة، والآية في إنظار المعسر إلى أن يوسر إنّما نزلت في الربا. وقد ضعف ابن العربي⁽⁴⁾ النقل عن ابن عباس. وإنّما قال ذلك شريح ومن قال بقوله، لكونها بعقب ذكر الربا، فظنّوا أنّها فيه، وضعفه ابن العربي، وعلّل تضعيفه إياه بأنّ الآية وإن كان أولها خاصّاً فإنّ آخرها عام، وخصوص أولها لا يمنع من عموم آخرها، لا سيما إذا كان العام مستقلاً بنفسه. كما ضعفه ابن رشد الجدل وعلل قوله بوجهين:

الأول: أنّ الربا قد أحبطه الله وأبطله، فكيف يكون فيه نظرة؟ أي: فتكون الآية قد انتهى أثرها بتحريم الربا؛ لأن شريحاً يعني بالإنظار رأس المال الديون بعد إبطال رباها.

(1) قال القرطبي: قيل: إنّ الآية نزلت بسبب ثقيف، وكانوا عاهدوا النبي على أن ما لهم من الربا على الناس فهو لهم، وما للناس عليهم فهو موضوع عنهم، فلما أن جاءت آجال رباهم بعثوا إلى مكة لاقتضاها، وكانت الديون على بني المغيرة المخزوميين. فقال بنو المغيرة: لا نعطي شيئاً فإنّ الربا قد رفع. ورفعوا أمرهم إلى عتاب بن أسيد عامل النبي على مكة، فكتب به إلى رسول الله، فنزلت الآية، فكتب بها رسول الله إلى عتاب بن أسيد، فعلمت بها ثقيف فكفّت وقالوا: لا يدي لنا بحرب الله ورسوله. (الجامع لأحكام القرآن: 3/ 263).

(2) أحكام القرآن: 1/ 245، والجامع لأحكام القرآن: 3/ 371، 372.

(3) التحرير والتنوير: 3/ 96. (4) أحكام القرآن: 1/ 245.

الثاني: أن القراءة إنما هي: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ﴾ بالرفع، فعلم أنه لم يعن بها صاحب الربا، ولو عنى بها صاحب الربا كما قال شريح، لقليل: وإن كان ذا عسرة، وهي قراءة أبي بن كعب؛ أي: إن كان الذي عليه الربا ذا عسرة.

يزيد ابن رشد الجدّ - حتى على قول شريح - استدلالاً آخر، وهو قياس العسر بديون جميع المعاملات على ديون الربا التي نزلت فيها الآية⁽¹⁾.
ب - قوله النبي ﷺ في الحديث المتقدم: «وليس لكم إلا ذلك».

ج - عن ابن شهاب، عن عبد الرحمن بن كعب، أن معاذ بن جبل كثر دينه في عهد رسول الله ﷺ، فلم يزد رسول الله ﷺ غرماءه على أن خلع لهم ماله⁽²⁾. ووجه الاستدلال من الحديثين أنه ﷺ منع الغرماء ممّا سوى ما وجدوا، ولم يحبس المفلس؛ لأنه كان يعلم عسره. وهذا نصّ.

د - أنّ الخطاب مرتفع عن المعسر إلى أن يوسر؛ لأنّ أداء الدين يجب مع القدرة على الأداء، ولا قدرة للمعسر.

وكذلك لا يجوز للغرماء أن يلازموه، بحيث يدورون معه حيث دار. ودليل عدم الجواز⁽³⁾:

أ - الآية والحديث المتقدمان. ووجه الاستدلال أنهما ينفيان الملازمة؛ لأنها في معنى الحبس.

ب - أنّ المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالدين، ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته، كالذي عليه دين مؤجل؛ لأنّ الحبس لمّا زال عنه لثبوت عسرتة فكذلك الملازمة.

ويندب للغرماء أن يتصدّقوا على المعسر بما لهم عليه من الدين، وجعل الله تعالى التصدّق عليه خيراً من الإنظار؛ لأنّ فيه تفريج الكرب وإغاثة الملهوف⁽⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ لَكَ مَيْسَرَةٌ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٥﴾﴾ [البقرة: 280].

وإنّ أتى مجهول الحال بحميل بمال أو بوجه، حتى يثبت عسره فلا يحبس؛ لأنّ المعسر يجب إنظاره كما تقدّم⁽⁵⁾. ويغرم الحميل إن لم يأت بالمفلس المجهول الحال،

(1) المقدمات: 306/2، وانظر أيضاً: الجامع لأحكام القرآن: 372/3.

(2) أخرجه سحنون في المدونة: 120/4.

(3) الإشراف: 590/2، والمعونة: 1183/2، وشرح التلقين: 2/ورقة 56، والجامع لأحكام القرآن: 374/3.

(4) أحكام القرآن: 246/1، الجامع لأحكام القرآن: 374/3، والتحرير والتنوير: 96/3.

(5) المقدمات: 307/2.

إلا أن يُثبِت الحميل بنفسه عُسرُهُ؛ فإن أثبتته فلا يغرم؛ لأنه إنما ضمنه ليثبت عسره.

الحالة الثانية: إن ظَهَرَ مَلَأُوهُ⁽¹⁾، وادعى الفيلس؛ أي: العدم، وأنه لا قدرة له على وفاء ما عليه. ووجه حبسه ما تقدّم من أنه يدّعي خلاف الظاهر من حاله⁽²⁾.

والمراد بظهور الملاء أن يظنّ به ذلك، بسبب لبسه الفاخر من الثياب، وركوبه لجيد الدواب، وكثرة الخدم من غير أن يعلم حقيقة حاله.

وحبسه مقيد بما إذا لم يسأل الصبر بحميل حتى يثبت عسره. فإن وَعَدَ غريمه بالقضاء وسأل تأخير نحو اليَوْمَيْنِ، أُجِيبَ لذلك. ولا يحبس إن أُعْطِيَ حَمِيلاً بِالْمَالِ، وقال ابن القاسم: أو حميلاً بالوجه فإنه يكفي.

فإن لم يأت بحميل بالمال أو أتى بحميل بالوجه على قول سحنون، لم يجب وسجن كمعلوم الملاء. ووجه عدم إجابته بعد سجنه إذا أتى بحميل بالوجه ولم يأت بحميل بالمال؛ لأنّ التضييق بالسجن واجب عليه، للتهمة اللاحقة به رجاء أن يؤدي⁽³⁾.

فإنه يسجن ويضرب حتى يؤدي ما عليه. وكذلك فعل سحنون بابن أبي الجواد القيرواني، وكان قعد بأموال الناس وأصرّ على إخفائها وأبى قضاءها، فسجنه سحنون وضربه وكرّر عليه الضرب في أوقات حتى مات. قال ابن المناصف وابن رشد: وهذا الذي حكم به سحنون هو ظاهر قول مالك في المدونة: «ويضرب الألدّ الخصم» وهذا من أكبر اللدد يأخذ أموال الناس ويستخف السجن⁽⁴⁾. قال ابن رشد الجدد: فقد قال مالك: يضرب الإمام الخصم على اللدد، وأيّ لدد أبين من هذا؟ فالقضاء بما روي عن سحنون في مثل هؤلاء الذين يقعدون على أموال الناس، ويرضون بالسجن ويستخفونه ليأكلوا أموال الناس ويستهمونها؛ هو الواجب الذي لا تصحّ مخالفته - إن شاء الله -؛ وقد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور⁽⁵⁾.

وقيل: الخلاف بين ابن القاسم وسحنون لفظي، فكلام ابن القاسم في غير الملدّ، وسحنون في الملدّ.

(1) الملاء بالمد: أي الغني بين الناس.

(2) المتقى: 81/5.

(3) المقدمات: 309/2.

(4) إكمال الإكمال: 423/5. ذكر ابن الهندي أنّ سحنوناً كان يقول في ابن أبي الجواد: لم أقتله وإنما قتله الحق. قال ابن رشد: فلا يدل على رجوعه عن مذهبه، وإنما يدلّ على ثبوته عليه واستبصاره فيه مع ورعه وفضله؛ لأنّه قال: لم أقتله وإنما قتله الحق. وأشفق مع ذلك إشفاق المؤمن الحذر الخائف لربه أن يكون جاوز في اجتهاده، اتساء بعمر بن الخطاب رضي الله عنه في قوله: لو مات حمل بشاطئ الفرات ضياعاً لخشيت أن يسألني الله عنه. المقدمات: 309/2.

(5) المقدمات: 309/2.

ومثل ظاهر الملاء في الحبس والضرب معلوم الملاء؛ لأنه ظالم. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتَرُوا فَلَكُمْ زُرُوسٌ أَمْثَلُكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279]، ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل لصاحب الدين المطالبة برأس ماله، فإذا كان له حق المطالبة فعلى من عليه الدين لا محالة وجوب قضاءه، وإلا كان ظالماً.

ب - قول النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم»⁽²⁾. المطل منع قضاء ما استحق أداءه.

ج - عن عمرو بن الشريد عن أبيه، قال النبي ﷺ: «لبي الواجد يحلّ عرضه وعقوبته»⁽³⁾. ومعنى «لبي الواجد» أي: مطل الموسر المتمكّن. وإذا طوّل بالأداء ولم يؤدّ فهو ظلم للمستحقّ، يبيح بذلك من عرضه بأن يقال: فلان يمطل الناس؛ ويبيح للإمام عقوبته حتى يرتدع عن ذلك، ومن العقوبة هنا السجن.

ويؤجل المدين المعلوم الملاء، وكذا ظاهر الملاء، إن وعد بالوفاء وطلب التأخير لبّيع عَرَضِيهِ، إن أعطى حَمِيلاً بالمال وإلا سجن، وليس للحاكم بيعه. بخلاف المفلس لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من التصرف في ماله.

ولربّ الدين تَحْلِيْفُهُ عَلَى عَدَمِ النَّاضِ عنده من ذهب أو فضة، إذا اتهمه بذلك ولم يعلم به. وإن عَلِمَ بالناض وامتنع من دفعه جُبِرَ عَلَى دَفْعِهِ، وَلَوْ بِالضَّرْبِ مَرَّةً بعد أُخْرَى، ولو أدى إلى إتلاف نفسه، لكن لا يقصد الحاكم إتلافه، فإن قصده اقتص منه. ويسجن المدين حتى يدفع ما عليه.

فإن أثبت المدين المجهول الحال أو ظاهر الملاء عُسْرَهُ، أَنْظَرَ لميسرة فلا يسجن ولا يطالب قبلها. وتقدم أنه لا يلزم بتكسب ولا استشفاع؛ لأن المعسر يجب إنظاره كما تقدّم⁽⁴⁾. ويشترط لإنظاره وعدم سجنه أن يثبت عسره بشهادة يَبْتِئُ تشهد أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن، فشهادتها على نفي العلم، ولا يصح أن تشهد على البت. ويحلف هو كذلك أي: بأن يحلف أنه لا يعلم له مال إلخ؛ إذ يحتمل أن له مالاً في الواقع ولا يعلم به. والمذهب عن ابن رشد أنه يحلف على البت بأن يقول: ليس عندي مال إلخ. قال ابن العربي: قلنا للمطلوب أثبت عدمك ظاهراً، ويحلف باطناً، والله

(1) المنتقى: 81/5، والمقدمات: 307/2، والجامع لأحكام القرآن: 371/3، والمفهم: 5/2791، وبداية المجتهد: 325/2، وإكمال الإكمال: 439/5، والتحرير والتنوير: 287/3.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب جامع الدين والحول، والبخاري في الحوالات، باب الحوالة، ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني.

(3) أخرجه البخاري معلقاً في الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال؛ أبو داود في الأقضية، باب الحبس في الدين؛ والنسائي في البيوع، باب مطل الغني؛ وابن ماجه في الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة؛ والحاكم: 102/4، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(4) المقدمات: 307/2.

يتولّى السرائر⁽¹⁾.

وترجح بيئته الملاء على بيئته العدم إن بينت السبب، بأن قالت: له مال قد أخفاه. وكذا إن لم تبين على أحد القولين.

ويخرج المجهول الحال من الحبس، إن طال حبسه، بالاجتهاد من الحاكم، بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال ما صبر على الحبس هذه المدة، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والدّين قلة وكثرة. وذلك يقدر بغلبة الظن؛ لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إعساره من إيساره، والعلم بذلك ربما يقع في المدة اليسيرة، وربما يقع في المدة الطويلة، ورب رجل يكون ممن يتجلّد على الحبس، وهو عنده أخف من إظهار ما كتم من مال، ولذلك يعتمد في ذلك على قرائن الأحوال وغلبة الظن، والتحقيق أنّ كلّ نازلة حكمها⁽²⁾.

وأما ظاهر الملاء فلا يخرج إلا بيئته بعدمه على ما تقدم. ومعلوم الملاء يخلد في السجن حتى يغرم ما عليه أو يأتي بحميل غارم أو تشهد له بيئته بذهاب ماله، كما تقدم. وتحبس النساء عند امرأة أمينة أو امرأة ذات أمين من الرجال من زوج أو أب أو ابن، ولا بد أن تكون هي أمينة أيضاً؛ أي: بحيث لا يخشى على النساء منها.

ويجوز حبس الجدّ لولد ابنه، وحبس الولد لأبيه في دين أو غيره.

ولا يحبس والد لولده؛ فالوالد أباً أو أمّاً لا يحبس لولده ولو ألدّ بدفع الحق. والمراد الأب والأم نسباً لا رضاعاً، فإنّه يحبس لدين ولده من الرضاع. ودليل المنع من حبس الوالد لدين ولده:

أ - ما تقرّر في الشريعة من وجوب برّ الوالدين وحرمة عقوقهما، كقوله ﷺ: ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا آتَى وَلَا تَنْهَرُهُمَا﴾ [الإساءة: 23] وهذا غاية المبالغة في النهي عن فعل ما يؤذيها ويكون عقوقاً لهما. وحبسهما لا يخفى عن العقلاء أنّه أبلغ في إذائهما من أن يقال لهما أفت.

ب - أنّ ذلك عقوق؛ لأنّ فيه امتهان للأب وهتك لحرمة⁽³⁾.

قال الإمام مالك: وإن لم يحبس الوالدان فلا أظلم الولد لهما. أي: فيجب على الإمام أن يفعل بهما ما يفعل بالملدّ من الضرب وغيره كالترقيع وما يؤدّيه الاجتهاد إليه، حتى يخلص دين الولد عليهما ويصال ذلك إليه؛ لأن ذلك ليس لحق الولد، بل لحق الله تعالى، ردعاً وزجراً وصيانة لأموال الناس. ولا يقال إنّ الضرب أشدّ من الحبس،

(1) أحكام القرآن: 246/1.

(2) المعونة: 1182/2، وشرح التلقين: 2/ورقة 59.

(3) حاشية الصاوي: 135/2، وشرح التلقين: 2/ورقة 60.

فمقتضى كونهما لا يحبسان للولد أنهما لا يضربان؛ لأننا نقول: الحبس لدوامه أشد من الضرب، وحيث فلا يلزم من ترك الأشد ترك ما هو دونه⁽¹⁾.

والسجن كاليمين، فللوالد أن يحلف ولده في حق لا العكس؛ إلا في يمينين:

- في اليمين المُنْقَلِبَة من الولد على والده؛ كأن يدعي على ابنه بحق، فأنكر ولم يحلف الابن لرده دعوى والده، فردت على الأب، فيحلف الأب لياخذ حقه. وأما لو ادعى الولد على أبيه بحق وأقام شاهداً، ولم يحلف الولد مع شاهده، فردت اليمين على الأب، فهل يحلف الأب لردّ شهادة الشاهد؟ فالصواب أنه لا يحلف. فقد صرح ابن رشد بأنّ مذهب المدونة أنّ الأب لا يحلف في شيء مما يدعيه الولد عليه، وهو قول مالك في المدونة، ودليل المنع من تحليف الوالد لدين ولده: ما تقدم في الحبس. ولا يقضى للولد بتحليف والده، وكذلك ليس له حدّه إن قذفه؛ لأنّ الحدّ أشد من اليمين، هذا قول مالك في المدونة.

وروي عن ابن القاسم أنّه يقضى للولد بتحليف والده في حق يدعيه عليه، ويحدّه، ويكون عاقاً، ولا يعذر فيه بجهل؛ ووجه هذا القول⁽²⁾:

أ - أنّ التحليف لا يبلغ مبلغ هتك الحرمة.

ب - أنّ للولد حقّ في طلب ماله، فلا يسقط حقّ الولد لحق الأب لاحترامه.

وعند ابن الماجشون أنّه لا يمنع من ذلك، وإن فعله لم يكن عاقاً بذلك.

قال الشيخ الدسوقي في قول ابن القاسم، وأولى في قول ابن الماجشون: وهو بعيد، فإنّ العقوق من الكبائر، ولا ينبغي أن يمكن أحد من ذلك، وعلى هذا القول الضعيف مشى الشيخ خليل في باب الحدود حيث قال: وله حدّ أبيه وفسق أي: الابن.

وقد علّق الإمام المازري على قول ابن القاسم بأنّه متعارض؛ لأنّ العقوق منكر والمنكرات يجب على القضاة تغييرها والمنع منها؛ لكنّه - أي: ابن القاسم - أفتى القاضي بما يجب عليه من التمكين للولد من تحليف والده، ثمّ خاطب الولد بالكفّ عن ذلك لما فيه من العقوق. فكان فرض القاضي التمكين، وفرض الولد ألا يفعل ما مكّن منه، فهو خطاب لشخصين⁽³⁾.

- في اليمين المتعلقة بها حقّ غير الولد؛ كدعوى الأب ضياع صداق ابنته بلا تفریط منه، وخالفه زوجها وطلبه بجهازها؛ فيحلف الأب أنه ضاع منه بلا تفریط لحقّ الزوج. وكذا يحلف الأب إذا ادعى قبل سنة من دخولها أنه أعارها شيئاً من جهازها كما تقدم.

(1) انظر حاشية الدسوقي: 281/3.

(2) شرح التلقين: 60/2.

(3) شرح التلقين: 2/ورقة 60.

أحكام المسجون:

لا يجاب المسجون ولا يقضى بخروجه في حق شرعي، لعيادة قريب له كإبيه وابنه وزوجته، ولو قرب؛ ولا جُمعة ولا عيد. ووجه ذلك أنه حبس لحقوق الآدميين، فليس لأحد إسقاطها⁽¹⁾. وأما الجمعة فهي وإن كانت فرض عين، فلها بدل⁽²⁾ وهي تسقط للأعدار، ولا يبعد أن يكون الخوف على تلف مال الغرماء إن خرج المسجون للجمعة عذراً في إسقاط فرض الجمعة.

وإذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخيه ومن يقرب من أقربائه، وخيف عليه الموت، فله أن يخرج فيسلم عليه، ويؤخذ منه كفيل بالوجه. والدليل على ذلك: الاستحسان. وقال الإمام الباقي: وهذا سائغ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان، فأما القياس والنظر فالمنع من ذلك، ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع من ذلك كله، وهو الصواب عندي، والله أعلم⁽³⁾.

ولا يخرج لأجل عدو معه في الحبس؛ لأن القصد من الحبس التشديد، إلا لخوف تلافيه بقتل أو أسر، فيخرج لمكان آخر فيحبس فيه.

والمسجون في دين ليس له أن تكون معه امرأته، ولا أن تدخل عليه؛ لأنه سجن للتضييق عليه لاستيفاء حق عليه، فإذا لم يمنع من لذته لم يضيّق عليه⁽⁴⁾.

5 - أخذ رب الدين عين ماله:

للغريم رب الدين أخذ عين ماله الذي باعه للمفلس قبل فلسه، عرضاً أو مثلياً أو حيواناً المحوز عن الغريم في الفلّس، حيث ثبت بيئته أو إقرار من المفلس قبل فلسه. والدليل على أن رب الدين أحقّ بعين ماله⁽⁵⁾:

أ - عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن، أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به. وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء»⁽⁶⁾.

ب - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله

(1) المتقى: 88/5. (2) شرح التلقين: 2/ ورقة 60.

(3) المتقى: 88/5. (4) المتقى: 88/5.

(5) الإشراف: 586/2، والمعونة: 1185/2، والمتقى: 89/5، والمقدمات: 334/2، والمعلم: 282/2، وشرح التلقين: 2/ ورقة 37، والمفهم: 2784/5، وبداية المجتهد: 318/2، وإكمال الإكمال: 431/5.

(6) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم؛ وأبو داود في البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد متاعه بعينه عنده؛ وابن ماجه عن أبي هريرة في الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل أفلس.

بعينه، فهو أحقّ به من غيره»⁽¹⁾، وفي رواية لهذا الحديث: عن النبي ﷺ، في الرجل الذي يعدم، إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه: «أنّه لصاحبه الذي باعه»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين أنّ النبي ﷺ نصّ على البيع في قوله: «باع متاعاً» وقوله: «لصاحبه الذي باعه»، وبهذا يتأكد أنّ الحكم يتعلّق بالبيع. وقدّم في الفلس صاحب المتاع وجعله منفرداً بأخذ عين ماله، وأسقط حقّ الغرماء. والحديثان نصّ في المسألة.

ج - القياس على فلس المشتري قبل قبض السلعة؛ لأنّ فلس المشتري بثمن السلعة مع بقائها على صفتها، وعدم تعلّق حق الغير بها، يوجب للبائع حقّ الفسخ، أصله إذا كان الفلس قبل قبض السلعة. ووجه كون السلعة قبل القبض أنّ البائع أحقّ بها؛ لأنها في ضمانه.

د - أنّ تعذّر تسليم الثمن المسلم فيه عند الأجل يوجب للمسلم حقّ الفسخ، كذلك تعذّر قبض الثمن بالإفلاس مع بقاء السلعة.

وأما في المَوْتِ فليس له أخذ عين ماله إن وجده، لخراب ذمة الميت، بل يكون في ثمنه أسوة الغرماء، والدليل⁽³⁾:

أ - قوله ﷺ في الحديث المتقدم عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن: «وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء». ووجه الاستدلال أنّ الحديث فرق بين الموت والفلس في إثبات الرجوع للبائع، وجعل حكم الموت غير حكم الفلس.

ب - أنّ بالموت يزول ملك المشتري عن ماله والسلعة التي اشتراها.

والفرق بين الفلس والموت، أنّ ذمّة المفلس في الفلس باقية يرجع الغرماء إليها، وينتظرون الاقتضاء منها، لذلك قدّم حقّ البائع عليهم؛ وفي الموت تبطل ذمّة الميت، فلا يرجعون إلى مال ولا إلى ذمّة، فلم يكن للبائع إسقاطهم⁽⁴⁾.

وأما ما روي عن أبي المعتمر عمر بن خلدة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس فقال: لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ؛ من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم؛ والبخاري في الاستقراض، باب إذا وجد ماله مفلس؛ ومسلم في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس.

(2) مسلم في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس.

(3) الإشراف: 587/2، والمعونة: 1186/2، والمعلم: 282/2، والمفهم: 2784/5، وبداية المجتهد: 320/2، وإكمال الإكمال: 431/5.

(4) الإشراف: 587/2، والمعونة: 1186/2، والمنقّى: 91/5، والمعلم: 283/2، والمفهم: 2784/5، وبداية المجتهد: 320/2، وإكمال الإكمال: 431/5.

بعينه فهو أحق به⁽¹⁾. فإن الحديث الذي رواه أبو بكر بن عبد الرحمن الذي فيه التفريق بين الموت والفلس مرجح على الرواية عن أبي هريرة التي سوى فيها بين الأمرين، للأمر الآتية⁽²⁾:

أن حديث أبي بكر بن عبد الرحمن رواه مالك في الموطأ، ولم يختلف رواة الموطأ فيه. وهو وإن كان مرسلًا في رواية الموطأ فإن الإمام مالكاً يأخذ بالمراسيل، وأيضاً فقد روي موصولاً عند غيره عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ، فقد وصله عبد الرزاق⁽³⁾ وعبد الرزاق ثقة، وكذا وصله الزبيدي عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ، أخرجه أبو داود⁽⁴⁾. وأما الرواية الموقوفة على أبي هريرة من طريق أبي المعتمر، فقد رواها أبو داود وقال بأثرها: من يأخذ هذا؟ وأبو المعتمر من هو؟ يعني أنه لا يعرف.

أن أحاديث الفلس والتفريق بين الموت والفلس مشهورة، فلا تعارض ولا يضطر فيها إلى التأويل. ورد الإمام المازري على من ادعى أن جملة: «وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء» ليست من كلام النبي ﷺ، فقال: وهذا طعن لا ينبغي التشاغل به؛ لأن الراوي إذا قال: قال النبي ﷺ، وأورد جملاً وعطف بعضها على بعض، فإن جميعها يحمل على أنه من كلام النبي ﷺ. ولو توقف عن بعض الجمل لأجل تجويز كون الواو للاستئناف أو حرف عطف وأنه من كلام الراوي، لبطل أكثر أحكام الشريعة المأخوذة من السنن⁽⁵⁾.

أن ما جاء في الرواية الموقوفة على أبي هريرة من قوله: «إن أفلس أو مات» فإن زيادة الموت لا يلتفت إليها؛ لأنها لم تذكر في سائر الروايات، ولذلك قال فيها أبو داود ما قال.

أن كلام أبي هريرة لم يذكر فيه بيعاً، فيحمل على أنه في الودائع أو الغصب والتعدّي؛ لأنه إنما قال: «فوجد رجل متاعه بعينه».

أن أبا هريرة لم يذكر لفظ التبيي ﷺ ولو ذكره لأمكن فيه التأويل. ولعله لما تبين فلس الرجل المعروض قصته على أبي هريرة قام الغريم عليه وطلب سلعته فبادره الموت. وهذا في الرد على من قال بالتسوية بين الفلس والموت في كون صاحب المتاع أحق بسلعته، وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله تعالى.

(1) أبو داود في البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 35، والمفهم: 2784/5، وإكمال الإكمال: 431/5.

(3) انظر مصنف عبد الرزاق.

(4) أبو داود في البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

(5) شرح التلقين: 2/ ورقة 35.

وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى، فقال بالتسوية بين الفلس والموت في كون صاحب المتاع ليس أحقّ بمتاعه، بل هو إسوة الغرماء. وحمل قوله ﷺ في الفلس: «فهو أحقّ به» على أنّ المتاع ودیعة أو عارية أو مغصوب عند المفلس؛ لأنّ الودیعة والعارية والمغصوب لم تخرج عن ملك صاحبها، بينما المبيع خرج عن ملك البائع بعقد البيع. وردّ عليه أهل المذهب بأمر⁽¹⁾:

أنّ هذا ما يقتضيه القياس، لولا ما جاء في الحديث من التفريق بين الفلس والموت في كون السلعة في الفلس لصاحبها، وفي الموت يكون أسوة الغرماء، والنصّ على أنّ ذلك في البيع، فيبطل التأويل كما يبطل القياس؛ لأنّ خبر الواحد مقدّم على القياس.

أنّ حمل الحديث على الودیعة والعارية والمغصوب، وأنّ أصحابها أحقّ بها من الغرماء في الفلس، فهذا ممّا لا يخفى على عاقل، ولا يفيد معنى جديداً، وحمل كلام النبي ﷺ على المفيد هو اللائق به ﷺ.

أنّ الحديث مقيد بالإفلاس، قال: «إذا أفلس». ومعلوم أنّ الودیعة والعارية صاحبهما أحقّ بهما، سواء فلس من هي عنه أو كان غنياً، ولو أراد الودیعة والعارية لم يكن للتقييد بالإفلاس معنى.

أنّه قال: «فوجدته بعينه»، والودیعة يأخذها صاحبها، وجدها بعينها أو تغيّرت.

ووجه مطالبة البائع في الفلس ببينة أنّه صاحب المتاع، أنّه مدّع في تعلق حقه بعين المبيع، ولا يقبل منه ذلك إلا ببينة⁽²⁾.

فمنهج اجتهاد الإمام مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة، أنّه نظر في الأصل الذي تعود إليه، فعمل بالحديث فيما جرى فيه على هذا الأصل لتطابقه معه، كما عمل بالحديث فيما خالف فيه الأصل؛ لأنّه رآه مخصّصاً للأصل. والأصل أنّ الدين يتعلّق بذمة المفلس والميت، فيكون ما بأيديهما محلّ للوفاء بذلك الدين، فيشترك جميع الغرماء فيه بقدر رؤوس أموالهم، ولا فرق بين أن يكون أعيان السلع موجودة أم لا؛ لأنّها قد خرجت عن ملك بائعها، ووجبت أثمانها في ذمة المشتري - الميت أو المفلس - بإجماع، فلا يكون لهم إلا أثمانها إن وجدت أو ما وجد من تلك الأثمان؛ فتمسك الإمام بالحديث، فيما يتعلّق بالموت لأنّه جار على الأصل، كما تمسك به فيما يتعلّق بالفلس لأنّه اعتبره مخصّصاً لذلك الأصل؛ لأنّ الحديث قد صحّ عنده، وهو مرجّح على غيره كما تقدّم⁽³⁾.

(2) المتقى: 89/5.

(1) شرح التلقين: 2/ ورقة 37.

(3) المفهم: 2783/5.

ويأخذه في الفلس ولو كان عين ماله مَسْكُوكاً عند ابن القاسم، حيث عرف بطبع عليه ونحوه؛ أي: فيأخذ الثمن إذا دفعه؛ أي: إذا كان البائع هو المفلس والمشتري هو دافع الثمن، والدليل: قياس الثمن على المثلث. وهذا مبني على القول بأن الدنانير والدرهم تتعين⁽¹⁾.

هل يأخذ المقرض عين ما أقرضه للمفلس:

مشهور المذهب أن من أقرض شخصاً شيئاً، فأفلس ذلك الشخص، فإن المقرض ليس بأحق من الغرماء بعين بمتاعه، والدليل⁽²⁾: أن الحديث إنما ورد في البيع، ويبقى ما سواه على مقتضى القياس.

وذكر الأصيلي أن صاحب القرض يكون أحق بمتاعه من الغرماء، والدليل⁽³⁾:

أ - الحديث المتقدم: «أيما رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله بعينه، فهو أحق به من غيره»⁽⁴⁾، ومحل الاستدلال قوله: «ماله بعينه». ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم يفرق في هذه الرواية بين أن يكون متاعه دفعه قرضاً أو دفعه بيعاً.

ب - أن القرض طريق المعروف والإحسان، فذلك قصد المقرض، ولم يكن قصده المعاملة على ذمة لما تخرب وتفتقر يكون حقه في التعلق بعيب يوجب له ارتجاع عين سلعته.

هل يأخذ الواهب عين ما وهبه للمفلس:

إذا وهب شخص شخصاً شيئاً، فإذا كان على جهة الهبة التي لا تنتظر مكافأة، فلا يحق للواهب أن يسترجع عين هبته؛ لأنه لم يستحق عوضاً عن هبته. وأما إذا كان على جهة هبة الثواب التي تنظر مكافأة، فحكمها حكم البيع⁽⁵⁾.

محل أخذ صاحب المتاع عين ماله:

يأخذ صاحب المتاع عين ماله بشرطين، هما:

الأول: إن لم يفلته الغرماء بدفع ثمنه للغريم ولو بمالهم، فأولى بمال المفلس. فإن فدوه فليس له أخذه. ووجه أن ليس للبائع حق في سلعته إذا دفع باقي الغرماء له ثمنها؛ لأن حقه في الفسخ إنما يثبت له لعلته تعدر قبض ثمن سلعته، فإذا بذل له فقد زالت العلة وزال حكمها، ولم يكن له الفسخ، كما لو كان المشتري ملياً غير مفلس⁽⁶⁾.

(1) المنتقى: 90/5، وشرح التلقين: 2/ ورقة 43. وانظر في باب البيوع أن المذهب عدم تعيين الدنانير والدرهم إلا في بعض المسائل، والأدلة على ذلك.

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 43. (3) شرح التلقين: 2/ ورقة 43.

(4) سبق تخريجه. (5) شرح التلقين: 2/ ورقة 42.

(6) الإشراف: 2/ 587، والمعلم: 2/ 283.

ويكون في ذلك مصلحة للغرماء بتكثير ما يأخذونه من ديونهم، لجواز أن يكون في السلعة ربح، فإن قضاوا البائع الثمن الذي يستحقه بقي لهم الربح، فتتوقر به ديونهم. ويكون في ذلك أيضاً مصلحة للمشتري المفلس، بتفصيل بعض ما عليه من الديون، إذا أخذ الغرماء السلعة بثمنها من البائع، وباعوها بربح واقتضوا بالثمن وربحه ديونهم⁽¹⁾.

الثاني: إن لم ينتقل عن أصله بناقل؛ ومن أمثلة النقل:

* أن ينتقل الحب بِطَحْنٍ حِنْطَةٍ مثلاً، وكذلك البذر، والقلي، والعجن، والخبز ونحوها، فليس له أخذه بعد النقل.

* تَسْمِينِ زُبْدِ أَي: جعله سمناً.

* تَفْصِيلِ قِمَاشٍ ثَوْباً.

* ذَبْحِ حَيَوَانٍ.

* تَنْمَرِ رُطْبٍ؛ أَي: جعله تمرأ.

* خَلَطَ شَيْءٍ بِغَيْرِ مِثْلٍ، كخَلَطَ عَسَلَ بِسَمْنٍ أَوْ زَيْتٍ، أَوْ قَمَحٍ جَيِّدٍ بِعَفْنٍ، وَأَمَّا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ فغَيْرُ مَفُوتٍ. فَمَنْ اشْتَرَى زَيْتاً - مثلاً - فخلطه بزيتة ثم أفلس، فإنَّ للبائع أن يأخذ زيتة. ووجه ذلك أنها سلعة معينة، فكان البائع أحق بها في فلس المبتاع؛ لأنه لم يحدث فيها عند المبتاع غير مزجها بما هو مثلها، وذلك غير مؤثر في إخراجها عن ملكه⁽²⁾.

* عَمَلِ الخَشَبَةِ بِأَبَاٍ مثلاً.

بخلاف تَغْيِيبِهَا بِأَمْرِ سَمَاوِيٍّ؛ أَي: بلا فعل فاعل، فله أخذها والحصاص. وخيرته بين أخذها والحصاص تنفي ضرره.

وبخلاف حصول التعيب من المشتري المفلس، فله أخذ سلعته، ولا أرش له إن أخذها في نظير العيب، عادت السلعة لهيئتها أم لا. وكذلك لو عيبها أجنبي؛ أي: غير المشتري، ولكن عادت لهيئتها الأولى، فله أخذها ولا أرش له، ولو كان المشتري أخذ أرشاً قبل عودها، فإن لم تعد لهيئتها فله أخذها بنسبة نقصها بذلك العيب عن الثمن الذي باعها به، كما لو باعها بعشرة، ويوم أخذها معيبة تساوي ثمانية، فإما أن يأخذها ويحاصص الغرماء باثنين، أو يتركها ويحاصص بجميع الثمن.

قبض البائع بعض الثمن غير مفوت لسلعته عليه:

إذا قبض البائع بعض ثمن سلعته، ثم أفلس المشتري، فللبائع رد ما قبض من الثمن من المفلس قبل التفليس وأخذ عين سلعته؛ وله تركها والمحاصة بما بقي له مع

(1) شرح التلقين: 2/ ورقة 38.

(2) المنتقى: 91/5.

باقي الغرماء. والدليل على أنّ له الفسخ ولو قبض بعض الثمن قبل الفلس⁽¹⁾:

أ - عموم حديث أبي بكر بن عبد الرحمن في ذلك.

ب - أنّ الفسخ إنّما يثبت له لدفع الضرر، لقوة سببه بوجود عين سلعته، وذلك يستوي في الكلّ والبعض قياساً على الشفعة.

ج - لأنه تعذر عليه قبض حقه بالفلس مع وجود عين ماله على صفته، فكان كمن لم يقبض شيئاً من الثمن.

وأما ما جاء في رواية عبد الرزاق وأبي داود لحديث الموطأ: «فإن كان قضاءه من ثمنها شيئاً فما بقي فهو أسوة الغرماء»⁽²⁾، فظاهره أنّه ليس له استرجاع السلعة، لكن هذا الظاهر منه متروك بالقياس؛ لأنه إذا ثبت أنّه أحقّ بالكلّ كان أحقّ بالجزء بطريق الأحرى، فله أن يردّ ما قبض ويسترجع السلعة، إلّا أن يعطيه الغرماء بقية الثمن⁽³⁾. ثم إنّ هذه الزيادة ليس موجودة في رواية الموطأ، وقد قال فيها أبو داود: «حديث مالك أصحّ». وإنّما الموجود في رواية الموطأ قوله: «فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً»، وهو يدلّ بدليل الخطاب على أنّه ليس له الحق في متاعه إذا قبض من ثمنه شيئاً، والقياس مقدّم على دليل الخطاب.

وإن باع متعدداً من السلع أو مثلياً كإردب قمح، وفات بعضه عند المفلس والبعض باق؛ فله أخذ البعض الباقي وخاصّاً بالفائت بما ينوبه من الثمن مفضوضاً عن القيم؛ وإن شاء ترك ما وجد وخاصّ بجميع الثمن أو بالباقي منه إن كان قبض بعضاً، لكن لا بد من ردّ مناب الفائت؛ كما لو باع شيئين بعشرين وقبض منها عشرة، وخرج من يد المشتري أحدهما ببيع أو غيره، ثم فلس وأراد الغريم أخذ الشيء الباقي، فليس له أخذه حتى يرد من العشرة المقبوضة خمسة حيث تساوت قيمتهما؛ لأن العشرة المقبوضة مفضوضة عليهما.

حكم النماء الحادث في المبيع:

النماء الحادث في المبيع على ضربين: نماء من جنس العين، ونماء من غير جنسه.

ففي النماء الذي هو من جنس العين كالولد، فله أخذ أنثى الحيوان مع ولد حدّتها لها عند المفلس، وسواء كانت اشتراها المفلس حاملاً أم لا. وله المحاصّة بجميع ثمن الأم إن لم يكن قبض بعضه. ووجه أخذ الولد فيما اشتراها المفلس غير حامل أن الأخذ نقض للبيع.

(1) الإشراف: 587/2، والمعونة: 1185/2، والمقدمات: 335/2، وبداية المجتهد: 319/2.

(2) أبو داود في البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

(3) المعلم: 282/2، وإكمال الإكمال: 431/5.

وفي النماء الذي هو من غير جنس العين كالصوف ونحوه، فله أخذها مع أخذ صُوفٍ تَمَّ حِينَ البيع، أو أخذ شجرة مع أخذ ثمرة أُبْرَثَ، فأولى لو طابت حين البيع، جز الصوف أو الثمرة أم لا على قول ابن القاسم. وإنما روعي الإibar في الشجر؛ لأنَّ الثمرة لا تتبع الشجر إلا بالشرط، فكان لها على هذا حصّة من الثمن⁽¹⁾.

وإن لم يتمّ الصُوف ولا أُبْرَثَ الثمرة فهما للمفلس. ووجه ذلك أنّها لا يجوز إفرادها بالبيع، ولا حصّة لها من الثمن⁽²⁾. وذلك كالغلة فإنها للمفلس، من سمن ولبن وأجرة عمل.

وهذا إن جَزَّ الصوف أو الثمرة، فإن كانا باقيين على أصلهما أخذهما البائع ورجع المفلس عليه بالنفقة على الأصول.

ويكون الصّانِعُ، كخياط ونجار، إذا عمل ما بيده ففلس رب الثوب مثلاً أو مات، أحق ما يبيد حتى يستوفي منه أجرته؛ لأنه تحت يده كالرهن. وإن فلس قبل عمله فهو بالخيار، إما أن يرده الصانع ويفسخ الإجارة، وإما أن يعمل ويحاصص.

وإن لم يكن تحت يده، بأن رده لربه قبل فلسه أو كان لا يحاز كالبناء أو كان يصنع الشيء عند ربه ويتركه عنده؛ فلا يكون أحق به، بل تتعين المحاصة. وهذا إذا لم يضاف لصنعه شيئاً، فإن أضاف كصباغ يصبغ الثوب بصبغه ورَقَّاع يرقع الفراء أو غيرها برقاع من عنده، فإنه يشارك بقيمة ما زاده من عنده، وأما قيمة عمله، فيكون بها أسوة الغرماء في الفلس. وأما الموت فيحاصص بهما معاً لخراب الذمة.

والأجير كراعي الغنم أو حارس الزرع أو الأمتعة يفلس ربهها، فلا يكون الأجير أحق بها بل يحاصص الغرماء بما له من الكراء.

ويكون المُكْتَرِي لدابة أو غيرها، يفلس أو يموت ربهها، أحق بالمُعِينَةِ من الغرماء، حتى يستوفي من منافعتها ما نقده من الكراء، سواء قبضت قبل الفلس أو الموت أو لا، لقيام تعيينها مقام قبضها. وأما غير المعينة يكون المكترى أحق بها في الموت والفلس إن قُبِضَتْ قبل تفليس ربهها أو موته، ولو أُدِيرَتْ الدواب تحت المكترى؛ بأن يأتي له ربهها كل زمن بدل التي قبلها، فإن المكترى يكون أحق بالتي تحته.

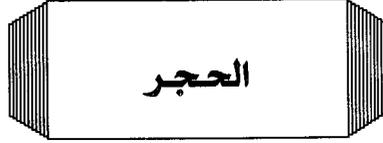
وعكس هذه المسألة، أن ربَّ الدابة أحقُّ بالمَحْمُولِ عليها من أمتعة المكترى، إذا فلس أو مات المكترى، حتى يستوفي أجرة دابته منه. إلا إذا قُبِضَ المحمول ربه المكترى ثم فلس وطال الزمن عرفاً بعد القبض، فلا يكون ربَّ الدابة أحقُّ بالمحمول عليها، بل يكون أسوة الغرماء. وظاهر كلام الشيخ خليل: طال الزمن بعد القبض أم لا، وارتضاه بعضهم أيضاً.

ويكون المُشْتَرِي أَحَقَّ بِسِلْعَةٍ اشْتَرَاهَا شَرَاءً فَاسِداً وَلَمْ تَفْت، فَسَخَ الْحَاكِمُ الْبَيْعَ لِفَسَادِهِ وَفَلَسَ، أَوْ مَاتَ بَائِعُهَا قَبْلَ الْفَسَخِ. أَي: يَكُونُ الْمُشْتَرِي أَحَقَّ بِتِلْكَ السِّلْعَةِ مِنَ الْغَرْمَاءِ، لَيْسَتْ فِيهَا مِنْهَا الثَّمَنُ الَّذِي أَقْبَضَهُ لِبَائِعِهَا قَبْلَ فَلْسِهِ أَوْ مَوْتِهِ، إِذَا لَمْ يَجِدِ الثَّمَنَ عِنْدَ الْبَائِعِ. وَوَجْهُ كَوْنِ الْمُشْتَرِي أَحَقَّ بِالسِّلْعَةِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، أَنَّهُ لَمَّا كَانَ قَبْضُهَا قَبْضاً يَتَمَلَّكُ بِهِ كَانَ كَالرَّهْنِ بِيَدِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِثَمَنِهَا حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مَالَهُ فِيهَا⁽¹⁾. فَإِنْ وَجِدَ الثَّمَنَ عِنْدَهُ وَعَرَفَهُ بَعِينَهُ كَانَ أَحَقُّ بِهِ. فَإِنْ فَاتَ كَانَ أَحَقَّ بِالسِّلْعَةِ إِنْ لَمْ تَفْت، فَإِنْ فَاتَتْ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ أَوْ بِالْقِيَمَةِ، وَحَاصٌّ بِزَائِدِهِ عَلَى الْقِيَمَةِ إِنْ زَادَ عَلَيْهَا. وَالْحَاصِلُ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ كَوْنِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ أَحَقَّ بِمَتَاعِهِ، فَإِنَّهُ مَخَيَّرَ بَيْنَ أَخْذِ مَتَاعِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَتْرَكَهُ لِلْغَرْمَاءِ وَيَحَاصِّصَهُمْ بِثَمَنِهَا، سِوَاءَ زَادَتْ أَوْ نَقَصَتْ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ: أَنَّ السِّلْعَةَ قَدْ مَلَكَهَا الْمَفْلَسُ بِالشَّرَاءِ بِثَمَنِ تَعَلَّقَ بِذَمَّتِهِ، فَلَمَّا غَابَتْ ذَمَّتُهُ وَدَخَلَ الثَّمَنُ النَّقْصَ كَانَ لِلْبَائِعِ الْخِيَارَ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ الْبَيْعَ وَيَرْجِعَ بِسِلْعَتِهِ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْقُدَهُ وَيَحَاصِّصَ بِمَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَيْسَ فِي الْإِفْلَاسِ مَعْنَى يَفْسَخُ بِهِ الْبَيْعَ حَتَّى لَا يَكُونَ لِلْبَائِعِ إِلَّا سِلْعَتَهُ⁽²⁾.



(1) المتقى: 90/5.

(2) المتقى: 89/5.



التفليس من أسباب الحجر، فناسب أن يعقبه الكلام على بقية أسباب الحجر.

تعريف الحجر لغة:

الحجر في اللغة المنع، والحرام، ومقدم الثوب.

تعريف الحجر شرعاً:

قال ابن عرفة: هو صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته، أو تبرعه بماله، قال: وبه دخل حجر المريض والزوجة.

أسباب الحجر:

أسباب الحجر ستّة: أربعة عامة، هي الفليس، والجنون، والصبأ، والتبذير؛ واثنتان خاصّان بما زاد على الثلث، وهما المرض المخوف، والنكاح بزوجة. ولا تدخل الردّة في أسباب الحجر؛ لأنّ المرتدّ ليس بمالك. وتأتي أحكام المرتدّ في باب الردّة⁽¹⁾.

الأسباب الأربعة العامة:

السبب الأول: الفلّس بالمعنى الأعمّ أو الأخص؛ وقد تقدم الكلام عليه في الباب قبله مستوفى. وإنما ذكر هنا جمعاً للنظائر.

السبب الثاني: الجنون بالصرع⁽²⁾ أو استيلاء وسواس، وهو الذي يخيل إليه. وسواء كان كلّ منهما دائماً أو متقطعاً. والتقييد بالصرع أو الوسواس مخرج لما كان بالطبع، فإنّ صاحبه لا يفيق منه عادة فلا يدخل في الكلام على الحجر هنا؛ لأنّ الحجر فيه لا غاية له.

والجنون سببه عدم العقل. وعرف ابن رشد الجدّ العقل بقوله: علوم يتمييز من وصف بها من البهيمة والمجنون؛ وهي كالعلم بأنّ الاثنين أكثر من الواحد، وأنّ

(1) حاشية الدسوقي: 292/3.

(2) الصرع: علة في الجهاز العصبي تصحبها غيبوبة وتشجج في العضلات (المعجم الوسيط: 2/513).

الضدّين لا يجتمعان، وأنّ الجزأين لا بدّ أن يكونا مجتمعين أو متفرقين، وأنّ السماء فوقنا والأرض تحتنا، وما أشبه ذلك⁽¹⁾.

فالجنون إذن اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل السليم، إلّا نادراً.

والحجر يكون لأبيه أو وصيّه إن وجد، بشرط أن يجنّ قبل بلوغه.

فإن لم يوجد أب ولا وصيّ سواء جنّ قبل البلوغ أو بعده، أو جنّ بعد البلوغ والرشد مع وجود الأب أو الوصيّ فالحجر للحاكم إن وجد منتظماً غير جائر.

فإن لم يوجد أب ولا وصي ولا حاكم منتظم عادل، فجماعة المسلمين. إذ حكام الجور لا يعتبر وجودهم، بل جماعة المسلمين تقوم مقامهم.

ويمتد الحجر على المجنون للإفّاقَة من جنونه. ثم إن فاق رشيداً انفك حجره بلا حكم، وإن أفاق صبيّاً أو سفياً حجر عليه لأجل السفه والصبأ.

السبب الثالث: الصبا. سواء كان الصبي ذا أب أو يتيماً لا أب له.

واليتيم في اللغة المنفرد من أبيه؛ أي: من فقد أبوه في حال صغره، كأنه بقي منفرداً لا يجد من يدفع عنه. ولم يعتدّ العرب بفقد الأمّ في إطلاق وصف اليتيم، إذ لا يعدم الولد كافلة، ولكنّه يعدم بفقد أبيه من يدافع عنه وينفق عليه. وقد ظهر ممّا راعوه في الاشتقاق أنّ الذي يبلغ مبلغ الرجال لا يستحقّ أن يسمّى يتيماً، إذ قد بلغ مبلغ الدفع عن نفسه، وذلك هو إطلاق الشريعة لاسم اليتيم، والأصل عدم النقل⁽²⁾. وإذا بلغ اليتيم زال عنه وصف اليتيم لغة، وبقي على حكم اليتيم في عدم الاستبداد بالتصرّف حتّى يؤنس منه الرشد، كما يأتي بيانه.

وقد أوصى الله ﷻ باليتامى خيراً، فأمر بالقيام بالقسط معهم، ونهى عن قربان أموالهم إلّا بالتي هي أحسن، وتوعّد على أكلها ظلماً. كما أذن في التصرّف في أموالهم بما يحفظها عليهم من التلف، وحدّد زمن تسليمها لهم وضبط شروط ذلك. وسيأتي في المسائل الآيات القرآنية الدالّة على ذلك. وهي نفسها أدلّة الصبي غير اليتيم. ووجه تخصيص اليتيم بالذكر في القرآن الكريم في التشريع لأحكام الحجر، مع كون الصبي ذي الأب يشترك معه في هذه الأحكام؛ لأنّ اليتيم قد يغفل الناس عنه، وهو مظنّة الاعتداء على ماله من الولي، وانعدام المدافع عنه، وقد كان أمر اليتيم في الجاهلية في حال استضعاف لصغره وضعف عقله، فكان الذي يتولّى أمر اليتيم يستضعفه ويستحلّ ماله فيتوسّع فيه وينتفع به لنفسه، ويسرع في إنفاقه، ويضيق يتيمة لكيلا ينشأ

(1) المقدمات: 345/2.

(2) أحكام القرآن: 1/154، والتحرير والتنوير: 5/219.

نشأة يعرف بها حقّه، وإن عرفه وطلبه ادعى وليّه أنّه أنفق عليه بتمامه. فلمّا عدم اليتيم عندهم من ينصره أو يذب عنه كان بحيث يعرض للمهانة والإضاعة ويتخذ كالعبد لوليّه. ومن أجل ذلك صار وصف اليتيم عندهم ملازماً لمعنى الخصاصة والإهمال والذلّ، وبه يظهر معنى امتنان الله تعالى على نبيّه ﷺ أن حفظه في حال اليتيم ممّا ينال اليتامى في قومه، وذلك في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَكَ يَقُولُونَ بَلَاءٌ وَإِن جَاءَكَ مِنْهُمْ نَصْرٌ مِنْ رَبِّكَ فَكَافٍ﴾ [الضحى: 6]. فلمّا جاء الإسلام أمر بإصلاح حال اليتامى في أموالهم وسائر أحوالهم، ولم يوص الله تعالى بمال غير مال اليتيم⁽¹⁾. وأمّا الصبيّ ذي الأب فقد يكتسب مالاً في صغره يتأتّى له من ميراث أمّه أو هبة أو نحو ذلك، فيكون أبوه وليّه فأغنى عن الوصاية به لشفقة الأب بابنه، واشترك مع اليتيم في مقصد الشريعة في الوصية بحفظ أموال الضعفاء الذين لا يحسنون التصرف في أموالهم، لضعف بنيتهم وضعف عقولهم. قال ابن العربي في وجه تخصيص اليتامى: وهو أنّ الضعيف عاجز عن النظر لنفسه ومصالحته، لا يخلو أن يكون له أب يحوطه، أو لا أب له؛ فإن كان له أب فما عنده من غلبة الحنوّ وعظيم الشفقة يغني عن الوصية به والاهتبال لأمره؛ وأمّا الذي لا أب له فخصّ بالتنبيه على أمره لذلك والوصية به؛ ولأفكذلك يفعل الأب بولده الصغار أو الضعفاء، فإنّه يتبليهم ويختبر أحوالهم⁽²⁾؛ أي: كما سيأتي في أحكام اليتامى.

والدليل على أنّ الصبيّ يحجّر عليه⁽³⁾:

أ - قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152]، وكرّرها في سورة أخرى فقال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الإسراء: 34]. والنهي عن قربان أموالهم أبلغ في التحذير من النهي عن ملابستها والتصرف فيها؛ لأنّ القرب من الشيء مظنة الوقوع فيه. فالنهي عن القرب منها ليكون النهي عن ملابستها بالأحرى. فهو كناية عن ملابسة أموال اليتامى أقلّ ملابسة. ووجه الاستدلال أنّ هذا لما اقتضى تحريم التصرف في مال اليتيم بما يعرضه للتلف ولو بالخزن والحفظ، استثنى منه قوله: ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾؛ أي: إلا بالحالة التي هي أحسن حالات القرب، وهي النافعة التي لا ضرر فيها لليتيم ولا لماله. وفي ذلك إشارة إلى أنّ الصبيّ لا يتصرف بنفسه في ماله ولا يمكن منه. وكذلك فإنّ الله تعالى جعل غاية للمستثنى، التي هي حالة التصرف في مال اليتيم بالتي هي أحسن، إلى أن يبلغ أشده؛ أي: فيسلم إليه بعد أن كان ممنوعاً منه⁽⁴⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتِيمِ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالطُوهُمْ فَلِخْوَانِكُمْ

(1) التحرير والتنوير: 2/ 354، و8/ 164. (2) أحكام القرآن: 1/ 319.

(3) المعونة: 2/ 1171، وبداية المجتهد: 2/ 310، والذخيرة: 8/ 229.

(4) التحرير والتنوير: 8/ 163.

وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَيْنَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿البقرة: 220﴾.
 وسبب نزول هذه الآية ما روي عن ابن عباس قال: لما أنزل الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: 34]، ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا﴾ [النساء: 10]، انطلق من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه وشرابه من شرابه، فجعل يفضل من طعامه فيحبس له حتى يأكله أو يفسد، فاشتد ذلك عليهم، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فأنزل الله ﷻ: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتِيمِ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَاطَبُوا فِي خَوَاتِمِهِمْ﴾ فخلطوا طعامهم بطعامه وشرابهم بشرابه⁽¹⁾. قال الشيخ ابن عاشور: مع أن سورة النساء نزلت بعد سورة البقرة، فلعل ذكر آية النساء وهم من الراوي، وإنما أراد أنه لما نزلت الآيات المحذرة من مال اليتيم مثل آية الإسراء⁽²⁾.
 ووجه الاستدلال من الآية أن الإصلاح الذي أمر الله تعالى به لليتامي هو إصلاح عام لهم لا يقتصر على ذواتهم، لذلك قال: إصلاح لهم دون الإضافة، ولم يقل: إصلاحهم. والمقصود هنا جميع الإصلاح لا خصوص إصلاح ذواتهم، فيشمل إصلاح ذواتهم وهو في الدرجة الأولى، ويتضمن إصلاح عقائدهم وأخلاقهم، ودفع الأخطار والأمراض عنهم، وإصلاح أموالهم بتنميتها وتعهدها وحفظها، ومن ذلك الحجر عليهم ومنعهم من التصرف فيها لئلا يتلفوها حتى يزول عنهم وصف اليتيم ويؤنس منهم الرشد، كما سيأتي في الآية الموالية⁽³⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَأَنْبَلُوا إِلَيْنَا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: 6].

وجه الاستدلال أن الله تعالى شرط لجواز دفع أموال اليتامي إليهم شرطين، البلوغ وإنباس الرشد، فدل أن من كان صبيًا غير بالغ لا يمكن من ماله. وسيأتي زيادة توجيه الآية.

د - قوله تعالى: ﴿وَأَنْبَلُوا إِلَيْنَا أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 2]. وسيأتي توجيه الآية.

هـ - القياس على المجنون؛ لأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف في ماله، فكان كالمجنون، فوجب الحجر عليه.

و - الإجماع.

وحكمة منع المجنون والصبي من التصرف المالي حماية الأموال وقطع مادة الضرر عنهما فيها، بأن يمنع من التصرف فيها من ليس بأهل لذلك، فيحجر عليهما

(1) أخرجه أبو داود في الوصايا، باب مخالطة اليتيم في الطعام؛ والنسائي في الوصايا، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه.

(2) التحرير والتنوير: 354/2.

(3) أحكام القرآن: 154/1، والتحرير والتنوير: 356/2.

فيها، ويحال بينهما وبينها، خشية إضاعتهما، امتثالاً لأمر الله تعالى فيها⁽¹⁾.

ويحجر على الصبي كالمجنون لمن ذكر من الولي والوصي والحاكم وجماعة المسلمين على التفصيل المذكور.

ويستمر الحجر عليه لبلوغه رشيداً. والدليل على اشتراط البلوغ والرشد لفك الحجر:

أ - قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6].

فقوله: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ و«حتى» مفيدة للغاية، و«إذا» ظرف مضمّن معنى الشرط. وبلوغ النكاح على حذف مضاف؛ أي: بلوغ وقت النكاح أي: الزوج، وهو كناية عن الخروج من حالة الصبا للذكر والأنثى، وللبلوغ علامات معروفة سيأتي ذكرها، عبّر عنها في الآية ببلوغ النكاح بناء على المتعارف عند العرب من التبكير بتزويج البنت عند البلوغ، ومن طلب الرجل الزواج عند بلوغه. فهو البلوغ المتعارف الذي لا متأخر بعده، فلا يشكل بأنّ الناس قد يزوجون بناتهم وأبناءهم في بعض الأحوال قبل سنّ البلوغ؛ لأنّ ذلك تعجّل من الأولياء لأغراض عارضة.

وقوله: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ شرط ثان مقيّد للشرط الأوّل المستفاد من قوله: ﴿إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، وهو وجوبه جواب «إذا». وجاءت الآية على هذا التركيب لتدلّ على أنّ انتهاء الحجر إلى البلوغ بالأصالة، ولكن بشرط أن يعرف من المحجور الرشد، وكلّ ذلك قطع لمعاذير الأوصياء من أن يمسكوا أموال محاجيرهم عندهم مدّة لزيادة التمتع بها.

وإنّاس الرشد هنا علمه. وأصل الإناس رؤية الإنسي أي: الإنسان، ثمّ أطلق على أوّل ما يتبادر من العلم، سواء في المبصرات أم في المسموعات.

والرشد هو انتظام تصرف العقل، وصدور الأفعال عن ذلك بانتظام، وأريد به هنا حفظ المال وحسن التدبير فيه⁽²⁾.

فوجه الاستدلال أنّ الله تعالى شرط لجواز دفع أموال اليتامى إليهم وانفكاك الحجر عنهم شرطين، البلوغ وإنّاس الرشد، ومن كان مبدراً مضيعاً لم يؤنس منه الرشد، فهو سفيه يستمرّ الحجر عليه⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾

(1) المقدمات: 345/2.

(2) المقدمات: 345/2، والتحرير والتنوير: 237/4، 243.

(3) الإشراف: 593/2، والمعونة: 1172/2.

[الأنعام: 152]، وكررها في سورة أخرى فقال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَقًّا يَبْلُغُ أَشُدَّهُ﴾ [الإسراء: 34].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل غاية للمستثنى، التي هي حالة التصرف في مال اليتيم والتي هي أحسن، إلى أن يبلغ أشده؛ أي: فيسلم إليه بعد أن كان ممنوعاً منه⁽¹⁾. والأشد اسم يدل على قوة الإنسان، وهو مشتق من الشد وهو التوثق، والمراد به في هذه الآية ونظائرها، مما الكلام فيه على اليتيم، بلوغه القوة التي يخرج بها من ضعف الصبا، وتلك هي البلوغ مع صحة العقل؛ لأن المقصود بلوغ أهلية التصرف في ماله. وما منع الصبي من التصرف في المال إلا لضعف في عقله ووهن الصبا⁽²⁾. فالأشد في هاتين الآيتين وقعت مطلقة، وقيدتهما آية النساء المتقدمة التي جمعت بين قوة البدن ببلوغ النكاح، وبين قوة المعرفة بإيناس الرشد⁽³⁾.

ج - القياس على المجنون؛ لأن كل من لم يكن مصلحاً لماله، أو كان مبدراً مضيقاً له لم يجز دفعه إليه كالمجنون.

فإذا بلغ الصبي رشيداً وجب دفع ماله إليه، والدليل على الوجوب⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَبْلُوا لِيَتَمَمَّ حَقُّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: 6].

ووجه الاستدلال أنه تعالى أمر بدفع المال لأصحابه إذا توفر شرطاً البلوغ وحصول الرشد، كما تقدم بيانه في توجيه الاستدلال بالآية على استمرار الحجر عليه لبلوغه رشيداً. والآية صريحة في أنه إذا لم يحصل الشرطان معاً، البلوغ والرشد، لا يدفع المال للمحجور. فمن لم يكن رشيداً بعد بلوغه يستمر عليه الحجر، عملاً بمفهوم الشرط ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾.

وأيضاً فإن الله تعالى قد نهى عن أكل أموال اليتامى بصورة فضح بها أمر الأولياء في تحيلهم على إنفاقها قبل بلوغ اليتامى أشدهم؛ وهو أن يتعجلوا استهلاكها ويسرفوا في ذلك قبل أن يتهيئوا لمطالبتهم ومحاسبتهم؛ فعبر عن ذلك بقوله: ﴿وَبِدَارًا﴾ والبدار مصدر بادره، وهو مفاعلة من البدر، وهو العجلة إلى الشيء. والمفاعلة هنا قصد منها تمثيل هيئة الأولياء في إسرافهم في أكل أموال محاجيرهم عند مشارفتهم البلوغ، وتوقع الأولياء سرعة إبانة بحال من يبدر غيره إلى غاية والآخر يبدر إليها، فهما يتبادرانها، كأن المحجور يسرع إلى البلوغ ليأخذ ماله، والوصي يسرع إلى أكله لكيلا يجد اليتيم ما يأخذ منه.

(1) التحرير والتنوير: 163/8.

(2) التحرير والتنوير: 163/8.

(3) أحكام القرآن: 1210/3، والجامع لأحكام القرآن: 98/7.

(4) شرح التلقين: 2/ورقة 3، وأحكام القرآن: 308/1 - 322/1، والتحرير والتنوير: 220/4 -

ب - قوله تعالى: ﴿وَمَا تَأْتُوا مِنَ الْمَالِ أَمْوَالٌ طَيِّبَةً وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [النساء: 2]. وظاهر الآية الأمر بدفع المال لليتامى، إلا أنه لا يجوز في حكم الشرع أن يدفع المال له ما دام مطلقاً عليه اسم اليتيم، إذ اليتيم خاص بمن لم يبلغ، وهو حينئذ غير صالح للتصرف في ماله. وعلى هذا تأول المفسرون الآية بتأويلات، منها حمل الإيتاء بمعنى ادفعوا، وحمل اليتامى بمعنى الذين جاوزوا حد اليتيم؛ ويكون التعبير عنهم باليتامى للإشارة إلى وجوب دفع أموالهم إليهم في فور خروجهم من حد اليتيم، ورفع أيدي الأولياء عنها بالكلية.

وفي اشتراط الرشد لليتيم لكي يدفع إليه ماله اعتناء من الشرع بحفظ أموال اليتامى، خلافاً لسائر تصرفاتهم المتعلقة بذواتهم، ففي المدونة أنه إذا احتلم الغلام فليذهب حيث شاء، وأن لا ولاية لأبيه عليه بالاحتلام، من تدبير نفسه وصيانة مهجته، إذ الولد إذا بلغ عاقلاً أمن عليه أبوه أن يلقي نفسه في مهواة، أو يقع فيما يؤدي إلى قتله وعطبه قصداً إلى ذلك، فالتهمة مرتفعة عن كل واحد في نفسه، إذا كان عاقلاً. وأما في المال فلا يرتفع عن كل عاقل التهمة في إتلاف المال، لكون الشهوات تغلب على عقول كثير من الأحداث، فيهون عليه إتلاف ماله، فجعل الباري تعالى صيانة أنفس الصبيان قبل بلوغهم، فإذا بلغوا ارتفعت ولاية الأب عن ما لا يتهم فيه الولد، وهو صيانة جسمه ونفسه، ولا ترتفع ولايته عن صيانة ماله حتى يثبت رشده في التصرف فيه⁽¹⁾.

علامات الرشد وعلامات البلوغ:

يعرف الرشد بالاختبار. وهو اختبار تصرف اليتيم في المال، بأن يدفع للذكر شيء من المال يمكنه التصرف فيه من غير إجحاف، ويرد إليه النظر في نفقة الدار شهراً كاملاً. وإن كانت بنتاً يفوض إليها ما يفوض لربة المنزل وضبط أموره، ومعرفة الجيد من الرديء ونحو ذلك، بحسب أحوال الأزمان والبيوت⁽²⁾. والدليل على وجوب اختبار الصبي لتمكينه من ماله⁽³⁾:

- قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ آمَنُوا حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بابتلاء اليتامى لمعرفة أهليتهم لقبض أموالهم وحسن التصرف فيه. والابتلاء الاختبار. واختلف في وقت الاختبار هل يكون قبل البلوغ أو بعده، وذكر الإمام المازري أن الأشهر في المذهب أنه بعد البلوغ. ودليل القول بأنه قبل البلوغ⁽⁴⁾:

(1) شرح التلقين: 2/ ورقة 10، وانظر التحرير والتنوير: 218/4.

(2) التحرير والتنوير: 238/4.

(3) شرح التلقين: 2/ ورقة 6، والتحرير والتنوير: 238/4 - 242.

(4) شرح التلقين: 2/ ورقة 6، والتحرير والتنوير: 238/4 - 242.

- قوله تعالى في الآية: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ فحتى ابتدائية، وهي مفيدة للغاية، والمعنى: ابتلوا اليتامى حتى إن بلغوا النكاح فادفعوا إليهم أموالهم، وما بعد ذلك ينتهي عنده الابتلاء. وحيث علم أن الابتلاء لأجل تسليم المال فقد تقرر أن مفهوم الغاية مراد منه لازمه وأثره، وهو تسليم الأموال. فالآية ظاهرة في تقدم الابتلاء والاستيناس على البلوغ، لمكان «حتى» المؤذنة بالانتهاء. ثم قال: ﴿فَإِنِ آتَسْتُمْ مِنَّهُمْ رَشْدًا﴾ وهو شرط ثانٍ مقيد للشرط الأول المستفاد من قوله: ﴿إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، وهو وجوبه جواب «إذا»، ولذلك قرن بالفاء ليكون نصاً في الجواب، وتكون «إذا» نصاً في الشرط. ثم قال: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ والفاء للتعقيب؛ أي: فإن آتستم؛ أي: حصل لكم أول العلم، من ذلك الاختبار رشداً منهم فادفعوا إليهم أموالهم على البدار والفور، دون تراخ ولا مطل. وجاءت الآية على هذا التركيب لتدل على أن انتهاء الحجر إلى البلوغ بالأصالة، ولكن بشرط أن يعرف من المحجور الرشد. فعلى هذا يكون الاختبار بعد البلوغ إمساك للمال عن صحابه وهو محرم، فكان الاحتياط الهروب عنه، ولا يحصل ذلك إلا بالاختبار قبل البلوغ؛ لأن الاختبار يتطلب زمناً.

ودليل القول بأن الاختبار يكون بعد البلوغ:

أ - أن الآية قد تضمنت المنع من أن يدفع للصغير شيء من ماله؛ لأن فيه تعريض بالمال للإضاعة؛ لأن عقل الصبي غير كامل؛ فسد بذلك طريق العلم المؤدي إلى العلم بالرشد، فوجب أن يكون الاختبار بعد البلوغ.

ب - أن فعل ﴿آتَسْتُمْ﴾ معناه حصل لكم أول العلم. وهو وإن كان فعلاً ماضياً فهو إذا وضع بعد حرف الشرط كان للاستقبال، فافتضى هذا كون دفع المال بعلم يحصل في الاستقبال، والعلم لا يحصل إلا بالاختبار، فافتضى هذا أن الاختبار إنما يكون بعد البلوغ.

ويعرف البلوغ بعلامات، وهي ثمانية، ويكفي إحداها. وهي ستة مشتركة بين الذكر والأنثى، واثنان مختصتان بالأنثى. فالسنة هي:

* الحُلْمُ. أي: إنزال المنى مطلقاً في نوم أو يقظة. وإن كان المعنى الأصلي للحلم الإنزال في النوم. والدليل على كون الحلم علامة على البلوغ⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: 59]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الحلم مناط تكليف الأطفال بالاستئذان، فدل على أنه علامة على البلوغ.

ب - عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن

النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل⁽¹⁾.

* أو نبات الشعر الخشن في العانة فقط، ولو حصل في زمن لا ينبت فيه عادة. وكون الإنبات علامة على البلوغ هو المشهور، والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - عن عطية القرظي قال: كنت من سبي بني قريظة، فكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل، ومن لم ينبت لم يقتل، فكشفوا عانتي فوجدوها لم تنبت، فجعلوني من السبي⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن سعد بن معاذ لما حَكَمه النبي ﷺ في بني قريظة، حكم في البالغين منهم، فلما أنفذ المسلمون حكمه، أنفذوه فيم أنبت. وهذا يدل على أن الإنبات عندهم دليل على البلوغ.

ب - عن أسلم مولى عمر بن الخطاب، أن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله: أن لا تضربوا الجزية إلا على من جرت عليه الموسى من الرجال⁽⁴⁾.

ج - عن عثمان بن عفان قال في غلام سرق: إذا اخضر مؤتزره فاقطعوه⁽⁵⁾.

ولا اعتبار بنباته في الإبطين أو اللحية أو الشارب، فإنه يتأخر عن البلوغ. وحينئذ لا يكون علامة عليه؛ لأن المراد بالعلامة ما يحصل البلوغ عندها من غير تأخر عنها.

* أو بلوغ ثمانية عشرة سنة بتمامها، وقيل: بالدخول فيها، والدليل: ما فسره ابن عباس رضي الله عنهما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152]، قال ابن عباس: «الأشد ثمانى عشرة سنة» ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف⁽⁶⁾.

* أو نتن الإبطين.

* أو فرق الأرنبة.

* أو غلظ الصوت.

والاثنتان الخاصتان بالأثني:

(1) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدًا، والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير. وعلقه البخاري موقوفًا على علي بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق.

(2) الإشراف: 591 / 2.

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب في الغلام يصيب الحد؛ والترمذي في السير، باب ما جاء في النزول على الحكم.

(4) أخرجه البيهقي في الجزية، باب الزيادة على الدينار بالصلح؛ وعبد الرزاق في أهل الكتاب، باب الجزية.

(5) أخرجه عبد الرزاق: 338 / 7؛ والبيهقي في الحجر، باب البلوغ بالإنبات.

(6) الذخيرة: 239 / 8.

* الحيض، والمراد به الذي لا يتسبب في جلبه، وإلا فلا يكون علامة.
* أو الحمل.

ويصدق الصبي في شأن البلوغ، طالباً أو مطلوباً، كمطلق وجان، ادعى عدم حصوله، لعدم وقوع الطلاق وعدم القصاص، فيصدق لأن إنكار البلوغ شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وكذلك إن ادعى حصوله ليأخذ سهمه في الجهاد أو ليؤم الناس أو ليكمل به عدد جماعة الجمعة. وهذا إن لم يشك في شأن الصبي، فإن شك فيه لم يصدق فيما يتعلق بالأموال، كأن ادعى البلوغ ليأخذ سهمه أو ادعى عليه أنه أتلف مالا أو تمن عليه وأنه بالغ، فأقر بذلك وخالفه أبوه في بلوغه فلا ضمان عليه. ويصدق في الجنائية والطلاق فلا يقع عليه إن ادعى عدم البلوغ لدرء الحدود بالشبهات واستصحاباً للأصل. وأما إن ادعى البلوغ فإنه يلزمه الطلاق دون الجنائية للشبهة.

فإن بلغ الصبي سفيهاً حجر عليه للسفه. وينتهي الحجر عليه من أجل الصبا باختلاف المحجور لهم:

ففي الولد ذي الأب، تزول ولاية الأب عنه بمجرد بلوغه رشيداً من غير احتياج لفك حجره.

وفي ذي الوصي والمقدم عليه من القاضي، تزول الولاية عنه بفك الوصي وفك المُقَدَّم عليه من القاضي. والحاصل: أن الصبي إذا رشد لحفظ ماله لا يحتاج إلى فك الحجر عنه من أبيه بخلاف المقدم والوصي فيحتاج، بأن يقول للعدول: اشهدوا أنني فككت الحجر عن فلان وأطلقت له التصرف لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه. ودليل طلب الإشهاد⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: 6].

قال الشيخ ابن عاشور: والأمر هنا - أي: في الآية - يحتمل الوجوب ويحتمل الندب، وبكل قالت طائفة من العلماء لم يُسم أصحابها. فإن لوحظ ما فيه من الاحتياط لحق الوصي كان الإشهاد مندوباً؛ لأنه حقه فله أن يفعله؛ وإن لوحظ ما فيه من تحقيق مقصد الشريعة من رفع التهاجر وقطع الخصومات، كان الإشهاد واجباً نظير قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَمْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ إِلَآ أَكْلُوا مِمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: 282]. وللشريعة اهتمام بتوثيق الحقوق؛ لأن ذلك أقوم لنظام المعاملات. وأياً ما فقد جعل الله الوصي غير مصدق في الدفع إلا بينة عند مالك. قال ابن الفرس: لولا أنه يضمن إذا أنكره المحجور لم يكن للأمر بالتوثق فائدة. ونقل الفخر عن الشافعي موافقة قول مالك، إلا أن الفخر احتج بأن ظاهر الأمر للوجوب، وهو احتجاج واه؛ لأنه لا أثر لكون الأمر للوجوب أو

للندب في ترتب حكم الضمان إذ الضمان من آثار خطاب الوضع، وسببه هو انتفاء الإشهاد، وأما الوجوب والندب فمن خطاب التكليف وأثرهما العقاب والثواب. وقال أبو حنيفة: هو مصدق بيمينه لأنه عدّه أميناً، وقيل: لأنه رأى الأمر للندب. وقد علمت أنّ محمل الأمر بالإشهاد لا يؤثر في حكم الضمان. وجاء بقوله: ﴿وَكُنْ بِاللهِ حَسِيباً﴾ [النساء: 6] تذيلاً لهذه الأحكام كلها؛ لأنها وصيات وتحريضات، فوكل الأمر فيها إلى مراقبة الله تعالى⁽¹⁾.

ب - أنّ كلّ مال قبض على وجه الأمانة بإشهاد لا يبرأ منه إلا بإشهاد على دفعه فأمر بالتوثيق الولي بالتوثيق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التي في يده، إلى غير من ائتمنه عليها.

ج - القياس على المودع إذا دفع الوديعة لأجنبي؛ لأنه مأمور بدفع المال المؤمن عليه إلى غير من ائتمنه، فوجب ألا يقبل قوله إلا بيينة مع الإنكار، أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي وقال الأجنبي: لم آخذ شيئاً.

وإذا رشّد الوصيّ والمقدّم الصبيّ وفكّا الحجر عنه، فإنّ تصرفه بعد الفك لازم لا يردّ، ولا يحتاج لإذن الحاكم في الفك. والدليل على أنّ ترشيد الصبي يكون من وصي الأب ومقدّم القاضي - أي: دون حكم القاضي -: قوله تعالى: ﴿وَأَيُّكُمُ الْيَتِيمَ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]. ووجه الاستدلال أنّ المخاطب في الآية الأوصياء، فيكون مقتضى ظاهر الآية أنّ الأوصياء هم الذين يتولّون ذلك، ولم تعتبر في ذلك حكم القاضي. لذلك جعله الفقهاء حكماً، فقالوا: يتولّى الوصي دفع مال محجوره عندما يأنس منه الرشد، فهو الذي يتولّى ترشيد محجوره بتسليم ماله إليه⁽²⁾.

هذا هو مشهور المذهب، قال ابن راشد القفصي: وبه العمل اليوم⁽³⁾ - أي: في عهده⁽⁴⁾ -. وقال القاضي عبد الوهاب: ولا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم. قال المازري في تعليل هذا القول: أنّ الأحوط لمال اليتيم أن يكون الدفع بحكم قاض؛ لأنّ السفه والرشد قد يفتقر إلى اجتهاد، فقد يعتقد الوصيّ رشد من في ولايته، وأنّه قد صار في حيّز من يصون ماله وينمّيه، والأمر بخلاف ذلك في الباطن، فإذا صرف ذلك إلى القاضي استقصى الأمر فيه بحسب الاجتهاد، ولم يوقع الحكم إلا بعد ثبوت ما يوجبه⁽⁵⁾. وقال الإمام اللخمي: من أقامه

(1) التحرير والتنوير: 247/4.

(2) شرح التلقين: 2/ورقة 15، والتحرير والتنوير: 242/4.

(3) منح الجليل: 96/6.

(4) توفي ابن راشد القفصي سنة 736.

(5) شرح التلقين: 2/ورقة 15.

الأب والقاضي لا يقبل قوله بترشيد المحجور إلّا بعد الكشف لفساد الناس اليوم - أي: في عصره⁽¹⁾ - وعدم أمنهم أن يتواطؤوا مع المحاجير ليرشدوهم فيسمحوا لهم بما قبل ذلك. وقال ابن عطية: والصواب في أوصياء زماننا أن لا يستغنى عن رفعهم إلى السلطان وثبوت الرشد عنده، لما عرف من تواطؤ الأوصياء على أن يرشد الوصي محجوره، ويبرئ المحجور الوصي وقلة تحصيله في ذلك الوقت. وقد أورد الشيخ ابن عاشور في تفسيره بعض هذه الأقوال⁽²⁾، ثم قال: إلّا أنّ هذا لم يجر عليه عمل⁽³⁾، ولكن استحسن الموثقون الإشهاد بثبوت رشد المحجور الموصى عليه من أبيه للاحتياط، أمّا وصي القاضي - أي: المقدم من القاضي - فاختلف فيه أقوال الفقهاء، والأصح أنّه لا يرشد محجوره إلّا بعد ثبوت ذلك لدى القاضي، وبه جرى العمل⁽⁴⁾. وعلى هذا فقد جعل الشيخ الخطاب في الآية موجهاً للقضاة، فقال: وعندني أنّ الخطاب في مثله لعموم الأمة، ويتولّى تنفيذه من إليه تنفيذ ذلك الباب من الولاية، كشأن خطابات القرآن الواردة لجماعة غير معيّنين، ولا شك أنّ الذي إليه تنفيذ أمور المحاجير والأوصياء هو القاضي، ويحصل المطلوب بلا كلفة.

وهذا الذي ذكر في الصبيّ ذي الأب وفي ذي الوصيّ والمقدم، هو أيضاً من حيث تدبير نفسه وصيانة مهجته إذ يؤمن عليه حينئذ من الوقوع في مهواة أو فيما يؤدي لقتله أو عطبه؛ وحينئذ فلا يمنع من الذهاب حيث شاء، إلّا أن يخاف عليه الفساد لجماله مثلاً، وإلّا كان لأبيه أو وصيه بل وللناس أجمعين منعه. وأمّا الأنثى فيستمرّ الحجر عليها بالنسبة لنفسها إلى سقوط حضانتها بالبناء بها⁽⁵⁾.

وأما في مالها فيزاد في خروج الأنثى البكر من حجر الأولياء الثلاثة: الأب، والوصي، والمقدم من القاضي - أي: على البلوغ والرشد وفك الوصي والمقدم - شرطان: * دخول الزّوج بها بالفعل. ودليل هذا الشرط⁽⁶⁾:

أ - القياس على نكاح الصغيرة؛ لأنّ كلّ حال جاز للأب إنكاحها بغير إذنها، كان الحجر مستداماً فيها كالصغيرة قبل البلوغ.

ب - أنّ مقصود الرشد معرفة المصالح، وأنها بنفس البلوغ دون تزويج لم تخبر الرجال، ولا عرفت المعاملات، ولا وقفت على إصلاح المال ووجوه الغبن فيه؛ فكان

(1) توفي أبو الحسن علي اللخمي سنة 478. (2) التحرير والتنوير: 242/4.

(3) لعلّه يقصد بعدم جريان العمل قبل عصره.

(4) لعلّه يقصد بجريان العمل في عصره؛ لأنّه اختاره كما هو ظاهر من كلامه.

(5) الشرح الكبير: 293/3.

(6) الإشراف: 593/2، والمعونة: 1173/2، والمنتقى: 273/3، وشرح التلّيقين: 2/ورقة 11،

وأحكام القرآن: 321/1، والذخيرة: 229/8، والتحرير والتنوير: 243/4.

الحجر عليها مستصحباً. حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يراد منها، وبرز وجهها وعرفت المعاملات، وعلم منها ضبطها لمالها؛ فك حجرتها. وهذا هو الفرق بينها وبين الذكر.

* وَشَهَادَةُ الْعُدُولِ عَلَى صِلَاحِ حَالِهَا بِحِفْظِهَا مَالَهَا. وإنما احتيج للإشهاد؛ لأنَّ شأن النساء الإسراف؛ فمدار الرشد عندنا على صون المال فقط دون صون الدين. وأما الشافعية فالرشد عندهم بصلاحيهما معاً، فمتى كانت مسرفة في دينها فهي غير رشيدة عندهم، وتصرفها مردود وإن كانت مصلحة لدينها.

وعلى هذا فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إلا بأمر أربعة: بلوغها، وحسن تصرفها، وشهادة العدول بذلك، ودخول الزوج بها. وهذا إذا لم يرشدها أبوها قبل الدخول، فإن رشدها قبل الدخول ارتفع الحجر عنها وصارت تصرفاتها ماضية، قال لها ذلك قبل دخولها أو بعده، شهدت العدول بصلاحيها أو لا.

وأما ذات الوصي والمقدم فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمر خمسة: هذه الأربعة، وفك الوصي أو المقدم. فإن لم يفك الحجر عنها كان تصرفها مردوداً، ولو عنست أو دخل بها الزوج وطالت إقامتها عنده.

وروي عن الإمام مالك أن بلوغ اليتيمة سنّ النكاح مع إيناس الرشد يكفي لدفع مالها إليها، مثلها مثل الذكر، والدليل: عدم تفريق الآية بين الذكر والأنثى⁽¹⁾. وقد ذهب الشيخ ابن عاشور إلى هذا القول، فقال: «وحكم الآية شامل للذكور والإناث بطريق التغليب، فالأنثى اليتيمة إذا بلغت رشيدة دفع مالها إليها»⁽²⁾.

التجارة في مال الصبي:

يندب للولي والوصي التجارة في مال الصبي إذا كان في ذلك حفظاً له، ولا ضمان على الوصي في نقص إن حدث لأنه أمين، قال الإمام مالك: لا بأس بالتجارة في أموال اليتامى لهم، إذا كان مأموناً. فلا أرى عليه ضماناً⁽³⁾. ودليل الندب⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَسَأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لِّمَنْ حَرِيصٌ وَإِن تَخَاطَبُوهُم فَاِخْوَانِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَيْنَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: 220]، ووجه الاستدلال أن ذلك من الإصلاح لأمواله بالتنمية والشمير.

(1) شرح التلقين: 2/ ورقة 11، وبداية المجتهد: 2/ 312، والذخيرة: 8/ 232.

(2) التحرير والتنوير: 4/ 243.

(3) الموطأ في الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة فيها: 1/ 251؛ والمنتقى: 2/ 111.

(4) المعونة: 2/ 1177، والمنتقى: 2/ 110، وأحكام القرآن: 3/ 1209، والذخيرة: 8/ 241،

وأقرب المسالك: 2/ 476.

ب - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: اتجروا في أموال اليتامى، لا تأكلها الزكاة⁽¹⁾.

ج - عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حجرها، من يتجر لهم فيها⁽²⁾.

د - أن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله، وتعريض له للثمير فيما أمكن من فعله به.

وما تقدم من الأدلة فهو محمول على الندب، لا على الوجوب.

قال الإمام الباكي: الناظر لليتيم إنما يقوم مقام الأب له، فمن حكمه أن ينمي ماله ويثمره له، ولا يثمره لنفسه؛ لأنه حينئذ لا ينظر لليتيم وإنما ينظر لنفسه؛ فإن استطاع أن يعمل فيه لليتيم، وإلا فليدفعه إلى ثقة يعمل فيه لليتيم على وجه القراض بجزء، يكون له فيه من الربح وسائره لليتيم⁽³⁾. وقال: إن للولي وهو الأب أو الوصي أن يتجر في أموالهم - أي: اليتامى - وينميها لهم. وأما أن يتسلفها ويتجر فيها لنفسه، كما يفعل من لا خير فيه من الأوصياء، فإن ذلك نظر لأنفسهم دون الأيتام، إلا أن يدعو إلى يسير من ضرورة في وقت، ثم يسرع برده وتنميته للأيتام. فأما أن تصرف منافعه على الأيتام وتحصل التجارة فيه والانتفاع به للأوصياء، فذلك إثم لا يحل له؛ لأن الأيتام يملكون رقبة الأملاك ويملكون الانتفاع بها، فكما ليس للوصي استهلاك الرقبة والاستبداد بها، كذلك ليس له استهلاك المنفعة والانفراد بها. ولا يلزم هذا المودع؛ لأن المودع قد ترك الانتفاع بها مع القدرة عليها، فجاز للمودع الانتفاع بها، ويجري ذلك مجرى الانتفاع بظلم حائظه وضوء سراحه، وليس كذلك اليتيم، وإنما دفع ماله إلى الوصي ليثمره له، فلا يجوز له أن يصرف هذه المنفعة إلى نفسه⁽⁴⁾.

وأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصي فجاز إذا عادت بالرفق والتوفير على اليتيم، وأما إن عادت بالرفق على الوصي فلا يجوز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لِّمَنْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَاطَبُوا فِي أَخْوَابِكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: 220]. وقد تقدم ذكر سبب نزول هذه الآية. فأذنت الآية في مخالطة اليتامى؛ لأن الأفراد قد يشق وخاصة في البيت الواحد، وهذا مع صحة القصد في أن يكون المقصد رفق اليتيم، لا أن يقصد الوصي رفق نفسه⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الزكاة، باب في زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها؛ والبيهقي: 107/4. وقد

روي مرفوعاً، أخرجه الطبراني بسند ضعيف (انظر نصب الراية: 333/2).

(2) أخرجه مالك في الزكاة، باب في زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها.

(3) المتقى: 110/2. (4) المتقى: 111/2.

(5) المعونة: 1177/2، وأحكام القرآن: 154/1، والذخيرة: 241/8.

وإذا كان وصي اليتيم أو الأمين غنياً فلا يجوز له أن يأكل من مال اليتيم، وإن كان محتاجاً جاز له أن يأكل بقدر أجر مثله، إذا كان مال اليتيم كثيراً يحتاج إلى كبير قيام عليه بحيث يشغل الولي عن حاجاته ومهمات وطلب رزقه، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]. وسبب نزول ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله، إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف⁽²⁾.

وقدر فقهاء المالكية المعروف بأجر المثل، والزيادة على ذلك محرمة.

وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ تخصيص لما ورد في آيات آخر من عموم النهي عن أكل أموال اليتامى، للترخيص في ضرب من ضروب الأكل.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني فقير ليس لي شيء، ولي يتيم. فقال صلى الله عليه وسلم: «كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثل»⁽³⁾.

ج - القياس على الخليفة؛ لأنه ناظر في مصلحة غيره وقيم عليه، فجاز له أن يأخذ بقدر حاجته أصله الإمام الأعظم.

د - أن أكل الوصي الفقير من مال محجوره بالمعروف راجع إلى إنفاق بعض مال اليتيم في مصلحته؛ لأنه إذا لم يعط بالمعروف ألهاه التدبير لقوته عن تدبير مال محجوره اليتيم.

السبب الرابع: التبذير للمال. وهو حجر السفه، وذلك للبالغ - أي: الكبير - الذي طرأ عليه السفه بعد الرشد؛ لأن التبذير هو عدم إحسان التصرف في المال. أي: صرف المال في غير ما يراد له شرعاً.

وقد شرع الله تعالى الحجر على السفه إصلاً له ولعموم الناس، وذلك أن المال به حفظ الحياة وقوامها كما نبه الله سبحانه في كتابه، ومن لا يحسن إمساكه وتدبيره ويبيعه من غير عوض صحيح، حتى يعود محتاجاً إلى ما يحفظ حياته به ولا يجده، ولا ينظر لنفسه بالمصلحة؛ فقد نظر الشرع له بإقامة من ينظر له. فحقيقة السفه

(1) المعونة: 2/1178، والجامع لأحكام القرآن: 5/31، والتحرير والتنوير: 4/245.

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون عليه؛ ومسلم في التفسير، باب.

(3) أخرجه أبو داود في الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم؛ والنسائي في الوصايا، باب ما للوصي من مال اليتيم؛ وابن ماجه في الوصايا، باب قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾.

تبذير المال وإتلافه⁽¹⁾. والدليل على منع البالغ - أي: الكبير - السفيه من التصرف المالي⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْذِرْ تَبْذِيرًا إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا﴾ [الإسراء: 26 - 27].

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: 67].

ووجه الاستدلال من الآيتين أن الله تعالى نهى عن التبذير والإسراف في الإنفاق ودمم المبدزين، وذلك يقتضي منع المبدزين من فعل ما ذمهم الله عليه، ولا يكون ذلك إلا بالحجر عليهم ومنعهم من التصرف في أموالهم.

ج - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَادْرَؤُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: 5].

ذكر القاضي ابن العربي أن الأموال مضافة إلى الأولياء، وعلل ذلك بأن الأموال مشتركة بين الخلق، تنتقل من يد إلى يد، وتخرج من ملك إلى ملك؛ وهذا كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: 29]، معناه لا يقتل بعضكم بعضاً؛ فيقتل القاتل فيكون قد قتل نفسه، وكذلك إذا أعطى المال سفياً فأفسده، رجع النقصان إلى الكل.

وذكر الإمام ابن عاشور أن الخطاب في الآية موجه لعموم الناس المخاطبين في أول السورة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ﴾، وأن المراد بالأموال أموال السفهاء، لكن أضيفت إلى ضمير المخاطبين للإشارة إلى أن المال الرائج بين الناس هو حق لمالكيه المختصين به في ظاهر الأمر، ولكنه عند التأمل تلوح فيه حقوق الأمة كلها؛ لأن ما في أيدي بعض أفرادها من الثروة يعود صلاحه إلى الجميع، فمن تلك الأموال ينفق أربابها ويستأجرون ويشتررون ويتصدقون، ثم تورث عنهم إذا ماتوا، فينتقل المال بذلك من يد إلى غيرها، فينتفع العاجز والعامل والتاجر والفقير وذو الكفاف. ومتى قلت الأموال من أيدي الناس تقاربوا في الحاجة والخصاصة، فأصبحوا في ضنك ويؤس، واحتاجوا إلى قبيلة أو أمة أخرى، وذلك من ابتزاز عزهم، وامتلاك بلادهم، وتصيير منافعهم لخدمة غيرهم؛ فلاجل هاته الحكمة أضاف الله تعالى الأموال إلى جميع المخاطبين ليكون لهم الحق في إقامة الأحكام التي تحفظ الأموال والثروة العامة. ويزيد إضافة الأموال إلى المخاطبين وضوحاً وصف هذه الأموال بقوله تعالى: ﴿الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ

(1) شرح التلقين: 5/2.

(2) الإشراف: 593/2، والمعونة: 1173/2، 1174، والمقدمات: 344/2، وأحكام القرآن: 1/318، 323/1، وشرح التلقين: 2/ورقة 4 و12، وبداية المجتهد: 311/2، والتحرير والتنوير:

لَكَرِّ قَيْنًا»، وأن المراد بالأموال أموال السفهاء، لكن أضيفت إلى ضمير المخاطبين للإشارة إلى أن المال الرائج بين الناس هو حق لمالكيه المختصين به في ظاهر الأمر، ولكنه عند التأمل تلوح فيه حقوق الأمة كلها؛ لأن ما في أيدي بعض أفرادها من الثروة يعود صلاحه إلى الجميع، فمن تلك الأموال ينفق أربابها ويستأجرون ويشترون ويتصدقون، ثم تورث عنهم إذا ماتوا، فينتقل المال بذلك من يد إلى غيرها، فينتفع العاجز والعامل والتاجر والفقير وذو الكفاف. ومتى قلت الأموال من أيدي الناس تقاربوا في الحاجة والخصاصة، فأصبحوا في ضنك وبؤس، واحتاجوا إلى قبيلة أو أمة أخرى، وذلك من ابتزاز عزهم، وامتلاك بلادهم، وتصيير منافعهم لخدمة غيرهم؛ فلأجل هاته الحكمة أضاف الله تعالى الأموال إلى جميع المخاطبين ليكون لهم الحق في إقامة الأحكام التي تحفظ الأموال والثروة العامة. ويزيد إضافة الأموال إلى المخاطبين وضوحاً وصف هذه الأموال بقوله تعالى: ﴿الَّذِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾، فجاء في الصفة بموصول إيماء إلى تعليل النهي وإيضاحاً لمعنى الإضافة. فإن ﴿قِيَمًا﴾ مصدر، وقرئ ﴿قِيَمًا﴾، والقيم والقيام ما به يتقوم المعاش، وعلى القراءتين فالإخبار به عن الأموال إخبار بالمصدر للمبالغة، والمعنى أنها تقويم عظيم لأحوال الناس. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر المسلمين ألا يمكثوا السفهاء من التصرف في أموالهم، حراسة لها من أن تبذر وتنفق في غير وجوها، فيلحق الأمة الضرر بذلك.

د - قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضِعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَيُمِلْهُ وَيُؤْتِهُ بِالْمَكْرِ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن الآية أثبتت الولاية على السفیه، ولم تفرق بين أن يكون محجوراً سفيهاً أو طراً السفه عليه بعد الإطلاق، وذلك يفيد ثبوت الحجر على كل سفیه.

هـ - قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَقَّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى شرط لجواز دفع أموال اليتامى إليهم شرطين، البلوغ وإيناس

الرشد، ومن كان مبذراً مضيئاً لم يؤنس منه الرشد، فهو سفیه يقع الحجر عليه ولو طراً عليه السفه بعد البلوغ؛ لأن السبب المقتضي للحجر هو السفه، وهو موجود.

و - عن أنس أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقده ضعف، فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا: يا نبي الله احجر على فلان... فقال له رسول الله ﷺ: «إن كنت غير تارك البيع فقل: هاء، هاء، ولا خلافة». والخلافة الخديعة. ووجه الاستدلال أنه لم ينكر على أهل الرجل طلب الحجر عليه؛ لأن الحجر لو كان غير جائز لأنكر على من طلبه، وهو ﷺ لا يقرّ على خطأ وغلط في ما يتعلق بالشرائع، وإنما وجه النبي ﷺ الرجل إلى القول بما ينفي الخديعة عنه ويثبت له الخيار.

ز - إجماع الصحابة على الحجر على السفية. فهو مروى عن عثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، والزيبر بن العوام، وعبد الله بن الزبير، وعبد الله بن عباس، وعائشة رضي الله عنها ولا مخالف لهم من الصحابة، فكان من ذلك حجة لا يسوغ خلافها. فقد روي أن عبد الله بن جعفر أتى الزبير بن العوام فقال: إني اشتريت كذا وكذا، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان، يعني فيسأله أن يحجر علي فيه؛ فقال الزبير رضى الله تعالى عنه: أنا شريكك في البيع، وأتى على عثمان فذكر ذلك له، فقال عثمان رضى الله تعالى عنه: كيف أحجر على رجل في بيع شريكه فيه الزبير⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن عبد الله بن جعفر كان يستحق الحجر عليه، وإنما امتنع عثمان من ذلك لدخول الزبير معه في الشركة، وقال ما قال إشارة إلى ارتفاع الغبن بذلك؛ لأن الغبن لما صار بين اثنين قلّ مقداره عن المقدار الذي يردّ من التغابن، فلولا أن الحجر على الكبير جائز في الشرع، وأن علياً وعثمان كانا يذهبان إلى ذلك، لما طلب علي من عثمان ما فيه مخالفة للشرع، ولما كان جواب عثمان لعليّ «كيف أحجر على رجل شريكه الزبير»، ولكان جوابه أن يقول: لا يصحّ الحجر على الكبير.

ح - القياس على الجنون؛ لأنّ كلّ معنى لو قارن البلوغ منع دفع المال إليه وأوجب بقاء الحجر عليه، فإذا حدث بعد البلوغ ابتدئ عليه به الحجر كالجنون.

وحكمة الحجر على السفية أن الله تعالى جعل الأموال قوام العيش وسبباً للحياة وصلاًحاً للدين والدنيا؛ لذلك نهى عن إضاعتها وتبذيرها في غير الوجوه التي جعلها لها، نظراً منه تعالى لعباده ورأفة بهم⁽²⁾.

ويكون صرف السفية المال في غير ما يراد له شرعاً بما يلي:

- بصرفِ المَالِ فِي مَعْصِيَةٍ، كَحَمْرِ وَقَمَارٍ - بضم القاف - وأصله المغالبة في الشيء، والمراد به: اللعب بالدرهم، كلعب الشطرنج والطاب ونحوهما، على أن من غلب صاحبه فله من المعلوم كذا، وهو محرم إجماعاً؛ لأنه من الميسر الذي قال الله تعالى فيه: ﴿إِنَّمَا كُنْتُمْ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَصَابُ وَالْأَزْلَمُ يَجْسُ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ [المائدة: 90].

- بصرفه في مُعَامَلَةٍ من بيع أو شراء، بَعْتَيْنِ فَاجِسٍ خَارِجٍ عَنِ الْعَادَةِ، بِلَا مَصْلَحَةٍ تترتب عليه، بأن يكون شأنه ذلك من غير مبالاة.

- بصرفه في شَهْوَاتٍ نَفْسَانِيَةٍ عَلَى خِلَافِ عَادَةِ مِثْلِهِ، فِي مَأْكَلِهِ وَمَشْرَبِهِ وَمَلْبُوسِهِ ومركوبه ونحو ذلك.

- بِإِثْلَافِهِ هَدْرًا، كَأَن يَطْرَحُهُ عَلَى الْأَرْضِ أَوْ يَرْمِيهِ فِي بَحْرٍ أَوْ مَرْحَاضٍ، كَمَا يَقَعُ

(1) أخرجه البيهقي في الحجر، باب الحجر على البالغين بالسفه.

(2) المقدمات: 2/ 344.

لكثير من السفهاء يطرحون الأطعمة والأشربة فيما ذكر ولا يتصدقون بها.

وهذا بناء على أنّ مدار الرشد في المذهب المالكي على صون المال فقط دون صون الدين، فقد يكون الفاسق ممسكاً لماله منمياً له، لا يتلفه في المعاصي؛ والدليل على ذلك ما يلي⁽¹⁾:

أ - أنه لا أعظم فسقاً من الكافر، وفسقه لم يوجب ردّ بياعاته إذا تحاكم إلينا وقد باع على الصحة من مسلم.

ب - أنّ رسول الله ﷺ أقام الحدّ على الزناة وقطع السراق وضرب شراب الخمر؛ ولم ينقل إلينا أنه حجر عليهم.

ج - أنّ وازع المال طبعي ووازع الدين شرعي، والوازع الطبيعي أقوى، بدليل قبول إقرار الفاسق الفاجر لأنّ وازعه طبيعي، دون قبول شهادته لأنّ الوازع فيها شرعي، لذلك اشترطت العدالة في الشهادة دون الإقرار.

د - أنّ قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ يقتضي عدم اشتراط صون الدين، ووجه الاستدلال أنّ البلوغ كما أنّه مظنةً لكمال العقل، فهو أيضاً مظنةً لنقص الدين بحصول الشهوة وتوقّف الداعية على الملاذ؛ فلما اقتصر في الآية على هذه الغاية وهو البلوغ، دلّ على أنّ المراد إصلاح المال فقط.

فالمذهب لم يجعل صون الدين شرطاً في الرشد، وإنّما جعل إنفاق المال في المعاصي سبباً في الحجر، على خلاف الإمام الشافعي رحمه الله تعالى الذي جعل صون الدين شرطاً في الرشد، حتّى شرط في صلاح الدين أن يكون عدلاً مقبول الشهادة. وقد اعتبر هذا القول غلوّاً؛ لأنّ فيه تضييقاً شديداً، ولا يكاد معه - كما قال الإمام المازري - أن يخرج من الحجر إلّا الأحاد، وأكثر سكان الأمصار في هذا الزمان - أي: زمانه - لا تقبل منهم شهادة، وهو على غاية من حسن تدبير دنياه⁽²⁾.

قال الشيخ بن عاشور: ينبغي أن يكون ذلك غير شرط، إذ مقصد الشريعة هنا حفظ المال، وليس هذا الحكم من آثار كلية حفظ الدين⁽³⁾.

وقد جعل الإمام المازري الحجر بسبب صرف المال في المعاصي ليس من ناحية السفه، وإنّما هو من ناحية تغيير المنكر، إن كان لا يمكن منعه من هذه المعاصي بعقوبة من ضرب أو حبس وإقامة حدود، ولا يكفّه ذلك إلّا نزع المال من يده بعد المبالغة في العقوبة له، والمنكر يجب أن يغيّر بأيّ طريق أمكن، حتّى إذا لم يمكن إلّا طريقة واحدة تعيّن على الجملة⁽⁴⁾.

(1) المعلم: 2/ 313، والذخيرة: 8/ 231.

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 5.

(3) التحرير والتنوير: 4/ 238.

(4) شرح التلقين: 2/ ورقة 5.

ويشمل حكم الحجر بسبب السفه أيضاً كلّ من اختلّ عقله لأجل مرض في فكره، أو لأجل خرف من شدّة الكبر، والدليل: القياس على الصبي؛ لأنّ علّة التحجير السفه وسوء التصرف، وهي ثابتة فيهما⁽¹⁾.

حكم الحاكم للحجر على السفه:

يشترط حكم الحاكم لايتداء الحجر على السفه البالغ؛ لأنّه أمر مختلف فيه محتاج إلى اجتهاد ونظر في حاله، واختبار أمره، فاحتيج في بيان كونه متصفاً بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم⁽²⁾.

ردّ الولي تصرف المحجور عليه لسفه أو صبا:

للّولي - أب أو غيره - الخيار في ردّ تصرف المحجور عليه سفيهاً كان أو صبياً مُميّزاً، كما له الإجازة، وذلك بشرطين:

- إذا كان تصرفه بمعاوضة مالية على وجه السداد؛ كبيع وشراء وهبة ثواب، ولا فرق بين العقار وغيره. ويتصرف الولي في الردّ والإجازة بالمصلحة، فإن رأى المصلحة في الردّ أخذ به، وإن رأى المصلحة في الإجازة أخذ بها.

فإن لم يكن بمعاوضة، بأن كان بمثل هبة دون ثواب وصدقة فإنّه يتعيّن على الولي رده. كما يتعيّن عليه ردّ إقرار المحجور بدّين في ذمته؛ ومنعه من إتلاف مال. فإن ثبت الدين عليه بالبيّنة جرى على ما سيأتي.

قال ابن العربي في تعليل عدم نفاذ تصرف المحجور عليه سواء كان بمعاوضة أو غيرها: لأنّ العلّة التي لأجلها قبضت أيديهم عنها الصيانة لها عن تبذيرهم والحفظ لها إلى وقت معرفتهم وتبصرهم؛ فلو جاز لهم بيع أو هبة أو عهد لبطلت فائدة المنع لهم عنها، وسقط مقصود حفظها عليه⁽³⁾.

- إذا كان بغير إذن وليه.

وللمميّز بعد رشده أو السفه بعد رشده ردّ تصرف نفسه إذا أوقعه قبل رشده، حيث تركه وليه لعدم علمه بتصرفه، أو لسهوه، أو للإعراض عن ذلك لغير مصلحة، أو لم يكن له ولي. سواء كان تصرفه بما يجوز للولي ردّه كالمعاوضة، أو بما يجب عليه ردّه كالهبة. وأمّا وارث المحجور فهل ينتقل له ما كان لمورثه من ردّ التصرف أم لا؟ قولان مرجحان.

وإذا حصل ردّ التصرف من المميّز بعد رشده أو من السفه بعد رشده أو من

(2) المعونة: 2/1175.

(1) التحرير والتنوير: 4/243.

(3) أحكام القرآن: 1/324.

الولي، فإن الغلة الحاصلة فيما بين تصرفه والرد تكون للمشتري، وذلك إن لم يعلم المشتري أنه مولى عليه.

وأما الصبي غير المميز فترد الغلة للمشتري مطلقاً، علم المشتري أو لم يعلم، لبطلان بيعه.

وللمميز فقط - أي: دون السفية كما يأتي - رد تصرف نفسه، ولو حنث بعد رُشده؛ أي: بعد بلوغ الصبي رشيداً، كما لو حلف حال صغره أنه إن فعل كذا فزوجته طالق، ففعله بعد رشده، فلا يلزمه طلاق، وله إمضاؤه. فالمراد بالحنث فعل ما حلف على تركه؛ أي: الحنث اللغوي لا حقيقة الحنث؛ إذ الصبي لا تتعد عليه اليمين في صغره. وكذلك للمميز أو السفية الرد ولو وقع تصرفه حال صباه وسفهه صواباً، فله رده بعد رشده وإمضاؤه، حيث تركه وليه غير عالم بتصرفه، وأما لو علم به وتركه مع كونه صواباً فلا رد له.

ويستثنى من تخيير الولي رد تصرف الصبي أو السفية المحجور عليه، إذا تصرف في مثل ذرهم لضرورة عيشه، فلا يحجر عليه فيه، ولا يرد فعله، إلا أن لا يحسن التصرف فيه.

ضمان الصبي والمجنون والسفيه ما أتلفه من مال الغير:

يضمن الصبي ولو كان غير مميز ما أفسد من مال غيره، وكذلك السفية، فتؤخذ قيمة ما أفسده من ماله الحاضر إن كان، وإلا اتبع بها في ذمته إلى وجود مال. والمراد بغير المميز ما قاله ابن عرفة: إلا ابن شهر، فلا ضمان عليه؛ لأنه كالعجماء.

وهذا إن لم يؤمن الصبي على ما أتلفه، فإن آمن عليه فلا ضمان عليه؛ لأن من آمنه قد سلطه على إتلافه، وهو محجور عليه، ولو ضمن المحجور لبطلت فائدة الحجر.

فإن كان الذي آمنه هو رب المال فقد ضاع هدراً، وإن كان غيره فعلى المؤمن الضمان لتفريطه. وكثيراً ما يقع أن الإنسان قد يرسل مع صبي شيئاً ليوصله إلى أهل محل، فيضيع من الصبي أو يتلف، فلا ضمان على الصبي، وإنما الضمان على من أرسله به، فإن كان المرسل رب المال فهدر.

ويستثنى من عدم تضمين الصبي أن يُصَوَّن الصبي بما آمن عليه ماله، فيضمن الأقل مما صَوَّنَه به وما أتلفه. فإذا أكل مما آمن عليه بما يساوي عشرة، أو اكتسى بما يساويها حتى حصن من ماله ما يساويها، أو أقل أو أكثر؛ فإنه يغرَم من ماله الموجود الذي صَوَّنَه الأقل مما أنفق على نفسه وما صَوَّن به؛ فإذا صَوَّن بالعشرة خمسة عشر غرم العشرة، وإذا صَوَّن بها ثمانية غرم الثمانية. ومحل تغريمه إن كان له مال وقت الإتلاف، ويقي لوقت الحكم، وإلا فلا غرم عليه ولو استفاد مالا بعد الإتلاف. فعلم أنه لا يتعلق الضمان بذمته بل المال الذي أصابه بما أنفق.

والمشهور في المجنون والصبي غير المميز، إذا أتلقا مالا أو حصل منهما جناية ولو على نفس، أنهما يضمنان المال في ذمتها، والدية على عاقلتهما إن بلغت الثلث، وإلا فعليهما في مالهما حيث وجد، لتعلقهما بالذمة؛ لأنّ الضمان من باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف، بل ولا التمييز.

أي: فالاتباع في الذمة، أو التضمنين في الذمة يشمل الصبي المميز وغيره على المعتمد. قال بعض المحققين: وعليه فالذمة ثابتة للجميع فلا يشترط فيها التمييز فضلاً عن التكليف، اهـ. وخلاف المشهور قولان: لا شيء عليهما مطلقاً كالعجماء فعلها هدر، وقيل: لا شيء عليهما في إتلافهما المال، وأما الدية فعلى العاقلة إن بلغت الثلث أي: قدر ثلث الدية فأكثر.

والسفيه مثل الصبي المميز في جميع ما تقدم بداية من مسألة ردّ الولي تصرف المحجور عليه، إلا فيما سيأتي استثاؤه.

ما يصحّ وما لا يصحّ من وصية الصبي والسفيه والمجنون:

تصحّ وصية الصبي المميّز إذا لم يخلط فيها؛ فإن خلط بأن تناقض فيها أو أوصى بغير قرابة لم تصح. وسواء حصلت الوصية في حال الصحة أو المرض. والحاصل أنّه متى لم يتناقض فيها، ولم تكن في معصية، كانت صحيحة، سواء كانت لفقير أو لغني، كان الموصى له صالحاً أو فاسقاً. أمّا إن تناقض كأن يقول: أوصيت لزيد بدينار، أوصيت له بدينارين، كانت باطلة، ولو كان الموصى له فقيراً، وكذا لو أوصى بمعصية، كإيصائه لأهل المعاصي بخمر أو بتعمير كنيسة. والسفيه كذلك مثل الصبي المميز.

ما استثنى فيه السفيه من أحكام الصبي:

يستثنى السفيه من الأحكام المتقدمة في شأن الصبي ما يلي:

ـ طلاقه. فإنه يلزمه بخلاف الصبي فلا يلزمه. وللولي ردّ طلاق الصبي وله هو إن رشد كما تقدم. ووجه لزوم الطلاق على السفيه أنّ شرط لزومه البلوغ وهو موجود. ولهذا فإنّ دليل لزوم طلاق السفيه ما يلي⁽¹⁾:

أ - القياس على الرشيد؛ لأنّه مكلف فوجب أن ينفذ طلاقه كالرشيد.

ب - القياس على المفلس؛ لأنّ منعه من التصرف في ماله لا يمنع نفوذ طلاقه كالمفلس.

ـ استلحاق نسب. بأن يقول: هذا ولدي.

- نفي النسب بلعان. فهو لازم له، ليس لوليه رده.
- وهذه الثلاثة لا تتصور في الصبي. ووجه عدم تصوّرها في الصبي استحالة ثبوت الولادة له في الاستلحاق والنفي، وأمّا الطلاق فممنوع منه شرعاً.
- القصاص الثابت عليه بالبيّنة، فيلزمه ويقتضيه منه. بخلاف الصبي، فالدية على ما تقدم كالمجنون، ولا يقتضيه منه لعدم تكليفه.
- العفو عن قصاص ثبت له على جان عليه، أو على وليه، فإنه يلزمه. ولا يرد.
- وأما الخطأ والعمد الذي يتعين فيه المال كالجائفة وباقي الجراحات الأربعة، فليس له العفو؛ لأنه من المال، بخلاف الصبي فليس له عفو مطلقاً.
- الإقرار بموجب عقوبة، كأن يقول: أنا جنيت على زيد أو قذفته، فيلزمه الحد.

اشتراك المجنون مع الصبي في أحكام الحجر:

يشارك المَجْنُونُ مع الصبي في أحكامه، ولا يلزمه شيء مما يلزم السفية، وذلك كالصبي. والدية إن بلغت الثلث فأكثر فعلى عاقلتهما وإلا فعليهما كالمال كما تقدم.

تصرف السفية قبل الحجر عليه:

إذا تَصَرَّفَ الذَّكَرُ السفية المحقق السفه قَبْلَ الحَجْرِ عليه، بأن كان مهملاً لا ولي له، فإنَّ تَصَرُّفَهُ مَاضٍ ولازم لا يرد، ولو تصرف بغير عوض كهبة؛ لأنَّ علة الرد عند مالك وكبراء أصحابه الحجر عليه وهو مفقود، فأجازوا أفعاله إذ لا حجر عليه. وقال ابن القاسم: لا يمضي؛ لأنَّ العلة السفه وهو موجود؛ أي: إنَّ المهمل سفية فيرد فعله؛ لأنَّ الرد من مقتضي السفه. ووجه كون العلة السفه، أنَّ الرد دار مع السفه وجوداً وعدمًا، أمّا وجوداً فللتفاق على رد فعل الصبي والمجنون ومن بلغ سفياً ما داموا في الحجر، وأمّا عدمًا فلأنَّ السفية إذا ثبت رشده وجب تسليم ماله إليه، والدوران في العلة أحد طرفي إثباتها، على ما هو مذكور في أصول الفقه⁽¹⁾.

وعلى هذا فلمن يتولى عليه من حاكم أو مقدّم الرد، وله - أي: الذكر السفية المهمل - الرد إن رشده. والمعتمد القول الأول؛ أي: قول مالك. وسواء كان سفهه أصلياً غير طارئ، أو طراً بعد بلوغه رشيداً، فالخلاف المذكور جار في المسألتين.

بِخِلَافِ تصرف الصَّبِيِّ، فإنه غير ماض اتفاقاً، وله رده إن رشده كما تقدم.

وبخلاف الأنثى المهملة، فإنها إذا كانت معلومة الرشده فتصرفها ماض، تزوجت أم لا. وإذا كانت غير معلومة الرشده فتصرفها مردود ولو تزوجت؛ إلا أن يَدْخُلَ بها زَوْجٌ وتمكث عنده عام، وتتصرف بعد ذلك فيمضي ولا يرد. وهذا في غير ذات الأب

(1) المعلم: 237/2، وإكمال الإكمال: 313/5.

لما تقدم أن ذات الأب المحجور عليها مجرد الدخول وشهادة العدول كاف في ذلك .

تصرف السفية بعد الحجر عليه :

وتصرف السفية بعد الحجر عليه مرْدُودٌ، ولو حسن تصرفه، ما لم يحصل الفك عنه من وصي أو حاكم أو مقدم عند مالك وجل أصحابه لوجود علة الحجر عليه .
وقال ابن القاسم: إذا رشد فتصرفه ماض قبل الفك لأن العلة مجرد السفه، وقد زال برشده . فما تقدم أنه لا بد من الفك في غير ذي الأب مبني على قول الإمام .

ترتيب الأولياء وما يجوز لهم :

الأولياء الذين يتولون أمر المحجور عليه، من صغير أو سفية لم يطرأ عليه السفه بعد رشده⁽¹⁾ أو مجنون، هم على الترتيب التالي :

- الأب الرشيد، وهو الولي أصالة على المحجور . ولا يكون الجد ولا الأخ ولا العم أولياء، إلا بإيضاء من الأب . فإذا كان الأب سفياً فلا كلام له ولا لوليه، إذا كان الولي مقاماً على الأولاد كما هو مقام على أبيهم .

وللأب البئع لمال ولده المحجور عليه مُطلقاً، عقاراً أو غيره . وتصرفه محمول على المصلحة، فلا يتعقب بحال وإن لم يبين أي سبب من الأسباب الآتية أو غيرها . وهذا لا ينافي أنه لا بد من وجود سبب حامل له على البيع، إذ لا يحل للأب أن يبيع بدون سبب أصلاً .

واختلف في المذهب في جواز أن يبيع الأب لنفسه من ابنه، إذا كان نظراً له، فأجازه ابن العربي ونسبه للإمام مالك، والدليل: لأنه من باب الإصلاح الذي نصت عليه الآية .

وقد أورد ابن العربي على الجواز سؤالاً وأجاب عنه، فقال: لم ترك الإمام مالك أصله في التهمة وسد الذرائع، وجوز لولي اليتيم هذا التصرف من نفسه مع يتيمة؟ فأجاب ابن العربي بقوله: إنما نقول يكون ذريعة لما يؤدي من الأفعال المباحة إلى محذور منصوص عليه . وأما ها هنا فقد أذن الله سبحانه في صورة المخالطة، ووكل الحاضنين في ذلك إلى أمانتهم بقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾، وكل أمر مخوف ووكل الله تعالى فيه المكلف إلى أمانته لا يقال فيه إنه يتدرع إلى محذور فيمنع منه؛ كما جعل الله سبحانه النساء مؤتمنات على فروجهن، مع عظم ما يترتب على قولهن في ذلك من الأحكام، ويرتبط به من الحل والحرمة والأنساب، وإن جاز أن يكذبن⁽²⁾ .

(1) وأما من طرأ عليه السفه بعد رشده فوليه الحاكم، وإلا فالأب أو وصيه .

(2) أحكام القرآن: 156/1، وانظر منح الجليل: 105/6، وحاشية الدسوقي: 299/3 .

- وَصِيَ الْأَب، يلي الأب. فوصي وصيه، وإنْ بَعُدَ. ولا يجوز أن يبيع الوصي العَقَارَ الذي لمحجوره، إِلَّا لَسَبَبٍ يَقْتَضِي بَيْعَهُ مِمَّا يَأْتِي، وَبَيِّنَةٌ بَأَن يَشْهَدُ الْعَدُولُ أَنَّهُ إِنَّمَا بَاعَهُ لِكَذَا.

وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ هِبَةٌ الثَّوَابِ مِنْ مَالٍ مَحْجُورٍ؛ لِأَنَّ هِبَةَ الثَّوَابِ إِذَا فَاتَتْ بِيَدِ الْمَوْهُوبِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا الْقِيَمَةُ، وَالْوَصِيُّ كَالْحَاكِمِ؛ فَلَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِالْقِيَمَةِ إِلَّا لِحُضُورِهَا بِخِلَافِ الْأَب. وَإِنَّمَا مَنَعَ الْوَصِيُّ مِنْ هِبَةِ الثَّوَابِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ؛ لِأَنَّهَا لَا يَقْضَى فِيهَا بِالْقِيَمَةِ إِلَّا بَعْدَ الْفَوَاتِ، وَقَبْلَ الْفَوَاتِ مَخْتِيرٌ بَيْنَ الرَّدِّ وَإِعْطَاءِ الْقِيَمَةِ. وَالْقِيَمَةُ الَّتِي يَقْضَى بِهَا إِنَّمَا تَعْتَبَرُ يَوْمَ الْفَوَاتِ؛ وَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ تَنْقُصَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْفَوَاتِ عَنْ قِيَمَتِهِ يَوْمَ الْهِبَةِ، وَهَذَا ضَرَرٌ بِالْيَتِيمِ، فَلِذَا لَمْ يَجْزِ لِلْوَصِيِّ هِبَةَ الثَّوَابِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ بِالْعَقْدِ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمَشْتَرِيِّ، فَإِذَا حَصَلَ نَقْصٌ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا ضَرَرَ عَلَى الْيَتِيمِ.

- الْحَاكِمُ، يلي الأب والوصي عِنْدَ فَقْدِهِمَا. أَوْ لِمَنْ طَرَأَ عَلَيْهِ الْجُنُونُ أَوْ السَّفَهَ بَعْدَ رُشْدِهِ. وَلَا يَكُونُ الرُّشْدُ إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ؛ لِأَنَّ الرُّشْدَ بُلُوغٌ وَحَسَنٌ تَصَرَّفَ.

وَيَجُوزُ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَبِيعَ مِنْ مَالِ الْمَحْجُورِ مَا دَعَتْ إِلَيْهِ الضَّرُورَةُ، كَالنَّفَقَةِ وَوَفَاءِ الدِّينِ وَنَحْوِهِمَا، وَذَلِكَ بِشُرُوطِ عَشْرَةٍ:

- * أَنْ تَدْعُو الضَّرُورَةُ لِلْبَيْعِ لَوْفَاءِ دِينٍ وَنَحْوِهِ.
- * أَنْ يَثْبُتَ يُتِمُّهُ عِنْدَهُ.
- * أَنْ يَثْبُتَ إِهْمَالُهُ؛ أَي: خُلُوهُ عَنِ وَصِيِّ أَوْ مَقْدَمِهِ.
- * أَنْ يَثْبُتَ مِلْكُ الْيَتِيمِ لِمَا يَرَادُ بَيْعَهُ. وَمِثْلُهُ السَّفِيهِ وَالْمَجْنُونِ، فَلَا يَبِيعُ الْحَاكِمُ لِهَمَا إِلَّا بِهَذِهِ الشُّرُوطِ الْعَشْرَةِ.
- * أَنْ يَثْبُتَ أَنَّ الْمَبِيعَ أَوْلَى بِالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ.
- * أَنْ يَقَعَ الْبَيْعُ بِالتَّسْوِيقِ بِالْمَبِيعِ، بِإِظْهَارِهِ لِلْبَيْعِ وَالْمُنَادَاةِ عَلَيْهِ لِحُصُولِ الرِّغْبَةِ فِيهِ.
- * أَنْ لَا يَوْجَدَ مِنْ يَزِيدَ عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي أُعْطِيَ فِيهِ.
- * أَنْ يَثْبُتَ السَّدَادُ فِي الثَّمَنِ الْمَعْطَى فِيهِ؛ أَي: أَنْ يَكُونَ ثَمَنُ الْمِثْلِ فَأَكْثَرَ.
- * أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ عَيْنًا لَا عَرْضًا.
- * أَنْ يَكُونَ حَالًا لَا مُؤَجَّلًا.

وَيَجِبُ التَّضْرِيحُ بِأَسْمَاءِ الشُّهُودِ فِي وَثِيقَةِ الْبَيْعِ، وَإِلَّا نَقَضَ حُكْمَهُ.

وغير الأب ووصيه والحاكم فليس له تصرف ببيع ونحوه؛ لا أم، ولا أخ، ولا عم، ولا حاضن كجد، فليس لهم ذلك، وينقض فعلهم. والمراد بالحاضن الكافل الذي يكفل اليتيم، ذكراً كان أم أنثى، قريباً كان أم بعيداً.

لكن يعمل بإمضاء التصرف اليسير من الحاضن ونحوه، وهو الذي تتوقف عليه ضرورة المعاش من أكل أو كسوة، فلا ينقض ما باعه ولا يتبع به المتصرف. والظاهر

أنه يختلف باختلاف العرف، فلا يحدّ بعشرة دنانير أو أكثر، قال ابن هلال: فعلى ما جرى به العمل لا يبيعه إلا بشروط وهي: معرفة الحضانة أي: معرفة أنه كافل له وإن لم يكن حاضناً شرعياً، وصغر المحضون، والحاجة الموجبة للبيع، ويسارة المبيع، وأنه أحق ما يباع، ومعرفة السداد في الثمن؛ فيشهد بهذه الشروط بينة معتبرة شرعاً، وهذا المعنى مستوفى في كتب الموثقين، اهـ. قال الشيخ خليل في التوضيح: إذا أقيم على المبتاع فيما باعه الكافل فعليه - أي: الكافل - أن يثبت هذه الشروط، وأنه أنفق الثمن عليه وأدخله في مصالحه، فإذا اختل شرط منها فللمحضون إذا كبر الخيار في رد البيع وإمضائه. فجملة الشروط بين ابن هلال والشيخ خليل ثمانية، ويزاد عليها أن يكون الثمن حالاً. فتكون الجملة تسعة شروط.

واستحسن كثير من المتأخرين من أن العرف الجاري بين الناس كأهل البوادي والأرياف وغيرهم يموت الواحد منهم ولا يوصي على أولاده، اعتماداً على أخ أو جدّ أو عمّ لهم يعرف بالشفقة عليهم، ينزل منزلة التصريح بإيصائه عليهم، وله البيع في القليل والكثير بشروطه السابقة التي ذكرت في الحاكم، فيمضي ولا ينقض، وليس للولد بعد كبره كلام، وهي مسألة نافعة كثيرة الوقوع ولاسيما في هذه الأزمنة التي عدم فيها الحكام الشرعيون.

قاعدة تصرف الولي على محجوره:

يجب على الولي أن يتصرّف على المحجور بالمصلحة العائدة على محجوره حالاً أو مالاً. ومن الأمثلة ما يلي:

- أنّ له ترك الأخذ بالشفقة لمحجوره إذا اقتضت المصلحة ذلك.

- أنّ له ترك الأخذ بالقصاص إذا وجب للمحجور على جان، بالنظر والمصلحة.

وإذا ترك الولي الأخذ بالشفقة والقصاص على وجه المصلحة فيسقطان. وليس للمحجور إن عقل أو بلغ قياًماً بذلك، بخلاف ما لو وقع ذلك على غير وجه النظر والمصلحة، فله القيام بحقه بعد زوال الحجر عنه.

- لا يجوز للولي أن يعفو عن الجناية العمد الذي فيه مال أو الخطأ مجاناً؛ أي:

بلا أخذ مال لما فيه من عدم المصلحة، وللصبي إذا بلغ القيام بحقه.

- لا يجوز للولي من وصي أو حاكم أن يبيع عقاراً يتيم؛ لأن العقار يؤمن عليه من

التلف، فيقدم غيره عليه. ومثل اليتيم السفه فالتعبير بمحجور أعم من يتيم.

الأسباب التي يجوز فيها بيع عقار المحجور عليه:

ويستثنى من عدم جواز بيع العقار ظهور الحاجة لذلك، وهي تتمثل في أحد عشر

سبباً:

- * النفقة التي يتوقف معاشهم عليها.
- * الوفاء بدين يتوقف على بيعه.
- * الغِبْطَةُ بأن يباع بأزيد من قيمته كثيراً كالثالث فأكثر.
- * الخَوْفِ عَلَيْهِ مِنْ ظَالِمٍ.
- * لِكُونِهِ مُوظَّفاً عليه توظيف ظلم أو خراج، فيباع ليشتري له ما لا توظيف عليه.
- * لكون عقار المحجور عليه حصّة مع شريك، فيباع ليشتري له كاملاً، للسلامة من ضرر الشركة.
- * قَلَّةُ غَلْتِهِ، وأولى إذا لم يكن له غلة، فيباع ليستبدل له ما فيه غلة كثيرة.
- * كونه بَيْنَ ذَمِيَيْنِ أو جيرانَ سُوءٍ أو في مَحَلِّ خَوْفٍ، فيباع ليشتري له غيره في مكان غير ما ذكر.
- * كونه شركة فيباع لإِرَادَةِ شَرِيكِهِ بَيْعَ نَصِيْبِهِ، ولا مَالٌ لِلْيَتِيمِ يشتري به مناب الشريك، فيباع حصّة اليتيم مع الشريك إذا كان لا ينقسم، وإلا قسم.
- * خَشْيَةُ انْتِقَالِ العِمَارَةِ عنه فيصير منفرداً فتقل قيمته، فيجوز بيعه عند ذلك.
- * خَشْيَةُ الخَرَابِ عَلَيْهِ، ولا مَالٌ للمحجور عليه يعمر به؛ أَوْ لَهُ مَالٌ والبَيْعُ أَوْلَى من التعمير.
- فيباع في جميع ما تقدم ويستبدل له خلافه، إلا أن يباع لحاجة النفقة أو الدين أو بيع شريكه فلا يلزم استبدال.

السببان الخاصان بما زاد على الثلث:

السبب الأول: المَرَضُ المتصل بالموت. وقيد المرض بالموت، مع أن كلّ من مرض مرضاً مخوفاً يحجر عليه؛ لأنّ ثمرة الحجر لا تتمّ إلاّ بالموت. ومعنى المرض المتصل بالموت أنّه يَنْشَأُ الموتُ عنه عَادَةً، وإنّ لم يَغْلِبِ الموتُ عنه، فالمدار على أن يكون الموت منه شهيراً لا عجب فيه. ومن أمثلة المرض الذي ينشأ الموت عنه عادة ما يلي:

- * السُّلُّ: وهو مرض يصيب الرئة، يهزل صاحبه ويضنيه ويقتله.
- * القَوْلنج - بضم القاف وسكون الواو -: وهو مرض معوي يعسر معه خروج الغائط والريح، و«معوي» بكسر الميم وفتح العين المهملة: نسبة للمعي بكسر الميم، واحدة الأمعاء التي هي المصارين.
- * الحُمَّى القويّة التي تجاوز العادة في الحرارة مع المداومة.
- * الحامل إذا بلغت ستة أشهر ودخلت في السابع ولو بيوم. فلو تبرعت بعد الستة وقبل تمام اليوم الذي هو من السابع كان تبرعها ماضياً. ويكفي في العلم بدخولها في

السابع وعدمه إخبارها بذلك، ولا يسأل النساء. والدليل على أنّ الحمل يعتبر مرضاً مخوفاً⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّهَا حَمَلَتْ حَمَلاً خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴿١٨٩﴾ [الأعراف: 189].

وجه الاستدلال أنّ الله تعالى أخبر أنّ الزوجين يلتجئان إلى الله بالدعاء عندما يتقل حمل المرأة، وذلك لتوقع الخوف في هذه الفترة، ولا يدعو المرء إلا إذا نزلت به شدة، فظاهر الآية يتضمّن إقرار الناس على أنّ ثقل الحمل حالة شدة يمكن أن تهلك الحامل وحملها.

ب - عن جابر بن عتيك أنّ رسول الله ﷺ قال: «ما تعدون الشهادة؟» قالوا: القتل في سبيل الله. فقال رسول الله ﷺ: «الشهداء سبعة سوى القتل في سبيل الله: المطعون شهيد، والعرق شهيد، وصاحب ذات الجنب شهيد، والمبطون شهيد، والحرّق شهيد، والذي يموت تحت الهدم شهيد، والمرأة تموت بجمع شهيد»⁽²⁾.

فقوله: «بجمع» بضمّ الجيم، وقد تفتح وقد تكسر، وسكون الميم. والمرأة التي تموت بجمع هي النساء، وقيل: التي يموت ولدها في بطنها، ثم تموت بسبب ذلك. وجه الاستدلال أنّ اعتبار موت المرأة الحامل شهادة، يشير إلى أنّ موتها كان بسبب الحمل، وهذه حال مشاهدة في الحوامل، ولأجل عظم الأمر وشدة الخطب جعل موتها شهادة، وكان حالها حال المريض مرضاً متصلاً بالموت.

وهذا الاستدلال بالآية والحديث أخذاً بظاهر الحال، فلا يحتجّ بأنّ الحمل عادة وأنّ الغالب فيه السلامة؛ لأنّه كذلك أكثر المرض، الغالب عليه السلامة، وقد يموت من لم يمرض، ولكن الأمر اعتبر فيه ظاهر الحال⁽³⁾.

* المَحْبُوسُ لِقَتْلِ، بأن ثبت عليه بيينة أو إقرار، لا لمجرد الدعوى قبل الثبوت فلا يحجر عليه. ودليل الحجر على المحبوس للقتل، أنّه أشدّ حالاً من المريض؛ لأنّ سبب الموت موجود عنده، وهو الحكم عليه بالموت⁽⁴⁾.

* المَحْبُوسُ لِقَطْعٍ، من يد أو رجل، ثبت عليه الموجب، وخيف الموت من ذلك القطع.

* الْحَاضِرُ صَفِّ الْقِتَالِ، وإن لم يصب بجرح. ودليل الحجر على حاضر

(1) أحكام القرآن: 2/ 820، المعونة: 3/ 1641، والمنتقى: 2/ 820.

(2) أخرجه مالك في الجنائز، باب النهي عن البكاء على الميت؛ وأبو داود في الجنائز، باب فضل من مات في الطاعون؛ والنسائي في الجنائز، باب النهي عن البكاء على الميت.

(4) أحكام القرآن: 2/ 821.

(3) أحكام القرآن: 2/ 821.

الزحف، أنه أشدّ حالاً من المريض؛ لأنّ سبب الموت موجود عنده، وهو ملاقة العدو⁽¹⁾.

واحترز بصف القتال عمن حضر صف النظارة وصف الردّ. وصف النظارة هم الذين ينظرون المغلوب من المسلمين لينصروه. وصف الردّ هم الذين يردّون من قرّ من المسلمين أو يردّون أسلحته إليه.

واختلف في راكب البحر؛ هل حكمه حكم الصحيح أو الحامل؟ فقال ابن القاسم: حكمه حكم الصحيح، وقال أشهب: حكمه حكم الحامل. قال ابن العربي: وابن القاسم لم يركب البحر. وبعد أن وصف حال راكب البحر، رجّح قول أشهب⁽²⁾.

ولا حجر في المرض الخفيف، نحو الرمد والصداع والحمى الخفيفة والمرض بيد أو رجل والجرب، من كل ما لا ينشأ عنه الموت عادة؛ وكذلك المُلجج بيخِر مالح أو حلو، ولو حصّل له فيه الهولُ بشدة ريح أو غيرها، ولا يكون كحاضر صف القتال. فيحجر على المريض، ذكراً أو أنثى، سفيهاً أو رشيداً، ويكون الحجر للوارث، في ما زاد على ثلث ماله، لا في الثلث فدون. وذلك في:

* التبرّع بمثل الهبة والصدقة والحبس والوصية.

* النكاح؛ أي: كان يتزوج المريض بما زاد على الثلث. وتقدم أنه يفسخ قبل البناء ولا شيء لها، وبعده لها الأقل من المسمى وصدّاق المثل أو الثلث إن مات. ولا يعني تقييد تحجير النكاح على المريض بما زاد على الثلث أنّ النكاح لا يفسخ إلا إن زاد المهر على الثلث، بل نكاح المريض أو المريضة مرضاً مخوفاً يفسخ مطلقاً ولو كان النكاح تفويضاً؛ لأن فيه إدخال وارث كما تقدم. وإنما قيد هنا بما زاد على الثلث من حيث ردّ الزائد عن الثلث في المهر عند الدخول.

* الخلع، كأن تُخالع المريضة زوجها بأكثر من ثلثها. فإن صحّت مضي، وإن ماتت من مرضها فللوارث ردّ ما زاد على الثلث.

ولا يمنع من التداوي من مرضه، فلا حجر عليه فيه ولو زاد. وأولى مؤنثه ومؤنثه من تلزمه نفقته.

ولا حجر عليه في معاوضة مالية، كبيع وشراء وقرض وقراض ومساقاة وإجارة.

ويوقف تبرّعه، من هبة وصدقة وحبس ولو بدون الثلث، حتى يظهر حاله من موت أو حياة؛ إلا إذا تبرع بمالٍ مأمونٍ وهو العقار؛ أي: الأرض وما اتصل بها من شجر وبناء، فلا يوقف بل ينجز الآن للمتبرع له كما يأتي.

(1) أحكام القرآن: 2/ 821.

(2) أحكام القرآن: 2/ 822.

فإن مات المريض الذي وقف تبرعه غير المأمون كالحيوان والعروض، فمن الثلث ممّا وجد يوم التنفيذ قلّ أو كثير.

فإن لم يمّت بأن صحّ، مضى جميع ما تبرع به، وليس له رجوع فيما زاد على الثلث. وأمّا في المأمون فينجز للمتبرع له الثلث منه، ويوقف ما زاد عليه. فإن مات المريض فليس للمتبرع له سوى ما أخذه، وإن صحّ من مرضه فيأخذ الباقي الذي وقف له. السبب الثاني: النكاح بزوجة. أي: فالزوج يحجر عليها فيما زاد على الثلث، وليس لها حجر على زوجها، ولذا قيد النكاح بـ«زوجة»؛ أي: إن النكاح سبب للحجر على الزوجة فقط. ومحلّ الحجر على الزوجة هو في التبرعات، لا في بيعها وشرائها⁽¹⁾. والدليل على أن الزوجة يحجر عليها في التبرعات والعطايا فيما زاد على ثلث مالها⁽²⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»، وفي رواية: «لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها»⁽³⁾.

ب - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أخبر بأن المقصود من النساء في النكاح هذه الصفات، والرجل إذا تزوج امرأة لمالها فإنه يوجب له تعلق حق في ذلك المال، بما يدفعه من المهر، وبأن يكون له في ذلك جمال ومنفعة.

ج - وأنّ العرف يقتضي أن الزوجين يدخلان على أن الزوج قد ينسبط في مال زوجته وجهازها ويتنفع به، وأنّ الزوجة كذلك.

د - أن الزوج يدفع من مهر المثل، وهو ما يناسب ما تملك قلة وكثرة، كما يدفعه في ما يناسبها بحسب بروزها في الجمال. وفي تصرف الزوجة في مالها بالإتلاف والخروج عنه إسقاط لحق الزوج منه، وإبطال لغرضه ممّا لأجله رغب في نكاحها وكمل مهرها؛ فلم يجز لها ذلك بدون إذنه فيما زاد على الثلث.

ودليل التحديد بالثلث ما ذكره الإمام المازري من أن ابن حبيب روى الحديث

(1) شرح التلقين: 2/ ورقة 13.

(2) الإشراف: 2/ 594، والمعونة: 2/ 1179، وشرح التلقين: 2/ ورقة 13، والذخيرة: 8/ 251.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها؛ والنسائي في الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها؛ وابن ماجه في الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها.

(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين؛ ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين.

برواية مقيدة لرواية عمرو بن شعيب بالثلث، وهي أن النبي ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة أن تعطي من مالها شيئاً له بال بغير إذن زوجها»⁽¹⁾، وقال ابن حبيب: رأى العلماء مقدار «ما له بال» الثلث، قياساً على ما ورد به الشرع في إطلاق الثلث للمريض⁽²⁾.

ويحجر على الزوجة الرشيدة. ويكون الحجر لزوجها فقط، لا لأبيها ولا لوصيها؛ لأن الغرض أنها رشيدة. ويشترط أن يكون الزوج بالغاً رشيداً. وأمّا الزوجة السفية فالحجر عليها مطلق للولي، لدخولها في الخمسة الأول.

ويقع الحجر على الزوجة في تبرعها بما زاد على ثلثها، ولو بصدقة حلفت بها وحنثت، فللزوج ردّها. وكذلك ولو كان تبرعها الزائد حاصلًا بكفالة؛ أي: ضمان لغير زوجها، فله رده؛ لا إن ضمته فليس له رده؛ لأنه لا يحجر على نفسه لنفسه.

وتبرع الزوجة بالزائد على الثلث ماض حتى يرّد الزوج جميعه أو ما شاء منه. وقيل هو مردود حتى يجيزه. وعلى المشهور فإنه يَمْضِي إن لم يَعْلَم الزوج به حتى بَأْت منه أو مات أحدهما.

وجه ردّ الزوج جميع ما تبرعت به الزوجة، مع أنّ الزوج ليس له ردّ الثلث؛ أنّ الزوجة لما تبرعت بالزائد على الثلث حملت على أنّ قصدها الإضرار بالزوج، فعوملت بنقيض قصدها.

واعلم أنّ ردّ الزوج ردّ إيقاف على المعتمد، وهو مذهب المدونة، وردّ إبطال عند أشهب. وأمّا ردّ الغرماء فردّ إيقاف باتفاق، وردّ الولي لأفعال محجوره ردّ إبطال اتفاقاً. ومثل الزوجة في مضي تبرعها إن لم يعلم به الزوج، المدين إذا تبرع بشيء أو باع شيئاً، ولم يعلم غريمه الذي أحاط دينه بذلك، ثم وقى المدين دينه الذي لغريمه؛ فتبرعه ماض وليس للغريم ولا لغيره بعد وفاء الدين كلام.

فالزوج مخير بين ردّ جميع ما تبرعت به الزوجة إن تبرّعت بزائد على الثلث، لا إن تبرعت بالثلث فدون؛ وبين ردّ ما زاد فقط، أو ردّ بعضه، أو إمضاء الجميع.

وأما الوارث فليس التخيير إلا بين ردّ ما زاد أو بعضه، لا الجميع، ولا ردّ شيء من الثلث. والفرق بين المرأة والمريض أنّ المرأة قادرة على إنشاء ما أبطله الزوج، بخلاف المريض.

وإذا تبرعت الزوجة بالثلث ولزم، لئس لها تبرّع بعد ذلك الثلث، إلا أن يتعدّ الزمن بعد التبرع به، كئضف سنة فأكثر، فلها التبرع من الثلثين الباقيين؛ كأن البعد صيره ما لا برأسه لم يتقدم فيه تبرع. فإن لم يبعد الزمن فليس لها التبرع، وحينئذ قلّه الرّد إن تبرعت، والله أعلم.

(1) لم أقف على من خرجها.

(2) شرح التلقين: 2/ ورقة 13.



الصلح نوع من أنواع البيع.

تعريف الصلح لغة:

الصلح اسم بمعنى إنهاء الفساد. والصلاح والإصلاح ضدّ الفساد⁽¹⁾.

تعريف الصلح اصطلاحاً:

قال ابن عرفة: الصلح انتقالٌ عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه (أه). وقد تعقب هذا التعريف بعدم التسليم أنّ الصلح هو الانتقال، بل هو المعاوضة، والانتقال معلول له، كالانتقال في البيع فإنه معلول له ومفترع عليه.

ويدخل في قول التعريف: «انتقال عن حق» الصلح عن الإقرار.

ويدخل في قوله: «أو دعوى» صلح الإنكار.

وقوله: «بعوض» متعلق بانتقال، ويخرج به الانتقال بغير عوض، فلا يقال له: صلح.

وقوله: «الرفع نزاع أو خوف وقوعه» راجع لكلّ من الطرفين اللذين هما قوله:

«انتقال عن حق» و«أو دعوى» المشار لهما بصلح الإقرار والإنكار.

حكم الصلح:

الصلح بين المسلمين فيما يقع بينهم من الخلاف والتداعي في الأموال وغيرها جائز، ومعنى الجواز أنه من نوافل الخير المرغّب فيها المندوب إليها. ودليل الجواز⁽²⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَن أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: 114]. والإصلاح بين الناس عام في الدماء، والأموال، والنكاح، وفي كلّ شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين.

ب - قوله تعالى فيما يتعلّق بالدماء: ﴿وَلَيْنَ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا

بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: 9]

(1) مختار الصحاح: 238.

(2) المعونة: 1191/2، والمقدمات: 515/2، والذخيرة: 335/5.

ج - قوله تعالى فيما يتعلق بالنكاح: ﴿وَإِنْ أَمْرًاؤُا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاصًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: 128]، وقوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 35].

د - قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»⁽¹⁾.

هـ - فعل النبي ﷺ في الصلح في المال. فعن كعب بن مالك أنه تقاضى - أي: طالب - ابن أبي حدرد دينا كان له عليه، في عهد النبي ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها النبي ﷺ وهو في بيته. فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف عن سجف⁽²⁾ حجرتة، ونادى كعب بن مالك: «يا كعب» فقال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك. قال كعب: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ صلح بين كعب بن مالك وابن أبي حدرد، بأن أُرشد كعب بن مالك بوضع النصف من الدين الذي له على ابن أبي حدرد⁽⁴⁾.

و - فعله ﷺ في الصلح في الاقتال. عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ ذهب إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم فحانت الصلاة... الحديث⁽⁵⁾. وبنو عمرو بن عوف منازلهم بقاء، وإليه الإشارة في الحديث الآتي.

- عن سهل بن سعد رضي الله عنه، أن أهل قباء اقتتلوا حتى تراموا بالحجارة، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: «اذهبوا بنا نصلح بينهم»⁽⁶⁾.

- عن أبي بكره قال: رأيت رسول الله ﷺ على المنبر، والحسن بن علي إلى جنبه، وهو يقبل على الناس مرة وعليه أخرى ويقول: «إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب في الصلح؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، وقال: حسن صحيح؛ وابن ماجه في الأحكام، باب في الصلح.

(2) السجف: الستر.

(3) أخرجه البخاري في الصلح، باب الصلح بالدين والعين؛ ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

(4) إكمال الإكمال: 428/5.

(5) أخرجه البخاري في الأذان، باب من دخل ليوم الناس فجاء الإمام الأول؛ ومسلم في الصلاة، باب تقديم الجماعة من يصلي بهم إذا تأخر الإمام.

(6) أخرجه البخاري في الصلح، باب قول الإمام: اذهبوا بنا نصلح بينهم.

(7) أخرجه البخاري في الصلح باب قول النبي ﷺ للحسن: إن ابني هذا سيد.

- أن في الصلح قطعاً للخصومة وداعياً إلى التواصل والألفة.

- أن أحد المتنازعين على منكر، وإزالة المنكر واجبة إجماعاً.

وإذا أشار الإمام على المتخاصمين بالصلح وندبهما إليه وحضهما عليه، فأبياً أو أبى أحدهما، فلا يجبرهما عليه، ولا يلح عليهما إلحاحاً يشبه الإلزام؛ ولكنه يفصل بينهما بواجب الحق وصريح الحكم، كما فعل رسول الله ﷺ فعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه، أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عنده رضي الله عنه في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير: «أسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمك. فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر. فقال الزبير: والله إنني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾⁽¹⁾. ووجه الاستدلال منه أنه ﷺ استوفى للزبير حقه، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي فيه سعة له وللأنصاري، فلما أحفظ الأنصاري رسول الله استوفى للزبير حقه في صريح الحكم⁽²⁾..

أقسام الصلح:

الصلح على ثلاثة أقسام: بيع، وإجارة، وهبة. لأن المصالح به إن كان ذاتاً ببيع، وإن كان منفعة لإجارة، وإن كان ببعض المدعى به هبة. وهذه الأقسام الثلاثة تجري في الصلح على الإقرار وعلى الإنكار وعلى السكوت:

الإقرار:

أما جريانها في الإقرار فظاهر. ودليله: عن كعب بن مالك أنه تقاضى - أي: طالب - ابن أبي حردد ديناً كان له عليه، في عهد النبي ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها النبي ﷺ وهو في بيته. فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف عن سجد حجرتة، ونادى كعب بن مالك: «يا كعب» فقال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك. قال كعب: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه»⁽³⁾. فهذا صلح على الإقرار؛ لأن نزاعهما لم يكن في أصل الدين، وإنما كان في التقاضي وهو متفق عليه⁽⁴⁾.

الإنكار:

وأما جريانها في الإنكار فبالنظر للمدعى به والمصالح به. ودليل جواز الصلح

(1) أخرجه البخاري في المساقاة، باب سكر الأنهار؛ ومسلم في الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ.

(2) المقدمات: 517/2.

(3) سبق تخريجه.

(4) المفهم: 2779/5.

على الإنكار⁽¹⁾:

أ - قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ دلالة الحديث على الجواز عامة.

ب - القياس على الإبراء؛ لأنّ كلّ صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار، أصله الإبراء.

ج - القياس على الهبة مع الإنكار؛ لأنّه تصحّ هبته مع الإنكار فيصحّ الصلح عليه، قياساً عليها.

السكوت:

وأما جريانها في السكوت فلأنّه راجع لأحدهما أي: الإقرار والإنكار؛ لأنّ المدعى عليه في الواقع إما مقرّ أو منكر وإن كان يعامل على المعتمد معاملة المقرّ.

شرط جواز الصلح:

شرط جواز الصلح إن لم يؤدّ إلى حرام. فإن أدّى إليه حرم، والدليل⁽³⁾: أنّ النبي ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً»⁽⁴⁾. ومثال الحلال كما لو شرط عليه في عقد الصلح أن يعطيه شيئاً ولا يبيعه. ومثال الحرام ما لو طالبه بدين له شرعاً فاصطلح معه على صرف مؤخر، أو على ما فيه فسخ دين في دين، أو على بيع طعام قبل قبضه، فالمراد بتحليل الحرام انتهاك حرمة وإجراؤه مجرى الحلال.

وإذا وقع صلح أدى إلى تحليل حرام أو تحريم حلال، فإنّه يفسخ ويردّ ولا يمضي، والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحدث في ديننا ما ليس فيه فهو ردّ»⁽⁶⁾.

ب - ما كان من عمله وقضائه ﷺ، فعن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أنّهما أخبرا أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله. وقال الآخر، وهو أفقههما: أجل، يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله وائذن

(1) الإشراف: 596/2، والمعونة: 1191/2، والذخيرة: 352/5.

(2) سبق تخريجه.

(3) المقدمات: 517/2، وأقرب المسالك: 146/2.

(4) سبق تخريجه. (5) المقدمات: 518/2.

(6) أخرجه البخاري في الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح؛ ومسلم في الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة.

لي أن أتكلّم. قال: «تكلّم»، فقال: إن ابني كان عسيفاً⁽¹⁾ على هذا، فزنى بامرأته. فأخبرني أن على ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي. ثمّ إنّي سألت أهل العلم فأخبروني: أن ما على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأخبروني أنّما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده، لأقضينّ بينكما بكتاب الله. أما غنمك وجاريتك فردّ عليك» وجلد ابنه مائة، وغزبه عاماً. وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها. فاعترفت، فرجمها⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أبطل ما تصالح عليه الرجلين، وردّ الأمر إلى حكم الشرع.

ج - ما ثبت أنّ النبي ﷺ أبطل كل شرط ليس في كتاب الله تعالى، عن عائشة، أنّها قالت: جاءت بريرة، فقالت: إنّي كاتب أهلي - أي: سادتها - على تسع أواق، في كلّ عام أوقية، فأعينيني. فقالت عائشة: إن أحبّ أهلك أن أعدّها لهم عدتها، ويكون لي ولاؤك فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم ذلك. فأبوا عليها. فجاءت من عند أهلها، ورسول الله ﷺ جالس، فقالت لعائشة: إنّي قد عرضت عليهم ذلك فأبوا إلّا أن يكون الولاء لهم. فسمع ذلك رسول الله ﷺ، فسألها فأخبرته عائشة. فقال رسول الله ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنّما الولاء لمن أعتق» ثمّ قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثمّ قال: «أما بعد، فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله. ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحقّ، وشرط الله أوثق، وإنّما الولاء لمن أعتق»⁽³⁾.

القسم الأول: البيع:

الصلح على غير المدعى به ببيع لذات المدعى به، إن كان المعوض عنه ذاتاً، سواء كان المدعى به معيناً أم لا. وذلك إن لم يكن المصالح به منفعّة. فيشترط فيه شروط البيع وانتفاء موانعه، من كونه طاهراً، معلوماً، منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه، ليس طعام معاوضة، إلى غير ذلك ممّا تقدم. كما لو ادّعى عليه بعرض، أو حيوان، أو بدنانير، أو دراهم، فأقرّ المدعى عليه أو أنكر أو سكت، ثمّ صالح بشيء مخالف للمدعى به نقداً، فيشترط في المأخوذ ما تقدم، وأن لا يلزم فسخ الدين في الدين، أو الصرف المؤخر، ولا بيع الطعام قبل قبضه، وأن يسلم من الشرط المناقض؛ كشرط ألا يلبسه أو لا يركبه أو لا يسكن فيه ونحو ذلك.

(1) العسيف الأجير.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الأيمان والنذور، باب كيف كانت يمين النبي ﷺ؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) أخرجه مالك في كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق؛ والبخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل؛ ومسلم في العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق.

القسم الثاني: الإجارة:

فإن كان المصالح به منفعة فهو إجارة للمصالح به. فيشترط فيها شروطها. فإن كان المدعى به معيناً كهذه الدابة جاز الصلح عنه في الأحوال الثلاثة، بمنافع معينة أو مضمونة، لعدم فسخ الدين في الدين. وإن كان غير معين بل مضموناً في الذمة كدينار أو ثوب موصوف، لم يجز الصلح عنه بمنافع معينة ولا مضمونة، لما فيه من فسخ الدين في الدين.

القسم الثالث: الهبة:

أن يكون الصلح على بعض المدعى به، فهو هبة للبعض المتروك وإبراء من المدعى من ذلك البعض.

ما يجوز في الصلح:

- يجوز الصلح عن دين بشيء يُباع به ذلك الدين: أي: بما يصح بيعه به. والمراد بالبيع المعاوضة. وإنما تصح المعاوضة عن الدين إذا انتفت أوجه الفساد من فسخ الدين في الدين، والنساء، وبيع الطعام قبل قبضه، والصرف المؤخر، و«ضع وتعجل»، وعرف المدعي قدر ما يصلح عنه فإن كان مجهولاً لم يجز. وهذا شرط في كل صلح، كان بيعاً أو إجارة.

ومثال جواز الصلح المذكور، دعواه عرضاً، أو حيواناً، أو طعاماً من قرض؛ فصالحه بدنانير، أو دراهم، أو بهما، أو بعرض، أو طعام، مخالف للمصالح عنه نقداً.

ويمنع الصلح عن الدين بما لا يصح أن يباع به، كصلحه بمؤجل من الدراهم والدنانير أو العرض أو الطعام المخالف، أو بمنافع كسكنى دار أو ركوب دابة؛ لأن الصلح هنا بالمؤجل أو بالمنافع يؤدي إلى فسخ الدين في الدين.

فقوله: عن دين؛ أي: مطلقاً؛ عيناً كان الدين أو غيره، والمصالح به كذلك، إلا أنه لا بد أن يكون مخالفاً للمصالح عنه حتى يسمى صلحاً.

- يجوز الصلح عن ذهب بوزن وعكسه بشرطين: أن يحل المصالح عنه والمصلح به؛ وأن يعجل المصالح به. وإلا لزم الصرف المؤخر. ولم يشترط تعجيل المصالح عنه؛ لأنه تحصيل الحاصل.

وأما الصلح عن ذهب بمثله، وعن فضة بمثلها؛ فلا يشترط الحلول والتعجيل، وذلك كالصلح عن مائة بخمسين. وإنما يشترط كون الصلح عن إقرار أو سكوت، وإلا كان فيه سلف جرّ منفعة، من حيث إن من أجل ما عجل عدّ مسلفاً، وانتفع المدعي بإسقاط اليمين عنه على تقدير لو ردّت عليه من المدعى عليه.

- يجوز الصلح عن عرض معين ادعاه على صاحبه، فأقر أو أنكر أو سكت؛ أو

عن طَعَامٍ مَعِينٍ غَيْرِ الْمُعَاوَضَةِ. ويدخل في العرض المثلي غير الطعام ولو مؤجلاً، كالقطن والحديد ونحوهما مما يكال أو يوزن، وذلك بما يلي:

* بَعَيْنِ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ بَهْمَا، ولو مؤجلاً. فيجوز الصلح عن الجميع بعين حالاً أو مؤجلاً؛ لأن غاية ما فيه بيع معين بثمن لأجل.

* أو بَعْرُضٍ مُخَالَفٍ لِمَا صَوَّلِحَ عَنْهُ، كأن يصلح عن جمل بثوب أو بحمار وعكسه ولو مؤجلاً

* أو بَطْعَامٍ مُخَالَفٍ لِلطَّعَامِ الَّذِي صَوَّلِحَ عَنْهُ؛ كأن يصلح عن إردب قمح بفول، وأما المماثل فهو ذو وفاء للدين. ويشترط هنا في الطعام وهو المصالح به أن يكون نقداً أي: حالاً، لثلاً يلزم النسيئة في الطعام. أما الصلح على غير الطعام كثوب وحيوان بطعام فيجوز نقداً أو مؤجلاً، إذ لا محذور في ذلك.

واحترز بكلمة «غير المعاوضة» المتقدمة من طعام المعاوضة؛ فلا يجوز الصلح عنه بحال لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه.

- يجوز الصلح بمائة دينار ودرهم - مثلاً - عن مائة دينار ومائة درهم؛ لأن المدعي ترك من حقه تسعة وتسعين درهماً. وهذا مثال للصلح على بَعْضِ المدعى به، الذي هو هِبَةٌ للبعض المتروك وإِبْرَاءٌ مِنَ المدعى من ذلك البعض.

وسواء عجل المصالح به أو أجل إن كان عن إقرار. فإن كان عن إنكار جاز إن عجل لا إن أجل، إذ لا يجوز على ظاهر الحكم كما يأتي؛ لأن الصلح على ذلك الوجه يؤدي لسلف من المدعي جرّ نفعاً؛ ووجه ذلك أن المائة دينار والدرهم المأخوذين صلحاً مؤجلان، وتأجيلهما عين السلف منه؛ لأنّ المدعى به حالٌ وقد انتفع هو بسقوط اليمين عليه إن نكل المدعى عليه.

- يجوز الصلح بشيء عَلَى الاقْتِدَاءِ مِنْ يَمِينٍ تَوَجَّهَتْ عَلَى المدعى عليه المنكر، ولو علم براءة نفسه. والدليل على جواز اقتداء اليمين⁽¹⁾:

أ - أنه مروى عن عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، ولا مخالف لهما. فعن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى أنه قال: بلغني أنّ عثمان رضي الله عنه ردّت عليه اليمين على المنبر، فاتقاها وافتدى منها، وقال: «أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال: يمينه»⁽²⁾.

ب - أنّ المدعى عليه لا يخلو أن يكون محققاً في إنكاره أو مبطلاً، فإن كان مبطلاً فقد أحسن إذ لم يحلف على باطل ودفع الحق؛ وإن كان محققاً فقد دفع عن نفسه

(1) الإشراف: 596/2، والمعونة: 1192/2.

(2) أخرجه البيهقي في الشهادات، باب تأكيد اليمين بالمكان.

شَرَّ المدعي وتبذيله إيَّاه، ونزّه نفسه عن اليمين التي تثقل على أهل المروءات والدين، وتستتقي الظنّة إلى المقدم عليها.

وقال ابن هشام الخضراوي: إن علم براءة نفسه وجبت اليمين، ولا يجوز له أن يصلح، لأربعة أمور:

أ - أنّ فيه إذلال نفسه، وقد قال رسول الله ﷺ: «من أذلّ نفسه أذله الله».

ب - أنّ فيه إضاعة المال.

ج - أنّ فيه إغراء للغير.

د - أنّ فيه إطعام ما لا يحلّ.

وقد ردّ عليه بأنّ ترك اليمين وترك الخصام عزّ لا إذلال، وحينئذ فبذل المال فيه ليس إضاعة له لأنّه مصلحة؛ وأمّا إطعام ما لا يحلّ فلا سبيل على المظلوم فيه ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ الآية.

ما لا يجوز في الصلح:

- لا يجوز الصلح بِثَمَانِيَةٍ نقداً عن عَشْرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ؛ لما فيه من «ضع وتعجل». وهذا المثال شامل لكون الدين الذي في الذمّة من عين أو غيره؛ لأنّ «ضع وتعجل» يدخل الجميع.

- لا يجوز عكسه؛ لما فيه من «حطّ الضمان وأزديك». وهذا يظهر فيما إذا كان الدين غير عين وغير طعام وعروض من قرض؛ لأنّ الأجل فيها من حق من هي عليه، فإن دفعها في أي وقت له ذلك، وليس فيه حطّ ضمان عنه، إنما يظهر في الطعام والعروض من قرض، والعين مطلقاً علّة «سلف جرّ نفعاً».

- لا يجوز بدْرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرٍ مُؤَجَّلَةٍ؛ لما فيه من الصرف المؤخّر.

- لا يجوز عكسه، لما فيه من الصرف المؤخّر.

- لا يجوز الصلح على تأخير ما أنكر المدعي عليه؛ كأن يدعى عليه بعشرة حالة، فأنكرها المدعي عليه، ثم صالحه على أن يؤخره بها أو ببعضها إلى شهر مثلاً؛ فإنه لا يجوز على ظاهر الحكم، لما فيه من سلف بمنفعة؛ فالسلف التأخير والمنفعة سقوط اليمين المنقولة على المدعي من المدعي عليه المنكر على تقدير ردها، أو سقوط الحق من أصله إن حلف. وأمّا في باطن الأمر فإن كان الصادق المنكر فالماخوذ منه حرام، وإلا فحلال. وهذا هو الأرجح وهو قول الإمام، ويقابله قول ابن القاسم وأصبغ بالجواز.

وحاصله أنّه يشترط في الصلح على السكوت والإنكار ويدخل فيه الافتداء من اليمين ثلاثة شروط عند الإمام وهو المذهب: أن يجوز على دعوى كلّ من المدعي والمدعى عليه، وعلى ظاهر حكم الشرع بأن لا يكون هناك تهمة فساد. واعتبر ابن

القاسم الشرطين الأولين فقط وهما أن يكون على دعوى المدعي والمدعى عليه، واعتبر أصبغ أمراً واحداً وهو أن لا تتفق دعواهما على الفساد.

مثال المستوفى للثلاثة: أن يدعى عليه بعشرة حالة، فأنكر أو سكت، ثم يصلح عنها بشمانية معجلة أو بعرض حال.

ومثال ما يجوز على دعواهما ويمتنع على ظاهر الحكم الشرعي: أن يدعى عليه بمائة درهم حالة، فيصلحه على أن يؤخره بها إلى أشهر؛ أو على خمسين مؤخرة شهراً؛ فالصلح صحيح على دعوى كل؛ لأن المدعى أخر صاحبه أو أسقط عنه البعض وأخره لشهر، والمدعى عليه افتدى من اليمين بما التزم أداءه عند الأجل ولا يجوز على ظاهر الحكم؛ لأنه سلف بمنفعة، فالسلف التأخير والمنفعة سقوط اليمين المنقلبة على المدعى عند الإنكار، بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه، فيسقط جميع الحق المدعى به، فهذا ممنوع عند الإمام جائر عند ابن القاسم وأصبغ.

ومثال ما يمتنع على دعواهما: أن يدعى عليه بدراهم، ويصلحه بدنانير مؤجلة أو بدراهم أكثر من دراهمه، حكى ابن رشد الاتفاق على فساده، ويفسخ لما فيه من «السلف بزيادة» و«الصرف المؤخر».

ومثال ما يمتنع على دعوى المدعي وحده: أن يدعى عليه بعشرة دنائير فينكرها، ثم يصلحه على مائة درهم إلى أجل، فهذا ممتنع على دعوى المدعي وحده، ل«الصرف المؤخر». ويجوز على إنكار المدعى عليه؛ لأنه إنما صلحه على الافتداء من اليمين الواجبة عليه، وهو ممتنع عند مالك وابن القاسم، وأجازه أصبغ إذا لم تتفق دعواهما على فساد.

ومثال ما يمتنع على دعوى المدعى عليه وحده: أن يدعى بعشرة أرباب قمحاً من قرض، وقال الآخر إنما لك عليّ خمسة من سلم، وأراد أن يصلحه على دراهم ونحوها معجلة، فهذا جائز على دعوى المدعي؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، ويمتنع على دعوى المدعى عليه لعدم جواز بيع طعام السلم قبل قبضه، فهذا ممتنع عند مالك وابن القاسم. ونقل الشيخ الصاوي أن الحق أن الشروط الثلاثة إنما هي معتبرة في الصلح على الإنكار فقط، وأمّا على السكوت فالشرط فيه جوازه على دعوى المدعي، كما هو المرجح في حاشية الشيخ الدسوقي.

- لا يجوز الصلح بمَجْهُولٍ، جنساً أو قدراً أو صفة؛ لأنه بيع وإجارة أو إبراء، فلا بد من تعيين ما صلح به.

وهذا داخل في القسم الأول بأن الصلح على غير المدعى به بيع للمدعى به.

ومما تقدم تعلم أن موانع الصلح سبعة وهي:

المانع الأول: الجهل بالمصالح به والمصالح عليه.

المانع الثاني: قاعدة «حظ الضمان وأزيدك».

المانع الثالث: قاعدة «ضع وتعجل».

المانع الرابع: قاعدة ربا النساء.

المانع الخامس: قاعدة الصرف المؤخر، أو تأخير الصرف.

المانع السادس: قاعدة «سلف جرّ نفعاً».

المانع السابع: قاعدة بيع طعام قبل قبضه.

مصالحة الظالم:

لا يَجِلُّ المصالح به للظالم في الواقع. سواء كان مأخوذاً أو متروكاً. ولو حكم له حاكم يرى حلّه للظالم. والقول بأنّ الصلح جائزٌ إنما هو بالنسبة لظاهر الحال، فالمنكر إن كان صادقاً في إنكاره فما أخذ منه حرام، وإلا فحلال.

نقض الصلح:

ينقض الصلح في الحالات التالية:

- إذا أقرّ الظالم منهما بالحق بعد الصلح، فللمظلوم نقضه لأنه كالمغلوب عليه.

- إذا شَهِدَتْ للمظلوم منهما بَيِّنَةٌ لَمْ يَعْلَمْهَا حال الصلح، وإن كانت حاضرة بالبلد، فله نقضه إن حلف أنه لم يعلم بها، وإلا فلا. وأولى إن أقر أو شهد عليه بعلمه بها، أو كان يعلمها ولكن بَعُدَتْ كثيراً؛ لا إن كانت قريبة أو بعيدة بعداً غير كثير، كعشرة أيام في الأمن، وأشهد عند الصلح أنه إذا حضرت بينته البعيدة يَقُومُ بها؛ فله القيام بها إذا حضرت إذا أعلن ذلك عند الحاكم، بل وَلَوْ لَمْ يُعْلِنْ.

وشهادة البيّنة مقيد بأن يقوم له على الحق شاهدان، فإن قام له شاهد واحد وأراد أن يحلف معه لم يقض له بذلك.

- إذا صالح ووجدَ وَثِيْقَةً بَعَدَ الصلح فيها قدر الدين الذي أنكره المدعى عليه. فحكم الوثيقة حكم البيّنة التي له القيام بها، والفرض أن الوثيقة إما بخط المدعى عليه، أو فيها ختم قاض ثقة، وإن ماتت شهودها أو توقفت شهادة الشهود عليها.

- إذا كان المدعى عليه يُقِرُّ بالحق الذي عليه سراً فَفَقَطْ، وينكر بين الناس في الظاهر، فأشَهِدَ بَيِّنَةٌ على أنه يقر سراً وينكر علانية، فلعله إذا صالحته يقر بعده في العلانية: فاشهدوا لي على أنني لا أرضى أن أقر بذلك الصلح، ثم صالَحَ فأقر علانية فَلَهُ نَقْضُهُ. وتسمى هذه البيّنة بينة الاسترغاء، ولا بد من تقديمها على الصلح وإقرار المنكر بعده كما أشرنا له في التقرير.

ما لا ينقض فيه الصلح:

لا ينقض الصلح في مسألتين هما:

- إنَّ عِلْمَ المدعي بَبَيِّنَتِهِ الشَّاهِدَةِ له بحقه وصالح المدعى عليه المنكر، ولم يُشْهِد حال صلحه أنه يقوم بها إذا حضرت، وذلك إذا كانت بعيدة جداً. وأما القريبة أو البعيدة بعداً متوسطاً فليس له نقضه، أشهد أو لم يشهد؛ لأنه لما علمها وتركها ولم يشهد في البعد كان مسقطاً لبعض حقه.

- إذا قَالَ المدعي: عِنْدِي وَثِيقَةٌ بِالْحَقِّ، فقال له المدعى عليه: اثبت بها وخذ حَقِّكَ الذي فيها، فادَّعَى ضَيَاعَهَا منه، وصَالَحَ؛ فلا ينقض الصلح بعد ذلك إذا وجدها؛ لأنَّ المدعى عليه هنا ليس بمنكر، وإنما طلب الوثيقة ليمحوها أو ليكتب عليها وفاء الحق، فصالحه على إسقاط حقه، فلا قيام له بعد ذلك، بخلاف المسألة الأولى فإنه منكر للحق من أصله، والمدعي إنما صالح لعدم وجود صكه.

الصلح في الإرث:

يجوز صلح بعض الورثة عَن إرثٍ يخصه. وذلك كزَوْجَةِ مات زوجها فاستحقت الربع أو الثمن مِنْ عَرَضٍ وَوَرِقٍ وَذَهَبٍ، فصالحت الابن مثلاً بَدَّهَبٍ فقط أو ورق فقط أو عرض، بشرط حضور ما صالحت منه وكان كما يلي:

* قَدَّرَ مَوْرِثُهَا بوزن من الذهب أو من الورق؛ كصلحها بعشرة دنانير والذهب ثمانون عند الفرع الوارث؛ لأن لها حينئذ ثمناً وهو عشرة؛ أو أربعون عند عدمه؛ لأن لها الربع وهو عشرة.

ويشترط أن يكون الذهب أو الورق حاضراً؛ فإن حضر بعضه وغاب البعض لم يجز. وإنما شرطوا في النوع الذي أخذت منه الحضور لجميعة؛ لأنه لو كان بعضه غائباً لزم النقد بشرط في الغائب. نعم إن أخذت حصتها من الحاضر فقط جاز لإسقاط الغائب.

* أَقَلَّ مما يخصها لجواز ترك بعض الحق.

* أَزِيدَ مما يخصها بدينارٍ فقط مُطْلَقاً؛ أي: قَلَّتِ الدراهم أو العروض أو كثرت، لاجتماع الصرف والبيع في دينار فقط وهو جائز؛ وذلك لأنها لو صالحت بأحد عشر فيما ذكر فعشرة منها في نظير ما يخصها من الذهب، والحادي عشر في نظير ما يخصها من الدراهم والعروض، فقد اجتمع الصرف والبيع في دينار. ويعلم من هذا أنه ليس المراد بقلة الدراهم أن يكون حظها منها قليلاً، بل المراد أن تأخذ في مقابلتها مع العروض ديناراً بحيث يجتمع البيع والصرف فيه.

* أَكْثَرَ من دينارٍ إن قَلَّتِ الدَّرَاهِمُ أو قَلَّتِ العُرُوضُ باعتبار قيمة الدراهم أو التي تَخَصُّهَا عَن صَرْفِ دِينَارٍ وَأَوْلَى إن قَلَّ مَعَاً.

فإن كثراً معاً منع؛ لأنه يؤدي إلى اجتماع بيع وصرف في أكثر من دينار.

ويتحصل أنَّ الصور الجائزة أربع:

- أن تقل الدراهم التي تنوبها عن صرف الدينار.
 - أو تقل قيمة العروض التي ينوبها عن صرفه.
 - أن يقللاً معاً.
 - أن تأخذ عن الدراهم والعروض ديناراً فقط ولو كثيراً.
- وأما صلحهما بالعروض فيجوز مطلقاً - بشرط حضوره كله - كان قدر ما يخصها منه أو أقل أو أكثر.

ولا يجوز الصلح من غير التركة، كأن يصلحها الوارث بمال من عنده مطلقاً؛ أي: كان المصلح به ذهباً أو فضة أو عرضاً، قلّ أو كثر، كانت التركة حاضرة أو غائبة. وعلة عدم الجواز ما فيه من التفاضل بين العينين، العين المدفوعة صلحاً والعين المصلح عنها؛ لأنها باعته حظها من النقدين والعرض بأحد النقدين، ففيه بيع ذهب وفضة وعرض بذهب أو فضة، والقاعدة أنّ العرض إذا كان مصاحباً للعين أعطي حكمه. ويستثنى من ذلك استثناءان:

الاستثناء الأول: أن يصلح بعروض من غيرها بشروط هي:

- إن عُرفَ جميعُ التركة لهما معاً، ليكون الصلح على معلوم.

- إن حَضَرَ الجميع حقيقة في العين، وحضر ولو حكماً في العرض بأن كان قريب الغيبة كيومين مع الأمن في غير العقار، بحيث يجوز النقد فيه بشرط فيكون في حكم الحاضر، وأما العقار فلا يضر شرط النقد فيه ما لم يبعد جداً. وعلة هذا الشرط السلامة من النقد في الغائب بشرط. وفيه أنه لا شرط هنا، فكأنهم جعلوا عقد الصلح على التعجيل شرطاً في المعين.

- إن أقرَّ المَدِينُ بالدين الذي عليه للميت إن وجد مدين، وحَصَرَ عقد الصلح، وكان ممن تأخذه الأحكام، ولا بد من بقية شروط جواز بيع الدين التي هي: أن يكون الثمن نقداً، وأن يكون المدين حاضراً في البلد إن لم يحضر في مجلس البيع، وأن يقر بالدين، وأن يكون ممن تأخذه الأحكام، وأن يباع بغير جنسه أو بجنسه وكان مساوياً، لا أنقص وإلا كان سلفاً بزيادة، ولا أزيد وإلا كان فيه حظ الضمان وأزيدك، وأن لا يكون عيناً بعين، وأن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة، ولا أن يكون يمنع بيعه قبل قبضه كقطع المعاضة؛ فالشروط ثمانية.

الاستثناء الثاني: أن يصلح عن دراهم وعروض تُركاً، بذهبٍ عنده لا من التركة كما هو الموضوع، فيجوز. وذلك كجواز بيع وصرف، فإن كان ما يخصها من الدراهم قليلاً أقل من صرف دينار جاز، وإلا فلا. وكذا إن صالحت عن ذهب وعرض بورق.

يعني أنّ التركة إذا لم يكن فيها إلا دراهم وعروض، ووصلحت الزوجة عما يخصها بذهب من غير التركة، فذلك جائز كجواز اجتماع البيع والصرف. وكذلك

الحكم إذا لم يكن في التركة دراهم، بل ذهباً وعروضاً وصالحها بدراهم.

الصلح في القصاص:

يجوز الصلح عن دم العمد، نفساً أو جرحاً، بما قلَّ من المال وكَثُر؛ لأنَّ العمد لا دية له أصالة. ويجوز الصلح ولو قبل ثبوت الدم.

ولمن له دَيْنٌ محيط على الجاني منع الجاني من الصلح بمال، لما فيه من إتلاف ماله الذي يستحقه رب الدين في دينه، ولأنَّ الغرماء حين عاملوه لم يعاملوه على إتلاف مالهم لصون نفسه من القتل أو القطع قصاصاً، وليس هذا كتزوجه؛ لأنَّ الغرماء عاملوه على ذلك كما عاملوه على الإنفاق على زوجته وأولاده الصغار.

وإنَّ صَلَّحَ أَحَدُ ابْنِي الْقَتِيلِ مِنْ قَتْلِ أَبِيهِمَا مِثْلًا بِقَدْرِ الدِّيَةِ أَوْ أَكْثَرَ، فَلِلْآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ فِيمَا صَلَّحَ جَبْرًا، فَيَأْخُذُ مَا يَنْبُوهُ وَلَوْ صَلَّحَ بِقَلِيلٍ، وَسَقَطَ الْقَتْلُ عَنِ الْقَاتِلِ. وله عدم الدخول معه فله نصيبه من دية عمد، ولا دخول للمصالح معه، وله العفو مجاناً فلا شيء له مع المصالح.

ويشبه في سقوط القتل دعوى أحد الوليين الصلح فانكَّر الجاني، فإنه يسقط القتل. وكذا يسقط المال الذي سَمَّاهُ الْوَلِيُّ إِنْ حَلَفَ الْجَانِي. وإنما سقط القتل والمال لأنَّ دعوى هذا الولي أثبتت أمرين: إقرار على نفسه بأنه لا يقتص منه، وأنه يستحق مالاً على الجاني؛ فيؤخذ بما أقرَّ به على نفسه، ولم يعمل بدعواه على الجاني. وأما غيره من باقي الأولياء إذا لم يوافقه على دعوى الصلح فلهم نصيبهم من دية عمد، أو الصلح بما قلَّ أو كثر، ولا سبيل إلى القتل بحال؛ لأنَّ الحدود تدرأ بالشبهات. فإن نكل الجاني حلف الولي مدعي الصلح وأخذ المال.

ولو وقع الصلح على أن يرتحل القاتل من بلد الأولياء، فقال ابن القاسم: الصلح منتقض، ولصاحب الدم أن يقوم بالقصاص ولو ارتحل الجاني. وقال المغيرة: يجوز، ويحكم على القاتل أن لا يساكنهم أبداً كما شرطوه، وهذا هو المشهور المعمول به، واستحسنه سحنون. وعليه فإن لم يرتحل القاتل أو عاد، وكان الدم ثابتاً، كان لهم القود في العمد، والدية في الخطأ. وإن لم يكن ثابتاً كان لورثة المقتول العود للخصام، ولا يكون الصلح قاطعاً لخصامهم.

الصلح بين أحد الورثة ومدين المورث:

إنَّ صَالِحَ وَارِثٍ - كَأَحَدِ وَلَدَيْنِ - مَدِينًا لِأَبِيهِمَا، عَلَى دَيْنٍ ثَابِتٍ عَلَى ذَلِكَ الْمَدِينِ أَوْ مَنْكَرٍ لَهُ؛ فَلِلْوَلَدِ الْآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ فِيمَا صَلَّحَ بِهِ، وَهُوَ عَدَمُ الدُّخُولِ وَالْمَطَالِبَةِ بِجَمِيعِ مَنَابِهِ، أَوْ الصَّلْحِ بِمَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ.

والحاصل أنَّ أَحَدَ الْوَارِثَيْنِ، سِوَا كَانَا وَلَدَيْنِ أَوْ أَخْوَيْنِ أَوْ عَمِينَ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ،

إذا ادعى بمال على شخص مخالط لمورثه في تجارة أو ودیعة، فأقرّ بذلك أو أنكر، وصالحه عليه، فإنّ للوارث الآخر أن يدخل مع صاحبه فيما صالح به عن نصيبه، وله أن لا يدخل ويطالب بحصته كلّها في حالة الإقرار، وله تركها له، وله المصالحة بأقلّ منها. وأما في حالة الإنكار فإمّا أن يكون له بينة أم لا، فإن كان له بينة أقامها وأخذ حقه، أو تركه، أو صالح بما يراه صواباً؛ وإن لم يكن له بينة فليس على غريمه إلاّ اليمين.

ويشبه هذا في الدخول إذا كان لشريكين حقّ على شخص في كتاب أو لا، فكلّ من قبض شيئاً فلصاحبه الدخول معه فيه؛ إلاّ أن يسافر أحدهما بشخصه للمدين إذا كان ببلد آخر، ويغذّر المسافر لشريكه الذي لم يسافر في السفر معه أو في التوكيل بأن يقول له عند حاكم أو بينة: إني ذاهب لفلان فاخرج معي، أو وكلني، أو وكل غيري على قبض ما عليه لك، فيمتنع من الخروج والتوكيل، فلا يدخل معه فيما قبضه؛ لأن امتناعه قرينة على رضاه باتباع ذمة غريمه. فالمدار هنا على الإعذار وإن لم يوجد سفر، بأن كان المدين حاضراً ببلدهما.

وكذلك لا يدخل معه إذا كان الحق الذي لهما مكتوباً بكتابتين؛ أي: كل واحد منهما كتب حقه الذي يخصه في وثيقة على حدته، فما قبضه أحدهما لا يدخل معه الآخر فيه؛ لأنه حينئذ صار كدينين مستقلين، فتعدد الكتاب يفرق ما كان متحداً، كما أن اتحاد الكتاب يصير المتعدّد متحداً.

وإن صالح أحد الشريكين في مائة مثلاً على مدين على عشرة من خمسينه التي تخصه من المائة، فلآخر ترك العشرة للمصالح واتباع غريمه بخمسينه، أو أخذ خمسة من العشرة ويرجع على الغريم بخمسة وأربعين، ويرجع الآخر على الغريم بخمسة؛ لأنّه لما صالح بعشرة لم تتم له منها إلا خمسة.

ولا رجوع لأحد الشريكين بشيء مما قبضه شريكه إن اختار ما على الغريم وسلم للقبض ما قبضه بصلح أولاً، وإن عديم الغريم أو ما بيده من المال؛ لأنه لما اختار ما على الغريم فكأنه قاسم صاحبه.

وللتوسع في فروع هذا الباب راجع ما ذكره ابن رشد الجد⁽¹⁾ والقرافي⁽²⁾.



(1) المقدمات: 518/2 - 524.

(2) الذخيرة: 335/5 - 370.

الحوالة

لما كانت الحوالة شبيهة بالصلح؛ لأنها تحويل من شيء لشيء آخر، كما أنّ الصلح كذلك، ناسب أن تذكر بعده.

تعريف الحَوَالَة لغة:

الحوالة مأخوذة من التحول، يقال: حَوَّلَ الشيء من مكانه نقله منه إلى مكان آخر، وحَوَّلَ وجهه لَفَتَهُ.

تعريف الحَوَالَة اصطلاحاً:

الحوالة صَرْفُ دَيْنٍ عَن ذِمَّةِ الْمَدِينِ بِمِثْلِهِ إِلَى ذِمَّةِ أُخْرَى تَبَرُّاً بِهَا الْأُولَى.

وذلك كأن يكون لزيد عشرة على عمرو، ولعمرو عشرة على خالد، فيوجه عمرو زيدا بالعشرة التي له عليه على خالد، ويبرأ عمرو مما عليه لزيد.

فمعنى «صَرْفُ دَيْنٍ» أي: نقله وطرحه.

ومعنى «بمثله» أي: بدين مماثل للمطروح قدرأ وصفة؛ كعشرة محمدية في مثلها.

ومعنى «تَبَرُّاً بِهَا» أي: بسبب الحوالة التي هي الصرف المذكور.

حكم الحوالة:

أكثر الفقهاء على أنّ الحوالة رخصة مستثناة من بيع الدين بالدين، كما قال القضاة الثلاثة عبد الوهاب وابن رشد الجند وعياض؛ لأنّ المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه الذي بدينه كان عليه⁽¹⁾. وقيل إنها أصل مستقلّ بنفسه، كما قال الإمام الباجي، فهي عنده ليست من باب الدين بالدين، إذا قلنا إنّها لا تصحّ إلّا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه، وذلك أنّ المحيل تبرأ ذمته بنفس الإحالة، فهي من النقد⁽²⁾. وسيأتي أثر هذا الخلاف في بعض المسائل. والدليل على جوازها⁽³⁾:

(1) المعونة: 2/ 1227، والمقدمات: 2/ 403، والمفهم: 5/ 2792، وبداية المجتهد: 2/ 331، والذخيرة: 9/ 242، وبلغة السالك: 2/ 153.

(2) المنتقى: 5/ 66.

(3) المعونة: 2/ 1227، والمنتقى: 5/ 66، والمقدمات: 2/ 403، والمفهم: 5/ 2792، وبداية المجتهد: 2/ 331، والذخيرة: 9/ 241.

أ - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «مطل⁽¹⁾ الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع»⁽²⁾. ومعنى قوله: «وإذا أتبع أحدكم» أي: إذا أحيل أحدكم. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أمر صاحب الدين إذا أحاله المدين على مليء أن يحتال؛ أي: أن يقبل الحوالة.

ب - القياس على الكفالة بجامع المعروف.

ج - الإجماع على جوازها.

ووجه الجواز أنّ الذي له الدين بالخيار بين أن يحال على غريم غريمه، وبين أن يطلب غريمه ويقول له: اقضني حقي وشأنك بصاحبك⁽³⁾.

أما الأمر في قوله في الحديث: «فليتبّع» فهو خطاب للمحال، وهو محمول على الندب والإرشاد لا الوجوب والإلزام؛ لأنه من المعروف. ويؤكد هذا المحمل ما يلي⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: 2]، والحوالة من البرّ.

ب - قوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لِمَلَأَكُم تَقْلِحُونَ﴾ [الحج: 77]، والحوالة من فعل الخير. ونحو ذلك من الآيات الدالة على الحث على فعل المعروف.

ج - أنّ الطالب صاحب الدين إنّما عامل ذمة المدين ورضي بها ولم يعامل غيرها، فليس عليه أن ينتقل عنها إلّا برضاه، وقد قال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»⁽⁵⁾.

د - أنّ ملك الذمم كملك الأموال، وقد أجمعت الأمة على أنّ الإنسان لا يجبر على المعاوضة بشيء من ملكه بملك غيره، فكذلك بيع الذمم.

هـ - أنّه من باب المعروف والتيسير على المعسر، وبذل المعروف ليس واجباً.

وسواء قال الأصوليون إنّ الأمر المجرد يحمل على الوجوب أو يحمل على الندب، فإنّ هذا الاستدلال يكون مؤكّداً للندب عند من قال: إنّ الأمر على الندب؛ أو يكون ناقلاً للأمر إلى الندب عند من قال: إنّ الأمر على الوجوب⁽⁶⁾.

ولكون الحوالة إنّما تجوز على وجه المعروف، فإنّه إن دخلها وجه من وجوه

(1) المطل منع قضاء ما استحقّ أداءه. وانظر في وجه المناسبة في الحديث بين الأمر بقبول الحوالة وأوّل الحديث: إكمال الإكمال: 439/5.

(2) أخرجه مالك في البيوع، باب جامع الدين والحوال؛ والبخاري في الحوالات، باب إذا أحال على مليء؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني.

(3) المنتقى: 66/5.

(4) المنتقى: 66/5، والمقدمات: 403/2، والمعلم: 285/2، والمفهم: 2792/5، والذخيرة: 241/9، وإكمال الإكمال: 439/5.

(5) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(6) المعلم: 286/2.

المكايسة رجعت إلى الأصل المحرّم المستثناة منه فلم تجز⁽¹⁾

أركان الحوالة

أركان الحوالة خمسة، وهي:

- 1 - مُحيل: وهو من عليه الدين.
- 2 - مُحال: وهو من له الدين.
- 3 - مُحالٌ عليه: وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول أي: الدين الأول.
- 4 - محال به: وهو الدين المماثل.
- 5 - صِيغَةٌ تدلُّ على التحوّل والانتقال؛ ولو بإشارة أو كتابة. فتكفي الإشارة أو الكتابة ولو من غير الأخرس، وهو المأخوذ من كلام ابن عرفة. وقال بعضهم: لا يكفيان إلا من الأخرس.

شروط صحة الحوالة:

1 - رضا المحيل والمحال فَقَطَّ، دون المحال عليه. فلا يشترط رضا المحال عليه على المشهور، بل هي صحيحة رضي أم لا؛ إلا إذا كان بينه وبين المحال عداوة سابقة على وقت الحوالة، فلا تصحّ على المشهور، وهو قول مالك. فإن حدثت العداوة بعد الحوالة منع المحال من اقتضاء الدين من المحال عليه، ووكّل الحاكم من يقتضيه منه لثلاً يبالغ في إيدائه.

ودليل اشتراط رضا المحيل:

أ - قوله ﷺ: «وإذا أتبع أحدكم على مليء»، فاشترط قيام المحيل باتّباع المحال على ثالث؛ أي: اشترط رضاه⁽²⁾.

ب - أنّ في الحوالة إبطال حقّ المحيل الذي في ذمّة المحال عليه، فافتضى اشتراط رضاه⁽³⁾.

ودليل اشتراط رضا المحال، وأن ذلك غير واجب عليه:

أ - أنّ في الحوالة ترتّب حقّ للمحال على ثالث لم يعامله، فافتضى اشتراط رضاه⁽⁴⁾.

ب - أنّ هذا نقل حقّ من ذمّة إلى ذمّة، فلم يجب ذلك بالشرع، أصل ذلك إذا لم يكن له عليه شيء؛ لأنّ الأمر في الحديث في قوله: «فليتبع» محمول على الندب أو الإباحة⁽⁵⁾.

ج - أنّ صاحب الدين رضي بذمّة غريمه دون غيرها، فلا يلزمه الانتقال إلى ذمّة

(2) المنتقى: 67/5.

(1) المقدمات: 404/2.

(4) الذخيرة: 243/9.

(3) الذخيرة: 243/9.

(5) الإشراف: 600/2، والمنتقى: 67/5، وإكمال الإكمال: 439/5.

لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى⁽¹⁾.

ودليل عدم اشتراط رضا المحال عليه⁽²⁾:

أ - قوله ﷺ: «وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» ووجه الاستدلال أن الحديث ذكر المحيل والمحال فقط؛ لأن المحيل هو الذي يتبع المحال الذي له عليه الدين، على المحال عليه الذي له هو عليه مثله، وأمر المحال بقبول الإحالة، ولم يشترط رضا المحال عليه.

ب - القياس على الوكالة، فإنه لا يشترط فيها رضا الموكل عليه.

ج - القياس على سائر الحقوق؛ لأن الحق في الحوالة هو للمالك فله أن يملكه من يشاء كسائر الحقوق.

ووجه اشتراط الإمام مالك عدم وجود عداوة سابقة على وقت الحوالة بين المحال والمحال عليه، أن في إحالة عدوه عليه إضراراً به، وهو لم يعامل على ما يؤذيه ويضر به، فكان من حقه أن يتمتع من ذلك⁽³⁾.

2 - حضور المحال عليه وإقراره على الأرجح. ومقابل هذا القول أنه لا يشترط ذلك، ورجح هذا القول. والأول أرجح. وكلاهما للفقهاء الأندلسيين. والقول الأول مبني على أن الحوالة من قبيل بيع الدين بالدين فيشترط فيها شروطه، من اشتراط الحضور والإقرار، غاية الأمر أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر. وأما القول الثاني فمبني على أنها أصل مستقل بنفسه، فلا يسلك بها مسلك بيع الدين من اشتراط الحضور والإقرار. قال القاضي عبد الوهاب: الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين. وقال الإمام الباجي: ليست مستثناة منه؛ لأننا نشترط حلول الدين المحال به، وثبوت الدين المحال عليه، وإنما هي من باب البيع؛ لأن ذمة المحيل تبرأ بنفس الحوالة⁽⁴⁾.

3 - ثبوت دين للمحيل على ثالث وهو المحال عليه؛ وإلا كانت حمالة إن رضي المحال عليه لا حوالة، وإن وقعت بلفظ الحوالة. ومعنى «كانت حمالة» أي: تحملاً منه على سبيل التبرع. والمراد بثبوت الدين وجوده، لا خصوص الثبوت العرفي بينة أو إقرار، فيكفي في الثبوت تصديق الحال. ودليل اشتراط ثبوت دين للمحيل على المحال عليه: أن حقيقة الحوالة بيع الدين الذي للمحال بالدين الذي للمحيل، ويحول الحق من ذمة إلى ذمة، وذلك يقتضي أن يكون هناك دين تحصل المعاوضة به⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 2/ 1228.

(2) الإشراف: 2/ 600، والمعونة: 2/ 1228، والمنتقى: 5/ 67، والمعلم: 2/ 286، والمفهم:

2792/ 5، والذخيرة: 9/ 243، وإكمال الإكمال: 5/ 440.

(3) المعلم: 2/ 286، وإكمال الإكمال: 5/ 440.

(4) المنتقى: 5/ 66، وإكمال الإكمال: 5/ 440.

(5) المعونة: 2/ 1228، والمنتقى: 5/ 67.

ويشترط في هذا الدين أن يكون لازماً. فيخرج الدين الذي على صبي أو سفيه بغير إذن وليّ، وكذا ثمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه؛ فلا تصح الحوالة عليهما.

4 - ثبوت دين للمحال على المحيل.

فإن عَلِمَ المحال بعدم الدين على المحال عليه، وشَرَطَ المحيل البراءة من الدين الذي عليه صَحَّ وبرئ؛ فلا رجوع له عليه ولو مات المحال عليه أو فلس، وهَيَّ حينئذٍ حَمَالَةً يشترط فيها رضا المحال عليه.

فإن لم يشترط البراءة فله الرجوع عند موته أو فلسه.

فإن لم يرض المحال عليه، حين كانت حمالة، فهل له الرجوع عند شرط البراءة؟ قال بعضهم: الظاهر أنه لا رجوع له لأنه حين أبرأ غريمه سقط تعليقه به. ثم إن رضي المحال عليه لزمه وإلا فلا؛ وهو ظاهر على قول ابن القاسم إنه لا رجوع عند شرط البراءة؛ أي: ولو مات أو فلس.

وأما على قول غيره، وهي رواية أشهب عن مالك، إن له الرجوع إذا مات المحال عليه أو فلس فيظهر الرجوع عند عدم الرضا، والراجع قول ابن القاسم.

5 - حُلُولُ الدين المُحَالِ به فقط، لا حلول الدين المحال عليه. ودليل اشتراط حلول الدين المحال به: أنه إن لم يكن حالاً كان بيع ذمّة بذمّة، فيدخله ما نهى عنه من الدين بالدين، وربما النساء في التقدين؛ أي: ما نهى عنه من بيع الذهب بالذهب، أو الورق بالورق، إلا يداً بيد، إذا كان الدينان ذهباً أو ورقاً، إلا أن يكون الدين الذي ينتقل إليه حالاً، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف، فيجوز ذلك⁽¹⁾. وعدم حصول هذا الشرط يخرج الحوالة من باب الرخصة والمعروف إلى باب البيع والمكايسة، فرجعت إلى الأصل الممنوع كما ذكرنا⁽²⁾.

وهذا الشرط إن تَسَاوَى الدَيْنَانِ، المحال به وعليه، قَدْرًا وَصِفَةً، لا أَقْلَ ولا أَكْثَرَ ولا أَفْضَلَ. فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل، ولا بعشرة محمّدية على عشرة يزيدية، ولا عسكه.

فليس المراد بالتساوي أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه قدرًا وصفة؛ لأنه يجوز أن يحيل بعشرة عليه على عشرة من عشرين على غريمه، وأن يحيل بخمسة من عشرة عليه على خمسة على غريمه.

ووجه اشتراط التساوي المذكور أنه إن كان أَقْلَ أو أَكْثَرَ أو مُخَالَفًا له في الجنس والصفة، لم تكن حوالة، ويصيرها بيعاً على وجه المكايسة، فدخلها ما نهى عنه من الدين

(1) المقدمات: 404/2، والمفهم: 2793/5.

(2) المقدمات: 404/2، وبداية المجتهد: 332/2، والذخيرة: 244/9.

بالدين، وخرجت بذلك عن المعروف ورجعت إلى الأصل الذي استثنيت منه فلم تجز⁽¹⁾.
6 - أن لا يكون الدينان طعامين من بيع، لئلا يلزم بيع الطعام قبل قبضه. فإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جاز إذا حلّ المحال به عند الأصحاب، إلا ابن القاسم فاشتراط حلولهما معاً. وقال ابن رشد: يمنع مطلقاً لوجود العلة وهي بيع طعام المعاوضة قبل قبضه. وأجيب بأن قضاء القرض بطعام البيع جائز كما تقدم.

تحول الحق بالحوالة:

وإذا علمت صحة الحوالة بشروطها الستة المتقدمة، فيتحوّل بمجرد عقدها حقّ المحال على المُحالِ عليه، ولا رجوع له على المحيل، وإن أفسس المحال عليه أو مات أو جحد الحق الذي عليه بعد الحوالة. ودليل عدم رجوع المحال على المحيل إذا صحّت الحوالة، ولو أفسس المحال عليه أو مات أو جحد الحق⁽²⁾:

أ - الحديث المتقدم. وهو مطلق لم يقيد. وفيه أنه ﷺ شرط الملاءة في الحوالة، وذلك يقتضي أنه لا رجوع على المحيل. ولو كان للمحال رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى؛ لأنه لا يخاف تلف دينه بإفلاسه أو موته.

ب - عمل أهل المدينة. فقد قال الإمام مالك إثر ذكر المسألة: «وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽³⁾.

ج - أن هذه حوالة برئت ذمة المحيل بها، فلم يكن للمحال رجوع على المحيل، أصل ذلك إذا لم يتغيّر حاله.

لكن إن علم بذلك المُحيلُ ففَقَطَ دون المحال، فله الرجوع عليه. ودليل الرجوع⁽⁴⁾:

أ - الحديث المتقدم. وفيه أنه ﷺ شرط الملاءة على المحال عليه، فبين أنه غير مليء.

ب - أن إفلاس المحال عليه ونحوه عيب فيما يتعلق بذمته، فإذا دلّس به المحيل كان للمحال الرجوع عليه كسائر العيوب؛ لأنه قد غرّه؛ لأنّ المحال دخل على ذمة سليمة، فإذا خرجت معيبة كان له الرجوع، كما لو دفع الثمن في سلعة على أنها سليمة فخرجت معيبة.

(1) المقدمات: 404/2، والذخيرة: 244/9.

(2) المعونة: 1228/2، والمنتقى: 67/5.

(3) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في الحماله والحوال. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(4) الإشراف: 599/2، والمعونة: 1228/2، والمنتقى: 68/5، وإكمال الإكمال: 440/5.

والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التي تردّ بها السلع وإن لم يعلم بها البائع، من ثلاثة أوجه:

الأول: أنّ العيب في السلعة المبيعة إنما هو عيب في نفس العوض، وفلس المحال عليه إنما هو عيب في محلّ العوض لا في نفس العوض.

الثاني: أنّ الحوالة إنّما هي بمنزلة بيع البراءة، فلا يرجع من العيوب إلّا بما علمه البائع. وعلى هذا التوجيه تجب اليمين على المحيل أنّه ما علم بفلسه ولا غرّ به، على الظاهر من مذهب مالك.

الثالث: أنّ الذمم ممّا لا يعلم ظاهرها، فصارت كالمبيع الذي لا يعلم باطنه، لا يردّ بالعيب إلّا أن يعلم أنّ البائع دّلس به، فعلى هذا لا يمين على المحيل إذا لم يثبت أنّه علم بالفلس، فيرجع المحال عليه، أو يتهم بذلك فيحلف⁽¹⁾.

ولو ادّعى المحال علم المحيل حين الحوالة وأنكر المحيل العلم، حَلَفَ المحيل على نفي العلم إن ظنّ به العلم وبرئ إن كان مثله يظن به العلم. فإن لم يحلف رجع عليه. فإن لم يظن به العلم فلا يمين عليه ولو اتهمه المحال.

والقول بعدم الرجوع على المحيل هو إذا لم يشترط ذلك، فإن شرط المحال على المحيل أنه إن فلس المحال عليه رجع، فعن المغيرة أنّ له شرطه؛ لأنّه شرط سلامة ذمته⁽²⁾، قال ابن رشد: هذا صحيح لا أعلم فيه خلافاً. وقال ابن عرفة: وفيه نظر؛ لأنّ شرطه هذا مناقض لعقد الحوالة، وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أن يفسده.

التنازع في الحوالة:

عند التنازع يكون القَوْلُ للمُحِيلِ يمين، وذلك فيما يلي:

* إن ادّعى عليه المحال نَفْيَ الدَّيْنِ عَنِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، بأن قال له: قد أحلتني على من لا دين لك عليه. فإن حلف برئ ولا رجوع عليه. وهذا إذا مات المحال عليه أو غاب غيبة انقطاع.

* في دعواه الوكالة بأن قال: ما أحلتك وإنما وكلتك أن تقبض ما عليه بطريق الوكالة، وقال المحال: بل أحلتني عليه بما لي عليك، فالقول للمحيل بيمينه.

* في دعواه السَلَفِ بأن قال: أحلتك عليه لتأخذه منه سلفاً في ذمتك، لا حوالة عن دين، ونازعه المحال، فالقول للمحيل بيمينه، هذا قول ابن القاسم في السلف. ويقاس عليه الوكالة، ورجحه البناني. وقال عبد الملك: القول قول المحال وصححه ابن الحاجب ومشى عليه الشيخ خليل، والله أعلم.



الضمان

لَمَّا كَانَ الضَّمَانُ وَالْحَوَالَةَ مُتَشَابِهَيْنِ، لَمَّا بَيْنَهُمَا مِنْ حِمَالَةِ الدِّينِ، نَاسِبٌ أَنْ يَوقَعَ عَاقِبَهَا.

تعريف الضَّمان لغة:

هو الحفظ. من ضمن يضمن فهو ضامن. ويسمى بعدة أسماء، هي:

- الحِمالة: من حمل يحمل حِمالة فهو حَمِيل. قال تعالى: ﴿وَلَيْنَ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جَمَلِهَا لَا يُحْمَلُ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُلُوبٍ﴾ [فاطر: 18].

- الكِفالة: من كفل يكفل كِفالة فهو كَفِيل. قال تعالى: ﴿وَقَدْ جَعَلْنَا اللَّهُ عَلَيْكُمْ كِفَالًا﴾ [النحل: 91]، والكفيل الضامن⁽¹⁾.

- الزُعامة، من زعم يزعم زُعامة فهو زَعِيم، قال تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]، وقال تعالى: ﴿سَأَلْتُهُمْ أَمَّا بَيْنَكَ وَمَا بَيْنَهُمْ﴾ [القلم: 40] والزعيم في الآيتين الكفيل⁽²⁾، وقال النبي ﷺ: «وكان زعيم القوم أردلهم»⁽³⁾. أي: من يتحمل الكلام عنهم ويقدم فيه دونهم وينوب فيه منابهم.

- الأذانة: من أذن يأذن أذانة - بالفتح والتحريك -، فهو أذِين. وهو الإعلام لأن الكفيل يعلم أن الحق قبله، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْذَنُ رِبِّكَ لِيُبَعِثَنَّ عَلَيْهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ الْآزِمَةِ مَن يَسُوهُمْ سُوءَ الْعَذَابِ﴾ [الأعراف: 167]؛ أي: وإذا أعلم ربك⁽⁴⁾.

أو أن الأذانة بمعنى الإيجاب لأنه أوجب الحق على نفسه. وهذا يعود إلى معنى

(1) المقدمات: 374/2، والتحرير والتنوير: 263/14.

(2) المقدمات: 373/2، والتحرير والتنوير: 29/13 و29/29.

(3) عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا فعلت أمتي خمس عشرة خصلة حل بها البلاء، فقيل: وما هن يا رسول الله، قال: «إذا كان المغنم دولاً، والأمانة مغنماً، والزكاة مغرمًا، وأطاع الرجل زوجته، وعق أمه، وبر صديقه، وجفا أباه، وارتفعت الأصوات في المساجد، وكان زعيم القوم أردلهم، وأكرم الرجل مخافة شره، وشربت الخمر، ولبس الحرير، واتخذت القينات والمعازف، ولعن آخر هذه الأمة أولها فليرتقبوا عند ذلك ربحاً حمراء أو خسفاً ومسحاً». أخرجه الترمذي في الفتن، باب ما جاء في علامات حلول المسخ والخسف. قال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه.

(4) المقدمات: 375/2، والتحرير والتنوير: 154/9.

الإعلام، الذي لا يكون إلا بمعلوم متيقن حاصل، لا يصح أن يوجد بخلافه، فكان قول الرجل: أنا أدين بما لفلان على فلان، إيجاباً منه على نفسه أداء المال إليه، إذ لا يستعمل ذلك اللفظ إلا في الواجب المتيقن الذي لا يصح أن يكون الأمر بخلافه⁽¹⁾.

- القبالة: من قبل يقبل قبالة فهو قبيل، وهو قوة في استيفاء الحق. قال تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا﴾ [الإسراء: 92] أي: كفيلاً⁽²⁾. وأصل كل ذلك من الحفظ والحياطة⁽³⁾.

تعريف الضمان اصطلاحاً:

التزام مكلف غير سفيه، ديناً على غيره، أو طلبه من عليه لمن هو له، بما يدلّ عليه. فمعنى «التزامُ مُكَلَّفٍ» أي: ذكراً أو أنثى، لا صبي ومكره ومجنون. وما يقع من الصبيّ والمجنون والسفيه فاسد يجب رده، وليس للولي إجازته. ولا فرق بين كون المكلف مسلماً أو كافراً. وهذا هو الضامن.

ومعنى «غَيْرِ سَفِيهِ» أي: فلا يصح من سفيه. وقوله: «دَيْنًا» معمول التزام المضاف لفاعله. وهذا هو المضمون به أي: اللازم أو الآيل إلى اللزوم الذي يمكن استيفاؤه من ضامنه. ومعنى «على غَيْرِهِ» أي: كائناً على غيره. وهذا ضمان المال.

وقوله: «أَوْ طَلَبُهُ» أي: المكلف المذكور، وقوله: «من عليه لمن هو له» أي: مَنْ عَلَيْهِ الدين لِمَنْ الدين له. والمعنى التزام مكلف مطالبته شخصاً عليه الدين لمن الدين له. ف«من عليه» هو المضمون وهو من عليه الدين اللازم أو الآيل إلى اللزوم الذي يمكن استيفاؤه من ضامنه. و«المن هو له» هو المضمون له وهو من له الدين المذكور.

وهذا لضمان الوجه والطلب. سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين، وهو ضمان الوجه؛ أو مجرداً عن ذلك، وهو ضمان الطلب لأنه تفتيش لا غير. فشمّل التعريف أنواعه الثلاثة. و«أو» فيه للتنويع لا للشك.

وقوله: «بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ» أي: على الالتزام المذكور من صيغة لفظية؛ كأننا ضامن، أو ضمانه عليّ، أو غيرها كإشارة مفهومة أو كتابة.

حكم الضمان:

الضمان جائز في الشرع. وهو من المعروف، وهو لازم للضامن⁽⁴⁾. ودليل الجواز:

(1) المقدمات: 375/2.

(2) المقدمات: 375/2، والذخيرة: 190/9، والمعجم الوسيط: 713.

(3) الذخيرة: 190/9.

(4) المعونة: 1230/2، والمقدمات: 376/2.

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]. ووجه الاستدلال أن الآية نص في جواز الكفالة، وهو من كلام نبي فلا يكون إلا شرعاً، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ⁽¹⁾. وهي في الكفالة بالمال كما يأتي في النوع الأول من أنواع الضمان. إلا أن الشيخ ابن عاشور لم ير أن تكون الآية دليلاً على مشروعية الكفالة؛ لأن يوسف عليه السلام لم يكن يومئذ ذا شرع، ولو قدر أنه كان يومئذ نبياً فلا يثبت أنه رسول بشرع، إذ لم يثبت أنه بعث إلى قوم فرعون، ولم يكن ليوسف عليه السلام أتباع في مصر قبل ورود أبيه وإخوته وأهلهم، فالقول بأن الآية أصل لمشروعية الكفالة مأخذ ضعيف⁽²⁾.

ب - عن أبي أمامة الباهلي، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الزعيم غارم»⁽³⁾.

ج - عن قبيصة بن المخارق قال: حملت حمالة، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته فيها، فقال: «أقم حتى تأتينا الصدقة، فإذا أن حملها وإما أن نعينك فيها» وقال: «إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: لرجل تحمّل حمالة قوم فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك؛ ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فيسأل فيها حتى يصيب قواماً من عيش أو سداداً من عيش ثم يمسك؛ ورجل أصابته فاقة فيسأل حتى يصيب قواماً من عيش أو سداداً من عيش ثم يمسك؛ وما سوى ذلك من المسائل سحتاً يا قبيصة يأكله صاحبه سحتاً»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم أجاز المسألة لمن تحمّل بحمالة، وذلك دليل على جواز الحمالة ولزومها ووجوبها عليه⁽⁵⁾.

د - القياس على العارية والقرض وغيرهما؛ لأنه من المعروف⁽⁶⁾.

هـ - الإجماع. فلا خلاف بين الأمة في جوازها، وإن اختلفوا في كثير من شروطها وأحكامها⁽⁷⁾.

أركان الضمان:

قد تضمن التعريف أركان الضمان، وهي خمسة:

- 1 - ضامن.
- 2 - ومضمون.
- 3 - ومضمون له.

(1) المتقى: 80/6، وأحكام القرآن: 1096/3، والذخيرة: 190/9.

(2) التحرير والتنوير: 28/13.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة؛ وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة.

(4) أخرجه أحمد في مسنده.

(5) المقدمات: 376/2.

(6) الذخيرة: 191/9.

(7) المقدمات: 376/2، والذخيرة: 191/9.

4 - ومضمون به وهو الدين .

5 - وصيغة .

أنواع الضمان:

تضمن التعريف أنواع الضمان، وهي ثلاثة:

1 - ضمان المال .

2 - ضمان الوجه .

3 - ضمان الطلب .

النوع الأول: ضمان المال:

الشرط المطلوب في الدين:

شَرَطُ الدَّيْنِ أَنْ يَكُونَ لَازِمًا لِلْمُضْمُونِ فِي الْحَالِ بَلْ أَوْ فِي الْمَالِ؛ أَي: المستقبل. وذلك كَجُعَلٍ فَإِنَّهُ قَدْ يُوَوَّلُ لِلزُّومِ، كَمَا لَوْ قَالَ شَخْصٌ لآخِرٍ: إِنْ أَتَيْتَ لِي بِحَيَوَانِي الشَّارِدِ مِثْلًا فَلَكَ دِينَارٌ، فَيَصِحُّ ضَمَانُ الْقَائِلِ. فَإِنْ أَتَى الْمُخَاطَبُ بِالْحَيَوَانِ لَزِمَ الضَّامِنُ الدِّينَارَ إِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ رَبُّ الْحَيَوَانِ لِلْعَامِلِ.

وكذا قوله: دايِن فلاناً وأنا أضمنه، أو: إِنْ ثَبِتَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَأَنَا ضَامِنٌ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الضَّامِنَ فِيمَا ثَبِتَ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ. وَهَذَا مَبْنِي فِي الزُّومِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصُولٍ: الْأَوَّلُ: أَنَّ ضَمَانَ الْحَقِّ قَبْلَ وَجُوبِهِ جَائِزٌ؛ وَالثَّانِي: أَنَّ ضَمَانَ الْمَجْهُولِ جَائِزٌ؛ وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الإِطْلَاقَ فِي ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى الْعَادَةِ دُونَ مَا يَخْرُجُ عَنْهَا⁽¹⁾.

وأما إذا قال: دايِن فلاناً أو بع له أو عامله، فإنه ثقة مأمون، ولم يقل فأنا ضامن له؛ فلا يلزم ذلك القائل شيء، ولو ظهر أن القائل يعلم أنه غير ثقة وأنه غير مأمون؛ لأنه غرور قولي.

لزوم الضمان وممن يلزم:

يلزم الضمان من هو أهل للتبرُّع، وهو الرشيد كما يؤخذ من التعريف؛ فلا يلزم سفياً ولا صيباً ولا مجنوناً ولا مكرهاً. ودليل لزوم الضمان المتكفل به⁽²⁾:

أ - عن جابر قال: توفي رجل فغسلناه وكفناه، ثم أتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه، فتخطى خطى ثم قال: «عليه دين؟» قلنا: نعم ديناران. قال: فانصرف فتحملهما أبو قتادة. فأتينا فقال أبو قتادة رضى الله تعالى عنه: الديناران علي. فقال النبي ﷺ: «حق الغريم وبريء منهما الميت». قال: نعم. قال: فصلى عليه. فقال بعد ذلك بيوم: «ما

(1) المعونة: 1234/2.

(2) المقدمات: 378/2، والذخيرة: 208/9.

فعل الديناران؟» فقال: إنما مات أمس. فعاد عليه كالغد، فقال: قد قضيتهما. فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت عليه جلده»⁽¹⁾ ووجه الاستدلال أنّ المتكفل بدفع الدين عن الميت لزمه ذلك، فلذلك طولب بالأداء عنه. على أنّ امتناع النبي ﷺ من الصلاة على المدين كان في صدر الإسلام، ثم نسخ كما بيّناه في باب الفليس. أما حكم الضمان عن الميت فلم ينسخ.

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽²⁾.

ويدخل ضمان المريض والزوجة بقدر ثلث ما لهما فيلزمهما. فإن زاد على الثلث لم يلزمهما، بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج. ودليل جواز ضمان المرض والزوجة: القياس على الهبة؛ لأنه معروف فكان في الثلث كالهبة⁽³⁾.

ووجه اشتراط الثلث في ضمان المريض والزوجة أنّ الضمان تبرّع، لا يجوز لهما تجاوز الثلث فيه⁽⁴⁾.

ومحلّ التوقف بالنسبة للزوجة ما لم يكن ضمانها لزوجها في زائد الثلث، وإلا فلا يتوقف على إجازته. قال الإمام الباجي: لها الكفالة لزوجها بجميع مالها. أي: وليس له ردّ الزائد على الثلث كما تقدم في الحجر. وفي المدونة: إن ادعت أنه أكرهها في كفالتها فعليها البيّنة.

ما يجوز في الضمان:

- 1 - يجوز ضَمَانُ الضَّامِنِ ولو تسلسل. ويلزمه ما يلزم الضامن الأصلي.
- 2 - يجوز قول الضامن: دَائِنٌ فُلَانًا وأنا ضامن. ولزِمَ الضمانَ فِيمَا ثَبَتَ أَنَّهُ دَائِنُهُ، إِنْ كَانَ مَا ثَبَتَ مِمَّا يُعَامَلُ بِهِ مِثْلَهُ، لَا إِنْ لَمْ يَثْبِتْ، وَلَا إِنْ عَامَلَهُ بِشَيْءٍ لَا يَعَامَلُ بِهِ مِثْلَهُ عَلَى أَرْجَحِ التَّأْوِيلِينَ.
- وله أي: لمن قال: دايِن فُلَانًا وأنا ضامن، الرَّجُوعُ عَنِ الضَّمَانِ قَبْلَ الْمُعَامَلَةِ لَا بَعْدَهَا، بِخِلَافِ قَوْلِهِ لِمَدْعٍ عَلَى رَجُلٍ: أَحْلِفْ إِنَّ لَكَ عَلَيْهِ حَقًّا وَأَنَا أَضْمَنُ، فَلَيْسَ لَهُ رَجُوعٌ وَلَوْ قَبْلَ حَلْفِهِ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ كَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ حَلَفْتَ ضَمَمْتَهُ، فَمَتَى حَلَفَ لَزِمَهُ وَلَيْسَ لَهُ رَجُوعٌ قَبْلَهَا.
- 3 - يجوز الضمان بغيرِ إذْنِ المضمونِ له، فلا يشترط إذنه. والدليل⁽⁵⁾: القياس

(1) أخرجه أحمد في مسنده: 330/3، والبيهقي في الضمان، باب لا ينقل الحق.

(2) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(3) المتفق: 85/6.

(4) المتفق: 85/6، والذخيرة: 192/9.

(5) الذخيرة: 200/9.

على الشهادة؛ لأن الضمان وثيقة فلا يشترط فيها رضا المتنتفع بها في انعقادها كالشهادة.

4 - يجوز الضمان بغير إذن المضمون، فلا يشترط إذنه. كما يكون الضمان لازماً للضامن ولو لم يأذن المضمون. والدليل⁽¹⁾: حديث جابر المتقدم. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل ضمان أبي قتادة عن الميت لازماً وماضياً وجائزاً بغير إذن المضمون، ولو كان إذنه شرطاً في جواز الضمان لما أقر النبي ﷺ ضمان أبي قتادة عن الميت.

كما يجوز لإنسان أن يؤدي ما على مدين من الدين بغير إذنه رفقاً به. وحيث أدى رفقاً به لزم رب الدين قبوله، ولا كلام له ولا للمدين إذا كان الطالب له أحدهما، فإن امتنع معاً لم يلزم رب الدين القبول.

وأما إذا كان الضمان الواقع بغير إذن المضمون لأجل العنت والضرر به لعداوة بينهما، فلا يجوز ويرد ما آذاه عنه عتاً وضرراً. وليس للمؤذي مطالبة على المدين، بل يجب منعه عن مطالبته قهراً عنه.

وكذا يمنع شراء دين من ربه عتاً بالمدين، ويرد الشراء عتاً إن علم بائعه بأن المشتري قصد العنت، فلا بد من علمهما لدخولهما على الفساد. فإن فات الثمن بيد بائعه رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان مقوماً.

فإن تعذر الرد - في المسألتين - بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ودفعه للمشتري عتاً ومنعه من التسلط عليه.

وإن لم يعلم رب الدين بقصد العنت، فلا رد ولا فساد للبيع، لعذره بالجهل، وعليه أن يوكل من يتعاطى الدين من المدين.

وإن ادعى مدع على غائب بدين فضمنه إنسان فيما ادعى به، ثم حضر الغائب وأنكر، فلا يلزم الضامن شيء. ومثل ذلك لو قال شخص لمدع على منكر: إن لم أنك به لغد فأنا ضامن، ولم يأت به؛ لأنه وعد وهو لا يقضى به. وهذا ما لم يثبت حقه بيينة في المسألتين، وآلا لزم الضامن إن لم يأت به. وهل يلزم الضامن إن ثبت بإقرار المدعى عليه، تأويلان لما في المدونة في المسألة الثانية، وأما الأولى فأقراره لا يوجب على الضامن شيئاً. وقال الشيخ البنانى: الخلاف في المسألتين، ومحل التأويلين إن أقر بعد الضمان وهو معسر، وآلا لزمته الحماله قطعاً. وكذلك لا يلزم الحق من قال لمدع عليه: أجلي اليوم، فإن لم أوفك غدأ فالذي تدعيه عليّ حق ولم يوفه. وإنما لم يجعل إقراراً لأن قوله: فالذي تدعيه حق، أبطل كونه إقراراً.

5 - يجوز الضمان بالمال المجهول. والدليل⁽²⁾:

(1) المقدمات: 378/2، والذخيرة: 201/9.

(2) الإشراف: 602/2، والمعونة: 1232/2، والمقدمات: 376/2، وأحكام ابن العربي: 1098/3.

- أ - حديث قبيصة المتقدم. ووجه الاستدلال منه أنه لم يذكر قدر الحماله التي تحمّل بها ولا مبلغها، ولم يسأله النبي ﷺ عن ذلك، بل تحمّلها عنه من مال الصدقة.
- ب - حديث جابر المتقدم. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ أبا قتادة على الضمان، ولم يسأله عن مقدار المال.
- ج - عن أبي أمامة الباهلي، أنّ النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم»⁽¹⁾. وهو عام في جواز الضمان في المعلوم والمجهول.
- د - القياس على الهبة؛ لأن الضمان معروف وإرفاق، فجاز في المعلوم والمجهول.
- هـ - القياس على النذر؛ لأنه تطوع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف، فجاز كالنذر.

6 - يجوز الضمان عن الميت وإن لم يترك وفاء، والدليل⁽²⁾:

- أ - حديث جابر المتقدم. ووجه الاستدلال أنّ الضمان عن الميت بما عليه لو لم يكن جائزاً لما صلّى عليه النبي ﷺ بعد تحمّل أبي قتادة عنه، ومعلوم أنّ هذا الميت لم يترك وفاء بالدين، إذ لو كان له وفاء لما كان لامتناع النبي ﷺ من الصلاة عليه وجه.
- ب - عن أبي أمامة الباهلي، أنّ النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم»، وهو عام في كلّ زعيم حمل عن حيّ أو عن ميت، ترك الميت وفاء بدينه أو لم يترك.
- ج - القياس على دين الحيّ؛ لأنّ كلّ دين لو كان فيه وفاء صحّ ضمانه، فكذلك يصحّ وإن لم يكن فيه وفاء، كدين الحيّ.
- د - أنّ الدين لا يسقط بالموت، ولو سقط بالموت عن ذمّة من هو عليه لرجع سقوطه عن ذمّة الضامن عنه حال حياته.

ولا رجوع للضامن عن الميت بما ضمن به إذا طرأ مال للميت، والدليل: أنّ الدين - في الحديث - لو لم يسقط عن الميت ويتحوّل إلى الذي آذاه عنه لما برد جلده بالأداء عنه؛ لبقاء الدين عليه⁽³⁾.

7 - تجوز الحماله عن المفلس. والدليل: القياس على الميت بطريق الأولى⁽⁴⁾.

عدم براءة ذمّة المدين إلاّ بالأداء:

لا تبرأ ذمّة المدين بوجود الضمان على الضامن ولزومه عليه، وإنّما تبرأ بأداء

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أنّ العارية موداة؛ وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة.

(2) الإشراف: 2/ 602، والمنتقى: 6/ 84، والمقدمات: 2/ 378، وبداية المجتهد: 2/ 330، والذخيرة: 9/ 204.

(3) المقدمات: 2/ 378.

(4) الذخيرة: 9/ 206.

الدين منه أو من الضامن، والدليل⁽¹⁾:

أ - حديث جابر المتقدم. ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ: «الآن بردت عليه جلده» كان بعد أن أدى أبو قتادة الدين عن الميت في اليوم الثاني، ما يدل على أن الميت لم تبرأ ذمته بتحمّل أبي قتادة دينه الذي عليه حتى آذاه عنه.

ب - عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»⁽²⁾.

ج - القياس على الرهن والإشهاد؛ لأنه وثيقة بحق فلم يبرأ بهما من عليه الحق كالرهن والإشهاد.

د - أن الضمان مأخوذ من الضمن، وهو شغل ذمة أخرى بالحق، وهو على خلاف حوالة التي هي مأخوذة من تحوّل الحق من ذمة إلى أخرى.

رجوع الضامن على المدين بما أدى عنه:

يرجع الضامن على المدين المضمون بما أدى عنه، سواء كان بإذنه أو بغير إذنه، والدليل على الرجوع إذا كان الضمان بغير إذن: القياس على الإذن؛ لأنه قضى عن المدين ديناً كان يلزمه قضاؤه ويصح استنابته فيه معتقداً الرجوع به، فكان له الرجوع عليه به، أصله إذا كان بإذنه⁽³⁾.

ويكون الرجوع بما أدى عنه ولو مقوماً؛ لأنه كالمسلف يرجع بمثل ما أدى حتى في المقوم، لا بقيمته حيث كان من جنس الدين، إن ثبت الدفْع منه لرب الدين بيينة أو إقرار رب الدين، لا بإقرار المضمون. وهذا كما لو كان الدين خمسة أثواب، فأذاها الضامن أثواباً، فيرجع بمثلها لا بقيمتها. وأما إن كان من غير جنس الدين، فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الأثواب.

وجملة «ولو مقوماً» ردّ على من قال يخير - إذا دفع الضامن مقوماً من جنس الدين - بين دفع مثل المقوم أو قيمته. ومحلّ الخلاف إذا لم يكن الضامن اشترى ذلك المقوم، وإلا رجع بثمنه اتفاقاً، كما قال ابن رشد، ما لم يحاب وإلا لم يرجع بالزيادة.

ويجوز للضامن صلح رب الدين بما جاز للمدين أن يصلح به رب الدين، سواء صلح بمثلي أو بمقوم؛ فما جاز للغريم أن يدفعه عوضاً عما عليه من الدين جاز للضامن دفعه له، وما لا فلا.

(1) الإشراف: 601/2، والمعونة: 1231/2، والتمتقى: 82/6، والمقدمات: 378/2.

(2) أخرجه الترمذي في الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «نفس المؤمن معلقة»؛ وابن ماجه في الصدقات، باب التشديد في الدين.

(3) الإشراف: 601/2.

فيجوز الصلح بعد الأجل عن دنانير جيدة بأدنى منها؛ لأنه حسن قضاء؛ ويجوز عكسه أي: الصلح بعد الأجل عن دنانير رديئة بجيدة، كما يجوز بأقل؛ لأنه حسن أداء. لكن لا يجوز قبل الأجل؛ لأن المصالحة قبل الأجل بأدنى أو أقل فيها «ضع وتعجل»، وبأجود أو أكثر فيها «سلف جرّ نفعاً».

ومثل الدنانير في عدم الجواز قبل الأجل بالأدنى أو الأقل وبالأجود الطعام والعروض من سلم؛ لما في الأدنى والأقل من «ضع وتعجل»، وفي الأجود من «حظ الضمان وأزيدك».

ويستثنى مسألتان:

الأولى: الصلح عن دنانير حالة بدراهم حالة، وعكسه أي: عن دراهم حالة بدنانير حالة.

الثانية: الصلح بعد الأجل عن طعام سلم بأدنى أو أجود. فيجوز للمدين في المسألتين لا للضامن.

ووجه الجواز للمدين لأنه صرف ما في الذمة في المسألة الأولى؛ وحسن قضاء أو اقتضاء في الثانية. وهذا المعنى لا يتأتى في الضامن.

ووجه عدم الجواز للضامن في المسألة الأولى، ما فيه من تأخير الصرف بين الضامن والمضمون عند دفع الضامن؛ أي: إنه يدفع الدراهم لرب الدين ويطلب الدنانير من المضمون بعد ذلك وعكسه، وهذا هو الصرف المؤخر بعينه. وفي المسألة الثانية ما فيه من بيع طعام المعاوضة قبل قبضه؛ لأن رب الدين ترك طعامه الذي على المدين في نظير طعام مخالف يأخذه من الضامن قبل أن يقبض طعامه الذي على المدين، وهذا هو بيع الطعام قبل قبضه.

ويرجع الضامن - إذا صالح رب الدين - على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به، حيث كان مقوماً عن عين؛ كما لو صالح بثوب أو عبد عن دنانير أو دراهم؛ فإن صالح عنها بمثلي رجع بالأقل من الدين أو مثل المثلي، فإن صالح بأجود أو أدنى حيث جاز رجع بالأدنى.

ولو صالح بأقل من الدين رجع به، وبأكثر رجع بالدين. ولو صالح بمقوم عن مقوم غير جنسه رجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به بناء على القول بجواز ذلك، ويظهر من كلامهم أنه الراجح. وما ذكرناه من أنه إن صالح عنها بمثلي إلخ، فإنه مبني على القول بالجواز وهو ما في الكفالة من المدونة كما ذكره ابن عرفة.

مطالبة المدين بالدين قبل مطالبة الضامن به:

ليس لرب الدين مطالبة الضامن به، إن تيسر لرب الدين الأخذ من مال المدين، بأن كان موسراً غير مُلد ولا ظالم، وهذا هو الذي رجع إليه مالك بعد قوله: رب الدين

مخبر في طلب أيهما شاء. والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل بفاس، وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق، ودليل القول المرجوع عنه⁽¹⁾:

أ - حديث: «الزعيم غارم». ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يفرق في اقتضاء الدين من الضامن بين كون المضمون موسراً أو غير موسر.

ب - حديث قبيصة المتقدم. ووجه الاستدلال منه أن ظاهره على ذلك، إذ أباح رسول الله ﷺ المسألة المحرمة بنفس الحمالة، ولم يعتبر حال المدين المتحمل عنه.

ج - القياس على حال يسار المضمون؛ لأن الحق متعلق بذمة الضامن في حال عسر المضمون، فوجب أن يكون متعلقاً بذمته في حال يسر المضمون.

د - أن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق، على الوجه الذي كانت ذمة الغريم المضمون مشغولة به، فإذا كان لصاحب المال مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الضامن.

ودليل القول الذي رجع إليه الإمام، وهو أن التبذئة بالذي عليه الحق أولى، إلا أن يكون معدماً فإنه يؤخذ من الضامن⁽²⁾:

أ - القياس على الرهن؛ لأنه وثيقة بالحق فلم ينتقل إلى الضامن إلا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن.

ب - أن العادة في الضمان إنما جعل لحفظ المال من الهلاك، ولم يوضع لتسوية الضامن بالغريم المضمون في أصل المطالبة، فإذا كان ذلك كذلك لم تجز المطالبة إلا على الوجه الذي دخل عليه الضامن في العادة. وهذا التعليل ذكره القاضي عبد الوهاب عن الإمام أحمد بن المعدل.

ويأخذ رب الدين دينه من مال المدين إن تيسر، ولو كان المدين غائباً حيث كان الدين ثابتاً، ومال المدين حاضراً يمكن الأخذ منه بلا مشقة.

ولكن إن اشترط رب الدين عند الضمان أخذ أيهما شاء، أو اشترط تقديم الضامن في الأخذ عن المدين، أو ضمّن الضامن المدين في الحالات الست وهي: الحياة، والموت، والحضور، والغيبة، واليسر، والعسر؛ فله مطالبته ولو تيسر الأخذ من مال الغريم. وهذا هو المعتمد، وهو ما في وثائق أبي القاسم الجزيري وغيره، خلافاً لابن الحاجب من أن الضامن لا يطالب إذا حضر الغريم مليئاً مطلقاً.

ويكون القول للضامن عند التنازع في ملاء المدين وعدمه؛ فلا مطالبة لرب الدين على الضامن؛ لأن القول قوله في ملاء المدين المضمون؛ ولا على المدين لأن رب

(1) المعونة: 2/ 1233، المتقى: 6/ 86، والمقدمات: 2/ 376، وبداية المجتهد: 2/ 329.

(2) المعونة: 2/ 1233، المتقى: 6/ 86، والجامع لأحكام القرآن: 9/ 233.

الدين مقر بعدهم. والذي قال سحنون واستظهره ابن رشد أن القول للطالب فله مطالبة الحميل ما لم يثبت ملاء الغريم وتيسر الأخذ منه قال الميطي: وبه العمل؛ أي: فيكون هو الراجع وإن استظهر الشيخ خليل في التوضيح أن القول للحميل.

وللضامن أن يطلب من رب الحق تخليصه من ربة الضمان، بأن يقول له إذا حلّ الأجل ولو بموت المدين: إما أن تطلب حقك من مدينتك أو تسقط عني الضمان. وله أيضاً أن يطلب المدين بدفع الدين عند حلول الأجل لا قبله. وهذا راجع للمسألتين، إذ قبل حلول الأجل لا مطالبة له على واحد منهما.

وليس للضامن مطالبة الغريم بتسليم المال إليه ليوصله إلى ربه، وليس على الغريم دفعه له. ووجه ذلك أن الضامن ليس بوكيل على القبض، ولا مأذون له فيه، وإنما له أن يطالب المضمون بما تبرأ ذمته به، وهو إيصال الدين إلى مستحقه⁽¹⁾.

فإن اقتضى الضامن من الغريم المال ليوصله لربه، سواء طلبه منه أو دفعه له الغريم بلا طلب لكن على وجه البراءة منه لا على وجه الإرسال الآتي ذكره؛ فإنه يضمنه ولو تلف منه بغير تفريط فيما لا يغاب عليه، أو قامت على هلاكه بينة فيما يغاب عليه؛ لأنه متعدّد بقبضه بغير إذن ربه، فهو ليس كضمان الرهان بل هو كضمان التعدي. وحيث قبضة على وجه الاقتضاء بغير إذن ربه كان لربه غريمان يطلب أيهما شاء.

لكن إن أرسله المدين به إلى رب الدين فضاع منه، فلا ضمان حيث لم يفرط، كان مما يغاب عليه أم لا؛ لأنه صار أميناً بالإرسال. ومثل الإرسال لو دفعه له على وجه التوكيل عنه في توصيله لربه، أو هو إرسال حكماً فلا ضمان على الضامن.

فإن تنازعا، فقال الغريم: قبضته مني اقتضاء، وقال الضامن: بل رسالة أو توكيلاً، فالقول للغريم. وكذا لو أثبهم الأمر، كما لو مات الضامن أو غاب.

تعجيل الدين في الضمان بالموت:

يعجل الدين في الضمان بموت الضامن قبل الأجل. ويكون الدفع من تركته إن كان له تركة. ووجه دفع الدين من تركة الضامن أن سببه تقدّم في حياة الضامن قبل وفاته⁽²⁾. ثم يرجع ورثة الضامن على الغريم بعد الأجل أو بعد موت الغريم، والرجوع يكون على تركته إن ترك ما يؤخذ منه الدين، وإلا بأن مات الغريم وهو معسر سقط ما عليه، وضاع على ورثة الضامن. وهذا مخرّج على القول بأن صاحب المال مخير في أن يطالب أيهما شاء، الضامن أو المضمون⁽³⁾.

ولو مات المدين - الغريم - فإن الحق يعجل أيضاً من تركته. فإن لم يترك شيئاً

(2) الذخيرة: 208/9.

(1) المتقى: 86/6.

(3) المعونة: 1234/2.

فلا طلب على الضامن حتى يحلّ الأجل، إذ لا يلزم من حلول الدين على المدين حلو له على الكفيل؛ لأنّ ذمة الكفيل باقية.

مبطلات الضمان:

يبطل الضمان بما يلي:

- إن كان المتحمل به، وهو الدين المضمون، فاسداً شرعاً، كما لو كان رباً، كدراهم بدنانير لأجل وعكسه، فلا يلزم الضامن حينئذ شيء. وكبيع سلعة بثمن مؤجل لأجل مجهول، أو كان البيع وقت نداء الجمعة.

- إذا فسدت الحماله نفسها شرعاً؛ بأن اختل منها شرط أو حصل مانع فتبطل؛ بمعنى أنه لا يترتب عليها حكمها من غرم أو غيره. ومثال ذلك:

* أن يقع الضمان بجعل للضامن من ربّ الدين أو من المدين أو من أجنبي. وعلّة المنع أنّ الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً؛ فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وذلك لعدم تمامه وسواء كان من ربّ الدين أو من المدين أو من أجنبي.

وإن أدى الحميل الدين لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة، كأن دفعه الدين وأخذه سلفاً والزيادة هي الجعل الذي أخذه، ففسد الحماله ويرد الجعل لربه. ثم إن كان الجعل من رب الدين سقطت الحماله لفساد الجعل والبيع صحيح؛ لأن المشتري وهو المدين لا غرض له فيما فعل البائع مع الحميل؛ كما تسقط الحماله مع صحة البيع لو كان الجعل من المدين أو من أجنبي مع علم رب الدين أي: البائع. فإن لم يعلم فالحماله لازمة مع صحة البيع أيضاً وردّ الجعل.

وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بضامن فإنه جائز؛ فعلم أن محلّ البطلان: إذا كان الجعل من أجنبي للضامن، إذا علم رب الدين وإلا رد ولزمت الحماله.

ويبطل الضمان بالجعل على ما تقدّم وإن كان الجعل الواصل للضامن ضمانة مضمونه؛ كأن يتداين رجلان ديناً من رجل أو من رجلين، ويضمن كلّ منهما صاحبه فيما عليه لرب الدين، إذا دخلا على ذلك بالشرط.

ويستثنى من منع ذلك أمور:

* أن يشتري شيئاً معيناً؛ كدابة على وجه الشركة بينهما بثمن معلوم، ويضمن كلّ منهما صاحبه فيما عليه فيجوز.

* أو يستلماً من شخص مالا في شيء معين بينهما، ويضمن كلّ الآخر فيما يخصه فيجوز.

* أو يقترض شيئاً من طعام أو عين أو عرض، ويضمن كلّ صاحبه فيما عليه

فيجوز. والدليل عمل السلف الصالح بذلك وما عملوا إلا لفهم الجواز من السنة⁽¹⁾.
ويشترط للجواز أن يضمن كل صاحبه بقدر ما ضمنه الآخر، حتى لو كان على أحدهما الثلث والآخر الثلثان، جاز إن ضمن ذي الثلث نصف ما على صاحبه من الثلثين وإلا منع؛ أي: رجع لأصله من المنع لأنه خلاف عمل السلف.
تعدّد الحملاء:

إن تعدّد حُمَّاء - غير غرماء - لشخص، ولم يشترط ربّ الحق عليهم حَمَالَةً بَعْضِهِمْ عن بَعْضٍ، أتبع كُلُّ مِنْهُمْ بِحِصَّتِهِ فَقَطْ دون حصّة صاحبه. فإذا كانوا ثلاثة ضمنوا إنساناً في ثلاثين ديناراً وتعذر الأخذ منه، ضمن كل منهم عشرة. ولا يؤخذ بعضهم عن بعض بأن قالوا: نضمنه، أو: ضمانه علينا؛ إلا أن يَقُولَ ربّ الحق لهم: أَيُّكُمْ شِئْتُ أَخَذْتُ بِحَقِّي، فَلَهُ أَخْذُ جَمِيعِ الْحَقِّ مِمَّنْ شَاءَ مِنْهُمْ، ولو كانوا حضوراً أملياء. وكذا إن تعدد غرماء ولم يشترط،

ويرجع الدافع للحق على كُلِّ مِنْهُمْ بِمَا يَخُصُّهُ فَقَطْ، إن كانوا غُرماء لربّ الحق أصالة؛ كأن اشتروا منه سلعة وضمن كل صاحبه، بأن قال لهم ما ذكر. فإن لم يكونوا غرماء بل كانوا حملاء على مدين، فيرجع الدافع بما أدى لربّ الدين على الغريم، ولا يرجع على أحد من أصحابه؛ لأن الموضوع أنه لم يشترط حمالة بعضهم عن بعض.

ويشبه هذا؛ أي: فيما إذا كانوا حملاء غير غرماء، ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال لهم: أَيُّكُمْ شِئْتُ أَخَذْتُ بِحَقِّي؛ يشبهه ترتبهم في الحمالة، بأن ضمن كلّ منهم الغريم بانفراده واحداً بعد واحد، أو قال كلّ منهم: ضمانه عليّ، أو أنا ضامن له؛ فلربّ الحق أخذ حقه ممّن شاء منهم ولو كان الجميع حاضرين أملياء، علم أحدهم بحمالة الآخر أم لا. ورجع الدافع على الغريم بجميع الحق الذي دفعه عنه، وليس له رجوع على أحد من الحملاء كما هو ظاهر؛ أي: لكونه لم يكن بعضهم حميلاً عن بعض.

فإن شَرَطَ حمالة بعضهم عن بعض أخذ كُلُّ مِنَ الْحَمَلَاءِ بِجَمِيعِ الْحَقِّ، سواء قال: أَيُّكُمْ شِئْتُ إِخْ، أو لا. ويرجع الدافع على من لقيه من أصحابه بِغَيْرِ مَا أَدَّى عَنْ نَفْسِهِ بِجَمِيعِ مَا عَلَى الْمَلْقِي - بفتح الميم وكسر القاف -، ثُمَّ سَاوَاهُ فيما على غيره ممّن لم يلقه إذا كان الحق عليهم؛ بأن كانوا غرماء كثلاثة اشتروا سلعة بثلاثمائة، وشرط البائع حمالة بعضهم عن بعض، فإذا لقي أحدهم أخذ منه جميع الحق. ثم إذا لقي الدافع واحداً من صاحبيه أخذ منه ما عليه وهي مائة، ثم يساويه في المائة الباقية بأن يأخذ منه أيضاً خمسين، ثم إذا لقي أحدهما الثالث أخذ منه خمسين. بل ولو كان

(1) أقرب المسالك: 160/2.

الْحَقَّ عَلَى غَيْرِهِمْ، بَأَن كَانُوا حَمَلَاءَ عَنْ غَرِيمٍ، كَثَلَاثَةَ حُمَلَاءَ بِثَلَاثِمِائَةَ عَنْ غَرِيمٍ، اشْتَرَطَ رَبُّهَا حَمَالَةً بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَلَقِيَ رَبُّ الْحَقِّ أَحَدَهُمْ أَخَذَ مِنْهُ الثَّلَاثِمِائَةَ، فَإِن لَقِيَ الْغَارِمَ أَحَدَهُمَا أَخَذَهُ بِغَيْرِ مَا أَدَى عَنْ نَفْسِهِ وَهِيَ مِائَةٌ، فَيَأْخُذُهُ بِمِائَةٍ وَهِيَ مَا عَلَى الْمَلْقَى، ثُمَّ سِوَاهُ فِي الْمِائَةِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي عَلَى غَيْرِ الْمَلْقَى، فَيَأْخُذُهُ بِخَمْسِينَ فَوْقَ الْمِائَةِ، فَيَكُونُ كُلُّ مِنْهُمَا قَدْ غَرِمَ مِائَةً وَخَمْسِينَ. فَإِذَا لَقِيَ أَحَدَهُمَا الثَّلَاثَ أَخَذَهُ بِخَمْسِينَ، ثُمَّ كُلِّ مِنْهُمَ يَرْجِعُ عَلَى الْغَرِيمِ بِمِائَةٍ.

وقد علمت من جميع ما تقدم أن تعدد الحملاء فيه ثمانية صور؛ لأنه إما أن يشترط حمالة بعضهم عن بعض أو لا، وفي كل إما أن يقول: أيكم شئت أخذت بحقي أو لا.

وفي كل من الأربعة إما أن يكونوا حملاء أو غرماء. فإن لم يشترط لم يأخذ كلاً إلا بحصته؛ إذا لم يقل أيكم إلخ. فإن قال ذلك أخذ كلاً بجميع الحق. وإن اشترط فكذلك سواء، قال: أيكم شئت أخذت بحقي أو لا، إلا أنه إذا قال ذلك فله أخذ الجميع ولو كان الباقي حاضراً ملبياً. وإذا لم يقل يأخذ جميع الحق إلا عند تعسر الأخذ من الباقي بموت أو غيره. والتراجع قد علم مما تقدم. وهذه الثمانية غير مسألة الترتب.

النوع الثاني من الضمان: ضمان الوجه:

ضَمَانُ الْوَجْهِ هُوَ الْتِزَامُ الْإِثْيَانِ بِوَجْهِ الْغَرِيمِ - أَي: بِذَاتِهِ - عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ. وَالْمُرَادُ بِالْوَجْهِ الذَّاتُ، وَهُوَ مَجَازٌ مَرْسَلٌ مِنْ بَابِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْبَعْضِ وَإِرَادَةِ الْكُلِّ. وَالذَّلِيلُ عَلَى جَوَازِ ضَمَانِ الْوَجْهِ⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْفِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْفِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴿١١٦﴾﴾ [يوسف: 66]، فهذه حمالة بالوجه.

ب - قوله ﷺ: «الزعيم غارم». ووجه الاستدلال عموم الحديث في كل زعيم بالمال أو بالوجه.

ج - القياس على الشهادة والرهن والضمان بالمال؛ لأن الضمان بالوجه وثيقة يتوصل بها إلى المطالبة بالمال، فصحّ تعلّقها بالوجه كالشهادة والرهن والضمان بالمال.

د - أنّ في ذلك مصلحة تتحقّق به حفظ الأموال وقطع النزاع والخصومات.

وضمان الوجه خاصّ بالمال كضمان المال، فلا كفالة في الحدود، ولا في

(1) المعونة: 2/1230، والمنتقى: 6/80، والمقدمات: 2/400، وبداية المجتهد: 2/327،

والجامع لأحكام القرآن: 9/158، والذخيرة: 9/191.

القصاص، ولا في الجراح، ولا في التعزير. والدليل على ذلك ما يلي⁽¹⁾:

أ - أن الحدود والقصاص والتعزير متعلقة بمعنيين، ولا تعلق لها بالذم، فلا تصح الكفالة فيها.

ب - أن الأصل في الحمالة إنما تصح فيما تصح فيه النيابة، وذلك إنما يكون في المال المتعلق بالذمة، أو ما يؤول إلى المال المتعلق بها؛ وأما ما يكون في الأبدان ولا يتعلق بالأموال، كالقتل، والسرقه، والحدود، والتعزير، فلا تجوز فيه الحمالة، إذ لا تصح فيه النيابة.

والواجب في ذلك السجن - أي: سجن من وجب عليه ذلك حتى يقام عليه الحد - لا الكفالة. والدليل على ذلك⁽²⁾: عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه. أن رسول الله ﷺ⁽³⁾. وأن عمر بن الخطاب كان له سجن، وقد سجن الحطيئة على الهجوم، وسجن ضيباً على سؤال المشكلات.

وأما ما روي عن حمزة بن عمرو الأسلمي، أن عمر ﷺ بعثه مصدقاً، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفيلاً حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة⁽⁴⁾؛ فالمراد بأخذ حمزة كفيلاً من الرجل ليس الكفالة الشرعية، وإنما التعهد والضبط عن حال الرجل والاستيثاق، لا أن ذلك لازم للكفيل.

وما روي أيضاً أن جرير بن عبد الله البجلي والأشعث بن قيس قالوا لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم، فتابوا فكفلهم عشائرهم⁽⁵⁾. فالمراد بالكفالة

(1) المنتقى: 84/6، والمقدمات: 379/2، و400.

(2) المنتقى: 84/6، والمقدمات: 379/2، و400.

(3) أخرجه الترمذي في الديات، باب في الحبس في التهمة؛ والنسائي في قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس؛ وأبو داود في الأقضية، باب الحبس في الدين وغيره.

(4) أخرجه البخاري في الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها. والحديث مختصر عند البخاري مُختَصَرٌ مِنْ قِصَّةٍ وَقَدْ أَخْرَجَهَا الطَّحَاوِيُّ عَنْ حَمَزَةَ بْنِ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ بَعَثَهُ لِلصَّدَقَةِ، فَإِذَا رَجُلٌ يَقُولُ لِامْرَأَةٍ: صَدَّقِي مَالَ مَوْلَاكَ، وَإِذَا الْمَرْأَةُ تَقُولُ: بَلْ أَنْتَ صَدَّقِي مَالَ ابْنِكَ، فَسَأَلَ حَمَزَةَ عَنْ أَمْرِهِمَا فَأَخْبَرَ أَنَّ ذَلِكَ الرَّجُلُ تَزَوَّجَ تِلْكَ الْمَرْأَةَ وَأَنَّهُ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ لَهَا فَوَلَدَتْ وَلَدًا فَأَعْتَقَتْهُ امْرَأَتُهُ ثُمَّ وَرِثَ مِنْ أُمِّهِ مَالًا فَقَالَ حَمَزَةُ لِلرَّجُلِ: لَا تُزْجَمَنَّكَ، فَقَالَ لَهُ أَهْلُ الْمَاءِ: إِنَّ أَمْرَهُ رُفِعَ إِلَى عُمَرَ فَجَلَدَهُ مِائَةً وَلَمْ يَرَ عَلَيْهِ رَجْمًا. قَالَ فَأَخَذَ حَمَزَةُ بِالرَّجُلِ كَفِيلًا حَتَّى قَدِمَ عَلَى عُمَرَ فَسَأَلَهُ فَصَدَّقَهُمْ عُمَرَ بِذَلِكَ مَعَ قَوْلِهِمْ «وَأِنَّمَا ذَرَأَ عُمَرَ عَنْهُ الرَّجْمَ لِأَنَّهُ عَذَرَهُ بِالْجَهَالَةِ».

(5) أخرجه البخاري في الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها. وَهَذَا أَيْضًا مُختَصَرٌ مِنْ قِصَّةٍ وَقَدْ أَخْرَجَهَا الْبَيْهَقِيُّ بِطُولِهَا عَنْ حَارِثَةَ بْنِ مُضَرَّبٍ قَالَ: صَلَّيْتُ الْعَدَاةَ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ =

أيضاً الضبط والتعهد حتى لا يرجعوا إلى الارتداد، لا الكفالة الشرعية.

ولا يلزم هذا الضمان إلا أهل التبرع كضمان المال.

ويبرأ الضامن من الضمان إذا هو جاء بالمضمون. ووجه براءته أنه قد وقى ما تحمّل للمضمون له من إحضار ذات المضمون⁽¹⁾. ويشترط للبراءة شرطان:

1 - تسليم المضمون لربّ الحق؛ ويقع التسليم ولو بما يلي:

* بأن كان المضمون عديماً؛ لأنه لم يضمن إلا وجهه.

* بأن يعلمه بأن المضمون بسجن بأن يقول له: غريمك في هذا السجن فشأنك به. ومحلّ البراءة بذلك ما لم يشترط ربّ الدين على الضامن تسليم المضمون بمجلس الحكم، وإلا فلا يبرأ بذلك. وبراءته بتسليمه له في السجن تحصل سواء كان مسجوناً بحق أو باطل، لإمكان أن يحاكمه ربّ الدين عند القاضي الذي حبسه. فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه جرى ذلك مجرى موته، وهو يسقط الكفالة، وبه العمل.

* بأن يسلمه له بغير بلد ربّ الحق أو غير البلد الذي وقع به التعامل والضمان، وذلك إن كان بغير البلد حاكم يقضي بالحق. والمراد إن كان ذلك البلد الذي أحضر فيه يمكنه خلاص الحق فيه، سواء كان بحاكم أو بجماعة المسلمين. ووجه ذلك أنه إنما تكون البراءة بتسليم يتمكّن به صاحب الحق من طلب حقه، وأما التسليم الذي لا يتمكّن به من طلب حقه واستيفائه من المدين، فليس هو الذي يتوصل به إلى الغرض من الضمان، فلا يبرأ به الضامن⁽²⁾.

* بتسليم المضمون نفسه لربّ الحق، إن أمره الضامن بالتسليم، بأن قال: اذهب لربّ الحق وسلمه نفسك ففعل، فإن لم يأمره لم يبرأ.

2 - حلول الحق؛ فلا يبرأ بما ذكر إلا إذا كان وقت التسليم حلّ الحق على المضمون، وسواء حلّ على الضامن أم لا، كما لو أخره ربّ الحق وحلف أنه لم يقصد بذلك تأخير غريمه.

فإن فقد شيء مما تقدم أعزّم الضامن الحق لربه، والدليل⁽³⁾:

= ابن مسعود، فلما سلم قام رجل فأخبره أنه إنتهى إلى مسجد بني حنيفة فسمع مؤذّن عبد الله بن النوّاعة يشهد أن مسليمة رسول الله، فقال عبد الله: عليّ بإبن النوّاعة وأصحابه، فجيء بهم. فأمر قُرظلة بن كعب فضرب عُنق ابن النوّاعة، ثم استشار الناس في أولئك النفر فأشار عليه عديّ بن حاتم بقتلهم، فقام جرير والأشعث فقالا: بل استبئهم وكفلهم عشايرهم، فتأبوا وكفلهم عشايرهم

(2) المتقى: 81/6.

(1) المتقى: 80/6.

(3) المعونة: 1231/2، أحكام القرآن: 1096/3، والجامع لأحكام القرآن: 233/9، وبداية

المجتهد: 328/2.

أ - قول النبي ﷺ: «الزعيم غارم»⁽¹⁾.

ب - أن المقصود بالضمان تنزيل الضامن مقام الأصل؛ أي: المضمون، والمقصود من حضور الأصل أداء المال، فيتحمله الضامن إن لم يف بما تحمّل.

ج - أن الضامن بالوجه قد علم أن المضمون وجهه لا يطلب بدم، وإنما يطلب بمال، فإذا ضمنه أصبح غارماً لصاحب الحق، فوجب أن يكون عليه الغرم إذا لم يحضر المضمون؛ لأنه فوّته عليه.

ويكون التغريم بَعْدَ تَلَوُّمٍ خَفِيفٍ مِنَ الْحَاكِمِ بِالنَّظَرِ، لَعَلَّ الضَّامِنَ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ. وتغريم الضامن بذلك هو المشهور، خلافاً لابن عبد الحكم القائل إنّه لا يلزم ضامن الوجه إحضاره، فإن لم يحضره لا غرم.

ومحل التلّوم المذكور إن كان المضمون حاضراً أو قُرِبَتْ عَيْبَتُهُ كَالْيَوْمَيْنِ لَا أَكْثَرَ، فَإِنْ بَعَدَتْ غَيْبَتُهُ كَالثَّلَاثَةِ أَيَّامٍ فَأَكْثَرَ غَرَمَ مَكَانِهِ. ووجه جواز التلّوم في الغيبة القريبة أن فيه مراعاة لمصلحة الضامن والطالب، فمصلحة الضامن رجاء أن يحضره في المدة القريبة فيبرأ، ومصلحة الطالب أن لا يستضر⁽²⁾.

وهذا التلّوم هو في ضامن الوجه، وأما ضامن المال فهل يتلّوم إذا غاب الأصل أو أعدم، أو يغرم من غير تلّوم، قولان لابن القاسم، والمعتمد الثاني. وإذا حكم على ضامن الوجه بالغرم بعد التلوم، أو بلا تلوم في بعيد الغيبة، فأحضر المضمون، فلا يَنْفَعُهُ إِحْضَارُهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِهِ عَلَيْهِ.

ولا يغرم الضامن إن أثبت عسر المضمون عند حلول الأجل في عَيْبَتِهِ. وأما الحاضر فلا بد من تسليمه لرب الحق، إذ لا بد في ثبوت عسره من يمين من شهدت له بالبيّنة بالعدم، بخلاف الغائب فيكفي مجرد البيّنة.

وكذلك لا يغرم إذا أثبت مَوْتَهُ. فإذا مات المضمون سقط ضمان الوجه عن الضامن؛ لأنه إنّما ضمن للطالب إحضار ذاته، وذلك يقتضي أن تكون موجودة، فلمّا ذهبت بالموت عدم شرط التمكن من إحضاره⁽³⁾.

فلا يغرم إذا ثبت الموت ولو حكم الحاكم بالضمان؛ لأنه حكم تبين خطؤه. والمراد ثبت عدمه أو موته قبل الحكم عليه.

فإن ثبت عدمه أو موته بعد الحكم غرم؛ والمعنى أن إثبات العدم أو الموت لا ينفع الضامن إلا إذا تبين أن حصولهما كان قبل الحكم عليه بالغرم.

وللزّوج رَدُّ ضَمَانِ الْوَجْهِ عَنْ زَوْجَتِهِ إِذَا ضَمِنَتْ، وَلَوْ كَانَ دَيْنَ الْمَضْمُونِ أَقْلَ مِنْ

(2) المتقى: 81/6.

(1) سبق تخريجه.

(3) المتقى: 81/6.

ثلثها؛ لأنه يقول: قد تحبس أو تخرج للخصومة أو لطلب المضمون وفي ذلك معرفة، وهذا إن ضمننت بغير إذن زوجها، وإلا فليس له رده. ومثل ضمان الوجه في ذلك ضمان الطلب.

النوع الثالث من الضمان: ضمان الطلب:

ضَمَانُ الطَّلَبِ التَّرَامُ طَلَبِ المَدِينِ والتَفْتِيشِ عَلَيْهِ إن تَغَيَّبَ، ثم يَدُلُّ ربَّ الحَقِّ عَلَيْهِ، وإن لَمْ يَأْتِ بِهِ لِرَبِّ الحَقِّ. ولذا صَحَّ ضَمَانُ الطَّلَبِ فِي غيرِ المَالِ مِنَ الحَقُوقِ البَدْنِيَّةِ، كَالقِصَاصِ والتَّعَاذِيرِ والْحُدُودِ، بِخِلَافِ ضَمَانِ الوَجْهِ.

والصيغة المحققة لضمان الطلب، تكون إما بصريح لفظه وإما بضمان الوجه مع شرط نفي ضمان المال.

فَأَمَّا الصَّرِيحُ فَكَقَوْلِهِ: أَنَا حَمِيلٌ بِطَلْبِهِ أَوْ عَلَى طَلْبِهِ، أَوْ لَا أَضْمَنُ إِلَّا طَلْبَهُ. وَأَمَّا اشْتِرَاطُ نَفْيِ المَالِ فَكَأَنَّ يَقُولُ: أَضْمَنُ وَجْهَهُ بِشَرَطِ عَدَمِ غَرَمِ المَالِ إِنْ لَمْ أَجِدْهُ، أَوْ لَا أَضْمَنُ إِلَّا وَجْهَهُ دُونَ غَرَمِ المَالِ.

وإذا ضمنه كذلك فإن عليه أن يطلبه بما يقوى عليه عادة، إن غاب عند حلول الأجل عن البلد وما قرب منه، وعليم موضعه. ووجه كونه مطلوباً بما يقدر عليه عادة أن الضامن إنما دخل في الضمان على ما يطيقه، لا ما لا يطيقه⁽¹⁾.

وأما الحاضر فيطلبه في البلد وما قاربه إذا جهل موضعه. وإذا غاب ولم يعلم موضعه فإنه لا يكلف بالتفتيش عنه. فإن ادعى أنه لم يجده صدق، وحلفت أنه ما قصّر في طلبه ولم يعلم موضعه.

ولا غرم عليه إلا إذا فرط في الطلب، حتى لم يتمكن رب الحق منه فإنه يغرم؛ كأن يطلبه في المكان الذي يظن أنه لا يكون به وترك ما يظن أنه به. وأولى إن هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه. وهذا في المال؛ لأنه بالتفريط يكون قد أتلف على الرجل ماله⁽²⁾.

وأما إن كان في قصاص أو جرح أو حد أو تعزير ترتب على المضمون، وفرط الضامن في الإتيان به أو هربه؛ فإنه يعاقب فقط على المذهب. ومقابل هذا القول أنه إن لم يأت بالمضمون في القصاص أو الجرح لزمته الدية؛ إذ لا قصاص على الكفيل.

الإطلاق في لفظ الضمان:

ويحمل الضمان في مُطلق قول الضامن: «أنا حميل»، أو «زعيم»، أو «كفيل» وشبهه، كـ«أنا ضامن»، أو «عليّ ضمانه»، أو «أنا قبيل»، أو «عندي»، و«إلي»،

و«عليّ»، عَلَى ضِمان المَالِ عَلَى الأَصَحِّ عند ابن يونس وابن رشد وغيرهما، والدليل: قوله ﷺ: «الزعيم غارم». ووجه الاستدلال أَنَّ لفظ الزعيم مطلق غير مقيد بأي وجه من وجوه الزعامة.

ومقابل هذا القول، وهو للمازري، أَنَّهُ يحمل على الوجه. والمراد بالمطلق ما خلا عن التقييد بشيء من لفظ أو قرينة.

وإن اختلفا بأن قال الضامن: شرطت الوجه أو أردته، وقال الطالب: بل المال؛ كان القول قول الضامن يمين؛ لأنَّ الطالب يدعي عمارة ذمّة والأصل براءتها، ولا يؤخذ أحد بأكثر ممّا يقرّ به على نفسه⁽¹⁾.

وأما لو اختلفا في وقوع المضمون فيه حالاً أو مؤجّلاً، فالقول قول مدعي الحلول، ولو كان هو الطالب اتفاقاً. بخلاف اختلافهما في حلول المؤجل، فالقول قول مدعي عدمه.

أخذ الأجرة على الضمان:

أخذ الجعل - أجرة - على الضمان حرام. ومعنى ذلك أن تعطي الضامن جعلاً على ضمانه. ودليل عدم الجواز: القياس على القرض؛ لأنَّ الضمان عقد يختصّ بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالقرض⁽²⁾.



(1) المقدمات: 402/2.

(2) المتقى: 84/6.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	- بيع مثل العمود أو الحجر أو الخشب عليه بناء هو ملك للبائع أو لغيره	24	
	- بيع هواء فوق هواء، أو هواء فوق بناء، بطريق الأولى	24	
	- العقد على غرز جذع ونحوه بحائط	24	
5	- أن يكون الثمن والمثمن معلومين للمتبايعين	25	
	- بيع تراب معدن ذهب أو فضة، بغير صفه	25	
	- بيع الصوف على ظهور الغنم ..	26	
	- بيع لبن الغنم أياما معلومة إذا عرف قدر حلابها	26	
	- بيع جملة شاة قبل السلخ جزافاً	26	
	- بيع حنطة في سنبلها بعد يسها ..	26	
	- بيع زيت الزيتون بالوزن	27	
	- بيع صبرة معينة	27	
	- بيع ما هو مقيس أو موزون، مثل الصبرة	27	
	- بيع الجزاف	28	
	- حكم بيع الجزاف	28	
	- شروط جوازه	29	
	- البيع على رؤية بعض المثلي ..	32	
	- البيع على رؤية الصوان	33	
	- البيع على رؤية البرنامج	33	
			البيع
5	تعريف البيع لغة	5	تعريف البيع اصطلاحاً بالمعنى الأعم
5	تعريفه بالمعنى الأخص	5	ما يخرج بالتعريف
6	حكم البيع	6	حكمة مشروعية البيع
8	أركان البيع	9	الركن الأول: العاقد
9	شروط صحة عقد العاقد	9	شروط لزوم عقد العاقد
10	1 - التكليف	10	2 - عدم الحجر
10	3 - عدم الإكراه	11	4 - أن يكون العاقد مالكاً أو وكيلاً عنه
12	5 - أن لا يتعلق بالمعقود عليه حق للغير	12	عقد الأعمى
12	ما يحرم بيعه للكافر	16	بيع الفضولي
17	الركن الثاني: المعقود عليه	17	شروط صحة المعقود عليه
17	1 - أن يكون طاهراً	17	2 - أن يكون متفصلاً به شرعاً
20	3 - أن يكون غير منهي عن بيعه	20	4 - أن يكون مقدوراً على تسليمه ..

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
70	تعريف الصرف		- بيع السلعة على الصفة لها إذا
70	حكمه		لم يكن المبيع في مجلس
75	بيع المحلّى بأحد التقدين	35	العقد
76	المبادلة	36	- البيع على رؤية سابقة للمبيع ...
76	تعريف المبادلة		ضمان المبيع غائباً على الصفة أو
76	حكمها	37	برؤية متقدمة
77	المراطة	38	عدم تعيين الدنانير والدرهم بالعقد .
77	تعريف المراطة	39	الركن الثالث: ما يدلّ على الرضا عرفاً ..
77	حكمها	39	الصيغ التي ينعقد بها البيع
79	قضاء الدين من قرض أو بيع	40	مسألة التسوق
79	قضاء الدين من بيع	41	تقدير الربح
81	بطلان التعامل بالسكة أو تغييرها في بلد ..	41	لزوم عقد البيع
82	علة الربا في الطعام	42	الكتابة والإشهاد عند البيع
82	علة ربا النساء في الطعام		الربا
	علة ربا الفضل في الطعام وبيان أجناس	45	تعريف الربا لغة
82	ربا الفضل	45	تعريف الربا شرعاً
84	دلالة النصوص على العلة	46	دلالة لفظ الربا في القرآن
84	الرويات وأجناسها	47	حكم الربا
92	ما لا ينقل الجنس الواحد إلى جنسين	51	حكم من استحلّ الربا
93	ما ينقل الجنس الواحد إلى جنسين	51	حكم من تاب أو أسلم وله ربا
94	ما يجوز فيه التفاضل أيضاً	53	حكم الربا في دار الحرب
96	ما يعتبر في المماثلة في بيع الخبز	54	حكمة تحريم الربا
97	ما تعتبر به المماثلة في المثليات	55	فسخ صفقة الربا
	ما لا يجوز التصديق فيه في الصرف	56	أنواع الربا
98	والمبادلة والقرض والمبيع لأجل	57	النوع الأوّل: ربا الفضل
	المعاملات المنهي عنها في الشرع	62	جواز التفاضل إذا اختلف الجنس ..
100	حكم ما نهى عنه الشرع	63	إعطاء الصائغ الأجرة
102	1 - الربا		الرواية عن ابن عباس وابن عمر
102	2 - الغش	64	في ربا الفضل
	وجوب بيان العيوب وعدم جواز	66	النوع الثاني: ربا النساء
104	البراءة منها	68	استثناءان من ربا النساء
	3 - بيع حيوان حيّ مباح الأكل بلحم	69	تعلييل حكم الربا
104	جنسه	69	علة الربا في العين
105	4 - بيع حيوان بأقسامه الأربعة	70	أنواع بيع النقد بالنقد
107	5 - المزبنة	70	الصرف

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
4	بيع الثوب المعين والنحاس ونحو ذلك، واستثناء منفعته مدة دون نصف شهر	113	6 - بيع الغرر
150	5 - بيع حائط واستثناء نخلات معينات، قلت أو كثرت	118	الغرر اليسير
150	6 - بيع حائط واستثناء كيل معلوم	119	7 - بيع الكالئ بالكالئ
150	7 - بيع حائط واستثناء جزء مشاع من الثمرة، قلّ المستثنى أو كثر	122	8 - بيع العريان
150	8 - بيع شاة - مثلاً - واستثناء ما دون الثلث منها وزناً	123	9 - اجتماع بيع مع شرط يناقض المقصود من البيع
151	9 - أن يعقد البائع مع المشتري بشرط أنه إن لم يأت المشتري بالثمن إلى وقت كذا فلا يبيع بينهما	125	10 - اجتماع بيع مع شرط يخلّ بالثمن ..
152	10 - اجتماع بيع مع شرط رهن أو شرط حميل أو شرط أجل معلوم أو شرط خيار	128	خلاصة منع اجتماع بيع وشرط ودليله
152	11 - اجتماع بيع مع إجارة في صفقة واحدة	128	11 - بيع حائط مع استثناء نخلات مجهولات أو كيلاً مجهولاً من الثمرة، على أن يعين ذلك بعد البيع
153	12 - طلب أحد المشتريين من بعض الحاضرين الكف عن الزيادة في السلعة ليشتريها	129	12 - اجتماع بيع مع جعل في صفقة واحدة
154	13 - يجوز للحضري أن يتولّى البيع لأهل القرى الصغيرة	129	13 - بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبله
154	14 - يجوز للحضري أن يتولّى الشراء للعمودي سلعة من الحضرمي	129	14 - البيع بعد الشروع في نداء الجمعة
154	15 - يجوز لمن خرج من بلده لسته أميال أو كان منزله أو قريته على ستة أميال الاشتراء من السلع المجلوبة لبلد	131	15 - سوم سائم ثان بعد ركون البائع لسائم أول
155	16 - يجوز بيع المصحف	131	16 - بيع النجش
	ما يوجب الضمان على المشتري في البيع الفاسد	134	17 - تولي ساكن الحضرمي بيع سلعة البدوي ساكن العمود
158	ما يفوت به المبيع في البيع الفاسد	135	18 - تلقي السلع
159	القبض غير مفوت للمبيع في البيع الفاسد	137	19 - الاحتكار
160	ارتفاع حكم الفوات	138	20 - التسعير
		143	حكم التسعير
		144	21 - بيع ما يستعان به على ما لا يحلّ ..
		148	22 - البيع والشراء في المسجد
		148	المعاملات الجائزة في البيع
		149	1 - التفريق بين الأم وولدها من البهائم ..
		149	2 - بيع دار ليقبضها مشتريها بعد عام من يوم بيعها
		149	3 - بيع حيوان ليقبض بعد ثلاثة أيام ونحوها

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
بيوع الآجال	160.....	القسم الأول: الخيار الواجب لفقد	
تعريف بيوع الآجال	160.....	شرط	196.....
حكم بيوع الآجال	160.....	القسم الثاني: الخيار الواجب	
بيوع الآجال الممنوعة	162.....	لظهور عيب في المبيع	197.....
بيع السلعة وشراؤها بغير جنس ثمنها	165.....	ما يقع به رد المبيع من العيوب في العقار	
ما يصح من بيوع الآجال وما يفسخ	167.....	وغيره	198.....
البيع الجائر المؤذي للممنوع يقلّ قصده	168...	تحريم الغشّ ووجوب بيان العيوب وعدم	
بيع العينة		جواز البراءة منها	203.....
تعريف العينة	170.....	البراءة من العيوب	205.....
حكم بيع العينة	171.....	ما لا ردّ للمشتري فيه، مع ما تقدم	205.....
بيع الخيار		محلّ الردّ بالعيب بالشروط المتقدم ذكرها	208
أقسام الخيار	175.....	التنازع في العلم بالعيب الثابت وجوده	
1 - خيار التروّي	181.....	وقدمه	210.....
الفرق بين النكاح والبيع في خيار		التنازع في وجود العيب وقدمه	211.....
التروّي	183.....	وجود العيب القديم في بعض المبيع	211.....
خيار غير المتبايعين	183.....	ردّ أحد المتبايعين المبيع دون صاحبه	213.....
منتهى مدة خيار التروّي	184.....	ردّ المشتري المبيع على أحد البائعين	
السكوت عن مدة الخيار	186.....	دون الآخر	214.....
صحة وجواز الخيار بعد بثّ البيع	186..	حكم غلّة المبيع المردود بالعيب	214.....
فساد الخيار	187.....	ضمان السلعة المردودة بالعيب	216.....
انقطاع الخيار	190.....	ما لا يقع ردّ المبيع به في ما عدا الردّ	
الاتفاق والاختلاف بين المتبايعين		بالعيب	216.....
في الإمضاء أو الردّ	191.....	حكم الحاكم ورضا البائع في الفسخ	
موت من له الخيار أو فلسه	192.....	بالعيب	220.....
ملكية المبيع في فترة الخيار	193.....	ضمان المبيع وانتقاله من البائع	
ضمان المبيع في فترة الخيار	194.....	إلى المشتري	
الضمان في الاختيار المجامع		البيع على التصديق	223.....
للخيار	195.....	القبض الذي يكون به ضمان المشتري	224....
الضمان في الاختيار فقط	195.....	تلف المبيع في وقت ضمان البائع له بأمر	
انقضاء مدة الاختيار بدون اختيار	196...	سماوي	224.....
انقضاء المدة في الخيار والاختيار		تلف المبيع في وقت ضمان البائع له بغير	
معاً	196.....	سماوي	225.....
2 - خيار النقيصة	196.....	التصرف في المبيع قبل قبضه	
		1 - بيع المبيع قبل قبضه	227.....

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	الجوائح	233..	2 - إقراض المبيع من الطعام قبل قبضه ..
267.....	تعريف الجوائح	3 -	بيع القرض والصدقة والهبة من الطعام قبل القبض
267.....	حكم وضع الجوائح	233.....	4 - الإقالة قبل قبض المبيع من الطعام ...
269.....	ما توضع فيه الجوائح	234.....	شروط جواز الإقالة من جميع طعام
269.....	شروط وضع الجائحة	235.....	المعاوضة قبل القبض
271.....	الجوائح المعتبرة شرعاً	236	شروط أخرى للإقالة من حيث هي بيع
273.....	ما يلزم المشتري بعد الوضع	5 -	التولية والشركة قبل قبض الطعام
273.....	ما لا جائحة فيه	236.....	المبيع
273.....	اشتراط عدم الجائحة		على ماذا يحمل لفظ التشريك عند الإطلاق
273.....	الاختلاف في الجائحة	238.....	عدم بيان الثمن في التولية
274.....	مسألة: في جائحة المساقاة	239	أنواع العقود التي يطلب فيها المناجزة
	الشروط في البيع		بيع المرابحة والمساومة والمزايدة
	اختلاف المتبايعين	241.....	تعريف المرابحة
	الاختلاف في جنس الثمن والمثمن	241.....	حكم بيع المرابحة
279.....	ونوعهما	241.....	المساومة
	الاختلاف في قدر الثمن والمثمن والأجل	242.....	المزايدة
279.....	وفي الرهن والحميل	242.....	الاستثمان والاسترسال
	الاختلاف في قبض الثمن والسلعة	242.....	تفضيل المساومة
282.....	الاختلاف في البت أو الخيار وفي	243.....	شرح تعريف المرابحة
	الصحة أو الخيار	243.....	ما يحسب في بيع المرابحة
284.....	الاختلاف في السلم	245.....	الوجوه التي تجوز فيها المرابحة
	بيع السلم	245.....	ما يجب على البائع تبيينه عند البيع
286.....	تعريف السلم لغة	246	حكم الغلط والكذب والتشؤ في المرابحة
286.....	تعريف السلم اصطلاحاً		المداخلة
287.....	حكم السلم		بيع الثمار
288.....	كتابة دين السلم والإشهاد عليه	258.....	ضمان الثمرة في البيع الفاسد
288.....	أركان السلم	258.....	بدؤ الصلاح في الثمار وغيرها
289.....	شروط صحة بيع السلم	260.....	بيع العرية من الثمار بجنسها
289.....	الشرط الأول: تعجيل رأس المال	261.....	حكم بيع العرية بجنسها
	الشرط الثاني: أن لا يكون رأس المال والمسلم فيه طعاً مئيين ولا نقدين	265	بيع العرية بخرصها ليس بيعاً على الحقيقة
292.	ولا شيئاً في أكثر منه أو أجود أو أقل	266.....	ما يبطل العرية
	الشرط الثالث: أن يؤجل المسلم فيه	266.....	زكاة العرية وسقيها
298.....	بأجل معلوم		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
328.....	التوثق بالرهن في الدين	302.....	السلم في شيء واحد إلى أجلين
328.....	ما يجوز أن يقرض	قبول المشتري المسلم فيه قبل	وفي شيئين إلى أجل واحد
329.....	ما يحرم في القرض	302.....	قبول المشتري المسلم فيه بعد
332.....	مفسدات القرض	303.....	قبول المشتري المسلم فيه قبل
333.....	ما يملك به القرض	303.....	المحلّ المشترط
334.....	متى يلزم ردّ القرض	304.....	الشرط الرابع: أن يكون المسلم فيه
334.....	مكان أخذ صاحب القرض قرضه	304.....	في الذمة لا في معين
335.....	قضاء الدين من قرض أو بيع	307.....	الشرط الخامس: أن يضبط المسلم فيه
335.....	قضاء الدين من قرض	307.....	بعادته من كيل أو وزن أو عدد
339.....	ما يجوز في القرض	308.....	الشرط السادس: أن تبيّن الأوصاف
	المقاصة	313.....	التي تختلف بها الأغراض عادة
340.....	تعريف المقاصة	313.....	السلم في الدينار والدرهم
340.....	حكم المقاصة	313.....	السلم في طعام من قرية بعينها أو
341.....	المقاصة في العين	313.....	ثمرة حائط بعينه
342.....	المقاصة في الطعام	313.....	السلم في الصناعات
343.....	المقاصة في العروض	314.....	القضاء بالأجود والأدنى بجنس
	الرهن	314.....	المسلم فيه
344.....	تعريف الرهن لغة	314.....	القضاء بغير جنس المسلم فيه
344.....	تعريف الرهن اصطلاحاً	315.....	الشرط السابع: أن يوجد المسلم فيه
344.....	شرح التعريف	315.....	عند حلول الأجل غالباً
345.....	حكم الرهن	317.....	بيع المسلم السلعة المسلم فيها قبل
347.....	أركان الرهن	317.....	قبضها
347.....	الجائز في الرهن	318.....	اختلاف البيع عن السلم
350.....	ما لا يجوز في الرهن	319.....	المسامحة في بعض الشروط
350.....	متى يلزم عقد الرهن		القرض والمقاصة
351.....	متى يتم الرهن	320.....	القرض لغة
352.....	حكم غلة الرهن	320.....	حقيقة القرض الشرعية
353.....	مبطلات عقد الرهن	320.....	حكم القرض
356.....	التنازع في حوز الرهن	321.....	استثناء القرض من قواعد محرمة
357.....	ما يجوز في حوز الرهن	322.....	الفرق بين القرض والعارية
358.....	الارتهان قبل الدين	322.....	اشتراط الأجل في القرض
358.....	الارتهان على ما يلزم المؤجر - بالكسر -	324.....	كتابة الدين والإشهاد عليه
358.....	من الأجرة		
359.....	ما يندرج في الرهن		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
الحالة الثالثة: التفليس الأخص	380.....	ما لا يندرج في الرهن	359.....
شروط حكم الحاكم بخلع مال المدين	382.....	اشتراط المنفعة في الرهن	360.....
ما يترتب على التفليس بالمعنيين الأعم والأخص	383.....	دعوى المرتهن الحوز	361.....
1 - منعه من التصرف المالي	383.....	عَلَقُ الرهن	362.....
2 - حلول الدين المؤجل عليه	384.....	بيع الراهن الرهن قبل قبضه	363.....
3 - بيع ما معه من العروض بحضرته	386.....	بيع الراهن الرهن بعد قبضه	363.....
ما لا يُلْزَم به المفلس	388.....	بيع الأمين الرهن	364.....
قسمة المتحصل بعد البيع	389.....	بيع المرتهن الرهن	364.....
إثبات الغرماء في الفلّس والموت	389..	بيع الحاكم الرهن	364.....
الانتظار بالقسم في الفلّس والموت	390	التنازع بين الأمين والمرتهن في بيع الرهن	365..
انفكاك الحجر وحكم الحاكم بذلك	390	نفقة الرهن	365.....
تجديد الحجر على المفلس بعد انفكاكه	390.....	الرجوع بالنفقة على الرهن	366.....
تقويم العروض التي على المفلس	390..	إيصاء الأمين بالرهن للغير	366.....
محاضرة الزوجة بصدّاقها في الفلّس والموت	391.....	ضمان الرهن وعدمه	367.....
طروّ دين على المفلس أو الميت	391.....	قضاء الراهن بعض الدين	370.....
بعد القسم	392.....	التنازع بين الراهن والمرتهن في إثبات الرهنية ونفيها	371.....
ما يترك للمفلس عند بيع متاعه	393.....	التنازع في عين الرهن	371.....
تلف مال المفلس بعد جمعه للبيع	393..	التنازع في المقبوض من الدين	371.....
4 - حبس المفلس	394.....	التنازع في قيمة رهن تالف	372.....
أحكام المسجون	401.....	قيام الرهن مقام الشاهد	372.....
5 - أخذ ربّ الدين عين ماله	401.....		
هل يأخذ المقرض عين ما أقرضه للمفلس	405.....	الفلّس	
هل يأخذ الواهب عين ما وهبه للمفلس	405.....	حكم التداين	375.....
محلّ أخذ صاحب المتاع عين ماله	405.....	الوصية بالدين	377.....
قبض البائع بعض الثمن غير مفوّت لسلّته عليه	406.....	تعريف الفلّس لغة	378.....
حكم النماء الحادث في المبيع	407.....	تعريف المفلس لغة	378.....
		تعريف المفلس شرعاً	378.....
الحجر		الأحوال التي يكون عليها من أحاط الدين بماله	378.....
تعريف الحجر لغة	410.....	الحالة الأولى: الفلّس	378.....
تعريف الحجر شرعاً	410.....	تعريف الفلّس شرعاً	378.....
		الحالة الثانية: التفليس الأعم	378.....
		تعريف التفليس الأعم	379.....
		ما يمنع بالتفليس الأعم	379.....
		ما لا يمنع بالتفليس الأعم	380.....

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
450.....	ما لا ينقض فيه الصلح	410.....	أسباب الحجر
451.....	الصلح في الإرث	416.....	علامات الرشد وعلامات البلوغ
453.....	الصلح في القصاص	422.....	التجارة في مال الصبي
453....	الصلح بين أحد الورثة ومدين المورث	429.....	حكم الحاكم للحجر على السفیه
	الحوالة	429	ردّ الولي تصرف المحجور عليه لسه أو صبا
455.....	تعريف الحوالة لغة		ضمان الصبي والمجنون والسفيه ما أتلّفه
455.....	تعريف الحوالة اصطلاحاً	430.....	من مال الغير
455.....	حكم الحوالة		ما يصحّ وما لا يصحّ من وصية الصبي
457.....	شروط صحة الحوالة	431.....	والسفيه والمجنون
460.....	تحول الحقّ بالحوالة	431....	ما استثني فيه السفیه من أحكام الصبي
461.....	التنازع في الحوالة		اشترك المجنون مع الصبي في أحكام الحجر
	الضمان	432.....	تصرف السفیه قبل الحجر عليه
462.....	تعريف الضمان لغة	433.....	تصرف السفیه بعد الحجر عليه
463.....	تعريف الضمان اصطلاحاً	433.....	ترتيب الأولياء وما يجوز لهم
463.....	حكم الضمان	435.....	قاعدة تصرف الولي على محجوره
464.....	أركان الضمان		الأسباب التي يجوز فيها بيع عقار المحجور عليه
465.....	أنواع الضمان	435.....	السببان الخاصان بما زاد على الثلث
465.....	النوع الأول: ضمان المال		الصلح
465.....	الشرط المطلوب في الدين	441.....	تعريف الصلح لغة
465.....	لزوم الضمان ومتمّ يلزم	441.....	تعريف الصلح اصطلاحاً
466.....	ما يجوز في الضمان	441.....	حكم الصلح
468...	عدم براءة ذمة المدين إلّا بالأداء	443.....	أقسام الصلح
	رجوع الضامن على المدين بما أدى عنه	443.....	الإقرار
469.....	مطالبة المدين بالدين قبل مطالبة الضامن به	443.....	الإنكار
470.....	تعجيل الدين في الضمان بالموت	444.....	السكوت
473.....	مبطلات الضمان	444.....	شرط جواز الصلح
474.....	تعدّد الحملاء	445.....	القسم الأول: البيع
475..	النوع الثاني من الضمان: ضمان الوجه	446.....	القسم الثاني: الإجارة
479	النوع الثالث من الضمان: ضمان الطلب	446.....	القسم الثالث: الهبة
479.....	الإطلاق في لفظ الضمان	446.....	ما يجوز في الصلح
480.....	أخذ الأجرة على الضمان	448.....	ما لا يجوز في الصلح
481.....	* فهرس الموضوعات	450.....	مصالحة الظالم
		450.....	نقض الصلح

الفقه المالكي

وأدلته

أحمد بن طاهر



مؤسسة المعارف
العلمية

الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

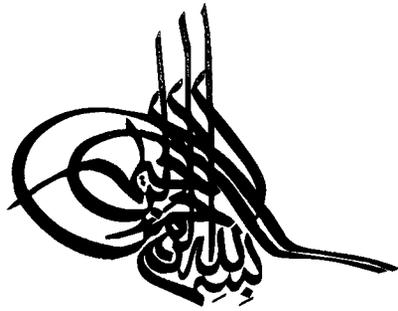
الجَبِيْبُ بْنُ طَاهِرٍ

الجزء السادس

الشركة - المزرعة - المغارسة - الوكالة - الإقرار - الاستحقاق - الوديعة - الإعارة - الغصب والتعدي والإستحقاق - الشفعة - القسمة - القراض - المساقاة - الإجارة - الجعالة - إحياء الموات من الأرض وأحكام المياه وأحكام المساجد - أحكام المياه والكلاء - أحكام المساجد - الوقف - الهبة والصدقة والوعد والعرض - الرقبي.

مؤسسة المعارف للطباعة والنشر
بيروت - لبنان





الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

الجزء السادس

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس والترجمة محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

1430 هـ - 2009 م

ISBN 978-9953-69-160-2

ISBN 978-9953-69-160-2



9 789953 691602

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراي - ط2

هاتف وفاكس : 00961-1-653852/00961-1-653857

المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة

هاتف وفاكس : 00961-1-640878

هاتف جوال : 227724-892210-205669 (00961-3-)

ص . ب 11/1761 - بيروت - لبنان

E-mail: maaref@cyberia.net.lb

WWW.al-maaref.com

الشركة

تعريف الشركة لغةً:

الشركة بكسر الشين المعجمة وسكون الراء، ويفتح الشين وكسر الراء، ويفتح الشين وسكون الراء، وهي الاختلاط.

تعريف الشركة شرعاً:

الشَّرِكَةُ عقد مالكي مالين فأكثر، على التَّجَرِّ فِيهِمَا مَعَاً، أو عَلَى عَمَلٍ بَيْنَهُمَا، وَالرَّيْحَ بَيْنَهُمَا، بما يدلُّ عُرْفًا، وَلَزِمَتْ بِهِ.

شرح التعريف:

قوله: «مالكي مالين» تشية مالك مال.

وقوله: «فأكثر» أي: أكثر من مالكي مالين كثلاثة مالكين لأموال ثلاثة.

وقوله: «على التَّجَرِّ» متعلق بعقد.

وقوله: «فِيهِمَا» أي: في المالين.

وقوله: «مَعَاً» أي: مع أنفسهما؛ أي: كلٌّ منهما يتاجر في المالين مع صاحبه،

فمصَّبُ المعية على التجرة؛ أي: فهما متحدان في التجارة والمال، ولو كان كلٌّ واحد في

مكان منعزل عن الآخر؛ لأن ما يحصل من ربح أو خسر يكون بينهما وليس المراد

خصوص المعية في المكان. وخرج بقوله: «فِيهِمَا مَعَاً» الوكالة والقراض من الجانبين؛

إذ كل واحد منهما يتصرف فيما بيده للآخر استقلالاً، والشركة وقع فيها العقد على أن

كل واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معاً. وهذا إشارة إلى النوع الأول من الشركة،

وهو: شركة التجرة في الأموال.

فالمقصود بالشركة الشركة في رقاب الأموال على الإشاعة. وأما إن لم تكن في

رقاب الأموال، فليست شركة، وإنما هي خلطة، فكلّ شريك خليط وليس كلّ خليط

شريكاً. والخلطة أعمّ من الشركة. قال الله تعالى في الخلطة: ﴿إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ

وَسِتُونَ نَجْمَةً وَلِيَّ نَجْمَةٍ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفُلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ ﴿٢٣﴾ قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَجْمِكَ إِلَى

نَجْمِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴿٢٤﴾ [ص: 23 -

24] فسمّاهم الله تعالى خلطاء لما لم يشتركوا في أعيان النعاج. وقال تعالى في

الشركة: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَّجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيانِ مَثَلًا﴾

[الزمر: 29]، أي: هل يستوي العبد الذي يكون مشتركاً بين جماعة من المالكين له، والعبد الذي يكون خالصاً لرجل واحد⁽¹⁾.

وقوله: «أو عَلَى عَمَلٍ بَيْنَهُمَا» أي: أو عقد على عمل كخياطة أو حياكة بَيْنَهُمَا. وهذا إشارة إلى النوع الثاني وهو: شركة الأبدان.

وقوله: «وَالرَّزْحَ بَيْنَهُمَا» أي: في النوعين على حسب ما لكل أو عمله.

وقوله: «بِمَا يَدُلُّ عَرَفًا» أي: لا يشترط صيغة مخصوصة بل المدار، على ما يحصل به الإذن والرضا من الجانبين.

وهذا التعريف قصد به تعريف الشركة المعهودة بين الناس في التعامل، لا شركة الجبر كالإرث والغنيمة، وشركة المتبايعين شيئاً بينهما حصل لهما من غير تجر. أي: فشركة الإرث والغنيمة وشركة المتبايعين شيئاً، لا يقال لها شركة عرفاً، وإن كانت شركة لغة. وشركة الجبر الخارجة هنا بالتعريف غير شركة الجبر الآتية، التي هي أحد الأقسام الستة، فإنها معدودة في الشركة العرفية كما يأتي.

حكمة مشروعية الشركة:

شُرعت الشركة رفقا بين المتعاقدين، لابتغاء الربح والكسب. فهي من باب التعاون⁽²⁾.

أقسام الشركة:

تنقسم الشركة إلى قسمين: شركة التجر في الأموال، وشركة الأبدان.

وتنقسم شركة الأموال إلى ستة أقسام: المفاوضة، والعنان، والجبر، والذمم، والوجوه، والمضاربة التي هي القراض. وسنتحدث عنها في هذا الباب ما عدا المضاربة فستفرد بباب خاص.

القسم الأول من أقسام الشركة: شركة التجر في الأموال:

حكم شركة الأموال:

حكمها الجواز. والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِرِزْقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ [الكهف: 19]. ووجه الاستدلال أن الورق - وهي الفضة - كانت لجميعهم، وكانوا شركاء فيها؛ لأن الله تعالى أضافها لجميعهم. وتقتضي الآية أيضاً اشتراكهم في الطعام المشتري بالورق.

(1) المقدمات: 34/3.

(2) المقدمات: 34/3، والذخيرة: 55/8.

(3) المقدمات: 35/3، والجامع لأحكام القرآن: 273/10، والذخيرة: 19/8.

ب - عن سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد؟ فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيته، فجاءنا البراء بن عازب فسألناه؟ فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك؟ فقال: «ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان نسيته فذروه»⁽¹⁾.

ج - عن عبد الله بن هشام، وكان قد أدرك النبي ﷺ وذهبت به أمه زينب بنت حميد إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله بايعه. فقال: «هو صغير» فمسح رأسه ودعا له. وأنه كان يخرج إلى السوق فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهما فيقولان له: أشركنا فإن النبي ﷺ قد دعا لك بالبركة، فيشركهم وربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل⁽²⁾.

فهذان الحديثان يدلان على أن الصحابة كانت تكون بينهم الشركة، وكان النبي ﷺ يقرهم على ذلك.

وعقد الشركة في المال بيع من البيوع؛ لأنّ الرجلين إذا تشاركا بالعروض أو بالدنانير والدراهم، فقد باع كلّ واحد منهما صاحبه نصف ما أخرج هو، فهو بيع لا تقع فيه مناجزة لبقاء يد كلّ واحد منهما على ما باع بسبب الشركة، ودليل جواز عدم المناجزة في ذلك: الإجماع، وهو الذي خصّص هذا المعنى في الشركة، وهو إجماع مبني على غير قياس، وهو رخصة⁽³⁾. وسيأتي بيان ذلك.

لزوم شركة الأموال:

تصبح الشركة لازمة بما يدلّ عليها من صيغة لفظية أو غير لفظية؛ أي: سواء كان قولاً فقط أو فعلاً فقط، وأولى إذا اجتماعاً؛ ك: «شاركني»، فيرضى الآخر بسكوت أو إشارة أو كتابة. فليس لأحدهما المفاصلة قبل خلط المالين إلا برضاها معاً على المشهور المعول عليه.

ولزومها بما يدلّ عليها قاله ابن يونس وعياض، وهو مذهب ابن القاسم. ومذهب غيره أنّها لا تلزم إلا بخلط المالين، انضمّت لذلك صيغة أم لا.

واللزوم يشمل أيضاً شركة الزرع، وهو أحد قولين، والقول الآخر أنّها لا تلزم إلا بالعمل المخصوص الذي هو البذر ونحوه كما يأتي، الأول لسحنون والثاني لابن القاسم.

(1) أخرجه البخاري في الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة؛ ومسلم في المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً.

(2) أخرجه البخاري في الشركة، باب الشركة في الطعام وغيره.

(3) المقدمات: 44/3، وبداية المجتهد: 28/2، والذخيرة: 21/8.

أركان الشركة:

أركان الشركة ثلاثة:

الأول: العاقدان. يشترط أن تقع من أهل التصرف، وهو البالغ الرشيد، الذي يصح منه التوكيل والتوكل؛ فلا يصح من المحجور عليه إلا بإذن أو كان مأذوناً من قبل في التجارة.

ولا يصح أن يشارك مسلم ذمياً إلا أن لا يغيب الذمي على بيع ولا شراء، ولا قضاء ولا اقتضاء، إلا بحضرة المسلم؛ وذلك لاحتمال معاملته بالربا⁽¹⁾.

الثاني: المعقود عليه وهو المال.

الثالث: الصيغة الدالة على الإذن في التصرف، أو ما يقوم مقامها في الدلالة؛ لأن المقصود حصول الرضا بكل ما دلّ عليه، ويكفي «اشتراكنا» إن فهم المقصود عادة⁽²⁾.

ما تصح به الشركة في المعقود عليه:

- تصح بذهبين، بأن يخرج هذا ذهباً والآخر ذهباً ولو اختلفت السكة؛ أو تقع بورقين - أي: فضتين - بأن يخرج هذا ورقاً والآخر ورقاً مثله. وتقدم أن عقد الشركة في المال بيع من البيوع، إلا أنه لا تقع فيه المناجزة لبقاء يد كل واحد منهما على ما باع بسبب الشركة، وتقدم أيضاً أن دليل جواز الشركة مع عدم المناجزة في ذلك: الإجماع، وهو الذي خصص هذا المعنى في الشركة، وهو إجماع مبني على غير قياس، وهو رخصة⁽³⁾. وسيأتي بيان ذلك.

ويشترط اتفاق الذهبين أو الورقين فيما يلي:

* في الصرف وقت العقد، لا إن اختلفا فيه كيزيدية ومحمدية مختلفي الصرف. فمتى اختلف صرفهما منع ولو اتحدا وزناً وجودة. ولا يضر الاختلاف في الصرف بعد العقد.

* في الوزن، لا إن اختلفا فيه كصغار من جانب وكبار من الآخر، وتم مقابلة عدد الصغار بعدد الكبار مع إلغاء الوزن. وأما لو كان التعامل بالوزن وقوبلت أربعون من الصغار بوزن عشرين من الكبار لجاز.

* في الجودة أو الرداءة، لا نحو يزيدية ومحمدية، ولو اتفق الصرف فيهما، ولو جعل من الربح لصاحب الكبار أو الجيدة بقدر صرفها؛ لأنه يرجع للتقويم في العين والعين لا تقوم.

(2) الذخيرة: 21/8.

(1) الذخيرة: 20/8.

(3) المقدمات: 44/3، وبداية المجتهد: 28/2، والذخيرة: 21/8.

ولا تصحّ بتبر ومسكوك ولو ساوت جودة التبر سكة المسكوك للعلّة المتقدمة.
والحاصل أنّ الشركة في النقد يشترط فيها الاتفاق في الأمور الثلاثة لتركيبها من
البيع والوكالة. فإن اختلفا في واحد منها فسدت الشركة.
وعلة الفساد في اختلاف صرفهما: التفاوت إن دخلا على إلغاء الزائد، والرجوع
للتقويم في النقد إن دخلا على اعتباره.
والعلّة في اختلاف الوزن: بيع نقد بنقد متفاضلاً.

وفي اختلافهما بالجودة والرداء: دخولهما على التفاوت في الشركة إن عملا على
الوزن لا القيمة، وإن دخلا على القيمة فقد صرفا النقد للقيمة، وذلك يؤدي إلى بيع
النقد بغير معياره الشرعي الذي هو الوزن. لكن قد يقال: لو أخرج أحدهما عشرين
ديناراً كاملة أو عشرين ريالاً كذلك، وأخرج الثاني أربعين نصفاً والصرف متحد، بأن
كان صرف الدينار عشرة دراهم، وصرف النصفين كذلك والوزن والجودة أو الرداء
متحدان لم يظهر للمنع وجه.

- تصحّ بالذهب والفضة معاً، بأن يخرج أحدهما دنانير ودراهم كعشرة دنانير
وعشرة دراهم، ويخرج الثاني مثله فتصح، وتعتبر مساواة ذهب كلّ وفضته لذهب وفضة
الآخر في الأمور الثلاثة المتقدمة؛ أي: اتحاد الصرف والوزن والجودة والرداءة.
- تصحّ بالعرضين المتفقين من صنف واحد، والدليل على ذلك⁽¹⁾: الإجماع.

- تصحّ بعين من جانب وبعرض من الآخر؛ وبعرضين؛ أي: من كلّ جانب عرض
مُظَلَّفًا، اتفقا جنساً أو اختلافًا، كحمار وثوب، ودخل فيه طعام من جهة وعرض من
أخرى. فالمراد بالعرض ما قابل العين فيشمل الطعام. ووجه الجواز بالعرضين
المختلفين، وبالعرض من جهة والعين من جهة أخرى أنه ليس في ذلك ممّا يمنع إلاّ علّة
واحدة، وهو اجتماع البيع والشركة، فاستخفت لانفرادها ولدخول البيع في الشركة⁽²⁾.

ويعتبر كلّ من العرضين أو العرض مع العين بالقيمة يوم العقد، كالشركة في العين
مع العرض بالعين وقيمة العرض، فإن كانت قيمته قدر العين فالشركة بالنصف، وإن
كانت قدرها مرتين فبالثلث والثلثين؛ وكالشركة في العرضين بقيمة كلّ فإن تساويا
فبالنصف وإن تفاوتتا فبحسب كل، وذلك إن صحّت الشركة.

فإن فسدت كما لو وقعت على التفاضل في الربح أو العمل، فلا تقويم ورأس
مال كلّ ما بيع به عرضه إن بيع وعرف الثمن؛ لأنّ العرض في الفاسدة لم يزل على
ملك ربه، فإن بيع ولم يعرف ثمن كلّ اعتبر قيمة كلّ وقت البيع؛ لأنه وقت الفوات.
وهذا ظاهر فيما إذا بيع فإن لم يبيع أخذ كلّ عرضه.

من الفاسد أن تكون بالطَّعَامَيْنِ، فإنها فاسدة كما يأتي وتعتبر في الطعامين القيمة يوم البيع، إن تمَّ البيع قَبْلَ الخَلْطِ ولم يعلم الثمن الذي بيع به، فإن بيع بعد الخلط اعتبرت القيمة فيهما يوم الخلط؛ لأنه وقت الفوات، وفضَّ الربح على القيم وكذا الخسر. قال الناصر اللقاني: الفرق بين خلط الطعامين وخلط العرضين، أن خلط العرضين لا يفيتهما لتمييز كل واحد منهما؛ بخلاف خلط الطعامين يفيتهما لعدم تمييز أحدهما من الآخر، فهو بمنزلة بيع العرضين في الفوات.

ما لا تصح به الشركة:

- لا تصح الشركة إذا انفرد كل واحد بمال نفسه، من غير أن يكون يد الآخر عليه، حتى يكون أيديهما عليه، بأن يجعلاه في تابوتهما أو حانوتهما، أو على يد وكيلهما، فتصح حينئذ الشركة، وإن لم يخلطاه، وإن كانت أعيانه متميزة. ودليل عدم صحة الشركة بالانفراد: أن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال، وإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة؛ لأنهما على ما كانا عليه من انفراد المالين، فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا تأثير له⁽¹⁾.

- لا تصح الشركة يذهب من جانب وبورق من الجانب الآخر، ولو عجل كل منهما ما أخرجه لصاحبه، لاجتماع علتين هما: عدم التناجز، واجتماع الشركة والصراف⁽²⁾، فإن عملاً فلكل رأس ماله الذي أخرجه، وفضَّ الربح لكل عشرة دنانير دينار مثلاً، ولكل عشرة دراهم درهم. ووجه التعليل هنا باجتماع الشركة والصراف، أن الشركة من جهة بيع كل منها بعض ماله ببعض مال الآخر، بقطع النظر عن كون أحد المالين ذهباً والآخر فضة؛ والصراف من جهة بيع أحدهما بمال الآخر منظور فيه لخصوص كون أحد المالين ذهباً والآخر فضة، فالأمر إلى أن يبيع الذهب بالفضة هو الشركة والصراف، لكنهما مختلفان بالاعتبار كما علمت. وهذا التعليل ورد في المدونة، قال ابن عبد السلام: احتجاجة في المدونة على المنع بهذا التعليل غير بين؛ لأن العقود المتضمنة للشركة إنما يمنع من صحتها إن كانت تلك العقود خارجة عن الشركة، فإن كانت غير خارجة عنها لم تكن مانعة. وأجابوا بأن هذا في العقود المغايرة للصراف، وأما هو فمتى انضم للشركة اقتضى منعها وإن كان غير خارج عنها لضيقه وشدته.

- ولا تصح بطعامين مختلفين جنساً أو صفة، لاجتماع علتين هما: عدم المناجزة، واجتماع البيع والشركة⁽³⁾.

وكذا لا تصح في الطعامين ولو اتفقا قدراً - أي: كياً - وصفة، وهذا قول الإمام

(1) الإشراف: 604/2، والذخيرة: 47/8. (2) المقدمات: 45/3.

(3) المقدمات: 45/3.

مالك. وخالف ابن القاسم فقال بجواز المتفقين. وعلل عدم الصححة عند الإمام ببيع الطعام قبل قبضه؛ لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام الآخر، ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد على ما باع. فإذا باعا لأجنبي كان كل منهما بائعاً لطعام المعاوضة قبل قبضه من بائعه. فمعنى بقاء يد كل واحد على ما باع؛ أي: لأن كل واحد صار شريكاً فيما قبضه من صاحبه وفيما دفعه له، فيد كل واحد منهما جائلة في مال كل واحد منهما، ولو حاز كل واحد بالخصوص حصّة الآخر فلا يعد ذلك الحوز قبضاً لنفسه، بل كل واحد قابض لنفسه ولشريكه. وسبب الاختلاف بين الإمام مالك وابن القاسم في الطعامين المتفقين، أن الإمام لم يقس الطعام على الدنانير والدرهم في عدم اعتبار المناجزة؛ لأنه عنده لا يصح القياس على إجماع مبني على غير قياس؛ وأما ابن القاسم فذهب في هذه المسألة إلى جواز القياس عليه، فأجاز الشركة بالطعام إذا اتفقا في القدر - أي: الكيل - والصفة قياساً على الدنانير والدرهم⁽¹⁾.

ضمان التلف في الشركة:

تقدّم أن الشركة تلزم بالعقد، فليس لأحدهما المفاصلة دون الآخر قبل النضوض، وعليه إذا تلف أحد المالين أو بعضه فإنّ الضمان لا يحصل إلا بخلطهما ولو حكماً، فما تلف من مال الشركة قبل الخلط الحقيقي ولو الخلط الحُكْمِي، فيكون من ربه دون صاحبه؛ أي لا يتوقف الضمان من ربّ التالف على عدم الخلط الحقيقي بل على عدمه حقيقة أو حكماً. والحكمي: أن يكون كل مال في صرة على حدة، وجعلا في حوز واحد كصندوق أو خزانة تحت أحدهما أو أجنبي، إن كان مال الشركة مثلياً كعين. فإن حصل التلف بعد الخلط ولو حكماً أو كان المال عرضاً فالضمان مِنْهُمَا معاً، ولا يختص برب المال.

والمعنى أنّ ربّ التالف يستمر الضمان عليه وحده ما دام لم يحصل خلط حقيقي ولا حكمي، فإن حصل الخلط الحقيقي أو الحكمي كان الضمان عليهما. ولا يشترط الخلط في العرض كما قيد اللخمي به المدونة.

ثم إذا تلف شيء قبل الخلط وقلنا ضمانه من ربه فقط، فالشركة لم تنسخ لما علمت أنها لازمة بالعقد.

ويكون ما اشترى بالسالم بينهما على ما دخلا عليه من مناصفة أو غيرهما. وعلى ربّ المُتَلَفِ - بفتح اللام - أي: المال التالف ثمن حصته، من الشركة نصفاً أو أقل أو أكثر. فإذا اشترى بالسالم سلعة بمائة فعلى الذي تلف ماله نصف المائة حيث كانت الشركة مناصفة.

(1) المقدمات: 44/3، وبداية المجتهد: 283/2.

ولكن إذا اشترى ربّ السالم بماله السالم بَعْدَ عِلْمِهِ بتلف مال صاحبه، فَلَهُ الربح وَعَلَيْهِ الخسر، إلا أن يختار من تلف ماله الدخول معه، فله الدخول إلا أن يدعي المشتري الأخذ لنفسه فلا دخول له معه. فمحل كونه بينهما لزوماً إذا لم يعلم بالتلف. وهذا على تأويل عبد الحق وابن يونس للمدونة. وتأولها ابن رشد على أنّ ربّ السالم إن اشترى قبل علمه بالتلف كان الخيار بين إدخال صاحبه معه أو يختص به. وإن اشترى بعد علمه بالتلف اختص به وكان له الربح وعليه الخسر. والتأويل الأول أظهر للزومها بالعقد. وكان ابن رشد تأولها على مذهبه من أن الشركة من العقود الجائزة لا اللازمة، فلكل منهما أن يفك عن نفسه ما لم يحصل عمل.

ولا يضّرّ انفراد أحد الشريكين بشيء من مال الشركة يتجر فيه لِنَفْسِهِ على حدة، في مكان آخر في البلد أو في بلد آخر، على أنّ ما حصل من ربح في كلّ فهو بينهما على ما دخلا عليه.

أنواع شركة الأموال من حيث تصرف الشركاء:

الشركة من حيث تصرف الشركاء نوعان: شركة مفاوضة وشركة عنان. ويترتب على كلّ منهما أحكام.

النوع الأول من أنواع شركة الأموال: شركة المفاوضة:

شركة المفاوضة أن يطلق كلّ واحد من الشركاء لغيره التصرّف، بالبيع والشراء والأخذ والعطاء، دون توقّف على إذن الآخرين. فسميت مفاوضة لأن كلّ واحد فوض لصاحبه التصرف. وقد اعترض الإمام الشافعي على مشروعيتها، للضمان الذي فيها، وأنه غرر. ودليل جوازها، وأنه ليس فيها غرر⁽¹⁾:

أ - عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29].
وشركة المفاوضة تجارة.

ب - القياس على شركة العنان؛ لأنّ المفاوضة وكالة وكفالة، فيصنحان مجتمعين كما صنحا منفردين.

ج - القياس على البيع؛ لأنّ الضمان يوجب ثبوت المال في الذمة، فيثبت مع الشركة كالبيع.

د - أنّ كلّ واحد من المتشاركين قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه، بما أخرجوا المالين، ثمّ وكلّ كلّ واحد منهما صاحبه على التصرف فيه على الإطلاق، فانعدم بذلك تصرف أحدهما بدون إذن صاحبه، فلا غرر.

(1) الإشراف: 605/2، والمعونة: 1147/2، والمقدمات: 36/3، وبداية المجتهد: 285/2،

هـ - أن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة أي: الضمان، وتعلّق الوكالة بها كتعلّقها بالعنان، لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما عند صاحبه من الحقوق، والضمان يصحّ في الذمة لمجهول.

و - أن شركة المفاوضة تدعو إليه حاجة الارتفاق بين المتشاركين؛ والغرر اليسير معفو عنه في الشرع في البيوع؛ لأنّه ممّا لا تكاد تعرى عنه البياعات، فكيف الشركة التي خالفت الصرف والبيع في عدم المناجزة والتسليم، لبقاء يد كلّ واحد على ما شارك به.

إلا أنّه إذا لم يقيد بنوع تسمى مفاوضة عامة، وإذا خصت بنوع سميت مفاوضة خاصة؛ أي: بنوع الذي أطلق التصرف فيه.

ويكون إطلاق التصرف إمّا بالنصّ أو بالقرينة. وأمّا لو قالوا: اشتركنا، فقط وليس هناك قرينة، ولا تقييد بعنان ولا مفاوضة، كانت عناناً.

وليس من شرط شركة المفاوضة أن تكون رؤوس الأموال فيها متساوية، كما ليس من شرطها أن لا يبقى لأحدهما مال إلا ويدخل في الشركة، والدليل⁽¹⁾:

أ - القياس على شركة العنان؛ لأنّ كلّ شركة جازت مع تماثل رؤوس الأموال جازت مع اختلافها كالعنان.

ب - أنّ عقد الشركة يقتضي بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر، وتوكيل أحدهما الآخر في التصرف، وذلك لا يفترق إلى تساوي المالين.

ما يجوز لأحد المتفاوضين:

- يجوز لأحد المتفاوضين التبرّع من مال الشركة بغير إذن شريكه بشيء، كهبة وحطيطة لبعض ثمن بالمعروف، وذلك إن استألف بالتبرع قلوب الناس للتجارة، أو خفّ ما تبرّع به كإعارة آلة كجبل ودلو وإناء، ودفع كسرة لفقير.

- يجوز له أن يبيّض من مال الشركة، بأن يعطي إنساناً مالاً منه ليشتري له بضاعة من بلد كذا. وذلك إن اتسع المال.

- يجوز له أن يُقارض، بأن يعطي مالاً لغيره قراضاً، بجزء من الربح شركة. وذلك إن اتسع المال وإلا منع.

- يجوز له أن يُودع ودیعة منه لعذر اقتضى الإيداع، وإلا يكن الإيداع لعذر ضمّن إن ضاعت الوديعة.

- يجوز له أن يُشارك أجنبياً في شيء مُعيّن، حيث لا تجول يد الأجنبي في باقي مال الشركة. وسواء كانت الشركة في ذلك المعين مفاوضة أو غيرها.

- يجوز له أن يَقْبَلَ المَعِيبَ، إذا باعه هو أو شريكه ثم رد بالعيب، وإن أبى الآخر.

- يجوز له - أي: في حال المفاوضة - أن يُقَرَّ بَدَيْنَ عليه من مال الشركة، لِمَنْ لا يَتَهَمُ عَلَيْهِ، ويلزم الإقرار شريكه الآخر. وهذا مقيد بأن يقرَّ قبل التفرق وقبل موت شريكه. فإن أقرَّ بعد التفرق أو الموت فهو شاهد في غير نصيبه.

أما الإقرار لمن يتهم عليه، كابن وزوجة وصديق ملاطف فلا يلزم صاحبه. وأما هو فيؤخذ به في ذمته.

فإن أقرَّ بأن هذه السلعة ليست من سلع التجارة بل ودیعة لفلان، فإنه يصدق بالأولى من الإقرار بالدين. وهذا واضح إذا شهدت بيته بأصل الوديعة، وإلا كان تعيينه للوديعة كإقراره بها وحكمه أنه يكون شاهداً، سواء حصل تفرق أو موت أو لا.

- يجوز له أن يبيع سلعة من مال الشركة بَدَيْنَ؛ أي: بضمن لأجل معلوم.

وأما الشراء بالدين فلا يجوز له. لأنه إذا اشترى بدين في ذمته للشركة من غير إذن شريكه، لم يكن لصاحبه شيء من ربحها ولا عليه شيء من خسارتها؛ لأنها من شركة الذمم وهي لا تجوز، لثلا يأكل شريكه، في حال الربح، ربح ما لم يضمن، أو يغرم في حال الخسارة ما ليس عليه؛ لأن ضمان الدين من المشتري وحده. فإن إذن له في سلعة معينة جاز؛ لأنه صار بالإذن له وكيلاً عنه فيما يخصه، فكانا بمنزلة رجلين اشترى سلعة بينهما بدين فإنه جائز قطعاً. ثم إن اشترط البائع ضمان كلِّ عن صاحبه جاز له أخذ الثمن من أيهما شاء، وإن لم يشترط لم يلزم كلِّ واحد منهما إلا ما يخصه، وقد تقدم هذا. فعلم أن محل المنع إذا اشترى أحد الشريكين بدين في ذمته بلا إذن صاحبه. وأصله للإمام اللخمي، لكنه قيد المنع بما إذا طال الأجل لا إن كان كاليومين والثلاثة؛ لأنه من ضرورات البيع والشراء. وإذا مُنِعَ لطول الأجل فصاحبه له الخيار في القبول والرد؛ فإن رد اتبع المشتري خاصة بالثمن وعبارة اللخمي في التبصرة: «ولا يشتري بضمن مؤجل، فإن فعل وكان بغير إذن شريكه فالشريك بالخيار بين الرد والقبول، فيكون الثمن على المشتري خاصة» ثم قال: «يجوز لأحد الشريكين أن يشتري ما لا يكون ثمنه معه على النقد بعد اليومين والثلاثة، وهذا مما لا بد منه» ثم الذي مشى عليه ابن الحاجب: أنه يجوز له البيع والشراء بالدين أي: نظراً؛ لأن المفاوضة إذن بالشراء مطلقاً وإن لم يصرح بالإذن عند الشراء، وهو قول ابن رشد وظاهر المدونة في قولها: «وما ابتاع أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد لزم الآخر ويتبع البائع بالثمن أو القيمة في فوت الفاسد أيهما» (ا.هـ.)، وهو شامل للشراء بالنقد وبالدين، وإنما يظهر التعليل بشركة الذمم في شركة العنان لا المفاوضة.

وأصل شركة الذمم الممنوعة عند مالك وأصحابه؛ أن يتفق اثنان مثلاً على أن كلِّ

من اشترى منهما سلعة غير معينة بدين يكون الآخر شريكاً له فيها. وإنما كانت فاسدة؛ لأنها من باب «تحمل عتيّ وتحمل عنك» وهو ضمان بجعل، و«أسلفني وأسلفك» وهو سلف جرّ منفعة⁽¹⁾.

عمل أحد الشريكين قراضاً أو تجراً مع غير شريكه:

وإذا أخذ أحد الشريكين مالاً من شخص ليعمل فيه قراضاً⁽²⁾ بالربح الذي جعله له رب المال، وأخذه بإذن شريكه؛ فإنه يستقل بالربح والخسر؛ لأن مال القراض خارج عن الشركة. ويجوز إن أذن له شريكه أو كان العمل فيه لا يشغله عن العمل في الشركة، ولو بغير إذن شريكه.

كما يستقل المُتَجَرُّ بِوَدِيعَةٍ عنده بِالرَّبْحِ وَالْخُسْرِ دون شريكه؛ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ شَرِيكُهُ بِتَعَدِيهِ فِي الْوَدِيعَةِ ويرضى بذلك، فالربح لهما والخسر عليهما.

تقدير العمل والربح والخسر بين الشريكين:

يجب أن يكون الْعَمَلُ وَالرَّبْحُ وَالْخُسْرُ بين الشريكين في مال الشركة بقدر المالين. ويكون بينهما بَقَدْرِ الْمَالَيْنِ مناصفة وغيرها. وتصحّ الشركة إن دخل على ذلك أو سكتا، ويقضى عليهما بذلك.

وتفسدت الشركة إذا اشترط التَّفَاوُتُ في ذلك عند العقد. ويفسخ إن اطلع على ذلك قبل العمل. ودليل الفساد⁽³⁾:

أ - ما في ذلك من الغرر؛ لأنّ اشتراط الزيادة - أي: في العمل - استئجار من مشروطها للآخر بفضل ربح ماله.

ب - قياس الربح على الخسر؛ لأنه قد ثبت أنّ عقد الشركة يوجب في جهة كلّ واحد من الشريكين قسطاً من الربح والخسران، وأنّ أحدهما لو شرط على الآخر جزءاً من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز، كذلك إذا شرط جزءاً من الربح، بعلّة أنّهما - أي: الربح والخسر - ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال.

ج - قياس الربح على أجرة العقار؛ لأنّ الربح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسّم بين الشريكين على قدر الملك، كأجرة العقار.

د - أنه من أكل المال بالباطل.

فإن اطلع عليه بعده فضّ الربح على قدر المالين. وَرَجَعَ كُلُّ مِنْهُمَا على صاحبه بِمَا يثبت لَهُ عِنْدَ الْآخَرِ مِنْ أَجْرِ عَمَلٍ أَوْ رِبْحٍ. فإذا كان لأحدهما ثلث المال كعشرة،

(1) حاشية الصاوي: 169/2.

(2) القراض يطلق على المال المأخوذ ويطلق على التجرة به.

(3) الإشراف: 606/2، والمعونة: 1146/2، والذخيرة: 52/8.

وللآخر الثلثان كعشرين، ودخلا على المناصفة في العمل والربح، فصاحب الثلثين يرجع على صاحب الثلث بسدس الربح، ويرجع صاحب الثلث على صاحب الثلثين بسدس أجرة عمله.

فإن شرطاً التساوي في الربح فقط وكان العمل بقدر المالين، رجع صاحب الثلثين على صاحب الثلث بسدس الربح، ولا رجوع لصاحب الثلث بشيء. وإن شرطاً التساوي في العمل فقط رجع صاحب الثلث بسدس أجر عمله، ولا رجوع لصاحب الثلثين بشيء، وهكذا.

ولأحد الشريكين التبرُّع لصاحبه بشيء من الربح أو العمل بعد العقد على الصحة، ولو كان بأثر العقد. والجواز مبني على أن اللاحق للعقد ليس كالواقع فيها. فإذا عقداً على أن لصاحب ثلث المال الثلث من الربح، وعليه ثلث العمل فالعقد صحيح. وله أن يعمل بعد ذلك النصف أو أكثر، ولصاحب الثلثين أن يتبرع له بشيء من ربحه؛ لأنه من باب المعروف والصلة. وأما التبرع له حين العقد أو قبله فغير جائز.

وكذلك له الهبة والسلف لصاحبه بأن يسلف صاحبه أو يهب له شيئاً بعد العقد الواقع صحيحاً، لا حين العقد ولا قبله.

وعلة المنع في السلف قبل العقد أو حينه، أنه سلف جرّ نفعاً. وفي الهبة والتبرع فلأن ذلك كأنه من الربح، فيكون قد أخذ أكثر من حقه.

التنازع بين الشريكين:

يد كل واحد من الشريكين يد أمانة؛ لأن كل واحد منهما وكيل للآخر⁽¹⁾. فيكون القول في تنازعهما في التلف أو الخسر لمُدَّعي التلّف والخُسْر؛ لأنه أمين. ويحلف إن اتهمه صاحبه وإن كان في ذاته غير متهم. وهذا إن لم يظهر كذبه بالبيّنة، أو بالقرائن؛ كدعواه التلف وهو في رفقة لا يخفى عليهم ذلك ولم يعلم به أحد منهم؛ وكدعواه الخسارة في سلعة مرغوب فيها سعرها مشهور؛ وإلا غرم.

والتلف يكون عن غير تحريك، بل عن أمر سماوي أو لصر. وأما الخسر فهو ما نشأ عن تحريك.

وإذا اشترى أحد الشريكين شيئاً من طعام أو شراب أو كسوة يناسبه، وادعى أنه اشتراه لنفسه أو لعياله، وادعى الآخر أنه اشتراه للشركة، فالقول لمن ادعى أنه اشتراه لنفسه إذا كان لائقاً به، لا إن كان غير لائق أو كان عروضاً أو عقاراً أو حيواناً، فالقول لمن ادعى أنه للشركة.

ويكون القول لمُدَّعي النصف، عند تنازعهما فيه وفي غيره؛ لأنه الأصل إن حلّفاً،

وكذا إن نكلا، ويقضي للحالف على الناكل، هذا قول أشهب. وقال ابن القاسم: إن ادعى أحدهما النصف والآخر الثلثين أعطي مدعي النصف الثلث ومدعي الثلثين النصف وقسم السدس بينهما.

ويكون القول لمدعي الاشتراك في مال بيدي أحدهما، دون مدعيه لنفسه، إلا لبينة تشهد للحائز، كأن يكون إرثاً له، وأنه متأخر عن الشركة، بل وإن قالت: لا نعلم تأخره عن الشركة، فيكون للحائز الذي ادعاه لنفسه؛ لأن الأصل عدم خروج الأملأك عن يد أربابها. فإن قالت: نعم تقدمه عليها فهو بينهما، إلا أن تشهد بإخراجه عنها.

حكم نفقة الشريكين:

تلغى نفقة الشريكين على أنفسهما، وكسوتُهُمَا؛ فلا يحسبان عند النضوض أو المفاوضة، وإن كان كل واحد منهما ببلد غير الذي به الآخر، وكان البلدان مُخْتَلِفِي السعْر ولو اختلافاً بيّناً. وهذا بشرط أن يتساويا أو يتقاربا في النفقة، وأن يتساويا في المال بأن كانت الشركة على النصف. فإن لم يتساويا فكل واحد على قدر ماله.

كما تلغى النفقة والكسوة على عيالهما، إن تَقَارَبَا عِيَالاً ونفقة. فإن لم يتقاربا حَسَبَ ما أنفق كل واحد ورجع ذو القليل على ذي الكثير بما يخصه. وإن انفرد أحدهما بالنفقة على نفسه أو العيال دون الآخر، فإنه يحسب ما أنفق. وما قيل من أن من انفرد بالنفقة على نفسه أو عياله لا يحسب فيه نظر.

النوع الثاني من أنواع شركة الأموال: شركة العنان:

وهذه التسمية مأخوذة من عنان الدابة، كأن كل واحد أخذ بعنان صاحبه، فلا يطلقه يتصرف حيث يشاء.

فإن شَرَطَ الشريكان نَفْيَ الاستبْدَادِ بالتصرف؛ بل كل واحد يتوقف تصرفه على إذن الآخر فهي شركة عنان. ودليل جوازها⁽¹⁾: الإجماع.

فإن تصرف أحدهما بلا إذن، فللثاني رده وضمن إن ضاع ما تصرف فيه.

وإن اشترط نفي الاستبداد من أحدهما فقط، فهل هي صحيحة وتكون مطلقة من جهة دون جهة أو فاسدة؟ لأن الشركة يقتصر فيها على ما ورد، واستظهره بعضهم.

ولو قال إنسان لآخر: اشتر كذا لي ولك، والضمن بيننا؛ فهي وكالة بالنسبة لتولي الشراء، كما أنها بالنسبة لذات السلعة المشتراة شركة.

وإذا كان وكيلاً في الشراء كان له طلبه بالضمن الذي أداه عنه لبائعها، فليس له حَبْسُهَا عنده في نظير الضمن سواء قال له: وانقد عني، أو لم يقل. إلا أن يقول له:

اشترها لي ولك، وأحبسها عندك حتى أوفيك الثمن، فتكون كالأرهن فله حبسها حتى يوفيه الثمن، ويكون أحق بها في فلس أو موت حيث حبسها، وعليه ضمانها ضمان الرهان.

ويجوز أن يقول له: اشتر لي ولك، وأنقذ عني ما يخصني من الثمن؛ لأنه من المعروف، إذ هو سلف له ووكالة عنه في الشراء. ومحل الجواز إن لم يقل: وأنا أبيعها عنك؛ أي: أتولى بيعها عنك وإلا منع؛ لأنه سلف جرّ نفعاً. فإن وقع كانت السلعة بينهما ولا يتولى البيع؛ فإن تولاه كان له جعل مثله.

ويجوز أن يقول له: اشتر لي ولك، وأنا أنقذ عنك؛ لأنه معروف، إلا إذا كان المشتري خبيراً بالشراء أو كان ذا وجهة فلا يجوز، لما فيه من السلف بمنفعة.

شركة الذمم:

قد تقدّم أنّ شركة الذمم ممنوعة عند مالك وأصحابه؛ وهي أن يتفق اثنان مثلاً على أن كلّ من اشترى منهما شيئاً غير معيّن بينهما حين العقد، بدین - أي: في ذمته - يكون الآخر شريكاً له فيها، كما يكون كلّ منهما ضامناً للآخر فيما اشترى في الخسر والتلف، ثمّ يبيعانها، وما خرج من الربح فيكون بينهما. وسواء كانا ببلد واحد أو ببلدين، يجهز كلّ منهما سلعةً. ودليل المنع⁽¹⁾:

أ - أنها شركة بغير مال ولا عمل فلم تصحّ، قياساً على ما إذا قال أحدهما للآخر: بع سلعتك وأنا شريكك في ثمنها، أو ابتع ما تبتاعه ولي نصف ربحه.

ب - أنها غرر ومخاطرة؛ لأنّ كلّ واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص؛ ولأنّ كلّ واحد يصير بائعاً لنصف ما يشتري الآخر بنصف ربحه هو، وذلك غرر ومجهول.

ج - أنه من أكل المال بالباطل؛ لأنّ كلّ واحد يستعير ذمّة صاحبه بذمته، أو يستأجره، بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح.

د - أنها من باب «تحمل عني وأتحمل عنك» وهو ضمان بجعل، و«أسلفني وأسلفك» وهو سلف جرّ منفعة⁽²⁾.

فيشترط للمنع شرطان:

- أن تكون السلعة غير معيّنة حين العقد. فيكون في ذلك عدم إذن كلّ منهما بما اشتراه الآخر.

- أن يكون كلّ منهما حميلاً عن الآخر أي: ضامناً له في الخسر والتلف. فيكون في ذلك عدم معرفة كلّ منهما بما يتحمّل به عن صاحبه.

(1) الإشراف: 605/2، والمعونة: 1147/2، والمقدمات: 39/3، وبداية المجتهد: 286/2.

(2) الذخيرة: 29/8، والشرح الكبير وحاشيته: 364/3، وحاشية الصاوي: 169/2.

وذلك من أعظم الغرر.

وإذا وقعت كانت فاسدة، وضمن المشتري يكون بينهما على ما تعاقد عليه من تساو أو غيره، وتفسخ الشركة بينهما من حينها⁽¹⁾.

فإن دخلا على شراء شيء معين، وتساويا في التحمّل؛ أي: الضمان، جاز. ودليل الجواز⁽²⁾: عمل السلف، وإن كان علّة المنع وهي الضمان بجعل والسلف بمنفعة موجودة.

وإذا تعاقد رجلان على أن يقعد أحدهما في حانوت يبيع فيه، ويأتيه الآخر بالمتاع، وللبائع نصف الربح أو ثلثه فلا يجوز؛ والحكم هو أن يكون للذي في الحانوت أجره مثله، والربح كلّه للذي يأتي بالمتاع. ووجه عدم الجواز أنّها إجارة فاسدة، من أجل أنّ الربح تابع للضمان، فإن كان ضمان السلع من الذي أقعده في الحانوت وجب كون جميع الربح له، وللعامل أجره مثله⁽³⁾.

شركة الوجوه:

هي أن يبيع تاجر وجيه، مرغوب في الشراء منه، مشهور بين الناس، سلعة تاجر آخر خامل، خفي بين الناس، لا يرغبون في شراء سلعه، ويكون ذلك بجزء - كثلث - من الربح يأخذه التاجر الوجيه. وهذا العقد فاسد ويفسخ. ووجه الفساد أنّه إجارة بأجرة مجهولة، والغرر بالتدليس. ودليل منع شركة الوجوه ما تقدّم من أدلّة منع شركة الذمم.

وإذا وقع العقد على هذا فإنّه يكون للوجيه جعل مثله، بالغاً ما بلغ، وللمشتري ردّ السلعة إن كانت قائمة، وإن فاتت لزمه الأقلّ من ثمنها أو قيمتها. ووجه كون أنّ له الأقلّ منهما؛ لأنّ الوجيه غشّه⁽⁴⁾.

أقسام شركة الأموال من حيث الجبر وعدمه:

تنقسم شركة الأموال إلى شركة جبر وعدمه:

شركة الجبر وشروطها:

يجبر المشتري لسلعة على مشاركة الغير معه فيما اشتراه. وأصل مشروعية الجبر قضاء عمر رضي الله عنه بها⁽⁵⁾. ويشترط فيها ستّة، ثلاثة في الشيء المشتري، وثلاثة في الشرك - بالفتح -، هي:

(1) الشرح الكبير وحاشيته: 364/3، ومنح الجليل: 298/6.

(2) حاشية الشرح الكبير: 364/3. (3) منح الجليل: 299/6.

(4) الشرح الكبير وحاشيته: 364/3، ومنح الجليل: 299/6.

(5) بلغة السالك: 172/1.

- أن يشتري شيئاً بسوقه المعد له ولو لم يكن المشتري من أهله. فلا جبر إن اشتراها بيئت اتفاقاً، أو بزقاقٍ على المعتمد.

- أن يشتريه للتجارة. فلا جبر إن اشتراه لِمثَل سفرٍ به وإن لتجارة، أو اشتراه لقنية أو إقراء ضيف أو عرس أو إهداء. ويصدق في ذلك بيمينه.

- أن تكون التجارة به في البلد.

- أن يكون المشترك حاضراً في السوق وقت الشراء. فلا جبر إذا كان غائباً حين الشراء.

- أن يكون من تجار تلك السلعة التي بيعت في حضرته. فلا جبر إذا لم يكن من تجارها، بأن لم يكن تاجراً أصلاً، أو كان من تجار غيرها.

- أن لا يتكلم بمزايدة. فلا جبر إذا تكلم بمزايدة.

ومحلّ الجبر إذا وجدت هذه الشروط، أن لا يبيّن المشتري للحاضرين من التجار أنّه لا يشارك أحداً منهم، ومن شاء أن يزيد فليفعل، وإلا فليس لهم جبره.

ومتى وجدت شروط الجبر، فللتجار جبره ولو طال الأمر حيث كان ما اشترى باقياً. وقيل يفصل فيه كالشفعة، فلا جبر بعد السنة.

ولا يجبر المشتري الحاضرين عند عدم تكلمهم بالمزايدة على مشاركتهم له. وأما إن حضروا السوم وقالوا له أشركنا، فأجابهم بنعم أو سكت، فإنهم يجبرون على مشاركته، كما إنّه يجبر على مشاركتهم إن طلبوا.

القسم الثاني من أقسام الشركة: شركة الأبدان:
شركة الأبدان هي الشركة في العمل البدني.

حكمها:

تجوز الشركة في العمل البدني أو في المعين في المال الحاصل بسبب العمل، كالخياطة والحياكة والتجارة. ودليل جواز شركة الأبدان⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَعْمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُكْمَهُ وَالرَّسُولَ وَإِذِي الْقُرْآنِ وَالْيَتَامَىٰ وَالسَّكِينِ وَأَنْتَ السَّبِيلُ﴾ [الأنفال: 41]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الغانمين شركاء فيما غنموا بقتالهم وبما أفاءت عليهم سيوفهم، وليس هناك بين المقاتلين مال ولا تجارة، وإنما هي شركة أبدان بغير ضمان.

ب - ما روي أنّ ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً ولم ينكر النبي ﷺ عليهما.

(1) الإشراف: 604/2، والمعونة: 1148/2، والمقدمات: 38/3، وبداية المجتهد: 286/2،
والذخيرة: 33/8.

ج - أن المقصود من شركة المال هو العمل، بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون من العمل، وأن المتشاركين لو شرطوا العمل على أحدهما لم يجز، وإن شرطوا المال من أحدهما والعمل من الآخر لصحّ وكان قراضاً؛ وإذا صحّ هذا وجب متى اشتركا في عمل البدن أن يصحّ، لإيقاعهما العقد على المعنى الذي يقصد له وهو الأصل فيه.

د - القياس على شركة المال؛ لأنّ العمل أحد نوعي القراض، فصحت الشركة به كالمال.

هـ - القياس على شركة المال؛ لأنّ كلّ ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما، جاز أن يشتركا عليه كالمال.

ويدخل في الجواز الاحتطاب والاصطياد، والدليل⁽¹⁾:

أ - عموم الآية.

ب - القياس على الخياطة والقصارة؛ لأنّ الشركة في الاحتطاب والاصطياد شركة بدن في تكسّب مباح، كالخياطة والقصارة.

ج - الحاجة في التعاون إلى ذلك كالحاجة إليه في سائر الصناعات. وهي تلزم بالعمل لا بالعقد.

ويشترط لجوازها شروط هي:

الأول: أن يتحد العمل، كخياطين لا كخياط ونجار. أو يتلّزم عملهما بأن يكون أحدهما ينسج والثاني ينير أو يدور، أو أحدهما يصوغ والثاني يسبك له، أو أحدهما يغوص لطلب اللؤلؤ والثاني يمسك عليه ويجذف؛ فالمراد بالتلازم توقف أحد العاملين على الآخر. والدليل على هذا الشرط⁽²⁾: أنّ عدم اتحاد الصنعة أو عدم تلازمهما قمار وغرر زائد على حدّ اليسير؛ لأنّ مقصود الشركة الرفق بين المتشاركين، وفي اختلاف الصنعة لا رفق لشريك في شركة الآخر، ولا حاجة به إلى معاونته، ولا تعلّق لكسبه في عمله، فلم يبق إلّا قصدهما الغرر والقمار. يبيّن هذا أنّ كلّ واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه بمشاركة الآخر في مثل ذلك؛ فأشبهه أن يقول أحدهما للآخر: اتجر في مالك لنفسك، وأتجر أنا في مالي لنفسي، فما ربحت فلك نصفه، وما ربحت فلي نصفه.

الثاني: أن يأخذ كلّ منهما من الربح بقدر عمله، بأن يدخل على ذلك. ولا يضر التبرع بعد العقد. وتفسد إن شرطاً التفاوت. ولا يضر شرط التساوي إن تقاربا في العمل كما يأتي قريباً.

(1) الإشراف: 605/2، والمعونة: 1148/2، والمقدمات: 38/3.

(2) الإشراف: 605/2، والمعونة: 1148/2، وبداية المجتهد: 286/2.

الثالث: أن يحصل التعاون بينهما وإن كانا بمكانين، بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد صاحبه، كخياطين في حانوتين يأخذ كل منهما ما بيد صاحبه.

الرابع: أن يشتركا في الآلة التي بها العمل؛ كالفأس والقدوم والمطرقة والقبان والمنوال وغير ذلك، إما بملك أو إجازة لهما من غيرهما، أو كان أحدهما يملك الآلة واستأجر صاحبه منه نصفها، فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز. وأما لو أخرج كل منهما آلة تساوي آلة الآخر فإن أكرى كل منهما أو اشترى نصف آلة صاحبه بنصف آلة الآخر جاز؛ لأنه يصدق عليه الاشتراك فيها، وإن لم يحصل شيء من ذلك ففي الجواز والمنع قولان: الأول لسحنون، والثاني ظاهر المدونة. لكن قال عياض: إن وقع مضي.

ومثل هذه الشركة في العمل كطبيين اشتركا في الدواء.

ويغتفر التفاوت اليسير في العمل مع كون الربح بينهما بالسوية؛ ككون عمل أحدهما أقل من النصف قليلاً، وعمل الآخر أكثر منه قليلاً؛ أو كان عمل أحدهما أكثر من الثلث قليلاً، وعمل الآخر أقل من الثلثين قليلاً، وقسما على الثلث والثلثين.

ولزم كلاً من شركاء العمل ما قبله صاحبه.

ولزمه ضمانه؛ أي: ضمان ما قبله صاحبه بلا إذنه؛ لأنهما صارا كالرجل

الواحد، فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معاً.

وإن افترقا فما قبلاه أو قبله أحدهما حال الاجتماع فهو في ضمانهما. وهذا إذا

قبله في حضور صاحبه أو في غيبته القريبة كاليومين، أو حال مرضه القريب اللذين يلغيان؛ أي: فما عمله الحاضر الصحيح شاركه فيه الغائب أو المريض ولزمه ما قبله الحاضر الصحيح في الغياب أو المرض، وضمنه معه إن تلف، ودليل ذلك أنه عادة الشركاء⁽¹⁾.

فإن قبله في غيبته أو مرضه الطويلين، فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه

بل يختص بأجرة عمله، كما قال اللخمي. وانظر تفصيل هذه المسألة في الشرح الكبير⁽²⁾.



(1) الذخيرة: 37/8.

(2) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: 363/3.

القضاء فيما يشترك فيه الناس من المرافق

الدليل العام لمسائل هذا الفصل :

الأصل في مسائل هذا الفصل ما رواه يحيى المازني وعبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت، أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

والضرر بمعنى الضرّ - بفتح الضاد -، و«ضرار» مصدر ضارّ، بمعنى ضرّه⁽²⁾.

وأصل الكلمتين يدلّ على معنى ضدّ النفع. أي: على الأذى والضيق والمكروه. ووجه تنويع الصيغة يحتمل أموراً:

أ - أن يكون اللفظان بمعنى واحد يفيد التأكيد، ويدلّان على صدور الفعل من جانب واحد؛ لأنّ صيغة فاعل قد تكون بمعنى فعل. وعلى هذا فصيغة ضرار مستعملة في الدلالة على المبالغة في الضرّ⁽³⁾.

ب - أو أن يكونا بمعنى واحد، لا لتأكيد المعنى، ولكن للدلالة على اختلاف جهة الفعل؛ أي: إنّ الضرر ما كان صادراً من جهة واحدة ضدّ آخر، كأن يحدث في ملكه ما يضرّ بجاره؛ وأنّ الضرار ما كان صادراً من جانبيين، كلّ واحد منهما يقصد الضرّ بالثاني؛ لأنّ هذه الصيغة تستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة؛ أي: الاشتراك في الفعل، كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام. وهذا الاحتمال رجّحه الإمام الباجي⁽⁴⁾.

قال الإمام ابن عاشور في بيان وجه دلالة لفظ الضرّ المنفي: «قد نفت (لا) في الحديث جنس ضرر وضرار نفيّاً مقصوداً به الإنشاء؛ أي: إبطال جنس الضرر في حكم الشريعة بين المسلمين. فهذا اللفظ مجمل في كثير من أنواع الضرّ الحاصلة بين الناس في المعاملات، تبيّنه الأدلّة الشرعية الكثيرة، الفاضية بإبطال أجناس من الضرّ وإمضاء أجناس أخرى منه، ويبينه القياس الجلي على كلا الجنسين من الضرّ. أو هو ظاهر في

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرّ بجاره.

(2) مختار الصحاح: 247، والمعجم الوسيط: 537، والتحرير والتنوير: 423/2.

(3) المتقى: 40/6، والقبس: 928/3.

(4) المتقى: 40/6، والتحرير والتنوير: 423/2.

نفي كلّ ضررٍ يحصل للناس، فيكون من بيانه أو تأويله أنّ من جنس الضرر ما هو مقطوع بإبطاله بين الناس في معاملاتهم، وأنّ من جنس الضرر ما هو مقطوع بإمضائه وجوازه، وأنّ من بين هذين أنواعاً كثيرة هي مجال للاجتهاد. وتبيين ذلك أنّ معظم معاملات الناس واقتضاء حقوقهم ومنافعهم، لا يخلو من ضررٍ يلحق أحد الجانبين المتعاملين أو كليهما، ويلحق غير المقتضي لحقه ومنفعته، فيسوؤه اقتضاء غيره حقه ومنفعته، فالتبايع يشتمل على ضررٍ يلحق المتبايعين . . .»

وبعد أن فسّر كيف يلحق الضرر كلّ واحد من المتبايعين، وذكر أيضاً ما يؤدي استعمال صاحب الحق حقه في التصرف في ملكه وشؤونه إلى لحوق مضرّة بالغير، بين أنّ ذلك مما لا تخلو عنه المعاملات بين الناس، وأنه ممّا لا خلاص لها من التلبس بنوع من الضرر، وأنّ الشريعة إنّما أبطلت ما هو غير سائغ في نظرها، وعفت عمّا سواه لملازمته للمعاملات حتّى لا تتعطل، فقال: «فلو أخذنا بظاهر إجماله - أي: الضرر المنفي - ولم نعمل النظر في أدلّة الشريعة المبيّنة له، والمؤولة لظاهره، لقضينا بتعطيل معظم أنواع المعاملات والتصرفات، وذلك باطل لأنّ أدلّة الشريعة طافحة بالإذن في معاملات كثيرة تحفّ بها أضرار بأناس عديدين، فتعيّن أنّ الضرر المنفي في الحديث هو الضرر الذي لا مسوغ له عند الشرع . . .»⁽¹⁾.

وممّا أشار إليه ﷺ فيما يتعلّق بالإرفاق، أنّ الضرر الحاصل من تعطيل نفع لأحد الجانبين، مثل الإرفاق فإنّه لا يقضى به على صاحب الحقّ عند الإمام مالك ﷺ، وقضى به عمر بن الخطاب للضحّاك بن خليفة على محمد بن مسلمة، وهو مجال للاجتهاد. وأنه يوجد فرق بين الضرر الممنوع وبين تعطيل منفعة غير حاصلّة، فإنّ الضرر هو إلحاق ألم بالمضروب، وأمّا تعطيل منفعة غير حاصلّة فهو حرمان من وصول ملائم، فقطع المنفعة ضرر، وتعطيل منفعة غير حاصلّة ليس بضرر، ولذلك يقال في الفقه: لا يضرّ بأحد ليتنفع غيره⁽²⁾.

وقضاء عمر رضي الله عنه أخرجه مالك عن يحيى المازني، أنّ الضحّاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحّاك: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً، ولا يضرّك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحّاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلّي سبيله. فقال محمد: لا. فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تسقي به أولاً وآخراً، وهو لا يضرّك؟ فقال محمد: لا. فقال عمر: والله ليمرّنّ به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمرّ به، ففعل الضحّاك⁽³⁾.

(2) كشف المغطى: 309.

(1) كشف المغطى: 306.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق.

قال الإمام الباجي: قد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض، وله أرض دون أرض، فأراد أن يجري ماءه في أرض: أنه ليس له ذلك. ولم يأخذ بما روي عن عمر في ذلك.

وقد علل الإمام مالك رأيه بأن قضاء عمر بذلك صالح لو أن الناس استمروا على اعتدال الصحابة في حفظ حقوق بعضهم البعض، وعدم نسيانهم ما لأجله قضى عمر بقضائه المذكور، وقد كان الإمام مالك يخشى أن يقضى بمثل هذا القضاء في عهده وبعد عهده، ثم ينسى من قضى له بذلك هو أو ذريته سبب القضاء بذلك، وهو مجرد المرور بالماء من أرض إلى أخرى، فيدعون ملكاً في الأرض التي مروا بالماء فيها. قال أشهب: «كان يقال: يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. قال مالك: وأخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر لرأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنك تشرب به أولاً وآخرأ، ولا يضرك. ولكن فسد الناس واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك»⁽¹⁾.

قوله: فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر. أي: إن حكم عمر بن الخطاب تمثل في الأزمنة التي يغلب على أهلها الصلاح والدين والتحرّج عمّا لا يحلّ. قوله: «فسد الناس واستحقوا التهم». أي: قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحلّه أهل زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قوله: «وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء»؛ أي: ينسى أن سبب القضاء بمرور الماء في أرض الغير هو من باب الرفق بصاحب الماء، وليس بكونه حقاً له. وقوله: «وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك». أي: قد يدعي باطلاً أن القضاء بمرور ماء جارك بأرضك لأرضه كان بعوض دفعه إليك، فاستحق بذلك ملكية مجرى الماء من أرضك.

وأنكر الإمام الشافعي على الإمام مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذ به. وردّ الإمام الباجي عليه إنكاره بأن محمّد بن مسلمة وهو من الصحابة ممن خالف في ذلك، ولو اعتقد أنه من حقوق الضحّاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره، وإنما أذعن لرأي عمر لأنه الحاكم والخليفة وحكم الحاكم يرفع الخلاف. وقد احتمل الإمام الباجي أن يكون فعل عمر ليس قضاء، وإنما هو تحكماً على محمد بن مسلمة في الرجوع إلى الأفضل وثقة بأنّه لا يحنثه فيبرّ بقسمه، وإن كان ابن مسلمة قد أقسم على خلاف ذلك فيكفر عن

بمينه إكراماً له لا سيما وأن عمر دعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب إليه⁽¹⁾. ولكنه تأويل بعيد فسياق القصة يدل على ترفع في خصومة، وأن محمد بن مسلمة إنما امتثل لحكم عمر بن الخطاب لكونه الخليفة، على الرغم من مخالفته له في قضائه. ويدل على ذلك أن لعمر رضي الله عنه قضاء مماثل في قضية أخرى، فعن يحيى المازني أنه قال: كان في حائط جدّه ربيع⁽²⁾ لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن أن يحوّله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الحائط. فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك، ف قضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله⁽³⁾. ولم يأخذ به مالك أيضاً، وعنده أنه لا يرى له تحويله وإن لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر، إلا أن يرضى به. ووجه عدم أخذه به ما تقدّم⁽⁴⁾.

ما يقضى فيه عند التنازع:

- يُقضى على شريك في شيء لا يتقاسم بين الشركاء، كحمام، وفرن، وحنوت، وبرج، وطاحون، وجدار، حصل بها خلل، وأراد البعض أن يعمر وأبى الآخر؛ فيقضى على الأبى أن يعمر مع من أراد التعمير، أو يبيع لمن يعمر معه. ودليل إجباره بالإعمار مع شريكه⁽⁵⁾:

أ - حديث: «لا ضرر ولا ضرار».

ب - أن الشريك لا ينتفي عنه الضرر ولا يصل إلى حقه إلا ببناء الشريك معه، فوجب إجباره عليه.

ج - أن في ذلك مصلحة لهما فوجب إجبار الشريك عليها.

فإن باعه لغير الشريك فلا شفعة فيه للشريك كما يأتي إن شاء الله تعالى. والمراد أنه يقضى عليه بالبيع إن امتنع من التعمير، فيأمره الحاكم أولاً بالتعمير بلا حكم، فإن امتنع قال له: إن لم تعمر حكمتنا عليك بالبيع، فإن استمر على الامتناع حكم عليه بالبيع، ولو كانت حصته يزيد ثمنها على التعمير. وقيل: يحكم عليه ببيع قدر ما يحصل به التعمير؛ لأن البيع الجبري إنما أبيع للضرورة فيقتصر على قدرها. ورد بأن دفع ضرر كثرة الشركاء إنما يكون ببيع الكل. وقيل: إن كان غنياً جبره بالتعمير وحكم عليه به، وإلا جبره على البيع.

والكلام في غير العيون والآبار، فإن الأبى من التعمير لها لا يقضى عليه بالبيع،

(1) المنتقى: 47/6.

(2) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق.

(3) المنتقى: 47/6 ق.

(4) الإشراف: 598/2، والذخيرة: 180/6.

بل يقال لصاحبه: عمّر ولك جميع الماء ما لم يدفع لك الأبى ما يخصه من النفقة، فإن لم يدفع فالماء للمعمّر ولو زاد على ما أنفق، كذا في شرح المواق. وسواء كان على العيون والآبار زرع أو شجر أم لا. وقيل: بل له من الماء بقدر ما أنفق.

وكذا لصاحب بناء سفلي عليه بناء لغيره فإنه يقضى عليه، إن وهى بناؤه، أن يعمر أو يبيع لمن يعمر لدفع ضرر الأعلى، ولو كان الأسفل وقفاً حيث لا ريع له يعمر منه، ولم يمكن استجاره بشيء يعمر به، ولكن لا يباع من الوقف إلا بقدر التعمير.

وعلى صاحب البناء السفلي تعليق الأعلى بالجوائز والمسمار حتى يفرغ من إصلاحه؛ فيلزمه أجرة الخشب الذي يعلق عليه الأعلى وأجرة من يتولى التعليق؛ لأن التعليق بمنزلة البناء؛ والبناء على ذي الأسفل. هذا هو المذهب، وقيل: التعليق على رب العلو.

ولو سقط الأعلى فهدم الأسفل أجبر رب الأسفل على البناء أو البيع لمن يبني، ليبنى رب العلو علوه. ولا ضمان على صاحب الأعلى إلا بشرط الإنذار عند حاكم ومضي مدة يتمكن فيها من الإصلاح. وكذلك العكس، كما إذا وهى الأسفل وخيف بانهدامه انهدام الأعلى، فإن صاحب الأسفل لا يضمن هدم الأعلى إلا بتلك الشروط.

وعليه أيضاً السقف الساتر لسفله، ولذا كان يقضى له به عند التنازع، كما سيأتي.

وأما السلم الذي يرقى عليه رب العلو، فليس على ذي الأسفل بل على ذي الأعلى، كالبلاط الذي فوق سقف الأسفل.

- إذا تنازعا السقف حكم به لصاحب السفلى؛ لأن السقف محمول على ملكه،

والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِيُؤْتِيَهُمْ سُقْفًا مِنْ فِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ ﴿٣٣﴾ وَلِيُؤْتِيَهُمْ آتُونًا وَسُرُرًا عَلَيْهَا يَتَكُونُونَ ﴿٣٤﴾﴾ [الزخرف: 33 - 34]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل للبيوت سقوفاً كما جعل لها أبواباً، فدلّ على أن السقوف والأبواب من البيوت.

ب - أن العرف جار بأن اسم البيت إنما يتناول الحيطان والسقف، فيجب أن يحكم بالملك عند التنازع بجميع ما يتناوله الاسم ويشهد به العرف؛ ولأنه لو باع أحد بيتاً لدخل سقفه في البيع بالإطلاق دون ذكره، فلولا أن منه لم يدخل فيه، وكذلك إذا قسم البيت فإنه يقسم سقفه.

والأصل في أن صاحب السفلى لا يجوز له أن يحدث في بيته عمداً ما يضرّ

(1) الإشراف: 2/598، والمعونة: 1199، وأحكام القرآن: 4/1682، والجامع لأحكام القرآن:

بصاحب العلوّ، وأنّ عليه إن انهدم أو اعتلّ سقفه أو بيته أن يصلحه، ما روي عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ قال: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً»⁽¹⁾.

وعلى صاحب السفّل أيضاً كُنُسُ المِرْحَاضِ الذي يلقي فيه ربّ العلو سقّاته، وهو قول ابن القاسم وأشهب وهو المشهور. وقال ابن وهب وأصبغ: الكنس على الجميع بقدر الرؤوس، واستظهر.

ومحلّ الخلاف إذا لم يجز العرف بشيء، أمّا إذا جرى بشيء عمل به اتفاقاً، كان يكون عليهما معاً أو على الرؤوس فيعمل به⁽²⁾.

واختلف في كنس كنف الدار المكتراة، فقيل: على ربها، وقيل: على المكتري. وكلّ هذا ما لم يجز العرف بشيء، وإلّا عمل به. وعرف مصر أنه على رب الدار.

وأما طين المطر الذي ينزل في الأسواق ويضرب بالمارين، فلا يجب على أرباب الحوانيت كنسه؛ لأنه ليس من فعلهم، ما لم يقيم أرباب الحوانيت أو أهل البيوت بجمعه في وسط السوق وأضرب بالمارّة، فإنه يجب عليهم كنسه. وهل كنسه على ملاك الحوانيت والبيوت أو على المكترين؟ قال البرزلي: وعندني أنه يخرج على كنس مرحاض الدار المكتراة.

ولو ماتت دابة بسوق أو بيت غير ربّها، فهل إخراجها على ربّ الدار لزوال ملك ربّها عنها أو على ربها؛ لأنّ له أخذ جلدّها ليذبحه ولحمها لكلاهما؟ واستظهر الثاني.

- يقضى بالدأبّة عند التنازع للرّاكِبِ، لا لمتعلّقٍ بِلِجَامٍ ولا لسائق، إلّا لقرينة أو عُرْفٍ فيعمل بذلك، كما يقع في مصر كثيراً من دواب المكارّي ونحوها.

- إن عمر أحد الشركاء في بيت فيه رحي للطحن فيها بالكراء، وقد تعطلت الرحي وأبى شريكاه من تعمييرها معه قبل حكم حاكم عليهما بالبيع أو التعمير، فالغلة الحاصلة من تلك الرحي بعد تعمييرها للثلاثة بعد أن يستوفّي المعمار من غلتها ما أنفق على عمارتها. وإذا لم يأبيا بل أذنا له في العمارة أو عمّر وهما ساكتان، فيكون الرجوع عليهما في الذمة لا في الغلة الحاصلة منها.

- يقضى بهدم بناء بني في طريق يمرّ فيها الناس، ولو لم يضرب بالمارين، سواء

(1) أخرجه البخاري في الشركة، باب هل يقرع في القسمة.

(2) انظر حاشية الدسوقي: 366/3.

كانت الطريق نافذة أو لا، إذ لا حق للباني في ذلك مع كون البناء المذكور شأنه الضرر. قال الشيخ الدردير: وقد كثر ذلك في مصر، فكل من بنى أو جدد له بيتاً يزحف ببناؤه أو بحانوته بسكة المسلمين حتى صارت الطرق ضيقة تضرب بالناس كما هو مشاهد.

وهذا ما لم تكن أصلها ملكاً له بأن كانت داراً له انهدمت وصارت طريقاً، فله البناء ولا يهدم. وقيده بعضهم بما إذا لم يطل الزمان حتى يظنّ إعراضه عنها فليس له فيها كلام.

- يقضى بالإذن في دخول الجار في بيت جاره لإصلاح جدار من جهته ونحوه، كخرز خشبة أو أخذ ثوب سقط أو دابة دخلت.

- يقضى على الجار بإعادة جداره الساتر لغيره، إن هدمه ضرراً. أما إن هدم بنفسه فلا يقضى على صاحبه بإعادته، ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت؛ لأنّ الجار لا يجب عليه ستر جاره بملكه، ولا تجديده⁽¹⁾.

- يقضى بِجُلُوسِ بَاعَةٍ بِأُفْنِيَةِ دُورٍ؛ أي: ما كان أمام الدور وفضل عن المارة من طريق واسعة، وذلك بشروط أربعة: إن خَفَّ الجلوس، وأن لا يضرّ بالمارة لاتساع الطريق، وأن تكون الطريق نافذة، وأن يكون جلوسهم للبيع. وأمّا الجلوس للتحديث ونحوه فإنهم يقامون.

وأفنية المساجد كأفنية الدور.

ويجوز لصاحب الدار والحانوت أن يأخذ أجرة من الباعة الذين يجلسون كثيراً في فناء داره أو حانوته.

- يقضى للسابق من الباعة للأفنية والسوق، إن نازعه فيه غيره، ولو اشتهر به ذلك الغير.

كما يقضى للسابق لمكان في المسجد، إلا أن يعتاده في الجلوس غير السابق في ذلك المكان، لصلاة أو قراءة قرآن أو تعليم علم أو إقراء أو فتوى فإنه يقضى به لذلك المعتاد، ويقام السابق الذي سبق إليه منه. ودليل أحقية المعتاد: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به»⁽²⁾.

ومثل المسجد في هذا الحكم المكان المباح للمعدّ للطاعة، فيشمل عرفة ومنى ومزدلفة.

والفرق بين المسجد يقضى به للسابق ما لم يعتده غيره، وبين السوق يقضى به

(1) الذخيرة: 180/6.

(2) أخرجه مسلم في السلام، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد.

للسابق ولو اشتهر به غيره، مع أنّ كلاً منهما مباح ولكلّ مسلم فيه حق؛ أنّ المسجد مباح مرغّب فيه يمتدح التعلق به، فيه يتنافس المتنافسون، فلذلك قيّد القضاء فيه للسابق بعدم اعتياده للغير؛ والسوق وإن كان مباحاً للجلوس فيه، فإنما هو عند الضرورات، فلا يتنافس فيه العقلاء؛ ولذلك ورد قوله ﷺ: «خير البقاع المساجد، وشرّها الأسواق»⁽¹⁾.

- يقضى على الجار بسدّ كَوِّة - بفتح الكاف وضمها - أي: طاقة حادثة، إذا كانت تشرف على دار الجار، بحيث يتبيّن للرائي منها الوجوه؛ لأنّ في ذلك إضراراً بالجار، ولأنّه ليس له أن يفعل في جداره - إن كان ملكاً له - ما يضرّ بالغير ابتداء ممّا لا ضرورة له فيه⁽²⁾.

فإن لم يظهر للرائي منها الوجوه فلا يقضى بسدّها إذ لا ضرر فيها. وإذا كان له بها حاجة، فليس لجاره أن يمنعه ممّا يحتاج إليه ولا يضرّ به؛ ولأنّه تصرف في ملكه⁽³⁾. وحدّد عمر رضي الله عنه طريقة معرفة ظهور الوجه، بأن يوقف على سرير فإن نظر إلى ما في دار جاره منع⁽⁴⁾.

وأما القديمة فلا يقضى بسدّها. ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت. ووجه عدم القضاء بذلك أنّ قدمها يدلّ على رضا الطرفين بها⁽⁵⁾. وكذا إن كانت عالية لا يمكن التطلع على الجار منها إلا بصعود على سلم.

والمنقول عن ابن القاسم وبه القضاء، أن من حدث عليه ضرر من فتح كوة أو غيرها، وسكت عشر سنين بلا عذر، فلا مقال له بعد ذلك.

وإذا قضي بسدّها فلا يكفي سدّ خلفها مع بقائها على ما هي عليه؛ لأنه ذريعة في المستقبل لادّعاء قدمها وإرادة فتحها، بل لا بد من سدها من أصلها وإزالة ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما.

- ويقضى بمنع إحداث ما يخرج منه دُخان، كالحمام، والفرن، والمطبخ؛ أو رائحة كريهة كمدبغة، ومدبج، ومسمط، وكذا إضطبل، لما فيه من ضرر رائحة الزبل. والمراد باليمنوع الحادث من ذلك لا القديم. ووجه القضاء بالمنع من ذلك أنّه من الضرر الكثير المستدام، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضرّ به⁽⁶⁾.

ويقضى بدم بثر النجاسة إذا أضرت بثر الجار؛ لأنّ بلوغ النجاسة كبلوغ الدخان وغيره⁽⁷⁾.

(1) أخرجه الطبراني.

(2) المعونة: 2/ 1199.

(3) المعونة: 2/ 1199، والذخيرة: 6/ 175.

(4) المعونة: 2/ 1199، والذخيرة: 6/ 175.

(5) الذخيرة: 6/ 175.

(6) المنتقى: 6/ 41.

(7) الذخيرة: 6/ 152.

ويقضى أيضاً بمنع ما يضرّ بِالْجِدَارِ كَدَقِّ، وطاحون، وبئر، وكنيف، وغرس شجر. ووجه القضاء بالمنع من ذلك أنه يضر بالجدران أن يهدمها، وهو من الضرر البين الذي فيه فساد مال الغير⁽¹⁾.

ويمنع الشخص من تنفيض الحصر ونحوها على باب داره إذا أضّر الغبار بالمارة. ولا حجة له أنه إنما يفعله على باب داره.

- يقضى بمنع إحداث حَانُوتٍ قَبَالَةٍ بَابٍ ولو بِسِكِّةٍ نافذة على الأصوب؛ لأن الحانوت أشد ضرراً من فتح الباب لملازمة الجلوس به. ومحل المنع إن كان حادثاً، لا إن كان قديماً.

- يقضى بَقَطْعِ ما أَضْرَّ مِنْ أَغْصَانِ شَجَرَةٍ بِجِدَارٍ لجاره مُطْلَقاً؛ أي: كانت حادثة أو قديمة. فالكلام في أغصانها المنتشرة على جدار الجار أنها تقطع ولو كانت قديمة وهو المعتمد، أو لا يقضى بقطعه إلا إذا حدثت وهو قول ابن الماجشون. وأما الشجرة نفسها قال ابن رشد: فلا سبيل لقلعها إذا كانت قديمة.

- إذا تنازع جاران جداراً، كلّ منهما يدعي أنه ملكه، ولأحدهما فيه تأثير يشهد العرف بأنه يفعله المالك في ملكه؛ فإنه يحكم له به، وذلك كمعاهد القمط⁽²⁾ والربط، ووجوه الأجر وغيره، والدليل⁽³⁾:

أ - عن نمران بن جارية، أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خصص⁽⁴⁾ كان بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، ففضى للذين يليهم القمط، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره، فقال: «أصبت وأحسن»⁽⁵⁾.

ب - العرف الدالّ على ذلك؛ لأنّ العرف والعادة أصلان يرجع إليهما في التنازع، إذا لم يوجد أصل يرجع إليه سواهما، والعرف ههنا جار بأنّ هذه الأشياء يفعلها المالك في ملكه، فيحكم لمن يشهد له العرف.

وكذلك إذا تنازعا جداراً بينهما، لأحدهما عليه خشب، والآخر لا شيء له عليه يجري مجراه، فإنه يحكم به لصاحب الخشب، قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنّ العرف جار بأنّ الإنسان إذا كان له على حائط خشب وجدوع، فإنه يضعه على سطحه؛ لأنّ غالب تصرف الناس أن يكون في أملاكهم، ولأنّ وضع الجدوع على الحائط يد وتصرّف، فوجب أن يقدّم به دعوى مدعي الحائط، كما لو تنازعا داراً في يد أحدهما، فيحكم بها

(1) المتقى: 41/6.

(2) القمط - بكسر القاف وسكون الميم - الجبل المعجم الوسيط: 759/2.

(3) الإشراف: 597/2، والمعونة: 1200/2.

(4) الخصص: بيت من شجر أو قصب (المعجم الوسيط: 238/1).

(5) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب الرجلان يدعيان في خصص.

لصاحب اليد عند عدم الأدلة⁽¹⁾.

ما لا يقضى به عند التنازع:

- لا يقضى بمنع بناء إذا كان مائعاً للضوء والشمس والرياح؛ لأنه تصرف يتوقع فيه غرض صحيح لصاحبه في ملكه وفي منعه إضرار به، ولا يدفع ضرر متصرف في ملكه بضرر غير مالك، بخلاف فتح الكوة، ولأن ما فعله في ملكه لم يوجب منع جاره من المنفعة المقصودة من داره، فلا يمنع من فعل ذلك في أرضه؛ ولأنه لو جاز منعه من البناء لبطل البنيان؛ لأن ما من أحد يبني حائطاً في آخر ملكه إلا ولا بد أن يمنع الشمس والرياح من ملك جاره. فإن تبين أنه لا نفع له فيه وأنه يضر بجاره، فإنه يمنع لتعين الفساد⁽²⁾.

ويستثنى الأندر وطاحون الرياح، إذا بنى جوارها ما يمنع مهب الرياح عنهما للتذرية وغيرها، فيقضى بمنعه. ودليل ذلك أن المقصود من الأندر هذه المنفعة دون سواها، فليس لأحد أن يقصد إلى المنع منها، قياساً على سكنى الدار⁽³⁾.

وهذا هو المشهور، ومقابله ما رواه ابن دينار عن ابن نافع أنه يمنع من مانع الضوء والشمس والرياح مطلقاً.

- لا يقضى بمنع علو بناء على بناء جاره. إلا أن يكون ذمياً بجار مسلم فيمنع، واختلف هل يمنع من مساواته للمسلم أو لا. لكن للذمي شراء مكان عال، وليس له بناء محل عال يشرف منه على المسلمين.

ويمنع الجار إذا علا بينائه من الضّرر، كالتطلع على جاره بالإشراف من العلو الذي بناه.

- لا يقضى بمنع الشخص من إحداث ما ينقص غلة غيره اتفاقاً؛ كإحداث فرن قرب فرن، أو حمام قرب حمام، أو طاحون قرب طاحون.

- لا يقضى بمنع الصوت كدق القماش لتحسينه، والحداد، والنجار، والصائغ، لخفة ذلك، ولذا قال بعضهم: هذا ما لم يشتد ويدم، وإلا منع. ووجه المنع أن شدته ودوامه ضرر يصل إلى منازل الناس فتعلق المنع به قياساً على وصول ضرر الرائحة⁽⁴⁾.

قال الشيخ ابن عبد السلام الهواري فيما تتعارض فيه منافع الناس، وفي المنع منه وعدم المنع إضرار بأحدهما: «والأصل في المنع الحديث: «لا ضرر ولا ضرار»، ولا شك في اشتمال النهي عن الإضرار لغير فائدة تحصل لمحدث الضرر، فإن كان المنع من الإضرار بالجار يثبت منفعة للجار الذي أحدث ما يضر بجاره، نظر إلى أخف

(2) المتقى: 41/6، الذخيرة: 175/6.

(4) المتقى: 41/6.

(1) الإشراف: 597/2.

(3) المتقى: 41/6.

الضررين فارتكب؛ فإن تساويا أو تقاربا رجع إلى مقتضى الأصل، وهو جواز تصرف المالك في ملكه على أي وجه شاء. وهذا الذي قلناه هو الذي عليه الكثير من مسائل المذهب في المشهور. وما يوجد من بعضها مخالفاً لهذا، فليس بمخالف في المعنى، وإنما هو لاعتقاد قائله إن ما جاوز إحداثه من ذلك فهو أخف الضررين، وما منع فهو أشد الضررين، ولو انعكس اعتقاده لانعكس الحكم عنده، والله أعلم⁽¹⁾.

- لا يقضى بالمنع من إحداث باب بسكة نافذة، ولو لم تكن السكة واسعة على المعتمد، وسواء نكّب عن باب جاره أو لم ينكب؛ لأن شأن النافذة عدم فتح أبواب بيوتها فلا ضرر في إحداث باب قبالة باب جاره.

وكذا الحكم في غير النافذة، إن نكّب عن باب جاره، إذا لم يكن مقابلاً له، بحيث لو فتح لم يشرف منه على ما في دار جاره، وإلا منع.

- لا يقضى بالمنع من إحداث رؤشن، وهو الجناح الذي يخرج به جهة السكة في علو الحائط لتوسعة العلو. فعلى هذا يجوز إخراج الرؤشن إذا لم يستضرّ الغير به، ودليل الجواز: أنه استرفاق لا يضرّ غيره به في هواء غير مملوك، قياساً على الجلوس في الطريق والقعود في ساحته للبيع⁽²⁾.

- لا يقضى بالمنع من إحداث سبابط، وهو سقف في السكة لمن له الجانيان؛ أي: له بيت قبالة بيته والسكة بينهما، ولو بغير السكة النافذة على المعتمد؛ فلا يتوقف الإحداث على إذن بقية أهل الزقاق. ومشى الشيخ خليل على التفصيل بين النافذة وغيرها تبعاً لجماعة من أهل المذهب ورجح أيضاً.

ومحل جواز الرؤشن والسبابط ما لم يضرّ بالمارة في النافذة وغيرها، بأن يرفعا رفعا يتيّأ عن رؤوس الناس والإبل المحملة، وأن لا يمنع عنهم الضوء؛ وإلا منعا.

- يكون عرض كلّ طرق بحسب الحاجة إليه. وما روي عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلفتم في الطريق، جعل عرضه سبع أذرع»⁽³⁾، قال الإمام المازري فيه: «لم يأخذ مالك وأصحابه بهذا الحديث، ورأوا أنّ الطرق تختلف الحاجة إلى سعتها بقدر اختلاف أحوالها، وأنّ ذلك معلوم بالعادة، وليس طريق الممرّ كطريق سلوك الأحمال والدواب، ولا المواضع العامرة التي يتزاحم عليها الورد كغيرها»⁽⁴⁾. والمراد بقوله: إنّ مالكا وأصحابه لم يأخذوا بالحديث؛ أي: بظاهره وإطلاقه. ولذا

(1) شرح ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب الفقهي: مخ 3343، م 4 ورقة 205.

(2) الإشراف: 596/2.

(3) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء؛ ومسلم في المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه.

(4) المعلم: 330/2.

فقد تأول الحديث هو القاضي عياض⁽¹⁾ بما يلي:

أ - أنه ورد فيما كانت الكفاية فيه بهذا القدر، وتنبهاً على الوسط والغالب.

ب - أن الحديث محمول على أمهات الطرق التي هي ممرّ عامة الخلق بأحمالهم ومواشيهم، فإن تشاح من له أرض تتصل بها مع من له فيها حقّ، جعل بينهما سبعة أذرع بالذراع المتعارف في ذلك، وخلّي ما بينها وبين ما زاد على ذلك. وأمّا بنيات الطرق - أي: فروعها - فبحسب ما تدلّ عليه العادة وتدعو إليه الحاجة، وذلك يختلف بحسب اختلاف أحوال المتنازعين، فليست طريق من عاداته استعمال الدواب والمواشي من أهل البادية كعادة من ليس كذلك من أهل الحاضرة، وعلى هذا يحتاج أهل البوادي من توسيع الطريق إلى ما لا يحتاج إليه أهل الحاضرة. وتحتاج طرق الفيافي والقفار من التوسيع أكثر من سبعة أذرع؛ لأنها مجرى الجيوش والرفاق⁽²⁾ الكبار. ولو جعلت الطريق في كلّ محلّ سبعة أذرع لأضّرّ بأملالك كثير من الناس، ويلزم عليه أن تكون بنيات الطريق في الأزقة وغيرها كالأمهات المسلوكة للناس وكطرق الفيافي، وذلك محال عادي وفساد ضروري⁽³⁾.

وأنّ الطريق إذا جعلها الرجل من أرضه للناس تبرّعاً، فقدرها مصروف إلى اختياره، وليس من مراد الحديث. وإذا وجدت طريق مسلوكة أكثر من سبعة أذرع لم يجز أخذ شيء منها وإن قلّ⁽⁴⁾.

- لا يقضى بمنع صاحب نخل من صُعود نخله لأخذ ثمرها أو تقليمها. ويجب على الراقي عليها أن ينذر الجار بطلوعه عليها ليستتر، وقيل: يندب. ووجه عدم المنع أنّ هذا الصعود مما لا يستدام، وإنّما يفعل في الندرة على وجه الاجتناء وتحصيل المنافع، لا على وجه الاطلاع والنظر، كما لو اطلع على سقفه ليصلحه⁽⁵⁾.

وهذا بخلاف المنارة التي يشرف من صعد عليها للأذان على الجار؛ فإنه يمنع ولو كانت المنارة قديمة؛ لأن الأذان يتكرّر، بخلاف النخلة فإن الصعود عليها نادر. ومحلّ منع الصعود عليها ما لم يجعل لها ساتر من كلّ جهة يمنع من الإطلاع على الجيران بحيث لا تتبين الأشخاص ولا الهيئات ولا الذكر ولا الأنثى، وما لم يكن الصاعد أعمى.

- يندب للجار تمكين جاره من عرّز حشبيّ في جدّار، ولا يقضى له بذلك؛

(1) إكمال الإكمال: 557/5.

(2) الرفاق: بضمّ الراء وسكون الفاء، جمع رفقة، وهي الجماعة المترافقون (المعجم الوسيط: 1/362).

(3) المفهم: 2918/5، وإكمال الإكمال: 557/5.

(4) إكمال الإكمال: 557/5. (5) المنتقى: 43/6.

ودليل النذب إلى ذلك⁽¹⁾: عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره»، قال أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أظهركم⁽²⁾. فقد حمّله الإمام مالك على النذب؛ لأنه رآه من المعروف ومكارم الأخلاق، والترغيب في الرفق بالجار والوصية به والإحسان إليه، وحسن المجاورة.

ودليل حمل الحديث على النذب، وأنه لا يقضى بذلك عليه، مع أنّ الأصل في الأمر أنه يحمل على الوجوب: أنه قد صرفه عن الوجوب أدلّة هي⁽³⁾:

أ - قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه»⁽⁴⁾.

ب - قول أبي هريرة: «ما لي أراكم عنها معرضين»، حجة للنذب؛ لأنّ التابعين الذين كان أبو هريرة رضي الله عنه يوجّه إليهم هذا الكلام، كانوا لا يعرضون عن واجب، ولكن لما فهموا من غيره من الصحابة أنّ الحديث يحمل على النذب تساهلوا. وإن فهم من كلامه أنّ مذهبه رضي الله عنه الوجوب.

ج - أنّ الأصل المعلوم في الشريعة أنّ المالك لا يجبر على إخراج ملكه عن يده بعوض، فكان أخرى وأولى أن لا يخرج عن يده بغير عوض.

د - القياس على ما لو أراد الزرع في أرض الغير، أو أراد أن يفتح فيه باباً.

هـ - الإجماع على أنّ من اختصّ بحق لا يلزمه أن يعطيه لغيره، وإن لم يضره؛ فكيف ووضع خشبة على الجدار مضرّ بصاحب الجدار، إمّا عاجلاً بأن يثقل الحائط فيقصر عمره، أو بأن يعيبه، أو بأن لا يكون من هذين شيء لكن يوجب لصاحب الخشبة اشتراكاً في الجدار مع صاحبه، وحياسة له تثبت له بطول الزمان.

و - أنّ العارية لا يقضى بها.

وإذا أذن الجار لجاره في ذلك إذناً مطلقاً، لم يكن له أن يطالبه بقلعها، إذا لم تكن له ضرورة؛ لأنّ الإذن المطلق يقتضي التأييد، ولأنّ قصده الإضرار بجاره لا يجوز، ولأنّ لما أباح لجاره فقد كلفه مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه ذلك بمجرد الإضرار. فإذا دعت الضرورة إلى ذلك، كبناء جدار وشيء لا بدّ منه جاز له؛ لأنّه لم

(1) المعونة: 2/ 1198، والمعلم: 2/ 329، والمفهم: 5/ 2910، وإكمال الإكمال: 5/ 548، والذخيرة: 6/ 184، وبلغة السالك: 2/ 177.

(2) أخرجه مالك في القضاء، باب القضاء في المرافق؛ والبخاري في المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة؛ ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

(3) الإشراف: 2/ 598، والمعونة: 2/ 1198، والمنتقى: 6/ 43، والقبس: 3/ 929، والمفهم: 5/ 2910، وبداية المجتهد: 2/ 347، وإكمال الإكمال: 5/ 550، وبلغة السالك: 2/ 177.

(4) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغصب، باب من لو غضب لوحاً، عن أنس.

يكلّف بالإحسان لجاره بما فيه ضرر عليه. وإذا أذن له في مدّة معيّنة جاز له ذلك عند انقضائها⁽¹⁾.

قال الإمام ابن عرفة: ليس المراد بالغرز المندوب إليه لبني الجار فوق ذلك؛ لأنّ ذلك معلوم كونه مضرّاً بجدار الجار. وإنّما المعنى أن يغرز للتسقيف فقط⁽²⁾.
واختلف هل لجار المسجد غرز خشبة في حائطه، وبه أفتى ابن عتاب نقلاً له عن شيوخ المذهب؛ أو ليس له ذلك، وبه قال ابن ناجي.

- يندب للإنسان الإزفاق لغيره من جار أو قريب أو أجنبي بماء لشرب أو غيره، وبِمَاعُونِ كِنَاءِ وَفَاسٍ وَسَكِينِ. ويتأكد في القريب والجار قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: 36].

- يندب إعانة المسلم في مهمّة الأمور، كموت وعرس وسفر.

- يندب لمن له في داره بابان، أن يأذن لجاره بالمُرور منهما ليسهل عليه قضاء شؤونه، إذا كان لا ضرر على رب الدار من ذلك، وإلا فلا يؤمر به.



(1) المعونة: 2/ 1198، والمنتقى: 44/ 6، والمفهم: 2911/ 5.

(2) إكمال الإكمال: 549/ 5.

المزارعة

لما كانت المزارعة قسماً من الشركة، ناسب أن تذكر عقبها. وإنما أفردت بترجمة لما فيها من أحكام وشروط زائدة.

تعريف المزارعة:

المزارعة مأخوذة من الزرع، وهو ما تنبته الأرض، لقوله تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ﴾ [الأنعام: ١٦١]، ﴿أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾ [الواقعة: 63، 64].

وهي الشَّرِكَةُ فِي الزَّرْعِ، ويقال: الشركة في الحرث. وهو تعريف ابن عرفة⁽¹⁾، وبه عبّر اللخمي. وهي غير المزارعة المنهي عنها التي هي كراء الأرض بما يخرج منها. وسيأتي بيانها في الإجارة.

وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين، مثل المضاربة، تفيد المشاركة في الفعل، ويتصوّر هذا في بعض الصور، وهو إذا كان العمل من كلّ واحد، والبذر عليهما.

فإن لم يكن العمل منهما، فتحمل الصيغة إمّا على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد، نحو سافر؛ أو بملاحظة العقد فإنّه واقع منهما، فيكون من التعبير بالمتعلّق عن المتعلّق⁽²⁾.

لزومها:

عقد المزارعة غير لازم قبل البذر ونحوه. فلا يلزم إلاّ بالبذر ونحوه. وهو الراجح.

والبذر: إلقاء الحبّ على الأرض لينبت. ومثل البذر وضع الزريعة بالأرض مما لا بذر لحبه، كالبصل والقصب. وهذا هو المراد بـ«نحوه»، وليس المراد قلب الأرض وحرثها؛ فإنهم صرّحوا أن الراجح أنها لا تلزم بالعمل قبل البذر، ولو كان له بال. والشيوخ خليل رحمته الله أطلق البذر على ما يعمّ وضع الشتل ونحوه بالأرض، لا خصوص الحب.

(2) الذخيرة: 93/6، و 125/6.

(1) شرح حدود ابن عرفة: 513/2.

وقيل: إنها تلزم بالعقد كشركة المال، وهو قول ابن الماجشون وسحنون. وإنما وقع هذا الاختلاف في المزارعة؛ لأنها شركة عمل وإجارة؛ فمن غلب العمل قال: هي غير لازمة بالعقد، وشرط فيها التكافؤ والاعتدال إلا أن يتطوّر أحدهما بزيادة بعد العقد؛ ومن غلب الإجارة قال: هي لازمة بالعقد، وأجاز فيها التفاضل وعدم التكافؤ. وقيل: إنها تلزم بالعقد إذا انضم له عمل، لذلك قيل: إن قلب الأرض يوجب اللزوم.

وعلى القول الراجح، فلكل من الشريكين أو الشركاء فسخ عقد المزارعة قبل البذر. فلو بذر البعض فالتقل عن ابن القاسم في المدونة أنه إن بذر البعض لزم العقد فيما بذر ولكل واحد الفسخ فيما بقي. وظاهره: قل ما بذر أو كثر.

حكم المزارعة:

حكمها الجواز، ودليلها هو دليل الشركة؛ لأنها كذلك في الحقيقة.

أركان المزارعة:

أركانها ثلاثة، وهي⁽¹⁾:

الأول والثاني: المتعاقدان. ويشترط فيهما أهلية الشركة؛ لأن المزارعة شركة. الثالث: المنفعة.

حكم المزارعة:

تجوز المزارعة - باتفاق أهل المذهب - إن تساوى الشريكان في الأرض والعمل والآلة والزريعة. وذلك ليضمننا معاً ما هلك⁽²⁾.

وإن اختص أحدهما بالبذر والآخر بالأرض فسدت اتفاقاً، لاشتغالها على كراء الأرض بما يخرج منها، وهو لا يجوز كما سيأتي في الإجارة. إلا على قول الداودي والأصيلي ويحيى بن يحيى بجواز كراء الأرض بما يخرج منها، وهو خلاف مذهب مالك وأصحابه.

وما عدا هذين الوجهين مختلف فيه وسيأتي بيان الراجح. هذا هو النقل؛ فقول من قال: إنه قيل بالمنع أي: ولو وجدت الشروط الآتية فيه نظر، إلا أن يحمل كلامه على ما عدا صورة التساوي المتقدمة.

شروط صحة المزارعة:

1 - أن يسلم الشريكان من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به؛ وهو الطعام ولو

لم تنبت الأرض كالعسل، وأيضاً ما تنبت ولو غير طعام كقطن وكتان وحلفاء وحشيش، إلا الخشب والبوص الفارسي والعود القافلي والصندل والشب والكبريت وبقاقي المعادن، فيجوز كراؤها بها، كما يأتي في الإجارة بيان ذلك وذكر الدليل عليه..

ويتحقق هذا الشرط بأن لا يُقَابِلَ الأرض بذر، كلاً أو بعضاً من غير ربتها، فلو قابلها بذر كأن يكون البذر من أحدهما والأرض للآخر فسدت كما سيأتي. ووجه الفساد أنّ الذي عليه البذر يكون قد باع حصّته من شريكه بما تخرجه الأرض؛ وفي ذلك ما يلي⁽¹⁾:

أ - بيع طعام بطعام متأخر، إن زرعاً طعاماً. وتقدّم في الربا الدليل على منع ذلك.

ب - المخابرة، وهي كراء الأرض بجزء ممّا يخرج منها، كالثلث والربيع، سواء كان ما تخرجه طعاماً أو غير طعام. وسيأتي الدليل على عدم جوازها في الإجارة.

2 - أن يدخل على أنّ الرّيح بينهما بِنِسْبَةِ المُخْرَجِ - بفتح الراء - أي: ما يخرجها كلّ منهما؛ كأن يكون كراء الأرض مائة وكراء العمل من بقر أو غيره سوى البذر مائة، ودخلا على أنّ الرّيح مناصفة. أو يخرج أحدهما ما يساوي خمسين ويخرج الآخر ما يساوي مائة، ودخلا على أنّ لصاحب المائة من الرّيح الثلثين ولصاحب الخمسين الثلث، وهكذا. فإن دخلا في الأول على الثلث والثلثين وفي الثاني على المناصفة فسدت. ودليل الفساد: أنّ فيه أكل المال بالباطل⁽²⁾.

ويجوز التبرُّع من أحدهما للآخر بالزيادة من عمل أو ربح، بعد لزوم الشركة بالبذر بعد العقد الصحيح. أما قبل اللزوم فمفسد ولو صرحوا بأنه تبرع.

3 - أن يتماثل البذرانٍ منهما إن أخرجاه من عندهما؛ كما لو كانت الأرض بينهما وأخرج كلّ منهما منابه في البذر، فلا بد من تماثلهما في النوع، كقمح أو شعير أو فول، لا إن اختلفا كقمح من أحدهما وشعير أو فول من الآخر.

ومن التماثل أن يخرج كل منهما منابه فولاً مثلاً ومنابه قمحاً؛ بأن يخرجاً معاً إردب فول يزرع على جهة وإردب قمح يزرع في جهة أخرى فإنه صحيح. فإن أخرج أحدهما من البذر غير ما أخرجه الآخر فسدت ولكل واحد ما أنبته بذره، ويتراجعان في الأكرية. ثم إن مذهب مالك وابن القاسم أنه لا يشترط خلط البذرين حقيقة ولا حكماً، بل إذا خرج كلّ منهما ببذره وبذره في جهة فالشركة صحيحة وهو الراجح الذي به الفتوى. وليس لابن القاسم قول باشرطه خلافاً لما في بعض شراح مختصر خليل، وإنما القولان لسحنون. ووجه القول بالخلط أنّ الشركة تقتضي السلطنة على ملك

الشريك بسبب الشيع والخلط، فلا بدّ من تحقق السبب بصورة أو معنى⁽¹⁾.

العمل في المزارعة:

المراد بالعمل في المزارعة الحرث وما في معناه، كعزق الأرض، لا السقي والحصاد والدراس لأنه مجهول، فمتى شرط على العامل فسدت الشركة. والعرف كالشرط. وليس للعامل عند شرط هذا إلا أجره عمله. وأما لو تطوع بزائد عن الحرث وما في معناه بعد العقد، فذلك زائد. وعدم جواز اشتراط الحصاد والدراس والسقي هو قول سحنون، وصححه ابن الحاجب والتونسي. وعن ابن القاسم المراد بالعمل الحرث والحصاد والدراس، فيجوز اشتراطها على العامل.

الصور التي تستوفي الشروط:

- 1- إذا تَسَاوَيَا أو تساوا - إن كانوا أكثر - في الجميع، بأن تكون الأرض بينهما، والعمل بينهما، والآلة كذلك ببراء أو ملك منهما أو من أحدهما وكراء من الآخر. فهذه مما لا خلاف في جوازها كما تقدم. أي: مع الدخول على أنّ كل واحد يأخذ من الربح بقدر ما أخرج، وإلا فلا تجوز كما مرّ للدخول على التفاوت في الربح.
 - 2- إذا قَابَلَ العمل من أحدهما البَذْر من الآخر، والأرض بينهما.
 - 3- أو قابل العمل من أحدهما الأَرْض من الآخر والبذر بينهما.
 - 4- أو قابل العَمَل من أحدهما البذر والأرض معاً من الآخر.
- فهذه الثلاثة جائزة أيضاً كالأولى؛ لأنه لم يقابل الأرض بذر فيها. ولا بدّ من بقية الشروط بأن يدخلها على أنّ الربح بينهما على حسب ما أخرج كل واحد، وأن يتماثل البذران في المسألة الثالثة؛ وهي ما إذا قابل الأرض عمل وكان البذر بينهما. وتقدم أن التبرع بزيادة عمل أو ربح بعد لزومها معتبر.
- 5- أن يكون لأحدهما الجَمِيع؛ الأرض والبذر والآلة من حيوان وغيره، ويكون للآخر عَمَل يَدٍ فَقَطْ من حرث وتنقية وحصد ودرس على قول ابن القاسم. وهي جائزة بشرط زائد على ما تقدم وهو أن يعقدا بِلَفْظِ الشَّرِكَةِ على أنّ للعامل جزءاً من الخمس أو غيره وتسمى مسألة الخماس.

ما يفسد المزارعة:

- أن يعقدا في الصورة الخامسة بلفظ الإِجَارَةِ فلا تجوز؛ لأنها إجارة بأجر مجهول وهي فاسدة. أو يعقدا بلفظ مطلق ولم يقيدا بلفظ شركة ولا إجارة فَتَفْسُدُ أيضاً لحمل الإطلاق على الإجارة عند ابن القاسم. وحمله سحنون على الشركة فأجازها.

- أن تكون من أحدهما أرض لها بالٌ ولكن تلغى، وَيَتَسَاوَيَا فِي غَيْرِهَا مِنْ بَذْرِ وَعَمَلٍ وَأَلَّةٍ؛ فَتَفْسُدُ لِعَدَمِ التَّسَاوِيِّ عِنْدَ إِغْيَاءِ الْأَرْضِ، فَإِنْ أَخَذَ صَاحِبُ الْأَرْضِ مِنْ صَاحِبِهِ نِصْفَ كِرَائَتِهَا جَازَ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ. فَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ لَا بَالَ لَهَا جَازَ كَمَا فِي الْمَدُونَةِ؛ لِأَنَّ مَا لَا بَالَ لَهُ كَالْعَدَمِ.

- أن يكون لأحدهما الأرضُ ولو رَخِيصَةً لَا بَالَ لَهَا وَالْعَمَلُ، وَيَكُونُ مِنَ الْآخِرِ الْبَذْرُ، فَفَاسِدَةٌ لِمُقَابَلَةِ جِزْءٍ مِنَ الْبَذْرِ بِالْأَرْضِ. بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمَدُونَةِ السَّابِقَةِ فَإِنَّ فِيهَا التَّسَاوِيَّ فِي الْجَمِيعِ فَالْأَرْضُ الرَخِيصَةُ كَالْعَدَمِ. وَهُنَا الْأَرْضُ وَالْعَمَلُ مِنْ جِهَةٍ، وَالْبَذْرُ مِنْ أُخْرَى فَقَدْ قَابِلَ الْأَرْضِ بَعْضُ الْبَذْرِ وَإِنْ كَانَتْ رَخِيصَةً.

وقال سحنون بالجواز في الرخيصة وصوب ابن يونس الأول وهو قول ابن عبدوس.

- أن تكون من أحدهما الأرض وبعض البذر، ومن الآخر العمل وبعض البذر، ويأخذ العامل من الريح أنقص من نسبة بذره لكامل البذر، فهي فاسدة.

- أن يكون البذر والأرض من كليهما، ويكون العمل من أحدهما. ووجه المنع فيها التفاوت.

- إذا تساويا في الجميع، وأسلف أحدهما الآخر البذر، فيمنع لما فيه من السلف بمنفعة.

- إذا تساويا في الجميع، ولم يأخذ أحدهما من الريح بقدر ما أخرج، فتمنع للتفاوت.

ثُمَّ إِنْ فَسَدَتِ الْمَزَارَعَةُ لِفَقْدِ شَرْطٍ أَوْ وَجُودِ مَانِعٍ؛ كَمَا لَوْ تَلَفَظَا بِالْإِجَارَةِ أَوْ أُطْلِقَا فِي مَسْأَلَةِ الْخُمَاسِ أَوْ كَمَا بَعْدَهَا؛ فِيمَا أَنْ يَقَعِ الْعَمَلُ مِنْهُمَا أَوْ يَتَفَرَّدُ بِهِ أَحَدُهُمَا.

فَإِنْ وَقَعَ مِنْهُمَا وَعَمِلَا مَعًا، وَكَانَ الْبَذْرُ لِأَحَدِهِمَا وَاللَّآخِرُ الْأَرْضُ؛ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا الزَّرْعُ، وَتَرَادَا غَيْرُهُ، فَعَلَى صَاحِبِ الْبَذْرِ نِصْفَ كِرَاءِ أَرْضِ صَاحِبِهِ وَعَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ لِرَبِّ الْبَذْرِ نِصْفَ مَكِيلَةِ الْبَذْرِ.

وَإِنْ لَمْ يَعْمَلَا مَعًا، بَلْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْعَمَلِ، وَلَهُ مَعَ عَمَلِهِ إِمَّا الْأَرْضُ وَإِمَّا الْبَذْرَ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فِيهَا فَاسِدَةٌ؛ فَلِلْعَامِلِ الزَّرْعُ وَحْدَهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَعَ عَمَلِهِ أَرْضٌ أَوْ بَذْرٌ أَوْ بَعْضُ كُلِّ مِنْهُمَا، بَأَنَّ كَانَتِ الْأَرْضُ بَيْنَهُمَا أَوْ الْبَذْرُ أَوْ هُمَا، وَالْعَمَلُ فِي كُلِّ مِنْ أَحَدِهِمَا. وَعِلَّةُ الْفَسَادِ التَّفَاوُتِ.

وَعَلَى الْعَامِلِ الَّذِي حَكَمَ لَهُ بِجَمِيعِ الزَّرْعِ مِثْلُ الْبَذْرِ، إِذَا كَانَ لَهُ مَعَ عَمَلِهِ الْأَرْضَ، وَكَانَ الْبَذْرُ مِنْ صَاحِبِهِ أَوْ بَعْضُ الْأَرْضِ؛ كَمَا لَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ بَيْنَهُمَا وَأَخْرَجَ صَاحِبُهُ الْبَذْرَ، فَقَدْ قَابِلَ بَعْضَ الْبَذْرِ بَعْضَ الْأَرْضِ فَالزَّرْعُ لِلْعَامِلِ وَعَلَيْهِ مِثْلُ الْبَذْرِ لِصَاحِبِهِ.

أو يكون عليه أجرة الأرض أو البقر المنفرد به الآخر، إن كان له مع عمله بذر وكانت الأرض أو مع البقر لصاحبه.

و«أو» في «أو يكون عليه الأجرة» لمنع الخلوة. فتجوز الجمع كما لو كان كل من الأرض والبذر بينهما، والعمل على أحدهما، ففاسدة للتفاوت؛ فالزرع للعامل، وعليه لصاحبه أجرة أرضه ومثل بذره.

والأرض الخراجية كأرض مصر، يراعي فيها أجرة المثل بعد إخراج مال الديوان.

فإن لم يعملوا معاً وانفرد أحدهما بالعمل، ولكن لم يكن للعامل بذر ولا أرض بل كان له عمل يده فقط، كما في مسألة الخماس إذا عقدها بلفظ الإجارة أو أطلقاً فلا يكون له شيء من الزرع، وإنما يكون له أجرة عمله فقط، والزرع يكون لرب الأرض والبذر. فرجع الأمر إلى ما هو المعتمد من الأقوال الستة؛ وهو قول ابن القاسم واختاره ابن المواز: أن الزرع في المزارعة الفاسدة لمن اجتمع له شيان من أصول ثلاثة البذر والأرض والعمل.

وَلَوْ كَانَ الشَّرْكَاءُ ثَلَاثَةً فَأَكْثَرُ؛ فَالزَّرْعُ لِمَنْ لَهُ شَيْئَانِ مِنْهَا؛ تَعَدَّدَ مِنْ لَهُ شَيْئَانِ أَوْ انْفَرَدَ. فَإِنْ انْفَرَدَ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ تَعَدَّدَ كَانَ بَيْنَهُمَا أَوْ بَيْنَهُمْ وَأَعْطِيَ لِمَنْ انْفَرَدَ شَيْءٌ مِثْلَ بَذْرِهِ إِنْ كَانَ مَا انْفَرَدَ بِهِ بَذْرًا، أَوْ أَجْرَتَهُ إِنْ كَانَ غَيْرَ بَذْرِ. فَلَوْ انْفَرَدَ كُلُّ مِنْهُم بِشَيْءٍ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصُولِ الثَّلَاثَةِ؛ فَيَكُونُ الزَّرْعُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا، كَمَا لَوْ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمُ شَيْئَانِ أ. هـ. مذهب ابن القاسم.

القول الثاني: أن الزرع لصاحب البذر، وعليه لأصحابه أجر ما أخرجوه.

الثالث لابن حبيب: أن الشركة إن فسدت للمخابرة؛ أي: لكراء الأرض بما يخرج منها، فالزرع لرب البذر. وإن فسدت لغيرها كان بينهم على ما شرطوا وتعادلوا فيما أخرجوه.

الرابع: أن الزرع لصاحب عمل اليد، ولو انفرد به، وعليه لأصحابه ما أخرجوه من بذر أو أرض.

الخامس: لمن اجتمع له شيان من أربعة أشياء؛ أرض وبذر وعمل يد وبقر.

السادس: لمن له شيان من ثلاثة أشياء؛ أرض وبقر وعمل. والله أعلم بالصواب.



المغارسة^(١)

تعريف المغارسة:

المغارسة مأخوذة من الغرس، وهو تثبيت الشجر في الأرض. وعرفها الإمام الرضّاع بقوله: عقد على بيع منفعة عاقل في عمارة أرض بشجر، إجارة أو جعالة، أو بجزء من أصل^(٢).

وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين، مثل المضاربة، تفيد المشاركة في الفعل، ومقتضاها أن يكون كلّ واحد يغرس لصاحبه، وهي ليست كذلك فالذي يغرس أحدهما، فتحمل الصيغة إمّا على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد، نحو سافر؛ أو بملاحظة العقد فإنّه واقع منهما، فيكون من التعبير بالمتعلّق عن المتعلّق^(٣).

أركان المغارسة:

أركانها ثلاثة، وهي^(٤):

الأول والثاني: المتعاقدان. ويشترط فيهما أهلية الشركة والإجارة، فإنّ المغارسة مركّبة منهما.

الثالث: العمل.

حكم المغارسة:

حكمها الجواز إذا توفّرت شروطها الآتية في كلّ قسم من أقسامها. وسيأتي ذكر دليل الجواز عند ذكر أقسامها.

أقسام المغارسة:

من خلال التعريف، تنقسم المغارسة إلى ثلاثة أقسام: إجارة، وجعالة، وأصل. يجمع بين الإجارة والجعالة.

القسم الأول: أن تكون على وجه الإجارة.

(1) هذا الفصل مأخوذ من المقدمات: 2/ 236، والذخيرة: 6/ 137.

(2) شرح حدود ابن عرفة: 2/ 515. (3) الذخيرة: 6/ 93، و6/ 125، و6/ 137.

(4) الذخيرة: 6/ 137.

وذلك مثل أن يقول صاحب أرض لشخص: اغرس لي هذه الأرض كرمًا أو تينًا أو ما أشبه ذلك، ولك كذا وكذا. فهذا جائز، ودليل الجواز هو دليل جواز الإجارة. وهذا القسم جائز سواء سُمي له عدد ما يغرس في الأرض أو لم يسمه؛ لأن ذلك معلوم عرفاً بين الناس. ويشترط للجواز أمران:

الأول: أن يصف له قدر الغروس في الصغر والكبير؛ لأن المشقة في ذلك مختلفة، إلا أن يدخل في ذلك على عرف فيستغنى به عن الصفة.

الثاني: أن تكون الغروس من عند صاحب الأرض. فإن كانت من عند الغارس فلا يجوز؛ لأنه يدخل في ذلك ما دخل مسألة الذي استأجر الأجير على أن يبني له داراً، على أن الأجر والجص من عند البناء؛ لأنه يجتمع في ذلك إجارة وسلم، والإجارة والسلم أحكامهما مختلفة، إذا كان الأجير بعينه لأن السلم لا بد فيه من ضرب الأجل وتعجيل رأس ماله، والأجير المعين لا يجوز أن ينقد له إجارته إلا بعد شروعه في العمل الذي قد ضرب له الأجل؛ فلا يجوز استئجار الأجير المعين على الغرس بشرط أن تكون الغروس من عنده إذا كانت لها قيمة، إلا بثلاثة شروط، وهي: تعجيل الإجارة.

والشروع في العمل.

وأن يكون الغرس لا يتم إلا في مدة طويلة يستحق فيها ما تعجل من الغروس في جنب ما تأخر منها.

وأما إذا استأجره على الغرس إجارة ثابتة في ذمته على أن الغروس من عنده، ولها قيمة، فذلك جائز؛ لأن حكم الإجارة الثابتة في الذمة حكم السلم، فإن قدم إليه إجارته وضرب للغرس أجلاً مثل أن يقول: استأجرك على غرس هذه الأرض في شهر كذا، بكذا وكذا، والغروس من عندك جاز.

القسم الثاني: أن تكون المغارة على وجه الجعل.

وذلك مثل أن يقول له: اغرس لي هذه الأرض أصولاً، تيناً أو كرمًا، أو ما أشبه ذلك، ولك في كل ثمرة تنبت كذا وكذا، فهذا جائز على حكم الجعل المحض، ودليل الجواز هو دليل جواز الجعالة. وسيأتي في باب الإجارة أحكام الجعالة والاستدلال عليها.

القسم الثالث: أن تكون المغارة على جزء من الأرض.

وهذا جائز قياساً على ما جوزه السنة من المساقاة. فهذا القسم ليس بإجارة منفردة ولا جعالة منفردة، وإنما هو أصل في نفسه، أخذ شيئاً من الإجارة والجعالة. فهو يشبه الإجارة في لزومه بالعقد. ويشبه الجعالة في أن الغارس لا يجب له شيء إلا بعد ثبوت الغرس وبلوغه الحدّ المشترط؛ فإن بطل قبل ذلك لم يكن له شيء، ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى.

وقال ابن القاسم بعدم جواز هذا القسم إلا على وجه الجمالة؛ أي: بأن يلزم الغارس العقد، ويكون له أن يذهب ويترك العمل إن شاء. فعلى هذا لا تكون المغارسة عنده إلا على قسمين، وهي: الجعل والإجارة، كان له نصيب من الأرض أو لم يكن.

ويشترط للمغارسة على جزء من الأرض ما يلي:

- أن يكون الجزء من الأرض والشجر معلوماً بينهما. لكن يمتنع تحديده.

- أن يكون الحدّ المشترط للمفاصلة إلى ما دون الإطعام.



الوكالة

تعريف الوكالة لغة:

الوَكَاةُ - بفتح الواو وكسرها - لغة: الحفظ والكفالة والضمان والتفويض. يقال: وكَّلتُ أمري لفلان فوضته إليه. ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ يَتَّقِنَاكُمْ مَلَكَ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ﴾ [السجدة: 11]، وقوله تعالى: ﴿أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا﴾ [النساء: 109]، وقوله تعالى: ﴿وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا﴾ [النساء: 81]، وقوله تعالى: ﴿فَلِأَنْتَ عَلَيْهِمْ يُوَكَّلُ﴾ [الأنعام: 66]. وهذا كل أصله الحفظ والرعاية؛ لأن الوكيل حافظ لما وُكِّلَ عليه، ينوب في الحفظ والرعاية مناب من وُكِّلَهُ⁽¹⁾.

تعريف الوكالة شرعاً:

الوكالة نيابة في حق، غير مشروطة بمؤتيه ولا إمارة، بما يدل.

فقوله: «غير مشروطة» أي: تلك النيابة.

وقوله: «بمؤتيه» أي: صاحب الحق، ويخرج به الوصية؛ لأنه لا يقال فيها عرفاً وكالة، ولذا فرقوا بين فلان وكيل ووصي.

وقوله: «ولا إمارة» عطف على «غير» كأنه قال: وغير إمارة، ويخرج به نيابة السلطان أميراً أو قاضياً أو نيابة القاضي قاضياً في بعض عمله؛ فلا تسمى وكالة عرفاً.

لزوم عقد الوكالة:

تردّد أهل المذهب في لزوم عقد الوكالة على قولين:

الأول: هو غير لازم مطلقاً، وقعت بأجرة أو جعل، أو لم تقع بذلك، إذ هي من العقود الجائزة كالقضاء. فعقد القضاء من السلطان غير لازم، فلمن ولي القضاء أن يفك نفسه، وكذا من وُكِّلَ على شيء فله عزل نفسه.

الثاني: هو لازم إن وقعت الوكالة بأجرة، كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة؛ أو إن وقعت بجعل، بأن يوكله على تقاضي دينه، على ما سيأتي في باب الجعالة. وليس المراد وقوعهما بلفظ إجارة أو جعالة؛ لأنها لو كانت بلفظهما، كقوله: آجرتك أو

جاعلتك بكذا على أن تتوكل لي على كذا، كانت منهما حقيقة؛ أي: إنما المراد أن العقد على صورة الإجارة بأن عين الزمان أو العمل، أو على صورة الجعالة بأن لم يعين الزمان. ولكن لزوم الوكالة هنا يتم كما في الإجارة والجعالة، ففي الإجارة تلزم العاقدان بالعقد، ويقابلها في الوكالة أنها تلزم كلاً من الوكيل والموكل بمجرد العقد؛ وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بشروع العامل في العمل ولا تلزم المَجْعُول له، ويقابلها في الوكالة الواقعة على وجه الجعالة أنها لا تلزم واحداً منهما قبل الشروع في العمل، وتلزم الجاعل وهو الموكل بشروع المَجْعُول له وهو الوكيل، وأما المَجْعُول له وهو الوكيل فلا تلزمه. فإن وقعت الوكالة بغير عوض؛ أي: لا إجارة ولا وجعالة، لم تلزم. ومحلّ التردد الذي لأهل المذهب في لزوم الوكالة، إنما هو في الوكالة في غير الخصام، وأما الوكالة في الخصام فهي لازمة مطلقاً، وقعت على وجه الإجارة أو الجعالة أو لا، إذا قاعد الوكيل الخصم كالثالث، وإلا فلا.

حكم الوكالة:

الوكالة جائزة، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ [الكهف: 19]. ووجه الاستدلال أن أهل الكهف وكلوا أحدهم على شراء الطعام. وهذا الاستدلال مما ثبت من شرع من قبلنا ولم يرد في شرعنا ما ينسخه.

ب -: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ ذُشُقًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: 6]. ووجه الاستدلال أن الآية تقتضي التصرف في مال النبي، وإذا جاز ذلك بلا إذن من مالكة حال كونه ممنوعاً من التصرف فيه، فجواز ذلك بإذن من يملك التصرف فيه أولى وأحرى.

ج - عن عروة بن الجعد أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة؛ فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه⁽²⁾.

د - عن جابر بن عبد الله أنه قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه: وقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر؛ فقال: «إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»⁽³⁾. وهذه وكالة في اقتضاء الحقوق.

(1) المقدمات: 51/3، وشرح التلقين: 4/م ورقة 131، وبداية المجتهد: 2/333، والذخيرة: 5/8.

(2) أخرجه البخاري في المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم.

(3) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب في الوكالة.

هـ - عن سليمان بن يسار، أنّ رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاة ورجلاً من الأنصار، فزوجه ميمونة بنت الحارث، ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ ذلك وكالة على النكاح.

و - عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أنّهما أخبرا أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله. وقال الآخر، وهو أفقههما: أجل، يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله واثذن لي أن أتكلّم. قال: «تكلّم»، فقال: إنّ ابني كان عسيفاً⁽²⁾ على هذا، فزني بامرأته. فأخبرني أنّ علي ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي. ثمّ لآتي سألت أهل العلم فأخبروني: أنّ ما على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأخبروني أنّما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده، لأقضينّ بينكما بكتاب الله. أمّا غنمك وجاريتك فردّ عليك» وجلد ابنه مائة، وغرّبه عاماً. وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها. فاعترفت، فرجمها⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ وكلّ أنيساً الأسلمي على إقامة الحدود، فهو يدلّ على جواز الوكالة في ذلك.

والآثار النبوية الدالة على جواز الوكالة أكثر من أن تحصى.

ز - الإجماع على جواز الوكالة على الجملة.

ح - أنّ الأصل في النيابة أنّها جائزة، إلّا فيما استثناه الشرع من أنّه لا تصحّ فيه من العبادات وما جرى مجراها، كما سيأتي ذكره فيما لا تصحّ فيه الوكالة.

ط - أنّ بالناس ضرورة إلى الإنابة في أنفسهم وأموالهم، فافتضى ذلك جواز الوكالة.

أخذ الأجرة على الوكالة:

الوكالة جائزة بعوض وعلى غير عوض؛ فإن كانت بعوض فهي إمّا إجارة أو جعالة، فإن كانت إجارة فيشترط لجوازها أن تكون بأجرة مسماة، وأجل مسمّى، وعمل معروف. وإن كانت جعالة فتأخذ أحكام الجعالة.

وإن كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل⁽⁴⁾.

أركان الوكالة:

تؤخذ أركان الوكالة من التعريف، وهي أربعة:

1 - الموكل، وهو صاحب الحق. وهو كلّ من جاز له التصرف في الشيء لنفسه،

(1) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم. (2) العسيف: الأجير.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الأيمان والنذور، باب كيف

كانت يمين النبي ﷺ؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(4) المقدمات: 59/3.

فإنه يجوز له الاستنابة فيه⁽¹⁾.

2 - الوكيل. وهو كل من جاز له التصرف لنفسه في الشيء، جاز له أن ينوب فيه عن غيره، إذا كان قابلاً للاستنابة، إلا أن يمنع مانع كالمرأة أن تنكح الإناث⁽²⁾. قال القاضي عبد الوهاب في توكيل المراهق: لا أعرف نصاً فيه - أي: في المذهب -، وعندني أنه لا يصح؛ لأن كل من لم يصح أن يوكل، لم يصح أن يتوكل كالمجنون؛ ولأنه غير مكلف كالصغير والمجنون⁽³⁾.

ويمنع المسلم من توكيل الكتابي على مسلم أو على بيع أو شراء أو استئجار أو الإيضاع⁽⁴⁾ معه. وعلة المنع في توكيله على مسلم: أن الكتابي قد يغلظ على المسلمين إذا وكل عليهم قصداً لأذاهم، فيحرم على المسلم إعانته على ذلك. وأما على البيع والشراء فلأنه لا يتحرز من الحرام، وقد يعتمد إلى اقتحامه وإتيانه به، كالربا والخمر، وما لا تحلّ المعاوضة به.

فإن وقع فإنه يتصدق بما زاد على رأس المال في الربا، وفي الخمر ونحوه يتصدق بجميعه لأنه كله ثمن له فهو حرام كله. وفي الربا إنما تحرم الزيادة فقط⁽⁵⁾.

وهذان الركنان مأخوذان من قول التعريف: «نِيَابَةٌ»، والنيابة تسلتزم منياً ومناباً؛ أي: موكلاً ووكيلاً.

3 - الموكل فيه. وهو مأخوذ من قول التعريف: «في حقّ» أي: من الحقوق المالية أو غيرها كالتعازير، فالشرط كونه يقبل النيابة كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

4 - الصيغة. وهي مأخوذة من قول التعريف: «بما يدلّ». والدالّ عرفاً أعم من أن يكون لفظاً أو غيره، ككتابة أو إشارة. قال بعضهم: أو عادة كتصرف الزوج لزوجته في مالها وهي عالمة ساكته، أو تصرف الرجل لإخوته كذلك، فإنه محمول بالعادة⁽⁶⁾ على التوكيل فيمضي فعله، والقول قوله فيما يدعيه، حتى يثبت المنع للمتصرف من رب المال.

ولا بد من قبول الوكيل.

ولا يكفي التوكيل بمجرّد قول: وكلتك، أو: أنت وكيلي؛ فإنه لا يفيد، وتكون وكالة باطلة في كل ما أبهم فيه الموكل عليه، وهو قول ابن بشير. وقال ابن يونس: تفيد وتعم. ووافق ابن رشد في المقدمات، قال: «وهو قولهم في الوكالة إن قصرت

(1) شرح التلقين: م 4/ورقة 131، والذخيرة: 5/8.

(2) شرح التلقين: م 4/ورقة 131، والذخيرة: 5/8.

(3) الإشراف: 610/2.

(4) الإيضاع: إرسال الرجل مالاً مع رجل مسافر ليشتري له به بضاعة من بلد كذا.

(5) حاشية الدسوقي: 381/3.

(6) الذخيرة: 5/8.

طالت، وإن طالت قصرت». وعلى قول ابن بشير فرّق ابن شاس بينها وبين الوصية بوجهين:

أحدهما: العادة، قال لأنها تقتضي عند إطلاق لفظ الوصية التصرف في كلّ الأشياء، ولا تقتضيه في الوكالة ويرجع إلى اللفظ وهو محتمل.
ثانيهما: أنّ الموكل مهياً للتصرف، فلا بدّ أن يبقى لنفسه شيئاً، فيفتقر لتقرير ما أبقى؛ والوصي لا تصرف له إلا بعد الموت، فلا يفتقر لتقريره.
وعلى قول ابن بشير درج الشيخ خليل في مختصره. فلا يكفي حتّى يبيّن له أحد أمرين:

الأول: أن يُفوّضَ للوكيل بأن يقول الموكل: وكلتك وكالة مفوضة أو في جميع أموري أو في كلّ شيء ونحو ذلك.
الثاني: أن يُعيّن له بنصّ أو قرينة في شيء خاصّ، كنكاح أو بيع أو شراء لخاص أو عام.

أمثلة للحقوق التي تقبل الوكالة:

- عقد النكاح أو البيع أو الإجارة أو غير ذلك فيجوز توكيل الغير فيه. والدليل الحديث المتقدم في توكيل النبي ﷺ على زواجه بميمونة رضي الله عنها.
- فسّخ العقود مما ذكر إذا جاز، كعقد مزارعة قبل البذر أو ولي سفيه في النكاح أو البيع. ويشمل الطلاق والإقالة والخلع.
- أداء الدين، بأن يوكل من عليه الدين شخصاً يؤدّيه عنه لأربابه؛ أو اقتضاء الدين له، بأن يوكل شخصاً يقبضه ممن عليه.
- إنفاذ عُقُوبَةٍ لمن له ذلك، من أمير أو زوج، وذلك يشمل التعازير والحدود فيجوز التوكيل فيها. فلإمام أن يوكل من يباشر ذلك نيابة عنه. والدليل الحديث المتقدم في توكيل النبي ﷺ على إقامة حدّ الزنا.
- الحوالة. فيجوز أن يوكل من يحيل غريمه على مدين له.
- الإبراء من حق، وإن جهل الحق الموكل والوكيل ومن عليه الحق؛ كأن يوكل إنساناً في إبراء ذمة من عليه حق، من مال أو غيره. والإبراء هبة وهي تجوز بالمجهول.
- الخصومة. فإنّ التوكيل فيها يجوز للحاضر، والغائب، والرجل، والمرأة، في الصّحة والمرض، رضي الخصم أم لم يرض. ودليل الجواز⁽¹⁾:
- أ - عن عبد الله بن جعفر أنّ علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول: إنّ

(1) الإشراف: 607/2، والمعونة: 1237/2، والذخيرة: 8/8.

لها قحماً يحضرها الشيطان. فجعل خصومته إلى عقيل، فلما كبر ورقّ حوّلها إليّ، فكان عليّ عليه السلام يقول: ما قضي لوكيلي فلي، وما قضي عليّ وكيلي فعلي⁽¹⁾. فلم يخالفه أحد من الصحابة ولا أنكر ذلك عليه.

ب - القياس على التوكيل في البيع والشراء، يجوز مع الغيبة والحضور، ومع كلّ الأحوال.

ج - أنّ الموكل قد يعجز عن الحجاج فيضيع حقّه، فشرعت الوكالة في الخصومة ليتمكّن كلّ خصم من استيفاء حقّه.

وقد اعترض على المذهب المالكي بتجوز التوكيل في الخصومة، باعتراضين:

الأول: أنّ في ذلك عدم المساواة بين الخصمين؛ لأنّ الموكل قد يرى أنّه يضع من نفسه ويحظّ من قدرها إذا حضر مجلس المحاكمة.

الثاني: أنّ الوكيل قد يكون حاذقاً بالتحيل في الخصومات وإبراز الباطل في صورة الحق، ولو ترك الخصم مع خصمه لأمن من ذلك.

والجواب عن الأول: أنّ الآخر له أيضاً أن يوكل، فإن اختار عدم التوكيل كان عدم المساواة بينهما من قبله لا من قبل الحاكم.

وعن الثاني: أنّ الوكيل إنّما يبني دفاعه على صدق من وكّله، وهو يعلم أنّ اللد في الخصومة والتحيل فيها والزور محرّم في الشرع. ثمّ إنّ الخصم نفسه قد يكون ملدّاً قادراً على التزوير والتبديل وإظهار الباطل في صورة الحق⁽²⁾.

- الحجّ، بأن يوكل من يحجّ عنه غير الفريضة، أو من يستنيب له من يحجّ عنه، فتصحّ وإن كان مكروهاً. وكذا الوكالة في الهبة والصدقة والوقف وقبض حقّ وكلّ ما يقبل النيابة.

واعلم أنّ الفعل الذي طلبه الشارع في الشخص ثلاثة أقسام:

الأول: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لخصوص الفاعل. وهذا لا تحصل مصلحته إلّا بالمباشرة، وتمنع فيه النيابة قطعاً، وذلك كاليمين والدخول في الإسلام والصلاة والصيام ووطء الزوجة ونحو ذلك. فإنّ مصلحة اليمين الدلالة على صدق المدعي، وذلك غير حاصل بحلف غيره، ولذلك يقال: ليس في السنة أن يحلف أحد ويستحقّ غيره. ومصلحة الدخول في الإسلام إجلال الله وتعظيمه وإظهار العبودية له، وإنما تحصل من جهة الفاعل؛ لأنّ لا يلزم من خضوع الوكيل خضوع الموكل.

(1) أخرجه البيهقي في الوكالة، باب التوكيل في الخصومات؛ وابن أبي شيبة في البيوع والأقضية، باب في الوكالة في الخصومة.

(2) شرح التلقين: م 4/ ورقة 132.

وكذا الصلاة والصيام ومصلحة الوطاء والإعفاف وتحصيل ولد ينسب إليه، وذلك لا يحصل بفعل غيره.

الثاني: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو، وهذا لا يتوقف حصول مصلحته على المباشرة، وحينئذ فتصح فيه النيابة قطعاً، وذلك كرتة العواري والودائع والمغضوبات وقضاء الديون وتفريق الزكاة ونحوها، فإن مصلحة هذه الأشياء إيصال الحقوق لأهلها بنفسه أو بغيره، فلذلك يبرأ من كانت عليه بالوفاء وإن لم يشعر.

الثالث: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لجهة الفعل ولجهة الفاعل، وهو متردد بينهما. واختلف العلماء في هذا بأيهما يلحق، وذلك كالحج فإنه عبادة معها إنفاق مال، فالإمام مالك ومن وافقه رأوا أن مصلحته تأديب النفس وتهذيبها، وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع، وإظهار الانقياد إليه، وهذا أمر مطلوب من كل قادر، فإذا فعله إنسان عنه فاتت المصلحة التي طلبها الشارع منه، ورأوا أن إنفاق المال فيه أمر عارض، بدليل المكّي يحجّ بلا مال، فقد ألحقوه بالقسم الأول؛ لأنّ هذه المصالح لا تحصل بفعل الغير عنه، ولذا كان لا يسقط الفرض عمّن حجّ عنه، وإنما له أجر النفقة والدعاء. والإمام الشافعي وغيره رأوا أن المصلحة فيه القرية المالية التي لا يتفكّ عنها غالباً، فألحقوه بالقسم الثاني.

ما لا تصحّ فيه الوكالة:

- لا تصحّ الوكالة في ما لا يقبل النيابة من الأعمال البدنية في العبادات، نحو اليمين فلا يصح توكيل من يحلف عنه؛ ونحو الصلاة فلا يصح توكيل من يصلّي عنه فرضاً أو نفلاً، بخلاف توكيل غيره في الإمامة بمحل يؤم فيه الناس أو يخطب عنه فيجوز.

واعلم أنّ الأذان والإمامة وقراءة القرآن والعلم بمكان مخصوص، تجوز فيها النيابة حيث لم يشترط الواقف عدم النيابة فيها. فإن شرط الواقف عدمها وحصلت نيابة لم يكن المعلوم للأصل لتاركة ولا للنائب، لعدم تقررره في الوظيفة أصالة. وإن لم يشترط الواقف عدم النيابة فالمعلوم لصاحب الوظيفة المقرر فيها، وهو مع النائب على ما تراضيا عليه من قليل أو كثير، كانت الاستنابة لضرورة أو لا.

- ولا تصحّ الوكالة في معصية، كظهار فلا يوكل من يظاهر عنه زوجته ولا يلزمه شيء. وكذا سائر المعاصي: فمن أمر غيره أن يشتري له خمرأ أو يقتل نفساً بغير حق أو يغصب أو يسرق ونحو ذلك فلا يقال له نيابة، ويقال له أمر. وتلزم أحكام هذه المحرمات متعاطيها. ودليل عدم صحّة الوكالة في المعصية: دلالة الأولى؛ لأنّ الوكيل نائب عن الموكل فيما كان له أن يفعله، وقد ثبت أنّ الموكل لم يكن له فعل المعصية،

فكان الوكيل بأن لا يجوز له ذلك أولى⁽¹⁾.

ومن قال لغيره: افعَل لي ما يجوز، ك: اسرق لي مالي الذي بيد فلان أو: اغصبه لي منه، أو: اقتل لي من قتل أبي الثابت شرعاً؛ سمي نيابة ووكالة. وتنفرد النيابة عن الوكالة في صاحب إمرة أناب غيره في إمارة أو قضاء، كذا ذكره بعضهم.

والحاصل أنه اختلف فقيل: إن النيابة مساوية للوكالة، وهو لابن رشد وعياض، فكل ما صححت فيه النيابة تصح فيه الوكالة. وقيل: النيابة أعم، فليس كل ما صححت فيه النيابة تصح فيه الوكالة، كالإمرة.

توكيل أكثر من واحد في الخصومة:

لا يجوزُ توكيل أكثر من واحد في حُصومةٍ، لما فيه من كثرة النزاع، إلا برضا الخصم، فيجوز الأكثر. كما يجوز الواحد مطلقاً؛ أي: وإن كره الخصم ذلك الواحد. وقد تقدّم الدليل على جواز التوكيل في الخصومة.

توكيل من هو عدو لخصم الموكل في خصومة:

لا يجوز للموكل توكيل من له عداوة بينه وبين خصمه؛ أي: الموكل، لما فيه من الإضرار.

كما لا يجوز له أن يوكل من يخاصم عنه خصمه إذا قاعدته عند الحاكم ثلاث مجالس ولو في يوم واحد، فليس له أن يوكل أحداً يخاصم عنه خصمه؛ لأن شأن الثلاثة مجالس انعقاد المقالات بينهما وظهور الحق؛ فالتوكيل حينئذٍ يوجب تجديد المنازعة وكثرة الشرّ، إلا لعذر من مرض أو سفر فله حينئذٍ التوكيل. ومن العذر حلفه أن لا يخاصمه لكونه ألدّ الخصام، لا إن حلف لغير موجب.

ما يجب على الوكيل في الوكالة:

- يجب على الوكيل في توكيله على البيع طلب الثمن من المشتري وقبضه منه؛ لأنه من توابع البيع الذي وكلّ عليه.

والفرق هنا بين وكيل البيع جعل له قبض الثمن، ولم يجعل لوكيل النكاح قبض الصداق إلا بتوكيل خاص؛ لأن بضع المرأة بيدها لم تسلمه فكان لها هي قبض صداقها، والسلعة في البيع قد تسلمها الوكيل فكان له قبض عوضها. وأيضاً فإن عادة الناس لم تجر بإحضار الصداق عند عقد النكاح، وفي البيع جرت العادة التناجز في الثمن والمثمن. وكذلك العادة أنّ الوكيل على البيع وكيل على قبض الثمن، فله قبضه

عملاً بمقتضى العرف؛ ولم يجر العرف بذلك في النكاح، فيبقى الحكم على الأصل⁽¹⁾.

وهذا حيث لا يوجد عرف بعدم طلبه، وإلا لم يلزمه، بل ليس له حينئذ قبضه، ولا يبرأ المشتري بدفع الثمن إليه.

- يجب عليه في توكيله على الشراء قبض المبيع من بائعه وتسليمه لموكله.

- يجب عليه رد المبيع بالعيب، إذا ظهر فيه عيب، إن لم يُعَيَّن له موكله المبيع.

فإن عينه بأن قال له: اشتري هذه السلعة أو سلعة فلان الفلانية، فلا رد للوكيل بعيب ظهر فيها. وهذا في غير الوكيل المفوض، وإلا فله الرد ولو عين له.

ويطالب البائع الوكيل بالثمن لسلعة اشتراها الوكيل لموكله؛ ويطالب المشتري

الوكيل بالثمن الذي باعه الوكيل لموكله على بيعه؛ إلا أن يُصَرَّح الوكيل بالبراءة من ذلك، بأن يقول: ولا أتولى دفع الثمن لك، أو لا أتولى دفع المثل من فلا يطالب وإنما يطالب بالثمن أو المثل من موكله؛ وإلا أن يكون العرف عدم طلبه بهما، وإلا عمل به كما مر.

ولا يطالب بالثمن أيضاً إذا قال لبائع: بعني فلان لتبيعه كذا فباعه، فلا يطالب

بالثمن؛ بخلاف قوله: بعني لأشتري لك منك كذا، فيطالب الرسول إلا أن يعترف المرسل بأنه أرسله، فليتبع أيهما شاء. والفرق بين هذه والتي قبلها: أنه في هذه أسند الشراء لنفسه وفيما قبلها أسنده لغيره، ولذا لو قال: لتبيعي، كان الطلب على الرسول.

ويطالب المشتري الوكيل بالعهد من عيب فيما باعه لموكله أو استحقاق. أي:

إذا باع الوكيل سلعة وظهر بها عيب أو حصل فيها استحقاق، رجع المشتري على الوكيل. وهذا ما لم يعلم المشتري بأنه وكيل كالمسار، وما لم يحلف الوكيل أنه كان وكيلاً في البيع فقط، وإلا فالطلب على الموكل. إلا إذا كان وكيلاً مفوضاً، فالطلب عليه ولو علم المشتري أنه وكيل. أي: فللمشتري الرجوع عليه أو على موكله، فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء، كالشريك المفوض.

- يجب على الوكيل أن يفعل ما فيه المصلحة لموكله؛ فيتعين عليه في التوكيل

المطلق - أي: الذي لم يذكر له فيه نوع الثمن أو جنسه - في بيع أو شراء:

* نَقْدُ الْبَلَدِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ. والمراد بالبلد أي: التي وقع بها البيع أو الشراء، سواء وقع التوكيل فيها أو في غيرها.

* شِراء ما هو لا يُقْبَلُ بموكله، وإلا لم يلزم الموكل.

* ثَمَنُ الْمِثْلِ، وإلا لم يلزم الموكل. أي: فإذا وكله على بيع سلعة، فلا بد من

يبعها بثمن مثلها، لا بأقل؛ وإذا وكله على شراء سلعة، فلا بدّ من شرائها بثمن مثلها، لا بأكثر. ومحلّ تعيين ثمن مثل إذا كان التوكيل على البيع أو الشراء مطلقاً لم يسمّ له ثمناً، فإن سمّاه تعيّن.

ويختر الموكّل في القبول والردّ، إلا أن يكون شيئاً سيراً يقع التغابن به بين الناس فلا كلام للموكّل. ومحلّ الخيار إذا كانت المخالفة لا نزاع فيها، وأما لو أنكر الوكيل المخالفة، فهل يكون القول قول الموكّل، وهو الذي جزم به بعضهم.

كما يختار الموكّل في القبول والردّ في مسائل:

* في صرّف ذهَبٍ بفضّة. إذا دفع الموكّل للوكيل ذهباً ليسلمه له في طعام أو غيره، أو يشتري له به شيئاً، فصرّفه بفضّة وأسلمها أو اشترى بها؛ فيختار الموكّل بين القبول والردّ في غير السلم مطلقاً؛ وفي السلم إن قبضه الوكيل، لا إن لم يقبضه فيتعين وليس له الإجازة، لما فيه من فسخ الدين في الدين؛ لأنه بمجرد مخالفة الوكيل ترتب الثمن في ذمته ديناً، وقد فسخ ذلك في مؤخر وهو السلم فيه؛ وأيضاً لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه إن كان طعاماً؛ لأنّ الطعام لزم الوكيل بمجرد شرائه بالدرهم المخالفة لتقد الموكّل، فإذا رضي الموكّل بذلك فكأن الوكيل باعه الطعام قبل قبضه من المسلم إليه. وقيل: التخيير إنما هو بعد القبض في السلم وغيره لا قبله لجريان العلة المذكورة، فتأمله.

ويستثنى إن كان عادة الناس الصرف أي: شراء تلك السلعة الموكّل على شرائها بالدرهم أو سلم الدراهم فيها. كما يستثنى إن كان صرف الدنانير بالدرهم نظراً ومصالحة للموكّل، كما لو كانت الدنانير تنقص في الوزن فيتعلل عليها البائع مثلاً. فلا خيار للموكّل. ولا خصوصية للسلم ولا للطعام كما صرحوا به.

* في مخالفة الوكيل موكله في مشتري عينه له، بأن قال له: اشتر لي هذا الشيء فاشترى غيره، أو قال له: اشتر لي حماراً فاشترى ثوباً. أو مخالفة سوق عينه له أو زمان عينه له؛ فيختار الموكّل بين القبول والرد؛ لأن تخصيصه معتبر.

* في بيع الوكيل بأقلّ ممّا سمّى له الموكّل ولو سيراً، فيختار.

* في الشراء لموكله بأكثر ممّا سمّى له أو من ثمن المثل إذا كان كثيراً، فيختار. فإذا كان سيراً فلا يخير، وعلة الفرق بين البيع والشراء أنّ شأن الشراء الزيادة لحصول المطلوب، ولذا استثنى اليسير، كزيادة دينارين في تسمية أربعمائة ديناراً فيلزم ولا خيار. فاليسارة نصف العشر كواحد في عشرين وثلاثة في ستين. واعتبر بعضهم قيد الكثرة في الشراء والبيع معاً، فلا خيار في المخالفة باليسير حتى في البيع، واغتفار اليسير في الشراء دون البيع هو المعتمد.

وحيث خالف الوكيل في شيء مما ذكر وثبت للموكّل الخيار، لزم الوكيل ما

اشْتَرَىٰ إِنْ رَدَّهٗ مُوَكَّلُهُ. وليس للوكيل ردّ المبيع على بائعه، إلا أن يعلم البائع بأنه وكيل قد خالف موكله بشيء مما تقدم أو يكون له الخيار ولم تمض أيام الخيار. وسواء كان الخيار للبائع أيضاً أم لا كما تقدم في الخيار. ولا وجه للتنظير فيه.

ما لا يجوز في الوكالة:

- يمنع توكيل الكافر، سواء كان ذمياً أو غير ذمي. وذلك في البيع لمسلم، أو الشراء له، أو في التقاضي لدين ونحوه كغلة وقف، أو خراج على مسلم؛ لأن الكافر لا يتحرى الحلال ولا يعرف شرط المعقود عليه من ثمن ومثمن. وظاهره: ولو رضي من يتقاضى منه الحق، وهو كذلك لحق الله تعالى، وربما أغلظ على من يتقاضى منه الحق، قال تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: 141].

وأما توكيل الكافر لكافر، فإن كان على استخلاص دين له من مسلم منع؛ لأنه ربما أغلظ عليه وشق عليه، وإن كان على غير ذلك فلا منع. فإن قيل: إن العلة جارية حتى في الدائن الأصيل؟ والجواب أن التوكيل فيه تسلط كافرين، بخلاف عدمه فإنه لا تسلط فيه إلا لصاحب الحق.

وأما توكيل الكافر لمسلم على تقاضي الدين من كافر فإنه يجوز؛ لأن العلة لا تتأتى هنا.

وقصر منع توكيل الكافر في الأمور الثلاثة التي هي: البيع والشراء والتقاضي، يفيد جواز توكيله في غيرها، كقبول نكاح ودفع هبة وإبراء ووقف وهو كذلك.

- يمنع توكيل عدو على عدوه، ولو عدواً في الدين كيهودي على نصراني وعكسه، لما فيه من العنت وزيادة الشر؛ إلا أنه يجوز توكيل مسلم على ذمي بخلاف العكس.

- يمنع على الوكيل إذا وكل على بيع شيء شراء ما وكل على بيعه لنفسه. وإذا فعل فيوقف على إجازة موكله. فيمنع ولو سمى الوكيل للموكل الثمن، لاحتمال الرغبة فيه من الغير بأكثر، إلا أن تنتهي فيه الرغبات. فالمنع مقيد بما إذا لم يكن شراؤه بعد تناهي الرغبات، وبما إذا لم يأذن له ربه في البيع لنفسه، سواء كان الإذن حقيقياً أو حكماً، كما لو اشتراه لنفسه بحضور ربه.

كما يمنع شراؤه ما وكل على بيعه لمحجوره، من صغير أو سفيه؛ لأنه مثل الشراء لنفسه. وما قيل في شرائه لنفسه يقال في شرائه لمحجوره. أما شراؤه لزوجته وولده الرشيد، فلا يمنع من ذلك، لاستقلالهم بالتصرف لأنفسهم، إن لم يحاب لهم، فإن حابى منع، ومضى البيع، وغرم الوكيل ما حابى به. والعبرة بالمحابة وقت البيع.

- يمنع على الوكيل أن يوكل غيره في شيء وكل هو فيه؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته. ويستثنى من ذلك:

* أن لا يَلِيَقَ بالوكيل تولّي ما وكل عليه، بأن يكون من ذوي الهيئات، ووكّل على أمر مستحقر، فيجوز توكيله.

* أن يَكْثَرَ ما وكل عليه، فيوكّل من يعينه على تحصيله لا استقلالاً. بخلاف الأول. وهذا في غير المفوض، وأما المفوض فلا يمنع أن يوكل على المشهور. ومحل جواز التوكيل فيما إذا كان الوكيل ذا وجهة لا يليق به البيع أو الشراء لما وكل فيه؛ إن علم الموكل بذلك وكان الوكيل مشهوراً بذلك. ويحمل الموكل على علمه بذلك، فلا يصدق إن ادعى عدم العلم. وأما إذا لم يعلم بذلك ولم يشتهر الوكيل به، فليس له التوكيل، وهو ضامن للمال إن تلف وضمنه لتعدّيه. ويحمل الموكل على عدم العلم إن ادعاه.

وإذا وكل الوكيل وكيلاً من غير إذن الأصيل - أي: الموكل الأصيل -، وتصرف الوكيل الثاني ببيع أو شراء على طبق ما أمر به الوكيل الأول، فهل يجوز للأصيل إمضاؤه لأنها لم تقع المخالفة فيما أمر به الأصيل، وإنما وقعت في التعدّي بالتوكيل؟ أو لا يجوز له الرضا لأنه بتعدّي الأول صار الثمن ديناً في ذمته فلا يفسخه فيما تصرف فيه الوكيل الثاني؛ لأنه فسخ دين في دين ما لم يحل الأجلان؟ اختلاف في المسألة.

وحيث جاز للوكيل التوكيل فوكّل، فلا يَنْعَزِلُ الوكيل الثَّانِي بِعَزْلِ الأوَّلِ ولا بموته. أي: إذا عزل الأصيل - أي: الموكل الأصيل - وكيله فلا يتعزل وكيل الوكيل. ويتعزل كلّ منهما بموت الأصيل، وله عزل كل منهما وللوكيل عزل وكيله.

- يمنع رضا الموكل بِمُخَالَفَةِ الوكيل في سلم أمره به، بأن أمره أن يُسَلِّمَ له في عرض أو طعام عينه له، فأسلم في غيره؛ أي: خالف في جنس المسلم فيه، فلا يجوز للموكل أن يرضى بذلك السلم. وذلك إن دَفَعَ له الثَّمَنَ أي رأس المال ليسلمه فيما عينه له، فخالف وأسلمه في غيره؛ لأنه لما تعدّي ضمن الثمن في ذمته فصار ديناً عليه؛ فإن رضي الموكل فقد فسخ الدين فيما يتأخر قبضه، وهو فسخ دين في دين. ويزاد في الطعام يبيعه قبل قبضه؛ لأنه بتعدّيه صار الطعام للوكيل، وقد باعه للموكل قبل قبضه بالدين الذي صار في ذمته.

ويستثنى من عدم جواز الرضا أن يعلّم الموكل بتعدّي الوكيل بَعْدَ قَبْضِهِ من المسلم إليه، فيجوز لك الرضا بأخذه لعدم الدين بالدين، وعدم بيع الطعام قبل قبضه. أو يعلم بَعْدَ حلول الأجل، فيجوز الرضا. لكن في غَيْرِ الطَّعَامِ إذا كنت تقبضه بلا تأخير لعدم الدين بالدين. وأما في الطعام فلا يجوز، لبيعه قبل قبضه، وكذا في غير الطعام إذا كان قبضه يتأخر.

ومفهوم: «إن دفعت له الثمن» أنه إذا لم يدفعه له وأمره أن يُسَلِّمَ له في شيء معيّن، فخالف وأسلم في غيره، فيجوز له الرضا بما فعل ويدفع له الثمن؛ لأنه لم

يجب للموكل علي الوكيل شيء فيفسخه في شيء لا يتعجله الآن؛ ويجوز له أن لا يرضى. وهذا في غير الطعام، وأما الطعام فلا يجوز له الرضا به لوجود علة أخرى، وهي بيع الطعام قبل قبضه.

فتحصل أن محل منع الرضا بالمخالف: أن يدفع الأصيل للوكيل الثمن، وأن يعلم الأصيل بتعدي الوكيل قبل القبض وقبل حلول الأجل له.

ومثل مخالفة الوكيل في جنس ما أمره الموكل أن يسلم فيه، ما لو حصل من الوكيل مخالفة في رأس المال، كما إذا أمره أن يدفع رأس المال عيناً فدفعاً عرضاً. والعلة في منع الرضا فيهما واحدة.

- يمنع رضا الموكل في بيع ما وكل الوكيل على بيعه نقداً، أو كان العرف بيعها نقداً، وسواء سميت له الثمن أم لا، إن باعه بدين وقأت السلعة بيد المشتري بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق فأعلى؛ لأنه لما تعدى وباعها بالدين لزمه ما سمي الموكل له إن سمي له ثمناً، والقيمة إن لم يسم له. فإذا رضي بفعله فقد فسخ ما وجب له عليه حالاً في شيء لا يتعجله الآن، وهو فسخ ما في الذمة في مؤخر. فإن لم تفت السلعة جاز الرضا لأنه كابتداء بيع، وجاز رد البيع وأخذ السلعة. ومحل المنع فيما إذا فاتت إن باعها بأكثر مما سمي له، أو من القيمة فيما إذا لم يسم، لما فيه من فسخ قليل في كثير، فإن باعها بمثل التسمية أو القيمة فأقل جاز الرضا.

وحاصل المسألة أن الموكل إذا وكل وكيلاً على بيع سلعة، فباعها بدين، فإنه يمنع الرضا به، سواء كان ذلك الثمن المؤجل عيناً أو عرضاً أو طعاماً. والمنع مقيد بكون الثمن المؤجل أكثر مما سماه له إن باع بجنس المسمى، أو بكونه من غير جنس المسمى والحال أن المبيع قد فات. فلو باع بجنس المسمى وكان أقل أو مساوياً لما سماه جاز الرضا بالدين. وكذا إن كان المبيع قائماً وباع بغير جنس المسمى، أو بجنسه بأكثر، فيجوز له الرضا بذلك الدين ويبقى لأجله.

وإذا منع الرضا بفوات السلعة فإنه يباع الدَيْنُ الذي على المشتري، وحينئذ إما أن يوفي ثمنه بالتسمية أو القيمة أولاً؛ فإن وقي ثمنه أو القيمة، فيما إذا لم يسم له شيئاً، بأن ساوى أو زاد فالأمر ظاهر وأخذه الموكل.

وإن لم يوفت بأن نقص الثمن عن ذلك فإن الوكيل يغرّم الثمّام. فإن طلب الوكيل من الموكل الغرم أي: غرم التسمية أو غرم القيمة لموكله الآن ولا يباع الدين، وسأله الصبر للأجل ليقبض الدين من المشتري، ويدفع الزائد على التسمية أو القيمة، إن كان هناك زائد عليهما؛ أوجب الوكيل لذلك. ولا ضرر إن كانت قيمته الآن لو بيع قدر التسمية أو القيمة فأقل؛ إذ ليس للوكيل في ذلك نفع بل فعل معروفاً مع الموكل.

فإن كانت قيمته الآن أكثر لم يجز الصبر، ولا بد من بيع الدين؛ لأن الموكل قد

فسخ ما زاد على التسمية أو القيمة فيما بقي؛ كما لو أمره أن يبيعها بعشرة نقداً، أو لم يقيد له والقيمة بين الناس كذلك عشرة، فباعها الوكيل بخمسة عشر إلى أجل، وقيمة الدين الآن لو بيع اثنا عشر، فإذا رضي بالصبر إلى الأجل فكأنه فسخ دينارين في خمسة إلى الأجل.

والتعليل فيما تقدم بأن ليس للوكيل في ذلك نفع، ظاهر فيما إذا كانت قيمة الدين قدر التسمية أو القيمة لا أقل، فإن كانت أقل فالنفع للوكيل حاصل؛ لأنه لو كان قيمة الدين الآن لو بيع ثمانية في المثال المتقدم، كان فيه سلف من الوكيل جر نفعاً له.

وبيانه أن الوكيل تلزمه التسمية عشرة وهي أكثر من قيمته الآن، فإذا بيع الدين بقيمته ثمانية غرم تمام التسمية، فيعطى التسمية الآن ليقبضها عند الأجل، فكأنه سلف موكله اثنين، فإذا جاء الأجل أخذ عنها عشرة؛ ثمانية منها في نظير قيمة الدين الآن، والاثنان في نظير الاثنين السلف، وفيه نفع له إذ لو بيع الدين الآن بثمانية لغرم الوكيل اثنين تمام التسمية ولا رجوع له بها. ولذا منع أشهب ما إذا كانت قيمته أقل، ولم يراع ذلك ابن القاسم وأجازته كما ذكرنا؛ لأن البيع لا يكون إلا برضاها؛ فلا يتحقق السلف، فالبيع لا يلزم الوكيل بل إذا سأل الصبر وغرم التسمية أجيب وأجبر له الموكل ولا يتحقق له سلف إلا إذا لزمه البيع، فتدبر ما في هنا من دقة التعاليل.

وإن أمر الموكل الوكيل أن يبيع السلعة نقداً، فأسلمها في طعام، تَعَيَّنَ العَرْمُ على الوكيل حالاً؛ أي: غرم التسمية أو القيمة إذا لم يسم له ثمناً، إن فَاثَتْ السلعة، وإلا فلربها ردها وله الإمضاء كما تقدم. وَأَسْتَوْنِي بِالطَّعَامِ المُسَلَّمِ فِيهِ لِأَجَلِهِ، ولا يباع قبله، لما فيه من بيع الطعام قبل أجله، فبياع الطعام بعد قبضه، فإن بيع بقدر التسمية أو القيمة فواضح. وإن بيع بأقل غرم الوكيل النَّقْصَ وقد كان دفعه؛ أي: بمعنى لا رجوع له بما غرم أولاً بالزائد عما نقص من ثمن الطعام. والزيادة وهي أن يبيع بأزيد من التسمية أو القيمة، تكون للموكل لا للوكيل المتعدى، إذ لا ربح لأحد في مال غيره.

ضمان الوكيل:

الأصل في الوكيل أنه أمين في حق الموكل، فلا يضمن إلا بالتعدّي أو التفريط⁽¹⁾. وصور ضمان الوكيل ولو مفوضاً كما ما يلي:

- إن أقبض ديناً على موكله، أو أقبض مبيعاً وكله على بيعه لمشتريه، ولم يُشْهِد على الإقباض؛ حيث أنكره القابض أو مات أو غاب بعيداً؛ أي: لم تقم له بينة عليه وإن لم يقصدها، وسواء جرت العادة بالإشهاد أو بعدهم على المذهب. ومحل الضمان إن لم يكن الدفع بحضرة الموكل، فإن كان بحضرة فلا ضمان على الوكيل

بعد الإشهاد، ومصيبة ما أقبض على الموكل، لتفريطه بعدم الإشهاد.

وهذا بخلاف الضامن يدفع الدين بحضرة المضمون حيث أنكر رب الدين القبض، فإن مصيبة ما دفع على الضامن، ولا رجوع له به على المضمون؛ والفرق بين المسألين حيث جعلوا الدافع في الأولى غير مفرط وفي الثانية مفرطاً، مع أن الدفع من كلّ بحضرة من عليه الدين؛ أن ما يدفعه الوكيل مال الموكل فكان على رب المال أن يشهد، بخلاف الضامن فإن ما يدفع من مال نفسه فعليه الإشهاد، فهو مفرط بعدمه.

ومقابل المذهب في ضمان الوكيل في هذه المسألة، ما قيل: إنه لا ضمان عليه إذا جرت العادة بعدم الإشهاد.

وعلى المذهب فيستثنى هذا الحكم من قاعدة العمل بالعرف. وأما لو اشترط الوكيل عدم الإشهاد فلا غرم عليه جزماً.

- إن أنكر الوكيل القبض لما وكله الموكل على قبضه، فقامت عليه بينة بأنه قبض، فشهدت له بينة بتكليف المقبوض، فإنه يضمن ولا تنفعه بينة التلف بلا تفريط؛ لأنه أكذبها بإنكاره القبض. وذلك كالمذيان ينكر أصل المعاملة، فتشهد البينة به عليه، فيقيم بينة بأنه دفعه لربه فيضمن، ولا تنفعه بينته بالدفع؛ لأنه أكذبها بإنكاره، بخلاف ما لو قال: لا حق لك عليّ، فأقيم عليه بينة به فأقام بينة بالدفع فتنفعه كما يأتي في القضاء.

ويصدق الوكيل⁽¹⁾ بيمينته في دعوى التّلف لما وكل عليه؛ لأنه أمين؛ وفي دعوى الدّفْع⁽²⁾ لثمن أو مثن أو دفع ما وكل عليه لموكله.

ويلزم الموكل إذا وكل وكيلاً على شراء سلعة فاشتراها له، غرّم الثمن ولو مراراً، إن ادعى تلفه بلا تفريط، إلى أن يصل الثمن لبائع السلعة؛ إلا أن يدّعه للوكيل أولاً قبل الشراء⁽³⁾، فإنه إذا ضاع لم يلزم الموكل دفعه ثانية، سواء تلف قبل قبض السلعة أو بعده.

وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به إذا أبى الموكل من دفعه ثانياً، ما لم

(1) يعني أن الوكيل غير المفوض إذا وكل على قبض حق، فقال: قبضته وتلف متي، فإنه يبرأ لموكله من ذلك؛ لأنه أمين. وأما الغريم الذي عليه الدين فإنه لا يبرأ من الدين إلا إذا أقام بينة تشهد له أنه دفع الدين إلى الوكيل المذكور؛ لأنها شهادة على فعل نفسه. وإذا غرم الغريم فإنه يرجع على الوكيل إلا أن يتحقق تلفه من غير تفريط منه. وأما الوكيل المفوض ومثله الوصي إذا أقر كل منهما بأنه قبض الحق لموكله أو لبيته وتلف منه، فإنه يبرأ من ذلك. وكذلك الغريم. ولا يحتاج إلى إقامة بينة؛ لأن المفوض والوصي جعل لكل منهما الإقرار.

(2) أي: إلا أن يكون القبض بينة توثق، فإن كان كذلك فلا يصدق إلا بها.

(3) إنما ضمن الموكل عند عدم دفع الثمن قبل الشراء؛ لأن الوكيل إنما اشترى على ذمة الموكل، فالثمن في ذمته حتى يصل للبائع. ومفهوم قوله: إلا أن يدفعه؛ عدم غرم الموكل إن دفع الثمن للوكيل قبل الشراء وتلف بعده. وظاهره سواء تلف قبل قبض السلعة أو بعده.

يكن الثمن معيناً وأمره أن يشتري بعينه، ففعل وتلف الثمن أو استحق، فينفسخ البيع.

تعدد الوكلاء:

إذا وُكِّلَ الموكل وكيلين على بيع أو شراء أو قبض مال أو دفعه، فلا أحد الوكيلين الاستقلال؛ إلا لشرط من الموكل بعدم الاستبداد؛ لأن الأصل عدم الشرط. فإن شرط عدمه فلا استبداد. ويتعلق به الضمان. ولا يلزم الموكل ما استبد به.

ومحل جواز الاستبداد إن رتبهما الموكل، بأن وكل أحدهما بعد الآخر، سواء علم أحدهما بالآخر أم لا. فإن وكلهما معاً فلا استبداد؛ لأنهما صارا كالواحد إلا أن يجعل لهما ذلك.

وإذا كان لهما الاستبداد، فإن باع كل منهما السلعة التي وكلا على بيعها؛ فالأول هو الذي يمضي بيعه إن علم.

فإن باع الوكيلين أو باع الموكل وباع وكيله أيضاً، فالحكم كذات الوكيلين في النكاح في الجملة، ينفذ بيع الأول إن علم، ما لم يقبضه الثاني بلا علم ببيع من الأول، وإلا قضى به للثاني. وإن جهل الزمن اشتركا فيه. وكذا إذا باع في زمن واحد لإمكان الشركة هنا بخلاف النكاح.

التنازع بين الموكل ووكيله:

يؤخذ بقول الموكل إن تصرف الوكيل في مال موكله ببيع أو غيره، وادعى الإذن في ذلك، وخالفه الموكل في الإذن له في ذلك. ويؤخذ بقوله بلا يمين عليه؛ لأن الأصل عدم الإذن، وهذا ظاهر في غير المفوض. وأما المفوض فتصرفاته ماضية إلا الطلاق، والنكاح بكره، وبيع دار سكناه، لقيام العرف على أن تلك الأمور لا تندرج تحت عموم الوكالة، وإنما يفعلها الوكيل بإذن خاص.

وكذا يؤخذ بقوله إذا وافقه في الإذن وخالفه في صفته بأن قال: أذنتك في رهنه، وقال الوكيل: في بيعه، أو تصادقا على البيع وتخالفوا في جنس الثمن أو حلولة، لكن هنا يؤخذ بقوله إن حلف، فإن لم يحلف حلف الوكيل وكان القول له.

ويستثنى من ذلك فيؤخذ بقول الوكيل إذا دفع الموكل له ثمناً ليشتري له به سلعة، واشترى الوكيل بالثمن سلعة كحصان، وخالفه الموكل بأن قال: أمرتك لشتري به بعيراً مثلاً، وادعى الوكيل أنه الحصان هو المأمور به، وأشبه في دعواه وحلف، فالقول له. فإن لم يشبه في دعواه أو أشبه ولم يحلف، حلف الموكل وكان القول له وغرم الوكيل الثمن. فإن نكل الموكل كان القول له.

انعزال الوكيل:

ينعزل الوكيل مفوضاً أو غير مفوض بموت موكله أو بعزله، إن علم الوكيل

بالموت أو العزل. فليس له التصرف بعد العلم بما ذكر، وإلا كان ضامناً.
وما تصرف فيه قبل العلم فهو ماض على المذهب.
وكذا ينعزل بفلسه الأخص لانتقال الحق للغرماء،
وينعزل غير المفوض بتمام ما وكل فيه.

عزل الوكيل نفسه:

يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة من غير حضور موكله، والدليل⁽¹⁾:
أ - قياس الوكالة على الطلاق؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلم يفتقر
إلى حضوره أصله الطلاق. وإن شئت في هذا القياس عللت الشخص، فقلت: إن كل
من لم يكن رضاه شرطاً في رفع عقد لم يكن حضوره شرطاً فيه، أصله الزوجة في
الطلاق.

ب - القياس على القراض؛ لأنه عقد جائز فكان لأحدهما فسخه من غير حضور
صاحبه كالقراض. وهذا القياس مبني على عدم لزوم عقد الوكالة.
انتهى باب الوكالة، والله أعلم.



الإقرار

تعريف الإقرار:

هو الاعتراف بما يوجب حقاً على قائله بشرطه.

أركان الإقرار:

أركان الإقرار أربعة: مُقَرَّر، ومُقَرَّر له، ومُقَرَّر به، وصيغة.

الركن الأول: المقَرَّر:

والدليل على قبول إقرار المرء على نفسه⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِينَ بِأَلْقَسِطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾

[النساء: 135].

ب - قوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِٗٓ بَصِيرَةٌ ﴿١٧﴾ وَلَوْ أَلْقَىٰ مَعَاذِرُهُ ﴿١٨﴾﴾ [القيامة: 14 -

15]. والمعنى أنّ الإنسان عليم بصير قوي العلم بنفسه يوم القيامة.

ج - قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴿١٤﴾﴾

[النور: 24].

وجه الاستدلال من الآيات أنّ الله تعالى جعل ما يقرّ به الإنسان على نفسه يوم

القيامة وما تشهد به أعضاؤه حجة عليه؛ لأنها شهادة منه عليها.

د - قوله تعالى: ﴿وَالْآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَن

يَتُوبَ عَلَيْهِمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٦﴾﴾ [التوبة: 102]. ووجه الاستدلال أنّ اعتراف المتخلفين

عن الجهاد في غزوة تبوك بذنوبهم إقرار منهم بذلك وتوبة إلى الله تعالى، قابله الله

تعالى بالمغفرة والرحمة. أي: كان إقرارهم سبباً في توبة الله عليهم، فدلّ أنّ إقرار

الإنسان على نفسه معتبر شرعاً⁽²⁾.

هـ - عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أنّهما أخبرا أنّ رجلين اختصما إلى

(1) أحكام القرآن: 1890/4، والجامع لأحكام القرآن: 76/19، والذخيرة: 257/9، والتحرير

والتنوير: 347/29.

(2) أحكام القرآن: 1890/4، والجامع لأحكام القرآن: 76/19، والتحرير والتنوير: 20/11.

رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله. وقال الآخر، وهو أفقههما: أجل، يا رسول فاقض بيننا بكتاب الله واثن لي أن أتكلم. قال: «تكلّم»، فقال: إن ابني كان عسيفاً⁽¹⁾ على هذا، فزنى بامرأته. فأخبرني أنّ على ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة ويجارية لي. ثمّ إني سألت أهل العلم فأخبروني: أنّ ما على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأخبروني أنّما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده، لأفضينّ بينكما بكتاب الله. أما غنمك وجاريتك فردّة عليك» وجلد ابنه مائة، وغرّبه عاماً. وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها. فاعترفت، فرجمها⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل إقرارا المرأة على نفسها بالزنا سبباً لإقامة الحد عليها.

ويشترط للأخذ بإقرار المقرّ شروط هي:

1 - التكليف. فلا يؤخذ بإقرار صبي ومجنون ومكره. ووجه عدم الأخذ بإقرارهم أنهم غير مكلفين في الحالة التي هم عليها. وتقدّم في الأبواب السابقة الدليل على عدم تكليفهم.

وكذا لا يصحّ إقرار المراهق، والدليل: القياس على الصبي؛ لأنّه غير مكلف فلم يصحّ إقراره كالصبي⁽³⁾.

2 - عدم الحجر. أي: في المعاملات؛ فلا يؤخذ بإقرار سفيه حجر عليه، وكذا السكران في المعاملات فإنه محجور عليه فيها. ودخل السفيه المهمل على قول مالك والسكران في غير المال. أما على قول ابن القاسم فالسفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذه بالإقرار في المعاملات.

ويصحّ إقرار الزوجة في غير المال؛ وفي المال لغير متهم عليه ولو زاد على ثلثها؛ وفي ثلثها إن اتهمت.

3 - عدم الاتهام. أي: في الإقرار للوارث في مرض الوفاة. فلا يؤخذ بإقرار المريض - مرض الوفاة - فيما يتهم عليه كابنه البار وزوجته التي يميل إليها. وأما إقراره لغير متهم عليه فيصحّ ولو بأزيد من الثلث. وعلة عدم الأخذ بإقراره في مثل الابن البار ونحوه التهمة بإرادته نفع من يحبّ وتفضيله حيث لا يجوز له الوصية له، وحجب غيره من الورثة بذلك عن حقهم من الميراث. والدليل⁽⁴⁾:

(1) العسيف: الأجير.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الأيمان والندور، باب كيف كانت يمين النبي ﷺ؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) الإشراف: 612/2، والذخيرة: 258/9.

(4) الإشراف: 619/2، والمعونة: 1256/2، والذخيرة: 258/9.

أ - القياس على الشهادة أنها لا تعتبر للقريب من أجل التهمة.

ب - سدّ الذريعة إلى الممنوع، وهو الوصية للوارث وحرمان المستحق من الورثة، فلو أخذ بإقرار المريض لمن يتهم به لأدى إلى هذا الممنوع.

ووجه قبول إقراره فيما لا يتهم عليه ارتفاع التهمة بالمحابة وإرادة نفع المحب وحرمان الورثة، والدليل⁽¹⁾:

أ - القياس على الإقرار للأجنبي؛ لأنه مكلف أقرب بما لا يتهم عليه فقبل إقراره له كالإقرار للأجنبي.

ب - القياس على الإقرار له في حال الصحة؛ لأنه مكلف أقرب بما لا يتهم عليه فقبل إقراره له في المرض كالإقرار له في حال الصحة.

ج - أن الناس قد يكون بينهم وبين أقاربهم وورثتهم معاملات ومداينات كما يكون بين الأجانب، ولا يمكنهم فيها إقامة البيّنة للمشقة، فلو قلنا إنّ الإقرار لهم في المرض لا يقبل لاشتدّ على الناس طريق التخلّص من المظالم إلّا بقطع معاملة الأقارب جملة أو بالإشهاد في كلّ وقت، وكلّ ذلك موضوع لما يلحقهم فيه من المشقة. ولا يلزم على هذا أن يقال إنّ في ذلك تطرّقاً إلى الوصية للوارث؛ لأنّ هناك ما يحسم معه هذا الباب وهو التهمة، فكلمة قويت منعت الإقرار.

فالمعتبر في إقرار المريض مرض الموت للوارث قوّة التهمة وضعفها؛ فما ضعفت التهمة فيه أخذ بإقراره، وما ظهر وقويت التهمة ردّ إقراره. وعلى هذا يحمل ما ذكر في المذهب من اختلاف فقهاء في مسائل من الإقرار بين من يأخذ به فيها وبين من يردّه. ومنشأ الخلاف راجع إلى الالتفات إلى شهادة العوائد بالتهمة وحصولها في الإقرار، وشهادة العوائد بارتفاعها. فكان من أمضى الإقرار اعتقد ارتفاع التهمة، ومن منعه اعتقد حصولها ووقوعها⁽²⁾. وسيأتي أمثلة من ذلك في عنوان «ما يؤخذ به المريض - مرض وفاة - في إقراره».

ولا يؤخذ بإقرار الصحيح المفلس لأحد بالنسبة لما فلس فيه، حيث كان الدين الذي فلس فيه ثابتاً بالبيّنة؛ لأنه يتهم على ضياع مال الغرماء. أما المال المتجدد له في المستقبل فيصحّ إقراره به لتعلق الإقرار بذمته.

ما يؤخذ به المريض - مرض وفاة - في إقراره:

يؤخذ بإقرار المريض - مرض وفاة - فيما يلي:

* إذا أقر لصديق مُلّاظف. ووجه قبول الإقرار للصديق الملاطف، أنه ليس في

ذلك أكثر من أن يكون هبة ووصية⁽¹⁾.

* إذا أقرّ لقریبٍ لا یَرِثُ كَحَالِهِ.

* إذا أقرّ لمجهولٍ حاله، هل هو قریب أو ملاطف أو لا، فیصحّ إقراره لمن ذكر، إن وریثه وُلدَ ذکر أو أنثى.

* إذا أقر لأبعدَ كعم، مع وجود أقرب كولد أو أب أو أخ فیلزم الإقرار. وأما الإقرار لأجنبي غير ملاطف فیصح مطلقاً، كإقرار الصحيح.

* إذا أقر لزوجته له عُلِمَ بَغْضُهُ لَهَا، فیؤاخذ به، وإن لم یرثه ولد، أو انفردت بالصغير على المعتمد؛ لأنّ بغضه لها یرفع عنه تهمة محاباتها. ومثله زوجة مریضة أقرت لمن علم بغضها له، وأما الصحيح فیصح مطلقاً.

ومن فروع إقرار الزوج أن یشهد أنّ جميع ما تحت یدها ملك لها.

* إذا أقر لزوجته جهل بغضه لها فلم يعلم، وورثه ابنٌ منها أو من غيرها، انفرد الابن أو تعدد فیصح إقراره لها؛ إلا أن تنفرد من جهل حاله معها بالصغير من أولاده ذكر أو أنثى، فإن انفردت به فلا یصحّ إقراره لها لقوة التهمة، وسواء كان هناك ولد كبير منها أو من غيرها أم لا.

وفي إقرار المريض لمن جهل حاله معها، مع بنات كبار له منها أو من غيرها أو صغار من غيره، ومع عصبته كأب وأخ، قولان: بالصحة، نظراً إلى أنها أبعد من البنت؛ وبعدم الصحة نظراً إلى أنها أقرب من العاصب؛ والموضوع أنها لم تنفرد بصغير، وإلا منع قطعاً.

وأما إذا أقر الرجل في مرضه بدين لزوجته، وله منها ولد، وعرف بالميل إليها وإبعاده لولده، فإن إقراره یرد؛ لأنّ في طباع البشر ومقتضى الجبالات الميل إلى الأبناء أكثر من الميل إلى الزوجات، فهذا استدلال بالعوائد إلا أن یثبت الحال ما یناقض هذا الاستدلال من كونه عرف منه ضد مقتضى العادات في الزوجة والولد⁽²⁾.

وكذا یوجد قولان بالصحة وعدمها، في إقرار المريض لولد عاق، مع وجود ولد بار؛ هل یصح للعاق نظراً لعقوقه لأنّ عقوقه یرفع التهمة، فكأنه أبعد من أخيه البار، أو لا یصحّ نظراً لمساواته لأخيه في الولدية.

وكذا یوجد قولان بالصحة وعدمها، في إقراره لوارث له كأخت، مع وجود وارث أقرب من المقر له كأم، وأبعد منه كعم؛ فهل یصح للأخت مثلاً نظراً لأنها أبعد من الأم، أو لا یصحّ نظراً لبعده العم.

ولا يصح إقرار للمساوي مع وجود مساويه؛ كولين أو عمين؛ فأولى أقرب مع أبعاد لظهور التهمة.

الركن الثاني: المقر له:

ويشترط في المقر له شرطان:

1 - أن يكون المقر له أهلاً؛ أي: قابلاً للإقرار له ولو باعتبار المآل كحمل، أو باعتبار الحال كمسجد وحبس، يقر المرء على نفسه بمال له يصرف في إصلاحه وبقاء عينه، كأن يقول ناظر على مسجد أو حبس: ترتب في ذمتي مثلاً للمسجد أو للحبس كذا. وخرج بهذا الشرط غير الأهل كالذابة والحجر.

ف«الحمل» مثال لما يقبل الملك باعتبار المآل، كما إذا قال: إن لهذا الحمل عندي الشيء الفلاني من ميراث أبيه مثلاً، فالحمل قابل لملك ذلك باعتبار المآل.

و«المسجد والحبس» مثال للقابل في الحال؛ لأن المسجد قابل لملك المقر به باعتبار ما يتعلق به من الإصلاح، والحبس قابل لملك المقر به من حيث أخذ المستحقين له.

وأما الإقرار لذابة أو حجر فلا يؤخذ به، بل هو باطل؛ إلا أن يكون إقراره للحجر من أجل وضعه في مثل السبيل، أو للذابة من حيث علفها في جهاد، وحينئذ يرجع للحبس.

2 - أن لا يكذب من هو أهل للإقرار له المقر في إقراره. بأن قال للمقر: ليس لي عليك شيء، وكذا إذا قال: لا علم لي واستمر التكذيب فلا يؤخذ بإقرار المقر؛ لأنّ تكذيب المقر له اعتراف بسقوط حقه⁽¹⁾.

وإنما يعتبر التكذيب من بالغ رشيد. وأما الصبي والسفيه فلا يعتبر تكذبيهما ما لم يرشدا ويستمرًا على التكذيب.

وأما إن رجع المقر له إلى تصديق المقر فيصح الإقرار ويلزم، ما لم يرجع المقر، فإن رجع المقر في الأولى عقب تصديق المقر له، فهل يلزم إقراره أو يبطل؟ قولان. وأما إنكار المقر عقب تصديق المقر له في الثانية فالإقرار صحيح ولا عبرة بإنكار المقر بعد ذلك باتفاق.

الركن الثالث: المقر به:

وهو المال أو غيره كالجنايات. ولا يشترط أن يكون المقر به معلوماً، بل يصح في المجهول والمبهم. ويرجع في تفسيره إلى المقر. والفرق بينه وبين الدعوى

بالمجهول أنها لا تصح: أنّ المدعي له داعية تدعوه إلى تحرير دعواه بخلاف المقرّ، فلو لم يقبل منه ضاع الحق⁽¹⁾.

تفسير المبهم في الإقرار:

إذا قال المقرّ: له عليّ ألف ودرهم - مثلاً -؛ فيقبل منه تفسيرُ الألفِ بأيّ شيء يذكره. وللمدعي تحليفه على ما فسّر به الألف إن اتهمه أو خالفه. ولا يكون عطف الدرهم على الألف معيّناً للألف لكونها من الدراهم، بل له أن يفسّر الألف بالدواب أو الدنانير مثلاً.

وإذا قال: له عليّ شيء، أو: له عليّ كذا؛ فيقبل منه تفسير الشيء وتفسير كذا. ويسجن للتفسير إن امتنع منه.

وإذا قال المقرّ: له من هذه الدار أو هذه الأرض شيء أو حق؛ فلا يقبل تفسيره الشيء والحق بجذع أو باب. وكذا لو قال: «في» بدل «من» على الأصح عند الشيخ خليل؛ إذ لا فرق بين الحرفين، وهو قول سحنون. فلا بد من التفسير بشيء منها كربعها أو قيراط منها. وقال ابن عبد الحكم: يقبل تفسيره بالجذع والباب في قوله: «في» دون «من» لأن «من» للتبعض و«في» للظرفية.

وإذا قال المقرّ: له عندي أو في ذمتي مال؛ لزمه نصاب زكاة من مال المقرّ، من ذهب أو ورق أو غنم أو بقر أو إبل. ووجه مراعاة النصاب أنّه لما لم يصرّح بالمقدار، وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره. وقد وجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه: إمّا لغة، أو شرعاً، أو عادة، وقد انتفت من طريق اللغة والعادة، وثبتت من طريق الشرع منها نصاب الزكاة، ومنها مقدار المهور، ومنها مقدار ما يقطع به السارق. وقد أخذ بتقدير نصاب الزكاة؛ لأنّ اسم المال لما كان لا يكفي فيه الجنس أي: جنس المال، ووجدت العادة تمنع إطلاق اسم المال على ثلاثة دراهم أو ربع دينار - أي: مقدار المهر والقطع - لأنّه لا يقال في اللغة: فلان من أرباب المال، لمن يملك درهماً أو ديناراً، وإنّما لمن له زيادة بيّنة على ذلك، فكان أولى المقادير من جهة الشرع نصاب الزكاة، لقوله تعالى: ﴿حُدِّثْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: 103]، والصدقة إنّما تؤخذ من المال إذا بلغ النصاب⁽²⁾.

وقيل: يقدر بما يقدر به المهر والقطع؛ لأنّه إذا ثبت التقدير بالشرع، وكان المال اسم لمقدار من الكثرة يزيد على القليل النزر، كان أقلّ تقدير يمكن حمله عليه في الشرع ما قدر به المهر والقطع؛ لأنّه المتيقّن وأول ما يتناوله اسم المال، من باب

(1) الذخيرة: 268/9.

(2) الإشراف: 612/2، والمعونة: 1246/2، والذخيرة: 288/9.

الأخذ بأوائل الأسماء، لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَسْتَفْتُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 24] أي: الصداق وقد قدره النبي ﷺ بربع دينار⁽¹⁾.

وقيل: يقبل تفسيره كالشيء ولو بدرهم أو أقل. ووجه ذلك أن لفظ المال مجمل، فإذا لم يكن له تقدير في عرف اللغة والعادة والشرع رجع في تفسيره إليه، قياساً على قوله: له عندي شيء⁽²⁾.

وإذا قال: له في ذمتي بضع لزمه ثلاثة. وفي قوله: «بضعة عشر لزمه» ثلاثة عشر. وإذا قال: له علي دراهم؛ لزمه ثلاثة؛ لأن أقل الجمع في اللغة عند الإمام مالك ثلاثة، والدليل على أن الثلاثة وليس الاثنان أقل الجمع أن أهل العربية قسموا الكلام إلى آحاد وتثنية وجمع، وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة له تفيد معناه دون غيره، وأن لا يحكم لأحدهما بما يحكم للآخر إلا مجازاً، فكما لا يجوز أن يقال إن الآحاد معقول من إطلاق لفظ الجمع كذلك في التثنية؛ لأن في ذلك إبطال التقسيم⁽³⁾.

وفي قوله: «له عندي دراهم كثيرة لزمه أربعة»؛ لأنها أول مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع.

وفي قوله: «لا كثيرة ولا قليلة، لزمه أربعة».

ولزمه في قوله: «له عندي درهم» الدرهم المتعارف بينهم، ولو نحاساً كما في عرف مصر - في عصر الشيخ الدردير - وإلا يكن بينهم درهم متعارف فيلزمه الدرهم الشرعي، لكنه إنما يظهر إذا كان لهم معرفة بالشرعي، وإلا فالواجب ما فسّر به المقرّ مع يمينه. ويقبل منه الدرهم المغشوش والناقص، إن وصل ذلك بإقراره بأن قال: له علي درهم مغشوش أو ناقص. فإن سكت ثم قال ذلك لم يقبل، ولزمه درهم خالص كامل ولا يضّرّ الفصل بسعال أو عطاس، بخلاف إلقاء السلام أو رده.

ولزمه الألف في قوله: له علي ألف من ثمن خمر ونحوه من كل ما لا يصحّ بيعه لنجاسته أو غيره؛ لأن قوله: من ثمن خمر، من باب رفع الواقع، فيعدّ ندماً فلا يعتبر. بخلاف قوله: اشتريت منه خمرأً بألف كما تقدم.

ولزمه الألف في دَعْوَى أَنْ الألف الذي عليه من ربا، وقال المدعي: بل من بيع أو قرض، وأقام المقرّ بيّنة تشهد له بأن المقرّ له رباؤه بألف؛ فيلزمه ولا تنفعه بيّنته، لاحتمال أنه رباؤه في غير ما أقرّ به، إلا أن يُقِيمَهَا عَلَى إِقْرَارِ الْمُدْعِي، وهو المقرّ له أنه لم يُعَامِلْهُ إِلَّا بِالرِّبَا، فيلزمه رأس المال لا ما زاد عليه.

(1) الإشراف: 612/2، والمعونة: 1246/2، والذخيرة: 289/9.

(2) الإشراف: 612/2، والمعونة: 1246/2. (3) الإشراف: 615/2، والمعونة: 1248/2.

الركن الرابع: الصيغة:

تكون الصيغة بما هو مفهوم من الألفاظ لغة وعرفاً أنه إقرار، كقوله:

- عَلَيَّ كَذَا.

- أو قال له إنسان: عليك لي كذا، فقال: عليّ، وفي ذمّتي له كذا، وعنديّ، وأخذت منك كذا، وأعطيتني كذا.

- أو قال لمن قال: أعطني حقّي ونحوه: اصبر عليّ به؛ فإنه إقرار.

- أو قال لمن ادعى عليه بشيء: أنت وهبته لي، أو بعته لي، فأقرار. وعليه إثبات الهبة أو البيع، فإن لم يثبت حلف أنه ما باعه ولا وهبه له واستحققه، وقيل: لا يحلف في الهبة.

- أو قال لمن طالبه بشيء: وفيتّه لكّ، فأقرار وعليه بيان الوفاء؛ أو قال له: لئسّ لي على الوفاء ميسرة، فإنه مثل قوله: اصبر عليّ به؛ أو قال: نعم، أو: بلى، أو: أجلّ، جواباً في الثلاثة لقوله: أليس لي عندك كذا.

وكذلك كلّ ما دلّ بوضع أو عرف أو قرينة ظاهرة. فمثال الوضع قوله: إيوه. ومثال العرف قوله: حاضر، أو على رأسي. ومثال القرينة الظاهرة: جزاك الله عتاً في صبرك علينا.

ما لا يثبت الإقرار به:

لا يثبت الإقرار بما يلي:

- السكوت. إذا قال له: لي عليك مائة، فسكت.

- قوله: «أقرّ»؛ لأنه وعد بالإقرار.

- قوله: «لا أقرّ به».

- قوله: «أخزني سنة وأنا أقرّ»، فلا يعدّ إقراراً.

- قوله: «عليّ أو على فلان»؛ لأنه تهكم أو استفهام.

- قوله: «من أيّ ضرب تأخذها؟ ما أبعدك منها»؛ لأنه ظاهر في التهكم، فلو حذف ما أبعدك منها فلا يكون إقراراً أيضاً، لكنه يحلف أنه لم يرد الإقرار، قاله ابن عبد السلام. ووجه الحلف أنه غير ظاهر في التهكم.

- بتعليق إقراره على شرط كقوله: له عليّ ألف إن استحلّها فليس بإقرار. أو إن

أغارني كذا فلا يلزمه شيء.

- قوله: «له عليّ ألف إن حلف فحلف»، فلا يلزمه لأنّ له أن يقول: ظننت أنه لا

يحلف باطلاً، وهذا إذا كان في غير دعوى عند حاكم أو محكم وإلا لزمه.

- قوله: «له عليّ كذا إن شَهِدَ فلان»، فلا يكون إقراراً، لكنّه إن شهد وكان عدلاً عمل بشهادته، فلا بدّ من ثابٍ أو يمين.

- قوله: «له على كذا إن شاء فلان»، فلا يلزمه شيء.

- قوله: «اشتريتُ منه خَمْراً بألف»، فلا يلزمه لأنه لم يقرّ بشي يلزمه في ذمته.

- قوله: «اشتريت منه حصاناً بكذا لم أقبضه منه»، لم يلزمه شيء؛ لأنّ الشراء لا يوجب عمارة الذمة إلا بالقبض، واستشكله الشيخ خليل في التوضيح: بأنّ مجرد العقد الصحيح يوجب الضمان على المشتري. وأجابوا: بحمله على حصان غائب بيع على الصفة؛ أي: فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض وفيه بعد؛ لأن عبارتهم مطلقة. وأجاب بعض: بأنه لما كان المشتري يجبر على تسليم الثمن أولاً عند التنازع فيمن يبدأ بالتسليم، اقتضى أن يقبل قوله في عدم القبض؛ لأنه يقول: حقّ البائع أن يمتنع من تسليم المبيع لي حتى يقبض الثمن مني، وأما لو قال له: عليّ، أو: في ذمتي كذا من ثمن حصان ولم أقبضه فإنه يلزمه الإقرار. ولو قال: له عليّ ألف من ثمن خمر مما لا يصح بيعه، وقال المدعي: بل من ثمن حصان مثلاً فيلزمه الإقرار أيضاً؛ لأنه قد أقرّ بعمارة ذمته، ويعدّ قوله: «من خمر» ندماً لا ينفعه.

- قوله: «لمن ادّعى عليه بأنّه أقرّ له بكذا ليأخذه منه: أقررتُ به لك وأنا صبيّ، أو وأنا مُبرَسَمٌ»، والبرسام: نوع من الجنون، فلا يلزمه شيء إن عَلِمَ تقدّم البرسام له. وعلى المدعي إثبات أنه أقرّ له بعد البلوغ أو حال عقله.

- إذا أقرّ لمن طلب منه شيئاً إعاره أو شراء اعتذاراً: بأنه لابني أو لزوجتي أو لفلان، ليتخلص من إعطائه للطالب، إذا كان مثله يعتذر له، ككونه ذا وجهة أو صاحب ولاية، وإلا لزمه.

- إذا أقرّ شكراً، كما لو قال: أقرضني فلان مائة جزاه الله خيراً، وقضيته له. ووجه عدم ثبوت الإقرار بذلك أنّه لم يورد ذلك على وجه الإقرار، وإنّما أوردته على وجه الشكر أو غير ذلك، ولفظ الإقرار مفتقر في كونه إقراراً إلى القصد لذلك. وهذا استحسان لاتفاقه مع العرف. وأمّا القياس فيقتضي أنّ يثبت به؛ لأنّه اعتراف بأنّ الرجل دفع إليه مالاً على وجه القرض، ومدّع للبراءة منه، فلا يقبل منه إلا بيّنة قياساً على الإقرار المبتدأ عند دعوى الخصم⁽¹⁾.

- إذا أقرّ ذمّاً، كما لو قال: أقرضني فلان كذا، ثم ضايقني حتى قضيته لا جزاه الله خيراً.

التنازع في الحلول والتأجيل:

إذا ادعى بائع على المشتري بمال حلّ من بيع، فأجاب بالاعتراف وأنه مؤجل؛ فإن كان العرف والعادة جارية بالتأجيل له، كان القول قول المقرّ بيمين. وإن كانت العادة عدم التأجيل أصلاً كان القول قول المقرّ له بيمين. وإن لم يكن عرف بشيء فإن ادعى المقرّ أجلاً قريباً يشبه أن تباع السلعة له، كان القول قول المقرّ بيمين، وإن ادعى أجلاً بعيداً لا يشبه التأجيل له عادة، كان القول قول المقرّ له بيمين. وهذا إن فاتت السلعة، فإن كانت قائمة تحالف وتفاسخا، ولا ينظر لشبه ولا لعدمه.

وأما في القرض فالقول فيه للمقرض أنه على الحلول بيمينه، حصل فوت أو لا حيث لا يوجد شرط ولا عرف، وإلا عمل به. وذلك لأن الأصل في القرض الحلول أي: بعد مدة الانتفاع به فلا بد منها.

الاستثناء في الإقرار:

يفيد الاستثناء في الإقرار؛ فإذا قال: له ألف إلا مائة، لزمه تسعمائة. وإذا قال: علي عشرة إلا ثمانية، لزمه اثنان.

ويصح هنا الاستثناء المعنوي نحو قوله: له الدار والبيت لي. أو له الحاتم وفضة لي. وذلك إن وصل ذلك بإقراره، لا إن لم يصله كما تقدم.

التعدّد في الإقرار الموثق وغير الموثق:

إذا أشهد في وثيقة بمائة، وفي أخرى بمائة، لزمه المائتان؛ لأن الوثائق أموال عند ابن القاسم وأصبغ، فإذا كتب الوثيقتين وأشهد على ما فيهما، ولم يبين السبب أو بينه فيهما، وكان متحداً؛ فالمعتمد أنه يلزمه ما في الوثيقتين، سواء اتحد القدر أو اختلف.

وهذا بخلاف الإقرار المجرد عن الكتابة فهو مال واحد على التحقيق؛ كما إذا أقر عند جماعة بأن عليه لفلان مائة ثم أقر عند آخرين بأن لفلان عليه مائة، فمائة فقط؛ وهذا إذا لم يذكر اختلاف السبب واتفقا قدرأ وصفة، وإلا فتلزمه المائتان، نحو: له علي مائة من بيع، ثم قال: له علي مائة من قرض، وهذا مثال لاختلاف السبب؛ أو قال: مائة محمديّة، ثم قال: مائة يزيدية، وهذا مثال لاختلاف الصفة؛ وأما مثال اختلاف القدر كما إذا قال: مائة، وفي مجلس آخر قال: مائتان، فإنه يلزمه الأكثر.

الإبراء:

إذا أبرأ إنسان شخصاً ممّا له قبْلَهُ، أو أبراه من كلّ حقّ له عليه، أو أبرأه وأطلق؛ فإنه يبرأ مطلقاً ممّا في الذمّة وغيرها، معلوماً أو مجهولاً، حتّى من السرقة ومن حدّ القذف، إن كان سرق منه شيئاً أو قذفه ولم يبلغ الإمام. وأما قطع اليد فلا يبرأ منه لأنه

حق. وحينئذٍ فلا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، وإن كان حَقًّا مكتوباً بِصَـكِّ أَي: وثيقة، إلا بيّنة تشهد أن الحق المدعى به وقع بعد الإبراء، فله القيام حينئذٍ به.

وإن أبرأه مما معه، برئ من الأمانة التي عنده كالوديعة والقراض، لا من الدين الذي في ذمته.

وإن أبرأه مما في ذمته فالعكس؛ أي: فيبرأ من الدين لا الأمانة؛ لأن الأمانة ليست في الذمة.

وإن أبرأه مما عنده برئ منهما عند المازري، ومن الأمانة فقط عند ابن رشد. وهذا ظاهر إذا كان عليه دين وعنده أمانة، وأما إذا لم يكن عنده إلا أحدهما برئ منه.

ويعمل بالعرف وقوة القرائن، فإذا كان العرف مساواة «مع» لـ «علي» و«عندي» برئ مطلقاً. كما لو قامت القرائن على شيء من تخصيص أو إطلاق فإنه يعمل بها.

ولا يجوز للوصي أن يبرئ الناس من حق المحجور البراءة العامة، وإنما يبرئ عنه في المعينات. وكذلك المحجور بقرب رشده لا يبرئ وصيه إلا من المعينات، ولا تنفعه البراءة العامة حتى يطول رشده، كسنة أشهر فأكثر. وكذلك لا يبرئ القاضي الناظر في الأحباس المبارة العامة، وإنما يبرئه من المعينات، وإبرأه عموماً جهل من القضاة. والله أعلم.



الاستلحاق

لما كان الاستلحاق إقراراً بنسب، ذكر عقب الإقرار، وإن خالفه في بعض الصور.

تعريف الاستلحاق لغة:

الاستلحاق في اللغة طلب لحوق شيء.

تعريف الاستلحاق عرفاً:

الاستلحاق إقرار ذكر مكلف أنه أب لمجهول نسبه، إن لم يكذبه العقل لصغره أو العادة.

ومن خلال هذا التعريف، فإن الاستلحاق ادعاء وإخبار بقول يحتاج لدليل، فهو مقابل للمعنى اللغوي؛ ولذلك رأى البعض أنه يرد عليه هذا الإشكال. لكن أجيب عن ذلك بأن لا مانع من أن يغلب في عرف الفقهاء في استعمال اللفظ معنى غير المعنى اللغوي.

شروط صحة الاستلحاق:

- 1- أن يكون الاستلحاق من ذكرٍ لا من أنثى فلا استلحاق لأم؛ لأن الولد ينسب إلى أبيه لا إلى أمه.
- 2- أن يكون الاستلحاق من الأب، فلا يصح الاستلحاق إلا من الأب، ولا يصح من الجد على المشهور. وقال أشهب: يستلحق الجد، وتأوله ابن رشد على ما إذا قال: أبو هذا ولدي، لا إن قال: هذا ابن ولدي، فلا يصدق.
- 3- أن يكون الاستلحاق من مكلفٍ ولو سفيهاً، فيخرج المجنون والمكره والصبي.
- 4- أن يكون الاستلحاق لولد مجهول النسب، بأن يقر المقر أنه أب لمجهول نسبه، ولو كذبه أمه.

ولا يشترط أن يعلم تقدم نكاح الأب المقر لأم الولد المستلحق، على المشهور. ووجه هذا القول أن الأنساب موضوعة على الاستلحاق، وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بأن المولود ولده، فإذا لم يكن ثم سبب مانع لحق الولد بمن استلحقه⁽¹⁾. وقد

روعي الاكتفاء في هذا الباب بالإمكان فقط؛ أي: إمكان كون المرأة تزوجها المستلحق، لتشوّف الشارع للحقوق النسب ما لم يتم دليل على كذب المقرّ.

وقال سحنون: يشترط ذلك، ونقل أنه قول لابن القاسم. ووجه هذا القول أنّ النسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثم سبب معروف وهو النكاح، فإذا لم يكن ثم سبب يقوّي الدعوى، وهو النكاح، وجب أن تبطل؛ لأنه لو ثبت النسب بمجرد الدعوى لكثير الادعاء في ذلك، وفسدت الأنساب⁽¹⁾.

وسواء اشترط العلم بالنكاح أو احتمال، فالشرط في إقرار الزوج أنّ الولد ولده أن يكون أقرّ أنّه تزوجها وأنجب الولد منها؛ لأنّ الشرع شرط للحقوق الولد بأبيه أن يكون الولد من نكاح متقدم لا من زنا، كما سيأتي عند ذكر الدليل.

ومعنى مجهول النسب؛ أي: مجهول الانتساب لأب معين.

وإذا أقرّ الرجل أن مجهول النسب ابنه لحق به.

ويستثنى من مجهول النسب اللقيط، فإنه لا يصحّ استلحاقه إلاّ بيّنه أو بوجه، كما يأتي في اللقطة.

ويخرج بهذا الشرط غير مجهول النسب، وهو اثنان:

الأول: معلوم النسب.

الثاني: مقطوع النسب، وهو ولد الزنا المعلوم أنّه من زنى؛ لأنّ الشرع قطع

نسبه.

فلا يصحّ استلحاقهما. ويحدّد من ادعى أنه أبوه حد القذف، إلا أن يقرّ بالزنا، ففيه حدّ الزنا أيضاً. والدليل على أنّ ولد الزنا المعلوم لا يصحّ استلحاقه ولا يجوز:

أ - عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أنّ ابن وليدة زمعة متي فاقبضه إليك. قالت: فلما كان عام الفتح أخذته سعد، وقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه؛ فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه؛ فتساوقا إلى رسول الله ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه؛ وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه؛ فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي منه»، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص؛ قالت: فما رآها حتى لقي الله ﷻ⁽²⁾.

(1) المتقى: 5/6.

(2) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه؛ والبخاري في البيوع، باب تفسير المشبهات؛ ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش.

والحديث يدل على قطع نسب ولد الزنا من عدة أوجه، وهي:

الوجه الأول: أنّ وصية عتبة بن أبي وقاص لأخيه سعد بأن يقبض ابن وليدة زمعة، كان على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية من إلحاق ولد الزنا من الحرّة أو الأمة بالزاني أو بزواج الزانية وهو يعلم أنّه ليس منه؛ وقد أشارت عائشة رضي الله عنها إلى ذلك في حديثها عن أنواع النكاح في الجاهلية، وأنّ منها ثلاثة أنواع وهي التي أبطلها الإسلام لأنها زنا، وما كان يقع فيها من إلحاق الولد بالزاني أو بزواج الزانية؛ فعنها رضي الله عنها أنّها قالت: «إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء؛ فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها، ثم ينكحها؛ ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمستها أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع؛ ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحببت باسمه، فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع به الرجل؛ ونكاح الرابع يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها، وهن البغايا كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علماً، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتا ط به ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك؛ فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كلّه إلا نكاح الناس اليوم»⁽¹⁾. والحديث نص في إبطال فعل الجاهلية من إلحاق ولد الزنا بالزاني أو بزواج الزانية وهو يعلم أنّه ولد زنا. وههنا قد أوصى عتبة أخاه سعداً بقبض ابن وليدة زمعة؛ لأنّه استلحقه بما كان منه في الجاهلية من أحد أنواع الزنا الثلاثة التي أبطلها الإسلام. وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم بعدم إلحاقه به. وأما إلحاقه بزمعة، فقد اختلف فيه:

* فقيل إنّه ألحقه به، بناء على ما ادعاه عبد من أنّ الوليدة كانت فراشاً لأبيه، ويؤيد ذلك أنّه يمكن أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم كان يعلم ذلك؛ لأنّ زمعة والد زوجته سودة، فلا يخفى عليه أمره مع وليدته. وقد ردّ هذا التأويل بأنّه لا يتفق مع قواعد الإمام مالك؛ لأنّه لا يقضي القاضي عنده بعلمه، والنبي صلى الله عليه وسلم في هذه الواقعة قاضٍ يفصل في خصومة بين شخصين.

* أنّه لم يلحقه بزمعة بسبب دعوى ابنه عبد، وإن كانت الوليدة أمة له، وهو قد

(1) البخاري في النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي.

مات كافراً، وإنما قال لعبد: «هو لك يا عبد بن زمعة»، وعبد ادعى شيئين: الأخوة، وولادة الفراش، فأقر لعبد بأخوته على ما ادعاه، ولم يقض له بالحقاقه بزمعة؛ لأن الأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل، فلا يلحق بالرجل ولد بدعوى غيره ولا يلزمه ذلك، كأن يدعي أحد أن هذا الولد ابن أبيه أو ابن ابنه أو ابن أخيه⁽¹⁾.

* أنه لم يقر له بأخوته أيضاً، فقد عدل عن الأخوة ولم يتعرض لها، كما أعرض عن النسب ولم يصرح به، وإنما قال: «هو لك يا عبد بن زمعة» معناه فأنت أعلم به، ولذلك نهى النبي ﷺ زوجته سودة رضي الله عنها بالاحتجاب منه⁽²⁾.

الوجه الثاني: أن قوله ﷺ: «الولد للفراش»، نص في إلحاق الولد بالفراش، والمراد بالفراش ما يفرش، وذلك أن الوطاء غالباً إنما يكون على شيء يفرش؛ لأن الزوجة إذا وطئها زوجها فقد اتخذ لها فراشاً؛ أو أن المراد بالفراش الحالة التي يكون فيها الافتراش أي التأتي في الوطاء، فينسب الولد إليها؛ أو أن المراد بالفراش الزوجة؛ لأن الزوج يفرشها؛ وفي هذه المعاني يقدر حذف مضاف أي: صاحب الفراش، ويؤيده ما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «الولد لصاحب الفراش»⁽³⁾. وإذا كان المعنى أحدها، فالمرأة⁽⁴⁾ لا يكون لها فراش أو لا تكون فراشاً لزوجها، أو لا تقع حالة الافتراش ليتأتى الوطاء، إلا بعقد النكاح، لإفادة الجملة القصر، أي: قصر إضافة الولد لصاحب لفراش دون سواه، فإذا انعدم العقد انعدم الفراش، فلم يلحق الولد بأحد، ويلحق بأمه⁽⁵⁾. وقيل: إن معنى الفراش الزوج، وضعفه الباجي وقال: ذلك غير معروف لغة.

الوجه الثالث: أن العاهر في قوله ﷺ: «للعاهر الحجر» معناه الزاني، والعاهر: الزنا، وقد عهر الرجل إلى المرأة يعهر إذا أتاها للفجور؛ وقد عهرت المرأة وتعهرت إذا زنت. وقد جعل النبي ﷺ للزاني استحقاق الحجر على معنى الكناية على الذم بأن له الخيبة، فلا حظ له في الولد؛ لأن العرب تجعل هذا مثلاً في الخيبة، كما يقال: له التراب، إذا أرادوا الخيبة؛ أو على معنى أنه يرجم به إذا كان محصناً لا أن ينسب إليه الولد، أي: لما قصد ﷺ أن يذكر ما يثبت بالزنا والعهارة أخبر عنه بأشد أحكامه في الدنيا وهو الرجم للمحصن، لكن ضعف هذا التأويل الثاني. وقوله ﷺ ذلك خرج على سبيل العموم لأحكام الشريعة الإسلامية، لا على معنى الاختصاص

(1) المتقى: 5/6 - 9، والمعلم: 171/2، 173.

(2) القبس: 917/3، وبداية المجتهد: 390/2، وإكمال الإكمال: 78/4.

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب الولد للفراش.

(4) اكتفينا هنا ببيان حكم المرأة التي كانت توصف بكونها حرة، دون حكم الإماء إذ قد انتهى الرق.

(5) المتقى: 8/6، والمعلم: 170/2، وإكمال المعلم: 79/4.

بأحكام المشركين⁽¹⁾.

وبهاتين الجملتين حكم النبي ﷺ بأن ينسب الولد لصاحب الفراش، وقطع نسبة عن العاهر، وأبطل ما كان عليه أمر الجاهلية من إثبات النسب بالزنا، وقصر إثباته بعقد النكاح⁽²⁾. قال الإمام ابن العربي: هو حديث عظيم، وأصل في الشريعة قوي، فائدته: بيان النسب الذي جعله الله حكمة للخلق للتعرف ثم للتعاقد، وأصله البعضية. ولكنها لما كانت خفية نصب الله عليها للخلق علماً ظاهراً وهو الفراش، على سنته في حكمته، ولطفه بخليقته في وضع الأشياء الظاهرة علماً على المعاني الخفية التي تفرّد بالاطلاع عليها دوننا⁽³⁾.

ب - ما تقدم في باب اللعان، عن ابن عباس في قصة لعان هلال بن أمية، قوله: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب⁽⁴⁾. وعن ابن عمر أن رجلاً لاعن امراته في زمان النبي ﷺ، وانطفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أن قوله: «الولد للفراش» قد استثنى منه الولد الملاعن به، فإنه لا ينسب للفراش وإن ولد لفراش. وقد صرف النبي ﷺ نسبه لأمه، وكان قبل ذلك ينتسب لأبيه، فلما منعه مانع وهو اللعان من أن ينتسب لصاحب الفراش مع وجوده ونسب لأمه، كان بأن يقطع نسب الولد المعلوم أنه من زنا عن الزاني ويلحق بأمه أولى⁽⁶⁾.

5 - أن لا يُكذِّبه العَقْلُ، وذلك إذا كان مدعي الأبوة صغيراً. فلو كان الأب صغير السنّ والمستلحق - بالفتح - كبيراً فإنّ ذلك يحيله العقل، لما فيه من تقدّم المعلول على علته.

6 - أن لا تكذِّبه العادة، كاستلحاقه ولّد ببلد بعيدة جداً، يعلم أنه لم يدخلها.

ويجوز الاستلحاق بعد موت المستلحق - بالفتح - .

التوارث في الاستلحاق:

يرث الأب الولد المستلحق، إذا كان الاستلحاق في حياة الولد، وسواء كان

(1) المتقى: 8/6، والمعلم: 176/2، والمفهم: 197/4، وإكمال الإكمال: 79/4.

(2) عارضة الأحوذى: 104/5، وإكمال الإكمال: 78/4.

(3) القبس: 915/3.

(4) أخرجه أبو داود في الطلاق؛ باب اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان.

(5) أخرجه مالك في اللعان، باب ما جاء في اللعان؛ والبخاري في الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعة؛ ومسلم في اللعان، حديث 8.

(6) المتقى: 76/4.

للولد المستلحق ولد يرثه أم لا، وسواء كان ماله قليلاً أو كثيراً.
وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ، وَاسْتَلْحَقَهُ الْوَالِدُ، فَإِنَّ أَبَاهُ الْمُسْتَلْحَقَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ يَرِثُهُ،
وَلَكِنْ بِشَرْطَيْنِ:

- أَنْ يَرِثَ الْوَلَدَ الْمُسْتَلْحَقَ وَوَلَدَهُ. فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ الَّذِي يَرِثُ الْوَلَدَ الْمُسْتَلْحَقَ ذَكَرًا
فَلِلْأَبِ الْمَقْرَبِ مِنْهُ السُّدُسُ، وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ أُنْثَىٰ فَلَهُ النِّصْفُ فَقَطْ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَوَلَدٌ فَلَا
يَرِثُهُ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ عَلَىٰ أَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَلْحَقَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَخْذِ مَالِهِ.
- أَنْ يَكُونَ الْمَالُ قَلِيلًا لَا يَبَالُ لَهُ فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَوَلَدٌ.
وَيُوثَلُ الْاسْتَلْحَاقُ بَعْدَ الْمَوْتِ الْاسْتَلْحَاقُ فِي مَرَضِهِ.

استلحاق غير الولد والميراث في ذلك:

وتسمية هذا استلحاقاً مجازاً؛ لأنه مجرد إقرار لما علمت.

فَإِنْ اسْتَلْحَقَ إِنْسَانٌ غَيْرَ وَوَلَدَهُ، بَانَ اسْتَلْحَقَ أَخًا أَوْ عَمًّا أَوْ أَبًا، بَانَ قَالَ: فَلَانَ
أَخِي، أَوْ أَبِي، أَوْ عَمِّي، أَوْ ابْنَ عَمِّي؛ لَمْ يَرِثِ الْمَقْرَبَ بِهِ مِنْ اسْتَلْحَقِهِ إِنْ كَانَ هُنَاكَ
وَارِثٌ لِلْمَقْرَبِ حَازِئًا لِجَمِيعِ الْمَالِ، كَأَخٍ أَوْ أَبٍ أَوْ عَمٍّ مَعْلُومٍ. وَإِنَّمَا لَمْ يَرِثِ الْمَقْرَبَ بِهِ فِي
هَذِهِ الْحَالَةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْرَبَ أَيُّ: الْمُسْتَلْحَقِ - بِالْكَسْرِ - يَتَّهَمُ عَلَىٰ إِخْرَاجِ الْإِرْثِ لِغَيْرِهِ مِنْ كَانَ
يَرِثُ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ فَإِنَّهُ يَرِثُ، وَإِنْ لَمْ يَطَّلِ الْإِفْرَازُ.

ثبوت النسب بالشهادة والميراث في ذلك:

ما تقدم في الشرط الثاني لصحة الاستلحاق من أنه لا يصح الاستلحاق إلا من
الأب لأنه من الإقرار على النفس. ولا يصح من الجد ولا من الأخ - أي: بالنسبة
للولد المقرب به -؛ لأنه يتعلّق بالإقرار على الغير، ولا يثبت النسب بالإقرار على الغير؛
لأنه قد يكون بالظنّ بدون تحقيق، ولا يشترط فيه العدالة. أمّا الشهادة فإنه يثبت بها
النسب؛ لأنها لا تكون إلا بالبتّ والجزم الذي هو العلم، ويشترط فيها العدالة.

وعلى هذا فإنّ شهد أخوان عدلان مات أبوهما - مثلاً - بِثَالِثِ ثَبَتَ النَّسَبُ
لِلثَالِثِ. وَيَأْخُذُ مِنَ التَّرَكَةِ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَيَحْرَمُ عَلَيْهِ نِكَاحَ أُمِّ الْمَيِّتِ وَابْنَتِهِ. وَمِثْلُهُمَا إِذَا
شَهِدَ أَخْوَانٌ لِلْمَيِّتِ، أَوْ عَمَانٌ لَهُ، أَوْ أَجْنَبِيَّانِ عَنْهُ، أَنْ لِلْمَيِّتِ ابْنٌ آخَرٌ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنَا عَدْلَيْنِ بِلِ مَجْرُوحِينَ، أَوْ كَانَ عَدْلٌ وَاحِدٌ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ. وَحَيْثُ
لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ فَلَا يَحْرَمُ عَلَى الْمَقْرَبِ بِهِ نِكَاحَ أُمِّ الْمَيِّتِ وَابْنَتِهِ. وَإِنَّمَا لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ
فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بِالْمَجْرُوحِينَ؛ لِإِجْمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بِغَيْرِ الْعَدُولِ، وَلَوْ
حِيزَ بِهِ الْمِيرَاثُ⁽¹⁾.

(1) بلغة السالك: 197/2.

ووجه اشتراط العدلين أن هذا إقرار في حق الغير، والإقرار في حق الغير ليس بأوكد من الشهادة، وشهادة الواحد غير مقبولة فيه، فالإقرار أولى⁽¹⁾.

ويرث المقرّ به مِنْ حِصَّةِ الْمُقَرِّ ما نَقَصَهُ الإِقْرَارُ من حِصَّةِ المقرّ، كان عدلاً أم لا، ولا يمين. فإذا كان الميت خلف ثلاثة أولاد، أقرّ اثنان منهم غير عدلين بأخ آخر وأنكره الثالث، فإنه يقسم على الإنكار وعلى الإقرار، فمسألة الإنكار ثلاثة، ومسألة الإقرار أربعة، ومسطحهما اثنا عشر لتباينهما، فاقسما على الإنكار يخص كل واحد أربعة، وعلى الإقرار يخص كل واحد ثلاثة، فالذي نقصه إقرار كل واحد من المقرين واحد، فيعطى الاثنان للمقرّ به. والدليل على أن النسب لا يثبت بشهادة واحد، وأن المقرّ به يأخذ حقه من الميراث من نصيب من أقرّ به على النحو المتقدم ما يلي⁽²⁾:

أ - عمل أهل المدينة. فقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»⁽³⁾.

ب - أن إقرار المقرّ يتضمّن شيئين: أحدهما النسب، وهذا إقرار على غيره لا يثبت بمجرد قوله، ولا يقضى على الميت بإلحاق نسبه به؛ لأنه لا يلحق به إلا بشهادة كاملة؛ والثاني إقرار بمال في يده فيقضى عليه بإقراره على نفسه، ويقال له: أنت أعلم بذلك.

ج - أن المقرّ إذا كان يعلم ثبوت النسب للذي يقرّ به، فإنه لا يجوز له أن يمنع من يعلم أنه شريكه في الميراث حظه منه، وأما النسب فليس الأمر إليه.

لَوْ تَرَكَ شَخْصٌ أُمَّاً وَأَخاً، فَأَقْرَتِ الأُمُّ بأخ ثاب للميت، وأنكره الأخ، فللمقرّ به مِنْهَا السُّدُسُ، لحجبتها بهما من الثلث إلى السدس، فلو تعدد الأخ الثابت النسب، فلا شيء للمقرّ به إذ لا تنقص الأم عن السدس.

وإذا مات المقرّ لم يرثه المقرّ به، وإنما يرثه أخوه الثابت النسب؛ لأن الإقرار لا يورث به إلا مع عدم وارث ثابت النسب. ولو لم يكن للمقرّ غير المقر له لورثه.

وإذا مات المقرّ له فإنه يرثه المقرّ والمنكر، ويأخذ المقر من تركته بدأ مثل ما كان أعطاه، ثم يكون ما بقي بينه وبين المنكر⁽⁴⁾.

(1) الإشراف: 621/2، والمعونة: 1257/2.

(2) المتقى: 7/6، 17/6، وبداية المجتهد: 390/2.

(3) الموطأ في الأفضية، باب القضاء في ميراث ولد المستلحق. وانظر في دلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(4) المتقى: 17/6.

حكم القافة⁽¹⁾:

القافة جمع قائف. وهو من يعرف النسب بالشبه. ولا يشترط في القائف كونه من بني مدلج، فإذا كان في كل عصر من أودعه الله تعالى تلك الخاصة فإنه يقبل قوله، ولو لم يكن من بني مدلج⁽²⁾.

إذا ولدت امرأتان لزوجين صبيين في مكان واحد، ولم تعرف كل واحدة منهما ولدها، دعي لهما القافة. ويستوي الأمر بوجود دعوة القافة في الوجوه الآتية:

- 1- أن يدعي كل واحد من الزوجين صبياً بعينه، وينفي عن نفسه الآخر.
- 2- أن يقول كل واحد منهما لا أدري أيهما ولدي. ولو أرادا في هذه الحالة أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولدأ يكون ابنه، مع كونه لا يدعي علم ذلك، لم يكن لهما ذلك، وتدعى القافة.
- 3- أن يدعي معاً صبياً معيناً ونفياً الآخر عنهما؛ فالواجب أن تدعى القافة. إذ ليس لهما أن ينفيا الآخر عن أنفسهما، وقد علم أنه ابن أحدهما، والذي ادعيه جميعاً ليس أحدهما بأولى به من الآخر.

فموضوع إعمال القافة هو فيما أشكل من فراشين ثابتين. ودليل وجوب اعتماد القافة في هذا الموضع:

أ - عن عائشة قالت: دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً، فقال: «يا عائشة، ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيداً، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»⁽³⁾. ومحل الاستدلال أن المنافقين كانوا يقدحون في نسب أسامة، لكونه أسود شديد السواد، وكان أبوه زيد أبيض من القطن؛ فلما ذكر المدلجي لرسول الله ﷺ ما ذكر، بأن قضى بإلحاق هذا النسب، وكان قائفاً، وكان أهل الجاهلية يصغون إلى قول القافة، سر رسول الله ﷺ بذلك، لكونه كافاً لهم عن الطعن فيه. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أقر القائف على قضائه، وصدر منه ما هو أخص من الإقرار وهو السرور، وما كان ليسر بالباطل، لو كانت القيافة من الباطل⁽⁴⁾.

(1) منح الجليل: 491/6، وشرح الزرقاني: 109/6، والشرح الكبير: 416/3.

(2) يقال في علوم العرب ثلاثة: السيادة والعيافة والقيافة، فالسيافة شمّ تراب الأرض، والعيافة زجر الطير والطيرة والتفاؤل ونحوهما، والقيافة اعتبار الشبه في إلحاق النسب.

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب القائف؛ ومسلم في الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(4) المنتقى: 13/6، والقبس: 918/3، والمعلم: 176/2، وبداية المجتهد: 393/2، وإكمال

وقد اختلف قول الإمام مالك في الأخذ بالقافة، هل يؤخذ بذلك في أولاد الإمام والحرائر، أو في أولاد الإمام فقط؟ على قولين. وقد رجح المتأخرون من فقهاء المذهب القول الأول، وهو رواية ابن وهب عنه؛ لما رأوا أن هذا الحديث الذي هو الأصل في هذا الباب إنما وقع في الحرائر، فإن أسامة وأباه ابنا حرتين؛ والأصل عند الأصوليين أنه لا يلغى السبب الذي خرج عليه دليل الحكم⁽¹⁾.

ب - ما تقدم في قضاء النبي ﷺ في قضية سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، إذ أمر زوجته زمعة بالاحتجاج من ابن وليدة زمعة، لما رأى من شبهه بعتبة بن أب وقاص؛ والقضاء بالشبه قیافة⁽²⁾.

ج - أن الفراش إنما يقضى به من جهة الظاهر، ولا يقطع منه على أن الولد لصاحب الفراش، فإذا جهل الفراش المؤدي لغلبة الظن - في هذا الموضوع - تطلبنا الظن من وجه آخر، وهو الشبه⁽³⁾.

وقد اعترض من نفى العمل بالقافة في النسب بأن النبي ﷺ لاعن في قصة العجلاني ولم يؤخر الحكم حتى تضع المرأة مولودها ويرى شبهه بمن يكون؛ وكذلك قوله ﷺ في قصة لعان هلال بن أمية: «إن جاءت به أصيب، أر يصع، أثبيج، حمش الساقين فهو لهلال؛ وإن جاءت به أورك، جعداً، جمالياً، خدلج الساقين، سابغ الألبتين فهو للذي رميت به»⁽⁴⁾، ولم ينقض حكمه لما جاءت به على الصفة المكروهة ولا حدّها، وهذا يدلّ على أنّ الشبه غير معتبر. والجواب أنه يوجد في قصتي اللعان فراش يرجع إليه، وهو مقدم على الشبه، فلم ينقض الحكم المبني عليه بظهور ما يخالفه مما ينحطّ عن درجته⁽⁵⁾.

وإذا عدت القافة أو أشكل الأمر عليها، فإذا كبر الولد والى أيهما شاء، والدليل⁽⁶⁾:

أ - ما سيأتي من رواية سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه أنه قال للولد: «وال من شئت منهما».

ب - إجماع الصحابة على قول عمر رضي الله عنه؛ لأنّ مثل هذه القضية مما يشيع ويتشهر، ولم يخالفه أحد من الصحابة.

(1) المفهم: 201/4.

(2) المعلم: 177/2، وإكمال الإكمال: 83/4.

(3) المعلم: 177/2.

(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان.

(5) المعلم: 177/2، وإكمال الإكمال: 83/4.

(6) المتقى: 14/6 - 15، وبداية المجتهد: 392/2، والمفهم: 201/4.

ج - أن النسب لا يصح الاشتراك فيه، ولذلك لم يجوز أن يتزوج رجلان امرأة، لما كان في ذلك من الشرك في النسب، ويصح أن يتزوج الرجل المرأتين، لما لم يؤد إلى ذلك؛ فإذا لم يوجد وجه يختص منه بأحد المدعيين رد ذلك إلى اختيار الولد بأن يوالي أحدهما وكان ابناً له دون الآخر.

ومثل هذه المسألة امرأة عقد عليها رجلان، وكلّ منهما لا يعلم أنها متزوجة؛ فلا يكون - عند الإمام مالك - الولد ابناً لاثنتين أبداً، ولذلك ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه القائف فيما يأتي من حديث سليمان بن يسار، والدليل⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾ [الحجرات: 13].

وإذا كانت الزوجتان لزوج واحد، ولم تعرف كل واحدة ولدها، فتدعى القافة أيضاً، إذ لا يلزم من لحوق نسبهما بأبيهما واتحاده، عدم الاحتياج للقافة، إذ يحتاج لها لتعين لكل أم ولدها، كما قاله سحنون.

وتعتمد القافة فيما ذكر من الإلحاق على مشابهة الأب، إذا كان حياً أو ميتاً لم يدفن بعد، لا على شبه عصبه الأب المدفون، ولا عليه بعد دفنه لتغيره عن حالته الأولى.

وأما اعتمادها في الولد، فقد اختلف بين قصرها عليه حياً، وعمومها فيه حياً وميتاً. فعن ابن القاسم أنه إن ولد ميتاً فلا قافة؛ وعن سحنون أنه إن ولد حياً ثم مات دعي له القافة؛ وقد أرجع هذان القولان إلى الوفاق. والمشهور أنه يكتفى بالقائف الواحد، والدليل⁽²⁾:

أ - ما جاء في الحديث من أن النبي صلى الله عليه وسلم اكتفى بقول مجرّز، وهذا نص في المسألة.

ب - أن القائف مخبر وليس شاهداً، والأخبار يكتفى فيها بالواحد العدل.

حكم ولد الزنا في الجاهلية:

إذا زنا رجل بامرأة في الجاهلية، أي: قبل دخوله في الإسلام، فإن الولد من الزنا يلحق به، والدليل:

أ - حديث نزاع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، فقد نظر النبي صلى الله عليه وسلم في حجة كلّ منها، وفي طلب سعد بن أبي وقاص إلحاق ابن وليدة زمعة بأخيه عتبة، وعتبة مقرّ بأن الولد له من زناه بالوليدة؛ فلو كان ابن الزنا الواقع في الجاهلية لا يلحق بأبيه بعد الإسلام لبين النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، ولكنّه علّل منع إلحاقه به بأن الولد للفراش؛ لأنه أقوى، وفيه إثبات فراش أهل الكفر، والفراش هنا لعتبة فهو سيّد الوليدة، وإن اختلف هل

أحقه النبي ﷺ به أم لا، والظاهر أنه لم يلحقه به؛ لأنه لا يلحق بالرجل ولد بدعوى غيره ولا يلزمه ذلك، وإنما أقر دعوى عبد بالأخوة، كما تقدم؟.

ب - عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفاً، فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه. فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك؟ فقالت: كان هذا - لأحد الرجلين - يأتيني وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظنّ وتظنّ أنه قد استمر بها حبلى، ثم انصرف عنها فأهريق علىه دماء، ثم خلف عليها هذا - تعني الآخر - فلا أدري من أيهما هو. قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت⁽¹⁾.

فمعنى قوله: يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، أي: يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا لزنياً⁽²⁾. والإلاطة: الإلحاق والإلصاق. قال الإمام مالك فيما رواه عنه ابن حبيب: من أسلم اليوم فاستلأط ولداً بزنا في كفره، فهو مثل حكم من أسلم في عهد الجاهلية. وقال ابن القاسم في جماعة يسلمون فيستلحقون أولاداً من زنا: إن كانوا أحراراً ولم يدعهم أحد لفراش، فهم أولادهم، وقد ألاط عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، إلا أن يدعيه معهم زوج الحرة؛ لأن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»، ففراش الزوج أحق، والإلاطة هي الإلحاق، قال: ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولاداً من الزنا، فليلاطوا بهم؛ لأنهم يستحلون الزنا في دينهم - أي: الذي هم عليه -⁽³⁾. قال الإمام الباجي: ومعنى ذلك أنهم إذا استحلوا الزنا وأثبتوا به الأنساب، لم يبطل الإسلام تلك الأنساب، كالنكاح الفاسد، فإذا ادعى الواحد منهم ذلك بعد الإسلام حكم له بما تقدم له منه في الجاهلية، وإنما يلحق به إن لم يكن مدع ثم أحق به منه، وهو صاحب فراش⁽⁴⁾. ومن هنا يتبين أن هذا الحكم مستثنى من قوله: «وللعاهر الحجر»، وقصروا ذلك على الزنا بعد الإسلام.

ووجه ضرب عمر القائف؛ يحتمل أنه رأى فيه عجلة ومبادرة بالقول قبل التثبت والتأمل، فاعتقد فيه التقصير؛ لأن الولد لا يكون ابناً لاثنتين⁽⁵⁾.

تحريم التبني:

التبني من تبني إذا اتخذ ابناً، وهو ليس منه حقيقة، وأجرى عليه أحكام البنوة من

(1) أخرجه مالك في القضاء، باب القضاء بالحق الولد بأبيه.

(2) المتقى: 11/6. (3) المتقى: 11/6.

(4) المتقى: 12/6، والقبس: 916/3.

(5) المتقى: 14/6، وبداية المجتهد: 392/2.

النسب والمصاهرة والميراث، كما كانت عادة أهل الجاهلية بذلك. فالتبني هو ادعاء الرجل ابناً باطلاً. وهو محرّم في الإسلام.

ويدخل في التبني ما تقدم من أنواع الاستلحاق الممنوعة، وهي:

- استلحاق المعلوم النسب.

- استلحاق ولد الزنا.

- استلحاق اللقيط بدون بينة أو وجه.

وهذه الأنواع الثلاثة لم يجعل الله تعالى الولد المدعى ابناً لمن ادّعه، وذلك للعلم المتحقق بأن المدعي ليس أباً له.

- استلحاق مجهول النسب، إذا كان المدعي كاذباً في دعواه، وقامت البينة على كذبه. أما إذا لم تقم بينة على كذبه فإنّ الشرع يصدّقه في الظاهر، ويجعل الولد المستلحق ابناً له، بحكم استلحاقه مع إمكان أبوته له، كما تقدم.

ولا يكون الاستلحاق جائزاً في الشرع، إلا إذا كان الولد المجهول النسب المستلحق ابناً لمدّعيه حقيقة.

ودليل تحريم التبني: قول الله تعالى: ﴿أَتَهْتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٥٤﴾ [الأحزاب: 4 - 5].

وجه الاستدلال أنّ الله تعالى نفى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ﴾ ما تواضع عليه الجاهليون من جعل أحد ابناً لمن ليس هو بابه. والجعل المنفي هنا الجعل الجبلي الخلفي؛ لأنّ البنوة صفة من أحوال الخلقة وليست مما يتواضع عليها الناس بالتعاقد بالتبني، مثل الولاء والحلف. أي: إنّ ادّعاءكم الذين تدعونهم أبناء، ما خلقهم الله أبناءكم، إذ ليسوا كذلك في الواقع؛ وأنّ ادّعاءكم ذلك ليس لمدلولاتها حقائق خارجية تطابقها، فهي مجرد أقوال لا تتجاوز دلالاته الأفواه إلى الواقع ونفس الأمر، فليس له من أنواع الوجود إلا الوجود في اللسان والوجود في الأذهان دون الوجود في العيان؛ فهي إذاً افتراء وكذب وهم.

والادّعاء: جمع دعوي، وزن فعيل بمعنى مفعول، مشتقاً من مادة الادّعاء. والادّعاء: زعم الزاعم الشيء حقاً له من مال أو نسب، أو نحو ذلك بصدق أو كذب. وغلب وصف الدعوي على المدّعي أنّه ابن لمن يُتّحقّق أنّه ليس أباً له، فهذا لم يجعله الله تعالى ابناً لمن ادّعه للعلم بأنّه ليس أباً له؛ وأمّا من ادّعي أنّه ابن لمن يحتمل أنّه ابن له فذلك هو اللحيق أو المستلحق، وقد جعله الله تعالى ابناً لمن استلحقه بحكم استلحاقه مع إمكان أبوته له.

والجعل المنفي في الآية يدلّ كناية على انتفاء الأثر الشرعي الذي هو من آثار الجعل الخلفي؛ لأنّ الإسلام هو الفطرة التي فطر الناس عليها، أما آثار التبنّي التي صنعها الجاهليون فلا علاقة لها بفطرة الإنسان. فالآية نزلت في تحريم التبنّي وإبطاله، وإبطال ترتيب آثار البنوة الحقيقية من النسب، والإرث، وتحريم القرابة، وتحريم الصهر، على البنوة الوهمية القائمة على الكذب في ادّعائها.

وقد أكد الله تعالى الإبطال المذكور في أوّل الآية بالأمر بأن يدعوا المتبنّين لأبائهم الحقيقيين، والأمر للوجوب. واللام في ﴿لأَبَائِهِمْ﴾ لام الانتساب، أي: بأن ينسبوهم لهم. والمراد من ذلك ترتيب آثار ذلك من النسب والإرث وتحريم القرابة والصهر.

وبيّن الله تعالى أنّ نفي التبنّي وإبطال آثاره هو من الله تعالى لأنّه هو يقول الحق، لا الذين وضعوا هذه المزاعم، وأنّه تعالى وحده الذي يهدي إلى سواء السبيل، لا الذين أضلّوا الناس بالأوهام، كما يفيد الإخبار عن اسم الجلالة وضميره بالمسندين الفعلين القصر. كما بيّن أنّ دعاء المتبنّين لأبائهم هو القسط الكامل، وغيره جور على الآباء الحقيقيين وعلى الأدعياء؛ لأنّ فيه إضاعة أنسابهم الحق وما يترتب على ذلك.

وزاد هذا الحكم تأكيداً أنّه تعالى لم يترك باباً يمكن أن يبعث على التساهل فيه والبقاء على ما كانوا عليه، بدعوى أنّ من كانوا قد تبنّوا في الجاهلية أولاداً لا يعلمون لبعضهم آباء ينسبونهم إليهم، أو أن يأتي من بعدهم لا يجدون لبعض الأولاد آباء ينتسبون إليهم إلا بالتبنّي؛ فأمر سبحانه أن يدعى من لا يعرف أبوه بوصف الأخوة في الإسلام، أو بالولاء. أي: فإن لم تعلموا آباءهم فادعوهم إن شتمت بإخوان، وإن شتمت ادعوهم موالى. والمراد بالولاء ولاء المحالفة، فالمحالفة مثل الأخوة. وليس ولاء العتق الذي كان معروف في عهد الرق.

وهذه الآية ناسخة لما كان جارياً بين المسلمين ومن النبي ﷺ من التبنّي؛ فهو من نسخ السنة الفعلية والتقريرية بالقرآن. وذلك مراد من قال: إنّ هذه الآية نسخت حكم التبنّي. عن عروة بن الزبير، أنّ أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب رسول الله ﷺ، وكان قد شهد بدرًا، وكان تبنى سالمًا الذي يقال له: سالم مولى أبي حذيفة، كما تبنى رسول الله ﷺ زيد بن حارثة، وأنكح أبو حذيفة سالمًا وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهي يومئذ من المهاجرات الأول، وهي من أفضل أيامي قريش، فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: 5] ردّ كلّ واحد من أولئك إلى أبيه، فإن لم يعلم أبوه ردّ إلى مولاه. وفي رواية: عن عائشة رضي الله عنها أنّ أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس وكان ممن شهد بدرًا مع النبي ﷺ تبنى سالمًا وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن

رببعة وهو مولى لامرأة من الأنصار كما تبنى النبي ﷺ زيداً وكان من تبنى رجلاً في الجاهلية دعاه الناس إليه وورث من ميراثه حتى أنزل الله: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَمَوْلَاكُمْ﴾ فردوا إلى آبائهم، فمن لم يعلم له أب كان مولى وأخاً في الدين⁽¹⁾.

ولما كان الأمر بدعاء المتبئين لآبائهم على الوجوب، ويقتضي النهي عن ضده وتحريمه، وكان الخطأ وارداً على السنة الناس عند نزول التحريم، فقد استثنى الله تعالى ما يجري منهم على ذلك الوجه بقوله: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾ [الأحزاب: 5] فنفي الجناح وهو الإثم فيما اعتادوا أن يقولوا: فلان بن فلان للدعي ومتبئيه، ولذلك قابله بقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ مَا تَمَدَّدتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ عَفُوًّا رَحِيمًا﴾ [الأحزاب: 5]، أي: ما تمددت عقائدكم بالقصد والإرادة إليه.

وبهذا تقرر إبطال التبني، وأنه لا يجوز لأحد أن يقول لدعيه: هو ابني، ولا أن يقول: تبنت فلاناً. ولو قاله أحد لم يكن لقوله أثر، فلا يعتبر وصية بما كان يترتب عليه في الجاهلية من الإرث. وأما لو قال: أنزلت فلاناً منزلة ابن لي يرث ما يرثه ابني، فهذا هو المسمى بالتنزيل، وهو خارج مخرج الوصية بمناب وارث إذا حملة ثلث الميت.

وإذا قال لمن ليس بابنه: هو ابني على معنى الاستلحاق، فيجري على حكمه إن كان المنسوب مجهول النسب - كما تقدم - ولم يكن المناسب يقصد بقوله التلطف والتقريب.

وإذا قال أحد لمن كان يدعيه ابناً له: يا بني، على وجه التلطف فهو ملحق بالخطأ، ولا ينبغي التساهل فيه إذا كانت فيه ريبة.

وقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ يعود ضمير أمره إلى الأدياء، فلا يشمل الأمر دعاء الحفدة أبناء لأنهم أبناء، وقد قال النبي ﷺ في الحسن رضي الله عنه: «إن ابني هذا سيد».

وكذلك لا يشمل ما يقوله أحد لغيره لم يكن يدعيه ابناً له: يا بني، تلطفاً وتقرباً، فليس به بأس؛ لأن المدعو بذلك لم يكن دعياً للقاتل. وما يجري بين الناس من دعاء بعضهم البعض بأخي، وأختي، وعمي، على سبيل التلطف والتقريب فلا بأس به. وكذلك قول الرجل لآخر: أنت أبي وأنا ابنك، على قصد التعظيم والتقريب، وذلك عند انتفاء اللبس⁽²⁾.

(1) أخرجه مالك في الرضاع، باب ما جاء في الرضاع بعد الكبر؛ والبخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين.

(2) تلخيصه من التحرير والتنوير: 254/21 - 265.

انتساب الرجل إلى غير أبيه:

يحرم على الرجل أن ينتسب إلى غير أبيه، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ ويفهم من الآية ذلك بطريق لحن الخطاب. ولحن الخطاب هو دلالة اللفظ على ثبوت الحكم المنطوق به للمسكوت عنه، لاشتراكهما في علّة الحكم، وذلك إذا كان المسكوت عنه مساوياً للمنطوق به⁽²⁾. أي: فالآية نصّت على تحريم ادّعاء الرجل ولدأ كونه ابناً له، وسكتت عن انتساب حكم انتساب الرجل إلى غير أبيه، ولما كانت علّة ما نصّت الآية على حكمه، وهي صيانة الأنساب، موجودة في ما سكتت عنه، استدلت على ثبوت هذا الحكم للمسكوت عنه، وسمّى هذا الاستدلال بلحن الخطاب لاستوائه مع المنطوق به في العلّة.

ب - عن سعد وأبي بكره قالوا: سمعنا النبي ﷺ يقول: «من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام»⁽³⁾ عن أبي ذر رضي الله عنه، أنه سمع النبي ﷺ يقول: «ليس من رجل ادعى لغير أبيه، وهو يعلمه إلا كفر، ومن ادعى قوماً ليس له فيهم نسب، فليتبوأ مقعده من النار»⁽⁴⁾. والمراد بالكفر هنا كفر النعمة؛ لأنّ انتساب المرء لغير أبيه إمّا قذف أو كذب أو عقوق، ولا شيء من ذلك بكفر؛ إلا إذا كان الفعل جحوداً للحكم واستحلالاً وهو يعلم حكمه فالكفر كفر اعتقاد مخرج عن الملة⁽⁵⁾.

ولاء من أسلم على يدي رجل:

المراد بالولاء هنا ما يترتب عليه من التوارث والتعاقل؛ فمن أسلم على يديه رجل فلا يكون له ولاؤه، والدليل: عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال أنّ الحديث جاء بصيغة القصر، بحرف إنّما، أي: قصر الولاء على العتق دون سواه. وما جاء في إثبات الولاء بغير العتق كقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَكَاثُومَهُمْ نَصَبْنَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: 33].

(1) التحرير والتنوير: 254/21 - 265.

(2) أمّا إذا كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق فهو المسمّى بفحوى الخطاب، وكلا فحوى الخطاب ولحن الخطاب نوعان لمفهوم الموافقة (انظر تعليم علم الأصول، للدكتور نور الدين الخادمي: 382).

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم.

(4) أخرجه البخاري في المناقب، باب نسبة اليمن إلى إسماعيل؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم.

(5) المعلم: 296/1، وإكمال الإكمال: 171/1.

(6) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق؛ والبخاري في الفرائض، باب الولاء لمن أعتق؛ ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

أي: والذين تعاقدتم معهم على الولاء بينكم وتنزيلهم منزلة الأبناء أو بمنزلة الإخوة أو بمنزلة أبناء العم، أو غير ذلك مما حملت عليه الآية، فذلك كان في صدر الإسلام، وهو منسوخ بآية الموارث⁽¹⁾.



(1) بداية المجتهد: 396/2، والتحرير والتنوير: 36/5.

الوديعة

تعريف الوديعة لغة:

الْوَدِيْعَةُ مأخوذة من الوَدَعَ - بفتح الواو - بمعنى الترك، وفعيلة بمعنى مفعولة، ومنه قوله تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ﴾ [الضحى: 3]، أي: ما ترك عادة إحسانه في الوحي إليك. وتطلق على الأمانة، وعلى الاستنابة في الحفظ، وذلك يعم حق الله تعالى وحقّ آدمي.

فالأمانة التي هي من حقّ الله تعالى هي أمانة الدين ورعاية تكاليفه، والعمل بمقتضى شرائعه.

والأمانة التي هي من حق آدمي، هي الودائع وما أشبهها من الأمانات التي يأتمن الناس بعضهم بعضاً فيها⁽¹⁾.

تعريف الوديعة اصطلاحاً:

هي مال موكل على حفظه.

فقوله: «مَالٌ» أي: فمن استحفظ ولده أو زوجته غيره فلا يسمّى وديعة عرفاً.

وقوله: «مُوَكَّلٌ» اسم مفعول أي: وَكَّلَ رَبُّهُ غيره.

وقوله: «عَلَىٰ حِفْظِهِ» أي: مجرد حفظه، فخرج القراض والوكالة. فالإيداع نوع

خاص من التوكيل؛ لأنه توكيل على خصوص حفظ المال، فالتوكيل على البيع أو الشراء ونحو ذلك لا يسمّى إيداعاً؛ لأنه ليس توكيلاً على مجرد حفظ المال.

حكم الوديعة:

الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة، وهي من باب الإحسان كالصدقة.

ودليل الإباحة⁽²⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58].

(1) المقدمات: 455/2.

(2) المعونة: 1204/2، والمقدمات: 456/2، وشرح التلقين: مجلد 4/ ورقة 222، والجامع

لأحكام القرآن: 257/5، والذخيرة: 138/9.

ب - قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِعُضُوكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَسْقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: 283].

ج - عن أبي هريرة قال، قال النبي ﷺ: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بالآيتين والحديث أنها عامّة في كلّ أمانة، ومنها العقود التي تقوم على الأمانة، وأمّهاتها الوديعة، واللقطة، والرهن، والعارية. وفي الوديعة هي تدلّ على الأمر بردّ الودائع، ولكن لما كان الردّ غير القبول ويصحّ أن يؤمر بردّ ما قبله حرام، إلا أن الشارع لما لم يتعرّض لأصل الإيداع الذي هو القبول، فإنّه يقتضي أن قبول الودائع جائز، إذ لو كان غير جائز لنبّه على ذلك.

د - اتصال عمل المسلمين بأخذ الودائع منذ عهد النبي ﷺ إلى هذا اليوم.

هـ - أن النبي ﷺ كان يحفظ ودائع الناس بمكّة قبل البعثة وبعدها، فليس بمكّة أحد عنده شيء يخاف عليه إلا وضعه عنده لما يعلم صدقه وأمانته.

وقد يعرض وجوبها، كمن خاف بفقدائها هلاكه أو فقره إن لم يودعها، مع وجود قابل لها يقدر على حفظها دون غيره. والدليل على الوجوب⁽²⁾:

أ - الإجماع على أنّ صون مال الغير واجب للقادر على ذلك كصون النفوس.

ب - القياس على الشهادة إذا دعي إلى أدائها ولم يوجد من يشهد غيره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282].

وقد يعرض حرمتها، كمن أودع شيئاً غصبه، ولا يقدر القابل على جردها ليردها إلى ربّها أو إلى الفقراء، إن كان المودع مستغرق الذمّة. ولذا ذكر القاضي عياض في المدارك عن بعض الشيوخ، أنّ من قبل وديعة من مستغرق الذمّة، ثمّ ردّها إليه ضمنها للفقراء. فالحاصل أنّه يحرم قبولها من مستغرق الذمّة، ومن قبلها ثمّ ردّها له ضمنها لبيت المال أو للفقراء إن لم يكن بيت مال.

وقد يعرض لها النذب حيث يخشى ما يوجبها دون تحققها؛ والكراهة حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه.

ولا يلزم المرء قبول الوديعة إذا وجد المودع - بالكسر - غيره. ودليل عدم اللزوم: أنّ الله تعالى أمر بالأداء ولم يأمر بالقبول⁽³⁾. وعلى هذا فإنّ الوجوب والنذب الذين يعرضان لها يكون على الكفاية⁽⁴⁾.

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده؛ والترمذي في البيوع، باب، وقال: حديث حسن غريب.

(2) المقدمات: 2/465، والذخيرة: 9/138. (3) المقدمات: 2/465.

(4) الذخيرة: 9/138.

عدم لزوم عقد الوديعة:

الوديعة من العقود الجائزة الغير اللازمة، بحيث يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخ العقد شرعاً⁽¹⁾

أداء الوديعة⁽²⁾:

أداء الأمانات لأصحابها واجب، فقد أمر الله تعالى بذلك؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]، وقال: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثِقَ مِنْكُمْ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: 283]، ونهى سبحانه عن خيانتها فقال: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنفال: 27]. وقال النبي ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»⁽³⁾.

وقد جعل النبي ﷺ أداءها من علامات الإيمان، وخبائنها من علامات المنافقين، فعن عبد الله بن عمرو، أن النبي ﷺ قال: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»⁽⁴⁾.

أركان الوديعة:

- 1 - المودع - بكسر الدال -، وهو يقابل الموكل في الوكالة.
 - 2 - المودع - بفتح الدال -، وهو القابل للوديعة. وهو يقابل الوكيل.
 - 3 - المال المودع.
- وإذا علمت أن الإيداع توكيل خاص، تعلم أن كل من جاز له أن يتوكل، وهو البالغ العاقل الرشيد، جاز له أن يودع؛ ومن جاز له أن يتوكل جاز له أن يقبل الوديعة.
- 4 - الصيغة، أي: ما يدل على الإيجاب والقبول، أي: ما يدل على الرضا. ويكفي في قبول الوديعة السكوت دليلاً على الرضا؛ لأنه قائم مقام المعاطاة في البيوع.

ضمان الوديعة:

الوديعة أمانة غير مضمونة، والدليل⁽⁵⁾:

أ - أن الله تعالى أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد كما فعل ولي اليتيم، فدل

(2) المقدمات: 2/ 456.

(1) الذخيرة: 9/ 138.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه البخاري في الإيمان، باب علامة المنافق؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان خصال النفاق.

(5) المعونة: 2/ 1204، وشرح التلقين: مجلد 4/ ورقة 223، والمقدمات: 2/ 459، وبداية

المجتهد: 2/ 342، والذخيرة: 9/ 145.

ذلك على أن المودع - بالفتح - مؤتمن سواء التلف والضياع أو في الرد إلى من ائتمنه دون إشهاد، فوجب أن يصدّق في دعواه ردّ الوديعة، لكن إن كذّبه المودع - بالكسر - فعليه اليمين فقط. وسيأتي حكم ما إذا أشهد المودع - بالكسر - على دفع الوديعة إليه.

ب - أنّ علة الضمان مرگبة من أمرين؛ ملكية المال والانتفاع به، فمن كان له هذين الوصفين ينبغي أن يكون عليه الضمان، وفي الوديعة فالمال غير مملوك للمودع - بالفتح -، ولا منفعة له فيه، فانتفى بذلك الضمان عنه. وهذا بخلاف القرض، فقد حصل فيه وصفان لا يحصل معهما نفي الضمان، وهما انتقال الملك للمقترض، وانفراده بالمنفعة.

ج - أنّ المودع - بالكسر - رضي بأمانة المودع - بالفتح -، فلا يضمن.

ولمّا كانت الوديعة أمانة، وكلّ أمانة لا يضمنها الأمين، إلا إذا فرط من يصحّ توكيله فيها. والذي يصحّ توكيله فيها هو الرّشيد، لا الصّبي ولا السّفية؛ لعدم صحّة وكالتهما كما تقدم. فمن استودع واحداً منهما فهو المفرط في ماله. ولو أذن ولي الصبي والسفيه فلا ضمان، ووجه ذلك أنّ إيداعهما الوديعة تسليط لهما على إتلافها، وتعريض لها للضياع، فهو كالإذن لهما بذلك⁽¹⁾.

ويستثنى من ذلك فيضمن في أمرين:

* فيما صوّن⁽²⁾ به ماله وهو مليء، فيضمن قدر المال الذي صوّن، كما لو كان يصرف من ماله كلّ يوم عشرة، فانتفع بتلك الوديعة في يوم من الأيام، فإنّه لا يؤخذ من ماله إلا مقدار عشرة، ولو كانت الوديعة مائة.

* إذا نصبه وليّه للتجارة، فقولهم: لا ضمان على صبي فرط وإن أذن له وليه، أي: ما لم ينصبه للتجارة والمعاملات بين الناس. فحينئذ تكون يد الصبي أو السفيه بمنزلة يد وليّه.

صور التفريط في الوديعة المقتضية للتضمن:

1 - بسقوط شيء عَليها من يد المودع ولو خطأ؛ لأنّ الخطأ كالعمد في الأموال. لا إن انكسرت الوديعة منه في النّقل المحتاج إليه لمثلها، من مكان إلى آخر. فإذا لم تحتج إلى النقل فنقلها، أو احتاجت ونقلها نقل غير مثلها ضمن إن انكسرت. ونقل مثلها: ما يرى الناس أنه ليس فيه بمفرط.

ومثل التضمن في الخطأ من أذن له في تقليب شيء، فسقط من يده فكسر غيره، فلا يضمن الساقط لأنه مأذون له فيه، ويضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ، والعمد والخطأ في أموال الناس سواء.

(2) صوّن: من صان الشيء يصونه.

(1) الذخيرة: 140/9.

2 - بِخَلْطِ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِهَا، إِذَا تَعَذَّرَ تَمْيِيزُهَا عَمَّا خَلَطَتْ فِيهِ. كَمَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ سَمْنًا، وَخَلَطَهَا بِدَهْنٍ أَوْ زَيْدٍ، فَيُضْمَنُ وَلَوْ لَمْ يَحْصُلْ فِيهَا تَلْفٌ. وَيَسْتَنْتَى مِنَ الْخَلْطِ الَّذِي يَتَعَذَّرُ بِهِ تَمْيِيزُ الْخَلِيطَيْنِ، خَلْطَ سَائِرِ الْحُبُوبِ، كَقَمَحٍ وَفُولٍ، بِمِثْلِهِ نَوْعًا وَصِفَةً، وَدَنَانِيرَ بِمِثْلِهَا، أَوْ دَرَاهِمَ بِمِثْلِهَا؛ فَلَا ضَمَانَ لِأَنَّهَا لَا تَرَادُ لِعَيْنِهَا. فَإِنْ خَلَطَ مِثْلًا سَمْرَاءَ بِمَحْمُولَةٍ ضَمَنَ، وَكَذَا جَيِّدَ بَرْدِيءٍ أَوْ نَقِيٍّ بَغْتٍ، وَهَذَا مِثَالُ اخْتِلَافِ الصِّفَةِ. وَإِنْ خَلَطَ قَمَحًا بِأَرَزٍ ضَمَنَ أَيْضًا، وَهَذَا مِثَالُ اخْتِلَافِ النَّوْعِ. وَعِلَّةُ الضَّمَانِ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزَ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَكَذَا يَسْتَنْتَى خَلْطَ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرٍ، لِتَيْسُرِ التَّمْيِيزِ فَلَا يَضْمَنُ إِذَا خَلَطَهَا. وَيَشْتَرُطُ لِلِاسْتِنَاءِ أَنْ يَكُونَ الْخَلْطُ لِلْإِحْرَازِ أَوْ الرَّفْقِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْخَلْطُ لِلضَّمَانِ وَلَا لِلرِّفَاقِ ضَمَنَ؛ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ تَلْفِهَا أَوْ ضِيَاعِهَا لَوْ كَانَتْ عَلَى حِدَةٍ، وَيَعْلَمُ ذَلِكَ بِقَرَائِنِ الْأَحْوَالِ الَّتِي تَقْتَضِي التَّفْرِيطَ وَعَدَمَهُ.

ثُمَّ إِنْ تَلَفَ بَعْضُهُ بَعْدَ الْخَلْطِ، فَيَكُونُ التَّالِفُ بَيِّنَ صَاحِبِ الْوَدِيعَةِ وَالْقَابِلِ، عَلَى حَسَبِ الْأَنْصِبَاءِ مِنَ النِّصْفِ أَوْ الثَّلَاثِ أَوْ غَيْرِهِمَا، فَإِذَا ضَاعَ اثْنَانِ مِنْ أَرْبَعَةٍ، وَكَانَ لِأَحَدِهِمَا وَاحِدٌ وَلِلثَّانِي ثَلَاثَةٌ، فَالْإِثْنَانِ الْبَاقِيَانِ يَكُونُ مِنْهُمَا لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ وَاحِدٌ وَنِصْفٌ، وَلِصَاحِبِ الْوَاحِدِ نِصْفٌ وَهَكَذَا.

فَإِنْ تَمَيَّزَ التَّالِفُ مِنَ السَّالِمِ، كَمَا فِي خَلْطِ الدَّنَانِيرِ وَالْدَرَاهِمِ، فَمَا تَلَفَ فَعَلَى رَبِّهِ خَاصَّةً.

وَيُؤْخَذُ مِنْ هَذَا أَنَّ الْمَرْكَبَ إِذَا وَسَقَتْ بِطَعَامٍ لِجَمَاعَةٍ غَيْرِ شُرَكَاءَ، وَأَخَذَ الظَّالِمُ مِنْهُمْ شَيْئًا، فَإِنْ كَانَ الطَّعَامُ مَخْلُوطًا بِبَعْضِهِ بِيَعِضٍ، فَمَصِيبَةٌ مَا أَخَذَ مِنَ الْجَمِيعِ تَقْسَمُ عَلَى حَسَبِ أَمْوَالِهِمْ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَخْلُوطٍ فَمَا أَخَذَ مَصِيبَتَهُ مِنْ رَبِّهِ. وَأَمَّا مَا جَعَلَهُ الظَّالِمُ عَلَى الْمَرْكَبِ بِتَمَامِهَا فَيُوزَعُ عَلَى جَمِيعِ مَا فِيهَا، كَانَ هُنَاكَ اخْتِلَاطٌ أَوْ لَا، وَذَلِكَ كَالْمَجْعُولِ عَلَى الْقَافِلَةِ.

3 - بَانْتِفَاقِ الْقَابِلِ بِالْوَدِيعَةِ بِلَا إِذْنٍ مِنْ رَبِّهَا، فَتَلَفَتْ أَوْ تَعَيَّبَتْ بِسَبَبِ ذَلِكَ؛ كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ وَلِبْسِ الثَّوْبِ. وَهَذَا إِذَا كَانَ انْتِفَاعُهُ عَلَى وَجْهِ الْعَارِيَةِ، وَأَمَّا عَلَى وَجْهِ السَّلْفِ فِسْيَاطِي.

وَاخْتَلَفَ فِيهَا إِذَا هَلَكَ فِي اسْتِعْمَالِهِ بِسَبَبِ مَنْ اللَّهُ تَعَالَى فَقَالَ سَخْنُونَ: يَضْمَنُ لِأَنَّهُ كَالْغَاصِبِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَضْمَنُ بِنَاءِ عَلَى أَنَّ الْغَالِبَ فِيهَا تَعَطَّبَ بِمِثْلِهِ السَّلَامَةَ؛ كَمَا لَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لِنَحْوِ السُّوقِ فَمَاتَتْ مِنَ اللَّهِ.

4 - بِسَفَرِهِ بِهَا، أَي: إِذَا سَافَرَ فَأَخَذَ الْوَدِيعَةَ مَعَهُ، فَضَاعَتْ أَوْ تَلَفَتْ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ. وَوَجْهُ الضَّمَانِ مَا يَلِي⁽¹⁾:

أ - أن السفر غرر ومظنة الهلاك، ولم يأذن له صاحبها بالتفريغ بالوديعة.
 ب - أن ربها إنما أذن له في حفظها في البلد، ولم يأذن له في إخراجها عنه،
 كما لو أذن له في حفظها تحت يده ولم يأذن له في إيداعها لغيره، فلمّا كان متى
 أودعها لغيره ضمن بتعديّه بخروجه في حفظها على الوجه المأذون له فيه، فكذلك إذا
 سافر بها.

لكن بشرط أن يجد أميناً يتركها عنده؛ لأنه حينئذٍ صار مفترطاً بأخذها معه.
 ووجه جواز تركها عند أمين وعدم ضمانه في ذلك أنّه لمّا كان محتاجاً للسفر، وكُل
 إلى اجتهاده، وكان ما فعله أحد سببي حفظها، وليس يمكنه حفظها بأكد من هذا
 الوجه⁽¹⁾.

فإن لم يجد أميناً يتركها عنده بأن لم يجد أميناً أصلاً، أو وجده ولم يرض
 بأخذها عنده فلا ضمان عليه إذا سافر بها فتلفت؛ لأنه أمر تعين عليه.

فإن ردّ الوديعة بعد الانتفاع بها أو بعد سفره بها سألماً لموضع إيداعها، ثم تلفت
 أو ضاعت بعد ذلك بلا تفريط فلا يضمن. ويكون القول لمن انتفع بها أو سافر بها عند
 وجود أمين في ردّها سألماً لمحلّ إيداعها، إذا خالفه ربها في ذلك.

وهذا إن أقرّ بأنه انتفع بها أو سافر. فإن أنكر ذلك وشهد عليه به، فادعى
 رجوعها سالمة لمحلّ إيداعها، فلا يقبل قوله ويضمن.

5 - بالقليل عليها إذا نُهيَ عنه، بأن قال له ربها: لا تقفل عليها الصندوق مثلاً،
 لكونه خاف عليها من لصّ لأن شأن اللصّ أن يقصد ما قفل عليه، فقفّل عليها فسرت.
 بخلاف ما لو تلفت بسماوي أو حرقت بلا تفريط، فلا يضمن لأنها لم تلتف من الجهة
 التي خاف منها.

6 - بوضعها في نحاس، في أمره بوضعها بفخّار فسرت.

فإن لم يأمره بشيء لم يضمن، حيث وضعها بمحلّ يؤمن عادة، كما لا يضمن إذا
 تلفت بغير سرقة.

ولا يضمن إن زاد قفلاً على قفل أمره به، إلا إذا كان فيه إغراء للّصّ؛ أو أمره
 بربطها بكمّ فأخذها بيده أو جيبه، فلا ضمان إن غصبت أو سقطت؛ لأن اليد أحرز
 منهما، إلا أن يكون شأن السارق أو الغاصب قصد الجيب.

ولا يضمن إن نسبها مربوطة في كمّ فضاعت، إن أمره بوضعها فيه.

7 - بنسبائها بموضع إيداعها؛ فأولى غيره؛ لأن عنده نوعاً من التفريط.

8 - بدخول حَمّام بها، أو دخول سوق بها فضاعت.

9 - بِخُرُوجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا لَهُ فَتَلَفَتْ. وإنما ضمن فيما إذا خرج بها يظنّ أنها له؛ لأنه من الخطأ وهو كالعمد في المال.

10 - بإيداعها عند الغير. ووجه الضمان أنّ مالکها رضي بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له في دفعها إلى غيرهن فكان متعدياً بذلك فلزمه الضمان⁽¹⁾.

ما عدا الزوجة أو الابن أو الخادم، فلا ضمان عليه إذا اعتادوا أن يضع عندهم، مع التجربة وطول الزمان. ولا إشهاد عليه في دفعها إليهم، والدليل على عدم الضمان في دفع الوديعة للزوجة والابن والخادم: أنّه علم بالعادة أنّ الوديعة لا يزيد المودع في حفظها على حفظ ماله، وأنّه يستعين في ذلك بهؤلاء، وأنهم كالألة والصندوق له⁽²⁾.
والدليل على عدم الإشهاد: أنّ العرف والعادة أن لا يشهد على هؤلاء على ما يدفع إليهم، والعرف كالشرط⁽³⁾.

فإذا لم يعتد هؤلاء ضمن، وكذا إذا وضعها عند غيرهم كالأب والأم أو وضعتها الزوجة عند زوجها أو غيرهم من الأجانب، سواء اعتيد هؤلاء أو لا، ولو أراد سفرًا مع إمكان الرد؛ إلا لعذر حدث بعد الإيداع للمودع - بالفتح -، كهدم الدار وطرو جار سوء أو ظالم، وكسفر أرادته وعجز عن الرد لربها لغيبته أو سجنه، فيجوز الإيداع لغير الزوجة والابن والخادم المعتادين، ولا ضمان إن تلفت. ووجه الجواز الإيداع للغير عند هذه الأحوال وعدم الضمان في التلف أنّ هناك ضرورة تدعو إلى ما فعله⁽⁴⁾.

فإذا كان العذر حاصلًا قبل الإيداع، وعلم ربها به فليس له إيداعها، وإلا ضمن. فإن لم يعلم ربها بالعذر فليس للمودع قبولها. فإن قبلها وضاعت ضمن مطلقاً أودعها أو لا.

ولا يُصدّق المودع - بالفتح - في العذر إن أودعها وضاعت، وادّعى أنه إنما أودعها لعذر. إلا بيّنة تشهد له بالعذر، أي: بعلمهم به، لا بقوله: اشهدوا أنني أودعتها لعذر من غير علم البيّنة بذلك العذر.

وعليّه استرجاعها وجوباً إن زال العذر المسوّغ لإيداعها، أو نوى الرجوع من سفره عند إرادته، ثم رجع فإن لم يسترجعها ضمن. فإن لم ينو الإياب بأن نوي الإقامة أو لم ينو شيئاً، ثم رجع لم يجب عليه استرجاعها ولا ضمان عليه.

11 - بإرسالها لربها بلا إذن منه، فضاعت أو تلفت من الرسول، وكذا لو ذهب هو بها لربها بلا إذن فضاعت منه.

فإن ادّعى الإذن ولم يُثبته فيضمن، والقول قول ربها إنه لم يأذن إن حلفت ما

(1) الإشراف: 625/2، المعونة: 1205/2. (2) الذخيرة: 162/9.

(3) المقدمات: 466/2، والذخيرة: 162/9. (4) المعونة: 1205/2.

أذنت. فإن نكل حلف المودع أنه إنما أرسلها له لكونه أذن له، فإن نكل ضمن. ولا يرجع المودع - بالفتح - على الرسول القابض لها منه، إن تحقَّق الإذن له من ربها وادعى عدمه عناداً منه، وكان الرسول من المودع - بالكسر -.

ويستثنى من الضمان بالإرسال من أودعت معه وديعة يوصلها معه لبلد، فعرضت له إقامة طويلة في الطريق كالسنة، فله أن يبعثها مع غيره ولا ضمان عليه إذا تلفت؛ لأن بعثها في هذه الحالة واجب ويضمنها إن حبسها. وأما إن كانت الإقامة التي عرضت له قصيرة كالأيام فالواجب إبقاؤها معه، فإن بعثها ضمنها إن تلفت. فإن كانت الإقامة متوسطة كالشهرين خير في إرسالها وإبقائها، ولا ضمان عليه في كل حال، وهذا التقسيم لابن رشد.

12 - إذا أمره صاحبها بدفعها إلى شخص آخر، فدفعتها إليه بغير بيّنة. فإنه يضمن إذا تلفت أو جحدتها من دفعت إليه، ولم يقبل قوله في الدفع. ووجه ضمانه أن المالك لم يأمره بإتلاف الوديعة عليه، وأنه في دفعها إلى من أمره بدفعها إليه بدون بيّنة إتلاف لها على المالك؛ لأن المدفوع إليه قد يجحد فلا يمكن أن يقيم عليه بيّنة، فلا يقبل قول الدافع لأنه ليس بأمين للمدفع إليه، والأمين إنما يقبل قوله فيما بينه وبين من ائتمنه فكان مفرطاً بذلك⁽¹⁾.

13 - بجحدتها من المودع عند طلبها، بأن قال لربها لم تودعني شيئاً، ثم اعترف لما أقام عليه ربها بيّنة بالإيداع، ثم أقام المودع - بالفتح - بيّنة على ردّها لربها أو على الإتلاف لها بلا تفريط. وإنما ضمن لأنه أكذبها أولاً بجحده قياساً على ما تقدم في الدين. وقيل: لا يضمن لأنه أمين. وقد ذكر الشيخ خليل الخلاف، فهما قولان مشهوران. ومثل الوديعة في الخلاف القراض. قال الشيخ الدردير: نعم هناك قول ثالث بالتفصيل وهو: قبول بيّنة في الضياع دون الردّ ولكنه ضعيف: إلا أن الذي في شرح المواق على مختصر خليل أن المشهور قبول بيّنته على ضياعها أو ردّها بعد إقراره. وقال بعضهم: المعتمد الضمان وعدم قبول بيّنته؛ لأنه بجحدها صار كالغالب فيضمن إذا تلفت ولو بسماوي ويقبل دعواه الرد كما تقدم.

حكم الانتفاع بالوديعة:

الوديعة إما أن تكون من المقومات أو من المثليات، وفي كلّ منهما إما أن يكون المودع - بالفتح - ملياً أو معدماً، فالصور أربع.

فإن كانت من المقومات، كثياب وحيوان، حرم تسلفها بغير إذن ربها مطلقاً، كان المودع المتسلف لها ملياً أو معدماً؛ لأن المقومات تراد لأعيانها.

وإن كانت من المثليات حرم أيضاً إن كان معدماً؛ لأنه مظنة عدم الوفاء، والشأن عدم الرضا ربها بذلك.

وكره إن كان ملياً، وكذا في النقد، ووجه الكراهة وعدم الجواز هنا أن صاحب الوديعة إنما دفعها ليحفظها عليه لا لينتفع بها ولا ليصرفها، فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه⁽¹⁾. ووجه عدم الحرمة أن الملي مظنة الوفاء، مع كون مثل المثلي كعينه، إذ المثليات لا تتراد لأعيانها. ومحل الكراهة من جهة المودع - بالكسر - حيث لم يبيع له ربها ذلك أو يمنعه بأن جهل الحال، وإلا أبيع له في الأول ومنع في الثاني. ومنعه لها إما بالمقال أو القرائن. ومحلها من جهة المودع - بالفتح - إذا لم يكن سيئ القضاء ولا ظالماً، وإلا حرم.

أما التجارة بالوديعة، فإنها تحرم في حالين:

- إن كانت مقوماً.

- أو كانت مثلياً والتاجر معدماً في المثلي، وإلا كره. أي: فالكراهة بأن كان المال مثلياً والتاجر مليئاً غير سيئ القضاء ولا مستغرق الذم. ووجه الكراهة هنا أن صاحب الوديعة إنما دفعها ليحفظها عليه لا لينتفع بها⁽²⁾.

ويكون الربح الحاصل من التجارة للمودع - بالفتح -، كانت التجارة حراماً أو مكروهاً. ورد على ربها مثل المثلي وقيمة المقوم.

ويبرأ متسلف الوديعة وكذا التاجر فيها بلا إذن، إن ردَّ المثلِّي لمَحَلِّه الذي أخذه منه، سواء كان المثلي نقداً أو غيره، وسواء كان السلف له مكروهاً كالمليء أو محرماً كالمعدم، فإن تلف بعد رده فلا ضمان عليه. ووجه عدم ضمانه أن الذي أوجب عليه الضمان هو تعديبه بالأخذ، فإذا ردها فقد زال التعدي، فسقط الضمان، أي: سقط الضمان بزوال سببه الموجب له؛ ولأنه حافظ للوديعة على الوجه الذي أمر به، فلم يلزمه ضمان قياساً على حال الابتداء؛ ولأنَّ للمتسلف تأويلاً من فعل الصحابة فقد كان بعضهم يتسلف أموال الأيتام وهي أمانة في أيديهم⁽³⁾، إلا أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يفعلون ذلك ليحفظوها من الهلاك، فعن ابن عمر أنه كانت تكون عنده أموال يتامى فيتسلفها ليحضرها من الهلاك، وهو يخرج زكاتها من أموالهم⁽⁴⁾؛ وعن معمر قال: سئل الزهري عن مال اليتيم كيف يصنع؟ قال: كل ذلك كان يفعل، منهم من يستسلفه فيحضره من الهلاك⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 2/ 1207، والمتقى: 5/ 279. (2) المعونة: 2/ 1207، والمتقى: 5/ 279.

(3) الإشراف: 2/ 624، والمعونة: 2/ 1206، والمتقى: 5/ 280.

(4) أخرجه البيهقي في الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه.

(5) أخرجه عبد الرزاق في الزكاة، باب كيف يصنع بمال اليتيم.

وهذا بخلاف المقوم فلا يبرأ بذلك؛ لأنه بتصرفه فيه وفواته لزمته قيمته لربه؛ ولأن القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم، فلا يقبل حكمه لنفسه، وأما المثل فلا اجتهاد فيه⁽¹⁾.

ويصدق المتسلف في رده لمحلله إن حَلَفَ، إذا لم تقم له بينة، فالقول له بيمينه أنه رده.

والبراءة للمتسلف المذكورة فيما إذا تسلفها تسلفاً غير جائز، فإن تسلفها تسلفاً جائزاً، بأن تسلفها بإذن من ربه، أو يَقُولَ له رَبِّهَا: إِنَّ احْتَجَجْتَ فَخُذْ، فأخذ، فلا يبرأ إلا بردها لربها، ولا يرثه ردها لمحلها؛ لأنها بالإذن انتقلت من الأمانة إلى الدين في الدمة.

وهذا كالمقوم فإنه إذا تسلفه فلا يبرأ إلا برده لربه كما تقدم. وإذا أخذ البعض من الوديعة بإذن أو بلا إذن، ضَمِنَ المأخوذ فَقَطَّ على التفصيل المتقدم، وما لم يأخذه لم يضمنه، رد إليه ما أخذه أم لا.

اشتراط الضمان فيما لا ضمان فيه في الوديعة:

لا يضمن المودع إن شَرَطَ عليه الضمان فيما لا ضمان فيه، بأن كان مما لا يغاب عليه، أو قامت على هلاكه بينة، فلا يعمل بالشرط ولا ضمان. ودليل بطلان شرط الضمان⁽²⁾:

أ - القياس على الشركة والوكالة؛ لأن جعل ما أصله أمانة لا يصير مضموناً. ب - أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأن العقد يقتضي عدم الضمان، فلا يلزم كسائر الشروط المنافية لمقتضى العقود.

النفقة على الوديعة:

إذا أودع رجل عند آخر بهيمة، ولم يأمره أن يعلفها، لزم المودع - بالفتح - أن يعلفها أو يرفعها إلى الحاكم فيتداين على صاحبها في علف، أو يبيعها عليه إن كان غاب، فإن تركها ولم يعلفها فتلفت ضمنها. والدليل⁽³⁾:

أ - أنه مأمور بحفظ الوديعة، وذلك يتضمن حراستها في علفها، كما لو رآها تقترب من بئر لتردى فيه وجب عليه حمايتها وإنقاذها.

ب - أن صون البهائم عن تعذيبها بالجوع ونحوه حق لله تعالى، فإذا لم يفعل ذلك أثم. وحق الله تعالى لا يتوقف فعله على إذن الخلق.

(1) المعونة: 2/1206، والذخيرة: 9/138.

(2) الإشراف: 2/626.

(3) الإشراف: 2/625، والذخيرة: 9/151.

مخاصمة السارق:

إذا سرقت الوديعة لم يكن للمودع - بالفتح - أن يخاصم السارق إلا بتوكيل من المالك؛ لأن الخصومة فيها للمالك، والمودع ليس بمالك ولا مفوض إليه؛ لأن الإيداع استحفاظ واثمان، فلا يتضمّن الخصومة⁽¹⁾.

وفاة المودع:

إذا توفي المودع أخذت الوديعة من تركته⁽²⁾، حيث ثبت أن عنده وديعة، إذا لم توجد بعينها، ولم يوص بها قبل موته، لاحتمال أنه تسلفها وهو الأقرب، أما احتمال ضياعها فهو بعيد، إذ لو ضاعت لتحدّث بضياعها قبل موته. إلا أنه إذا مضت عشرة أعوام من يوم الإيداع، فلا تؤخذ من تركته، إذا لم توجد، ولم يوص بها، ويحمل على أنه ردها لربها. وهذا إن لم تكن أودعت بيّنة مقصودة للتوثيق، فإن أودعت بيّنة مقصودة للتوثيق أخذت من تركته مطلقاً ولو زاد الزمن على العشرة سنين.

ومعنى الأخذ هنا أنه يأخذ عوضها من قيمة أو مثل، ويحاصص صاحبها بذلك مع الغرماء.

فإن أوصى بها المودع لم يضمّنها، فإن كانت باقية أخذها ربّها، وإن تلفت فلا ضمان. ومثل إيصائه ما لو قال: هي بموضع كذا، ولم توجد، فلا يضمّن، وتحمل على الضياع؛ لأنه بقوله: هي بموضع كذا كأنه إقرار بأنه لم يتسلفها، وهو مصدق لكونه أميناً.

ومن مات وعنده وديعة مكتوب عليها: هذه وديعة فلان بن فلان، فإن صاحبها يأخذها بسبب تلك الكتابة، بشرط أن يثبت أن الكتابة خطّ المالك أو خطّ الميت، ولو وجدت أنقص ممّا كتب عليها، وكان النقص في مال الميت إن علم أنه يتصرّف في الوديعة، وإلا لم يضمّن. ومثل الكتابة البيّنة، بل هي أولى. أمّا بالأمانة فلا يأخذها بها لاحتمال أنه رآها سابقاً.

وفاة الرسول المرسل بالوديعة:

إذا لم يصل الرسول بأن مات قبل وصوله لبكّد المرسل إليه، فإن الوديعة تؤخذ من تركته الرسول إذا لم توجد بعينها، لاحتمال أنه تسلفها. فإن مات بعد وصوله فلا يضمّن، أي: لا تؤخذ من تركته، لاحتمال أنه دفعها لربها بعد الوصول إليه. ومثل الوديعة الدين والقراض.

(1) الإشراف: 626/2، والذخيرة: 185/9.

(2) مثل الوديعة من تصدّق على ابنه الصغير بشباب أو غيرها، وأراها للشهود وحازها للولد تحت يده، ثم مات ولم توجد في تركته.

وحاصل المسألة: أن الرسول إن كان رسول رب المال، فالدافع يبرأ بمجرد الدفع إليه، ويصير الكلام بين رب المال وورثة رسوله. فإن مات الرسول قبل الوصول أخذها من تركته. وإن مات بعده فلا رجوع له، لحمله على إيصالها لربها.

وإن كان الرسول رسول مَنْ عنده المال فلا يبرأ إلا بوصوله لربه بيينة أو إقرار من رب المال، فإن مات قبل الوصول رجع مرسله في تركته، وإن مات بعده فلا رجوع، وهي مصيبة نزلت بمن أرسله، لكونه يغرم المال مرة ثانية، إن ادعى رب المال عدم الدفع له ولا بيينة.

التنازع في ردّ الوديعة:

يصدّق المودّع - بالفتح - في دعواه التّلف والضّياع؛ لأنّه استأمنه عليها والأمين يصدق.

كما يصدّق في دعواه أنه ردّها لربّها، وقد تقدّم الدليل على ذلك.

إلا أنه في دعوى الردّ، إذا أودعها ربّها عنده بيينة قصد بها التوثق، بأن يقصد بها أن لا تقبل دعواه الردّ إلا بيينة به، فلا يصدّق إن ادعى الرد حينئذٍ إلا بيينة، ووجه اشتراط البيينة في الردّ في هذه الحال ما يلي⁽¹⁾:

أ - أن المودّع - بالكسر - لمّا أشهد على دفعها للمودّع - بالفتح - تبين أنه اتّمنه على حفظها ولم ياتّمنه على ردّها إليه، فإذا ادعى ردّها فقد ادعى براءته ممّا ليس بمؤتمن فيه، فلم يقبل منه إلا بيينة.

ب - أن الضمان هو فائدة إشهاد صاحبها على الدفع، فإذا أزيل لم يبق للإشهاد فائدة. فإن قيل: فائدته أن لا يمكنه جحد الوديعة، فالجواب: أن دعوى ردّها بمنزلة جحدها، فهو يتوصّل إلى مراده.

ج - أن قبض المودّع - بالفتح - الوديعة بالبيينة حاثّ له على الإشهاد عند الدفع في مجرى العادة، فلمّا خالف العادة اتّهم.

ويشترط في البيينة التي يقيمها المودّع - بالكسر - قصد التوثق علم المودّع بذلك. فلا يكفي البيينة غير المقصودة، ولا المقصودة لشيء آخر غير التوثق، فيفيده دعوى الرد.

ومثل البيينة المذكورة أخذ ورقة على المودّع - بالفتح - بخطه، كما يقع الآن.

ويحلف المتّهم دون غيره، في دعوى التلف أو الضياع، أنها تلفت أو ضاعت وما فرط؛ ولو شرّط المتّهم عند أخذها نفيّ اليمين عنه، فإنه لا يفيد ويحلف؛ لأنّ

(1) الإشراف: 624/2، والمعونة: 1204/2، والمقدمات: 459/2، وبداية المجتهد: 342/2،

هذا الشرط يقوي التهمة. فإن نكل غرم بمجرد نكوله، ولا تتوجه اليمين على ربها لأنها دعوى اتهام.

والمتهم قيل: هو من يشار إليه بالتساهل في الوديعة، وقيل: هو من ليس من أهل الصلاح.

ويحلف أيضاً إذا حقق رب الوديعة الدعوى على المودع، بأن علم بأنه فرط أو أنها لم تلتف وادعى المودع الرد أو التلف أو عدم التفريط، فلربها تحليفه وإن لم يكن متهماً. فإن حلف برئ ظاهراً، وإن نكل حلف ربها وأغرمه؛ لأن يمين التحقيق ترد.

ولا يصدق المودع - بالفتح - إذا ادعى أنه ردّها على وارث ربها إلا بيينة. ولا يصدق وارث المودع - بالفتح - في الردّ على مالکها الذي هو المودع - بالكسر -، أو في الردّ على وارث مالکها إلا بيينة.

والحاصل: أن صاحب اليد المؤتمنة إذا ادعى الردّ على صاحب اليد الذي ائتمنته صدق ولا ضمان، وأن الوارث إذا ادعى الردّ على ربها أو على وارثه، أو ادعى صاحب اليد المؤتمنة الردّ على وارث ربها فلا يصدق ويضمن.

ولا يصدق رسول في الدّفع لمن أرسل إليه المال إذا أنكر، إلا بيينة. إلا إذا شرّط الرسول على من دفع له المال عدم البيينة عند الدفع فتنفعه. ويضمن بقوله لربها: ضاعَتْ قَبْلَ أَنْ تَلْقَانِي، بَعْدَ امْتِنَاعِي مِنْ دَفْعِهَا لَهْ وَلَوْ لَعَذِرَ، كاشتغاله بأمر؛ لأنّ سكوته عن بيان تلفها دليل على عدمه، إلا أن يدعي أنه إنما علم بالتلف بعد أن لقيه فيصدق بيمين.

وكذا يضمن إن قال: تَلَفْتُ بَعْدَ أَنْ لَقَيْتَنِي، إِنْ مَنَعَ دَفْعَهَا لَهْ بَلَا عُدْرٍ ثَابِتٍ، فإن امتنع من دفعها لعذر قام به وثبت، لم يضمن. أما إن قال: لا أذري متى تلفت، أي: قبل أن تلقاني أو بعده، كان هناك عذر من الدفع أم لا. فلا يضمن، ويحلف المتهم.

أخذ المودع أجره:

يجوز للمودع - بالفتح - أخذ أجره المحلّ الذي توضع فيه الوديعة، إن كان مثله أي: المحلّ تؤخذ أجرته.

أما أجره حِفْظِهَا فلا يجوز له أخذها؛ لأن حفظ الوديعة من قبيل الجاه، والجاه لا أجره له كالقرض والضمان. لكن إن اشترط فيعمل به؛ لأن الحفظ ليس من الجاه حقيقة، وإنما هو يشبهه في الجملة، وهذا كما قال ابن عبد السلام: «الأولى أن يقال: إنما منع أخذ الأجره على الحفظ لأن عادة الناس أنهم لا يأخذون لحفظ الودائع أجره». والحاصل أنه لا فرق بين أجره المحلّ وأجره الحفظ في الحكم على المعتمد، بل يقال فيهما: إن شرط الأخذ أو كان العرف الأخذ عمل به، وإلا فلا.

أخذ المودع حقه من الودیعة:

إذا ظلم صاحب الودیعة المودع - بالفتح - بمثل الودیعة من سرقة أو خيانة أو غصب؛ فللمودع - بالفتح - الأخذ من الودیعة بقدر حقه؛ ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - قول تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194]. وهو نص قاطع في موضع الخلاف. وتسمية المقابلة بالمثل اعتداء هو من باب المجاز ومقابلة الكلام بمثله، والمقصود المكافأة.

ب - قوله تعالى: ﴿وَأَلْمِذَّتْ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: 194]. والحرمان جمع حرمة. وهي ما منع المؤمن من انتهاكه. والقصاص المساواة.

ج - عن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرأ؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»⁽²⁾، ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح لهند أن تأخذ مما تحت يدها من مال أبي سفيان دون علمه، لحق نفقتها ونفقة أولادها. ومعنى: «بالمعروف» أن تأخذ مقدار ما يجب لها، ولا تتعدى فتأخذ أكثر مما يجب لها.

د - عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل نصر المظلوم باسترداد المرء حقه من الظالم.

والمراد بأخذ المثل، أي: في القدر والجنس والصفة إن أمكن، وإلا فالعبرة بالقيمة.

ومحل جواز الأخذ بمثل حقه إن أمن الآخذ الرذيلة بنسبته إلى الخيانة، وأمن العقوبة على نفسه من ضرب أو حبس أو قطع أو قتل كما يفعله أهل الجور، وإلا لم يجز؛ لأن حفظ الأعراض والجوارح واجب. وهذا القول هو الأرجح من القولين، والقول الثاني: أنه لا يجوز الأخذ، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 57].

ب - قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»⁽⁵⁾.

(1) الإشراف: 984/2، والمقدمات: 458/2، والذخيرة: 158/9، والجامع لأحكام القرآن: 1/274.

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون عليه؛ ومسلم في الأفضية، باب قضية هند.

(3) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب عن أخاك ظالماً أو مظلوماً.

(4) الإشراف: 985/2، المقدمات: 458/2، والذخيرة: 159/9، وبلغه السالك: 204/2.

(5) سبق تخريجه.

وأجاب ابن رشد مؤيداً القول الأول، بأن معنى «ولا تخن من خانك» أي: لا تتعدى فتأخذ أزيد من حقل فتكون قد خنته ثانياً كما خانك هو أولاً؛ لأن من أخذ حقه الواجب له فليس بخائن، بل فعل المعروف الذي أباحه رسول الله ﷺ لهند بنت عتبة، فعلى هذا يخرج الحديثان جميعاً، ولا يحملان على التعارض.

وترك الأخذ من الوديعة أسلمً للنفس والدين؛ لأن في الأخذ ريبة وفي الحديث عن الحسن بن علي رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»⁽¹⁾. والله أعلم.



(1) أخرجه الترمذي في صفة القيامة، باب منه.

الإعارة

تعريف الإعارة لغة:

الإعارة مأخوذة من التَّعَاوَر بمعنى التداول، فهي واوية فأصل عارية عَوْرِيَّة، بفتحات، تخفف ياؤها وتشدد، تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً.

وقيل: من العُرُو بمعنى الإصابة والعروض، يقال: اعتراه كذا: بمعنى أصابه وعرض له. فأصلها عارووة بوزن فاعولة، قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها والتاء في نية الانفصال، فاجتمعت الواو والياء وسبقت أحدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء، هذا في المشددة. وأصل المخففة عاروة فاعلة فأبدلت الواو ياء لتطرفها.

وقيل: بمعنى الخُلُو، يقال عَرَا عنه بمعنى خلا.

وأنكر على من قال إنها من العار. وإنما أنكر عليه لأن فعلها أمر مندوب، والمستعير إن كان محتاجاً فليس عليه عار، والعار في المستقبح شرعاً وهذه ليست كذلك. ولأنها لو كانت من العار لكانت يائية ولقيل يتعيرون، مع أنهم قالوا يتعاورون، أي: يعير بعضهم بعضاً.

تعريف الإعارة اصطلاحاً:

الإعارة تملك منفعة مؤقتة بلا عوض.

- قوله: **تَمْلِيكَ مَنْفَعَةٍ**، خرج به البيع؛ لأنه تملك ذات، وكذا الهبة والصدقة والقرض. وخرج أيضاً تملك الانتفاع؛ لأن ملك المنفعة أعم من ملك الانتفاع، كان توقف بيتاً على طلبه العلم يسكنونه، ففيه تملك انتفاع وليس فيه تملك منفعة؛ لأن الانتفاع يكون بنفسه فقط، وليس له أن يؤاجره ولا أن يعيره لغيره؛ والمنفعة أعم من الانتفاع لأن له فيها الانتفاع بنفسه أو بغيره، كان يعيره أو يؤاجره.

- قوله: **«مُؤَقَّتَةٌ»**، أي: بزمن أو فعل نضاً أو عرفاً.

- قوله: **«بِلا عَوْضٍ»**، خرج به الإجارة.

- قوله: **«مؤقتة»**، خرج الحبس المطلق، وأما المؤقت بناء على المشهور من أنه يجوز في الحبس التوقيت، فهو وارد عليه. إلا أن يقال: المراد مؤقتة أصالة؛ فالأصل في العارية التوقيت، فلذا جعل فصلاً منها، والأصل في الحبس الدوام. ولذا اختلف فيه إذا وقت هل يصح؟ والراجح الصحة.

حكم الإعارة:

الأصل في الإعارة النذب؛ لأنها من التعاون على الخير والمعروف. فهي مندوبة إن وقعت من مالك الذات والمنفعة، أو من مالك المنفعة إن جعل له ذلك. ودليل النذب⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَفْكَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: 77].

ب - عن جابر وحذيفة رضي الله عنهما، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «كلّ معروف صدقة»⁽²⁾.

ج - عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «العارية مؤداة»⁽³⁾. أي: واجبة الأداء.

د - عن صفوان بن أمية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال:

أغضب يا محمد؟ فقال: «لا بل عارية مضمونة»⁽⁴⁾. أي: تضمن بالتلف. وسيأتي الحديث عن ضمان العارية.

قال ابن رشد الجّد: «إعارة المتاع من عمل المعروف وأخلاق المؤمنين، فينبغي للناس أن يتوارثوا ذلك فيما بينهم، ويتعاملوا به، ولا يتشاحوا به ويمنعوه. ومن منع ذلك وشحّ به فلا إثم عليه ولا حرج، إلا أنه قد رغب عن مكارم الأخلاق ومحمودها، واختار لثيمها ومذمومها»⁽⁵⁾. فهي غير واجبة، والدليل: عن أنس قال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»⁽⁶⁾. وأمّا قوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ ۝ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۝ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ۝﴾ [الماعون: 4 - 7]، فالمراد بالماعون الزكاة المفروضة، وهو قول مالك وجمهور أهل العلم، وليس المراد به عارية البيت الذي يتعاطاه الناس فيما بينهم من الفأس، والدلو، والحبل، والقدر، وأشبه ذلك؛ لأنّ الآيات - عند الإمام مالك - نزلت في المدينة في المنافقين، والوعيد بالويل يناسبهم، ويناسب أفعالهم التي وصفوا بها، وهي السهو عن الصلاة وتركها في خاصتهم، والرياء أي: بالتظاهر بها في الملأ، ومنع الزكاة⁽⁷⁾.

(1) الموعونة: 1208/2، والذخيرة: 199/6.

(2) حديث جابر أخرجه البخاري في الأدب، باب كلّ معروف صدقة. وحديث حذيفة أخرجه مسلم في الزكاة.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العرية؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء أنّ العارية مؤداة، وقال: حسن غريب؛ وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة. وهو صحيح بمجموع طرقه (انظر نصب الراية: 58/4، وتلخيص الحبير: 54/3).

(4) أخرجه أبو داود في البيوع، باب تضمين العرية؛ وأحمد في مسند القبائل: رقم 26352.

(5) المقدمات: 469/2.

(6) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغصب، باب من لو غضب لوحاً، عن أنس.

(7) المقدمات: 469/2، الجامع لأحكام القرآن: 213/20، والذخيرة: 200/6، والتحرير والتنوير: 567/30.

وقد يعرض للإعارة الوجوب والحرمة والكراهة والإباحة.

- فالوجوب كغني عن شيء لمن يخشى بعدهم هلاكه.

- والحرمة ككون العارية تعينه على المعصية. والدليل⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا

عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

- والكراهة ككونها تعينه على مكروه.

- والإباحة لغني عنها.

والعارية - بتشديد الياء - هي الشيء المُعَارُ، أي: المملك منفعته.

أركان الإعارة:

أركانها أربعة: معير، ومستعير، ومستعار، وما دلّ عليها من لفظ أو غيره.

الركن الأول: المُعِير:

وهو مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ، ولو لم يملك الذات. ويشترط فيه أن لا يكون محجوراً

عليه. ووجه اشتراط هذا الشرط لأن العارية تبرع، وهو محجور عليه في ذلك⁽²⁾.

وخرج بهذا الشرط ما يلي:

* الصبي.

* السفه.

* المريض إذا أعار عارية، قيمة منافعها أزيد من الثلث.

* مَنْ حَجَرَ عَلَيْهِ الْمَالِكُ صَرِيحاً أَوْ ضَمناً، كما لو قامت قرينة على ذلك، نحو

قوله: لولا أخوتك ما أعرتك إياه. ويسمى بالحجر الجعلي.

* الفضولي، فإنه ليس بمالك لشيء، وإن كان مالكا لها بإعارة، ولا حجر عليه

كما تقدم. فتصح إعارته وإن كان لا ينبغي له ذلك. كما تصح إعارته وإن ملكها

بإجارة، فتصح إعارته لها في مثل ما استأجرها له، ركوباً أو حملاً أو غيرها.

الركن الثاني: المُسْتَعِير:

وهو مَنْ كَانَ أَهْلاً لِلتَّبَرُّعِ عَلَيْهِ بَتَلِكِ الْمَنْفَعَةِ. فلا يصح إعارة خادم مُسْلِمٍ أو

مُضْحَفٍ أو كتب أحاديث لكافر، إذ الكافر ليس أهلاً لأن يتبرع عليه بذلك، وكذا آلة

الجهاد إذا كان حربياً.

وكذا لا يجوز إعارة الأواني التي يستعملها أهل الفسوق لشرب الخمر، ولا إعارة

الدواب للركوب لإيذاء المسلمين، ونحو ذلك من كل ما استلزم أمراً ممنوعاً.

الركن الثالث: المُسْتَعَار:

وهو ذو مَنَفَعَةٍ مُبَاحَةٍ، من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به، مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، ليردّ لربه بعد الانتفاع به. أما الطعام والشراب ليؤكل أو يشرب فلا يعار لأن فيه ذهاب عينه بذلك.

وإذا أعطيت العَيْنُ من دنانير أو دراهم للغير، وأعطى الطَّعَامُ والشراب للغير؛ فهو قَرْضٌ لا عارية، وإن وقع بلفظ العارية؛ لأن حقيقة العارية ما رَدَّتْ عينها لربها بعد الانتفاع بها، وفي الانتفاع بما ذكر ذهاب العين فيضمنه ولو قامت بيته بهلاكه.

الركن الرابع: مَا يَدُلُّ عَلَيْهَا:

من صيغة لفظية كأعرتك أو غيرها، كإشارة ومناولة ممّا يدل على الرضا. فكلّ ما يدلّ على تمليك المنفعة بغير عوض كاف، لكن لا تلزم العارية إلّا إذا قيدت بعمل أو أجل، كما سيأتي.

ويجوز أن يقول: أعني بدابتك مثلاً في هذا اليوم أو الشهر، لأعينك في غد مثلاً بدابتي؛ وهي حيثنّذ إجارة لا إعارة؛ لأنها منافع بمنافع، وهي من الرفق، وسواء اتحد نوع المعارف فيه أو اختلف، كبناء وحصاد، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف، فيشترط فيها تعيّن الزمن أو العمل كالإجارة. لكن يشترط أن يكون ما يقع به التعاون معلوماً بينهم وأن يقرب العقد من زمن العمل، فلو قال: أعني بدابتك غداً على أن أعينك بثوري بعد شهر ونصف مثلاً، لم يجز. بخلاف ما لو كان التأخير نصف شهر فأقلّ فيجوز. وإنما منع في أزيد من شهر لأنه نقد في منافع معيّنة يتأخر قبضها، وذلك غير جائز. ولا يقال: إنّ هذه العلة موجودة فيما إذا كان بين العقد والعمل أقلّ من ذلك، فالجواب أنّ ذلك اغتفر للضرورة، وإن كانت العلة موجودة⁽¹⁾.

لزوم عقد الإعارة:

يلزم عقد الإعارة إذا قيّد بأحد أمرين:

الأول: إذا قيّد بعمل، كطحن إردب، أو حمله لكذا، أو ركوب له.

الثاني: أو إذا قيّد بأجل، كأربعة أيام أو أقل أو أكثر. وليس لربّ العارية أخذها قبل ذلك؛ والدليل: القياس على الهبة؛ لأنّ المدة قد صارت حقاً للمستعير، فلم يكن للمعير الرجوع فيها، كما ليس له الرجوع في الهبة⁽²⁾.

ويستمرّ العقد لانقضاء العمل أو الأجل، فليس لربها أخذ المستعار قبله، سواء كان المستعار أرضاً لزراعة، أو سكنى، أو لوضع شيء بها، أو كان حيواناً لركوب أو

(1) حاشية الدسوقي: 436/3، وبلغه السالك: 206/2.

(2) المعونة: 1209/2.

حمل أو غير ذلك، أو كان عرضاً. والدليل على عدم جواز الرجوع⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الْبُيُوتُ مَأْمُونًا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

ب - عن جابر وحذيفة رضي الله عنهما⁽²⁾، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «كلّ معروف صدقة». ووجه الاستدلال أنّ الصدقة لا يجوز الرجوع فيها، والإعارة صدقة.

ج - القياس على العمري؛ لأنّ المعير قد ملكه الانتفاع مدّة معلومة، وصارت العين في يده بعقد مباح، فلم يكن له الرجوع فيها بغير اختيار المملك قياساً على العمري.

فإن لم تقيّد الإعارة بعمل أو أجل بل أطلقت فلا تلزم، ولربّما أخذها متى شاء. ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد. وقال القاضي عبد الوهاب: تلزم وليس له الرجوع فيها إلّا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها؛ وعلّل ذلك بأنّ العارية هي هبة المنافع أو تمليكها، فإن كانت مدّة معلومة انحصرت عليها، وإلّا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدّة؛ لأنّه لو جاز للمعير أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية؛ لأنّه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة، وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن للمعير إبطاله عليه⁽³⁾.

ضمان المستعار:

العارية في هذا نوعان:

الأول: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى، أي: كان ممّا لا يغاب عليه، كالعقار والحيوان. فهذا لا يضمن المستعير فيه، ولو شرّطه عليه المعير، وهو المعتمد. ويلزم في ذلك - أي: مع هذا الشرط - إجارة المثل في استعمال المستعير العارية؛ لأنّ الشرط يخرج العارية عن حكم العارية وسنّتها إلى باب الإجارة الفاسدة؛ لأنّ ربّ العارية لم يرض أن يعيرها المستعير إلّا بشرط أن يحوزها في ضمانه، فهو عوض مجهول يردّ إلى المعلوم⁽⁴⁾.

ولا يضمن في هذا النوع إلّا بالتعدّي. وإذا لم يضمن الحيوان فإنه يضمن سرجه ولجامه؛ لأنّها يغاب عليهما. وخلاف المعتمد قول مطرف: إذا شرط المعير الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو نحو ذلك، فالشرط لازم إن هلكت بالأمر الذي خافه.

الثاني: نوع يخفى هلاكه ويغاب عليه، كالحلي والثياب ممّا شأنه الخفاء. ففي

(2) سبق تخريجه.

(1) الإشراف: 623/2.

(3) المعونة: 1209/2.

(4) المقدمات: 473/2، وبداية المجتهد: 346/2.

هذا يضمن المستعير ما استعاره، إن ادعى ضياعه، إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله، إلا ليئنة على ضياعه بدون سببه، خلافاً لأشهب حيث قال بالضمان.

ويتعلق به الضمان ولو شَرَطَ نفي الضمان عن نفسه، على الأرجح. وقيل: إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه. وعلى كلا القولين لا يفسد عقد العارية بهذا الشرط. وقد تعارضت الأدلة في ضمان المستعير للمستعار وعدم ضمانه. ومنهج الإمام مالك في ذلك هو الجمع بين الأدلة ما أمكن ذلك. والأدلة حسب ذلك نوعان، وهي⁽¹⁾:

النوع الأول:

أ - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان»⁽²⁾، وظاهره أنه لا ضمان على المستعير بحال. لكن تأوله المالكية وحملوه على ما لا يغاب عليه، ولا فيما يغاب عليه وعلم هلاكه وقامت البيئنة على تلفه من غير تفريط. ومعنى «غير المغلّ» من الغلول وهو التعدي.

ب - عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن الأداء الذي أوجبه الحديث إنما يكون مع بقاء العين المستعارة، فأما مع تلفها فلا يصح الأداء. ولا يجوز حمل الحديث على القيمة؛ لأنه لم يجز لها ذكر، ولأنه إنما أوجب أداء ما أخذت اليد، واليد لم تأخذ القيمة. وهذه الاستدلالات بهذا الحديث مرجحة لما حمل عليه الحديث السابق.

ج - القياس على الأجير؛ لأنّ المستعير مأذون له كالأجير.

د - أنها بهذا المعنى أخذت شهاً بالأمانة؛ لأنّ المالك بذل للمستعير العارية متطوعاً بها من غير عوض، فلم يضمن المستعير مع عدم التعدي والتفريط.

هـ - أن ما لا يغاب عليه، وهو ظاهر للعين، قويت فيه شائبة الأمانة فلم يضمن.

النوع الثاني:

أ - قوله ﷺ في قصة صفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة»⁽⁴⁾، وظاهره أنّ

(1) الإشراف: 622/2، والمعونة: 1208/2، والمقدمات: 471/2، وبداية المجتهد: 346/2، والذخيرة: 202/6.

(2) أخرجه الدراقطني في البيوع؛ والبيهقي في العارية، باب من قال: لا يفرم. وفيه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان، وهما ضعيفان (نصب الراية: 115/4).

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، حديث 1266؛ وابن ماجه في الصدقات، حديث 2400. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(4) سبق تخريجه.

المستعير يضمن العارية، قامت البيّنة على التلف أو لم تقم، كان مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه. لكن تأوله المالكية وحملوه على ما يغاب عليه، إذا لم يقم على التلف بيّنة ولم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير.

قال ابن رشد الجّد: «على أنّ لفظ هذا الحديث من الألفاظ التي لا تستقلّ بأنفسها، فلا يصحّ الاحتجاج بها على وجوب الضمان؛ لأنّ ما لا يستقلّ بنفسه فوجهه أن يقصر على سببه، ولا يحمل على عمومه، لا اختلاف بين أهل العلم بالأصول في ذلك. وإنّما اختلفوا في اللفظ العام المستقلّ بنفسه إذا ورد على سبب، هل يقصر على سببه أو يحمل على عمومه على قولين، الأصحّ منهما عند أهل النظر حملة على عمومه». واستدلّ فقهاء المذهب على عدم دلالة ظاهر هذا الحديث على وجوب الضمان في كلّ حال بوجوه:

الأول: أنّ اللفظ ورد غير مستقلّ بنفسه؛ لأنّه جاوبه ردّاً على سؤاله، فجاء كلامه على هذا السياق: «بل عارية مضمونة»⁽¹⁾، وإنّما كان يصحّ الاحتجاج بظاهر هذا الحديث في وجوب الضمان في كلّ حال لو قال: العارية مضمونة.

الثاني: أنّ الحديث ورد بلفظ آخر، وهو: «بل عارية مؤدّاة»⁽²⁾، فنفي الضمان وأوجب الأداء. لكنّ ابن رشد الجّد جوز الاعتراض على هذا الوجه بأنّ للقائل أن يقول: إنّ هذه زيادة - أي: لفظ: «مضمونة» -، والزيادة من الثقة مقبولة.

الثالث: أنّ رواية «بل عارية مضمونة»⁽³⁾ تحتل أن تكون التزاماً من النبي ﷺ للضمان، لا إخباراً عن وجوبه، فلا يتعدّى لغيره ﷺ.

الرابع: أنّه روي أنّ السلاح والأدع كان وديعة عنده لأهل مكّة، وإعارة ما لا يملك فيه الضمان.

الخامس: احتمال أن يكون معناه: أنّها مضمونة الردّ، احترازاً من الغصب.

السادس: أنّه ورد في الحديث أنّه ضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له؛ فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب⁽⁴⁾. ولو كان الضمان صفة للعارية لم يعلّق على مشيئته، وإنّما ضمنها له حسن عشرة وترغيباً له في الإسلام.

ب - ما روي أنّ بعض نسائه استعارت قصعة فانكسرت فغرمها النبي ﷺ. فهو محمول على ما يغاب عليه، وأن هلاكها كان بسبب المستعير؛ لأنّه روي أنّه كان فيها طعام أهدته إليه بعض أزواجه ﷺ، فاستلذّ الطعام، فغارت عائشة ﷺ، فكسرتها

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه أحمد في مسند القبائل: رقم 26352.

عمداً. فعن أنس أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام، قال: فضربت بيدها فكسرت القصعة. فأخذ النبي ﷺ الكسرتين، فضم إحداهما إلى الأخرى، فجعل يجمع فيها الطعام ويقول: «غارت أمكم كلوا» فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته⁽¹⁾. وعن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها؛ فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»⁽²⁾.

ج - القياس على القرض؛ لأنَّ القبض في العارية لمنفعة القابض، فجاز أن يتعلّق بها الضمان كالقرض.

د - أن ما يغاب عليه قويت فيه شائبة الضمان بالتهمة فضمّن، إلا إذا ثبت عدم تعدّيه.

ووجه القول بعدم الضمان إن قامت بيّنة على ضياعه بدون سببه؛ أن ضمان العواري ضمان تهمة ينتهي بإقامة البيّنة على المشهور.

ووجه قول أشهب بالضمّان أنّ ضمان العواري ضمان عداء لا يتنفي بإقامة البيّنة؛ لأنَّ أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة، فلم ينتقل عن أصله، حسماً للباب وسدّاً للذريعة⁽³⁾.

التنازع بين المعير والمستعير:

إذا تلف المستعار أو ضاع، وكان مما يغاب عليه؛ فالقول للمستعير فيصدق ولا ضمان عليه، إلا لقريّة كذبه، كأن يقول: تلف أو ضاع يوم كذا، فتقول البيّنة: رأيناه معه بعد ذلك اليوم، أو تقول الرققة التي معه في السفر: ما سمعنا ذلك ولا رأيناه.

ويحلف ما قرّط، إن ادّعى عليه المعير أنه إنما حصل التلف أو الضياع أو العيب الذي قام به بتفريطه، سواء كان ممّا يغاب عليه أم لا، كسوس وقرض أرضة أو فأر أو بلل أو دهن أو حبر أو نحو ذلك بالمستعار كثوب وكتاب.

وإذا تنازعا في ردّ المستعار، فالقول للمستعير في ردّه، ما لم يضمن لربه، وهو

(1) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

(2) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

(3) المعونة: 2/1209.

ما لا يغاب عليه كالحيوان، إلا لبيّنة مَقْصُودَة أشهدا المعير عند الإعارة لخوف ادعاء المستعير الردّ، فحينئذ لا يقبل قوله بردها إلا لبيّنة تشهد له بردها لربّها، ووجه طلب الإشهاد هنا لقبول قول المستعير الردّ: لأنّ العارية هنا تضمن لأنّ المعير أشهد عند الإعارة⁽¹⁾.

وإذا استعار رجل من آخر ما لا يغاب عليه كدابة، ثمّ ردها إلى اصطلبه ولم يدفعها إليه أو إلى من يجري مجراه من وكيل مفوض إليه، لم يسقط عنه الضمان؛ لأنّ الضمان إنّما يسقط بالردّ إلى صاحب العارية أو من يده كيده، وردها إلى اصطلبه لا يجري مجرى ردها إلى يده، فكان كما لو أسلمها إلى أجنبي⁽²⁾.

وفيما يغاب عليه، فهو بالأولى.

ومن حق المستعير الإشهاد على الردّ، وإن قبضها بغير إشهاد، بخلاف الوديعة؛ لأنّ العارية يتعلّق بها الضمان بخلافها⁽³⁾.

تصرّف المستعير فيما استعاره:

يجوز للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه، وأن يفعل مثله، كأن استعار دابة ليركبها لمكان كذا فركبها إليه من هو مثله، أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح. وأما الذهاب بها في مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يجوز، ويضمن إن عطبت كالإجارة على قول ابن القاسم وهو الأرجح. فالمعتمد أنّ المراد بالمثل الذي يباح للمستعير فعله، المثل في المحمول لا في المسافة، فإنّه ممنوع فعله هنا، كالإجارة هنا على المعتمد، لما في كلّ منهما من فسخ المنافع في مثلها، وهو فسخ دين في دين⁽⁴⁾.

ولا يجوز له أن يفعل ما هو أضّرّ ممّا استعارها له، ولو كان ذلك الإضرار أقلّ في الوزن أو في المسافة.

ثم إذا حمل عليها تارة ما تعطب بمثله وتارة ما لا تعطب به. وفي كلّ: إما أن تعطب وإما أن تتعيّب وإما أن تسلم؛ فإنّ زَادَ مَا تَعَطَّبُ بِهِ وَعَطِبَتْ فَلرَبِّهَا قِيمَتُهَا وقت الزيادة عليها؛ لأنه وقت التعدي، أو له كراء الزائد فقط، وخيرته تنفي ضرره. ومعرفة الزائد أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما استعارها له، فإذا قيل: عشرة، قيل: وكم يساوي كراؤها فيما حمل عليها، قيل: خمسة عشر؛ دفع إليه الخمسة الزائدة على كراء ما استعيرت له.

(2) الإشراف: 623/2.

(1) المقدمات: 474/2.

(3) الذخيرة: 219/6.

(4) حاشية الدسوقي: 436/3، وبلغه السالك: 207/2.

فإن زاد ما لا تعطب به، وعطبت أو تعيبت أو سلمت، أو ما تعطب به وسلمت؛
فله الزائد فقط في الأربع صور.

وبقي السادسة: وهي ما إذا زاد ما تعطب به فتعيبت، فله الأكثر من الكراء
للزائد، وقيمة العيب، أي: أرشه يلزم المستعير.

وهذا الكلام في زيادة الحمل وأما المسافة فكالإجارة، فإن عطبت ضمن قيمتها،
وإن سلمت فكراء الزائد، وإن تعيبت فالأكثر من كراء الزائد وأرش العيب.

والفرق بين زيادة الحمل والمسافة، أن زيادة المسافة محض تعدد مستقلاً منفصلاً،
بخلاف زيادة الحمل فإنه مصاحب للمأذون فيه.

تعهد العارية والوديعة والرهن:

يجب على المستعير والمودع - بالفتح - والمرتهن تعهد ما في أماناتهم، مما يخاف
عليه ترك التعهد؛ لأن هذا من باب صيانة المال. وإن لم يفعلوا عدوا مفترطين وضمنوا.

ادعاء شخص أنه مرسل للاستعارة:

إذا زعم شخص أنه مرسل للاستعارة، بأن قال: أرسلني فلان لاستعارة نحو حلي
منكم له، فصدق ودفع له ما طلب، فأخذه وادعى أنه تلف منه؛ فإن الذي يضمنه
المرسل له إن صدقه في إرساله. فإن لم يصدقه حلف أنه ما أرسله وبرئ؛ لأن الأصل
عدم إرساله⁽¹⁾، وضمن الرسول، ولا يحلف إلا لينة تشهد له أنه أرسله فلان، فالضمان
حيث يدعى على من أرسله، ولا عبرة بيمينه الذي حلفه.

وإن اعترف الرسول بالتعدي، وأنه لم يرسله أحد ضمن إن كان رشيداً، لا صبيّاً
ولا سفياً، إذ لا ضمان عليهما، ويضيع المال على المعير لتفريطه، كان المستعار مما
يغاب عليه أم لا.

مؤنة العارية:

تكون على المستعير مؤنة أخذ العارية من محل ربه إن كان يحتاج لمؤنة،
والدليل⁽²⁾: ما روي عن عروة بن الزبير، أن رسول الله ﷺ قال لصفوان بن أمية:
«أكفنا حملها»، فحملها صفوان⁽³⁾.

وكذلك عليه مؤنة ردّها؛ لوجوب تسليم العارية لصاحبها، أي: ما لا يتم الواجب
إلا به فهو واجب⁽⁴⁾. وقيل: مؤنة الرد على المعير؛ لأنه صنع معروفاً فلا يأخذ عليه

(1) الذخيرة: 209/6.

(2) المقدمات: 474/2، الذخيرة: 219/6.

(3) أخرجه البيهقي في قسم الصدقات، باب من يعطى من المؤلف.

(4) الذخيرة: 219/6.

أجراً؛ ولأن منفعة الردّ تختصّ به بخلاف النقل إلى المستعير⁽¹⁾.
ويكون العلفُ وهي عند المستعير عَلى رَبِّهَا، لا على المستعير. وقيل: على المستعير؛ لأن رَبِّهَا فعل معروفٌ فلا يليق أن يشدّد عليه⁽²⁾. والقولان ذكرهما الشيخ خليل بلا ترجيح. والمعتمد أنّ علفها على رَبِّهَا⁽³⁾.

ردّ الأرض المستعارة:

إذا غرس المستعير وبنى في الأرض المستعارة، ثمّ انقضت المدة المؤقتة، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غرسه وبنائه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً إذا كان ممّا له قيمة بعد القلع، وسواء شرط ذلك في العقد أو لم يشترط. والدليل على مطالبة المستعير بإخلاء الأرض⁽⁴⁾:

أ - القياس على كراء الدار؛ أنّ المستعير إذا ردّ العارية مشغولة بملكه وجب أن يؤخذ بإزالته عنه، أصله إذا ردّ الدار وفيها متاع.

ب - أنّ ما هو من موجب الشيء لا يحتاج إلى شرط، ومن موجب العارية أن يردّها فارغة ليتمكّن المالك من الانتفاع بها.

ج - أنّ عدم إخلاء المستعير الأرض من بنائه وغرسه هو من معنى تبقية بعض العارية في يده؛ لأنّ موضع الغراس أو البناء لا يمكن للمالك أن ينتفع به، ولا أن يغرس فيه شيئاً، ولا أن يبني فيه، فصار كمن استعار متاعاً ثمّ ردّ بعضه وبقي البعض في يده، فيلزمه ردّه.

د - أنّه داخل على النقص والقلع عند حلول الأجل.

ميراث العارية:

إذا استعار أرضاً عشر سنين ثم مات، فورثته بمنزلته، قبض أم لا؛ لأنّه حق له بالعقد؛ وإن مات المعير قبل القبض بطلت العارية، وذلك قياساً على الهبة، كما سيأتي في بابها إن شاء الله.



(1) الذخيرة: 219/6.

(2) بلغة السالك: 208/2.

(3) بلغة السالك: 208/2.

(4) الإشراف: 623/2، وبداية المجتهد: 346/2، والذخيرة: 214/6.

الغضب والتعدي والاستحقاق

الغضب

تعريف الغضب لغة:

الغضب لغة أخذ الشيء ظلماً؛ أي: بغير رضا صاحبه، عيناً أو منفعة. يقال: غضبه منه وغلبه عليه سواء. والاعتصاب مثله. فمعنى الغضب لغة أعم منه شرعاً⁽¹⁾.

تعريف الغضب اصطلاحاً:

قال ابن الحاجب رحمته الله: الغضبُ أخذُ مالٍ قهراً تعدياً بلا جِزَاةٍ.

فقوله: «أخذ مال» فأخذ جنس يشمل الغضب وغيره، كأخذ إنسان ماله من مودع أو مدين أو غير ذلك. وهو من إضافة المصدر لمفعوله والفاعل محذوف: أي: أخذ آدمي مالاً. أي: استيلاء عليه. وليس الأخذ الحسي بالفعل لازماً، بل متى حال الظالم بين المال وربه، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه فيه ربه كان غاصباً.

والمقصود بالمال الذات، فخرج به التعدي وهو الاستيلاء على المنفعة فقط، كسكنى دار وركوب دابة، ومن استيلاء على ذات الدار أو الدابة، أي: ولم يكن قاصداً تملك الذات، وإلا كان غصباً. ولذلك قال ابن عرفة في تعريفه: أخذ مال غير منفعة.

وقوله: «قهرأ» خرج به الأخذ اختياراً، كان المأخوذ مال نفسه، كأخذ الدين من المدين والوديعة من المودع؛ أو كان المأخوذ مال المأخوذ منه كالسلف والهبة؛ أو كان المأخوذ شامل لهما كالعارية، ففيها أخذ المستعير من المعير، وأخذ المعير من المستعير.

وخرج به السرقة والاختلاس والخيانة، فإن السارق حال الأخذ لم يكن معه قهر ومثله المختلس والخائن، وإن كان معهم تعدً. والسارق هو الذي يأتي خفية ويذهب خفية؛ والمختلس هو الذي يأتي خفية ويذهب جهرة؛ والخائن هو الذي يأتي جهرة ويذهب جهرة.

وقوله: «تعدياً» خرج به أخذ ما ذكر من العارية والدين والوديعة والرهن والزكاة

من ممتنعين قهراً؛ لأنه أخذ قهراً بحق، حيث أنكر أولاً من هي عنده، أو من غاصب قدر عليه وأخذ شئته من عنده ونحوه كالمتعدي على المنفعة.

وذكر الشيخ الدسوقي أن ما يخرج بقيد التعدي أيضاً أخذ الأب الغني وكذلك الجد من مال ابنه قهراً عنه، فلا يسمى غصباً؛ لأن المتعدي من لا شبهة شرعية له في الأخذ، والأب والجد لهما شبهة، لما روي عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي؛ فقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»⁽¹⁾؛ وحينئذ فلا يحكم لذلك بحكم الغصب، وهو الحرمة والأدب. واعترض عليه الشيخ عليش بأن الإمام مالك نص على حرمة أخذ الأب مال ولده بغير رضاه، وأن الحاكم يؤدبه بغير الحبس⁽²⁾. وتقدم في باب الفلس.

وبقيت الحرابة، فأخرجها بقوله: «بلا حرابة». ووجه إخراجها أنها أخذ المال على وجه يتعدّر معه الغوث، وأحكامها مخالفة لأحكام الغصب من الجملة؛ لأن المحارب يقتل أو يصلب أو يقطع من خلاف أو ينفي من الأرض، وليس كذلك الغاصب.

واعترض ابن عبد السلام تعريف ابن الحاجب هذا بأن فيه تركيباً، وهو توقّف معرفة الحدّ على معرفة حقيقة أخرى ليست بأخص ولا أعم بل مباينة، أي: فلا يعرف الإنسان مثلاً بأنه حيوان غير فرس، فهذا التعريف من حقيقتين متباينتين وهو معيب عندهم، فلو قال بدله: بلا خوف قتل، لسلم من التركيب. ويجاب بأن هذا تعريف رسمي لا حدّ حقيقي، فيكون فيه ما يشعر بتمييز المحدود عن غيره. والتركيب معيب دخوله في الحدود لا في الرسوم.

والمراد بالأخذ: الاستيلاء عليه ولو لم يأخذه بالفعل، فمن استولى على مال شخص بأن منع ربه منه ولو لم ينقله من موضعه فهو غاصب.

حكم الغصب:

الغصب حرام، ودليل حرمة النصوص الواردة في الوعيد على الاعتداء على أموال الناس واغتصابها بدون وجه حق، وقد بلغت هذه النصوص من الكثرة والقطع بورودها ودلالاتها، حتى ارتفعت بها حرمة الغصب إلى ما هو معلوم من الدين بالضرورة. ومن الأدلة على ذلك ما يلي⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرْدَتْ أَنْ أُضَيَّبَهَا وَكَانَ

(1) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب ما للرجل من مال ولده. وقد اختلف في تصحيح الحديث.

(2) حاشية الدسوقي: 3/442.

(3) المقدمات: 2/487، والجامع لأحكام القرآن: 6/47، والذخيرة: 8/256.

وَرَأَاهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا ﴿٧٨﴾ [الكهف: 79]. ووجه الاستدلال أن قول الرجل الصالح ورد في سياق الذم لفعل الملك الظالم.

ب - قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّمَدُّونَ﴾ [المائدة:

2]. والعدوان الظلم. وهو عام في العدوان على النفس والأموال وسائر الحقوق.

ج - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالتَّبْطِيلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

د - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالتَّبْطِيلِ وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْمَعْكَارِ إِن تَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 188]. والمراد بالأكل بالباطل في الآيتين الانتفاع والاستيلاء والأخذ لمال الغير بنية التملك والانتفاع به. والمعنى: لا يأخذ بعضكم مال بعض بالباطل، أي: بما لا يحلّ شرعاً؛ لأنّ الشرع نهى عنه ومنع منه وحرّم تعاطيه⁽¹⁾.

هـ - قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ ﴿١﴾ الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ﴿٢﴾ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزِنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴿٣﴾﴾ [المطففين: 1 - 3]. فإذا كان هذا الوعيد الشديد لمن طقف في المكيال والميزان، فكيف بمن اقتطع الجميع وأخذه.

و - عن سعيد بن زيد قال، قال النبي ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً، فإنه يطوّفه يوم القيامة من سبع أرضين»⁽²⁾.

ز - عبد الله بن عمر، قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «ألا أيّ شهر تعلمونه أعظم حرمة؟» قالوا: ألا شهرنا هذا. قال: «ألا أيّ بلد تعلمونه أعظم حرمة؟» قالوا: ألا بلدنا هذا. قال: «ألا أيّ يوم تعلمونه أعظم حرمة؟» قالوا: ألا يومنا هذا. قال: «فإن الله تبارك وتعالى قد حرّم عليكم دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم إلا بحقها، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا، ألا هل بلغت ثلاثاً؟ كلّ ذلك يجيبونه: ألا نعم. قال: «ويحكم أو ويلكم، لا ترجعنّ بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض»⁽³⁾.

ح - عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرّم عليه الجنة» فقال له رجل وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: «وإن قضياً من أراك»⁽⁴⁾.

(1) أحكام القرآن: 97/1، والتحرير والتنوير: 24/5.

(2) البخاري في بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(3) أخرجه البخاري في الحدود، باب ظهر المؤمن حمى.

(4) أخرجه مسلم في الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار.

ط - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كلّ المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»⁽¹⁾.

ومن استحلّ الغصب والتعدي على أموال الناس، وقال: إنّ ذلك حلال جائز، فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب وإلا قتل كفراً⁽²⁾.

ويستوي في حكمه جميع المسلمين من القرابة والأجنبيين. كما يستوي فيه الذمي، فيحرم على المسلم غصب مال الذمي، والدليل⁽³⁾: عن صفوان بن سليم، عن عدة من أبناء أصحاب رسول الله ﷺ، عن آبائهم ذنية، عن رسول الله ﷺ قال: «ألا من ظلم معاهداً، أو انتقصه، أو كلّفه فوق طاقته، أو أخذ منه شيئاً بغير طيب نفس، فأنا حجيجه يوم القيامة»⁽⁴⁾.

فمن أراق خمر ذمي أو أتلف عليه خنزيراً، فعليه القيمة، والدليل⁽⁵⁾:

أ - القياس على ثوبه؛ لأنّه أتلف عليه ملكاً له.

ب - القياس على ما يصحّ تملكه للمسلم؛ لأنّه أتلف عليه ما يعتقده مالاً له، فوجب عليه أن يضمن قيمته، أصله إذا أتلف عليه ما يصحّ تملكه في حقّ المسلم.

ج - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه كتب إليه عمّاله يسألونه عن الذمي يمرّ بالعاشر ومعه خمر، فكتب إليهم: يبيعوها وخذوا منهم العشر من أثمانها. ولم يخالفه أحد⁽⁶⁾. وفعله يدلّ على أنّ الخمر المملوك للذمي متمول له.

د - أنّ حفظ ماله والكفّ عن إتلافه مستحقّ علينا بعقد الدّمة كاستحقاقه في حفظ نفسه، فلمّا كانت نفسه مضمونة بالإتلاف فكذلك ماله.

تأديب الغاصب:

لم يرد في الغصب حدّ مخصوص، وإنما فيه الأدب والسجن. ووجه ذلك حتى يرتدع الناس عن حرّات الله تعالى، ولا يسقطه عن الغاصب عفو المغضوب عنه⁽⁷⁾.

فيؤدّب الغاصب المميّز ولو صبيّاً، بما يراه الحاكم لحقّ الله، ولو عفا عنه المغضوب منه. ويؤدّبه بضرب أو سجن أو بهما معاً أو مع نفي؛ فإنّ الغاصب قد يكون

(1) أخرجه مسلم في البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم.

(2) المقدمات: 488/2، والذخيرة: 258/8.

(3) المقدمات: 490/2، والذخيرة: 269/8.

(4) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة، باب تعشير أهل الدّمة.

(5) الإشراف: 631/2، والمعونة: 1220/2، والذخيرة: 278/8.

(6) نقله القرافي عن أبي عبيد في كتاب الأموال.

(7) المقدمات: 490/2.

مشهوراً بذلك، ذا بغية وطغيان وقد لا يكون كذلك، وقد يكون كبيراً وقد يكون صغيراً؛ فالحاكم له النظر في ذلك.

وقيل: إن الصبي المميز لا يؤدّب لأنه غير مكلف، والدليل⁽¹⁾: ما رواه علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁽²⁾. فذكر الصبي حتى يحتلم. ووجه الاستدلال أن معنى الرفع رفع الإثم والحرَج فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا ارتفع الإثم والحرَج سقط عنه التعزير والأدب.

ويرد على هذا القول بأن تأديبه لإصلاح حاله وتهذيبه نفيًا للفساد بين العباد لا للتحريم⁽³⁾، كما يؤدّب للتعليم وكما يؤدّب الدابة، لذلك فإن الصبي إذا قصد التخليط في القرآن أو غيره عمدًا، ولم يمثل بمجرد النهي، فلا شك أنه يؤدّب لإصلاح حاله، فكذا إذا غضب.

وأما الصبي غير المميّز، أي: الصغير الذي لا يعقل فلا يؤدّب، ومثله المجنون. وهما يتصوّر منهما الغضب. وأما الضمان، فالمذهب أن الصبي غير المميّز والمجنون يضمنان المال الذي يتلفانه في مالهما، والدية بسبب جنايتهما على عاقلتهما، إن بلغت الثلث فصاعدًا وإلا ففي مالهما. وأن التمييز - للصغير - لا يحدّ بسنّ، فقد يكون ابن سنة، وقد يكون ابن أكثر. ومحلّ ضمان الصغير المميّز وغير المميّز لما أفسده من المال إن لم يؤمن عليه، وإلا فلا ضمان. وسيأتي في الجراح أن عمده كالخطأ، فيكون على عاقلته إن بلغ ثلث ديته، وإلا فلا⁽⁴⁾.

كما يؤدّب من ادعى الغضب أو السرقة أو نحوهما على صالح مشهور بالصلاح لا يشار إليه بهذا، وفي النوادر: «إنما يؤدّب المدعي على غير المتهم بالسرقة إذا كان على وجه المشاتمة، أما على وجه الظلامة فلا». وإنما يؤدّب إذا كان على وجه المشاتمة لأنه جناية على عرضه، مع تكذيبه بظاهر الحال⁽⁵⁾.

وأما مستور الحال فلا أدب على المدعي عليه. وهل يحلف ليبراً من الغرم أو لا يمين عليه؟ قولان.

(1) المقدمات: 490/2.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدًا، والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحدّ، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير. وعلقه البخاري موقوفًا على علي بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق.

(3) الذخيرة: 271/8.

(4) المقدمات: 490/2، وحاشية الدسوقي: 443/3.

(5) الذخيرة: 263/8.

وأما من يشار إليه بذلك ولم يشتهر به، فلا أدب على المدعي عليه، ويحلف ليبراً، فإن نكل حلف المدعي واستحق.

فإن اشتهر بالعداء بين الناس فإنه يحلف ويهدد ويضرب ويسجن، فإن استمر على جحوده ترك. وإن اعترف بعد التهديد فهل يؤخذ بإقراره أو لا يؤخذ؟ في ذلك ثلاث أقوال: قيل: يؤخذ بإقراره مطلقاً، وقيل: إن عيّن الشيء المدعى به أخذ بإقراره وإلا فلا، والثالث هو المعتمد وقول ابن القاسم في المدونة: إنه لا يؤخذ بإقراره ولو عين الشيء لأنه مكره.

ما يجب على الغاصب:

يجب على الغاصب أمور:

1 - ردّ ما غصبه إلى صاحبه، إن كان لم يفت بتغيير أو تلف. ولا ضمان في ذلك، ولا يؤثر في الضمان تغيير الأسواق، بزيادة ولا نقصان⁽¹⁾.

2 - فإن فات المغصوب فعليه الضمان. وسيأتي ذكر ما يكون به فوات المغصوب. ودليل وجوب الضمان على الغاصب بفوات والتلف⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْعُونَ فِي الْأَرْضِ بِعَيْرِ الْحَقِّ أُكْلَهُمْ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤٢﴾﴾ [الشورى: 42]. والغاصب ظالم فعليه السبيل في ضمان ما اغتصب إذا فات.

ب - قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا﴾ [الشورى: 40].

ج - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194].

د - عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽³⁾. وحرف «على» من حروف الإيجاب⁽⁴⁾. فإن لم تؤده وجب ضمانه.

هـ - وعن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها؛ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طعام بطعام، وإناء بإناء»⁽⁵⁾.

(1) المتقى: 273 / 6.

(2) المعونة: 1221 / 2، والذخيرة: 327 / 8.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، حديث 1266؛ وابن ماجه في الصدقات، حديث 2400. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(4) المقدمات: 369 / 2.

(5) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

و - القياس على القصاص في النفس والأعضاء، في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: 179]، بعلة الردع؛ لأنّ القاتل أو الجاني إذا علم أنّه يفعل به مثل ما فعل ارتدع عن فعله وانزجر، خيفة أن يقتص منه، وإلا اجتراً الناس بعضهم على بعض، فكان في ذلك حياة النفوس؛ فكذلك الجناية على الأموال، لو لم يجب فيها البذل لاجتراً الناس بعضهم على بعض.

وسواء - في وجوب الردّ أو الضمان - كان الغاصب مميّزاً أو غير مميّز، ويتعلّق الحكم في الصبي بوليّه؛ وسواء كان مسلماً أو ذمياً، والدليل: حديث سمرة المتقدّم. ووجه الاستدلال منه أنّ عام⁽¹⁾.

أمّا الحربي فإنّه لا يضمن المغضوب في القضاء، أمّا في الفتيا فالمشهور مخاطبته بفروع الشريعة، فيضمن عند الله تعالى.

3 - أن يتحلّل الغاصب المسلم من المغضوب منه، وأن يتوب إلى الله تعالى.

أركان الضمان⁽²⁾:

الأول: الموجب: وهو أسباب الضمان، وهي ثلاثة:

1 - التفويت مباشرة؛ وحدّ المباشرة اكتساب علة التلف، وهي ما يقال عادة: حصل الهلاك بها من غير توسط.

2 - التسبب. وهو ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، كحفر بئر في محلّ عدوان فتردّى فيه بهيمة أو غيرها.

3 - اليد غير المؤمّنة. فيندرج في اليد غير المؤمّنة: الغاصب، والمتعدّي، والمستام إذا تلف تحت يده. وهي خير من قولهم: اليد العادية؛ لأنها لا تعمّ.

الثاني: الواجب عليه: وهو كلّ آدمي تناوله عقد الإسلام والذمة.

الثالث: الواجب فيه: وهو الأموال؛ لأنها متعلّق الأغراض. فما لا مالية له لا حرمة له، ولا يوجب الشرع اختصاصه بأحد، فلا يتصور الغصب. وعدم المالية إمّا شرعاً فقط كالخنزير للحقارة الشرعية أو الأدمي للشرف، وهذا من الأعيان؛ وكروث البهائم للحقارة الشرعية أو الأثمان للسرف، وهذا من المنافع. وإمّا شرعاً وعادة كالذباب من الأعيان، والاستغلال والاستصباح من المنافع.

الرابع: الواجب في الضمان: وهو المثل في المثلي، والقيمة في المقوم. وسيأتي الحديث عن ذلك.

تضمين الغاصب:

يتعلق وجوب الضمان بالغاصب بمجرد استيلائه على الشيء الذي غصبه، ولو بالحيلولة بينه وبين مالكة، ويضمن بالفعل إذا تلف.

وفائدة تعلق الضمان بالغاصب بمجرد الاستيلاء، اعتبار القيمة في المقوم يوم الاستيلاء إذا حصل مفوت، لا يوم الفوات⁽¹⁾. والدليل على أن الضمان يتعلق بيوم الغصب: حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²⁾. وحرف «على» من حروف الإيجاب⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم رتب وجوب الرد على وصف الأخذ، ولما كانت القاعدة الأصولية تقتضي أن ترتب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم، فإن وضع اليد لأخذ ملك الغير يكون سبباً لضمانه. كما إن الأصل أن تترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ، فيترتب الضمان حين وضع اليد، فلذلك ضمن بمجرد وضع اليد، ووجبت القيمة حيثئذ⁽⁴⁾.

ويكون التلف بأحد أمور:

- إذا أتلفه الغاصب.

- إذا تلف بسماوي.

- إذا جنى غيره عليه.

وسواء كان المغصوب عقاراً أو حيواناً أو غيرها، ولو انهدمت الدار أو مات الحيوان بسبب سماوي؛ أو قتل الحيوان لعداء منه بحيث لا يمكن التخلص منه إلا بقتله فيضمنه الغاصب. والدليل على أن العقار يمكن فيه الغصب⁽⁵⁾:

أ - عن سعيد بن زيد قال، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً، فإنه يطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين»⁽⁶⁾.

ب - أن حقيقة الغصب الحيلولة، وقد وجد في العقار.

والدليل على أن العقار يضمن بالغصب⁽⁷⁾:

أ - القياس على القبض في البيع؛ لأن كل معنى يضمن به المنقول من الأعيان،

فإنه يضمن به غير المنقول كالقبض في البيع.

ب - القياس على الإتلاف؛ لأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به

العقار كالإتلاف.

(1) حاشية الدسوقي: 443/3.

(2) سبق تخريجه.

(3) المقدمات: 369/2.

(4) الذخيرة: 262/8.

(5) الذخيرة: 257/8، والذخيرة: 285/8.

(6) سبق تخريجه.

(7) الإشراف: 630/2، والمتقى: 273/6.

ج - أن انتقال ضمانها للمشتري يكون بالقبض، فتكون قبالة لوضع اليد، فإذا كانت عدواناً فهو الغصب.

ترتب الضمان على غير الغاصب:

يترتب الضمان على غير الغاصب فيما يلي:

1 - كلّ أكلٍ من طعام مغصوب عَلِمَ بأنه مغصوب، فإنه يضمن لربه ما أكله، ولرَبِّه الرجوع عليه ابتداءً؛ لأنه بعلمه بالغصب صار غاصباً حكماً من حيث الضمان؛ كما يضمن الأكل غير العالم بالغصب إذا كان ملياً. وهذا إذا أعدم المُتَعَدِّي أو لم يقدر على تضمينه لظلمه، فإن كان الغاصب ملياً مقدوراً عليه بدئاً بتغريمه؛ لأنه المتعدي المسلط⁽¹⁾. فإن أعسر الأكل كما أعسر الغاصب اتبع أولهما يساراً، ومن أخذ منه لا يرجع على صاحبه. فإن كان الأخذ من الغاصب فظاهر أنه لا يرجع على الأكل لأنه المباشر للغصب؛ وأما إن كان الأخذ من الأكل فحيث أكل الجميع أخذ منه الجميع، وإن أكل البعض فبقدر أكله.

وأما من غصب حيواناً فذبحه، فهل الذبح موجب للضمان لأنه مفوت؟ وهو الذي درج عليه الشيخ خليل ورجح، وعليه فلربها تغريمه القيمة أو أخذها مذبوحة دون أرش ما نقصها الذبح، وخيرته - أي: المغصوب منه - تنفي ضرره، هذا هو المعتمد من المذهب، ونص ابن القاسم وفي المدونة: إن من غصب قمحاً فطحنه فهو مفوت وعليه مثل القمح، ومن أكل من شيء بعد فوته فلا غرم عليه. وهل يجوز بعد الفوات الأكل منه؟ الراجح في المذهب الجواز؛ ورجحه ابن ناجي تبعاً لصاحب المعيار، ولو علم الأكل أن الغاصب لا يدفع القيمة؛ لأن دفع العوض واجب مستقل، لكن قال الشيخ الدردير في الشرح الكبير⁽²⁾: ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه، أي: لكونه من الشبهات وفي الحديث: عن النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الحلال بين والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعها؛ ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب»⁽³⁾، فمحل الاستدلال قوله: «فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه». وعلى القول بالجواز أفنى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها

(1) الذخيرة: 272/8.

(2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 446/3، وبلغه السالك: 210/2.

(3) أخرجه البخاري في الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه؛ ومسلم في المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، واللفظ للبخاري.

الغاصب للجزارين فذبحوها؛ لأنه بذبحها ترتب القيمة في ذمة الغاصب. والحاصل أنّ الحرام لا يجوز قبوله، ولا الأكل منه، ولا السكنى فيه، ما لم يفت عند الظالم وتتعين عليه القيمة، وإلا جاز على الأرجح، ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه.

2 - حَافِرٌ يَثْرُ تَعَدِيًّا، بأن حفرها في طريق الناس أو في ملك غيره بلا إذن، أو في ملكه بقصد الضرر، فتردّى فيها شيء فإنه يضمن، ولو لم يكن المتردّي مقصوداً بالحفر. وأمّا في ملكه بلا قصد ضرر أو في الموات كذلك فهدر.

3 - من أكره غيره على التلّف، وكذا من أغرى ظالماً على تلف شيء أو أخذه من ربه فإنه يضمن، ولو كان الذي أغرى الظالم قصد بذلك دفع الضرر عن نفسه؛ لأنه لا يجوز نفع نفسه بضرر غيره. والإكراه والإغراء سببان، لكن يقدر في الضمان المباشر كما سيأتي.

4 - من دلّ لصاً ونحوه، كظالم وغاصب ومكّاس على مال فأخذه أو أتلفه، فإنه يضمن وقدم المباشر.

ويقدر في الضمان المباشّر على المتسبب عند الإمكان، إذا اجتمعا، فيقدم المكره بالفتح - على المكره - بالكسر -، ويقدم الظالم على من دله أو أغراه على التلف ونحوه، ويقدم المتردّي في البئر على الحافر لها، تقديماً للمباشرة على السبب.

5 - من فتح جزراً على حيوان طيراً أو غيره. والدليل على ذلك⁽¹⁾: أنه بالفتح تسبب في طيران الطير وإتلافها على صاحبها، ولولاه لم يكن لها سبيل إلى ذلك لأنه لا اختيار لها حتى تقدّم المباشرة على السبب، فوجب عليه الضمان.

6 - من فتح على عسل وسمن، من المائعات أو من الجامدات، وتلف أو ضاع منه شيء.

فإن كان الفتح المذكور بمصاحبة ربّ الحيوان والمائع والجامد وعلمه، فلا ضمان على الفاتح؛ إن أمكن لربّه حفظه. فإن لم يمكنه كطير فتح عليه أو سائل كماء وعسل فيضمن، إذ لا يمكن عود ما ذكر عادة.

ودليل ضمان المتسبب: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42]. والمتسبب ظالم، فيكون عليه السبيل، ويندرج الغرم في عموم السبيل فيغرم⁽²⁾.

ضمان المثل في المثلي:

المثلي ما يكال أو يوزن أو يعدّ. ويكون الضمان فيه بدفع مثله. ودليل وجوب

(1) الإشراف: 631/2، والمعونة: 1220/2، والذخيرة: 287/8.

(2) الذخيرة: 260/8.

المثل في المثليات⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194] وتسمية المقابلة بالمثل اعتداء هو من باب المجاز ومقابلة الكلام بمثله، والمقصود المكافأة.

ب - ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا يَمِثِلْ مَا عُوِقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: 126].

ووجه الاستدلال من الآيتين أن الله تعالى أباح مقابلة العدوان بمثله، ولما كان إتلاف مال الغير اعتداء عليه، فيقابله الدفع بمثله.

ج - أن الغرض من المثليات - كالقمح والدنانير- أمثالها لا أعيانها⁽²⁾. ولا تلزم القيمة في المثليات؛ لأن القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة؛ لأنها ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديلها بالمتلف، فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه، فكان كلاجتهاد مع وجود النص إذ لا فائدة فيه⁽³⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مْتَعِدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ﴾ [المائدة: 95]. فأمر بالمثل في النعم، وهي ليست من المثليات، بل من المقومات لأن أفراد الحيوان لا يماثل بعضه بعضاً. والجواب: أن المراد المثل في الصفة دون المالية والمقدار، والمطلوب هنا في الغصب حفظ المالية؛ ألا ترى أن النعمة يحكم فيها في صيد الحرم ببدنة، وهي بعيدة جداً من ماليتها ومقدارها.

وما روي عن أنس أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام، قال: فضربت بيدها فكسرت القصعة. فأخذ النبي ﷺ الكسرتين، فضم إحداها إلى الأخرى، فجعل يجمع فيها الطعام ويقول: «غارت أمكم كلوا» فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته⁽⁴⁾. وعن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها؛ فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»⁽⁵⁾.

(1) عارضة الأحوذى: 113/6، والقرطبي: 276/1.

(2) الإشراف: 627/2. (3) المعونة: 1212/2.

(4) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

(5) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

وفيه من أنه أمر بردّ قصعة بدل المكسورة، والقصعة من المقومات يكون فيها القيمة. والجواب عنه: أنّ البيتين لرسول الله ﷺ والمال ماله، والقصعتين له، فليس هذا من باب الضمان، بل من باب جبر القلوب وسياسة العيال وتسكين ثورة الغيرة⁽¹⁾. وخالف ابن العربي فقال بإمكان تماثل القصاص، حتى إنه لا يفرّق بينها، ويعرف ذلك بالمشاهدة، ولذلك أمر النبي ﷺ بقصعة بدل المكسورة⁽²⁾.

والأصل ردّ العين المغصوبة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»⁽³⁾. والمثل أقرب للأصل، لجمعه بين الجنسية والمالية⁽⁴⁾.

ويكون الضمان ولو بَعْلَاءٍ، فإذا غضبه وهو يساوي عشرة وحين التضمين كان يساوي خمسة أو عكسه، أخذ بمثله ولا ينظر للسعر الواقع. والغاصب أحقّ بالحمل عليه.

وإذا انقطع المثلي كفاكهة، وكان قد غضبها في إبانها ثم انعدمت، فإنه يصبر وجوباً ويقضى عليه به، إلى وجُوده في القابل. كما يصبر للبلد الذي غضبه فيه فيوفيه مثله فيها، ولو كان الشيء المغصوب مع الغاصب في غير بلد الغضب؛ لأن نقله لبلد آخر فوت يوجب رد المثل لا عينه. ولهُ أَخْذُ ثَمَنِ المثلّي من الغاصب في هذا البلد إنْ عَجَّلَ دفع الثمن، وإلا منع لما فيه من فسح دين في دين، وليس له أخذ عين شيئه حيث وجده معه؛ لأنه قد فات بنقله، فليس له إلا مثله في بلد الغضب إذا لم يرض الغاصب بدفعه له. قال الخرشي: «واعلم أن هنا أمرين الأول: أن النقل في المثلي فوت وإن لم يكن فيه كلفة، وأما في المقوم فإنما يكون فوتاً إذا احتاج لكبير حمل كما يأتي، وعلى هذا فالمغصوب مخالف للمبيع بيعاً فاسداً؛ إذ المبيع بيعاً فاسداً إنما يفوت بنقل فيه كلفة سواء كان مثلياً أو مقوماً. الثاني: أن فوت المثلي يوجب غرم مثله، وفوت المقوم لا يوجب غرم قيمته بل يوجب التخيير» وإذا أوجب فوت المثلي غرم المثل، فليس لرب المغصوب أن يلزم الغاصب ردّ ما صاحبه في غير بلد الغضب إلى بلده.

وله منع الغاصب من التصرف في المغصوب ببيع أو غيره، إذا وجده معه ببلد آخر وإن كان ليس له أخذه لفواته؛ فله منعه من التصرف فيه لأجل أن يتوثق منه بمثل رهن يأخذه منه أو حميل، خشية أن يضيع حق ربه.

ومثله المقوم حيث احتاج لكبير حمل ولم يأخذه بل اختار أخذ قيمته. وإذا منعه للتوثق فتصرفه فيه مردود. ويؤخذ منه أنه لا يجوز لمن وهب له قبوله ولا التصرف فيه بأكل أو غيره، حتى يعطى لصاحبه المثل أو القيمة. ومنه يؤخذ منع الأكل من مغصوب فات.

(1) المنتقى: 272/6، وعارضة الأحوذى: 114/6، والذخيرة: 287/8.

(2) عارضة الأحوذى: 114/6.

(3) سبق تخريجه.

(4) الذخيرة: 287/8.

ويلزم الغاصب قيمته أو مثله حيث علم أنه لا يرد القيمة أو المثل لربه، قال بعضهم: بل ولو علم أنه يردها حتى يرد بالفعل وبه جزم بعضهم؛ ومقتضي ما لابن القاسم والمدونة الجواز ورجح وقد قدمناه وعليه فالورع تركه.

ضمان القيمة في المقوم:

يضمن الغاصب القيمة في المقوم من عرض أو حيوان، والقيمة فيما ألحق بالمقوم من المثليات. والدليل على أن المقوم تضمن فيه القيمة لا المثل⁽¹⁾:

أ - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه نصيب شريكه» الحديث⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنه ألزمه في العبد القيمة دون المثل، وقد اعتبر هذا الحديث أصلاً في اعتبار القيمة في كل ما قصدت أعيانه من العروض والذهب والفضة والحيوان.

ب - تقدم أن الأصل رد العين المغصوبة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽³⁾، فإذا تلفت فالمثل أقرب للأصل، لجمعه بين الجنسية والمالية. والمثل على قسمين: مثل من طريق الصورة، ومثل من طريق المعنى، فلما كانت المكيلات والموزونات والمعدودات في الأكثر يتأتى فيها المثل في الصورة، ويقوم كل فرد من ذلك الجنس مقام الآخر؛ لأنه لا يتعلق الغرض بخصوص الأفراد بل بالجنس، وجب أخذ المثل فيها لأنه الأصل. ولما كان المثل في العروض والحيوان يتعدّر؛ لأن أفراد العروض والحيوان لا يماثل بعضها بعضاً ولا تتساوى بل تتباين، وأن الغرض منها أعيانها أو أثمانها، والعين منها لا تقوم مقام عين أخرى، وجب الانتقال إلى المثل في المالية، فوجب أن تقوم قيمتها عوضاً عنها. فالقيمة تأتي عند تعدّر المثل؛ لأنها ليس فيها إلا المالية، ولأن المثلي حسي قطعي، والقيمة ظنية اجتهادية، والقطع مقدم على الظن. وعلى كل فالمثل أولى إذا لم يفوت غرضاً، والقيمة أولى حيث يتعلق الغرض بخصوص الهالك، فكان إيجاب المثل في المثليات والقيمة في غيرها أعدل وأجمع للأحاديث وأوفق للأصل، وهي طريقة المذهب المالكي.

وما يلحق بالمقوم من المثليات إذا فات عند الغاصب، كغزل وحلبي وأنيبة من معدن، فإنها إذا فاتت بنسج ونحوه أو بكسر أو صياغة أخرى، وأولى إن ضاعت ذاتها، فإنه لا يأخذ مثلها بل يأخذ قيمتها يوم غصبها؛ لأن المثلي إذا دخلته صنعة لزم فيه

(1) الإشراف: 627/2، والمعونة: 1212/2، والمنتقى: 272/6، وعارضة الأحوذى: 113/6، وبداية المجتهد: 349/2، والذخيرة: 287/8.

(2) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب من أعتق شركاً له في مملوك؛ والبخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين؛ ومسلم في العتق.

(3) سبق تخريجه.

القيمة، فقولهم: المثلي ما حصره كيل أو وزن أو عدّ ولم تتفاوت أفراده؛ يقيد بما إذا لم يكن أصله مثلياً ودخلته صنعة، فإن كان كذلك فهو مقوم.

وتعتبر القيمة يوم الاستيلاء على المغصوب. ولا يراعى ارتفاع الأسواق وانخفاضها؛ لأنّ القيمة متعلّقة بالذمة تعلقاً منبرماً حين الغصب⁽¹⁾. كما لا يراعى القيمة يوم الحكم؛ لأنّ الحكم معلق بذمة الغاصب يوم الغصب لا بالحكم، إذ كطالبة الحاكم إنّما هي بأمر قد تقدّم وجوبه، وإنّما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت ذمته به⁽²⁾.

ويضمن الغاصب القيمة وإن كان المغصوب جلد مئّنة لم يُدبّع، وأولى إن دبّع؛ أو كان كلباً مأذوناً فيه، وهو كلب الصيد أو الماشية أو الحرائث. وفوته على أربابه يكون بقتله وما في معناه، فيلزمه قيمته ولو كان قتل الغاصب له بسبب عداته عليه ولو لم يقدر على دفعه عنه إلّا بالقتل لظلمه بغصبه، فهو المسلط له على نفسه، والظالم أحقّ بالحمل عليه⁽³⁾. والدليل على ضمان القيمة للكلب بقتله⁽⁴⁾:

أ - القياس على سائر الأعيان بعلة الانتفاع بها، أي: لأنّه عين مأذون في اتخاذها للانتفاع بها، فوجب إذا تلف على صاحبها أن يلزم القيمة متلفها كسائر الأعيان.

ب - القياس على البازي بعلة جواز الاصطياد به، أي: لأنّه بهيمة يجوز الاصطياد بها كالبازي.

ج - أنّه لا يلزم من عدم جواز بيع ما ذكر عدم أخذ القيمة بل تتعين فيها القيمة قياساً على الغرة في الجنين، وإن كان لا يجوز بيع الجنين. وهو قياس يشمل جلد الميتة غير المدبوغ. وهو مبني في الكلب على القول بعدم جواز بيعه، كما تقدّم في البيع.

وأما الكلب غير المأذون فيه فلا قيمة له.

ما يوجب الفوات في المثلي والمقوم:

يوجب فوات المثلي غرم مثله. وأمّا فوات المقوم فلا يوجب غرم قيمته، وإنّما يوجب تخيير المغصوب منه بين أخذه وأخذ قيمته⁽⁵⁾.

حكم الخطأ في الجناية على الأموال:

ومثل الغاصب من أتلف أو عيّب خطأ، فإنه يضمن؛ والدليل: الإجماع على أنّ العمد والخطأ في أموال الناس سواء⁽⁶⁾.

(2) المعونة: 2/ 1212.

(4) الإشراف: 2/ 563.

(6) الذخيرة: 8/ 269.

(1) المعونة: 2/ 1213.

(3) بلغة السالك: 2/ 213.

(5) حاشية الدسوقي: 3/ 445.

ما يفوت به المغصوب المثلي والمقوم:

يفوت المغصوب المثلي والمقوم بما يلي:

- بذهاب عينه بموت أو أكل أو شرب أو تلف ولو بسماوي كما تقدم.
- بتغيّر ذاته عند الغاصب بهزال أو عرج أو عور ونحوها، إن كان حيواناً.
- بنقله لبلد ولو لم يكن فيه كلفة إن كان مثلياً، ومع الكلفة إن كان مقوماً.
- بدخول صنعة في المغصوب كقطعة من ذهب أو فضة أو نحاس أو حديد صيغت حلياً أو آنية، وكطين جعل لبناً وأولى إذا بني به.

- بطحن لقمح، وعجن لدقيق، وخبز لعجين، فإنه فوات هنا. بخلافه في الربويات فلم يجعلوه ناقلاً، فمنعوا التفاضل بينهما كما تقدم احتياطاً للربا، وهنا احتاطوا للغاصب فلم يضيّعوا كلفة فعله عليه، وهو وإن ظلم لا يُظلم. وقال أشهب: إنه لا ينقل هنا كالربويات، والظالم أحق بالحمل عليه، وحينئذ فلو لم يفرط القمح المغصوب إذا طحنه الغاصب أخذه مطحوناً، ولا يلزمه أجره الطحن، وكذا إذا عجن الدقيق أو خبز العجين. قال الشيخ الصاوي: كلام أشهب وإن كان وجيهاً غير معول عليه، والمعول عليه الأول.

- يبذر لخب.

ومتى حصل فوات بما تقدم فليس لربه أخذه إن كان مثلياً، بل يتعين أخذ مثله إلا برضا الغاصب، إن أمكن ذلك، وأما مثل بذر الحب فلا يتأتى فيه ذلك. وإن كان مقوماً خيّر ربه بين أخذه أو أخذ القيمة يوم الغصب كما تقدم.

- يافراخ البيض بعد غصبه، فلربه مثل البيض لا الفراخ. يعني أنّ من غصب بيضاً فحضنته دجاجة وأفرخ، فعليه مثل البيض لربه، والفراخ للغاصب، لفوات البيض بخروج الفراخ منه. إلا إذا غصب الطير بأرض عند الغاصب ثم أفرخ، حصن الطير المغصوب بيض نفسه، فالطير وفراخه لربها؛ وأولى إن غصب الطير وبيضه.

- تخمر عصير بعد غصبه، فلربه مثل العصير لفواته بالتخمير. فإن تحلّل العصير عند الغاصب، ابتداء أو بعد تخمره، خيّر ربه سواء كان مسلماً أو ذمياً في أخذه خلاً أو مثل عصيره إن علم قدره، وإلا فقيمه؛ لأن المثلي الجزاف يضمن بالقيمة إذا فات. فقطعة الذهب إذا فاتت بالصياغة، والطين إذا لبن ونحوهما، إذا لم يعلم قدرهما فإنه يرجع للقيمة، ولا يرجع للمثل إلا إذا علم القدر وزناً وكيلاً أو عدداً، والطين مما يعلم قدره بالكيل بنحو قفة.

ولا حجة للغاصب في الصنعة، والدليل⁽¹⁾: قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي

(1) المتقى: 277/6، والذخيرة: 325/8.

له، وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٍّ»⁽¹⁾ قال الإمام مالك: «والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق». أي: فليس له حق بملك ولا انتفاع⁽²⁾.

ما يخيّر فيه المغصوب منه:

- يخيّر المغصوب منه بين أخذ المغصوب وأخذ قيمته. وذلك إذا فات المغصوب عند الغاصب بتغيير ذاته، ولو قلّ التغيير وكان يسيراً، ولو كان بأمر سماوي، كهزال دابة فأعلى، وحيثئذٍ له إن شاء الخيرة بين أمرين:

الأول: أخذه مع أرضٍ نُقصه. ووجه جواز هذا الاختيار أنّ الباقي السليم من التغيير عين ملكه، فله أخذه.

الثاني: أو تركه وأخذ القيمة يوم الغصب. ووجه جواز هذا الاختيار أنّ ذهاب الجلّ كذهاب الكل⁽³⁾.

وهذا في المقوم لا في المثلي؛ لأنّ له المثل في المثلي.

- يخيّر المغصوب منه إذا كان الشيء المغصوب أرضاً وبنى الغاصب عليها، أو غرس فيها شجراً⁽⁴⁾؛ بين أحد أمرين:

أحدهما: أن يأخذ ما غصب منه من الأرض وما فيها من بناء أو غرس، مع دفع قيمة نُقصه - بضم النون - أي: منقوضه، أي: قيمته منقوضاً. ووجه ذلك، أنّ تبقية الغرس والبناء غير مستحقّ للغاصب؛ لأنّه لا حرمة لعرق الغاصب، ولما كان ليس له إلا أن يأخذ ما ينقض من البناء ويقلع من الغرس، جاز للمغصوب منه أن يدفع قيمة ذلك فقط، إذا أراد أخذه، لما كان هو من له الحق في الاختيار⁽⁵⁾.

وتقدّر القيمة بعد إسقاط أجرة الكلفة إن كان شأن الغاصب لا يتولى هو ولا خدمه ذلك، مع تسوية الأرض كما كانت؛ فيقال: ما يساوي نقض هذا البناء أو الشجر لو نقض؟ فإذا قيل: عشرة، قيل: وما أجرة من يتولى الهدم وتسوية الأرض؟ فإذا قيل: أربعة، غرم للغاصب ستة، فإذا كان الغاصب شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم له المالك جميع العشرة. وهذا إن كان لما بني أو غرس قيمة بعد النقض، لا ما لا قيمة له كتراب وجصّ وزوقة في جدار بأحمر أو أخضر، فإن المغصوب منه يأخذها بلا شيء. والدليل على أنّه ليس للغاصب شيء فيما لا قيمة له⁽⁶⁾:

(1) أخرجه مالك مرسلًا عن عروة بن الزبير في الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات؛ ووصله أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج، باب في إحياء الموات؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات وقال فيه: حسن غريب. ووصله الترمذي أيضاً عن جابر، وقال فيه حسن صحيح.

(2) الذخيرة: 290/8.

(3) المنتقى: 32/6.

(4) المعونة: 1225/2.

(5) سيأتي حكم الزرع فيما يأتي.

(6) المعونة: 1225/2، والمقدمات: 494/2.

- أ - ما سيأتي من قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».
- ب - لأنّ في قلع ما لا قيمة له إضراراً بصاحب الأرض، من غير نفع يحصل له، فلا يمكن من ذلك.
- ثانیهما: أو أن يأمر الغاصب بتسوية أرضه بعد أن يهدم ما بناه أو يقلع ما غرسه. والدليل على ذلك⁽¹⁾:
- أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: 42]. والغاصب ظالم، فعليه السبيل في القلع والهدم.
- ب - قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق». قال الإمام مالك: «والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق». أي: فليس له حق بملك ولا انتفاع⁽²⁾.
- ج - عن يحيى بن عروة عن أبيه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، ففضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها. قال: فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس وإنما لنخل عم حتى أخرجت منها⁽³⁾.
- د - عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من بنى في رباغ قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقص»⁽⁴⁾.
- فالخيار للمغصوب منه وليس للغاصب مقال إن قال أريد عين مالي، ولا أريد قيمته؛ لأنّ عرق الغاصب لا حرمة له؛ ولأنّ المالك له أن يقول: لا أدعك تعور أرضي بإخرابها بقلع غراسها أو بنائها، وإحواجي إلى عمارتها⁽⁵⁾.
- وهذان الحديثان نصّ في الموضوع.
- هـ - عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽⁶⁾. وحرف «على» من حروف الإيجاب⁽⁷⁾.
- و - أنه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له غصباً، فوجب أن يلزمه ردّه كما غصبه.
- وقد استدللّ المخالف للمذهب بعدم الهدم والقلع بحديث: «لا ضرر ولا ضرار»، والجواب بأمرين⁽⁸⁾:

(1) الإشراف: 630/2، والمعونة: 1219/2، والجامع لأحكام القرآن: 201/6، والذخيرة: 327/8.

(2) المنتقى: 32/6.

(3) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات.

(4) أخرجه الدارقطني.

(5) المعونة: 1225/2.

(6) سبق تخريجه.

(7) المقدمات: 369/2.

(8) الذخيرة: 328/8.

أ - أن الحديث مشترك الدلالة؛ لأنّ منع المالك من أرضه إضرار به، بل هو أولى بالاعتبار لأنّه غير ظالم بخلاف الغاصب؛ فيحمل الحديث على نفي الضرر بغير حق.

ب - أن معارض بما هو أخصّ منه، وهو قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق». والأخصّ مقدّم على العام.

- يخيّر ربّ الشيء المغصوب إذا جنى على المغصوب أجنبّي، أي: غير الغاصب، فيخيّر بين أن يتبع الغاصب أو الجاني. فإن اتّبع الغاصب بقيمته يوم الغضب لأنه يوم وقت ضمان الغاصب، رجّع الغاصب على الجاني بقيمته يوم الجنابة لأنه وقت ضمان الجاني، قلّت عن قيمته يوم الغصب أو كثرت عنها والزائد يكون له، أي: للغاصب وقولهم: الشخص لا يربح في مال غيره، محلّه إن لم يكن تعلق بذمته.

وإن اتّبع الجاني بالقيمة يوم الجنابة فأخذ أقلّ من قيمته يوم الغصب، كما لو كانت قيمته يوم الجنابة عشرة ويوم الغصب خمسة عشرة، فأخذ من الجاني العشرة لأنها التي تلزمه، رجّع بالزائد فقط وهو الخمسة في المثال على الغاصب؛ لأن العشرة التي أخذها من الجاني كانت من حقّ الغاصب، فالأمر إلى أن الغاصب غارم للخمسة عشر التي هي القيمة يوم الغصب.

- يخيّر ربّ الشيء المغصوب بين هدم ما بناه الغاصب على شيء المغصوب، إذا كان عموداً أو خشبة أو حجراً، فيأخذ عين شيء بعد هدم ما عليه، وبين تركه وأخذ قيمته. والدليل على ذلك ما تقدّم في الباني والغارس غصباً.

- يخيّر رب المغصوب في تضمين الغاصب قيمة المغصوب إن وجد الغاصب في غير محلّ الغصب، بأن وجده في بلد أخرى غير بلد المغصوب. ولا يلزمه الصبر إلى أن يذهب لمحلّ الغصب، وهذا في المقوم، بخلاف المثلي فإنه يلزمه الصبر لمحلّه كما تقدم أن نقل المثلي فوت مطلقاً. وله أن يكلفه الرجوع معه لمحلّه ليأخذه بعينه، هذا إذا لم يجد المغصوب مع الغاصب، أو وجده معه واحتاج المغصوب في رجوعه لمحلّه ليكلفه، وله أخذه بلا أجره حمل له وخيرته تنفي ضرره. فإن وجده معه ولا كلفة على ربه في حمله ورجوعه لمحلّه أخذه بعينه، وليس له أن يلزمه القيمة. بخلاف المثلي فإنه يلزمه الصبر لمحلّه ولو وجده معه كما تقدم. وجاز أن يأخذ ثمنه بشرط تعجيله كما مر.

غلة المغصوب:

تكون غلة المغصوب لربّه إذا استعمله الغاصب أو أكراه، سواء كان دابة أو عقاراً من دور ورباع وأرض أو غير ذلك على المشهور. فالمغصوب إن كان عقاراً واستعمله الغاصب كانت غلته لربّه، فيلزمه أجرته إن سكن فيه أو أسكنه لغيره؛ ويلزمه أن يردّ ثمر النخل الذي أثمر عنده؛ وكذلك غلة الحيوان. ودليل كون الغلة مضمونة للمغصوب منه:

أ - الحديث المتقدم: «ليس لعزق ظالم حق». ووجه الاستدلال أنه ﷺ نفى أن يكون للظالم أي حق فيما يستولي عليه⁽¹⁾.

ب - عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»⁽²⁾. ومنافع المغضوب ملك لمالكها، فوجب أن لا تحلّ لغير مالكها إلا عن طيب نفس منه⁽³⁾.

ج - أن المنافع مملوكة للمغضوب منه؛ لأنها تبع للمغضوب في الملك إجماعاً، وإذا كانت مملوكة للمغضوب منه وجب أن تكون مضمونة له. وهذا الاستدلال من باب الاستدلال بالعلّة على المعلول، والعلّة هي ملكية المغضوب منه للمنافع⁽⁴⁾.
ويضمن غلّة الذات المغضوبة من يوم استعمالها.

وأما الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وفي رواية: قالت عائشة رضي الله عنها: «قضى رسول الله ﷺ أن الخراج بالضمان»⁽⁵⁾، فإنّ ظاهره يقتضي أنّ الغاصب يأخذ غلّة المغضوب بسبب أنه يضمنه، لكنّه لا يحمل على ظاهره، لوجوه:

الأول: أنّ المغضوب إذا لم يتغيّر ردّه الغاصب وبرئ من ضمانه، ولا يضمن إلا إذا هلك أو تغيّر وإلا فلا، فمعنى كونه ضامناً أي: على تقدير التغيّر، وإلا فلا ضمان. أي: فإن لم يكن تلف فالخراج لصاحب المغضوب.

الثاني: أنّ الحديث ورد في مشتر لعبد، فوجهه معيياً فردّه، فطلب البائع خراج عبده، فقال ﷺ ذلك. فعن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغلّ غلامي؛ فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»⁽⁶⁾. وعلى هذا يختصّ استحقاق الخراج بالضمان فيما فيه شبهة ملك، بخلاف العدوان الصرف فلا ينبغي أن يكون سبباً للملك، قال ابن العربي: «والحقّ أحقّ أن يتبع لا يجوز أن يلتحق مطيع بعاص، ولا ظالم بعادل. ولا حجة في عموم الحديث؛ لأنه ليس من قول النبي ﷺ، وإنما هو إخبار عن قضية في عين، فلا ترى حقيقة الحال لها، فإذا حصلت على صورة

(1) الجامع لأحكام القرآن: 201/6.

(2) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغضب، باب من لو غضب لوحاً، عن أنس.

(3) المعونة: 1219/8. (4) مفتاح الوصول: 130.

(5) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد فيستغله؛ والنسائي في البيوع، باب الخراج بالضمان؛ وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان. وقال في الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(6) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله.

بالإجماع لم تدخل تحتها أخرى إلا بالنظر، ولا نظر يلحق العاصي بالمطيع بحال⁽¹⁾.
 ويعني بقوله: لأنه ليس من قول النبي ﷺ، الرواية الموقوفة على عائشة رضي الله عنها⁽²⁾. فيفيد
 كلام ابن العربي قصر الحديث على المعنى الذي خرج عليه في البيع، أي: الضمان
 بوجه شبهة، ولم يلحق به الغضب. وهو أحد قولي الإمام مالك في المدونة⁽³⁾.

فإذا لم يستعمل الغاصب المغضوب فلا شيء عليه ولو فوت على ربه استعماله،
 فإذا عطله كدار غلقها وأرض بورها ودابة حبسها، فلا شيء عليه، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله ﷺ: «الخراج بالضمان». ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل خراج
 الشيء أي: منفعه لمن عليه ضمانه. وإذا كانت منافع الأعيان المضمونة للضامن،
 فكيف يضمنها وهي له؟. وذكر المستدلون بهذا الحديث أنه وإن كان إنما ورد في الرد
 بالعيب، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. لكن تقدم لنا قبل هذا ما يجعل
 الاستدلال به في هذه المسألة فيه نظر. لأن كون المعبر عموم لفظ الحديث لا
 خصوص السبب الذي ورد عليه لا يكفي لإلحاق الغاصب بالمشتري، فلا بد من
 ملاحظة المعنى الذي حكم به للمشتري بالخراج، وتحقيق وجوده في الغاصب؛
 والمعنى هو الملك وهو موجود في المشتري، وغير موجود في الغاصب، فلا سبيل إلى
 هذا الإلحاق؛ لأن موارد أحكام البيع تتناقض مع موارد أحكام الغضب.

ب - القياس على البضع؛ لأنها منافع لم تستوف من المغضوب فلم يضمنها
 الغاصب، أصله منافع بضع المرأة، وهو أن يحبس امرأة ويمنعها من التزويج وأخذ
 المهر ممن يرغب في تزوجها، حتى مضت مدة من الزمان، فإنه لا يضمن مهر مثلها.

ج - أن المنافع ليست مالا في نفسها، ولا تكون مالا إلا بعقد أو شبهة عقد
 كالإجارة الفاسدة فإن فيها أجره المثل، فلا تضمن بالفوات. والدليل على أن المنافع
 ليست مالا عدة أوجه منها: أحدها: أنها لا تقوم على المفلس. ثانيها: أنها لا تجب
 فيها الزكاة. ثالثها: أن الوصي لو توانى في عقار اليتيم لم يؤجره لم يضمن، ولو تسبب
 أو أهمل شيئاً من ماله ضمنه.

(1) عارضة الأحوذى: 28/6.

(2) لم تسلم طرق الحديث من نقد أئمة الحديث، ولكن مجموعها يجعل الحديث حسناً (انظر
 الإنحاف بتخريج أحاديث الإشراف: 3/1159).

(3) المقدمات: 504/2. ويذكر ابن رشد الجدة أن أهل العلم اختلفوا في الحديث، هل يحمل على
 عمومه أو يقصر على سببه؟ وبعد أن رجح القول بحمله على عمومه، ذكر خلافاً آخر وهو هل
 يحمل على عمومه في المشتري والغاصب، أو يقصر على المعنى الذي خرج عليه، وهو البيع؟
 والمرجح في المذهب ما ذكرناه.

(4) المعونة: 1217/2، والذخيرة: 281/8.

وروي عن الإمام مالك رواية أخرى أنه عليه كراء ذلك كله، وهو اختيار أشهب والوقار واللخمي، والدليل⁽¹⁾: حديث: «ليس لِعِرْقٍ ظالمٍ حق».

ويستثنى عند عدم الاستعمال إذا نشأت الغلّة من غير استعمال وتحريك الغاصب كلبن ونسل وصوف وثمر؛ فإنه للمغضوب منه، ويردّه الغاصب كله مع ما غضب، ويردّ فيما أكله مثله فيما له مثل، والقيمة فيما لا يقضى فيه بالمثل.

فإن فات المغضوب ولزمت القيمة، فعند الإمام مالك وعامة أصحابه أنّ ربّه يأخذ الغلّة وقيمة الذات المغضوبة. وقال ابن القاسم: لا غلّة له إذا أخذ القيمة، وهو المعتمد عند ابن رشد الجدد وابن عرفة. ووجهه أنّ القيمة لما استقرت في ذمة الغاصب يوم الاستيلاء كانت قد نشأت في ملكه. وقول الأول مبني على أنّ القيمة تثبت في ذمة الغاصب يوم التلف⁽²⁾. وعلى هذا فإن ماتت الأمهات وبقيت الأولاد، وما جزّ من الصوف، وما حلب من اللبن، خير ربّها إن شاء أخذ قيمة الأمهات ولا شيء له فيما بقي من ولد وصوف ولبن، ولا من ثمنه إن بيع؛ وإن شاء أخذ الولد والصوف واللبن إن وجد أو ثمن ما بيع منها، وما أكل الغاصب أو انتفع به من ذلك فعليه المثل فيما له المثل والقيمة فيما يقوّم، ولا شيء عليه في الأمهات.

ويكون للمغضوب منه ما صاده جارحه من كلب أو طير بعد غضبه، وللغاصب أجره عمله. وله ترك الصيد وأخذ أجرتهما من الغاصب. بخلاف آلة الصيد كشبكة أو شرك إذا غضبهما الغاصب واصطاد بهما، فليس لربّها أخذ الصيد. وإذا لم يكن الصيد له، فله أجره كراء الآلة يأخذها من الغاصب. والفرق بين غضب آلة الصيد والجارح، أنه لما كان الجارح يباشر الصيد بنفسه كان المصيد لربّه، وأما الآلة لما كان المباشر للصيد بها الغاصب جعل المصيد له.

ومثل ذلك في الكراء لو غضب الغاصب أرضاً بنى فيها بناء وسكنها أو أكرأها، فلربّها كراؤها على الغاصب براحاً لا مبنية، فإن لم يسكن ولم يكرها فلا شيء لربّها إذ مجرد البناء لا يعدّ استعمالاً موجّباً للأجرة، خلافاً للناصر اللقاني.

ولابن رشد الجدد تقسيم لغلّات المغضوب، نذكره هنا للتوسّع والتفقه في آراء علماء المذهب، وحاصله: أنه اختلف في غلّات المغضوب على قولين:

أحدهما: أنّ حكمها حكم الشيء المغضوب.

والثاني: أنّ حكمها بخلاف حكم الشيء المغضوب.

فمن ذهب إلى أنّ حكمها حكم الشيء المغضوب، وهو قول أشهب فيقول: إنّه

(1) الجامع لأحكام القرآن: 201/6، والذخيرة: 281/8.

(2) حاشية الدسوقي: 448/3.

يلزمه قيمة الغلّة يوم قبضها، أو أكثر ما انتهت إليه قيمتها في الشيء المغصوب. وإن تلفت بأمر سماوي وتلف الشيء المغصوب، يضمن قيمته يوم الغضب، أو أيّ يوم شاء المغصوب منه.

وأما الذين ذهبوا إلى أنّ حكم الغلّة خلاف حكم الشيء المغصوب، فاختلفوا وتحصيل هذا الاختلاف ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: غلّة متولّدة عن الشيء المغصوب على هيئته وخلقته، وهو الولد. وفي هذا أنّ على الغاصب ردّه مع الأمّ إن كانت الأمّ قائمة، وإن ماتت كان المغصوب منه مخيراً بين الولد وقيمة الأمّ.

الثاني: غلّة متولّدة عنه على غير خلقته وهيئته، وهي ثمر النخل ولبن الماشية وجبنها وصوفها وما أشبه ذلك. وهذا اختلفوا فيه على قولين:

أوّّل ذلك للغاصب بالضمان، لا يلزمه ردّه على ظاهر قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان».

أنّه يلزمه ردّها إن كانت قائمة، أو ردّ قيمتها إن ادّعى تلفها ولم يعرف ذلك إلّا بقوله، مع عين الشيء المغصوب. وإن تلف الشيء المغصوب كان صاحبه مخيراً بين أن يأخذ قيمته ولا شيء له في الغلّة، وبين أن يأخذ الغلّة ولا شيء له من القيمة. وهذا لقول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».

الثالث: وغلل غير متولّدة عن الشيء المغصوب، وهي الأكرية والخراجات، وما أشبه ذلك. وهذا القسم اختلفوا فيه على خمسة أقوال: أحدها: أنّه لا يلزمه ردّه جملة من غير تفصيل؛ الثاني: أنّه يلزمه ردّه جملة من غير تفصيل بين أن يكرى أو ينتفع أو يعطل؛ والثالث: أنّه يلزمه الردّ إن أكرى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل؛ والرابع: أنّه يلزمه إن أكرى أو انتفع ولا يلزمه إن عطل؛ والخامس: التفريق بين الحيوان والأصول. وهذا كلّ فيما اغتّل من الذوات المغصوبة مع بقائها وقيامها. وأمّا ما اغتّل منها بتصريفها وتحويل عينها، كالذنانير يغتصبها فيغتلّها بالتجارة فيها، أو الطعام يغتصبه فيغتلّه بزعره في أرضه، فالغلّة له قولاً واحداً في المذهب.

وهذا كلّ في الغضب، أي: بقصد غضب الذات وتملّكها. وأمّا إذا لم يقصد ذلك وإنّما قصد غضب المنفعة فقط، فهو ضامن للغلّة التي قصد إلى غضبها، سواء أكرى أو انتفع أو عطل⁽¹⁾.

التجارة بالذنانير والدراهم المغصوبة:

تقدّم لابن رشد الجد أنّ من اغتصب ذنانير ودراهم، واغتّلها في التجارة، فإنّ

الغلة للغاصب. وذكر أنّ ذلك قولاً واحداً في المذهب. ولعلّ ما ذكره الشيخ الدردير فيما يأتي في باب القراض من أنّ الغاصب إذا حرك المال المغصوب فله الربح وعليه الخسر؛ لأنّه ضامن لما بيديه، مبني على ما قطع به ابن رشد. وقد أورد القرافي أقوالاً ثلاثة لفقهاء المذهب في هذه المسألة، ثمّ ذكر أنّ هذا الخلاف يأبى ما ذكره ابن رشد من الاتفاق. والأقوال الثلاثة هي:

الأول: قول الإمامين مالك وابن القاسم، إنّه لا شيء لصاحب المال إلّا رأس ماله، لتقرّر الضمان على الغاصب، سواء استنفق المال أو اتجر فيه.

الثاني: قول ابن حبيب، إنّه إن اتجر فيها وهو موسر فله الربح، لقبول ذمته الضمان؛ فإن كان معسراً فالغلة لصاحب المال، لعدم قبول ذمته الضمان.

الثالث: قول محمد بن سحنون، أنّ الاستحسان أن تقسّم المسألة أربعة أقسام:

القسم الأول: إن كان صاحب المال لا يتجر فيه لو كان ماله بيده، ولم يتجر فيه الغاصب بل قضاة في دين أو أنفقه؛ فلصاحبه رأس المال، لعدم تعيين تضييع ربح عليه.

القسم الثاني: إن كان صاحب المال يتجر فيه لو كانت في يده، ولم يتجر الغاصب فيه؛ فلصاحب المال ضمان ربح ما كان يربحه في تلك المدّة؛ لأنّه حرّمه إياه.

القسم الثالث: إن كان صاحب المال لا يتجر فيه، واتجر الغاصب فيه وهو موسر بغيره ولم يعامل لأجل ذلك المال، فالربح له لتقرّرها في ذمته بالتصرّف. وإن كان فقيراً عومل لأجله، فالربح لصاحب المال لقوة شبهة تحصيل ملك للربح، كالولد في الحيوان.

القسم الرابع: إن كان صاحب المال يتجر فيه، واتجر الغاصب فيه وهو فقير؛ فعليه الأكثر من مما ربح أو ما كنت تربحه⁽¹⁾.

نفقة الغاصب على المغصوب:

مَا أَنْفَقَ الغاصب على المغصوب؛ كعلف الدابة وسقى الأرض وعلاجها وخدمة الشجر ونحو ذلك مما لا بدّ للمغصوب منه، فذلك يكون في نظير الغلة التي استغلها الغاصب من يد المغصوب؛ لأنّه وإن ظلم لا يظلم، فإن تساوى فواضح، وإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع للغاصب بالزائد. كما أنّه إذا كان لا غلة للمغصوب فلا رجوع له بالنفقة لظلمه؛ وإن زادت الغلة على النفقة فلربه الرجوع بزائدها.

ونقل عن ابن عرفة ترجيح القول بأنّه لا نفقة للغاصب، لتعديّه. ولربّ المغصوب أخذ الغلة بتمامها مطلقاً، أنفق أو لا. وهذا القول لابن القاسم في الموازية. والقول الأول له في المدونة، واستظهره البناني؛ لأنّ الغاصب وإن ظلم لا يظلم، وقال: ولم

أجد في ابن عرفة ترجيح ذلك القول⁽¹⁾. ولعلّه يعني في كتاب المختصر الفقهي لابن عرفة.

نماء المنصوب:

قسّم ابن رشد الجد نماء المغصوب تقسيمات، نذكرها هنا للتوسّع والتفقه، وحاصله: أنّ النماء ينقسم على قسمين:

القسم الأول: أن يكون من فعل الله تعالى كالحيوان الصغير يكبر، والمهزول يسمن، والمعيب يصحّ. وهذا ليس بفوت على حال.

القسم الثاني: أن يكون ممّا أحدثه الغاصب. وهذا ينقسم في مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك على وجهين:

أحدهما: أن يكون الغاصب قد أخرج فيه من ماله ما له عين قائمة، كالصبغ والبنيان، وما أشبه ذلك. وهذا الوجه بدوره ينقسم على وجهين:

أن يكون ذلك الشيء يمكنه إعادته على حاله، كالبقعة بينهما ونحو ذلك. فالمغصوب منه مخيّر بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ما له فيها من نقض إن كان له فيها نقض، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ما له فيها من النقض مقلوعاً مطروحاً بالأرض بعد أجر القلع، قاله ابن شعبان وإليه ذهب ابن المواز. وهذا إذا كان الغاصب ممّن لا يتولّى ذلك بنفسه ولا بخدمه، وإنّما يستأجر عليه؛ وإلى هذا ذهب ابن دحون، واعتلّ في ذلك أنّ الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم، وإن لم يكن في البنيان الذي بنى الغاصب ما له قيمة إذا قلعه لم يكن للغاصب على المغصوب منه شيء؛ لأنّ من حقّه أن يلزم الغاصب هدم البناء وإعادة البقعة إلى حالها؛ فإذا أسقط حقه قبله في ذلك فلا حجة له، ويؤيد ذلك قول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».

أن لا يقدر على إعادته على حاله، كالثوب يصبغه أو الجلد يدبغه أو السويق يلته وما أشبهه. فالمغصوب فيه مخيّر بين أن يدفع الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه، وبين أن يضمّنه قيمة الثوب يوم غصبه، إلّا في السويق الذي يلته بالسمن وما أشبه ذلك من الطعام، فلا يخير فيه عنده لما يدخله من الربا، ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له.

الثاني: ألا يكون أخرج فيه من ماله سوى العمل، كالخياطة، والنسج، وطحن الحنطة، والخشبة يعمل منها ثوابت وأبواباً، وما أشبه ذلك. وهذا الوجه ينقسم أيضاً على وجهين:

أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه، مثل الخياطة في الثوب والرفو له، ونحو ذلك. فهذا لا حقّ فيه للغاصب، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولاً.

أن يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء المغصوب عن ذلك الاسم، كالخشبة يعمل منها تابوتاً أو أبواباً، والقمح يطحنه، والغزل ينسجه، والفضة يصوغها حلياً أو يضرّبها دراهم، وما أشبه ذلك. فهذا فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل؛ هذا تحصيل مذهب ابن القاسم في هذا الوجه. وأشهب يجعل في ذلك أصله مسألة البنيان، فيقول: إنّه لا حقّ للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصيغ والرفو والدباغ والطحن وعمل التابوت والأبواب من الخشبة، وما أشبه ذلك. وقد روي عن ابن القاسم أنّ الصيغ تفويت يلزم الغاصب به القيمة يوم الغصب، ولا يكون للمغصوب منه أن يعطيه قيمة الصيغ ويأخذ الثوب؛ وكذلك ما أشبه الصيغ. وقد قيل: إنهما يكونان شريكين بقيمة الصيغ وقيمة الثوب؛ وهذا القول أنكره في كتاب اللقطة من المدونة، وقال: إنّ الشركة لا تكون إلّا فيما كان بوجه شبهة⁽¹⁾.

ما يزول به الضمان:

يزول الضمان بإعادة الغاصب المغصوب إلى يد مالكة قبل الفوات؛ لأنّ علّة وجوب الضمان هي الغصب، والعلّة تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا؛ فإذا ردّه إلى صاحبه فقد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه، وترك إمساكه ظلماً، وإعادته إلى يد مالكة، فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب⁽²⁾.

ما لا يقع به الفوات ولا التضمين - أي: لا تخيير للمغصوب منه:

- إذا نقص سوق الذات المغصوبة، فليس بفوات ويتعيّن على صاحبها أخذه.
- إذا سافر الغاصب بالذات المغصوبة ورجّع بها من السفر بحالها من غير نقص في ذاتها، فليس له تضمين الغاصب القيمة، بل يتعين عليه أخذها؛ لأن مجرد السفر ليس بفوات.

- إذا أعاد الغاصب مَصوغاً بعد كسره لحالته الأولى فلا ضمان، وتعيّن أخذه. وكذا إذا كسره ولم يعده فلا يفوت.

وإذا أخذه صاحبه مكسوراً ضمّن الغاصب أرش نقصه، هذا هو قول ابن القاسم الأول، ثم رجع عنه وقال: إنه مفوتّ فله تغريمه القيمة ومشى عليه الشيخ خليل. والقول الأول لابن القاسم المرجح.

(2) المعونة: 1215/2.

(1) المقدمات: 493/2 - 495.

وإن أعاده الغاصب لغير حالته الأولى فعليه القيمة لفواته حينئذ. وهذا كتغير ذات المغصوب عند الغاصب فإنه مفيت، ولو قلَّ التغير، وإن كان بأمر سماوي، كهزال دابة فأعلى، وحينئذ له أخذه وأرش تقصيه، أو تركه وأخذ القيمة يوم الغصب. وهذا بخلاف تغيير السوق كما مر.

- إذا غصب الغاصب طعاماً أو شراباً، وأكله ربه أو شربه مطلقاً، ضيافة أو لا، بإذن الغاصب أو لا؛ فإن الغاصب لا يضمن.

انتقال ملكية المغصوب للغاصب:

تنتقل ملكية الشيء المغصوب للغاصب بما يلي:

* إن اشتراه من ربه.

* إذا ورثه عن ربه.

* إذا غرم له قيمته لتلف أو ضياع ثم وجده، أو غرم قيمته لنقص في ذاته. والمراد: إن حكم عليه بالغرم ولو لم يغرم بالفعل. أي: ولا يرد المغصوب منه القيمة ويأخذ المغصوب، والدليل⁽¹⁾:

أ - القياس على الثمن في المبيع؛ لأنه إذا تعذر تسليم العين المغصوبة لصاحبها استقرت القيمة بدلاً عنها، فوجب أن يملكها المغصوب منه كالثمن في المبيع.

ب - أن ضمان القيمة لو لم يكن سبباً في التملك، لأدى إلى اجتماع العوض والمعوض في ملك واحد فيما يصح تملكه لعقود المعاوضات، وذلك خلاف الأصول.

التنازع بين الغاصب والمغصوب منه في دعوى التلف ووصف المغصوب:

يكون القول للغاصب في دعوى تلف المغصوب ونعته وقدره وجنسه، إذا خالفه ربه؛ لأنه غارم. وهذا إذا حلف وأشبه في دعواه، سواء أشبه ربه أم لا. فإن لم يشبه فالقول لرَبِّ المغصوب بيمينه.

فإن ظهر كذب الغاصب في دعواه ما ذكر، فلرَبِّه الرجوع عليه بما أخفاه.

حكم من اشترى أو ورث أو وهب له شيء مغصوب:

وحكم المشتري من الغاصب ووارثه وموهوبه، إن علموا بالغصب كحكم الغاصب، يجري فيهم ما جرى في الغاصب من ضمان المثلي بمثله والمقوم بقيمته، ويضمنوا الغلة والسماوي؛ لأنهم غصاب بعلمهم الغصب، ويتبع ربه أيهما شاء. فإن لم يعلموا فالغلة تكون للمشتري؛ لأنه صاحب شبهة لعدم العلم. والغلة الذي الشبهة للحكم به لرَبِّه كما يأتي، ولا يرجع ربه بها على الغاصب لأنه لم يستعمل.

(1) الإشراف: 631/2، والمعونة: 1221/2.

ولا يَضْمَنُ التاجر المغضوب التالف بأمر سماوي⁽¹⁾ فلا يكون غريماً ثانياً للمالك بحيث يتبع أيهما شاء، بل الضمان فيه على الغاصب، أي: ضمان قيمته يوم الغضب. وإن كان المشتري يضمن لبائعه الغاصب الثمن الذي اشتراه به.

وأما التالف بغير سماوي بأن جنى عليه عمداً أو خطأ فإنه يضمن اتفاقاً في العمد، وعلى أحد التأويلين في الخطأ. والثاني: أنه لا ضمان عليه فيه كالسماوي.

لَكِنَّ في خصوص مسألة الموهوب دون المشتري والوارث، عند عدم العلم إذا غرم في غير السماوي فإنه يَبْدَأُ بِالْغَاصِبِ عند وجوده موسراً أو تركته إن مات قبل الموهوب له.

فإن تَعَدَّرَ الرجوع على الغاصب فالمَوْهُوب له الغير العالم بالغضب، يرجع عليه بمثل المثلي وقيمة المقوم، وتعتبر القيمة يوم الجناية، وأما الغاصب فيوم الغضب كما تقدم.

ولا رَجُوعَ لِعَارَمٍ من غاصب أو موهوب عَلَى غَيْرِهِ ممن لم يغرم منهما. فإذا غرم الغاصب فلا رجوع له على الموهوب، وإذا غرم الموهوب عند تعذر الغاصب فلا رجوع له على الغاصب. وأما المشتري فللمالك التخيير في أن يرجع عليه ولو غير عالم بالغضب عند وجود الغاصب موسراً مقدوراً عليه، فإن اتبعه رجع أي: المالك على الغاصب بالثمن الذي كان دفعه له، ثم إذا غرم المشتري للمالك الثمن أو القيمة يوم جنايته وكان ذلك أقل من قيمته يوم غصبه رجع بالزائد على الغاصب إن تيسر وإلا ضاع عليه. وأما وارث الغاصب فلا يتأتى فيه تبدئة بالغاصب، إذ لا غاصب مع الوارث أي: لموته، ولا في تركته لأن الفرض أن الوارث استولى عليها ومنها المغضوب.

وحاصل المسألة: أن المشتري من الغاصب ووارثه وموهوبه؛ إن علموا بالغضب فغُضِّبَ يجري فيهم جميع ما جرى فيه. ويضمنوا السماوي وغيره. وإن لم يعلموا فلا يضمنوا السماوي ويضمنوا غيره يوم الجناية، هذا بالنسبة للمغضوب. وإذا قلنا بضمانهم ففي المشتري يخير المستحق بين الرجوع على الغاصب أو عليه، كما لو علم بالغضب. فإن رجع على المشتري رجع المشتري على الغاصب على ما تقدم. وفي الموهوب يقدم الرجوع على الغاصب، ولا يرجع على الموهوب إلا إذا تعذر الرجوع على الغاصب. وفي الوارث لا يعقل تقديم الغاصب. وأما بالنسبة للغلة فالمشتري غير العالم يختص بها فلا رجوع للمالك بها عليه ولا على الغاصب كما تقدم. وأما الوارث فليس له غلة. وأما الموهوب فلا غلة له إن تعذر الرجوع بها على الغاصب، وإلا أخذ من الغاصب ومن غرمها منهما فلا رجوع له على الآخر. واعلم أن محل الرجوع بالغلة

(1) أي: كان مما يغاب عليه وثبت تلفه ببينة أو كان مما لا يغاب عليه ولم يظهر كذبه. وأما إذا لم يثبت التلف ببينة في الأول أو ظهر كذبه في الثاني فإنه يغرم القيمة لآخر رؤية.

على غاصب أو موهوب أو وارث حيث كانت السلعة قائمة، فإنَّ ربها إذا أخذها فله أخذ غلتها معها. وأما إن فاتت وأراد بها تضمين من ذكر قيمتها فلا غلة لربها بل للغاصب أو وارثه أو موهوبه.

ولا يَجْمَع المالك بَيْنَ أخذ القيمة والغلَّة، بل يخيَّر بين أمرين:

الأول: إما أن يأخذ القيمة ولا غلة له، وليس له أخذ القيمة إلا إذا فاتت.

الثاني: وإما أن يأخذها مع غلتها إن استغلت لغير مشتر بلا علم، ولا يعوّل على

قول من قال: يجمع بينهما.

التعدي

ما تقدم هو حكم الغاصب، وهو من استولى على ذات شيء تعدياً، بنية تملكها

بلا مقابل. ومثله السارق والمحارب في الضمان المذكور.

وأما المُتَعَدِّي فيطلق على أمرين:

الأول: على غَاصِبِ المُنْفَعَةِ لا الذات.

الثاني: على الجاني على الذات كلّها؛ أو الجاني على جزئها، كأن يجني على

يدها أو رجلها أو عينها.

وفي كلّ بدون نيّة تَمَلِّك لذاتها؛ كأن يحرقها أو يقتلها أو يكسرها أو يحبسها،

ومنه تعدي المكثري أو المستعير المسافة بلا إذن، وذهابه في طريق غير المأذون فيها.

قال ابن عرفة: التعدي هو التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه.

ويشترك الغصب والتعدي في أن في كل منهما تصرفاً في الشيء بغير إذن ربه.

ويفترقان في أمور منها:

- أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب لربه أخذ قيمة المغصوب إن شاء، والفساد

اليسير من المتعدي ليس لربه إلا أخذ أرش النقص الحاصل به.

- أن المتعدي لا يضمن التالف بأمر سماوي، والغاصب يضمنه.

- أن المتعدي يضمن غلة ما استعمل وما عطل، بخلاف الغاصب فإنما يضمن غلة

ما استعمل كما مر.

- أن المتعدي يضمن المنفعة بمجرد فواتها على ربه وإن لم يستعمل؛ إلا

المتعدي على البضع، أي: غاصب منفعة البضع للوطئ، فإنه يضمن بالاستعمال، فإذا

وطئ أي: أكره امرأة على الزنا غرم الصداق، وعليه الحدّ. وسيأتي ذلك.

جناية الحيوان:

لا ضمان في جناية الحيوان، والدليل: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال:

«العجماء جبار»⁽¹⁾، وفي رواية: «جرح العجماء جبار»⁽²⁾، وسيأتي التفصيل في باب موجبات الضمان.

تفصيل ما يضمنه المتعدّي وما لا يضمنه:

لَا يَضْمَنُ المتعدّي السَّمَاوِيَّ بخلاف الغاصب، بل يضمن غَلَّةَ الْمَنْفَعَةِ التي أفاتها على ربه، وَلَوْ لَمْ يَسْتَعْمِلْ الشيء، فأولى إن استعمله؛ بأن ركب أو سكن أو نحو ذلك، بخلاف الغاصب فإنه إنما يضمن غلة ما استعمل بالفعل.

وأما الإنسان⁽³⁾ إذا تعدى عليه المتعدّي، فلا يضمن المتعدّي غلته إلا إذا استعمله، لا إن حبسه حتى فاته عمل من تجارة أو خدمة أو صنعة فلا شيء فيه على المعتمد. ومن باع حرّاً وتعدّر رجوعه لزمته ديته لأهله دية عمد، وسواء تحقق موته أم لا؛ ويضرب ألف سوط؛ ويحبس سنة. فإن رجع الحر رجعت الدية لبائعه.

والبضع مثل الإنسان في عدم ضمان منفعته على المتعدّي إلا باستعماله بالفعل، فيضمن بالوطء مهر مثلها، لا بعدم الوطء بأن حبسها عن عمل أو تزويج بها أو حملها من زوجها، وذلك كالعَضْبِ لا يضمن فيه غلة إلا إذا استعمل. ودليل ضمان المهر⁽⁴⁾: قياس الأولى على الوطء بشبهة؛ لأنها امرأة لم ترض ببذل بضعها بغير عوض، ويضمن الجناية عليها، فلزمه المهر لها، أصله إذا وطئها بشبهة.

التعدّي في المسافة:

إذا تعدّى مكثري الدابة أو مُسْتَعِيرها المسافةَ المأذونة بيسير؛ فعليه الكِرَاءُ لذلك الزائد ولا خيار لربها، إن سَلِمَتْ من العطب. فإن لم تسلم بأن عطبت أو تعدّى بكثير مطلقاً، أي: سلمت أو لم تسلم، خُيِّرَ في أخذ كراء الزائد وفي أخذ قِيَمَتِهِ الشيء المستعار أو المستأجر وقت تعدى المسافة؛ فالكراء في صورة واحدة، وهي ما إذا كانت الزيادة يسيرة وسلمت والتخيير في ثلاثة إذا تعدى في المسافة، وهي ما إذا عطبت في اليسير أو زاد كثيراً عطبت أم لا. وإذا تعيبت في التعدّي اليسير أو الكثير فإن له الأكثر من كراء الزائد وأرش العيب.

ولا فرق بين العارية والكراء، لكن في العارية كراء الزائد فقط، وفي الإجارة كراء الزائد مع الأصل.

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب في الركاز الخمس؛ ومسلم في الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار.

(2) أخرجه مالك في العقل، باب جامع العقل؛ والنسائي في الزكاة، باب المعدن.

(3) نقصد الإنسان الحرّ الذي لم يسلط عليه الرق، كما كان الأمر قبل إلغاء الرق. وأما الرقيق فقد حذفنا الحديث عنهم في هذا الكتاب لما بيناه في مقدمة الجزء الأول.

(4) الإشراف: 629/2.

التعدي بزيادة الحمل:

إذا تعدي بزيادة الحمل بما تعطب به الدابة، وعطبت بالفعل؛ فيخير بين أخذ كراء الزائد وبين قيمتها وقته. فإن سلمت أو زاد عليها ما لا تعطب به، سواء عطبت أم لا، فعليه كراء الزائد في الثلاثة، وهي سلامتها فيما إذا زاد ما تعطب به، أو زاد ما لا تعطب به، عطبت أم لا. ودخل تحت قول «أم لا» صورة أخرى وهي التعيب، فتكون الصور أربعاً كما تقدم تفصيل ذلك في العارية، ويزاد صورة سادسة وهي ما إذا زاد ما تعطب به وتعيبت، وتقدم أن له الأكثر من كراء الزائد وأرش العيب.

الضمان في الفساد الكثير دون اليسير:

يضمن المتعدي قيمة السلعة في الفساد الكثير إن شاء مالكها، دون اليسير فإنه يضمن نقصها فقط.

فإذا أفات المتعدي بتعديه الأمر المَقْصُودَ من الشيء الذي تعدي عليه عمداً أو خطأ، كقطع ذنب دابة ذي هيئة كأمير وقاض، فقطع ذنبها مفيت للمقصود منها الذي هو الركوب؛ إذ بعد قطعه لا يركبها ذو هيئة. بخلاف قطع ذنب غيرها مما لا يركبها ذو هيئة، أو مما لا تركب بكبرة، أو قطع بعضه، أو نتف شعره، فإنه لا يفيت المقصود، فيكون من اليسير الذي فيه أرش النقص.

ومن المفيت قطع أُذُنِ دابة ذي الهيئة؛ أو قطع طَيْلَسَانِهِ، وهو ما يلقي على الرأس والكتف؛ أو قطع لَبَنِ شاةٍ ويقر هو المقصود منها، كما هو شأن كثير من البقر فإن المَقْصُودَ منها اللبن.

فيخير في الكثير بين أخذه مع أرش نقصه وبين تركه للمتعدى وأخذ قيمته يوم التعدي.

وإن لم يُفْتِ المقصود منه فَيَتَعَيَّنْ أخذ ما ينقصه، وليس له تركه للمتعدى وأخذ قيمته، جبراً وأما بتراضيهما فجائز.

ما يجب على المتعدي:

يجب على المتعدي إصلاح ما أفسده من متاع المتعدى عليه؛ كرقو المتعدي الثوب ولو زاد على قيمته، سواء في العمد والخطأ، أفات المقصود منه حيث أراد ربه أخذه ونقصه أم لم يفته، ثم ينظر إلى أرش النقص بعد رفوه فيأخذه ربه مع أخذ الثوب.

كما يجب على الجاني على الإنسان خطأ وليس فيه مال مقرر شرعاً، أو عمداً لا قصاص فيه ولا مال؛ أجره الطيب وقيمة الدواء. ثم إن برئ على غير شين فلا يلزمه شيء إلا الأدب في العمد؛ وإن برئ على شين غرم النقص، وهذا القول هو الراجح.

وهذا أحد قولين، والثاني: لا يلزمه أجره الطبيب ولا قيمة الدواء، ثم ينظر بعد البرء فإن برئ على شين غرم النقص، وإن برئ على غير شين فلا شيء عليه غير الأدب. وأما ما فيه مقرر شرعاً كالجائفة فلا يلزمه أجره اتفاقاً، فإن كان فيه القصاص فإنما يلزمه القصاص، ولا يلزمه شيء زائد على ذلك.

حكم زراعة الأرض غضباً أو تعدياً:

إِنْ زَرَعَ مُتَعَدِّ الأَرْضَ التي استولى عليها بغضب لها أو لمنفعتها، وَقَدَرَ عَلَيْهِ بعد أن زرع؛ فَإِنْ لم يبلغ حدَّ الانتفاع بالزرع، سواء برز على الأرض أم لم يبرز أَخَذَ منه الزرع بِلا شيء في مقابلة البذر والعمل، وإن شاء أمره بقلعه، فالخيار لصاحب الأرض لا للزارع. والدليل على أن لصاحب الأرض أن يأخذ منه الزرع بدون مقابل⁽¹⁾: حديث: «ليس لعرق ظالم حق».

ولا يجوز أن يتفقا على إبقائه في الأرض بكراء؛ لأنه يؤدي لبيع الزرع قبل بدو صلاحه وهو غير جائز، مع كراء⁽²⁾.

فإن بلغ حدَّ الانتفاع به ولو للرعي، إِنْ لَمْ يَفُتْ وَفُتْ ما تُرَادُ الأرض لَهُ ممَّا شأنه أن يزرع فيها غالباً، لا خصوص الزرع الذي زرعه المتعدي خاصة. وقيل: إبان ما زرعه خاصة؛ فَللمستحق صاحب الأرض، الخيار بين أمرين:

الأول: أمر ربِّ الزرع بقلعه وتسوية أرضه. والدليل على ذلك⁽³⁾: قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وهذا عرق ظالم. ووجه كون صاحب الأرض له اختيار قلعه، أن الغاصب ليس له أن يتركه لربِّ الأرض إلا برضاه، إذ من حقِّ ربِّ الأرض أن لا يقبل معروف الغاصب.

الثاني: وبين أخذ الزرع بِقِيمَتِهِ مَقْلُوعاً، بعد إسقاط الكلفة التي لم يتولها الغاصب. فحاصله: أنه إذا لم يفوت وقت الإبان فالخيار للمستحق؛ إما أن يأمره بقلعه أو يدفع له قيمته مقلوعاً على ظاهر المدونة واختاره اللخمي. ووجه كون صاحب الأرض له أن يختار إعطاء الغاصب قيمة زرعه مقلوعاً، أن الزرع في أرضه وهو بالعقد - أي: بشرائه بقيمته مقلوعاً - داخل في ضمانه، فلا يكون من بيع الزرع قبل بدو صلاحه الممنوع.

فإن فات وقت ما تراد له الأرض فلصاحبها كِرَاءَ سَنَةٍ يلزم المعتدي، وليس لربها كلام، والزرع للغاصب. هذا هو الراجح، والدليل⁽⁴⁾: الاستحسان، لما في قلعه من

(1) البيان والتحصيل: 53/9.

(2) البيان والتحصيل: 53/9.

(3) المعونة: 1220/2، والبيان والتحصيل: 53/9.

(4) البيان والتحصيل: 51/9.

الفساد العام للناس. وأما القياس فيقتضي أن يكون ذلك لصاحب الأرض إذا كانت له منفعة في أرضه بغراسات أخرى، إذ قد تكون المنفعة بها أكثر من منفعة الزرع. وقد روجع أصبغ بن الفرج بأن ما يريد صاحب الأرض من أرضه خير له من أخذ كرائها من الغاصب، فأجاب بأن له فسحة في الكراء بأن يأخذ فيه ما يعوّضه عن خسارته في ذلك العام وما ينجّر عن الغصب من عدم قلب الأرض وأثر ذلك في ضعف الزرع في العام القابل؛ فقال للسائل: وأما ما ذكرت من القلب الذي يفوته فيها، فإنّ الذي يفوته من ذلك يستوفيه في كرائها؛ لأنّ كراءها إنّما يحسب على قدر ما حبسها عنه وما منعه من منفعتها، وعلى قدرها وكرمها، فهو يستوفي جميع ذلك في الكراء.

وقيل: للمستحق قلعه أيضاً وأخذ أرضه كما إذا لم يفت وقت الإبان، واختاره ابن يونس؛ وقيل: الزرع لربّ الأرض فله أخذه ولو طاب وحصد واختاره غير واحد، فكلّ من الأقوال رجح. ورجح الشيخ خليل الأول تبعاً للخمي.

مسائل يجب فيها الضمان تدخل في هذا الباب⁽¹⁾:

- من ترك تخليص شيء يتوقّع هلاكه، من نفس أو مال، وكان قادراً على تخليصه بيده أو جاهه أو ماله؛ فإنّه يضمن ذلك، ولو كان التارك للتخليص صبيّاً؛ لأنّ الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف الذي يشترط فيه البلوغ.

ويغرم القادر في النفس الدية في ماله إذا ترك تخليصها حتى قتلت عمداً بغير تأويل؛ وعلى عاقلته إن كان متأولاً. ولا يقتل به ولو ترك التخليص عمداً على مذهب المدونة. وحكى القاضي عياض عن الإمام مالك أنّه يقتل به في الترك العمد. وفي التوضيح عن الإمام اللخمي، أنّه خرّج ذلك على الخلاف فيمن تعمّد شهادة الزور حتى قتل بها المشهود عليه، قال: فقد قيل: يقتل الشاهد، ومذهب المدونة لا قتل عليه.

ويغرم القادر في المال القيمة أو المثل.

واعلم أنّه يجب تخليص ما هو متوقّع هلاكه من نفس أو مال لمن قدر عليه، ولو بدفع مال من عنده، ويرجع به على ربّه حيث توقّف الخلاص على دفع المال، ولو لم يأذن له ربّه في الدفع. وقد علم أنّ من دفع غرامة عن إنسان بغير إذنه كان للدافع الرجوع بما دفعه عنه إن حمى بتلك الغرامة مال المدفوع عنه أو نفسه.

- من ترك مواساة بخيط، أو دواء لجرح، أو زائد طعام وشراب، لمضطرّ حتّى مات المجروح أو المضطرّ؛ فإنّه يضمن دية الخطأ إن تأوّل، وإلا اقتصر منه كما يأتي في الجنایات. وقال اللخمي عليه الدية في مال.

(1) ذكر الشيخ الدردير هذه المسائل في آخر باب الزكاة، والمناسب تأخيرها إلى هذا المكان.

- من طلب منه عمد أو خشب ليسدّ به جداراً، فامتنع حتى وقع الجدار، فإنّه يضمن ما بين قيمة الجدار مائلاً ومهدوماً. ويقضى لمن وجبت عليه المواساة بالثمن على المواسى أي: المضطر، إن وجد معه. فإن لم يوجد معه الثمن لم يلزمه ولو كان غنياً ببلده أو تيسر بعد ذلك. ولا يتعلق بذمته شيء. والمراد بالثمن ما يشمل الأجرة في العمد والخشب.

وأولى في الضمان من تسبب في الإتلاف، كدالّ سارق أو ظالم، وحافر حفرة، وواضع مزلق لوقوع آدمي أو غيره. وقد تقدّم.

- من أمسك وثيقة أو قطعها، حيث كان شاهداً لا يشهد إلاّ بها، ولزم على إمساكها وقطعها ضياع الحق؛ فإنّه يضمن. وهذا إذا لم يكن لها سجلّ يتيسر إخراج نظيرها منه، وإلاّ فيضمن ما يخرج به من السجلّ فقط.

وأما من قتل شاهدي حقّ عمداً أو خطأ وضاع الحق، ففي ضمانه لذلك الحق تردّد إذا لم يقصد بقتلها ضياع الحق، وإلاّ ضمنه قطعاً. ومثل قتلها قتل من عليه الدين.

الاستحقاق

تعريف الاستحقاق لغة:

إضافة الشيء لمن يصلح له، وله فيه حق، كاستحقاق هذا من الوقف مثلاً بوصف الفقر أو العلم.

تعريف الاستحقاق اصطلاحاً:

هو رَفْعُ ملك شيء بثبوت ملك قبله.

فقوله: «قبله» خرج به رفع الملك بثبوت ملك بعده، كما في الهبة والصدقة والبيع والإرث.

حكم الاستحقاق:

الاستحقاق واجب إن توفر سببه وإن ترتب على عدم القيام به مفسدة؛ وإلاّ جاز.

سبب الاستحقاق:

سببه قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي، لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه إلى الآن.

مانع الاستحقاق:

يمنع الاستحقاق أحد أمرين:

- السكوت، بعدم قيام المدعي بلا عذر، مدة أمد الحياة.

- الفعل، أي: اشتراؤه من حائزه من غير بيّنة يشهد بها سراً قبل الشراء: بأني إنّما قصدت شراءه ظاهراً خوفاً أن يفيتني علي بوجه لو ادعيت به عليه.

شروط الاستحقاق:

- 1 - الشهادة على عينه إن أمكن، وإلا فحيازته.
- 2 - الإعذار في ذلك للحائز، فإذا ادعى مدفعاً أجله فيه بحسب ما يراه.
- 3 - يمين الاستبراء.

استحقاق الأرض المزروعة بشبهة ملك:

الزارع في غير ملكه إما أن يكون غاصباً أو متعدياً أو ذا شبهة. وقد سبق حكم الأولين، ونذكر هنا حكم ذي الشبهة.

وحكمه مثل الغاصب والمتعدّي، في وجوب الكراء وتبقيّة الزرع لزارعه إن استحققت الأرض التي زرعت من طرف صاحب شُبْهَةٍ، كوارث أو مشتر أو مكتر، من غير غاصب، أو من غاصب ولم يعلموا بالغصب، أو من مَجْهُول لم يعلم هل هو متعدّ أو لا، إذ الأصل عدم العدا، فإذا استحقها ربّها قَبْلَ قَوَاتِ الإِبَانِ فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة، وليس له قلع الزرع؛ لأنّ الزارع غير متعدّ، فإن فات الإبان فليس للمستحق على الزراع شيء؛ لأنه قد استوفى منفعتها، والغلة لذي الشبهة أو المجهول لوقت الحكم كما يأتي. فإن حَرَّتْ ذُو الشبهة أو المجهول الأرض ولم يزرع فاستحقها ربها، أَخَذَهَا الْمُسْتَحَقُّ لَهَا وَدَفَعَ لِحَارِثِهَا ذِي الشبهة أو المجهول كِرَاءَ الْحَرْثِ. وأما المتعدّي فلا يلزم ربها شيء لحرث ولا غيره.

وإن أكرأها ذو الشبهة أو المجهول لغيره ما فوق السنة، فاستحقها مالکها بعد الإجارة، فللمالك فسخ الإجارة بَعْدَ الْحَرْثِ، فأولى قبله. وله الإمضاء وقيل: للمالك، إن اختار الفسخ بعد الحرث وقبل الزرع: ادْفَعْ للمكتر أجره الحرث إن لم يزرع، فإن أبى من دفع الأجرة قيل: للمكتر الذي حرثها: ادفع للمستحق كراء سنة وازرعها، وإلا تدفع له كراء سنة أسلمها له بلا شيء تأخذه منه، ومثل ذلك فيما لو أكرأها ذو الشبهة أو المجهول سنة فقط أو استحققت بعد حرث ذي الشبهة منه أو المجهول.

وإن زَرَعَ المكتر تَعَيَّنَ الكِرَاءُ عليه للمالك، ولا خيار له للفوات بالزرع. وهذا إن بَقِيَ الإِبَانُ، فإن فات الإبان فليس للمالك كلام في الكراء؛ لأنّ ذا الشبهة أو المجهول يفوز بأجرة تلك السنة.

وللمالك إمضاء الإجارة للمكتر من ذي الشبهة في المُسْتَقْبَلِ من السنين إن عَرَفَ المستحق والمكتر نسبة ما ينوب الباقي من الأجرة لتكون الإجارة بشيء معلوم، كما

لو كان لكل سنة دينار. فإن لم تعلم النسبة بأن كانت الأجرة تختلف باختلاف الأرض بالقوة والضعف في المستقبل، ولم يوجد من يعرف التعديل فيكون الفسخ في المستقبل متعين، للجهل بالأجرة. ولا خياراً للمكثري إذا أمضى المستحق، بل يلزمه العقد.

ومثل أرض الزراعة غيرها من عقار أو حيوان إذا استحق فالخيار للمستحق على الوجه السابق ولا خيار للمكثري، ويقضى للمستحق بإنقاد ما بقي في المستقبل في أرض الزراعة وغيرها من دار أو دابة بشرطين:

الأول: إن انتقد المكثري ذو الشبهة أو المجهول جميع الكراء من المكثري، وحينئذٍ فيلزمه أن يرد أجرة ما بقي للمستحق، وقيل: يأخذها من المكثري ثم هو يرجع على من أكره؛ أو شرطه المكثري؛ أو جرى به عرف وإن لم ينتقد بالفعل.

الثاني: أن يكون المستحق مأموناً في نفسه ودينه، بأن لا يكون عليه دين محيط، ولا يخشى منه الفرار أو المطل، خوفاً من طرود استحقاق آخر فيتعذر الرجوع عليه، إلا أن يأتي بحميل ثقة. وإن لم يكن مأموناً ولا حميل له فليس له أن ينتقد، بل يوضع ما بقي من الأجرة تحت يد أمين حتى تنقضي المدة.

حكم غلة ما استحق:

وتكون غلة ما استحق من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة لذي الشبهة أو المجهول حاله لوقت الحكم بالاستحقاق، فليس للمستحق قبل الاستحقاق شيء منها. وأما الغاصب أو المتعدي فلا غلة له كما تقدم.

وذو الشبهة هو الوارث للغاصب، والموهوب، والمشتري وكو من الغاصب، وذلك إن لم يعلم الموهوب والمشتري بأن الواهب أو البائع له غاصب.

وهذا بخلاف الوارث للغاصب مطلقاً، أي: علم بأن مورثه غاصب أو لم يعلم، فلا غلة له كما تقدم في الغصب، فليس بذئ شبهة. فإن علم الموهوب أو المشتري بأن الواهب أو البائع غاصب فهما غاصبان كما تقدم، كالوارث إن علم، فإن لم يعلم فله حكم الغاصب من أنه لا غلة له.

وكذلك بخلاف الموهوب له من الغاصب ولم يعلم، فلا غلة له إن عديم الغاصب، فإن وجد موسراً مقدوراً عليه فله الغلة، والرجوع حينئذٍ على الغاصب كما تقدم في الغصب.

وكذلك من أحيا أرضاً ظنّها مواتاً، فتبين أنها مملوكة فلا غلة له، بل هي لمستحقها ذكره ابن يونس، ولم يحك فيه خلافاً، ولذا قال أبو الحسن: الغلة لا تكون لكل ذي شبهة.

وكذلك إذا طرأ ذو دين على وارث، فلا غلة للوارث المطرود عليه، بل يأخذ منه رب الدين الموروث وغلته. أي: إن الوارث إذا ورث عقاراً كدار مثلاً، واستغله

بسكنى أو كراء ثم طرأ عليه من له دين على الميت، فإن الوارث يرد الموروث وغلته لرب الدين إذا كان الدين يستوفيه، وليس له إلا ما فضل عن الدين. وما هلك من ذلك بسماوي لا ضمان عليهم فيه.

وكذلك إذا طرأ على الوارث وارث مثله، فإن الأول لا يستقل بالغلّة، فالأخ الطارئ يقاسم الأخ الأول فيما ترك الميت من عقار أو غيره وفيما استغله.

إلا أن يتنفع المطرّو عليه بما ترك الميت بنفسه من غير كراء؛ كأن يسكن الدار ويركب الدابة ويزرع الأرض، فلا يرجع عليه الطارئ؛ بشرطين:

- أن لا يكون عالماً بالطارئ.

- أن يكون في نصيبه ما يكفيه واقتصر على قدر نصيبه في السكنى، فإن زاد غرم.

- أن لا يكون الطارئ يحجب المطرّو عليه.

- أن يفوت الإبان فيما له إبان. فطرّو وارث على غيره قبل الإبان لا يمنع قيام

الطارئ في تلك السنة.

وإن بنى ذو الشبهة أو غرس فاستحقت الأرض بغير وقف، قيل للمالك الذي استحق الأرض: ادفع قيمته قائماً منفرداً عن الأرض؛ لأن ربه بناه بوجه شبهة؛ فإن أبى قيل للبانى: ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحاً؛ فإن أبى أيضاً فهما شريكان بالقيمة، هذا بقيمة أرضه براحاً وهذا بقيمة بنائه أو غرسه قائماً يؤم الحكم لا يوم الغرس أو البناء.

وهذا بخلاف المُسْتَحَقَّة بوقف على معينين أو غيرهم، فيتعين المنقوض لربه بأن يقال له: انقض بناءك أو غرسك وخذه ودع الأرض لمن وقفت عليه؛ إلا أن يكون في بقائه منفعة للوقف، ورأى الناظر إبقاءه، فله دفع قيمته منقوضاً من ريع الوقف إن كان له ريع، فإن لم يكن ريع ودفعه من عنده متبرعاً لحق بالوقف وليس له أن يملكه؛ كما لو بنى هو أو غيره بإذنه فلا يكون مملوكاً له ولا لغيره، بل هو ملحق بالوقف على ما نصوا عليه.

واعلم أن الواقع الآن بمصر أنّ النظار يبيعون أوقاف المساجد أو غيرها، والمشتري منهم عالم عارف بأن هذا وقف على مسجد الغوري أو الأشرف أو غيرهما أو على بني فلان، ثم يجعلون لجهة الوقف دراهم قليلة يسمونها حكراً ويسمون استيلاء البغاة على تلك الأوقاف خلواً وانتفاعاً، يباع ويشترى ويورث، وبعضهم يرفع ذلك الحكر بتوجيه الناظر على نحو جامكية أو وظيفة ويبطلون الوقف من أصله، ثم ينسبون جواز ذلك للمالكية، وصار قضاة مصر يحكمون بصحة ذلك معتمدين على جواز ذلك عند المالكية، وحاشا المالكية أن يقولوا بذلك، كيف؟ ومذهبهم هو المبني على سد الذرائع وإبطال الحيل؟ وسندهم: فتوى وقعت من الناصر اللقاني ليست من هذا القبيل

فانظرها في المطولات. وحاصلها أنه قال في فتواه: «اللهم إلاً أن يتعطل الوقف بالمرّة، ولم يكن هناك ريع له يقيمه، ولم يمكن إجارته بما يقيمه؛ فأذن الناظر لمن يبني فيه أو يغرس في مقابلة شيء يدفعه لجهة الوقف أي: بقصد إحياء الوقف، على أن ما بناه أو غرسه يكون له ملكاً ويدفع عليه حكراً معلوماً في نظير الأرض الموقوفة لمن يستحقّه من مسجد أو آدمي، ففعلّ هذا يجوز إن شاء الله تعالى، ويسمى البناء والغرس حينئذٍ خلواً يملك ويباع ويورث» اهـ. ولذلك قال الأجهوري: وملك الخلو من قبيل ملك المنفعة، لا من قبيل ملك الانتفاع، وحينئذٍ فلمالك الخلو بيعه وإجارته وهبته وإعارته ويورث عنه ويتحصص فيه غرماؤه.

فإن كان استنادهم فتوى الناصر اللقاني، فهي ليست من هذا القبيل. وإن كان استنادهم الرسالة التي ألفها الغرقاوي في جواز ذلك فهي لا توافق قواعد المذهب.

استحقاق بعض الشيء:

إن استُحِقَّ بعض شيء متعدد اشترى في صفقة واحدة، كأن يشتري عشرة أثواب بمائة، فاستحق منها واحد أو أكثر، فالحكم كالمبيع المعيب. فإن كان المستحق وجه الصفقة تعين نقض البيع، لما تقدم أنه لا يجوز التمسك بالأقل إذا استحق الأكثر أو ظهر معيباً، وإن كان غير وجه الصفقة جاز التمسك بالباقي. ويعرف ذلك بالتقويم بالثمن الذي وقع به البيع.

رجوع المشتري المستحق منه على البائع:

من اشترى شيئاً فاستحق من يده، فإنه يرجع بالثمن الذي خرج من يده على بائعه؛ إلا أن يعلم صحّة ملك البائع لما استحق منه، وأنّ مدعي الاستحقاق هو الظالم، فلا رجوع له على البائع، وصارت المصيبة منه.





تعريف الشفعة لغة:

الشفعةُ، بسكون الفاء، قال عياض: أصلها من الشفع ضد الوتر؛ لأنّ الشفيع يضمّ حصّة شريكه إلى حصته، فيصير حصتين فيكون شفعاً بعد أن كان وترأ. والشافع هو الجاعل الوتر شفعاً.

تعريف الشفعة اصطلاحاً:

الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه، من عقار بثمنه، أو قيمته، بصيغة.

قوله: «استحقاق» المراد بالاستحقاق المعنى اللغوي وهو الطلب، وليس المراد الاستحقاق الشرعي الذي هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله؛ لأنه لا يصحّ هنا. قوله: «شريك» خرج بشريك استحقاق غيره شيئاً، كدين أو ودعة أو منفعة بوقف أو سلعة ونحو ذلك، فالشفعة هي استحقاق الشريك أخذ أو لم يأخذ. وتطلق على نفس الأخذ بالفعل. والأظهر الأول؛ لأن ماهية الاستحقاق إنما هي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه وعدمه، والأخذ والترك عارضان لها، والعارض شيء غير ذلك الشيء المعروف.

واستحقاق الشريك يكون بجزء شائع لا بأذرع معينة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ لأنهما جاران. وكذلك لا بأذرع غير معينة، عند مالك ورجحه ابن رشد، ولأشهب فيها الشفعة. فإن قيل: كلّ من الجزء كالثلث والأذرع غير المعينة شائع؛ والجواب أن شيوعهما مختلف، إذ الجزء شائع في كلّ جزء من الكلّ ولو قلّ، وليس كذلك الأذرع لأن الأذرع إن كانت خمسة فإنما تكون شائعة في قدرها، أي: في كلّ خمسة من الأذرع لا في أقلّ منها.

قوله: «أخذ ما عاوض به شريكه» قوله: أخذ، مفعول المصدر وإضافته لـ «ما» من إضافة المصدر لمفعوله، وخرج بـ «ما عاوض به» الهبة، والصدقة، والوصية بشقص⁽¹⁾، فلا شفعة فيها.

(1) الشقص: القطعة والجزء.

قوله: «من عقار» بيان لـ «ما»، وخرج به غير العقار، من الحيوان، والعروض، فلا شفعة فيه.

قوله: «بَثْمَنِهِ» أي: الذي وقع به البيع كما هو الغالب.

قوله: «أو قيمته» لإدخال بعض الصور التي لم تقع المعاوضة فيها بثمن أي: بتمول كالخلع والنكاح والمصالح به عن عمرى، والمصالح به عن دم عمد عن إقرار أو إنكار. فالمراد بالمعاوضة ما يشمل المالية وغيرها. لأن البضع والعصمة وما معهما غير متمول، فلا يقال له ثمن عرفاً.

قوله: «بصيغة» أراد بها ما يدل على الأخذ.

حكم الأخذ بالشفعة:

الأخذ بالشفعة حقٌ للشريك المستحق إعطاء الشرع له، ويجبر عليه الشريك البائع كما يجبر علي المشتري شرعياً. والدليل على كون الأخذ بها حقاً للشريك جعله له الشرع⁽¹⁾: عن جابر رضي الله عنه، قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه»⁽²⁾. وفي رواية عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط. لا يحلّ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به»⁽³⁾. ومعنى «قضى»: حكم وألزم.

وفي رواية عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك، في أرض، أو ربح، أو حائط. لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع. فإن أبى فشريكه أحقّ به حتى يؤذنه»⁽⁴⁾.

وفي رواية عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك»⁽⁵⁾. الربعة: تأنيث الربع، وهو المنزل. والحائط: بستان النخل.

وروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفّت الطرق فلا شفعة⁽⁶⁾. وروي عن أبي سلمة أن

(1) المعونة: 2/ 1267، والمقدمات: 3/ 61، وبداية المجتهد: 2/ 287، والمفهم: 2902 - 2904.

(2) أخرجه مالك في الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة؛ والبخاري في الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة. (4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة.

(5) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة.

(6) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الشريك من شريكه.

رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في كلِّ مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أمر الشريك بإيدان شريكه عند البيع، فدلَّ على أن الشريك أحق بنصيب شريكه، وله انتزاعه ممن اشتراه، ولا يحلُّ للمشتري امتناعه من ذلك.

علّة حكم الأخذ بالشفعة:

حكم الشفعة معقول المعنى. وإنما اختلف في العلة التي من أجلها شرع الأخذ بالشفعة على قولين، وهما⁽²⁾:

الأول: أنها دفع ضرر القسمة على من لم يبيع، لما فيها من مؤنة القسمة وما يلزم من النفقة، كما بيناه آنفاً.

الثاني: أنها دفع ضرر الشركة الطارئة على من لم يبيع. وسيأتي أثر هذا الاختلاف.

أركان الشفعة:

أركانها أربعة: أخذ؛ ومأخوذ منه، ومأخوذ، ومأخوذ به، وصيغة. أما البائع وهو الشريك المعاوز فهو من أسباب الشفعة لا من أركانها.

الركن الأول: وهو الأخذ بالشفعة أي: من يحق له الأخذ بالشفعة:

1 - الشريك المستحق أي: الذي لم يعاوز، له الأخذ بالشفعة لما عاوز عليه شريكه من العقار. ويشمل الشريك:

* الشريك الذمي إذا باع شريكه المسلم أو الذمي نصيبه لذمي أو مسلم، فللذمي الأخذ من المشتري بالشفعة. والدليل على استحقاق الذمي الأخذ بالشفعة⁽³⁾:

أ - حديث جابر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «بين الشركاء»، وقوله: «من كان له شريك».

ب - قوله ﷺ: «فإن أبي فشريكه أحق به».

ووجه الاستدلال أن الحديثين عامان في كلِّ شريك، لم يخصاً مسلماً من غيره.

ج - القياس على الرد بالعيب؛ لأنَّ الشفعة حق وضع لإزالة الضرر، فاستوى فيه المسلم والكافر، كالرد بالعيب.

(1) أخرجه النسائي في البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها.

(2) عارضة الأحوذ: 6/131، والمقدمات: 3/65، ومفتاح الوصول: 110.

(3) الإشراف: 2/635، والمعونة: 2/1981. والمقدمات: 3/62، وبداية المجتهد: 2/287، والمفهم: 5/2902.

د - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك إثر ذكره حديث جابر: «وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا»⁽¹⁾.

لكن إن كان الشريكان ذميين باع أحدهما لذمي فشرط القضاء بها أن يترافعا إلينا. فمتى كان أحد الثلاثة مسلماً فهي ثابتة ترافعا أو لم يترافعا، وإلا فلا تثبت إلا بالترافع. * الشريك المُحْبَسٌ لحصته قبل بيع شريكه، فله الأخذ بالشفعة لِيُحْبَسَ في مثل ما حبس فيه الأول، لا إن لم يقصد التحبيس فليس له الأخذ. كما أن المحبَس عليه ليس له الأخذ بها ولو ليحبس. وكذلك نَاطِرُ الوقف ليس له الأخذ بها ولو لِيُحْبَسَ بها فيما حبس الأول؛ لأنه ليس له أصل يأخذ به، وقيل: إن أراد الأخذ ليلحقه بالأول فله ذلك. إلا أن يكون لمن ذكر من المحبَس عليه أو الناظر مرجع الوقف، أي: رجوعه كمن حبس على جماعة مدة معلومة ثم بعد ذلك يكون لفلان ملكاً، فله حينئذٍ الأخذ بها. وكذا إن جعل المحبَس له الأخذ ليحبس في مثل الأول، فله ذلك لأنه جعله وكيلاً عنه في ذلك.

2 - وَكَيْلُ الشريك.

3 - الولي، له الأخذ بالشفعة لِمَحْجُورِهِ السفيه أو الصبي أو المجنون، إذا باع شريك المحجور.

4 - السَلْطَان، له أخذ بالشفعة لِبَيْتِ المَالِ. فإذا مات أحد الشريكين ولا وارث له، فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال ثم باع الشريك، فللسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال. وكذا لو مات إنسان عن بنت مثلاً فأخذت النصف ثم باعته فللسلطان الأخذ من المشتري لبيت المال.

وأما الجار فلا شفعة له وإن مَلَكَ طريقاً إلى الدار التي بيعت، بأن كانت الطريق الموصلة إلى دار كل واحدة، فباع أحد الجارين داره فلا شفعة فيها للآخر. والدليل على أن الجار لا شفعة له⁽²⁾:

أ - الأحاديث المتقدمة. ويستدلّ منها على أن الجار لا شفعة له بأوجه:

الأول: نصّ الكلام، وهو سقوطها مع القسمة بقوله: «فإذا وقعت الحدود بينهم وعرفت الطرق فلا شفعة فيه»، وفي رواية: «فإذا صرفت الطرق».

الثاني: نصّه على أنها إنما تكون بين الشركاء، فنصّ على الشركة، فلا اعتبار للجوار.

(1) الموطأ في الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) الإشراف: 632/2، والمعونة: 1267/2، والمنتقى: 204/6، 216، وعارضة الأحوذى: 6/131، والمقدمات: 61/3، والمعلم: 327/2، والمنهم: 2902/5.

الثالث: الظاهر والعموم. وهو أن الألف واللام في قوله: «الشفعة» للعموم والاستغراق، وتفيد أنه جعل جنس الشفعة فيما لم يقسم، فلم يبق فيما قد قسم شفعة. أي: إنه قصر محلّ الشفعة على ما لم يقسم؛ فدلّ على انتفاء وجوبها في غيره.

الرابع: دلالة الأولى. وذلك أنه إذا كانت غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار. وأيضاً فإنّ الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم.

الخامس: دليل الخطاب - مفهوم المخالفة -، وهو أنه لما علّقها بغير المقسوم بقوله: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم» دلّ على أن المقسوم بخلافه.

ب - أن الأصل فيمن اشترى شيئاً أن لا يخرج من يده إلا برضاه، حتّى يدلّ الدليل على التخصيص، وإذا تعارضت الآثار في باب وجب أن يرجح ما تشهد به الأصول.

وأما ما روي عن أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال: «الجار أحقّ بصقّبه»⁽¹⁾ وروي بسقّبه. والصقّب: القرب والملازمة.

وما روي عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «جار الدار أحقّ بالدار»⁽²⁾.

وما روي عن جابر أن النبي ﷺ قال: «الجار أحقّ بشفعته ينتظر به، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»⁽³⁾.

وقد استدلّ بذلك أبو حنيفة رحمه الله تعالى والكوفيون على إثبات الشفعة للجار. فالجواب كما يلي⁽⁴⁾:

أما الحديثان الأوّل والثاني، فليس فيهما بيان ما هو أحقّ به، فيحتمل أن يريد أحقّ بالبرّ والمعونة ووجوه الرفق والمعروف بسبب قربه، والعرض له إذا أراد البيع، أي: فتحمل الباء في «بصقّبه» على السببية؛ ويحتمل أن يريد بالجار الشريك للمقاربة التي بينهما؛ لأنّ العرب تسمّي الجار شريكاً، والزوجة شريكة وجارة لأشراكهما في البيت. وإذا احتتمل الحديث هذين الاحتمالين لم يصحّ أن يحمل على أنه أحقّ بالشفعة؛ لأنّه قد نصّ على أنه لا شفعة له بقوله: «فإذا وقعت الحدود بينهم وعرفت الطرق فلا شفعة فيه». ولا يصحّ أن تحمل الأحاديث على التعارض ما أمكن الجمع بينها بتأويل محتمل.

وأما الحديث الثالث، فإنّه بحمله على ظاهره يجعل الجار أحقّ بالشفعة من

(1) أخرجه البخاري في الحيل، باب في الهبة والشفعة.

(2) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، وقال: حديث حسن صحيح؛ وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة.

(3) أخرجه الترمذي في الشفعة، باب ما جاء في الشفعة للغائب، وقال: هذا حديث غريب.

(4) المقدمات: 63/3، والمعلم: 327/2، والمفهم: 2906/5، وإكمال الإكمال: 545/5.

الشريك فيحصل التعارض، أو يعطي الحق للأجنبي - غير الجار والشريك - في الشفعة، وذلك لاقتضاء صيغة التفضيل في «أحق» التقديم، إذ لا يخلو أن يريد أن الجار أحقّ بذلك من الشريك أو من الأجنبي الذي ليس بجار ولا شريك، ولا يصحّ أن يريد أنه أحقّ بذلك من الشريك، إذ لا يقول أحد إن الشفعة للجار دون الشريك؛ ولا يصحّ أن يريد أنه أحقّ بذلك من غير الجار، إذ لا يقول أحد إن الشفعة واجبة للأجنبي الذي ليس بجار ولا شريك. فإذا بطل الوجهان جميعاً لم يبق إلا أنه أحقّ بالعرض عليه في مكارم الأخلاق وحسن الجوار؛ لأنه إن لم يعرض عليه وباع فوّت عليه المبيع، وأما الشريك إن لم يعرض عليه وباع لم يفوّت عليه البيع؛ لأنه يأخذ من المشتري بالشفعة.

هذا ويتأيد القول الأول بأمرين⁽¹⁾:

أ - بكونه عمل الخليفتين عمر وعثمان رضي الله عنهما، وقول جمهور العلماء وفقهاء أهل المدينة على ذلك.

ب - بأن الأحاديث الواردة في ذلك مشهورة متفق على صحتها، وأحاديث الكوفيين ليست بمنزلتها في ذلك، فقد ضعف الحديث الثالث الذي هو من أظهر ما يستدلون به، فكانت الأحاديث الدالة على عدم جواز شفعة الجار أولى.

إيدان الشريك شريكه قبل البيع لأجنبي⁽²⁾:

اختلف هل يجب على الشريك أن يعلم شريكه بعزمه على بيع نصيبه، ليرى هل له رغبة في شرائه؛ أو لا يجب عليه ذلك، وإنما له حقّ الشفعة إذا باع لأجنبي؟ فقال البعض: يجب عليه ذلك، والدليل: ما جاء في الحديث: «لا يحلّ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به». أي: بحمل عدم الحلّ على الحرمة.

وحمل البعض عدم الحلّ على الكراهة؛ لأنه يصدق على المكروه أنه ليس بحلال؛ لأنّ الحلال بمعنى المباح ما استوى طرفاه، والمكروه ليس بمستوي الطرفين، بل هو راجح الترك.

وقال البعض الآخر، ومنهم الإمام القرطبي: أن ذلك جائز، والدليل:

أ - ما جاء رواية أخرى للحديث: «لا يصلح» عوض «لا يحلّ»، وهو محمول على الإرشاد إلى ما هو أولى. ويؤيد هذا الحمل الآتي.

(1) المنتقى: 204/6، والمعلم: 327/2، عارضة الأحوذى: 132/6، والمفهم: 2908/5.

(2) المفهم: 2908/5، وإكمال الإكمال: 542/5.

ب - ما جاء في بقية الحديث: «إذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به». ووجه الاستدلال به أنّ ظاهره إمضاء البيع للأجنبي، وإنّما أعطى الحق للشريك في الاعتراض والأخذ بالشفعة. ولو كان قوله: «لا يصلح» محمولاً على التحريم لذمّ البائع وفسخ البيع. والذي يدلّ على أنّ البيع غير مفسوخ أنّ الشفيع يأخذ المبيع من يد المشتري لا من يد الشريك البائع، وذلك تحقيق لشراء المشتري وإقرار له. قال ابن العربي: والمعنى فيه عندي أنّ نهى عن البيع لا لمعنى في الأركان، فصار كخطبة الأخ على أخيه وبيعه له، فتوسّط الشارع بحكمته الأمر وأخرجه من يد المشتري، إذ لو فسخه ربما كان الشريك لا يريد، فجمع في الإبقاء للبيع وإعطاء حقّ الأخذ للشفيع، بين الحكمين⁽¹⁾.

الركن الثاني: وهو المأخوذ منه أي: المشتري:

والمشتري هو من طرأ له ملك على ما باعه له الشريك المعاوض. فالشريك الذي لم يعاوض له الأخذ ممّن طرأ ملكه على ما أراد الأخذ. فلو ملك شخصان العقار معاً بشراء أو نحوه فلا شفعة لأحدهما على الآخر. ويشترط فيمن طرأ له الملك على ما باعه له الشريك المعاوض، لكي تؤخذ منه بالشفعة، ثلاثة شروط:

- أن يكون اشترى من الشريك المعاوض بمعاوضة بملك لازم، وهذا احتراز عمّن طرأ ملكه بمعاوضة لكن بملك غير لازم، كبيع الخيار فلا شفعة فيه إلا بعد مضيه، والدليل: أنّ الشفعة لا تستحقّ إلاّ بتمام العقد، وما لم يختار المشتري فالعقد غير تام، بدليل أنّ المشتري ربّما لم يشتر فردّ الشقص⁽²⁾.

وكذلك بيع محجور بلا إذن فلا شفعة فيه إلا بعد إمضاء الولي.

- أن يكون طرأ للملك له اختياراً، فلا شفعة في ملك طرأ بلا اختيار كالإرث. - أن يكون طرأ للملك بمعاوضة ولو غير مالية، كنكاح، وخلع، والمصالح به عن عمرى، والمصالح به عن دم عمد عن إقرار أو إنكار⁽³⁾. والدليل على أنّ ما يعطى في ذلك تكون فيه الشفعة⁽⁴⁾:

أ - الأحاديث المتقدّمة في أنّ الشفعة في كلّ شرك لم يقسم. ووجه الاستدلال أنّها عامّة، لم يفرّق فيها بين جهات التمليك.

(1) عارضة الأحوذى: 6/ 134.

(2) المعونة: 2/ 1280، والمنتقى: 6/ 217.

(3) قيد هنا بدم العمد لأنّ الواجب بالعمد القود أو الدية بالتراضي. أمّا دم الخطأ فالمأخوذ عنه الدية وهي مقدّرة (المعونة: 2/ 1272).

(4) الإشراف: 2/ 634، والمعونة: 2/ 1272، والمنتقى: 6/ 207.

ب - القياس على البيع؛ لأنها نوع معاوضة مالية يملك بها ما يجب فيه الشفعة، فجاز أن تستحق بالشفعة كالبيع. قال الإمام القرطبي - صاحب المفهم -: «فهذا فيه الشفعة، ولا ينبغي أن يختلف فيه؛ لأنه من أقوى مراتب الإلحاق»⁽¹⁾، يعني بالبيع. وأما غير المشتري، وهو من أخذ بلا معاوضة كالهبة، والصدقة، والوصية بشقص، فلا شفعة فيها، كما تقدّم في التعريف. والدليل⁽²⁾:

أ - ما جاء في الحديث: «لا يحلّ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه». ووجه الاستدلال أنه لو كان غير البيع في استحقاق الشفعة كالبيع لأتى بلفظ أعمّ من البيع ولقال مثلاً: لا يحلّ له أن يخرج ملكه.

ب - قياسها على الميراث، لخلوّها عن العوض.

وفي المذهب قول آخر أجرى الشفعة في الهبة والصدقة والوصية، وعلى ذلك استدل القاضي عبد الوهاب في الإشراف. والدليل⁽³⁾:

أ - الأحاديث المتقدّمة في أنّ الشفعة في كلّ شرك لم يقسم. ووجه الاستدلال أنها عامّة، لم يفرّق فيها بين جهات التملك.

ب - القياس على البيع؛ لأنّ المشتري ملكه باختياره فوجب تعلق الشفعة به كالبيع، وبذلك فارق الميراث. أي: إنّ علّة الأخذ بالشفعة موجودة فيها. والعلّة عنده هي: «ضرر الشركة الطارئة على الشريك اختياراً». فتقيده بالاختيار لإلحاقها بالبيع؛ لأنّ الضرر لا يختلف باختلاف طرق الملك.

لكن قد يقال لهذا القول: إنّ الاختيار في البيع حاصل من المتعاقدين، بخلاف الهبة والصدقة والوصية، الاختيار حاصل من طرف واحد، هو الواهب والمتصدّق والموصي.

وقد يتأيد هذا القول بدليل سدّ الذريعة، حتى لا تكون الهبة والصدقة والوصية حيلة من الشريك لمنع شريكه من حقّه في الشفعة، وطريقاً للإضرار به بدخول شريك آخر قد يقصد نكايته به.

وعلى القول الأول أنّ الشفيع إذا وهب شفّعته لغيره قبل وجوبها له لم يلزمه؛ لأنّه لم يملك شيئاً يهبه، ومن وهب ما لا يملك لم تصحّ هبته⁽⁴⁾.

(1) المفهم: 2902/5.

(2) المعونة: 1272/2، والمنتقى: 206/6، والمعلم: 328/2، والمفهم: 2903/5، وإكمال الإكمال: 547/5.

(3) الإشراف: 635/5، والمعونة: 1272/2، والمعلم: 328/2، والمفهم: 2903/5، وإكمال الإكمال: 547/5.

(4) المعونة: 1275/2.

الركن الثالث: المأخوذ:

المأخوذ هو المبيع الذي اشتراه الطارئ المأخوذ منه. ويشترط فيه شرطان:

1 - أن يكون عقاراً، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر؛ فلا شفعة في غيره إلا تبعاً كما يأتي. ودليل قصر الشفعة على العقار⁽¹⁾:

أ - قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك، في أرض، أو ربيع، أو حائط» فقوله: «في أرض، أو ربيع، أو حائط» بدل من قوله: «في كلّ شرك»، فهو تفسير لموضوع الشركة وتقييد له.

ب - قول النبي ﷺ: «إذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة»⁽²⁾، وبلفظ: «إذا صرفت الطرق». ووجه الاستدلال أنّ صرف الطرق وضرب الحدود يدلّ على تخصيصها بالعقار، لا بغير العقار. ووجه آخر أنّه ﷺ علّق الحكم على صفة، وهو تحديد الحدود وصرف الطرق، وعند الأصوليين أنّه إذا علّق الحكم على صفة فذلك يدلّ على تلك الصفة علةً لذلك الحكم.

ج - قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك»، ووجه الاستدلال - بعد أن تحقق محل الشفعة أنّه في العقار - أنّ الألف واللام في «الشفعة» لاستغراق جنس الشفعة، أي: إنّ جنس الشفعة مقصور على محلّها وهو العقار.

د - الأصل أنّ الشفعة إنّما شرعت لنفي الضرر إمّا في الشركة أو في القسمة، ولما كان هذا الضرر يختلف باختلاف الأنواع فلا يصحّ أن تكون الشفعة لإزالة ضرر الشركة على الإطلاق، فإنّ ضرر الشركة أثبت فيما لا ينقسم كالحيوان ولا شفعة فيه؛ ولا يصحّ أن تكون لإزالة ضرر القسمة على الإطلاق؛ لأنّ في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة الموزون والمكيل والمعدود؛ فلم يبق ما يمكن أن يشار إليه إلّا بالضرر اللاحق بالعقار؛ لأنّه أشدّ ضرراً من غيره، إمّا في الشركة بأن يضرّ به المشتري ويسيء شراكته، أو في المقاسمة لأنّه قد يدعوه إلى المقاسمة أو إلى البيع، فيكلفه من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والأرضين، فإنّه يقسمها غالباً قوم مختصون بعلم ذلك، وهذه المعاني يعظم ضررها في العقار دون غيره.

وأما ما روي عن ابن عباس أنّ النبي ﷺ قال: «الشريك شفيح والشفعة في كلّ شيء»⁽³⁾. فوجه عدم العمل به ما يلي⁽⁴⁾:

(1) المعونة: 1268/2، والمنتقى: 200/6، والمعلم: 326/2، والمفهم: 2905/5، وإكمال الإكمال: 546/5.

(2) أخرجه النسائي في البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها.

(3) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء أنّ الشريك شفيح.

(4) عارضة الأحوذني: 134/6، والمفهم: 2905/5.

أ - أنه غير صحيح الإسناد، وإنما صحيحه مرسل⁽¹⁾.

ب - أن المرسل حجة في المذهب، وهو مقيد بما تقدم من أوجه الاستدلال من الروايات على أن الشفعة مخصوصة بالعقار الذي تتأتى فيه القسمة.

وما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قوله: لا شفعة في بئر⁽²⁾. فقد حملة الإمام مالك على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات، لا التي تكون في أرض متملكة، وأما في الأرض المتملكة فهو ملحق بالأرض⁽³⁾.

وتكون الشفعة في العقار ولو كان مُتَاقِلاً به، بأن يباع بمثله، وله صور منها: أن يكون لشخص حصّة من دار مثلاً لآخر حصّة من أخرى، فناقِل كلّ منهما الآخر، فلشريك كلّ أن يأخذ بالشفعة ممّن ناقِل شريكه ويخرجان معاً من الدارين.

وكذلك تكون الشفعة في العقار ولو كان شَجَراً أو بناءً مملوكاً بأرض حُيس على البائع وشريكه أو غيرهما؛ كما لو اقتضت المصلحة إجارة أرض محبسة سنين فبني فيها المستأجر أو غرس بإذن ناظرها على أن ذلك له، فإذا كان المستأجر متعدداً وباع أحدهم فلآخر الشفعة. والشجر والبناء عقار.

2 - أن ينقسم العقار. فمحل جواز الأخذ بالشفعة فيما ينقسم من العقار على المشهور. فإن لم يقبل القسمة أو قبلها بفساد، كالحمام والفرن فلا شفعة فيه. والدليل على عدم جواز الأخذ بالشفعة فيما لا ينقسم⁽⁴⁾:

أ - حديث: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم». ووجه الاستدلال أنّ النبي صلى الله عليه وآله إنّما أوجب الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم؛ لأنّ ما لا ينقسم لا يقال فيه: حكمه كذا وكذا ما لم يقسم؛ لأنّه غير قابل للانقسام أو يقبلها بفساد. وهذا استدلال بدليل الخطاب، قال ابن رشد الحفيد: وقد أجمع عليه في هذا الموضوع فقهاء الأمصار، مع اختلافهم في صحة الاستدلال به.

ب - ما جاء في حديث جابر: «إنما جعل النبي صلى الله عليه وآله الشفعة في كل مال لم يقسم». ووجه الاستدلال أنّه أتى بصيغة الحصر «إنما»، الدالة على قصر الحكم فيما ورد، أي: فيما يمكن فيه القسمة، ولم يقسم.

(1) قال الترمذي: لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن ربيع عن ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا، وهذا أصح.

(2) أخرجه مالك في الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة.

(3) المنتقى: 217/6، والمقدمات: 79/3، وبداية المجتهد: 189/2، وإكمال الإكمال: 546/5.

(4) الإشراف: 637/2، والمنتقى: 199/6، وعارضة الأحوذني: 131/6، والمقدمات: 65/3،

والمعلم: 326/2، وبداية المجتهد: 289/2، وإكمال الإكمال: 545/5.

ج - أن علة الشفعة دفع ضرر القسمة. وهي العلة التي جعلت من أجلها الشفعة. وهي تكون بوجوه، منها:

* أنه قد تنقص قيمته إذا قسمت.

* أنه قد يحتاج كل واحد من المتقاسمين إلى استحداث مرافق في نصيبه، فيلزمه في ذلك مؤنة وأجر القسمة التي تختص بقسمة الأصول، إذ ليس كل واحد يحسن قسمتها، فلا بد في الأغلب أن يستأجر على قسمتها من يختص بمعرفة ذلك.

قال ابن رشد الجّد: وهذه العلة صحيحة يشهد لصحتها اطرادها وانعكاسها.

وإنما اختصت الشفعة بما ينقسم؛ لأن ما لا ينقسم إذا طلب الشريك فيه البيع أجبر شريكه عليه معه، لأجل أن ينتفي ضرر نقص الثمن بالقسمة. بخلاف ما ينقسم فإنه إذا طلب أحد الشريكين البيع لا يجبر شريكه على البيع معه؛ لأنه لا ضرر يلحق الثمن بالقسمة.

وقد وقع القضاء بالشفعة من بعض القضاة في غير ما ينقسم، وهو حمام قضى بذلك منذر بن سعيد البلوطي قاضي الجماعة بقرطبة؛ فيقاس عليه غيره كفرن ودار صغيرة ونخلة ونحوها، وهو قول لمالك في المدونة: والأول رواية ابن القاسم عنه فيها أيضاً وهو المشهور. فما ينقسم فيه الشفعة قولاً واحداً، وما لا ينقسم فيه قولان مشهورهما عدم الشفعة فيه. ووجه ترجيحه العمل بالمصلحة؛ لأنه يلزم من قسمته إفساد مالية عظيمة، وذلك ضرر عظيم، فيجب دفعه⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم من الاختلاف في العلة التي من أجلها شرع حكم الأخذ بالشفعة على قولين؛ فمن قال: علتها دفع ضرر القسمة، منعها فيما لا ينقسم لعدم تيسرها فيه، فلا يجاب فيما لا ينقسم للقسمة إذا أرادها المشتري حتى يلزم ضرر الشريك بها.

ومن قال: علة الشفعة دفع ضرر الشركة، أجازها مطلقاً إذ ضرر الشركة حاصل فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، إذ لا يقدر أحد من الشركاء أن يتصرف في المال المشترك بشيء من وجوه التصرف دون إذن شريكه. لكن لا يلزم من اعتبار هذه العلة إيجاب الشفعة فيما لا ينقسم من العروض والحيوان؛ لأن الضرر يرتفع فيها ببيعها وقسم الثمن، إذ لا يتشاح الناس فيها ولا يرغبون في إمسакها، كرغبتهم في العقار وتشاحهم في إمسакهم⁽²⁾.

ما يلحق بالعقار:

ويلحق بالعقار في جواز الشفعة فيه كل أصل تجنى ثمرته مع بقاء ذلك الأصل

ليخلف غيرها؛ لأنها متعلقة بأصل ما فيه الشفعة⁽¹⁾. وهذا شامل لما يلي:

* ثَمرة الأشجار: أي: إن أحد الشريكين في ثمر على أصوله إذا باع نصيبه لأجنبي، فللشريك الآخر أن يأخذه بالشفعة من المشتري إلحاقاً للثمرة وما يأتي ذكره بعدها بالعقار⁽²⁾. ودليل هذه المسألة وما بعدها: الاستحسان. ذلك أن الإمام مالك رآها بمنزلة الأصول لما كانت في أصولها. وقال في المدونة: وما علمت أحداً قاله قبلي، ولكتي استحسته⁽³⁾.

وقد أقام لها القاضي عبد الوهاب قياساً، وذلك بقياسها على الحيوان والبشر التابعين للأرض، بعلّة أنها معلقة في الملك من غير صنع آدمي بأصل تجب فيه الشفعة، يخاف فيها سوء المشارك، فأشبهه الفحل والبئر⁽⁴⁾.

ويشترط لجواز الشفعة في الثمرة أن لا تَبَسَّ ويتهيّ طبيها؛ فإن يبست بعد العقد، وكذا إن اشتراها الأجنبي يابسة فلا شفعة فيها.

* المِقْتَاة: والمراد ثمرة المقتاة؛ لأنّ المقتاة ليست اسماً للقضاء، بل للأصل وهي العروش التي فيها القضاء، من بطيخ أصفر أو أخضر أو خيار ونحوها، فيها الشفعة إذا باع أحد الشريكين.

* البَاذِنَجَان والقَرْع والبامية ونحوها، مما له أصل تجنى ثمرته وأصله باق، كالقن والقول الأخضر الذي يزرع ليباع أخضر.

هذا ولو بيعت ثمرة الأشجار مفردة عن أصلها، أو بيعت المقتاة وما بعدها مفردة عن الأرض. وانظر تمام المسألة في الشرح الكبير.

وقد قيل في المذهب: أن لا شفعة مطلقاً في الثمرة وما بعدها، وهو قول أصبغ وعبد الملك؛ وقيل: لا شفعة فيها إذا لم يكن الأصل للشريكين. وسبب الخلاف بين القول المشهور وهذين القولين، هل كون العلة التي أوجبت الشفعة وهي الضرر يشترط فيها اللزوم أم لا؟ فمن قال بذلك جعل العلة مركبة من جزئين: وصف الضرر ووصف

(1) المقدمات: 75/3.

(2) قال الشيخ الدردير: واعلم أن مسألة الشفعة في الثمار وما عطف عليها إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها مالك: إنه لشيء استحسته وما علمت أن أحداً قاله قبلي. الثانية: الشفعة في البناء بأرض محبسة أو معارة وقد تقدمت. الثالثة: القصاص بشاهد ويمين في الجرح. الرابعة: في الأنملة من الإبهام خمس من الإبل. والحاصل أن الأربع مسائل: اثنتان منها في الشفعة، واثنتان في الجناية. قال الشيخ الصاوي: فإن قلت كيف تكون مستحسانات الإمام قاصرة على هذه المسائل، مع أن الاستحسان في مسائل الفقه أكثر من القياس، وقال مالك: إنه تسعة أعشار العلم؛ والجواب أنه إنما خصّ الإمام بهذه المسائل مع أنه وقع منه غيرها لانفراده بها.

(3) إكمال الإكمال: 547/5.

(4) الإشراف: 633/2، والمعونة: 1268/2.

اللزوم، فلا تجري الشفعة إلا فيما اجتمعا فيه، فمنعها في الثمرة وما بعدها. ومن قال بأن الضرر علة مستقلة أوجب الشفعة وإن لم يلزم⁽¹⁾.

ما لا شفعة فيه:

- لا شفعة فيما لا ينقسم، أي: لا يقبل القسمة. وقد تقدّم.

- لا شفعة فيما قسم بين الشركاء؛ لأنّ الشفعة لا تجب إلا بالجزء الشائع الذي يأتي إحرازه بالقسمة. والدليل⁽²⁾: ما تقدم من الأحاديث، وفيها النصّ على أنّ الشفعة تكون في الشركة ما دامت لم تقسم، فإذا قسمت بين الشركاء وعرفت الأنصاء وصرفت الطرق، فلا شفعة.

- لا شفعة في زرع، كقمح وكتان وفول وزرع ليحصد وبرسيم؛ ولا شفعة في بقل مما ينزع من أصله، كفجل وجزر وبصل وقلقاس وملوخية. وكو بيع الزرع أو البقل مع أرضه فلا شفعة فيه. وإنما هي في الأرض فقط بما ينوبها من الثمن. ووجه عدم الشفعة فيها أنها لا تجنى ويبقى أصلها ليخلف غيرها، وإنما تحصد من أصلها ويخلف غيرها.

- لا شفعة في عرصة، وهي ساحة الدار التي بين بيوتها أو على جهة من بيوتها، تسمى في عرف العامة بالحوش.

- لا شفعة في ممر، وهو المعروف بالمجاز الذي يتوصل منه إلى ساحة الدار، إذا قسّم بين الشريكين أو الشركاء متبوعهما من البيوت، وبقيت الساحة أو الممر مشتركاً بينهما. فإذا باع أحدهما حصته منهما مع ما حصل له من البيوت، أو باعها مفردة فلا شفعة فيها للآخر؛ لأنها لما كانت تابعة لما لا شفعة فيه وهو البيوت المنقسمة كان لا شفعة فيها. ووجه كون الممر والساحة لا شفعة فيهما⁽³⁾:

أ - أنّ الملك فيهما ملك منفعة؛ والشفعة لا تستحقّ إلا بالاشتراك في ربة الملك.

ب - أنّهما تبع لأصل لا شفعة فيه، وهو البيوت المقسومة.

وقيل: إن باعها وحدها وجبت الشفعة.

- لا شفعة في الحيوان والعروض والطعام مما يكال أو يوزن أو يعدّ. والدليل⁽⁴⁾:

أ - ما تقدّم من قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود

(1) المفهم: 2906/5.

(2) المنتقى: 204/6، وعارضة الأحوذى: 131/6، والمعلم: 326/2، والمفهم: 2904/5، وإكمال الإكمال: 546/5.

(3) المعونة: 1269/2، والمفهم: 2904/5.

(4) الإشراف: 635/2، وعارضة الأحوذى: 134/6، والمقدمات: 64/3.

وعرفت الطرق فلا شفعة»⁽¹⁾.

ب - ما تقدم من قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك، في أرض، أو ربيع، أو حائط».

وقد تقدم ذكر أوجه الاستدلال بالحديثين في قصر الشفعة على العقار.

ج - قال الإمام مالك: وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا.

د - القياس على الذهب والفضة؛ لأنّ العروض والحيوان والطعام تنقل وتحول

كالذهب والفضة.

وحكم منع الشفعة في العروض جار على كون العلة دفع ضرر القسمة؛ لأنّ

العروض لا مؤنة في قسمتها⁽²⁾.

ويستثنى من الحيوان فيكون فيه الشفعة إذا كان في بستان. فإذا كان البستان

مشتركاً وفيها حيوان كبقر بينهما، فباع أحدهما نصيبه من البستان فلأخر الأخذ بالشفعة

في البستان والحيوان. ومثل الحيوان البئر، والدليل⁽³⁾:

أ - ما تقدم من الأحاديث من أنّ الشفعة في كلّ شرك. ودلالتها عامة في كلّ

شرك، ولم يرد تخصيص حيوان البستان وبثره من ذلك.

ب - لأنّ الحيوان والبئر لما كانا من مصلحة البستان أعطيا حكمه. ولأنّهما

تابعان لأصل لم يقسم ويجب فيه الشفعة، ويتعدّى ضرر الشركة فيه إلى الأصل، فوجب

أن تجب فيه الشفعة ببقاء الأصل.

ويلحق بالبستان المعصرة والمجسة بالقياس الجليّ، فلا وجه لتوقف ابن غازي

فيه واعتراضه على الشيخ خليل.

ويشترط في الحيوان الذي تشمله الشفعة أن يكون منتفعاً به في البستان أو

المعصرة أو المجسة.

وفي الردّ على من أوجب من الفقهاء الشفعة في العروض والحيوان والأطعمة

قياساً على العقار، بعلّة دفع ضرر الشركة فيها، أجاب علماء المالكية عن ذلك بأنّه

قياس مع الفارق بين الفرع والأصل، فإنّ الأصل المقيس عليه الذي هو العقار يعظم

الضرر فيه على الشريك بدخول المشارك الأجنبي له ومخالطته، فقد يؤذيه ولا يقدر على

التخلّص منه لصعوبة بيع العقار وتعذّر ذلك في أكثر الأوقات، وليست كذلك العروض

والحيوان وما ينقل ويحول، فإنّ الانفصال عن الشركة فيها يسير لسهولة بيعها والخروج

عنها في كلّ الأوقات وأكثر الحالات فانفصل الفرع عن الأصل، فلا يصحّ القياس⁽⁴⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) المقدمات: 65/3/2.

(3) الإشراف: 637/2، والمتقى: 222/6، وإكمال الإكمال: 546/5.

(4) المعونة: 1268/2، والمقدمات: 66/2، والمفهم: 2906/5، وإكمال الإكمال: 547/5.

- لا شفعة في بَيْعِ فَاسِدٍ، إِلَّا أَنْ يَفُوتَ فَتَثَبَتِ الشَّفْعَةُ بِالْقِيَمَةِ فِي الْمَتَّفِقِ عَلَى فَسَادِهِ، وَبِالْثَمَنِ فِي الْمَخْتَلَفِ فِيهِ. وَوَجْهٌ عَدَمُ جَوَازِ الشَّفْعَةِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنَّهُ مَعْدُومٌ شَرْعاً، فَالشَّقِصُ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنِ الْمَلِكِ بَاتِّعِهِ، فَلَوْ أَخَذَ الشَّفِيعُ مِنَ الْمَشْتَرِي بِالشَّفْعَةِ، وَعَلِمَ بِالْفَسَادِ بَعْدَ ذَلِكَ فَسَخَّ بَيْعَ الشَّفْعَةِ؛ لِأَنَّ الْمُتَبَيَّنَّ عَلَى الْفَاسِدِ فَاسِدٌ.

والفوات المذكور هنا بغير حوالة الأسواق، كتغير الذات بالهدم وكالبيع من غير علم الشفيع؛ لأن حوالة الأسواق لا تفتت الرباع.

- لا شفعة في كِرَاءٍ. لِأَنَّ الشَّفْعَةَ لَا تَكُونُ إِلَّا عِنْدَ انْتِقَالِ الْمَلِكِ لِلذَّاتِ، وَهَذَا لَمْ يَحْصُلْ فِي الْكِرَاءِ. فَمَنْ أَكْرَى نَصِيْبَهُ مِنْهُمَا فَلَيْسَ لِلْآخِرِ الْأَخْذَ بِالشَّفْعَةِ. وَقِيلَ: فِيهِ الشَّفْعَةُ بِشَرْطَيْنِ: أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَنْقَسِمُ، وَأَنْ يَسْكُنَ الشَّفِيعُ بِنَفْسِهِ.

الركن الرابع: المأخوذ به:

والمأخوذ به هو الثمن، ويشترط أن يكون كما يلي:

- بمثل الثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ بِهِ الْمَشْتَرِي حَيْثُ كَانَ مِثْلِيًّا، وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ الشَّقِصَ دَيْنًا بِذِمَّةٍ بَاتِّعِهِ. وَالدَّلِيلُ: مَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُوْذَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ». أَي: إِذَا بَاعَ الشَّرِيكَ إِلَى أَجْنَبِيٍّ بَدُونَ أَنْ يُوْذَنَ شَرِيكَهُ بِذَلِكَ، فَإِنَّ الشَّرِيكَ أَحَقُّ بِمَا بَاعَهُ شَرِيكَهُ. وَهَذَا يَشْعُرُ بِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فِيمَا يَبِيعُ بِمَا وَقَعَ الْبَيْعُ بِهِ مِنْ ثَمَنٍ وَأَجَلٍ، وَبِكُلِّ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ⁽¹⁾.

والمعتبر في الثمن ما وقع العقد عليه ولو نقد المشتري خلافه، هذا هو الراجح وهو قول ابن القاسم، وقيل: المراد بالثمن ما نقده المشتري ولو عقد على خلافه وهو ما مشى عليه الخرخشي.

- أَوْ بِقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مَقْوَمًا كَبِيرًا. وَيَعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْبَيْعِ لَا يَوْمَ الْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ. وَوَجْهُ اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ فِي الْمَقْوَمِ، أَنَّ الشَّفِيعَ إِتْمَا يَسْتَحِقُّ الشَّقِصَ بِالْقَدْرِ الَّذِي عَاوَضَ الْمَشْتَرِي بِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلُ لَزْمِ الشَّفِيعِ مِثْلَهُ، وَإِلَّا فَقِيَمَتُهُ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَقُومُ مَقَامَ الْمِثْلِ عِنْدَ تَعَدُّرِهِ، وَأَنَّ الْعُرُوضَ وَالْحَيَوَانَ لَا مِثْلَ لَهَا، فَهِيَ مِنَ الْمَقْوَمَاتِ⁽²⁾.

- أَوْ بِقِيَمَةِ الشَّقِصِ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْمَعَاوِضَةُ بِشَيْءٍ غَيْرِ مَتَمَوْلٍ، نَحْوِ نِكَاحٍ جَعَلَ الْمَهْرَ فِيهِ ذَلِكَ الشَّقِصَ؛ وَخُلْعٍ خَالَعَتِ الزَّوْجَةَ زَوْجَهَا بِهِ؛ وَالْمَصَالِحَ بِهِ عَنِ عَمْرَى؛ وَصُلْحٍ عَمْدٍ، عَنِ إِقْرَارٍ أَوْ إِنْكَارٍ، عَلَى نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ الْوَاجِبِ فِيهِ الْقُودُ، فَإِذَا صَالِحَ الْجَانِي بِشَقِصِ الشَّفْعَةِ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الصَّلْحِ، بِخِلَافِ الْخَطَأِ فَإِنَّ الشَّفْعَةَ فِيهِ بِالذِّمَّةِ مِنْ إِبْلِ أَوْ غَيْرِهَا، تَنْجَمُ كَالْتَنْجِيمِ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وعَلَّ الْقَاضِي عَبْدُ الْوَهَّابِ أَخَذَ الشَّفِيعَ جِزَاءَ شَرِيكَهُ بِقِيَمَتِهِ إِذَا دَفَعَهُ مَهْرًا دُونَ أَخْذِ

(2) المعونة: 1276/2، والمنتقى: 204/6.

(1) المفهم: 2906/5.

مهر المثل، بأن ذلك يوجب تقويم البضع في حقوق الأجنب؛ ولأن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون في ذلك ضرراً على المرأة وعلى الشفيح؛ لأنه قد تكون قيمته أضعاف مهر المثل، بأن يكون الزوج قد سامح المرأة، وتقول المرأة لا أرضى ببذل بضعي بمهر المثل، فإذا كلفت المرأة مهر المثل عوضاً منه أضربها، وكذلك عكسه في حق الشفيح، فكانت القيمة أعدل⁽¹⁾.

ما يلزم الشفيح في الثمن:

- يلزمه أن يأخذ الشقص بما يَخُصُّه من الثمن، إن صاحَبَ في البيع غيره في صفقة؛ كأن يبيع الشريك الشقص وبعيراً بعشرة، فيقوم الشقص منفرداً ثم ينظر لقيمته مع ما صاحبه كالبعير؛ فإذا كانت قيمته منفرداً النصف أخذه بنصف الثمن قلّ أو كثر، وإن كانت الثلث أخذه بثلثه وهكذا، وقيل: يقوم كل منهما على انفراده ثم ينظر للنسبة بعد ذلك.

وَلَزِمَ المُشْتَرِي لهما الباقي وهو ما صاحب الشقص في الشراء كالبعير، ولو كانت قيمته أقل من قيمة الشقص. واعترض: بأن الأخذ بالشفعة من الاستحقاق، ولا يجوز فيما استحق أكثره أو ظهر معيياً التمسك بالباقي في الأقل. وأجيب: بأنه هنا إنما يأخذ الباقي بما ينوبه بعد أن عرف ما ينوبه من الثمن، فلم يلزم التمسك بمجهول. بخلاف الاستحقاق والعيب فإن التمسك بالباقي وقع قبل التقويم والتمسك قبله ابتداءً ببيع بثمان مجهول، إذ لا يعلم إلا بعد التقويم.

وليس من حق المشتري أن يقول للشفيح: لا أدعك تفرّق الصفقة؛ لأن الشفيح لا يلزمه أخذ ما لا شفعة له فيه، والمشتري دخل على تفريق الصفقة⁽²⁾.

- يلزمه أن يأخذه بأجل الثمن، أي: يأخذه بالثمن المؤجل بأجله، ولو كان الأخذ بالشفعة بعد انقضاء الأجل؛ لأن الأجل له حصة من الثمن. ووجه كونه يأخذه بالثمن المؤجل أنه لو لم يجب ذلك لم يخل من أحد أمرين:

الأول: إما أن يأخذه نقداً، وذلك زيادة على الشفيح على ما أخذه المشتري فلم يجز كالزيادة عليه في الثمن؛ لأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن، فكان كالزيادة في مقداره؛ لأن العرف جار بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة. والشفعة تستحق بمثل الثمن الذي يبيع الشقص به، حتى يدخل الشفيح مدخل المشتري من غير زيادة ولا مؤنة.

الثاني: أو أن يؤخّر الأخذ بالشفعة إلى أن يحلّ الأجل وذلك غير جائز؛ لأنه حقّ وجب له يملك أخذه بمثل ما عاوض المشتري عليه، فكان كالمبيع بالنقد. وإذا انتفى الأمران لم يبق إلا أن يأخذه بالثمن المؤجل بأجله⁽³⁾.

(1) الإشراف: 634/2، والمعونة: 1272/2. (2) المعونة: 1273/2.

(3) الإشراف: 635/2، والمعونة: 1280/2.

ويلزمه الأخذ بالثمن المؤجل إن كان موسراً يوم الأخذ، ولا ينظر ليساره في المستقبل؛ أو لم يكن موسراً وضمته ملىء.

ولا يكفي تحقق يسره في المستقبل يوم حلول الأجل بنزول معلوم وظيفه في المستقبل، إذا كان يوم الأخذ معسراً، مراعاة لحق المشتري؛ لأنه يحصل للشفيع بعدم الاكتفاء ضيق فيكون وسيلة لترك الأخذ بالشفعة، وكما يراعى يسره في المستقبل لا يراعى خوف طرؤ عسره قبل حلول الأجل، فالعبارة بالحالة الراهنة.

فإن لم يكن موسراً ولا ضمنه ملىء عجل الثمن للبائع، وإلا أسقط الحاكم شفעתه. قال اللخمي: إلا أن يتساوياً في الفقر والحاجة، فله الأخذ بالثمن لأجله ولا يلزمه الإتيان بضامن ملىء، إذ لا فرق بينه وبين المشتري حينئذ. فإن كان الشفيع أشد عدماً لزمه الإتيان بضامن وإلا سقطت شفעתه.

- يلزمه أخذه مع رهنيه وضامنيه. أي: إذا اشتراه المشتري بثمان في الذمة ودفع لبائعه رهناً أو ضمنه أحد، فالشفيع لا يأخذه إلا برهن كرهن المشتري أو ضامناً كضامنه، وإلا فلا شفعة له.

- يلزمه أجره دلال وأجرة كاتب الوثيقة، وكذلك المكس إذا توقف البيع عليه من ظالم على أظهر القولين. قال الشيخ الصاوي: فإذا جرت العادة أن من اشترى عقاراً يدفع مكساً للحاكم أو لشيخ الحارة فالأظهر أن الشفيع يلزمه ذلك.

سقوط الشفعة:

تسقط الشفعة بالأمر التالية:

- بالتنازع في سبق الملك، بأن قال كل واحد من طالبي الشفعة: أنا ملكي سابق على ملك الآخر فالشفعة لي، فلا شفعة لأحدهما على الآخر عند عدم البينة أي: الشهادة لأحدهما، وسواء حلفا معاً أو نكلا. إلا أن يحلف أحدهما فقط على دعواه، وينكل الآخر، فالقول للحالف وله الشفعة.

- إذا قاسم الشفيع المشتري فتسقط شفעתه. وكذا إذا طلب القسمة ولم يقسم بالفعل فتسقط شفעתه على ما رجحه بعضهم.

- إذا اشترى الشفيع الشقص من المشتري فتسقط شفעתه.

- إذا ساوم الشفيع المشتري، فتسقط ولو لم يشتر بالفعل؛ لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة. وهذا ما لم يرد بالمساومة الشراء بالأقل من ثمن الشفعة، وإلا فلا تسقط بها الشفعة ويحلف.

- إذا استأجر الشفيع الحصة من المشتري.

- إذا باع الشفيع حصته فتسقط شفעתه؛ لأنها شرعت لدفع الضرر وقد انتفى الضرر

بالباع.

- إذا سَكَتَ الشفيع، بلا مانع، مع علمه بما أحدثه المشتري من هدمٍ أو بناء، ولو للإصلاح؛ لأن سكوته دليل على إعراضه عن أخذه بها.

- إذا سكت بلا مانع سنة كاملة وشهر بعد العقد، لا أقل من السنة، ولو حضر العقد وكتب شهادته في الوثيقة على الأزجج مما درج عليه الشيخ خليل. والموضوع هنا أن الآخذ بالشفعة بالغ عاقل رشيد أو ولي صغير، وأما الصبي والسفيه المهمل فلا يسقط شفעתه شيء من ذلك.

وكذلك إن علم ببيع شريكه فغاب بعد علمه، فتسقط شفעתه إن مضت سنة لا أقل، إلا أن يظن الرجوع من سفره قبل السنة فحصل أمر عاقه قهراً عنه، فإنه يبقى على شفעתه ولو طال الزمن، إن شهدت بينة بعذره أو قامت القرينة على ذلك.

واعلم أنه إن بعد الزمن، أي: بعد السنة، كسبعة أشهر فلا يمكن من الآخذ بالشفعة، إلا إذا حلف أنه ما أسقط شفעתه، وأنه للآن باق عليها؛ هذا إذا لم يكتب شهادته في وثيقة البيع. فإن كتبها فالبعد عشرة أيام بعد كتبه، فلا يمكن من الآخذ بالشفعة إلا بيمين ذكر ذلك ابن رشد، وحمل عليه المدونة، نقله الحطاب قال: ويؤخذ منه أنه إذا علم وغاب وطال يحلف بالأولى.

وإذا أنكر الشفيع الحاضر زمن البيع العلم بالبيع، فإنه يصدق سواء غاب بعد ذلك أم لا، ولو طال الغياب لأن الأصل عدم العلم. والحاصل أنه لا تسقط شفעתه إلا بعد عام من علمه فإن قام بعد مدة طويلة وادعى عدم العلم صدق بيمينه. فإن كان غائباً قبل علمه بالبيع، أو لم يعلم وهو حاضر، فلا تسقط شفעתه، وله القيام بها أبداً حتى يقدم من سفره ويعلم، أو يعلم الحاضر، فله سنة بعد علمه كما تقدم.

والدليل على أن الحاضر إذا علم بالبيع فله سنة لا يسقط حقه في الشفعة قبلها، وأن الشفعة ليست على الفور⁽¹⁾:

أ - ما جاء في الأحاديث المتقدمة من أن الشفعة فيما لم يقسم. ووجه الاستدلال منها أنها مطلقة غير مقيدة بحد.

ب - الأخذ بأصل أن كل من ثبت له حق فله أخذه وله تركه في أي وقت شاء، إلى أن يقوم دليل على تعلقه بوقت بفوت بخروجه.

ج - القياس على المطالبة بالديون؛ لأن الشفعة حق من جهة استيفاء مال، لم يكن فيه تفريط ولا تدليس، فلم تجب المطالبة به على الفور، أصله المطالبة بالديون.

د - أن في المطالبة على الفور إضراراً بالشفيع؛ لأنه قد يعلم ببيع الشقص في وقت لا يكون معه ثمنه، فيحتاج إلى تحصيل الثمن وبيع ما يحصله به، وذلك يقتضي

مهلة يمكنه فيها ذلك؛ وكذلك قد يكون المشتري قد عمّر الشقص، فيجب له قيمة العمارة، ويتعدّر على الشفيع قيمة الشقص في الوقت، والضرر غير جائز.

ووجه التحديد وأنّ ذلك ليس على الإطلاق، أنّ في ترك الشفيع على شفيعته إضراراً بالمشتري ومنعاً له من التصرف في ملكه بالعمارة، فكان يجب أن يكون له حدّاً ينتهي إليه يأمن المشتري عند انقضائه من قيام الشفيع بشفيعته⁽¹⁾.

ووجه تحديد التراخي وعدم الفور بالسنة، أنّها المدّة التي يمكن للشفيع أن يحصل فيها - غالباً - ما يجب عليه تحصيله للأخذ بحقه، وقد جعلت في الشرع حدّاً لأحكام عدّة⁽²⁾.

وجه جواز الزيادة على السنة بشهر، أنّ ما قارب الشيء يعطى حكمه قياساً على الرضاع⁽³⁾.

والدليل على الغائب لا يسقط حقه: أنّ الغياب عذر، يمنع صاحبه غالباً من المطالبة⁽⁴⁾. وبعضهم استدلّ لهذه المسألة بحديث جابر أنّ النبي ﷺ قال: «الجار أحقّ بشفيعته ينتظر به، وإن كان غائباً، إذا كان طريقيهما واحداً»⁽⁵⁾. وتقدم أنّه لم يؤخذ به في حق الجار في الشفعة لضعفه.

ما لا تسقط به الشفعة أيضاً:

لا تسقط الشفعة مع ما تقدم بالأمر التالية:

- إذا أسقط شفيعته لكذب عليه في الثمن بالزيادة بأن قيل: اشترى بعشرة، فأسقط حقه في الشفعة، فتبين أنه اشترى بخمسة، فله الأخذ بالشفعة ولو طال الزمن، وحلّف أنه إنما أسقط للكذب. فإن نكل فلا شفعة له.

- إذا أسقط لكذب عليه في الشقص المبيع، بأن قيل له: باع بعضه فأسقط، فتبين أنه باع الكل فله القيام بشفيعته.

- للكذب عليه في المشتري، بأن قيل له: فلان الصالح أو قريبك هو المشتري فأسقط، فتبين خلافه فله القيام.

- للكذب في أنفراد المشتري، كما لو قيل له: إن شريكك باع حصته لفلان، فأسقط شفيعته، فتبين أنه باعها لجماعة فلان وغيره.

- إذا أسقط وصيّ على يتيم الشفعة لليتيم، أو أسقط أب شفعة ابنه القاصر، بلأ

(1) المنتقى: 209/6. (2) المعونة: 1275/2، والمنتقى: 209/6.

(3) المنتقى: 209/6.

(4) المعونة: 1275/2، وبداية المجتهد: 294/2، والمنتقى: 209/6.

(5) أخرجه الترمذي في الشفعة، باب ما جاء في الشفعة للغائب، وقال: هذا حديث غريب.

نَظَرَ مِنْهُمَا، وَثَبِتَ ذَلِكَ فَلَا تَسْقُطُ وَلَهُ أَوْ لِلْقَاصِرِ إِذَا بَلَغَ الْقِيَامَ بِهَا. فَإِنْ أَسْقَطَا لِنَظَرِ سَقَطَتْ، وَحَمَلًا عَلَيْهِ عِنْدَ الْجَهْلِ، بِخِلَافِ الْحَاكِمِ فَلَا يَحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَهُ لِكَثْرَةِ أَشْغَالِهِ لَا لَطَعْنٍ فِيهِ. وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الرَّاجِحُ، وَمُقَابِلُهُ أَنَّهَا تَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ، وَلَوْ بَلَا نَظَرَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو عَمْرَانَ. وَسَبَبُ الْخِلَافِ هَلِ الشَّفْعَةُ اسْتِحْقَاقٌ أَوْ بِمَنْزِلَةِ الشَّرَاءِ؟ فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يُعْتَبَرُ إِسْقَاطُهُمَا إِنْ كَانَ غَيْرَ نَظَرٍ؛ وَعَلَى الثَّانِي يُعْتَبَرُ إِذْ لَا يُلْزَمُ الْوَصِيُّ وَالْأَبُ إِلَّا حِفْظَ مَالِ الْمَحْجُورِ لَا تَنْمِيَتِهِ.

ترك الشفيع الأخذ بالشفعة بعوض:

يجوز للشفيع ترك الأخذ بحقه في الشفعة بعوض يبذله له المشتري، والدليل⁽¹⁾:
القياس على الخلع؛ لأنه عوض عن إزالة ملك في تمليك فجاز له، كأخذ العوض عن تمليك الزوج زوجته أمرها والخلع به.

هبة الشفيع الشفعة وبيعها:

لا يجوز هبة الشفيع حقه في الشفعة ولا بيعها، والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - أن علة حكم الشفعة إزالة الضرر عن الشريك، فإذا اختار تفويت حقه في الشفعة للغير زالت العلة، فزال حكمها؛ ذلك أن الشريك إنما جعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول أجني لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طالبه بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه في ذلك ضرر، وهذا معنى يختص به الشريك لا يوجد في غيره.

ب - أن الشفيع إذا رضي بقطع حقه من تملك الشقص، كان المشتري أولى بثبوت ملكه عليه.

متى يطالب الشفيع بالأخذ بالشفعة:

يطالب المشتري الشفيع بالأخذ بالشفعة أو الترك بعد اشتراطه الشقص لا قبله. ويطالبه بذلك عند حاكم، فإن أجاب بواحد منهما فظاهر، وإلا أسقط الحاكم شفيعته. فليس له طلبه بالأخذ أو الترك إذا لم يجب له استحقاقه، واستحقاقه يجب بعد شراء المشتري.

ولو طالبه قبل الشراء فأسقط الشفيع حقه فلا يلزمه الإسقاط؛ لأنه أسقط شيئاً قبل وجوبه، أي: ثبوته وتحققه. وكذلك لو علّق الإسقاط على الشراء، بأن قال: إن اشتريت فقد أسقطت شفيعتي. فله القيام بها.

وللمشتري أن يستعجل الشفيع بالأخذ أو الترك بعد الشراء، إن قصّد الشفيع تروياً

في الأخذ وعدمه، ولا يمهل لذلك بل يوقفه عند حاكم ويستعجله. فإن قال: أخروني حتى أتروى، فلا يؤخر. فإن أجاب بشيء وإلا أسقطها الحاكم وسقطت.

أو إن قصد نظراً في الشقص المُشْتَرَى بالمشاهدة ليعلم حقيقته، فلا يجاب لتأخير حتى يذهب إليه فينظره، بل يوصف له بالحضرة لصحة البيع، ويقال له: إما أن تأخذ أو تسقط. فإن أجاب بشيء، وإلا أسقطها الحاكم. إلا إذا كان محلّ الشقص بعيداً عن محلّ الشفيع فيما إذا طلب النظر فيه، وكان البعد قليلاً لا ضرر في الذهاب إليه كساعة فلكية لا الزمانية فأقلّ فإنه يجاب لذلك، لا إن كانت المسافة أكثر من ذلك فلا يجاب إلى الذهاب إليه. فعلم أن قولهم: له الشفعة ولو بعد عام محلّه إذا لم يوقفه عند حاكم ويستعجله، ولم يسقط حقه إذا طالبه عند غير الحاكم.

فضّ الشفعة عند تعدّد الشركاء:

تنفّض الشفعة عند تعدد الشركاء على حَسَبِ الْأَنْصِبَاءِ لا على الرؤوس، فإذا كانوا ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس. فإذا باع صاحب النصف، فلذي الثلث منه ثلثاه وهو ثلث الجميع، ولذي السدس ثلثه وهو سدس الجميع، فيصير معه ثلث جميع الدار ومع ذي الثلث ثلثاها. وإذا باع صاحب الثلث فضّ على أربعة سهام، فلذي النصف ثلاثة منها، ولذي السدس سهم. وإذا باع صاحب السدس فضّ على خمسة أسهم، لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنان. وسواء فيما ينقسم وما لا ينقسم على القول به، خلافاً لمن فرق وهو اللخمي.

وإذا كانت على الأنصباء وباع أحد الشركاء لواحد منهم، كما لو باع صاحب النصف لصاحب الثلث، فَيُتْرَكُ لِلْمُشْتَرِي حِصَّةُ سَهْمَيْنِ مِنْ ثَلَاثَةِ هُمَا ثَلَاثُ الْجَمِيعِ، وَأَخَذَ صَاحِبُ السُّدْسِ سَهْمًا هُوَ سُدْسُ الْجَمِيعِ.

ودليل فضّ الشفعة على قدر الأنصباء لا على قدر الرؤوس⁽¹⁾:

أ - القياس على توزيع غلّة العقار؛ لأنّ الشفعة معنى يستفاد بالملك فوجب أن تكون معتبرة بالملك لا بقدر الملاك أصله غلّة العقار.

ب - القياس على الربح في التجارة التجارة؛ لأنّ مرافق الأموال تتوزّع على حسب مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة، كالربح في التجارة.

ج - أنّ الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبّد لولاها، والضرر داخل على كلّ واحد منهم على غير استواء؛ لأنّه إنما يدخل على كلّ واحد منهم بحسب حصته، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة. لأنّ المشتري قد يطالبهم بالقسمة، فيلزمهم ذلك فيدخل عليهم الضرر من عدّة وجوه: من نقصان قيمة نصيب كلّ منهم إذا

(1) الإشراف: 633/2، والمعونة: 1270/2، والمقدمات: 67/3، وبداية المجتهد: 291/2.

قسم، ولزوم أجرة القسام، واستحداث مرافق آخر، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رؤوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك؛ لأنّ هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك، وكذلك إذا رفع.

د - أن ذلك روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام.

تعدّد الشركاء والأخذ بالشفعة واحد:

إذا اشترى رجل شقصاً من آخر، وله عدّة شركاء، فأراد واحد منهم الأخذ بالشفعة، وسلّم سائرهم، فليس للشفيع إلّا أن يأخذ الكل أو الترك؛ لأنّ باقي الشركاء إذا تركوا أصبح الشقص كأنه ليس له إلّا شفيع واحد، فلم يكن له إلّا أخذ الكل أو الترك⁽¹⁾.

حضور بعض الشفعاء دون البعض:

إذا كان بعض الشفعاء حاضراً وكان باقيهم غائباً، وأراد الحاضر أن يأخذ بالشفعة في نصيبه، لم يكن له ذلك؛ لأنّ تبعض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشتري؛ لأنّ له حقاً في الشفعة بأن لا تبعض عليه. فإذا أخذ الحاضر الكل، ثم قدم الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا؛ لأنّ أخذ الشفيع الحاضر للجميع إنّما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه⁽²⁾.

انتقال الملكية للشفيع:

تنتقل ملكية الشقص المباع للشفيع بأحد أمور ثلاثة:

- بحُكْم من حاكم به بعد ثبوت البيع عنده.
- أو بدفع ثمن أو قيمة الشقص لمشتريه.
- أو بإشهاد بالأخذ بشفعته ولو في غيبة المشتري.

فإذا لم يوجد واحد من هذه الثلاثة لم يدخل الشقص في ملك الشفيع، فلا تصرف له فيه بوجه من وجوه الملك.

الركن الخامس: الصيغة:

يلزم الشفيع الأخذ إن قال: أخذت، بصيغة الماضي لا بالمضارع ولا باسم الفاعل. وهذا إذا كان يعرف الثمن لا إن لم يعرفه فلا يلزمه الأخذ، وإن كان الأخذ صحيحاً. وقيل: بل فاسد؛ لأن الأخذ بالشفعة ابتداءً بيع، فلا بد من علم الثمن، وإلّا

(1) المعونة: 1273/2، والمنتقى: 215/6.

(2) المعونة: 1274/2.

لزم البيع بثمان مجهول، فيرد وله الأخذ بعد ذلك. والحاصل أنه إن عرف الثمن وقال: أخذت أو ما في معناه لزمه الأخذ، وسواء حكم له الحاكم به بعد الرفع له أو دفع الثمن أو شهد عليه بذلك، فالمدار على إنشاء الأخذ بعد معرفة الثمن، فتنقل بذلك ملكية الشقص إليه.

ويلزم المشتري تسليمه الشقص إن سلم له الأخذ، بأن قال بعد قول الشفيع: أخذت، وأنا قد سلمت لك ذلك فيتبعه بالثمن المعجل فإن وقى، وإلا فيبائع الشقص أو غيره لأجل وفائه بالثمن. فإن لم يسلم، بأن امتنع أو سكت بعد قوله: أخذت؛ فإن عجل الشفيع الثمن أخذه قهراً عنه، وإن لم يعجله أسقط الحاكم الشفعة ولا يباع الشقص. وهذا إنما يكون في الثمن الحال لا المؤجل، وحاصله: أنه إذا عجل الثمن فلا كلام للمشتري، وأخذ منه جبراً وإن لم يسلم؛ وإن لم يعجله فإن سلم أجل للوفاء باجتهاد الحاكم، ولا نقض للشفعة، ثم يبيع من ماله ما يوفي به الثمن ولو الشقص، والأولى تقديم ما هو الأولى بالبيع؛ وإن لم يسلم ولم يعجل أجل بالاجتهاد فإن مضى الأجل ولم يأت به فله البقاء على طلب الثمن، فيباع له مال الشفيع للوفاء، وله أن يبطل أخذه بالشفعة.

وإن قال الشفيع: أنا أخذت، بصيغة المضارع أو باسم الفاعل، أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فيها وإلا سقطت، شفعتها ولا قيام له بها بعد ذلك.

حقّ الورثة في الشفعة:

حقّ الشفعة موروث. والدليل⁽¹⁾:

أ - حديث: «الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا عام في كلّ شريك، والوارث شريك لمن باع نصيبه من الشركة، فاستحقّ الشفعة، كما لو استحقها مورثه قبل وفاته.

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلاً فإلينا»⁽²⁾. والتصنيف في الحديث على المال لا ينافي غيره من سائر الحقوق، وهو عام في كلّ حق يتركه الميت.

ج - القياس على خيار الردّ بالعيب؛ لأنّ الشفعة خيار ثبت للمورث لدفع الضرر عن ماله، فجاز أن يقوم الوارث مقامه كالردّ بالعيب.

د - القياس على الثمار والنتاج؛ لأنّ الشفعة حقّ مستفاد بالملك، فجاز أن يورث كثمار الشجر ونتاج الماشية.

(1) الإشراف: 636/2، والمعونة: 1279/2، والمنتقى: 221/6، وبداية المجتهد: 294/2.

(2) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الصلاة على من ترك ديناً؛ ومسلم في الفرائض.

تقديم الأحق عند تعدد الشفعاء:

يقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة على غيره. والأخص هو المُشَارِكُ في الفرض كالثلث بالنسبة للإخوة لأم والثلثين بالنسبة للأختين؛ وكأخت لأب مع شقيقة لأنهما شريكتان في الثلثين وإن كانت الشقيقة لها النصف، إذ هو ليس بفرض مستقل عند الاجتماع. فإذا باعت إحدى الأختين نصيبها فالشفعة للأخرى دون غيرها من الشركاء الوارثين أو غير الوارثين.

ويدخل الأخص على الأعم، وهو غير المشارك في السهم، فيشمل العاصب وغيره. فإذا مات عن بنت فأكثر وعن أخوين أو عمين، فباع أحد الأخوين، فإن البنات يدخلن في الشفعة، ولا يختص بالأخ أو العم الذي لم يبيع. وكذا إذا مات عن بنات ماتت إحداهن عن أولاد، فإذا باعت إحدى البنتين دخل مع الأخرى أولاد الميتة. وإذا باع واحد من أولاد الميتة لم يدخل في حصته واحدة من الخالات؛ لأن الأعم لا يدخل مع الأخص. وإنما كان أصحاب الوراثة أخص لأنهم أقرب للميت الثاني. قال في التوضيح: لو حصلت شركة بوراثة عن وارثه لكان أهل الوراثة السفلي أولى، نص عليه في المدونة. كما إذا ورث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم عن أولاد، فإنه إذا باع أحد الأولاد كان إخوته أولى ثم الأعمام. اهـ. أي: ولو باع الأعمام لدخل أولاد أخيهم معهم ولا يختص بقية الأعمام.

وكوَارِثِ ذِي سَهْمٍ أَوْ عَاصِبٍ، فإنه يدخل على موصى لهم بعقار باع أحدهم، فلا يختص بالشفعة بقية الموصى لهم، بل يدخل معهم الوارث. ومفهومه أن الموصى لهم لا يدخلون مع الوارث إذا باع أحد الورثة، وهو قول ابن القاسم لأنهم كأعم مع أخص.

ثم يقدم الوَارِثُ مُطْلَقاً، كان ذا فرض أو عاصباً على أجنبي؛ كثلاثة شركاء في عقار مات أحدهم عن ورثة فباع أحد الورثة ما نابه، فإن الوارث يقدم على الأجنبي. فإذا كان البائع مشاركاً لغيره في سهم قدم مشاركته على غيره وإلا كانت الورثة فيه سواء.

ثم الأجنبي إن أسقط الوارث حقه؛ فإذا كانت دار بين اثنين مات أحدهما عن زوجتين وأختين وعمتين، فإذا باعت إحدى الزوجتين أو الأختين اختصت الأخرى بالشفعة، فإن أسقطت حقه فالشفعة للأختين أو الزوجتين والعمين دون الموصى لهم والأجنبي. فإن أسقطوا حقهم فللموصى لهم دون الأجنبي فإن أسقطوا فللأجنبي فالمراتب أربعة على الراجح، وقيل: خمسة، المشارك في السهم، فدو الفرض، فالعاصب، فالموصى له، فالأجنبي. وعليه فلو أسقطت إحدى الزوجتين حقه انتقل الحق للأختين، فإن أسقطا للعمين، فإن أسقطا للموصى له، فإن أسقط فللأجنبي.

تعدد البيع في الشفعة:

إذا تعدد البيع أَخَذَ الشفيع بأي بَيْعٍ شاء منها، وعهدة المبيع من عيب أو استحقاق طارئ تكون على مَنْ أَخَذَ الشفيع بِبَيْعِهِ، أي: فكتابة الوثيقة على البائع، ويرجع عليه عند ظهور عيب أو استحقاق. إلا إذا حَضَرَ الشفيع عالماً بالبَيْع الثاني أو الثالث، فيأخذ بالأخير لا بغيره؛ لأن حضوره عالماً يسقط شفيعته من الأول. ويدفع الثَّمَنَ لِمَنْ أَخَذَ الشفيع مِنْ يَدِهِ الشقص، وإن أخذ ببيع غيره، وَلَوْ كَانَ ما أخذ به أقل ثمناً، فلو باعه الأول بعشرة والثاني بخمسة عشر فإذا أخذ بالأول دفع له عشرة، ثم يَرْجِع من أخذ منه بالزائد له وهو الخمسة على بَائِعِهِ، يقول له: دفعت لك ثمن الشقص خمسة عشر أخذت من الشفيع عشرة فرد لي الخمسة؛ كما يردُّ من أخذ الشقص منه ما زَادَ على ما غرمه، إن كَانَ الثمن الذي دفع له أَكْثَرَ مما اشترى به كعكس المثال المتقدم؛ كما لو باعه الأول بخمسة عشر وباعه الثاني بعشرة، وأخذ الشفيع بالبيع الأول، فإنه يدفع للثاني لكونه أخذ من يده خمسة عشر يأخذ منها لنفسه عشرة التي دفعها لبائعه، ويرد له ما زاد وهو الخمسة؛ فإن أخذ الشفيع في هذا المثال بالبيع الثاني دفع له العشرة التي اشترى بها، وهو ظاهر كما لو تساوى الثمان. وعلى كل حال يدفع الشفيع الثمن الذي أخذ به لمن أخذ الشقص من يده، قل أو كثر ولو أخذ ببيع غيره كما تقدم.

وينقض ما وقع من بيع بعد البيع الذي أخذ به. ومعنى نقضه: تراجع الأثمان. ويثبت ما قبله اتفقت الأثمان أو اختلفت. فإن أخذ بالأخير ثبتت البياعات كلها ولا تراجع؛ وإن أخذ بالأول نقض جميع ما بعده؛ وإن أخذ بالوسط ثبت ما قبله ونقض ما بعده؛ فإن اتفقت الأثمان فالأمر ظاهر؛ وإن اختلفت فوجه التراجع ما ذكرنا والله أعلم.

حكم الغلة في الشفعة:

تكون الغلَّةُ قبل الأخذ بالشفعة للمُشْتَرِي؛ لأن الضمان منه والغلَّة بالضمان. والدليل على أن الضمان من المشتري: أن الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع، وذلك أن المبيع حصل في ملك المشتري وتقرَّر ملكه عليه بالعقد من البائع، فوجب أن يكون الضمان منه⁽¹⁾.

وقوع الكراء قبل الأخذ بالشفعة:

يتَحْتَمُ عَقْدُ كِرَاءِ المُشْتَرِي الشقص قبل الأخذ بالشفعة، فليس للشفيع فسخه على الأَرْجَحِ، بناء على أن الأخذ بالشفعة بيع، ومن المعلوم أن من اشترى داراً مكتراً فلا يفسخ كراؤها، والأجرة لبائعيها، ولا يقبضها المشتري إلا بعد مضي الكراء.

وعليه فالكِرَاءُ له للمشتري بعد الأخذ بالشفعة لا للشفيع، وهذا ظاهر فيما إذا كان وجيبة أو نَقَدَ المكري الكراء. وظاهره لو طالَّت المدة كعشرة أعوام، وبه وقعت الفتوى لأنها كعيب طراً. وقيل: إن كانت المدة قليلة كالسنة والستين، لما في المدة الطويلة من الضرر. ومقابل الأرجح: له فسخه مطلقاً، فإن أمضاه الشفيع فالأجرة في المستقبل له؛ بناء على أن الأخذ بالشفعة استحقاق، ومن المعلوم أن من استحقَّ داراً فوجدها مكتراً كان له أخذها ونقض الكراء، ويرجع المكتري بأجرته على المكري، وله إمضاء الكراء وتكون الأجرة له. قال بعضهم: والخلاف فيما إذا علم أن له شفيعاً وإلا فسخ له قطعاً.

ضمان النقص:

لا يَضْمَنُ المشتري نَقْصَ الشقص، إذا طرأ النقص عليه بعد الشراء بلا سبب منه بل بسماوي، أو بسبب منه لمصحلة، كهدم لبني أو لأجل التوسع. وسواء علم أن له شفيعاً أم لا. لأنَّ المشتري تصرّف بنفسه في ملكه، والشفيع يأخذ منه على وجه الشراء أو التقديم عليه في الملك، فلم يكن له النقصان من الثمن مع بقاء الأعيان المعقود عليها، وهو المهذوم، اعتباراً بها إذا انهدمت بأمر سماوي⁽¹⁾.

فإن هدم وبني فله قيمته على الشفيع قائماً لعدم تعديه؛ قال في المدونة: فإن بني قيل للشفيع: خذه بجميع الثمن وقيمة ما عمّر فيها، قال أشهب: وتعتبر يوم القيام وله قيمة النقص الأول يوم الشراء، فيقال: كم قيمة العرصة - أي: الساحة - بلا بناء، وكم قيمة النقص؟ ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه النقص نصفه أو ثلثه فهو الذي يحسب به للشفيع على المشتري، ويحط عنه من الثمن، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائماً. والدليل على أن الشفيع عليه القيمة: قول النبي ﷺ: «وليس لعرقِ ظالم حق»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن تصرّف المشتري ليس تصرفاً على وجه الغصب والظلم، فكان لما فعله حرمة وحق؛ لأنه فعل في ملك صحيح⁽³⁾.

فإن هدم المشتري لا لمصلحة ضمن.

التنازع في الثمن:

إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الذي اشترى المشتري به الشقص، فقال

(1) الإشراف: 2/ 639.

(2) أخرجه مالك مرسلًا عن عروة بن الزبير في الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات؛ ووصله أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج، باب في إحياء الموات؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات وقال فيه: حسن غريب. ووصله الترمذي أيضاً عن جابر، وقال فيه حسن صحيح.

(3) الإشراف: 2/ 636، والمعونة: 2/ 1278.

المشتري: بعشرة، وقال الشفيع: بثمانية؛ فالقول للمُشْتَرِي بيمين إن أشبه؛ لأنه مدعى عليه، سواء أشبه الشفيع أم لا. فإن لم يشبه، بأن ادعى ما الشأن أن لا يكون ثمناً لذلك الشقص فللشفيع القول إن أشبه. فإن لم يُشبهها معاً حلف كلّ منهما على مقتضى دعواه وردّه دعوى صاحبه؛ ويردّ الثمن إلى القيمة الوَسَط بين الناس، وكذلك إن نكلاً معاً. ونكولهما كحلفهما، ويقضى للحالف على الناكل. قال ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه، وقال غيره: أعدلُ الأقوال سقوط الشفعة كنسيان الثمن.

ولما كانت القسمة من تعلقات الشركة كالشفعة ناسب أن يذكرها عقبها.



القسمة

تعريف القسمة لغة:

القسمة من القسم - بالفتح -، يقال: قسم القسام المال بين الشركاء إذا فرقه بينهم وعين أنصاءهم، ومنه القسم بين النساء. والقسم - بالكسر - النصيب.

تعريف القسمة اصطلاحاً:

القسمة تعيين نصيب كلّ شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف. قوله: «تَعَيَّنُ» أي: تميز.

قوله: «كلّ شريك» أي: من الشركاء كثروا أو قلوا.

قوله: «في مشاع» أي: في مشترك لكل واحد جزء شائع في جميع أجزاء الشيء المملوك، عقاراً أو غيره. فيصير ذلك الجزء معيناً إما في جهة إن كان عقاراً، أو في ذات إن كان غيره، أو في أيام إن كانت القسمة مهياًة.

قوله: «باختصاص تصرف» فيما عين له مع بقاء الشركة في الذات؛ كأن يختص كلّ بدابة من الدواب المشتركة، أو بجهة من الدار، مع كونها بينهم، فإنه من القسمة الشرعية.

حكم القسمة:

الأصل في القسمة فيما ينقسم أنها جائزة، والدليل على ذلك⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْضُوهُمْ مِنِّهٖ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النساء: 8]. ووجه الاستدلال أنّ تقدير القرآن حضور أولي القربى والمسكين القسمة، والأمر بإرزاقتهم وكسوتهم، يدلّ على مشروعية القسمة؛ لأنّ القرآن لا يقدر حصول فعل غير جائز من دون أن يبيّن منعه لو كان ممنوعاً.

ب - قوله تعالى: ﴿وَمِمَّا قَلَّ مِنُّهُ أَوْ كَثُرٌ نَّصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 7]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى قدر لكلّ من له حقّ في الميراث، من الرجال والنساء، نصيباً مفروضاً، وذلك يقتضي قسمة الميراث ليصل كلّ واحد إلى حقه.

ج - عن ثور بن زيد الديلي أنّه بلغه أنّ رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ

(1) المعونة: 2/ 1285، والمقدمات: 3/ 91، وبداية المجتهد: 2/ 296.

قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية. وأيّما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام⁽¹⁾.

د - ما روي عن النبي ﷺ من قسمة الغنائم بين مستحقّيها.

هـ - الأصل أنّ أحداً لا يجبر على مشاركة غيره، وأنّ الشراكة تقوم على الاختيار لا على اللزوم.

ويعتري القسمة حكم الوجوب إذا دعا إليها بعض الشركاء.

وأما ما لا ينقسم، فالحكم أنّه يباع ويقسم ثمنه بين الشركاء فيه.

أقسام القسمة:

القسمة ثلاثة أقسام:

القسم الأول: قسمة مهايأة:

وهي قسمة منافع، لا رقاب وذوات. سميت بذلك لأنّ كلّ واحد هيأ لصاحبه ما ينتفع به. ويقال: تهايؤ، بياء تحية قبل الهمزة. ويقال: أيضاً تهاؤ، بنون قبل الهمزة، من المهايأة؛ لأنّ كلّ واحد هتأ صاحبه بما دفعه له للانتفاع به، وهو معنى قول التعريف: ولو باختصاص تصرّف.

تعريف قسمة المهايأة:

هي في اللغة الإعداد والتجهيز، يقال: هيأ الشيء لصاحبه أعده وجهزه له.

واصطلاحاً:

اخْتِصَاصُ كُلِّ شَرِيكٍ عَنِ شَرِيكِهِ بِمَنْفَعَةٍ مُتَّحِدٍ أَوْ مُتَّعِدٍ فِي زَمَنِ.

فقوله: «بمنفعة متّحد» أي: بمنفعة شيء متّحد كبير بينهما يستخدمه أحدهما شهراً

والثاني شهراً مثلاً، أو دار يسكنها أحدهما مدة والثاني مثلها.

وقوله: «أو متّعدّد في زمن» أي: كدارين أو بعيرين، يأخذ واحد منهما داراً أو

بعيراً والثاني يأخذ الآخر؛ أو كدار وبعير بينهما، يأخذ أحدهما الدار يسكنها ويأخذ

الثاني العبد يستخدمه في زمن معلوم. فتعيين الزمن شرط: إذ به يعرف قدر الانتفاع،

وإلا فسدت اتفاقاً في المتّحد وعلى طريقة ابن عرفة في المتّعدّد، ويظهر من كلام

بعضهم ترجيحها. وطريقة ابن الحاجب وابن عبد السلام: أنه لا يشترط تعيينه في

المتّعدّد؛ وعليها فإن عيّن فلازمة، وإلا فلكل الفسخ متى شاء. وهل يشترط اتحاد الزمن

كشهر وشهر أو لا؟ قولان.

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في قسم الأموال. وأخرجه أبو داود في الفرائض، باب

فيمن أسلم على ميراث؛ وابن ماجه في الأحكام، باب قسمة الماء.

وفيما يلي أمثلة ذلك مع بيان ما يشترط فيها من عدم طول الزمن في الحيوان:
- رُكوب دَابَّة في زمن معين يوماً أو جمعة أو شهراً لا أكثر؛ لأن الحيوان يسرع له التغير بخلاف العقار.

- سُكْنَى دَارٍ يسكنها كل واحد مدة معينة.

- زَرْع أَرْض مأمونة بين شخصين يزرعهما كل واحد مدة معينة، ولو أعواماً كثيرة، بخلاف غير المأمونة فلا يجوز قسمها مهايأة؛ لأنها كالإجارة يمنع فيها الغرر، فلم أن شرطها تعيين الزمن وانتفاء الغرر. ولذا لم يجز طول الزمن في الحيوان ونحوه كالثوب، ولم يجز في أرض الزراعة الغير المأمونة.

لزوم عقد قسمة المهايأة:

قسمة المهايأة من العقود اللازمة، فليس لأحدهما فسخها إذا تراضيا على شيء، حيث وقعت صحيحة إلا برضاها، أو رضاهم إن كانوا جماعة.
وهي في لزومها كالإجارة، أي: وكذلك في تعيين الزمن.

ولا بد في قسمة المهايأة من رضا الشريكين، فلا تفعل إلا برضاها، ولا يجبر أحدهما عليها إن أباهما، ولا يجوز فيها القرعة؛ لأن المنافع معدومة فقد لا تحصل فيعظم الغرر بالقرعة⁽¹⁾.

شرط قسمة المهايأة:

شرطها أيضاً كالإجارة، أن تكون في منفعة كركوب وسكنى كما تقدم في تعريفها. لا في الغلّة، أي: الكراء؛ كأن يأخذ كل منهما كراء الدابة أو الدار مدة معينة، ولو كانت غلّة يوم لكل واحد، فلا يجوز لما فيه من الغرر والمخاطرة، إذ يحتمل أن تكون غلتها في يوم أحدهما أكثر منها في يوم الآخر، مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل. والمنع هنا مبني على أن قسمة المهايأة بيع للمنافع، أي: إجارة، وليست تمييز حق. فالفرق بين الاستعمال للركوب أو السكنى وبين الغلّة، أن الركوب أو السكنى لكل منهما أن يستعمله في مثل ما يستعمله فيه الآخر في مدته، وذلك أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاؤه؛ وأما الغلّة فمجهولة، وقد يتعدّر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه، فإذا طالت المدّة كثرت المخاطرة⁽²⁾.

القسم الثاني: قسمة المراضاة:

وهي قسمة رقاب وذوات. وتكون بأن يتراضى الشريكان على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهما يرضى به بلا قرعة.

ولا بدّ في قسمة المراضاة من رضا الشريكين، فلا تفعل إلا برضاهما، ولا يجبر أحدهما عليها إن أباهما.

وهي كالتبّع. ووجه تشبيهها بالبيع أنّ كلّ واحد من المتقاسمين يبيع حصّته ممّا خرج عنه بحصّة شريكه ممّا صار إليه؛ لأنّ ملك حصّة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصّته من الجزء الذي أخذه صاحبه⁽¹⁾. ويظهر هذا التشابه فيما يلي:

- أن من رضي بشيء منه ملك ذاته.

- أنّه ليس له ردّه إلا بتراضيهما كالإقالة.

- أنّه لا ردّ فيها بالغبن، إذا لم يدخلها فيها مقوماً. أي: فلا قيام فيها لواحد منهما على الآخر بالغبن، وكذلك في المهايأة؛ لأنّه لم يأخذها أحد على قيمة مقدّرة ولا ذرع معلوم، ولا على أنّه مماثل لما خرج عنه، وإنّما أخذه بعينه على أن يخرج فيما سواه من جميع حقّه، سواء كان أقلّ منه أو أكثر كبيع المكايسة سواء⁽²⁾.

فإن أدخلها مقوماً ردّ فيها بالغبن، إلحاقاً لها بالقرعة ما لم يطل الزمن وإلا فلا ردّ. ووجه الردّ فيها بالغبن أنّ كلّ واحد من الشريكين دخل على قيمة مقدّرة وذرع معلوم، فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع به⁽³⁾. ولو ألحقت بالبيع في هذه الصورة لم يقع الردّ فيها بالغبن؛ لأن الغبن لا يردّ بالبيع.

وقد يتسامح في قسمة المراضاة ما لا يتسامح في البيع. ووجه التسامح مراعاة القول بأنّها تمييز حقّ لا بيع حقيقة وإن شُبّهت به.

وتجوز قسمة المراضاة سواء اتّحد الجنس كثياب أو خيول، أو اختلفت كثوب وبعير كما يظهر بالأمثلة.

ما يجوز في قسمة المراضاة:

- يَجُوزُ الرضا بأخذ صُوف على ظَهْر الغنم في نظير شيء آخر يأخذه صاحبه صوفاً أو غيره، وذلك إن دخلوا على جزّ الصوف بقُرْبِ كِنِصْفِ شَهْرٍ فأقل، وإلا منع لما فيه من معيّن يتأخر قبضه، فيكون من السلم في معيّن وهو ممنوع.

- يجوز أخذ الشريكين كوارثين عَرْضاً حاضراً، كثوب وحصان؛ والآخر دَيْناً على مدين يتبع به المدين إن كان حاضراً مقرّراً به تأخذه الأحكام، إلى آخر شروط بيع الدين.

- يجوز أخذ أحد الشريكين نوعاً من القطني كقول؛ والآخر قمحاً أو شعيراً، إذا كان يبدأ بيد، وإلا منع لما فيه من ربا النسبئة. ولا يجوز ذلك في القرعة لأنها لا يجمع فيها بين صنفين كما يأتي وكذا المسألة التي قبلها. وأما أخذ كلّ واحد دينار على غريم

(2) المتتقى: 50/6، والمقدمات: 93/3.

(1) المتتقى: 49/6.

(3) المتتقى: 50/6، والمقدمات: 92/3.

فلا يجوز في المراضاة ولا في القرعة لما فيه من بيع دين بدين، وأمّا المسألة الأولى فيجوز في القرعة ولو تأخر الجزّ أكثر من نصف شهر، بناء على أنها تمييز حق إذا قابل الصوف صوفاً مثله، إذ لا بد فيها من اتحاد الصنف.

- يجوز خيار أحد الشريكين، أو خيارهما معاً، كالخيار في البيع المتقدم ذكره في باب الخيار من المدة المذكورة هناك، وهي تختلف باختلاف المبيع من عقار وغيره، ومما يعدّ رضا وغير ذلك كما تقدم.

- يجوز أخذ كل من الشريكين أحدَ مُزْدَوَجَيْنِ، كخفت ونعل لما في الرضا من التسامح.

القسم الثالث: قسمة القرعة:

وهي المقصودة من هذا الباب؛ لأنّ المهايأة في المنافع كالإجارة، وقسمة المراضاة في الذات كالبيع؛ ولكل من الإجارة والبيع باب يخصّه.

تعريف قسمة القرعة:

هي تميّز حق في مشاع بين الشركاء، لا بيع. ووجه كونها تمييز حق أنّها غير موقوفة على اختيار المتقاسمين، بل هي مخاطرة جائزة، وذلك ينافي البيع، فثبت أنّها تمييز حق⁽¹⁾.

والقرعة جائزة في الشرع في كثير من المواطن لتعيين الحقوق عند تساويها، وغير مقتصرة على قسمة المشترك فيه من الممتلكات. ودليل جوازها في الشرع⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: 141].

ب - قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَقْلَمُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْجَمًا﴾

[آل عمران: 44].

ووجه الاستدلال من الآيتين أنّهما نص في القرعة. وكانت في شريعة من قبلنا، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ. ولم يرد فيها ناسخ بل ورد إقرارها كما يأتي من الأدلة.

ج - عن عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له عند موته، ولم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال له قولاً شديداً، ثم دعاهم فجزأهم، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة⁽³⁾.

(1) المتفق: 49/6.

(2) أحكام القرآن: 4/1263، والمقدمات: 3/93، والجامع لأحكام القرآن: 4/86، وبداية المجتهد: 2/299، والذخيرة: 7/199.

(3) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

وإنما أسهم رسول الله ﷺ بين العبيد في العتق ليقاسم الميت للورثة، فيأخذ له الثلث ويعطي الورثة الثلثين. ووجه اعتماد القرعة في تعيينهم أن فعله دلّ على أن التعيين بالتشهي لا يجوز شرعاً، فلم يبق إلا القرعة.

د - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا»⁽¹⁾.

هـ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأتين خرج سهمها خرج بها معه⁽²⁾. ووجه إقراع النبي ﷺ بين أزواجه عند السفر، أن السفر بجميعهن لا يمكن، واختيار واحدة منهن إثارة، فلم يبق إلا القرعة. لكن اختلفت الرواية عن الإمام مالك، فقال مرة: يقرع للحديث، وقال مرة: يسافر بأوفقهن له في السفر.

و - عن أم سلمة قالت: كنت عند النبي ﷺ جالسة، فجاءه رجلان من الأنصار يختصمان في أشياء قد درست وبادت، فقال النبي ﷺ: «إنما أقضي بينكما فيما لم ينزل علي فيه شيء، فمن قضيت له بشيء بحجة أراها فاقطع بها من مال أخيه ظلماً، أتى بها أسطاماً في عنقه يوم القيامة»؛ فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي له يا رسول الله الذي أطلب، قال: «لا، ولكن اذهبا فاستهما وتوخيا، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه»⁽³⁾. ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي ﷺ أمر بالقرعة في تعيين المستحق إذا أشكل.

ز - عن خارجة بن زيد بن ثابت أن أم العلاء امرأة من نسائهم بايعت النبي ﷺ أخبرته: أن عثمان بن مظعون طار لهم في السكنى حين اقترعت الأنصار على سكنى المهاجرين... الحديث⁽⁴⁾.

حكمة مشروعية القرعة:

حكمتها استخراج الحكم الخفي عند التشاح والتغالب، ليتحقق بها تطيب أنفس المتقاسمين، وقطع التنازع بينهما، ورفع الظنة عن يتولى القسمة⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة؛ والبخاري في الأذان، باب الاستهام في الأذان؛ ومسلم في الصلاة، باب تسوية الصفوف.

(2) أخرجه البخاري في الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها؛ ومسلم في التوبة، باب في حديث الإفك.

(3) أخرجه أحمد في المسند؛ والبيهقي في الصلح، باب ما جاء في التحلل؛ والدرقطني في الأفضية.

(4) أخرجه البخاري في المناقب، باب مقدم النبي ﷺ وأصحابه.

(5) أحكام القرآن: 273/1، والجامع لأحكام القرآن: 86/4.

ولما كانت قسمة القرعة تمييز حق لا بيع، فيكون فيها ما يلي:

- الردّ فيها بالغبن؛ لأنّ كل واحد من الشركاء دخل على قيمة مقدّرة وذرع معلوم، فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع به.

- أنّه لا بد فيها من مقوم.

- أن يجبر عليها من أباه. فإنّه إذا طلبها أحد الشركاء وأباه الآخر وطلب المهياة أو المراضاة، فإنّه يجبر على القرعة من أباه.

- أن لا تكون إلّا فيما تماثل أو تجانس، من العقار والحيوان والعروض، لا فيما اختلف وتباين من ذلك؛ ولا في شيء من المكيل والموزون.

- أن لا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين في القسم.

فَيُفْرَدُ فِيهَا كُلُّ نَوْعٍ أَوْ صِنْفٍ لِيَقْسَمَ عَلَى حَدْتِهِ، مِنْ عَقَارٍ أَوْ حَيْوَانٍ أَوْ عَرْضٍ، سِوَا احْتِمَالِ الْقِسْمَةِ فِي ذَاتِهِ أَوْ لَا.

فما احتمل القسمة في ذاته، فيقسم كلّ نوع على حدته، ولا يجمع في القسمة بالسهم - أي: بالقرعة -، الدور مع الحوائط، ولا مع الأرضين، ولا الحوائط مع الأرض؛ بل يقسم كل شيء من ذلك على حدته، وعلة المنع اختلاف الأغراض في كلّ نوع، ولحوق الضرر بالشركاء بقسمتها على العدد⁽¹⁾.

فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ قِسْمَهُ فِي ذَاتِهِ؛ كَنَخْلَةٍ وَحِمَارٍ وَدَارٍ صَغُرَتْ وَحِمَامٍ، فَإِنَّهُ يَبَاعُ وَيَقْسَمُ ثَمَنَهُ. وَوَجْهٌ عَدَمٌ وَجُوبٌ قِسْمَةٌ مَا لَا يَنْقَسِمُ أَنَّ الْقِسْمَةَ إِقْرَارٌ لِلْحَقُوقِ وَتَمْيِيزٌ حَقِّ الْوَاحِدِ مِنَ الشَّرَكَاءِ لِيَنْفَرِدَ بِهِ وَيَنْتَفِعَ بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَرِيدُهُ، وَقَسَمَ أَعْيَانٌ مَا لَا يَنْقَسِمُ يَفِيَتْ هَذَا الْمَعْنَى، فَيَجِبُ مَنَعُهُ. مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنْ إِتْلَافِ الْمَالِ لِلْفَسَادِ الدَّخِلِ عَلَيْهِ، كَأَنَّ طَالِبَ قِسْمَةِ الدَّابَّةِ وَالثُوبِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا يَقُولُ: أُرِيدُ أَنْ أَتْلَفَ عَلَى شَرِيكِي مَلِكَهُ وَأَبْطَلَ عَلَيْهِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ، وَلَا أَبَالِي إِنْ آدَى ذَلِكَ إِلَى إِتْلَافِ مَلِكِي مَعَهُ، فَلَا يُمْكِنُ مِنْ ذَلِكَ⁽²⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرًا نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء: 7]. فقوله تعالى: ﴿قَلَّ مِنْهُ﴾ قد استدل به البعض على وجوب قسمة العقار ولو كان حماماً أو داراً صغيرة تذهب منافعه بالقسمة؛ فقد ردّ على ذلك بأنّ معنى الآية ثبوت الحقّ، ثمّ يقسم على السنّة بما رواه يحيى المازني وعبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت، أنّ النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾، وقد نفى الحديث التسبّب في لحوق الضرر بالغير⁽⁴⁾.

(1) المعونة: 2/ 1289.

(2) المعونة: 2/ 1286، وبداية المجتهد: 2/ 299.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرّ بجاره.

(4) المنتقى: 6/ 56.

وانظر شرح هذا الحديث فيما تقدم في: باب المرافق. وسيأتي بيان وجه رفع الضرر بيع ما لا يمكن قسمته، عند الحديث عن الإجماع على البيع.

كيفية قسمة العقار والمقوم:

يُقَسَّمُ العقارُ والمُقَوِّمُ بِالْقِيَمَةِ، لا بالمساحة ولا بالعدد. فقد يكون فدان أو بعير أو ثوب قيمته عشرة، وقيمة الآخر مائة لجودته والرغبة فيه، فقد يقابل شيء بمثله أو أكثر. إلا أن تكون الأرض أو غيرها مستوية جودة أو رداءة ورغبة، فلا يحتاج لتقويم، بل تقسم بالمساحة أو العدد، كما سيأتي.

وأما المثلي كالدرهم والدنانير والحبوب والقطن والحديد، فإنها تقسم بالعدد أو الكيل أو الوزن، كل بما يناسبه، ولا تحتاج لقرعة. وقال ابن عرفة: يجوز قسمه بالقرعة أيضاً ولا وجه له إلا في نحو حلي.

القاسم وأجرته:

يكفي قَاسِمٌ واحد؛ لأن طريقه الإخبار كالقائف والطبيب والمفتي، فهو يجري مجرى الحاكم - أي: القاضي - والحاكم يكفي منه واحد إجماعاً⁽¹⁾؛ بخلافِ الْمُقَوِّمِ للمتلفات فلا بد فيه من التعدد؛ لأنه يترتب على تقويمه قطع أو غرم، وليس المراد المقوم للسلع المقسومة بالقرعة، فإن المقوم فيها هو القاسم ويكفي فيه الواحد وهو ظاهر كما ذكره الحطاب والخرشي. قال الشيخ الدردير: وما قيل بل الذي يفيد كلامهم أنه لا بد من تعدد المقوم في القسمة، بخلاف القاسم فيكفي الواحد، وأن المقوم غير القاسم فبعيد جداً، فتأمل.

والحاصل أن المعول عليه أن المقوم لا يشترط فيه التعدد، إلا إذا كان يترتب على تقويمه حد كسرقة أو غرم، كتقويم المسروق وأرش الجناية والمغصوب. وإنما اشترط فيه التعدد لأنه كالشاهد على القيمة. وأما القاسم والمقوم للقسمة، فهو نائب عن الحاكم، فاكفي فيه بالواحد.

أجرة القاسم:

يكون أجرة القاسم مفضوضة بعدد الشركاء المقسوم لهم ممن طلب القسم أو أباه، والمراد عدد الرؤوس لا عدد الأنصبة؛ ووجه ذلك أن تعب القاسم في الجزء اليسير كتعبه في الكثير، وكذا كاتب الوثيقة والمقوم. أي: باختلاف المقادير لا توجب زيادة في فعل القاسم بزيادة السهم، بل التعب فيه واحد، بل ربما تعب بتمييز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب بتمييز الكثير، يبين ذلك أن الدار - مثلاً - يكون

فيها ثلثان وثمان، فيحتاج إلى قسمتها أثماناً، ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه؛ فإذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره، بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير، الذي لم يؤثر إلا عملاً يسيراً، أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير، الذي قد أثر عملاً كثيراً، فوجب اطراح اعتبار الأنصباء وأن يكون الاعتبار بعدد الرؤوس⁽¹⁾.

وإذا كان القاسم قد أقامه القاضي فإنه يكره له أخذ الأجر ممن قسم لهم، سواء كانوا أيتاماً أم لا؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا شأن الناس، وهذا إذا لم يكن له شيء من بيت المال على ذلك. وأما إذا كان يأخذ رزقاً على القسم من بيت المال، فإنه يحرم عليه الأخذ من المقسوم لهم. وكذا يحرم إذا كان يأخذ مطلقاً، أي: قسم أو لم يقسم، ولا فرق بين كون المال المقسوم لأيتام أو لكبار، كان له أجر من بيت المال على القسم في كلّ قسمة أم لا، أي: طالما يأخذ أجرة مطلقاً.

فإن استأجره الشركاء على القسم لهم، فلا كراهة في أخذه الأجرة.

قسم الشجر بالقرعة:

يفرد في القرعة وجوباً شَجْرُ كُلِّ صِنْفٍ ليقسم على حدته، فإذا كان في الحائط شجر نخل وتفاح ورمان وخوخ، فكلّ صنف يفرد على حدته ويقسم. وذلك إن أمكن إفراده وقسمه، بأن يحصل لكلّ واحد من الشركاء حظّ كامل من جميع الأصناف ينتفع به، وإلا ضمّ لغيره للضرورة، ولا يباع إلا برضا الشركاء؛ لأنه أضّرّ في الحوائط، ويمثل للضرورة بما يلي:

- إن اختلّطت الأنواع في الحائط كنخلة ويليها شجرة رمان فشجرة تفاح وهكذا، فلا يفرد للضرورة، بل يقسم ما فيه بالقيمة، ويجمع لكل واحد من الشركاء حظّه في مكان بالقرعة، ولا يضّرّ حينئذٍ ما تحصل له من أصناف الشجر دون صاحبه، فلا يقدح في قسمة القرعة حين الاختلاط لأنه ضرورة. والمقصود من إفراد شجر كل صنف قسمة الشجر لأنها حائط والأرض تبع له.

- الأرض إذا تباعد شجرها من نوع أو أنواع، فيُجمَع في القسم فيها مع شجرها بالقيمة، ولا تقسم الأرض على حدة والأشجار على حدة؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون شجر واحد في أرض صاحبه وبالعكس وهو ضرر؛ فهذا استثناء مما تقدم من إفراد كلّ نوع أو صنف ليقسم على حدته، إذ المقصود في هذا قسمة الأرض، وأما الشجر فهو تبع لها لأنه متفرق فيها.

ودليل هذه المسألة: الاستحسان. ووجهه الرفق بكلّ شريك باجتماع سهمه، ونفي

(1) الإشراف: 659/2، والمعونة: 1290/2، والمتقى: 51/6.

الضرر عنه. وهو استدلال منسوب للإمام سحنون رحمه الله تعالى⁽¹⁾.

ما يجوز فيه الجمع - أي: بالعدد - في قسمة القرعة:

- الدُّور. فإنه يجوز جمعها في قسمة القرعة. فإذا مات عن دارين أو أكثر في أمكنة، فلا يتعين قسم كل دار على حدتها وإن أمكن، بل يجوز أن تجعل هذه الدار في مقابلة الأخرى بالقيمة، ثم يقرع بشروط ثلاثة:

* إن تَقَارَبَا، كَمِيلٍ أو ميلين، أي: بحيث يكون الميل أو الميلان جامعاً لأمكنتهما، حتى يصح ضم بعضها لبعض في القسمة. فإن تباعدت المسافة لم يجوز جمعها، بل يتعين قسم كل دار على حدتها؛ لأن شأن التباعد يؤدي إلى اختلاف الأغراض والمنافع؛ لأن أكثر من الميلين يؤدي إلى كونها في بلدين أو بلد كبيرة إحداها في الوسط والأخرى في طرفها وهذا مانع من الجمع لما تقدم.

* وتَسَاوَتْ الدور قيمة ورغبة، لا إن اختلفا في ذلك فلا يجوز الجمع.

* وأن يتعينا ولو بالوصف رفعا للجهالة.

- الأَفْرِحَةُ وهي أراضي الزراعة من الأفدنة والحَوَائِط المتعددة كذلك، أي: يجوز جمعها في القرعة بالقيمة، إن تعينت وتقاربت كالميل وتساوت قيمة ورغبة. ويزاد في الحوائط: أن تكون من نوع واحد كما تقدم.

- البَزَّ. وهو ما يلبس من قطن أو كتان أو صوف أو حرير أو خز، مخيطاً أو غير مخيط. فإنه يجوز جمعه في القرعة. وإنما جاز جمعه لأنه كالصنف الواحد؛ لأن المقصود منهما اللبس، والزينة لا تعتبر شرعاً، وسواء احتمل كل منها القسمة على حدته أم لا. وذلك بَعْدَ تَقْوِيمِ كُلِّ على حدته، وإلا لم يجز الجمع.

والدليل على جواز قسمة القرعة بالجمع فيما تقدم⁽²⁾: أن ذلك أنفع للمشاركين وأعود بالصالح عليهم وتقليل للضرر الداخل عليهم من القسمة؛ لأن الدار الواحدة - مثلاً - إذا قسمت ربّما فسد كثير من منافعها وقلّ الانتفاع بما يصير لكل واحد منهم. وقلت قيمتها، ولذلك أثبتت الشفعة في العقار. وأما إذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعه بها.

ولا تجمع أرض ذات آلة لسقيها، كساقية وشقدف ودلو، مع غيرها كأرض تسقى بلا آلة كَبْعَلٍ أو سِيح أو نيل أو مطر، لاختلاف زكاة ما يخرج منهما، فكانا كالنوعين.

ما يمنع قسمته بالقرعة أو مرضاة:

- يمنع قسمة قرعة أو مرضاة ما فيه فسَادٌ؛ لما فيه من إضاعة المال بغير حق،

(1) المنتقى: 54/2.

(2) المعونة: 1289/2، والمنتقى: 53/6، وبداية المجتهد: 298/2.

كَيَاقُوتَةَ وحجر الرحي بكسرهما بأن يأخذ كل منهما قطعة، ونحو ذلك مما لا ينتفع به إذا قسم. والمطلوب في ذلك أن يباع ويقسم ثمنه. وأمّا نحو الخفين والمصراعين مما لا فساد في قسمه، وإنّما تتوقف منفعة إحداهما على الأخرى، فيجوز مراضاة لا قرعة.

- يمنع قسمة زرع بأرضه قبل بدوّ صلاحه بالخرص أي: التحري إن لم يدخلها على جذه أي: دخلا على التبقية أو سكتا؛ وكذلك يمنع قسمة ثمر على رؤوس الشجر، سواء كان ثمر نخل وهو البلح الصغير، أو ثمر غيره على الصحيح، خلافاً لمن قصره على الأول؛ وذلك إذا كان كلّ من الزرع والثمر مُنفرداً عن أصله، وهو الأرض في الزرع والشجر في الثمر. ووجه المنع من بيعه بالتحري منفرداً إذا دخلا على التبقية، أنّ قسمه من البيع، وهو يمتنع ببيع منفرداً بالتحري قبل بدوّ صلاحه على التبقية، فإن دخلا على جذه عاجلاً جاز، سواء قسم مع أصله أو منفرداً، إن أبر لا إن لم يؤبر فلا يجوز قسمها، لا وحدها ولا مع ثمرها؛ لأن قسمها وحدها فيه استثناء ما لم يؤبر، والمشهور منعه، وقسمها مع ثمرها فيه طعام وعرض بطعام وعلى عرض، وجعل الثمر الذي لم يؤبر طعاماً لأنه يؤول إليه.

- يمنع قسمة زرع أو ثمر مع أصله منهما، فهو ممنوع مطلقاً إلا إذا دخلا على جذه عاجلاً. قال في المدونة: قال مالك: إذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيهما ثمر فلا تقسم الثمار مع الأصل، قال ابن القاسم: وإن كان الثمار طلعاً أو بلحاً إلا أن يجذاه مكانه. وقال أبو إسحاق في كتاب المعين: أو اقتسما الزرع الأخضر فدادين على التحري أو اقتسما الثمرة قبل طيبها فذلك لهما إن دخلا على جذ ذلك مكانهما، ولا يجوز ذلك على التأخير لهما أو لأحدهما اه لما في قسمته مفرداً من بيع طعام بطعام تحرياً على التبقية وهو لا يجوز، وأولى إن بدا صلاحها لأنه ربوي. والشك في التماثل كتحقق التفاضل، وهذا هو ربا الفضل فيمنع عند بدوّ الصلاح ولو دخلا على الجذ، فلا يقسم إلا كيلاً أو وزناً، أي: ولا يجوز قسمته بالتحري في أرضه، أو يباع فيقسم ثمنه ولما في قسمه مع أصله من بيع طعام وعرض، بطعام وعرض وهو ممنوع. إلا إذا دخلا على الجذ.

- يمنع قسمه قنّاً بعد حصاده، أو زرعاً وهو على أرضه بقصبة ونحوها، فيمنع للشك في التماثل.

- يمنع قسمه إذا كان فيه تراجُع فيمنع في القرعة، كما لو كان بينهما شاتان أو بعيران، أحدهما يساوي عشرة والثاني يساوي عشرين، ودخلا بالقرعة على أن من وقع في قسمه ما يساوي عشرين يرده لصاحبه خمسة، إذ لا يدري كلّ منهما هل يرجع أو يرجع عليه؟ وهو من الجهالة والغرر. وأمّا في المراضاة فيجوز، وظاهره قلّ ما به التراجع أو كثر، ورجح.

- يمنع قسم لبن في ضروع الغنم أو البقر أو غيرها قرعة أو مراضاة، لما فيه من

المخاطرة والغرر. ومعناه: أن يكون بينهما شاتان أو أكثر فيأخذ كل واحد منهما شاة ليأكل لبنها مع بقاء الشركة في الذات. إلا لِفَضْلِ ظاهر بين اللبنين، بأن تكون إحداهما تحلب رطلين والأخرى رطلاً، أو يأخذ أحدهما ثنتين والثاني واحدة، والثلاثة متقاربة في قدر اللبن فيجوز؛ لأنهما حينئذٍ خرجا من باب المغالبة إلى ساحة المعروف.

- يمنع قسم الشركاء داراً مثلاً بلا مخرج لأحدهما، سواء كان بقرة أو بغيرها؛ لأن هذا ليس من قسم المسلمين. ومحل المنع إذا لم يكن لصاحب الحصّة الذي ليس له في المخرج شيء ما يمكن أن يجعل فيه مخرج. ومثل المخرج المرحاض والمطبخ. وصحت القسمة إن سكتنا عنه، وكان للشريك الانتفاع بالمخرج الذي في نصيب صاحبه وليس له منعه.

- يمنع قسم مجرى الماء بالقرعة؛ لأنه قد يقوى الجري في محلّ دون آخر بسبب ريح أو علو محلّ وخفض آخر فلا يصل لكلّ ذي حق حقه على الكمال. وأما قسمة المراضاة فجائز أن تجعل القناة المتسعة قناتين أو أكثر. وأما قسمة العين بجعل حاجز بين النصيبين فممنوع مطلقاً، قرعة ومراضاة، لما فيه من النقص والضرر.

والسنة عند المشاحة قسم الماء بالقلد، وهو الآلة التي يتوصّل بها إلى إعطاء كلّ ذي حظ حظه، كالرملية والساعة والجرة التي تملأ ماء وتثقب ثقباً لطيفاً من أسفلها، ثم يرسل ماء النهر مثلاً إلى أرض أحد الشركاء، فإذا فرغ ماء الجرة أو رمل الرملية أو تمت الساعة أرسل إلى أرض الشريك الآخر مقدار ذلك، وهكذا.

- لا يجوز الجمع في قسمة القرعة بين عاصِبَيْن أو أكثر ويفرد عاصب أو أكثر، إلا مع ذِي فَرَضٍ كزوجة وأخوين، أو أخ لأم أو أخت لأب وعمين، فللعصبة الجَمْعُ ابتداء برضاهم، ثم يقرع بينهم وبين صاحب الفرض، ثم إن شاؤوا قسموا فيما بينهم كذوي سَهْمٍ مع غيرهم، فإنهم يجمعون أولاً، وإن أبى أحدهم الجمع في هذه والتي بعدها - أي: الورثة مع الشريك الآتية - . فإذا مات عن إخوة لأم وعصبة أو زوجات وعصبة أو عن الجميع، فإن أهل كلّ ذي سهم يجمعون أولاً ولا عبرة بمن أراد من الزوجات أو من الإخوة للأم عدمه. فإذا طالبت إحداهن أن تقسم نصيبها ابتداء على حدة لم تُجِبْ لذلك؛ ثم إذا قسم كل سهم على حدته كالربع أو الثمن أو الثلث فلاصحابه القسمة فيه بعد حيث أمكن.

ويجمعون أولاً أيضاً، إذا كان وَرَثَةٌ مَعَ شَرِيكَ فَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي عَقَارٍ عَنْ وَرَثَتِهِ فَالْوَرِثَةُ يَجْمَعُونَ فِي الْقِسْمَةِ ابْتِدَاءً. فتقسم الدار نصفين نصفها للشريك ونصفها لهم. ثم إن شاؤوا بعد ذلك قسموا فيما بينهم. ولا يجاب أحدهم لقسم نصيبه على حدة ابتداء إلا إذا رضي الجميع.

وإذا طلب أحد الشركاء من ورثته أو غيرهم القسمة وامتنع البعض، أُجِبَ لَهَا

المُتَمَتِّعُ منهم إن انتَفَعَ كُلُّ منهم بما ينويه، وإلا لم يجبر. وهذا في غير المشتري للتجارة. وإلا لم يقسم لما فيه من نقص الثمن. فيما ناب كلاً وهو خلاف ما دخلا عليه.

صفة القرعة:

يكتب القاسم أسماء الشركاء في ورق صغير بعددهم، بعد تعديل المقسوم بالقيمة في المقوم والتحري فيما يتحري فيه، ويلف كل ورقة منها في مثل شمع أو طين أو عجين، ثم يرمي كل واحدة على قسم، فمن خرج اسمه على قسم أخذه. أو يكتب المَقْسُومَ بوصفه، بأن يكتب الحد الغربي والشرقي والأوسط في أوراق لكل واحد من الشركاء، فالتى خرجت فيها جهة أخذها. وهذا ظاهر إذا استوت الأنصاء أو اختلفت وكانت الأقسام عرضاً، فيأخذ صاحب الأكثر الباقي كزوجة وأخ لأم وعاصب. فإن كانت داراً أو حائطاً فإن ذلك قد يؤدي للاختلاط وعدم الضبط. والجواب بأن من ظهر اسمه في جهة أخذ ما يكمل حقه مما يليه فتأمل.

لزوم قسمة القرعة والمراضاة:

يلزم ما خرج بالقرعة، فليس لأحدهم نقضها. وكذا يلزم في قسمة التراضي ما رضي به كل، فمن أراد الفسخ لم يمكن منه.

اشتراء ما يخرج بالقرعة قبل الرمي:

يمنع اشتراء ما يَخْرُجُ بالقرعة من الأقسام قبل رميها، ولا يصح ذلك. بأن يقول: بعني ما يخرج لك بكذا، أو يقول البائع للمشتري: اشتر ما يخرج لي بكذا. ووجه المنع الجهالة وإن كانت الأقسام متساوية قيمة ومساحة. وهذا إن وقع البيع على البت. فإن وقع على الخيار جاز لأن بيع الخيار منحل.

دعوى الجور والغلط في القسمة:

ينظر في دَعْوَى وجود جَوْرٍ في القسمة أو غَلَطٍ فيها من القاسم فيها؛ فإن تَفَاحَشَ بأن ظهر ما ذكر ظهوراً بيناً، أو ثَبَّتَ بينة تُقْضِي القسمة وردت للصواب.

فإن لم يتفاحش أو لم يثبت، بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت؛ حَلَفَ المُنْكَرُ لهما، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور أو غلط فلا تنقض. فإن نكل أعيدت. وهذا ما لم يطل الزمن كالعام أو مدة تدل على الرضا بما وقع، حيث كان ظاهراً لا خفاء به، وإلا فلا كلام للمدعي. والمراد بالجور ما كان عن عمد، والغلط: ما كان عن خطأ.

كما ينظر في دعوى الجور والغلط على الوجه المتقدم في المراضاة إن أدخلاً فيها مقوماً يقوم لهما السلع أو الحصص؛ لأنها حينئذٍ شابته القرعة، فإن تفاحش أو ثبت الجور أو الغلط نقضت. وإلا حلف المنكر، فإن نكل نقضت. بخلاف ما إذا وقعت

المراضاة بينهما بلا تقويم وتعديل فلا ينظر في ذلك. وهي لازمة، ولو تفاحش الجور أو الغلط؛ لأنها محض بيع لا يرد فيها بالغبن كما تقدم.

الإجبار على البيع فيما لا ينقسم:

يباع ما لا يَنْقَسِمُ مِنْ عَقَارٍ، كحانوت، وبيت صغير؛ أو من عرض كسيف ونحوه. ويجبر عَلَى الْبَيْعِ مَنْ أَبِي الْبَيْعِ مِنَ الشَّرْكَاءِ. والدليل على جواز إجبار الممتنع عن البيع:

أ - ما رواه يحيى المازني وعبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽¹⁾. ذلك أَنَّ الشَّرِيكَ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِ نَصِيْبِهِ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ مَعَ شَرِيكِهِ، كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى شَرِيكِهِ الْمُرِيدِ لِلْبَيْعِ؛ لِأَنَّ مُرِيدَ الْبَيْعِ إِذَا بَاعَ نَصِيْبَهُ وَحْدَهُ لَمْ يَحْصُلْ عَلَى ثَمَنِهِ كَامِلًا؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصِيبِ بِمُفْرَدِهِ يَنْقُصُ مِنْ قِيَمَتِهِ مِنْ أَجْلِ الشَّرِكَةِ، بِخِلَافِ لَوْ بَيْعَ الْمَشْتَرَكِ فِيهِ جَمَلَةٌ. وَلَا يُقَالُ: إِنَّ الشَّرِيكَ غَيْرَ مُرِيدِ الْبَيْعِ يَكُونُ بِالْجَبْرِ غَيْرَ مَخْتَارٍ إِخْرَاجَ مَلِكِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِذَلِكَ حَقَّ الْغَيْرِ، ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْبَقَاءَ عَلَى الشَّرِكَةِ، وَالْإِنْسَانُ مَحْتَاجٌ لِلِاخْتِصَاصِ بِمَلِكِهِ، وَلَمَنْ أَرَادَ الْإِنْفِرَادَ مِنْهُمَا بِحَقِّهِ لَمْ أَنْ يَنْفَرِدْ بِهِ، فَإِنْ أَمَكْنَ بِالْقِسْمَةِ وَإِلَّا بِالْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ، فَاجْبُرَ الْمَمْتَنِعُ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى اخْتِيَارِهِ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنْ مُرِيدِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ الضَّرَرِ لَا يَشْتَرِطُ فِيهِ الرِّضَا، مَعَ أَنَّ الرِّضَا قَدْ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْبَيْعِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ كَالْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ وَيَبِيعُ مَالِ الْمَفْلُوسِ⁽²⁾.

ب - القياس المرسل، أو المصلحة المرسلة؛ وذلك أَنَّ مَا لَا يُمْكِنُ قِسْمَتَهُ إِلَّا بِإِفْسَادِهِ إِتْلَافٌ لِلْمَالِ، وَإِضْرَارٌ بِالشَّرْكَاءِ إِذْ يَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ؛ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا بَيْعُهُ وَقِسْمَةُ ثَمَنِهِ⁽³⁾.

والإجبار مقيد بما يلي:

- إِذَا نَقَصْتُ حِصَّةً مِنْ أَرَادَ الْبَيْعَ لَوْ بَاعَهَا مُفْرَدَةً عَنْ حِصَّةِ شَرِيكِهِ. لِأَنَّ الشَّأْنَ فِي السَّلْعَةِ الَّتِي تَسَاوَى مَائَةٌ لَوْ بَيْعَ نِصْفَهَا لَمْ يَبِيعْ بِخَمْسِينَ، بَلْ بِأَقْلٍ. فَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ لَوْ بِيَعْتَ مُفْرَدَةً لَمْ يَجْبُرْ لَهُ الْآبِيُّ عَلَى الْبَيْعِ لِعَدَمِ الضَّرَرِ. كَمَا لَا يَجْبُرُ فِيمَا يَنْقَسِمُ أَوْ فِي الْمَثَلِيِّ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ أَرَادَ الْقِسْمَ فِيهِ.

- إِذَا لَزِمَ الْآبِيُّ النِّقْصَ، فَإِنَّ قَالَ الْآبِيُّ: بَعِ مَا يَخْصُكَ فِي هَذَا الْحَانُوتِ، وَإِنْ نَقَصَ عَنْ بَيْعِهِ جَمَلَةٌ فَعَلِي مَا نَقَصَ، فَإِنَّهُ لَا يَجْبُرُ عَلَى الْبَيْعِ مَعَهُ لِعَدَمِ الضَّرَرِ.

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرب بجاره.

(2) المعونة: 2/ 1286، وبداية المجتهد: 2/ 298، والذخيرة: 7/ 196.

(3) المعونة: 2/ 1287، وبداية المجتهد: 2/ 299.

- إذا لم تملك حصة مريد البيع مفردة، بأن ملكاه معاً بإرث أو شراء أو غيرهما.
 فإن ملكها مفردة وأراد بيعها وأبى صاحبه من البيع معه لم يجبر على البيع معه.
 - إذا لم يكن المجموع متخذاً للغلة أي: الكراء، بأن كان للقنية أو اشتروه
 للانتفاع في غير غلّة ولو للتجارة على المعتمد؛ فإن اشترى للغلة كبيع غلّة وحانوت
 لغلة وحمام وفرن ومجيسة وخان، لم يجبر الآبي على البيع مع من أراه.
 فتحصل أن ما لا ينقسم إذا كان شركة وطلب بعض الشركاء البيع له جملة وأبى
 البعض، فإن الآبي يجبر على البيع مع من طلبه بشروط أربعة. وشروط ما إذا التزم الآبي
 النقص، هو للخصمي، ولم يعرج عليه الشيخ خليل ولا ابن عرفة؛ لأن ظاهر المدونة
 وغيرها خلافه، قال الشيخ الدردير: إلا أن وجهه ظاهر. وزاد عياض خامساً: وهو ألا
 يكون مشتري للتجارة فإن اشترى لها فلا يجبر الآبي على البيع. ورده ابن عرفة.

القسمة عن المحجور والغائب:

يقسم الولي عن المحجور لصغر أو سفه أو جنون، قسمة قرعة أو مراضاة. فإن
 لم يكن له ولي، فالحاكم، فإن لم يكن حاكم شرعي فجماعة المسلمين من أهل بلده.
 ويقسم الوكيل عن الغائب غيبة بعيدة أو قريبة، إن كان له وكيل، أو القاضي إن
 لم يكن له وكيل.
 ولا يقسم الأب عن ابنه الغائب الكبير الرشيد إذا لم يكن وكيلاً عنه؛ ولا
 الأمراء؛ ولا كأخ وعمّ إذا تكفل بصغير وصانه بلا وصاية من أبيه حقيقة أو حكماً؛
 ومعنى حكماً ما جرت به العادة أن كبير الإخوة أو العم يقوم مقام الأب، فيعمل بذلك
 ويعطى حكم الوصي وإن لم يوصه الأب، كما تقدم في باب الحجر.
 وأما مُلْتَقِطُ الصغير فإنه يقسم عنه مادام محجوراً في كنفه.



القراض

ومناسبة هذا الباب لما قبله، أن فيه قسم الربح بين العامل ورب المال، ونوع شركة قبل القسم.

تعريف القراض لغة⁽¹⁾:

القراض - بكسر القاف -: مأخوذ من القرض - بفتح القاف - وهو القطع؛ لأن رب المال قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح.

وقيل: مأخوذ من القرض، وهو ما يجازى عليه الرجل من خير أو شر؛ بدليل قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا﴾ [البقرة: 245]؛ لأن فيه دليلاً على أن القرض قد يكون حسناً وغير حسن. ومن ذلك سمي السلف قرضاً؛ لأنه إنما يفعله الرجل بصاحبه ليجازيه الله به. وسمى الله تعالى إنفاق المال في سبيله ابتغاء ما عنده قرضاً حسناً، لإمضائه إياه وتبتيه له لوجهه خالصاً رجاء ثوابه عليه، فقال تعالى: ﴿إِنْ تُقرضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يضاعفه لكم ويغفر لكم والله شكورٌ حلِيمٌ﴾ [التغابن: 17].

فلما كان صاحب المال والعامل فيه على جزء منه منتفعين جميعاً، يقصد كل واحد منهما إلى منفعة صاحبه لينفعه هو، اشتق له من معناه اسم وهو القراض. والمقارضة من قارض يقارض؛ لأنها مفاعلة من اثنين كالمقاتلة والمشاتمة. هذا اسمه عند أهل الحجاز.

وأما أهل العراق فلا يقولون قراضاً البتة، ولا عندهم كتاب القراض، إنما يقولون مضاربة وكتاب المضاربة أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَرَّيْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: 101]، وقوله: ﴿وَأَخْرَجُوا بِضْرِيُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: 20]. وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها، فيبتاع المتاع على هذا الشرط، أي: على الخروج.

وفي قول عمر بن الخطاب في قصة ابنه عبد الله وعبيد الله الآتية: «قد جعلته قراضاً»، دليل على صحة التسمية بالقراض في اللغة؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم هم أهل اللسان وأرباب البيان. وإذا كان يحتج في اللغة بقول امرئ القيس والنابغة فالحجة بقول هؤلاء أولى وأقوى.

شريعاً: القراضُ الصحيح:

دَفْعُ مَالِكٍ مَالاً، مِنْ نَقْدٍ، مَضْرُوبٍ، مُسَلَّمٍ، مَعْلُومٍ، لِمَنْ يَنْجِرُ بِهِ، بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنْ رِبْحِهِ، قَلَّ أَوْ كَثُرَ، بِصِغَةٍ.

وقد قيّد التعريف بالصحيح؛ لدفع ما يتوهم أنّ هذا التعريف يشمل الصحيح والفاسد؛ لأنّ شأن التعاريف أن تكون للماهيات صحيحها وفسادها، فأفاد أنّ هذا التعريف لخصوص الصحيح.

حكم القراض:

القراض كان من عهد الجاهلية؛ وأقرّه الإسلام.

والقراض أصل في نفسه، فهو رخصة وتوسعة على المسلمين. والأصل فيه المنع؛ لأنّه من الإجارة المجهولة، فاستثناه الشرع من ذلك. ودليل الجواز والاستثناء⁽¹⁾:

أ - قول الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَحْكِرَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿١٦٩﴾﴾ [النساء: 29]. ووجه الاستدلال أنّ القراض تجارة من التجارات.

ب - إجماع الأمة على جوازه.

ج - عن زيد بن أسلم عن أبيه، قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش العراق، فلما قفلا مرّا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى، ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به من متاع العراق، ثمّ تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما. فقالا: ودنا ذلك. ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال: أكلّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لضمّناه. فقال عمر: أديا المال. فسكت عمر وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً. فقال عمر: قد جعلته قراضاً. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال⁽²⁾.

(1) المعونة: 2/ 1119، والمنتقى: 5/ 150، 151، والمقدمات: 3/ 6 - 7، والمفهم: 5/ 2758، وبداية المجتهد: 2/ 265.

(2) أخرجه مالك في القراض، باب ما جاء في القراض.

تفيد القصة أنّ أبا موسى الأشعري أراد أن يبعث مالا إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بالمدينة، فأعطاه لابني عمر بن الخطاب على وجه السلف لينفعهما به، وأذن لهما في التجارة فيه، على أن يردّا رأس المال للخليفة بالمدينة، ومن مقتضى انتفاعهما بالمال دخوله في ضمانهما؛ وهذا جائز منه لأنّه فعل ذلك لمجرد منفعة المتسلف لا لمنفعة المتسلف⁽¹⁾؛ لأنّه لا منفعة له في ذلك؛ لأنّه لو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمّنه أبو موسى؛ لأنّه لما كان والياً كان المال بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه وأسلفهما إياه. إلا أنّ عمر بن الخطاب أمر ابنه أن يردّا المال وربحه لبيت المال؛ لأنّه كان لا يرضى بالمحابة لابنيه لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورّع منه عمر أن يخصّ أحداً من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه، وكان عمر رضي الله عنه يبالي في التوقي من هذا.

ووجه الاستدلال من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه ردّ في الأوّل تصرف أبي موسى الأشعري، لأجل ما فيه من المحابة لابنيه، وأمر بتأدية المال وربحه لبيت المال؛ ثمّ رضي بإشارة الصحابي الذي في مجلسه وصوبها بأن يجعل ذلك قراضاً، ما يدل على أنّ القراض كان معروفاً بين الصحابة يتعاملون به بينهم. وإنّما جوز عمر ذلك لأنّ عبد الله وعبيد الله عملا في المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبتلا فيه مقصوداً لمن يملكه، فلم يبطل عليهما عملهما، فردّهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف، فأخذ عمر النصف من الربح وعبد الله وعبيد الله النصف الثاني.

د - عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جدّه، أنّ عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضاً، يعمل فيه على أنّ الربح بينهما⁽²⁾.

هـ - روي ذلك أيضاً عن علي رضي الله عنه⁽³⁾.

و - الضرورة التي تدعو إليها حاجة الناس إلى التصرف في أموالهم؛ إذ ليس كلّ أحد يقدر على تنمية ماله بنفسه، ثمّ من الناس من يحسن العمل ولا مال له، فاقتضت حكمة الشرع أن يرفق بكلّ من له مال ومن له العمل، فهو من باب الرفق بالناس. ذلك أنّ الدينار والدراهم لا تزكو إلا بالعمل، ولا يجوز إجارتها ممّن ينميها، وليس كلّ

(1) تقدّم في باب القرض أنّ الممنوع أن يسلف الرجل ماله، ذهباً أو فضة أو غيرهما، رجلاً آخر، ليأخذ بدله منه في بلد أخرى، وذلك لمنفعة نفسه، مثل ثقل حملة في سفر أو خوف الطريق، فيسلفه ليدفع عن نفسه أجرة الحمل أو غرر الطريق. وأمّا إذا كان لمنفعة المتسلف فقط فذلك جائز.

(2) أخرجه مالك في القراض، باب ما جاء في القراض.

(3) انظر مصنف عبد الرزاق: 248/8.

أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله؛ فلولا القراض لبطلت منفعتها، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التنمية إلا على هذا الوجه. فرخص فيه لهذه الضرورة واستثنى بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخص في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه.

شرح التعريف ومحترزاته:

قوله: «دَفَعُ مَالِكٍ» من إضافة المصدر لفاعله.

قوله: «مَالاً» مفعوله.

قوله: «مِنْ نَقْدٍ» أي: من ذهب أو فضة، فيخرج به العرض كثوب، والمثلي غير نقد طعماً كان أو غيره. والمثلي ما ضبطه كيل أو وزن أو عدد.

قوله: «مَضْرُوبٍ» أي: مسكوك، فيخرج التبر والنقار⁽¹⁾ والسبيكة من الذهب والفضة.

قوله: «مُسَلِّمٍ» أي: من المالك، لا بدين عليه أو محال به على أحد.

قوله: «مَعْلُومٍ» أي: قدرأ وصفة، لا مجهول.

قوله: «لِمَنْ» متعلق بـ«دفع»: أي: دفعه لعامل.

قوله: «يَتَجَرُّ بِهِ»، التجر: التصرف بالبيع والشراء لتحصيل ربح.

قوله: «بِجُزْءٍ» أي: في نظير جزء شائع.

قوله: «مَعْلُومٍ» كربع أو نصف لا مجهول.

قوله: «مِنْ رِبْحِهِ» أي: من ربح ذلك المال المدفوع، لا من ربح غيره، ولا بقدر مخصوص؛ كعشرة دنانير من ربحه.

قوله: «قَلٌّ» أي: ذلك الجزء كعشر.

قوله: «أَوْ كَثْرٌ» أي: كنصف أو أكثر.

قوله: «بِصِغَةٍ» أي: دالة على ذلك، ولو من أحدهما ويرضى الآخر.

متى يلزم عقد القراض:

القراض من العقود الجائزة، لا يلزم بالعقد واحداً من المتقارضين، وإنما يلزم بالشروع في العمل وشغل المال. فإذا شرع العامل في العمل وشغل المال لم يكن لرب المال أخذه حتى ينض، ولا للعامل صرفه دون ذلك. وسيأتي زيادة بيان لهذه المسألة في فسخ القراض.

(1) النقار: القطع من الذهب والفضة.

القراض بين المسلم والكافر⁽¹⁾:

لا يجوز للمسلم أن يقارض كافراً؛ لأنه يستحلّ الحرام ويعمل بالربا. وأما أخذ المسلم من الكافر مالاً ليعمل به قراضاً فمكروه؛ لأنه من إجارة المسلم نفسه من الكافر، وسيأتي في باب الإجارة.
ولا يجوز أن للمسلم أن يقارض من المسلمين إلا من يعرف الحلال من الحرام.

اجتماع قراض وعقد شركة أو إجارة:

لا يجوز أن ينضمّ إلى القراض عقد شركة ولا إجارة، والدليل: أن عقد القراض مستثنى من الأصول الممنوعة، فلا يجوز إلا بقدر ما وردت به الرخصة⁽²⁾.

شروط صحّة القراض:

1 - أن يكون المال من نقد. فلا يجوز أن يكون العرض والمثلي نفسيهما رأس مال قراض، ولو ببلاد لا يوجد فيها النقد. ودليل هذا الشرط⁽³⁾:
أ - أن الدينانير والدراهم أصول الأثمان وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير.

ب - أن القراض في الأصل غرر لأنه إجارة مجهولة إذ لا يدري العامل كم يربح في المال، وهل يربح أم لا؟ ووقوعه بالعرض والمثلي يتضمّن غرراً؛ لأنه يؤدي إلى مشاركة العامل لربّ المال في رأس ماله، وأن ينفرد ربّ المال بالربح ويذهب عمل العامل باطلاً؛ وذلك أنّ العامل يمكن أن يأخذ العرض في وقت رخصه ويردّه في وقت غلائه، فيذهب ربّ المال بربح المال؛ أو يأخذه في وقت نفاقه ويردّه في وقت كساده، فيشتريه ببعض رأس المال ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمي بعمله، فيشارك العامل ربّ المال في قطعة من رأس ماله؛ ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه ويختصّ ببعض الأوقات نفاقه.

ج - أن علة المنع كون القراض رخصة جوّزه الشرع للاضطرار إليه وحاجة الناس إلى التعامل عليه؛ فيجب ألا يجوز منه إلا مقدار ما جوّزه الشرع، فيقتصر فيه على ما ورد، ويكون ما عداه ممنوعاً بالأصل.

ولا يجوز اعتبار قيمة العرض رأس مال؛ لأنه إن كانت قيمتها يوم دفعها إلى العامل، فإنّ ربّ المال يكون قد باعه العرض بما قوامه به على أنّه إن باعه العامل بأقلّ

(1) المقدمات: 18/3، وشرح الرصاع: 507/2.

(2) الإشراف: 645/2.

(3) الإشراف: 640/2، والمعونة: 1120/3 - 1121، والمنتقى: 156/5، 166/5، والمقدمات:

16/3، وبداية المجتهد: 265/2.

من ذلك جبره من ربحه، وإن كان باعه بأكثر من ذلك كان له نصف الفضل؛ فذلك من الغرر البيّن والمزابنة. وإن كانت قيمتها يوم المفاصلة فذلك غرر بيّن أيضاً؛ لأنّ قيمته يوم المفاصلة مجهولة، فيكون العامل يعمل على رأس مال مجهول، قد يكتر فيستغرق ربحه أو يقلّ فيذهب ببعض رأس مال ربّ المال⁽¹⁾.

ولا يجوز أن يدفع له عرضاً ليبيعه ويجعل ثمنه رأس مال، فإن قال له: بعه واجعل ثمنه رأس مال فسيأتي النص عليه.

2 - أن يكون النقد مضروباً. فلا يصحّ أن يكون التبر والنقار والسيكة والحلي من الذهب والفضة رأس مال قراض، إلا أن يتعامل الناس بها فقط، ولم يوجد عندهم مسكوك يتعامل به بيلد القراض، فإنّه يجوز حينئذ أن يكون رأس مال. ومفهوم: «فقط» أنه إن وجد مسكوك يتعامل به عندهم أيضاً لم يجز التبر ونحوه لوجود الأصل. ودليل عدم الجواز بنقار الذهب والفضة والتبر والسيكة⁽²⁾: القياس على العروض؛ لأنها تتعین بالعقد، فكان القراض بها ممنوعاً كالعروض. ووجه تشبيهها بالعروض أنّ الناس لا يتبايعون بها أو يتصرفون فيها إلا بعد علاج وصنعة، وذلك بمنزلة العروض. ودليل الجواز إذا تعامل بها الناس ولم يوجد عندهم مسكوك⁽³⁾:

أ - أنّ الناس قد قارضوا قبل أن تضرب الدنانير والدرهم.

ب - أنّ السكّة لا تأثير لها في الجواز والمنع، بدليل أنّ كلّ حكم تعلّق على الذهب والفضة إذا كانا مسكوكين يتعلّق بهما إذا كانا تبرين، من منع التفاضل في الصنف الواحد، والنسيئة في الصنفين.

ودليل عدم الجواز في الحلي⁽⁴⁾: أنّ الصياغة قد غيرت حكم الذهب والفضة وألحقته بالعروض.

وأفاد الشيخ زروق أنّ النقد المضروب يشترط فيه أن يكون متعاملاً به؛ لأنّ المضروب غير المتعامل به بمنزلة غير المضروب.

وألحق الشيخ الدردير الفلوس من النحاس، فقال: لا يجوز أن تكون قراضاً، ولو تعومل بها ولو في المحقرات، ولو لم يوجد غيرها، وهو قول ابن القاسم⁽⁵⁾. والدليل⁽⁶⁾:

أ - أنّ القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد، ويبقى ما عداه على الأصل من المنع.

(1) المقدمات: 17/3

(2) المنتقى: 156/5، والمقدمات: 18/3

(3) المقدمات: 18/3

(4) المنتقى: 156/5

(5) المنتقى: 156/5

(6) المنتقى: 156/5

ب - أن الفلوس ليست بأصل في الأثمان، ولذلك لا تجري مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نساء، فلم يجز القراض بها قياساً على العروض .
وقال بعضهم - وهو رواية عن أشهب⁽¹⁾ - في الفلوس من النحاس حيث انفرد التعامل بها: الجواز. والدليل⁽²⁾:

أ - أن الدراهم من الفضة والدنانير من الذهب ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع غيرها، حيث انفرد التعامل به، بل هي مقصودة من حيث التنمية.

ب - القياس على الدنانير والدراهم؛ لأنّ الفلوس لا تتعين بالعقد، فصحّ القراض بها، كاللدنانير والدراهم.

لكن إحاق الشيخ الدردير الفلوس بالمنع، فهذا لما لم تكن تروج - في عهده وقبله - في مقابل ذهب أو فضة؛ إذ كانت غير متخذة في نظير رصيدها من الذهب أو الفضة لدى الحكام. وأمّا في هذه العهود فقد أصبحت تروج بين الناس في مقابل سبائك ذهبية معيّنة، يرصدها الحكّام في المصارف الحكومية؛ لذلك يجوز بها القراض كما وجبت فيها الزكاة. وكذلك الأوراق المالية. وتقدر الفلوس النحاسية والأوراق المالية بالذهب لا بالفضة؛ للتعليل الذي ذكرناه في زكاة العين.

وعلى تعليل البعض الذين ذكرنا قولهم بجواز القراض بالفلوس حيث انفرد التعامل بها قياساً على الدراهم والدنانير بعلة التنمية، فلا إشكال في جواز القراض بها في هذا العصر لعله التنمية.

3 - أن يكون رأس المال معلوماً قدرأً وصفة، فلا يجوز بما هو مجهول؛ لأنّ الجهل به يؤدّي للجهل بالربح. ويجوز بالنقد المضروب - ذهباً أو فضة - الموصوف بما تقدم، ولو كان النقد المضروب مغشوشاً بدنيء عنه. ووجه جواز كون رأس المال في القراض نقداً مغشوشاً⁽³⁾:

أ - أنه لما كان سكة التعامل بين الناس، فقد صارت أصول الأثمان وقيم المتلفات.

ب - أنه لا خلاف في تعلق الزكاة بعينها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بعينها.

ج - قياس الأولى على الفلوس من النحاس.

4 - أن يكون ما يأخذه العامل جزءاً من ربح المال المدفوع، لا من ربح غيره. ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا

(2) المتتقى: 156/5.

(1) المتتقى: 156/5.

(3) المتتقى: 157/5.

طعام ولا غير ذلك. فإن اشترط العامل شيئاً من ذلك صار إجارة؛ لأن من حكم القراض أن يكون حقّ عوض العمل مقصوراً على ما يتربح خروجه من النماء، فإذا اشترط العامل ذهباً أو غيره، فقد خرج عن سنة القراض إلى ما لا يجوز فيه، وإنما يجوز في الإجارة، إلا أن من شرط الإجارة أن يكون جميع عوضها معلوماً، فإذا كان بعض عوضها مجهولاً متربحاً من النماء لم تصحّ الإجارة أيضاً. والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال وبين القراض، أنّ في الإجارة يستأجر صاحب المال العامل على أن يتجر له في ماله بشيء معلوم معين مقبوض أو مقدّر في الذمة بعقد لازم، فإن جعل شيء منه في النماء المترقب لم يجز؛ ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة ليعمل في ماله بجزء من نمائه المترقب، فإن صرف شيء من عوض العمل إلى غير ذلك لم يجز. وإن اشترط الزيادة صاحب المال فإنه عمل وعين معلوم بعين مجهول⁽¹⁾.

5 - أن يكون ما يأخذه العامل جزءاً شائعاً معلوماً من الربح، كربع أو نصف؛ لا مجهولاً؛ ولا بقدر مخصوص، كعشرة دنانير من ربحه؛ أي: بل بأن ينسبها لقدر يسمّيه من الربح، كقوله: لك عشرة إن كان الربح مائة، فيجوز لأنه بمنزلة العشر.

وإذا قارض ربّ المال رجلين على أن يعملوا في المال، ويكون لربّ المال النصف، ولأحدهما أكثر من الآخر، كالثلث للواحد والسدس للآخر، لم يجز إلا أن يتساويا في الربح؛ لأنّهما شريكان في العمل بأبدانهما فلا يجوز تفاضلها في الربح قياساً على الشركة المختصة بالأبدان⁽²⁾.

6 - أن يقع القراض بصيغة دالة على ذلك، ولو من أحدهما ويرضى الآخر. ولا يشترط اللفظ كالبيع والإجارة، ولذا عبّر ابن الحاجب في تعريفه بـ«إجارة»، حيث قال: «إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه»، وعبّر الشيخ خليل بقوله: «توكيل على تجر في نقد» إلخ؛ إشارة إلى أنه ليس من العقود اللازمة بمجرد العقد، بل لكلّ الفسخ قبل العمل، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وقول التعريف هنا: «دفع» قد يشير لذلك مع إخراج الدين ابتداءً، وإن كان لا يخرج الدين صريحاً إلا بقوله: «مسلم».

7 - أن يسلم مالك المال ماله للعامل. ودليل هذا الشرط: ما تقدم في حديثي أبي موسى وعثمان أنّهما سلّما المال بيد العاملين عليه. وهذا يقتضي أنّ يكون المال بيد العامل ومؤتمناً عليه⁽³⁾.

فلا يجوز القراض بما يلي:

كونه بيد مالك المال على العامل؛ بأن يقول له: اتجر في الدين الذي عليك،

(2) الإشراف: 2/ 644، والمنتقى: 5/ 154.

(1) المنتقى: 5/ 161.

(3) المنتقى: 5/ 151.

والربح بيني وبينك . ودليل عدم الجواز⁽¹⁾ :

- سدّ ذريعة الربا؛ لأنّ المدّين قد يكون معسراً بالمال، فيجعل له ربّ المال قراضاً عنده، ويرضى المدّين بالجزء اليسير من الربح من أجل بقاء الدين عنده، فيكون صاحب الدين أخذ زيادة في الدين لأجل التأخير به .

كونه بمال محال به على أحد . كأن يقول له : اقبض الدين الذي لي على فلان، واتجر فيه . فالمراد هنا بالحوالة التوكيل في قبض الدين الذي له على الغير، وإلّا فالحوالة المصطلح عليها لا تصحّ هنا؛ لأنّ المال يأخذه المحال لنفسه ملكاً . ووجه المنع من توكيله على قبض الدين والعمل فيه قراضاً أنّ ربّ المال ازداد على العامل كلفة، وهو ما كلفه به من قبض الدين، وهو منفعة خالصة له، وذلك مخالف لمقتضى القراض⁽²⁾ .

كونه برهنٍ أو ودّية عند العامل أو غيره كأمين .

فلا يجوز أن يكون واحد من هذه الثلاثة - أي : الدين والرهن والوديعة - قراضاً؛ أما الدين فلائنه يتهم على أنّه آخره ليزيده فيه، أي : فيكون ربا؛ وأما الرهن والوديعة فقال ابن القاسم : «لأنّي أخاف أن يكون أنفقها - أي : العين المرهونة أو المودعة - فصارت عليه ديناً» . والكلام في المضروب فيحتمل أن يكون أنفق ما عنده من رهن مسكوك أو ودّية ثم تواطأ على التأخير بزيادة، وهذا ظاهر فيما إذا كانت تحت يد العامل .

وأما لو كانت تحت يد أمين فقيل : علة المنع انتفاع ربّ المال الرهن أو الوديعة لتخلصهما من الأمين . ولا شك أنّها علة ضعيفة .

ولو وقع القراض بدين على العامل، بأن قال ربّه : اجعل ما عليك من الدين قراضاً على أنّ الربح بيننا كذا، استمرّ الدين ديناً على العامل يضمّنه لربّه ويختصّ العامل بالربح وعليه الخسر، ولا عبرة بما وقع منهما، فلا يعتبر عقد القراض؛ لأنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً . لكن إن قبض الدين، ولو بغير إلهاد، بأن يقبضه ربّه من المدّين ثم يرده على أنّه قراض ولو بالقرب؛ أو يُحصّر الدين لربّه، ويُشهد عليه بعدلين أو عدل وامرأتين - مع علم الشهود بقدره - على أنّ هذا المال الذي أحضر⁽³⁾ هو ما عليّ من دين لفلان، ثم يدفعه له ربه قراضاً، فيجوز . ودليل الجواز : أنّ هذا مال قد أحضر المدّين عينه، وعلمت براءة ذمّته منه، فإذا ردّه صاحبه إليه قراضاً فقد أذن له في قبضه من نفسه، فكان بمنزلة المقبوض منه⁽⁴⁾ .

(1) المتفقى : 155 / 5 ، وبداية المجتهد : 266 / 2 .

(2) بداية المجتهد : 266 / 2 .

(3) وحيثنذ يخرج بهذا الإحضار من الذمة إلى الأمانة .

(4) المتفقى : 155 / 5 .

وكذا الرهن والوديعة إذا قبضا أو أحضرا مع الإشهاد، فإنه يجوز دفعهما قراضاً بالقياس الجليّ على الدين. أي: لأنّ القبض أو الإحضار والإشهاد كاف في الدين، مع أنّه في الذمّة، فكفاية ما ذكر فيما ليس في الذمّة أولى، فهو قياس أحروي.

فإن لم يقبضا ولم يحضرا وقال ربّهما له: أتجر بما عندك من رهن أو وديعة على أن الربح بيننا كذا قراضاً، فالربح لربهما وعليه الخسر، وللعامل أجر مثله.

فإن قيل: ما الفرق بين تجارته بالدين قبل القبض والرهن والوديعة، حيث جعلتم الربح والخسر للعامل في الأول، ولربّ المال في الثاني؟ فالجواب: أنّ الدين لم ينتقل عن ذمّة العامل، ومن عليه الضمان له الغنم؛ بخلاف الرهن والوديعة، فإنّ الأصل فيهما عدم الضمان لمن هما بيده.

وما مرّ في الوديعة من أن المودّع - بالفتح - إذا أتجر في الوديعة فالربح له والخسارة عليه، فذاك فيما إذا اتجر فيها بغير إذن ربها، وهنا أذن له على طريق القراض. وعلى كلّ فما مرّ فلا يتنافي ما هنا؛ لأنّ ما مرّ صارت الوديعة ديناً حيث اتجر فيها بغير إذن ربها، فحكمها حكم التجارة في الدين.

وهذا إذا كان الدين على العامل والرهن أو الوديعة تحت يده.

التفاصيل والمقاسمة في القراض:

لا يقع التفاصيل والتقاسم بين المتقارضين إلّا بعد حضور رأس المال؛ لأنّ الربح لا يستحقّ إلّا بعد ذلك؛ لأنّه متى كان عروضاً وتقاسما الربح لم يؤمن أن ينقص السعر فيخسر صاحب المال رأس ماله، أو متى كان ديناً فيؤدّي ذلك إلى ما معناه⁽¹⁾.

ولا ينفرد العامل بملك نصيبه من الربح إلّا بالمفاصلة والمقاسمة، لا بالظهور. ودليل ذلك: أنّه لو خسر بعد الربح لجبر رأس المال من الربح قبل المفاصلة، فلو كان ملك العامل على الربح متقرراً لم يجبر به، كما لم يجبر به بعد المفاصلة⁽²⁾.

القراض الفاسد وما يترتب عليه:

يفسد القراض في مسائل، ويترتب عليه إمّا قراض المثل أو أجرة المثل.

1 - القراض الفاسد الذي يترتب عليه قراض المثل:

- إن كان الدين على غير العامل، والرهن أو الوديعة بيد أمين، ووكّل ربّ المال العامل على خلاصّ الدين ثم يعمل فيه قراضاً، وكذا على خلاصّ الرهن أو الوديعة عند أمين، والعمل فيه قراضاً.

- توكيل ربّ المال العامل على يبيع عرضٍ عندّ العامل؛ أو دفع ربّ المال العرض

للعامل، موثقاً له على بيعه، والعمل في ثمنه قراضاً؛ أو أمره بشراء عروض ثم وكّله على بيعها والاتجار في ثمنها؛ أو دفع له مالاً على أن يشتري به سلعة فلان، ثم يعمل فيها قراضاً. ودليل الفساد⁽¹⁾:

أ - أن هذا قراض وإجارة، فلم يجز اجتماعهما في عقد لاختلاف مقتضاهما.

ب - أن ربّ المال اشترط منفعة لنفسه على العامل، فيما تحمّل عنه من مؤونة بيع العرض وما يكفيه من ذلك.

ج - أنه يتضمّن غرراً؛ لأنه قراض على رأس مال مجهول.

د - أن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط، لانفراده عن الأصول، ولتجويزه للضرورة، فلا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به فقط، فمتى زيد عليه ما يخرج عنه باب رخصته بطل.

- توكيله على صرف، بأن دفع له ذهباً ليصرفه بفضة أو عكسه، ثمّ يعمّل فيما صرفه قراضاً. فقراض فاسد. ودليل الفساد⁽²⁾:

أ - أنه اجتمع قراض مع بيع أو مع صرف. ووجه ذلك أن عقد البيع والصرف لازم وعقد القراض جائز، والجواز ضدّ اللزوم، فلما تنافى مقتضاهما لم يصحّ أن يجتمعا في عقد؛ لأنّ ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما.

ب - قال القاضي عبد الوهاب في تعليل هذه المسألة والتي قبلها: إنه يؤدي إلى أمور ممنوعة، أحدها: أن يزداد أحدهما على الآخر زيادة على ما شرطاً من الربح، ويستبدّ به فيصير كأنه قال له: قارضي على أن الربح بيني وبينك نصفين وعلى أن زيادة لي، وهي أن تخدمني شهراً أو تخيط لي ثوباً، وموضوع القراض على أن لا يحصل لأحدهما نوع من النفع يفرد به عن الآخر، لئلا يخلو المال من ربح فينفرد ربّ السلعة بتلك المنفعة. ومنها: أن ربّ المال يتعجّل الفائدة من بيع السلعة، وربّما خسر العامل فلم يحصل له الربح فيذهب عمله باطلاً، واستبدّ ربّ المال بالفائدة من بيع السلعة. ومنها: أنها تصير حصّة ربّ المال مجهولة بأنّه جعلها النصف من الربح وبيع العامل للسلعة ولا يعلم قيمة أجرته. ومنها: أنه يؤدي إلى أن يكون رأس المال مجهولاً؛ لأنه لا يدري بكم يبتاع هذه السلعة، فإذا أدّى إلى ذلك وجب منعه.

وفي هذه المسائل الثلاث، يكون للعامل أجرٌ مثله في تولية ما ذكر من خلاص الدين أو بيع العرض أو الصرف في ذمة ربّ المال، سواء ربح العامل أو لم يربح.

(1) المعونة: 2/ 1124، والمتقى: 5/ 166، والمقدمات: 3/ 17، المعونة: 2/ 265.

(2) المتقى: 5/ 161.

وكذا في التبر والفلوس كما ذكره بعضهم؛ فله أجر مثله في صرف التبر إن دفع له تبراً وأمره أن يبدله بمسكوك؛ وله أجر مثله إن دفع له فلوساً وأمره بإبدالها بعين مسكوكة.

وله أيضاً قراضٌ مثله في ربح المال. فإن ربح أعطي منه قراض مثله. وإن لم يربح فلا شيء له لا في ذمة ربه، ولا في المال.

- انتفاء علم العامل بالجزء الذي له من الربح. بأن قال له رب المال: اعمل فيه ولك في الربح شرك، والحال أنه لا عادة بينهم تعين قدر الجزء، فلا يجوز، وفيه إن وقع قراض المثل. وإنما كان في هذا اللفظ قراض المثل لأنه يحتمل النصف والأقل والأكثر، فيكون مجهولاً. فإن كان لهم عادة تعين إطلاق الشرك على النصف مثلاً عمل عليها. وأما لو قال: والربح مشترك بيننا، أو شركة، فهو ظاهر في أن له النصف؛ لأنه يفيد التساوي عرفاً، بخلاف لك شرك فإن المتبادر منه: لك جزء.

- أن يكون القراض مبهماً. بأن قال: اعمل فيه قراضاً وأطلق، فإنه فاسد. وفيه بعد العمل قراض المثل في الربح. وكذا إذا أهبهم الجزء كأن قال: ولك جزء من ربحه، أو شيء من ربحه، إذا لم يكن لهم عادة تعين المراد بما ذكر ك: شرك.

- إذا أجل العمل في القراض ابتداءً أو انتهاءً. وذلك ك: اعمل فيه سنة من الآن، أو: إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل فيه. فهو فاسد؛ لما فيه من التحجير على العامل المنافي لسنة القراض. وفيه إن عمل قراض المثل. والدليل على أن القراض لا يجوز أن يتوقت بأجل⁽¹⁾:

أ - القياس على الشركة؛ لأنه عقد جائز فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة. ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء، ولو وقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك؛ لأن التوقيت يمنع ذلك.

ب - أن القراض من العقود الجائزة؛ لأنه كالوكالة وهو متضمن لمعناها؛ لأن المال للمالك، وإنما يتصرف العامل فيه لطلب الفضل فيه والنماء نيابة عن المالك، والقدر الذي يفترقان فيه أن التوكيل لا يتضمن شركة الوكيل للموكل في الربح، والقراض يتضمن ذلك؛ فإذا ثبت ذلك صح أنه من العقود الجائزة، فيجب أن يكون ما أخرجه إلى اللزوم باطلاً؛ لأنه يخرج عن بابه وأصله، وتوقيته يقتضي اللزوم فوجب فساده.

ج - أن في التوقيت زيادة لأحدهما على الآخر، وذلك غير جائز.

وأما إذا قال: اعمل فيه الصيف أو في موسم الحج، ونحو ذلك مما فيه زمن معين، فإنه فاسد وفيه أجره المثل؛ وذلك لشدة التحجير في هذا؛ لأن كل ما اشتد التحجير قوي الفساد، وحيث قوي الفساد خرج عن القراض بالمرّة.

(1) الإشراف: 646/2، والمعونة: 1123/2، والمنتقى: 162/5.

- إذا شرط فيه على العامل ضمان رأس المال إذا أتلّف أو ضاع بلا تفريط؛ فهو قراض فاسد ولا يعمل بالشرط، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل. ودليل الفساد⁽¹⁾:

أ - أنّ القراض عقد غرر جوّزه الشرع واستثناه من الأصول، فلم يجز فيه إلّا قدر ما ورد به الشرع؛ وهو موضوعه الأمانة بلا خلاف، ولا يقتضي ضمان العامل؛ فلذلك إذا شرط نقل الضمان عن محلّه بإجماع، اقتضى ذلك فساد العقد والشرط؛ لأنّه خلاف مقتضى أصله، والعقد إذا ضامّه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه، أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها إلّا يطأها.

ب - أنّ القراض موضوع على التساوي، فإذا شرط الضمان فذلك زيادة لا يقتضيها العقد، فوجب فساده كما لو شرط ربحاً معلوماً.

وأما لو تطوّع العامل بالضمان - إذا تلف المال أو ضاع بلا تفريط -، ففي صحّة ذلك القراض وعدمها خلاف. وأما إن دفع ربّ المال للعامل المال، واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلّق بتعدّيه، فلا يفسد بذلك؛ لأنّ هذا الشرط جائز. وأما إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقاً، تعدّى في التلف أم لا، فسد القراض ولو كان الضمان بالوجه، ولا يلزم.

- إذا اشترط ربّ المال في القراض على العامل أن يشتري السلعة بدين في ذمته، ثم ينتقد، فحالف العامل واشترى بنقد، ففيه قراض المثل؛ لأنّ الشرط فاسد، وقد نقد مال ربّ المال حالاً، فالسلع لربّ المال وللعامل قراض مثله في الربح. فقوله: «فخالف» قيد لا بدّ منه. فإن لم يخالف بأن اشترى بدين كما شرط فيه، فالربح له والخسارة عليه؛ لأنّ الثمن صار قرصاً في ذمته. وكذا لو شرط عليه أن يشتري بنقد فاشترى بدين. وأما لو شرط عليه الشراء بنقد فاشترى به كما شرط فالجواز ظاهر. فالصور أربع.

- إذا اشترط عليه أن يعمل فيما يقبل وجوده. أي: ما يوجد تارة ويعدم أخرى، فالقراض فاسد، وفيه إن عمل قراض المثل في الربح. وسواء خالف واشترى غيره أو اشتراه قال المواق: ونص المدونة قال مالك: «لا ينبغي أن يقارض رجلاً على أن لا يشتري إلّا البزّ، إلّا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف، فيجوز ثم لا يعدهو إلى غيره». قال الباجي: «فإن كان يتعذر لقلته لم يجز وإن نزل فسخ» أي: فإن فات بالعمل ففيه قراض المثل. ودليل الفساد⁽²⁾: أنّ ربّ المال اشترط ما ينافي عقد القراض،

(1) الإشراف: 646/2، والمعونة: 1122/2، والمنتقى: 153/5، 164، وبداية المجتهد: 2/

فوجب أن لا يصحّ، كما لو اشترط عليه الضمان، أو شرط أن يرده إليه عروضاً. والذي يدلّ على أنّ هذا الشرط ينافي القراض أنّ المقصود من القراض هو النماء والربح، وإذا شرط عليه العمل فيما يقلّ وجوده فإنّه لا يبعد أن يعدم فيه ربح، فيبطل مقصود القراض.

فعلم أنّ ما يوجد دائماً إلا أنّه قليل وجوده فصحيح ولا ضرر في اشتراطه.

- إذا اختلف العامل ورب المال في قدر الرّبح بَعْدَ الْعَمَلِ، وادعى كلّ منهما ما لا يُشْبِهُ الْعَادَةَ، أي: ادعى جزءاً لا يشبه أن يكون جزء قراض، كأن يقول رب المال: جعلت لك سدس الربح. ويقول العامل: الثلثين، وكانت عادة الناس الثلث أو النصف؛ فيردّان إلى قراض المثل، فإذا انفرد أحدهما بالشبه فالقول له بدون يمين.

فإن أشبهاً معاً، فَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ لَتَرْجَحَ جَانِبَهُ بِالْعَمَلِ. وأما اختلافهما قبل العمل، فسيأتي أن القول لربه مطلقاً.

2 - القراض الفاسد الذي يترتب عليه أجره المثل:

يكون في القراض الفاسد في غير ما تقدم ذكره من المسائل: أُجْرَةُ الْمَثَلِ فِي ذِمَّةِ رَبِّ الْمَالِ، سواء ربح العامل أو لم يربح. بخلاف المسائل المتقدمة فإن فيها قراض المثل في الربح، فإن لم يحصل ربح فلا شيء للعامل. ويفترقان أيضاً من جهة أخرى: وهي أنّ ما فيه قراض المثل يفسخ قبل العمل ويفوت بالعمل، وما فيه أجره المثل يفسخ متى اطلع عليه وله أجره ما عمل. والمسائل الفاسدة غير ما تقدم ممّا للعامل فيه أجره مثله ما يلي:

- اشتراط ربّ المال أن تكون يده مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء ممّا يتعلّق بالقراض. فهذا فاسد لما فيه من التحجير على العامل وإبطال عمله. فللعامل أجره مثله.

- اشتراط ربّ المال على العامل أن يشاوره في البيع والشراء، ففاسد لما فيه من التحجير، وفيه أجره المثل.

- اشتراط ربّ المال أن يقيم أميناً على العامل. بخلاف اشتراط ربّ المال عمل غلام بنصيب من الربح أو بغير شيء أصلاً فجائز، بشرط أن لا يكون عيناً على العامل. أمّا إن كان الغلام عيناً رقيباً، أو كان عمله بنصيب لربّ المال، ففاسد وفيه أجره المثل.

- اشتراط ربّ المال على العامل القيام بعمل غير لازم للعامل، كخِيَاظَةِ لثِيَابِ التَّجَارَةِ، أو حَرْزِ لَجُلُودِهَا وإلا فلا يضرّ اشتراط كالنشر والطي الخفيفين.

- اشتراط تغيين محلّ للتجر لا يتعداه العامل لغيره، كقوله: لا تتجر إلا في خصوص البلدة الفلانية. أمّا لو قال له: اتجر في القطر الفلاني ولا تخرج منه فلا يضرّ.

- اشتراط تعيين زَمَنٍ له لا يتجر في غيره.

- اشتراط تعيين شخص للشراء منه، بحيث لا يشتري شيئاً من غيره؛ أو البيع له بحيث لا يبيع سلعة لغيره.

ووجه الفساد بهذه الشروط أنّ كلّ شرط في عقد يؤدّي إلى فوات المقصود بالعقد أو تعذّره فإنّه مبطل له، ومقتضى عقد القارض ومقصوده التقلّب في المال رجاء نمائه؛ أصله إذا باع سلعة على أن لا يتصرّف فيها أو لا يبيعها، أو تزوّج امرأة وشرط ألاّ يطأها⁽¹⁾. وأنّ العامل في المال سنته التصرّف وطلب الاسترخاض، فإذا منع من ذلك ونصّ له على الابتياح من معيّن أو زمن معيّن أو محلّ معيّن، فإنّ هذا التعيين يحوّل العامل إلى رسول إلى ذلك الرجل المعيّن يتناح منه لربّ المال، أو يحجّر عليه التصرف من أين يشتري ومتى يشتري، فلا يجوز أن تتعلّق أجرته بضمان المال؛ لأنّ وجوده مجهول ومقداره مجهول⁽²⁾.

يفسد القراض لذلك كله للغرر والتحجير المخالف لسنة القراض. وانظر بقية المسائل في ذلك في مختصر الشيخ خليل.

ضابط الفرق بين ما فيه قراض المثل وأجرة المثل:

ضابط ذلك أنّ كلّ مسألة خرجت عن حقيقة القراض من أصلها ففيها أجرة المثل؛ وأمّا إن شملها القراض لكن اختلّ منها شرط ففيها قراض المثل. والحاصل من هذا الضابط كما فصله القاضيان عبد الوهاب البغدادي وابن رشد الجدّ، وعليه حمل كلام ابن القاسم: إنّ القراض الفاسد يردّ إلى أحد أمرين:

الأول: يردّ إلى قراض مثله في كلّ منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه داخله في المال، ليست بخارجة منه ولا منفصلة عنه ولا خالصة لمشرطها، أي: كان الفساد من جهة العقد.

الثاني: يردّ إلى إجارة مثله في كلّ منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه خارجة عن المال وخالصة لمشرطها بحيث تحقق زيادة للمشرط على صاحبه، وفي كلّ غرر وحرام تعاملًا عليه خرجا به عن سنة القراض الجائز.

وقالا: وهذا التفصيل ليس بقياس وإنّما هو استحسان. والذي يوجب النظر والقياس أن يردّ القراض الفاسد كلّهُ إلى قراض المثل أو إلى أجرة المثل جملة من غير تفصيل⁽³⁾.

(1) الإشراف: 634/2، والمعونة: 1125/2.

(2) المنتقى: 164/5، بداية المجتهد: 267/2.

(3) المعونة: 1128/2، والمقدمات: 12/3 - 13، وانظر أيضاً: المنتقى: 158/5، وبداية

المجتهد: 272/2.

قال ابن حبيب: كل قراض وقع فاسداً مما يردّ فيه العامل إلى قراض مثله أو أجرة مثله، فإنه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده. قال الباجي: ووجه ذلك أنه عقد غير لازم، فإذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئاً فسخ، وإن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به في المستقبل، وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل⁽¹⁾.

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل، أن أجرة المثل تتعلّق بذمة ربّ المال، كان في المال ربح أم لا؛ وقراض المثل يتعلّق بربح إن كان في المال، فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل. ومن فقهاء المذهب من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه، ويفرّق بينهما بأن يجعل حظّ العامل بقدر ما يساوي عمله ممّا رضيه عوضاً لو صحّ العقد، فيكون له بقيمة ذلك⁽²⁾.

ما يجب على العامل في القراض:

يجب على العامل في القراض ما جرت العادة به. كالتسّر والظّي الخفيفين للثياب والنقل الخفيف ونحوها، فإن استأجر على ذلك فالأجر من ماله، لا على ربّ المال ولا من الربح. ولا يجب عليه الكثير ممّا لم تجر العادة به، فإنه لا يتولّاه بنفسه. فإذا عمله بنفسه وادعى أنه عمله ليرجع بأجرته، قضى له بالأجرة. فإن خالفه ربّ المال وقال: بل عملته تبرعاً منك، صدّق العامل بيمين على أحد قولين.

مسائل تضمّن للفاسد الذي فيه قراض المثل أو أجر المثل أو للقراض الصحيح والجائز:

- إذا اشترى إنسان سلعة لنفسه بثمن معلوم لأجل، فلم يقدر على الوفاء به، فقال لغيره: أنا اشتريت سلعة لكذا فأعطني الثمن لأنقده لربها، وربحها بيننا مناصفة مثلاً، فدفع له الثمن؛ فهذا قرض فاسد لا قراض؛ فيجب ردّه لربه فوراً ولا يعمل فيه بعادة القراض؛ لأنّ بقاءه كالربا؛ لأنه لم يقع على وجه معروف. فإن نقده في السلعة فالربح للعامل وحده والخسر عليه.

- أن يشتري السلعة ويسأل غيره قراضاً، من غير أن يُخبر ربّ المال بالشراء، بل قال له بعد أن اشتراها: ادفع لي عشرة مثلاً على وجه القراض والربح بيننا كذا فيجوز، ويكون قراضاً على ما دخلا عليه.

- أن يذهب للغير قبل شرائها فيقول له: ادفع لي كذا على وجه القراض، فقدّ وجَدْتُ سلعة رخيصة اشتريتها به والربح بيننا على كذا، فيجوز إن لم يسمّ السلعة أو البائع، ويكون قراضاً على ما دخلا عليه.

- أن يسمي السلعة فقط، كقوله: وجدت بعيراً بكذا فادفع لي ثمنه والريح بيننا؛ فهذا قراض فاسد، وفيه للعامل أجرة المثل.

- أن يسمي البائع، بأن يقول: وجدت فلاناً يبيع بعيراً فأعطني ثمنه قراضاً؛ فهو قراض فاسد، وفيه قراض المثل في الريح، وأجرة المثل في تولي الشراء.

- إذا جعل الريح كله لأحدهما أو لغيرهما فيجوز. ووجه الجواز أن تقدير الريح موكول إلى تراضيتهما، فجاز لأحدهما تركه للآخر أو لغيرهما؛ لأنه من الإحسان والتطوع⁽¹⁾.

ولكن يضمن العامل مال القراض لربه لو تلف أو ضاع بلا تفريط، في صورة اشتراط الريح للعامل، بأن قال له ربه: اعمل فيه والريح لك؛ لأنه حيثئذ صار قراضاً⁽²⁾ وانتقل من الأمانة إلى الذمة، لكن بشرطين:

أولهما: إن لم يَنْفِ العامل الضمان عن نفسه، أو لم ينفه عنه رب المال. فإن نفاه بأن قال: ولا ضمان عليّ. أو قال له ربه: ولا ضمان عليك؛ لم يضمن لأنه زيادة معروف.

ثانيهما: إن لم يُسَمِّ قراضاً، بأن قال: اعمل فيه والريح لك. فإن سمى قراضاً بأن قال له: اعمل فيه قراضاً والريح لك لم يضمن، ولكن شرط عليه الضمان، فيلغى الشرط. لكنه إن شرطه يكون قراضاً فاسداً يفسخ قبل العمل.

- يجوز للعامل خلط مال القراض بماله أو بمال غيره، وذلك إذا لم يشترط عليه ربه الخلط، وإلا لم يجز وفسد، وفيه أجرة المثل. ومحل جواز الخلط المذكور إن خاف العامل بتقدير أحد المالكين رخصاً، بل هو الصواب، أي: يجب ذلك إن كان المالكان لغيره. فإن كان أحدهما له وجب أحد الأمرين. إما الخلط أو تقديم القراض ومنع تقديم ماله، فإن قدمه فحسر مال القراض ضمن. وقيل: معنى الصواب الندب فلا يضمن إن قدم ماله فحصل للقراض رخص. ومثل الرخص في البيع الغلاء في الشراء.

(1) المعونة: 2/ 1123، والإشراف: 2/ 642، وبداية المجتهد: 2/ 267.

(2) أي: وإطلاق القراض عليه مجاز، لما علمت من حقيقة القراض. وحكم ذلك الريح حكم الهبة متى حازه الموهوب له قضي له به إن كان معيناً. وأما إن كان غير معين كالفقراء وجب من غير قضاء. فإن اشترط لمسجد معين، قال ابن ناجي: إنه من غير قضاء كالفقراء؛ وقال ابن زرب: يقضى به كالموهوب له المعين. وحيث اشترطه رب المال لم يبطل بموت ربه أو فلسه قبل المفاصلة؛ لأن المال كله بيده، فكأن الريح هبة مقبوضة. وأما إن اشترط لربه فهل يبطل بموت العامل وتأخذه ورثته لعدم حوز رب المال له أو لا؟ بل يقضى به لرب المال بناء على أن العامل أجير لرب المال، فكأن رب المال حائز له؟ قولان.

فإن شرط عليه ربه عدم الخلط، فإنه يلزمه ذلك. فإذا خالف وخلط كان الربح بينهما والخسر على العامل.

- يجوز للعامل السفر بمال القراض. ومحلّ الجواز إن لم يَحْجُرْ عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ قَبْلَ شَغْلِ الْمَالِ، أي: كان القراض مطلقاً. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - أن مطلق عقد القراض يقتضي السفر بالمال؛ لأن اسم العقد مأخوذ منه؛ لأن المضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض، كما تقدّم بيانه في التعريف. فإذا كان معنى المضاربة السفر فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة.

ب - أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية، أصل ذلك سائر أنواع التجارة.

ج - أن القراض يقتضي التصرف في المال على العادة في طلب نميته، فيتضمن ذلك التصرف كلّ ما يعتاد مثله؛ ولأنّ من السلع ما قد جرت العادة بأنه لا يشتري إلا في السفر ولا ينتمى المال إلا فيه، وإلا أن يحمل إلى المواضع المقصودة به؛ فإذا ثبت أنّ له أن يشتري تلك السلعة ثبت له أن يسافر بها؛ لأنّ تنميتها لا تحصل إلا به؛ فهذا ما جرى به عرف التجار.

ومعنى إن لم يَحْجُرْ عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ قَبْلَ شَغْلِ الْمَالِ، إن لم يحجر عليه أصلاً أو حجر بعد شغله. فإن حجر عليه قبل شغله ولو بعد العقد لم يجوز. فإن خالف العامل وسافر ضمن. بخلاف ما لو خالف وسافر بعد شغله إذ ليس لربه منعه من السفر بعد شغل المال، سواء كان المال قليلاً أو كثيراً، كان السفر قريباً أو بعيداً، كان العامل شأنه السفر أم لا.

- يجوز لربّ المال أن يشترط على العامل نحو ما يلي:

أن لا يَنْزِلَ وَادِيًا يَنْصُرُ لَهُ عَلَيْهِ.

أن لا يَمْشِي بِالْمَالِ لَيْلًا خَوْفًا مِنْ نَحْوِ لَصٍّ.

أن لا يَنْزِلَ بِبَحْرٍ.

أن لا يَبْتَاعَ بِهِ سِلْعَةً عَيْنَهَا لَهُ لَغْرَضٍ، كقلة ربحها عادة مثلاً. ووجه عدم اعتبار هذا الشرط مفسداً، أنه قد أبقى للعامل من السلع ما لا يعدم التجارة فيها في بلد من البلدان، ولا وقت من الأوقات⁽²⁾.

متى يضمن العامل مال القراض:

ضمان مال القراض على ربه، إلا في صور. ولا يجوز لرب المال اشتراط الضمان على العامل كما تقدم.

(1) الإشراف: 644/2، والمعونة: 1124/2، والمنتقى: 173/5.

(2) المنتقى: 159/5.

ويدخل مال القراض في ضمان العامل مال إذا تلف المال أو بعضه في الصور التالية:

الأولى: إن خالف العامل شرط ربّ المال بأن لا يَنْزِلَ وَاذِيًا يَنْصَرُّ له عليه؛ أو أن لا يَمْشِي بالمال لَيْلًا خوفًا من نحو لَصٍّ؛ أو أن لا ينزل ببَحْرٍ؛ أو أن لا يَبْتَنَعَ به سِلْعَةً عينها له لغرض، كقلة ربحها عادة مثلاً. فإن تلف المال زمن المخالفة فإنه يضمن. وأما لو تجرّأ واقتحم النهي وسلم المال أو بعضه من التلف، ثم حصل التلف بعد ذلك من غير الأمر الذي خالف فيه فلا ضمان عليه. وكذا لا ضمان عليه لو خالف اضطراراً، بأن مشى في الوادي الذي نهى عنه، أو سافر لبيل، أو في البحر اضطراراً لعدم المندوحة، فلا ضمان عليه ولو حصل تلف. وإذا تنازع العامل وربّ المال في أنّ التلف وقع زمن المخالفة أو بعدها صدّق العامل في دعواه.

الثانية: إن عملَ بالمال بمَوْضِع جور له، بأن كان لا حرمة له فيه ولا جاه فإنه يضمن، وإن لم يكن جوراً لغيره. ووجه ضمانه هنا لظهور التفريط منه، حيث كان التلف من أجل الجور لا من أمر سماوي. ولا ضمان عليه فيما لا جور عليه فيه وإن كان جوراً لغيره.

الثالثة: أو عمل بالمال بَعْدَ عِلْمِهِ بِمَوْتِ رَبِّهِ، وبدون إذن من الورثة، فإنه يضمن إن كان عيناً؛ لأنه صار لغيره. لا إن لم يعلم بموته لعذره، ولا إن كان عرضاً فباعه بعد علمه فلا يضمن خسره، إذ ليس للورثة أن يمنعوه من التصرف فيه. وظاهره الضمان بعد العلم بموته سواء كان العامل حاضراً ببلد المال أو غائباً به، قريباً أو بعيداً وهو الراجح. وقيل: محلّ الضمان إذا كان حاضراً. وهذا التقييد لابن يونس قائلًا: إن كان بغير بلد المال فله تحريكه ولو علم بموته، نظراً إلى أنّ السفر عمل لشغل المال. واعتمد القول البناني نقلاً عن أبي الحسن وابن عرفة وغيرهما.

الرابعة: إن شَارَكَ العامل في مال القراض غيره، ولو عاملاً آخر لربّ ذلك القراض بغير إذن ربّ المال، فإنه يضمن لأنّ ربّه لم يستأمن غيره فيه. ووجه ضمانه أنه عرض المال للضياح. ومحلّ الضمان إذا غاب شريكه العامل الذي شاركه بلا إذن على شيء من المال، إن حصل خسر أو تلف، وسواء كان الشريك صاحب مال أو عاملاً. وأما إن لم يغب على شيء لم يضمن إذا تلف.

الخامسة: إن بَاعَ سلعة من سلع القراض أو أكثر بدين إلى أجل بلا إذن، فإنه يضمن. فإن حصل ربح فهو لهما، وإن حصل خسر فعلى العامل وحده على المشهور. فوجه ضمانه: أنه بالتأجيل قد أخرج المال عن يده، وذلك خلاف مطلق العقد؛ لأنّ المالك إنما رضي بتصرفه في المال على أن يكون في يده، لا على أن يجعله في ذمّة غيره، فإذا خالف فقد خالف ما يقتضيه عقد القراض من عدم إخراج المال عن يده،

فضمن كسائر التعدي⁽¹⁾. ووجه الجواز إن أذن له: أن العامل إذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض⁽²⁾. ودليل اشتراط الإذن للجواز⁽³⁾: القياس على الوكالة؛ لأنّ هذا عقد يقتضي الأمر بالبيع والشراء، فلم يقتض مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء.

السادسة: إن قَارَضَهُ أو قَارِضَهُ بعضه بلا إذن من ربه؛ فإنه يضمن. ويكون الربح في هذه المسألة بين رب المال والعامل الثاني الذي حرك المال، ولا ربح للأول. والدليل على تضمينه⁽⁴⁾:

أ - القياس على المودع - بالفتح -؛ لأنّه دفع إليه المال على وجه الأمانة ليكون في يده، فلم يجز له دفعه إلى غيره، أصله المودع.

ب - أن ربّ المال رضي بأمانة العامل ونظره، دون أمانة غيره ونظره، فكان العامل متعدياً بتسليم المال إلى غيره وإخراجه عن يده بدون إذن من ربه؛ فوجب أن يضمن كالوكيل إذا وكلّ غيره فيما أوّتمن عليه ولم يؤذن له.

وعلى العامل الأول الزيادة للثاني، إن زَادَ له في الربح على ما جعله له رب المال، كما لو جعل له الثلث في الربح، فقارض آخر بالنصف، فالربح بين ربه والعامل الثاني على الثلث والثلثين وعلى العامل الأول للثاني تمام النصف. فإن دخل معه على أقلّ كالربع في المثل فالزائد لرب المال.

وحاصل المسألة: أن عامل القراض إذا دفع المال لعامل آخر قراضاً بغير إذن ربّ المال، فإن حصل تلف أو خسر فالضمان من العامل الأول؛ وإن حصل ربح فلا شيء للعامل الأول منه، وإنما الربح للعامل الثاني وربّ المال. ثم إن دخل العامل الثاني مع الأول على مثل ما دخل عليه الأول مع ربّ المال، فالأمر ظاهر؛ وإن دخل معه على أكثر ممّا دخل عليه، فإنّ العامل الأول يغرم للثاني الزيادة؛ وإن دخل معه على أقلّ فالزائد لربّ المال لا للعامل الأول. فإن لم يحصل للعامل الثاني ربح فلا شيء له، ولا يلزم العامل الأول لذلك الثاني شيء، كما هو القاعدة أن العامل لا شيء له إذا لم يربح المال.

عمل العامل بالمال بعد انحلال العقد:

إذا نهى ربّ المال العامل عن العمل بماله قبل العمل، وانحل العقد حينئذ، فخالف العامل وعمل، فله الربح وحده وعليه الخسر، وليس لربّ المال عليه إلا رأس ماله، ولو أقرّ العامل أنّه اشترى للقراض بعد ما نهاه ربّ المال.

(1) الإشراف: 644/2، والمعونة: 1125/2. (2) المتقى: 175/5.

(3) المتقى: 175/5. (4) الإشراف: 646/2.

وصورة المسألة: إذا أعطى شخص لآخر مالا ليعمل فيه قراضاً، ثم قبل أن يعمل به قال له: يا فلان لا تعمل؛ فحيثئذ ينحل عقد القراض، ويصير المال كالوديعة. فإذا عمل بعد ذلك كان الربح للعامل وحده.

الجناية على المال:

إذا جنى كُلاً من ربّ المال أو العامل على شيء من مال القراض، أو جنى أجنبيّاً على شيء منه فاتفقه، أو أخذ منه شيئاً قبل العمل أو بعده؛ فالباقى بعد الجناية أو الأخذ هو رأس المال، ويفسخ عقد القراض في المقدار المجنى عليه أو المأخوذ، ويكون الربح له خاصة، ولا يجزى المال الأصلي قبل الجناية أو الأخذ منه ربحاً من الباقي، فليس ما ذكر كالخسر يجبر بالربح؛ لأنّ الجاني أو الأخذ إن كان ربّ المال، فقد رضي بأن الباقي هو رأس ماله، وإن كان العامل اتبع به في ذمته وكذلك الأجنبي يتبع به في ذمته أيضاً، ولا ربح لما في الذمة؛ لأنّ أخذ الربح عليه ربا.

وعلى الجاني منهم ما جنى؛ فإن كان ربّ المال فأمره ظاهر، وإن كان غيره فعليه ما يلزمه شرعاً من أرش أو قيمة أو مثل. ولا فرق بين أن تكون الجناية قبل العمل أو بعده، في كون الباقي رأس المال.

شراء العامل السلع بدين أو بأكثر من مال القراض:

لا يجوز للعامل أن يشتري سلعة للقراض بتأخير أي: بدين في ذمة ربّه، وإن أذن ربّه له في ذلك. ودليل عدم الجواز ولو أذن له ربّه⁽¹⁾:

أ - أنّ العامل إذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض، فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض، بزيادة يزدادها على العامل.

ب - أنّ فيه أكل رب المال ربح ما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عنه.

وأما شراؤه لنفسه فجائز إذا لم يشغله عن القراض. ثم إنّ المنع مقيد بما إذا كان العامل غير مدير، وأمّا المدير فله الشراء للقراض بالدين. ويجب أن يقيد ذلك بكون ما يشتريه بالدين يفي به مال القراض، وإلا لم يجز.

ولا يجوز للعامل أن يشتري للقراض بأكثر من مال القراض ولو بنقد من عنده.

فإن اشترى العامل سلعة بدين للقراض أو بأكثر من ماله فربح تلك السلعة له، ولا شيء منه لرب المال. كما إنّ الخسر عليه، كما لو اشترى بدين لنفسه. وعلة أنّ لا شيء من الربح لربّ المال، أنّه ربا لأنه سلف جرّ نفعاً.

ثم إذا اشترى تلك السلعة لنفسه أو للقراض بدين في ذمته منفردة عن سلع

القراض وباعها كذلك. فجميع ربحها له وخسرها عليه ولا تعتبر قيمتها. وإذا اشتراها في جملة سلع التجارة فإنه يكون مشاركاً بقيمة المؤجل ولو عيناً، فتقوم العين بعرض ثم العرض بعين، ثم ينظر لما يخصه من الربح، فإذا كان مال القراض مائة فاشترى سلعة بمائتين، مائة هي مال القراض والأخرى مؤجلة. فتقوم مؤجلة بعرض ثم العرض بنقد. فإذا كانت قيمته خمسين كان شريكاً بالثلث فيختص بربحه وخسره، وما بقي على حكم القراض.

وهذا في المؤجل، وأما لو اشترى بنقد فالشركة بعده واختص بربحه إن اشتراه لنفسه ويصدق؛ وإن اشتراه للقراض خيّر ربّ المال بين دفع المائة الثانية، حالة أو مؤجلة بحيث يكون ضامناً لتلك المائة في ذمته متى جاء الأجل دفعها، فيكون جميع المال له، وبين عدم الدفع فتكون الشركة على النصف.

حكم ما يحدث من خسر أو تلف في مال القراض:

الخسر هو ما ينشأ عن تحريك المال. والتلف هو ما لا ينشأ عن تحريك. والحكم في الخسر أنه إذا حصل في المال، كما لو كانت مائة اشترى بها سلعة، فباعها بثمانين، ثم اشترى بها شيئاً باعه بمائة وعشرين، فإنه يجبر بالربح. وما زاد بعد الجبر فيبينهما على ما شرطاً؛ فالعشرون في المثال هي التي تكون بينهما. ولو باعه بمائة فقط فلا ربح بينهما.

ولو دخل ربّ المال والعامل على عدم الجبر بالربح لم يعمل به، والشرط ملغى. وهذا ظاهر ما للإمام مالك وابن القاسم. ومقابله عن جمع من العلماء، فقالوا: محلّ الجبر ما لم يشترطاً خلافه، وإلا عمل بذلك الشرط. ونقل الدسوقي أنه الأقرب؛ لأن الأصل إعمال الشروط لحديث: «المؤمنون عند شروطهم»، ما لم يعارضه نصّ.

والحكم في التلف الجبر أيضاً بالربح. ويلحق به ما يأخذه لص أو عشار؛ ويكون الجبر ولو وقع التلف قبل تحريك المال بالعمل.

ومعنى جبر الخسر والتلف بالربح: أنه يكمل منه ما نقصه بالخسر أو التلف، ثم إن زاد شيء قسم بينهما كما تقدم.

ويشترط في الجبر بالربح في الخسر والتلف ما لم يقبض ربّ المال ماله من العامل، فإن قبضه ربه ناقصاً عن أصله ثم رده له فلا يجبر بالربح؛ لأنه حينئذ صار قراضاً مؤتلفاً. ومعلوم أن الجبر إنما يكون إذا بقي شيء من أصل المال، فلو تلف جميعه فأتى له ربه ببذله فلا جبر للأول بربح الثاني.

وكربّ مال القراض خلف التالف كلاً أو بعضاً، إلا أنه إذا تلف الكل فأخلفه فربح في الثاني فلا جبر كما قدمنا. وإذا تلف البعض فأخلفه فيجبر الباقي بما ينوبه من الربح، لا بما ينوب الخلف. قال اللخمي: من ضاعت له خمسون من مائة فخلفها رب

المال، ثم باع بمائة وخمسين، وكان قراضاً بالنصف، أن يكون للعامل اثنا عشر ونصف؛ لأن نصف السلعة على القراض الأول ورأس ماله مائة ولا شيء للعامل فيه ونصفها على القراض الثاني ورأس ماله خمسون وله نصف ربحها ولا يجبر الأول بالثاني (انتهى) أي: بما ينوب الثاني من الربح وتقدم أن الجناية وما أخذ ربه أو غيره لا يجبر بربح.

ولا يجبر ربّ المال على الخلف مطلقاً، تلف كلّ المال أو بعضه، قبل العمل أو بعده.

وإذا أراد الخلف، ففيه تفصيل؛ فإن تلف جميعه لم يلزم العامل قبوله. وأمّا إن تلف بعضه فيلزمه قبوله، إن تلف البعض بعد العمل لا قبله؛ لأنّ لكلّ منهما الفسخ. وحيث كان لا يلزم ربّ المال الخلف، واشترى العامل سلعة للقراض فذهب ليأتي لبائعها بثمنها، فوجد المال قد ضاع، وأبى ربه من الخلف، لزمته السلعة العامل. فإن لم يكن له مال بيعت تلك السلعة، وربحها له وخسرها عليه.

ما يجوز للعامل أن ينفق على نفسه من مال القراض:

أولاً: يجوز للعامل الإنفاق على نفسه من مال القراض. من طعام وشراب وركوب ومسكن وما يتعلق بذلك من حمام وغسل ثوب على وجه المعروف كما يأتي حتى يرجع لوطنه. والدليل على أنّ الحمام ونحوه ممّا يجوز للعامل أن ينفق على نفسه في ذلك من مال القراض: القياس على المأكل والكسوة؛ لأنّ هذا ممّا لا ينفك عنه مسافر، فكان ذلك في مال القراض، أصله ما يأكل ويكتسي به⁽¹⁾. ويقضى له بذلك - عند المنازعة - بشروط خمسة:

الشرطان الأول والثاني: إنّ سافرَ بمال القراض للتجارة. والمراد شرع في السفر لتنمية المال، ولو دون مسافة القصر. ودليل الجواز بشرط السفر⁽²⁾:

أ - أنّ ذلك كان عليه الصدر الأوّل.

ب - أن عدم استحقاق العامل النفقة يجعل ربّ المال ينفرد بزيادة على العامل الذي أذهب السفر بعضه، وذلك خلاف موضوع القراض.

ج - أنّ السفر لمّا كان لأجل المال وطلب تنميته صار كبعض كلفة ومؤنة الأجراء.

د - أنّ العامل إنّما سافر بالمال طلباً للفضل لا تطوّعاً، فلو لم يستحق النفقة لأذهب السفر بربحه وبأضعافه.

(1) المتقى: 172/5.

(2) الإشراف: 646/2، والمعونة: 1124/2، وبداية المجتهد: 270/2.

ومفهوم شرط «إن سافر» أنه لا نفقة له بالحضر؛ ووجه ذلك⁽¹⁾:

أ - أن مقامه بوطنه ليس بسبب المال وإنما هو لموضع استيطانه، فكانت نفقته عليه؛ لأنه لو لم يكن بيعه قراضاً لكان لا بدّ أن ينفق على نفسه وعياله.

ب - أن ذلك زيادة من العامل على ربّ المال، فلم يجز.

وفي كونه لا نفقة له بالحضر، قيده اللخمي بقوله: ما لم يشغله عن الوجوه التي يقات منها وإلا فله الإنفاق. ومعنى كلام اللخمي أن له النفقة في الحضر إذا شغل عن الوجوه التي يقات منها، كما لو كانت له صنعة ينفق منها، فعطلها لأجل عمل القراض. قال أبو الحسن: هذا قيد معتبر. فعلى هذا فإنّ علّة استحقاق العامل النفقة من مال القراض هي إقامته بوطنه أو في غيره بسبب مال القراض دون سواه، كما سيأتي زيادة بيان لذلك.

ومفهوم شرط «للتجارة» أنه لا يجوز له أن ينفق على نفسه من القراض إن كان سفره لزوجه. وكذلك إن كان سفره لأقارب من أمّ وأب ونحوهما، إن كان قاصداً بلدهم لصلة الرحم، فلا نفقة له. فإن كان قاصداً التجارة لا صلة الرحم - أي: الأب والأم ونحوهما - فله الإنفاق من المال.

ومثل الزوجة القربة كالْحَجّ والغزو والرباط، فليس له النفقة ولو كان قاصداً مع ذلك التجارة. وإنما لم يكن له الإنفاق في هذا لأنه الله تعالى، وما كان الله تعالى لا يشرك معه غيره ويجب أن يخلص له في ذلك⁽²⁾. سواء كان تابعاً أو متبوعاً، فلا نفقة له على كل حال. لكن هذا الفرق لا يظهر بالنسبة للزوجة؛ لأنه لحق مخلوق لا لله تعالى.

ويفهم من قيد «ما لم بين بزوجة» و«الزوجة»، أنه لو سافر للتجارة بزوجه أن له النفقة على نفسه فقط في سفره ذهاباً وإياباً. وأما في إقامته معها في بلد التجارة فهل له النفقة بناء على أن دوامه معها ليس كالابتداء؟ أم لا بمنزلة ما لو بنى بها في تلك البلد، بناء على أن الدوام كالابتداء؟ وظاهر كلامهم الأول. أي: ليس الدوام كالابتداء، فله النفقة على نفسه.

ثم إن كلّ من سافر لقربة لا نفقة له في رجوعه ببلد لا قربة بها، بخلاف من سافر لزوجه فله النفقة في رجوعه لبلد ليس بها أهل، أي: زوجة. والفرق بينها أن الرجوع في القربة قربة وليس كذلك الرجوع من عند الأهل، فلا يقال له: قربة؛ لأنه حق مخلوق.

الشرط الثالث: ما لم يبين بزوجة في البلد الذي سافر له للتجارة. فإن بنى بها

(1) المعونة: 1123/2، والمنتقى: 171/5.

(2) المنتقى: 172/5.

سقطت نفقته منه؛ لأنها صارت بلده، لكن يأتي هنا قيد اللخمي. لا إن لم يبين، ولو دعي للدخول. وهذا الشرط في الحقيقة شرط في استمرار النفقة.

الشرط الرابع: أن يحتمل المآل الإنفاق منه، بأن يكون كثيراً عرفاً. فلا نفقة في اليسير، كالأربعين والخمسين ديناراً خصوصاً في زمن الغلاء.

فلو كان بيد العامل مالان يسيران لرجلين، ويحملان باجتماعهما النفقة ولا يحملانها عند الانفراد، فروى اللخمي أنّ له النفقة، والقياس سقوطها لحجة كل واحد منهما بأنه دفع مآلاً لا تجب فيه النفقة. لكن قال ابن عرفة: لا أعرف هذه الرواية لغيره، ولم أجدتها في «النوادر»⁽¹⁾، وهو خلاف أصل المذهب⁽²⁾.

وإذا جاز له النفقة على نفسه، فإنه ينفق ذهاباً وإياباً.

الشرط الخامس: أن ينفق على نفسه بالمعروف. والمراد بالمعروف ما يناسب حاله.

وتكون النفقة في مال القراض لا في ذمة رب المال، حتى لو ضاع المال لم يكن له على ربه شيء. وإذا أنفق العامل على نفسه من غيره فله الرجوع بما أنفق في المال وستأتي الإشارة إلى ذلك.

ثانياً: يجوز للعامل أن يتخذ له خادماً يخدمه بأجرة من المال، وذلك إن كان أهلاً للإخدام، بالشروط المتقدمة، وهي: إن سافر لتنمية المال، ولم يبين بزوجته، واحتتمل المال الإنفاق منه. ودليل الجواز⁽³⁾:

أ - أنّ الخدمة أخص من النفقة، وكلّ ما كان شرطاً في الأعم فهو شرط في الأخص.

ب - أنّ سنّة القراض تقتضي ذلك.

- يجوز للعامل أن يكتسي من مال القراض، زيادة على النفقة، وذلك إن طال زمن سفره ولو لم يكن بعيداً، أي: طال في الطريق أو في إقامته في البلد التي سافر إليها. ويقدر الطول بالعرف، وهو ما يمتن به ما عليه من الثياب عادة. أي: مع الشروط السابقة، فالطول شرط زائد عليها.

وعلى أنّ للعامل في القراض النفقة والكسوة، فإنه إذا خرج لحاجة أخرى - غير الأهل والقرية - مع الخروج للتجارة بالقراض، فإنّ ما ينفقه يوزع بين القراض وحاجته،

(1) كتاب «النوادر والزيادات» لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني.

(2) الأصل الذي يعنيه ابن عرفة أنّ من جنى على رجلين، كلّ جناية منهما لا تبلغ ثلث الدية، وفي مجموعهما ما يبلغه، أنّ ذلك في ماله لا على العاقلة.

(3) المتفق: 173/5.

فإذا كان ما ينفقه على نفسه في عمل القراض مائة وما ينفقه في ذهابه للحاجة مائة، فأنفق مائة؛ وزعت على القراض والحاجة مناصفة. ولو كان ما ينفقه في القراض مائة وفي الحاجة خمسين فأنفق مائة، وزعت على الثلث والثلثين. وقيل: ينظر ما بين مال القراض وما ينفقه في الحاجة، ويوزع ما أنفق على قدرهما.

وهذا إذا أخذ القراض قبل اكترائه وتزوده للحاجة، بل وَلَوْ أَخَذَهُ بَعْدَ تَزَوُّدِهِ وَكَثْرَائِهِ للحاجة، كما في المدونة قال فيها: إن خرج في حاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضاً فله أن يفضّ النفقة على مبلغ قيمة نفقته ومبلغ القراض ا.هـ. قال الشيخ الدردير: ولا يعول على قول اللخمي: من أخذ قراضاً وكان خارجاً لحاجته فمعروف المذهب لا شيء له كمن خرج إلى أهله ا.هـ. قال الشيخ الدردير: ولعل الفرق على ما فيها أن في كل من القراض والحاجة قصد تحصيل غرض فيه قرابة بخلاف الأهل. وعلق الشيخ الصاوي بقوله: هذا الفرق يقتضي أنّ المراد بالأهل عند في كلام اللخمي الأقارب الذين قصد صلتهم، لا الزوجة لأن السفر إليها لا يسمّى قرابة، لما تقدم في الفرق السابق.

النفقة والكسوة في الإبضاع:

الإبضاع إرسال الرجل مالاً مع رجل مسافر ليشتري له به بضاعة من بلد كذا⁽¹⁾. نقل عن الإمام مالك ثلاثة أقوال في ذلك، وهي: أنّ لمبضع السلع النفقة والكسوة من مال البضاعة كالقراض، وسقوطها وأنّ الإبضاع ليس مثل القراض، والكراهة. وقد ذكر ابن عرفة أنّ المذهب - من سماع ابن القاسم ورواية أشهب - الكراهة. وصوّب ابن عرفة واللخمي والصفليّ سقوط النفقة والكسوة. وكلام الشيخ خليل يشعر بذلك. وورد عن الإمام اللخمي ما يدلّ على أن دليل المسألة هو العرف، فقد نقل عنه ابن عرفة قوله: العادة اليوم - أي: في عهده - لا نفقة ولا كسوة منها، أي: البضاعة، إمّا أن يعمل مكارمة فلا شيء له، أو بأجرة معلومة لا شيء له غيرها⁽²⁾.

فسخ القراض بين العامل وربّ المال:

المراد بالفسخ الترك والرجوع عن عقد القراض. وليس المراد حقيقة الفسخ؛ لأنّ الفسخ فرع الفساد، وهو غير فاسد.

فيجوز لكلّ من ربّ المال والعامل فسّخ عقد القراض قَبْلَ الشروع في العملِ بشراء السلع بالمال؛ وقبل التزود له. ووجه الفساد أنّ القراض عقد جائز وليس بلازم⁽³⁾، ما دام لم يقع الشروع في العمل كما ذكر.

(1) منح الجليل: 333/7.

(2) منح الجليل: 360/7؛ حاشية الدسوقي: 530/3.

(3) المعونة: 1122/2.

ويجوز لِرَبِّ المال فقط الفسخ، إِنْ تَزَوَّدَ العامل من مال القراض وَلَمْ يشرع في السفر. وليس للعامل حينئذٍ فسخ ويمنع منه، بل الكلام لرب المال لتعلق حقه بالمال الذي تزود به العامل⁽¹⁾؛ إلا أن يلتزم له العامل عُزْمٌ ما اشترى به الزاد. فإن تزود العامل من ماله فله الفسخ لا لرب المال ويمنع منه لتعلق حقه بالمال⁽²⁾، إلا أن يدفع له ما غرمه في الزاد. وإنما كان لربِّ المال فقط الفسخ فيما تقدم، دون العامل عند التزوّد؛ لأنَّ التزوّد من مال القراض بالنسبة للعامل عمل فيلزمه تمامه.

فإن عمل العامل في الحضر أو شرع في السفر فيبقى المال تحت يد العامل لِنُضُوذِهِ، أي: خلوصه ببيع السلع. ولا كلام لواحد منهما في فسخه. ووجه كون لا كلام لواحد منهما في الفسخ إلا بعد بيع السلع أن في ذلك إسقاط أكثر العمل؛ لأنَّ العروض تحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عيناً⁽³⁾.

وإن طلب أَحَدُهُمَا نضوض المال ببيع سلعه ليظهر المال، وطلب الآخر الصبر لغرض كزيادة ربح، نَظَرَ الْحَاكِمُ فيما هو الأصلح، من تعجيل أو تأخير فيحكم به. فإن لم يكن حاكم فجماعة المسلمين ويكفي منهم اثنان، واستظهر الدسوقي كفاية واحد عارف بريضانه.

فإن اتفقا على نضوضه جاز، كما لو اتفقا على قسمة العروض بالقيمة.

التنازع في القراض بين العامل وربِّ المال:

يعتبر العامل في القراض أميناً في مال القراض، لذلك فالقولُ له في دعوى تَلَفِ المال ودعوى خُسْرِهِ ودعوى رَدِّه لربه، وذلك بيمين⁽⁴⁾ في الكلّ، ما لم تقم على كذبه قرينة أو بيّنة. ومن القرينة أن يسأل تجار بلد تلك السلع هل خسرت في زمان كذا التجارة الفلانية، فقالوا: لا نعلم خسارة تجار في تلك السلع.

ويشترط في دعوى الردِّ فقط أن يكون قبضه بلا بيّنة توثق. أي: إذا ادعى العامل رَدِّه لربه فالقول للعامل بيمين، إن لم يكن قبضه بيّنة مقصودة للتوثق بها خوف دعوى الردِّ، بأن قبضه بلا بيّنة أصلاً، أو بيّنة لم يقصد بها التوثق. فإن قبضه بيّنة قصد رب المال بها التوثق خوفاً من دعواه الرد فلا يقبل قوله إلا بيّنة تشهد به.

وما ذكر من أن القول للعامل في التلف والخسر يجري في القراض الصحيح والفاسد.

(1) المعونة: 2/ 1122.

(2) المعونة: 2/ 1122.

(3) المعونة: 2/ 1127.

(4) هذا هو الراجح. وقيل: بغير يمين. والخلاف جار على الخلاف في إيمان التهمة، وفيها ثلاثة أقوال: قيل: تتوجه مطلقاً وهو المعتمد، وقيل: لا تتوجه مطلقاً، وقيل: تتوجه إن كان متهماً عند الناس وإلا فلا.

وأيضاً فإنّ القول للعامل في أنّه لم يعمل بمال القراض إلى الآن.

وإذا قالَ العامل: هو قِراضٌ، وقال رَبُّ المال: هو بِضَاعَةٌ عندك لتشتري لي به سلعة كذا بأجرٍ معلومٍ أو عكسه؛ فالقول للعامل فيهما، وذلك بقبود: إن كانت المنازعة بعد العمل الموجب للزوم القراض، وأن يكون العامل مثله يعمل في القراض ومثل المال يدفع قراضاً، وأن يزيد جزء الربح على أجرة البضاعة.

وإذا قالَ العامل: أنفقْتُ على نفسي في السفر مِن غيرِ مال القراض، فلي الرجوع به في المال؛ فالقول للعامل ويرجع بما ادعى، ربح أو لم يربح، كان يمكنه الإنفاق منه أم لا، وذلك يمين حيث أشبه.

وإذا تنازع العامل ورب المال في جُزءِ الربح المتفق عليه، وادعى العامل النصف فيه وادعى ربه الثلث مثلاً، فالقول للعامل بيمين؛ لأنّه مؤتمن⁽¹⁾. وذلك بشرطين: إن أشبهه، سواء أشبهه ربّه أم لا؛ والحال أنّ المال الذي يدعيه ولو ذلك الجزء خاصة بيده أو وديعةً عند أجنبي، بل وإن عند ربه، بأن ثبت إيداعه عنده بيينة أو إقرار منه. فإن أنكر ولا بيينة فينبغي أن يكون القول لرب المال. وهذان الشرطان يرجعان لمسألة الإنفاق أيضاً. والأصل في هذه المسألة، أي: جعل القول قول العامل، أنّ سبب ورود النصّ بوجود اليمين على المدعى عليه لأنه في الأغلب أقوى شبهة من المدعى عليه⁽²⁾.

ويكون القول لربّ المال إن انفردَ في دعوى جزء الربح بالشبّه. وتقدم أنّهما إذا لم يشبها معاً ففيه قراض المثل.

وكذلك يكون القول رب المال في دعواه كون المال قرضاً أي: سلفاً عند العامل، وادعاء الآخر أنّه قِراض أو وديعة؛ فالقول لربه بيمين؛ لأنّ الأصل تصديق المالك في كيفية خروج ماله من يده؛ ولأنّ العامل يدعي عدم ضمان ما وضع عليه يده، والأصل في وضع اليد على مال الغير الضمان. والحاصل أنّ القول قول من ادعى القرض منهما.

وكذلك يكون القول لربّ المال إذا تنازعا في جُزءٍ من الربح قبل العمل الذي يحصل به اللزوم. فالقول لربه بلا يمين. لأنّ له فسخه عن نفسه مطلقاً، أشبه أم لا.

وإذا تنازعا في أمر يقتضي صحة العقد أو فساد، فالقول لمن ادعى ما يقتضي صحة العقد، إذ هو الأصل. وظاهره ولو غلب الفساد؛ لأنّ هذا الباب ليس من الأبواب التي يغلب فيها الفساد، وهذا هو المعول عليه. وقيل: إن غلب الفساد فالقول لمن ادعى الفساد: فإذا قال أحدهما: كان رأس المال عرضاً، أو: شرطنا ما يقلّ

(1) بداية المجتهد: 273/2.

(2) بداية المجتهد: 273/2.

وجوده، وقال الآخر: بل كان نقداً، أو: ما يكثر وجوده. فالقول له دون الآخر، وهكذا في جميع ما تقدم من الشروط، أي: فمن ادعى أحدهما مسألة مستوفية للشروط، وادعى الآخر اختلال بعض الشروط، كان القول قول مدعي الصحة، إلا لبيته من الآخر على دعواه.

موت العامل:

إن مات العامل قبل النضوض فلوارثه الأمين أن يكمله على حكم ما كان. ودليل ذلك:

أ - القياس على وراثة خيار العيب؛ لأنّ القراض عقد معاوضة أوجب حقّ العامل في القراض وإتمامه، فجاز أن ينتقل إليهم عن مورّثهم كخيار العيب، وليس لربّ المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم⁽¹⁾.

ب - عمل أهل المدينة؛ فقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»⁽²⁾.

فإن لم يكن الوارث أميناً أتى، أي: الوارث، بأمين كالأول، واشترط القاضي عبد الوهاب مع الأمانة البصر والمعرفة بالعمل⁽³⁾.

فإن لم يأت سلمه لربه هدرأ من غير ربح ولا أجرة، والدليل: عمل أهل المدينة، كما تقدم.

والفرق بين الوارث وبين العامل إذا شغل المال بسلع ليس له ترك المال حتى يصيره عيناً، أنّ العامل قد التزم ذلك، والوارث لم يلتزم وإنّما له ما ترك مورّثه من حقّ، وليس عليهم ما ترك من عمل ودين⁽⁴⁾.

ومن مات أو أسر أو فقد ومضت عليه مدة التعمير، وعنده قراض أو ودیعة أو بضاعة، فإن وجد في تركته بعينه وثبت، فإنّه يؤخذ بعينه، فإن لم يوجد بعينه فإنّه يؤخذ من تركته المثل أو القيمة؛ لاحتمال إنفاقه أو تلفه بتفريطه. فإن ادعى وارثه أنّ الميت قد ردّه أو تلف بسماعي أو بغير تفريط، فقال العوفي: قُبِلَ قوله، أي: فقد نزله منزلة مورثه. وقال أبو علي: هذا خطأ ومجرد قول الوارث ما ذكر لا يقبل كما هو ظاهر القول. ومحلّ الخلاف إن ادعى أنّ مورثه ردّها، وأمّا لو ادعى الوارث أنّ الرد منه، فلا يقبل اتفاقاً. وتقدّم في الوديعة زيادة بيان في ذلك، وأنّ المعول عليه قول العوفي على التفصيل الذي تقدّم هناك.

(1) المعونة: 2/ 1126، والمنتقى: 5/ 175.

(2) الموطأ في القراض، باب الدين في القراض. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(4) المنتقى: 5/ 175.

(3) المعونة: 2/ 1126.

وَيَتَعَيَّنُ الْقَرَاضُ بَوْصِيَّةٍ مِنَ الْعَامِلِ قَبْلَ مَوْتِهِ، بَأَن أFRZه، وَقَالَ: هَذَا قَرَاضُ فُلَانٍ، أَوْ وَدِيعَةُ فُلَانٍ.

وَإِذَا أَوْصَى الْعَامِلُ بِالْقَرَاضِ، فَإِنَّ رَبَّ الْمَالِ يَقْدَمُ عَلَى الْعُرْمَاءِ، أَي: عَلَى دِيُونِهِمُ الثَّابِتَةَ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ، بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ.

حُكْمُ الرِّبْحِ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْقَرَاضِ:

كُلٌّ مِنْ أَخْذِ مَالٍ لِلتَّنْمِيَةِ لِرَبِّهِ بِغَيْرِ قَرَاضٍ، كَالْوَكِيلِ عَلَى بَيْعِ شَيْءٍ، وَمَبْضَعِ سَلْعَةٍ مَعَ صَاحِبِ الْمَالِ، فَرِبِحٌ فَلَا رِبْحَ لَهُ بَلْ لِرَبِّ الْمَالِ. وَذَلِكَ كَأَن يُوَكَّلُهُ صَاحِبُ الْمَالِ عَلَى بَيْعِ سَلْعَةٍ بَعِشْرَةَ فَبَاعَهَا بِأَكْثَرِ فَالزَّائِدُ لِرَبِّهَا لَا لِلْوَكِيلِ. وَكَأَن يَبْضَعُ مَعَهُ عِشْرَةَ لِيَشْتَرِيَ لَهَا بِهَا طَعَاماً مِنْ مَحَلِّ كَذَا، فَاشْتَرَاهُ بِشَمَانِيَةٍ فَالْفَاضِلُ مِنَ الثَّمَنِ لِرَبِّ الْمَالِ لَا لِلْمَشْتَرِي.

وَكَذَا لَوْ بَاعَ الْوَكِيلُ السَّلْعَةَ بِعِشْرَةَ كَمَا أَمَرَهُ، وَاتَّجَرَ فِي الْعِشْرَةِ حَتَّى حَصَلَ فِيهَا رِبْحٌ؛ أَوْ أَنَّ الْمَبْضَعُ مَعَهُ اشْتَرَى بِالْعِشْرَةِ سَلْعَةً غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِإِبْضَاعِهَا فَرِبِحَ فِيهَا؛ فَالرِّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِمَا، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ شَيْءٌ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا حَصَلَ خَسِرٌ فَهُوَ عَلَيْهِ وَحْدَهُ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، أَي: مَسْأَلَةُ التَّعَدِّيِّ بِالتَّجَرُّ فِي الثَّمَنِ الَّذِي بَاعَ بِهِ وَكَذَلِكَ الْمَبْضَعُ، هِيَ مِمَّا اعْتَرَضَ فِيهَا الشَّيْخُ الدُّسُوقِيُّ عَلَى الشَّيْخِ الدَّرْدِيرِيِّ فِي قَوْلِهِ: إِنَّ الرِّبْحَ فِيهَا يَكُونُ لِلْوَكِيلِ، فَقَدْ نَقَلَ الشَّيْخُ الدُّسُوقِيُّ الْاسْتِظْهَارَ بِأَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا تَعَدَّى لَا رِبْحَ لَهُ، سِوَاهُ كَانَ تَعَدِّيَّهُ فِي بَيْعِهِ بِأَكْثَرٍ مِمَّا أَمَرَ بِبَيْعِهِ، أَوْ كَانَ تَعَدِّيَّهُ بِالتَّجَرُّ فِي الثَّمَنِ الَّذِي بَاعَ بِهِ، وَكَذَلِكَ الْمَبْضَعُ مَعَهُ لَا رِبْحَ لَهُ مَطْلَقاً سِوَاهُ تَعَدَّى بِالتَّجَرُّ فِي الْمَالِ الَّذِي دَفَعَ لَهُ لِيَشْتَرِيَ بِهِ سَلْعَةً كَذَا، أَوْ كَانَ تَعَدِّيَّهُ بِاشْتِرَائِهِ بِأَقْلٍ مِمَّا أَمَرَ بِهِ فَلَا فَرْقَ⁽¹⁾.

وَأَمَّا مِنْ أَخْذِ مَالٍ لِغَيْرِ التَّنْمِيَةِ لِصَاحِبِهِ، كَالْمُودَعِ - بِفَتْحِ الدَّالِ -، وَالْوَصِيِّ، وَالْغَاصِبِ، وَالسَّارِقِ، إِذَا حَرَّكَوا الْمَالِ وَاتَّجَرُوا فِيهِ فَرِبِحُوا، فَالرِّبْحُ لَهُمْ كَمَا أَنَّ الْخَسَارَةَ عَلَيْهِمْ⁽²⁾.

فَالْحَاصِلُ أَنَّ الْأَقْسَامَ ثَلَاثَةٌ:

الْأَوَّلُ: الْغَاصِبُ، وَالسَّارِقُ، وَالْمُودَعُ، وَالْوَصِيُّ، إِذَا حَرَّكَوا الْمَالِ فَلَهُمُ الرِّبْحُ وَعَلَيْهِمُ الْخَسِرَةُ؛ لِأَنَّهُمْ ضَامِنُونَ لِمَا بِأَيْدِيهِمْ. وَقَدْ تَقَدَّمَ الْحَدِيثُ عَنْ ذَلِكَ فِي بَابِ الْغَضَبِ، فَارْجِعْهُ.

الثَّانِي: الْوَكِيلُ أَوْ الْمَبْضَعُ مَعَهُ، إِذَا خَالَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ لِتَعَدِّيهِ عَلَى الْمَالِ بِتَصَرُّفِهِ فِيهِ بِغَيْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ مَالِكُهُ؛ وَإِنْ خَسِرَ فَعَلَيْهِ خَسِرُهُ نَظْراً لِمَا دَخَلَ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً.

الثَّلَاثُ: عَامِلُ الْقَرَاضِ إِذَا شَارَكَ أَوْ بَاعَ بِدِينٍ، فَعَلَيْهِ الْخَسِرَةُ لِتَعَدِّيهِ، وَالرِّبْحُ لَهُ مَعَ

(1) حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ: 527/3.

(2) حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ: 527/3.

ربّ المال نظراً لما دخلا عليه ابتداء. فإن قيل: لم لا يختص بالربح كما اختص بالخسر، والجواب: أنه يتهم على قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض مقصده، ولأنّ استبداده به يحمله على التعدي ليستقل بالربح.

وإذا قارض بلا إذن فالحسارة عليه والربح للعامل الثاني مع رب المال. وعلة منعه من الربح أنه متعدّ في تصرفه⁽¹⁾.

ما يحرم على العامل في القراض:

- يحرم عليه أن يهب هبةً لغير ثواب، ولو لاستتلاف، وذلك إن كثر مقدار الهبة. وأما هبة الشيء القليل كدفع لقمة لسائل ونحوها فجائز. كما يجوز هبة الثواب؛ لأنها بيع. والفرق بين الشريك في الشركة وعامل القراض، حيث جاز للأول هبة الكثير للاستتلاف، كما تقدّم في بابه، دون الثاني؛ أنّ العامل رجّح فيه أنه أجير، والقول بأنّه شريك مرجوح، وحينئذ فالشريك أقوى من العامل.

- يحرم عليه تؤوليةً لسلمة من مال القراض، بأن يعطيها لغيره بمثل ما اشترى، إذا لم يخف رخصها، وإلا جاز.

ولا بأس أن يأتي بطعام للأكل مع غيره، ما لم يكن فيها زيادة لها بال لا تسمح بها النفوس عادة، وإلا منع وتحلل ربّ القراض. فإن لم يسامحه كافأه، بأن يعوّضه على قد ما أكله زيادة على حقّه.

والدليل على حرمة الهبة والتولية ومسألة الإتيان بالطعام للأكل مع الغير: عمل أهل المدينة. فقد نقل سحنون عن ابن القاسم أنّ الإمام مالك قال له بعد ذكر هذه المسألة: «وذلك الأمر المجتمع عليه عندنا»⁽²⁾.

الزكاة في القراض:

يجوز اشتراط زكاة الربح في القراض على ربّ المال أو العامل. ولا يؤدي اشتراط زكاة الربح على العامل إلى القراض بجزء مجهول؛ لأن جزء الزكاة معلوم، وهو ربع عشر الربح، فكان ربّ المال قال للعامل: لك من الربح نصفه - مثلاً - إلا ربع عشر الربح⁽³⁾. وأما رأس المال فزكاته على ربّه، ولا يجوز اشتراطه على العامل⁽⁴⁾.

(1) منح الجليل: 350/7؛ وحاشية الدسوقي: 527/3.

(2) المدونة الكبرى: 50/4. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(3) المنتقى: 163/5.

(4) حاشية الدسوقي: 522/3، وانظر المنتقى: 163/5، والمقدمات: 8/3، وبداية المجتهد: 2/

وتقدّم في باب الزكاة شروط زكاة رأس مال القراض وربحه، وشروط زكاة نصيب العامل من ربح القراض، فراجعه⁽¹⁾.



(1) الفقه المالكي وأدلّته: 55/2.

المساقاة

تعريف المساقاة لغة:

المُسَاقَاةُ مأخوذة من سقي الثمرة لأن السقي معظم العمل في المساقاة، وهو يصلح ثمرة الحوائط وينميتها؛ قال الله تعالى: ﴿وَفِي الْأَرْضِ قِطْعٌ مُتَّجِرَاتٌ وَجَنَّاتٌ مِّنْ أَعْنَابٍ وَزَيْتُونٌ وَنَخِيلٌ صِنَوَانٌ وَعَيْرٌ صِنَوَانٌ يُسْقَى بِمَاءٍ وَجِدٍ وَنَقُضٌ بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْأَكْلِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴿٤﴾﴾ [الرعد: 4].

وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين، مثل المضاربة، تفيد المشاركة في الفعل، ومقتضاها أن يكون كل واحد يسقي لصاحبه وهي ليست كذلك، بل الذي يسقي أحدهما. فتحمل الصيغة إما على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد، نحو سافر؛ أو بملاحظة العقد فإنه واقع منهما، فيكون من التعبير بالمتعلق عن المتعلق⁽¹⁾.

عرفاً:

عقد على القيام بمؤونة شجر أو نبات، بجزء من غلته، بصيغة ساقيت أو عاملت فقط، ويستحق الثمار فيها بالظهور.

شرح التعريف - ويؤخذ منه أركان المساقاة الآتي ذكرها:

قوله: «عَقْدٌ» أي: من رب الحائط أو الزرع مع غيره.

قوله: «عَلَى الْقِيَامِ بِمُؤُونَةٍ» أي: خدمة.

قوله: «شَجَرٍ أَوْ نَبَاتٍ» مثل مِقْنَاءٍ أو غيرها كما يأتي بيانه، أي: على التزام خدمته من سقي وتنقية وتقليم وغير ذلك مما يأتي.

قوله: «بِجِزءٍ مِنْ غَلَّتِهِ» لا مَكِيلَةٍ، ولا بجزء من غلة غيره.

قوله: «بِصِيغَةِ سَاقِيَتْ أَوْ عَامَلَتْ فَقَطْ» أي: عند سحنون. وقال ابن القاسم: لا تنعقد إلا بساقيت فَقَطْ، أي: بلفظ من تلك المادة؛ لأنها أصل في نفسها، فلا تنعقد بلفظ إجارة أو شركة أو بيع؛ لأن أحكامها مفترقة عن المساقاة⁽²⁾، فلا تنعقد المساقاة

بلفظ إحداها؛ أي: لا تتعقد من البادئ منهما. ويكفي من الثاني أن يقول: قبلت أو رضيت ونحو ذلك من العقود اللازمة.

قوله: «يَسْتَحِقُّ» أي: العامل.

قوله: «الثَّمَارَ فِيهَا بِالظُّهُورِ» أي: ظهورها على الشجر أو الزرع. فيكون شريكاً بجزئه من حينه، لا قبله، ولا بالجذاذ، ولا بالطيب. وإذا وقع العقد وهي بارزة استحقه من حين العقد، فإذا طرأ دين على رب الحائط فلا يوفى فيه جزء العامل لأنه شريك له به.

وقوله: «يَسْتَحِقُّ الثَّمَارَ فِيهَا بِالظُّهُورِ» يوهم أنّ العامل المساقى - بالفتح - لا حق له في البستان بعد العقد وقبل الظهور، وأنه لو قام أصحاب الديون على صاحب البستان يأخذونه ويطردون العامل بغير شيء، وهذا ينافي لزومها بالعقد، وخلاف المنصوص عليه في المذهب.

حكم المساقاة:

المساقاة جائزة. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - معاملة النبي ﷺ أهل خيبر؛ فعن النبي ﷺ أنه قال ليهود خيبر يوم الفتح: «أقرّكم فيها ما أقرّكم الله ﷻ، على أنّ الثمر بيننا وبينكم»، قال: فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص بينه وبينهم، ثم يقول: إن شئتم فلکم، وإن شئتم فلي. فكانوا يأخذونه⁽²⁾.

وعن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها⁽³⁾. وعن عبد الله قال: أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود، أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنّ قوله ﷺ: «أقرّكم فيما أقرّكم الله ﷻ، على أنّ الثمر بيننا وبينكم» يقتضي أنّ نخل خيبر صارت لرسول الله ﷺ وللمسلمين بعد الفتح، وأنّ رسول الله ﷺ ترك لهم العمل فيها، وجعل لهم بعملهم بعض الثمرة، وأنّ ذلك كان مساقاة لهم، ولعلّه كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على شيء معلوم بعبارة أو غيرها. وقد صرح بذلك الحديث المتقدم عن ابن عمر.

فكان هذا من فعله ﷺ مخصّصاً لما نهى عنه من بيع الغرر، ومن بيع الثمار قبل

(1) المعونة: 2/1131، والمنتقى: 5/118، والمقدمات: 2/547 - 548، 552، والمعلم: 2/

275، والمفهم: 5/2757، وبداية المجتهد: 2/274، وبلغت السالك: 2/256.

(2) أخرجه مالك في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة.

(3) البخاري في الحث والمزارعة؛ ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة.

(4) أخرجه البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما؛ ومسلم في المساقاة.

أن يبدو صلاحها، ومن الاستئجار بأجر مجهول؛ لأن ذلك عموم ومساقاته ليهود خبير في النخل خصوص، والخاص يحمل على التفسير العام والتخصيص له، والبيان للمراد منه.

ب - أن ذلك فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما (1)، فقد أقرهم أبو بكر على ذلك، ثم عمر بن الخطاب إلى أن أجلاهم إلى الشام. ثم عمل بها عثمان رضي الله عنه بعده، ولا مخالف من السلف لهم فيها. وفي إقرار أبي بكر وعمر رضي الله عنهما يهود خبير على مساقاتهم التي ساقاهم عليها النبي صلى الله عليه وسلم وفي عمل الخلفاء بعدهما بها، بيان واضح على أن المساقاة حكيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم محكم غير منسوخ.

ج - قياس الأولى على القراض؛ لأن الأصول مال لا ينمو بنفسه ولا تجوز إجارته، وإنما ينمى بالعمل عليه، فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه، أصله القراض. ووجه كونه أولى بالجواز، أن الغرر والخطر في القراض أكثر؛ لأنه قد يكون في المال ربح وقد لا يكون فيه ربح، وجواز أحد الأمرين كجواز الآخر، ليس أحدهما أغلب من صاحبه؛ والنخل قد أجرى الله العادة بأن تحمل كل سنة، فلا بد أن يكون للنخل ثمرة في الغالب من الأحوال، وهذا بين. وإنما قالوا في هذا القياس: ولا تجوز إجارته، تحرزاً من أن يلزمهم عليه كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها.

د - الضرورة الداعية لذلك؛ لأنه لا يمكن للناس عمل حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك العمل والبيع، إذ لم يكن لهم مال. فلهذه العلة رخص في المساقاة.

وهي أصل في نفسها وعقد على حياله (2). وقد استثناهما الشرع من أصول ستة كل واحد منها يدل على المنع، وهي:

الأول: الإجارة بالمجهول؛ لأن نصف الثمرة - مثلاً - الذي يأخذه العامل، مجهول.

الثاني: كراء الأرض بما يخرج منها، فيما إذا جعل للعامل جزء من البياض والبذر عليه.

الثالث: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بل قبل وجودها.

الرابع: الغرر؛ لأن العامل لا يدري أتسلم الثمرة أم لا؛ لأنها إن أجيحت ذهب عمله باطلاً مع انتفاع رب الأصول بعمله. وعلى تقدير سلامتها لا يدري كيف يكون مقدارها.

(1) فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب الرخصة في المزارعة.

(2) المقدمات: 552/2.

الخامس: بيع الطعام بالطعام نسيئة، إذا كان العامل يغرم طعام الدواب والأجراء؛ لأنه يأخذ عن ذلك الطعام طعاماً بعد مدة.

السادس: الدين بالدين؛ لأن المنافع والثمار كلاهما غير مقبوض.

وذهب من خالف المذهب المالكي في جواز المساقاة إلى أن فعل رسول الله ﷺ مع يهود خيبر منسوخ بنهيه ﷺ عن المخابرة، وقالوا: هو مشتق من خيبر، ومعناه النهي عن العمل الذي فعل بخيبر. وذلك غير صحيح؛ لأن عقود المعاوضات لا يشتق لها الأسماء من أماكنها، بخلاف قول العرب: أنهم، وأنجد؛ لأننا قد عرفنا من لغة العرب اسم الفاعل من النزول بالمكان، وعقود المعاوضات بخلاف ذلك؛ ولأن العرب كانت تعرف المخابرة قبل الإسلام، وهو عندهم اسم لكراء الأرض ببعض ما يخرج منها⁽¹⁾؛ ولأن الصحابة قد عملوا بالمساقاة بعده، فبطل ما ادّعوه بكل وجه. وعلّلوا أيضاً حديث المساقاة بأن قالوا: إن أهل خيبر كانوا عبيداً للنبي ﷺ وللمسلمين؛ لأن الله تعالى أفاء عليهم خيبر وأهلها، فلذلك جازت المساقاة بينه وبينهم على جزء من الثمرة. وأجاب فقهاء المذهب عن ذلك بأجوبة: منها أن عبد الله بن رواحة كان يحرص عليهم، ثم يقول: «إن شئتم فلکم وإن شئتم فلي»⁽²⁾ أي: إن شئتم فلکم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم؛ وعلى قول المخالف، فلو كانوا عبيداً لرسول الله وللمسلمين فلا يصح ضمان السيد من عبده؛ لأن العبد لا يملك عندهم فماله لسيدة، على أن بيع الثمرة في رؤوس النخل بخرصها إلى الجداد من المزابنة التي لا تجوز إلا فيما خصصته السنة من بيع العرايا في خمسة أوسق أو فيما دون خمسة أوسق، لذلك فإن تخييرهم في التزامهم الثمرة في رؤوس النخل بما خرصت به عليهم من الثمر عند الجداد مضموناً عليهم فهو من المزابنة، ولا يكون إلا منسوخاً بتحريم الربا؛ ومنها أن قولهم: خفف عنا وتجاوز في القسم⁽³⁾ يدل على أن الخرص إنما كان في القسمة بين المسلمين واليهود؛ لأن اليهود كانوا شركاء للمسلمين في ثمر النخل بعملهم.

وأما حكم المساقاة فمحکم غير منسوخ بدليل إقرار أبي بكر وعمر رضي الله عنهما اليهود

(1) انظر باب الإجارة.

(2) أخرجه مالك في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة.

(3) عن مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر فيحرص بينه وبين يهود خيبر، قال: فجمعوا له حلياً من حلي نساءهم، فقالوا له: هذا لك، وخفف عنا وتجاوز في القسم. فقال عبد الله بن رواحة: يا معشر اليهود، والله إنكم لمن أبغض خلق الله إلي، وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم، فأما ما عرضتم من الرشوة فإنها سحت، وأنا لا نأكلها، فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض. (أخرجه مالك في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة).

على المساقاة التي ساقاهم عليها النبي ﷺ⁽¹⁾.

لزوم عقد المساقاة:

عقد المساقاة من العقود اللازمة للطرفين بالعقد، فليس لأحدهما فسخها بعد العقد وقبل العمل دون الآخر، ما لم يتراضيا عليه، هذا هو المذهب. فهي ليست كالقراض، بل هي كالأجارة. وقيل: لا تلزم المساقاة إلا بالعمل، كالقراض. وأصحاب هذا القول علّوه بأنه متى كان العوضان أو أحدهما مجهولاً فالعقد غير لازم، كالقراض والجمالة والمزارعة على أحد الأقوال؛ لأنّ اللزوم مع الجهالة غرر⁽²⁾. فإذا كان العامل لصاً أو ظالمًا لم يفسخ العقد لذلك، ولكن يتحفّظ منه. وهذا لأنّ عقد المساقاة قد لزم كما تقدّم؛ وكون العامل سارقاً فسق لم يوجب فسخ العقد، كما لو فسق بغير السرقة؛ ولأنّ ذلك لا يوجب تعذّر السقي ولا يمنع القيام على الثمرة، وإنّما يقتضي ضرراً لا يمنع استيفاء المنافع المطلوبة⁽³⁾.

أركان المساقاة:

يشير التعريف إلى أركان عقد المساقاة، وهي أربعة:

الأول: متعلق العقد، أي: المعقود عليه، وهو الأشجار وسائر الأصول المشتملة على الشروط الآتي بيانها.

الثاني: الجزء المشترط للعامل من الثمرة.

الثالث: العمل.

الرابع: ما ينعقد به العقد، وهو الصيغة.

مساقاة النصراني:

مساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل. فإن كان المسلم هو العامل فيكره؛ لأنّ فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له⁽⁴⁾.

شروط صحّة المعقود عليه:

تكون المساقاة في كلّ ما يثمر من شجر أو زرع أو نبات. والدليل على ذلك، وأنها غير مقصورة على الكرم والنخل⁽⁵⁾:

(1) المقدمات: 2/ 549، والمعلم: 2/ 275، وبداية المجتهد: 2/ 275.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 402. (3) الإشراف: 2/ 649.

(4) المعونة: 2/ 1138.

(5) الإشراف: 2/ 648، والمعونة: 2/ 1132، والمنتقى: 5/ 128، والمعلم: 2/ 276، والمفهم:

2759/5، وبداية المجتهد: 2/ 275.

أ - عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ الراوي نصّ على الزرع. ونصّ في رواية أخرى على النخل، فعن عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ أنه دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها⁽²⁾.

ب - قياس الشجر على النخل والكرم بعلّة أنّها ذات أصول مثمرة؛ لأنّ هذا شجر مثمر له أصل ثابت، فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم. قال الإمام المازري: لا مانع من القياس إذا عقل المعنى. قال ابن رشد الحفيد: قد يقاس على الرخص عند قوم، إذا فهم هنالك أسباب أعمّ من الأشياء التي علق الرخص بالنصّ بها.

ج - أنّ المعنى الذي له جازت المساقاة في النخل والكرم، أنّ المالك قد يعجز عن تعهدها والقيام عليها بالسقي والتنقية، فجازت المساقاة عليها لهذه الضرورة، وهذا موجود في سائر الأصول.

وتجوز المساقاة ولو في البعل، وهو الذي يشرب من أصله من غير سقي؛ وكذلك في كلّ ما يسقى على اختلاف أنواع السقي. ووجه الجواز أنّ ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وإتار وقطع جريد وغير ذلك⁽³⁾.

ويشترط لصحة المعقود عليه من شجر أو زرع ما يلي:

1 - ألا يُخْلَفَ. فإن كان يخلف كالموز ممّا يخلف قبل قطع البطن الأول ولا ينتهي لأجل معلوم؛ لأن الذي لم ينته منه يناله من سقي العامل، فكأنه شرط زيادة عليه. وكالبقل، والقضب⁽⁴⁾ - بسكون الضاد المعجمة -، والفُرط⁽⁵⁾ - بضم القاف -، والريحان، والكراث؛ فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيرها. وإذا دخل تبعاً كان لهما، ولا يجوز إبقاؤه للعامل ولا لربّ الحائط؛ لأنّه زيادة إمّا على ربّ البستان أو على العامل يناله بسقيه مشقّة. والفرق بينه وبين البياض ورود السنّة في البياض.

2 - ألا يَبْدُو صَلَاحُ ثمر ذلك الشجر. فلا يصحّ مساقاة ما حلّ بيّعه يبدو صلاحه. فإن بدا صلاحه - وهو في كلّ شيء بحسبه⁽⁶⁾ - لم تصحّ مساقاته، لانتهائه واستغنائه إلا تبعاً. خلافاً لسحنون فإنّه أجاز المساقاة بعد بدو الصلاح على حكم

(1) أخرجه البخاري في المزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه؛ ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(3) المعونة: 2/1136. (4) نبت معلوم يشبه البرسيم.

(5) نوع من المرعى.

(6) أي: ففي البلح باحمراره أو اصفراره، وفي غيره بظهور الحلاوة فيه ومثله البلح الخضراوي.

الإجارة، بناء على مذهبه من انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة. ودليله⁽¹⁾: أن الضرورة إلى سقيها وتعهدها باقية، لحاجتها إلى بقائها في أصولها، فكانت كالتالي لم يبدو صلاحها. وأورد ابن رشد الحفيد هذا الدليل بصيغة قياس الأولى، فقال: وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو صلاح أجوز⁽²⁾.

وإنما منعت على المذهب المشهور الذي هو مذهب ابن القاسم؛ لأن فيه منفعة لرب البستان، وهو سقوط الجائحة عنه؛ لأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له بالجائحة شيء، وكان له الخيار بين التمادي أو الخروج؛ بخلاف الإجارة فإن للأجير أن يرجع فيما إذا أجيحت الثمرة بإجارة مثله فيما عمل. ودليل القول المشهور⁽³⁾: - أن ما حلّ بيعه من الثمر ارتفعت عنه الضرورة التي من أجلها جازت المساقاة، وهي خوف هلاكه، ولذلك جاز بيعها والإجارة عليها. أي: فإنها إجارة إن وقعت⁽⁴⁾.

وهذا الشرط يفهم منه جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة وقبل بدو صلاحها. والدليل⁽⁵⁾:

أ - قياس الأولى؛ لأن المساقاة إذا جازت قبل وجود الثمرة مع كثرة الخطر، كان جوازها بعد الوجود مع قلّة الخطر أولى.

ب - أن المساقاة إنما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقي والخدمة، وضرورة المالك إلى استنابة غيره، وهذا يستوي فيه حال عدم الثمرة وحال وجودها.

ج - أن المساقاة عقد مستثنى من الإجارة المجهولة للحاجة إلى ذلك، والرفق الحاصل لرب المال، إذ ليس كلّ من له مال يحسن القيام عليه والعمل فيه. ثم من الناس من يحسن العمل ولا مال له، فاقترضت حكمة الشرع أن يرفق بكلّ من له مال ومن له العمل على ما تيسر غالباً. ولما ظهر للإمام مالك رحمته الله ذلك طرد المعنى وحيث دعت الحاجة إليه أعملها. وعلى هذا فتجوز المساقاة في النخل بعد الطيب، وفي الزرع إذا عجز عنه أهله، كما جاز القراض وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه.

3 - كَوْنِ الشَّجَرِ المساقى عليه شأنه الإثمار، ويثمر في عام المساقاة، لا إن كان لا ثمر له أصلاً كالأثل⁽⁶⁾ والطرفاء⁽⁷⁾، فلا تصح المساقاة عليه تبعاً.

(1) المعونة: 2/ 1137.

(2) بداية المجتهد: 2/ 279.

(3) المعونة: 2/ 1137، والمتقى: 5/ 130.

(4) بداية المجتهد: 2/ 279.

(5) الإشراف: 2/ 648، والمعونة: 2/ 1137، والمفهم: 5/ 2758.

(6) الأثل شجر من الفصيلة الطرفاوية طويل مستقيم يعمر، جيّد الخشب، كثير الأغصان متعدها، دقيق الورق.

(7) جنس من النبات منه أشجار من الفصيلة الطرفاوية، ومنه الأثل.

4 - كونه لم يبلغ حد الإثمار في عامه لصغره كالوَدِي⁽¹⁾، فلا تصح المساقاة عليه تبعاً.

شروط صحّة مساقاة الزرع ونحوه - خاصّة :-

يشترط لصحة مساقاة الزُّرْع والقَصْب الحلو - بفتح الصاد المهملة - والبَصَل والمِقْثَاة - بكسر الميم وسكون القاف - ومنها الباذنجان والقرع، زيادة على ما تقدم، ثلاثة شروط:

الأول: عَجْزُ رَبِّهِ عن القيام به. ومن العجز اشتغاله عنه بالسفر. ودليل هذا الشرط⁽²⁾: - أنّ الشجر يلزم فيه دوام العمل أبداً وإلا تلف، فلهذه العلة شرعت المساقاة فيه لهذه الضرورة؛ وأما في الزرع فهذه العلة منعدمة؛ لأنّ العمل فيه يدوم مدة يسيرة، وليس فيه تعب ولا تكلف عمل ولا لزوم الأرض، لذلك لم تجز المساقاة فيه لهذا المعنى، وإنّما جازت فيه لمعنى آخر وهو ضرورة عجز صاحبه عنه؛ فضرورة طول العمل في الشجر يقابله ضرورة العجز في الزرع. وفي كلا الحالين الضرورة هي خوف الهلاك.

الثاني: خَوْفُ هَلَاكِهِ، لو لم يقيم بشأنه من سقي وعمل.

الثالث: بُرُوزُهُ من أرضه ليشابه الشجر. ووجه اشتراط هذا الشرط أنّ البروز يجعل الزرع كالأصل المرتجى ثمرته، فيخرجه عن حال المنع وهي كونه مغيباً في الأرض⁽³⁾.

وإن قيل: لا معنى لاشتراط هذا الشرط، إذ لا يسمّى زرعاً أو قصباً أو بصلاً مثلاً إلا بذلك، وقبله لا يسمّى بهذا الاسم حقيقة، والجواب أنّ هذا الاسم يطلق على البذر مجازاً باعتبار ما يؤول إليه، فاشتراط الشرط المذكور لدفع توهم أنّ المراد بالزرع وما معه ما يشمل البذر.

وأما إذا شرط ألا يبدو صلاحه وألا يكون مما لا يخلف احترازاً عن نحو القضب - بالضاد المعجمة - والقرط، فمعلوم مما تقدم فلا حاجة لزيادتهما هنا.

ما يدخل في المساقاة تبعاً مع الزرع:

وإذا وجدت هذه الشروط، وجازت المساقاة على الزرع ونحوه، باستيفاء الشروط وانتفاء الموانع، وكان في الأرض شجر قليل متفرق دَخَلَ في المساقاة ذلك الشجر تبعاً للزرع إذا كانت قيمته قدر ثلث قيمة الزرع فأقل. فيدخل الشجر لزوماً على الجزء

(2) المتقى: 128/5.

(1) صغار النخل.

(3) المعونة: 1132/2.

المشترط في الزرع. ولا يجوز إلغاؤه للعامل أو لربه، وعكسه كذلك: أي: يدخل لزوماً، ولا يجوز إلغاؤه لواحد منهما، زرع تبع لشجر.

شروط الصحة في الجزء المساقى به:

يشترط للجزء المساقى به أمران:

1 - أن يكون شائعاً في ثمر الحائط؛ فلا يصح بشجر معين ولا بكيل، كقوله: ساقيتك على العمل في هذا الحائط بثلت ثمر هذه النخلة أو هذه النخلات. فإن يكن شائعاً فسدت المساقاة.

2 - أن يعلم نسبه بجميع الحائط؛ كربع أو ثلث، أو أقل أو أكثر. فإن لم يعلم كما لو قال: لك من الثمر جزء أو بعض فسدت المساقاة. والدليل اشتراط العلم بالجزء المساقى به⁽¹⁾:

أ - قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «على أن الثمر بيننا وبينكم». ووجه الاستدلال أن هذا اللفظ ظاهره المساواة، ولعله قد تبين ذلك لهم، فنقله الراوي على هذا اللفظ.

ب - قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «بشطر ما يخرج منها». ولفظ الشطر نص في الدلالة على ذلك.

ج - قال ابن عمر: أعطى النبي ﷺ خبير بالشطر، فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر⁽²⁾.

3 - أن لا يكون الجزء المأخوذ من أصناف متعددة مختلفاً بين صنف وآخر؛ فلو كان في الحائط أصناف من الثمر، وشطر عليه أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف آخر الثلث لم يجز. والدليل على هذا الشرط⁽³⁾:

- أن رسول الله ﷺ ساقى أهل خبير على النصف، كما تقدم في الروايات، وفي خبير الجيد والرديء. ولا يجوز خلاف ذلك لأن المساقاة عقد خارج عن الأصول، ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به.

وفي انخرام شرط من هذه الشروط مساقاة المثل.

الشروط المفسدة للمساقاة:

1 - شَرَطُ نَقْصِ مَا فِي الْحَائِطِ مِنْ نَحْوِ دَوَابِّ. أي: إخراج ما فيه، كبقر وإبل مما يحتاج الحال إليها، والأجراء والآلة الموجودة يوم العقد. فإن شرط نقص شيء من

(1) المتقى: 119/5.

(2) أخرجه البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما.

(3) المعونة: 1134/2، والمتقى: 119/5.

ذلك فسدت؛ لأنه يصير كزيادة شرطها على العامل، إلا أن يكون قد أخرجها قبل عقدها ولو قصد المساقاة فلا يضر.

فإن حصل هذا الشرط وتم العمل عليه كان للعامل مساقاة المثل. وأما وقوع ذلك من غير شرط لا يضر كما تقدم الإشارة إليه.

2 - شرط تجديدي لشيء في الحائط، لم يكن موجوداً وقت العقد، على العامل أو ربّ الحائط مما تقدم فتفسد.

3 - شرط زيادة شيء خارج عن الحائط لأحدهما يختص به عن صاحبه، كأن يعمل له عملاً في حائط أخرى، أو يخيظ له ثوباً، أو يبني له بيتاً، أو يزيده عيناً، أو عرضاً، أو منفعة كسكنى أو ركوب أو نحو ذلك. ووجه منع هذا الشرط أن أمر المساقاة - كالقراض - ضيق، لا يحتملان الشروط لخروجهما عن الأصول، أي: لكونهما رخصة، فيجب الاقتصار فيهما على ما ورد به الشرع؛ والذي جوزّه الشرع منه ما كان متعلقاً بإصلاح الثمرة، وما زاد على ذلك كان ممنوعاً بالأصل؛ لأنه إجارة مجهولة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها⁽¹⁾. وبيان ذلك أن المساقاة إذا وقعت - مثلاً - على شرط من العامل أن يزيده ربّ الحائط شيئاً مما تقدم، يكون قد استأجره ربّ الحائط على عمل حائطه بما أعطاه ممّا اشترطه، ويجزء من ثمره؛ فوجب أن يردّ إلى إجارة مثله؛ ولأنه إذا وقعت المساقاة على أن يزيد العامل ربّ الحائط شيئاً يكون العامل قد اشترى منه الثمرة التي سيأخذها بعد انتهاء المدّة بما أعطاه من الزيادة المشترطة، ويعمله في الحائط، وفي ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فوجب أن يردّ إلى إجارة مثله⁽²⁾.

4 - شرط عملي شيء من العامل يبقى في الحائط بعد انقضاء المساقاة، كحفر بئر، أو إنشاء شجر، أو بناء جدار بها، أو تسوية أرض. ووجه الفساد باشتراط هذه الأمور ما يلي⁽³⁾:

أ - أنها زيادة على العامل ينفرد بها ربّ المال، ويخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلا ما قد جوزّه الشرع.

ب - أنها زيادة يقع لها حصّة من الثمن، والمساقى لو استأجر العامل عليها على انفرادها بجزء من الثمرة لم يجز؛ لأنه بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فكذلك إذا اشترطها عليه في المساقاة؛ لأنّ العوض قد حصل عليه في الموضعين.

(1) المعونة: 1138/2، والمقدمات: 555/2.

(2) المقدمات: 557/5.

(3) المعونة: 1133/2، والمقدمات: 555/2.

فإذا لم يشترط شيئاً من ذلك فلا يضر وفعله من المعروف.

ما يجب على العامل عمله:

يجب على العامل عمل جميع ما يفتقر الحائط إليه عرفاً كإبار، وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى من النخل؛ وتنقيّة حياض الشجر؛ وتقليم للنخل؛ وإزالة ما يضر بالشجر من نبات وغيره.

ويجب عليه إقامة الدوابّ والأحبال والأجّراء والدلاء والمساحي، إذا لم يكن في

الأرض ذلك.

ويجب عليه - عدا الحيوان - أن يبدل ما رتّ من ذلك إذا كان فيها. أما الحيوان، إذا كان في الحائط أولاً قبل العقد، إذا ما مات أو مرض فليس عليه بدله ولا أجرته، بل ذلك على ربّ الحائط. بخلاف ما رتّ من الدلاء والحبال ونحوها كالقواديس والمساحي وسائر الآلات كما تقدم.

والفرق بين الحيوانات ليس على العامل تجديدها إذا هلكت، والآلات عليه تجديدها إذا رتّت؛ أنّ العامل إنّما دخل على الانتفاع بالآلات حتى تهلك أعيانها، وتجديد ذلك معلوم بالعادة، والشأن في تجديدها الخفة.

وأما إجراء النفقة على نفسه وعلى من في الحائط، من دواب وأجّراء وكسوتهم فعلى العامل، كانوا لربّ الحائط أو للعامل.

ودليل وجوب أن يكون إقامة الدوابّ والأحبال والأجّراء والدلاء والمساحي ونحو ذلك على العامل، وأن تكون النفقة والمؤنة عليه لا على ربّ الحائط⁽¹⁾:

أ - أنّ النبي ﷺ لم يلتزم لأهل خيبر مؤنة ولا غيرها، بل أنفقوا من أموالهم كما جاء في حديث ابن عمر المتقدم قوله: «على أن يعتملوها من أموالهم».

ب - أنّ ذلك ممّا يتوقف عليها عمل العامل، ويتوقف عليها نماء الثمرة ويصل بها إلى صلاحها، وهو ممّا يختصّ به؛ وأنّه لو كان ذلك على ربّ الحائط لكان العامل أجيراً، وذلك لا يجوز لأنّه لا يدرى كم إجارته، والإجارة لا تصحّ إلا بالأجرة المعلومة المقدّرة؛ والمساقاة إنّما تنعقد بجزء من الثمرة مذكور وهو قدر مجهول، ولا يجوز أن تنعقد على أوسق مقدّرة؛ فما أفسد الإجارة من ذلك صحّح المساقاة، وما صحّح المساقاة أفسد الإجارة.

ج - أنّه لو كان ذلك على ربّ الحائط لكانت زيادة يزدادها العامل على ربّ

الحائط.

ويكون الجذاذ على العامل، والدليل: القياس على الإبار والسقي؛ لأنّه من

(1) المعونة: 2/1133، والمنتقى: 5/125، والمفهم: 5/2746.

مصالح الثمرة وخدمتها، لا يبقى له أثر بعدها، فكان ذلك عليه كالإبار والسقي⁽¹⁾.

ما يجوز من الشروط بين العامل ورب الحائط:

- يجوز شَرْطٌ مَا قَلَّ من العمل على العامل؛ كإصلاح جِدَارٍ بالحائط، بخلاف اشتراط بنائه من أصله فإنه من زيادة العمل الذي له بال؛ وَكُنْسِ عَيْنٍ أو بئر للحائط؛ وَشَدَّ حَظِيرَةَ⁽²⁾؛ وإصلاح ضفيرة⁽³⁾. فإن لم تشترط هذه الأربعة على العامل فعلى ربهما إلا لعادة؛ فالعادة كالشرط.

- يجوز المُسَاقَاةُ شهوراً. كما يجوز مساقاة سنين في عقد ولو كثرت، مَا لَمْ تَكْثُرْ جِدًّا. فإن كثرت جداً لم تجز بقيدتين:

الأول: أن تكثر جداً بلا حد. والمدار السنين التي لا تتغير فيها الأصول عادة. وذلك يختلف باختلاف الأصول، وأمكنتها، وقدمها، وجدتها.

الثاني: ما لَمْ يَخْتَلِفِ الجُزءُ في السنين، فإن اختلف بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى لم يجز.

وعلى هذا فلا يجوز المساقاة إلى أجل مجهول. والدليل⁽⁴⁾:

أ - القياس على الإجارة، لما يدخل في ذلك من الغرر.

ب - الإجماع على منع الإجارة المجهولة فيما من شأنه أن يعرف العمل فيه بالزمان، والمساقاة من باب الإجارة، لكن اغتفرت فيها حالة جهالة مقدار ما يحصل من الأجرة.

وليس في قول النبي ﷺ: «أقرمكم فيما أقرمكم الله ﷻ»، على أن الشمر بيننا وبينكم»، دليل على جواز المساقاة إلى أجل مجهول، لأن قوله ذلك إنما كان وعداً منه لهم في أن يقرهم في المساقاة على شروطها، ما أقرهم الله ﷻ، لأن الله تعالى لم يأمره بإجلاتهم عنها وترك معاملتهم فيها، وكان يرجو ذلك من الله تعالى ويتنظر قضاءه فيهم، فلم يأذن له فيه إلا في مرضه الذي توفي منه ﷺ، فأوصى بذلك وأجلهم عمر بن الخطاب ﷺ. فما ساقاهم النبي ﷺ مدة مجهولة أو مدى أعمارهم، وإنما قال ذلك لهم بعد عقد المساقاة، وهو ﷺ يعلم أن إجلهم قريب، وهذا أدل دليل وأوضحه على أن ذلك خصوص له في كونه عقد معهم عقد المساقاة على أجل يعلمه أنه قريب

(1) الإشراف: 649/2.

(2) الحظيرة: من الحظر وهو المنع. والمراد بها الأعواد ذات الشوك غالباً تجعل فوق الحائط لمنع من يتسور عليه. ومعنى شدّها: ربطها إذا هت أو وقع منها شيء.

(3) الضفيرة: مجمع الماء الذي يرسل على الأشجار.

(4) بداية المجتهد: 279/2، والمفهم: 2765/5.

دون تحديد، وليس كذلك غيره ﷺ⁽¹⁾.

- يجوز مساقاة العامل على حوائط متعددة في عقد واحد إن اتفق الجزء. وإلا لم يجز. والدليل: أن النبي ﷺ ساقى يهود خيبر على حوائطهم بجزء متفق وهو الشطر⁽²⁾. ولا يجوز إذا اختلف الجزء؛ لأن المساقاة عقد خارج عن الأصول، ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به. وعلة المنع من اختلاف الجزء في الحوائط المتعددة، أن فيه ردّ فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائط الآخر⁽³⁾.

وأما في عقود فيجوز مع اختلافه واتحاده. ثم إن المساقاة إن وقعت في سنة أو أكثر فلا بد من توقيتها بوقت ينتهي به الجذاذ، سواء وقع بلفظ الجذاذ أو بشهر يكون فيه الجذاذ. ولا يجوز إن توقّت بزمان يزيد على الجذاذ عادة، لما فيه من الزيادة على العامل، وهو يقتضي الفساد.

فإن لم تُوقّت بوقت فيكون انتهاء المساقاة الجذاذ. فإذا كانت الأنواع لا تختلف كالنخل والرمان فظاهر. وإذا كانت تختلف وتتميز البطن الأولى عن الثانية حُمِلت على أوّل بطن، إلا أن يشترط دخول الثانية. فإذا كانت بطونه لا تتميز كالنبق والجميز والتوت حملت على آخر بطن.

- يجوز إذخال بياض شجر أو بياض زرع في عقد المساقاة.

والبياض: الأرض الخالية من الشجر أو الزرع. سمي بياضاً لأن أرضه مشرقة بالنهار بضوء الشمس، وبالليل بضوء الكواكب، فإذا استترت بالزرع أو الشجر سميت سواداً. والأصل أنه لا يجوز المساقاة على الأرض البيضاء، لأن ذلك من كراء الأرض ببعض ما يخرج منها⁽⁴⁾. وسيأتي الاستدلال على ذلك في باب الإجارة.

والكلام هنا في هذه المسألة في أرض عقد على مساقاة الشجر أو الزرع الذي فيها، ما حكم البياض الذي يتلك الأرض؟.

فيجوز إذخال بياض الشجر أو بياض الزرع الذي تجوز فيه المساقاة في مساقاة ما ذكر، ويشترط لذلك ثلاثة شروط:

الأول: إن وافق الجزء في البياض الجزء في الشجر أو الزرع، فإن اختلفا لم يجز، وفسدت المساقاة.

الثاني: إن بذره العامل من عنده. فإن دخلا على أن بذره على ربه لم يجز وفسدت؛ لأن شرط المساقاة أن العمل والمنفعة على العامل لا يجوز أن يكون

(1) المقدمات: 552/2، والجامع لأحكام القرآن: 264/1.

(2) بداية المجتهد: 278/2. (3) المعونة: 1133/2.

(4) المنتقى: 132/5، والمفهم: 2758/5.

شيء من ذلك على صاحب الأرض، والبذر من ذلك فلا يجوز أن يكون شيء منه عليه⁽¹⁾.

الثالث: إن قلَّ البياض. أي: كان قليلاً بالنسبة للشجر أو الزرع، كَثُلْتُ فدون، أي: بأن تكون أجرته بالنسبة لقيمة الثمرة الثلث فأقل، بَعْدَ إِسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرَةِ، كما لو كان كراؤه مفرداً مائة، وقيمة الثمرة بعد إسقاط ما ينفق عليها مائتان، فيعلم أن كراهه ثلث. ودليل التفريق بين القليل والكثير: الاستحسان⁽²⁾. ووجه الاستحسان أن ما دون الثلث يسير بيع، لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، كما لا يتهم بذلك في العرية، أمّا إذا زاد على الثلث صار ذلك مقصوداً أو خرج أن يكون تبعاً، كزيادة العرية على خمسة أوسق⁽³⁾. إلا أن ابن رشد الحفيد اعترض على ذلك، بأن هذا الاستدلال مبني على غير الأصول، لأنَّ الأصول تقتضي أنه لا يفرق بين الجائر من غير الجائر بالقليل والكثير من الجنس الواحد⁽⁴⁾.

ودليل جواز دخول البياض في مساقاة الشجر والزرع، واشتراط أن يكون قليل بالنسبة للشجر أو الزرع: عمل أهل المدينة. فقد قال الإمام مالك إثر ذكره المسألة وعمل الناس فيه: «والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم»⁽⁵⁾. ونقل سحنون عن ابن وهب أن الإمام مالكا قال: «وذلك أن من أمر الناس الذي مضى على أنهم يساقون الأصل وفيه البياض تبع، ويكرون الأرض البيضاء وفيها الشيء من الأصل، فأخبر مالك أنه من عمل الناس، وأنه الذي مضى من أمرهم، والعمل أقوى من الأخبار»⁽⁶⁾. وكلامه صريح في عمل أهل المدينة.

ووجه التحديد بالثلث للجواز أن الثلث معتبر في الأصول في البيع⁽⁷⁾. فإن كان أكثر من الثلث لم يجز وفسدت. ووجه عدم الجواز في أكثر من الثلث أن ذلك يصير مقصوداً، فيكون زيادة ينفردها العامل⁽⁸⁾.

والذين يرون أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الأرض أيضاً فيجيزون المساقاة على الأرض البيضاء، فيعترض عليهم الإمام مالك بأنه لا يمكن التمسك بذلك؛ لأنَّ البياض في خيبر كان يسيراً تابعاً بين أضعاف السواد⁽⁹⁾.

ويكون البياض المذكور للعامل إن سَكَّنَا عند عقد المساقاة عنه، بأن لم يدخل في

(1) المتقى: 122/5.

(2) بداية المجتهد: 277/2.

(3) المعونة: 1136/2.

(4) بداية المجتهد: 277/2.

(5) الموطأ في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة. وانظر لدلالة قول الإمام على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(6) المدونة: 446/3.

(7) المعونة: 1135/2.

(8) المعونة: 1135/2.

(9) إكمال الإكمال: 403/5.

المساقاة بشروطه المتقدمة ولم يجعل لربه، فيكون للعامل وحده. والدليل على ذلك⁽¹⁾:
 أ - معاملة النبي ﷺ أهل خيبر. ووجه الاستدلال أنه جعل لهم الأرض على أن يعملوها ويزرعوها، وله وللمسلمين شطر ما يعملون في الأشجار، أي: نصف الثمرة، دون سائر ما بأيديهم من أرض خيبر فتركها لهم وألغاهما من العقد، ولذلك انفردوا بمساكنها ومسارحها وغير ذلك. ولم ينقل أنه ﷺ منعهم منه، ولا أنه استثناه، ولا طلب منهم أجرته. وما جاء في الحديث من قول عبد الله بن عمر: «أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود، أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»⁽²⁾، فيحمل الضمير في قوله: «يخرج منها» على ما يعمل فيها من الأشجار، فيكون بمعنى سياق الحديث، وهو قوله ﷺ: «أقرمكم فيما أقرمكم الله ﷻ، على أن الثمر بيننا وبينكم».

ب - أن لفظ المساقاة إنما يختص بالثمار وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة، وما كان من الأرض البيضاء على وجه التبغ فهو للعامل على وجه الارتفاق، كما بين الأصول والمراح والمسكن وغير ذلك.

وكذلك إذا اشترطه العامل لنفسه، فيكون له أيضاً. وقد استحَبَّ الإمام مالك أن يترك للعامل رفقاً به وإحساناً إليه⁽³⁾.

فإن اشترطه ربه لنفسه فسَدَّ عقد المساقاة، لنيله من سقي العامل، فيكون زيادة اشترطها عليه. ولذا لو كان بعلاً أو كان لا يسقى بماء الحائط، بأن كان منزلاً على حدة لجاز اشترطه لنفسه. وهذا كله في البياض اليسير كما هو الموضوع. وأما الكثير الزائد قيمته على الثلث فلا يجوز تركه للعامل، ولا إدخاله في عقد المساقاة، فإنه يفسد العقد.

الزكاة في المساقاة:

إذا حصل النصاب في الثمرة ففيها الزكاة. والوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل⁽⁴⁾.

حكم المساقاة الفاسدة:

التفريق - فيما يأتي - بين ما يجب فيه مساقاة المثل وما يجب فيه أجره المثل استحسان على غير قياس، وهو مذهب ابن القاسم على نحو قوله في القراض⁽⁵⁾.
 تُفْسَخُ المساقاة الفاسدة قَبْلَ الْعَمَلِ مُطْلَقاً، سواء وجبت فيها أجره المثل أو وجبت مساقاة المثل.

(1) المعونة: 2/ 1134، والمنتقى: 5/ 121.

(2) أخرجه البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما؛ ومسلم في المساقاة،

(3) المفهم: 5/ 2762. (4) المعونة: 2/ 1137.

(5) المقدمات: 2/ 557، وبداية المجتهد: 2/ 281.

أو تفسخ في أثناء العمل إن وَجَبَتْ فيها أَجْرَةُ المِثْلِ، لا إن وَجبت مساقاة المثل، فلا تفسخ إن طلع عليها بعد الشروع في العمل.

وإنما فسخت في أثناء العمل؛ لأنَّ للعامل فيها أجر ما عمل قلَّ أو كثر، فلا ضرر عليه في الفسخ.

ويجب أجرة المثل إن خَرَجَا عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد، كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

وما تجب فيه مساقاة المثل فإنما يفسخ ما لم يعمل، فإن عمل فقد فاتت بالعمل ووجب التماذي فيها إلى تمام سنة أو أكثر وردَّ إلى مساقاة مثله للضرورة؛ لأنه لا يدفع للعامل نصيبه إلا من الثمرة، فلو فسخت في الأثناء لزم ألا يكون له شيء وهو ضرر عليه فيما عمله.

ومثلاً ما فيه أجرة المثل بالخروج عن حقيقة المساقاة اشتراط زيادة عَيْنٍ أو عَرْضٍ من أحدهما للآخر، فيوجب أجرة المثل لخروجهما عنها؛ لأن الزيادة إن كانت من رب الحائض فقد خرجا عنها إلى الإجارة الفاسدة؛ لأنه كأنه استأجره على أن يعمل له في حائضه بما أعطاه من عين أو عرض وبجزء من ثمرته، وذلك إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة مثله، ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء له من الثمرة ولو بعد تمام العمل. وإن كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عنها إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها؛ لأنه كأنه اشترى الجزء المسمّى بما دفعه لرب الحائض وبأجرة عمله، فوجب له أجرة مثله ويأخذ ما دفعه ولا شيء له من الثمرة.

فإن لم يخرجها عنها، بأن كان الفساد لضرر، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة، أو وجود مانع؛ مَضَتْ المساقاة بالعمل كلاً أو بعضاً بمساقاة المثل ونذكر لذلك مسائل هي:

1 - مُسَاقَاة مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ، أي: بدأ صلاحه ولم يكن تبعاً، والآخر لم يطعم، إذا لم يطلع على فساد هذه المساقاة إلا بعد العمل. والعلة في فساد هذه المساقاة احتواؤها على بيع ثمر مجهول، وهو الجزء المسمّى للعامل بشيء مجهول وهو العمل. ولا يقال: إن أصل المساقاة كذلك؛ فالجواب أن المساقاة خرجت عن أصل فاسد، ولا يتناول خروجها هذا الفرع، لخروجه عن سنّة المساقاة من كونها قبل الإطعام، فبقي هذا الفرع على أصله.

2 - مساقاة مع اشتراط عمل ربّه في الحائض معه، بجزء أو مجاناً.

3 - مساقاة مع اشتراط دَابَّةٍ، أو مع اشتراط خادم لرب الحائض يعمل معه فيها، والحائض صغير، لأنّه ربما كفاه ذلك فيصير كأنه اشترط جميع العمل على ربّه. فإن اشترط الدابة أو الخادم والحائض كبير جاز. وحيث اشترط لم يجز إلا بشرط الخلف حيث كان كلّ منهما معيناً.

4 - مساقاة مَعَ بَيْعٍ لسلعة. أي: ساقاه بجزء معلوم وباعه سلعة بثمن معلوم في صفقة؛ لأن جميع البيع والمساقاة ممنوع. ومثل البيع الإجارة، والجعالة، والنكاح، والصرف، والشركة، فتكون فاسدة وفيها مساقاة المثل.

5 - مساقاة مع اِخْتِلافِ الْجُزْءِ الذي للعامل، في مساقاة سنين، وقع العقد عليها صفقة، وهي المسألة المتقدمة. والمراد بالجمع في السنين: ما فوق الواحد؛ فإذا عاقده على سنتين فأكثر صفقة واحدة، واختلف الجزء، كأن يكون النصف في سنة والثلث في أخرى مثلاً، كانت فاسدة كما تقدم. علة الفساد الغرر⁽¹⁾. وفيها بعد العمل مساقاة المثل.

6 - مساقاة مع اختلاف الجزء في حَوَائِطٍ متعددة، ساقاه عليها في صَفَقَةٍ واحدة. والمراد بالجمع: ما فوق الواحد أيضاً؛ فإذا ساقاه على حائطين أو أكثر في صفقة، على أن له في أحدهما الثلث وفي الأخرى النصف مثلاً فسدت، وردت بعد العمل لمساقاة المثل وعلة الفساد الغرر⁽²⁾. وأما مع اتفاق الجزء بأن وقع عقد المساقاة على حوائط بجزء متفق، صفقة واحدة، أو صفقات، أو على حوائط بجزء مختلف في صفقات جاز.

7 - مساقاة مع اشتراط ربّ الحائط على العامل أن يَكْفِيَهُ مَوْوَنَةٌ حائط آخر، أو خدمة أخرى في شيء آخر بلا شيء أو بأجرة؛ فإنه يفسد. وفيه بعد العمل مساقاة المثل في الحائط الأصلي، وأما الحائط الآخر أو الشيء الآخر ففيه أجرة المثل.

وكما وجب مساقاة المثل في هذه المسائل حيث اطلع عليه في أثناء العمل وقلنا بعدم الفسخ، وَجَبَ إِذَا عَثَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهُ مَسَاقَاةُ الْمِثْلِ أيضاً في هذا، أي: في المسائل المذكورة.

8 - مساقاة مع اشتراط أحدهما على الآخر حمل نصيبه إلى منزله، أي: إذا كان فيه مشقة، وإلا فلا تفسد. وإنما منع لما فيه من الزيادة المشترطة على أحدهما. وينبغي دفع أجرة الحمل له مع مساقاة مثل الحائط.

وفي هذه المسائل مساقاة المثل مطلقاً، كانت أكثر من الجزء الذي شرط للعامل أو أقل.

ويكون مساقاة المثل أيضاً في مسألة التنازع بينهما، وهي ما إذا كانت المساقاة صحيحة، واختلفا بعد العمل في الجزء، ولم يُشْبِها معاً، فيرد العامل إلى مساقاة المثل. فإن أشبه أحدهما فالقول له يمينه، فإن أشبهها معاً فالقول للعامل بيمينه، لأنه مؤتمن، ولأنّ اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة، فكون العامل مؤتمناً لتسليم

الحائظ إليه والعمل فيه فهو أقوى⁽¹⁾. وإن اختلفا قبل العمل تحالفا وتفاسخا، ولا ينظر فيه لمشيئه، ونكولهما كحلفهما، ويقضى للحالف على الناكل. فلم يكن في هذا كالقراض للزوم عقد المساقاة. أي: لأن العامل في القراض يرد المال من غير تحالف حيث وقع التنازع قبل العمل.

وأما أجرة المثل فتجب بعد الفراغ من العمل فيما خرجا به عن حقيقة المساقاة. كما إذا وجبت فيما إذا عثر عليه في أثناء العمل وفسخت.

والقول عند اختلافهما فيما يقتضي الصحة والفساد يكون لمُدعي الصحة، أي: لمن ادعى منهما ما يقتضي الصحة، وذلك بيمينه، دون ما يقتضي دعواه الفساد؛ كما لو ادعى أحدهما أن الجزء كان معلوماً، وادعى الآخر أنه كان مجهولاً؛ أو ادعى أحدهما وقوعها مع زيادة عين أو عرض؛ أو أنها وقعت بعد بدو صلاح الثمرة وخالفه الثاني؛ فالقول لمُدعي الصحة بيمينه ما لم يغلب الفساد⁽²⁾، فإن غلب بين الناس وقوعها فاسدة، فالقول لمُدعيه لشهادة العرف له. هذا هو المعتمد قياساً على البيع⁽³⁾، خلافاً لمن قال: القول لمُدعي الصحة مطلقاً، بل الشأن في المساقاة بين الناس وقوعها فاسدة أكثر من البيع لكثرة شروطها. والحاصل أن ابن رشد واللخمي اتفقا على أن القول لمُدعي الصحة مطلقاً، والأكثر على خلافهما وهو الراجح.

والقول لمُدعي الصحة، سواء كان التنازع بعد العمل أو قبله.

ولو اختلفا فقال رب الحائظ: لم تدفع لي الثمرة، وقال العامل: بل دفعتها لك؛ صدق العامل لأنه أمين، ويحلف.

تقصير العامل في عمله:

إذا قصر العامل فيما يلزمه من العمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف، حظ من نصيبه بنسبته، فينظر في قيمة ما عمل مع قيمة ما ترك، فإن كان قيمة ما ترك الثلث مثلاً حظ من جزئه الثلث. ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة في مقابلة جميع العمل، فإذا ترك بعضه حظ من العوض بقدر ما ترك منه⁽⁴⁾.

وأما إذا لم يقصر، بأن شرط عليه السقي بثلاث مرات، فسقى مرتين وأغناه المطر أو السيج عن الثالثة، لم يحط من حصته شيء، وكان له جزؤه بالتمام بلا خلاف.

(1) الإشراف: 649/2، وبداية المجتهد: 280/2.

(2) بخلاف القراض، فإن القول قول مدعي صحته ولو غلب الفساد على المشهور.

(3) أي: فإنه ينظر فيه فإن كانت تلك البياعات يغلب فيها الصحة فالقول لمُدعيها، وإن كانت تلك البياعات يغلب فيها الفساد كالسلم والصرف والمبادلة فالقول لمُدعي الفساد.

(4) المتقى: 125/5.

ووجه ذلك أنه إنَّما دخل على أن يسقي الحائط ما احتاج من السقي، ولا يقدر ذلك بعدد، وإنَّما هو بحسب الحاجة، وإذا سقاه المطر أو السيل لم يحتاج إلى سقي آخر⁽¹⁾. وهذا بخلاف الإجارة بالدنانير أو الدراهم على سقاية حائطه زمن السقي، وهو معلوم عند أهل المعرفة، فجاء ماء السماء فأقام به حيناً، حط عنه من إجارته بقدر إقامة الماء فيه. والفرق بين الإجارة والمساقاة، أن الإجارة مبنية على المشاحة، بخلاف المساقاة. والله أعلم.



الإجارة

تعريف الإجارة لغة:

الإجارة مثلثة الهمزة، تقرأ بالضمّ والفتح والكسر، وهي بالكسر أفصح. وهي مصدر أجر بالقصر، ككتب. ويقال: أجر إيجاراً، كأكرم إكراماً. ويستعمل الممدود أيضاً من باب المفاعلة، فيكون مصدره المؤاجرة.

وهي بمعنى الأجر على العمل، أي: الثواب عليه. فمعنى استأجر الرجل الرجل أي: استعمله عملاً بأجرة، أي: بثواب يشبه عليه، ومن ذلك قولهم: أجرك الله، أي: أثابك. وقد ورد لفظ الأجر في القرآن الكريم بمعنى الثواب، قال الله تعالى: ﴿يَقُولُونَ لَا تَنْقُورُوا عَلَيْهِمْ أَجْرًا إِنْ أَجْرُهُمْ إِلَّا عَلَى الَّذِي فَطَرَنَاهُمْ أَفَلَا تَعْقِلُونَ﴾ [هود: 51]، أي: لا أسألكم عليه ثواباً إن أرجو الثواب في ذلك إلا من الله الذي فطرني؛ وقال: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِمْ أَجْرًا﴾ [الكهف: 77]؛ وقال: ﴿وَأَمَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ فَيُوَفِّيهِمْ أُجُورَهُمْ﴾ [آل عمران: 57] وهذا في القرآن كثير⁽¹⁾. قال الإمام القرافي: «لما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهي منافع؛ خصصت الإجارة ببيع المنافع، على قاعدة العرب في تخصيص كلّ نوع تحت جنس باسم، لتحصيل التعارف عند الخطاب، كما صنعت في السلم والصرف ونحوهما، مع اندراجهما تحت المعاوضة»⁽²⁾.

والإجارة والكراء شيء واحد في المعنى⁽³⁾. إلا أنهم أطلقوا على العقد على منافع الآدمي ومنافع ما ينقل كالثياب والأواني والأمتعة، إلا السفن والحيوان، إجارة؛ وعلى العقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، ومنافع ما ينقل من الحيوان والسفن كراء. وهذا على سبيل الغالب في إطلاق لفظي الإجارة والكراء. وقد يتسمّحون في ذلك فيخالفون، ويطلقون الإجارة على الكراء والكراء على الإجارة؛ فيسمّون العقد على منافع الآدمي ومنافع ما ينقل غير السفن والحيوان كراء، ويسمّون العقد على منافع ما لا ينقل ومنافع السفن والرّواحل إجارة.

(1) المقدمات: 163/2 ومختار الصحاح ص12.

(3) مختار الصحاح 12.

(2) الذخيرة: 371/5.

تعريف الإجارة اصطلاحاً:

هي عقد معاوضة، على تملك منفعة، بعوض، بما يدل على التملك.

شرح التعريف:

- «عقد معاوضة» خرج بلفظ معاوضة: الوقف، والعمرى، والإيضاء، والإعارة؛

لأنها ليس فيها معاوضة.

- «على تملك منفعة» خرج بلفظ منفعة البيع، فإنه معاوضة على تملك ذات.

وخرج أيضاً هبة الثواب. قال القاضي عبد الوهاب في توجيه كون الإجارة تقع على

المنافع لا على الأعيان، في سياق رده على من يرى خلاف ذلك: ألا ترى أن له -

أي: المستأجر - التصرف في المنفعة بالبيع والهبة، وليس له أن يتصرف في الرقبة،

ولأننا نتفق - أي: مع المخالفين - على أن عقد الإجارة يصح بلفظ البيع، مثل أن

يقول: بعتك داري شهراً، يريد الإجارة والمعاوضة على المنافع؛ فلو كان العقد قد

تناول الدار لكان بيعاً فاسداً، لأن البيع لا يتوقّف⁽¹⁾.

- «بعوض» أي: تملك لمنفعة في نظير ومقابلة عوض. فخرج بذلك التكااح

والجعالة. لأن المنفعة في الإجارة تكون في نظير العوض، حتى لو حصل مانع من

إتمامه رجع للمحاسبة. بخلاف التكااح والجعالة؛ لأن المنفعة في التكااح هو التمكين

من البضع شرعاً؛ وفي الجعالة هو التمكين من المجالع عليه؛ في نظير عوض فيهما؛

فكل من البضع والمجالع عليه هو ذو المنفعة، تحققت أم لا، استمرت أم لا، فيثبت

العوض بتمامه على كل حال. وهذا التعريف شامل للكراء.

- «بما يدل على التملك» أي: على تملك المنفعة ب«عقد». أي: عقد على ما

ذكر بما يقتضي من لفظ أو غيره؛ كالإشارة والكتابة والمعاطاة والعرف الجاري بين

الناس. وذلك في الأعمال التي يعملها الشخص لغيره، ومثله يأخذ عليها أجره،

كتخليص دين لأن من قواعد الفقه أن العرف كالشروط، والعادة محكمة.

ولا يدخل في صيغة الإجارة لفظ المساقاة، فلا تنعقد به عند ابن القاسم؛ لأن

المساقاة رخصة يقتصر فيها على ما ورد. وتقدم أن سحنوناً يرى انعقاد أحدهما

بالآخر.

حكم الإجارة:

الإجارة مشروعة وجائزة على نحو ما أحكمته الشريعة. ودليل الجواز ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿أَمَرَ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا

بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَسْتَخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَخِرَآ وَرَحِمْتُ رِيبَكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ ﴿٣٢﴾
[الزخرف: 32].

ووجه الاستدلال من الآية إخبارها بأن إرادة الله اقتضت تهيئة نظام الحياة على نحو يحقق تسخير الناس بعضهم لبعض، واحتياج بعضهم إلى بعض؛ ليكون ذلك سبباً في إقامة حياتهم، وكسب معاشهم، بحيث يستفيد كل طرف بهذا التسخير، بما يقع بينهم من تبادل المنافع، هذا بخدمته وهذا بما في يديه؛ ولهذا قدر سبحانه في خلق الناس أن يكونوا متفاضلين بالقوة والضعف، والعلم والجهل، والفهم والغباء، والنباهة والخمول، والغنى والفقير؛ وهو معنى رفع بعضهم درجات فوق بعض؛ وكل ذلك من حكمة الله تعالى ورحمته⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ج - قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَابٍ﴾ [القصص: 26].

د - قوله تعالى على لسان موسى للخضر عليه السلام: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: 77].

فآيات الثلاث نص على جواز الإجارة وأخذ الأجرة والمعاوضة على المنافع. والآيتان الثانية والثالثة مما يرجع إلى أصل «شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ»⁽²⁾.

هـ - فعل النبي صلى الله عليه وسلم، فعن عائشة رضي الله عنها، زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت: «استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً، وهو على دين كفار قريش، فدفعاً إليه راحلتيهما، وواعده غار ثور بعد ثلاث ليالٍ، فأتاهما براحتيهما صبح ثلاث»⁽³⁾. وفعله صلى الله عليه وسلم يدل على الإذن الشرعي في الإجارة.

و - عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حُرّاً فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أنه يفيد بدلالة الإشارة جواز الدخول في عقد الإجارة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم توعد على عدم توفية الأجير أجره، والتوعد على ذلك نهي عنه وأمر

(1) المقدمات: 2/ 163، أحكام القرآن القرطبي: 16/ 82، تبيين الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمتيات لابن الحاجب، محمد بن عبد السلام الهواري: مخ 3343، م 4/ 177، التحرير والتنوير: 25/ 201.

(2) الإشراف: 2/ 652، المعونة 2/ 1087، الذخيرة 5/ 371.

(3) البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة.

(4) البخاري في الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير.

بتوفية الأجير أجره، والتوفية فرع عن الاستئجار، والشارع لا يأمر بشيء أصله غير مشروع؛ فدل ذلك على جواز الإجارة.

ز - أحاديث الباب الآتية في مواطن الاستدلال بها.

ح - إجماع السلف قبل ادعاء ابن عليّة والأصمّ عدم جوازها. وقولهما خرق للإجماع⁽¹⁾.

ط - القياس على بيع الأعيان، بجامع حاجة الناس إلى تملك المنافع كحاجتهم إلى تملك الأعيان⁽²⁾.

ي - العرف العام؛ فقد جرى العرف البشري بها، واعتبرت من مقتضيات الخلطة بين الناس، وقد تعارف عليها البشر منذ أقدم العصور، كما تدلّ عليه قصتي موسى مع شعيب ومع الخضر، وأقرتها الشرائع الإلهية⁽³⁾.

وهي في الشريعة الإسلامية من المصالح المعتبرة التي جاءت الشريعة بحفظها على الناس. ووجه اعتبارها أنّ البشر لما كان كلّ واحد منهم، لا يقدر على أن يملك أو يتصرف لنفسه في جميع أغراضه، فقد شرع الله تعالى الإجارة طريقاً لاستيفاء الناس منافع بعضهم في مقابل الأعراض، فتتحقق بذلك أغراضهم⁽⁴⁾.

وقد جعلها القاضي عبد الوهاب وغيره في درجة المصالح الحاجية⁽⁵⁾. وهي ترقى في بعض الحالات - عند الإمام الشاطبي⁽⁶⁾ - إلى درجة الضروريات، إذا توقّف حفظ إحدى الضروريات الخمسة عليها.

وقد طرأت الشبهة لابن عليّة والأصمّ في قولهما بعدم جواز الإجارة، من قياس اعتمدها. وقد كان صالحاً لولا أنّه معارض للنصّ والإجماع. ووجه القياس عندهما أنّ الإجارة بيع منافع، والمنافع معدومة حين العقد، لا يقدر الأجير على تسليمها إلا في المستقبل، وهي ليست سلماً في الذمة؛ فكان العقد عليها من الغرر ومن بيع ما لم يخلق، وهما ممنوعان في الشرع⁽⁷⁾. وقد ردّ عليهما بما يلي:

أ - أنّ هذا القياس ملغى؛ لأنّه في مقابل النصّ والإجماع⁽⁸⁾.

ب - أنّ المنفعة وإن كانت معدومة حين العقد، فهي مستوفاة في الغالب، والشارع إنّما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب أو ما يكون استيفاءه وعدم

(1) الإشراف: 652/2، المختصر الفقهي ابن عرفة: مخ رقم 6080 م 4/1 وظ.

(2) الإشراف: 652/2.

(3) أحكام القرآن، ابن العربي: 1466/3، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: 267/13.

(4) أحكام القرآن، ابن العربي: 1096/3. (5) الإشراف: 652/2.

(6) الموافقات: 14/2.

(7) بداية المجتهد، ابن رشد الحفيد: 247/2. (8) الذخيرة: 372/5.

استيفائه على السواء⁽¹⁾.

ج - أن الإجارة في الحقيقة تتضمن استيفاء المنافع في الحال؛ لأن تسليم الأجير نفسه للمستأجر تسليم لمنافعه، وتسليم ربة المكري من العقارات والمنقولات تسليم لمنافعها؛ وقبض المستأجر لأوائل ما يسلم - وهو الأجير وما يكري من العقارات والمنقولات - هو قبض لأواخرها، وهو منافعها، وهو معنى قولهم: قبض الأوائل كقبض الأواخر⁽²⁾.

وفيما يلي ذكر أدلة خاصة بالدواب والأرض، زيادة على ما تقدم:

كراء الدواب والسفن:

أ - قال تعالى: ﴿وَالْأَنْعَمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴿٥﴾ وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ ﴿٦﴾ وَتَحْمِلُ أَوْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّئِنْ تَكُونُوا بِلْيَابِهِ إِلَّا بَشِقِقَ الْأَنْفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ ﴿٧﴾﴾ [النحل: 5 - 7].

ب - قال تعالى: ﴿وَالَّذِي نَزَّلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً يَقْدِرُ فَأَنْشَرَنَا بِهِ بَلَدَةً مَيْتَةً كَذَلِكَ نُخْرِجُوهَا ﴿١١﴾ وَالَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا وَجَعَلَ لَكُم مِّنَ الْفُلْكِ وَالْأَنْعَمِ مَا تَرْكَبُونَ ﴿١٢﴾﴾ [الزخرف: 11، 12].

ج - قال تعالى: ﴿وَاللَّيْلَ وَالنَّجْمَ وَالْحَمِيرَ لِرَبِّكُمَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿٨﴾﴾ [النحل: 8].

د - قال تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَنْعَمَ لِتَرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴿١٦﴾ وَلَكُمْ فِيهَا مَنْفَعٌ وَلِتَبْلُغُوا عَلَيْهَا حَاجَةً فِي صُودْرِكُمْ وَعَلَيْهَا وَعَلَىٰ الْفُلْكِ تُحْمَلُونَ ﴿١٧﴾﴾ [غافر: 79، 80].

ووجه الاستدلال من هذه الآيات أن الله تعالى امتن على الناس بما خلق لهم من الدواب والأنعام والفلك، وبما سخرها لهم وملكهم إياها وأذن لهم في الانتفاع بها؛ ودلالة لفظ الانتفاع عامة لا يوجد لها في الشرع تخصيص؛ ومن أوجه الانتفاع بها كراؤها وقبض العوض عن منافعها؛ لأن ما ملكه الإنسان وجاز له تسخيرها، جائز له كراؤه⁽³⁾.

هـ - حديث جابر رضي الله عنه، أنه باع للنبي صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة. فقد قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزاة: «كيف ترى بعيرك؟» قال: قلت: بخير، قد أصابته بركتك. قال: «أفتبيعيه؟» قال: فاستحييت، ولم يكن لنا ناضح غيره، قال: فقلت: نعم، قال: «فبيعه» فبعته إياه على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة⁽⁴⁾.

(1) بداية المجتهد: 2/ 247.

(2) الذخيرة: 5/ 372.

(3) المقدمات: 2/ 184، الجامع لأحكام القرآن: 10/ 55.

(4) البخاري في الجهاد، باب استئذان الرجل الإمام، ومسلم في المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.

ووجه الاستدلال أن ما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر⁽¹⁾.

و - عن عائشة رضي الله عنها، زوج النبي ﷺ قالت: «استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً، وهو على دين كفار قريش، فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث»⁽²⁾.

ز - إجماع أهل العلم من عهد الصحابة⁽³⁾.

كراء الأراضي:

وردت عدة أحاديث في كراء الأراضي، وهي تبدو متعارضة. وسيأتي ذكرها وأوجه الاستدلال منها عند الحديث عن مفسدات الإجارة، في المفسد الرابع. ومنها يفهم جواز كراء الأراضي في الجملة. لكن نشير هنا إلى أن منهج الإمام مالك رحمه الله تعالى في العمل بها هو استعمالها كلها، بالجمع بينها وعدم حمل شيء منها على التعارض وطرح بعضها؛ فهو جعل بعضها مركباً على بعض ومبيئاً له؛ لأن استعمال جميع الأدلة ما أمكن ذلك أولى من طرح بعضها⁽⁴⁾.

كراء الحمام ودخوله:

يجوز كراء الحمامات ودخولها للرجال والنساء، إذا كانوا يدخلونها في أوقات مختلفة؛ وإذا كانوا يدخلونها مستترين في عوراتهم، ودليل الجواز: حاجة الناس الداعية لدخولها، للتطهر من الجنابة والحيض، ولإزالة الأوساخ ومداواة الأمراض.

وأما ما روي عن جابر أن النبي ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام بغير إزار، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام»⁽⁵⁾، فهو محمول على الدخول بدون تستر. فإذا كان فيها كشف للعورات منع الدخول⁽⁶⁾.

حكمة مشروعية الإجارة:

نبهت الأدلة المتقدمة على أن حكمة مشروعية الإجارة التعاون ودفع الحاجات⁽⁷⁾.

لزوم عقد الإجارة:

عقد الإجارة من العقود التي تلزم المتعاقدين بالعقد، وليس لأحدهما أن يحلّه؛

(1) بداية المجتهد 2/247.

(2) البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة.

(3) المقدمات: 2/184، الجامع لأحكام القرآن: 10/55.

(4) المقدمات 2/228، المفهم: 5/2739.

(5) أخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في دخول الحمام، وقال: حسن غريب.

(6) الذخيرة: 5/397.

(7) لباب اللباب، ابن راشد القفصي: 221.

إلا إذا تضمّن ما يوجب فسخه، كما سيأتي، أو إذا اشترط أحدهما الخيار لنفسه. ودليل لزوم الإجارة ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿يَكْفِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

وجه الاستدلال بالآية أنّ لفظ المؤمنين عام في المسلمين؛ وأنّ الأمر فيها بالوفاء بالعقود عام في كلّ العقود، سواء كانت عقود طاعات مع الله تعالى، أو عقود معاوضات بين الناس؛ قال القرطبي: وهو الصحيح⁽¹⁾.

ب - القياس على البيع؛ لأنّه عقد معاوضة بين ثمن ومثمن⁽²⁾.

ج - القياس على البيع أيضاً، وصورته: أنه عقد شرع لرفع الضرورة في المنافع فيلزم بالعقد كالبيع⁽³⁾.

د - أن الأصل ترتب المسببات على الأسباب⁽⁴⁾.

الخيار في الإجارة:

يجوز اشتراط الخيار في الإجارة، سواء كانت معيّنة أو في الذّمة. والدليل: القياس على البيع بعلة أنّ الإجارة عقد مقصود به المعاوضة المحضّة، فجاز اشتراط الخيار فيه كبيع الأعيان⁽⁵⁾.

أركان الإجارة:

للإجارة أربعة أركان. وهي مأخوذة من التعريف.

الركن الأوّل: العاقد:

ويشتمل على طرفين:

1 - المؤجّر - بفتح الجيم - وهو بائع المنفعة، أي: مالكها. ويقال فيه مُكْرٍ.

2 - المستأجر - بكسر الجيم - وهو مشتري المنفعة، أي: دافع العوض. ويقال فيه مُكْتَرٍ. وشرط صحّة عقدهم العقل. فلا يصحّ من مجنون ومعتوه.

وشروط لزوم عقدهما ما يلي:

1 - الطّوع، وتقدم الدليل على ذلك في البيع، في شرط عدم الإكراه من شروط

لزوم عقد العاقد.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 4/6، وانظر الإشراف: 652/2، المقدمات: 184/2، المنتقى: 5/114.

(2) انظر الإشراف: 653/2، المقدمات: 184/2.

(3) انظر الذخيرة: 434/5. (4) انظر الذخيرة: 434/5.

(5) انظر الإشراف: 654/2، المعونة: 1098/2، المنتقى: 114/5، البيان والتحصيل: 23/9.

2 - التكليف، فالصبي المميز يتوقف لزوم إجارته بنفسه أو ماله على إذن وليه. ووجه اشتراط التكليف في البيع والإجارة، مع كونهما من أحكام الوضع المترتبة على الأسباب والشروط والموانع، أي: فهما من باب الأسباب في انتقال ملكية الأعيان والمنافع، وليستا من أحكام التكليف التي تتوقف على علم المكلف وقدرته وبلوغه، والتي تقتضي صحة البيع والإجارة من الصبي؛ فوجه ذلك أن الشرع راعى في التصرف المالي - بيعاً وإجارة - مصلحة صون الأموال عن الضياع، بسبب قصور نظر الصبي ونحوه⁽¹⁾. كما راعى في الإجارة مصلحة صون جهده عن أن يبخرس حقه، وصون بدنه عن تكليفه ما لا يطيق.

3 - الرشد، فالسفيه إن عقد على نفسه، فلا كلام لوليه؛ إلا إذا كان في الأجر محاباة، فلوليّه النظر. وإن عقد على سلعة فلوليّه النظر مطلقاً، كان في الأجر محاباة أم لا وذلك كالبيع. والتعليل المتقدم في اشتراط التكليف صالح للتعليل به في اشتراط الرشد في التصرف المالي. كما إنه صالح للتعليل به في اشتراط العقل لصحة تصرف المجنون والمعتوه في المال والنفس.

وليس للزوج كراء ما تملكه الزوجة؛ لأنها مطلقة التصرف⁽²⁾.

الركن الثاني: الصيغة:

وهي كالبيع، فتنعقد الإجارة بما يدل على الرضا. قال ابن راشد القفصي: لفظ أو ما يقوم مقامه، يدل على تملك المنفعة، بعوض⁽³⁾.

الركن الثالث: الأجر:

وهو أيضاً كالبيع، يشترط فيه شروط الثمن في البيع؛ لأن الأجر بمنزلة الثمن. والشروط هي:

- 1 - أن يكون طاهراً. فلا يصح بنجس، ولا متنجس لا يقبل التطهير. فإن كان يقبل التطهير صححت الإجارة به، ووجب البيان، كما تقدم في البيع.
- 2 - أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً. فلا يصح بما لا نفع فيه أصلاً، أو بما فيه منفعة غير شرعية، كآلة اللهو إذا جعلت أجراً من حيث إنها آلة لهو.
- 3 - أن يكون مقدوراً على تسليمه. فلا يصح ببيعير شارد، ولا طير في الهواء، أو سمك في الماء؛ أو بما فيه خصومة.
- 4 - أن يكون معلوماً ذاتاً، إما برؤية أو وصف، كالبيع. ودليل اشتراط العلم بالأجر، ما يلي:

(2) الذخيرة: 376/5.

(1) انظر الذخيرة: 372/5.

(3) لباب اللباب: 221.

أ - عن أبي هريرة أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغُرْرِ⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أَنَّ الْجَهْلَ بِالْأَجْرِ غُرٌّ، فَيَكُونُ دَاخِلًا فِي النَّهْيِ⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعَلِّمْهُ أَجْرَهُ».

ج - ما روي عن النَّبِيِّ ﷺ قوله: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُؤَاجِرْهُ بِأَجْرِ مَعْلُومٍ إِلَى أَجْلِ مَعْلُومٍ» وفي الحديثين الثاني والثالث أمر بتسمية الأجر⁽³⁾، وهو نص في طلب العلم به.

د - قياس الأجرة في الإجارة على الثمن في البيع؛ لأنها عوض في عقد معاوضة محضة⁽⁴⁾.

هـ - الكلية الفقهية، وهي - كما صاغها الإمام القرافي -: كل ما صح أن يكون ثمنًا في البياعات، صح أجره⁽⁵⁾. وصاغها الإمام المقرئ بأعم من ذلك، فقال: كل ما يحل في البيع يحل في الإجارة، وكل ما يحرم في البيع يحرم في الإجارة⁽⁶⁾. وأصلها للإمام مالك - كما نقلها عنه سحنون -، قال: قال مالك: «كل ما جاز لك أن تبيعه فلا بأس أن تستأجر به، وما لا يجوز لك أن تبيعه فلا يجوز لك أن تستأجر به»⁽⁷⁾ وذكر الشيخ خليل أن هذه الكلية لا تنخرم إلا بكراء الأرض بما يخرج منها؛ لأن الطعام لا يصح أن يكون أجره بالنسبة إلى الأرض⁽⁸⁾.

وقد احتج من يرى جواز الجهل بالأجرة في الإجارة بالقياس على القراض والمساقاة؛ ورد علماء المذهب على ذلك بأن القراض والمساقاة مستثنيان بالشرع رخص فيهما للحاجة إليهما، فلا يقاس عليهما غيرهما، لخروجهما عن الأصول. والحديثان الثاني والثالث يدلان على مخالفة عقد الإجارة للعقدين المذكورين⁽⁹⁾.

واستثنى علماء المذهب إجارة الحجام وكراء الحمام ونحوهما، إذا لم تعين الأجرة ابتداء فأجازوا ذلك، وقد استدل القاضي ابن رشد الجد على ذلك بما يلي:

أ - ما في المنع من ذلك من التضييق على الناس والحرص عليهم والغلو في الدين، وهو ما رفعه الله تعالى عن المسلمين بقوله: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الْآيَاتِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 76].

(1) الموطأ في البيوع، باب بيع الغرر؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر.

(2) انظر أحكام القرآن: 1474/3، الجامع لأحكام القرآن: 210/13.

(3) المدونة: 390/3، المقدمات: 166/2، تنبيه الطالب: م/4 و177.

(4) انظر المعونة: 1101/4. (5) الذخيرة: 376/5.

(6) الكليات الفقهية، أبو عبد الله محمد المقرئ: 162.

(7) المدونة: 390/3. (8) التوضيح للشيخ خليل بن إسحاق: و89ظ.

(9) انظر بداية المجتهد: 254/2، تنبيه الطالب: م/4 و177.

ب - فعل النبي ﷺ، فعن أنس بن مالك أنه قال: «احتجم رسول الله ﷺ، حججه أبو طيبة، فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه»⁽¹⁾. فقوله فأمر له بصاع من تمر، هو على معنى الإجارة، وظاهره أنه من تقدير النبي ﷺ، ولم يكن على اتفاق سابق بينهما⁽²⁾.

5 - أن يكون معلوماً حلولاً أو أجلاً، إن أجل. فلا بد من العلم بأن الأجر يدفع حالاً، أو أن يسكتنا عن ذلك، ولم يكن العرف التأجيل؛ أو العلم بأنه يدفع مؤجلاً، ولا بد من علم الأجل، وجهله مفسد للعقد.

الركن الرابع: المنفعة:

وهي المعقود عليها. وعرفها الإمام ابن عرفة بأنها: ما لا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة، ممكن استيفاؤه، غير جزء مما أضيف إليه. فيخرج الأعيان، ونحو العلم والقدرة⁽³⁾.

ويشترط فيها شروط زائدة على ما تقدم في البيع. وتقدم في البيع أن من شروط المثلن فيه أن يكون معلوماً، أي: كالمثلن فيه وكالأجرة في الإجارة. ودليل هذا الشرط في المنفعة، مع ما تقدم من أدلة اشتراطه في البيع، ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: 188]. وقد استدلل الإمام القرافي بهذه الآية على هذا الفرع دون توجيهها⁽⁴⁾؛ وهو استدلال بعمومهما وبمآلات الأفعال لأن الجهل بالمنفعة يؤول إلى أكل الناس بالباطل. والباطل ما لا يحلّ شرعاً ولا يفيد مقصوداً⁽⁵⁾.

ب - أن الإجارة معاوضة مكايسة، فيمتنع فيها الجهالة والغرر؛ لنهي ﷺ عن بيع المجهول⁽⁶⁾.

ج - أن الإجارة معاوضة مكايسة، فيمتنع فيها الجهالة والغرر؛ والغرر سببه الجهالة، قال القاضي عبد الوهاب في تعليل وجوب العلم بالمنفعة: وإنما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة⁽⁷⁾.

(1) مالك في الجامع، باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام 974/2؛ والبخاري في البيوع، باب ذكر الحجام 741/2.

(2) انظر منح الجليل: 433/7. (3) المختصر الفقهي: م/4 و9 وجهاً.

(4) الذخيرة: 415/5. (5) أحكام القرآن: 97/1.

(6) هكذا ذكر القرافي الرواية عنه ﷺ، ولم نقف عليها بلفظ «المجهول» فعن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر (سبق تخريجه).

(7) المعونة: 1094/2، وانظر أحكام القرآن لابن العربي: 1474/3، بداية المجتهد: 254/2، الذخيرة: 415/5.

د - الكلّية الفقهية: إنّ كلّ ما يصحّ بيعه جازت إجارته، وما ليس فليس. وعلّل الشيخ خليل هذه القاعدة بأنّ الإجارة بيع منافع، ولا فرق بين المنافع والأعيان⁽¹⁾. وتقدم في البيع أيضاً، أن شرط العلم مراد به العلم بالذات والقدر والصفة. فأما العلم بالذات، وهو جنس المنفعة، فهو معروف كالركوب والطحن والحمل والخيطة والنجارة والتعليم، ونحو ذلك.

وأما العلم بالقدر، فيكون إما بتوفية العمل وتماهه في محل عمل، مثل خياطة هذا الثوب وصناعة هذا الباب وتعليم هذا الطفل مقداراً محدداً من القرآن أو الصناعة؛ وإما بضرب الأجل كخدمة الأجير ومنافعه؛ وإما بتحديد الزمان في الصناعة، كخياطة يوم، وأكرية الدور والحوانيت والتعليم؛ وإما بتحديد المسافة والمكان في أكرية الدواب⁽²⁾.

وأما العلم بالصفة، وهو وصف جنس المنفعة في مثل خدمة الأجير وعمل الصانع، فإنه يجوز أن يقوم العرف مقام بيانها، والدليل على ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبًا﴾ [القصص: 26].

ب - ما روي عن النبي ﷺ قوله: «من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن ظاهر الآية والحديث الاكتفاء بذكر الأجرة والأجل والسكوت عن وصف العمل، إذ قد يستغنى عنه بالعرف المعهود، وصالح مدين لم يكن له عمل إلّا رغبة الغنم، فكان ما علم من حاله قائماً مقام التعيين والوصف للخدمة فيه⁽⁴⁾.

ج - أن العرف أصل من أصول التشريع ودليل من أدلتها⁽⁵⁾.
وأما الشروط الزائدة فهي:

1 - أن تكون لها قيمة شرعاً لو تلفت، لكونها مؤثرة. ومعنى ذلك، أن تكون مملوكة على وجه خاص، بحيث يمكن ما يلي:

(1) التوضيح: و68.

(2) انظر المعونة: 2/1094، المقدمات: 2/166، بداية المجتهد: 2/254، تنبيه الطالب: و186، التوضيح: و74.

(3) سبق تخريجه.

(4) انظر المعونة: 2/188، البيان والتحصيل: 8/444، المقدمات: 2/166، أحكام القرآن: 3/1472، الجامع لأحكام القرآن: 13/207.

(5) انظر المعونة: 2/188، البيان والتحصيل: 8/444، المقدمات: 2/166، أحكام القرآن: 3/1472، الجامع لأحكام القرآن: 13/207.

أ - أن يمكن منعها . وهذا القيد للاحتراز من أمور:

* من الاستغلال أو التشمس بفلاة، فلا تقوم المنفعة لعدم ملكها . والمراد بالفلاة المكان الخارج عن ملك صاحبه؛ فإنّ التشمس والاستغلال بالجدار لا يمكن لصاحبه منع الشمس ولا الظلّ، ولا يحصل به وهن الجدار .

* من شمّ الرياحين؛ فإنّ صاحب الرياحين لا يمكنه منع رائحتها . وأمّا الجلوس داخل البستان الذي فيه الرياحين فله استجاره .

* من الاستضاءة بنور مصباح خارج عن ملك صاحبه، كأن يكون خارجاً عن منزله . وأمّا الجلوس في ملكه الذي فيه المصباح فله استجاره .

* الاستدفاء بنار إذا كان إدفأؤها خارجاً عن ملك صاحبها .

ب - أن يمكن من وهن الذات المستوفى منها، أي: ضعفها وتغيّرها، كالدابة التي تركب .

ووجه اشتراط تقويم المنفعة في الإجارة أنّ التافه الحقيق لا تجوز مقابلته بالمال في نظر الشرع⁽¹⁾ .

2 - أن تكون مقدوراً على تسليمها للمستأجر . ووجه هذا الشرط دخوله تحت قاعدة: أنّ ما تعدّر بذله امتنع أخذ العوض عليه؛ لأنّ أخذ العوض فرع انتقال المعوض⁽²⁾ . وهذا الشرط للاحتراز من منفعة حيوان شارد أو شيء مغصوب أو غير مملوك للمؤجر أو بعيد، ونحو ذلك .

وذكر المدني في حاشيته أنه لا يجوز الإجارة على حل المربوط والمسحور وإخراج الجان، ما لم يكن بالرقى العربية⁽³⁾ .

3 - أن تكون غير حرام . ودليل منع استجار ما منفعته حرام:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2] .

ووجه الاستدلال أنّ الإجارة على المنفعة الحرام من باب التعاون على الإثم والعدوان⁽⁴⁾ .

ب - عن جابر قال، قال رسول الله ﷺ: «قاتل الله اليهود، إن الله لما حرّم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه»⁽⁵⁾ .

(1) انظر الذخيرة: 400/5 . (2) انظر الذخيرة: 399/5 ، 400 .

(3) للتوسع انظر حاشيتي الرهوني والمدني: 88/5 .

(4) انظر الإشراف: 662/2 .

(5) البخاري في البيوع، باب بيع الميتة والأصنام 779/2 حديث 2121؛ مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة 1207/2 أحاديث 1581 - 1582 - 1583 .

وفي رواية عن ابن عَبَّاسٍ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ»⁽¹⁾.

ج - أن ثبوت الملك على العوض فرع ثبوته على ملك المعوض⁽²⁾.

وهذا الشرط للاحتراز من مثل ما يلي:

* استئجار آلات الملاهي المحرمة، أي: غير ما تقدم جوازه في النكاح. وسيأتي في المكروهات أنه لا يلزم من جوازها في النكاح جواز كرائها، كما سيأتي الدليل على ذلك. لكن قال الشيخ الصاوي: كل ما جاز من آلات اللهو في النكاح يجوز استئجارها فيه. وتقدم الدليل على ما يجوز وما لا يجوز من آلات اللهو في فصل الوليمة من باب النكاح.

* استئجار المغنّيات وتعليم الأنغام، إذ لا قيمة لذلك شرعاً، فلا تصح إجارة ما ذكر، وتفسخ إن وقعت، ولا أجره فيها. وأمّا استئجار نحو المنشدين الذين ينشدون القصائد النبوية والكلام المشتمل على المعارف، فلا شك في جوازه، وانظر ما تقدم ذكره في الوليمة.

* الاستئجار على الرقص، حيث كان حراماً، ودفع الأجر للراقص حرام. ومن الحرام المشي على حبل أو أعواد أو نحو ذلك من اللعب الذي يقع في الأفراح. ودليل حرمة ذلك ما فيه من الخطر والغرر، بتعريض النفس للهلاك⁽³⁾.

* استئجار دنانير مسكوكة - ذهبية - للترزين بها إن كانت الزينة للرجال. فالمنع لحرمة المنفعة. ودليل المنع: أنّ الإجارة معاوضة على منافع الأعيان دون أعيانها، وإذا كانت الدنانير لا يصح الانتفاع بها مع بقاء أعيانها لم يصح أن تستأجر⁽⁴⁾.

وإن كانت للنساء فلا فرق بين الدنانير والحليّ. وتقدم الدليل على حرمة ذلك على الذكور وإباحته للإناث في باب المباح.

* إيجار دار لتتخذ كنيسة أو مجمعاً لفساق أو خمّارة. ويفسخ عقد الإجارة متى اطلع عليه، ويتصدّق بالكراء - أي: الأجرة - إن اطلع على العقد بعد انقضاء مدة الإجارة للدار، وبما ينوب الزمن الذي فسخت إليه، إن اطلع عليه في الأثناء⁽⁵⁾. وقد علّل وجوب التصدّق بالكراء بأنه لا يحلّ للمكربي؛ لأنّ المنافع المحرّمة لا تقابل بالأعواض، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً؛ وقيل أدباً له لا من أجل أنه حرام⁽⁶⁾.

(1) انظر المدونة: 3/ 401، الذخيرة: 5/ 396. أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في ثمن الخمر والميتة 3/ 756 حديث 3488.

(2) تهذيب الفروق، للشيخ محمد علي بن حسين، بهامش كتاب الفروق: 4/ 9.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 2/ 338. (4) المتقى: 5/ 114.

(5) الشرح الكبير: 4/ 21.

(6) انظر المقدمات: 2/ 216، الذخيرة: 5/ 398.

* إيجار محلّ لذميّ يبيع فيه الخمر فيه؛ لأنهم لم يعطوا العهد على إعلان الخمر. وأمّا على أن يرابي فيه فجائز إن رابى مثله من أهل الذمّة؛ لأنّه من دينهم على ما يعتقدون. فإن رابى المسلمين لم يؤاجر⁽¹⁾.

* استئجار الحائض والنفساء والجنب لكنس المسجد. وعلة الحكم أنّ الحيض والنفساء والجنابة موانع من دخول المسجد، وتقدّم الدليل على المنع من ذلك في فصليّ الغسل والحيض من باب الطهارة. وهذه المنفعة لا يمكن استيفاؤها من الأجير الجنب أو الحائض إلّا بعد ارتكاب محرّم، ولازم المحرّم محرّم. وكذلك باقي الأمثلة المحترز منها ومن مثلها، فإن التحريم مبني على تحريم المنفعة، وأن إيجارها يؤدّي إلى حرام، وكلّ ما أدّى إلى حرام فهو حرام⁽²⁾.

4 - أن لا تكون المنفعة متضمّنة استيفاء عين - أي: ذات - قصداً. وهذا الشرط للاحتراز من استئجار شاة - مثلاً - لشرب لبنها، أو شجرة لأكل ثمرها؛ فإنّ المقصود في الإجارة إنّما هو شرب اللّبن وأكل الثمر؛ ولأجل هذا القصد - استيفاء اللّبن والتمر - منعت الإجارة. وعلة المنع من استئجار ما فيه استيفاء عين، كمثل اللّبن والشجرة، أنّه يبيع للمعدوم، وليس سلماً⁽³⁾. وخرج بذلك عن كونه إجارة. وفيه أيضاً أنّه يؤدّي في الشجر إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها⁽⁴⁾. وذكر ابن عرفة أنّ هذا الفرع غير مذكور لأهل المذهب في باب الإجارة، لوضوح حكمه في باب البيوع، وإنّما ذكره ابن شاس وابن الحاجب تبعاً للغزالي الشافعي، ولو رسموا المنفعة بما قلناه ما احتاجوا لذكره⁽⁵⁾. ويستثنى الرضاع كما يأتي.

ويشمل هذا الشرط ما يلي:

* ما ليس فيه استيفاء عين أصلاً، كإجارة دابة لركوب أو حمل.

* ما فيه استيفاء عين لكن من غير قصد، كإجارة الشجر للتجفيف عليه، والثياب للبس؛ فإنّ فيه استيفاء عين، وهو ذهاب شيء منها بالاستعمال، لكنّ ذلك غير مقصود.

5 - أن لا تكون متعيّنة على المؤجر. ومن ذلك ما يلي:

* العبادة المتعيّنة على المكلف التي لا تقبل النيابة: ومعنى المتعيّن ما خوطب به كلّ مكلف بانفراده، بحيث لا يصحّ وقوعه من غير من خوطب به؛ وهو يقابل الكفائي الذي إن قام به البعض سقط الحكم عن الباقي⁽⁶⁾. فلا يجوز أخذ الأجرة على الفرض

(1) الذخيرة: 397/5. (2) انظر تنبيه الطالب: م/4 و185ظ.

(3) انظر الذخيرة: 407/5، المختصر الفقهي: م/4 و9ظ.

(4) التوضيح: 71 و7ظ. (5) المختصر الفقهي: م/4 و9ظ.

(6) انظر تنبيه الطالب: م/4 و185 وجهاً، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي عليه: 4/

ولا على المندوب في الصلاة والصوم والحج والعمرة⁽¹⁾. ودليل المنع أنه يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل. والعلّة أنها عبادة متعيّنة لا تقبل النيابة⁽²⁾. قال الشيخ خليل: لم تجز الإجارة هنا لأنّ من شرط العقد على المنفعة أن تحصل المنفعة للمستأجر، وإذا استؤجر على أن يصلي ما وجب عليه أو يصوم ما وجب عليه، لم تحصل المنفعة للمستأجر⁽³⁾.

والمتعين من غير الصلّة والصوم والحج والعمرة، كقراءة القرآن، فإنّه يجوز الإجارة عليه؛ والعلّة قبولها النيابة⁽⁴⁾. وذكر ابن فرحون أنّ جواز الإجارة على قراءة القرآن مبنيّ على وصول ثواب القرآن لمن قرئ من أجله كالميّت. ثمّ استدلّ على أنّ الراجح وصول ذلك. وقال ابن رشد الجذ: إن قرأ وأهدى ثواب قراءته للميت جاز ذلك، وحصل أجره للميت ووصل إليه نفعه إن شاء الله تعالى.

ودليل جواز الإجارة على قراءة القرآن حديث أبي سعيد الخدري عن الرهط من أصحاب رسول الله ﷺ، أنّ أحدهم رقى سيّد حيّ من أحياء العرب بفاتحة الكتاب، وأنّه اشترط قطعاً من الغنم، جعلاً على ذلك؛ وفيه قوله ﷺ للرهط: «أصبتم، اقسّموا واضربوا لي معكم بسهم»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أباح الجعل الذي اشترط على الرقية بالقرآن⁽⁶⁾.

* غسل الميت وحمله ودفنه على من تعيّن عليه. فلا يجوز أخذ الأجرة على هذا الأمر المتعيّن. وأمّا إذا لم يتعيّن على أحد، بحيث كان فرض كفاية على كلّ واحد ممّن حضر، فيجوز الإجارة عليه.

* صلاة الجنّاة ولو لم تتعيّن. فلا يجوز الاستئجار عليها. قال ابن فرحون: فإن قلت: صلاة الجنّاة عبادة لا يتعيّن فعلها على أحد، لم لا يجوز الاستئجار عليها؟ قلت: لما كانت عبادة من جنس الصلاة المتميّزة بصورتها للعبادة، والصلاة لا تُفعل لغير العبادة، منع الاستئجار عليها؛ وأمّا الغسل فيكون للعبادة والنظافة، وكذا الحمل

(1) انظر منح الجليل: 495 / 7.

(2) انظر الفروق: 2 / 3، تنبيه الطالب: م / 4 و185 وجهاً، حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4 / 24، 23.

(3) التوضيح: و73 وجهاً.

(4) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4 / 23 - 24، شرح الخرخشي على مختصر خليل: 5 / 255.

(5) البخاري في الإجارة، باب ما يعطى في الرقية؛ ومسلم في السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار.

(6) انظر البيان والتحصيل: 452 / 8، بداية المجتهد: 251 / 2، التحرير والتنوير: 138 / 25.

للميت تشاركه في الصورة أشياء كثيرة من غير أنواع العبادة، فلم يتمخض بصورته للعبادة، بخلاف صلاة الجنازة فألحقت بما أشبهته⁽¹⁾.

* الفتوى إذا تعينت على عالم؛ لعدم وجود غيره أو لعدم قبول غيره لجهله وقلة ديانته؛ فلا تجوز له الإجارة وأخذ الأجرة عليها. واستثنى الإمام اللّخمي العالم المتعينة فيه الفتوى إذا لم يكن له رزق من بيت المال، أن يأخذ الأجرة على الفتوى. قال: والأجرة على الفتيا والقضاء رشوة. وأما إن لم تتعين الفتوى فيجوز له الأخذ وإن كان غير محتاج.

* الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهما مثل صلاة الجنازة؛ لأنها لما لم يفعلها لغير العبادة منع الاستتجار عليهما⁽²⁾.

تعجيل الأجرة:

القاعدة عند ابن القاسم أن الأصل في الثمن في البيع هو الحلول، وأن الأصل في الأجرة في الإجارة هو التأجيل، إلا في أربع مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة، وهي:

1 - إذا شرط التعجيل، وكان الأجر غير معين.

2 - إذا اعتيد التعجيل، بأن كان العرف والعادة التعجيل، وكان الأجر غير معين.

ووجه وجوب التعجيل إذا كان العادة ذلك، أن العادة تقوم مقام الشرط⁽³⁾.

فهذا إذا كان الأجر في هاتين المسألتين غير معين، كما هو مذكور، كأن يقول المستأجر: أكرني دارك سنة لأسكنها بكذا؛ أو أرضك لأزرعها بكذا؛ أو دابتك لأسافر عليها لمكة - مثلاً - بكذا؛ وكانت الأجرة دنانير أو دراهم؛ لأنّ الدنانير والدرهم لا تتعين؛ أو كانت ثوباً موصوفاً في الذمة، أي: غير معين بهذا الثوب أو ذاك.

ووجوب تعجيل الأجر في شرط التعجيل واعتياد التعجيل يقضى به عند التنازع؛ فإن تراضيا على تأخيره جاز، والعقد صحيح في غير المسألة التي يلزم فيها ابتداء الدين بالدين. ووجه الجواز أنّ التعجيل لحقّ الإنسان فقط. وهو إنما كان لحقّ الإنسان فقط لعدم المانع الشرعي في التأخير. وظاهره لا فرق بين كون المنافع معينة أو مضمونة، ولكن سيأتي أنه إذا كانت المنافع مضمونة والأجر غير معين يجب أحد أمرين، إما التعجيل أو الشروع.

3 - إذا عُيّن الأجر، كهذا الثوب - أي: في العروض -؛ فإنه يجب تعجيله، إن

شُرط التعجيل أو كان العرف تعجيله. ويغتفر التأخير ثلاثة أيام.

(1) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 23/4، 24.

(2) تنبيه الطالب: م 4 و 177.

(3) تهذيب الفروق: 19/4.

والتعجيل في هذه المسألة حقّ لله تعالى؛ لأنه يلزم على تأخيره بيع معيّن يتأخر قبضه؛ وهو علة منع التأخير فيه⁽¹⁾.

4 - إذا لم يتعيّن الأجر، أي: كان في الذمة، والحال أنّه لم يجر عرف ولا يوجد شرط بالتعجيل؛ فإنّه يجب تعجيله إذا كان في منافع مضمونة في ذمة المؤجر لم يشرع فيها؛ كقوله: استأجرتك على فعل كذا، إن شئت عملته بنفسك أو بغيرك؛ وكاستأجرتك على أن تحملني على دوابك لبلد كذا بدنانير - مثلاً - . والدليل على وجوب تعجيل الأجر إذا كان في منافع مضمونة في ذمة المؤجر لم يشرع فيها؛ القياس على السلم الثابت في الذمة، فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال. وعلة المنع في السلم ما يلزم على تأخيره ابتداء الدين بالدين. والتعجيل في هذه المسألة حقّ لله تعالى⁽²⁾.

فإن شرع فلا ضرر. وإن لم يشرع فيها وتأخر الشروع أكثر من ثلاثة أيام فلا يجوز، إلا إذا عجل جميع الأجرة، وإلا لأذى إلى ابتداء الدين بالدين؛ لأنّ ذمته مشغولة لك بمنافع الدابة - مثلاً -، وذمّتك مشغولة بالدراهم، وهي الأجرة.

وأما لو شرع في العمل أو السير لجاز تأخير الأجر؛ لانتهاء الدين بالدين؛ بناء على أنّ قبض الأوائل قبض الأواخر. قال القاضي عبد الوهاب: لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب، وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه⁽³⁾. أي: إن قبض أوائل الركوب كقبض جميعه، إذ هو أكثر المقدور عليه في قبضه⁽⁴⁾. والقول بالجواز لأشهب، وهو المشهور. وقال ابن القاسم: لا بدّ من تعجيل جميع الأجرة ولو شرع؛ لأنّ قبض الأوائل عنده ليس قبضاً للأواخر. وقول أشهب مشهور مبنيّ على ضعيف.

وفي مثال الاستئجار على الحمل على دابة، فإنّه لا بدّ من تعجيل جميع الأجرة إن لم يشرع، كما هو الحكم، سواء كان السفر قريباً أو بعيداً، وقع عقد الإجارة في إبان السفر أو في غيره.

ويستثنى من ذلك مسألة، وهي إذا كانت مسافة السفر بعيدة، حجاً كان أو غيره، إذا وقع العقد في غير وقت سفر الناس عادة، كما لو وقع عقد الكراء لحاجّ مع جمّال في مصر في رمضان أو في أوائل شوال، فإنّ شأن المصريّ إنّما يسير في آخر شوال؛ فيكفي تعجيل اليسير من الأجر، ولا يتعيّن تعجيل الجميع. وقد علّل الشيخ الدردير جواز عدم تعيّن تعجيل جميع الأجرة بالضرورة⁽⁵⁾؛ لأنّ تعجيل جميع الأجرة في مثل

(1) الشرح الصغير: 266/2، تنبيه الطالب: م 4 و 177، التوضيح: و 68ظ.

(2) انظر المعونة: 1095/2، المقدمات: 187/2، البيان والتحصيل: 411/8، بداية المجتهد: 2/

256، تنبيه الطالب: م 4 و 177، عدّة البروق: 553، الشرح الصغير: 266/2.

(3) المعونة: 1095/2. (4) حاشية الرهوني: 3/5.

(5) انظر أيضاً: البيان والتحصيل: 90/9، شرح الزرقاني على المختصر: 4/4.

ذلك يؤدي إلى ضياع أموال الناس بسبب هروب الجمالين إذا قبضوا الأجرة⁽¹⁾. وعلمه القاضي عبد الوهاب بالمصلحة، ورآها جامعة بين أصليين:

* أصل ابتداء الدين بالدين في جميع العقد، فيكون تقديم العربان مخرجاً عن ذلك، لما فيه من تعجيل الشيء من أحد الطرفين.

* أصل الخوف من الغرر، بضياع الأموال؛ لأن المكري قد ينتفع بالثمن ثم يخلف المستأجر، وقد جرت العادة بذلك من أصحاب الدواب. ثم يكون باقي الأجر كالوديعة أو كالرهن عند المكثري، حتى وفاء المكري⁽²⁾.

وهذا الحكم على خلاف القياس، إذ القياس يقتضي عدم الجواز إلا بتعجيل الأجر، قياساً على السلم الثابت في الذمة، فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال⁽³⁾.

وهذا إذا كانت الأجرة كثيرة، فيكفي تعجيل الدينار والدينارين. فإن كانت يسيرة في نفسها فلا بد من تعجيلها كلها.

فعلم مما تقدم أنه إن تأخر الشروع أكثر من ثلاثة أيام فلا بد من تعجيل الأجرة، وإلا فسدت؛ إلا أن يكون بعيداً فيكفي تعجيل السير منه للضرورة. وأما إن لم يتأخر الشروع فيجوز تأخير الأجرة، لكن قال ابن رشد: إن كان العمل يسيراً؛ فإن كان كثيراً لا بد من التعجيل. وأقره الشيخ خليل في التوضيح. وعليه فلا يكون قبض الأوائل قبضاً للأواخر إلا في السير.

تأجيل الأجرة:

إذا انتفت المسائل الأربعة، التي هي: تعيين الأجر، أو شرط تعجيله، أو جريان العرف بتعجيله، أو كانت المنافع مضمونة ولم يشرع فيها، فإنه لا يجب تعجيل الأجر. ودليل عدم وجوب تعجيل الأجرة فيما عدا المسائل الأربعة، ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَمَ لَكُمْ فَتَأْوَهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ووجه الاستدلال أن الفاء في ﴿فَتَأْوَهُنَّ﴾ تفيد التعقيب، أي: الأمر بإيتاء الأجرة عقب استيفاء منفعة الإرضاع⁽⁴⁾.

ب - قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»⁽⁵⁾. ومحل الاستدلال

قوله: «قبل أن يجف عرقه» ويكون ذلك بعد الانتهاء من العمل. ووجه الاستدلال أن

(1) انظر أيضاً الذخيرة: 387/5، شرح الزرقاني على المختصر: 4/4.

(2) انظر المعونة: 1095/2. (3) انظر المقدمات: 187/2.

(4) انظر الذخيرة: 386/5.

(5) أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب أجر الأجراء؛ والبيهقي في الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، وله طرق صح بها انظر إرواء الغليل: 320/5.

الحديث حثّ على تعجيل الأجرة وقت استحقاقها، أي: بعد العمل، ومنع تأخيرها عنه؛ ولو كانت الأجرة تستحق وتُعجل بمجرد العقد، لكان أمراً بتأخيرها، وذلك ينافي المقصود بالحديث⁽¹⁾.

ج - القياس على الثمن في البيع، وصورته: أنّ الأجرة في الإجارة عوض في عقد معاوضة محضة، فلم يلزم تسليمها بمجرد العقد دون تسليم المعقود عليه، كالأثمان في البياعات⁽²⁾.

ووجه الفرق بين جواز استئجار معيّن بتعجيل الأجرة أو تأجيلها، وعدم جواز استئجار المضمون إلا مع تعجيل الأجرة؛ لأن المعيّن لا يتعلق بالذمة، وإنما الحكم بعينه؛ لأنه لو هلك المعيّن لم يكن على ربه البدل، فلما كان لا يتعلق بالذمة فلا فرق بين أن يكون معجلاً أو مؤجلاً؛ بخلاف ما إذا كان مضموناً، فإنه لا بد من التعجيل مع العقد؛ لأن الأجرة إذا لم تعجل تمحض أن يكون ذلك ديناً بدين، كما تقدم ذكره، وذلك كالسلم لم يجز لحصول الدين بالدين، وإن عجل الثمن جاز أن يتأخر المثل؛ لأن أحد الطرفين قد تعجل⁽³⁾.

ويكون دفع الأجرة على النحو التالي:

- إتمام موافقة، بحيث كلّم استوفى المستأجر من الأجير منفعة يوم، أو تمكّن من استيفائها لزمه أجرته. والمراد باليوم القطعة من الزمن الصادقة بالأكثر والأقل. وهذا عند المشاحة في نحو أكرية الدور أو إجارة بيع سلعة أو بناء. ووجه التفريق في مثل هذا، أنّ المدد فيها في حكم المبيع المتعدّد⁽⁴⁾.

- وإتمام العمل، كما لو أجر أجيراً بشيء على بيع جميع السلع، أو على خياطة ثوب، أو خرز نعل، أو حمل شيء بسفينة. ووجه عدم التفريق هنا، أنّ الخياط أو صاحب السفينة لا يمكنه التسليم إلّا بعد الانتهاء من الخياطة أو البلاغ⁽⁵⁾.

وجاز عند عدم المشاحة التعجيل والتأخير، وهو الأصل في الإجارة.

ويجوز للصانع والأجراء منع تسليم ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم، كالبائع في البيع؛ لأنهم بائعون لمنافعهم، وهم أحقّ به⁽⁶⁾.

استقرار الأجرة بتمكن المستأجر من المنفعة المستأجرة:

إذا تسلم المستأجر الرقبة المستأجرة كدار ودابة، في المدة المعينة حتى انقضت،

(1) انظر الإشراف: 653/2، الذخيرة: 386/5.

(2) انظر الإشراف: 653/2، الذخيرة: 386/5.

(3) انظر التفريع لابن الجلاب: 184/2. انظر الذخيرة: 385/5.

(5) انظر الذخيرة: 386/5. (6) انظر الذخيرة: 440/5.

وحبسها ولم يتنفع بها، لزمته الأجرة واستقرت عليه، إذ لا يلزم مالك الرقبة إلا التمكين وقد فعل، فتلزم المستأجر الأجرة⁽¹⁾.

نفقة ردّ الرقبة المستأجرة:

إذا استأجر رجل شيئاً مدة معلومة فانقضت، كان عليه ردّها إلى صاحبها، ومؤنة الردّ عليه، والدليل: القياس على العارية؛ لأنّ الإجارة عقد قصد به الإذن في الانتفاع مدة، فإذا زالت المدة وجب على المتنفع الردّ ومؤنته عليه، أصله العارية⁽²⁾.

فساد الإجارة:

تفسد الإجارة بما يلي:

1 - وقوعها بأجر معيّن، مع انتفاء عرف تعجيل الأجر المعيّن. وانتفاؤه شامل لجريان العرف بتأخيره، وبعدم العرف بتعجيل أو تأخير.

وعلة الفساد أنّ فيه بيع معيّن يتأخّر قبضه، كما في المدوّنة. وأمّا التعليل بلزوم الدّين بالدّين، كالسّلم، فلا يصحّ هنا؛ لأنّ المعيّنات لا تقبلها الدّم. قال ابن عبد السلام الهوارى التونسي في توجيه علة الفساد هنا: «إنّ الكراء إذا انعقد على شيء من العروض المعيّنة، وكان عرف البلد عندهم تأخير العوض؛ فاختلف ابن القاسم وغيره في فساد عقد هذه الإجارة، فرأى ابن القاسم أنّ الحكم فساد العقد؛ لأنّ الفرض أنّ العرف التأخير، وهو مستلزم لبيع معيّن يتأخّر قبضه، والعرف عنده مقيد للمطلقات، سواء عيّنها لنوع من الصّحة أو الفساد»⁽³⁾.

ومثل هذا في الفساد، ما اشترط تأخيره للعلة المذكورة، وهي السّلم في معيّن. وأمّا لو كان العرف تعجيل المعيّن صحّت، ووجب التعجيل أو اشتراط التعجيل، كما مرّ، أي: فإنّ عيّن الأجر وكان العرف تعجيله أو اشتراط تعجيله⁽⁴⁾ عند عدم وجود عرف بشيء، أو وجد عرف التأخير.

فإذا انتفى العرف بتعجيله فسدت الإجارة، ولو عجل بالفعل بعد العقد. ولا تصحّ إلا إذا شرط تعجيله وعجل.

2 - وقوع الإجارة مع جُعَلٍ⁽⁵⁾ صفقة واحدة؛ كأجرني دابّتك واثنتي ببعيري الشارد بكذا؛ فتفسد الإجارة والجعل معاً. وعلة الفساد تنافي أحكامهما؛ ووجه تنافي

(1) المعونة: 1093/2، تنبيه الطالب: 193/4.

(2) الإشراف: 664/2.

(3) تنبيه الطالب: م 4 و 178.

(4) أي: فمحلّ اشتراط التعجيل إن لم يكن عرف بشيء أو كان العرف التأخير.

(5) سيأتي تعريف الجعل في الباب الموالي لباب الإجارة.

أحكامهما أنهما أصلان مفترقان، فافتقرت أحكامهما⁽¹⁾. وذلك كما يلي⁽²⁾:

أ - أن الجعالة غير لازمة بالعقد، بخلاف الإجارة فإنها تلزم بالعقد.

ب - أن الجعالة يجوز فيها الغرر بجهل مقدار العمل، بخلاف الإجارة فلا يجوز فيها الغرر ويجب أن تكون المنفعة معلومة.

ج - أن الجعالة لا يجوز فيها الأجل، بخلاف الإجارة فيجوز فيها الأجل.

وكذا لا يصح اجتماع بيع مع جعل في صفقة. وذلك لتنافي أحكام البيع مع أحكام الجعل؛ فالتعليل الذي تقدم في الإجارة مع الجعل يأتي هنا⁽³⁾.

ووجه فساد البيع أو الإجارة مع الجعالة، دون الجعالة وحدها، أنه لا يمكن أن يكون العقد الواحد صحيحاً في شيء وفاسداً في شيء آخر⁽⁴⁾. وأن الغرر الذي في الجعالة يصير البيع أو الإجارة غرراً⁽⁵⁾.

3 - الاستئجار على أن تكون الأجرة بعض ما استؤجر عليه الأجير. ومن الأمثلة

على ذلك ما يلي:

* أن يعطى السَّلَاحُ الجلد أجرة على السَّلْخِ في حيوان مباح الأكل، فالإجارة فاسدة، وقعت قبل الذَّبْحِ أو بعده؛ لأنه لا يستحقُّ الجلد إلا بعد السَّلْخِ، وهو لا يدري هل يخرج سليماً أو مقطعاً، وفي أيِّ جهة يكون القطع، وهل يكون رقيقاً أم لا، هذا هو المشهور. فعلة المنع في هذا المثال الجهل بصفة الجلد بعد السَّلْخِ، وهو غرر ممنوع في الإجارة كالبيع، لاختلاف الأغراض فيه باختلاف هذه الصفات⁽⁶⁾. وأما لو استؤجر على جلد غيره مسلوخ معلوم جاز. ومثل الجلد اللَّحْمِ كلاً أو بعضاً. وكذلك لا تجوز الإجارة على ذبحها بقطعة من لحمها.

وأما الاستئجار على السَّلْخِ بالأكارع أو الرأس، فإن كان قبل الذَّبْحِ لا يجوز،

وإن كان بعده فيجوز.

وأما جلود مكروه الأكل - كالسباع - فيجوز بيعها وهي على ظهرها، قبل ذبحها وسلخها. والفرق بينها وبين جلود الأنعام أن ما يؤكل لحمه لا يحتاط في حفظ جلده عند سلخه، بخلاف ما يكره أكله فيحتاط في حفظه، ولهذا يجوز الاستئجار على ذبح السبع

(1) المقدمات: 182/2، الذخيرة: 415/5، 435.

(2) انظر أيضاً التوضيح: و71ظ، عدة البروق: 550، الشرح الصغير: 268/2.

(3) انظر عدة البروق: 550، بلغة السالك: 268/2.

(4) انظر شرح عبد الباقي الزرقاني على المختصر: 5/5، حاشية علي العدوي على شرح الخرشي على المختصر: 219/5.

(5) انظر الذخيرة: 415/5.

(6) الذخيرة: 388/5، تنبيه الطالب: 4م و178، حاشية الدسوقي: 6/4، الشرح الصغير: 268/2.

لجلده. وكذلك علّل الفرق بأن المشتري قد ملكها قبل السلخ ويكون السلخ عليه⁽¹⁾.

* أن يعطى الطحّان النخالة أجرة. ومثله أن يعطى دارس الزرع الذي يدرس الزرع بنورجه وبهائمه، على أن يأخذ تبنة. وعلّة الفساد الجهل بقدر ما يخرج وصفته⁽²⁾. وذلك يشبه الجزاف غير المرثي⁽³⁾. وأما لو استؤجر الأجير بقدر معلوم من نخالة، أو استؤجر الدارس على قدر معلوم من التبن؛ فهو جائز.

* أن يعطى النسّاج جزء الثوب المنسوج أجرة على النسج، والدباغ جزء الجلد المدبوغ أجرة على الدبغ.

فيمنع ويفسخ للجهل بصفة خروجه وهو غرر⁽⁴⁾. وهذا راجع للجهل بصفة الأجر⁽⁵⁾. وللأجير المتقدم أجرة مثله إن عمل، بأن سلخ الجلد أو طحن أو نسج الثوب أو دبغ الجلد، وليس له شيء من الجلد أو النخالة أو الثوب. ووجه كون الأجير له أجرة مثله إن عمل، أنه دبغها على ملك ربّها⁽⁶⁾.

وإن فسح قبل العمل فليس له شيء من الأجر.

فإن عمل، وقلنا: ليس له إلا أجر المثل، فإنّ المصنوع يكون لربّه ما لم يفت بيد الأجير. ووجه كون المصنوع لربّه فساد العقد بسبب الجهالة بحال المدبوغ⁽⁷⁾.

فإن فات بيده بعد العمل ببيع أو تلف أو حوالة سوق، لزم صاحب الجلد أو الغزل أجرة المثل في دباغ جميع الجلد ونسج كلّ الغزل للأجير؛ ويغرم الأجير لصاحب الثوب أو الجلد قيمة ما جعل له، لوقوع الإجارة فيه فاسدة، وقد فات فيغرم قيمته مدبوغاً والباقي ملك لربّه.

* أن يعطى جزء الحيوان الرضيع أجراً لمن يرضعه. وعلّل الفساد بأن الرضيع قد يتغير، وقد يتعدّر رضاعه لموت أو غيره، ولا يلزمه خلفه، فيصير نقد الأجرة فيها كالتقيد في الأمور المحتملة، بين السلامة وعدمها، ووجه صحة البيع والإجارة إذا اجتمعا في صفقة واحدة، انعدام العلّة التي من أجلها دخل الفساد عند اجتماع الإجارة مع الجعل في صفقة، واجتماع البيع مع الجعل في صفقة؛ وهي تنافي أحكام العقدين

(1) تنبيه الطالب: م 4 و 178.

(2) البيان والتحصيل: 457/8، تنبيه الطالب: م 4 و 178، الذخيرة: 389/5، الشرح الصغير: 2/268.

(3) شرح الخرشبي على المختصر: 221/5.

(4) المعونة: 1101/2، البيان والتحصيل: 470/8، تنبيه الطالب: م 4 و 178، الذخيرة: 376/5، الشرح الصغير: 268/2.

(6) الذخيرة: 376/5.

(5) انظر المدونة: 390/3.

(7) الذخيرة: 376/5.

المجتمعين؛ أما أحكام الإجارة فهي متوافقة مع أحكام البيع، في الأركان والشروط غالباً⁽¹⁾. قال الإمام مالك: لأنهما كنوع واحد⁽²⁾. وما يجعلهما كنوع واحد أن عقد البيع بيع أعيان وعقد الإجارة بيع منافع، ويقع ذلك فيهما في المعلوم دون المجهول⁽³⁾. وهو ممتنع.

* أن يعطى الأجير على حصاد زرع ودرسه نصف ما يخرج أو ثلثه، وكذا على درسه فقط، فذلك فاسد، وللأجير أجره عمله إن عمل. ووجه الفساد الجهل بما يخرج من الحب، وهو غرر؛ لأن نصف الحب أو ثلثه مغيب لا يدري كم يخرج وكيف يخرج⁽⁴⁾.

وأما على الاستئجار على الحصاد فقط بالنصف ونحوه فصحيح؛ لأن نصف الزرع المستأجر عليه مرئي⁽⁵⁾.

والأمثلة المذكورة «السلاخ، والطحان، والدارس، والنساج، والدباج، والحصاد» تدخل في قاعدة: «كل ما جاز لك أن تبئعه فلا بأس أن تستأجر به، وما لا يجوز لك أن تبئعه فلا يجوز لك أن تستأجر به». وهي من صياغة الإمام مالك رحمه الله تعالى⁽⁶⁾.

4 - كراء أرض للزراعة بطعام، على اختلاف أصنافه، على النحو التالي:

* كان مما أنبتته كقمح.

* أو لم تنبته كلبن وسمن وعسل والشاة المذبوحة والحيوان الذي لا يراد إلا للذبح كخصي المعز والسماك وطير الماء وكذلك الحيوان الذي يراد للبن.
* أو بما تنبته من غير الطعام، كقطن وكتان، أي: شعرهما لا ثيابهما، وكزعفران وعصفر وتبن وحطب الدرة.

وأما كراء أرض الزراعة لغير الزراعة بطعام وبما يخرج منها، فيجوز. كما يجوز بيعها بالطعام وبما يخرج منها وإن لم يكن طعاماً، فالنهي قاصر على الكراء، لا على البيع.

وكذلك فإن كراء الدور والحوانيت بالطعام جائز، والدليل هو الإجماع.

(1) انظر المقدمات: 2/182، الذخيرة: 5/415، بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد الصاوي: 2/268.

(2) الفائق في الأحكام والوثائق لابن راشد القفصي: مخ رقم 6154 م 4 و2.

(3) انظر عدة البروق: 550.

(4) تنبيه الطالب: م 4 و180، الشرح الصغير: 2/268 وحاشية الصاوي: 2/269.

(5) حاشية الصاوي: 2/269.

(6) المدونة: 3/390، شرح الخرشي على المختصر: 5/221، شرح الزرقاني على المختصر: 4/5.

ودليل منع كراء الأرض بالطعام، سواء كان ممّا أنبتته أم لا، أو بما أنبتته من غير الطعام؛ ما جاء من النهي عن المحاقلة والمخابرة، وذلك كما يلي:

الأول: عن أبي سعيد الخدري أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة اشتراء الثَّمَر بالتَّمَر في رؤوس النخل، والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة⁽¹⁾.

الثاني: عن عطاء عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وعن بيع الثمر حتّى يبدو صلاحه، ولا يباع إلّا بالدينار والدرهم إلّا العرايا. قال عطاء: فسر لنا جابر قال: أمّا المخابرة، فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها، ثم يأخذ من الثمر. وزعم أنّ المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً؛ والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك، يبيع الزرع بالحبّ كيلاً⁽²⁾. وفي رواية، أنّ جابراً قال: والمخابرة الثلث والربع وأشياء ذلك⁽³⁾.

الثالث: عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيّب، أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة اشتراء الثَّمَر بالتَّمَر؛ والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة، واستكراء الأرض بالذهب والفضّة، فقال: لا بأس بذلك⁽⁴⁾.

والمحاقلة - لغة - صيغة مفاعلة، من حقل أي: زرع. والحقل الزرع. وللمحاقلة في اللغة⁽⁵⁾ معان يتفق بعضها مع المعنى الشرعي الذي فسرها به أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله وسعيد ابن المسيّب، فهي على معنيين:

الأول: كراء الأرض بالحنطة، أي: القمح. ويلحق بالحنطة سائر أنواع الطعام؛ لأنّها في معناها. وقد نصّ النبي ﷺ في الحديثين الرابع والخامس الآتين على الطعام، فيحمل اللفظ على عمومها، لعدم وجود مخصّص.

الثاني: اشتراء الزرع القائم بالحنطة⁽⁶⁾.

(1) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، والبخاري في البيوع، باب بيع المزابنة، ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(2) حديث جابر أخرجه مسلم في البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضّة، بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمر يطيب، ولا يباع شيء منه إلّا بالدينار والدرهم، إلّا العرايا». البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضّة.

(3) مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة.

(4) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة.

(5) انظر لسان العرب حرف الحاء.

(6) انظر المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 4/ 246، المقدمات: 2/ 226، المعلم: 2/ 262، المفهم:

2731/5، الذخيرة: 5/ 392، إكمال الإكمال: 5/ 367.

على أن التفسير الثاني داخل في مسمى المزبنة الواقع على عدّة أنواع، يجمعها معنى بيع مجهول بمجهول من جنسه؛ وأحد أنواعها اشتراء الزرع القائم بالحنطة، الذي يدخل في مسمى المحاقلة⁽¹⁾.

وقد تقدّم الحديث عن المزبنة في باب البيع، في ما نهى عنه الشرع في البيع. وأما المخابرة، فقد اختلف أهل اللغة في اشتقاقها؛ فقيل: من الخبير، والخبير الأكار، والأكار الفلاح. وقيل: من الخبرة - بضم الخاء - وهو النصيب. وقيل: من خبير؛ لأنّ أول هذه المعاملة كان بها. وقد فسروا المخابرة بما فسرها به جابر بن عبد الله في الحديث الثاني المتقدّم؛ وهي كراء الأرض بجزء ممّا يخرج منها، كالثلث والربع، سواء كان ما تخرجه طعاماً أو غير طعام، وهو معنى ما جاء في الحديثين الرابع والخامس الآتيين عن رافع بن خديج من قول النبي ﷺ: «ولا يكارها بثلث ولا ربع»⁽²⁾.

وما تقدّم من تفسير الصحابة للمحاقلة والمخابرة، إمّا أن يكون منقولاً عن النبي ﷺ، فلا يعارض بقول أحد من البشر في لغة ولا شرع؛ وإمّا أن يكون من قول الصحابة، فهم أعلم بالحال وأقعد بالمقال⁽³⁾.

وما جاء من تفسير أهل اللغة للمخابرة من أنّها مشتقة من خبير، لما روى ابن عمر أنّ النبي ﷺ أعطى خبير اليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها⁽⁴⁾ هو اشتقاق معترض عليه؛ لأنّ ما فعله النبي ﷺ مع اليهود ليس من المخابرة المنهي عنها هنا، بل من المساقاة المستثناة من أصول ممنوعة، من بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها، ومن الغرر في عمل العامل ومن الاستئجار بأجر مجهول⁽⁵⁾ وقد تقدّم القول في أدلّة مشروعيتها في باب المساقاة.

الثالث: عن رافع بن خديج قال: كنّا نحافل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فنكرها بالثلث والربع والطعام المسمّى؛ فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا؛ نهى أن نحافل بالأرض فنكرها على الثلث والربع والطعام المسمّى؛ وأمر ربّ الأرض أن يزرعها أو يزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك⁽⁶⁾.

(1) انظر المتقى 246/4، المفهم: 2731/5.

(2) انظر قاموس المحيط: حرف الراء، لسان العرب: حرف الخاء، المعونة: 1139/2، المتقى:

132/5، المقدمات: 222/2، 259، المفهم: 2731/5، إكمال الإكمال: 379/5.

(3) انظر المتقى: 264/4، المفهم: 2751/5.

(4) البخاري في المزارعة، باب المزارعة مع اليهود؛ مسلم في المساقاة، باب.

(5) انظر المقدمات: 547/2، إكمال الإكمال: 379/5.

(6) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة؛ مسلم =

الرابع: عن رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكارهها بثلث ولا ربع ولا طعام مستمى»⁽¹⁾.

الخامس: عن جابر قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل فليمسك أرضه»⁽²⁾.

وفي الأحاديث الثالث والرابع والخامس من روايتي رافع وجابر، النهي عن المحاقلة والمخابرة بما يدلّ عليهما، وهو الكراء بالثلث والربع والطعام المستمى⁽³⁾.

السادس: عن حنظلة بن قيس قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق؟ فقال: لا بأس به؛ إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بالماديات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك نهى عنه. فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به⁽⁴⁾.

ومعنى هذا أنّ صاحب الأرض كان يؤاجر أرضه على أن له ما ينبت على الماديات، أي: حافتي الأنهار، وعلى أقبال الجداول أي: أفواهاها؛ بمعنى أنّه يؤاجر الأرض بالجزء ممّا تخرجه في أماكن معيّنة؛ وهذه هي المخابرة المنهي عنها⁽⁵⁾.

وعلة المنع من المحاقلة الربا، وذلك أنّ الأرض تكرر ليخرج منها الطعام، وهو المنفعة المقصودة منها، فأعطي حكمها - أي: المنفعة - حكم ما يخرج منها، فمنع أن تكرر بطعام؛ لأنه يؤول إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة؛ لأنّ المكتري يدفع طعاماً ويصل إليه من منفعة الأرض طعاماً⁽⁶⁾. ويشهد لصحة هذه العلة ما روي عن رافع بن خديج أنّه زرع أرضاً، فمرّ به النبي ﷺ وهو يسقيها، فسأله: «لمن الزرع، ولمن الأرض؟» فقال: زرعِي ببذري وعملي، لي الشطر ولبني فلان الشطر. فقال النبي ﷺ: «أربيتما، فردّ

= في البيوع، باب كراء الأرض بالطعام، واللفظ لمسلم.

(1) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في البيوع، باب في التشديد في المزارعة؛ وأصله في البخاري ومسلم عن رافع في الحديث السابق، وعن جابر في الحديث الآتي.

(2) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب في كراء الأرض.

(3) انظر الإشراف: 650/2، المنتقى: 132/5.

(4) البخاري في المزارعة، باب ما يكره من الشروط في المزارعة؛ ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، واللفظ لمسلم.

(5) انظر المقدمات: 225/2، المفهم: 2751/5، إكمال الإكمال: 389/5.

(6) انظر الإشراف: 650/2، المنتقى: 246/4 و133/5، المقدمات: 222/2، بداية المجتهد:

250/2، المفهم: 2740/5، إكمال الإكمال: 394/5.

الأرض على أهلها وخذ نفقتك»⁽¹⁾. فهذا صريح في أن ذلك من الربا⁽²⁾.
وللمنع من المحاقلة علة أخرى، وهي الغرر والمزابنة⁽³⁾.

وكذلك فإن العلة من منع المخابرة هي الغرر والمزابنة؛ لأن ما ذكر في الروايات من اشتراط ناحية من الأرض، أو اشتراط ما زرع على الجداول والسواقي، أو اشتراط الجزء مما تخرج الأرض، أو كرائها بالطعام والأوسق من التمر؛ كل ذلك يؤدي إلى الجهل بالعوض، إذ لا يعرف قدره، فقد يكثر وقد يقل وقد يتلف⁽⁴⁾. ويشهد لصحة علة الغرر، ما جاء في بعض روايات رافع من التصريح بعلة النهي، في قوله: إنما كان الناس يؤاجرون، على عهد رسول الله ﷺ، على الماذبانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلذلك نهى عنه. فالإشارة التي في قوله: «فيهلك هذا ويسلم هذا» مراد بها ما اشترطه صاحب الأرض لنفسه من الزرع كراء عن الأرض، وما ترك للمستأجر؛ وما يؤدي ذلك إلى الوقوع في المخاطرة، بهلاك الزرع أو بعضه، فلا يحصل للمتعاقدين أو لأحدهما العوض الذي يستحقه⁽⁵⁾.

السابع: قياس اللحم واللبن ونحوهما، مما لا تنبته الأرض من الطعام، على القمح، بعلة الطعمية⁽⁶⁾. وهذا الدليل خاصّ بكراء الأرض بطعام لا تنبته الأرض.

وأما دليل منع كراء الأرض بما تنبته من غير الطعام، كالقطن والكتان، فذكر القاضي عبد الوهاب⁽⁷⁾ أنه النهي الوارد عن كرائها ببعض ما يخرج منها، والقياس على ما إذا اشترط الثلث والربع. أي: لما في ذلك من علة المنع من المخابرة، وهي المزابنة. على أن الشيخ الدردير في شرح أقرب المسالك⁽⁸⁾ ضعف هذه العلة. وذكر الشيخ الدسوقي أن التعليل بها يتجه إذا كان العوضان من جنس واحد⁽⁹⁾، أي: حيث دفع مستأجر الأرض لصاحبها كراء معلوماً، مما تنبته من غير الطعام، وكان من جنس

(1) أبو داود في البيوع، باب في التشديد في المزارعة؛ وقال المنذري: في إسناده بكير بن عامر البجلي الكوفي، وقد تكلم فيه غير واحد.

(2) المفهم: 2740 / 5.

(3) انظر المعونة: 2 / 1139، المنتقى: 5 / 132، المقدمات: 2 / 222، 225. وتقدم بيان معنى الغرر والمزابنة في البيع في ما نهى عنه الشرع من البيوع. والغرر هو البيع المتضمن للجهل بالثمن أو الثمن أو الأجل. والمزابنة بيع مجهول وزناً أو كلاً أو عدداً بمعلوم قدره من جنسه، كان ربوياً أو غيره؛ أو يبيعه بمجهول من جنسه.

(4) انظر المعونة: 2 / 1139، المنتقى: 5 / 132، المقدمات: 2 / 222، 225، المفهم: 2751 / 5، إكمال الإكمال: 5 / 396.

(5) المقدمات: 2 / 225، إكمال الإكمال: 5 / 389، 396.

(6) المنتقى: 5 / 133.

(7) المعونة: 2 / 1140.

(8) شرح أقرب المسالك: 2 / 269.

(9) انظر الشرح الكبير: 4 / 7.

ما سيزرعه فيها، المجهول القدر عند خروجه⁽¹⁾. وذكر صاحب «المفهم» أن دليل هذا الفرع هو سدّ الذريعة⁽²⁾.

والمراد بالقطن والكتّان الذين يمنع كراء الأرض بهما ما ينبت منهما، لا ما يصنع منهما من ثياب. ووجه جواز كراء الأرض بالثياب، مع كونها مصنوعة من القطن والكتّان، أنهما قد استحالا عن أصل خلقتهما، وأصبحا ممّا لا تنبتهما الأرض⁽³⁾.

وأما كراء أرض الزراعة بالذهب والفضة والرصاص والنحاس والكبريت والمغرة، ونحو ذلك من سائر المعادن والعروض، فيجوز. ويستثنى الملح فلا يجوز كراء أرض الزراعة به، وأما أرض الملاحه فيجوز كراؤها به. ودليل الجواز في الذهب والفضة ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274].

ووجه الاستدلال من الآية أنها عامّة في كلّ بيع، والإجارة بيع المنافع⁽⁴⁾.

ب - عن حنظلة بن قيس أنه سأله رافع بن خديج عن كراء الأرض؟ فقال: نهى رسول الله ﷺ عن كراء المزارع. قال، قلت: بالذهب والفضة؟ قال: أما الذهب والورق فلا بأس به⁽⁵⁾.

ج - عن رافع بن خديج قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، وقال: «إنما يزرع ثلاثة؛ رجل له أرض فهو يزرعها، ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح، ورجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة»⁽⁶⁾.

ويدلّ الحديثان على جواز كراء الأرض بالذهب والفضة⁽⁷⁾.

د - عن عطاء عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة؛ وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا يباع إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا⁽⁸⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أن الاستثناء الذي في قوله: «إلا بالدينار والدرهم»

(1) انظر الصاوي: 269/2.

(2) انظر المتقى: 133/5، منح الجليل لعليش: 447/7.

(3) انظر المعونة: 1139/2.

(4) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض؛ البخاري في المزارعة، باب كراء الأرض بالذهب والفضة؛ ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق.

(5) أبو داود في البيوع، باب في التشديد في المزارعة؛ النسائي في المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض؛ ابن ماجه في الرهون، باب المزارعة بالثلث والرابع.

(6) انظر المعونة: 1139/2، المتقى: 143/5، المقدمات: 223/2، بداية المجتهد: 249/2.

(7) مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.

راجع للمحاكمة والمزابنة؛ على اعتبار أنّ الحديث فيه تقديم وتأخير، ذلك أنّ سياقه يقتضي جواز بيع الثمرة قبل طيها بالدرهم أو الدينانير، وذلك لا يجوز باتفاق، فلا يصحّ أن يكون الاستثناء من بيع الثمرة بوجه، وإنّما يصحّ رجوعه للمحاكمة والمزابنة، فيكون هي التي نهى عن بيعها إلا بالذهب والفضّة⁽¹⁾.

هـ - عن ابن شهاب أنّه قال: سألت سالم بن عبد الله عن كراء المزارع؟ فقال: لا بأس بالذهب والورق⁽²⁾.

و - عن ابن شهاب أنّه قال: سألت سعيد ابن المسيّب عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس به⁽³⁾.

وعلة جواز كراء الأرض بالذهب والفضّة أنّ شأنها أنّها تنبت بنفسها في الأرض ويطول مكثها فيها. وهي العلة التي ألحق من أجلها سائر المعادن بحكم الذهب والفضّة⁽⁴⁾.

وأما دليل العروض، فهو:

أ - قياس الحيوان والعروض التي لا تنبت الأرض على الذهب والفضّة، المنصوص عليهما، للعلّة الجامعة بينهما. وصورة القياس أنّ الكراء بالعروض المعلومة كراء بثمان معلوم، لا غرر فيه ولا مزابنة ولا محاكمة ولا مخابرة فجاز، أصله الكراء بالدينانير والدرهم، وهي لا غرر فيها ولا مزابنة ولا محاكمة ولا مخابرة⁽⁵⁾.

ب - قياس إجارة الأرض على إجارة العقار. قال صاحب المفهم: هو من أقوى القياس؛ لأنه في معنى الأصل⁽⁶⁾.

ج - قياس الأرض على الرواحل؛ لأنّ ما جاز استئجاره بالذهب والفضّة، جاز استئجاره بالعروض كالرواحل⁽⁷⁾.

د - الكلّية الفقهية، وهي: إنّ كلّ ما جاز بيعه جازت الإجارة به⁽⁸⁾.

وكذلك يجوز كراء أرض الزراعة بما يطول مكثه حتّى يعدّ كأنّه أجنبيّ منها، وذلك كالخشب والعود الهنديّ والصنّدل والحطب والقصب الفارسيّ. وقد علّلوا جواز كراء الأرض بذلك بأمر، هي:

أ - أنّها ممّا يطول مكثها ووقتها، ومن أجل ذلك سهّل فيها. وهو تعليل الإمام

(1) انظر المفهم: 2732/5.

(2) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض.

(3) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض.

(5) انظر المقدمات: 226/2 - 228.

(4) انظر حاشية الصاوي: 269/2.

(7) انظر المتقى: 143/5.

(6) انظر المفهم: 2738/5.

(8) انظر المعونة: 1139/2.

سحنون⁽¹⁾. أي: إنها اعتبرت من جنس الأرض؛ لأنها تتبعها بمجرد العقد، فيكون مستأجر الأرض بها كأنه استأجرها بأرض أخرى⁽²⁾.

ب - أنها ليست ممّا تزرع⁽³⁾.

ج - أنها تثبت في الأرض بغير علاج غالباً⁽⁴⁾.

د - أنّ القصد من كراء الأرض الزراعة، وهي ليست ممّا يقصد كراء الأرض لأجل زرعه⁽⁵⁾. أي: لطول وقت حصوله.

وما جاء في حديث رافع من ورود أداة الحصر «إنّما»، وهي تفيد قصر جواز كراء الأرض على الذهب والفضة، وقد قال بعض الفقهاء: إنه لا يجوز أن يتعدى هذا الحديث، لما فيه من البيان. وقد ردّ ابن رشد الجدّ على ذلك بأنّ البيان في هذا الحديث إنّما هو في إجازة كراء الأرض بالذهب والفضة؛ وأمّا في المنع من كرائها بكلّ ما عدا ذلك من العروض فلا؛ لأنّ لفظ «إنّما» لا تردّ إلّا على سبب، فهي تنفي الحكم عن السبب الذي وردت من أجله، وتحقّقه في المنصوص عليه، ولا تدلّ على نفيه عمّا سواه. وذلك كأن يقال: إنّما النبيّ محمّد ﷺ، وإنّما الكريم يوسف ﷺ، وإنّما الشجاع عمرو؛ فلا ينفي ذلك النبوة عن غير النبيّ ﷺ، ولا الكرم عن غير يوسف ﷺ، ولا الشجاعة عن غير عمرو؛ وإنّما تحقّق ذلك لهم وتنفية عمّن كان سبباً لوروده، فكذلك هذه المسألة⁽⁶⁾.

وما روي عن جابر بن عبد الله أنّ رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض⁽⁷⁾. وعنه أيضاً أنّ رسول الله ﷺ قال: «من كانت له أرضاً فليزرعها، فإن لم يستطع أن يزرعها وعجز عنها، فليمنحها أخاه المسلم، ولا يؤاجرها إياه»⁽⁸⁾ وقد جاءت الروايات بهذا المعنى متعدّدة عن جابر بن عبد الله ورافع بن خديج وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري ﷺ⁽⁹⁾. وهي أحاديث تدلّ بلفظها العام على النهي عن كراء الأرض أصلاً، كان بذهب وفضة أو بغير ذلك⁽¹⁰⁾.

(1) انظر شرح ابن عبد السلام: 4م/179، الذخيرة: 392/5، منح الجليل: 447/7.

(2) انظر المتقى: 133/5.

(3) انظر المعونة: 1139/2، المتقى: 133/5. (4) انظر الذخيرة: 393/5.

(5) انظر المعونة: 1139/2. (6) انظر المقدمات: 226/2 - 228.

(7) مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(8) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(9) انظر البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(10) انظر المقدمات: 223/2، بداية المجتهد: 249/2، المفهم: 2737/5.

وقد ذكر علماء المذهب أنّ النهي فيها لا يحمل على عمومه، بل يقصر على سببه الذي خرج عليه. وسببه هو ما دلّت عليه أحاديث النهي عن المحاقلة والمخابرة من رواية رافع بن خديج وجابر بن عبد الله المتقدمة. وقيل في سبب النهي غير ذلك، وهو ما روي عن زيد بن ثابت أنّه قال: يغفر الله لرافع بن خديج، أنا والله أعلم بالحديث منه. إنما أتى رسول الله ﷺ رجلاً من الأنصار قد اقتتلا، فقال رسول الله ﷺ: «إن كان هذا شأنكم، فلا تكروا المزارع» فسمع رافع قوله: «فلا تكروا المزارع»⁽¹⁾.

ووجه قصر النهي على سببه، مع أنّ الأصح أنّ اللفظ العام المستقلّ بنفسه الوارد على سبب، أنّه يحمل على عمومه ولا يقصر على سببه؛ أنّ نهيه ﷺ عن كراء الأرض قد دخله التخصيص ولم يترك على عمومه، وذلك بما جاء في الروايات من نصّ النبي ﷺ على جواز الكراء بالذهب والفضّة؛ فإجازته ﷺ كراء الأرض بالذهب والفضّة مخصّص لعموم النهي عن، وذلك دليل على قصر النهي العام على سببه، وأنّ الشارع غير قاصد عمومته⁽²⁾. وهذا ما فهمه سالم بن عبد الله، فقد قال ابن شهاب الزهري: سألت سالم بن عبد الله عن كراء المزارع، فقال: لا بأس بالذهب والورق، قال ابن شهاب، فقلت له: أرايت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج؟ فقال: أكثر رافع، ولو كان لي مزرعة أكريتها⁽³⁾. قال الإمام الباجي في معنى قول سالم «أكثر رافع»: يريد أنّه روى من النهي ما منع منه وما لم يمنع، وأنّ النهي إنّما توجّه إلى منفعة بغير الذهب والورق، لكن رواه بلفظ العموم أو نقل اللفظ على ما سمعه ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم، من العرف والعادة أو ما يوجب التخصيص ويدلّ عليه⁽⁴⁾.

على أنّ رافعاً وجابراً الذين رويَا عموم النهي عن كراء المزارع، هما من أخيراً بأنّ ذلك مقصور على غير الذهب والفضّة⁽⁵⁾.

وما روي عن نافع، أنّ ابن عمر كان يكرّي مزارعه على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وصدراً من خلافة معاوية، ثمّ حدّث عن رافع بن خديج أنّ النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع، فذهب ابن عمر إلى رافع فسأله ابن عمر، فقال له: نهى النبي ﷺ عن كراء المزارع، فقال ابن عمر: قد علمت أنّا كُنّا نكرّي مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ، بما على الأربعاء⁽⁶⁾ وبشيء من التبن⁽⁷⁾. وفي رواية لسالم بن عبد الله بن

(1) أبو داود في البيوع، باب في المزارعة؛ النسائي في المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في

النهي عن كراء الأرض؛ ابن ماجه في الرهون، باب ما يكره من المزارعة.

(2) انظر المقدمات: 226 / 2 - 228.

(3) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض.

(4) المتقى: 143 / 5. (5) انظر المتقى: 143 / 5.

(6) الأربعاء: الجداول، جمع ربيع.

(7) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة =

عمر أن عبد الله بن عمر خشي أن يكون رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يكن علمه، فترك كراء الأرض⁽¹⁾. أي: إن ابن عمر كان يكره أرضه في عهد رسول الله ﷺ كغيره من الصحابة، على ما يزرع على جوانب الجداول والأنهار، أي: مخابرة؛ واستمر ابن عمر على ذلك إلى عهد إمارة معاوية. وقد حمل فعله لذلك على أنه لم يكن يعلم بنهي النبي ﷺ، لا على أن النبي ﷺ كان يعلم بفعله وأنه أقره عليه؛ لأن صنيعه هو نفس ما نهى عنه النبي ﷺ، بدليل أن ابن عمر امتنع من فعله بعد ما بلغه النهي من رافع⁽²⁾. وأما تركه لكراء الأرض بعد ذلك، فيحتمل أنه امتنع فقط مما كان يفعل من المخابرة والمحاولة، دون الامتناع من الكراء بغير ذلك، على ما جوزّه ابنه سالم من الكراء بالذهب والفضة؛ كما يحتمل أنه امتنع من الكراء جملة، خشية أن يكون حدث من النبي ﷺ نهى عام⁽³⁾. على أن بعض فقهاء المذهب حمل تركه للكراء جملة على الورع، كما ذهب إلى ذلك صاحب «المفهم»، ورأى أن كلام ابن عمر يظهر منه أنه كان متوقفاً في خبر رافع، غير جازم بالتحريم⁽⁴⁾. وذهب الإمام الأبي إلى أن تركه كان على سبيل الوجوب، التزاماً منه بالعمل بخير العدل الواحد⁽⁵⁾. ويمكن الجمع بين التأويلين بأن تركه للمحاولة والمخابرة كان وجوباً تصديقاً لرافع، على ما ذهب إليه الأبي من التزامه بالعمل بالخبر الواحد؛ وأن تركه لكراء الأرض على الوجه الجائز، إن كان تركه، فهو على جهة الورع، كما ذهب إلى ذلك صاحب «المفهم»، أو هو على جهة المواساة كما سينحو كل من القاضي عياض والإمام ابن عاشور بتأويل النهي إلى ذلك، إذا حمل على عمومه. فقد رأى القاضي عياض أن النهي محمول على طلب أن يرفق المسلمون ببعضهم، ويواسي بعضهم بعضاً⁽⁶⁾. مستدلاً بقول ابن عباس: إن رسول الله ﷺ لم يحرم المزارعة، ولكن أمر أن يرفق بعضهم ببعض⁽⁷⁾. وعلى هذا التأويل فالمطلوب أن تمنح الأرض دون كراء على سبيل المنيحة والعطية والحث على فعل الخير؛ والطلب الشرعي إذا كان هذا شأنه، فهو طلب إرشاد يرجع إلى التبرعات، والتبرعات مندوبة غير واجبة؛ لأنها في مرتبة التحسيني، فلا تبلغ مبلغ الوجوب، ولا النهي يبلغ مبلغ الحرمة.

= والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(1) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة

والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(3) انظر المتقى: 144/5.

(2) انظر المتقى: 143/5.

(5) إكمال الإكمال: 387/5.

(4) انظر المفهم: 2741/5.

(6) إكمال الإكمال: 396/5.

(7) الترمذي في الأحكام، باب من المزارعة. وقال: حديث حسن صحيح.

وقد لاحظ الشيخ محمّد الطاهر بن عاشور ما في الأمر بمنح الأرض والنهي عن كرائها، من السموّ في أعلى مقامات الكمال، ما لا يمكن حمل جميع الأمة عليه؛ فجعله خاصّاً بالصحابة رضوان الله عليهم. ورأى أنّ هذا الأمر من تصرفات النبي ﷺ الرّاجعة إلى تكميل نفوس أصحابه، وحملهم على ما يليق بجلال مرتبتهم في الدّين، من الاتصاف بأكمل الأحوال، ممّا لو حمل عليه جميع الأمة لكان حرجاً عليهم⁽¹⁾.

5 - الإجارة على حمل شيء - طعام أو غيره - لبلد بعيد لا يجوز تأخير قبض المعين إليه، - على ما تقدم تفصيله - بجزء منه. وعلّة الفساد ما فيه من بيع معين يتأخر قبضه⁽²⁾. فإن وقع فللأجير أجر مثله والشيء المحمول يكون كله لربّه. إلا أن يقبض الأجير الجزء المستأجر به حين العقد، أي: وقع بشرط تعجيله، أو كان العرف تعجيله فيجوز. فإن لم يكن العرف التعجيل ولم يشترط التعجيل فسدت الإجارة ولو عجل.

6 - الإجارة على فعل شيء في زمن محدد بأجرة محددة، فإن لم يفعله في ذلك الزمن تكون الأجرة أقل. ومثال ذلك: إن خطت هذا الثوب اليوم أو نجرت هذا الباب أو كتبت هذا الكتاب اليوم أو في هذه الجمعة أو هذا الشهر فلك كذا من الأجر؛ وإلا فلك أقل، أي: بأن خاطه أو نجره أو كتبه في أكثر من المدة المحددة، فالإجارة فاسدة للجهل بقدر الأجرة، كذا علّل الشيخ الدردير الفساد⁽³⁾. وعلّله القاضي عبد الوهاب وغيره⁽⁴⁾ بأن ذلك من باب بيعتين في بيعة المنهي عنه، ودليل النهي: ما روي عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة⁽⁵⁾. والتعليلان المذكوران في المدونة⁽⁶⁾.

فإن وقع فله أجر مثله ولو زاد على المسمّى، فعل المطلوب من الخياطة أو النجارة أو الكتابة في المدة المحددة أو أكثر.

واعلم أنّ محلّ فساد هذه الصورة إذا وقع العقد على الإلزام، ولو لأحد المتعاقدين. فإن كان الخيار لكلّ منهما جاز. وذلك لأن الغرر لا يعتبر مع الخيار؛ لأنّه إذا اختار أمراً فكأنّه ما عقد إلا عليه؛ لأن عقد الخيار منحلّ. وأمّا دفع دارهم بعد العقد زيادة على الأجرة ليسرع له بالعمل فذلك جائز. فإنّ أسرع الأجير فاز بالزيادة، وإلا فله الرجوع عليه لأنّه على شرط لم يتم.

(1) انظر مقاصد الشريعة: ص 35 - 36.

(2) الذخيرة: 381/5، الشرح الصغير: 269/2.

(3) وانظر أيضاً المختصر الفقهي: م 4/2 وظ.

(4) الإشراف: 657/2، المقدمات: 169/2، الذخيرة: 377/5، شرح الزرقاني على المختصر: 8/4.

(5) مالك في البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في بيعتين في بيعة؛ والنسائي في البيوع، باب بيعتين في بيعة.

(6) انظر المدونة: 390/3.

7- الإجارة على عمل تكون أجرة الأجير فيها مما يحصله من ثمن أو أجرة ممن يعاملهم، بالنصف مثلاً. ومثال ذلك: قول الرجل للأجير: اعمل على دابتي أو اعمل في حانوتي أو في حمامي أو سفيتتي ونحو ذلك، وما حصل من ثمن وأجرة⁽¹⁾ فلك نصفه مثلاً. فهذه الإجارة فاسدة للجهل بقدر الأجرة فتفسخ⁽²⁾.

فإن عمل فجميع ما تحصل يكون للعامل. وعليه لرب الدابة والسفينة والحنوت والحمام ونحو ذلك أجرة مثلها، أي: الدابة وما معها؛ وذلك لأنه يكون كأنه اكرى ذلك كراءً فاسداً⁽³⁾.

قال الشيخ الدردير: ظاهر هذا أنه عام في الدابة وغيرها وهو ما ذهب إليه كثير من شراح مختصر خليل. وقال بعضهم: إن ذلك خاص بالدابة والسفينة، وأما الحمام والدار والحنوت فما حصل من الأجرة يكون لربها وعليه للأجير أجرة مثله. مثل قوله: لتكريها كما يأتي، قال عياض: لأن ما لا يذهب فيه ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيه أجير والكسب لربّه ويستوي فيه اعمل وأجر. ونقله أبو الحسن وقبلة، وقاله اللخمي. انظر البناني.

وما تقدم عكسه في الحكم بعد الوقوع قوله: أكرها - أي: الدابة - لمن يعمل عليها ولك من الكراء النصف، فإنه يفسخ. فإن أكرها وعمل العامل عليها، فما حصل من الأجر فهو لربها، وعليه لمن أكرها أجرة مثله في تولية ما ذكر.

وإن قال ربها اعمل عليها ولك نصفه، فأكرها، فقال ابن القاسم: ما أكرت به للأجير ولربها أجرة المثل، انتهى. فيكون لربها أجرة المثل، وما حصل فللأجير، سواء عمل بنفسه أو أكرها. وأما لو قال له أكرها فأكرها فالعكس، وهو أن ما حصل من الأجر فلربها، وعليه للأجير أجرة مثله. وبقي ما إذا قال: أكرها فعمل عليها بنفسه، فهو مثل: اعمل عليها؛ لأن الإجارة فاسدة، وقد عمل عليها، فما حصل فهو له، وعليه لربها أجرة مثلها كما تقدم. وهذا كله في الدابة، ومثلها في السفينة.

وأما الحانوت والرباع والحمام، فهل هي مثل الدابة في التفصيل المتقدم، وعليه بعض الشراح كالخرشي والزرقاني أم لا؟ بل ما حصل منها لربها مطلقاً، وعليه للأجير أجرة مثله مثل قوله: لتكريها فأكرها، وهو الذي ذكره البناني في حاشيته ناقلاً عن الحطاب ناقلاً له عن عياض واللخمي، ونقله أبو الحسن كما تقدم، واعترض به على الشراح فانظره. والله أعلم.

(1) أي: ثمن المحمول كالحطب والماء وأجرة المحمول كأدمي يركبها.

(2) انظر أيضاً المدونة: 3/390، المعونة: 2/1101، تنبيه الطالب: م 4 و180، الذخيرة: 5/

380، التوضيح: و70ظ، عدة البروق: 539.

(3) شرح الزرقاني على المختصر: 8/4.

وما تقدم من هذه المسألة هو بخلاف نحو قول ربّ الدابة: احتطب عليها ولك نصف الحطب، فيجوز إن علم ما يحتطبه عليها بعادة أو شرط. فعلة الجواز العلم⁽¹⁾. وسواء قيد بزمن كيوم لي ويوم لك، أم لا كمنقلة لي ومنقلة لك. فالأجرة هنا معلومة، أي: عادة⁽²⁾، بخلاف ما تقدم. فلو قال له: ولك نصف ثمنه فلا يجوز لشدة الغرر، ووجه الغرر أنّ الأسعار تختلف ولا تنظبط⁽³⁾. ومثل الدابة السفينة والشبكة ونحوهما، فيجوز بنصف ما يحمله عليها إن كان معيناً من مكان معين.

وكذلك بخلاف نحو قوله: احصده ولك نصفه - مثلاً -، أو جدّ نخلي هذا ولك نصفه، أو القط زيتوني هذا ولك نصفه، أو جز صوفي هذا ولك نصفه؛ فيجوز لأن الأجرة وما أوجر عليه معلومان، حيث إنهما محصوران مرثيان⁽⁴⁾.

وأما قوله: احصد وما حصدت فلك نصفه، أو ألقط زيتوني وما لقطت فلك نصفه؛ فجائز أيضاً، إلا أنه من باب الجعالة فله الترك متى شاء؛ لأنّ الجعالة يجوز فيها الغرر لكونها منحلة من طرف العامل⁽⁵⁾. بخلاف ما قبله فهو من الإجارة اللازمة. ويكون الدرس والتذرية عليهما. وتقدّم أنّه إن قال: احصده وادرسه ولك نصفه، أو ادرسه فقط، ففاسد وله أجرة مثله لشدة الغرر⁽⁶⁾، أي: في قدر الأجرة وصفتها؛ لأنه لا يعلمها إلا بعد التصفية.

ثم الجواز مقيد بعدم تعيين الزمن. فإن عيّنه فسدت، ودليل الفساد: ما نقله المصنف عن المدونة، من ذكرها لكلية فقهية، وهي أن ما لم يجر ببيع لم يجر أن يستأجر به مع ضرب الأجل في الجعل، ولا يجوز في الجعل إلا أن يشترط أن يترك متى شاء فيجوز. ووجه القاعدة في جانب البيع، أنه لو قال الرجل للرجل: أبيعك ما ألقطه اليوم بكذا وكذا؛ فلا يجوز للجعل بالمبيع، وكذلك في الجعالة⁽⁷⁾. وعلة الفساد وعدم الجواز الجعل بالأجر؛ لأن تعيين الزمن يجعل ما يحصد ويجذ ويلتقط في الإجارة مجهولاً، ويكون نصفه الذي هو الأجر مجهولاً⁽⁸⁾.

ودليل لزوم أجرة المثل في ما ذكر من ذلك في الإجارة الفاسدة، لا الأجرة المسماة⁽⁹⁾، على ما تقدّم: قياس بيع المنافع في الإجارة على بيع الأعيان، والعلّة أنّ

(1) انظر أيضاً تنبيه الطالب: م 4 و180، التوضيح: و70.

(2) انظر الذخيرة: 381/5.

(3) انظر الذخيرة: 381/5، شرح الزرقاني على المختصر: 10/4.

(4) وانظر المعونة: 1115/2، عدة البروق: 552.

(5) انظر تنبيه الطالب: م 4 و180، حاشية الصاوي: 271/2.

(6) المدونة: 421/3.

(7) انظر المدونة: 421/3.

(8) انظر المعونة: 1115/2، البيان والتحصيل: 481/8، عدة البروق: 552.

(9) الأجرة في الإجارة ثمن للمنافع، والثمن في البيع عوض عن الأعيان. انظر المعونة: 1101/2.

المنافع أحد نوعي المعاوضات كالأعيان. والحكم المقيس عليه أنه لو ابتاع بيعاً فاسداً فقات، فإن عليها قيمته دون ثمنه، كذلك الإجارة⁽¹⁾.

8 - لا يجوز للأعزب أن يستأجر امرأة تخدمه؛ لورود النهي عن خلوة الرجل بالمرأة⁽²⁾.

تعجيل الكري قبل أجله الذي عقد عليه:

من استأجر دابة أو غيرها لحمل أمتعة عند زمن تمّ تعيينه، ثم سأل صاحب الكري قبل الزمن المعين أن يعجل له الحمولة، ويزيده في الأجرة؛ فإن ذلك لا يجوز لما فيه من القاعدة الربوية «ضع وتعجل». ومعنى هذه القاعدة أن الذي عليه الدين عجل للذي له الدين بعض دينه قبل أن يحلّ أجله، فكأنه أسلفه إياه على أن يقتضيه من نفسه لنفسه في دينه إذا حلّ أجله، على أن يحط عنه بقيته، وحطيطة إياه عنه عطية منه له، فكان ذلك الزيادة في السلف محضاً، فكما لا يجوز أن يعجل له بعضه على أن يعطيه بقيته، فكذا لا يجوز له أن يعجل له جميعه على أن يزيده زيادة؛ إذ لا فرق في المعنى بين أن يعجل له بعض دينه على أن يضع عنه بقيته، وبين أن يعجله له على أن يعطيه شيئاً آخر، فإذا لم يجز أن يعجل له بعض دينه على أن يعطيه شيئاً آخر، كان أحرى ألا يجوز أن يعجل له جميعه على أن يعطيه شيئاً من الأشياء يزيده إياه⁽³⁾.

ما يجوز في الإجارة:

- اجتماع إجارة مع بيع، صفقة واحدة، فلا تفسد، بل يصحان معاً. سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كشرائه ثوباً أو جلوداً على أن يخيطه أو يخزها بكذا، أو استئجار أجير ليبنى داراً على أن الآجر والجص من عنده⁽⁴⁾؛ أو كانت الإجارة في غير المبيع، كشرائه ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر. ووجه صحة البيع والإجارة إذا اجتمعا في صفقة واحدة، انعدام العلة التي من أجلها دخل الفساد عند اجتماع الإجارة مع الجعل في صفقة، واجتماع البيع مع الجعل في صفقة؛ وهي تنافي أحكام العقدين المجتمعين؛ أما أحكام الإجارة فهي متوافقة مع أحكام البيع، في الأركان والشروط غالباً⁽⁵⁾. قال الإمام مالك: لأنهما كنوع واحد⁽⁶⁾. وما يجعلهما

(1) انظر الإشراف: 2/ 656، 658، المعونة: 2/ 1102.

(2) الفائق: م 4/ 99.

(3) المدونة: 3/ 392.

(4) انظر المقدمات: 2/ 182، الذخيرة: 5/ 415، بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد

الصاوي: 2/ 268.

(5) الفائق في الأحكام والوثائق لابن راشد القفصي: مخ رقم 6154 م 4 و2.

كنوع واحد أن عقد البيع بيع أعيان وعقد الإجارة بيع منافع، ويقع ذلك فيهما في المعلوم دون المجهول⁽¹⁾.

- إجارة دابة ونحوها كسفينة ودار، لمسافة محدّدة أو مدّة محدّدة، على أنّه إن استغنى في المدّة أو المسافة المعينة لظفره بحاجته في أثناء الطريق حاسب ربّها، أي: كان لربّها بحساب ما سار المستأجر أو سكن، صعوبة وسهولة. ووجه الجواز في ذلك أنّه كأنه قال له: أكرّيك من هذا الطريق كلّ بريد بكذا، وأجرتك الدار بحساب كلّ شهر بكذا؛ فيكون ذكر المسافة لتتقدّر به الأجرة⁽²⁾. أي: لأنها إجارة بخيار، أي: لأن الخيار هنا هو في الآن، كلما مضى من المسافة أو المدّة شيء كان بالخيار فيما بقي، وهو ليس كالخيار في السلعة تشتري على الخيار فيها مدة طويلة يحتاج في توفيتها إلى انقضاء أمد الخيار⁽³⁾.

ومحلّ الجواز إن لم ينقد الأجرة فإن نقدها لم يجز، وعلل الشيخ الدردير عدم الجواز بتردد الإجارة بين السلفية والثمنية⁽⁴⁾. وأضاف ابن عبد السلام علة أخرى، وهي الغرر⁽⁵⁾.

- إيجار شيء مؤجّر - بفتح الجيم - . أي: إن من أجر حيواناً أو غيره مدّة معلومة كشهر أو سنة، يجوز له أن يؤجره قبل انقضائها مدّة تلي مدّة الإجارة الأولى للمستأجر الأول أو لغيره. وذلك ما لم يجر عرف بعدم إيجارها إلّا للأول، كالأحكار الموقوفة بمصر، وإلا عمل به؛ لأن العرف كالشرط. وصورة ذلك أن يستأجر إنسان داراً موقوفة مدّة معينة، وأذن له الناظر بالبناء فيها ليكون له خلو في تلك المدّة، وجعل عليها حكراً كلّ سنة من تلك المدّة لجهة الوقف، فليس للناظر أن يؤجرها لغير مستأجرها مدّة تلي مدّة إيجار الأول لجريان العرف باختصاص الأول بذلك. ومحلّه إذا أراد أن يدفع الأول من الأجرة مثل ما يدفعه الغير، وإلا جاز إيجارها للغير.

- إيجار ما استثنيت منفعته عند البيع بأن استثنى البائع منفعة ما باع، داراً أو غير ذلك مدّة معلومة، فللمشتري منه أن يؤجر ما اشتراه مدّة تلي مدّة الانتفاع، على أن يقبضها - أي: الدار ونحو ذلك - المستأجر بعد مضي مدّة الانتفاع. وسيأتي أنه يجوز استثناء السنة في الدار والستين في الأرض وثلاثة أيام في الدابة.

- النقد في إيجار المؤجّر والمبيع المستثنى منفعته. ومحلّ جواز الإيجار والنقد فيهما إن لم يتغير غالباً، بأن كان الشأن عدم تغييره، وهو صادق بصورتين، ما إذا كان

(1) انظر الإشراف: 660/2، والذخيرة: 382/5، وعدة البروق: 550.

(2) المعونة: 1102/2.

(3) انظر البيان والتحصيل: 74/9، تنبيه الطالب: 4م/193ظ، التوضيح: 78و.

(4) انظر أيضاً التوضيح: 78و. (5) تنبيه الطالب: 4م/193ظ.

الغالب سلامته، أو احتمال السلامة وعدمها، لكن الصورة الأولى متفق عليها، والثانية فيها خلاف. هذا بالنسبة للإيجار فيهما. وأما النقد فيهما فإتما يجوز إن غلبت السلامة فيهما، لا إن لم تغلب بأن كان الشأن عدمها لطول المدة أو ضعف البناء أو نحو ذلك من كل ما شأنه التغير لكثرة العلاج فيه كالطاحونة والمعصرة، واحتمل الأمر فعلم أنّ الصور في عدم التغير غالباً ثلاث:

الأولى: الشأن السلامة فيجوز العقد والنقد قطعاً.

الثانية: عدمها، فلا يجوز عقد ولا نقد.

الثالثة: احتمال الأمرين، فيجوز العقد لا النقد عند ابن عرفة وابن شاس. وقيل:

لا يجوز العقد فلا نقد. وهو لابن الحاجب و خليل في التوضيح.

فقول: «إن لم يتغير غالباً» راجع للعقد والنقد. إلا أنه يوهم أن الصورة الثالثة يجوز فيها النقد وليس كذلك لما علمت من أن النقد لا يجوز فيها اتفاقاً، وإنما الخلاف في أصل العقد.

والمراد بـ«إن لم يتغير»، أي: في المدة الثانية التي تلي الأولى؛ لأن الكلام فيها؛ لأنها التي يستوفى منها المنافع لا الأولى.

- الإيجار على طرح نجاسة، كميته وعذرة، بأجر معلوم، وإن استلزم ذلك مباشرة النجاسة، للضرورة الداعية إلى إبعادها عن مجتمعات الناس فهو داخل في قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات. والضرورة هنا حفظ النفس من أضرار النجاسات وعفونتها؛ قال القرافي في بيان المقصد الشرعي من الجواز: لأنّ الغرض إبعادها، لا هي⁽¹⁾.

وكذا يجوز الإيجار على ما يلي:

* على حملها للانتفاع بها على الوجه الجائز، كحملها لأكل الكلاب أو تسيخ أرض، وحمل جلد ميتة مدبوغ لاستعماله في اليايسات والماء. أي: ووجه الجواز هو الدليل الشرعي على إباحة الانتفاع بها، وتقدم التذليل على ذلك في باب الطهارة.

* على أكل مضطر. ووجه الجواز على الإجارة على ذلك قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات.

- الإيجار على القصاص، من قتل أو قطع، حكم به الحاكم العدل وسلّمه للمجني عليه أو لوليه. والدليل على ذلك:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: 177].

ووجه الاستدلال بالآية أنّ القصاص إذا كان مكتوباً، ولم يكن صاحب الدم ممّن

يحسن أن يستوفيه لنفسه، ولا يلزم غيره أن ينوب عنه بغير عوض؛ لأنه ليس من فروض الأعيان؛ فلم يبق إلا الاستتجار عليه⁽¹⁾.

ب - القياس على ذبح الشاة، بجامع أنه إتلاف نفس مباح إتلافها، فجازت الإجارة عليه⁽²⁾.

وأما الإجارة على القتل ظلماً فلا تجوز، وعلة عدم الجواز أن المنفعة محرمة⁽³⁾. فإن وقعت اقتصر من الأجير، ولا أجره له لقاعدة أن المحرم لا قيمة له شرعاً⁽⁴⁾. ولا يقتصر من المؤجر؛ لأن المباشر مقدم على المتسبب.

- الإيجار على الحجامة. والدليل:

أ - فعل النبي ﷺ، فعن أنس بن مالك أنه قال: «احتجم رسول الله ﷺ، حججه أبو طيبة، فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه»⁽⁵⁾. فقوله فأمر له بصاع من تمر، فهو على معنى الإجارة، بدليل ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجامة أجره، ولو علم كراهية لم يعطه»⁽⁶⁾. وفي رواية ابن عباس: «أن النبي ﷺ احتجم، وأعطى الذي حججه، ولو كان حراماً لم يعطه»⁽⁷⁾. ووجه الاستدلال أن الأجر على الحجامة لو كانت حراماً لما أعطاها النبي ﷺ للحجامة، كما ذكر ابن عباس؛ لأنه ﷺ لا يؤكل إلا ما يحل أكله، ولا يجعل ثمناً ولا عوضاً ولا جعلاً بشيء من الباطل⁽⁸⁾.

ب - عن محبيصة الأنصاري أنه استأذن رسول الله ﷺ في إجارة الحجامة فنهاه عنه، فلم يزل يسأله ويستأذنه حتى قال: «اعلفه نضاحك» يعني رقيقك⁽⁹⁾. وفي رواية أحمد أنه كان له غلام حجام يقال له: أبو طيبة، يكسب كسباً كثيراً، فلما نهى

(1) انظر الإشراف: 657/2، الذخيرة: 422/5.

(2) انظر الإشراف: 657/2. (3) الذخيرة: 422/5.

(4) الذخيرة: 422/5.

(5) مالك في الاستئذان، باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجامة 974/2؛ البخاري في البيوع، باب ذكر الحجامة 741/2؛ مسلم في المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

(6) البخاري في الإجارة، باب خراج الحجامة 796/2؛ ومسلم في المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

(7) البخاري في البيوع، باب ذكر الحجامة.

(8) انظر الإشراف: 922/2، والمنتقى: 297/7، التمهيد: 224/2، عارضة الأحوذى: 276/5، البيان والتحصيل: 446/8، إكمال الإكمال: 448/5.

(9) الموطأ في الاستئذان، باب ما جاء في الحجامة وإجارة الحجامة؛ الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كسب الحجامة؛ أبو داود في الإجارة، باب في كسب الحجامة؛ ابن ماجه في التجارات، باب كسب الحجامة.

رسول الله ﷺ عن كسب الحجام استرخص رسول الله ﷺ فيه، فأبى عليه، فلم يزل يكلمه فيه ويذكر له الحاجة، حتى قال له: «لتلق كسبه في بطن ناضحك»⁽¹⁾. والاستدلال من الحديث يظهر من وجهين:

* إِمَّا أَنْ النّهي فيه أولاً محمول على التنزيه وفعل الأولى والحضّ على الورع، لا على التحريم؛ لأنّه لو كان على التحريم لما جاز للسائل تملك الأجرة ولا إطعام رقيقه بها؛ لأنّه مكلف في رقيقه في الحلال والحرام بمثل ما هو مكلف به في نفسه. ولذلك اعتبر عدد من فقهاء المذهب الحديث دليلاً أصلياً على الإباحة⁽²⁾.

* وإمّا أَنْ النّهي محمول على الكراهة، وأنّه منسوخ بعد سؤال محيصة وإلحاحه في الاستئذان فيه. ووجه الكراهة ما روي أنّ قريشاً كانت تكره وتتكرم أن تأكل من كسب غلمانها في الحجامة، وقيل غير ذلك؛ فيحتمل أن يكون رسول الله ﷺ أجرى تلك الكراهة، ثمّ لما علم حاجة الناس إليه أباحه ونسخ الكراهة. ودليل النسخ فعل النبي ﷺ والإجماع⁽³⁾.

ج - عمل أهل المدينة المتصل، على ما فسّر به ابن رشد الجّد قول الإمام حين سئل عن أكل خراج الحجّام، فقال: لا بأس به، وما زال الناس بالمدينة يأكلونه ويتخذونهم⁽⁴⁾.

د - إجماع الصحابة عليه. فعن الليث بن سعد قال: سألت ربيعة عن كسب الحجّام، فقال: لا بأس به، وكان للحجّامين سوق بالمدينة على عهد عمر رضي الله عنه ولولا أن يأنف رجال لأخبرتك بأبأء لهم كانوا حجّامين. وعلى هذا يكون ما أقرّه عمر رضي الله عنه ولم ينكره بمحضر الصحابة، قد حصل الإجماع عليه⁽⁵⁾.

وأما ما روي عن رافع بن خديج أنّه قال، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «شرّ الكسب مهر البغيّ، وثمن الكلب، وكسب الحجّام» وفي رواية له أيضاً: «ثمن الكلب خبيث ومهر البغيّ خبيث وكسب الحجّام خبيث»⁽⁶⁾، فقد تعدّدت الآراء فيه على النحو التالي:

* أن يكون منسوخاً إن حمل لفظ «شرّ» على بابها من التحريم، وكذلك لفظ

(1) أحمد في المسند.

(2) التمهيد: 2/225، عارضة الأحوذى: 5/276، البيان والتحصيل: 8/446، المفهم: 5/2799، إكمال الإكمال: 5/448.

(3) المنتقى: 7/298، التمهيد: 2/224، 226، عارضة الأحوذى: 5/276، 277.

(4) العتبية مع البيان والتحصيل: 8/455.

(5) انظر المنتقى: 7/298، البيان والتحصيل: 8/455.

(6) الروايتان في مسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب.

«خيث». ودليل النسخ ما تقدم من أدلة الجواز⁽¹⁾.

* أو يكون على جهة التنزه والحضن على الورع وفعل الأولى، بحمل لفظي «شر» و«خيث» على ذلك، مثل قوله ﷺ: «خَيْرُ صُفُوفِ الرِّجَالِ أَوْلَاهَا، وَشَرُّهَا آخِرُهَا، وَخَيْرُ صُفُوفِ النِّسَاءِ آخِرُهَا، وَشَرُّهَا أَوْلَاهَا»، بدليل عدم لزوم المساواة بين المعطوفات في الحكم، أي: بين مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام؛ لأنه قد يعطف الشيء على الشيء وحكهما مختلف، ويكون ذلك من باب استعمال المشترك ويراد به جميع متناولاته، أو من باب استعمال اللفظ في القدر المشترك بين الحرام والمكروه إن قيل بالكراهة⁽²⁾.

* أو يكون محكماً غير منسوخ، ومحمول على التحريم، ولكن بحمله على ما كان يفعله الحجام من أهل الجاهلية من جمع ما يفصده من دم الإبل والبقر وسائر الحيوان، ويبيعه لمن يأكله من الكفار أو لمن يستعمله في شيء، فعلى هذا يكون ثمنه حراماً، لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكَلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ»⁽³⁾. ويؤيد هذا ما جاء عن عون بن أبي جحيفة قال: «رَأَيْتُ أَبِي اشْتَرَى حَجَّامًا فَأَمَرَ بِمَحَاجِمِهِ فَكُسِرَتْ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الدَّمِ، وَثَمَنِ الكَلْبِ، وَكَسْبِ الأُمَّةِ...» الحديث⁽⁴⁾. فثمن الدم هو ما يبيعه الحجام من دم الحجامة. وأما أجره الحجامة فليست بثمن للدم على الحقيقة، وإنما هي أجره تعب وعمله⁽⁵⁾.

- الإيجار على معالجة الدواب. وهو عمل البيطار. ودليل الجواز⁽⁶⁾: أن في ذلك الإبقاء على استدامة الانتفاع بها، وقد قال النبي ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ ﷻ حَيْثُ خَلَقَ الدَّاءَ خَلَقَ الدَّوَاءَ فَتَدَاوَا»⁽⁷⁾. وقال: «أَنْزَلَ الدَّوَاءَ الَّذِي أَنْزَلَ الأَدْوَاءَ»⁽⁸⁾.

- الإيجار على الأدب لابن، ولا يطلب ثبوت موجب الأدب عند الأب إذ يصدق الأب في ابنه الصغير. وأما الولد الكبير فلا يؤدبه الأب، بل يؤدبه الحاكم بالثبوت بشهادة بينة عادلة.

- إيجار دار نحو ثلاثين عاماً ولو شرط النقد. ودليل الجواز ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكُمَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ عَلَيْكَ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَابًا

(1) الجامع لأحكام القرآن: 106/6.

(2) انظر التمهيد: 226/2، المفهم: 2799/5، إكمال الإكمال: 448/5.

(3) سبق تخريجه.

(4) البخاري في البيوع، باب ثمن الكلب.

(5) انظر المتقى: 299/7، التمهيد: 225/2، المفهم: 2800/5، إكمال الإكمال: 448/5.

(6) البيان والتحصيل: 455/8.

(7) أخرجه أحمد في مسند أنس بن مالك.

(8) أخرجه مالك في الجامع، باب تعالج المريض.

فَإِنَّ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴿﴾ [القصص: 27]، والاستدلال بالآية بناء على القاعدة الأصولية «أَنَّ شَرَعَ مِنْ تَقَدَّمَ لَنَا مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى نَسْخِهِ»⁽¹⁾.

ب - القياس على السنة، بجامع أنها مدة، أي: ما زاد على سنة، تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها منها، كالسنة⁽²⁾.

ووجه جواز اشتراط النقد هو كونها مأمونة التغير غالباً⁽³⁾.

فإن كانت قديمة يحتمل بقاؤها ثلاثين وعدمه جاز العقد دون النقد. وإذا كانت قديمة جداً لا تبقى ثلاثين عادة لم يجز كراؤها الثلاثين. فالعلة في اختلاف الحكم بين الجواز وعدمه في الحالات الثلاث، هو الوثوق في بقاء الدار على حالها وعدم بقائها وتغييرها⁽⁴⁾.

- إجارة أرض للزراعة مأمونة الريّ خمسين عاماً، لا أكثر. ودليل جواز كراء الأرض الأعوام الكثيرة، ما يلي:

أ - عن ابن عمر أنّ اليهود سألوا النبي ﷺ أن يقرّهم، على أن يكفوا العمل، ولهم شطر الثمرة. فقال النبي ﷺ: «نقرّكم على ذلك ما شئنا»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّ الحديث نصّ في جواز كراء الأرض الأعوام الطوال⁽⁶⁾.

ب - فعل الصحابي، فقد روي عن عبد الرحمن بن عوف أنّه تكارى أرضاً، فلم تزل في يديه بكراء حتى مات. قال ابنه: فما كنت أراها إلّا لنا من طول ما مكثت في يديه، حتى ذكرها لنا عند موته، فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها، ذهب أو ورق⁽⁷⁾.

فإنّ لم يؤمن من ريثها جاز العقد عليها هذه المدة دون النقد.

- بيع دار ليقبضها مشتريها بعد عام من يوم بيعها، فيجوز استثناء منفعتها سنة؛ وبيع أرض لتقبض بعد عشرة أعوام، فيجوز استثناء منفعتها عشراً. ووجه الجواز مع أن

(1) الإشراف: 663/2، الذخيرة: 424/5. (2) الإشراف: 663/2.

(3) شرح الخرشي على المختصر وحاشية العدوي عليه: 233/7.

(4) انظر الذخيرة: 424/5، تنبيه الطالب: م4/188، شرح الخرشي على المختصر: 233/7.

(5) عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها؛ وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين، وأراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ ليقرّهم بها أن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر. فقال لهم رسول الله ﷺ: «نقرّكم بها على ذلك ما شئنا» فقرّوا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء. البخاري في المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أقرّك ما أقرّك الله 824/2 حديث 2213؛ مسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع 1187/2 حديث 1551.

(6) انظر المنتقى: 144/5.

(7) الموطأ في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض 712/2 حديث 4.

في ذلك بيع معيّن يتأخر قبضه؛ ما في الدار والأرض من قوة الأمن من تغييرهما، فاغتفر فيهما بيع معين يتأخر قبضه⁽¹⁾.

- بيع حيوان ليقبض بعد ثلاثة أيام ونحوها، لا بعد عشر لأن الغالب فيها تغييره فيتردد الثمن بين السلفية والثمنية، وكره فيه استثناء المتوسط كخمسة أيام لاحتمال تغييره.

- بيع الثوب المعين والنحاس ونحو ذلك، واستثناء منفعته مدّة دون نصف شهر لا أزيد، لما فيه من السلم في معين. ولا يرد على هذا تأجير الدور والأراضي الزمن الطويل لأن السلم لا يكون فيها لأن من شرطه أن يكون في الذمة وهذه الأشياء لا تقبلها الذمم بحال⁽²⁾.

- كراء دابة ليقبضها المكثري بعد شهر من يوم الكراء، فيجوز إذا لم يشترط مكريها نقد الأجرة. والدليل على جواز الكراء وتأخير القبض:

أ - ما روته عائشة رضي الله عنها، زوج النبي ﷺ قالت: «استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خربتاً، وهو على دين كفار قريش، فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليالٍ، فأتاهما براحتيهما صبح ثلاث⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن رسول الله ﷺ استأجر الراحتين، وأخر قبضهما بعد ثلاث ليالٍ، وفعله يدل على الجواز.

ب - أن الغرر الذي في ذلك يسير فيما الظاهر من أمره السلامة، والغرر اليسير في العقود جائز⁽⁴⁾.

ج - أن الإجارة تقتضي تأخير النقد حتى تستوفى المنافع، فلم يؤثر تأخير قبض المنافع في العقد تأثيراً يخرج به عن مقتضاه⁽⁵⁾.

ووجه الجواز في هذه المدّة لا أكثر، سرعة التغيير في الحيوان⁽⁶⁾.

فإن اشترط المكري النقد لم يجز، لتردده بين السلفية والثمنية. والنقد بلا شرط لا يضر؛ لأنّ علّة المنع للتردد لا تكون إلّا في شرط النقد كما تقدّم في الربويات.

(1) شرح الزرقاني على المختصر: 14/4.

(2) انظر أيضاً الذخيرة: 293/5. واعترض بأنّ هذه المسألة ليست من باب الإجارة فحقها أن تذكر في البيوع. والجواب أنّ المنفعة المستثناة إجارة حكماً، فإذا باع الدار بمائة مثلاً على أن يقبض بعد عام فقد باعها بالمائة وبالانتفاع بتلك الدار تلك المدّة؛ فكان البيع بمائة وعشرة مثلاً دفع المشتري بدل العشرة منفعة الدار. ويقال في استثناء الأرض والحيوان كذلك.

(3) البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة.

(4) المنتقى: 115/5. (5) المنتقى: 115/5.

(6) شرح الخرخشي على المختصر: 235/7.

- الإجارة على صنعة محددة بعمل، نحو خط هذا الثوب أو احصد هذا الفدان أو احفر لي بئراً بكذا. أو الإجارة على صنعة محددة بزمان كخط عندي يوماً أو شهراً، أو ابن لي بيتاً، ونحو ذلك كل يوم أو كل جمعة أو شهر أو جميع الشهر أو السنة بكذا.

وتفسد الإجارة إن جمع العمل والزمن وتساويا، بأن كانت العادة أن الزمن لا يزيد على الفعل ولا ينقص. قال ابن رشد: اتفاقاً. وقال ابن عبد السلام: على المشهور. وعلة الفساد وعدم الجواز الغرر. ووجه الغرر أنه قد يفرغ من العمل قبل الأجل فيزاد له في العمل، وقد ينتهي الأجل فينقص العمل⁽¹⁾. ووجه آخر أن الأجل يقتضي استحقاق منفعة الأجير وامتناع العمل للغير؛ وتعيين العمل يقتضي تعلقاً بصفة الفعل فقط، دون منافع الأجير، فله العمل للغير؛ لهذا كان الجمع بين العمل والزمن تناقضاً⁽²⁾.

وأما إذا كان الزمن ينقص عن العمل فإنه يفسد بالأولى، على كلا الطريقتين، أي: طريقة ابن رشد وطريقة ابن عبد السلام. وأما لو كان الزمن أكثر فقال ابن عبد السلام: يجوز اتفاقاً، وقال ابن رشد: بل تفسد على المشهور، لاحتمال طارئ على الأجير يمنعه من العمل، أي: فيدخله الغرر. وعلى الفساد حيث قلنا به اتفاقاً أو على المشهور، فاللازم أجره المثل زادت على المسمى أو قلت، والله تعالى أعلم.

- إيجار مريض لترضع طفلاً، وإن كان فيه استيفاء عين قصداً، وأن تلك العين مغيبة. وهذا في بني الإنسان وفي الحيوان. ودليل الجواز:
أ - قوله تعالى: ﴿إِن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ وَأُمَّهَاتُهُنَّ بِرُحْمَةٍ وَأَنْ يَتَّبِعْنَ بِرُحْمَتَهُنَّ وَإِنْ تَأَسَّرْتُمُ فَاسْتَرْضِعْنَ لَهُنَّ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: 6]، ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر المطلقين أن يعطوا مطلقاتهم البائنات أجورهن على الرضاع، إذا رغبين في إرضاع أولادهن منهم، حيث كان الرضاع ليس واجباً عليهن⁽³⁾. والأمر بإعطاء الأجرة على الرضاع فرع من جواز الإجارة على ذلك.

ب - الضرورة الداعية لذلك. ووجهها أن حياة المولود متوقفة عادة على الرضاع⁽⁴⁾، فهي مندرجة في كلية حفظ النفس.

(1) انظر المنتقى: 5/115، الذخيرة: 5/420، تنبيه الطالب: م/4/186.

(2) انظر الذخيرة: 5/420.

(3) انظر الجامع لأحكام القرآن: 18/168، التحرير والتنوير: 28/328.

(4) الذخيرة: 5/407، تنبيه الطالب: م/4/183، التوضيح: م/4/72، شرح الزرقاني على

المختصر: 4/14.

ويكون غسل بدن الطفل وغسل خرقة على أبيه لا على المرضع، إلا لعرف أو شرط، فيعمل به.

ولزوج المرضع فسخ الإجارة إن لم يأذن لها في الإرضاع. وتعليل أحقية الزوج في الفسخ إن لم يأذن، هو الضرر الذي يلحقه بتشاغلها عنه وتغير حالها، وأن له الحق في الوطاء لا يسقط عنه إلا برضاه وإذنه⁽¹⁾.

فإن أذن لها فليس له الفسخ. ولأهل الطفل فسخ العقد إن حملت المرضع من زوجها أو غيره زمن الرضاع. وإنما كان لهم الفسخ لأن الحمل مظنة تضرر الولد بلبنها. وذكر القاضي عبد الوهاب أنّ دليل تخيير أهل الطفل بين الفسخ وعدمه، أنّ المنفعة أسلمت لهم بنقص أو عيب، ووطء المرضع أو حملها عيب عند الناس يكرهونه، ويتضرر به الطفل⁽²⁾. ويبيّن القرافي وجه الضرر، بأنّ الوطاء يقطع اللبن بالحمل، أو يقلّه أو يفسده؛ لما بين الثدي والرحم من المشاركة؛ ونسب ما قاله إلى الأطباء، أي: في عصره⁽³⁾.

قال ابن عبد السلام: ولها بحساب ما أرضعت، فلو كانت أكلت الأجرة لم تحسب عليها لأنهم تطوّعوا بدفعها لها.

وللمرضع أيضاً فسخ العقد إن مات أبو الطفل ولم تقبض الأجرة منه قبل موته ولم يترك له مالاً ولا مال للولد تأخذ أجرتها منه، ولم يتطوّع بالأجرة أحد من قريب أو بعيد. ووجه الفسخ ما في بقائها على العقد من الضرر، والضرر يزال شرعاً⁽⁴⁾. وإلا فلا فسخ لها؛ لانتهاء الضرر⁽⁵⁾.

فإن ترك أبوه مالاً لم يكن لها الفسخ وتقبض أجرتها من نصيب الولد في تركه أبيه.

وإن قبضت من الأب أجرتها قبل موته لم يكن لها الفسخ وعندئذ يتبع الورثة الولد بما زاد على يوم موت الأب من الأجرة التي عجلها لأن الزائد يكون ميراثاً بينهم وبين الولد فيرجعون به على مال الرضيع لا على الظئر، فليس إعطاء الأب أجرة رضاعه هبة منه للرضيع، وإنما إرضاعه عليه فرض انقطع بموته. ومحل رجوع الورثة على الولد بما زاد على يوم الموت ما لم يعجل الأب الأجرة خوفاً من موته الآن، وإلا كانت هبة ليس للورثة منها شيء.

ويمنع زوج المرضع إن أذن لها في الإرضاع من وطئها؛ لأنّه مما يضرّ بالطفل

(1) انظر الذخيرة: 408/5، تنبيه الطالب: م/4 و184و، التوضيح: و72.

(2) انظر الإشراف: 659/2، المختصر الفقهي: م/4 و10ظ.

(3) انظر الذخيرة: 408/5. (4) انظر الذخيرة: 411/5.

(5) انظر الذخيرة: 411/5.

ولو لم يحصل له ضرر بالفعل⁽¹⁾.

وقال أصبغ: لا يمنع الزوج من الوطء إذا أذن، إلا أن يشترطوا عليه أو يتبين ضرر ذلك على الصبي؛ وعلل اشتراط القيد لل منع من الوطء بأن الحمل موهوم. ودليله على عدم منع الزوج من وطء زوجته الظئر عند انعدام القيد، قوله ﷺ: «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة؛ حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك، فلا يضّر أولادهم»⁽²⁾. ومعنى الغيلة - كما فسرها الإمام مالك -: أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ لم ينه عنها؛ لأنه تبين له أنها لا ضرر فيها⁽⁴⁾. فلو تزوجها ووجدها مرضعاً قال ابن عرفة: الأظهر أنه عيب يوجب الخيار، ووجه الخيار أن الوطء حق له، ويتضرر بعدمه⁽⁵⁾.

كما يمنع الزوج من السفر بزوجه المرضع إن أذن لها في الرضاع، فإن لم يأذن لها فله ذلك وله الفسخ.

وأما لو أراد أهل الطفل السفر فلا يمكن من أخذ الولد، إلا إذا دفعوا للمرضع جميع أجرتها، حيث كانت وجيبة. وتعليل ذلك أن العقد لازم لهم⁽⁶⁾.

- الإجارة على تعليم القرآن ودليل الجواز ما يلي:

أ - قوله عليه الصلاة والسلام: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله تعالى»⁽⁷⁾. البخاري في الطب، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، عن ابن عباس. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أجاز ما يؤخذ أجرأ على كل ما يبذل للغير من جهد ومنفعة تتعلق بالقرآن، كالرقيا والتعليم.

ب - حديث سعد الساعدي في قصة المرأة الواهبة نفسها للنبي ﷺ، وفيه قوله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»⁽⁸⁾. ووجه الاستدلال أن الباء في «بما» تسمى باء التعويض، فيدل الحديث على جواز جعل تعليم القرآن أجرة، أي: مهراً، في

(1) كذا علل الشيخ الدردير، وانظر الإشراف: 659/2.

(2) أخرجه مالك في الرضاع، باب جامع ما جاء في الرضاعة؛ ومسلم في النكاح، باب جواز الغيلة؛ عن عائشة.

(3) الموطأ: 608/2.

(4) انظر المنتقى: 156/4، الذخيرة: 409/5، تنبيه الطالب: م4/184، المختصر الفقهي: م4/10 و.

(5) انظر الذخيرة: 408/5. (6) انظر الذخيرة: 408/5.

(7) ووقع التذليل بهذا الحديث في الذخيرة: 400/5، تنبيه الطالب: م4/186، بلغة السالك: 2/274.

(8) مالك في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء؛ والبخاري في النكاح، باب السلطان ولي؛ ومسلم في النكاح، باب الصداق. ولفظ مسلم: «قد ملكتها بما معك من القرآن».

النكاح؛ لأنّ التعليم لما كان يتطلّب جلوساً للتعليم ووقتاً وبذل جهد، كان منافع مبذولة من الرجل للمرأة، وهذه المنافع متقوّمة من الرجل؛ فجاز بذلك أخذ الأجرة عليها. وبذلك تكون الأجرة مأخوذة في مقابل المنافع المبذولة، وليست في مقابل أصل القرية⁽¹⁾.

ج - حديث أبي سعيد الخدري عن الرهط من أصحاب النبي ﷺ، أنّ أحدهم رقى سيّد حيّ من أحياء العرب. وقد تقدم.

د - إجماع أهل المدينة. ذكره ابن رشد الجدّ، وقال: فهم الحجّة على من سواهم، ممّن خالف في ذلك⁽²⁾.

هـ - القياس على الإجارة على بناء المساجد، بجامع القرية غير المتعيّنة⁽³⁾.

وأما ما روي عن عبادة قال: علمت ناساً من أهل الصفة الكتاب والقرآن، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمني عنها في سبيل الله ﷻ، لآتين رسول الله ﷺ فلا سألنّه؟ فأتيته فقلت: يا رسول الله رجل أهدى إليّ قوساً ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن: وليست بمال وأرمني عنها في سبيل الله؟ قال: «إن كنت تحب أن تطوّق طوقاً من نار فاقبلها»⁽⁴⁾.

فقد تأوّل ابن رشد الجدّ بأنّه ورد في مبتدأ الإسلام، وحين كان تعليم القرآن فرضاً على الأعيان، لقول النبيّ ﷺ: «بلغوا عني ولو آية»⁽⁵⁾. وأما إذ قد حصل التبليغ وفشا القرآن، وصار مثبتاً في المصاحف محفوظاً في الصدور، فليست الأجرة على تعليمه أجرة على تبليغه، وإنّما هو أجرة على الجلوس لتعليمه والاشتغال بذلك عن منافعه⁽⁶⁾. وأما ابن عبد السلام فقال فيه: ليس بالقويّ ولم يره صالحاً، لمعارضة الحديث الصحيح المتقدم⁽⁷⁾.

- الإجارة على تعليم القرآن مشاهرة ككلّ شهر بكذا، ومقاطعة على جميعه أو على بعضه بكذا، ووجيبة لمدة معلومة بكذا. فالمشاهرة غير لازمة لواحد منهما. وأما الوجيبة والمقاطعة فلازمان لكليهما.

(1) انظر الإشراف: 718/2، المنتقى: 277/3، البيان والتحصيل: 424/4 - 453/8، المعلم:

149/2، أحكام القرآن: 1471/3، الذخيرة: 401/5.

(2) البيان والتحصيل: 452/8، المختصر الفقهي: م4/12 و12/ظ.

(3) انظر حاشية محمد الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني: 14/7.

(4) أبو داود في البيوع، باب كسب العلم.

(5) البخاري في الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل 1275/3 حديث 3274.

(6) البيان والتحصيل: 452/8، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني: 14/7.

(7) تنبيه الطالب: م4/186.

ولا يجوز الجمع بين المشاهدة والمقاطعة كأستأجرك على تحفيظه ربع القرآن في شهر بكذا، إذ قد يمضي الشهر ولا يحفظ ما عينه أو يحفظه في أثنائه. وعله عدم جواز الجمع الغرر⁽¹⁾.

- الإجارة على الأذان وحده أو مع الصلاة أو مع الإقامة أو معهما. كانت الأجرة من بيت المال أو من آحاد الناس⁽²⁾. وتقدم بيان أدلة جواز الأجرة على الأذان في باب الأذان. ويزاد عليها ما يلي:

أ - القياس على بناء المساجد وكتب المصاحف والسعاية على الزكاة بجامع القرية التي يجوز التبرع بها عن الغير⁽³⁾. أي: النيابة فيما ليس متعيناً.

ب - أن الأجرة قبالة التزام المواضع المعينة في الأذان ونحوه، أو قبالة تعيين ما لم يتعين على أخذ الأجرة؛ وليست قبالة أصل القرية، فهذه الأشياء وإن كانت قريباً لكن لا يتعين على المسلم فعلها⁽⁴⁾.

وأما ما روي عن عثمان بن أبي العاص قل: إن من آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ: «أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً»⁽⁵⁾ فهو محمول على الورع، على ما تأوله القرافي⁽⁶⁾.

- الإجارة على الإمامة في مسجد أو مكان مخصوص فجائز. ومحلّ الجواز إن كانت الأجرة على إمامة الصلاة وحدها، وكانت من بيت المال أو من وقف المسجد؛ أو كانت مع الأذان أو الإقامة وكانت من آحاد الناس. فإن كانت على الإمامة وحدها وكانت من آحاد الناس فمكروهة⁽⁷⁾. ودليل الجواز أن الإمامة من الأفعال الكفائية التي لا تتعين على الإمام؛ وأنه لا يأخذ الأجرة على الصلاة، وإنما على التزامه للمكان المعين، وهو غير مأمور به على التعيين⁽⁸⁾. قال ابن عبد السلام: وأما الصلاة والأذان فتكرارهما في كل يوم خمس مرات، مع مراقبة الأوقات، وذلك قاطع عن المعاش؛ فلو لم نجز الإجارة عليهما لأدى ذلك إلى الحرج أو إلى تعطيل المساجد⁽⁹⁾.

- إجارة مصحف للقراءة فيه. ودليل الجواز ما يلي:

(1) انظر الذخيرة: 403/5. (2) الشرح الكبير: 198/1.

(3) انظر بداية المجتهد: 251/2، الذخيرة: 66/2.

(4) الذخيرة: 401/5.

(5) أبو داود في الصلاة، باب أخذ الأجرة على التأذين؛ الترمذي في الصلاة، باب ما جاء كراهية أن يأخذ على الأذان أجراً، وقال: حسن صحيح.

(6) الذخيرة: 66/2. (7) الشرح الكبير: 198/1.

(8) انظر الذخيرة: 66/2 - 405/5، التوضيح: و73.

(9) تنبيه الطالب: م4/186.

- أ - إجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - على بيع المصاحف؛ فقد بيعت في أيام عثمان رضي الله عنه، فلم ينكر أحد من الصحابة ذلك؛ فكان إجماعاً⁽¹⁾.
- ب - عمل أهل المدينة، فإن التابعين ومن بعدهم بها لم يكونوا يرون بذلك بأساً، ولم ير أحد منها ينكر ذلك⁽²⁾.
- ج - القياس على البيع، بجامع أن الرق هو المعقود عليه⁽³⁾. وأوراقه وكتابه تتأثر بالقراءة فيه؛ ففيه استيفاء منفعة من غير قصد⁽⁴⁾.
- د - القاعدة الكلية: أن ما جاز بيعه جازت فيه الإجارة⁽⁵⁾.
- وهذا الفرع مبني أيضاً على جواز الإجارة على تعليم القرآن؛ لأن المصحف كالمعلم، واستعمال بدن المعلم كاستعمال المصحف⁽⁶⁾.
- ومحلّ الجواز إذا لم يقصد المؤجر بإجارته التجر، وإلا كرهت.
- كراء أرض لتتخذ مسجداً مدة محددة. فإذا انقضت المدة فإنّ نقضه يكون لبانيه، يصنع به ما يشاء، لتقييده الوقف بتلك المدة، ووجه الجواز أن الوقف لا يشترط فيه التأيد كما يأتي⁽⁷⁾.
- وأما بناء مسجد للكراء، على أن يأخذ صاحبه الكراء ممن يصلي فيه، فالمشهور أنه غير جائز؛ لأنه حبس لا يباع ولا يكرى. وعن القاضي عياض أنه مكروه، وعمل الكراهة بأنه ليس من مكارم الأخلاق⁽⁸⁾. وكذلك لا يجوز لو بناه الله تعالى، ثم قصد أخذ الكراء ممن يصلي فيه؛ لأنه خرج عنه الله تعالى أي: كان حبساً لا حكم له ولا لأحد فيه؛ والحبس لا يباع ولا يكرى⁽⁹⁾.
- يجوز إيجار الأجير، ومنه الظئر، بطعامه وكسوته. ولا يدخل ذلك في الإجارة المجهولة الممنوعة كما تقدم في الشروط. ودليل الجواز⁽¹⁰⁾:
- أ - القياس على نفقة الزوجة؛ لأنّ الأغراض في المنافع يقوم العرف فيها مقام التسمية والاشتراط، قياساً على نفقة الزوجة.

(1) تهذيب الفروق: 10/4. (2) انظر المدونة: 396/3.

(3) انظر المدونة: 396/3، التوضيح: و72.

(4) انظر حاشية العدوي على شرح الخرشبي على مختصر خليل: 251/7، الشرح الكبير: 20/4.

(5) انظر المدونة: 396/3. (6) انظر الذخيرة: 402/5.

(7) شرح الخرشبي على المختصر: 232/7، الشرح الكبير: 11/4.

(8) المختصر الفقهي: م4/12و.

(9) الذخيرة: 404/5، المختصر الفقهي: م4/12و، الشرح الكبير وحاشيته: 19/4، منح الجليل:

490/7.

(10) الإشراف: 659/2، وبداية المجتهد: 255/23.

ب - القياس على جهل المنفعة في الإجارة؛ لأنه لما جاز أن تكون المنفعة مجهولة ويرجع فيها إلى الوسط ويكفي في معرفتها بالعرف، فكذلك بدلها.

- يجوز للرجل أن يبيع داره المستأجرة أو دابته المستأجرة للمستأجر أو غيره، قبل انتهاء مدة الإجارة، لكن بشرط أن يبقى لانتهائها أمداً لا يخاف تغييرها في مثله. وأدلة الجواز ما يلي⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]. والآية عامة.

ب - أنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر.

ج - أن تسليم المبيع للمشتري إنما يكون بعد انقضاء مدة الإجارة، فيكون البيع من باب بيع ما في الذمة، وهو جائز وإن تأخر التسليم عن العقد؛ أو من باب بيع الرقبة واستبقاء المنفعة مدة وهو جائز أيضاً⁽²⁾.

- يجوز للأجير أن يبرئ المستأجر من الأجرة، أو أن يهبها له، أو أن يتصدق بها عليه، قبل قبضها، ولا يدخل في ذلك ربا. والدليل: القياس على البيع؛ لأنه عقد معاوضة لا يدخل في تأخير القبض فيه الربا فجاز الإبراء فيه قبل قبضها كالبيع⁽³⁾.

- يجوز للرجل أن يستأجر من جاره طريقاً للمرور فيه. والدليل: القياس على استئجار ما يركب أو يحمل عليه؛ لأنها منفعة معلومة يجوز بدلها بغير عوض فجاز للمالك أن يؤاجر عليها، أصلها الركوب والحمل⁽⁴⁾.

- يجوز استئجار دار للسكنى بسكنى دار أخرى. والدليل: القياس على بيع الأعيان؛ لأن عقود المعاوضات ضربان أعيان ومنافع، فإذا كانت الأعيان يجوز بيع إحداها بالأخرى من جنس واحد وجنسين مختلفين، فكذلك استئجار المنافع⁽⁵⁾. ولا يدخل في الدين بالدين الممنوع؛ لأن الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا كان في الذمة ويتأخر، وهنا استئجار منافع في أعيان ليست في الذمة. نعم يمنع إذا كانت في الذم⁽⁶⁾.

- يجوز كراء أرض بأرض أخرى، المأمونة بالمأمونة، والدليل: القياس على كراء الأرض بالعين؛ لأن الأرض بالأرض منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحدة منهما، فجاز العقد على إحداها بالأخرى، كما لو كانا من جنسين.

وأما إذا كان الكراء لأرض مأمونة بأرض غير مأمونة لم يجز إذا عجلت المأمونة؛

(1) المعونة: 2/ 1106.

(2) الإشراف: 2/ 263.

(3) الإشراف: 2/ 658.

(4) الإشراف: 2/ 660.

(5) الإشراف: 2/ 661، والمعونة: 2/ 1103، والذخيرة: 5/ 390.

(6) المنتقى: 5/ 149، والذخيرة: 5/ 390.

لأنه نقد في غير مأمون، ويجوز العكس، فإن سلم زرعها تمّ العقد وإلا بقيت المأمونة لربتها. ولا يجوز في غير المأمونتين⁽¹⁾.

- إذا استصنع رجل صناعاً ليصنع له شيئاً كخياطة ثوب، ثم جاءه آخر ليستصنعه في خياطة ثوب أيضاً، فيجوز للصانع أن يبدأ بخياطة ثوب من جاء بعد الأول، وأن لا يعمل بالترتيب لمن استصنعه أولاً فأول. لكن الأولى أن يقدم الأول فالأول، من غير أن يكون ذلك واجباً عليه. ويشترط في جواز عدم الترتيب ما يلي:

* أن لا يكون وعد الأول بإنجاز ثوبه في وقت محدد.

* أن لا يكون فعله ظمناً بقصد المظل والإيذاء.

* أن لا يكون العرف في البلد أن يعمل على الدولة، أي: أولاً بأول؛ لأنّ العرف كالشرط⁽²⁾.

- يجوز لمن يستصنع صناعاً على عمل بأجر مستمى، ثم يزيده بعد ذلك على أن يعجله له؛ لأنّ تعجيله ممكن له. لكن لا ينبغي للصانع أن يتعمد تأخيرها ومطله إضرار به لغير سبب. وللصانع أن يتسع في عمل من استصنعه ويؤخره لعمل غيره قبله دون ترتيب، أو للاشتغال بما يحتاج إليه من حوائجه على ما جرى به عرف الصناع في التراخي في أعمالهم. فإن زاده أحد على أن يتفرغ له ويعجله جاز؛ لأنه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه ويجوز له ولا يلزمه⁽³⁾. وانظر الشروط المذكورة لذلك في المسألة السابقة.

- من استاجر أجيراً يخدمه، واشترط عليه إن احتجت إلى سفر شهراً أو شهرين في السنة سافرت بك؛ فهو جائز. ووجه الجواز أنه وقت له السفر شهراً أو شهرين. ويكون المشتراط شهرين؛ لأنّ الأجير يدخل على الأكثر الذي يلزمه بالشرط. ولا يضّر أن يكون المستاجر بالخيار في أن يسافر به أقلّ من شهرين وفي أن لا يسافر به أصلاً؛ لأنّ ذلك حقّ له تركه بعد انعقاد الأجرة على شيء معلوم. والأصل في جواز هذا وما كان في معناه قول الله ﷻ: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ لِيُقَبَّلَ مِنَّا أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَّنِي حِجَّةً فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمُنَّ بِكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [القصص: 27]؛ لأنّ الأجير ههنا يقول: قد أجرتك نفسي على أن أسافر معك شهرين إلا أن تخفف عني السفر أو بعضه، فذلك من عندك تفضل منك عليّ.

ولو شرط عليه أن يسافر به إن احتاج إلى السفر ولم يحدّد مقداره لم يجز⁽⁴⁾.

(1) الذخيرة: 391/5.

(2) البيان والتحصيل: 246/4.

(3) البيان والتحصيل: 438/8.

(4) البيان والتحصيل: 512/8.

- يجوز لعاملين اثنين، أخوين أو جارين أو غيرهما، أن يقول أحدهما للآخر: أعني على عملي خمسة أيام وأعينك خمسة أيام؛ لما في ذلك من الرفق بالناس للتعاون على أعمالهم، وقد يكون العمل مما لا يقدر الواحد على عمله منفرداً، فلو منع من هذا لأضرّ ذلك بالناس وتعطلت أعمالهم، إذ كان الكثير منهم لا يقدر على الاستئجار على عمله، فكانت هذه ضرورة تبیح ذلك، وإن اختلفت الأعمال. لكن يشترط لذلك بشرطان: إن قلّ العمل، وقرب من الأيام⁽¹⁾.

- يجوز لمن اكرت داراً أو دابة أن يكرّيها لآخر، مع الكراهة في الدابة كما يأتي. ولو كان الآخر مالکها. والدليل القياس على البيع. وإذا جاز ذلك، جاز له أيضاً أن يكرّيها بمثل ما اكرّاهها أو أكثر أو أقل، والدليل أيضاً هو القياس⁽²⁾.

مكروهات الإجارة:

- يكره إجارة الحلّي: ووجه الكراهة أنه ليس من شأن الناس، والأولى إعارته لأنها من المعروف. وعبر عن ذلك في المدونة بأنه ليس من مكارم الأخلاق⁽³⁾. ونقل الشيخ خليل عن بعض فقهاء المذهب أنّ كراهة إجارة الحلّي بالذهب والفضة لما يؤدي إلى بيعها بأحد النقيدين غير ناجز، وهذا بناء على أنه جعل ذهاب شيء من العين شرطاً في جواز الإجارة⁽⁴⁾، أي: وهو ما تقدم من اشتراط إمكان وهن الذات؛ وهو قول لابن العطار، وتعبه ابن الفخار بأنه كلام غير معقول، والمشاهدة تبعده؛ لأن الحلّي من الجامدات، فلا يؤثر فيها الانتفاع⁽⁵⁾. وصوّب البناني التعليل بأنهم كانوا يرون أن إعارته زكاته، وهو لابن يونس⁽⁶⁾.

وسواء كان ذلك الحلّي ذهباً أو فضة، وسواء أوجر بذهب أو فضة أو عرض أو طعام، أو غير ذلك. وسواء كان الحلّي محرّم الاستعمال أم لا. وإنما لم يحرم إجارة الحلّي إذا كان محرّم الاستعمال لأنه ليس محقق الاستعمال. وقيل: تحرم إجارته إن كان محرّماً، فهما طريقتان.

- إيجار مستأجر دابة ليكرّيها لمثله، سواء في الأمانة أو الخفة أو الثقل أو الفظاظة والغلظة. ولا ضمان عليه حينئذ إن تلفت الدابة أو ماتت بلا تفريط. فإنّ كان

(1) البيان والتحصيل: 448/8.

(2) الإشراف: 661/2، والمعونة: 1096/2، وبداية المجتهد: 257/2.

(3) انظر المدونة: 395/3، الذخيرة: 400/5.

(4) التوضيح: 71.

(5) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 19/4.

(6) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 19/4.

الأول هو اللفظ فلا ضمان بالأولى وإن كان الثاني هو اللفظ ضمن. ومحل الكراهة إذا لم يعلم حال ربها من الرضا وعدمه. فإن علم أنه يرضى جاز وإن علم عدم الرضا لم يجز. ووجه المنع من الإكراء للغير أن صاحبها إنما أكرأها للأول لأنه رضي بأمانته وحفظه⁽¹⁾.

ومثل الدابة الثوب، فيكره لمن استأجر ثوباً للبسه أن يكرهه لمثله. ويقال فيه ما قيل في الدابة إلا أنهما يفترقان في الضمان، فإن الدابة لا ضمان عليه فيها إن ضاعت بلا تفريطه أو ماتت وأما الثوب فيضمنه - أي: الأول - إلا لبيئته على تلفه بلا تفريط من الثاني؛ لأن ضمان الأول ضمان تهمة لا ضمان عداء، وضمان التهمة يزول بالبيئته⁽²⁾.

- الإجارة على تعليم الفقه والفرائض. كما يكره بيع كتب الفقه والفرائض وإجارتها. وعلت الكراهة بمخافة أن يقل طلاب العلم الشرعي، والمطلوب كثرة طلبه، وبأن الإجارة عليه خلاف ما عليه السلف الصالح⁽³⁾.

وأما تعليم عمل الفرائض بالرسم فلا يكره أخذ الأجرة عليه؛ لأنه صنعة من الصنائع.

وقال الإمام اللخمي: اختلف في الإجارة على كتب العلم وفي بيع كتبه، ولا أرى أن يختلف اليوم في جواز ذلك لأن حفظ الناس وأفهامهم الآن نقصت، فلو بقي العالم بلا كتب لذهبت رسوم العلم منه. وقال ابن يونس: قد أجاز غير مالك رضي الله عنه بيع كتب الفقه وكذلك الإجارة على تعليمه جائزة على هذا. وذكر الشيخ الدردير أن في بيع الكتب انتشاراً للعلم وسبباً لحفظه وصونه. ودليل الجواز: الاستحسان⁽⁴⁾. وهو دليل راجع لكلية حفظ الدين.

- الإجارة على تعلم الشعر. وخالف ابن حبيب فقال بجواز تعلم الشعر والنحو وأيام العرب والرسائل ونحوها، مما يليق بذوي المروءات، ومنع شعر الهجاء والخمر والخنا⁽⁵⁾.

- الإجارة على قراءة القرآن بتطريب وأنغام؛ لأن القراءة على هذا الوجه مكروهة إذا لم يخرج عن حدّه، وإلا حرمت، كالقراءة بالشاذّ، والقراءة الشاذّة ما زاد على العشرة، وهو الراجح. والمراد بالتطريب تقطيع الصوت بالأنغام والأهوية. وتقدمت مسألة كراهة قراءة القرآن بتطريب وأنغام وأدلتها في سجود التلاوة، وإتّما ذكرت هنا لبيان كراهة الإجارة على ذلك.

(1) انظر المدونة: 395/3.

(2) انظر شرح الزرقاني على المختصر: 20/4.

(3) انظر شرح الزرقاني على المختصر: 20/4، حاشية الدسوقي: 18/4، بلغة السالك: 274/2.

(4) المختصر الفقهي: م/4 و11ظ. (5) الذخيرة: 405/5.

ووجه كراهة الإجارة على القراءة بالتطريب أنّ المقصود من القراءة التدبّر والتفهم، والتطريب ينافي ذلك⁽¹⁾. وأمّا الإجارة على أصل التلاوة فجائز⁽²⁾. وقد تقدم ذكر الدليل على الجواز.

- إيجار دفت ومعزف في النكاح. والدف تابل مغشى من جهة يسمّى في العرف بالطار. والمعزف آلة اللهو فيشمل المزمار. ولا يلزم من جوازها في النكاح جواز الأجرة. ورجّح الشيخ الدردير أنّ الدف والكبر والمزمار جائزة في النكاح وتكره الأجرة عليها، وأنّ ما عداها مثل المعازف حرام في النكاح وغيره، فتحرم الأجرة عليها. ودليل الكراهة وأنه يلزم من جوازها في النكاح جواز الأجرة، مع كون الوسيلة تعطى حكم مقصدها، ما يلي:

أ - سدّ الذريعة. إذ لو جاز كراؤها في العرس لتوصّل به لكرائها في غيره⁽³⁾. وعلّت كراهة إيجارتها بأنّه ليس من عمل أهل الخير والصلاح⁽⁴⁾.

ب - أن حكم إيجار الدف والمعزف مبني على أن استعمالهما مرجوح الفعل، لا أنه من الجائز الذي استوى فعله وتركه⁽⁵⁾.

وأمّا دليل إجارة الآلات المحرمة، فهو على أصل القاعدة، من أن الوسيلة تعطى حكم المقصد.

وانظر ما ذكرناه في الوليمة، في هذا الموضوع.

- إيجار مسلم نفسه أو ولده لكافر فيما يحل، كخياطة وبناء، إذا كان الكافر مستبداً في ذلك بالمسلم. ويحرم فيما يلي:

* فيما لا يحل، كعصر خمر ورعاية خنزير. ويفسخ العقد ويتصدق الحاكم عليه بأجرة ما عمل أدباً له.

* فيما فيه إهانة للمسلم، بحيث يكون تحت يده، ككونه خادم بيت يقدم له الطعام ويغسل يديه منه ويجري خلفه، ومرضعة ولده. ويفسخ العقد، وله أجر ما عمل. والدليل على منع ما فيه إهانة للمسلم ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: 141].

ب - قوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»⁽⁶⁾.

(1) بلغة السالك: 274/2.

(2) بلغة السالك: 274/2.

(3) شرح الزرقاني على المختصر: 21/4، حاشية الدسوقي: 18/4.

(4) الذخيرة: 405/5، المختصر الفقهي: م/4 و11ظ.

(5) انظر حاشية العدوي على شرح الخرشبي: 238/7.

(6) أخرجه البخاري معلقاً في الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، وأخرجه الدارقطني موصولاً مرفوعاً.

ج - ما يؤدي إليه خدمة المسلم للكافر من علو الكافر عليه، وفتنته في دينه لتمكنه منه وإطعامه المحرم كالخنزير والميتة والخمر، ومنعه من الواجبات كالصلاة والصوم، وفي ذلك ما فيه من إهانة للإسلام⁽¹⁾.

ووجه استحقاقه أجره عمله وعدم التصديق بها، مع كون العقد يفسخ، أن الأجرة في مقابلة منفعة مباحة عملها الأجير، والإجارة إنما منعت لوصف خارج، وهو إهانة الإسلام⁽²⁾.

وأما إذا لم يكن الكافر مستبداً بعمل المسلم، بحيث يكون المسلم في حانوت، كخياط، ويأتيه الكافر والمسلم، فيجوز.

ما يجب تعيينه في الإجارة:

يجب تعيين ما يلي:

- المتعلم لقراءة أو صنعة؛ ووجه وجوب التعيين فيه اختلاف حاله بالذكاء والبلادة⁽³⁾.

- الرضيع؛ ووجه وجوب التعيين فيه اختلاف حاله بكثرة الرضاع وقتله.

- الدار المكتراة للسكنى مثلاً، وكذلك الحانوت؛ لأن العقار لا يصح أن يكون في الذمة. فلا بدّ من التعيين بالإشارة إلى الدار أو الحانوت أو التعيين «بالعهديّة» من ذكر الموضع والحدود ونحو ذلك مما يختلف به الأجرة.

- البناء على جدار استؤجر للبناء عليه بأن يذكر طول ما يبني عليه وعرضه وكونه من حجر أو لبن أو غير ذلك. بخلاف كراء الأرض للبناء عليها فلا يشترط وصف ما يبني عليها؛ لأنه لا يتعلق به غرض، بل يكفي علم المساحة. ووجه الفرق بين الجدار يجب تعيين ما يبني عليه، والأرض لا يجب ذلك فيها؛ أن الجدار يلحقه الضرر بكثرة البناء، بينما الأرض لا ضرر يلحقها بذلك⁽⁴⁾.

وهذا الفرع مبني على جواز استئجار الحائط للبناء عليه، ودليل الجواز: القياس على بقعة الأرض؛ لأنها عين يصحّ فيها استيفاء المنافع، فصحت المعاوضة عليها⁽⁵⁾.

وأما ما روي في الحديث أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره»⁽⁶⁾. قال الإمام مالك فيه: «لا أرى أن يقضى بهذا الحديث؛ لأنه إنما

(1) انظر الذخيرة: 399/5، منح الجليل: 489/7.

(2) انظر الذخيرة: 398/5.

(3) كذا علله الشيخ الدردير، وانظر أيضاً التوضيح: 74.

(4) انظر تنبيه الطالب: 4/189. (5) الإشراف: 662/2.

(6) ورد في المدونة بلفظ «يضع خشبة على» وأخرجه البخاري في المظالم، باب لا يمنع جاره أن =

كان عن النبي ﷺ على وجه المعروف بين الناس⁽¹⁾. وقد فسر قول الإمام مالك على أنه حمل النهي في الحديث على الكراهة، لا على الحرمة والقضاء به⁽²⁾. قال الإمام المازري: المشهور عندنا أن هذا النهي على الندب والحث على حسن الجوار. وذكر القرطبي في «المفهم» أن حجة الحمل على الندب حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»، وأنه إذا لم يجبر المالك على إخراج ملكه بعوض، فأحرى بغير عوض⁽³⁾.

- المحمل المكترى للركوب فيه، من شقذف ومحفة وحجفة؛ لأنه يختلف بحسب السعة والضيق، والطول والقصر، والمتانة وغيرها.

- المسكن، من دار أو غيرها، لاختلاف أحواله.

ووجه وجوب التعيين في الدار وما بعدها من جهة المكلف، أن الأغراض فيها مختلفة ومتباينة جداً⁽⁴⁾.

وهذه المذكورات ونحوها، يجب فيها التعيين إن لم توصف وصفاً شافياً. فالواجب إما التعيين أو الوصف الشافي المفيد للمراد. وإلا كانت الإجارة فاسدة، ويستثنى البناء على الجدار لا يمكن فيه إلا الوصف.

- الدابة المكترة للركوب أو الحمل. فيجب فيها التعيين ولا يكفي الوصف، إلا الدابة المضمونة في الذمة ليتوصل بها إلى محلّ معين، وذلك بأن لم تقصد عينها. فالواجب تعيين نوعها كإبل وبغال وصنفاً كعراب أو بخت، وذكرورة وأنوثة.

ووجه جواز كراء الدابة المعينة، أنه لما جاز بيع الدابة المعينة جاز بيع ما يجوز بيعه من منافعتها⁽⁵⁾. ووجه جواز كراء الدابة المضمونة في الذمة، أنه لما جاز بيع دابة مضمونة في الذمة جاز أن يباع منافعتها⁽⁶⁾. ووجه وجوب تعيين النوع في المكترة في الذمة بيته القاضي عبد الوهاب بقوله: «لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس؛ لأنّ الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة والحمار، والغرض بهذين مختلف؛ وكذلك أنواعها؛ لأنّ النجيب لا يصلح للحمل، وإنما للركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى، فلا بدّ أن يبين»⁽⁷⁾. وعلله الإمام القرافي بأنّه أحد العوضين فيبقى فيه الغرر⁽⁸⁾.

= يغرز خشبة في جداره 869/2 حديث 2331؛ مسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار 1230/2 حديث 1609 بلفظ «يغرز خشبة في».

(1) المدونة: 3/404.

(2) انظر ما نقله محقق التهذيب في اختصار المدونة عن الزرولي، في الهامش رقم: 2. (التهذيب: 3/367).

(3) انظر إكمال الإكمال: 4/311.

(4) المنتقى: 5/114.

(5) المنتقى: 5/114.

(6) انظر تنبيه الطالب: م4/187.

(7) المنتقى: 5/430.

(8) المعونة: 2/1098.

فالحاصل أن الدابة أو غيرها لركوب أو غيره، لا بدّ في صحة العقد عليها من التعيين بالذات أو الوصف. لكن إن عينت بالإشارة كدابتك هذه أو التي كانت معك بالأمس انفسخت الإجارة بتلفها، وإلا فلا تنفسخ الإجارة، وعلى ربّها بدلها. فغير المعينة بالإشارة مضمونة، على ربها بدلها إن تلفت، وإلا انفسخت بتلفها.

إجارة الأجير نفسه في عملين في وقت واحد:

إذا استؤجر راع على رعي غنم أو غيرها كإبل وبقر عينت له، كهذه؛ أم لم تعين، كعشرة من الغنم، فإنّ له أن يرعى غنماً أخرى معها إن قوي على رعي الأخرى ولو بمشارك يعينه على رعي الأخرى. وذلك إن لم يشترط ربّ الأولى عدم رعي غنم أخرى مع غنمه. فإنّ اشترط عليه أن لا يرعى معها أخرى لم يجز له فإن خالف ورعى معها غيرها فأجره الذي أخذه في نظير رعي الأخرى لمستأجره الأول ولو قوي الأجير على رعي الجميع ولم يفوت شيئاً. ووجه كون الأجرة على رعي الغنم الأخرى للمستأجر الأول، أن المستأجر الأول قد استحق بشرطه عدم رعي غنم أخرى جميع منفعة الراعي في الرعي⁽¹⁾. فإن فوت عليه شيئاً فالمستأجر مخير بين أن يعطيه الأجرة التي سماها له ويأخذ الأجرة التي في نظير رعي الأخرى وبين أن يسقط أجرة ما فوته الأجير عليه بأن ينقصه من الأجرة التي سماها له. وهذا في أجير الغنم.

وأما أجير الخدمة إذا استؤجر في خدمة فأجر نفسه في خدمة أخرى معها حتى فوت على المستأجر الأول ما استأجره عليه أو بعضه فإنه مخير أيضاً كما في أجير الغنم. فإنّ لم يفوت عليه شيئاً بأن وفى بجميع ما استأجره عليه فلا كلام لمستأجره. بخلاف أجير الغنم.

وما تقدّم يتعلّق بإجارة الأجير نفسه في خدمة أخرى فلو عمل عملاً مجاناً بدون أجر فإنّ المستأجر يسقط من أجره بقدر ما فوته. أي: فليس هناك تخيير. فإن لم يفوت شيئاً فلا يسقط من أجره شيء.

على من تكون رعاية ما تلده الغنم:

لا يلزم الراعي رعي ما تلده الغنم بعد الإجارة فعلى ربّها أن يأتي له براع آخر لرعي الأولاد، أو يجعل للأجير الأول أجرة في نظير رعيه، إلا إذا وجد عرف أو شرط فيعمل به، والشرط إن وجد مقدم على العرف. ووجه عدم لزوم رعي الراعي لما تلده الغنم، عند عدم العرف أو الشرط، أن العقد لم يتناول ذلك، إذ الولد لم يكن موجوداً حين العقد، وفي ذلك طرؤ مشقة جديدة في الرعي⁽²⁾.

ويلزم الراعي الذي يأتي به أن يرعاها مع الأمهات، لثلا يتعب راعي الأمهات إذا

(1) انظر المدونة: 408/3، الذخيرة: 439/5. (2) انظر الذخيرة: 440/5.

فارت أولادها، لا لمنع التفرقة لأنها خاصة بمن يعقل. وعلله ابن مغيث الصقلي بالتفرقة، وأيده ابن عرفة، واستدل له على ذلك بما ورد من النهي عن تعذيب الحيوان، والتفرقة تعذيب لها⁽¹⁾.

ما يعمل فيه بالعرف:

- يعمل بالعرف في كون الخيط على الخياط أو على رب الثوب، وفي كون نقش الرحي المستأجرة للطحن عليها على المالك أو المستأجر وفي كون آلة البناء على البناء أو على رب الحائط. فإن لم يوجد عرف فعلى رب الشيء المصنوع وهو الثوب والجدار. ووجه كون ذلك على رب الشيء المصنوع إذا لم يوجد عرف، أن لفظ الخياطة أو البناء لا يقتضي إلا العمل⁽²⁾. وأما ما نقش الرحي فإنه عند عدم العرف لازم لرب الرحي سواء كان هو صاحب الدقيق أو كان الدقيق لغيره.

- ويعمل بالعرف في كراء الدابة في كون البرذعة والقتب والسرج واللجام والمقود على رب الدابة أو المكتري. فإن لم يكن عرف فعلى رب الدابة.

- ويعمل بالعرف في السير بالدابة المكتراة ليلاً أو نهاراً، وفي باقي أحوال السير من كونه بالهويّنا أو حدرّاً أو متوسطاً وفي المنازل التي ينزل بها في سير المسافة وقدر الإقامة بها ولا كلام لربّ الدابة ولا للمستأجر مع العرف.

فإن لم يكن عرف فلا بدّ في السير والمنازل من البيان وإلا فسد الكراء لعدم صحتها وفسخ لزيادة الغرر.

- ويعمل بالعرف فيما يعلق بجنب الرحل ممّا يحتاج له المسافر من نحو سمن وزيت وعسل، وفي الزاملة⁽³⁾ التي يضع فيه المسافر حاجته، كخرج وكيس ونحوهما.

فإن لم يكن عرف في ما يعلق والزاملة فلا يفسخ ولا يلزم المكري حملها.

- ويعمل بالعرف في فراش المحمل هل هو على رب الدابة أو على المكتري.

فإن لم يكن عرف لم يلزم المكري أي: رب الدابة الإتيان به.

- ويعمل بالعرف في بدل نقص الطعام المحمول على الإبل إذا نقص بأكل أو

بيع. فإن لم يكن عرف فعليه وزن الحمل الأول.

- ويعمل بالعرف في توفير الطعام المحمول بالكراء إذا أراد ربّه أن يوفّره من أكل

أو يبيع ونازعه ربّ الدابة، فإن لم يكن عرف فلا كلام لربّ الدابة وعليه حمله إلى غاية

المسافة ولو زاد الطعام ثقلاً كنزول المطر عليه. فقال سحنون لم يلزم المكري إلا زنة

الحمل المشترط.

(1) انظر المختصر الفقهي: م 4/18 و. (2) انظر الذخيرة: 425/5.

(3) الزاملة ما يحمل فيه، كالخرج ونحوه. الذخيرة: 427/5.

- ويعمل بالعرف في نزع ثوب مكترى للبس مثل القميص والعمامة والشال الذي يغطي به الرأس فيجب عليه نزعه في الأوقات التي جرى العرف بنزعه فيها، كالليل والقائلة. فإن لم يكن عرف حمل على دوام اللبس وإن اختلف العرف وجب البيان فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة.

أجرة ذهاب الأجير إلى مكان العمل⁽¹⁾:

من استأجر أجيراً أياماً على عمل بعينه، في غير الموضع الذي استأجره فيه، فله الأجرة في ذهابه إلى عمله، ولا أجرة له في انصرافه؛ لأنه انصرف إلى غير عمله. قال ابن رشد الجذ: وهذا إذا لم يكن عند الناس في ذلك عرف، فإن كان فيه عندهم عرف وجب الحكم به.

الضمان في الإجارة:

الأصل في المستأجر لشيء، من حيوان أو عرض، وكذا الأجير كالعراعي؛ أنه أمين فلا ضمان عليه. والدليل على ذلك، ما يلي:

أ - القياس على الوكيل والمودع؛ لأنه مأذون له في المباشرة⁽²⁾.

ب - العمل بالبراءة الأصلية، أي: أن الأصل أنهم مؤتمنون، وتضمن الصناع منهم - على ما يأتي - هو من باب المستثنى من الدليل⁽³⁾.

والدليل الخاص بالعراعي على أنه أمين، ما يلي:

أ - عن نافع أنه سمع ابن كعب بن مالك يخبر ابن عمر، أن أباه أخبره أن جارية لهم كانت ترعى غنماً بسلع، فأبصرت بشاة موتاً، فكسرت حجراً فذبحتها به، فقال لأهله: لا تأكلوا حتى آتي النبي ﷺ فأسأله، أو حتى أرسل إليه من يسأله، فأتى النبي ﷺ أو بعث إليه، فأمر النبي ﷺ بأكلها⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال من الحديث أن فيه تصديق الراعي فيما أوتمن عليه، حتى يظهر عليه دليل الخيانة والكذب⁽⁵⁾.

ب - القياس على الوكيل؛ لأنه أمين⁽⁶⁾.

ج - شهادة العرف له بأن في فعله مصلحة؛ لأن ذلك يكثر في الرعي⁽⁷⁾.

(1) البيان والتحصيل: 520/8.

(2) انظر الذخيرة: 502/5، المختصر الفقهي: م/4 و18و.

(3) انظر عدة البروق: 548.

(4) مالك في الذبائح، باب ما يجوز من الذكاة حال الضرورة، والبخاري في الذبائح، باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 208/13.

(6) انظر المعونة: 1109/2، الجامع لأحكام القرآن: 208/13.

(7) انظر الذخيرة: 507/5.

ويظهر الفرق بين الصانع، إذ ضمّنوه - كما يأتي -، والراعي لم يمنوه، مع أن كلّاً منهما أجير، بما يلي:

أ - أن الراعي يجري مجرى الحمال إذا حمل غير الطعام - كما يأتي - إذا لم يثبت تعدّيه.

ب - أن الراعي لا يؤثر في أعيان المواشي برعايته وعمله شيئاً، مكان بمنزلة الأمين؛ بينما الصانع يؤثر في عين المصنوع وذاته، كالخياط والطراز والصبّاغ والنجار ونحوهم؛ لأن السلعة إذا تغيرت بالصفة لا يعرفها صاحبها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق، فكان الأصلح للناس تضمين الصانع دون الرعاة.

ج - أن اقتناء المواشي قليل في الناس، وليس بعام فيهم، فكانت حاجتهم للرعاة ليست عامة؛ بينما استصناع الناس أصحاب الصنائع وحاجتهم إليهم عامة، فالضرورة الداعية إلى الصانع أشدّ منها في الرعاة.

د - أن الإنسان يقدر على الرعي بنفسه من غير أن يسترعي أحداً، ولا يقدر على الصنائع التي يباشرها الناس إلّا بتعلم وتعاط؛ فلم تكن فيه الضرورة كالضرورة في الصنائع⁽¹⁾.

ويكون المستأجر لشيء والأجير لا ضمان عليهما على النحو التالي:

1 - إذا ادعى الضياع أو التلف. كان ممّا يغاب عليه أم لا. ويحلف إن كان متهماً لقد ضاع وما فرطت، ولا يحلف غير المتهم. وقيل: يحلف غير المتهم فيقتصر في يمينه على قوله ما فرطت، ولا يحلف على الضياع. والفرق أن غير المتهم إذا وقع منه ضياع إنما يكون من تفريطه فيكفي حلفه ما فرطت. وهناك قول ثالث: إنه كالمتهم يحلف لقد ضاع وما فرطت.

ولا ضمان على المستأجر ولا الأجير المذكورين ولو شرط عليه إثبات الضمان في العقد. ويفسد عقد الإجارة بهذا الشرط. ووجه الفساد أنه شرط يناقض مقتضى العقد. فإن وقع فله أجره مثله زادت على المسمّى أو نقصت قاله ابن القاسم.

ومحل الفساد إن لم يسقط الشرط قبل الفوات، وإلا صحّت، والفوات هنا يكون بانقضاء العمل. فإسقاطه في أثناءه كإسقاطه قبله في إفادة الصّحة.

والحاصل أنه شرط مفسد للعقد ما لم يسقط لكن لو عثر عليه بعد العمل فله أجر مثله ولا يعمل بالشرط.

2 - ومثل التلف والضياع في عدم الضمان الأجير إذا عثر أو عثرت دابته بدهن أو غيره استؤجر لحملة، أو عثر بآنية فانكسرت، أو انقطع الحبل الذي ربط به الأمتعة،

فتلفت، فلا ضمان عليه. ووجه ذلك أن الأجير معه الإذن ويده يد أمانة⁽¹⁾. ودليل عدم الضمان في عثار الدابة قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار»⁽²⁾. وعدم الضمان بالتلف مقيد بأمرين:

الأول: ما لم يتعد في فعله أو سوقه الدابة، فإنه يضمن لتعديبه، فإن كذبه ربّه - بعدم تعديبه - فلا يصدّق في الطعام والإدام إلا ببينة ويصدق في غيره. والدليل على عدم تصديقه في الطعام والإدام خاصة ما يلي:

أ - المصلحة⁽³⁾.

ب - سد الذريعة⁽⁴⁾.

وعلة التضمنين في الطعام والإدام ما فيهما من قوة التهمة، لكون الطبع يحث على أخذ الطعام ويميل إليه⁽⁵⁾، ولما جرت عليه عاداتهم من التعدي في ذلك بالأكل من الطعام الذي يستأجرون على حمله، قال القاضي عبد الوهاب في توجيه ذلك وبيان الفرق بين الطعام وسائر العروض: «لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس وأهل المروءات والأقارب يأفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات، لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفي ذلك إضرار بالناس؛ وليس كذلك العروض وغيرها؛ لأنه لا يقبح في العادة المطالبة بها، وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء بالتسرع إلى تناولها كما جرت عاداتهم بذلك في الطعام؛ ولأن بالحجاز يتنافس في الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه، فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر»⁽⁶⁾. ورأى الونشريسي في أصول الشرع ما يدعم هذا التفريق بما جاء فيها من التفرقة بين ما كان مقيماً للرمق وبين غيره، في منع التفاضل في الجنس الواحد، وإجازة ذلك في غير الأقوات، وإن كان جنساً واحداً لاختلاف منافعتها. إلا أنه نقل استشكل بعض المحققين من المشائخ تضمين الحمالين للطعام فقط وتعميم الحكم على أهل الحجاز وغيرهم، بقوله: ما الذي يقبض يداً تصل إلى الطعام ولا تصل إلى ما هو أعلى من ذلك؛ وقوله: وإن كان ذلك في الحجاز فما بالك بالمغرب، وهو من أخصب أرض الله أرضاً وأشبعها بلاداً⁽⁷⁾. وقد يرّد عليه ويرفع

(1) انظر الذخيرة: 512/5، عدة البروق: 549.

(2) البخاري في اللديات، باب العجماء جبار 6/2533 حديث 6514؛ مسلم في الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار 2/1334 حديث 1710 ولفظه عندهما «العجماء جرحها جبار» (انظر الفائق: م 4/22 و2، المختصر الفقهي، ابن عرفة: 45 و4).

(3) انظر الإشراف: 665/2، المقدمات: 247/2، الذخيرة: 512/5.

(4) انظر المقدمات: 247/2. (5) انظر الفائق: م 4/21 و2.

(6) المعونة: 1107/2. (7) انظر عدة البروق: 557.

الإشكال ما ذكره ابن راشد القفصي أن الطعام يميل إليه الطبع وبذلك قويت التهمة فيه⁽¹⁾. يعني أن التهمة قوية فيه في الحجاز وغيره، مع ضيق العيش واتساعه.

ج - الاستدلال بالأصول، فالأصل في حامل الطعام أنه ضامن حتى تقوم البيئة على عدم عداه؛ والأصل في حامل غير الطعام سقوط الضمان عنه حتى يغرّ أو يفرط⁽²⁾.
والسفينة كالدابة في التفصيل بين حمل الطعام وغيره.

الثاني: ما لم يغرّ بفعله. فإنّ غرّ بفعله ضمن، كربطه الأمتعة بحبل رث أو مشيه بالدابة بمكان زلق، فإنه يضمن؛ لأنه مفرط⁽³⁾. فإن لم يغرّ بفعله وغرّ بقوله فلا ضمان عليه؛ لأنه لا أثر للغرور القولي، كأن يأتي أحد بشقة لخياط ويقول له: إن كانت تكفي ثوباً ففصلها، فقال: تكفي، ففصلها فلم تكف، فلا ضمان على الخياط وإن علم عدم كفايتها، إلا أن يشترط عليه بأن قال له: إن علمت أنها تكفي ثوباً ففصلها وإلا فلا، فقال: تكفي مع علمه بأنها لا تكفي فيضمن. وتعليل الضمان هنا أنه لم يؤذن له في قطعه إلا بشرط أن يكون فيه ثوب، فإذا قطعه ولا ثوب فيه وجب عليه ضمانه؛ لأن ذلك خيانة منه⁽⁴⁾.

ومن الغرور القولي، قول الصيرفي في دنانير أو دراهم إنها جيدة مع علمه بأنها رديئة فلا ضمان عليه ولو بأجرة. وقيل: يضمن مطلقاً وقيل: إن كان بأجرة، واستظهر هذا القول.

3 - حارس الدار أو البستان أو الزرع أو حارس طعام أو عرض، لا ضمان عليه لأنه أمين. ولو كان حمامياً إلا أن يتعدى أو يفرط. ودليل عدم تضمين الحارس وصاحب الحمام:

أ - القياس على المودع؛ لأنه أمين، بجامع أن قبض الثياب لمنفعة صاحبها دون منفعة نفسه⁽⁵⁾.

ب - الاستحسان، كما نقل عن الإمام اللخمي. ووجهه عنده أن صاحب الثياب إنما اشترى منافع، وهو يتولى قبضها بنفسه، وهو الانتفاع بالحمام، والثياب خارجة عن ذلك، فهي وديعة بإجارة، وليس أخذ الإجارة عليها مما يخرجها عن أن تكون أمانة، إلا أن تظهر منه خيانة فينتقل الحكم فيه ويضمن⁽⁶⁾.

ج - أنهم منزلون منزلة الأجراء، والأجراء لا ضمان عليهم إلا بالتعدي أو التفريط⁽⁷⁾.

- (1) انظر الفائق: م/4 و21 و. (2) انظر تنبيه الطالب: م/4 و199.
(3) الذخيرة: 527/5. (4) انظر البيان والتحصيل: 222/4.
(5) انظر المعونة: 2/1109، المنتقى: 77/5. (6) انظر المنتقى: 76/6، الفائق: م/4 و76.
(7) انظر المدونة: 413/3.

ومن التفريط ما لو قال الحمّامي: رأيت رجلاً يلبس الثياب فظننت أنّه صاحبها. ومن التفريط نوم الحارس في وقت لا ينال فيه. ودليل عدم تضمين حارس الدار والطعام ونحوهما: دلالة الأولى من حارس الحمام، ووجه ذلك أنهم أمناء وهم في سقوط الضمان عنهم أبين من حارس الحمام؛ لأن هؤلاء أقامهم المالك ورضي بهم نفسه، وحارس الحمام أقامه صاحب الحمام ولم يختاره المحمم لنفسه⁽¹⁾.

ووجه الفرق بينهم وبين الصانع الذين عليهم الضمان، كما يأتي، أن إجارة الصانع لها تعلق بالعمل، وإجارة الحارس وصاحب الحمام ونحوهما لا تعلق بالعمل، قياساً على المودع، كما تقدم⁽²⁾.

ووجه تضمين الحمامي عند التفريط بإعطاء الثياب لغير صاحبها، أنه أخطأ عليه متاعه فدفعه إلى غيره؛ وأموال الناس تضمن بالعمد والخطأ⁽³⁾.

وأصل المذهب أنّه لا ضمان على الحراس والخفراء في الحارات والأسواق وكذا على البوابين في الخانات وغيرها. واستحسن بعض المتأخرين - كالأجهوري - تضمينهم من غير ثبوت تفريط منهم نظراً لكونه من المصالح العامة وارتكاباً لأخف الضررين.

4 - أجير الصانع: لا ضمان عليه لأنّه أمين للصانع إذا كان يعمل بحضرة صانعه وإلا ضمن؛ لأنه صار له حكم الصانع المشترك المنتصب للناس، كما يأتي بيانه⁽⁴⁾.

5 - السمسار يطوف بالسلع في الأسواق لبيعها، إذا كان خيراً ذا أمانة، لا ضمان عليه إذا ادعى ضياع شيء مما بيده بغير تعديّه وبلا تفريط منه. وهذا في السلعة قبل بيعها أو في ثمنها إذا ضاع بعد البيع وفي ما يحصل في السلعة كالثوب من تمزيق أو خرق بسبب نشر أو طي إذا لم يخرج عما أذن له فيه ويضمن كما إذا ادعى أنه باع سلعة لرجل وأنكر ذلك الرجل الشراء ولم يكن له بينة عليه لتفريطه بترك الإشهاد. وقيد بعضهم عدم ضمان من ظهر خيره بما إذا لم ينصب نفسه للسمسرة وإلا ضمن كالصانع. وقد اعتبر ابن عرفة هذا القيد.

وأما من لم يظهر خيره فيضمن، كذا أفتى ابن رشد. وقيل: لا يضمن السمسار مطلقاً قال عياض: وهو المعروف من قول مالك وأصحابه، قال: لأنهم وكلاء وليسوا بصناع.

6 - النوتي إذا غرقت سفينته بفعل سائح في تسييرها وفي المشي بها في ربح أو موج، بحسب المعتاد وفي وسقها الوسق المعتاد، فلا ضمان عليه في نفس ولا مال. وأولى إذا غرقت بغير فعل كهيجان البحر واختلاف الريح مع عجزه عن صرفها.

(1) انظر الفائق: م/4 و21و.

(2) انظر المنتقى: 6/77.

(3) انظر البيان والتحصيل: 4/237.

(4) انظر المنتقى: 5/76، الذخيرة: 5/518، تنبيه الطالب: م/4 و199.

وإن غرقت بفعل لا يسوغ في سيرها أو حملها ضمن. وإن تعمد الفعل فالقصاص. والعلة في تضمين النوتي التعدي، فحيثما غابت العلة فلا ضمان⁽¹⁾.

7 - المستأجر لدابة إذا ضربها أو ساقها بالعصا، على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن؛ لأنّ العرف جار به بأنّه لا بدّ للدابة من سوق وزجر على السير، والضرب على قدر الحاجة، فكان هذا القدر مأذوناً فيه، فلم يضمن ما حدث عنه⁽²⁾.

8 - من استعان بصغير بغير إذن وليه في شيء فتلف فيه، فإن كان مما يتلف في مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه، مثل: ناولني هذه المروحة أو هذه الخرقفة أو ما أشبه ذلك؛ لأنّ ضرورة العادة قاضية بأنّ مثل هذا لا يكون منه تلف، وأنّ الناس يتسامحون به فيما بينهم، فلا ضمان فيه إن حدث عنه تلف، ولا أجرة فيه مع السلامة. وإن كان الشيء المستعان فيه مما له بال وخطر، وتطلب الأجرة في مثله، فهو متعمّد بذلك، ولولي الصغير مطالبته بالأجرة إن سلم؛ لأنّه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه الإذن فيها، فكان ضامناً للبدل فيها بتعديّه؛ وإن حدث عن ذلك تلف ضمن ديتّه؛ لأنّه سبب تلفه باستعمالها على وجه التعدي⁽³⁾.

وفيما عدا ما تقدم يكون المستأجر أو الأجير ضامناً، وذلك كما يلي:

- الراعي إذا خالف المرعى الذي شرط عليه، فهلكت الماشية أو ضاعت فيضمن.

- الراعي إذا أنزى الفحل على الإناث بلا إذن من ربّها فعطبت أو ماتت تحت الفحل أو عند الولادة فيضمن، إلّا لعرف بأنّ الرعاة تنزي ولا تستأذن فلا ضمان. فوجه الضمان فيما فيه الضمان، أن الإذن بالرعي لا يتناول الإنزاء⁽⁴⁾.

- إذا غرّ بفعل فإنّه يضمن، كما تقدم. وكذلك إذا غرّ بقول انضمّ له شرط كما تقدم أيضاً.

وكلّ من الراعي وما بعده فالضمان يكون بالقيمة يوم التلف لا يوم التعدي ولا يوم الحكم.

- الصانع في مصنوعه فقط لا في غيره. وذلك كشوب يخيطه أو حلي يصوغه أو خشبة ينشرها أو حبّ يطحنه. ودليل تضمين الصانع ما يلي:

أ - عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»⁽⁵⁾.

(1) انظر المعونة: 2/1108.

(2) المعونة: 2/1107.

(3) المعونة: 2/1110.

(4) انظر الذخيرة: 5/508.

(5) أبو داود في الإجارة، باب تضمين العارية 3/822 حديث 3561؛ الترمذي في البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة، وقال: هذا حديث حسن صحيح. (انظر الذخيرة: 5/503).

ب - ما روي عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»⁽¹⁾.

ج - القياس على المقترض والمستعير فيما يغاب عليه، وصورته: أن الصانع قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم، فلم يقبل قوله في تلفها كالمقترض والمستعير. والحكم المقيس عليه منصوص عليه، وقد تقدم في الحديثين المذكورين⁽²⁾.

د - لإجماع الصحابة على ذلك، فقد روي ذلك عن عمر⁽³⁾، وعلي⁽⁴⁾، ولم يعلم لهما مخالف⁽⁵⁾. قال ابن رشد الجدي: «قال يحيى بن سعيد: ما زال الخلفاء يضمون الصناع. ولم يكن الخلفاء ليضمنوهم والصحابة متوافرون، إلا بعد مشورتهم واجتماع ملائهم على ذلك، وقد ادعوا على علي⁽⁶⁾ رواية أخرى ولم تثبت، ولو ثبت لحمل ذلك على أنه رجع عنها إلى قول الجماعة، وإجماع الصحابة حجة على من بعدهم»⁽⁶⁾. وقال ابن عبد السلام: «عمل الصحابة يستلزم وجود النص غالباً»⁽⁷⁾.

هـ - العمل بالمصلحة المرسلة. وفي توجيه العمل بها قال القاضي عبد الوهاب: «لأن ذلك يتعلق به مصلحة الصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف أموال الناس. وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيظ ويقصر ثوبه أو يطرزه؛ فلو قبلنا قول الصناع في الإتلاف، مع علمهم بضرورة الناس إليهم، لتسرعوا دعوى ذلك ولحق أرباب السلع الضرر؛ لأنهم بين أمرين، إما أن يدفع إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه فيضر بهم؛ فكان تضمينهم صلاحاً للفريقين»⁽⁸⁾. وفيه مراعاة للمصلحة العامة، أي: في الضمان لصالح جمهور المستصنعين،

(1) أبو داود في الإجارة، باب تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وقال: حديث أبي أمامة حسن غريب؛ وابن ماجه في الصدقات، باب العارية. انظر عدة البروق: 559.

(2) انظر الإشراف: 665/2، المعونة: 1111/2، عدة البروق: 546، 559.

(3) أخرجه عبد الرزاق في البيوع، باب الأجير الذي يعمل بيده، وابن أبي شيبة في البيوع، باب في القصار والصبغ وغيره، عن بكير بن عبد الله بن الأشج أن عمر بن الخطاب ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم.

(4) أخرجه البيهقي في الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، وابن أبي شيبة في البيوع، باب في القصار والصبغ وغيره، عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي، أنه كان ضمن الصبغ والصابغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك.

(5) انظر الإشراف: 665/2، المقدمات: 245/2، الفائق: م/4 و26ظ.

(6) المقدمات: 245/2. (7) تنبيه الطالب: م/4 و197.

(8) الإشراف: 665/2، وانظر أيضاً المعونة: 1111/2، المقدمات: 343/2 - 345، الذخيرة:

على مراعاة المصلحة الخاصة، أي: في سقوط الضمان عن أفراد الصناع⁽¹⁾. ولم تعتبر المصلحة في غير الصناع؛ لأن الصناع يغيرون الأمتعة بصنعتهم حتى يكاد تخفى عن أصحابها، وذلك مفقود في غيرهم، كالراعي والسمسار والحارس ونحوهم⁽²⁾.

ز - سدّ الذريعة، كما أشار إلى ذلك القاضي عبد الوهاب فيما تقدم⁽³⁾. والفرق بين إيجاب الضمان على الصناع ابتداءً، وبين غيرهم من المستأجرين والأجراء لا يضمنون إلا بثبوت التعدي؛ أنّ الأصل في قبض الصناع لأمتعة الناس هو على الضمان لأنهم متهمون، بينما غيرهم الأصل فيهم أنهم أمناء على ما يستأجرونه⁽⁴⁾. ولا ضمان على الصناع في غير مصنوعه، كما لو جعل الشيء المصنوع في ظرف فادعى الصناع ضياعها، فإنه يضمن ما له فيه الصنعة لا الظرف، ولو كان الصناع محتاجاً له في العمل فلا يضمنه كقفة الطحين والكتاب الذي ينسخ منه. وهذا قول سحنون، وعلله بأنه لا عمل له فيه⁽⁵⁾. وقال ابن حبيب يضمن الصناع ما لا يستغنى عنه سواء احتاج له الصناع أو المصنوع. وقال ابن المواز: يضمن الصناع ما يحتاج في عمله كالكتاب الذي ينسخ منه دون ما يحتاج إليه المصنوع كظرف القمح والعجين، ووجه عدم تضمينه الظرف أنه باق عنده على حكم الوديعة⁽⁶⁾.

ويضمن الصناع مصنوعه على ما تقدم ولو كان يصنعه بيته دفعاً لما يتوهم من عدم ضمانه في هذه الحالة؛ لأنه لما عمل في بيته صار كأنه لم ينصب نفسه للعمل للناس. ودليل هذا القول المتوهم، هو أن الأصل في الصناع عدم تضمينهم وأنهم مؤتمنون؛ لأنهم أجراء، وقد أسقط الشرع عن الأجير الضمان، فأخرج أهل العلم الصناع من ذلك لنصبهم أنفسهم لأعمال الناس وأخذ أمتعتهم، وإذا لم ينصب نفسه بقي على الأصل ويسقط عنه الضمان⁽⁷⁾.

ويضمن أيضاً ولو كان يصنعه بلا أجر، فأولى بأجر في حانوته. ودليل تضمينه ولو عمله بلا أجر: القياس على ما لو عمله بأجر، بجامع انتفاء البيئة على عدم التفريط⁽⁸⁾. ووجه آخر أن تركه الأجر لا يخرج عن سنة الصناع في الضمان، كما لو عمله بأجر ثم وهبه لصاحب المصنوع⁽⁹⁾.

(1) انظر تنبيه الطالب: م/4/197، التوضيح: و81.

(2) انظر الفائق: م/4/20ظ.

(3) الإشراف: 2/665، وانظر أيضاً المقدمات: 2/343 - 345، بداية المجتهد: 2/261.

(4) انظر المعونة: 2/1112. (5) انظر البيان والتحصيل: 4/231.

(6) تنبيه الطالب: م/4/199.

(7) انظر البيان والتحصيل: 4/243، عدة البروق: 548.

(8) انظر الإشراف: 2/665، المتقى: 5/72. (9) انظر المعونة: 2/1112.

وسواء في تضمين الصانع تلف المصنوع بصنعيته أو بغيرها، إلا أن يكون في صنعته تغير، كما يأتي.

شروط تضمين الصانع:

يشترط لتضمين الصانع خمسة شروط:

- 1 - أن ينصب نفسه للصناعة للناس، ويسمى الصانع المشترك. احترازاً عن الأجير لشخص خاص أو جماعة مخصوصين فلا ضمان عليه.
 - 2 - أن يغيب الصانع على الشيء المصنوع بأن لا يعمل في بيت ربه وإن لم يكن حاضراً أو بحضوره ولو في غير بيته، وإلا فلا ضمان عليه.
 - 3 - أن يكون المصنوع مما يغاب عليه أي: بأن يمكن إخفاؤه. ووجه هذا الشرط والذي قبله، هو أنه إنما يضمن بالقبض، وإلا فلا وجه للتضمين لعدم موجبه، وهو الانفراد بقبض يتهم فيه بادعاء التلف⁽¹⁾.
 - 4 - أن لا يكون في صنعته تغير، أي: تعريض للإتلاف، كثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف والختان وقلع الضرس وخبز العيش في الفرن والطب، فلا ضمان إلا بالتفريط. قال ابن رشد الجدي في توجيه عدم تضمين الصانع إذا كان في صنعته تغير: «إذا أخذها من مأخذها ولا يغر من نفسه، لم يكن عليه ضمان، وقبل قوله بلا بينة؛ لأن شاهده فيه حاضر، ورب اللؤلؤة مدع عليه التعدي، إذ لا يظهر فيها من صنعته إلا ما كان يجوز له أن يعمل وهو مقام شاهد؛ لأنه قد أذن له في العمل وجعل ذلك إليه ومكّنه، وهو مدع عليه فيما يريد من الضمان. وكذلك كل صاحب صنعة على هذا الشرح»⁽²⁾. ووجهه في موطن آخر بقوله: «لأنه ممّا فيه التغير على ذلك، فكان صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه»⁽³⁾.
- ووجه التغير في خبز العيش في الفرن، أن النار تغلب ولا يقدر على التحكم فيها⁽⁴⁾.

5 - أن لا تكون له بينة بتلفه بلا تفريط.

وإذا ضمن الصانع فإنه يضمن القيمة يوم دفع المصنوع للصانع، لا يوم التلف ولا يوم الحكم، إلا أن يرى المصنوع عنده بعد يوم الدفع فإن رثي بعده فبأخر رؤية. وإذا كانت القيمة تعتبر يوم الدفع، فلا أجرة للصانع. وكذا إذا اعتبرت بأخر رؤية ولم يكن مصنوعاً. فإن كان مصنوعاً ضمن قيمته مصنوعاً، وعلى ربه الأجرة. ووجه

(1) انظر المعونة: 2/1111.

(2) البيان والتحصيل: 4/252، وانظر أيضاً المتقى: 6/72.

(3) المقدمات: 2/251، الفائق: م27/4ظ. (4) انظر المدونة: 3/374.

وجوب الأجرة أن الأجرة في مقابلة العمل دون سلامة السلعة، فإذا حصل العمل وجب استحقاق الأجرة⁽¹⁾.

وإذا شرط الصانع نفي الضمان عن نفسه فإنه يضمن ولا يفيد شرطه. وهو شرط مفسد للعقد. وعلل فساد العقد بأمرين:
الأول: بأنه يناقض مقتضى العقد⁽²⁾.

الثاني: بنفي الضرر عن الناس. وذلك لأن الناس لو أمكنوا من ذلك ما عمل صانع إلا اشترط أن لا ضمان عليه، فيدخل على الناس بذلك ضرر، إذ لا بدّ لهم من استجارهم⁽³⁾.

فإن وقع العقد وعثر عليه بعد العمل ففيه أجر المثل قلّ أو كثر دون المسمى. ويتنفي الضمان بأن تقوم للصانع بينة بضياعه أو تلفه بلا تفريط فلا ضمان عليه. وهذا لأنّ ضمان الصانع ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة، ولا تراعى الذريعة مع العذر الظاهر⁽⁴⁾، وحينئذ تسقط الأجرة عن ربّه؛ لأنّه لا يستحقها إلا بتسليمه لربّه مصنوعاً؛ أو يحضره الصانع لربّه مصنوعاً على الصفة المشترطة.

فإن أحضره الصانع لربّه مصنوعاً على الصفة المشترطة فتركه صاحبه عنده، فادّعى ضياعه فلا ضمان عليه؛ لأنّه خرج حينئذ إلى حكم الإيداع، ولا تسقط الأجرة لأنها تستحق بالتسليم وقد حصل. وتعليل استحقاق الصانع الأجرة بالتسليم، هو تعليل قائم على النظر المصلحي، بتشريك الصانع وصاحب المصنوع في المصيبة⁽⁵⁾.

وهذا ما لم يتركه عنده رهناً في نظير الأجرة، وإلا كان حكمه حكم الرهن يضمنه ضمان الرهان، ولا تسقط الأجرة سواء ضمنه بالفعل أم لا.

ويصدّق الراعي إن ادّعى ضياع بعض الماشية بلا تفريط، أو ادّعى الخوف من موت بعضها فنحر أو ذبح وجاء بها مذكاة وخالفه ربّه وقال له: بل تعدّيت كما يصدّق إن ادّعى سرقة ما نحر، وقال نحرتها لخوف موتها فسرت، وخالفه ربّها وقال: بل أكلتها، وفي كلا المسألتين يحلف الراعي إذا اتهم فقط. وتقدم الدليل على تصديق الراعي وعدم تضمينه.

فإن خاف الراعي موتها وترك ذكاتها حتى ماتت ضمنها.

وإذا قال: ذبحتها خوف الموت وأكلتها لم يصدّق، إذا كان محل الرعي قريباً،

(1) انظر المعونة: 2/ 1112.

(2) كذا علله الشيخ الدردير، وانظر أيضاً الذخيرة: 5/ 505.

(3) انظر البيان والتحصيل: 4/ 226. (4) المقدمات: 2/ 344.

(5) انظر بداية المجتهد: 2/ 261، تهذيب الفروق: 4/ 29.

وذلك لقوة التهمة⁽¹⁾، وإلا صدق. ومحلّ عدم تصديقه ما لم يجعل له ربهما أكلها وإلا صدق.

ومثل الراعي في التصديق الملتقط للجمل ونحوه إن ادعى خوف الموت فذبح. وأمّا المستأجر والمستعير والمرتهن والمودع والشريك فلا يصدق واحد منهم في دعوى التذكية لخوف الموت إلا ببطخ أو بيّنة، وإن كانوا يصدّقون في التلف أو الضياع. وذكر الشيخ الدسوقي أن الفرق بين هؤلاء والراعي مع كون الجميع أمناء لعلّة تعذّر الإسهاد من الراعي غالباً، بخلاف هؤلاء فإنّه لا مشقة عليهم في الإسهاد غالباً. ومن مرّ على دابة شخص فذكاها وادعى أنه فعل ذلك خوف موتها، أو سلخ دابة غيره وادعى أنه وجدها ميتة فلا يصدق إلا بيّنة أو لطح.

فسخ الإجارة:

قاعدة المذهب أن كلّ عين يستوفى منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الإجارة، كموت الدابة المعينة وكانهدام الدار.

وعلّل القاضي عبد الوهاب انفساخ الإجارة عند هلاك العين التي تستوفى منها المنفعة بقوله: «إنّ الأصول موضوعة على أنّ كلّ ما كان لأحد المتعاقدين فسخه بوجه، كان للآخر أن يفسخ بمثل ذلك الوجه، كعقد الشركة والوكالة والقراض، وكذلك البيوع إذا وجد أحدهما بأحد العوضين عيباً كان له الفسخ، فكذلك في مسألتنا»⁽²⁾. وعلى هذا ينبنى ما يلي:

1 - تنفسخ الإجارة إذا تعذر ما يستوفى منه المنفعة، كدار وحانوت وحمّام وسفينة ونحوها، وإن لم تعين حال العقد، ودابة عيّنت. فالتفصيل بين المعينة وغيرها إنما هو في الدابة وأمّا الدار والحانوت والحمّام والسفينة ونحو ذلك ممّا ليس بدابة فلا يشترط التعيين فيه ابتداء بل متى تعذّر شيء ممّا يستوفى منه انفسخت الإجارة، قالوا: لأنّ العقد عليها لا يكون إلا في معيّن. ولكن هذا لا يظهر في السفينة، بل هي بالدابة أشبه. والكلام المتقدم يقتضي تسويتها بالعقارات.

واستعمال لفظ التعذّر أعمّ من لفظ التلف. فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلقت الحوانيت قهراً وغير ذلك ممّا يأتي.

وإذا فسخت الإجارة رجع للمحاسبة باعتبار ما حصل من المنفعة وما لم يحصل، وباعتبار المسافة طولاً وقصراً وسهولة وصعوبة.

فما حصل من المنفعة يلزمه أجرته بحسابه وما لم يحصل لا شيء عليه فيه. ولا فرق في هذا بين الدابة وغيرها.

وأما اعتبار المسافة طولاً وقصراً وغير ذلك فهو خاص بتعذر السفينة والدابة المعينة، فيرجعان فيهما إلى المحاسبة أيضاً وينظران لقيمة المسافة الماضية والباقية صعوبة وسهولة إلى غير ذلك.

2 - وتنفسخ الإجارة ولو كان التعذر بغضب لما يستوفى منه، داراً كانت أو غيرها، أو غضب منفعة لما يستوفى منه ولو لم يغضب الذات إذا كان الغاصب لا تناله الأحكام.

كما تنفسخ الإجارة ولو بأمر ظالم لا تناله الأحكام بإغلاق الحوانيت المكتراة، بحيث لا يتمكن مستأجرها من الانتفاع بها. ويلزم الظالم أجرتها لربها إذا قصد غضب المنفعة فقط، كما تقدّم في الغضب. فوجه الفسخ بالغضب والظلم أن المستأجر منع من استيفاء المنفعة، كما لو انهدمت. ولا يندرج ذلك تحت قاعدة: أن قبض الأوائل كقبض الأواخر؛ للإجماع على الفسخ بالهدم⁽¹⁾.

هذا وإن محل فسخ الإجارة بغضب العين المستأجرة إن شاء المستأجر؛ وإن شاء بقي على إجارته. فإن فسخها كان لمالك الذات المغصوبة الأجرة على الغاصب، وإن أبقاها من غير فسخ صار ذلك المستأجر الغاصب بمنزلة المالك فتكون الأجرة له. فمعنى الفسخ في هذه المسائل أنها معرضة للفسخ، لا تنفسخ بالفعل.

3 - وتنفسخ الإجارة أيضاً بحمل الظئر - أي: المرضع - لتعذر الرضاع عادة إذا حملت؛ لأن لبن الحامل يضرّ بالرضيع. ووجه الضرر أن الحمل يقطع اللبن أو يقلّه أو يفسده، لما بين الثدي والرحم من المشاركة عند الأطباء⁽²⁾.

وسواء كان الحمل قبل عقد الإجارة وظهر بعده أو طرأ بعد العقد.

4 - وتنفسخ الإجارة إذا حدث مرض للأجير لا يقدر معه على عمل ما استؤجر عليه، أو مرض للظئر لا تقدر معه على الرضاع فإن قدرت معه على الرضاع لم تنفسخ إلا أن يضرّ به.

والمراد بالفسخ فيما تقدم أنّ لهم الفسخ لا الفسخ الفعلي. فالفسخ في هذه المسائل حق للمستأجر. فله البقاء على الإجارة.

5 - وتنفسخ الإجارة بمرض الدابة لا تقدر معه على فعل ما استؤجرت عليه. ودليل الفسخ بمرض الدابة، ما يلي:

أ - أن ذلك قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما⁽³⁾.

ب - نفي الضرر الذي يدخل على المكتري لو ألزمه ربها أن يقيم معه وينتظر

(2) انظر الذخيرة: 408/5.

(1) انظر التوضيح: 78.

(3) المدونة: 429/3.

شفاءها؛ لأن ذلك قد يؤخره عن الوصول إلى مقصده ويفيت عليه مصالحه؛ ونفيه عن رب الدابة لو ألزمه المكتري ورغب في الإقامة حتى تشفى؛ لأن السفر قد يجحف به ويقطعه عن عياله ويكلفه نفقة زائدة على نفسه وعلى الدابة⁽¹⁾.

فإن صحَّ الأجير أو صحت الظئر أو الدابة في مدة الإجارة قبل الفسخ بالفعل، فيلزم بقية العمل ولا تنفسخ الإجارة. وسقط من الأجرة عن المستأجر ما يقابل أيام المرض.

وإذا حصل الفسخ قبل الصحة لم يلزم الأجير والظئر وصاحب الدابة عمل فيما بقي.

قال الشيخ الدردير بجواز إلحاق الغصب وغلط الحوانيت ظلماً ونحو ذلك بحكم الظئر والدابة إذا صحَّ، أي: إذا رجع الشيء المستأجر عن حالته التي يتعذر معها الاستيفاء من غصب أو غيره إلى حالته التي كان عليها قبل المانع فلا تنفسخ الإجارة إذا لم يقع بينهما قبل ذلك تفاسخ؛ لأن الحق في هذه المسائل للمستأجر كما تقدم.

6 - إن تبين للمستأجر أن الأجير شأنه السرقة؛ لأنها عيب يوجب الخيار في الإجارة والبيع، بذلك علل الشيخ الدردير. ووجه العيب في الإجارة أن الأجير إنما اشترت منافع بعينه، وهي محل العيب، كالسلعة في البيع تشتري فيوجد في عينها عيب⁽²⁾. فيخير المستأجر في الفسخ وعدمه. وهذا حيث كان استجاره لخدمة في داره أو حانوته مثلاً مما لا يمكن التحفظ فيه منه. وأما إذا آجره داراً ليسكنها ونحو ذلك فلا تنفسخ الإجارة بتبين سرقة لإمكان التحفظ منه.

7 - إن تبين للمستأجر أن الأجير قد بلغ رشيداً، أي: حيث كان صغيراً وعقد عليه أو على سلعه وليه، من أب أو وصي أو حاكم أو مقدم، كما إذا استأجره لخدمة، مثلاً ثلاث سنين، فبلغ رشيداً قبل انقضاء المدة، فإنه مخير بين الإبقاء لتمام المدة والفسخ. وعلّة الفسخ وعدم لزوم باقي الإجارة بعد بلوغ الصغير رشيداً، أن الأصل عدم نفوذ تصرف الإنسان على غيره⁽³⁾.

لكن يلزم في العقد عليه بقاء المدة بقيدين:

الأول: أن يظن عدم بلوغه قبل تمام المدة وقت العقد فبلغ.

الثاني: أن يبقى اليسير من المدة، كالشهر. ودليل لزوم العقد عليه فيما إذا تبقى اليسير من المدة الاستحسان⁽⁴⁾ من أجل الضرورة. وعلى هذا فإن الاستدلال بالأصل

(1) انظر المدونة: 429/3.

(2) وانظر أيضاً المدونة: 407/3، عدة البروق: 549.

(3) الذخيرة: 375/5.

(4) انظر الفائق: م/4 و9ظ.

المتقدم يكون على النحو التالي: أن الأصل عدم نفوذ تصرف الإنسان على غيره إلا لضرورة⁽¹⁾.

فبهذين القيدين لا خيار له. وإنما الخيار فيما إذا ظنّ وليه بلوغه فيها، أو لا ظنّ عنده مطلقاً، أي: بقي اليسير أو الكثير، كان العقد عليه أو على سلعه، أو ظنّ عدمه وبقي في العقد عليه الكثير.

كما يلزم العقد إذا عقد ولي الصغير على سلع الصغير، كدابته وداره وغيرهما، فيلزم فيما إذا ظنّ عدم بلوغه مطلقاً، ولو بقي من المدة سنين بعد رشده على الأرجح. وتعليل لزوم العقد عند ظنّ عدم بلوغه، هو عذر الولي في ذلك بكونه صنع ما يجوز له⁽²⁾، ومراعاة مصلحة الصغير، قال الإمام القرافي: ولولا ذلك لتزلزلت قواعد تصرفه، أي: الصغير⁽³⁾.

ومقابلته قول أشهب إن العقد على سلعه كالعقد عليه لا يلزمه إلا إذا ظنّ الولي عدم بلوغه وبقي مثل الشهر.

وحاصل المسألة أن الصغير إذا عقد وليه عليه أو على سلعه فبلغ رشيداً، في أثناء المدة فله الخيار إذا ظنّ الولي بلوغه أو شك فيه مطلقاً بقي القليل أو الكثير، فإن ظنّ عدم بلوغه أثناء المدة فبلغ رشيداً لزمه في العقد على نفسه إن بقي اليسير دون الكثير، ولزمه في العقد على سلعه في الكثير واليسير. ووجه الفرق بين عدم لزوم العقد علي نفسه في الكثير ولزومه على سلعه في الكثير، شدة الضرر في الأول وخفته في الثاني؛ لأن التحجير على الإنسان ومنعه من التصرف في نفسه أعظم من التحجير عليه في بعض ماله⁽⁴⁾.

وأما سلع السفية إذا عقد وليه عليها فإنه لازم له إذا رشد في أثناء مدة الإجارة بقي منها الكثير أو اليسير، ظنّ وليه رشده أم لا. إذ الرشد لا تعلم له غاية، وهو غير منضبط بالنسبة للسفية، وهذا هو الفرق بين العقد على سلع الصبي والسفية فلا يعدّ فيه الولي مفرطاً⁽⁵⁾.

وللسفية أن يؤاجر نفسه لعيشه فقط، سواء ظنّ رشده أو ظنّ عدمه أو لم يظن شيء بقي اليسير أو الكثير، وهذا دون سلعه؛ لأنه محجور عليه بالنسبة لسلعه دون نفسه. ولا كلام لوليه في ذلك، إلا أن يحابي، فلوليه الكلام من حيث المحابة، بأن أجر نفسه بدرهم والشأن درهمان.

(1) انظر الذخيرة: 540/5.

(2) انظر المدونة: 418/3، الذخيرة: 375/5، الفائق: م4/9و.

(3) انظر الذخيرة: 375/5. (4) انظر تنبيه الطالب: م4/194.

(5) الذخيرة: 540/5، تنبيه الطالب: م4/194.

وكذلك لا كلام للوليّ إن رشد السفية؛ لأنّه في نفسه كالرشيد، ولو آجره وليه لغير عيشه فله هو الفسخ لأن الولي لا تسلط له على نفسه. وإن آجره لعيشه فلا كلام له.

8 - وتنفسخ الإجارة بموت مستحق وقف أجر ذلك الوقف مدّة معينة، ومات قبل تقضيها. وانتقل الاستحقاق فيه لمن في طبقته أو لمن يليه ولو ولده، وبقي يسير من المدّة. فتنفسخ الإجارة ولو كان ذلك المستحقّ الذي آجر ناظراً - على الأصحّ - . ودليل الانفساخ القياس على بيع الفضولي؛ لأن مستحق الوقف أصبح بموته أجنبياً بالنسبة لباقي المدّة، فلا يلزم العقد فيها⁽¹⁾. بخلاف ناظر غير المستحقّ أجر مدّة معلومة بأجرة المثل ثمّ مات، فلا تنفسخ. ومقابل القول الأصحّ قول ابن شاس لا تنفسخ، وهو قول ضعيف لأنه لا يعرف لغيره. ودليل هذا القول: الاستحسان، ووجهه أن الأول فعل ما كان يجوز له فعله⁽²⁾.

ما لا تنفسخ به الإجارة:

القاعدة أنّ كلّ عين يستوفى بها المنفعة فهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصحّ، كموت الشخص المستأجر للعين المعينة، ويقوم وارثه مقام مورثه. إلا في أربع مسائل: صبيان وفرسان؛ صبيّا التعليم والرضاعة، وفرسا النزو والرياضة. فحيث مات صبيّ التعليم أو الرضاعة انفسخت الإجارة ورجعا للمحاسبة؛ وكذلك فرس النزو إذا استأجر الفحل على أربع مرّات فحملت من مرّتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة، وكذلك إذا استؤجر لفرس يروضها ويعلمها كيفيّة الجري فماتت، ويرجعان للمحاسبة. وعلى القاعدة المذكورة فإنّ ما لا ينفسخ كما يلي:

1 - لا تنفسخ الإجارة بتعدّر ما يستوفى به المنفعة، وهو المستأجر للعين كالسكن في الدار، والراكب للدابة، والشيء المحمول. والظاهر أنّه تعدّر بسماوي، كموت الراكب أو الساكن؛ أو بغير سماوي بأن تلف المحمول بتفريط من الحامل، بأن فرط فتلف ما حمّله من طعام أو غيره أم لا. وتقدّم أنّه إن فرط ضمن. ولا تنفسخ الإجارة على كلّ حال. والدليل على عدم انفساخ الإجارة بتعدّر ما تقدم ذكره مما يستوفى به المنفعة، ما يلي:

أ - أنّ الإجارة عقد لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه مع التمكن من استيفاء المنافع⁽³⁾. وتقدّمت أدلّة اللزوم.

ب - قوله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته»⁽⁴⁾.

(1) انظر تنبيه الطالب: م/4 و194.

(2) انظر تنبيه الطالب: م/4 و194.

(3) المعونة: 2/1100.

(4) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الصلاة على من ترك ديناً؛ ومسلم في الفرائض، باب من ترك =

قال القاضي عبد الوهاب في توجيه الأخذ بالحديث: «وهذه الإجارة متروكة للميت، فيجب أن تكون لورثته، وهذا ينفي الفسخ»⁽¹⁾.

ج - القياس على البيع، وصورته: أنه عقد معاوضة، فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين، إذا لم يعد بتلف المنفعة أو يتعدّر استيفاؤها، أصله البيع⁽²⁾.

د - القياس على الرهن، وصورته: أنه عقد تعلق بمنفعة تستوفى من عين، فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين، أصله الرهن⁽³⁾.

وإذا لم تنفسخ قيل لو ارث الساكن والراكب ولرب الأحمال: عليك جميع الأجرة واثت بمثل الأول لتتام المدّة أو المسافة. وهو المشهور عند ابن رشد في المقدمات. والذي له في «البيان» أن المشهور قول ابن القاسم في المدونة، وهو الفرق بين التلف بسماوي فلا تنقض الإجارة ويأتيه وارث المستأجر بمثله، وعليه جميع الكراء، وبين تلف المحمول من جهة الحامل فتنتقض، ولا كراء له، وقيل: له من الكراء بقدر ما سار، وظاهره فرط أم لا فانظره، وظاهر أن قول ابن القاسم في المدونة مقدّم على غيره.

ويستثنى مما لا تنفسخ به الإجارة أربع مسائل تنفسخ الإجارة فيها بهلاك العين التي تستوفى بها المنفعة، وهي: صبيان وفرسان؛ صبيّا التعليم والرضاعة، وفرسا النزو والريضة. فإذا استأجر رجل معلماً لتعليم صبي ويشمل البالغ، أو امرأة لرضاع صبي، أو فحلاً للنزو على فرس ويشمل كل دابة نزو، أو مروّضاً لترويض فرس؛ فحيث مات صبي التعليم أو الرضاعة انفسخت الإجارة ورجعا للمحاسبة بحساب ما علّم المعلم وأرضعت المرأة؛ وكذلك فرس النزو إذا استأجر الرجل الفحل على أربع مرّات فحملت الفرس من مرتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة، وكذلك إذا استؤجر المروّض لفرس يروضها ويعلمها كيفية الجري فماتت، ويرجعان للمحاسبة. والفرق بين هذه المسائل وبين غيرها مع أن الجميع مما تستوفى به المنفعة، أن القصد في المسائل الأربعة إنما هو نجابة الولد والفرس وتنميتها، فإذا ماتا لم يلزم أن يؤتى بغيرهما؛ لأنه لم يبالغ في استئجار الظئر والمعلم إلا لأجل ذلك الولد والفرس؛ بخلاف غيرهما؛ لأن المقصد الصفة كالسكن والركوب والحمل، دون التنمية⁽⁴⁾.

وهذه المسائل مستثناة عند سحنون وابن أبي زيد القيرواني. وقال ابن عرفة: لا تنفسخ فيها الإجارة، وللأجير جميع الأجرة؛ لأنّ المانع ليس من جهته⁽⁵⁾.

= مالا فلورثته، عن أبي هريرة بلفظ: «من ترك مالا فلورثته».

(1) الإشراف: 653/2.

(2) انظر الإشراف: 653/2، بداية المجتهد: 258/2، الذخيرة: 295/5.

(3) الإشراف: 653/2. (4) انظر عدة البروق: 549.

(5) حاشية الدسوقي: 30/4.

ومن رَجَح استثناء هذه المسائل ألحق بها مسائل أخرى، وهي أنّ الرجل إذا استأجر أجيراً لحصد زرع معين، أو حرث أرض بعينها، أو بناء حائط بدار، فيحصل مانع من جهة ربّ الزرع أو الأرض أو الحائط، كأن يتلف الزرع أو تيبس الأرض أو تفقد مواد البناء، وليس لربّ الزرع والأرض والحائط غيرها، فتفسخ الإجارة لتعذر الخلف. فإن كان له الخلف استأجره فيه، أو يدفع الأجرة بتمامها ولا تفسخ الإجارة.

وقيل: لا تلحق هذه المسائل بالمسائل الأربعة المستثناة، وقيل: لا تفسخ الإجارة، ويقال لربها: ادفع جميع الأجرة أو ائت بغيرها إن كان لك غيرها. وقد رَجَح الشيخ خليل في التوضيح كلاً من القولين.

وعلى كلّ فالمسائل المستثناة والمسائل المختلف في إلحاقها بها، مقيدة بكونها من جهة المستأجر، فهي من قبيل تعذر ما يستوفى به. أمّا لو كان المانع من جهة المؤجر على الحصد أو الحرث أو البناء، لكان ذلك من قبيل تعذر ما يستوفى منه، وليس الكلام هنا فيه⁽¹⁾.

2 - لا تفسخ الإجارة بإقرار المالك للذات المؤجرة بأنه باعها أو وهبها أو أجزها لآخر قبل الإجارة المذكورة، ونازعه المكتري ولا بينة، لاتهامه على نقضها. ويلزمه الإقرار فإخذها المقر له بعد انقضاء المدة وله الأكثر من المسمى الذي أكرت به، وكراء المثل على المقر.

3 - لا يفسخ الكراء بتخلف رب دابة معينة أو غير معينة عقد عليها شخص لملاقاة رجل أو ليشيع بها رجلاً فتخلف ربّها عن الإتيان بها، وإن فات ما يقصده ويرومه من التلقي أو التشيع إن لم يكن الزمن معيناً ولم يكن حجاً. ووجه عدم الفسخ عند عدم الزمن المعين وعدم الحج، أن المكتري يصل إلى غرضه أي: وقت أراد من السنة⁽²⁾.

أمّا إن كان الزمن معيناً، كأكتري منك دابتك أركب عليها في هذا اليوم أو تخدمني أو تخطط لي في هذا اليوم، أو قال أحج عليها فلم يأت المكري بالشيء المكري إلى أن انقضى ذلك الزمن المعين أو فات الحج فإن الكراء يفسخ. ووجه فسخ الكراء أن من لوازم التعيين أن العقد يفسخ بتعذر استيفاء المنفعة، والمنفعة هنا معينة بزمن، فإذا فات زمنها تعذر استيفائها⁽³⁾. ووجه آخر أن صاحب الدابة يكون بتخلفه وتعذر وصول المكتري إلى غرضه في الكري قد تعدى، فوجب فسخ العقد⁽⁴⁾. وليس للمكتري حينئذ التراضي مع المكري بالتمادي على الإجارة إذا نقده الكراء للزوم فسخ الدين في الدين.

(1) حاشية الدسوقي: 30/4.

(2) انظر عدة البروق: 550.

(3) انظر عدة البروق: 550.

(4) انظر عدة البروق: 550.

4 - لا تنفسخ الإجارة بظهور فسق المستأجر للدار يضرب بها أو بالجار وإنما يؤمر بالكف ووجه عدم انفساخ الإجارة بذلك أن العقد صحيح⁽¹⁾، وفي فسخه مضرة برب الدار⁽²⁾. ووجه أمره بالكف نفي الضرر عن الدار أو الجار⁽³⁾. فإن لم يكف أجرها الحاكم عليه وأخرج منها.

وانظر ما ذكر في مسائل ما تنفسخ به الإجارة من تفريعات لا تنفسخ به الإجارة.

قيام مانع للأجير من العمل⁽⁴⁾:

وبناء على ما تقدم فإن من استأجر أجيراً مدة على عمل معين، فانكسرت آلة العمل أو ماتت دابته، كمحراث وبقرة؛ فإن له الأجرة كاملة على رب العمل؛ لأن عليه الإتيان بمحراث آخر وحيوان آخر، فالحبس عن العمل جاء من قبله. وإن رضي الأجير أن يتحول إلى عمل آخر غيره فلا بأس به، بشرط أن يكون يشبه العمل الذي استؤجر فيه أولاً، ولا يتباعد عنه، وإلا فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين. وسواء كان انتقد الثمن أو لم ينتقد في هذه المسألة؛ لأن الخلف فيها واجب والإجارة بينهما قائمة، فيدخله فسخ الدين في الدين وإن كان لم ينقد.

فإن كان الحبس عن العمل بسبب مرض الأجير أو المطر فليس له الأجرة؛ لأن المرض والمطر من الله تعالى لا صنع لأحد فيه.

ما يجوز في الإجارة مما يتوهم فيه المنع:

فيما يلي مسائل لدفع توهم المنع فيها للجهالة وإنما أجزيت للضرورة، وكان القياس يقتضي المنع⁽⁵⁾.

في الدواب:

- يجوز كراء دابة على أن يكون علفها أو طعام ربها على المكتري أو بهما معاً؛ مع دراهم معلومة أو لا. ومع كون العقد فيه جهالة فقد أجزيت للضرورة. وعلل الجواز بأن العلف والطعام معلوم عادة عند الناس، فاستغني فيه عن الوصف بالعرف⁽⁶⁾. وله الفسخ إن وجد الدابة أكلة أو وجد ربها أكلوا، ما لم يرض ربها بالوسط. وعلّة الفسخ أن الأكل الزائد على العادة عيب⁽⁷⁾. ووجه تقييد الفسخ بعدم رضا رب

(2) انظر المختصر الفقهي: م/4 و38ظ.

(4) البيان والتحصيل: 492/8، 512/8.

(1) انظر الذخيرة: 499/5.

(3) انظر الذخيرة: 499/5.

(5) شرح الخرشبي على المختصر: 277/7.

(6) انظر البيان والتحصيل: 494/8، الذخيرة: 378/5.

(7) انظر الذخيرة: 378/5.

الدابة بالوسط أنّ الوسط بالنسبة للأكل مهلكة⁽¹⁾.

وأما لو وجد الدابة قليلة الأكل أو وجد رب الدابة قليل الأكل فلا يلزمه إلا الأكل ولا يزداد عليه خلافاً لقول أبي عمران إنّ لهما الزائد يصرفانه فيما أحبّ.

- يجوز كراء الدابة بدارهم - مثلاً - معلومة على أنّ على ربّ الدابة طعام المكتري، كما يقع للحجاج كثيراً. فتكون الدراهم في نظير الركوب والطعام معاً ما لم يكن الكراء طعاماً، وإلا منع لما فيه من الطعام بطعام نسيئة.

فإن وجد المكتري أكلواً كان لربّ الدابة الخيار في الفسخ وعدمه، ما لم يرض بالوسط. وإن كان قليل الأكل فلا يلزمه إلا ما يأكل.

- يجوز كراء الدابة على أن يركبها في حوائجه زمناً معيناً بكذا، أو ليطنح عليها شهراً - مثلاً - بكذا، إذا كان ما ذكر من الركوب والطنح معروفاً بالعادة، بأن كان الركوب إلى سوق معلوم أو بلد معلوم والطنح كلّ يوم كذا، وإلا لم يجز لمزيد الجهالة.

- يجوز الكراء على حمل آدمي لم يره ربّ الدابة ولم يوصف له حال العقد. وعلل القاضي عبد الوهاب عدم وجوب رؤية الراكب ولا وصفه بأنّ أجسام الناس متقاربة في الغالب، غير متفاوتة؛ فلم يحتج إلى رؤيته ولا وصف⁽²⁾. وعلله الإمام القرافي بأنه آلة لا يقابل العوض، وقال في بيان الفرق بينه وبين وجوب رؤية الدابة: «لأنّ المستوفي للمنفعة - وهو المكتري للدابة - لا يتعيّن؛ لأنّه مالك، والمالك له سلطان التمليك لغيره؛ بخلاف المستوفي منه - وهو الدابة -؛ لأنّه أحد العوضين فيبقى فيه الغرر؛ والمستوفى به - وهو الراكب - لا يتعيّن أيضاً؛ لأنّه آلة لا تقابل بالعوض»⁽³⁾.

ولا يلزمه إن جاءه بإنسان غليظ جافي. وإنما يلزمه الوسط. ومثل الغليظ الجافي المريض والميت.

ويلزمه حمل ما تلده المرأة المحمولة؛ لأنه كالمَدْخُول عليه. سواء كان في بطنها حين العقد أو حملت به في السفر. ولا يلزمه حمل صغير معها إلا لشرط أو عرف.

- يجوز كراء دابة ليحمل عليها متاعاً بالرؤية، وإن لم يكل أو يوزن، اكتفاء بالرؤية ولو كانت الرؤية علمية. وكذلك ليحمل عليها بالكيل، كأردب قمح أو فول بدون رؤية؛ أو ليحمل عليها بالوزن، لكن لا بدّ من بيان النوع لأن قنطار القطن ليس كقنطار الحطب أو الحجر؛ أو ليحمل عليها بالعدد، إن لم يتفاوت العدد، ومثل ما فيه

(1) انظر الذخيرة: 387/5.

(2) الإشراف: 654/2.

(3) الذخيرة: 430/5.

التفاوت البطيخ والرمان، إلا أن يكون التفاوت يسيراً كالبيض. وأما نحو البطيخ فلا بدّ من بيان قدره.

ولا بدّ من بيان النوع في الثلاثة أي: في الكيل والوزن والعدد ويزاد في المعدود بيان الوصف. وتعليل وجوب بيان النوع في الثلاثة، أنّ المنفعة المستأجر عليها إذا لم تبين تكون مجهولة، فيكون الكراء غرراً؛ لأنّ الأشياء المحمولة تختلف في الإضرار بالدابة، والأجرة تختلف وتفاوت من أجل ذلك⁽¹⁾.

- يجوز بعد العقد حمل مثل ما اتفق عليه كيلاً أو وزناً من جنسه، أو حمل دونه قدرأ أو خفة. ومثال القدر نصف أردب أو قنطار بدل كامل القنطار أو الأردب. ومثال الخفة أردب شعير بدل أردب قمح أو فول بخلاف الأكثر في الكيل أو العدد وإن كان أخف ثقلاً، وبخلاف الأثقل وإن كان أقلّ عدداً أو كيلاً، فلا يجوز ويضمن على ما سيأتي.

ومثل الحمل الركوب بمخالفة المسافة، في التفصيل المتقدم وسيأتي أنه لا بدّ من الإذن في المخالفة.

- يجوز رضا المكتري لدابة معينة أو ثوب معين، بذات أخرى غير المعينة، إن هلكت المعينة أو ضاعت. ومحل الجواز:

* إن اضطر المكتري، كما لو كان في فلاة من الأرض، ولو نقد الكراء لربّها، إذ الضرورات تبيح المحضورات⁽²⁾، أي: لأنه مع نقد الكراء لا يجوز الرضا بغير المعينة، إلا بقدر الضرورة، فبعد زوالها لا يجوز، فالجواز ليس مطلقاً. قال الزرقاني: وانظر هل الاضطرار المشقة الشديدة أو خوف المرض أو ضياع المال أو الموت.

* أو لم يضطر وكان لم ينقد الكراء. وتعليل الجواز هنا أنّه كراء مبتدأ⁽³⁾. فإن نقده لم يجز الرضا ببدلها، لما فيه من فسخ ما وجب له من الأجرة في منافع يتأخر قبضها وهو من فسخ الدين في الدين⁽⁴⁾، بناء على أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر.

فالجواز في صور ثلاث: واحدة فيما إذا لم ينقد ولم يضطر، واثنان عند الاضطرار وهما: نقد أم لا، والمنع في واحدة فيما إذا نقد ولم يضطر.

وفي كل من الجائز والممنوع كانت الأجرة فيه معينة أو مضمونة، فالجواز في ست والموانع في اثنتين.

(1) المعونة: 1104/2.

(2) كذا علل الشيخ الدردير، وانظر المقدمات: 186/2، الفائق: م/4 و12ظ.

(3) المقدمات: 186/2.

(4) كذا علل الشيخ الدردير، وانظر أيضاً المقدمات: 186/2، المختصر الفقهي: م/4 و16ظ.

وأما غير المعينة إذا هلكت فالجواز مطلقاً، بل هو الواجب به القضاء. أي: نقد أم لا، اضطر أم لا، كانت الأجرة معينة أو مضمونة.

- يجوز للرجل أن يستأجر فحل حيوان لينزبه على إنائه أكواماً معدودة، عددها يسير، يمكن أن يأتي منه في وقت أو أوقات متقاربة، فلا بأس بذلك، وقد تقدم الدليل على ذلك في باب البيوع، وبيان وجه حمل الأحاديث الواردة في النهي عن ذلك. ونزيد هنا ما يلي:

أ - القياس على الركوب؛ لأنّ الإنزاء نوع من المنفعة.

ب - القياس على تأجير رجل لتلقيح النخل؛ لأنه فعل يراد لحمل أنثى به تجوز إباحته بغير عوض، فجاز بعوض أصله التلقيح.

ج - أنّ النهي محمول على ما فيه من اشتراط الحمل.

د - أنّ تنهيض الفحل لذلك معلوم عادة من طبعه، فهو مقدور على تسليمه.

هـ - أنّ ماء الحيوان غير تافه كما ادعي، فإنّ حركة الفحل مقصودة عادة عند جميع العقلاء، ولذلك فهو يقابل بالأعواض عندهم، ولولا ذلك لبطل النسل. و - أنّ تلك العين كاللبن في الرضاع للضرورة⁽¹⁾.

في العقارات:

1 - يجوز كراء دار غائبة، وكذا الحانوت والفرن وباقي العقارات - كالبيع لها المتقدم ذكره - لكن لا بدّ من رؤية سابقة لا يتغيّر بعدها ولو بعدت، أو بوصف شاف ولو من مكربها أو على الخيار بالرؤية بأن يكون العقد على دار أو حانوت أو نحو ذلك من غير رؤية لما ذكر ولا وصف ويجعل له الخيار عند رؤيتها. ودليل جواز كراء الأرض الغائبة القياس على البيع⁽²⁾. وعلة الجواز أن الدار مأمونة التغير⁽³⁾.

2 - يجوز كراء بعض الشيء، والبعض الثاني إمّا لربّه أو شريكه، ثم يستعملانه، أي: يستعمل كل من المكتري وصاحب المحلّ أو شريكه المحلّ المكتري معاً إن أمكن ذلك، أو يقتسمانه مهياً إن لم يمكن. أو يقتسمان أجرته على قدر الحصص إن أكرياه للغير. ووجه جواز كراء المشاع أنّ الانتفاع بالمكربى ممكن غير متعذر بين الشريكين⁽⁴⁾. ودليل جواز كراء المشاع لغير الشريك ما يلي:

أ - القياس على البيع، وصورته: أنّ كلّ معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك، جاز أن يعاوض عليها الأجنبي، أصله البيع⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 2/1105. بداية المجتهد: 2/252، والذخيرة: 5/413.

(2) انظر الذخيرة: 5/414. (3) المدونة: 3/453.

(4) بداية المجتهد: 2/255. (5) الإشراف: 2/655.

ب - القياس على المقسوم، وصورته: أنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر، فجاز ذلك، أصله المقسوم⁽¹⁾.

لكن لما كان في البيع الحق للشريك قبل الأجنبي، فإنه في الإجارة على خلاف ذلك، فلا حق له على الأجنبي؛ والفرق بين البيع والإجارة أن الضرر يعظم ببيع الرقاب، أي: في البيع؛ لأنه يدوم أكثر من بيع المنافع؛ لأن الإجارة محدودة⁽²⁾.

3 - يجوز الكراء مشاهرة. والمشاهرة لقب لمدة غير محدودة، وهو عبارة عما عرّب فيه بلفظ «كلّ» نحو: كلّ شهر بكذا، أو كل يوم بكذا، أو كلّ جمعة بكذا، أو كلّ سنة بكذا.

ولكن لا يلزم المتعاقدين عقد الكراء، إذا لم ينقد المكتري، فلكل واحد منهما حلّه عن نفسه متى شاء، ولا كلام للأخر، والكراء فيه بعد كل يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة على ما اتفقا وجاز تقديمه وتأخيره لبعده العمل. ووجه عدم لزوم عقد الكراء، على ما تقدّم، أنّ عدم تحديد المدة ينافي للزوم؛ لأنه لو لزم لتأبّد، وذلك مناف للكراء⁽³⁾. وعلل القاضي عبد الوهاب جواز عدم تحديد المدة في كراء المشاهرة، بأنّ المنافع متقدّرة بتقدير الأجرة، فكلمّا استوفى جزءاً من المنفعة استحقّق في مقابلته بقسطه من الأجرة، فلم يحتج إلى ضرب المدة إلّا في اللزوم⁽⁴⁾.

وعلى كل حال ليست بلازمة إلا إذا نقد المكتري، فيلزم بقدر ما نقد فإذا قال كل يوم بدرهم ونقد مائة درهم لزم مائة يوم وهكذا. ولو قال: كل شهر بعشرة ونقد خمسة لزم نصف شهر. ووجه لزوم العقد بقدر نقد الكراء أنّ النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار وأخرجه إلى اللزوم في ذلك القدر⁽⁵⁾.

وتلتزم أيضاً الوجيبة - وهي لقب لمدة محدودة وما لم يعرّب فيها بلفظ «كلّ» سواء كانت معيّنة أم لا، كما لو وقعت بشهر كذا أو هذا الشهر أو سنة كذا أو هذه السنة - بصيغة المعرفة. أو وقعت بقوله: أكثرها شهراً أو سنة أو جمعة أو يوماً أو بصيغة النكرة. أو نصف ما ذكر من المعرف والمنكر. أو وقعت بقوله أكثرها منك إلى كذا، إن كان معلوماً نحو إلى شهر كذا أو سنة كذا أو قدوم زيد وهو معلوم كلّ ذلك وجيبة يلزم بالعقد إلى الغاية.

فالوجيبة تلزم نقد أو لم ينقد بقدر ما سمى من المدة.

ومن أراد الفسخ منهما عن نفسه فلا يجاب له إلا بتراضيهما معاً.

(1) انظر الذخيرة: 412/5.

(2) الإشراف: 654/2.

(3) الإشراف: 655/2.

(4) انظر المتقى: 144/5.

(5) انظر المتقى: 144/5.

4 - يجوز عدم بيان ابتداء الكراء ويحمل إذا لم يبيّن من حين العقد، في الوجيبة والمشاهرة. والدليل على الجواز أنّ العرف جار بأن يكون ذلك عقيب العقد، بدليل أنّه إذا تراخى عن ذلك لم يجز حتى يشترط، قال القاضي عبد الوهاب: والعرف كالنطق⁽¹⁾.

5 - يجوز كراء أرض مأمونة الريّ سنين كثيرة، كالثلاثين والأربعين سنة، وتقدم الاستدلال على ذلك، في ما يجوز في الإجارة.

ويجوز كراء الأرض على هذا النحو ولو شرط النقد، أي: عند العقد. ودليل جواز اشتراط النقد في كراء الأرض المأمونة الريّ الأعوام الطوال، ما يلي:

أ - القياس على سكنى الدور بجامع استيفاء المنافع في الغالب⁽²⁾.

ب - انتفاء علة التردد بين السلفية والثمنية.

والأرض المأمونة هي المتحقق ربيّها عادة، كمنخفض أرض النيل، وكالتي تسقى بالعيون والآبار وكأرض المشرق المتحقق ربيّها بالمطر.

6 - يجوز كراء أرض غير مأمونة الريّ سنين كثيرة إن لم يشترط النقد. فإن شرط النقد لم يجز، ولو لمدة سنة. وهو مفسد للعقد للتردد بين السلفية والثمنية. ووجه ذلك أنها إن رويت صارت الأجرة ثمناً أي: تمت في نظير المنافع، وإن لم ترو ردها المكتري لصاحبها كانت سلفاً من المكتري للمكري ثم عادت له. وإنما كان هذا حراماً لأن فيه سلفاً جر نفعاً والسلف لا يجوز إلا إذا كان لوجه الله، والنفع الذي يجره هو احتمال كونها تروى فينتفع بها ربّ الدراهم⁽³⁾.

وأما النقد تطوّراً بعد العقد لم يضرّ.

وإذا عقد الكراء في أرض الزراعة وسكت عن النقد حين العقد، فإنّه يجب في أرض النيل إذا رويت بالفعل وتمكن من الانتفاع بالأرض لكشف الماء عنها. ومعنى يجب أي: يقضى به على المستأجر. ووجه وجوب النقد في أرض النيل بالريّ الفعلي، أنّ الأصل في الكراء إنّما يجب بتمام المنفعة، وذلك إنّما يكون بالريّ المبلغ⁽⁴⁾.

ويجب في غير أرض النيل، وهي أرض المطر والسقي بالعيون والآبار إذا تمّ الزرع واستغني عن الماء، أي: فلا يقضى بالنقد فيها إلا إذا تم زرعها واستغني عن الماء. والفرق أنّ أرض النيل لا تفتقر لماء بعد الزرع بخلاف غيرها. والمراد بالافتقار

(1) الإشراف: 663/2، وانظر بداية المجتهد: 254/2.

(2) انظر المنتقى: 146/5.

(3) هذه التعليقات من الشرح الصغير وحاشيته وانظر أيضاً المعونة: 1140/2، المنتقى: 146/5.

(4) المنتقى: 147/5.

هنا الافتقار التام، وهذا في غالب الزروعات وغالب الأراضي، فلا ينافي أن بعض الزروعات كالأرز والقصب لا بدّ له من الماء بعد الزرع وبعض الأراضي العالية لا بدّ لها من السقي بعد الزرع في أي زرع.

7 - يجوز كراء الأرض المأمونة على شرط أن يحرقها المستأجر ثلاث مرّات مثلاً، ويزرعها في الرابعة، ويكون الكراء - أي: الأجرة - إمّا الحرث وحده أو مع دراهم. وهذا في الأرض المأمونة، إذ غيرها يفسد فيها الكراء باشتراط ذلك لأنه من شرط التقدر.

8 - وكذا يجوز كراء الأرض المأمونة على شرط أن يزيلها، ويكون الكراء التزيل وحده أو مع دراهم. ويفسد الكراء في غير المأمونة. ومحلّ الجواز هنا إن عرف ما يزيلها به نوعاً وقدرًا، وإلا منع للجهل؛ لأنه من الأجرة. وإنما صحّ كون التزيل أجرة لأن له منفعة تبقى في الأرض بعد ذلك. فهذا في الأرض المأمونة، إذ غيرها يفسد فيها الكراء باشتراط ذلك لأنه من شرط التقدر. ووجه الجواز مع أن التزيل فيه غرر؛ لأنه لا يدرى ما يبقى من الزبل في الأرض بعد قلع الزرع منها؛ أن الزبل إنما هو في بعض عوض الأرض لا في كل عوضها⁽¹⁾.

9 - يجوز كراء الدور ونحوها بشرط كنس المرحاض على غير من قضى العرف بلزومه له من مكر أو مكثر. وعرف مصر أن المملوكة على المكري والموقوفة على الوقف يؤخذ لها من ريعه. فدلّل جواز هذا الشرط أو المنع منه، جريان العرف به أو عدمه⁽²⁾.

10 - ويجوز كراء الدور ونحوها على شرط أن يقوم المكثري بإصلاح ما تحتاج إليه الدار - مثلاً - أو تطيينها من كراء وجب، أي: أجرة كراء حلّت على المكثري، إمّا في مقابلة سكنى مضت، أو باشتراط تعجيل الأجرة، أو لجريان العرف بتعجيله، احترازاً من شرط إصلاحها أو تطيينها الآن على أن يحسبه المكثري ممّا سيجب عليه في المستقبل، فلا يجوز لفسخ ما في الذمة في مؤخر، وظاهر العلة المنع ولو كان التطيين والإصلاح معلومي القدر.

11 - لا يجوز إن شرط ربّ الدار - مثلاً - على المكثري أن يصلح ويرمّ الدار أو يطينها أو يبيضها من عنده بحيث لا يحسب من أجرة الكراء، فلا يجوز وفسخ العقد للجهالة إذ الترميم والإصلاح في الحقيقة يكون من الأجرة، ولا يعلم قدر ما يصرف فيه. وإن وقع ونزل فللمكثري - أي: ربّ الدار - قيمة ما سكن المكثري وللمكثري قيمة ما رمّ أو طين من عنده وعلم من هذا أنّ الإصلاح والتطين إن كانا معلومين، كان يعين للمكثري ما يصلحه أو يشترط عليه التبييض في السنة مرّة من عنده فيجوز.

(2) انظر الذخيرة: 493/5.

(1) انظر عدة البروق: 556.

وأما إذا لم يقع شرط في العقد وكان الساكن يصلح ويرم من عنده تبرعاً فذلك جائز.

12 - لا يجوز الكراء إذا اشترط صاحب الحمام على مكثري حمامه أن يحمم أهله ويأتيهم بالنورة، علم عددهم أم لا، للجهاالة، فإن علم عدد دخولهم الحمام وأنهم يدخلونه في الشهرة مرة - مثلاً - وعلم قدر نورتهم وأنها كذا، مع علمه بعددهم جاز، كما لو شرط شيء معلوم من المرات أو من النورة فيجوز.

13 - إذا اكرت الأرض للبناء فيها أو للغرس ولم يعين البناء والغرس، والحال أن بعض البناء أو الغرس أضرب من بعض، ولا يوجد عرف بينهم يصار إليه، فلا يجوز ويفسخ للجهاالة. فإن بين نوع البناء أو ما يبني فيها من دار أو معصرة أو رحي وكذا الغرس جاز، كما لو جرى عرف بشيء معين.

وعلى هذا فمن اكرت أرضاً ليزرعها قمحاً جاز أن يزرعها شعيراً أو ما مضرتة مضرة القمح أو أقل. ووجه الجواز أنه زرع لا يضرب بالأرض زيادة على الضرر المشترك، فأشبه أن يزرعها حنطة؛ ولأن تعيين ما يزرع في الأرض هو لتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين للزمته الأجرة؛ وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره.

ولا يجوز أن يزرعها ما مضرتة أكثر، فإن فعل فلرب الأرض كراء القمح وقيمة الزيادة بالضرر؛ لأن متعدي والمتعدي عليه الضمان⁽¹⁾.

14 - لا يجوز أن يتولى وكيل كراء أرض أو دار أو دابة موكله بمحابة أو بعرض ويفسخ ولو كان الوكيل مفوضاً؛ لأن العادة كراء ما ذكر بالنقد بكراء المثل، فلموكله الفسخ إن لم يفت، وإلا رجوع على الوكيل بالمحابة وكراء المثل في العرض. فإن أعدم الوكيل رجوع على المشتري، ولا رجوع له على الوكيل.

ومثل الوكيل ناظر الوقف والوصي بجامع التصرف بغير المصلحة الواجبة عليه. فإذا حابى ناظر الوقف خير المستحقون في الإجازة والردة إن لم يفت الكراء، فإن فات كان للمستحقين الرجوع على الناظر بالمحابة إن كان ملبياً، ولا رجوع له على المكثري. فإن كان الناظر معدماً رجع المستحقون على المكثري، ولا رجوع له على الناظر. وأما إن أكرى الناظر بغير محابة فإن كان بأجر المثل فلا يفسخ كراؤه ولو بزيادة زادها شخص على المكثري، وأما إن أكرى بأقل من أجرة المثل فإنه يفسخ كراؤه إذا زاد عليه شخص آخر أجرة المثل وإلا فلا يفسخ. وهذا معنى قولهم: الزيادة في الوقف مقبولة. وما قيل في ناظر الوقف يقال في الوصي.

(1) الإشراف: 651/2، 661/2، والمعونة: 1098/2، والمنتقى: 145/5.

التعدّي في كراء الدواب:

الانتقال لبلد أخرى: لا يجوز انتقال مكرت لدابة يركبها أو يحمل عليها لبلد أخرى غير المعقود عليها إذ لا يجوز المخالفة في المسافة، وإن ساوت البلد المعقود عليها في السهولة أو الصعوبة أو المساحة إلا بإذن من ربّها لأنّ أحوال الطرق تختلف بها الأغراض كعدوّ وغاصب في طريق دون أخرى. وقد يكون العدوّ لخصوص ربّ الدابة، ولذا قيل بالمنع للدون وهو الأظهر لأجل هذا التعليل. وتقدم جواز الحمل المساوي وإن لم يأذن؛ والفرق ما علمت من أن أحوال الطرق تختلف بها الأغراض.

فإن انتقل المكري بلا إذن، فإنه يضمن إن عطبت الدابة بفعله عمداً أو خطأ بل ولو بسماوي؛ لأنه صار كالغاصب، بحبسها عن منافعها وفواتها تحت يده⁽¹⁾.

الإكراء للغير: كما يضمن إن أكرى المكري ما اكتراه لغير أمين، أو أكراه لأثقل منه أو أضرّ في الحمل ولو كان دونه في الثقل، بأن كان من عادته عقر الدواب ومن الأضرّ أن يحمل الرجل المكري إمرأته.

ولربّ الدابة اتباع الثاني بقيمتها إذا تلفت وبأرش عيبها إذا تعيبت إذا علم - أي: الثاني - بتعدّي الأول، ولو عطبت بسماوي، وكذا إذا لم يعلم بأن ظنّ أنه مالك لها أو مكرت فقط حيث تعمد الجناية، وله البقاء على اتباع الأول. وفي الخطأ قولان، قيل: له اتباعه وهو الأظهر، وقيل: يتبع الأول فقط كالسماوي.

والحاصل أن الدابة إذا أتلفت عند الثاني فيما أن تتلف عمداً أو خطأ أو بسماوي، وفي كلّ إمّا أن يعلم بتعدّي الأول أو يعلم بأنه مكرت فقط، أو يظن أنه المالك، فهذه تسعة. فإن علم بتعدّي الأول ضمن مطلقاً حتى السماوي؛ لأنه كالغاصب. وإن لم يعلم بالتعدّي ضمن العمد، وكذا الخطأ على أحد القولين، لا السماوي. لكن إذا علم بأنه مكرت فقط فلربّتها اتباعه حيث أعدم الأول ثم يرجع على الأول إن أيسر. وإن ظنّ أنه المالك، فليس لربّتها اتباعه. وقد علمت من هذا الحاصل حكم مفهوم عبارة «لغير أمين...».

الزيادة في المسافة: ويضمن المكري أيضاً إذا زاد في المسافة المشتركة ولو ميلاً وعطبت. والمراد أن الزيادة في المسافة توجب الضمان ولو كانت قليلة بحيث إنّ الشأن لا يكون العطب بمثلها. ووجه عدم التفريق بين المسافة الكثيرة والقليلة في وجوب الضمان عند العطب أنّ مجاوزة المسافة تعتبر تعدّ كلّها⁽²⁾.

الزيادة في الحمل: ويضمن المكري إذا زاد في الحمل حملاً تعطب به وعطبت. والفرق بين الزيادة في الحمل لا ضمان فيها إلا أن تكون زيادة يعطب في مثلها،

(2) الجامع لأحكام القرآن: 56/10.

(1) الذخيرة: 511/5.

والزيادة في المسافة فيها الضمان ولو كانت قليلة لا يعطب في مثلها؛ أن المكثري مأذون له في تسيير الدابة حيث عطبت من الزيادة في الحمل، بينما الزيادة في المسافة تعدّ صرف لم يؤذن له فيه⁽¹⁾. واستبعد ابن عبد السلام هذا الفرق، قال: «لأنك تعلم أن الدابة إنما هلكت هنا بمجموع التعب الحاصل لها بسبب التصرف المأذون فيه السابق على تصرف العداء، فقد صار سبب الهلاك مركباً من أمرين: أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه، كالزيادة في الحمل». وعزا ابن عبد السلام الفرق المذكور بين المسألتين إلى ما جرى به العمل، متبعاً في ذلك لابن الحاجب، وقال: هو على خلاف مقتضى النظر⁽²⁾.

ومعنى الضمان أنّ ربّ الدابة مخير في المسائل الثلاث - أي: في الإكراء وزيادة المسافة وزيادة الحمل - بين أخذ كراء ما زاد مع الكراء الأول وأخذ قيمتها يوم التعدي. فإن أخذ قيمتها فلا كراء له.

فإن لم تعطب في مسألة المسافة ومسألة الحمل أو زاد في الحمل ما لا تعطب به وعطبت فله كراء الزيادة مع الأول ولا يخير.

وإذا سلمت من العطب في هذه المسائل ليس لصاحبها إلا كراء الزائد مع الأول.

حبس الدابة وإسّاكها: وإذا حبس المكثري الدابة بعد مدة الإجارة زمنًا طويلاً حتى تغير سوقها بيعاً أو كراء، فإن ربّها يخير بين كراء الزائد الذي حبسها فيها أو قيمتها يوم التعدي مع الكراء الأول. وتعليل الضمان هنا أنّ المكثري قد غصب منافع الدابة دون رقيبتها، ومن منافعها بيعها في أسواقها وقد فات ذلك فيها، فعليه قيمتها لأنّ ذلك بمنزلة بيعها⁽³⁾. فهو هنا كالغاصب⁽⁴⁾.

أما لو حبسها زمنًا يسيراً كاليومين فليس له إلا كراء الزائد. وتعليل عدم الضمان أنّ التعدي هنا لم يؤثر في عين الدابة ولا قيمتها ولا فوات أسواقها⁽⁵⁾.

فسخ عقد كراء الدابة من جانب المكثري:

إذا اكتري المكثري دابة لحمل أو ركوب فوجدها عضوياً تعضّ من قرب منها ولو بدون مبالغة، أو وجدها جموحاً عسرة الانقياد أو أعشى لا تبصر ليلاً أو فاحش الدبر - وهو جرح في الظهر - يضرّ بسيرها أو براكبها ولو بشدة رائحته، بخلاف اليسير الذي لا يضرّ، فإنّ للمكثري فسخ العقد. ووجه تمكين المكثري من الفسخ من أجل ما

(1) انظر البيان والتحصيل: 120/9.

(2) تنبيه الطالب: م/4 و192.

(3) المتقى: 266/5.

(4) بداية المجتهد: 260/2.

(5) المتقى: 265/5.

ذكر، أن هذه الأمور عيوب يردّ بها العقد، والكراء غير مضمون⁽¹⁾.

تعيين نهاية السنة في كراء الأرض الزراعية:

السنة في كراء أرض الزراعة تنتهي في أرض النيل والمطر بالحصاد. فمن اكرى فداناً ليزرعه أيام نزول المطر أو أيام ذهاب النيل سنة فزرعه، فمنتهى الأجل الحصاد، ولو كانت المدة أربعة أشهر أو أقل. والمراد بالحصاد أخذ الزرع منها، فيشمل الرعي. فإن كان الزرع يخلف كالبرسيم فبآخر بطن.

وفي أرض السقي من العيون والآبار باثني عشر شهراً من يوم العقد.

فإن تمت السنة وله في الأرض زرع أخضر لزم ربّها إبقاؤه لحصاده ويلحق بالزرع الأخضر الثمر المؤبّر، بجامع الضرر. أما غير المؤبّر فلا يلزم ربّ الأرض إبقاؤه لتمام طيبه، بل له أن يأمر صاحبه بقلع النخل الذي هو عليه. وتعليل لزوم الإبقاء للحصاد، وإن كانت المدة الزائدة خارجة عن العقد، أنّ المستأجر زرع في مدة كان له العمل فيها، وهي مدة استحقتها بالكراء، ولا فائدة لها إلاّ الزرع، فلذلك ألحقت المدة الزائدة إلى المدة الأولى؛ لأنها ثبتت بسببها؛ ولولا ذلك لكانت مدة تعدّ وظلم⁽²⁾.

وإذا أبقاه في الزرع الأخضر وما ألحق به، فعلى المكتري كراء المثل في الزائد على السنة بما يقوله أهل المعرفة، ولا يعتبر الكراء بالنظر للسنة الماضية، بل ينظر له في حدّ ذاته، إذ قد يكون أغلى وأرخص. وهذا قول سحنون. وتعليل لزوم كراء المثل، لا الكراء بالنظر للسنة الماضية؛ أنّ أوقات السنة تختلف في كثرة الكراء وقلته، فقد نقل عن الإمام مالك قوله: ليس كراؤها في الشتاء والصيف واحداً⁽³⁾.

ومن اكرى أرضاً ليغرس فيها، وانقضت مدة الكراء، فالمالك مخير بين أن يأخذه بالقلع ولا يلزمه شيء من أجره القلع، أو يعطيه ثمن الغراس مقلوعاً، أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين، والدليل:

أ - القياس على الأمتعة؛ لأنّ الإجارة تقتضي تسليم الأرض بعد انقضاء مدّتها فارغة من تعلق حق المستأجر بها ومن بقاء ما يشغلها، أصله إذا كان فيها متاع للمستأجر.

ب - أنّ فائدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة بها وانقطاعها فيما بعدها، وفي تبقية الغراس بعد المدة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافاً لموجب العقد⁽⁴⁾.

(1) انظر المدونة: 429/3، الفائق: 4/10 و. (2) انظر المنتقى: 145/5.

(4) الإشراف: 661/2، والمعونة: 1104/2.

(3) انظر المنتقى: 145/5.

لزوم الكراء في أرض الزراعة مع الجائحة ونحوها :

يلزم الكراء - أي: الأجر - في أرض الزراعة بالتمكّن من الزرع وإن لم يزرع المكثري، فمتى تمكن من المنفعة، سواء استعمل أو عطل كما إذا بَوَّر الأرض، لزمه الكراء. وعلة لزوم الكراء أن منفعة الأرض قد استهلكت تحت يد المكثري. ويكون التمكّن من منفعة أرض النيل بريّها وانكشافها ومن منفعة أرض المطر باستغناء الزرع عن الماء. وليس المراد التمكّن من التصرف لأنه كان متمكناً منه حين العقد.

وهذا ولو لم يزرع المكثري، ما لم يكن المانع له من الزرع أكل دود أو فأر له إبان الزرع أو كان المانع له فتنة أو خوفاً من غاصب لا تناله الأحكام، فلا يلزمه الكراء.

ويلزم مكثري أرض الزراعة الأجرة على ما تقدم بالتمكّن ولو فسد الزرع بسبب جائحة لا دخل للأرض فيها، كجراد وجليد وبرد وجيش وعدم نبات بذر، وغاصب غصب الزرع أو غصب الأرض أو البهائم قبل زرعها وكان ممن تناله الأحكام. ووجه لزوم الكراء هنا هو أن المؤاجر إنما عليه تسليم الأرض وتمكين المكثري من استيفاء المنفعة، وليس علي سلامتها؛ لأن سلامتها أو عدم سلامتها ليس من مقتضى العقد⁽¹⁾.

وكذا يلزمه الكراء بسبب غرق الأرض بعد فوات إبان وقت الحرث، سواء حصل الغرق بعد الحرث أو قبله. وإتّما لزمه الكراء في هذه الحالة لأن ذلك الغرق بمنزلة الجراد الطارئ على الزرع.

وكذا يلزمه الكراء إذا لم يزرع لعدم البذر ولا يعذر بذلك لتمكّنه من إيجار الأرض لغيره ولذا لو عدم البذر من المحل كلّه ملكاً وتسلفاً حتى من البلد المجاورة، لسقطت الأجرة لعموم العذر.

ويلزمه الكراء أيضاً إذا لم يزرع بسبب سجن، كان ظلماً أو لا، ما لم يقصد من سجنه منعه بالسجن عن الزرع، وإلّا فالكراء على من سجنه، كما لو أكرهه على عدمه. ويعلم قصده بقريئة أو بقول.

ولا يلزم أجر الكراء على المكثري في الحالات التالية:

- إذا تلف الزرع بأفة ناشئة من الأرض، كدودها أو فأرها.

- إذا تلف الزرع بسبب عطش حلّ بأرض المطر لعدم نزوله عليه وعدم الري في

النيل.

- إذا حدث غرق للأرض قبيل إبان الحرث، واستمر الغرق عليها حتى فات وقت

ما تراد له، فلا يلزمه الكراء. وتعليل ذلك هو تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها⁽¹⁾.

ولو عطش بعض الأرض دون البعض أو غرق البعض واستمر دون البعض، فلكل حكمه وهو أن ما عطش أو لم يرو أو غرق قبل الإبان واستمر فلا كراء له، وما لم يعطش ولم يغرق فعليه فيه الكراء.

ومثل عطش البعض باقي آفات الأرض التي تمنع الكراء.

ولو جرّ السيل أو النيل حباً بذر في أرض أو جرّ زرعاً نبت في أرض لمالكها أو مالك منفعتها، لأرض أخرى، فالحبّ المجرور أو الزرع المجرور لربّ الأرض المجرور إليها لا لربّه؛ لأنه لما انجر إلى أرض غير أرضه قهراً عنه كان ضائعاً فيثبت لمن نبت في أرضه، ولا شيء عليه لربّه من مثل ولا قيمة.

ومثل ذلك ما إذا انتثر للمكتري حبّ من زرعه في الأرض المكتراة زمن الحصاد فنبت فيها في العام القابل فلا يكون لصاحبه بل لربّ الأرض لإعراض ربّه عنه بانقضاء مدّته، وعلم الإعراض عنه من ربه بالعادة⁽²⁾. ولذا لو بقيت مدّة الكراء كان الزرع له.

وأما لو بذره في الأرض التي اكتراها فلم يثبت في سنته بل في قابل كان لربّه، وعليه كراء الأرض كما أن عليه كراء العام الماضي إذا كان عدم النبات لغير عطش ونحوه، وإلا فلا كما تقدم.

التنازع في التمكن وعدمه في كراء الأرض:

إذا تنازع مكتري الأرض مع ربّها في التمكن وعدمه، كان القول قول المكتري بيمين أنه لم يتمكن وإن أقرّ المكتري بالتمكن لكن ادعى أنه منعه مانع بعد ذلك فالقول للمكري، وعلى المكتري إثبات المانع لأن الأصل عدمه.

إصلاح العقار:

لا يجبر المؤجر لدار أو غيرها على الإصلاح للمكتري منه، إذا حصل في الدار أو الحانوت أو الحمام أو البئر المكتراة خلل، سواء كان يمكن معه الانتفاع أم لا، يضرّ بالمكتري أم لا، في الكثير المضر باتفاق وفي اليسير على مذهب ابن القاسم. وأما ابن حبيب فيقول: يجبر المكري على الإصلاح في اليسير قال ابن عبد السلام: وبه العمل. فالخلاف إنما هو في اليسير ولو مضرراً.

وإذا لم يجبر المكري على الإصلاح ولم يصلح، خير الساكن بين الفسخ والبقاء، في حدوث خلل مضرّ ولو مع نقص منافع كهطل المطر وتتابع من السقف للخلل الحادث به وكهدم ساتر أو بيت من بيوتها.

(2) انظر الذخيرة: 472/5.

(1) انظر المعونة: 1096/2.

فإن بقي فالكراء لازم له لأن اختيار البقاء ينفي ضرره. وإن كان الخلل غير مضر فلا خيار له، ويلزمه السكنى. إلا أنه إذا كان لا ينقص من الكراء شيئاً فظاهر كسقوط بعض شرفات البيت ونحوه مما لا يعتنى به عادة، وإن كان ينقص من الكراء حظّ عنه بقدره ولو قلّ كسقوط تجصيصها أو ذهاب بلاطها أو هدم بيت من بيوتها وكان لا يضرّ وسقوط شرفاتها مع تنقيصه من الكراء.

فإن أصلح المكتري بلا إذن كان متبرعاً لا شيء له في الأقسام الثلاثة: وهي الخلل المضرّ والخلل غير المضرّ المنقص للكراء، والخلل غير المضرّ غير المنقص للكراء. ووجه اعتبار المكتري متبرعاً أنّ العقد لم يتناول إلا السكنى دون الإصلاح⁽¹⁾. فإن انقضت المدّة خير ربّ الدار بين دفع قيمته منقوضاً أو أمره بنقصه كالغاصب بخلاف ما لو أذن فله قيمته قائماً، إذا لم يقل ربّها: عمّر وما صرفته فعلي، فيلزمه جميع ما صرفه.

فإن أصلح المكري قبل خروج المكتري لم يكن للمكثري خيار، بل يجبر على السكنى بقية المدّة، حيث كانت وجيبة أو نقد كراءها، وآلا فلا يجبر مطلقاً. ووجه جبر المكتري على السكنى بقية المدّة إذا أصلح المكري قبل خروجه، هو زوال الضرر وارتفاعه عنه⁽²⁾.

وإن أصلح له بعد خروجه فلا يلزم المكتري العود لها لإتمام مدّة عقد الكراء. ووجه عدم لزوم المكتري العود، أنه قد يتضرر بذلك⁽³⁾.

وما تقدم هو في العقار إذا كان ملكاً. وأمّا إذا كان وقفاً وكان من استأجره يحتاج لإصلاح فأصلحه بغير إذن ناظر الوقف، فإنّه يأخذ قيمة بنائه قائماً، لقيام المستأجر عن النظر بواجب للوقف عليه، لا لأجل المستأجر، فالوجوب لحق الله تعالى، لا لخصوص الساكن.

وقد أخذ بعض الأشياخ من مسألة عدم جبر المؤجر على الإصلاح أنّه لا يجبر من له خربة في جوار شخص يحصل له منها ضرر على عمارتها ولا على بيعها، ويقال له: ادفع عن نفسك الضرر بما تقدر عليه، ولا ضمان على ربّها إن حصل بسببها تلف. وبه أفتى الشيخ سالم السنهوري. وأفتى بعضهم بلزوم ربّ الخربة بما يدفع الضرر من عمارة أو بيع. وهذا هو الذي ارتضاه الشيخ العدوي.

التنازع بين الأجير والمستأجر في العمل:

إذا تنازع الأجير ومستأجره، وقال الأجير إنّه أوصل ما أرسل به مما استؤجر على

(1) انظر الذخيرة: 535/5.

(2) انظر الذخيرة: 535/5.

(3) انظر الذخيرة: 535/5.

يصاله من كتاب أو غيره، فالقول قوله بيمينه إن أشبه، بأن كان الأمد يبلغ في مثله عادة، فيستحق الأجرة؛ لأنه أمين⁽¹⁾. فإن لم يحلف حلف المستأجر ولا أجرة له؛ وإن كان يضمن إذا أنكر المرسل إليه الوصول إليه؛ لأن الكلام هنا في استحقاق الأجرة لا في نفي ضمان الشيء المستأجر عليه، فلا ينافي ما تقدم في الوديعة من الضمان.

وكذا القول للأجير إذا كان صانعاً ودفع له شخص شيئاً له فيه صنعة، كخياط دفع له ثوب فخاطه، وادعى أنه دفع له ليصنعه، وقال ربّه: بل دفعته لك وديعة عندك. والدليل على أن القول للأجير: العرف، عبر عن ذلك الشيخ الدردير بقوله: لأن الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع، والإيداع نادر، فيلزم ربّه الأجرة. وهذا بناء على الغالب⁽²⁾. وعلة الحكم نفي الضرر عن الصانع؛ لأنه لو قبل عليهم قول أرباب الأمتعة لذهبت أعمالهم باطلاً بدون عوض؛ لأنهم لا يشهدون ولا يكلفون الإشهاد على ما قبضوه للصناعة؛ لأن العرف مطرد بخلافه، ولو اعتبر الإشهاد لكان طلب منهم ما هو ساقط عنهم⁽³⁾.

وإن اتفقا على الاستصناع فخاطه على صفة معينة وادعى أنها الصفة التي أمره بها صاحب الثوب، وقال صاحب الثوب إنه أمره بصفة أخرى، فالقول للأجير إن أشبه الأجير في دعواه. ووجه كون القول للأجير، أنّ الأجير أقوى سبباً؛ لأنه مأذون له في التصرف ومؤتمن عليه؛ ولأنّ العرف والعادة معه؛ لأنّ العادة أنّ الصانع يفعل ما يؤمر به⁽⁴⁾. ووجه آخر أن الأجير حائز ويده على المتاع، فلا يستحق صاحب المتاع أخذ متاعه منه إلا بعد أداء ما للأجير فيه، وهو مدع لأخذ ما في يده من المتاع على غير الوجه الذي يقر به الصانع⁽⁵⁾. ووجه ثالث هو نفي الضرر عن الصانع؛ لأن أرباب الأمتعة يدعون تضمينهم، ولو قبل عليهم قولهم لأضرّ بهم⁽⁶⁾.

فإن لم يشبه حلف ربّه وثبت له الخيار في أخذه ودفع أجرة المثل، أو تركه وأخذ قيمته غير مصنوع. فإن نكل اشتركا هذا بقيمة ثوبه - مثلاً - غير مصنوع، وهذا بقيمة صنعه.

التنازع في قدر الأجر:

إذا تنازع الأجير والمستأجر في قدر الأجرة فالقول للأجير بيمينه إن أشبه سواء أشبه المستأجر أم لا. ووجه كون القول قول الصانع، أن يده على ما صنع ولا يستحق

(1) كذا علله الشيخ الدردير، وانظر أيضاً الفائق: م/4 و30.

(2) الذخيرة: 5/443، تنبيه الطالب: م/4 و201.

(3) انظر المدونة: 3/416، تنبيه الطالب: م/4 و201.

(4) انظر الإشراف: 2/666، المتقى: 6/68. (5) المتقى: 6/68.

(6) انظر الفائق: م/4 و31ظ.

أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب المتاع، أي لأن صاحب المتاع هنا مدع⁽¹⁾. فإن انفرد المستأجر فالقول له بيمينه. فإن لم يشبها حلفاً معاً وكان للأجير أجره مثله. وكذا يكون له أجره المثل إن نكلاً معاً ويقضى للحالف على الناكل.

وهذا إذا كان المصنوع تحت يد الصانع. فإن حازه ربّه، أو كان الصانع إنما يصنعه في بيت ربّه ولا يمكنه من الخروج به، أو كانت صنعته كالبناء، فالقول في قدر الأجرة للمستأجر إذا لم ينفرد الصانع بالشبه، وإلا فالقول له. ووجه كون القول هنا قول المستأجر أنه مدعى عليه فيما بيده⁽²⁾. والفرق بين الحالين أن المصنوع حال بقائه تحت يد الصانع يشبه البائع الذي لم يخرج السلعة من يده، فالقول له؛ وهو في حال حيازة ربه له يشبه المشتري الذي يقبض السلعة وتدخل تحت يده فتفوت بذلك، فالقول قول ذلك المشتري⁽³⁾.

التنازع في ردّ المصنوع لربّه:

إذا ادعى الصانع ردّ المصنوع لربّه، وأنكر ربّه أخذه، كان القول قول ربّه بيمينه، سواء كان الصانع قبضه بيينة أو بغير بيينة. وهذا إذا كان المصنوع مما يغاب عليه كالثوب والحلي. فليس القول قول الصانع إنه ردّه لربّه. والدليل على عدم تصديق الصانع ما يلي:

أ - قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽⁴⁾.

ب - أن الصانع يقبض المتاع للصنعة على وجه الضمان⁽⁵⁾.

ج - الكلية الآتية: كل موضع لا يصدق فيه القابض في دعوى الضياع، لا يصدق فيه في دعوى الردّ⁽⁶⁾.

والفرق بين ما هنا وبين الوديعة أن المودع - بالفتح - قبض الوديعة على غير وجه الضمان، والصانع قبض ما فيه صنعته ويغاب عليه على وجه الضمان.

وأما ما لا يغاب عليه كدابة دفعها ربّها لمن يعلمها بأجر، وادعى ردّها، فالقول قول الأجير في ردّها، إلا أن يكون قبضها بيينة مقصودة للتوثق، وإلا فلا يقبل دعواه ردّاً ولا تلفاً.

ما لا يستحق الأجير أجرته فيه إلا بتمام العمل:

فيما يلي مسائل لا يستحق الأجير أجرته فيها إلا بتمام العمل. وهي من الإجارة

(1) انظر المنتقى: 69/6.

(2) انظر تنبيه الطالب: م/4/201.

(3) الذخيرة: 454/5. والحديث سبق تخريجه. (5) تنبيه الطالب: م/4/201.

(6) هذه الكلية صاغها ابن رشد، ونقلها عنه ابن راشد القفصي: م/4/31 و33ظ.

تشبه الجعالة من هذه الجهة. إلا أنها تختلف عن الجعالة بأنها لازمة بالعقد، بخلاف الجعالة⁽¹⁾.

- أجرة كراء السفن، إنما تستحق بالبلاغ إلى المحلّ المشترك مع إمكان إخراج ما فيها، وهو الأصح وهو قول ابن القاسم وروايته في المدونة عن مالك. فإن غرقت في الأثناء أو بعد البلاغ قبل التمكن من إخراج ما فيها، فلا أجرة لربّها. ودليل عدم الأجرة لرب السفينة إلا بالبلاغ والتمكن من إخراج ما فيها ما يلي:

أ - الاستحسان على خلاف القياس، إذ القياس يقتضي أن له بحساب ما بلغت السفينة؛ لأن الكراء على البلاغ أخذ بشبهه من الجعل والإجارة، وليس بجعل محض ولا بإجارة محضة، فهو استحسان⁽²⁾.

ب - العرف الجاري بأن الأجرة تستحقّ بالبلاغ، فإذا لم يحصل الغرض لم يستحق شيئاً. وتعليل ذلك أن البلاغ مع إمكان الإخراج هو الذي يقصد وينتفع به⁽³⁾. وهي إجارة لازمة بالعقد لا جعالة ما لم يصرح عند العقد بالجعالة، وإلا كانت جعالة غير لازمة ولها حكم يخصّها كما يأتي.

فإن عطبت السفينة في أثناء الطريق، ف جاء رب سفينة أخرى فحمل ما فيها إلى المحلّ بأجرة كثيرة أو قليلة، فللأول الذي غرقت سفينته بحسب كرائه المتفق عليه لا بحسب الكراء الثاني. كما إذا كان كراء الأول عشرة وغرقت في نصف الطريق فاستأجر عليها بعشرين فليس للأول إلا خمسة. ووجه لزوم الأجرة للأول بقدر المسافة التي نقل إليها السلعة، أن صاحب السلعة انتفع بحمل السفينة الأولى إلى المحلّ الذي عطبت فيه⁽⁴⁾.

وإذا غرق بعض ما في السفينة ونجا البعض فحمله غيره إلى المحلّ، فلا كراء لما غرق. وإنما له كراء ما بقي إلى محل الغرق على حسب الكراء الأول لا بنسبة الثاني. وهذا فيما إذا لم يعقد على الجعالة، وهي غير لازمة كما يأتي. فإن عقدا عليها، كما لو قال إن حملت متاعي هذا أو كل من حملة إلى القاهرة فله كذا فحمله إنسان في سفينته فغرقت فحمله غيره بكراء أو جعل فله بحساب الثاني، كما يأتي في الجعالة، وسيأتي أيضاً أن ما جاز جعالة جاز إجارة ولا عكس.

وإذا فرط رب الأمتعة في إخراج أمتعته من السفينة بعد وصول السفينة للمحلّ المقصود فتلف ما فيها بغرق أو غيره، فالكراء لازم لربّها. ووجه لزوم الكراء مع تلف السلعة أن التفريط كان من أصحابها بالتواني في إخراج السلعة، لا من صاحب

(1) انظر التوضيح: 85 و 85 ظ.

(2) انظر البيان والتحصيل: 498/8.

(3) انظر المعونة: 2/1108، الذخيرة: 5/485، الفائق: 4/23 و 4/554.

(4) الفائق: 4/13 و 4/13 ظ.

السفينة⁽¹⁾. وكذا يلزمه الكراء إذا أخرج أمتعته في أثناء الطريق اختياراً لغير علة حدثت بالسفينة من غرق أو عطب أو غضب لها تقتضي الإخراج، فيلزم رب الأمتعة جميع الكراء؛ لأنه عقد لازم. ولا فرق في هذا بين كون العقد جعالة أو إجارة.

وإذا خيف على السفينة الغرق فإنه يجوز طرح ما في طرحة من السفينة النجاة من الغرق، والمراد بالجواز الإذن الصادق بالوجوب؛ لأن هذا الأمر واجب إذا تحقق العطب بترك الطرح. ودليل الإذن بطرح المتاع: ضرورة حفظ النفوس وتقديماً على حفظ الأموال⁽²⁾. إلا الأدمي فلا يجوز طرحه ولو كان كافراً. وقالوا أيضاً حين كان الرق موجوداً: ولو كان عبداً، فلا يجوز طرح ذمي لنجاة مسلم ولا طرح عبد لنجاة حر. وخالف الإمام اللخمي فقال بجواز طرح الأدميين بالقرعة. قال ابن عرفة: نسبة بعضهم لخرق الإجماع؛ لأنه لا يرمى آدمي لنجاة الباقيين ولو كان ذمياً⁽³⁾. ومستند الإجماع ما يلي:

أ - ما جاء من حرمة قتل النفس بغير ما أذن الشرع فيه. ولم يأذن بقتل أحد الأدميين لنجاة غيره.

ب - أنه إذا قام التعارض بين كلية حفظ النفس وكلية حفظ المال، قدم حفظ النفس؛ لأن المال جعل وسيلة لبقاء النفس، ولم يجعل قتل الغير وسيلة له⁽⁴⁾. ويبدأ وجوباً في طرح الأمتعة مما ثقل كالحديد والرصاص ويبدأ في ما ثقل بما قل ثمنه كالحجر. وعلّة الوجوب المحافظة على المال لأنه يجب المحافظة عليه بقدر الإمكان.

كما يبدأ بما عظم جرمه وإن لم يثقل كالتبن والكتان والقطن لأن عظم الشيء يكون سبباً في الغرق.

ويوزع ما طرح على مال التجارة فقط دون غيره كفرش الإنسان وغطائه وزاده مما ليس فيه مدخل في شأن التجارة. وأما إذا لم يكن فيه مال تجارة وإنما فيه غطاء الأدميين ووظاؤهم، فيرمى الغطاء والوظء ويوزع على باقي أموالهم، على الظاهر.

وتوزيع ما طرح للنجاة - من مال التجارة أو غيره - يكون بقيمته يوم التلف. ووجه اعتبار القيمة يوم التلف دون يوم الشراء، أن وقت التلف هو وقت الاختلاط⁽⁵⁾؛ ولأن سائر المتلفات تقوّم حال الإتلانف في المواضع التي يتعلّق بها الضمان⁽⁶⁾.

فيقال: ما قيمة المطروح يوم طرحه، فإذا قيل: مائة وما قيمة ما لم يطرح؟ فإذا

(1) الفائق: م/4 و13 ظ. (2) انظر المعونة: 2/1202، والفروق: 4/9.

(3) المختصر الفقهي: م/4 و40.

(4) انظر الذخيرة: 5/489، تنبيه الطالب: م/4 و194.

(5) انظر الذخيرة: 5/486. (6) المعونة: 2/1202.

قيل: مائتان، فصار الجميع ثلاثمائة، فقد ضاع ثلث المال، فيرجع على من لم يطرح ماله بثلث قيمته. ولو قيل بعكس ما تقدم رجع على من لم يطرح ماله بالثلثين.

ولو كان اثنان لأحدهما ما يساوي ثلاثمائة وللثاني ما يساوي ستمائة وطرح من الأول ما يساوي مائة ومن الثاني ما يساوي مائتين فلا رجوع لأحدهما على الآخر؛ لأن ما طرح ثلث الجميع وعلى كلّ ثلث ما بيده وقد حصل.

ولو كان الطرح بالعكس بأن طرح لصاحب الستمائة ما يساوي مائة، ولصاحب الثلاثمائة ما يساوي مائتين لرجع على ذي الستمائة بمائة.

والقول عند التنازع، هو لمن طرح متاعه بيمينه فيما يشبهه. فإن لم يشبهه فقول غيره.

ووجه رجوع من طرح متاعه على من لم يطرح متاعه، على النحو المذكور، أن من طرح متاعه يكون قد صان أموال من لم يطرح متاعه؛ والعدل عدم تخصيص أحدهم بالمطروح؛ لأنّ بعضهم ليس أولى بطرح متاعه من بعض، مع انتفاع جميعهم بذلك⁽¹⁾.

ولو وجد إنسان ما طرح، فهل يملكه لأنه بطرحه زال ملك صاحبه عنه أو هو لقطة يردّ لربّه إن علم وصحح الشيخ الدردير أنّه لقطة؛ لأن الطرح أمر قهري فليس صاحبه معرضاً عنه اختياراً.

- مشاركة الطبيب على البرء. نلا يستحقّ الطبيب الأجرة إلاّ بحصول البرء. فإن ترك قبل البرء فلا شيء له، إلاّ أن يتمّ غيره، فله بحساب كرائه الأول. فإن لم يجعل الأجرة على البرء فله بحساب ما عمل، وإن لم يحصل برء به ولا بغيره.

- مشاركة معلم القرآن على حفظ القرآن كلّه أو بعضه. فلا أجرة له إلاّ بالحفظ. فإن لم يجعل الأجرة على الحفظ بل على التعليم كان له الأجر بحساب ما عمله، حصل حفظ أم لا. وكذا معلم صنعة على أنه إن تعلمها فللمعلم كذا.

ودليل جواز مشاركة الطبيب ومعلم القرآن على ما ذكر، مع أنّ الأصل عدم الجواز؛ لأنّ مقام المتعلم في التعليم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدّة؛ أنّ ذلك رخصة دعت إليه الضرورة وجوّز لأجلها⁽²⁾.

- مشاركة حافر بئر على استخراج الماء فلا يستحقّ الحافر أجرة إلاّ بعد التمام. واعترض هذا الفرع ابن عبد السلام بأنه من الجعالة لا من الإجارة ويجاب بأنه يمكن جعله من الإجارة إذا كان بأرض مملوكة ودخلاً على الإجارة.

تمّ باب الإجارة والحمد لله رب العالمين.

(2) انظر المعونة: 2/ 1116.

(1) انظر البيان والتحصيل: 87/9.

الجعالة

تعريف الجعالة لغة:

الجعالة - بفتح الجيم وكسرهما وضّمّها - هو المال المجعول.

تعريف الجعالة اصطلاحاً:

هي التزام أهل الإجارة عوضاً، علم، لتحصيل أمر يستحقه السامع، بالتمام، إلا أن يتم غيره، فبنسبة الثاني.

مشروعيتها:

هي رخصة، فهي أصل منفرد لا يقاس عليه. والدليل على مشروعيتها ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ﴾ [يوسف: 72].

ووجه الاستدلال أن المنادي شرط حمل البعير جُعلاً لمن جاء بالصواع، وهو نص في الجُعالة⁽¹⁾.

والاستدلال بهذه الآية استدلال بشرع من قبلنا، واعترض على ذلك الإمام ابن عاشور، قال: وفيه نظر؛ معللاً بأن يوسف ﷺ لم يكن يومئذ ذا شرع حتى يستأنس للأخذ بقاعدة: «أن شرع من قبلنا شرع لنا» إذا حكاها كلام الله أو رسوله؛ وبأن يوسف ﷺ لو قدر أنه كان يومئذ نبياً فلا يثبت أنه رسول بشرع، إذ لم يثبت أنه بعث إلى قوم فرعون، ولم يكن ليوسف ﷺ أتباع في مصر قبل ورود أبيه وإخوته وأهلهم؛ فالاستدلال بالآية على مشروعية الجعالة مأخذ ضعيف⁽²⁾.

ب - قوله ﷺ يوم حنين: «من قتل قتيلاً فله سلبه»⁽³⁾. واعترض على الاستدلال

(1) انظر المعونة: 2/ 1114، المقدمات: 2/ 175، المنتقى: 5/ 110، بداية المجتهد: 2/ 264، أحكام القرآن: 3/ 1096.

(2) انظر التحرير والتنوير: 13/ 29.

(3) مالك في الجهاد، باب ما جاء في السلب في النفل؛ البخاري في فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب 3/ 1144 حديث 2973؛ مسلم في الجهاد، باب استحقاق القاتل السلب 2/ 1370 حديث 1571؛ بلفظ: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» انظر المقدمات: 2/ 176، شرح الخرخشي على المختصر: 7/ 324.

بهذا الحديث بأنه محمول على أن النبي ﷺ قاله بعد انقضاء القتال لا قبله، لئلا يشوش النيات، كما مر في الجهاد⁽¹⁾.

ج - حديث أبي سعيد الخدري عن الرهط من أصحاب رسول الله ﷺ، أن أحدهم رقى سيد حي من أحياء العرب بفاتحة الكتاب، وأنه اشترط قطعاً من الغنم، جعلاً على ذلك؛ وفيه قوله ﷺ للرهط: «أصبتم، اقسما واضربوا لي معكم بسهم»⁽²⁾. وفي رواية: «لقد أكلت برقية حق»⁽³⁾، ووجه الاستدلال أنه ﷺ أباح الجعل الذي اشترطه على الرقية بالقرآن⁽⁴⁾. وروايات الحديث المتعددة تدل على أنهم سألوا النبي ﷺ عن حلية ما أخذوه على وجه الجعل، لا على وجه الضيافة⁽⁵⁾. قال ابن عبد السلام في هذا الدليل: إنه أحسن ما للمجيز⁽⁶⁾.

د - مضي عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار⁽⁷⁾.

ومحل الرخصة فيها فهو الجهل بالعمل وعدم تقديره؛ فالفرق بينها وبين الإجارة أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين، والجعالة يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقدر. فالجعالة مستثناة من أصل الإجارة للضرورة. فدليلها الضرورة الداعية إلى ذلك، وهي أشد مما تدعو إلى استثناء القراض والمساقاة من الأصول. ووجه الضرورة إلى ذلك في الجعالة أن العمل لا يمكن حصره وتقديره، ولا ضرورة إلى الجهل به في الإجارة؛ لأنه يمكن حصره وتقديره⁽⁸⁾.

وقد أنكرها جماعة من العلماء، ورأوا أنها من الغرر والخطر، وردّ عليهم بما تقدم من الأدلة، وأنها كانت في معاملات الناس في الجاهلية، فأقرها الإسلام ولم يتعرض لإبطالها، وإنما نفت عنها الغرر والجهالة⁽⁹⁾.

شرح التعريف:

- «أهل الإجارة» أي: المتأهل لعقد الإجارة، وهو العاقل. وأحال التعريف الجعالة على الإجارة؛ لأنها أقرب إليها. ولأن الأصل في بيع المنافع الإجارة، والجعل تابع لها؛ لأنه من بيع المنافع.

(1) انظر حاشية المدني على كنون: 81/7. (2) سبق تخريجه.

(3) أبو داود في الطب، باب كيف الرقى، حديث 3896.

(4) انظر المعونة: 2/1114، البيان والتحصيل: 8/452، المقدمات: 2/176، بداية المجتهد: 2/251، التحرير والتنوير: 27/138.

(5) انظر حاشية الرهوني على شرح الزرقاني: 81/7.

(6) تنبيه الطالب: 201ظ. (7) المقدمات: 2/176.

(8) انظر المعونة: 2/1115، المقدمات: 2/176، أحكام القرآن: 3/1096، التوضيح: 83ظ.

(9) انظر المعونة: 2/1114، أحكام القرآن: 3/1097.

والعاقل هو المكلف الرشيد الطائع. وهذا شرط في اللزوم لدافع العوض. وأما أصل الصحة فيتوقف على التمييز، وتقدم ذلك في باب الإجارة، واكتفي هنا بشرط الجاعل عن شرط المجعول له؛ لأن ما كان شرطاً في الجاعل كان شرطاً في المجعول له، فاكتفي بأحد المتعاقدين، وإلا لقال: عوضاً وعملاً، ليكون قوله: التزام أهل الإجارة، شرطاً في المجعول له أيضاً.

- «عوضاً علم» أي: علم قدره وباقي صفاته التي تميزه، فخرج المجهول، فلا يصح جعالة ولا إجارة كالبيع. وهذا شامل للعين وغيرها. ودليل اشتراط العلم بالجعل، أن الجعالة عقد معاوضة في معنى البيع والإجارة، فكما لا يجوز الجهل بالثمن في البيع وبالأجرة في الإجارة، للأدلة المذكورة في البيع والإجارة؛ فكذلك لا يجوز الجهل بالجعل في الجعالة⁽¹⁾. وعلة عدم جواز الجهل بالعوض، وهي الأجرة، أنه غرر؛ لأن الجهل حينئذ يدخل العقد من جهتيه، العوض والعمل. وإنما أجزى جهل العمل في الجعالة للضرورة إلى ذلك لعدم إمكان حصره، وليس يوجد ضرورة إلى الجهل بالعوض⁽²⁾. وأيضاً فإنّ العمل لما كان مجهولاً كان العامل بالخيار في تركه متى شاء فتقلّ مضرته؛ لأنه إذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك؛ والجعل في جانب الجاعل لازم فلا يصح أن يكون مجهولاً؛ لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرّة غرره إذا شاء⁽³⁾.

إلا أنه إن كان الجعل عيناً - ذهباً أو فضة - معيّنة امتنع، وللجاعل الانتفاع بها ويغرم المثل إذا حصل المجاعل عليه.

وإن كان مثلياً أو موزوناً لا يخشى تغييره إلى حصول المجاعل عليه، أو ثوباً، جاز ويوقف؛ وإن خشي تغييره كالحيوان امتنع للغرر.

وإنما نصّ على علم العوض دون غيره من بقية شروطه، مثل كونه طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه، لدفع توهم عدم اشتراط علمه، لحصول الصحة بالعوض المجهول.

كما لا يشترط العلم بالمجاعل عليه، بل تارة يكون مجهولاً كالشارد، فإنه لا بدّ في صحّة الجعل على الإتيان به من عدم العلم بمكانه، كما يأتي؛ وتارة يكون معلوماً كالمجاعة على حفر بئر، فإنه يشترط فيه خيرة الأرض ومائها.

- «لتحصيل أمر» كإتيان بشيء وحمل وحفر. وخرج بذلك البيع؛ لأن التحصيل فعل من الأفعال لا ذات، والبيع يكون في الذوات.

- «يستحقه السامع» أي: السامع للملتزم العوض، ولو لم يخاطبه بذاته، ولو

(1) تنبيه الطالب: و202ظ.

(2) انظر المعونة: 2/1115، المتقى: 5/112.

(3) المتقى: 5/112.

بواسطة، ولو تعددت الوسائط، إن ثبت أن الجاعل الملتزم وقع منه ذلك.

- «بالتمام» أي: لا يستحق العوض إلا بالتمام للعمل المطلوب. وتماهه يكون بتحصيل ثمرته. وخرج بذلك الإجارة. فإذا لم يتم العمل فلا يستحق شيئاً. والقياس يقتضي أن له أجر عمله، جرياً على الإجارة لكن جاءت السنة بعدم لزوم أجره عمل لم يتم في الجعالة، وبقيت الإجارة على حالها. وعلّة عدم استحقاقه الجعل بعدم تمام العمل أنه لو استحق الجعل عمل أو لم يعمل كان فيه غرر كثير⁽¹⁾.

- «إلا أن يتم غيره» أي: أن يتمه بأجر قليل أو كثير.

- «بنسبة الثاني» أي: فإن أتم الجعالة غير الأول، فللأول من الأجر بنسبة أجر عمل العامل الثاني، ولو كان الثاني أكثر من الأول؛ لأن الجاعل حينئذ قد انتفع بما عمله له الأول؛ مثاله أن يجعل للأول خمسة على أن يحمل له خشبة لمكان معلوم، فحملها لنصف الطريق وتركها، فجعل لآخر عشرة على أن يوصلها لذلك المكان فأوصلها، فللأول عشرة مثل الثاني؛ لأن الثاني لما استؤجر من نصف الطريق بعشرة علم أنّ أجره الطريق كلّها عشرون. وذكر الشيخ الدردير أنّ التّظر يقتضي أن ينظر لكراء المثل؛ لأن رب الخشبة قد يخاف عليها الضياع والحال أن تلك الخشبة تساوي ألفاً، وشأن الشيء الغالي إذا كان في مضیعة يكرى عليه بالأثمان الغالية فكيف يقاس عليه الكراء الأول.

والفرق بين ما هنا من المحاسبة بنسبة الثاني كما تقدم، وبين مسألة السفينة المذكورة سابقاً في الإجارة المحاسبة فيها بنسبة الكراء الأول، أن الكراء فيها لازم بخلاف الجعالة، أي: فلما كان عقدها منحلّاً من جانب العامل بعد العمل، صار تركه للإتمام إبطالاً للعقد من أصله وصار الثاني كاشفاً لما يستحقه الأول.

أركان الجعالة:

أركان الجعالة أربعة كالإجارة.

العائد: وتحتة شخصان: الجاعل والمجاعل. وتقدم في التعريف أنه العاقل. والدليل على هذا الشرط الكلية الفقهية، وهي: أن من صح أن يؤجر صح له أن يجاعل؛ ومن صح له أن يكون أجيراً صح له أن يكون مجعولاً له⁽²⁾.

المعقود عليه: وهو تحصيل الشيء المطلوب.

المعقود به: العوض. وشروطه كالإجارة. والدليل على ذلك الكلية الفقهية، وهي: كل ما جاز بيعه جاز الاستئجار به، وجاز أن يكون جعلاً، وما لا فلا⁽³⁾. وتقدم الدليل الخاص بشرط العلم بالعوض في التعريف.

(2) المتقى: 111/5، والتوضيح: و83ظ.

(1) المتقى: 111/5.

(3) التوضيح: و84و.

ما يدل من صيغة: ولا يشترط فيها اللفظ كالإجارة.

شروط صحة الجمالة:

1 - عدم شرط النقد للجعل. فشرط النقد يفسدها للتردد بين السلفية والشمسية، فتارة يكون جعلاً وتارة يكون سلفاً⁽¹⁾. والتردد بينهما من أبواب الربا؛ لأنه سلف جر نفعاً احتمالاً. وأما تعجيله بلا شرط فلا يفسدها. وقد دخل الفساد على الجمالة بهذه العلة؛ لأنها عقد غير لازم من طرف العامل، فهو فيه بالخيار بين أن يتم العمل بعد الشروع فيه أو لا يتمه؛ وهذا كالثمن في بيع الخيار، يجوز التطوع به ولا يجوز اشتراطه؛ فالتعليل فيهما واحد⁽²⁾.

2 - عدم شرط تعيين الزمن، بأن شرط عدم التعيين أو سكت عنه. فإن شرط تعيينه كقوله: إن تأتني به أو تحفر لي البئر أو نحو ذلك في مدة كذا، فسدت. ووجه الفساد أن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل، فقد ينقضي الزمن قبل التمام، فيذهب عمله باطلاً ففيه زيادة غرر؛ مع أن الأصل فيها الغرر، وإنما أجاز لإذن الشارع بها وورود النص فيها بالخصوص⁽³⁾.

ومثل شرط التعيين في الفساد إذا كان العرف التعيين؛ لأن العرف كالشرط. وحيث لا يكفي السكوت بل لا بد من شرط عدم التعيين.

ومحل كون شرط تعيين الزمن مفسداً ما إذا لم يشترط العامل أن له الترك متى شاء، فإن شرط ذلك أو شرط له ذلك لم تفسد؛ لأنه قد رجع فيها حينئذ لأصلها من عدم تعيين الزمان، من حيث إنه قد صار تعيينه ملغى.

واشترط ابن رشد الجدل في نحو الحيوان الشارد أن لا يكون المتعاقدان عالمين بمحله. ومن علمه دون صاحبه فهو غار.

فإن عمل العامل فله الأقل من قيمة عمل مثله والمسمى. ووجه أن ذلك ليس بجعل فاسد، وإنما هو جعل غبن فيه العامل الجاعل بما كتبه من علمه بمعرفة موضع الحيوان⁽⁴⁾. وذكر الشيخ الدسوقي أنه إن علمه العامل فقط كان له بقدر تعبته عند ابن القاسم وقيل: لا شيء له.

وإن علمه ربه فقط لزمه الأكثر مما سمي وجعل المثل. وإن علماه معاً فينبغي أن يكون له جعل مثله نظراً لسبق الجاعل بالعداء، ولم يشترط الإمام اللخمي هذا الشرط.

(1) المنتقى: 111/5.

(2) انظر أيضاً المعونة: 1114/2، تنبيه الطالب: و203ظ.

(3) انظر البيان والتحصيل: 471/8.

لزوم الجعالة وعدمه:

الجعالة عقد غير لازم، ولكلّ من المتعاقدين الترتك قبل الشروع في العمل. فإن شرع العامل في العمل لزمته الجاعل الملتزم الجعل فقط دون العامل. وعلل لزوم الجعالة الجاعل بشروع العامل في العمل، بأن لا يبطل على العامل عمله ويذهب جهده باطلاً⁽¹⁾.

وأما العامل فتقدم أن الجعل يستحقه السامع بتمام العمل. وعلل عدم لزوم العقد المجعول له - أي: العامل - ولو بعد شروعه في العمل، بما في اللزوم من الغرر العظيم؛ لأنه حين يدخل فيه لا يدري هل يتم له العمل أو لا يتم⁽²⁾. وهو عند تركه العمل وعدم التمادي فيه لا يلحق الجاعل ضرر بذلك⁽³⁾.

قيام العامل بالعمل عند سماع الجاعل وعدم سماعه:

إذا قام أحد بالعمل، وكانت عادته مثلاً الإتيان بما ضلّ، وكان لم يسمع ربّه يقول، مباشرة أو بواسطة: من أتاني ببيعري أو نحو ذلك فله كذا، أو كان لم يقع من ربها قول بذلك أصلاً؛ فإن له جعل مثله، لا الجعل المسمى إن سمي. ووجه كونه يستحق جعل المثل دون المسمى أنه حين عمل على طلب ما ضلّ لم يعمل ذلك على الجعل المسمى؛ لأنه لم يعلم به، فوجب ألا يجب له⁽⁴⁾.

فإن سمعه فله ما سمى، سواء كان قدر جعل المثل أو لا، كان عادته طلب الضوال أو لا. ووجه أخذ السامع الجعل المسمى، أن الجاعل أراد بقوله تحريض من يسمع قوله على طلب ما ضلّ منه، فوجب أن له المسمى. ولو زاد على قيمة الحيوان الضالّ؛ لأن ربّه ورّطه وأوقعه في التعب⁽⁵⁾.

ولربّ الحيوان الضال ترك الحيوان - مثلاً - للعامل الذي شأنه طلب الضوال، إن لم يلتزم له جعل المثل. فإن التزم له الجعل لزمه سواء كانت قيمته قدر جعل المثل أو أكثر أو أقل. ولا كلام لهذا العامل حيث لم يسمع قول صاحب الحيوان من يأتيني ببيعري الضال فله كذا وأتى به، فاختر ربّه تركه له فليس للعامل أن يقول لا أخذ إلا جعل المثل. ووجه جواز أن يترك رب الحيوان الضالّ للعامل الحيوان إذا جاء به قبل أن يلتزم له جعل المثل، أن جعل المثل قد يستغرق رقبة الحيوان وقد تزيد، فلو كلف ربه أخذه ودفع جعل المثل لكان فيه ضرر عليه⁽⁶⁾.

(1) انظر المقدمات: 179/2.

(2) انظر المنتقى: 111/5، البيان والتحصيل: 419/8، 425.

(3) انظر البيان والتحصيل: 493/8. (4) انظر البيان والتحصيل: 467/8.

(5) انظر البيان والتحصيل: 467/8. (6) تنبيه الطالب: و202.

وإن لم يكن من لم يسمع معتاداً لطلب الضوالم، فله النفقة التي أنفقها على الحيوان من أكل وشرب وركوب احتاج له وما أنفقه هذا العامل على نفسه زمن تحصيله، أو على دابته، دون أن يكون له جعل. ووجه عدم استحقاقه الجعل، أنه لما لم يكن من شأنه طلب الضوالم، فإن عمله يحمل على أنه فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة، وإن طلبه الجعل ينافي ظاهر حاله، فيحمل على أنه ندم واستدرك ندمه، فلذلك لا يستحق شيئاً⁽¹⁾.

ما يجوز فيه الإجارة والجعل:

كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة بشروطها، كحفر بئر بموات، وبيع ثوب أو شرائه، وحمل خشبة لمكان، أو حمل شيء بسفينة، واقتضاء دين، ونحو ذلك.

وأما العكس فلا، فليس كل ما جازت فيه الإجارة تجوز فيه الجمالة، كخياطة ثوب، وخدمة شهر، وبيع سلع كثيرة أو قليلة، وحفر بئر بملك، وسكنى بيت، فلا يصح في العقد على تلك المسائل أن يكون جمالة؛ لأنه إذا لم يحصل إتمام انتفع رب الشيء ببعض العمل وضاع عمل العامل هدرًا، وهو من أكل أموال الناس بالباطل. والدليل على أن الجمالة لا يجوز فيها أن تحصل للجاعل في العمل منفعة قبل تمامه، القياس على ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ يَحْمِلْ بِهِ﴾ [يوسف: 72] من أن الجاعل لا ينتفع بغايته في الطلب إذا لم يأت له العامل بالمطلوب⁽²⁾. قال ابن رشد الجد: «لأن المجمعول له - أي: العامل - لا يلزمه التماضي على العمل من أجل أنه لا يدري هل يتم له أم لا، فإذا لم يلزمه وتركه أخذ الجاعل ما مضى من عمله باطلاً بغير شيء، وذلك من أعظم الغرر»⁽³⁾.

فالإجارة أعم باعتبار المحل الذي تعلقا به. وأما باعتبار حقيقتهما ومفهومهما فمتباينان. وقال الشيخ الأجهوري: بينهما العموم الوجهي أي: بينهما عموم وخصوص من وجه، لانفراد الجمالة فيما جهل حاله ومكانه كالضال.

والجواب عنه بأن ما جهل تجوز فيه الإجارة بشرط العلم. واستبعد توجيه الأجهوري لأن الجمالة لم تنفرد عن الإجارة بمحل، وما جهل حاله ومكانه كما يصح فيه الجعل تصح فيه الإجارة، كأن يؤجره على التفتيش على بعيه الضال كل يوم بكذا، أتى به أم لا. والحاصل أن العقد على الضال إن كان على الإتيان به وأتته لا يستحق الأجرة إلا بالتمام فهو جمالة، وإن كان على التفتيش عليه كل يوم بكذا أتى به أم لا فهو إجارة؛ فالحق أن بينهما عمومًا وخصوصًا مطلقاً لا من وجه وأن الإجارة أعم.

(1) انظر المعونة: 1116/2، تنبيه الطالب: و202.

(2) انظر المقدمات: 180/2. (3) البيان والتحصيل: 425/8.

ومحل جواز الجعالة على اقتضاء دين كما تقدم، أن يجعل للعامل جعلاً على اقتضاء جميع الدين، وأن يجعل له فيما اقتضاه بحساب ذلك، كأن يجعل له ديناراً أو ثلثاً أو نحو ذلك على اقتضاء ستة دنائير من مدين، ويجعل له فيما اقتضاه بحساب ذلك؛ لأنه إن لم يجعل له فيما يتقاضاه بحسابه لم يجب له شيء إلا بتقاضي جميع الستة دنائير، فإن تقاضى بعضها وبقي بعضها كان الجاعل قد انتفع قبل أن يتم المجعول له العمل؛ ولا يجوز الجعل فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمام العمل.

أما لو استأجره على اقتضاء دين بدينار - مثلاً - ولم يشترط أن يكون له فيما يتقاضى من الدين ما يجب له من الدينار، فإن ذلك جائز؛ لأن الحكم يوجب ذلك في الإجارة التي هي لازمة لهما جميعاً وإن لم يشترطه⁽¹⁾.

وإذا شرع المجعول له في التقاضي والعمل، فليس للجاعل أن ينزع عما جعل له ويجعل غيره؛ لأنه يبطل بذلك من عمل الأول. وأما المجعول له فلا يلزمه التماذي على العمل وإن شرع فيه، إذ لا ضرر على الجاعل في تركه العمل بعد شروعه فيه⁽²⁾.

والفرق فيما تقدم بين جواز الجعالة في حفر بئر بموات، وعدم جوازها في حفرها بملك؛ أن العامل في حفر البئر بموات إذا أراد ترك العمل بعد الشروع فيه لم ينتفع الجاعل بما عمل من الحفر، وهو المطلوب لصحة الجعالة؛ بينما الأمر على خلاف ذلك في حفر البئر بملك الجاعل؛ لأن العامل إذا ترك العمل فيها بعد الشروع فيه انتفع الجاعل بما حفره العامل في ملكه بوجوه كثيرة من وجوه المنافع⁽³⁾.

ووجه عدم جواز الجعل على بيع السلع الكثيرة والقليلة، أن العامل في الجعالة لما كان له أن لا يتم العمل، فإنه إن بدا له ذلك في البيع وردّ السلعة إلى صاحبها، فإنه يكون قد حفظ السلعة ويكون صاحبها قد انتفع بذلك الحفظ قبل تمام العمل، وضاع جهد العامل⁽⁴⁾.

- يجوز للرجل أن يجعل جعلاً لشخص على أن يسعى له في زواج ابنته⁽⁵⁾.

- يجوز للرجل أن يجعل جعلاً لمن يده على من يشتري منه سلعة أو يبيعها منه؛ أو على أن يؤجره نفسه.

ولو جعل جعلاً لمن يده على امرأة يتزوجها فلا يجوز؛ لأن معنى قول الرجل لآخر دلتني على امرأة أتزوجها، أي: أشر عليّ بامرأة تعلم أنها تصلح لي وانصح لي

(1) انظر البيان والتحصيل: 414/8، 469. (2) 493/5.

(3) انظر البيان والتحصيل: 435/8، المقدمات: 180/2، تنبيه الطالب: و203.

(4) انظر البيان والتحصيل: 425/8، المقدمات: 180/2، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني:

85/7.

(5) البيان والتحصيل: 473/8.

في ذلك، فهذا لو سأله إياه دون جعل للزومه أن يفعله إن كان يعرف امرأة تصلح له؛ لوجوب النصيحة عليه لكل مسلم.

والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها أن تولّي المرء البيع لغيره أو الشراء له أو البحث عن من يؤجره ليس واجباً عليه، ولو كان عالماً بذلك؛ والإشارة عليه بامرأة يعلم أنها تصلح له للزواج واجب من باب النصيحة. ووجه هذا الفرق أن البيع والشراء مباح، والزواج مندوب إليه، وقد يكون واجباً. إلا إذا اضطرّ رجل غريب في موضع لا سوق فيه إلى بيع سلعة في أمر، فقال لرجل: دلّني على من يشتري منّي سلعتي، وهو يعلم من يمكن أن يشتريها منه، لما حلّ له أن يقول: لا أدلك إلا أن تعطيني كذا وكذا لوجوب ذلك عليه.

ولو قال له: دلّ عليّ امرأة أتزوجها، أو دلّ عليّ رجلاً أزوجه ابنتي ولك كذا، فدل عليه لكان له الجعل. وكذلك قوله: ابحث لي عن امرأة تصلح لي ودلني عليها ولك كذا، فالجعالة في ذلك جائزة؛ لأنه غير واجب على المرء البحث لغيره عن امرأة للزواج. وإنما الواجب أن يرشده إن استرشده في أمر قد علمه وأن يدلّه وينصح له ولا يكتمه.

فالأصل أن الجعل لا يجوز فيما يلزم الرجل أن يفعله، ويجوز فيما لا يلزمه أن يفعله⁽¹⁾.

- يجوز الجعل في الوكالة في الخصومة، بأن يقول الرجل لآخر: قم لي بطلب حقي في كذا، ولك إن استحققتها كذا، وإن لم تفلح فلا شيء لك. ووجه الجواز أن الجعل على المجهول جائز. وإنما كرهها الإمام مالك في أحد قوليه إذا كثر الجهل فيه استحساناً، وأما إذا قلّ وكان الشيء الذي يخاصم فيه معروف القدر خفيف الخطب، وجه الشخوص فيه لا يكاد يختلف فهو جائز.

ويجوز في الجعالة أن يكون الجعل جزءاً مما يطلبه المخاصم، كأن يقول له: قم لي بطلب شفعتي ولك إن استحققتها نصف سهمي مما تأخذه لي بالشفعة.

ويجوز في الخصومة الإجارة كذلك، على أن يحدد له أجرة وزماناً ينتهي إليه قيامه بذلك الحق؛ إذ لا بدّ في الإجارة على ذلك من ضرب الأجل، فإذا بلغه استوجب أجرته ظفر أو لم يظفر⁽²⁾.

حكم الجعالة الفاسدة:

يكون للعامل في الجعالة الفاسدة لفقد شرط جعل المثل إن تمّ العمل، ولا يكون له أجرته. فإن لم يتمّ العمل فلا شيء له. وذلك ردّ للجعل في الأمرين إلى صحيح

(2) البيان والتحصيل: 491 / 8.

(1) البيان والتحصيل: 440 / 8.

نفسه الذي لم يكن فيه مسمى، وهو المشهور. والدليل: أن الجعل لما جوزته السنة، صار أصلاً في نفسه، فوجب أن يرد فاسده إلى صحيحه، قياساً على سائر العقود الجائزة من البيع والإجارة⁽¹⁾.

ومقابل المشهور أن له أجر مثله، تمّ العمل أم لا. ووجه هذا القول أن الجعل إجارة بغرر جوزته السنة، ويخصص من أصله - وهو الإجارة - إذا وقع على الشروط التي أجازته بها؛ فإذا لم يقع عليها رجع إلى أصله، فكان إجارة فاسدة، يحكم فيها بحكم الإجارة الفاسدة⁽²⁾.

فإن وقعت الجعالة الفاسدة بجعل مطلقاً، أي: تمّ العمل أو لم يتمّ كان يقول له: إن أتيتني ببعيري الضالّ فلك كذا وإن لم تأت به فلك كذا؛ فللعامل أجره مثله، تمّ العمل أم لا؛ لخروج الجاعل والعامل عن حقيقة الجعالة؛ لأن سنتها أنه لا جعل إلا بتمام العمل. ومتى خرج عن حقيقة الباب كان فيه أجره المثل كما تقدم نظيره في القراض والمساقاة. والله أعلم.

تمّ باب الجعالة والحمد لله ربّ العالمين.



(1) المنتقى: 112/5، البيان والتحصيل: 428/8.

(2) المنتقى: 112/5، البيان والتحصيل: 428/8.

إحياء الموات من الأرض وأحكام المياه وأحكام المساجد

إحياء الموات من الأرض

تعريف الموات من الأرض لغة:

الموات - بضم الميم - قال الجوهري: هو الموت؛ وبفتحها: ما لا روح فيه، وأيضاً هو الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها. وقد علمت ضبط الموات هنا بأنه بفتح الميم وأنه من الألفاظ المشتركة.

تعريف الموات من الأرض اصطلاحاً:

موات الأرض ما سلم عن اختصاص بإحياء، أو بحريم عمارة، أو بإقطاع الإمام، أو بحماه.

فقوله: «موات الأرض» أي: الموات منها.

وقوله: «ما سلم» أي: ما خلا.

وقوله: «عن اختصاص» أي: عن كونه مختصاً بأحد. فما كان مختصاً بأحد فليس بموات⁽¹⁾.

وأسباب الاختصاص بالأرض التي لا تدخل في الموات، هي ما ذكرت في التعريف، وهي: الإحياء، وحريم العمارة، وإقطاع الإمام، وحمى الإمام، وسيأتي تفصيل الحديث عنها.

وقد تعقب فقهاء المذهب هذا التعريف، وذكروا أنه لابن شاس وابن الحاجب، قد تبعاً فيه الغزالي، وتركا ما رواه ابن غانم عن الإمام مالك بأن موات الأرض هي ما لا نبات لها، لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْبَأَ بِهِ الْأَرْضَ بِغَدِّ مَوْتِهَا﴾ [النحل 65] فلا يصح الإحياء إلا في البور. قال ابن عرفة في هذه الرواية: هي أجلي، لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه.

(1) هامش: منح الجليل، محمد عيش: 72/8.

وقد تبع الشيخ خليل ابن شاس وابن الحاجب. وتبع الشيخ الدردير الثلاثة في إيراد هذا التعريف. ذكر الشيخ مصطفى الرّمّاصي أنه مخالف لاصطلاح أهل المذهب، وذلك أنهم فسروا الموات بالسالم عن الاختصاص، والاختصاص يكون بأسباب لا تكون الأرض غير موات إلا باستيفائها، وذكروا أنواع الاختصاص، فاقضى كلامهم أنّ حريم العمارة لا يسمّى مواتاً، بينما كل أهل المذهب يطلقون على الحريم مواتاً، سواء كان قريباً أو بعيداً. قال الشيخ الرّمّاصي: والصواب في تعريف الموات على اصطلاح أهل المذهب: «ما لم يعمر من الأرض» كما قال عياض وابن راشد القفصي صاحب «اللباب»⁽¹⁾.

أسباب الاختصاص بالأرض:

أسباب الاختصاص بالأرض، هي أسباب تُخرج الأرض الموات عن حكم الموات. وهي: الإحياء، وحريم العمارة، وإقطاع الإمام، وحماه.

السبب الأول: الإحياء:

الإحياء مباح بالكلّ. والدليل على مشروعية إحياء الأرض ما يلي:

أ - الأدلة العامة من آيات القرآن الكريم، التي أباح الله تعالى فيها للإنسان الانتفاع بالأرض وما فيها، وندبهم إلى خدمتها والسعي في منابها، بالازدراع والغرس وتفجير المياه ونحو ذلك؛ بما هيأها له لهذا الانتفاع، وذلكها له لتيسير تصرفه فيها؛ إذ قدر الله تعالى وجود الإنسان واستمرار حياته فوق الأرض متوقفاً على ما يخرجها الله له من خيراتها، بما قدره من أسباب تعميرها وإحيائها. ومن الآيات الدالة على هذه المعاني قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: 29]، وقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَازِلِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ﴾ [الملك: 15]. فالآية الأولى صريحة في أن جميع ما في الأرض إنما هو لحاجة الخلق؛ والأمر بالمشي في الآية الثانية للإباحة؛ مع ما في الآيتين من إظهار عظيم الامتنان على الخلق. على أن تصرف الإنسان في الأرض بالتملك والاختصاص قد ضبطه أحكام الشريعة الإسلامية لتحقيق مقاصدها من هذه الإباحة، فلا يتصرف الإنسان إلا تحت إذن الشريعة؛ لأنه لو تصرف جميع الناس في جميع ما هو مباح دون قيود ولا حدود، لأدى إلى الاقتتال والتقاطع⁽²⁾ وفروع هذا الباب تبيّن الوجوه الشرعية في تصرف الإنسان في الأرض ومنافعها، بالتملك والاختصاص، بما يحقق مقاصد الشريعة من ذلك.

(1) انظر منح الجليل: 73/8.

(2) انظر ابن العربي، أحكام القرآن: 14/1 وعارضة الأحوذى: 146/6، والقرطبي الجامع لأحكام

القرآن: 215/18.

ب - قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽¹⁾ والحديث نصّ في جواز الإحياء⁽²⁾.

ويختص بالأرض من أحيائها، بسبب إحيائه لها، ويملكها بذلك. والدليل على تملك الأرض بالإحياء⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ [النحل: 65] ووجه الاستدلال أن الإحياء لا يكون إلا في أرض بور⁽⁴⁾.

ب - قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ: «فهي له» يقتضي الملك. وهو منطوق الحديث.

ج - عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: «من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق»⁽⁶⁾.

ويستمر ملكه لها ولو اندرست بعد الإحياء، فاندراسها بعد الإحياء لا يزيل ملكه عنها.

لكن إن طال الاندراس طويلاً يرى العرف أن من أحيائها قد أعرض عنها، وقام غيره بإحيائها ثانية بعد طول الاندراس، فإن الأرض تكون للثاني، ولا كلام لمن أحيائها أولاً.

وتقييد انتقال الملكية للثاني بطول الاندراس هو المعتمد، وقيل: تكون للثاني ولو لم يطل الاندراس، وهو ظاهر قول ابن القاسم وعليه درج الشيخ خليل. وقيل: لا تكون للثاني أبداً، بل تبقى لمن أحيائها أولاً ولو طال الزمن، وهو قول سحنون. والدليل على قول ابن القاسم أن الأرض تكون للثاني ولو لم يطل زمن الاندراس⁽⁷⁾:

أ - قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽⁸⁾.

ووجه الاستدلال أن الحديث عام في كل أرض ميتة؛ والأرض بعد الاندراس

تعود لأصلها ميتة.

(1) أخرجه مالك مرسلًا عن عروة بن الزبير في الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات؛ ووصله أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج، باب في إحياء الموات؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات وقال فيه: حسن غريب. ووصله الترمذي أيضاً عن جابر، وقال فيه: حسن صحيح.

(2) انظر عبد الوهاب البغدادي، المعونة: 2/1194، التوضيح: و85.

(3) انظر الباجي، المنتقى: 6/26، ابن رشد، البيان والتحصيل: 10/301، وابن العربي، القبس: 3/923 والعارضه: 6/146، والقرافي، الفروق: 4/18 والذخيرة: 6/149.

(4) انظر البيان والتحصيل: 10/301. (5) سبق تخريجه.

(6) أخرجه البخاري في المزارعة، باب من أحيأ أرضاً فهي له.

(7) انظر عبد الوهاب البغدادي، الإشراف: 2/667، والمنتقى: 6/31.

(8) سبق تخريجه.

ب - القياس على الماء إذا أعيد في النهر، بجامع أنها عين مباحة في الأصل عادت إلى أصلها.

ج - القياس على الصيد إذا خرج من يد صائده، فيلحق بالوحش، فهو لمن صاده بعد.

د - إن المقصد المستفاد من تشريع تمليك الأرض الموات بالإحياء هو استحاث الناس على إعمار الأرض على وجه الدوام؛ بمتابعة إحيائها وخدمتها. وليس المقصد مجرد إثبات ملكية الأرض لمحييها، بل ذلك وسيلة للمقصد المذكور. وترك الأرض للاندراست ثانية مفيت لهذا المقصد، فكان ذلك جديراً بقطع استصحاب أصل الملك وإبطال أصل الملكية في خصوص الأرض الموات؛ وذلك لحفظ مقصد الشريعة فيها بفتح باب إحيائها من جديد. وإنه كما جعلت الشريعة أسباباً لثبوت الملكية وزوالها، كالبيع والهبة والميراث والمهر ونحو ذلك، وجعلت الإحياء سبباً خاصاً لملكية الأرض الموات دون سائر الأراضي، فلا يبعد أن تجعل اندراست الأرض سبباً في زوال هذه الملكية. لذلك قال ابن الشاط تعقيباً على القرافي: «هنا قاعدة شرعية، وهي أن الملك يدوم بعد ثبوت سببه، إلا أن يلزمه ما يناقضه»⁽¹⁾ وسبب الملكية هنا الإحياء، ويناقضه رجوع الأرض إلى حالة الموت والاندراست، فيزول بذلك الملك عنها.

ودليل قول سحنون بعدم انتقال الملكية عن المحيي الأول، ولو طال زمن الاندراست⁽²⁾:

أ - قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن الحديث أثبت الملكية بالإحياء؛ ومن ثبت له الملكية بذلك فلا تزول عنه لأصل استصحاب الملكية.

ب - قياس الإحياء على البيع والهبة والإرث والصدقة، بجامع كونها سبباً في التملك.

ج - القياس على اللقطة إذا ملكت بالالتقاط ثم ضاعت، فإن عودها إلى حال الالتقاط لا يسقط ملك ممتلكها. فالجامع أن العود للحالة السابقة لا يزيل الملك.

على أن القرافي قام بمناقشة أدلة هذا القول وردّها، لكن لم يسلم له ابن الشاط ردوده.

ووجه القول المعتمد أن طول الاندراست مظنة الإخلال بالمقصد الشرعي من

(1) انظر ابن الشاط، إدرار الشروق، بهامش الفروق: 19/4.

(2) انظر المنتقى: 31/6 والفروق: 18/4 والذخيرة: 149/6 وأقرب المسالك: 294/2.

(3) سبق تخريجه.

تمليك أرض الموات بالإحياء؛ لأن طول الاندراست يدلّ في الغالب على الإهمال والإعراض وتخلّي محييها الأول عنها؛ بخلاف قرب الاندراست لا يدلّ على ذلك، لاحتمال وجود عذر أعاقه عن مواصلة الإحياء، فيكون رجوعه لإعادة إحيائها ممكن، فأسعف بالانتظار به، شأن الشريعة في إنظار المعسر.

وعلى القول المعتمد فإن قام الثاني بإحيائها بقرب الاندراست، فإن ملك الأول لها لا يزول عنها، ولا تكون للثاني.

وفي صورة إحياء الثاني للأرض بقرب الاندراست، فإنه إن فعل ذلك جاهلاً بالأول، فله قيمة عمارته، للشبهة. وإن كان عالماً فله قيمتها منقوضاً. وهذا ما لم يسكت الأول بعد علمه بالثاني بلا عذر، وإلا كان سكوته وهو حاضر بلا عذر، دليلاً على تركها له، كما يأتي في الحيازة في آخر باب الشهادات إن شاء الله تعالى.

ودليل استحقاق المحيي الثاني قيمة عمارته منقوضاً، إن كان أعمر بقرب الاندراست، عالماً بالأول، قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن المراد بالعرق ما احتضر أو اتخذ أو غرس بغير حق؛ ومن يغرس أو يبني أو يحضر في غير ملكه يكون ظالماً؛ والظالم نفى عنه النبي ﷺ أن يكون له حق فيما عمل؛ فيفيد أنه ليس له حق البقاء في ملك غيره⁽²⁾.

أسباب الإحياء: يكون الإحياء بأحد أمور سبعة:

الأول: تفجير ماء لبئر أو عين، كأن يحضر بئراً أو يفتق عيناً في أرض الفيافي، فتملك بذلك.

الثاني: إزالة الماء من الأرض حيث كانت غامرة بالماء، يبقى عليها صيفاً وشتاء، فتحيل في إزالته، وصار متمكناً من منافع تلك الأرض.

الثالث: البناء بالأرض ولا يشترط أن تكون مؤونة البناء عظيمة.

الرابع: غرس شجر بالأرض.

الخامس: تحريك الأرض بحرثها ونحوه، وأما زرعها دون تحريك فلا يحصل به إحياء، وإن اختص بالزرع زارعه⁽³⁾ فتملك الأرض بإحياء الأرض بالزرع بعد تحريكها.

السادس: قطع الشجر الموجود بها، بنية وضع يده عليها.

السابع: كسر حجرها مع تسويتها.

والدليل على أن الإحياء يكون بالأمور السبعة المذكورة: أن العادة جارية بذلك.

وحدیث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» مطلق، فيتقيد بالعادة⁽⁴⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) انظر المنتقى: 32/6.

(3) حاشية الدسوقي 69/4.

(4) انظر الذخيرة: 148/6.

ما لا يكون به الإحياء: لا يكون الإحياء بالأمر الآتية:

- تحويط الأرض بنحو خطّ عليها، وهو المسمّى بالتحجير.

- رعي الكلاً بها.

- حفر بئر ماشية بها، ما لم يبيّن ملكية البئر عند حفرها، فإن بيّنها حصل إحياء

الأرض بحفرها.

ووجه عدم اعتبار ما عدا الأمور السبعة مما يقع به الإحياء:

أ - أنها في العادة ليس فيها منفعة للأرض، ولا تترك أثراً فيها، تخرجها عن

صفتها من الموات قبل فعل ذلك فيها. فالتحجير مجرد منع للغير من التصرف فيما

حجر؛ ورعي الكلاً وحفر بئر الماشية إنما يعمل لمنافع الماشية لا لمنافع الأرض.

والحديث مطلق يتقيد بالعادة⁽¹⁾.

ب - أن الأشياء المباحة لا تملك إلا بالأسباب المملّكة لها. أمّا التحجير بالعلامات

الدالة على إرادة تحصيل السبب لا يصير صاحبها أولى. وأمّا قوله ﷺ: «من سبق إلى ما

لم يسبقه إليه مسلم فهو له...»⁽²⁾. فهو محمول على من سبق بسبب شرعي⁽³⁾.

ووجه اعتبار حفر بئر الماشية من الإحياء إذا بيّن حافرها أنه حفرها للملك⁽⁴⁾:

- أن بئر الماشية، وهي التي تحفر في الفيافي والفلاة فيما لم يملك من

الأراضي، جرت العادة فيها أن حافرها إنما يحفرها ليكون المقدم في الانتفاع بها

لشرب ماشيته، ويتصدق بما فضل من مائها ويسيحه للناس⁽⁵⁾. وعلى هذا الأصل جاء

الحديث ناهياً عن منع فضل ماء بئر الماشية في قوله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به

الكلاً»⁽⁶⁾ ووجه الاستدلال أنه خاصّ بآبار الماشية التي في الفلوات التي بها الكلاً.

واللّام في قوله: «للمنع» للعاقبة، فنهى ﷺ عن منع فضل ماء آبارها؛ لأنه يؤدي إلى

منع رعي كلثها؛ لأنّ المواشي لا ترعى إلا حيث تجد المياه، فإذا منعت من الماء كان

منعاً لها عن الكلاً⁽⁷⁾ وعلى هذا فإنّ من يحفر بئراً للماشية في أرض غير مملوكة، في

(1) انظر المتقى: 30/6 والذخيرة: 148/6. (2) سبق تخريجه.

(3) انظر الذخيرة: 155/6.

(4) الاستدلال لهذا الفرع مبني على عدم جواز منع فضل بئر الماشية وبيعه المذكور في مسائل أحكام

المياه. وهذه المسائل ذكرها الشيخ خليل في آخر باب إحياء الموات من مختصره، ولم يذكرها

الشيخ الدردير في إحياء الموات.

(5) انظر المعونة: 2/1996 والمتقى: 35/6 والذخيرة: 162/6.

(6) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المياه؛ والبخاري في المساقاة، باب من قال: إن

صاحب الماء أحق بالماء؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء.

(7) انظر الإشراف: 2/668 والمتقى: 34/6 و39 والمقدمات: 2/298.

الفيافي والفلوات، بقصد التملك والإحياء، يطلب منه البيان والإشهاد، ليخرج فعله عن حكم الأصل في حفر بئر الماشية الذي هو التطوع والمواساة.

إذن الإمام لإحياء الموات:

يفتقر إحياء الموات لإذن الإمام. والدليل على طلب إذن الإمام لإحياء القريب⁽¹⁾.

أ - قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له. وليس لعرق ظالم حق»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن من يحيي بقرب العمران قد يظلم في إحيائه، ويستضرّ الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيتهم ومرعى أغنامهم. ومن كان مضرراً بغيره كان ظالماً، وليس له الحق فيما يحيي، لذا احتاج الأمر إلى نظر الإمام واجتهاده لتقدير ما فيه مصلحة ورفع للضرر. وبذلك يكون القسم الثاني من الحديث وهو قوله: «وليس لعرق ظالم حق» مقيداً للقسم الأول بعدم الظلم والضرر.

ب - ما علم من مقصد الشريعة في سعيها إلى رفع التشاجر والتخاصم بين الناس، فيما يتشاحون فيه ويتسابقون إليه. وما قرب من العمران هو من ذلك. ولو ترك لكل واحد الحق في إحيائه ووضع يده عليه، لأدى إلى التقاتل والعداوة. فلم يكن بدّ من جعل ذلك إلى إذن الإمام لتعيين الأحق بإحياء القريب، ممن تتحقق به المصلحة، فيرفع بذلك التشاجر ويقطع الخصومة بين الناس؛ لأن إذنه يكون كالحكم لمن أذن له بالإحياء.

وهذان الدليلان مخصّصان لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». وهما يعودان إلى مراعاة المقاصد الشرعية في حفظ المصالح ودرء المفاسد⁽³⁾.

وذلك إذا قرب الموات من العمران، بأن كان حريم بلده. قال الإمام الحطاب: «والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدوّاً ورواحاً» وقال ابن رشد: «البعيد من العمران ما لم ينته إليه مسرح أهل العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم» ومآل القولين واحد، فلا تنافي بينهما. ووجه تحديد القرب والبعد بما ذكر: أنه أرفق بأهل العمران في المسرح والمحطاب والمرعى وما لا ضرر عليهم⁽⁴⁾.

فإن تعدّى أحد وأحيا فيما قرب بغير إذن الإمام، فالإمام مخير بين إمضائه له فيملكه وبين جعله متعدياً فيردّه للمسلمين ويعطيه قيمة غرسه أو بنائه أو حفره منقوضاً.

(1) انظر الإشراف: 2/ 667 والمعونة: 2/ 1194 والمنتقى: 6/ 28 والذخيرة: 6/ 156.

(2) سبق تخريجه.

(3) انظر المنتقى: 6/ 27 والذخيرة: 6/ 157.

(4) انظر المنتقى: 6/ 29.

ولا يرجع عليه الإمام فيما أغلّه فيما مضى، نظراً إلى أن له شبهة في الجملة أي: لكونه من جملة المسلمين الذين لهم فيه حق.

ولا يأذن الإمام إلا لمسلم، لا لذمي على المشهور.

وأما إذا بعد الموات عن العمران، بأن خرج عن حریمه، كما تقدم عن ابن رشد والحطاب، فإن إحياءه لا يفتقر لإذن من الإمام، ويكون ما أحياه ملكاً له. والدليل على عدم طلب إذن الإمام لإحياء البعيد⁽¹⁾:

أ - قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن الحديث عام في القريب والبعيد في كون الإحياء غير مقيد بإذن الإمام. وجاء ما يخص القريب بطلب الإذن، ولم يأت ذلك في البعيد.

ب - القياس على الحطب والحشيش، بجامع أنها عين لم يتقدم عليها ملك، فلم يفتقر تملكها إلى إذن الإمام.

ج - أن المقصد من طلب إذن الإمام رفع التشاجر والتخاصم فيما يظن وقوع ذلك فيه، وهو القريب. أما البعيد فلا يظن وقوع التخاصم والتشاجر فيه.

ويشمل حكم الموات البعيد الذمي. والدليل على جواز إحياء الذمي للموات البعيد في غير جزيرة العرب⁽³⁾:

أ - قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن لفظة «من» في الحديث حرف شرط يفيد العموم، فالحديث عام في كل من أحيأ أرضاً ميتة، مسلماً كان أو ذمياً.

ب - القياس على الاصطياد والاحتطاب.

وهذا بشرط أن يكون إحياءه للموات البعيد في غير جزيرة العرب؛ لأنه لا يجوز له السكنى. وجزيرة العرب هي أرض الحجاز، مكة والمدينة واليمن وما والاها، كما تقدم في الجزية. ووجه منع الذمي وعدم الإذن له في القريب: أن فيه مضرة بالمسلمين⁽⁵⁾. والدليل على منع الذمي من سكنى جزيرة العرب⁽⁶⁾:

(1) انظر الإشراف: 667/2 والمعونة: 1194/2 والمنتقى: 28/6 والذخيرة: 156/6.

(2) سبق تخريجه.

(3) انظر الإشراف: 668/2 والمنتقى: 29/6، ومفتاح الوصول: ص60، والذخيرة: 158/6،

التوضيح: 88و.

(4) سبق تخريجه.

(5) انظر المنتقى: 30/6 ومنح الجليل: 84/8.

(6) انظر المنتقى: 29/6 و195/7 والقبس: 925/3 والذخيرة: 158/6، تنبيه الطالب: 207،

التوضيح: 88و.

أ - قوله ﷺ: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»⁽¹⁾.

ب - عن عمر بن الخطاب أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «أخرجنا اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلماً»⁽²⁾.

وهذان الحديثان مخصصان لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».

ج - إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: «وقد أجلى عمر بن الخطاب يهود نجران وفدك. فأما يهود خيبر فخرجوا منها ليس لهم من الثمر، ولا من الأرض شيء».

وأما يهود فدك، فكان لهم نصف الثمر ونصف الأرض؛ لأن رسول الله ﷺ صالحهم على نصف الثمر ونصف الأرض. فأقام لهم عمر نصف الثمر ونصف الأرض قيمة من ذهب وورق وإبل وحبال وأقتاب، ثم أعطاهم القيمة وأجلاهم⁽³⁾ فكان ذلك تنفيذاً من عمر لوصية رسول الله ﷺ. وقد أجمع الصحابة على فعله ولا يعلم له مخالف في ذلك.

السبب الثاني: حريم العمارة:

العمارة ما تعمّر به الأرض من بناء أو غرس أو ماء. وحريم العمارة ما تبعها وأضيف إليها فحرم بحرمتها من مرافق وحقوق⁽⁴⁾.

فحريم العمارة سبب في الاختصاص؛ فعلى هذا لا يعدّ من الموات، كما يدلّ عليه التعريف المذكور، أي: إن الموات من الأرض ما سلم عن الاختصاص بإحياء، أو بكونه حريماً لعمارة، لبلد أو دار أو شجر أو بئر؛ فلكلّ حريم يخصّه. والدليل على اختصاص العمارة بحريم⁽⁵⁾، هو دليل عام، وهو: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مالك مرسلًا في الجامع، باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، ووصله مسلم في الوصية، باب ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي به.

(2) أخرجه مسلم في الجهاد، باب إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب.

(3) الموطأ. كتاب الجامع، باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة.

(4) المعجم الوسيط من 1/169.

(5) انظر المعونة: 2/1195، وابن عبد السلام الهواري، شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي من 3343 م و 205.

(6) أخرجه مالك مرسلًا في الأفضية، باب القضاء في المرفق. ووصله الحاكم في المستدرک 2/57 عن أبي سعيد الخدري، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. كما وصله ابن ماجه وأحمد والدارقطني وغيرهم من طرق مختلفة. وحسنه النووي في الأربعين نووية، والسيوطي في الجامع الصغير. قال الشيخ الشيرخيتي في شرحه على الأربعين ص 253: هو حديث حسن لذاته وله طرق متعددة يرتقي بمجموعها إلى درجة الصحّة.

وقد فسّر الحديث بوجوه متعددة⁽¹⁾ تدل على معانٍ متقاربة. ووجه الاستدلال به أنه ﷺ نفى أن يكون في الدين ضرر مشروع. والنفي هنا بمعنى النهي الشرعي والتحريم لسائر أنواع الضرر، ما قل منه وما كثر، إلا لدليل؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم⁽²⁾.

1 - حريم البلد:

إذا عمّر جماعة بلداً اختصّوا بها وبحريمها. وحريمها ما يمكن الاحتطاب منه والرعي فيه على العادة من الذهب والإياب، مع مراعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب، ونحو ذلك، غدواً ورواحاً في اليوم، فيختصّون به. ولهم منع غيرهم منه. ووجه جواز منع أهل القرية أو البلد غيرهم من حريم عمارتهم؛ هو نفي الضرر اللاحق بهم بمشاركة غيرهم فيه⁽³⁾.

وحريم البلد لا يختص به بعض أهل البلد دون بعض؛ لأنه مباح للجميع. ومن أتى منهم بحطب منه أو حشيش أو نحو ذلك ملكه وحده؛ لأن من سبق إلى مباح يكون له. والدليل على أن من أتى من أهل القرية من حريمها بحطب أو حشيش أو نحو ذلك ملكه وحده⁽⁴⁾، قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له»⁽⁵⁾ أي: لأنه من السبق إلى مباح، فيكون لمن سبق إليه.

ولو أراد أحدهم أن يحييه بعمارة ونحوها فلهم منعه، إلا بإذن الإمام كما تقدم. وللإمام أن يقطع منه ما شاء لمن شاء بالنظر. والدليل الخاص لجواز منع أهل العمارة من إحياء حريم العمارة إلا بإذن الإمام، هو ما تقدم من الدليل على عدم جواز إحياء الموات القريب من العمارة إلا بإذن الإمام.

2 - حريم البئر:

ما يضيق على وارد لبئر شُرِب أو ماشية. وما يضرّ بماء بئر ماشية أو شرب أو زراعة لو حفرت بئر أخرى. قال القاضي عياض: حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها أن لا يحدث فيها ما يضرّ بها، لا باطناً من حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبها أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، ولا يضرّ بها ظاهراً كالبناء والغرس. والدليل على أن للبئر حريماً، قوله ﷺ: «حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم البئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً»⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال أنه صلى عليه وسلم قضى

(1) انظر في جمعها والوقوف عليها: المنتقى 40/6 وشرح الشبرخيتي على الأربعين ص252.

(2) الشبرخيتي، شرح الأربعين نووية ص252. (3) انظر المنتقى. 31/6، 38.

(4) انظر الذخيرة، 148/6.

(5) أخرجه أبو داود عن أسمر بن مضرّس، في الخراج والإمارة، باب في إقطاع الأرضين.

(6) أخرجه البيهقي في إحياء الموات، باب حريم البئر. وضعفه.

بالحریم للبئر، على أن تحديده جرى مجرى الحكم والقضاء، فلا يلتزم بعينه. قال أشهب: هذه حكومة تبتدأ، كحكومة الصيد بقدر الضرر، بحسب الأرض رخاوة وصلابة، وبحسب الماء قلة وكثرة، والمراعى الضرر كما هو قول الإمامين مالك وابن القاسم⁽¹⁾.

ومثل البئر في الحریم النهر، فحریمه ما يضيق على وارده أو يضرب بمائه. وقيل: حریم النهر ألفا ذراع من كلّ جهة. وقد وقعت الفتوى قديماً بهدم ما بني بشاطئ النهر وحرمة الصلاة فيه إن كان مسجداً، كما في المدخل وغيره.

ونقل البدر القرافي عن سحنون وأصبيغ ومطرف، أنّ البحر إذا انكشف عن أرض وانتقل عنها، فإنّها تكون فينبأ للمسلمين، كما كان البحر، لا لمن يليه، ولا لمن دخل البحر أرضه. وقال عيسى بن دينار: إنها تكون لمن يليه. قال الشيخ العدوي: والفتيا والقضاء على هذا خلافاً لسحنون ومن معه.

وأما حفر البئر في الدار فهو جائز، ولو أضرب ببئر جاره في تقليل ماء البئر أو إعدامه. ووجه الجواز أنّ ضرر الجارين بانعدام الماء واحد، فيترجّح حقّ من أراد إحداث بئر في داره بأنّه تصرف في ملكه⁽²⁾.

وأما لو أضرب به في غير ذلك من جدار ونحوه منع منه بلا خلاف.

3 - حریم الشجر:

ما فيه مصلحة عرفاً للشجرة، من نخل أو غيره. فلربّها منع من أراد إحداث شيء بقربها يضرب بها، من بناء أو غرس أو حفر بئر، ونحو ذلك.

4 - حریم الدار الغير المحفوفة بالدور ما يرتفق أهلها به من مطرح لتراب ومصبّ ميزاب ومصبّ مرحاض:

فلهم منع من أراد إحداث شيء من بناء أو غيره في ذلك الحریم. وهذا إذا كانت الدار في الفيافي. والدليل على أن للدور الغير المحفوفة حرماً⁽³⁾: قضاء عمر رضي الله عنه بذلك.

وحاصله، أنه إذا بنى جماعة بلدًا في الفيافي مثلاً فما كان مجاور للدور فهو حریم لها يختص بها من كل جهة بحيث يطرح فيه التراب ويصبّ فيه ماء الميزاب أو ماء المرحاض، وأما الدار المحفوفة بالأملاك، فلا تختص بحریم. ولكل من أصحاب الدور المتجاورة الانتفاع بالزقاق المتسع أو الرحبة بينهم، من جلوس ونحوه، ما لم يضرب بغيره من الجيران، فإنه يمنع.

(1) انظر الذخيرة: 151/6 وشرح ابن عبد السلام: م 206/4.

(2) - شرح ابن عبد السلام: 206/4. (3) انظر الذخيرة: 153/6.

والأصل في المنع حديث: «لا ضرر ولا ضرار». قال ابن عبد السلام: ولا شك في اشتمال النهي عن الإضرار لغير فائدة تحصل لمحدث الضرر. فإن كان المنع من الإضرار بالجار ثبت منفعتة للجار الذي أحدث ما يضر بجاره، نظر إلى أخف الضررين فارتكب؛ فإن تساويا أو تقارباً رجع إلى مقتضى الأصل، وهو جواز تصرف المالك في ملكه على أي وجه شاء. وهذا الذي قلناه هو الذي عليه الكثير من مسائل المذهب في المشهور. وما يوجد من بعضها مخالفاً لهذا فليس بمخالف في المعنى، وإنما هو لاعتقاد قائله أن ما جاز إحداثه من ذلك فهو أخف الضررين، وما منع منه فهو أشد الضررين، ولو انعكس اعتقاده لانعكس الحكم⁽¹⁾.

السبب الثالث: إقطاع الإمام:

إقطاع الإمام سبب من أسباب اختصاص المقطوع له بما أقطعه الإمام من أرض، سواء كان المقطوع له واحداً أو جماعة. والإقطاع خاص بالإمام فليس لناثبه فعله إلا بإذن الإمام. والدليل على مشروعية الإقطاع⁽²⁾:

أ - فعل الرسول ﷺ، فقد روي أنه ﷺ قطع لبلال بن الحارث المزني معادن القبيلة⁽³⁾.

ب - فعل الخلفاء بعده، أبي بكر وعمر وعثمان ﷺ.

ج - إجماع الصحابة على فعل الخلفاء الراشدين إذ لم ينكر عليهم أحد.

ووجه منع نائب الإمام من الإقطاع إلا بإذن الإمام، أن الإقطاع بمنزلة الإعطاء من بيت المال، وهو لا يكون إلا بإذن الإمام⁽⁴⁾.

وما يقطعه الإمام إما أن يقطعه على وجه التملك والانتفاع أو الانتفاع فقط.

1 - ما يقطعه الإمام على وجه الملك والانتفاع:

للإمام أن يقطع على وجه التملك والانتفاع، لواحد أو جماعة من الناس، الأرض من غير معمور أرض العنوة، أي: الأرض التي لا تصلح لزراعة الحب من أرض العنوة وإن صلحت لغرس الشجر، كأرض الجبال والرمال والتلال والفيافي والأرض التي انجلى عنها أهلها وليس من العقار، فإنها من الموات، ولا تصير وفقاً

(1) تنبيه الطالب: و207و.

(2) انظر المتقى: 101/2 والذخيرة: 153/6 - 154.

(3) أخرجه مالك مرسلاً في الزكاة، باب الزكاة في المعادن. ووصله أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين. ومعادن القبيلة - بفتح القاف والباء - منسوبة إلى قبل - بفتح القاف والباء - وهي ناحية من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام.

(4) الذخيرة: 154/6.

بالاستيلاء عليها. والدليل على جواز إقطاع ما انجلى عنها أهلها: فعل النبي ﷺ والخلفاء بعده، فقد كانوا يقطعون الأرضين التي جلا عنها أهلها بغير قتال⁽¹⁾.

والإمام مخير فيها بين أن يعطيها ملكاً بحيث يورث عن المقطوع له، أو انتفاعاً فليس للمقطوع له فيها إلا الانتفاع ولا يملك الذات.

وأرض العنوة ما فتحت قهراً، كمصر والشام والعراق.

وإذا أقطع الإمام أرضاً لأحد كانت ملكاً له، وإن لم يعمرها بشيء مما تقدم في الإحياء. وقيل في المذهب: بأن الإقطاع يشترط فيه الإحياء فإن عجز المقطوع له عن إحيائها زال ملكه وأقطعت لغيره. والدليل على هذا القول ما يلي⁽²⁾:

أ - عن عبد الله بن أبي بكر قال: جاء بلال بن الحارث المزني إلى رسول الله ﷺ، فاستقطعه أرضاً، فقطعها له طويلة عريضة. فلما ولي عمر قال له: يا بلال إنك استقطعت رسول الله أرضاً طويلة عريضة، قطعها لك؛ وإن رسول الله ﷺ لم يكن يمنع شيئاً يسأله، وإنك لا تطيق ما في يدك. فقال: أجل. قال: فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه، وما لم تطق فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين. فقال: لا أفعل والله، شيء أقطعني رسول الله ﷺ؛ فقال عمر: والله لتفعلن، فأخذ منه ما عجز عن عمارته، فقسمه بين المسلمين. وفي رواية: أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع، فلما كان عمر رضي الله عنه قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجزه عن الناس، لم يقطعك إلا لتعمل. فأقطع عمر بن الخطاب للناس العقيق⁽³⁾.

ب - أن المقصود من الإقطاع ألا تتعطل الأرض من النفع.

ج - أن الإقطاع إذن في الإحياء، ومن شرط الإحياء العمارة.

وللمقطوع له بيع الأرض المقطوعة له وهبتها وتورث عنه. وليس الإقطاع من الإحياء، بل هو تمليك مجرد عن معاوضة وعن سبب من أسباب الإحياء. والمرجح أن ميراث ما يقطع لا يحتاج لحيازة المقطوع له كي يورث عنه، وعليه لو مات المقطوع له قبل حوزة استحقه وارثه.

ولو أقطع الإمام لأحد على أن عليه كذا، أو كل عام كذا عمل به، ويكون المأخوذ في بيت المال، لا يختص به الإمام لعدم ملكه لما اقتطعه، وإن ملكه المقطوع له باقتطاع الإمام له. ويلغز بهذا فيقال: شخص جعل له الشارع أصالة أن يملك غيره ما لا ملك فيه لنفسه.

(1) البيان والتحصيل: 302/10.

(2) انظر البيان والتحصيل: 301/10، المتقى 6/30، الذخيرة 6/153.

(3) البيهقي في إحياء الموات، باب من أقطع قطعة ثم لم يعمرها.

وما اقتطعه الإمام من أرض العنوة إن كان لشخص بعينه أنحلَّ عنه بموته، واحتاج لإقطاع بعده. وإن كان لشخص وذريته وعقبه استحقته ذريته بعده، الأثنى كالذكر، إلا لبيان تفضيل كالوقف.

2 - ما يقطعه على وجه الانتفاع فقط:

الأرض التي للإمام أن يقطعه على وجه الانتفاع فقط، وليس له أن يقطعه ملكاً، هي معمور أرض العنوة، وهي الأرض الصالحة لزراعة الحب من الأراضي المفتوحة عنوة؛ لأنها تصير وفقاً بمجرد الاستيلاء عليها قال سحنون: لا يكون الإقطاع في أراضي مصر ولا العراق؛ لأن عمر رضي الله عنه وقفها للمسلمين⁽¹⁾، كما تقدم في باب الجهاد، وتقدم الدليل على ذلك فيه. ومثلها عقار الكفار.

3 - ما لا يجوز للإمام إقطاعه:

لا يجوز للإمام إقطاع أراضي الصلح لأحد مطلقاً، لا ملكاً ولا انتفاعاً. سواء كانت معمورة أو مواتاً، وسواء أسلم أهلها أو لا؛ لأنها مملوكة لأربابها⁽²⁾.

السبب الرابع: حمى الإمام:

حمى الإمام سبب من أسباب الاختصاص. فعلى هذا لا يعدّ ما حماه الإمام من أرض مواتاً. وأصل الحمى عند الجاهلية أن الرئيس منهم إذا نزل بأرض مخصبة يستعوي كلباً بمحلّ عال، فحيث ينتهي إليه صوته من كل جانب حماه لنفسه، فلا يرعى غيره فيه معه، ويرعى هو في غيره مع غيره. وهذا لا يجوز شرعاً لما فيه من التضييق على الناس؛ لأن الكلاً النابت في الفيافي مباح لكل الناس.

حكم الحمى:

يجوز للإمام أن يحمي أرضاً بشروط، فيمنع رعي كلثها، لأجل أن يتوقّر لدواب الصدقة والغزو وضعفاء المسلمين. قال الشيخ للدسوقي: والظاهر أن جواز الحمى بالشروط إنما هو فيما لم يتعلق به إحياء، وإلا فلا يجوز حماه. والدليل على جواز الحمى⁽³⁾:

أ - عن الصعب بن جثامة قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم نفى أن يكون في الدين حمى مشروع يمنع الناس

(1) الذخيرة: 154/6.

(2) الذخيرة: 154/6.

(3) انظر الإشراف: 668/2، والمنتقى: 37/6، والذخيرة: 155/6، وشرح ابن عبد السلام 4/م

207، التوضيح: و87ظ.

(4) أخرجه البخاري في المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله.

منه. والنفي هنا بمعنى النهي الشرعي. ثم استثنى ﷺ نوعاً من الحمى، وهو ما كان الله تعالى ولرسوله، كإبل الصدقة وضعفة المسلمين كما يأتي. أي: ففي الحديث نفي لجواز الحمى، واستثناء لما كان على الصورة الشرعية. والاستثناء من النفي إثبات.

ب - فعل الرسول ﷺ، فعن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع⁽¹⁾.

ج - فعل الصحابي، فقد حمى أبو بكر ﷺ الربذة. وحمى عمر ﷺ النقيع والربذة والسرف. وزاد عثمان ﷺ في الحمى على ما كان عليه في عهد عمر بن الخطاب لما زادت إبل الصدقة⁽²⁾. وقد أجمع الصحابة على فعل الخلفاء الثلاثة. فدل ذلك على أن ما فعله النبي ﷺ ليس خاصاً به.

شروط جواز الحمى:

- 1 - أن تدعو حاجة المسلمين للأرض لنفعهم فلا يحمي لنفسه، ولا لغيره عند عدم الحاجة. فإن لم يحتج إليه فلا يجوز له الحمى.
- 2 - أن يكون الحمى قليلاً، بأن لا يضيق على الناس. أي: بأن كان فاضلاً عن منافع أهل ذلك الموضع. لا إن كان كثيراً بأن ضيق عليهم.
- 3 - أن يكون الحمى من أرض خالية عن البناء والغرس والزرع.
- 4 - أن يكون الحمى لقصد رعي دواب الغزاة والصدقة وضعفة المسلمين.

والدليل على أن حمى الإمام يشترط فيه أن يكون محتاجاً إليه، وأن يكون لدواب الغزو والصدقة وضعفة المسلمين، ما نقل أن الحمى الذي حماه رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر ﷺ إنما كان لخيل الجهاد وماشية الصدقة وماشي ضعاف المسلمين. فعن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب استعمل مولى له يسمّى هنيئاً على الحمى فقال له: «يا هنيئ اضمم جناحك عن الناس، واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة. وأدخل رب الصريمة والغنيمة. وإياك ونعم ابن عقان وابن عوف؛ فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى المدينة، إلى زرع ونخل. وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته يأتيني بنيه، فيقول: يا أمير المؤمنين! يا أمير المؤمنين! أفتاركهم أنا، لا أبالك، فالماء والكلأ أيسر عليّ من الذهب والورق. وإيم الله، إنهم ليرون أن قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياهم، قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام.

(1) أخرجه البخاري بلاغاً عن ابن شهاب. ووصله أبو داود في الخراج، باب في الأرض يحميها الإمام.

(2) الأثر عن عمر ﷺ أخرجه البخاري بلاغاً عن ابن شهاب. والأثر عن عثمان أخرجه البيهقي في إحياء الموات. و«النقيع» موضع على عشرين فرسخاً من المدينة، وهو صدر وادي العقيق. و«الربذة» بالتحريك، على ثلاث مراحل من المدينة من جهة مكة. و«سرف» بكسر الراء، وهو موضع على نحو ثلاثة أميال من مكة.

والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من قول عمر رضي الله عنه أنه أمر مولاه بإدخال الحمى صاحب الصريمة والغنيمة. والصريمة مصغر الصرمة وهي القطيعة القليلة من الإبل بقدر الثلاثين؛ والغنيمة مصغر الغنم، أي: القليل منها بقدر الأربعين. وهذا يفيد الفقر؛ لأن صاحب الصريمة والغنيمة لا يملك من المال غير ذلك، بدليل وصف القلة. وفي انعدام الرعي أو قلته هلاك ما يملك ووقوعه في الخصاصة والحاجة، واللجوء إلى طلب الإغاثة من أمير المؤمنين. وأمر عمر بمنع الأغنياء من رعي مواشيهم في الحمى؛ لأنهم ليسوا من أهل الحاجة إليه، ودخولهم يضرّ لكثرة مواشيهم ودوابهم.

ثم ذكر عمر رضي الله عنه علة أخرى لإقدامه على الحمى، مع ما ذكر من الحاجة إلى حماية مواشي فقراء المسلمين؛ هي الحاجة إلى رعي دواب بيت المال، سواء التي تجمع من الصدقات وتصرف للفقراء، أو التي تعد للجهاد وحمل الغزاة⁽²⁾.

ومثل الإمام في الحمى نائبه المفوض له، وإن لم يأذن له الإمام؛ بخلاف الإقطاع فليس لنائبه إقطاع إلا بإذن؛ والفرق أن الإقطاع يحصل به التمليك فلا بد فيه من الإذن، بخلاف الحمى فيه امتناع فقط.

ولا يجوز الحمى لغير الإمام أو نائبه⁽³⁾. والدليل على ذلك:

أ - ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله ولأئمة المسلمين من بعده»⁽⁴⁾. وقد استدل بهذا الحديث بزيادة «ولأئمة المسلمين» القاضي عبد الوهاب⁽⁵⁾؛ وهي زيادة غير معروفة. ولكن وجه الاستدلال بالحديث على هذه المسألة بغير هذه الزيادة، أن إضافة الحمى إلى الله ورسوله يفيد أن الحمى من حقوق الله لأمن حقوق العباد؛ وحقوق الله تعالى يقوم بحفظها الإمام، كما قام بذلك رسول الله صلى عليه وسلم بصفة الإمامة، ثم أبو بكر، وعمر رضي الله عنهما.

ب - أن الحمى من مرافق المسلمين العامة ومصالحهم، فكان النظر فيه إلى الإمام⁽⁶⁾. قال ابن العربي: «لم يحم الله ورسوله لأنفسهما، وإنما الحمى لمنافع المسلمين العامة، فكان الإمام فيها خليفة الله ورسوله»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه في دعوة المظلوم؛ باب ما يتقي من دعوة المظلوم؛ والبخاري في الجهاد، باب إذا أسلم قوم في دار الحرب.

(2) انظر المنتقى: 327/7 وشرح ابن عبد السلام م/4/207.

(3) حاشية الدسوقي: 69/4.

(4) سبق تخريج الحديث بدون لفظ «ولأئمة المسلمين من بعده» وهذه الزيادة لم أقف عليها.

(5) الإشراف: 668/2.

(6) الإشراف: 668/2.

(7) عارضة الأحوذى: 150/6.

أحكام المياه والكلأ⁽¹⁾

بيع الماء:

يجوز لصاحب ماء بئر، وماء مأجل، ولمن نزل المطر بأرضه الخاصة به بملك أو منفعة وجرى منها، وصاحب ماء يملكه بآنية أو حفرة أو بركة أو جرة أو قرية؛ يجوز له منعه من غيره، وبيعه، وهبته، والتصدق به. وهذا مبني على جواز تملك الماء، والدليل على جواز تملكه:

أ - ملك هاجر لماء زمزم، ومنعها قبيلة جرهم منه، وإنما أباحت لهم الشرب منه على أن لا يكون لهم فيه حق. فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: «يرحم الله أم إسماعيل، لو تركت زمزم»، أو قال: «لو لم تغرف من الماء لكانت عيناً معيناً. وأقبل جرهم فقالوا: أتأذنين أن ننزل عندك؟ قالت: نعم، ولا حق لكم في الماء، قالوا: نعم»⁽²⁾. وهذا الدليل هو من باب الاستدلال بشرع من قبلنا. واعتبر ابن العربي أن الأرض كانت ملكاً لهاجر، وعلى هذا جاز لها تملك البئر⁽³⁾.

ب - عن ثمامة بن حزن القشيري قال: شهدت الدار حين أشرف عليهم عثمان فقال: ائتوني بصاحبكم اللذين ألباكم عليّ، قال: فجيء بهما فكأنهما جملان أو كأنهما حماران؛ قال: فأشرف عليهم عثمان فقال: أنشدكم بالله والإسلام هل تعلمون أن ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال: «من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة» فاشتريتها من صلب مالي فأنتم اليوم تمنعوني أن أشرب حتى أشرب من ماء البحر قالوا اللهم نعم... الحديث⁽⁴⁾.

وقد استدل ابن العربي به على ملك الماء⁽⁵⁾، ولم يبين وجه ذلك وهو ظاهر؛ لأن النبي ﷺ طلب شراء البئر من مالكيه اليهود، وطلب وقفه والتصدق به على

(1) هذا المبحث مأخوذ من الشرح الكبير وحاشيته: 72/4.

(2) أخرجه البخاري في المساقاة، باب من رأى صاحب الحوض والقرية أحق بمائه.

(3) القبس: 928/3.

(4) أخرجه الترمذي في المناقب، باب في مناقب عثمان بن عفان؛ والنسائي في الأحباس، باب وقف المساجد؛ وأخرجه البخاري معلقاً في المساقاة، باب الشرب.

(5) القبس: 927/3.

المسلمين والشراء إدخال المشتري في الملك، والوقف نزول عن ملكية الموقوف؛ فدل ذلك على جواز تملك الماء.

ج - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»⁽¹⁾.

د - عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نقع البئر»⁽²⁾. ونقع البئر فضله.

ووجه الاستدلال من الحديثين، أن النبي ﷺ نهى عن منع فضل الماء وفضل البئر، وهو ما فضل عن حاجة صاحبه بعد أخذ ما يسد حاجته منه؛ ولو كان الماء غير مملوك لأحد وممنوعاً منعه وبيعه لجعل لمن يجب بذل الفضل إليه الحق في أصل البئر، لا في فضله فقط، ولو لم يأخذ صاحب الماء كفايته منه. قال ابن القاسم، قال الإمام مالك في معنى الحديث: «فإنما هو ما يفضل عنهم، ولو كان الناس يشاركونهم ما انتفعوا بمائهم دون غيرهم»⁽³⁾. وسيأتي ذكر من يجب بذل الفضل إليه.

هـ - الإجماع على أن جواز بيع ما حيز من الماء المباح الأصل⁽⁴⁾.

ويستثنى من جواز المنع والبيع ما يلي:

1 - إذا خيف الهلاك أو الضرر الشديد على عاقل أو غير عاقل، وكان لا يملك ثمناً للماء معه حين الخوف عليه، ولو كان ملياً ببلده مثلاً، فليس لمالك الماء في هذه الحالة أن يمنعه الماء أو يبيعه له. بل يجب عليه دفعه له مجاناً، ولا يرجع عليه بعد ذلك، ولو كان ملياً بمحل آخر. أما لو كان معه مال فيجب عليه بيعه له بالثمن باتفاق. ودليل جواز أخذ الثمن على ذلك: الجمع بين مصلحة صاحب الماء ومصلحة المضطر المالك للمال⁽⁵⁾.

والكلام هنا في الزائد على ما يحيا به صاحب الماء نفسه، وأما لو كان الموجود قدر ما يحيي نفسه فقط كان له منعه، ويقدم هو على غيره ولو خيف هلاك ذلك الغير. وما تقدم في هذه المسألة من جواز منع الماء وجواز بيعه هو المشهور. وقال يحيى بن يحيى: لا أرى أن يمنع الحطب والماء والنار والكلأ. وقيد ابن رشد هذا

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المياه؛ والبخاري في المساقاة، باب إن صاحب الماء أحق بالماء؛ ومسلم في المساقاة، باب بيع فضل الماء.

(2) أخرجه مالك مرسلاً في الأفضية، باب القضاء في المياه؛ ووصله الحاكم وصححه: 61/2، ووافقه الذهبي.

(3) المدونة: 374/4.

(4) المعلم: 288/2، والمفهم: 2794/5، وإكمال الإكمال: 442/5.

(5) الذخيرة: 165/6.

الخلاف بما إذا كانت البثر أو العين في أرضه التي لا ضرر عليه في الدخول فيها للاستقاء منها. وأمّا البثر التي في دار رجل أو في حائطه التي حظر عليها فله أن يمنع من الدخول عليها اتفاقاً. ويقيد المنع بغير ما استثنى، وهو من لم يخف عليه الهلاك، وإلا فلا يجوز المنع اتفاقاً. والمراد بالحطب والكلأ اللذان في أماكن البحث عنها، لا في منزله، وإلا كان له منعها اتفاقاً.

2 - فضل ماء بثر الزرع. أي: المملوك لصاحبه. فيجب دفع ما فضل عن الحاجة من ماء بثر أو عين للجار، وذلك إذا خيف على زرع الجار أو شجره. والدليل على وجوب دفع ما فضل من الماء في هذه المسألة⁽¹⁾:

أ - عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يمنع نقع البثر»⁽²⁾؛ وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النهي في الحديث عام في نوعين من الماء:

الأول: ماء بثر الماشية، أي: المحفورة في أرض غير مملوكة، وسيأتي الحديث عن ذلك.

الثاني: ماء بثر الزرع، أي: المحفورة في أرض مملوكة؛ لكنّه مخصّص في بثر الزرع بحال الضرورة التي تلحق الجار بتلف زرعه وهلاك غرسه، بأسباب فسر الفقهاء بها الحديث وحملوه عليها، وتبينها الشروط الآتي ذكرها. وأمّا في غير حال الضرورة فلا حق فيها لغير مالكها. ودليل تقييد الحديث بهذه الشروط في ماء بثر الزرع: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾، أي: نفي الضرر عن مالك البثر؛ لأنّ الأصل في الآبار أنّها مملوكة لأصحاب الأراضي المحفورة بها، والشريعة لا توجب على المكلّف الخروج عمّا يملك وبذله للغير بدون رضاه، إلّا عند ضرورة اقتضاء ذلك، وهو حالة الضرورة القائمة بالغير، ولذلك جعل للمضطر فضل ماء البثر دون المشاركة في البثر.

ب - قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار». ووجه الاستدلال أنّه من الضرر البيّن أن يمنع صاحب الماء لمحتاجه، فيما لا حاجة له هو به، فيضّرّ به فيما لا منفعة له فيه.

ج - أنّ أحكام المياه في الشرع مبنية على المواساة. والمواساة في هذه الحالة واجبة.

ويشترط للوجوب ما يلي:

(1) المدونة: 4/375، والمنتقى: 6/39 - 40، والبيان والتحصيل: 10/262، والمقدمات: 2/297 - 298.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضرّ بجاره.

الأول: أن يكون الجار قد أنشأ زرعه أو شجره على أصل ماء بئر ونحوه، فلو زرع أو غرس على غير ماء لم يجب على جاره بذل الماء له، لمخاطرته وتعرضه للهلاك، ويكون بذلك مضاراً لمالك الماء، والضرر بالغير منفي في الدين بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

الثاني: أن ينهدم البئر.

الثالث: أن يشرع في إصلاح بئرته. فإن لم يشرع في الإصلاح لم يجب على الجار بذل فضل مائه، ووجه ذلك أن من يترك إصلاح بئرته يعد غير مضطر⁽²⁾.

الرابع: أن يفضل شيء من الماء عن زرع صاحبه، فإن لم يفضل لم يجب. وذكر الشيخ الدسوقي أنه ينبغي وجوب بذل الماء إذا خيف تلف بعض زرع صاحب الماء وهلاك جميع زرع الجار ارتكاباً لأخف الضررين، مع غرم قيمة بعض الزرع الذي يتلف لرب الماء على من يأخذه.

ويجبر رب الماء على دفع فضل الماء لجاره بالشروط المذكورة. فإن انخرم شرط منها لم يجبر.

ولا يدفع الجار ثمناً لرب الماء ولو كان ملياً وهو المعتمد في المذهب. والدليل⁽³⁾:

أ - القياس على الاستحقاق؛ لأنه لما حكم عليه بتسليم فضل الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله إليه، كان ذلك بغير عوض.

ب - القياس على بئر الماشية الآتي الحديث عنها؛ لأنه فضل ماء يقضى به، فلم يكن له ثمن.

والفرق بين المضطر لطعام الغير لإحياء نفسه أنه يأخذه بالثمن، وبين المضطر لماء الغير أنه يأخذه بدون ثمن؛ أن الطعام يضرّ بذله بصاحبه، لأنه لا يخلفه إلا بسعي ومشقة لقلته غالباً ووجود المشاحة فيه؛ وأما الماء فما يذهب منه يمكن إخلافه لوجوده عادة ولعدم المشاحة فيه. ولهذا الفرق لا يقاس الماء على الطعام⁽⁴⁾.

وخالف ابن يونس حيث قال: يلزمه الثمن إن كان معه، والدليل:

أ - القياس على مسألة من خيف عليه الهلاك.

ب - الجمع بين مصلحة صاحب الماء ومصلحة المضطر الخائف على زرعه من التلف⁽⁵⁾.

(2) المتقى: 40/6.

(4) المعلم: 288/2، والمفهم: 2794/5.

(1) سبق تخريجه.

(3) المتقى: 6840.

(5) الذخيرة: 165/6.

وأجاب الشيخ الدردير على هذا القياس بأن الماء في مسألة الزرع فضل عن حاجة صاحبه وجاره معذور بهدم بثره مع أخذه في الإصلاح بخلاف من خيف عليه الهلاك، وعادة يكون في السفر، فإن الغالب عليه أنه مختار بالسفر مع كونه يحتاط لنفسه باستعداد الثمن لمثل ذلك.

والمراد بالجار الذي يجب دفع ما فضل عن الحاجة من ماء إليه، من يمكنه سقي زرعه من ماء بثر الجار وإن لم يكن ملاصقاً له.

3 - فضل ماء بثر الماشية. وهو غير المملوك. فمن حفر بثراً في البادية في غير ملكه لماشية أو لشرب، وفضل عن حاجته فضلة، وطلبها غيره فإنه يجبر على بذل تلك الفضلة لمن طلبها. وليس له أن يمنعها عنه، ولو لم يكن مضطراً ولا صاحب زرع. والدليل على أنه يلزمه ذلك⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ نهى عن أن يمنع صاحب الماء غيره من فضل مائه. وهذا الحديث خاص بآبار الماشية التي في الفلوات والبوداي والصحاري التي بها الكلأ. وقد نهى النبي ﷺ عن منع فضل مياه هذه الآبار لأنه يؤدي إلى منع رعي الكلأ الذي حولها، لأن المواشي لا ترعى إلا حيث يوجد الماء، فإذا منعت من الماء كان ذلك منعاً لها من الكلأ، فاللام في «ليمنع» للعاقبة والمأل.

ب - عن عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نقع البئر»⁽³⁾، ونقع البئر فضله. ووجه الاستدلال أن الحديث يحتمل عدة وجوه، منها البئر المحفورة في الفيافي يحفرها المرء، وهي بثر الماشية، فإنه ليس له منع غيره ما فضل عن حاجته، لأن شأن الفيافي والصحاري والبوداي أنها أماكن ضيق وضرورة إلى الماء، والمواساة تجب فيها أكثر من غيرها⁽⁴⁾.

ج - أن العادة جرت بأن البئر التي يحفرها المرء في الفيافي والصحاري، أي: في غير ملكه، لا يحفرها للتملك وإنما يحفرها للسبيل وليفوز بحق التقديم على غيره في شرب ماشيته، ثم يتصلق بما فضل من مائها ويسيحه للناس؛ فيحمل عمل من حفر في الفيافي والصحاري على المعتاد⁽⁵⁾.

(1) المدونة: 374/4، والإشراف: 668/2، والمنتقى: 43/6 و39، والمعلم: 288/2، والبيان والتحصيل: 259/10، والمقدمات: 298/2 - 299، والذخيرة: 168/6، وإكمال الإكمال: 442/5.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) المنتقى: 93/6.

(5) المعونة: 1196/2، والمنتقى: 35/6، والذخيرة: 162/6.

د - سدّ الذريعة إلى بيع الكلأ المباح، التي يشير إليها حديث: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»؛ ذلك أنّ البئر في البادية أو الصحراء إذا كان قريباً من الكلأ، وغلب عليها غالب ومنع غيره منها، كان بمنعه الماء مانعاً من الكلأ، لأنه متى ورد وأرد بماشيته فأرعاها الكلأ ثم لم يسقها قتلها العطش؛ ومنع الكلأ المباح إضراراً بالناس وهو ممنوع.

وأيضاً فإنّ قول النبي ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ والماء والنار»⁽¹⁾، محمول على الآبار المحفورة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها⁽²⁾. وإذا وجب دفع الماء لمن طلبه، فإنه يدفع له بدون ثمن، لأنه لا يجوز له بيعه ولا هبته ولا يورث عنه. والدليل⁽³⁾:

أ - عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء⁽⁴⁾. والحديث نص في النهي عن البيع. ويحمل النهي هنا في الحديث على فضل ماء بئر الماشية في البوادي والفيافي؛ ويتناول الحديث أيضاً الأنهار والعيون والآبار الغير المملوكة في البراري.

ب - ما تقدم من دليل النهي عن المنع، وتعليل ذلك بالضرورة وسدّ الذريعة. وهذا بشرط أن لا يبين حين حفرها أنه قصد الملكية للبئر وما فيها من الماء. فإنّ بينها بإشهاد عند الحفر كان له المنع وأخذ الثمن إن وجد، لأنه إحياء حينئذ؛ لأنّ المكان يملك بالإحياء⁽⁵⁾.

وأما إذا حفر بئر ماشية في ملك فله منعه وبيعه على ما تقدم في الماء المملوك، والدليل: العادة، فقد جرت بأنّ من يحفر بئراً للماشية في أرضه، أنّ حفره يكون في الظاهر على الملك وإباحة البيع⁽⁶⁾.

اجتماع مستحقين على بئر الماشية:

إذا اجتمع على ماء بئر الماشية مستحقون، والحال أن الماء الذي فيها يكفيهم فإنهم في استحقاق البداءة بالرّي كما يلي:

- صاحبها؛ ودليل تقديم صاحبها: عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في منع الماء؛ وابن ماجه في الأحكام، باب المسلمون شركاء في ثلاث، عن ابن عباس.

(2) المعونة: 2/1196.

(3) المنتقى: 6/35 و36، والبيان والتحصيل: 10/260، والمعلم: 2/288، والمفهم: 5/2794، وإكمال الإكمال: 5/442.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء.

(5) المعونة: 2/1197. (6) المنتقى: 6/35.

يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ نهى عن منع فضل الماء، والنهي عن ذلك يدل على الأمر ببذل الفاضل، وهو ما زاد على قدر كفاية صاحب الماء، فيكون صاحب الماء أحقّ بالتقديم لأخذ كفايته، لأنّ العادة جرت بأنّ البئر التي يحفرها المرء في الفيافي والصحاري، أي: في غير ملكه، إنّما يحفرها ليفوز بحقّ التقديم على غيره في شرب ماشيته، ثم يتصدّق بما فضل من مائها ويسبحه للناس؛ فيحمل عمل من حفر في الفيافي والصحاري على المعتاد⁽²⁾.

- المسافر لاحتياجه لسرعة السير. ودليل تقديم المسافر بعد صاحب الماء:

أ - ما روي أنّ عمر بن عبد العزيز كتب في الآبار التي بين مكة والمدينة: ابن السبيل أولى من شرب منها⁽³⁾.

ب - أنّ ضرورة المسافر أكد من الحاضر، وحرمة نفسه مقدمة على الحيوان⁽⁴⁾.

ويكون له على الحاضر حق إعاره آلة نزع الماء، سواء كان الحاضر صاحب الماء أو غيره، وعليه أن يعير المسافر الآلة. وهذا ما لم تجعل الآلة للإجارة وإلا فيأخذها بالأجرة. فإن لم توجد معه الأجرة، فيتبع بها في ذمته.

- الحاضر. أي: المقيم في مكان البئر.

- دابة صاحب البئر.

- دابة المسافر ومواشيه. ووجه تقديم دواب المسافر ومواشيه على دواب المقيم ومواشيه، هو فرط الحاجة التي يبعث عليها السفر⁽⁵⁾.

- دابة المقيم.

- ماشية صاحب البئر.

- ماشية المقيم. ووجه تأخير مواشي صاحب البئر عن مواشي المسافر، مع أنّ له حق الاستحقاق، أنّ استحقاق الماء ضعيف في أصله، فيطرح عند الضرر بالغير⁽⁶⁾.

وحكم هذا الترتيب الوجوب. ومن قدّم فإنه يقدّم بجميع الرّي.

وعلّل الشيخ الدردير تأخير المواشي عن الدواب بأن المواشي تذبح فتؤكل بخلاف الدواب.

وهذا الترتيب المذكور إنّما هو إذا كان في الماء كفاية للجميع، ولم يكن فيهم من أخذه الجهد.

(1) سبق تخريجه.

(2) المعونة: 2/1196، والمتقى: 6/35، والذخيرة: 6/162.

(3) المتقى: 6/36.

(4) المتقى: 6/36، والذخيرة: 6/167.

(5) الذخيرة: 6/163.

(6) الذخيرة: 6/163.

فإن لم يكن في ماء بئر الماشية ما يكفي الجميع أو كان فيها ما يكفيهم، لكن يحصل الجهد لبعضهم باشتداد عطشه وخوف هلاكه، بتقديم غيره عليه، بدئاً بالمجهود كان عاقلاً أو غير عاقل، ولو غير صاحب البئر وغير دابته.

سيلان ماء المطر المباح من أرض مباحة إلى أراض مملوكة:

إذا نزل مطر بأرض مباحة - غير مملوكة - وسال منها إلى أراض مملوكة لأناس شتى، ومثل المطر التهر كنهه النيل؛ فإن الذي يسقي منه هو الأقرب للماء المذكور بشرط أن يكون متقدماً في الإحياء على الأبعد أو متساوياً معه. وإلا فيتقدم الأبعد، ووجه تقديمه لتقدم استحقاقه⁽¹⁾.

وإذا سقى من له الحق في السقي قبل صاحبه، فإنه يسقي حتى يبلغ الماء فيه الكعب، ثم يرسل للآخر على الترتيب المذكور، والدليل:

أ - ما روي أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذنب: «يمسك حتى الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن مهزور ومذنباً واديان معروفان من أودية المدينة، لا ملك لأحد عليهما، يسيلان بالمطر، يتنافس فيهما أهل المدينة، ففضى رسول الله ﷺ بأن يسقي الأعلى إلى الكعبين، ثم يرسل إلى الأسفل⁽³⁾.

ب - عن عروة قال: خاصم الزبير رجلاً من الأنصار في شريح من الحرة⁽⁴⁾، فقال النبي ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك». فقال الأنصاري: يا رسول الله أن كان ابن عمك. فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، ثم أرسل الماء إلى جارك» واستوعى النبي ﷺ للزبير حقه في صريح الحكم حين أحفظه الأنصاري، كان أشار عليهما بأمر لهما فيه سعة، قال الزبير: فما أحسب هذه الآيات إلا نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾، قال ابن شهاب: فقدرت الأنصار والناس قول النبي ﷺ: «اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر»، وكان ذلك إلى الكعبين⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أن الماء الذي اختصم فيه الزبير والأنصاري غير مملوك

(1) الذخيرة: 161/6.

(2) أخرجه مالك بلاغاً في القضاء، باب القضاء في المياه؛ ووصله أبو داود في الأفضية، أبواب من القضاء؛ وابن ماجه في الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء.

(3) المنتقى: 33/6؛ والبيان والتحصيل: 266/10، والمقدمات: 296/2، والجامع لأحكام القرآن: 186/5.

(4) شريح الحرة: مسيل الماء، والحرة: الأرض الصلبة مكونة من حجارة سود نخرة.

(5) أخرجه البخاري في تفسير القرآن، باب قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ﴾؛ ومسلم في الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ.

الأصل، وإنما كان ماء سماء يجري في المسيل، يجتذب كلّ جار يمرّ عليه ما يحتاج إليه. وكان الأنصاري تحت الزبير، وكان النبي ﷺ أشار على الزبير أولاً - من باب الصلح - بأن يسقي وأن يترك من حقه على وجه المعروف؛ ثم استوفى له حقه كاملاً قضاء حين قضى له بأن يسقي ويحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، أي: حتى يستوي مع حائط الحوض، وإذا وصل الماء إلى الجدر فقد وصل إلى الكعبين⁽¹⁾.

ودليل وجوب إرسال الماء بعد السقي للأسفل:

أ - النصّ على ذلك من النبي ﷺ في الحديثين السابقين.

ب - عن عائشة رضي الله عنها، أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نفع البئر»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ من معانيه أنّه يدل على أنّ الماء الذي أصله غير مملوك لأحد أن يأخذ منه من له حقّ التقديم ثم يبذله لغيره⁽³⁾.

ويؤمر المقدم في السقي - قضاء - أن يسوي أرضه إن أمكن. فإن لم تمكن التسوية وكان الماء لا يبلغ الكعبين في المرتفع من أرضه حتى يكون في المنخفض أكثر، فتصير أرضه كأرضين، عليا وسفلى، فتسقى كل جهة منها على حدها، ثم ينتقل لغيرها.

وهذه المسألة تتعلّق بالأرض المباحة التي نزل بها المطر وسال منها. وهي خلاف المسألة التي تقدمت في بداية المبحث، المتعلقة بالأرض المملوكة التي نزل بها المطر وجرى منها فإن لصاحب الأرض منع الماء من غيره.

جريان الماء المباح بين أرضين:

إذا جرى الماء المباح كماء مطر ونهر ونحو ذلك بين أرضين متساويتين في القرب للماء فإنّه يقسم بينهما، سواء كانت الأرضان في جهة واحدة أو إحداهما في جهة والأخرى في جهة أخرى وذلك إذا استوى زمن إحيائهما.

ويقسم الماء بينهما بالسوية ولو اختلفت مساحتهما. ووجه ذلك تساويهما في جهة الاستحقاق وهو القرب⁽⁴⁾.

واستظهر هذا القول الشيخ الدسوقي تبعاً لشيخه. وقيل بينهما على حسب مساحة كل منهما.

اجتماع جماعة على ملكية ماء:

إذا ملك جماعة الماء أولاً، بأن اجتمعوا على إجرائه بأرض مباحة أو أرضهم

(1) المتفق: 34/6، والقبس: 962/3، والجامع لأحكام القرآن: 185/5، والذخيرة: 161/6.

(2) سبق تخريجه.

(3) المتفق: 39/6.

(4) المتفق: 33/6.

المشتركة بينهم أو على حفر بئر أو عين، في الأرض المباحة أو المشتركة، فإنه يقسم بينهم على حسب أعمالهم، من غير تبديئة لأقرب على أبعد، لملكهم له قبل وصوله لأرضهم.

ويقع القسم بكل آلة يتوصل بها لإعطاء كل ذي حق حقه من الماء، كالساعات أو يقع القسم بالأيام.

وإذا تشاحوا في التبديئة بأن طلبها كل منهم فإنه يقرع بينهم، فمن خرج سهمه بالتقديم قدم. وأما إذا تراضوا بتبديئة بعضهم على بعض فلا قرعة.

صيد السمك في المياه:

لا يجوز لأحد أن يمنع غيره من صيد السمك ولو من ملكه - أي: سواء كان السمك في ماء الأودية والأنهار التي ليست في ملكه بل في موات، أو كان السمك في ماء كائن في ملكه. وسواء كان الملك ملك الذات كأرض الصلح أو أرض موات ملكها بإحياء أو إقطاع، أو كان الملك ملك المنفعة كأرض العنوة. ووجه عدم جواز المنع من الصيد أنّ ذلك ليس من مكارم الأخلاق⁽¹⁾.

وحكم الجواز المذكور خصوصاً في الأرض التي فيها السمك المملوكة بملك الذات بإحياء أو إقطاع أو كانت أرض صلح، أو بملك المنفعة بأن كانت أرض عنوة يزرعها بالخراج، مقيد بعدم وجود ضرر شرعي، كالإطلاع على النساء، أو إفساد الزرع، وإلا جاز المنع من الصيد.

وأما لو كان السمك في الأودية أو الأنهار فليس لأحد أن يمنع غيره من صيده بحال.

حكم الكلأ:

لا يجوز لأحد أن يمنع غيره رعي الكلأ⁽²⁾ في نوعين من الأراضي المملوكة:

- الأرض الفحص التي يتركها صاحبها استغناء عنها، ولم يبورها لأجل أن ينبت بها الكلأ فيرعاه لنفسه، فنبت بها الكلأ.

- الأرض العفاء. وهي الأرض التي تترك فلا تزرع لعدم قبولها الزرع.

ومحلّ عدم جواز المنع فيهما إذا لم يكتنفهما زرع للمالك وإلا فله المنع. ووجه جواز المنع في هذه الحالة أنّ دخول الغير للأرض الفحص والأرض العفاء للرعي يدخل ضرراً على المالك بمرورهم على زرعه وإتلافه⁽³⁾.

(2) الكلأ ما نبت في المراعي من غير زرع.

(1) الذخيرة: 169/6.

(3) المتقى: 83/6، والبيان والتحصيل: 287/10، والذخيرة: 164/6.

وما عدا هذين النوعين مما يملكه الإنسان من الأرض التي يخصصها لرعي دوابه، أو التي يبوّرها لتنتج الكلأ لرعي دوابه، فله منع غيره من الرعي فيها. ودليل جواز المنع:

أ - القياس على الصوف النابت على ظهر حيوانه والشجر النابت في أرضه، بجامع الملك⁽¹⁾.

ب - أنّ صاحبها منع نفسه من منافعها من أجل حاجته إلى الكلأ لرعي لمواشيه ودوابه⁽²⁾.

وما عدا ما تقدم كالفيافي والبراري والصحاري، فالناس فيه سواء إلا السلطان فله أن يحمي للمصلحة على ما تقدم ذكره. وليس لأحد سواه أن يمنع غيره من الرعي فيها، ولا أن يبيعه وهو قائم في موضعه، والدليل:

أ - عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تبيعوا فضل الماء، ولا تمنعوا الكلأ فيهزل المال ويجوع العيال»⁽³⁾. وهو نصّ في النهي عن منع الكلأ.

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ الحديثين فيمن حفر بئراً في غير ملكه أو سبق إلى ماء أو إلى بئر متروكة، في الفيافي والصحاري والبادي، وأنّ النبي ﷺ نهاه عن منع فضل ذلك الماء، لأنّه ذريعة إلى منع رعي الكلأ الذي حوله والذي هو مباح لجميع الناس، لأنّ صاحب الماشية إذا منع من الماء لم يقدر على الإقامة على رعي ماشيته ما حول الماء من الكلأ، لأنّه متى أرعى ماشيته ذلك الكلأ ثم لم يسقها قتلها العطش، فيكون منعه الماء قصداً لمنعه الكلأ إضراراً به، والكلأ لا يمنع، فاللام في «للمنع» للعاقبة والمآل. ولو جاز منع الكلأ لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به إلى منع الكلأ⁽⁵⁾.

ج - عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «لا يباع فضل الماء لبيع به الكلأ». وهذا الحديث يفيد النهي عن منع بيع الكلأ. ووجه الاستدلال من كالذي قبله، أي: إنّ من حفر بئراً في غير ملكه أو سبق إلى ماء أو إلى بئر متروكة، إذا باعه فكأنّه باع الكلأ الذي حوله والذي هو مباح لجميع الناس؛ لأنّ أصحاب المواشي لا يبذلون المال في الماء فحسب، بل ليتوصلوا به إلى رعي الكلأ الذي حوله، لأنّهم إذا أرعوا مواشيهم ذلك الكلأ دون سقيها قتلها العطش، فصار مقصودهم تحصيل الكلأ، وصار مقصود

(1) عارضة الأحودي: 151/6.

(2) المنتقى: 38/6، والذخيرة: 146/6.

(3) أخرجه أحمد في باقي مسند المكثرين.

(4) سبق تخريجه.

(5) المنتقى 37/3، والبيان والتحصيل: 244/10، والمعلم: 288/2، والمفهم: 2795/5.

وإكمال الإكمال: 443/5.

بائع الماء يبيع الكلأ معه⁽¹⁾.

والحديثان الثاني والثالث من باب سد الذرائع؛ قال الإمام الباجي: «ومعنى ذلك أنّ من منع فضل الماء ليتسبب به إلى منع الكلأ المباح، إذ لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء. والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالباً الانفراد بالكلأ، فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه في الذرائع أن يمنع منه - أي: منع فضل الماء - من قصد الكلأ ومن لم يقصده»⁽²⁾.

د - قول النبي ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ والماء والنار»⁽³⁾.
 ووجه الاستدلال أن المراد بالكلأ هو النبات في الأرض المباحة⁽⁴⁾.

حكم النار:

قال القاضي ابن رشد الجدي: أما النار فلا اختلاف في أنه لا يجوز لأحد أن يمنع غيره من الاقتباس منه، إذ لا ضرر عليه في ذلك⁽⁵⁾.



(1) والمعلم: 288 / 2، والمفهم: 2795 / 5، وإكمال الإكمال: 443 / 5.

(2) المتقى: 37 / 3.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في منع الماء؛ وابن ماجه في الأحكام، باب المسلمون شركاء في ثلاث، عن ابن عباس.

(4) عارضة الأحوذى: 151 / 6.

(5) البيان والتحصيل: 315 / 10.

أحكام المساجد (١)

جرت عادة أهل المذهب بذكر مسائل تتعلق بالمسجد هنا، نظراً إلى أنه مباح للناس كالموات في الجملة، ولأنّ إحياء المساجد من الإحياء المعنوي، فناسب ذكره عقب إحياء الأرض الموات الذي هو إحياء حسي. وإن كان الأنسب ذكرها في كتاب الصلاة.

تعريف المسجد:

المسجد لغة اسم لمكان السجود. وعلى هذا كلّ موضع يمكن أن يعبد الله فيه ويسجد له يسمّى مسجداً، ومنه ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه، أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلّلت لي المغانم ولم تحلّ لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة»^(٢).

والمسجد شرعاً اسم منقول، نقله الشرع للمكان المعين المحدود المتخذ للصلاة^(٣). وعلى هذا فقد أجمعت الأمة على أنّ البقعة التي إذا عيّنت للصلاة بالقول خرجت عن جملة الأملاك المختصة بربتها، وصارت عامّة لجميع المسلمين بمنفعتها ومسجديتها؛ فلو أنّ رجلاً بنى مسجداً في داره ومنعه عن الناس واختصّ به لنفسه، لبقى على ملكه ولم يخرج إلى حكم المسجدية، ولو أباحه للناس كلّهم كان حكمه حكم سائر المساجد العامة، وخرج عن اختصاص الأملاك^(٤).

حكم بناء المساجد:

يجب على كلّ قوم استوطنوا مكاناً أن يتخذوا مسجداً، والدليل على ذلك ما يلي^(٥):

- (١) مأخوذ من الشرح الكبير وحاشيته: 70/4.
- (٢) أخرجه البخاري في التيمم، باب قول الله تعالى: ﴿فَلَمَّ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾.
- (٣) التحرير والتنوير: 88/8.
- (٤) أحكام القرآن: 33/1، والجامع لأحكام القرآن: 78/2.
- (٥) أحكام القرآن: 1390/3، والجامع لأحكام القرآن: 266/18، إكمال الإكمال: 229/2.

أ - قوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُمْ يُسَبِّحُ لَهُمْ فِيهَا بِالْقُدُورِ وَالْأَصْوَالِ﴾ [النور: 36]. ووجه الاستدلال أنه تعالى أمر برفع المساجد، ومن معاني الرفع بناؤها. ومعنى الإذن الأمر، وهو للوجوب.

ب - فعل النبي ﷺ، فقد بنى مسجداً عند قدومه المدينة.

ج - أن إقامة الجمعة واجب، وشرطها أن تكون في المسجد؛ وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

د - أن صلاة الجماعة سنة مؤكدة، وشرط سنيتها المسجد.

هـ - أن إقامة الشعائر والسنن الظاهرة، كالجمعة والجماعة والأذان واتخاذ المساجد لإقامتها، واجب على أهل المصر يقاتلون عليها.

وقد جاءت الأحاديث الكثيرة للحث على بناء المساجد.

والمخاطب ببناء المساجد الإمام، وعليه يدل فعل النبي ﷺ عند قدومه المدينة. فإن لم يفعل الإمام ذلك فعلى جماعة المسلمين يقع الوجوب. وعلى الإمام أيضاً اتخاذ أئمة للصلاة وإجراء الأرزاق عليهم، فإن لم يفعل فعلى جماعة المسلمين. والأصل فيما يأتي من أحكام المساجد ما يلي⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُمْ يُسَبِّحُ لَهُمْ فِيهَا بِالْقُدُورِ وَالْأَصْوَالِ﴾ [النور: 36]. ووجه الاستدلال أنه تعالى أمر برفع المساجد، ورفعها فيه معان هي:

* بناؤها وإعلاؤها. فعن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: إني سمعت النبي ﷺ يقول: «من بنى مسجداً يبتغي به وجه الله بنى الله له مثله في الجنة»⁽²⁾.

* تطهيرها من الأنجاس والأقذار. فعن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أخرج أذى من المسجد بنى الله له بيتاً في الجنة»⁽³⁾. وحديث أنس الآتي ذكره.

* تعظيمها وإجلالها عما لا يليق بها. لما يأتي من حديث أنس ووائله.

كما أنه تعالى خص رفعها لذكره.

ب - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسْجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُمْ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا أُولَٰئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَائِبِينَ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ

(1) الذخيرة: 189/6.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب من بنى مسجداً؛ ومسلم في الزهد والرقائق، باب فضل بناء المساجد.

(3) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات، باب تطهير المساجد وتطبيها.

عَظِيمٌ ﴿١٤﴾ [البقرة: 114]. والآية وعيد لكل من منع مساجد الله تعالى وسعى في خرابها، ووصف لمن يفعل ذلك بأن لا أحد أظلم منه، ولا أكثر اعتداءً. وقد نزلت في مشركي العرب، وقيل: في ملوك من آشور والروم قاموا في أزمان متفرقة قبل ميلاد المسيح بتخريب بيت المقدس وسبي اليهود.

ومن أوجه الاستدلال بالآية أنها عامة في جميع المساجد - لدلالة الجمع المضاف إلى الله تعالى على ذلك. فيشمل الوعيد كلّ مخرب لمسجد من المساجد أو مانع من إقامة العبادة فيه، بتعطيله أو منع المتأهل لها منها. لكن يدخل المشركون بمنعهم المسجد الحرام دخولاً أولاً، على حكم ورود العام على سبب خاص. ويحمل الآية على العموم يكون معنى قوله: ﴿مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَائِفِينَ﴾ أي: منعوا مساجد الله في حال أنهم كان ينبغي لهم أن يدخلوها خاشعين من الله، فيفسر الخوف بالخشوع لله تعالى، فلذلك كانوا ظالمين بوضع الجبروت في موضع الخضوع⁽¹⁾.

والخراب يحمل على معنييه الحسني بهدمها، والمعنوي بتعطيلها ومنع المسلمين من إظهار شعائرتهم، وتعليم أحكام شريعتهم، وتأليف كلمتهم⁽²⁾.

وإضافة المساجد إلى الله تعالى يقتضي أنها لجميع المسلمين عامّة، الذين يعظّمون الله تعالى، وذلك حكمها بإجماع الأمة⁽³⁾.

ج - عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله ﷺ جالساً في المسجد وأصحابه معه، إذ جاء أعرابي فبال في المسجد، فقال أصحابه: مه، مه، فقال رسول الله ﷺ: «لا ترموه، دعوه». ثم دعاه فقال له: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من القدر والبول والخلاء» أو كما قال رسول الله ﷺ: «إنما هي لقراءة القرآن، وذكر الله، والصلاة»⁽⁴⁾. ولفظ «إنما» يفيد الحصر، فدلّ على أن ما عدا ذلك إما محرم أو مكروه⁽⁵⁾.

د - عن وائلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم، ومجانينكم، وشراءكم، وبيعكم، وخصوماتكم، ورفع أصواتكم، وإقامة حدودكم، وسل سيفوكم؛ واتخذوا على أبوابها المطاهر، وجمروها في الجمع»⁽⁶⁾. والحديث وإن كان ضعيفاً، إلا أن معانيه صحيحة تقتضيها أصول هذا الباب⁽⁷⁾.

(1) التحرير والتنوير: 680/1.

(2) أحكام القرآن: 33/1، والجامع لأحكام القرآن: 77/2.

(3) أحكام القرآن: 33/1.

(4) أخرجه مسلم في الطهارة، باب وجوب غسل البول.

(5) إكمال الإكمال: 263/2، والجامع لأحكام القرآن: 269/12.

(6) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات، باب ما يكره في المساجد. وهو ضعيف.

(7) الجامع لأحكام القرآن: 270/12.

هـ - أنّ المسجد مكان لإقامة الصلاة، وقد أمر المسلم بأن يأتيها وعليه السكينة والوقار في طريقه إليها؛ فبأن يلتزم ذلك في موضع إقامتها أولى⁽¹⁾.

ما يجوز في المسجد:

1 - يجوز كراء أرض لتتخذ مسجداً مدة محدّدة. فإذا انقضت المدّة فإنّ نقضه يكون لبانيه، يصنع به ما يشاء، لتقيده الوقف بتلك المدّة، ووجه الجواز أن الوقف لا يشترط فيه التأييد كما يأتي⁽²⁾.

وأما بناء مسجد للكراء، على أن يأخذ صاحبه الكراء ممّن يصلّي فيه، فالمشهور أنّه غير جائز؛ لأنّه حبس لا يباع ولا يكرى. وعن القاضي عياض أنّه مكروه، وعلل الكراهة بأنّه ليس من مكارم الأخلاق⁽³⁾. وكذلك لا يجوز لو بناه الله تعالى، ثمّ قصد أخذ الكراء ممّن يصلّي فيه، لأنّه خرج عنه الله تعالى أي: كان حبساً لا حكم له ولا لأحد فيه؛ والحبس لا يباع ولا يكرى⁽⁴⁾.

2 - يجوز للرجل أن يسكن في المسجد إذا تجرّد للعبادة من صلاة، وقراءة قرآن، وذكر، وتعلّم علم، وتعلّمه، وإلا حرم؛ لأنّ السكنى في المسجد على غير وجه التجريد للعبادة تغيير له عمّا حبس له. وعلى ولي الأمر هدم المقاصير التي اتخذت في بعض الجوامع للسكنى، ما لم يكن الباني لها هو الواقف. ودليل جواز السكنى بشرط التجرّد للعبادة: إسكان النبي ﷺ أهل الصفة بالمسجد، فقد كانوا ناساً فقراء لا منازل لهم، وكانوا متجردين للعبادة، فكانوا ينامون في المسجد ويقيمون فيه⁽⁵⁾.

3 - وأما المرأة فيحرم عليها السكنى فيه ولو تجردت العبادة، لأنها قد تحيض، وقد يلتذ بها أحد من أهل المسجد فتقلب العبادة معصية. وهذا التعليل الذي عللت به الحرمة تعليل بالمظنّة. وقد يقال بكراهة سكنائها حيث تجردت للعبادة.

4 - يجوز عقد نكاح بحيث يتم فيه مجرد الإيجاب والقبول من غير ذكر شروط ولا رفع صوت أو تكثير كلام، وإلا كره. ودليل الجواز: عن سهل بن سعد الساعدي، أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك. فقامت قياماً طويلاً. فقال رجل فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة. فقال رسول الله ﷺ: «هل عندك من شيء تصدقها إياه؟» فقال: ما عندي إلا إزارى هذا.

(1) المتقى: 312/1.

(2) شرح الخرخشي على المختصر: 232/7، الشرح الكبير: 11/4.

(3) المختصر الفقهي: م/4 و12و.

(4) الذخيرة: 404/5، المختصر الفقهي: م/4 و12و، الشرح الكبير وحاشيته: 19/4، منح الجليل: 490/7.

(5) الذخيرة: 347/13.

فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً» فقال: ما أجد شيئاً. قال: «التمس ولو خاتماً من حديد»، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال له رسول الله ﷺ: «هل معك من القرآن شيء؟» فقال: نعم، معي سورة كذا، وسورة كذا، لسور سماها. فقال له رسول الله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي صلى الله عليه وسلم عقد على الرجل والمرأة وهو في المسجد، كما جاء في روايات أخر أنّ المرأة دخلت على النبي ﷺ وهو في مجلسه مع أصحابه في المسجد.

وقد استحَب بعضهم عقد النكاح فيه - كما تقدم - للبركة ولأجل شهرة النكاح.

5 - يجوز قضاء دين يسير، يخف معه الوزن والعدد، وإلا كره. ودليل الجواز:

أ - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: أتيت النبي ﷺ وهو في المسجد فقال: «صل ركعتين»، وكان لي عليه دين فقضاني وزادني⁽²⁾.

ب - عن كعب بن مالك أنّه تقاضى - أي: طالب - ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه، في عهد النبي ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها النبي ﷺ وهو في بيته. فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف عن سجف⁽³⁾ حجرته، ونادى كعب بن مالك: «يا كعب» فقال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك. قال كعب: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه»⁽⁴⁾.

والحديثان يدلّان على جواز طلب الحقوق والخصومة والحكم وقضاء الدين في المسجد، ما لم يتفاحش، فإن تفاحش كان ذلك ممنوعاً للنهي الوارد عن النبي ﷺ عن رفع الأصوات في المساجد⁽⁵⁾.

6 - يجوز التصدّق والهبة في المسجد؛ لأنهما مرغّب فيهما⁽⁶⁾.

7 - يجوز قتل عقرب أو فأر أو حيّة فيه، وإن لم تقصده.

8 - يجوز النوم فيه في القائلة نهاراً ولو كان المسجد في الحاضرة، والدليل: عن

(1) أخرجه مالك في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحياء؛ والبخاري في النكاح، باب تزويج المعسر؛ ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن.

(2) أخرجه البخاري في الاستقراض وأداء الديون، باب حسن القضاء؛ ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحية المسجد.

(3) السجف: الستر.

(4) أخرجه في الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد؛ ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضوء من الدين.

(5) المفهم: 2778/5، وإكمال الإكمال: 427/5.

(6) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 69/7.

سهل بن سعد قال: جاء رسول الله ﷺ بيت فاطمة فلم يجد علياً في البيت، فقال: «أين ابن عمك؟» قالت: كان بيني وبينه شيء، فغاضبني، فخرج، فلم يقل عندي. فقال رسول الله ﷺ لإنسان: «انظر أين هو» فجاء فقال: يا رسول الله هو في المسجد راقداً. فجاء رسول الله ﷺ، وهو مضطجع قد سقط رداؤه عن شقه وأصابه تراب، فجعل رسول الله ﷺ يمسحه عنه، ويقول: «قم أبا تراب، قم أبا تراب»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ عليّاً على نومه في القائلة في المسجد؛ فدل ذلك على الجواز⁽²⁾.

وكذا يجوز النوم فيه في الليل لمن لا منزل له، أو لمن عسر عليه الوصول إلى منزله. والدليل على الجواز:

أ - ما تقدم عن أهل الصفة.

ب - عن عبد الله بن عمر أنه كان ينام وهو شاب أعزب لا أهل له في مسجد النبي ﷺ⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ عبد الله بن عمر على نومه الليل في المسجد؛ فدل ذلك على جواز ذلك لمن كان مثله لا منزل ولا أهل له، أو كان في حال ضرورة يشق عليه الوصول لمنزله⁽⁴⁾.

كما يجوز الاستلقاء في المسجد، والدليل: عن عباد بن تميم عن عمه، أنه رأى رسول الله ﷺ مستلقياً في المسجد، واضعاً إحدى رجله على الأخرى. وعن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: كان عمر وعثمان يفعلان ذلك⁽⁵⁾.

9 - يجوز تضييف ضيف بمسجد البادية أو مسجد القرية الصغيرة، وإطعامه فيه الطعام الجاف كالتمر. ووجه الجواز أنّ ذلك كان يقع في عهد النبي ﷺ في مسجده لمن يأتي يريد الإسلام⁽⁶⁾. ويحرم الطعام المقدّر كالبطيخ وما كان مطبوخاً إلا إذا وضع تحت الإناء سفرة، فيكره. وأمّا التضييف في مسجد الحاضرة فيكره ولو كان الطعام جافاً.

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب نوم الرجال في المسجد؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل علي بن أبي طالب.

(2) إكمال الإكمال: 227/6.

(3) أخرجه البخاري في الإيمان، باب نوم الرجل في المسجد؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل عبد الله بن عمر.

(4) إكمال الإكمال: 312/6.

(5) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب جامع الصلاة؛ والبخاري في الصلاة، باب الاستلقاء في المسجد ومدّ الرجل؛ ومسلم في اللباس والزينة، باب إباحة الاستلقاء.

(6) البيان والتحصيل: 104/1، والذخيرة: 188/6.

10 - يجوز لمن بات بالمسجد إعداد إثناء واتخاذة للبول والغائط، إن خاف بالخروج منه سبعاً أو لصباً، ثم يخرج بعد الأمن، إذ لا يجوز المكث بالنجاسة فيه. وهذا مستثنى من قاعدة حرمة المكث في المسجد بالنجاسة؛ فالخوف على النفس والمال مقدم في هذه الحالة.

11 - يجوز السكنى بمنزل تحت مسجد.

12 - يجوز تشبيك الأصابع في المسجد، فعن أبي هريرة قال: صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشي قال ابن سيرين: سماها أبو هريرة ولكن نسيت أنا، قال: فصلى بنا ركعتين ثم سلم؛ فقام إلى خشبة معروضة في المسجد فاتكأ عليها كأنه غضبان، ووضع يده اليمنى على اليسرى، وشبك بين أصابعه، ووضع خده الأيمن على ظهر كفه اليسرى، وخرجت السرعان... الحديث⁽¹⁾.

13 - يجوز إنشاد الشعر في المسجد، والدليل: عن أبي هريرة أن عمر مرّ بحسان وهو ينشد الشعر في المسجد، فلحظ إليه، فقال: قد كنت أنشد وفيه من هو خير منك. ثم التفت إلى أبي هريرة فقال: أنشدك الله أسمعت رسول الله ﷺ يقول: «أجب عني اللهم أيده بروح القدس» قال: اللهم نعم⁽²⁾. فلم يراجعه عمر ﷺ.

ومحلّ الجواز إن كان الشعر يتضمن معاني ما في شعر حسان، من ثناء على الله تعالى، ومدح للرسول ﷺ والذب عنه، وهجاء لأعداء الإسلام، والتحريض على قتالهم، وبيان فضائل الإسلام، وحثّ على فعل الخير، والتحلّي بالأخلاق الحميدة. وما لم يكن كذلك فلا يجوز؛ لأنّ الشعر في الغالب لا يخلو عن الفواحش والكذب وتزيين الباطل. ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر، والمساجد تنزه عن ذلك⁽³⁾.

وأما ما رواه مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب ﷺ بنى رجة في ناحية المسجد تسمى البطيحاء وقال: من كان يريد أن يلغظ أو ينشد شعراً أو يرفع صوته فليخرج إلى هذه الرجة⁽⁴⁾. فإنه محمول على أنّ عمر بن الخطاب ﷺ لما رأى كثرة جلوس الناس في المسجد وتحدثهم فيه، وربما أخرجهم ذلك إلى اللغظ وارتفاع الأصوات؛ بنى هذه البطيحاء إلى جانب المسجد وجعلها لذلك، ليتخلّص المسجد لذكر الله تعالى وما يحسن من القول، وينزه عن اللغظ وإنشاد الشعر ورفع الصوت فيه⁽⁵⁾. وقد كان ابن

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب تشبيك الأصابع في المسجد وغيره؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة.

(2) أخرجه مسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل حسان بن ثابت ﷺ.

(3) إكمال الإكمال: 317/6، والجامع لأحكام القرآن: 271/12.

(4) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب جامع الصلاة.

(5) المنتقى: 312/1.

البراء إمام جامع الزيتونة يروي الأشعار الستة والمقامات - لفوائدها في علم العربية - في الدويرة بجانب الجامع؛ لأنها ليس لها حكم الجامع، وكان لا يرويه بالجامع لما تضمنته من اللغو والأكاذيب⁽¹⁾.

14 - يجوز تعليم العلم، إلحاقاً له بالذكر. قال مطرف: «لا أعلم مجالس الذكر إلا مجالس الحلال والحرام؛ كيف تبيع، كيف تشتري، كيف تنكح» وأجاز الشيخ ابن عرفة قراءة المنطق به، وكذلك الحساب، وقراءة النحو، وإعراب الأشعار، بخلاف قراءة المقامات⁽²⁾.

ما يحرم في المسجد:

1 - يحرم سكنى منزل فوق مسجد؛ لأنه يؤدي إلى أن يجامع فيه زوجته ويتبول ويتغوط فيه، وفي ذلك إذلال للمسجد، ولا خلاف أن لظهر المسجد من الحرمة ما للمسجد⁽³⁾.

2 - يحرم تعمد إخراج الريح في المسجد، وإن لم يكن به أحد، لوجوب احترامه وتعظيمه، وإخراج الريح فيه ينافي ذلك، والممنوع هو تعمد ذلك. وأما خروجه غلبة فلا شيء فيه. وقول ابن العربي بالجواز ولو اختياراً ضعيف.

3 - يحرم المكث أو المرور بنجاسة أو بمنتجس غير معفو عنه في المسجد، ولو ستر بساتر طاهر، وهو الراجح. وأما لو أزيل عين النجاسة وبقي حكمها فلا يمنع المكث به في المسجد.

وأما النعلان إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المصلّي المسجد حتى يحكّهما، ولا يطلب بغسلهما لأنه يفسدهما. وعليه وضعهما في شيء يسترهما وذلك للضرورة.

4 - يحرم البيع والشراء بالمسجد، إن كان بسمرة ومناداة على السلعة وتقليب المشتري لها والنظر فيها وإعطاء ما يريد فيها. ودليل التحريم⁽⁴⁾:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ: «قال إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا: لا أربح الله تجارتك؛ وإذا رأيتم من ينشد فيه ضالة فقولوا: لا رد الله عليك»⁽⁵⁾.

ب - عن مالك أنه بلغه أن عطاء بن يسار كان إذا مر عليه بعض من يبيع في المسجد دعاه، فسأله ما معك؟ وما تريد؟ فإن أخبره أنه يريد أن يبيعه قال: عليك بسوق الدنيا وإنما هذا سوق الآخرة⁽⁶⁾.

(2) إكمال الإكمال: 67/2.

(4) منح الجليل: 90/8.

(5) أخرجه الترمذي في البيوع، باب النهي عن البيع في المسجد، وقال: حسن غريب.

(6) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب جامع الصلاة.

(1) إكمال الإكمال: 262/2.

(3) اللخيرة: 345/13.

كما يحرم عمل الصنائع بالمسجد، كالخياطة ونحوها يتكسب بذلك⁽¹⁾.

5 - يحرم إدخال الكافر المسجد، وإن أذن له المسلم، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: 28]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كلّ مشرك وفي كلّ مسجد. وقد وصف الله تعالى المشرك بالنجاسة، وهي نجاسة معنوية، علل بها منع دخول المشرك المسجد الحرام، وهي موجودة في كلّ مشرك، ويجب تنزيه جميع المساجد عنها؛ لأنّ الحرمة موجودة في كلّ مسجد.

ب - قوله تعالى: ﴿فِي يَوْمٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تَرْفَعَ وَيَذْكُرَ فِيهَا أَسْمُهُمْ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْعُدْوَةِ وَالْأَصَالِ﴾ [النور: 36]. ورفعها تعظيمها وإجلالها عمّا لا يليق بها. ودخول الكافر إليها مناقض لترفيها.

ج - قوله ﷺ للأعرابي: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من القذر والبول والخلاء»، والكافر لا يخلو عن ذلك.

د - القياس على الجنب بطريق الأولى.

أما الحديث المروي عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله ﷺ خيلاً قبل نجد، فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له: ثمامة بن أثال، فربطوه بسارية من سواري المسجد⁽³⁾. فله أوجه من التأويل، منها:

أ - أنه كان متقدماً على نزول الآية، فيكون منسوخاً.

ب - أن النبي ﷺ كان قد علم بإسلامه فلذلك ربطه، لينظر حسن صلاة المسلمين واجتماعهم عليها، وحسن آدابهم، ويستمع للقرآن، فيستأنس بذلك ويسلم، وكذلك كان.

ج - أنه لم يكن للمسلمين موضع يربطونه فيه إلا المسجد.

د - أن ذلك قضية عين، فلا ينبغي أن تدفع بها الأدلة المانعة من دخول الكافر المسجد.

6 - يحرم الوضوء بصحن المسجد، وعليه حمل ابن رشد الجدل كلام سحنون بعدم الجواز. والدليل: أن ذلك مما يقتضيه الأمر برفع المساجد، أي: تنزيهاً عن كل ما يلوثها، وبالوضوء يسقط فيه ما في أعضاء المتوضىء من أوساخ والتمضمض والاستنشاق،

(1) إكمال الإكمال: 263/2.

(2) أحكام القرآن: 913/2، والجامع لأحكام القرآن: 104/8، الذخيرة: 315/1.

(3) أخرجه البخاري في الصلاة، باب دخول المشرك المسجد؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب ربط الأسير وجسه.

وقد يحتاج للصلاة في ذلك الموضع، فيتأذى المصلّي بالماء المهراق فيه⁽¹⁾.

7 - يحرم الدخول للمسجد بريح الثوم والبصل، في الجمعة وفي غير الجمعة⁽²⁾، والدليل: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أكل من هذه الشجرة فلا يقرب مساجدنا، يؤذينا بريح الثوم»⁽³⁾. وعن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «من أكل من هذه البقلة - الثوم -»، وقال مرة: «من أكل البصل والثوم والكراث، فلا يقربن مساجدنا، فإن الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم»⁽⁴⁾.

والحديث يقتضي تحريم أكل الثوم يوم الجمعة؛ لأنّ السعي إليها واجب؛ كما يقتضي تحريم أكله إذا أراد المكلف الذهاب لصلاة الجماعة، وذلك إذا لم يوجد ما يزيل به رائحته. وقد فهم من أحاديث المنع من دخول المسجد برائحة الثوم ونحوه أنّ المنع معتل بما يلي⁽⁵⁾:

أنّ في ذلك إذابة للناس برائحته، بقوله: «يؤذينا بريح الثوم». وهذا التعليل يقتضي تحريم أكله في كل مكان يتأذى الغير برائحته.

أنّ فيه إذابة للملائكة، بقوله: «فإن الملائكة تتأذى».

تنزيه المساجد عن الروائح الكريهة لحرمتها، بقوله: «مساجدنا». وهذا التعليل يقتضي عدم المنع من دخول غير المساجد برائحة الثوم؛ لأنّ المساجد لها حرمة وغيرها لا حرمة لها.

قال ابن العربي: فيكون للحكم علل كثيرة، وبه قال المحققون من أهل الأصول⁽⁶⁾.

والتعليل الثاني والثالث يقتضي المنع من دخول المسجد حتى ولو لم يكن فيه أحد⁽⁷⁾.

والمنع عام في جميع المساجد وليس خاصاً بمسجده ﷺ، بدليل رواية «مساجدنا» بصيغة الجمع التي تفيد العموم⁽⁸⁾.

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 70/7، ومنح الجليل: 89/8.

(2) الشرح الكبير مع حاشيته: 390/1، وأقرب المسالك: 184/1، ومنح الجليل: 452/1.

(3) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب النهي عن دخول المسجد بريح الثوم؛ والبخاري في الأذان، باب ما جاء في الثوم الني والبصل والكراث؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهى من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(4) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهى من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(5) المتقى: 32/1، والقبس: 112/1. (6) عارضة الأحوذى: 314/7.

(7) المتقى: 33/1.

(8) المتقى: 32/1، والجامع لأحكام القرآن: 268/12.

وأما إذا لم يرد المكلف الذهاب لصلاة الجماعة، فاختلف في المذهب، هل يجوز أكله، أو يكرهه، أو يحرم. والمعتمد أنه يكره إذا لم يتأذ به أحد، وقيل بالجواز. ودليل عدم الحرمة: عن أبي سعيد قال: لم نعد أن فتحت خيبر فوقعنا أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقلة الثوم، والناس جياح، فأكلنا منها أكلاً شديداً، ثم رحنا إلى المسجد، فوجد رسول الله ﷺ الريح، فقال: «من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئاً فلا يقربنا في المسجد» فقال الناس: حرمت حرمت. فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «أيها الناس، إنه ليس بي تحريم ما أحل الله لي، ولكنها شجرة أكره ريحها»⁽¹⁾. ووصف الثوم بالشجرة الخبيثة بمعنى التفزز والعيافة، لا بمعنى التحريم⁽²⁾.

ووجه الكراهة إذا لم يتأذ به أحد أنّ له رائحة كريهة؛ ولذلك أمر من أكله بلزوم بيته، فعن جابر بن عبد الله قال: إن رسول الله ﷺ قال: «من أكل ثوماً أو بصلاً فليعتزلنا، أو ليعتزل مسجداً، وليقعد في بيته»⁽³⁾. ووجه القول بالجواز ظاهر الحديث.

فإن تأذى به أحد فإنه يحرم. وهذا بناء على التعليل بإذابة الناس. قال ابن العربي عند شرح قوله ﷺ: «يؤذينا بريح الثوم»، ولذلك قلنا: إنه لا يدخل أكل الثوم مجالس العلم، ولا مشاهد الرأي والمشورة في الحرب، نعم ولا الأسواق المختلطة التي لا يمكن أحد أن يفصل من موضعه إلا بتبديد تجارته⁽⁴⁾. وخالفه غيره في الأسواق للفرق بينها وبين المساجد، إذ الأسواق ليس لها حرمة المساجد، ولا هي محلّ الملائكة، ولأنه إذا تأذى أحد بذلك في السوق تنحى إلى مكان غيره، ولا يمكنه ذلك في المسجد؛ لأنه ينتظر الصلاة ولو خرج فاتته⁽⁵⁾.

واختلف في المذهب هل امتناعه ﷺ من أكله تنزهاً أو لأنه محرماً عليه، ولو لم يؤذ أحداً⁽⁶⁾؟ واستظهر الأبي القول الأول؛ لأنه علل امتناعه بأنه يكره ريحه وأنه ينجس، فعن جابر بن عبد الله قال: إن رسول الله ﷺ قال: «من أكل ثوماً أو بصلاً فليعتزلنا، أو ليعتزل مسجداً، وليقعد في بيته» وأنه أتى ببدر فيه خضرات من البقول فوجد لها ريحاً، فسأل فأخبر بما فيها من البقول، فقال قربوها إلى بعض أصحابه كان معه، فلما رآه أكلها، قال: «كل فإنني أناجي من لا تناجي»⁽⁷⁾، إشارة إلى أنّ

(1) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(2) عارضة الأحوذى: 314/7.

(3) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما جاء في الثوم؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(4) القبس: 114/1.

(5) المتقى: 33/1، وإكمال الإكمال: 255/2. (6) إكمال الإكمال: 157/2.

(7) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما جاء في الثوم؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب =

الملك يأتيه من غير وعد، وربما وجده وعليه ريح الثوم، زيادة مع أنه ﷺ نفسه يكره ريح الثوم، كما قال في الحديث؛ فالامتناع عن أكلها ولو في خلوته أمر خاص به⁽¹⁾.
وأما إذا طبخ حتى ذهب ريحه، ارتفعت الحرمة والكراهة في محلّهما، والدليل⁽²⁾:

أ - عن معدان بن أبي طلحة أن عمر بن الخطاب خطب يوم الجمعة فقال: أيها الناس تأكلون شجرتين لا أراهما إلا خبيثتين، هذا البصل والثوم، لقد رأيت رسول الله ﷺ إذا وجد ريحهما من الرجل في المسجد أمر به فأخرج إلى البقيع؛ فمن أكلهما فليمتهما طبخاً⁽³⁾.

ب - القياس على سائر الطعام؛ لأنّ رائحته تذهب بالانضاج فيصير بمنزلة سائر الطعام.

ويلحق بالثوم - في حكم دخول المساجد - كلّ ما فيه روائح كريهة تؤذي المصلين في المسجد، كالبصل والكراث والفجل، كما دل عليه حديث جابر المتقدم⁽⁴⁾. وألحق أهل المذهب أصحاب الصنائع المنتنة كالحواتين والجزارين والدباغين. وألحق ابن عرفة من كان كثير الصنان والبرص الذي يتأذى برائحته⁽⁵⁾.

8 - يحرم منع المرأة من الذهاب إلى المساجد للصلاة⁽⁶⁾. وقد تقدم ذلك في باب صلاة الجماعة.

9 - يحرم نقض المسجد وبيعه وتعطيله، ولو خربت البلدة ولم يبق فيها ساكن⁽⁷⁾.

10 - يحرم منع بناء المساجد، إلّا إذا قصد بذلك الشقاق والخلاف، بأن يبنى مسجد إلى جنب مسجد أو قربه بقصد تفريق أهل المسجد الأول وخرابه واختلاف كلمة المسلمين؛ فإنّه يحرم ويمنع من بنيان المسجد الثاني وينقض. ولأجل هذا المعنى لا يجوز أن يكون في المصر جامعان للجمعة إلا لضرورة، ولا لمسجد واحد إمامان، ولا يصلّى في مسجد جماعتان⁽⁸⁾. والدليل: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [التوبة: 107]. وقد هدم

= نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(1) عارضة الأحوذى: 314/7.

(2) المتتقى: 33/1، وإكمال الإكمال: 257/2.

(3) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(4) المتتقى: 33/1.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 267/12، إكمال الإكمال: 255/2.

(6) الجامع لأحكام القرآن: 77/2. (7) الجامع لأحكام القرآن: 78/2.

(8) الجامع لأحكام القرآن: 78/2.

النبي ﷺ المسجد الذي اتخذه المنافقون، لما لهم في بنائه من المقاصد السيئة التي ذكرتها الآية، وهي أن يكون ضراراً لمسجد قباء، وكفراً بحرمة، وسبباً لتفريق بين المؤمنين، ومكاناً يجتمع فيه أعداء الإسلام لانتظار فرصة الانقضاض على المسلمين. ويكفي قصد التفريق بين جماعة المسلمين ليحكم على كل بناء اتخذ مسجداً لهذا القصد أن تسلب عنه وصف المسجدية وتبطل فيه الصلاة ويهدم، كما هدم النبي ﷺ مسجد الضرار.

ويستثنى من منع بناء مسجد بقرب مسجد إذا كانت البلدة كبيرة ولا يكفي أهلها مسجد واحد فينبى حينئذ⁽¹⁾.

ما يكره في المسجد:

1 - يكره أن يبصق أو أن يمخط بأرض المسجد أو بحائطه. ومن فعل ذلك فيكره له أن يحكّه، وعليه أن يمسحه بخرقه. وكراهة البصاق أو المخاط بأرض المسجد إنما هي في الصور التالية:

* أن يكون فوق الفرش، سواء كان المسجد مبطلاً أو محصباً أو مترباً.

* أن يكون تحت الفرش، إن كان المسجد مبطلاً.

* أن يكون على البلاط، إن كان المسجد مبطلاً وبدون فرش.

والكراهة مقيدة في هذه الصور بما إذا قل وإلا حرّم. ودليل التحريم: عن أنس رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «البزاق في المسجد خطيئة، وكفارتها دفنها»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ وصف البزاق خطيئة إذا لم يدفن؛ لأنه يقدر المسجد، ويتأذى به من يعلق به أو يراه.

وأما إذا كان البصاق أو المخاط على الأرض - بدون فرش - وكان المسجد مترباً أو محصباً فهو جائز. ودليل الجواز إذا كان المسجد مترباً أو محصباً: عن أنس رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «البزاق في المسجد خطيئة، وكفارتها دفنها»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل البصاق خطيئة إذا لم يدفنه صاحبه؛ لأنه يقدر المسجد ويتأذى به من تعلق بشيابه أو يراه؛ وأما إذا دفنه فلا تكون خطيئة. وإنما جعل الدفن كفارة على تقدير أن عدم الدفن تثبت الخطيئة، فلما أسقط ما يقدر سمي كفارة. وهذا

(1) الجامع لأحكام القرآن: 254 / 8، والتحرير والتنوير: 30 / 11.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب كفارة البزاق في المسجد؛ ومسلم في الصلاة، باب النهي عن البزاق في القبلة.

(3) أخرجه البخاري في الصلاة، باب كفارة البزاق في المسجد؛ ومسلم في الصلاة، باب النهي عن البزاق في القبلة.

مثل تسمية تحلة اليمين كفارة، مع أنّ اليمين ليست إثماً يكفر، ولكن لما جعلها الله تعالى فسحة لعباده ورافعة لحكم اليمين، سماها كفارة، ولذا جاز إخراجها قبل الحنث. ويؤيد هذا أنّ النبي ﷺ أذن للمصلّي في البصاق جهة يساره أو تحت قدمه اليسرى في المسجد، والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة وأبي سعيد، أن رسول الله ﷺ رأى نخامة في جدار المسجد، فتناول حصاة فحكها، فقال: «إذا تنخّم أحدكم فلا يتنخّم من قبل وجهه، ولا عن يمينه، وليبصق عن يساره أو تحت قدمه اليسرى»⁽²⁾.

ب - عن أبي ذر رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «عرضت عليّ أعمال أمتي حسنها وسيئها، فوجدت في محاسن أعمالها الأذى يماط عن الطريق، ووجدت في مساوئ أعمالها النخاعة تكون في المسجد لا تدفن»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنه لم يثبت للنخاعة حكم السيئة لمجرد إيقاعها في المسجد، بل به وبعدم دفنها.

ج - عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تنخّم أحدكم في المسجد فليغيب نخامته أن تصيب جلد مؤمن أو ثوبه فتؤذيه»⁽⁴⁾.

وهذا من باب الجمع بين الأدلة؛ وذلك أن حديث: «البزاق في المسجد خطيئة» عام، وأحاديث الإذن في ذلك عامة؛ وطريقة الجمع بأن تحمل أحاديث الإذن على عمومها، وأن يخص حديث التخطئة بمن لم يدفنها.

على أنّ النبي ﷺ خير المصلّي بين البزاق في الأرض مع الدفن وبين البزاق في طرف ثوبه، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه، أن النبي ﷺ رأى نخامة في القبلة، فشق ذلك عليه حتى رثي في وجهه، فقام فحكه بيده فقال: «إنّ أحدكم إذا قام في صلاته فإنه يناجي ربه، أو إن ربه بينه وبين القبلة، فلا يبرقن أحدكم قبل قبلته، ولكن عن يساره أو تحت قدميه»، ثم أخذ طرف رداءه فبصق فيه ثم رد بعضه على بعض فقال: «أو يفعل هكذا»⁽⁵⁾.

2 - يكره تعليم الصبيان في المسجد القرآن أو غيره، ولو كانوا لا يعبثون لعدم

(1) المتقى: 338/1، وإكمال الإكمال: 250/2.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب حك المخاط بالحصى في المسجد؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن البصاق في المسجد.

(3) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن البصاق في المسجد وفي الصلاة وغيرها.

(4) أخرجه أحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة.

(5) أخرجه البخاري في الصلاة، باب حك البصاق باليد في المسجد؛ ومسلم في المساجد، باب النهي عن البصاق في المسجد.

تحفظهم من النجاسة. كما يكره تعليمهم به إن كان بأجرة؛ لأنه من باب البيع⁽¹⁾.
 3 - يكره البيع والشراء في المسجد بغير سمسرة. ويحرم إن كان بسمسرة ومناداة على السلعة وتقليب المشتري لها والنظر فيها وإعطاء ما يريد فيها.
 ومحل الكراهة المذكورة إذا أظهر البائع السلعة فيه معرضاً لها للبيع. وأما مجرد العقد، أي: الإيجاب والقبول، فلا يكره. ولا يفسخ البيع الواقع في المسجد في الكراهة والحرمة⁽²⁾.

4 - يكره سلّ سيف بالمسجد، إذا كان لغير إخافة، وإلا حرم. ذكر الشيخ الدسوقي أن ذلك ردة. وعن جابر بن عبد الله قال: مر رجل في المسجد ومعه سهام، فقال له رسول الله ﷺ: «أمسك بنصالها»⁽³⁾. وعن أبي موسى عن النبي ﷺ قال: «إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا ومعه نبل، فليمسك على نصالها، أو قال: فليقبض بكفه أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء»⁽⁴⁾.

5 - يكره إنشاد الضالة في المسجد كما يكره نشدها. ومعنى إنشاد الضالة تعريف الملتقط لها، ومعنى نشدها سؤال صاحبها عنها. وورد أيضاً أن اللفظين يستعملان لغة في الطلب والتعريف. ودليل المنع⁽⁵⁾: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردها الله عليك. فإن المساجد لم تبين لهذا»⁽⁶⁾. وعن بريدة أن رجلاً نشد في المسجد فقال: من دعا إلى الجمل الأحمر⁽⁷⁾؟ فقال النبي ﷺ: «لا وجدت، إنما بنيت المساجد لما بنيت له»⁽⁸⁾. ولفظ «إنما» يفيد الحصر. وقد تقدم في حديث الأعرابي الذي بال في المسجد بيان ما بنيت له المساجد.

والنهي مقيد برفع الصوت، فلو لم يرفع بذلك صوته وسأل عنها جلساءه غير رافع صوته فلا كراهة؛ لأنه من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع ما لم يكثر⁽⁹⁾. واختلف

(1) الجامع لأحكام القرآن: 270/12، وإكمال الإكمال: 262/2.

(2) منح الجليل: 90/8.

(3) أخرجه البخاري في الصلاة، باب يأخذ بنصول النبل إذا مرّ في المسجد؛ ومسلم في البر والصلة، باب أمر من مرّ بسلاح في مسجد أو سوق.

(4) أخرجه البخاري في الفتن، باب قول النبي ﷺ من حمل؛ ومسلم في البر والصلة، باب أمر من مرّ بسلاح في مسجد أو سوق.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 269/12. ومنح الجليل: 91/8.

(6) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد.

(7) أي: من وجد ضالتي، وهو الجمل الأحمر، فدعاني إليه.

(8) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد.

(9) المتقى: 312/1، ومنح الجليل: 91/8.

الدعاء عليه بأن لا يردها الله عليه هل هو واجب أو مندوب. وقال القرطبي - صاحب المفهم -: وكذا يدعى على كل من فعل فيه ما لا يليق⁽¹⁾.

6 - يكره الصياح فيه أو يبابه للإعلام بميت. وأما الإعلام بغير صياح فجائز.

7 - يكره رفع الصوت في المسجد، ولو بذكر أو بقراءة قرآن أو بالعلم فوق إسماع المتعلمين. وما تقدم من رفع كعب بن مالك وابن أبي حدرد أصواتهما في المسجد، فإنه لم يكن رفعاً متفاحشاً، وإلا لنهاهما النبي ﷺ عن ذلك⁽²⁾.

وكراهة رفع الصوت بالعلم شاملة للمسجد وغير المسجد. وتستثنى التلبية بالمسجد الحرام فيجوز رفع الصوت بها فيه، وكذلك مسجد منى. ومحل كراهة رفع الصوت في المسجد ما لم يخلط على مصلّ وإلا حرم.

8 - يكره إشعال النار في المسجد لغير التبخير والاستصباح.

9 - يكره إدخال المسجد الخيل والبغال والحمير ممّا فضلته نجسة، ولو لنقل شيء للمسجد أو منه، ولم يحرم ذلك للضرورة. وأمّا ما فضلته طاهرة كالإبل والبقر فجائز للنقل، لا لغيره فيمنع. وأمّا طواف النبي ﷺ على بغير فهو لأجل أن يرتفع للناس فيأخذوا عنه المناسك فكان من الأمور الحاجية.

10 - يكره فرش المسجد للجلوس عليه فيه، إذا كان لغير اتقاء حرّ أو برد.

ويكره اتخاذ الوسائد للاتكاء عليها فيه؛ لأنه ينافي التواضع المشروع في المساجد.

11 - يكره التزويق في القبلة واتخاذ الأشياء الملهية فيها، والدليل: عن

عائشة زوج النبي ﷺ قالت: أهدى أبو جهم بن حذيفة لرسول الله ﷺ خميصة شامية لها علم، فشهد فيها الصلاة، فلما انصرف قال: «ردي هذه الخميصة إلى أبي جهم، فإنني نظرت إلى علمها في الصلاة فكاد يفتنني»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ علل إزالته للخميصة بإشغالها له في الصلاة، فدلّ هذا على طلب تجنّب ما يوقع في ذلك⁽⁴⁾.

قال الإمام مالك: كره الناس ما عمل في مسجد النبي ﷺ من الذهب والفضيفساء، يعني الفصوص؛ لأنه مما يشغل عن الصلاة بالنظر إليه. وقال: ولا يكتب في جدار المسجد قرآن ولا غيره. وقال ابن رشد الجدي: تحسين بناء المساجد وتجسيصها مستحب، والمكروه تزويقها بالذهب وغيره والكتابة في قبلتها. وأجاز ابن وهب وابن نافع تزيين المساجد وتزويقها بالشيء الخفيف، ما لم يكثّر حتى يصل

(1) إكمال الإكمال: 262/2.

(2) إكمال الإكمال: 427/5.

(3) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب النظر في الصلاة إلى ما يشغل عنها؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب كراهة الصلاة في ثوب له أعلام.

(4) المتقى: 181/1، والمعلم: 416/1، وإكمال الإكمال: 261/2.

للزخرفة المنهي عنها⁽¹⁾. والأصل في جواز⁽²⁾ التزيق الخفيف:
أ - أن ذلك مما يقتضيه التعظيم.

ب - فعل عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقد بنى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم بالساج وحسنه. والساج شجر يعظم جداً، لا ينبت إلا في بلاد الهند، وخشبه أسود رزين، لا تكاد الأرض تبليه.

ج - أن عمر بن عبد العزيز نقش المسجد النبوي وبالح في عمارته وتزيينه، وذلك في زمن ولايته على المدينة المنورة، ولم ينكر عليه أحد من التابعين.

والمنهي عنه هو ما كان فيه إسراف وقصد بذلك التباهي الذي حذر منه النبي صلى الله عليه وسلم، فعن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقوم الساعة حتى يتباهى الناس في المساجد»⁽³⁾.

12 - يكره كراهة شديدة أن تفتح أبواب المياضي في المسجد، بل تفتح خارجه على حدة.

13 - ينهى عن السؤال فيه، ولا يعطى فيه السائل⁽⁴⁾.

14 - كره الإمام مالك الإتيان بالمرابح يتروح بها القوم؛ لأنها رفاهية، والمساجد موضع عبادة⁽⁵⁾.

15 - يكره تقديم الشخص للإمامة لحسن صوته، فقد قال صلى الله عليه وسلم: عن عليم قال: كنا جلوساً على سطح، معنا رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، قال يزيد: لا أعلمه إلا عبساً الغفاري، والناس يخوضون في الطاعون، فقال عبس: يا طاعون خذني، ثلاثاً يقولها. فقال له عليم: لم تقول هذا؟ ألم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يتمنى أحدكم الموت فإنه عند انقطاع عمله لا يرد فيستعقب» فقال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «بادروا بالموت ستاً: إمرة السفهاء، وكثرة الشرط، وبيع الحكم، واستخفافاً بالدم، وقطيعة الرحم، ونشأاً يتخذون القرآن مزامير يقدمونه يغنيهم وإن كان أقل منهم فقهاً»⁽⁶⁾.

وما روي من لعب الحبشة في مسجده وبين يديه صلى الله عليه وسلم، فهو منسوخ بالأمر بتنزيه المساجد عما لا يليق بها، وبقصرها على الذكر والقرآن والصلاة، كما جاء في حديث الأعرابي المتقدم⁽⁷⁾.

ويستحب إسراج المساجد في الليل، كما يستحب أن يزداد في ذلك في شهر رمضان⁽⁸⁾.

(1) الذخيرة: 346/13.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 267/12.

(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في بناء المساجد؛ والنسائي في المساجد، باب المباهاة في المساجد؛ وابن ماجه في المساجد والجماعات، باب تشييد المساجد.

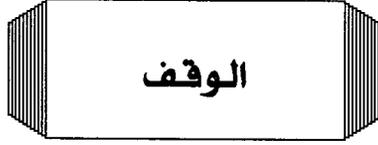
(4) إكمال الإكمال: 67/2.

(5) الذخيرة: 347/13.

(6) أخرجه أحمد في مسند المكيين.

(7) إكمال الإكمال: 42/3.

(8) الجامع لأحكام القرآن: 275/12.



تعريف الوقف لغة:

الوقف: الحبس والمنع والإمساك. يقال: وقفت الدار وقفاً، حبستها في سبيل الله تعالى. ووقفت الرجل عن الشيء منعه عنه. وقولهم: أوقف الدار لغة رديئة، والفصيح وقف. إلا قولهم: ما أوقفك ههنا، ويريدون: أي شيء حملك على الوقوف. ويقال: وقف الأمر على حضور فلان، أي: علق الحكم فيه بحضوره؛ ووقف قسمة الميراث على وضع المرأة أي: أخره حتى تضع. ويطلق الوقف اسماً ومصدراً على الشيء الموقوف. وهو مرادف للحبس⁽¹⁾.

تعريف الوقف شرعاً:

هو جعل منفعة مملوك، ولو بأجرة، أو غلته، لمستحق، بصيغة، مدة ما يراه المحبس.

شرح التعريف:

قوله: «جعلُ منفعة مملوكٍ» من إضافة المصدر لمفعوله، أي: جعل مالك منفعة ذلك المملوك له لذاته، كما هو الغالب. والمعنى أنّ مالك ذات الشيء يجعل منفعته لمستحق، الخ. وهذا تعريف للوقف بالمعنى المصدرى، وأما بالمعنى الاسمي فهو الذات المملوكة المجعول منفعتها... إلخ.

وشمل قوله: «مملوك» ما جاز بيعه وما لا يجوز بيعه، كجلد الأضحية وكلب الصيد ونحو ذلك. واحتترز به من وقف الفضولي، فإنه غير صحيح ولو أجازاه المالك، لخروجه بغير عوض، بخلاف بيعه فصحيح، لخروجه بعوض. ومثل وقف الفضولي هبته وصدفته فباطل، ولو أجازاه المالك.

قوله: «ولو بأجرة»، إذا كان ذات الشيء مملوكة بثمان أو هبة أو إرث، بل ولو كانت مملوكة بأجرة. فإن قيل: وقف السلاطين على الخيرات صحيح مع عدم ملكهم

(1) مختار الصحاح: 461، والمصباح المنير: 256، والذخيرة: 301/6، وشرح حدود ابن عرفة:

لما حبسوه؟ والجواب أنّ هذا لا يرد على التعريف؛ لأنّ السلطان وكيل عن المسلمين، فهو كوكيل الواقف. وقال القرافي في الفروق: إذا حبس الملوك معتقدين أنهم وكلاء الملاك صحّ الحبس، وإن حبسوه معتقدين أنه ملكهم بطل. وبذلك أفتى العبدوسي، ونقله ابن غازي في تكميل التقييد.

قوله: «أو غلته» أي: أو جعل غلّته، إن كان له غلّة، - كدراهم - في نظير إجازة الوقف.

قوله: «المستحق» متعلق بـ«جعل».

قوله: «بصيغة» أي: دالة عليه ك: حبستُ، ووقفتُ.

قوله: «مُدّة ما يراه المُحبس» فلا يشترط فيه التأييد، ولو كان الموقوف مسجداً، كما يأتي.

وشمل قوله: «ولو بأجرة»، ما إذا استأجر داراً مملوكة أو أرضاً مدة معلومة وأوقف منفعتها - ولو مسجداً في تلك المدة -؛ وما إذا استأجر وقفاً وأوقف منفعتها على مستحق آخر غير الأول في تلك المدة.

وأما المحبّس عليه فليس له تحبّيس المنفعة التي يستحقها؛ لأنّ الحبس لا يحبس، فهو لا يملك تلك المنفعة لما تقرر أنّ الموقوف عليه إنما يملك الانتفاع لا المنفعة. نعم له أن يسقط حقه في ذلك الحبس مدة حياته أو مدة استحقاقه، ولو بمال يأخذه لنفسه، فإذا مات أو انقضت مدة استحقاقه رجع لمن يليه في الرتبة، أي: يأخذه مجاناً بغير شيء وإن كان واضع اليد دافعاً لشيء من الدراهم ضاع عليه. قال الشيخ الدردير: وأما ما يقع عندنا بمصر من أنّ المستحق لوقف أو الناظر على مسجد ونحوه يبيع الوقف بدراهم كثيرة، ويجعل المشتري على نفسه لجهة المستحقين أو المسجد حكراً، ثم يوقف ذلك الوقف على زوجته - مثلاً -، وإذا لم يوقفه باعه وورث عنه - ويسمونه خلواً - فهذا باطل بإجماع المسلمين. وبعض من يدعي العلم يفتيهم بجوازه ويسند الجواز للمالكية، وهي فتوى باطلة قطعاً، وحاشي المالكية أن يقولوا بذلك.

وهذا معنى قول الخرشي: ما لم يكن منفعة حبس لتعلق الحبس بها وما تعلق به الحبس لا يحبس كالخلوات، وأيضاً هي لا تدخل في قوله: «مملوك» إذ المراد مملوك لم يتعلق به حق لغيره. وهو كلام حق لا شبهة فيه. وتوضيح ما قاله على ما شاهدناه من أهل مصر؛ أن الحوانيت الموقوفة على المسجد الغوري والأشرفي والناصرى وغيرها، يبيعها الناظر بثمن كثير، يبيع الحانوت الواحد بنحو خمسمائة دينار لا لغرض شرعي، سوى حب الدنيا والإعراض عن حب الآخرة. ثم إن المشتري منه يجعل على نفسه حكراً كل شهر نصفين فضة من الدراهم العددية⁽¹⁾ ويسكنه أو يكرهه كل يوم بعشرة

(1) كناية عن الشيء القليل.

أنصاف. وقد يوقفه على نفسه وزوجته وذريته من بعده - مثلاً -، وقد يبيعه، وقد يوفي به ديناً عليه، فانظر إلى هذا الخبط الخارج عن قوانين الشريعة. ومن العجيب أن الشيخ أحمد الغرقاوي جعل لبعض القضاة رسالة في ذلك، وجوز فيها مثل ما تقدم، وصار الناس يفتون بجواز ما ذكر معتمدين على ما في الرسالة من الكلام الباطل، وهذا هو الذي قصد الخرشي ردّه بما تقدم عنه، وبعضهم لم يفهم مراده فاعترض عليه⁽¹⁾.

والحاصل أنه شاع عندنا بمصر أن الخلو يجوز عند المالكية دون غيرهم، ويجعلون منه ما تقدم ذكره، حتى لزم على ذلك إبطال الأوقاف، وتخریب المساجد، وتعطيل الشعائر الإسلامية. وكثيراً ما يقع في الرُّزق الكائنة بين الجيزة؛ تكون مرصدة على منافع زاوية الإمام الليث بن سعد، أو على منافع زاوية الإمام الشافعي، فيبيعها الناظر على الوجه المتقدم. ثم إن المشتري قد يوقفها على نحو زاوية الإمام الشعراني، وقد يوقفها على نفسه أيام حياته وبعده على ذريته، وربما باعها الناظر لذمي فأوقفها الذمي على كنيسة. وقد وقع هذا فإن رُزقة كانت موقوفة على مدرسة السلطان حسن باعها ناظرها على الوجه المتقدم لذمي، ثم إن الذمي أوقفها على كنيسة، وكان المسلمون يزرعونها ويدفعون خراجها لأهل الكنيسة، ثم تغلب النصارى على المسلمين بواسطة أمراء مصر الضالين فنزعوها من أيدي المسلمين وصاروا يزرعونها، هذا في زماننا. وانحط الأمر على ذلك ولا حول قوة إلا بالله العلي العظيم. نعم الخلو الذي وقعت الفتوى بجواز بيعه وهبته وإرثه، إنما هو في وقف خرب لم يجد الناظر أو المستحق ما يعمره به من ريع الوقف، ولا أمكنه إجارته بما يعمره به، فيأذن لمن يعمره ببناء أو غرس على أن ما عمره به يكون ملكاً للمعمر، وتُفَضُّ الغلة بالنظر عليه وعلى الوقف؛ فما ناب الوقف يكون للمستحق وما ناب العمارة يكون لربها؛ فهذا ليس فيه إبطال الوقف ولا إخراجه عن غرض الوقف، وليس هذا مراد الشيخ الخرشي بما تقدم حتى يعترض به عليه فافهم ذلك، والله الموفق للصواب.

حكم الوقف:

الوقف مندوب؛ لأنه من البرّ وفعل الخير. فهو من التبرعات المندوبة. ويعبر عنه بالحُجْبَسِ. فيسمى وقفاً لأن العين موقوفة؛ وحبساً لأن العين محبسة. ونذكر أولاً أدلة الجواز، ثم نذكر أدلة الندب. فأما أدلة الجواز فهي⁽²⁾:

(1) أي: حيث مثل للوقف الفاسد بالخلوات قائلًا - أي: هذا البعض المعترض -: إن هذا التمثيل لا يصح، إذ المراد بالخلوات التي لا يصح وقفها هي التي استوفت الشروط، مع أن التي استوفت الشروط يحوز فيها البيع والوقف والإرث والهبة ويقضى منها الدين. وليس ذلك مراد الخرشي بل مراده الخلوات الفاسدة التي يبعث لا لفرض شرعي.

(2) الإشراف: 670/2، والمعونة: 1591/3، والمنتقى: 122/6، والمقدمات: 417/2، =

أ - قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كل عقد، والتحسيس عقد فيجب الوفاء به.

- فعل النبي ﷺ. فقد قال الإمام مالك ردّاً على القاضي شريح: هذه صدقات النبي ﷺ سبعة حوائط.

ب - أمر النبي ﷺ عمر بن الخطاب بذلك؛ فعن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست - بتخفيف الباء - أصلها وتصدق بها» قال: فتصدق بها عمر؛ أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول قال ابن سيرين فقال: غير متائل مالا⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ: «حبست أصلها» يقتضي أن يجعل الأصل محبوساً يقطع التصرف فيه بالبيع ونقله عما هو عليه. وقوله: «وتصدق بها» أي: وتصدق بثمرها، على تقدير حذف مضاف وهو الثمر. يؤده ما روي عن ابن عمر قال: قال عمر للنبي ﷺ: إن المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلي منها، قد أردت أن أتصدق بها؛ فقال النبي ﷺ: «احبس أصلها وسبل ثمرتها»⁽²⁾.

وقد قصد عمر بن الخطاب القرية فرجع إلى النبي ﷺ في كيفية ما يفعله، وقد فهم عنه النبي ﷺ ذلك، فأشار عليه بالتحسيس، فدل ذلك أن التحسيس قرينة. وقد أقره النبي ﷺ على صيغة التحسيس بعدم البيع والهبة والميراث.

ج - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»⁽³⁾. أي: انقطع ثواب عمله؛ لأن العمل عرض لا يستمر بل يذهب زمانه به. والمراد بالصدقة الجارية الحبس.

د - إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك، إذ ثبت فعل ذلك عن أكابرهم ولم يرد إنكار باقي الصحابة عليهم، فقد حبس أبو بكر الصديق، عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وطلحة بن عبيد الله، والزبير بن العوام،

= والمعلم: 353/2، والجامع لأحكام القرآن: 208/6، وإكمال الإكمال: 614/4، والذخيرة: 313/6.

(1) أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط في الوقف؛ ومسلم في الوصية، باب الوقف.
(2) أخرجه النسائي في الأجناس، باب حبس المشاع؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من وقف.
(3) أخرجه مسلم في الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.

وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وفاطمة، وعائشة، وأم سلمة، وحفصة دوراً وحوائط. فعن عبد الله بن الزبير الحميدي قال: تصدق أبو بكر الصديق رضي الله عنه بدراه بمكة على ولده فهي إلى اليوم؛ وعنه أن عثمان رضي الله عنه تصدق بعين رومة، فهي إلى اليوم؛ وعنه أن علياً رضي الله عنه تصدق بأرضه بينبع، فهي إلى اليوم صدقة على الفقراء والمساكين وفي سبيل الله وابن السبيل القريب والبعيد؛ وعن عبد الرحمن القرشي أن طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه حبس دوره؛ وعن هشام بن عروة أن الزبير بن العوام رضي الله عنه جعل دوره صدقة للمردودة من بناته تسكن غير مضرّة ولا مضرّ بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق؛ وعن مالك أن زيد بن ثابت رضي الله عنه كان قد حبس داره التي في البقيع وداره التي عند المسجد؛ وروي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه جعل نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجة من آل عبد الله⁽¹⁾.

هـ - القياس على المسجد والمقبرة؛ لأنه تحبب عقار على وجه القرية فأشبهه المسجد والمقبرة.

و - القياس على العتق؛ لأنّ كلّ ما جاز أن يلزم بالوصية بعد الوفاة جاز أن يلزم بقوله حال الحياة كالعتق.

وهذان القياسان استدلال على المذهب الحنفي القائل بأنّه لا يجوز الحبس إلا على المسجد والمقبرة، أو أن يوصي بذلك في مرض موته بأن يوقف بعد موته فيصح من ثلثه كالوصية.

ولا يفتقر التحبب لحكم حاكم بذلك، خلافاً للمذهب الحنفي أيضاً، والدليل: القياس على الهبة والصدقة؛ لأنّ التحبب جهة من جهات البرّ فجاز أن يلزم بغير حكم الحاكم⁽²⁾.

وقد كان القاضي شريح ينكر العمل بالحبس، فقد قيل للإمام مالك: إنّ شريحاً كان لا يرى الحبس، ويقول: لا حبس عن فرائض الله، فقال: تكلم شريح ببلده، ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي صلى الله عليه وآله وأصحابه والتابعين بعدهم، هلّمّ جرأ إلى اليوم وما حبسوا من أموالهم، لا يطعن فيه طاعن، وهذه صدقات النبي صلى الله عليه وآله سبعة حوائط؛ وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خيراً.

وبهذا احتج أيضاً الإمام مالك على الإمام أبي يوسف بحضرة هارون الرشيد فقال: هذه أحباس رسول الله صلى الله عليه وآله وصدقاته ينقلها الخلف عن السلف، قرناً بعد قرن.

(1) هذه الروايات مخرجة عند البيهقي في الوقف، باب الصدقات المحرمات؛ والطبراني في المعجم الكبير: 41/2 - 42؛ وكنز العمال: 634/16؛ وأخرج البخاري تعليقاً روايتي الزبير وابن عمر في الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بترأ.

(2) الإشراف: 672/2.

وقد رجع أبو يوسف عن رأي الإمام أبي حنيفة بمنع الحبس إلى رأي الإمام مالك بإجازته. وقد أشار الإمام بكلامه إلى أن النقل عن النبي ﷺ وأصحابه في ذلك بلغ مبلغ التواتر⁽¹⁾.

وقد استدال المخالف على قوله بعدم الجواز بقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَيِّنَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيْلَةٍ وَلَا حَافِرٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَقْتُلُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَأَكْذَهُمْ لَا يَقُولُونَ﴾ [المائدة: 103]، ويقوله تعالى: ﴿وَجَعَلُوا لِلَّهِ مِمَّا ذَرَأَ مِنَ الْحَرْثِ وَالْأَنْعَامِ نَصِيبًا فَقَالُوا هَذَا لِلَّهِ بِرِزْقِهِمْ وَهَذَا لِشُرَكَائِنَا﴾ [الأنعام: 136]، ويقوله: ﴿وَقَالُوا هَذِهِ أَنْفُسُكُمْ فَجَمَعُوا لَهَا أَكْثَرَ مِنْ بَيِّنَةٍ وَأَنْفُسُكُمْ هِيَ أَوْلَىٰ بِالْبَيِّنَاتِ مِنْ ذٰلِكُمْ فَلَوِ كَانُوا بِلِقَاءِ رَبِّهِمْ أَصْبَحُوا لَوَجَدُوا إِلَهُهُمُ الَّذِي ارْتَضَىٰ لَهُمُ الْيَوْمَ الَّذِي كَفَرُوا رَبًّا أَلَمْ يَكْفُرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ بِالْحَقِّ وَالْحَقُّ بَيْنَ يَدَيْهِ يَوْمَ تُحْشَرُ أُولَئِكَ أَصْحَابُ الْأَشْجَارِ أَصْحَابُهَا فِي الْيَوْمِ أَبْوَابُ السَّمَاءِ مَخْتُومَةٌ وَعَنْ جَهَنَّمَ أَسْمِدٌ فَسُيِّفُ الَّذِينَ اتَّخَذُوا آلِهَتَهُمْ الْأَصْنَابَ وَأَعْبَادَهُمُ الْحَمَلُومَ﴾ [الأنعام: 138]، ويقوله: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِلَّذِينَ كَفَرُوا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُنْ مَيْسَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ سَيَجْرِبُهُمْ وَصَفَّهُمْ إِنَّهُمْ حَكِيمٌ عَلِيمٌ﴾ [الأنعام: 139]، إلى قوله: ﴿أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّيْنَاهُمُ الْيَوْمَ الَّذِي كَفَرْتُمْ بِأَلْفَيْهِمْ وَمَنْ أَوْلَىٰ لَهُمْ بِالْحَقِّ مِنْهُمُ الْقَوْمُ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة: 144].

والجواب عن ذلك أن هذه الآيات إنما جاءت توبيخاً لأهل الجاهلية على ما كانوا يحرمونه على أنفسهم من الأنعام تشرعاً وتدينياً وافتراء على الله، وإذهاباً لنعمة الله تعالى من الأنعام، وإهداراً لمصلحة العباد منها، واتباعاً لخطوات الشيطان. وهذا ليس مما يحبسه الرجل على ولده أو في وجه من وجوه البر التي يتقرب بها إلى الله تعالى. وإنما يكون استدلالهم بالآيات صحيحاً لو عمد رجل إلى أرض له فقال: هذه تكون حبساً، لا يجتنى ثمرها، ولا تزرع، ولا ينتفع منها بنفع، لجاز أن يشبه هذا بالبحيرة والسائبة.

واستدلوا أيضاً بما روي عن ابن عباس أنه لما نزلت سورة النساء، قال النبي ﷺ: «لا حبس بعد سورة النساء»⁽²⁾، وبما روي أيضاً أن النبي ﷺ: «لا حبس عن فرائض الله»⁽³⁾، وبما روي عن بريدة رضي الله عنه أنه قال: بينا أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة فقالت: إني تصدقت على أمي بجارية وإنها ماتت. قال فقال: «وجب أجرك وردّها عليك الميراث»⁽⁴⁾. والجواب عن ذلك بما يلي⁽⁵⁾:

(1) الإشراف: 672/2، والمنتقى: 122/6، والمقدمات: 418/2، والذخيرة: 302/6، وإكمال الإكمال: 614/4.

(2) أخرجه الطبراني والبيهقي. (3) أخرجه البيهقي.

(4) أخرجه مسلم في الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت.

(5) الإشراف: 672/2، والمنتقى: 122/6، والمقدمات: 418/2، والذخيرة: 323/6، وإكمال الإكمال: 614/4.

- أنّ الحبس في الحديث الأول بفتح الحاء وسكون الباء، أي: السجن. والمراد به حبس الزانية قبل نزول حد الزنا.

- وعن الحديث الثاني أنّ المراد به ما كان معروفاً في الجاهلية من منع البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي؛ ولم يكن معروفاً عندهم حبس الدور على الأولاد ولا في وجه من وجوه البرّ المتقرّب بها إلى الله تعالى. قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون. قال الشافعي: «لم يحبس أهل الجاهلية داراً ولا أرضاً فيما علمت» أي: على وجه التبرر، وأما بناء الكعبة وحفر زمزم، فإنما كان على وجه التفاخر. وأما الصدقة التي يمضيها المتصدّق في حياته على ما أذن الله به على لسان نبيه وعمل به الأئمة الراشدون عليهم السلام ليس من الحبس عن فرائض الله.

أو يكون المراد بالحديث الثاني الحبس المسقط للموارث، وهو ما زاد على الثلث، إذا كان التحبّيس في مرض الوفاة.

والجواب عن الحديث الثالث، أنّه في صدقة تمليك غير وقف، بدليل قوله ﷺ: «وردها عليك الميراث»⁽¹⁾.

وأما دليل النذب فهو أن الحبس من فعل البرّ والمعروف التي تدخل في الصدقة الجارية، وهو معتبر من أحسن أبواب القرب؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: 77]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: 90]؛ ولأحاديث المتقدمة⁽²⁾.

أركان الوقف:

أركان الوقف أربعة، وهي:

الأول: واقف:

وهو المالك للذات أو المنفعة التي أوقفها. قال في المدونة: ولا بأس أن يكره أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت كان النقص للذي بناه. وهذا المثال قصد به الاستشهاد على وقف المنفعة. ويفعل الواقف بالنقص ما شاء لكون الوقف انتهى أجله، فلا يعطى حكم أنقاض المساجد المؤبّدة.

وشرط صحة وقف الواقف: أن يكون من أهل التبرع؛ وهو المكلف، أي: البالغ الرشيد المختار، فلا يصح من صبي، ولا مجنون، ولا سفيه، ولا مكره. ويشترط الإسلام لصحة الوقف على القربات الإسلامية. وسيأتي التفصيل في المبطلات.

(1) المقدمات: 415/2 - 416، والجامع لأحكام القرآن: 208/6.

(2) الذخيرة: 322/6.

ويصحّ من الإمام الوقف. فعن محمد بن خالد أنّه سمع ابن القاسم يقول: وللإمام أن يحبس الخيل في الجهاد. قال الإمام ابن الأبي: كانت وقعة، فحبس الإمام بتونس بعض ريع بيت المال على بناء سورها، وشهد في ذلك التحبّس شيخنا أبو عبد الله بن عرفة، وامتنع بعض المفتين، وأظنه الشيخ أبا القاسم الغبريني، من الشهادة في ذلك ظناً منه أنّه لا يجوز؛ قال شيخنا أبو عبد الله بن عرفة: فأوقفته على سماع محمد بن خالد فرجع وشهد معنا⁽¹⁾.

الثاني: موقوف:

وهو ما مُلِكَ من ذات أو منفعة، ولو حيواناً يوقف على مستحق للانتفاع بركوبه أو الحمل عليه؛ أو طعاماً أو عيناً يُوقف كل منهما للسلف. وينزل ردُّ بدله منزلة بقاء عينه؛ لأنّ الوقف يكون فيما ينتفع به مع بقاء عينه، فنزل ردُّ البدل منزلة بقاء العين. وجواز وقف الطعام والعيّن نصّ المدونة فلا داعي لتردّد الشيخ خليل فيه. نعم قال ابن رشد إنّه مكروه، فهو ضعيف. وأضعف منه قول ابن شاس: لا يجوز؛ إن حمل قوله لا يجوز على المنع. وعلى كل حال كلام ابن رشد وابن شاس خلاف مذهب المدونة، فكان على الشيخ خليل أن لا يلتفت لقولهما.

والدليل على جواز وقف الحيوان والعروض، ومنها السلاح⁽²⁾:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالصدقة. فقيل: منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس بن عبد المطلب. فقال صلى الله عليه وآله وسلم: «ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله. وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً قد احتبس أذراعه وأعتده في سبيل الله. وأما العباس بن عبد المطلب فعم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فهي عليه صدقة ومثلها معها»⁽³⁾.

ب - عن أم معقل قالت: كان أبو معقل حاجاً مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فلما قدم قالت أم معقل: قد علمت أنّ علي حجة، فانطلقا يمشيان حتى دخلا عليه، فقالت: يا رسول الله إنّ عليّ حجة وإنّ لأبي معقل بكرأ، قال أبو معقل: صدقت، جعلته في سبيل الله. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أعطها فلتحج عليه فإنه في سبيل الله» فأعطاهما البكر. فقالت: يا رسول الله، إني امرأة قد كبرت وسقمت، فهل من عمل يجرئ عني من حجتي؟ قال: «عمرة في رمضان تجزئ حجة»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقرّ أبا معقل على تسييل البكر، وهو الفتى من الإبل.

(1) إكمال الإكمال: 616/4.

(2) الإشراف: 673/2، والمعونة: 1593/3، والمنتقى: 122/6، والذخيرة: 312/6.

(3) أخرجه البخاري في الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وَرَىٰ الرِّقَابِ وَالْقُرْمِينَ﴾؛ ومسلم في الزكاة، باب تقديم الزكاة ومنعها.

(4) أخرجه أبو داود في المناسك، باب العمرة.

ج - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده، فإن شبعه وريته وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»⁽¹⁾.

د - القياس على العقار؛ لأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

هـ - أن كل عين يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها صح وقفها؛ لأنه موف بحكمة الوقف.

الثالث: موقوف عليه:

وهو المستحق لصرف المنافع عليه، سواء كان عاقلاً كزيد أو العلماء أو الفقراء؛ أو غير عاقل كرباط وقنطرة ومسجد، فإنها تستحق صرف غلة الوقف أو منافعه عليها لإصلاحها وإقامة منافعها.

ولا فرق بين من هو موجود ممّا ذكر في الحال، أو من سيوجد في الاستقبال كمن سيولد في المستقبل لزيد مثلاً فيصح الوقف عليه. وهو لازم لعقده، على ما لابن القاسم، فتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطأها. ووجه صحة الوقف على من لم يوجد بعد أن الحبس متوجه إلى من يصح وجوده ويتوقع لزوم حقه⁽²⁾.

فإن حصل مانع من موت أو يأس منه رجعت للواقف أو وارثه. وجه رجوعه للواقف عند موت الموقوف عليه أو اليأس من وجوده أنه بصرفه إلى من قد ظهر أنه لا يوجد ولا يثبت له حق يعلم أن الحبس لم ينفذ⁽³⁾.

ويصح الوقف على الموجود أو على من سيوجد، ولو كان ذمياً فيصح الوقف عليه، إذا كان ملتزماً الجزية وأحكام الإسلام، فيصح الوقف عليه، سواء ظهرت فيه قرابة بأن كان فقيراً أو قريباً للواقف؛ أو لم تظهر فيه قرابة، كما لو كان الموقوف عليه أجنبياً غنياً⁽⁴⁾. بخلاف المسلم فالقرابة فيه ظاهرة ولو غنياً.

ودليل صحة الوقف على الذمي: القياس على جواز صلته⁽⁵⁾. وقد وصلت أسماء بنت أبي بكر أمها وهي كافرة.

أما الوقف على كنائس أهل الذمة فلا يجوز، والدليل⁽⁶⁾: أن ما يقع فيها باطل في معتقدنا، فيكون قد صرف صدقته في معصية، كما لو صرفها في شرب الخمر أو أعطأها أهل الفسوق.

والحاصل أن الوقف إذا عرا عن المعصية، ولم تظهر فيه قرابة صح؛ لأن صرف

(1) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب من احتبس فرساً في سبيل الله.

(2) المنتقى: 129/6. (3) المنتقى: 129/6.

(4) منح الجليل: 114/8. (5) إكمال الإكمال: 616/4.

(6) المنتقى: 123/6، والذخيرة: 302/6.

المال في المباح مباح. وكرهه الإمام مالك؛ لأنّ الوقف باب قرينة ومعروف فلا يعمل لغير ذلك⁽¹⁾.

الرابع: صيغة:

وتكون على ضربين:

الصيغة الأولى: أن تكون صريحة، بقول الواقف: وقفْتُ أو حبستُ أو سبَّلتُ. والتحقيق أن «حبستُ» و«وقفْتُ» يفيدان التأييد مطلقاً قُيد اللفظ أو أطلق، كان على معينين أم لا، وكذا «سبَّلتُ»، حتى يقيد بأجل بأن يضرب للوقف أجلاً كعشر سنين مثلاً، أو يقيد بجهة تنقطع، كما لو قيده بحياة شخص موقوف عليه. والدليل على إفادة لفظ الوقف التأييد إذا أطلق ولم يقيد⁽²⁾: أن مفهومه في العرف يقصد به السبيل والتأييد وتمليك منفعته على الدوام، فوجب الحكم بذلك فيه.

وأما لفظ الحبس فلا يفيد بدلالة العرف التأييد إذا أطلق ولم يقيد، وإنما بأدلة أخرى، وهي⁽³⁾:

أ - قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه: «احبس أصلها وسبل ثمرتها». ووجه الاستدلال أن عمر أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تبدأ، وهي تمليك الرقبة، فأشار عليه النبي ﷺ بأن يحبس الأصل ويسبل الثمرة، فدلّ على أن لفظ التحبيس يؤيد الأصل، ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلًا؛ لأنه كانت الأرض تعود إلى ملكه فيبطل غرضه في التصديق به.

ب - القياس على لفظ الوقف؛ لأنه لفظ يقتضي التحبيس فوجب أن يستحق التأييد بإطلاقه أصله لفظ الوقف.

الصيغة الثانية: أن تكون غير صريحة، نحو قوله: تصدّقت ونحلت. ويشترط فيها للدلالة على الوقف أحد ثلاثة أمور، هي:

1 - أن تقترن بقيد يدل على المراد نحو: لا يباع، ولا يوهب؛ أو تصدقت به على بني فلان طائفة بعد طائفة، أو عقبهم ونسلهم. فهذه الألفاظ قرينة على الوقف لا على الصدقة التي هي التمليك بغير عوض.

فإن لم يقيد قوله: «تصدقت» بقيد يدل على المراد فإنه يكون ملكاً لمن تصدق به عليه. فإن لم يحصر، كالفقراء والمساكين، بيع وتصدّق بثمره عليهم بالاجتهاد؛ فلا يلزم التعميم، بل لمتولّي التفرقة أن يعطي من شاء ويمنع من شاء. وإنما كانت تباع لأنّ بقاءها يؤدي للنزاع. فإن كان محصوراً صنع بها ما شاء.

(2) المعونة: 3/ 1595، والمتقى: 6/ 121.

(1) الذخيرة: 6/ 312.

(3) المعونة: 3/ 1598.

2 - أن يكون الموقوف عليه معيناً أو جهة لا تَنقَطُ، كالفقراء أو المساجد. ولا بد هنا أيضاً من قيد يفيد الوقف، كقوله: لا يباع ولا يوهب، وكقوله: على بني فلان طائفة بعد طائفة، وإلا كان ملكاً لهم على ما تقدم.

3 - أو يكون مجهولاً حُصر، كعلى فلان وعقبه ونسله؛ لأن قوله: وعقبه، وما في معناه، يدلّ على التأييد، ما لم يقيد بأجل. ووجه كونه مجهولاً أنّ العقب والنسل غير معلومين، وذلك صادق بمن وجد ومن سيوجد. والمراد بالمحصور ما يحاط بأفراده، وبغير المحصور ما لا يحاط بها كالفقراء والعلماء.

والدليل على اشتراط أحد هذه الشروط ليحمل لفظ الصدقة على الوقف: أنها وردت في حديث عمر رضي الله عنه، فقد قال الراوي: فتصدق بها عمر؛ أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف. الخ. ووجه الاستدلال أنه قيد الصدقة بعدم البيع والهبة والميراث؛ وجعلها في معينين لا ينقطعون، وقد أقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك واعتبرها حسباً⁽¹⁾.

وينوب عن الصيغة التخلية بين الموقوف وبين الناس، كالمسجد، والرباط، والمدرسة، والمكتب، وإن لم يتلفظ بها. كما لو بنى مسجداً وخلقى بينه وبين الناس، ولم يخصّ قوماً دون قوم، ولا فرضاً دون نفل. ودليل قيام التخلية مقام الصيغة⁽²⁾:

أ - أنّ النبي صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويهدي إليه، ولم يثبت أنه حصل منه ولا من أصحابه صيغة، ولو حصل ذلك منهم لنقل واشتهر، بل كانوا يقتصرون على مجرد الفعل.

ب - أنّ التخلية معتبرة عرفاً كالتصريح في دلالتها على الوقف.

ج - أنّ مقصود الشرع الرضا بانتقال الأملاك، فأَيّ شيء دلّ على حصول مقصود الشرع - مع عدم النصّ منه على شيء - كفى.

لزوم الوقف:

الوقف عقد لازم للواقف، فلا يجوز له الرجوع فيه؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة في كلّ عقد، والتحبيس عقد فيجب الوفاء به.

ولا خيار في الوقف، فلو اشترط الواقف الخيار في الرجوع بطل شرطه ولزم الوقف؛ لأنّ الأصل في العقود اللزوم⁽³⁾.

ولا يشترط حكم حاكم بذلك. والدليل⁽⁴⁾:

(1) المنتقى: 121/6.

(2) إكمال الإكمال: 615/4، والذخيرة: 315/6.

(4) الذخيرة: 323/6.

(3) الذخيرة: 6326.

أ - أن عمر بن الخطاب حبس أرضه بإشارة من النبي ﷺ وتديبر له، ثم لما كتب وثيقة التحبيس لم يثبت أنه عرضها على النبي ﷺ عرض الحكم والقضاء ليحكم بلزومها.

ب - إجماع الصحابة على لزوم الحبس بمجرد التحبيس، ولم يكن يرجعون إلى القضاة للحكم بلزومها.

وقف المشاع:

يصح وقف المشاع، والدليل⁽¹⁾:

أ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف مائة سهم من خيبر. وقد أقره النبي ﷺ على ذلك.

ب - القياس على المقسوم؛ لأن كل عرصه جاز بيعها جاز وقفها كالمقسوم.

ج - أن الشائع يمكن قبضه على الوجه اللائق به.

ما يثبت به الوقف:

يثبت الوقف بالإشاعة بشروطها: بأن يطول زمن السماع، قال ابن سهل: وصفة شهادة السماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين سنة، متقدمة التاريخ، عن شهادته هذه سماعاً فاشياً مستفيضاً من أهل العدل وغيرهم، أن هذه الدار حبس على كذا، أو حبس فقط، ويشهد الآخر بذلك. بهذا جرى العمل، انتهى كلامه. وإنما يقع الحكم بها بعد أن يعذر الحاكم لمن ينازع في ذلك ولم يبد رافعاً شرعياً.

ويقوم مقام الصيغة أيضاً كتابة الوقف على الكتب، إن كانت وقفيتها مقيدة بمدارس مشهورة، وإلا فلا. أي: إذا وجد مكتوباً على كتاب «وقف لله تعالى على طلبة العلم» فإنه لا يثبت بذلك وقفيته، حيث كانت وقفيتها مطلقة، فإن وجد مكتوباً عليه «وقف على طلبة المدرسة الفلانية» فإن كانت مشهورة بالكتب ثبتت وقفيتها، وإن لم تكن مشهورة بذلك لم تثبت وقفيتها.

ويقوم مقام الصيغة أيضاً الكتابة على أبواب المدارس والربط والأشجار القديمة، وعلى الحيوان.

شروط صحّة الوقف:

يشترط الحوز لصحة الحبس، وهو الإخراج عن يد المحبّس. وكذا في الهبة والصدقة. ودليل اشتراط هذا الشرط⁽²⁾:

(1) الإشراف: 672/2، والذخيرة: 314/6. (2) المعونة: 1600/3، والذخيرة: 318/6.

أ - القياس على الهبة والعارية بجامع المعروف. وسيأتي ذكر دليل اشتراط الحوز في الهبة في باب الهبة.

ب - سدّ الذريعة. وذلك أنّ عدم الحوز طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله في حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته.

ولا بدّ من معاينة البينة لحوزه. فلو أقر الواقف في صحته أنّ الموقوف عليه قد حاز وقبض، وشهدت عليه بإقراره بينة ثم مات، لم يقض بذلك إن أنكر ورثته، حتى تعاین البينة الحوز، فالإشهاد على إقراره بالحوز لا يكفي، والدليل على عدم كفاية الإقرار: أنّ المنازع في ذلك الورثة أو الغرماء، فلو اكتفي بذلك لزم قبول إقرار الإنسان على غيره، وهو باطل إجماعاً⁽¹⁾.

واستثني من ذلك المحجور إذا وقف عليه وليه، فإنه لا يشترط فيه الحيابة الحسية. فإذا حبس الولي، من أب، أو وصي، أو حاكم، أو مقدّم، لمَحْجُورِهِ الصغير أو السفیه، فلا يشترط فيه الحوز الحسي بل يكفي الحكمي، فيصحّ وقف الولي عليه إذا استمر الوقف تحت يده حتى حصل المانع. لكن بشروط ثلاثة، هي:

الأول: إن أشهد الولي على الوقف على محجوره، وإن لم يشهد على الحوز له، فإن لم يشهد بطل بالمانع.

الثاني: أن يصرف الولي لمحجوره الغلّة في مصالحه كلّها أو جُلّها، مما يحتاج إليه قياساً على الهبة، ولا بدّ من الشهادة على ذلك. فإن لم يصرف الغلّة له أو لم يصرف له إلّا الأقل أو النصف بطل الوقف بالمانع.

الثالث: أن لا يكوّن الموقوف على المحجور دار سُكنى الواقف، فإن كانت دار سكناء بطل بالمانع، إلا إذا تخلّى الواقف عنها، وعايّنت البينة فراغها من شواغل المحبّس. إلّا أن يسكّن الولي منها الأقلّ ويكرّي لمحجوره الأكثر للصرّف عليه، فيكفي ولا يبطل لأن الأقلّ تابع للأكثر، والدليل: أنّ زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر حبسا داريهما وسكنا بعضاً منهما حتى ماتا، فنفذ الحبس في الجميع⁽²⁾. وإن سكّن النصف بطل - فقط - إن حصل مانع، وصحّ النصف الذي لم يسكنه. وإن سكن الأكثر بطل الجميع. ووجه البطلان إن سكن الواقف الأكثر أنّ منفعة الدار مستوفاة له لا للموقوف عليه، فيكون في ذلك تهمة للواقف أن يكون أراد الانتفاع بماله في حياته ومنع ورثته منه بعد وفاته⁽³⁾.

ويفهم من هذا أنّ حيابة الأمّ ما حبسته على ولدها الصغير لا يكفي، إلا إذا

(2) المنتقى: 96/6، والذخيرة: 319/6.

(1) إكمال الإكمال: 617/4.

(3) المعونة: 1605/3، والذخيرة: 319/6.

كانت وصية. وتقدم أن السفية أو الصغير لو حاز لنفسه لصحت حيازته فلا يبطل الحبس بالمانع بعده.

ما لا يشترط في الوقف:

- لا يشترط في الحبس التنجيز، فيجوز أن يقول المحبّس: هو حبس على كذا بعد شهر أو سنة. ويلزم إذا جاء الأجل الذي عيّنه. ودليل جواز عدم التنجيز: القياس على العتق؛ لأنه فعل معروف بغير عوض⁽¹⁾.

فإن حدث دين على المحبّس في ذلك الأجل فإنه يضرّ إذا لم يحز الحبس عن الواقف. أما إذا حيز عنه أو كانت منفعته لغير الواقف في ذلك الأجل فإنه لا يضرّ حدوث الدين.

- لا يشترط فيه التأييد، في الصيغة الصريحة أو غير الصريحة، بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم، ثم يرجع ملكاً له أو لغيره. وإذا اشترط الواقف التغيير والتبديل بالبيع والشراء، والإدخال والإخراج، لم يجز ابتداء، فإن وقع مضى وعمل به.

- لا يشترط فيه تعيين المصرف في محلّ صرفه، فجاز أن يقول: أوقفته لله تعالى، من غير تعيين من يصرف له. والدليل: القياس على الأضحية⁽²⁾.

ويصّرف فيما يصرف له في غالب عرفهم، فإن كان الغالب في عرفهم الصرف لأهل العلم أو للغزاة عمل به. فإن لم يكن غالب في عرفهم، بأن لم يكن لهم أوقاف أو كان ولا غالب فيها، فيصرف على الفقراء بالاجتهاد، سواء كانوا في محلّ الوقف أو غيره. ووجه اعتبار العرف عند الإطلاق وعدم التعيين أن العرف في الوقف المقصود منه القرية والبرّ، فإن عيّن الواقف ذلك بنفسه اكتفي بتعيينه، وإن لم يعين اكتفي عنه بالعرف⁽³⁾.

وهذا إذا لم يختص الموقوف بجماعة معينة، وإلا صرف لهم ككتب العلم.

ولا يبطل الوقف بعدم تعيين الوجه الذي يصرف فيه؛ لأنّ الوقف يراد به وجه الله تعالى والقرية إليه، فإذا لم يعين الواقف الجهة التي قصدتها كان مطلقاً ولم يجز إبطاله؛ لأنه لو صرح بقصدته لم يخرج عن حكم الوقف وهو إرادة وجه الله تعالى⁽⁴⁾.

- لا يشترط قبُولُ مستحقه. إذ قد يكون غير محصور، أو غير موجود، أو لا يمكن قبوله كمسجد، وهذا في غير المعين. وأما إذا كان المستحقّ معيّناً وأهلاً للقبول، بأن كان رشيداً، فيشترط قبوله. فإن كان غير رشيد فالعبرة بوليّه.

فإن ردّ المعين الأهل أو وليّ الصبي أو المجنون أو السفية، الوقف ولم يقبله،

(1) الذخيرة: 326/6.

(2) الذخيرة: 326/6.

(3) الإشراف: 675/2.

(4) المعونة: 1600/3.

فلا يرجع ملكاً لربه، ويصرف لغير المستحقّ باجتهاد الحاكم، لا لخصوص الفقراء. وهذا إذا جعله الواقف حبساً مطلقاً، قبله من عينه أم لا. وأمّا إن قصد المعين بخصوصه فإن رده عاد ملكاً للمحبس.

مبطلات الوقف:

بيطل الوقف بما يلي:

- يبطل بحصول مانع للواقف قبل أن يحوزه الموقوف عليه. فإذا لم يحزه الموقوف عليه، ولو كان سفيهاً أو صغيراً أو وليه، حتى حصل للواقف مانع من موت أو فلس أو مرض متصل بموته، بطل الوقف ورجع للغريم في الفليس وللوارث في الموت، إن لم يجزه - من الإجازة والإمضاء - الوارث أو الغريم، وإلا نفذ. وهذا إذا حبس في صحته. والمراد بالفليس هنا ما يشمل الأخص والأعمّ الذي هو إحاطة الدين. والمراد بالبطلان عدم التمام؛ لأنّ عدم إمضاء ذلك حقّ للغرماء في الفليس وللورثة في الموت. وأمّا من حبس في مرضه فهو كالوصية يخرج من الثلث إذا كان لغير وارث وإلا بطل كما يأتي. وللواقف في المرض الرجوع فيه لأنه كالوصية بخلاف الواقف في الصحة فلا رجوع له فيه قبل المانع، ويجبر على التحويّز إلا إذا شرط لنفسه الرجوع فله ذلك.

- يبطل بحصول مانع له بعد عود الوقف لواقفه قبل عام بعد أن حيز عنه، والحال أن للواقف العتّة، أي: عاد لاتفاعة بما وقفه، كغلة دارٍ وحنوت وحمّام ودابة، فإنه يبطل الوقف بحصول المانع للواقف حال استيلائه عليه قبل العام وقبل أن يحاز عنه ثانياً. وسواء أوقفه على محجوره أو غيره، عاد إليه بعوض كإجارة، أو بغيره ما لم يحز عنه ثانياً قبل المانع؛ وإلا لم يبطل.

ومفهوم: «قبل عام»، أنه لو عاد إليه بعد العام بكراء أو إرفاق. فحصل المانع، لم يبطل؛ لأنّ العام هو المدة التي يحصل بها اشتهاار الوقف غالباً، بخلاف الرهن إذا عاد للراهن فإنه يبطل بالمانع ولو طالّت حيازة المرتهن له. وهذا شامل للوقف على غير المحجور وعلى المحجور.

وإذا كان الوقف لا غلة له، نحو كُتّب العلم وسلاح، فإنه لا يبطل بالمانع إذا عاد ليد الواقف قبل عام. وأولى بعده، إذا صرفه قبل عوده له في مصرفه، بأن حيز عنه لمن يقرأ فيه بالنسبة للكتاب، أو لمن يقاتل به بالنسبة للسلاح، أو لمن ينجر به في نحو القدوم، فإنه كافٍ ولا يبطل بالمانع قبل العام.

- يبطل الوقف إذا كان الواقف في مَرَضٍ موته، وكان الموقوف عليه وارثاً، فيبطل الوقف ولو حمّله الثلث؛ لأن الوقف في المرض كالوصية، ولا وصية لوارث. والمراد بمرض الموت المرض الذي يعقبه الموت ولو كان خفيفاً.

ومحلّ البطلان فيما يبطل فيه الوقف حيث لم يجزه الوارث غير الموقوف عليه، فإن أجازته مضى.

فإن لم يكن الوقف في المرض على وارث بل على غير وارث، فيصح ويخرج من الثلث إن حمله الثلث، وإلا فلا يصح منه إلا ما حمله الثلث. ووجه ذلك أن الوقف في المرض كالوصية، ولا وصية فيما زاد على الثلث؛ لأن المريض محجور عليه لحق الورثة، فما يفعله موقوف على الثلث، فليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته؛ لأن ذلك تقدير ما أذن له الشرع فيه. وإنما لم يحكم بتنجزه من الثلث في الحال - أي: في حال المرض - لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط؛ لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله، فيؤدي إلى أن تكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز⁽¹⁾.

ويستثنى من بطلان وقف المريض على الوارث مسألة ولد الأعيان، وإن كان موضوعها أعم من ولد الأعيان إذ يشمل الوقف على غيرهم من الورثة. والمسألة هي الوقف المّعقب، أي: بإدخال العقب، أوقفه المريض على أولاده ونسله وعقبه، سواء كان للوقف غلة أم لا، فإنه يخرج من ثلثه إن حمله الثلث، فإن حمل الثلث بعضه جرى فيه ما سيذكر من القسم على الورثة فيما يحمله الثلث. وأولاد الأعيان هم أبناء الواقف من صلبه.

فيكون القسم كميّارث للوارث في القسم مما يخص الوارث، وليس ميراثاً حقيقة إذ لا يباع ولا يوهب، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو شرط الوارث تساويهما. وللزوجة في المثل الآتي الثمن من مناب الأولاد، وللأم السدس، والباقي للأولاد. فيدخل في الوقف جميع الورثة وإن لم يوقف عليهم. ويبيّن ذلك هذا المثل وهو:

ترك ثلاثة أولاد لصلبه هم أولاد الأعيان. وأربعة أولادٍ أولادٍ، أوقف عليهم في مرض شيئاً من ماله كدار، وعقبه بأن قال: وعقبهم. فالتعقيب شرط في هذه المسألة كالخروج من الثلث، فإن لم يعقبه بطل على الأولاد وصح على أولاد الأولاد.

وترك مع السبعة ممن يرث زوجةً وأماً، فيدخلان في مال الأولاد. وكذا كل من يرث ممن لم يوقف عليه كالأب، فما ينوب الأولاد ثلاثة أسهم من سبعة، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً أو بعضهم، وسواء أطلق أو سوى بين الذكر والأنثى، أو جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، إذ شرطه لا يعتبر فيما لأولاد الأعيان، بل للذكر مثل حظ الأنثيين على كل حال.

فيكون للزوجة من الثلاثة أسهم الثمن، وللأم منها السدس، وأربعة أسباعٍ لولدٍ

الولد وَقَفَّ عليهم يعمل فيها بشرط الواقف من تفاضل أو تسوية، بخلاف مال أولاد الصلب فإنه كالميراث للذكر فيه مثل حظ الأنثيين ولو شرط خلافه. ويدخل فيه من يرث.

ولكونه معقباً لم يبطل ما ناب الأولاد لتعلق حق غيرهم به. ولكون الوقف عليهم في المرض لا يصح مشاركتهم غيرهم من بقية الورثة.

وانظر في «أقرب المسالك»⁽¹⁾ قسم المسألة على طريقة الفرضيين، وما يترتب على حدوث ولد أو أكثر، وموت ولد أو أكثر، من انتقاض القسمة الأولى وانتقالها لقسمة أخرى. وأنه لو مات أولاد الأعيان وأولادهم كلهم رجع مراجع الأعباس لأقرب عصبة فقراء المحبسين.

- يبطل الوقف إذا كان على معصية، ككنيسة والواقف مسلماً، أو صرف غلته على خمر، أو شراء السلاح لقتال حرام، أو على حربى. وتقدم صحته على ذمى، وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً. كما يصح الوقف من ذمي على كنيسة، سواء على مرمتها أو على المرضي بها، كما هو قول ابن رشد. ودليل بطلان الوقف على معصية: قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ [النحل: 90].

وتقدم الحكم إذا عرا الوقف عن المعصية، ولم تظهر فيه قرينة.

- يبطل الوقف إذا كان على نفس الواقف ولو مع شريك غير وارث، كقوله: أوقفته على نفسي مع فلان، فإنه يبطل ما يخصه وكذا ما يخص الشريك. إلا إذا حازه الشريك قبل المانع؛ فإن كان شائعاً، فإن حاز الجميع قبل المانع صح له منابه، وإلا فلا. والدليل على عدم صحة التحبيس على النفس⁽²⁾: القياس على الهبة؛ لأن من ملك شيئاً بجهة من جهات الملك لم يملك أن ينقله إلى نفسه بغير تلك الجهة، أصله إذا وهب لنفسه شيئاً من ماله.

وأما ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يأكل من ثمر حبسه بخبير، وأن عثمان رضي الله عنه قال في بئر رومة التي اشتراها وتصدق بها: دلوي فيها كدلاء المسلمين. فالجواب عن فعل عمر أنه يحتمل أن يكون أكله بالشراء أو بحق القيام؛ وعن فعل عثمان أنه وقف عام - لم يخص به فقراء دون غيرهم - فيجوز أن يدخل في العموم ما لا يدخل في الخصوص⁽³⁾.

فإن أوقفه الواقف على نفسه ثم على أولاده وعقبه رجع حبساً بعد موته على

(1) أقرب المسالك: 302/2.

(2) الإشراف: 673/2، والمعونة: 1602/3، والمنتقى: 122/6، والذخيرة: 311/6.

(3) الذخيرة: 311/6.

عقبه، إن حازوا قبل المانع، وإلا بطل. هذا إن أوقف في صحته. فإن أوقف في مرضه صح، إن حملة الثلث، ورجع الأمر للتفصيل المتقدم في مسألة أولاد الأعيان.

- يبطل الوقف إذا كان على شرط أن يكون النظر للواقف؛ فإنه يبطل لما فيه من التحجير، ولمنافاته للحوز⁽¹⁾، هذا إن حصل مانع له. فإن اطلع قبل حصول مانع كان صحيحاً، وأجبر على جعل النظر لغيره. إلا إذا كان وقفه على محجوره، فله النظر.

- يبطل الوقف إذا جهل سببه لدين، إن كان الوقف على محجوره. وأولى إذا علم تقدم الدين على الوقف. وهذا فيما إذا حازه الواقف لمحجوره، مع وجود الشروط الثلاثة المتقدمة: من الإشهاد، وصرف الغلة، وكون الوقف غير دار سكنائه، وإلا بطل ولو علم تقدمه على الدين. والمعنى: أن من وقف على محجوره وفقاً وحازه له بالشروط المتقدمة؛ وكان على الواقف دين ولم يعلم هل الدين قبل الوقف أو بعده، فإن الوقف يبطل، ويباع للدين تقديماً للواجب على التبرع عند الجهل مع ضعف الحوز، ولذا لو حازه للمحجور أجنبي بإذن الولي لصح ولم يبطل عند جهل سببه للدين؛ كالولد الكبير والأجنبي يحوز لنفسه قبل المانع فلا يبطل بجهل السبق بل بتحقيقه. وأما لو حاز المحجور لنفسه، فهل يعتبر حوزه فلا يبطل الوقف عند جهل السبق؟ قال الشيخ الدردير: وهو الصحيح، سفيهاً كان أو صيباً، وقد تقدم.

فإن تحقق تقدم الوقف على الدين فلا يبطل، وتتبع ذمة الواقف بالدين.

وإن كان الوقف على غير محجوره ففي العلم بتقدم الدين على الوقف البطلان؛ وفي العلم بتقدم الوقف على الدين عدم البطلان؛ وفي الجهل بذلك عدم البطلان إن حازه الموقوف عليه قبل المانع.

- يبطل الوقف إذا لم يخل الواقف بين الناس وبين الموقوف الذي يطلب فيه الإخلاء للناس، كمسجدٍ ورباط ومدرسة، قبل المانع؛ فإنه يبطل إذا حصل للواقف مانع وهو باق على حجره وتحت حوزه، ويكون ميراثاً. فإن أخلى قبل المانع صح لأن الإخلاء المذكور حوز حكمي.

- يبطل الوقف من كافر لقربة من القرب الإسلامية، كمسجدٍ ورباط ومدرسة، فإذا حبس ذمي داراً على مسجد أو أرسل ذهباً للكعبة فإنها ترد إليه. ووجه المنع⁽²⁾:

أ - أن أموال الوقف أظهر الأموال وأطيبها، وأموال الكفار أبعد عن ذلك، فيجب أن تنزه المساجد عنها.

ب - حتى لا يكون للكافر فضل ومئة على القرب الإسلامية.

وأما وقف الذمي على كنيسة فإن كان على مرمتها أو على المرضى بها فالوقف

(1) الذخيرة: 6/329.

(2) المتقى: 6/123، والذخيرة: 6/312.

صحيح معمول به. فإن ترفعوا إلينا حكم بينهم بحكم الإسلام، أي: من إرضائه. وإن كان على عبادها حكم ببطلانه كذا نقل عن ابن رشد.

ما يكره في الوقف:

- يكره الوقف على بني الواقف الذكور دون بناته لصلبه. فإن وقع مضى ولا يفسخ على الأصح، وهو مذهب المدونة. ومقابلته ما مشى عليه الشيخ خليل من أنه لا يجوز - أي: يحرم - ويفسخ إن وقع، وهو قول ابن القاسم في العتبية. ومحل الخلاف في أمرين:

الأول: إذا حصل الوقف على البنين دون البنات في حال الصحة، وحصل الحوز قبل المانع. وأما لو كان الوقف في حالة المرض فباطل اتفاقاً ولو حيز؛ لأنه عطية لوارث؛ أو كان في حال الصحة وحصل المانع قبل الحوز، كما لو بقي الواقف ساكناً فيه حتى مات، فباطل اتفاقاً أيضاً.

الثاني: ما لم يحكم بصحته حاكم ولو مالكيًا، أي: يحكم بصحة الوقف على البنين دون البنات في حال الصحة، وإلا صح اتفاقاً؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف. ووجه بطلان الوقف على البنين دون البنات على القول به⁽¹⁾:

أ - ما علل به الإمام مالك بأنه من عمل الجاهلية. أي: يشبه عملهم؛ لأن أهل الجاهلية كانوا إذا حضر أحدهم ورثوا الذكور دون الإناث، فصار فيهم حرمان الإناث دون الذكور، فالوقف على هذا الوجه يشبه عمل الجاهلية. وقد جاء ذلك في قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا عَذَابٌ مُّهِينٌ ۚ وَالَّذِينَ كَفَرُوا سَيُجْزَوْنَ بِهِمْ ۚ وَصَفَّهُمْ إِنَّهُمْ كَافِرِينَ ۚ﴾ [الأنعام: 139].

ب - ما جاء من كراهة تفضيل بعض البنين في العطية، لا سيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر.

والكلام هنا في بني الواقف وبناته لصلبه، وأما بنو بنيه دون بنات بنيه، فيصح وقفه اتفاقاً. كما يصح اتفاقاً الوقف على بناته دون بنيه.

وجوب اتباع شرط الواقف:

يجب اتباع شرط الواقف إن جاز. سواء كان شرطه باللفظ أو بالكتابة. والمراد بالجواز ما قابل الممنوع، فيشمل المكروه وذلك كتخصيص الذكور دون الإناث، وكفرش المسجد بالبسط، وكأضحية عنه كل عام بعد موته. فإن لم يجز لم يتبع. ودليل وجوب اتباع شرط الواقف: أن المال ماله، ولم يأذن في صرفه إلا على وجه

(1) المتقى: 123/6، والذخيرة: 302/6.

مخصوص، والأصل في الأموال العصمة⁽¹⁾.

وذكر الإمام القرافي أنه ينبغي أن يخفف الواقف شروطه، وأن لا يضيق على متناوله؛ لأنه وسيلة إلى أكل الحرام بمخالفتها، وتيسيرها من باب الإحسان، فيكون أبلغ في الأجر، وقد تقدم ذكر حبس عمر رضي الله عنه وكيف وسع فيه⁽²⁾.
ومن الشرط الجائز ما يلي:

- اشتراط تخصيص أهل مذهب من المذاهب الأربعة بصرف الغلة لهم، أو بتدريس في مدرسته، أو بكونه إماماً في مسجده.

- اشتراط تخصيص ناظرٍ معين. بأن شرط الواقف أن فلاناً ناظر وقفه، فيجب اتباع شرطه، ولا يجوز العدول عنه لغيره. وليس له الإيضاء بالنظر لغيره، إلا أن يجعل له الواقف ذلك. وحيث مات الناظر والواقف حيّ جعل النظر لمن شاء. وإن كان ميتاً فوصيه إن وجد، وإلا فالحاكم. وللناظر عزل نفسه.

فإن لم يجعل الواقف للوقف ناظراً فالمستحق إن كان معيناً رشيداً، هو الذي يتولّى أمر الوقف، وإذا كان المستحق المعين أكثر من واحد وكانوا رشداءً، فإنه يقرع بينهم. فإن لم يكن المستحق رشيداً فوليه.

وإن كان المستحق غير معين كالفقراء فالحاكم يولّي من شاء، وأجرته من ريعه. وكذا إن كان الواقف على مسجد ونحوه، فإن الحاكم يولّي عليه من يشاء ممن يرتضيه، إن لم يكن الواقف حياً ولا وصي له.

- اشتراط تبدل شخص يعينه من المستحقين بكذا من غلة الوقف، ثم يقسم الباقي على البقية، فيجب العمل به لأن شرط الواقف كنص الشارع.

- اشتراط أنه إن احتاج من حبس عليه إلى البيع من الوقف باع، فيعمل بشرطه. ولا بد من إثبات الحاجة والحلف عليها، إلا أن يشترط أن يصدق بلا يمين.

- اشتراط أنه إن تسوّر على الوقف ظالم رجّع الوقف ملكاً له إن كان حياً، أو ملكاً لوارثه إن مات، أو ملكاً لفلان. فإنه يعمل بشرطه.

ورود لفظ الواقف بإطلاق:

إذا أطلق الواقف فلم يحدد جنس المنتفع ونصيبه، فيحمل على التسوية بين الذكر والأنثى، كما إذا قال: داري - مثلاً - وقف على أولادي أو أولاد زيد، ولم يبيّن تفضيل أحد على أحد، فإنه يحمل على تسوية الأنثى بالذكر في المصروف؛ لأن التسوية هي الأصل⁽³⁾. فإن قيد بشيء عمل به.

(2) الذخيرة: 322 / 6

(1) الذخيرة: 326 / 6

(3) الذخيرة: 329 / 6

حكم تصرف الناظر عند انعدام كتاب الوقف:

واعلم أنّ الواقف إذا مات وعدم كتاب الوقف، فإنه يقبل قول الناظر في الجهات التي يصرف عليها إن كان أميناً. وإذا ادعى الناظر أنه صرف الغلة صدق إن كان أميناً، ما لم يكن عليه شهود في أصل الوقف، فلا يصرف إلا باطلاعهم، ولا يقبل بدونهم. وإذا ادعى أنه صرف على الوقف مالاً من عنده صدق من غير يمين إن لم يكن متهماً، وإلا فيحلف. ولو التزم حين أخذ النظر أن يصرف على الوقف من ماله إن احتاج، لم يلزمه ذلك وله الرجوع بما صرفه. وله أن يقترض لمصلحة الوقف من غير إذن الحاكم ويصدق في ذلك.

مرجع الوقف عند انقطاعه بانقطاع المحبس عليه - في الوقف المؤبد :-

إذا انقطع الوقف المؤبد على جهة، بانقطاع الجهة التي وقف عليها، رجع حسباً لأقرب فقراء عَصَبَةِ الْمُحْبَسِ؛ فيقدم الابن، فابنه، فالأب، فالأخ، فابنه، فالجد، فالعم، فابنه. ولا يدخل فيه الواقف ولو فقيراً. ودليل رجوع الوقف لأقرب فقراء عَصَبَةِ الْمُحْبَسِ⁽¹⁾: أَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْأَقْرَبِينَ أَوْلَى مِنْهَا عَلَى الْأَبَاعِدِ، وَفِيهَا يَجْتَمِعُ الصَّلَةُ وَسَدَّ خَلَّةَ الْفُقَرَاءِ؛ لَمَا رَوَاهُ أَنَسٌ قَالَ: لَمَا نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ «لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا رَحِمْنَا بِهَا» قَالَ أَبُو طَلْحَةَ: أَرَى رَبَّنَا يَسْأَلُنَا مِنْ أَمْوَالِنَا فَأَشْهَدُكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنِّي قَدْ جَعَلْتُ أَرْضِي بِرَبِّحًا لِلَّهِ. قَالَ: فَقَالَ ﷺ: «اجْعَلْهَا فِي قَرَابَتِكَ» قَالَ: فَجَعَلْتُهَا فِي حَسَانِ بْنِ ثَابِتٍ وَأَبِي بَنِي كَعْبٍ، وَفِي رِوَايَةٍ قَالَ: «اجْعَلْهَا لِفُقَرَاءِ أَقَارِبِكَ»⁽²⁾.

ودليل عدم دخول المحبس وأنّ الحبس لا يعود على محبسه⁽³⁾:

أ - أنّ رجوعها إليه من الرجوع في الصدقة، وهو منهي عنه.

ب - أنّ الأصل في الحبس المؤبد ألا يرجع ما حبسه المحبس إلى ملكه؛ لأنّ لفظ التحبيس دال على إزالة ملكه عن منافعه على التأييد فلا رجوع له إليه، إلا إذا قيده بمدة أو بمعنيين كما سيأتي في الوقف الغير المؤبد. وإذا لم يرجع إليه فإنه يرجع على وجه الحبس إلى من يستحق ذلك يوم المرجع؛ لأنها منافع لا تورث عنه وإنما تؤخذ عنه على وجه الحبس، فيأخذها من يستحقها بعد انقراض المحبس عليهم المسمين في الحبس.

فإن كان الأقرب غنياً فلمن يليه في الرتبة، كما إذا لم يوجد، أي: فيقدر هذا

(1) المعونة: 1601/3، والمتقى: 132/6، والمقدمات: 421/2.

(2) أخرجه البخاري في الوصايا، باب إذا وقف أو أوصى لأقاربه؛ ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين.

(3) المتقى: 132/6، والمعلم: 354/2.

الغني عدماً. ووجه إلغاء الغني ولو كان قريباً أن إيثار ذوي الفقر والحاجة هو مقصود الصدقات والأحباس⁽¹⁾.

ورجع حبساً أيضاً لأقرب امرأة من فقراء أقارب المحبس، لو خلقت ذكراً لكانت عصبه، كال بنت والأخت والعمة. ووجه دخول المرأة أن الحبس إنما يصرف إلى العصبه الفقراء على وجه الصلة وسدّ الخلة، والمرأة من أحق الناس بذلك⁽²⁾.

ويستوي في الرجوع الذكر والأنثى. ولو شرط الواقف في أصل وقفه على المحبس عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين أو عكسه؛ لأن مرجعه ليس بإنشائه حتى يعمل فيه بشرطه الذي شرطه، وإنما حكم به الشرع عند انقطاع الحبس عليهم، فيعتبر الأصل والأصل في إطلاق الوقف التسوية بين الموقوف عليهم. إلا إذا قال: فإن انقطع الوقف رجع لأقرب فقراء عصبتي فللذكر مثل حظ الأنثيين؛ فإنه يعمل بشرطه في المرجع؛ لأن المرجع صار بذلك في معنى المحبس عليه.

ولا يرجع الوقف لأنثى لو كانت ذكراً لم تعصب، كبنيت بنت، بخلاف بنت الابن.

ضيق الوقف المؤبد عن الكفاية:

إذا ضاق الوقف عن الكفاية في الغلة الناشئة عنه، فدمّ الأقرب من الإناث فلا يدخل معهن الأبعد من العصبه. فإذا كان له بنات وإخوة وضاق الوقف عن كفاية الجميع قدم البنات؛ أي: اختصن بما يغنيهن لا إيثارهن بالجميع، ولو زاد على ما يكفيهن. وأما المساوي للأنثى فيشاركها مطلقاً، قال ابن هارون: المشهور أن البنت إن كانت مساوية للعاصب شاركتها في السعة والضيق، وإن كانت أقرب منه قدمت عليه في الضيق، وإن كانت أبعد منه قدم العاصب عليها في السعة والضيق.

واعلم أن الأقسام ثلاثة: مشاركة في الضيق والسعة إذا تساوى النساء مع العصبه كأخ وأخوات، وعدم المشاركة في الضيق والسعة إذا كان النساء أبعد من العاصب كأخ وعمه، ومشاركة في السعة دون الضيق إذا كان النساء أقرب.

فالحاصل أنه إذا ضاق الوقف عن الكفاية، فإن كانوا ذكوراً فقط قدم في الكفاية الأقرب فالأقرب. وإن كنّ إناثاً فقط اشتركن سعة وضيقاً، إلا البنات فيقدمن في الضيق. وإن كنّ ذكوراً وإناثاً فإن كان الذكور أقرب قدموا على الإناث سعة وضيقاً؛ وإن كانوا متساوين اشترك الكلّ سعة وضيقاً على المعتمد؛ وإن كان الإناث أقرب اشترك الكل في السعة وعند الضيق تقدم البنات.

وإن وقّف على مُعيّنين كزيد وعمرو وخالد، وأن يكون الوقف بعدهم للفقراء،

(1) المتقى: 6/126.

(2) المتقى: 6/132.

فنصيب كل من مات من المعينين يكون للفقراء، لا للحي منهم، وسواء قال: حياتهم، أم لا. ووجه كون الباقي يكون للفقراء ولا يرجع للحيّ منهم أنّ الواقف نصّ على الفقراء فيها؛ وأنّه لما كان الوقف فيها مستمراً احتيط لجانب الفقراء، فكان لهم نصيب كلّ من مات.

وأما لو قال: وقف على أولادي وأولادهم، سواء قال: الطبقة العليا تحجب السفلى أم لا، فإن من مات من الطبقة العليا انتقل نصيبه لولده وإلا فلاخوته؛ كذا أفتى ابن رشد بناء على الترتيب في الوقت باعتبار كل واحد على حدته، كأنه قال: على فلان ثم ولده، وعلى فلان ثم ولده وهكذا. فكل من مات انتقل نصيبه لولده لا لإخوته، فيكون معنى الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى من فرعها دون فرع غيرها. ومعنى: على أولادي ثم على أولادهم، أي: على ولدي فلان ثم من بعده على ولده إلى آخر ما تقدم. وخالفه ابن الحاج وقال: بل يكون نصيب من مات لإخوته، بناء على أن الترتيب باعتبار المجموع، أي: لا ينتقل للطبقة الثانية إلا إذا لم يبق أحد من الأولى، انتهى. وهذا إذا لم يصرح بشيء أو لم يجر العرف به، وإلا عمل عليه لأنّ ألفاظ الواقف مبناها على العرف، والعرف عندنا بمصر على فتوى ابن رشد.

مرجع الوقف الغير المؤبد:

إذا لم يؤبد الوقف؛ فلا يخلو إما أن يقيد بشيء أو لا؟ فإن قيّد بحياتهم أو حياة الواقف أو حياة زيد؛ أو قيّد بأجل كعشرة أعوام، والحال أنّ الوقف على معيّنين كقوله: وقفته على أولادي أو على أولاد فلان مدة حياتهم، أو مدة حياة الواقف إلى آخره؛ فمن مات منهم فنصيبه لبقية أصحابه حتى ينقضوا. ثم إذا انقضوا ولم يبق منهم أحد يرجع الوقف ملكاً لربّه أو لوارثه إن مات. ووجه رجوعه هنا إلى مالكة أو وارثه أنّ التقييد بالحياة على معيّنين يعتبر هبة منافع وقعت بلفظ التحبّيس، فإذا كانت داراً فهو عمري؛ لأنّ التقييد بالحياة قرينة على ذلك⁽¹⁾، كما سيأتي.

وأما لو كان الوقف على غير معيّنين كالفقراء، فلا يعود على مالكة ولا إلى وارثه؛ لأنّ من وقف عليهم لا يتأتى انقطاعهم، بل هو باقون فيبقى الوقف ما بقوا⁽²⁾.

وإذا لم يقيد بشيء ممّا تقدم بأن أطلق الواقف، فيرجع نصيب من مات للباقي من أصحابه، وبعد انقراض جميعهم فيرجع مرجع الأحباس، لأقرب عصابة المحبس من فقرائهم، ولامرأة لو فرضت ذكراً عصبت إلى آخر ما تقدم. فإن لم يكن له عصابة أو انقضوا فللفقراء بالاجتهاد من الناظر. ووجه رجوع نصيب من مات للباقي من أصحابه

(1) الذخيرة: 324/6.

(2) المعلم: 353/2، وإكمال الإكمال: 614/4.

ولا يرجع ملكاً أو مراجع الأحياس إلا بانقراض جميعهم، أي: لماذا لم يرجع نصيب من مات منهم مراجع الأحياس وهم فقراء عصابة المحبس؟؛ والجواب أنه لما كان يرجع ملكاً احتيط لجانب الموقوف عليهم، ليستمر الوقف بتمامها طول حياتهم؛ ولأن الواقف لم ينصّ على الفقراء، بل إنما الرجوع بحكم الشرع بعد انقراض الموقوف عليهم. ومن هنا افتردت هذه المسألة عن التي قبلها، وهي: «إن وَقَفَ على مُعَيَّنِينَ كزید وعمرو وخالد، وأن يكون الوقف بعدهم للفقراء».

مرجع الوقف عند خراب الموقوف عليه:

إذا حبس على شيء، كقنطرة ومسجد ومدرسة، وخربت هذه ولم يرج عودها في مثلها حقيقة إن أمكن؛ رجح الحبس في قنطرة أخرى أو مسجد آخر أو مدرسة أخرى. فإن لم يمكن ففي مثلها نوعاً أي: في قرية. فإن رجي عودها وقف لها، ليصرف في ترميمها وتجديدها وما يتعلق بإصلاحها.

ومن حبس على طلبة العلم بمحلّ عيّنه، ثم تعذر ذلك المحل، فإنّ الحبس لا يبطل بل ينقل لمثله.

إصلاح الوقف والنفقة عليه وعدم جواز بيعه إذا كان عقاراً ولو خرب:

إذا كان للوقف غلّة فيجب على الناظر أن يبدأ بإصلاح الوقف منها إن حصل به خلل؛ وأن ينفق عليه منها إن كان يحتاج لنفقة كالحیوان، وإن شرط الواقف خلافه فلا يتبع شرطه في ذلك؛ لأنه خلاف سنة الوقف، ولأنه يؤدي إلى إتلافه وعدم بقائه⁽¹⁾، وهو لا يجوز.

وإذا لم يكن للوقف ريع وحصل به خلل كدار، وأبى ساكنها الموقوف عليه الإصلاح بعد أن طلب منه، فإنه يخرج لتكرى لأجل أن تكرى للإصلاح بذلك الكراء، فإذا أصلحت رجعت بعد مدة الإجارة للموقوف عليه. فإن أصلحها ابتداء لم يخرج. وهذا إذا لم يكن للوقف ريع. أي: كما لو وقف داراً على فلان يسكن فيها. وأما لو جعل واقف المسجد بيتاً من بيوته الموقوفة لإمام ونحوه يسكن فيه، فإن إصلاحه من ريع الوقف، لا على الإمام ونحوه، ولا يكرى البيت لذلك.

ويرد على الإكراء للإصلاح سؤال، وهو إن إكراءها تغيير للمحبس؛ لأنها لم تحبس إلا للسكنى لا للإكراء؟ والجواب أنه لو سلم أنها لم تحبس إلا للسكنى؛ لأنّ المحبس يعلم أنها تحتاج للإصلاح، ولم يوقف لها ما تصلح به، فبالضرورة يكون أدناً في كرائها لغير من حبست عليه عند الحاجة لذلك.

وعن الإمام اللخمي أنّ نفقة الوقف ثلاثة أقسام:

الأول: دور الغلة - أي: الكراء - والحوانيت والفنادق، وهي تصلح من غلتها.

الثاني: دور السكنى، يخير من حبست عليه بين إصلاحها وإكرائها بما تصلح بها

منه؛ حفظاً لأصل الوقف.

الثالث: البساتين إن حبست على من لا تسلّم إليه، بل تقسم غلتها عليه، وتساقى

أو يستأجر عليها من غلتها. وإن كانت على معينين هم يلونها بالنفقة عليها والإبل والبقر

والغنم كالثمار.

وأما دواب الجهاد والرباط، فإنّ النفقة عليها من بيت المال، ولا يلزم المحبس

نفقتها، ولا يلزم أيضاً المحبس عليه سواء كان معيناً أو غير معين، ولا تؤاجر لينفق

عليها من غلتها؛ فعلى السلطان أو نائبه إجراء النفقة عليها من بيت مال المسلمين. وإن

لم يكن بيت مال أو لم يمكن التوصل إليه بيعت وِعُوِّضَتْ به سلاحٌ ونحوه مما لا نفقة

له؛ لأنّه أقرب لغرض الواقف.

فإن كانت مما وقف على معين، أي: في غير الجهاد بل ينتفع الموقوف عليه به

في أمور نفسه، فإنّ نفقته على الموقوف عليه.

وكذلك يباع - إذا كان غير عقار - ما لا يُنتفعُ به فيما حبس عليه وينتفع به في

غيره، إذ شرط المبيع الانتفاع به. ومن ذلك الذي لا يُنتفعُ به فيما حبس عليه وينتفع به

في غيره، الثوب والحيوان وكتب علم تبلى أو لا ينتفع بها في تلك المدرسة، فتباع

ويجعل الثمن في مثله كاملاً إن أمكن، أو في جزء من ذلك الشيء إن لم يمكن شراء

كامل، بأن يشارك به في شيء. فإن لم يمكن تصدق بالثمن.

فبيع أفضل الذكور، أي: ما زاد عن الحاجة للنزو أو غيره؛ وما كبر - بكسر

الباء⁽¹⁾ - من الإناث؛ ويجعل ثمنها في إناث لتحصيل اللبن والنتاج منها ليدوم الوقف؛

يعني أن من أوقف شيئاً من الأنعام بالبانها وأصوافها وأوبارها، فنسلها كأصلها في

التحبيس. فما فضل من ذكور نسلها عن النزو وما كبر من إناثها فإنه يباع ويعوّض عنه

إناث صغار لتمام النفع بها في النسل واللبن. والدليل على جواز بيع الحيوان إذا كبر

وخيف عليه العطب والهلاك أو فضل عن الحاجة⁽²⁾: أنه إذا لم يكن فيه منفعة في

الحال ولا في المرتقب في الوجه الذي حبس عليه، لم يكن في تبقيته فائدة إلا تعريضه

للتلف وهو فساد، وذلك غير جائز لأنّ إضاعة المال منهى عنها. وفي بيعه إمكان

الانتفاع به في غير ما حبس فيه كالحمل والطحن.

(1) كبر بالفتح يكون في المعاني، قال تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ﴾، والفتح فمعناه الطبل الكبير.

(2) المعونة: 1595/4، والمنتقى: 131/6، والذخيرة: 328/6.

أما العقار المحبس فلا يجوز بيعه ولا يصح، وإن خرب - بكسر الراء - وصار لا ينتفع به. وسواء كان داراً أو حوانيت أو غيرها. فلا يباع ولو بغيره من جنسه، كاستبداله بمثله غير خرب فلا يجوز. ولا يجوز بيع نقضه من أحجار أو أخشاب؛ فإن تعذر عودها فيما حبست فيه جاز نقلها في مثله على ما تقدم. ودليل عدم جواز بيع العقار⁽¹⁾:

أ - أن في بيعه إبطال شرط الواقف وحلاً لما عقده، وذلك غير جائز.

ب - أن العمارة تنتقل من مكان إلى آخر، فلم يكن في تبقيته على خرابه إتلاف له لجواز عودة العمارة إليه.

ج - أن في بيعه إبطاً لحق من جعل له فيه حق بعد خرابه.

هذا في الوقف الصحيح، وأما الباطل كالمساجد والمدارس التي بناها الملوك والأمراء بقرافة مصر، ونبشوا مقابر المسلمين وضيعوا عليهم، فهذه يجب هدمها قطعاً، ونقضها محلّه بيت المال يصرف في مصالح المسلمين، فتباع لذلك أو يبنى بها مسجد في محلّ جائز أو قنطرة لنفع العامة. ولا تكون لوارثهم إذ هم لا يملكون منها شيئاً، وأتى لهم ملكها وهم السماعون للكذب الأكالون للسحت، يكون الواحد منهم عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء وهو كلّ على مولاه، فإذا استولى بظلمه على المسلمين سلبهم أموالهم وصرّفها فيما يغضب الله ورسوله، ويحسبون أنهم مهتدون. وأمّا ما رتبوه عليها من الوظائف فيجوز تناوله بوصف الاستحقاق من بيت المال، ولو لم يعمل بما رتب فيه من أذان أو قراءة أو تدريس أو نحو ذلك.

وأما مساجدهم ومدارسهم التي بوسط البلد فنافذة لأنها من مصالح المسلمين.

وإذا منع بيع الوقف وأنقاضه - ولو خرب - فهل يجوز للناظر إذا تعذر عوده من غلة وأجرة أن يأذن لمن يعمره من عنده على أن البناء يكون للباني ملكاً وخلواً، ويجعل في نظير الأرض حكراً يدفع للمستحقين أو لخدمة المسجد؟ أفتى الناصر اللقاني بالجواز، وعليه الأجهوري وأتباعه. وهذا هو الذي يسمى خلواً، لا ما يفعله أهل مصر من المفاصلة التي تقدم بعضها. وكثيراً ما يقع من النظائر بيع مواقف المسجد وخلواته ليتوصلوا بذلك إلى الاستيلاء على نفس المساجد ويدخلون فيها دوابهم، وبالجملة متى أمكنهم شيء فعلوه لبس ما كانوا يفعلون.

ويستثنى من منع بيع العقار المحبس، إذا بيع لتوسيع مسجد جامع فيجوز؛ أو توسعة مقبرة أو طريقٍ لمرور الناس، فيجوز بيع الوقف لذلك ولو جبراً على المستحقين أو الناظر. وإذا كان ذلك في الحبس فالملك أولى. وسواء كان الوقف على معينين أو

(1) المعونة: 3/1594، والمنتقى: 6/131.

غيرهم. ودليل الجواز⁽¹⁾:

أ - فعل السلف، فقد عملوا ذلك في مسجده ﷺ.

ب - ترجيح المنفعة العامة على المنفعة الخاصة، والنفع في توسيع المسجد والمقبرة والطريق عام أعم من نفع الدار المحيطة. وعلى هذا فإن الإنسان المجاور للمسجد يجبر على بيع داره لتوسعته إذا ضاق.

واختلف في معنى الجامع، هل هو كل مسجد للجمعة أو للجماعة وهو ظاهر سماع ابن القاسم، وهو قول سحنون، بناء على أنه إذا جاز توسيع الطريق به فأولى مساجد الجماعات⁽²⁾؛ أو هو الذي تقام فيه الجمعة إن احتيج لذلك لا في مساجد الجماعات، إذ ليست الضرورة فيها كالجوامع، وهو قول مالك والأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم. ووجه القول الثاني أن الأحباس إنما تغير إلى المنافع العامة دون الخاصة، وذلك في مثل الجوامع، وأما مساجد القبائل - أي: الأحياء الصغيرة - فإنها خاصة، وهي يصح أن يوجد في البلد الواحد منها كثير، فمتى ضاق مسجد بني بالقرب منه مسجد يتسع فيه⁽³⁾. وهذا مبني على عدم صحة تعدد جوامع الجمعة.

ويؤمر المستحقون وجوباً بجعل ثمنه في حبس غيره، ولا يجبرهم الحاكم على ذلك. وذكر المسناوي في فتوى أبي سعيد بن لب أن ما وسع به المسجد من الرباع لا يجب أن يعوّض فيه ثمن، إلا ما كان ملكاً أو حبساً على معين؛ وأما ما كان حبساً على غير معين كالفقراء فلا يلزم تعويضه، أي: دفع ثمن فيه؛ لأنه إذا كان على معين لم يتعلّق به حق لمعين، وما يحصل من الأجر لواقفه إذا دخل في المسجد أعظم ممّا قصد تحييسه لأجله أولاً.

واعتمد الإمام مالك على منع بيع العقار ولو خرب على ما رآه من بقاء أحباس السلف دائرة، وهو دليل على منع ذلك. وروى أبو الفرج عنه رواية أخرى أنه إن رأى الإمام يبيع ذلك لمصلحة جاز، ويجعل ثمنه في مثله، وهو مذهب أبي حنيفة⁽⁴⁾. وإذا أتلّف الحبس، فإنّ من أتلّفه يلزمه القيمة ويشتري بها مثله أو جزءاً منه. وهذا ظاهر إن كان غير عقار. وأما العقار فيعاد بقيمته فنقضه وقف؛ فيقوم سالماً ومهدوماً، ويؤخذ من متلفه قيمة النقص يقوم بها مع النقص الحبس.

حكم من بنى مسجداً ثم باعه⁽⁵⁾:

من بنى مسجداً في قرية، وحبسه وصلى فيه، ثم باعه أو تصدق به على من هدمه

(2) المنتقى: 130/6.

(1) الذخيرة: 331/6.

(3) المنتقى: 130/6.

(4) المنتقى: 130/6، وبلغه السالك: 308/2. (5) المنتقى: 130/6.

وبناه داراً؛ فإن البيع أو التصديق يفسخ، ويردّ البناء إلى ما كان عليه من الحبس؛ لأنّ المسجد خرج لله فلا يباع ولا يغير؛ لأنّه من الأحباس اللازمة، بل هي أوكدّها؛ لأنّ الله تعالى أضافها إليه في قوله: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسْجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا أُولَٰئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَائِفِينَ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [البقرة: 114].

ويمنع من تملك مسجداً بعد انتهاء أمد تحبيسه من استدامة تملكه على الصورة التي بني عليها مسجداً، لما في ذلك من السيئة والذريعة إلى تملك المساجد. كما يمنع من أراد بناء مسجد من أن يعدل عن البناء الذي تبنى عليه المساجد. وما كان في المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته وسلاسله وقناديله وبنائه وجذوعه ما انكسر منها، فإن ذلك تبع له وتردّ إليه.

بناء مسجد في مقبرة عفت⁽¹⁾:

إذا عفت مقبرة، فلا بأس أن يبنى فيها مسجد. ويجوز التوسع في مقبرة بأن يدفن الموتى في أرض المسجد. ووجه الجواز أنّ الحسين لله تعالى لا يتعلق به حقّ لغيره، فلا بأس بصرف منافع بعضها إلى بعض، وليس في ذلك شبه بالبيع.

تناقل حسين على رجلين⁽²⁾:

إذا حبس على كلّ واحد من رجلين حبس منفرد، لم يجز لهما أن يتناقلاه؛ لأنّ الحبس عقد لازم فلم يصحّ فيه المبايعه، والمناقلة نوع من المبيع.

ألفاظ الواقف وما تناوله:

- لفظ «الذرية» في قوله: ذريتي أو ذرية فلان، يتناول: الحافد، وهو ولد البنت فيدخل الأولاد وأولادهم ذكوراً وإناثاً. ودليل دخوله: قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ وَأَيُّوبَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: 84، 85]، والآية في شأن إبراهيم عليه السلام. ووجه الاستدلال أنه تعالى جعل عيسى عليه السلام من ذريته، وإن لم يكن ولد ابن وإنما هو ولد بنت⁽³⁾.

- لفظ: «ولد فلان وفلانة الذكور والإناث وأولادهم» يتناول الحافد.

- لفظ: «ولدي الذكور والإناث وأولادهم» يتناول الحافد؛ لأنّ نصّ على الإناث مع الذكور ثم نصّ على أولادهم، فدخل ولد البنات بالنصّ من لفظ الواقف لا بالتأويل.

(2) المستقى: 130/6.

(1) المستقى: 130/6.

(3) المستقى: 124/6، والذخيرة: 356/6.

- لفظ: «أولادي وأولادهم» يتناول الحافد.

- لفظ: «وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي»، فلا يتناول الحافد، بل أولاده ذكوراً وإناثاً، وأولاد أولاده الذكور دون الإناث، رواه ابن وهب عن مالك ورجحه ابن رشد في المقدمات.
وقال أبو الحسن: يدخل في ولدي وولد ولدي: الحافد، وتأول كلام الإمام مالك. قال ابن غازي: وهو المشهور. ونقل القرافي أنه كان القضاء به في الأندلس⁽¹⁾.

- لفظ: «أولادي وأولاد أولادي»، لا يدخل الحافد على الراجح، وقيل بدخوله كالذي قبله.

والدليل⁽²⁾ على ما رجحه ابن رشد من عدم دخول الحافد - ولد البنت - في لفظي «وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي»، و «أولادي وأولاد أولادي»:

أ - أنّ الولد في عرف الشرع لا يقع حقيقة إلا على من يرجع نسبه إليه من ولد الأبناء دون ولد البنات، ويكون له الميراث، يدلّ على ذلك الإجماع على أنّ ولد البنات لا ميراث لهم فلا يدخلون في قوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي ذُرِّيَّتِكُمْ﴾ [النساء: 11]، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ وَوَرِثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُولَئِكَ ثُلُثٌ﴾، ولا خلاف أنّ ولد الولد يؤثر في ردّ الأم إلى السدس، ولا تأثير في ذلك لولد البنات.
ب - قياس الوقف على الميراث.

ج - أنّ العرف لا يتناوله، فالعرف مقصور على الذكر، وإن كان في اللغة عاماً.

ودليل من قال بدخول الحافد⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿حَرَّمَ تَعَالَى أَنْ يَصْلَحَ بِهِ بَيْنَ فِتْنَتَيْنِ عَظِيمَتَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى لما حرم البنات، فحرمت بذلك بنت البنت، فدال ذلك على وجوب دخولها في حبس أبيها إذا حبس على ولده.

ب - عن أبي بكر أنّ رسول الله ﷺ قال في الحسن بن علي رضي الله عنهما: «إنّ ابني هذا سيّد، ولعلّ الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ سمى ابن بنته ابناً.

وردّ ابن رشد على هذا الاستدلال بأنّ ولد البنت وإن وقع عليه اسم ولد في اللغة لوجود معنى الولادة فيه، كما وقع على ولد الابن لوجود معنى الولادة، فإنّه ليس بولد

(1) الذخيرة: 354/6.

(2) المتقى: 124/6، والمقدمات: 426/2، والذخيرة: 352/6.

(3) المتقى: 124/6، والمقدمات: 426/2، والذخيرة: 352/6.

(4) أخرجه البخاري في الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن.

في الشرع، كما إن ولد الزنا ليس بولد في الشرع، وإن وقع عليه اسم ولد في اللغة لوجود معنى الولادة فيه؛ لأنه قد تعرّف باسم الولد في الشرع من يستحق الميراث والنسب دون من لا يستحقّه.

وأما القرافي فردّه بأن دخول البنت في التحريم في الآية من باب المجاز، ولا يلزم من حمل اللفظ على المجاز في صورة حمله عليه في صورة أخرى. وكذلك الحديث محمول على المجاز، ولو حملت آية الموارث على المجاز مثله للزم ترك العمل بالدليل فيها.

وذكر ابن رشد أن الولد يطلق على ثلاثة أقسام:

الأول: يطلق من جهة اللغة والشرع، وهو الولد الذي ثبت له أحكام الشريعة من الموارثة والنسب.

الثاني: يطلق من جهة اللغة خاصة، وهو الولد الذي يوجد فيه معنى الولادة، ولا تثبت له أحكام الشريعة، فهو ولد على الحقيقة في اللغة. ويدخل فيه قول النبي ﷺ في الحسن بن علي رضي الله عنهما: «إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ». ويدخل أيضاً قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: 23]، إلا أنه حملت الأمهات والبنت على العموم في كل من يقع عليه اسم أم أو بنت في اللغة بوجود معنى الولادة فيه، فحرمت أم الأم وإن علت، وبنت البنت وإن سفلت. ووجه حمل الآية على العموم اللغوي أنه لا أحد قائل بأن بنت البنت محرمة بغير القرآن.

وأما عدم دخول ولد البنت في الميراث وفي هذه المسألة في الوقف فهو بما ثبت بالسنة والإجماع من تخصيص الأولاد في قوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي ذُلِّكُمْ مِنْ بَيْنِ يَدَيْكُمْ﴾ بمن ينتسب إلى الرجل دون من لا ينتسب إليه، أي: من أولاده الذكور دون الإناث؛ وبالولد الشرعي دون غيره.

الثالث: يطلق مجازاً لا حقيقة، كأولاد الأدياء؛ وكالرجل يقول للصبوي الأجنبي: يا ولدي، يريد تقريبه، وما أشبه ذلك⁽¹⁾.

- لفظ: «بني وبني بني»، بتشديد الياء، فلا يدخل الحافد.

- لفظ: «نسلي». لا يدخل فيه الحافد.

- لفظ: «عقبى». لا يدخل فيه الحافد.

ووجه عدم تناول الحافد في النسل والعقب، أن العرف لا يتناول فيهما، فالعرف مقصور على الذكر وإن كان في اللغة عاماً. فإذا كان العرف عندهم شموله دخل؛ لأن مبنى هذه الألفاظ العرف.

ثم الألفاظ المتقدمة التي ذكرنا فيها أنها تتناول الحافد، قال بعضهم: وإن سفل. ورد الشيخ البناني بأنه ليس بصحيح، لقول ابن رشد في المقدمات ما نصه: ولو كرر التعقيب لدخل ولد البنات إلى الدرجة التي انتهى إليها المحبس على ما ذهب إليه الشيوخ. ثم استظهره وقال: إنه المعمول به، وتبعه أبو الحسن واقتصر عليه ابن عرفة والقرافي وغيرهما. وجرى به العمل قديماً وحديثاً.

هذا وإن لفظ الحافد في العرف مقصور على ولد البنت. والذي يفيد تفسير المفسرين لقوله تعالى: ﴿وَحَمَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْبِئِكُمْ بَيْنَ وَحَفَدَةٍ﴾ [النحل: 72] أن المراد بهم أولاد الذكور وأولاد البنات. وفي القاموس: السبط ولد الولد، ظاهره ذكراً كان أو أنثى، فهو مرادف للحفيد.

- لفظ: «الإخوة». ك«وقف على إخوتي أو إخوة زيد»، فيتناول الأنثى منهم من أي جهة كانوا، لقوله تعالى: ﴿إِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَبِيهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: 11]، فالإخوة هنا الذين يسقطون الأم من الثلث إلى السدس، كانوا ذكوراً أو إناثاً، أشقاء أو لأب أو لأم⁽¹⁾.

- لفظ: «رجال إخوتي ونساؤهم» يتناول الصغير منهم ذكراً وأنثى.

- لفظ: «بني أبي». يتناول إخوته الذكور، أشقاء أو لأب دون الأخوات، ويتناول أولادهم الذكور خاصة. ويدخل أيضاً ابن الواقف دون بناته لتعبيره ببني.

- لفظ: «آلي وأهلي» يتناول العصبية الذكور، وكل امرأة لو فرضت رجلاً عصبت، كالبت وبت الابن والعمة دون بنت البنت والخالة.

- لفظ: «أقاربي أو أقارب فلان» يتناول أقارب جهة أبيه وجهة أمه، مطلقاً ذكوراً وإناثاً، كان من يقرب لأمه في جهة أبيها وأمها أي: ذكوراً وإناثاً. هذا هو المشهور، وقال ابن حبيب: وهو قول جميع أصحاب مالك. وقال ابن القاسم: لا يدخل الخال والخالة ولا قرابته من قبل أمه إلا إذا لم يكن له قرابة من جهة الأب، أي: حين الإيقاف. والمعتمد دخول الجهتين وإن كانوا ذميين.

- لفظ: «قومه» يتناول عصبته الذكور فقط لا النساء، ولو من فرضت رجلاً عصبت، إذ القوم حقيقة في الذكور دون النساء؛ لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَسْخَرُونَ مِنْ قَوْمٍ عَسَوْا أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءِ عَسَوْا أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ﴾ [الحجرات: 11]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى فرق بين القوم والنساء، فدل على أن القوم هم الرجال⁽²⁾.

- لفظ: «الطفل والصبي والصغير» يتناول كل لفظ كل من الألفاظ من لم يبلغ، فإن بلغ فلا شيء له.

- لفظ: «الشابُّ والحدثُ» يتناول من البلوغ أي: من بلغ لتمام الأربعين أي: لتمامها، فإن تمَّ الأربعين فلا شيء له.
- لفظ: «الكهْلُ» يتناول من تمام الأربعين لتمام الستين.
- لفظ: «الشَّيْخُ» يتناول من فوق الستين لآخر العمر، وليس فوق الشيخ شيء.
- وما ذكر من الطفل وما بعده يشمل الأنثى، فلا يختص بالذكر. وكذلك لفظ «الأرامل» فإنه يشمل الأنثى؛ لأن المراد الشخص الأرملة أي: الخالي من زوج.
- لفظ: «في سبيل الله»، فهو للغزو. فالطاعات كلها سبل وطرق إلى الله تعالى، غير أن الغزو أشهر في عرف الشرع، فتعيَّن حمل اللفظ عليه. ويجوز أن يصرف في الربط⁽¹⁾.

ملكية ذات الوقف:

- ملكُ ذاتِ الوقف مبتدأ باق للواقف، دون الغلة كالأجرة واللبن والصوف والثمرة. والدليل على بقاء ملكية ذات الموقوف للواقف⁽²⁾:
- أ - قوله ﷺ في حديث عمر بن الخطاب المتقدم: «إن شئت حبست أصلها»، وهذا يقتضي بقاء الأصل على ما كان عليه من ملك صاحبها له.
- ب - القياس على العارية؛ لأنَّ المالك تصدَّق بالمنافع وألزم نفسه ذلك، وليس في هذا إخراج الأصل عن ملكه كالعارية.
- ج - أنَّ الأصل استصحاب ملك العين المملوكة لصاحبها بحسب الإمكان، وإذا اقتضي سبب نقل ملك أو إسقاطه قصر ذلك على أدنى الرتب فلا يرقى إلى أعلاها، والوقف هاهنا يقتضي الإسقاط، فاقصر بأن يكون الإسقاط على المرتبة الدنيا وهي المنافع دون الرقبة، جمعاً بين سبب نقل الملك وقاعدة الاستصحاب.
- ولا ينتقل الموقوف إلى ملك الموقوف عليهم، والدليل⁽³⁾:
- أ - أنَّ النبي ﷺ أشار على عمر بن الخطاب بالتحبيس، والتحبيس ينفي نقل الملك؛ لأنَّ من ملك غيره شيئاً لا يقال حبسه.
- ب - أنه بنقل الملك يكون لا فرق بين الأصل وبين الثمرة، وقد ثبت أنَّ الثمرة تخرج عن ملكه إلى ملك الموقوف عليهم، دون أن يكون لهم الحق في التصرف في الأصل بالبيع والهبة ونحو ذلك في حياتهم وبعد مماتهم، فدلَّ على أنَّ الأصل لا يكون ملكاً لهم.

(1) الذخيرة: 360 / 6.

(2) الإشراف: 672 / 2، المتقى: 121 / 6، والذخيرة: 328 / 6.

(3) الإشراف: 672 / 2.

وكذلك لا ينتقل ملك الموقوف عن المالك إلى غير مالك - أي: إلى الله تعالى -؛ لأنَّ كلَّ ما لا يصحُّ بيعه لا بدُّ له من مالك⁽¹⁾.

وله إن كان حياً أو لوارثه إن مات منعٌ من أراد إصلاحه، إذا احتاج للإصلاح؛ لأنه ليس لأحد أن يتصرّف في ملك غيره إلا بإذنه، ولأنَّ إصلاح الغير مظنة الضرر. وهذا إذا أرادوه إصلاحه بأنفسهم؛ وإلا فليس لهم المنع. كما ليس للإمام أيضاً منع من أراد التبرع بإصلاح الوقف؛ لأنه من التعاون على الخير.

ومحلّ كون الملك للواقف فإنّه في غير المساجد، وأمّا هي فقد ارتفع ملك الواقف عنها قطعاً، لاتفاق العلماء على أن الوقف من باب إسقاط الملك.

ما يجوز لناظر الوقف فعله:

يجوز لناظر أن يكرى الوقف السنّة والسنتين، لغير من مرجع الذات الموقوفة له، إن كان الوقف أرضاً للزراعة وقفت على مُعيّن كزيد أو عمرو أو أولادي.

وإن لم يكن الوقف على معين - بأن كان على الفقراء أو العلماء أو نحو ذلك - أو كانت على مسجد، فيجوز الكراء الأربعة من الأعوام لا أكثر، إذ لا خراب يلحقها. وذلك إذا لم يشترط الواقف مدّة وإلا عمل عليها كثرت أو قلت.

هذا إذا لم يكن مرجع الوقف للمكتري ولا ضرورة أن يكرى.

ويجوز أن يكرىها لمن مرجعها له وقفاً أو ملكاً العشرة من السنين لا أكثر لخفة الغرر فيه. وصورتها أن الواقف حبسها على زيد ثم ترجع بعده لعمرو ملكاً أو وقفاً، فجاز لزيد أن يكرىها لعمرو عشرة أعوام.

ويجوز كراء الدور عاماً لا أكثر. كانت موقوفة على معيّنين أو على غير معيّنين. فإن دعت الضرورة لكرائها أكثر من سنة جاز لضرورة إصلاح، كما لو انهدم الوقف فيجوز كراؤها بما يبني به ولو طال الزمن كالأربعين سنة والخمسين لا أزيد، إلا لمصلحة. وهو خير من ضياعه واندراسه⁽²⁾.

فسخ كراء الوقف:

لا يُفسخ الكراء لووقف إذا وقع وجيبة - أي: مدّة معيّنّة نقد الكراء أم لا - أو نقد المكري المشاهرة، لأجل طرور زيادة من آخر، إن وقع الكراء للأول بأجرة المثل وقت العقد، فإن كانت وقت العقد أقل من أجرة المثل قبلت الزيادة وفسخ العقد الأول لها. ولو التزم الأول تلك الزيادة التي زيدت عليه لم يكن له ذلك، إلا أن يزيد على زيادة

(1) الإشراف: 673/2.

(2) انظر أيضاً الشرح الكبير وحاشيته: 96/4.

من زاد إذا لم يبلغ من زاد أجر المثل؛ فإن بلغها لم يلتفت بزيادة من زاد بعده. وهذا محمول على غير المعتدة، فإنها إذا كانت في محل وقف، ثم زاد شخص عليها أجره المثل، وطلبت البقاء بالزيادة، فإنها تجاب لذلك. واستظهر أنه إذا كانت الزيادة عليها تزيد على أجره المثل، وطلبت البقاء بأجره المثل فقط، فإنها تجاب لذلك.

قسمة كراء الوقف على المستحقين:

لا يجوز أن يقسم من أجره الوقف على المستحقين إلا ما مضى زمنه. فلو أكرى الناظر داراً أو أرضاً مدة مستقبلية، فلا يفرق الأجرة إلا بعد مضي المدة، سواء قبض الأجرة من المستأجر بعد تمام المدة أو عجلها المستأجر. فلو تعجل قبض أجرتها لم يجز قسمها على الحاضرين؛ وذلك خشية موت من أخذ فيؤدي إلى إعطاء من لا يستحق وحرمان غيره ممن يستحق؛ أو خشية طرور مستحق في تلك المدة فيحرم من حقه. وهذا إذا كان الوقف على معينين أو على خدمة مسجد أو على مدرسين ونحوهم. وأما إذا كان على فقراء فيجوز للأمن من إحرام مستحق وإعطاء من لا يستحق لعدم لزوم تعميمهم.

الأولى بالتقديم والتفضيل في الانتفاع بالوقف:

يفضّل الناظر في غلة الوقف والسكنى فيه أهل الحاجة وأهل العيال، بأن يزيده على غيره، إذا كان الوقف على غير معينين؛ كالفقراء وأبناء السبيل والغزاة وأهل العلم أو على قوم وأعقابهم أو على إخوة الواقف أو بني عمه. وأدخلوا أهل العيال وإن لم يكن ذا حاجة؛ لأنه مظنة الاحتياج. ووجه تقديم أهل الحاجة أن أصل الحبس إنما يقصد به القرية والثواب لسدّ الخلة ودفع الحاجة لأهل الحبس، فيجب أن يكون من اشتدّ حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قلّ عنه، وذلك يقتضي القرية والثواب، إلا أن يصرف عن ظاهره بشرط من الواقف⁽¹⁾.

ويكون التفضيل بالاجتهاد مما يقتضيه الحال، إلا أن يُعيّنهم الواقف كفلان وفلان فلا تفضيل. ووجه عدم التفضيل في المعيّنين أن من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم⁽²⁾.

ولا يُخرج الساكن بالوقف إذا سكن بوصف استحقاقه، أو فضّل بالسكنى لحاجته، كان الوقف معقياً أم لا، فلا يخرج لاجل غيره ممن طرأ عليه، وإن استغنى الأول، وذلك إذا كان الوقف على محصور كبنّي فلان، ووجه ذلك أن الأول سكن

(1) المعونة: 1604/3، والمتقى: 126/6. (2) المتقى: 126/6.

بحق فكان أحق بالحيازة والسبق⁽¹⁾. ويستثنى فيقع إخراجه بأحد أمرين:
الأول: لشرط من الواقف كأن يقول: ما دام فقيراً أو محتاجاً. ومثل الشرط:
العرف والقرينة لقول ابن رشد: من حبس على الفقراء لفقيرهم فسكن فقير أخرج إن
استغنى.

الثاني: لسفر انقطاع أو سفر بعيد، فيسقط حقه من السكنى، والحاضر أولى منه
بالسكنى لأن الغائب لا يمكنه سكناه ولا الانتفاع به على الوجه الذي حبس عليه⁽²⁾.
والبعيد ما يحمل صاحبه على عدم العود. فإن جهل حال سفره حمل على سفر العود،
ما لم تظهر قرينة على خلافه.

فإن لم يكن الوقف محصوراً، بل كان على فقراء أو طلبة العلم أو الشباب أو
الأحداث، فإن من زال وصفه بعد سكناه يخرج؛ لأن الواقف علق الانتفاع بوصف وقد
زال، فيزول الاستحقاق بزواله.
ومثل السكنى في ذلك الغلّة.

إحداث الموقوف عليه بناءً أو غرساً في الوقف:

إذا بنى مُحبسٌ عليه بناءً في الوقف، أو غرسَ فيه شجراً، فإن مات ولم يُبين أنه
وقف أو ملك؛ فهو وقفٌ ولا شيء فيه لوارثه. وإن بين أنه ملك فهو لوارثه، فيؤمر
بنفضه وأخذ أنقاضه أو بأخذ قيمته منقوضاً بعد إسقاط كلفة لم يتولها كالأجنبي.

وهذا إذا كان الوقف لا يحتاج لما بناه، وإلا كان وقفاً ووقى له ما صرفه من
غلته؛ كالناظر إذا بنى أو أصلح، فإن لم يكن له غلة فلا شيء له ويعد متبرعاً.
والحاصل أنّ الباني في الوقف إما محبس عليه، أو أجنبي؛ وفي كلِّ إمام أن يبين
قبل موته أنّ ما بناه ملك أو وقف، أو لم يبين شيئاً.

فإن بين قبل موته أنه وقف كان وقفاً. وإن بين أنه ملك كان له أو لوارثه كما
تقدم.

وإن لم يبين كان وقفاً إن كان ذلك الباني محبساً عليه. وله أو لوارثه إن كان
أجنبياً. فالخلاف بين المحبس عليه والأجنبي عند عدم البيان فقط.



(1) المعونة: 1604/3.

(2) المتقى: 126/6.

الهبة والصدقة والوعد والعمري

المناسبة بين هذا الباب وبين الوقف ظاهرة، وهي المعروف والخير ونفي العوضية. وأما هبة الثواب فهي كالبيع، ولذا ذكرت آخر الباب كالبيع.

الهبة والصدقة

الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة، لما فيه من المحبة وتأليف القلوب، وهذا إن صح القصد.

تعريف الهبة والصدقة:

الهبة في اللغة مصدر وهب يهب. وهي العطية الخالية من الأعاوض والأغراض. والاسم: الموهب والموهبة - بفتح الميم وسكون الواو وكسر الهاء - .
وتعريف الهبة شرعاً - بالمعنى المصدري - وهو فعل العبد: «تمليك من له التبرع، ذاتاً تُنقل شرعاً، بلا عوض، لأهل، بصيغة أو ما يدل». وهذا التعريف شامل للصدقة.

شرح التعريف:

قوله: «تمليك من له التبرع» من إضافة المصدر لفاعله. أي: من له أن يتبرع بالذات الموهوبة، فمن له ذلك فله أن يهب تلك الذات، ومن لا فلا.
قوله: «ذاتاً» خرج تملك المنفعة كالإجارة، والإعارة، والوقف، والعمري، والنكاح، والطلاق، والوكالة، فإنه ليس في شيء من ذلك تملك ذات.
قوله: «تُنقل شرعاً» خرج به ما لا يقبل النقل شرعاً. وسيأتي بيان ذلك في شروط الأركان.

قوله: «بلا عوض» خرج به البيع ومنه هبة الثواب.

قوله: «لأهل» أي: مستحق.

قوله: «بصيغة» متعلق بتمليك، أي: تملك مصاحب لصيغة. وتكون الصيغة

صريحة.

قوله: «أو ما يدل» أي: على التملك، وإن معاطاة.

حكم الهبة:

الهبة مندوبة. والدليل (1):

أ - عموم الآيات القرآنية والأحاديث القرآنية التي تحث على الإحسان وبذل المعروف والإنفاق وصلة ذوي القربى. فالهبة وصدقة التطوع داخلتان في هذا العموم.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها (2).

ج - عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، عَنْ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِيَجَارَتْهَا وَلَوْ فَرْسِينَ شَاةً» (3). وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِيَجَارَتْهَا وَلَوْ شِقَّ فَرَسِينَ شَاةً» (4). قَوْلُهُ: (ولو شق فرسن شاة) بكسر الشين المعجمة، أي: نصيفه أو بعضه كقوله صلى الله عليه وسلم: «اتقوا النار ولو بشق تمرة»، والفرسن - بكسر الفاء والسين المهملة بينهما راء ساكنة وآخره نون - هو عظم قليل اللحم، وهو للبعير موضع الحافر للفرس، ويطلق على الشاة مجازاً ونونه زائدة وقيل أصلية. وأشير بذلك إلى المبالغة في إهداء الشيء اليسير وقبوله لا إلى حقيقة الفرسن؛ لأنه لم يجر العادة بإهدائه، أي: لا تمنع جارة من الهدية لجارتها الموجود عندها لاستقلاله، بل ينبغي أن تجود لها بما تيسر وإن كان قليلاً فهو خير من العدم. وذكر الفرسن على سبيل المبالغة. ويحتمل أن يكون النهي إنما وقع للمهدى إليها، وأنها لا تحترق ما يهدى إليها ولو كان قليلاً. وحمله على الأعم من ذلك أولى. وفي الحديث الحض على التهادي ولو باليسير لما فيه من استجلاب المودة وإذهاب الشحناء، ولما فيه من التعاون على أمر المعيشة، والهدية إذا كانت يسيرة، فهي أدل على المودة وأسقط للمؤنة وأسهل على المهدي لإطراح التكلف، والكثير قد لا يتيسر كل وقت، والمواصلة باليسير تكون كالكثير (5).

د - عن عطاء بن أبي مسلم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تصافحوا يذهب الغلّ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء» (6).

هـ - الإجماع، كما حكاها ابن راشد وغيره.

(1) الذخيرة: 258/6، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 348/6، وشرح الزرقاني: 93/7.

(2) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب المكافأة على الهدية.

(3) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب؛ ومسلم في الزكاة، باب الحث على الصدقة.

(4) أخرجه الترمذي في الولاء والهبة، باب في حث النبي صلى الله عليه وسلم على التهادي.

(5) تحفة الأحوذى: 416/5.

(6) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في المهاجرة.

والتملك أو الإعطاء كالجنس يدخل تحته الهبة والصدقة، ويتغايران بقصد ثواب الآخرة وقصد وجه المعطى له.

فإذا كان المهدي قاصداً ثواب الآخرة، كان صدقة يثاب عليها. وإذا كان قاصداً وجه المعطى له، مستحضراً الحض الشرعي عليها كان هبة، يثاب عليها من الله تعالى. وكذلك إذا قصد ثواب الآخرة مع وجه المعطى له فصدقة. فإن قصد الرياء والمدح فلا ثواب له، وإن قصد التودد للمعطى له غافلاً عن الحض الشرعي عليها فكذلك⁽¹⁾.

لزوم عقد الهبة والصدقة:

الهبة والصدقة من العقود اللازمة التي تلزم بالإيجاب والقبول، وليس للواهب والمتصدق الرجوع فيهما، ولو من غير حصول قبض، ولكن القبض شرط في نفوذهما وتمامهما. والدليل على لزوم عقدي الهبة والصدقة، وأنهما يلزمان ولو لم يحصل حوز⁽²⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أن الهبة عقد، فإذا حصل وجب الوفاء به. ولم تفرق الآية في لزوم العقد بين القبض وعدمه.

ب - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص؛ فسألت عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال له: «لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»⁽³⁾. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»⁽⁴⁾. وفي الحديثين نهي عن شراء المرء هبته وصدقته⁽⁵⁾. وحديث ابن عباس لم يذكر أنه عقب نهي عن الشراء، بل هو كلام مبتدأ، فيحمل على الرجوع في الهبة بدون معاوضة. ووجه الاستدلال ما قاله الإمام ابن عرفة: إن القصد من التشبيه الذم وزيادة التنفير، وهو يدل على الحرمة. أي: حرمة الرجوع في الهبة يدل على لزومها. ولم يفرق الحديث في لزومها بين القبض وعدمه.

(1) بلغة السالك: 312/2، وحاشية الدسوقي: 97/4، ومنح الجليل: 174/8، وشرح الزرقاني مع حاشية البنانى: 94/7.

(2) الإشراف: 673/2، والمعونة: 1607/3، والمنتقى: 94/6، 108، 110، والمعلم: 348/2.

(3) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها؛ باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته؛ ومسلم في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به.

(4) أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته؛ ومسلم في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض.

(5) إكمال الإكمال: 324/4.

ج - القياس على سائر العقود؛ لأنهما عقدان كسائر العقود فلم يفتقر انعقادهما إلى قبض المعقود عليهما، كسائر العقود.

د - القياس على البيع؛ لأنهما تمليك عين في حال الحياة، فوجب أن يلزما بمجرد الإيجاب والقبول، أصله البيع.

هـ - القياس على الوصية؛ لأنهما عطية فوجب أن يلزما بنفس القول وحصول صفة الإيجاب والقبول كالوصية.

ز - القياس على الوقف؛ لأنهما عقد إرفاق وتبرر فيجب أن يلزما بمجرد القول أصله الوقف.

ح - قياس الهبة والصدقة الغير المقبوضتين على الهبة والصدقة المقبوضتين؛ لأنه وجد فيهما الإيجاب والقبول.

ط - عن أبي غطفان بن طريف المري، أنّ عمر بن الخطاب قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها؛ ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرّق بين الهبة التي يقصد صاحبها القرية لا يجوز الرجوع فيها، والهبة التي يقصد صاحبها الثواب والمعاوضة من الموهوب له يجوز الرجوع فيها. وخص بالذكر - فيما لا يجوز الرجوع فيه - الهبة التي يقصد بها القرية ووجه الله تعالى؛ لأنّ الأصل أن تكون الهبة على هذا النحو.

شرط تمام الهبة ونفوذها:

يشترط لتمام الهبة ونفوذها الحوز، والدليل⁽²⁾:

أ - عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإنني كنت نحللتك جاداً عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث. وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله. قالت عائشة فقلت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكرّ ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية⁽³⁾. قوله: جاد عشرين وسقاً، أي: ما يجده منه هذا القدر. والجاد هنا بمعنى المجدود، أي: المقطوع.

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في الهبة.

(2) المتقى: 94/6، والذخيرة: 228/6، 229.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل.

ومحل الاستدلال منه هو قوله: «فلو كنت جددته واحتزته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث». ووجه الاستدلال أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه لما وهب عائشة رضي الله عنها ما ذكر، وكانت هي لم تحز ما وهبها في صحته حتى حضرته الوفاة لم تتم لها الهبة، وانتقلت إلى حكم الميراث. فهو رضي الله عنه قد أعلمها أن ما يمنعه من إمضاء هبته لها ليس عدم إشفاقه عليها ومحبتة لها، وإنما يمنعه من ذلك عدم حوزها لها حتى حضرته الوفاة.

ب - سدّ الذريعة؛ لأن نفاذ الهبة بعد حصول المانع وعدم الحيابة يؤدي إلى إبطال حق الورثة، إذ كل من أراد أن يمنع ورثته من ميراثه أمكن له أن يتحيل لذلك بالهبة لماله، ويقيه بيده فلا يحوزه الموهوب له، وإذا توفي أخذه الموهوب له، فيكون في ذلك منع ما أوجبه الله تعالى من حقوق الورثة وتعدّ لحدوده في الميراث، فوجب أن يبطل.

أقسام الهبة⁽¹⁾:

يكون للواهب بهبته ما نوى وقصد فيها، وأنه لا يخلو في هبته من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يريد بها وجه الله تعالى ويتنغي عليها الثواب منه رضي الله عنه؛ مثل أن يهب الغني للفقير، أو يهب لصلة رحم، وما أشبه ذلك؛ فهذه حكمها حكم الصدقة. ليس له الثواب من الموهوب له، وإنما ثوابه من الله تعالى، ولا يكون فيها للأبوين الاعتصار، كما يأتي. وفي ذلك جاء قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْعِفُهُ لَهُ أَمْصَافًا كَثِيرًا وَاللَّهُ يَقْضِي وَيَبْضِطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾ [البقرة: 245]، وغيرها من الآيات. ويندرج تحت هذا القسم هبة عمر بن الخطاب فرسه.

ثانيها: أن يريد بها وجوه الناس، ليحمدوه عليها ويشنوا عليه من أجلها؛ مثل أن يهب هبة مرسله على غير وجه صدقة ولا صلة رحم. فهذه لا منفعة له في هبته، فلا ثواب له في الدنيا من الموهوب له، ولا أجرًا في الآخرة.

ثالثها: أن يريد بها الثواب من الموهوب له. ويتنوع هذا القسم من حيث قصد الواهب للثواب والعوض من الموهوب له ولزوم ذلك للموهوب له إلى أنواع، وسيأتي الحديث عن ذلك.

فَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ لَا يَفْتَرِقَانِ إِلَّا فِي مَسَائِلَ قَلِيلَةٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْهَبَةَ تُعْتَصَرُ وَالصَّدَقَةُ لَا تُعْتَصَرُ.

ثانيها: أَنَّ الْهَبَةَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهَا بِالشَّرَاءِ لِمَنْ يَجُوزُ لَهُ الْاِعْتِصَارُ - أَي: مِنَ الْوَالِدِينَ لِلابْنِ - فَلَا مَنَعَ مِنْ تَمَلُّكِهَا مِنْ جَدِيدِ الشَّرَاءِ، وَالصَّدَقَةُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا وَتَمَلُّكُهَا مِنْ جَدِيدٍ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى ابْنِهِ كَمَا سَيَنْصُرُ عَلَيْهِ بَعْدُ.

(1) المقدمات: 441/2، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 348/6.

ثالثها: أن الهبة يجوز أن يطلب فيها العوض، والصدقة لا يجوز فيها ذلك. وَالْفَرْقُ بَيْنَ حَقِيقَتَيْهِمَا أَنَّ الْهَبَةَ لِلْمَوَاصِلَةِ وَالْوَدَادِ وَالصَّدَقَةَ لِابْتِعَاءِ الثَّوَابِ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى، ويشتركان فيما عدا الحُكْمَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ.

أركان الهبة والصدقة وشروطها:

علم من تعريف الهبة، وكذلك الصدقة، أن أركانها أربعة:

الأول: الواهب في الهبة، والمتصدق في الصدقة. وشرطه أن يكون أهلاً للتبرع. فيخرج الصبي، والمجنون، والسفيه، والمرتد، ومن أحاط الدين بماله، والسكران، والمريض، والزوجة فيما زاد على ثلثهما، إلا أن هبة المريض والزوجة فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على الوارث والزوج. وكذا من أحاط الدين بماله، فإنها موقوفة على رب الدين. بخلاف المجنون والسفيه والصغير والمرتد فباطلة.

وإنما كانت باطلة في المجنون والسفيه والصغير؛ لأن الشأن في فعلهم عدم المصلحة، بخلاف المريض والزوجة والغريم، فإن الحجر لحق غيرهم لا لعدم المصلحة.

وأما بطلانها في المرتد فلزوال ملكه حال الردة.

وهذا الشرط شامل للصدقة.

الثاني: الموهوب في الهبة، والمتصدق به في الصدقة. ويشترط فيه شرطان:

1 - أن يكون مملوكاً للواهب أو للمتصدق. فهبة الفضولي أو صدقته باطلة، بخلاف بيعه فإنه صحيح وإن كان غير لازم. فيجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل إمضاء المالك البيع؛ لأن صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف في المعقود عليه. والفرق بين بيع الفضولي وهبته أن بيعه في نظير عوض يعود على المالك، بخلاف هبته وصدقته وكل ما ليس فيه معاوضة كوقفه فلا تصح هذه ولو أجازها المالك.

2 - أن يكون مما يصح أن تنقل ملكيته، كما تقدم في التعريف. فيخرج ما لا يقبل النقل شرعاً كالأستمتاع بزوجة، فلا يقبل نقل ملكيته للغير بأي وجه من الأوجه الناقلة للملك شرعاً. ويخرج أيضاً الكلب الغير المأذون في اتخاذه، فلا يصح هبته ولا بيعه لكونه غير مملوك شرعاً.

ويدخل في هذا الشرط جلد الأضحية وكلب الصيد أو الحراسة ونحو ذلك، فإنهما وإن لم يقبلا النقل بالبيع لكنهما يقبلانه بالتبرع الذي هو أعم من الهبة⁽¹⁾.

الثالث: الموهوب له في الهبة، والمتصدّق عليه. وشرطه أن يكون أهلاً لأن يملك ما وهب له. فيخرج بذلك الحربي، فلا تصحّ الهبة للحربي بأي شيء من الأموال، ما دام حربياً؛ لأنّه لا يجوز نفعه ولا التودّد إليه. ويخرج به نحو هبة المصحف لذمي، وأمّا هبة غير المصحف له فجائزة. والمراد بالذمي ما عدا الحربي.

الرابع: الصيغة في الهبة والصدقة. وهي الإيجاب والقبول، قياساً على البيع. ولأنّ مقصود الشرع الرضا. وأي شيء دلّ على مقصود الشرع اعتبر⁽¹⁾. فمتى وجدت الشروط صحت كلّ من الهبة والصدقة.

الهبة والتصدّق بالمجهول:

تصحّ الهبة بشروطها وإن كانت مجهولةً جنساً أو قدراً، حيث حصل القبول، كقول الواهب: وهبتك ما في يدي أو بيتي أو هذه الدنانير. أي: فلا يشترط أن يكون الموهوب معلوماً، فيجوز أن يكون مجهولاً، والدليل⁽²⁾:

أ - عموم النصوص المرغبة في الهبة والصدقة، فلم تشترط العلم بالموهوب.

ب - قياس المجهول على المعلوم؛ لأنها هبة لما تصحّ هبة جنسه، فأشبه المعلوم.

وعلى هذا فالغرر معفو عنه في الهبة خلافاً للبيع والإجارة. والفرق بين الأمرين أنّ البيع والإجارة ونحوهما عقود معاوضة، وقد نهى الشرع عن الغرر في عقود المعاوضة صوتاً للمالية عن الضياع في أحد العوضين أو في كليهما؛ لأنّ المقصود فيها تنمية الأموال، فيكون الغرر مناقضاً للعقد فلذلك نهى عنه؛ وأمّا الهبة والصدقة والوصية وما لا معاوضة فيه، فهي بعيدة عن قصد التنمية، بل هي مخرجة للمال عن ملك صاحبها بدون عوض، فلا يناقضها الغرر، فلذلك جازت به⁽³⁾.

ويجوز هبة المشاع والتصدّق به إن كان ممّا ينقسم كالعقار أو ممّا لا ينقسم كالحيوان، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿رِيضَةً فَنَصَفُ مَا رَضَيْتُمْ إِلَّا أَنْ يَتَّقُونَكَ أَوْ يَتَّقُوا الَّذِي يَدِيهِ عَقْدَةُ الْيَكَاظِ وَأَنْ تَتَّقُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: 237]. ووجه الاستدلال أنّ العفو لها هنا ما يجب من النصف، فلم يفرق بين أن يكون الصداق ممّا ينقسم أو ممّا لا ينقسم.

ب - فعل أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فقد وهب ابنته عشرين وسقاً من ثمرة نخله، وذلك على الشيعاء.

(2) الإشراف: 1208/2.

(1) الذخيرة: 228/6.

(3) الذخيرة: 244/6.

(4) الإشراف: 674/2، والمعونة: 1604/3، والذخيرة: 229/6.

ج - لأن كلّ مشاع جاز بيعه جازت هبته وصدقته، قياساً على المقسوم.

الهبة والتصدق بالدين:

تصح هبة الدين لمن هو عليه ولغيره.

وهبة الدين إبراء إن وهب لمن هو عليه، فلا بدّ من القبول؛ لأن الإبراء يحتاج للقبول بناء على أنه نقل للملك، فيكون من قبيل الملك، وليس إسقاطاً للحق. وظاهر المذهب جواز تأخير القبول عن الإيجاب.

وإن لم يهبه لمن هو عليه بل لغيره، فهو كرهن الدين⁽¹⁾، ويشترط لصحته

شروطان:

الأول: الإسهاد.

الثاني: دفع الوثيقة للموهوب له.

وأما الجمع بين من عليه الدين وبين الموهوب له فهو شرط كمال. وإنما شرط فيه هذه الشروط ليكون كالحوز.

ويؤخذ من صحة رهن الدين صحة التصرف في الوظائف، أي: المرتبات، فينزل عنها صاحبها لغيره إن كان ذلك النزول من غير مقابلة شيء بل هبة، أما إن كان في مقابلة شيء يؤخذ فإن سلم من الربا جاز وألا منع.

الهبة والتصديق بجميع المال:

يجوز للمرء أن يهب أو يتصدق بجميع ماله، ودليل الجواز⁽²⁾:

أ - ظواهر النصوص القرآنية والنبوية بالترغيب في الهبة والصدقة. فقد جاءت مطلقة غير مقيدة بحدّ معين.

ب - إقرار النبي ﷺ لفعل الصحابة، فقد انخلع بعضهم - كأبي بكر الصديق رضي الله عنه - من جميع أموالهم، وأنفقوها في سبيل الله تعالى، وقبلها النبي ﷺ منهم. والجواز مقيد بشرطين:

الأول: أن يكون ذلك في صحته. وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَرِيضاً فَتَخْرُجُ مِنْ تَلِيهِ.

الثاني: أن لا يمتنع ولذّه مِنْ ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ تَعُودَ عَلَيْهِ التَّقَفَةُ.

الثالث: أن يكون للمتصدق أو الواهب ما يرجع إليه من صناعة أو حرفة، ليخلف

(1) صورة رهن الدين أن يشتري سلعة من زيد بعشرة لأجل، ويرهن المشتري عليها دينه الذي على خالد، فيجوز إن أشهد على الرهنية، وجمع بين البائع ومن عليه الدين، ودفع للبائع وثيقة الدين.

(2) المعونة: 1617/3، والمنتقى: 93/6، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 6/

منها مالا يرده على نفسه وعلى عياله. فأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوت به نفسه وعياله، فلا ينبغي له فعل ذلك؛ وقد منع النبي ﷺ سعد بن أبي وقاص أن يوصي بماله كله إبقاء على ورثته، فقال له: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس»⁽¹⁾.

والمراد بالجواز المذكور خلاف الأولى، أي: ما لم تكن نفسه طيبة بذلك راضية لا تخشى ضجراً وإلّا نُدب والأفضل أن يتصدق بما فضل عن مؤنته؛ وما لم يترتب على ذلك ضياع عياله وإلّا حرم، وما لم يخش احتساب مال حرام يتصدق به بكلّ ماله الحلال وإلا حرم أيضاً.

الهبة والتصدق لبعض الولد⁽²⁾:

يُكره كراهة تنزيه للشخص - أباً أو أمّاً - أن يهب ليعض ولديه أو يتصدق عليه بكلّ ماله أو جُله، على مشهور المذهب. ولا فرق في الولد الموهوب له بين الذكر والأنثى، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين البارّ والعاق، ولا بين الصحيح والمريض. وإذا وقع ذلك مضت الهبة بشرطين:

الأول: بشرط وقوعها في حال صحته، وأن تقع الحيّزة قبل موت الواهب أو مرضه مرضاً مخوفاً متصلاً بالموت. فإن وقعت في حال مرضه أو وقعت في حال صحته وتأخر حوزها حتى مرض مرض الموت، فإنها ترد لبطلانها لأنّها وصية لوارث.

الثاني: أن لا يمنع من ذلك باقي الأولاد في حياة والدهم مخافة أن يظالهم بنفقتهم، وإلّا رُدّت.

وقد وردت أحاديث اختلف العلماء في طريق العمل بها، ومنهج الإمام مالك هو إعمال جميعها، قال صاحب المفهم: والجمع بين أحاديث الباب أولى من طرح بعضها ومن توهين الحديث بالاضطراب في ألفاظه⁽³⁾.

والدليل على كراهة هبة الكل أو الجمل⁽⁴⁾: عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: «إني نحلّت ابني هذا غلاماً. فقال: «أكل ولدك نحلّت مثله؟»

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب الوصية في الثلث؛ والبخاري في الجنائز، باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة؛ ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث.

(2) حاشية الصاوي: 305/2، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: 348/6، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 390/6.

(3) إكمال الإكمال: 329/4.

(4) الإشراف: 675/2، والمعونة: 1616/3، والمنتقى: 92/6، والذخيرة: 288/6.

قال: لا، قال: «فارتجعه»⁽¹⁾.

وَوَجْهُ الاستدلال على الكَرَاهَةِ في هبة الكلّ والجلّ أنّ النَّبِيَّ ﷺ أمره بارتجاع الهبة والأمر محمول على الندب لا على الوجوب، وقال الإمام مالك: إنّ ذلك فيما أرى لم يكن له مال غير ذلك الغلام⁽²⁾. ويؤيد حمل الحديث على كراهة هبة الكلّ والجلّ، لا على الحرمة ما يلي:

أ - ما جاء من رواية أخرى عن النعمان بن بشير قال: انطلق بي أبي يحملني إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أشهد أنّي قد نحلّ النعمان كذا وكذا من مالي. فقال: «أكلّ بنيك قد نحلّ مثل ما نحلّ النعمان؟» قال: لا، قال: «فأشهد على هذا غيري» ثم قال: «أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟» قال: بلى، قال: «فلا إذا»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ لما امتنع من الشهادة وأمره أن يشهد غيره، دلّ ذلك على أنّه لم يفسخ هبته، ودلّ على مطلق الإذن الشرعي بذلك؛ لأنّ النبي ﷺ لا يأذن بالإشهاد على باطل. وإنّما ندبه إلى استرجاع ما وهب كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض، ولو كان الأمر بالاسترجاع دليلاً على الفسخ لما أمره بأن يشهد غيره⁽⁴⁾. وأمّا وجه امتناع النبي ﷺ عن الشهادة، فلأنّ فعل البشير خروج عن الأكمل والأحسن، ومقام النبوة يقتضي توقّي غير الأكمل والأحسن، فتوقّي ذلك في نفسه ولم يوجب توقيه على غيره⁽⁵⁾.

وعلى هذا فإنّ أمر النبي ﷺ له بارتجاع الهبة من ولده، يتفق مع ما شرعه ﷺ من جواز اعتصار الوالد الهبة من ولده، كما سيأتي، وأنّه ﷺ لمّا رأى أنّ هبة الرجل وقعت مكروهة وكانت على وجه يجوز للواهب اعتصارها؛ لأنّها لم تفت بما تفوت به الهبات، أمره باستدراك ذلك باعتصارها، ولو كان باطلاً لقال: هو مردود، والمردود لا يفتقر إلى ارتجاع المعطي⁽⁶⁾.

ب - أنّ الأصل في تصرف المكلف الصحيح الرشيد في ماله أنّه نافذ شرعاً، لا اعتراض لأحد عليه في ماله.

ج - القياس على الهبة للأجنبي؛ لأنّه صحيح رشيد.

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل؛ والبخاري في الهبة وفضلها، باب الهبة للولد؛ ومسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(2) المتقى: 92/6.

(3) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(4) المتقى: 93/6، والذخيرة: 288/6.

(5) المعلم: 350/2، وإكمال الإكمال: 329/4.

(6) المتقى: 92/6، والمعلم: 350/2، وإكمال الإكمال: 329/4.

وَعَلَّةُ الْكَرَاهَةِ فِي هَبَةِ الْكَلِّ وَالْجَلِّ أَنَّ عَطِيَّةَ الْأَبِ كُلِّ مَالِهِ أَوْ جُلَّةُ لِبَعْضِ الْأَوْلَادِ يُؤَدِّي إِلَى عُثُوقِ الْبَاقِينَ وَحِرْمَانِهِمْ، وَيُؤَدِّي إِلَى تَبَاغُضِهِمْ، وَالْمَطْلُوبُ الْمَسْتَحَبُّ الْجِرْصُ عَلَى الْمَوَاصِلَةِ وَالْمَوَادَّةِ وَالْعَدْلِ بَيْنَهُمْ⁽¹⁾، وَلِذَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ قَوْلُهُ ﷺ: «أَيْسْرُكَ أَنْ يَكُونَكَ إِلَيْكَ فِي الْبَرِّ سَوَاءٌ؟» قَالَ: بَلَى، قَالَ: «فَلَا إِذَا»، وَفِي بَعْضِ رَوَايَةِ قَوْلُهُ ﷺ: «اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» فَعَنِ النَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً، فَقَالَتْ عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ: لَا أَرْضَى حَتَّى تَشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي أَعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً فَأَمَرْتَنِي أَنْ أَشْهَدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: «أَعْطَيْتُ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» قَالَ: فَرَجَعَ فَرْدَةً عَطِيَّتَهُ⁽²⁾. وَفِي رَوَايَةٍ عَنِ النَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ: تَصَدَّقْ عَلَيَّ أَبِي بِبَعْضِ مَالِهِ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ: لَا أَرْضَى حَتَّى تَشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَاذْهَبْ أَبِي إِلَى النَّبِيِّ ﷺ لِيَشْهَدَهُ عَلَيَّ صَدَقَتِي، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَفَعَلْتَ هَذَا بَوْلَدِكَ كُلِّهِمْ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ» فَرَجَعَ أَبِي فَرْدَ تِلْكَ الصَّدَقَةِ⁽³⁾. وَوَجْهَ الْاِسْتِدْلَالِ أَنَّ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ يَدُلُّ عَلَى خَوْفِ وَقُوعِ الْأَوْلَادِ فِي التَّقْصِيرِ فِي بَرِّ الْوَالِدِ، وَهَذَا لَا يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ، وَإِنَّمَا الْكَرَاهَةُ؛ كَمَا إِنَّ الْأَمْرَ بِالْعَدْلِ وَالْإِرْجَاعَ مَحْمُولٌ عَلَى النَّدْبِ⁽⁴⁾.

وَأَمَّا الْجَوْرُ الْوَارِدُ فِي رَوَايَةٍ عَنِ النَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: سَأَلْتُ أُمِّي أَبِي بَعْضَ الْمَوْهَبَةِ لِي مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فَوْهَبَهَا لِي، فَقَالَتْ: لَا أَرْضَى حَتَّى تَشْهَدَ النَّبِيَّ ﷺ، فَأَخَذَ بِيَدِي وَأَنَا غَلَامٌ فَأَتَى بِي النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: إِنَّ أُمَّهُ بِنْتُ رَوَاحَةَ سَأَلْتَنِي بَعْضَ الْمَوْهَبَةِ لِهَذَا، قَالَ: «أَلَيْكَ وَلَدٌ سِوَاهُ؟» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ فَأَرَاهُ قَالَ: «لَا تَشْهَدْنِي عَلَى جُورٍ» وَفِي رَوَايَةٍ: «لَا أَشْهَدُ عَلَى جُورٍ»⁽⁵⁾. فَالمراد بالجور الميل والعدول عن الأكمل، أي: لا أشهد ولا يعقد بين يدي إلا الأكمل. ويتأكد حمل الروايات على الكراهة أن والد النعمان كان يعرف منه الميل إلى أم النعمان، فكانه ﷺ فهم منه الفرار بماله عن بعض ولده، فخرج عن طريق المعروف إلى طريق الضرر، ويشهد لذلك ما يلوح من قول امرأته: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ⁽⁶⁾.

وَمِثْلُ الْإِعْطَاءِ الْمَذْكُورِ فِي الْكَرَاهَةِ قَسَمْتُهُ عَلَيْهِمْ بِالسَّوِيَّةِ إِذَا كَانَ فِيهِمْ ذُكُورٌ

(1) الإشراف: 676/2، والمعونة: 1616/3، والمنتقى: 93/6.

(2) أخرجه بهذا اللفظ البخاري في الهيئة وفضلها، باب الإسهاد في الهيئة.

(3) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهيئة.

(4) إكمال الإكمال: 329/4.

(5) أخرجه البخاري في الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور؛ ومسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهيئة.

(6) المعلم: 350/2، وإكمال الإكمال: 329/4.

وإِنَاثٌ . وَأَمَّا لَوْ كَانُوا ذُكُورًا فَقَطَّ أَوْ إِنَاثًا فَقَطَّ فَلَا كِرَاهَةَ، كَمَا لَا كِرَاهَةَ فِي قِسْمَتِهِ بَيْنَهُمْ عَلَى أَنَّ لِلذَّكْرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيْنِ . واختار القاضي عبد الوهاب أن لا كراهة في التسوية بين الذكور والإناث وأن ذلك مستحب، واستدل على ذلك بما يلي (1) :

أ - عن ابن عباس قال، قال رسول الله ﷺ: «سَوُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ، فَلَوْ كُنْتُ مَفْضَلًا أَحَدًا لَفَضَّلْتُ النِّسَاءَ» (2) .

ب - القياس على التسوية في أصل العطية؛ لأنه لما استحَبَّ أن يساوي بينهم في أصل العطية كذلك يستحب التسوية بينهم في مقدارها .

وَأَمَّا هَبَةُ الشَّيْءِ الْيَسِيرِ مِنْ مَالِهِ لِبَعْضِ وَلَدِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ مِنْ غَيْرِ كِرَاهَةٍ . ويصدق اليسير بالنصف، أي: بما عدا الجلّ . والدليل على جواز هبة اليسير (3) :

أ - أنه فعل الصديق ﷺ، وَيِهِ قَالَ عُمَرُ وَعُثْمَانُ ﷺ . وهذا دليل على وقوع تخصيص من الشارع لهبة اليسير من عموم الكراهة . فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاداً عشرين وسقاً، فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث . وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله . قالت عائشة فقلت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية (4) . ووجه الاستدلال أنه ﷺ خصّ عائشة ﷺ بالهبة دون إختوتها، وكان قد وهبها ثمرة نخل بمقدار عشرين وسقاً، وهو يسير بالنسبة لكلّ نخله وباقي الثمرة . إِلَّا أَنَّ هِبَتَهَا لَمْ تَتِمَّ لِأَنَّهَا تَأَخَّرَتْ عَنْ حَوْزِهَا حَتَّى مَرَضَ مَرَضَ الْمَوْتِ فَبَطَلَتْ الْهِبَةُ لَهَا . وقد دلّ فعل أبي بكر على جواز إيثار الرجل أحد أولاده بالهبة دون غيره لفضله عليهم أو برّه بوالديه، فقد قال لها: «والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك» . وقد نقل الباجي عن الإمام مالك في الرجل يكون له الولد فيبرّه بعضهم، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره، لا بأس بذلك (5) .

(1) الإشراف: 676/2 .

(2) أخرجه البيهقي في الهبات، باب السنّة في التسوية بين الأولاد، والطبراني في المعجم الكبير: 49/10 .

(3) الإشراف: 675/2، والمعونة: 1616/3، والمنتقى: 93/6، والمعلم: 350/2، والذخيرة: 288/6 .

(4) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل .

(5) المنتقى: 94/6 .

ب - أن الأصل في تصرف المكلّف الصحيح الرشيد في ماله أنه نافذ شرعاً، لا اعتراض لأحد عليه في ماله. وإنما الاعتراض على المحجور عليه.

ج - القياس على الهبة للأجنبي؛ لأنه صحيح رشيد.

ووجه انتفاء الكراهة في هبة اليسير أنّ العلة التي من أجلها كرهت هبة الكلّ أو الجلّ تنتفي فيها، إذ لا تولّد هبة اليسير عداوة إذا علم باقي الأولاد أنه قد بقي ما يعطى لهم أو يرثونه⁽¹⁾.

وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ لِبَعْضِ الْوَلَدِ حَكْمُهُمَا وَاحِدٌ، لَوُرُودِ الْحَدِيثِ تَارَةً بِالصَّدَقَةِ وَتَارَةً بِالْعَطِيَّةِ وَالنُّحْلَةِ.

انتقال ملكية الهبة للموهوب له:

تنتقل ملكية الهبة للموهوب له بقبوله الهبة على المشهور. ودليل اشتراط القبول: الإجماع. ووجه هذا الشرط أنّ الهبة من العقود التي تنقل الملك فافتقرت إلى القبول⁽²⁾.

وللموهوب له طلب الهبة من الواهب إذا امتنع ولو عند الحاكم، ليجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب. فالقبول ركن في الهبة، وهذا لأنّ الهبة والصدقة من العقود اللازمة، وأمّا الحيّزة فهي شرط فيهما. وقد تقدّم الدليل على لزومهما فيما سبق ولو لم يقع الحوز.

مبطلات الهبة:

تبطل الهبة بما يلي:

1 - بحصول مانع قبل حوزها من واهبها. والحوز يمنع من البطلان سواء وقع بإذن الواهب أو بغير إذنه. ووجه كون الحوز بغير إذن الواهب يعتبر حوزاً صحيحاً، أنه إذا كان للموهوب له مقاضاة الواهب لإلزامه بالإقباض، فكذلك يصحّ إذا كان بغير إذنه⁽³⁾.

ويكون المانع بما يأتي ذكره:

- * بإحاطة دَيْنٍ بمال الواهب، ولو كانت الإحاطة بعد عقد الهبة، فالمراد ثبوت دين محيط على الواهب، كان سابقاً على الهبة أو لاحقاً.
- * بجنون أو مرض، اتصل كلّ منهما بموت الواهب قبل الحوز.
- * بموت الواهب قبل الحوز. فهو مبطل للهبة وإن لم يكن عليه دين، لانتقال

(1) المعونة: 1616/3، والمتقى: 93/6. (2) الذخيرة: 241/6.

(3) المتقى: 94/6، 101.

المال لغيره. وهذا معلوم بالأولى من الجنون والمريض المتصلين بالموت. فتبطل الهبة وإن مات الواهب قَبْلَ إِيصَالِهَا للموهوب له، إِنْ اسْتَصْحَبَهَا الواهب معه في سفر أو أَرْسَلَهَا له فإِنهَا تبطل، وترجع ميراثاً إذا مات الواهب قبل إِيصَالِهَا له، كان الموهوب له معيناً أم لا.

والأصل في بطلان الهبة بحصول المانع قبل الحوز ما يلي⁽¹⁾:

أ - ما تقدّم من أنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه لما وهب عائشة رضي الله عنها جادّ عشرين وسقاً، وكانت هي لم تحز ما وهبها في صحته حتى حضرته الوفاة أعلمها أنّ الهبة لم تتم لها، وانتقلت إلى حكم الميراث، بسبب عدم حوزها لها قبل مرضه.

ب - عن عبد الرحمن بن عبد القاري، أنّ عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: ما لي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل⁽²⁾.

ج - سدّ الذريعة؛ لأنّ نفاذ الهبة بعد حصول المانع وعدم الحيابة يؤدّي إلى إبطال حق الورثة، إذ كل من أراد أن يمنع ورثته من ميراثه أمكن له أن يتحيّل لذلك بالهبة لماله، ويبقيه بيده فلا يحوزه الموهوب له، وإذا توفي أخذه الموهوب له، فيكون في ذلك منع ما أوجبه الله تعالى من حقوق الورثة، فوجب أن يبطل.

والصدقة مثل الهبة تبطل بالمرض والموت قبل الحوز، ولا تكون وصية؛ لأنّه مريض ولم يجعلها صاحبها وصية⁽³⁾.

ويشبه ما تقدم في البطلان ما يلي:

2 - بموت المرسل إليه المعين قبل إيصالها له من ربّها إن استصحبها معه، أو أرسلها إليه مع رسوله، فتبطل إن لم يُشْهِد الواهب حين الاستصحاب أو الإرسال أنها لفلان. فإن أشهد أنها له فلا تبطل، ويستحقها وارثه. ومثل ذلك إذا لم تكن الهبة معينة له، بل حملها أو أرسلها له ولعياله فلا تبطل بموته.

3 - بهبتها من واهبها لشخص ثانٍ غير الأول، وحاز الثاني قبل الأول؛ فتكون للثاني ولو كان الواهب حياً لم يقدّم به مانع من موانع الهبة، وذلك لتقوّي جانب الثاني بالحيابة. ولا قيمة على الواهب للأول ولو جدّ في الطلب على المشهور.

وشمل هذا هبة الدين لغير من هو عليه، ثمّ هبته لمن هو عليه قبل قبض الأوّل

(1) المستقى: 94/6، والمنتقى: 232/6.

(2) أخرجه مالك في الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل.

(3) الذخيرة: 237/6.

المصوّر بالإشهاد ودفع وثيقة الحق؛ أي: فإذا أشهد على هبته الدين لغير من هو عليه ودفع إليه الوثيقة، لزم المدين أن يدفع الدين له.

وشمل أيضاً طلاق امرأة على براءتها من مؤخر صداقها، ثم تبين أنها وهبته قبل ذلك، فإن كانت أشهدت أنها وهبته لأجنبي ودفعت له وثيقة الصداق طلقت بائناً، ولزم الزوج دفع مؤخره للموهوب له المذكور؛ وإن كانت لم تشهد ولم تدفع الوثيقة للأجنبي فإن الزوج يسقط عنه براءتها له منه، ويطلق عليه.

4 - باشتراط الواهب على الموهوب له ألا يبيع ولا يهب. وكذلك في الصدقة؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد، وهو التمليك التام والتصرف التام في الملك. ويستثنى السفه والصرع فيجوز اشتراط ذلك عليهما إلى البلوغ والرشد؛ لأنه مقتضى حالهما⁽¹⁾.

ولا تبطل الهبة ببيع واهبها قبل علم الموهوب له بالهبة، وكذا بعد علمه ولم يفرط في حوزها، بأن جدّ في طلبها. وإذا لم تبطل تُخَيَّر الموهوب له في رد البيع ويأخذ الشيء الموهوب، وفي إجازته وأخذ الثمن.

فإن باعها واهبها بعد علم الموهوب له، ولكنه فرط في حوزها، مضى البيع. وإذا مضى فللموهوب له الثمن، وهو قول مطرف وهو الراجح. وقيل: الثمن للواهب، وهو قول أشهب وهو ضعيف. وكلّ من القولين روي عن الإمام مالك.

هبة الوديعة:

إذا أودع رجل وديعة عند آخر، ثم وهب المودع - بكسر الدال - الوديعة للمودع - بفتح الدال - فحصل للواهب مانع من موت أو غيره، فلا تُقْبَلُ دعوى المودع - بفتح الدال - أنه قَبِلَ الهبة قبل حصول المانع. ولا بد من بينة تشهد له بالقبول قبله. ولا عبرة بحوزه الأول لكونه كان فيه أميناً فيده كيد صاحبها فيه فكانها باقية عند ربها إلى حين موتها.

وحاصل المسألة: أن الواهب إذا وهب وديعة لمن هي عنده، فإن علم وقَبِلَ قَبْلَ موت الواهب صححت اتفاقاً، وإن قبل بعد موته بطلت عند ابن القاسم. وإن لم يعلم حتى مات بطلت اتفاقاً عند ابن القاسم وغيره. فإن ادعى القبول قبله فعليه البيان. ومثل الوديعة الدين وكذا العارية.

فإن وهب الوديعة لغير من هي في يده ولم يحز حتى مات بطلت في الأقسام الثلاثة، وهي ما إذا علم وقبل قبل موته، أو علم قبل موته وقبل بعد، أو لم يعلم ولم يقبل إلا بعد موته.

تأخر القبول بعد المانع للتروى:

يصح القبول بعد المانع، إن كان الموهوب له قبض الهبة ليرتوى في أمره هل يقبل أم لا، ثم بدا له القبول بعد الموت بخلاف التي قبلها عند ابن القاسم؛ لأنه في التي قبلها استمر على قبض الوديعة الأصلي، وفي هذه حصل منه إنشاء قبض بعد الهبة وهو أقوى.

تأخر الحوز بغير اختيار الموهوب له:

إذا جدّ الموهوب له في الحوز، أي: قبض الهبة من الواهب، والواهب يستوف به حتى مات؛ أو جدّ في تزكية شاهده، حيث أنكر الواهب الهبة، فأقام الموهوب له بيّنة عليها، فاحتاجت لتزكية فجدّ في تزكيته فمات الواهب قبل التزكية، فتصح الهبة ويأخذها الموهوب له بعد التزكية، لتنزيل الجدّ المذكور منزلة الحوز.

ما يصح من الحوز:

يصح حوز المستعير والمودع - بالفتح - . فمن أعار شيئاً لشخص أو أودع شيئاً عند شخص، ثم وهب المعير أو المودع - بالكسر - العارية أو الوديعة لشخص آخر، فمات الواهب قبل أخذ العارية من المستعير أو الوديعة من المودع - بالفتح - ، فإن حيازة المستعير أو المودع - بالفتح - صحيحة. وللموهوب له أخذ الهبة، ولا كلام لوارث الواهب بأن المانع حصل قبل حوز الموهوب له؛ لأن حوز من ذكر صحيح شرعاً، سواء علم المستعير أو المودع بأن ما تحت يده وهبه ربه لزيد، أو لم يعلم على المعتمد. وهذا إذا شهد الواهب على الهبة، وإلا فلا.

ما لا يصح من الحوز:

- لا يصح حوز الغاصب. فمن غصب شيئاً، وهبه ربه لغير غاصبه، فلا يصح حوز الغاصب له؛ لأن الغاصب لم يقبض للموهوب له، بل قبض لنفسه، فلا يكون قبضه حوزاً إلا إذا كان الموهوب له غائباً وأمره ربه أي: يحوزه له، فإنه يصح. أما الحاضر الرشيد؛ فلا يصح حوز غاصب له ولو أمره ربه بالحوز.

- لا يصح حوز المرتهن - بالكسر - . فإذا وهب رب الرهن ما رهنه لغير المرتهن، فلا يكون حوز المرتهن حوزاً للموهوب له. فإذا مات الواهب قبل قبض الموهوب له رجع الرهن للوارث إن شاء افتكه وإن شاء تركه للمرتهن في الدين.

فإن قيل: المرتهن قادر على ردّ الرهن وإبقاء دينه بلا رهن، فكان مقتضاه أن حوزه يكفي. والجواب بأن المرتهن وإن كان قادراً على ردّ الرهن، كما أن المستعير قادر على ردّ العارية، إلا أن المرتهن إنما قبض للتوثق لنفسه، بخلاف المستعير فإنه وإن قبض لنفسه لكن لا للتوثق.

- لا يصح حوز المستأجر - بالكسر - . أي: إن من أجر شيئاً لشخص بأجر معلوم، ثم وهبه لغيره، لم يكن حوز المستأجر حوزاً للموهوب له؛ إلا أن يَهَبَ الواهب الأجرة أيضاً للموهوب له قبل قبضها من المستأجر، فحينئذ يكون حوز المستأجر حوزاً للموهوب له، لجولان يده في الشيء الموهوب بقبض أجرته، بخلاف هبتها بعد قبضها فإنه لا يفيد؛ لأنها صارت مالاً مستقلاً من ماله.

والفرق بين المستأجر والمستعير أن الإجارة في نظير معاوضة مالية، فهي لازمة للمستأجر ليس له الرجوع عنها، بخلاف العارية فليست لازمة للمستعير فله الرجوع عنها، فلذا كان حوزة حوزاً للموهوب له. وأيضاً يد المؤجر جائلة في الشيء المستأجر بقبض أجرته، ولذا لو وهب الأجرة للموهوب له قبل قبضها من المستأجر صح حوز المستأجر لعدم جولان يد الواهب.

- لا يصح حوز الموهوب له السابق إذا رجعت الهبة لواهبها بعد الحوز بقرب كسنة، أي: قبل سنة؛ وذلك إذا رجعت إليه بما يلي:

* بإيجار لها من الموهوب له.

* بإرفاق للواهب، كإعارة أو عمري، فمات الواهب وهي تحت يده؛ فيبطل الحوز الأول، بمعنى أنه لم يتم. فإذا لم يحصل مانع فإنّ للموهوب له أخذها منه بعد الإرفاق قهراً عنه لیتيم الحوز الأول.

ولو رجعت له بعد سنة فلا يضر في الحوز الأول. وهذا سواء كانت الهبة لمحجوره أو لغير محجوره فلا تبطل برجوعها للواهب. ووجه عدم بطلان الهبة برجوعها للواهب بعد سنة بإيجار أو إرفاق، أنّ الموهوب له إذا تمت له الحيازة بطريقة بيّنة فقد صحّت له الهبة وكملت واستقرّ ملكه لها، فلا يضرّ بعد ذلك ما يحدث من سكنى الواهب⁽¹⁾.

ومثل الهبة الصدقة في التفصيل في رجوعها. وهذا بخلاف الرهن، فإنّه يبطل برجوعه للراهن ولو بعد سنة من حوزة. وأمّا الوقف إن كان له غلة فكالهبة في التفصيل، فإن لم يكن له غلة كالكتب فإنّه لا يبطل وقف ما عاد له بعد صرفه، وقد مرّ ذلك.

ولو رجعت الهبة للواهب بغير إيجار وإرفاق، بل بغصب أو سرقة أو نحو ذلك فلا يضر أيضاً.

حوز الواهب لمحجوره:

يصح حوز الواهب إذا وهب شيئاً لمحجوره، من صغير أو سفیه أو مجنون، كان وليه الواهب أباً أو غيره؛ لأنه هو الذي يحوز له.

وهذا إن شهد الواهب لمحجوره أنه وهبه كذا، فالإشهاد في المحجور قائم مقام

الحوز في غير المحجور. فهذا القيد لا بد منه. ودليل اشتراط الإشهاد هنا وخاصة إذا كان الولي الواهب هو الأب⁽¹⁾: سدّ الذريعة، لئلا تكون الصدقة للابن المحجور عليه تطرّقاً إلى الوصية لو ارث.

ولا يشترط معاينة المحجور للحيازة، ولا يشترط معاينة الشهود لها أيضاً، فمتى قال الولي للشهود: اشهدوا آتي وهبت الشيء الفلاني لمحجوري كفى، سواء أحضره لهم أم لا. ولا يشترط صرف الغلة للمحجور على أحد القولين، والقول الثاني: أنه لا بد من صرف الغلة في مصالحه كما في الوقف، فإن صرفها الولي على نفسه بطلت ورجحه ابن سلمون، وبعضهم رجح الأول، وهو المعتمد الذي جرى به العمل. ويستثنى من صحة حوز الواهب لمحجوره ما يلي:

* إذا وهب لمحجوره ما لا يُعرف بعينه، كالدينانير والدرهم وسائر المثليات من مكيل، أو معدود، أو موزون، ونحو جواهر، فلا تصح حيازته لمحجوره، ولا بد من إخراجه عن حوزة عند أجنبي قبل المانع، سواء أخرجه مختوماً أو غير مختوم، وإلا بطلت ورجعت ميراثاً، ولو ختم عليها مع بقائها عنده. ولا يكفي فيه الإشهاد كما في الذي يعرف بعينه؛ لأن ما يعرف بعينه كأنه مع الإشهاد خرج من يده بخلاف ما لا يعرف، أي: إن ما لا يعرف عينه لا يمكن الإشهاد عليه؛ لأنّه لا يتميّز للشاهد وقت إقامة الشهادة، لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذي أشهد عليه، وهذا التعليل لسائر المثليات؛ ويزاد في خصوص الدينانير والدرهم أنّها لا تتعيّن بالعقد، فلا يصحّ فيها حيازة مع بقائها بيد المعطي⁽²⁾.

* إذا وهب لمحجوره دار سكناه، فلا تصح حيازتها لمحجوره؛ وتبطل إذا استمر ساكناً بها حتى مات الواهب. ولا بدّ في دار السكنى من إخلاء الولي لها من شواغله ومعاينة البيئة لذلك، ولو بقيت بعد ذلك تحت يده، أي سواء أكرها أم لا. بخلاف ما لا يعرف فلا بد من إخراجه عن يده كما تقدم. إلا أنّ يسكن الواهب أقلها، ويكره له الأكثر فتصح الهيئة في الجميع، وتكون كلها للمحجور بعد المانع؛ لأن الأقل تابع للأكثر. والدليل على استثناء اليسير: القياس على الوقف؛ لأنّ زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر حبسا داريهما وسكنا بعضاً منهما حتى ماتا، فنفذ الحبس في الجميع⁽³⁾.

ومثل دار السكنى كلّ دار له إذا وهبها لمحجوره. وكذلك غير الدار كالثياب يلبسها، والدواب تركب، وكذا ما لا يعرف بعينه، إذا أخرج بعضه وأبقى البعض بيده، فالأقل تابع للأكثر. وإن سكن النصف بطل النصف الذي سكن فقط، وصحّ ما لم

(1) المعونة: 1608/3.

(2) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1608/3، والمنتقى: 104/6، والذخيرة: 249/6.

(3) المنتقى: 96/6، والذخيرة: 319/6.

يسكن. وإن سكن الأكثر وأكرى الأقل بطل الجميع؛ لأن الأقل تابع للأكثر كما تقدم. وتقدم أن مثل الدار غيرها.

وأما غير دار السكنى والملبوس من كل ما يعرف بعينه فيكفي الإشهاد بالصدقة والهبة، وإن لم تعاین البيئة الحيازة، فالإشهاد يغني عنها.

واعلم أن الولي إذا وهب لمحجوره فإنه يحوز له إلى أن يبلغ رشيداً، فإذا بلغ رشيداً حاز لنفسه. فإن لم يحز لنفسه بعد الرشد وحصل مانع للواهب بطلت الهبة. فإن جهل الحال ولم يدر هل بلغ رشيداً أو سفيهاً، والحال أن الواهب حصل له مانع، والشيء الموهوب تحت يده فالمعتمد حمله على السفه، وحينئذ فتصح الهبة، لما تقدم أن الرشد لا يثبت إلا بيّنة.

الحوز في هبة أحد الزوجين للآخر:

تصح هبة أحد الزوجين للآخر متاعاً معيناً، وإن لم ترفع يد الواهب عنه، للضرورة حيث حصل الإشهاد. وهذا في غير دار السكنى. وأما دار السكنى فإن كان الواهب الزوجة لزوجها صح وكفى الإشهاد، ووضع يد الزوجة لا يضر؛ لأن السكنى للرجل وهي تبع، بخلاف العكس.

الاعتصار في الهبة:

الاعتصار أخذ الواهب الهبة من الموهوب له قهراً عنه بلا عوض. وحكم الاعتصار أنه لا يجوز، والدليل⁽¹⁾: ما تقدم من الدليل على لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع فيها. ويستثنى الآتي ذكرهم فيجوز لهم الاعتصار:

1- الأب: فيجوز له اعتصارها من ولده قهراً عنه بلا عوض، مُطلقاً أي: ذكراً كان أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، فقيراً أو غنياً، سفيهاً أو رشيداً، حازها الولد أو لا.

2- الأم: يجوز لها الاعتصار. ومحلّ جواز اعتصار الأم بشرطين: إذا وهبت لصغير ذي أب، ولم يتيم حين إرادة الاعتصار. فإن تيمم فليس لها الاعتصار منه؛ لأن يُتمه مفوت للاعتصار على المذهب، خلافاً للحنفي. وأما الكبير البالغ فلها الاعتصار منه مطلقاً، كان ذا أب أم لا؛ لأنه لا يلحقه يتم بفقد أبيه. فالحاصل أن الأم لها اعتصار ما وهبت لولدها غير اليتيم لا من يتم ولو بعد الهبة. ووجه فوات اعتصار الأم باليتيم أن الهبة لليتيم تكون عادة للإشفاق عليه وخوف ضياعه، وهذا معناه الصلة والقربة التي يراد بها وجه الله تعالى، فلذلك كان حكمها حكم الصدقة، والصدقة لا يجوز اعتصارها كما يأتي⁽²⁾.

(1) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1614/3، والمنتقى: 117/6.

(2) المعونة: 1615/3، والمنتقى: 117/6، والذخيرة: 266/6.

ودليل جواز اعتصار الأبوين⁽¹⁾:

أ - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نُحلاً أو أعطاه عطاءً ليس بصدقة، إن له أن يعتصر ذلك، ما لم يستحدث الولد ديناً يداينه الناس به، ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه، فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً، بعد أن تكون عليه الديون. أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته فتنكح المرأة الرجل، وإنما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه، فيريد أن يعتصر ذلك الأب. أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل، إنما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطها أبوها. ثم يقول الأب أنا اعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك»⁽²⁾.

ب - عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده. ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ استثنى الأب من منع الرجوع في الهبة.

ج - عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: إني نحلته ابني هذا غلاماً. فقال: «أكل ولدك نحلته مثله؟» قال: لا، قال: «فارتجعه»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ أمره بإرجاع الهبة، فدلّ على جواز ذلك من الأب، ولو لم يكن الارتجاع منه جائزاً لما أمره النبي ﷺ بذلك.

د - أن الأب له في مال ابنه شبهة؛ لأنه من كسبه، كما جاء في الحديث عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن ولد الرجل من كسبه»⁽⁵⁾، ولذلك لا يقطع إن سرق منه. وهذا هو الفرق بين الأب والأجنبي.

هـ - أن دليل اعتصار الأم القياس على الأب؛ لأن لكلّ منهما على الابن ولادة.

(1) الإشراف: 2/ 676، والمعونة: 3/ 1615، والمنتقى: 6/ 116، 117، وإكمال الإكمال: 4/ 27، والذخيرة: 6/ 265.

(2) الموطأ: 2/ 755. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجوع في الهبة؛ والترمذي في الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة؛ والنسائي في الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه.

(4) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل؛ والبخاري في الهبة وفضلها، باب الهبة للولد؛ ومسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(5) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده؛ والنسائي في البيوع، باب الحث على الكسب.

ولا يجوز الاعتصار للجَدِّ والجَدَّة، ودليل ذلك: القياس على العم؛ لأنَّ الجَدَّ لا يلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالعم⁽¹⁾.

والحق عند المحققين أن الاعتصار من الأبوين يكون بكل لفظ يدل على استرجاع الهبة من ولده له، سواء كان بلفظ اعتصار أو غيره. والدليل على عدم اشتراط لفظ الاعتصار: حديث ابن عمر وابن عباس المتقدم. ووجه الاستدلال أنه لم يشترط لفظاً معيناً لرجوع الوالد في هبته.

فإن جنَّ أحد الأبوين بعد الهبة للولد هل لوليه الاعتصار أو لا؟ قال الشيخ الدسوقي: الظاهر الأوَّل لأنَّ وليه بمنزلته.

وهذا في الهبة التي قصد بها الأب والأم ذات الولد. وأمَّا غير ذلك فلا اعتصار لهما فيه وذلك في أمور ثلاثة:

الأول: إن قصدا بالهبة ثواب الآخرة لا مجرد ذات الولد، وقرنها بما يدل على ذلك كقوله: هي هبة لله، أو هبة لطلب الأجر، أو لصلة رحم، فلا اعتصار لهما؛ لأنها صارت حيثئذ صدقة واقعة بلفظ الهبة، فتأخذ حكم الصدقة الآتي قياساً عليها⁽²⁾.

الثاني: الهبة إذا أريد بها الصلة والحنان، فإرادة الصلة والحنان من الأب أو الأم تمنع من الاعتصار؛ لأنَّ ذلك قرينة كما لو صرح بأنها لله تعالى⁽³⁾.

الثالث: الصدقة على الولد الواقعة بلفظ الصدقة، فلا اعتصار لأحد الوالدين فيها. والدليل⁽⁴⁾:

أ - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه، أن كلَّ من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن، أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته، فليس له أن يعتصر شيئاً من ذلك؛ لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة»⁽⁵⁾.

ب - دلالة الأولى، وذلك لأنه لما كان لا يجوز له أن يشتري صدقته ويأخذها بعوض، فبأن لا يجوز له أن يأخذها بغير عوض أولى.

ووجه عدم الاعتصار في هذه الأحوال أن الهبة تكون بها خارجة على وجه القرينة إلى الله تعالى وابتغاء وجهه، لا لغرض دنيا، فلم يجز الرجوع فيها⁽⁶⁾.

فيمنعان من الاعتصار في هذه الأمور، لكن ما لم يشترط اعتصار الصدقة أو

(1) المتفق: 117/6.

(2) المتفق: 116/6.

(3) المتفق: 116/6.

(4) المتفق: 116/6.

(5) الموطأ: 755/2. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(6) المتفق: 115/6.

(6) المعونة: 1613/3، المتفق: 116/6.

الصلة. فإن اشترطه فلها ذلك. فهذا استثناء من كون سنة الصدقة عدم الرجوع فيها.

موانع اعتصار الهبة:

يمنع الأبوان من اعتصار الهبة بما يلي:

- إن فاتت الهبة عند الولد، - لا بحوالة سوق - بل بزيادة أو نقص في ذات الهبة إذا كانت حيواناً، فلا اعتصار. والدليل: دلالة الأحرى على تغير حال ذمة الموهوب له؛ لأنه إذا كان تغير حاله يقطع الاعتصار فبأن يمنعه تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى⁽¹⁾.

وأما حوالة الأسواق أي: بتغير قيمتها بغلو أو رخص فلا تمنع الاعتصار؛ لأنّ التغير بالرخص والغلو رغبات الناس فهي خارجة عن الهبة⁽²⁾.

- أن ينكح الولد - ذكراً أو أنثى - لأجل يسره بالهبة. والمراد بالنكاح العقد، فمتى عقد الغير عليه لأجل اليسر بالهبة الموهوبة له من أحد أبويه، فلا اعتصار. والدليل⁽³⁾: عمل أهل المدينة. وتقدم نقل كلام الإمام في ذلك.

ووجه المنع من الاعتصار بهذا السبب نفي الضرر عن الزوج أو الزوجة؛ لأنّ في ذلك تغيراً بالزوج؛ لأنه على ذلك تزوجها فله حقّ في بقية مال زوجته بيدها؛ وكذلك الأمر بالنسبة للزوجة فهي على ذلك قد تكون تزوجته⁽⁴⁾. فإن عقد عليه لمجرد ذاته لا للهبة فللوالد الاعتصار.

- إن تداين الولد لأجل يسره بالهبة. بأن أعطى الغير الولد ديناً، أو باع له شيئاً في ذمته لأجل الهبة الموهوبة له من والده فلا اعتصار. والدليل⁽⁵⁾: عمل أهل المدينة. وتقدم نقل كلام الإمام في ذلك. ووجه المنع من الاعتصار هنا أنّ في ذلك تغيراً بالدائن، وإتلافاً على الناس أموالهم، ولأنّ ذمة المدين تعلقت بها حقوق الناس من أجل الهبة⁽⁶⁾. فإن دايته الغير لمجرد ذاته أو لأمر غير الهبة فللوالد الاعتصار على المذهب.

ولا يكفي قصد الولد وحده النكاح أو التداين لأجل الهبة لمنع الوالد من الاعتصار.

- إن مرض الولد الموهوب له مرضاً مخوفاً، فلا اعتصار للوالد، لتعلق حق ورثته بالهبة. وأمّا المرض الغير المخوف فلا يمنع.

(1) المتقى: 118/6. (2) الذخيرة: 269/6.

(3) المتقى: 117/6.

(4) المعونة: 1616/3، والمتقى: 118، والذخيرة: 269/6.

(5) المتقى: 117/6.

(6) المعونة: 1616/3، والمتقى: 117/6.

- إن مرض الواهب مرضاً مخوفاً، فإنه مانع من الاعتصار؛ لأن اعتصارها يكون لغيره.

ويستثنى إذا وهب الوالد لولده وهو على حالة من هذه الأحوال، كأن يكون الولد متزوجاً أو مديناً أو مريضاً، أو يكون الوالد مريضاً فله الاعتصار. وكذلك إن زال المرضُ القائم بالواهب أو الموهوب له فإن الاعتصار يعود له. بخلاف زوال النكاح أو الدين. قال ابن القاسم: لأن المرض لم يعامله الناس عليه، بخلاف النكاح والدين، أي: لأن المرض أمر من عند الله تعالى، فإذا زال عاد الاعتصار. وأمّا النكاح والدين فإنّ كلّاً منهما أمر عامله الناس بعد الهبة عليه، فيستمرّون على المعاملة لأجله لانفتاح بابها فيستمرّ على عدم الاعتصار. وللأبوين الاعتصار على نحو ما تقدم ولو شهدا على الهبة؛ لأنّ الإشهاد على الهبة لا يكون مانعاً من اعتصارها.

تملك الهبة والصدقة بعد أن يهبها أو يتصدّق بها:

يكره لمن تصدق بصدقة على غيره أو وهبه هبة لا تعتصر، أن يتملكها بشراء أو هبة أو صدقة. وأما الهبة التي تعتصر - وتكون من الوالدين للابن - فلا منع من تملكها. وقال بالكرهة اللخمي وابن عبد السلام وخليل وتبعهم الشيخ الدردير. وقال الباجي وجماعة بالتحريم، وارتضاه ابن عرفة. ودليل التحريم⁽¹⁾:

أ - عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص؛ فسألت عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال له: «لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإنّ العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»⁽²⁾. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»⁽³⁾. وحديث عمر ورد في شراء الصدقة فيحمل على العود بعوض، وحديث ابن عباس ورد مبتدأ فيحمل على العود بغير عوض. ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم نهى عمر بن الخطاب عن شراء فرس تصدّق بها واعتبر ذلك عوداً في الصدقة، وفي حديث ابن عباس نهى العود في الهبة. والقصد من التشبيه الذمّ وزيادة التنفير، وهو يدلّ على الحرمة.

(1) المعلم: 348/6، والذخيرة: 260/6، وإكمال الإكمال: 325/4، ومنح الجليل: 212/8، وحاشية الدسوقي: 112/4.

(2) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها؛ باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته وصدقته؛ ومسلم في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدّق به.

(3) أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته؛ ومسلم في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض.

وأما القول بالكراهة فدليلة⁽¹⁾:

أ - أن التشبيه في الحديث خرج مخرج التنفير عن أمر مستقذر لا مخرج الدم؛ لأن أكل القيء ليس بحرام إذا لم تتغير أوصافه إلى ما يشبه العذرة.

ب - أن الموهوب له أو المتصدق عليه قد يستحيي من الواهب أو التصدق - عند بيع ما وهب له أو تصدق عليه للواهب أو المتصدق -، فيسامحه في ثمنها أو يحظ عنه ما لا يحظ لغيره، فيكون رجوعاً في ذلك القدر.

هذا وقد استشكل الحديث في قول النبي ﷺ: «لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم واحد» بأن الأكثر هو المظنة لنفي التهمة عن العود في الهبة؛ لأن المنع من شراء الصدقة لأجل التهمة بقصد العود فيها، وكلما قل الثمن قويت التهمة وكلما زاد الثمن قلت التهمة؛ والمناسب أن يقال: ولو أعطاكه بألف درهم، والجواب أن المعنى لا يتبعه وإن أضاعه حتى صار يساوي درهماً⁽²⁾.

ولا فرق في المنع من تملك الصدقة بالوجه المذكور بين كونها واجبة كالزكاة والنذر أو مندوبة، ولو تداولتها الأملاك.

وعلى القول بالكراهة لا يفسخ العقد، وعلى القول بالحرمة قال بعض الشيوخ: يفسخ. وتعقب الإمام المازري القول بالفسخ بأن فيه نظر، لأجل الاختلاف فيه، ولأنه ليس كل نهي يدل على فساد المنهي عنه⁽³⁾.

وموضوع المسألة أن يملك المتصدق أو الواهب صدقته وهبته بشراء أو هبة أو صدقة، وأما تملكها بالإرث فجبري لا يد له فيه ولا اختيار، فلا منع فيه؛ والدليل⁽⁴⁾: عن مالك أنه بلغه أن رجلاً من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة، فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: «قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك»⁽⁵⁾.

ويستثنى من المنع اشتراء العرية بعد التصدق بها، فهي أصل قائم بنفسه أجزيت للرفق ورفع الضرر، فلا يقاس عليها غيرها⁽⁶⁾. وقد تقدم في البيوع ذكر أدلة جوازها.

ويستثنى منه التصدق بالماء على مسجد أو غيره، فيجوز له أن يشرب منه؛ لأنه لم يقصد به الفقراء فقط، بل قصدهم والأغنياء. ومن أخرج كسرة لسائل فلم يجده، فلا ين رشد: إن كان معيناً أكلها مخرجها، وإلا بأن لم يكن معيناً فلا يأكلها ويعطيها لغيره

(1) إكمال الإكمال: 325/4، ومنح الجليل: 212/8، وحاشية الدسوقي: 112/4.

(2) إكمال الإكمال: 326/4. (3) المعلم: 348/2.

(4) المنتقى: 145/6، والذخيرة: 294/6.

(5) أخرجه مالك في الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت.

(6) المعلم: 348/2.

تكميلاً للمعروف. إن أخرجها له فلم يقبلها فليعطها لغيره، لتأكيد العزم بدفعها، وهو أشد من الذي لم يجده⁽¹⁾.

ويستثنى من ذلك أيضاً نفقة الولد على والده من الصدقة؛ فيجوز لولد تصدق عليه والده، أباً كان أو أمماً، بصدقة أن ينفق عليه منها إذا افتقر، لوجوب الإنفاق على الولد حينئذ.

وكما يكره تملك الذات يكره تملك المنفعة؛ كالتصدق بدابة فيكره الانتفاع بها في رُكوب أو حرث أو طحن عليها، سواء تصدق بها على أجنبي أو على ولده. ويكره أيضاً انتفاع المتصدق بها بغلتها، من ثمرة ولبن وكراء. ويشمل ذلك القراءة فيها إن كانت كتاباً.

ومثل الصدقة فيما تقدم الهبة التي لا تعتصر.

وأما غير المتصدق أو الواهب، فإنه يجوز له شراء الهبة والصدقة، والدليل⁽²⁾:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: أتني النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقلت: هذا ما تصدق به على بريرة. فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية»⁽³⁾.

هبة الثواب:

يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له الثواب على هبته، أي: العوض عليها، وتسمى هبة ثواب. ودليل جواز أخذ الثواب على الهبة⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّمْتُمْ بِنَجْيَتِهِ فاحْيُوا بِأَحْسَنَ مِنهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا ﴾ [النساء: 86]. ووجه الاستدلال أن الآية تشمل الهبة والهدية؛ لأنها يتحیی بها. وورودها في السلام لا يمنع دلالتها على الثواب على الهبة؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ب - عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها⁽⁵⁾.

ج - عن أبي هريرة قال: أهدى رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله التي كانوا أصابوا بالغابة، فعوضه منها بعض العوض، فتسخطه. فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذا المنبر يقول: «إن رجلاً من العرب يهدي أحدهم الهدية فأعوضه منها بقدر ما عندي، ثم يتسخطه فيظل يتسخط علي، وإيم الله لا أقبل بعد مقامي هذا من رجل من العرب هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي أو دوسي»⁽⁶⁾.

(1) الذخيرة: 239/6. (2) الذخيرة: 291/6.

(3) أخرجه البخاري في الزكاة، باب الصدقة على موالي نساء النبي صلى الله عليه وسلم، ومسلم في الزكاة، باب إباحة الهدية للنبي صلى الله عليه وسلم.

(4) المعونة: 1609/3، والذخيرة: 271/6. (5) سبق تخريجه.

(6) أخرجه الترمذي في المناقب، باب مناقب بني ثقيف وبني حنيفة، وقال: هذا حديث حسن.

د - عن أبي غطفان بن طريف المري، أن عمر بن الخطاب قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها؛ ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها⁽¹⁾.

فقوله عليه السلام: «إنما أراد بها الثواب» دليل على أن الصحابة كانوا يعرفون جواز هبة الثواب.

هـ - أنها تفعل على وجه المودة وإيثار المكارمة والمواصلة، وطلب المعاوضة لا ينافي ذلك، والعرف يشهد بذلك والعرف كالشرط. ولذلك جاز فيها الجهالة والغرر.

فإن قيل: إن موضوع الهبة التبرع لغة، والأصل عدم النقل، والتبرع لا يقتضي عوضاً، فلا تكون الهبة تقتضي ثواباً؛ والجواب: أنه ليس كل هبة موضوعة للتبرع، والقول بذلك مصادرة للواقع؛ لأن هبة الأدنى للأعلى موضوعة للعرف، والأعلى للأدنى للتبرع بشهادة العرف، فيكون لغة كذلك⁽²⁾.

وشرط الثواب يكون مقارناً للفظها. وسواء عين الثواب أم لا. والتعيين غير لازم قياساً على نكاح التفويض، وهذا هو المعتمد. وعلة القياس أنه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودة والمواصلة، فسمح فيه بترك تسمية العوض، فكذلك الهبة إذا سكتا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما⁽³⁾.

وقيل: إن اشترط العوض في عقدها فلا بدّ من تعيينه، قياساً على البيع.

ويلزم الموهوب له الثواب بتعيين قدره ونوعه من الواهب، إذا قبل الموهوب له؛ فليزمه دفع ما عين كمائة دينار أو هذا الثوب أو الدابة. والمراد التعيين ولو بالوصف كثوب صفته كذا. والحاصل أنه إذا عين الثواب واحد منهما ورضي الآخر فإنه يلزم الموهوب له دفعه إذا قبل الهبة، وليس له الرجوع عن الثواب بعد تعيينه وإن لم يقبض الهبة. والدليل على لزوم أن يدفع الموهوب له الثواب إذا قبل الهبة بشرط الثواب⁽⁴⁾:

أ - القياس على البيع؛ لأن الواهب ملكه الهبة بشرط العوض إما لفظاً أو عرفاً، فلزمه ما دخل عليه من قبول هبة الثواب؛ لأنها معاوضة كالبيع وكسائر المعاوضات.

ب - أن العرف أصل يرجع إليه إذا لم يكن غيره، وقد علم أن العرف جار بأن الضعيف يهب لجاره الغني طلباً لمعرفه، وأن الواحد من خدم السلطان يهب له متعرّضاً لمعرفه وتقرباً إليه، فلا وجه لجحد المعروف.

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في الهبة.

(2) الذخيرة: 271/6. (3) المعونة: 1612/3.

(4) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1612/3، والذخيرة: 275/6.

التنازع في قصد الثواب:

وتنقسم الهبة إذا أراد الواهب بها وجه الموهوب له، من حيث قصد الواهب للثواب ولزومه للموهوب له إلى ما يلي⁽¹⁾:

إرادة وجه الموهوب له لمحبتته إياه ومودته له. مثل أن يهب الوالد لولده، أو يهب الرجل الهبة للعالم، أو للرجل الصالح، وما أشبه ذلك مما يعلم بالعرف الجاري أنه إنما وهبه لمحبتته فيه، أو لمكانته من العلم والخير والصلاح.

إرادة وجه الموهوب له ليستجر مودته ومحبتته. مثل أن يقدم الرجل من سفره فيهدي له جاره الشيء يتحفه به، كالفاكهة وما أشبه ذلك؛ أو يهدي هو لجيرانه مما جلبه من تحف البلاد التي قدم منها؛ ومثل السلطان يهب لبعض رعيته، والغني يهب للفقير.

إرادة وجه الموهوب له ليتأكد ما بينهما من المودة والمحبة. مثل أن يهب أحد الزوجين لصاحبه، أو الولد لوالده، فيعلم بالعرف أن القصد بذلك تأكيد التودد لما بينهما، مما يقتضي حاجتهما إلى التودد.

إرادة وجه الموهوب له قصد التودد والمكافأة أي: الثواب. مثل أن يهب الفقير للغني هبة مبتدأة على غير سبب؛ أو يهب الأكفاء والنظراء من أهل الوفر والمال بعضهم لبعض، سواء كانوا أجنبيين أو أقرباء.

والقاعدة هنا أن كل هبة لها وجه غير قصد المكافأة والثواب فهي محمولة على غير الثواب.

ويصدق الواهب عند التنازع في قصده الثواب بيمين بعد القبض، إن لم يشهد عرفاً بضدّ الثواب. فإن شهد العرف بضده فلا يصدق، كهبة الغني للفقير، والسلطان لأتباعه، والرجل يهدي إلى العالم والصالح، فالعرف في مثل هذا أنه للمودة لا للثواب. وينظر هنا فيما يقع بين الناس في بعض البلدان من إهداء الأكباش عند النكاح، والإطعام في الولائم في الأعراس، وبعثه إلى الغير، فقد قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار أن ذلك يحمل على الثواب إن كان العرف كذلك، فمن قبض كبشاً هدية في نكاح أو أكل طعاماً في وليمة أو قبل طعاماً مطبوخاً بعثه إليه المهدي فعليه قيمة ذلك ثواباً؛ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً؛ وإن كان غير محمول على الثواب في العرف فلا ثواب عليه⁽²⁾.

وجه اشتراط اليمين للتصديق أنّ الأصل في الهبة عدم العوض⁽³⁾، فقباض الهبة معه هذا الأصل، والواهب مدّع عليه الثواب.

(1) المتقى: 112/6، والمقدمات: 450/2، والمتقى: 275/6.

(2) المتقى: 111/6.

(3) إكمال الإكمال: 327/4.

وأما التنازع قبل قبضها، فالقول للواهب مطلقاً، ولو شهد العرف بعدم الثواب. وتصديق الواهب يمين ظاهره أشكل الأمر بأن لم يشهد العرف له أو عليه، أم لم يشكل بأن شهد العرف له، وهو أحد التأويلين. والثاني، وهو أظهر القولين: أن الواهب إنما يحلف إذا أشكل الأمر بأن لم يشهد العرف له ولا عليه، ولم توجد ترجيح أحد الأمرين، وإلا عمل على العرف أو القرائن ولا يمين.

ومحل تصديق الواهب في دعوى الثواب في غير النقد المسكوك، وأما هو فلا يصدق الواهب؛ لأن الشأن فيه عدم الإثابة إلا بشرط أو عرف.

ويستثنى من تصديق الواهب الزوجان والوالدان، ونحوهما من الأقارب الذين بينهم الصلة، فلا يصدق الواهب من هؤلاء في دعواه الثواب، لقضاء العرف بعدمه فيمن ذكر كالمسكوك؛ لأنّ العرف جار بأن كل واحد من الزوجين، ومن الولد ووالده، ومن القريب وقريبه، يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة ويحبّ التودّد إليه وإحراز الحظوة عنده⁽¹⁾. إلا أنه يقع تصديق الواهب من هؤلاء المذكورين لأحد أمرين:

الأول: لشرط حال الهبة فيعمل به مطلقاً حتى في المسكوك.

الثاني: أو قرينة تدل على ذلك، من ذلك جريان العرف بها.

فإنه يصدق ويقضى له بالثواب، لكن في غير المسكوك. وأما هو فلا تكفى فيه القرينة، ولا بد من الشرط. ويكون ثواب المسكوك عند الشرط أو العرف عرضاً أو طعماً لا مسكوكاً، لما فيه من الصرف المؤخر إن كان من غير صنفه، أو البدل المؤخر إن كان من صنفه.

وإذا لم يعين الواهب الثواب وقبض الموهوب له الهبة، فيلزم الواهب قبول القيمة إذا دفعها له الموهوب له، والدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه: «ومن هب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها. فمعنى قوله: «إذا لم يرض منها» ما لم يعط قيمتها؛ لأنّ الرضا المعتبر عند الناس القيمة⁽²⁾».

وأما الموهوب له فلا يلزمه دفع القيمة فالخيار له؛ لأنّ له أن يقول له: خذ هبتك لا حاجة لي بها. والدليل على تخييره⁽³⁾:

أ - القياس على نكاح التفويض في تخيير الزوج إذا لم يتراضيا ببذل صداق المثل أو الطلاق.

ب - أنّ الواهب قد لا يرضى بأضعاف قيمة الهبة من الموهوب له، وفي ذلك إضرار بالموهوب له.

(1) المعونة: 1611/3، والمتقى: 112/6. (2) المتقى: 114/6.

(3) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1612/3.

ويستثنى من عدم لزوم دفع الموهوب له القيمة، الصورة التي تفوت فيها الهبة عنده، أي: بعد قبضها بدون تعيين الثواب، فيلزمه حينئذ دفع القيمة للواهب، وتقدر القيمة بقيمتها يوم قبضها. والفوات يكون بزيادة بكبير أو سمن، أو نقص كعرج، وذلك في الحيوان. ولا يعتبر حوالة الأسواق، والدليل على لزوم القيمة بالنقص والزيادة: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنّ الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب، بزيادة أو نقصان، فإنّ على الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها»⁽¹⁾. ووجه لزوم القيمة هنا للموهوب له أنّ لما قبض الهبة أصبح ضامناً لها، فيستوي في ذلك الزيادة والنقص⁽²⁾.

ووجه عدم اعتبار حوالة الأسواق فوتا أنّ حوالة الأسواق - أي: الرخص والغلاء - رغبات الناس خارجة عن الهبة⁽³⁾.

وأما قبل قبض الموهوب له فلا يلزم الواهب قبول القيمة بل له الامتناع، ولو دفع له الموهوب له أضعاف القيمة، ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة ولو قبض الهبة كما تقدم.

والفرض هنا أنّ الثواب لم يعين، وأما إذا عين ورضي به الموهوب له فإنه يلزمه دفعه قبضها أم لا، كما مرّ.

وإذا أثناب الموهوب له الواهب عمّا لا ثواب فيه جهلاً، أو المتصدّق عليه أثناب عن الصدقة، فقال مالك: يردّ إليه ثوابه، ولا شيء له إذا فات.

شروط ما يقع به الثواب في هبة الثواب:

يثيب الموهوب له الواهب عن الشيء الموهوب بما يصح أن يكون ثمناً في البيع؛ بأن يكون سالماً من الربا والغش، فلا يصحّ الثواب بما يلي:

- الثواب عن النقد نقداً، لما فيه من الصرف المؤخر أو البدل المؤخر.
- الثواب عن الطعام طعاماً، لما فيه من بيع الطعام بطعام لأجل مع الفضل ولو شكاً.

- الثواب عن اللحم حيواناً من جنسه ولا عكسه، أي: الثواب عن الحيوان لحماً من جنسه. وقد تقدم التفصيل في باب الربا من البيوع.
- الثواب عن العرض عرضاً من جنسه لما فيه من السلم الفاقد لشروطه، ولما فيه من سلم الشيء في نفسه.

(1) المنتقى: 114/6. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) المنتقى: 115/6. (3) الذخيرة: 279/6.

فيثاب عن العرض طعام ودراهم ودنانير وعكسه، أي: يثاب عن الطعام عرض ودراهم ودنانير اجتماعاً وانفراداً. ويثاب عن العرض عرض من غير جنسه. هبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال، وتخالفه في البعض كجهل العوض والأجل، ولا يفيتها حوالة الأسواق، ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول. وكذلك تخالفه بما إذا أثنابه بما يصح أن يكون ثمناً في البيع لزم الواهب قبوله وإن كان معيباً، حيث كان فيه وفاء بالقيمة. وليس له أن يقول حينئذ: لا آخذ إلا سليماً. لكن إن أثنابه بنحو حطب وتبن مما لا تجري العادة بإثابته كالطين والآجر، فلا يلزمه قبوله. فإن جرى عرف بإثابته لزمه القبول. وهذا كله في غير المعين، وأما المعين وقت الهبة فيلزمه قبوله إن جاز شرعاً، وإن لم يجر به عرف ولا عادة.

هبة الثواب من مال المحجور:

يجوز للأب إعطاء هبة الثواب من مال محجور الصغير أو السفیه. ولا يجوز له إعطاء غيرها كالتبرعات. كما لا يجوز له الإبراء من مال محجورته. ولا يجوز لوصي ولا حاكم هبة ثواب ولا إبراء.

طلب الثواب في الصدقة:

لا يجوز طلب الثواب على الصدقة، والدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: 60]. ووجه الاستدلال أن الآية تقتضي كون الصدقات الواجبة وغير الواجبة قربة، وذلك ينافي أخذ العوض⁽¹⁾.

الصدقة عن الميت:

تجوز صدقة الحي عن الميت، وهي نافذة، والدليل⁽²⁾:

أ - عن عائشة زوج النبي ﷺ أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إن أمي افتلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت. أفأتصدق عنها؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم»⁽³⁾. افتلتت نفسها أي: ماتت فجأة.

ب - خرج سعد بن عبادة مع رسول الله ﷺ في بعض مغازيه، فحضرت أمه الوفاة بالمدينة، فقيل لها: أوصي. فقالت: فيم أوصي إنما المال مال سعد، فتوفيت قبل أن يقدم سعد. فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد: يا رسول الله هل ينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم». فقال سعد: حائط كذا وكذا صدقة عنها،

(1) المتقى: 6/112.

(2) المتقى: 6/144، والذخيرة: 6/293.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب صدقة الحي عن الميت؛ والبخاري في الجنائز، باب موت الفجأة؛ ومسلم في الزكاة، باب وصول ثواب الصدقة.

لحائط سماه⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من الحديثين أن النبي ﷺ أذن في التصدق عن الميت، وقضى بأن الميت ينتفع بصدقة الحي عنه منفعة الأجر في الآخرة من زيادة الحسنات وتكفير السيئات. ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق؛ ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت وقد يكون من الأجر ما يثبت للإنسان بعد موته في حياته من غير نية ولا معرفة، كما يدخل عليه أجر من يغتابه وأجر من يأخذ ماله وإن لم يعلم هو بشيء من ذلك.

ج - الإجماع.

الوعد⁽²⁾

تعريف الوعد:

الوعد لغة: من وعد يعد، وعداً وعدة.

واصطلاحاً: عرفه الإمام ابن عرفة بقوله: «إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل»⁽³⁾.

قوله: «إخبار» والإخبار بالشيء الإعلام به وهو إيقاع نسبة، لا وقوعها. وهو غير الخبر لأنّ الخبر يحتمل الصدق والكذب؛ لأنه راجع لوقوع النسبة، وهذا يرجع إلى إيقاعها.

وقوله: «عن إنشاء» أخرج به الإخبار عن خبر. ومعنى عن إنشاء أي: عن وقوع إنشاء.

وقوله: «المخبر» أخرج به إنشاء غير المخبر؛ لأنه ليس بوعد، كما إذا قال: يهب زيد لك الدار غداً.

وقوله: «مع وفاء في المستقبل» أي: بقيد الوفاء بما أخبر به في المستقبل، فإن لم يقصد وفاء فلا يقال فيه وعد.

حكم الوفاء بالوعد:

الوفاء بالوعد مستحب، وأنه من مكارم الأخلاق. لكن اختلف في إلزام صاحبه به قضاء على أقوال:

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب صدقة الحي عن الميت

(2) المنتقى: 109/6، وشرح الزرقاني على مختصر خليل: 110/7، وحاشية المدني على شرح كنون: 245/7.

(3) شرح حدود ابن عرفة: 560/2.

الأول: يقضى به مطلقاً. ورجحه القرافي وابن الشاط.

الثاني: لا يقضى به مطلقاً.

الثالث: يقضى به إن كان على سبب، وإن لم يدخل الموعد بسبب الوعد في شيء، كقولك لشخص: أريد أن أتزوج مثلاً فأسلفني كذا، فيقول: نعم. فإن ذلك يلزمه ويقضى به ما لم تترك الأمر الذي وعدك عليه.

الرابع: يقضى به إن كان على سبب ودخل الموعد بسبب الوعد في شيء. وهذا هو المشهور.

وقد وردت أدلة يقتضي ظاهرها وجوب الوفاء مطلقاً وتحريم عدم الوفاء. كما وردت أدلة تعارضها، وفيما يلي هذه الأدلة وطريقة العمل بها⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: 3].

ب - عن زيد بن أسلم، أن النبي ﷺ قال: «وأي المؤمن واجب»⁽²⁾. والوأي: العهد وهو قريب من العدة في هذا الوضع⁽³⁾.

ج - عن أبي هريرة قال: قال رسول ﷺ: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان»⁽⁴⁾.

فهذه الأدلة تقتضي وجوب الوفاء مطلقاً.

أ - عن صفوان بن سليم أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: أكذب امرأتي يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا خير في الكذب». فقال الرجل: يا رسول الله أعدها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا جناح عليك»⁽⁵⁾. ومعنى الحديث أن الرجل سأل النبي ﷺ عن وعد زوجته وهو يرد الوفاء ثم يخلفها. ووجه الاستدلال أنه ﷺ أذن له في الوعد ونفى عنه الجناح في إخلافه ولم يسمه كذبا؛ لأن السؤال عن الإخلاف ورد في مقابل السؤال عن الكذب.

ب - عن زيد بن أرقم عن النبي ﷺ قال: «إذا وعد الرجل أخاه، ومن نيته أن يفي له، فلم يفي ولم يجئ للميعاد فلا إثم عليه»⁽⁶⁾.

(1) المتشقى: 314/7، والذخيرة: 299/6.

(2) أخرجه أبو داود في مراسيله. (فيض القدير: 360/6).

(3) المتشقى: 80/3.

(4) أخرجه البخاري في الإيمان، باب علامة المنافق؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان خصال النفاق.

(5) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في الصدق والكذب.

(6) أخرجه أبو داود في الأدب، باب العدة؛ والترمذي في الإيمان، باب ما جاء في علامة المنافق،

وقال: هذا حديث غريب.

وهذان الدليلان يقتضيان عدم وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً⁽¹⁾. ووجه الجمع بين الأدلة أن يحمل اللزوم على ما إذا أدخل الواعد الموعد في سبب ملزم بوعده. مع أنه قد تحمل الآية والحديث على معنى غير موضوع الباب، وذلك كما يلي:

فقد قيل في الآية إنها نزلت في قوم كانوا يقولون جاهدنا وما جاهدوا، وفعلنا أنواعاً من الخيرات وما فعلوها، ولا شك أن هذا محرّم لأنّه كذب وتسميع بالطاعة، وكلاهما معصية إجمالاً.

وأما ذكر الإخلاف في صفة المنافق فمعناه أنها سجية وخلق للمنافق، وأن مقتضى حاله الإخلاف. ومثل هذه السجية يحسن الذم عليها؛ ويحمل الحديث على تشبيه المؤمن الذي يأتي بهذه الأفعال بالمنافق لتخلقه بأخلاقه، ويكون نفاقه على من حدثه واتمنه وعاهده، لا في عقيدته وإيمانه⁽²⁾. فلا يحمل على الوعد.

العمرى

يأتي الكلام على العمرى وحكمها هنا بعد الهبة؛ لأنها من قبيل الهبة.

تعريف العمرى:

لغة: هي صيغة فعلى مشتقة من العمر، أي: ما تجعله للشخص طول عمره أو عمره⁽³⁾.

شريعاً: العمرى تملك منفعة مملوك حياة المعطى - بفتح الطاء - بغير عوض، كأمرتك أو وارثك، داري أو نحوها.

قوله: «تملك منفعة» خرج به تملك الذات بعوض وبغيره؛ والأول بيع أو هبة ثواب والثاني هبة أو صدقة.

قوله: «مملوك» أي: شيء، كان عقاراً أو غيره كفرس وعروض. وخرج بقوله: «مملوك» ما ليس بمملوك، كإقطاع من إمام لأن الإمام لا يملك الإقطاع التي يقطعها لبعض الناس؛ أو إسقاط حق كساكن بيت موقوف فيسقط حقه لآخر حياته.

قوله: «حياة المعطى» بفتح الطاء، والظرف متعلق بتمليك أي: مدة حياة المعطى. وخرج به الوقف المؤبد، وكذا المؤقت بأجل معلوم، وخرج به الإعارة أيضاً. والمعطى - بالفتح - وذلك يقتضي أنها إذا كانت حياة المعطى - بالكسر - أو حياة أجنبي كزيد لا تسمى «عمرى» حقيقة وإن جازت وهو كذلك؛ لأنها إنما تنصرف عند الإطلاق لحياة المعطى - بالفتح -. فإذا قال المالك: أعمرتك داري مثلاً، حمل

(1) الذخيرة: 299/6، إكمال الإكمال: 169/1، وعارضة الأحوذى: 100/10.

(2) الذخيرة: 299/6، إكمال الإكمال: 169/1.

(3) القبس: 942/3، وإكمال الإكمال: 589/5.

على عمر المعطى - بالفتح - فلا كلام لوارث المعطى - بالكسر - إذا مات .
قوله: «بغير عوض» خرج به الإجارة وهي إجارة فاسدة للجهل بالأجل؛ لأن مدة حياة المعطى مجهولة.

قوله: «كأعمرتك أو وارثك» أي: أو أعمرت زيداً، أو أعمرت وارثك - مثلاً - .
ولا يشترط لفظ الإعمار، بل ما دل على تملك المنفعة بغير عوض مدة حياة المعطى .
و«أو» مانعة خلو، فتجوز الجمع كأعمرتك ووارثك . فيصدق بثلاث صور: أعمرتك، أو أعمرت وارثك، أو أعمرتك ووارثك .

وترجع العمرى، أي: الشيء المعمر، إذا مات المعمر - بالفتح - للمعمر - بالكسر - إن كان حياً؛ أو إلى وارثه يوم موته إذا مات، لا يوم المرجع .

حكم العمرى:

العمرى جائزة. والمراد بالجواز الإذن فيها شرعاً، فهي مندوبة؛ لأنها من المعروف .

ودليل كون العمرى تملك المنافع الأشياء دون تملك أعيانها، وأنه يجوز تملك منفعة الشيء مدة حياة المعمر - بالفتح -، ورجوعها للذي أعمارها بعد وفاة المعمر - بالفتح -:

أ - عمل أهل المدينة⁽¹⁾. فقد قال الإمام مالك: الأمر عندنا أن العمرى ترجع إلى الذي أعمارها، إذا لم يقل هي لك ولعقبك⁽²⁾. ونقل ابن عبد البر عن الإمام مالك قوله: «ليس عليه العمل، وودت أنه محي»⁽³⁾. قال الإمام مالك: رأيت عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم - وكان محدثاً -، يعتب أخاه محمداً - وكان قاضياً بالمدينة المنورة -: ما لك لا تقضي في العمرى بحديث ابن شهاب؟ فقال له محمد: «يا أخي لم أجد العمل عليه، فقد أباه الناس»⁽⁴⁾. والمعنى أن العمل المتناقل جيلاً بعد جيل في المدينة عن النبي ﷺ معارض لظاهر الحديث، وسيأتي ذكره.

ومعنى قول الإمام: إذا لم يقل: هي لك ولعقبك، أي: فإذا قال المعمر: هي لك ولعقبك، لم ترجع إلا بعد انقراض العقب⁽⁵⁾.

ب - عن نافع أن عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر رضي الله عنها دارها، قال: وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فلما توفيت بنت زيد قبض

(1) المتقى: 133/6، شرح الزرقاني على الموطأ: 49/4، بداية المجتهد: 331/2.

(2) الموطأ في الأفضية، باب القضاء في العمرى، والمتقى: 133/6.

(3) التمهيد: 115/7.

(4) إكمال الإكمال: 590/5.

(5) الإشراف: 674/2، والمتقى: 133/6، شرح الزرقاني: 48/4، وشرح الحطاب: 61/6.

عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنّه له⁽¹⁾.

فقوله: كانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فهذا معنى العمري. وقوله: فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنّه له، يريد قبضها بمعنى الميراث لأنه هو كان وارث حفصة رضي الله عنها يوم توفيت، فرأى عبد الله بن عمر أنّه قد انقطع بموت بنت زيد حكم العمري، وأن ما تقدم في الدار من العمري لم يخرجها عن ملك موروثه حفصة، ولا منعه من تملكها بالميراث عنها⁽²⁾.

ج - عن أبي هريرة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «المسلمون على شروطهم»⁽³⁾.

د - عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد أنّه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري، وما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا⁽⁴⁾.

ومعنى ذلك أنّ المعمر لما شرط إبقاء الرقبة تحت يده، وإفراد المنافع بالهبة مدّة مقدرة بعمر المعطى له، أو بعمره وعمر عقبه، كان شرطه تاماً، وكانت عطيته على ما شرط لا تتجاوز ذلك⁽⁵⁾.

هـ - أنّ تملك الرقاب يقع مطلقاً من غير توقيت بوقت يزول بمجيئه، فلو قال شخص: بعثك هذا الشيء إلى مجيء فلان أو إلى رأس الشهر لم يصح؛ فإذا ثبت ذلك وكان المالك قد علق التملك بعمر المعطى له، علم أنّه لم يرد تملك رقبة ذلك الشيء إياه، فوجب حمله على ما يصح، وهو تملك المنافع؛ لأن التوقيت يدخل فيها دون تملك الأعيان⁽⁶⁾.

و - أنّ دلالة العمري لغة على تملك المنافع؛ لأنّ العرب قد وضعت رقبة ألفاظ العمري، والسكنى، والإغلال، والمنيحة، والعريّة، والعارية، والإفقار، على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له؛ والأصل عدم نقل الألفاظ عن حقائقها اللغوية⁽⁷⁾.

وقد ورد حديث عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه بروايات مختلفة، يقتضي ظاهرها تملك رقبة العمري للمعمر - بالفتح -، وهذه الروايات هي:

عن مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله الأنصاري أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه فإنها للذي

(1) الموطأ في الأفضية، باب القضاء في العمري.

(2) المتقى: 134/6.

(3) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(4) الموطأ في الأفضية، باب القضاء في العمري.

(5) المتقى: 133/6. (6) الإشراف: 675/2.

(7) الذخيرة: 217/6، وإكمال الإكمال: 589/5.

يعطاها، لا ترجع إلى الذي أعطاها أبداً؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث⁽¹⁾.
 عن ليث عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، عن جابر بن عبد الله؛ أن رسول الله ﷺ قال: «من أعمار رجلاً عمري له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أعمار ولعقبه»⁽²⁾.

عن ابن جريج عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أيتما رجل أعمار رجلاً عمري له ولعقبه، فقال: قد أعطيتها وعقبك ما بقي منكم أحد، فإنها لمن أعطيتها. وإنها لا ترجع إلى صاحبها، من أجل أنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث»⁽³⁾.

عن ابن أبي ذئب عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر؛ أن رسول الله ﷺ قضى فيمن أعمار عمري له ولعقبه، فهي له بتلة، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا ثنيا. قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث، فقطعت الموارث شرطه⁽⁴⁾.

عن هشام، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمري لمن وهبت له»⁽⁵⁾.

عن يحيى بن يحيى قال: أخبرنا أبو خيثمة عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنه من أعمار عمري فهي للذي أعمارها، حياً وميتاً، ولعقبه»⁽⁶⁾.

عن شعبة قال: سمعت قتادة يحدث عن عطاء، عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «العمري جائزة»⁽⁷⁾.

عن سعيد عن قتادة، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «العمري ميراث لأهلها»⁽⁸⁾.

وغير ذلك من الروايات عن جابر بن عبد الله ﷺ. وقد أجاب فقهاء المذهب عن الحديث بما يلي⁽⁹⁾:

أ - أنه حديث اختلفت فيه روايات أهل الطبقة الأولى والثانية والثالثة؛ فضعفت الثقة به.

(1) أخرجه مالك في الألفية، باب القضاء في العمري؛ ومسلم في الهبات، باب العمري.

(2) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري. (3) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري.

(4) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري. (5) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري.

(6) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري. (7) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري.

(8) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري.

(9) الذخيرة: 217/6، وإكمال الإكمال: 590/5، شرح الزرقاني على الموطأ: 48/4.

ب - مخالفته للأصول، وهي:

الأول: حديث: «المسلمون على شروطهم»، كما تقدم في الاستدلال.

الثاني: ترك أهل المدينة العمل به، كما تقدم في الاستدلال.

الثالث: الإجماع على ثبوت ملك المعمر قبل أن يوقع العمري، فوجب أن لا يزول ملكه إلا بيقين وهو الإجماع، ولا إجماع في هذه المسألة، فقد اختلف فيها بين من يقول بعد إن العمري تعود إلى المعمر سواء ذكر العقب أو لم يذكر؛ ومن يقول لا تعود؛ ومن فرق فقال بعودها إلى مالكةا إذا لم يذكر العقب، وبعدم العود إن ذكر العقب.

الرابع: أن الأصل في الشرع ثبوت الأملاك لأصحابها، وأن لا تخرج عن أيديهم إلا برضاهم واختيارهم؛ فإذا قصد الشخص هبة منافع شيء لغيره مدة محددة بلفظ الإعمار أو بغيره، فالأصل أن لا يحمل فعله على غير ما قصده ولا ينتزع ملكه من يده، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ.

الخامس: أن التوقيت في هبة المنافع معتبر في الشرع، وإبطاله دعوى على خلاف

الدليل.

السادس: أن التبرعات على خلاف الأصل فلا يلزم بها المكلف، فلما ورد ما

يدل على الحضن عليها اعتبرت في العمري في المنافع، ويبقى في الرقاب على مقتضى الأصل.

ومع هذا فإن الحديث يقبل وجوهاً من التأويل⁽¹⁾:

أ - الحمل على المنافع في رواية: «العمري لمن وهبت له»، ورواية: «فهي للذي أعمارها، حياً وميتاً»، ورواية: «العمري ميراث لأهلها»؛ لأن المنافع هي التي وهبت، فلا يلزم الواهب أكثر مما التزم. وهي تكون للمعطي ولعقبه حياً وميتاً، وإنما الخلاف بعد العقب.

ب - أن معنى قوله ﷺ: «العمري جائزة»، أي: هي عطية جائزة، والمراد بالجواز الجواز الأعم لا الأخص؛ لأنها من البرّ والمعروف؛ لأن الأعم يشمل المباح والمندوب والواجب.

ج - أن معنى قوله ﷺ: «فهي له بتلة» أي: عطية منافع ملزمة لا رجوع فيها.

د - أن معنى قوله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها» إرشاد إلى الأصلح؛ لأن الإعمار يمنع مالك الرقبة من التصرف فيها مدة طويلة، ولا سيما

(1) المنتقى: 134/6، والمعلم: 351/2، والقبس: 943/3، والذخيرة: 216/6، وإكمال

المعقبة، فقد تتعرض للتلف والفساد وهي بيد المعتمر - بالفتح - . ولا يحمل النهي على التحريم، لما تقدم أن العمري من البر والمعروف، قاله القرطبي صاحب المفهم.

هـ - أن قوله ﷺ: «لا ترجع إلى الذي أعطها أبدأ»، فهو صحيح لأن المعطي لما جعلها للمعطي ولعقبه فإنها لا ترجع إليه أبداً ما بقي من عقب المعطي أحد.

و - أن ما جاء في رواية مالك وابن جريج قوله: «لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث» صرح رواية ابن أبي ذئب أنها ليست من كلام النبي ﷺ وإنما من كلام أبي سلمة. ولو سلم أنه من لفظه ﷺ فإنه إنما جاء حيث ذكر العقب، فعلل الموارث وجعلها المانعة من رجوع العمري لمالكها، وهذا صحيح؛ لأن المعنى - كما ذكره ابن العربي - أن من وهب منافع دار مثلاً لرجل ولعقبه، فإنه لا يرجع إليه إذا مات ذلك الرجل المعتمر - بالفتح -؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث؛ لأن المنافع قد استحقها العقب من بعد مورثهم، فلا ترجع إلى الذي أعطها حتى ينقرض جميعهم، فتعود إلى المعطي أو إلى ورثته من بعده، أي: إن العقب لما كان تنتقل إليهم العمري عن مورثهم، ويشتركون في الانتفاع بها، سمي ذلك ميراثاً بالنسبة إليهم.

ز - أن فعل عبد الله بن عمر في دار حفصة رضي الله عنها تفسير لحديث النبي ﷺ، ومبين لمعناه، ومقرر لحجة الإمام مالك. ويقاس عليه العمري للمعطي ولعقبه؛ لأن لفظ العمري فيه وفي عقبه سواء، فإذا لم يملك بالعمري له فكذلك لا يملك بها له ولعقبه. ويؤيد هذه الوجوه من التأويلات، ما ذكرناه من أدلة المسألة، وتأييد أيضاً بما يلي:

أ - بالقياس، ذلك أن العمري إما من عمر المعطي أو من عمر المعطي، فقد تقول: أعطيتك مدى عمرك أو عمر عقبي، أو تقول: أعطيتك مدى عمرك أو عمر عقبك. وقد اتفق على أنه لو كان الحكم معلقاً بعمر المعطي لما كان تمليكاً للرقبة والمنفعة معاً؛ فكذلك في عمر المعطي. وتحريره على صيغ القياس يقال: لأنه معلق بأحد العمرين - أي: عمر المعطي أو عمر المعطي - فلم يكن على التأييد أصله عمر الثاني. قال ابن العربي بعد أن ذكر هذا الاستدلال: «وهذا الفقه صحيح يكشف حقيقة الحديث ويبيّن مقصد الرسول ﷺ في بيان الحكم، وذلك أن العمري نصف هبة، إذ الهبة يكون لها محلان ملك الرقبة وملك المنافع، وقد يجتمعان للشخص الواحد بأن تطلق الهبة إطلاقاً، وقد ينفردان فيعطيه المنفعة دون الرقبة وهي العمري، فإنه لو قال: أسكنتك هذه الدار وعقبك لكان تصريحاً بهبة المنافع، وكذلك عمرتك؛ وقد تجعل الرقبة لشخص والمنفعة لآخر، فيقول: أسكنتك وعقبك هذه الدار وجعلت رقبتها لفلان وعقبه؛ فإذا كانت تنفصل في أنواعها اسماً وحكماً فكيف تجعل باباً واحداً، وعلى هذا يتبين الحديث ويفهم»⁽¹⁾.

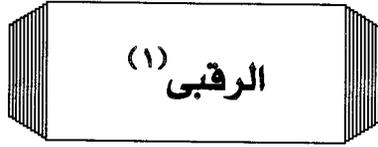
لزوم عقد العمري:

عقد العمري لازم، ليس للمعمر الرجوع فيه، قياساً على الوقف؛ لأنه هبة للمنافع⁽¹⁾.

حوز العمري:

العمري في الحوز كالهبة. فإن حازها المعمر - بالفتح - قبل حدوث مانع تمت، وإلا بطلت.





تعريف الرقبي:

لغة: الرقبي من المراقبة بين شخصين، كأنّ كلّ واحد منهما يرقب صاحبه. شرعاً: تحييس أو تمليك كلّ واحد من رجلين ما يملك من دار أو غيرها، على أنّ من مات منهما فداره حبس أو ملك للآخر⁽²⁾ وههنا كأنّ كلّ واحد منهما يرقب موت صاحبه.

حكمها:

الرقبي لا تجوز في حبس ولا ملك. وقد منعت لما فيها من الخروج عن وجه المعروف إلى المخاطرة والغرر⁽³⁾، إذ لا يدري أيهما يموت قبل الآخر. فإن وقع العقد واطلع عليه قبل الموت فسخ. وإن لم يطلع عليه إلا بعد موت أحدهما رجعت لوارثه ملكاً، ولا تكون للمراقب الحيّ، ولا ترجع مراجع الأعباس لفساد العقد.

ومحلّ عدم الجواز إذا وقع ما ذكر من القولين في عقد واحد، بأن وقع أحدهما بفور الآخر ودخلا على ذلك. وأمّا لو قال أحدهما لصاحبه ذلك، ثم قال الآخر مثل الأول، فهو جائز إذ لا تهمة فيه حيث لم يدخلا عليه، ويكون هذا وصية⁽⁴⁾.

(1) الشرح الكبير وحاشيته: 109/4.

(2) شرح حدود ابن عرفة: 551/2.

(3) الذخيرة: 218/6.

(4) الذخيرة: 218/6.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	النوع الثاني من أنواع شركة		الشركة
17	الأموال: شركة العنان	5	تعريف الشركة لغة
18	شركة الذمم	5	تعريف الشركة شرعاً
19	شركة الوجوه	6	حكمة مشروعية الشركة
	أقسام شركة الأموال من حيث الجبر	6	أقسام الشركة
19	وعدمه	6	القسم الأول من أقسام الشركة:
19	شركة الجبر وشروطها	6	شركة التجز في الأموال
	القسم الثاني من أقسام الشركة: شركة	6	حكم شركة الأموال
20	الأبدان	6	لزوم شركة الأموال
20	حكما	7	أركان الشركة
	القضاء فيما يشترك فيه الناس	8	ما تصح به الشركة في المعقود عليه
	من المرافق	8	ما لا تصح به الشركة
23	الدليل العام لمسائل هذا الفصل	10	ضمان التلف في الشركة
26	ما يقضى فيه عند التنازع	11	أنواع شركة الأموال من حيث تصرف
32	ما لا يقضى به عند التنازع	12	الشركاء
	المزارعة		النوع الأول من أنواع شركة
37	تعريف المزارعة	12	الأموال: شركة المفاوضة
37	لزومها	13	ما يجوز لأحد المتفاوضين
38	حكم المزارعة		عمل أحد الشريكين قراضاً أو
38	أركان المزارعة	15	تجراً مع غير شريكه
38	حكم المزارعة		تقدير العمل والربح والخسر بين
38	شروط صحة المزارعة	15	الشريكين
40	العمل في المزارعة	16	التنازع بين الشريكين
40	الصور التي تستوفي الشروط	17	حكم نفقة الشريكين
40	ما يفسد المزارعة		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
67	الركن الثالث: المقرّ به		المغارسة
68	تفسير المبهم في الإقرار	43	تعريف المغارسة
70	الركن الرابع: الصيغة	43	أركان المغارسة
70	ما لا يثبت الإقرار به	43	حكم المغارسة
72	التنازع في الحلول والتأجيل	43	أقسام المغارسة
72	الاستثناء في الإقرار		الوكالة
	التعدّد في الإقرار الموثّق وغير	46	تعريف الوكالة لغة
72	الموثّق	46	تعريف الوكالة شرعاً
72	الإبراء	46	لزوم عقد الوكالة
	الاستلحاق	47	حكم الوكالة
74	تعريف الاستلحاق لغة	48	أخذ الأجرة على الوكالة
74	تعريف الاستلحاق عرفاً	48	أركان الوكالة
74	شروط صحّة الاستلحاق	50	أمثلة للحقوق التي تقبل الوكالة
78	التوارث في الاستلحاق	52	ما لا تصحّ فيه الوكالة
79	استلحاق غير الولد والميراث في ذلك	53	توكيل أكثر من واحد في الخصومة
79	ثبوت النسب بالشهادة والميراث في ذلك		توكيل من هو عدوّ لخصم الموكل في
81	حكم القافة	53	خصومة
83	حكم ولد الزنا في الجاهلية	53	ما يجب على الوكيل في الوكالة
84	تحريم التبنّي	56	ما لا يجوز في الوكالة
88	انتساب الرجل إلى غير أبيه	59	ضمان الوكيل
88	ولاء من أسلم على يدي رجل	61	تعدد الوكلاء
	الوديعة	61	التنازع بين الموكل ووكيله
90	تعريف الوديعة لغة	61	انعزال الوكيل
90	تعريف الوديعة اصطلاحاً	62	عزل الوكيل نفسه
90	حكم الوديعة		الإقرار
92	عدم لزوم عقد الوديعة	63	تعريف الإقرار
92	أداء الوديعة	63	أركان الإقرار
92	أركان الوديعة	63	الركن الأول: المقرّ
92	ضمان الوديعة		ما يؤخذ به المريض - مرض
93	صور التفريط في الوديعة المقتضية للتضمين	65	وفاة - في إقراره
97	حكم الانتفاع بالوديعة	67	الركن الثاني: المقرّ له

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
116.....	تعريف الغصب لغة	99	اشترط الضمان فيما لا ضمان فيه في الودیعة
116.....	تعريف الغصب اصطلاحاً	99	النفقة على الودیعة
117.....	حكم الغصب	100.....	مخاصمة السارق
119.....	تأديب الغاصب	100.....	وفاة المودع
121.....	ما يجب على الغاصب	100.....	وفاة الرسول المرسل بالودیعة
122.....	أركان الضمان	101.....	التنازع في رد الودیعة
123.....	تضمين الغاصب	102.....	أخذ المودع أجره
124.....	ترتب الضمان على غير الغاصب	103.....	أخذ المودع حقه من الودیعة
125.....	ضمان المثل في المثلي		الإعارة
128.....	ضمان القيمة في المقوم	105.....	تعريف الإعارة لغة
129.....	ما يوجب القوات في المثلي والمقوم	105.....	تعريف الإعارة اصطلاحاً
129.....	حكم الخطأ في الجناية على الأموال	106.....	حكم الإعارة
130.....	ما يفوت به المغصوب المثلي والمقوم	107.....	أركان الإعارة
131.....	ما يختار فيه المغصوب منه	107.....	الركن الأول: المعير
133.....	غلة المغصوب	107.....	الركن الثاني: المستعير
137.....	التجارة بالدنانير والدرهم المغصوبة	108.....	الركن الثالث: المستعار
138.....	نفقة الغاصب على المغصوب	108.....	الركن الرابع: ما يدل عليها
139.....	نماء المغصوب	108.....	لزوم عقد الإعارة
140.....	ما يزول به الضمان	109.....	ضمان المستعار
	ما لا يقع به القوات ولا التضمين -	110.....	النوع الأول
140.....	أي: لا تخيير للمغصوب منه	110.....	النوع الثاني
141.....	انتقال ملكية المغصوب للغاصب	112.....	التنازع بين المعير والمستعير
	التنازع بين الغاصب والمغصوب منه	113.....	تصرف المستعير فيما استعاره
141.....	في دعوى التلف ووصف المغصوب	114.....	تعهد العارية والودیعة والرهن
141.....	حكم من اشترى أو ورث أو وهب له شيء مغصوب	114.....	ادعاء شخص أنه مرسل للاستعارة
143.....	التعدي	114.....	مؤنة العارية
143.....	جناية الحيوان	115.....	رد الأرض المستعارة
	تفصيل ما يضمنه المتعدي وما لا يضمنه	115.....	ميراث العارية
144.....	التعدي في المسافة		الغصب والتعدي والاستحقاق
144.....	التعدي بزيادة الحمل	116.....	الغصب

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
163.....	ما يلحق بالعقار	145..	الضمان في الفساد الكثير دون اليسير
165.....	ما لا شفعة فيه	145.....	ما يجب على المتعدي
167.....	الركن الرابع: المأخوذ به	146....	حكم زراعة الأرض غصباً أو تعدياً
168.....	ما يلزم الشفيع في الثمن		مسائل يجب فيها الضمان تدخل في
169.....	سقوط الشفعة	147.....	هذا الباب
171.....	ما لا تسقط به الشفعة أيضاً	148.....	الاستحقاق
172.	ترك الشفيع الأخذ بالشفعة بعوض	148.....	تعريف الاستحقاق لغة
172.....	هبة الشفيع الشفعة وبيعها	148.....	تعريف الاستحقاق اصطلاحاً
172.	متى يطالب الشفيع بالأخذ بالشفعة	148.....	حكم الاستحقاق
173.....	فضّ الشفعة عند تعدّد الشركاء	148.....	سبب الاستحقاق
	تعدّد الشركاء والأخذ بالشفعة	148.....	مانع الاستحقاق
174.....	واحد	148.....	شروط الاستحقاق
174.	حضور بعض الشفعاء دون البعض	149.....	استحقاق الأرض المزروعة بشبهة
174.....	انتقال الملكية للشفيع	149.....	ملك
174.....	الركن الخامس: الصيغة	150.....	حكم غلة ما استحق
175.....	حقّ الورثة في الشفعة	152.....	استحقاق بعض الشيء
176.....	تقديم الأحق عند تعدد الشفعاء		رجوع المشتري المستحق منه على
177.....	تعدد البيع في الشفعة	152.....	البائع
177.....	حكم الغلة في الشفعة		الشفعة
177.....	وقوع الكراء قبل الأخذ بالشفعة	153.....	تعريف الشفعة لغة
178.....	ضمان النقص	153.....	تعريف الشفعة اصطلاحاً
178.....	التنازع في الثمن	154.....	حكم الأخذ بالشفعة
	القسمة	155.....	علة حكم الأخذ بالشفعة
180.....	تعريف القسمة لغة	155.....	أركان الشفعة
180.....	تعريف القسمة اصطلاحاً		الركن الأول: وهو الأخذ بالشفعة
180.....	حكم القسمة	155.....	أي: من يحق له الأخذ بالشفعة
181.....	أقسام القسمة		إيدان الشريك شريكه قبل البيع
181.....	القسم الأول: قسمة مهاياة	158.....	لأجنبي
181.....	تعريف قسمة المهاياة		الركن الثاني: وهو المأخوذ منه أي:
181.....	واصطلاحاً	159.....	المشتري
182.....	لزوم عقد قسمة المهاياة	161.....	الركن الثالث: المأخوذ

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
شرط قسمة المهايأة	182	1 - القراض الفاسد الذي يترتب عليه	204
القسم الثاني: قسمة المراضاة	182	قراض المثل	204
ما يجوز في قسمة المراضاة	183	2 - القراض الفاسد الذي يترتب عليه	208
القسم الثالث: قسمة القرعة	184	أجرة المثل	208
تعريف قسمة القرعة	184	ضابط الفرق بين ما فيه قراض المثل	209
حكمة مشروعية القرعة	185	وأجرة المثل	209
كيفية قسمة العقار والمقوم	187	ما يجب على العامل في القراض	210
القاسم وأجرته	187	مسائل تضمّ للفاسد الذي فيه قراض	210
أجرة القاسم	187	المثل أو أجر المثل أو للقراض	210
قسم الشجر بالقرعة	188	الصحيح والجائز	210
ما يجوز فيه الجمع - أي: بالعدد - في	189	متى يضمن العامل مال القراض	212
قسمة القرعة	189	عمل العامل بالمال بعد انحلال العقد	214
ما يمنع قسمته بالقرعة أو مراضاة	189	الجنابة على المال	215
صفة القرعة	192	شراء العامل السلع بدين أو بأكثر من مال	215
لزوم قسمة القرعة والمراضاة	192	القراض	215
اشتراء ما يخرج بالقرعة قبل الرمي	192	حكم ما يحدث من خسر أو تلف في	216
دعوى الجور والغلط في القسمة	192	مال القراض	216
الإجبار على البيع فيما لا يتقسم	193	ما يجوز للعامل أن يتفق على نفسه من	217
القسمة عن المحجور والغائب	194	مال القراض	217
القراض			
تعريف القراض لغة	195	النفقة والكسوة في الإبضاع	220
شريعاً: القراضُ الصحيح	196	فسخ القراض بين العامل وربّ المال	220
حكم القراض	196	التنازع في القراض بين العامل وربّ	221
شرح التعريف ومحترزاته	198	المال	221
متى يلزم عقد القراض	198	موت العامل	223
القراض بين المسلم والكافر	199	حكم الربح في المال غير القراض	224
اجتماع قراض وعقد شركة أو إجارة	199	ما يحرم على العامل في القراض	225
شروط صحة القراض	199	الزكاة في القراض	225
التفاضل والمقاسمة في القراض	204	المساقاة	
القراض الفاسد وما يترتب عليه	204	تعريف المساقاة لغة	227
		عرفاً	227

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
253.....	الركن الثاني: الصيغة		شرح التعريف - ويؤخذ منه أركان
253.....	الركن الثالث: الأجر	227.....	المساقاة الآتي ذكرها
255.....	الركن الرابع: المنفعة	228.....	حكم المساقاة
261.....	تعجيل الأجرة	231.....	لزوم عقد المساقاة
263.....	تأجيل الأجرة	231.....	أركان المساقاة
	استقرار الأجرة بتمكن المستأجر من	231.....	مساقاة النصراني
264.....	المنفعة المستأجرة	231.....	شروط صحّة المعقود عليه
265.....	نفقة ردّ الرقبة المستأجرة		شروط صحّة مساقاة الزرع ونحوه -
265.....	فساد الإجارة	234.....	خاصّة -
281..	تعجيل الكري قبل أجله الذي عقد عليه ..	234.....	ما يدخل في المساقاة تبعاً مع الزرع
281.....	ما يجوز في الإجارة	235.....	شروط الصحّة في الجزء المساقى به
297.....	مكروهات الإجارة	235.....	الشروط المفسدة للمساقاة
300.....	ما يجب تعيينه في الإجارة	237.....	ما يجب على العامل عمله
	إجارة الأجير نفسه في عمليين في وقت		ما يجوز من الشروط بين العامل ورب
302.....	واحد	238.....	الحائظ
302.....	على من تكون رعاية ما تلده الغنم	241.....	الزكاة في المساقاة
303.....	ما يعمل فيه بالعرف	241.....	حكم المساقاة الفاسدة
304.....	أجرة ذهاب الأجير إلى مكان العمل	244.....	تقصير العامل في عمله
304.....	الضمان في الإجارة		الإجارة
312.....	شروط تضمين الصانع	246.....	تعريف الإجارة لغة
314.....	فسخ الإجارة	247.....	تعريف الإجارة اصطلاحاً
318.....	ما لا تنفسخ به الإجارة	247.....	شرح التعريف
321.....	قيام مانع للأجير من العمل	247.....	حكم الإجارة
321.....	ما يجوز في الإجارة ممّا يتوهم فيه المنع	250.....	كراء الدواب والسفن
321.....	في الدواب	251.....	كراء الأراضي
324.....	في العقارات	251.....	كراء الحمام ودخوله
329.....	التعدي في كراء الدواب	251.....	حكمة مشروعية الإجارة
330.....	فسخ عقد كراء الدابة من جانب المكتري	251.....	لزوم عقد الإجارة
	تعيين نهاية السنة في كراء الأرض	252.....	الخيار في الإجارة
331.....	الزراعية	252.....	أركان الإجارة
	لزوم الكراء في أرض الزراعة مع	252.....	الركن الأول: العاقد
332.....	الجائحة ونحوها		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
360.....	3 - حريم الشجر		التنازع في التمكن وعدمه في كراء
	4 - حريم الدار الغير المحفوفة	333.....	الأرض
	بالدور ما يرتفق أهلها به من مطرح	333.....	إصلاح العقار
360	لتراب ومصب ميزاب ومصب مرحاض	334..	التنازع بين الأجير والمستأجر في العمل
361.....	السبب الثالث: إقطاع الإمام	335.....	التنازع في قدر الأجر
	1 - ما يقطعه الإمام على وجه	336.....	التنازع في ردّ المصنوع لربّه
361.....	الملك والانتفاع		ما لا يستحق الأجير أجرته فيه إلا بتمام
	2 - ما يقطعه على وجه الانتفاع	336.....	العمل
363.....	فقط		الجماعة
363.....	3 - ما لا يجوز للإمام إقطاعه	340.....	تعريف الجماعة لغة
363.....	السبب الرابع: حمى الإمام	340.....	تعريف الجماعة اصطلاحاً
363.....	حكم الحمى	340.....	مشروعيتها
364.....	شروط جواز الحمى	341.....	شرح التعريف
	أحكام المياه والكلاً	343.....	أركان الجماعة
366.....	بيع الماء	344.....	شروط صحة الجماعة
371.....	اجتماع مستحقين على بئر الماشية	345.....	لزوم الجماعة وعدمه
	سيلان ماء المطر المباح من أرض مباحة		قيام العامل بالعمل عند سماع الجاعل
373.....	إلى أراض مملوكة	345.....	وعدم سماعه
374.....	جريان الماء المباح بين أرضين	346.....	ما يجوز فيه الإجارة والجعل
374.....	اجتماع جماعة على ملكية ماء	348.....	حكم الجماعة الفاسدة
375.....	صيد السمك في المياه		إحياء الموات من الأرض
375.....	حكم الكلاً		وأحكام المياه وأحكام المساجد
377.....	حكم النار	350.....	إحياء الموات من الأرض
	أحكام المساجد	350.....	تعريف الموات من الأرض لغة
378.....	تعريف المسجد	350.....	تعريف الموات من الأرض اصطلاحاً
378.....	حكم بناء المساجد	351.....	أسباب الاختصاص بالأرض
381.....	ما يجوز في المسجد	351.....	السبب الأول: الإحياء
385.....	ما يحرم في المسجد	356.....	إذن الإمام لإحياء الموات
390.....	ما يكره في المسجد	358.....	السبب الثاني: حريم العمارة
	الوقف	359.....	1 - حريم البلد
395.....	تعريف الوقف لغة	359.....	2 - حريم البئر

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
427.....	فسخ كراء الوقف	395.....	تعريف الوقف شرعاً
428.....	قسمة كراء الوقف على المستحقين	395.....	شرح التعريف
428.....	الأولى بالتقديم والتفضيل في الانتفاع بالوقف	397.....	حكم الوقف
429.....	إحداث الموقوف عليه بناءً أو غرساً في الوقف	401.....	أركان الوقف
	الهيئة والصدقة والوعد والعصرى	401.....	الأول: واقفٌ
430.....	الهيئة والصدقة	402.....	الثاني: موقوفٌ
430.....	تعريف الهيئة والصدقة	403.....	الثالث: موقوفٌ عليه
430.....	شرح التعريف	404.....	الرابع: صيغةٌ
431.....	حكم الهيئة	405.....	لزوم الوقف
432.....	لزوم عقد الهيئة والصدقة	406.....	وقف المشاع
433.....	شروط تمام الهيئة ونفوذها	406.....	ما يثبت به الوقف
434.....	أقسام الهيئة	406.....	شروط صحة الوقف
435.....	أركان الهيئة والصدقة وشروطها	408.....	ما لا يشترط في الوقف
436.....	الهيئة والتصدق بالمجهول	409.....	مبطلات الوقف
437.....	الهيئة والتصدق بالدين	413.....	ما يكره في الوقف
437.....	الهيئة والتصدق بجميع المال	413.....	وجوب اتباع شرط الواقف
438.....	الهيئة والتصدق لبعض الولد	414.....	ورود لفظ الواقف بإطلاق
442.....	انتقال ملكية الهيئة للموهوب له		حكم تصرف الناظر عند انعدام كتاب الوقف
442.....	مبطلات الهيئة	415.....	مرجع الوقف عند انقطاعه بانقطاع المحبس عليه - في الوقف المؤبد -
444.....	هبة الوديعة	416.....	ضيق الوقف المؤبد عن الكفاية
445.....	تأخر القبول بعد المانع للتروى	417.....	مرجع الوقف الغير المؤبد
445.....	تأخر الحوز بغير اختيار الموهوب له	418.....	مرجع الوقف عند خراب الموقوف عليه
445.....	ما يصح من الحوز		إصلاح الوقف والنفقة عليه وعدم جواز بيعه إذا كان عقاراً ولو خرب
445.....	ما لا يصح من الحوز	418.....	حكم من بنى مسجداً ثم باعه
446.....	حوز الواهب لمحجوره	421.....	بناء مسجد في مقبرة عفت
448.....	الحوز في هبة أحد الزوجين للآخر	422.....	تناقل حبسين على رجلين
448.....	الاعتصار في الهيئة	422.....	ألفاظ الواقف وما تناوله
451.....	موانع اعتصار الهيئة	426.....	ملكية ذات الوقف
		427.....	ما يجوز لناظر الوقف فعله

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
460.....	حكم الوفاء بالوعد		تملك الهبة والصدقة بعد أن يهبها أو
462.....	العمري	452.....	يتصدق بها
462.....	تعريف العمري	454.....	هبة الثواب
463.....	حكم العمري	456.....	التنازع في قصد الثواب
468.....	لزوم عقد العمري		شروط ما يقع به الثواب في هبة
468.....	حوز العمري	458.....	الثواب
	الرقبي	459.....	هبة الثواب من مال المحجور
469.....	تعريف الرقبى	459.....	طلب الثواب في الصدقة
469.....	حكمها	459.....	الصدقة عن الميت
471.....	* فهرس الموضوعات	460.....	الوعد
		460.....	تعريف الوعد

الفقه المالكي

وأدلته

أبيي بن طاهر



مؤسسة المعارف
العلمية

الفقه المالكي

وَأَدَاتُهَا

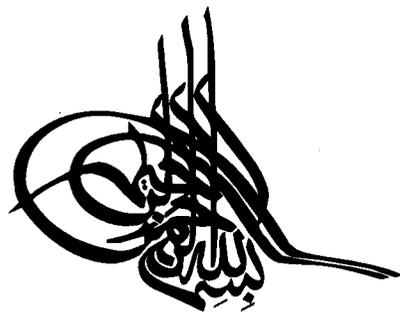
الحبيب بن طاهر

الجزء السابع

الوصية - اللقطة - القضاء - الشهادة - الجنابة على النفس و ما دونها -
البغي - الردة - حد الزنا - القذف - حد السرقة - حد الحراية -
حد شرب الخمر - موجبات الضمان - الجهاد - الجزية - المسابقة

مؤسسة المعارف للطباعة والنشر
بيروت - لبنان





الفقه المالكي
وآثاره
الجزء السابع

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

جميع حقوق النقل والإقتباس والترجمة محفوظة
ومسجلة دولياً وفق قانون الإيداع
وحفظ الملكية للناشر

مؤسسة المعارف
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

1430 هـ - 2009 م

ISBN 978-9953-69-162-6

ISBN 978-9953-69-162-6



9 789953 691626

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة - بناية إسكندراي - ط 2

هاتف وفاكس : 00961-1-653852/00961-1-653857

المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة

هاتف وفاكس : 00961-1-640878

هاتف جوال : 00961-3-227724-892210-205669

ص . ب 11/1761 - بيروت - لبنان

E-mail: maaref@cyberia.net.lb

WWW.al-maaref.com

الوصية

تعريف الوصية لغة:

الوصية مشتقة من وصى، وهو الأمر بفعل شيء أو تركه مما فيه نفع للمأمور أو للأمر في مغيب الأمر في حياته أو فيما بعد موته، وشاع إطلاقها على أمر بشيء يصلح بعد موت الموصي. ويقال: وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف. ويقال: أوصيت له أي: بمال؛ وأوصيت إليه أي: جعلته وصياً؛ فهما مختلفان⁽¹⁾.

تعريف الوصية شرعاً:

عرفها الإمام ابن عرفة بقوله: «عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموته؛ أو نيابة عنه بعده»⁽²⁾.

قوله: «يوجب حقاً في ثلث عاقده» أخرج به ما يوجب حقاً في رأس ماله مما عقده على نفسه في صحته.

قوله: «يلزم بموته» صفة لعقد، أخرج به المرأة إذا وهبت أو التزمت ثلث مالها ولها زوج، إذ لا يتوقف لزومه على موتها؛ وأخرج من التزم ثلث ماله لشخص فإنه يلزم من غير موت.

قوله: «أو نيابة عنه بعده» عطف على «حقاً» معناه أو يوجب نيابة عن عاقده بعد موته فيدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت. فـ «أو» للتنويع، فكأنه قال: الوصية في عرف الفقهاء نوعان: أحدهما: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزمه بموته؛ والثاني: عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته. وسيأتي أنها نيابة في التصرف في شؤون أولاده⁽³⁾.

حكم الوصية:

الوصية مشروعة في العموم⁽⁴⁾ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ

(2) شرح حدود ابن عرفة: 681/2.

(1) التحرير والتنوير: 147/2.

(3) منح الجليل: 503/9.

(4) المعونة: 1619/3، وأحكام القرآن: 71/1، والمقدمات: 111/3، والذخيرة: 5/7، وحاشية

البناني على شرح الزرقاني: 175/8.

حَظِّ الْأُثْمَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ
وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوهُ
فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ الشُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ؕ وَأَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ
لَا تَذَرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَقًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١١﴾ [النساء: 11]
إلى قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضْكَرٍّ
وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [النساء: 12].

وقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ جملة في موضع الحال، وهي
قيد يرجع إلى الجمل المتقدمة عليها. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوصى بأن يعطى
أهل الميراث حقوقهم من التركة في حال كونه من بعد وصية يوصي بها أو دين؛ أي:
بعد تنفيذ الوصايا وردّ الديون، فتقديمها على الميراث يدلّ على جوازها كما يدلّ على
وجوب تنفيذها؛ لأنّ الأمر بتنفيذ الوصايا إقرار لفعل الموصي، والله تعالى لا يقرّ فعلاً
غير جائز⁽¹⁾. وقد جيء بهذا القيد - أولاً - بعد ذكر صنفين من الفرائض: فرائض الأبناء
وفرائض الآباء، ثمّ كرّره الله تعالى للتنبيه على أهمية الوصية وتقدمها، ذلك أنّ الوصية
كانت واجبة كما سيأتي ثم نسخ الوجوب، فلما ضعفها النسخ قويت هنا في آية الميراث
حتى لا يظنّ ظانّ أنّ إنفاذها غير واجب⁽²⁾.

وحكم الوصية الندب ولو لصحيح؛ لأن الموت ينزل فجأة، لا يفرق بين موعوك
ولا صحيح.
ودليل الندب⁽³⁾:

1 - قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ
وَلِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 180]. قوله: ﴿كُتِبَ﴾ معناه فرض
وثبت. ومعنى حضور الموت حضور أسبابه، ومتى حضر السبب كتبت به العرب عن
المسبب. وتقدّم في باب الحجر ذكر الأسباب التي ينشأ عنها الموت عادة. والخير:
المال.

وهي صريحة في وجوب الوصية للوالدين والأقربين؛ لأنّ فعل: «كتب» ظاهر في
الوجوب قريب من النصّ فيه؛ وقوله: ﴿حَقًّا﴾ مصدر مؤكد؛ أي: حقاً كائناً على
المتقين. وخصّ هذا الحق بالمتقين ترغيباً في الرضا به؛ لأنّ ما كان من شأن المتقي

(1) التحرير والتنوير: 261/4، والذخيرة: 5/7.

(2) أحكام القرآن: 344/1، والذخيرة: 5/7، والتحرير والتنوير: 261/4.

(3) المعونة: 1619/3، والمنتقى: 146/5، وأحكام القرآن: 71/1، والمقدمات: 111/3،
والجامع لأحكام القرآن: 258/2 - 260، وإكمال الإكمال: 597/4، وحاشية البناني على شرح
الزرقاني: 175/8، والتحرير والتنوير: 148/2.

فهو أمر نفيس، فليس في الآية دليل على أنّ هذا الوجوب على المتقين دون غيرهم من العصاة. وقد وقت الوجوب بوقت حضور الموت، ويلحق به وقت توقع الموت. ولم يعين المقدار الموصى به، والآية تشعر بتفويض تعيين الموصى به إلى ما يراه الموصي، وأمرته بالعدل بقوله: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾.

ولكن حكم الوجوب قد نسخ. والنسخ شمل عموم الوالدين والأقربين الوارثين بتخصيصهم بمنع الوصية لهم، وشمل الإطلاق الذي في لفظ الوصية بتقييده بمقدار محدّد بالثلث؛ والتخصيص بعد العمل بالعام والتقييد بعد العمل بالمطلق كلاهما نسخ⁽²⁾. فعند الإمام مالك هي منسوخة بما نزل من قسمة الفرائض؛ لأنّه لا خلاف في أنّ آية الموارث نزلت بعد آية الوصية. وقد بينت آية الموارث ميراث كلّ قريب معين، فلم يبق حقه موقوفاً على إيصاء الميت له بل صار حقه ثابتاً معيناً رضي الميت أو كره. قال الإمام مالك في الموطأ: «قول الله تبارك وتعالى: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله ﷻ»⁽³⁾. فيكون تقرّر حكم الوصية في أول الأمر تأنيساً للمسلمين لمشروعية فرائض الميراث، ولذلك صدر الله تعالى آية الفرائض بقوله: ﴿يُؤْتِكُمُ اللَّهُ فِي أَزْوَاجِكُمْ﴾ فجعلها وصية نفسه سبحانه إبطالاً للمنة التي للموصي⁽⁴⁾.

وقد دلّ - عند الإمام مالك - على أنّ حكم الوصية للوارث منسوخ⁽⁵⁾: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنّه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز له ورثة الميت»⁽⁶⁾. قال الإمام الباجي: يحتمل أن يريد بقوله: «السنة الثابتة، العمل المتصل من زمان الصحابة إلى زمانه، ولذلك قال: التي لا اختلاف فيها عندنا»⁽⁷⁾. وليس الناسخ عنده قول النبي ﷺ فيما رواه عنه أنس بن مالك وأبو أمامة وعمرو بن خارجة وغيرهم: «إن الله أعطى كلّ ذي حق حقه ولا وصية لوارث»⁽⁸⁾، وكذلك ليس الحديث هو الدالّ على وقوع النسخ بآية الموارث؛ لأنّه لم

(1) التحرير والتنوير: 148/2.

(2) إكمال الإكمال: 590/4، والتحرير والتنوير: 151/2.

(3) الموطأ في الوصية، باب الوصية لوارث والحيازة.

(4) التحرير والتنوير: 148/2.

(5) المتتقى: 176/5، والمقدمات: 118/3، والجامع لأحكام القرآن: 263/2، وإكمال الإكمال: 598/4.

(6) الموطأ في الوصية، باب الوصية لوارث. (7) المتتقى: 179/5.

(8) أخرجه الترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، وقال: حديث حسن صحيح؛ والنسائي في الوصايا، باب إبطال الوصية لوارث؛ وأبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الوصية لوارث؛ وابن ماجه في الوصايا، باب لا وصية لوارث.

يصحّ عنده، قال الإمام الباجي بعد أن فسّر كلام الإمام مالك في عمل أهل المدينة: «وليس يخفى على مالك أنه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي ﷺ». وهذا الحديث لا تخلو أسانيد رواياته من راو فيه مقال، وبمجموعها ارتفع إلى درجة الحسن⁽¹⁾.

أما علماء المذهب بعده فنجد في أقوالهم اضطراباً في تعيين الناسخ، وسببه اختلافهم في أمرين⁽²⁾:

الأول: اختلافهم هل يوجد تعارض بين آية الوصية وآية الموارث أم لا؟

الثاني: اختلافهم في العمل بالحديث؛ من حيث صحته، ومن حيث جواز نسخ

القرآن به؟

فمن قال: لا تعارض بين الآيتين، لإمكان الجمع بينهما، بأن يكون للوالدين والقرابة أخذ المال بالوصية عن المورث، أو أخذه بالميراث إن لم يوص أو ما بقي بعد الوصية؛ استدللّ بالحديث وقال بصحّته بل بتواتره، وأنه ناسخ إمّا استقلالاً، أو بضمّه لآية الموارث لتكون ناسخة.

ومن قال: يوجد تعارض بين الآيتين، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، ذكروا ما يدلّ على ذلك من حديث ابن عباس الآتي؛ وقال: إنّ الحديث آحاد لا يخلو أسانيد رواياته من مقال، وأنه لا يحتمل أن يكون ناسخاً للقرآن أو دالاً على وجود النسخ.

ولعلّ تأكيد بعض فقهاء المذهب على أنّ الحديث هو الناسخ، كان سببه ما نسبته القاضي أبو الفرج الليثي البغدادي للإمام مالك أنّ النسخ كان بحديث «لا وصية لوارث»، لكن ردّ عليه كلّ من الأبهري وابن القصار وعبد الوهاب البغدادي بأنّ ذلك سهو من أبي الفرج؛ لأنّ مالكا صرح في الموطأ بأنّ آية الوصية منسوخة بآية الموارث⁽³⁾.

ويرتّب من اختلاف أنظار فقهاء المذهب في الاستدلال على وقوع النسخ مع اعتبار أدلة الإمام، ما يلي:

أ - آية الموارث، وهي الناسخة. ويدلّ على أنّها هي الناسخة:

* الحديث المذكور. ووجه الاستدلال أنّه بيّن أنّ آية الفرائض التي أعطى الله

(1) الترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، والتلخيص الحبير: 84/4، وشرح الزرقاني على الموطأ: 86/4.

(2) الإحكام في أصول الأحكام: ص419، والمنتقى: 179/5، والمقدمات: 119/3، والمفهم: 540/4، وعارضة الأحوذى: 276/8، والجامع لأحكام القرآن: 263/2، والذخيرة: 6/7، وإكمال الإكمال: 598/4، وشرح الزرقاني على الموطأ: 86/4، والتحرير والتنوير: 150/2.

(3) المقدمة في الأصول: 141.

فيها كلّ ذي حقّ حقّه ناسخة لآية الوصية⁽¹⁾. والحديث وإن اعتبر آحاداً واختلف في درجته، إلاّ أنّه معتبر من قبيل المتواتر لأنّ النبي ﷺ قاله يوم عرفة في حجة الوداع، فسمعه الجمع الغفير وتناقلوه، وقد عمل الصحابة بمقتضاه، وكان عملهم أصلاً لعمل التابعين وتابعيهم من أهل المدينة في عهد الإمام مالك، وتلقاه علماء الأمة في سائر الأمصار بالقبول وأجمعوا على العمل به. وكلّ هذا دالّ على أنّ متن الحديث مقطوع به، وإن اختلف في إسناده.

* عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحبّ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع⁽²⁾. وفي رواية عن ابن عباس صرح فيها بالأقربين وبآية الميراث، فعن مجاهد في قوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ كان ابن عباس يقول: كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين والأقربين، فنسخ الله من ذلك ما أحبّ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس مع الولد، وللزوج الشطر والربع، وللزوجة الربع والثمن⁽³⁾. وفي تفسير ابن عباس إخبار بما كان من الحكم قبل نزول آية الميراث من العمل بآية الوصية، فيكون في حكم المرفوع بهذا التقدير لأنّ هذا لا يعلم إلاّ توقيفاً، ووجه دلالة أنّ نسخ الوصية للوالدين والأقربين وإثبات الميراث لهما بدلاً منها يشعر بأنه لا يجمع لهما بين الميراث والوصية.

* الحضّ على مواساة الأقربين في آية الميراث في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالسَّكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: 8]، فكما لا يجب رزق اليتامى والمساكين إذا حضروا فكذا القربة⁽⁴⁾.

ب - عمل أهل المدينة، وهو أقوى في الدلالة على وقوع النسخ؛ لأنّه نقل متواتر متصل من عهد الإمام مالك إلى عهد النبي ﷺ.

وقد حملت الآية بعد النسخ على الندب بناء على أن الوجوب إذا نسخ بقي الندب وإلى هذا ذهب جمهور أهل النظر من العلماء مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم. فقد نسخت وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت مندوبة فيمن عداهم، وهو قول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما⁽⁵⁾. قال ابن العربي: وهذا نص لا معدل لأحد عنه،

(1) المقدمة في الأصول: 141، والمقدمات: 118/3.

(2) أخرجه البخاري في الوصايا، باب لا وصية لوارث.

(3) أخرجه ابن جرير في تفسيره: 33/7. (4) إكمال الإكمال: 598/4.

(5) المنتقى: 155/5، وأحكام القرآن: 71/1، والجامع لأحكام القرآن: 263/2، والتحرير

والتنوير: 150/2.

فمن كان من القرابة وارثاً دخل مدخل الأبوين؛ ومن لم يكن وارثاً قيل له: إن قطعك من الميراث الواجب إخراج لك عن الوصية الواجبة، ويبقى الاستحباب لسائر القرابة⁽¹⁾. ودليل هذا من الآية هو مفهوم المخالفة، ذلك أن الآية لما أوجبت الوصية للوالدين والأقربين، فمفهومها أنها للأجانب غير فرض، فلما نسخ منطوق الآية وهو الوجوب، بقي مفهومها، وهو النذب للأجانب الذين لا يرثون؛ ولا يلزم من نسخ مقتضى المنطوق نسخ مقتضى المفهوم⁽²⁾.

وقد حمل بعض العلماء الآية على عدم الوجوب بتقدير: إذا أردتم الوصية⁽³⁾. وعلى هذا فلا حاجة عندهم للنسخ. وفسروا ﴿حَقًّا﴾ ب: ثابتاً ثبوت نظر وتحصين، لا ثبوت فرض ووجوب، بدليل قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ لأنه لو كان فرضاً لكان على جميع المسلمين، فلما خص الله من يتقى؛ أي: يخاف تقصيراً، دل على أنه غير لازم⁽⁴⁾. والجمهور على القول الأول أي: بالحمل على الوجوب ثم النسخ.

ومن الذين قالوا بالوجوب ثم بالنسخ، لم ير مانعاً من تفسير الآية بما يفيد النذب، فقال: إن المعروف يختص بالمندوب، ولو كان واجباً لحدده الشارع بمقدار معين كالزكاة ولا يكفي بتحديد الأقصى وهو الثلث؛ ثم إن الواجب لا يختص بالمتقين لأن الآية جعلت الوصية حقاً على أهل التقوى؛ لأن السعي في الاستزادة من الأجر والثواب من شأن من يرغب في الترقى في مدارج التقوى⁽⁵⁾.

2 - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة»⁽⁶⁾. وفي رواية عن ابن عمر أنه سمع رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ثلاث ليال إلا ووصيته عنده مكتوبة» قال عبد الله بن عمر: ما مرّت عليّ ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلا وعندي وصيتي⁽⁷⁾. وفي رواية عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»⁽⁸⁾. والتقييد بالليلتين تأكيد وتقليل لا تحديد. والمعنى أنه ليس من حقه؛ أي: لا ينبغي أن يمضي عليه زمان وإن قلّ دون أن يكتب وصيته، مخافة أن يفجأه الموت وتخرمه المنية

(1) أحكام القرآن: 72 / 1.

(2) مفتاح الوصول: ص 92.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 260 / 2.

(4) أحكام القرآن: 72 / 1، والجامع لأحكام القرآن: 267 / 2.

(5) الذخيرة: 7 / 7.

(6) أخرجه مالك في الأفضية، باب الأمر بالوصية؛ والبخاري في الوصايا، باب الوصايا؛ ومسلم في الوصية، باب.

(7) أخرجه مسلم في الوصية، باب.

(8) أخرجه مسلم في الوصية، باب.

فتوته الوصية. ولفظ الحقّ يقتضي الحثّ. والحديث محمول على الندب، ودليل حمله على الندب، لا على الوجوب ما يلي⁽¹⁾:

* أن لفظ الحقّ في اللغة هو الثابت مطلقاً. فإذا أطلق في الشرع فالمراد به: ثبوت الحكم فيه. ثمّ الحكم الثابت في الشريعة يكون واجباً، ومندوباً، ومباحاً؛ إذ كلّ واحد منها ثابت وموجود فيها، لكنّ إطلاق الحقّ على المباح قلّ ما يقع في الشريعة، وإنّما يوجد فيها بمعنى الواجب والندب. فإن اقترن به حرف «على» كان محتملاً للوجوب والندب، وإذا أضيف إليه وجعل له فقيل: من حقّ فلان أن يفعل كذا، فالأظهر فيه الندب لا الوجوب.

* الرواية الثالثة، وفيها قوله ﷺ: «يريد أن يوصي فيه»، فقد علق الوصية على إرادة الموصي؛ وتعليق الفعل على إرادة المكلف وخيرته نصّ في سقوط الوجوب.

3 - قياس الوصية على العطية في الحياة؛ لأنّ الوصية هبة وعطية فلم تلزم اعتباراً بحال الحياة.

والندب مقيد بما إذا لم يكن عليه حق للغير، وكانت بقربة كصدقة وهبة وصله رحم بذلك، في غير الواجب.

وإنفاذ ما يندب من الوصية مندوب للموصي في حياته. وبعد وفاته فالوصية بالمندوب تنفذ وجوباً.

وقد أوجب الله تعالى على الموصي أن يتوخى في وصيته المعروف، فالباء في ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ للملابسة، والجار والمجرور في موضع الحال من الوصية؛ أي: حال كونها ملابسة للمعروف. والمراد بالمعروف هنا العدل الذي لا مضارة فيه. وقد كان تقدير العدل قبل نزول آية الموارث موكولاً إلى اجتهاد الموصي ونظره. ثم تولى الله تعالى تقديره على لسان رسوله ﷺ، بمنع الوصية لوارث، وبمنع الوصية بأكثر من الثلث لغير الوارث، وسيأتي تفصيل الحديث في ذلك⁽²⁾.

وقد أكد الله تعالى كون الوصية بالمعروف بقوله في آية الفرائض في قوله: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ فـ ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ حال من ضمير يوصي؛ أي: من بعد وصية يوصي بها حال كونه غير مدخل الضرر على ورثته في ميراثهم. ولما كان فعل «يوصي» تكريراً كان حالاً من ضمائر نظائره. وهو قيد لمطلق «يوصي بها»، ويتعيّن أن يكون هذا القيد مقيداً للمطلق في الآي الثلاث المتقدمة؛ لأنّ هذه المطلقات

(1) المعونة: 1622/3، والمنتقى: 146/5، والمفهم: 541/4، وأحكام القرآن: 71/1، والمقدمات: 113/3، والذخيرة: 8/7، وإكمال الإكمال: 597/4.

(2) أحكام القرآن: 72/1 - 74، والجامع لأحكام القرآن: 266/2 - 270.

متحدة الحكم والسبب، فيحمل المطلق منها على المقيد كما تقرّر في الأصول⁽¹⁾.
والنهي عن الإضرار بالوارث في الوصية يقتضي أن لا يقصد الموصي ذلك، وأن لا يحدث بوصيته تحاسد وشقاق بين الأقارب.

والإضرار المنهي عنه على أقسام⁽²⁾:

1 - قسم حدّده الشرع ومخالفته مخالفة للشرع وكان بفعله عاصياً، ومنه:

* أن يتجاوز الموصي بوصيته لأجنبي ثلث ماله.

* أن يوصي لوارث.

والوصية بالأمرين معصية. وسيأتي ذكر الدليل على ذلك وما يترتب على ذلك عند الحديث عن مبطلات الوصية.

2 - قسم يحصل بقصد الموصي الإضرار بالوارث، ولا يقصد القرابة بوصيته،

وإنما يقصد حرمان وارث أو التقيص من نصيبه، ومن ذلك ما يلي:

* الإقرار في مرضه لوارث أو لصديق ملاطف بدين.

* أن يوصي بالمال إلى زوج ابنته أو لولد ابنته لينصرف المال إلى ابنته، أو

يوصي إلى ابن ابنته وغرضه أن ينصرف المال إلى ابنته، فيحرم من يشترك مع البنت أو الابن في الميراث من كلّ نصيبه أو من بعضه.

3 - قسم لا يقصد به الموصي الإضرار بالوارث، وإنما يسير فيه على غير مقتضى

العدل بين الأقارب، فيقدم البعيد على القريب والغني على المحتاج، ويكثر من الوصايا.

وقد تعتري الوصية باقي الأحكام، وهي⁽³⁾:

الوجوب: إذا كان عليه حق للغير من قضاء الدين وردّ الأمانات وأداء ما فرّط فيه

من الزكوات، وكذلك إذا كانت له حقوق عند الناس يخاف تلفها على الورثة؛ لأنّ ما

يلزم المرء في حياته يجب عليه أن يوصي به عند وفاته، بخلاف الوصية بشيء من ماله في وجه من وجوه البرّ.

والدليل على وجوب الوصية بحقوق الغير⁽⁴⁾:

أ - أدلة الشريعة الواردة بوجوب أداء الأمانات والحقوق إلى أهلها.

(1) التحرير والتنوير: 266/4.

(2) أحكام القرآن: 1/351، والجامع لأحكام القرآن: 2/270، و5/80، والتحرير والتنوير: 2/148، 266/4.

(3) المقدمات: 3/118، والجامع لأحكام القرآن: 2/260. وإكمال الإكمال: 4/597.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 2/259.

ب - الإجماع .

وإنما تجب الوصية فيما له بال وجرت العادة فيه بالإشهاد من حقوق الناس وليست مما يتكرّر كالديون التي لها قدر، والأمانات من الودائع والوصايا من مال أيتام أو غير ذلك . وأما اليسير من الديون التي تتكرّر وتؤدّى في كلّ يوم، وتزيد وتنقص وتتجدّد، فلا تجب فيه الوصية، إذ لا يكلف بأن يجدد وصيته كلّ يوم وليلة ومع الساعات، وذلك للمشقة⁽¹⁾ .

وإنفاذ ما يجب من الوصية واجب على الموصي قبل وفاته، ويحرم عليه الرجوع عنه . كما هو واجب على القائم على تنفيذ الوصية .

الحرمة: إذا كانت بمحرّم مثل أن يوصي بضيعة أو خمر أو خنزير، أو يوصي لوارث، أو يوصي بأكثر من الثلث لغير وارث، أو يوصي بما فيه إضرار لوارث كما تقدم . ويحرم عليه إنفاذ ما يحرم، ويجب عليه الرجوع عنه . كما يحرم إنفاذها بعد موته .

الكرهية: إذا كانت بمكروه، أو في مال قليل . فإذا كان المال قليلاً فإبقاؤه على الورثة أفضل؛ لأنّ الله تعالى أعطاه ثلث ماله عند وفاته يجعله حيث يراه في وجوه البرّ، فإذا أبقاه على الوارث نظراً له ومصلحة، فهو أفضل من صدقته على الأجنيين .
والدليل⁽²⁾ :

أ - لقول النبي ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفّفون الناس» . وسيأتي ذكر الحديث كاملاً .

ب - أنّ ذلك مروى عن علي وعائشة وابن عباس رضوان الله عليهم . ويكره للموصي إنفاذ ما يكره من الوصية، والمطلوب منه الرجوع عنه . وبعد وفاته يجب إنفاذها . وسيأتي ما يحرم وما يجب على الموصي تغييره وتبديله من الوصية في آخر الباب .

الإباحة: إذا كانت بمباح من بيع أو شراء ونحو ذلك . وإنفاذ ما يباح من الوصية مباح له في حياته، فله فعله والرجوع عنه . وبعد وفاته تنفذ وجوباً .

تأخير الوصية إلى المرض:

تأخير الوصية إلى المرض مذموم شرعاً، ولا خلاف أنّ الصدقة التي ينفذها صاحبها في حياته أفضل، والدليل⁽³⁾ : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ

(1) المنتقى: 145/5 .

(2) المنتقى: 146/5، والجامع لأحكام القرآن: 260/2، وإكمال الإكمال: 608/4 .

(3) المنتقى: 146/5، وأحكام القرآن: 1/351 - 360 .

فقال: يا رسول الله! أي الصدقة أعظم أجراً؟ قال: «أن تصدق وأنت صحيح، شحيح، تخشى الفقر، وتأمل الغنى، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان»⁽¹⁾.

أركان الوصية التي تتوقف عليها:

الركن الأول: الفوصي:

ويشترط فيه شرطان، هما:

1 - أن يكون مالكا للموصى به ملكاً تاماً. فغير المالك للموصى به ومستغرق الذمة لا تصح وصيتهما. وقد ذكر هنا مستغرق الذمة مع كونه مالكا لما بيده وإلا لما وقيت منه ديونه، والجواب أنّ ملكه لما بيده غير تام، ولذلك منع من التصرف لتعلق حق الدائنين به.

2 - أن يكون مميزاً. فتصح وصية الصبي المميز ولو لم يبلغ. والدليل⁽²⁾:

أ - إجماع الصحابة؛ لأنه مروى عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم، ولا مخالف لهم. فعن عمرو بن سليم الزرقى أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم له، قال عمر بن الخطاب: فليوص لها. قال: فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم. قال عمرو بن سليم: فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم. وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى. وعن أبي بكر بن حزم أنّ غلاماً من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام، فذكر ذلك لعمر بن الخطاب، فقيل له: إنّ فلاناً يموت أفيصي؟ قال: فليوص. قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة، قال: فأوصى ببئر جشم، فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم⁽³⁾.

اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة. وقوله: لم يحتلم، هو على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنّه لم يخرج بعد من حد الصغر. والاحتلام في الرجال والنساء حدّ بين الصغر والكبير⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب فضل صدقة الشحيح الصحيح؛ ومسلم في الزكاة، باب بيان أنّ أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح.

(2) الإشراف: 1010/2، والمعونة: 1628/3، والمنتقى: 154/5، والمقدمات: 113/3، والجامع لأحكام القرآن: 266/2، والذخيرة: 11/7.

(3) أخرجه مالك في الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه.

(4) المنتقى: 154/5.

ب - عمل أهل المدينة. فقد صدر الإمام مالك هذه المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»⁽¹⁾.

ج - القياس على البالغ؛ لأنه عاقل، عارف بوجوب القرب؛ كالبالغ.

د - أن الحجر عليه في التصرف في ماله في حياته إنما هو مخافة الفقر، والوصية إنما تنفذ بعد موته، فيكون الفقر مأموناً عليه بعد الموت، فلا يبقى سبب يمنع وصيته. وتصح من السكران المميز.

وتصح من السفیه سواء كان مولی عليه أو غير مولی عليه.

والدليل على صحة وصية السفیه:

أ - عمل أهل المدينة، كما تقدم في الصغير.

ب - أن الحجر عليه لحق نفسه خوف الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته والفقر مأمون عليه في تلك الحال فلا يبقى مانع من الوصية. فلو منع منها لكان الحجر عليه لحق غيره لا لحق نفسه.

قال في المدونة: وتصح وصية ابن عشر سنين فأقل مما يقاربها، إذا أصاب وجه الوصية ولم يكن فيه اختلاط.

قال الإمام القرافي: «قاعدة تعرف عند الأصوليين بجمع الفرق: وهو أن يقتضي المعنى الواحد حكيمين متناقضين، كالفقه يوجب رد تصرفات السفیه والصبي صوناً لمالهما على مصالحهما، وتنفيذ وصيتهما صوناً لمالهما على مصالحهما؛ لأن الوصية تشر خيراً لهما في الدار الآخرة، ولو ردت الوصية لأخذ المال الوارث، فصون المال على المصالح اقتضى تنفيذ التصرف ورده، وهما حكمان متناقضان»⁽²⁾.

ولا تصح وصية مجنون وسكران وصبي لا تميز عندهم حال الإيضاء.

وتصح الوصية من المالك المميز وإن كان كافراً، فتصح وصيته ما لم يوص لمسلم بنحو خمر ومن كل ما لا يصح تملكه لمسلم. فإن أوصى لكافر مثله بذلك صح، لصحة تملكه ذلك. وثمرة الصحة الحكم بإنفاذها إذا ترفعوا إلينا.

الركن الثاني: الموصى به:

وهو أمران:

1 - ما مُلك. وهذا بالنسبة للوصية بالأموال. ويحترز به عن الوصية بملك الغير أو بما لا يملك أصلاً كالوصية بالخمر بالنسبة للمسلم. ويشترط أن يكون المال الموصى به غير زائد على ثلثه.

(1) الموطأ في الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف. وانظر دلالة هذه الجملة على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(2) الذخيرة: 10/7.

والدليل على جواز الوصية بالثلث⁽¹⁾:

أ - عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال رسول الله ﷺ: «لا» فقلت: فالشطر؟ قال: «لا» ثم قال رسول الله ﷺ: «الثلث والثلث كثير. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس...». وفي رواية: قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة. قلت: أوصي بالنصف؟ قال: «النصف كثير». قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير أو كبير»⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»⁽³⁾. والحديثان نص في المسألة.

ج - الإجماع المستند للأحاديث وفعل الصحابة.

وما دلّ عليه حديثا سعد وأبي هريرة مقيّد لمطلق القرآن؛ لأنّ القرآن يدل على جواز الوصية مطلقاً بدون تقدير فقد قال الله تعالى: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾، يعني بالعدل، وكان هذا موكولاً إلى اجتهاد الموصي ونظره، ثم تولى الله سبحانه تقدير ذلك على لسان نبيه ﷺ. وهذا من بيان السنّة للقرآن⁽⁴⁾. والتقييد بعد العمل بالمطلق نسخ.

وقال ابن رشد الجدّ: وقد استحَبّ جماعة من العلماء أن لا يوصي الرجل إلا بأقلّ من الثلث، لقول رسول الله ﷺ: «والثلث كثير». وروي عن ابن عباس قال: لو أنّ الناس غَضُوا من الثلث إلى الربع، فإن رسول الله ﷺ قال: «الثلث والثلث كثير»⁽⁵⁾. وعن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه أوصى بالخمسة وقال: إنّ الله تعالى رضي من غنائم المؤمنين بالخمسة؛ وعن عمر بن الخطاب أنه أوصى بالربع؛ وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لأن أوصي بالخمسة أحبّ إليّ من الربع، ولأن أوصي بالربع أحبّ إليّ من الثلث⁽⁶⁾.

ولو أوصى بالثلث دون نقص صحت الوصية، والدليل على ذلك النصّ في

(1) الإشراف: 1008/2، والمعونة: 1619/3، والمنتقى: 156/5، والمعلم: 352/2، وإكمال

الإكمال: 601/4، والذخيرة: 31/7.

(2) أخرجه مالك في الأفضية، باب الوصية في الثلث لا تتعدى؛ والبخاري في الوصايا، باب الوصية بالثلث؛ ومسلم في الوصايا، باب ما جاء في الوصية بالثلث.

(3) أخرجه ابن ماجه في الوصايا، باب الوصية بالثلث؛ وأحمد في مسنده: حديث 26210.

(4) أحكام القرآن: 72/1، والجامع لأحكام القرآن: 266/2، وإكمال الإكمال: 601/4.

(5) أخرجه مسلم في الوصايا، باب ما جاء في الوصية بالثلث.

(6) المنتقى: 156/5، والمقدمات: 117/3، والجامع لأحكام القرآن: 260/2، وإكمال الإكمال:

الحديثين على الثلث، وكذلك فعل النبي ﷺ⁽¹⁾، فعن عمران بن حصين أن رجلاً في زمان رسول الله ﷺ أعتق عبداً له، ستّة عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق ثلث تلك العبيد. قال الإمام مالك: وبلغني أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم⁽²⁾. وفي لفظ آخر: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم؛ فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً⁽³⁾.

2 - ما استُحِقَّ من ولاية. وهذا بالنسبة للوصية بالنيابة.

ويشترط أن يكون الموصى به في غير محرّم⁽⁴⁾.

الركن الثالث: الموصى له:

فإن كان الموصى به مالاً فهو ما صحَّ تملكه للموصى به، ولو كان الموصى له مسجداً ورباطاً وقنطرة ونحو ذلك؛ لأنها تصلح للملك باعتبار انتفاع الآدمي به وحصول مصالحها لهم. ويصرف الموصى به إليها في مصالحه من مرمة وحُضْر وزيت، وما زاد على ذلك فعلى حَدمته من إمام ومؤذن ونحوهم، احتاجوا أم لا. وإذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فيدفع لهم من أول الأمر.

وإن كان الموصى به نيابة فهو ما صلح لها.

وتصح الوصية لمن يصح تملكه ما أوصى له به حال الوصية وفي المستقبل، فلا يشترط في صحة الوصية كون الموصى له ممن يصح تملكه حينها، بل ولو في المستقبل. وذلك كالوصية لمن سيكون من حمل موجود حين الوصية أو غير موجود أصلاً. ويؤخر الموصى به للوضع، فإذا وضع واستهل صارخاً ونحوه مما يدل على تحقق حياته كرضع كثير، أخذ ذلك الموصى به. ولا يؤخذ من غلة الموصى به شيء؛ لأن الحمل لا يملك إلا بعد وضعه حياً، وقبل ذلك فالغلة لوارث الموصي، وهو أحد القولين. والقول الثاني: أنها توقف وتدفع للموصى له إذا استهلّ كالموصى به. والظاهر أن هذا الخلاف مبني على الخلاف في كون الاستهلال شرطاً في الاستحقاق أو في صحة الوصية.

ويوزّع الشيء الموصى به لمن سيكون إن ولدت الحامل أكثر من واحد. ويكون التوزيع على العدد الذكر كالأنثى عند الإطلاق. فإن نص الموصى على مفاضلة عمل به.

(1) المعلم: 371/2.

(2) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب من أعتق رقيقاً لا يملك مالاً غيرهم.

(3) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(4) حاشية الدسوقي: 422/4.

وتصحّ الوصية إذا أوصى الموصي لميت وهو يعلم بموته حين الوصية .
ودليل الصحة⁽¹⁾ :

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 181]، والآية عامة في الموصى له حيّاً كان أو ميتاً .

ب - القياس على الحي بعله الأدمية .

ج - القياس حالة الموت على حالة الحياة؛ لأنها إحدى أحوال الأدمي، فجازت الوصية فيها كحال الحياة .

د - أنّ الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصحّ من العقلاء قصده، وذلك يختلف باختلاف حال من يوصى له؛ والغرض من الوصية للميت صرف الوصية في وجوه نفعه ومصالحه وأن يكون مثل ماله الذي يتركه فيتصدّق به عنها، ويقضى منها ديونه، ويرثها ورثته .

ويصرف الشيء الموصى به في وفاء دين الميت إن كان عليه دين . فإن لم يكن عليه دين فيدفع لوارثه . فإن لم يكن عليه دين ولا وارث له بطلت الوصية، ولا يأخذها بيت المال .

وتصحّ الوصية لذمي . ولا تمنع إن كان قريباً أو جاراً أو سبق منه معروف، وإلا منعت . فهي صحيحة لأنّ الوصية للذمي صحيحة على كل حال، وأمّا الجواز وعدمه فشيء آخر . والحاصل أنّ ابن القاسم يقول بالجواز إذا كانت على وجه الصلة بأن كانت لأجل قرابة ونحوها، وإلا كرهت .

وخرج بالذمي الحربي، فلا تصحّ له الوصية، ووجه ذلك أنّه عون له على الحرب وإعلاء كلمة الكفر، فوجب أن يمنع من ذلك⁽²⁾ .

وإذا أوصى لقاتله بعد جرحه عمداً أو خطأً، وسواء علم أنّه الجاني أو لا، فإنّ الوصية تصح في الخطأ في المال والدية؛ وتصح في العمد في المال دون الدية؛ لأنّ الدية في العمد غير معلومة له، والوصية تختصّ بالمعلوم .

وإذا أوصى لقاتله قبل جرحه عمداً أو خطأً؛ أي: تأخرت الجناية عن الوصية؛ فإنّها تبطل في العمد في المال والدية معاقبة له بنفيض قصده؛ وتصح في الخطأ في المال دون الدية⁽³⁾ .

ودليل صحة الوصية في المال فيما تقدم - فيما عدا الجناية العمد بعد الوصية -⁽⁴⁾ :

(1) الإشراف: 1017/2، والمعونة: 1634/3.

(2) المنتقى: 178/5.

(3) الإشراف: 1018/2، والمعونة: 1631/3، والذخيرة: 28/7.

(4) الذخيرة: 28/7.

أ - ما جاء في النهي عن تبديل الوصية كما سيأتي في حكم تبديل الوصية، والآية عامة، وإبطال وصية الموصي تبديل.

ب - القياس على غير القاتل.

ج - القياس على البيع والهبة؛ لأنّ الوصية سبب لنقل ملك فينعقد للقاتل كالبيع والهبة.

وأما في الجناية العمد بعد الوصية، فالدليل: القياس على الميراث؛ ومعاملة له بنقيض مقصده. وراجع باب الميراث.

وما روي عن علي عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ليس للقاتل وصية»⁽¹⁾، قال الدارقطني في مبشّر بن عبيد - أحد رواته -: متروك يضع الحديث.

شرط لزوم الوصية: قبول الموصى له:

يشترط في وجوب الوصية وتنفيذها قبول الموصى له المعين الذي عينه الموصي كزيد، حيث كان بالغاً رشيداً. ودليل اشتراط القبول: القياس على الهبة؛ لأنه تملك عين فافتقر إلى القبول⁽²⁾.

ولا بد من وقوع القبول بعد الموت، فلا ينفعه قبولها قبل موت الموصي، ولا يضره ردها في حياة الموصي كأن يردها حياء كما يقع كثيراً، فله القبول بعد الموت. ووجه اشتراط وقوع القبول بعد الموت أنّ الموصي له الرجوع في الوصية ما دام حياً، فلا يجب حقّ للموصى له في حياة الموصي، ولذلك لا يعتبر قبوله⁽³⁾.

وأما إن ردها بعد موت الموصي فليس له قبولها بعد ذلك.

فإن مات الموصى له المعين قبل القبول أو الرد فلوارثه القبول، والدليل: القياس على سائر الحقوق؛ لأنه حقّ وجب للموصى له فإذا مات انتقل إلى ورثته فقاموا مقامه كسائر الحقوق⁽⁴⁾.

وسواء مات المعين قبل علمه بالوصية أو بعد علمه بها، اللهم إلا أن يريد الموصي الموصى له بعينه فليس لوارثه القبول.

ويقوم مقام غير الرشيد وليه. واحترز بالمعين من غير المعين كالفقراء، فلا يشترط القبول لتعذره.

(1) أخرجه الدارقطني في الأفضية والأحكام؛ والبيهقي: 281/6.

(2) المعونة: 1644/3. (3) المعونة: 1644/3.

(4) المعونة: 1644/3.

مسألة:

إذا أوصى موصل لشخص بحائط، وحصلت فيه غلّة بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له؛ فالمختار والمشهور أنّ الغلّة يكون ثلثها للموصى له بعد قبوله، والباقي للموصي؛ أي: لورثته. ووجه ذلك أنّ المعتبر في تنفيذ الوصية وقت قبول الموصى له ووقت موت الموصي، بناء على أنّ الملك يحصل بالموت والقبول.

الركن الرابع: الصيغة:

وتكون الصيغة بأحد الأمور التالية:

- 1 - بلفظ دال على الوصية صراحة كأوصيت.
- 2 - بلفظ غير صريح في الدلالة عليها، لكن يفهم منه إرادة الوصية بالقرينة.
- 3 - بإشارة مفهومة، ولو من قادر على النطق.
- 4 - بالكتابة، بالطريق الأولى من الإشارة. وسيأتي أنّه يندب كتابة الوصية.

مبطلات الوصية:

تبطل الوصية بأحد الأمور التالية:

- 1 - برّدّة الموصي أو الموصى له. ووجه بطلانها برّدّة الموصي أنّ الوصية إنّما تعتبر زمن التملك وهو زمن الموت، والمرتد غير مالك زمن موته⁽¹⁾.
- 2 - بالإيضاء بمعصية؛ أي: إذا أوصى بمال لمعصية أو بفعلها، ومثال ذلك:
 - * الوصية بمال لشراء خمر.
 - * الوصية بنياحة عليه.
 - * الوصية بفعل لهو محرّم في عرس ونحوه.
 - * الوصية بدفع مال لمن يقتل نفساً ظلماً.
 - * الوصية بدفع مال لمن يبني به مسجداً في أرض محبسة للموتى كقرافة مصر.
 - * الوصية بدفع مال لمن يصلي عنه الصلاة، أو يصوم عنه. ووجه البطلان أنّ الصوم والصلاة من الأعمال البدنية التي لا تدخلها النيابة⁽²⁾.
 - * الوصية بتعديل ذهب أو فضة يعلق في قبة وليّ، والوصية ببناء قبة عليه.
 - * الوصية بإقامة المولد على الوجه الذي يقع في هذه الأزمنة من اختلاط النساء بالرجال والنظر للمحرم ونحو ذلك.
 - * الوصية بكتب جواب سؤال القبر وجعله معه في كفته أو قبره.

(1) الذخيرة: 10/7.

(2) المنتقى: 178/5.

فالوصية بذلك باطلة، ويفعل الورثة بالمال ما شاءوا.

ويستثنى الوصية بقراءة القرآن عليه فإنها نافذة، وكذلك الوصية بالحج. ووجه جواز الوصية بالحج أنه عبادة له تعلق بالمال وعبادات المال تدخلها النيابة، كالزكاة والكفارة⁽¹⁾.

3 - بالوصية لوارث. وتبطل ولو بقليل زيادة على حقه. وذكرت مستقلة وإن كانت معصية.

والدليل:

أ - ما تقدم ذكره من أدلة على وقوع نسخ الوصية للوالدين والأقربين.

ب - قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضْكَرٍ﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى اشترط في الوصية أن لا يكون فيها إضراراً ببقية الورثة، والوصية لوارث فيها إضرار ببقية الورثة؛ لأنه تعالى جعل لكل وارث قدرًا معلومًا من التركة، وإذا خصّ الموصي بعض الورثة بزيادة على ذلك كان كأنه يعطيه من حق غيره⁽²⁾.

ج - أن في الوصية لوارث تعدياً لما حدّ الله تعالى في حقوق الورثة⁽³⁾.

وإن أجاز الورثة ما أوصى به للوارث فيعتبر ابتداء عطية منهم، لا تنفيذ لوصية الموصي؛ لأن الحديث محمول على العموم، سواء أجازها الورثة أو لم يجيزوها⁽⁴⁾.
ودليل اشتراط إذن الورثة لإمضاء الوصية لوارث⁽⁵⁾:

أ - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز له ورثة الميت»⁽⁶⁾. قال الإمام الباجي: «يحتمل أن يريد بقوله: السنة الثابتة، العمل المتصل من زمان الصحابة إلى زمانه، ولذلك قال: التي لا اختلاف فيها عندنا»⁽⁷⁾.

ب - عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»⁽⁸⁾.

وإذا أجاز بعض الورثة ومنع البعض الآخر، جاز في حق من أجاز، ولم يجز في

(1) المنتقى: 178/5.

(2) المعونة: 1621/3، والمنتقى: 178/5، والجامع لأحكام القرآن: 267/2.

(3) المعونة: 1621/3، والمنتقى: 178/5، والجامع لأحكام القرآن: 267/2.

(4) المقدمات: 114/3.

(5) المعونة: 1619/3، والمنتقى: 157/5، 179، والجامع لأحكام القرآن: 265/2، والذخيرة: 15/7، وإكمال الإكمال: 602/4.

(6) الموطأ في الوصية، باب الوصية لوارث. (7) المنتقى: 179/5.

(8) أخرجه الدارقطني في السنن والفرائض؛ والبيهقي: 263/6. وهو ضعيف.

حق من منع؛ لأن من أجاز فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك⁽¹⁾.

4 - الوصية لغير وارث بما زاد على الثلث. وذكرت مستقلة وإن كانت هي أيضاً معصية.

والدليل على عدم الصحة⁽²⁾:

أ - عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأصدق بثلثي مالي؟ قال رسول الله ﷺ: «لا» فقلت: فالشطر؟ قال: «لا» ثم قال رسول الله ﷺ: «الثلث والثلث كثير. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس...». وفي رواية: قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة. قلت: أوصي بالنصف؟ قال: «النصف كثير». قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير أو كبير»⁽³⁾.

ب - عن عمران بن حصين أن رجلاً في زمان رسول الله ﷺ أعتق عبيداً له، ستة عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق ثلث تلك العبيد. قال الإمام مالك: وبلغني أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم⁽⁴⁾. وفي لفظ آخر: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم؛ فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً⁽⁵⁾.

ج - عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»⁽⁶⁾.

ووجه الاستدلال من الأحاديث أن النبي ﷺ حدّ مقدار الوصية الجائزة بالثلث، فدلّ على عدم الجواز بأكثر من ذلك.

وقد تقدم أن هذه الأحاديث مقيّدة للإطلاق في آية: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 180]؛ أي: في قوله: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي: بدون تحديد المقدار. والتخصيص بعد العمل بالعام

(1) المعونة: 1619/3.

(2) الإشراف: 1008/2، والمقدمات: 117/3، 126، وبداية المجتهد: 367/2، والتحرير والتنوير: 151/2.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب الوصية في الثلث لا تتعدى؛ والبخاري في الوصايا، باب الوصية بالثلث؛ ومسلم في الوصايا، باب ما جاء في الوصية بالثلث.

(4) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب من أعتق رقيقاً لا يملك مالا غيرهم.

(5) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(6) أخرجه ابن ماجه في الوصايا، باب الوصية بالثلث؛ وأحمد في مسنده: حديث 26210.

والتقييد بعد العمل بالمطلق كلاهما نسخ⁽¹⁾.

د - قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضْكَرٍ﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى اشترط في الوصية أن لا يكون فيها إضراراً ببقية الورثة، والوصية بأكثر من الثلث فيها إضرار ببقية الورثة؛ لأنّه تعالى جعل للموصى له قدراً معلوماً من التركة، وإذا تجاوزه الموصي بزيادة على ذلك كان كأنه يعطيه من حق غيره⁽²⁾.

هـ - أن في الوصية بأكثر من الثلث تعدياً لما حدّه الله تعالى للموصى له⁽³⁾.

و - إجماع العلماء المستند للحديث وفعل الصحابة أنّه لا تجوز وصية بأكثر من الثلث⁽⁴⁾. وهو دليل انضم إلى الأحاديث الثلاثة؛ لأنها معتبرة أحاديث آحاد⁽⁵⁾.

ويعتبر الزائد يوم التنفيذ لا يوم الموت. فإذا أوصى لأجنبي بأكثر من الثلث نفذت الوصية بالثلث، وردّ ما زاد عليه وإن لم يكن له وارث لحقّ بيت المال، وهو مذهب مالك والجمهور. وذهب أبو حنيفة إلى صحتها كأحمد في أحد قوليه.

والدليل على الردّ ولو لم يكن للميت وارث⁽⁶⁾:

أ - الحديث المتقدم: «إن الله تصدّق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم». والحديث يدلّ على المنع من حق التصرف بالوصية فيما زاد على الثلث. وهو عام فيمن له وارث ومن لا وارث له.

ب - ما تقدم من قصّة سعد، وفيه قوله: قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة. قلت: أوصي بالنصف؟ قال: «النصف كثير». ووجه الاستدلال أنّه استشار النبي ﷺ في أن يوصي ببقية تركته - النصف -، إذ لم يكن له إلا بنت وهي لا ترث إلا النصف، فلم يأذن له في ذلك وردّه إلى الثلث.

ج - قياس حالة عدم وجود وارث معيّن على حالة وجود وارث؛ لأنّ الوصية عطية تلزم بالموت فكانت في الثلث أصله إذا كان له وارث معيّن.

د - قياس بيت المال على الوارث من النسب؛ لأنّ الموصي ميّت من أهل الإسلام فلم ينفك عن وارث، كالذي له نسب معيّن فيرثه بيت المال، ولأنّه يعقل عنه

(1) التحرير والتنوير: 151/2.

(2) المعونة: 1621/3، والجامع لأحكام القرآن: 267/2.

(3) المعونة: 1621/3، والجامع لأحكام القرآن: 267/2.

(4) بداية المجتهد: 366/2، والجامع لأحكام القرآن: 263/2، والتحرير والتنوير: 151/2.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 264/2، والتحرير والتنوير: 151/2.

(6) الإشراف: 1014/2، والمعونة: 1620/3، والمنتقى: 156/5، وبداية المجتهد: 368/2،

والمعلم: 352/2، والجامع لأحكام القرآن: 261/2، والذخيرة: 32/7، وإكمال الإكمال:

كالوارث، ولأنه جعل مصرفاً كالوارث، ومن أتلف له شيئاً ضمنه. وأصل القياس قول النبي ﷺ: «أنا وارث من لا وارث له، أفك عانيه، وأرث ماله» وفي رواية: «أنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه»⁽¹⁾. والنبي ﷺ هو الإمام الأعظم، فيكون المراد بيت المال.

والفرق بين الزوجة إذا تبرعت بزائد على الثلث كان للزوج ردّ جميع ما تبرعت به الزوجة، مع أنّ الزوج ليس له ردّ الثلث؛ والموصي إذا أوصى بزائد على الثلث بطل الزائد فقط؛ أنّ الزوجة لما تبرعت بالزائد على الثلث حملت على أنّ قصدها الإضرار بالزوج، فعومت بنقيض قصدها، ثمّ إنّ لها أن تنشئ عقداً جديداً بالثلث؛ وأمّا الموصي غالباً ما يقصد البرّ لا الضرر، ثمّ إنّ لا يمكنه أن ينشئ عقداً جديداً بعد موته⁽²⁾.

وإنّ أجاز الورثة ما أوصى به لغير وارث من الزائد على الثلث فيعتبر ابتداء عطية منهم، لا تنفيذ لوصية الموصي، وهذا هو المشهور وهو مذهب المدونة. وعليه يكون فعل الميت محمولاً على الردّ حتى يجاز، فإنّ أجازت فتحتاج لقبول ثان من الموصي له، فلا بد من حيازة الموصي له قبل حصول مانع للمجيز، وأن يكون المجيز من أهل التبرع.

ودليل اشتراط إذن الورثة لإمضاء الزائد في الوصية بأكثر من الثلث لغير وارث⁽³⁾: أنّ المنع من ذلك إنّما هو لأجل الورثة؛ لأنّه حقهم، فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم، وحديث سعد يدلّ على ترجيح الورثة على غيرهم.

وإذا أجاز بعض الورثة ومنع البعض الآخر، جاز في حقّ من أجاز، ولم يجز في حق من منع؛ لأنّ من أجاز فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك⁽⁴⁾.

5 - رجوع الموصي في الوصية. سواء وقع منه الإيصاء في صحته أو مرضه. ولا يعتبر الرجوع في المرض انتزاعاً لصالح الغير. ودليل جواز الرجوع في الوصية⁽⁵⁾:

أ - عمل أهل المدينة. فقد صدّر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه

(1) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام؛ وابن ماجه في الديات، باب الدية على العاقلة، عن المقدم بن معدي يكرب.

(2) الذخيرة: 31 / 7.

(3) المعونة: 1619 / 3، والمنتقى: 157 / 5، 179، والجامع لأحكام القرآن: 265 / 2، وإكمال الإكمال: 602 / 4.

(4) المعونة: 1619 / 3.

(5) المنتقى: 148 / 5، والجامع لأحكام القرآن: 261 / 2.

عندنا، ... والأمر الذي لا اختلاف فيه⁽¹⁾. قال الإمام الباجي: هو إجماع أهل المدينة.

ب - أن الوصية عقد جائز غير لازم، ولا تلزم إلا بالموت وقبول الموصى له.

ج - أن الوصية لو كانت لازمة لدخل على الناس ضرر كبير، بمنعهم من التصرف في أموالهم، ويؤدى إلى امتناعهم من الوصية؛ لأن لزوم عقد الوصية يحبس المال الموصى به، وذلك يقتضي أن يكون مانعاً للموصى من التصرف في ماله، فمن أوصى بثلاث ماله - مثلاً - لم يكن له من حين الوصية الإنفاق منه، وفي ذلك إضرار بالناس ومنع من الوصية.

قال الإمام القرافي في بيان حكمة جواز الرجوع في الوصية: «شرح الله تعالى الوصية، وشرع الرجوع فيها لطفاً بالعباد، بتوفير عزومهم على تكثير الوصايا. فلو اعتقد المريض تعذر الرجوع لامتنع من الوصية خشية الصحة فيذهب عليه ماله. فإذا علم أن له الرجوع صحيحاً ومريضاً استكثر من الوصايا، حتى لو أمكنه استيعاب ماله استوعبه بتقديم ماله بين يديه، ويسعد الموصى له بالوصايا⁽²⁾؛ أي: فإن مات سعد هو بالثواب وسعد الموصى له، وإن لم يمت أمكنه الرجوع فيما يريد الرجوع فيه.

ويجوز الرجوع وتبطل به ولو كان التزم حين الوصية عدم الرجوع على الراجح. وأما الذي بتله - أي: أخرجه وفصله - في مرضه من صدقة أو حبس فلا رجوع له فيه وإن كان مخرجه من الثلث.

ويقع الرجوع في الوصية بما يلي:

- بقول صريح كأبطلت وصيتي أو رجعت عنها.

- بتخليص حب زرع؛ أي: بتذريته؛ لأن تذريته قد غير صورة الزرع ونقل اسمه إلى اسم القمح أو الشعير، فكان ذلك رجوعاً عن الوصية⁽³⁾.

فإذا أوصى بزرع ثم حصده ودرسه بدون تذرية لا تبطل على المعتمد؛ لأنه لم يزل عنه اسم الزرع؛ أي: إن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد، وصورته ثابتة لم تغير، وإنما وجد منه تقطيعه وإزالته عن موضعه، فلم يكن رجوعاً في الوصية⁽⁴⁾.

- بنسج غزل أوصى به؛ لأن اسم الغزل انتقل عنه ولا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه. وكذا يقال فيما بعده.

(1) الموطأ: كتاب الوصية، باب الأمر في الوصية. وانظر دلالة هذه الجملة على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(2) الذخيرة: 147/7. (3) المتقى: 153/5.

(4) المتقى: 153/5.

- بصَوْغِ مَعْدِنٍ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْصَى بِهِ .

- بَذِيحِ حَيْوَانٍ أَوْصَى بِهِ .

- بِتَفْصِيلِ شُقَّةٍ، كَمَقْطَعِ أَوْصَى بِهِ ثُمَّ فَصَلَهُ ثَوْباً مِثْلاً فَإِنَّهُ تَبْطَلُ الْوَصِيَّةُ بِهِ لِزَوَالِ

الاسم في قوله: أوصيت بالمقطع مثلاً، بخلاف ما لو قال: أوصيت بالثوب ثم فصله فلا تبطل؛ لأنَّ اسم الثوب يقع على المققطع.

ووجه البطلان في النسخ والذبح والتفصيل أنَّ المراعى في ذلك الاسم الذي

علقت عليه الوصية، فإذا عمل فيه الموصي عملاً أزال ذلك الاسم بطلت الوصية⁽¹⁾.

- بقول الموصي في صيغة وصيته - مثلاً -: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ: إِنْ مِتُّ

مِنْ سَفَرِي هَذَا، فَلِفَلَانٍ كَذَا وَلَمْ يَمِتْ مِنْ مَرَضِهِ أَوْ سَفَرِهِ فَتَبْطَلُ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْوَصِيَّةَ عَلَى

الموت فيهما ولم يحصل. ولا يشترط التصريح بالقييد الذي هو الموت، بل متى أشهد

على وصيته في مرضه أو سفره وكانت بغير كتاب فلا تنفذ إلا إذا مات فيه، سواء صرح

بذلك كما لو قال: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي أَوْ سَفَرِي هَذَا فَلِفَلَانٍ كَذَا، أَوْ لَمْ يَصْرَحْ كَمَا لَوْ

قال: إِنْ مِتُّ فَلِفَلَانٍ كَذَا، أَوْ قال: يَخْرُجُ لِفَلَانٍ مِنْ مَالِي كَذَا وَلَمْ يَقُلْ: إِنْ مِتُّ، أَوْ

لم يقل شيئاً من ذلك بل أشهد أنَّ لفلان كذا وصية؛ لأنَّ المعنى عليه حيث لم يصرح بالتعميم كمتى مِتُّ.

ومحل بطلان الوصية في هذه المسألة في ثلاث صور:

* إِنْ لَمْ يَكْتُبْهَا فِي كِتَابٍ .

* إِنْ كَتَبَهَا فِي كِتَابٍ وَلَمْ يَخْرُجْهُ .

* إِنْ كَتَبَهَا فِي كِتَابٍ أَخْرَجَهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ .

والصورة الرابعة: إِنْ كَتَبَهَا فِي كِتَابٍ وَأَخْرَجَهُ وَلَمْ يَسْتَرِدَّهُ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ لَا

تَبْطَلُ . وَهَذِهِ الصُّورُ الْأَرْبَعَةُ إِنْ انْتَفَى الْقَيْدُ بِأَنْ لَمْ يَمِتْ مِنْ مَرَضِهِ أَوْ سَفَرِهِ . وَوَجْهٌ

البطلان في الصور الثلاث أنَّ استرداد الكتاب تغيير لحاله التي كان عليها على وجه الإجازة⁽²⁾.

ووجه عدم البطلان في الصورة الرابعة: أَنَّهُ إِذَا أُثْبِتَ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ، وَخَصَّهُ بِأَنْ

أَخْرَجَهُ وَوَضَعَهُ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ، ثُمَّ أَبْقَى الْكِتَابَ بَعْدَ الْبَرِّ أَوْ الْقُدُومِ عَلَى حَالَتِهِ لَمْ يَأْخُذْهُ

مَنْ وَضَعَهُ عَلَى يَدِهِ حَتَّى مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ وَجْهٌ مِنْ اسْتِدَامَةِ الْوَصِيَّةِ⁽³⁾.

وأما إِنْ حَصَلَ الْقَيْدُ بِأَنْ مَاتَ فِي الْمَرَضِ أَوْ السَّفَرِ، فَفِيهَا أَرْبَعُ صُورٍ أَيْضاً تَصَحَّ

فِي ثَلَاثٍ وَهِيَ: إِنْ كَانَتْ بَغَيْرِ كِتَابٍ، أَوْ بَكِتَابٍ بِأَنْ قَالَ فِي كِتَابِهِ: إِنْ مِتُّ فِي مَرَضِي

(2) المتفق: 148/5.

(1) المتفق: 153/5.

(3) المتفق: 148/5.

هذا أو سفري هذا فلفلان كذا، ولم يخرججه، أو أخرجه ولم يستردّه. فإن أخرجه واسترده فتبطل ولو مات في مرضه نظراً لكون الرد إبطالاً.

وهذا كالمسألة المطلقّة التي لم تقيد بمرضه وكتبت، فصورها أربع أيضاً تصحّ في ثلاث وهي: ما إذا لم تكن بكتاب أصلاً، أو كانت بكتاب ولم يخرججه، أو أخرجه ولم يستردّه. وتبطل إذا كانت بكتاب وأخرججه ثم استردّه.

6 - بتلف الموصى به المعين. فإذا أوصى بشيء معين فتلف، بطلت الوصية؛ لأنّ المعين يبطل الحق بتلفه، كالمبيع المعين إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكالدابة المعينة المكتراة إذا ماتت، فإنّ العقد يفسخ في ذلك كلّ⁽¹⁾.

ما لا تبطل به الوصية:

لا تبطل الوصية بالأمر التالية:

- بهدم دار أوصى بها الموصى - على المعتمد -. ووجه عدم البطلان بالهدم أنّ اسم الدار يتناول الأرض والبناء؛ لأنّ الموصى أوصى بأرض وبناء، فأزال البناء وبقيت الأرض⁽²⁾.

وهل للموصى له النقص أو لا؟ خلاف. ووجه القول بأنّ له النقص أنّ الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء، وذلك لا يمنع نفوذ الوصية. ووجه القول بأنّ النقص للموصى أو ورثته أنّ اسم البناء لا يتناول اسم الدار بعد النقص، فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذي علق عليه الوصية⁽³⁾.

- برهن الموصى الشيء الموصى به. فإذا مات فتخليصه على الوراث. ووجه عدم البطلان بالرهن أنّ اسم الموصى به باق وصورته باقية، وأن ملك الموصى لم ينتقل⁽⁴⁾.

- إذا أوصى بثلث ماله، فباع المال واستخلف غيره فلا تبطل؛ لأن العبرة بما يملك يوم الموت سواء زاد أو نقص.

- إذا جصص الموصى الدار الموصى بها؛ أو صبغ الثوب الذي أوصى به، فلا تبطل. ويأخذ الموصى له الشيء الموصى به بزيادته، ولا شيء عليه في مقابلة الزيادة. ووجه عدم البطلان أنّ التجصيص والصبغ زيادة فيما أوصى به، والزيادة لا تأثير لها في إبطال الوصية، لا سيما مع بقاء الاسم الذي علقت عليه الوصية. ووجه كون الزيادة للموصى له أنّه لما كان الأصل موصى به، ثم أضاف إليه ما لا يستقل بنفسه بل هو محمول فيما أوصى به، كان ظاهر ذلك أنّه أضاف إليه في الوصية⁽⁵⁾.

(2) المنتقى: 153 / 2.

(4) المنتقى: 152 / 5.

(1) المعونة: 1633 / 3.

(3) المنتقى: 153 / 2.

(5) المنتقى: 152 / 5.

- إن أوصى الموصي لشخص واحد بوصية بعد وصية أخرى، من نوع واحد، وهما متساويتان، كقوله: أوصيت لزيد بعشرة دنانير، ثم قال؛ أوصيت له بعشرة دنانير؛ أو كانت الوصيتان من نوعين، كقوله: أوصيت له بدنانير، ثم قال: أوصيت له بثوب؛ فالوصيتان للموصى له.

وأما إذا كانت الوصيتان من نوع واحد وإحدهما أكثر كعشرة ثم خمسة؛ وعكسه من صنف واحد - أي: دنانير أو دراهم - فإنه يأخذ الأكثر وإن تقدّم هذا الأكثر في الإيصاء، ولا يكون الثاني ناسخاً.

الهبة والعطية في مرض الوفاة:

إذا عقد المريض هبة أو عطية أو صدقة أو حبساً، فإنه إن صحّ بعد مرضه لزمته من رأس ماله بشروطها، وإن مات كانت من الثلث، وتكون حال المرض موقوفة لا تنفذ حتى يتبين حاله، ولا رجوع له فيه ولو صحّ كما تقدم.

والدليل على أنّ هبة المريض وعطاياه وصدقاته تكون من الثلث إن مات⁽¹⁾:

أ - الحديث المتقدم: «إنّ الله تصدّق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم». ووجه الاستدلال أن الحديث عام في الهبة والصدقة والوصية عند الوفاة، في كون الشارع جعلها من الثلث.

ب - الحديث المتقدم عن عمران بن حصين أنّ رجلاً في زمان رسول الله ﷺ اعتق عبداً له، ستّة عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق ثلث تلك العبيد. ووجه الاستدلال أنّ الحديث يدل على أنّ الرجل نجز العتق في مرضه ولم يوص به، فأنفذه النبي ﷺ في الثلث وردّ ما زاد عليه.

ج - عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغبابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحبّ إليّ غني بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإنني كنت نحلّتك جادّ عشرين وسقاً، فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك، وإنّما هو اليوم مال وارث. وإنّما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله. قالت عائشة: فقلت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنّما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية⁽²⁾. قوله: جاد عشرين وسقاً؛ أي: ما يجذّ منه هذا القدر. والجاد هنا بمعنى المجدود؛ أي: المقطوع.

ومحلّ الاستدلال منه هو قوله: «فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك، وإنّما هو

(1) المعونة: 3/ 1623، والمنتقى: 5/ 157، والذخيرة: 7/ 137.

(2) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل.

اليوم مال وارث». ووجه الاستدلال أنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه لما وهب عائشة رضي الله عنها ما ذكر، وكانت هي لم تحز ما وهبها في صحته حتى حضرته الوفاة لم تتم لها الهبة، وانتقلت إلى حكم الميراث. فهو رضي الله عنه قد أعلمها أنّ ما يمنعه من إمضاء هبته لها ليس عدم إشفاقه عليها ومحبتّه لها، وإنّما يمنعه من ذلك عدم حوزها لها حتى حضرته الوفاة، وهي لما كانت وارثة لم يمكنها من حوزها ولم تأخذها من الثلث لأنّه لا وصية لوارث.

د - حديث سعد بن أبي وقاص. ووجه الاستدلال منه أنّه ورد في رواية بلفظ: «أفأتصدّق بثلثي مالي»، فيحمل على إبطال الصدقة في المرض؛ أي: إخراجها وفصلها، فإنّ النبي صلى الله عليه وآله قد منعه من ذلك، وأطلق اللفظ في الثلث على أنّه كثير، فيحمل على الوصية والصدقة في المرض.

هـ - أنّ حصول سبب الموت بمنزلة حضور الموت نفسه، بدليل منع الهبة للوارث.

تغيّر حال الموصي له:

إنّ أوصى في صحته أو مرضه لوارث ثمّ تغيّر الحال، وذلك - مثلاً - كما يلي:

- كأخ ليس للموصي وقت الوصية ابن، فتغيّر الحال بأن حدث له ابن.

- كامرأة أوصت لزوجها، فتغير الحال فطلقها زوجها بائناً.

فالمعتبر في المسألة المآل؛ أي: مآل الحال له في صورتين؛ فإذا مات الموصي صحت للأخ لحجبه بالابن وللزوج بالطلاق، فصارا عند الموت غير وارثين، ولو لم يعلم الموصي بصيرورة الوارث غير وارث، ووجه عدم التفريق بين العلم وعدمه اعتبار ظاهر الوصية⁽¹⁾.

وقال ابن القاسم في المطلقة: إن عِلِمَتْ المرأة بطلاقها ولم تغيره جازت الوصية وإن لم تعلم فلا شيء له. ووجه التفريق بين العلم وعدم العلم في هذا القول: أنها - في عدم العلم - كانت ترى أنّه وارث فلم تردّ الوصية⁽²⁾.

وإنّ أوصى في صحته أو مرضه لغير وارث وقت الوصية كامرأة أجنبية، فتغيّر الحال بأن تزوج تلك المرأة؛ فالمعتبر في الصورة المآل أيضاً؛ أي: مآل الحال له؛ فإذا مات الموصي بطلت لصيرورة المرأة وارثة.

ألفاظ الموصي في الموصي له وما تناوله:

- إذا أوصى للمساكين دخل الفقير في المسكين، وعكسه فإذا أوصى للفقير فيدخل

المسكين، نظراً للعرف متى أطلق أحدهما شمل الآخر، فلو كان العرف افتراقهما اتبع. وهذا بناء على القول بعدم ترادفهما، وأمّا على القول بترادفهما فهو عينه، فلا معنى للدخول. ومحل الدخول أيضاً حيث لم يقع من الموصي النصّ على المساكين دون الفقراء، أو عكسه.

- إذا أوصى لأقاربه أو لأهله أو لذوي رحمه، دخل في الوصية واختصّ بها شرعاً أقاربه لأمه؛ كأبيها وعمها لأبيها أو لأمها وأخيها وابن عمتها؛ لأنهم غير ورثة للموصي. ولا يدخل أقاربه لأبيه حيث كانوا يرثونه؛ لأنه لا وصية لوارث. ومحل دخول أقارب أمه إن لم يكن للموصي أقارب لأب غير وارثين، وإلا اختصاصاً بها ولا يدخل معهم أقاربه لأمه، فيختصّ بها أقارب أبيه لشبه الوصية بالإرث من حيث تقدم العصبية على ذوي الأرحام. وإذا قال: أوصيت لأقارب فلان أو لأهله أو لذوي رحمه اختصّ بها أقاربه لأمه إن لم يكن له أقارب من جهة أبيه، وإلا اختصاصاً بها كانوا ورثة لفلان المذكور أو لا، ويدخل معهم أقاربه من جهة أمه.

وإذا دخل أقارب فلان أو أقاربه هو خصّ المحتاج الأبعد بشيء زائد على غير المحتاج الأقرب، لا بالجميع، فإن استوا في الحاجة سوي بينهم في الإعطاء. فإن بين الموصي حال وصيته كقوله: أعطوا الأقرب فالأقرب، أو قال: أعطوا فلاناً ثم فلاناً، فيقدم الأقرب بالترتيب، ولو غير محتاج، لا بالجميع.

- إذا أوصى بثلثه أو بعدد معين لجماعة غير محصورين كالفقراء أو الغزاة أو بني فلان أو فقراء الرباط والمدارس والجامع الأزهر، فلا يلزم تعميم الموصي لهم بالإعطاء، ولا التسوية بينهم.

ودليل جواز الوصية لبني فلان وهم قبيلة لا يحصون⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنًا﴾ [النساء: 12]. والآية عامة في المحدّد وغير المحدّد.

ب - القياس على الوصية لجماعة موصوفة بالعلم أو الفقر؛ لأنّ ذكر النسب يتعرّف به الجنس الموصى له، فإذا حصلت معرفته لم يضرّ الجهل بعددهم وأعيانهم في صحة الوصية لهم، كالصفات مثل قوله: العلماء والفقراء.

والدليل على عدم وجوب التعميم والتسوية⁽²⁾: القياس على الزكاة؛ لأنها عطية على وجه القرية مرسلة في اللفظ بدون تحديد، فيجوز أن يعطى أحد الأصناف الموصى لهم بزيادة على الآخر كالزكاة.

بخلاف جماعة محصورين معينين، كخدمة المسجد أو أهل رواق كذا كرواق

(1) الإشراف: 1011/2.

(2) الإشراف: 1012/2.

المغاربة بالأزهر، فيلزم تعميمهم لحصرهم. واجتهد متولي تفرقة الوصية في القسمين فيزيد الأحوج.

لزوم إجازة الورثة الوصية لوارث أو بزائد على الثلث:

إذا أوصى شخص لوارث، أو أوصى بزائد على الثلث لغير وارث، في صحته أو مرضه، فلبقية الورثة الحق في الإجازة والرد.

فإن أجازوا حال مرض الموصي فإن إجازتهم تكون لازمة فلا يجوز لهم الرجوع فيها بعد ذلك.

ودليل عدم جواز الرجوع⁽¹⁾:

أ - القياس على إذن الزوج لامرأته في الحج؛ لأنها حال يملك الورثة الحجر عليه فيها، فإذا أذنوا له فيما لهم منعه منه لزمهم، كالزوج إذا أذن لامرأته في الحج.

ب - القياس على الإجازة في حال بعد الوفاة؛ لأنه حال يعتبر عطيته فيها من الثلث كبعد الموت.

ويشترط للزوم الإجازة حال المرض شروط أربعة، هي:

1 - إذا كانت إجازتهم حال مرض الموصي مرضاً مخوفاً قائماً به. سواء كانت الوصية في الصحة أو المرض.

2 - أن لا يصح الموصي صحة بيّنة بعد المرض الذي أجاز فيه الوارث. فإن صح ثم مرض فمات لم يلزم الوارث إجازته الواقعة منه سابقاً بل له الرد، ووجه عدم اللزوم أنه قد تخلل الإذن والوفاة حالة لا يصح فيها الإذن، قياساً على ما لو أذنوا له في الصحة⁽²⁾.

3 - أن يكون المجيز رشيداً.

4 - أن لا يكون معذوراً في إجازته. فإن كان له عذر فلا يلزمه بل له أن يرد. ومن الأعذار ما يلي:

* أن يكون المجيز في نفقة الموصي.

* أو خائفاً من سطوته، أو سطوة الموصى له في تلك الحالة.

* أو مديناً له.

* أو جاهلاً بأن له الرد والإجازة في المرض، وأن الإجازة في المرض لازمة لا يجوز له الرجوع فيها، إن كان مثله يجهل أن له رد الزائد عن الثلث في غير الوارث أو

(1) الإشراف: 1008/2، والمعونة: 1622/3، والمنتقى: 179/5.

(2) المنتقى: 181/5.

ردّ ما أوصى به لبعض الورثة. ويشترط لقبول عذره بالجهل أن يحلف: «بالله الذي لا إله غيره إني لا أعلم حين الإجازة أن لي الرد»؛ أي: أعتقد أن له التصرف لمن شاء وبما شاء. فإن نكل لزمه ما أجاز، كمن يعلم أنه لا وصية لوارث وأجاز بالشروط - ما عدا عدم الجهل لأنه الموضوع - فلا يقبل منه اليمين.

وإذا أجاز الورثة الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث في حياة الموصي ثم أرادوا الرجوع فيها بعد وفاته؛ فإن أجازوا في صحة الموصي فلهم أن يرجعوا؛ لأنّ الرجل إذا كان صحيحاً فهو أحقّ بماله كلّه يصنع فيه ما شاء، فإن أجازوا له في صحته فقد تركوا شيئاً لم يجب لهم؛ وإن كانوا أجازوا في مرض الموصي حين يمنع من ماله فليس لهم ذلك؛ لأنّهم قد تركوا ما وجب لهم من الحق، فليس لهم أن يرجعوا فيه لأنّه قد فات بالموت وقبول الموصي. فإن لم يفت بأن لم ينفذ الموصي الوصية قبل موته كان للوارث الرجوع في إجازته⁽¹⁾.

ما يحمل عليه كلام الموصي في مقدار الوصية:

إن أوصى لشخص بنصيب ابنه، بأن قال: أوصيت لزيد بنصيب ابني، أو أوصى بمثل نصيب ابنه بأن قال: أوصيت لزيد بمثل نصيب ابني؛ فإن لم يكن له إلا ابن فيأخذ الموصى له جميع تركة الميت الموصي إن أجاز الابن الوصية. وإلا فللموصى له ثلث التركة فقط.

فإن قال ذلك ومعه ابنان فيأخذ نصف التركة إن أجاز، وإلا فالثلث ولا كلام لهم. وإن زادوا فله قدر نصيب واحد ولا كلام لهم. فإن كان مع الابن ذو فرض فللموصى له جميع التركة بعد ذوي الفرض إن أجاز إلى آخر ما علمته.

فإن قال في وصيته: اجعلوا فلاناً منزلة ابني أو ألحقوه به، أو: أنزلوه منزلته، أو: اجعلوه وارثاً معه، أو: من عداد ولدي؛ فإنّ الموصى له يقدر زائداً على ذريته فتكون التركة نصفين إن كان له ابن واحد وأجاز، وإلا فالثلث للموصى له. فإن كان للموصى ابنان فللموصى له الثلث أجاز أم لا. ولو كانوا ثلاثة فهو كرابع وهكذا، فلو كان مع الذكور إناث فهو كذكر. فلو كانت الوصية لأنثى لكان لها مثل أنثى من بناته.

فإن قال الموصي: أوصيت لفلان بضعف نصيب ولدي، وأجاز الولد، فهل يعطى نصيب ابنه مرة أو مرتين فإذا كان الولد ابناً وابتنين أو كانا ابنين وأجاز فيكون له نصف التركة أو جميعها؟ قولان؛ قال ابن القصار ضعف الشيء: قدره مرتين وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وهو الأظهر. وقيل: ضعف الشيء ما ساواه. فثمرة الخلاف عند تعدد الولد كما مثلنا. أما مع ابن واحد فللموصى له جميع التركة إن أجاز على كلا القولين.

(1) المعونة: 1622/3، والمنتقى: 181/5، والجامع لأحكام القرآن: 265/2.

وإن أوصى لشخص بمثل نصيب أحد الورثة فيحاسبهم الموصى له بجزء من عدد رؤوسهم؛ أي: يقسم المال على الورثة وعلى الموصى له الذكر كالأُنثى، ثم بعد أخذه ما نابه يقسم الباقي على الورثة على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن أوصى لشخص بجزء من ماله، كقوله: أوصيت لزيد بجزء من مالي، أو قال: أوصيت له بسهم من مالي فيحاسب بسهم ويأخذه من فريضته إن لم تكن عائلة، كقول امرأة: أوصيت لفلان بجزء من مالي، وماتت عن زوج وأم، فيأخذ واحداً من ستة ثم يقسم الباقي على الورثة. أو كانت عائلة فيأخذ سهماً من سبعة وعشرين حيث عالت الأربعة والعشرون؛ لأن العول من جملة التأصيل. فالوصية تقدم على الإرث ثم يقسم على الورثة الباقي. فالضرر يدخل عن الجميع. فإن لم تكن له فريضة - بأن لم يكن له وارث - فهل له سهم من ستة وهو قول ابن القاسم، أو من ثمانية؟ وهو قول أشهب.

المال الذي تدخل فيه للوصية:

تدخل الوصية الصادرة في الصحة أو المرض في ثلث ما علمه الموصى من المال، ولو كان العلم بعد الوصية. ولا تدخل فيما جهله قبل موته. ووجه عدم دخوله أنه بعدم علمه قد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية، فلم يكن له مدخل فيها وكان في حكم المستثنى مما وصى به⁽¹⁾.

فإن تنازع الورثة والموصى له في العلم وعدمه فالقول للورثة بيمين. فإن نكلوا فللموصى له بيمين.

وتدخل الوصية في العمرى الراجعة بعد موت الموصى المعمر، ولو بسنين. وكذا تدخل في الحبس الراجع بعد موته. ومعنى الدخول أن من أوصى بثلث ماله أو أقل فإن الموصى به يؤخذ مما كان يعلمه الموصى ولو كان عمرى أو حبساً رجعا بعد وفاته.

ما لا تدخل فيه الوصية:

لا تدخل الوصية في الأمور التالية:

1 - فيما أقرّ الموصى به في صحة أو مرض، فَبَطَلَ ما أقرّ به لكون المقرّ له صديقاً ملاطفاً، أو زوجاً بمرض، أو أقر سفیه بدين في صحته أو مرضه. وإذا لم تدخل الوصية في ذلك وبطل رجوع ميراثاً.

2 - فيما أوصى به لوارث ولم يجزه بقية الورثة، فلا تدخل فيه الوصية حيث مات ولم يعلم بأن ما أقر به بطل، ولا علم برد بقية الورثة. فإن علم قبل موته دخلت الوصية فيه.

(1) الإشراف: 1018/2، والمعونة: 1635/3.

وإذا شَهِرَ عند الناس تلف شيء من مال الموصي، فالأظهر من قولين أنّ الوصية تدخل فيه إذا ظهرت سلامته.

ما يندب في الوصية:

- يندب كتابة الوصية. ودليل مشروعيتها وأنها مندوبة: حديث ابن عمر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «إلا ووصيته عنده مكتوبة» فقد نصّ على الكتابة. وحكمة تشريع الكتابة زيادة توثيق للوصية⁽¹⁾.

- يندب البدء بالتسمية والحمد والثناء على الله تعالى.

- يندب التَشَهُّد؛ أي: ذكر الشهادتين، بكتابة ذلك أو النطق به إن لم يكتب، والدليل: عن أنس بن مالك قال: كانوا يكتبون في صدور وصاياهم هذا ما أوصى فلان بن فلان أوصى أن يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور وأوصى من ترك بعده من أهله أن يتقوا الله حق تقاته وأن يصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنه ويعقوب ﴿يَبْنَئِيْ إِنْ أَلَّهَ أَصْطَفَى لَكُمْ أَلْيَنَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾⁽²⁾.

الإشهاد على الوصية:

يشترط لصحة الوصية ونفاذها أن يشهد الموصي على وصيته.

وحيث أشهد فيجوز للشهود أن يشهدوا على ما انطوت عليه وصيته، وإن لم يقرأها عليهم ولم يَفْتَحَ الكتاب الذي فيه الوصية. ووجه جواز شهادة الشهود على الوصية ولو لم تقرأ عليهم: أنّ الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ما أقر به، ويحبّ أن يخفي ذلك، فلو لم تجز الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره للحق به ضرر ومشقة⁽³⁾.

وتنفذ الوصية حيث أشهد، بقوله لهم: اشهدوا بما في هذه، ولم يوجد فيها محو، ولو كان الكتاب الذي فيه الوصية عند الموصي لم يخرج حتى مات.

ولو ثبت عند الحاكم بالبينة الشرعية أنّ ما اشتملت عليه وثيقة الوصية بخط الموصي، أو قرأها على الشهود، ولم يُشَهِد في صورتين بأن لم يقل: اشهدوا على وصيتي، أو لم يقل: نفذوها، لم تنفذ بعد موته، لاحتمال رجوعه عنها. ولو وجد فيها بخطه أنفذوها فلا يفيد. وإذا قال: اشهدوا أو قال: أنفذوها نفذت.

(2) أخرجه الدارقطني في الوصايا.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 267/2.

(3) المعونة: 1556/3.

ما يحمل عليه كلام الموصي في إنفاذ الوصية:

- إن قال الموصي: كتبته ووضعته عند فلان فصدقوه إلخ، فإن فلاناً يصدق في أنّ هذا الكتاب بما فيه هو وصية الميت.

ثم إن كان بخط الميت فيقبل ما فيه ولو كان المكتوب فيه: أنه لفلان ابن من عنده الوصية. وإن كان بغير خطه ووجد فيه أن أكثر الثلث لابن فلان أو صديقه ممن يتهم فيه لا يصدق. أما الوصية بقليل من الثلث فيصدق.

- إن قال الموصي: أوصيتُ فلاناً بتفرقة ثلث مالي فصدقوه، فقال فلان: هذه وصيته التي عندي إلى آخر ما علمت من التفصيل في مسألة الكتابة. أو قال: هو أمرني أن أفرقه على فلان وفلان أو على جماعة كذا، فإنه يصدق في قوله إن لم يُقْل: إنه أمرني أن أدفع كذا - وهو شيء كثير - لابني أو نحوه ممن يتهم عليه كصديقه أو أخيه الملاطف.

- إن قال الموصي لجماعة: «اشهدوا على أن فلاناً وصيتي» فقط ولم يزد على ذلك فلم يقيد بشيء، فلفظه مطلق يعم كل شيء، فيكون فلان وصيه في جميع الأشياء؛ فيزوج بناته الصغار بشروطهن - والمعول عليه إنما هو خوف الفساد عليهن في المال والحال - والكبار بإذنهن إلا أن يأمره بالإجبار إلخ، فيجري ما هنا على ما تقدم في النكاح من الإجبار وعدمه. ووجه حمل كلامه على العموم أن الإطلاق يقتضي العموم، فأشبهه أن ينص على ذلك⁽¹⁾.

والظاهر في التعميم المذكور أنه إذا كان الموصي وصياً على أيتام يكون فلان وصياً عليهم وهو ظاهر المدونة، وقيل: لا يدخلون إلا بنص منه.

- إن قال: فلان وصيتي، على كذا، لشيء عيّنه، حُصّ به فلا يتعداه لغيره، فإن تعده لم ينفذ؛ لأنه لا يملك الوصية إلا بالتولية⁽²⁾.

وكذلك قوله: زيد وصيتي حتى يقدم عمرو، فإن زيدا يكون وصيه في كل شيء حتى يقدم عمرو، فينعزل زيد بمجرد قدوم عمرو. فإن مات عمرو في السفر استمر زيد وصياً. أو قال الموصي: زوجتي فلانة وصيتي إلا أن تتزوج فتستمر إلى تزوجها فتعزل.

تبديل الوصية:

يحرم على الوصي أو الشاهدين أو غيرهما تبديل الوصية.

والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينًا﴾ [النساء: 12]. وقد تقدم في حكم الوصية وجه الاستدلال بها على وجوب إنفاذ الوصية.

ب - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَدْمًا سَعِدَ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 181]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى رتب الإثم على تبديل الوصية وتغييرها. وقوله: «من» يعود على الشهود الذين سمعوا الوصية من الموصي وعلى المكلف بتنفيذ الوصية، إذا غيروا وتركوا العمل بها أو لم يجيزوها على النحو الذي رسم لهم في الشرع. فالإثم واقع عليهم وعلى الذي يأخذ ما لم يجعله له الموصي مع علمه إذا حابه منفذ الوصية⁽¹⁾. والضمير في «بدله، وسمعه، وإثمه، وبديلونه» عائد على القول أو الكلام الذي يقوله الموصي ودل عليه لفظ «الوصية» الواقعة بالمعروف؛ لأن الإثم في تبديل المعروف⁽²⁾.

وتدل الآية على أن الدين إذا أوصى به الميت خرج عن ذمته وصار الولي مطلوباً به، له الأجر في قضائه وعليه الوزر في تأخيره. قال القاضي أبو بكر بن العربي: «وهذا إنما يصح إذا كان الميت لم يفرط في أدائه، وأما إذا قدر عليه وتركه ثم وصى به فإنه لا يزيله عن ذمته تفریط الولي فيه»⁽³⁾.

وحكم تحريم التبديل يشمل الوصية بالواجب، والمندوب، والمكروه، والمباح. لكن يشترط في المندوب والمكروه والمباح أن يكون الموصي قد أوصى بالمعروف بغير إضرار بالورثة. وأما الواجب فغير مقيد بهذا الشرط ولو كان فيه إضرار بالورثة؛ لأن الحقوق الواجبة مقدمة على الورثة. فإن خرج الموصي عن المعروف في وصيته إلى الإضرار بالورثة، فالحكم يختلف بحسب التقسيم الذي ذكرناه للإضرار في أول الباب، وهي:

1 - القسم الذي حدده الشرع. وذكرنا أن مخالفته مخالفة للشرع ويكون الموصي بفعله عاصياً، ومنه:

* أن يتجاوز الموصي بوصيته لأجنبي ثلث ماله.

* أن يوصي لوارث.

والوصية بالأمرين معصية. وهذا القسم لا خلاف في وجوب تبديله لبطلانه. وتقدم ذكر الدليل على ذلك عند الحديث عن مبطلات الوصية.

2 - قسم يحصل بقصد الموصي الإضرار بالوارث، ولا يقصد القرابة بوصيته، وإنما يقصد حرمان وارث أو التقيص من نصيبه، ومن ذلك ما يلي:

* الإقرار بدين في مرضه لوارث. فإن ذلك لا يجوز إذا تحققت المضارة بقوة

(1) أحكام القرآن: 1/ 73، والجامع لأحكام القرآن: 2/ 268، والتحرير والتنوير: 2/ 152.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 2/ 269، والتحرير والتنوير: 2/ 152.

(3) أحكام القرآن: 1/ 73.

التهمة أو غلبة الظن. ووجه عدم الجواز أنّ المقرّ في مرضه لمن يتهم فيه يظهر من حاله وفعله أنّه لمّا علم أنّ هبته في المرض لوارثه أو وصيته له لا تجوز، أو أنّ هبته أو وصيته بأكثر من الثلث لصديقه لا تجوز، وقد فاته نفعه في حال الصحة، عمد إلى الهبة أو الوصية فألقاها في صورة إقرار بدين لتجوزها؛ ويعضد هذه التهمة صورة القرابة أو الصداقة، وعادة الناس بقلّة الديانة. فإن قيل: الإقرار حجة شرعية فلا يؤثر فيها المرض، فالجواب: وإن كان الإقرار حجة شرعية فإنّ الهبة صلة شرعية ولكن حجرها المرض، كذلك تحجّر الإقرار، وكما ردّت التهمة الشهادة أيضاً⁽¹⁾.

* أن يوصي بالمال إلى زوج ابنته أو لولد ابنته لينصرف المال إلى ابنته، أو يوصي إلى ابن ابنة وغرضه أن ينصرف المال إلى ابنة، فيحرم من يشترك مع البنت أو الابن في الميراث من كلّ نصيبه أو من بعضه.

* أن يوصي بكرائم ماله للغير بقصد الإضرار بالورثة.

3 - قسم لا يقصد به الموصي الإضرار بالوارث، وإنما يسير فيه على غير مقتضى العدل بين الأقارب، فيقدم البعيد على القريب والغني على المحتاج، أو يكثر من الوصايا.

والنوعان الثاني والثالث من القسم الثاني - أي: ما عدا الإقرار -، فالمشهور من مذهب الإمامين مالك وابن القاسم أنّ الموصي لا يعدّ فعله فيه مضارة إذا لم يتجاوز الثلث، فقد حكى ابن عطية عنهما أنّ قصد المضارة في الثلث لا تردّ به الوصية، وفي شرح ابن ناجي على تهذيب المدونة أنّ قصد الإضرار بالوصية في أقلّ من الثلث لا يوهن الوصية على الصحيح. والدليل: أنّ الثلث حقّ أذن له الشرع في التصرف فيه كيف شاء فإذا أوصى به لغير وارث فهو على الإباحة، ولا يمنع من ذلك ما يظنّ من صرف ذلك إلى الوارث⁽²⁾. وذكر الشيخ ابن عاشور أنّ هذا القول به الفتوى في المذهب.

وذكر الشيخ ابن عاشور أنّ ابن عرفة في تفسيره نازع ابن عطية بأنّ ما في كتاب الوصايا الثاني من المدونة صريح في أنّ قصد الإضرار يوجب ردّ الوصية. وعلّق الشيخ بأنّ بحث ابن عرفة مكين. ومال هو أيضاً إلى أنّ نية الموصي وقصده الإضرار لمّا كان لا يطلع عليه فهو موكول لدينه وخشية ربّه، لكن إن ظهر ما يدلّ على قصد الإضرار دلالة واضحة، فالوجه عنده أن تكون تلك الوصية باطلة لأنّ قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً﴾ نهي عن الإضرار، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه⁽³⁾، وهذا أيضاً تعلق

(1) أحكام القرآن: 1/ 351.

(2) المتقى: 5/ 178، والجامع لأحكام القرآن: 5/ 81، والتحرير والتنوير: 4/ 266.

(3) التحرير والتنوير: 4/ 266.

بقاعدة سدّ الذرائع⁽¹⁾؛ وعن أبي هريرة أنه حدث عن رسول الله ﷺ قال: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار» ثم قرأ أبو هريرة: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَاكِرٍ وَصِيَّتِي مَنَ اللَّهُ﴾ إلى قوله: ﴿ذَلِكَ الْفَوْرُ الْعَظِيمُ﴾⁽²⁾.

والقسم الثالث: فقد نقل الإمام القرطبي عن الإمام مالك وأبي حنيفة والشافعي وأصحابهم أنّ من أوصى لغير قرابة وترك قرابته محتاجين فبئسما صنع، وفعله مع ذلك جائز ماض لكلّ من أوصى له من غني وفقير، قريب وبعيد، مسلم وكافر. ومستندهم في الجواز قول عائشة وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم؛ وأنّ الموصي أذن له الشرع في التصرف في الثلث كيف شاء؛ وإنّما الوصية للأقربين أولى من الأجنبي لنصّ الله تعالى عليهم في آية الوصية، وفي قوله: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: 8]، وغير ذلك من الآيات التي تحضّ على إيتاء ذوي القربى⁽³⁾.

وفي هذين القسمين أذن الله تعالى بالتبديل، وذلك بالسعي في حمل الموصي على تغيير وصيته إصلاحاً بينه وبين أهله إن كان حياً؛ أو الإصلاح بين الموصي لهم وبين الورثة أو بين من ناله الحيف من تلك الوصية من غير الورثة، إن كان الموصي قد مات؛ ولا إثم على المصلح من تغيير الوصية، ولا يدخل في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 181] لأنه تغيير إلى ما فيه الخير وسعي في إصلاح بينهم، وإزالة لأسباب الشقاق والحسد بين الأقارب. وسواء فعل الموصي ذلك عن قصد منه أو عن غير قصد. والحكم يتعلّق بحالة خوف حصول الحيف والإثم من الموصي في وصيته، وهي المنصوص عليها في الآية الآتية. والمراد بالخوف الظنّ والتوقع، فأولى التحقق⁽⁴⁾.

ودليل الإذن بتغيير الوصية إذا قصد الموصي الإضرار أو لم يقصد: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مَّوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: 182].

والجنف الحيف والميل والجور؛ والمراد به تفضيل من لا يستحق على مثله من القرابة المساوي له أو الأحق. وهذا يدخل في القسم الثالث.

(1) المنتقى: 178/5.

(2) أخرجه أبو داود في الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية؛ والترمذي في الوصايا، باب ما جاء في الضرر في الوصية، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(3) المقدمات: 114/3، والجامع لأحكام القرآن: 264/2، والذخيرة: 8/7.

(4) أحكام القرآن: 73/1، والجامع لأحكام القرآن: 271/2، والتحرير والتنوير: 153/2.

والإثم المعصية. والمراد به ما كان قصد الموصي به حرمان وارث أو تفضيل غيره عليه. وهذا يدخل في القسم الثاني.

وتذييل الآية بـ ﴿إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ تنويه بالمحافظة على تنفيذ وصايا الموصين حتى جعل تغيير جورهم محتاجاً للإذن من الله تعالى والتنصيص على أنه مغفور⁽¹⁾.

وذكر الإمامان ابن العربي والقرطبي أن الإصلاح المذكور واجب على الكفاية؛ لأن إصلاح الفساد فرض كفاية⁽²⁾. وقصر ابن العربي تبديل الوصية بالإصلاح على حالة ظن قصد الفساد. وأما إذا تحقق الفساد فلا صلح وإنما يكون التبديل بالحكم، لدفعه وإبطاله وحسم بابه⁽³⁾. ويتفق معه ابن عاشور فيما تقدم حين جعل الوصية باطلة إن ظهر ما يدل على قصد الإضرار دلالة واضحة، فراجعه في القسم الثاني من الإضرار.

الوصية على الأشخاص:

لا يُوصي على المحجور عليه - لصغر أو سفه - إلا الآتي ذكرهم:

1 - الأب الرشيد، فالأب المحجور عليه لا وصية له على ولده، وكذا لو بلغ الصبي رشيداً ثم حصل له السفه، وإنما النظر للحاكم.

2 - وصي الأب، فله الإيضاء على الأولاد الذين كان وصياً عليهم وهكذا. ومحل كون وصي الأب له أن يوصي إن لم يمنعه الأب من الإيضاء، كما لو قال: أوصيتك على أولادي وليس لك أن توصي عليهم، فلا يجوز لوصي الأب حينئذ إيضاء.

وليس لمقدم القاضي إيضاء عند موته، ولا غيره من الأقارب كالأجداد والأعمام والإخوة.

3 - الأم، فلها الإيضاء على أولادها بشروط هي:

* إن قلَّ المالُ الموصى عليه قلّة عرفية، فإن كثر فليس لها الإيضاء.

* أن يكون المال موروثاً عنها، بأن كان المال لها وماتت عنه.

ودليل جواز إيضاء الأم على أولادها بالشرطين المذكورين: الاستحسان. قال ابن القاسم: وذلك من مالك استحسان وليس بقياس⁽⁴⁾.

أما لو كان المال للولد من غيرها - كأبيه أو من هبة - فليس لها الإيضاء بل ترفع للحاكم إن كان عدلاً، وإلا فواحد من المؤمنين عدل يتصرف لهم.

(1) التحرير والتنوير: 154/2.

(2) أحكام القرآن: 73/1، والجامع لأحكام القرآن: 271/2.

(3) أحكام القرآن: 74/1.

(4) الذخيرة: 157/7.

ومتّمن يقوم مقام الحاكم إذا مات الوالد عن ولد صغار ولم يوص عليهم، فتصرف في أموالهم أخوهم الكبير أو عمهم أو جدهم بالمصلحة، فتصرفه ماض بحيث لو بلغوا ورشدوا لا ردّ لهم، لجريان العرف بأنّ من ذكر يقوم مقام الأب، لا سيما في هذه الأزمنة التي عظم فيها جور الحكام بحيث لو رفع لهم حال الصغار لاستأصلوا مال الأيتام.

وأما لو وهبت مالاً لأولادها الصغار أو تصدقت به عليهم، فلها أن تجعل ناظراً على ذلك من شاءت، كان المال قليلاً أو كثيراً، بل ولو كان للأولاد أب أو وصي.
* أن لا يكون وليّ للموصى عليه، من أب أو وصي من الأب أو مقدم قاض، فلا وصية لها على أولادها عند وجود واحد منهم.

والحصر في كون الإيضاء يكون للأب ووصيه، وللأم بشروطها، هو بالنسبة للموروث عن الموصي، أما إن تبرع ميت على محجور عليه فله أن يجعل لما تبرع به من شاء ناظراً، ولو كان للمحجور عليه أب أو وصي.

فتحصل أنّ شروط إيضاء الأمّ ثلاثة، فإن فقدت أو فقد بعضها، وأوصت وتصرّف وصيّها، فتصرّفه غير نافذ؛ وللصبي إذا رشد أو الحاكم ردّه ما لم ينفقه عليه في الأمور الضرورية بالمعروف.

شروط الوصي على المحجور عليه:

1 - الإسلام. فلا يصح كون الكافر وصياً. ويعزل ولو وليّ. والدليل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71]، وهي صيغة حصر، فلا يتولّى المسلم غير المسلم⁽¹⁾.

ويجوز قبول المسلم وصية الذمي إذا لم يكن في تركته خمر أو خنزير⁽²⁾.

2 - الرشد. فلا يصح كون الوصي صبيّاً أو سفيهاً أو مجنوناً. ووجه هذا الشرط عدم الأهلية لتحصيل مصالح هذه الولاية، وكلّ مسلوب الأهلية في ولاية لا تنعقد له⁽³⁾.

3 - العدالة فيما وليّ عليه. لأنّ العدالة وازع عن الفساد. فلا يصح لخائن ولا لمن يتصرف بغير الوجه الشرعي. ووجه اشتراط العدالة أنّ الموصى إليه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى لهم، فإذا لم يكن مأموناً لم يؤمن منه إتلافها فلم نجز ولايته. ولا يراعى في ذلك اختيار الميت له؛ لأنّه ليس له أن يختار على غيره من لا يؤمن إتلافه وإضاعته⁽⁴⁾.

(2) الذخيرة: 169/7.

(4) المعونة: 1629/3.

(1) الذخيرة: 158/7.

(3) الذخيرة: 158/7.

وإذا كان الوصي عدلاً ابتداءً ثم طرأ عليه الفسق فإنه يعزل، فإن تصرف فتصرفه مردود إذ تشترط العدالة ابتداءً ودواماً. والمراد بطرّف الفسق الذي يعزل به ظهور عدم إنصافه فيما ولي فيه. ومثل الطرّف المذكور حدوث العداوة للمحجور، إذ لا يؤمن العديّ على عدوّه.

والعدالة هنا لا تستلزم الإسلام حتى يقال إنّه يستغنى بذكر العدالة عن الإسلام؛ لأنّ الاستغناء يكون إن أريد بالعدالة عدالة الشهادة أو عدالة الرواية، وليس هذان مراداً هنا، بل المراد هنا حسن التصرف الشرعي، فوجب ذكر شرط الإسلام.

4 - وأن يكون مقاماً من طرف الأب أو الوصي أو الحاكم، كما تقدم.

وزاد الإمام القرافي شرطاً آخر - نقلاً عن ابن شاس في الجواهر الشمينّة - وهو الكفاية في التصرف. قال القرافي في توجيه هذا الشرط: أنّ الجاهل بتنمية الأموال ربما أفسد أكثر مما يصلح، وقد يكون الإنسان يصلح لقضاء الإقليم وهداية أهله بالفتيا، وهو لا يصلح للتصرف في يسير المال ولا كثيره، فلا يغتر بظاهره حتى تثبت أهليته⁽¹⁾.

ولا يشترط الذكورة، فيصحّ أن يكون الوصي على الأولاد امرأة، سواء كانت أجنبية أو زوجة الموصي؛ لأنها وصية إلى عاقل مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذها كالذكر⁽²⁾.

ويصحّ أن يكون أعمى، كان العمي أصلياً أو طارئاً.

وهذه الشروط كما تعتبر في الوصي على المحجور عليه تعتبر في الوصي على اقتضاء الدين أو قضائه. واشترط فيه العدالة خوف أن يدعي غير العدل الضياع.

وأما الوصي على تفريق الثلث فلا يشترط فيه العدالة، نعم لا بدّ فيه أن يكون مسلماً مكلفاً قادراً على القيام بما أوصي عليه.

ترك الوصي الوصية بعد القبول:

إذا قبل الموصى إليه الوصية، ثمّ أراد تركها لم يجز له ذلك، إلّا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من القيام عليها، والدليل: القياس على العبادة - كالصوم والحج -؛ لأنها قرينة وفعل خير ألزم نفسه بها، فلم يكن له الخروج منه بغير عذر، اعتباراً بالصوم والحج⁽³⁾.

(2) الإشراف: 2/1010.

(1) الذخيرة: 7/160.

(3) المعونة: 3/1629.

تصرف الوصي في مال التركة:

لا يجوز للوصي التصرف بغير المصلحة، من ذلك:

- لا يجوز للوصي أن يبيع التركة أو شيئاً منها لقضاء دين أو تنفيذ وصية، إلا بحضرة الكبير من أولاد الميت؛ لأنه ليس له التصرف في حصته بغير إذنه. فإن غاب الكبير غيبة قريبة أو بعيدة، أو امتنع من البيع وكان حاضراً نظر الحاكم. فإما أن يأمر الوصي بالبيع أو يأمر من يبيع معه للغائب، أو يقسم ما ينقسم. فإن لم يرفع الأمر للحاكم وبيع رده يبعه إن كان المبيع قائماً، فإن فات بيد المشتري بهبة أو صبغ ثوب أو نسج غزل أو أكل طعام، وكان قد أصاب وجه البيع، فهل يمضى وهو المستحسن؟ أو لا يمضى وهو القياس؟ قولان في المذهب. وهذا إذا كان الميت في الحضر.

فإن كان الميت في السفر فللوصي البيع. فلو مات شخص في سفره فلوصيه يبيع متاعه وعروضه؛ لأنه يثقل حمله. فعن أبي عمران: لو مات في سفر بموضع لا قضاء فيه ولا عدول ولم يوص، واجتمع المسافرون وقدموا رجلاً فباع هناك تركته، ثم قدموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع إذا لم يبع بإذن حاكم، وبلده بعيد من موضع الموت، أن ما فعله جماعة الرفقة من بيع أو غيره جائز.

- لا يجوز له أن يئس على غائب من الورثة بلا حاكم. فإن قسم بدون حاكم نقضت.

ويكون المشترون - في كل من مسألتي البيع والقسم - حكمهم حكم الغاصب لا غلة لهم، ويضمنون حتى التلف بالسماعي، إذا اشتروا التركة أو بعضها التي باعها الوصي من غير حضور الكبير أو وكيله، ومن غير رفع للحاكم، العالمون بذلك.

تعدد الأوصياء:

إذا أوصى لاثنتين بلفظ واحد كـ «جعلتكما وصيين»، أو بلفظين في زمن أو زمنين، من غير تقييد باجتماع أو افتراق، حُمل على قصد التعاون وعدم الانفراد. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنبَأَ إِمْرَأَتَهُ عَلَى الَّذِينَ يَبْدُلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 181]. ووجه الاستدلال من الآية على المسألة أن في انفراد أحد الوصيين بالنظر إسقاط حق الآخر من الشركة له، وذلك بتبديل الوصية.

ب - القياس على الوكالة؛ لأن الوصي شرك بينهما في النظر، ولم يرض بانفراد أحدهما بالنظر دون أن ينضم إليه الآخر، فوجب أن لا يملك أحدهما الانفراد، أصله إذا وكلهما وكالة مطلقة.

(1) الإشراف: 1016/2، والمعونة: 1629/3.

وليس إيصاؤه للثاني عزلاً للأول، فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح أو غير ذلك إلا بتوكيل من الآخر له.

أما لو قيد الموصي باجتماع أو افتراق عمل به.

فإن مات أحد الوصيين، أو اختلفا في أمر كبيع أو شراء أو تزويج، فالحاكم ينظر فيما فيه الأصلح من إبقاء الحي وصياً أو جعل غيره معه، أو يرده فعل أحدهما في الاختلاف أو يمضي. ومحلّ نظر الحاكم في موت أحدهما إن لم يوص ذلك الميت لصاحبه أو لغيره، وإلا فلا نظر له.

وليس لأحد الوصيين إيصاء لغيره في حياته بلا إذن من صاحبه، أما بإذنه فيجوز.

كما يجوز لأحدهما أن يوصي لصاحبه بقيامه مقامه إذا مات.

ولا يجوز لهما قسّم المال الذي أوصاهما عليه. وإلا بأن قسماه بينهما وصار كل واحد يتصرف في حصته، فإنهما يضمنان ما تلف منه ولو بسماوي للتفريط، فيضمن كل واحد ما تلف ولو بيد صاحبه، لتعديته برفع يده عمّا كان يجب وضعها عليه.

وأما لو أوصى واحداً وجعل آخر ناظراً عليه، فإنما لذلك الناظر النظر في تصرفات الوصي، وليس له ردّ السداد من تصرفه ولا نزع المال منه.

واجبات الوصي:

يجب على الوصي أمور، وهو يختصّ بها، فلا ينافي أنها تجب عليه.

- اقتضاء الدّين ممّن هو عليه. واقتضاء الدين يختصّ به الوصي.

- تأخير الدين إذا كان حالاً لمصلحة في التأخير.

- النفقة على الطفل الذي في حجره بالمعروف بحسب حال الطفل والمال، من

قلّة أكل أو قلّة مال وضدهما، وكسوة. فلا يضيق على صاحب المال الكثير دون نفقة مثله، ولا يسرف ولا يوسع على قليلة.

- ختن الصبي، والنفقة عليه في ختنه. ويجوز الأكل منها حيث لم يكن سرفاً.

وكذا في عرسه وعيده، فيوسع عليه نفقة العيد مما هو معتاد شرعاً. أمّا النفقة في اللعب في ختن أو عرس فيضمن الوصي السرف وما أتلفه في الملاهي. أما الآكلون من يده فلا ضمان عليهم لتعلقه بذمة الوصي بمجرد تفويته.

- يجب عليه إخراج زكّاته من حرث وماشية ونقد وعروض. وقد تقدم ذكر الدليل

على ذلك في باب الزكاة.

ويرفع لحاكم مالكي يحكم بذلك خوف أن يرفع الصبي للحاكم الحنفي - إن وجد -

الذي لا يرى الزكاة على الصبي فيضمن الوصي؛ أي: إنّ للوصي أن يخرج زكاة محجوره إن كان الوصي مالكيّاً، كان الولد كذلك أم لا. فإن كان الوصي حنفيّاً لم يجب عليه إخراجها، ولو كان الولد مالكيّاً فالعبرة بمذهب الوصي لا بمذهب الطفل أو أبيه.

الجائزات:

- يجوز للوصي دفع نفقة للموصى عليه، إن قلت مما لا يخاف عليه إتلافه، كنفقة جمعة أو شهر. فإن خاف إتلافه فيوم يوم. ولا يدفع للمحجور عليه نفقة زوجته وولده، بل تدفع لكل واحد في يده.

- يجوز للوصي إخراج زكاة الفطر عنه وعن من تلزمه نفقته من مال اليتيم كأمه الفقيرة.

- يندب للوصي دفع مال الموصى عليه للغير يعمل فيه قراضاً بجزء من الربح؛ أو إضاعاً بدفع مبلغ لمن يشتري بها سلعة؛ ولو كان عمل القراض أو شراء البضاعة يحتاج لسفر في البر أو البحر. وللوصي أن لا يدفع لذلك إذ لا يجب عليه تنمية مال اليتيم، بل يندب ودليل الندب: ما روي عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال: «اتَّجَرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الزُّكَاةُ»⁽¹⁾. وهو محمول على الندب.

المكروهات:

ويكره أن يعمل الوصي بالمال لثلا يحابي لنفسه. فإن عمل لليتيم خاصة ليس له فيه شيء، فذلك معروف لا ينهى عنه.

ويكره أن يشتري الوصي شيئاً من التركة؛ لأنه يتهم على المحاباة.

وإن وقع وعمل بنفسه قراضاً أو اشترى شيئاً من التركة تعقبه الحاكم بالنظر في المصلحة، فإن كان صواباً أمضاه وإلا رده.

ويستثنى من كراهة الشراء اشتراء ما قلَّ وانتهت فيه الرغبات بعد شهرته للبيع في سوقه، فيجوز للوصي شراؤه.

التنازع:

إذا تنازع الوصي مع المحجور عليه في أصل الإنفاق أو في قدره أو فيهما، في مدة الحضانة؛ فالقول قوله بشروط ثلاثة:

- أن يكون المحجور في حضانته.

- أن يشبه فيما يدعيه.

- أن يحلف.

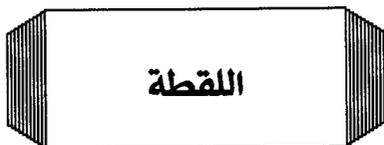
فإن كان في حضانته غيره فلا يقبل قوله إلا ببينة. كما لم يقبل قوله إذا لم يشبه أو لم يحلف.

ومثل الوصي مقدم القاضي والكافل في أصل النفقة إذا تنازع مع المحجور في ذلك مدة حضانته، وذلك إن أشبه قول الوصي بيمينه.

(1) أخرجه مالك في الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها.

ولا يقبل قول الوصي في تاريخ الموت بل لا بد من ثبوته.
 ولا يقبل قول الوصي في دفع مال المحجور إليه بعد الرشد إلا بيينة، ولو طال
 الزمن بعد الرشد، وهو المعروف من المذهب. ودليل طلب البيينة: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا
 دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: 6]. فالأمر بالإشهاد لئلا يغرم
 الأوصياء⁽¹⁾. وقد تقدم هذا في باب الحجر.





تعريف اللقطة لغة:

اللقطة - بضم اللام وفتح القاف -: وجود الشيء على غير طلب، وهذه اللغة أشهر لغاتها؛ والثانية: ضمّ اللام وسكون القاف؛ والثالثة: لقاطة، بضم اللام وفتح القاف ممدودة؛ والرابعة: لقط بفتح اللام والقاف بلا هاء.

والأولى وإن كانت مشهورة فهي غير جارية على القياس. والقياس لغة: أن فَعَلَة - بضم الفاء وفتح العين - اسم يستعمل في الفاعل الذي يقع منه الفعل كثيراً؛ كضُحَكَة ولُمَزَة: لكثير الضحك والهمز واللمز. وأن ما يلتقط بفتح القاف يسمى لقطة بسكونها.

وهي عند الفقهاء اسم لما يلتقط - بفتح القاف -. وعلى هذا يبني التعريف الشرعي.

تعريف اللقطة شرعاً:

هي مال، معصوم، عرض للضياع، وإن كلباً وفرساً وحماراً. فقوله: «مالٌ» أي: فغيره لا يسمى لقطة كالصيد والإنسان، إلا أن الإنسان إذا كان صغيراً يسمى لقيطاً.

والصيد من السمك والطير والوحش من البراري، قبل دخوله في حوز الغير لا يسمى مالاً، فهو خارج بهذا القيد كخروج الإنسان. وقد يقال: إنه مشكل، بل يقال: إنه مال لكنه غير معصوم أي: غير محترم شرعاً؛ أي: يجوز أخذه لعدم ملكية أحد له، فيخرج بما خرج به الركاز ومال الحربي كما سيأتي.

واللقيط: آدمي صغير، لم يعلم أبوه ولا أمه.

وقوله: «مَعْصُومٌ» أي محترم شرعاً، فخرج الركاز ومال الحربي.

وقوله: «عَرَضٌ» بفتح العين والراء؛ أي: عرض له الضياع.

وقوله: «للضياع» بأن وجد بمضيعة في مكان خراب أو عامر. فخرج به ما كان في حفظ صاحبه، ولو حكماً، كما لو وضعه في مكان ليرجع إليه؛ وكالثمر المعلق والحب في الزرع والجرين؛ فإن أخذه يسمى سرقة لا لقطة. وخرج الإبل أيضاً إذا لم يعرض لها الضياع، بأن كانت في محل آمن شأنها توجد فيه.

وقوله: «وإن كلباً وفرساً وحماراً» أي: وإن كان المال المعصوم كلباً مأذوناً فيه. وأما غير المأذون فيه من الكلاب فليس بمال. وبالغ على الكلب لثلا يتوهم من منع بيعه - على مشهور المذهب - أنه ليس بمال، وعلى ما بعده لثلا يتوهم أنه كالضالة الإبل لا يلتقط.

حكم ردّ اللقطة لصاحبها وشروطه:

ردّ اللقطة لصاحبها واجب. ودليل الوجوب⁽¹⁾:

أ - حديث زيد بن خالد الجهني الآتي. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أمر بأداء اللقطة لصاحبها إذا جاء، وهذا نص.

ب - الإجماع.

ولا يجوز لواجدها أن يأخذ من ربّها أجرة، وهو المسمّى بالحلاوة، إلا على سبيل الهبة والصدقة.

ويشترط لوجوب الردّ أن يعرف طالبها العفاص - بكسر العين المهملة -، والوكاء - بالمدّ -، والعفاص⁽²⁾: ظرفها من خرقه صُرّت بها أو كيس. والوكاء: الخيط الذي ربطت به. ولا يضرّ جهل عدد ووزن الدنانير (الذهب) أو الدراهم (الفضّة)، إذا عرف العفاص والوكاء، وكذلك لا يضرّ غلظه فيهما لجواز أن يكون قد اغتيل في شيء منها، وأما غلظه في وصفهما فلا شيء له⁽³⁾.

ودليل اعتبار الصفة في ردّ اللقطة⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [يوسف: 26]. ووجه الاستدلال أن شهادة الشاهد بصفة مكان خرق القميص اعتبرت في براءة يوسف ﷺ من التهمة. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ.

ب - عن زيد بن خالد الجهني أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثمّ عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها». قال: فضالة الغنم يا رسول الله؟ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» قال: فضالة الإبل؟ قال: «ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر

(1) الجامع لأحكام القرآن: 2607/9.

(2) سمي الظرف عفاصاً أخذاً له من العفص وهو الثني؛ لأنّ الظرف يثنى على ما فيه.

(3) المقدمات: 483/2.

(4) المتتقى: 136/6، والمقدمات: 483/2، وأحكام القرآن: 1085/3.

حتى يلقاها ربها»⁽¹⁾. وفي رواية «فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها فإن جاء صاحبها فأدأها إليه»⁽²⁾. وفي رواية عن يزيد مولى المنبعث أن النبي ﷺ سئل عن ضالة الغنم؟ فقال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»؛ وسئل عن ضالة الإبل؟ فغضب واحمرت وجنتاه، وقال: «ما لك ولها معها الحذاء والسقاء تشرب الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»؛ وسئل عن اللقطة؟ فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها وعرفها سنة فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أمر الملتقط بأن يحفظ صفة العفاص والوكاء، وأناط أداء اللقطة لصاحبها بمعرفته العفاص والوكاء، وذلك وصف. والحديث يقتضي من الملتقط أن يخفي ما عرفه من العفاص والوكاء وأن لا يظهرهما للناس حتى لا يدعيها من لا يستحقها، وإنما يعرف بأنّ عنده لقطة دون بيان أوصافها، وأنّ على صاحبها أن يذكر ذلك.

ولا يشترط مع معرفة العفاص والوكاء البينة ولا اليمين، والدليل⁽⁴⁾:

أ - حديث زيد بن خالد الجهني المتقدم. ووجه الاستدلال أنّه النبي ﷺ أمر بأداء اللقطة لصاحبها ولم يشترط أخذ البينة منه ولا اليمين، وهذا نص. ولو كانت البينة أو اليمين شرطاً في الدفع لما كان لذكر العفاص والوكاء معنى، فإنّه يستحقها بالبينة أو اليمين على كل حال؛ ولما سكت النبي ﷺ عن ذلك لأنّه تأخير البيان عن وقت الحاجة. وبهذا يعرف فائدة حفظ الملتقط للعفاص والوكاء؛ لأنّ الأغلب أنّه لا يعرفهما إلا صاحب اللقطة.

ب - وهو تعليل لعدم اشتراط الشارع البينة: أنّ الأصل في البيّنات أنّها مترتبة على حسب الأحوال المشهود فيها وما تدعو الحاجة إليه، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها؛ وفي هذا الموضع تدعو الضرورة إلى ترك البينة؛ لأنّ البينة لا يمكن إقامتها على ما يضيع ولا على صفته في كلّ حال، فلو كلف الناس البينة لأدى ذلك إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله؛ لأنّه لا يمكنه الإشهاد عليه وعلى صفته قبل ضياعه.

ج - أنّ اللقطة لا يوجد من ينازع صاحبها فيها إذا عرف أوصافها، فلا معنى لليمين.

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في اللقطة؛ والبخاري في المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار؛ ومسلم في اللقطة، باب.

(2) أخرجه مسلم في اللقطة، باب.

(3) أخرجه البخاري في الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله؛ ومسلم في اللقطة، باب.

(4) الإشراف: 679/2، والمعونة: 1263/2، والمنتقى: 136/6-137، والمقدمات: 482/2،

والمعلم: 409/2، والجامع لأحكام القرآن: 2608/9، وإكمال الإكمال: 271/5.

وهنا فرق، وهو أنّ الصفة دلالة على صدق الواصف في غالب الظنّ كما أنّ البيّنة دلالة ظنية؛ فالفرق بين اللقطة يأخذها واصفها بالصفة من يد الملتقط، وبين المال الذي في يد حائز يدعيه لنفسه لا يأخذ الواصف بالصفة من يد حائزه؛ لأنّ دلالة الصفة في اللقطة لا يعارضها ما هو أقوى منها، وهو وضع اليد والحوز؛ لأنّ الملتقط يحوز لغيره لا لنفسه، فحكم للواصف بدلالة الصفة؛ وأمّا الحائز لنفسه فيده أقوى من دلالة الصفة، فهذا لا سبيل إلى إخراج المال من يده بوصف الواصف⁽¹⁾.

وفي عدم اشتراط البيّنة تغليب لظاهر الحديث على الأصل في اشتراط البيّنة في صحة الدعوى⁽²⁾. وظاهر الحديث مؤيد بالتعليل المتقدم.

ووجه عدم اعتبار معرفة عدد ووزن الدنانير والدرهم التي في الكيس، أنّ حديث زيد بن خالد ليس فيه ذكر معرفة العدد والوزن. وأمّا ما روي عن سلمة بن كهيل أنّ سويد بن غفلة قال: قال أبيّ بن كعب: وجدت صرّة على عهد النبي ﷺ فيها مائة دينار، فأتيت بها النبي ﷺ فقال: «عرفها حولاً» فعرفتها حولاً ثم أتيت، فقال: «عرفها حولاً» فعرفتها حولاً ثم أتيتها، فقال: «عرفها حولاً» فعرفتها حولاً ثم أتيتها الرابعة، فقال: «اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها» قال سلمة بن كهيل: لا أدري أثلاثة أحوال أو حولاً واحداً⁽³⁾. فالحديث فيه شكّ من الراوي، فرجّح عليه حديث زيد بن خالد.

تسابق جماعة في الالتقاط:

إذا تسابق جماعة على لقطة، وكان كلّ منهم أميناً، قدّم الأسبق وهو من وضع يده عليها ابتداءً. فإن استووا في وضع اليد قدّم الأصحح للحفاظ. فإن استووا في الصلاح أقرع بينهم.

معرفة أحد وصفي اللقطة - العفاص أو الوكاء :-

يجب باجتهاد الحاكم التريص وعدم الدفع، لمن أتى بصفة واحدة فقط من صفتي العفاص والوكاء، لا من غيرهما، وذلك إن جهل الواصف غير تلك الصفة الواحدة، بأن قال حين السؤال: لا أدري ما هو، أو كنت أعلمه ونسيته. وذلك لعل غيره أن يأتي بأثبت مما وصفها فيستحقها. فإن لم يأت أحد بأثبت من الأول أو لم يأت أحد أصلاً أخذها الأول. والمراد إن كان وصف الأول أكثر إثباتاً، وأمّا إذا تساويا في الإثبات فإنّها تقسم بينهما كما مرّ.

فإن ادعى الغلط بأن ذكر الصفة الثانية على خلاف ما هي عليه، فقيل له: كذبت،

(2) بداية المجتهد: 2/ 338.

(1) المعلم: 2/ 409.

(3) أخرجه البخاري في اللقطة، باب هل يأخذ اللقطة؛ ومسلم في اللقطة، باب.

فادعى الغلط، فلا يترتب ولا تدفع له أصلاً. بخلاف الجاهل فإنه معذور حيث قال لا أدري أو نسيته. قال ابن رشد⁽¹⁾: وهو أعدل الأقوال الثلاثة. وثانيها: أنهما سواء في القبول، وثالثها: أنهما سواء في عدمه.

فإن أثبت غير الجاهل بالأخرى؛ أي: أثبت شخص آخر أكثر، بأن عرف العفاص والوكاء معاً، أخذها دون الأول الآتي بالواحدة فقط. ويبقى ما إذا ذكر الأول العفاص فقط أو الوكاء، وذكر الثاني الصفة الثانية فقط، هل تكون بعد التربص للأول؟ لأن الثاني لم يأت بأثبت - كما يفيد ما تقدم - أو تقسم بينهما بعد حلفهما؟ واستظهر لتعادلهما في الوصف، والأسبقية لا تقتضي استحقاقاً.

تعّدّ الواصفين، ومعرفة العدد والوزن دون العفاص والوكاء:

ويقضى لمن عرف العفاص والوكاء على شخص آخر عرف العدد والوزن من الدنانير أو الدراهم، دون العفاص والوكاء، وذلك بيمين. وأما إن عرف العدد فقط أو الوزن فقط فيقضى لمن عرف العفاص والوكاء بلا يمين.

وإن وصف شخص اللقطة وصفاً يستحقها به، ولم يفصل بها انفصلاً يمكن معه إشاعة الخبر؛ أي: بأن لم يفصل أصلاً أو انفصل بها لكن لا يمكنه معه إشاعة الخبر؛ ثم جاء شخص آخر ووصفها بوصف مثل الأول في كونه موجباً لاستحقاقها، سواء كان عين وصف الأول أو غيره، حلفا وقسمت بينهما، وكذلك إن نکلا معاً عن اليمين. ويقضى بها للحالف على الناكل. وأما لو انفصل بها الأول انفصلاً يمكن معه إشاعة الخبر اختص بها الأول، ولا شيء للثاني لاحتمال أن يكون سمع وصف الأول أو رآها معه فعرف أوصافها.

وإذا أقام كل واحد بيّنة، وتساويا في العدالة، ولم تذكر كل منهما تاريخاً للملك وقيل للسقوط، فإنهما أيضاً يحلفان وتقسم بينهما، ويقضى للحالف منهما على الناكل. فإن كانت بيّنة أحدهما أشدّ عدالة فيقضى لصاحبها بيمين؛ لأنّ زيادة العدالة بمنزلة شاهد، كما يأتي في الشهادات.

فإن أرخا معاً فيقضى بها للأقدم تاريخاً، لا للأعدل إذا تأخرت تاريخاً.

ولا ضمان على ملتقط إذا دفع اللقطة لمن عرفها بوجه جائز، أتى ثابراً بأثبت من الأول، ولو كان ثبوتها للثاني بالبيّنة. ويصير الكلام بعد ذلك بين المدعي الثاني وبين من أخذها، ويجري الحكم على ما تقدم كالاتي:

- فذو البيّنة يقدم على غيره. وتنزع له من يد ذلك الغير.

- وواصف العفاص والوكاء يقدم على واصل غيرهما؛ أي: بأن وصف العدد

والوزن؛ أو على واصف أحدهما بأن اقتصر على العفاص أو الوكاء .
- وذو البينة المؤرخة يقدم على من لم تؤرخ؛ فإن أَرخا معاً قَدَمَ صاحب الأقدم تاريخاً؛ فإن لم يؤرخا وعدم الأعدل، فإن تساويا قسمت بينهما إن حلفا أو نكلا، فنكولهما كحلفهما؛ هذا مذهب ابن القاسم.

حكم التقاط اللقطة:

يجب على من وجد لقطة أن يأخذها. ويشترط لأخذها شرطان:

الأول: عند خوف خائن لا يعرفها؛ وذلك ليحفظها لربها من الخائن.

الثاني: أن يعلم أمانة نفسه أو شكَّ فيها.

ووجه الوجوب بهذين القيدين أنّ المسلم مكلف بحفظ المال الضائع على صاحبه؛ لأنَّ حرمة المال كحرمة النفس، وصون النفس من التلف واجب، فكذلك الأموال. ولأنَّ سبب الحفاظ حاصل مع توفر أسباب التلف إن لم تحفظ⁽¹⁾.

فإن لم يخف خائناً كُرِه أخذها مع علمه أمانة نفسه؛ لأنَّ عبد الله بن عمر كان يمر باللقطة فلا يأخذها⁽²⁾.

وكذا لو شك في خيانة نفسه بالأولى.

وإن علم خيانة نفسه حرم عليه أخذها خاف الخائن أم لا، والدليل⁽³⁾:

أ - عن النبي ﷺ أنه قال: «ضالة المسلم حرق النار»⁽⁴⁾.

ب - أن الالتقاط في هذه الصورة يستلزم إتلاف المال المعصوم.

فالوجوب في صورتين، وكذا الحرمة، وكذا الكراهة.

حكم تعريف اللقطة:

يجب على من التقط لقطة أن يعرفها سنةً كاملة، إن كان لها بالٌ. ودليل وجوب تعريف اللقطة سنة⁽⁵⁾: حديث زيد بن خالد الجهني المتقدم، وفيه قول الرسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عَرَفْها سنة».

وحكمة تقييد تعريف اللقطة بسنة، أنّ السنة ضريت للحاضر - في الشرع - لاختبار أمور عدّة، كالعينين، والمعاناة من علة تضرّ بالزوجة ليتّم بها فصول العام كلها، وسجن

(1) الذخيرة: 89 / 7، وإكمال الإكمال: 264 / 5.

(2) الذخيرة: 89 / 7.

(3) بداية المجتهد: 336 / 2، وإكمال الإكمال: 264 / 5.

(4) أخرجه الترمذي في الأشربة، باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً؛ وابن ماجه في الأحكام، باب ضالة الإبل والبقر والغنم.

(5) المعونة: 1262 / 2.

من أتى بعض المعاصي ليختبر بها فيئته، ولأنّ السنة هي جملة الزمان. وإن كانت اللقطة لغائب، فأطول السفر عام لا يعدوه ثمّ يرجع، ولهذا فرق بينها وبين لقطة مكة؛ لأنّها تنشأ أبداً لتردّد الناس إلى مكة، ومن لم يأت بنفسه أتى جاره أو قريبه فيخبره⁽¹⁾. وما ليس لها بال نحو الدلو والدينار - فأقل - فيعرفها الأيام؛ لأنها لا تلتفت إليها النفوس كل الالتفات، وهو المعتمد. والمراد بالأقل أقلية لا تصل للتافه. والتعريف يكون كما يلي:

• أن يعرفها في الأماكن التي يظنّ طلبها فيها كالسوق، وباب المسجد لا داخله فهو مكروه لحرمة المسجد.

• أن تعرّف في أوّل زمان التعريف في كلّ يوم مرتين، ثمّ في كلّ يوم مرّة، ثمّ في كلّ يومين مرّة، ثمّ في كلّ ثلاثة أيام مرّة، ثمّ في كلّ أسبوع مرّة.

• أن يعرفها الملتقط بنفسه أو بمن يثق به لأمانته. ولا ضمان عليه إن دفعها لأمين يعرفها فتلفت، وإن لم يساوه في الأمانة. والفرق بينه وبين المودع حيث يضمن إن أودع ولو أميناً لغير عذر، أنّ ربّ اللقطة لم يعينه لحفظها بخلاف الوديعة.

وإذا كان التعريف غير لائق بمثله، لكونه من أولى الهيئات، فله أن يعطيها لمن يعرفها بأجرة منها، وإلا بأن كان ممن يعرف مثله، واستأجر من يعرفها منها وضاعت منه ضمن، وهو قول ابن الحاجب. قال ابن عرفة: وظاهر قول اللخمي عن ابن شعبان أنّ للملتقط أن يدفعها لمن يعرفها بأجرة منها، ولو كان ممن يلي تعريفها بنفسه، إذا لم يلتزمه.

ويضمن الملتقط لو تراخى في التعريف حتى هلكت.

• أن يعرفها بالبلدين إن وُجِدَتْ بينهما؛ لأنهما حينئذ من مظان طلبها. لكن إذا كانت إحداها أقرب لمكان اللقطة من الأخرى قريباً متأكداً بحيث يقطع القاطع بأنّها منها دون الأخرى، أنّه إنما يعرفها في التي هي أقرب. ودليل وجوب تعريفها في المواضع المذكورة⁽²⁾:

أ - فعن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني أن أباه أخبره، أنه نزل منزل قوم بطريق الشام، فوجد صرة فيها ثمانون ديناراً، فذكرها لعمر بن الخطاب، فقال له عمر: عرفها على أبواب المساجد، واذكرها لكل من يأتي من الشام سنة، فإذا مضت السنة فشأنك بها⁽³⁾.

ب - أنّ الغرض بالتعريف التوصل إلى علم صاحبها بها.

(1) إكمال الإكمال: 265/5. (2) المعونة: 1263/2، والمتقى: 140/6.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في اللقطة.

• أن لا يذكر المعرّف جنسها، من ذهب أو فضة أو ثوب أو نحو ذلك، بل بوصف عام: كأمانة أو مال أو شيء؛ لأنّ ذكر جنسها الخاص ربما أدى بعض أذهان الحذاق إلى ذكر عفاصها ووكائنها باعتبار العادة.

حكم الشيء التافه:

لا يُعرّف الشيء التافه، وهو ما لا تلتفت إليه النفس عادة؛ كدون الدرهم الشرعي⁽¹⁾ وعصا وسوط، وكقليل من تمر أو زبيب، وله أكله إذا لم يعلم ربه. والدليل⁽²⁾:

أ - عن أنس رضي الله عنه قال: مرّ النبي صلى الله عليه وآله بتمرّة مسقوطة، فقال: «لولا أن تكون من صدقة لأكلتها»⁽³⁾. ولم يذكر فيها تعريفاً.

ب - عن جابر بن عبد الله قال: رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وآله في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به⁽⁴⁾.

فإن عرف ربه منع أكله وضمن؛ لأنّه ليس لقطه بل من أكل أموال الناس بالباطل. وتقدم أنّ ما فوق التافه إذا لم يكن له بال قوي؛ كالدلو والدينار الشرعي⁽⁵⁾ والدرهم الشرعي يعرف أيّاماً بمقتضى النظر على قول الأكثر، فالأقسام ثلاثة.

حكم اللقطة بعد التعريف سنة:

بعد التعريف باللقطة سنة لعلّه أن يظهر صاحبها، فالملتقط خير بين ثلاثة أمور:
- أن يحبسها عنده كالوديعة.

- أو أن يتصدّق بها عن ربها أو عن نفسه. ووجه التصدّق بها أنّه ليس عليه حفظها بعد السنة، لما في ذلك من المشقة والكلفة⁽⁶⁾.

- أو أن يتملّكها، بأن ينوي تملكها. فإذا تملكها ولم يأت صاحبها فهي من جملة مكسوباته، ولا تباعة عليه في الآخرة. وتملكه إنّما هو على وجه الدين والسلف والانتفاع المقيّد بعدم مجيء صاحبها، للإجماع على أنّ صاحبها متى جاء فهو أحقّ بها⁽⁷⁾. ودليل جواز تملك اللقطة بعد التعريف⁽⁸⁾:

(1) وزن الدرهم الشرعي: 94، 2 غراماً من الفضة.

(2) المنتقى: 138/6، والمعلم: 410/2، وإكمال الإكمال: 272/5.

(3) أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يتنزه من الشبهات؛ ومسلم في الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وآله.

(4) أخرجه أبو داود في اللقطة، باب التعريف باللقطة.

(5) وزن الدينار الشرعي: 20، 4 من الذهب الخالص.

(6) المعونة: 1264/2. (7) الجامع لأحكام القرآن: 2609/9.

(8) الإشراف: 680/2، والمنتقى: 138/6.

أ - حديث زيد بن خالد الجهني المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها فإن جاء صاحبها فأدها إليه»، وفي رواية أخرى قال النبي ﷺ: «عرّفها سنة ثم احفظ عفاصها ووكاءها فإن جاء أحد يخبرك بها وإلا فاستنقها»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ ما جاء في ألفاظ الحديث من الأمر بالأكل والاستنفاق يفيد التملك.

ب - القياس على الفقير بعلّة الملك بغير عوض؛ لأنّ من صحّ أن يملك بالعوض صحّ أن يملك باللقطة كالفقير.

ودليل التخيير بين التملك وغيره⁽²⁾: حديث زيد بن خالد، وفيه قول النبي ﷺ في رواية سابقة: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها»، فقوله: «فشأنك بها» لفظ يفيد التخيير وإباحة التصرف فيها بما يراه من إنفاق أو صدقة أو التمادي على الحفظ.

وهذا التملك والانتفاع مستثنى من أصل شرعي وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه. ودليل الاستثناء ظاهر الحديث⁽³⁾.

فللملتقط أن يملكها ولو كان غنياً، والدليل⁽⁴⁾:

أ - الحديث، إذ لم يشترط الفقر لتملكها، فهو عام.

ب - أنه قول عائشة وعمر وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم.

وكذلك فله أحد هذه الأمور الثلاثة ولو وجدها بمكة. والدليل على أنّ لقطة الحرم المكّي لها نفس الحكم⁽⁵⁾:

أ - حديث زيد بن خالد المتقدم، ودلالته في أن يفعل الملتقط ما يشاء بعد التعريف دلالة عامة، لا فرق بين مكة وغيرها.

ب - القياس على الوديعة، بعلّة أنّه يأخذ اللقطة على وجه الأمانة، فلا يختلف الحكم باختلاف الأماكن كالوديعة.

وقيل - وهو للباجي وابن رشد الجدل والأبّي - : إن لقطة مكة يجب تعريفها أبدأً، ولا يجوز تملكها ولا التصدق بها. واستدلوا على ذلك بما يلي⁽⁶⁾:

أ - عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج⁽⁷⁾.

ب - قول النبي ﷺ في لقطة مكة: «لا تحلّ لقطتها إلا لمنشد»⁽⁸⁾.

(1) أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الإبل؛ مسلم في اللقطة، باب.

(2) الإشراف: 680/2، والمنتقى: 6/138. (3) بداية المجتهد: 338/2.

(4) بداية المجتهد: 338/2، وإكمال الإكمال: 5/266.

(5) الإشراف: 680/2.

(6) المنتقى: 6/137، والمقدمات: 2/477، 479، وإكمال الإكمال: 3/450.

(7) أخرجه مسلم في اللقطة، باب في لقطة الحاج.

(8) أخرجه البخاري في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة مكة؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

وظاهر الحديثين يقتضي النهي عن التقاطها إلا بقصد التعريف بها وحفظها، والاستثناء يدل على تخصيص المنشد بجواز الالتقاط، وأن لقطة مكة تتفق مع لقطة غيرها في التقاطها للتعريف، ويفترقان في التملك فلقطة غيرها تملك بعد تعريفها سنة، ولقطة مكة يعرف بها دائماً.

قال الأبي: والقول بأن لقطة مكة كغيرها في التملك بعيد؛ لأن الحديث جاء لبيان ما اختصت به من الفضائل، كتحريم صيدها وشجرها، فإذا سويت لقطتها بغيرها صار ذكر اللقطة في الحديث خالياً عن الفائدة.

ج - أن مكة يردها الناس من كل أفق بعيد، وفي تعريف اللقطة أبداً يرجى أن يصل الخبر إلى صاحبها في البلاد البعيدة، فيأتي لأخذها أو يستيب من يأخذها عنه. وأجاب القول المشهور بأمرين⁽¹⁾:

أ - أن قول النبي ﷺ في لقطة مكة: «لا تحلّ لقطتها إلا لمنشد»، يريد أن صاحبها لا يخفى وقت الحج، فلا معنى لتمليكها مع أن الغالب وجود صاحبها.

ب - أن المراد لا تحلّ قبل السنة، وإنما نبه النبي ﷺ على ذلك في مكة مع أن عدم حلّها قبل السنة عام في مكة وغيرها، لئلا يتوهم عدم تعريف لقطتها بانصراف الحجاج.

وفي الاختيارين الثاني والثالث فإنه يضمن إذا جاء ربها.

وهذا التخيير لغير الإمام - الحاكم - . وأما الإمام فليس له إلا حبسها أو بيعها لصاحبها، ووضع ثمنها في بيت المال. وليس له التصدق بها ولا تملكها.

ضمان الملتقط اللقطة لصاحبها:

يضمن الملتقط اللقطة لصاحبها في الصور التالية:

1 - إن تصدق بها أو تملكها بعد سنة كما تقدم، فإنه يضمن إن جاء ربها. والدليل على الضمان في هذه الصورة⁽²⁾:

أ - عن زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة الذهب أو الورق، فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها؛ ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن جعل اللقطة وديعة عند الملتقط، والأمر بأدائها لصاحبها إذا جاء يوماً من الدهر، يفيد وجوب ضمانها على الملتقط⁽⁴⁾.

(1) الإشراف: 680/2، وبلغة السالك: 324/2.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 2607/9. (3) أخرجه مسلم في اللقطة، باب.

(4) إكمال الإكمال: 269/5.

ب - الإجماع على التضمن بالتملك والأكل .

ووجه الضمان عند التصدق أنّ التصدق تخفيف عن نفسه بتكلف حفظها⁽¹⁾ .

ووجه الضمان عند التملك أنّ التملك إنّما هو على وجه الدين⁽²⁾ .

وأما إن حبسها عنده كالوديعة، فلا شيء عليه في تلفها؛ لأنه قبضها لمنفعة ربها خالصاً لا نفع له فيها، فكان تلفها من ربّها⁽³⁾ .

2 - إن أخذها للتعريف، ثم نوى تملكها قبل تمام السنة - أي: اغتالها -؛ لأنه بتلك النية المصحوبة بالكف عن التعريف صار غاصباً فيضمنها لربها، ولو تلفت بسماوي بعد تلك النية، وأولى في الضمان لو - اغتالها ابتداءً - أي: نوى التملك عند التقاطها، لمصاحبة فعله لنيته .

3 - إن ردّها لموضعها الذي أخذها منه أو ردّها لغيره، بعد أخذها للحفظ والتعريف فتلفت، سواء ردّها ببعد أو قرب، وهو قول ابن رشد .
ودليل وجوب ضمانه إن ردّها⁽⁴⁾ :

أ - حديث زيد بن خالد الجهني . ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أمر السائل بالتعريف بها فإن جاء صاحبها أداها إليه، ولم يقل له اتركها في موضعها، كما قال في ضالة الإبل: «ما لك ولها» .

ب - أنه لما قبضها ملتقطاً لها وقد أزالها عن الغرر إلى حالة يؤمن عليها فيها، تعلق حفظها عليه ولزمه ذلك، فإن ردّها إلى الغرر كان تعدياً وإضاعة لما قد لزمه حفظه وصيانته وذلك غير جائز .

وقال أشهب والبخمي: إن ردّها بقرب فلا ضمان .

فإن أخذها بنية التملك ثم ردّها فتلفت، فلا ضمان بردّها لموضعها مطلقاً لوجوب ردّها عليه؛ لأنه أخذها على الوجه الذي لا يتعلق عليه حفظها ولا يلزمه إمسакها، فلم يكن متعدياً بردّها⁽⁵⁾ .

ولو أخذها ليسأل عنها معيناً فلا ضمان إن ردها بقرب فتلفت، لوجوب الرد عليه فوراً، وضمن إن ردها ببعد . ووجه عدم الضمان بالردّ بالقرب؛ لأنه لم يضع يده عليها، ولا تعدي عليها؛ لأنه إنّما أعلم بها من يظنّ أنّها له ولم يلتزم حكم اللقطة، فلم يلزم فيها حكم اللقطة⁽⁶⁾ .

ولا يعرف الوجه الذي التقطها عليه إلا من جهته فإن تلفت في يده أو ضاعت،

(1) المعونة: 2/ 1264 .

(2) المعونة: 2/ 1264 .

(3) المعونة: 2/ 1264 .

(4) المعونة: 2/ 1264، والمتقى: 6/ 135 .

(5) المعونة: 2/ 1264 .

(6) المتقى: 6/ 135، والمقدمات: 2/ 484 .

فهو مصدق في ذلك دون يمين يلزمه إلا أن يتهم. ووجه تصديقه بدون يمين أن يد الملتقط يد أمانة فلا ضمان عليه في الضياع؛ ولو ألزم اليمين لامتنع أهل العدالة والخير عن حفظ اللقطة ليدفع عن نفسه اليمين⁽¹⁾.

ولا يجب عليه الإشهاد على قصده حين الالتقاط، ووجه ذلك أنه لما كانت نيته من الالتقاط مضرة وخفية، كان لا معنى للإشهاد إذ قد يشهد بخلاف ما أضمر⁽²⁾.

الجائزات في اللقطة:

يجوز للملتقط ما يلي:

1 - أكل ما يفسد لو تركه، كشريد ولحم وفاكهة وخضر؛ ولو وجده بقرية. ولا ضمان عليه في أكله. ووجه جواز الأكل أن ذلك خير من تضييع نعمة من نعم الله تعالى⁽³⁾.

2 - أكل ما لا يفسد، إذا لم يكن له ثمن لقلته جداً، نحو التمرة والزبيبة، ولا ضمان عليه، والدليل⁽⁴⁾: عن أنس رضي الله عنه قال: مرّ النبي صلى الله عليه وسلم بتمرّة مسقوطة، فقال: «لولا أن تكون من صدقة لأكلتها»⁽⁵⁾. ولم يذكر فيها تعريفاً.

فإن كان له ثمن - بأن كان مما يعرف بأن يزيد على الدرهم الشرعي - فليس له أكله. فإن أكله ضمن إذا وجد ربه. فإن كان مما لا يعرف كدرون الدرهم الشرعي، فله أكله.

وحاصل هذه المسألة: أنه إذا التقط طعاماً، فلا يخلو إما أن يفسد بالتأخير أو لا. وفي كلِّ إِمّا أن يكون مما يعرف، أو أقل مما يعرف، أو لا ثمن له أصلاً كالتمرّة والزبيبة والعنبة. فهذه ست. فإن كان ممّا يفسد أكل بعد الاستيناء قليلاً، فإن ظهر ربه فلا ضمان عليه مطلقاً على ما للشيخين خليل والرددير. وأما إن كان مما لا يفسد فإن كان مما يعرف عرفه، وجرى فيه أحكام التعريف المتقدمة. وإن كان مما لا يعرف أكله وضمنه لربه إن كان له ثمن.

حكم ضالة الحيوان وما يجوز فيها وما لا يجوز:

1 - يجوز أكل شاة من ضأن أو معز، إذا وجدها بفيقفاء لا بعمران، وعسر عليه حملها للعمران. ولا ضمان عليه في أكلها. والدليل على جواز أكلها وعدم الضمان⁽⁶⁾:

(1) المتقى: 135/6، والمتقى: 135/6. (2) المقدمات: 485/2.

(3) المتقى: 139/6. (4) المقدمات: 480/2، والمعلم: 410/2.

(5) أخرجه البخاري في البيوع، باب ما يتنزه من الشبهات؛ ومسلم في الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(6) الإشراف: 680/2، والمعونة: 1265/2، والمقدمات: 481/2، والمعلم: 409/2، والجامع

لأحكام القرآن: 2607/9، وإكمال الإكمال: 267/5.

أ - حديث زيد بن خالد الجهني، وفيه في رواية: قالوا يا رسول الله فضالة الغنم؟ قال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أذن للملتقط في أخذ الشاة الضالة في قوله: «هي لك» وهذا يفيد التملك؛ وعدّد ما يمكن أن يلحقها فأضافها إلى واجدها كإضافتها إلى أنها للذئب، وهذا حضّ على أخذها وتنبية على أنّها في حكم التالفة وأنّ بقاءها في مكانها لا ينفع صاحبها، وذلك ينفي ضمانها.

وقد يقال: إنّ النبي ﷺ قال في اللقطة: «ثم كلها»، وقال: «فشأنك بها» وهي تفيد التملك، ومع ذلك يضمنها، فلم لا يضمن الشاة الضالة أيضاً؟ والجواب أنّ النبي ﷺ نصّ في اللقطة على الضمان بعد التعريف وبعد أكلها بقوله: «ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه»، ولو كان حكم الشاة الضالة كحكم اللقطة لنصّ على ردّها بعد أكلها كما نصّ على ردّ اللقطة.

ب - الإجماع.

ج - أنّه لما جاز له أخذها، ولم يكلف سوقها، لم يجز أن يشترط عليه الضمان.

د - أنّ الضمان إنّما يكون في ماله قيمة حال وجوده بعد التعريف، فلمّا كانت الشاة الضالة لم تعرف لم تكن لها قيمة فلم يبق إلّا سقوط الضمان. والقول بعدم الضمان تغليب لظاهر الحديث لأصل الشرع في الضمان⁽²⁾، والحديث مؤيد بالتعليقات المذكورة في الأدلة.

والدليل على التفريق بين العمران والفيافي في جواز أكل الشاة: الحديث. ووجه الاستدلال به أنّ الذئب إنّما يكون في الفيافي، فدلّ على أنّها في الحضر بخلاف ذلك⁽³⁾.

فإن تيسّر حملها وجب عليه حملها وتعريفها على المعتمد. فإن أكلها حينئذ ضمن إن عُلم وظهر صاحبها.

فإن حمل الشاة التي يجوز أكلها لعسر حملها، بأن تكلف حملها للعمران حيةً عرّفت وجوباً، فإن ظهر ربها فيختر بين أخذها ودفع أجره حملها أو تركها لمن حملها. وحملها كالنفقة عليها، لا يتبع به ذمّة ربّها بل في عينها، إن شاء ربّها دفعه أو تركها فيه.

وإن حملها مذبوحة، فربّها أحقّ بها إن عُلم قبل أكلها وعليه أجره حملها إن اختار أن يأخذها، وإلّا تركها للملتقط في مقابل أجره حملها.

(1) أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الغنم؛ ومسلم في اللقطة، باب.

(2) بداية المجتهد: 339/2.

(3) إكمال الإكمال: 267/5.

2 - أكل بقرة بمحل خَوْفٍ من سباع أو جوع أو عطش بفيءاء، وَعَسَرَ سوقها للعرمان. ولا ضمان عليه. فإن تكلف سوقها عَرَفَت كالشاة؛ أي: فإن تيسر وجب حملها وتعريفهما، ويخيّر ربهما بين أخذهما ودفع أجرة الحمل أو تركهما لمن جاء بهما كما تقدم.

وإن وجدت بمحل مأمون تُركت وجوباً. فإن أكلها ضمن. وإن تجرأ وخالف الواجب من الترك فحملها للعرمان عرفت كما لو وجدها به. وانظر في هذه الحالة هل يلزم ربها أجرة حملها، أو لا يلزمه لتعدي الواجد بالحمل.

ودليل وجوب تعريف ضالة الغنم والبقرة عند حملها للعرمان⁽¹⁾: عن زيد بن خالد الجهني عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من آوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها»⁽²⁾.

وأما الإبل فإنها تترك وجوباً مطلقاً، وجدها بصحراء أو بالعرمان، خاف عليها أم لا. وهو المعتمد في المذهب.

والدليل⁽³⁾:

أ - حديث زيد بن خالد الجهني، وفيه قوله: فضالة الإبل؟ قال ﷺ: «ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها». فقوله ﷺ: «ما لك ولها» نهي عن التقاطها جملة.

ب - حديث يزيد مولى المنبعث - المتقدم -، وفيه أن النبي ﷺ لما سئل عن ضالة الإبل، غضب واحمرت وجتاه. وهذا يدل على تحريم التعرض لها.

وحكمة المنع من أخذها أن يؤدي إلى التسرع إلى أكلها؛ لأن أخذها يحتاج إلى الإنفاق عليها وصيانتها من الأمراض، فإن لم يقدر وعطبت أسرع إلى أكلها.

والفرق بين الإبل وبين الغنم والبقرة، أن الإبل تعيش بنفسها وتستقل بمنافعها، فتصبر على الماء بما تحمل منه في كرشها، وتقدر على الشرب من الغدر والأكل من الشجر، فيبعد خوف الهلاك عليها، وربما يجيء صاحبها فيجدها لأن بقاءها في موضعها أقرب لوجود ربها لها من طلبها في الأيدي، وأخذها يمنع صاحبها من وجودها ويضر به في طلبها؛ وليس كذلك ضالة الغنم والبقرة⁽⁴⁾.

وقيل: إن خيف عليها من خائن أخذت وعرفت أو بيعت، ووقف ثمنها لصاحبها، فإن أيس منه تصدق به.

(1) المعلم: 412/2، وإكمال الإكمال: 276/5.

(2) أخرجه مسلم في اللقطة، باب لقطة الحج.

(3) المعونة: 1264/2، والمنتقى: 139/6، والمقدمات: 481/2، وإكمال الإكمال: 269/5.

(4) المعونة: 1265/2، والمنتقى: 139/6، وإكمال الإكمال: 268/5.

وجعل البعض القول المعتمد خاصاً بزمن العدل وصلاح الناس . وأما في الزمن الذي يفسد فيه الناس فالحكم هو القول الثاني، وقد روي هذا القول عن الإمام مالك أيضاً .

وعلى القول المعتمد، المقيد بزمن العدل والصلاح، فإن أخذت الإبل للعمران تعدياً عُرِّفت سنة. ثم بعد تعريفها سنة تُترك بمحلها الذي أخذت منه . ووجه تركها بمحلها الذي أخذت منه بالعمران، أنّ واجدها يمكنه حفظها على صاحبها من غير مشقة عليه، فلم يجز أكلها وإتلافها؛ لأنّ لها قيمة في الموضع الذي وجدها فيه⁽¹⁾.

وقيل: إن خيف عليها من السباع كانت في حكم الغنم لواجدها أكلها . وقيل: بل تؤخذ لتعرف إذ لا مشقة في حملها .

والعمل بهذه الأقوال بقيودها، وإن خالفت ظاهر الحديث بعدم التعرض لها، فهو عمل بمعناه وتوفية بمقصده لأنّ الإبل مال مسلم يجب حفظه⁽²⁾.

ويدلّ على جواز اختلاف حكم الإبل باختلاف الأحوال⁽³⁾:

أ - عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الأنصاري أخبره: أنه وجد بعيراً بالحرّة فعقله، ثمّ ذكره لعمر بن الخطاب، فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات؛ فقال له ثابت: إنه قد شغلني عن ضيعتي، فقال له عمر: أرسله حيث وجدته⁽⁴⁾. فقد أذن عمر لثابت أن يأخذ البعير ويعرفه، ثمّ أباح له رده إلى موضعه.

ب - فعل عثمان وعلي رضي الله عنهما لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ودخل على الناس فساد، وكثر تعديهم على الإبل، فأباحوا أخذها ورفعها إلى خليفة المسلمين، ولم يروا ردها إلى موضعها. فعن ابن شهاب قال: كانت ضوال الإبل في زمن عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تنائج، لا يمسه أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها⁽⁵⁾. فمعنى: إبلاً مؤبلة، أنّها كانت لا يأخذها أحد تنائج حتى كثرت⁽⁶⁾.

وروي عن الإمام مالك أنّه قال: كان عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قد بنى للضوال مربداً يعلفها فيه علفاً لا يسمنها ولا يهزلها، فمن أقام بيتة على شيء منها أخذه، وإلا بقيت على حالها لا يبيعها⁽⁷⁾.

(1) المعونة: 1265/2.

(2) المنتقى: 140/6، وإكمال الإكمال: 270/5.

(3) المنتقى: 140/6، 143.

(4) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في الضوال.

(5) أخرجه مالك في القضاء، باب القضاء في الضوال.

(7) المنتقى: 143/6.

(6) المنتقى: 143/6.

3 - كراء دابة - من حمار وبقر وفرس - إذا التقطها؛ لأجل علفها منه، كراء مأموناً لا يخشى عليها منه، وجيبة أو مشاهرة. وإنما جاز له ذلك مع أنّ ربّها لم يوكله فيه؛ لأنّها لا بدّ لها من نفقة عليه، فكان ذلك أصلح لربّها. وإذا أكرها الملتقط وجيبة كراء مأموناً، ثم جاء ربّها قبل تمامه فليس له فسخه، لوقوع ذلك العقد بوجه جائز.

فإن أكرها لغير علفها أو بأزيد منه أو كراء غير مأمون فعطبت أو هلكت ضمن قيمتها إن هلكت أو أُرش العيب إن تعيبت. وضمن أيضاً ما زاد على علفها إن لم تهلك؛ أي: فإذا أكرت لأجل العلف وزاد من كرائها شيء على العلف، لم يكن للملتقط أخذه لنفسه بل يقيه لربها إذا جاء عند سلامتها.

4 - ركوبها من موضع التقاطها لموضعه، وإن لم يعسر قودها. فإن ركبها لغير موضعه أو في حوائجه ضمن قيمتها أيضاً إن هلكت أو أُرش العيب إن تعيبت.

5 - أخذ غلتها من لبن وسمن وإن زاد على علفها، في مقابلة نفقتها إذا أنفق عليها من عنده ولم يكرها في علفها ولم يستعملها في مصالحه. وأمّا نسلها وصوفها - تماماً أو غير تامّ - وشرها فليس له ذلك، فهو لربّها يكون لقطة معها.

حكم اللقيط:

اللقيط: هو آدمي صغير، لم يعلم أبوه ولا أمّه، لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه من نفقة وغيرها. ويسمى الطفل الملتقط لقيطاً.

ويجب لقطه - أي: أخذه - للحفاظ. والوجوب على الكفاية إذا وجده جماعة بمضيعة، أو كان المكان مطروقاً للناس. وإلاّ تعيّن على من وجده لقطه. وأمّا ما رواه ابن شهاب عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمان عمر بن الخطاب، قال: فجئت به إلى عمر بن الخطاب، فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها. فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح. فقال له عمر: أكذلك؟ قال: نعم. فقال عمر بن الخطاب: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته⁽¹⁾. فقول عمر: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ لأنّه اتهمه أن يكون الطفل غير منبوذ⁽²⁾. والمنبوذ هو من نبذه والداه؛ أي: طرحاه وتركاه.

وإذا التقطه واحد بحكم فرض الكفاية فإنّه لا يجوز له رميه بعد أخذه؛ لأنّه تعيّن عليه حفظه بالتقاطه، إذ فرض الكفاية يصبح متعيّناً بالشروع فيه. إلاّ أن يكون نيته في أخذه رفعه للحاكم، فرفعه فلم يقبله، والموضع مطروق للناس بحيث يعلم أنّ غيره يأخذه، فله ردّه حينئذ. فإن لم يكن مطروقاً وردّه وتحقّق عدم أخذه حتى مات اقتصّ

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في المنبوذ.

(2) المتقى: 2/6، والمقدمات: 478/2.

منه . وإن شكّ فعليه الدية . ومثل نية أخذه للحاكم أخذه ليسأل عنه شخصاً معيناً هل هو ولده أم لا .

ويجب في التعيين ولو كان الملتقط يعلم خيانة نفسه - فيما يمكن أن يخون فيه الصبي -، فيلزم الالتقاط وترك الخيانة، ولا يكون علمه بخيانة نفسه عذراً يسقط عنه الوجوب، لعظم حرمة الآدمي .

ويدخل في تعريف اللقيط من نبذه أهله قصرأ، ومن ضلّ عنهم .

ويشترط فيه أن يوجد في غير حرز، إذ أخذه من الحرز سرقة .

وخرج بتعريف اللقيط ولد الزانية المعلومة فلا يعتبر لقيطاً لأن أحد أبويه قد علم .

وحكم وجوب لقط الصبي يشمل المرأة أيضاً . وهو مقيد بالنسبة لها بأن لا يكون لها زوج وقت إرادتها الأخذ، أو كان لها زوج وأذن لها فيه؛ وإلا فلا يجب عليها لأن له منعها . فإن أخذته بغير إذنه كان له ردّه لمحلّ مأمون يمكن أخذه منه .

وإذا تسابق جماعة على لقيط، وكان كلّ منهم أميناً، قدّم الأسبق وهو من وضع يده عليه ابتداء . فإن استوا في وضع اليد قدّم الأصلح للحفظ . فإن استوا في الصلاح أقرع بينهم .

نفقة اللقيط وحضائه:

نفقة اللقيط وحضائه واجبة على الآتي ذكرهم بالترتيب:

1 - في ماله إن كان له مال، من هبة وصدقة وحبس، فنفقته من ماله ويحوزه له ملتقطه . أو يُوجد معه مال مربوط بثوبه أو يوجد مال مدفون تحته فينفق عليه منه، إن كان معه ورقة مكتوب فيها أن المال المدفون تحته للطفل فينفق عليه منه، وإلا كان لقطه يعرف على ما تقدم .

2 - على بيت المال . فإن أعطي منه ما يكفيه لم تجب النفقة على الملتقط .

3 - على مُلتقطه حتى يبلغ قادراً على الكسب إن كان ذكراً، فإن كان أنثى فالى دخول الزوج بها . ولا رجوع له عليه؛ لأنه بالتقاطه ألزم نفسه ذلك، ونفقته عليه من باب التطوع والاحتساب؛ لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم إعانته على الكافة، وليس لملتقطه أن يجعل نفقته عليه ديناً⁽¹⁾ .

وإذا التقطته امرأة بغير إذن زوجها، ولم يرده الزوج لمكان مأمون، وكان للمرأة مال، أنفقت عليه منه . وأما إن أذن لها في أخذه فالنفقة عليه، ولو كان لها مال؛ لأنه بالإذن صار كأنه الملتقط .

(1) الإشراف: 2/ 684، والمعونة: 2/ 1292، والمنتقى: 4/ 6.

ويرجع الملتقط بما أنفق على الطفل على أبيه إن علم، بثلاثة شروط:

- 1 - إن كان أبوه قد طَرَحَهُ عمدًا، وثبت ذلك بإقرار الأب أو بيينة. فلا رجوع بمجرد دعوى ملتقطه أنه طرحه عمدًا، وذلك لتنافي ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة.
- 2 - أن يكون الأب موسرًا وقت الإنفاق، وثبت ذلك بإقراره أو بالبيينة وقت الإنفاق.
- 3 - أن لا يكون الملتقط أنفق حسبة الله تعالى. والقَوْلُ للملتقط عند التنازع مع الأب أنه لم يُنْفِقْ حسبةً لله بيمين. فإن حلف رجوع وإلا فلا. ومحلّ حلفه إن لم يكن أشهد أنه يتفق ليرجع على أبيه إن علم.

ولاء اللقيط وميراثه:

المراد بالولاء الميراث، وليس الولاء الحقيقي الذي هو لحمة كلحمه النسب. وولاء اللقيط للمسلمين إن حكم بإسلامه؛ أي: إنّه إذا مات ولم يعلم له وارث فماله للمسلمين؛ أي: يكون ماله في بيت المال لا لملتقطه. ودليل كون ميراث اللقيط لبيت المال: أنه مسلم لا وارث له، فليس لملتقطه شيء منه؛ لأنّ الميراث لا يكون إلّا بنسب أو نكاح، وكلّ ذلك معدوم بين اللقيط وملتقطه⁽¹⁾.

وكذلك من حكم بكفره وليس له وارث، فإنّ ماله يوضع في بيت المال، وهو الظاهر. وأما قول عمر رضي الله عنه: «ولك ولاؤه» فقد حمّله البعض على الولاء الذي هو لحمة كلحمه النسب؛ أي: بأن يرثه ملتقطه وهو يرث ملتقطه. وأما الإمام مالك فقد حمّله على معنى: قد جعلت لك أن تتولّى تربيته والقيام بأمره، وأنت أحق به من غيرك، وهذه ولاية الإسلام. ولذلك قال الإمام مالك: «لو أعلم أن عمر قال في المنبوذ ما ذكر ما خولف»⁽²⁾. ولما كان الحديث صحيحاً رواه بنفسه في الموطأ، فقد فسر الإمام الباجي قوله بأنّه: لو يعلم أنه عمر أراد ما يتأولونه عليه لم أخالفه، لتقارب الأدلة في ذلك وترجحها؛ أي: إن كلام عمر رضي الله عنه - عند الإمام مالك - محتمل للتأويل، فحمّله البعض على ولاء الذي هو لحمة كالنسب فأوجب به التوارث بين اللقيط والملتقط؛ وحمّله الإمام على ما ذكرنا، فلم يوجب التوارث، وجعل ولاءه للإسلام ولجماعة المسلمين، وميراثه لبيت المال⁽³⁾.

إسلام اللقيط:

يحكم بإسلام اللقيط في الأحوال التالية:

- 1 - إن وجد في بلد المسلمين، ولو كانت بين بلاد الكفار.
- 2 - إن وجد في بلد كثر بيوت المسلمين فيها، فيحكم بإسلامه ولو التقطه كافر.

(2) المتفق: 3/6

(1) المعونة: 1293/2.

(3) المتفق: 3/6.

ووجه الحكم بإسلامه في هاتين الحالتين هو تغليب حكم الدار، والدار للإسلام⁽¹⁾.

3 - إن وجد ببلد - لأهل الذمة - ليس فيها سوى بيت واحد من المسلمين فأولى بيتان وثلاثة، ولو سئل أهل ذلك البيت فجزموا بأنه ليس منهم؛ لأنهم قد ينكرونه لنبذهم إياه. وهذا إن التقطه مسلم في هذه الحال. فإن التقطه كافر فيحكم بكفره. ووجه الحكم بإسلامه أو كفره بحسب ملتقطه، أن أصل الدار للإسلام فاستوى حكم الكفر والإسلام، فغلب حكم الملتقط⁽²⁾. وقال أشهب: يحكم بإسلامه على كل حال تغليباً لحكم الدار.

كما يحكم بكفره إن وجد في قرية كفر ليس بها بيت للمسلمين، وإن التقطه مسلم تغليباً للدار، وهو قول ابن القاسم؛ لأنه لما كان حكمه في النسب والحرب حكم داره، كان الظاهر أن يكون حكمه في الدين حكم أهل داره. وقال أشهب: إن التقطه مسلم حكم بإسلامه تغليباً للاقطه. فعند أشهب أن يقع تغليب الإسلام، كان في جنب الدار أو الملتقطه⁽³⁾.

وينزع اللقيط المحكوم بإسلامه من الكافر إذا التقطه، قال الشيخ البناني: وهذا هو الظاهر. ووجه ذلك حتى لا يحمله على دينه⁽⁴⁾.

إلحاق اللقيط:

لا يلحق اللقيط بملتقطه أو غيره إلا بأحد أمرين:

1 - بيئته تشهد بأنه ابنه، ولا يكفي قول البيئته: إنه ضاع له ولد. فإن أقام البيئته واحد لحق به، وسواء كان اللقيط محكوماً بإسلامه أو كفره، كان المستلحق له الذي شهدت له البيئته الملتقط أو غيره، كان مسلماً أو كافراً. ووجه استواء المسلم والكافر في دعوى الاستلحاق أن السبب الذي يلحق به النسب - وهو الفراش - واحد، فساوى الكافر المسلم في دعوى النسب⁽⁵⁾.

2 - أو بوجه يصدق المدعي؛ أي: يفيد بصدقه، كمن عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه ولده، وإنما طرحه لما سمع قول الناس إن الجنين إذا طرح يعيش، أو طرحه لغلاء أو خوف عليه من شيء بيته مما يدل على صدقه، فيلحق بصاحب الوجه المدعي أنه ولده. فإن أقام واحد وجهاً يصدق له حق به، إذا كان المستلحق مسلماً لا كافراً، كان الملتقط أو غيره، كان اللقيط محكوماً بإسلامه أو كفره.

(2) المتقى: 3/6.

(4) المتقى: 4/6.

(1) المتقى: 2/6.

(3) المتقى: 3/6.

(5) الإشراف: 684/2.

القضاء

تعريف القضاء لغة:

يطلق القضاء على معان؛ مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه؛ فيطلق على ما يلي:

- على الأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: 23] أي: أمر أمراً جازماً.

- على الأداء، نحو: قضيت الدين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ﴾ [النساء: 103].

- على الفراغ، ومنه قوله تعالى: ﴿فُضِيَ الْأَمْرُ﴾ [يوسف: 41] أي: فرغ.

- على الفعل، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَقْضَ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾ [طه: 72] أي: افعل الذي تريده، وهو من كلام السحرة لفرعون حين آمنوا بالله تعالى.

- على الإرادة، ومنه قوله تعالى: ﴿إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا﴾ [آل عمران: 74].

- على الموت، نحو: قضى نحبه، ومنه قوله تعالى: ﴿يَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ﴾ [الزخرف: 77] أي: أنهم يطلبون الموت لأنفسهم من الله تعالى.

- على الحكم والإلزام، نحو: قضيت عليك بكذا.

- على الكتابة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَانَ أَمْرًا مَّقْضِيًّا﴾ [مريم: 21].

- على الفصل، ومنه قوله تعالى: ﴿فُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾ [يونس: 47].

- على الخلق، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ﴾ [فصلت: 12].

- على العلم، ومنه: قضيت لك بكذا أعلمتك به.

فهو بهذه المعاني من المشترك اللفظي.

تعريف القضاء شرعاً:

هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده.

وحكم الحاكم يكون في مثل دين، وحبس، وقتل، وجرح، وضرب، وسب، وترك الصلاة ونحوها، وقذف، وشرب، وزناً، وسرقة، وغصب، وعدالة وضدها، وذكرورة، وأنوثة، وموت، وحياة، وجنون، وعقل، وسفه، ورشد، وصغر، وكبر، ونكاح، وإطلاق، ونحو ذلك؛ ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك

المقتضى. مثاله: لو ثبت عنده دين أو طلاق، ليرتب على ذلك الغرم أو فراق الزوجة وعدتها، أو يحكم بالغرم أو الفراق لما ثبت عنده على حسب ما يقتضيه الحال من الرفع له.

وجميع ما ذكر يأتي فيه قضاء الحاكم، ولا يأتي قضاء المحكم إلا في البعض، وسيأتي بيان ذلك فيما يجوز فيه تحكيم العدل.

والحكم في التعريف المذكور: الإعلام على وجه الإلزام.

والقاضي: هو الحاكم بالأمر الشرعية؛ أي: من له الحكم، حكم أو لم يحكم. وهو من كان مقاماً من طرف السلطان.

والمحكّم: ما كان مقاماً من طرف الأخصام. وحكم المحكّم لا يكون في جميع المسائل، بخلاف حكم الحاكم.

وعرفه الإمام ابن عرفة بأنه «صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو في تعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين». فيخرج التحكيم، والشرطة، والإمامة الكبرى، وقضاء المضالم، والحسبة⁽¹⁾.

مشروعية القضاء واتخاذ القضاة:

القضاء منصب شرعي. واتخاذ القضاة ونصبهم للحكم بين الناس واجب كفائي. والأصل في ذلك⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿بَدَاؤُدْ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴿٢٦﴾﴾ [ص: 26].

ب - قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: 48].

ج - قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرْنَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا ﴿١٥٥﴾﴾ [النساء: 105].

د - عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»⁽³⁾.

هـ - عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي

(1) إكمال الإكمال: 219/5.

(2) المعونة: 1499/3.

(3) أخرجه البخاري في الاعتصام، باب أجر الحاكم؛ ومسلم في الأفضية، باب بيان أجر الحاكم.

بكتاب الله . قال : « فإن لم تجد في كتاب الله؟ » قال : فبِسْمَةِ رسول الله ﷺ . قال : « فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟ » قال : أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال : « الحمد لله الذي وقَّق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله »⁽¹⁾ .

شروط استحقاق القضاء :

لا يستحقّ القضاء شرعاً إلا من توافرت فيه شروط أربعة، وهي :

1 - العدالة :

أي : كونه عدلاً عدل شهادة . والعدالة تستلزم الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، وعدم الفسق . وغير العدل لا يصحّ قضاؤه ولا ينفذ حكمه . وخرج بعدل الشهادة عدل الرواية ، وسيأتي شروط عدل الشهادة . واستلزام العدالة لما ذكر من باب استلزام الكلّ لأجزائه ؛ لأنّ العدالة وصف مركّب من هذه الأمور الأربعة .

2 - الذكورة :

فلا يصح من أنثى ولا خنثى ، ولا ينفذ حكمهما . والدليل⁽²⁾ :

أ - عن أبي سعيد الخدري قال : خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلّى ، فمرّ على النساء فقال : « يا معشر النساء تصدّقن فإنّي أريتكن أكثر أهل النار » فقلن : وبم يا رسول الله؟ قال : « تكثرن اللعن ، وتكفرن العشير . ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن » قلن : وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال : « أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ » قلن : بلى . قال : « فذلك من نقصان عقلها . أليس إذا حاضت لم تصلّ ولم تصم؟ » قلن : بلى . قال : « فذلك من نقصان دينها »⁽³⁾ . ووجه الاستدلال أنّ الحديث خرج مخرج التنبيه على منع ردّ شيء من أمور مناصب الدين إليهنّ .

ب - عن أبي بكره قال : لقد نفعني الله بكلمة سمعتها من رسول الله ﷺ أيام الجمل ، بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم ؛ قال : لما بلغ رسول الله ﷺ أنّ أهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال : « لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة »⁽⁴⁾ .

(1) أخرجه أبو داود في الأفضية ، باب اجتهاد الرأي في القضاء ؛ والترمذي الأحكام ، باب ما جاء في القاضي يصيب ويخطئ .

(2) الإشراف : 956/2 ، والمعونة : 1506/3 .

(3) أخرجه البخاري في الحيض ، باب ترك الحائض الصوم ؛ ومسلم في الإيمان ، باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات .

(4) أخرجه البخاري في المغازي ، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى .

ج - القياس على الإمامة الكبرى؛ لأنها ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام كالإمامة الكبرى.

د - القياس على الحكم في الحدود والقصاص؛ لأنه لا يصح أن تكون حاكماً في الحدود والقصاص، فكذلك في غيره من الأحكام قياساً على العبد. وهذا الدليل للرد على أبي حنيفة رضي الله عنه القائل بأن المرأة يجوز لها أن تكون حاكماً في كل أمر يجوز لها فيه الشهادة؛ أي: ما عدا الحدود والقصاص. وكون الأصل المقيس هو العبد لأن الجميع يتفقون على عدم جواز أن يكون العبد حاكماً.

3 - الفطنة:

فلا يصح من بليد مغفل ينخدع بتحسين كلام الأخصام، ولا يتنبه لما يوجب الإقرار أو الإنكار وتناقض الكلام. فالفطنة جودة الذهن وقوة إدراكه لمعاني الكلام. والذهن العقل؛ أي: فمجرد العقل التكليفي لا يكفي، لمجامعته للغفلة، بل لا بد من أصل الفطنة. ويستحب أن يكون غير زائد فيها.

4 - الفقه:

أي: العلم بالأحكام الشرعية التي ولي للقضاء بها، ولو كان مُقلداً لمجتهد عند وجود مجتهد مطلق، وهذا هو المعتمد؛ أي: خلافاً لما مشى عليه الشيخ خليل حيث رجح اشتراط كونه مجتهداً إن وجد، وإلا فأمثل مقلد، والمراد بالمجتهد المطلق. وما رجحه الشيخ خليل اعتمده قبله القاضي عبد الوهاب البغدادي واستدل عليه بما يلي⁽¹⁾:
أ - قوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرْتكَ اللَّهُ﴾ [النساء: 105]. وذلك يتضمّن الاجتهاد.

ب - قوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: 26]. وغير المجتهد لا يفرق بين الحق والباطل بالتقليد.

ج - حديث معاذ بن جبل، وحديث عمرو بن العاص. وفيهما النص على الاجتهاد.

د - أن التقليد ليس بطريق إلى العلم، وإنما يجوز للعامي للضرورة، ولا ضرورة إلى تقليد القاضي غيره؛ لأن القضاء أكد وأقوى من الفتيا؛ لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه الحقوق، والمستفتي لا يلزمه المسير إلى فتيا المفتي، فإذا لم يجز للمفتي أن يكون مقلداً فالقاضي أولى.

واعلم أن المجتهد ثلاثة أقسام: مجتهد مطلق، ومجتهد مذهب، ومجتهد فتوى؛

(1) الإشراف: 958/2، المعونة: 1501/3.

فالمطلق كالصحابية وأهل المذاهب الأربعة، ومجتهد المذهب هو الذي يقدر على إقامة الأدلة في مذهب إمامه كابن القاسم وأشهب، ومجتهد الفتوى هو الذي يقدر على الترجيح ككبار المؤلفين من أهل المذهب. والأصح أن الترتيب بين هذه المراتب في القضاء مندوب.

ولا يشترط علم القاضي بجميع أحكام الفقه، إلا إذا كان مولى في جميع الأحكام، ويسمى عند الفقهاء بقاضي الجماعة. فإن كان مولى في شيء خاص كالأنكحة اشترط علمه بها فقط، وهكذا.

ويحكمُ المقلدُ من خليفة أو قاضٍ وجوباً بالقول الراجح من مذهب مُقلِّده - بفتح اللام -، سواء كان قوله أو قول أصحابه، ولا يحكم بالضعيف ولا بقول غيره من المذاهب، وإلا نقض حكمه ولم ينفذ، إلا أن يكون للضعيف مدرك - أي: دليل - ترجح عنده، وكان من أهل الترجيح. وكذا المفتي لا يجوز له الإفتاء إلا بالراجح من مذهب إمامه لا بمذهب غيره، ولا بالضعيف من مذهبه، إلا أن يكون قوي المدرك وكان من أهل الترجيح.

ويجوز للإنسان أن يعمل بالضعيف لضرورة في خاصة نفسه ولا يفتي به لغيره؛ لأنه لا يتحقق الضرورة بالنسبة لغيره كما يتحققها من نفسه سداً للذريعة. وقيل: بل يقلد قول الغير إذا كان راجحاً في مذهب ذلك الغير، وهو المعتمد لجواز التقليد وإن لم توجد ضرورة. فإن قيل: ما فائدة ذكر الأقوال الضعيفة في كلامهم إذا كان لا يجوز العمل بها ولا الفتوى؟ قلنا: أمور ثلاثة: الأول: اتساع النظر والعلم بأن الراجح المذكور ليس بمتفق عليه. والثاني: معرفة مدارك الأقوال، فلمن له الترجيح ترجيح ما ضعف لقوة المدرك عنده. والثالث: العمل به في نفسه إذا اقتضت الضرورة ذلك.

ويجب أن يكون الحاكم سميعاً بصيراً متكلماً، ابتداءً ودواماً. ويجب عزل الأعمى أو الأصم أو الأبكم إذا طرأ عليه ذلك بعد توليته. فإن لم يعزل وحكم، مع فقد صفة واحدة، نفذ حكمه إن وقع صواباً؛ لأن اتصافه بالثلاثة واجب غير شرط، وفقد اثنين منها مضر لا ينفذ به حكمه إذ لا تنعقد ولايته بفقد اثنين. وأما فاقد الثلاثة فلا تصح معاملته. وفي معاملة فاقد الاثنين خلاف، الأظهر عدم صحتها لعدم انضباطه.

تعيين القضاء:

يتعين القضاء على الآتي ذكرهم:

- 1 - المنفرد في عصره بشروطه. ويجبر عليه قال أبو عمر: بالضرب والسجن⁽¹⁾.
- 2 - الخائف فتنة على نفسه أو ماله أو ولده أو على الناس إن لم يتول القضاء.

3 - الخائف ضياع حقِّ له أو لغيره إن لم يتولَّ.

ومعنى «تعين» بالنسبة للأخيرين: وجب. وإذا وجب هل يجوز بذل مال عليه؟ قيل: نعم؛ لأنه لتحصيل أمر واجب. وقيل: لا يجوز، واستظهر هذا القول. وأما بذل مال في طلب ما لم يجب فحرام قطعاً، وولايته باطلة، وقضاؤه مردود. قال الشيخ الدردير: وقضاة مصر - أي: في عهد الشيخ - يبذلون الأموال في نظير أكل أموال الناس بالباطل بلا شبهة، ولا سيما إذا كانوا يتامى أو ضعفاء. فلا يبقى لهم القضاة من أموالهم إلا ما قلَّ، نسأل الله العافية: فأحكامهم لا تنفذ بالضرورة. على أنّ قاضي القاهرة في الغالب لا يسمع دعوى ولا يعرف حقيقتها، وإنما يضبط الشاهد من شهود المحكمة القضية ويكتبها، ثم يمضي بها إلى القاضي فيكتب اسمه ويضع ختمه من غير زيادة، فحكمه باطل وإن لم يأخذ رشوة لخلو الحكم عن جميع الشروط كما هو معلوم لأهل البصائر.

حكم طلب القضاء:

قال ابن الحاج: طلبه جرحه. قال ابن رشد الجذّ: طلبه حسرة وندامة يوم القيامة، ومن طلبه وكَلَّ إليه وخيف عليه هلاكه، ومن امتحن به وهو كاره له أعين عليه. ويجب أن لا يوتى من طلبه وإن اجتمعت فيه شروطه، ودليله⁽¹⁾: عن أبي موسى رضي الله عنه قال: أقبلت إلى النبي صلى الله عليه وسلم ومعني رجلان من الأشعرين فقلت: ما عملت أنهما يطلبان العمل، فقال: «لن أو لا نستعمل على عملنا من أراده»⁽²⁾.

وظاهر هذا مطلقاً. لكن قال الإمام المازري: «إن علم من فيه أهلية أنّه إن لم يقبله ضاعت الحقوق، أو يليه من لا تحلّ توليته، وجب عليه طلبه، والدليل: فعل يوسف عليه السلام، فقد طلب الولاية؛ لأنّه علم أنّه لا أحد يقوم مقامه في العدل والإصلاح وتوصيل الفقراء إلى حقوقهم، فرأى أنّ ذلك فرض متعيّن عليه فإنّه لم يكن هناك غيره، وعلى هذا يكون «هكذا الحكم اليوم، لو علم إنسان من نفسه أنّه يقوم بالحق في القضاء أو الحسبة ولم يكن هناك من يصلح ولا يقوم مقامه لتعيّن ذلك عليه، ووجب أن يتولاها ويسأل ذلك، ويخبر بصفاته التي يستحقّها به من العلم والكفاية وغير ذلك، لذلك قال يوسف عليه السلام: ﴿إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْكُمْ﴾ فقد سألها بالحفظ والعلم، لا بالحسب والجمال»⁽³⁾.

(1) المقدمات: 258/2.

(2) أخرجه البخاري في الإجارة، باب استئجار الرجل الصالح؛ ومسلم في الإمامة، باب النهي عن طلب الإمامة.

(3) أحكام القرآن: 1091/3، والجامع لأحكام القرآن: 151/9.

ويحرم طلبه على فاقد أهليته.

ما يحرم على القاضي أو غيره من خليفة أو عامله:

يحرم عليهم ما يلي:

- 1 - أخذ مالٍ من أحد الخصمين؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، بخلاف أخذ مال من وقف على القضاء أو من بيت المال فلا يحرم، بل يندب إذا كان في ضيق عيش وأراد التوسعة على عياله من ذلك.
- 2 - قبول هدية من أحد من الناس، إلا أن يكون ممن يهاديه قبل توليته القضاء لقراءة أو صحبة أو صلة. ومثلهم كل صاحب جاه، وقد تقدم ذلك في باب القرض.

مندوبات القضاء:

يندب تولية من اتصف بالصفات التالية:

- 1 - كونه غنياً لا فقيراً؛ لأن الغنى مظنة التنزه عن الطمع لما في أيدي الناس. ولهذا كان وجود المال عند ذوي الدين زيادة لهم في الخير، لا سيما من نصب نفسه للناس.
- 2 - كونه ورعاً، والورع من يترك الشبهات خوف الوقوع في المحرمات. وأما الأورع فهو من يترك بعض المباحات خوف الوقوع في الشبهات.
- 3 - كونه كثير النزاهة والبعد عن شوائب الطمع وما لا يليق من سفاسف الأمور، بأن يكون كامل المروءة.
- 4 - كونه حليماً؛ لأن الحلم مظنة الخير والكمال. وسوء الخلق مظنة الشر والظلم وأذية الناس بغير حق.
- 5 - كونه معروف النسب؛ لأن مجهوله لا يهاب ويتسارع الناس في الطعن فيه.
- 6 - كونه غير مدين؛ لأن المدين منحط الرتبة عند الناس. وهذا لا يغني عنه كونه غنياً؛ لأنه قد يكون غنياً وعليه دين.
- 7 - كونه غير محدود؛ لأنّ المحدود في زنا أو سرقة أو غيرهما أحظ رتبة من المدين عند الناس. وعلم من هذا أنّ تولية المحدود جائزة، وأنّ حكمه نافذ، قضى فيما حدّ فيه أو في غيره؛ بخلاف الشاهد فإنه لا تقبل شهادته فيما حدّ فيه ولو تاب، وتقبل في غيره إذا تاب. والفرق بين القاضي والشاهد أنّ القاضي يستند لبينة فبعدت التهمة فيه دون الشاهد.
- 8 - كونه غير زائد في الدهاء، هو جودة الذهن، فجوته هي المطلوبة لأن الفطنة شرط صحة كما تقدم، وزيادتها ربما أدته للحكم بين الناس بالفراصة - بكسر الفاء - وترك القوانين الشرعية.

9 - أن يمنع الراكبين معه، والمصاحبين له بلا ركوب معه، إذ لا خير في كثرة اجتماع الناس، إلا الأعوان من خادم، وكاتب، وشهود، ورسول، وسجان ونحو ذلك. ويندب تخفيف الأعوان والاقتصار على قدر الحاجة.

10 - اتخاذ من يخبره من أهل الصدق والصلاح بما يقال فيه من خير أو شر، ليحمد الله على ما يقال فيه من خير، ويتباعد عما يقال فيه من شر إن وقع، أو يبين أنه لم يقع، أو يبين الوجه، فقد يعترض عليه بفعل شيء وهو في الواقع قد يكون واجباً عليه لضرورة اقتضته. أو يخبره بما يقال في شهوده من خير أو شر ليبقي عنده أولى الخير ويعزل الأشرار.

11 - تأديب من أساء على القاضي بمجلسه للحكم كأن يقول له: حكمك باطل، أو أنت تحكم بغير الحق، أو تأخذ الرشوة، أو لو كان لي جاه أو لو أعطيتك مالاً لحكمت لي أو لقبلت شهادتي، ونحو ذلك. أما في نحو قوله له: أتق الله، أو خف الله، أو اذكر وقوفك بين يدي الله، فلا يؤدبه، بل يرفق به، ويقول له: رزقنا الله تقواه، ونحو ذلك. ومن الإرفاق أن يقول له: أنت قد لزمك الإقرار بالحق بقولك: قد وفيت، أو أرسل لي رسولاً أو كتاباً يدفعه لفلان، أو بقولك: إن شهد علي فلان فدعواه صحيحة وقد شهد عليك فلا يقبل منك تجريحه بعد ذلك، أو بنكولك عن اليمين، أو بردك اليمين على المدعي وتحليفه ونحو ذلك. ووجه الرفق به لثلاً يدخل في وعيد قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُ اتَّقِ اللَّهَ أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ فَحَسْبُ لَهُمْ جَهَنَّمُ وَلَيْسَ إِلِمَهَادُ﴾ [البقرة: 206].

وما ذكر من ندب تأديب من أساء عليه هو ظاهر كلام ابن رشد، وظاهر كلام ابن عبد السلام وجوب التأديب لحرمة الشرع.

وهذا إذا أساء عليه بمجلسه، فإن أساء عليه بغير مجلس الحكم فلا يؤدبه، بل يرفعه لغيره إن شاء والعفو أولى.

وإذا أساء على غير القاضي كشاهد أو خصم فالأدب واجب قطعاً.

12 - إحضار القاضي العلماء في مجلس الحكم، لظهور الصواب أو مشاورتهم لذلك. وهذا في مشكلات المسائل. وأما الضروريات فلا يحتاج فيها لذلك. فإن أحضرهم أو شاورهم ووافقوه على ما يريد الحكم به، فالأمر واضح. وإن خالفوه وأظهروا له فساد ما أراد الحكم به وافقهم.

وندب إحضار العلماء والمشاورة في المشكلات ولو كان القاضي مجتهداً؛ فإن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يفعلون ذلك لاحتمال أن يكون الظاهر له في هذه النازلة غير الظاهر لهم، فإذا أحضرهم فيحتمل أن يظهر له ما ظهر لهم ويرجع عن اجتهاده كما كان يقع لكبار الصحابة.

- 13 - أن يقعد القاضي للحكم في المسجد، والدليل⁽¹⁾ :
 أ - أن النبي ﷺ والخلفاء بعده كانوا يحكمون فيه .
 ب - أن المقصد تقريب الوصول إليه على كل من أراه .

ما يجوز في القضاء :

- 1 - يجوز للقاضي إذا ولي على القضاء ببلاد أن يستخلف بشروط :
- * أن يتسع عمله، لا إن لم يتسع، فلا يجوز له استخلاف، ولا ينفذ حكم من استخلفه، إلا أن ينفذه هو في جهة بُعدت عنه بأميال كثيرة زائدة على مسافة القصر، يشق حضور الخصمين والشهود منه إلى محل القضاء، لا إن قربت فلا يجوز.
- * أن يستخلف رجلاً عدلاً عالمياً بما استخلف فيه، وإن لم يعلم جميع أبواب الفقه. فإذا ولّاه على الأنكحة فقط اشترط أن يكون عالمياً بمسائل النكاح وما يتعلق بها. وإن استخلفه في القسمة والموارث وجب علمه بذلك، وهكذا. ولا يصح أن يستخلف جاهلاً بما ولي فيه.
- * أن يؤذن له في الاستخلاف، بأن أذن له السلطان فيه، فله الاستخلاف ولو لم يتسع عمله أو كان في جهة قربت. وإذا أذن له في الاستخلاف واستخلف فلا ينزل الخليفة بموت من استخلفه. وكذا إن جرى العرف بالاستخلاف؛ لأن الإذن له في ذلك أو جريان العرف به كأنه تولية من السلطان، فلا ينزل بموت القاضي المستخلف له. وأما إن استخلف لاتساع عمله بجهة بعدت فينزل بموت من ولّاه.
- وحاصل المسألة أن الصور اثنتا عشرة صورة؛ لأن السلطان إما أن ينص للقاضي على الاستخلاف، أو على عدمه، أو يسكت. وفي كلِّ إمّا أن يستخلف لعذر أو لراحة نفسه. وفي كلِّ إمّا أن يستخلف في جهة قريبة أو بعيدة.
- فإن نصّ على استخلاف جاز مطلقاً، لعذر أو لغيره، في القريبة والبعيدة. وإن نصّ على عدمه منع مطلقاً. وإن سكت فإن كان العرف بالاستخلاف فكالنص عليه، وإن لم يكن عرف أو كان العرف عدمه فإن كانت الجهة قريبة فالمنع إن كان الاستخلاف لغير عذر، وإن كان لعذر فقولان؛ وإن كانت الجهة بعيدة فالجواز كان لعذر أو لغيره.
- ولا يشترط في الاستخلاف كون المستخلف - بالكسر - وقت الاستخلاف في محل ولايته. ومثل الاستخلاف العزل فيجوز أن يعزل واحداً من أهل ولايته وهو في غير محل ولايته. بخلاف حكمه فإنه لا يصح في غير محل ولايته.
- ولا ينزل غير خليفة القاضي المأذون له في الاستخلاف من قاضي ووالٍ وعاملٍ

بموت من وآله من الأمراء، ولو كان الذي وآله هو الخليفة. والحاصل أن الخليفة أو غيره إذا استخلف قاضياً أو غيره لم ينزل المولى بموت من ولاءه، إلا خليفة القاضي إذا ولاء القاضي بجهة بعدت لاتساع عمله فإنه ينزل بموت القاضي الذي ولاءه. وأما إذا عزل من ولاءه فإنه ينزل قطعاً، إلا الخليفة؛ فلا يعزل إن أزيل وصفه إذا ولي مستجمعاً لشروطها، ارتكاباً لأخف الضررين. ومحله ما لم يكفر وإلا وجب عزله.

ولا تقبل شهادة القاضي إذا شهد عند قاضي آخر أنه قضى بكذا، وسواء شهد بذلك قبل عزله أو بعده؛ لأنها شهادة على فعل نفسه وهي باطلة. وأما الإخبار فيقبل منه قبل العزل لا بعد. والحاصل أن إخباره بذلك إن كان على وجه الشهادة - بأن تقدم الإخبار دعوى من الأخصام - لم تقبل مطلقاً؛ وإن كان على وجه الإعلام - بأن لم يتقدم إخباره دعوى بل إنما قصد مجرد الإعلام - فيقبل قبل العزل لا بعده. وصورة المسألة أن القاضي إذا حكم في قضية ومضى زمنها ثم تنازع الخصمان وأنكر أحدهما الحكم، فإن القاضي لا تقبل شهادته على حكمه، ولا بد من شهادة عدلين لمن ادعى الحكم، ويقوم مقام شهادة العدلين وجود القضية في السجل الكائن بيد العدول، ولذلك جعلت سجلات القضاء لرفع النزاع في المستقبل.

وأولى في عدم القبول ما إذا قال بعد عزله: شهد عندي شاهدان بكذا، وقد كنت قبلت شهادتهما، غير أنني لم يصدر مني حكم.

2 - يجوز للخصمين تحكيم رجل، ويشترط لجواز التحكيم:

* أن يكون المحكم عدلاً عدل شهادة، بأن يكون مسلماً، بالغاً، عاقلاً، غير فاسق. فلا يجوز تحكيم غير العدل. لكن إن كان كافراً فلا يمضي قطعاً، وكذا إن كان صبياً لا تمييز له أو كان مجنوناً. فإن كان مميزاً أو كان امرأة أو فاسقاً فهل يمضي أو لا؟ أو يمضي في غير الصبي والفاسق، وأما هما فلا يمضي؟ أقوال أربعة، الأول: بالمضي مطلقاً؛ لأصبح. والثاني: بعدم المضي مطلقاً؛ لمطرف. والثالث: بالمضي في غير الصبي؛ لأشهب. والرابع: بالمضي في غير الصبي والفاسق؛ لابن الماجشون.

* أن يكون غير أحد الخصمين المتداعيين بحيث يحكم لنفسه أو عليها. ولا يجوز تحكيم الخصم، لكن إن وقع مضي إن حكم صواباً، وقيل: يجوز ابتداء.

* أن يكون غير جاهل، بأن يكون عالماً بما حكم به؛ إذ شرط الحاكم أو المحكم العلم بما يحكم به، وإلا لم يصح ولم ينفذ حكمه.

* أن يحكم في مال، من دين وبيع وشراء، فله الحكم بثبوت ما ذكر أو عدم ثبوته، ولزومه وعدم لزومه، وجوازه وعدمه. وكذا أن يحكم في جرح ولو عظم، كجائفة وآمة ومنقلة وموضحة وقطع لنحو عضو.

ودليل جواز تحكيم غير الحاكم ولزوم حكمه لهما⁽¹⁾:

أ - أن اليهود لما حكموا النبي ﷺ في زنا اليهوديين قبل التحكيم وحكم فيهما. قال القرطبي: فكل من حكم رجلاً في الدين فأصله هذه الآية⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»⁽³⁾.

ج - أن التحكيم تخفيف عن القضاة وعن الناس في مشقة الترافع.

وما عدا المال والجرح فلا يجوز تحكيمه، فلا يجوز تحكيمه في حد من الحدود كقصاص في نفس أو جلد أو رجم؛ ولا في قتل في ردة أو حراة؛ ولا في لعان؛ ولا في نسب شخص لآخر؛ ولا في طلاق؛ ولا في فسخ لنكاح ونحوه؛ ولا في رشيد وسفه؛ ولا في أمر غائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته؛ ولا في حبس؛ ولا في عقد مما يتعلق بصحته وفساده؛ لأن هذه الأمور إنما يحكم فيها القضاة، فلا يجوز التحكيم فيها، لتعلق الحق فيها بغير الخصمين، إما الله تعالى كالحدود؛ لأن المقصود من الحدود الزجر وهو حق الله تعالى؛ والقتل لأنه إما لردة أو حراة وكله حق الله تعالى لتعدّي حرمانه؛ والطلاق لأن ردة المرأة في الطلاق البائن إلى العصمة لا يجوز؛ وإما لتعلق الحق بأدمي كاللعان والنسب. ففي اللعان حق الولد بقطع نسبه، وفي النسب ترتيب أحكامه من نكاح وعدمه وإرث وعدمه وغير ذلك على الذرية التي ستوجد.

ووجه منع التحكيم فيما تقدم الجمع بين مصلحتين وهما مصلحة حماية قاعدة الولاية من الانخرام المؤذي إلى تهارج ويكون ذلك في الحدود والقصاص ونحو ذلك، ومصلحة الخصمين في الاختصاص بحقهما في التحكيم ويكون ذلك في المال والجراح⁽⁴⁾.

فإن حكم المحكم في هذه الأمور التي لا يجوز له الحكم فيها - بأن جعل فيها حكماً - فحكم صواباً مضى حكمه ولا ينقض؛ لأن حكم المحكم يرفع الخلاف. ثم إنه يؤدّب لافتياته على الحاكم إن كان هناك حاكم شرعي. ومحلّ تأديبه إن نفذ حكمه بأن اقتصر أو حدّ أو طلق، لا بمجرد قوله: حكمت ونحوه.

فإن لم يحكم بالصواب فعليه الضمان، فإن ترتب على حكمه إتلاف عضو فالدية على عاقلته، وإن ترتب عليه إتلاف مال كان الضمان في ماله.

3 - يجوز لحاكم أو محكم أن يقيم خفيف تعزير بمسجد. أما إقامة الحدّ به فلا يجوز، وكذا لا يجوز تعزير ثقيل خشية خروج نجاسة من المحدود.

(1) الإشراف: 2/ 960، والمعونة: 3/ 1510، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 103.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 103.

(3) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 103.

4 - يجوز للقاضي اتخاذ حاجب وبواب عدلين يحجبان الداخل بلا حاجة، وتأخير من جاء بعد غيره حتى يفرغ السابق من حاجته. والمراد بالحاجب بواب المحل الذي يجلس فيه للقضاء، والمراد بالبواب الملازم لباب البيت.

5 - يجوز له عزل من ولاه بمحل، لمصلحة اقتضت عزله، ككون غيره أفهق أو أقوى منه. وإذا عزله برأه بأن يقول للناس: ما عزلته لظلم ولا جناحة، ولكني رأيت من هو أقوى منه على القضاء، كما وقع لشرحبيل لما عزله عمر رضي الله عنه، فقال: أعن سخط يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا. ولكن وجدت من هو أقوى منك. فقال: إن عزلك لي عيب فأخبر الناس بعذري، ففعل. فإن كان عزله لأجل ظلم فلا يبريه بل له إظهاره إن خفت، فإن كثر تعين إظهاره خشية توليته مرة أخرى من غير من عزله.

فإن عزله لغير مصلحة فالنقل أنه لا ينعزل، لكن بحث فيه ابن عرفة بقوله: قلت في عدم نفوذ عزله نظراً؛ لأنه يؤدي إلى لغو تولية غيره فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين.

6 - يجوز للقاضي تولية أحد على ما تقدم وكذا العزل ولو كان بغير ولايته؛ بخلاف الحكم فلا يحكم إلا إذا كان بولايته لا بغيرها، ولو كان الخصم من أهل ولايته كما يأتي آخر الباب.

ما يجب في القضاء:

يجب على القاضي ما يلي:

- أن يرتب كاتباً يكتب وقائع الخصوم.
- أن يرتب مزكياً يخبره بحال الشهود الذين يشهدون على الخصم من عدالة وغيرها سراً، فالمراد بالمزكي: مزكي السر.
- أن يرتب شهوداً يشهدون على الإقرار من الخصم إذا أقر عنده.
- وقيل يندب ترتيب من ذكر. ويشترط أن يكون من يرتبهم عدولاً.
- أن يرتب ترجماناً، وهو الذي يخبر الحاكم بمعنى لغة الخصم، ويخبر الخصم بمعنى كلام القاضي، عند اختلاف اللغة، ويشترط فيه أيضاً العدالة والذكورة. ويكفي الواحد إن رتبته القاضي. وأما غير المرتب - بأن أتى به أحد الخصمين أو طلبه القاضي للتبليغ - فلا بد فيه من التعدد؛ لأنه صار كالشاهد. وقيل: لا بد من تعدده ولو رتب، وكذا المحلف الذي يحلف الخصم عند توجه اليمين عليه يكفي فيه الواحد، ولا بد فيه من العدالة.

ما يبدأ به القاضي عند توليته:

يبدأ القاضي عند توليته بأمر هي:

أولاً: الكشف عن الشهود المرتبين للقضاة السابقين، ليبقى من كان منهم عدلاً عارفاً، ويترد من كان بخلاف ذلك. والمراد بالشهود الموثقين الذين يكتبون الوثائق ويسمعون الدعاوى وتوضع شهادتهم في الوثائق. وإنما أمر بالبداية به لأن المدار كله عليهم. وكيفية الكشف أن يدعو صلحاء أهل البلد ويسألهم عن عدالتهم، فمن شهدوا له بالعدالة أبقاه ومن نفوها عنه عزله.

ثانياً: ثم النظر في المسجونين؛ لأن السجن عذاب، فينظر في حالهم، فمن استحق الإفراج عنه - ككونه معسراً - خلّي سبيله وأفلته، ومن وجب عليه يمين حلفه، ومن استحق الإبقاء أبقاه. ويقدم المسجونين في الدماء لأنها أول ما يقضى فيها يوم القيامة.

والدليل على جواز اتخاذ القضاة السجن (1):

أ - قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَبْذَأُ الْقُرَيْبِينَ إِنْ يَأْجُوجُ وَمَأْجُوجَ مُؤْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْمًا عَلَيَّ أَنْ نَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ [الكهف: 94]. قال الإمام القرطبي: في هذه الآية دليل على اتخاذ السجن، وحبس أهل الفساد فيها، ومنعهم من التصرف لما يريدون، ولا يتركون وما هم عليه، بل يوجعون ضرباً ويحبسون أو يكفلون ويطلقون كما فعل عمر رضي الله عنه.

ب - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ صَرِيحُونَ فِي الْأَرْضِ فَاصْبِرْتُمْ مِصْبَةً الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ﴾ [المائدة: 106]. فقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ أي: تحبسون الشاهدين عند الريبة في شهادتهما. وهذا دليل على حبس من رتب عليه الحق توثقاً حتى يستوفى منه.

ج - عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة ثم خلّي عنه (2).

ثالثاً: ثم النظر في أولياء الأيتام من وصي أو مقدم، هل هو مستقيم في تربيتهم والتصرف في شأنهم؟ لأن اليتيم قاصر عن الرفع للحاكم. فيستخير من عدول أهل هذا المكان عن تصرفهم في شأن الأيتام.

ويكشف عن مالهم ألهم عليه وصي أم لا؟ وأمر من نادياً ينادي بمنع معاملة يتيم وسفيه من بيع وشراء منه أو له ومدايئته، ومن عامل يتيماً أو سفيهاً لا ولي له فهو

(1) أحكام القرآن: 2/ 723، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 349.

(2) أخرجه الترمذي في الدية، باب ما جاء في الحبس في التهمة؛ وأبو داود في الأفضية، باب في الحبس في الدين؛ والنسائي، باب امتحان السارق بالضرب والحبس.

مردود. وأمر أيضاً أن ينادى: أن من عامل يتيماً أو سفيهاً لا وليّ له فليرفعه إلينا لنوليّ عليه من يصون ماله.

رابعاً: ثم ينظر في الخصوم؛ فيبدأ بالأهم فالأهم، كالمسافر يقدمه على غيره لضرورة سفره، ولو تأخر في المجيء عن غيره.

ويقدّم ما يخشى فواته لو قدّم غيره عليه لضرورة الفوات، فإذا اجتمع مسافر وما يخشى فواته قدم الأهم منهما ولو كان الآخر سابقاً في الحضور. ومثال ما يخشى فواته: الطعام الذي يتغير بالتأخير والنكاح الفاسد يفسخ قبل الدخول. فإذا فرغ من أمر المسافر أو ما يخشى فواته أو لم يوجد قدّم الأسبق في المجيء إليه على المتأخر مجئاً. فإن لم يكن أحدهما أو أحدهم سابقاً بأن جاء معاً أو جهل الأسبق أقرع بينهما أو بينهم، فمن خرج اسمه بالتقديم قدّم.

وينبغي للقاضي أن يُفرد يوماً أو وقتاً - كبعد العصر - للنساء ولو كانت دعاويهنّ مع رجال لأنه أستر لهن. وكذلك المُفتي والمُدّرّس والمقرئ الذي يقرئ القرآن للناس.

ويكره أو يحرم - قولان في المذهب - أن يحكم الحاكم، وكذا أن يفتي المفتي وأن يدرّس المدرّس، مع ما يُضعف العقل عن تمام إدراكه كمرض، وغضب، وضجر، وخوف، وضيق نَفْس، وجوع، وحزن، وهمّ، وغلبة نوم، وحقن، وغثيان نَفْس، وأكل فوق الكفاية. والأصل في منع الحكم مع ما يضعف تمام إدراك العقل⁽¹⁾: عن عبد الرحمن بن أبي بكر، قال: كتب أبو بكر إلى ابنه وكان بسجستان: بأن لا تقضي بين اثنين وأنت غضبان؛ فإنّي سمعت النبي ﷺ يقول: «لا يقضين حَكَم بين اثنين وهو غضبان»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ قصد النبي ﷺ من النهي عن قضاء القاضي وهو غضبان؛ لأنّ الغضب يمنع من استيفاء حجة الخصمين، فوجب أن يكون كلّ أمر قاطع عن ذلك بمثابته. والحديث خرج مخرج التنبيه بالشيء على ما في معناه، وأنّ المراد بذكر الغضب العبارة عن كلّ معنى تقطع الحاكم عن السداد وتمنعه من استيفاء الاجتهاد. وما جاء في حكم النبي ﷺ في شراج الحرّة بين الزبير بن العوام والأنصاري، وأنه ﷺ حكم بينهما وهو غضبان؛ فذلك محمول على أنّه معصوم من أن ينتهي الغضب به إلى الحدّ القاطع عن سلامة الخواطر، أو أنّه كان عالماً بالحكم قبل أن يغضبه الأنصاري.

وأما ما يمنع العقل عن أصل الإدراك فحرام.

(1) إحكام الفصول: 430، والمعلم: 404/2، وبداية المجتهد: 508/2.

(2) أخرجه البخاري في الأحكام، باب هل يقضي القاضي وهو غضبان؛ ومسلم في الأفضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان.

ويميضي حكمه إن حكم مع ما يضعف ولا يُنقض، إلا أن يعظم المضعف فلا يجوز معه حكم قطعاً، ولتتعب فإن كان صواباً أمضي وإلا ردّ.

ويجب على القاضي أن يسوّي بين الخصمين، فلا يقدّم أحدهما على الآخر وإن كان أحدهما مُسلماتاً والآخر كافراً؛ لأنّ التسوية من العدل.

ويجب عليه أن يعزّر شاهد الزور، وهو من شهد بما لم يكن يعلمه ولو صادف الواقع، وأن يكون التعزير بضرب مؤلم على حسب اجتهاده، في جماعة الناس، مع ندائه وطوافه في الأسواق والأزقة لإشهار أمره وارتداع غيره. ويحرم أن يعزره بحلق لحيته ولا تسخيم وجهه بطين أو سواد. وقيل: له حلق لحيته وتسخيم وجهه، قال ابن مرزوق: وهو ظاهر المدونة؛ لقول عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية على حسب ما أحدثوه من الفجور.

والسخام - بضم السين المهملة - هو الدخان اللاصق بأواني الطبخ. ثم لا تقبل له شهادة ولو تاب وحسنت توبته اتفاقاً، إن كان حين شهادته ظاهر العدالة. فإن لم يكن ظاهرها قبيح لا تقبل، وقيل بالعكس.

والقاضي إذا عُزل لجنحة فلا تجوز توليته بعد ولو صار أعدل أهل زمانه.

ويعزّر القاضي من أساء على خصمه في مجلس القضاء بكلام قبيح؛ نحو: فاجر وظالم وفاسق وكذاب، وأولى ما كان أعظم من ذلك كالسب القبيح، ولا يحتاج في ذلك لبينة، بل يستند في ذلك لعلمه؛ لأنّ مجلس القضاء يسان عن ذلك. والحق في ذلك لله فلا يجوز للقاضي تركه، وأما في غير مجلس القضاء فلا بد من الثبوت ببينة أو إقرار.

وكذا من أساء على مُفْتٍ نحو أنت تفتي بالباطل أو بهواك ونحو ذلك. أو أساء على شاهدٍ نحو: مزور وتشهد بالزور؛ لا بقوله للشاهد عليه: شهدت بباطل، بخلاف لفظ «زور»؛ لأنه لا يلزم من الباطل الزور إذ الباطل أعمّ من الزور؛ لأن الباطل بالنسبة للواقع والزور بالنسبة لعلم الشاهد، فقد يشهد بشيء يعلمه ويكون المدعى عليه قد قضاه أو أحيل عليه به أو أبرئ منه أو عفي عنه، ولا ضرر على الشاهد بذلك، بخلاف الزور فإنه تعمد الإخبار بما لم يعلم.

ولا يعزّر بقوله لخصمه: كذبت، أو: ظلمتني، بخلاف كذاب وظالم كما تقدم. والفرق بينه وبين ما قبله أنّ قوله كذبت متعلق بخصوص دعوته، وليس فيه انتهاك لمجلس الشرع، بخلاف كذاب وظالم فإنه لا تعلق له بالخصومة بل فيه مشاتمة للخصم عامة وهذا انتهاك لحرمة الشرع.

ترتيب سماع القاضي للخصومة والحكم فيها:

يجب على القاضي لسماع الخصومة بين طرفين والحكم فيها أن يسلك الترتيب

التالي:

أولاً: أن يأمر المدعي بإقامة دعواه. والمدعي: هو من تجرّد قوله عن أصل، أو أمر معهود عرفاً يصدّقه حين دعواه. فلذا طلبت منه البيّنة لتصدّيقه؛ كطالب دين على آخر أو جناية، أو ادّعى على غيره بفعل من الأفعال، كطلاق أو قذف؛ فإن الأصل والمعهود عدم الدين أو الجناية أو الطلاق أو الزنا. وهذا لأنّه ليس كلّ من ادّعى دعوى على غيره يكون مدّعياً؛ لأنّ الأحكام لا تتعلق بالأسماء وإنّما بالمعاني، فالمعنى الذي من أجله يكون به الشخص مدّعياً عليه هو أنّ له سبباً يدل على صدقه دون المدعي ككون يده على السلعة أو ككون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذم؛ والمعنى الذي من أجله يكون به الشخص مدّعياً هو ما يجب به عليه إقامة البيّنة على دعواه، وهو مجرّد دعواه الخالية عن سبب يصدّقه فيما يدعيه عند إقامة دعواه⁽¹⁾. وسيأتي التفصيل.

وإنما يأمر القاضي المدعي إذا علمه ولو بقوله لهما: من المدعي منكما؟ فقال أحدهما: أنا، وسلم له الآخر. وسيأتي المدعي عليه هو من ترجّح قوله بأصل أو معهود. فإن لم يعلم القاضي المدعي سهمًا، بأن قال كل واحد: أنا المدعي؛ فالجالب لصاحبه عند القاضي هو الذي يؤمر بالكلام ابتداءً؛ لأن الشأن أن الجالب هو الطالب. فإن لم يوجد جالب بأن جاء معاً أقرع بينهما، فمن خرج سهمه بالتقدم قدم. وإذا أمر المدعي بالكلام، فعليه أن يدّعي بمعلوم محقّق من مال أو غيره، نحو: لي عليه دينار من قرض أو بيع. واحترز بلفظ: «بمعلوم» من نحو: لي عليه شيء، ولفظ: «بمحقّق» من نحو قوله: في ظني أو: أظن أن لي عليه كذا.

وعليه أن يبيّن في دعوى المال السبب، كالقرض والبيع والنكاح والغصب والسرقة. فإن لم يبين السبب سأله الحاكم عن السبب وجوباً. وإن ادّعى بمجهول أو بمعلوم غير محقّق، أو لم يبين السبب، لم تُسمع دعواه، كقوله: أظن أن لي عليه ديناراً؛ لعدم تحقّق المدعي به. ولو قال: أظن ظناً قوياً. وما يأتي من أنّ الباتّ يعتمد في يمينه على الظنّ القويّ فذاك في اليمين وما هنا في الدعوى. وإذا لم تسمع دعواه لم يطلب من المدعي عليه جواب، إلا بأحد أمرين:

• أن ينسى السبب؛ أي: يدعي نسيانه فيعذر بذلك، وتسمع دعواه؛ كقوله: أظن أنك سرقت لي كذا، فيطلب الجواب من المدعي عليه، بخلاف قوله: لا أبينه، أو: لا أعرفه. فإن قوله: (أظن) إلخ فيه ذكر السبب، لكن لا على وجه البيان بل الظن. فالسرقة مثلاً سبب للمدعي به لكنه مظنون لا محقّق. وجعل بيان السبب من بيان صحة الدعوى، هو الراجع. وقيل: ليس هو من تمام صحتها.

• أو يَتَّهَم المدعى عليه، كقوله: غضبته مني، أو: فرطت فيه حتى تلف - فتسمع دعواه وتتوجه اليمين على المتهم على القول المشهور إذا أنكر المتهم. ووجوب بيان السبب هو في المال، وغير المال لا يبين فيه سبب كالطلاق والنكاح وهو ظاهر.

ثانياً: أن يأمر القاضي المُدَّعى عليه بالجواب؛ أي: بعد أن يذكر المدعي دعواه على ما تقدم. والدليل: عن علقمة بن وائل عن أبيه قال: إني لقاعد مع النبي ﷺ إذ جاء رجل يقود آخر بنسعة، فقال: يا رسول الله، هذا قتل أخي. فقال رسول الله ﷺ: «أقتلته؟» فقال: إنه لو لم يعترف أقمت عليه البيعة. قال: نعم قتلته. قال: «كيف قتلته؟» قال: كنت أنا وهو نخبط من شجرة فسبني فأغضبني، فضربته بالفأس على قرنه فقتلته. فقال له النبي ﷺ: «هل لك من شيء تؤديه عن نفسك؟» قال: ما لي مال، إلا كسائي وفأسي. قال: «فترى قومك يشترونك؟» قال: أنا أهون على قومي من ذلك. فرمى إليه بنسعته وقال: «دونك صاحبك»⁽¹⁾. فقوله ﷺ: «أقتلته؟» دليل على أن وجه الحكم البداء بسؤال المطلوب قبل تكليف المدعي البيعة. ووجه البداء بالمطلوب لعلة يقر فيكفي تعب إحضار البيعة وتعديلها، وليكون الحكم أجلى، بخلاف البيعة فإنها إنما تفيد الظن⁽²⁾.

والمدعى عليه هو من ترجح قوله بما يلي:

1 - بمعهود شرعي، كالأمانة مثل الوديع وعامل القراض والمساقاة، فإنه عهد شرعاً أن ربها يصدق في قوله.

2 - أو ترجح بأصل كالمدين، فإن الأصل عدم الدين.

ويكون الجواب إما بإقرار أو إنكار. فإن أقر فللمدعي الإشهاد عليه. وللحاكم - إن غفل المدعي عن الإشهاد على إقرار المدعى عليه - تنبيهه عليه بأن يقول للعدول: اشهدوا بأنه أقر.

وإن أنكر قال القاضي للمدعي: ألك بيعة تشهد لك عليه؟ فإن نفاها بأن قال: ليس عندي بيعة، فللمدعي طلب حلف المدعى عليه المنكر. والدليل على أن البيعة تكون من المدعي، وأن اليمين تكون على المدعى عليه إذا أنكر وعجز المدعي عن البيعة⁽³⁾:

أ - عن الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: «شاهدك أو يمينه»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل

(1) أخرجه مسلم في القسامة، باب صحة الإقرار بالقتل.

(2) إكمال الإكمال: 126/6. (3) المقدمات: 190/2.

(4) أخرجه البخاري في الشهادات، باب.

على المدعى إحضار البيّنة، وجعل اليمين على خصمه المدعى عليه.

ب - عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «اليمين على المدعى عليه»⁽¹⁾. وعنه قال: أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه⁽²⁾. قال القاضي عياض: الحديث أصل من أصول الأحكام عند التنازع؛ أن لا يحكم لأحد بدعواه في أي شيء كانت الدعوى - قليل أو كثير -؛ أي: رجل كان المدعى - شريفاً أو ضيعاً - حتى يستند إلى ما يقوي دعواه؛ لأنّ الدعاوى متكافئة والأصل براءة الذمّة. قال الإمام المازري: لا شك في هذا، إذ لو كان القول قول المدعى لاستبيحت الأموال والدماء، ولم يقدر أحد على صون ماله ودمه؛ وأما المدعون فيمكن صون أموالهم بالبيّنات⁽³⁾.

وقال أيضاً: المدعى عليه من تطابقت دعواه الأصل الذي هو عدم الفعل والمعاملة أو العرف، وكان القياس قبول دعواه دون يمين لتمسكه بالأصل؛ لكن لم يقتصر الشرع على الثقة بهذا في كثير من الدعاوى، حتى أضاف إليه يمين المدعى عليه ليقوّي الظنّ في صدقه⁽⁴⁾.

وهذا سواء ثبتت بينهما خلطة من معاملة بدين أو تكرّر بيع أو غيرها، وهو قول ابن نافع وصاحب المبسوط، وقيل: ليس له استحلافه إلا إذا ثبتت بينهما خلطة بذلك ولو بشهادة امرأة، وهو الذي مشى عليه الشيخ خليل، وهو ضعيف. وحاصل المسألة أنّ اشتراط الخلطة لتوجيه اليمين على المدعى عليه هو قول الإمام مالك وعمامة أصحابه. ودليلهم⁽⁵⁾:

أ - أنه قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه⁽⁶⁾، وفقهاء المدينة السبعة.

ب - سدّ الذرائع، ومعناه المنع من المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع. وهو من النظر المصلحي. وهذا موجود في هذه المسألة؛ لأنّ اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات، وذلك أنّه لو وجبت اليمين لكلّ أحد على كلّ أحد لتجرّأ السفهاء على ابتذال العلماء وأفاضل الناس، بتحليفهم مراراً كثيرة، وربما افتدوا منها أو بذلوا الشيء الذي يدعى عليهم كراهية أن يتحدث عنهم أنّهم أقدموا على اليمين وحراسة لحسن الظنّ بهم وانتفاء التهمة عنهم، فلو كانت اليمين بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن يؤذي أهل الدين والقدر ويتعرّض لهم ولأموالهم إلا أظهر الدعوى ضده، فيحصل إمّا على شيء يأخذه أو على الأذية والذلة لهم، وفي ذلك إضرار بالناس

(1) أخرجه مسلم في الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه.

(2) أخرجه البخاري في الرهن، باب إذا اختلف الرهن.

(3) إكمال الإكمال: 222/5. (4) إكمال الإكمال: 222/5.

(5) المعونة: 1509/3، والمعلم: 402/2، وبداية المجتهد: 506/2، وإكمال الإكمال: 224/5.

(6) الإشراف: 958/2.

وتطريق إلى من يريد أذاهم إلى ما يريده لهم، فوجب حسم الباب بالمنع، وجعل مراعاة الخلطة حاجزاً من ذلك، حتى إذا كانت مع الدعوى فإنها تقويها وتوجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعيه المدعى.

وعدم الاشتراط لابن نافع، وبقوله: جرى العمل وضعف خلافه⁽¹⁾.

فإن حلف المدعى عليه بعد أن طلب المدعى منه اليمين برئ، وليس للمدعى بعد ذلك مطالبة عليه. وأما لو حلف من نفسه قبل أن يطلب المدعى اليمين فلا يعتد بحلفه. ويجوز للمدعى عليه أن لا يحلف ويفتدي اليمين وهو أن يبذل شيئاً لتسقط عنه. والدليل على الجواز⁽²⁾:

أ - إجماع الصحابة على ذلك. فعن عثمان رضي الله عنه أنه ردّت عليه اليمين على المنبر، فاتقاها وافتدى منها، وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه⁽³⁾. ولا مخالف له.

ب - أن في الاستحلاف مذلة وامتهاناً، فجاز للإنسان الافتداء منها صيانة لعرضه، فعن جابر قال، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «ما وقى به المرء عرضه كتب له به صدقة»⁽⁴⁾. وإذا برئ المدعى عليه بعد أداء اليمين فلا بينة تقبل للمدعى بعد ذلك - أي: بعد أن نفى بينته وطلب من المدعى عليه اليمين وحلف - إلا لعذر وهو:

- نسيان البينة عند تحليفه المدعى عليه، ويحلف - إن أراد القيام بها - إنه نسيها.
- عدم علمه بها قبل تحليفه، فله إقامتها ويحلف. ومحل حلفه ما لم يشترط أنه إن ظهرت له بينة يقيمها ولا يحلف، فإنه يعمل بذلك ولا يحلف.
- ظنّه أنها لا تشهد له أو أنها ماتت.
- كونها بعيدة الغيبة.

وهذا كأن يحلف المدعى عليه لردّ شهادة شاهد أقامه المدعى، وكانت الدعوى لا

(1) وعلى القول الضعيف استثنى من اشتراط الخلطة ثمان مسائل تتوجه فيها اليمين وإن لم تثبت خلطة اتفاقاً بين القولين: الأولى: الصانع يدعى عليه بما له فيه صنعة فتتوجه عليه اليمين ولو لم تثبت خلطة لأن نصب نفسه للناس في معنى الخلطة، ومثله التاجر ينصب نفسه للبيع والشراء. الثانية: المعهم بين الناس يدعى عليه بسرقة أو غصب فتتوجه عليه اليمين ولو لم تثبت خلطة، وفي مجهول الحال قولان. الثالثة: الضيف يدعى أو يدعى عليه. الرابعة: الدعوى في شيء معين كثوب بعينه. الخامسة: الوديعة على أهلها بأن يكون المدعى ممن يملك تلك الوديعة والمدعى عليه ممن يودع عنده مثلها والحال يقتضي الإبداع كالسفر والغربة. السادسة: المسافر يدعى على رفقته. السابعة: مريض يدعى في مرض موته على غيره بدين مثلاً. الثامنة: بائع يدعى على شخص حاضر المزايمة أنه اشترى سلعته بكذا والحاضر ينكر الشراء.

(2) أخرجه البيهقي: 177/10.

(3) المعونة: 1588/3.

(4) أخرجه الحاكم في البيوع.

ثبتت إلا بشاهدين، فطلب منه الثاني، فقال: ليس عندي إلا هذا، وحلف المدعى عليه ميمناً لرد شهادة هذا الشاهد فوجد ثانياً، كأن نسيه أو لم يعلم به، فله أن يقيمه ويضمه للأول.

والدليل على عدم قبول البينة بعد اليمين، عند عدم العذر⁽¹⁾:

أ - الحديث المتقدم: «شاهدك أو يمينه». ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل للمدعي أحد أمرين، فإذا استوفى واحداً لم يكن له الآخر.

ب - أن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضاً بها، فلم يكن له نقض موجبها، كما لو صالح ثم أراد الرجوع في الصلح.

وإن أقام المدعي البينة أعذر إلى المطلوب وهو المدعى عليه، بأن يسأله القاضي عن عذر بقوله: أبقيت لك حجة؛ أي: يقول القاضي للمطلوب بعد سماع بينة الطالب: أبقيت لك حجة وعذر في هذه البينة؟ فيما أن يقول: نعم، وإما أن يعجز وسيأتي الكلام في ذلك.

ومعنى أعذر إلى المطلوب أزال عذره، وليس المراد أثبت عذره وحجته.

والإعذار واجب إن ظن القاضي جهل من يريد الحكم عليه بأن له الطعن أو ضعفه، وأما إن ظن علمه بأن له الطعن وأنه قادر على ذلك لم يجب، بل له أن يحكم بدونه. وحيث وجب الإعذار وحكم بدونه نقض الحكم واستؤنف الإعذار. والدليل على طلب الإعذار: حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني الآتي في باب الزنا، وفيه: وقال النبي ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽²⁾. فهو أصل في وجوب الإعذار؛ لأنه يحتمل أن يكون ثبت عنده ﷺ اعترافها بشهادة زوجها ووالد العسيف، فبعث أنيساً إعذاراً إليها⁽³⁾.

ومذهب ابن القاسم أن للقاضي سماع بينة المدعي قبل حضور المطلوب، فإذا جاء الخصم ذكر له أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم، فإذا ادعى مطعناً كلفه إثباته، وإلا حكم عليه.

واستثنى العلماء من الإعذار أربعة لا إعذار فيهم، وهم:

• شاهد الإقرار من المدعى عليه الموجود بمجلس القاضي، فلا إعذار فيه لمشاركة القاضي له في سماع الإقرار؛ أي: فلا يبقى القاضي للمطلوب حجة فيه؛ لأنه علم ما علمه الشاهد فلو أعذر فيه لكان إعذاراً في نفسه.

(1) الإشراف: 968/2، والمعونة: 1581/3.

(2) أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) إكمال الإكمال: 186/5.

● المطلوب الذي يُخشى منه الضرر على من شهد عليه، أو الطالب الذي يخشى منه الضرر على من يجرح بيئته، فلا إعدار له؛ بل لا تسمى البيئة للأول ولا من جرح بيئة الثاني.

● مُزَكِّي السّر، وهو من يخبر القاضي سرّاً بعدالة الشهود أو تجريحهم فلا إعدار فيه. وليس على الحاكم تسميته بل لو سأل عنه لم يلتفت للسائل.

● المُبرِّز في العدالة؛ أي: الفائق فيها على أقرانه، لا إعدار فيه بغير عداوة للمشهود عليه، أو قرابة للمشهود له، وأما بهما فيعذر. والحاصل أنّ المبرز لا يسمع القدح فيه إلا بالعداوة أو القرابة، وأما بغيرهما فلا يسمع القدح فيه. وأما ما قبل المبرز فيقبل القدح فيه بأي قادح ولو بغير العداوة أو القرابة.

فإن قال المدعى عليه: نعم لي حجة ومطعن في هذه البيئة؛ أنظره القاضي لبيان الحجة بإقامة البيئة بها بالاجتهاد منه، فليس للإنظار حدّ معين، وإنما هو موكول لاجتهاد الحاكم.

ثالثاً: ثم - إذا لم يأت بحجة معتبرة شرعاً - حكم عليه بمقتضى الدعوى من مال أو غيره. كما يحكم إذا نفى حجته وقال: لا حجة عندي.

وعلى القاضي أن يحكم بعجزه بعد إنظاره، ويسجل التعجيز في سجله بأن يكتب فيه: إنا طلبنا منه حجة في البيئة وأنظرناه فلم يأت بها فحكمنا عليه، فلا تقبل له حجة بعد ذلك. وفائدة التسجيل مخافة أن يدعي أنه باقٍ على حجته وأن القاضي لم ينظره.

ويستثنى من التعجيز أربعة مسائل ليس للقاضي فيها تعجيز، وهي:

الأولى: في دعوى الدم. كأن يدعي على شخص بأنه قتل وليّه عمداً وله بيئة بذلك، فأنظره القاضي ليأتي بها، فلم يأت بها فلا يعجزه. فمتى أتى بها حكم بقتل المدعى عليه.

الثانية: في طلاقٍ ادعته المرأة على زوجها، وأنّ لها بيئة بذلك ولم تأت بها، فلا يعجزها، فمتى أقامتها حكم بطلاقها.

الثالثة: في وقفٍ ادعاه إنسان على الواقف، أو وازع اليد المنكر، وقال: لي بيئة على وقفه، فأنظره الحاكم فلم يأت بها، فلا يعجزه، فمتى أتى بها حكم بالوقف.

الرابعة: في نسبٍ ادعاه إنسان، وأتته من ذرية فلان وله بذلك بيئة، فإن لم يأت بها بعد الإنظار لم يحكم بتعجيزه، وهو باقٍ على حجته متى أقامها حكم بنسبه.

فهذه المستثنيات إنما هي مفروضة في كلام الأئمة في الطالب. وأما المطلوب فيعجزه فيها وفي غيرها كما ذكره بعضهم.

عدم إجابة المدعى عليه بإقرار أو إنكار:

إذا لم يُجب المدعى عليه بإقرار ولا إنكار بل سكت؛ حبس وضرب ليحجب. ويكون الحبس والضرب باجتهاد القاضي.

ثم إن استمر على عدم الجواب حكم عليه بالحق بلا يمين من المدعي؛ لأن اليمين فرع الجواب وهو لم يجب. ومثل استمراره على عدم الجواب في الحكم عليه بلا يمين، شكّه في أنه له عنده ما يدعيه، فإذا أمر القاضي المدعي عليه بالجواب فقال: عندي شك فيما يدعيه فإنه يحكم عليه به بلا يمين من المدعي.

إنكار المدعى عليه المعاملة من أصلها:

إن أنكر المدعى عليه المعاملة من أصلها فقال: لا معاملة بيني وبينه، فأقيمت عليه البيّنة بالحق المطلوب، فأقام بيّنة تشهد له بالقضاء لم تقبل بيّنته بالقضاء لذلك الحق؛ لأن إنكاره المعاملة تكذيب لبيّنته بالقضاء. بخلاف قوله: لا حق لك عليّ، فأقام عليه بيّنة به فأقام هو بيّنة بالقضاء، فتقبل لأنه لم ينكر أصل المعاملة، وإنما أنكر الحق المطلوب منه فقط، وليس فيه تكذيب لبيّنته بالقضاء.

إقرار الوكيل على موكله المدعى عليه:

لا يقبل إقرار الوكيل على موكله المدعى عليه، لا عند القاضي ولا غيره. والدليل: أنّ التوكيل في الخصومة إذا أطلق تضمّن المنع من الإقرار؛ لأنّ ذلك ينافي المقصود من التوكيل⁽¹⁾. وهذا لأنّ الوكيل لا يلزمه أن يتصرّف في الحقوق التي يملكها موكله إلا بإذنه؛ فإن صرح الموكل حين الوكالة أنّه لم يوكل الوكيل إلا على الخصومة دون الإقرار ونهاه عنه وقصر الوكالة على الخصومة خاصة لم يكن للوكيل غير ذلك؛ وكذلك إذا أطلق الوكالة ولم يتعرض إلى الإقرار عنه⁽²⁾.

إجابة المدعى عليه إذا دعي إلى القاضي:

يجب على من يدعى للقضاء أن يجيب، فمن لم يفعل كان مخالفاً يتعيّن زجره وتأديبه. والدليل⁽³⁾: قوله تعالى في ذم المنافقين: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا مِّنَ الْكَفَّةِ يُؤَدُّونَ إِلَىٰ كِتَابِ اللَّهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ يَتَوَلَّوْا فَرِيقًا مِّنْهُمْ وَهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾ [آل عمران: 23]، وقوله: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَىٰ اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقًا مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾ [النور: 48].

عدم توجيه اليمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى فيما لا تثبت إلاّ بعدلين:

كلّ دعوى لا تثبت إلاّ بعدلين، فلا يمين على المدعى عليه بمجردّها، وذلك كتكاح، وطلاق، وقذف، وقتل.

والدليل على عدم جواز توجيه اليمين بمجرد الدعوى⁽⁴⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «إذا ادعت المرأة

(1) الإشراف: 609/2.

(2) شرح التلقين للمازري: ورقة 136.

(3) أحكام القرآن: 267/1.

(4) الإشراف: 967/2، والمعونة: 1580/3.

طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقه⁽¹⁾. والحديث نص.

ب - سدّ الذريعة؛ فإنّ في توجيه اليمين بمجرد الدعوى إضراراً بالأزواج وامتهان أنسابهنّ، فوجب حسم الباب فيه بمنع ذلك؛ لأنّ كل امرأة أرادت أن تؤذي زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه، وذلك إضرار بالناس، فوجب منعه.

ويقاس على الطلاق النكاح والقذف والقتل وكل ما لا تثبت الدعوى فيه إلا بعدلين. فإن أقام المدّعي - في الدعوى التي لا تثبت إلا بعدلين - شاهداً واحداً وعجز عن الثاني، فتتوجه اليمين على المدّعي عليه لرد شهادة الشاهد عليه. فإن حلف ترك. وإن نكل حبس. فإن طال حبسه دين.

والمراد بأنّه إن طال حبسه دين؛ أي: فلا تردّ اليمين على المدّعي. ووجه الحكم بالشاهد ونكول المدّعي عليه دون ردّ اليمين على المدّعي، أنّ النكول سبب مؤثر في الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به⁽²⁾.

ومحلّ توجيهها على المدّعي عليه هو في غير نكاح. وأما في النكاح فلا تتوجه؛ كما لو ادعى أن فلاناً زوّجه بنته فأنكر أبوها، فأقام الزوّج شاهداً، فلا يمين على أبيها لربه ولا يثبت النكاح. والفرق بين النكاح وغيره أنّ الغالب في النكاح الشهرة فشهادة الواحد فيه ريبة، ولذا لم يطلب الولي باليمين لرد شهادة الشاهد. بخلاف غيره من طلاق ونحوه فإنه ليس الغالب فيه الشهرة، فلا ريبة في شهادة الواحد فيه، فلذا أمر المدّعي عليه باليمين لرد شهادته.

ويستثنى من عدم توجيه اليمين بمجرد الدعوى مسائل، منها:

• لو اعترف المدّعي عليه بالحق وادعى الإعسار وأن الطالب يعلم عسره، وأنكر الطالب العلم بعسره، ولا بينة للمطلوب، فإن الطالب يحلف أنه لا يعلم بعسره ويؤمر المطلوب بإثبات عسره.

• لو قال المطلوب للطالب: إنك عالم بفسق شهودك.

• أن الطالب لو أراد تحليف المطلوب فقال له: حلفتني فأنكر ذلك الطالب.

• لو ادعى القاتل أن الولي عفا عنه وأنكر الولي ذلك.

• المتهم يدعى عليه الغصب أو السرقة، لأجل ثبوت موجههما من أدب أو قطع

فينكر، مع أن أدب الغاصب وقطع السارق لا يكون إلا بعدلين، وإن كان المال يثبت بالشاهد واليمين.

(1) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب الرجل يجحد الطلاق.

(2) المعونة: 1548/3.

• من ادعى على آخر أنه قذفه وأنكر، فتوجه اليمين على المدعى عليه أنه لم يقذفه، إن شهدت بينة بمنازعة بينهما، وإلا لم تتوجه.

وأما الدعوى التي تثبت بشاهد وامرأتين أو بأحدهما ويمين، فتتوجه على المدعى عليه اليمين بمجردا - أي: الدعوى - وترد على المدعي، إن أراد المدعى عليه ردّها عليه؛ أي: وعلى هذا فلا يحكم القاضي بمجرد النكول إلا بأن تردّ اليمين على المدعي، فإذا حلف حكم له على المدعى عليه.

والدليل⁽¹⁾:

أ - أنه مذهب عمر وعثمان وعلي والمقداد؛ فعن الشعبي أنّ المقداد رضي الله عنه استقرض من عثمان بن عفان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر رضي الله عنه فقال: إني قد أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم، فقال المقداد إنما هي أربعة آلاف؛ فقال المقداد: أحلفه إنها سبعة آلاف، فقال عمر رضي الله عنه أنصفك، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ المقداد ردّ اليمين على عثمان وهو المدعي، لكنّ عثمان لم يحلف وإنما أخذ ما أقرّ له المقداد به. قال البيهقي: هذا إسناد صحيح، إلا أنه منقطع وهو مع ما روينا عن عمر رضي الله عنه في القسامة يؤكد أحدهما صاحبه فيما اجتمعا فيه من مذهب عمر رضي الله عنه في ردّ اليمين على المدعي. وفي هذا المرسل زيادة مذهب عثمان والمقداد رضي الله عنه والله أعلم.

وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: المدعى عليه أولى باليمين، فإن نكل أحلف صاحب الحق وأخذ⁽³⁾.

ب - أنّ الأصول موضوعة على أنه لا يحكم بسبب واحد مع الإنكار كالشاهد الواحد، فإذا ثبت ذلك فليس يضمّ إليه إلا يمين المدعي.

ج - أنّ الأصل في اليمين أنها تتوجه على أقوى المتداعيين سبباً، وأقواهما سبباً في هذا الموضوع المدعي؛ لأنّ سببه قوي بنكول المدعى عليه، فوجب اليمين من جهته.

وكذا اليمين التي يحلفها المدعي مع الشاهد أو المرأتين إذا نكل عنها ترد على المدعى عليه. فإن نكل غرم بنكوله وشهادة الشاهد، وليس للمدعى عليه ردها على المدعي؛ لأن اليمين المردودة لا ترد.

(1) الإشراف: 967/2، والمعونة: 1549/3.

(2) أخرجه البيهقي في الشهادات، باب النكول وردّ اليمين.

(3) أخرجه الدارقطني في الأقضية والأحكام.

من لا يحكم الحاكم له :

لا يحكم الحاكم لمن لا يشهد له كأبيه، وابنه، وأخيه، وزوجته. ويجوز أن يحكم عليه. وكذا لا يحكم على من لا يشهد عليه كعدوه، ورازق أن يحكم له. وهذا إذا كان الحكم يحتاج لبيّنة؛ لأنه الذي يتهم فيه بالتساهل في الحكم لمن ذكر. وأمّا إذا أقرّ المدعى عليه له في مجلسه اختياراً بلا إكراه، فيجوز أن يحكم له حينئذٍ؛ إذ لا يتهم القاضي إذا أقرّ الخصم اختياراً.

أمر القاضي المتخاصمين بالصلح :

يندب للقاضي أن يأمر المتخاصمين الآتي ذكرهم بالصلح :

- ذوو الفضل، كأهل العلم عند مخاصمتهم.

- ذوو الرّحم؛ أي: الأقارب عند مخاصمة بعضهم بعضاً.

ووجه أمرهم بالصلح أنه أقرب لجمع الخواطر وتأليف النفوس المطلوب شرعاً، بخلاف القضاء فإنه أمر يوجب الشحنة والتفرق.

فإن خشي الحاكم تفاقم الأمر بشدة العداوة بين المتخاصمين منهم وجب أمرهم بالصلح سداً للفتنة.

والدليل على الأمر - ندباً أو وجوباً - بالصلح بين المتخاصمين :

أ - ما تقدم من أدلة على ذلك في باب الصلح.

ب - عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ردّوا الخصوم حتى يصطلحوا؛ فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن. وفي رواية قال: ردّوا الخصوم إذا كان بينهم قرابة؛ فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن⁽¹⁾.

ويأمرهم القاضي بالصلح ولو ظهر له وجه الحكم. خلافاً لابن رشد الجذ الذي قيّد أمر المتخاصمين بالصلح إذا لم يتبين له وجه الحكم⁽²⁾. ثمّ الأمر بالصلح يكون فيما يتأتى فيه ذلك، لا في نحو طلاق من كلّ أمر الصلح فيه يغضب الله تعالى.

نقض حكم القاضي :

ينقض حكم القاضي إذا كان على النحو التالي :

- الجائر في أحكامه: وهو الذي يميل عن الحق عمداً. ومنه من يحكم بمجرد الشهادة من غير نظر لتعديل ولا تجريح؛ فينقضه من تولى بعده، ولا يرفع حكمه الخلاف ولو كان ظاهر الصحة في ظاهر الحال، ما لم تثبت صحة باطنه كما قال ابن رشد.

- الجاهلُ إذا لم يشاور العلماء. ولا يرفع حكمه الخلاف ولو كان ظاهره الصحة؛ لأن الحكم بالحدس والتخمين لا يفيد، فإن ثبت صحة باطنه لم ينقض كالجائر، وقيل: ينقض مطلقاً وهو لبهرام والمازري. فإن شاور العلماء تعقب قضاؤه فما كان خطأ نبذ، ومضى الصواب. والكلام في الجاهل العدل، وهو قول الشيخ خليل تبعاً لابن عبد السلام. والذي قاله ابن يونس واللخمي والمتيطي وابن عرفة وغيرهم: أن محل تعقبه إن لم يشاور العلماء، فإن شاورهم مضى قطعاً ولم يتعقب. قال الشيخ الدردير: وظاهر كلامهم أن هذا هو المذهب، وما مشى عليه الشيخ خليل ضعيف. وهذا مبني على أن العلم شرط كمال في توليته لا شرط صحة؛ وأما طريقة ابن عبد السلام فعلى أن العلم شرط صحة في أصل التولية.

ولا يتعقب حكم العدل العالم، فلا ينظر فيه من تولى بعده. ووجه عدم نقض حكم القاضي أن ذلك يفتح الباب أمام نقض الأحكام إلى ما لا نهاية له، فيكون فيه مضرة عظيمة من جهة نقض الأحكام، وتبديل الحلال بالحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام، فيكثر الهرج والخصام المؤدي إلى تفاقم الأمر والفساد، ولم يتعرض أحد من الخلفاء الراشدين إلى نقض ما رآه الآخر، وإنما كان يحكم بما يظهر له من القضايا الحادثة⁽¹⁾.

ويحمل الحاكم عند جهل حاله على العدالة إن ولّاه عدل.

رجوع القاضي عن حكمه الأول:

إذا تبين القاضي أن الحق في غير ما حكم به أولاً فعليه أن ينقضه، ويقضي بما ظهر أنه الحق، والدليل⁽²⁾: ما جاء في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن تراجع الحق فإنّ الحق قديم، وإن الحق لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل»⁽³⁾.

حكم القاضي يرفع الخلاف:

وحكم العدل العالم يرفع الخلاف الواقع بين العلماء. وكذا غير العدل العالم إن حكم صواباً - كما يُعلم مما تقدم - فإنه يرفع الخلاف ولا ينقض، وكذا المحكم. وحكم الحاكم يرفع الخلاف ولو لم يكن هناك دعوى. والمراد برفع الخلاف: أنه يرتفع الخلاف في خصوص ما حكم به ولا يتعدى

(1) أحكام القرآن: 1267/3.

(2) أحكام القرآن: 1267/3، والجامع لأحكام القرآن: 177/11.

(3) أخرجه البيهقي: 119/10.

لمماثل . فإذا حكم بفسخ عقد أو صحته لكونه يرى ذلك لم يجز لقااض غيره يرى خلافه - ولا له - نقضه . ومثال الفسخ : كما إذا عقد رجل على امرأة مبتوتة ونيته التحليل ورفع للمالكي وحكم بفسخ النكاح فليس للحنفي تصحيحه . ومثال التصحيح : كما إذا سبق حكم الحنفي بصحة عقد من نيته التحليل فليس للمالكي نقضه . وكذلك لا يجوز لمفتٍ علم بحكمه أن يفتي بخلافه ؛ أي : في خصوص تلك المسألة .

وإذا حكم حاكم بصحة عقد لكونه يراه وحكم آخر بفساد مثله لكونه يراه، صار كل منهما كالمجمع عليه في خصوص ما وقع الحكم به . ولا يجوز لأحد نقضه ولا له . قال عمر رضي الله عنه في الحمارية : «ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي» ولم ينقض حكمه الأول، وهو القاضي في الحمارية أولاً وثانياً، وهي المسألة المشتركة . ويستثنى من قاعدة «حكم الحاكم يرفع الخلاف» مسائل لا يرفع به الخلاف، وهي :

- إذا خالف إجماعاً فلا يرفع خلافاً، ويجب نقضه عليه وعلى غيره؛ كما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد فهذا خلاف الإجماع؛ لأن الأمة على قولين: المال كله للجد أو يقاسم الأخ، وأما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد من الأمة .
- إذا خالف نصاً كأن يحكم بالشفعة للجار؛ فإن الحديث صحيح وارد باختصاصها بالشريك دون الجار، ولم يثبت له معارض صحيح؛ وكأن يحكم بشهادة كافر على مثله أو على مسلم؛ لأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ .
- إذا خالف قياساً جلياً؛ وهو ما قطع فيه بنفي الفارق .
- إذا ضعف دليله؛ كالحكم بغير العدول أو بالأقوال الضعيفة المردودة في مذهبه .
ومن ذلك :

* الحكم بتوريث ذوي الأرحام؛ أي : والحال أن بيت المال منتظم، وإلا فلا نقض . وإنما نقض الحكم بميراث ذوي الأرحام عند انتظام بيت المال لمخالفته لقوله عليه الصلاة والسلام : «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأولى رجل ذكر» .
* الشفعة للجار؛ أي : إذا حكم بها حنفي للمالكي نقضه، وإن حكم بها مالكي فله ولغيره نقضه .

فإنقض ما خالف الإجماع وما ذكر بعده، وجوباً منه ومن غيره . وتقدم أن العدل العالم لا تتعقب أحكامه لكن إن ظهر منها شيء مما تقدم - من مخالفة النص أو الإجماع أو القياس - نقض . وأما الجائر والجاهل فتتعقب أحكامهما، وينقض منها ما ليس بصواب ويمضى ما كان صواباً . والصواب هو ما وافق قولاً مشهوراً أو مرجحاً ولو كان الأرجح خلافه .

وإذا نقض الحكم بين الناقض السبب الذي نقض الحكم من أجله، لثلا ينسب الناقض للجور والهوى بنقضه الأحكام التي حكم بها القضاة.

حكم القاضي لا يحلّ حراماً:

لا يحلّ حكم القاضي حراماً في الواقع، بحيث لو اطلع الحاكم عليه ما حكم. وحاصله: أن حكمه صحيح في ظاهر الحال، لكن لو أنه يلزم عليه في الباطن فعل الحرام، فحكمه المذكور لا يحل ذلك الحرام. كما لو ادعى إنسان على رجل بدين دعوى باطلة، وأقام عليها بينة زور، فطلب الحاكم من المدعى عليه تجريحها فلم يقدر على تجريحها، فحكم له به، فالحكم صحيح في الظاهر، ولكن لا يحل للمدعي أخذ ذلك الدين في الواقع.

وكذا إذا لم يتم بينة فطلب الحاكم من المدعى عليه اليمين فردها على المدعى فحلف.

وكذا لو ادعى على امرأة بأنها زوجته - وهو يعلم بأنها ليست بزوجة له - وأقام على ذلك بينة زور، فطلب الحاكم منها تجريحها فعمرت فحكم له بها، فلا يجوز له وطؤها لعلمه بأنها ليست بزوجه، وإن كان حكمه صحيحاً في ظاهر الحال. وقال الحنفي: يجوز له وطؤها. كأنهم نظروا إلى أن حكمه صيرها زوجة كالعقد.

وكذا إذا طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً فرفعته للحاكم وعمرت عن إقامة البينة الشرعية، فحكم له بالزوجية وعدم الطلاق، لم يحل له وطؤها في الباطن لعلمه بأنه طلقها وهكذا.

والدليل على أن حكم القاضي لا يحلّ حراماً في باطن الأمر⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: 77]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى توعد من يحلف بالباطل لينال بذلك ثمناً لا يحقّ له؛ وإذا حكم قاض للحالف بالباطل فإنّ حكمه لا يرفع عنه الوعيد، فدلّ على أن حكمه لا يحلّ حراماً.

ب - عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، فلعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه؛ فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة

(1) الإشراف: 2/ 963، والمعمونة: 3/ 1516، والمعلم: 2/ 403، والمقدمات: 2/ 266، وأحكام

القرآن: 1/ 98، 278، والجامع لأحكام القرآن: 1/ 261.

من النار»⁽¹⁾. وهذا صريح في أنّ حكم القاضي ليس بجائز للمحكوم له في الباطن إذا لم يكن صحيحاً موافقاً للحقّ. والحديث وإن كان ظاهره في الأموال، فإنّه يشمل الفروج بالأولى.

ج - أنّ القاضي لما كان لا يبلغ علمه بواطن الأمور فلا ينفذ فيه حكمه؛ وإنّما يحكم في الظاهر. ولذلك تبرأ النبي ﷺ من تأثير حكمه في الباطن، وتعدي حكمه إليه، وهو المصطفى الذي علمه ربّه من علم الغيب ما علمه، فكيف بغيره من الخلق.

نصّ الحكم:

لا يتوقف حكم الحاكم على قوله: حكمت؛ بل كل ما دل على الإلزام - فهو حكم -.. فقول الحاكم: نقلت الملك لهذه السلعة لزيد، أو ملكتها لمدعيها ونحو ذلك؛ أو فسخت هذا العقد من نكاح أو بيع أو أبطلته أو رددته أو قررتّه؛ أو خذوه فاقتلوه، أو حذوه، أو عزروه؛ ونحوها من الألفاظ الدالة على نفي أو إثبات، فهو حكم وإن لم يقل حكمت. وهذا بعد حصول ما يجب في شأن الحكم من تقدّم دعوى وإقرار أو ثبوت بيينة وإعذار وتزكية. وهذا معنى قولهم: لا بدّ للحكم من تقدم دعوى صحيحة. وصحتها لكونها تقبل وتسمع ويترتب عليها مقتضاها من إقرار أو بيينة عدول إلى غير ذلك.

وأما إن قال في أمر رفع إليه، كتزويج المرأة نفسها بلا ولي، وكبيع وقت نداء الجمعة: لا أجزئه؛ فلا يكون حكماً ولا يرفع خلافاً؛ لأنه من باب الفتوى كما قاله ابن شاس، فلغيره الحكم بما يراه من مذهبه. أو أفتى بحكم سئل عنه بأن قيل له: أيجوز كذا؟ أو: أيصح أو لا؟ فأجاب بالصحة أو عدمها؛ فلا يكون إفتاؤه حكماً يرفع الخلاف؛ لأن الإفتاء إخبار بالحكم لا إلزام؛ إلّا إذا كان بعد تقدّم الدعوى، فهو حكم يرفع الخلاف وإن كان بمجرد إخبار، كما لو قيل له، إنّ امرأة زوجت نفسها بلا ولي؟ فقال: لا أجزئ نكاحاً بغير ولي بغير قصد إلى فسخ هذا النكاح بعينه فهو من الفتوى وليس حكماً؛ فإن قصد فسخه بهذا اللفظ فإنّه يعدّ حكماً لا يجوز للثاني نقضه.

تعدي حكم الحاكم في نازلة لمثلها:

لا يتعدّى حكم الحاكم في نازلة لمُماثل لها. بل إن تجدد المماثل فالمطلوب الاجتهاد لها منه أو من غيره، إن كان من أهل الاجتهاد، وذلك مثل واقعة عمر في الحمارية. فإن كان مقلداً فليحكم بما حكم به أولاً من راجح قول مقلده، ما لم يكن من أهل الترجيح. ولغيره من أرباب المذاهب أن يحكم بضده؛ كما لو حكم مالكي

(1) أخرجه مالك في الأفضية، باب الترغيب القضاء بالحق؛ والبخاري في الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين؛ ومسلم في الأفضية، باب الحكم بالظاهر.

بفسخ نكاح من زوّجت نفسها بلا ولي، ثم تجدد مثلها فرفعت الأخرى لحنفي فإنه يحكم بصحته. وكلّ منهما ارتفع فيها الخلاف ولم يجز لأحد نقضه. ولا يتعدى الحكم لمماثل ولو في الذات المحكوم فيها أولاً؛ أي: متجددة معرّضة للاجتهاد ثانية، ومثال ذلك:

- كما إذا فسخ الحاكم نكاح من زوّجت نفسها لكونه يرى ذلك، ثم زوجت نفسها بعد الفسخ وجددت عقداً آخر لنفس ذلك الزوج بلا ولي؛ فإنه معرّض للاجتهاد منه أو من غيره؛ فله تصحيح الثاني إن تغيّر اجتهاده، ولغيره - كالحنفي - الحكم بتصحيحه ويرتفع الخلاف أيضاً.

- أن يحكم في نازلة بمجرد الفسخ دون التأيد، وإن كان يرى حين حكمه بمجرد الفسخ تأييد التحريم، لكن لم يقصد بالحكم عند الفسخ التأيد، ومن أمثلة ذلك:

* إذا فسخ نكاحاً بسبب رضع طفل كبير زاد عمره على عامين وشهرين؛ فلو تزوج بمن أرضعته كبيراً أو بابنتها، فرفع لمن يرى التحريم برضع الكبير ففسخه، ثم تزوجها ثانياً، كان النكاح الثاني مماثلاً لا يتعدى له الحكم الأول، وصار هذا معرّضاً للاجتهاد، فلمن حكم بفساده إن تغير اجتهاده أو غيره الحكم بصحته.

* إذا فسخ نكاحاً بسبب عقد نكاح في عدة، وإن كان يرى هو تأييد التحريم حين فسخه، فإذا عقد عليها ثانياً بعد الفسخ فالمنكوحة ثانياً المفسوخ نكاحها أولاً كغيرها ممن لم يتقدم عليها فسخ في المستقبل، فله أو لغيره أن يزوّجها لمن فسخ نكاحه ويحكم بصحته إذا تغير اجتهاده.

فإن قصد بالحكم التأيد فليس لغيره حكم بالتحليل في المستقبل.

استناد القاضي في الحكم لعلمه:

لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه لعلمه؛ بل لا بدّ من بينة أو إقرار، ولو كان مجتهداً، ولو كان من أهل الكشف. والدليل على ذلك⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾﴾ [النور: 4]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بإقامة الحدّ على القاذف متى لم يقم البينة.

ب - حديث هلال بن أمية المتقدم في باب اللعان. وفيه أنه ﷺ قال: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنه ﷺ علم أنّها زنت؛ لأنه أخبر

(1) المعونة: 3/ 1503، والجامع لأحكام القرآن: 15/ 141.

(2) أخرجه البخاري في الحدود، باب من أظهر الفاحشة؛ ومسلم في اللعان، باب.

أنها جاءت بالولد على النعت المكروه، ثم لم يحكم بالحدّ لعدم اليّنة.

ج - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كنا في غزاة قال سفيان مرة في جيش فكسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار فقال الأنصاري: يا للأنصار، وقال المهاجري: يا للمهاجرين. فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «ما بال دعوى الجاهلية» قالوا: يا رسول الله كسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار. فقال: «دعوها فإنها منتنة». فسمع بذلك عبد الله بن أبيّ فقال: فعلوها، أما والله لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعرز منها الأذل. فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم، فقام عمر فقال: يا رسول الله: دعني أضرب عنق هذا المنافق. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «دعه لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم لم يقتل المنافقين لأنّ الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه.

د - عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً فلاحه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجه، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: القود يا رسول الله. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لكم كذا وكذا». فلم يرضوا. فقال: «لكم كذا وكذا» فرضوا. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إني خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم، فقالوا: نعم. فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «إنّ هؤلاء الليثيين أتوني يريدون القود، فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا، أرضيتم؟» قالوا: لا. فهم المهاجرون بهم. فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفّوا عنهم، فكفّوا. ثم دعاهم فزادهم، فقال: «أرضيتم؟» فقالوا: نعم. قال: «إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم» قالوا: نعم. فخطب النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «أرضيتم؟» قالوا: نعم. ووجه الاستدلال أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم بعلمه لما جحدوا أن يكونوا رضوا أولاً.

هـ - عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنّه قال: «لو وجدت رجلاً على حدّ من حدود الله لم أحده أنا، ولم أدع له أحداً، حتى يكون معي غيري». ولا يعلم له مخالف من الصحابة.

و - سدّ ذريعة امتهان القضاء بالتشكيك فيه. وذلك أنّ القاضي لما لم يكن معصوماً فقد تلحقه الظنّة والتهمة في أن يحكم لوليه على عدوه، فلما أمكن وقوع ذلك منه وجب حسم الباب بالأحكام بعلمه، لئلا يدعى عليه بذلك فيلحق الناس أذية منه ويختل أمر القضاء؛ فإذا منع من الحكم بعلمه زالت التهمة في ذلك.

ورأى ابن العربي أنّ الاستدلال بفعل النبي صلى الله عليه وسلم بعدم قتله المنافقين منتقض بقتل النبي صلى الله عليه وسلم الحارث بن سويد بن الصامت الذي قتل المجذّر بن زياد غيلة يوم أحد؛ فأخبر جبريل النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، فقتله به دون شهود؛ أي: بعلمه. لكن القرطبي قال:

(1) أخرجه البخاري في تفسير القرآن، باب قول الله تعالى: ﴿سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أَسْتَغْفَرْتَ لَهُمْ؛ وَمَسْلَمٌ فِي الْبِرِّ وَالصَّلَاةِ، بَابِ نَصْرِ الْأَخِ ظَالِماً أَوْ مَظْلُوماً.

وهذه غفلة من هذا الإمام؛ لأنه إذا ثبت الإجماع المذكور فليس بمنتقض بما ذكر؛ لأن الإجماع لا ينعقد ولا يثبت إلا بعد موت النبي ﷺ وانقطاع الوحي؛ وعلى هذا فتكون تلك قضية في عين بوحى فلا يحتج بها، أو منسوخة⁽¹⁾.

ويستثنى من ذلك استناده لعلمه في العدالة والجرح، كشاهد علم القاضي بعدالته أو جرحه فيستند لعلمه. كما يجوز له الاستناد لشهرة الشاهد بالعدالة والجرح، إلا أن يعلم القاضي من الشاهد خلاف ما اشتهر. ووجه الجواز أن علمه بعدالة الشهود أو فسقهم ليس حكماً في القضية⁽²⁾.

وحاصل التحرير في هذه المسألة أن القاضي إذا علم عدالة شاهد تبع علمه، ولا يحتاج لطلب تزكية ما لم يجرحه أحد، وإلا فلا يعتمد على علمه؛ لأن غيره علم ما لم يعلمه. وإذا علم جرحه شاهد فلا يقبله، ولو عدله غيره ولو كان المعدل له كل الناس؛ لأنه علم ما لم يعلمه غيره، اللهم إلا أن يطول ما بين علمه بجرحته وبين الشهادة بتعديله، وإلا قدم المعدل له على ما يعلمه القاضي.

كما يجوز للقاضي أن يستند إلى إقرار الخصم المشهود عليه بالعدالة لمن شهد عليه فيحكم بها، ولو علم القاضي خلاف ذلك؛ لأن إقرار الخصم بعدالة الشاهد كالإقرار بالحق.

الحكم بالتوسم والفراسة⁽³⁾:

التوسم: التثبت والتفكر؛ مأخوذ من الوسم وهو التأثير بحديدة في جلد البعير وغيره. والتوسم يكون بجودة القريحة، وحدة خاطر، وصفاء الفكر، وتفريغ القلب من حشو الدنيا، وتطهيره من أدناس المعاصي وكدورة الأخلاق وفضول الدنيا. ولا يجوز الحكم بالتوسم والتفرس؛ لأن مدارك الأحكام معلومة شرعاً، مدركة قطعاً، وليست الفراسة منها.

الحكم على الغائب:

إذا كان المدعى عليه قريب الغيبة، كاليومين والثلاثة وما قاربها، مع الأمن في الطريق، فحكمه كالحاضر في سماع الدعوى عليه والبينة. ثم يرسل إليه بالإعذار فيها، وأنه إما أن يقدم أو يوكل وكياً عنه في الدعوى، فإن لم يقدم ولا وكلاً عنه وكياً حكماً عليه في كل شيء، وبيع عقاره في الدين، ويعجزه بأن يحكم عليه بعدم قبول حجته إذا قدم. إلا في دم، ونسب، وطلاق، وحبس على ما تقدم⁽⁴⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 1/177. (2) المعونة: 3/1504.

(3) أحكام القرآن: 3/107، والجامع لأحكام القرآن: 10/32.

(4) علق الشيخ الصاوي على هذا الاستثناء فقال: هذا الاستثناء مشكل مع ما تقدم من أن هذه =

ومحلّ كون القاضي يحكم على الغائب إذا كان غائباً عن محل ولايته: إن كان متوطناً بولايته، أو له مال، أو وكيل، أو حميل، وإلا لم يكن له سماع الدعوى عليه ولا حكم.

وإذا كان الغائب بعيد الغيبة جداً، كأفريقية من المدينة، فإنه يقضى عليه في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها، يمين القضاء من المدعي وهي: أن حقه هذا ثابت على المدعي عليه، وأنه ما أبرأه به، ولا وكل الغائب من يقضيه عنه، ولا أحاله به على أحد في الكل ولا البعض.

ويمين القضاء واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب. ومقابله أنها استظهار؛ أي: مقوية للحكم، فلا ينقض الحكم بدونها على هذا. ويجب يمين القضاء أيضاً فيما يلي:

- الميت يدعى عليه بشيء؛ فلا بد من يمين القضاء بعد البينة بالدين.

- اليتيم يدعى عليه بشيء تحت يده؛ فلا بد من يمين القضاء من المدعي بعد إقامة البينة عليه أنه على ملكه إلى الآن، وأنه ما تصدق به عليه، ولا وهبه، ولا حبسه عليه. ومثل اليتيم الصغير والسفيه.

- الفقراء كذلك.

وأما في الغيبة المتوسطة في العشرة الأيام وما قاربها مع الأمن، واليومين مع الخوف؛ فكذلك يقضى عليه فيها مع يمين القضاء في غير استحقاق العقار من دين أو غيره. وفي دعوى استحقاق عقار فلا يقضى به بل تؤخر الدعوى حتى يقدم، ودليل التأخير في العقار لمتوسط الغيبة⁽¹⁾: الاستحسان. ووجهه لقوة المشاحة في العقار وحصول الضغائن والحقق بسببه فتؤخر الدعوى ليكون حضوره أقطع للنزاع، وهذا بخلاف بعيد الغيبة جداً فإن في الصبر لقدمه شدة ضرر على المدعي.

ويستمي القاضي للغائب البعيد أو المتوسط الشهود إذا قدم من غيبته، وكذا من عدلهم إن احتاجوا للتعديل.

فإن لم يستم له الشهود ولم يحلف المدعي يمين القضاء نقض حكمه. وهذا يفيد أن تسمية الشهود شرط لصحة الحكم على الغائب. وقال بعضهم: محل نقض الحكم بسبب عدم تسمية الشهود ويمين القضاء، ما لم يشتهر القاضي بالعدالة وإلا فلا ينقض.

= المستثنيات في تعجيز الطالب لا المطلوب كما تقدم له في قوله - أي: الشيخ الدردير - : فهذه المستثنيات إنما هي مفروضة في كلام الأئمة في الطالب، وأما المطلوب فيعجزه فيها وفي غيرها كما ذكره بعضهم.

واعلم أنّ متوسط الغيبة كبعيدها، حتى في بيع عقاره لدين أو نفقة، إلا في دعوة استحقاق العقار فيفترقان.

والدليل على جواز الحكم على الغائب⁽¹⁾:

أ - عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم؟ فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ قضى على أبي سفيان وهو غير حاضر.

ب - عن أبي موسى الأشعري قال: كان رسول الله ﷺ إذا حضره الخصمان وتواعدا الحضور من الغد، فوقى أحدهما ولم يف الآخر، قضى للذي وقى على الذي لم يف⁽³⁾.

ج - روى مالك في الموطأ أنّ رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج، فيشتري الرواحل فيغلي بها. ثم يسرع السير فيسبق الحاج. فأفلس. فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب. فقال: أمّا بعد؛ أيها الناس فإنّ الأسيفع، أسيفع جهينة، رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج⁽⁴⁾. ألا وإنّه قد دان معرضاً⁽⁵⁾، فأصبح قد رين به⁽⁶⁾. فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة. نقسم ماله بينهم. وإياكم والدين، فإنّ أوله هم وآخره حرب⁽⁷⁾. ووجه الاستدلال أن أسيفعاً لم يكن حاضرأ، ولا أنكر ذلك على عمر أحد.

د - دلالة الأولى على الميت؛ لأنّ عدم الحضور بالموت أبلغ في التعذّر منه بالغيبة، فإذا قضى مع الموت، فمع الغيبة أولى.

هـ - سدّ ذريعة إبطال حقوق الناس؛ لأنّ منع الحكم على الغائب يؤدي إلى إبطال حقوق الناس وتعطيل القضاء؛ لأنّه لا يشاء أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلاّ غاب فلا يمكن القضاء عليه.

(1) الإشراف: 958/2، والمعونة: 1512/3.

(2) أخرجه البخاري في النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل؛ ومسلم في الأضحية، باب قضية هند.

(3) الإشراف: 959/2.

(4) قوله: رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج: أي أراد ذمّه تحذيراً لغيره وزجرأ له؛ لأنّ ما فعله ليس بدين ولا أمانة؛ لأنّه كان يقصد أن يقال: إنّه سبق الحاج.

(5) قوله: ألا وإنّه قد دان معرضأ: أي اشترى بدين ولم يهتم بقضائه؛

(6) قوله: قد رين به: أي أحاط بماله الدين.

(7) أخرجه مالك في الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته؛ والبيهقي في التفتيس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله؛ وابن أبي شيبة في البيوع، باب في رجل يركبه الدين، عن بلال بن الحارث.

حكم القاضي بالشيء الغائب:

يجوز للقاضي أن يحكم بشيء غائب عن بلد الحكم، ولو كان في غير محلّ ولايته، وذلك بشروط: أن يتميّز الشيء الغائب بالصفة، من حيوان أو ثوب أو عقار، من سائر المقومات. ولا يطلب حضوره. فلو كان لا يتميّز بالصفة كقطن وحرير، فإن شهدت البيّنة بقيمته - سواء كان من المقومات أو المثليات - حكم به أيضاً وإلا فلا. وإنما اعتبرت القيمة في المثلي للجهل بصفته.

وأما الشيء الحاضر في البلد، فلا بدّ من إحضاره مجلس الحكم، سواء تميّز بالصفة أم لا، إلا أن يعسر إحضاره فلا بدّ من بيّنة الحيازة.

وإذا كان للقاضي الحكم بالشيء الغائب - ولو عقاراً -، فالدعوى ترفع حيث المدعى عليه على الأرجح، فللطالب إقامة الدعوى على خصمه حيث وجده. وقيل: محلّ الدعوى حيث المدعى به فيجانب المدعى عليه إذا طلب الدعوى فيه. وهذا الخلاف في العقار وغيره من المعيّنات، وأما الدين فحيث المدعى عليه اتفاقاً. والخلاف أيضاً فيما إذا كان المدعى عليه متوطناً بغير ولاية القاضي فدخل بلد القاضي فتعلق به خصمه. وأما قاضي بلده فيحكم عليه وهو غائب إذا كانت الغيبة بعيدة جداً ولو في استحقاق العقار أو متوسطة في غير استحقاق العقار، والقريب كالحاضر وقد تقدم الكلام على ذلك. وأما المتوطن ببلد القاضي ادّعى عليه بغائب فهو داخل في شرط التميّز بالصفة.

إذا كان الشخص غائباً وخاف حاضر أن يضيع ماله، فرفع الحاضر الأمر للقاضي وادّعى نيابة عن الغائب بلا توكيل منه، حسة لله لحفظ مال الغائب؛ فإنه يمكن من الدعوى عند ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: لا يمكن من ذلك.

ومحلّ القولين إذا كان من يريد الدعوى لا حق له في ذلك المال ولا ضمان عليه فيه؛ أما من له فيه حق كزوجة الغائب وأقاربه الذين تلزمه نفقتهم فيمكنون من الدعوى اتفاقاً بين القولين؛ وكذلك إذا كان عليه فيه ضمان كمستعير لما يغاب عليه ومرتهن كذلك، وحميلٌ مدينٌ أراد فراراً أو سفراً بعيداً فإنه يمكن من الدعوى اتفاقاً.

قضاء القاضي بغير ولايته:

لا حكم للقاضي بغير ولايته، بل هو فيها كآحاد الناس.

أخذ صاحب الحقّ حقّه بنفسه إذا لم يكن له بيّنة:

من له حقّ ماليّ على آخر وأنكره. ولم يجد بيّنة، أو سرق منه شيئاً أو غصبه، أو أقرّ وكان ممّاطلاً، ولم يقدر على خلاصه منه بحاكم، وقدر على أخذ حقّه باطناً بسرقة ونحوها، فله أخذه بشروط ثلاثة هي:

- 1 - أن يأمن الفئنة؛ أي: وقوع فئنة من ضرب أو جرح أو حبس ونحو ذلك.
 - 2 - أن يأمن نسبة الرذيلة إليه من سرقة أو غصب.
 - 3 - أن يكون الحق غير عقوبة. فإن كان عقوبة فلا يجوز له أن يستوفيها بنفسه بل لا بد من الحاكم، فلا يضرب به من ضربه، ولا يجرح من جرحه، ولا يسب من سبه. فإن لم يوجد حاكم منصف وجب عليه التفويض لله الحكم العدل، ولا يأخذ ثأره بنفسه، لما فيه من زيادة الهرج والفساد في الأرض.
- وهذه المسألة ذكرت في باب الوديعة والشهادة، وكررت هنا لمناسبة القضاء.

التوكيل في الخصومة:

يصح التوكيل في الخصومة. ويصح التوكيل ولو من غير حضور الخصمين عند القاضي والدليل: القياس على البيع والشراء؛ لأنه استنابة فيما يصح النيابة فيه، فلم يفتقر إلى حضور الخصم كالبيع والشراء⁽¹⁾.

مشروعية اتخاذ السجن:

قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ آرَبْتُمْ لَهُ شَيْئًا لَّيْسَ لَهُ شَاقٌّ وَلَا تُكْتَسَبُ شَهْدَةُ اللَّهِ إِنَّآ إِذآ لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴿١٦٦﴾ [المائدة: 106]. قال الإمام القرطبي: «وهذه الآية أصل في حبس من وجب عليه حق، والحقوق على قسمين: منها ما يصلح استيفاؤه معجلاً، ومنها ما لا يمكن استيفاؤه إلا مؤجلاً، فإن خلّي من عليه الحق غاب واختفى، وبطل الحق وتوى، فلم يكن بدّ من التوثق منه؛ فإما بعوض عن الحق وهو المسمى رهناً، وإما بشخص ينوب منابه في المطالبة والذمة وهو الحميل وهو دون الاول؛ لأنه يجوز أن يغيب كمغيبه ويتعذر وجوده كتعذره، ولكن لا يمكن أكثر من هذا. فإن تعذرا جميعاً لم يبق إلا التوثق بحبسه حتى تقع منه التوفية لما كان عليه من حق، أو تبيين عسرته»⁽²⁾.

وهذا الدليل يضاف إلى ما ذكرناه في مشروعية السجن في باب الفلس.



الشهادة

تعريف الشهادة لغة:

تطلق الشهادة لغة على الإعلام وعلى الحضور، نحو: شهد زيد مجلس القوم؛ وعلى العلم نحو قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: 18].

تعريف الشهادة اصطلاحاً:

الشهادة إخبار عدل حاكماً بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه.
فقوله: «حاكماً» أي: أو محكماً.

وقوله: «بما علم» أي: إخبار ناشئ عن علم، لا عن ظن أو شك.
وقوله: «بأمر عام» أي: بأمر جزئي أو أمر عام. وهو ردّ على من خصّ الشهادة بالأمر الجزئي. ومثال الأمر العام: إعلام العدول برؤيتهم الشهر.
وقد لا تتوقف الشهادة على تقدّم دعوى، كإعلام العدول برؤيتهم الشهر فيحكم بشبوتها. ويترتب على حكمه أمور؛ كوجوب الصيام، والوقوف بعرفة، وتمام عدة أو كفارة، أو تمام أجل لدين ونحو ذلك.

وقول العلماء: «حكم الحاكم يتوقف على دعوى صحيحة»، مرادهم في المعاملات والخصومات؛ كالدين، والقذف، والقتل، والعق، والنسب؛ وذلك من كلّ أمر لم يتمحض الحق فيه لله تعالى. وقد لا يتوقف على دعوى كروية الهلال، وشرب الخمر، والزنا، من كلّ أمر يتمحض الحق فيه لله تعالى، فإنّ الشهادة فيه لا تتوقف على تقدم دعوى، وإنما تكفي البينة في ذلك وإن لم تتقدم دعوى من تلك البينة؛ لأنّ الشهادة فيها حسة فعليه أن يشهد وإن لم يستشهد.

والفرق بين الرواية والشهادة، أنّ الخير إمّا أن يقصد أن يرتب عليه فصل قضاء وإبرام حكم أم لا؛ فإن قصد به ذلك فهو الشهادة، وإن لم يقصد به ذلك فإمّا أن يقصد به تعريف دليل حكم شرعي يشرعه أو لا؛ فإن قصد به ذلك فهو الرواية، وإلا فهو سائر أنواع الخبر⁽¹⁾.

(1) انظر في: حاشية الشرح الصغير مختلف الأقوال في الفرق بين الخبر والشهادة والرواية، ومناقشة الإمام القرافي في ذلك.

حكم تحمّل الشهادة:

التحمل للشهادة لغة: هو الالتزام، فإذا التزم دفع ما على المدين، يقال: إنه تحمل بالدين.

وأما في عرف أهل الشرع: فهو علم ما يشهد به بسبب اختياري. فخرج بقوله: بسبب اختياري، علمه لما يشهد به بدون اختيار، كما إذا كان ماراً فسمع من يقول لزوجته هي طالق فلا يسمّى تحملاً.

وحكم تحمّل الشهادة فرض في الجملة.

ودليل فرضيته⁽¹⁾:

أ - أنه من أفضل أعمال البرّ الواجبة، قال الله تعالى: ﴿وَتَمَآوَنُوا عَلَىٰ الْبَرِّ وَاللَّقَوِيُّ﴾ [المائدة: 2]؛ ووجه الوجوب من الآية أنه يتعلق به حفظ أموال الناس وحقوقهم، وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده⁽²⁾.

ب - قوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. قوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا﴾ بمعنى أشهدوا، فالسين والتاء فيه لطلب الشهادة؛ أي: اطلبوا شهادة شاهدين، فيكون تكليفاً بالسعي للإشهاد، وهو التكليف المتعلق بصاحب الحق⁽³⁾. وتقدم في باب الدين بيان حكم الإشهاد.

ج - قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282]؛ أي: ولا يمتنع الشهداء عن تحمّل الشهادة إذا دعوا ليستحفظوها. وقد جيء في خطاب الشهداء بصيغة النهي اهتماماً بما فيه من التفريط، فإنّ الشهود يظنّ بهم الامتناع فنهوا عنه.

وقد حمل بعض العلماء هذه الآية على حالة تحمل الشهادة. وردّ القاضي ابن رشد الجدّ على هذا القول بأنّ الشاهد لا يسمّى شاهداً إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة؛ وأما قبل ذلك فليس بشاهد؛ فلا يدخل في الآية⁽⁴⁾. وحملها الشيخ ابن عاشور - مؤيداً القول الأول - على نكتة بلاغية، وهو تسمية المدعويين لتحمّل الشهادة شهداء باعتبار المشاركة على الشهادة، للإيماء إلى أنّهم بمجرد دعوتهم إلى الإشهاد قد تعيّن عليهم الإجابة، فصاروا شهداء. وعلى هذا فإنّ حذف المتعلّق بفعل «دعوا» لإفادة شمول ما يدعون لأجله في التعاقد، من تحمّل عند قصد الإشهاد، ومن أداء عند الاحتياج إلى البيّنة⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 3/ 1540، المقدمات: 2/ 280، والتحرير والتنوير: 3/ 112.

(2) المعونة: 3/ 1540.

(3) أحكام القرآن: 1/ 252، والتحرير والتنوير: 3/ 105.

(4) المقدمات: 2/ 283. (5) التحرير والتنوير: 3/ 112.

ومحلّ وجوب تحمّل المرء الشهادة إن أُفْتَقِرَ إليه، بأن خيف بتركه ضياع الحق من مال أو غيره.

ووجوب تحمّلها هو على الكفاية. ويتعين بما يتعين به فرض الكفاية. ودليل حمل الآية على الكفاية⁽¹⁾:

أ - أنه إذا قيم بالشهادة على وجهها فقد امتثل الأمر، وسقط الفرض، إذ لا معنى لقيام من قام بها بعد ذلك.

ب - أن الشهادة براءة للتوثق وحفظ الحقوق، فإذا حصل هذا المعنى بالبعض من المكلفين سقط عن الباقين.

ج - أن تحمّل جميع الناس للشهادة، وأداء جميعهم لها تضييع للأشغال والمصالح.

وظاهر كلامهم: ولو كان المتحمّل فاسقاً وقت التحمل أو مجروحاً بشيء آخر، لجواز زوال المانع وقت الأداء، ولا يقدح فيه الخصم.

فإن لم يفتقر إليه لا يكون فرض كفاية بل يكون جائزاً. وقد لا يجوز كشهادة على زناً من دون أربع عدول.

وتقدم في باب القرض والمقاصة بيان الحكمة من مشروعية الإشهاد على الدين وكتابته.

حكم أداء الشهادة:

إذا لم يقرّ المدعى عليه، تعيّن على المتحمّل للشهادة أداء الشهادة، عند الحاكم أو جماعة المسلمين، فلا يحلّ لمن كانت عنده شهادة أن يكتمها، ويلزمه إذا دعي إليها أن يقوم بها.

ودليل وجوب أداء الشاهد الشهادة إذا دعي إلى ذلك⁽²⁾:

أ - قول الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2]. ومعنى إقامة الشهادة إيقاعها مستقيمة لا عوج فيها، فالإقامة مستعارة لإيقاع الشهادة على مستوفيهما ما يجب فيها شرعاً مما دلت عليه أدلة الشريعة.

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُرْهَا فَإِنَّهُ إِثْمٌ قَبْلَهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 283]. وجه الاستدلال أن الله تعالى نهى الشاهد عن كتمان الشهادة، والوعيد بتأثير القلب يدل على التحريم⁽³⁾.

(1) المعونة: 3/1540، والمقدمات: 2/280، وأحكام القرآن: 1/256.

(2) المقدمات: 2/281، وأحكام القرآن: 1/263، والتحرير والتوير: 28/310.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 2/314.

ج - قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282]؛ أي: ولا يمتنع الشهداء عن أداء الشهادة. وقد حمل بعض العلماء هذه الآية على حالة الأداء. وخالف ابن العربي فحملها على حالة التحمل، وأما حالة الأداء فهي مبيّنة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشُّهَدَاءَ﴾. وقدم ما نقلناه عن الشيخ ابن عاشور من حمل الآية على ما يشمل الأداء والتحمل.

وأما إذا لم يدع إلى الشهادة؛ فالحكم أنها إذا كانت في حق آدمي فلا يجوز له رفع شهادته للحاكم قبل أن يطلبه المشهود له، وذلك مبطل لشهادته؛ نعم يجب على الشاهد أن يعلم صاحب الحق بأنه شاهد له، وجوباً عينياً إن توقف الحق على شهادته، وكفاً إن لم يتوقف.

أما إذا كانت في حق الله وهو ما ليس للمكلف إسقاطه فتجب المبادرة بالرفع للحاكم بقدر الإمكان. فإن أقر الرفع زيادة على القدر الذي يمكن فيه الرفع كان جرحه في شهادته.

ويشترط لوجوب المبادرة بالرفع أن يستدام ارتكاب التّحريم عند عدم الرفع؛ كطلاق الرجل لزوجته مع كونه لم ينكف عنها، ووقف على معين أو غيره - ولا سيما إذا كان مسجداً أو رباطاً أو مدرسة -، وواضع اليد عليه يتصرف فيه تصرف الملاك، ورَضاع بين زوجين لم ينفصلا؛ فتجب المبادرة بالرفع إلى الحاكم.

فإن لم يستدام ارتكاب التحريم، بأن كان ينقضي بالفراغ من متعلقه، كالزنا وشرب الخمر ينقضيان بالفراغ منهما، تُخَيَّرَ الشاهد في الرفع وعدمه. والترك أولى لما فيه من الستر المطلوب على جهة التدب لا على جهة الوجوب، وهذا قول بعض الفقهاء، وفي «المواق»: أن ستر الإنسان على نفسه وعلى غيره واجب، وحينئذ فيكون ترك الرفع واجباً. والأصل في ذلك⁽¹⁾: ما رواه سعيد بن المسيب قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال لرجل من أسلم يقال له هزال: «يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك»⁽²⁾. وهزال هو الذي حثّ ماعزاً على القدوم للنبي ﷺ للاعتراف بالزنا. والمعنى: كان سترك له بأمره بالتوبة وكتمان الخطيئة، أفضل من دفعه لما أتاه والتسبب في إقامة الحدّ عليه. وإنما ذكر الرداء كناية عن إخفاء أمره على وجه المبالغة، وتعريض بهزال لهتكه ستر ماعز.

وهذا في غير المجاهر بالفسق، وإلا فالرفع أولى؛ لأجل أن يرتدع عن فسقه، وقد كره الإمام مالك وغيره الستر عليه. وسيأتي الاستدلال على حكم ترك الشهادة في أبواب الزنا والقذف والسرقة والخمر.

(1) المقدمات: 282/2.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ وأبو داود في الحدود، باب في الستر على أهل الحدود.

وهذا بخلاف الحريص على تحمّل لشهادة، فلا يقدر فيه، كالمختفي عن المشهود عليه ليشهد على إقراره إن أقر، بشرط أن لا يكون المقرّ مخدوعاً أو خائفاً، وإلا فلا تقبل الشهادة عليه. والمخدوع هو المغرور بشيء في نظير الإقرار، والخائف كإقرار من في السجن الخائف من العذاب. والحاصل أن المخدوع والخائف لا تقبل عليه شهادة مطلقاً، ولو قال: اشهدوا عليّ.

. ويتقسيم حكم الحريص على الأداء، بين حق الآدمي فلا يجوز وحقّ الله يجوز، يندفع التعارض بين ما جاء في معرض الذمّ عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال، قال النبي صلى الله عليه وآله: «خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم»، قال عمران: لا أدري أذكر النبي صلى الله عليه وآله بعد قرنين أو ثلاثة، قال النبي صلى الله عليه وآله: «إنّ بعدكم قوماً يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يفون، ويظهر فيهم السمن»⁽¹⁾، وبين ما جاء في معرض المدح عن زيد بن خالد الجهني أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «ألا أخبركم بخبر الشهداء، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها»⁽²⁾، فيحمل الحديث الأول على القسم الأول، والحديث الثاني على القسم الثاني⁽³⁾.

كما يتعين الأداء على شاهد ثالث ورابع وخامس، إن لم تقبل شهادة من قبلهم عند الحاكم لكونهم متهمين بأمر مما مرّ حتى تتمّ الشهادة. ويجب على من كانت عنده شهادة أن يقوم بأدائها من مسافة ثلاثة برد لا من أربعة.

انتفاع الشاهد على شهادته تحملاً وأداءً:

إنّ انتفع من تعيّن عليه الأداء، بأن أخذ في مقابلة الأداء شيئاً من الدراهم أو غيرها ينتفع به، فهو جرّحة قاذحة في الشهادة امتنع من الأداء أو لم يمتنع؛ لأنّ الانتفاع رشوة في نظير ما وجب عليه سقط لشهادته قال تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فإِنَّهٗ ءِإِثْمٌ قَلْبُهُ﴾ وهذا قد كتّمها حتى يأخذ رشوة.

ويستثنى من منع الانتفاع ركوّبه لدابة لمجلس الحكم لعسر مشيه، ولا دابة له، فيجوز وليس بجرح.

وأما الانتفاع على التحمّل - إذا لم يتعيّن - فيجوز. فإن تعيّن لم يجز، وقيل

(1) أخرجه البخاري في الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضل الصحابة.

(2) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما جاء في الشهادات؛ ومسلم في الأفضية، باب بيان خير الشهود.

(3) بلغة السالك: 351/2.

بالجواز إن كان يكتبها في وثيقة ممن انتصب لذلك، وكذا إذا لم ينتصب في نظير كتابته؛ لكن بشرط أن لا يأخذ أكثر مما يستحقه وهو أجره المثل.

ولا يجب عليه السفر أربعة برد لأداء الشهادة؛ لأن مسافة القصر شأنها المشقة، ولذا قصرت فيها الصلاة وجاز فيها الفطر برمضان.

ولمن كان على مسافة أربعة برد الانتفاع من المشهود له حينئذٍ، إذ كان على مسافة القصر، لعدم وجوب الأداء عليه، ولو بِنَفَقَةٍ يأخذها في نظير سفره ذهاباً وإياباً، فأولى الانتفاع بدابة يركبها.

ولما كان تحمل الشهادة وأدائها فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط الحكم عن البعض الآخر، لما تقدم من الأدلة؛ فإنه يجوز جعلها ولاية، يقيم الإمام أو نائبه للناس شهوداً ويبرزهم لهم، ويجعل لهم من بيت المال كفايتهم، فلا يكون لهم شغل إلاّ تحمّل حقوق الناس حفظاً، وإحياؤها لهم أداء؛ ويكون أجرهم كأرزاق القضاة والولاية وجميع المصالح التي تعنّ للمسلمين، وقد أصّل لذلك كلّ من ابن العربي والقرطبي⁽¹⁾. وقال ابن عاشور: «وقد أحسن قضاة تونس المتقدّمون وأمراءها في تعيين منتصبين للشهادة بين الناس، يؤخذون ممن يقبلهم القضاة ويعرفونهم بالعدالة، وكذلك كان الأمر في الأندلس، وذلك من حسن النظر للأمة، ولم يكن متبعاً في بلاد المشرق، بل كانوا يكتفون بشهرة عدالة بعض الفقهاء وضبطهم للشروط وكتب الوثائق فيعتمدهم القضاة، ويكلون إليهم ما يجري في النوازل من كتابة الدعوى والأحكام. وكان مما يعدّ في ترجمة بعض العلماء أن يقال: كان مقبولاً عند القاضي فلان»⁽²⁾.

شرط صحة الشهادة عند الحاكم:

يشترط لصحة الشهادة: العدالة.

والأصل في اشتراط العدالة في الشهود ما يلي⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]؛ أي: من المسلمين، فعلم أنّ العدالة معنى زائد على العلم بالإسلام.

ب - قوله تعالى: ﴿مِمَّن رَّضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. ويدلّ على أنّ في الشهود من لا يُرضى، والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله، ولا يكفي في ذلك العلم بصحة اعتقاده؛ لأنّ أفعاله قد تكون مخالفة لما يوجه اعتقاده.

(1) أحكام القرآن: 256/1، والجامع لأحكام القرآن: 301/2.

(2) التحرير والتنوير: 113/3.

(3) الإشراف: 956/2، والمعونة: 1517/3، والمقدمات: 271/3، وشرح التلقين: م 4/246،

وأحكام القرآن: 1336/3، 1340، والجامع لأحكام القرآن: 299/2.

ج - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَآ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَأَجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾﴾ [النور: 4]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى رتب على القذف وعدم الإتيان بأربعة شهداء، الجلد وعدم قبول شهادة القاذف، ووصفه بالفسق، فدل على أنه قبل ذلك لا يوصف به وتقبل شهادته، وضد الفسق العدالة. وأن قوله: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ جملة تعليلية؛ أي: إن الفسق هو العلة التي من أجلها لم تقبل شهادته.

هـ - أن مجرد الإسلام لو كان علة في قبول الشهادة لوجب قبول شهادة المسلم الفاسق.

هذه الأدلة تفيد أنه لا يكتفى بظاهر الإسلام في الشهادة حتى يقع البحث عن العدالة في سائر الحقوق المالية والبدنية⁽¹⁾.

والحكمة من قصر الشهادة على العدل أنها ولاية عظيمة؛ إذ هي تنفيذ قول الغير على الغير، فمن حكم الشاهد أن يكون له شمائل ينفرد بها، وفضائل يتحلّى بها، حتى يكون له مزية على غيره توجب له تلك المزية رتبة الاختصاص بقبول قوله على غيره، ويقضى له بحسن الظن، ويحكم بشغل ذمة المطلوب بالحق بشهادته عليه، ويغلب قول الطالب على قوله بتصديقه له في دعواه⁽²⁾.

والعدل⁽³⁾ هو من توفرت فيه الشروط التالية:

1 - الإسلام: فلا تصح شهادة كافر.

والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وقوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن الإضافة في «منكم» و «رجالكم» تعود إلى الدين، فأفادت أن الكافر لا مدخل له، وأن الإسلام شرط في العدالة. ذلك أن افتتاح آية الإشهاد في سورة الطلاق كان بقوله: ﴿يَتَأَيَّأُ النَّبِيُّ﴾، وفي سورة البقرة كان بقوله: ﴿يَتَأَيَّأُ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾.

ب - قوله تعالى: ﴿مِمَّن رَّضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن الإسلام شرط في الرضا بالشهود.

(1) أحكام القرآن: 354/1.

(2) أحكام القرآن: 254/1، والجامع لأحكام القرآن: 300/2.

(3) تختلف شروط العدالة بين المحدثين والفقهاء في شرط الحرية، فهو عند الفقهاء شرط، وعند المحدثين ليس شرطاً. وقد أسقطناه هنا لانتفاء الرق.

(4) المعونة: 1526/3، والمقدمات: 285/2، وأحكام القرآن: 251/1، وبداية المجتهد: 2/

497، والتحرير والتنوير: 106/3.

ج - دلالة الأولى؛ لأن فسق المسلم أدون من كفر الكافر وشهادته غير مقبولة؛ فشهادة الكافر أولى.

قال الشيخ ابن عاشور في بيان علة عدم قبول شهادة الكافر: «وأما الكافر فلأن اختلاف الدين يوجب التباعد في الأحوال والمعاشرات والآداب فلا تمكن الإحاطة بأحوال العدول والمرتابين من الفريقين، كيف وقد اشترط في تزكية المسلمين شدة المخالطة، ولأنه قد عرف من غالب أهل الملل استخفاف المخالف في الدين بحقوق مخالفه، وذلك من تخليط الحقوق والجهل بواجبات الدين الإسلامي. فإن الأديان السالفة لم تتعرض لاحترام حقوق المخالفين، فتوهم أتباعهم دحضها. وقد حكى الله عنهم أنهم قالوا: ﴿لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ﴾. وهذه نصوص التوراة في مواضع كثيرة تنهى عن أشياء أو تأمر بأشياء وتخضعها بيني إسرائيل، وتسوغ مخالفة ذلك مع الغريب، ولم نر في دين من الأديان التصريح بالتسوية في الحقوق سوى دين الإسلام، فكيف نعتد بشهادة هؤلاء الذين يرون المسلمين مارقين عن دين الحق مناوئين لهم، ويرمون بذلك نبيهم فمن دونه، فماذا يرجى من هؤلاء أن يقولوا الحق لهم أو عليهم والنضرائية تابعة لأحكام التوراة. على أن تجافي أهل الأديان أمر كان كالجيلي فهذا الإسلام مع أمره المسلمين بالعدل مع أهل الذمة لا نرى منهم امتثالاً فيما يأمرهم به في شأنهم. وفي القرآن إيماء إلى هذه العلة: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ﴾⁽¹⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَصَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَنْتَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِمَّنْكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرِيحَتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْمِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْوَصِيَّةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْرِي بِهِ شَيْئاً وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ﴾ [المائدة: 106]. فمعنى ﴿أَوْ ءَاخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: من غيركم؛ أي: من غير جنس المسلمين، وذلك في الوصية عند الموت في السفر إذا تعذر وجود مسلمين يشهدون. فهذا حكم منسوخ بالآيات المتقدمة التي تمنع شهادة الكافر، وهو قول زيد بن أسلم ومالك وأبي حنيفة والشافعي. وقال ابن عباس وأبو موسى الأشعري ومجاهد وشريح وأحمد وسفيان الثوري بقبول شهادة غير المسلمين في الوصية في السفر وقضى به أبو موسى الأشعري مدة قضائه في الكوفة. ووافقهم الإمام القرطبي واعترض على القول بالنسخ، وذكر أن شهادة الكافر جائزة في الوصية في السفر خاصة كما جاء في الآية، للضرورة حيث لا يوجد مسلم، وأما مع وجود مسلم فلا. وأن القول بالنسخ لا مستند له، إذ لا يثبت ناسخ على وجه يتنافى الجمع بينه وبين المنسوخ مع تراخ بينهما، وهو شرط النسخ؛ لأن ما ذكر من الآيات أنها ناسخة لآية المائدة لا يصح ذلك؛ لأنها في موضوع الدين وهو غير موضوع الوصية الذي

وردت فيه آية المائدة بإشهاد غير المسلم. ونقل عن ابن عباس والحسن وغيرهما أنه لا منسوخ في سورة المائدة لأنها من آخر القرآن نزولاً⁽¹⁾.

ولا تقبل شهادة الكافر ولو لكافر على كافر، والدليل⁽²⁾: قياس الكافر على الفاسق المسلم؛ لأن كل من لم تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفاسق المسلم؛ ولأن الكافر قد سوى المسلم الفاسق في الفسوق وزاد عليه بالكفر.

ووجه منع شهادة بعضهم على بعض أنه يتعدّر لقاضي المسلمين معرفة أمانة بعضهم مع بعض وصدق أخبارهم⁽³⁾. وأما ما روي من اعتماد النبي ﷺ على شهادة ابني سوريا في الحكم على اليهوديين الزانين بالرجم؛ فالجواب أنه نفذ عليهم ما علم أنه حكم التوراة وألزمهم العمل به، على نحو ما علمت بنو إسرائيل، إلزاماً للحجة عليهم وإظهاراً لتحريفهم وتغييرهم؛ فكان النبي ﷺ بذلك منقذاً لا حاكماً⁽⁴⁾.

ويشترط الإسلام حال الأداء فقط، لا حال التحمّل.

2 - البلوغ: فلا تصحّ من صبي إلا إذا شهد الصبيان بعضهم على بعض في القتل بشروط تأتي في الجرح والقتل فقط. ويشترط البلوغ حال الأداء فقط، لا حال التحمّل.

ودليل اشتراط البلوغ لأداء الشهادة:

أ - قوله: ﴿وَأَسْشَهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن المراد بـ ﴿رِجَالِكُمْ﴾ المسلمون البالغون من ذكوركم؛ لأن الرجل في أصل اللغة يفيد البلوغ؛ لأن الطفل لا يقال له رجل⁽⁵⁾.

ب - أن الشهادة مأمور بأدائها والقيام بها، منهي عن كتمانها؛ والأمر والنهي لا يتوجه إلى المكلفين؛ لأنهم الذين يخافون العقاب فيشهدون بالحق ويتوقون الباطل، ومن لم يبلغ فليس بمكلف والقلم مرفوع عنه، فلا يتحرى حقاً ولا باطلاً؛ لأنه لا يتوقى عقاباً ولا يحقه إثم⁽⁶⁾. وأما قبول شهادتهم في الدماء فيما يقع بينهم فإنما أجزت للضرورة، فيجب قصرها على قدر ما دلّ عليه الدليل⁽⁷⁾.

والحكمة من عدم اعتبار الشرع شهادة الصبي لضعف عقله عن الإحاطة بمواقع الإشهاد ومداخل التهم⁽⁸⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 216 / 6، والتحرير والتنوير: 107 / 3.

(2) الإشراف: 972 / 2. (3) التحرير والتنوير: 108 / 3.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 104 / 6.

(5) أحكام القرآن: 250 / 1، والتحرير والتنوير: 106 / 3.

(6) المعونة: 1521 / 3، والمقدمات: 283 / 2.

(7) المعونة: 1526 / 3. (8) التحرير والتنوير: 106 / 3.

3 - العقل: فلا تصح من معتوه ومجنون لعدم ضبطه. ويشترط البلوغ حال التحمل والأداء.

ودليل اشتراط العقل⁽¹⁾:

أ - قال تعالى على لسان إخوة يوسف: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمَنَا﴾ [يوسف: 81]. ووجه الاستدلال أنّ غير العاقل لا علم له بما يشهد به.

ب - قوله تعالى: ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. والمجنون غير مرضي.

ج - أن الجنون وعدم العقل ينافي التكليف وما يترتب عليه كالصغير.

واعلم أنّ الدعوى لا تتوقف على بلوغ ولا رشد، فإذا ادعى غير البالغ أو غير الرشيد بحق وأقام شاهداً واحداً قبلت منه الدعوى.

4 - عدم فسقٍ بجارحة: فلا تصحّ من الزاني والشارب والسارق ونحوهم. ودليل كون الفسق يناقض العدالة ما تقدم في دليل اشتراط العدالة من وصف القاذف بالفسق.

وأما مجهول الحال فالمعتمد في المذهب أنّه لا تصحّ شهادته؛ لأنّ الأصل في الناس الجرحه، فيستصحب الأصل إلّا للدليل يثبت الضدّ.

وقال ابن رشد الجدّ: يتوقف في شهادته حتى يسأل عنها، ولا يحمل على جرحه ولا عدالة. وأجاز ابن حبيب شهادة من يتوسّم فيه العدالة فيما يقع بين المسافرين، وذلك للضرورة إلى ذلك قياساً على إجازة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح. وأجاز بعض فقهاء المذهب شهادته في اليسير جداً من المال. وكلّ هذه الأقوال دليلها الاستحسان. وأمّا القياس فيقتضي ألاّ تجوز شهادة أحد حتى تعرف عدالته، للأدلة المتقدمة في اشتراط العدالة⁽²⁾. وهذا ما جرى عليه القول المعتمد؛ أي: عدم ثبوت العدالة.

والدليل على وجوب الثبّت في عدالة الشاهد المجهول:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَ كُرْ فَاسِقٌ. يَنْبِئُ فَتَتَيْنَا أَنْ نُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَنَّمَ فَنُصِيبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ كَذِبِينَ﴾ [الحجرات: 6]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى أمر بالثبّت قبل قبول قول الشاهد أو المخبر، فإن حكم الحاكم قبل الثبّت فقد أصاب المحكوم عليه بجهالة. فإن قضى بما يغلب على الظنّ لم يكن ذلك عملاً بجهالة؛ كالقضاء بالشاهدين العدلين وقبول قول العالم المجتهد؛ وإنما العمل بالجهالة قبول قول من لا يحصل غلبة الظنّ بقوله⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]. ويدلّ على أنّ في

(1) المعونة: 3/ 1525، والمقدمات: 2/ 284.

(2) المقدمات: 2/ 286.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 16/ 225.

الشهود من لا يُرضى، ويأتي على هذا أنّ الناس ليسوا محمولين على العدالة حتى تثبت لهم⁽¹⁾.

5 - عدم حجرٍ عليه لسفه: فلا تصحّ من سفیه محجور عليه؛ لأنّ السفیه يخدع. وأما غير المحجور عليه فشهادته صحيحة.

6 - المروءة: وهي كمال النفس، بصونها عما يوجب ذمها عرفاً، ولو بشيء مباح في ظاهر الحال. وإنّما اشترطت المروءة في العدالة لأنّ من تخلّق بما لا يليق، وإن لم يكن حراماً، جرّه ذلك لعدم المحافظة على دينه واتباع الشهوات، وسبقت الظنّة إليه وقدح ذلك في عدالته.

ومما يخلّ بالمروءة الأفعال التالية:

* الأكل بسوق لغير أهل السوق. وأما هم الجالسون فيه لا يخلّ بمروءتهم الأكل فيه للضرورة.

* اللعب بحمام وغيره من الحيوان الذي يلعب به طيراً أو غيره كالعصافير. وهذا إن لم يكن محرّماً كاللعب بها على وجه المسابقة، فإدامة ذلك يخلّ بالمروءة، وقد روي عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ رأى رجلاً يتبع حمامة فقال: «شيطان يتبع شيطانة»⁽²⁾.

وأما المحرم الذي من صفات الخسة الآتي الحديث عنها، والمحرم الذي ليس من الكبائر، كاللعب به على وجه فيه نوع تعذيب له، والمحرم الكبيرة كاللعب به مقامرة، فهو أولى بسقوط العدالة.

* الشطرنج والسيجة والطاب والترّد والمنقّلة بلا قمار، وإلا فهو من الكبائر؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، وهو داخل في الفسق. والمذهب أنّ لعب الشطرنج حرام، وقيل: مكروه، وفي شرح الحطاب قول بجواز لعبه في الخلوة مع نظيره لا مع الأوباش. وعلى كلّ من القول بالحرمة والكراهة تردّ الشهادة بلعبه، لكن عند الإدامة، لقول ابن رشد: لا خلاف بين مالك وأصحابه أنّ الإدمان على اللعب بها جرحه. وإنّما اشترط الإدمان في الشطرنج دون ما عداه من النرد والطاب والمنقّلة، لاختلاف الناس في إباحته، بخلاف غيره فجرحه مطلقاً.

* سماع غِنَاءٍ متكرر إذا لم يكن بقبیح القول أو بآلة، وإلا حرم، ولو في عرس، وكان من الفسق.

* السفاهة من القول، كالهزل الخارج عن عرف أهل الكمال من المجون والدعابة.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 299/2.

(2) أخرجه أبو داود في الأدب، باب اللعب بالحمام؛ وابن ماجه، في الأدب، باب اللعب بالحمام.

* الصغيرة حِسَّة، كتطيف بحبة وسرقة لقمة ونحوها، إذ فاعل ذلك لا مروءة عنده.
 * الرقص والصفق بالأكف بلا موجب يقتضيه، وكذا سائر اللعب، إلا ما استثناءه الشارع كالمسابقة، واللعب مع الزوجة والطفل الصغير إذا لم يكثر؛ لأنَّ الإنسان لا يسلم من يسير اللهو، فالعدل المذكور تقبل شهادته.
 قال الشيخ الصاوي: واعلم أنه إذا تعذر وجود العدل الموصوف بتلك الأوصاف، كما في زماننا هذا، اكتفي بالمسلم، البالغ، العاقل، المستور الحال، الذي لا يعرف عليه فسق، وقيل: يؤمر بزيادة العدد.

شهادة الأعمى والأصم والأخرس:

تقبل شهادة الأعمى فيما عدا المبصرات، من القول، والمشمومات، والمطعمومات، والملموسات. وتقبل شهادته في الأقوال مطلقاً، سواء تحمّلها قبل العمى أم بعده لضبطه الأقوال بسمعه. والمبصرات هي الأمور التي تتوقف على البصر، كالأفعال والألوان، فلا تجوز شهادته فيها مطلقاً، علمها قبل العمى أم لا.
 والدليل على قبول شهادة الأعمى فيما عدا المبصرات، ما جاء من كونها طريقاً لحصول العلم شرعاً وعادة⁽¹⁾:

- أ - قوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة في البصير والأعمى، والسامع والأصم، والناطق والأخرس.
 ب - قوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ [يوسف: 81]. ووجه الاستدلال أن الآية تضمّنت جواز الشهادة بأي وجه حصل العلم بها؛ فإنَّ الشهادة مرتبطة بالعلم عقلاً وشرعاً، فلا تسمع إلا ممّن علم. فكلّ من حصل له العلم بشيء جاز أن يشهد به.
 ج - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إن بلالاً يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم»⁽²⁾. وقد علم أنّ الصحابة لم يكونوا يميزون بين أذان بلال وأذان ابن أم مكتوم إلا بالصوت.

د - رواية الصحابة والتابعين عن أزواج النبي ﷺ، ومعلوم أنّهم سمعوا منه من وراء حجاب، وإنّما كانوا يميزون بينهنّ بالصوت.

هـ - أنّ الأعمى له أن يطأ زوجته، مع العلم بأنّه لا يفرّق بينها وبين غيرها إلا بالصوت والشم ونحو ذلك دون النظر، فإذا كان له ذلك فيما هو أغلظ وهو الإقدام على الفروج، جاز في الأدنى وهو الشهادة على الحقوق.

(1) الإشراف: 971/2، والمعونة: 1557/3، والجامع لأحكام القرآن: 172/9.

(2) أخرجه البخاري في الأذان، باب أذان الأعمى؛ ومسلم في الصيام، باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بظنوع الفجر.

و - أن العادة جارية بأن الأعمى إذا تكرّر عليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه وجاره وطال اجتماعه معهم وكثر طروق صوتهم لسمعه؛ ميّز بين أشخاصهم.

وتقبل شهادة الأصمّ فيما عدا المسموعات، من الفعل كالضرب والأكل والأخذ والإعطاء، ومن المسمومات والملموسات والمطعومات. فالأصمّ البصير يضبط الأفعال ببصره دون الأقوال، لتوقف ضبطها على السمع وهو معدوم.

وتجوز شهادة الأخرس، ويؤدّيها بإشارة مفهومة أو كتابة؛ والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. والآية عامة.

ب - عن عبد الله بن كعب بن مالك أن كعب بن مالك أخبره أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجرته ونادى كعب بن مالك قال: «يا كعب» قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك؛ قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه»⁽²⁾.

ج - القياس على الناطق؛ لأنّ الشهادة علم يؤدّيه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم منه بطريق يفهم من مثله قبلت، قياساً على الناطق إذا أداها بالصوت.

د - قياس الإشارة إذا فهمت على الحروف والأصوات؛ لأنّها دلالة على الكلام. كالحروف والأصوات.

وأما الأعمى الأصم فلا تجوز شهادته في شيء، ولا معاملته كالمجنون. وإنما يولّى عليهما من يتولّى أمرهما بالمصلحة.

ولا يشترط في تأدية الشهادة لفظ أشهد بخصوصه أو صيغة معيّنة. بل المدار فيها على ما يدلّ على حصول علم الشاهد بما شهد، كرأيت كذا، أو سمعت كذا، أو لهذا عند هذا كذا.

شروط قبول شهادة العدل:

يشترط لقبول شهادة العدل شروطاً، وهي:

الشرط الأول: أن يكون فطناً لا مغفلاً. والمغفل هو من لا يستعمل القوة المنبّهة، مع وجودها فيه. وأمّا البليد فهو خال منها بالمرّة، فالمراد بالمغفل ما يشمل البليد بالأولى. فلا تقبل شهادة المغفل الذي تلتبس عليه الأمور العادية، إلّا في الأمور

(1) الإشراف: 2/ 972، والمعونة: 3/ 1558، والمفهم: 5/ 2779.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب رفع الصوت في المساجد؛ ومسلم المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

الواضحة التي لا لبس فيها، فإنها تقبل شهادته. ووجه عدم قبول شهادة المغفل في غير الأمور الواضحة لأنه تتم عليه حيلة الخصوم، فلا يؤمن أن يشهد بالزور والكذب، فإن كان متيقظاً فطناً أمن عليه ذلك وأدى الشهادة سليمة مما يخاف عليه من الزلة فيها⁽¹⁾.

الشرط الثاني: أن يكون جازماً في شهادته بما أدّى، لا شاكاً أو ظاناً؛ أي: فيشترط العلم الجازم فيها، قال تعالى على لسان إخوة يوسف: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ [يوسف: 81]. والعلم هو الجزم.

الشرط الثالث: أن يكون غير مُتَّهَم في شهادته بوجه من الوجوه الآتية. والمتهمون في شهادتهم هم:

1 - **القريب المتأكد القرب.** فلا تقبل شهادة متأكد القرب للمشهود له، لاتهامه بجرّ النفع لقربيه؛ كوالد لولده، وإنّ عملاً الوالد كالجَد وأبيه؛ ووالد لوالده، وإنّ سَفَلَ الابن كابن الابن أو البنت. ولا تقبل أيضاً شهادة الوالد لزوجة ابنه، ولا لزوج بنته، ولا الولد لزوجة أبيه وزوج أمه؛ فأولى أن لا يشهد لزوجته. والدليل على ردّ الشهادة بالاتهام⁽²⁾:

أ - عن طلحة بن عبد الله بن عوف أنّ رسول الله ﷺ بعث منادياً حتى انتهى إلى الثنية: «أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، واليمين على المدعى عليه»، وعن الأعرج قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة ذي الظنة والجنة»⁽³⁾.

ب - عن عمر رضي الله عنه قال: لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين⁽⁴⁾.

والظنين في اللغة: المعادي، والمتهم، والاسم الظنة. والحديث عام في كلّ متهم. ووجه الاستدلال أنّه معلوم من طباع الناس أنّ الأب يحبّ نفع ابنه وإيصاله إليه ودفع الضرر عنه، ويؤثر ذلك على نفسه، حتى إنّه ربما دعاه ذلك إلى أن يشهد بالزور ويركب من أجله محذور، وقد نبّه الله تعالى على ذلك بقوله: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَاللَّهُ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾ [التغابن: 15]. وإذا ثبت ذلك ثبتت التهمة فيه، فكانت كشهادته لنفسه. ومثل ذلك يقال في الولد مع والده وزوجة ابنه وزوج ابنته، والزوج مع زوجته، والزوجة مع زوجها، والولد مع زوجة أبيه وزوج أمه.

ج - سدّ الذريعة. قال ابن شهاب الزهري: كان من مضى من السلف الصالح يجيزون شهادة الوالدين والأخ، ويتأولون في ذلك قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوْمِينَ بِالْأَقْسَطِ﴾

(1) المعونة: 1527/3.

(2) الإشراف: 972/2، والمعونة: 1529/3، وإحكام الفصول: 694.

(3) الروايتان أخرجهما أبو داود في المراسيل، (انظر: البيهقي: 201/10).

(4) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما جاء في الشهادات.

شَهَادَةَ اللَّهِ ﴿ فلم يكن أحد يتهم في ذلك من السلف الصالح رضوان الله عليهم. ثم ظهرت من الناس أمور حملت الولاية على اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم، وصار ذلك لا يجوز في الولد والوالد والأخ والزوج والزوجة⁽¹⁾.

والدليل على خصوص الزوجين أن ذلك موجود فيهما شرعاً وعادة⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١٦﴾ [الروم: 21] ووجه الاستدلال أن الله تعالى أخبر أن سبب الزوجية لسكون نفس كل واحد من الزوجين إلى الآخر، وأنه طبعهم على التحاب والتوادد والرأفة.

ب - أن المعلوم المستقر في النفوس أن الزوج يحب نفع زوجته، ويهوى هواها ويكره ضررها، حتى إنه يغضب لها أهله وأقاربه، وهي تعامله كذلك؛ وإذا صح ذلك كانت هذه تهمة تمنع من قبول شهادة أحدهما للآخر كالأب والابن. وتحريره قياساً أن يقال: لأنها شهادة تقوى التهمة فيها بأسبابها من الشاهد والمشهد له فكانت مردودة، أصله شهادة الأب لابنه؛ ولأنها شهادة يجريها الشاهد نفعاً لنفسه فلم تقبل كشهادته لغريمة ولنفسه معه.

ويستثنى ممن يظن فيه الاتهام من أجل القرابة، فتقبل شهادته، الآتي ذكرهم:

* الأخ لأخيه أو الصديق المُلَاطَف لصديقه فتجوز شهادتهما، بشروط:

أولاً: أن يبرز الشاهد منهما في العدالة، بأن يفوق أقرانه فيها ويشتهر بها.

ثانياً: أن لا يكون الشاهد في عيال المشهود له، وإلا لم يجز ولو برز.

ثالثاً: أن تكون الشهادة بغير جرح عمد فيه قصاص، وإلا فلا تقبل على المشهور؛

لأن الحمية تأخذ في القصاص، وإنما يشهد في الأموال أو في الجراح التي فيها مال.

والدليل على اشتراط هذه الشروط لقبول شهادة الأخ لأخيه والصديق لصديقه⁽³⁾:

القياس على شهادة الأب لابنه؛ لأن الأخوة أو الصداقة الملاطفة تهمة هي في العادة غالبية متقررة بالطباع في محبة النفع ودفع الضرر، كشهادة الأب والابن.

وأما وجه عدم منع قبول شهادة الأخ لأخيه إذا توفرت الشروط أنه ليس بين

الأخوين من قوة التهمة ما يقتضي رد الشهادة، فجازت قياساً على العم. وقياساً على العم أيضاً بعلّة أن بينهما رحماً لا يستحق بها الإرث مع الأب كالعم⁽⁴⁾.

* الأجير. فتجوز شهادته لمن استأجره بشرطين: إن برز في الشهادة، ولم يكن

في عيال المشهود له.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 281/5. (2) الإشراف: 973/2، والمعونة: 1530/3.

(3) الإشراف: 974/2، والمعونة: 1532/3. (4) الإشراف: 973/2.

* الشريك لشريكه، بشروط: أن تكون الشهادة في غير مال الشركة، وإن برز، ولم يكن في عياله. فلا تقبل إن كانت في مال الشركة ولو برز. والشركة مطلقاً يشترط فيها التبريز؛ أي: كانت شركة مفاوضة أو عنان.

* الزائد في شهادته على ما شهد به، بأن شهد أولاً بعشرة ثم قال: بل هو أحد عشر فتقبل إن برز.

* المُنْقَص عنها بعد أن أداها، فتقبل إن برز. وأما لو شهد ابتداءً بأزيد مما ادعاه المدعي أو بأنقص فتقبل مطلقاً ولو لم يبرز، وإن كان المدعي لا يُقضى له بالزائد لعدم ادعائه له.

* الذاكِر لما شهد به بعد شك، بأن قال أولاً: لا أدري أو لا علم عندي، ثم قال: تذكرت، فتقبل إن برز. أو تذكر بعد نسيان فتقبل إن برز. وأما الزائد أو المنقص المتقدم فجزم بما شهد ثم تذكر فزاد أو نقص.

* الشهادة من ولد لأحدِ أبويه على الآخر فتقبل. أو الشهادة من والد لأحد ولديه على الآخر فتقبل، لعدم التهمة. ولا يشترط التبريز في الحالين. لكن يشترط أن لا يظهر مِثْل من الولد أو الوالد لمن شهد له، فإن ظهر ميل لمن شهد له لم تقبل شهادته. وذلك كشهادة الأب لولده البار على العاق، أو الصغير على الكبير، أو السفية على الرشيد.

وشهادة الولد على والديه أو على أحدهما لا يمنع من برهما، بل من برهما أن يشهد عليهما ويخلصهما من الباطل، وهو معنى قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَوْأً أَنفُسُكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ [التحریم: 6] فالشهادة عليهما لإثبات حق الغير وقاية لهما من العذاب⁽¹⁾.

2 - العدو في أمر دينوي. فلا تقبل شهادة العدو على عدوه عداوة دينوية، ولو كانت من مسلم على كافر، ولو كان مبرزاً في العدالة. بخلاف العداوة الأخروية؛ كشهادة مسلم على كافر ليس بينهما عداوة دينوية فتجوز. ودليل منع شهادة العدو⁽²⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ ردّ شهادة الخائن والخائنة، وذي الغمر على أخيه، ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم. قال أبو داود: الغمر: الحنة والشحناء، والقانع: الأجير التابع مثل الأجير الخاص. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا زان ولا زانية، ولا ذي غمر على أخيه»⁽³⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 281/5.

(2) الإشراف: 974/2، والمعونة: 1533/3، وإحكام الفصول: 694.

(3) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب من تردّ شهادته؛ والترمذي في الشهادات، باب ما جاء فيمن =

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادة صاحب إحنة»⁽¹⁾.
والإحنة: العداوة.

ج - أنّ التهمة بين العدو وعدوّه من أمور الطباع في الإنسان، فكانت مؤثرة في ردّ الشهادة.

د - سدّ الذريعة.

وكذا لا تقبل شهادة عدوّ لرجل على ابن عدوه.

وهذا بخلافِ حدوثِ عداوةٍ بعد الأداء، فلا يضر إن تحقق حدوثها، وإلا بأن احتمل تقدمها على الأداء منعت قبول الشهادة؛ كما لو قال الشاهد للمشهود عليه بعد الأداء مخاصماً: تتهمني وتشبهني بالمجانين؟ فإن ذلك يقتضى أنّ العداوة سابقة على الأداء. وأما لو قال غير مخاصم بل شاكياً للناس ما فعل به، كأن يقول لهم: انظروا ما فعل معي وما قال في حقّي، فلا يقدر ذلك في شهادته.

3 - الشاهد المتهم، على الحرص على أحد الأمور التالية:

* الحريص بشهادته على إزالة نقص فيه. يعني إن اتهم على الحرص لقبول شهادته عند إزالة نقص فيما ردّ فيه أولاً، بأن أدّى سابقاً شهادة فردّت لفسق، أو صباً، فلما زال المانع - بأن تاب الفاسق أو بلغ الصبي - أداها، فلا تقبل لاتهامه على الحرص على قبولها عند زوال المانع؛ لأن الطبع قد جبل على دفع المعرفة التي حصلت بالرد أولاً. ولذا لو لم يحكم بردها حتى زال المانع فأداها، قبلت لعدم الحرص، وكذا إن ردت لمانع فادى عند زواله شهادة بحق آخر فإنه يقبل.

* الحريص على التأسّي؛ أي: أن يشاركه غيره في المعرفة القائمة به ليهون عليه مصيبتها؛ لأنّ المصيبة إذا عمّت هانت، وإذا خصّت هالت، كشهادة ولد الزنا في الزنا أو شهادة من حُدّ لسكر أو قذف أو زناً في مثل ما حُدّ فيه بخصوصه، فلا تقبل للتأسّي. ومثل الحدّ التعزير، فلا يشهد في مثل ما عزر فيه، وأما في غيره فتصح.

والدليل على ردّ الشهادة بالاتهام على الحرص على التأسّي⁽²⁾:

أ - حديث الظنّين المتقدم. والظنّة - وهو المتهم بالحرص على التأسّي - هنا موجودة؛ لأنّه يحبّ أن يكون غيره مشاركاً له في المعرفة لئلا ينفرد بها. فهذه قضية العادة وما جبلت عليه الطباع، وقد نبّه الله تعالى على ذلك بقوله: ﴿وَلَنْ يَفْعَلَكَ الْيَوْمَ

= لا تجوز شهادته؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من لا تجوز شهادته.

(1) أخرجه الترمذي في الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، والبيهقي في الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن.

(2) الإشراف: 975/2، والمعونة: 1534/3.

إِذْ ظَلَمْتُمْ أَنْكُرُوا فِي الْعَذَابِ مُشْتَرِكُونَ ﴿٣٩﴾ [الزخرف: 39]، والمعنى أن ما تعتقدونه - والخطاب للمشركين وهم في جهنم - من الاشتراك في البلية يتم لكم به السلوى في العذاب، لا يحصل لكم.

ب - أن ذلك طبع في الناس، وهو أن صاحب المعرفة يحب أن يشاركه جميع الناس في معرفته ليقبل من يعيره بها.

* الحريص على القبول. كأن شهد وحلّف على صحة شهادته أو على ثبوت الحق؛ فذلك قادح فيها لأنّ اليمين دليل على التعصب وشدة الحرص على نفوذها. لكن قال ابن عبد السلام: ينبغي أن يعذر العوام في ذلك، وسلّمه له المتأخرون. قال ابن فرحون: للقاضي تحليف الشاهد ولو بالطلاق إن اتهمه؛ وذلك لقاعدة: تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، وهو من كلام عمر بن عبد العزيز، استحسنة مالك لأنّ من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة.

* الحريص على الأداء. كأن رَفَعَ شهادته للحاكم قبل الطلب. في محض حقّ الآدمي وهو ما له إسقاطه كالدين والقصاص. وليس المراد بمحض حقّ الآدمي ما لا حقّ فيه لله كما هو المتبادر من اللفظ، إذ ما من حقّ لآدمي إلّا والله فيه حقّ. وقد تقدّم تفصيل القول في الحريص على أداء شهادته والفرق بينه وبين الحريص على تحملها في حكم أداء الشهادة.

4 - الشاهد المستبعدة شهادته. كبدويّ يشهد في الحضر لحضريّ على حضريّ،

بدين أو بيع أو شراء أو هبة أو نحو ذلك مما يستبعد حضور البدوي فيه دون الحضري فلا تقبل. ودليل عدم قبول شهادة البدوي على الحضري⁽¹⁾: عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية»⁽²⁾، وفي رواية: «لا يشهد بدوي على قروي»⁽³⁾. والحديث محمول على ما فيه استبعاد بالوجه المذكور؛ لأنّ الأصل أنّه إذا طلب من البدوي تحمّل الشهادة في الحضر لحضريّ، بدين أو بيع أو شراء أو نحو ذلك مما يقصد الإشهاد عليه من سائر عقود المعاوضة وكذا الوصية، فلا تقبل منه إذا أداها، وذلك لأنّ ترك إشهاد الحضري وطلب البدوي لتحمل تلك الشهادة، فيه ريبة فللخصم التجريح فيهم حينئذ؛ لأنّ الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلادهم ويشهدون الأبعاد إلا لريبة يعلمون معها أنّ الشهود من أهل الحضر لا يشهدون في ذلك الشيء فيعدلون إلى من لا يعرفونه.

(1) المعونة: 3/ 1533، وبلغة السالك: 2/ 352.

(2) أخرجه أبو داود في الأفضية، باب شهادة البدوي على أهل الأمصار؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من لا تجوز شهادته.

(3) أخرجه الدارقطني في الأفضية والأحكام، عن أبي هريرة.

وما تقدم هو في قصد إشهاد البدوي، فإن سَمِعَ البدوي حضرياً يقرّ بشيء لحضري، أو رآه يفعل بحضري شيئاً من غصب، أو ضرب، أو إتلاف مال، أو رآه يشرب الخمر، أو نحو ذلك مما لا يقصد الإشهاد به عليه، فيجوز وتقبل شهادته. كما يجوز فيما يقع بالبادية من ذلك كله على حضري وبدوي. وأما شهادة حضري على بدوي ففيها خلاف، وبالجمله فمدار المنع على الاستبعاد عادة، فمتى حصل الاستبعاد منع ولو من قروي لقروي.

5 - الشاهد إن جرّ بشهادته نفعاً لنفسه. وذلك كشهادته بمال ديناً - أو إرثاً أو وصية أو شيئاً معيّناً أو بموجب دية - لمدينه؛ أي: لمن له عليه دين؛ لأنه يتهم على أخذ ذلك المال في دينه الذي على المدين؛ أي: لآته خصم. وأما شهادته له بقذف أو بموجب قصاص من جرح أو قتل، فتقبل لعدم التهمة. ومن الشهادة الجارة نفعاً: شهادة المنفق عليه للمنفق، بخلاف شهادة المنفق للمنفق عليه نفقة غير واجبة عليه أصالة. وأما من نفقته واجبة عليه أصالة فقد مرّ أنها ممتنعة لأجل القرابة. قال بعض المتأخرين: إن كان المشهود له من قرابة الشاهد كالأخ ونحوه، ينبغي أن لا تجوز شهادته له بمال؛ لأنه وإن كانت نفقته لا تلزمه فإنه يلحقه بعدم النفقة عليه معرّة. وهذا استحسان، إذ لا فرق بين الأجنبي والقريب. ومن الشهادة الجارة نفعاً: شهادة الوصي لمن يلي عليه؛ لأنه يجز بها إلى نفسه نفعاً، وهو جواز تصرفه في المال وكونه في قبضه لحق ولايته. وأما احتمال جرّ النفع بعد الأداء فلا يضر، كشهادته بطلاق امرأة ثم تزوجها، أو شهد لها بحق على شخص ثم تزوجها قبل الحكم. وهذا مقيد بأنه لم يثبت أنه خطبها قبل زواج المشهود عليه بطلاقها، وإلا ردّت شهادته. ولا تضرّ شهادة كلّ من الشاهدين للآخر بحق ولو بالمجلس، إلا أن تظهر تهمة المكافأة.

كما لا تضرّ شهادة القافلة بعضهم لبعض في جرّاية على من حاربهم؛ ولا يلتفت للعداوة الطارئة بينهم بالحرابة للضرورة، وسواء شهد لصاحبه بمال أو نفس، والموضوع أنّ الشهود فيها عدول. وكذا شهادة القافلة بعضهم لبعض وعلى بعض في المعاملات، وإن لم تكن هناك عدالة، إن كان ذلك في السفر، وذلك للضرورة.

6 - الشاهد إن دَفَع بشهادته ضرراً عن نفسه. وذلك كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ؛ لأنه دَفَع بها الغرم في الدية عن نفسه، إلا أن يكون عديماً لا يلزمه من الدية شيء فتجوز. أو شهادة مدينٍ مُعسرٍ - لم يثبت عسره - لرب الدين بمال أو غيره؛ فلا تقبل لاتهامه على دفع ضرر مطالبة رب الدين له بدينه. ولذا لو ثبت عسره عند حاكم جازت لعدم المطالبة. كما تجوز من المليء لقدرته على الوفاء. والحاصل أنّ المراد بالمدين الذي لا تقبل شهادته لربّ الدين من كان يتضرر بأخذ الدين منه، فإن كان ثابت العسر أو ملياً لا يتضرر انتفت التهمة.

وأما احتمال دَفْع ضرر بعد الأداء وقبل الحكم وأولى بعده؛ كشهادته بفسق رجل، ثم شهد الرجل على آخر بأنه قتل نفساً خطأ والشاهد عليه بالفسق من عاقلة القاتل فلا تبطل شهادته بفسقه، لبعده التهمة.

7 - الشاهد إن شَهِدَ لشخص باستحقاقٍ لشيء، وقال في شهادته باستحقاقه: أنا بَعْتُهُ لَهُ؛ لاتهامه على رجوع المشتري عليه لو لم يشهد له؛ فهو من أمثلة الدفع، وقال بعضهم: علة المنع أنها شهادة على فعل النفس.

8 - الشاهد إن حَدَثَ له فُسُقٌ بعدَ الإدلاءِ بشهادته عند الحاكم وقَبِلَ الحُكْمَ بها؛ لدلالته على أنه كان كامناً في نفسه. وإن ثبت بعد الحكم أنه شرب خمرًا - مثلاً - قبل الأداء فينقض. وأما إن حدث له الفسق بعد الحكم مضى ولا ينقض، والدليل على عدم النقض: أنّ العدالة والفسق طريقتا الاجتهاد، وإذا انعقد الحكم باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله. وهذا بخلاف الحكم بشهادة الكفار؛ لأنها لا اجتهاد فيه؛ لأنه أمر ظاهر فالحكم مع ذلك تقصير في اختبار حال الشهود⁽¹⁾.

9 - شهادة الشاهد في وصية، إن شَهِدَ لنفسه بكثيرٍ من المال عرفاً، وشَهِدَ لغيره بقليل أو كثير؛ كأن يقول: أشهد أنه أوصى لي بخمسين ديناراً ولزيد أو للفقراء بمثل ذلك أو أقل أو أكثر، فلا تصح له ولا لغيره لتهمة جرّ النفع لنفسه؛ لأنّ الشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها؛ أي: لأنها مع التهمة لا تتبعض⁽²⁾.

فإن شهد لنفسه بتافه، ولغيره بقليل أو كثير قُبِلَ ما شهد به لنفسه ولغيره. فإن لم يوجد إلا هذا الشاهد حلف الغير معه واستحق وصيته، ولا يمين على الشاهد؛ لأنه يستحق ما أوصى له به تبعاً للحالف؛ أي: الذي هو المشهود له. فإن نكل الغير فلا شيء لواحد منهما. ومحلّ حلف الغير معه إذا كان الغير معيّناً كزيد، وأما إن كان غير معيّن كما إذا كان الغير هم الفقراء، فلا يتأتى منهم يمين، فمقتضاه أنه إن لم يوجد شاهد ثان لا شيء لهم ولا له، لتوقف نفوذها على اليمين أو شاهد ثان ولم يوجد.

وهذا إذا كتب الوصية بكتاب واحد بغير خط الشاهد، فإن كتب بخط الشاهد - أو لم تكتب أصلاً - قبلت شهادته لغيره لا لنفسه. وكذا إن كتب بكتابين أحدهما للشاهد والثاني للآخر، فلا تصح له وتصح للآخر لعدم التبعية حينئذٍ. وأما شهادته له ولغيره في غير وصية كدين فلا تقبل له ولا لغيره مطلقاً - سواء شهد لنفسه بكثير أو بقليل - لتهمة جرّ النفع لنفسه. والفرق بين الوصية وغيرها أنّ الموصي قد يخشى معالجة الموت ولا يجد حاضراً غير الموصى له بخلاف غيره.

10 - شهادة الشاهد إن اتهم بالعصية والحويّة، لكون المشهود عليه من قبيلة تكره

قبيلة الشاهد. وتقدم الدليل على ذلك في شهادة العدو على عدوه.

11 - شهادة المُمَاطِل. وهو من يؤخر ما عليه من الدين بعد الطلب بلا عذر شرعي؛ لأنَّ المطل قادح من مبطلات الشهادة؛ لأنه ظلم ويصير به فاسقاً إذا تكرر منه ذلك؛ لقول النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم»⁽¹⁾. المطل منع قضاء ما استحقَّ أدائه.

12 - شهادة من شأنه الحلف بطلاق؛ لأنه من يمين الفساق. ويؤدّب الحالف به

لوجهين:

الأول: عن عبد الله بن عمر أنَّ النبي ﷺ قال: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»⁽²⁾.

الثاني: أنَّ من اعتاد الحلف به لم يكن سالمًا من الحنث فيه، فتكون زوجته تحته مطلقة من حيث لا يشعر. وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب أن يضرب في ذلك أربعين سوطاً. وروي عن الإمام مالك أنه قيل له: إن هشام بن عبد الملك كتب أن يضرب في ذلك عشرة أسواط، فقال: قد أحسن إذ أمر فيه بالضرب.

13 - شهادة الشاهد المعروف بالتفاته في صلاة فرض أو نفل، أو تأخير الفرض عن وقتها الاختياري؛ لأنه يدل على عدم اكتراثه بها، فلا اكتراث له بغيرها بالأولى. أو المعروف بعدم إحكام وضوء أو غسل، أو بعدم إخراج زكاة لمن لزمته، أو بالتساهل فيها، وكذا الصوم والحج. وفي خصوص الحج تسقط شهادة الشاهد إذا كان كثير المال، قوياً على الحج، وطال زمن تركه له من غير عذر في الطريق، فذلك جرحه في شهادته. وإنما اشترط طول زمان الترك لاختلاف أهل العلم في وجوبه على الفور أو التراخي.

الإعذار للمشهد عليه:

إذا شهد شاهد بحق لدى حاكم أو محكم فلا بدّ من الإعذار للمشهد عليه كما تقدم. والدليل على وجوب الإعذار: حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني الآتي في باب الزنا، وفيه: وقال النبي ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽³⁾. فهو أصل في وجوب الإعذار؛ لأنه يحتمل أن يكون ثبت عنده ﷺ اعترافها بشهادة زوجها ووالد العسيف، فبعث أنيساً إعذاراً إليها⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مالك في البيوع، باب جامع الدين والحوال، والبخاري في الحوالات، باب الحوالة، ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني.

(2) أخرجه مالك في النذور، باب جامع الأيمان؛ والبخاري في الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بأبائكم؛ ومسلم في الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى.

(3) أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(4) إكمال الإكمال: 186/5.

وإذا أعذر له جاز القدح في الشاهد. ويقبل القدح بحسب منزلة الشاهد في العدالة كما يلي:

ففي الشاهد المتوسِّط في العدالة - وهو ما ليس بمبرِّز فيها - يقبل القدح بكل قَادِحٍ من تجريح، أو قرابة، أو عداوة، أو كونه في عيال المشهود له، أو غير ذلك مما مرَّ.

وفي المبرز بالعدالة قبل القدح بعداوة، أو قرابة، أو إجراء نفقة عليه من المشهود له. ويقبل القدح في المبرز في هذه الأمور ولو ثبت القدح من عدل دون المبرز في العدالة؛ فلا يشترط في القادح في المبرز أن يكون مبرزاً مثله. وأما لو قدح في المبرز بغير عداوة أو قرابة أو نفقة، فلا يسمع منه القدح إذا أراد القادح إثباته. وقال مطرف: يقبل منه القدح بغير الثلاثة المتقدمة أيضاً، وارتضاه اللخمي وغيره، فهو كالمتوسط؛ لأن الجرح مما يكتمه الإنسان فلا يكاد يطلع عليه إلا القليل من الناس.

من يصح منه تزكية الشهود:

تصح تزكية الشهود ممن تتوفَّر فيه الشروط التالية:

- 1 - أن يكون مُبرِّزاً في العدالة، لا من مطلق عدل، وإلا لاحتاج لمن يعدِّله أيضاً ويتسلسل.
- 2 - أن يكون معروفاً عند الحاكم ولو بواسطة، كأن يعرفه العدول عنده ويخبروه بأنه مبرز. ويجوز للحاكم أن يقضي بشهادة الشاهد إذا كان معروفاً عنده؛ لأنَّ الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنَّه من أهل الشهادة فإذا عرف منه أغناه عن التزكية، وليس ذلك حكماً بالعلم؛ لأنَّ العدالة والفسق أمر يظهر ولا يخفى⁽¹⁾.
- 3 - أن يكون عارفاً بأحوال التعديل والتجريح.
- 4 - أن يكون فطناً لا يُخدَع في عقله؛ أي: لا يلتبس عليه أحوال الناس المموَّهة الظاهر بإظهار الصلاح، ولا يغتر بظاهر حالهم مع مخالفتها لسرائرهم، كما يقع لكثير من الناس.

5 - أن يكون مُعْتَمِداً في معرفة أحوالهم على طولِ عشرةٍ لمن يزكِّيه، من أهل سوقه أو أهل محلِّته، ولا سيما إذا انضم إليها سفره معه؛ لأنَّ مجرد الصحة لا تفيد معرفة أحوال الصاحب. فالمزكي إذا لم يكن من أهل سوقه ولا محلته توجب الريبة في الشاهد المزكى، حيث زكاه البعيد مع وجود أهل سوقه ومحلته؛ إلا لَعُدْرٍ كأن لم يكن من أهل السوق ولا محلته من يصلح للتزكية، بأن قام مانع من عدم التبريز أو عدم المعرفة أو قرابة أو عداوة ونحو ذلك. لكن عند قيام هذا العذر يشترط أن تكون التزكية

مِنْ مُتَعَدِّدٍ، ولا يكفي فيها الواحد. نعم تزكية السر يكفي فيها الواحد، والتعدد فيها مندوب.

وتصح التزكية بالشروط المتقدمة ولو لم يَعْرِفِ المَزَكِّي اسم الشاهد الذي زكاه؛ لأن مدارها على معرفة الذات والأحوال.

وتكون التزكية بقوله: أشهد أنه عدلٌ رِضاً؛ أي: إن التزكية إنما تكون بهذا القول المشتمل على هذه الألفاظ الثلاثة؛ لأنها وردت في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وقوله تعالى: ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الْأَشْهَادِ﴾ [البقرة: 282]. وظاهره أنه إن حذف واحداً منها أو أبدله بمرادفه لم يكف، وقال اللخمي: إن قال: هو عدل رضا كفى؛ أي: بحذف «أشهد» وهو الأرجح. ولا تجزئ إن قال: لا أعلم عليه إلا خيراً، أو لا أعلم له زلة؛ لأن ذلك شهادة بنفي فلا يستفاد بها شيء؛ لأن التزكية في العدالة إثبات عدالة الشاهد والإخبار عما لا يعلمه الحاكم منه، فإذا قال: لا أعلم له زلة ولا أعلم إلا خيراً كان بمنزلة الحاكم؛ لأن الحاكم أيضاً لا يعلم له زلة وقد يعلم منه الخير والتدين، ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا⁽¹⁾. وتجب التزكية إن بَطَّلَ حَقُّ بتركها، أو ثَبَّتَ باطلٌ، كما يجب التجريح للشاهد إن ثبت بتركه باطل أو بطل حق.

ويقدم التجريح على التعديل. يعني أن بينة التجريح تقدم على بينة التعديل؛ لأنها حفظت ما لم تحفظه بينة التعديل، مع أن الأصل في الناس الجرح لا العدالة خلافاً لبعضهم، بل وجود العدل في زماننا هذا نادر جداً.

شهادة الصبيان:

الأصل في شهادة الصبيان عدم الجواز في كل شيء؛ لعدم العدالة والضبط فيهم، إلا أن أئمتنا جوزوها في شيء خاص للضرورة، بشروط هي:

الأول: أن تكون على بعضهم، لا على كبير.

الثاني: أن يكون في جرح أو قتل فقط، لا في مال ولا في غيره من غيرهما. ووجه تخصيص جواز قبول شهادتهم في الدماء دون المال، أن الدماء لها حرمة فاحتيط لها ما لم يحتط لغيرها⁽²⁾.

الثالث: أن يكون الشاهد منهم مسلماً، لا كافراً.

الرابع: أن يكون ذكراً، لا أنثى. ووجه اشتراط الذكورية أن الإناث لا مدخل لهن في إثبات الدماء. وقد روي عن الإمام مالك جواز قبول شهادة الإناث؛ ووجه ذلك اعتبارهن بالبالغين في كونهن لوثاً في القسامة. ووجه عدم التفريق بين الجرح

(2) المعونة: 3/ 1524.

(1) المعونة: 3/ 1538.

والقتل - كما ذهب إلى ذلك البعض فقال بقبول شهادته في الجرح دون القتل - أنه ليس الواجب بها قصاص وإنما الواجب بها مال، فلا معنى للتفريق بينهما⁽¹⁾.
الخامس: أن يكون مُتَعَدِّدًا، اثنان فأكثر لا واحداً.
السادس: أن لا يُشْتَهَرِ الشاهد بالكذب، فإن اشتهر به فلا تقبل منه.
السابع: أن يكون مميزاً؛ لأن غير المميز لا يضبط ما يقول، فلا يوصف بصدق ولا كذب.

الثامن: أن لا يكون عَدُوًّا لمن شهد عليه. سواء كانت العداوة بين الصبيان أو بين آبائهم، وسواء كانت دينية أو دنيوية، لشدة تأثيرها عند الصبيان وضعف شهادتهم.
التاسع: أن لا يكون قريباً للمشهود له ولو بعدت القرابة، كابن العم وابن الخال أو الخالة، فليسوا كالبالغين.

العاشر: أن لا يختلفوا في شهادتهم، سواء اتفقوا أو شهد البعض وسكت الباقي أو قال: لا أعلم؛ فإن اختلفوا بأن قال بعضهم: قتله فلان، وقال غيره: بل قتله فلان آخر، لم تقبل من واحد منهم. ووجه اشتراط اتفاقهم أن المقصد من قبول قولهم أن يغلب على الظن صدقهم فيما يخبرون به، فإن اختلفت أقوالهم وتناقضت غلب على الظن كذبهم وأنهم علموا فلم يقبل قولهم⁽²⁾.

الحادي عشر: أن لا يترفقوا بعد اجتماعهم إلى نحو منازلهم، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم؛ لأن تفرقهم مظنة تعليمهم من الكبار ما لم يكن وقع. فلا تقبل إلا أن يُشْهَدَ عليهم قبل فرقتهم، فإن شهد عليهم العدول قبل فرقتهم صحت.

الثاني عشر: أن لا يحضّر بينهم بالغ وقت القتل أو الجرح، فإن حضر وقته أو بعده لم تقبل لإمكان تعليمهم. وهذا إن كان الكبير غير عدل، فإن كان عدلاً وخالفهم لم تقبل شهادتهم، وإن وافقهم قبلت. وقيل: لا؛ فإن قال العدل: لا أدري من رماه، فقال للخمى: قبلت شهادتهم.
والدليل على الجواز⁽³⁾:

أ - إجماع الصحابة، فهو مروى عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما، ولم يعلم لهما مخالف. فعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه قال: يؤخذ بأول شهادة الصبيان، يعني فيما بينهم⁽⁴⁾. وعن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان، فيما بينهم من الجراح⁽⁵⁾.

(1) المعونة: 1524/3.

(2) المعونة: 1525/3.

(3) الإشراف: 964/2، والمعونة: 1522/3، وبداية المجتهد: 497/2.

(4) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: 350/8.

(5) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في شهادة الصبيان.

ب - عمل أهل المدينة. وقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»⁽¹⁾.

ج - المصلحة المرسله. ذلك أنّ الضرورة تدعو إلى قبول شهادة الصبيان؛ لأنه لو لم تقبل لأدى إلى أمور ممنوعة؛ إما أن نمنعهم ما ندبنا الشرع إلى تعليمهم إياه وتدريبهم عليه من الحرب والصراع واستعمال السلاح وما جرى مجرى ذلك من أجل الجهاد لينشؤوا عليه وبألفوه، ولأنهم لا بدّ أن يخلوا بأنفسهم لما يتعاطونه من ذلك، وقد يكون بينهم من أجل ذلك الجراح، فالقول بمنع ذلك لا يقول به أحد؛ وإذا لم تجز شهادتهم أدى إلى أن تذهب دماؤهم هدرًا، وهذا أيضاً لا يقول به أحد. ولا يمكن أن يحضر معهم - فيما ندب الشرع تعليمهم إياه أو في لعبهم - رجال يحفظونهم؛ لأنّ فيه ضيقاً ومشقة؛ فلما بطل كلّ هذا وجب قبول شهادتهم.

وحاصل المسألة: أنه إذا حضر الكبير وقت القتل أو الجرح، وكان عدلاً، فلا تصح شهادتهم على المشهور؛ أي: للاستغناء به. وهذا إذا كان متعدداً مطلقاً أو واحداً والشهادة في جرح؛ أي: فيحلف معه. وأما إن كانت الشهادة في قتل فلا يضر حضور ذلك الواحد في شهادتهم إن وافقهم. وإن كان غير عدل فقولان: جواز شهادتهم، وعدم جوازها وهو المعتمد كان واحداً أو متعدداً.

وأما إذا حضر بعد المعركة وقبل الافتراق فتجوز شهادتهم إذا كان عدلاً. وأما إذا كان غير عدل فلا.

الثالث عشر: أن يشهد العدول برؤية البدن مقتولاً، وهو قول الإمام مالك وقول غير واحد من أصحابه.

ثم إذا قبلت - عند توفر الشروط - فلا قسامة إذ لا قصاص عليهم؛ وإنما عليهم الدية في العمد والخطأ. وأصل القسامة القصاص، وإذا انتفت في عمدهم انتفت في خطئهم.. وأما دخولها في الخطأ فخلاف الأصل، وهذا لا ينافي قولهم في الديات: يحلفها في الخطأ من يرث.

ولا يقدح في شهادة الصبيان رُجوعهم بعدها عنها قبل الحكم أو بعده، ولا تجريحهم بشيء، إلا بكثرة كذب من جميع الشاهدين. ووجه عدم تجريحهم بشيء عدم تكليفهم الذي هو رأس أوصاف العدالة.

مراتب الشهادة:

مراتب الشهادة أربعة: إما أربعة عدول، وإما عدلان، وإما عدل وامرأتان، وإما امرأتان.

(1) المنتقى: 229/5، وشرح الزرقاني: 396/3. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

المرتبة الأولى: الأربعة عدول:

وتكون للشهادة على حصول الزنا واللواط. وأما الإقرار بهما فيكفي فيه العدلان. وسيأتي ذكر الأدلة في باب الزنا.

ويشترط لصحة شهادة الأربعة على ذلك ما يلي:

1 - أن تتحد صفة الزنا عندهم أو اللواط، ويؤدوا الشهادة على طبق ما رأوا من اضطجاع أو قيام أو هو فوقها أو تحتها، في مكان كذا في وقت كذا، ولا يكفي الإجمال. ولا بد من ذكر ذلك كله للحاكم على انفرادهم بعد تفرقهم قبل الأداء بأمكنة.

2 - أن يروا ذلك في وقت واحد جميعاً، دفعة واحدة أو متعاقباً مع الاتصال.

3 - أن يؤدوها معاً في وقت واحد، لا متفرقين في أوقات، وإلا لم تقبل؛ وحدوا للقدف. ووجه اشتراط هذا الشرط أن أداء الشهود الشهادة مجتمعين حكم تعبدي غير معلل. وقال عبد الملك: أنه معلل والمقصود منه أداء الشهادة وإقامتها⁽¹⁾.

4 - أن يشهدوا بأنه أدخل الذكر في الفرج كإيلاج المروء في المكحلة. ولا بد من هذه الزيادة، لا أنها تندب فقط، زيادة في التشديد عليهم وطلباً للستر ما أمكن.

وإذا أرادوا أداء الشهادة جازاً لكل واحد منهم نظراً للعويرة لتأديتها على وجهها. والستر أولى، إلا أن يشتهر الزاني بالزنا أو يتجاهر به. ولا يكون النظر معصية حينئذ بل مأذوناً فيها لتوقف الشهادة عليه، إلا أن ابن عرفة قال: إنهم إذا قدروا على منعها من الزنا ابتداء فلا يجوز لهم النظر للعويرة، فإن لم يفعلوا بطلت شهادتهم بعصيانهم بعدم منعها منه ابتداء.

ويجب أن يفرق الشهود في الزنا واللواط خاصة عند الأداء؛ وأن يسأل الحاكم كلاً منهم بانفراجه على الكيفية والرؤيا، فإن تخلخل واحد منهم أو لم يوافق غيره حدوا للقدف.

وحكمة اشتراط هذه القيود في الشهادة على الزنا واللواط، أن الفضيحة فيهما أشنع من سائر المعاصي، فشدد الشارع فيهما طلباً للستر، فلمّا خالف الشهود مقصد الستر شدد عليهم⁽²⁾. قال القاضي عبد الوهاب: وإنما قلنا ذلك لجواز أن يظهر من تفصيلهم ما يسقط به الحد⁽³⁾.

المرتبة الثانية: العدلان:

وتكون شهادة العدلين في المال وفيما هو آيل إلى مال. والدليل⁽⁴⁾: قوله:

(2) الذخيرة: 54/12، 358/2.

(4) أحكام القرآن: 252/1.

(1) أحكام القرآن: 1334/3.

(3) المعونة: 1386/3.

﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. الاستشهاد طلب الشهادة. ووجه الاستدلال أن المراد بـ ﴿رِجَالِكُمْ﴾ الذكور؛ لأن المرأة لا يقال لها: رجل. والآية وردت في كتابة الدين؛ أي: في الأموال.

وحكمة اشتراط العدد في الشاهد، وعدم الاكتفاء بشهادة عدل واحد، أن الشهادة لما تعلقت بحق معين لمعتين اتهم الشاهد باحتمال أن يتوسل إليه الظالم لحق مزعوم فيحمله على تحريف الشهادة، فاحتاط الشرع لدفع هذه التهمة، فاشتراط الإسلام ليزع الشاهد من حيث الدين، واشتراط العدالة ليزعه من المروءة، وزاد انضمام ثان إليه لاستبعاد أن يتواطأ كلا الشاهدين على الزور⁽¹⁾.

وأما ما ثبت من أن النبي ﷺ أخذ بشهادة خزيمة وحده، فإنه كان مخصوصاً بذلك ومشتهراً به بين الصحابة رضوان الله عليهم، ولا يجوز إجراء القياس عليه؛ لأنه لو ألحق به غيره لجرى القياس في كل شاهد، ولبطل اعتبار العدد في الشهود⁽²⁾.

كما تكون فيما ليس بمالٍ ولا آيل للمال؛ أي: فيما هو من أحكام الأبدان، فلا يكفي فيه إلا عدلان، ومثال ما ليس بمالٍ ولا آيل إلى مال ما يلي:

- الطلاق. سواء كان خلعاً أو لا. فإذا ادعت امرأة على رجل أنه طلقها وهو ينكر ذلك، فلا يثبت إلا بعدلين. والعوض لا يتوقف على العدلين. لأنه مال وليس الكلام فيه.

- الرجعة إذا ادعتها الزوجة أو وليها على زوجها المنكر لها. وأما ادعاء الزوج الرجعة فإن كان في العدة فهو مقبول، وإن ادعى بعدها أنه كان راجعها فيها وأنكرت فلا تقبل دعواه إلا بعدلين يشهدان على حصول الرجعة في العدة. والدليل على خصوص الطلاق والرجعة⁽³⁾: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأُمُّهُنَّ فَاتَّسَكُوهُنَّ يَمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ يَمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَعِّظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾﴾ [الطلاق: 2]. ووجه الاستدلال أن قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ جاء عقيب ذكر الطلاق في قوله من أول آية من السورة: ﴿يَتَّيَّبُهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، وعقيب ذكر الرجعة بالإمسك بالمعروف في الآية الثانية في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأُمُّهُنَّ فَاتَّسَكُوهُنَّ يَمَعْرُوفٍ﴾؛ فوجب أن يرجع الإشهاد إلى الجميع - إما وجوباً وإما ندباً -؛ لأن الإشهاد جعل تتمّة للمأمور به في معنى الشرط للإمسك أو الفراق؛ لأن هذا العطف يشبه القيد وإن لم يكن قيداً، وشأن الشروط الواردة بعد جمل أن تعود إلى جميعها.

(2) مفتاح الوصول: 107.

(1) التحرير والتنوير: 108/3.

(3) المقدمات: 280/2، والتحرير والتنوير: 309/28.

وحكم الإشهاد على الرجعة اختلف فيه في المذهب؛ فحكى ابن القصار أنّ الإشهاد عليها مستحبّ وليس بواجب؛ وحكى القاضي إسماعيل عن الإمام مالك أنّها واجب لرفع الدعاوى وتحصين الفروج والأنساب. قال ابن بكير: معنى ذلك أن يشهد ذوي عدل على مراجعتها إن راجعها، وعند انقضاء عدتها إن لم يراجعها أنّه قد طلقها، وأنّ عدتها قد انقضت، خوفاً من أن يموت فتدعي أنّها زوجة لم تطلق، أو تموت هي فيدعي الزوج مثل ذلك⁽¹⁾.

- النكاح. كأن يدعي أنه تزوج فلانة وهي تنكر فلا يثبت إلا بعدلين، وعكسه تدعي عليه أنه تزوجها وهو ينكر فلا يثبت إلا بعدلين. وحيث قام العدلان ثبت النكاح، ولا يعدّ إنكار الزوج طلاقاً كما تقدم في تنازع الزوجين. وتقدم الاستدلال على ذلك في باب النكاح.

- النسب.

- الرِّدَّة.

- الإحصان.

- التوكيل بشيء غير مال، كتوكيل على نكاح أو طلاق.

- شرب الخمر.

- القذف.

- القتل.

ولا تقبل شهادة النساء فيما هو ليس بمال ولا آيل إلى مال؛ أي: فيما هو من أحكام الأبدان، والدليل⁽²⁾:

أ - الآية المتقدمة في الطلاق والرجعة، وفيها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، و ﴿ذَوَىٰ عَدْلٍ﴾ كناية عن ذكرين. والطلاق والرجعة من أحكام الأبدان.

ب - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تَضَلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى نقل الشهادة في الأموال هنا من الاستشهاد بالرجلين إلى الاستشهاد برجل وامرأتين؛ ولم ينقل الشهادة إلى النساء في الطلاق والرجعة والزنا ونحو ذلك مما هو من أحكام الأبدان؛ فدلّ على قصر شهادة النساء على الأموال دون سواها.

ج - قياس ما عدا ما فيه القصاص والحدود - أي: الطلاق والنسب والرجعة والنكاح والتوكيل - على ما فيه القصاص والحدود؛ لأنّها من حقوق الأبدان ليست بمال

(1) المقدمات: 280/2.

(2) الإشراف: 969/2، والمعونة: 1546/3، 1552، والجامع لأحكام القرآن: 296/2.

ولا مقصوداً بها المال. وهذا الدليل ردّ على أبي حنيفة رضي الله عنه في قوله بجواز شهادة النساء فيما عدا القصاص والحدود.

د - أنّ الشرع جعل الشهادة أنواعاً بحسب الأشياء المشهود بها وتأكدّها وضعفها، وبحسب إمكان التوصل إلى إثباتها، فغلّظ في المتأكد دون الضعيف؛ وجعل التغليظ بالجنس والعدد، أو بأحدهما دون الآخر؛ فغلّظ في الزنا بأربعة رجال، فغلّظ فيه بوجهين بالجنس والعدد؛ وجعلها في القتل وغيره من حقوق الأبدان برجلين، فغلّظ فيه من وجه الجنس فقط لأنّه لم يطلب فيه من الستر ما طلب في الزنا؛ وجعل في الأموال شهادة النساء مع الرجال لأنّها أخفض حرمة من الأبدان. وأمّا الولادة وعيوب النساء وسائر ما ينفرد النساء بحضوره فقبلت شهادتهنّ منفردات؛ لأنّها لو لم تقبل لأذى ذلك إلى أحد أمرين ممنوعين: إمّا إلى إضاعة الحقوق المتعلقة بهنّ، أو إلى أن يحضرها الرجال ويطلعوا على عورات النساء، وذلك باطل. وقال الإمام القرطبي: فأجيزت في الأموال خاصّة في قول الجمهور، بشرط أن يكون معهما رجل. وإنّما كان ذلك في الأموال دون غيرها؛ لأنّ الأموال كثر الله أسباب توثيقها لكثرة جهات تحصيلها وعموم البلوى بها وتكرّرها؛ فجعل فيها التوثق تارة بالكتابة وتارة بالإشهاد وتارة بالرهن وتارة بالضمان، وأدخل في جميع ذلك شهادة النساء مع الرجال⁽¹⁾.

المرتبة الثالثة: العدل والمراأتان العدلتان:

وتكون شهادة العدل والمراأتين إذا كان المشهود به مالاً أو آيلاً لمال، فيكفي فيه عدل وامراأتان؛ والدليل⁽²⁾: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضُوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: 282]. والآية غير محمولة على معنى الإبدال بحيث لا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم شهادة الرجال، كالحكم في سائر إبدال الشريعة مع مبدلاتها، إذ لو كان ذلك كذلك لقال: فإن لم يوجد رجلاً؛ فأما وقد قال: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا﴾ فهذا قول يتناول الوجود والعدم. فالإتيان بـ «كان» الناقصة مع إمكان أن يقال: فإن لم يوجد رجلاً، لثلاً يتوهم منه أنّ شهادة المرأتين لا تقبل إلا عند تعذّر وجود الرجلين؛ لأنّ مقصود الشارع التوسعة على المتعاملين.

وقد ذكر الله تعالى في الآية علّة جعل شهادة امرأتين تعادل شهادة رجل واحد بقوله: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ والضلال هنا بمعنى النسيان؛ أي: أن تنبّها إذا غفلت ونسيت. وهذه هي العلّة في الظاهر، لكن لما جاء قوله تعالى:

(1) الجامع لأحكام القرآن: 296/2.

(2) المعتبرة: 1546/3، وأحكام القرآن: 252/1.

﴿فَتَذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ المتفرّع على الضلال؛ لأنّ «تذكر» معطوف على «تضلّ» بفاء التعقيب فهو من تكملته، والعبارة بآخر الكلام، فكانت العلة هي ما يترتب على الضلال من إضاعة المشهود به. وهذا حيلة أخرى من تحريف الشهادة وهي خشية الاشتباه والنسيان؛ لأنّ المرأة أضعف من الرجل بأصل الجبلة بحسب الغالب⁽¹⁾. قال ابن العربي: فإن قيل: فهلاً كانت امرأة واحدة مع رجل فيذكرها الرجل الذي معها إذا نسيت، فما الحكمة؟ فالجواب فيه أنّ الله سبحانه شرع ما أراد، وهو أعلم بالحكمة وأوفى بالمصلحة، وليس يلزم أن يعلم الخلق وجوه الحكمة وأنواع المصالح في الأحكام، وقد أشار علماؤنا أنّه لو ذكّرها إذا نسيت لكانت شهادة رجل واحد، كالرجل يستذكر في نفسه فيتذكر⁽²⁾.

ووجه تكرير «إحدهما» أنّه لو قال: أن تضلّ إحدهما فتذكر الأخرى، لكانت شهادة امرأة واحدة؛ وكذا لو قال: فتذكرها الأخرى، لكان البيان من جهة واحدة لتذكّرة الذاكرة الناسية؛ فلما كرّر «إحدهما» أفاد تذكّرة الذاكرة للغافلة وتذكّرة الغافلة للذاكرة أيضاً، لو انقلبت الحال فيهما، بأن تذكّر الغافلة وتغفل الذاكرة، وذلك غاية في البيان⁽³⁾. وانظر بحث الشيخ ابن عاشور في ذلك⁽⁴⁾.

فإذا كان المشهود به مالياً أو آيلاً لمال، ولم يوجد عدل وامرأتان، فيكفي أحدهما مع يمين المشهود له؛ أي:

* عدل فقط مع يمين المشهود له كان العدل مبرزاً في العدالة أم لا.

والدليل على الاكتفاء بالشاهد العدل مع يمين عند عدم وجود عدل معه، في المال والآيل لمال⁽⁵⁾:

أ - ما روي أنّ النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد⁽⁶⁾. وهذا الحديث محمول على الأموال وما يؤول إليها. ولا يعتبر النصّ على الشاهد الواحد مع اليمين فيه معارضاً للآية، وإنما هو زيادة عليها، ولكنّه ليس نسخاً لها؛ لأنّ الزيادة على النصّ لا تكون نسخاً في كل موضع، وهذا من المواضع التي لا تكون فيها نسخاً. فهو زيادة حكم على لسان رسول الله ﷺ.

ب - عمل أهل المدينة قرناً بعد قرن. ثبت من عهد النبي ﷺ، وعمل به الخلفاء

(1) أحكام القرآن: 255/1.

(2) أحكام القرآن: 255/1.

(3) أحكام القرآن: 254/1.

(4) التحرير والتنوير: 109/3 - 112.

(5) الإشراف: 964/2، والمعونة: 1547/3، والمعلم: 403/2، والجامع لأحكام القرآن: 2/297، وبداية المجتهد: 501/2.

(6) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد، عن جعفر بن محمد عن أبيه وهو مرسل عنده؛ ومسلم في الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، عن ابن عباس.

الراشدون. وقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: «مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد»⁽¹⁾.

ج - أن الأصل في اليمين أنها تكون في جانب أقوى المتداعيين سبباً، والمدعي قد قوي سببه بالشاهد، فكانت اليمين في جانبه.

د - قياس المدعي على المدعى عليه؛ لأنه أحد المتداعيين فجاز أن يثبت اليمين في جانبه كالمدعى عليه.

هـ - أن حقوق الأموال أقل رتبة من حقوق الأبدان.

* أو امرأتان فقط مع يمين المشهود له. والدليل على الاكتفاء بامرأتين مع يمين عند عدم وجود عدل معهما، في المال والآيل لمال⁽²⁾: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تَصِلَ إِحْدَهُمَا فَتُكْفَرَ إِحْدَهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال أن المرأتين قد أجرينا في الشهادة في المال كالشاهد الواحد، وقد تقدم أن الشاهد الواحد من الذكور إذا فقد تقوم اليمين مقامه، فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة المرأتين مع اليمين عوضاً عن الرجل؛ أي: يأخذ البديل حكم المبدل.

ومما هو مال أو يؤول إلى مال ما يلي:

- البيع والشراء.

- الأجل في ثمن المبيع، إذا ادعاه مشتر وخالفه البائع، أو اختلفا في طوله.

- قبض الثمن فيهما، اختلفا فيه أو في قدره.

- الخيار إذا ادعاه أحدهما وخالفه الآخر؛ لأنه يؤول لمال.

- الشفعة إذا ادعى المشتري إسقاطها من الشفيع أو ادعى الشفيع بعد سنة أنه كان

غائباً ونحو ذلك.

- الإجارة عقداً أو أجلاً؛ أي: كان النزاع في أصل الإجارة أو في مدتها أو في

قدر الأجرة.

- الجرح خطأ؛ لأنه يؤول لمال.

- الجرح عمداً فيما يؤول لمال كجائفة.

- الإيضاء.

- التوكيل بتصرف في مال. إلا أن الوكالة والوصية بالتصرف بالمال لا يكون

(1) الموطأ: 721/2. وانظر في دلالة قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة: التمهيد: 155/2،

والكافي: 909/2، وشرح الموطأ للزرقاني: 390/3.

(2) الإشراف: 965/2، والمعونة: 1548/3.

فيهما اليمين مع الشاهد؛ لأن اليمين لا يحلفها إلا من له فيها نفع، ولا يحلف الإنسان لجرّ نفع لغيره.

- النكاح إذا ادعته امرأة بعد موت رجل أنه تزوجها، فيكفي فيه الشاهد والمرأتان، أو أحدهما مع يمينها من حيث المال، فيقضى لها بالإرث والصدّاق، لا من حيث ذاته، فلا تحرم على أصوله وفروعه ولا عدة عليها في ظاهر الحال. وأما في نفس الأمر فيقال لها إن كنت صادقة في دعواك فلا تحلي لغيره إلا بالعدة، ولا يحل لك أن تتزوجي من أصوله وفروعه.

- الشهادة بسبقيّة الموت. فإذا شهد بسبقيّة الموت بين متوارثين فيكفي الشاهد والمرأتان أو أحدهما مع اليمين؛ أي: إذا مات كل من الزوجين مثلاً، وشهد شاهد بأن الزوج سبق موته الزوجة أو العكس، فيكفي الشاهد واليمين، فيرث المتأخر موتاً صاحبه.

- مؤت رجل لا زوّجته له. فإنه يثبت بالشاهد والمرأتين أو أحدهما مع اليمين، إذ ليس حينئذ إلا مجرد قسمة التركة. وأما لو كان له زوجة فلا يثبت موته إلا بعدلين؛ لما يلزم على موته من ثبوت العدة للزوجة، وإباحتها بعدها لغيره من الأزواج، وهذا إنما يكون بشهادة عدلين.

- القصاص في جرح. فيكفي فيه الشاهد والمرأتان أو أحدهما على يمين المجرّح، ويقتص من الجارح. وهذه المسألة إحدى مستحسّنات الإمام مالك إذ ليست بمال ولا آيلة له. وموضوع المسألة أنّ الجرح عمد؛ لأنّ القصاص لا يكون إلا فيه. فقد استفيد من هنا ومما مرّ أنّ الجرح سواء كان خطأ أو عمداً فيه مال.

- السرقة والحراية. فإذا ادّعى مدع على آخر أنه سرق له مالاً أو أنه حارب وأخذ منه مالاً، وأقام على ذلك شاهداً وامرأتين أو أحدهما وحلف، ثبتّ المالُ بذلك دون الحَدّ من قطع أو غيره؛ لأنّ الحَدّ يثبتّ بالعدلين بخلاف المال.

المرتبة الرابعة: امرأتان عدلتان:

تكون شهادة امرأتين عدلتين فيما لم يظهر للرجال، من ذلك:

- عيب فرج لامرأة ادعاه الزوج وأنكرت المرأة، ورضيت أن ينظرها النساء. فإن لم ترض فلا تجبر على ذلك وتصدق بيمينها. واعلم أنّ عيب المرأة إن كان قائماً بوجهها ويديها فلا بدّ من رجلين؛ وما كان بفرجها فهي مصدّقة فيه. وإن رضيت برؤية النساء له كفى فيه امرأتان. وما كان بغير فرجها ووجهها ويديها من بقية جسدها فلا يثبت إلا بشهادة امرأتين.

- استهلال المولود. وكذا ذكوره وأنوثته. ويترتب على ذلك الإرث وعدمه. واعلم أنّ الأصل نزول الولد غير مستهلّ فمدّعي عدم الاستهلال لا يحتاج لإثبات، ومدّعيه يحتاج لإثبات، ويكفي فيه المرأتان.

- ولادة ادعتها المرأة ولم يحضر شخص فيكفي المرأتان.

ويثبت النَّسَبُ والإرثُ بشهادة المرأتين على الولادة أو الاستهلال. وإذا استهل ومات عن مال ثبت الإرث عليه بشهادة المرأتين فيرثه الحي بعده بلا يمينٍ من المدعي فيما لا يظهر للرجال.

والدليل على الاكتفاء بالمرأتين العدلتين فيما ينفردن فيه بالشهادة، دون الثلاثة والأربعة⁽¹⁾: القياس على الرجال؛ لأنَّ كلَّ جنسٍ قبلت شهادته في شيء على الأفراد كفى فيه شخصان كالرجال. وتقدّم بيان وجه الحكمة من ذلك وهو انفرادهن في مثل هذه المواضع التي لا يطلع عليها الرجل في غالب الحال. والدليل على عدم الاكتفاء بالواحدة⁽²⁾:

أ - القياس على سائر الحقوق؛ لأنَّ شهادة في حقِّ فلم يثبت لشخص كالحقوق كلّها.

ب - دلالة الأولى؛ لأنَّ شهادة الرجال أقوى، ثم لم يقبل منهم واحد، فالمرأة أولى.

وأما الرضاع فالشهادة عليه قد تقدمت في أحكام الرضاع، وأنه يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأة، أو امرأتين، بشرط الفشو في الجميع قبل العقد، وبعدين أو عدل وعدلتين ولو بدون فشو قبل العقد وبعده. ودليل قبول شهادة النساء في الرضاع على الانفراد: القياس على الولادة والاستهلال؛ لأنَّ الرضاع ممّا لا يطلع عليه الرجال في الغالب ولا يحضرونه، كالولادة والاستهلال؛ ولأنَّها شهادة على عورة لشهادة النساء مدخل فيها، فجاز أن يقبلن فيها منفردات كالولادة⁽³⁾.

لا يمين مع تمام الشهود:

إذا ثبت الحق للمدعي عند القاضي بتمام الشهود لم يحلف المدعي مع شهوده، والدليل:

أ - عن الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: «شاهدك أو يمينه»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ لم يجعل على المدعي أكثر من الشهادة.

ب - عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «اليمين على المدعي عليه»⁽⁵⁾. وعنه قال:

(1) الإشراف: 969/2، والمعونة: 1552/3.

(2) الإشراف: 970/2، والمعونة: 1553/3.

(3) الإشراف: 969/2. (4) أخرجه البخاري في الشهادات، باب.

(5) أخرجه مسلم في الأفضية، باب اليمين على المدعي عليه.

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ⁽¹⁾.

ج - أَنَّ الْحُجَّةَ تَامَةَ بِالشَّهَادَةِ الْمَطْلُوبَةِ، فَلَوْ احْتَجْنَا إِلَى الْيَمِينِ مَعَهَا لَكَانَتْ نَاقِصَةً غَيْرَ تَامَةٍ.

الشهادة على خطِّ المقرِّ:

يجوز أداء الشهادة على خَطِّ الْمُقَرِّ، بَأَنَّ هَذَا خَطُّ فُلَانٍ وَفِي خَطِّهِ: أَقَرَّ فُلَانٌ بَأَنَّ فِي ذِمَّتِهِ كَذَا لِفُلَانٍ، وَسَوَاءٌ كَانَ حَيًّا وَأَنْكَرَ، أَوْ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا، وَسَوَاءٌ كَانَ فِي الْوَثِيقَةِ الَّتِي فِيهَا خَطُّ الْمَقْرَرِ شُهُودٌ أَوْ كَانَتْ مَجْرَدَةً عَنِ الشُّهُودِ عَلَى الْمُعْتَمَدِ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ الْوَثِيقَةُ كُلِّهَا بِخَطِّهِ؛ أَوِ الَّذِي بِخَطِّهِ مَا يَفِيدُ الْإِقْرَارَ فَقَطُّ، أَوْ أَنَّهُ كَتَبَ بَعْدَ تَمَامِهِ بِيَدِهِ: الْمَنْسُوبِ إِلَيْهِ فِيهِ صَحِيحٌ. وَلَا بَدَّ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ مِنْ عَدْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا يَثْبُتُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْخَطِّ كَالنَّقْلِ، وَلَا يَنْقَلُ عَنِ الْوَاحِدِ إِلَّا اثْنَانِ وَلَوْ فِي الْمَالِ عَلَى الرَّاجِحِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَلِ الرَّاجِحُ وَالْمُعْتَمَدُ ثُبُوتُهَا بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.

وَلَا يَمِينُ مِنَ الْمَدْعَى مَعَ الْبَيِّنَةِ الشَّاهِدَةِ عَلَى الْخَطِّ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْخَطِّ كَالشَّهَادَةِ عَلَى اللَّفْظِ، وَهَذَا هُوَ الرَّاجِحُ. قَالَ بَعْضُهُمْ: يُوْخَذُ مِنْهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الشَّاهِدُ وَاحِدًا حَلَفَ مَعَهُ الْمَدْعَى وَثَبَتَ الْحَقُّ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، وَعَلَيْهِ ائْتَصَرَ الْمَوَاقِفُ. وَالْمُرَادُ بِالْيَمِينِ الْمَنْفِيَةِ يَمِينُ الْاسْتِظْهَارِ لِأَجْلِ الْخَطِّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ خَطٌّ، فَلَا يَنَافِي أَنَّهُ قَدْ يَحْلِفُ يَمِينِ الْقَضَاءِ إِنَّهُ مَا وَهَبَ وَمَا أَبْرَأَ وَنَحْوَ ذَلِكَ، فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَقْرَرُ بِخَطِّهِ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا، وَأَمَّا إِنْ كَانَ مَوْجُودًا وَأَنْكَرَ كَوْنَهُ خَطِّهِ فَلَا يَحْتَاجُ مَعَ شَهَادَةِ الشَّاهِدِينَ عَلَى خَطِّهِ لِيَمِينِ الْقَضَاءِ وَلَا مَعَ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ عَلَى الْمُعْتَمَدِ.

وَلَا بَدَّ أَيْضًا مِنْ حُضُورِ الْخَطِّ عِنْدَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، فَلَا تَصِحُّ فِي غَيْبَتِهِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي بِهِ الْعَمَلُ. فَإِذَا نَظَرَ شَاهِدَانِ وَثِيقَةً بِيَدِ رَجُلٍ بِخَطِّ مَقْرَبَيْنِ، وَحَفَظَاهُ وَتَحَقَّقَاهُ فِيهَا، ثُمَّ ضَاعَتِ الْوَثِيقَةُ، فَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِمَا فِيهَا، فَإِنَّهُ لَا يَعْمَلُ بِشَهَادَةِ تِلْكَ الْبَيِّنَةِ فِي غَيْبَةِ تِلْكَ الْوَثِيقَةِ كَمَا قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ وَالْمَتَيْطِيُّ، وَمُقَابِلُهُ مَا لِأَبِي الْحَسَنِ مِنْ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ إِذْ لَا فَرْقَ عِنْدَ الْقَاضِي بَيْنَ غَيْبَةِ الْوَثِيقَةِ وَحُضُورِهَا حَيْثُ اسْتَوْفَى الشَّاهِدَانِ جَمِيعَ مَا فِيهَا.

الشهادة على خطِّ الشاهد:

وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ شَاهِدٍ مَاتَ، أَوْ عَلَى خَطِّ شَاهِدٍ غَائِبٍ بَعِيدٍ، أَوْ شَاهِدٍ جَهْلٍ مَكَانَهُ.

وَالْمَرْأَةُ الْمَشْهُودُ عَلَى خَطِّهَا بِشَهَادَتِهَا بِشَيْءٍ كَالرَّجُلِ؛ لَا بَدَّ مِنْ مَوْتِهَا أَوْ بُعْدِ

(1) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي الرَّهْنِ، بَابِ إِذَا اخْتَلَفَ الرَّهْنُ.

غيبتها. وليست الشهادة على خطها كالنقل عنها يجوز ولم تغب؛ لأن الشهادة على الخط ضعيفة لا يصار إليها مع إمكان غيرها. وحينئذ فيجوز شهادة الرجال على خط النساء ولو فيما يختص بهن، وأما النساء فلا تقبل شهادتهن على خط رجال ولا نساء ولو فيما يختص بهن.

وتجوز الشهادة على خط المقر وعلى خط الشاهد الغائب أو الميت، ولو بغير مالٍ كطلاق، في المقر والشاهد بنوعيه؛ أي: الغائب والميت.

شروط صحة الشهادة على الخط:

لصحة الشهادة على الخط ثلاثة شروط؛ الأول منها: عام في الشهادة على خط المقر وعلى خط الشاهد بنوعيه، والثاني والثالث: خاصان بالقسم الثاني بنوعيه الغائب والميت: الأول: أن تعرفه البيئة معرفة تامة، كمعرفة الشيء المعين من حيوان أو غيره، فلا بد من القطع بأنه خط فلان.

الثاني: أن تعرف البيئة أن الشاهد الذي كتب خطه ومات أو غاب كان يعرف من شهد عليه بنسبه أو عينه، وإلا لم تجز الشهادة على خطه. وقد أورد على هذا الشرط أن الشهادة على من لا يعرف من شهادة الزور، والموضوع أن الكاتب عدل والعدل لا يشهد على من لا يعرف، ولذا قال ابن راشد القفصي: الصواب إسقاط هذا الشرط؛ لأنه غير خارج عن ماهية العدل، فاشتراطه يشبه اشتراط الشيء في نفسه، وقد جرى العمل بقفصة على خلافه.

الثالث: أن تعرف أن الشاهد تحمّلها عدلاً؛ أي: كتب خطه بالشهادة وهو عدل. ولا يشترط أن يذكر ذلك في شهادته، بل شرط جواز الإقدام على الشهادة أن يعلم أنه وضع خطه وهو عدل، واستمر عدلاً حتى مات أو غاب.

ما لا يجوز في تحمّل الشهادة:

- لا يجوز أن يشهد شاهد على خط نفسه بقضية، حتى يتذكرها بتمامها فيشهد حينئذ بما علم، لا على خط نفسه. وأما إذا تذكر بعضها فهو كمن لم يتذكر شيئاً. وإذا لم يتذكر أدى الشهادة على أن هذا خطي ولكني لم أذكر القضية بلا نفع للطالب. وفائدة الأداء على هذا النحو احتمال أن الحاكم يرى نفعها، هذا قول مالك في المدونة، وهو الذي رجع إليه. قال ابن رشد: وكان مالك يقول أولاً: إن عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيئاً منها وليس في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد، وبه أخذ عامة أصحابه: مطرف، وعبد الملك، والمغيرة، وابن أبي حازم، وابن دينار، وابن وهب، وسحنون، وابن حبيب. قال في التوضيح: صوّب جماعة أن يشهد إن لم يكن محو ولا ريبة؛ فإنه لا بد للناس من ذلك، ولكثرة نسيان الشاهد المنتصب؛ ولأنه لو لم يكن يشهد حتى يذكرها لم يكن لوضع خطه فائدة.

- لا يجوز أن يشهد على مَنْ لا يَعْرِفُ الشاهد نَسَبَهُ حين التحمل أو الأداء، أو عرف نسبه وتعدد، فلا يجوز له الشهادة إلا على شخصه المعيّنة وحليته، بحيث يكون المعوّل عليه من وجدت فيه تلك الأوصاف، لاحتمال أن يضع المشهود عليه اسم غيره على نفسه. والمراد بالتعدد كما إذا تعدد المنسوب لشخص معين، كمن له بنتان فاطمة وزينب وأراد الشاهد أن يشهد على فاطمة، والحال أنه لا يعرف عين هذه من هذه، فلا يشهد إلا على عينها ما لم يحصل له العلم بها وإن بامرأة. وأمّا إن لم يكن للمعين إلا بنت واحدة وكان الشاهد يعلم ذلك فلا تتوقف الشهادة على عينها.

فإذا شهدت البيّنة على ذات شخص بدين ولم تعلم نسبه أو أقر بأن في ذمته ديناً لفلان ولم يعلم نسبه، فأخبر بأن اسمه فلان ابن فلان فعلى القاضي أن يكتب في الوثيقة: «مَنْ زَعَمَ أَنَّهُ فُلَانُ ابْنِ فُلَانٍ»، لاحتمال أن يكون غير اسمه واسم أبيه للجدد في المستقبل. ففائدة التسجيل بيان عدم ثبوت النسب المذكور عند الشهود والقاضي.

- لا يجوز أن يتحمّل الشهادة على امرأة مُتَنَبِّهَةٍ حتى تكشف عن وجهها، لتشهد البيّنة على ذاتها وشخصها. وإنما امتنع الإشهاد عليها وهي منتقبة لتتعيّن لأداء الشهادة عليها. والحاصل أنه لا يجوز الشهادة على المنتقبة تحملاً أو أداء، بل لا بد من كشف وجهها فيهما لأجل الشهادة على شخصها وصفتها وهذا في غير معروفة للنسب، وكذلك في معرفته التي تختلط بغيرها، وأما معروفة النسب المنفردة أو المتميزة عند الشاهد عن المشاركة فله الشهادة عليها منتقبة في التحمل والأداء.

الشهادة بالسماع:

قال ابن عرفة: شهادة السماع لقب لما يصرّح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادة البت⁽¹⁾ والنقل؛ أي: فتخرج شهادة البت لعدم استناد الشاهد لشيء أصلاً؛ وتخرج شهادة النقل لأنها سماع من معين. ودليل جواز شهادة السماع⁽²⁾: أنّ الضرورة تدعو إلى قبولها، وإلا تلف الحقّ المشهود به؛ لأنّ البيّنة لا تبقى على مرّ السنين، كالموت والنسب والوقف وما أشبه ذلك مما يؤمن تغيره، فجازت فيه شهادة السماع.

فتجوز الشهادة من عدلين عند حاكم بسماع بشرط الفسوّ واشتهار بين الناس؛ عن ثِقَاتٍ وغيرهم، فتعتمد البيّنة على ذلك.

(1) الشهادة على البت غير الشهادة على العلم؛ فالبت أن يقطع بما يشهد به ويتقنه، ولا يقيد شهادته بلفظ العلم. والشهادة على العلم أن يقيد شهادته بذلك. انظر للتوسع في الفرق بين الأمرين: إكمال الإكمال: 85/6.

(2) المعونة: 1554/3.

وتكون شهادتهم بقولهم للحاكم: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنّ كذا وكذا، مما يأتي من الأمور التي تشرع فيها شهادة السماع. وظاهره أنه لا بدّ في شهادة البيّنة أن تجمع بين الثقات وغيرهم، وهو المعتمد الذي به العمل وعليه أبو الحسن والباقي والمتيطي وابن فتوح وغيرهم، قال ابن فتوح: شهادة السماع لا تكمل إلا أن ينضم فيها أهل العدل وغيرهم، على هذا مضى عمل الناس، ونقله ابن عرفة وأقره. وقال ابن القاسم وجماعة: يكفي أحد اللفظين، وشهر أيضاً.

واعلم أن بيّنة السماع إنما جازت للضرورة لأنها على خلاف الأصل؛ إذ الأصل أن الإنسان لا يشهد إلا بما علم مما تدرکه حواسه بلا واسطة. وتشرع في أمور هي:

1 - أن تشهد بملكٍ لحائز؛ أي: تشهد بسماعهم بملك شيء من عقار أو غيره لحائز له، لا إن لم يكن في حوزة. فلا يجوز أن تشهد به لغير حائزه.

وإذا شهدت بسماع الملك لحائز لم ينزع ذلك الشيء من يد حائزه. ولا يشترط سماعهم بالتصرف فيه تصرف الملاك ولا طول الحياة.

وإذا شهدت بيّنة بأننا لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم بأن هذه الدار أو هذا الحيوان لهذا الحائز، وشهدت أخرى بتأّ بأنه لغيره ممن يدعيه، قدمت بيّنة البتّ على بيّنة السماع، ونزع من يد الحائز، وأعطي لمن ادعاه وأقام بيّنة البت. والكلام في حيازة لا يثبت بها الملك، وإلا لم ينزع من يد الحائز.

ومحل تقديم بيّنة البتّ ما لم تشهد بيّنة السماع بأنّ ذلك الشيء المتنازع فيه قد انتقل بملك جديد من أبي القائم بالدعوى أو جدّه بشراء أو هبة أو صدقة. والموضوع أن صاحب بيّنة السماع حائز للشيء المتنازع فيه، وإلا قدمت بيّنة البت.

والكلام في حيازة لا يثبت بها الملك، إما لقصرها، وإما لكون المدعي القائم على الحائز كان غائباً أو حاضراً قام به مانع. وأما الحاضر الذي لا مانع له إذا سكت العشر سنين فلا تسمع له دعوى ولا بيّنة في العقار. وكذا غيره على التفصيل الآتي ذكره إن شاء الله.

وقد أورد الشيخ الدردير بحثاً سمّاه قوياً فقال: إذا كانت دعوى القائم على الحائز مجردة - أي: عن بيّنة البت أو السماع - فالحوز كاف في دفعها من غير احتياج إلى بيّنة بسماع، وكذا إذا كان مع دعوى القائم بيّنة سماع؛ لأنه لا ينزع بها من يد حائز. فإن كان معها بيّنة قطع فبيّنة السماع للحائز لا تنفعه - أي: لا تثبت له ملكاً - إلا بسماع أنه اشتراها من أبي القائم بالدعوى ونحو ذلك، فلم يبق لقولكم: «بملك لحائز» محل؛ أي: فقد نقض بهذا البحث اشتراط الفقهاء هذا الشرط لأنه لا محلّ له.

2 - أن تشهد بموت الغائب البعيد. فتجوز الشهادة بسماع فاش بموت غائب ببلد بعيدة كأربعين يوماً، وألحق بها الشهر فيثبت موته ببيّنة السماع. أو لم يبعد وطال زمن

سَماع الموت كعشرين سنة. وأما إذا لم يطل الزمن فلا يثبت بالسماع ولا بد من بينة القطع كالحاضر لسهولة الكشف عن حاله.

3 - أن تشهد بالوَقْف. فيثبت الوقف ببيّنة السماع. فإذا شهدت بيّنة سماع بأنّ هذا وقف على فلان الحائز له أو على فلان - وليست الذات بيد أحد - ثبت بها الوقف. وأما لو كانت بيد حائز يدعي ملكها ففيه خلاف؛ قيل: لا ينزع بها من يد الحائز كالمملك، وهو قول اللخمي وخليل واقتصر عليه بهرام والبساطي. وقيل: ينزع ترجيحاً لجانب الوقف ورجح، وهو ما لابن عرفة وبه أفتى الأجهوري، فعلى هذا القول يكون الوقف مستثنى من قولهم: لا ينزع بينة السماع من يد حائز.

4 - التَّوَلِيَّة؛ أي: تولية قاض أو وال أو وكيل، فتقبل فيها بينة السماع. وينفذ بتلك الشهادة حكم القاضي والوالي وتصرف الوكيل.

5 - التعديل لبينة، نحو: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنه عدلٌ رضاً؛ فتقبل شهادة العدل.

6 - الإسلام لشخص معين نحو، لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنه مسلم أو أنه أسلم؛ فتجري عليه أحكامه.

7 - الرُّشْد كذلك. حيث قالوا: لم نزل نسمع أن وليّ السفية الفلاني أطلق له التصرف ورشده، فتقبل تلك الشهادة ويجري عليه أحكامه.

8 - النكاح إذا ادعاه الحي من الزوجين على الميت ليرثه، أو ادعاه أحد الزوجين الحيين ولم ينكر الآخر، وكانت الزوجة تحته. وأما لو ادعاه أحدهما - والموضوع أنّ كلياً منهما حيّ - وأنكره الآخر فلا يثبت بها النكاح. قال في التوضيح: قال أبو عمران: يشترط في شهادة السماع على النكاح أن يكون الزوجان متفقين عليه، وأما إذا أنكر أحدهما فلا. لكن قال بعضهم: تكون حتى فيما فإذا ادعاه أحدهما وأنكره الآخر.

9 - العزل من الولاية. فلا يمضي حكم لقاض ولا وال ولا تصرف لوكيل.

10 - الجرح. فلا تقبل له شهادة.

11 - الكفر. ويجري عليه أحكامه.

12 - السفه. ويجري عليه أحكامه.

13 - الطلاق، وإن كان خُلِعاً. ويثبت بها الطلاق لا دفع العوض؛ لأنّ العوض في نظير الطلاق مال ولا بدّ فيه من بينة تشهد بتأّ عليه.

14 - ضَرَر زوج لزوجته نحو: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أنّه يضاررها، فيطلقها عليه الحاكم.

15 - الهبة؛ أي: أنه وهب لفلان كذا.

- 16 - الصدقة؛ أي: أنه تصدق بكذا على فلان.
- 17 - الوصية؛ كقوله: لم نزل نسمع من الثقة وغيرهم أن فلاناً أقام فلاناً وصياً عنه في ماله أو ولده، أو أن فلاناً تحت ولاية فلان يتولى النظر له والإنفاق عليه، بإيضاء أبيه أو بتقديم قاض له عليه.
- 18 - الولادة. بأن تقول البينة لم نزل نسمع أن هذه المرأة قد ولدت؛ لأجل خروجها من العدة مثلاً.
- 19 - الحراية. بأن يقولوا: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن هؤلاء الجماعة هم المحاربون، أو الآخذون لمال فلان حراية؛ فيحكم عليهم بذلك.
- 20 - العسر واليسر.
- وما بعد المسائل الثلاث - ملك الحائز وموت الغائب والوقف - تثبت بيينة السماع بدون قيد الطول ولا القصر.

شروط إفادة بيّنة السماع:

- 1 - أن يطول زمن السماع، كعشرين سنة. وأقل منها لا يكفي، ولا بدّ من شهادة البت. وهذا الشرط اعتبره بعضهم في جميع الأمور المتقدمة وغيرها. وقال ابن هارون: طول الزمان ليس شرطاً في جميعها بل في الأملاك والشراء والأحباس والأنكحة والوقف والصدقة والنسب والحيازة، وأما موت الغائب فيشترط فيه تنائي البلدان أو طول الزمان واعتمد، واختار ابن عرفة أنه في الموت مع الطول لا بدّ من بيينة القطع ولو بالنقل، إذ يبعد عادة موته مع عدم من يأتي من تلك البلد يخبر بموته في تلك المدة الطويلة.
- وحاصل المسألة أن في شهادة السماع بالموت طرقتاً ثلاثة: طريقة ابن عرفة وهي: اشتراط تنائي البلدين وقصر الزمان، وطريقة ابن عبد السلام وهي: اشتراط تنائي البلدين وطول الزمان، وطريقة ابن هارون وهي: اشتراط أحد الأمرين إما تنائي البلدين أو طول الزمان. واعتمد الشيخ الدردير هذه الطريقة واعتمد الشيخ الدسوقي الطريقة الأولى.

وهذا الشرط خاص بالمسائل الثلاث المذكورة أولاً.

- 2 - أن لا توجد ربيّة في بيّنة السماع. فإن وجدت ربيّة لم يعمل بها؛ كما إذا لم يسمع بذلك غيرهما من ذوي أسنانهما. كما لو شهد اثنان فقط بموت رجل وفي البلد عدد كثير من ذوي أسنانهما لم يعلموا بذلك.
- 3 - أن يشهد به عدلان، فلا يكفي الواحد فيها مع اليمين.
- 4 - أن يحلف المدّعي الذي أقام العدلين لضعف شهادة السماع؛ لأنها على خلاف الأصل.

من لا يحلف مع شاهده الواحد:

لا يحلف صبيٌّ مع شاهده الذي أقامه؛ لأنَّ الصبي لا تتوجه عليه يمين. ولا وليه عنه ولو كان أباً ينفق عليه. وهذا فيما إذا لم يل الأب ولا وصيّه المعاملة للصبي، فإن وليها حلف؛ لأنه إذا لم يحلف غرم، وكذا ولي السفية إن تولّى معاملته حلف وإلا غرم.

وإذا لم يحلف الصبي ولا وليه مع الشاهد حَلَفَ المدعى عليه أن هذا الصبي لا يستحق عندي شيئاً، أو ليس هذا المدعى به له؛ ليرك المتنازع فيه بيد المطلوب حوزاً لا ملكاً إلى بلوغ الصبي. وأسجل الحاكم المدعى به على طَبَق ما وقع من الدعوى والشاهد، وحلف المدعى عليه صوتاً لمال الصبي، وخوفاً من موت الشاهد أو المدعى عليه، وعلة الإسجال ليحلف الصبي إذا بَلَغَ.

فإن نكَلَ المطلوب عن اليمين حين الدعوى أَخَذَهُ الصبي لنكول المدعى عليه، مع قيام الشاهد به عليه.

وإن حلف فترك المدعى به بيده لبلوغ الصبي ليحلف، ونكَلَ الصبي بعد بلوغه فلا شيء له.

ويحلف وارث الصبي إن مات قبل بلوغه، واستحق المدعى به.

شهادة النقل وحكمها:

شهادة النقل هي شهادة عن الشاهد الأصلي. وحكمها الجواز في كل شيء من حقوق الله ﷻ وحقوق الآدميين، بشروط. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2]، وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. ووجه الاستدلال من الآيتين أنهما عامتان في كل أمر يصح الإشهاد عليه، والشهادة على الشهادة الأصلية شهادة.

ب - أنه قول علي عليه السلام، ولم يخالفه أحد، فقد روي عنه قوله: لا تجوز على شهادة الميت إلا رجلاً⁽²⁾. ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولا خالفه.

ج - القياس على الشهادة على الإقرار؛ لأنه نقل طريقه الأمانة كالشهادة على الإقرار.

والدليل على جوازها في كل شيء⁽³⁾: القياس على الأموال؛ لأن كل حكم جاز

(1) الإشراف: 976/2، والمعونة: 1558/3.

(2) أخرجه عبد الرزاق في الشهادات، باب شهادة الرجل على الرجل.

(3) الإشراف: 976/2، والمعونة: 1559/3.

أن يثبت بالشهادة جاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة، أصله الأموال.

وشروط صحتها ستة، هي:

1 - أن يقول الشاهد الأصلي للناقل عنه: اشهد على شهادتي، أو نحوه ممّا يرادفه ك: انقلها عني، أو ما هو بمنزلة ذلك كأن يسمعه يؤديها عند حاكم، إذ سماعه يؤديها عند حاكم بمنزلة قوله: اشهد على شهادتي.

ويدخل في هذا نقل النقل، فيجوز ولو تسلسل.

وأما إذا سمعه يخبر غيره بأنّي قد شهدت على كذا فلا ينقل عنه. نعم إذا سمعه يقول لغيره: اشهد على شهادتي، فهل للسامع النقل؟ فيه خلاف، والمشهور الجواز ولو لغير المخاطب من السامعين.

2 - أن يغيب الأصل، إذا كان رجلاً، فلا يصح النقل مع حضور الأصل إذا كان رجلاً. وأما المرأة فيصح مع حضورها؛ لأنّ شأن النساء عدم الخروج في الدعاوى. والمراد بحضورها كونها على ثلاثة برد فأقلّ، وليس المراد حضورها في المجلس، وإلا كان النقل عنها عبثاً.

ومثل غياب الأصل موته أو مرضه مرضاً يعسر معه الحضور عند الحاكم.

3 - أن يكون المكان الغائب به لا يَلْزَمُ الشاهد الأصليّ الأداء منه، كمسافة القصر. وظاهره في الحدود وغيرها وهو مذهب سحنون، وقال ابن القاسم في العتبية: لا يكفي الغيبة في الحدود ثلاثة الأيام، بل لا بدّ من الزيادة عليها، وهو ما مشى عليه الشيخ خليل بقوله: «ولا يكفي في الحدود الثلاثة الأيام» قال الشيخ الدردير: وفيه إشكال؛ لأنه إذا كان على مسافة القصر ولم يبعد أكثر من ثلاثة أيام لم يلزم الأصليّ الإتيان لمحل الحكم كمن مر، فلم لم يجز النقل عنه؟ وأجاب الشيخ الصاوي عن الإشكال بقوله: وحاصل الجواب أنّه إذا كان الشاهد بموجب حدّ على مسافة القصر فقط، فإنه يرفع شهادته إلى قاضي بلده ويخاطب القاضي به قاضي المصر الذي يراد نقل الشهادة إليه؛ قال ابن عاشر: وانظر لم لم يكتف بنقل الشهادة هنا واكتفوا بالخطاب إلى قاضي بلد الخصومة؟ وأجيب بأنّ النفوس تثق بنقل القاضي عن الشهود أعظم من وثوقها بنفس الشهود. والدليل على جواز إرسال القاضي بالشهادة إلى قاضٍ آخر: الضرورة إلى ذلك؛ لأنّه لو لم يجز ذلك لأدّى إلى تلف الحق المشهود به، ولأنّه لا يكون هناك من يعرفهم بالعدالة⁽¹⁾.

4 - أن لا يَظَرَأَ للأصل فسقٌ أو عداوةٌ للمشهود عليه قبل الأداء. بخلاف طرؤ

جنون للأصل بعد تحمل الأداء، فلا يضر في النقل عنه كالموت والمرض.

5 - أن لا يكذب الأصل الناقل عنه، فإن كذبه حقيقة أو حكماً - كشكه في أصل شهادته - لم يصح النقل عنه قبل الحُكْم بشهادة النقل. فإن كذبه بعد الحكم بها مضى الحكم، ولا عُزِمَ على الناقل ولا على الأصل المكذب له.

6 - أن ينقل عن كل واحد من شاهدي الأصل اثنان، وهو صادق بأربعة نقلة عن كل واحد اثنان متغايران، وبائنين نقلاً عن هذا وعن الآخر، وبثلاثة نقل اثنان منهم عن زيد وأحدهما مع الثالث عن عمرو. ودليل جواز النقل المذكور⁽¹⁾: القياس على شهادة اثنين عند الحاكم على إقرار اثنين بدين؛ لأنه نقل قول اثنين إلى الحاكم بشهادة شاهدين فيما يثبت بشهادة شاهدين.

ويشترط هنا أن لا يكون أحد الناقلين أصلاً أدى شهادته بلا نقل عنه؛ لأنه إذا كان أحدهما أصلاً لزم ثبوت الحق بشاهد فقط؛ لأن الناقل المنفرد كالعدم. وينقل في الزنا أربعة من الناقلين عن كل من الأربعة الشاهدين، وهذا صادق بستة عشر، وبأربعة فقط نقلت - أي: الأربعة - عن كل من الأربعة، وبغير ذلك كثمانية ينقل كل أربعة منهم عن كل واحد من اثنين من الأصول؛ واثنى عشر تنقل كل أربعة منها عن واحد من اثنين من الأصول، وتزيد أربعة بالنقل عن الرابع.

أو ينقل أربعة في الزنا اثنان منهم عن كل اثنين من الأصل، كأن ينقل عن زيد وعمرو، وينقل الآخران عن بكر وخالد فيكفي. فإن نقل اثنان عن ثلاثة وعن الرابع اثنان آخران لم تصح - خلافاً لابن الماجشون -؛ لأن شهادة الفرع لا تصح إلا إذا صحت شهادة الأصل لو حضر، والرابع لو حضر مع الاثنين الناقلين لا تصح شهادته معهما لتقص العدد؛ أي: لأن الناقل ينزل منزلة الأصلي ويلغى الأصلي، والموضوع أن الناقل عن الثلاثة اثنان، فإذا حضر معهما الرابع الأصلي كان في الحقيقة ثالثاً، وكذلك لا تصح لو نقل ثلاثة عن ثلاثة وواحد عن الأربعة؛ لأنها آلت إلى أن الأربعة نقلوا عن كل واحد من الثلاثة ونقل عن الرابع واحد فقط. وأما لو نقل ثلاثة عن ثلاثة واثنان عن واحد لكفي.

ووجه اشتراط أن ينقل أربعة عن كل واحد من شهود الزنا أن شهود الفرع أضعف من شهود الأصل؛ لأن النقل فرع عن الأصل، فإذا كان الأصل لا بد فيه من أربعة فكذلك النقل؛ ولأنه لو قبلنا شهادة اثنين لأدى إلى أن يقام الحد بشهادة اثنين وذلك غير جائز⁽²⁾.

ويشترط في صحة شهادة النقل في الزنا أن يقول الشهود لمن ينقل عنهم: اشهدوا عنا أننا رأينا فلاناً يزني وهو كالمروود في المكحلة. ولا يجب الاجتماع وقت النقل، ولا تفريق الناقلين وقت شهادتهم عند الحاكم بخلاف الأصول.

ويجوز تَلْفِيْقُ ناقلٍ مع أصل في الزنا وغيره، كأن ينقل اثنان عن اثنين في الزنا مع أصليين؛ وكان يشهد ثلاثة بالرؤية، وينقل اثنان عن رابع.

ويجوز تَزْكِيَةُ الناقل لأصله الناقل هو عنه بعد أن ينقل عن شهادته. ولا يجوز تزكية الأصل للناقل عنه.

ويجوز نَقْلُ امرأتين عن رجل أو عن امرأة، مع رجل ناقل معهما عمّن ذكر من الرجل أو المرأة. ولا يجوز نقل امرأتين مع رجل أصليّ؛ لأنهما بمنزلة رجل واحد، فإن لم يكن معهما رجل ناقل فلا يجتزأ بنقلهما ولو فيما لا يظهر للرجال على المعتمد. ومحلّ جواز نقل المرأتين إنّما هو فيما يَشْهَدُنَّ فيه، وهي الأموال وما آل إليها، وما لا يظهر إلا للنساء كالولادة وعيب الفرج، لا في نحو طلاق وقصاص.

رجوع الشاهد عن شهادته:

إذا رجع الشاهد - سواء كان واحداً أو متعدداً - عن شهادته، بدم أو حقّ ماليّ، بأن قال الشاهدان بعد الأداء وقبل الحكم: وهما أو غلطنا في شهادتنا ليس الذي شهدنا عليه هذا الشخص، بل هو هذا لشخص غيره، سقطت الشهادتان معاً؛ الأولى لاعترافهما بالوهم، والثانية لاعترافهما بعدم عدالتهما حيث شهدا على شكّ. والدليل على سقوط شهادة الشاهد برجوعه قبل الحكم⁽¹⁾: أنّ الشهادة مشروطة بغلبة ظنّ القاضي على صدق الشهود، ورجوعهم يزيل هذا المعنى.

فإن رجع بعد الحكم فإنّ الشهادة تبطل في الدم أيضاً. وأمّا في المال فلا تبطل، وقد تمّ الحكم ومضى في المال، فيغرمه المشهود عليه للمدعي بمقتضى شهادتهما؛ ثمّ يغرم الشاهدان المالَ والديّةَ للمشهود عليه؛ أي: يرجع المشهود عليه بالمال على الشاهدين؛ لأنّهما أتلفا عليه بشهادتهما ما له قيمة.

وإن ثبت كذب الشهود وزورهم بعد الحكم وقبّل الاستيفاء في القتل والقطع والحد، فإنّ الحكم ينقض، لحرمة الدم؛ مثل أن تثبت حياة من شهدوا بقتله، أو يثبت جبّ من شهدوا بزناه قبل شهادتهم بالزنا؛ أي: قبل الزنا الذي شهدوا به. ولا يلزمهم حدّ القذف؛ لأنّ من رمى الم محبوب بالزنا لا حدّ عليه كما في المدونة. ولا غرم على الشهود بعد نقض الحكم قبل الاستيفاء.

فإن لم يثبت كذبهم وزورهم قبل الاستيفاء، بل ثبت كذبهم بعده، غرّموا دية من قتل قصاصاً أو رجماً بشهادتهم، عند ابن القاسم، والدليل⁽²⁾: أنّ الشهادة لا تأثير لها في القتل أو القطع ما لم ينضمّ إليها حكم الحاكم، فصار وجوب القصاص أو القطع موقوفاً على حكم الحاكم من غير فعل الشهود.

(1) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1560/3. (2) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1562/3.

وقال أشهب: يقتص من الشاهدين في العمد؛ لأنهم تسبوا في قتل نفس بلا شبهة، ويغرمان الدية إذا لم يتعمدا.
والدليل على قتلهم⁽¹⁾:

أ - عن الشعبي في رجلين شهدا على رجل أنه سرق، فقطعه علي رضي الله عنه؛ ثم جاء بآخر وقالوا: أخطأنا، فأبطل شهادتهما، وأخذنا بدية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدا لقطعكما⁽²⁾. ولا يعلم من الصحابة من خالفه.

ب - القياس على المكره؛ لأن الشاهدين ألجأ الحاكم إلى القتل والقطع فلزمهما القود، كالمكره لغيره؛ أي: فكان الشاهد كالمكره لغيره على القتل ويلزمه القود، ولا يجب على هذا أن يكون على الحاكم القود كالمكره لأن القاتل مكرهاً مباشراً بما لم يكن له أن يباشره، والحاكم لم يباشر قتلاً محرماً وإنما باشر أمراً أوجبه الشريعة، فافترقا.

ولا يُشارِكهم في الغرم - على قول ابن القاسم - شأها الإحصان؛ أي: إذا شهد أربعة بزنا شخص وشهد اثنان بإحصانه فرجم، ثم تبين أنه كان مجبواً قبل الزنا فالدية على شهود الزنا فقط، ولا يشارِكهم فيها شأها الإحصان؛ لأن شهادتهما في نفسها لا توجب حداً، هذا مذهب ابن القاسم الراجح. وقال أشهب: يشارِكهم في الغرم بينة الإحصان إذ لولاها ما رجم.

ويؤدب الشاهد إذا رجع بعد الحكم والاستيفاء بالحد في القذف وشرب الخمر والشتم واللطم وضرب السوط ونحو ذلك. وأما شهود الزنا إذا رجعوا قبل الحكم أو بعده فعليهم حد القذف وعليهم أيضاً غرم الدية إن رجم كما تقدم ما لم يثبت أن المشهود عليه به كان مجبواً أو غير عفيف فلا حد قذف على الراجح.

ولا يُقبَلُ رجوعُ الشاهدين عن الرجوع عن الشهادة؛ فإذا شهدا بحق ثم رجعا قبل الحكم بطلت شهادتهما، ولا يحكم القاضي على الخصم بتلك الشهادة. فإن رجعا عن الرجوع إلى الشهادة لم تقبل منهم، لجرحتهم بذلك، فلا يعتد بشهادتهم مطلقاً رجعا لها أم لا.

وإذا رجعا عن الشهادة بعد أن حكم القاضي بها، ثم رجعا إليها، لم تقبل منهما والحكم بشهادتهما ماض، ويغرمان ما أتلفاه بشهادتهما من دية النفس أو المال؛ كالراجع المتماذي؛ لأن رجوعهما عن الرجوع يعدّ ندماً، ولأنه بمنزلة من أقر ورجع عن إقراره.

(1) الإشراف: 677/2، والمعونة: 1562/3.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب.

وإن عَلِمَ الحاكمُ بكذبهما في شهادتهما، وَحَكَّمْ بما شهدوا به من قتل أو رجم أو قطع، فالقصاصُ عليه دون الشهود، وسواء باشر القتل أو لا .
ومثل الحاكم في هذا وَلِيّ الدم إذا علم بكذبهما وأقامهما وحكم الحاكم بهما فإنه يقتص منه، فإن علم الحاكم والولي اقتص منهما .

فإن لم يعلم الحاكم بكذبهما فلا قصاص، وإن علم بقادح فيهما؛ لأنه لا يلزم من وجود القادح في الشاهد كذبه، وهو المعتمد. وإنما على الحاكم الدية في ماله، ولا يشاركه فيها المدعي إن كان يعلم القادح؛ لأنّ البحث عن القادح من وظيفة الحاكم لا المدعي .

وإن رَجعا عن شهادتهما بطلاق بعد الحكم فلا غُرمَ عليهما، إن دَخَلَ الزوج المشهود عليه بالطلاق بزوجه المشهود بطلاقها؛ لأنهما لم يتلغا عليه بشهادتهما مالا، وإنما فوتاه الاستمتاع ولا قيمة له وقد استحقت جميع الصداق بالدخول .

وإن لم يدخل الزوج بها فيغرم له نصف الصداق، بناء على أنها لا تملك بالعقد شيئاً، وإنما يجب لها النصف بالطلاق. فوجه غرمها له نصف الصداق لأنهما أتلفاه عليه بشهادتهما⁽¹⁾ .

ويغرم الشاهدان نصف الصداق أيضاً برجوعهما عن شهادتهما بدخول ثابتة الطلاق، بإقرار زوجها به، أو بيئته عليه به، وأنكر الدخول بها فشهدا عليه به، فغرم لها جميع الصداق؛ ثم رجعا بعد الحكم عن شهادتهما بالدخول، فيغرم له نصفه. فإن رجع أحدهما غرم له الربع. وهذا في نكاح التسمية. وأما في التفويض فيغرم له جميع صداق المثل؛ لأنه إنما يلزمه بالدخول لا بالطلاق قبله .

واختصَّ بغرم نصف الصداق الراجعان عن شهادة الدخول عن الراجعين عن شهادة طلاق؛ أي: إذا شهدا على رجل بأنه طلق امرأته، وشهد آخران بأنه دخل بها، فحكم عليه الحاكم بالطلاق وجميع الصداق، ثم رجع الأربعة عن شهادتهم، فقد تم الحكم ولا ينقض، واختص شاهدة الدخول بغرم نصف الصداق للزوج دون بيئته الطلاق؛ لأن رجوعها بمنزلة رجوع شهادة طلاق مدخول بها ولا غرم عليها كما تقدم .

وإن رجع الشاهدان عن مائة شهدا بها لزيد وعمرو معاً على السوية، ثم رجعا بعد الحكم بها لهما وقالوا: بل المائة كلها لزيد ولا شيء منها لعمرو؛ اقتسم زيد وعمرو المائة؛ لأنّ الحكم بها لهما لا ينقض، وغرما للمدين خمسين فقط عوضاً عن الخمسين التي أخذها عمرو منه، ولا يغرم له جميع المائة لانفاقهما على زيد من غير رجوع عنه، وليس لزيد سوى الخمسين التي تخصه من المائة .

وإن رَجَعَ أحد الشاهدين في جميع مسائل الرجوع دون الآخر غَرِمَ الراجع نصف الحق، فيغرم نصف الدية في القتل ونصف المال في غيره، فيغرم للمدين في مسألة زيد وعمرو خمساً وعشرين.

واختلف: إذا ثبت الحق بشاهد ويمين، ثم رجع الشاهد بعد الحكم هل يغرم جميع الحق؟ وهو قول ابن القاسم وهو المشهور، أو يغرم نصفه لأن اليمين معه كشاهد؟

وهذا كرجل شهد مع نساء، ثم رجع، فيغرم نصف الحق. وعليهن - إن رجعن - وإن كثرن النصف؛ لأنهن بمنزلة رجل ولو كن ألقاً أو أكثر، إلا أن يبقى منهن اثنتان فلا شيء على الراجعات لتمام الشهادة بالاثنتين. فإن بقيت منهن واحدة فقط فالرُّبُع يلزم جميع الراجعات بالسوية ولو ترتبوا في رجوعهن.

والرجل مع النساء في ما يقبل فيه المرأتان، كرضاع وولادة، حكمه كامرأة فقط لا كائنتين بخلاف الأموال، فإنه معهن كامرأتين. فإذا شهد رجل ومائة امرأة بمال ورجع الرجل بعد الحكم فعليه نصفه، وكذا إن رجع معه ما عدا امرأتين، ولا شيء على الراجعات إذ لا تضم النساء للرجل في الأموال. فإذا رجعت الباقيتان كان على جميعهن النصف وعلى الرجل النصف. وأما في الرضاع ونحوه فكامرأة واحدة؛ فإذا شهد برضاع مع مائة امرأة ثم رجع مع ثمانية وتسعين منهن فلا غرم؛ لأنه بقي من يستقل بالحكم. فإن رجعت امرأة من الباقيتين كان نصف الغرامة عليه وعلى الراجعات، فإن رجعت الباقية كان الغرم بجميع الحق عليه وعليهن وهو كامرأة.

فإن قلت: كيف يتصور الغرم في الرضاع على شاهدي الرجوع فيه لأنهما - إن شهدا بالرضاع قبل الدخول - فسخ النكاح بلا مهر، وإن شهدا به بعد الدخول فالمهر تقرر عليه للوطء، وإنما فوتا عليه بشهادتهما العصمة وهي لا قيمة لها؟ فالجواب: أنه يتصور إذا مات الزوج أو الزوجة فيغرم الراجع للحي منهما ما فوته من الإرث، ويغرم للمرأة ما فوتها من الصداق إن كانت الشهادة والرجوع عنها قبل الدخول.

وإن رجع الشاهد عن بعض ما شهد به غرم نصفه - أي: نصف البعض - فإن رجع عن نصف ما شهد به غرم ربع الحق، وإن رجع عن ثلثه غرم سدس الحق. وإن رجع بعد الحكم من الشهود من يستقلُّ الحكم بدونه - كواحد من ثلاثة وكائنين من أربعة - فلا غُرْم على الراجع لاستقلال الحكم بالباقي.

فإن رَجَعَ بعده غيره ممن يستقلُّ الحكم به فجميع الراجعين يغرمون ما رجعوا عنه. فإن رجع ما عدا واحد فالنصف على الجميع سوية. فإن رجع الأخير فالحق كله على الجميع.

مسألة غريم الغريم:

للمقضي عليه بالحق بشهادة الشاهدين الراجعين بعد الحكم وقبل دفعه الحق للمدعي، مطالبة الشاهدين الراجعين بدفع الحق للمقضي له وهو المدعي، بأن يقول المدعى عليه لهما: ادفعا الحق الذي رجعتما عن شهادتكما به للمدعي. وللمقضي له بالحق وهو المدعي، المطالبة لهما أيضاً، وذلك إذا تعذر الطلب من المقضي عليه لموته أو عسره أو غيبته، لا إن لم يتعذر فليس له مطالبتة، وإنما يطالب غريمه وهو المقضي عليه.

حكم تعارض البيتين:

تعارض البيتين هو اشتغال كل من البيتين على ما ينافي الأخرى.

إذا تعارض بيئتان، وأمكن الجمع بينهما عقلاً جُمع بينهما، ولا تسقط واحدة منهما؛ كما لو ادعى عليه بأن له عليه أردباً من قمح وأقام عليه به بيعة، ثم ادعى عليه بأردب وأقام عليه أخرى، أو ادعى بأنه أسلمه ثوباً في مائة أردب حنطة بيعة، ثم ادعى بأنه أسلمه ثوبين في مائة، أو قامت عليه بيعة بأنه باع دابته وأخرى بأنه طلق زوجته.

فإن لم يمكن الجمع بينهما وجب الترجيح بينهما، ويكون بأحد الأمور التالية:

1 - إما بيان سبب الملك. فإذا شهدت بيعة بأن هذا ملك لزيد وأطلقت، وشهدت أخرى بأنه ملك عمرو وبينت سبب الملك بمثل نسج ونسج ونحو ذلك، بأن قال: نسجه أو كتبه أو ورثه أو نتج عنده أو اصطاده؛ فإنها تقدم على من شهدت بالملك المطلق، لزيادتها بيان سبب الملك، ولو كانت من لم تبيته أعدل.

2 - أو بذكر تاريخ. فتقدم على من لم تؤرخ.

3 - أو بسبب تقدم التاريخ، فتقدم على المتأخرة به، ولو كانت المتأخرة أعدل.

4 - أو بسبب زيادة عدالة في إحدى البيتين، فتقدم على الأخرى. والدليل على الترجيح بزيادة العدالة⁽¹⁾: أن الترجيح معنى مطلوب في التداعي والغرض به أن يقوى سبب أحد المتداعيين لكون ما يدعيه أقرب إلى الصدق، ووجدنا العدالة صفة مراعاة في الشهادة موكولة إلى الاجتهاد، وهي في نفسها متزايدة مختلفة، فوجب أن يقع الترجيح بكثرتها؛ لأن من ثبت له ذلك أقرب إلى أن يكون ما شهد به هو الحق.

ولا يقع الترجيح بزيادة عدد ولو كثر، ما لم تفد الكثرة العلم، بحيث يكون جمعاً يستحيل تواطؤهم على الكذب. وهو قول ابن القاسم وهو المشهور، وقيل: إنه يرجح بزيادة العدد كزيادة العدالة. وفرق للمشهور بأن القصد من القضاء قطع النزاع، ومزيد

(1) الإشراف: 981/2، والمعونة: 1567/3.

العدالة أقوى في التعدد من زيادة العدد، إذ كل واحد من الخصمين يمكنه زيادة عدد الشهود بخلاف العدالة.

واعلم أن الترجيح بما مرّ إنما يكون في الأموال وما آل إليها خاصة، وهو ما يثبت الحق فيه بالشاهد واليمين على المذهب. وأما غيرها - مما لا يثبت إلا بعدلين - كالنكاح والطلاق والحدود -، وكذا ما يثبت بامرأة أو امرأتين، فلا يقع الترجيح في شيء من ذلك بزيادة العدالة؛ لأنها بمنزلة الشاهد الواحد، وهو لا يفيد في غير الأموال. ولذا كان يحلف مقيمها في الأموال معها على الراجح. قال ابن عرفة: قال بعض القرويين: اختلف إذا كانت إحدى البيتين أعدل هل يحلف صاحب الأعدل؟ ففي المدونة أنه يحلف. وقيل: زيادة العدالة بمنزلة شاهدين فيثبت الترجيح بها في كل شيء، وهو ضعيف.

5 - بشاهدين من جانب على شاهد ويمين من آخر، أو على شاهد وامرأتين. ولو كان الشاهد أعدل من الشاهدين.

6 - بوضع اليد، بأن يكون المدعى به من عقار أو عرض في حوز أحد المتنازعين مع تساوي البيتين في الشهادة بالملك المطلق من غير بيان سبب الملك، والحال أنه لم يعرف أصله؛ فالحوز من المرجّحات عند التساوي. ودليل الترجيح بوضع اليد عند التعارض⁽¹⁾:

أ - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة، كل واحد منهما قال: نتجت هذه الناقة عندي، وأقام بيته، ففضى بها النبي صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده⁽²⁾.

ب - أن كل واحد من المتداعيين مساو لصاحبه في الدعوى قبل البينة، إلا أن صاحب اليد أقوى وأثبت بثبوت يده على الشيء المدعى، فلما انفرد بذلك قوي أمره، فقدم على المدعي لرجوعه باليد، وهذا بعد البينة لأنهما قد تساويا فيها فسقطتا، وصارا كأنهما لم يكونا، وانفرد صاحب اليد بيده، كما كان قبل البينة.

ومحلّ الترجيح بالحوز إن لم تُرَجَّح بيتهُ مقابله بمرجّح من المرجّحات، وإلا قدمت ونزع من ذي اليد، فيحلف من قضى له به، وهو ذو اليد عند عدم الترجيح.

والدليل على أن واضح اليد يحلف عند عدم الترجيح:

أ - أنه مدعى عليه، وقد تقدم الدليل على أن اليمين على المدعى عليه.

ب - أنه أقوى سبباً باليد والحياسة، واليمين تكون في جنبه أقوى المتداعيين سبباً.

(1) الإشراف: 982/2، والمعونة: 1570/3.

(2) أخرجه الدارقطني في الأفضية والأحكام؛ والبيهقي في الدعوى والبيئات.

وإنما لم يحكم له بمجرد وضع اليد دون اليمين؛ لأنَّ السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره كالشاهد الواحد⁽¹⁾.

ويحلف مقابله عند ترجيح بيئته بمرجح. والدليل على أنَّ البيئته المرجحة تقدّم على الحوز⁽²⁾: أنَّ البيئته أرجح من وضع اليد؛ لأنَّ البيئته تشهد بما لا تشهد به اليد؛ لأنَّ اليد مبهمة، والبيئته مفسّرة.

7 - الترجيح بالملك على الحوز. فمن شهدت بالملك قدمت على من شهدت بالحوز، ولو تقدم تاريخ الحوز على تاريخ الملك؛ لأنَّ الحوز قد يكون عن ملك وغيره. واعلم أنَّ موضوع هذه المسألة أنَّ البيئته الشاهدة بالحوز المجرد عن الملك أقيمت قبل الحيّزة المعتبرة شرعاً وهي عشر سنين بقيودها الآتية.

8 - الترجيح بنقل عن أصل على مستصحبة لأصل. فإذا شهدت بيئته لزيد أنَّ هذه السلعة له لكونه نسجها أو كتبها أو اصطادها أو بناها، وشهدت أخرى أنها لعمرو اشتراها من زيد أو ورثها منه أو وهبها له، قدمت بيئته النقل على بيئته الاستصحاب، ولو كانت البيئته الناقلة عن الأصل تشهد بالسماع، ولو كانت تلك المستصحبة بيّنت الملك وسببه.

9 - الترجيح بالأصالة على الفرعية. كبيئته السفه والرشد، وبيئته العسر واليسار، والجرحه والعدالة، والصحة والمرض؛ فإنَّ بيئته السفه والعسر والجرحه والصحة تقدم؛ لأنَّ هذه الأشياء هي الأصل، وأضدادها فروع.

شروط صحة اعتماد بيئته الملك:

لا يصح أن تشهد بيئته الملك بملك شيء لإنسان حيٍّ أو ميّت إلا إذا اعتمدت على أمور هي:

الأول: أن تعتمد على أصول التصرف من واضع اليد على ذلك الشيء، من ركوب، أو سكنى، أو لبس، أو نحو ذلك.

الثاني: أن تعتمد على طول حوز لذلك الشيء عشرة أشهر فأكثر لا أقل.

الثالث: أن تعتمد على عدم منازع له في تلك المدة.

الرابع: أن ينسب إلى واضع اليد وإن لم تصرح بشيء من هذه الأربعة في شهادتها.

الخامس: أن تقول في شهادتها للحاكم: ولم يخرج عن ملكه في علمنا بناقل شرعي. فإن قطعوا بأنها لم تخرج عن ملكه بطلت شهادتهم، فإن أطلقوا ففي بطلانها خلاف.

فعلم أنّ شروط صحّة الشهادة بالملك بتأخّص خمسة: الاعتماد على كلّ واحد من الأمور الأربعة المتقدمة - وإن لم يذكرها في الشهادة - والخامس: عدم علمهم بالخروج عن يد ذلك المتصرف مع ذكرهم له في أدائها. وقيل: إن كان الشاهد يعرف ما تصح به الشهادة قبل منه إطلاق معرفة الملك وإلا فلا، حتى يفسر الخمسة الأشياء بأن يقول: أشهد أنّ يده على ما يدعي، وأنه متصرف فيه تصرف الملاك مدة طويلة عشرة أشهر أو سنة أو أكثر، وأنه ينسب لنفسه، وأنه لم ينازعه فيه منازع، وأنه لم يخرج عن ملكه في علمي. أو يقول: وما علمته باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه. وقيل: ذكر الخامس في الشهادة شرط كمال، وعلى القول بأنه شرط كمال، فيحلف المشهود لها أنها في ملكي ولم تخرج عن ملكي بناقل شرعي بتأ، ويحلف وارثه على نفي العلم.

وإن شهدت البيّنة على مكلف غير محجور بإقرار من أحد المتنازعين في الشيء للآخر بأن تقول البيّنة: نشهد بأنه قد أقرّ سابقاً بأن هذا الشيء لفلان وهو الآن يدّعي لنفسه، استصحب إقراره وقضي به لفلان؛ لأن غير المحجور مؤاخذ بإقراره، فلا يصحّ له دعوى الملك فيه لنفسه إلا بإثبات انتقاله إليه.

وإن تعدّ ترجيح لإحدى البيّنتين بوجه من المرجحات، والحال أنّ المتنازع فيه بيد غير المتنازعين، سقطت البيّتان لتعارضهما، وبقي المتنازع فيه بيد حائزه، وتقدم أنّه لو كان بيد أحدهما لكان الترجيح باليد؛ أو يكون لمن يُقرّ الحائز له به من المتنازعين اللذين أقاما البيّنتين المتعارضتين؛ لأن إقراره لأحدهما كأنه ترجيح لبيّنته. فإن أقرّ به لغيرهما لم يعمل بإقراره، بخلاف ما لو تجردت دعوى كلّ عن البيّنة فيعمل بإقراره ولو لغيرهما.

أخذ صاحب الحقّ حقّه بنفسه إذا لم يكن له بيّنة:

ومن له حقّ ماليّ على آخر وأنكره. ولم يجد بيّنة، أو سرق منه شيئاً أو غصبه، أو أقرّ وكان مماطلاً، ولم يقدر على خلاصه منه بحاكم، وقدر على أخذ حقّه باطناً بسرقة ونحوها، فله أخذه بشروط ثلاثة هي:

1 - أن يأمن الفئنة؛ أي: وقوع فتنه من ضرب أو جرح أو حبس ونحو ذلك.

2 - أن يأمن نسبة الرذيلة إليه من سرقة أو غصب.

3 - أن يكون الحق غير عقوبة. فإن كان عقوبة فلا يجوز له أن يستوفيها بنفسه بل لا بد من الحاكم، فلا يضرب به من ضربه، ولا يجرح من جرحه، ولا يسبّ من سبه. فإن لم يوجد حاكم منصف وجب عليه التفويض لله الحكم العدل، ولا يأخذ ثأره بنفسه، لما فيه من زيادة الهرج والفساد في الأرض.

وهذه المسألة ذكرت في باب الوديعة، وكرّرت هنا لمناسبة القضاء والشهادة.

وأما أدلة المسألة فانظرها في باب الوديعة.

ادّعاء من عليه الحق لوكيل من له الحق إبراء الموكل أو قضاءه:

إذا قال من عليه حق لوكيل ربّ الحق الغائب حين طالبه الوكيل: أبرأني مُوكِّلك الغائب، أو: قضيتَه حقّه؛ أنظر المدعى عليه بكفيل بالمال إلى أن يعلم حقيقة الحال، وذلك إن قُرِبَتْ غيبة ربّ الحق. فإن بعدت قضي عليه بالدفع للوكيل؛ لأنه معترف بالحق مدعياً الإبراء أو القضاء. فإن حضر الغائب وأنكر الإبراء أو القضاء حلف أنه ما أبرأ أو ما قُضِيَ، وتم الأخذ. فإن نكل حلف الغريم ورجع على الوكيل بما دفعه له، وللغريم أن يرجع على الموكل؛ أي: فله غريمان.

طلب المدعى عليه الاستمهال لدفع البيّنة أو البحث عن الوثيقة:

من طلب المهلة لدفع بيّنة أقيمت عليه بحق أو لحساب ونحوه، كما لو طلب المهلة ليفتش على الوثيقة أو دفتر الحساب بينه وبين خصمه، أو ليسأل من كان حاضراً بينهما ليكون على بصيرة في جوابه بإقرار أو إنكار؛ وكذا لو طلب المدعي المهلة لإقامة شاهد ثانٍ وأبى أن يحلف مع الأول الذي أقامه؛ فإن الطالب يمهل بالاجتهاد من القاضي، ولا يتقيد بجمعة ولا أكثر ولا أقل، فلا تحديد لها عند الإمام مالك.

ويكون الإمهال بكفيل بالمال يأتي به في هذه المسألة والتي قبلها. ولا يكفي حميل بالوجه إن أبى الطالب. وأما لو طلب المدعي إقامة بيّنة على أصل دعواه، وطلب من المدعى عليه حميلاً، فيكفي حميل الوجه اتفاقاً. وفي المدونة أيضاً: أنه لا يجاب المدعي لحميل بالوجه، ومن باب أولى حميل بالمال، وهو الراجح كما تقدم في الضمان.

اليمين:

المراد باليمين، اليمين المعتبرة لقطع النزاع، وهي المتوجهة من الحاكم أو المحكّم. وأما مجرد طلب الخصم اليمين من خصمه بدون توجيه من الحاكم أو المحكّم، فلا يلزمه الحلف له، فإن أطاع بها ثم ترفعها لحاكم أو محكّم كان له تحليفه ثانياً؛ لأنّ يمينه الأولى لم تصادف محلاً.

وتكون اليمين في كلّ حقّ ماليّ أو غيره، سواء كان الحقّ الماليّ جليلاً أو حقيراً، ولو كان أقلّ من ربع دينار من الذهب.

ويجب أن تكون من مدع أو مدعى عليه على النحو التالي:

1 - تكون من المدعي فيما يلي:

* تكملة للنصاب، كما إذا أقام شاهداً واحداً.

* أو كانت استظهاراً كأن ادعى على غائب أو ميت وأقام شاهدين بالحقّ.

* أو إذا ردّت عليه اليمين من المدعى عليه.

2 - تكون من مدعى عليه عند عجز المدعى عن إقامة البيّنة بما ادّعاه .
والقاعدة: أنّ اليمين في الشريعة تكون على أقوى المتداعيين سبباً . والسبب الذي يقوّي جانب أحد المتداعيين⁽¹⁾ :

- إمّا الأصل في جانب المدعى عليه . والأصل عدم الأفعال والمعاملات . فيستصحب ذلك الأصل ، ويكون الذي في جانبه الأصل هو المدعى عليه ، فيجب تصديقه . ولكن لم يقتصر الشرع على الثقة بهذا الأصل في كثير من الدعاوى حتى أضاف إليه يمين المدعى عليه المتمسك بهذا الأصل ؛ لتأكد غلبة الظنّ بصدقه . وقد نبّه النبي ﷺ على وجه الحكم في هذا فعن ابن عباس أنّ النبي ﷺ قال : «لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ؛ ولكن اليمين على المدعى عليه»⁽²⁾ ؛ أي : لو جعل القول قول المدعى لاستيحت الدماء والأموال ، ولا يمكن أحد أن يصون ماله ودمه .
- وإمّا البيّنة ولكنها غير كاملة . وتكون في جانب المدعى فتمكنه من صيانة ماله بالبيّنة .

فلهذا استقرّ الحكم في الشرع على أن يدلي المدعى بالبيّنة كاملة لأخذ حقه ؛ فإن لم يمكنه إلا بيّنة ناقصة فيحلف ليكملها ؛ فإن لم يمكنه ذلك أيضاً حلف المدعى عليه لرد دعوى المدعى .

وتقبل اليمين ولو من الكافر . وقد بيّن الشيخ ابن عاشور وجه الفرق بين الشهادة لا تقبل من الكافر ، واليمين تقبل منه فقال : «فإن قلت كيف اعتدّت الشريعة بيمين المدعى عليه من الكفار ، قلت : اعتدّت بها لأنّها أقصى ما يمكن في دفع الدعوى ، فرأتها الشريعة خيراً من إهمال الدعوى من أصلها»⁽³⁾ .

ولفظ اليمين هو : «بالله الذي لا إله إلا هو» ، والواو كالباء . من غير زيادة ولا نقص ، فلا يزداد : عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، ولا يقتصر على اسم الجلالة «والله» ؛ لأنّ الزيادة والنقص ينافي التخويف والإرهاب . وهذا في غير اللعان والقسامة .
وأما اللعان فاليمين فيه : «أشهد بالله» ، ولا يزيد «الذي لا إله إلا هو» . وكذا في القسامة لا يزيدها بعد قوله : «أقسم بالله» ، وقيل : يزيدها فيهما .

ويكون اليمين بهذا اللفظ ولو كان الحالف كِتَابِيّاً ، ولا يزيد شيئاً بعد ذلك . وقيل يزيد اليهودي : «الذي أنزل التوراة على موسى» ، ويزيد النصراني : «الذي أنزل الإنجيل على عيسى» .

(1) المعلم : 401 / 2 .

(2) أخرجه البخاري في تفسير القرآن ، باب إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ؛ ومسلم في القضية ، باب اليمين على المدعى عليه .

(3) التحرير والتنوير : 107 / 3 .

والدليل على عدم الزيادة في يمين المسلم واليهودي والنصراني⁽¹⁾:

أ - أنّ صفات الله تعالى لا نهاية ولا حصر، فلم يكن بعضها أولى من بعض في تغليظ اليمين بها، فوجب الاقتصار على الحلف باسمه تعالى ووصفه الأخصّ الذي لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات.

ب - قياس يمين اليهودي والنصراني على يمين المسلم؛ لأنّها يمين وجبت في حقّ فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص، أصله في حق المسلم.

ويجب تغليظ اليمين على الحالف في ربع دينار فأكثر، إن طلب المحلف التغليظ؛ لأنّ التغليظ في اليمين والتشديد فيها من حقه، فإنّ أبي من توجهت عليه اليمين مما طلبه المحلف من التغليظ عدّ ناكلاً. وتغليظها يكون بالمكان. والدليل⁽²⁾:

أ - عن جابر بن عبد الله الأنصاري، أنّ رسول الله ﷺ قال: «من حلف على منبري آتماً تبوأ مقعده من النار»⁽³⁾.

ب - أنّ أبا بكر وعمر وعلي وابن عباس استحلّفوا أشخاصاً عند المنبر⁽⁴⁾.

ج - أنّ اليمين تراد للزجر والردع، ولتحرّج الحالف ويمتنع من الإقدام على يمين إن كان مبطلاً. وقد ثبت أنّ الحلف في المواضع التي تعظّم وتشرف أبلغ في الردع وأوقع في الزجر من الحلف في غيرها، فوجب أن يكون أولى. وتغليظها يكون بما يلي:

1 - أن يحلفها وهو قائم. ووجه التغليظ بالقيام؛ أنّ ذلك أبلغ في الردع والزجر⁽⁵⁾.

2 - أن يحلف بالجامع الذي تقام فيه الجمعة، وذلك للمسلم. فإن كان القوم لا جامع لهم ففي ذلك ثلاثة أقوال: فقال أبو الحسن: يحلفون حيث هم، وقيل: يجلبون للجامع بقدر مسافة وجوب السعي للجمعة وهو ثلاثة أميال وثلاث، وقيل: بنحو العشرة أيام وإلا حلفوا بموضعهم. وأقوى هذه الأقوال أوسطها.

ويحلف النصراني بالكنيسة، واليهودي بالبيعة، فإنها تغلظ عليهما بهما؛ لأنّ القصد إرهاب الحالف، وإن كانتا حقيرتين شرعاً.

3 - أن يحلف عند منبر النبي ﷺ، لمن بالمدينة المنورة؛ لأنه أشرف المواضع

(1) الإشراف: 2/980، والمعونة: 3/1586. (2) الإشراف: 2/979، والمعونة: 3/1584.

(3) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ؛ وأبو داود في الأيمان والنذور.

(4) البيهقي: 10/177، و7/343. (5) المعونة: 3/1587.

بها. والمراد عنده لا فوّه. وفي غير المدينة فلا يحلف عند المنبر. وإنّما اختص منبر النبي ﷺ بهذا للحديث المتقدم.

وأما التغليب بمكة فيكون بالحلف عند الركن الذي فيه الحجر الأسود؛ لأنه أعظم مكان في المسجد.

ولا يقيد الحلف بالزمن كبعد العصر، ولا بالاستقبال للقبلة. وقال القاضي عبد الوهاب وغيره بتغليب اليمين بالزمان أيضاً لكنه قصره في الدماء واللعان، وعمّمه غيره.

والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ مِنْ أَلْوَصِيَّةٍ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ نَحْسُوتُهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَدَةَ اللَّهِ إِنَّآ إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ ﴿١٠٦﴾ [المائدة: 106]. قيل في تفسير ﴿مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ بعد العصر.

ب - عن أبي هريرة ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، ولا يزيكهم، ولهم عذاب أليم» فذكر: «ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال: والله الذي لا إله غيره لقد أعطيت بها كذا وكذا، فصدّقه رجل ثم قرأ هذه الآية: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾»⁽²⁾.

ج - أنّ أداب الصلوات أوقات مشرفة معظمة ترجى فيها إجابة الدعاء، ويتقرب الإنسان إلى الله تعالى فيها بالتسبيح والذكر، فهي تبعد من اكتساب الآثام بالإيمان الكاذبة.

د - أنّ اختيار بعد صلاة العصر لأنّه وقت يجتمع فيه الناس، وربما ردع ذلك الحالف.

ونقل القاضي عبد الوهاب قولاً باستقبال القبلة للتغليب، والدليل⁽³⁾: أنّ ذلك أرفع للحالف وأزجر له؛ لأنّ استقبال القبلة يعظمه المسلمون ما لا يعظمون غيرها من الجهات، فيفعلون ذلك بالمحتضر وفي الدفن وعند الذبح والأذان، فكذلك في اليمين. ولا بدّ في اليمين من حضور الخصم: فإن حلفه القاضي بغير حضوره لم تجز نص عليه الباجي.

(1) المعونة: 3/1586، وأحكام القرآن: 2/724.

(2) أخرجه البخاري في المساقاة، باب إثم من منع ابن السبيل من الماء؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان غلط الأسباب.

(3) المعونة: 3/1587.

وتخرج المُخَدَّرَةُ لليمين، سواء كانت مدعية وأقامت شاهداً فقط، أو مدعى عليها. والمخدرة هي التي يزري بها مجلس القضاء لملازمتها للخدر؛ أي: الستر. وأما التي شأنها عدم الخروج أصلاً؛ كنساء الملوك فلا تخرج للتغليظ، ولتحلف ببيتها، بأن يرسل لها القاضي من يحلفها بحضرة الشهود؛ وذلك صيانة لها من الابتذال⁽¹⁾.

ومن شأنها الخروج بالليل فقط أو النهار فقط أخرجت فيما تخرج فيه. ولا تغلظ اليمين فيما دون ربع دينار، والدليل⁽²⁾:

أ - عن عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت، فقال: أعلى دم؟ فقالوا: لا، قال: فعلى عظيم من الأموال؟ قالوا: لا، قال: لقد خشيت أن يبهي الناس هذا المقام⁽³⁾. قوله: «يبهي الناس» يعني يأنسوا به فتذهب هيئته من قلوبهم.

ثبت بهذا تقدير المحلوف عليه الذي يجب فيها التغليظ دون غيرها.

ب - أن المقصود من التغليظ الردع والزجر بحرمة الموضع المحلوف عنده، فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدر، إعظماً للموضع في النفوس وتأكيداً لحرمة. والدليل على أن ربع دينار تغلظ فيه اليمين⁽⁴⁾: أنه قدر من المال ثبتت حرمة في الشرع، بدليل أنه يقطع فيه اليد؛ وأنه أقل ما يستباح به الفرج؛ فجاز فيه التغليظ كصواب الزكاة.

يمين القطع:

يجوز للحالف الإقدام على اليمين بتأً مستنداً على ظنٍّ قويٍّ أو قرينةٍ تفيد قوة الظن؛ وأما الظنَّ الضعيف كالشكِّ فلا يجوز الاعتماد عليه، بل اليمين فيه غموس كما تقدم في باب اليمين. ومن ذلك:

- الحلف بتأً على خط أبيه أو أخيه، بأن له على فلان كذا؛ وكنكول المدعى عليه، وكقيام شاهد للمدعي بدين لأبيه على المدعى عليه ونحو ذلك.

- يمينُ المدعي أنَّ لي عنده في ذمته كذا، أو لقد فعلَ كذا، كقتل دابتي أو أتلف مالي حيث أقام شاهداً فقط.

- يمين المدعى عليه بأنَّ ماله عندي كذا - أي: ما ادعى به المدعي - ولا شيء منه، ولا بدَّ من هذه الزيادة؛ لأنَّ المدعي بمائة مثلاً مدَّع بكل جزء من أجزائها وحق

(2) الإشراف: 980/2، والمعونة: 1585/3.

(1) المعونة: 1588/3.

(3) أخرجه البيهقي في الشهادات، باب تأكيد اليمين بالمكان.

(4) المعونة: 1585/3.

اليمين نفي كل مدعى به، ولا يتأتى ذلك إلا بزيادة قوله: «ولا شيء منه»، لا بمجرد قوله: «ما له عندي كذا»؛ لأن إثبات الكل لإثبات لكل أجزائه ونفيه ليس نفيًا لكل أجزائه، وقد يقال: العبرة بنية المحلف ونيته نفي كل جزء من أجزاء المدعى به، وحينئذ فلا يحتاج لقوله: «ولا شيء منه». فالأولى أن يقال: إن القصد هنا زيادة التشديد على المدعى عليه، فإن أسقط «ولا شيء منه» وجب الإتيان بها مع القرب وإعادة اليمين بتمامها مع البعد.

- نفي الحالف السبب وغيره إن عُيِّنَ من المدعي، فإذا ادعى عليه بمائة من قرض أو بيع حلف: ما له عليّ مائة ولا شيء منها؛ لا من قرض ولا غيره، أو لا من بيع ولا غيره. فإن لم يعيّن سبباً كفاه نفي المدعى به نحو: ما له عليّ مائة ولا شيء منهما. فإن كان المطلوب قضي ما عليه من الدين وجحد المدعى، وأراد تحليفه، نوى الحالف يمينه ماله عليّ كذا ولا شيء منه يجب قضاؤه الآن؛ لأنه قد قضي ما كان عليه. ويحلف في الغش على نفي العلم، لا على البت. فمن دفع لغيره دراهم أو دنائير ديناً عليه أو سلفاً لطالبه أو نحو ذلك، فادعى أخذها أنه وجدها أو بعضاً منها مغشوشاً أو وجدها ناقصة، فإنه يحلف على نفي العلم لا البت، بأن يحلف ما دفعته إلا جيدة في علمي ولا أعلم فيها غشاً. ويحلف في النقص بتأ. بأن يحلف: ما دفعتها لك إلا كاملة. فإن نكل غرم، ولا يكفى الحلف في النقص على نفي العلم.

نكول المدعى عليه:

إذا نكّل المدعى عليه - حيث توجهت اليمين عليه في مال وما يؤول إليه - كخيار وأجل، فإن الطالب يستحق ذلك المال بالنكول وباليمين معاً، بأن يحلف الطالب بعد نكول المطلوب أنّ لي عنده كذا. ووجه انتقال اليمين إلى المدعي؛ لأن سبب المدعى عليه قد ضعف بنكوله، فصار المدعي أقوى سبباً منه فانتقلت اليمين إلى جهته، وقد كان المدعى عليه أقوى سبباً ببراءة الذمة في الأصل، فلما نكل ضعف سببه، وإذا كان مع المدعي شاهد انتقلت اليمين إليه لقوة سببه. وإذا حلف المدعي حكم له؛ لأنه قد اجتمع له سببان يمينه ونكول خصمه وذلك مؤثر في الحكم⁽¹⁾.

ومحل استحقاق الطالب المال إذا حلف بعد نكول المدعى عليه، إن حَقَّقَ على المدعى عليه الدعوى. فإن لم يحَقِّق الدعوى على المدعى عليه، بأن كانت دعوته عليه دعوى اتهام، فالطالب يستحق ما ادعاه بمجرد نكول المدعى عليه؛ لأن دعوى الاتهام لا تردّ على المدعي.

وعلى الحاكم وكذلك المحكّم أن يُبيّن للمدعى عليه حكم النكول؛ أي: ما يترتب عليه في دعوى التحقيق أو التهمة، بأن يقول الحاكم له في دعوى التحقيق: إن نكلت عن اليمين حلف المدعى واستحق ما ادعاه، وفي الاتهام: إن نكلت استحق المدعى ما ادعاه عليك بمجرد نكولك. وهذا البيان شرط في صحة الحكم كالإعذار في محلّه.

ولا يُمكنُ من توجهت عليه اليمين من مدّع أو مدعى عليه من اليمين إن نكلَ منها بأن قال: لا أحلف، أو قال لخصمه: احلف أنت وخذ ما تدعيه، ثم قال: أنا أحلف. والدليل على عدم تمكينه من الرجوع إلى الحلف⁽¹⁾:

أ - القياس على شروع الخصم في اليمين؛ لأنّه قد حصل منه النكول فلم يكن له أن يحلف بعده، أصله إذا شرع خصمه في اليمين.

ب - أنّه إذا نكل فقد نقل اليمين إلى جانب خصمه وتعلق بذلك حقّ له، فلم يكن له أن ينقله عنه بغير رضاه.

وأما لو التزمها ابتداء وقال: أحلف، ثم رجع وقال: لا أحلف، وأراد تحليف خصمه فله ذلك، ولا يكون رجوعه عن اليمين بعد التزامها موجباً لعدم ردّها على خصمه.

فإن سكت من توجهت عليه اليمين زمناً من غير إظهار نكول، أو طلب المهلة ليتروى في الإقدام عليها والإحجام ثم طلب الحلف بعد ذلك، فله الحلف ولا يعدّ سكوته نكولاً.

كتابة كتاب بحق:

من أراد أن يكتب على غيره كتاباً بذكر حقّ، فإنّ الذي يملي الكتاب هو من عليه الحقّ.

والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ [البقرة: 282].

ب - أنّ الذي له الحقّ قد يزيد فيما له عليه ويتغافل عنه الذي عليه الحقّ، فإذا أملاه الذي عليه الحقّ كان آمناً لما يخاف منه، وقد وعظ الله تعالى الذي عليه الحقّ بقوله: ﴿وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ، وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً﴾.

ج - أنّ الذي له الحقّ قد يزيد في التوثق على ما يجب له، وذلك غير جائز.

د - أنّ الذي عليه الحقّ إذا أملاه صار ذلك إقراراً منه.

(1) الإشراف: 967/2.

(2) المعونة: 1588/3، وأحكام القرآن: 249/1.

وإذا أملى الكتاب صاحب الحق بحضرة من عليه الحق ورضاه جاز؛ لأنّ التهمة تزول عنه، وتصير كأنّ الذي هو عليه أملاه فيكون إقراراً.
وأجرة الكتابة تكون عليهما؛ لأنّ الكاتب أجير لهما. وتكون بالتساوي ولو اختلفت أنصباؤهما؛ لأنّ التعب في ذلك على الكاتب واحد.
وقد تقدم تفصيل أحكام كتابة الدين في باب القرض والمقاصة.

مسألة الحيابة:

ألحقت هذه المسألة بالشهادة لأن في بعض أنواعها ما تسمع فيها البيّنة، وفي بعضها ما لا تسمع فيها. وربما تذكر مع الأقضية؛ لأن بعضها يقع فيه القضاء.
والحيابة: وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه.
ويكون التصرف في العقار بهدم كثير لغير إصلاح، أو بناء كثير لغير إصلاح، أو هبة، أو صدقة، أو زرع، أو غرس، أو إيجار، أو بيع، أو قطع شجر، ونحو ذلك كفتق عين أو إجراء نهر.
ويكون التصرف في الثياب زيادة على ما تقدم في العقار من الهبة والبيع والصدقة والإيجار، وبما يتأتى فيه من اللبس والتقطيع.
ويكون التصرف في الدواب بالركوب والهبة والصدقة والبيع والإيجار ونحوه.
والحائز في العقار وغيره؛ إما أجنبي غير شريك، وإما شريك وإما قريب.

حيابة الأجنبي الشريك وغير الشريك للعقار:

إذا حازَ أجنبيّ عقاراً، غير شريك فيه للمدعي، فلا تسمع دعوى المدعي ولا بيّنة التي أقامها على دعواه بشروط هي:

- 1 - أن يتصرّف الحائز فيه بواحد من الأمور المذكورة في العقار.
- 2 - أن يكون المدعي حاضراً بالبده ساكتاً، بلا مانع له من التكلم. والمراد بالحضور أنه لا يخفى عليه أمر ذلك المحوز لقربه منه، وأما لو كان حاضراً وهو غير عالم فله القيام إذا أثبت عدم علمه.
- فإن كان المدعي غائباً، أو كان حاضراً ومنعه من التكلم مانع، فإنها تسمع دعواه وبيّنته. ومن العذر المانع الصغر والسفه. وأما الجهل بأن الحيابة تسقط الحق وتقطع البيّنة فإنه لا يعذر بذلك الجهل.
- 3 - أن تكون مدّة السكوت عشرَ سنين، وهو مشهور المذهب.
- 4 - أن لا يكون الحائز مشهوراً بالعداء والغصب لأموال الناس؛ فإن الحيابة لا تنفعه.
- 5 - أن يكون العقار محض حق الآدمي. وأما الوقف فتسمع فيه البيّنة ولو طال الزمن.

فإن وجدت هذه الشروط ردّت دعوى المدعي وبينته واستحققه الحائز. والدليل على ذلك⁽¹⁾: العرف والعادة؛ لأنّ كلّ دعوى ينفيها العرف وكذبتها العادة فإنّها غير مقبولة. وقد أوجب الشرع الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى. وقد علم في العادة أنّ الإنسان إذا كان له ملك يراه في يد غيره يتصرف فيه تصرف ذي الملك التام بالهدم والبناء والعمارة وغير ذلك، وهو حاضر، ولا ينازعه، ولا مانع يمنعه من مطالبته، ثم يأتي بعد سنين طويلة ويزعم أنه ملكه ويقيم بينة على ذلك؛ فإن ذلك خلاف العرف والعادة.

وكذا حكم الأجنبي الشريك في العقار إذا حازه في العشر سنين، بأن هدم أو بنى أو غرس أو قطع الشجر؛ فلا تسمع دعوى المدعي ولا بينته. وهذا في الفعل الكثير عرفاً. فهدم شيء يسير أو بناؤه مما لا بد منه عادة؛ كفرن أو غرس أو قطع شجرة ونحوها لا يعتبر.

حيازة القريب:

إذا حاز قريب كالأصهار - على أظهر الأقوال - شريكاً كان أو غير شريك، عقاراً مدّة تزيد على أربعين سنة، لا الأربعين فقط على الأرجح؛ فلا تسمع دعوى قريبه المدعي بالشروط المتقدمة.

ويستثنى الأب وابنه فلا حيازة بينهما إلا بزمان تهلك فيه البيئات عادة وينقطع فيه العلم بحقيقة الحال، والحائز يهدم ويبني؛ كالستين سنة فأكثر، والآخر حاضر ساكت بلا مانع. هذا كله في حيازة العقار.

حيازة غير العقار:

الحيازة في العروض والدواب تكون في القريب بما زاد على عشر من السنين، ولا يكفي العشر؛ مع الحضور والسكوت بلا مانع.

وفي الأجنبي تكون في العروض والدواب بما زاد على ثلاث من السنين مع التصرف فيما حازه، والآخر حاضر ساكت فلا كلام له بعد ذلك، ولا تسمع له دعوى.

ويستثنى الأجنبي غير الشريك في الدابة فيكون الحوز بالسنتين فقط، ولا تسمع بعدهما فيها دعوى مدع حاضر ساكت بلا مانع.

ويستثنى أيضاً الأجنبي غير الشريك في الثوب يلبس - من العروض - فالحوز فيه العام فقط.

سقوط الحيازة بثبوت إعاره وإجارة وعمري ومساقاة وبيع ونحو ذلك :
 لا حِيَازَةً في شيء من عقار أو غيره إن شهِدَت البيّنة للمدّعي على واضع اليد
 بإعارة وإجارة وعُمُرَى ومساقاة ونحو ذلك، فتسمع تلك البيّنة، ويقضى للمدّعي بمقتضى
 الشهادة والإقرار من واضع اليد بذلك كالبيّنة بل أقوى.
 ومحل سماع البيّنة ما لم يحصل من الحائز بحضرة المدّعي وسكوته بلا عذر ما
 لا يحصل إلا من المالك كالبيع والهبة والصدقة، وإلا فلا تسمع.
 والحاصل أنّ محلّ ثبوت الحيازة في جميع ما تقدم والتفاصيل المتقدمة ما لم
 يثبت أنّ المالك أعارها للحائز، أو أجرها، أو أعمرها، أو ساقاها إن كان بستاناً،
 وأولى من ثبوت البيّنة إقرار الحائز بذلك، وإلا فهو باق. على ملك المدّعي إلا بتصرف
 بهبة أو صدقة أو بيع، والآخر حاضر عالم ساكت من غير مانع، إلا أنه في البيع يجري
 فيه الآتي.

وهو أنّ له أخذ ثمن المبيع - بحضوره وسكوته بلا مانع -؛ لأنّ حضوره مع
 سكوته بلا مانع إذن منه وإقرار بالبيع، إن لم يُظَلَّ كَسَنَةً. فإن مضى العام فلا ثمن له
 أيضاً. وأمّا لو باعه لأجل - كالعام - فلربه قبضه بعد الأجل. وإن لم يعلم بالبيع إلا
 بعد وقوعه فقام حين علم فله أخذ حقه.

طول مدّة الديون الثابتة في الذمّة، هل يسقطها؟

في الديون الثابتة في الذمّ أقوال:

- فقيل: يُسقطها مُضَيّ عشرين عاماً مع حضور ربّ الدين وسكوته. وهو قول
 مطرف.

- وقيل: مُضَيّ ثلاثين. وهو قول الإمام مالك.

- وقيل: يسقطها مضي الستين، وهو بعيد جداً.

- وقيل: لا تسقط بحال. وهذا الذي اختاره ابن رشد الجَدّ والتونسي والغبريني.

والأظهر الرجوع في ذلك للاجتهاد في حال الزمن. والدين والناس؛ فيعمل بقرائن
 الأحوال، فشأن الغني يمهل أعباءه الزمن الطويل، وشأن الفقير المحتاج لا مهلة عنده
 لا سيما إن كان من عليه الدين غير صاحب. والله أعلم.



الجنابة على النفس وما دونها

يأتي باب الجنابة إثر الأفضية والشهادات إشارة إلى أنه ينبغي للقاضي أن ينظر فيه أولاً؛ لأنه أوكد الضروريات التي يجب مراعاتها في جميع الملل فبعد حفظ الدين يأتي حفظ النفوس، فعن عبد الله قال: قال النبي ﷺ: «أول ما يقضى به بين الناس يوم القيامة في الدماء»⁽¹⁾. ولهذا ينبغي التهمم بشأنها.

تعريف الجنابة:

الجنابة في اللغة الذنب والجرم. قال الجرجاني: الجنابة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها⁽²⁾.

والفقهاء خصوا لفظ الجنابة بما يحلّ بالنفس والأطراف، والغصب والسرقه بما يحلّ بالمال.

تحريم القتل⁽³⁾:

حرم الله تعالى على عباده قتل النفس بغير حق، وتوعد على ذلك بالعذاب الأليم، منذ أهبط آدم ﷺ إلى الأرض، لم تختلف في ذلك الشرائع والملل. قال الله تعالى: ﴿وَأْتَلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴿٢٧﴾ لَئِن بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنَّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴿٢٨﴾ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ ﴿٢٩﴾ [المائدة: 27 - 28 - 29]. فلو لا أن الله حرم ذلك على آدم وولده، وتواعدهم على ذلك لما قال المقتول من ابني آدم لأخيه القاتل: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ ﴿٢٩﴾﴾.

وضرب الله تعالى لعباده المؤمنين مثلاً فيما قص عليهم من نبي ابني آدم المذكورين لينتهوا عن فعل الظالم منهما، وأعلم تبارك وتعالى عباده أن قتل النفس بغير حق كقتل جميع الخلق في عظم الإثم، إغذاراً إليهم لتقوم الحجة بذلك عليهم، فقال ﷺ: ﴿مِنْ

(1) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا﴾؛ ومسلم في القيامة، باب المجازاة بالدماء.

(2) التعريفات: 79.

(3) المقدمات: 273/3.

أَجَلٌ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لُمُسْرِفُونَ ﴿٣١﴾ [المائدة: 32].

فالقتل ذنب عظيم من أعظم الذنوب وأجل الخطايا وأكبر الكبائر، ليس بعد الشرك ذنب أعظم منه عند الله تعالى، فعن عبد الله رضي الله عنه قال، قلت يا رسول الله: أي الذنب أعظم؟ قال: «أن تجعل لله نداً وهو خلقك» قلت: ثم أي؟ قال: «أن تقتل ولدك من أجل أن يطعم معك» قلت: ثم أي؟ قال: «أن تزاني حليلة جارك»⁽¹⁾. والآيات والأحاديث الواردة في القتل والوعيد عليه كثيرة.

الجناية على النفس وما يترتب عليها:

المراد بالنفس الذات برمتها. وما دون النفس الأطراف كيد أو عين، وغير الأطراف كموضحة ونحوها، كما سيأتي.

ويترتب على الجناية القصاص أو الدية أو الصلح أو الحكومة أو العفو، حسبما يأتي من التفصيل بين العمد والخطأ.

حكم الجناية على النفس:

إذا أتلّف مكلّف معصوماً دمه فحكمه وجوب القود؛ أي: القصاص. والقصاص اسم لتعويض حقّ جناية أو حقّ غرم على أحد بمثل ذلك من عند المحقّق إنصافاً وعدلاً؛ فالقصاص يطلق على عقوبة الجاني بمثل ما جنى، وعلى محاسبة ربّ الدين بما عليه للمدين من دين يفي بدينه، بإطلاقاته كلّها تدلّ على التعادل والتناصف في الحقوق والتبعات المعروضة للغمص. وهو بوزن فعال، وهو وزن مصدر فاعل من القَصّ وهو القطع؛ لأنه يجري في حقين متبادلين بين جانبيين، يقال: قاصّ فلان فلاناً إذا طرح من دين في ذمته مقداراً بدين له في ذمّة الآخر، فشبه التناصف بالقطع لأنه يقطع النزاع الناشب قبله، فلذلك سمي القود وهو تمكين ولي المقتول من قتل قاتل مولاه قصاصاً ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾؛ وسميت عقوبة من يجرح أحداً جرحاً عمداً عدواناً بأن يجرح ذلك الجارح مثل ما جرح غيره قصاصاً ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾؛ وسميت معاملة المعتدي بمثل جرمه قصاصاً ﴿وَالْمُرْتَدُّ قِصَاصٌ﴾ فماهية القصاص تتضمّن ماهية التعويض والمماثلة⁽²⁾.

ودليل وجوب القصاص في النفس:

(1) أخرجه البخاري في الحدود، باب إثم الزناة؛ ومسلم في الإيمان، باب كون الشرك أقبح الذنوب.

(2) التحرير والتنوير: 2/135.

أ - ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: 33]. والسلطان الذي جعله الله لولي المقتول هو أمر الله في أرضه، وهو القصاص خاصّة، وهو رواية ابن القاسم عن مالك. ومعنى الإسراف الزيادة على ما يقتضيه الحق، والسرف في القتل هو أن يقتل غير القاتل، وقتل أزيد من القاتل إذا لم يكن شريكاً له، إذ كانوا في الجاهلية يتكاملون الدماء؛ أي: يجعلون كيلها متفاوتاً بحسب شرف القتيل، ومن السرف التمثيل بالقاتل؛ وكل هذه المعاني مرادة من الآية⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: 178]. ووجه الاستدلال على وجوب القصاص أنّ معنى ﴿كُتِبَ﴾ فرض وألزم؛ أي: أنّه حق لازم للأمة لا محيد عن الأخذ به، فضمير ﴿عَلَيْكُمْ﴾ لمجموع الأمة على الجملة لمن توجه له حقّ القصاص، وليس المراد على كلّ فرد فرد القصاص؛ لأنّ ولي الدم له العفو عن دم وليه. وهذا أفاد حقّ المؤاخظة بين المؤمنين في قتل القتلى، فلا يذهب حقّ قتيل باطلاً ولا يقتل غير القاتل باطلاً، وذلك إبطال لما كانوا عليه في الجاهلية من إهمال دم الوضيع إذا قتله الشريف، وإهمال حقّ الضعيف إذا قتله القوي الذي يخشى قومه، ومن تحكّمهم بطلب قتل غير القاتل إذا قتل أحد رجلاً شريفاً يطلبون قتل رجل شريف مثله بحيث لا يقتلون القاتل إلا إذا كان بواء للمقتول؛ أي: كفؤاً له في الشرف والمجد، ويعتبرون قيمة الدماء متفاوتة بحسب تفاوت السؤدد والشرف ويُسْمون ذلك التفاوت تكايفاً من الكيل⁽²⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿وَكَبَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ فِصَاصًا فَمَنْ نَصَّدَفَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45]. ووجه الاستدلال أنّ الباء في قوله: ﴿بِالنَّفْسِ﴾ ونظائره الأربعة باء العوض؛ أي: أنّ النفس المقتولة تعوّض بنفس القاتل. والآية نزلت للإخبار بشرع بني إسرائيل، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ. وفائدة الإعلام بما شرع الله لبني إسرائيل في القصاص هنا زيادة تسجيل مخالفتهم لأحكام كتابهم، وذلك أنّ اليهود في المدينة كانوا قد دخلوا في حروب بعث فكانت قريظة والنضير حرباً، ثمّ تحاجزوا وانهزمت قريظة، فشرطت النضير على قريظة أنّ دية النضيري على الضعف من دية القرظي، وعلى أنّ القرظي يُقتل بالنضيري ولا يقتل النضيري بالقرظي، فأظهر الله تحريفهم لكتابهم. ويجوز أن يقصد

(1) المقدمات: 3/ 280، وأحكام القرآن: 3/ 1208، والجامع لأحكام القرآن: 10/ 186، والتحرير والتنوير: 15/ 94.

(2) أحكام القرآن: 1/ 61، والتحرير والتنوير: 2/ 135.

من ذلك أيضاً تأييد شريعة الإسلام إذ جاءت بمساواة القصاص وأبطلت التكافل في الدماء الذي كان في الجاهلية وعند اليهود. ولا شك أن تأييد الشريعة بشريعة أخرى يزيد لها قبولاً في النفوس، ويدل على أن ذلك الحكم مراد قديم لله تعالى، وأن المصلحة ملازمة له لا تختلف باختلاف الأقاليم والأزمان؛ لأن العرب لم يزل في نفوسهم حرج من مساواة الشريف بالضعيف في القصاص⁽¹⁾.

د - عن عبد الله رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽²⁾.

وحكمة مشروعية القصاص بيته قوله تعالى: ﴿وَكَمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأَوَّلِي آلَ بَنِي لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179]. ومعنى الآية أن القاتل إذا علم أنه يقتص منه إن قتل أمسك عن القتل فحياً جميعاً، وإذا اقتص من القاتل إذا قتل اقتص منه تناهى الناس عن القتل فكان سبباً لحياتهم؛ لأن الحياة أعز شيء على الإنسان في الجبله فلا تعادل عقوبة القتل في الردع والانزجار. ومن حكمة ذلك تطمين أولياء القتلى بأن القضاء ينتقم لهم ممن اعتدى على قتلهم؛ لئلا يتصدى أولياء القتيل للانتقام من قاتل مولاهم بأنفسهم؛ لأن ذلك يفضي إلى صورة الحرب بين رهطين فيكثر فيه إتلاف الأنفس⁽³⁾.

ويجب القصاص ولو كان القتل في دار الحرب، والدليل: عموم الأدلة؛ ولأنه مسلم قتل مكافئاً لدمه عمداً محضاً، فوجب القود به كما لو قتل في دار الإسلام؛ ولأن اختلاف الأمكنة لا تأثير لها في إسقاط القود أو الدية كغير دار الحرب⁽⁴⁾.

أركان القصاص في النفس:

أركان القصاص ثلاثة، هي:

الركن الأول: جان:

وله شروط، هي:

1 - التكليف. والمكلف هو البالغ العاقل، ذكراً أم أنثى، مسلماً أو كافراً. فلا قصاص على غير مكلف من صبي أو مجنون جنى حال جنونه. فإن جنى حال إفاقة

(1) التحرير والتنوير: 214/7.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة، باب ما يباح من دم المسلم.

(3) المقدمات: 280/3، والتحرير والتنوير: 136/2.

(4) الإشراف: 844/2.

اقتصر منه، فإن جُنَّ انتظر حتى يفيق فإن لم يفق فالدية في ماله. والسكران بحلال كالمجنون.

وعمد الصبي والمجنون خطأ؛ لأنه لا قصاص فيه ولا إثم فلم يكن له حكم العمد⁽¹⁾. ويزاد في أدلة عدم القصاص بين الصبيان: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا قود بين الصبيان»⁽²⁾.

وأما السكران بحرام فيقتصر منه. وحكى بعضهم الإجماع على ذلك. والفرق بين الصبي والمجنون لا يؤاخذان بما صدر منهما وبين شارب الخمر يؤاخذ مع أن الجميع فاقد للعقل؛ أن الصبا والجنون ليس مكتسباً، رفع التكليف عن الصبي والمجنون تخفيف ورخصة ورفع مشقة؛ وأما السكران فسكروه بسبب ما اكتسبه من شرب ما أزال عقله، وقد أتى معصية وركب كبيرة، والمعاصي لا تجلب الرخص؛ لأنّ الترخيص في الشيء مسامحة في ركوبه وتسهيل لفعله، والشرع قد أقام الحدّ على أهل الفسوق زجراً لهم عن معاودة المعصية، وطرد الغير عنها مخافة العقوبة؛ فلو كان سكروه يرفع عنه هذه الأحكام لكانت المعاصي كالرخصة له فيها، وهذا عكس مقصود الشرع⁽³⁾.

2 - العصمة. والمراد عصمة مخصوصة، وتكون بالإيمان أي الإسلام، وبالأمان للحربي والذمي. وأما الحربي غير المؤمن فلا يُقتل قصاصاً، بل يُهدر دمه، ولذا لو أسلم أو دخل عندنا بأمان لم يقتل.

3 - المكافأة للمجني عليه في الإسلام، أو أن يكون أنقص منه لا أن يكون أزيد من المجني عليه بإسلام. فيقتل المسلم بمثله، والذمي بالمسلم. ومفهوم: «أزيد من المجني عليه»، أن المكلف الجاني لو كان زائداً عن المجني عليه بإسلام لم يقتصر منه، فلا يقتل مسلم بذمي؛ لأنّ الأعلى لا يقتل بالأدنى. والكلام هنا في غير قتل الغيلة وهو قتل خفية. وأما فيها فيقتل المسلم بالذمي كما سيأتي.

والدليل على قتل المسلم بالمسلم: آيات وجوب القصاص المتقدمة.

والدليل على قتل الذمي بالمسلم: دلالة الأولى، ذلك أنّ المسلم إذا كان يقتل بالمسلم لاستوائهما في مرتبة الإسلام، فالكافر أولى أن يقتل به لمزية الإسلام⁽⁴⁾.

(1) الإشراف: 820/2.

(2) المنتقى: 74/7. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(3) شرح التلغين: م 2 ورقة 12، والمعلم: 239/2، وإكمال الإكمال: 314/5، والذخيرة: 12/258.

(4) المقدمات: 280/3.

ولا يشترط المماثلة في الذكورة ولا في الأنوثة، فتقتل الأنثى بالأنثى وبالذكر المماثل لها إسلاماً، والذكر بالذكر وبالأنثى المماثلة له إسلاماً. والدليل على أنه يقتل الذكر بالأنثى⁽¹⁾:

أ - عموم الأدلة المتقدمة في وجوب القصاص.

ب - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم»⁽²⁾. ولم يستثن الأنثى من عموم المسلمين الذين تتكافأ دماؤهم.

ج - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفدى وإما أن يقتل»⁽³⁾. والحديث عام.

د - الإجماع على ذلك.

وأما قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُذِّبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ أَلْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾ [البقرة: 178]. فظاهره أن مفهوم القيد مع ما في الحر والعبد والأنثى من معنى الوصفية يقتضي أن الحر يقتل بالحر لا بغيره، والعبد يقتل بالعبد لا بغيره، والأنثى تقتل بالأنثى لا بغيرها؛ وقد اتفق علماء الإسلام على أن هذا المفهوم غير معمول به باطراد، لكنهم اختلفوا في المقدار المعمول به منه بحسب اختلاف الأدلة الثابتة من الكتاب والسنة وفي المراد من هذه الآية ومحمل معناها، وقد روي عن الإمام مالك تأويل لهذه الآية، ففي «الموطأ» قال مالك أحسن ما سمعت في هذه الآية أن قوله تعالى: ﴿أَلْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ فهو لاء الذكور وقوله: ﴿وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾ أن القصاص يكون بين الإناث كما يكون بين الذكور، والمرأة الحرة تقتل بالمرأة الحرة كما يقتل الحر بالحر، والأمة تقتل بالأمة كما يقتل العبد بالعبد، والقصاص يكون بين النساء كما يكون بين الرجال، والقصاص أيضاً يكون بين الرجال والنساء أي: إن التعريف لاستغراق الجنس، فمعنى ﴿أَلْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ أي: الجنس، والذكر والأنثى فيه سواء؛ وكذلك ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ معناه الجنس الذكر والأنثى سواء؛ أي: إن الحرّة تقتل بالحرّة كما يقتل الحرّ بالحرّ، والأمة تقتل بالأمة كما يقتل العبد بالعبد؛ وإنما ذكر ﴿وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾ مع أنها مشمولة لعموم الحرّ والعبد، لئلا يتوهم أن صيغة التذكير في الحرّ والعبد مراد بها خصوص الذكور. وهذا من إبطال ما كان عليه أمر الجاهلية من

(1) الإشراف: 812/2، والمقدمات: 283/3، وأحكام القرآن: 63/1.

(2) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في السرية تردّ على أهل العسكر، وأيضاً في الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر؛ والنسائي في القسامة، باب القود بين الأحرار؛ وابن ماجه في الديات، باب المسلمون تتكافأ دماؤهم.

(3) أخرجه البخاري في الديات، باب من قتل له قتيل؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

ترك القصاص من الأنثى وعدم الاعتداد بجنابة الأنثى واعتبارها غير مؤاخذاً بجنابتها⁽¹⁾.

ويقتل الصحيح بالمريض.

ويقتل الكامل الأعضاء والحواس بالناقص عضو كيد أو رجل، أو حاسة كسمع وبصر.

ويشترط لإقامة القصاص على الجاني أن يكون متصفاً بهذه الشروط حين وجود سبب الموت وحين موت المجني عليه. فلو كان حربياً وقتل معصوماً ثم أسلم بأثر ذلك، فلا قصاص؛ لأن شرط القصاص كون الجاني غير حربي حين الموت، وهو متخلف هنا؛ لأنه حربي حين الموت. وكذلك لو كان القاتل مسلماً غير مكلف وقتل مسلماً ثم بلغ، فلا قصاص. ثم اعلم أن شرط القتل قصاصاً أن توجد الشروط المذكورة في القاتل حين السبب المميت والموت وبين السبب والموت؛ أي: فالشروط معتبرة حين السبب أيضاً فإن تخلف شيء منها عند السبب، أو عند المسبب - وهو الموت - فلا قصاص.

الركن الثاني: مجني عليه:

وله شرطان هما:

1 - العصمة. وتكون بإيمان أو أمان. ودليل العصمة بالإيمان: عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة؛ فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم، إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله»⁽²⁾.

ودليل العصمة بالأمان: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْنِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٦﴾﴾ [التوبة: 6]، وقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴿١٦﴾﴾ [التوبة: 29].

فخرج بشرط العصمة الحربي، فلا يقتص من قاتله لأن دمه هدر لكل مسلم يسوغ له القدوم عليه. وكذلك المرتد، لا يقتص من قاتله لعدم عصمته بالارتداد. وإن كان قتل المرتد ليس إلا للحاكم.

(1) المقدمات: 288/3، وأحكام القرآن: 64/1، والتحرير والتنوير: 137/2، 138.

(2) أخرجه البخاري في الإيمان، باب فإن تابوا؛ ومسلم في الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله.

2 - المكافأة للجاني أو الزيادة عليه لا أنقص منه. فإن كان أنقص منه بأن كان

ذمياً فلا يقتصر من المسلم.

والدليل على اشتراط المكافأة وعدم القصاص من المسلم للذمي⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهِمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْمَبْدُ بِالْمَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْيَعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاةُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ [البقرة: 178]. ووجه الاستدلال أن الخطاب للمسلمين، وأن الظاهر من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى في المجازاة طلب المساواة فيها في الدين، ولا مساواة بين المسلم والكافر، فإن الكفر حظ منزلة الكافر ووضع مرتبته. وأيضاً فإن مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد تصريح بطلب المساواة في القصاص في الحرية أو العبودية، وعدم قتل الحر بالعبد، فإذا نقص العبد عن الحر بالرق، وكان الرق من آثار الكفر، فأحرى وأولى أن ينقص الكافر عن المؤمن بالكفر.

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: 141].

ج - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم»⁽²⁾.

د - عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن له صحيفة عن النبي ﷺ وفيها: «أن لا يقتل مسلم بكافر»⁽³⁾. والمراد بالكافر هنا غير الحربي، ولا يمكن حمله على الحربي؛ لأن الحربي قد أمر الله تعالى بقتله، ولا يجوز أن يتوهم متوهم أن من قتل من أمر الله تعالى بقتلهم ووعد على ذلك جزيل الثواب يجب عليه القتل حتى يحتاج النبي ﷺ أن يبين لنا أنه لا قود بيننا وبين أهل الحرب.

فدللت هذه الأدلة على أن دم الكافر لا يكافئ دم المؤمن، وإذا كان ذلك كذلك فالقصاص مرتفع.

وأما استدلال المذهب الحنفي بقوله تعالى: ﴿وَكَبِّنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: 45] بأنها عامة في قتل كل نفس محرمة القتل، وأن في ذلك القصاص ولو في قتل الذمي؛ فقد اعتبره القاضي ابن رشد⁽⁴⁾ الجد خطأ فاحشاً، ورد عليه بأن الآية إنما

(1) الإشراف: 812/2، والمقدمات: 281/3، 284، وأحكام القرآن: 62/1.

(2) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر، وأيضاً في الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر؛ والنسائي في القسامة، باب القود بين الأحرار؛ وابن ماجه في الديات، باب المسلمون تتكافأ دماؤهم.

(3) أخرجه البخاري في الديات، باب لا يقتل المسلم بالكافر.

(4) المقدمات: 284/3.

كتبت على أهل التوراة وهم ملّة واحدة لا ذمّة عندهم كما للمسلمين . وأمّا ابن العربي فقال: إنّ الآية إنّما جاءت للردّ على اليهود في المفاضلة بين القبائل، وأخذهم من قبيلة رجلاً برجل ونفساً بنفس، وأخذهم من قبيلة أخرى نفسين بنفس؛ فأما اعتبار أحوال النفس الواحدة بالنفس الواحدة - أي: أحوال الإيمان والكفر - فليس مقصودها ولا سيقت لها، وإنّما تحمل الألفاظ على المقاصد؛ وجواب آخر أنّ الآية عامة دخلها التخصيص بالأدلة المانعة من القصاص⁽¹⁾.

وكذلك الاستدلال بعموم الآية: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ أَنْفِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: 33]. والجواب أنّه عموم مخصوص بأدلة منع قتل المسلم بالذمي.

وما روي عن عبد الرحمن بن البيهقي أنّ رسول الله ﷺ أقاد مسلماً بمعاهد، وقال: «أنا أحقّ من وقى بذمته»⁽²⁾؛ فهو حديث ضعيف⁽³⁾. ولا يشترط في المجني عليه التكليف.

ويشترط لإقامة القصاص على الجاني بهذين الشرطين أن يكون المجني عليه متصفاً بهما من وقت السب - وهو الضرب أو دسّ السمّ ونحوهما - إلى وقت الموت؛ فمن رمى بسهم غير معصوم، لكونه حربياً، أو دسّ له سمّاً، أو فعل مسلم ذلك بذمي، فأسلم الحربي أو الذمي قبل الإصابة، فلا قصاص على الجاني؛ لأنّ الحربي المجني عليه لم يكن معصوماً، والذمي المجني عليه لم يكن مكافئاً للجاني، وهذا مثال وقت السب. ومن رمى معصوماً بالإسلام أو دس له السم فشربه، فارتدّ هذا المرمي أو المسموم قبل خروج روحه لم يقتصّ من الجاني؛ لأنّ المجني عليه لم يكن معصوماً وقت الموت.

وأما من قطع يد معصوم مثلاً، فارتدّ المقطوع ثم مات من القطع مرتدّاً، ثبت القصاص للجاني في القطع فقط؛ لأنه كان معصوماً حال القطع؛ لأن الكلام هنا - أي: في هذه الأركان - في النفس لا الجرح. وسيأتي الكلام على الجرح.

الركن الثالث: جناية:

وشرطها العمد العدوان.

والدليل: قوله تعالى: ﴿... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَجِيمًا﴾ [٢٩] وَمَنْ

(1) أحكام القرآن: 626/2.

(2) أخرجه الدارقطني في الحدود والديات؛ والبيهقي في الجنایات، باب بيان ضعف الخبر الذي روي في قتل المؤمن بالكافر.

(3) الإشراف: 813/2، وبداية المجتهد: 433/2.

يَعْمَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴿[النساء: 29 - 30]﴾. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى نهى عن قتل الأنفس عدواناً وظلماً - أي: لا يقتل بعضكم بعضاً -، وتوعدّ على ذلك بالعذاب⁽¹⁾.

وأما القتل الخطأ فليس فيه قصاص.

والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِلْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَقْتُلُوا مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ [النساء: 92]. معنى قوله: ﴿وَمَا كَانَتْ لِلْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَقْتُلُوا مُؤْمِنًا﴾: وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً قتلاً جائزاً. وأما إنه يوجد ذلك منه فهو غير جائز، فنفى الله تعالى جواز القتل لا وجوده؛ لأنّ الأنبياء صلوات الله عليهم لم يبعثوا لبيان الحسيات وجوداً وعدمًا، إنّما بعثوا لبيان الأحكام الشرعية إثباتاً ونفيًا. والاستثناء في قوله: ﴿إِلَّا خَطَأً﴾ منقطع؛ أي: لكن خطأ؛ لأنّ الخطأ لا يقال فيه إنّ له أن يفعله ولا ليس له أن يفعله. ووجه الاستدلال على أنّ الخطأ لا قصاص فيه أنّ الله تعالى أوجب في الخطأ الدية والكفارة دون القصاص.

ب - الإجماع.

ثبوت الجناية:

ثبتت الجناية بأحد أمور ثلاثة:

1 - الإقرار. والدليل: أنّ النبي ﷺ أمر بالقصاص بإقرار القاتل، فعن علقمة بن وائل عن أبيه قال: إني لقاعد مع النبي ﷺ إذ جاء رجل يقود آخر بنسعة، فقال: يا رسول الله! هذا قتل أخي. فقال رسول الله ﷺ: «أقتلته؟» فقال: إنه لو لم يعترف أقتلته عليه البينة. قال: نعم قتلته. قال: «كيف قتلته؟» قال: كنت أنا وهو نختبئ من شجرة فسبّني فأغضبني، فضربته بالفأس على قرنيه فقتلته. فقال له النبي ﷺ: «هل لك من شيء تؤديه عن نفسك؟» قال: ما لي مال، إلا كسائي وفأسي. قال: «فتري قومك يشترونك؟» قال: أنا أهون على قومي من ذاك. فرمى إليه بنسعته وقال: «دونك صاحبك»⁽³⁾.

2 - الشهادة. وقد تقدم بيان ذلك في باب الشهادة.

3 - القسامة. وسيأتي بيانها فيما يأتي.

(1) أحكام القرآن: 412/1.

(2) المقدمات: 285/3 - 322، وأحكام القرآن: 470/1.

(3) أخرجه مسلم في القسامة، باب صحة الإقرار بالقتل.

لمن يجب القصاص:

القصاص واجب لولي الدم على الجاني؛ أي: فهو حقّه، وليس حقّاً لغير ولي الدم، بل القاتل معصوم الدم بالنسبة لغير ولي الدم. فإذا قتل غير ولي الدم قاتلاً لمعصوم فإنه يقتص منه.

ويستحقّ ولي الدم القصاص ولو قال المعصوم لإنسان: إن قتلتي أبرأتك فقتله، فلا يسقط القود عن قاتله. وكذا لو قال له بعد أن جرحه ولم ينفذ مقتله: أبرأتك من دمي؛ لأنه أسقط حقّاً قبل وجوبه. بخلاف ما لو أبرأه بعد إنفاذ مقتله، أو قال له: إن مت فقد أبرأتك فيبرأ.

تعيّن القصاص من الجاني في العمد:

يتعيّن القود⁽¹⁾ إذا لم يعف وليّ الدم عن الجاني في القتل العمد؛ أي: فولي الدم مخير في ذلك. والدليل على تعيّن القود وتخيير الولي في ذلك⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْيَعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ [البقرة: 178]. فقوله: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ﴾ إلى آخر الآية تفرّيع لمجرد الترتيب اللفظي لبيان أنّ أخذ الولي بالقصاص المستفاد من صور ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ ليس واجباً عليه ولكنه حق له فقط لثلاث يتوهم من ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ﴾ أنّ الأخذ به واجب على ولي القتل، والتصدي لتفريع ذكر هذا بعد ذكر حق القصاص للإيماء إلى أنّ الأولى بالناس قبول الصلح استبقاء لأواصر أخوة الإسلام، فدلّ هذا على تعيّن القود وتخيير الولي بينه وبين أخذ الدية⁽³⁾.

ب - عن ابن عباس قال، قال النبي ﷺ: «العمد قود، إلا أن يعفو وليّ المقتول»⁽⁴⁾.

ج - عن أنس أنّ أخت الربيع أم حارثة جرحت إنساناً، فاخصموا إلى النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «القصاص، القصاص» فقالت أم الربيع: يا رسول الله أيقص من فلانة، والله لا يقص منها. فقال النبي ﷺ: «سبحان الله يا أم الربيع، القصاص كتاب الله» قالت: لا والله لا يقص منها أبداً. قال: فما زالت حتى قبلوا الدية. فقال رسول الله ﷺ: «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّ

(1) سمي القصاص قوداً لأنّ الجاهلية كانوا يقودون الجاني بحبل ونحوه.

(2) الإشراف: 817/2، والجامع لأحكام القرآن: 253/2.

(3) التحرير والتنوير: 140/2.

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في الديات، باب من قال: العمد قود.

(5) أخرجه البخاري في تفسير القرآن؛ ومسلم في القصاص والمجاربين.

النبي ﷺ حكم بالقصاص ولم يخير المجني عليه بين القصاص والدية.

ويشترط رضا القاتل لعفو الولي على أخذ الدية، والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مِّنْ أَعْتَدَٰكَ بَعْدَٰ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَدَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: 178]. ووجه تأويلها أن الخطاب لولي الدم، وهو المعفو له، وأن العافي هو القاتل، ومعنى الكلام: من أعطي من أخيه القاتل شيئاً من العقل - أي: الدية - فرضي به فليتبعه بمعروف وليؤد إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة؛ فدل على أن الخيار في دفع الدية وعدم دفعها راجع للقاتل⁽¹⁾.

ولفظ العفو في الآية من الألفاظ المشتركة بين معان عديدة أظهرها في الآية: العطاء أو الإسقاط. ورجح الإمام مالك وأصحابه العطاء بما يلي⁽²⁾:

* أن العفو إذا كان بمعنى الإسقاط عدّي بحرف «عن»، كقوله تعالى: ﴿وَأَعْفُ عَنَّا﴾، وكقوله: «عفوت لكم عن صدقة الخيل»؛ وإذا كان بمعنى العطاء عدّي بحرف ﴿لَهُ﴾ كما في الآية، فترجح معناها بذلك.

* أن الظاهر في جزاء الشرط أن يعود على ما يعود عليه الشرط، والجزاء في قوله: ﴿فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾ عائد إلى الولي، فليعد إليه الشرط وهو ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ﴾، ويكون المراد بـ «من» من كان المراد بالأمر بالاتباع في قوله: ﴿فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

* أن قوله في الآية ﴿شَيْءٌ﴾ نكرة، ولا يصح أن يراد به القصاص لأنه معرفة بنص الآية ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾، وإنما عني به ما يتراضيان عليه من قليل المال وكثيره، إذ لا حدّ لدية العمد فناسبها التنكير.

ب - أن القاتل له أن يقول: أريد أن أطهر نفسي وأترك ورثتي أغنياء.

وأما حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يودي وإما أن يقتل»⁽³⁾؛ فمعناه إن بذلت الدية للولي وطاع بها القاتل. ومن أهل العلم من حمل الحديث على ظاهره فقال: إن لولي المقتول أن يأخذ الدية من القاتل شاء أو أبى، وتأول أن العافي في الآية ولي المقتول يعفو عن الدم فيتبع القاتل بالدية فيلزمه أن يؤديها بإحسان، وهو تأويل بعيد، لما تقدم من الأدلة.

وليس للولي عفو عن الجاني على أن يأخذ الدية إلا برضا الجاني؛ بل له العفو

(1) المقدمات: 288/3، وأحكام القرآن: 66/1.

(2) أحكام القرآن: 67/1، والمقدمات: 289/3، وعدة البروق: 236، والتحرير والتنوير: 2/

(3) أخرجه البخاري في الديات، باب من قتل له قتيل؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

مجاناً أو على أخذ الدية إن رضي الجاني؛ فإن لم يرض الجاني بها خير الولي بين أن يقتص أو يعفو مجاناً.

وقال أشهب: الخيار للولي بين ثلاثة أمور: القصاص، والعفو مجاناً، والعفو على الدية. ولا كلام للجاني، وهو خلاف المذهب.

والدليل على جواز أخذ الولي الدية بدل القصاص:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: 178]. ووجه الاستدلال أن الخطاب لولي الدم، وأن المراد بأخيه هو القاتل العافي المعطي للدية، وقد أمر الله تعالى الولي باتباع الدية بالمعروف. فدلّ على جواز أخذ الولي الدية. وقد وصف القاتل بأنه أخ لولي الدم تذكيراً له بأخوة الإسلام وترقيقاً لنفسه؛ لأنه إذا اعتبر القاتل أماً له كان من المروءة ألا يرضى بالقود منه⁽¹⁾.

ب - عن علقمة بن وائل عن أبيه قال: إني لقاعد مع النبي ﷺ إذ جاء رجل يقود آخر بنسعة، فقال: يا رسول الله! هذا قتل أخي. فقال رسول الله ﷺ: «أقتلته؟» فقال: إنه لو لم يعترف أقمت عليه البيعة. قال: نعم قتلته. قال: «كيف قتلته؟» قال: كنت أنا وهو نختبئ من شجرة فسبني فأغضبني، فضربته بالفأس على قرنه فقتلته. فقال له النبي ﷺ: «هل لك من شيء تؤديه عن نفسك؟» قال: ما لي مال، إلا كسائي وفأسي. قال: «فترى قومك يشترونك؟» قال: أنا أهون على قومي من ذلك. فرمى إليه بنسعته وقال: «دونك صاحبك»⁽²⁾. ومحلّ الدليل قوله ﷺ: «هل لك من شيء تؤديه عن نفسك؟» قال: ما لي مال، إلا كسائي وفأسي. قال: «فترى قومك يشترونك؟».

ج - حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، إما أن يودي وإما أن يقتل».

والدليل على جواز عفو الولي عن الجاني بغير دية: قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّهُ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45]. ومحلّ الدليل قوله تعالى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ أي: من تصدّق بالحق الذي له؛ أي: تنازل عن العوض. وضمير «له» عائد إلى «من تصدّق». والمراد من التصدّق العفو؛ لأنّ العفو لما كان عن حق ثابت بيد مستحقّ الأخذ بالقصاص جعل إسقاطه كالعطية ليشير إلى فرط ثوابه، وبذلك يتبين

(1) التحرير والتنوير: 141/2.

(2) أخرجه مسلم في القسامة، باب صحة الإقرار بالقتل.

أن معنى «كفارة له» أنه يكفر عنه ذنباً عظيمة، لأجل ما في هذا العفو من جلب القلوب وإزالة الإحزن واستبقاء نفوس وأعضاء الأمة⁽¹⁾.

وليس للولي قود إلا بإذن الحاكم من إمام أو نائبه. فلا خلاف أن القصاص في القتل لا يقيم إلا أولو الأمر، فرض عليهم النهوض بالقصاص وإقامة الحدود وغير ذلك؛ لأن الله سبحانه خاطب جميع المؤمنين بالقصاص، ثم لما لا يتهدى للمؤمنين جميعاً أن يجتمعوا على القصاص، فقد أقيم السلطان مقام أنفسهم في إقامة القصاص وغيره من الحدود⁽²⁾.

فإن اقتصر الولي بغير إذن الحاكم أدب لافتياته على الإمام. ومحلّ أدبه حيث كان الحاكم ينصفه.

ولا دية لولي الدم إن عفا عن الجاني وأطلق في عفوه بأن لم يقيد بدية ولا غيرها، فيقضى بالعفو مجرداً عن الدية. إلا إذا ظهرت بقرائن الأحوال إرادة الدية حال العفو، ويقول: إنما عفوت لأخذ الدية، فيحلف ويصدق بيمينه.

ويبقى الولي بعد حلفه على حقه في القصاص، إن امتنع الجاني من دفعها، وإلا دفعها وتم العفو.

ويستحقّ الولي دم من قتل القاتل، فلو قتل زيد عمراً، فقتل أجنبي زيدا، فولّي عمرو يستحق دم الأجنبي القاتل لزيد، إن شاء عفا وإن شاء اقتص، ولا كلام لولي زيد على قاتله - في استحقاق دمه - ولو عفا عنه ولي عمرو.

فإن أرضى وليّ زيد وهو المقتول الثاني في المثل وليّ عمرو المقتول أولاً، فيصير دم القاتل الثاني - الذي هو الأجنبي - لوليّ المقتول الثاني، الذي هو زيد، إن شاء عفا وإن شاء اقتص.

وكذا يستحق مقطوع العضو عضو من قطع عضو القاطع له عمداً عدواناً؛ كما لو قطع زيد يد عمرو فقطع أجنبي يد زيد، فعمره يستحق يد الأجنبي ولا كلام لزيد - في استحقاق عضو من قطعه - في العمد ولو عفا عمرو.

وإذا قتل زيد عمراً عمداً، وقتل أجنبي زيدا خطأً، فيستحق ولي المقتول الأول - وهو عمرو - في الجناية الثانية خطأً - من الأجنبي على زيد - دية الخطأ من الأجنبي القاتل على عاقلة في القتل. ومثل ذلك في القطع على ما سيأتي.

أقسام الجناية التي بها القود:

شرط الجناية التي بها القود أن تكون عمداً. والجناية إما أن تكون مباشرة أو بسبب.

(1) التحرير والتنوير: 216/7، وأحكام القرآن: 630/2.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 246/2.

القسم الأول: الجناية المباشرة:

تكون الجناية العمد المباشرة بما يلي:

1 - الضرب الغير الجائز، بمحدّد أو بغير محدّد كعصا أو سوط أو نحوهما مما لا يقتل به غالباً، وإن لم يقصد قتله، أو قصد زيداً فإذا هو عمرو، والحال أنّ كلاً يمتنع قتله، وأما لو كان قاصداً زيداً الحربي - مثلاً - فإذا هو عمرو المسلم فخطأ. والتقييد بالغير الجائز احتراز به من التأديب الجائز من حاكم أو معلم أو والد فلا قود فيه؛ لأنه ليس بعدوان.

2 - الضرب بمثقل، كحجر لا حد فيه.

وعند الحنفية أنّه لا قصاص في القتل بغير محدّد كعصا أو سوط، ولو قصد قتله به، ويسمونه شبه العمد.

والدليل على القصاص في القتل بغير المحدّد⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: 126].

ب - قوله تعالى: ﴿مَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 193].

ج - عن أنس رضي الله عنه أنّ يهودياً رضّ رأس جارية بين حجرين، قيل: من فعل هذا بك أفلان، أفلان؟ حتى سمّي اليهودي، فأومات برأسها؛ فأخذ اليهودي فاعترف فأمر به النبي صلى الله عليه وآله فرضّ رأسه بين حجرين⁽²⁾.

د - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك في ذلك: «والأمر المجتمع عليه عندنا، الذي لا اختلاف فيه عندنا...»⁽³⁾.

هـ - القياس على المحدّد؛ لأنّ المثقل آلة يقصد بها القتل في الغالب فجاز أن يجب القود بها، أصله المحدّد.

و - القياس على الحرق بالنار؛ لأنّ القاتل تعمّد قتل مكافئ لدمه ظلماً، فأشبه أن يحرقه بالنار.

ز - أنّ مقصد الشارع حماية الدماء وصونها عن الإهدار، فلو كان القتل بالمثقل وغير المحدّد لا قصاص فيه لكان كلّ من أراد قتل شخص مع أمن القصاص أن يعمد إلى القتل بالمثقل⁽⁴⁾.

(1) الإشراف: 815/2، ومفتاح الوصول: 113.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب من أفاد بالحجر؛ ومسلم في القسامة، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره.

(3) المتقى: 100/7. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(4) الإشراف: 815/2.

ح - أن العمد العدوان من أفعال النفوس الخفية، فيعتبر عوضاً منه ما يظن وجوده عنده، والضرب بالمتقل والسوط حتى الموت مظنة لوجوده.

والدليل على نفي ما يسميه الحنفية وغيرهم شبه العمد⁽¹⁾:

أ - أن الله تعالى ذكر أنواع القتل، فذكر العمد المحض، وذكر الخطأ المحض، ولم يذكر أمراً زائداً عليهما، فدل على أنه لا واسطة بين العمد والخطأ.

ب - أن العمد معنى معقول، وهو قصد الفاعل إلى الفعل؛ والخطأ معنى معقول أيضاً، وهو ما يكون من غير قصد، واجتماعهما في فعل واحد ممتنع؛ لأنهما صفتان متعارضتان. والأفعال كلها لا تخرج عن حالتي عمد وخطأ، ويعرف التعمد بأن يكون فعلاً لا يفعله أحد بأحد إلا وهو قاصد إزهاق روحه بخصوصه بما تزهد به الأرواح في متعارف الناس، وذلك لا يخفى على أحد من العقلاء. ومن أجل ذلك قال الجمهور من الفقهاء: القتل نوعان عمد وخطأ، وهو الجاري على وفق الآية.

وأما ما روي عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: «قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا مائة من الإبل، أربعون منها خلفه في بطونها أولادها»⁽²⁾. فذكر ابن العربي أنه حديث لا يصح⁽³⁾. وقال الشيخ ابن عاشور في هذه الآثار: إن صححت فتأويلها متعين وتحمل على خصوص ما وردت فيه⁽⁴⁾.

واعلم أن القتل بالضرب يكون على ثلاثة أقسام هي⁽⁵⁾:

الأول: ألا يقصد القاتل ضرباً ولا قتلاً. مثل أن يرمي الشيء فيصيب إنساناً فيقتله، أو يقتل المسلم في حرب العدو يظنه كافراً؛ فهذا هو قتل الخطأ بإجماع، لا يجب فيه القصاص، وإنما تجب فيه الدية على العاقلة والكفارة في ماله.

الثاني: أن يعمد للضرب ولا يعمد للقتل؛ أي: لا يقصده. وذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون قصده للضرب على وجه اللعب. وفيه ثلاثة أقوال؛ الأول: وهو المشهور: أن ذلك من الخطأ، وفيه الدية على العاقلة، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة. والثاني: أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا أن يعفو أولياء القتيل، وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك. والثالث: أن ذلك شبه

(1) الإشراف: 822/2، وأحكام القرآن: 479/1.

(2) أخرجه أبو داود في الدييات، باب في دية الخطأ شبه العمد؛ والنسائي في القسامة، باب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء.

(3) أحكام القرآن: 114/1، 479.

(4) التحرير والتنوير: 163/5.

(5) المقدمات: 285/3 - 287.

العمد، وفيه الدية مغلظة في مال الجاني، ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها، وهو قول ابن وهب.

ثانيها: أن يكون على وجه الأدب مَمَّن يجوز له الأدب، كالمؤدب والصانع، قال ابن رشد الجدّ: فهو يجري عندي على الاختلاف في الذي يعمد للضرب على وجه اللعب، ورأيت لأبي الوليد الباجي أن الاختلاف في هذا الوجه إنما هو راجع إلى تغليظ الدية ولا قصاص بحال.

وهذا إن علم أن ضربه كان على وجه الأدب. وأمّا إن لم يعلم إلا بقول القاتل ودعواه ففي تصديقه على ذلك قولان؛ الأول: أنه لا يصدّق ويقتض منهُ؛ لأنّ العداء قد ظهر والقصاص قد وجب وهو يدعي ما يسقطه عنه. والثاني: أنه يصدّق في ذلك، وإذا صدّق فيه فهو بمنزلة إذا علم بالبيّنة.

ثالثها: أن يكون على وجه النارية والغضب؛ وفيه قولان، الأول: وهو المشهور عن مالك المعروف من قوله، أن ذلك عمد وفيه القصاص، إلا من الأب في ابنه والأم والجد فإنّه لا يقتض منهُ، وتغلّظ الدية عليه في ماله. وهذا قول مالك في المدونة؛ لأنّه أنكر شبه العمد وقال إنّه باطل، إنّما هو عمد أو خطأ لا ثالث له؛ لأنّ الله لم يذكر في كتابه غيرهما. والثاني: أن ذلك شبه العمد ولا يقاد منه وتغلّظ الدية عليه، وهو رواية العراقيين عن مالك.

الثالث: أن يعمد للقتل؛ أي: يقصده. وفيه وجهان:

أحدهما: أن يكون ذلك على وجه الغيلة. فإنّه يقتل على كلّ حال، ولا يجوز للأولياء العفو عنه.

ثانيهما: أن يكون على وجه النارية والعداوة. فالأولياء بالخيار، إن شاؤوا أن يعفوا وإن شاؤوا أن يقتصوا.

3 - الخنق حتى الموت.

4 - المنع من الطعام أو الشرب حتى مات، فالقود إن قصد بذلك موته، فإن قصد مجرد التعذيب فالدية، إلا أن يعلم أنه يموت. فعلم الموت ملحق بقصده كما في النقل. ومن صور العمد في هذا أنّ من منع فضل مائه مسافراً، عالماً بأنّه لا يحلّ له منعه وأنّه يموت إن لم يسقه، قتل به وإن لم يل قتله بيده، سواء قصد بمنعه قتله أو تعذيبه. وما مرّ في باب الذكاة أنّ من منع شخصاً فضل طعامه وشرابه حتى مات فإنّه يلزمه الدية؛ فهو محمول على ما إذا منعه متأولاً، وما هنا غير متأول لأنّه يعلم أنّه يموت إن لم يسقه.

5 - سقي السم عمداً فيه القود.

ولا قسامة حيث تعمد الضارب ما ذكر، إن أنفذ مقتله، أو لم ينفذه ومات مغموراً

مما ذكر، بأن ضربه فرفع مغموراً من الضرب أو الجرح حتى مات، بل يقتص منه بلا قسامة؛ كما لو رفع ميتاً مما ذكر. والمغمور هو من لم يأكل ولم يشرب ولم يتكلم حتى مات.

فإن لم ينفذ له مقتل وأفاق بعد الضرب أو الجرح ثم مات لم يقتص إلا بالقسامة. وكذا لا دية في الخطأ إلا بها، ولو لم يأكل أو يشرب حال إفاقته، لاحتمال موته من أمر عارض.

6 - طرح من لا يحسن العوم في نهر مطلقاً، لعداوة أو غيرها. أو طرح من يحسنه عداوة فغرق فالقود. فإن لم يكن لعداوة بل لعباً فدية. وهذا إذا علم أنه يحسن العوم أو علم أنه لا يحسنه. فإن جهل ذلك فالقصاص في العداوة والدية في اللعب؛ فالدية في صورتين والقصاص في الباقي.

القسم الثاني: التسبب في الجناية:

تسبب الجاني في الإتيان أمثله كما يلي:

- 1 - حفر بئر لشخص مقصود، وإن حفرها بيته فوق فيها المقصود.
- 2 - وضع شيء مُزلق كقشر بطيخ، أو طين مزلق بطريق لشخص مقصود.
- 3 - رُبُط دابةٍ شأنها الإيذاء، إما برفس أو نطح أو عض، بطريق لشخص مقصود.
- 4 - اتخاذ كلب شأنه العقرب لشخص معيّن.

فإن هَلَكَ الشخص المقصودُ بالبئر وما بعده؛ فالقود من المتسبب. فإن لم يهلك المقصود بل هلك غيره، أو لم يكن لمعين بل قصد مطلق الضرر فهلك بها إنسان فالدية في المعصوم والقيمة في غيره. ومفهوم قصد مطلق الضرر: أنه إن لم يقصد ضرراً بالحفر وما بعده فلا شيء عليه، ويكون هدرأ. وهذا إن حفر البئر بملكه أو بموات لمنفعة ولو لعامة الناس، أو وضع المزلق لا بطريق الناس أو ربط الدابة ببيته أو بطريق على وجه الاتفاق؛ كسوق وعند مسجد أو بيت أحد لنحو ضيافة أو اتخاذ الكلب ببيته لحراسة، وإلا فالدية أيضاً.

5 - الإكراه. فمن أكرهه غيره على قتل نفس فيقتل المكره - بالكسر - لتسببه، كما يُقتل المكره - بالفتح - لمباشرته. وإنما يكون المأمور مكرهاً إذا كان لا يمكنه المخالفة خوفاً قتل من الأمر، فإن لم يخف اقتص منه فقط. ودليل القصاص من المكره - بالفتح -⁽¹⁾:

أ - عموم الأدلة المتقدمة في وجوب القصاص من القاتل؛ فلم تخص مكرهاً من غير المكره.

ب - القياس على قتله لأكله خوف التلف بالجوع؛ لأنه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه فلم يسقط القود منه. وبنيني على هذا القياس قياس آخر وهو قياس الأولى، وذلك أن التلف بضرورة الجوع متحقق، والتلف بالإكراه مظنون، ثم كان القتل من أجل ضرورة الجوع لا يجوز وفيه القصاص، فيكون القتل من أجل الإكراه وجوب القصاص فيه أولى وأحرى.

والدليل على وجوب القصاص من المكره - بالفتح -⁽¹⁾: أنه سبب ملجئ فأخذ حكم المباشرة ووجب أن يتعلق الحكم به.

وإذا أكره شخص على قتل مسلم أو قطع يده أو رجله أو أصبعه، فلا يجوز له الإقدام على ذلك ولو أكره بالقتل، ولا يحلّ له أن يفدي نفسه بقتل غيره، ويلزمه أن يصبر على البلاء الذي ينزل به. والدليل⁽²⁾: الإجماع.

وإن فعل الشخص ما أكره عليه اقتصر منه. وقال الإمام سحنون: لا يقتصر منه. قال ابن العربي⁽³⁾: وهي عثرة من سحنون وقع فيها بأسد بن الفرات، الذي تلفها عن أصحاب أبي حنيفة بالعراق، وألقاها إليه؛ ومن يجوز له أن يقي نفسه بأخيه المسلم، وقد قال رسول الله ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه»⁽⁴⁾.

ويقتل أبٌ أو معلّم صنعة أمر صبياً بقتل إنسان فقتله. ولا يقتل الصغير لعدم تكليفه. فإن كان الولد أو المتعلم كبيراً قتل وحده إن لم يكره، وإلا قتلا معاً كما تقدم. وعلى عاقلة الولد الصغير أو المتعلم نصف الدية مع القصاص من الأب أو المعلم.

6 - تقديم طعام أو شراب أو لباس مسموم لمعصوم عالماً مقدّمه بأنه مسموم، فتناوله المقدّم له وهو غير عالم فمات فالقصاص. فإن تناوله عالماً بسّمه فهو القاتل لنفسه ولا شيء على المقدّم وإن كان متسبباً. وإن لم يعلم المقدم ولا المقدّم له فهو من الخطأ، وفيه الدية.

7 - رمي أفعى حية على شخص فمات فالقود وإن لم تلدغه، لا مية فالدية. وكذا إن كان شأنها عدم اللدغ لصغرها.

8 - الإشارة على شخص بسلاح، كسيف وخنجر، فهرب المشار عليه وطلبه المشير في هروبه لعداوة بينهما، فمات بلا سقوط، فالقود بلا قسامة، وإن لم يضربه بالفعل. وإن سقط حال هروبه فيقسامة، لاحتمال موته من سقوطه. وإن مات مكانه من إشارته بدون هرب وطلب فخطأ.

(1) الإشراف: 8176/2.

(2) أحكام القرآن: 1177/3، والجامع لأحكام القرآن: 183/10، وحاشية الصاوي: 452/1.

(3) أحكام القرآن: 1181/3.

(4) أخرجه البخاري في المظالم والغصب؛ ومسلم في البر والصلة، باب تحريم الظلم.

والإشارة فقط بلا عداوة ولا هرب فخطأ، وفيه الدية مخمسة على العاقلة، وكذا إن هرب ولا يوجد عداوة.

9 - إمساك شخص للقتل، ولولا الإمساك ما قدر القاتل على قتله، فالقود عليهما: الممسك لتسببه والقاتل لمباشرته؛ أي: فإنهما يقتلان جميعاً بقيود ثلاثة معتبرة في الممسك: وهي أن يمسكه لأجل القتل، وأن يعلم أن الطالب قاصد قتله، وأن يكون لولا مسكه ما أدركه القاتل. ووجه القصاص أنه أمسكه على من يعلم أنه يقتله ظلماً، فكان كما لو أمسكه على نار حتى احترق⁽¹⁾.

فإن أمسكه لغير القتل كالضرب ضرباً معتاداً، أو لم يعلم أنه يقصد قتله، أو للقتل وكان القاتل يدركه مطلقاً بأن كان قتله لا يتوقف على إمساكه له، فالمباشر هو الذي يقتل فقط، دون الممسك وإنما عليه الأدب بمائة سوط وحبس سنة.

10 - العائن إذا قتل شخصاً عمداً بعينه، إذا علم ذلك منه وتكرر.

القصاص في قتل الجماعة بالواحد:

يقتل الجمع - كائنين فأكثر - بواحد. وذلك كما يلي:

إن تعمدوا الضرب له، ولم تميّز الضرباً، أو تميّز وتساوت. فإن لم تميّز، وكان بعضها أقوى شأنه إزهاق الروح، قُدم الأقوى ضرباً في القتل دون غيره إن عُلِمَ. فإن لم يعلم قتل الجميع.

أن يتمالأوا؛ أي: يتفقوا على قتله؛ بأن قصد الجميع قتله وضربه وحضروا، وإن لم يباشره إلا أحدهم لكن بحيث إذا لم يباشره هذا لم يتركه الآخر. والحاصل أن التمالؤ موجب لقتل الجميع وإن وقع الضرب من البعض، سواء كان الضرب بألة يقتل بها عادة أو بنحو سوط، فالمدار على التمالؤ والاتفاق.

وأما تعمد الضرب بلا تمالؤ فإنما يوجب قتل الجميع إذا لم تميّز الضربات، أو تميّز وتساوت، أو لم تتساو ولم يعلم صاحب الأقوى والأقدم، وعوقب غيره. وهذا إذا رفع ميتاً أو منفوذ المقاتل أو مغموراً حتى مات، وإلا ففيه القسامة، ولا يقتل بها إلا واحد كما يأتي. والدليل على قتل الجماعة بالواحد⁽²⁾:

أ - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفدى وإما أن يقتل»⁽³⁾. والحديث عام لم يخص القاتل بكونه واحداً أو أكثر.

(1) الإشراف: 817/2.

(2) الإشراف: 815/2، وأحكام القرآن: 627/2.

(3) أخرجه البخاري في الديات، باب من قتل له قتيل؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

ب - عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «العمد قود، إلا أن يعفو ولي المقتول»⁽¹⁾.

ج - إجماع الصحابة؛ فعن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه قتل نقرأ، خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً»⁽²⁾، وعن سعيد بن وهب قال: خرج قوم وصحبهم رجل، فقدموا وليس منهم، فاتهمهم أهله، فاعترفوا، فأمر بهم علي رضي الله عنه فقتلوا⁽³⁾؛ وعن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لو أن مائة قتلوا رجلاً قتلوا به»⁽⁴⁾، ولا مخالف لهم.

د - أن المقصد من القصاص صون الدماء وحمايتها، ولو علم الناس أن لا قصاص في قتل الجماعة للواحد، لكان كل من أراد قتل واحد شرك معه غيره في قتله ونجوا من القصاص، وافتح باب عظيم في هدر الدماء. قال ابن العربي رداً على أحمد بن حنبل رضي الله عنه في قوله: لا تقتل الجماعة بالواحد؛ لشرط المساواة في القصاص، ولا مساواة بين الجماعة والواحد: «أن مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ - يعني قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ - ولو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا واحداً لم يقتلوا لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك في قتلهم، وبلغوا الأمل من التشقي منهم؛ ومقصود الآية بيان للمقابلة في الاستيفاء أن النفس تؤخذ بالنفس، والأطراف بالأطراف، رداً على من تبلغ به الحمية إلى أن يأخذ نفس جان عن طرف مجني عليه - أي: يأخذ نفساً عن عضو - والشريعة تبطل الحمية وتعصد الحماية»⁽⁵⁾.

ويقتل شريك صبي دون الصبي، إن تمالأ معاً على قتل شخص، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية؛ لأن عمدته كخطئه. فإن لم يتمالأ على قتله وتعمده أو تعمده الكبير فقط فعليه نصف الدية في ماله، وعلى عاقلة الصغير نصفها. وإن قتلاه خطأ أو قتله الكبير خطأ، فعلى عاقلة كل نصف الدية.

ولا يقتل شريك مخطئ ولا شريك مجنون. بل عليه نصف الدية في ماله وعلى عاقلة المخطئ أو المجنون نصفها. هذا إن تعمد، وإلا فالنصف على عاقلته أيضاً.

الجناية على ما دون النفس والقصاص فيها:

الجناية على ما دون النفس - كجرح وقطع وضرب وإذهاب منفعة كسمع وبصر -؛

- (1) أخرجه ابن أبي شيبة في الديات، باب من قال: العمد قود.
- (2) أخرجه مالك في العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر؛ والبيهقي في الجنائيات، باب النفر يقتلون الرجل.
- (3) أخرجه البيهقي في الجنائيات، باب النفر يقتلون الرجل.
- (4) أخرجه عبد الرزاق في العقول، باب النفر يقتلون الرجل.
- (5) أحكام القرآن: 65/1.

كالجناية على النفس في وجوب القصاص بأن يكون الفعل عمداً عدواناً؛ وأن يكون الفاعل مكلفاً غير حربي ولا زائد إسلاماً بالنسبة للذمي؛ وأن يكون المفعول معصوماً بإيمان أو أمان. والدليل على وجوب القصاص في الجروح عمداً⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ فِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَنْ لَدَّ بِحَدِّكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾ [المائدة: 45]. ووجه الاستدلال أن الباء في قوله: ﴿بِالنَّفْسِ﴾ ونظائره الأربعة باء العوض، ومدخولات الباء كلها أخبار ﴿أَنْ﴾، ومتعلق الجار والمجرور في كلٍّ منها محذوف، هو كون خاص يدلّ عليه سياق الكلام؛ فيقدر: أَنْ النَّفْسَ المقتولة تعوّض بنفس القاتل والعين المتلفة تعوّض بعين المتلف؛ أي: بإتلافها وهكذا النفس متلفة بالنفس؛ والعين مفقودة بالعين، والأنف مجدوع بالأنف، والأذن مصلومة بالأذن. ولام التعريف في المواضع الخمسة داخلة على عضو المجني عليه، ومجرورات الباء الخمسة على أعضاء الجاني⁽²⁾.

وقد أخبر الله تعالى بالقصاص عن الجروح على حذف مضاف؛ أي: ذات قصاص. وقصاص مصدر قاصه الدالّ على المفاعلة؛ لأنّ المجنيّ عليه يقاصّ الجاني، والجاني يقاصّ المجني عليه؛ أي: يقطع كلّ منهما التبعة عن الآخر بذلك. ويجوز أن يكون ﴿قِصَاصٌ﴾ مصدراً بمعنى المفعول، كالخلق بمعنى المخلوق، والنّصب بمعنى المنسوب؛ أي: مقصوص بعضها ببعض. والقصاص: المماثلة؛ أي: عقوبة الجاني بجراح أن يُجرح مثل الجرح الذي جنى به عمداً. وقوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ عام فيما كان من الجروح في الرأس وسائر البدن. وأما وجه الاختصار في الآية على القصاص في العين والأنف والأذن والسّنّ دون غيرها من أعضاء الجسد كاليد والرجل والإصبع؛ لأنّ القطع يكون غالباً عند المضاربة بقصد قطع الرقبة، فقد ينبو السيف عن قطع الرأس فيصيب بعض الأعضاء المتصلة به من عين أو أنف أو أذن أو سنّ، وكذلك عند المصاولة لأنّ الوجه يقابل الصائل⁽³⁾.

والآية مخصوصة بالعمد دون الخطأ، ومخصوصة بما أمكن القصاص فيه ولم يخش إتلاف النفس منه⁽⁴⁾، وسيأتي دليل التخصيص في ذلك.

ولما كان أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف، نذكر دليل قول مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بوجوبه وهو⁽⁵⁾: قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: 45].

(2) التحرير والتنوير: 214/6.

(4) المقدمات: 322/3.

(1) أحكام القرآن: 625/2.

(3) التحرير والتنوير: 214/6.

(5) الإشراف: 814/2.

ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة في وجوب القصاص في جروح الأطراف دون تخصيص كونها بين الرجال فقط أو النساء فقط.

ويجوز للمجروح أن يعفو مجاناً عن الجاني في العمد، لقوله تعالى في الآية: «فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ» وتقدم ذكر وجه الاستدلال على ذلك في جواز عفو الولي عن دية القتل العمد مجاناً.

ويستثنى من مماثلة الجنابة على ما دون النفس للجنابة على النفس، الناقص الإسلام وهو الكافر إذا جنى على طرف أو منفعة كامل وهو المسلم؛ فلا قِصاصَ من الناقص على المشهور من المذهب، وهو قول الفقهاء السبعة، وعليه عمل أهل المدينة؛ لأن جنابة الناقص على الكامل - كجنابة ذي يد شلاء على صحيحة -، تنزيلاً للنقص المعنوي منزلة النقص الحسي، وإن كان يقتص منه في النفس كما مر، ودية الجرح في ذمة الكافر. فإن لم يكن فيه شيء مقدر فحكومة إن برئ على شين، وإلا فليس على الجاني المتعمد إلا العقوبة.

وإذا تعدد المباشير بالجنابة على ما دون النفس بلا تماثلٍ منهم، وتميّزت الجراحات، وعلم فعل كل واحد منهم، فيقتص من كل واحد بقدر ما فعل. فإن تماثلاً واقتص من كل واحد بقدر الجميع، تميزت أم لا، والدليل⁽¹⁾: القياس على قتل النفس من أن الجميع عند التماثل يقتلون بالواحد؛ لأنها جنابة لو انفرد بها الواحد لزمه القصاص، فإذا اشترك فيها الجماعة جاز أن يلزمهم القصاص كالجنابة على النفس.

وأما إذا لم تميز عند التماثل، فهل يلزمهم دية الجميع ولا قصاص؟ أو يقتص من كل بقدر الجميع؟ فإذا كانوا ثلاثة قلع أحدهم عينه وقطع أحدهم يده والثالث رجله، ولم يُعلم من الذي فقأ العين ومن قطع الرجل ومن قطع اليد، والحال أنه لا تماثل بينهم، اقتص من كل واحد بفقء عينه وقطع يده ورجله، وفيه نظر؛ إذ لم يقع من كل واحد إلا فعل واحد.

ما يقتص منه فيما دون النفس - في الجرح العمد -:

يقتص من الجراحات في العمد ما يلي:

1 - الموضحة - بكسر الضاد المعجمة - وهي ما أوضحت عظم الرأس؛ أي: أظهرته. أو أوضحت عظم الجبهة، ما بين الحاجبين وشعر الرأس. أو أوضحت عظم الخدين. فما أوضحت عظم غير ما ذكر - ولو بالوجه كأنفٍ ولحى أسفل - لا يسمى موضحة عند الفقهاء، وإن اقتص من عمده.

ولا يشترط في الموضحة ماله بال واتساع، بل وإن ضاق كقدر مغرز إبرة فيقتص منه.

- 2 - الدَّامِيَّةُ . وهي ما أضعفت الجلد حتى رشح منه دم بلا شق له .
- 3 - الحَارِصَةُ . وهي ما شَقَّتْ الجِلْدَ .
- 4 - السِّمْحَاقُ ، بكسر السين . وهي ما كَشَطَ الجلد عن اللحم .
- 5 - البَاضِعَةُ . وهي ما شَقَّتْ اللَّحْمَ .
- 6 - المُتَّلَاحِمَةُ . وهي ما غَاصَّتْ فيه في عدة مواضع منه ولم تقرب للعظم .
- 7 - المِلْطَاةُ ، بكسر الميم . وهي ما قُرِبَتْ للعَظْمِ ولم تصل له ، وإلا فموضحة كما تقدم .

وهذه الجراحات خاصة بالرأس والجبهة والخدين . والستة ما بعد الموضحة هي قبل الموضحة؛ أي: سابقة عليها في الوجود الخارجي؛ أي: لا يظهر بها العظم . وهي: ثلاثة متعلقة بالجلد، وثلاثة باللحم .

ومن الفقهاء من ذهب إلى أنه لا قصاص فيما دون الموضحة وهو بعيد؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: 45]، فوجب القصاص من كل جرح على سبيل العمدة، إلا أن يمنع من ذلك مانع، ولا مانع يمنع من القصاص فيما دون الموضحة⁽¹⁾.

8 - جِرَاحُ الجَسَدِ - غير الرأس - . وتعتبر بالمساحة طولاً وعرضاً وعمقاً، وهذا إن اتَّحَدَ المَحَلُّ؛ أي: يشترط اتحاد المحل في اعتبار القصاص بالمساحة؛ فلا يقتصر من جرح عضو أيمن في أيسر ولا عكسه، ولا تقطع سبابة - مثلاً - بإبهام، ولو كان عضو المجني عليه طويلاً وعضو الجاني قصيراً، فلا يكمل بقية الجرح من عضوه الثاني؛ أي: فمحل اعتبار القصاص بالمساحة إذا لم يحصل إزالة عضو، وإلا فيقطع العضو الصغير بالكبير وعكسه .

ويقتصر من الطيب، والمراد به هنا من يباشر القصاص من الجاني لا المداوي، إذا زَادَ على المساحة المطلوبة عمداً، فيقتصر منه ما زاد . فلو نقص ولو عمداً فلا يقتصر ثانياً فإن مات المقتصر منه من القصاص فلا يقتصر من الطيب إذا لم يزد عمداً، وإلا فالقصاص .

فإن لم يتحد المحل أو لم يتعمد الطيب الزيادة بل أخطأ، فعلى الجاني العقل؛ فإذا قطع خنصرأ ولا خنصر له فلا قصاص لعدم اتحاد المحل وتعين العقل .

فإن كانت الجناية عمداً أو كانت خطأ وعقله دون ثلث الدية الكاملة فالعقل في ماله، وإلا فعلى العاقلة كما سيأتي .

ما لا قصاص فيه ويتعين العقل - في الجرح العمد :-

- عَيْنُ الأعمى؛ أي: حدقته إذا جنى عليها ذو عين سالمة بأن قلعها له؛ فإن السالمة لا تؤخذ بها لعدم المماثلة، بل يلزمه حكومةً بالاجتهاد، وفي العكس الدية؛ أي: فيما إذا كان الجاني أعمى وفقاً عين البصير.

- لسانُ الأبكم. لا يقطع بالناطق ولا عكسه، وفي الناطق الدية وفي الأبكم الحكومة.

- ما يتعدى الموضحة من الجراح؛ أي: الأبلغ ضرراً منها، وهي من جراحات الرأس. فلا قصاص فيها ويتعين فيها العقل؛ أي: الدية، ويستوي عمدتها وخطؤها، وهي:

* المنقلة - بفتح النون وكسر القاف مشددة -؛ وهي لا تكون إلا في الرأس أو الوجه، وهي ما يُنقلُ فيها فَرَأشُ - بفتح الفاء وكسرهما - العظم؛ أي: العظم الرقيق الكائن فوق العظم كقشر بصل؛ أي: ما يزيل منها الطبيب فراش العظم للدواء ليلتئم الجرح.

* الآمة - بفتح الهمزة ممدودة - وتسمى أيضاً الدامغة، وهي ما أفضت لأمّ الدماغ. والدماغ اسم للمخ، وأمّ الدماغ: جلدة رقيقة مفروشة عليه متى انكشفت عنه مات. وإنما لم يكن فيها وفي المنقلة قصاص لشدة خطرها.

- الجائفة. وهي مختصة بالبطن والظهر.

والدليل على عدم وجوب القصاص في المنقلة والآمة والجائفة⁽¹⁾:

أ - عن العباس بن عبد المطلب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة»⁽²⁾. والحديث مخصص لمعوم قوله تعالى: ﴿وَأَلْجُرُوحَ قِصَاصٍ﴾ [المائدة: 45].

ب - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن المأمومة والجائفة ليس فيهما قود»⁽³⁾.

- ما عظم خطره من جراح الجسد، فلا قصاص فيها؛ ككسر عظم الصدر، وعظم الصلب أو العنق، ورضّ الأنتيين. والدليل على عدم القصاص فيما عظم خطره من جراح الجسد⁽⁴⁾: قياسها على المنقلة والآمة والجائفة؛ لعلّة خوف تلف الجاني، للخطر الذي فيها.

(1) المقدمات: 322/3.

(2) أخرجه ابن ماجه في الديات، باب ما لا قود فيه.

(3) الموطأ: 858/2. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(4) المقدمات: 322/3.

وفي ذلك العقل كاملاً بعد البرء واستقرار الحياة. والموضوع أن كسر العظم المذكور ورضّ الأثنيين ذهب منه المنفعة، وإلا فلو برئ على غير شين لم يكن في العمد إلا الأدب. وإنما وجب العقل دون القصاص لخوف تلف الجاني.

وأما قطع الأثنيين أو جرحهما ففيهما القصاص؛ لأنه ليس من المتالف.

وقيدت جراح الجسد بعظم الخطر، ولم تقيد المنقلة والآمة بذلك لأنّ شأنهما عظم الخطر.

- إذهاب بعض الحواس، كإذهاب بعض النظر وبعض السمع وبعض العقل، حيث لا يمكن القصاص بأخذ مثل الذاهب منها دون زيادة ولا نقصان؛ فهذا يرفع التكليف بالقصاص لقوله تعالى: ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْمَةً﴾. فعدم القدرة على المماثلة في القصاص في الجروح الذي يخشى منه ذهاب النفس مخصّص لعموم قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: 45]⁽¹⁾.

ما لا قصاص فيه إن لم يترتب عليه جرح - في العمد :-

- اللطمّة. وهي الضربة على الخدّ. فلا قصاص من ذلك إذا لم ينشأ عنها جرح ولا ذهاب منفعة. ولا عقل فيها بل فيها الأدب إن كانت عمداً.
- الضربة بيد أو رجل بغير وجه. إذا لم ينشأ عنها جرح ولا ذهاب منفعة.
- الصفع بقفا. إذا لم ينشأ عنها جرح ولا ذهاب منفعة.
- فإن نشأ عنها جرح أو ذهاب منفعة ففيها القصاص، وسيأتي تفصيله. وأما الضرب بسوط ففي عمده القصاص، وإن لم ينشأ عنه جرح ولا ذهاب منفعة؛ لأنّ الضرب بالسوط عهد للأدب والحدود، وليس فيه متالف عادة.
- إزالة لحية - بفتح اللام وكسرهما - والأفصح الكسر.
- إزالة شُفْرِ العَيْنِ - بضم الشين المعجمة وسكون الفاء - وهو الهدب.
- إزالة شعر حاجب.

وعمدُ هذه المذكورات من اللطمّة وما بعدها كالخطأ في عدم القصاص والعقل. إلا في الأدب فيجب في عمدها دون خطئها. وتجب الحكومة في اللحية وشعر العين والحاجب إن لم يثبت كما كان أولاً.

الجرح العمد الذي فيه القصاص المترتب عليه ذهاب منفعة:

- إذا جَرَحَ شخصاً شخصاً جرحاً فيه القصاص كموضحة، فذهبَ بسببه - مثلاً - بصره أو سُلَّتْ يَدُهُ اقْتَصَصَ منه، فيفعل بالجاني بعد برء المجني عليه مثل ما فعل. فإن

حَصَلَ للجاني مثل الذاهب من المجني عليه، أو زَادَ الذاهب من الجاني بأن ذهب شيء آخر مع الذاهب، بأن أوضح فذهب بصره وسمعه، فلا كلام لأنه ظالم يستحق القصاص بالوجه الذي فعل به والزيادة أمر من الله تعالى. فإن لم يحصل للجاني مثل الذاهب من المجني عليه، بأن لم يحصل شيء أو حصل غيره، فالعقلُ لازم للجاني في ماله؛ أي: عقل ما ذهب من المجني عليه.

الضرب العمد المترتب عليه ذهاب منفعة:

إذا ضَرَبَ شخص شخصاً ضربة لا قصاص فيها؛ كلطمة أو ضربة بقضيب مما لا قصاص فيه؛ لأنَّ الضرب بغير السوط إن لم ينشأ عنه جرح لا يقتص فيه، إنما يقتص من الجروح كما في الآية في قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾؛ فذهب بصره - مثلاً - فإنه لا يضرب بل عليه العقل، إلا أن يُمكن الإذهابُ من الجاني بفعل فيه يذهب منه مثل ما أذهب بما لا قصاص فيه؛ كحيلة تذهب بصره بلا ضَرْبٍ بل بحيلة فإنه يفعل به. والدليل على أن اللطم العمد الذي لا قصاص فيه إذا أدى إلى ذهاب منفعة ففيه القصاص⁽¹⁾: عن أنس رضي الله عنه أن ابنة النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتها، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص⁽²⁾.

وإذا جنى جان على عضو غيره، وقبل القصاص قُطِعَ عضوه بأمر سَمَاوِيٍّ، أو قطع بسبب حدِّ سَرَقَةٍ، أو قطع بسبب قصاص لغير المجني عليه أولاً؛ فلا شيء للمجني عليه، لا قصاص ولا دية؛ لأنه إنما تعلق حقه بالعضو المماثل وقد ذهب. وكذا لو مات القاطع بعد الجناية قبل القصاص.

ويؤخَذُ من الجاني عَضُوٌّ قَوِيٌّ بضعيف جَنَى عليه؛ فإذا جنى صاحب عين سليمة على عين ضعيفة الإبصار خلقة أو من كبر صاحبها، فإن السليمة تؤخذ بالضعيفة، ما لم يكن الضعف جداً وإلا فالدية.

وإن فَقَأَ سالم العينين عَيْنَ أُعُورٍ؛ فيخَيَّرَ المجني عليه - الذي أصبح أعمى - بين فقء المماثلة من الجاني وبين أخذ الدية كاملة وهي دية عين نفسه من مال الجاني لأنه عمد - ولو كان أخذ دية الأولى على الأصوب للسنة ولأنه ينتفع بالواحدة انتفاع العينين - قال المسناوي: الفقه صحيح، لكن تخير المجني عليه بين الدية والقصاص مشكل؛ لأنَّ مشهور المذهب تحتم القصاص في العمد. والجواب: أن الموجب للتخير هو عدم مساواة عين الجاني والمجني عليه في الدية؛ لأنَّ دية عين المجني عليه ألف

(1) المقدمات: 333/3.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب السنِّ بالسنِّ، ومسلم في القسامة والمحاريب، باب إثبات القصاص.

دينار، بخلاف عين الجاني فديتها خمسمائة دينار، فلو ألزم بالقصاص لكان فيه أخذ الأدنى في الأعلى وهو ظلم له. قال الشيخ الصاوي: وهذا الجواب يقوي إشكال التخيير في صورة ما إذا أعور من سالم مماثلته، والجواب الأتم قولهم للستة.

وإن فُقَّ أعورٌ من سالم مماثلته؛ أي: مماثلة عين الجاني السالمة؛ فليسالم العينين المجني عليه القصاصُ من الأعور الجاني، بأن يفقأ عينه السالمة فيصيره أعمى، أو يترك القصاص ويأخذ من الجاني ديةً ما تركه وهي عين الجاني، وديتها ألف دينار على أهل الذهب. ودليل التخيير: أنه روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما الدية وعدم القود، وروي عن علي رضي الله عنه القود؛ فرأى الإمام مالك أن الأدلة متعارضة ومتكافئة فقال بالتخيير⁽¹⁾.

وإن فُقَّ الأعور من السالم غير المماثلة لعينه، بأن فُقَّ من السالم مماثلة العوراء، فَنُصِفُ ديةً فظ تلزم الجاني في ماله، وليس للمجني عليه أن يقتصر لعدم المحل المماثل.

وإن فُقَّ الأعور عيني السالم عمداً في مرة أو مرتين؛ وسواء فُقَّ التي ليس له مثلها أولاً أو ثانياً على الراجح، فالقودُ حق للمجني بأن يفقأ المماثلة من الجاني فيصيره أعمى؛ لبقاء سالمته؛ أي: مماثلته، ويأخذ المجني عليه من الجاني بدل ما ليس لها مماثلة. ولم يخير سالم العينين في المماثلة بحيث يكون له القصاص أو أخذ الدية لثلا يلزم عليه أخذ دية ونصف حيث اختار الدية في العينين، وهو خلاف ما ورد عن الشارع صلى الله عليه وسلم.

من له حق استيفاء القصاص في الجراح العمد:

استيفاء القصاص في الجرح العمد للمجني عليه لا لغيره.

من له حق استيفاء القصاص في النفس في العمد:

استيفاء القصاص في النفس حق للأولياء الوارثين. قال ابن العربي: «إن الله تعالى أوجب القصاص ردعاً عن الإتلاف، وحياة للباقيين. وظاهره أن يكون حقاً لجميع الناس، كالحدود والزواجر عن السرقة والزنا، حتى لا يختص بها مستحق، بيد أن الباري تعالى استثنى القصاص من هذه القاعدة، وجعله للأولياء الوارثين، ليتحقق فيه العفو الذي ندب إليه في باب القتل ولم يجعل عفواً في سائر الحدود، لحكمته البالغة وقدرته النافذة، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفدى وإما أن يقتل» وكانت هذه خاصية أعطيتها هذه الأمة تفضلاً وتفضيلاً، وحكمة وتفصيلاً، فخص بذلك الأولياء ليتصوّر بذلك العفو، أو الاستيفاء لاختصاصه بالحنن⁽²⁾.

(1) أحكام القرآن: 629/2.

(2) أحكام القرآن: 1207/3.

والأولياء هم الآتي ذكرهم:

1 - للعاصِبِ الذكر. فلا دخل فيه لزوج، ولا لأخ لأم، أو جد لها. ويكون للعاصِبِ على ترتيب النكاح، فيقدم الأقرب فالأقرب، فيقدم ابن، فابنه إلخ. إلا الجد الأدنى والأخوة فسيان هنا في القتل والعمو. ولا كلام للجد الأعلى مع الإخوة، ولا لبني الإخوة مع الجد؛ لأنه بمنزلة أبيهم، ولا كلام لهم مع أبيهم، فكذا ما هو بمنزلة. ويحلف الجد الثلث من أيمان القسامة إن ورث الثلث، بأن كان معه أخوان. فإن كان معه أخ حلف النصف. ولا فرق بين العمد والخطأ في الصورتين اتفاقاً. كما يحلف الثلث في الخطأ اتفاقاً حيث كان معه أكثر من أخوين. أما لو كان عمداً وهم أكثر من مثليه فقليل: يحلف الثلث، وقيل: كأخ؛ أي: يُقدَّر أخاً زائداً على الإخوة ويحلف ما ينوبه كالربع حيث كان الإخوة ثلاثة والخمس إلخ.

وينتظر الغائب من العصبه إذا قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ بحيث تصل إليه الأخبار، إذا كان له حق في الاستيفاء بأن كان مساوياً للحاضر في الدرجة ليعفوا ويقصص. ومحل الانتظار حيث أراد الحاضر القصاص، إذ لو أراد العفو فله ذلك بدون انتظار. وللغائب - إذا حضر - نصيبه من دية عمد، كما لا ينتظر إن بعدت غيبته جداً بحيث يتعذر وصول الخبر إليه كأسير ومفقود.

ويحبس القاتل مدة انتظار الغائب ويحدّد؛ لأن العادة الفرار في مثل ذلك، ولا يطلق بكفيل إذ لا تصح الكفالة في القود، وينفق عليه من ماله إن كان له مال وإلا فمن بيت المال. فإن لم يكن له مال ولم يوجد بيت مال، فاختلف فيه في المذهب بين أن يطلق ولا يحبس حتى يموت جوعاً، أو ينفق عليه ولي المقتول الحاضر ويرجع على أخيه الغائب بنصيبه إذا قدم.

ولا ينتظر إفاقة مجنون مُطَبِّقٍ. بخلاف من يفيق أحياناً فتنتظر إفاقة.

ولا ينتظر بلوغ صَبِيٍّ لم يَتَوَقَّفِ الثبوت عليه، كأخ صغير معه عاصبان ولو أبعده منه كعمين، فلهما القسامة والقصاص؛ أو يكون عاصب كبير مساو له يستعين بعاصبه - كعمه - ولو كان المستعان به أجنبياً من المقتول؛ كأن تقتل امرأة وتترك ابناً صغيراً وابن ابن كبير، فللكبير البعيد أن يقسم ويستعين بعم له من أبيه. والدليل على عدم دخول الصغير في استيفاء الدم⁽¹⁾: القياس على ولاية النكاح؛ لأن استيفاء الدم ولاية مستحقة بالتعصيب، فلا مدخل فيها للصغير ولا المجنون كالإنكاح.

فلو توقف الثبوت على الصغير - كأن لم يوجد من العصبه غيره أو معه كبير واحد ولا عاصب يستعين به الكبير - فإن الكبير يحلف حصته خمسة وعشرين يميناً مع إحضار

الصغير، ثم ينتظر بلوغ الصغير فيحلف الباقي ويثبت القصاص، فالكلام فيما يحتاج لقسامة، وأما ما ثبت بيينة ففيه القصاص بدون انتظار.

2 - للنساء. والدليل على أنّ النساء لهنّ دخل في استيفاء الدم⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إمّا أن يفدى وإمّا أن يقتل»⁽²⁾. وهو عام في كل من قتل له قتيل، ذكراً أو أنثى.

ب - أنّ القصاص مستحقّ على استحقاق الميراث، فوجب أن يثبت لجميع الورثة قياساً على سائر الحقوق.

ويستحقّ النساء استيفاء الدم بثلاثة شروط:

الأول: أن يكن وراثات، احترازاً عن العمة والخالة ونحوهما.

الثاني: أن لا يُساويهنّ عاصبٌ في الدرجة وفي القوة، بأن لم يوجد عاصب أصلاً، أو يوجد أنزل منهنّ؛ كعم مع بنت أو أخت. فخرجت البنت مع الابن، أو الأخت مع الأخ فلا كلام لها معه في عفو ولا قود. وذكر شرط المساواة في القوة لإخراج الأخت الشقيقة مع الأخ للأب فإن لها حقاً في الاستيفاء، لكونه أنزل منها بالقوة وإن ساواها في الدرجة، فتحصل أن الشرط المنفي مساواة النساء للعصبة في الدرجة والقوة معاً.

الثالث: أن يكنّ عَصْبَةً لو فرض كونهنّ ذكوراً. فلا كلام للجدّة من الأم والأخت للأم والزوجة. فإن كن الوراثات - المستوفيات للشروط الثلاثة - مع عاصب غير مساو فلهن وله القود؛ أي: كلٌّ من طلبه من الفريقين أوجب له. ولا يُعتبر عفو إلا باجتماع الفريقين أو بواحد من كل فريق كالبنات مع الإخوة وهذا مثال إذا كن الوراثات، سواء ثبت القتل بيينة أو قسامة أو إقرار. وهذا أيضاً كأن يحزّن الميراث، كالبنت معها أخت لغير أم مع الأعمام وهو مثال لحيازتهن الميراث، وثبت قتل مورثهن بقسامة من الأعمام، فلكلّ القتل ولا عفو إلا باجتماعهم. فلو ثبت بيينة أو إقرار فلا كلام للعصبة غير الوارثين والحق في القتل للنساء اللاتي حزن الميراث.

والوارث كموثريه، ينتقل له الكلام في الاستيفاء وعدمه ما كان لمورثه الذي هو ولي الدم. فإذا قتل شخص وله ابن مات ذلك الابن - عن ابن وبنت - فينتقل لهما الكلام إلى آخره؛ فلها الكلام مع أخيها. وتخرج الزوجة والزوج، فإذا مات ابن المقتول عن ابن وزوجة أو ماتت فلا كلام للزوجة أو الزوج.

تنبيه: لو حصل عفو من كبير معه صغير فليس للصغير إلا نصيبه من الدية. ولا

(1) الإشراف: 818/2، وأحكام القرآن: 1207/3.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب من قتل له قتيل؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

يسري عفو الكبير عليه؛ فلو كان للصغير ولي من أب ونحوه - كوصي - واستحق الصغير قصاصاً بلا مشارك له فعلى وليه النظر بالمصلحة في القتل وأخذ الدية كاملة، ويخير إن استوت، ولا يجوز له أخذ بعض الدية مع يسر الجاني. والحكم كذلك لو قطع أحد يد الصغير مثلاً. فإن كان الجاني معسراً فله الصلح بأقل. أما لو قتل الصغير فلا كلام لوليّه لانقطاع نظره بالموت، والكلام للعاصب.

التوكيل في استيفاء القصاص:

يجوز التوكيل في استيفاء القصاص مع غيبة الموكل، قياساً على البيع واستيفاء الحقوق؛ لأنّ كلّ ما صحت النيابة فيه لغير الموكل صحت مع غيبته، كالبيع واستيفاء الأموال وحقوقها⁽¹⁾.

تأخير القصاص في العمد:

لا يؤخّر القصاص من الجاني على النفس. وأمّا القصاص فيما دون النفس فيجب أن يؤخّر للأسباب التالية:

- 1 - لغدّر كبرٍ أو حرّ يخاف منه الموت، لثلا يموت فيلزم أخذ نفس بدون نفس.
 - 2 - انتظار براء الجاني إذا كان مريضاً، ولو تأخر البرء سنة.
 - 3 - انتظار براء المجروح، لاحتمال أن يموت فيكون الواجب القتل بقسامة.
- والدليل على التأخير⁽²⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، أنّ النبي ﷺ نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه⁽³⁾.

ب - لأنّه قد يؤول إلى النفس فيعاد القود ثانية، وذلك خروج عن المماثلة. كما يؤخر العقل؛ أي: دية الجرح الخطأ والحكومة فيما ليس فيه شيء مقدر من الشارع، فيؤخّر إلى براء المجروح خوف أن يسري على النفس فتؤخذ الدية كاملة، فإن برئ على غير شين فلا عقل ولا أدب؛ لأنه لم يتعمد، وإن برئ على شين فحكومة. والدليل على تأخير العقل في الخطأ: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «أن الأمر المجتمع عليه عندنا في الخطأ أنه لا يعقل حتى يبرأ المجروح ويصح»⁽⁴⁾.

4 - عدم قدرة المحدود على الجمع بين حدّين. فإذا ثبت حدّان على شخص، وجبا لله تعالى كشرّب وزنا بكر، ولم يقدر عليهما المحدود في فور واحد خوف موته،

(2) الإشراف: 820/2.

(1) الإشراف: 609/2.

(3) أخرجه البيهقي في الديات، باب ما جاء في الاستثناء بالقصاص.

(4) الموطأ: 852/2. وانظر للدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

فإنه يؤخر أحدَ الحَدَيْنِ . ويقدمُ الأشدُّ كحد الزنا إذا لم يُخَفَ منه الهلاك بتقديمه، فإن خيف منه قدم الأَخف كحدِّ الشرب والكذب . فإن خيف من الأَخف الهلاك قدم الأَشَدُّ مُفَرَّقاً، فإن لم يطق قدم الأَخف مفرقاً، فإن لم يطق انتظر قدرته أو الموت . فإن كان حدُّ الله - كشرب وزنا - وحدَّ لآدمي - ككذب - قدم حق الله؛ لأنه لا عفو فيه . فإن كان للآدميين؛ كقطع لزيد وقذف لعمرو فالتقديم بالقرعة .

وقولهم «حقَّ الله» مبني على المسامحة بالنسبة للمجازاة عليه يوم القيامة .

دخول الجاني الحرم:

لو دخل جان الحرم فلا يؤخر القصاص، بل يخرج منه ولو كان محرماً ولا ينتظر لإتمامه؛ ويقام عليه الحدُّ خارجه، لا فيه لثلاً يؤدي إلى تنجيسه . وسواء فعل موجب الحدِّ في الحرم أو خارجه ولجأ إليه . أما قوله تعالى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آيماً﴾ [آل عمران: 97] فقيل: إنه إخبار عما كان في زمن الجاهلية بدليل قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آيَةً وَيُنْظِفُ الْتَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾ [العنكبوت: 67]، وقيل: إن الآية منسوخة بآية: ﴿فَأَقْضُوا الْفُسْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: 5]، وقيل: كان أمنا من العذاب في الآخرة، وقيل: الجملة إنشائية معنى؛ أي: أمنوه من القتل والظلم إلا بموجب شرعي، وهذا هو الأتم لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِالْحَكَايِمِ يُظْلَمِ نُذُقُهُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ﴾ [الحج: 25]⁽¹⁾ .

سقوط القصاص بالعفو وشروطه:

يسقط القصاص بعفو المقتول قبل موته، ولا كلام للأولياء في ذلك بعد موته، والدليل: أن الأولياء لما أعطاهم الشرع ما أعطاهم من حق القصاص أو العفو، إنما أقامهم في ذلك مقام المقتول وأنا بهم عنه، فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه⁽²⁾ .

وإذا عفا المجروح عن الجراحات ثم مات منها، فلأولياء أن يطالبوا بدمه، إلا أن يقول عفوت عن الجراحات وعمّا تؤول إليه⁽³⁾ .

ويسقط القصاص بعفو أولياء الدم . والدليل على ذلك ما تقدم في جواز العفو على الدية أو مجاناً .

ويكفي عفو الواحد من المستحقين من كل مرتبة:

- المرتبة الأولى: الرجال . إذا كان القائم بالدم رجلاً فقط واجتمعوا كلهم على القصاص وجب . وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم العفو فالقول لطالب العفو فيسقط

(1) حاشية الصاوي: 393/2 .

(2) بداية المجتهد: 437/2 .

(3) بداية المجتهد: 437/2 .

القصاص، ولمن يعف نصيبه من دية عمد. ويكفي عفو رجل من المستحقين، ويشترط لاعتبار عفو:

* أن يكون مساوياً في دَرَجَةِ الباقي؛ كابنين، أو عمين أشقاء أو لأب، أو أخوين أشقاء أو لأب، وأولى إن كان العافي أعلى كعفو ابن مع أخ. فإن كان أنزل درجة لم يعتبر عفو؛ كعفو أخ مع ابن.

* أن يكون مساوياً لهم في الاستحقاق؛ أي: أجل استحقاق الدم. فلا يعتبر عفو لو كان العافي لم يساو الباقي في الاستحقاق، كإخوة لأم مع إخوة لأب، لا استحقاق للإخوة للأم لما تقدم أن الاستيفاء للعاصب وهم غير عصبه.

- المرتبة الثانية: النساء. إذا كان القائم بالدم نساء فقط، وذلك لعدم مساواة عاصب لهنّ في الدرجة، بأن لم يوجد أصلاً أو وجد وكان أنزل درجة. فالبنّت أو بنت الابن أحمق من الأخت في العفو وضده. فمتى طلبت القصاص الثابت بينة أو اعتراف، أو طلبت العفو عن القتل فلها، ولا كلام للأخت وإن كانت مساوية لها في الإرث، إذ لا يلزم من مساواتها لها في الإرث مساواتها لها في الدم. ولا شيء لها من دية العمد لعدم مساواتها في التعصيب كتساوي العصبه من الرجال.

أما لو لم يثبت القتل بينة أو اعتراف، واحتاج القصاص لقسامة فليس لهما أن يقسما؛ لأنّ النساء لا يقسمن في العمد بل العصبه. فحيث أقسموا وأرادوا القتل وعفّت البنّت فلا عفو لها، والقول للعصبه في القصاص؛ وإن عفّوا وأرادت القتل فلا عفو لهم والقول لها في طلب القصاص، ولا عفو إلا باجتماع الجميع أو بعض البنات وبعض منهم.

وإن عفّت واجدة من البنات أو واحدة من بنات ابن أو واحدة من أخوات، ولم يوجد عاصب أو وجد وكان لا كلام له لكون البنّت أعلى درجة منه والقتل ثابت بينة أو اعتراف، نظرَ الحاكم العدل في الصواب من إمضاء وردّ؛ لأنه بمنزلة العاصب إذ يرث الباقي لبيت المال.

- المرتبة الثالثة: اجتماع رجال ونساء. وذلك باجتماع رجال مع نساء أعلى درجة منهم ولا يحزن الميراث، أو يحزن الميراث وكان القتل ثبت بقسامة. فلا يسقط القصاص إلا بعفو الفريقين، فمن أراد القصاص من الفريقين فالقول قوله، أو ببعض من كلّ من الفريقين. والحاصل أنّه إذا اجتمع رجال ونساء أعلى درجة، وكان للرجال كلام لكونهم وارثين، ثبت القتل بينة أو إقرار أو قسامة، أو كانوا غير وارثين وثبت القتل بقسامة لم يسقط القصاص إلا بكلّ من الفريقين أو ببعض منهما.

ومهما عفا بعض من المستحقين للدم - مع تساوي درجتهم بعد ثبوت الدم مطلقاً بينة أو غيرها - فإنه يسقط القصاص.

وإذا سقط القصاص فمن عفا سقط حقه من الدم ومن الدية، وما بقي منها يكون لمن بقي ممن لم يعف وله التكلم أو مع من له التكلم، نصيبه من دية عمده. وكذا لو عفا جميع من له التكلم مرتباً، فلمن بقي ممن لا تكلم له نصيبه كولدين وزوج أو زوجة؛ لأنه مال ثبت بعفو الأول، بخلاف لو عفوا في فور واحد فلا شيء لمن لا تكلم له، كما إذا كان من له التكلم واحداً وعفا.

ويسقط القصاص أيضاً عندما يرث القاتل دم نفسه، وذلك كما لو قتل أحد ولدين أباه، ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل، فقد ورث القاتل دم نفسه كله. وكذا يسقط لو ورث بعض الدم كما لو كان غير القاتل أكثر من واحد مات أحدهم عن القاتل وغيره، فقد ورث القاتل بعض دم نفسه؛ أي: ملك من دمه حصّة، فيسقط القصاص، ولمن بقي نصيبه من الدية.

وحيث ورث القاتل دم نفسه كلاً أو بعضاً صار معصوماً فلا يجوز لأحد قتله، وليس له أن يسلم نفسه للقتل، وصار الحق لله وللمقتول، فحق الله يقبل بالتوبة وحق المقتول معجوز عن وفائه؛ فعليه التضرع لله في إرضائه عنه. وهذا بخلاف حدّ نحو الزنا من كلّ حدّ الحق فيه الله وحده، فإنه لا يتوقف على وليّ يطلبه بل متى ثبت عليه وجب على الحاكم إقامته وإن لم يثبت عليه جاز له أن يثبت على نفسه بالإقرار عند الحاكم فيجب على الحاكم إقامته وجاز له الستر وإخلاق التوبة لله تعالى.

القصاص في قتل السارق والزاني:

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي⁽¹⁾: إذا قتل رجل رجلاً في دار وادّعى أنه دخل ليسرق، وأنه لم يتمكن من إخراجه، لزمه القود. ولم تقبل دعواه، كان الرجل معروفاً بالسرقة أم لا، والدليل: أدلة القصاص، وهي عامة ولم تفرق. ووجه عدم التفريق أنّ كلّ من لم يكن معروفاً بما قرن به أفيد به قاتله، فكذلك إذا كان معروفاً به، قياساً على ما لو قتل رجلاً وادّعى أنه زنى بامرأته كان الرجل محصناً، فإن القود يلزمه، كان الرجل المقتول مشهوراً بالزنا أم لا.

ميراث القصاص:

إرث القصاص كإرث المال في الجملة؛ لأنه لا دخل في ذلك لزوجة ولي الدم ولا لزوج من لها كلام. فإذا مات ولي الدم عن بنت وابن وأم فينزل ورثته منزلته، وللبنات والأم التكلم لأنهما ورثاه عن من له التكلم. وليس كالاستيفاء إذ من قتل وترك ابناً وبنتاً لا كلام للبنات على الراجح، وقيل كالاستيفاء.

صلح الجاني - في العمد والخطأ - مع ولي الدم بأقل أو أكثر من الدية - في النفس والجرح :-

لم يسم الشارع في العمد دية مسمّاة ولا معلومة، وإنما يتعيّن فيه القود على الوجه المتقدم. ويجوز الصلح فيه بما شاء الولي؛ أي: يجوز صلح الجاني مع ولي الدم في القتل العمد؛ ومع المجني عليه في الجرح العمد؛ بأقل من دية المجني عليه أو أكثر منها، حالاً ومؤجلاً، بذهب أو فضة أو عرض؛ لأنّ الراجح أنّها في العمد غير متقرّرة. والدليل على عدم تعيين الشارع لدية العمد: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أُجْرِهِ شَيْءٌ فَأَبْلَغُ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 178]. ووجه الاستدلال أنّ العافي هنا هو الجاني فيما يعطيه من الدية لولي المقتول، وقوله: ﴿شَيْءٌ﴾ أي: المدفوع في الدية، وهو عوض الصلح. ولفظ شيء موهل في التنكير دال على نوع ما يصلح له سياق الكلام، وهو صالح لكل عوض يعرضه القاتل على ولي الدم من أصناف المال، من ذهب أو فضة أو أنعام أو عروض أو مقاصة دماء بين الحيين، كما تفيد القليل والكثير من ذلك؛ لأنّ العوض في قتل العمد ليس معيناً كما هو في دية قتل الخطأ⁽¹⁾.

وكذا يجوز الصلح في الخطأ، لكن يجب في الخطأ مراعاة ما يجوز في بيع الدين. فيجوز الصلح حيث لا مانع كالصلح بنقد حالّ عن إبل - مثلاً - . أما لو وجد مانع فلا يجوز؛ لأن دية الخطأ مال متقرر في الذمة وما صولح به عنها مال مأخوذ عنها، فيجب مراعاة ما يجوز في بيع الدين؛ فلا يجوز صلح عن ذهب بورق وعكسه لأنه نسيئة في صرف ما في الذمة؛ ولا صلح ذهب أو ورق عن إبل وعكسه مؤجلاً؛ لأنه فسخ دين في دين، ولا بأقل من الدية نقداً معجلاً قبل مجيء أجله؛ لأن فيه: «ضَعُ وَتَعَجَّلَ»، ولا بأبعد من أجلها للسلف - أي: التأخير في الأجل - من ولي الدم بزيادة من الجاني. ولا فرق بين الصلح على النفس أو الجرح.

آلة القصاص في القتل:

يقتل القاتل بما قتل به، ولو ناراً على المشهور؛ فيُغْرَقُ إن صدر منه القتل بالغرق، ويُخنَقُ إن صدر منه القتل بالخنق، ويقتل بضرب بحجرٍ في محلّ خطر ليموت بسرعة إذا قتل بضرب بحجر، ويضرب بالعصا للموت حيث قتل بضرب بعصا، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: 126].

ب - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 193].

(1) المقدمات: 293/3، والتحرير والتنوير: 141/2.

(2) أحكام القرآن: 112/1، وبداية المجتهد: 438/2، وإكمال الإكمال: 102/6.

والمعنى في الآيتين: أن الحق في القتل للولي بمثل ما قتل به الجاني. وتسمية القصاص اعتداءً مشاكلة؛ لأن حقيقة الاعتداء الخروج عن الحدود وهو فاحشة، والله لا يأمر بها.

ج - عن أنس رضي الله عنه أن يهودياً رضّ رأس جارية بين حجرين، قيل: من فعل هذا بك أفلان، أفلان؟ حتى سمي اليهودي، فأومات برأسها؛ فأخذ اليهودي فاعترف فأمر به النبي ﷺ فرضّ رأسه بين حجرين⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ اقتص من اليهودي بقتله بما قتل به الجارية.

د - أن القصاص يقتضي المماثلة في وسيلة القتل.

ويكون القصاص بالنار مستثنى من النهي عن التعذيب المنهي عنه في قول النبي ﷺ: «لا يعذب بالنار إلا رب النار»⁽²⁾.

وهذا في القتل، أما الجرح فليس كذلك، فإذا أوضح بحجر فيقتص منه بالأخف كالموسى، حفظاً للنفوس.

ومحلّ القصاص في القتل بما قتل به حيث ثبت القتل بيينة أو اعتراف. أما لو ثبت بقسامة فيقتل بالسيف كما قال ابن رشد. وكذا يتعين قتل الجاني بالسيف فيما يلي:

- قتل الجاني المجني عليه بخمر، بأن يكرهه على الإكثار من شربه حتى مات، ولو ثبت ذلك بيينة واعتراف.

- إقرار الجاني بأنه قتله بلواط. وثبت ذلك الإقرار بالبيينة فلا يقتل بما قتل به بل بالسيف، والفرض أنه لم يستمر على إقراره بل رجع عنه، ولا يقال: إن من أقر بالزنا ورجع عن إقراره يقبل رجوعه؛ لأن قبول رجوعه من حيث عدم رجعه فلا ينافي أنه يقتل بالسيف لإقراره بالقتل، ورجوعه لا ينفي عنه القصاص. أما لو ثبت بأربعة شهود فحده الرجم. وقال البساطي: معنى قولهم: لا يقتل بلواط، أنه لا يجعل له خشبة في دبره حتى يموت، إذ لا يتصور الاستيفاء باللواط على غير هذا الوجه.

- القتل بالسحر. إذا ثبت بيينة أو إقرار أنه قتل به، فيتعين السيف. ولا يلزم بفعل السحر مع نفسه حتى يموت على الراجح. ودليل منع القصاص بالخمر واللواط والسحر: أن الأمر بالمعصية معصية، وذلك لا يجوز.

- القتل بما يطول، كمنع طعام أو ماء، أو نخسه بإبرة، أو بكثرة الأكل والشرب، أو بالسليخ، حتى مات على الراجح؛ فلا يفعل بالجاني ذلك بل يتعين السيف.

ووجه القتل بالسيف في هذه المسائل لسهولته، ولعدم تحقق التماثل.

(1) أخرجه البخاري في الديات، باب من أفاد بالحجر؛ ومسلم في القسامة، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره.

(2) أخرجه أبو داود، باب في كراهية حرق العدو بالنار.

واختلف في القتل بالسم هل يقتل الجاني به، ويجتهد في القدر الذي يموت به، أو لا يقتل إلا بالسيف، تأويلان. ووجه القول بالمنع عدم تحقق المماثلة لاختلاف فعل السم في الأجساد لاختلاف الأمزجة⁽¹⁾.

ورجح ابن العربي عدم القصاص بالنار والسم، وقال: «والصحيح من أقوال علمائنا أن المماثلة واجبة، إلا أن تدخل في حد التعذيب فلتترك إلى السيف». واستدل على ذلك بما روي عن عكرمة أن علياً عليه السلام حرق قوماً، فبلغ ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تعذبوا بعذاب الله» ولقتلتهم كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من بدل دينه فاقتلوه»⁽²⁾؛ وفي رواية: فبلغ ذلك علياً فقال: صدق ابن عباس⁽³⁾. لكن اعترض أهل المذهب بمنع كون القصاص بالنار تعذيباً، وإنما هو حد⁽⁴⁾.

واستدل المخالف للمذهب بعدم جواز القصاص بغير السيف، والدليل: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: «لا قود إلا بحديد»⁽⁵⁾، ونهيه عن المثلة. ورد المذهب بأن الحديث ضعفه المحدثون، والنهي عن المثلة محمول فيمن قتل بحديد ولم يمثل بالمقتول⁽⁶⁾.

ويمكن مُستحقَّ القصاص من السيف مُطلقاً، كان القتل من الجاني به أو غيره، لما علمت أن الحق له في القتل بمثل ما قتل، وهذا ولو كان الجاني قتل بشيء أخف من السيف.

اندراج الأطراف في النفس:

من فقاً عين شخص أو قطع يده أو رجله ثم قتله، فإن الطرف يندرج في النفس؛ وذلك إن تعمَّد الجاني الطرف ثم قتله، فإن كانت الجناية على الطرف خطأ، فلا تندرج في النفس، بل عليه الدية للطرف ثم القصاص.

ويندرج الطرف في النفس ولو كان الطرف لغير المقتول؛ كقطع يد شخص وبقاء عين آخر وقتل آخر عمداً، فتندرج الأطراف في النفس، ولا تقطع يده أو تفقأ عينه ثم يقتل.

ومحل اندراج طرف المقتول في النفس إن لم يقصُد الجاني مُثَلَّةً بالمجني عليه المقتول، فإن قصد مثله ثم قتله فإنه يقتص منه للطرف ثم يقتل. وأما طرف غير المقتول فيندرج ولو قصد مثله على الراجح. وأما ابن العربي فلم يعتبر قيد قصد المثلة، وقال

(1) إكمال الإكمال: 103/6.

(2) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في المرتد، وقال: حسن صحيح.

(3) إكمال الإكمال: 103/6.

(4) إكمال الإكمال: 103/6.

(5) أخرجه البيهقي: 62/8.

(6) إكمال الإكمال: 103/6.

إن اعتبار هذا القيد ليس بقصاص ولا انتصاف؛ لأن المقتول تألم بقطع الأعضاء وبالقتل، فلا بدّ في تحقيق القصاص من أن يألم كما ألم⁽¹⁾.

أجرة القصاص:

أجرة القصاص على المقتصّ له؛ لأنه ليس على المقتصّ منه أكثر من التخلية بين نفسه وبين المقتصّ له، فلم تكن الأجرة عليه⁽²⁾.

الإجارة على القصاص في النفس وما دونها:

تجوز الإجارة في القصاص في النفس وما دونها، والدليل: أن القصاص لما كان واجباً، وكان صاحب الدم لا يحسن أن يستوفيه بنفسه، وكان لا يلزم غيره أن ينوب عنه بغير عوض لأنه ليس من فروض الكفايات؛ فلم يبق إلا الاستئجار عليه⁽³⁾.

وجوب الدية في النفس والجرح - في الخطأ - ومقارها:

الدية مأخوذة من الودي، وهو الهلاك. سميت بذلك لأنها مسببة عنه. والدية واجبة في قتل المؤمن خطأ، ودليل وجوبها⁽⁴⁾: قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِإِيمَانٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِيهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِيهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١٧﴾﴾ [النساء: 92]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى نصّ على الدية في قتل المؤمن في حالين:

الأول: أن يكون المؤمن من قوم مسلمين. وأشار قوله: ﴿مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِيهِ﴾ إلى أن الدية ترضية لأهل القتيل. وهي في حكم الإسلام يأخذها ورثة القتيل على حسب الميراث إلا أن القاتل خطأ إذا كان وارثاً للقتيل لا يرث من دية. وهي بمنزلة تعويض المتلفات، جعلت عوضاً لحياة الذي تسبب القاتل في قتله، وربما كان هذا المعنى هو المقصود من عهد الجاهلية، ولذلك قالوا: تكايل الدماء، وقالوا: هما بواء؛ أي: كفآن في الدم وزادوا في دية سادتهم.

الثاني: أن يكون من قوم كافرين بينهم وبين المسلمين عهد. فجعل الله تعالى للقوم الذين بين المسلمين وبينهم ميثاق؛ أي: عهد من أهل الكفر، دية قتيلهم المؤمن اعتداداً بالعهد الذي بينهم وبين المسلمين، وهذا يؤذن بأن الدية جبر لأولياء القتيل، وليست مالا موروثاً عن القاتل، إذ لا يرث الكافر المسلم⁽⁵⁾. والدليل على أن قوله

(1) أحكام القرآن: 2/ 627.

(2) الإشراف: 2/ 657.

(3) الإشراف: 2/ 657.

(4) أحكام القرآن: 1/ 474.

(5) التحرير والتنوير: 5/ 160.

تعالى في الآية: ﴿وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ﴾ مراد به القتل المؤمن لا الذمي أو المعاهد، أنّ الآية مقيدة بالإيمان في القتل من أهل الإسلام والقتيل من أهل الكفر المعادين، والقتيل من أهل العهد مطلق، فوجب حمل المطلق على المقيد في أول الآية؛ لأنّ هذه الجملة نسقت على ما قبلها وربطت بها، فوجب أن يكون حكمها حكم ما قبلها⁽¹⁾. وأما وجه التصريح بوصف الإيمان في قوله: ﴿وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ الاحتراس ودفع للتوهم عند الخبر عنه بقوله: ﴿مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ﴾ أن يظنّ أحد أنه أيضاً عدو لنا في الدين⁽²⁾.

أما من كان من قوم كافرين بينهم وبين المسلمين عداً، فأوجب فيه الكفارة ولم يذكر الدية؛ لأنها ليس لها مستحق⁽³⁾. قال الإمام ابن عاشور: لأن الدية إذا اعتبرناها جبراً لأولياء الدم، فلما كانوا أعداء لم تكن حكمة في جبر خواطرهم، وإذا اعتبرناها عوضاً عن منافع قتلهم مثل قيم المتلفات، يكون منعها من الكفار لأنه لا يرث الكافر المسلم، ولأننا لا نعطيهم مالنا يتقون به علينا⁽⁴⁾.

واختلف هل المعتبر في الذي هو من قوم كافرين - معاهدين أو أعداء - كونه منهم ولو لم يكن في دارهم أو كونه بينهم في دارهم، وظاهر لفظ القوم في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ﴾ أنّ العبرة بأهل القتل لا بمكان إقامته، إذ لا أثر لمكان الإقامة في هذا الحكم ولو كانت إقامته غير معذور فيها⁽⁵⁾.

والآية نصت على وجوب الدية، ولم تعين ما يعطى فيها، ولا على من تجب على العاقلة أو القتل، وإنما أخذ ذلك من السنة، فكان ذلك بيانا لمجمل القرآن⁽⁶⁾.

ويجوز لولي القتل العفو عن الدية في الخطأ، والدليل⁽⁷⁾: قوله تعالى في الآية: ﴿إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ أصله «أن يتصدقوا» فأدغمت التاء في الصاد. والتصدق الإعطاء. ومعنى الآية: إلا أن يبرئ الأولياء ورثة المقتول القاتل ممّا أوجب الله لهم من الدية عليه. فهو استثناء. وجعل عفو أهل القتل عن أخذ الدية صدقة منهم ترغيباً في العفو.

وإذا عفا المقتول خطأ عن الدية قبل موته، فلا يجوز إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل، أو يجيزه الورثة؛ لأنه واهب مالاً له بعد موته فلم يجز إلا في الثلث،

(1) أحكام القرآن: 478/1، والجامع لأحكام القرآن: 224/5، والتحرير والتنوير: 162/5.

(2) التحرير والتنوير: 162/5.

(3) أحكام القرآن: 475/1، 477، والجامع لأحكام القرآن: 223/5.

(4) التحرير والتنوير: 161/5.

(5) أحكام القرآن: 476/1، والجامع لأحكام القرآن: 223/5، والتحرير والتنوير: 161/5.

(6) الجامع لأحكام القرآن: 217/5.

(7) أحكام القرآن: 476/1، والجامع لأحكام القرآن: 222/5، والتحرير والتنوير: 161/5.

قياساً على الوصية⁽¹⁾. والفرق بين هذه المسألة وما تقدم من جواز عفو المقتول عمداً عن دمه قبل وفاته، أنّ الواجب بقتل العمد قصاص فليس فيه إخراج مال عن الورثة، والواجب بقتل الخطأ مال وليس له في المال إلا الثلث⁽²⁾.

وتختلف الدية باختلاف الناس بحسب أموالهم من إبل وذهب وفضّة، وذلك على النحو التالي:

1 - دِيَّةُ الْمُسْلِمِ فِي الْقَتْلِ الْخَطَأِ عَلَى سَاكِنِ الْبَادِيَةِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ. وَتَكُونُ مُخَمَّسَةً رَفَقاً بِالْمَخْطِئِ، وَهِيَ: بِنْتُ مَخَاضٍ، وَبِنْتُ لَبُونٍ، وَابْنُ لَبُونٍ، وَحِقَّةٌ، وَجَدَعَةٌ، مِنْ كُلِّ نَوْعٍ مِنَ الْأَنْوَاعِ الْخَمْسَةِ: عَشْرُونَ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ أَهْلِ الْبَادِيَةِ إِبِلٌ فَكَيْفِيَّتُهَا. وَقِيلَ: يَنْظُرُ لِأَقْرَبِ حَاضِرَتِهِمْ وَيُدْفَعُونَ مِمَّا عِنْدَهُمْ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ الْفِضَّةِ. وَقِيلَ: يَكْلَفُونَ الْإِبِلَ. وَأَوَّلُ مَنْ سَنَّ الدِّيَةَ مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ عَبْدُ الْمَطْلَبِ، وَقِيلَ النَّضْرُ، وَحَكَمَتِ الشَّرِيعَةُ بِذَلِكَ. وَلَا يُؤْخَذُ بِقَرٍ وَلَا عَرَضٍ وَلَا غَنَمٍ بِغَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ، وَأَمَّا بَرِضَاهُمْ فَيَجُوزُ إِذَا وَجَدَتْ شُرُوطُ الصَّلْحِ كَمَا تَقَدَّمَ: وَالِدِلِيلٌ عَلَى مَقْدَارِ دِيَةِ سَاكِنِ الْبَادِيَةِ⁽³⁾: عَنْ مَالِكٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ فِي الْعُقُولِ: «أَنَّ فِي النَّفْسِ مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أَوْعِيَ جَدَعاً مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ مِثْلَهَا، وَفِي الْعَيْنِ خَمْسُونَ، وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ، وَفِي الرَّجْلِ خَمْسُونَ، وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ، وَفِي الْمَوْضِحَةِ خَمْسٌ»⁽⁴⁾. وَفِي رِوَايَةٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ إِلَى أَهْلِ الْيَمَنِ كِتَاباً فِيهِ الْفَرَائِضُ وَالسِّنَنُ وَالذِّيَّاتِ، وَبَعَثَ بِهِ مَعَ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، فَفَرَّقَتْ عَلَى أَهْلِ الْيَمَنِ هَذِهِ نَسَخَتُهَا: «مَنْ مُحَمَّدُ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى شَرْحَبِيلِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ وَنَعِيمِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ وَالْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ، قِيلَ ذِي رَعِينٍ وَمَعَاظِرٍ وَهَمْدَانَ، أَمَا بَعْدُ» وَكَانَ فِي كِتَابِهِ: «أَنْ مَنْ اعْتَبَطَ مُؤْمِناً قَتَلاً عَنْ بَيْنَةٍ فَإِنَّهُ قُودٌ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ. وَأَنَّ فِي النَّفْسِ الدِّيَةَ مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أَوْعِيَ جَدَعَهُ الدِّيَةَ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةَ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةَ، وَفِي الْبَيْضَتَيْنِ الدِّيَةَ، وَفِي الذِّكْرِ الدِّيَةَ، وَفِي الصَّلْبِ الدِّيَةَ، وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةَ وَفِي الرَّجْلِ الْوَاحِدَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسٌ عَشْرَةَ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِنَ الْأَصَابِعِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ،

(1) بداية المجتهد: 437/2.

(2) المعونة: 1631/3.

(3) الإشراف: 823/2، والمقدمات: 290/3.

(4) أخرجه مالك في العقول، باب ذكر العقول؛ وأخرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، في القسامة، باب عقل الأسنان.

وفي الموضحة خمس من الإبل، وأنّ الرجل يقتل بالمرأة، وعلى أهل الذهب ألف دينار⁽¹⁾. فقوله في الرواية الأولى: «أنّ في النفس مائة من الإبل»، وفي الثانية: «وأنّ في النفس الدية مائة من الإبل» هو محلّ الاستدلال.

والدليل على أنّ العدد يكون مخمّساً على الأسنان المذكورة⁽²⁾:

أ - عمل أهل المدينة. وما جاء من أحاديث بخلافه فهي ضعيفة.

ب - أنه قول عبد الله بن مسعود، عن أبي عبيدة أن ابن مسعود قال: دية الخطأ خمسة أخماس عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون بنو لبون ذكور⁽³⁾. قال الدارقطني: هذا إسناد حسن ورواته ثقات.

والدليل على عدم أخذ الدية من البقر والغنم والعروض إلا برضا الأولياء⁽⁴⁾:

أ - إجماع الصحابة على تقويم الإبل بالذهب والفضة، دون غيرهما.

ب - القياس على العقار؛ لأنّ البقر والغنم نوع من العروض فأشبهت العقار.

ج - أنه لو جاز أن تقوّم بالشاة والبقر والعروض لجاز أن تقوّم بالطعام على أهل الطعام، وبالخييل على أهل الخييل، وهذا لا يقول به أحد.

وذكر ابن رشد الجدّ ما روي عن النبي ﷺ أنه وضع الدية على أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل البرود مائتي حلة⁽⁵⁾؛ ولم يعقّب على وجه عدم العمل به⁽⁶⁾. وأما ابن العربي فذكر أنّ الدية تمهّدت في عصر الصحابة على هذا، وما كان من غيره فقد سقط بالإجماع على هذا⁽⁷⁾.

2 - دية المسلم في قتل عمّد لا قصاص فيه كعفو على دية مبهمّة بأن قال الأولياء: عفونا على الدية؛ أو لعفو بعض الأولياء مجاناً فللباقى نصيبه من دية عمد؛ فتكون مربّعة بخدّف ابن اللّبون من الأنواع الخمسة، فتكون المائة من الأصناف الباقية من كلّ صنف خمس وعشرون.

3 - دية المسلم في قتل عمد لم يقتل به القاتل؛ أي: في قتل الأصل للفرع، فيشمل الأب والأم والأجداد، كان الأصل مسلماً أو كتابياً بل ولو مجوسياً، فلا يقتل بفرعه ولو كان مسلماً. وتكون مثلثة؛ أي: مغلظة بالتثليث؛ أي: بثلاثين حقة، وثلاثين جذعة، وأربعين خلفة - بفتح المعجمة وكسر اللام وفتح الفاء - وهي الحامل من الإبل بلا حدّ سنّ، فالمدار على أن تكون حاملاً كانت حقة أو جذعة أو غيرهما. والدليل

(1) أخرجه النسائي عن أبي بكر بن عمرو بن حزم في القسامة، باب ذكر حديث عمرو بن حزم.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 220/5. (3) أخرجه الدارقطني في الحدود والديات.

(4) الإشراف: 2/826، وأحكام القرآن: 1/475، بداية المجتهد: 2/446.

(5) أخرجه أبو داود الديات، باب الدية كم هي؟

(6) المقدمات: 3/292. (7) أحكام القرآن: 1/476.

على تغليظ الدية على قاتل ابنه عمداً⁽¹⁾: عن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له: قتادة حذف ابنه بالسيف، فأصاب ساقه فنزى في جرحه فمات، فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له، فقال له عمر: اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بغير حتى أقدم عليك، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة، وثلاثين جذعة، وأربعين خلفه، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: هاأنذا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء»⁽²⁾. فإن الإمام مالكاً حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً، وأثبت منه شبه العمد فيما بين الأب وابنه فقط⁽³⁾.

ووجه عدم القصاص من الأب في قتل ابنه أن الغالب في الأب أنه لا يقصد قتل ابنه وإن قصد ضربه لما له من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له، فحمل القتل الذي يكون من فعله بمثل الحذف بالسيف على أنه ليس بعمد⁽⁴⁾. فالإمام مالك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبي فنفي عن الأجنبي شبه العمد وأثبتته في الأب⁽⁵⁾.

وضابط قتل العمد الذي لا يقتل به القاتل - أي: قتل الأصل للفرع - وفيه الدية مغلظة، هو عدم قصده إزهاق الروح، فإن قصده منه - كأن يرمي عنق الفرع بالسيف أو يضجعه ويذبحه - فيقتص منه في المذهب المالكي. وظاهر إطلاقهم ولو كان المستحق ابناً آخر. فإن عفا عنه أو لم يقصد إزهاق روحه فتغلظ عليه في ماله. ودليل القصاص من الأب إذا قصد إزهاق الروح⁽⁶⁾:

أ - عموم ظواهر أدلة وجوب القصاص المتقدمة.

ب - القياس على القاتل والمقتول الأجنبيين؛ لأن الوالد وابنه شخصان متساويان في الحرمة والدين متكافئان في الدم، فكان القصاص جارياً بينهما كالأجنبيين.

ج - القياس على سائر الحقوق؛ لأن القصاص حق من حقوق الآدميين فجاز أن يثبت للابن على الأب، أصله سائر الحقوق.

والفرق بين ما فيه الدية مغلظة وما فيه القصاص في قتل الأصل للفرع، أن ما فيه الدية المغلظة يوجد فيه احتمال قصد القتل وعدمه، وشفقة الأبوة شبهة قائمة ترجح عدم القصد إلى القتل؛ وأمّا ما فيه القصاص - وهو رمي العنق بالسيف أو ضجعه وذبحه - كشف الغطاء عن قصده القتل وحصول اليقين بذلك، فالتحق بالأصل. وهو تفريق

(1) المقدمات: 294/3.

(2) أخرجه مالك في العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه.

(3) بداية المجتهد: 435/2.

(4) أحكام القرآن: 479/1.

(5) بداية المجتهد: 435/2.

(6) الإشراف: 814/2، وبداية المجتهد: 434/2.

خالف به الإمام مالك سائر الفقهاء الذين قالوا: لا يقتل الأب بابنه ولو أضجعه وذبحه، واستدلوا بحديث: «لا يقاد الوالد بالولد»⁽¹⁾، وهو حديث متكلم في رجاله⁽²⁾.

4 - جرح العمد. فتغلظ الدية فيه كما تغلظ في النفس من تثليث بالنسبة لجرح الأب ولده، وتربيع كجرح العمد الصادر من الأجنبي. لا فرق في الجرح بين ما يقتص فيه كالموضحة، أو لا يقتص كالجائفة. فالموضحة في عمدها الدية مغلظة بالتثليث إن حصلت من الأب؛ لأن الجراح لا قصاص فيها على الأب مطلقاً فليست كالنفس؛ أو مربعة من أجنبي إن حصل العفو من المجني عليه على الدية مبهماً.

وفي الجائفة ثلث الدية مغلظاً على قدر نسبته من الدية، فالثلاثون بالنسبة للمائة خُمسٌ ونصف خُمس، والأربعون خمسان؛ فعن ثلث الدية يؤخذ من الحقائق خمس ونصف خمس الثلث ومن الجذعات كذلك ومن الخلفات خمسان، وذلك ثلاث عشرة وثلث. فصار المأخوذ من الحقائق ثلث الثلاثين، ومن الجذاع كذلك ومن الخلفات ثلث الأربعين، ومجموع الكلّ ثلث المائة وهو ثلاث وثلاثون وثلث، هذا في حالة التثليث. وفي حالة التربيع يؤخذ من الحقائق والجذاع وبنات المخاض وبنات اللبون ثمانية وثلث من كلّ، فيكون المجموع ثلاثاً وثلاثين وثلثاً.

وانظر ما ذكره ابن رشد الجد في كيفية التغليظ على أهل الذهب والفضة في المقدمات⁽³⁾.

5 - دية المسلم في القتل الخطأ على أهل الشام ومصر والمغرب ألف دينار شرعية، وكذلك أهل مكة والمدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام، ما لم يكن الغالب الفضة، وإلا كانوا كأهل العراق. والدليل على هذا المقدار⁽⁴⁾:

أ - حديث الزهري المتقدم عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده، وفيه: «وعلى أهل الذهب ألف دينار»

ب - إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه، فقد قوّمها باثني عشر ألفاً بمحضر الصحابة، ولم ينكر عليه أحد؛ فعنه رضي الله عنه أنه قوّم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم⁽⁵⁾.

6 - دية المسلم في القتل الخطأ على أهل العراق اثنا عشر ألف درهم، ومثله الخراساني والفارسي ما لم يغلب الذهب عندهم، فيكون منه، ولا يزداد على ذلك القدر.

(1) أخرجه الترمذي في الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه.

(2) أحكام القرآن: 65/1. (3) المقدمات: 294/3.

(4) الإشراف: 825/2، والمقدمات: 296/3، وأحكام القرآن: 475/1.

(5) أخرجه مالك بلاغاً في العقول، باب العمل في الدية.

والدليل على هذا المقدار⁽¹⁾:

أ - عن ابن عباس أنّ رجلاً من بني عدي قتل، فجعل النبي ﷺ دية اثني عشر ألفاً⁽²⁾.

ب - إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه، فقد قَوْمها باثني عشر ألفاً بمحضر الصحابة، ولم ينكر عليه أحد.

قال الإمام الباجي: وعندي أنّه ينظر إلى غالب أحوال الناس في البلاد، فأَيّ بلد غلب على أهله شيء كانوا من أهله.

ودية الذهب والفضة لا تتغير ولا تقوّم بحسب قيمة دية الإبل، والدليل⁽³⁾:

أ - الحديث المتقدم في دية الفضة، وإجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه.

ب - قياس الذهب والفضة على الإبل؛ لأنهما نوعاً مال يجوز إخراجه في الدية مقدراً بالإبل على مذهب من يرى ذلك، فكان كلّ منهما أصلاً بنفسه كالإبل لا يقوّم بها على المذهب المالكي.

ولا يزداد على المقدار المذكور إلا في المُثَلَّةِ فَيُزَادُ بِنِسْبَةِ مَا بَيْنَ دِيَةِ الْخَطَا عَلَى تَأْجِيلِهَا، وَالْمُثَلَّةِ حَالَةً؛ أَي: أَنَّهَا تُقَوَّمُ الْمُثَلَّةُ مِنَ الْإِبِلِ حَالَةً، وَتُقَوَّمُ الْمُخْمَسَةُ عَلَى تَأْجِيلِهَا، وَيُؤْخَذُ مَا زَادَتْهُ الْمُثَلَّةُ عَلَى الْمُخْمَسَةِ وَيُنْسَبُ إِلَى الْمُخْمَسَةِ فَمَا بَلَغَ بِالنِّسْبَةِ يَزِيدُ عَلَى دِيَةِ الذَّهَبِ أَوْ الْفِضَّةِ بِتِلْكَ النِّسْبَةِ. مِثَالُهُ: لَوْ كَانَتْ الْمُخْمَسَةُ عَلَى آجَالِهَا تَسَاوِي مِائَةً، وَالْمُثَلَّةُ عَلَى حُلُولِهَا تَسَاوِي مِائَةً وَعِشْرِينَ؛ فَنِسْبَةُ الْعِشْرِينَ إِلَى الْمِائَةِ خُمْسٌ، فَيَزِيدُ عَلَى الدِّيَةِ مِثْلَ خُمْسِهَا فَيَكُونُ مِنَ الذَّهَبِ أَلْفًا وَمِائَتَيْنِ، وَمِنَ الْوَرَقِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ أَلْفَ دَرَاهِمٍ وَأَرْبَعِمِائَةٍ. وَعُلِمَ مِنَ الْإِسْتِثْنَاءِ أَنَّ الدِّيَةَ الْمُرَبَّعَةَ لَا تَغْلُظُ فِي الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ.

7 - دية الكتابي، ذميّاً أو حربيّاً مُؤْمَنًا، نصف دية المسلم، والدليل⁽⁴⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، أنّ النبي ﷺ قال: «دية عقل الكافر نصف دية عقل المؤمن»⁽⁵⁾. وفي رواية: «عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين وهم اليهود والنصارى»⁽⁶⁾.

(1) الإشراف: 825/2، والمقدمات: 292/3.

(2) أخرجه أبو داود في الديات، باب الدية كم؟؛ والترمذي في الديات، باب ما جاء في الدية كم هي؟؛ وابن ماجه في الديات، باب دية الخطأ.

(3) الإشراف: 826/2.

(4) المقدمات: 295/3، وأحكام القرآن: 478/1، والجامع لأحكام القرآن: 225/5.

(5) أخرجه الترمذي في الديات، باب ما جاء في دية الكفار، وقال الترمذي: حسن.

(6) أخرجه النسائي في القسامة، باب كم دية الكافر؟؛ وابن ماجه في الديات، دية الكافر.

ب - عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى أنّ دية اليهودي أو النصراني إذا قتل أحدهما مثل نصف دية الحر المسلم⁽¹⁾. وهو قول عروة بن الزبير وعمرو بن شعيب.

ج - الإجماع.

وما روي عن النبي ﷺ أنه أعطى في قصة بني قريظة وبني النضير مثل دية المسلم، فهو حديث قال فيه ابن عبد البر: فيه لين وليس في مثله حجة. وأوله ابن العربي بأنه كان على معنى الاستتلاف لقومهم؛ إذ كان يؤديها من قبل نفسه ولا يرتبها على العاقلة؛ وإلا فقد استقرّ ما استقرّ على يد عمر، حتى جعل في المجوسي ثمانمائة درهم لنقصه عن أهل الكتاب، وهذا يدلّ على مراعاة التفاوت واعتبار نقص المرتبة⁽²⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِمْ وَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 92]، فهذا محمول على أنّ المقتول مؤمن من قوم معهم ميثاق⁽³⁾. وقد تقدم دليل هذا الحمل.

8 - دية المَجُوسِيِّ المعاهد والمرتد ثلثُ خُمسِ الدية خطأ وعمداً، فيكون من الذهب ستة وستين ديناراً وثلثي دينار، ومن الورق ثمانمائة درهم، ومن الإبل ستة أبعرة وثلثا بعير. وسواء قتل زمن الاستتابة أو بعده. وقال سحنون: لا دية للمرتد وإنما على قاتله الأدب في العمد. والدليل على مقدار دية المجوسي⁽⁴⁾: إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه⁽⁵⁾، فقد قدرها بذلك، وكان يكتب به إلى عماله، ولم ينكر عليه أحد.

9 - دية الأُنثَى كلُّ صنف مما تقدم النصف. فدية المسلمة من الإبل خمسون ومن الذهب خمسمائة ومن الفضة ستة آلاف درهم، والدليل⁽⁶⁾:

أ - أنه قول عمر وعلي وعثمان وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم⁽⁷⁾.

ب - إجماع العلماء. وقد حكاه ابن المنذر وابن عبد البر والقرطبي.

وفي المسألة حديث ضعيف عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «دية

(1) أخرجه مالك في العقول، باب ما جاء في دية أهل الذمة.

(2) أحكام القرآن: 479/1، والجامع لأحكام القرآن: 225/5.

(3) المقدمات: 295/3. (4) الإشراف: 831/2.

(5) أخرجه الدارقطني في الحدود والديات؛ والبيهقي في الديات، باب دية أهل الذمة، عن سعيد بن المسيب.

(6) المعونة: 1336/3، والجامع لأحكام القرآن: 325/5.

(7) أخرج الروايات عنهم البيهقي في الديات، باب ما جاء في جراح المرأة؛ وعبد الرزاق في العقول، باب متى يعاقل الرجل المرأة.

المرأة على النصف من دية الرجل» أخرجه البيهقي وقال: إسناده لا يثبت مثله⁽¹⁾.
 ودية الكتابية من الإبل خمس وعشرون ومن الذهب مائتان وخمسون ومن الفضة
 ثلاثة آلاف درهم؛ ودية المجوسية والمرتدة من الذهب ثلاثة وثلاثون ومن الفضة
 أربعمائة درهم ومن الأبعرة ثلاثة أبعرة وثلاث بعير.

10 - دية إلقاء الجنين، بسبب ضرب أو تخويف لغير وجه شرعي، أو شمّ ريح
 ولو مسكاً أو فتح كنيف. ففيه الدية ولو ألقته علقَةً. والعلقة: دم لا يذوب من صبّ
 الماء الحار عليه، أما لو كان يذوب فإنه لا شيء فيه. وسواء كانت الجناية خطأ أو
 عمداً، من أجنبي أو أمّ مثل أن تشرب ما يسقط به الحمل فأسقطته، ذكراً أو أنثى، كان
 من زوج أو زنا. ودليل وجوب الدية في الجنين⁽²⁾: عن سعيد بن المسيب عن أبي
 هريرة أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة (بجرتين تحت التاء):
 عبد أو وليدة، فقال الذي قضى عليه: كيف أغرم ما لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا
 استهل ومثل ذلك بطل؟ فقال رسول الله ﷺ: «إنما هذا من إخوان الكهان»⁽³⁾. ومعنى
 «الغرة»: بياض في الوجه عبّر به عن الجسد كلّ، إطلاقاً للجزء على الكلّ. و«عبد أو
 وليدة» - بجرهما -، بدل من غرة، ومعنى الحديث: غلام أبيض أو وليدة بيضاء.
 ومقدار الدية عُشْرُ دية أمه، وهو قيمة غرة⁽⁴⁾. ودليل التقدير بالعشر⁽⁵⁾:
 أ - قضاء الصحابة بذلك.

ب - الاستحسان. وهو قول سائر فقهاء أهل المدينة.

وإذا جَنَى أَبٌ عَلَى الْجَنِينِ فَإِنَّ عَلَيْهِ عَشْرَ دِيَةِ أُمِّ الْجَنِينِ لغيره ولا يرث منه، وإنما
 يرثه غير الأب ممن يستحق الميراث كالأم والإخوة والأخوات. ويكون العشر عيناً
 مُعَبَّرَةً.

ويكون العشر في دية الجنين في مال الجاني عمداً أو خطأ، ما لم تبلغ ثلث ديته
 فتكون على العاقلة؛ كما لو ضرب مجوسي مسلمة فألقت جنيناً.

ومحل وجوب العشر إن انفصل الجنين كلّ عن أمه ميتاً وهي حيّة. فإن ماتت قبل
 انفصاله، بأن انفصل كلّ أو باقيه بعد موتها فلا شيء فيه لاندرجه في الأم؛ لأنّ تلف

(1) أخرجه البيهقي في الديات، باب ما جاء في دية المرأة.

(2) المقدمات: 297/3، والجامع لأحكام القرآن: 221/5.

(3) أخرجه مالك مرسلاً في العقول، باب عقل الجنين؛ والبخاري في الطب، باب الكهانة؛ ومسلم
 في القسامة، باب دية الجنين، عن أبي هريرة.

(4) المعلم: 384/2.

(5) المقدمات: 298/3، والجامع لأحكام القرآن: 221/5، وإكمال الإكمال: 132/6.

الجنين بتلف أمه فوجب أن يكون تابعاً لها⁽¹⁾.

وإن استهلّ؛ أي: نزل صارخاً أو رضع من كلّ ما يدل على أنه حي حياة مستقرة، فالدية لازمة فيه إن أقسم أولياؤه أنه مات من فعل الجاني، وإن مات عاجلاً بعد تحقق حياته. فإن لم يقسموا فلا غرة لأن الجنين إذا استهلّ صار من جملة الأحياء فلم يكن فيه غرة، ولا دية لتوقفها على القسامة وقد امتنع الأولياء منها؛ لأنه يحتمل موته بغير فعل الجاني. فإن ماتت أمه وهو مستهل ومات قديتان.

وإن تعدد الجاني الجنين بضرب بطن أمه أو ظهرها فنزل مستهلاً ومات فالقصاص بالقسامة، وهذا هو الراجح من الخلاف. وأما تعمد بضرب رأس أمه فالراجح الدية كتعمده بضرب يدها أو رجلها. والحاصل أنّ في ضرب البطن والظهر والرأس خلافاً وقد علمت الراجح، وأما غير ذلك فالدية.

ولو علم الجيران أنّ ریح الطعام يسقط جنين المرأة فإنهم يضمنون. وإن كان حفظها يكون بأكلها من ذلك الطعام وجب عليهم أن يعطوها منه. ويتعدّد الواجب في دية الجنين بتعدّده. ثم إن كان خطأ وبلغ الثلث فتحمّل العاقلة، وإلا ففي مال الجاني.

ويورث الواجب من دية الجنين على الفرائض المعلومة الشاملة للفرس والتعصيب، وهذا هو الراجح خلافاً لمن قال: تختص به الأم إذا لم تكن هي الجانية؛ لأن الجاني لا يأخذ منها؛ أمّا أو غيرها. ودليل كون دية الجنين للورثة⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: 92]، والآية عامة في المقتولين والأهل.

ب - القياس على دية الكبير؛ لأنها دية نفس آدمي مقتول، فكانت لجميع ورثته كدية الكبير.

ووجه القول بأنها تختص بها الأم تشبيه جنينها بعضو من أعضائها⁽³⁾.

حكم تعدد إسقاط الجنين - الإجهاض :-

اختلف فقهاء المذهب في التسبب في إسقاط الماء قبل أربعين يوماً من الوطء، فالمرجح والمشهور - كما ذكر الخرشي - أنه لا يجوز، وحكى ابن العربي الانفاق عليه. وقال الشيخ عlish: ينبغي تقييده - أي: هذا القول - بالجواز إن خافت الزانية قتلها بظهور الحمل وهي بكر.

(2) الإشراف: 839/2.

(1) الإشراف: 839/2.

(3) بداية المجتهد: 450/2.

وقال الإمام اللخميّ بالجواز كالعزل ابتداء؛ لأنه ليس للنطفة حرمة، ولا حكم لها حكم الولد في الأربعين يوماً. وقيل بالكراهة قبل الأربعين.

وإذا نفخ فيه الروح فيحرم إجماعاً، كذا في «منح الجليل» و«حاشية الدسوقي». قال ابن العربي: «وللولد في ذلك ثلاثة أحوال؛ حال قبل الوجود ينقطع فيها بالعزل، وهذا جائز. وحالة بعد قبض الرحم على المنى، فلا يجوز لأحد التعرض له بالقطع من التولد... والحالة الثالثة بعد انخلاقه قبل أن تنفخ فيه الروح، وهو أشد من الأولين في المنع والتحريم... فأما إذا نفخ فيه الروح فهو قتل نفس بلا خلاف»⁽¹⁾

ميراث الدية في قتل العمد والخطأ⁽²⁾:

يرث دية قتل العمد والخطأ ورثة المقتول، ويقضى بها دينه، وتجوز فيها وصيته. وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا يرث المرأة من الدية شيئاً، حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلالي أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إليه أن يرث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها⁽³⁾، وكان قتل خطأ.

وإذا قيل: كيف يرث ورثة المقتول الدية، ولم تكن من جملة الميراث، والمال المورث يجب أن يكون قد استقرّ عليه ملك الميت عليه قبل موته؟ والجواب أنّ هذا يدخل تحت قاعدة إعطاء المعدم حكم الموجود؛ أي: يقدر غرم الدية على القاتل قبل زهوق روح المقتول لثبته على ملكه، حتى تورث عنه⁽⁴⁾.

ويستثنى من الورثة القاتل إذا كان منهم، فإنه لا يرث منها شيئاً، والدليل⁽⁵⁾:

أ - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن قاتل العمد لا يرث من دية من قتل، ولا من ماله»⁽⁶⁾.

ب - إجماع العلماء.

الدية الواجبة في الجرح الذي لا قصاص فيه:

الجرح الذي لا قصاص فيه نوعان:

- (1) القبس، في الطلاق، باب ما جاء في العزل.
- (2) المقدمات: 293/3.
- (3) أخرجه مالك في العقول، باب ما جاء في ميراث العقل؛ والترمذي في الديات، باب ما جاء في المرأة هل ترث من دية زوجها وقال: حسن صحيح؛ وأبو داود في الفرائض، باب في المرأة ترث من دية زوجها؛ وابن ماجه في الديات، باب الميراث من الدية.
- (4) الذخيرة: 340/5.
- (5) المقدمات: 292/3.
- (6) الموطأ: المنتقى: 108/7. وانظر لدلالة قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

الأول: الجرح على وجه الخطأ فلا قصاص فيه، وليس فيه شيء مقدّر من الشارع.

الثاني: الجرح على وجه العمد الذي تقدّم أنّه لا قصاص فيه، كعظم الصدر وكسر الفخذ.

والواجب في النوعين حُكُومَةٌ؛ أي: شيء محكوم به يحكم به العارف. وعلى هذا يحمل ما روي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما أنّهما قضيا في المملطة بنصف دية الموضحة؛ لذلك قال الإمام مالك في موطنه: «الأمر عندنا أنه ليس فيما دون الموضحة من الشجاج عقل حتى تبلغ الموضحة. وإنما العقل في الموضحة فما فوقها وذلك أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى إلى الموضحة في كتابه لعمر بن حزم فجعل فيها خمساً من الإبل، ولم تقض الأئمة في القديم ولا في الحديث فيما دون الموضحة بعقل»⁽¹⁾. وتوجيه هذا أن يحمل قضاء عمر وعثمان في المملطة على وجه الحكومة بالاجتهاد، لا على وجه التوقيت. وروي عن زيد بن ثابت أنّه قضى في العين القائمة بمائة دينار، وفي الدامية بعير، وفي الباضعة بعيران، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة، وفي السمحاق - أي: المملطة - أربعة أبعرة؛ وغيرها من الروايات عن الصحابة، لكنّ الإمام مالكاً لم يأخذ بها⁽²⁾؛ لأنها حكومة وليست توقيتاً من الشارع. وعمدة الإمام مالك في ذلك أنّه لا مجال في الجراحات للقياس، وإنما طريقه التوقيف، فما لم يثبت من قبل الشارع فيه دية فالأصل فيه أنّ فيه حكومة⁽³⁾.

ويشترط للحكومة في ذلك إذا برئ المجرع. وإنما أحرّ للبرء خوف أن يؤول إلى النفس أو إلى ما تحمله العاقلة.

ويشترط أيضاً أن يبرأ على شين؛ وإلا ففيه الأدب في العمد ولا شيء عليه في الخطأ.

والذي استحسنته الإمام ابن عرفة فيما إذا لم يكن في الجرح شيء مقدّر القول بأنّ على الجاني أجره الطيب وثمان الدواء، سواء برئ على شين أم لا، مع الحكومة في البرء على شين. وأمّا ما فيه شيء مقدّر فليس فيه سوى ذلك المقدّر ولو برئ على شين، سوى موضحة الوجه والرأس فيلزم مع المقدّر فيها أجره الطيب.

وهذا فيما ليس فيه شيء مقدّر من الشارع. وأمّا المقدّر ففي بعضه القصاص فكالاتي:

- الموضحة. فيها نصفُ عُشر الدية في الخطأ. والدليل⁽⁴⁾: حديث مالك المتقدم

(1) الموطأ في العقول، باب ما جاء في عقل الشجاج.

(2) المقدمات: 323/3. (3) بداية المجتهد: 455/2.

(4) المقدمات: 324/3.

عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول، وفيه: «وفي الموضحة خمس». وفي عمدتها القصاص.

- الجائفة. وهي مختصة بالبطن والظهر، عمداً كانت أو خطأ.

- الأمة المختصة بالرأس، وهي الدامغة.

وفي هذين الجرحين - أي: الجائفة والأمة - ثلث الدية. وتكون مخمسة في الخطأ. والدليل⁽¹⁾: حديث مالك المتقدم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول، وفيه: «وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها».

وفي العمد فمثلث أو مربع كما تقدم.

- المنقلة، مرادفة للهاشمة، وهي التي تهشم العظم - على الراجح؛ عمداً أو خطأ - إذ لا قصاص في عمدتها حيث كانت في الرأس، وعلة عدم القصاص في المنقلة والأمة والجائفة أنها من المتالف⁽²⁾. وفي المنقلة عُشر الدية ونصف العشر، خمسة عشر بغيراً، أو مائة وخمسون ديناراً، أو ألف وثمانمائة درهم. والدليل: (3) حديث الزهري المتقدم عن أبي بكر بن محمد بن عمر بن حزم، وفيه: «وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل».

ولا يزداد شيء على ما ذكر في تلك الجراح وإن برئت بشين فيهن، كما لا ينقص القدر إن برئت على غير شين. ويستثنى الموضحة في الوجه أو الرأس تبرأ على شين، ففيها ديتها وما حصل بالشين.

ويتعدّد الواجب في الجائفة - وهو ثلث الدية - إذا تَفَدَّتْ. فإذا ضربه في ظهره فنفذت لبطنه أو بالعكس، أو بجنبه فنفذت للجنب الآخر فعليه دية جائفتين وذلك ثلثا دية النفس.

كما يتعدّد الواجب في الموضحة والمنقلة والأمة، إن لم تتصل ببعضها بل كان بين كل واحدة فاصل، فيتعدّد الواجب المتقدم بتعدها. فإن اتصلت الموضحات بأن تصير شيئاً واحداً فلا يتعدّد الواجب؛ لأنها واحدة متسعة إن كان بضربة واحدة أو ضربات في فور. فلو تعدد بضربات في زمن متراخ فلكل جرح دية مستقلة على حسبه ولو اتصلت الجراح.

- إذهاب العقل. فإذا ضربه فأذهب عقله عمداً أو خطأ فعليه دية كاملة. وقد قضى

(2) المقدمات: 324/3.

(1) المقدمات: 324/3.

(3) المقدمات: 324/3.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك. فإن أذهب عقله في الشهر يوماً فعليه جزء من ثلاثين جزءاً من الدية وهكذا بالنسبة. فإن أوضحه فأذهب عقله فعليه دية ونصف عشر دية على المشهور، وقيل: دية العقل فقط.

- الحواس، كالسمع أو البصر أو الشم أو الذوق أو اللمس. وفي كل واحدة الدية كاملة. وتعريف اللمس القوة المنبثة في ظاهر البدن يدرك بها الحرارة والنعومة وضدهما عند المماسمة، فيها الدية كاملة. وقياس اللمس على الذوق الذي هو قوة اللسان يدرك بها الطعم ظاهر. ولو أذهب بعض الحاسة ليس عليه دية كاملة بل حسابه من الدية. وفي الشرح الكبير تفصيل اختبار النقص وتقديره⁽¹⁾.

- النطق. وهو صوت بحروف. وفيه الدية.

- قوة الجماع. بأن فعل معه فعلاً كضربه أبطل إنعاظه. وفيه الدية. ولا تندرج فيه دية الصلب وإن كانت قوة الجماع فيه. فلو كسر صلبه فأبطل إنعاظه فعليه ديتان.

- النسل. بأن فعل معه فعلاً أفسد منه بحيث لا يتأتى منه نسل. وفيه الدية.

- التجذيم؛ أي: إذا فعل معه فعلاً أحدث في بدنه جذاماً، وهو داء يأكل الأعضاء والعياذ بالله تعالى. وفيه الدية.

- التبريص أو التسيود؛ أي: تسويد جسده بعد أن كان غير أسود وهو نوع من البرص. وفيه الدية. سؤده وجذمه فديتان.

- القيام وحده أو الجلوس مع ذهاب القيام. وفيه الدية. أما لو أذهب بفعل جلوسه وحده ففيه حكومة، كبعض قيامه وجلوسه.

- مَارَن الأنف. وهو ما لان منه دون العظم، ويسمى أرنبة، وفيه دية كاملة. والدليل: حديث مالك المتقدم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أنّ في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم في العقول، وفيه: «وفي الأنف إذا أوعي جدعاً مائة من الإبل».

- الحَشَفَة، وهم رأس الذكر. فإذا قطعها شخص فعليه دية كاملة، والدليل⁽²⁾: الإجماع. والراجح أن في قطع ذكر العينين دية، وقيل: حكومة. والعينين هو من لا يتأتى منه الجماع لصغر سنه أو لعدم إنعاظه لكبر أو علة عن جميع النساء. وأما ذكر الخنثى ففيه نصف دية ونصف حكومة؛ أما نصف الدية فلا احتمال ذكورته ونصف الحكومة فلا احتمال أنوثته. والمراد بالحكومة هنا ما يجتهد فيه الإمام لهذا القدر لا ما سبق في تقويمه لأنّ قطع ذكر المرأة الخنثى لا يتقصها.

وفي قطع بعض المارن والحشفة بحساب الدية منهما، فيقاس المارن لا الأنف،

(1) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: 274/4. (2) بداية المجتهد: 456/2.

وتقاس الحشفة لا الذكر؛ أي: لا يقاس نسبة المقطوع من أصله، وأصل المارن: الأنف، وأصل الحشفة: الذكر؛ لأن بعض ما فيه الدية، إنما نسب إليه لا إلى أصله. - الأثنيان. ففي قطعهما أو سَلَّهما أو رَضَّهما دية كاملة. وفي الواحدة نصف دية. والدليل⁽¹⁾: الإجماع.

وفي قطعهما مع الذكر ديتان؛ أي: خطأ وأما عمداً ففيه القصاص.

- شَفَرَا المرأة؛ أي: في قطع لحم جانبي فرج المرأة فيه دية كاملة، وذلك إن بَدَا العظم، فإن لم يظهر العظم فحكومة. وفي أحد الشفرين إن بدا العظم نصف دية. والشفران - بضم المعجمة وسكون الفاء -: اللحمان المحيطان بالفرج المغطيان العظم. - تُذَيَا المرأة. فإذا قطعهما شخص من أصلهما عليه دية كاملة، أبطل اللبن أو لا، شابة أو عجوزاً. أما ثدي الرجل ففيه حكومة.

- حَلَمَتَا المرأة؛ أي: في قطع الحلمتين، إن قطع اللبن رأساً، دية كاملة، ومثل قطع اللبن إفساده بصيرورته دماً مثلاً. فالدية لقطع اللبن لا لقطع الحلمتين، بدليل أنه لو قطع اللبن بدون قطع فيه الدية، ولو قطعهما فلم يفسد اللبن فحكومة. فلو قطع حلمتي صغيرة فسيأتى بها لزمان الإياس من اللبن وتمام سنه، فإن أيسَ قَدِيَّةٌ وإن حصل اللبن في مدة الاستيناء ففيهما حكومة.

- عين الأعور. والدليل⁽²⁾:

أ - إجماع الصحابة؛ لأنه مروى عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر⁽³⁾، ولا مخالف لهم.

ب - أن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو، وكانت منفعة البصر تكمل لذي العين الواحدة أو تقارب الكمال له؛ لأنه يدرك بها ما يدرك بها ذو العينين أو قريباً منه، فإذا تلفت عليه عينه الواحدة التي يبصر بها فقد تلفت عليه جميع منفعة البصر، فكان كذهاب العينين.

وهذا بخلاف كل زوج من الأعضاء كيدين ورجلين ففي أحدهما نصفها وفيهما الدية كاملة، والدليل: حديث مالك المتقدم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول، وفيه: «وفي اليد خمسون، وفي الرجل خمسون، وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل». ويستثنى الأذنان فليس في قطعهما دية بل حكومة حيث بقي السمع

(1) بداية المجتهد: 2/455.

(2) الإشراف: 2/828.

(3) أخرج الروايات عنهم: البيهقي في الديات، باب الصحيح يصيب عين الأعور؛ وعبد الرزاق في العقول، باب عين الأعور.

هذا هو الراجح. ووجه استثناء الأذنين: أن نفعهما غير كامل؛ لأنّ السمع يحصل مع عدمهما، وأكثر ما فيهما أن يحوشا الصوت إلى السمع؛ لأنّ جمالهما غير ظاهر، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: «بغيرهما الشعر والعمامة»، وقد حكم فيهما رضي الله عنه بخمسة عشر بغيراً⁽¹⁾.

وكذا لسان الأخرس ففي قطعه حكومة بالاجتهاد، حيث لم يتحقق أنّ به ذوقاً وإلاً فالدية.

- اليد الشَّلَاءُ التي بها النفع فكالسليمة في القصاص والدية. والتي لا نفع بها أصلاً في قطعها حكومة؛ لأنّها مفقودة المنفعة، ولأنّها ميتة والميت إذا أزيل عن موضعه لم يجب فيه شيء⁽²⁾. والساعد في قطعه حكومة، وهو ما عدا الأصابع إلى المنكب، وسواء ذهب الكف بسماويّ أو جنابة، أخذ لها عقل أم لا، فإن كان الساعد فيه أصبع فديته والحكومة. فإن كان أكثر من واحد فدية الأصابع فقط.

- أليّتا المرأة. ففي قطعهما خطأ حكومة قياساً على أليّتي الرجل. وقال أشهب: فيهما الدية، أما عمداً فالقصاص.

السِّنّ المُضْطَرِبَةُ جداً إذا أتلفها شخص فعليه حكومة، ولو كان أخذ ممن صيرها مضطربة عقلاً على الراجح، إذ في بقائها جمال. أما لو كان يُرجى ثبوت المضطربة ففي قلعه ديتها.

- قصبه الذكر. ففي قطع قصبه الذكر الذي ليس فيه حشفة لقطعها، قيل: حكومة. وعلمت أن قطع الحشفة فيها دية كاملة هذا هو المنصوص. ويقال لقصبه الذكر عسيب مع وجود الحشفة. واستظهر الشيخ خليل في التوضيح أنّ في العسيب دية؛ لأنّه يجامع به فتحصل به اللذة.

- الحاجب. ففي إزالة شعره حكومة، عمداً أو خطأ، كان واحداً أو متعدداً؛ لأنّ في الشعر جمالاً.

- الهُدْبُ - بضم الهاء - وهو الشعر على شفر العين.

ومحلّ الحكومة في شعر الحاجب والهدب إن لم ينبت، وإلا ففي عمدته الأدب فقط مع الحكومة.

- الظُّفْرُ. وفي قلعه خطأ حكومة، وفي قطعه عمداً القصاص، بخلاف عمدته غيره فالأدب.

- الإِفْضَاءُ. وهو إزالة الحاجز الذي بين محل البول والجماع، ومثله اختلاط

(1) أخرجه عبد الرزاق في العقول، باب الأذن.

(2) الإشراف: 830/2.

محل البول والغائط. وفي ذلك حكومة، ومعناها أن يغرم ما عابها عند الأزواج بأن يقال: ما صداقها على أنها غير مفضاة؟ وما صداقها على أنها مفضاة؟ فيغرم النقص. ثم إن كان الفعل من الزوج فيلحق بالخطأ لإذن الشارع في الفعل في الجملة، فإن بلغ الثلث فعلى العاقلة وإلا ففي ماله، واستظهر الشيخ خليل في التوضيح أن في الإفضاء الدية؛ لأنه قول ابن القاسم وعلله ابن شعبان بأنه يمنعها من اللذة ولا تمسك الودي ولا البول، ولأن مصيبتها أعظم من قطع الشفرين وفيهما الدية. ولا يندرج الإفضاء تحت المهر بل يغرم الحكومة مع الصداق زوجاً أو أجنبياً غضبها ووطئها. بخلاف إزالة البكارة من الزوج أو الغاصب، فلا يغرم للبكارة شيئاً زائداً على الصداق؛ لأنه لا يمكن الوطاء إلا بإزالتها فهي من لواحق الوطاء بخلاف الإفضاء. إلا إن أزالها بإصبعه فلا تندرج في المهر زوجاً أو أجنبياً، فعلى الأجنبي الحكومة ولو لم يطاء، وهي مع المهر إن وطئ. أما الزوج فيلزمه أرش البكارة التي أزالها بأصبعه مع نصف الصداق حيث طلق قبل البناء، فإن بنى وطلق فتندرج في المهر. فإن أمسكها فلا شيء عليه. وإزالة البكارة بالأصبع حرام فيؤدب الزوج عليه.

- كلّ إصبع. ففي قطعه خطأ من يد أو رجل، إبهاماً أو خنصرأ، من أنثى أو ذكر، مسلم أو كافر، عشر دية من قطعت أصبعه، فيشمل الكتابي والمجوسي. والدليل: حديث مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أنّ في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول، وفيه: «وفي كلّ أصبع مما هنالك عشر من الإبل».

والإبل وغيرها خمسة ومربعة؛ أي: في العمد الذي لا قصاص فيه.

وفي قطع الأئمة خطأ ثلث العشر، وهو ثلاثة وثلث بعير من الإبل، إلا في الإبهام من يد أو رجل فينصف دية الأصبع وهو خمس من الإبل أو خمسون ديناراً لأهل الذهب وستمائة درهم لأهل الفضة، وهذه إحدى المستحسنات الأربع للإمام مالك، وتقدم في الشفعة في الشجر أو البناء بأرض محبسة أو معارة والشفعة في الثمار، والرابعة تأتي: وهي القصاص بشاهد ويمين في الجرح العمد.

- كل سنٌ صحيحة. فيها نصفُ عشرِ الدية. والدليل⁽¹⁾:

أ - حديث مالك المتقدم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أنّ في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول، وفيه: «وفي السن خمس» أي: من الإبل.

ب - قال مالك: والأمر عندنا أنّ مقدم الفم والأضراس والأنياب عقلها سواء،

وذلك أنّ رسول الله ﷺ قال: «في السنّ خمس من الإبل، والضرس سنّ من الأسنان لا يفضل بعضها على بعض»⁽¹⁾. وفي رواية عن ابن عباس: «الأصابع سواء، والأسنان سواء، الثنية والضرس سواء، هذه وهذه سواء»⁽²⁾.

وهذا يشمل المسلم وغيره. وذلك بقلعها من أصلها أو لم يبق إلا المغيب في اللحم؛ أو اسودادها بعد أن كانت بيضاء فصارت بالجناية عليها سوداء لأنه أذهب جمالها، ومثلها إذا اسودت ثم انقلعت بنفسها؛ أو احمرارها أو اصفرارها بعد بياضها إن كانت الحمرة والصفرة في قول أهل المعرفة إنهما كالسواد في إذهاب جمالها، وإلا فبحساب ما نقص.

والدليل على أنّ في قلع السنّ واسودادها ونحو ذلك ديتها⁽³⁾:

أ - عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: إذا أصيبت السنّ فاسودت ففيها عقلها تاماً، فإن طرحت بعد أن اسودت ففيها عقلها أيضاً تاماً⁽⁴⁾.

ب - أنّ الدية تجب بذهاب المنفعة وإن بقي العضو، كاليد الشلاء والعين القائمة.

ولو تعمّد قلع سن سوداء أو حمراء أو صفراء، وكانت الصفرة أو الحمرة كالسواد، ففيه القصاص.

تعدّد الدية بتعدّد الجناية:

يتعدّد الواجب في الدية أو في بعضها أو في الحكومة بتعدّد ما ينشأ عن الجناية. فإذا قطع يده فزال عقله فديتان؛ دية لليد ودية للعقل. ولو زال مع ذلك بصره فثلاث وهكذا. إلا إذا كانت المنفعة بمحل الجناية، فلا تتعدّد الدية في ذهابها مع ذهاب محلّها؛ كما لو ضربه فقطع أذنيه فزال سمعه فدية واحدة؛ أو ضربه فقلع عينه فزال بصره؛ لأن المنفعة بمحل الجناية، ولا حكومة في محل كلّ. والمراد بالمحل: الذي لم يشاركه غيره، ولذا لو كسر صلبه فأقعده عن القيام وأذهب قوة الجماع، فعليه دية لمنع قيامه ودية لعدم قوة الجماع.

مقدار دية جراح المرأة:

تساوي المرأة الرجل من أهل دينها في قطع أصابعها وبقيّة جراحاتها لغاية ثلث دية بإخراج الغاية. فإذا بلغت ثلث دية فترجع لديتها. فإذا قطع لها ثلاثة أصابع - مثلاً

(1) أخرجه مالك في العقول، باب العمل في عقل الأسنان.

(2) أخرجه أبو داود في الديات، باب ديات الأعضاء.

(3) الإشراف: 828/2.

(4) أخرجه مالك في العقول، باب العمل في عقل الأسنان.

- ففيها ثلاثون من الإبل، فإذا قطع لها أربعة أصابع ففيها عشرون من الإبل لرجوعها إلى ديتها وهي على النصف من دية الرجل من أهل دينها.
وتستثنى منقلة المرأة وموضحتها فهي فيهما كالرجل. ولا تكون مثله في جائفتها وأمتها لأن في كلّ منهما ثلث الدية فترجع فيهما لديتها فيكون فيهما ثلث ديتها ستة عشر بغيراً وثلاثا بغير.

وهذا يقيّد بقيدتين: الأول: إن اتحدَ الفعلُ ولو حُكِّمًا كضربات في فور واحد من شخص واحد أو من جماعة؛ والثاني: إن اتحد المحل في الأصابع ولو تراخى الفعل، فإذا قطع لها ثلاثاً من يد ففيها ثلاثون، ثم إذا قطع ثلاثاً من الأخرى ففيها ثلاثون أيضاً لاختلاف المحل مع التراخي، ثم إن قطع لها أصبع أو أصبعين من أي يد كانت كان لها في كل أصبع خمس لاتحاد المحل. ولو قطع لها أصبعين من يد ثم بعد تراخ قطع أصبعين من تلك اليد، كان لها في الأولين عشرون وفي الأخيرين عشرة لاتحاد المحل، ولو كانا من اليد الأخرى لكان فيهما عشرون لاختلاف المحل. وما ذكر في الأصابع فقط لا في اتحاد المحل في الأسنان فإنها في كلّ سنّ خمس من الإبل، إذا كان بين الضربات تراخ، لا إن كان في ضربة واحدة أو في فور كما تقدم. ومحل الأسنان متحد ولو كانت من فكين.

والدليل على أنّ دية حراجات المرأة مثل الرجل ما لم تبلغ الثلث من دية الرجل، فإذا بلغت رجعت إلى ديتها؛ أي: ثلث ديتها⁽¹⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها»⁽²⁾. والحديث إسناده ضعيف⁽³⁾.

ب - ما نسبه سعيد بن المسيّب إلى السنّة أيضاً. فعن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، أنّه قال: سألت سعيد بن المسيّب: كم في إصبع المرأة؟ فقال: عشر من الإبل. فقلت: كم في إصبعين؟ قال: عشرون من الإبل. فقلت: كم في ثلاث؟ فقال: ثلاثون من الإبل. فقلت: كم في أربع؟ قال: عشرون من الإبل. فقلت: حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها؟ فقال سعيد: أعراقي أنت؟ فقلت: بل عالم مثبت أو جاهل متعلم. فقال سعيد: هي السنّة يا ابن أخي⁽⁴⁾.

فقوله: «هي السنّة» دليل على أنّه أرسله عن النبي ﷺ. وقد عدّ هذا من مراسيل

(1) المقدمات: 326/3.

(2) أخرجه النسائي في القسامة، باب عقل المرأة.

(3) انظر البيهقي: 95/8، وشرح الزرقاني على الموطأ: /222.

(4) أخرجه مالك في العقول، باب ما جاء في عقل الأصابع؛ وعبد الرزاق في العقول، باب متى يعاقل الرجل المرأة؛ والبيهقي في الديات، باب ما جاء في جرح المرأة.

سعيد بن المسيّب، ومراسيله كالمسندة. والمرسل عند الإمام مالك كالمسند سواء في وجوب الحكم به.

ج - أنه قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم (1).

د - إجماع علماء أهل المدينة، وهو قول عروة بن الزبير وسعيد بن المسيّب (2).
وراجع للتوسع في هذه المسألة: الذخيرة (3).

حمل العاقلة دية الخطأ:

العاقلة من العقل، وهي الدية. والأصل في ذلك أنّ الدية من الإبل كانت تجمع وتعقل بفناء ولي المقتول، فسميت الدية عقلاً، والدافعون لها من عصبة القاتل وأقاربه عاقلة؛ أي: الجماعة العاقلة. (4) تحمل العاقلة دية الخطأ في القتل والجرح، والدليل على ذلك (5):

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: اقتتل امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم؛ ف قضى أنّ دية جنينها غرة: عبد أو وليدة، وقضى أنّ دية المرأة على عاقلتها (6).

ب - عن الإمام مالك قال: وقد تعاقل الناس في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وفي زمان أبي بكر الصديق، قبل أن يكون ديوان، وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب.

ج - الإجماع.

والحكمة في إيجاب الدية على العاقلة مواساة القاتل حتى لا تجحف الدية بمال القاتل. فهي مواساة محضة واجبة (7).

وحمل العاقلة أمر كان في الجاهلية فأقره النبي صلى الله عليه وسلم في الإسلام، وخصّه من الأصل؛ لأنّ الأصل أن لا يحمل أحد جنابة أحد ولا يضمن ما يتلفه غيره. وحكم

(1) أخرج الروايات عنهم البيهقي في الديات، باب ما جاء في جراح المرأة؛ وعبد الرزاق في العقول، باب متى يعاقل الرجل المرأة.

(2) أخرجه مالك في العقول، باب عقل المرأة.

(3) الذخيرة: 374/12 وما بعدها.

(4) غريب الحديث: 223/1، وتهذيب اللغة: 238/1، والنهاية: 378/3، والمصباح المنير: 2/422.

(5) الإشراف: 833/2، والمقدمات: 290/3، والمعلم: 399/2، والجامع لأحكام القرآن: 5/217.

(6) أخرجه البخاري في الديات، باب دية جنين المرأة؛ ومسلم في القسامة، باب دية الجنين.

(7) الجامع لأحكام القرآن: 217/5.

حمل العاقلة دية الخطأ من الأحكام المعقولة المعنى، وهو معلل بجملة معان لا يوجد من الفروع ما يشاركه في اجتماعها فيه. قال الإمام التلمساني في بيان العلل المجتمعة في ضرب الدية على العاقلة: «ضرب الدية على العاقلة في قتل الخطأ فإنه معقول المعنى...، ووجه المصلحة فيه أنّ الحاجة مسّت إلى مخالطة السلاح وتعلّم الحرب والطعان والضراب بها، حتى أبيع الصيد من غير ضرورة ولا حاجة، بل لما في ذلك من حصول آلة الحرب. ولما كانت النفوس خطيرة لا تهدر، ولم يتعمّد القاتل جريمة القتل، فلو أقدناه به أو حملنا المال كلّه عليه لقطع مخالطة السلاح حسماً لما يتوقّع من ذلك؛ فكان من النظر السديد ضرب الدية على العاقلة، إذ لا كبير حيف عليهم في ذلك، لحفتها عليهم بالتوزيع، مع أنّ ذلك ينجبر بما بينهم من التعاضد والتناصر الذي جبلت عليه القبائل فيما بينهم، ولهذا المعنى أجازت السنة شهادة الصبيان في اللعب، وأمثال هذا كثير»⁽¹⁾؛ أي: من حيث عدم وجود فروع تشاركها في اجتماع جملة علل فيها. قال ابن العربي: «أوجب الله تعالى الدية جبراً، كما أوجب القصاص زجراً، وجعل الدية على العاقلة رفقاً؛ وهذا يدلّ على أنّ قاتل الخطأ لم يكتسب إثماً ولا محرماً»⁽²⁾.

ويشترط لحمل العاقلة دية الخطأ:

1 - أن لا تثبت الجناية باعتراف من الجاني بل ببينة أو لوث، فلا تحمل العاقلة ما اعترف به من قتل أو جرح - والموضوع أنّه خطأ -، بل هي حالة عليه ولو كان عدلاً مأموناً لا يقبل رشوة من أولياء المقتول على الراجح، ويقابله أقوال منها: أنّه على العاقلة بشرط أن لا يتهم المقرّ في إغناؤه ورثة المقتول.

2 - أن تبلغ الدية في الجرح ثلث دية المجني عليه، كأن يجني المسلم على مجوسية خطأ ما يبلغ ثلث ديتها كأن أجافها؛ أو تبلغ ثلث دية الجاني وإن لم تبلغ ثلث دية المجني عليه، كأن تعددت الجنایات منه فيها بأن أذهب حواسها الخمس وصلبها وقوة جماعها ويديها ورجليها وشفريها، فإنّ في هذه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا حملته عاقلته، أو جنى مجوسي أو مجوسية على مسلم ما يبلغ ثلث الجاني حملته عاقلته. وإلاّ تبلغ ثلث أحدهما فعلى الجاني فقط حالة. والدليل على أنّ العاقلة لا تحمل الأقل من ثلث دية المجني عليه⁽³⁾:

أ - عن حارثة بن عبد الله بن كعب بن مالك، عن أبيه، عن جدّه، قال: فلمّا كان الإسلام كان فيما سنّ رسول الله ﷺ من المعامل من قريش والأنصار ثلث الدية⁽⁴⁾؛ أي: ما كان أقل من الثلث فلم يعاقل فيه.

(2) أحكام القرآن: 1/ 474.

(1) مفتاح الوصول: 110.

(3) الإشراف: 2/ 835، والمقدمات: 3/ 326.

(4) أخرجه الحارث (المطالب العالية، لابن حجر: 2/ 129).

ب - أن الأصل المتفق عليه بين العلماء أن لا يحمل أحد جناية غيره من دم ولا مال، يدلّ عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: 164]، لكن جاء الشرع بحمل العاقلة، وأجمع العلماء في ذلك على حمل الثلث فصاعداً، واختلفوا فيما دون الثلث، فكان الثلث فصاعداً مخصوصاً بالإجماع، وبقي ما دون الثلث على الأصل المتفق عليه.

ج - أن حمل العاقلة إنما هو على وجه التخفيف والمواساة لثلاً يجحف أداء الدية بمال الجاني، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل، وإذا ثبت ذلك احتيج إلى التفريق بين القليل والكثير، وما نقص عن الثلث هو في نظر الشرع قليل.

وأما العمد فالعاقلة لا تحمل الدية فيه. فإنها تكون في ماله حالة. كان العمد على نفس أو طرف عفي عنه على الدية. والدليل على أن دية العمد تكون حالة⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، إما أن يفدى وإما أن يقتل»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن إطلاق الحديث بأخذ الدية يقتضي التعجيل.

ب - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا، فيمن قبلت منه الدية في قتل العمد، أو في شيء من الجراح التي فيها القصاص، أن عقل ذلك لا يكون على العاقلة إلا أن يشاؤوا، وإنما عقل ذلك في مال القاتل أو الجراح خاصة إن وجد له مال، فإن لم يوجد له مال كان ديناً عليه، وليس على العاقلة منه شيء إلا أن يشاؤوا»⁽³⁾.

ج - القياس على دية الجائفة والآمة؛ لأنها دية عمد محض يجب فيها مال، فوجب أن تكون حالة كالجائفة والآمة.

كما لا تحمل العاقلة الدية المغلظة، وتكون على الأب ولا تكون إلا في العمد. والدليل على أن الدية المغلظة تكون على الأب في ماله حالة ولا تحملها العاقلة⁽⁴⁾: القياس على العمد؛ لأنه قتل غير خطأ محض، فلم تحمله العاقلة.

ولا تحمل العاقلة دية من قتل نفسه أو أصاب عضوه خطأ، كالقتال مع العدو ونحو ذلك⁽⁵⁾.

ويستثنى العمد الذي تحمله العاقلة ما لا يفتّص منه من الجراح، كالجناية والآمة

(1) الإشراف: 824/2.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب من قتل له قتيلاً؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

(3) الموطأ: 865/2. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة:

(المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(4) الإشراف: 824/2.

(5) بداية المجتهد: 446/2.

وكسر الفخذ، لخوف إتلاف النفس لو اقتصر منه، فيؤدي إلى قتل نفس بغير نفس؛ فالدية على العاقلة في العمد كالخطأ إن بلغت ثلث دية المجني عليه أو الجاني، وسواء كان الجاني مكافئاً أو غير مكافئ؛ كأن يجرح مسلم نصرانياً جرحاً لا يقتصر منه خوف الإتلاف، فإن دية على عاقلة المسلم، فإن كان المانع من القصاص عدم المساواة فقط فإنه في مال الجاني.

تنجيم دية الخطأ وحمل العاقلة لها :

تنجم دية الخطأ على الجاني وعلى عاقلته، سواء كانت الدية لذكر أو أنثى، مسلم أو غيره. ويكون الجاني كرجل من العاقلة، والدليل على تنجيم دية الخطأ، وأنها تؤجل في ثلاث سنين كما سيأتي⁽¹⁾:

أ - إجماع الصحابة على فعل عمر وعلي؛ فعن عامر الشعبي قال: جعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدية في ثلاث سنين، وثلثي الدية في سنتين، ونصف الدية في سنتين، وثلث الدية في سنة⁽²⁾. وعن يزيد بن أبي حبيب أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قضى بالعقل في الخطأ في ثلاث سنين⁽³⁾.

ب - أن حمل الدية على العاقلة مواساة للجاني، فوجب التخفيف في مدة دفعها عمّن يحملها عنه. ووجه وجوب التخفيف أن الدية كانت في الأصل من الإبل، وقد تكون وقت الوجوب حوامل، ولا يجوز أن يكلفوا إخراج حوامل؛ لأنه يضر بهم. وكذلك القول في الذهب والفضة.

وأما ما روي عنه رضي الله عنه أنه كان يعطيها دفعة واحدة، فإنه كان على وجه التأليف. فلما استقر الإسلام قررها الصحابة على هذا النظام⁽⁴⁾.

والدليل على أن الجاني في الخطأ داخل مع العاقلة⁽⁵⁾: الاستحسان على غير قياس. وهو قول ابن القاسم.

العاقلة:

العاقلة عدة أمور:

1 - أهل الديوان الجاني. والديوان اسم للدفتر يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وإعطاؤهم. واعتبار أهل الديوان من العاقلة هو للإمام مالك في الموازية والعتبية، وجرى عليه ابن الحاجب وابن شاس وخليل. وضعف اللخمي والتثائي والبناني ذلك

(1) الإشراف: 832/2، والجامع لأحكام القرآن: 221/5.

(2) أخرجه البيهقي في الديات، باب تنجيم الدية على العاقلة.

(3) أخرجه البيهقي في الديات، باب تنجيم الدية على العاقلة.

(4) أحكام القرآن: 474/1. (5) الإشراف: 833/2.

وهو مذهب المدونة؛ أي: عدم اعتبارهم في العاقلة. فيقدم أهل الديوان على العصابة حيث كان الجاني من الجند، ولو كانوا من قبائل شتى. والشرط في التبذئة بهم - لا في كونهم عاقلة إذ هم عاقلة -، إذا أعطوا أرزاقهم المعينة لهم في الدفتر. لكن الذي قاله ابن مرزوق إنه شرط في كونهم عاقلة.

2 - العَصْبَةُ. وهم بعد أهل الديوان إن لم يكن ديوان، أو كان وليس الجاني منهم، أو كان منهم ولم يعطوا أرزاقهم. والأقرب يقدم من العصابة فالأقرب على ترتيب النكاح، فإذا كمل من الأبناء سبعمائة - بناء على أن العاقلة سبعمائة - فلا يدفع أولادهم شيئاً، وإن نقص كمل من أبناء الأبناء وهكذا، والجد يؤخر عن بني الإخوة هنا. ويبدأ في العصابة بالعشيرة وهم الأخوة، ثم بالفصيلة وهم الأعمام، ثم بالفخذ، ثم بالبطن، ثم بالعمارة، ثم بالقبيلة، ثم بالشعب، ثم أقرب القبائل. فمتى كمل العدد من طبقة لا يتنقل لأعلى منه، فإن لم يكمل إلا بجميع البطون كمل بها.

3 - بيت المال. والظاهر أن على الجاني مع بيت المال بقدر ما ينوبه أن لو كانت عاقلة؛ أي: يقدر أنه واحد من سبعمائة. ومرتبة بيت المال بعد العصابة. فإن لم يكن بيت المال فتنجم على الجاني، فهو في هذه الحالة قائم مقام العاقلة إن كان ممن يعقل بأن كان ذكراً بالغاً عاقلاً مليئاً.

ويشترط لأن يعقل عن الجاني أهل الديوان، والعصابة، وبيت المال، أن يكون الجاني مسلماً. وأما الذمي فيعقل عنه ذو دينه، وهو الذي رجّحه المواق، فليست عاقلة الذمي عصبته وأهل ديوانه، ولا بيت المال لأن بيت المال لا يعقل عن كافر. والمراد بذمي دينه: من يحمل معه الجزية أن لو كانت عليه وإن لم يكونوا من أقاربه، فالنصراني يعقل عنه النصراني الذين في بلده لا اليهود وعكسه.

والصلحي يؤدي عنه أهل صلح من أهل دينه، ولا يعتبر أهل ديوانه ولا عصبته على الراجح. والدليل على أن الذمي يعقل عنه أهل دينه لا عصبته⁽¹⁾: الحديث المتقدم أن النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة. وهو عام. وإذا ثبت أنه لا بد من عاقلة، وكان اليهود والنصارى ليس لهم أنساب مثل العرب والمسلمين، فلم يبق إلا التعاقل بالدين؛ لأنهم يتناصرون بالجزية ويتوالون بها، فكانت كالنسب.

مقدار ما يدفع الواحد من العاقلة:

يضرب على كل واحد ممن لزمته الدية من أهل ديوان الجاني، وعصبته، وذمي، وصلحي - إن تحاكموا إلينا - ما لا يضر به، بل على قدر طاقته. والدليل على عدم التحديد وأنه بحسب الطاقة⁽²⁾: أنه لما وجب على الغني دون الفقير، ولم يرذ فيه نص

تقدير، فلم يبق إلا الاجتهاد وصار كنفقة الأبوين وغير ذلك ممّا طريقه المواساة.

من يُعقل عنه ولا يعقل :

يعقل عن الصبيّ، والمجنون، والمرأة، والفقير، والغارم إذا جنوا. والغارم أخص من الفقير. فتغرم عاقلة هؤلاء عنهم. ووجه العقل عن الصبي والمجنون أنّ عمدتهما خطأ.

ولا يعقل هؤلاء عن أنفسهم ولا عن غيرهم؛ لأنّ علّة ضرب الدية على العاقلة التناصر والمرأة والصبي والمجنون ليس منهم تناصر، والدليل⁽¹⁾:

أ - عمل أهل المدينة. وقد صدّر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»⁽²⁾.

ب - إجماع العلماء.

وعلّة عدم عقل الفقير والغارم لأنّهما محتاجان، والدليل على عدم دخولهما⁽³⁾: القياس على الزكاة؛ لأنّ تحمّل العاقلة دية الخطأ هو على طريق المواساة، فلم يكن للفقير والغارم مدخل فيها كالزكاة.

والمعتبر في الصبا والجنون وضدهما، والعسر واليسر، والغيبة والحضور، وقتّ التوزيع على العاقلة، فما وجدت فيه الأوصاف وقت التوزيع وزع عليه وما لا فلا. فإنّ قديم غائب غيبة انقطاع وقت التوزيع فلا تضرب عليه بعد قدومه المتأخر عن التوزيع. فإن كانت غيبته غير انقطاع فتوزع عليه ولو بعدت المسافة، فإن جهل حال غيبته فإن بعدت - كأفريقية من المدينة - فلا تضرب عليه، وإلا ضربت.

وإن أيسر الفقير أو بلغ الصبي أو عقل المجنون أو اتضحت ذكورة الخنثى بعد التوزيع، فلا شيء على واحد منهم.

ولا تسقط إذا وزعت على موسر عاقل ليس غائباً غيبة انقطاع بسبب عسر طارئ أو موت أو جنون أو غيبة انقطاع.

وتحلّ الدية بالموت، وكذا بالفلس؛ فإذا ماتت العاقلة أو واحد منها أو فلس، بعد ضرب الدية، فيحلّ ما كان منجماً عليهم أو عليه ولا يسقط؛ لكونه ديناً في الذمة، والدين يحلّ بالموت والفلس. والدليل على تعلقه بالذمة وعدم السقوط⁽⁴⁾: القياس على الدين؛ لأنّه مال مستقرّ في الذمة فلم يسقط.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 221/5.

(2) المنتقى: 113/7. وانظر لدلالة قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(3) الإشراف: 835/2.

(4) الإشراف: 834/2.

ولا يدخل بدويّ من عصبة الجاني مع حَضْرِيٍّ من عصبته، ولا عكسه لعدم التناصر بينهما. فإذا لم تكْمُل العاقلة من عصبة الحاضر، وله عصبة بدو فلا ينتقل إليهم. ولا يدخل شاميّ - مثلاً - مع مصريّ؛ لأنّ كلاًّ إقليم، وكذا الحجاز. والدليل على عدم دخول أهل إقليم مع أهل إقليم آخر في العقل⁽¹⁾: أنّ من قرب من الجاني كان أقرب إلى نصرته ممّن بعد، فكانوا أولى بتحمّل العقل؛ ولأنّ من بعد قد يكونون متفرّقين في البلاد يتعذّر الوصول إليهم، فيضّر ذلك بولي الدم، فكانوا في حكم المعدومين.

أما أهل إقليم واحد حَضَرَ مثلاً فيضمون، فإذا لم تكمل العاقلة من أهل بلد ضم إليها ما قرب من العصبة.

مدّة تنجيم دية الخطأ:

تنجّم الدية الكاملة لمسلم أو غيره، ذكراً أو أنثى، عن نفس أو طرف في ثلاث سنين. وبدايتها من يوم الحُكْم فيبتدأ التنجيم منه على المشهور، لا من يوم القتل. وتجلّ أجزاءها بأواخرها؛ فيحلّ النجم الأول - وهو الثلث - في آخر السنة الأولى، وهكذا.

وينجّم الثلث كدية الجائفة والمأمومة في سنّة، وهذا هو المشهور، ودليله: قول عمر رضي الله عنه المتقدم. وقيل: لا ينجم إلا الكاملة.

وينجّم الثلثان، كجائفتين أو جائفة مع مأمومة، في سنتين. وينجّم النصف في سنتين في كل سنة ربع؛ كقلع عين أو قطع يد، وهذا هو الراجح. ودليله: قول عمر رضي الله عنه المتقدم.

وتنجّم ثلاثة الأرباع في ثلاث سنين على المشهور، في كل سنة ربع.

عدد العاقلة:

عدد العاقلة الذي لا يُضَمُّ إليه ما بعده من المرتبة البعيدة سبعمائة، وهو قول الإمام سحنون، وهو أحد قولين مشهورين، والآخر ما زادت على ألف بنحو عشرين. ورجّح الإمام ابن عرفة ثالثاً وهو أنّه لا حدّ لمن تقسم عليه الدية من العاقلة، وإنما ذلك بالاجتهاد. وعلى القولين الأولين فليس هذا حدّاً لمن يضرب عليه - بحيث لو نقصوا أو زادوا لا يضرب عليهم - بل يضرب على من وجد ولو ألفين فأكثر.

كفارة قتل الخطأ:

لا كفارة في قتل العمد، وإنما تجب الكفارة على القاتل في قتل خطأ. والدليل

على وجوب الكفارة: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾ [النساء: 92] وسيأتي توجيه الاستدلال بالآية.

والحكمة من فرض كفارة الخطأ أنّ في الخطأ نوع تقصير، فشرعت الكفارة للزجر عن هذا التقصير والحذر في جميع الأمور، لذلك قال الله تعالى في إثر تشريع الكفارة في الآية: ﴿تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ﴾، إذ كان من حقّ المخطئ أن يتحرّز ويتحفظ⁽¹⁾.
وشروط وجوب الكفارة على القاتل:

1 - الإسلام: فلا تكون إلا على المسلم؛ إذ لا كفارة على كافر لأنه ليس من أهل القرب. والدليل: قوله في قتل الخطأ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ﴾.

2 - أن يقتل الجاني مثله في الإسلام معصوماً من القتل. فخرج الذمي والمرتد والزنديق والزاني المحصن فلا كفارة على قاتلهم خطأ. والدليل: ما جاء في الآية من فرض العتق أو الصوم في قتل ثلاثة أصناف من المؤمنين: مؤمن أهله مؤمنون، ومؤمن أهله كافرون بينهم وبين المسلمين عهد، ومؤمن أهله كافرون معادون للمسلمين.

3 - أن يقتله خطأ لا عمداً عفي عنه، فتندب له الكفارة ولا تجب. والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى في قتل الخطأ: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً﴾، فدلّ على أنّ العمد خلافه.

ب - القياس على الزنا؛ لأنّه معنى موجب للقتل فلم يوجب على فاعله كفارة، أصله الزنا مع الإحصان.

وتجب الكفارة ولو كان القتل في دار الحرب، والدليل⁽³⁾: عموم الآية؛ ولأنّه مؤمن قتل خطأ كما لو قتل في دار الإسلام.

ومن الخطأ إذا انتبعت أمّ الصبي فوجدت ولدها ميتاً؛ لأنقلابها عليه وهي نائمة، فعليها الكفارة وعلى العاقلة دية الخطأ. أما لو انتبه الأب والأم فوجداه ميتاً بينهما فهدر. وإنّما كان هدراً لا كفارة ولا دية فيه للجهل بعين القاتل.

ولا يشترط لوجوب الكفارة البلوغ ولا العقل. فتجب الكفارة وإن كان قاتل الخطأ صبيّاً أو مجنوناً، والدليل⁽⁴⁾:

(1) أحكام القرآن: 475/1، والجامع لأحكام القرآن: 226/5.

(2) الإشراف: 843/2. (3) الإشراف: 844/2.

(4) الإشراف: 844/2.

أ - عموم أدلة وجوب الكفارة.

ب - القياس على البالغ؛ لأنّ الصبي والمجنون من أهل الإسلام قتلها خطأ، فوجب أن يتعلق به الكفارة كقتل البالغ.

ج - أنّ الكفارة من باب خطاب الوضع، فلا يشترط فيها التكليف لأنها كالعوض عن المتلف؛ فقتله سبب الكفارة ويخاطب وليه خطاب تكليف.

لكن قال الشيخ ابن عبد السلام التونسي: «إن كان هناك دليل شرعي من إجماع أو غيره يجب التسليم له فحسن، وإلا فمقتضى النظر سقوطها عنهما، يعني الصبي والمجنون، وردّها إلى خطاب التكليف، وقد جعل الشرع بدلاً عن الرقبة الصيام الذي هو من خطاب التكليف». ولما لم يجد ابن عرفة سبيلاً للرد على ما ذكره قال: قول ابن شاس: «يجب في مال الصبي والمجنون»، واضح كالزكاة ولم أجده لغيره من أهل المذهب نصاً، بل في وجيز الغزالي.

وتجب الكفارة ولو كان القاتل شريكاً لصبي أو مجنون أو غيرهما؛ فعلى كلّ واحد كفارة كاملة ولو كثروا؛ لأنّ الكفارة لا تتبعض لأنها عبادة واحدة ولا يصح الاشتراك فيها، والدليل⁽¹⁾: عموم أدلة وجوب الكفارة؛ ولأنّ كلّ واحد قاتل، لو كان عمداً لزمه القود، فإذا كان مخطئاً لزمته كفارة كاملة كالمنفرد.

أنواع كفارة القتل الخطأ:

1 - عتق رقبة مؤمنة سليمة. والدليل على العتق قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ [النساء: 92]. الفاء في قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ﴾ رابطة لجواب الشرط، و «تحرير» مرفوع على الخبرية لمبتدأ محذوف من جملة الجواب لظهور أن المعنى: فحكمه أو فشأنه تحرير رقبة. وقد جعل هذا التحرير بدلاً من تعطيل حق الله في ذات القاتل، فإن القاتل عبد من عباد الله ويرجى من نسله من يقوم بعبادة الله وطاعة دينه، فلم يخل القاتل من أن يكون فوت بقتله هذا الوصف، وقد نهت الشريعة بهذا على أن الحرية حياة، وأن العبودية موت؛ فمن تسبب في موت نفس حية كان عليه السعي في إحياء نفس كالميتة وهي المستعبدة⁽²⁾.

2 - صوم شهرين متتابعين، عند العجز عن الرقبة. وذلك كالظهار فما يطلب في الشهرين فيه يطلب هنا؛ من كون الشهرين متتابعين بالهلال وتمم الأول إن انكسر من الثالث إلى آخر ما مرّ. والدليل على الصوم: الآية المتقدمة. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى نصّ على العتق في قتل المؤمن سواء كان من أهل دار الإسلام، أو كان من قوم

(1) الإشراف: 844/2.

(2) التحرير والتنوير: 159/5.

كافرين بينهم وبين المسلمين عداء، أو كان من قوم كافرين بينهم وبين المسلمين عهد. ثم نصّ على صيام شهرين متتابعين لمن لم يجد العتق. والصيام بدل عن العتق فقط وليس بدلاً عن الدية لمن تجب له الدية؛ لأنّ العتق هو ما يلزم القاتل وأما الدية فلا تلزمه وإنما تلزم العاقلة، فليس عليه بدلها⁽¹⁾.

فإن عجز عن الإعتاق والصوم كانت الكفارة في ذمته، ولا ينتقل إلى إطعام ولا إلى شيء آخر؛ لأنّ الآية حدّدت ما يجب في الكفارة بالترتيب، فدَلَّ على أنّ عدم وجوب ما عدا ذلك⁽²⁾.

متى تندب الكفارة:

تندب الكفارة للمسلم في ما يلي:

- في قتل جنين على المشهور، وقيل لا تندب. ودليل القول بعدم الندب⁽³⁾: أنّه لا يعلم أنّه كان حيّاً في بطن أمّه، بدليل أنّه لا يحكم له بحكم الحي ما دام حملاً؛ ولأنّ الأرش الواجب فيه مقدّر تقدير أرش الأحياء، فلم تجب الكفارة فيه كالعضو. ومحلّ الندب إن كان فيه العشر، كان القتل عمداً أو خطأ. وإن كان فيه الدية على ما تقدم وقته خطأ فيجب الكفارة.
- في قتل عمْدٍ لم يقتل به، لكونه عفي عنه، أو لعدم المكافأة.
- في قتل ذميّ قتله المسلم عمداً أو خطأ، فتندب للقاتل.

ما يجب على قاتل العمد إذا لم يقتص منه:

يجب على القاتل عمداً إذا كان بالغاً ولم يقتل، لنحو عفو أو عدم مكافأة، جلد مائة وحبس سنة من غير تغريب. وسواء كان القاتل ذكراً أو أنثى، مسلماً أو غيره، وكان المقتول مسلماً وعفا أو لياؤه عن القاتل أو غير مسلم من أهل الذمّة. ودليل الجلد والحبس سنة⁽⁴⁾:

أ - فعل عمر رضي الله عنه.

ب - قول علماء أهل المدينة.

القسامة:

القسامة في اللغة: الأيمان. وشرعاً: هي حلف خمسين يمينا على إثبات الدم⁽⁵⁾. القسامة كانت في الجاهلية وأقرّها الإسلام. وحكمها الوجوب، والدليل⁽⁶⁾:

(1) أحكام القرآن: 479/1.

(2) الإشراف: 845/2.

(3) الإشراف: 839/2.

(4) بداية المجتهد: 438/2.

(5) المصباح المنير: 503، وحدود ابن عرفة: 484.

(6) الإشراف: 840/2، والمقدمات: 301/3.

أ - عن بشير بن يسار أنّ عبد الله بن سهل الأنصاري، ومحبيصة بن مسعود، خرجا إلى خيبر ففترقا في حوائجهما، فقتل عبد الله بن سهل، فقدم محبيصة فأتى هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن بن سهل إلى النبي ﷺ، فذهب عبد الرحمن ليتكلم لمكانه من أخيه، فقال رسول الله ﷺ: «كَبْر، كَبْر» فتكلم حويصة ومحبيصة، فذكرا شأن عبد الله بن سهل، فقال لهم رسول الله ﷺ: «أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم؟» قالوا: يا رسول الله لم نشهد ولم نحضر. فقال لهم رسول الله ﷺ: «فتبرئكم يهود بخمسين يمينا» فقالوا: يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار. فزعم بشير بن يسار أن رسول الله ﷺ وداه من عنده⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴿١٨﴾﴾ [يوسف: 18]. ووجه الاستدلال أن يعقوب ﷺ اتهم إخوة يوسف ﷺ حين رأى القميص لم يصبه تمزيق، وقال لهم: تزعمون أنّ الذئب أكله، ولو أكله لشق قميصه قبل أن يفضي إلى جلده، وما أرى بالقميص من شق. وقد استدلل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل الفقه كالقسامة وغيرها، واستدلوا على أنّ يعقوب ﷺ استدلل على كذبهم بصحة القميص؛ وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح، وهي قوة التهمة⁽²⁾.

ج - عن عمرو بن شعيب عن رسول الله ﷺ أنه قتل بالقسامة رجلاً من بني نصر بن مالك ببحرة الرغاء على شط لية البحرة⁽³⁾.

د - المصلحة؛ لأنّ في ترك الحكم بها إضاعة الدماء؛ لأنّ من يريد قتل غيره إنما يتعمد به المواضع الخالية التي يأمن فيها أن يراه إنسان في الغالب، فلو لم يحكم فيها باللوث لم يشأ من يريد قتل غيره ولا يؤخذ به إلا وفعل ذلك من غير تعذر، وفي ذلك هدر الدماء.

وأدلة وجوب الحكم بالقسامة مخصصة لعدد من الأصول هي:

أ - أنّ الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء.

ب - أنّ الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً.

ج - أنّ الأصل أنّ على المدعي البيّنة.

(1) أخرجه مالك في القسامة، باب تبذئة أهل الدم في القسامة؛ والبخاري في الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله؛ ومسلم في القسامة والمحاربين.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 106/9.

(3) أخرجه الترمذي في الديات، باب القتل بالقسامة.

وقد رأى الإمام مالك أن القسامة حكم منفرد بنفسه مخصص للأصول، وأن العلة في ذلك صيانة الدماء، وذلك أن القتل لما كان يقلّ عليه الشهادة، لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات، شرع هذا الحكم حفظاً للدماء⁽¹⁾.

وهي توجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ. ودليل وجوبها القصاص⁽²⁾:

أ - الحديث، فقد قال ﷺ: «وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم».

ب - القياس على الشهود؛ لأنها حجة ثبت بها كلّ عمد، فجاز أن يستحق بها قتل من يثبت عليه، قياساً على الشهود.

ودليل وجوب الدية بها في الخطأ⁽³⁾: أنه استحقاق دم فوجب أن يستحق بما يستحق به دم العمد.

وأسباب القسامة ما يلي:

1 - أن يكون المقتول مسلماً. فلا قسامة في قتل الكافر. وسواء كان المسلم بالغاً أو صبيّاً، قتل بجرح أو ضرب أو سم.

2 - أن يوجد لوث - بفتح اللام وسكون الواو -، وهو الأمر الذي ينشأ عنه غلبة الظن بأنه قتله. ولقائل أن يقول: أين اللوث في حديث القسامة؟ والجواب: أن العداوة التي كانت بين الأنصار واليهود بمنزلة اللوث⁽⁴⁾.

ومن أمثلة اللوث ما يلي:

* أن يشهد شاهدان عدلان على قول مُسلم بالغ: «قَتَلَنِي» أو «جَرَحَنِي» أو «ضَرَبَنِي» فلأنّ أو يقول: «دَمِي عنده»؛ ويستمر على إقراره إلى الموت، ويكون به جرح أو أثر ضرب أو سم، وهي التدمية الحمراء.

والدليل على أنّ ذلك لوث⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً قَالُوا أَتَذْبَحُونَا هُرُوءًا قَالَ أَعُوذُ بِاللَّهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ ﴿٧٧﴾﴾ [البقرة: 67] إلى قوله: ﴿فَقُلْنَا أَضْرِبُوهُ بِبَعْضِهَا كَذَلِكَ يُعَذِّبُ اللَّهُ الْمُؤْمِنِينَ وَيُزِيحُكُمْ عَنْ ظُهُورِكُمْ أَلَمْ تَكُنْ تَعْلَمُونَ ﴿٧٦﴾﴾ [البقرة: 73]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى أمر بني إسرائيل بذبح بقرة وضرب القتيل ببعضها ليحيا ويخبرهم عن قاتله. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ولم يوجد ناسخ بل أقرّ الإسلام القسامة باللوث وقول القتيل: قتلني فلان، ونحو ذلك. وانظر مناقشة ابن رشد

(1) بداية المجتهد: 462/2، وإكمال الإكمال: 75/6.

(2) الإشراف: 841/2، والمقدمات: 302/3، والمعلم: 373/2.

(3) المقدمات: 308/3. (4) الجامع لأحكام القرآن: 460/1.

(5) الإشراف: 841/2، والمقدمات: 306/3، 308.

لاعتراض ابن عبد البر على الاستدلال بهذه الآية⁽¹⁾. وحاصل الاعتراض أن القصة كانت معجزة لموسى عليه السلام، وحاصل الجواب: أن المعجزة إنما كانت في إحياء الميت، فلما صار حياً كان كلامه كسائر كلام الأدميين في القبول والرد⁽²⁾.

ب - الاستحسان. ووجهه أن اللوث معنى ينضم إلى دعوى الأولياء فيقوى به صدقهم، ومعلوم أن غالب أحوال المسلمين عند الموت والإشراف عليه أنهم لا يتزودون للقاء الله تعالى قتل النفوس المحرمة والزيادة في ارتكاب الآثام والمعاصي، بل الغالب منهم ضدّ هذا، من الإقلاع عن المآثم والثوب والتخوف وردّ المظالم، فإن كان كذلك كان هذا من أقوى ما يؤيد قول المقتول، ويغلب معه في الظن صدقه؛ ولأنه ليس أحد أعدى للإنسان من قاتله، فالتهمة منفية عنه في الكذب على غيره. ثم إن مدار الأحكام على غلبة الظن، ويتأيد قول القاتل بالقسامة، وهي أيمان مغلظة احتياطاً في الدماء؛ ولأن الغالب على القاتل إخفاء القتل عن البيئات فاقضى الاستحسان ذلك.

ج - أن مقصد القسامة إنما هو لحراسة الأنفس، وإنما يطلب فيها الشبهة واللوث لإيجاب القصاص الذي هو حياة الأنفس، وليتناهى الناس عن القتل. قال ابن رشد الجدل: «ليس المبتغى في إيجاب القسامة القطع والبث، وإنما المبتغى شبهة تنضاف إلى دعوى الأولياء تقويها وتلطخ المدعى عليه، حتى يغلب على الظن صدق دعواهم، ولذلك سمي لطحاً ولوئاً، كل ذلك حراسة للدماء ومنعاً من الاجترار عليها. والمعلوم من حال الناس عند الموت الإنابة والاستشعار للتوبة والإقلاع عن المعاصي والندم عليها، هذا ما لا يدفع ضرورة، فإذا أخبر في تلك الحال بقاتله غلب على الظن صدق مقاله، إذ يبعد أن يتهم من هو في تلك الحال أن يريد أن يبوء بإثم القتل»⁽³⁾.

فلو قال: فلان بل فلان، أو تردد، أو لم يكن أثر جرح - وهي التدمية البيضاء⁽⁴⁾ - بطل اللوث فلا قسامة. واحترز «بالمسلم» عن الكافر، و«بالبالغ» عن الصبي، فلا يقبل قولهم والمراد بفلان: اسم القاتل مسلماً أو كافراً، بالغاً أو صبيّاً، ذكراً أو أنثى. وسواء كان قول المسلم: قتلني ونحو ذلك عمداً أو خطأ؛ ففي العمدة يستحقون بالقسامة القصاص وفي الخطأ الدية.

وتجب القسامة باللوث ولو كان القاتل: «قتلني، إلخ» فاسقاً لعدل؛ أي: ادعى على عدل ولو أعدل وأروع أهل زمانه أنه قتله؛ أو كان القاتل ابناً لأبيه؛ أي: ادعى على أبيه أنه ذبحه أو شقّ جوفه أو رماه بحديدة قاصداً قتله فيقسمون ويقتل فيه، وإلا فيقسمون ويأخذون الدية مغلظة.

(1) المقدمات: 306/3.

(2) المقدمات: 308/3.

(2) أحكام القرآن: 24/1.

(4) التدمية البيضاء هي التي ليس فيها إلا قول القاتل: قتلني؛ دمي عند فلان، بدون أن يكون عليه أثر ضرب أو جرح.

وإذا أطلَقَ القائل ولم يقيدَ بعمد ولا خطأ بيّن أولياؤه أنه عمد أو خطأ وأقسموا على ما بينوا. وبطلت القسامة إن قالوا: لا نعلم هل القتل عمداً أو خطأ أو لا نعلم من قتله؛ أو اختلفوا بأن قال بعض الأولياء: قتله عمداً، وقال بعضهم: لا نعلم هل قتله خطأ أو عمداً فيبطل الدم؛ لأنهم لم يتفقوا على أن وليهم قتل عمداً حتى يستحقوا القود، ولا على من قتله فيقسمون عليه. أما لو قال بعضهم: قتله خطأ، وقال البعض: لا نعلم خطأ أو عمداً، فلمدعي الخطأ الحلف لجميع أيمان القسامة ويأخذ نصيبه من الدية لأن الثابت في الخطأ مال أمكن توزيعه، ولا شيء لغيره. ومثله لو قالوا جميعاً: خطأ، ونكل البعض. فلو قال بعضهم: خطأ وقال بعضهم: عمداً، فإن استووا في الدرجة - كالبنين أو الإخوة فيحلف الجميع على كل طَبَقٍ دعواه على قدر إرثه، ويقضى للجميع بدية الخطأ. فلو نكل مدعي الخطأ عن الحلف فلا شيء للجميع وإن نكل بعض مدعي الخطأ فلمدعي العمد الدخول في حصة من حلف.

* أن يعاين الشاهدان العدلان الضرب أو الجرح، خطأ أو عمداً. وتأخر الموت شرط في القسامة. أما إذا لم يتأخر فيستحقون الدم أو الدية بدون قسامة. وكيفية القسامة في هذا المثال أن يُقسَمَ أولياؤه: «لَمِنْ ضَرَبِهِ أو جرحه حتى مات» بتقديم الجار لإفادة الحصر، أو إنما مات منه. وأما في المثال الأول فيحلفون: «لقد قتله».

* أن يشهد عدل بمعاينة الضرب أو الجرح مطلقاً، عمداً أو خطأ، تأخر الموت أو لم يتأخر. وكيفية القسامة أن يُقسَمَ الأولياء خمسين يميناً صيغتها المشتملة على اليمين المكملة للنصاب مع شهادة العدل: «لقد جَرَحَهُ أو ضربه ومات منه».

* أن يشهد عدل بإقرار المقتول بعمد أو خطأ، أنه قال: «إن فلاناً جرحني أو ضربني عمداً أو خطأ» وشهد عدل على قوله، فشهادته لوث يحلف الأولياء خمسين يميناً بالصيغة المشتملة على اليمين المكملة للنصاب، فلا يحتاجون ليمين منفردة على المعتمد؛ فيقسمون «لقد قَتَلَهُ».

* أن يشهد عدل برؤية المقتول وهو يتسخط في دمه، والشخص المتهم بالقتل قُربه عليه أثر القتل؛ ككون الآلة بيده ملطخة بدم، أو خارجاً من مكان المقتول وليس فيه غيره، فتكون شهادة العدل على ما ذكر لوثاً يحلف الأولياء أيمان القسامة ويستحقون القود في العمد والدية في الخطأ.

ودليل اعتبار شهادة العدل لوثاً: أنه يقوي الظن به، ولأن له تأثيراً في الأصول في نقل اليمين إلى جنبه المدعي⁽¹⁾.

واعلم أنه تلزمه القسامة ولو تعدد اللوث؛ كشهادة عدل بمعاينة القتل مع عدلين

على قول المقتول: قتلني فلان، فلا يقتصون ولا يأخذون الدية إلا بعد القسامة. وليس من اللوث وجود المقتول بقرية قوم، ولو مسلماً بقرية كفار. والدليل⁽¹⁾: أنَّ الغالب من حال من يقتل غيره أن يبعدة عنه وعن محلته، ويتعمد نقله في غير موضعه، ولذا فإن تركه في موضع مقتولاً يقوِّي نفي كون القاتل من غيرهم.

وهذا إذا كان يخالطهم غيرهم في القرية، وإلا كان لوثاً يوجب القسامة، وذلك كما جعل النبي ﷺ القسامة لابني عم عبد الله بن سهل حيث وجد مقتولاً بخيبر؛ لأن خيبر مكان لا يخالط اليهود فيها غيرهم⁽²⁾.

وكذا ليس من القسامة وجود المقتول بدار، لجواز أن يكون قتله غير أهل القرية والدار ورماه عندهم حيث كان يخالطهم غيرهم في الدار أيضاً.

وإن انفصلت جماعة من المسلمين بغى بعضهم على بعض لعداوة بينهم، وإن كانوا تحت طاعة الإمام، عن قتلهم ولم يعلم القاتل فقال مالك في المدونة: لا قسامة ولا قود ودمهم هدر، قال المقتول: قتلني فلان أم لا، قام له شاهد من البغاة أم لا. إذ لو قام شاهد من غيرهم لكان لوثاً قطعاً. وقال ابن القاسم تفسيراً لقول الإمام في العتبية: «لا قسامة ولا قود»: إن تجرد القتل عن تدمية وعن شاهد. أما لو قال: دمي عند فلان، أو شهد بالقتل شاهد من البغاة فالقسامة والقود، وهو الذي جرى عليه الشيخ خليل لكونه المفتى به.

وإن تأوَّل البغاة بأن قامت شبهة لكل طائفة تقتضي جواز المقاتلة، فالمقتول من كل طائفة هدر؛ فلو تأولت إحدى الطائفتين ففي مقتولها القصاص وفي الأخرى هدر؛ لأنَّ المتأولة دافعة الظالمة عن نفسها.

كيفية القسامة:

القسامة المتقدم ذكرها خمسون يمينا، يحلفها البالغ العاقل متوالية بدون تفريق بزمان أو مكان.

ويحلفونها على البت والجزم، فلا يكفي قولهم: لا نعلم غيره قتله، بل يقولون: والله الذي لا إله غيره لمن ضربه مات أو: لقد قتله، ويعتمد البات على ظن قوي.

وتحلف على البت وإن كان اليمين من أعمى أو من غائب حال القتل، إذ قد يحصل لهما العلم بالخبر كما يحصل بالمعاينة.

وتوزع الأيمان على أولياء الدم، خلافاً لمن قال: يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا، والدليل: أن لفظ «خمسین» في الحديث يفيد أن المطلوب في القسامة خمسين

يميناً كان ولي الدم واحد أو أكثر، فلو كانت الأيمان بعدد الأولياء كانت القسامة بأكثر من خمسين يميناً⁽¹⁾.

وإذا وزعت الأيمان على عدد وحصل كسران أو أكثر فإنها تكمل على ذي أكثر كسرها، ولو كان صاحب أكثر الكسر أقل نصيباً؛ كينت مع ابن فعلية ستة عشر وثلثان، وعلى الابن ثلاثة وثلثون وثلث، فكسرها أكثر، فتحلف سبعة عشر، والابن ثلاثة وثلثين؛ وكأم وأخ لأم وزوجة وعاصب، على الزوجة اثنا عشر يميناً ونصف، وعلى الأخ للأم ثمانية وثلث، وعلى الأم ستة عشر وثلثان، فتحلف سبعة عشر، ويكمل العاصب والزوجة يمينه للتساوي، وسقط كسر الأخ للأم فقط، خلافاً لعبد الباقي.

ولأبأن ساوت الكسور، فعلى الجميع تكميل ما انكسر عليه للتساوي؛ كثلاثة بنين على كل ستة عشر وثلثان، فيحلف كل واحد سبعة عشر. فكون القسامة خمسين يميناً إذا لم يكن كسر وإلا فتزيد.

ويبدأ أولياء الدم بالأيمان، فإن نكل الأولياء عن الأيمان نقلت إلى المدعى عليه، والدليل:

أ - ما جاء في الحديث قوله ﷺ: «أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم؟»، وفيه أنه بدأ بعرضها على الأولياء؛ وقوله ﷺ: «فتبرئكم يهود بخمسين يميناً» وفيه أنه نقل الأيمان إلى المدعى عليهم⁽²⁾. وراجع ما تقدم من الأدلة على أنّ اليمين تتوجه على أقوى المتداعيين سبباً في باب القضاء، وها هنا الأولياء أقوى سبباً باللوث الذي يغلب معه الظنّ صدق دعواهم، فوجب كون اليمين في جنبتهم⁽³⁾. وعلة التبدئة بالمدعين في القسامة بالأيمان تحصين الدماء، لغلبة الخفية والغيلة في القتل، بحيث يعسر الإشهار؛ والقاتل يستخفّ الأيمان كما يستخفّ القتل ويصرّ على الإنكار في غالب الأمر؛ فلذلك يبتدئ المدعون في القسامة بالأيمان، فهذا مما يجتمع فيه عدة علل في حكم واحد⁽⁴⁾.

ب - عمل أهل المدينة. قال مالك: «وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا، والذي لم يزل عليه عمل الناس أنّ المبدئين بالقسامة أهل الدم»⁽⁵⁾.

(1) الإشراف: 843/2. (2) الإشراف: 841/2، والمقدمات: 303/3.

(3) الإشراف: 841/2، والمقدمات: 303/3.

(4) مفتاح الوصول: 110.

(5) الموطأ: 879/2. وانظر لدلالة قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول:

76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

المقسمون في القسامة:

يَحْلِفُ أَيْمَانَ الْقِسَامَةِ فِي الْخَطَأِ مَنْ يَرْتُ الْمَقْتُولَ مِنَ الْمَكْلِفِينَ. وَتَوَزَعُ هَذِهِ الْأَيْمَانَ عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ. وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ إِلَّا رَجُلًا وَاحِدًا كَأَخٍ لِلْأُمِّ، أَوْ لَمْ يَوْجَدْ إِلَّا امْرَأَةً وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَأْخُذُ حِظَّهُ مِنَ الدِّيَةِ.

وَلَا يَأْخُذُ أَحَدٌ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ الْحَاضِرِينَ الْبَالِغِينَ، إِذَا غَابَ بَعْضُهُمْ أَوْ كَانَ صَغِيرًا، شَيْئًا مِنَ الدِّيَةِ مِنَ الْعَاقِلَةِ إِلَّا بَعْدَ حَلْفِهِ جَمِيعِ الْأَيْمَانَ وَيَأْخُذُ حِصَّتَهُ مِنَ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا يَخَاطِبُونَ بِالدِّيَةِ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الدَّمِ.

ثُمَّ بَعْدَ حَلْفِ الْحَاضِرِ جَمِيعِ الْأَيْمَانَ حَلْفٌ مِنْ حَضَرَ مِنَ الْغَيْبَةِ أَوْ بَلَغَ الصَّبِيِّ حِصَّتَهُ مِنَ أَيْمَانَ الْقِسَامَةِ فَقَطْ، وَيَأْخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الدِّيَةِ.

وَلَا يَحْلِفُ أَيْمَانَ الْقِسَامَةِ فِي الْعَمْدِ أَقَلَّ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ النِّسَاءَ لَا يَحْلِفْنَ فِي الْعَمْدِ لِعَدَمِ شَهَادَتِهِنَّ فِيهِ، فَإِنْ انْفَرَدَ عَنْ رَجُلَيْنِ صَارَ الْمَقْتُولُ كَمَنْ لَا وَاثَرَ لَهُ، فَتَرَدُّ الْأَيْمَانَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَصَبَةً وَلَوْ لَمْ يَرِثُوا. بَأَنَّ كَانَ هُنَاكَ مِنْ يَحْجُبُهُمْ كَمَا يَأْتِي. وَالِدَلِيلِ عَلَى عَدَمِ حَلْفِ أَقَلِّ مِنْ اثْنَيْنِ مِنْ رَجُلَيْنِ، وَالِدَلِيلِ: أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَا يَقْتُلُ الْقَاتِلَ بِأَقَلِّ مِنْ شَاهِدَيْنِ، لَمْ يَسْتَحَقِّ دَمَهُ إِلَّا بِقِسَامَةِ رَجُلَيْنِ⁽¹⁾.

وَالِدَلِيلُ عَلَى عَدَمِ حَلْفِ النِّسَاءِ فِي الْقِسَامَةِ فِي الْعَمْدِ: عَمَلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ. قَالَ الْإِمَامُ مَالِكٌ: «الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ فِي الْقِسَامَةِ فِي الْعَمْدِ أَحَدٌ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وِلَاةٌ إِلَّا النِّسَاءُ، فَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ قِسَامَةٌ وَلَا عَفْوٌ»⁽²⁾.

وَلَا يَقْسَمُ فِي الْعَمْدِ إِلَّا عَلَى وَاحِدٍ مِنَ الْجَمَاعَةِ الْمَلُوثِينَ بِالْقَتْلِ يُعَيَّنُ بَعِيْنَهُ الْمُدَّعَى لَهَا لِلْقِسَامَةِ، يَقُولُونَ فِي الْأَيْمَانَ: لَمَنْ ضَرَبَهُ مَاتَ، لَا مَنَ ضَرَبَهُمْ.

وَلَا يَقْتُلُ بِالْقِسَامَةِ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ. وَالِدَلِيلُ⁽³⁾: مَا جَاءَ فِي رِوَايَةِ لِلْحَدِيثِ قَوْلُهُ ﷺ: «يَقْسَمُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيُدْفَعُ بِرِمْتِهِ»⁽⁴⁾.

فَإِنْ اسْتَوُوا فِي قَتْلِ الْعَمْدِ، كَحَمَلِ صَخْرَةٍ وَرَمَوْهَا عَلَيْهِ فَمَاتَ، فَيَقْسَمُونَ عَلَى الْجَمِيعِ وَيَقْتُلُ الْجَمِيعَ حَيْثُ رَفَعَ حَيًّا وَأَكَلَ ثُمَّ مَاتَ، فَلَوْ مَاتَ مَكَانَهُ أَوْ أَنْفَذَتْ مَقَاتِلَهُ قَتَلَ الْجَمِيعَ بَدُونَ قِسَامَةٍ، وَهَذَا الرَّاجِحُ. فَلَوْ أَمْسَكَ شَخْصًا وَقَالَ لِأَخْرَجْ: اضْرِبْهُ فَضَرَبَهُ وَهُوَ يُمْسِكُهُ حَتَّى مَاتَ فَكَذَلِكَ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَقَالَ عَبْدُ الْبَاقِي: يَقْسَمُ عَلَيْهِمَا وَيَقْتُلَانِ.

(1) المقدمات: 311/3.

(2) الموطأ: 881/2، والمنتهى: 62/7. وانظر لدلالة قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(3) المعونة: 1350/3. (4) أخرجه مسلم في القسامة والمحاريب.

وعلى الولي إن كان واحداً أو تخييراً إن تعدد، الاستعانة في القسامة بعاصبه، وإن لم يكن عاصب المقتول كامراًة مقتولة ليس لها عاصب غير ابنها وله إخوة من أبيه، فيستعين بهم أو ببعضهم أو بعمه مثلاً، فالمراد بعاصبه أي جنسه واحد أو أكثر، وإن أجنبياً من المقتول.

وتوزع الأيمان على مستحقي الدم، فإن زادوا على خمسين اجتزئ منهم بخمسين، وكفى في حلف جميعها اثنان من الأولياء إذا طاعا بذلك من جملة الأولياء حيث كانوا غير ناكلين.

ونكول المعين من عصبه الولي لا يعتبر، فيستعين بغير الناكل من عصبه الولي. بخلاف نكول غير المعين فإنه معتبر إذا كانوا في درجة واحدة؛ كبنين أو إخوة نكل بعضهم. ولا يضر نكول أبعد مع أقرب، فإذا نكل بعض الأولياء المستوين في الدرجة فترد الأيمان على المدعى عليهم بالقتل، كما ترد لو لم يوجد من الأولياء إلا رجل ليس له معين، فيحلف كلُّ منهم خمسين يميناً إن تعددوا؛ لأن كل واحد منهم متهم بالقتل، وإن كان لا يقتل بالقسامة إلا واحد. فإذا كان المتهم واحداً حلف الخمسين يميناً.

ومن نكل من المدعى عليه بالقتل حبس حتى يحلف خمسين أو يموت في السجن حيث كان متمرداً، وإلا فبعد سنة يضرب مائة ولا يطلق حتى يحلف أو يموت مطلقاً، ورجحه الأشياخ.

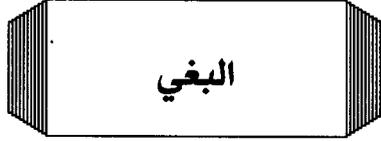
إقامة شاهد واحد على الجرح:

إذا أقام المدعي شاهداً واحداً على جرح، خطأ أو عمداً، فيه شيء مقدر شرعاً، فيحلف واحدة ويأخذ العقل. فلو كان الجرح عمداً لا شيء فيه مقدر اقتص بالشاهد واليمين كما تقدم.

وإذا أقام المدعي شاهداً على جنين ألقته ميتاً أو مستهلاً، حلف مقيم الشاهد يميناً واحدة، وأخذ الغرة إن نزل ميتاً والدية إن استهل، بقسامة في الخطأ، وأما في العمد فالقود بقسامة.

فإن نكل المدعي عن اليمين مع الشاهد برئ الجاني. ومحل كون الجاني ييراً إن حلف يميناً واحدة. فإن لم يحلف غرم ما يلزمه في جميع الصور. أما الجارح عمداً فإنه إن نكل يحبس، فإن طال عوقب وأطلق. تم باب الجنایات والحمد لله رب العالمين.





تعريف البغي لغة:

البغي لغة التعدّي. يقال: بغى الرجل على الرجل إذا استطال وتعدّى عليه. قال ابن العربي: هو الطلب، إلا أنه مقصور على طلب خاصّ وهو أن يبغى على ما لا يبغى ابتغاؤه.

تعريف البغي شرعاً:

هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية.

تعريف الفرقة الباغية:

الباغية فرقة أبت طاعة الإمام الحقّ، في غير معصية، بمغالبة، ولو تأويلاً.

شروط ثبوت البغي:

من خلال تعريف البغي والفئة الباغية تحصل شروط، إذا توفرت اعتبر الشخص باغياً والفرقة باغية. وهذه الشروط هي الآتية:

1 - أن يكون الشخص أو الفرقة من المسلمين.

2 - أن يقع الامتناع عن طاعة الإمام العادل.

3 - أن يكون الإمام إمام حقّ. وهو الذي ثبتت إمامته بأحد الأمور التالية⁽¹⁾:

الأول: بإيصال الخليفة السابق عند موته له - حيث كان الموصى له متأهلاً - .

الثاني: باختيار أهل العلم، وهم أهل الحل والعقد. وذلك إذا لم يوص السابق

أو أوصى لغير متأهل.

الثالث: بتسليم العدول ذوي الرأي له ودخول عموم الناس في الطاعة.

وهذا الشرط بالنسبة للمتغلب قهراً؛ أي: إنّ المتغلب لا تثبت إمامته إلا إذا سلّم

له أهل الحلّ والعقد. ومثل الإمام نائبه. والدليل على هذا الشرط: قتال الإمام

الحسين عليه السلام يزيد بن معاوية. فقد كان خروجه عليه مشروعاً؛ لأن يزيد لم يسلم أهل

(1) أما شروط الإمامة فمكانها كتب أصول الدين.

العلم ولا أهل الحجاز إمامته لظلمه، وللوصية له من قبل أبيه بدون موافقة أهل الحلّ والعقد لعدم أهليته. وعلى هذا يحمل حديث النبي ﷺ فيما رواه عبادة بن الصامت قال: بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في العسر واليسر، والمنشط والمكره، وعلى أثرة علينا، وعلى أن لا ننازع الأمر أهله، وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم⁽¹⁾؛ ويزيد بن معاوية ليس أهلاً للإمامة. قال ابن العربي مستدلاً للذين قالوا بالخروج على الظالم: الذي لزمته فيه العهدة وانعقدت عليه البيعة أن لا ننازع الأمر أهله، أمّا أن يترك - أي: أمر الإمامة - بيد من ليس له بأهل يظلم ويجور ويعبث فلا. وبهذا التأويل خرج الفضلان الحسين بن علي وعبد الله بن الزبير على يزيد، وخرج القراء - أي: ومعهم سعيد بن جبير - على الحجاج بن يوسف⁽²⁾.

4 - أن يكون الامتناع عن الطاعة في غير معصية. ومثال غير المعصية التي يمتنع البغاة من الطاعة فيها: منع حق لله أو لأدمي وجب عليهم كزكاة، وأداء ما عليهم مما يجبي لبيت المال كخراج الأرض العنوة، فإذا كلف الإمام الناس بمال ظلماً فامتنعوا من إعطائه وقاتلهم فقاتلوه لا يكونون بغاة.

ومثل غير المعصية إذا أبوا طاعته يريدون عزله ولو جار، إذ لا يعزل بعد انعقاد إمامته، وإنما يجب وعظه على من له قدرة. وإنما يعزل بالكفر، قال صاحب الجوهرة: «إلا بكفر فانبذ عهده».

5 - أن يكون الامتناع بمغالبة؛ أي: إظهار القهر؛ ولو لم يقاتل الإمام. وقيل: المراد بها المقاتلة.

البغي تأويلاً:

من توفرت فيه هذه الشروط، من الخروج على الإمام الحق العادل، فهم بغاة، ولو كانوا متأولين في عدم طاعتهم لشبهة قامت عندهم، فهم في تأويلهم لشبهة مخطئون غير مصيبين. ولا إثم مع التأويل؛ لأنه لا يلزم من الخطأ حصول الإثم. والدليل أن من توفرت فيه الشروط المذكورة يعتبر باغياً:

أ - عن عكرمة أن ابن عباس قال له ولابنه علي بن عبد الله: اثتيا أبا سعيد فاسمعا من حديثه. فأتيناه وهو وأخوه في حائط لهما يسقيانه. فلما رأنا جاء فاحتبى وجلس فقال: كنا ننقل لبن المسجد لبنة لبنة، وكان عمار ينقل لبنتين لبنتين، فمر به النبي ﷺ ومسح عن رأسه الغبار، وقال: «ويح عمار تقتله الفئة الباغية، عمار يدعوهم

(1) أخرجه مسلم في الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء.

(2) عارضة الأحوذى: 94/7.

إلى الله ويدعونه إلى النار»⁽¹⁾. وقد كان عمار رضي الله عنه في صف أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

ب - عن أبي سعيد قال: بينا النبي صلى الله عليه وسلم يقسم جاء عبد الله بن ذي الخويصرة التميمي فقال: اعدل يا رسول الله. فقال: «ويلك، ومن يعدل إذا لم أعدل؟» قال عمر بن الخطاب: دعني أضرب عنقه، قال: «دعه فإن له أصحاباً يحقر أحدكم صلاته مع صلاته، وصيامه مع صيامه، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية؛ ينظر في قذذه فلا يوجد فيه شيء، ثم ينظر في نصله فلا يوجد فيه شيء، ثم ينظر في رصافه فلا يوجد فيه شيء، ثم ينظر في نضيه فلا يوجد فيه شيء، قد سبق الفرث والدم؛ أي: تهم رجل إحدى يديه أو قال ثديه مثل ثدي المرأة، أو قال مثل البضعة تدردر؛ يخرجون على حين فرقة من الناس» قال أبو سعيد: أشهد سمعت من النبي صلى الله عليه وسلم، وأشهد أن علياً قتلهم وأنا معه، جيء بالرجل على النعت الذي نعته النبي صلى الله عليه وسلم قال: فنزلت فيه: ﴿وَمِنْهُمْ مَّن يَلْمِزُكَ فِي الصَّدَقَاتِ﴾⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر عن خروج الخوارج في زمن يكون فيه المسلمين في فرقة، بقوله: «يخرجون على حين فرقة من الناس»، وورد في رواية الكشميني لصحيح البخاري بلفظ «على خير فرقة» وقد خرجوا على إمام المسلمين في ذلك الوقت علي بن أبي طالب رضي الله عنه، واعتبرها القاضي ابن العربي الأصح من الروایتين، لما روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فيهم: «تمرق مارقة في فرقة من الناس فيلي قتلهم أولى الطائفتين بالحق»، وفي رواية: «أدنى الطائفتين إلى الحق»⁽³⁾، ولما كان الذي قاتلهم هو علي رضي الله عنه، كان هو خير الفرقتين، وأولى الطائفتين بالحق وأدناها إليه، وكان معاوية ومن معه على خلاف ذلك بدلالة الأحاديث⁽⁴⁾. قال ابن العربي بناء على ما تقدم من أدلة: «فتقرر عند علماء المسلمين وثبت بدليل الدين أن علياً رضي الله عنه كان إماماً، وأن كل من خرج عليه باغ، وأن قتاله واجب حتى يفيء إلى الحق وينقاد إلى الصلح؛ لأن عثمان رضي الله عنه قتل والصحابة برآء من دمه؛ لأنه منع من قتال من ثار عليه، وقال: لا أكون أول من خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمته بالقتل، فصبر على البلاء، واستسلم للمحنة وفدى بنفسه الأمة. ثم لم يمكن ترك الناس سدى، فعرضت الإمامة على باقي الصحابة الذين ذكرهم عمر في الشورى، وتدافعوها، وكان علي

(1) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب مسح الغبار عن الرأس في سبيل الله؛ ومسلم في الفتن وأشراف الساعة.

(2) أخرجه البخاري في استتابة المرتدين، باب من ترك قتال الخوارج؛ ومسلم في الزكاة، باب ذكر الخوارج وصفاتهم.

(3) أخرجه مسلم في الزكاة، باب ذكر الخوارج وصفاتهم.

(4) أحكام القرآن: 4/1718، والجامع لأحكام القرآن: 16/226.

أحقّ بها وأهلها، فقبلها حوطة على الأمة أن تسفك دماؤها بالتهاجر والباطل، ويتخرق أمرها إلى ما لا يتحصّل.

وربّما تغير الدين وانقض عمود الإسلام. فلما بويع له طلب أهل الشام في شرط البيعة التمكين من قتلة عثمان وأخذ القود منهم، فقال لهم علي عليه السلام: ادخلوا في البيعة، واطلبوا الحق تصلوا إليه. فقالوا: لا تستحق بيعة وقتلة عثمان معك نراهم صباحاً ومساءً. فكان عليّ في ذلك أسدّ رأياً وأصوب قولاً؛ لأنّ عليّاً لو تعاطى القود منهم لتعصبت لهم قبائل، وصارت حرباً ثالثة، فانظر بهم أن يستوثق الأمر وتنقد البيعة، ويقع الطلب من الأولياء في مجلس الحكم، فيجري القضاء بالحق. ولا خلاف بين الأمة أنه يجوز للإمام تأخير القصاص إذا أدى ذلك إلى إثارة الفتنة أو تشتيت الكلمة. وكذلك جرى لطلحة والزبير، فإنهما ما خلعا عليّاً من ولاية ولا اعتراضاً عليه في ديانته، وإنما رأيا أن البداءة بقتل أصحاب عثمان أولى. فبقي هو على رأيه لم يزعه عمّا رأى - وهو كان الصواب - كلامهما، ولا أن يؤثّر فيهما قولهما. وكذلك كان كلّ واحد منهما - أي: عليّ من جهة وطلحة والزبير من جهة أخرى - يشي على صاحبه، ويذكر ما فيه، ويشهد له بالجنة، ويذكر مناقبه؛ ولو كان الأمر على خلاف هذا لتبرأ كلّ واحد منهما من صاحبه، فلم يكن تقاتل القوم على دنيا، ولا بغياً بينهم في العقائد، وإتّما كان اختلافاً في اجتهاد؛ فلذلك كان جميعهم في الجنة» قال الإمام القرطبي مستدركاً على ابن العربي بأن الحرب لم تقع بين الفريقين بسبب ذلك؛ لأنّهما كانا قد اتفقا وتصالحا، وأنّ الحرب قامت فجأة لسبب آخر، فقال: «قلت: فهذا قول في سبب الحرب الواقع بينهم. وقال جلّة من أهل العلم: إنّ الوقعة بالبصرة بينهم كانت على غير عزيمة منهم على الحرب، بل فجأة وعلى سبيل دفع كل واحد من الفريقين عن أنفسهم لظنه أنّ الفريق الآخر قد غدر به؛ لأنّ الأمر كان قد انتظم بينهم، وتمّ الصلح والتفرق على الرضا. فخاف قتلة عثمان عليه السلام من التمكين منهم والإحاطة بهم، فاجتمعوا وتشاوروا واختلفوا، ثم اتفقت آراؤهم على أن يفترقوا فريقين، ويبدءوا بالحرب سحرة في العسكرين، وتختلف السهام بينهم، ويصيح الفريق الذي في عسكر علي: غدر طلحة والزبير، والفريق الذي في عسكر طلحة والزبير: غدر علي. فتم لهم ذلك على ما دبّروه، ونشبت الحرب، فكان كلّ فريق دافعاً لمكرته عند نفسه، ومانعاً من الإشاطة بدمه. وهذا صواب من الفريقين وطاعة لله تعالى، إذ وقع القتال والامتناع منهما على هذه السبيل. وهذا هو الصحيح المشهور، والله أعلم»⁽¹⁾.

وقد كان الخارجون على علي عليه السلام متأولين مخطئين، قال الشيخ ابن عاشور: «وقد اعترف الجميع بأنّ معاوية وأصحابه كانوا مدافعين عن نظر اجتهادي مخطئ»⁽²⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 229/16.

(2) التحرير والتنوير: 241/26.

ولم يمنع تأويلهم أن يسميهم علي عليه السلام بغاة، فقد سئل - وهو القدوة في قتال أهل البغي - عن أهل الجمل وصفين: أمشركون هم؟ قال: لا، من الشرك فروا. فقيل: أمنافقون؟ قال: لا؛ لأن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلاً. قيل له: فما حالهم؟ قال: إخواننا بغوا علينا. وذلك عملاً بآية البغي من سورة الحجرات، فهي دليل على أن البغي لا يزيل اسم الإيمان؛ لأن الله تعالى سماهم إخوة مؤمنين مع كونهم باغين⁽¹⁾.

آية البغي في سورة الحجرات:

قال تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَخْتَلَوْا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ تَ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾﴾ [الحجرات: 9].

جرى اعتماد بعض المفسرين وبعض الفقهاء على هذه الآية لبيان أحكام البغي على الإمام، وعلى بغي المسلمين بعضهم على بعض، واقتتالهم فيما بينهم، فكأنهم جعلوها عامة⁽²⁾. وذهب الإمام ابن عاشور إلى أن البغي في الآية مستعمل في معناه اللغوي؛ أي: الظلم والاعتداء على حق الغير، وهو غير معناه الفقهي المقصور على البغي على الإمام، فالتى تبغي في الآية الطائفة الظالمة الخارجة عن الحق وإن لم تقاتل؛ لأن بغيها يحمل الطائفة المبغي عليها أن تدافع عن حقها، فمورد الآية عنده في التقاتل بين الجماعات والقبائل، وليس هو خروج فئة عن جماعة المسلمين وطاعة الإمام، فذلك أشد من تقاتل الجماعات، وأن الآية أصل له في التشريع⁽³⁾.

تحقيق وصف البغي:

يتحقق وصف البغي بأحد أمور ضبطها الشيخ ابن عاشور، وهي:

- بإخبار أهل العلم أن الفئة بغت على الأخرى.

- أو بحكم الخليفة العالم العادل.

- أو بالخروج عن طاعة الخليفة وعن الجماعة بالسيف إذا أمر بغير ظلم ولا جور، ولم

تخش من عصيانه فتنة؛ لأن ضرر الفتنة أشد من شد الجور في غير إضاعة المصالح العامة من مصالح المسلمين، وذلك لأن الخروج عن طاعة الخليفة بغي على الجماعة الذين مع الخليفة⁽⁴⁾.

قتال البغاة:

للإمام العادل قتال البغاة. والدليل⁽⁵⁾:

(2) الجامع لأحكام القرآن: 227/16.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 324/16.

(4) التحرير والتنوير: 240/26.

(3) التحرير والتنوير: 240/26.

(5) أحكام القرآن: 1718/4، 1721، والجامع لأحكام القرآن: 227/16، 229، والذخيرة: 12/

6، والتحرير والتنوير: 240/26.

أ - قوله تعالى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ تَيْبِ حَتَّىٰ تَفِئَةً إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: 9]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بقتال الفئة الباغية حتى تفيء إلى حكم الله تعالى، سواء كانت باغية على الإمام الحق العادل أو على طائفة من المسلمين. قال الشيخ ابن عاشور: «والأمر في قوله: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ تَيْبِ﴾ للوجوب؛ لأن هذا حكم بين الخصمين والقضاء بالحق واجب؛ لأنه لحفظ حق المحق، ولأن ترك قتال الباغية يجزئ إلى استرسالها في البغي وإضاعة حقوق المبغي عليها في الأنفس والأحوال والأغراض والله لا يحب الفساد، ولأن ذلك يجزئ غيرها على أن تأتي مثل صنيعها فمقاتلتها زجر غيرها»⁽¹⁾.

ب - فعل أبي بكر رضي الله عنه. فقد قاتل البغاة الذين منعوا الزكاة بتأويل، ظناً منهم أنها سقطت بموت النبي صلى الله عليه وسلم، أو سقط وجوب إعطائها لخليفته؛ كما قاتل المرتدين الذين أنكروا وجوبها، والمرتدين الذين خرجوا عن دين الإسلام بدعوى نبوة غير محمد صلى الله عليه وسلم.

ج - فعل علي رضي الله عنه. فقد قاتل البغاة من أهل الشام - معاوية ومن معه - الذين امتنعوا من الدخول فيما دخل فيه جمهور المسلمين من بيعته. وقاتل الخوارج الذين خرجوا عن طاعته ونكثوا بيعته. وأما القتال الواقع بينه وبين طلحة والزبير فلم يكن بسبب ما خرجوا له لوقوع الصلح بين الفريقين، وإنما القتال وقع فجأة بسبب غدر المندسين من قتلة عثمان رضي الله عنه بين الفريقين لإثارة الفتنة، كما حققه العلماء وذكره القرطبي عنهم. قال القاضي ابن العربي: «وكان من حق الجميع أن يصلوا إليه ويجلسوا بين يديه، ويطالبوا بما رأوا أنه عليه، فلما تركوا ذلك بأجمعهم صاروا بغاة بجملتهم»⁽²⁾.

واختار أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أن لا يقاتل بغاة أهل مصر الذين بغوا عليه وعلى جماعة المسلمين، فقد أبى قتالهم وكره أن يكون سبباً في إراقة دماء المسلمين اجتهداً منه، فوجب على المسلمين طاعته؛ لأنه ولي الأمر. ومع ذلك لم ينف الصحابة عن البغاة حكم البغي⁽³⁾. ولعله رضي الله عنه رأى الوجوب في الآية لقتال البغاة الذين يبغون على الإمام موقوفاً على دعوة الإمام إليه بحسب ما يراه من المصلحة، فلما رأى المصلحة في الخارجين عليه أن لا يقاتلهم، نهى الصحابة عن ذلك. ويجب كفاية على الناس معاونته عليهم حيث كان عدلاً. والدليل على أن الوجوب على الكفاية: تخلف قوم من الصحابة عن الانضمام إلى علي رضي الله عنه في قتاله لأهل الشام، كسعد بن أبي وقاص، وعبد الله بن عمر، ومحمد بن مسلمة⁽⁴⁾.

(2) أحكام القرآن: 4/ 1721.

(4) أحكام القرآن: 4/ 1719.

(1) التحرير والتنوير: 26/ 241.

(3) التحرير والتنوير: 26/ 240.

قال الشيخ ابن عاشور: «ويتعين وجوب قتال الفئة الباغية بتعيين الإمام جيشاً يوجهه لقتالها، إذ لا يجوز أن يلي قتال البغاة إلا الأئمة والخلفاء. فإذا اختل أمر الإمامة فليتولّى قتال البغاة السواد الأعظم من الأمة وعلماءها. فهذا الوجوب مطلق في الأحوال تقيدته الأدلة الدالة على عدم المصير إليه إذا علم أن قتالها يجرّ إلى فتنة أشد من بغيها»⁽¹⁾.

وذكر الإمام القرطبي أنّ بعضهم منع من قتال البغاة من المسلمين، وبعد أن استدلّ بالأدلة المتقدمة على فساد هذا القول، نقل قول الإمام الطبري: «لو كان الواجب في كلّ اختلاف يكون بين الفريقين، الهرب منه ولزوم المنازل، لما أقيم حدّ ولا أبطل باطل، ولوجد أهل النفاق والفجور سبيلاً إلى استحلال كلّ ما حرم الله عليهم من أموال المسلمين وسبي نسائهم وسفك دمائهم، بأن يتحرّبوا عليهم، ويكفّ المسلمون أيديهم عنهم»⁽²⁾.

فإن لم يكن الإمام عدلاً فلا يجوز له قتالهم، ولا معاونته، لاحتمال أنّ خروجهم عليه لعدم عدله، وإن كان لا يجوز لهم الخروج عليه. فعن ابن القاسم قال الإمام مالك: «إذا خرج على الإمام العدل خارج وجب الدفع عنه، مثل عمر بن عبد العزيز، فأما غيره فدعه ينتقم الله من ظالم بمثله، ثم ينتقم من كليهما»⁽³⁾. قال ابن العربي: «قال علماؤنا في رواية سحنون: إنّما يقاتل مع الإمام العدل، سواء كان الأول أو الخارج عليه، فإن لم يكونا عدلين فأمسك عنهما، إلّا أن تراد بنفسك أو مالك أو ظلم المسلمين فادفع ذلك»⁽⁴⁾.

وكون عدم جواز الخروج على غير العادل مبني على رأي عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في ولاية يزيد، إذ قال: إن كان خيراً رضيينا، وإن كان بلاء صبرنا»⁽⁵⁾.

آلة قتال البغاة:

يجوز للإمام العادل قتل البغاة بسيف، ورمي بنبل، وتغريق، وقطع الطعام والماء عنهم، ورميهم بنار، إذا لم يكن فيهم نسوة وذرية.

ويجب عليه أن ينذرهم، فيدعوهم لطاعته. فإن لم يطيعوا قاتلهم ما لم يعاجلوه بالقتال.

ويحرم عليه أسر نسائهم وذرائعهم لأنّهم مسلمون؛ ويحرم عليه إتلاف مالهم وأخذه بدون احتياج له كما يأتي؛ ويحرم عليه رفع رؤوسهم بعد قتلهم برماح؛ لأنه مثله بالمسلمين.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 228/16.

(4) أحكام القرآن: 1721/4.

(1) التحرير والتنوير: 240/26.

(3) أحكام القرآن: 1721/4.

(5) عارضة الأحوذى: 94/7.

ويجوز له أن يستعينَ على قتالهم بما لهم: من سلاح، وخيل، فيجوز أن يأخذه ويحوزه إن احتيج للاستعانة به عليهم. ثم بعد الاستغناء عنه رده إليهم؛ كما يرده إليهم غير ما استعان به إذا وقع وحازه، أو أن الاستيلاء عليه بالقدرة كالحوز.

وإذا ظهر عليهم الإمام وأمن منهم، وجب تركهم، ولا يجوز له أخذ مال منهم كالجزية، بل إن تركهم مع الأمن منهم يتركهم مجاناً. ولا يجوز له بعد الأمن منهم أن يجهز على جريحهم، ولا أن يتبع منهزمهم.

فإن لم يأمن منهم جاز له أن يجهز على جريحهم ويتبع منهزمهم.

ويكره في قتال البغاة أن يقتل الرجل أباه الباغي، ولا يكره قتل جده أو ابنه. وإن قتله ورثه ولا يدخل تحت قاعدة: من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه؛ لأنه وإن كان قتله عمداً لكنه غير عدوان.

ولا يضمنُ باغ متأولٌ في خروجه على الإمام مالاً ولا نفساً أتلفهما ولا إثم عليه لتأوله. والدليل على عدم الضمان⁽¹⁾: قال ابن شهاب: هاجت الفتنة الأولى فأدركت رجالاً ذوي عدد من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يرون أن يهدم أمر الفتنة فلا يقام على أحد قصاص فيمن قتل، ولا حدٌ في سبي امرأة مسّت، ولا يرى بينها وبين زوجها ملائعة.

ووجه إسقاط الضمان عن الباغي المتأول أن في طلبه تنفيراً له عن الصلح واستشراء في الباغي، قال ابن العربي: «وهذا أصل في المصلحة، وقد قال لسان الأمة - أي: الإمام الباقلاني -: إن حكمة الله في قتال الصحابة التعرف منهم لأحكام قتال أهل التأويل؛ إذ كانت أحكام قتال التنزيل قد عرفت على لسان الرسول ﷺ وفعله»⁽²⁾.

بخلاف الباغي غير المتأول فعليه الضمان والإثم، حيث كان الإمام عدلاً، إذ الخارج على غير العدل كالتأول.

ويمضي حكمُ القاضي الذي ينصبه الباغي المتأول وهو خارج عن طاعة الإمام، فلا يتعقب، وحكمه يرفع الخلاف؛ فلا يعاد الحد الذي أقامه إن كان غير قتل، ولا دية عليه إن كان قتلاً.

والدليل⁽³⁾:

أ - أن الفتن والحروب قد كانت بين الصحابة والتابعين، فلم تعترض إحدى الفئتين على الأخرى في ذلك، ولا تعرضت لنقض أحكامها.

(1) الإشراف: 850/2، والمعونة: 1365/3، وأحكام القرآن: 1722/4، والمقدمات: 237/3.

(2) أحكام القرآن: 1720/4.

(3) الإشراف: 850/2، وأحكام القرآن: 1722/4، والذخيرة: 9/12.

ب - أنّ الضرورة تقتضي مع شبهة التأويل إقرار أحكام قضاة أهل البغي .
وأما غير المتأول فأحكامه التي حكم بها تتعقب، فما وجد منها صواباً مضى،
وإلا ردّ.

ويردّ الذميّ الخارج طائعاً مع المتأول لذمته، ولا يعدّ خروجه مع المتأول نقضاً
للعهد فلا يضمن نفساً ولا مالاً.

وأما الباغي المعاند، غير المتأول، الخارج عن الإمام العدل، فإنه يضمن النفس
والأطراف والمال لعدم عذره. والذميّ الخارج طوعاً معه يعتبر ناقضاً للعهد فهو وماله
فيء. فإن أكرهه المعاند على الخروج معه على الإمام، فلا ينقض عهده ما لم يقاتل،
فإن قاتل كان ناقضاً.

والمرأة إن قاتلت بسلاح قتلت حال القتال فقط، لا إن قاتلت بغير سلاح فلا
تقتل، ما لم تقتل شخصاً فإن قتلت شخصاً تقتل.

بغى بعض المسلمين على بعض:

قد ضبطت آية البغي في سورة الحجرات ما ينبغي فعله إذا بغت طائفة من
المؤمنين على طائفة أخرى، قال تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا
فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا
بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ [الحجرات: 9]. ويؤخذ من الآية الأحكام
التالية بحسب الترتيب⁽¹⁾:

أولاً: أن يقع السعي في الإصلاح بين الطائفتين قبل وقوع القتال بينهما؛ لأنّ
قوله تعالى: ﴿أَفْتَلُوا﴾ مستعمل في إرادة الاقتتال؛ أي: يريدون الاقتتال، فيكون
الإصلاح بينهما واجب قبل الشروع فيه، وذلك عند ظهور بوادره. وهو أولى من انتظار
وقوع الاقتتال، ليتمكن تدارك الخطب قبل وقوعه. ويدلّ على هذا المعنى أنّ الله تعالى
فرّع على جملة ﴿أَفْتَلُوا﴾ قوله: ﴿فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى﴾ أي: فإن
ابتدأت إحدى الطائفتين قتال الأخرى، ولم تنصع إلى الإصلاح فقاتلتها الباغية.

ثانياً: مقاتلة الفئة الباغية التي لم تنصع للإصلاح وابتدأت في القتال. وأن تكون
غاية مقاتلتهم الفيء إلى أمر الله؛ أي: أن يستمرّ قتالها إلى غاية رجوعها إلى أمر الله.
وأمر الله هو ما في الشريعة من العدل والكف عن الظلم.

وقد تلتبس الباغية من الطائفتين، فإنّ أسباب التقاتل قد تتولّد من أمور لا يؤبه بها
في أوّل الأمر، ثمّ تثور الثائرة بين الفريقين، فلا يضبط أمر الباغي منهما، فالإصلاح
بينهما قبل وقوع الاقتتال يزيل اللبس، وللإمام والقاضي أن يجبر الطائفتين على الصلح

إذا خشي الفتنة ورأى بوارقها، وذلك بعد أن تبين لكنتا الطائفتين شبهتها إن كانت لها شبهة، وتزال بالحجة الواضحة والبراهين القاطعة. فإن امتنعت إحداهما تعين البغي في جانبها.

ثالثاً: الإصلاح بين الطائفتين بالعدل والقسط، عند وضع الطائفة الباغية السلاح ورجوعها إلى حكم الله تعالى. وقيّد الإصلاح بالعدل هنا، وقيّد به أيضاً الإصلاح المأمور به أولاً؛ لأنّ القيد من شأنه أن يعود إليه لاتحاد سبب الإصلاح المطلق والإصلاح المقيد بالعدل. والمراد بالعدل المطلوب عند الإصلاح أن لا يضيّع بصورة الصلح منافع عن كلا الفريقين، إلا بقدر ما تقتضيه حقيقة الصلح من نزول عن بعض الحق بالمعروف.

والأمر بالقسط أمر عام، وهو تذييل للأمر بالعدل الخاص في الصلح بين الفريقين. والمعنى: أنّ الفتنة التي خضعت للقوة وألقت السلاح تكون مكسورة الخاطر، شاعرة بانتصار الفئة الأخرى عليها؛ فأوجب الله تعالى على المسلمين أن يصلحوا بينهما بترغيبهما في إزالة الإحن والرجوع إلى أخوة الإسلام، لئلا يعود التناكر بينهما.

والذي يتعلّق به حكم تولّي أمر الإصلاح أولاً، وقاتل الباغية، والإصلاح بين الطائفتين عند فئة الباغية، هو الإمام. فإن اختلّ أمر الإمامة، فالذي يتولّى ذلك السواد الأعظم من الأمة وعلماؤها.

وأما حكم تصرف الجيش المقاتل للبغاة فكأحوال الجهاد، إلا أنّه لا يقتل أسيرهم، ولا يتبع مدبرهم، ولا يذقّ على جريحهم، ولا تؤسر ذراريهم، ولا تغنم أموالهم.

وللفقهاء تفاصيل في أحوال جبر الأضرار اللاحقة بالفئة المعتدى عليها، والأضرار اللاحقة بالجماعة التي تتولّى قتال البغاة، فينبغي أن تؤخذ من مجموع أقوالهم ما يرى أولو الأمر المصلحة في الحمل عليها جرياً على قوله تعالى: ﴿وَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْغُوا فِي الدِّينِ عَدْوًا ۚ إِنَّ اللَّهَ عَدُوٌّ لِلْكَافِرِينَ﴾. وهذا خلاصة ما ذكره الشيخ الإمام ابن عاشور⁽¹⁾.

الغسل والصلاة على المقتول من الفئة الباغية:

يغسل المقتول من الفئة الباغية ويصلى عليه؛ لأنّ بغيه لا يخرج من أحكام الملة.



الردة

تعريف الردة لغة:

هي الرجوع عن الطريق.

تعريف الردة شرعاً:

كفر مسلم، بصريح، أو قولٍ يقتضيه، أو فعل يتضمنه.

شروط ثبوت الردة:

من خلال التعريف تؤخذ الشروط التي يكون الفعل بها ردة يترتب عليه الحد،

وهي:

1 - صدور كفر من الشخص. فيخرج بذلك صدور معصية منه، ولو كانت كبيرة.

2 - أن يكون الشخص مسلماً؛ أي: متقرباً لإسلامه بالنطق بالشهادتين مختاراً. ولا بد لتقرر إسلامه من وقوفه على الدعائم، والتزامه الأحكام بعد نطقه بالشهادتين. فمن نطق بهما ثم رجع قبل أن يقف على الدعائم فلا يكون مرتدّاً، وحينئذ فيؤدّب فقط. وهذا في كافر لم يكن مخالطاً للمسلمين، وإلا فنطقه بالشهادتين كاف اتفاقاً، لشهرة دعائم الإسلام عنده كما يأتي.

3 - أن لا يكون مكرهاً على الردة. والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِنَّ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُنَّ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل: 106]. ووجه الاستدلال أن الآية تتضمن تحذير بعض المسلمين الذين عادوا إلى الكفر من غضب الله تعالى وعذابه العظيم، على اعتبار أن ﴿مَنْ﴾ في ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ﴾ موصولة؛ أو تحذير جميع المسلمين من العود للكفر، إن اعتبرت شرطية. ثم استثنى من هذا التحذير من أكره على الكفر بلسانه مع ثبات قلبه على الإيمان. وأمّا قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ﴾ فهو استدراك على الاستثناء، وهو احتراص من أن

(1) أحكام القرآن: 3/1177، والجامع لأحكام القرآن: 10/180، والذخيرة: 12/13، والتحرير

يفهم من الاستثناء أنّ المكره مرخص له أن ينسلخ عن الإيمان من قلبه أيضاً .
وقد رخصت هذه الآية للمكره على إظهار الكفر أن يظهره بشيء من مظاهره التي يطلق عليها أنها كفر في عرف الناس من قول أو فعل . وأنّ من أكره على الكفر غير جارية عليه أحكام الكفر؛ لأن الإكراه قرينة على أن كفره تقية ومصانعة بعد أن كان مسلماً . وقد رخص الله ذلك رفقاً بعباده واعتباراً للأشياء بغاياتها ومقاصدها⁽¹⁾ .

ب - عن محمد بن عمار بن ياسر قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر، فلم يتركوه حتى سب النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه . فلما أتى رسول الله ﷺ قال: «ما وراءك؟» قال: سرّ يا رسول الله، ما تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير . قال: «كيف تجد قلبك؟» قال: مطمئناً بالإيمان . قال: «إن عادوا فعد»⁽²⁾ . والمشهور أنّ الآية نزلت في عمار بن ياسر رضي الله عنه .

ج - عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «إنّ الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽³⁾ .

د - إجماع العلماء على أنّ الإكراه على الكفر لا يكون ردة .
ولا يعدّ الشخص مكرهاً على الكفر إلّا إذا أكره بالقتل فقط، لا بغيره من قطع ونحوه . فإن فعل ما فيه ردة لغير خوف من القتل، بل لخوف ضرب أو قتل ولد أو نهب مال، فإنّه يعدّ مرتدّاً، وهو المعتمد في المذهب⁽⁴⁾ . وخالف ابن العربي فجعل أخذ المال، أو الضرب، أو السجن، وكذلك التهديد بذلك، عذراً يتحقق به الإكراه⁽⁵⁾ .
ووافقه ابن عاشور فقال: وإنما يكون ذلك بفعل شيء تضيق عن تحمّله طاقة الإنسان من إيلاام بالغ أو سجن أو قيد أو نحوه⁽⁶⁾ .

والصبر على القتل وعدم الكفر عند الإكراه بالقتل أجمل عند الله تعالى وأحبّ إليه؛ لأنّه الأفضل والأكثر ثواباً⁽⁷⁾ . قال ابن العربي: «إنّ الكفر وإن كان بالإكراه جائزاً عند العلماء، فإنّ من صبر على البلاء ولم يفتتن حتى قتل فإنّه شهيد، ولا خلاف في ذلك، وعليه تدلّ آثار الشريعة التي يطول سردها، وإنّما وقع الإذن رخصة من الله رفقاً بالخلق، وإبقاء عليهم، ولما في هذه الشريعة من السماحة، ونفي الحرج ووضع الإصر»⁽⁸⁾ .

4 - أن يكون كفره بما يدلّ عليه، وتنقسم الدلالة على الكفر إلى ثلاثة أقسام، هي:

- (1) التحرير والتنوير: 294/14 .
- (2) أخرجه البيهقي: 208/8 .
- (3) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره .
- (4) أقرب المسالك: 451/1، والشرح الكبير مع حاشيته: 369/2 .
- (5) أحكام القرآن: 1177/3 .
- (6) التحرير والتنوير: 294/14 .
- (7) أقرب المسالك: 452/1 .
- (8) أحكام القرآن: 1179/3 .

الأول: القول الصريح، كقوله: «أشرك بالله».

الثاني: القول الذي يدل على الكفر دلالة التزامية، كقوله: «جسم كالأجسام»، أو «جسم متحيز». وأما لو قال: «جسم لا كالأجسام» فهو فاسق. وفي كفره قولان رجح عدم كفره.

الثالث: الفعل الذي يدل على الكفر دلالة التزامية بيّنة؛ أي: يستلزمه لزوماً بيّناً. ولا يرد هنا قاعدة: لازم المذهب ليس بمذهب؛ لأنها في اللازم الخفي، وهاهنا الكلام في اللازم البيّن.

والدليل على وقوع الكفر من الشخص بكل ما يناقض التصديق والمعرفة من قول أو فعل⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿يَجْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا وَلَقَدْ قَالُوا كَلِمَةَ الْكُفْرِ وَكَفَرُوا بَعْدَ إِسْلَامِهِمْ وَهَمُّوا بِمَا لَمْ يَنَالُوا وَمَا نَعَمُوا إِلَّا أَنْ أَغْنَاهُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِنْ فَضْلِهِ فَإِنْ يَتُوبُوا يَكْ خَيْرًا لَهُمْ وَإِنْ يَتَوَلَّوْا يَكُفِّرْ اللَّهُ عَذَابًا أَلِيمًا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَمَا لَهُمْ فِي الْأَرْضِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴿٧٤﴾﴾ [التوبة: 74]. وهذه الآية نزلت في جماعة من المنافقين يظهرون الإسلام ويبطنون الكفر، ففضح الله تعالى للمسلمين كفرهم بما صدر منهم من قول وفعل.

فأما القول فهي كلمة الكفر. وكلمة الكفر جنس للكلام الدال عليه الذي فيه تكذيب للنبي ﷺ، كما أطلقت كلمة الإسلام على شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله. فالكلمات الصادرة عنهم على اختلافها، ما هي إلا أفراد من هذا الجنس كما دلّ عليه إسناد القول إلى ضمير جماعة المنافقين. وقيل: المراد كلمة صدرت من بعض المنافقين تدلّ على تكذيب النبي ﷺ فعن عروة بن الزبير، ومجاهد، وابن إسحاق أنّ الجلاس - بضم الجيم وتخفيف اللام - بن سويد بن الصامت قال: لئن كان ما يقول محمد حقاً لنحن أشرّ من حميرنا هذه التي نحن عليها، فأخبر عنه ربيّه النبي فدعاه النبي ﷺ وسأله عن مقالته، فحلف بالله ما قال ذلك؛ وقيل: بل نزلت في عبد الله بن أبي بن سلول لقوله الذي حكاه الله عنه بقوله: ﴿يَقُولُونَ لَيْنَ رَجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لِيُخْرِجَنَا الْأَعْرَابُ مِنْهَا الْأَذَلَّ﴾ [المنافقون: 8]، فسعى به رجل من المسلمين فأرسل إليه رسول الله ﷺ فسأله فجعل يحلف بالله ما قال ذلك.

وأما الفعل فهو ما هموا به من الفتك بالنبي ﷺ ليلة العقبة عند مرجعه من تبوك. إذ تواتر خمسة عشر منهم على أن يترصدوا له في عقبة بالطريق تحتها واد، فإذا اعتلاها ليلاً يدفَعونه عن راحلته إلى الوادي، وكان رسول الله ﷺ سائراً وقد أخذ عمّار بن ياسر بخطام راحلته يقودها، وكان حذيفة بن اليمان يسوقها فأحس حذيفة بهم فصاح بهم فهربوا⁽²⁾.

(2) التحرير والتنوير: 270/10.

(1) أحكام القرآن: 979/2.

أمثلة على القسم الثالث⁽¹⁾:

- إلقاء أو ترك مُصحف أو بعضه ولو كلمة، بمكان قدر، ولو كان المكان طاهراً كصاق، ولو كان في صلاة ضاق وقتها. ومثل الإلقاء والترك حرقه استخفافاً لا صوتاً؛ وتلطixه بالبصاق.

ومثل المصحف الحديث، وأسماء الله الحسنى، وأسماء الأنبياء إذا كان بقصد التحقير والاستخفاف حيث عيّنت بوصف يخصها كمحمد رسول الله أو مقرونة بصلاة؛ وكتب الحديث، وكذا كتب الفقه إن كان على وجه الاستخفاف بالشرعية.

ويحرم تقليب ورق المصحف بالبصاق، وليس فيه ردة وإن كان حراماً.

ويحرم على من رأى ورقة مكتوبة مطروحة في الطريق تركها لتوطأ بالأقدام، إن لم يعلم ما كتب فيها، فإن علم أنّ فيها آية أو حديثاً وتركها كان ردة، كذا نقله الشيخ البنانى عن المناوى.

- شدّ زنار مع دخول كنيسة؛ أي: لبسه مقروناً بدخول كنيسة، ويفعل ذلك ميلاً لكفر، لا لعباً فحرام. والمراد بالزنار ملبوس الكافر الخاص به لا خصوص الملون. ويشمل برنيطة النصرى وطرطور اليهودى.

- السحر⁽²⁾. فيكفر من يباشره بتعلّمه أو تعليمه أو عمله. وهو كلام يعظم به غير الله تعالى وينسب إليه المقادير والكائنات. ثم إن تجاهر به فيقتل إن لم يتب، وإن أسرّه فحكمه حكم الزنديق؛ يقتل بدون استتابة. وشهر الحطاب عدم الاستتابة مطلقاً؛ أي: سواء أسرّه أو أظهره فحكمه حكم الزنديق على كلّ حال، إن جاء تائباً قبل الاطلاع عليه قبل منه، وإلا فلا.

والدليل على كفر الساحر⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَنَلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَنَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَنُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يَعْلَمَانِ مِن أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: 102]، ووجه الاستدلال أنّ الله ﷻ صرح بأنّ السحر كفر، ومعنى الآية: واتبعوا ما تتلوا الشياطين من السحر على ملك سليمان، وما كفر سليمان بقول السحر، ولكن الشياطين كفروا به وبتعليمه، وهاروت وماروت يقولان: إنما نحن فتنة فلا تكفر. فكفر الشياطين بتعليمهم الناس السحر.

ب - أنّ السحر يقوم على اعتقاد أنّ الآلام الواصلة إلى بني آدم وسائر

(1) وانظر للتوسع في أمثلة هذا القسم: الذخيرة: 13/12.

(2) انظر بحثاً حول السحر: الذخيرة: 31/12 - 37.

(3) الإشراف: 845/2، والمعونة: 1364/3، وأحكام القرآن: 31/1.

الموجودات من فعل الساحر وشياطينه وذلك كفر، كالاعتقاد أنّهم قادرون على اختراع الأجسام لأنّ الفاعل الحقيقي هو الله تعالى المنفرد بالقدرة.

ج - عن جندب أنّ رسول الله ﷺ قال: «حدّ الساحر ضربة بالسيف»⁽¹⁾.

- القول بقدم العالم. والعالم ما سوى الله تعالى. والقول بذلك ردّة؛ لأنه يستلزم عدم الصانع. وسواء قال إنّه قديم بالذات أو بالزمن كما تقول الفلاسفة. والحاصل أنّ القدم عند الفلاسفة قسمان: قدم بالذات وهو الاستغناء عن المؤثر وهذا لا يكون إلّا لله تعالى؛ وقدم زماني وهو عدم المسبوقية بالعدم كان هناك استناد لمؤثر أم لا؛ فالثاني أعمّ من الأول، فالله تعالى عندهم قديم بالذات والزمان، والأفلاك والعناصر وأنواع الحيوانات والنباتات والمعادن قديمة بالزمان لا بالذات. وإنّما كانت هذه عندهم غير مسبوق بالعدم لأنّ ذات الواجب أثرت فيها بالعلّة فلا أول لها. والردود على هذه المقالات الباطلة في كتب أصول الدين.

- القول ببقاء العالم؛ أي: القول بأنّه لا يفنى كما تقول الدهرية. وهو ردّة لأنه يستلزم إنكار القيامة، ولو اعتقد حدوثه؛ لأنّه لا يلزم من ثبوت البقاء ثبوت القدم، بخلاف العكس. والقول ببقاء العالم تكذيب للقران.

- ادعاء مجالسة الله تعالى أو العروج إليه ومكالمته⁽²⁾.

- الشكّ فيما ذكر من القدم والبقاء. وأولى من ذلك الوهم.

- القول بتناسُخ الأرواح؛ أي: إنّ من قال بأنّ من يموت تنتقل روحه إلى مثله، أو لأعلى منه إن كانت في مطيع، أو لأدنى منه أو مثله إن كانت في عاص فهو كافر؛ لأنّ فيه إنكار البعث بالأجساد مع الأرواح إن كان هذا الأمر إلى غير نهاية. وقيل عند أصحاب هذا القول إنّه إلى نهاية بأنّ تصل الروح الطائعة إلى الجنة والعاصية إلى النار، وهذه طريقة من ينكر البعث الجسماني ويثبت البعث الروحاني، وكلّ ذلك كفر.

- إنكار أمر مجمع عليه ممّا علم من الدين ضرورة، بالقران أو السنّة المتواترة. وذلك كوجوب الصلاة أو تحريم الزنا أو حدّ الرجم، أو أنكر حلّ مُجمع على إباحته.

فخرج بهذا ما أجمع عليه ولم يكن معلوماً من الدين بالضرورة، كإنكار إعطاء السدس لبنت الابن مع وجود البنت، وإن كان مجمعاً عليه لعدم علمه ضرورة.

وخرج ما علم ضرورة لكنّه ليس من الدين ولا يتضمّن تكذيب قرآن أو نبي، كإنكار قتل عثمان أو وجود بغداد. بخلاف إنكار المسجد الحرام أو الأقصى أو فرعون من كل ما جاء به القران.

(1) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في حدّ الساحر.

(2) الذخيرة: 27/12.

- الشك في حرف من حروف القرآن بالزيادة أو النقصان.

- الشك في كون القرآن معجزة.

- تجويز اكتساب النبوة؛ أي: تحصيلها بسبب رياضة؛ لأنه يستلزم جواز وقوعها

بعد النبي ﷺ، واللازم باطل لوجود النصوص القطعية مع إجماع المسلمين على خلافه.

- ادعاء النبوة، لكفره بختم النبوة⁽¹⁾.

- سب الله تعالى.

- سب نبيٍّ مجمع على نبوته. فخرج بالمجمع على نبوته الخضر ولقمان وذو

القرنين. والسب هو الشتم وكلّ كلام قبيح. وحينئذ فالقذف والاستخفاف بحقه أو

إلحاق النقص له داخل في السب.

والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى في نبينا محمد ﷺ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا

شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ ﴿١٥﴾ [النساء:

65]. ووجه الاستدلال أنه تعالى أخبر أن الإيمان لا يجتمع مع الشك والهرج هل

حكم بالصواب أم لا؛ فكان سبه أولى وأحرى بأن لا يجتمع مع الإيمان.

ب - عن أبي برزة قال: كنت عند أبي بكر ﷺ فتغيظ على رجل فاشتد عليه،

فقلت: تاذن لي يا خليفة رسول الله ﷺ أضرب عنقه؟ قال: فأذهبت كلمتي غضبه. فقام

فدخل فأرسل إلي، فقال: ما الذي قلت آنفأ؟ قلت: ائذن لي أضرب عنقه، قال: أكنت

فاعلاً لو أمرتك؟ قلت: نعم، قال: لا والله ما كانت لبشر بعد محمد ﷺ⁽³⁾. وفي

رواية عن أبي برزة أن رجلاً سب أبا بكر ﷺ، فقلت: ألا أضرب عنقه يا خليفة

رسول الله؟ فقال: لا ليست هذه لأحد بعد رسول الله ﷺ؛ وعن أبي هريرة ﷺ قال:

لا يقتل أحد بسب أحد إلا بسب النبي ﷺ⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أن أبا بكر ﷺ قصر

القتل على السب فيمن سب النبي ﷺ فقط، وكذلك قال أبو هريرة ﷺ. وهذا يدل

على أن سب النبي ﷺ ردة وخروج عن الدين، لما رواه عبد الله قال: قال

رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا

يأحدي ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽⁵⁾.

(1) الذخيرة: 23/12، 31.

(2) الإشراف: 877/2، والمعونة: 1408/3، والذخيرة: 18/12.

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب الحكم في سب النبي ﷺ؛ والنسائي في تحريم الدم، باب فيمن سب النبي ﷺ.

(4) أخرجهما البيهقي: 60/7.

(5) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنْ أَلْفَسَ بِاللَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة =

وعن عثمان رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إسلام، أو زناً بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس»⁽¹⁾.

- سب ملك مجمع على ملكيته، ومثله الحور العين. فخرج بالمجمع على ملكيته هاروت وماروت، فسب هؤلاء يوجب التعزير الشديد.

- التعريض بسب نبي أو ملك مجمع على نبوته أو ملكيته. والتعريض أن يقول قولاً وهو يريد خلافه اعتماداً على قرائن الأحوال، بأن يقال عند ذكره: أما أنا فلست بزنان أو بساخر.

- إلحاق نقص بنبي أو ملك مجمع على نبوته أو ملكيته، بأخلاقه بأن يقال فيه: أحمق أو جبان أو بخيل؛ أو نقص بدينه بأن يقال فيه: فاسق أو تارك صلاة أو مانع زكاة؛ أو نقص بدنه كأن يقال فيه: أعرج، أو أشل؛ أو نقص بوفور علمه إذ كل نبي أعلم أهل زمانه وسيدهم محمد صلى الله عليه وسلم أعلم الخلق؛ أو نقص بزُهده كأن يقال: لم يكن على غاية من الزهد.

- سب مريم عليها السلام بالزنا؛ لأنه تكذيب بالقرآن.

- قول غلاة الشيعة: إن جبريل أخطأ في الوصي.

- تكفير الخلفاء الأربعة. وهو قول الإمام سحنون، وقد عوّل عليه أشياخ المذهب، خلافاً لمن قال بعدم الردة وأن فيه الأدب فقط، وهو ما يفيد كلام السيوطي في شرحه على صحيح مسلم.

وأما من كفر جميع الصحابة فإنه يكفر باتفاق؛ لأنه أنكر معلوماً من الدين بالضرورة، وكذب الله ورسوله؛ ولأنه يؤدي إلى بطلان الدين.

- سب عائشة رضي الله عنها برميها بالزنا؛ لأن الله تعالى برأها منه في قوله عَلَيْكَ: ﴿أَوْلَيْكَ مُبْرَأُونَ وَمَا يَقُولُونَ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ﴾ [النور: 26].

- القول بتخصيص الرسالة للعرب⁽²⁾.

- القول بسقوط العبادة عن بعض من أدياء الولاية⁽³⁾.

- القول بأن الأئمة أفضل من الأنبياء، وهو قول غلاة الشيعة⁽⁴⁾.

- إرادة الكفر، كبناء الكنائس ليكفر فيها ونحو ذلك، ومنه تأخير إسلام من أتى ليسلم⁽⁵⁾.

= والمحاربين، باب ما يباح به دم المسلم.

(1) أخرجه أبو داود في الديات، باب الإمام يأمر بالعفو؛ والترمذي في الفتن، باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم.

(2) الذخيرة: 28/12.

(3) الذخيرة: 28/12.

(4) الذخيرة: 28/12.

(5) الذخيرة: 28/12.

مسألة:

قال الشيخ جلال الدين السيوطي في مسالك الحنفا في والدي المصطفى قال: نقلت من مجموع بخط الشيخ كمال الدين الشيمي والد شيخنا الشيخ تقي الدين ما نصه: سئل القاضي أبو بكر بن العربي عن رجل قال: إن أبا النبي ﷺ في النار؛ فأجاب بأنه ملعون؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُهِينًا﴾، قال: ولا أذى أعظم من أن يقال في أبيه إنه في النار. انتهى بلفظه والله أعلم⁽¹⁾.

الشهادة بالردة:

ثبت الردة بشهادة شاهدين عدلين. ويجب تفصيل الشهادة في الكفر؛ فإذا شهد على شخص بأنه كفر، فيقول القاضي: بأي شيء؟ فيقول الشاهد: بقول كذا أو فعل كذا، لثلا يكون في الواقع ليس كفراً واعتقد الشاهد أنه كفر، وذلك صوناً للدماء ودرءاً للحدود بالشبهات.

ولا بد في الشاهدين من اتحاد المشهود به، فلا يلفق شاهداً فعل مختلف، كشهادة شاهد عليه بإلقاء مصحف بقدر، وآخر بشد زنار؛ ولا شاهد بفعل كالإلقاء بقدر والآخر بقول.

وإنما يلفق القولان المختلفا اللفظ المتفقا المعنى، كشاهد عليه أنه قال: لم يكلم الله موسى تكليماً، وآخر بقوله: ما اتخذ الله إبراهيم خليلاً. ووجه الاتحاد في المعنى أن شهادة كل واحد آلت إلى أن هذا الرجل مكذب للقرآن.

حد الردة:

حد الردة القتل. والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأتى رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽³⁾.

ب - عن زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال: «من غير دينه فاضربوا عنقه»⁽⁴⁾.

(1) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: 373/8.

(2) المعونة: 1362/3، وإحكام الفصول: ص588، 750، والمنتقى: 283/5، وبداية المجتهد: 492/2.

(3) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة والمحاربيين، باب ما يباح به دم المسلم.

(4) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء فيمن ارتد عن الإسلام.

وعن عكرمة أن علياً عليه السلام حرّق قوماً، فبلغ ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله قال: «لا تعذبوا بعذاب الله»، ولقتلتهم كما قال النبي صلى الله عليه وآله: «من بدل دينه فاقتلوه»⁽¹⁾.

ج - عن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «حدّ الساحر ضربة بالسيف»⁽²⁾.

د - إجماع الصحابة على فعل أبي بكر لما دعا إلى محاربة المرتدّين. وقد كان فيهم المفارق للإسلام والممتنع من أداء الزكاة إنكاراً لها.

هـ - عن أبي بردة عن أبي موسى قال: أقبلت إلى النبي صلى الله عليه وآله ومعني رجلان من الأشعريين، أحدهما عن يميني والآخر عن يساري، ورسول الله صلى الله عليه وآله يستاك، فكلاهما سأل، فقال: «يا أبا موسى أو يا عبد الله بن قيس؟» قال: قلت: والذي بعثك بالحق ما أطلعاني على ما في أنفسهما وما شعرت أنهما يطلبان العمل، فكأنّي أنظر إلى سواكه تحت شفته قلصت، فقال: «لن أو لا نستعمل على عملنا من أراده، ولكن اذهب أنت يا أبا موسى أو يا عبد الله بن قيس إلى اليمن». قال أبو بردة: ثم أتبعه معاذ بن جبل. فلما قدم عليه ألقى له وسادة قال: انزل، وإذا رجل عنده موثق، قال: ما هذا؟ قال: كان يهودياً فأسلم ثم تهود. قال: اجلس، قال: لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله، ثلاث مرّات فأمر به فقتل. ثم تذاكرا قيام الليل، فقال أحدهما: أما أنا فأقوم وأنا، وأرجو في نومتي ما أرجو في قومي⁽³⁾.

ويقال الحدّ ولو كان المرتد امرأة، والدليل⁽⁴⁾:

أ - حديث ابن عباس المتقدم. ووجه الاستدلال به أنه عام في الذكر والأنثى؛ لأنّ حرف «من» من ألفاظ العموم.

ب - حديث عبد الله المتقدم. وهو عام في كل من كفر بعد إيمانه.

ج - القياس على قتل النفس عمداً؛ لأنّ الردّة سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة، كالقتل.

د - قياس المرأة على الرجل؛ لأنّها إنسان مرتدّ.

(1) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب لا يعذب بعذاب الله.

(2) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في حدّ الساحر.

(3) أخرجه البخاري في استنابة المرتدّين، باب حكم المرتد؛ ومسلم في الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة.

(4) الإشراف: 847/2، والمعونة: 1362/3، والمنتقى: 283/5، المسالك في شرح موطأ مالك:

352/6، والجامع لحكام القرآن: 37/2، وبداية المجتهد: 493/3.

استتابة المرتد:

يجب على الحاكم أو نائبه استتابة المرتد، فإن تاب قبلت توبته ورفع عنه القتل، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُعْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ﴾ ﴿١٧٨﴾ [الأنفال: 38]. ووجه الاستدلال أن الأمر في قوله تعالى: ﴿قُلْ﴾ للوجوب.

ب - قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾ ﴿٢٥﴾ [الشورى: 25].

ج - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله»⁽²⁾.

د - القياس على النصراني يسلم؛ لأنه منتقل من كفر إلى إيمان فقبل منه الإسلام ولم يجب عليه الحد بما تقدم من الكفر.

هـ - إجماع الصحابة على فعلي أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فقد استتاب أبو بكر المرتدين في كتاب وجهه إليهم. واستتاب أيضاً أم قرفة إذ ارتدت فقتلها. وعن محمد بن عبد الله بن عبد القاري أنه قال: قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى الأشعري واليه من البصرة، فسأله عن الناس فأخبره، ثم قال له عمر: هل كان فيكم من مغربة خبر؟ فقال: نعم، رجل كفر بعد إسلامه. قال: فما فعلتم به؟ قال: قربناه فضربنا عنقه. فقال عمر: أفلا حبستموه ثلاثاً، وأطعمتموه كل يوم رغيفاً، واستبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله؟ ثم قال عمر: اللهم إني لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغني. قوله: «من مغربة خبر»؛ أي: من خبر مستغرب غير معهود. وقوله: «ولم أرض إذ بلغني» تبرؤ من الأمر وتصريح بخطئه، ولا يكون ذلك إلا بنص علمه ﷺ من النبي ﷺ أو إجماع بعده، وقد حصل هذا الإجماع في عهد الصديق.

وحكمة الاستتابة، أنه يجوز أن تكون عرضت له شبهة، فإذا روجع وذكر وكشفت له زالت عنه. ولذلك كان حكم عرض التوبة على المرتد وإزالة ما علق بفكره من شبهات واجب⁽³⁾.

(1) الإشراف: 2/ 847 - 848، والمعونة: 3/ 1361، والمنتقى: 5/ 283، وبداية المجتهد: 2/ 493، والذخيرة: 40/ 12.

(2) أخرجه البخاري في الإيمان، باب ﴿إِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ﴾؛ ومسلم في الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله.

(3) الإشراف: 2/ 847 - 848، والمعونة: 3/ 1362، والذخيرة: 40/ 12.

وتقع استتابته مدة ثلاثة أيام بلياليها، إلا فيما استثني من الاستتابة كما يأتي.
ودليل الاستتابة بثلاثة أيام⁽¹⁾:

أ - أن الله تعالى أحرّ قوم صالح ذلك القدر لعلهم أن يتوبوا فيه، قال تعالى:
﴿فَمَقَرُّهَا فَقَالَ مَا تُمْنَعُونَ فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعَدُّ غَيْرٍ مَكْدُوبٍ ﴿٦٥﴾﴾ [هود: 65].

ب - قول عمر بن الخطاب المتقدم. ولم يخالفه أحد من الصحابة.
وأما ما كان من فعل أبي موسى الأشعري بالبصرة، وما كان منه ومن معاذ بن جبل باليمن في عهد النبي ﷺ، وهما من فقهاء الصحابة، محمول إماماً على أنهما كانا لا يعلمان الاستتابة، أو كانا يعلمانها ولكنهما يريان أنها ساعات قليلة قبل قتله.
ج - أن الثلاث قد جعلت أصلاً في الشرع في اعتبار معان واختيارها، كالمصراة، واستظهار المستحاضة، وغير ذلك.

د - أن المقصد بالتوبة زوال الشبهة العارضة، وذلك يقتضي أن يمهل مدة ما.
ولو حكم الحاكم بقتله قبلها مضى؛ لأنه حكم بمختلف فيه؛ لأن ابن القاسم يقول: يستتاب ثلاث مرّات ولو في يوم واحد.
وابتداء الثلاثة من يوم الحكم؛ أي: ثبوت الردة عليه، لا من يوم الكفر، ولا من يوم الرفع. ويلغى يوم الثبوت إن سبق بالفجر.

ويقع استتابته بلا جوع وعطش، بل يطعم ويسقى من ماله، فإن لم يكن له مال فمن بيت المال. ويكون الإطعام بما يكفيه ويقوته ولا يجوع، قال ابن القاسم: ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيماً. ومعنى كلام ابن القاسم أن لا يجعل الرغيف في قول عمر حداً؛ لأنه لم يرد أن يجعله حداً وإنما أشار إلى قلة مؤنته وعدم التوسعة توسعة يكون فيها إحسان إليه، ولو من ماله⁽²⁾.

ولا ينفق على ولده وزوجته من ماله؛ لأنه يوقف فيكون معسراً برده.
وكذلك يستتاب بلا مُعاقبة بمثل الضرب، ولو أصرّ على عدم الرجوع. والدليل على عدم جواز التضييق عليه بالجوع والعطش والضرب⁽³⁾: أن ذلك إكراه بالعذاب، فلا يجوز أن يؤخذ به.

فإن تاب ترك، وإلا يتب قُتل بعد غروب اليوم الثالث.

عدم القدرة على إقامة حدّ الردّة:

قال الشيخ ابن عاشور: «ومن الجهلة من يضع قوله: ﴿لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ﴾ [الغاشية: 22] في غير موضعه ويحيد به عن مهيعه فيريد أن يتخذ حجة على حرية التدين بين جماعات المسلمين. وشتان بين أحوال أهل الشرك وأحوال جامعة المسلمين. فمن

(1) الإشراف: 848/2، والمنتقى: 283/5، والجامع لأحكام القرآن: 37/2.

(2) المنتقى: 285/5.

(3) المنتقى: 283/5.

يلحد في الإسلام بعد الدخول فيه يستتاب ثلاثاً فإن لم يتب قتل. وإن لم يُقَدَّر عليه فَعَلَى المسلمين أن ينبذوه من جامعتهم ويعاملوه معاملة المحارب. وكذلك من جاء بقول أو عمل يقتضي نبذ الإسلام أو إنكار ما هو من أصول الدين بالضرورة بعد أن يوقف على مآل قوله أو عمله فيلتزمه ولا يتأوله بتأويل مقبول وبأبى الانكفاف».

حكم مال المقتول بسبب الردة:

يكون مال المقتول بسبب الردة فيئاً يجعل في بيت المال، لا يورث عنه، ولو ارتد لدين وارثه، والدليل⁽¹⁾:

أ - عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر»، وفي رواية قال ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»⁽²⁾.

ب - القياس على الكافر الأصلي؛ لأنه مات كافراً فلم يرثه مسلم كالكافر الأصلي. ولا فرق بين ما كسبه قبل رده أو في حالها؛ لأنّ الخبر عام، وقياس المال الذي كسبه قبل رده على الذي كسبه بعدها؛ لأنه مال مات عنه فأشبه ما كسبه حال رده⁽³⁾. وقد اختلف في المذهب؛ هل تردّ أفعاله ويكون محجوراً عليه بنفس الردة، أو تكون أفعاله ماضية حتى يحكم القاضي عليه بالحجر، فذهب ابن القاسم وأشهب إلى القول الثاني، لكن عند ابن القاسم إما أن يرجع للإسلام فتمضي وإما أن يقع الحكم عليه بالحجر ويقتل فتردّ، ووجه إمضائه لأفعال المرتد حتى يحكم عليه؛ لأنه لو حجر عليه بنفس الردة ثم رجع للإسلام لانكشف أنّ الحجر كان في غير موضعه. وقال أشهب: إنّ أفعاله مردودة حتى لو عاد للإسلام، وكأنّه قدر أنّ إمضاءها كالتنقض للحكم، والحكم الصحيح لا يتنقض. وذهب سحنون إلى أنّه محجور عليه بنفس الردة⁽⁴⁾. وأما قبل القتل، فإنّ ماله يوقف.

تأخير الحدّ:

يجب تأخير المُرْضِعِ المرتدة بالقتل لوجود امرأة مُرْضِعٍ يقبلها الولد. فإن لم يوجد مرضع أو وجد ولكن لم يقبلها الولد أخرت لتمام رضاعه. ويجب أيضاً تأخير ذات زوج، وكذلك الرجعية. أما البائن إن ارتدت بعد حيض بعد الطلاق فلا تؤخر. وإلا أخرت لحيضة إن كانت من ذوات الحيض، ولو كانت عادت في كل خمس سنين مرة، وما زاد على الحيضة في العدة تعبد لا يحتاج إليه هنا؛ أي: في الردة ومثلها الاستبراء لحدّ واعتماد الزوج في اللعان.

(1) الإشراف: 2/ 249، والمعونة: 3/ 1362.

(2) أخرجه مالك في الفرائض، باب ميراث أهل الملل؛ والبخاري في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر؛ ومسلم في الفرائض، باب.

(3) الإشراف: 2/ 849، والمعونة: 3/ 1363. (4) شرح التلقين: 2/ ورقة 13.

وأما إن كانت ممن لا تحيض لضعف أو إياس مشكوك فيه استبرئت بثلاثة أشهر، إن كانت ممن يتوقع حملها، إلا أن تحيض أثناءها. فإن كانت ممن لا يتوقع حملها قتلت بعد الاستتابة.

فإن لم يكن لها زوج لم تستبرأ، إلا إن ادعت حملاً واختلف أهل المعرفة أو شكوا. والفرق بينها هنا وبين القصاص من أنها لا تؤخر بدعواها الحمل بل لا بد من قرينة صدقها، كظهور الحمل أو تحركه أو شهادة النساء؛ أن القتل هنا حق لله، وفي القصاص حق آدمي وهو مبني على المشاحة، بخلاف ما هنا.

ما لا استتابة فيه:

1 - السابُّ لله تعالى. فإن كان السابُّ كافراً فإنه يقتل ما لم يسلم. وإن كان مسلماً ففي استتابته خلاف، هل يستتاب فإن تاب ترك وإلا قتل؟ أو يقتل ولو تاب؟ والراجح الأول؛ أي: قبول توبته.

2 - السابُّ لنبيٍّ مجمع عليه؛ يقتل بدون استتابة، ولا تقبل توبته، ثم إن تاب قتل حدّاً. ويدخل في ذلك كلٌّ من عاب نبياً أو ألحق به نقصاً في نفسه أو نسبه أو دينه أو خصلة من خصاله أو عرّض به أو شبّهه بشيء على وجه السبِّ أو الازدراء أو التصغير لشأنه أو الغضّ منه، وكذلك من دعا عليه أو تمنى مضرة له، ومن نسب له سجعاً أو هجرأ من القول، أو غير شيء مما جرى عليه من البلاء وبشيء من العوارض البشرية المعهودة لديه، ومن غيره بسهو أو سحر أو هزيمة بعض جيوشه أو ميل لبعض نسائه. ويستوي التصريح والتلويح. وهذا في نبينا محمد ﷺ وفي سائر الأنبياء عليهم الصلاة والسلام. والدليل على قتل الساب ولو تاب⁽¹⁾: أن حرمة النبي ﷺ أعظم من حرمة جميع أمته بمزية لا يشاركه فيها أحد منهم، فوجب أن يكون له مزية عليهم في عقوبة من يسبه أو يقذفه، وهو قتله بدون استتابة. ولأن التوبة من قذف غيره لا تسقط الحدّ ففي سبّه أولى في عدم سقوط الحد، إعظاماً لحرمة. وهذا الحكم يشمل جميع الأنبياء.

والفرق بين سبِّ الله ﷻ فتقبل التوبة منه، وبين سبِّ الأنبياء والملائكة لا تقبل من وجوه⁽²⁾:

* أن الله تعالى منزّه عن لحوق النقص له عقلاً، بخلاف خواص عباده فاستحالة النقص عليهم من إخبار الله لا من ذواتهم، فكان تأثير السبِّ أعظم فيهم، فشدد فيهم.

* أن حقوق الله تعالى تسقط بالتوبة قياساً على الكفر، وحقوق العباد لا تسقط بها، والأنبياء والملائكة من العباد.

* أن سبِّ الله ﷻ مفسدته خاصّة بالمرتد، ومفسدة سبِّ الأنبياء تتعدى للأمة.

(1) الإشراف: 877/2، والمعونة: 1408/3 - 1409.

(2) الذخيرة: 19/12.

وأما ما ورد أنّ النبي ﷺ لم يقتل اليهودي الذي قال له: السام عليك. فالجواب أنّ ذلك كان في أوّل الإسلام حيث كانت الموادة مشروعة.

وقد أفتى فقهاء الأندلس بقتل علي بن أبي حاتم المتفقّه وصلبه، لتسمية النبي ﷺ - في أثناء المناظرة - باليتيم وختن حيدرة، وزعم أنه لم يكن قاصداً، وبنفيه الزهد عنه ﷺ، وبه قال ابن سحنون وابن أبي زيد وأبو الحسن القاسبي.

ولا يُعذّر السابّ بما يلي:

* بجَهْل؛ لأنه لا يعذر أحد في الكفر بالجهل.

* بسكر بحرام؛ والدليل⁽¹⁾:

أ - القياس على الصاحي؛ لأنّ كلّ من صحّ طلاقه وقذفه صحّت رّدته، قياساً على الصاحي.

ب - أنّ هو السبب في نقص عقله وتمييزه؛ لأنّه لو لم يشرب الخمر باختياره لم يفسد عقله، فصار حكم عقله الناقص كحكم عقله التام، وصار ما جناه على نفسه كالعدم وكأنه باق على ما كان قبل شرب الخمر.

والفرق بين الصبي والمجنون لا يؤاخذان بما صدر منهما وبين شارب الخمر يؤاخذ مع أنّ الجميع فاقد للعقل؛ أنّ رفع التكليف عن الصبي والمجنون تخفيف ورخصة وترفيه ورفع مشقة؛ وأما فقيد العقل بالشرب قد أتى معصية وركب كبيرة، والمعاصي لا تجلب الرخص؛ لأنّ الترخيص في الشيء مسامحة في ركوبه وتسهيل لفعله، والشريع قد أقام الحدّ على أهل الفسوق زجراً لهم عن معاودة المعصية، وطرد الغير عنها مخافة العقوبة؛ فلو كان سكره يرفع عنه هذه الأحكام لكانت المعاصي كالرخصة له فيها، وهذا عكس مقصود الشرع⁽²⁾.

* بتّهوّر كثرة الكلام بدون ضبط. ولا يقبل منه ادعاء سبق اللسان.

* بغيظ. فلا يعذر إذا سب حال الغيظ بل يقتل. ومن هنا حرم على من يقول

لمن قام به غيظ: صلّ على النبي.

* بقوله: أردت كذا؛ أي: إنه إذا قيل له: بحق رسول الله فلعن، ثم قال: أردت

العقرب: أي لأنها مرسله لمن تلدغه، فلا يقبل منه ويقتل.

وهذا في السابّ المسلم، فإن كان السابّ كافراً أصلياً ثم أسلم، فلا يقتل، والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا

فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ﴾ [الأنفال: 38].

ب - عن عمرو بن العاص أنّ النبي ﷺ قال: «أنّ الإسلام يهدم ما كان قبله»⁽⁴⁾.

(1) الإشراف: 2/ 849، وشرح التلقين: م 2 ورقة 12.

(2) شرح التلقين: م 2 ورقة 12. (3) المعونة: 3/ 1409.

(4) أخرجه مسلم في الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما كان قبله.

ج - أن ذلك ليس بأعظم من كفره.

ويقبل إسلامه ولو كان إسلامه خوفاً من القتل. وإنما يقتل الكافر إذا سب نبياً من الأنبياء ولم يجعل سبه من جملة كفره؛ لأننا لم نعظم العهد على ذلك فسبه من جملة ما ينقض به عهده، كما لم نعظم العهد على قتلنا وأخذ أموالنا، فلذا لو قتل أحدنا قتلناه ولو سرق قطعناه، ولو كان القتل والسرقة من دينه استحلاله. كما يأتي في الجزية.

وأما المسلم إذا ارتد بغير السب، ثم سب زمن الردة، ثم أسلم فلا يسقط قتله للسب.

والفرق بين الكافر الأصلي والمسلم، أن الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك، وإنما يقتل على إظهاره، والمسلم يعلم منه اعتقاد تعظيم النبي ﷺ وسائر الأنبياء، فسبه دلالة على ردة⁽¹⁾.

ومحلّ قتل الساب إن كان مكلفاً. وأما المجنون فلا شيء عليه، وكذا الصغير ما لم يبلغ الحلم من غير رجوع.

3 - الساحر إذا أسرّ السحر فحكمه كالزنديق؛ يقتل بدون استتابة. ودليل عدم استتابته⁽²⁾: القياس على الزنديق؛ لأنه مستتر به فلا تقبل توبته.

حكم الزنديق:

الزنديق هو من أسرّ الكفر وأظهر الإسلام. وكان يسمّى في زمن النبي ﷺ وأصحابه منافقاً.

ويقتل الزنديق بعد الاطلاع عليه بلا استتابة، ولو أظهر توبته بعد أخذه والاطلاع عليه، والدليل على أن الزنديق يقتل بدون استتابة⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحَدُّهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ﴾ [غافر: 84]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أخبر الكفار إذا أصابهم البأس أسرعوا إلى الإيمان، والبأس هنا هو السيف أو العذاب الخارق للعادة المنذر بالفناء، ثم قال تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا سَأَلْنَا أَلَيْسَ الَّذِي قَدْ خَلَتْ فِي عِبَادِهِ وَخَيْرَ هُنَالِكَ الْكٰفِرُونَ﴾ [غافر: 85]؛ أي: أنه تعالى أخبر بأن إيمان الكافرين عند رؤيتهم البأس والهلاك لا ينفعهم؛ لأن الله تعالى لا يقبل الإيمان عند نزول عذابه المباشر أو بأيدي عباده المؤمنين.

(2) المعونة: 3/ 1364.

(1) المعونة: 3/ 1409.

(3) الإشراف: 2/ 847، والمعونة: 3/ 1363، والمنتقى: 5/ 282، والذخيرة: 12/ 38، والتحرير

والتنوير: 24/ 222.

ب - الحديث المتقدم: «من غير دينه فاضربوا عنقه». وعن عبد الله قال رسول الله ﷺ: «لا يحلّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأتى رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽¹⁾. وعن عثمان رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إسلام، أو زنا بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس»⁽²⁾.

ج - أنّ توبة الزنديق لا يوصل إلى العلم بها؛ لأنه لم يكن له ظاهر يرجع عنه فيستدلّ منه على تركه له. قال الإمام سحنون: لما كان الزنديق يقتل على ما أسرّ لم تقبل توبته؛ لأنّ ما يظهر لا يدلّ على ما يسرّ لأنه كذلك كان، فلا علامة لنا على توبته؛ والمتردّ يقتل على ما أظهر، فإذا أظهر توبته أبطل بها ما أظهر من الكفر.

د - أنّ عادة الزنادقة جارية بقلب اللغات وتغيير الأسماء، فيصير متى أجابوا عن استتابة بلفظ التوبة كمن خوطب بشيء فأجاب عن غيره.

وأما لماذا لم يقتل النبي ﷺ المنافقين الذين في زمنه، مع أنّه يعرفهم واحداً واحداً، وأنّ بعضهم كان متهماً بالفساد بين الصحابة مطعوناً في دينه؛ فذلك لمصلحة تأليف قلوبهم عليه لئلا تنفر عنه، ولذلك كان يعطي بعضهم من الزكاة على أنّهم من المؤلفّة قلوبهم؛ وهي مصلحة شرعية لا خلاف في ذلك، ولهذا لما قال أحد المنافقين للنبي ﷺ: يا محمد اعدل، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: دعني يا رسول الله فأقتل هذا المنافق؛ فقال النبي ﷺ: «معاذ الله أن يتحدث الناس أنّي أقتل أصحابي»⁽³⁾، قال ابن عطية: وهي طريقة مالك رحمه الله تعالى في كفّ رسول الله ﷺ عن المنافقين⁽⁴⁾.

ووجه آخر في تركهم، وهو أنّ الله تعالى كان قد حفظ أصحاب نبيه ﷺ من أن يفسدهم المنافقون أو يفسدوا دينهم، فلم يكن في تبييتهم ضرر؛ وليس كذلك بعد عهده؛ لأنه لا يؤمن من الزنادقة أن يفسدوا عوام المسلمين وجهاً لهم⁽⁵⁾.

فإن أظهر توبته بعد الاطلاع عليه فلا يؤثّر ذلك في القتل، وإنّما يؤثّر في قبول التوبة فقط، فتقبل بل لا بد من توبته، فإن تاب قتل حدّاً، ويحكم بإسلامه فيغسل ويصلّى عليه، وإن لم يتب قتل كفراً.

فإن جاء قبل الاطلاع عليه معترفاً تائباً فلا يقتل. ودليل قبول توبة الزنديق وعدم

(1) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة والمحاربين، باب ما يباح به دم المسلم.

(2) أخرجه أبو داود في الديات، باب الإمام يأمر بالعفو؛ والترمذي في الفتن، باب ما جاء لا يحلّ دم امرئ مسلم.

(3) أخرجه مسلم في الزكاة، باب ذكر الخوارج وصفاتهم.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 1/199. (5) الجامع لأحكام القرآن: 1/200.

قتله إذا جاء تائباً⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخَذُوهُمْ وَأَصْرُوهُمْ وَأَقْعِدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرصِدٍ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٥﴾﴾ [التوبة: 5]. ووجه الاستدلال أنه تعالى أمر بتخليفة سبيل الكافرين وعدم قتلهم إذا تابوا وأسلموا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة.

ب - قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٦٥﴾﴾ [الشورى: 25].

ج - القياس على سائر المعاصي؛ لأن الردة معصية لم يتعلق بها حق لمخلوق.

والدليل على قبول توبة الزنديق إذا جاء تائباً⁽²⁾: قوله تعالى: ﴿يَخْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا وَلَقَدْ قَالُوا كَلِمَةَ الْكُفْرِ وَكَفَرُوا بَعْدَ إِسْلَامِهِمْ وَهَمُّوا بِمَا لَمْ يَنَالُوا وَمَا نَعَمُوا إِلَّا أَنْ أَغْنَاهُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ مِنْ فَضْلِهِ فَإِن يَتُوبُوا يَكُ خَيْرًا لَهُمْ وَإِن يَسْتَكْبِرُوا يَعْذِبُهُمْ اللَّهُ عَذَابًا أَلِيمًا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَمَا لَهُمْ فِي الْأَرْضِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴿٧٤﴾﴾ [التوبة: 74]. تقدم أن هذه الآية نزلت في جماعة من المنافقين يظهرون الإسلام ويبطنون الكفر، وأن الله تعالى فضح للمسلمين كفرهم بما قالوه من كلمة الكفر والهَمُّ بالفتك بالنبي ﷺ ليلة العقبة عند عودته من تبوك. ثم أخبر أنه تعالى يقبل توبتهم إن جاؤوا تائبين وراجعوا الإيمان الصادق.

ومال الزنديق إن جاء تائباً أو بعد الاطلاع عليه، أو مات قبل الاطلاع عليه ثم ثبتت زندقته يكون لوارثه. أما لو اطلع عليه فلم يتب حتى قتل أو مات فماله لبيت المال.

أثر الردة:

تحبط الردة ثواب الأعمال السابقة عليها بنفس وقوعها، ولو لم يمض والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُم عَن دِينِهِ فَمَا كَانَ مِن شَيْءٍ وَأُولَئِكَ حِطَّتْ أَعْمَلُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: 217]. قوله: ﴿يَرْتَدِدْ﴾ أي: يرجع عن الإسلام إلى الكفر. وقوله: ﴿حِطَّتْ﴾ أي: بطلت وفسدت، ومنه الحبط وهو فساد يلحق المواشي في بطونها من كثرة أكلها الكلاً فتنتفخ أجوافها، وربما تموت من ذلك. فالآية تهديد للمسلمين ليثبتوا على دين الإسلام. ووجه الاستدلال أن الله تعالى علق أمرين على وقوع أمرين، علق حبوط العمل والخلود في النار على الردة والموت عليها؛ والآية سبقت لبيان حكم المرتد الذي يموت على

(2) أحكام القرآن: 2/979.

(1) المتفقى: 5/282.

(3) أحكام القرآن: 1/147، والجامع لأحكام القرآن: 2/37 - 38.

ردّته، فذكر الموت هنا شرطاً لأنّه تعالى علق عليه الخلود في النار جزاء؛ فمن مات على الكفر خلّده الله في النار بهذه الآية؛ وسيأتي في الآية الموالية أنّ مجرد الشرك محبط للعمل. قال ابن العربي: فهما آيتان مفيدتان لمعنيين مختلفين وحكمين متغايرين.

ب - قوله تعالى: ﴿لَيْنَ أَشْرَكَتَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: 65]. والآية خطاب للنبي ﷺ، والمراد به أمته؛ لأنّه يستحيل منه الردّة شرعاً، وما خوطب به ﷺ فهو لأمته حتى يثبت اختصاصه به. ووجه الاستدلال أنّ مقتضى الآية أنّ مجرد الشرك محبط للعمل.

ما تبطله الردّة من الأعمال ولا يصحّحه الرجوع للإسلام:

- الطهارة الصغرى قطعاً، وعلى الراجح في الطهارة الكبرى.
- الحجّ إن تقدّم منه. فإذا ارتدّ بطل حجه، ويجب عليه إعادته إن أسلم لبقاء وقته وهو العمر، إن وجدت شروطه⁽¹⁾.

والدليل على بطلان الحجّ ووجوب إعادته⁽²⁾:

أ - ما تقدم من أدلّة بطلان الأعمال بسبب الردّة. وإذا بطلت جميع أعماله لزمه إعادة الحجّ؛ لأنّه واجب مرة في العمر في الإسلام.

ب - القياس على الكافر الأصلي؛ لأنّ المرتد أسلم عن كفر فلزمه الحجّ كالكافر الأصلي إذا أسلم.

- الإحصان؛ أي: عقد مسلم بالغ عاقل على امرأة عقداً صحيحاً، ووطؤها وطناً مباحاً. فإذا ارتد المحصن بطل إحصانه، فإذا أسلم وزنى فإنه يجلد ولا يرجم.

- الوصية. فإذا أوصى بوصية ثم ارتدّ فإنها تبطل ولو رجع للإسلام. وهو أحد قولين، وهو الذي اقتصر عليه الشيخ خليل. ومحلّ البطلان إذا مات على ردّته، لا إن عاد للإسلام. فإن عاد فقد أقرّ الشيخ البناني صحتها.

وسقوط الإحصان والوصية مقيّد بما إذا لم يقصد المرتدّ بالردّة إسقاطهما، وذلك معاملة له بنقيض مقصده.

ما لا تبطله الردّة من الأعمال ويستمرّ أثره بعد الرجوع إلى الإسلام:

- لا تبطل الردّة طلاقاً صدر من المرتدّ قبلها، سواء كان ثلاثاً أو أقلّ؛ فإذا طلق ثلاثاً ثم ارتد ثم رجع للإسلام، فلا تحل له إلا بعد زوج، ما لم يرتدا معاً ثم يرجعا للإسلام، فتحل بدون زوج. ويلغز به فيقال: طلق زوجته ثلاثاً وحلت قبل زوج.

وهذا في الطلاق بغير تعليق. وما سيأتي من سقوط اليمين بالله ويمين الظهر ويمين الطلاق فهو في الأيمان المعلّقة.

(2) المعونة: 1360/3.

(1) الشرح الكبير وحاشيته: 307/4.

ومسألة رجوعهما بدون زوج إذا ارتدّا معاً مقيّدة بما إذا لم يقصدا بالردة الإحلال، فإن قصداً ذلك فلا يحلّان. والفقهاء الذي يأمرهما بذلك مرتدّ.

- لا تبطل الردة إحلالاً مُحلّلاً. فإذا ارتد المحلّل للمبتوتة فلا يبطل إحلاله، بل تحلّ لمن أبتّها. بخلاف المرأة إذا ارتدت، فإن حلّها محلل لمن أبتّها، فحلّها تبطل ردتها؛ أي: فإذا حللها شخص، ثم ارتدت ورجعت للإسلام؛ لا تحل لمبتّها حتى تنكح زوجاً؛ لأن الردّة أبطلت النكاح الذي أحلها، كما أبطلت الذي صيرها محصنة. وهذا لأن الردّة تبطل وصف من تلبّس بها لا وصف غيره وإن نشأ عن وصف من تلبّس بها، فردة الزوج إنّما تبطل إحصانه لا إحصانها، وكذلك العكس. وردة المحلّل إنّما تبطل وصفه وهو كونه محلّلاً، ولا تبطل وصفها وهو كونها محلّلة وإن كان ناشئاً عن وصفه، وكذا العكس.

- لا تبطل الردّة الهبة، ولا الوقف، إذا حيزا قبلها، سواء عاد للإسلام أو مات على ردّته. وأما لو تأخر الحوز حتى ارتدّ ومات على ردّته بطلا.

ما تبطله الردّة ويسقط الرجوع للإسلام المطالبة به:

إذا تاب المرتدّ ورجع للإسلام بعد الردّة، فإنّ الإسلام يسقط عنه المطالبة بأمور هي:

- الصلاة، والصوم، والزكاة، إن لم يكن فعلها قبل الردّة، فلا يطلب منه فعلها بعد رجوعه للإسلام، إلا أن يسلم قبل خروج وقت الصلاة.

- النذر. فإذا قال: لله عليّ التصدّق بدينار، أو إن فعلت كذا فعليّ التصدق بدينار، ثم ارتدّ سقط عنه النذر فلا يطالب به بعد إسلامه؛ أي: بعد توبته.

- اليمين بالله، كقوله: والله لا أكلم زيداً، ثم ارتدّ، فتسقط نفس اليمين إن لم يحدث قبل الردّة. وتسقط كفارته إن كلمه قبلها أو بعدها أو بعد توبته.

- يمين الظهار، كقوله: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي، ثم ارتد، فتسقط نفس يمين الظهار إن لم يحدث قبل الردّة. وتسقط كفارته إن دخل قبلها أو بعدها أو بعد توبته.

- يمين الطلاق، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم ارتدّ، فتسقط يمين الطلاق إن لم يحدث قبل الردّة. ولا يلزمه طلاق إن دخل بعد رده أو بعد توبته. وأما لو دخل قبل ردّته لزمه الطلاق فلا يسقط.

- كفارة الصوم.

والدليل على سقوط قضاء ما تقدّم⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مِمَّا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ﴾ [الأنفال: 38]. وهذا ظاهر بالنسبة لإسقاط القضاء في حقوق الله تعالى. والآية عامة.

ب - عن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «أنَّ الإسلام يهدم ما كان قبله»⁽¹⁾.
ج - القياس على الكافر الأصلي؛ لأنَّ الصلاة وما مثلها في سقوط القضاء متروكة في حال كفر، كالكافر الأصلي.

قال ابن العربي في بيان الحكمة في كون الإسلام يهدم ما كان قبله: «هذه لطيفة من الله سبحانه منَّ بها على الخلق، وذلك أنَّ الكفار يقتحمون الكفر والجرائم، ويرتكبون المعاصي والمآثم، فلو كان ذلك يوجب مؤاخذه لهم لما استدركوا أبداً توبة ولا نالهم مغفرة. فيسرَّ الله تعالى عليهم قبول التوبة عند الإنابة، وبذل المغفرة بالإسلام، وهدم جميع ما تقدم، ليكون ذلك أقرب لدخولهم في الدين، وأدعى إلى قبولهم لكلمة المسلمين، ولو علموا أنهم يؤاخذون لما تابوا ولا أسلموا. وفي صحيح مسلم قوله ﷺ: «أن رجلاً فيمن كان قبلكم قتل تسعة وتسعين نفساً، ثم سأل هل له من توبة؟ فجاء عابداً فسأل هل له من توبة؟ فقال: لا توبة لك، فقتله فأكمل به مائة»، الحديث. فانظروا إلى قول العابد: لا توبة لك، فلما علم أنه قد أيسه قتله، فغل الآيس من الرحمة. فالتنفير مفسدة للخليقة، والتيسير مصلحة لهم. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان إذا جاء إليه رجل لم يقتل فسأل: هل لقاتل من توبة؟ فيقول: لا توبة، تخويفاً وتحذيراً؛ فإذا جاءه من قتل فسأله: هل لقاتل من توبة؟ قال له: لك توبة، تيسيراً وتأليفاً»⁽²⁾.

وسقوط الصلاة وما بعدها مقيد بما إذا لم يقصد المرتد بالردة إسقاطها، وذلك معاملة له بنقيض مقصده.

الانتقال من كفر إلى كفر:

إذا انتقل كافر من كفره لكفر آخر، كنصراني انتقل لليهودية أو المجوسية، فإنه يقرَّ على ذلك، ولا نتعرض له والدليل⁽³⁾:

أ - أنَّ الدين الذي انتقل إليه ممَّا يجوز أن يقرَّ عليه، كما لو كان عليه ابتداء.

ب - أنه لو كان على فرقة اليعقوبية من النصراني فصار إلى فرقة النسطورية من النصراني لم يتعرَّض له؛ لأنَّه انتقال من كفر إلى كفر، فكذلك الانتقال من النصرانية إلى اليهودية.

(1) أخرجه مسلم في الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما كان قبله.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 402/7.

(3) الإشراف: 849/2، والمعونة: 1363/3، والجامع لأحكام القرآن: 37/2.

وأما الحديث المتقدم: «من بدل دينه فاقتلوه» محمول على الدين الحق الذي ارتضاه الله تعالى ودعا إليه⁽¹⁾.

دعوى المرتدّ أنّه أسلم عن خوف:

إذا أسلم كافر ثم ارتدّ، ولما حكم عليه بالردّة والقتل حيث لم يتب، قال معتزلاً: كنت أسلمتُ عن ضيق، من خوف على نفس أو مال، فإنّ عذره يقبل إنْ ظهرَ عذره بقريته، وذلك إذا لم يستمرّ على الإسلام بعد ذهاب الخوف عنه، وإلا حكم فيه حكم المرتد. ووجه قبول عذره وسقوط الحدّ عنه أنّ فعل المكره لا حكم له في الشرع، وهذا لأنّه لمّا دخل في الإسلام كرهاً لم يثبت له حكمه⁽²⁾.

ما فيه التأديب دون القتل:

- من نطق بالشهادتين ولم يلتزم أركان الإسلام، فإذا رجع لا يكون حكمه حكم المرتد. لكن هذا في غير من بين أظهرنا ويعلم أن علينا صلاة وصوماً إلخ، وإلا فهو مرتد.

- الساحر الذمّي إذا سحر مسلماً؛ بشرط أن لا يدخل عليه بسحره ضرراً. فإن أدخل عليه أيّ ضرر كان ناقضاً للعهد يفعل فيه الإمام القتل أو الأسر ما لم يسلم. فإن أدخل ضرراً على أهل الكفر من أهل الذمّة أدب ما لم يقتل منهم أحداً وإلا قتل. فإن لم يدخل عليهم ضرراً فلا أدب.

- سبّ نبيّ لم يجمع على بُنوّته، كالخضر ولقمان وذو القرنين، وكذلك مريم بغير الزنا وأسية، أو خالد بن سنان. فيشدد على السابّ بالضرب والسجن.

وخالد بن سنان كان بين عيسى ومحمّد ﷺ، أرسله الله تعالى إلى بني عبس من العرب، وقيل: إلى أهل الرسّ. والقول ببُنوّته هو الراجح.

وأما الخضر ولقمان ومريم وذو القرنين، فالراجح عدم بُنوّتهم.

- سبّ ملك لم يجمع على ملكيته.

- سبّ صحابي، ويشمل عائشة رضي الله عنها بغير الزنا.

- تكفير صحابي.

- سبّ أحد من ذرّيّة النبي ﷺ، فإنه يشدد على السابّ في التأديب بالضرب

والسجن، بشرط أن يعلم السابّ أنه من آله عليه أفضل الصلاة والسلام، لا إن سبّ من لم يعلم أنه من آله، فلا يبالغ في تأديبه.

(1) المتقى: 284/5، والجامع لأحكام القرآن: 37/2.

(2) المتقى: 283/5.

- الانتساب للنبي ﷺ بغير حق، بأن لم يكن من ذريته وادعى صراحة قولاً وفعلاً أو احتمالاً أنه من ذريته. ومن الصراحة الفعلية لبس عمامة خضراء؛ لأنها علامة الشريف؛ ومن الاحتمال قوله لمن آذاه: مثلك يؤذي آل البيت؟ قال الإمام مالك: «من انتسب إلى بيت النبي ﷺ يضرب ضرباً وجيعاً، ويشهر ويحبس طويلاً حتى تظهر توبته؛ لأنه استخفت بحق الرسول ﷺ».

ولم يحدّ مع أنّه يلزم منه حمل غير أبيه على أمّه؛ لأن القصد بانتسابه له الشرف، لا الحمل المذكور، ولأنّ لازم المذهب ليس بمذهب.

- ثبوت سبّ النبي مجمع على نبوته أو ملك مجمع على ملكيته بشهادة عدل فقط، أو جماعة من الناس غير مقبولين.

- قول الشخص متضجراً: لقيتُ من شدة المشقة من مرضي هذا ما لو قتلتُ أبا بكر ما استوجبتُهُ، فيعزّر على الراجح لحمله على الشكوى لا على الاعتراض على الله تعالى. أما لو قصد الاعتراض على الله - والقصد لا يعلم إلا منه - فمرتد بدون خلاف؛ لأنه نسب الحيف إلى ملك الأملاك، وهو الذي أوجب كفر إبليس والعياذ بالله.

- من عبّره الناس بالفقر فقال: تعيروني بالفقر وقد رعى رسول الله ﷺ الغنم، فإنّه يؤدّب لأنه عرض بذكره ﷺ في غير موضع.

- الذمّي إذا قال: ديننا خير من دينكم.

- من قال لغيره وهو يريد منه مالاً ظلماً أو نحوه: ادفع واشك للنبي.

- قال ابن المرابط: من قال إنّه ﷺ هرم، يستتاب وإلا قتل؛ لأنه نقص لا يجوز عليه في خاصّته؛ لأنه على بصيرة من أمره.

قال ابن زيد في القائل: لعن الله العرب، ولعن بني إسرائيل، ولعن بني آدم، وقال: إنّما أردت الظالمين منهم، يؤدّب باجتهاد السلطان⁽¹⁾.

مسألة:

يمنع الصلاة على النبي ﷺ عند التعجب، ولا يصلّى عليه إلا على وجه التقرب⁽²⁾.

مسألة:

من ارتدّ لا يتبعه ولده الصغير في الردّة؛ لأنّ التبعية إنّما تكون في دين يقرّ عليه. فإن قتل الوالد على الكفر بقي الولد مسلماً⁽³⁾.

(2) الذخيرة: 26/12.

(1) الذخيرة: 24/12.

(3) الذخيرة: 43/12.

حد الزنا

الزنى بالقصر لغة أهل الحجاز. وبالمد لغة نجد. ولذا حدّ بعض القضاة من قال لشخص: يا ابن المقصور والممدود؛ لأنه تعريض بالزنا الذي يقصر ويمدّ.

تعريف الزّنا الذي فيه الحد:

هو إيلاج مسلم، مكلف، حشفة، في فرج آدمي، مطيق، عمدأ، بلا شبهة، وإن دبراً أو ميتاً.

حكمه:

الزنا محرم كتاباً وسنة وإجماعاً. وهو كبيرة من الكبائر.

والدليل على حرمة⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: 32].
 ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى نهى عن قربان الزنا، والنهي يدلّ على التحريم. والقرب المنهي عنه هو أقلّ الملابس، وهو كناية عن شدة النهي عن ملابسة الزنا⁽²⁾. وقد وصفه الله تعالى فاحشة لأنه تجاوز الحدّ في الفساد.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ [الفرقان: 68 - 69].
 ووجه الاستدلال أنّ الآية جمع فيها التخلّي عن قتل النفس والزنا في صلة موصول واحد «الذين» مع التخلّي عن الإشراك بالله تعالى، للإشارة إلى أنّ أشدّ القبائح لصوقاً بالشرك قتل النفس والزنا، فجعلا مع الشرك شبيهة خصلة واحدة في صلة موصول واحد، وذلك تشديد في تحريمهما. ثم صرحت الآية بأنّ من يفعل الجرائم الثلاث الأثام؛ أي: جزاء الإثم، المتمثل في مضاعفة العذاب والخلود في النار، وهو دليل آخر على شدة التحريم. لكن نهضت أدلة متضافرة من الكتاب والسنة على أنّ ما عدا الكفر من المعاصي لا يوجب الخلود في النار، مما يقتضي تأويل ظواهر الآية⁽³⁾.

(1) المقدمات: 239/3، والذخيرة: 47/12، وإكمال الإكمال: 156/5.

(2) التحرير والتنوير: 73/18.

(3) التحرير والتنوير: 90/15.

ج - تشريع القرآن حدّ الزنا، وإقامة النبي ﷺ له على الزناة.
 د - إجماع الأمة على تحريمه. ونقل عن غير واحد أنّه ممّا اتفقت الملل على تحريمه.
 وجاحد حرمة كافر.

شرح التعريف:

قوله: «إيلاجُ» أي: تغيب.
 قوله: «مسلم» لا كافر، فليس زناً شرعاً يترتب عليه الحد، وإن كان حراماً وفيه العقاب. وسواء وطئ المسلم كافراً أو مسلمة.
 قوله: «مكلف» يحترز عن المجنون والصبي. فوطؤهما لا يسمى زناً شرعاً. وأما من السكران فهو زناً حيث أدخل السكر على نفسه، وإلا فكالمجنون. والمسلمة يشملها تعريف فعل الزنا من حيث إن الإيلاج كان في فرجها. فتحّد إذا مكنت مجنوناً أو كافراً أو أدخلت ذكر نائم بالغ في فرجها.
 قوله: «حشفة» أو قدرها ولو بغير انتشار أو مع حائل خفيف لا يمنع اللذة.
 قوله: «في فرج آدمي» خرج الوطاء بين الفخذين، فلا يعدّ زناً. وخرج الإيلاج في غير الآدمي كحيوان بهيمي، والجنّي إن تصور بصورة غير آدمي، أو لم يتصور بصورة شيء لأن ذلك مجرد تخيل؛ أو كان بصورة آدمي على جهة التخيل لا التحقق؛ وأما إن تصور بصورة آدمي على جهة التحقق كان وطؤه زناً شرعاً ويحدّ الواطئ، وكذا يقال في وطئ الجنّي لآدمي. ولا حدّ على واطئ الخنثى المشكل في قبله؛ لأنه كثقبه. فإن وطئه في دبره فإنه يقدر أنثى فيكون فيه الحدّ، كما أنّ إتيان امرأة أجنبية بدبر لا تقدر ذكراً ملوطاً به بحيث يكون فيه الرجم وإن كان بكراً. وأما إن وطئ الخنثى المشكل غيره بذكره فلا حدّ عليه للشبهة، إذ ليس ذكراً محققاً، إلّا أن يمّني من ذكره فلا إشكال.
 قوله: «مطيق» أي: للوطء عادة لواطئها، فيحدّ الواطئ وإن كان المطيق غير مكلف.

قوله: «عمداً» خرج الناسي طلاق زوجته والجاهل. والمراد بالجاهل؛ أي: للحكم كحديث عهد بالإسلام، وهو الطارئ من بلاد بعيدة عن بلاد الإسلام. وكذلك الجاهل لذات المرأة كأن يعتقد أنّها امرأته ثم تبين أنها أجنبية.
 قوله: «بلا شبهة» خرج الوطاء في النكاح الصحيح، والوطء في نكاح الشبهة، كنكاح بلا ولي. وخرج أيضاً نكاح الزوج زوجته في الدبر وفي الحيض، فإنّ وطأها فيها لا يعدّ زناً، وإن كان الوطاء في الدبر فيه التأديب. والأصل في درء الحدود بالشبهات: عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن

يخطئ في العقوبة»⁽¹⁾.

قوله: «وإن دبراً أو ميتاً غير زوج» أي: وإن كان الفرج المولج فيه دبراً لذكر أو أنثى، حياً أو ميتاً. فإنّ تغيب الحشفة في دبر الذكر يسمى زناً شرعاً؛ حال كان المغيب في دبره حياً أو بعد موته، لكن دبر الذكر فيه الرجم مطلقاً وإن كان الفاعل بكراً. وخرج الزوج فلا يعد وطء زوجته في الدبر زناً كما تقدم.

ما يدخل في تعريف الزنا أيضاً:

1 - وطء المستأجرة. سواء أجزت نفسها أو أجزها وليها. وفيه الحد. ولا يكون الاستئجار شبهة تدرأ الحد.

2 - وطء الأسيرة. لأنّ جواز وطء الأسيرة لمن وقعت في نصيبه كان تبعاً للرق، وقد انتهى.

3 - وطء الذمّية أو الحربية. وسواء كانت الحربية في بلاد الحرب، أو دخلت بأمان. وأما التي دخلت بغير أمان فيشملها حكم الأسر وقد تقدم.

والدليل على وجوب الحدّ بالزنا بالذمّية والحربية⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة في كلّ مسلم زنا، كان بمسلمة أو كافرة، كانت الكافرة ذمّية أو حربية.

ب - قياس دار الحرب على دار الإسلام؛ لأنه موضع وقع الزنا به كدار الإسلام.

ج - قياس حدّ الزنا على حدّ القتل بالردة؛ لأنه حدّ وجب لله تعالى فلم تؤثر دار الحرب في إسقاطه كالقتل بالردة.

4 - وطء المبتوتة. وهي المطلقة بلفظ البتّ أو بلفظ الثلاث؛ أي: إن البات لزوجه، إذا وطئها بعد البتات متعمداً فيحدّ؛ سواء وطئها مستنداً لعقد جديد في العدة، أو بدون عقد في العدة، أو بعد العدة بعقد أو بدونه. ويحدّ بالبتّ بلفظ البتّ أو الثلاث سواء في مرات ثلاث أو في مرّة واحدة على الراجح، كقوله أنت طالق ثلاثاً أو البتة. وقيل: إنما يحدّ إذا أبتّها في مرات ثلاث، إذ لا شبهة له بوجه، وأما لو أبتّها في مرّة فلا يحدّ نظراً لوجود الخلاف في هذا القول وهو أنّه يلزمه طلقه واحدة وإن كان شاذاً.

5 - وطء الخامسة بالنسبة للمتزوج بأربعة. بشرط علمه بتحريمها. فإذا عقد على خامسة ووطئها فيحدّ. ولا التفات لمن زعم جواز تسع نساء من الخوارج، فلا يعتبر قولهم شبهة يدرأ الحدّ.

(1) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في درء الحدود.

(2) الإشراف: 871/2، والمعونة: 1395/3، والمتقى: 145/7.

6 - وطء المرأة المحرمة بالمصاهرة. فإذا عقد عليها ووطئها فهو زناً وفيه الحد. مثل أن يتزوج زوجة أبيه أو ابنه ويطؤها. ومثل أن يتزوج بامرأة ويدخل بها، ثم يعقد على ابنتها ويطؤها، فيحد. والدليل: أن المحرم لا يستقر له عليها نكاح أبداً بعد العقد عليها، فوجب أن يكون زناً يلزم به الحد.

وأما حديث البراء قال: مرّ بي خالي أبو بردة بن نيار ومعه لواء، فقلت: أين تريد؟ قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه أن آتية برأسه⁽¹⁾. وفي رواية: أن أضرب عنقه أو أقتله⁽²⁾. وفي رواية: أن أضرب عنقه وأخذ ماله⁽³⁾. فهذا الحديث لا حجة فيه؛ لأنه قضية عين، كذا قال ابن العربي⁽⁴⁾.

7 - المطلقة منه قبل البناء، ولو طلقة واحدة. فإذا وطئها بدون عقد جديد فهو زناً وفيه الحد؛ لأن الطلاق قبل البناء بائن بالإجماع ولا عدة فيه، لا بد له من عقد لحلّ وطئها.

8 - المحرمة بنسب أو رضاع. فإذا عقد على محرمة بنسب أو رضاع ووطئها فهو زناً وفيه الحد. والدليل⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 22]. وهذا نصّ على أن نكاح المحرمات فاحشة، فإذا ثبت ذلك فقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: 32]، وقد أوجب الله تعالى الحد في فاحشة الزنا، فيحمل معنى الفاحشة في آية النساء على معناها في آية الإسراء.

ب - عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والشيب بالشيب جلد مائة والرجم»⁽⁶⁾، وهو عام في المحام وغير المحارم.

ج - أن المحرم لا يستقر له عليها نكاح أبداً بعد العقد عليها، فوجب أن يكون زناً يلزم به الحد.

9 - المعتدة منه من طلاق بائن غير مبتوتة - أي: إذا كانت البيونة بالخلع - . فإذا وطئها بعد العدة، فهو زناً وفيه الحد على الراجح.

(1) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب فيمن تزوج امرأة أبيه.

(2) أخرجه النسائي في النكاح، باب نكاح ما نكح الآباء.

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب في الرجل يزني بحريمة؛ والنسائي في النكاح، باب نكاح ما نكح الآباء.

(4) عارضة الأحمدي: 118/6. (5) الإشراف: 869/2.

(6) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

10 - المعتدة من غيره. فإذا عقد عليها ووطئها في العدة فهو زناً وفيه الحد. وسواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة.

11 - المكروه - بفتح الراء - على الزنا. فالمشهور أنه يحدّ، سواء انتشر الذكر أم لا. ويدفع الصداق للمكروهة - بفتح الراء - معه، ثم يرجع به على المكروهة - بكسر الراء. ويحد المكروهة - بالفتح - ولو كانت التي زناً بها هي مكروهته، إلا أنه لا صداق لها عليه. واختار اللخمي - وهو مذهب المحققين كابن العربي وابن رشد - أن المكروهة - بالفتح - على الوطء لا يحدّ ولا يؤدّب، لعذره بالإكراه. وهذا القول هو المفتى به على خلاف المشهور، ودليل هذا القول⁽¹⁾:

أ - أن الإكراه في الشرع يرفع الحرج عمّن أكره فيما بينه وبين الله تعالى.

ب - أن انتشار الذكر والوطء وإن كان يقع باختياره، إلا أنه لم يختره راضياً بفعله وإنما اختاره على القتل مضطراً إليه كارهاً له غير راض به.

ولا يكون مكروهاً على الزنا إلا بالإكراه بالقتل، لا بغيره من قطع ونحوه. فإن زناً مكروهاً بغير القتل فعليه الحدّ. فإن أكره بالقتل جاز. والصبر على القتل وعدم ارتكاب الزنا أجمل عند الله تعالى وأحبّ إليه؛ لأنه الأفضل والأكثر ثواباً⁽²⁾.

ومحل الخلاف بين القولين إذا أكره على الزنا بامرأة طائفة لا زوج لها. ووجه القول بجواز الإقدام على الزنا بالإكراه بالقتل، أنها معصية تتعلّق بحقّ الله تعالى فقط، لا حقّ فيها لمخلوق⁽³⁾.

وأما الإكراه على الزنا بامرأة مكروهة هي أيضاً، خلية من زوج أو ذات زوج، أو بامرأة طائفة ذات زوج، ففيه الحدّ اتفاقاً ولو أكره بالقتل، ويجب عليه الرضا بقتل نفسه. وعلة المنع في المكروهة ذات الزوج هو حقّ الزوج، والعلة فيها وفي المكروهة الخلية من زوج غير الطائفة أنها مسكينة لا يجوز قهرها والإقدام عليها ولو بسفك دمه.

12 - المرأة إذا وطئها مجنون، والدليل⁽⁴⁾: القياس على وطء العاقل؛ لأنها طاوعته واطئاً كامل الوطء على وجه يحرم بغير شبهة، فوجب أن يلزمها الحدّ، أصله إذا كان الواطئ عاقلاً.

13 - المرأة إذا أدخلت ذكر نائم بالغ في فرجها، والدليل⁽⁵⁾: أنه فعلت ما حصل معه الذكر في فرجها، طائفة على وجه لا شبهة في تحريمه، فوجب أن يلزمها الحدّ، كما لو كان متبهاً.

(2) أقرب المسالك: 452/1.

(4) الإشراف: 857/2.

(1) المقدمات: 253/3.

(3) أقرب المسالك: 452/1.

(5) الإشراف: 862/2.

14 - الفاعل فعل قوم لوط والمفعول به. كان في دبر ذكر أو أنثى، حيّ أو ميت. فإن تغييب الحشفة في دبر الذكر يسمى زناً شرعاً؛ حال كان المغيب في دبره حيّاً أو بعد موته، لكن دبر الذكر فيه الرجم مطلقاً وإن كان الفاعل بكراً. والدليل على تسمية فعل قوم لوط زناً شرعاً⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ ﴿٨٠﴾﴾ [الأعراف: 80]، فسُمي فعلهم فاحشة ليبين أنها زناً كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٣٦﴾﴾ [الإسراء: 32].

وخرج الزوج فلا يعد وطء زوجته في الدبر زناً كما تقدم.

15 - وطء السكران، حيث أدخل السكر على نفسه. وإلا لم يدخله اختياراً على نفسه فحكمه حكم المجنون. والفرق بين الصبي والمجنون لا يؤاخذان بما صدر منهما وبين شارب الخمر يؤاخذ مع أنّ الجميع فاقد للعقل؛ أنّ رفع التكليف عن الصبي والمجنون تخفيف ورخصة وترفيه ورفع مشقة؛ وأمّا فقيّد العقل بالشرب قد أتى معصية وركب كبيرة، والمعاصي لا تجلب الرخص؛ لأن الترخيص في الشيء مسامحة في ركوبه وتسهيل لفعله، والشرع قد أقام الحدّ على أهل الفسوق زجراً لهم عن معاودة المعصية، وطردها عنها مخافة العقوبة؛ فلو كان سكره يرفع عنه هذه الأحكام لكانت المعاصي كالرخصة له فيها، وهذا عكس مقصود الشرع⁽²⁾.

16 - واطئ امرأة ميتة؛ لأنها آدمية محرمة الوطء⁽³⁾.

ما لا يدخل في التعريف:

- 1 - وطء المعتدة منه من طلاق رجعي. فإذا وطئها في العدة فليس زناً ولا حدّ فيه؛ لأن العصمة باقية في الجملة. بل عليه الأدب حيث لم ينو الرجعة.
- 2 - وطء المعتدة منه من طلاق بائن غير مبتوتة بالثلاث - أي: إذا كانت البيّنونة بالخلع -. فإذا وطئها في العدة فليس زناً وليس فيه حدّ، وفيه الأدب. ووجه عدم الحد مراعاة لمن يقول إنه رجعي.
- 3 - وطء الزوجة في حال استبرائها من غيره، فليس زناً ولا حدّ عليه. وفيه التأديب.
- 4 - وطء الزوجة في حال يحرم وطؤها، كحائض ونفساء ومحرمه بنسك ومعتكفة. فلا حد في ذلك وإنما فيه التأديب.
- 5 - وطء الزوجة إذا كانت غير مُطَيِّقَةً للوطء، فيؤدب.
- 6 - وطء زوجته في دبرها. فإذا غيب حشفته بدبرها فيؤدب.

(1) أحكام القرآن: 2/786، والجامع لأحكام القرآن: 7/175.

(2) شرح التلقين: م 2 ورقة 12. (3) الذخيرة: 48/12.

7 - وطء امرأة بعقد، بعد عقده على أمها ولم يدخل بها. فإذا وطئ البنت بعد عقده عليها حالة عقده على أمها غير المدخول بها، فإنه يؤدب ولا يحد؛ لأنَّ العقد على الأم يحرم البنت ما دامت الأم في عصمته، فهو تحريم عارض. فإذا طلق الأم قبل الدخول بها حلت له ابنتها فصار العقد شبهة تدرأ عنه الحد. وأما إن كانت الأم مدخولاً بها حدّ لضعف الشبهة.

8 - وطء امرأة بعقد بعد عقده على أختها. فإنه يؤدب ولا يحد. فالعقد على الأخت الثانية الموطوءة شبهة تدرأ عنه الحد؛ لأن حرمتها ما دامت الأخت الأولى في العصمة، فالتحريم عارض. وسواء دخل بالأخت السابقة أو لا.

9 - وطء بهيمة، كانت مأكولة اللحم أو غيرها، بقبل أو دبر. فلا حدّ في ذلك وفيه التأديب.

والدليل على عدم وجوب الحدّ في وطء البهيمة⁽¹⁾:

أ - عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ وطء البهيمة غير مذكور فيم يحلّ دمه.

ب - القياس على قتل البهائم وقذفها؛ لأن الزنا معنى يوجب الحدّ في الآدمي فلم يوجب في البهائم كالقذف والقتل. قال القاضي عبد الوهاب: وهذه العلة أصحّ. والعلة هي الآدمية في المفعول به.

ج - أنّ علة الحدّ هو انتهاك حرمة فرج له حرمة، والبهيمة لا حرمة لفرجها فلا حدّ فيه.

وما روي من حديث ابن عباس: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه»⁽³⁾، فهو حديث غير صحيح⁽⁴⁾، قال أبو داود: ليس هذا بالقويّ.

والدليل على وجوب العقوبة له والتأديب: أنّه أتى أمراً محرماً عليه فوجب زجره عليه لثلاً يعود لمثله⁽⁵⁾.

وحكم البهيمة الموطوءة لا تقتل، وهي كغيرها في الذبح والأكل.

(1) الإشراف: 871/2، والمعونة: 1400/3.

(2) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة، باب ما يباح به دم المسلم.

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب فيمن أتى بهيمة؛ والترمذي في الحدود، باب فيمن يقع على بهيمة؛ وابن ماجه في الحدود، باب من أتى بهيمة.

(4) إكمال الإكمال: 157/5.

(5) المعونة: 1401/3.

والدليل على عدم جواز قتلها⁽¹⁾:

أ - عن عمرو بن العاص أنّ رسول الله ﷺ قال: «من قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقّها سأله الله عن قتلها»، قيل: يا رسول الله وما حقّها؟ قال: «أن تذبّحها فتأكلها، ولا تقطع رأسها فترمي بها»⁽²⁾.

ب - أنّ قتلها لمّا لم يجر أن يكون حدّاً لاستحالة تكليفها، لم يجر أن تقتل؛ لأنّ القتل الواجب بالوطء لا يكون إلّا على وجه الحدّ. ودليل جواز أكلها⁽³⁾:

أ - النصوص الدالة على إباحة أكل ما أحلّ الله تعالى للإنسان. وهي عامة لم يخصّص منها البهيمة الموطوءة من الإنسان.

ب - النصوص الدالة على تحريم أكل ما حرّمه الله تعالى على الإنسان. ولم تذكر معها البهيمة الموطوءة من الإنسان.

10 - المسأحة. وهو فعل شرار النساء بعضهن ببعض، ففيه التعزير فقط بقدر ما يرى الحاكم من شنعة وخبث؛ لأنه لا إيلاج فيه في فرج فلا يقال إنّه زناً. وكذلك وقوعه بين رجلين، أو بين رجل وامرأة.

11 - المدخلة ذكر بهيمة بفرجها. فعليها الأدب.

12 - الممكنة صبي من فرجها ولو أنزلت. وعليها الأدب. والفرق بين تمكين الصبي لا تحدّ به ووطء المجنون لها تحدّ به، أنّها لا تنال من الصبي لذّة كالمجنون. ومثل الصبي في عدم لزوم الحد للمرأة بوطئه إذا أدخلت ذكر ميت بفرجها، لما ذكر من العلة.

13 - المجنون والصبي المميز يلوط أو يزني أو يفعل فيه، فعليه الأدب؛ لأنّ العقل والبلوغ شرطان في التكليف، والدليل على اشتراط البلوغ والعقل⁽⁴⁾: عن علي بن أبي طالب أنّ رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتّى يستيقظ، وعن الصبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يعقل»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّ من كان دون البلوغ وغير عاقل فهو غير مكلف، فالبلوغ والعقل شرطان في التكليف وثبوت العقوبة على ارتكاب المعصية.

(1) الإشراف: 872/2، والمعونة: 1401/3.

(2) أخرجه البيهقي في السير، باب تحريم قتل ما له روح.

(3) الإشراف: 872/2. (4) المعونة: 1376/3.

(5) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدّاً؛ والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحدّ؛ وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير؛ وعلقه البخاري موقوفاً على عليّ بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق.

14 - المُكْرَهَة - بالفتح - على الزنا . فلا تحدّ ولا تؤدّب لعذرها بالإكراه .

والدليل على عدم وجوب الحدّ على المكروهة⁽¹⁾ :

أ - عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : «إنّ الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه»⁽²⁾ .

ب - إجماع العلماء على أنّ المستكرهه لا حدّ عليها .

ج - أنّ إكراه المرأة على الزنا ينفي عنها الزنا؛ لأنّه لم يكن منها فعل ينسب إليها به الزنا .

ويجب على من اغتصبها المهر، والدليل⁽³⁾ :

أ - أنّ هذا وطء يتعلّق به حقّان، حقّ الله تعالى وهو الحدّ وحقّ لآدمي وهو مهر المرأة بما اعتدى على فرجها، فوجبا عليه جميعاً قياساً على قتل المحرم صيداً مملوكاً للغير، فيجب فيه الجزاء لحقّ الله تعالى، والعوض لمالكة .

ب - القياس على وطء بشبهة؛ لأنها موطوءة لا حدّ عليها في وطئها، فوجب أن يلزم واطئها صداقها، أصله إذا وطئت بشبهة .

ج - أنّ الوطء أخذ شبهاً بالنحلة وشبهاً بالعوض عن البضع .

كما يجب على من اغتصبها الحدّ، والدليل⁽⁴⁾ : قوله تعالى : ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا بِأَنَّةٍ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة لم تفرق بين الغصب والطوع .

ولا يُقْبَلُ دَعْوَاهَا الْعَصْبُ بلا قرينة تصدّقها بل تحدّ؛ والدليل : أنّ الحبل كالبيّنة عليها فلا يسقط الحدّ عنها بدعواها الغصب⁽⁵⁾ .

وهذا بخلاف ما لو تعلقّت بالمدّعى عليه، واستغاثت عند النازلة فلا تحدّ للزنا . ووجه اشتراط تعلقها واستغاثتها لصرف حدّ الزنا عنها، أنّها مضطّرة إلى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها لصرف الرجم والجلد عن نفسها، مخافة أن يظهر بها حمل؛ فكانت كالرجل يقذف زوجته ويسقط عنه الحدّ لما كان مضطراً إلى ذلك لحماية نسبه، وكان ما يأتي به من اللعان يقوّي دعواه، ويصرف الحدّ عنه، فكذلك ما تبلغه المرأة من فضيحة نفسها يقوّي دعواها ويصرف الحدّ عنها⁽⁶⁾ .

(1) المعونة: 1395/3، بداية المجتهد: 473/2.

(2) أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المكره.

(3) الإشراف: 871/2، والمعونة: 1395/3، والمنتقى: 268/6، وبداية المجتهد: 473/2.

(4) المعونة: 1395/3. (5) المعلم: 391/2.

(6) المنتقى: 270/5.

15 - الذميمة. فلا حدّ إلا على المسلم. وأما الذميمة فلا حدّ عليها، والدليل⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَدْحَسَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾﴾ [النساء: 15]. ووجه الاستدلال أن الآية خصصت العقوبة المذكورة فيها بنساء المسلمات، بالإضافة إلى ضمير الجمع المخاطب في ﴿مِن نِّسَائِكُمْ﴾ عائدة إلى المسلمين على الإجمال، فدلّ على أنّ من عداهنّ بخلافهنّ. وقد نسخت العقوبة التي في هذه الآية في الزانيات المسلمات بما جاء فيهنّ في سورة النور إلى ما هو أشدّ وهو الجلد.

ب - قياس الزنا على الخمر؛ لأنه فعل يجب فيه الحدّ لحقّ الله تعالى على التجريد، ولا يؤخذ به أهل الذمّة كشرب الخمر.

ومحلّ الأدب لمن وجب تأديبه إذا لم يعذر بجهل.

16 - الناسي طلاق زوجته.

17 - الجاهل والجاهلة للحكم، كحديث عهد بالإسلام، وهو الطارئ من بلاد

بعيدة عن بلاد الإسلام. والدليل⁽²⁾:

أ - أنّ الجهل بتحريم الزنا شبهة تسقط الحدّ.

ب - هو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجماعة من السلف.

وأما من كان يعيش في بلاد الإسلام، فلا يعدّ الجهل عذراً يدرأ عنه الحدّ؛ لأنّ

تحريم الزنا مشتهر⁽³⁾.

وكذلك الجاهل لذات المرأة كان يعتقد أنّها امرأته ثم تبين أنها أجنبية.

18 - الكافر، فليس زنى الكافر زناً شرعاً يترتب عليه الحد، وإن كان حراماً وفيه

العقاب. وسواء وطئ المسلم كافرة أو مسلمة. والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهِدَ عَدَاهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢١﴾﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أن الآية عامة في كلّ زان وزانية، إلا أنّنا علمنا أنّ المراد بها المسلمون دون الكافرين بدليل أنّها نزلت ناسخة للآية الواردة في المسلمين، وهي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَدْحَسَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾﴾ [النساء: 15]. فضمير جمع

(1) الإشراف: 2/ 870، والمعونة: 3/ 1395، والتحرير والتنوير: 4/ 270.

(2) المقدمات: 3/ 253. (3) الذخيرة: 12/ 54.

(4) المقدمات: 3/ 247، والمعلم: 2/ 395، وأحكام القرآن: 1/ 355، والتحرير والتنوير: 4/

المخاطبين في قوله: ﴿مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ عائد إلى المسلمين؛ أي: نساء المسلمين. وعن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»⁽¹⁾. فالسبيل الذي جعله الله تعالى لهن هو الجلد أو الرجم بعد أن كانت عقوبتهن الحبس.

ب - الاستدلال بالأولى على الرق⁽²⁾؛ لأن نقص الكفر أكثر من نقص الرق؛ لأن الكفر هو سبب الرق، فإذا كان نقص الرق يمنع الإحصان فنقص الكفر أولى بأن يمنعه⁽³⁾.

وأما ما ثبت من أن النبي ﷺ رجم يهوديين، فهو إنما رجمهما بحكم التوراة لا بشرع الإسلام، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: «ما تجدون في التوراة في شأن الرجم؟» فقالوا: نفضحهم ويجلدون. قال عبد الله بن سلام: كذبتهم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم، فقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال له عبد الله بن سلام: ارفع يدك، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم، قالوا: صدق يا محمد فيها آية الرجم، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما. فرأيت الرجل يحني على المرأة يقيها الحجارة⁽⁴⁾. وفي رواية: عن البراء بن عازب قال: مرّ على النبي ﷺ بيهودي محمّماً مجلوداً، فدعاهم ﷺ فقال: «هكذا تجدون حدّ الزاني في كتابكم؟» قالوا: نعم. فدعا رجلاً من علمائهم فقال: «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أهكذا تجدون حدّ الزاني في كتابكم؟» قال: لا، ولولا أنك نشدتنني بهذا لم أخبرك؛ نجده الرجم ولكنه كثر في أشرافنا، فكنا إذا أخذنا الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد، قلنا: تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فجعلنا التحميم والجلد مكان الرجم. فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه» فأمر به فرجم، فأنزل الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الرَّسُولُ لَا يَحْزُنكَ الَّذِينَ يُسْكَرُونَ فِي الْكُفْرِ﴾ إلى قوله: ﴿إِنْ أُوْتِيْتَهُ هَذَا فَخُذُوهُ﴾⁽⁵⁾. والتحميم: التفحيم.

(1) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(2) لا إحصان مع الرق، لذلك حدّ الرقيق نصف حدّ الحرّ في الجلد فقط. ولم أذكر شرط الحرية في الإحصان؛ لأنهاء نظام الرق، فالمسألة غير ذات موضوع.

(3) المقدمات: 249/3.

(4) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري، باب الرجم في البلاط؛ ومسلم في الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا.

(5) أخرجه مسلم في الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا.

واختلف في توجيه كون النبي ﷺ رجمهما بالتوراة، ولم يرحمهما بحكم الإسلام إلى رأيين⁽¹⁾:

• أن اليهود لم تكن لهم ذمة يومئذ، وإنما أنزلت آية الجزية سنة تسع من الهجرة، منصرف النبي ﷺ من حنين. ولو كانت لهم حينئذ ذمة لما رجمهما؛ لأن الرجم لا يجب في شريعتنا إلا بعد الإحصان بالإسلام والحرية والتزوج، كما سيأتي بيان ذلك.

• أن النبي ﷺ إنما حكم بين اليهود بالتوراة؛ لأن الحدود لم تنزل عليه بعد ويشهد له ما جاء في بعض طرق الحديث: «وكان ذلك حين قدم المدينة»، وقد هداه الله تعالى إلى حكم التوراة الصحيح فحكم بها؛ أمّا لأنه خاص به ﷺ؛ لأنه لا يعلم ما أنزل الله تعالى في كتبه إلا الأنبياء وقد قال الله تعالى في التوراة: ﴿يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ﴾ [المائدة: 44] وهو ﷺ نبي فحكم بها بصفته، أو أنه علم أن حكمها مستمر لم ينسخ، وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد ناسخ.

19 - المرأة إذا زنت من أجل حفظ حياتها. ولا يتوقف ذلك على سدّ الرمق. بل إذا وجدت من يزني بها ويشبعها، ومن يزني بها ويسدّ رمقها، زنت بمن يشبعها. والحدّ على الرجل الزاني فقط. والأجمل لها عند الله تعالى أن تصبر على الموت جوعاً على الزنا؛ لأن الصبر أفضل وأكثر ثواباً.

ومثل ذلك في الرخصة إذا زنت من أجل قوت صبيانها. ومحلّ الرخصة لحفظ حياتها وحياة صبيانها إذا لم تجد ميتة أو لحم خنزير، فلا يجوز إقدامها على ذلك مع وجود ما ذكر، لما تقدم أنها مباحة للمضطر.

ومثل المرأة الرجل من أجل حفظ حياته ولو بميتة أو لحم خنزير، فإذا لم يجد إلا أن يزني بامرأة تعطيه ما يحفظ به حياته، فالجواز بشرط أن تكون طائعة، غير ذات زوج.

وأما الولد أو الرجل فلا يجوز له أن يمكّن غيره أن يفعل به فعل قوم لوط، ولو أذى به الجوع لموته⁽²⁾.

ثبوت ما لا حدّ فيه:

ما تقدم ذكره مما لا حدّ فيه ولكن فيه الأدب، فإنّه يثبت بعدلين، أو بإقرار المكلف.

(1) المنتقى: 132/7، والمقدمات: 241/3، والمعلم: 392/2، والذخيرة: 71/12، وإكمال الإكمال: 191/5.

(2) الشرح الكبير وحاشيته: 369/2.

ولا يثبت بأربع لأنه ليس زناً. ولا يثبت بشاهد وامرأتين، أو أحدهما مع يمين؛ لأن ذلك ليس بمال ولا آيل لمال.

ثبوت الزنا:

يثبت الزنا بأحد الأمور التالية:

1 - بإقرار الزاني ولو مرة:

والدليل على أن الإقرار يثبت به الزنا⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164] ووجه الاستدلال أن اعتراف المرء على نفسه كسب عليها، فوجب أن يلزمه ويؤخذ به.

ب - قوله تعالى: ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: 135].

ج - قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [النور: 24].

ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى جعل ما يقرّ به الإنسان على نفسه يوم القيامة وما تشهد به أعضاؤه حجة عليه؛ لأنها شهادة منه عليها.

د - قوله تعالى: ﴿وَالْآخِرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة: 102]. ووجه الاستدلال أن اعتراف المتخلفين عن الجهاد في غزوة تبوك بذنوبهم إقرار منهم بذلك وتوبة إلى الله تعالى، قابله الله تعالى بالمغفرة والرحمة؛ أي: كان إقرارهم سبباً في توبة الله عليهم، فدل أن إقرار الإنسان على نفسه معتبر شرعاً⁽²⁾.

هـ - عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ﷺ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فأتي بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: «دون هذا» فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد ثم قال: «أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أقام الحدّ على الرجل باعترافه. وقوله: «من يبدي لنا صفحته» أي: يكشف ويعترف.

(1) الإشراف: 2/858، والمعونة: 3/1383، والمنتقى: 7/135، والمقدمات: 3/254، وإكمال الإكمال: 5/186 - 187.

(2) أحكام القرآن: 4/1890، والجامع لأحكام القرآن: 19/76، والتحرير والتنوير: 11/20.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

و - أحاديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني وابن عباس وبريدة الآتي ذكرها في رجم ماعز والغامدية. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ رجمهما بإقرارهما.

ز - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني الآتي، وفيه: وقال النبي ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل إقرار المرأة على نفسها بالزنا سبباً لإقامة الحد عليها. ويحمل على أنّ أنيساً بعثه النبي ﷺ إما إغذاراً للمرأة لأنه يحتمل أن يكون ثبت عنده ﷺ اعترافها بشهادة زوجها ووالد العسيف؛ أو بعثه نائباً عنه ومحياً له على ما عهد من حضور البينة على اعترافها؛ أو يكون معنى «فارجمها» أي: فقد وجب رجمها لكن بعد مطالعتي، لما جاء في رواية: «فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت»⁽²⁾، فدل أنه ﷺ حكم برجمها بعد أن أعلمه أنيس بما ثبت عنده من اعترافها.

ح - القياس على سائر الحقوق؛ لأنه مكلف أقرّ على نفسه بحق فلزمه إقراره، كسائر الحقوق.

والدليل على أنّ الإقرار يكفي فيه المرّة الواحدة⁽³⁾:

أ - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني الآتي، وفيه: وقال النبي ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ لم يأمر أنيساً أن تعترف المرأة له أربع مرات ليرجمها، وظاهر ذلك يقتضي أنّ التكرار غير مطلوب.

ب - عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ﷺ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فأتي بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: «دون هذا» فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد ثم قال: «أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن جودود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقام الحدّ على الرجل باعترافه مرّة كما هو ظاهر كلام الراوي، والمقرّ مرّة قد أبدى صفحته.

(1) أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(2) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) الإشراف: 858/2، والمعونة: 1383/3، والمنتقى: 135/7، و142/7، والمعلم: 392/2، والمقدمات: 254/3، وإكمال الإكمال: 165/5.

(4) أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(5) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

ج - القياس على سائر الحقوق؛ لأن كلَّ حقّ ثبت بالإقرار لم يفتقر إلى تكرار الإقرار، كسائر الحقوق.

وأما قصة ما عزر فيه أنّه جاء إلى النبي ﷺ معترفاً أربع مرّات، فهذا لا حجّة فيه لمن قال: إنّه لا يقام الحدّ إلا باعتراف المقرّ على نفسه أربع مرّات؛ لأنّ ما عزراً إنّما أقرّ على نفسه أربع مرّات لأنّ رسول الله ﷺ أعرض عنه استثنائاً في أمره؛ لأنه خشي أن يكون به جنة، فلمّا سأل عنه وأخبر أنّه صحيح أمر به فرجم⁽¹⁾. ثمّ إنّ ما جاء في بعض الروايات: «فلمّا شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه رسول الله ﷺ فقال: أبك جنون؟ قال: لا، قال: هل أحصنت؟ قال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «أذهبوا به فارجموه»⁽²⁾؛ فالحديث يشعر بأنّ إعراضه كان لطلب الأربع، والجواب: أنّ ذلك من كلام الراوي وفهمه؛ والصحيح أنّ النبي ﷺ أعرض عنه لاسترأبه في حاله ولذلك قال له: «أبك جنون؟»، أو لعلّه يرجع⁽³⁾. ثمّ إنّ القصة وردت في رواية فيها: «فاعترف ثلاث مرّات»، وفي رواية: «فردّه مرتين»⁽⁴⁾، وفي رواية: «فردّه مراراً»⁽⁵⁾، واضطراب هذه الروايات يضعف الاحتجاج بلفظ الأربع⁽⁶⁾. ويؤخذ الأخرس بإقراره؛ لأنّه يمكنه أن يعبر عن الفعل بالإشارة تعبيراً يفهم عنه ويقطع به⁽⁷⁾.

ويشترط للزوم الإقرار أمران:

الأول: أن لا يرجع المقرّ عن إقراره بالإنكار. فإن رجع فلا يثبت الزنا، سواء كان رجوعه بشبهة أو بدون شبهة. ومثل الشبهة قوله: وطئت زوجتي في حيضها وظننت أنه زنا، أو وطئت في نكاح فاسد، أو رأيت امرأة على فراشي فظننتها زوجتي فوطئتها. والدليل على قبول الرجوع عن الإقرار ولو إلى غير شبهة⁽⁸⁾:

أ - عن ابن عباس رضيهما قال: لما أتى ما عزر بن مالك النبي ﷺ قال له: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت؟» قال: لا يا رسول الله، قال: «أنكته؟» لا يكني، قال: فعند ذلك أمر بجرمه⁽⁹⁾. ووجه الاستدلال أنّ قول النبي ﷺ تلقين له للرجوع، إذ لا فائدة في هذا إلا أنه إذا رجع قبل منه.

(1) المقدمات: 254/3.

(2) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) إكمال الإكمال: 164/5.

(4) مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(5) أحمد في مسنده.

(6) إكمال الإكمال: 173/5.

(7) المقدمات: 255/3.

(8) الإشراف: 859/2، والمعونة: 1384/3، والمنتقى: 143/7، والمعلم: 393/2.

والمقدمات: 255/3.

(9) أخرجه البخاري في الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر: هل لمست.

ب - عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله ﷺ: «ما إخالك سرقت» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع وجيء به، فقال: «استغفر الله وتب إليه» فقال: أستغفر الله وأتوب إليه، فقال: «اللهم تب عليه» ثلاثاً⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن قول النبي ﷺ: «ما إخالك سرقت» تلقين للرجل الرجوع عن إقراره، إذ لا فائدة في هذا إلا أنه إذا قال لم أسرق قبل منه.

ج - عن علي بن أبي طالب، أنه أتى برجل وامرأة وجدا في خربة، فقال له علي: أقرتها، فجعل أصحاب علي يقولون له: قل: لا، فقال: لا، فخلّى سبيله⁽²⁾.

والروايات الثلاث دليل في جواز الرجوع إلى غير شبهة.

د - أن الحدود تدرأ بالشبهات.

هـ - أن قبول الرجوع إلى غير شبهة مروى عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وأبي هريرة رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم.

و - القياس على الردة؛ لأن الإقرار بالزنا معنى يوجب القتل يتعلق بحق الله تعالى لا بحق لآدمي، فإذا رجع عنه سقط عنه أصله الردة.

ز - القياس على رجوع الشاهد؛ لأنه قول إذا تمّ لزم به حدّ الزنا فوجب أن يكون الرجوع عنه مسقطاً للحدّ، أصله رجوع الشاهد.

قال القرطبي - صاحب المفهم - في الأحاديث المذكورة وغيرها: فيه استحباب تلقين المقرّ بالزنا والسرقة وغيرها من الحدود الرجوع، وأنه يقبل رجوعه لأنّ الحدود مبنية على التسهيل والدرء، بخلاف حقوق الأدميين وحقوق الله المالية كالزكاة والكفارات وغيرها، فإنه لا يجوز التلقين فيها، ولو رجع لم يقبل⁽³⁾.

الثاني: أن لا يهرب. سواء كان الهروب قبل الحدّ أو في أثناءه؛ وسواء كان من شدة الألم أو رجوعاً منه عن الإقرار. والدليل على أن الهروب في أثناء الحد نافع⁽⁴⁾: حديث قصة ماعز الآتي ذكره، وفيه قوله ﷺ: «هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه».

ومحل سقوط الحدّ بالهروب إنما هو إذا كان ثبوت الزنا عليه بإقراره كما هو الموضوع، أما لو كان ثبوته ببينة أو حمل فلا يسقط عنه أو عنها الحدّ بالهروب مطلقاً.

(1) أخرجه أبو داود في الحدود، باب التلقين في الحدود؛ والنسائي في قطع السارق، باب تلقين السارق؛ وابن ماجه في الحدود، باب تلقين السارق.

(2) أخرجه عبد الرزاق في اللقطة، باب ستر المسلم.

(3) إكمال الإكمال: 169/5.

(4) الإشراف: 859/2، والمنتقى: 143/7، والمقدمات: 255/3.

واعلم أنّ رجوعه عن الإقرار بالزنا ينفعه في سقوط الحدّ فقط، لا في لزوم الصداق فلا يسقط عنه مهر المغصوبة التي أقرّ بوطئها ثم رجع.
والأولى أن يستر على نفسه ولا يقرّ ويخلص التوبة فيما بينه وبين الله تعالى.
والدليل⁽¹⁾:

أ - أنّ ماعزاً كان يتيماً عند هزال، وهو الذي أرسله إلى رسول الله ﷺ، وقد قال النبي ﷺ لهزال: «يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك»⁽²⁾. وهزال هو الذي حثّ ماعزاً على القدوم للنبي ﷺ للاعتراف بالزنا. والمعنى كان سترك له بأمره بالتوبة وكتمان الخطيئة، أفضل من دفعه لما أتاه والتسبب في إقامة الحدّ عليه. وإنما ذكر الرداء كناية عن إخفاء أمره على وجه المبالغة، وتعريض بهزال لهتكه ستر ماعز.

ب - عن سعيد بن المسيب أنّ رجلاً من أسلم جاء إلى أبي بكر الصديق فقال له: إن الآخر زني؛ فقال له أبو بكر: هل ذكرت هذا لأحد غيري؟ فقال: لا، فقال له أبو بكر: فتب إلى الله واستتر بستر الله، فإنّ الله يقبل التوبة عن عباده؛ فلم تقرره نفسه حتى أتى عمر بن الخطاب فقال له مثل ما قال لأبي بكر؛ فقال له عمر مثل ما قال له أبو بكر؛ فلم تقرره نفسه حتى جاء إلى رسول الله ﷺ فقال له: إنّ الآخر زني؛ فقال سعيد: فأعرض عنه رسول الله ﷺ ثلاث مرات، كلّ ذلك يعرض عنه رسول الله ﷺ، حتى إذا أكثر عليه بعث رسول الله ﷺ إلى أهله فقال: «أيشتكى أم به جنة؟» فقالوا: يا رسول الله، والله إنّّه لصحيح؛ فقال رسول الله ﷺ: «أبكر أم ثيب؟» فقالوا: بل ثيب يا رسول الله؛ فأمر به رسول الله ﷺ فرجم⁽³⁾. والرجل المذكور في هذا الحديث هو ماعز بن مالك الأسلمي. وقوله: إن الآخر، فهي في كلام العرب كناية يكتني بها الإنسان عن نفسه.

ج - عن أبي واقد الليثي أنّ عمر بن الخطاب أتاه رجل وهو بالشام - أي: كان عمر بالشام - فذكر له أنّه وجد مع امرأته رجلاً، فبعث عمر بن الخطاب أبا واقد الليثي إلى امرأته يسألها عن ذلك؛ فأتاها وعندها نسوة حولها، فذكر لها الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب، وأخبرها أنها لا تؤخذ بقوله، وجعل يلقنها أشباه ذلك لتتزع، فأبت أن تتزع وتمت على الاعتراف فأمر بها عمر فرجمت⁽⁴⁾.

ولا يلزم مطالبة المقرّ بحكاية الفعل وصفته، خلافاً للشهود، إلا أن يتهم بغفلة أو جهل فيستكشف أمره كما فعل النبي ﷺ لماعز.

(1) المنتقى: 134/7، و138/7، وإكمال الإكمال: 170/5.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ وأبو داود في الحدود، باب في الستر على أهل الحدود.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم.

(4) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم.

والفرق بين الإقرار والشهادة في ذلك⁽¹⁾:

أ - أن ما يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقوى مما يلزمه بالشهادة، ألا ترى أنه يقبل إقراره على نفسه عدلاً كان أو فاسقاً، رجلاً كان أو امرأة؛ بينما لا يقبل في الشهادة الفاسق ولا المرأة.

ب - أن الشهود قد غلظ عليهم في ذلك ما لم يغلظ على المقر؛ لأنه لا ضرورة تدعوهم إلى الشهادة على غيرهم، والمقر ليس بشاهد على غيره، وإنما هو مخبر عن نفسه.

2 - بالبينة العادلة: وهي شهادة أربعة رجال:

والدليل على ثبوت الزنا بالشهود، وأن الشهود يجب أن يكونوا أربعة رجال⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَدْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاستَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: 15]. ووجه الاستدلال أن هذه الآية كان بها نزول عقوبة النساء الزواني أولاً وهو الحبس في بيوت، وقد شرط الله تعالى لثبوت الزنا أربعة شهود، ثم نسخ حكم الحبس بالجلد أو الرجم، كما سيأتي بيانه، وبقيت الآية محكمة في اعتبار أربعة شهود في ثبوت الزنا، وقد قرّرت آية النور قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: 4]⁽³⁾. وآية النساء تدلّ على أن الشهود يكونون من الذكور بقوله: ﴿وَمِنْكُمْ﴾، والخطاب في الآية للذكور، وموضوعها زناً النساء، بدليل الآية الموالية لها وهي: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنَّهَا مِنْكُمْ فَادَّوْهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾ [النساء: 16] فهي في زناً الرجال⁽⁴⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُنَّ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [النور: 4]. ووجه الاستدلال أن في الآية الأمر بجلد القاذف المحصنات إذا لم يأت بأربعة شهود يشهدون أنهم رأوا ما ادعاه.

ج - عن أبي هريرة أن سعد بن عبادَةَ قال لرسول الله ﷺ: أ رأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهلته حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أن سؤال سعد بن عبادَةَ كان على وجه الاستعلام لا على وجه الاعتراض،

(1) المعونة: 1388/3.

(2) الإشراف: 864/2، والمعونة: 1385/3، والمتقى: 284/5، والمقدمات: 256/3، وأحكام القرآن: 354/1، والتحرير والتنوير: 158/18.

(3) أحكام القرآن: 354/1، والتحرير والتنوير: 270/4.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 60/5.

(5) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً؛ ومسلم في اللعان، باب.

وإن قال ما قال بأنه إن وجدته لم يقدر على الصبر على ذلك، ويضربه بسيف غير مصفح، ليخبر عن نفسه من شدة غيرته والإظهار لعذره، لا غير. وأن النبي ﷺ أجابه بنعم، ليقرّ الإتيان بأربعة شهداء ويمنعه من تجاوز ذلك ولو بحكم شدة الغيرة، ويعلمه ويعلم المسلمين أنّ العقاب لا يثبت إلاّ ببينة وحكم حاكم يستوفي الحقوق ويقيم الحدود، وأما الإسراع في القتل فليس من الدين⁽¹⁾.

د - إجماع الصحابة. فقد جلد عمر رضي الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا لما توقف الرابع. ولم يخالفه أحد من الصحابة في كون الثلاثة لا يكفي في إثبات الزنا. وعن سعيد بن المسيب أنّ رجلاً من أهل الشام يقال له: ابن خبيري وجد مع امرأته رجلاً فقتله أو قتلها معاً، فأشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه، فكتب إلى أبي موسى الأشعري يسأل له علي بن أبي طالب عن ذلك؟ فسأل أبو موسى عن ذلك علي بن أبي طالب، فقال له علي: إنّ هذا الشيء ما هو بأرضي، عزمت عليك لتخبرني، فقال له أبو موسى: كتب إليّ معاوية بن أبي سفيان أن أسألك عن ذلك، فقال علي: أنا أبو حسن، إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته⁽²⁾؛ أي: إن لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزنا بين المقتولين أعطي برمته، يريد سلّم إلى أولياء المقتولين يقتصون منه إن شاءوا⁽³⁾.

هـ - القياس على القتل؛ لأن حدّ الزنا حكم يثبت في البدن لا يختص النساء بالاطلاع عليه، فلم يقبل إلاّ الرجال كالقتل.

وثبوت عمل قوم لوط يكون أيضاً بأربعة شهداء، والدليل⁽⁴⁾:

أ - القياس على الزنا؛ لأنه معنى يجب به الرجم من غير قصاص فلم يثبت إلا بأربعة شهداء كالزنا.

ب - قياس الوطء في الدبر على الوطء في فرج امرأة؛ لأنه محلّ يجب بالإيلاج فيه الغسل، فلم يثبت حكم العقوبة الواجبة بالإيلاج فيه بما دون الأربعة.

والحكمة في اختصاص الشهادة في الزنا بأربعة شهداء دون سائر الشهادات، تظهر

في وجهين:

أ - أنّ القاذف لا ضرورة به إلى القذف فغلّظ عليه في ذلك بزيادة عدد الشهود ليتعذّر عليه إحضارهم غالباً فيحدّ، فيكون ذلك ردعاً له عن معاودة القذف ودفعاً للمضرة عن المقدوف.

(1) المتقى: 284/5، و7/137.

(2) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً.

(3) المتقى: 285/5. (4) الإشراف: 863/2، والمتقى: 7/142.

ب - أنّ الإنسان مأمور بالستر على نفسه وعلى غيره، فلمّا لم يكن على الشهود بالزنا القيام بشهادتهم فقاموا بها من غير أن تجب عليهم، وتركوا ما أمروا به من الستر غلظ عليهم في ذلك سترًا من الله على عباده. قال ابن رشد الجد في هذا التعليل: وهذا أحسن ما قيل في هذا - أي: في بيان تعليل اختصاص حدّ الزنا بأربعة شهود⁽¹⁾.

قال ابن العربي في بيان الفرق بين الزنا يطلب فيه أربعة شهود، والقتل يثبت بشاهدين: في ذلك حكمة بديعة، وهو أنّ الحكمة الإلهية والإيالة الربانية اقتضت الستر في الزنا بكثرة الشهود، ليكون أبلغ في الستر؛ وجعل ثبوت القتل بشاهدين بل بلوث وقسامة صيانة للدماء⁽²⁾. وقال ابن رشد الحفيد: والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحدّ أكثر منه في سائر الحدود⁽³⁾.

والدليل على اشتراط العدالة في البيّنة⁽⁴⁾:

أ - قياس الأولى؛ لأنّ الله تعالى شرط العدالة في البيوع والرجعة، والزنا أعظم منهما فكان بذلك أولى.

ب - حمل المطلق في الشهادة في الزنا على المقيّد في الشهادة على البيوع والرجعة. ويشترط في الشهود أن يروا الذكر في الفرج كالمردود في المكحلة، في وقت واحد، بصفة واحدة، في موضع واحد، يؤدونها متفرقين، وقد تقدم في باب الشهادات تفصيل هذه الشروط. وحكمة اشتراط هذه الشروط في الشهادة على الزنا واللواط؛ أنّ الشهود مأمورون بالستر، فلمّا خالفوا شدّد عليهم⁽⁵⁾.

ومتى ثبت بالبيّنة فلا يسقط الحدّ بشهادة أربعة رجال أو نساء ببقاء بكارتها، والدليل⁽⁶⁾: أنّ شهادة النساء لا مدخل لها في إثبات الحدود ولا في إسقاطها، كما سيأتي في باب الشهادات.

وقيل يسقط، وهذا هو التحقيق، والدليل على سقوط الحدّ: أنّ شهادتهم شبهة يدرأ بها الحدّ، وهي طريقة اللخمي.

3 - بظهور حمل:

وذلك في امرأة غير متزوجة أصلاً؛ أو متزوجة بمن لا يلحق به الولد، كأن تكون متزوجة بصبي أو محبوب، أو أنت به كاملاً لدون ستة أشهر من دخول زوجها؛ أي: إلا ستة أيام فأكثر وأما الخمسة أيام فملحقة بالسته أشهر.

(1) المقدمات: 256 / 2.

(2) أحكام القرآن: 356 / 1.

(3) بداية المجتهد: 473 / 2.

(4) أحكام القرآن: 356 / 1، والجامع لأحكام القرآن: 60 / 5.

(5) الإشراف: 865 / 2.

(6) الذخيرة: 54 / 12.

والدليل على أن الحمل يثبت به الزنا⁽¹⁾:

أ - إجماع الصحابة على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه جميعاً. فعن عبد الله بن عباس أنه قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: الرجم في كتاب الله حقّ على من زنى من الرجال والنساء إذا أحصن، إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف⁽²⁾. فقد جعل الحمل سبباً في وجوب الرجم مثل البينة والاعتراف، ولم يخالفه أحد من الصحابة في ذلك، فدل على إجماعهم على ذلك وقولهم به.

ب - سدّ الذريعة في التي تدعي أنّ لها زوجاً بدون شهود؛ لأن إسقاط الحدّ ذريعة إلى أن لا يقام حدّ الزنا وإلى انتشار الفاحشة؛ لأن كلّ من وجد بها حمل أو شوهد معها من يطؤها، ادّعى الزوجية فيصير لها طريق إلى إبطال الحدّ. وقد تقدّم أنّه لا يُقبَلُ دَعْوَاهَا الْعَصْبُ بلا قرينة تصدّقها بل تحدّ؛ بخلاف ما لو تعلقت بالمدعى عليه، واستغاثت عند النازلة فلا تحدّ.

والفرق بين المتزوجة تدعي أنّها غصبت فتصدّق، ولا تحدّ فيما ظهر بها حمل؛ وبين غير المتزوجة تدعي أنّها غصبت، فلا تصدّق وتحدّ فيما ظهر بها حمل إلا إذا صاحت حين نزل بها الأمر وبلغت من فضيحة نفسها، مع أنّ كلّ واحدة منهما ادّعت ما الأصل خلافه، وهو الطوعية في الأفعال؛ فالفرق أنّ التي تحت زوج لو شاءت لألحقته بزوجها فلا تهمة في دعواها الغصب، بخلاف غير المتزوجة فإنّها تتهم إلا بقرينة صياح ونحوه⁽³⁾.

كما لا يقبل دعواها أنّ هذا الحمل من منّي شربه فرجها في حمام، أو من وطء جَنِي. وأما دعواها أنّه من وطء بشبهة أو غلط وهي نائمة فتقبل؛ لأن هذا قد يقع. قال الإمام اللخمي: إن لم تذكر ذلك إلا بعد الحمل حدّت، إلا أن تكون معروفة بالخير وقال: كتمت ذلك رجاء أن لا أحمل، أو أن يسقط؛ فإنّها تعذر، ودليله⁽⁴⁾: ما رواه النزال بن سيرة قال: إنا بمكة إذ نحن بامرأة اجتمع عليها الناس حتى كاد أن يقتلوه، وهم يقولون: زنت، زنت. فأتي بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهي حبلى، وجاء معها قومها، فأثنوا عليها بخير؛ فقال عمر: أخبريني عن أمرك؟ قالت: يا أمير المؤمنين كنت امرأة أصيب من هذا الليل، فضليت ذات ليلة ثم نمت وقمت ورجل بين رجلي، فقذف في مثل الشهاب ثم ذهب؛ فقال عمر رضي الله عنه: لو قتل هذه من بين الجبلين أو قال

(1) الإشراف: 860/2، والمعونة: 1390/3، والمنتقى: 138/7، والمعلم: 391/2، والمقدمات: 255/3.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الحدود، باب رجم الحبلى من الزنا إذا أحصن؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(3) عدّة البروق: ص 316. (4) إكمال الإكمال: 164/5.

الاشخبين - شك أبو خالد - لعذبهم الله، فخلّى سبيلها، وكتب إلى الآفاق: أن لا تقتلوا أحداً إلا بإذني⁽¹⁾.

ما يترتب على ثبوت الزنا:

يترتب على ثبوت الزنا الحد. وقد فرض الله تعالى الحدود في الزنا على المحصنين من عباده على قدر مراتبهم في الإحصان. والإحصان هو التعقّف عن الفواحش والامتناع منها، وهو مأخوذ من قولهم: حصن منيع ودرع حصينة. وللإحصان ثلاثة أسباب، وهي: الإسلام، والحرية، والتزوّج.

فالإسلام إحصان؛ لأنه يردع عن الفواحش ويكفّ عن القاذورات. وإذا انفرد عن التزوّج كان إحصاناً يعتبر به في حدّ الجلد.

والحرية؛ لأنها تكفّ أيضاً عن الفواحش والدنئات. فمن حصلت له الحرية ينبغي له أن ينزّه نفسه عن أن يلتمّ بفاحشة أو يقرب دناءة؛ لأنّ شأن الحرّ أن لا يقارف الرذائل، بخلاف أخلاق العبيد، حين كان الرق قائماً.

والتزويج؛ لأنّ الزواج يردع المتزوج من الرجل والمرأة، ويحصنه عن ارتكاب الفواحش ويكفّه عن القاذورات. والتزويج هي أرفع المراتب في التحصين، لكنّه لا يكون إحصاناً حتى يقع بعد الإسلام، فإن وقع قبله لم يوجب حكماً ولا اعتبار له في انتقال الحد من الجلد إلى الرجم⁽²⁾.

وأنواع حدّ الزنا ثلاثة، وهي: الرجم، والجلد بلا تغريب، والجلد مع التغريب.

التدرج في حدّ الزنا:

كان أوّل ما نزل من القرآن في شأن حدّ الزنا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾ وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنكُمْ فَآتَاهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴿١٦﴾﴾ [النساء: 15 - 16].

ومعنى الآية الأولى أنّ الله تعالى أوجب أربعة شهود لإثبات فاحشة الزنا على النساء المسلمات اللاتي يفعلنها، وأوجب معاقبتهم بحبسهن في بيوت، وجعل غاية ذلك إمّا موتهنّ في هذه البيوت أو نزول حكم آخر. وهذه الآية شاملة لجميع النساء اللّاتي يأتين الفاحشة من محصنات وغير محصنات.

وأما الآية الثانية فمعنى قوله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا﴾ أي: فاحشة الزنا، يقتضي نوعين من الذكور، فالثنائية في اسم الموصول «الذي» هو للمذكر، وقد قوبل به اسم

(1) أخرجه البيهقي: 236/8.

(2) المقدمات: 240/3، والذخيرة: 69/12.

موصول النساء الذي في قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحِشَةُ﴾؛ فلا شك أن المراد بـ«اللَّذَانِ» صنفان من الرجال، وهما صنف المحصنين، وصنف الأبكار غير المحصنين. وقد أوجب الله تعالى عقوبة للذكور أن يقع إلحاق الأذى بهم، قال ابن عباس: هو النيل باللسان واليد وضرب النعال.

وعلى هذا فإن عقوبة النساء مغايرة لعقوبة الرجال. ثم نسخ حكمهما. ولا خلاف بين أهل العلم في ذلك. واتفقوا على أنه منسوخ بالجلد المذكور في سورة النور للذكور والإناث على حدّ سواء، وبما ثبت في السنّة من رجم المحصنين، وسيأتي بيان ذلك⁽¹⁾.

قال الشيخ ابن عاشور: واعلم أنّ شأن النسخ في العقوبات على الجرائم التي لم تكن فيها عقوبة قبل الإسلام، أن تنسخ بأثقل منها، فشرع الحبس والأذى للزناة في هذه السورة - أي: سورة النساء -، وشرع الجلد بآية سورة النور، والجلد أشدّ من الحبس ومن الأذى. وقد سوّي بين المرأة والرجل، إذ التفرقة بينهما لا وجه لبقائها، إذ كلاهما قد خرق حكماً شرعياً. ثم إنّ الجلد المعين شرع بآية سورة النور مطلقاً أو عاماً على الاختلاف في محمل التعريف في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ فإن كان قد وقع العمل به كذلك في الزناة والزواني، محصنين أو أبكاراً، فقد نسخه الرجم في خصوص المحصنين منهم، وهو ثابت بالعمل المتواتر؛ وإن كان الجلد لم يعمل به إلا في البكرين فقد قيّد أو خصّص بغير المحصنين، إذ جعل حكمهما الرجم⁽²⁾.

1 - الرجم:

ويكون لاثنتين هما:

الأول: للزاني المُحصّن. والإحصان لغة: المنع. وشرعاً يتحقّق بشروط هي:

• البلوغ.

• والعقل. وقد تقدم ذكر الدليل على كون البلوغ والعقل شرطان في اعتبار الوطاء زناً شرعاً، فهما شرطان في الحدّ لأنّهما أصلاً التكليف. والتكليف وازع يمنع من تعاطي المحرمات ويحصّنه من ذلك.

• والإسلام. والدليل على أنّ الإسلام شرط في الإحصان ما تقدم من الأدلة على عدم إقامة حدّ الزنا على الكافر، ويزاد عليها الدليل الآتي وهو⁽³⁾: أنّ الإحصان حكم

(1) أحكام القرآن: 1/ 354 - 360، والجامع لأحكام القرآن: 5/ 60، وإكمال الإكمال: 5/ 160،
والتحريم والتنوير: 4/ 269 - 273.

(2) التحريم والتنوير: 4/ 273.

(3) الإشراف: 2/ 857، وبداية المجتهد: 2/ 469.

شرعي وجب لفضيلة الإسلام، فلم يثبت للكافر لانتفاء الفضيلة في أحكام الكفر. وتقدم أن معنى كون الإسلام يحصن صاحبه أنه يردعه عن الفواحش ويكفّه عن القاذورات.

• وأن يقع وطء الزوج لزوجته أو وطء زوجها لها.
ودليل اشتراط الوطء⁽¹⁾:

أ - أن النكاح يقع عليه اسم الإحصان في بعض الآيات التي ورد فيها هذا اللفظ من القرآن الكريم.

ب - الإجماع على ذلك.

ج - أن العفاف لا يحصل بمجرد العقد دون الوطء.

والتزويج يكمل النعمة فيصير المتزوج من ذوي الرتب العليا فيعظم عليها المؤاخذات⁽²⁾.

• وأن يكون هذا الوطء مباحاً. فالوطء المحرم لا يقع به الإحصان.

• وكونه بعقد لازم؛ لأنّ النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان قياساً على الوطء بشبهة؛ لأنه وطء غير مباح بعقد فلم يتناوله اسم الإحصان كالوطء بشبهة⁽³⁾.

• وكونه مع انتشار الذكر، ولو لم يقع إنزال؛ لأن اسم الوطء يقع مع الإيلاج ولو لم ينزل؛ ولأنّ النبي ﷺ لما قرّر ماعزاً فلما أقرّ عنده بالإيلاج لم يطلب منه زيادة على ذلك؛ ولأنّ سائر الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بالإيلاج فقط، من وجوب الغسل، واستقرار المهر، ووجوب الحدّ، والإحلال للزوج الأول، وغير ذلك فكذلك الإحصان الواجب عنه⁽⁴⁾.

• وعدم منكرة بين الزوجين في الوطء، بأن يعترفا بحصوله، لا إن أقرّ أحدهما بحصوله وأنكره الآخر، فلا يكون المقرّ محصناً. والدليل⁽⁵⁾: أن إنكار المنكر شبهة للمقرّ، والحدود تدرأ بالشبهات.

• وكون الزوجة الموطوءة مطيقة ولو لم تكن بالغاً بالنسبة للذكر.

• وكون الزوج بالغاً بالنسبة للأنثى. والفرق بين هذا الشرط والذي قبله؛ أي: الاشتراط لإحصان الزوج أن تكون زوجته الموطوءة مطيقة ولو لم تكن بالغاً، والاشتراط لإحصان الزوجة أن يكون زوجها الواطئ بالغاً ولا يكفي كونه صيباً؛ أنّ وطء الصبية المطيقة للوطء يحصل له به ما يحصل له بوطء البالغة، من كمال لذّة الوطء والإحلال للزوج الأول ووجوب الحدّ؛ وليس كذلك وطء الصبي للمرأة البالغ؛ لأنّ

(1) المعونة: 1378/3.

(2) الذخيرة: 69/12.

(3) المعونة: 1377/3.

(4) المعونة: 1379/3.

(5) المعونة: 1379/3، والمقدمات: 251/3.

وطء الصبي ناقص غير تام، فلا يحصل لها به كمال لذة الوطء ولا يحلها للزوج الأول ولا يجب به حد⁽¹⁾.

والشروط السبعة الأخيرة تدخل في السبب الثالث من أسباب الإحصان التي ذكرناها سابقاً.

ومتى اختل شرط لا يكون محصناً فلا يرجم.

وحكم رجم الزاني المحصن منقول بالسنة المتواترة في الأجيال الثلاثة الأولى، ولتواترها أجمع علماء العصور الأولى ومن بعدهم على العمل بها، ولا يقدر في تواترها أن ما دون منها لا يبلغ مبلغ التواتر⁽²⁾. ومن أدلته ما يلي⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفُجْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾ وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنْكُمْ فَأْتَاوَهُمَا فَاِنَّ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا ﴿١٦﴾﴾ [النساء: 15 - 16]. وتقدم بيان معنى هاتين الآيتين، وأن الحكمين فيهما قد نسخا بآية النور، وهي قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢﴾﴾ [النور: 2]. كانت هي السبيل الذي جعله الله تعالى للزانية والزاني، بيّنه حديث عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»⁽⁴⁾. فكان الرجم قد أشار إليه القرآن إجمالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ ثم بين النبي ﷺ هذا السبيل كما جاء في حديث عبادة⁽⁵⁾، إلا أنه نسخ فيما بعد الجمع على المحصن بين الجلد والرجم على قول من يرى أن الحد للمحصن كان الجلد والرجم، كما سيأتي بيانه.

وقوله ﷺ: «والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»، وهذا من باب حذف مضاف المبتدأ؛ أي: حد البكر كذا، وحدّ الثيب كذا؛ وليس على سبيل الاشتراط، بل ذلك حد البكر سواء زنى ببكر أو ثيب، وحدّ الثيب كذلك سواء زنى ببكر أو ثيب، فهو شبيه بالتقييد الخارج مخرج الغالب⁽⁶⁾.

ب - عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما أخبرا أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله، وقال الآخر وهو

(1) المعونة: 1378/3. (2) التحرير والتنوير: 275/4، و149/18.

(3) الإشراف: 855/2، والمعونة: 1374/3، والمنقذ: 137/7، والمقدمات: 242/3، وبداية المجتهد: 467/2، والتحرير والتنوير: 274/4.

(4) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا. (5) المعلم: 395/2، والمعونة: 1374/3.

(6) الإكمال: 160/5.

أفقههما: أجل يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله، واذن لي في أن أتكلم؛ قال: «تكلم» فقال: إن ابني كان عسيفاً على هذا، فزني بامرأته، فأخبرني أن علي ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي؛ ثم إنني سألت أهل العلم فأخبروني أن ما علي ابني جلد مائة وتغريب عام، وأخبروني أنما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده لأقضيَنَّ بينكما بكتاب الله، أما غنمك وجاريتك فردّ عليك»، ووجد ابنه مائة وغرّبه عاماً، وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها. قال مالك: والعسيف الأجير⁽¹⁾. وفي رواية: وقال النبي ﷺ: «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽²⁾.

ج - عن ابن عباس ؓ قال لما أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت؟» قال: لا يا رسول الله، قال: «أنكتها؟» لا يكني، قال: فعند ذلك أمر برجمه⁽³⁾. وعن جابر بن سمرة قال: رأيت ماعز بن مالك حين جاء به إلى النبي ﷺ رجل قصير أعضل ليس عليه رداء فشهد على نفسه أربع مرات أنه زنى فقال رسول الله ﷺ: «فلعلك؟» قال: لا والله إنه قد زنى الآخر؛ قال: فرجمه ثم خطب فقال: «ألا كلما نفرنا غازين في سبيل الله خلف أحدهم له نيب⁽⁴⁾ كنيب التيس يمنح أحدهم الكتبة، أما والله إن يمكّني من أحدهم لأنكّله عنه»⁽⁵⁾. وعن أبي سعيد أن رجلاً من أسلم يقال له: ماعز بن مالك أتى رسول الله ﷺ فقال: إني أصبت فاحشة فأقمه عليّ؛ فردّه النبي ﷺ مراراً، قال: ثم سألت قومه؟ فقالوا: ما نعلم به بأساً إلا أنه أصاب شيئاً يرى أنه لا يخرج منه إلا أن يقام فيه الحد، قال: فرجع إلى النبي ﷺ فأمرنا أن نرجمه قال: فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد، قال: فما أوثقناه ولا حفرنا له قال: فرمينا بالعظم، والمدر، والخزف، قال: فاشتد واشتدنا خلفه حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا، فرمينا بجلاميد الحرة يعني الحجارة حتى سكت؛ قال: ثم قام رسول الله ﷺ خطيباً من العشي فقال: «أو كلما انطلقنا غزاة في سبيل الله تخلف رجل في عيالنا له نيب كنيب التيس، عليّ أن لا أوتى برجل فعل ذلك إلا نكلت به» قال: فما استغفر له ولا سبه. وعن بريدة أن ماعز بن مالك الأسلمي أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إنني قد ظلمت نفسي وزنيت، وإني أريد أن تطهرني، فردّه فلما كان

(1) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الحدود، باب الاعتراف بالزنا؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(2) أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) أخرجه البخاري في الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر: هل لمست.

(4) النيب: صوت التيس عند السفاد. والكتبة: القليل من اللبن.

(5) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

من الغد أتاه فقال: يا رسول الله إنني قد زنيت فردّه الثانية. فأرسل رسول الله ﷺ إلى قومه فقال: «أتعلمون بعقله بأساً تنكرون منه شيئاً؟» فقالوا: ما نعلمه إلا وفيّ العقل من صالحينا فيما نرى. فأتاه الثالثة، فأرسل إليهم أيضاً فسأل عنه فأخبروه: أنه لا بأس به ولا بعقله. فلما كان الرابعة حفر له حفرة ثم أمر به فرجم. قال: فجاءت الغامدية فقالت: يا رسول الله إنني قد زنيت فطهرني. وإنه ردها فلما كان الغد قالت: يا رسول الله لم تردني لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً، فوالله إنني لحبلى. قال: «إما لا فاذهبي حتى تلدي» فلما ولدت أته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته. قال: «اذهبي فأرضعيه حتى تظميه»، فلما فطمته أته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام. فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها. فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فتتضح الدم على وجه خالد فسبها، فسمع نبي الله ﷺ سبه إياها فقال: «مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له» ثم أمر بها فصلي عليها ودفنت⁽¹⁾. وعن عبد الله بن أبي مليكة أنه أخبره أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته أنها زنت وهي حامل، فقال لها رسول الله ﷺ: «اذهبي حتى تضعي» فلما وضعت جاءته فقال لها رسول الله ﷺ: «اذهبي حتى ترضعيه» فلما أرضعته جاءته، فقال: «اذهبي فاستودعيه» قال: فاستودعته، ثم جاءت فأمر بها فرجمت⁽²⁾.

د - عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحلّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽³⁾.

هـ - عن سعيد بن المسيب أنه قال: لما صدر عمر بن الخطاب من منى أناخ بالأبطح ثم كوّم كومة بطحاء ثم طرح عليها رداءه واستلقى، ثم مدّ يديه إلى السماء فقال: اللهم كبرت سني، وضعفت قوتي، وانتشرت رعيتي، فاقبضني إليك غير مضيق ولا مفرط. ثم قدم المدينة فخطب الناس فقال: أيها الناس قد سنّت لكم السنن، وفرضت لكم الفرائض، وتركتم على الواضحة إلا أن تضلوا بالناس يميناً وشمالاً، وضرب بإحدى يديه على الأخرى، ثم قال: إياكم أن تهلكوا عن آية الرجم أن يقول قائل: لا نجد حدين في كتاب الله، فقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا، والذي نفسي بيده لولا أن يقول الناس زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله تعالى لكتبتهما: «الشيخ والشيخة

(1) أخرجه أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم.

(3) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالْأَنْفُسِ﴾؛ ومسلم في القسامة

والمحاربين، باب ما يباح به دم المسلم.

فارجموهما ألبتة»، فإننا قد قرأناها. قال سعيد بن المسيب: فما انسلخ ذو الحجة حتى قتل عمر رضي الله عنه. قال يحيى: سمعت مالكا يقول، قوله: الشيخ والشيخة، يعني الثيب والثيبة فارجموهما ألبتة⁽¹⁾. وفي رواية: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال عمر: لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل: لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن، إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف قال سفيان: كذا حفظت: ألا وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده⁽²⁾. وفي رواية قال: إن الله بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أنزل الله آية الرجم، فقرأناها وعقلناها ووعيناها؛ رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده؛ فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: والله ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، والرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف⁽³⁾.

وهذه الآية: «الشيخ والشيخة فارجموهما ألبتة» نص العلماء على أنه مما نسخ لفظه وبقي حكمه، ولها نظائر. ولا يصح أن تتلى قرأناً لأنها لم تكتب في المصحف، وأنسى الله المسلمين حفظها لحكمة منه في ذلك وابتلاء لعباده. وذكر عمر رضي الله عنه لها لم يكن على وجه التلاوة، بل إخباراً عن معنى ما كان حفظ. وقوله: «لولا أن يقول الناس زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله تعالى لكتبها» دليل على أنه رضي الله عنه كان يعلم أنها ليست من القرآن الذي يتلى، وإلا كيف يصح أن يظن عمر أنها قرآن ثم يخشى أن ينكره الناس عليه حتى يقولوا عنه زاد في كتاب الله ما ليس منه. وإنما مقصده أنه أراد أن يكتبها على أنها حكم أوحاه الله تعالى مستمر العمل به بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا على أنه قرآن؛ لكنه لم يعزم على ذلك لما ترجح لديه من وقوع مفسدة أعظم من نسيان الحكم، وهو ما خشيه من أن يظنه الجاهل قرأناً إذا رآه في المصحف مكتوباً، فينسب إليه أنه هو الذي زاده فتوقف عن كتابته فيه. وتوقفه رضي الله عنه كان لاعتقاده أن المصحف لا يكتب فيه إلا ما ثبتت قرآنيته وتلاوته بالتواتر، دون ما نسخت تلاوته وإن بقي حكمه. ولذلك فسياق كلامه لا يدل على أنه لو ارتفع ما خشيه لكتبها، وإنما يدل على خشيته من أن ينسى الناس بقاء حكمها وإن نسخت قرآنيته، ويتركوا العمل بها بحجة أنها غير موجودة في كتاب الله تعالى. ولذلك يفهم من كلامه تعظيم أمر نسيان هذا الحكم، وخوفه الشديد من ذلك، وتنبيه المسلمين حتى يحفظوه ويستذكروه، ولا ينصتوا لمن

(1) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم.

(2) أخرجه البخاري في الحدود، باب الاعتراف بالزنا.

(3) أخرجه البخاري في الحدود، باب رجم الحبل من الزنا إذا أحصنت؛ ومسلم في الحدود، باب رجم الثيب في الزنا.

يقوم بعد طول زمن بالتشكيك في شرعيته وإنكاره، بدعوى أنه لم يكن مما نزل من القرآن، أو أن حكمه انتهى لأنه لا يوجد حدان في القرآن الرجم والجلد. ومع ذلك فقد وقع ما خشيه ﷺ من تكذيب الخوارج والمبتدعة بالرجم. ويحتمل أن يكون ما خشيه من هذا لعلم عنده في ذلك من رسول الله ﷺ، أو لفراسته وصدق ظنه. هذا وإن كلامه كان من خطبة ألقاها يوم الجمعة، بعد رجوعه من الحج في آخر عام من خلافته، بحضور جمهور الصحابة وأهل العلم والفضل منهم، فلم ينكر عليه أحد منهم، وذلك يدل على موافقتهم له، إذ لا يقرّون على منكر ولا يسكتون عما يعلمون خلافه⁽¹⁾.

ولابن رشد الجدر رأي آخر، وهو أن قوله: «الشيخ والشيخة فارجموهما ألبتة»، ليس صحيحاً أنه كان قرأناً ثم نسخ، وإنما كان يتلى على أنه وحى ولم يكن قرأناً، وإنما أراد عمر ﷺ أن يكتب ذلك على أنه وحى لا على أنه قرآن⁽²⁾؛ أي: كأنه يراه أنه كان حديثاً قدسياً منسوباً إلى رب العزة.

و - إجماع الصحابة ثم إجماع علماء الإسلام بعدهم على حد الرجم للمحصن. وكان إجماع الصحابة وإجماع العلماء بناء على ما تواتر لديهم من فعل النبي ﷺ، فهو إجماع مستنده السنة النبوية. ولا يلتفت إلى الخوارج من قولهم بنفيه.

وليس مع الرجم جلد، والدليل⁽³⁾:

أ - ما تقدم في رجم ماعز والغامدية. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يأمره بجلدهما قبل رجمهما.

ب - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني المتقدم، وفيه: وقال النبي ﷺ: «واغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يأمره بجلدها قبل رجمها، وقد علم أنه إنما أنفذه ليقيم الحد لا لغير ذلك، ولو كان جلدها من الحد لبينه له وأمره به.

ج - أن الرجم حد بنفسه وليس بعض حد.

د - أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم.

هـ - القياس على الردة؛ لأن زنى المحصن معنى يوجب القتل لحق الله تعالى فلم يوجب الجلد مع القتل كالردة.

(1) المقدمات: 243/3، والمتقى: 140/7، وإكمال الإكمال: 162/5.

(2) المقدمات: 243/3.

(3) الإشراف: 855/2، والمعونة: 1375/3، والمعلم: 391/2، والمقدمات: 244/3، 250،

وبداية المجتهد: 468/2.

وقد احتج أهل الظاهر على الجمع بين الرجم والجلد في المحصن بما يلي⁽¹⁾ :
 أ - قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٤﴾﴾ [النور: 2].
 قالوا: الآية عامة في كلّ زان محصن أو غير محصن.

ب - عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»⁽²⁾، فقد جمع فيه بين الجلد والرجم.

ج - ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه جلد الهمدانية ثمّ رجمها وقال: جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ.

وهذا القول خلاف قول كافة الفقهاء. والردّ عليه بما يلي⁽³⁾ :

أ - أنّ ظاهر الآية مخصّص بفعل النبي ﷺ برجم المحصن دون الجلد، بما ثبت عنه في قصتي ماعز والغامدية وقصة العسيف.

ب - أنّ حديث عبادة بن الصامت منسوخ بما تقدم من الأدلة السابقة. ويدلّ على وقوع النسخ بحديث أبي هريرة في قصة العسيف، وروايته أيضاً لقصة رجم ماعز⁽⁴⁾، أنّ إسلام أبي هريرة متأخر في سنة سبع من الهجرة بعد افتتاح خيبر، وعبادة بن الصامت من النقباء الإثني عشر، ليلة العقبة، فروايته كانت وقت نزول آية النور، وأمر العسيف بعد ذلك بسنين، وكذلك أمر ماعز. ولم يذهب الشيخ ابن عاشور إلى النسخ، وقال: لا أحسبه إلاّ توهماً من الراوي عن عبادة أو اشتبه عليه. وبذلك فسّر الشيخ عدول العلماء عن العمل به.

ج - أنّ فعل عليّ بن أبي طالب يحتمل أن تكون المرأة كتمته الإحصان فلم يعلم به حتى جلدّها، فلما علمه رجمها. وأمّا الشيخ ابن عاشور فقد ضعّف الرواية عن علي بن أبي طالب.

د - القياس على حدّ الردّة؛ لأن الرجم معنى يوجب القتل لحقّ الله تعالى فلم يجب فيه الجلد مع القتل كالردّة.

الثاني: للفاعل فعل لوط وللمفعول به مطلقاً، أحصن أم لا، بشرط التكليف. فلا يشترط في الفاعل أن يكون مفعوله بالغاً بل مطيقاً، وشرط رجم المفعول: بلوغ فاعله فلا يرجم من مكّن صبيّاً.

(1) المعلم: 391/2، والمقدمات: 250/3. (2) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(3) المعلم: 391/2، والمقدمات: 245/3، 250، والمنتقى: 138/7، وبداية المجتهد: 2/

467، وإكمال الإكمال: 161/5، والتحرير والتنوير: 274/4.

(4) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع.

والدليل على وجوب الحد فيه، وأنّ حدّه الرجم، خلافاً لمن قال فيه التعزير⁽¹⁾:

أ - أنّ الله ﷻ عاقب قوم لوط بأشدّ أنواع العقاب؛ لأنهم كانوا يأتون هذا الفعل، فقال تعالى: ﴿فَجَعَلْنَا عَلَيْهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ حِجَارَةً مِّن سِجِّيلٍ﴾ [الحجر: 74]. قال ابن العربي: وقول من قال: إن قوم لوط إنما عوقبوا على الكفر، فهذا غلط؛ فإنّ الله أخبر أنهم كانوا على معاص فأخذهم عليها بهذه العقوبة⁽²⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوحِهِمْ حَافِظُونَ﴾ [٥] إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَلِإَتْهِمْ غَيْرَ مَلُومِينَ [٦] فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ [٧] [المؤمنون: 5-7]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى سمى من نكح ما لا يحلّ عادياً، وأوجب عليه الحد في آية أخرى لعدوانه؛ وفاعل فعل قوم لوط عادٍ قرآناً ولغة، لقوله تعالى عن قوم لوط: ﴿وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ﴾ [الشعراء: 166]؛ فوجب أن يقام عليه الحد.

ج - عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»⁽³⁾.

ج - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في الذي يعمل عمل قوم لوط قال: «ارجموا الأعلى والأسفل ارجمهما جميعاً»⁽⁴⁾.

د - روي عن أبي بكر الصديق أنّه حرّق رجلاً يسمّى الفجاءة، حين عمل عمل قوم لوط بالنار، وهو رأي علي بن أبي طالب ﷺ، فإنّه لما كتب خالد بن الوليد إلى أبي بكر في ذلك جمع أصحاب النبي ﷺ واستشارهم فيه، فقال علي: إنّ هذا الذنب لم تعص به أمة من الأمم، إلا أمة واحدة صنع الله بها ما علمتم، أرى أن يحرق بالنار، فاجتمع رأي أصحاب رسول الله ﷺ أن يحرق بالنار، فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد أن يحرقه بالنار فأحرقه. ثم أحرقهم ورجمهم ابن الزبير في زمانه⁽⁵⁾.

هـ - مساواته للزنا في الاسم، وهي الفاحشة. وقد تقدم الدليل على ذلك.

و - قياس الدبر على القبل؛ لأنه فرج يقصد الالتذاذ به غالباً كالقبل.

ز - قياس الأولى على القبل؛ لأن هذا الفعل أشدّ وأغلظ من الزنا؛ لأنّ القبل

(1) الإشراف: 2/862، والمعونة: 3/1399، والمنتقى: 7/141، وأحكام القرآن: 2/786، و3/

1311، والجامع لأحكام القرآن: 7/176، والذخيرة: 12/66.

(2) أحكام القرآن: 2/787.

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط؛ والترمذي في الحدود، باب ما جاء في حدّ اللوطي؛ وابن ماجه في الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط.

(4) أخرجه ابن ماجه في الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط.

(5) الجامع لحكام القرآن: 7/177.

يتعلق به الاستباحة، وهو لا يتعلق به الاستباحة، فإذا وجب الحدّ في القبل كان هذا أولى .
ح - قياس الأولى أيضاً؛ لأنّ المزني بها جنس مباح وطؤه وإنما وجب الحدّ لأنّها وطئت على غير الوجه المأذون فيه شرعاً، والذكر ليس مباحاً وطؤه فكان الحدّ فيه أغلظ من الزنا بالأولى .

ط - قياس الأولى أيضاً؛ لأنّ الحدّ في الزنا إنما وضع ردعاً وزجراً لئلا يقوم الناس بمثله، ووجدنا الطباع تميل إلى الالتذاذ بإصابة هذا المكان كميلها إلى القبل، فوجب أن يتعلق به من الردع ما يتعلق بالقبل؛ فكيف إذا كان هذا أحرم وأفحش، فلا شك أنه بالعقوبة أولى وأحرى .

ي - القياس على الحرابة؛ لأنّ نوع من الفساد في الأرض وسعي في سدّ باب النسل، فيجب به القتل كالحرابة .

والقول برجم فاعل فعل قوم لوط هو المشهور في المذهب . وصوّب ابن حبيب حرقة، لما تقدم من فعل أبي بكر وعلي وابن الزبير رضي الله عنهم (1) .
والدليل على عدم مراعاة الإحصان (2) :

أ - الحديثان المتقدمان . ودلالتهما عامة، لم يفرق فيهما بين المحصن وغيره .

ب - أنّ الإحصان يعتبر في الزنا، وهذا ليس بزنا لغةً بدليل أنّ العرب لا تسمي إتيان الذكر للذكر زناً؛ لأنّ محلّ الزنا عندهم محلّ الحلال، وإنّما سمي زناً في الشرع لأنّه على غير الوجه المباح، وما لا يكون محلّاً للحلال على وجهه فلا يسمي زناً كفرج البهيمة إذا أتيت .

ويعاقب فاعلا فعل قوم لوط ولو كانا كافرين؛ أي: فلا يردّان إلى حكام ملّتهما . ولا يسقط الحدّ بإسلام الكافر .

كيفية الرجم :

ويكون الرجم بحجارة مُعْتَدِلَةٌ بين الصغر والكبر، قدر ما يطبق الرامي بدون تكلف . فلا تكون بحجارة عظام خشية التشويه، ولا صغار خشية التعذيب، بل بقدر ما يحمل الرامي بلا كلفة، لسرعة الإجهاز عليه . ومحلّ الرجم الظهر والبطن حتى يموت، فيخصّ بالمواضع التي هي مقاتل من الظهر وغيره من السرة إلى ما فوق . ويتقى الوجه والفرج . والمشهور أنه لا يحفر للمرجوم حفرة ولو امرأة، والدليل (3) :

أ - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني المتقدم، وفيه قول النبي ﷺ : «فإن اعترفت فارجمها»، ولم يأمره بالحفر لها عند الرجم .

(1) المتفق: 141/7 . (2) الإشراف: 863/2، والمعونة: 1400/3 .

(3) الإشراف: 858/2، والمعونة: 1398/3، والمتفق: 134/7، وبداية المجتهد: 471/2 .

ب - حديث أبي سعيد المتقدم في رجم ماعز، وفيه قوله: فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد، قال: فما أوثقناه ولا حفرنا له.

ج - حديث رجم اليهوديين؛ لأنه لو حفر لهما لما استطاع الرجل أن يحني على المرأة.

د - أن الرجم إذا كان على وجه الأرض أتت الحجارة على جميع البدن، فكان أسرع في التوفية وأقلّ للتعذيب.

هـ - قياس المرأة على الرجل؛ لأنها مرجومة في الزنا كالرجل.

وما جاء في الرواية الأخرى: فلما كان الرابعة حفر له حفرة، ثم أمر به فرجم؛ فإنه يمكن الجمع بين هذه الرواية والتي قبلها، بأنهم حفروا له ولكن لم يبالغوا، ولذلك هرب⁽¹⁾.

وقيل: يحفر للمرأة فقط، والدليل⁽²⁾: حديث رجم الغامدية، وفيه قول الراوي: ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها.

وقيل: يحفر للمشهود عليه دون المقرّ؛ لأنّ المقرّ يترك إن هرب.

ويجرّد أعلى الرجل دون المرأة لأنها عورة.

ولا يربط المرجوم، والدليل⁽³⁾:

أ - أن النبي ﷺ لم يربط ماعزاً ولا غيره ممن أمر برجمه.

ب - أن رجوعه يقبل فلا معنى لربطه.

ولم يعرف الإمام مالك بدءاً الشهود بالرجم، ثمّ الحاكم، ثمّ الناس عقبه، والحديث الدال على ذلك لم يصحّ عند الإمام، وإن تمسك به الإمام أبو حنيفة. والدليل على عدم تولي الحاكم والشهود الرجم⁽⁴⁾:

أ - ما تقدّم في الروايات أنّ النبي ﷺ أمر بالرجم. وفيه دلالة على أنّ الإمام يفوّض الرجم إلى غيره، ولا يحضر ولا يرجم، إذ لم يثبت عنه ﷺ أنّه حضر أو رجم.

ب - القياس على القتل والقطع؛ لأنه حدّ من حدود الله لا يلزم الحاكم مباشرة شيء منه بنفسه وكذلك الشهود، كالقتل والقطع.

2 - الجلد:

ويكون للزاني المكلف البكر - أي: غير المحصن -، ذكراً أو أنثى. والمراد بالبكر غير المحصن، وهو من لم يتقدم له وطء مباح لزوجة مطيقة في نكاح لازم، بأن

(2) إكمال الإكمال: 178/5.

(1) إكمال الإكمال: 171/5.

(3) المعونة: 1398/3.

(4) الإشراف: 858/2، وإكمال الإكمال: 166/5.

لم يتقدم له وطء أصلاً أو تقدم له وطء في زوجته المطيقة لكن في حيضها أو في نكاح فاسد لم يفت وفسخ.

ويكون بمائة جلدة. والدليل على الجلد⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهِدَ عَلَيْهِمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بجلد الزانية والزاني، والأمر للوجوب. والتعريف في الزانية والزاني تعريف الجنس وهو يفيد الاستغراق غالباً، فالآية عامة في كل من تلبس بفعل الزنا واتصف به، وعامة في المحصن وغير المحصن، فبين النبي ﷺ قولاً وعملاً - بما سيأتي - أنها خاصة بالأبكار دون المحصنين، فالآية مخصصة بالسنة بغير المحصن من الرجال والنساء. وقد تقدم أن ذلك كان بالسنة المتواترة في الزمن النبوي وفي عصور الاجتهاد الأولى، وكان إجماع الصحابة وسائر العلماء أثراً من آثار تواترها.

ب - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني المتقدم، وفيه قولهما: وجلد ابنه مائة وغربه عاما - وكان بكراً -.

ج - عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»⁽²⁾. فقد نصّ للبكر في الحديثين على جلد مائة.

وقوله ﷺ: «البكر بالبكر» وهذا من باب حذف مضاف المبتدأ؛ أي: حدّ البكر كذا، وحدّ الثيب كذا؛ وليس على سبيل الاشتراط، بل ذلك حدّ البكر سواء زناً ببكر أو ثيب، وحدّ الثيب ذلك سواء زناً ببكر أو ثيب، فهو شبيه بالتقييد الخارج مخرج الغالب⁽³⁾.

د - عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ﷺ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فأتي بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: «دون هذا» فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد ثم قال: «أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من ييدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽⁴⁾.

(1) المعونة: 3/ 1380، والمنتقى: 7/ 142، والمقدمات: 3/ 248، 251، وأحكام القرآن: 3/ 1326، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 118، وبداية المجتهد: 2/ 467، 469، والتحرير والتنوير: 18/ 146، 149.

(2) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا. (3) الإكمال: 5/ 160.

(4) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

المخاطب بإقامة الحد:

الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَأَجْلِدُوا﴾ للإمام - أي: الحاكم - أو نائبه، وكذلك الرجم، والدليل: الإجماع⁽¹⁾. فليس للزاني أن يرجم نفسه ولا أن يجلد لها.

ووجه حصر وجوب إقامة الحدود في السلطان أنه نائب عن المسلمين في إقامة مراسم الدين؛ لأنه لا يمكنهم الاجتماع على إقامة الحدود.

وقد نهى الله تعالى عن أن تأخذ الرأفة والشفقة أحداً فيسقط عن الزاني الحد أو يخففه عنه، وجعل استيفاء الحد كاملاً على الزاني علامة على الإيمان بالله واليوم الآخر، وذلك في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهِ مِنْهَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [النور: 2]. الرأفة أرق الرحمة؛ أي: لا تمتنعوا عن إقامة الحدود شفقة على المحدود، ولا تخففوا الضرب من غير إجماع⁽²⁾. عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إقامة حد من حدود الله خير من مطر أربعين ليلة في بلاد الله ﷻ»⁽³⁾. وروي موقوفاً على أبي هريرة أنه قال: إقامة حد بأرض خير لأهلها من مطر أربعين ليلة⁽⁴⁾.

حضور طائفة عند إقامة الحد:

لا بد من حضور جماعة عند الجلد والرجم، قيل: ندباً، وقيل: وجوباً. والدليل على طلب الحضور⁽⁵⁾: قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أن ﴿وَلْيَشْهَدْ﴾ أمر بأن تحضر جماعة من المسلمين إقامة حد الزنا. قال الشيخ ابن عاشور: «وظاهر الأمر يقتضي وجوب حضور طائفة للحد. وحمله الحنفية على الندب وكذلك الشافعية، ولم أفق على تصريح بحكمه في المذهب المالكي. ويظهر من إطلاق المفسرين وأصحاب الأحكام من المالكية ومن اختلافهم في أقل ما يجزئ من عدد الطائفة أنه يحمل على الوجوب، إذ هو محمل الأمر عند مالك. وأياً ما كان حكمه فهو في الكفاية ولا يطالب به من له بالمحدود مزيد صلة يحزنه أن يشاهد إقامة الحد عليه»⁽⁶⁾.

والمقصد من حضور جماعة يظهر فيما يلي:

أ - تحقيق إقامة الحد، حذراً من التساهل فيه؛ فإن الإخفاء ذريعة للتأخير، فإذا

(1) أحكام القرآن: 3/ 1326، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 120.

(2) أحكام القرآن: 3/ 1326، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 125.

(3) أخرجه ابن ماجه في الحدود، باب إقامة الحدود.

(4) أخرجه النسائي في قطع السارق، باب الترغيب في إقامة الحد.

(5) التحرير والتنوير: 18/ 152.

(6) بداية المجتهد: 2/ 471.

لم يشهده المؤمنون فقد يتساءلون عن عدم إقامته، فإذا تبين لهم إهماله فلا يعدم بينهم من يقوم بتغيير المنكر من تعطيل الحدود⁽¹⁾.

ب - الإغلاظ على الزناة والتوبيخ بحضرة الناس، وحتى يشتهر الزجر؛ لأن الحدّ - جلدأ أو رجماً - يردع المحدود ويتعظ به ويزدجر من شهده وحضره وسمع به ولم يحضره⁽²⁾.

وقيل: ليدعوا له بالرحمة والتوبة.

وأقلّ الطائفة أربعة على أظهر الأقوال، والدليل على تحديد الأقل بالأربعة⁽³⁾: لأنّ هذا العدد أقل عدد شهود الزنا، ولأنّ هذا العدد يتعلق به فائدة لا توجد فيما دونه، وهو أنه قد يرمي هذا المحدود بالزنا فيطالب بأن يحدّ له، فيقيم الرامي البيّنة وهم الذين حضروا جلده، وهذا معنى يختصّ بالأربعة.

ولا يلزم حضور الشهود الذين شهدوا عليه بالزنا، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أنّ الآية لم تعين الطائفة بكونهم من الشهود أو غيرهم، فتحمل على ما يتحقق به الأمر من حضور أيّ طائفة.

ب - القياس على سائر الحقوق؛ لأن كلّ حقّ ثبت ببيّنة جاز استيفاؤه وإن لم تحضر تلك البيّنة، كسائر الحقوق.

تعجيل الحدّ وتأخيره:

تؤخر الزانية المتروجة التي تحيض بالرجم لحیضة فقط بعد الزنا، خشية أن يكون بها حمل من زوجها. فإن كانت ظاهرة الحمل أخرت لوضعه ووجود من يرضع الطفل. والدليل على التأخير بسبب الحمل والإرضاع⁽⁵⁾:

أ - حديث رجم المرأة الغامدية المتقدم، وفيه قولها: فوالله إني لحبلى. قال: «إما لا فاذهبي حتى تلدي» فلما ولدت أته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته. قال: «اذهبي فأرضعيه حتى تطفميه»، فلما فطمته أته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام. فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر

(1) التحرير والتنوير: 151/18.

(2) أحكام القرآن: 1327/3، والجامع حكام القرآن: 125/12، والتحرير والتنوير: 151/18.

(3) الإشراف: 863/2، والمعونة: 1397/3، وأحكام القرآن: 1328/3، والجامع لأحكام القرآن: 124/12.

(4) الإشراف: 858/2.

(5) الإشراف: 867/2، والمعونة: 1393/3، والمنتقى: 136/7، والمعلم: 394/2.

بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها. وعن عبد الله بن أبي مليكة أنه أخبره أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته أنها زنت وهي حامل، فقال لها رسول الله ﷺ: «أذهبي حتى تضعي» فلما وضعت جاءته فقال لها رسول الله ﷺ: «أذهبي حتى ترضعيه» فلما أرضعته جاءته، فقال: «أذهبي فاستودعيه» قال: «فاستودعته»، ثم جاءت فأمر بها فرجمت.

ب - قياس الرضاع على الحمل؛ لأنه لما لم يجز رجمها وهي حامل لأن فيه إتلاف الجنين، كذلك لم يجز رجمها مع عدم وجود من يرضعه. وهو من القياس الأولى؛ لأن حياة الولد بعد ولادته مقطوع بها، وحياته في البطن غير مقطوع بها. ووجه تأخيرها إن كانت ذات زوج أن زوجها له حق بما في بطنها.

ولا يؤخر رجم الرجل والمرأة غير ذات الزوج الغير الحامل أو الآيسة من المحيض، والدليل:

أ - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني المتقدم، وفيه: وقال النبي ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أمر بالرجم بعد الاعتراف والأمر يفيد الفور.

وغير ذات الزوج تؤخر إذا ظهر بها حمل فتؤخر لوضعه ووجود مرضع؛ أو مكث ماء الزنا في رحمها أربعين يوماً ولم تر حيضاً فتؤخر لحيضة لثلاث تكون حملت من الزنا.

وكذلك لا يؤخر الجلد من أجل الهرم أو الضعف عن حمل الحد؛ لأن الهرم والضعف لا ينتهي⁽¹⁾.

وينتظر بالجلد زوال المرض كالنفاس، واعتدال الهواء، فلا يجلد في حال مرض ولا في حال برد أو حرّ شديدين؛ خوف الهلاك.

والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال في خطبة: إن أمة لرسول الله ﷺ زنت، فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديث عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها؛ فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «أحسن»⁽³⁾. وفي رواية: فجرت جارية لآل رسول الله ﷺ⁽⁴⁾. قال القرطبي: وهذه الرواية أحسن من رواية مسلم وأليق بمن ينتسب

(1) المتقى: 147/3.

(2) المعونة: 1392/3، وبداية المجتهد: 471.

(3) أخرجه مسلم في الحدود، باب تأخير الحد عن النفساء.

(4) أخرجه أبو داود في الحدود، باب 33.

لبيت شهد الله بطهارته. وكيف يصح بمن في ذلك البيت الكريم وذلك الملك الشريف أن يقع منه فاحشة الزنا، وهذا والله من البعد في الغاية القصوى⁽¹⁾؛ أي: فإن الجارية ليست لرسول الله ﷺ، وإنما هي لأحد من آله.

ب - أن المقصود من حدّ الجلد الردع والزجر دون الإتلاف، يبيّن ذلك أن الله تعالى فرّق بين الحدود فجعل في بعضها الرجم وفي بعضها الجلد. فإذا كان ذلك كذلك وكان بالمجلود مرض أو حمل أو كان الطقس غير معتدل، يخاف عليه الموت وجب تأخير الجلد.

ولا يجزئ ضرب المريض ونحوه ضربة واحدة بمائة سوط أو بعثكول النخل أو بعذق فيه مائة شمراخ، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَأْتَهُ جَلْدًا﴾ [النور: 2]، ووجه الاستدلال أنّ الجلد اسم الضربة لا بما يقع الضرب به.

ب - القياس على الصحيح؛ لأنه واجب فلم يجز أن يجمع في ضربة واحدة كالصحيح.

ج - أن الغرض بالضرب أن يرتدع مرتكب الكبيرة عن مثلها، وينزجر غيره عن مقارفتها، وذلك يقتضي أن يقرّر بضرب يحصل به الأوجاع والآلام؛ وأما عثكول النخل لا يحصل به المقصد، لذلك وجب تأخيره إلى حين البرء ليتحقق المقصد من ضربه.

وما روي عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضعني، فعاد جلدة على عظم، فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها فوق عظامها، فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك، وقال: استفتوا لي رسول الله ﷺ فإني قد وقعت على جارية دخلت علي؛ فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا: ما رأينا بأحد من الناس من الضرّ مثل الذي هو به لو حملناه إليك لتفسخت عظامه، ما هو إلا جلد على عظم، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة⁽³⁾. فهذا الحديث إسناده مختلف فيه⁽⁴⁾.

3 - التغريب:

وذلك بعد الجلد. ويكون للذكر البكر فقط، دون الأنثى ولو رضيت، ولو كان معها محرم.

ودليل التغريب⁽⁵⁾:

(1) إكمال الإكمال: 198/5. (2) الإشراف: 861/2.

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب في إقامة الحد على المريض.

(4) إكمال الإكمال: 199/5.

(5) الإشراف: 855/2، والمعونة: 1380/3، والمتقى: 137/7، وبداية المجتهد: 469/2.

أ - عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»⁽¹⁾.

ب - حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، وفيه قولهما: وجلد ابنه مائة وغرّبه عاماً.

والحديثان نصّ في تغريب الزاني.

قال القاضي عبد الوهاب: وليس في التغريب قياس يتحرر على التحقيق. لكن حرّر الإمام الباجي قياساً، وهو: أنّ كلّ معصية يتعلّق بها قتل أو ما دونه من جلد أو قطع فإنّ مع الأدون الحبس قياساً على القتل والحرابة⁽²⁾.

وحكم التغريب ليس زيادة نسخت القرآن كما يقول أبو حنيفة رضي الله عنه، إذ لا يسلم أنّ الزيادة في النصّ نسخ على الإطلاق؛ بل هو حكم آخر زائد إذا لم تغيّر الزيادة فيه حكم الأول. والتغريب هنا زيادة ثابتة بالسنة لم تغيّر حكم القرآن، والجلد ثابت بالقرآن⁽³⁾.

ج - فعل الخليفين أبي بكر وعمر، عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ ضرب وغرّب، وأنّ أبا بكر ضرب وغرّب، وأنّ عمر ضرب وغرّب⁽⁴⁾. وعن نافع أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أنّ أبا بكر الصديق أتى برجل قد وقع على جارية بكر فأحبها، ثم اعترف على نفسه بالزنا، ولم يكن أحصن، فأمر به أبو بكر فجلد الحد ثم نفي إلى فذك⁽⁵⁾.
ودليل عدم تغريب الأنثى⁽⁶⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]. ووجه الاستدلال أنّ الآية نصّت في حدّ الزنا على الجلد، وقد زادت السنة التغريب للذكر، وبقي حكم الأنثى على حكم الآية.

ب - عن أبي سعيد الخدري أنّ نبي الله ﷺ قال: «لا تسافر امرأة فوق ثلاث ليال إلا مع ذي محرم»⁽⁷⁾.

ج - القياس المرسل؛ أي: العمل بالمصلحة. وقد وقع به تخصيص عموم

(1) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا. (2) المنتقى: 137/7.

(3) المقدمات: 252/3، والجامع لأحكام القرآن: 63/5.

(4) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في النفي.

(5) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

(6) الإشراف: 856/2، والمعونة: 1381/3، والمنتقى: 137/7، وأحكام القرآن: 359/1، وبداية المجتهد: 469/2.

(7) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الحج، باب حج النساء.

حديث: «البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة»؛ أي: هذا من باب تخصيص الحديث بالمصلحة، كما قال ابن العربي وابن رشد الحفيد. وذلك أنّ التغريب في الذكر عقوبة له ليقطع عن ولده وأهله ومعاشه، وتلحقه الذلّة بنفيه إلى غير بلده؛ وليس في تغريبه ما في تغريب المرأة من وجوب المراعاة والحفظ ومنع السفر؛ وأمّا المرأة فتحتاج إلى الحفظ والصيانة، وفي تغريبها تعريض لها للهلك الذي هو ضدّ الصيانة، وإغراء لها في موقعة ما غرّبت لأجله، لا ردع لها وزجر، فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة. قال القرطبي: فحصل من هذا تخصيص عموم حديث التغريب بالمصلحة المشهود لها بالاعتبار⁽¹⁾.

ووجه عدم تغريب الأنثى ما يخشى عليها من الزنا بسبب ذلك التغريب.

ويسجن في البلد التي غرب إليه عاماً كاملاً من يوم سجنه. ويسجن ولو كان عليه دين؛ لأن الدين يؤخذ من ماله إن كان له مال، وإلا فهو معسر ينظر. وتكون أجرة حمله في الغربية ذهاباً وإياباً ومؤنته بموضع سجنه عليه. فإن لم يكن له مال فمن بيت المال إن وجد، وإلا فعلى جماعة المسلمين. فإن عاد إلى وطنه قبل مضي السنة أخرج مرة ثانية إلى الموضع الأول أو إلى غيره لإكمال السنة.

والحكمة من التغريب الزيادة في عقوبته، لأجل أن ينقطع عن أهله وولده ومعاشه، وتلحقه الذلّة.

ومحلّ تغريب الذكر إذا كان متوطناً في البلد التي زنى فيها، وأمّا الغريب الذي زنى بفور نزوله في بلد فإنه يجلد ويسجن بها؛ لأن سجنه في المكان الذي زنى فيه تغريب له.

والمطلوب أن يغربه الحاكم، ولا يكفي أن يغرب الزاني نفسه؛ لأن تغريب نفسه قد يكون من شهواته فلا يكون زاجراً له.

ويقع التغريب إلى مكان في مسافة يومين، وقيل: ثلاثة مراحل. وقد ثبت أنه عليه أفضل الصلاة والسلام نفى من المدينة إلى خيبر، وهي على مسافة ثلاثة أيام؛ ونفى علي بن أبي طالب رضي الله عنه من الكوفة إلى البصرة.

عدم سقوط الحدّ بطول المدّة من موقعة الفعل:

إذا قرّر رجل على نفسه بزنا أو قذف أو شرب بعد مدّة طويلة من موقعة الفعل أقيم عليه الحد، ولا يؤثر طول المدّة في إسقاطه، والدليل⁽²⁾:

أ - عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فأتى بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» فأتى بسوط جديد

لم تقطع ثمرته، فقال: «دون هذا» فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد ثم قال: «أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽¹⁾.
 ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يفرق في وجوب إقامة كتاب الله عليه بين من يعترف على نفسه بقرب أو بطول.

ب - القياس على سائر الحقوق؛ لأنه أقرّ بحدّ الله تعالى فلم يبطله طول المدة كسائر الحقوق؛ لأنه ثبت في الشرع أنه لا تأثير لطول المدة في إسقاط شيء من الإقرار بسائر الحدود والحقوق.

إذا قامت بيّنة على رجل بزنا أو قذف أو شرب بعد مدة طويلة من واقعة الفعل أقيم عليه الحد، ولا يؤثر طول المدة في إسقاطه، والدليل⁽²⁾:
 أ - أن النصوص الموجبة في إقامة الحدّ على هذه المعاصي عامّة لم تفرّق بين طول المدة وقصرها.

ب - قياس البيّنة المقامة بعد طول المدة على الإقرار بعد طول؛ لأن البيّنة قول يلزم به إقامة الحدّ على من نسب إليه الفعل، لا يسقط بتأخيره، فأشبه الإقرار.
 ج - قياس الحدود على الأموال؛ لأنها حقوق تثبت بالشهادة فلم تسقط بتأخيرها كالحقوق المالية وسائر الحقوق.



(1) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

(2) الإشراف: 863 / 2.



تعريف القذف لغة:

أصل القذف الرمي بالحجارة ونحوها. ثم استعمل في الرمي بالمكارة. ويسمى فرية؛ لأنه من الافتراء والكذب.

تعريف القذف شرعاً:

القذف رمي مكلف ولو كافراً، مسلماً، بنفي نسب عن أب أو جدّ، أو بزنا، إن كلف، وعفت، ذا آلة، أو أطاقت الوطاء، بما يدلّ عرفاً، ولو تعريضاً.

حكم القذف:

القذف كبيرة من الكبائر، ولذلك أوجب الله فيه الحدّ.

والدليل على حرمة ووجوب الحدّ فيه⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤١﴾﴾ [النور: 4]. معنى الرمي الشتم، استعير له اسم الرمي؛ لأنه إذاية بالقول، وقيل له: القذف. والإحصان ينطلق على الإسلام والحرية والعفة، والمراد به هنا العفة، والمحصنات: العفيفات. ويدخل في المحصنات الرجال مع النساء. ووجه اقتصار الآية على ذكر النساء، أنه لما كانت لا تزني امرأة إلا برجل اكتفى الله ﷻ بذكر المحصنات عن المحصنين؛ لأن ما يلحق النساء من المعرة بالزنا يلحق الرجل؛ وعلى هذا التعليل فدلّيل إلحاق الذكر بالأنثى في وجوب حدّ قاذفه: القياس الجلي.

قال الشيخ ابن عاشور: «وعدي فعل الرمي إلى مفعول بصيغة الإناث كل ذلك بناء على الغالب أو على مراعاة قصة كانت سبب نزول الآية ولكن هذا الحكم في الجميع يشمل ضد أهل هذه الصيغة في مواقعها كلها بطريق القياس. ولا اعتداد بما يتوهم من فارق إصاق المعرة بالمرأة إذا رميت بالزنى دون الرجل يرمى بالزنى لأن جعل العار على المرأة تزني دون الرجل يزني إنما هو عادة جاهلية لا التفات إليها في

(1) المقدمات: 259/3 - 263، وأحكام القرآن: 1332/3.

الإسلام فقد سوى الإسلام التحريم والحد والعقاب الآجل والذم العاجل بين المرأة والرجل. وقد يعد اعتداء الرجل بزناه أشد من اعتداء المرأة بزناها لأن الرجل الزاني يضع نسب نسبه فهو جان على نفسه، وأما المرأة فولدها لاحق بها لا محالة فلا جناية على نفسها في شأنه، وهما مستويان في الجناية على الولد بإضاعة نسبه فهذا الفارق الموهوم ملغى في القياس»⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِفْكَامًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: 58]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى حرّم إذابة المسلمين، ومن الإذابة نسبه إلى فعل الزنا.

ج - قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْفَاضِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: 23]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى لعن الذين يقذفون المؤمنات. والمراد بالمحصنات العفيفات؛ وبالغافلات الغافلات عن الفواحش لم يعرفن بها.

د - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحاسدوا ولا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ولا يبيع بعضكم على بيع بعض وكونوا عباد الله إخواناً المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى هاهنا ويشير إلى صدره ثلاث مرات بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ حرّم على المسلم عرض أخيه المسلم. والعرض موضع المدح والذم من الإنسان، سواء كان في نفسه أو في سلفه أو من يلزمه أمره. أو هو جانبه الذي يصونه من نفسه من حسبه ونسبه، ويحامي عنه أن ينتقص ويثلب. ومما يذم به الإنسان ويحامي أن ينتقص به رمية بالزنا.

هـ - عن ابن عباس ؓ أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم النحر فقال: «يا أيها الناس أيّ يوم هذا؟» قالوا: يوم حرام. قال: «فأيّ بلد هذا؟» قالوا: بلد حرام. قال: «فأيّ شهر هذا؟» قالوا: شهر حرام. قال: «فإنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا»، فأعادها مراراً ثم رفع رأسه فقال: «اللّهم هل بلغت، اللّهم هل بلغت» قال ابن عباس ؓ: فوالذي نفسي بيده إنها لو وصيته إلى أمته: «فليبلغ الشاهد الغائب لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض»⁽³⁾.

(1) التحرير والتنوير: 158/18.

(2) أخرجه مسلم في البرّ والصلة، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه.

(3) أخرجه البخاري في الحج، باب خطبة أيام منى؛ ومسلم في القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأموال والأعراض.

و - عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اجتنبوا السبع الموبقات» قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»⁽¹⁾.

وإذاية المسلمين في أعراضهم تكون بأمور⁽²⁾:

الأول: أن يذكر الرجل أخاه المسلم بما فيه مما يكره سماعه، وذلك الغيبة. وفيه التوبة والتحلل من المغتاب والأدب.

الثاني: أن ينسب إليه ما ليس فيه، مما لا يوجب على فاعله حدّ الزنا، فإنّ حكم ذلك حكم السبّ والبهتان والتنقص. وعلى فاعل ذلك الأدب والتوبة والتحلل من صاحبه.

الثالث: أن ينسب إليه ما يوجب على فاعله حدّ الزنا، فهو القذف الذي حرمه الله تعالى على عباده ولعن فاعله في الدنيا والآخرة، وتوعدّ عليه بالعذاب العظيم، كما تقدم في الأدلة.

شروط القذف وإقامة الحدّ على القاذف:

ومن خلال التعريف تؤخذ الشروط التي يكون الفعل بها قذفاً شرعاً، يترتب عليه الحدّ. وهي شروط في القاذف وشروط في المقذوف:

1 - أن يكون القاذف مُكَلَّفًا، وهو البالغ العاقل، ولو كان كافراً في ذمّة المسلمين أو سكراناً بحرام؛ لأنه أدخله على نفسه. وخرج غير المكلف من صبي ومجنون وسكران بحلال، فلا يلزمهم القذف، والدليل على اشتراط البلوغ والعقل⁽³⁾: عن علي بن أبي طالب أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتّى يستيقظ، وعن الصبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يعقل»⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ من كان دون البلوغ وغير عاقل فهو غير مكلف، فالبلوغ والعقل شرطان في التكليف وثبوت العقوبة على ارتكاب المعصية، والحدّ لا يجري إلا على مكلف.

فاشترط البلوغ والعقل لأتّهما أصلاً التكليف، إذ التكليف ساقط دونهما.

(1) أخرجه في الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى﴾؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها.

(2) المقدمات: 260/3.

(3) المعونة: 1403/3.

(4) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحدّ؛ وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير؛ وعلقه البخاري موقوفاً على علي بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق.

والفرق بين الصبي والمجنون لا يؤاخذان بما صدر منهما وبين شارب الخمر يؤاخذ مع أن الجميع فاقد للعقل؛ أن رفع التكليف عن الصبي والمجنون تخفيف ورخصة وترفيه ورفع مشقة؛ وأما فقيد العقل بالشرب قد أتى معصية وركب كبيرة، والمعاصي لا تجلب الرخص؛ لأن الترخيص في الشيء مسامحة في ركوبه وتسهيل لفعله، والشرع قد أقام الحدّ على أهل الفسوق زجراً لهم عن معاودة المعصية، وطرد الغير عنها مخافة العقوبة؛ فلو كان سكره يرفع عنه هذه الأحكام لكانت المعاصي كالرخصة له فيها، وهذا عكس مقصود الشرع⁽¹⁾ والأخرس إذا قذف غيره فإنه يجلد، كما إنّه يلاعن. وتقدمت الأدلة على ذلك في باب اللعان.

2 - أن يكون المقذوف مسلماً. قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤١﴾﴾ [النور: 4]. ووجه الاستدلال أن الإسلام من معاني الإحصان وأشرفها.

ويشترط أن يستمر إسلامه لوقت إقامة الحدّ على القاذف؛ فإن ارتد المقذوف فلا حدّ على قاذفه ولو أسلم هذا القاذف. كما لا حدّ على قاذف كافر أصلي. وإذا قذفه ثم أقام بينة أنه زناً حال كفره لزمه الحدّ، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤١﴾﴾ [النور: 4]. وهذا لم يأت بشهداء على الزنا الذي يحده به؛ لأنّ الزنا الذي رماه به ليس زناً شرعاً؛ لأنّ الزنا في الكفر ليس زناً.

ب - القياس على المسلم الأصلي؛ لأنه قذف مسلماً عاقلاً محصناً لم يحكم عليه بزناً في الإسلام، فوجب أن يلزمه الحدّ، أصله إذا كان مسلم الأصل.

3 - أن يكون المقذوف مكلفاً؛ أي: بالغاً عاقلاً، ويكون القذف بالزنا أو اللواط لا بنفي النسب. فلا حدّ على من قذف صبيّاً أو مجنوناً بالزنا⁽³⁾. والدليل على اشتراط هذين الشرطين في المقذوف وإن لم يكونا من معاني الإحصان: أنّ الحدّ إنّما وضع للزجر عن الإذابة بالمعرة الداخلة على المقذوف، ولا معرة على من عدم العقل والبلوغ بالقذف؛ إذ لا يوصف الوطء فيهما ولا منهما بأنه زناً شرعاً⁽⁴⁾.

4 - أن يقذف المقذوف بأحد أمرين هما:

الأول: بنفي نسبه عن أب أو جدّ؛ أي: قطعه عن أب دنية، أو جدّ من جهة الأب أو الأمّ وإن علا، ولو كان أبو المقذوف المسلم كافراً على الراجح.

(2) الإشراف: 876/2.

(1) شرح التلقين: م 2 ورقة 12.

(3) الشرح الكبير وحاشيته: 326/4.

(4) المعونة: 1403/3، وأحكام القرآن: 1333/3.

وأما قطعه عن أمه كقوله: لست ابناً لفلانة، فلا يسمّى قذفاً؛ لأنه لا يمكن قطعه عنها، ويؤدب قائل ذلك. ولا حدّ فيه؛ لأنه كاذب قطعاً، والكذب لا يعرّ المقول له. والفرق بين النفي عن الأب والنفي عن الأم، أنّ الولد لاحق بأبيه حكماً، ويلحق بأمه مشاهدة وحكماً ويقيناً، بمشاهدة الولادة وإمكان البيّنة عليه، ونفي النسب عن الأب لا يعلم صدقه من كذبه فتلحقه المعرّة في نفيه⁽¹⁾.

ولا يشترط في نفي النسب أن يكون المقذوف مكلفاً، بل يشترط الإسلام فقط، ولو كان مجنوناً أو رضيعاً، بل ولو كان حاملاً.

الثاني: أو بزنا، وكذلك اللواط. والدليل على أنّ القذف الموجب للحدّ هو القذف بالزنا أو اللواط⁽²⁾: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: 4]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى أوجب على القاذف حدّ القذف وهو الجلد ثمانين جلدة، إذا لم يأت بأربعة شهداء، والذي يفتقر إلى أربعة شهداء هو الزنا والواط كما تقدم في باب الزنا.

ووجه كون نفي النسب يعتبر قذفاً شرعاً، أنّه آيل إلى القذف بالزنا؛ لأنّ من نفي النسب عن شخص فقد قذف له والده. كما إنّ فيه معرّة له⁽³⁾.

والدليل على وجوب الحدّ بالقذف بالواط⁽⁴⁾:

أ - القياس على الزنا؛ لأنه رماه بفاحشة موجبة للحدّ والغسل، فكان قاذفاً كالزنا.

ب - ما تقدّم في باب الزنا أنّ اللواط يعتبر شرعاً زناً.

ويشترط في القذف بالزنا أو اللواط أن يكون المقذوف - كما تقدم - مكلفاً، بأن يكون بالغاً عاقلاً، زيادة على شرط الإسلام، فمن جن من وقت البلوغ إلى وقت القذف فلا يحد قاذفه بالزنا. ولو تقطع جنونه فيحدّ راميّه إن رماه حالة الصحة والبلوغ.

5 - أن يعفّ المقذوف عن الزنا قبل القذف وبعده لوقت إقامة الحد على القاذف. ووجه اشتراط العفة في المقذوف فلأنّ المعرّة لاحقة به بالقذف⁽⁵⁾.

والراجع حمل المقذوف على العفة حتى يثبت القاذف خلافها بأربعة شهود. ولا ينفع القاذف عدلان على أن الإمام حدّ المقذوف فيما قذفه به بل يحدّ هو والشاهدان.

(1) المعونة: 1405/3.

(2) المعونة: 1404/3، وأحكام القرآن: 1333/3.

(3) المعونة: 1405/3. (4) الإشراف: 876/2.

(5) أحكام القرآن: 1333/3.

وبهذا تعلم أنّ المطالب بإثبات الزنا وعدم العفة هو القاذف لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَةٍ﴾ وأما المقذوف فلا يطالب بإثبات العفاف؛ لأنّ المسلمين محمولون على العفاف حتى يثبت القاذف خلافه بإقراره بالزنا، أو يثبت عليه بأربعة شهود عدول، أو بظهور حمل.

فإن قذفه ثم فسق المقذوف سقط الحدّ عن القاذف، والدليل⁽¹⁾: أنّ الحكم بالعفة يكون من طريق الظاهر، والفسق أمر مستبطن، فإذا بان الفسق منه قلع ذلك في ظاهر عفته، فصار شبهة يسقط الحدّ عن قاذفه بذلك الزنا.

6 - أن يكون المقذوف ذا آلة يتمكن بها من الوطء، فمن قذف مقطوع الذكر بالزنا فلا حدّ عليه، إن قطع قبل البلوغ أو بعده ورماه بوقت كان فيه مجبياً. ودليل اشتراط التمكّن⁽²⁾: القياس على الصبي؛ لأنّ المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الزنا فلم تلحقه معرّة بالقذف كالصبي.

فإن رماه بالزنا قبل الجبّ حدّ.

وقذف الخنثى المشكل تابع لحدّه كما سبق؛ فإذا رماه شخص بالزنا بفرجه الذكر أو في فرجه الذي للنساء فلا حدّ عليه؛ لأنّه إذا زنى بهما لا حدّ عليه، وإن رماه بأته أتى في دبره حدّ راميه لأنّه إذا زنى به حدّ حدّ الزنا.

7 - أن تكون المرأة المقذوفة مطيقة للوطء، وإن لم تكن بالغة؛ وأن يكون الذكر مطيقاً إن رمي بكونه مفعولاً به يحدّ قاذفه. ودليل اعتبار قذف مطيقة الوطء قذفاً شرعاً⁽³⁾:

أ - القياس على البالغ؛ لأنّ قذفها تعبير تامّ بوطء كامل يدخل عليها معرّة كالبالغ.

ب - أنّ حكم وطئها حكم البالغ في وجوب الغسل والمهر والنفقة والإحصان والإحلال، وكذلك في وجوب الحدّ بالقذف به.

ج - ترجيح عرض البنت المطيقة غير البالغ على حماية ظهر القاذف. قال ابن العربي: لكن مالك غلب حماية عرض المقذوف، وغيره راعى ظهر القاذف؛ وحماية عرض المقذوف أولى؛ لأنّ القاذف كشف ستره بطرف لسانه فلزمه الحدّ⁽⁴⁾.

8 - أن يقع القذف بلفظ يدلّ عرفاً على نفي النسب أو الزنا، تصريحاً أو تعريضاً. والأصل في تحريم التعريض قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِكَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: 104]. ووجه الاستدلال أنّ

(2) المعونة: 1404/3.

(4) أحكام القرآن: 1334/3.

(1) الإشراف: 879/2.

(3) المعونة: 1403/3.

المسلمين كانوا يقولون للنبي ﷺ: راعنا، من المراعاة، فكان اليهود يأتون النبي ﷺ فيقولون: يا أبا القاسم راعنا، يوهمون أنهم يريدون معنى المراعاة، ويقصدون معنى الرعونة، فنهى الله تعالى المسلمين عن ذلك لئلا يقتدي بهم اليهود في اللفظ ويقصدون المعنى الفاسد. وهذا دليل على وجوب تجنب الألفاظ المحتملة التي فيها التعرض للتقويض والغضب من المخاطب، ويخرج عليه فهم التعريض بالقذف وغيره⁽¹⁾.
والدليل على أن التعريض يوجب الحد⁽²⁾:

أ - أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال اللغوي مقام النص الصريح. لذا نجد أهل اللغة يطلقون التعريض على ما يفهم منه معنى التصريح، وإن كان صريح هذا التعريض ضده، وهذا مثل ما أخبر الله تعالى عن قوم شعيب أنهم قالوا لنبيهم: ﴿إِنَّكَ لَأَنْتَ الْحَلِيمُ الرَّشِيدُ﴾ [هود: 87]، أرادوا إنك لأنت الأحق السفيه، فالكلام ظاهره المدح والمفهوم منه السب والاستهزاء به، فهو أبلغ من التصريح بالسب.

ب - أن الله تعبدنا بالمعاني لا بالألفاظ؛ لأن الألفاظ قد ترد وظاهرها خلاف المراد بها. فإذا فهم مراد المتكلم بها وقصد منها كان الحكم له لا للفظ، ومثل ذلك قول الله تعالى: ﴿فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ مِنْ دُونِي قُلْ إِنَّ الْكَلْبَيْنِ الَّذِينَ خَيْرُوا أَنْفُسَهُمْ وَأَهْلِيهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَلَا ذَلِكَ هُوَ الْخُسْرَانُ الْمُبِينُ﴾ [الزمر: 15]، فهذا لفظ ظاهره الأمر والمراد به المفهوم منه النهي الذي هو ضد الأمر، فقام المفهوم من اللفظ عند سامعه مقام التصريح له به. وهذا كثير موجود في القرآن ولسان العرب.

ج - القياس على التصريح؛ لأنه لفظ يفهم منه القذف فوجب أن يكون قذفاً.

د - عن عمرة بنت عبد الرحمن أن رجلين استبأ في زمان عمر بن الخطاب، فقال أحدهما للآخر: والله ما أبي بزان ولا أمي بزانية، فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب، فقال قائل: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا، نرى أن تجلده الحد، فجلده عمر الحد ثمانين⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن الساب لصاحبه لما قال ما قال يقتضي أنه قال ذلك على وجه المشاتمة، وقد فهم الصحابة - وهم أهل اللسان - من ذلك مع شاهد الحال من المشاتمة تبرئة أمه من الزنا وإضافته إلى أم المسبوب، وأنها هي المعيبة بذلك. ولو كان ذلك غير مقصده لما كان وقت المشاتمة مناسباً لمدح أمه وأبيه، وإنما يذكر مثل هذا المدح في هذا الوقت لتفضيله على من يوجد فيه هذا العيب. ولذلك رجح عمر بن

(1) أحكام القرآن: 32/1.

(2) الإشراف: 875/2، والمعونة: 1407/3، والمنتقى: 150/7، وأحكام القرآن: 32/1، و3/1334، والمقدمات: 267/3، وبداية المجتهد: 475/2.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في القذف والنفي والتعريض.

الخطاب قول جمهور من استشارهم على قول قائل واحد، فأقام عليه الحد⁽¹⁾.
وفي قصة أن الحطيئة قال في الزبرقان بن بدر بن امرئ القيس، وكان في طريقه
إلى عمر بن الخطاب بصدقات قومه:

دع المكارم لا ترحل لبغيتها واقعد فإنك أنت الطاعم الكاسي
فقد شبهه بالنساء في أنهنّ يطعمن ويسقين ويكسين. فحسب عمر بن الخطاب
الحطيئة⁽²⁾.

هـ - أن عرف التخاطب بين الناس يقتضي مراعاة مقامات الكلام، فإذا رأينا اثنين
يتخاصمان ويتسابان، وقال أحدهما للآخر: ما أنت بزنان، أو ما أمّه إلا العفيفة،
وشوهد من الأمارات والعلامات ما يعلم معه أنّ غرضه الاتهام والقذف، فلا يحمل
كلامه على المدح، بل هو أدخل في القذف. وقد يكون التعريض في بعض المواضع
أبلغ من التصريح في الدلالة على المراد.
ويمثّل للتعريض بما يلي:

* القول للغير: أنا معروف النسب، فكأنه قال للمخاطب: أبوه ليس معروفاً.

* القول للغير: أنا لستُ بزنان، فكأنه قال للمخاطب: إنه زان.

* القول للغير في مشاتمة: أنا عَفِيفُ الفَرَجِ، فلو لم يزد الفرج لا حدّ عليه لأنّ
العفة تكون في الفرج، بل عليه الأدب إلا لقرينة تدل على الفرج فيحدّ كما يأتي. فإن
لم يكن في مشاتمة فلا شيء عليه.

* القول لعربي: يا رومي، أو يا فارسي، حدّ لأنه قطع نسبه. بخلاف من قال
لأعجمي: يا عربي، فلا حدّ عليه؛ لأن القصد أنه عربي الخصال من الجود والشجاعة.
والفرق أنّ العرب أنسابهم محفوظة دون غيرهم من الأجناس.

* القول لامرأة: زנית مكرهة. فيحدّ فإن قال ذلك لزوجته لاعن وإلا حدّ.
والدليل⁽³⁾: أنه قد عيّر بها بذلك فلا يقبل منه عذر في سقوط الحدّ عنه؛ لأنّ المعرة لا
تزول عنها إلا بأن يحدّ القاذف أو تقوم البيّنة فيتخلص من القذف، ثم إنّ قوله: وأنت
مغصوبة، ندم وتطريق إلى سقوط الحدّ عنه.

* القول لامرأة: قحبة⁽⁴⁾؛ أي: زانية، ومثلها: فاجرة وعاهرة، فيحدّ بهذه

(1) المتتقى: 150/7. (2) الجامع لأحكام القرآن: 130/12.

(3) الإشراف: 879/2.

(4) القحبة لفظه عربية من قحب الرجل والفرس والجمال قحباً وقحاباً: سعل. والقحب والقحبة
المسنّ والمسنّة إذا أخذهما السعال. والقحاب: فساد الجوف من داء. والقحبة: فاسدة الجوف
من داء. والقحبة: البغي لأنها كانت في الجاهلية تؤذّن طلابها بقحابها؛ أي: سعالها. (المعجم
الوسيط: ص 716).

الألفاظ الثلاثة إذا قال شيئاً منها لامرأة، سواء كانت زوجة له أو أجنبية منه. وكذا إذا قالها لأمرء. وأما إن قالها لرجل كبير نظر للقرائن فإن دلت على أن القصد رمية بالأبنة حدّ، وإلا فلا.

قال الشيخ الدردير: لكن العرف الآن لا يدل فيهما - أي: فاجرة وعاهرة - على الزنا، فيحمل على وجود قرينة. وهذه الألفاظ تدور مع العرف.

* القول لامرأة: يا ضبيّة بالتصغير - بضم الصاد المهملة -؛ لأنه يدل عرفاً على الزنا.

* لفظ «علق» - بكسر العين المهملة -.

* لفظ «مُخْتَبِتٍ». واللفظان يدلان على أنه مفعول به. فيحد قائل ذلك حيث كان المقذوف مطيقاً كما تقدم.

* نسبة الشخص لعمّه، ففيه الحدّ لأنه قطع نسبه عن أبيه، ما لم تقم قرينة على أنه قصد الشفقة والحنان؛ أي: كابنه في الشفقة.

* قول الشخص لآخر: يا منبوذ. فعليه الحدّ؛ لأنه عرض له بنفي النسب؛ لأن المنبوذ منقطع النسب غير لاحق بأحد⁽¹⁾.

* قول الشخص لغيره: يا من وطئ بين الفخذين، فعليه الحدّ؛ لأنه تعريض⁽²⁾.

* قول الشخص عن نفسه: أنا نغل؛ أي: فاسد النسب، أو قوله: أنا ولد زنا، فعليه الحدّ لأنه قذف أمه، وكذلك لو قال ذلك معروضاً بغيره. لكن لا يكون ما ذكر من التعريض إلا إذا قاله لغيره، وأما إذا قاله في حق نفسه فهو من الصريح. وكذا لو خاطب به الغير بأن قال له: يا نغل أو يا ولد الزنا، فهو من الصريح.

وليس من التعريض ما يلي:

- نسبة جنس لغيره، كقوله لرومي: يا زنجي أو يا بربري وعكسه، بشرط أن لا يكون المنسوب لغيره من العرب، فإن كان من العرب حدّ.

- قوله لشخص في مشامة أو غيرها: ما لك أصل ولا فصل فلا حدّ؛ لأن القصد نفي الشرف ونسبته إلى الضعة والخمول، إذ هو لفظ يستعمل في العرف في ذمّ الأفعال، إلا لقرينة نفي النسب فيحدّ.

قال الإمام القرافي: وضابط هذا الباب الاشتهارات العرفية والقرائن الحالية، فمتى فقدنا حلف، ومتى وجد أحدهما حدّ، وإن انتقل العرف وبطل بطل الحدّ، ويختلف ذلك باختلاف الأعصار والأمصار. وبهذا يظهر أنّ قول الرجل لغيره: يا ابن

(1) المعونة: 1410/3.

(2) المعونة: 1405/3، وأحكام القرآن: 1334/3، والجامع لأحكام القرآن: 131/12.

منزلة الركبان، وابن ذات الراية، لا يوجب حدّاً، وقد كانت تدلّ على التعريض بالأم بالزنا؛ لأن الزانية في الجاهلية كانت إذا أرادت الفاحشة أنزلت الركبان عندها لذلك، أو تتخذ راية على بابها علامة على ذلك.

قذف الزوجة:

إذا قذف الزوج زوجته، وأنكرت الزوجة ما قذفها به، فإنّ الحاكم يلاعن بينهما، ولا حدّ عليهما. وقد تقدمت أحكام اللعان فيما تقدم من الأبواب. كما تقدّم أنّ الزوج الملاعن إذا سمّى الرجل الذي رمى زوجته به، فإنّه يحّد لقذفه إلّا أن يثبت زناه ولو بغيرها فلا يحّد⁽¹⁾.

الإكراه على القذف:

يسقط حدّ القذف بإكراه القاذف على قذف مسلم بالزنا. ولا يكون مكراً إلّا إذا أكره بالقتل فقط، لا بغيره من قطع ونحوه. فإنّ قذف غيره مكراً لغير خوف من قتل، بل لخوف ضرب، أو قتل ولده أو نهب ماله، فإنّه يحّد لذلك⁽²⁾. والصبر على القتل وعدم ارتكاب القذف أجمل عند الله تعالى وأحبّ إليه؛ لأنه الأفضل والأكثر ثواباً⁽³⁾.

الإقرار بالزنا وتسمية الثاني:

إذا أقرّ رجل أو امرأة بالزنا ولم يسمّ الطرف الثاني، فإنّه يحّد لإقراره، ولا شيء عليه في القذف للجهالة بصفة المقدوف؛ لانعدام موضوع المعرفة، إذ لا معرفة مع جهل المقدوف.

وإذا أقرّ رجل أو امرأة بالزنا مع تسمية الطرف الثاني، فإنّه يحّد للزنا؛ ثمّ إن اعترف الثاني فيقام عليه الحدّ أيضاً، وإن أنكر فإنّ الأوّل المقرّ يجلد حدّ القذف. والدليل على الحدّ للزنا، خلافاً لمن قال لا يحّد للزنا⁽⁴⁾:

أ - القياس على من لم يعيّن الذي زنا به؛ لأنه مكلف أقرّ على نفسه بالزنا، فوجب أن يلزمه الحدّ، أصله إذا لم يعيّن أو صدّقه الطرف الثاني.

ب - أنّ الأصول موضوعة على أنّ من أقرّ على نفسه وعلى غيره، قبل إقراره على نفسه، ولم يقبل على غيره. كما لو قال: سرقت مع فلان أو شربت الخمر مع فلان. والدليل على وجوب حدّ القذف على المقرّ⁽⁵⁾:

أ - عموم ظاهر آية حدّ القذف.

(2) أقرب المسالك: 1/ 451.

(4) الإشراف: 2/ 877.

(1) الفقه المالكي وأدلته: 4/ 162.

(3) أقرب المسالك: 1/ 452.

(5) الإشراف: 2/ 878، والمعونة: 3/ 1409.

ب - القياس على ما لو كان قذفها مطلقاً أو برجل آخر أو قذفته هي كذلك؛ لأنّ القاذف أجنبي قذف من يحدّ قاذفه، فإن لم يكن اعتراف ولا بيّنة وجب الحدّ، كما لو كان القذف مطلقاً أو بشخص آخر.

ج - لأنّه بإقراره وتكذيب الطرف الثاني له صار قاذفاً زانياً، فإنّه يجتمع عليه الحدّان ولا يتداخلان؛ لأن أحدهما يجب لحقّ الله تعالى، والآخر يتعلّق بحقّ الآدميين، فلذلك لم يتداخلا.

وقال أشهب: يحدّ للزنا دون القذف؛ لأنه لا يخلو أن يكون صادقاً أو كاذباً، فإن كان صادقاً لم يحدّ للقذف، وإن كان كاذباً حدّ للقذف دون الزنا فعلى أي الوجهين كان فلا يجتمع عليه الحدّان. وقد ردّ عليه الشيخ أبو بكر بأنّ القسمة يضاف إليها قسم ثالث، وهو: أن يكون مكرهاً لها على الزنا، فيكون صادقاً في إقراره على نفسه بالزنا كاذباً في قذفه إياها فيجتمع عليه الحدّان.

ويرتجح القسم الثالث بما تقدّم أنّ الأصل في الإقرار أنّ من أقرّ على نفسه وعلى غيره، فإنّه يؤخذ بإقراره على نفسه، ولا يقبل إقراره على غيره.

والحديث عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما أخبرا أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله، وقال الآخر وهو أفقههما: أجل يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله، واذن لي في أن أتكلم؛ قال: «تكلم» فقال: إنّ ابني كان عسيفاً على هذا، فزنى بامرأته، فأخبرني أنّ على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي؛ ثمّ إنّي سألت أهل العلم فأخبروني أنّ ما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأخبروني أنّما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده لأفضينّ بينكما بكتاب الله، أما غنمك وجاريتك فردّ عليك»، ووجد ابنه مائة وغرّبه عاماً، وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها. قال مالك: والعسيف الأجير⁽¹⁾. وفي رواية: وقال النبي ﷺ: «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها⁽²⁾.

فهذا يدلّ على أنّ اعتراف المرأة أثبت ما قذفها به زوجها ووالد العسيف، فلم يحدّ من أجل ذلك⁽³⁾.

(1) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الحدود، باب الاعتراف بالزنا؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(2) أخرجه البخاري في الوكالة، باب الوكالة في الحدود؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) إكمال الإكمال: 186/5.

المستكرهه على الزنا⁽¹⁾:

تقدّم في باب الزنا أنه لا يُقبَلُ دَعْوَى المستكرهه الإكراه بلا قرينة تصدّقها بل تحدّ؛ إلا إذا تعلق بالمدعى عليه، واستغاثت عند النازلة فلا تحدّ للزنا. والسؤال هنا هل تحدّ حدّ القذف للذي تعلق به إن لم يعترف؟ ففي ذلك تفصيل:

* إن ادّعت استكراهاً على الزنا على رجل ظاهر الصلاح، غير لائق به ما ادّعت به عليه، من غير تعلق بأذيه؛ فإنها تحدّ للزنا لإقرارها بالزنا، ظهر بها حمل أم لا. وتحدّ لقذفه. فإن رجعت عن إقرارها قبل منها إن لم يظهر بها حمل. فإن ظهر بها حمل حدّت ولا عبرة برجوعها، وعلى كلّ حال تحدّ للقذف.

فإن تعلقت به لم تحدّ للزنا حملت أم لا؛ لأن التعلق شبهة تدرأ الحدّ. وتحدّ لقذفه.

* وإن كان المدعى عليه فاسقاً، فلا حدّ لقذفه مطلقاً؛ أي: تعلقت به أم لا، ولا يمين لها عليه؛ لأنه غير عفيف؛ ولا حدّ لها للزنا إلا إذا ظهر بها حمل ولم تتعلق به. وأمّا إذا لم يظهر بها حمل تعلقت به أم لا، أو ظهر به حمل وجاءت متعلقة به فلا تحدّ للزنا.

* وإن كان مجهول الحال، فدعواها عليه كدعواها على الرجل الصالح بالنسبة لحدّ الزنا؛ وأما حدّ القذف فلا تحدّ له إن تعلقت به، وإلا تتعلق به حدّت. ووجه اشتراط تعلقها واستغاثتها لصرف حدّ القذف عنها في الفاسق والمجهول، أنها مضطرة إلى أن تخبر عن نفسها بما جني عليها لصرف الرجم والجلد عن نفسها، مخافة أن يظهر بها حمل؛ كانت كالرجل يقذف زوجته ويسقط عنه الحدّ لما كان مضطراً إلى ذلك لحماية نسبه، وكان ما يأتي به من اللعان يقوي دعواه، ويصرف الحدّ عنه، فكذلك ما تبلغه المرأة من فضيحة نفسها يقوي دعواها ويصرف الحدّ عنها⁽²⁾.

وأما وجه إقامة الحدّ عليها مع الرجل المشهور بالصلاح، هو ترجيح شهادة شهرة صلاحه على ما ادّعت عليه⁽³⁾.

حدّ القذف:

حدّ القذف هو جلد من ثبت عليه القذف ثمانين جلدَةً للقاذف، سواء كان المقذوف امرأة أو رجلاً، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ والمراد بالمحصنات

(2) المتقى: 270/5.

(1) الشرح الكبير: 459/3.

(3) المتقى: 270/5.

(4) المعونة: 1402/3، وأحكام القرآن: 1335.

الحرائر العفيفات وإن لم يتزوجن. وسيأتي ذكر الدليل على شمول الحكم قذف الرجال. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى رتب الحدّ على القذف وعدم الإتيان بأربعة شهود.

ب - فعل النبي ﷺ، فقد جلد الذين قذفوا عائشة رضي الله عنها حدّ القذف.

ج - عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البينة أو حدّ في ظهرك» فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً يطلق يلتمس البينة؟ فجعل يقول: «البينة وإلا حدّ في ظهرك» ثمّ نزل حكم اللعان⁽¹⁾.

فإن كان الشهود أقلّ من أربعة حدّوا حدّ القذف، والدليل⁽²⁾:

أ - إجماع الصحابة على فعل عمر بن الخطاب، وروي ذلك أيضاً عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه، فقد جلد عمر بن الخطاب أبا بكر والشبل بن معبد ونافع بن الحارث، لمّا توقف زياد في شهادته، وذلك في قضية المغيرة بن شعبة⁽³⁾. وعن علي رضي الله عنه أنّ أربعة جاؤوا يشهدون بالزنا على رجل فشهد الثلاثة، وقال الرابع: رأيتهما تحت ثوب واحد، فحدّ علي رضي الله عنه الثلاثة⁽⁴⁾.

ب - قياس الشهادة القاصرة عن العدد على القذف؛ لأنّ العدد الأقلّ من أربعة يكونون بشهادتهم قد أدخلوا العار والمضرة على المقذوف، وهي علّة حدّ القذف، فوجب رفع العار عنه بحدّهم.

والدليل على أنّ حدّ القذف يشمل قذف الرجال، وليس خاصاً بقذف النساء⁽⁵⁾:

أ - إجماع العلماء على ذلك.

ب - القياس على النساء بالمساواة في العلّة؛ لأنّ ما يلحق النساء من المعرّة بالزنا يلحق الرجل.

تكرير القذف لشخص واحد:

وإن كرّر القاذف القذف مراراً لواحدٍ قال له - بكلمة واحدة أو بكلمات - فلا يتكرر الجلد بتكرار القذف؛ إلا أن يكرّر القذف بعد الحدّ، فإنه يعاد عليه ولو لم يصرح، بأن قال بعد الحدّ: ما كذبت أو قال: لقد صدقت فيما قلت. ودليل تكرار

(1) أخرجه البخاري في الشهادات، باب إذا ادّعى أو قذف فله أن يلتمس البينة.

(2) الإشراف: 864/2، والمعونة: 1387/3، والمنتقى: 134/7، وإحكام الفصول: ص598.

(3) أخرجه البيهقي في الحدود، باب شهود الزنا.

(4) أخرجه عبد الرزاق في النكاح، باب قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ عن أبي الوضيء.

(5) المعونة: 1402/3، وأحكام القرآن: 1335، والجامع لأحكام القرآن: 129/12.

الحدّ عليه⁽¹⁾ :

أ - الآية. ووجه الاستدلال أنّ ظاهرها يدل على العموم، في القذف مرّة ومرّات.

ب - القياس على القذف الأول.

قذف الجماعة :

وإن قذف جماعة قال لهم: يا زناة؛ فلا يتكرر الجلد بتعدد المقذوف. وسواء قذفهم في مجلس أو مجالس، بكلمة أو بكلمات، مجتمعين أو متفرقين. والدليل⁽²⁾ :
أ - أنّ قاذف المحصنة قاذف للذي زنى بها، ولم يوجب الله تعالى عليه إلا حدّاً واحداً.

ب - القياس على حدّ السرقة وحدّ الزنا؛ لأن القذف حدّ تعلق به حق الله تعالى فيتداخل، كالقطع وحدّ الزنا. وبهذا فارق حقوق الآدميين فإنها لا تتداخل.

وإن قذّف شخصاً آخر في أثناء الحد ألغي ما مضى وأبتدئ للقذفين حد واحد. إلا أن يبقى من الحدّ الأول اليسير - ما دون النصف أو خمسة عشر فدون - فيكمل الحدّ الأوّل ثم يستأنف للثاني الحدّ.

وإذا قال رجل لامرأة ليست زوجته: زنتي، فقالت في جوابه: بك، حدّت للقذف؛ لأنها قذفته في قولها: بك، وحدّت للزنا لتصديقها له؛ فهو إقرار منها ما لم ترجع عن الإقرار بالزنا فلا تحدّ له، وتحدّ لقذفه على كل حال.

ومن قذف مجهولاً فلا حد عليه، كمن قال لجماعة: أحدكم زان، فلا يحدّ إذ لا يعرف من أراد، وإن قام به جميعهم. وكذلك إن قام أحدهم فادعى أنه المقصود، لم يقبل منه إلا بالبيان أنه قصده؛ لأنّ حد القذف من شرط وجوبه أن يقوم به صاحبه المقذوف، فإذا لم يتعيّن المقذوف لم يصح قيام أحد به، ولا يتعلّق به حق الله تعالى إلا بعد أن يقوم به عند الحاكم من هو ولي فيه⁽³⁾.

الحكم بفسق القاذف وسقوط شهادته بعد الحدّ:

رتّب الله تعالى على القذف أمرين: الحدّ وردّ الشهادة. ثمّ وصف القاذف بالفسق، فيكون الأمران من أثر علّة الفسق؛ فيحكم بفسق القاذف وتسقط شهادته بعد أن يقام عليه الحدّ، لا قبل ذلك، والدليل⁽⁴⁾ :

(1) الإشراف: 2/ 879، والمعونة: 3/ 1399.

(2) الإشراف: 2/ 879، والمنتقى: 7/ 149، والمقدمات: 3/ 264.

(3) المنتقى: 7/ 149.

(4) المعونة: 3/ 1536، والمقدمات: 3/ 271، وأحكام القرآن: 3/ 1336، 1340.

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَةٍ فَاجْزَيْهِمْ جُلْدًا وَعَلَا وَقَبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: 4]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى رتب على القذف وعدم الإتيان بأربعة شهداء، الجلد وعدم قبول شهادة القاذف، وكان للقاذف الإتيان بالشهادة ما لم يحد لأنه واحد من الشهداء، فهذا يبين أن شهادته مقبولة لا تسقط إلا بإقامة الحد عليه، وما لم يقم عليه الحد لم يتبين فسوقه لاحتمال أن يأتي بالشهداء، أو يعفو عنه المقذوف، أو يقر بما رماه به من الزنا.

ب - أنه قبل الحد حاله متردد بين الكذب السالب للعدالة، وبين الصدق المصحح لها، فلا يسقط يقين حاله بمحتمل مقاله.
وتقبل توبة القاذف إذا تاب، والدليل⁽¹⁾:

أ - قول الله تعالى في الآية بعد ذلك: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: 5]. ووجه الاستدلال أن الاستثناء راجع إلى قوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾؛ لأن الاستثناء عند الإمام مالك إذا كان وارداً عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو راجع إلى جميعها، لا إلى أقرب مذكور منها، ما لم يفرق بين هذه الجمل بخبر يجب التسليم له. وأما الجلد فلاستثناء غير راجع إليه ولا عامل عمله فيه بالإجماع. ويتأيد كون الاستثناء راجع إلى الفسق وعدم قبول الشهادة جميعاً بما يلي من الأدلة:

ب - أن قوله: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ جملة تعليلية؛ أي: إن الفسق هو العلة التي من أجلها لم تقبل شهادته، والإجماع على أن الاستثناء عامل في الفسق، فإن ارتفعت العلة - وهي الفسق - بالتوبة ارتفع رد الشهادة، ووجب قبولها، كما في سائر المعاصي. ومعنى التأييد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ محمول على ما إذا لم يتب؛ أي: ما دام قاذفاً، كما يقال: لا تقبل شهادة الكافر أبداً؛ أي: ما دام كافراً، ويكون معناه ما لم يسلم.

ج - أن الأصل يقتضي أنه متى ارتفع الفسق قبلت الشهادة، وكون ارتفاع الفسق مع بقاء رد الشهادة - عند بعض الفقهاء - أمر غير مناسب في الشرع.

د - قياس الأولى على إجماع الأمة على أن التوبة تمحو الكفر، فيجب أن يكون ما دون الكفر من المعاصي أولى.

هـ - قياس الأولى على مرتكب الزنا؛ لأن من قذف غيره بالزنا ليس بأعظم جرماً من مرتكب الزنا، ثم الزاني إذا تاب قبلت شهادته، فقبول شهادة التائب من القذف أولى.

(1) الإشراف: 2/ 970، والمعونة: 3/ 1537، وإحكام الفصول: ص 278، والمقدمات: 3/ 271، وأحكام القرآن: 3/ 1336، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 135. وبداية المجتهد: 2/ 476، ومفتاح الوصول: 72.

واختلف في صفة توبة القاذف التي إذا تاب منها قبلت شهادته على قولين⁽¹⁾ :
الأول: أن توبته أن يكذب نفسه ويعترف أنه قال البهتان وتاب إلى الله تعالى من ذلك. وهو إجماع الصحابة؛ لأنه مذهب عمر بن الخطاب في قضية المغيرة بن شعبة، وقد كان بحضرة الصحابة من غير تكبير منهم، مع إشاعة القضية وشهرتها من البصرة إلى الحجاز وغير ذلك من الأقطار، فقد قال للذين شهدوا على المغيرة: من أكذب نفسه أجزت شهادته فيما استقبل، ومن لم يفعل لم أجز شهادته؛ فأكذب الشبل بن معبد ونافع بن الحارث أنفسهما وتابا، وأبى أبو بكر أن يفعل.
وهو قول أهل المدينة⁽²⁾.

الثاني: أن توبته من ذلك صلاح حاله، وندمه على ما فرط من ذلك، والاستغفار منه، وترك العود في مثل ذلك من الجرح، وإن لم يرجع عن قوله بتكذيب. قال ابن رشد الجدل: وهو قول مالك وهو أصح؛ لأن توبة كل ذنب من أهل الإيمان تركه العود والندم والاستغفار منه. فإن كان فاسقاً عرفت توبته بانتقاله من حال الفسق إلى حال الصلاح، وإن كان صالحاً فتعرف توبته بتزيده في الخير وارتفاع درجته فيه. قال ابن عاشور: لأنه قد يكون صادقاً ولكنه عجز عن إثبات ذلك بأربعة شهداء على الصفة المعلومة، فتوبته أن يصلح ويحسن حاله ويتثبت في أمره⁽³⁾.

حكمة تشريع حدّ القذف:

لما شرع الله تعالى حدّ الزنا، ووقف إقامته على أربعة شهود دون سائر الحقوق، وكان اشتراط هذا العدد آيل إلى التضييق من السعي في إثبات الزنا على الغير، مع ما أمر به المسلم من الستر على نفسه وعلى غيره، وما ثبت من عدم وجوب قيام الشهود بشهادتهم؛ علمنا رغبة الشارع في الستر على المذنبين. فكان حكم القذف مكتملاً لحدّ الزنا زيادة في صيانة الأعراض حتى يقطع دابر الخوض فيها بالاتهام والتشهير، فشرع حدّ القذف تحذيراً وزجراً لكلّ من يسعى إلى إيذاء غيره ولو كان ما يسعى إليه واقعاً؛ لأنّ القاذف لا ضرورة به إلى القذف فغلظ عليه في ذلك إن عجز عن إحضار عدد الشهود؛ لأنه ترك ما أمر به من الستر، فيكون ذلك ردعاً له عن معاودة القذف وزجراً لغيره، ودفعاً للمضرة عن المقذوف⁽⁴⁾. وقد ضمّ الشرع لحدّ القذف ردّ الشهادة والتفسيق، تغليظاً لشأنه، وتعظيماً لأمره، وقوة في الردع⁽⁵⁾.

(1) المقدمات: 271/3، وأحكام القرآن: 1336/3، والجامع لأحكام القرآن: 134/12، وبداية

المجتهد: 476/2، والتحرير والتنوير: 160/18.

(2) المتقى: 207/5، (3) التحرير والتنوير: 160/18.

(4) أحكام القرآن: 1334/3، والمقدمات: 256/3، والذخيرة: 54/12.

(5) أحكام القرآن: 1336/3.

حدّ القذف بين كونه حقّاً لله أو حقّاً للعبد:

اختلف عن الإمام مالك رحمه الله تعالى في ذلك إلى روايات ثلاث⁽¹⁾:
الأولى: أنه حقّ لله تعالى، فلا يجوز فيه العفو، بلغ الإمام أو لم يبلغ. وعليه تدلّ رواية أشهب عن الإمام مالك في العتبية. وعلى قياس هذا القول فإنّ حدّ القذف يقيمه الإمام إذا انتهى إليه، رفعه إليه صاحبه أو رفعه إليه أجنبي من الناس.
الثانية: أنه من حقوق آدميين، لا يتعلق به حقّ لله تعالى، ولصاحبه أن يعفو عنه، بلغ الإمام أو لم يبلغ. وهو قول الإمام في كتاب السرقة والرجم من المدونة. والدليل: أنه يورث عن المقدوف وحقوق الله تعالى لا تورث؛ وأنه لا يستحقّ إلّا بالمطالبة كسائر حقوق آدميين. ورجّح القاضي عبد الوهاب وابن العربي هذا القول.
الثالثة: أنه حقّ لصاحبه ما لم يبلغ الإمام. فإذا بلغ الإمام تعلق به حقّ الله تعالى، فلم يجز لصاحبه أن يعفو عنه إلّا أن يريد سترأ. والدليل: القياس على السرقة، وسيأتي الأثر الوارد فيه في باب السرقة.
وهذا القول فيه الجمع بين القولين الأولين؛ لأن فيه شائبتين؛ شائبة حقّ الله، وشائبة حقّ آدمي. وهو قول الإمام مالك المشهور عنه، وهو قول ابن القاسم.

من يقيم الحدّ:

الذي يقيم حدّ القذف هو الحاكم، ولا يقيمه القاذف على نفسه.

ما فيه التأديب من الألفاظ دون الجلد:

- لفظ: فاجر، حيث لم تقم قرينة على إرادة الزنا، ولم يكن العرف ذلك.
- لفظ: جمار.
- لفظ: ابن النّصرانيّ أو ابن الكلب أو اليهوديّ، أو الكافر؛ فإنه يؤدّب لارتكابه القول المحرّم الذي لم يدلّ على أنه نفي نسب ولا قرينة تدلّ عليه.
- قوله: أنا غفيفٌ، بدون زيادة لفظ الفرج، ولا قرينة تدلّ عليه كما تقدم.

قيام المقدوف بحقه:

للمقدوف القيامٌ بطلب حدّ قاذفه، وإن علم المقدوف أنّ ما رمي به متصف به وأنّ القاذف رآه يزني؛ لأنه أفسد عرضه، ولأنه أيضاً مأمور بالستر على نفسه، لقول النبي ﷺ: «أيّها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽²⁾.

(1) الإشراف: 877/2، والمعونة: 1410/3، والمقدمات: 266/3، وأحكام القرآن: 1336/3، وبداية المجتهد: 476/2.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أمر من أصاب شيئاً من الزنا بأن يستتر بستر الله تعالى، ولا يفضح نفسه. ولأنّ الزاني وإن كان في الباطن غير عفيف فهو عفيف في الظاهر ما لم يثبت عليه الزنا.

وليس للقاذف تحليف المقدوف على أنه بريء مما رماه به.

ولوارث المقدوف القيام بطلب حدّ مورثه، ولو قام به مانع من الإرث، فله القيام بحق مورثه المقدوف قبل الموت، بل وإنّ قذف بعد الموت. والدليل على ذلك⁽¹⁾:

أ - القياس على سائر الحقوق؛ لأنه حقّ من حقوقه يجوز التوكيل فيه، فكان للورثة القيام له اعتباراً بسائر حقوقه.

ب - أنّ القذف تنتشر معرفته على أولياء المقدوف، فكان لهم القيام به.

ج - عن زريق قال: كتبت إلى عمر بن عبد العزيز: رأيت رجلاً افتري عليه أو على أبويه وقد هلكا أو أحدهما؟ قال: فكتب إليّ عمر: إن عفا فأجز عفوّه في نفسه، وإن افتري على أبويه وقد هلكا أو أحدهما فخذ له بكتاب الله إلا أن يريد ستراً⁽²⁾.

وللوارث أن لا يقوم به بل يعفو ما لم يوص الميت بالحد فليس للوارث عفو، ويجب على الحاكم تنفيذه. ومثل الوارث وصي الميت المقدوف الذي أوصاه بالقيام باستيفاء الحدّ.

وللأبعد من الورثة - كابن الابن - القيام بطلب حق مورثه من الحد مع وجود الأقرب كالابن سواء سكت الأقرب أو لم يسكت؛ لأنّ المعرفة تلحق الجميع، ولا سيما إذا كان المقدوف أنثى فليس القذف كالدّم يختص به الأقرب. ولا كلام للزوجين؛ لأن أحدهما ليس ولياً للآخر ما لم يكن أحدهما أوصاه الآخر باستيفاء الحدّ.

عفو المقدوف عن القاذف:

للمقدوف العفو عن قاذفه، إن لم يطلع الحاكم أو نائبه.

ودليل جواز العفو إذا يبلغ الحاكم⁽³⁾:

أ - القياس على سائر حقوق الأدميين من الديون والقصاص؛ لأن القذف حقّ من حقوق المقدوف يجوز له العفو عنه قبل بلوغ الإمام، فكان له العفو بعد بلوغ الإمام، كالديون والقصاص.

(1) المعونة: 1410/3.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في القذف والنفي والتعريض.

(3) المنتقى: 148/7.

ب - القياس على السرقة إذا لم يبلغ الحاكم .
وليس له العفو بعد علم الإمام أو نائبه، والدليل⁽¹⁾ :
أ - تغليب حق الله تعالى في ذلك إذا بلغ الإمام .
ب - القياس على السرقة؛ لأن الله في القذف حقاً، وما تعلق به حق الله تعالى لم يجز العفو عنه بعد بلوغ الإمام، كالقطع في السرقة .

ويستثنى من ذلك إذا أراد المقذوف السَّترَ على نفسه من كثرة اللغظ فيه؛ كأن يخشى أنه إن ظهر ذلك قامت بينة عليه بما رماه به قاذفه؛ أو يقال: لم حدّ فلان؟ فيقال: لقذفه فلاناً، فيشتهر الأمر وربما يساء بالمقذوف الظن؛ فيؤول الأمر إلى أنّ إقامة الحدّ على القاذف أشنع من قذفه له . ودليل الاستثناء⁽²⁾ : ما تقدم من قول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، فأمره لزيق يدلّ على أنه يجيز العفو بعد أن يبلغ الإمام إذا أراد المقذوف سترأ .

وإذا جاز العفو في الصور المذكورة، فإنّه لا يجوز أخذ العوض مقابل العفو، والدليل⁽³⁾ : القياس على القطع في السرقة؛ لأن القذف حقّ يتعلق به حق الله تعالى، فلا يسقط بمال كالقطع في السرقة .

وأما إذا كان المقذوف عفيفاً فاضلاً، لا يخشى من إقامة بيّنة تشهد عليه بما رماه به القاذف، ولا يخشى من لغظ الناس والتكلم فيه إذا حدّ قاذفه، فإنّه لا يجوز عفوّه بعد بلوغ الحاكم؛ لأنه تعلق به حق الله تعالى لمّا وصل للإمام لا يجوز إسقاطه .
وسياقي الحديث عن الشفاعة في الحدود قبل وصولها للإمام وبعد وصولها في باب السرقة .

قذف الوالد ولده:

ليس لمن قذفه أبوه أو أمه تصريحاً حدّهما على الراجح وهو رواية ابن حبيب عن أصبغ . وقال القاضي عبد الوهاب: يكره للابن أن يحدّ أباه في القذف، وإن حقّق المطالبة فله ذلك، وهو قول الإمام مالك وجميع أصحابه، والدليل⁽⁴⁾ :

أ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤٤﴾﴾ [النور: 4] . والآية عامة .

ب - القياس على الأجنبي؛ لأنه قاذف لمحصن بالزنا، فلزمه الحدّ متى لم يثبت صدقه بيّنة أو اعتراف، أصله الأجنبي .

ج - القياس على القتل، فإنّ الوالد يقتل بولده إن اقرّ أنه أراد قتله .

(1) المنتقى: 148 / 7 .

(2) الإشراف: 976 / 2 .

(1) المنتقى: 148 / 7 .

(3) المنتقى: 148 / 7 .

د - عن زريق بن حكيم الأيلي أن رجلاً يقال له مصباح استعان ابناً له، فكأنه استبطأه، فلما جاءه قال له: يا زان. قال زريق: فاستعداني عليه - أي: الابن على أبيه - فلما أردت أن أجده قال ابنه: والله لئن جلدته لأبوان على نفسي بالزنا، فلما قال ذلك أشكل عليّ أمره، فكتبت فيه إلى عمر بن عبد العزيز، وهو الوالي يومئذ، أذكر له ذلك، فكتب إليّ عمر أن أجز عفوهُ⁽¹⁾.

فقول الولد: «لئن جلدته لأبوان...» إلخ، كلام موجه لزريق، وهذا يقتضي أنّ زريقاً كان يرى العفو عن القاذف عند الحاكم غير جائز. ومعنى كلام الولد: إن لم تقبل مني العفو لأقرنّ على نفسي بالزنا؛ أي: ليسقط عن أبيه حدّ القذف⁽²⁾.

وعلى القول بحدّ الوالد لولده حدّ القذف، فإنّ الولد إذا حقّق المطالبة بحقه وحدّ والده، فإنّ عدالة الابن تسقط، والدليل⁽³⁾: قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهْرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾﴾ [الإسراء: 23]، ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى حرّم قول الولد لأبويه أفّ ونهرهما، فأولى ما فيه أكثر مضرّة وإذاية لهما من ذلك.

وأما الجدّ والعم والخال، فإنهم يحدون على قول الإمام مالك وقول أصبغ، إن طلب ذلك. وذلك بقياس الأولى على قول مالك، وبالقياس على القتل على قول أصبغ؛ لأنهم يقتلون به، فكذلك يحدون.

وأما الشتم فلا شيء عليهم إذا كان على وجه الأدب، ووجه ذلك أنّ لهم - أي: الجدّ والعم والخال - رتبة عليه بالإدلاء بالأبوين، فكان لهم تأديبه بالقول وتعليمه⁽⁴⁾.



(1) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في القذف والنفي والتعريض.

(2) المتفق: 147/7. (3) المتفق: 147/7.

(4) المتفق: 147/7.

حدّ السرقة

تعريف السرقة لغة:

السرقة: بفتح السين مع كسر الراء، ويجوز إسكانها. يقال: سرق بفتح الراء، يسرق بكسرها، سرقاً بسكون الراء، وسرقة بكسرها وفتح القاف. فهو سارق، والشيء مسروق، وصاحبه مسروق منه. وهي لغة أخذ المال خفية⁽¹⁾.

تعريف السرقة شرعاً:

السَّرْقَةُ أَخْذٌ مُكَلَّفٌ نِصَاباً فَأَكْثَرَ مِنْ مَالٍ مُحْتَرَمٍ لغيره بلا شبهة قويت، خفية.

حكم السرقة:

السرقة حرام، وهي كبيرة من الكبائر. وهي تدخل فيما حذر الله تعالى ورسوله المسلمين منه وتوعدهم عليه من أكل أموال الناس بالباطل، والاعتداء عليها. وقد شدد الله تعالى في عقوبتها، وشدتها من شدة تحريمها.

ولفظ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: 38]، ليس من الألفاظ المجملة في القرآن حتى يحتاج إلى بيان كما ذهب إلى ذلك البعض؛ لأن السرقة ليست لفظة شرعية باتفاق، وإنما هي معروفة عند العرب، مميزة عن الغارة والغصب والاعتصاب والاختلاس. إلا أن الشرع خصصها بشروط شرعية. والألف واللام في ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ لتعريف الجنس وهو يفيد الاستغراق والعموم غالباً ومقام التشريع يقتضيه، وشأن (أل) الجنسية إذا دخلت على اسم الفاعل أن تبعد الوصف عن مشابهة الفعل لذلك لا يكون اسم الفاعل معها حقيقة في الحال ولا في غيره وإنما هو تحقق الوصف في صاحبه. وبهذا العموم شمل كل من لم يستثنه أدلة الشرع، ف﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ من اتصف بالسرقة واتصفت بالسرقة⁽²⁾.

شروط السرقة:

يؤخذ من التعريف الشروط التي يكون الفعل بها سرقة شرعاً وتوجب الحد، وهي:

(1) المعجم الوسيط: 427/1، وأحكام القرآن: 604/2.
 (2) أحكام القرآن: 605/2، والتحرير والتنوير: 146/18.

1 - أن يكون الآخذ مكلفاً:

والمكلف هو البالغ العاقل. فلا قَطَعَ لغير مُكَلَّف. ودخل في غير المكلف مَنْ سَكَّرَ بحلال. وأما من سكر بحرام، فحكمه حكم العاقل؛ لأنه أدخله على نفسه. ولَمَّا كان قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَافًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]، عام في كلِّ سارق وسارقة خصَّ بالمكلف بأدلة أخرى من الشريعة⁽¹⁾، تقدمت في كثير من أبواب الفقه السابقة. وقوله في الآية: ﴿جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَافًا مِنَ اللَّهِ﴾ والعقاب والنكال لا يكون إلا بمكلف⁽²⁾.

والفرق بين الصبي والمجنون لا يؤاخذان بما صدر منهما وبين شارب الخمر يؤاخذ مع أنّ الجميع فاقد للعقل؛ أنّ رفع التكليف عن الصبي والمجنون تخفيف ورخصة وترفيه ورفع مشقة؛ وأما فقيد العقل بالشرب قد أتى معصية وركب كبيرة، والمعاصي لا تجلب الرخص؛ لأن الترخيص في الشيء مسامحة في ركوبه وتسهيل لفعله، والشرع قد أقام الحدّ على أهل الفسوق زجراً لهم عن معاودة المعصية، وطرد الغير عنها مخافة العقوبة؛ فلو كان سكره يرفع عنه هذه الأحكام لكانت المعاصي كالرخصة له فيها، وهذا عكس مقصود الشرع⁽³⁾.

ويدخل في المكلف المرأة، والدليل⁽⁴⁾: الآية. ووجه ذكر السارقة مع السارق دفع توهم أن يكون صيغة التذكير في السارق قيداً، بحيث لا يجري حدّ السرقة إلا على الرجال، وقد كانت العرب لا يقيمون للمرأة وزناً فلا يجرون عليها الحدود، وهو الداعي إلى ذكر الأنثى في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا مِنَ الْبَيْنِ مَأْمُونًا كُنِبَ عَلَيْكُمْ الْفِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْمُرْتَدِّ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى﴾ [البقرة: 178]. وقد سرقت المخزومية في زمن رسول الله ﷺ فأمر بقطع يدها وعظم ذلك على قريش، وسيأتي الحديث.

ومن كان حديث عهد بالإسلام ولم يلازم حتى يعرف الأحكام، وادعى الجهل فيما أتى من السرقة، وظهر صدقه، لم تجب عقوبته، كما تقدم في الزاني. والدليل: أنّ الجهل على هذه الصورة شبهة تدرأ الحدّ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات⁽⁵⁾

فإن شَارَكَ السارق المكلف غيرُ مُكَلَّف كصبي ومجنون فيقطع المكلف وحده.

ولا يشترط الإسلام للقطع من أجل السرقة، فيقطع الكافر إذا سرق من مسلم أو كافر. وسيأتي أنّ المسلم يقطع إذا سرق من كافر، كما سيأتي الدليل على ذلك.

(1) أحكام القرآن: 2 / 607.

(2) المعونة: 3 / 1414.

(3) شرح التلطين: م 2 ورقة 12.

(4) التحرير والتنوير: 6 / 190.

(5) أحكام القرآن: 2 / 607.

2 - أن يكون المأخوذ أحد أمرين :

الأمر الأول: المال. ويشترط أن يكون نصاباً فأكثراً. فلا قطع في سرقة أقلّ من نصاب حين إخراجها من الحرز. والنصاب الذي يقطع بسرقة أنواع:

* رُبْع دينار شرعي - من الذهب - . والمعتبر في الربع بالوزن لا بالقيمة. والدليل⁽¹⁾:

أ - عن عائشة أنّ النبي ﷺ قال: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً»⁽²⁾. وفي رواية قال النبي ﷺ: «لا تقطع يد السارق إلّا في ربع دينار فصاعداً»⁽³⁾.

ب - عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: ما طال عليّ وما نسيت، القطع في ربع دينار فصاعداً⁽⁴⁾. تريد ما رأت من حكم النبي ﷺ في ذلك وهذه الأحاديث نصوص في المسألة.

* أو ثلاثة دراهم شرعية كاملة - من الفضة - . والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قطع في مجنّ ثمنه ثلاثة دراهم⁽⁶⁾. والحديث نصّ في المسألة.

ب - عن عائشة قالت: لم يقطع يد سارق في عهد رسول ﷺ في أقلّ من ثمن المجنّ، حشفة أو ترس، وكلاهما ذو ثمن؛ ولا فيما دون ثمن المجنّ⁽⁷⁾.

ج - قياس الفضة على الذهب؛ لأنه أصل مال معتبر في الأثمان وقيمة المتلفات، فوجب أن تكون سرقة معتبرة بمقدار في نفسه لا يعتبر في غيره، أصله الذهب.

د - قياس السرقة على الزكاة؛ لأن كلّ حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الورق، أصله الزكاة.

والآية عامة في وجوب قطع السارق والسارقة فيمن سرق دنائير أو دراهم، وفيمن سرق ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو أقلّ من ذلك أو أكثر؛ فخصّصتها هذه الأحاديث

(1) الإشراف: 943/2، والمعونة: 1415/3، والمنتقى: 159/7، والمقدمات: 210/3، وأحكام القرآن: 608/2، وبداية المجتهد: 481/2.

(2) أخرجه البخاري في الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾.

(3) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ السرقة.

(4) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق، باب ذكر الاختلاف على الزهري، وهو موقوف على عائشة.

(5) الإشراف: 943/2، والمعونة: 1415/3، والمنتقى: 156/7، والمقدمات: 210/3، وبداية المجتهد: 481/2، وإكمال الإكمال: 150/5.

(6) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والبخاري في الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ السرقة ونصابها.

(7) مسلم في الحدود، باب حدّ السرقة ونصابها.

فيمن سرق ربع دينار أو ثلاثة دراهم فأكثر لا أقل⁽¹⁾.

هـ - عن هشام بن عروة عن أبيه أن يد السارق لم تقطع في عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن ححفة أو ترس، وكلّ واحد منهما ذو ثمن. وإن يد السارق لم تقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه⁽²⁾.

ويجب أن يكون الدينار أو الدراهم خالصة من الغش، أو ناقصة لكن تروج كالكاملة، أو مجمعاً منهما أو من أحدهما مع عرض.

ولا يقوّم الدراهم بالدينير، ولا الدينير بالدراهم؛ لأنّ كلّاً منهما أصل في نفسه وأثمان للأشياء وقيم للمتلفات، لا يرّد الواحد منهما إلى الآخر⁽³⁾.

* أو ما يُساوي ثلاثة دراهم من العرض والحيوان، ولو تعدد مالك النصاب، فلا يشترط اتحاد المالك له. فمتى سرق ما قيمته ثلاثة دراهم قطع. والدليل على أنّ تقدير العرض أو الحيوان يكون بالدراهم لا بالذهب، وأنها تقوّم بثلاثة دراهم⁽⁴⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي ﷺ قال: «لا قطع في تمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجنّ». وفي رواية: سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد؟ قال: «لا تقطع اليد في ثمر معلق. فإذا ضمّه الجرين قطعت في ثمن المجنّ. ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا أوى المراح قطعت في ثمن المجنّ»⁽⁵⁾. وقول عبد الله بن عمر أنّ رسول الله ﷺ قطع في مجنّ ثمنه ثلاثة دراهم⁽⁶⁾. ووجه الاستدلال من الحديثين أنّ الأول عيّن القطع فيما بلغ ثمن المجنّ، والحديث الثاني قوّم المجنّ بالدراهم لا بالدراهم. والمجنّ: اسم لكلّ ما يستجنّ به ويستتر به، كالترس.

ب - عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنّه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم⁽⁷⁾. قال الإمام مالك: كانت أترجة تؤكل. والدليل على ذلك أنّها قومت، ولو كانت من ذهب - كما قيل - لم تقوّم؛ لأنّ شأن الذهب والورق إذا سرقا أن لا يقوماً وإن كانا مصوغين⁽⁸⁾.

(1) الإشراف: 943/2، والمقدمات: 210/3.

(2) أخرجه البيهقي: 255/8.

(3) الإشراف: 944/2، والمعونة: 1416/3، والمقدمات: 216/3.

(4) المقدمات: 216/3، والمتقى: 157/7، وبداية المجتهد: 481/2، والذخيرة: 147/12.

(5) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق.

(6) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والبخاري في الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ السرقة ونصابها.

(7) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق.

(8) المتقى: 160/7.

ج - الإجماع على فعل عثمان رضي الله عنه، إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة.
وأما ما ورد في القطع بربع دينار فمعناه فيمن سرق الذهب بعينه، لا فيمن سرق ما قيمته ربع دينار⁽¹⁾.

وما ورد عن ابن عباس قال: قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل في مجرّن قيمته دينار أو عشرة دراهم⁽²⁾. وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، وقالوا: فهذا صحابي قد خالفه ابن عمر في أنّ قيمة المجرّن ثلاثة دراهم، وإذا وجد الخلاف في ثمن المجرّن فالأولى ألاّ تستباح يد أحد إلاّ بيقين. والجواب: أنّ فعل عثمان رضي الله عنه معضد لرواية ابن عمر؛ وأنّ يحتمل أن يكون قولهما في قضية مجرّن آخر، فلا تعارض بين الروایتين؛ ولأنّه إذا وجب القطع في ثلاثة دراهم على رواية ابن عمر، فلا شكّ أنّه يجب القطع في عشرة دراهم على رواية ابن عباس⁽³⁾.

وقد ورد حديث في القطع في أقلّ من ربع دينار، وهو ما روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده»⁽⁴⁾. فهذا الحديث لا يحمل على التنبيه على إيجاب القطع في القليل والكثير، وإنّما يحمل على أحد وجهين:

* أن يراد به بيضة الحديد، ولذلك قال الأعمش - أحد رجال السند إثر رواية الحديث -: كانوا يرون أنه يبيض الحديد، والحبل كانوا يرون أنه منها ما يسوى دراهم.
* أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك على وجه الذمّ للسارق والتنبيه على عظم خسارته؛ لأنّه قطع يده في حقير من المال، فيكون على معنى الزجر عن السرقة لأنّه وإن لم تقطع في البيضة جرت عادته إلى سرقة ما هو أكثر منها. وكنتى عن ذلك الحقيقر بالبيضة لأنّه يكتى بها عن الحقيقر، وله أمثلة من كلام النبي صلى الله عليه وسلم من ذلك ما رواه جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من بنى مسجداً لله كمفحص قطة أو أصغر بنى الله له بيتاً في الجنة»⁽⁵⁾. القطة: طائر يشبه الحمام. والمفحص: حيث تفرخ فيه من الأرض.
وقد رجّح التأويل الثاني؛ لأن تفسيرها ببيضة الحديد يخرج الكلام عن المبالغة؛ لأن بيضة الحديد لها قدر، ولا يذمّ في العرف من عرّض نفسه في تحصيل شيء كثير؛ فالحديث خرج مخرج التقليل لا مخرج التكثير⁽⁶⁾.

(1) المقدمات: 216/3.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب ما يقطع فيه السارق.

(3) المقدمات: 218/3، والمعلم: 388/2، وبداية المجتهد: 481/2.

(4) أخرجه البخاري في الحدود، باب لعن السارق إذا لم يسمّ؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ السرقة ونصابها.

(5) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات، باب من بنى لله مسجداً.

(6) أحكام القرآن: 608/2، والمقدمات: 215/3، وإكمال الإكمال: 153/5.

فإن لم يساو المسروق ثلاثة دراهم فلا يقطع ولو ساوى ربع دينار، إلا أن لا يوجد في البلد إلا الذهب، وإلا فالعبرة به.

والمساواة معتبرة بالبلد التي به السرقة، فإن لم يكن بالبلد أحد النقدين قومه بالدرهم بالنظر لأقرب بلد يوجد فيها دراهم... إلخ. وهذا القول حكاه عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية، وصوّبه ابن مرزوق، واعتمده الشيخ الدردير، وقد اعترض عليه القاضي ابن رشد الأندلسي قبلهما، وقال: هو خطأ صراح لا يصح، وعلل ذلك بأن السلعة قد تكون بالبلد الذي سرقتها فيه كاسدة مرغوباً عنها لا قيمة لها به، وفي البلد الذي تجري فيه الدراهم لها قيمة كثيرة لقلتها فيه ونفاقتها عندهم، فيؤول إلى قطع اليد في أقلّ من النصاب⁽¹⁾.

وقال الشيخ الأبهري والقاضي عبد الوهاب: أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك البلد، فإن كان الغالب الدراهم قوّمت بالدراهم، وإن كان الغالب الدنانير قوّمت بالربع دينار؛ لأنّ الاعتبار في قيمة العروض بما تقوّم به غالباً في بلد التقويم كقيم المتلفات⁽²⁾.

وذكر الإمام الباجي أنّ اعتبار الدراهم في تقويم العروض كان بناء على جريان العرف به في ذلك الوقت⁽³⁾.

والمعتبر قيمة الشيء وقت إخراجه من الحرز لا قبله ولا بعده. والدليل⁽⁴⁾:

أ - أنّ ظاهر النصوص يدلّ على ذلك.

ب - أنّ الاعتبار في الحدود بحال وجوبها دون حال استيفائها.

والعبرة بالتقويم شرعاً بأن تكون المنفعة شرعية، وإن كان المسروق محقراً.

ويكفي أن يكون المقوم شخصاً واحداً، إن كان موجّهاً من طرف القاضي؛ لأنّه من باب الخبر لا الشهادة. فإن لم يكن المقوم موجّهاً من طرف القاضي فلا بدّ من اثنين، ويعمل بشهادتهما وإن خولفا بأن قال غيرهما لا يساويها. ولا يقال مقتضى درء الحدّ بالشبهات عدم القطع إذا خولفا؛ لأنّ النصّ - أي: بالقطع - متبع، ولأنّ المثبت مقدم على النافي.

وتقطع اليد في النصاب المتموّل ولو كان ماء أو حطباً أو تبناً مما أصله مباح، خلافاً لأبي حنيفة في عدم القطع في المباح الأصل المملوك بوضع اليد عليه.

(1) المقدمات: 216/3.

(2) المعونة: 1416/3، وبداية المجتهد: 418/2، وإكمال الإكمال: 144/5.

(3) المنتقى: 157/7.

(4) الإشراف: 944/2، والمعونة: 1419/3، والمنتقى: 157/7.

وكذلك تقطع ولو كان فاكهة رطبة خلافاً له رضي الله عن الجميع .

وكذلك تقطع ولو في جّارح من الطير يساوى ثلاثة دراهم لتعليمه الصيد وإن كان لحمه وريشه لا يساويها؛ لأنّ تعليمه منفعة شرعية، ولم ينه الشرع عن بيعه. فإن لم يكن معلماً وساوى لحمه أو ريشه أو هما معاً نصاباً فيقطع سارقه، وإلا فلا. ومثل تعليم الجارح الصيد تعليم الطير حمل الكتب للبلدان.

وكذلك ولو كان سُبُعاً سرق لجِلْدَه بعد ذَبْحِه؛ أي: لكون جلده يساوى بعد ذبحه ثلاثة دراهم. ولا يراعى قيمة لحمه؛ لأنه لو سرق لحمه وحده لا يقطع ولو ساوى نصاباً، لكراهته أو مراعاة للقول بحرمة.

وكذلك ولو كان جِلْدَ مَيْتَةٍ ولو غير مأكولة، فمن سرقه بعد الدبغ فيقطع إن زاده الدَّبْغُ على قيمة أصله نصاباً، كما لو كانت قيمته قبل الدبغ درهمنين على تقدير جواز بيعه وبعد الدبغ خمسة، فيقطع سارقه؛ لأنه ينتفع به شرعاً في اليابسات والماء وإن كان الدبغ لا يظهر على المعتمد. ولا يقطع إن كان أقل أو سرقه قبل الدبغ ولو على فرض أن قيمته نصاب.

والدليل على القطع فيما تقدم⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة في كلّ مسروق متمول، فلا يخصّ منه شيء إلاّ بدليل، ولا دليل لأبي حنيفة رضي الله عنه يصحّ به التخصيص في سرقة بعض الأموال رطبة أو غير رطبة.

ب - القياس على الثياب وسائر العروض؛ لأنه جنس مال يتمول في العادة كالثياب.

ج - القياس على سائر الأموال؛ لأن كلّ ما جاز بيعه وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع في سرقة كسائر الأموال.

د - أنّ المقصد من القطع الردع والزجر لحفظ الأموال، وليس بعضها أولى من بعض كانت يابسة أو رطبة، والرطب أحوج إلى الردع والزجر من اليابس.

ويدخل في المتمول أيضاً المصحف، ففي سرقة القطع، لما تقدم من الأدلة؛ لأنه يجوز بيعه والمعاوضة عليه؛ وكذلك أنّ كتابة كلام الله تعالى على الورق لا يبطل ملكية الورق لصاحبه، كما لم يبطل ملكيته له لو كتب فيه حديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم⁽²⁾.

(1) الإشراف: 947/2، والمعونة: 1420/3، والمنتقى: 156/7، والمقدمات: 216/3، وبداية المجتهد: 484/2.

(2) المعونة: 1420/3، وأحكام القرآن: 615/2.

الأمر الثاني: الإنسان غير المميّز لصغّر أو جُنُون، ذكراً كان أو أنثى. وصور

سرقة غير المميّز:

* أن يخرج من بيته إن كان لا يخرج منه.

* أو يخرج من البلد إن كان يخرج من البيت ويمشي في سائر البلد.

* أو يخرج من ناحية من البلد إلى ناحية أخرى إذا كان البلد كبيراً وشأنه لا

يخرج من ناحية مخصوصة، فأخراجه من تلك الناحية لناحية أخرى يعدّ سرقة.

* أو يسرقه من كبير حافظ له.

فيقطع سارقه مطلقاً؛ لأن الإنسان لا يقوّم بالمال.

والدليل على القطع في سرقة الإنسان⁽¹⁾:

أ - عموم ظاهر الآية.

ب - عن عائشة أنّ رسول الله ﷺ ذكر له أنّ رجلاً يسرق الصبيان بالمدينة، فأمر

بقطعه⁽²⁾.

ج - القياس على البهيمة؛ لأنه نفس مضمونة بالجناية عليها فيقطع بسرقتها

كالبهيمة. وهذا من قياس الأولى لشرف الإنسان.

د - أنّ الإنسان وإن كان لا يقوّم لأنه ليس مالاً؛ إلاّ أنّه أعظم من المال والمعنى

الذي من أجله قطع سارق المال متحقق فيه؛ ذلك أن سارق المال لم يقطع في المال

لعيته، وإنما قطع لتعلّق النفوس به، وتعلّقها بالإنسان الصغير أكثر.

3 - أن يكون الماخوذ من مال مُحترَم شرعاً:

ووجه هذا الشرط أنّ المحترَم شرعاً هو الذي تمتدّ إليه الأطماع ويتنفع به، وما

منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطماعية فيه؛ لأنّ ما حرمه الله تعالى لا قيمة له⁽³⁾.

ويدخل في المحترَم مال الذمّي والحربي الذي دخل بأمان، فيقطع سارقهما.

ويقطعان أيضاً إذا سرقا مسلماً، والدليل⁽⁴⁾:

أ - عموم ظاهر الآية والأحاديث.

ب - أنّ مقصد تحريم السرقة وإقامة الحدّ عليه، هو حفظ الأموال وصيانتها، فلم

يعتبر فيه تكافؤ الدماء بين السارق والمسروق منه.

ج - أنّ السرقة في معنى الحرابة والفساد في الأرض، فوجب أن يقام الحدّ على

المعاهد.

(1) الإشراف: 946/2، والمعونة: 1420/3، وأحكام القرآن: 609/2، والذخيرة: 147/12.

(2) أخرجه الدارقطني في الحدود؛ والبيهقي في السرقة، باب ما جاء فيمن سرق عبداً صغيراً.

(3) أحكام القرآن: 607/2، والذخيرة: 152/12.

(4) الإشراف: 951/2، والمعونة: 1418/3.

د - القياس على القذف؛ لأن حدّ السرقة حقّ لله تعالى يتعلّق بحقّ آدمي فوجب أن يقام على أهل الذمّة والعهد كالقذف.

كما يقطع إذا سرق الذمي إذا سرق من مثله، وإن لم يترافعوا إلى قضاة الإسلام؛ لأنّه من الظلم الذي لا يقرّ بينهم⁽¹⁾.

فلا قطع في سرقة غير محترم كخمر وخنزير ولو لكافر سرقة مسلم أو ذميّ. نعم يغرم قيمتها للذميّ إن أتلفها وإلا ردّ عينها، لا إن كانت لمسلم فلا يغرم له شيئاً، لوجوب إراقتها عليه.

ولا قطع في سرقة آلة لهو كطنبور إلا أن تُساوي النصاب بعد تقدير كسرها.

ولا قطع في سرقة كلب ولو كان معلماً أو للحراسة؛ لأنّه نهى ﷺ عن بيعه. بخلاف غيره من الجوارح المعلمة، ولو كانت قيمة الكلب نصاباً.

4 - أن يكون المآل المُحترَم للغير:

فلا قطع في مال محترم ليس للغير، كأضحجية ذُبحت وسرقت وهي تساوي نصاباً، فلا يقطع سارقها لخروجها لله بالذبح، وكذلك الهدى والفدية. أما لو سرقت قبل الذبح لقطع سارقها ولو نذرها ربها؛ لأنها لا تتعين بالنذر. وكذا لو سرق قدر نصاب من لحمها أو جلدها الذي ملكه الفقير بصدقة أو هبة فيقطع.

5 - أن لا يكون المسروق مستمراً في ملك السارق:

وذلك كشيء يساوي نصاباً مرهوناً عند غيره، كان ملكه قبل إخراجة من الحرز ثم خرج به، فلا قطع لأنّه سارق لملكه. ومثل الراهن المؤجّر.

بخلاف لو ملكه بعد إخراجة فيقطع، ولا فرق بين كونه ملكه بإرث أو شراء أو هبة. والدليل على عدم سقوط الحد بانتقال ملكية المسروق للسارق بعد وجوب الحد⁽²⁾:

أ - عن صفوان بن عبد الله بن صفوان أن صفوان بن أمية قيل له: إنه من لم يهاجر هلك، فقدم صفوان بن أمية المدينة، فنام في المسجد وتوسد رداءه، فجاء سارق فأخذ رداءه، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده. فقال له صفوان: إني لم أرد هذا يا رسول الله، هو عليه صدقة. فقال رسول الله ﷺ: «فهلّا قبل أن تأتيني به»⁽³⁾.

(1) الذخيرة: 142/12.

(2) أحكام القرآن: 614/2.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ الإمام؛ وأبو داود في الحدود، باب من سرق من حرز؛ والنسائي في قطع السارق، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون؛ وابن ماجه في الحدود، باب من سرق من الحرز.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ صفوان بن أمية. على شفاعته ونزوله عن حقّه، ولكن نبّهه إلى أنّ تملك السارق المسروق بعد السرقة لا ينفع في سقوط الحدّ عنه، إذا وصلت الإمام.

د - أنّ القطع حق الله تعالى في انتهاك الحرمة وإن كان لا ضمان عليه في المال، وحقّ الله لا يسقطه شيء.

وأما سرقة المرتهن الرهن من الراهن قبل قبضه، والمستأجر من المؤجر قبل قبضه، فإنه يوجب القطع.

ومن سرق من مال غريمه مثل دينه فلا قطع عليه، لجواز أخذه دينه من مال غريمه كيفما أمكنه. وهو قول الإمام مالك رواه عنه ابن زياد وابن وهب، وروى ابن القاسم عنه القطع. وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب الإمام مالك⁽¹⁾.

ولا يكفي مجرد دعوى الملك، فإذا ادّعى السارق أن المال المسروق له فإنه يقطع، ولا يقبل دعواه. والدليل⁽²⁾:

أ - ظاهر الآية الأحاديث.

ب - أنّ القطع شرع لصيانة الأموال وحفظها، وفي قبول دعوى السارق ذريعة إلى إسقاط هذا المعنى؛ لأنّ كلّ سارق يمكنه أن يدّعي المسروق لنفسه ليتخلّص من القطع.

6 - أن لا يكون للسارق شبهة قوية في المال:

فإنّ قويّة الشبهة كوالد - أباً أو أمّاً - سرق نصاباً من ملك ولده فلا قطع، والدليل⁽³⁾:

أ - قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»⁽⁴⁾، فأثبت الشبهة.

ب - لوجوب النفقة عليه في إعساره.

ومثل الوالد الجدّ وإنّ لأمّ إذا سرق من مال ولد ولده، والتعليل: هو قوة أمر الولادة⁽⁵⁾.

بخلاف العكس؛ أي: سرقة الولد من مال والده أو جدّه، والدليل⁽⁶⁾:

أ - عموم الآية والأحاديث. ولا شبهة للولد في مال والديه تستثنيه من هذا العموم. وقال ابن القصار: يقطع الولد إن سقطت نفقته عن أبيه؛ أي: إن لم تسقط كمن بلغ زمنا لم يقطع؛ لأنّ الإنفاق شبهة قياساً على سرقة الأب من مال ولده. بخلاف سرقته من مال أمّه، إذ لا شبهة.

(1) إكمال الإكمال: 149/5.

(2) الإشراف: 954/2.

(3) المعونة: 1427/3، والمنتقى: 185/7. (4) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب 64.

(5) المعونة: 1427/3، والمنتقى: 185/7.

(6) المعونة: 1427/3، وإكمال الإكمال: 149/5.

والأصل في درء الحدود بالشبهات: عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»⁽¹⁾.

ولا يدخل في الشبهة ما يلي:

* السرقة من سارق، فمن سرق نصاباً ثم سرقه منه آخر فإنهما يقطعان؛ أي: بأن أخرجه الثاني من حرز السارق بعد أن أخرجه السارق الأول من حرز صاحبه. والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - عموم ما يدل عليه ظاهر الآية والأحاديث، من كون الثاني سارقاً لنصاب من حرز مع عدم الشبهة، كما لو سرقه من مالك.

ب - أنّ السارق الثاني وإن كان سرق من غير مالك، فإنّ حرمة المالك الأصلي باقية عليه لم تقطع عنه، ويد السارق الأول كلا يد.

* سرقة أحد الزوجين من مال الآخر. والدليل⁽³⁾:

أ - عموم ما يدل عليه ظاهر الآية والأحاديث. ولا شبهة لأحد الزوجين في مال الآخر تستثنيه من هذا العموم.

ب - القياس على الأجنبي؛ لأنه مكلف سرق ما لا شبهة له فيه من حرز مثله كالأجنبي.

ج - أنّ الزوجين وإن كانا حلالان لبعضهما في أبدانهما، إلا أن أموالهما محترمة لكل منهما عن صاحبه؛ لأنّهما لم يتعاقدا بعقد يتعدى إلى المال، فالزوجة لا تقتضي شركة في المال، ولا شبهة فيه.

* ذو رحم محرم لمثله، كالأخوة والأعمام والأخوال. فمن سرق من ذي رحم محرم وجب عليه القطع، والدليل:

أ - عموم الآية والأحاديث. ولا شبهة لذي الرحم في مال رحمه تستثنيه من هذا العموم.

ب - أنّ ذا الرحم لو كان أنثى ووطنها لوجب عليه الحدّ، فكذلك إذا سرق مالها⁽⁴⁾.

* بيت المال منتظماً كان أم لا، فمن سرق منه نصاباً يقطع.

(1) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في درء الحدود.

(2) الإشراف: 950/2، وأحكام القرآن: 613/2.

(3) الإشراف: 950/2، والمعونة: 1427/3، والمنتقى: 185/7، وأحكام القرآن: 609/2.

(4) أحكام القرآن: 609/2.

* الغنيمة بعد حوزها إن كثر الجيش، أو قلّ وأخذ فوق حقه نصاباً.
والدليل على القطع في السرقة من بيت المال والغنيمة⁽¹⁾:

أ - عموم ما يدل عليه ظاهر الآية والأحاديث.

ب - القياس على غير المغنم؛ لأنه سرق مالاً من حرز مثله لا شبهة له في عينه، فلزمه القطع اعتباراً بالسرقة من غير المغنم.

ج - القياس على مال الأجنبي؛ لأن كل مال تقبل شهادته فيه جاز أن يقطع في السرقة منه كمال الأجنبي.

د - أنّ ما يستحقّه السارق من بيت المال أو المغنم أمر حقير، لا يجعل له شبهة في بيت المال. وأمّا ما رواه بسر بن أرطاة أنّ النبي ﷺ قال: «لا تقطع الأيدي في الغزو»⁽²⁾. فقد اختلف في صحبة بسر بن أرطاة، وقد كانت له أخبار سوء مع علي رضي الله عنه وأصحابه، وهو الذي ذبح طفلين لعبيد الله بن عباس عامل علي بن أبي طالب على اليمن، ففقدت أمهما عقلها فهامت على وجهها. وقال يحيى بن معين فيه: هو رجل سوء⁽³⁾.

* مال الشركة إن حُجِبَ عنه، بأن كان عند أمين أو كان مفتاحه مع غيره؛ فإن كان المال مثلياً وسرقَ فوق حقه الذي يخصه من جميع المال نصاباً؛ أي: إنّه لا بدّ أن يسرق فوق حقه نصاباً من جميع مال الشركة، ما سرق وما لم يسرق، إن كان المال مثلياً، كما إذا كان جملة المال المشترك بينهما اثني عشر لكل واحد منهما ستة، وسرق منه تسعة دراهم.

فإن كان المال مقوماً كثياب فالمعتبر أن يكون فيما سرق نصاب فوق حقه في المسروق فقط لا من جميع المال، كما إذا كانت الشركة في ثياب جملتها تساوي اثني عشر، فسرق منها ثوباً يساوي ستة، فيقطع لأنّ حقه في نصفه، فقد سرق فوق حقه في ذلك المسروق نصاباً.

والفرق بين المثلي والمقوم حيث اعتبروا في المثلي كون النصاب المسروق فوق حقه في جميع المال المشترك، ما سرق وما لم يسرق؛ واعتبروا في المقوم فوق حقه فيما سرق فقط؛ أنّ المقوم لما كان ليس له أخذ حظّه منه إلا برضا صاحبه لاختلاف الأغراض فيه، كان ما سرق بعضه حظّه وبعض حظّ صاحبه وما بقي كذلك؛ وأمّا المثلي فلما كان له أخذ حظّه منه وإن أبقى صاحبه لعدم اختلاف الأغراض فيه غالباً، لم

(1) الإشراف: 950/2، والمعونة: 1422/3، والجامع لأحكام القرآن: 98/6، 154/12.

(2) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو؛ وأبو داود في الحدود، باب في الرجل يسرق في الغزو؛ والنسائي في قطع السارق، باب القطع في السفر.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 98/6.

يَتَعَيَّنُ أَنْ يَكُونَ مَا أَخَذَهُ مِنْهُ مَشْتَرِكًا بَيْنَهُمَا، بَلْ يَقْدَرُ لَهُ بِقَدْرِ نَصِيْبِهِ، وَلَا يَقْطَعُ إِلَّا فِي النَّصَابِ الزَّائِدِ عَنْ جَمِيعِ نَصِيْبِهِ.

وَإِذَا شَارَكَ وَالِدَ رَبِّ الْمَالِ السَّارِقَ فَلَا قَطْعَ، لِدُخُولِهِ مَعَ ذِي شَبْهَةِ قَوِيَّةٍ. وَمِثْلُ الْوَالِدِ الْجَدِّ لِلْأَبِّ وَاللَّامِ. قَالَ فِي التَّوْضِيْحِ: اخْتَلَفَ فِي الْأَجْدَادِ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ وَالْأَبِّ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لَا يَقْطَعُ لِأَنَّهُ أَبٌ لِأَنَّهُ مِمَّنْ تَغْلُظُ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ، وَلَمَّا جَاءَ مِنْ دَرَاءِ الْحُدُودِ بِالشَّبْهَاتِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يَقْطَعُونَ لِأَنَّهُ لَا شَبْهَةَ لَهُمْ فِي مَالِ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ وَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ عَلَيْهِمْ. وَلَا خِلَافَ فِي قَطْعِ بَاقِي الْقَرَابَاتِ.

7 - أَنْ لَا يُضْطَرَّ السَّارِقُ إِلَى السَّرْقَةِ مِنْ جُوعٍ يَصِيْبُهُ⁽¹⁾:

فَفِي النُّوَادِرِ وَالزِّيَادَاتِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: مَنْ سَرَقَ مِنْ جُوعٍ أَصَابَهُ لَمْ يَقْطَعْ. فَقَدْ رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَوْلَهُ: لَا قَطْعَ فِي سَنَةِ⁽²⁾. وَلَا غَرَمَ عَلَى السَّارِقِ الْمُضْطَرِّ عِنْدَ الْإِمَامِ مَالِكٍ عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ قَوَاعِدُ مَذْهَبِهِ⁽³⁾.

8 - أَنْ يَكُونَ الْمَالُ أَوْ الْإِنْسَانُ الْغَيْرَ الْمُمَيَّزَ مَوْضُوعًا فِي حَرْزٍ:

وَسِيَائِي تَفْسِيرِ الْحَرْزِ. وَالِدَلِيلُ عَلَى اشْتِرَاطِ الْحَرْزِ⁽⁴⁾:

أ - قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]. وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ أَنَّ لَفْظَ السَّرْقَةِ مَأْخُودٌ مِنَ الْمَسَارِقَةِ، فَلَا يَكُونُ الرَّجُلُ سَارِقًا إِلَّا فِيمَا يَأْخُذُ مِمَّا أَخْفَى عَنْهُ وَأَحْرَزَ دُونَهُ، مَسَارِقَةً عَنِ الْعْيُونِ وَعَنْ أَهْلِهِ. وَأَمَّا مَا أَهْمَلَ بِغَيْرِ حَرْزٍ أَوْ أَوْثَمَنَ عَلَيْهِ فَأَخَذَهُ لَيْسَ مَسَارِقًا لَهُ، وَإِنَّمَا هُوَ مُخْتَلَسٌ لَهُ أَوْ خَائِنٌ لِصَاحِبِهِ فِيهِ. وَعَلَى هَذَا فَيَكُونُ شَرْطُ الْحَرْزِ مُسْتَنْبَطًا مِنَ الْآيَةِ.

ب - عَنْ عُمَرَ بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مَعْلُوقٍ، وَلَا فِي حَرِيْسَةِ جَبَلٍ، فَإِذَا أَوَاهُ الْمَرَاخُ أَوْ الْجَرِيْنُ فَالْقَطْعُ فِيمَا يَبْلُغُ ثَمْنِ الْمَجْنِّ». وَفِي رِوَايَةٍ: سئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي كَيْفِ تَقْطَعُ الْيَدَ؟ قَالَ: «لَا تَقْطَعُ الْيَدَ فِي ثَمَرٍ مَعْلُوقٍ. فَإِذَا ضَمَّ الْجَرِيْنُ قَطَعْتَ فِي ثَمْنِ الْمَجْنِّ. وَلَا تَقْطَعُ فِي حَرِيْسَةِ الْجَبَلِ، فَإِذَا أَوَى الْمَرَاخُ قَطَعْتَ فِي ثَمْنِ الْمَجْنِّ»⁽⁵⁾. وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ الْقَطْعَ فِيمَا أَوَاهُ الْمَرَاخُ وَالْجَرِيْنُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الثَّمَرِ الْمَعْلُوقِ وَحَرِيْسَةِ الْجَبَلِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ

(1) المقدمات: 208/3.

(2) إكمال الإكمال: 149/5.

(3) إكمال الإكمال: 277/5.

(4) الإشراف: 946/2، والمعونة: 1417/3، والمقدمات: 208/3، وبداية المجتهد: 438/2.

(5) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق.

الحرز معتبر في القطع⁽¹⁾.

والآية عامّة في وجوب قطع السارق والسارقة فيمن سرق من حرز ومن غير حرز، فخصّصها فيمن سرق من حرز.

قال القاضي ابن العربي في تعليل الحرز: «أنّ الأموال خلقت مهياً لانتفاع الخلق أجمعين، ثم بالحكمة الأولية التي بيّناها في سورة البقرة حكم فيها بالاختصاص الذي هو الملك شرعاً، وبقيت الأطماع معلّقة بها والآمال محوّمة عليها، فتكفّها المروءة والديانة في أقلّ الخلق، ويكفّها الصون والحرز عن أكثرهم، فإذا أحرزها مالکها فقد اجتمع بها الصونان، فإذا هتكاً فحشت الجريمة فعظمت العقوبة؛ وإذا هتك أحد الصونين - وهو الملك - وجب الضمان الأدب؛ وذلك لأنّ المالك لا يمكنه بعد الحرز في الصون شيء، فلمّا كان - أي: الحرز - غاية الإمكان ركب عليه الشرع غاية العقوبة من عنده ردعاً وصوناً. والأمة متففة على اعتبار الحرز في القطع في السرقة؛ لاقتضاء لفظها، ولتضمّن حکمتها وجوبه، ولم أعلم من ترك اعتباره من العلماء، ولا تحضّل لي من يهمله من الفقهاء، وإنّما هو خلاف يذكر، وربما نسب إلى من لا قدر له، ولهذا المعنى أجمعت الأمة أنّه قطع على المختلس والمتهب لعدم الحرز فيه، فلمّا لم يهتك حرزاً لم يلزمه أحد قطعاً»⁽²⁾.

9 - أن يكون الأخذ خفيّة:

أي: على وجه الاستسرار بإخراج المسروق من حرز غير مأذون له في دخوله. وهذا إذا خرج السارق بالنصاب، بل وإن لم يخرج هو، فالمدار على إخراج النصاب دخل السارق الحرز أم لم يدخل، كما إذا أخرجه بعضاً وهو خارج الحرز؛ وخرج - إذا دخل - أم لم يخرج كما إذا رمى لغيره وأمسكه وهو داخل الحرز. والعلة أنّ هتك الحرز لا يتمّ إلا بإخراج المسروق منه⁽³⁾.

ولا قطع في الاختلاس. وهو الذي يخطف المال بحضرة صاحبه في غفلته، ويذهب جهراً هارباً به، سواء جاء جهاراً أو سراً. والدليل⁽⁴⁾: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنه ليس في الخلسة قطع»⁽⁵⁾.

ولا قطع في أخذ المال مكابرة. وهو أن يأخذ المال من صاحبه بقوة قهراً من غير حراية، سواء ادّعى أنّه ملكه أو اعترف بأنه غاصب. فهذا ليس بسارق. والدليل

(1) المعونة: 1417/3. (2) أحكام القرآن: 610/2.

(3) المعونة: 1417/3. (4) المتقى: 186/7.

(5) الموطأ: 841/2. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة:

(المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

على الاختلاس والمكابرة ونحوهما⁽¹⁾:

أ - عن جابر بن عبد الله قال رسول الله ﷺ: «ليس على المنتهب قطع ومن انتهب نهبه مشهورة فليس منا»⁽²⁾.

ب - إجماع العلماء على ذلك.

والفرق بين السرقة أوجب الشرع فيها القطع، والاختلاس والاعتصاب والانتهاج، من وجهين:

الأول: أنّ السرقة أكثر وقوعاً.

الثاني: أنّ أخذ المال مجاهرة - بالاختلاس والاعتصاب والانتهاج - يمكن استرجاعه، بخلاف السرقة فإنّها إنّما تكون خفية فلا يمكن الاطلاع عليها ولا إقامة البيّنة؛ فعظمت وشتّع فيها ليقوى الارتجاع عنها. ولم يجعل دية اليد المقطوعة بقدر ما يقطع فيه، بل عظم ديتها ليعظم التحفّظ من ذلك⁽³⁾.

ولا قطع في السارق إذا أمسك في داخل الحرز وقدر عليه فيه، ثم هرب منهم بالمسروق؛ لأنه صار هروبه اختلاساً. وفي المسألة خلاف، والتحقيق أنّ السارق إن رأى ربّ المال خرج ليأتي له بالشهود، فأخذ المال وهرب، كان مختلساً لا يقطع؛ وإن هرب بالمال من غير أن يرى ربّ المال خرج ليأتي بالشهود فهو سارق يجب قطعه.

وما روي عن عروة عن عائشة قالت: كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده، فأمر النبي ﷺ أن تقطع يدها⁽⁴⁾. وهو يدلّ على أنّ القطع أيضاً في الاختلاس والخيانة. والجواب عن ذلك بما يلي⁽⁵⁾:

* أنّ ذكر الاستعارة والجحدها هنا كان على قصد التعريف بالمرأة لا على أنها قطعت بسبب ذلك.

* أنّه يدلّ على أنها فعلت الأمرين جميعاً الجحد والسرقة.

* أنّ المستعير أمين، والأمين لا يقطع.

* أنّ ذكر العارية تفرد به معمراً دون سائر الرواة، ووافقه من لم يعتد بحفظه.

(1) بداية المجتهد: 479/2.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب القطع في الخلسة والخيانة؛ والترمذي في السرقة، باب ما جاء في الخائن والمختلس والمنتهب؛ والنسائي في قطع السارق، باب ما لا قطع فيه؛ وابن ماجه في الحدود، باب الخائن والمنتهب والمختلس.

(3) إكمال الإكمال: 142/5.

(4) أخرجه مسلم في الحدود، باب قطع السارق الشريف.

(5) المعلم: 389/2، وبداية المجتهد: 480/2، وإكمال الإكمال: 156/5.

ويؤيد كون المرأة قطعت من أجل السرقة ما جاء مصرحاً بأنها سرقت، فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنّ قريشاً أهتمهم شأن المرأة التي سرقت في عهد النبي ﷺ في غزوة الفتح، فقالوا: من يكلم فيها رسول الله ﷺ، فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حبّ رسول الله ﷺ فأتني بها رسول الله ﷺ فكلمه فيها أسامة بن زيد؛ فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال: «أتشفع في حدّ من حدود الله» فقال له أسامة: استغفر لي يا رسول الله. فلمّا كان العشيّ قام رسول الله ﷺ فاخطب، فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال: «أما بعد، فإنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإني والذي نفسي بيده لو أنّ فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها». ثم أمر بتلك المرأة التي سرقت فقطعت يدها⁽¹⁾. فهذا يدل على أنّها سرقت، وأنّ النبي ﷺ أمر بقطعها لذلك.

10 - أن يأخذ المسروق بقصد واحد:

وهذا يشمل ما إذا سرق أقل من نصاب وكرر الأخذ بقصد واحد حتى كمل النصاب، فيقطع كما في سماع أشهب. فإذا أدخل يده في صندوق - مثلاً - وصار يأخذ قطعة بعد قطعة حتى كمل النصاب، فإن كان قصده من أول الأمر تكميل النصاب قطع وإلا فلا. وهذا القصد لا يعلم إلا منه.

حدّ السرقة:

الحدّ هو قطع يد السارق وجوباً، إن استوفى شروط القطع التي تقدم ذكرها، والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]. ووجه الاستدلال أنّ الأمر للوجوب. وقد جعل الله تعالى القطع جزاءً؛ أي: مكافئاً ومناسباً لعمل السرقة، ونكالاً؛ أي: عقاباً شديداً.

وقد جاء محلّ القطع في الآية ﴿أَيْدِيَهُمَا﴾ بصيغة الجمع مضافاً إلى ضمير التثنية، وذلك لاعتبارين؛ فجمع الأيدي باعتبار نوع السارق وهم جمع، وتثنية الضمير باعتبار الصنفين الذكر والأنثى، فالجمع هنا مراد منه التثنية كقوله تعالى: ﴿إِن نُّوْبَأَ إِلَى اللَّهِ فَدَّ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحریم: 4]⁽³⁾.

ب - الأحاديث الواردة في الباب، وفيها أنّ النبي ﷺ قطع السارق.

ج - إجماع الصحابة وسائر علماء الأمة على ذلك. فهو مما علم من دين الأمة ضرورة.

(1) أخرجه مسلم في الحدود، باب قطع السارق الشريف.

(2) المعونة: 1414/3، والمتقى: 156/7، والمقدمات: 208/3، والتحرير والتنوير: 192/6.

(3) التحرير والتنوير: 190/6.

وقد شرع الحد لقصص صيانة الأموال، ويتحقق هذا المقصد بالردع وعدم العود إليه، فهو جزاء للاستصلاح وليس انتقاماً وتعويضاً عن المسروق⁽¹⁾. وعلة القطع انتهاك حرمة الحرز وإخراج المسروق⁽²⁾.

ويكون القطع ليد السارق اليمنى من مفصل الكوع، لا من الأصابع ولا من المرفق ولا من الإبط. والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكَلَّافَ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]. والآية عامة في اليمنى واليسرى من الكوع أو غيره، وهي عامة في المقدار المسروق الذي يقطع فيه. وقد بين النبي ﷺ هذا العموم.

والواجب الأخذ بأوائل الأسماء، واسم اليد أول ما يدل عليه هو اليد إلى الكوع؛ لأن مفصل الكوع أول مفصل يقع على ما قطع منه اسم اليد. ومن قطع من الكوع سمي مقطوع اليد، ولا يسمّى بذلك من قطعت أصابعه.

ب - الأحاديث الواردة في الباب، وفيها أنّ النبي ﷺ قطع اليمنى من الكوع. فعن عدي وجابر وعبد الله بن عمرو أنّ النبي ﷺ قطع يد سارق من المفصل⁽⁴⁾.

ج - إجماع الصحابة على ذلك. فعن عمرو بن دينار قال: كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقطع السارق من المفصل، وعن حجية بن عدي أنّ علياً رضي الله عنه قطع أيديهم من المفصل وحسمها، فكأنّي أنظر إلى أيديهم كأنها أيور الحمر. ولا مخالف لهما.

وتقطع لسالم الأعضاء اليد اليمنى. فإن عاد فرجله اليسرى، فإن عاد فيده اليسرى، فإن عاد فرجله اليمنى. والدليل⁽⁵⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكَلَّافَ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة في كل سارق.

ب - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله»⁽⁶⁾.

(1) المعلم: 387/2، وإكمال الإكمال: 142/5، والتحرير والتنوير: 192/6.

(2) الإشراف: 948/2، والمعونة: 1432/3.

(3) الإشراف: 952/2، والمعونة: 1414/3، 1424/3، والمنتقى: 168/7، والمقدمات: 3/208، 223/3.

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 217/8.

(5) الإشراف: 952/2، والمعونة: 1425، والمنتقى: 167/7، والجامع لأحكام القرآن: 99/6، وبداية المجتهد: 486/2.

(6) أخرجه الدارقطني في الحدود.

ج - قياس غير اليمنى على اليمنى؛ لأن كلّ عضو يؤخذ قصاصاً فلها مدخل في قطع السرقة كاليمنى.

د - أنه مروى عن أبي بكر وعمر. عن القاسم بن محمد أنّ رجلاً من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق، فشكا إليه أنّ عامل اليمن قد ظلمه - أي: في قطعه في السرقة -، فكان يصلّي من الليل فيقول أبو بكر: وأبيك ما ليك بليل سارق. ثم إنهم فقدوا عقداً لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق، فجعل الرجل يطوف معهم ويقول: اللهم عليك بمن بيّت أهل هذا البيت الصالح، فوجدوا الحلبي عند صائغ زعم أنّ الأقطع جاءه به، فاعترف به الأقطع أو شهد عليه به، فأمر به أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى، وقال أبو بكر: والله لدعاؤه على نفسه أشدّ عندي عليه من سرقة⁽¹⁾.

هذا وقد ثبت عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنّهما قطعاً اليد بعد اليد والرجل بعد الرجل. وروى عن عمر أيضاً وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما: تقطع في الثانية رجله اليسرى ثم لا قطع في غيرها، ثم إذا عاد عزر وحبس. وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل. قال علي بن أبي طالب: «إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها» وإلى رأيه رجع عمر بن الخطاب. وقال عطاء: تقطع يده اليمنى خاصة ولا يعود عليه القطع⁽²⁾. قال ابن العربي في الرد على عطاء: أما قول عطاء فليس على غلظه غطاء؛ فإن الصحابة قبله قالوا خلافه⁽³⁾. وقد اختلف القائلون بعدم القطع في الثالثة والرابعة في تعليل عدم العمل بالحديث المتقدم، فقد ضعفه بعضهم، وعارضه البعض بقول علي بن أبي طالب له وموافقة عمر لعليّ مما يقتضي تأويله، وأوله فقهاء الحنفية بالسياسة الشرعية؛ لأن فعل السارق في الثالثة والرابعة من الفساد في الأرض⁽⁴⁾.

وقد نسب الشيخ ابن عاشور إلى أبي حنيفة مثل قول عطاء، وبعد عرضه أقوال الفقهاء في هذه المسألة قال: «ويجب القضاء بقول أبي حنيفة، فإنّ الحدود تدرأ بالشبهات، وأيّ شبهة أعظم من اختلاف أئمة الفقه المعبرين»⁽⁵⁾. وواضح أنّ الشيخ قد أخطأ في النقل عن أبي حنيفة، فقول أبي حنيفة مثل قول أحمد بن حنبل كما تفيدته

(1) أخرجه مالك في الحدود، باب جامع القطع.

(2) الإشراف: 2/ 952، أحكام القرآن: 2/ 616، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 172، والذخيرة: 12/ 182.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 172.

(4) المغني: 20/ 241، والبحر الرائق: 13/ 248.

(5) التحرير والتنوير: 6/ 192.

مصادر المذهب الحنفي والنظار من أئمة المالكية⁽¹⁾. ولعلّ اختيار الشيخ يكون أوفق لو رجع إلى اختلاف الصحابة وقال بالقضاء بقطع اليد اليمنى ثمّ الرجل اليسرى ولا يعود القطع في الثالثة على السارق. وأما قول عطاء فجلي أنّه لا مستند له، كما قال ابن العربي.

ويكون القطع في الرجل من مفصل الكعبين الذي في أصل الساق، قياساً على اليد لأنّ الكعبين هو أول مفصل يقع عليه اسم الرجل والقدم، ولما تعلّق بالقدم كما تعلّق باليد تعلّق بأول ما يقع عليه الاسم كاليد⁽²⁾.

وقد أجاب من قال بالقطع في الثالثة والرابعة بأنّ الحديث وإن كان فيه ضعف فقد عاضده عموم الآية، وروايات أخرى، وفعل أبي بكر رضي الله عنه.

وتقطع اليمنى للسالم سواء كان أعسر يعمل بكلتا يديه، أو أضبط يعمل بيساره كعمله بيمينه. فإن كان لا يعمل باليمين إلا نادراً، فتقطع يسراه.

فإن كانت يده اليمنى شلّاء أو قطعت بسماوي أو قصاص سابق؛ أو كان بها نقص أكثر الأصابع كثلاثة؛ فينتقل الحكم لقطع رجله اليسرى، وتكون ثانية المراتب، لا يده اليسرى، وهذا هو المذهب.

ودليل عدم قطع اليد الشلّاء⁽³⁾:

أ - القياس على القصاص؛ لأنه قطع واجب في طرف يراد به تفويت منفعته، فلا يؤخذ إذا لم يكن فيه منفعة كالقصاص.

ب - أنّ المقصد من قطع اليد إبانة منفعتها، والشلّاء معدومة المنفعة.

أمّا لو قطعت بسرقة سابقة فإنها تقطع رجله اليسرى.

ومثل الشلّاء سائر الأعضاء في الانتقال للعضو بعده.

ثمّ إن سرق سالم الأعضاء بعد الرابعة أو سرق الأشلّ مرة رابعة عزّز باجتهاد الحاكم، وحُبس إلى أن تظهر توبته، ولا يقتل على المشهور. والحديث الوارد في قتله في الخامسة غير صحيح، قال ابن عبد البر: لا أصل له. ويردّه من الأدلة ما يلي⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: 38]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل العقوبة على السرقة مختصة بقطع اليد، فلا ينتقل عنه إلّا بدليل.

(1) بدائع الصنائع 15/224، والدر المختار: 1/277، الإشراف: 2/952.

(2) المنتقى: 7/168، والمقدمات: 3/223. (3) المعونة: 3/1426.

(4) المعونة: 3/1426، والمنتقى: 7/167، والمقدمات: 3/223، والجامع لأحكام القرآن: 6/99، وإكمال الإكمال: 5/150.

ب - عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽¹⁾.

ج - القياس على السارق في الأولى والثانية؛ لأن السارق لا يجب قتله كسارق الأولى والثانية.

ولو صحّ الخبر لوجب أن يحمل على أنه خرج على وجه التعزير والتغليظ والزجر. وللإمام مالك قول بأن السارق في الخامسة يقتل، وهو رواية صاحبه أبي مصعب عنه، ودليله ليس هو الحديث وإنما المصلحة، قال ابن العربي: «قال مالك: يقتل إذا سرق الخامسة في رواية المدنيين. وفي ذلك حديث ضعيف لا تناط بمثله بإباحة المحظورات. وإنما عوّل مالك في هذه الرواية على المصلحة، وهي أحد أركان أصول الفقه على ما بيّناه، وذلك أننا نقول وهو يجمع المسألتين - أي: مسألة القطع في الثالثة والرابعة ومسألة القتل في الخامسة - في دليل واحد؛ أنّ المصلحة تقتضي إذا سرق أن تقطع يمينه التي بها تناول ما لا يحلّ له، تنقيصاً لبطشه الذي جعله الله له قوة على الطاعة فصرفه في المعصية؛ فإذا عاد إلى السرقة ثانية اقتضت المصلحة أن ينقص سعيه الذي به توصل إلى البطش ليستوفى منه حق العقوبة، ويبقى له في البطش جارحة؛ فإذا عاد الثالثة إلى السرقة تبيّناً أنّ بطشه فسد بتعدّيه، فإذا سرق الرابعة تبيّناً أنّ سعيه فسد بتعدّيه؛ فإذا سرق الخامسة تبيّناً أنّها نفس خبيثة لا تتعظ بنفسها، ولا ترتدع بأفات جوارحها، فلم يبق إلا إتلافها»⁽²⁾.

ونلاحظ للقارئ الكريم، وهو يقرأ ويقارن بين مختلف الأقوال المتقدمة، أنّ موضوع الخلاف هو في السارق الذي يسرق لغير الجوع كما ذكرنا في الشروط أنّه لا قطع عليه من أجل ذلك. بل الموضوع في الذي يسرق لأجل السرقة مرضاً بنفسه كما علل به القاضي ابن العربي، ورأى أنّ مداواتها لا تكون إلا بإتلاف جوارحها الأربع ثم بإطالة الحبس على القول المشهور في المذهب، أو قتلها على رواية المدنيين. وأمّا شيخ مشائخنا ابن عاشور فكأنه رأى أنّ القطع الأول لما لم يداو هذه النفس المريضة، فقد قطع منها الأمل في استصلاحها، واختار إطالة حبسها لإقصائها عن معاشرّة الناس، سدّاً لباب المعصية أمامها.

وأجرة الحبس ونفقته فيه عليه إن كان له مال، وإلا فمن بيت المال إن وجد، وإلا فعلى المسلمين.

(1) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة، باب ما يباح به دم المسلم.

(2) القبس: 1030/3.

ولو تعمّد الإمام أو مأموره قطع يسراه أولاً بدون عذر أجزاء على الراجح. والدليل⁽¹⁾: أنّ القطع بالسرقة الواحدة قطع واحد، فلو قلنا إنّ القطع يعاد لكان يوجد فيها قطعان وذلك غير جائز.

ويحسم العضو المقطوع فيكوى بالنار وهو أقرب إلى البرء وأبعد من التلف؛ لأنّه إن ترك تعدّى ضرره إلى أعلى العضو، وربما أتت على النفس، ووجه ذلك أن القصد ليس إلا إبانة العضو فقط، فوجب أن يقتصر على ذلك؛ لأنّه لا يجب عليه بالسرقة القتل وإنما يجب عليه القطع، فيجب أن يدفع عنه ما يفضي إلى الزيادة على القطع من الموت أو ذهاب سائر أعضائه⁽²⁾. ولا يقطع في شدة البرد، ويقطع في الزمن الذي لا يخاف فيه عليه⁽³⁾.

حدّ السرقة في الشرائع السابقة:

كان حدّ السرقة في شرع من قبلنا من الأمم، والدليل على ذلك: فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنّ قريشاً أهمّهم شأن المرأة التي سرقت في عهد النبي ﷺ في غزوة الفتح، فقالوا: من يكلم فيها رسول الله ﷺ، فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حبّ رسول الله ﷺ فأنتي بها رسول الله ﷺ فكلّمه فيها أسامة بن زيد؛ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ فقال: «أتشفع في حدّ من حدود الله» فقال له أسامة: استغفر لي يا رسول الله. فلمّا كان العشيّ قام رسول الله ﷺ فاخطب، فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال: «أما بعد، فإنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإني والذي نفسي بيده لو أنّ فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها». ثم أمر بتلك المرأة التي سرقت فقطعت يدها⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ بيّن سبب هلاك الأمم السابقة بعدم التسوية بين القوي والضعيف في إقامة الحد، وهذا يدلّ أنّ حدّ السرقة كان مشروعاً في الأمم السابقة. هذا قول ابن العربي⁽⁵⁾.

وعند القرطبي أنّ حكم السرقة كان في شريعة يعقوب ؑ أن يسترق السارق. ونقل عن الحسن البصري والسديّ أنّ حكم السارق كان عند أهل مصر أن يغرم ضعفي ما أخذ.

وقد جاء حدّ السارق ناسخاً لما في الشرائع السابقة⁽⁶⁾.

(1) الإشراف: 954/2.

(2) المعونة: 1426/3، والمنتقى: 168/7، والجامع لأحكام القرآن: 98/6.

(3) المنتقى: 167/7.

(4) أخرجه مسلم في الحدود، باب قطع السارق الشريف.

(5) أحكام القرآن: 618/2. (6) الجامع لأحكام القرآن: 164/9.

تفسير الحرز:

الحرز هو المكان الذي لو وضع فيه شيء ما قصداً لا يقال عرفاً إنّ صاحبه عرضة للضياع، فيقطع السارق المخرج له منه، سواء كان صاحبه وضع شيئه قصداً أم لا. وتقدم بيان الحرز بالنسبة للإنسان غير المميز. وهو في المال يختلف باختلاف ما يجعل فيه كما يأتي. والمدار على إخراج السارق النصاب، ولو لم يخرج السارق من الحرز، ولو بمثل هاتين الصورتين:

- بإخراجه في جوفه بابتلاعه إذا كان لا يفسد، كجوهر قدر نصاب ثم خرج به فيقطع. بخلاف لو ابتلع فيه نحو لحم وعنب يساوي نصاباً، فلا قطع، بل عليه الضمان. والفرق بين الأمرين أنّ في ابتلاع الطعام إتلافاً له، وليس في ابتلاع الجوهر والذهب والفضة إتلاف لها⁽¹⁾.

وكذا لا قطع عليه لو أتلّف شيئاً في الحرز بحرق أو كسر، بل عليه الضمان؛ لأنّه لا يكون سرقة، وإنما يصير الأخذ غصباً واعتداء⁽²⁾.

أما لو أخرجه سالماً وتلف بعد الخروج فيقطع.

- بأن كان السارق خارج الحرز وأشار إلى حيوان بعلف فخرج من حرز مثله فيقطع.

فعلة القطع انتهاك حرمة الحرز وإخراج المسروق⁽³⁾.

أمثلة على الحرز:

- كلّ محلّ اتخذ منزلاً وترك به متاع وذهب صاحبه لحاجة مثلاً. ومنه الخيمة المنصوبة في سفر أو حضر، كان فيه أهله أم لا. فإنه حرز لما فيه، وحرز لنفسه أيضاً. فإذا أخذ شيئاً منها أو أخذها وكان المأخوذ يساوي نصاباً فيقطع.

الحائوت. فإذا سرق منه نصاباً فيقطع؛ لأنه حرز لما فيه.

- صندوق الصيرفي فإنه حرز لما فيه ولنفسه، فمن أخرج منه نصاباً فإنه يقطع.

- محمّل الدابة، فإنه حرز لما فيه ولنفسه، كان على ظهر الدابة أم لا. لكن

التحقيق أنه إن لم يكن على ظهرها فينظر لما فيه، إن كان المحمّل حرزاً له - كفرشه - أو ليس حرزاً كدراهم.

- ظهر الدابة، فإنه حرز لما عليه من سرج وخرج ودراهم، كان رب الدابة حاضراً

عندها أو غائباً، إلا المختلس والمكابر كما تقدم. ويشترط أن تكون في حرز مثلها، كأن يكون معها حافظ.

(2) المعونة: 1432/3.

(1) المتقى: 182/7.

(3) الإشراف: 948/2.

- الجرين، وهو موضع جمع الحبّ. فهو حرز لما فيه من زرع وثمر، ولو بعد عن البلد، ولو لم يكن عليه باب ولا غلق ولا حائط. وسرقة الفول المغطى بحصير، ليلاً أو نهاراً، غاب عنه صاحبه أم لا، فيه القطع. والدليل⁽¹⁾: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي ﷺ قال: «لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن». وفي رواية: سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد؟ قال: «لا تقطع اليد في ثمر معلق. فإذا ضمّه الجرين قطعت في ثمن المجن. ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا أوى المراح قطعت في ثمن المجن»⁽²⁾. والجرين موضع تجفيف الثمر وهو له كالتبيدّر للحنطة. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ نفى القطع عن سارق ثمر النخل إذا كان في نخله، وأوجب القطع إذا سرقه بعد أن يحفظه مالكة في الجرين؛ لأنّه حفظه في حرز مثله.

- ساحة الدار فإنه إن سرق منه غير الساكن فيها - ولو ملك ذات الدار وكان لا يدخل إلا بإذن - فيقطع، كان المسروق شأنه الوضع في الساحة كالأثقال، أو لا كثوب. فإن كان ساكناً في الدار فيقطع إن سرق نحو الأثقال والدواب بنقله من محله نقلاً بيناً ولو لم يخرج. ولا يقطع في مثل ثوب.

فإن سرق من بيت في دار فيها بيوت أخرى يسكنها آخرون، فأخرج المسروق لساحة الدرا فيقطع إن كان ساكناً في إحدى البيوت غير البيت الذي سرق منه اتفاقاً، ويقطع أيضاً إن لم يكن ساكناً على الراجح؛ أي: ولو لم يخرج من ساحة الدار؛ ودليل القطع: أنّ حرز المسروق هو البيت الذي سرق منه والذي يغلق بابه عليه، دون ساحة الدار⁽³⁾.

ومن استعار من رجل بيتاً، فأحرز فيه لنفسه متاعاً وأغلق بابه، فنقب المالك وسرق المتاع فإنه يقطع، والدليل⁽⁴⁾:

أ - عموم الآية والأحاديث.

ب - القياس على السارق الأجنبي؛ لأنه سرق نصاباً، لا شبهة له فيه، من حرز مثله، فلزم القطع كأجنبي.

ج - أنّ كون الحرز ملكاً للسارق لا ينفي القطع عنه، كما لو آجر داراً ثم سرق من المستأجر شيئاً أحرزه فيها.

(1) المعونة: 1422/3.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق.

(3) المعونة: 1423/3.

(4) الإشراف: 950/2.

- القَبْر بالنسبة لكَفَن شرعي، فهو حرز له، كان القبر قريباً من البلد أم لا. والدليل⁽¹⁾:

أ - آية السرقة والأحاديث. ووجه الاستدلال أنّ عمومها يتناول النباش؛ لأنه سارق بليل بدليل أنّ ركن السرقة أخذ الشيء على طريق الاستخفاء، وهذا قد وجد فيه؛ فإنه تدرع الليل لباساً، واتقى الأعين، وتعمد وقتاً لا ناظر فيه ولا مارّ عليه.

ب - أنّ علّة القطع في السرقة هي الردع والزجر، وقد ثبت أنّ الأكفان تحتاج في حفظها إلى مثل ذلك من الردع والزجر، فوجب أن يقطع سارقها.

ج - قالت عائشة رضي الله عنها: سارق أمواتنا كسارق أحيائنا⁽²⁾.

د - قال عمر بن عبد العزيز: سواء من سرق أحياءنا وأمواتنا⁽³⁾.

هـ - أنّ حرز كلّ شيء على حسب العرف فيه، والحرز في إحراز الكفن أن يكون على الميت في القبر؛ لأنه لا يمكن ترك الميت عارياً، ولا يتفق فيه أكثر من دفنه، فصارت هذه الحاجة قاضية بأنّ ذلك حرزه، فمن أخذه من موضعه كان مخرجاً له من حرزه. وقد نبّه الله تعالى على ذلك بقوله: ﴿أَلَمْ يَجْعَلِ الْأَرْضَ كِهَاتَا ﴿٢٥﴾ أَحْيَاءً وَأَمْوَاتًا ﴿٢٦﴾﴾ [المرسلات: 25 - 26]، ليسكن فيها حياً ويدفن فيها ميتاً.

ويقال لمن قال بعدم قطع النباش: إنّ سقوط القطع لا يخلو أن يكون لعدم الملك، أو لعدم الحرز، أو لعدم الخصومة؟ ولا يجوز أن يكون لعدم الملك؛ لأن الملك ثابت على الكفن إمّا للميت أو لورثته. ولا يجوز أن يكون لعدم الحرز؛ لأن القبر حرز للكفن وتقدم الدليل على ذلك. ولا يجوز أن يكون لعدم الخصومة؛ لأنها واجبة للورثة أو الإمام. وإذا لم تبق جهة لسقوط القطع، فقد ثبت وجوبه⁽⁴⁾.

وليس القبر حرزاً للميت بغير كفن. وما زاد على الشرعي في الكفن لا يكون القبر حرزاً له، فمن سرق من كفن شخص ما زاد على الشرعي لا يقطع على المعتمد. ومثل القبر البحر لمن رمي به مكفناً فهو حرز للكفن. وأما الغريق فلا قطع لسارق ما عليه.

- السفينة. فيقطع من سرق من حُتّها نصاباً ولو لم يخرج منها، كان السارق من الركاب أم لا، سرق بحضرة ربه أم لا.

ومن سرق من غير الخن فإنه يقطع إن كان بحضرة ربه، أخرج المسروق من السفينة أم لا، كان أجنبياً أو من ركابها. وكذلك إن كان أجنبياً، وأخرجه من السفينة بغير حضرة ربه، فإنه يقطع.

(1) الإشراف: 2/ 949، وإحكام الفصول: 672، والمنتقى: 7/ 181، وأحكام القرآن: 2/ 611.

(2) أخرجه البيهقي في كتاب المعرفة (نصب الراية: 3/ 366).

(3) أخرجه عبد الرزاق في اللقطة، باب المختفي وهو النباش.

(4) المعونة: 3/ 1422.

ومن سرق من غير الخَرْقِ وكان من الركاب ومن غير حضرة ربه، وأخرجه أم لم يخرجها، فلا قطع. وكذلك إذا كان أجنبيًّا ولم يخرجها منها.

- المَسْجِد. فإنه حرز لنحو حُضْرِهِ وبسطه، حيث كانت تترك فيه. فإن كانت تفرش نهاراً فقط فتركت ليلة فسرق منها فلا قطع. ولا يشترط في قطع مَنْ سَرَقَ من المسجد أن يخرجها منه، بل ولو بإزالتها عن محلها إزالة بينة. وشمل بلاطه وقناديله وبابه وسقفه. ولا قطع على من سرق متاعاً نسيه ربّه بالمسجد. ومن سرق شيئاً من داخل الكعبة، فإن كان أذن له بالدخول لم يقطع، وإلا قطع إن أخرجه لمحلّ الطواف. ومما فيه القطع حليها وما علق على المقام.

- الخان. فإنه حرز للأثقال التي في ساحته؛ كالسلع، فيقطع ولو لم يخرجها، بل نقلها إن كانت تباع في الخان، وكان من السكان، وإلا فلا بد من الإخراج. وأمّا نحو الثوب في ساحة الخان لا يقطع مخرجها لأن الساحة حرزاً له كان السارق أجنبيًّا أو ساكناً. وإن سرق من بيت في الخان وأخرج ما فيه للحوش فيقطع، كان من السكان أم لا.

- قِطَار الإبل ونحوه. وهو المربوط من نحو إبل بعضه ببعض، فإذا حلّ حيواناً وبان به ففيه القطع. وكذلك غير المربوطة كالسائرة إلى المرعى ونحوه، وذلك كالإبل والغنم التي تسير مع بعضها من غير ربط، فمتى أبان شيئاً منها قطع حيث كانت قيمته نصاباً.

- المَطْمَر. وهو محل يجعل في الأرض يخزن فيه. فمن سرق منه ما العادة أن يخزن فيه كالطعام، فإنه يقطع حيث قُرِبَ من المساكن بحيث يكون تحت نظر ربه وإلا فلا.

ولعلّ الفرق بين المظمر والجرين حيث اشترط في المظمر القرب دون الجرين، أنّ الجرين مكشوف فهو أقوى في الحرزية ولو بعد. والفرق بين المظمر والقبر حيث جعل القبر حرزاً مطلقاً، أنّ القبر تأنف النفوس في الغالب عن سرقة ما فيه، بخلاف المظمر لأنه مأكول، وحينئذ فلا يكون في البعد حرز لعظم التفات النفوس إليه.

- مَوْفِق دابة للبيع. فإنه حرز لها يقطع من أبانها منه، سواء وقفت بالسوق أو غيره، كانت مربوطة أم لا، كان معها ربّتها أم لا. أو وقفت لغير البيع بزقاق اعتيدت فيه ليلاً أو نهاراً كانت مع صاحبها أم لا؛ أي: فصار الاعتقاد حرزاً لها. وأمّا أخذها من موقف غير معتاد فلا قطع فيه ما لم يكن معها حارس.

- المكان الذي حجر فيه أحد الزوجين عن الآخر. فإنه حرز لما فيه، إذا سرق أحد الزوجين منه نصاباً يقطع، لا إن سرق أحدهما متاع الآخر من مكان غير محجور عنه فلا يقطع؛ لأنه خائن لا سارق، وليس المنع بالكلام حجراً بل لا بدّ من علق.

- كلّ شيء بحضرة حافظه. بأن غافله السارق وسرق نصاباً، كان في فلاة أو غيرها، كان حافظه نائماً أم لا. وليس المراد أنه أخذه وهو ناظر له؛ لأنه يكون إما مختلساً أو غاصباً فلا يقطع. ويشترط في الحافظ التمييز، فلا يعدّ غير المميز ولا المجنون حافظاً. وأمّا النوم فغير مخلّ بالحفظ؛ لأن للنائم شعوراً يحمله على الانتباه. والدليل على أن الحافظ حرز لما يحفظه ولو كان نائماً⁽¹⁾: حديث صفوان المتقدم. وفيه أنّ السارق سرق له رداءه وهو نائم، فقطعه النبي ﷺ.

ويستثنى من القطع في الأخذ بحضرة الحافظ، المواشي إذا كانت في المرعى، فإنّه لا قطع على من سرق في حضرة حافظها. والدليل⁽²⁾: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي ﷺ قال: «لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن». وفي رواية: سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد؟ قال: «لا تقطع اليد في ثمر معلق. فإذا ضمّه الجرين قطعت في ثمن المجن. ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا أوى المراح قطعت في ثمن المجن»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ نفى القطع عن سرقة حريسة الجبل، وهي الماشية التي تحرس بالجبل؛ لأن الجبل ليس بحرز لها، ولو كان معها حافظ. ووجه عدم القطع فيها أنّ ذلك ليس بحرز لها وإنما هو موضع مشيها ورعيها، والموضع مشترك، وأنها تنتشر في رعيها ولا يمكن لحارسها أن يحميها، فكان فيها إمكان الأخذ منها على مرأى من الحارس، فصار الأخذ إما اختلاصاً أو اغتصاباً، لا سرقة. فإذا أواها المراح كانت حيثنذ في حرز مثلها، وكان سرقة، فيقطع سارقها.

- الحَمَام. فيقطع من أخرج منه نصاباً من ثياب الداخلين أو مما فيه، إن دخل من الباب واعترف بأنه دخل للسرقة، أو نقب وأخذ من النقب، لا بمجرد النقب، أو تسوّر من سطحه مثلاً وأخذ ما قيمته نصاباً، وليس في هذه الصور حارس. أو كان فيها حارس لم يأذن للأخذ في تقليب ثيابه، فإن أذن فأخذ ثياب غيره فلا قطع، ولو أقر بأنه دخل للسرقة لأنه خائن. ومثل الإذن العرف كما في مصر؛ فإن الناس يلبسون ثيابهم بدون إذن من الحارس، فجريان العرف بذلك منزل منزلة الإذن.

وحيث دخل الحمام من بابه ولبس ثياب غيره فاطلع عليه فقال: إن أخذي فيها لظني أنها ثيابي، فإنه يصدق؛ أي: ويصدق مدّعي الخطأ. ومحلّ تصديقه إن أشبهه ملبوسه، وإلا فلا يصدق ويترتب عليه الحكم؛ أي: فإن كان خائناً لا قطع، وإن خرج بها وكان سارقاً واستوفى شروط السرقة قطع.

(1) المتفق: 162/7.

(2) المعونة: 1422/3، والمتفق: 159/7.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق.

ما لا قطع فيه:

لا يقطع في الأمور التالية:

- إن أخذ دابة أوقفها ربهها بباب مسجد بدون حافظ، أو أوقفها بسوق لغير بيع بدون حافظ؛ لأنه غير معتاد. وكذا إن أخذ دابة بمرعى.
- إن أخذ ثوباً منشوراً على حائط الدار، بَعْضُهُ بالطريق وبعضه داخل الدار، فلا يقطع أخذه من خارج الدار تغليياً لما ليس في الحرز. فإن جذبته من داخلها فيقطع.
- إن أذن له في دخول الدار، كضيف دخل بإذن رب الدار، أو مرسل لحاجة إليها، فأخذ نصاباً فلا قطع؛ لأنه خائن لا سارق، ولو أخذ من بيت فيها محجور عليه.
- الأجير والخدام المؤتمن على الدخول إذا أخذ متاعاً من بيت من استأجره أو استخدمه؛ لأن أخذهما ليس على وجه السرقة، وإنما هو على وجه الخيانة، والخائن لا قطع عليه؛ لأن صاحب المتاع قد ائتمنهما على الوصول إلى ما سرقاه، فأشبهه المودع يجحد الوديعة ويخون؛ لأنّ القطع في السرقة من شروطها الحرز، ومن أبيح له الوصول إلى موضع فليس ذلك في حقّه حرزاً⁽¹⁾.
- المستعير إذا جحد العارية. فلا قطع عليه، والدليل⁽²⁾: القياس على المودع؛ لأنه مؤتمن فلم يجب عليه القطع بجحد ما أوتمن عليه كالمودع.
- إذا نَقَلَ النصاب ولم يُخْرِجْهُ عن حرزه. كمن دخل حرزاً وجمع متاعاً فأخذ قبل أن يخرج، فلا قطع عليه. والدليل⁽³⁾:
- أ - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا في السارق يوجد في البيت قد جمع المتاع ولم يخرج به أنه ليس عليه قطع»⁽⁴⁾.
- ب - القياس على من وضع بين يديه خمرأ لشربها فلم يفعل، فليس عليه الحدّ.
- أخذ ما على صَبِيٍّ غير مميز من حلي وثياب، أو ما معه في جيبه مثلاً إذا لم يكن معه حافظ، ولم يكن بدار أهله؛ لأن غير المميز ليس حرزاً لما عليه. ومثل الصبي المجنون والسكران بحلال. فإن كان مع الصبي حافظ وجب القطع. ووجه القطع مع وجود الحافظ أنّ حفظ الحافظ له حرز للحلي وما عليه⁽⁵⁾.
- وإن كابره وعانده الآخذ منه، فلا قطع عليه كان معه حافظ أو لا؛ لأنّ ذلك غضب وليس بسرقة⁽⁶⁾.

(1) المنتقى: 186/7.

(2) المنتقى: 186/7.

(3) المنتقى: 186/7.

(4) الموطأ: 841/2. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(5) المعونة: 1430/3.

(6) المعونة: 1430/3.

وأما السكران بحرام فهو منزل منزلة العاقل لتكليفه .

- الداخل في حرز إذا ناول النصاب منه لمن في الخارج، بأن مدّ الخارج يده لداخل الحرز وأخذ من يد الداخل فيه؛ فيقطع الخارج فقط، والدليل⁽¹⁾: أنّ القطع يجب بهتك حرمة الحرز وإخراج الشيء منه، وقد وجد ذلك من الثاني، فيجب أن يلزمه القطع؛ لأنّه هو الذي باشر إخراج المسروق من الحرز.

فلو مدّ الداخل يده بالشيء إلى خارج الحرز أو رماه، وتناوله غيره من خارج، فالقطع على الداخل فقط؛ لأنّه هو الذي باشر الإخراج، وليس للخارج صنع في إخراج من الحرز⁽²⁾.

وإن التّمّى الداخل في الحرز والخارج عنه بأيديهما في أثناء النقب، فأخرج الخارج الشيء بمناولة الداخل؛ أو ربّطه الداخل بحبل ونحوه فجذبّه الخارج عن الحرز قطعاً معاً في المسألتين، والتعليل أنّهما اشتركا في إخراج المسروق من حرزه⁽³⁾.
ومن جعل على ظهر غيره في الحرز شيئاً، فخرج به - ولولا الجاعل ما قدر على حمله - فيقطعان. فإن كان يقدر دونه قطع الخارج فقط.

- من سرق من بيوت من يأذنون بالدخول لجميع الناس إذناً عاماً؛ كبيت الحاكم والعالم والكريم الذي يدخله الناس بدون إذن، وأخرج المسروق من الباب، فلا قطع لأنه خائن. إلا إذا سرق الداخل مما حُجِر منه كحانوت داخل البيت العام فيقطع بإخراجه عن محل ذي الإذن العام، بأن يخرج من باب الدار فيقطع، فإن أخرجه للحوش فلا قطع.

- سرقة ثمر من نخل أو غيره معلق خلةً بأصله. والدليل⁽⁴⁾: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي ﷺ قال: «لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن». وفي رواية: سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد؟ قال: «لا تقطع اليد في ثمر معلق. فإذا ضمّه الجرين قطعت في ثمن المجن. ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا أوى المراح قطعت في ثمن المجن»⁽⁵⁾.
ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ نفى القطع عن سرقة الثمر المعلق على رؤوس الأشجار؛ لأن وضعه في رؤوس الشجر والنخل ليس من فعل مالكة، وإنّما هو من وضع الله تعالى، فإذا وضعه مالكة في الجرين ففيه القطع؛ لأنّه أحرزه في حرز مثله.
وهذا إن كان في بستان غير معلق، فإن كان في بستان معلق فقولان في عدم قطع

(1) الإشراف: 948/2، والمعونة: 1424/3. (2) المعونة: 1424/3.

(3) المعونة: 1424/3. (4) المعونة: 1422/3، والمتقى: 159/7.

(5) أخرجه مالك في الحدود، باب ما يجب فيه القطع؛ والنسائي في قطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق.

سارق الثمر وهو المنصوص وفي قطعه؛ أي: إنّ القول بعدم القطع منصوص في المذهب، والقول بالقطع غير منصوص بل هو مخرّج للإمام اللّخمي على السرقة من الشجرة التي في الدار الآتي ذكرها.

فإن لم يكن في بستان بل كان في دار، فيقطع سارق ثمره اتفاقاً؛ لأنه في حرزه وهي الدار.

وإن كان في بستان وكان الثمر معلقاً لا خلقته، وإنما قطع وعلّق على الشجر، فلا قطع، ولو كان البستان مغلقاً. ولو قطع الثمر وجعل في محل في البستان اعتيد وضعه فيه قبل نقله للجريين فسرق منه نصاب، فثالث الأقوال: يقطع إن جمع بعضه على بعض، لا إن كان مفزاً. وقيل: يقطع مطلقاً، وقيل لا يقطع مطلقاً. وهذا الاختلاف محله إذا لم يكن حارس، وإلا فلا خلاف في قطع سارقه.

ثبوت السرقة:

تُثبِتُ السرقة ويترتب عليها الحدّ بأحد أمرين:

1 - بشهادة عدلين.

2- أو بإقرار من السارق طوعاً بدون إكراه. ويتحقق الإكراه - مثل الزواج والطلاق - بخوف قتل أو ضرب مؤلم أو سجن أو صفع بالقفا ونحوه. فإن أكره على الإقرار، ولو بضرب أو سجن فلا قطع ولا يلزمه شيء، ولو أخرج الشيء المسروق لاحتمال وصوله إليه من غيره، فلا يقطع إلا إذا أقر بعد الإكراه آمناً. ومثل ذلك المتهم بالقتل، فلا يلزمه شيء بالإكراه على الاعتراف، ولو أخرج القاتل المتهم في قتله فلا يقتل إلا إذا أقر بعد الإكراه آمناً. والدليل على سقوط الحدّ بالإكراه على الإقرار، ولو كان بضرب أو سجن، أنّ الإكراه شبهة تدرأ الحدّ.

وهذا في غير ذي التهمة. وأمّا في ذي التهمة فيؤخذ بإقراره حالة الإكراه عند سحنون على المعتمد وبه القضاء، إن ثبت أنه متهم عند حاكم. ولكن المشهور قول ابن القاسم: لا يلزم المكروه شيء ولو متهماً، وهو الموافق لقواعد الشرع. وأمّا الإقدام على السرقة بالإكراه فلا يجوز ولو بالقتل على الراجح. وحكى ابن رشد الجدّ الإجماع عليه.

وإذا أقر طائعاً ثم رجع عن إقراره، قبل رجوعه فلا يقطع، وإن لزمه المال حيث عيّنه وعيّن صاحبه، نحو سرقت دابة زيد، بخلاف: سرقت أو سرقت دابة، فلا قطع ولا غرم حيث رجع.

ودليل على قبول رجوعه عن الإقرار وسقوط الحدّ بذلك⁽¹⁾:

أ - عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله ﷺ: «ما إخالك سرقت» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع وجيء به، فقال: «استغفر الله وتب إليه» فقال: أستغفر الله وأتوب إليه، فقال: «اللهم تب عليه» ثلاثاً⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أن قول النبي ﷺ: «ما إخالك سرقت» تلقين للرجل الرجوع عن إقراره، إذ لا فائدة في هذا إلا أنه إذا قال لم أسرق قبل منه.

ب - أن ذلك مروى عن أبي بكر وعمر وأبي مسعود الأنصاري وأبي هريرة رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم، فعن عطاء أنه قال: كان من مضى يؤتى أحدهم بالسارق فيقول: أسرقت؟ قل: لا، أسرقت؟ قل: لا. علمي أنه سمى أبا بكر وعمر⁽²⁾. وعن عكرمة قال: أتى عمر بن الخطاب برجل، فسأله: أسرقت؟ قل: لا. فقال: لا. فتركه ولم يقطعه⁽³⁾. وعن أبي مسعود الأنصاري أنه أتى بامرأة سرقت جملأ، فقال: أسرقت؟ قولني: لا⁽⁴⁾. وعن أبي المتوكل أن أبا هريرة أتى بسارق وهو يومئذ أمير، فقال: أسرقت، أسرقت؟ قل: لا، قل: لا، مرتين أو ثلاثاً⁽⁵⁾.

ج - أن القطع حقّ لله تعالى يلزم بالثبوت على الإقرار به، فإن رجع عنه سقط. ويقبل منه الرجوع ولو كان رجوعه بلا شبهة كقوله: كذبت في إقراري، فأولى لشبهة كقوله: أخذت مالي المرهون خفية وسميته سرقة. ويستثنى من قبول رجوعه إقراره في المال الذي أقرّ بسرقة، فلا يقبل رجوعه بل يغرم، والدليل: ⁽⁶⁾ أن غرم المال حقّ لأدمي يكفي لثبوت إقراره به، ولا يسقطه رجوعه عن إقراره.

ومثل السارق في قبول رجوعه عن الإقرار في الحدّ ولو إلى غير شبهة: الزاني إذا أقر بأنه زنا؛ وشارب الخمر إذا أقر بأنه شرب خمرأ؛ والمحارب إذا أقر بأنه قاطع الطريق؛ ثم رجعوا عن إقرارهم فيقبل منهم الرجوع.

ما لا يثبت به إقامة الحدّ:

لا يثبت حدّ السرقة بأحد الأمور التالية:

- (1) أخرجه أبو داود في الحدود، باب التلقين في الحدود؛ والنسائي في قطع السارق، باب تلقين السارق؛ وابن ماجه في الحدود، باب تلقين السارق.
- (2) أخرجه عبد الرزاق في اللقطة، باب ستر المسلم.
- (3) أخرجه عبد الرزاق في اللقطة، باب ستر المسلم.
- (4) أخرجه عبد الرزاق في اللقطة، باب ستر المسلم.
- (5) أخرجه ابن أبي شيبة في الحدود، باب في الرجل يؤتى به فيقال: أسرقت؟ قل: لا.
- (6) المعونة: 1428/3.

- 1 - بشهادة رجل واحد، وحلّف المدعي مع الرجل.
 - 2 - بشهادة امرأتين، وحلّف المدعي مع المرأتين.
 - 3 - بشهادة رجل وامرأتين، ولا يحتاج ليمين المدعي.
- فعلى المشهود عليه الغرمُ للمسروق بلا قطع في الفروع الثلاثة؛ لأن القطع لا يثبت إلاّ بشهادة عدلين من الذكور.
- 4 - إذا ردّ المتهمّ اليمين، حيث حقق المدعي الدعوى فلما ردها على المدعي فحلّفها الطالب، فالغرم على المدعي عليه بدون قطع، فلو لم يحقق الطالب الدعوى بل اتهم المدعي عليه، فبمجرد نكوله يغرم بدون حلف الطالب، ولا قطع أيضاً.
- وإذا لم يثبت على المدعى عليه الحدّ بهذه الأمور، فإنّه يجب عليه الغرمُ للمسروق كما سيأتي بيانه.

هل يفترق إقامة الحدّ إلى مطالبة المسروق منه بذلك :

لا يفترق إقامة الحدّ في السرقة إلى مطالبة المسروق منه به، والدليل⁽¹⁾ :

أ - ظاهر الآية والأحاديث، فلم تشترط ذلك.

ب - أنّ الحدّ حقّ الله تعالى، فوجب أن يقام على من ثبت عليه بإقراره أو بالبيّنة، من غير انتظار حضور المسروق منه؛ قياساً على حدّ الزنا، فإنّه يقام عليه وإن لم يحضر المغتصبة المزني بها ولم تطلب به.

إقامة الحد في الغزو:

يقام الحدّ في الغزو، ولا يكون المكان والزمان مسقطاً للحدّ. وأمّا ما رواه بسر بن أرطاة أنّ النبي ﷺ قال: «لا تقطع الأيدي في الغزو»⁽²⁾. فقد اختلف في صحبة بسر بن أرطاة، وقد كانت له أخبار سوء مع علي رضي الله عنه وأصحابه، وهو الذي ذبح طفلين لعبيد الله بن عباس عامل علي بن أبي طالب على اليمن، ففقدت أمهما عقلها فهامت على وجهها. وقال يحيى بن معين فيه: هو رجل سوء⁽³⁾.

غرم المسروق:

يجب أن يغرم المسروق لصاحبه، كما يلي:

1 - إذا كان المسروق قائماً، فالواجب أن يرده بعينه. وليس للسارق أن يتمسك

(1) الإشراف: 951/2.

(2) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو؛ وأبو داود في الحدود، باب في الرجل يسرق في الغزو؛ والنسائي في قطع السارق، باب القطع في السفر.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 98/6.

به ويدفع له غيره، والدليل⁽¹⁾:

أ - الإجماع.

ب - أنّ القطع ليس ببدل من العين المسروقة، ولا بعوض منها، وإنّما هو لانتهاك حرمة الحرز. قال الشيخ ابن عاشور: فحكمة مشروعية القطع الجزاء على السرقة جزاء يقصد منه الردع وعدم العود؛ أي: جزاء ليس بانتقام، ولكنه استصلاح، وضمّ من حسب القطع تعويضاً عن المسروق⁽²⁾.

وقد ذكروا أن أبا العلاء المَعْرِيّ، لما قدم بغداد، اشتهر عنه أنه أورد إشكالاً على الفقهاء في جعلهم نصاب السرقة ربع دينار، مع أنّ ديته أكثر من ذلك، ونظم في ذلك شعراً دل على جهله، فقال:

يَدُّ بِخَمْسِ مِثْنِ عَسْجَدًا وَدَيْتِ مَا بِهَا قُطِعَتْ فِي رُبْعِ دِينَارِ

تَنَاقَضَ مَا لَنَا إِلَّا السَّكُوتُ لَهُ وَأَنْ نَعُوذَ بِمَوْلَانَا مِنَ النَّارِ

ولما قال ذلك واشتهر عنه تطلّبه الفقهاء فهرب منهم. وقد أجابه الناس في ذلك، فكان جواب القاضي عبد الوهاب المالكي رحمته الله، أنه قال: «لما كانت أمينة كانت ثمينة، فلما خانت هانت».

ونسب إليه أيضاً أو لعلم الدين السّخاوي:

عَزَّ الْأَمَانَةُ أَغْلَاهَا؛ وَأَرْخَصَهَا دُلَّ الْخِيَانَةَ فَافْهَمَ حِكْمَةَ الْبَارِي

ومنهم من قال: هذا من تمام الحكمة والمصلحة وأسرار الشريعة العظيمة، فإنه في باب الجنایات ناسب أن تعظم قيمة اليد بخمسمائة دينار لثلاثي يَجْنِي عَلَيْهَا، وفي باب السرقة ناسب أن يكون القدر الذي تقطع فيه ربع دينار لثلاثي يتسارع الناس في سرقة الأموال، فهذا هو عين الحكمة عند ذوي الألباب⁽³⁾.

2 - إذا فات، فإنه يردّ قيمة المقوم ومثل المثلي.

ويقع الغرم في هاتين الحالتين:

* إن لم يُقَطَّعَ لِمَانِعٍ، كسقوط العضو بعد السرقة بقصاص، أو جنایة جنی عليه بها عمداً أو خطأ؛ أو لعدم كمال نصاب في الشهود بأن كانا غير عدلين من الذكور، أو لعدم النصاب في المسروق بأن كان دون النصاب؛ سواء أعسر أو أيسر، بقي المسروق أو تلف. ويحاصص ربه غرماء السارق إن كان عليه دين ولم يف ما عنده بالديون.

(1) المعونة: 1428/3، والمقدمات: 224/3.

(2) التحرير والتنوير: 193/6.

(3) تفسير القرآن العظيم: 79/2، والذخيرة: 185/12، والتحرير والتنوير: 193/6.

* إن قُطع لأجل السرقة المستكملة للشروط، والموضوع أنّ عين المسروق ذهبت، واستمر يساره إلى وقت القطع من يوم الأخذ؛ لأن اليسار المتصل كالمال القائم بعينه؛ لأنه وإن أتلفها فقد وقى بها ماله.

والدليل على وجوب الغرم⁽¹⁾: الأدلة المتضافرة على أنّ من أخذ مال غيره بغير رضاه، يجب إرجاعه إن كان قائماً، أو ضمانه إن تلف.

ولا يخير المسروق منه بين إقامة الحدّ وغرم المال، والدليل: أنّ القطع في السرقة حقّ الله تعالى، فلم يجوز أن يخير المكلف فيه، قياساً على الحد والمهر في المغتصبة⁽²⁾.

ولا يعتبر إقامة الحدّ على السارق وغرمه المسروق مع الإيسار جمعاً لعقوبتين على السارق، والدليل⁽³⁾:

أ - أنّ القطع والغرم حكمان مختلفان لاختلاف أسبابهما؛ لأنّ الموجب للقطع حقّ الله تعالى في هتك حرمة الحرز، والموجب للغرم إتلاف مال آدمي، اجتمعا على محلّ واحد، وإذا كانا كذلك لم يتنافيا؛ فإذا لم يتنافيا جاز أن يجتمعا كالصيد المملوك، فيه الجزاء والقيمة.

ب - القياس على المغتصبة؛ لأن الغرم في السرقة استيفاء حقّ آدمي فلم يسقط حدّ الله تعالى، كالمهر في المغتصبة.

فإن لم يستمر يساره بأن أعسر، لم يجتمع عليه عقوبتان وهما القطع واتباع ذمته، فالإعسار هو علّة سقوط الغرم عنه⁽⁴⁾، بل يجب القطع فقط.

والدليل على عدم الغرم في الذمة مع الإعسار⁽⁵⁾:

أ - عن المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغرّم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد»⁽⁶⁾. والحديث محمول على المعسر.

ب - أنّ إتلاف المال لا يجب به عقوبتان، والاتباع بالغرم في الذمة عقوبة، والقطع عقوبة، فلمّا عوقبت اليد بالقطع لم يجب عليه عقوبة أخرى. وتحرير ذلك أنّ القطع عقوبة في البدن، والغرم على الموسر عقوبة في المال، فصارا حقّين في محلّين مختلفين، فهذا مع الإيسار. وإذا كان معسراً وأثبت عليه الغرم في ذمته مع القطع في البدن، كانا حقّين في محلّ واحد، فلم يجوز.

(1) الإشراف: 951/2، والمعونة: 1428/3.

(2) أحكام القرآن: 613/2. (3) الإشراف: 951/2.

(4) المقدمات: 234/3. (5) المعونة: 1428/3، والمقدمات: 224/3.

(6) أخرجه النسائي في قطع السارق، باب تعليق يد السارق في عنقه.

وهذا التعليل غير مطرد، إذ يقتضي القياس أن يلحق المعسر بالموسر في ضمان إتلاف مال الغير، ولذلك قال ابن رشد الحفيد: وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس⁽¹⁾.

وقد انتقد ابن العربي أدلة هذه المسألة، فعلق العمل بالحديث على ثبوته، والحديث منقطع إذ لم يسمع المسور من عبد الرحمن بن عوف. وأما عدم الجمع بين القطع والغرم عند الإعسار فليس مطرداً في المذهب، وينقضه أنّ الدية في قتل الخطأ على العاقلة والكفارة في ماله أو ذمته عند الإعسار، وكذلك الحدّ والمهر في المغتصبة، والجزاء في الصيد المملوك⁽²⁾.

ولو أعسر في أي وقت بين الأخذ والقطع سقط الغرم ولو أيسر بعد وقت القطع؛ لأنّ العسر قد أسقطه عنه، إذ لا يصحّ أن تتبع ذمته بالسرقة فيكون ذلك عقوبة أخرى، وإذا سقطت عن ذمته لم يصحّ أن تعود عليه⁽³⁾.
والحاصل أنّ المسروق إن كان موجوداً بعينه وجب رده لربه إجماعاً بلا تفصيل؛ وإن تلف فإن أيسر فكذلك ويرد مثل المثلى وقيمة المقوم، وإن أعسر ولو في بعض المدة فكذلك إن لم يقطع وإلا فلا غرم.

تكرار السارق سرقة المسروق الذي قطع فيه:

إذا كرر السارق سرقة المسروق الذي قطع فيه، فإنه يقطع ثانية فيه، كان في ملك الأول أو ملك غيره، والدليل⁽⁴⁾:

أ - عموم القرآن في وجوب الحدّ في كل سرقة.

ب - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا سرق السارق فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله فإن عاد فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ علق استحقاق القطع بالعود، ولم يفرق بين أن يتكرر على مال واحد أو على أموال مختلفة.

ج - القياس على الزنا؛ لأنّه حدّ لزم بارتكاب كبيرة في عين يمكن تكرار تلك الكبيرة فيها، فوجب تكرار الحدّ بتكرّرها، أصله الزنا.

السرقة مراراً قبل القطع:

من سرق مراراً من شخص واحد أو من جماعة، قبل أن يقام عليه الحدّ، فإنّه إن

(2) أحكام القرآن: 613/2.

(1) بداية المجتهد: 486/2.

(3) المقدمات: 234/3.

(4) الإشراف: 949/2، والمعونة: 1428/3، وأحكام القرآن: 613/2.

(5) أخرجه الدارقطني في الحدود.

استعدي عليه يقطع يده اليمنى فقط، ويجزئ ذلك عن كلّ سرقاته للواحد أو للجماعة⁽¹⁾.

اشترك جماعة في السرقة:

إذا اشترك جماعة في السرقة وتعاونوا على إخراج النصاب، وكان لا يمكنهم إخراجهم إلا بتعاونهم في ذلك، كعدل أو صندوق، فإنهم يقطعون جميعاً، ولو لم يكن في نصيب كلّ منهم نصاب. والدليل⁽²⁾:

أ - ما يدلّ عليه ظاهر الآية والأحاديث من وجوب القطع كان السارق واحداً أو جماعة.

ب - أنّ مقصد حفظ المال يقتضي القطع في مقدار النصاب المسروق؛ لأنّ القطع إنّما وجب لصيانة الأموال لئلا تهتك ويجترأ عليها.

ج - القياس على قتل الجماعة بالواحد، وعلى قطع أيدي المشتركين في قطع يد شخص؛ لأنّهم اشتركوا فيما لو انفرد كل واحد منهم به لوجب الحدّ، فكان اشترائهم بمنزلة انفرادهم أصله اشترائهم في القتل؛ لأنّه إذا قتل الجماعة بقتل الواحد صيانة للدماء، لئلا يتعاون على سفكها ويضيع القصاص بين المتعاونين عليه، فكذلك في الأموال فتقطع أيدي المتعاونين عليها حتى لا يضيع الحدّ بينهم.

قال القاضي ابن رشد الحدّ في عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة ومناقشته لهم: «وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا تقطع الجماعة بالسرقة وإن تعاونوا عليها، حتى يكون في حظ كلّ واحد منهما ما يجب فيه القطع، كلّ على مذهبه في النصاب، وتقتل الجماعة بالواحد، فناقضوا والمناقضة للشافعي ألزم؛ لأنه يقول إنّ الجماعة تقتل بالواحد وإنّ الأيدي تقطع باليد؛ وأمّا أبو حنيفة فإنّما يقول إنّ الجماعة تقتل بالواحد وإنّ الأيدي لا تقطع باليد؛ لأنّ النفس لا تتبعض واليد تتبعض فإنّما قطع كلّ واحد منهم بعضها، وكذلك النصاب يتبعض عنده فإنّما سرق كلّ واحد منهم بعضه. ونقض الشافعي في هذه المسألة أيضاً أصله في قوله: إنّ عشرين رجلاً إذا ملكوا عشرين مثقالاً وكانوا شركاء فيها إنّ الزكاة واجبة عليهم لاشترائهم في النصاب، وهذا بينّ التناقض، ومن أصل أصلاً فاسداً يبنى عليه انهدم بنيانه. ولا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين أنّه يقطع، كما لم يختلفوا أنّ العبد يقتل بالبعد وإنّ يده تقطع بيده وإن كان العبد المقتول أو المقطوع يده لجماعة. واتفاقهم على هذا يقتضي صحة مذهب مالك في أنّ الجماعة تقطع إذا تعاونت في سرقة النصاب؛ لأنّ

(1) المنتقى: 168.

(2) الإشراف: 947/2، والمعونة: 1418/3، وأحكام القرآن: 611/2، والمقدمات: 219/3.

القطع إنّما وجب لحرمة النصاب المسروق على الوجه الموصوف، كما وجب القصاص من النفس أو اليد لحرمتها، فوجب أن يتساوى ذلك كلّه في الواحد من الواحد، والجماعة من الجماعة، والواحد من الجماعة، والجماعة من الواحد. فرحم الله مالك بن أنس فإنّه كان أمير المؤمنين في الرأي والآثار، وأعرف الناس بالقياس، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء⁽¹⁾.

وأما إذا كان المسروق مما يمكن للواحد إخراجه بمفرده واشتركوا في إخراجه، فاختلف فقهاء المذهب فيه على قولين: أحدهما لا قطع فيه، والثاني فيه القطع⁽²⁾. فإن لم يتعاونوا على إخراجه، بل أخرجه واحد منهم فالقطع على من أخرجه، دون الآخرين، والدليل على عدم قطعهم: أنّ عموم الآية لا يشملهم لأنّ اسم السارق لا يطلق عليهم⁽³⁾.

وإن انفرد كلّ واحد بإخراج شيء أخذه لم يقطع واحد منهم إلا أن يكون قيمة ما أخرجه نصاباً، ولا يضمّ إلى ما أخرجه غيره، والدليل: القياس على السارق المنفرد، بعلّة عدم بلوغ النصاب؛ أي: لأنّ كلّ واحد منهم لم تبلغ سرقة نصاباً، فلم يلزمه القطع كما لو انفرد⁽⁴⁾.

سقوط الحدّ:

يسقط الحدّ؛ أي: القطع بما يلي:

- إن سَقَطَ العَضُو الذي يجب قطعه بعد السرقة، سواء كان سقوطه بعد السرقة بسماوي أو بقصاص أو بجناية أجنبي عليه عمداً أو خطأ. ولا يلزم الأجنبي الذي قطع عضو السارق بعد السرقة إلا الأدب حيث تعمد فلا يقتص منه. وإنّما عليه الأدب لافتياته على الإمام. وأما الخطأ فلا شيء عليه فيه؛ لأنها لما خانت - أي: اليد - هانت.

فإن سقط العضو الذي يجب قطعه بشيء ممّا ذكر قبل السرقة فلا يسقط القطع، بل ينتقل للعضو الموالي، بل في الحقيقة لا انتقال إذ الباقي هو المطلوب قطعه.

- يسقط بنحو شفاعاة أو هبة الشيء للسارق، بشرط أن لا يبلغ الإمام؛ لأنه تجوز الشفاعاة للسارق قبل بلوغ الإمام، والدليل⁽⁵⁾:

أ - عن صفوان بن عبد الله بن صفوان أن صفوان بن أمية قيل له: إنه من لم

(1) المقدمات: 219/3.

(2) الإشراف: 947/2، وأحكام القرآن: 610/2.

(3) الإشراف: 948/2. (4) الإشراف: 947/2.

(5) المتتقى: 165/7، وبداية المجتهد: 487/2، وإكمال الإكمال: 154/5.

يهاجر هلك، فقدم صفوان بن أمية المدينة، فنام في المسجد وتوسد رداءه، فجاء سارق فأخذ رداءه، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده. فقال له صفوان: إني لم أرد هذا يا رسول الله، هو عليه صدقة. فقال رسول الله ﷺ: «فها قبل أن تأتيني به»⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ صفوان بن أمية على شفاعته ونزوله عن حقّه، وتبته إلى أنّ ذلك مقبول وجائز ما لم يصل الأمر إليه ﷺ.

ب - عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب»⁽²⁾.

ج - عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنّ الزبير بن العوام لقي رجلاً قد أخذ سارقاً وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان، فشفع له الزبير ليرسله، فقال: لا حتى أبلغ به السلطان. فقال الزبير: إذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع⁽³⁾.

د - ما جاء من أدلة طلب الستر على العاصي.

ويشترط لسقوط الحد قبل بلوغ الأمر للإمام إذا لم يعرف السارق بالفساد، وإلا فلا تجوز الشفاعة فيه. قال الإمام مالك: وذلك فيمن لم يعرف بشرّاً ولا إذاية، وأما من عرف منه ذلك فلا أحبّ أن يشفع فيه⁽⁴⁾.

وأما بعد بلوغ الأمر للإمام فلا يجوز الشفاعة في الحد، والدليل⁽⁵⁾:

أ - قول النبي ﷺ لأسامة بن زيد في قصة المرأة المخزومية: «أشفع في حدّ من حدود الله».

ب - قوله ﷺ في حديث صفوان: «هلا كان قبل أن تأتيني به».

ج - الإجماع.

د - قول الزبير ﷺ: إذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع.

هـ - أن القطع في السرقة حقّ الله تعالى، فلم يجز الشفاعة فيه.

قال الإمام الأبي: وكان شيخنا أبو عبد الله بن عرفة يقول: إنّ الشفاعة بعد

(1) أخرجه مالك في الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ الإمام؛ وأبو داود في الحدود، باب من سرق من حرز؛ والنسائي في قطع السارق، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون؛ وابن ماجه في الحدود، باب من سرق من الحرز.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان؛ والنسائي في قطع السارق، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان.

(4) إكمال الإكمال: 145/5.

(5) أحكام القرآن: 613/2، وبداية المجتهد: 487/2، وإكمال الإكمال: 154/5.

بلوغها - أي: الحدود - الإمام جرحه، إذا كانت ممن لا يظنّ به جهل ذلك⁽¹⁾.
ولا يسقط الحد بتوبة؛ أي: ندم وعزم على عدم العود. وتقدم الاستدلال على ذلك في باب الخمر.
ولا يسقط بعدالة؛ أي: بصيرورة السارق عدلاً. والعدالة أخص من التوبة؛ لأنه يلزم من ثبوت العدالة ثبوت التوبة، ولا عكس.
هذا ولو طال زمن التوبة والعدالة بعد السرقة.

تداخل الحدود:

تتداخل الحدود في البعض، بحيث إذا أقيم واحد سقط الآخر، ولو لم يقصد بالإقامة إلا الأول، أو لم يثبت الثاني إلا بعد الفراغ من الأول أو قال الحاكم: هو لهذا دون هذا. ولا تتداخل في البعض الآخر.
ويشترط للتداخل اتحاد الحدود قدرأ، وذلك كما يلي:
- حد شرب وقذف؛ فيتداخلان لأن كلاً منهما ثمانون جلدة. وعلل القاضي عبد الوهاب التداخل بين الشرب والقذف بعلة أخرى، وهي أنّ القذف فرع عن الشرب؛ لأن الشرب يؤدّي إلى القذف، وأنّ حدّ الشرب مأخوذ بالقياس على القذف، وهو إجماع الصحابة⁽²⁾.
- ما لو جنى شخص على آخر فقطع يمينه ثم سرق الجاني أو عكسه فيكفي القطع لأحدهما.

ولا بدّ من النية أما ضرب ثمانين بدون نية حدّ فلا يصح صرفه لحدّ بعد مضي الضرب؛ لأن شرط النية مقارنتها للمنوي، ولو كان موجب الحدّ الذي يصرف له ثابتاً من قبل.
وأما لو اختلف قدرهما كحدّ زناً بكر وشرب خمر، فلا يغني أحدهما عن الآخر.

ما يندرج في القتل:

وتندرج الحدود في القتل كردة وقصاص وحرابة.
وكذلك يندرج حدّ السرقة في القتل، فمن سرق وقتل فإنه يقتل، إلا أن يعفو عنه ولي الدم فيقطع؛ لأنّ الغرض الذي يطلب بالقطع داخل في القتل، وهو إتلاف منفعة العضو، فوجب دخوله فيه⁽³⁾.

(1) إكمال الإكمال: 154/5.

(2) الإشراف: 953/2، والمعونة: 1398/3.

(3) الإشراف: 953/2.

ويندرج حدّ الزنا للبكر - وهو الجلد - في حدّ الزنا للثيب - وهو الرجم؛ فمن زنى وهو بكر فلم يحدّ حتى أحصن وزنى فإنه يرجم ولا يجلد⁽¹⁾.

وأما حدّ القذف إذا اجتمع مع حدّ القتل فلا يندرج في القتل ولا بد منه، ثم يقتل؛ لأنّ الغرض من الحدّين مختلف، ووجه عدم إجزاء القتل من حدّ القذف أنّ الغرض من حدّ القذف دفع المعرّة عن المقدوف، ولا يكون ذلك إلا بحدّ قاذفه⁽²⁾.

ويتداخل حدّ القذف وحدّ الخمر؛ لأنّ سببهما واحد إذ حدّ الخمر مستخرج من حدّ القذف، وجنسهما واحد وهو الجلد، وعددهما متساويان؛ أي: اشتركا في الجنس والعدد. وأما حدّ الزنا وحدّ القذف فلا يتداخلان، لاختلاف عددهما، وإن اتفقا في الجنس⁽³⁾.

واختار ابن العربي أنّ حدّ القتل لا يسقط حدّ السرقة وصحّحه القرطبي؛ لأنّهما حقان لمستحقّين، حقّ الله في القطع وحقّ الآدمي في القصاص، فوجب أن يوفى لكل واحد منهما حقّه⁽⁴⁾.



(2) المعونة: 1399/3.

(1) الإشراف: 953/2.

(3) المتقى: 146/3، 148/4.

(4) أحكام ابن العربي: 618/2، والجامع لأحكام القرآن: 99/6.

حدّ الحرابة

تعرف الحرابة من تعريف المحارب المشتق من الحرابة؛ لأنه إذا كان المحارب قاطع الطريق إلى آخر التعريف كانت الحرابة قطع الطريق... إلخ.

تعريف المحارب:

المُحَارِبُ قاطعُ الطريق لمنع سلوك، أو أخذ مالٍ محترم على وجه يتعذر معه الغوث، أو مُذهِبُ عقلٍ لذلك، أو مُخَادِعٌ مُمَيِّزٌ لأخذ ما معه؛ ودَاخِلٌ رُقَاقٍ أو دارٍ ليلًا أو نهاراً لأخذ مالٍ بقتال.

حكم الحرابة:

الحرابة من أكبر الكبائر، وقد ذكرها الله تعالى في كتابه بصيغة الفعل للذين يفعلونها، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾﴾ [المائدة: 33]، فقوله: ﴿يُحَارِبُونَ﴾ أي: يكونون محاربين. وحقيقة الحرب القتال، وتكون بالسلاح.

كما وصفها الله تعالى بالفساد في الأرض، في قوله: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾؛ أي: يكتسبون الفساد ويجتونه ويجترحونه. والفساد: إتلاف الأنفس والأموال وإخافة الناس وإرهابهم وأخذ ممتلكاتهم. فكانت هذه الجملة بياناً لقصد المحاربين من حربهم؛ فيكون المراد من المحاربة القتال عدواناً لقصد المغنم.

ومعنى محاربة الله تعالى محاربة شرعه وقصد الاعتداء على أحكامه، ولما قد علم أنّ الله جلّ شأنه لا يحاربه أحد، فذكره في المحاربة جاء لتشنيع أمرها بأنها محاربة لمن يغضب الله تعالى لمحاربه، وهو الرسول ﷺ. والمراد بمحاربة الرسول ﷺ الاعتداء على حكمه وسلطانه. ولما كانت هذه الآية لها علاقة بما فعله جماعة من «عكل» و«عربنة» الذين اعتدوا على نعم رسول الله ﷺ وقتلوا راعيه، وكانت هذه الأموال لرسول الله ﷺ بصفته إماماً لجماعة المسلمين، تعين تأويل ﴿يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ بالمحاربة لجماعة المسلمين وإخافة السبيل وقتل الأنفس والاعتداء على الأموال؛ لأنّ هذه الآية شرعها الله تعالى حكماً للمحاربة التي تقع في زمن رسول الله ﷺ وبعد زمنه. فنزل الله تعالى محاربة جماعة المسلمين بالسعي في الأرض فساداً في الشناعة منزلة محاربة الله ورسوله.

ولمّا أنّ جزاء الكفار الذين يحاربون الرسول والمسلمين لأجل العناد في الدين والبغض للإسلام قد تقرّر في آيات أخرى، وهي آيات الجهاد؛ وأنّ حكم الردّة قد تقرّر أيضاً وهو غير هذا الحكم، وأنّ الفئة من عرينة وعكل كانوا قد جاؤوا إلى رسول الله ﷺ مسلمين؛ تعيّن حمل هذه الآية على من يأت هذه الجريمة من المسلمين، فلهذا المعنى عدّي فعل ﴿يُحَارِبُونَ﴾ إلى ﴿اللَّهُ وَرَسُولُهُ﴾ ليظهر أنّهم لم يقصدوا حرب جهة معيّنة من الناس ولا حرب صفّ⁽¹⁾. ويؤيد أيضاً كون الآية في المؤمنين قوله تعالى في الآية التالية لآية الحراية: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: 34]، والكافر يقبل إسلامه قبل القدرة عليه وبعد القدرة عليه⁽²⁾.

شروط وجوب حدّ الحراية:

من خلال التعريف تؤخذ الأفعال التي يتحقق بها الحراية، ويترتب عليها إقامة الحدّ على المحارب، وهي:

1 - قطع الطريق بإخافة الناس منها، لمنع مرورهم فيها، ولو لم يقصد أخذ مال المارين، بل بقصد مجرد منع الانتفاع بالمرور فيها، كانت الطريق في فلاة أو عمران كما يأتي في الأزقة. ولا يشترط قطعها على الناس عموماً، بل يكفي لو قصد أناساً مخصوصين.

ويكون محارباً ولو لم يحصل منه قطع.

بخلاف قطعها لطلب إمارة أو عداوة بينه وبين جماعة.

2 - أخذ مال مُحترَم من مسلم أو ذمّي أو معاهد، ولو لم يبلغ نصاباً. وأخذ البضع أخرى من المال كما قال ابن العربي⁽³⁾ والقرطبي، فمن خرج لإخافة السبيل قصداً لهتك الأعراض فهو محارب.

ويشترط في أخذ المال أن يكون على وجه يتعدّر معه الإغاثة والإعانة والتخليص منه، فشمّل جباية الظلمة الذين يسلبون أموال الناس ويمنعونهم أرزاقهم ويغيرون على بلادهم، ولا يفيد فيهم الاستغاثة بعلماء وغيرهم.

3 - إذهاب عقل الغير، بإسقاطه السيكران والبنج والذاتورة؛ لأجل أخذ ماله⁽⁴⁾.

4 - مُخادعة مُميّز لأخذ ما معه. فإنه محارب، حيث كان يتعدّر الإغاثة، وسواء كان المميّز صغيراً أو بالغاً، خدعه وأدخله موضعاً وأخذ ماله ولو لم يقتله. وأمّا أخذ الصبي الغير المميّز أو أخذ ما عليه فهو سرقة.

(1) المقدمات: 227/3، والتحرير والتنوير: 182/6، والجامع لأحكام القرآن: 83/6.

(2) إكمال الإكمال: 94/6. (3) أحكام القرآن: 597/2.

(4) الإشراف: 853/2.

5 - دخول زُقاق أو دار ليلاً أو نهاراً لأخذ مال بقتال، على وجه يتعذر معه الإغاثة والإعانة، فقاتل المحارب حتى أخذه.

والدليل على أن أخذ المال بقتال في المدن والعمران على الوجه المذكور يعتبر حراية⁽¹⁾:

أ - آية الحراية. ووجه الاستدلال أنها عامّة في كل محارب في العمران أو الصحاري، لا يخرج منها قوم بدون دليل.

ب - أن الغرض من فعله في العمران والمدن قد حصل، وهو الإخافة والقتل وقطع الطريق على أخذ المال، فاستحقّ بذلك اسم المحارب وحكمه، كما لو كان في الصحاري.

ج - القياس على سائر الحدود؛ لأن ارتكاب موجبات الحدود في الصحراء والمدن حكمها في الشرع واحد، كالزنا والقتل وشرب الخمر.

قال الشيخ ابن عاشور: وقد كانت نزلت بتونس قضية لصّ اسمه «وناس» أخاف أهل تونس بحيله في السرقة، وكان يحمل السلاح، فحكم عليه بحكم المحارب في مدّة الأمير محمد الصادق باي، وقتل شنقاً بباب سويقة⁽²⁾.

أما لو أخذه قبل العلم به، ثم بعد العلم به قاتل لينجو بعد أخذه، فإذا قدر عليه فليس محارباً، بل سارقاً إن اطلع عليه خارج الحرز فيجري عليه حكم السرقة، أما في الحرز فليس سارقاً بل هو مختلس.

ولا يشترط تعدد المحارب بل يعد محارباً ولو انفرد ببلد.

ويشمل حدّ الحراية كلّ من كان محارباً ولو بالإعانة، كأن يكون بعضهم قاطعاً للطريق أو أخذاً للمال، ويكون البعض الآخر رداءً لهم وأعاناً فيما يحتاجونه، ولو لم يباشروا معهم أخذ المال أو قطع الطريق أو القتل.

والدليل على ذلك⁽³⁾:

أ - آية الحراية. ووجه الاستدلال أنها عامّة في كلّ من كان محارباً بكل فعل يساعد على الحراية.

ب - أن جميعهم يكونون شركاء في الغنيمة، فوجب أن يشتركوا في حكمها.

(1) الإشراف: 853/2، والمنتقى: 169/7، والتحرير والتنوير: 162/6، والجامع لأحكام القرآن: 84/6.

(2) التحرير والتنوير: 182/6.

(3) الإشراف: 852/2، والجامع لأحكام القرآن: 87/6.

حكم مقاتلة المحارب قبل القدرة عليه :

يُقَاتَلُ المحارب جوازاً. ومحلّ الجواز إذا لم يكن المدافع دافعاً عن نفسه أو أهله القتل أو الجرح أو الفاحشة، وإلا كانت مقاتلة المحارب واجبة. والدليل على جواز أو وجوب قتال المحارب⁽¹⁾ :

أ - عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد»⁽²⁾. وفي رواية عن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ المقاتل دون ماله وعرضه ونحو ذلك اعتبر شهيداً إذا قتل، فلولا أنّ قتاله كان بحقّ لما كان شهيداً.

ب - عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: «فلا تعطه مالك» قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «قاتله» قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «فأنت شهيد»، قال: أرأيت إن قتلتني؟ قال: «هو في النار»⁽⁴⁾.

ج - عن عبد الله بن عبيد بن عمير أنّ رجلاً كان من العرب نزل عليه نفر، فذبح لهم شاة، وله ابتتان فقال لإحدهما: اذهبي فاحتطيبي. قال: فذهبت، فلما تباعدت تبعها أحدهم فراودها عن نفسها، فقالت: اتق الله، وناشدته فأبى عليها، فقالت: رويدك حتى أستصلح لك، فذهبت ونام، فجاءت بصخرة ففلقت رأسه فقتلته، فجاءت إلى أبيها فأخبرته الخبر، فقال: اسكتي لا تخبري أحداً، فهياً الطعام فوضعه بين يدي أصحابه، فقال لأصحابه: كلوا. فقالوا: حتى يجيء صاحبنا، فقال: كلوا فإنه سيأتيكم. فلما أكلوا حمد الله وأثنى عليه وقال: إنه كان من الأمر كيت وكيت. فقالوا: يا عدو الله قتلت صاحبنا، والله لنقتلنك به، فارتفعوا إلى عمر رضي الله عنه. فقال: ما كان اسم صاحبكم؟ فقالوا: غفل، قال: هو كاسمه وأبطل دمه. وفي رواية: أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل، فذهبت جارية لهم تحتطب فأرادها رجل منهم عن نفسها، فرمته بفهر فقتلته. فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه، قال: ذاك قتيل الله، والله لا يودي أبداً⁽⁵⁾.

قال الإمام مالك في أعراب قطعوا الطريق: جهادهم أحبّ إليّ من جهاد الروم،

(1) المعونة: 1368/3، والمنتقى: 170/7.

(2) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب من قاتل دون ماله؛ ومسلم في الإيمان.

(3) أخرجه الترمذي في الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون مال؛ وأبو داود في السنة، باب في قتال اللصوص؛ والنسائي في تحريم الدم، باب من قاتل دون دينه؛ وقال الترمذي: حسن صحيح.

(4) أخرجه مسلم في الإيمان، باب الدليل على أن من أخذ مال غيره.

(5) أخرجه البيهقي: 337/8.

وقد قال النبي ﷺ: «من قتل دون ماله فهو شهيد»، وإذا قتل دون ماله ومال المسلمين فهو أعظم لأجره⁽¹⁾.

ويندب أن يكون قتاله بعد المناشدة، بأن يقول المدافع له ثلاث مرات: ناشدتك الله إلا ما خليت سبيلي. ومحل ندب المناشدة إن أمكن ذلك بأن لم يعاجل المحارب بالقتال، وإلا فيعاجل المدافع بالقتال بالسيف ونحوه. وثمرة القتال قتل المحارب.

حدّ الحراية عند القدرة على المحارب:

والأصل في حدّ الحراية قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: 33].

وهذه الآية جاءت ناسخة لما فعله النبي ﷺ بالنفر من «عكل» و«عرينة»، فقد سمل أعينهم، وقطع أيديهم وأرجلهم، وتركهم في الحرّة يستطعمون فلا يطعمون، ويستسقون فلا يسقون، حتى ماتوا. فعن أنس رضي الله عنه قال: قدم رهط من عكل على النبي ﷺ كانوا في الصفة، فاجتروا المدينة، فقالوا: يا رسول الله أبغنا رسلاً، فقال: ما أجد لكم إلا أن تلحقوا ببابل رسول الله، فأتوها فشربوا من ألبانها وأبوالها حتى صحوا وسمنوا، وقتلوا الراعي واستاقوا الذود، فأتى النبي ﷺ الصريح، فبعث الطلب في آثارهم، فما ترجل النهار حتى أتى بهم؛ فأمر بمسامير فأحميت فكحلهم، وقطع أيديهم وأرجلهم، وما حسمهم، ثم ألقوا في الحرّة يستسقون فما سقوا حتى ماتوا. قال أبو قلابة: سرقوا وقتلوا وحاربوا الله ورسوله⁽²⁾.

وقال جماعة: كان ذلك سنة ست من الهجرة؛ أي: قبل نزول آية الحراية؛ وعلى هذا يكون نزولها نسخاً للحدّ الذي أقامه النبي ﷺ، سواء كان عن وحي أم عن اجتهاد منه؛ لأنه لما اجتهد ولم يغيره الله عليه قبل وقوع العمل به فقد تقرّر به شرع. وإنما أذن الله له بذلك العقاب الشديد لأنهم أرادوا أن يكونوا قدوة للمشركين في التحيل بإظهار الإسلام للتوصل إلى الكيد للمسلمين، ولأنهم جمعوا في فعلهم جنایات كثيرة. قال أبو قلابة في رواية: فما يستبطن من هؤلاء، قتلوا النفس، وحاربوا الله ورسوله، وخوفوا رسول الله ﷺ. ومعنى الحصر في ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ﴾... إلخ حصر إضافي، وهو

(1) المتقى: 170/7.

(2) أخرجه البخاري في الحدود، باب لم يسق المرتدون والمحربون؛ ومسلم في القسامة والمحاربين، باب حكم المحاربين والمتردين.

حصر قلب لإبطال - أي: نسخ - العقاب الذي أمر به رسول الله ﷺ على العرنيين؛ فالمقصود منه أن لا ينقص عن ذلك الجزاء وهو أحد الأمور الأربعة. وقد يكون الحصر لردّ اعتقاد من يستعظم هذا الجزاء ويميل إلى التخفيف منه. وكذلك يكون معنى القصر ولو لم يكن للآية سبب نزلت عليه.

والآية تقتضي وجوب عقاب المحاربين بما ذكر فيها؛ لأنّ الحصر يفيد تأكيد النسبة⁽¹⁾.

وينقسم حدّ الحراية إلى قسمين:

الأول: إذا قتل المحارب غيره.

يتعيّن على الحاكم قتلُ المحارب إن قُتِلَ. ودليل تعيّن القتل إذا قتل: أنّ المحارب اجترح في مدة حرايته جريمة ثابتة توجب الأخذ بأشدّ العقوبة وهي القتل، فيجب قتله دون تخيير⁽²⁾.

وسواء كان المقتول مكافئاً للمحارب بأن كانا مسلمين، أو كان غير مكافئ ككافر قتله مسلم.

والدليل على عدم مراعاة تكافؤ الدماء⁽³⁾:

أ - آية الحراية. ووجه الاستدلال أنّها عامة.

ب - أنّ الحدّ للحراية لأنه حق الله تعالى، لا للقصاص لحقّ الأدمي المجني عليه، فلم يعتبر فيه تكافؤ الدماء. فالقتل هنا ليس على مجرد القتل، وإنما هو على القتال والسعي في الأرض بالفساد من التخويف وسلب الأموال.

كما يتعيّن قتل المحارب إن قتل ولو أعان على قتل المقتول بجاهه، كأن ينحاز شخص للمحارب ويبادر من نفسه بقتل واحد من الناس؛ فيقتلان معاً.

ويقتل المحارب إذا قتل حدّ الحراية بلا صلب أو مع صلب. ولا يجوز قطعه ولا نفيه. وسيأتي الدليل على ذلك.

وليس لوليّ الدم عفو عنه قبل مجيئه تائباً، والدليل⁽⁴⁾:

أ - آية الحراية. ووجه الاستدلال أنّ الخطاب في الآية للأئمة لا لأولياء الدم.

ب - القياس على حدّي السرقة والزنا؛ لأنّ حدّ الحراية حقّ الله تعالى فلم يجز فيه عفو كحدّي السرقة والزنا.

(1) التحرير والتنوير: 180/6، والمقدمات: 228/3.

(2) التحرير والتنوير: 185/6.

(3) الإشراف: 853/2، والمعونة: 1367/3، والمتقى: 174/7، والجامع لأحكام القرآن: 87/6.

(4) الإشراف: 853/2.

فإن جاء تائباً فللولي العفو؛ لأن قتله حينئذ قصاص لا يسقط بمجيئه، بل بعفو الولي عنه.

ومحلّ قتل المحارب القاتل - كما تقدم - أن لا تكون المصلحة في إبقائه، بأن يخشى بقتله فساد أعظم من قبيلته المتفرقين مثلاً، بل يطلق ارتكاباً لأخف الضررين كما أفتى به الشيباني وأبو مهدي وابن ناجي. والدليل على جواز تأجيل القصاص خشية الفتنة الأشدّ والفساد الأعظم: فعل علي عليه السلام بقتله عثمان رضي الله عنه. قال القاضي ابن العربي: «فلما بويح له طلب أهل الشام في شرط البيعة التمكين من قتلة عثمان وأخذ القود منهم، فقال لهم علي عليه السلام: ادخلوا في البيعة، واطلبوا الحق تصلوا إليه. فقالوا: لا تستحق بيعة وقتلة عثمان معك نراهم صباحاً ومساءً. فكان علي في ذلك أسدّ رأياً وأصوب قولاً؛ لأنّ علياً لو تعاطى القود منهم لتعصبت لهم قبائل، وصارت حرباً ثالثة، فانتظر بهم أن يستوثق الأمر وتنعقد البيعة، ويقع الطلب من الأولياء في مجلس الحكم، فيجري القضاء بالحق. ولا خلاف بين الأمة أنه يجوز للإمام تأخير القصاص إذا أدى ذلك إلى إثارة الفتنة أو تشتيت الكلمة. وكذلك جرى لطلحة والزبير، فإنهما ما خلعا علياً من ولاية ولا اعتراضاً عليه في ديانة، وإنما رأيا أن البداءة بقتل أصحاب عثمان أولى. فبقي هو على رأيه لم يزعه عمّا رأى - وهو كان الصواب - كلاهما، ولا أن يؤثّر فيهما قولهما»⁽¹⁾.

الثاني: أن لا يقتل المحارب أحداً.

إن لم يقتل المحارب أحداً. وقدر عليه فيخير الإمام في أمور أربعة واجبة عليه لا يخرج عنها، ولكن يندب له العمل بالمصلحة واللائق بذلك المحارب، فإن ظهر له ما هو المصلحة وخالف وفعل غير ما ظهر له أصلحيته أجزأ مع الكراهة. ودليل التخيير⁽²⁾:

أ - آية الحراية. ووجه الاستدلال أنّ «أو» تفيد التخيير، وذلك يدلّ على سقوط الترتيب.

ب - عن أبي الزناد أن عاملاً لعمر بن عبد العزيز أخذ ناساً في حراية ولم يقتلوا أحداً، فأراد أن يقطع أيديهم أو يقتل، فكتب إلى عمر بن عبد العزيز في ذلك، فكتب إليه عمر بن عبد العزيز: لو أخذت بأيسر ذلك⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ ردّ عمر بن عبد العزيز كان على وجه الحضّ والندب، لا

(1) أحكام ابن العربي: 4/1718.

(2) الإشراف: 2/851، والمعونة: 3/1366، والمنقّى: 7/169، و7/171، والتحرير والتنوير: 6/185.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب جامع القطع.

على سبيل الإنكار، وهذا يدلّ على أنّ عامله لو نفذ القطع أو القتل في الذين لم يقتلوا أحداً ما كان عليه من دمّ، وهو الخليفة الصالح الفقيه الذي كان يقف عند حدود الله تعالى.

قال الإمام مالك: هو تخيير متعلّق باجتهاد الإمام ومصروف إلى نظره ومشورة الفقهاء بما يره أتمّ للمصلحة وأذّب عن الفساد⁽¹⁾.
والأمور الأربعة هي:

1 - أن يقتل بدون صلب. والدليل: قوله تعالى: ﴿أَنْ يُقَتَّلُوا﴾. والتشديد في التاء يفيد المبالغة. والقصد من المبالغة الأمر بإيقاع القتل بدون لين ولا رفق، تشديداً على المحاربين⁽²⁾.

2 - أن يصلب ويقتل. والدليل: ﴿أَوْ يُصَلَّبُوا﴾ أي: ثمّ يقتلوا؛ لأن الصلب صفة للقتل؛ فالتخيير في الآية بين القتل بدون صلب، والقتل بالصلب فيسيل دمه وهو مربوط في الخشبة⁽³⁾. والقول في تشديد اللام كالقول في تشديد التاء في ﴿يُقَتَّلُوا﴾.

والصلب يكون بأن يصلبه على نحو جذع غير منكس، ثمّ يقتله وهو مصلوب. فالصلب من صفات القتل. والدليل على ذلك وأنه لا يقتل على الأرض ثمّ يصلب⁽⁴⁾: أنّ المقصد من صلب المحارب حيّاً ثمّ قتله وهو مصلوب المبالغة في ردع غيره وزجره عن هذا الفعل، وأمّا الصلب بعد القتل فلا فائدة فيه.

ثم إذا خيف تغييره بعد القتل والصلب أنزل وجوباً، ويدفع لوليه لوجوب الصلاة عليه ودفنه. ولا يترك على الخشبة مدّة طويلة؛ لأنه يكفي في تحقيق المقصد الشرعي من الزجر وتشنيع أمره، قتله بعد الصلب لتشنيع صفة قتله خاصّة؛ لأن الصلب ليس لمجرد بقائه مصلوباً⁽⁵⁾.

ويندب أن يصلّي عليه غير الفضلاء والعلماء والصالحين. ومثله كلّ من قتل في حدّ من حدود الله تعالى للردع والزجر. ودليل الصلاة عليه والدفن⁽⁶⁾: أنّه ميت من أهل الإسلام قتل في عقوبة فثبت له حكم الصلاة عليه والدفن، قياساً على سائر من قتل في حدّ.

3 - أن يقطع يمين المحارب من الكوع ورجله اليسرى من مفصل الكعب. والدليل: ﴿أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفِهِمْ﴾ فقوله: ﴿مِنْ خَلْفِهِمْ﴾ حال من ﴿أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ﴾، فهي قيد في القطع، أنّ يكون قطع الأيدي والأرجل في حال

(2) التحرير والتنوير: 182/6.

(1) المتقى: 171/7.

(4) الإشراف: 852/2، والمتقى: 172/7.

(3) المتقى: 172/7، والمقدمات: 233/3.

(6) المتقى: 172/7.

(5) المتقى: 172/7.

التخالف؛ أي: يكون العضو المقطوع من اليدين مخالف للعضو المقطوع من الأرجل. وعلم من هذا أن يقطع من المحارب إلا يد واحدة ورجل واحدة، ولا يقطع يده أو رجلاه، وهذا التركيب في الآية من بديع الإيجاز. وحكمة الخلاف في القطع تيسير ورحمة بالمحارب رغم إجرامه؛ لأنه يكون في وضع أمكن لحركة بقية الجسد بعد البرء، وذلك بأن يتوكأ باليد الباقية على عود بجهة الرجل المقطوعة⁽¹⁾.

ووجه تخصيص اليد والرجل بالقطع أن قطع اليد لأجل أخذ المال؛ لأنها هي العضو الذي به الأخذ؛ وقطع الرجل لأجل الإخافة؛ لأنها هي العضو الذي به المشي وراء الناس والتعرض لهم⁽²⁾.

وهذا هو الحد الثالث. ولا يراعى في القطع نصاب السرقة، بل يقطعه وإن أخذ أقل منه، والدليل⁽³⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفِهِ﴾. ووجه الاستدلال أن الآية لم تفرق بين القليل والكثير. كما فرق الشارع في السرقة فأوجب القطع في قدر معين فأكثر، ولم يوجبه في أقل منه. وعدم تحديد المقدار في الحراية يقتضي إقامة الحدّ على المحاربة في الحبة.

ب - أن السرقة صفتها أن يؤخذ الشيء على وجه الإخفاء، وهذا لا يوجد في المحارب، فلم يعتبر فيه النصاب.

وقال بعض الفقهاء بعدم القطع إلا في أخذ قدر ما تقطع فيه يد السارق. وردّ عليهم بأنّه لا يمكن قياس الحراية على السرقة؛ لأنّه قياس أصل على أصل وهو مختلف فيه؛ ولأنّه قياس الأعلى على الأدنى، وذلك عكس القياس. قال ابن العربي: كنت في أيام حكمي بين الناس إذا جاءني أحد بسارق، وقد دخل الدار بسكين يحبسه على قلب صاحب الدار وهو نائم، وأصحابه يأخذون مال الرجل، حكمت فيهم بحكم المحاربين؛ فافهموا هذا من أصل الدين، وارتفعوا إلى يفاع - أعلى - العلم عن حضيض الجاهلين⁽⁴⁾.

ويقطعهما ولاء ولو خيف عليه الموت. فإن كان مقطوع اليد اليمنى أو أشلها قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى، وإن كان مقطوع الرجل اليسرى فيده اليسرى ورجله اليمنى، وهذا حتى يكون القطع من خلاف لمطابقة الآية. فإن لم يكن له إلا يد أو رجل قطعت، فإن كان له يدان فقط أو رجلان فقط قطعت اليد اليمنى فقط أو الرجل اليسرى فقط؛ أي: ولا يجمع بين قطع اليدين ولا الرجلين؛ لأنه ليس بحدّ شرعي.

(1) التحرير والتنوير: 183/6، والمقدمات: 233/3.

(2) التحرير والتنوير: 184/6. (3) الإشراف: 852/2، والمنتقى: 173/7.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 86/6.

4 - نفي الذكر كما ينفي في الزنا، إلى مثل فذك وخيبر من المدينة المنورة. والدليل⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾. ووجه الاستدلال أنّ معنى النفي الإخراج من الموضع المتوطن وإبعاده منه ومنعه من الإقامة فيه. وأنّ التعريف في الأرض للعهد؛ أي: الأرض التي كانوا فيها. ولا يعرف في كلام العرب معنى للنفي غير هذا.

ويحبس فيها للأبعد من السنة وظهور التوبة؛ أي: إن ظهرت توبته قبل السنة كمل حبسه السنة، وإن مضت السنة ولم تظهر توبته بقي حتى تظهر توبته أو يموت. ودليل وجوب حبسه في مكان النفي⁽²⁾: أنّه إذا خلّي ولم يحبس لم يؤمن عوده إلى وطنه، وحمل له على التزيّد في العيب والفساد، فتزول فائدة العقوبة بالنفي، فوجب أن يحبس بحيث يتحقّق أنّه لا يعود إلى وطنه ولا أن يعبث في الأرض التي نفي إليها.

قال الشيخ ابن عاشور: «وقال أبو حنيفة وبعض العلماء: النفي السجن. وحملهم على هذا التأويل البعيد التفادي من دفع أضرار المحارب عن قوم كان فيهم تسليط ضره على قوم آخرين. وهو نظر يحمل على التأويل، ولكن قد بين العلماء أنّ النفي يحصل به دفع الضر؛ لأن العرب كانوا إذا أخرج أحد من وطنه ذلّ وخضدت شوكته؛ وذلك حال غير مختصّ بالعرب، فإنّ للمرء في بلده وقومه من الإقدام ما ليس له في غير بلده، على أنّ من العلماء من قال: ينفون إلى بلد بعيد منحاز على جهة، بحيث يكون فيه كالمحصور. قال أبو الزناد: كان النفي قديماً إلى «دهلك» وإلى «باضع» وهما جزيرتان في بحر اليمن»⁽³⁾.

وقول الإمام مالك بالجمع بين النفي والسجن ببلد النفي قد أخذ فيه بنصّ الآية وبمقصدها وهو التضييق على المحارب ومحاصرته وخضد شوكته، حتى تظهر توبته. وظهور التوبة لا بدّ أن يكون ظهوراً بيّناً لا مجرد كثرة صومه وصلاته؛ لأنه كالمكره بالسجن فيظهر النسك ليخلص نفسه⁽⁴⁾.

ويضرب قبل النفي اجتهاداً بحسب ما يراه الحاكم. والضرب لم يؤخذ صريحاً من القرآن؛ لأنّ ظاهره النفي فقط.

وهذه الحدود الأربع يخير فيها الإمام، وليس الكلام لمن قطعت يده من الذين جني عليهم مثلاً؛ لأنّ ما يفعله الإمام بالمحارب ليس لخصوص هذا الشخص المصاب بل لأجل الحراية. قال ابن رشد الجدي: «وليس معنى قول مالك ومن قال بقوله في تخيير الإمام في عقوبة المحارب إنّه يفعل فيه بالهوى، ولكن معناه أنّه يتخير من

(1) الإشراف: 851/2، والمتقى: 173/7.

(2) الإشراف: 851/2، والمقدمات: 234/3.

(3) التحرير والتنوير: 184/6.

(4) إكمال الإكمال: 97/6.

العقوبات التي جعلها الله جزاءه ما يرى أنّه أقرب إلى الله وأولى بالصواب بالاجتهاد، فكم من محارب لم يقتل هو أضمرّ على المسلمين ممّن قتل، في تدبيره وتأليهه على قطع طريق المسلمين. فإن كان المحارب ممّن له الرأي والتدبير، فوجه الاجتهاد فيه قتله وصلبه؛ لأن القطع لا يرفع ضرره عن المسلمين»⁽¹⁾.

والدليل على أنّ الحاكم له أن يقتل المحارب ولو لم يقتل أحداً⁽²⁾:

أ - آية الحراية. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى لم يشترط فيها أن يكون المحاربون قد قتلوا.

ب - عن ابن الزبير أنّ رسول الله ﷺ قال: «من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر»⁽³⁾.

ج - عن عائشة قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه»⁽⁴⁾.

والتخيير بين الأربع في حق المحارب الذكر. أما المرأة فلا تصلب ولا تنفى، إنما حدّها القتل أو القطع من خلاف. ووجه عدم صلبها ما في ذلك من الفضيحة. ووجه عدم نفيها ما في ذلك من مفسد ذكرت في باب الزنا في تغريب الزاني. وأما الصبي فحكمه أنّه يعاقب ولا يفعل معه شيء من هذه الحدود، ولو حارب بالسيف والسكين.

الأموال التي بأيدي المحاربين:

تدفع الأموال التي بأيدي المحاربين لمُدّعِيها بأحد أمرين:

الأول: يمين من المدعي لذلك الشيء، إذا وصفها كاللقطة، ويتدبرص قبل دفعها له لعل أن يأتي غيره بأثبت مما وصف. ولا يؤخذ منه حميل. نعم إن جاء غيره بأثبت منه نزع الإمام له.

الثاني: أو بيينة رجلين من رفقة المأخوذ منه، وأولى غيرهم، ما لم يكن أباه أو ابنه. ومثل الرجلين الرجل والمرأتان، أو أحدهما يمين.

والمحاربون حملاء، فمن قدر عليه أخذ منه جميع ما سلبه هو وأصحابه، ولو لم يأخذ منه شيئاً - كالبغاة والعُصّاب واللصوص - متى ظفر بواحد منهم فإنّه يغرم عن الجميع.

(1) المقدمات: 230/3.

(2) الإشراف: 851/2، والمعونة: 1366/3، والمنتقى: 171/7.

(3) أخرجه النسائي في تحريم الدم، باب فيمن شهر سيفه ثم وضعه.

(4) أخرجه الإمام احمد في مسنده.

وَيُتَّبَعُ الْمُحَارِبُ كَالسَّرَاقِ إِذَا لَمْ يَحْدَ أَوْ أَيْسَرَ مِنَ الْأَخْذِ إِلَى إِقَامَةِ الْحَدِّ. وَلَا يُعْطَى الْحَاكِمُ الْمُحَارِبِ أَمَانًا إِنْ سَأَلَهُ الْأَمَانَ. بِخِلَافِ الْمُشْرِكِ يَقْرَعُ عَلَى حَالِهِ إِذَا أَمَّنَ وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمْوَالُ الْمُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الْمُحَارِبِ. وَوَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّ الْمُشْرِكَ إِنَّمَا يُؤْتَمَنُ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ الْجِزْيَةَ وَيَدْخُلَ فِي الذِّمَّةِ، وَأَمَّا تَأْمِينُ الْمُحَارِبِ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى تَعْطِيلِ إِقَامَةِ الْحُدُودِ، وَذَلِكَ مَا لَا يَصِحُّ⁽¹⁾.

فَإِنْ أَمْتَنَعَ الْمُحَارِبُ بِنَحْوِ حَصْنٍ حَتَّى أَمَّنَ فَهَلْ لَا يَتَمُّ لَهُ الْأَمَانُ؟ خِلَافٌ. فَقِيلَ يَتَمُّ لَهُ أَمَانُهُ وَالِدَلِيلُ: الْقِيَاسُ عَلَى الْكَافِرِ؛ لِأَنَّهُ مَمْتَنَعٌ فَإِذَا عَوَّهْدَ لَزِمَ الْأَمَانَ كَالْكَافِرِ.

وَقِيلَ لَا يَتَمُّ لَهُ الْأَمَانُ، وَالِدَلِيلُ: لِأَنَّ حَدَّ الْحِرَابَةِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَزَالُ إِلَّا بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ أَنْ يَقْدَرَ عَلَيْهِ⁽²⁾.

ثبوت حدّ الحِرابَةِ:

يُثْبِتُ حَدَّ الْحِرَابَةِ الْمُتَقَدِّمُ مِنْ قَتْلِ وَنَحْوِهِ بِشَهَادَةِ عَدَلَيْنِ أَنَّ هَذَا الشَّخْصَ هُوَ الْمَشْهُورُ بِالْحِرَابَةِ بَيْنَ النَّاسِ، وَإِنْ لَمْ يَعْيَانَاهُ حَالَةَ الْحِرَابَةِ.

سقوط حدّ الحِرابَةِ:

يَسْقُطُ حَدُّ الْحِرَابَةِ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ:

الأول: بِإِتْيَانِ الْمُحَارِبِ الْإِمَامَ أَوْ نَائِبِهِ طَائِعًا مُلْقِيًا سِلَاحَهُ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَظْهَرِ تَوْبَتُهُ. فَلَا يَسْقُطُ حُكْمُهَا بِتَوْبَتِهِ بَعْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، كَمَا لَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ بِإِتْيَانِهِ طَائِعًا مُطْلَقًا. وَلَا يَكْفِي وَعْدُهُ بِالْإِتْيَانِ وَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ حَدُّهُ بِهِ.

الثاني: أَوْ بِتَرْكِ الْمُحَارِبِ مَا هُوَ عَلَيْهِ مِنَ الْحِرَابَةِ، وَلَوْ لَمْ يَأْتِ الْإِمَامَ طَائِعًا.

والدليل على سقوط حدّ الحِرابَةِ بِتَوْبَةِ الْمُحَارِبِ وَإِقْلَاعِهِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ⁽³⁾: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّهُ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣٤﴾﴾ [المائدة: 34]. وَوَجْهُ الْاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ تَعَالَى اسْتَشْنَى مِنْ عَمُومٍ مِنْ يَشْمَلُهُمْ جِزَاءُ الْحِرَابَةِ التَّائِبِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، فَيَدُلُّ الْاسْتِثْنَاءَ عَلَى سَقُوطِ حَدِّ الْحِرَابَةِ عَنْهُ. وَمَعْنَى ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ تَقْدُرُوا﴾ أَي: قَبْلَ أَنْ يَتَحَقَّقَ الْمُحَارِبُ أَنَّهُ مَأْخُوذٌ أَوْ قَبْلَ أَنْ يَضَيِّقَ عَلَيْهِ الْحِصَارُ، أَوْ يَطَّارِدَ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ وَيَضَيِّقَ عَلَيْهِ؛ فَإِنَّ تَابَ قَبْلَ ذَلِكَ كُلِّهِ سَقَطَ عَنْهُ مَا شَرَعَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَهُ مِنَ الْعُقُوبَةِ؛ لِأَنَّ تَوْبَتَهُ قَدْ دَلَّتْ عَلَى انْتِقَالِ حَالِهِ مِنْ فِسَادٍ إِلَى صَلَاحٍ فَلَمْ تَبْقَ حِكْمَةُ فِي عِقُوبَتِهِ.

(1) المقدمات: 236/3.

(2) المتقى: 170/7.

(3) المقدمات: 234/3، والمعونة: 1366/3، والجامع لأحكام القرآن: 89/6، والتحرير

والتنوير: 186/6.

ووجه كون الإتيان للإمام يسقط الحدّ، أنّ الإتيان إليه على وجه الاستسلام والانقياد للحقّ هو نفس التوبة؛ لأنّ المراد من الآية إعلان التوبة واعتقادها بالقلب، فلا طريق إلى معرفتها، وإذا أتى المحارب السلطان على هذا الوجه فقد أعلن التوبة قبل أن يقدر عليه، وليس إتيانه قدرة للسلطان عليه يثبت عليه الحدّ بذلك⁽¹⁾.

ومحلّ السقوط إذا لم يقتل أحداً، وإلاّ وجب قتله قصاصاً وإن جاء تائباً، إن لم يعف وليّ الدم كما تقدم. والدليل⁽²⁾: أنّ حقوق الأدميين لا تسقط بالتوبة.

وأما حدود الزنا والقذف والشرب والقتل والسرقة فلا تسقط. والفرق بين سقوط حدّ الحراية بما ذكر وإن لم يتب، وبين عدم سقوط حدّ السرقة بتوبة السارق وعدالته، أنّ السرقة أخذ المال خفية والتوبة أمر خفي، فلا يزال حدّ شيء خفي بأمر خفي، والحراية ظاهرة للناس، فإذا كفت أذاه لم يبق مصلحة في قتله؛ لأنّ الأحكام تتبع المصالح.

وكذلك لا يسقط عنه ما أخذه من أموال الناس، فعليه غرمها مطلقاً أيسر أو أعسر، بقي ما أخذه أم لا. والدليل على عدم سقوط ما ذكر: أنّ الآية نصّت على سقوط حدّ الحراية، وسكنت عن ما عداها، فعلم أنّ ما أتلفه المحارب بحرايته لا تؤثر التوبة في ما اعتلق به من حقوق الناس من مال أو دم؛ لأنّ ذلك معلوم بأدلة أخرى⁽³⁾.

المرتدون المحاربون إذا رجعوا للإسلام:

إذا اجتمع مرتدون ونصبوا راية الحراية، وقاتلوا وقتلوا، وأتلفوا أموالاً، ثمّ تابوا، لم يؤخذوا بشيء من ذلك، والدليل⁽⁴⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنتُ الْأَوَّلِينَ﴾ [الأنفال: 38].

ب - عن عمرو بن العاص أنّ النبي ﷺ قال: «أنّ الإسلام يهدم ما كان قبله»⁽⁵⁾.

ج - إجماع الصحابة على فعل أبي بكر الصديق ﷺ؛ إذ لم يأخذ ممن رجع من أهل الردّة بشيء مما قتلوا أو أتلفوا. عن طارق بن شهاب قال: جاء وفد بزاحة أسد وغطفان إلى أبي بكر ﷺ يسألونه الصلح، فخيّرهم أبو بكر ﷺ بين الحرب المجلية أو السلم المخزية، قال: فقالوا: هذا الحرب المجلية قد عرفنا، فما السلم المخزية؟ قال أبو بكر ﷺ: تؤذون الحلقة والكرع وتركون أقواماً تتبعون أذئاب الإبل حتى

(2) المعونة: 1367/3.

(1) المتقى: 174/7.

(3) التحرير والتنوير: 186/6.

(4) الإشراف: 848/2، والذخيرة: 10/12.

(5) أخرجه مسلم في الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما كان قبله.

يرى الله خليفة نبيّه والمسلمين أمراً يعذرونكم به، وتدون قتلانا ولا ندي قتلاكم، وقلنا في الجنة وقتلاكم في النار، وتردّون ما أصبتم منا ونغنم ما أصبنا منكم. قال: فقال عمر رضي الله عنه: قد رأيت رأياً وسنشير عليك، إمّا أن يؤذوا الحلقة والكرّاع فنعمًا رأيت، وأمّا أن يتركوا قوما يتبعون أذنان الإبل حتى يرى الله خليفة نبيه والمسلمين أمراً يعذرونهم به فنعمًا رأيت، وأمّا أن نغنم ما أصبنا منهم ويردّون ما أصابوا منا فنعمًا رأيت، وأمّا أنّ قتلهم في النار وقلنا في الجنة فنعمًا رأيت، وأمّا أن يدوا قتلانا فلا، قتلانا قتلوا على أمر الله فلا ديات لهم؛ فتتابع الناس على ذلك⁽¹⁾؛ أي: فأقرّه أبو بكر وسائر الصحابة.

د - القياس على أهل الحرب من الكفار؛ لأنهم فئة ممتنعة قاتلت على دين.



حد شرب الخمر

تعريف شارب الخمر شرعاً المستحق الحدّ:

هو المسلم، المكلف، الشارب ما يسكر جنسه، مختاراً، بلا عذر، ولا ضرورة، وإن قلّ، أو جهل وجوب الحدّ.

حكم شرب الخمر:

تقدم في باب المباح بيان حكم شرب الخمر والأدلة على ذلك.

شروط وجوب الحدّ:

- من خلال التعريف تؤخذ شروط وجوب إقامة الحدّ على شارب الخمر، وهي:
- 1 - أن يكون الشارب مسلماً. فلا يحد الشارب الكافر. وإنما يؤدب إن أظهره إن كان ذمياً.
 - 2 - أن يكون مكلفاً. سواء كان ذكراً أو أنثى. فخرج الصبي والمجنون؛ لأنه لا تكليف عليهما. ويؤدب الصبي.
 - 3 - أن يحصل الشرب. ولا يكون إلا بالضم إذا وصل لحلقه ولو لم يصل لجوفه بأن رده بعد وصوله لحلقه. لا ما وصل من أنف وأذن وعين، ولو سكر بالفعل.
 - 4 - أن يكون المشروب ما يُسكرُ جنسه، ولو لم يسكر بالفعل لقلته، أو لاعتياده. لا بما لا يسكر جنسه، ولو اعتقده مسكراً. نعم عليه إثم الجراءة. فمن شرب شيئاً يعتقد أنه خمر فتبين أنه غير خمر، فلا يحدّ وعليه إثم الجراءة.
 - ويعذر من ظنّه غير مسكر، بأن ظنّه خطأ مثلاً. ولا حدّ أيضاً مع شكّه؛ لأن الحد يدراً بشبهة الشك، وإن كان يحرم عليه شربه مع الشك. والأصل في درء الحدود بالشبهات: عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»⁽¹⁾.
 - 5 - أن يكون مختاراً؛ أي: عالماً بأنه طائع غير مكره، إذ المكره ليس مكلفاً.

(1) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في درء الحدود.

فهذا الشرط داخل في التكليف. فيغني عنه شرط التكليف المتقدم. ويتحقق الإكراه إذا كان بالقتل وبأقل من القتل أيضاً كضرب أو نهب مال أو قتل ولد. ومثل الخمر كل معصية لا حق فيها لمخلوق.

بخلاف الإكراه على قتل الغير والقذف والزنا بامرأة طائفة خلية من زوج، فلا يجوز الإقدام على ذلك إلا بالإكراه بالقتل⁽¹⁾. وانظر تفصيل الإكراه على الزنا في بابه. 6 - أن لا يكون مضطراً لشربه. فلا حرمة على من شربه لِعَصَّة على الراجح. فيجوز شربه لإساعة غصة إن خاف الهلاك منها ولم يجد غير المسكر، فله شربه على الراجح. ولا حد ولو سكر منه. والجواز يصدق بوجود الشرب.

ولا يجوز استعمال الخمر لدواء ولو خاف الموت ولو طلاء في ظاهر الجسد؛ لأنه لا شفاء فيه. فإن وقع ونزل وتداوى به شرباً حد، إلا إذا كان مخلوطاً بدواء ولم يسكر فلا يحد، فإن سكر ففيه الحد. والكلام المتقدم في الشروط بما يسكر جنسه وإن لم يسكر بالفعل، فهو في غير المخلوط بدواء.

ولا يجوز لعطش أو جوع لأنهما لا يزولان به، بل هو لحرارته يزيد في العطش. ومحل منع التداوي في ظاهر الجسد بالطلاء به منفرداً أو مختلطاً بدواء ما لم يخف الموت بتركه، وإلا جاز.

الجهل بتحريم الخمر:

لا يعدّ الجهل بتحريم الخمر عذراً يدرأ الحد، وهو قول الإمام مالك؛ واحتج لذلك بأن الإسلام قد فشا، ولا أحد يجهل شيئاً من الحدود⁽²⁾.

حدّ شرب الخمر:

يجب إقامة الحد على شارب الخمر، والدليل⁽³⁾:

أ - فعل النبي ﷺ.

ب - إجماع الصحابة على ذلك.

والحدّ هو جلد الشارب ثمانين جلدة. والدليل⁽⁴⁾: إجماع الصحابة على ذلك. وهذا الإجماع مبني على قياس علي بن أبي طالب الخمر على حدّ القذف، فعن ثور بن زيد الديلمي أنّ عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي

(1) أقرب المسالك: 452/1. (2) المنتقى: 146/3.

(3) الإشراف: 929/2، وإحكام الفصول: 590، والمنتقى: 143/3، 144، والمعلم: 397/2، وبداية المجتهد: 477/2، وإكمال الإكمال: 200/4.

(4) الإشراف: 929/2، وإحكام الفصول: 590، والمنتقى: 143/3، 144، والمعلم: 397/2، وبداية المجتهد: 477/2، وإكمال الإكمال: 203/4.

طالب: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري أو كما قال، فجلد عمر في الخمر ثمانين⁽¹⁾. وحاصل القياس أنه أقام السكر مقام القذف؛ لأنه لا يخلو غالباً عنه؛ أي: لأن السكر مظنة القذف. والمظنة اسم لما يتحقق فيه المعنى المناسب غالباً، والمعلوم أن السكر لا يخلو عن الهذيان والقذف. لذلك لم يحكم للسكر بحكم الزنا والقتل؛ لأنه ليس مظنة لهما، فإنهما وإن وقعا أثناء السكر فإنهما يقعان نادراً.

وقد كانت هذه الاستشارة على ملاء من الصحابة، فلم ينكر على علي بن أبي طالب ولا على عمر بن الخطاب أحد منهم هذا القياس؛ فاستقرّ على ذلك إجماعهم وعملهم وانقادوا له، ورأوا أنّ الحكم به فرض واجب وحق لازم لعدم النصّ في حكم هذه الحادثة؛ فعمل بذلك عثمان بن عفان، وعبد الرحمن بن عوف، وعبد الله بن مسعود، وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهم.

وقد كان الحدّ قبل ذلك مستقراً وجوبه من عهد النبي صلى الله عليه وآله وهو الجلد والضرب، ولكنه لم يكن مقدراً بعدد محدود من قبل الشارع، فقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وآله كان يضرب في الخمر بالجريد والنعال أربعين. وكذلك فعل أبو بكر وعمر في صدر خلافته، ثم ضرب ثمانين بعد استشارته الصحابة. عن عقبه بن الحارث قال: جيء بالنعيمان أو ابن النعيمان شارباً فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله من كان في البيت أن يضربوا، قال: فكنت أنا فيمن ضربه، فضربناه بالنعال والجريد⁽²⁾. وعن عبد الرحمن بن أذهر قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله يوم حنين وهو يتخلل الناس يسأل عن منزل خالد بن الوليد، فأتي بسكران قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لمن عنده فضربوه بما في أيديهم، قال: وحشا رسول الله صلى الله عليه وآله عليه التراب. قال: ثم أتى أبو بكر بسكران، قال: فتوختى الذي كان من ضربهم يومئذ، فضرب أربعين⁽³⁾. وعن أنس بن مالك أن نبي الله صلى الله عليه وآله جلد في الخمر بالجريد والنعال أربعين، ثم جلد أبو بكر أربعين، فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى⁽⁴⁾ قال: ما ترون في جلد الخمر؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أرى أن تجعلها كأخف الحدود، قال: فجلد عمر ثمانين⁽⁵⁾. وعن ابن وبرة الكلبي قال: أرسلني خالد بن الوليد إلى

(1) أخرجه مالك في الأشربة، باب الحدّ في الخمر، عن ثور الديلي؛ والحاكم في المستدرک: 4/376، عن ابن عباس.

(2) أخرجه البخاري في الحدود، باب من أمر بضرب الحد في البيت؛ ومسلم في الحدود، باب حدّ الخمر.

(3) أخرجه الدارقطني: 114/8.

(4) الريف: أرض الزرع والخصي، والمعنى لما فتحت الشام وغيرها وكثرت الكروم، وأكثر الناس شرب الخمر.

(5) أخرجه البخاري في الحدود، باب من أمر بضرب الحد في البيت. وعن أنس بن مالك أن =

عمر، قال: فأتيته ومعه عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وعلي وطلحة والزبير، وهم معه متكئون في المسجد، فقلت: إن خالد بن الوليد أرسلني إليك، وهو يقرأ عليك السلام ويقول: إن الناس قد انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فيه، فقال عمر: هم هؤلاء عندك فسلهم. فقال علي: نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلي المفتري ثمانون. فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال. قال: فجلد خالد ثمانين وجلد عمر ثمانين. قال: وكان عمر إذا أتى بالرجل الضعيف الذي كانت منه الزلة ضربه أربعين؛ قال: وجلد عثمان أيضاً ثمانين وأربعين⁽¹⁾.

فقد فهم الصحابة عن النبي ﷺ أنّ ضربه أربعين جلدة وضربه بالجريد والنعال ليس نصّاً. ولو كان عند أحدهم نصّ لم يسع له كتمانته عند استشارة عمر لهم عن الحكم فيه. ولو فهموا أنّ العدد الذي ضرب به النبي ﷺ حدّ محدود، لا يجوز تجاوزه، لما عملت فيه رأيها ولا خالفته، كما لم تفعل ذلك في سائر الحدود، ففهموا أنّه من اجتهاد النبي ﷺ في ذلك⁽²⁾. قال الإمام الباقي: «والدليل على ما نقله ما روي من الأحاديث الدالة على أنه لم يكن من النبي ﷺ نصّ في ذلك على تحديد، وكان الناس على ذلك، ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب، ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد، وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه؛ لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه ويذهب على الأمة؛ لأن ذلك كان يكون إجماعاً منهم على الخطأ، ولا يجوز ذلك على الأمة. ثم أجمعوا واتفقوا أن الحدّ ثمانون وحكم بذلك على ملأ منهم، ولم يعلم لأحد فيه مخالفة؛ فثبت أنه إجماع»⁽³⁾.

وما روي أنّ عثمان بن عفان أمر بجلد الوليد بن عقبة، وأنّ عليّاً كان يعدّ حتى بلغ أربعين، فقال: «أمسك ثم قال: جلد النبي ﷺ أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكلّ سنة وهذا أحب إلي»⁽⁴⁾. وهذا يخالف ما تقدم من قول علي ﷺ. والجواب: أنّ هذه الرواية قد رجحت عليها الرواية الأخرى وفيها: «ثم دعا - أي: عثمان - عليّاً فأمره أن يجلدّه، فجلده ثمانين»⁽⁵⁾. وهي توافق المعروف من مذهبه وأنه جلد المعروف بالنجاشي ثمانين، والمشهور أنه الذي أشار على عمر بالثمانين. ويمكن

= نبي الله ﷺ كان يضرب في الخمر بالنعال والجريد أربعين. أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الخمر.

(1) أخرجه الدارقطني: 114/8.

(2) إحكام الفصول: 590، والمنتقى: 144/3، والمعلم: 397/2، وتفسير ابن عرفة: 628/2.

(3) المنتقى: 144/3.

(4) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الخمر.

(5) أخرجه البخاري في المناقب، باب مناقب عثمان.

الجمع بين الروایتين بأن يكون جلده في رواية الأربعين بسوط له رأسان، فجاءت ثمانين⁽¹⁾.

ويجب الحدّ ولو كان ما شربه الشارب قليلاً جداً لا يسكر، ولو غمس إبرة في مسكر ووضعها في فيه وبلع منه، فيحد كمن شرب قنطاراً.

والدليل على أنّ الحدّ يجب ولو لم يسكر⁽²⁾:

أ - عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «السنة عندنا أن كل من شرب مسكراً فسكر أو لم يسكر فقد وجب عليه الحدّ»⁽³⁾.

ب - سدّ الذريعة؛ لأنّ القليل يدعو إلى الكثير المسكر.

وكذا يجب الحدّ ولو كان جاهلاً وجوب الحدّ مع علم الحرمة، أو كان جاهلاً الحرمة لقرب عهد بإسلام فإنه يحدّ. فإن قيل: لماذا لم يعذر هنا، وعذر في الزنا بجهل الحكم إن جهل مثله؟ فالجواب أنّ الشرب أكثر وقوعاً من غيره، ولأنّ مفسده أشدّ من مفسد الزنا لكثرتها؛ لأنه ربما حصل بشربه زناً وسرقة وقتل، ولذا ورد أنها أمّ الخباثت.

وكذا يجب الحدّ ولو كان حنفياً يشرب النبيذ؛ لأنه يرى حلّ شرب القدر الذي لا يسكر منه. والنبيذ هو ما كان من غير ماء العنب، وشرب منه قدراً لا يسكر، ورفّع لحاكم مالكي، فيحدّه ولو قال له أنا حنفي، لضعف مدرك حله.

ويقع إقامة الحدّ على الشارب بعد صحوه؛ لأنّ الحدّ للردع والزجر، والسكران لا يذكر ما يجري عليه، فلا يكون له فيه ردع⁽⁴⁾.

فإنّ جلد قبل صحوه فيكفي إن كان عنده شعور بألم الجلد، وإلا أعيد من أوله إن لم يحصل له إحساس حال الضرب أصلاً. فإن لم يحسّ في أوله وأحسّ في أثنائه حسب من أول ما أحسّ.

تفسيق شارب الخمر:

والواجب في شرب الخمر مع الحدّ التفسيق، وإن لم يبلغ حدّ السكر⁽⁵⁾.

تكرار الحدّ بتكرار شرب الخمر:

يكّرر الحدّ على شارب كلّما كرّر الشرب. ولا يقتل في المرّة الرابع ولا في أكثر منها. وقد كان الأمر في أول عهد النبي ﷺ أنّ الشارب يجلد كلّما شرب، ويقتل في

(1) إكمال الإكمال: 210/3.

(2) إكمال الإكمال: 203/4.

(3) الموطأ: 843/2، والتمهيد: 126/7، وانظر لدلالة قول الإمام مالك على عمل أهل المدينة: (المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485).

(4) بداية المجتهد: 477/2.

(5) المتقى: 146/3.

الرابعة، فعن معاوية قال: قال رسول الله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد في الرابعة فاقتلوه»⁽¹⁾. ثم نسخ القتل.

والدليل على النسخ⁽²⁾:

أ - عمل أهل المدينة.

ب - عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «إن من شرب الخمر فاجلدوه. فإن عاد في الرابعة فاقتلوه» قال: ثم أتى النبي ﷺ بعد ذلك برجل قد شرب الخمر في الرابعة، فضربه ولم يقتله⁽³⁾.

ج - عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽⁴⁾.

د - عن عمر بن الخطاب أن رجلاً على عهد النبي ﷺ كان اسمه عبد الله، وكان يلقب حماراً، وكان يضحك رسول الله ﷺ، وكان النبي ﷺ قد جلده في الشراب، فأتي به يوماً فأمر به فجلد. فقال رجل من القوم: اللهم العنه ما أكثر ما يؤتى به. فقال النبي ﷺ: «لا تلعنوه فوالله ما علمت إنه يحب الله ورسوله»⁽⁵⁾.

هـ - اتفاق الصحابة على ترك العمل به.

وروي عن الإمام مالك أن المدمن يطاف به ويفضح؛ لأنه إذا بلغ هذا الحد من الفسق والفجور، فالواجب أن يفعل به ذلك؛ لأن في ذلك ردعاً له وإذلالاً له فيما هو فيه، وإعلاماً للناس بحاله فلا يغتر به أحد من أهل الفضل والتصاون في نكاح وغيره. كما استحب الإمام مالك أن يلزم السجن؛ لأن في إلزامه السجن منعاً له مما لم ينته عنه بالحد، وكفّاً لأذاه عن الناس⁽⁶⁾.

المخاطب بإقامة الحد:

المخاطب بإقامة حدّ الخمر هو السلطان. وليس للشارب أن يقيمه على نفسه،

(1) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة؛ وأبو داود في الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر؛ والنسائي في الأشربة، باب ذكر الروايات المغلظة فشرب الخمر.

(2) مفتاح الوصول: 93، وإكمال الإكمال: 200/4.

(3) أخرجه الترمذي في الحدود، باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة؛ وأبو داود في الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر.

(4) أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾؛ ومسلم في القسامة، باب ما يباح به دم المسلم.

(5) أخرجه البخاري، باب ما يكره من لعن شارب الخمر.

(6) المنتقى: 145/3.

ولا أن يقيمه عليه غيره. وهو في ذلك كسائر الحدود؛ لأنّ الخطاب فيها في قوله تعالى: ﴿فَأَجْلِدُوا﴾، ﴿فَأَقْطَعُوا﴾ للإمام - أي: الحاكم - أو نائبه، وكذلك الرجم، والدليل: الإجماع⁽¹⁾. ووجه حصر وجوب إقامة الحدود في السلطان أنّه نائب عن المسلمين في إقامة مراسم الدين؛ لأنّه لا يمكنهم الاجتماع على إقامة الحدود.

ثبوت الشرب:

يثبت الشرب ويقام الحدّ بأحد الأمور التالية:

- 1 - بإقرار الشارب بالشرب. لكن إن رجع بعد إقراره يقبل ولو لغير شبهة.
 - 2 - بشهادة عدلين بشرب. فيحد الشارب بشهادتهما ولو شهد غيرهما من العدول بخلاف شهادتهما؛ كأن شهدا على الرائحة فشهد غيرهما على أنها ليست رائحة خمر فلا تعتبر المخالفة؛ لأنّ المثبت يقدّم على النافي، ولم يجعلوا المخالفة شبهة تدرأ الحد.
 - فإن شك الشهود في الرائحة، هل هي رائحة مسكر أو غير مسكر، نظرت حاله فإن كان من أهل السفه نكل؛ لأنّ من عرف بالسفه والشرب والتخليط، وخيف أن يكون ما شكّ فيه مما حرم عليه، وجب أن يزجر عن التشبه بذلك، لثلا يتطرق بذلك إلى إظهار معصية. وأما إن كان من أهل العدل خلي سبيله؛ لأنّ الريبة تبعد عنه⁽²⁾.
 - 3 - بشمّ لرائحته في فمه لعلمهم ذلك، إذ قد يعرفها من لا يشربها.
- والدليل على وجوب الحدّ بوجود الرائحة⁽³⁾:

أ - قصة رجم ماعز حدّ الزنا وفيه قول بريدة: فسأل رسول الله ﷺ: «أشرب خمرًا؟» فقام رجل: فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر⁽⁴⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ الرجل على استنكاهه، فدلّ على أنّ وجود ريح الخمر يثبت به الشرب، ولو لم يكن سكر أو قيء.

ب - إجماع الصحابة. فعن السائب بن يزيد أنّ عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال: إنّي وجدت من فلان ريح شراب، فزعم أنّه شراب الطلاء، وأنا سائل عما شرب، فإن كان يسكر جلدته، فجلده عمر الحدّ تاماً⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّ عمر جلد الرجل بشمّ الرائحة. قال الباجي: وكان عمر ممن تشتهر قضاياه وتنتشر ويتحدث بها وتنقل في الآفاق، ولم ينقل خلاف عليه من الصحابة؛ فثبت أنّه إجماع.

(1) أحكام القرآن: 3/ 1326، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 120، وبداية المجتهد: 2/ 478.

(2) الممتقى: 3/ 143.

(3) الممتقى: 3/ 142، وإكمال الإكمال: 5/ 173.

(4) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(5) أخرجه مالك في الأشربة، باب الحدّ في الخمر.

ج - الاستدلال بالأولى على الرؤية؛ لأنّ الرائحة تعلم بها صفة ما شربه المكلف وجنسه، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحدّ، أصل ذلك الرؤية لما شربه، بل الرائحة أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية؛ لأنّ الرؤية لا يعلم بها الشراب أمسكر أم لا؟ وإنما يعلم ذلك برائحته.

وما تقدم من أنّه قد يعرفها من لا يشربها، هو جواب عما يقال: إنه لا يعرف روائحها إلا من شربها، ومن شربها لا تقبل شهادته فيها؛ لأنه إن لم يتب كان فاسقاً، وإن تاب وحدّ لا تقبل شهادته فيما حد فيه.

وحاصل الجواب أنّه لا يسلم أنه لا يعرف روائحها إلا من شربها، بل قد يعرف روائحها من لم يكن شربها قط، كمن رآها مراقبة أو رأى إنساناً يشربها مع علمه بها وغير ذلك.

4 - بشهادة عدل برؤية الشرب وشهادة الثاني برائحتها.

5 - بتقايئه الخمر. والدليل على أنّ التقياً يثبت به الحدّ⁽¹⁾: عن أبي ساسان قال: شهدت عثمان بن عفان وأتي بالوليد⁽²⁾ قد صلّى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم فشهد عليه رجلان، أحدهما حمران أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه قاءها، فقال عثمان: إنه ما قاءها حتى شربها، فقال: يا علي قم فاجلده⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ الصحابة أقرّوا جلد الوليد بشهادة الشاهد الثاني بتقيّته.

كيفية الجلد في الحدود:

يشترط في كيفية الجلد في الحدود كلها للزنا والقذف والشرب الشروط الآتية:

1 - أن يكون الجلد بسوط من جلد، لئن بلا رأسين، بل برأس واحد، فلا يكون بقضيب ولا شراك ولا درة⁽⁴⁾.

والدليل على أن الضرب لا يكون إلا بسوط⁽⁵⁾:

أ - أنّ العمل جرى في الضرب بالسوط في الحدود من عهد النبي ﷺ والسلف، ولم يرد خلافه بعد استقرار الشرع.

ب - أنّ الغرض بالضرب أن يرتدع مرتكب الكبيرة عن مثلها، وينزجر غيره عن

(1) إكمال الإكمال: 208/4.

(2) الوليد هو أخو عثمان لأمه، وواله على الكوفة. والتحقيق التاريخي أثبت تحامل الشهداء عليه لعزله من الولاية.

(3) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الخمر.

(4) القضيب: هو المسمّى بالنبت، والشراك هو السير الرفيع من الجلد، والدرّة هي سوط رفيع مجدول من الجلد.

(5) الإشراف: 861/2.

مقارفتها، وذلك يقتضي أن يقرّر بضرب يحصل به الأوجاع والآلام؛ وأما القضيب وشراك النعل وعثكول النخل لا يحصل به المقصد.

وأما الدرة التي كانت لسيدنا عمر رضي الله عنه فهي للتأديب لا للحد.

والدليل على اشتراط كون السوط من جلد لين بلا رأسين⁽¹⁾: عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط، فأتي بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: «دون هذا»، فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال: «أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستر بستر الله، فإنه من ييدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»⁽²⁾.

فقوله: لم تقطع ثمرته؛ أي: إن طرفه محدّد لم تنكسر حدته ولم يخلق بعد؛ لأن ثمرة السوط طرفه.

فإن وقع وضرب في الحدّ بقضيب أو شراك أو درّة لم يكف وأعيد.

2 - أن يكون الضرب متوسطاً لا خفيفاً ولا شديداً.

ودليل كون الضرب متوسطاً⁽³⁾:

أ - أن الشرع جاء بالتوقيف في عدد الجلدات، ولم يرد عنه في شيء منها تعيين بتخفيف ولا تشديد.

ب - قول الصحابة بالوسط في ذلك، قال الإمام القرطبي: الضرب الذي يجب هو أن يكون مؤلماً لا يجرح ولا يبضع، ولا يخرج الضارب يده من تحت إبطه، وبه قال الجمهور، وهو قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما. وأتى عمر رضي الله عنه برجل في حدّ، فأتي بسوط بين سوطين، وقال للضارب: اضرب ولا يرى إبطك، وأعط كلّ عضو حقه. وأتى رضي الله عنه بشارب فقال: لأبعثك إلى رجل لا تأخذه فيك هواة؛ فبعثه إلى مطيع بن الأسود العدوي، فقال: إذا أصبحت الغد فاضربه الحدّ؛ فجاء عمر رضي الله عنه وهو يضربه ضرباً شديداً فقال: قتلت الرجل، كم ضربته؟ فقال: ستين؛ فقال: أقصّ عنه بعشرين. قال أبو عبيدة: قوله: «أقصّ عنه بعشرين» أي: اجعل شدة هذا الضرب الذي ضربته قصاصاً بالعشرين التي بقيت، ولا تضربه العشرين.

والضرب في جميع الحدود سواء، لا تفاضل فيما بينها، والدليل⁽⁴⁾: أنها حدود جلد فوجب تساويها في الصفة، لتساويها في الجنس والمقصد بها.

(1) المنتقى: 142/7.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

(3) المنتقى: 142/7، والجامع في أحكام القرآن: 188/12.

(4) الإشراف: 867/2.

قال ابن العربي: وهذا ما لم يتتابع الناس في الشرّ، ولا انحلت لهم المعاصي، حتى يتخذوها ضراوة ويعطف الناس عليهم بالهوادة، فلا يتناهوا عن منكر فعلوه؛ فحينئذ تتعين الشدة، ويزيد الحدّ لأجل زيادة الذنب، وقد أتى عمر رضي الله عنه بسكران في رمضان، فضربه مائة: ثمانين حدّ الخمر، وعشرين لهتك حرمة الشهر؛ فهكذا يجب أن تتركب العقوبات على تغليظ الجنايات، وهتك الحرمات. وقد لعب رجل بصبي في عهد الإمام مالك، فضربه الوالي ثلاثمائة سوط، فلم يغيّر عليه مالك حين بلغه ⁽¹⁾.

3 - أن يكون المحدود قاعداً. فلا يمدّ على ظهره أو بطنه، بلا ربط على نحو جذع، والدليل على عدم الربط والضرب قائماً أو ممدوداً ⁽²⁾: أنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا الصحابة الربط فيمن ثبت جلدتهم؛ كما إنّ الضرب قائماً أو ممدوداً زيادة في الألم.

فإن كان الربط لعذري، ككونه لا يستقر أو يضطرب اضطراباً شديداً بحيث لا يقع الضرب موقعه فيربط.

وبلا ربط يد أو رجل إلا لعذر أيضاً.

4 - أن يكون الضرب على الظهر والكتفين، لا على غيرهما من البدن، من الرأس وسائر الأعضاء، والدليل:

أ - عن ابن عباس رضي الله عنه أنّ هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «البينة أو حدّ في ظهرك» فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل يقول: «البينة وإلا حدّ في ظهرك» ثم نزل حكم اللعان ⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نصّ على موضع الضرب في حدّ القذف، وهو الظهر ⁽⁴⁾.

ب - أنّ في ضرب كلّ عضو إفساداً لجميع الأعضاء وإتلافاً للنفس إن كان مقتلاً كالبطن والحلق والأضلاع؛ وليس الغرض من الجلد ليس إتلاف الأعضاء ولا إتلاف الأنفس؛ وليس موضع يؤمن فيه هذا إلا الظهر والكتفين، فوجب أن يكون هو محلّ الضرب ⁽⁵⁾.

5 - أن يجرد الرجل من كلّ شيء عليه في جميع بدنه، ما سوى العورة، ما بين السرة والركبة، ودليل التجريد ⁽⁶⁾: أنّ الأمر بالجلد يقتضي مباشرة الأبخار بالضرب.

(1) أحكام القرآن: 1326/3.

(2) المعونة: 1398/3.

(3) أخرجه البخاري في الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 188/12. (5) الإشراف: 866/2، والمتقى: 142/7.

(6) الإشراف: 867/2، والمتقى: 142/7.

والمرأة تجرد ممّا يقي ألم الضرب. ووجه عدم جواز تجريدها كاملة أنّها عورة⁽¹⁾.

فإن لم يجرد الرجل مطلقاً ولا المرأة ممّا يقي الضرب، فهل يجزئ ذلك إن تألّم منه كما يتألّم المجرد أو قريباً منه، وهو الظاهر كما قاله الأشياخ.

6 - أن يكون الضارب عدلاً. يختاره السلطان لذلك. والدليل على ذلك⁽²⁾: أن الصحابة كانوا يفعلون ذلك، وممّا روي في ذلك: عن أبي ساسان قال: شهدت عثمان بن عفان وأتي بالوليد قد صلى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم؟ فشهد عليه رجلان أحدهما «حمران» أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقياً، فقال عثمان: إنّه لم يتقياً حتى شربها، فقال: يا علي قم فاجلده، فقال علي: قم يا حسن فاجلده، فقال الحسن: ولّ حازها من تولّى قازها، فكأنه وجد عليه، فقال: يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده، فجلده وعليّ يعدّ حتى بلغ أربعين، فقال: أمسك. ثم قال: جلد النبي ﷺ أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكلّ سنة وهذا أحبّ إليّ⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ عثمان ﷺ كلف عليّاً بإقامة الحد، وعليّ ﷺ وكلّ عنه أولاً ابنه الحسن ﷺ، فلما أبى وكلّ ابن أخيه عبد الله بن جعفر، وتولّى هو العدّ⁽⁴⁾.

وحكمة تكليف العدل بإقامة الحدّ أنّه قيام بقاعدة شرعية وقربة تعبديّة، تجب المحافظة على فعلها، وقدرها، ومحلّها، وحالها، بحيث لا يتعدّى شيء من شروطها وأحكامها؛ والقصد من ذلك حفظ حرمة المسلم ولو كان جانياً، فإنّ دمه وحرمة عظيمة، وهو إنّما استحقّ ما استحقّ لانتهاكه حكم الله تعالى، فلا يتجاوز فيه ما حدّه الله له من العقوبة⁽⁵⁾.

أثر التوبة على الحدود:

لا تسقط التوبة الحدود في الزنا، والسرقّة، والقذف، والشرب، والزندق، والساحر، إلّا ما استثني كما يأتي.

والدليل على عدم السقوط⁽⁶⁾:

أ - النصوص الدينية من القرآن السنة الواردة في هذه الحدود. ووجه الاستدلال بها أنّها عامّة لم تفرّق من تاب ومن لم يتب.

(1) المعونة: 1398/3. (2) الجامع لأحكام القرآن: 188/12.

(3) أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الخمر. (4) الجامع لأحكام القرآن: 188/12.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 188/12.

(6) الإشراف: 864/2، والمعونة: 1389/3، وأحكام القرآن: 614/2، وإكمال الإكمال: 5/

ب - أن النبي ﷺ قد علم توبة ماعز لما جاءه معترفاً ومسلماً نفسه للموت، ولذلك قال: «لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم»⁽¹⁾ وكذلك في المرأة الغامدية قال: «مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له»⁽²⁾.

ج - القياس على الزنديق؛ لأن أمر التوبة مستسر لا تعرف من صاحبها، فقد يدعيها دون أن يحققها، فلم تسقط الحدود بها، كالزنديق.

د - أن المقصد من الحدود معاني لا تتحقق إلا بإقامتها، كحدّي الزنا والقذف شرعاً لتحصيل الأنساب، وكالقصاص وضع للحفاظ على الحياة؛ فإذا أسقطت بالتوبة ضاع الغرض المقصود منها.

ويستثنى حدّان هما: حدّ الحرابة، وحدّ الردّة، فإنّ التوبة تسقطهما. والدليل: أن الله تعالى لما ذكر إقامة الحدّ على المحاربين استثنى منهم من تاب أن لا يقام عليه الحدّ، فقال بعد آية الحدّ: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: 34]، فدلّ على سقوط حدّ الحرابة بتوبة المحارب قبل القدرة عليه؛ ثمّ عطف على حدّ الحرابة حدّ السرقة، لبيّن أنّ حدّ السرقة مغاير لحدّ الحرابة. فلما ذكر آية حدّ السرقة عقّب في الآية الموالية لها بذكر التوبة بدون استثناء، فقال: ﴿مَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: 39]، فدلّ ذلك على أنّ توبة السارق لا تسقط عنه الحدّ، وإن أسقطت عنه الإثم إذا صحت توبته وردّ السرقة على صاحبها وتحلّله من إمساكها عنه.

فكانت هاتان الآيتان كلّ منهما أصلاً لما يلحق بهما، فلما كانت الحرابة عملاً معلناً، ألحق بها الردّة وكلّ معلن بما كان عليه. ولما كانت السرقة عملاً مستسراً ألحق بها الزنديق، والساحر، والزاني، وشارب الخمر، ومن أشبههم من المستسرين بما كانوا عليه، فلا يسقط الحدّ عنهم بالتوبة إذا كشفتهم البيّنة؛ لأنهم يتمنون بتخفيهم أن يسقطوا الحدود عنهم⁽³⁾.

قال ابن العربي في نقد الشافعية الذين يقولون بسقوط حدّ السرقة بالتوبة، وحمل الاستثناء في آية الحرابة على جميع الحدود: «ويا معشر الشافعية، سبحان الله؛ أين الدقائق الفقهية والحكم الشرعية التي تستنبطونها في غوامض المسائل؟ ألم تروا إلى المحارب المستبدّ بنفسه، المجرئ بسلاحه، الذي يفتقر الإمام معه إلى الإيجاب بالخيال والركاب، كيف أسقط جزاءه بالتوبة استنزالاً عن تلك الحالة، كما فعل بالكافر

(1) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(2) أخرجه أخرجه مسلم في الحدود، باب حدّ الزنا.

(3) المقدمات: 225/3، وإكمال الإكمال: 150/5

في مغفرة جميع ما سلف استتلاًفاً على الإسلام. فأما السارق والزاني، وهم في قبضة المسلمين، وتحت حكم الإمام؛ فما الذي يسقط عنهم ما وجب عليهم؟ أو كيف يجوز أن يقاس على المحارب، وقد فرقت بينهما الحالة والحكمة؟⁽¹⁾.

التعزير:

يعزّر الحاكم باجتهاده لأمرين:

- 1 - لمعصية الله تعالى، وهي ما ليس لأحد إسقاطها؛ كأكل في نهار رمضان وتأخير صلاة عن وقتها ولو الاختياري.
- 2 - لحق آدمي، وهو ما له إسقاطه كسب وضرب، وإلا فكل حق لمخلوق؛ فله فيه حق.

وليس لغير الحاكم تأديب، إلا الزوج في زوجته، أو والد في ولده غير البالغ، أو معلّم. والظاهر أنّ الوالد ليس له تعزير ولده البالغ ولو كان سفيهاً، إن وجد الحاكم العدل.

ولا يجوز لحاكم أو غيره لعن ولا سب للمؤدّب أو لوالديه، أو ضرب على وجه، أو شين عضو.

ويكون التعزير بما يلي:

- بالحبس مدة ينزجر بها المعزّر بحسب حاله.
- باللوم بما ينزجر به كتوبيخ بكلام.
- بإقامته من المجلس وأمره بالذهاب منه.
- بنزع العمامة من فوق رأسه.
- بضربه بسوط وغيره، كقضيب ودرة وصفع بالقفا. بخلاف الحد فإنه لا يكون إلا بالسوط.

- بنفيه، كالمزورين.

- بإخراجه من الحارة وبيع ملكه، كمؤدي الجار.

- بالتصدق عليه بما عَشَّ به.

ويكون التعزير بالجلد، وإن زاد على الحد، كأن زاد على مائة؛ أو أتى على النفس بأن نشأ عنه موت. فالأمر موكول إلى اجتهاد الإمام بقدر جرم الفاعل وشهرة فسقه.

والدليل على جواز الزيادة على الحد في التعزير⁽²⁾:

(1) أحكام القرآن: 614/2.

(2) الإشراف: 928/2، والمعونة: 1406/3، والمعلم: 297/2.

أ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه كتاب زوره عليه شخص - اختلف في اسمه - ونقش مثل خاتمه، فجلده مائة، ثم سجنه، فشفع له قوم فقال: ذكرتني الطعن وكنت ناسياً، ثم جلده مائة أخرى، ثم جلده مائة ثالثة، وذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكان ذلك إجماعاً⁽¹⁾. وضرب عمر صبيغاً أيضاً أكثر من الحدّ، فعن نافع مولى عبد الله أن صبيغاً العراقي جعل يسأل عن أشياء من القرآن في أجناد المسلمين حتى قدم مصر، فبعث به عمرو بن العاص إلى عمر بن الخطاب، فلما أتاه الرسول بالكتاب فقراه فقال: أين الرجل؟ قال: في الرحل، قال عمر: أبصر أيكون ذهب فتصيبك منه العقوبة الموجعة، فأتاه به، فقال عمر: تسأل محدثة؟ وأرسل عمر إلى رطائب من جريد فضربه بها حتى ترك ظهره دبرة؛ ثم تركه حتى برأ، ثم عاد له، ثم تركه حتى برأ، فدعا به ليعود له، قال: فقال صبيغ: إن كنت تريد قتلي فاقتلني قتلاً جميلاً، وإن كنت تريد أن تداويني فقد والله برأت. فأذن له إلى أرضه، وكتب إلى أبي موسى الأشعري: أن لا يجالسه أحد من المسلمين، فاشتد ذلك على الرجل، فكتب أبو موسى إلى عمر: أن قد حسنت توبته، فكتب عمر أن ائذن للناس بمجالسته⁽²⁾.

ب - عن علي رضي الله عنه أنه ضرب في التعزير خمسة وسبعين سوطاً. وهو زائد على حدّ القذف.

ج - أن الغرض من الحدّ لما كان للردع والزجر. وكانت أحوال الناس مختلفة بحسب اختلافهم في العتوّ والعرامة والإقدام على الأمور المنكرة، وجب أن ينتهي التعزير إلى حدّ يعلم منه حصول الغرض منه.

وأما ما رواه أبو بردة رضي الله عنه قال: كان النبي صلى الله عليه وآله يقول: «لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله»⁽³⁾. فهو مؤول بأن ذلك مقصور على زمن النبي صلى الله عليه وآله؛ لأنه كان يكفي الجاني منهم هذا القدر ويكفّه عن المعاودة⁽⁴⁾.

ولا إثم ولا دية في ذلك إن ظنّ السلامة من فعله وإثماً قصد التشديد لما صدر منه كسب الصحابة. والدليل على عدم الإثم والدية⁽⁵⁾: القياس على إقامة الحدّ؛ لأن أمر تأديبه إليه من طريق الولاية، فإذا تلف به لم يضمّنه كما لو أقام على إنسان حدّاً فمات.

(1) الإصابة في تمييز الصحابة: 500/3.

(2) أخرجه الدارمي في المقدمة، باب من هاب الفتيا.

(3) أخرجه البخاري في الحدود، باب كم التعزير والأدب؛ ومسلم في الحدود، باب قدر أسواط التعزير.

(4) المعلم: 398/2، وإكمال الإكمال: 213/4.

(5) الإشراف: 929/2.

فإن لم يظنّ السلامة فإن شكّ منع، وضمّن ما سرى على نفس أو عضو؛ أي: ضمن الدية على العاقلة، وهو كواحد منهم. فإن ظنّ عدم السلامة فالقود. فتحصل أنّه إن ظنّ السلامة فخاب ظنّه وسرى لموت أو عضو فهدر، وإن ظنّ عدمها فالقصاص، وإن شكّ فالدية على العاقلة. هذا هو الراجح. ويعلم ظن السلامة أو الشك من إقرار الحاكم ونحوه وقرائن الأحوال.

التعزير بالمال:

لا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً. إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي. لكن جوّز الإمام القرطبي ذلك، واستدلّ عليه بما يلي⁽¹⁾:

أ - عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «والذي نفسي بيده لقد هممت أن أمر بحطب فيحطب، ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها، ثم أمر رجلاً فيؤم الناس، ثم أخالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم. والذي نفسي بيده لو يعلم أحدهم أنه يجد عرقاً سميناً أو مرمتين حسنتين لشهد العشاء»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ ما همّ به النبي ﷺ هو من العقوبة بالمال، ولو كان غير جائز لما همّ بفعله.

ب - عن عمران بن حصين قال: بينما رسول الله ﷺ في بعض أسفاره، وامرأة من الأنصار على ناقة، فضجرت فلعنتها، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فقال: «خذوا ما عليها ودعوها فإنها ملعونة» قال عمران: فكأنّي أراها الآن تمشي في الناس ما يعرض لها أحد⁽³⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أزال ملكها عن صاحبها تأديباً لها، وعقوبة لها فيما دعت عليها بما دعت به.

ج - أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أراق لبناً شيب بماء على صاحبه.



(1) الجامع لأحكام القرآن: 228/10.

(2) أخرجه مالك في النداء إلى الصلاة، باب فضل صلاة الجماعة؛ والبخاري في الأذان، وجوب صلاة الجماعة؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل صلاة الجماعة.

(3) أخرجه مسلم في البر والصلة، باب النهي عن لعن الدواب.

موجبات الضمان

هذا الباب له علاقة بكثير من أبواب الفقه السابقة، سيلاحظها القارئ.

أسباب الضمان⁽¹⁾:

الأسباب التي توجب الضمان على الإنسان في الشريعة ثلاثة، وهي:

1 - مباشرة الإلتلاف تعدياً؛ أي: بدون إذن في التصرف، كالقتل، والإحراق، وهدم الدور، وأكل الأطعمة، وغير ذلك من إلتلاف الممتلكات.

2 - التسبب في الإلتلاف، كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو في أرضه لكن حفرها لهذا الغرض؛ وكإشعال النار قريباً من الزرع أو الأندر فتعدو فتحرق ما جاورها؛ وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات فيعطب بسبب ذلك إنسان أو حيوان؛ وكالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان فإن الظالم إذا أخذ المال بذلك السبب من الكلام ضمنه المتكلم؛ وكتقطيع الوثيقة المتضمنة للحق وللشهادة به فيضيع الحق بسبب تقطيعها، فيضمن ذلك الحق لتسببه فيه لأن الاعتبار هنا للمباشرة والتسبب معاً؛ أي: أنه ألتف الحق بالمباشرة بالإلتلاف وألتف الحق بالتسبب فرتب على الوجهين مقتضاهما؛ وكمن مرّ على حباله فوجد فيها صيداً يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمه عند مالك؛ لأن صون مال المسلم واجب، ومن ترك واجباً في الصون ضمن، وكذلك إذا مرّ بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجدها وجب عليه أخذها.

3 - وضع اليد الغير المؤتمنة، كالغاصب، والمتعدّي، والسارق، والقابض المبيع بيعاً فاسداً. بخلاف وضع اليد على الأمانة كالإجارة، والقراض، والوديعة، والمساقاة، وأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحاكم على ذلك وعلى أموال الغائبين والمجانين، فهذه لا ضمان فيها إذا تلفت على حسب ما تقدم في أبوابها. والعلة في سقوط الضمان في اليد المؤتمنة إذن المالك - المأذون له في الإذن - للمتلف في التصرف. ولا يكفي الإذن الشرعي في التصرف، كالمضطر له إذن شرعي في أكل طعام الغير ويضمنه. والخلاصة أن الإذن الشرعي إذا انفرد عن إذن رب المال لا يسقط الضمان.

(1) الذخيرة: 259/12، والفروق: 206/2، وترتيب الفروق: 403.

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب غلب المباشر فكان الضمان به، كمن حفر بئراً ليقع فيه حيوان، فجاء آخر فألقاه فيه، الضمان على الذي ألقى لا على الحافر؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض؛ إلا أن يكون المباشرة مغمورة كقتل المكره، فإن القصاص يجب عليهما؛ أو يجب على المتسبب وحده دون المباشر كشهود الزور، فينفذ الحاكم الحكومة، ثم يعترفون، فالضمان على الشهود دون الحاكم.

قاعدة (1):

العمد والخطأ في أموال الناس سواء، إجماعاً ممن هو مكلف أو فيه أهلية التكليف، كالتمييز. وأما الرضيع فإنه كالبهيمة. وهذه القاعدة تسري على أسباب الضمان المتقدمة.

مسائل (2):

- من أجاج ناراً بريح عاصف، فأحرقت مالا فيضمنه المؤجج في ماله، أو أحرقت نفساً فالدية على عاقلته، ما لم يكن بمكان بعيد لا يظن فيه الوصول إلى المحروق عادة فلا ضمان.

- من حفر في ملكه أو ما أذن له في الحفر لمنفعته، كقناة داره، فأسقط جدار جاره ضمنه (3).

- من سقط ميزاب داره على شخص فقتله فلا ضمان (4).

- إذا سقط جدار على شيء من مال أو نفس فأتلفه، فيضمن صاحبه المال في ماله والدية على العاقلة، بشروط ثلاثة:

* إن مال بعد أن كان مستقيماً.

* وأنذر صاحبه بأن قيل له: أصلح جدارك ويشهد عليه بالإنذار، ويكفي عند جماعة المسلمين ولو مع وجود حاكم، وهذا إن لم يظهر ميلانه، وإلا فلا يحتاج للإنذار، كما لو بناه من الأصل مائلاً. وغير صاحبه كمستأجر ومستعير فلا شيء عليهم ولو أنذروا.

* وأمكن إصلاحه قبل السقوط؛ ولم يصلحه حتى سقط، فيضمن. لا إن لم يمكن تداركه بأن سقط قبل زمن يمكنه الإصلاح فلا ضمان عليه.

وقد علمت أن الشروط حيث لم يظهر لصاحبه ميلانه ولم يبينه من الأصل مائلاً.

(1) الذخيرة: 259/12.

(2) أقرب المسالك في آخر باب حد الشارب، والإشراف: 837/2، والمنتقى: 111/7، والذخيرة:

261، 258/12.

(4) الذخيرة: 257/12.

(3) الذخيرة: 257/12.

والدليل على الضمان المذكور: أنه متعدّد بتبقيته معرضاً للتلف، فأشبهه أن يحفر بئراً أو يضع حجراً في الطريق فيعثر به الناس⁽¹⁾.

- إذا عَضَّ شخص شخصاً آخر، فَسَلَّ المعضوض يده عن فم العاضِّ، فَقَلَعَ المعضوض أسنانَ العاضِّ قَصْداً لقلع أسنانه، فيضمن دية الأسنان في ماله، ولا قصاص عليه لأنَّ العاضِّ متعدّد في الابتداء.

فإن لم يقصد القلع ولم يمكن تخليص يده إلا بقلع أسنانه فلا ضمان عليه، وهو محمل قوله ﷺ لما عَضَّ رجل آخر فنزع يده فقلع سنه: عن عمران بن حصين؛ أن رجلاً عَضَّ يد رجل فنزع يده من فمه فوقعت ثنيتاه، فاختمصوا إلى النبي ﷺ فقال: «يعضُّ أحدكم أخاه كما يعضُّ الفحل، لا دية لك». وفي رواية: «أيعضُّ أحدكم أخاه كما يعضُّ الفحل؟ لا دية له»⁽²⁾، فالاستفهام للتوبيخ. وإنما سقطت الدية عن المعضوض لأنَّ الظالم أحقُّ بالحمل عليه، والإتلاف أدى إليه دفع جائز قياساً على دفع الصائل والعلّة فيهما واحدة⁽³⁾.

- إذا نظر شخص لآخر من كُوَّة أو باب فقصدَ المنظور عين الناظر، بأن رماه بحجر قاصداً قلع عينه فقلعها، أو أذهب بصرها فيقتص منه. فإن لم يقصد قلع عينه بأن قصد الزجر فلا قصاص، بل الدية على العاقلة على الراجح. وأمّا ما رواه أبو هريرة قال: قال أبو القاسم ﷺ: «لو أن امرأً اطّلع عليك بغير إذن فخذفته بعصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»⁽⁴⁾. فالحديث مؤوّل بما يلي⁽⁵⁾:

أ - أنه خرج مخرج الزجر لكل من يفعل ذلك حتى يرتدع.

ب - أنه منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُمْ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾ [النحل: 126]، لعمومها.

ج - دلالة الأولى؛ لأن الإنسان لو نظر إلى عورة غيره لم يستبح بذلك فقاً عينه، فالنظر إلى بيته أولى أن لا يستباح به ذلك.

د - أنه محمول على بيان حكم من رمى الناظر بقصد تنبيهه أنه فطن به أو بقصد دفعه عن النظر، لا بقصد فقه عينه. وليس محمولاً على الإذن في فقه عينه.

(1) الإشراف: 838/2.

(2) أخرجه مسلم في الديات، باب إذا عَضَّ رجلاً فوقعت ثنيتاه؛ ومسلم في القسامة والمحاربين، باب الصائل على نفس الإنسان وعضوه.

(3) إكمال الإكمال: 107/6.

(4) أخرجه البخاري في الديات، باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان؛ ومسلم في الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره.

(5) المعلم: 380/2.

- ما أتلفته البهائم من الزرع والحوائط - كانت مأكولة للحم أم لا - فإن ربطها صاحبها ربطاً محكماً أو غلق الباب، فانفلتت فلا ضمان عليه مطلقاً، كانت معلومة العداء أم لا، وقع التلف ليلاً أو نهاراً. ودليل عدم الضمان⁽¹⁾: عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «جرح العجماء جبار»⁽²⁾. والعجماء: ما لا ينطق من الحيوان. وجرحها: جنايتها، كانت جرحاً أو نفساً أو مالاً. وجبار - بضم الجيم -: معناه هدر لا شيء فيه، قال الإمام مالك: «وتفسير الجبار أنه لا دية فيه». والحديث محمول على عدم تسبب رب الدواب فيما فعلت، ولذلك أضاف الجرح إليها ولم يصفه لمالكها؛ لأن فعل الدابة غير منسوب لمالكها.

فإن كانت غير معلومة العداء، ولم يحفظها ربها بربط أو غلق باب، فما أتلفتة نهاراً فلا ضمان عليه، وما أتلفته ليلاً فعلى ربها ضمانه. ودليل وجوب الضمان على صاحبها في الإتلاف ليلاً⁽³⁾: أنه متسبب في ما فعلت بعدم حفظها. والشرع إنما جاء بضمان المباشر والمتسبب، إلا ما استثني من ضمان العاقلة الدية وهي لم تجن ولم تتسبب.

ودليل التفريق بين الليل والنهار في وجوب الضمان⁽⁴⁾:

أ - ما روي أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، ففضى رسول الله ﷺ أنّ على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأنّ ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها⁽⁵⁾.

وهذا الحديث مفسّر ومخصّص لحديث: «جرح العجماء جبار».

ب - أنّ الحديث جرى على العادة في أنّ أرباب الزروع يحفظون زروعهم نهاراً؛ لأنّ المواشي والدواب تسرح للرعي، ولا يمكن أهلها أن يكونوا معها في كل موضع، ومطالبتهم بذلك من المشقة؛ وأنّ أرباب المواشي والدواب يحفظونها ليلاً ويمنعونها من السرح؛ فإذا أرسلوها ليلاً وفرطوا في حفظها ضمنوا بتفريطهم؛ لأنهم أرسلوها في غير وقتها المعتاد، ولأن أهل الزروع لا يمكنهم حراسة زروعهم ليلاً لأجل الراحة، ومطالبتهم بذلك ليلاً من المشقة. فجرى الحكم على الأوفق والأسمح بمقتضى الحنيفية السمحة ومجرى المصلحة للفريقين.

(1) المنتقى: 109/7، والمعلم: 399/2، وإكمال الإكمال: 216/4، والذخيرة: 264/12.

(2) أخرجه مالك في العقول، باب جامع العقول؛ والبخاري في إديات، باب العجماء جبار؛ ومسلم في الحدود، باب جرح العجماء.

(3) إكمال الإكمال: 216/4.

(4) الإشراف: 669/2، وأحكام القرآن: 1268/3، وإكمال الإكمال: 216/4.

(5) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في الضواري والحريسة؛ وأبو داود في البيوع، باب المواشي تفسد زرع قوم؛ وابن ماجه في الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي.

فإن عرفت بالعداء فعلى ربها ولو نهراً حيث لم يحفظها .

وإذا لزمه الضمان - على ما تقدم - فعليه ذلك وإن زاد ما أتلفته من زرع على قيمتها، وليس لربها أن يسلمها فيما أتلفته .

ويقوم إن لم يبدُ صلاح الزرع والحائط على الرجاء والخوف، بأن يقوم مرة واحدة على الرجاء والخوف، بأن يقال: ما قيمته على تقدير سلامته وتقدير جائحته؟ فما قاله أهل المعرفة . فإن غفل عنه حتى عاد كما كان فلا شيء فيه . فلو أتلفه بعد بدو صلاحه فقيمه وقت إتلافه .

وأما لو أتلفت غير الزرع والحوائط من مال أو آدمي، فإن كانت عادية ضمن ربها ما أتلفته ليلاً أو نهراً حيث فرط في حفظها . وإن كانت غير عادية فلا يضمن ما أتلفته ليلاً أو نهراً، ولو لم يربطها أو يغلق عليها، وهذا إذا لم يكن أحد معها .

فإن كان معها أحد - كراكب أو قائد أو سائق - ضمن، والدليل⁽¹⁾: أن لكل واحد من هؤلاء الثلاثة مشاركة وتسبب في فعلها؛ لأن كل واحد منهم يمكنه أن يحميها عن طريق الإتلاف .

وما أتلفه البهائم غير العادية نهراً فليس على ربها ضمان بشرطين:

* إن سَرَحَتْ ببعد عن المزارع جداً، بحيث لا يظن وصولها للزرع فاتفق أنها وصلت؛ فلا ضمان . فإن كان بقره فعلى ربها الضمان لقيمة الزرع على ما تقدم .

* ولم يكن معها راعٍ فيه قدرة على حفظها .

وإلا بأن كان معها راعٍ فيه كفاية لحفظها فعلى الراعي الضمان للزرع ولو كان صيباً؛ لأنه لم يؤمن على المتلف . فإن لم يكن فيه قدرة على حفظها فالضمان على ربها .

والحيوانات التي لا يمكن التحرز منها ولا الحراسة لها كحمام ونحوه فقيل: يمنع أربابها من اتخاذها إن كانت تؤذي الناس، وهو قول ابن حبيب ورواية مطرف عن مالك . وقيل: لا يمنعون من اتخاذها ولا ضمان عليهم فيما أتلفته، وعلى أرباب الشجر والزرع حفظه، وهو قول ابن القاسم وابن كنانة وأصبغ . وصوب ابن عرفة الأول لإمكان استغناء ربها عنها وضرورة الناس للزرع والشجر، ويؤيده قاعدة ارتكاب أخف الضررين ولكن المعتمد قول ابن القاسم . وتصويب ابن عرفة وجيه جار على القواعد، وإن لوحظ في قول ابن القاسم حق التملك . وسبق ابن العربي ابن عرفة في تصويب القول الأول، قال: «من أراد أن يتخذ ما ينتفع به مما لا يضرّ بغيره مكن منه؛ وأما انتفاعه بما يتخذ به بإضراره بأحد فلا سبيل إليه»⁽²⁾ .

(1) المعلم: 2/399، والذخيرة: 12/264، وإكمال الإكمال: 4/216.

(2) أحكام القرآن: 3/1270.

- ما أتلفته البهائم بسيرها، كحجر أطارته أو مال أو إنسان وطئته، ضمن القائد أو السائق أو الراكب، إذا انفرد واحد منهم، ولو حصل منه إنذار؛ لأنّ من بالطريق لا يلزمه التنحي. والقائد هو الذي يمشي أمام الدابة يقودها بلجام أو غيره، والسائق هو الذي يمشي خلف الدابة فيسوقها، والراكب معروف. ودليل ضمانهم: أنّ عمر بن الخطاب قضى في الذي أجرى فرسه بالعقل⁽¹⁾. وقد استدلت الإمام مالك بذلك على أنّ القائد والسائق والراكب أولى وأحرى أن يغرموا من الذي أجرى فرسه. وعلة الضمان التسبب. وأمّا الحديث «جرح العجماء جبار» فمحمول على ما إذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد، فإذا كان معها واحد منهم فهو المصيب لكن بالخطأ⁽²⁾.

فإن اجتمع القائد والسائق والراكب ضمن القائد والسائق، إذا لم يكن فعل من الراكب. ووجه تضمين القائد والسائق دون الراكب أن الوطاء إنما هو بمقتضى القود والسوق، ولا صنع للراكب فيه، إلا إذا شاركهما بركض أو زجر أو ضرب أو إشارة، كان شريكاً لهما في جنايتهما⁽³⁾.

فإن تعدّد الراكب فالضمان على المقدّم، وإن كان كلّ منهما على جنب الدابة اشتركا.

ما أتلفته الدابة بفعل شخص فعلى فاعله.

وإن سقط راكبها فأتلف مالا، فالضمان في ماله، وغير المال فديته على عاقلته.

وما أتلفته بذنبها أو أتلفه ولدها فهدر.

- من استأجر أجييراً لحفر بئر، فأنهارت على الأجير، فلا ضمان على المستأجر. وكذلك الذي يستأجر من يعمل له في استخراج المعدن، من ذهب وفضة وحديد ونحوها، فأنهار على العامل الغار التي يعمل داخلها فمات، فلا ضمان عليه. والدليل⁽⁴⁾: عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «جرح العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس»⁽⁵⁾. وتقدم معنى «جبار». والعلة هي أنّ المستأجر لم يكن هو المتلف المباشر للأجير، ولا متسبباً في إتلافه.

وعدم الضمان مقيّد بما إذا حفر البئر في ملكه للمطر أو للرحاضة، أو بالفيافي حيث يباح له لمنفعته من سقي ماشية أو سقيه، أو يحفر للمعدن في ملكه أو في موات فيقع فيه أحد أو ينهار على الأجير. فإن حفر بئراً في غير ملكه بغير إذن ربّه، أو حيث لا يباح له من طرق المسلمين، أو حفره في ملكه ليهلك فيه إنسان أو سارق؛ ففي هذا

(1) الموطأ في العقول، باب جامع العقل. (2) بداية المجتهد: 450/2.

(3) المتقى: 109/7. (4) المتقى: 1098/7، والمعلم: 399/2.

(5) أخرجه مالك في العقول، باب جامع العقول؛ والبخاري في الديات، باب العجماء جبار، ومسلم في الحدود، باب جرح العجماء.

كله يضمن الحافر ما دون ثلث الدية في ماله، وما زاد فعلى العاقلة⁽¹⁾. وكذلك من حدّد قصباً أو عيداناً يجعلها في بابه ليدخل في رجل الداخل في حائطه من سارق أو غيره فإنه يضمن؛ وكذلك من وضع شوكةً يستترّ بها من يدخل، أو رشّ فناءه بقصد أن يزلق من يمر به من إنسان أو غيره فهذا يضمن.

- من اتخذ كلباً عقوراً في داره لماشية، وهو يعلم بعقره ضمن؛ لأنه اتخذه بموضع لا يجوز له؛ لأن الماشية في الدار لا يخاف عليها، فيكون اتخذه للناس. ومن اتخذ كلباً فيما له اتخاذه كالصيد أو حراسة الدار، لا يضمن من دخل، دخل بإذن أم لا، بشرط أن لا يعلم ربه أنه يعقر.

- من حفر بئراً للمطر أو مرحاضاً إلى جانب حائطه، ما لم تضر البئر والمرحاض بالطريق، أو حفر بئراً في داره لغير ضرر أحد، أو في دار غيره بإذنه، فلا ضمان عليه لحديث: «والبئر جبار».

- من رشّ فناءه تبرداً وتظفلاً فيزلق به أحد فيهلك، أو ارتبط كلباً في داره للصيد أو في غنمه للسباع فعقرت فلا ضمان عليه.

- من نصب حبالاً للسباع أو وقف على دابة في الطريق، أو نزل عنها لحاجة فأوقفها في الطريق بباب مسجد أو حمام أو باب أمير أو سوق أو ما أشبه ذلك فلا يضمن. وأصل ذلك أن ما كان على الوجه المباح فلا ضمان فيه، وما كان غير مباح فهو يضمن ما تلف به.

- من حفر بئراً للماشية بقرب بئر ماشية آخر بغير إذنه، فعطب بها إنسان، فقد قال أشهب: لا يضمن؛ لأنه يجوز له أن يحفر كما جاز للأول، وإن قرب منها؛ لأنه لا يدري أضرارها أم لا. فإن علم أنه يضر بها أمر بردمها، فإن أصيب أحد بعد أن أمر بذلك ضمن. ومعنى ذلك أن الأرض مباحة فلا يمنع أحد من الحفر فيها لحاجته، إلا بعد أن يثبت ما يوجب منع ذلك من إضرار بئر من تقدمه أو ما أشبه ذلك، فيحكم به عليه، فإذا حكم عليه بالمنع كان متعدياً في إبقائه فيضمن ما أصيب به بعد الحكم عليه بالمنع والأمر له برده إلى ما كان عليه.

- من نزل في بئر فأدركه رجل آخر في أثره، فجبذ الأسفل الأعلى فيختران في البئر فيهلكان جميعاً، أنّ على عاقلة الجابذ الدية؛ لأن الأعلى مات بسبب جبذه. وأما دية الجابذ فهدر؛ لأنه قتل غيره وقتل نفسه؛ لأن معنى ذلك أنه متعد في جبذه له، ووقوع الأعلى عليه إنما كان بسبب جبذه له، ولو لم يكن للأعلى في ذلك صنع، فلما كان موته بسببه أبطل ديته.

- إذا حفر رجلان في بئر فانهدمت عليهما فمات أحدهما فعلى عاقلة الباقي نصف دية الهالك؛ لأن البئر سقط من حفرهما فلذلك كان على عاقلة الباقي نصف الدية؛ لأن نصف الثاني هدر؛ لأنه قاتل نفسه وقاتل نفسه لا عقل له. ولو ماتا جميعاً لضمنت عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لأن كل واحد منهما شارك في قتل نفسه فهدر من ديته بقدر ذلك.

- من سقط من دابة على رجل فمات الرجل فديته على عاقلة الساقط، وهو من الخطأ. ولو انكسرت سنّ الساقط وانكسرت سنّ الآخر أنّ على الساقط دية سنّ الذي سقط عليه وليس على الآخر دية. والدليل على ما نقوله: أنّ الجناية بسبب الساقط دون سبب الآخر فلم يعقل ما أصابه؛ لأنه من جنائته.

- لو دفع رجل رجلاً فوقاً فوقع على آخر فقتله، فعلى الدافع العقل دون المدفوع؛ لأن المدفوع آلة.

- من مرّ بجزار يقطع لحماً فدفعه آخر فسقط فوقعت يده تحت فأس الجزار فقطع أصابعه، فقيل: عقل ذلك على طارحه لأنه القاصد؛ وقيل: على عاقلة الجزار لأنه المباشر، ويرجع به على عاقلة الدافع.

- من سقط ابنه من يده فمات لم يلزمه شيء. ولو سقط شيء من يده على ابنه وابن غيره فمات، فالدية على عاقلته، وإن كان الأرض أقل من الثلث ففي ماله. ووجه ذلك أن سقوطه من يده ليس عليه فيه شيء؛ لأنه لم يمت من فعله؛ لأن الساقط إنما هلك بحركته، وهي الحركة التي سقط بها؛ وأما إذا سقط شيء من يده على إنسان فقتله فإن الهالك إنما هلك بحركة الساقط عليه، وذلك من سبب الذي كان بيده.

- من طلب غريقاً فلما أخذه خشي الموت على نفسه فتركه فمات، فلا شيء عليه، وليس هذا كمن ابتدأ نزول بئر أو بحر بسبب مسكه.

- من استعان صغيراً في شيء له بال فهو ضامن لما أصابه، وذلك أنه أمره بغير إذن من له الإذن. ويعتبر في الصبي إذن أبيه إذا كان له أب. وإذن الأب كالعفو عن الدية. فأما غير الأب فلا يجزئ إذنه كيتيم الرجل وابن أخيه فذلك على عاقلته. فهذا وجه الإذن. وأما العمل فهو على ثلاثة أضرب:

الأول: عمل لا قيمة له، ولا يعمل غالباً كمناولته النعل، وما أشبهه فهذا لا يضمن فيه صبي، ولا فيه أجر.

الثاني: ضرب ليس فيه خطر فلا يخلو أن يكون صبياً مأذوناً له في العمل بإجارة فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يخالف ما أذن له فيه. وإن كان مأذوناً له في العمل بغير إجارة فهو ضامن؛ لأن ذلك تعد إذا لم يؤذن له في العمل بغير أجرة. وأما ما فيه خطر فيضمن ولو أذن له؛ لأن الإذن المطلق إنما يتناول المعتاد من الأعمال دون الغرر.

الثالث: ضرب لم يؤذن له في العمل جملة فهو ضامن لما أصابه.

- إن تصادم فارسان، فأصاب فرس أحدهما شخصاً، أنّ الدية على عاقلتهما، وذلك أنّ الجناية بسببهما. ولو اصطدم فارسان فماتا ومات فرسهما، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقيمة فرسه؛ لأنّ كلّ واحد قاتل لصاحبه قتل خطأ، فكانت ديته مستحقة على عاقلته كالمفرد⁽¹⁾.

ولو اصطدمت سفيتان فغرقت إحداهما بما فيها، فلا شيء في ذلك على أحد؛ لأنّ الريح تغلبهم. والفرق بين السفيتين والفرسين، أنّ السفينة لا تجري إلّا بالريح ولا عمل في ذلك للسفيتين؛ وأمّا الفرسان فجريهما من فعلهما، والفارسان أرسلاهما على ذلك وحرّكاهما إليه.

ويستثنى في السفيتين إذا علم أنّ النواتية قادرون على صرفهما على وجه يؤدي إلى عدم هلاكهم فلم يفعلوا فهم ضامنون، ويضمن عواقلهم الديات ويضمنون الأموال في أموالهم⁽²⁾.

- إذا أنزى الراعي على إناث الماشية بدون إذن أربابها فهلكت، فلا ضمان عليه؛ لأنّ الإنزاء من إصلاح المال وتنميته⁽³⁾.

- لا ضمان على الطبيب والحجام والبيطار، إن مات الإنسان أو الحيوان ممّا صنع به إن لم يخالفوا في العمل؛ أي: إن فعلوا الجائر فتولّد عنه هلاك أو فساد مما لم يقصدوه فلا ضمان؛ لأنه تولّد عن فعل مباح. وإن أرادوا فعل الجائر ففعلوا غيره خطأ، أو جاوزوه، أو قصروا عن الجائر فترتب عليه هلاك ضمنوه⁽⁴⁾.

- لا يجوز للطبيب أن يدخل على الطب جرأة دون أن يكون له علم. فإن فعل وأخطأ لزمته الدية في ماله لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أنّ رسول الله ﷺ قال: «من تطبّب ولا يعلم منه طبّ فهو ضامن»⁽⁵⁾. وهو محمول أنّ الضمان في ماله لا على العاقلة، إذا كان لا يعلم منه طبّ⁽⁶⁾.

ولا يجوز للعالم بالطب أن يتقدم إلى الناس في قطع العروق ونحوه من الجروح للمداواة إلّا أن يأذن له الإمام.

- إن ضرب معلّم الكتاب أو الصنعة صبيّاً، ما يعلم أنّه من الأدب فمات لم يضمن. وإن ضربه بغير الأدب تعدّياً، أو تجاوز الأدب ضمن ما أصابه⁽⁷⁾.

(2) المتفق: 110/7، والذخيرة: 260/12.

(4) الذخيرة: 257/12.

(6) بداية المجتهد: 451/2.

(1) الإشراف: 832/2.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 208/13.

(5) بداية المجتهد: 451/2.

(7) الذخيرة: 257/12.

- إن أمر طيبب بقطع شفة أو يد قصاصاً، فقطع غير ذلك أو زاد في القصاص، فهو خطأ على عاقلته، إلا دون الثلث ففي ماله، عمل ذلك بأجر أو بغير أجر⁽¹⁾.

- فعل المجنون المطبق والصبي ابن عام ونحوها هدر في الأموال، وتحمل عواقلهما الثلث فأكثر. وما دون الثلث يتبعان به في مالهما وذمتهما⁽²⁾.

دفع الصائل⁽³⁾:

الصائل لغة: صال الفحلُ يصول صَوْلاً وِصْوُلاً وِصْوُلَاناً فهو صائل وِصْوُولٌ، إذا خطر لِيصاول فحلاً آخر، والمصدر المصاولة والصَّيَال. وصال البعير يصول صَوْلًا وِصْوُولٌ وِصْوُولًا، مهموز تراه في بابه، إذا حمل على بعير آخر أو إنسان لِيَعْضَهُ، ثم كثر ذلك فصار للإنسان والسَّبُع.

المدفوع:

فهو كلّ صائل، إنساناً كان أو بهيمة. فمن خشي من ذلك فدفعه عن نفسه فهو هدر، حتى الصبي والمجنون إذا صالا. وكذلك البهيمة؛ لأنه ناب عن صاحبها في دفعها.

المدفوع عنه:

فهو كلّ معصوم من نفس، أو مال، أو بضع، سواء كان الدافع هو المصول عليه أو كان غيره.

الدافع:

وهو كل من يقدر على الدفع. وعلى الدافع أن لا يقصد القتل، بل الدفع، فإن أدى للقتل فذلك، إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فيقصده ابتداءً. ولا ضمان للصائل إن تلف بالدفع، والدليل:

أ - قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: 92]. ووجه الاستدلال أنّ الدافع محسن بالدفع عن نفسه.

ب - أنّ دفع الصائل من واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي أمر به الله تعالى ورسوله ﷺ.

ج - أنّ الأصل عدم الضمان.

د - أنّ جواز الفعل أو وجوبه يسقط الضمان؛ أي: جواز الدفع أو وجوبه.

(2) الذخيرة: 257/12.

(1) الذخيرة: 257/12.

(3) الإشراف: 2/837، وأحكام القرآن: 1/293، والذخيرة: 12/262، 267، وترتيب الفروق:

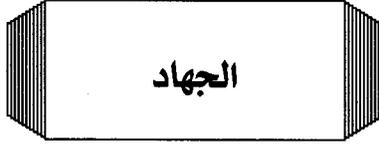
402، والمعلم: 2/379.

والإنسان مأذون له بالدفع عن نفسه، بل هو مأمور به، ومن فعل ما هو مأذون له أو مأمور به لم يكن متعدياً، ومن ليس بمتعدّ فلا ضمان عليه.

هـ - وفي البهيمة، أنّ لها اختياراً اعتبره الشرع، وذلك ظاهر في باب الصيد؛ لأن الكلب لو استرسل بنفسه لم يؤكل صيده.
ولا يتعيّن أن يقصد في الدفع عضو الصائل؛ لأنّ الشرّ من نفس الصائل لا من عضوه فقط.

فإن قدر المصول عليه على الهرب من غير مضرّة تلحقه لم يدفع إلا بالجرح.
ويجب تقدّم الإنذار في كلّ دفع.





تعريف الجهاد لغة:

الجهاد لغة: التعب والمشقة.

تعريف الجهاد شرعاً:

للجهاد معنيان: معنى عام، ومعنى خاص.

فالجهاد في سبيل الله بالمعنى العام: المبالغة في إتعاب الأنفس في ذات الله تعالى وإعلاء كلمته التي جعلها الله طريقاً إلى الجنة وسبيلاً إليها⁽¹⁾.

وينقسم الجهاد بالمعنى العام إلى أربعة أقسام:

1 - جهاد النفس. وهو جهاد الشيطان ومجاهدة النفس عن الشهوات المحرّمات. قال تعالى: ﴿وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ﴾ [النازعات: 40]. والآيات في ذلك كثيرة.

2 - جهاد اللسان. وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

3 - جهاد اليد. وهو زجر أولي الأمر أهل المناكر عن المناكر والأباطيل والمعاصي، وعن تعطيل الفرائض الواجبات؛ بالأدب والضرب على ما يؤدي إليه الاجتهاد في ذلك. ومن ذلك إقامتهم الحدود على القذفة والزناة وشربة الخمر ونحو ذلك.

4 - جهاد السيف. وهو قتال الكفار على الدين.

وهذا القسم وسيلته أمران:

الأول: بذل النفس.

الثاني: بذل المال.

والجهاد في سبيل الله إذا أطلق فلا يقع بإطلاقه إلا على القسم الرابع، وهو مجاهدة الكفار بالسيف، وهو معنى الجهاد بالمعنى الخاص الآتي بيانه.

تعريف الجهاد بالمعنى الخاص:

والجهاد بالمعنى الخاص عرّفه الإمام ابن عرفة بقوله: «الجهاد قتال مسلم كافراً، غير ذي عهد، لإعلاء كلمة الله تعالى؛ أو حضوره له؛ أو دخول أرضه له».

فقوله: «مسلم» احتراز من غير المسلم، كما إذا قاتل الكافر كافراً.

وقوله: «غير ذي عهد» خرج به المعاهد إذا قتله مسلم، فليس بجهاد. وكذلك إذا نقض الذمي عهده وحارب فإن قتاله ليس بجهاد.

وقوله: «لإعلاء كلمة الله» احتراز به ممّا إذا قاتل لدنيا أو لمال أو لحماية فليس بجهاد شرعي، كما جاء في الحديث: عن أبي موسى قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ما القتال في سبيل الله، فإن أهدنا يقاتل غضباً ويقاثل حمية؟ فرفع إليه رأسه، قال: وما رفع إليه رأسه إلا أنه كان قائماً، فقال: «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله ﷺ»⁽¹⁾. قال ابن رشد الجّد: «ولصحته وجوازه شرط واحد، متى انخرم بطل ولم يصحّ، وهو النية، قال رسول الله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، وقال: «نية المرء خير من عمله». والنية في الجهاد أن يجاهد الرجل ويقاثل لتكون كلمة الله هي العليا، فإذا عقد نيته على ذلك لم تضره إن شاء الله الخطرات التي قد تقع في القلب ولا تملك»⁽²⁾.

وقوله: «أو حضوره له» إشارة إلى أنّ الجهاد أعمّ من المقاتلة أو الحضور للقتال. والضمير في الحضور يعود على القتال؛ أي: حضور القتال. وضمير «له» يعود على إعلاء كلمة الله أو على القتال المعلن بإعلاء كلمة الله.

وقوله: «أو دخول أرضه له» وضمير أرضه يعود على الكافر، وضمير «له» يعود على القتال⁽³⁾.

فضل الجهاد:

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعَدَا عَلَيْهِمْ حَافًا فِي التَّوَرَةِ وَالْإِنْجِيلِ وَالْفُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُوا بِاللَّهِ الَّذِي يَبْعَثُ فِيهِ ذَوَلِكُ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١١١﴾ [التوبة: 111].

عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم

(1) أخرجه البخاري في العلم، باب من سأل وهو قائم عالماً جالساً.

(2) المقدمات: 354/1.

(3) راجع لشرح تعريف ابن عرفة: شرح حدود ابن عرفة، للرصاع: 220/1.

الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع»⁽¹⁾. ووجه الاستدلال أنّ تمثيل المجاهد في سبيل الله بالصائم القائم يقصد به في عظم الثواب، ومعنى ذلك أنّ له من الثواب مثل ثواب المستديم للقيام والصيام لا يفتر عنهما⁽²⁾.

وعن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «تكفل الله لمن جاهد في سبيله لا يخرج من بيته إلا الجهاد في سبيله، وتصديق كلماته، أن يدخله الجنة، أو يردّه إلى مسكنه الذي خرج منه، مع ما نال من أجر أو غنيمة»⁽³⁾.

وعن معاذ بن جبل أنّ النبي ﷺ قال: «ذروة سنام الإسلام الجهاد في سبيل الله»⁽⁴⁾.

تدرّج حكم الجهاد⁽⁵⁾:

كان المسلمون في أوّل الإسلام ممنوعين من قتال الكفار الذين يؤذونهم، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوا أَيْدِيَكُمْ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ يَخْشَوْنَ النَّاسَ كَخَشْيَةِ اللَّهِ أَوْ أَشَدَّ خَشْيَةً وَقَالُوا رَبَّنَا لِمَ كَتَبْتَ عَلَيْنَا الْقِتَالَ لَوْلَا أَخَّرْتَنَا إِلَىٰ أَجَلٍ قَرِيبٍ قُلْ مَتَىٰ لَأُخَذَ مِنْكُمْ الْبَأْسُ فَلَيْلٌ وَالْآخِرَةُ خَيْرٌ لِمَنِ اتَّقَىٰ وَلَا تُظْلَمُونَ فَتِيلًا ﴿٧٧﴾ [النساء: 77]. وهذه الآية نزلت في طائفة من المسلمين كانوا لقوا بمكة من المشركين أذى شديداً، فاستأذنوا النبي ﷺ في قتالهم، فقال لهم: «إني أمرت بالعمو فكفوا أيديكم وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة»، فلما هاجروا إلى المدينة وفرض الجهاد جبن فريق منهم من جملة الذين استأذنوه في القتال. ووجه الاستدلال أنّ الآية تتضمّن تذكير المسلمين بالمدينة بما كان عليه الجهاد من المنع بمكة قبل الهجرة، وأنّ الله تعالى لم يأذن لهم فيه بها⁽⁶⁾.

وإنما أمر الله رسوله ﷺ بالدعاء إلى الإسلام، والصدع بذلك من غير قتال والإعراض عن المشركين، قال تعالى: ﴿فَأَصْدَعْ بِمَا تُؤْمَرُ وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ ﴿٩٤﴾ [الحجر: 94]. كما أمره بالعمو والصفح والصبر على إيذاء المشركين والدفع بالحسنى، قال الله تعالى: ﴿ادْفَعْ بِالَّذِي مِئِ أَحْسَنُ السَّيِّئَةَ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِفُونَ ﴿٩٦﴾ [المؤمنون: 96]، وقوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ عَلَيْهِمْ بِمُصَيْطِرٍ ﴿٢٢﴾ [الغاشية: 22]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ

(1) أخرجه مالك في الجهاد، باب الترغيب في الجهاد، ومسلم في الجهاد، باب فضل الجهاد في سبيل الله.

(2) المنتقى: 159/3.

(3) أخرجه مالك في الجهاد، باب الترغيب في الجهاد، والبخاري في فرض الخمس، باب قول النبي ﷺ: أحلت؛ ومسلم في الإمارة، باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله.

(4) أخرجه أحمد في مسنده.

(5) المقدمات: 346/1، وأحكام القرآن: 1030/2، والقبس: 579/2.

(6) التحرير والتنوير: 125/5.

لِلنَّاسِ بِالْحَقِّ فَمَنْ أَسْرَفَ فَلِنَفْسِهِ. وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ ﴿٤١﴾ [الزمر: 41]، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ مَا أَشْرَكُوا وَمَا جَعَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ﴾ [الأنعام: 107]، وقوله تعالى: ﴿مَنْ أَظْلَمُ مِمَّا يَقُولُونَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ فَذَكَرَ بِالْقُرْآنِ مَنْ يَخَافُ وَعَبِدِ﴾ [ق: 45]. وقد قيل إن هذه الآيات منسوخة بالأمر بالقتال، وهو ما ذهب إليه الإمام ابن العربي⁽¹⁾. لكن الشيخ ابن عاشور لم ير بين هذه الآيات والأمر بالقتال تعارضاً حتى يصار إلى القول بالنسخ، قال في شرح آية الغاشية: «ونفي كونه مصيطراً عليهم خبر مستعمل في غير الإخبار؛ لأن النبي ﷺ يعلم أنه لم يكلف بإكراههم على الإيمان، فالخير بهذا النفي مستعمل كناية عن التطمين برفع التبعة عنه من جراء استمرار أكثرهم على الكفر، فلا نسخ لحكم هذه الآية بآيات الأمر بقتالهم. ثم جاء وجوب القتال بتسلسل حوادث كان المشركون هم البادئين فيها بالعدوان على المسلمين إذ أخرجوهم من ديارهم، فشرع قتال المشركين لخضد شوكتهم وتأمين المسلمين من طغيانهم. ومن الجهلة من يضع قوله: ﴿أَسْتَعْثِمُكُمْ بِمُصِيطِرٍ﴾ [٢٢] في غير موضعه ويحيد به عن مهيعة، فيريد أن يتخذ حجة على حرية التدين بين جماعات المسلمين. وشتان بين أحوال أهل الشرك وأحوال جامعة المسلمين. فمن يلحد في الإسلام بعد الدخول فيه يستتاب ثلاثاً فإن لم يتب قتل. وإن لم يُقدَّر عليه فعلى المسلمين أن ينبذوه من جامعتهم ويعاملوه معاملة المحارب. وكذلك من جاء بقول أو عمل يقتضي نبذ الإسلام، أو إنكار ما هو من أصول الدين بالضرورة، بعد أن يوقف على مآل قوله أو عمله فيلتزمه ولا يتأوله بتأويل مقبول ويأبى الانكفاف»⁽²⁾.

ثم لما هاجر النبي ﷺ والمسلمون إلى المدينة أذن الله تعالى له وللمسلمين في القتال لمن قاتلهم والدفاع عن أنفسهم، قال الله تعالى: ﴿أَذِنَ لِلَّذِينَ يُقْتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾ [الحج: 39]. وهذه الآية مدنية نزلت إثر الهجرة مباشرة، لقوله تعالى في الآية التالية لها: ﴿الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ لَكُنَّا عَنَّا وَإِنَّ رَبَّكُمُ اللَّهُ لَكَنَزِيرٌ﴾ [الحج: 40]⁽³⁾. فوصف المؤمنين بأنهم أخرجوا من ديارهم، يؤذن بأن سبب الإذن بالقتال ما تعرضوا له من الأذى والإخراج من ديارهم، واللجوء إلى الهجرة. ومعنى الآية: أذن للذين يعلمون أن الكفار يعتقدون قتالهم وقتلهم بأن يقاتلوهم، ويفهم من كلام ابن العربي أن هذه الآية لم يكن بها فرض الجهاد، وإنما تدل على مجرد الإذن⁽⁴⁾.

(1) أحكام القرآن: 384/4.

(2) التحرير والتنوير: 307/30.

(3) التحرير والتنوير: 200/2، وأحكام القرآن: 102/1.

(4) أحكام القرآن: 102/1.

ثم نزل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢١٦﴾﴾ [البقرة: 216]. وهذه الآية نزلت في واقعة سرية عبد الله بن جحش، وذلك في جمادى الآخرة في السنة الثانية من الهجرة، ووردت في سورة البقرة مع جملة التشريعات والنظم التي حوتها، كقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾، وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾، وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾. فعلى هذا تكون الآية خبراً عن حكم سبق لزيادة تقريره، وهي آية الإذن بالقتال في سورة الحج. أو تكون الآية إعادة لإنشاء وجوب القتال زيادة في تأكيده⁽¹⁾.

وتوالى نزول الآيات التي تؤكد وجوب الجهاد. وتحت عليه، كقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢١٧﴾﴾ [البقرة: 244]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا خُذُوا حِذْرَكُمْ فَانفِرُوا بَأْسًا وَانفِرُوا جَمِيعًا ﴿٧١﴾﴾ [النساء: 71]، وقوله تعالى: ﴿فَلْيَقْتُلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ وَمَنْ يُقْتَلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلْ أَوْ يَمُوتْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٧٦﴾ وَمَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالسُّتَمِرِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَل لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَيًّا وَاجْعَل لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا ﴿٧٥﴾ الَّذِينَ آمَنُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ فَقَاتِلُوا أَوْلِيَاءَ الشَّيْطَانِ إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ كَانَ ضَعِيفًا ﴿٧٦﴾﴾ [النساء: 74 - 76]، وقوله تعالى: ﴿فَقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا تُكَلَّفُ إِلَّا نَفْسَكَ وَحَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَكْفِكَ بِأَسِ الَّذِينَ كَفَرُوا وَاللَّهُ أَشَدُّ بِأَسًا وَأَشَدُّ تَنْكِيلًا ﴿٨٤﴾﴾ [النساء: 84].

ومن الآيات التي نزلت في تأكيد وجوب الجهاد وبيان غايته قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّهِ فَإِنَّ أُنْتَهُوا فَإِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٣٩﴾﴾ [الأنفال: 39]. فقد جعل الله تعالى انتفاء الفتنة وأن يكون الدين كله لله غاية لقتال المشركين. فكان قتالهم مقصوداً منه إعدامهم أو إسلامهم، وبأحد هذين يكون انتفاء الفتنة. وهذه الآية دالة على ما ذهب إليه جمهور علماء الأمة من أن قتال المشركين واجب حتى يسلموا، وأنهم لا تقبل منهم الجزية⁽²⁾. والفتنة المقصود نفيها فتنة المسلمين عن دينهم، ويتحقق بأن يقتل جميع المشركين أو بإسلامهم؛ فتزول فتنتهم، وحتى لا يكون دين هنالك إلا لله وحده⁽³⁾.

وفي سنة ست للهجرة في عمرة القضاء، حين توقع المسلمون غدر المشركين بالعهد الذي كان بينهم في صلح الحديبية، نزل قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَسَدُّوا عَلَى اللَّهِ أَلَّا يُجِثَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿١٦١﴾﴾ وَأَقَاتُوا حَيْثُ تَقَاتُوا وَأَخْرَجُوهُمْ مِنْ

(2) التحرير والتنوير: 347/9.

(1) التحرير والتنوير: 319/2.

(3) التحرير والتنوير: 208/2.

حَيْثُ أَرْجَوْنَهُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنْ الْقَتْلِ وَلَا تُقْتَلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقْتَلُوا فِيهِ فَإِنْ قَتَلْتُمْ فَأَقْتَلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكٰفِرِينَ ﴿١٩١﴾ فَإِنْ أَنْهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٩٢﴾ وَتَقْتُلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ لِلدِّينِ لِلَّهِ فَإِنْ أَنْهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴿١٩٣﴾ [البقرة: 190 - 193]. فأمر الله تعالى المؤمنين في هذه الآيات بقتال الذين يقاتلونهم عند قدومهم لعمرة القضاء، بشرط عدم الاعتداء؛ وأمرهم بقتل من يعثر عليهم منهم وإن لم يكن في ساحة قتال؛ أي: بتعميم المواقع والبقاع، ليكون المسلمون مأذونين بذلك، فكل مكان يحل فيه العدو فهو موضع قتال؛ فالمعنى: واقتلوهم حيث ثقفتموهم إن قاتلوكم. ثم خصص بعض البقاع وهو المسجد الحرام⁽¹⁾. ودليل كون هذه الآيات في شأن عمرة القضاء، ورودها عقب الآيات التي أشارت إلى الإحرام بالعمرة، ثم رجوع الكلام بعد انقضاء الآيات المتكلمة عن القتال إلى الغرض الذي فارقت⁽²⁾. وقد نفى ابن العربي أن تكون هذه الآية منسوخة بأية براءة الآية 5 - على ما ذهب إليه البعض -؛ لأن الله تعالى أمر في هذه الآية بقتال من قاتل، وكذلك أمر بمثله في سورة التوبة في قوله: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقْتَلُونَكُمْ كَافَّةً﴾ [التوبة: 36]، وأن هذه الآية بينتها آية التوبة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلظَةً وَعَلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ ﴿١٢٣﴾ [التوبة: 123]، قال ابن العربي: «وذلك لأن المقصود أولاً كان أهل مكة فنعيت البداية بهم وبكل من عرض دونهم أو عاونهم، فلما فتح الله تعالى مكة كان القتال لمن يلي ممن كان يؤدي، حتى تعم الدعوة وتبلغ الكلمة جميع الآفاق، ولا يبقى أحد من الكفرة، وذلك متماد إلى يوم القيامة، ممتد إلى غاية هي قول النبي ﷺ: «الخیل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة، الأجر والغنيمة»⁽³⁾، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ لِلَّهِ فَإِنْ أَنْهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ ﴿١٩٣﴾ [البقرة: 193].

وحين نقض المشركون العهد الذي عقد في صلح الحديبية، وفتح النبي ﷺ مكة، كان آنذاك بين المسلمين وبين بعض القبائل عهد، فأذن الله تعالى بفسخ هذه العهود، في سورة التوبة التي قرئت عليهم في موسم الحج الذي حج فيه أبو بكر ﷺ بالناس سنة تسع، وكان الذي قرأها علي بن أبي طالب ﷺ. وقد أعطاهم الله تعالى مهلة أربعة أشهر، إما أن يتوبوا ويدخلوا في الإسلام، وإما القتال⁽⁴⁾. وقد أكدت هذه الآيات - أي: آيات البقرة - ما جاء في آية الأنفال من جعل الغاية التي ينتهي فيها

(1) التحرير والتنوير: 200/2، وأحكام القرآن: 102/1، والجامع لأحكام القرآن: 268/1.

(2) التحرير والتنوير: 200/2، وأحكام القرآن: 102/1، والجامع لأحكام القرآن: 268/1.

(3) أخرجه مالك في الجهاد، باب ما جاء في الخيل والمسابقة؛ والبخاري في الجهاد والسير، باب الجهاد ماض مع البر والفاجر؛ ومسلم في الجهاد، باب ما جاء في الخيل والمسابقة.

(4) التحرير والتنوير: 107/10 - 114.

القتال انتفاء الفتنة وأن يكون الدين لله⁽¹⁾. وأكد هذه الغاية - أيضاً - في قتال المشركين قوله تعالى في سورة التوبة: ﴿فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرْمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْضُرُوهُمْ وَأَقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ إِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٥﴾﴾ [التوبة: 5]⁽²⁾، وقوله: ﴿فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ فِي الدِّينِ وَنُفِصِلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿١١﴾﴾ [التوبة: 11]⁽³⁾. وهذه الآيات ومثيلاتها ناسخة لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَعَدُّوا﴾ [البقرة: 190]⁽⁴⁾، ومفهومها: فإذا لم يقاتلوكم، وهذا منسوخ عند من يرى نسخ المفهوم ولا يرى الزيادة على النص نسخاً، وهي أيضاً ناسخة لها عند من يرى الزيادة على النص نسخاً ولا يرى نسخ المفهوم. وآية البقرة وإن نزلت لسبب خاص - وهو التحسب لنقض المشركين للصلح - فهي عامة في كل حال يبادئ المشركون فيه المسلمون بالقتال؛ لأنّ السبب لا يخصص. والذين لم يروا الآية منسوخة بل محكمة، قالوا: المراد بالذين يقاتلونكم الذين هم متهثون لقتالكم؛ أي: لا تقاتلوا الشيوخ والنساء والصبيان، فالقيد لإخراج طائفة من المقاتلين⁽⁴⁾. وتقدم أن ابن العربي لا يرى نسخها.

والآيات المتقدمة هي في مجاهدة المشركين. ثم نزل قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴿٢٩﴾﴾ [التوبة: 29]. وموضوعها الأمر بجهاد أهل الكتاب، إذ كان اليهود من قريظة والنضير وخيبر قد ظهر تأييدهم للمشركين ونقضوا العهد مع النبي ﷺ، وقد حاربهم النبي ﷺ وأجلاهم؛ وأبدت دولة الروم حامية نصارى العرب عداها واستعدادها لحرب المسلمين بواسطة ملوك غسان سادة بلاد الشام في ملك الروم⁽⁵⁾. فعلى هذا تكون الآية نزلت في زمن الاستعداد لغزوة تبوك التي كانت في رجب سنة تسع من الهجرة، إذ كانت سورة التوبة نزلت في هذه السنة؛ أي: فكانت هذه الغزوة بعد أن خلبت بلاد العرب للإسلام قبل حجة الوداع، فكانت تخوم بلاد الإسلام مجاورة لبلاد الشام مقر نصارى العرب، وكانوا تحت حكم الروم، فكانت غزوة تبوك أول غزوة للإسلام تجاوزت بلاد العرب إلى مشارف الشام، ولم يكن فيها قتال، ولكن وضعت الجزية على أيلة وبصرى، وكانت تلك الغزوة إرهاباً للنصارى⁽⁶⁾. واختلف المفسرون في المراد بكون أهل الكتاب لا يؤمنون بالله، ولا باليوم الآخر، وسائر الأوصاف المذكورة في الآية. وعند الشيخ

(2) التحرير والتنوير: 114/10.

(4) التحرير والتنوير: 200/2.

(6) التحرير والتنوير: 62/11.

(1) التحرير والتنوير: 347/9.

(3) التحرير والتنوير: 127/10.

(5) التحرير والتنوير: 162/10.

ابن عاشور أنّ المقصود الأهم من الآية قتال أهل الكتاب من النصارى، ولكنها أدمجت معهم المشركين، لثلاً يتوهم المسلمون أنّ الأمر بقتال أهل الكتاب يقتضي التفرغ لقتالهم ومشاركة قتال المشركين، والصفات التي تدلّ على إدماجهم: ﴿لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ﴾. والمقصود من الآية صفة أهل الكتاب وهي الثالثة، وهي: ﴿وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ﴾⁽¹⁾.

وقد جعل الله تعالى غاية لقتال أهل الكتاب، وهي إلى أن يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون. وهل يشمل حكم الجزية الكفار من المشركين، وهو ما يفهم من كلام الشيخ ابن عاشور كما تقدم؟ وقال ابن وهب وابن الماجشون: لا تقبل من مشركي العرب جزية. وصحّح القاضي ابن العربي⁽²⁾ قول سائر علماء المذهب بأنّ الجزية تؤخذ من كلّ كافر، قال الإمام القرطبي: «قال الأوزاعي: تؤخذ الجزية من كلّ عابد وثن أو نار أو جاحد أو مكذب. وكذلك مذهب مالك؛ فإنه رأى أن الجزية تؤخذ من جميع أجناس الشرك والجحد، عربياً أو عجمياً، تغلبياً أو قرشياً، كائناً من كان، إلّا المرتد»⁽³⁾. ودليل أخذ الجزية من المشركين - أي: زيادة على دلالة الآية -: فعل النبي ﷺ، فقد أخذ الجزية من مجوس هجر. فعن بجاله بن عبدة قال: لم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس، حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أنّ رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر⁽⁴⁾. وعن مالك عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه أنّ عمر بن الخطاب ذكر المجوس، فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «ستوا بهم سنة أهل الكتاب»⁽⁵⁾، وهذا دليل أنّهم ليسوا أهل كتاب⁽⁶⁾. وعن بريدة قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: «اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله» وفي الحديث قوله: «إن هم أبوا فسلهم الجزية فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم...»⁽⁷⁾. ووجه الاستدلال بحديث بريدة أنّ السرايا التي كان يرسلها النبي ﷺ كانت إلى قبائل مشركة.

واعتبر الباجي وابن العربي هذا من باب التخصيص لا من باب النسخ؛ لأنه

(1) التحرير والتنوير: 164/10. (2) أحكام القرآن: 110/1.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 37/8.

(4) أخرجه البخاري في الجزية، باب الجزية والموادعة.

(5) أخرجه مالك في الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

(6) الجامع لأحكام القرآن: 37/8.

(7) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء.

سبحانه أباح قتالهم وأمر به حتى لا يكون كفر، ثم قال تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾، فخصص من الحالة العامة حالة أخرى خاصة، وزاد إلى الغاية الأولى غاية أخرى؛ وهذا كقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله»، وقال في حديث آخر: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة»، ثم ذكر في حديث آخر الصوم والحج، ولم يكن ذلك نسخاً، وإنما كان بياناً؛ وكذلك قوله ﷺ: «لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زناً بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس»، ثم بين أسباباً أخرى للقتل⁽¹⁾.

وقد أمر الله تعالى المسلمين - بعد ذلك - بقتال من كان متاخماً لهم من بلاد الكفر، فقال: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَتِيلُوا الَّذِينَ يَكُونُكُمْ مِنْ الْكُفَّارِ وَلَيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: 123]. وهذه الآية جاءت بعد غزوة تبوك، وهي كالوصية بالاستمرار على غزو بلاد الكفر المجاورة لبلاد الإسلام، بحيث كلما استقرّ بلد للإسلام وكان تجاوره بلاد كفر، كان حقاً على المسلمين غزو البلاد المجاورة. ولذلك ابتدأ الخلفاء بفتح الشام، ثم العراق، ثم فارس، ثم انشؤا إلى مصر، ثم إلى إفريقية، ثم إلى الأندلس⁽²⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِرْ بِاللَّهِ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 256]. فذكر الإمام ابن عاشور أنّ هذه الآية موقعها في النزول وفي ترتيب آيات سورة البقرة بعد الأمر بالقتال، التي يبدو منها أنّ القتال لأجل دخول العدو في الإسلام، فبيّنت هذه الآية أنّه لا إكراه على الدخول في الإسلام. ونفي الإكراه خبر في معنى النهي، والمراد نفي أسباب الإكراه في حكم الإسلام؛ أي: لا تكرهوا أحداً على اتباع الإسلام قسراً. وجيء بنفي الجنس لقصد العموم نصّاً، وهي دليل واضح على إبطال الإكراه على الدين بسائر أنواعه؛ لأنّ أمر الإيمان يجري على الاستدلال، والتمكين من النظر، وبالاختيار. واستظهر الشيخ أنّ هذه الآية نزلت بعد فتح مكة واستخلاص بلاد العرب. ورأى أنّها نسخت حكم القتال على قبول الكافرين الإسلام عقيدة وشريعة، والافتناع منهم بالدخول تحت سلطان الإسلام وهو المعبر عنه بالذمة؛ أي: بالبقاء على عقائدهم مع دفع الجزية، ووضّحه عمل النبي ﷺ وذلك حين خلصت بلاد العرب من الشرك بعد فتح مكة وبعد دخول الناس في الدين أفواجاً حين جاءت وفود العرب بعد الفتح، فلما تم مراد الله من إنقاذ العرب من الشرك والرجوع بهم إلى ملة إبراهيم، ومن تخليص الكعبة من أرجاس المشركين، ومن تهيئة طائفة عظيمة لحمل هذا الدين وحماية بيضته،

(1) الإشارات: ص 27، وأحكام القرآن: 110/1.

(2) التحرير والتنوير: 62/11.

وتبيّن هدى الإسلام وزال ما كان يحول دون أتباعه من المكابرة، وحقّق الله سلامة بلاد العرب من الشرك كما وقع في خطبة حجة الوداع «إِنَّ الشَّيْطَانَ قَدْ يُسُّ مِنْ أَنْ يُعْبَدَ فِي بِلَدِكُمْ هَذَا...» لَمَّا تم ذلك كله أبطل الله القتال على الدين وأبقى القتال على توسيع سلطانه. ولكنّه رحمه الله تعالى استدّل بآية: ﴿فَنَلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴿١٩﴾﴾، وجعلها ناسخة لما تقدّم من آيات القتال⁽¹⁾؛ أي: فهو يرى أنّها غير قاصرة على أهل الكتاب، بل شاملة للمشركين أيضاً كما تقدم.

وبهذا فإنّه لا تعارض بين آية نفي الإكراه وآية استمرار الجهاد في بلاد الكفر المجاورة لبلاد الإسلام؛ لأنّ القصد من استمرار الجهاد في بلاد الكفر إدخالها تحت سلطان الإسلام وحكمه، دون إكراه أهلها على تغيير دينهم. وذلك بإزالة سلطان طواغيتهم عنهم ليتمكن المسلمون من تعريف أهالي تلك البلاد بالإسلام، ومحاورتهم في ذلك، ورفع الشبهات عن عقولهم، وبيان بطلان عقائدهم وما هم عليه من دين زائف. ذلك أنّ الإسلام هو الدين الحقّ، الذي أرسل الله به رسوله محمداً ﷺ ليخرج الناس من الظلمات إلى النور. ومن حقّ هذا الدين أن يدعو الناس إليه، ويتخذ لذلك الوسائل الممكنة لإزالة سلطان أئمة الكفر الذي يحولون دون تبليغ دعوة الإسلام إلى عامة أقوامهم، ثم يترك لهم الاختيار في الدخول في الإسلام أو البقاء على دينهم. وهذا النوع من الجهاد هو جهاد الدعوة.

هذا وإنّ ما تقدّم قد اعتمدنا فيه في الأكثر على ما جاء في تفسير الشيخ ابن عاشور، لما رأينا عنده من تدقيق في تفسير آيات الجهاد، بما يرفع التعارض الملاحظ بينها. وهذا بناء على ما أضله من كون السورة قد يستمرّ نزولها سنوات، وتنزل في أثنائها سور أخرى، مثل نزول سورة التوبة في أثناء استمرار نزول سورة البقرة.

حكم الجهاد:

هذا وقد قال بعض العلماء⁽²⁾: إنّ آيات الجهاد فهم منها أنّها تدلّ على الوجوب العيني لكل مسلم في أوّل الإسلام، بما تضمّنته من توبيخ القاعدين والمتخلفين عن الجهاد، وبالأمر بقتال الكفار كافة وبالنفير العام، فقال الله ﷻ: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: 36]. وقال ﷻ: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [التوبة: 41].

ثم نسخ الله تعالى ذلك فجعل الفرض على الكفاية؛ أي: يحمله من قام به من المسلمين عن سائرهم، فقال: ﴿وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ لِیَنْفِرُوا كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّینِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: 122]. ومعنى الآية: ما كان المؤمنون لينفروا للجهاد كافة، وبتروا رسول الله ﷺ وحده، فالواجب أن ينفر من كل فرقة منهم طائفة؛ أي: سرايا، فإذا رجعوا وقد نزل بعدهم قرآن وشرعت أحكام، تعلموا ذلك ممن بقوا مع رسول الله ﷺ⁽¹⁾. قال الإمام ابن عاشور في بيان معاني هذه الآية: «كان غالب ما تقدم من هذه السورة تحريضاً على الجهاد وتنديداً على المقصرين في شأنه، وانتهى الكلام قبل هذا بتبرئة أهل المدينة والذين حولهم من التخلف عن رسول الله ﷺ، فلا جرم كانت قوة الكلام مؤذنة بوجود تمحض المسلمين للغزو. وإذ قد كان من مقاصد الإسلام بث علومه وآدابه بين الأمة، وتكوين جماعات قائمة بعلم الدين وتثقيف أذهان المسلمين، كي تصلح سياسة الأمة على ما قصده الدين منها، من أجل ذلك عُقب التحريض على الجهاد بما يبين أن ليس من المصلحة تمحض المسلمين كلهم لأن يكونوا غزاة أو جنوداً، وأن ليس حظ القائم بواجب التعليم دون حظ الغازي في سبيل الله من حيث إن كليهما يقوم بعمل لتأييد الدين، فهذا يؤديه بتوسع سلطانه وتكثير أتباعه، والآخر يؤديه بتثيبت ذلك السلطان وإعداده لأن يصدر عنه ما يضمن انتظام أمره وطول دوامه، فإن اتساع الفتوح وبسالة الأمة لا يكفیان لاستبقاء سلطانها إذا هي خلت من جماعة صالحة من العلماء والساسة وأولي الرأي المهتمين بتدبير ذلك السلطان، ولذلك لم يثبت ملك اللمتونيين في الأندلس إلا قليلاً حتى تقلص، ولم تثبت دولة التتار إلا بعد أن امتزجوا بعلماء المدين التي فتحوها ووكّلوا أمر الدولة إليهم. وإذ قد كانت الآية السابقة قد حرصت فريقاً من المسلمين على الالتفاف حول رسول الله ﷺ في الغزو لمصلحة نشر الإسلام ناسب أن يُذكر عقبها نَفَر فريق من المؤمنين إلى رسول الله ﷺ للتفقه في الدين ليكونوا مرشدين لأقوامهم الذين دخلوا في الإسلام.

ومن محاسن هذا البيان أن قابل صيغة التحريض على الغزو بمثلها في التحريض على العلم إذ افتتحت صيغة تحريض الغزو بلام الجحود في قوله: ﴿مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ﴾ [التوبة: 120] الآية، وافتتحت صيغة التحريض على العلم والتفقه بمثل ذلك إذ يقول: ﴿وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ لِیَنْفِرُوا كَآفَّةً﴾. والمراد بالنفير في قوله: ﴿لِيَنْفِرُوا﴾ وقوله: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ﴾ الخروج إلى الغزو المأخوذ من قوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَآسَأُوا مَا لَكَ إِذَا قِيلَ لَكَ أَنْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَنَا قُلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ﴾ [التوبة: 38] أي: وما كان المؤمنون لينفروا ذلك النفر كلهم. فضمير

﴿لَيَسْفَهُوا فِي الَّذِينَ﴾ يجوز أن يعود على قوله: ﴿الْمُؤْمِنُونَ﴾ أي: ليتفقه المؤمنون. والمراد ليتفقه منهم طائفة وهي الطائفة التي لم تنفر، كما اقتضاه قوله: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ﴾، فهو عام مراد به الخصوص.

ويجوز أن يعود الضمير إلى مفهوم من الكلام من قوله: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ﴾ لأن مفهومه: وبقية طائفة لیتفقهوا في الدين، فأعيد الضمير على «طائفة» بصيغة الجمع نظراً إلى معنى طائفة، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْفُتَنَ إِيَّاهُ فَتَكُونَ﴾ [الحجرات: 9] على تأويل اقتل جمعهم.

ويجوز أن يكون المراد من النفر في قوله: ﴿لَيَسْفَهُوا كَأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُوْنَ﴾ و«نفر» من الاستخدام بقريته قوله: ﴿لَيَسْفَهُوا فِي الَّذِينَ﴾ فيكون الضمير في قوله: ﴿لَيَسْفَهُوا﴾ عائداً إلى «طائفة» ويكون قوله: ﴿وَمَا كَانَتِ الْفِرْقَةُ لَيَسْفَهُوا كَأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُوْنَ﴾ تمهيداً لقوله: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ﴾.

وقد نقل عن أئمة المفسرين وأسباب النزول أقوال تجري على الاحتمالين. والاعتماد في مراجع الضمائر على قرائن الكلام على عادة العرب في الإيجاز والاعتماد على فطنة السامع فإنهم أمة فطنة.

والإتيان بصيغة لام الجحود تأكيد للنفي، وهو خبر مستعمل في النهي فتأكيده يفيد تأكيد النهي؛ أي: كونه نهياً جازماً يقتضي التحريم. وذلك أنه كما كان النفر للغزو واجباً لأن في تركه إضاعة مصلحة الأمة، كذلك كان تركه من طائفة من المسلمين واجباً لأن في تمخض جميع المسلمين للغزو إضاعة مصلحة للأمة أيضاً، فأفاد مجموع الكلامين أنّ النفر للغزو واجب على الكفاية؛ أي: على طائفة كافية لتحصيل المقصد الشرعي منه، وأنّ تركه متعين على طائفة كافية منهم لتحصيل المقصد الشرعي مما أمروا بالاشتغال به من العلم في وقت اشتغال الطائفة الأخرى بالغزو. وهذا تقييد للإطلاق الذي في فعل «انفروا»، أو تخصيص للعموم الذي في ضمير «انفروا».

ولذلك كانت هذه الآية أصلاً في وجوب طلب العلم على طائفة عظيمة من المسلمين وجوباً على الكفاية؛ أي: على المقدار الكافي لتحصيل المقصد من ذلك الإيجاب. وأشعر نفي وجوب النفر على جميع المسلمين وإثبات إيجابه على طائفة من كل فرقة منهم بأن الذين يجب عليهم النفر ليسوا بأوفر عدداً من الذين يبقون للتعقّب والإنذار، وأن ليست إحدى الحالتين بأولى من الأخرى على الإطلاق، فيعلم أنّ ذلك منوط بمقدار الحاجة الداعية للنفر، وأنّ البقية باقية على الأصل، فعلم منه أنّ النفر إلى الجهاد يكون بمقدار ما يقتضيه حال العدو المغزوّ، وأنّ الذين يبقون للتعقّب يبقون بأكثر ما يستطيع، وأنّ ذلك سواء. ولا ينبغي الاعتماد على ما يخالف هذا التفسير من

الأقوال في معنى الآية وموقعها من الآي السالفة»⁽¹⁾.

وقد استقرّ بذلك حكم الجهاد على أنه فرض كفاية. والدليل على ذلك⁽²⁾:

أ - الآية المتقدمة.

ب - قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحَسَنَىٰ وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١٥﴾﴾ [النساء: 95]. ووجه الاستدلال أن الجهاد لو كان واجباً على الأعيان لما وعد القاعدين الحسنى⁽³⁾.

ج - إجماع العلماء.

وهو فرض كفاية كل سنة، بأن يوجه الإمام كل سنة طائفة ويخرج بنفسه معها، أو يخرج بدله من يثق به. ولا يجوز تركه سنة مع الأمن والخوف، لما فيه من إعلاء كلمة الله وإذلال الكفرة. وهذا هو المعتمد في المذهب. وهذا الجهاد هو جهاد الدعوة. والدليل: قوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُوكُم مِّنَ الْكُفَّارِ وَلِيَجِدُوا فِيكُمْ غِلظَةً وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴿١٢٣﴾﴾ [التوبة: 123]. ومعنى «يلونكم» يقربون منكم في المكان ويجاورونكم. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر المسلمين - بعد غزوة تبوك - بقتال من كان متاخماً لهم من بلاد الكفر، فهذه الآية جاءت بعد غزوة تبوك، قال الشيخ ابن عاشور: «هي كالوصية بالاستمرار على غزو بلاد الكفر المجاورة لبلاد الإسلام، بحيث كلما استقر بلد للإسلام وكان تجاوره بلاد كفر، كان حقاً على المسلمين غزو البلاد المجاورة. ولذلك ابتداء الخلفاء بفتح الشام، ثم العراق، ثم فارس، ثم انثنوا إلى مصر، ثم إلى إفريقية، ثم إلى الأندلس»⁽⁴⁾.

ولابن رشد الجد قول مخالف لهذا، وهو أنه إذا حميت الحدود وسدّت الثغور فإن فرض الجهاد يسقط، ويصبح مندوباً، قال ابن رشد: «إذا جاهد العدو، وحميت أطراف المسلمين، وسدّت ثغورهم، سقط فرض الجهاد عن سائر المسلمين، وكان لهم نافلة وقربة مرغّباً فيها، إلا أن تكون ضرورة مثل أن ينزل العدو ببلد من بلاد المسلمين، فيجب على الجميع إغاثتهم وطاعة الإمام في النفير إليهم»⁽⁵⁾. فهو يجعل الجهاد نوعان: جهاد الدفاع، وهو لا يتوقف ولا يسقط؛ وجهاد الدعوة للإسلام، وهو الذي جعله مندوباً، وفي القول المعتمد فرض كفاية.

ويكون جهاد الدفع في أهمّ جهة إذا كان العدو في جهات متعدّدة. فإن استوت

(2) المقدمات: 347/1، والقبس: 579/2.

(4) التحرير والتنوير: 62/11.

(1) التحرير والتنوير: 58/11 - 61.

(3) الذخيرة: 385/3.

(5) المقدمات: 347/1.

الجهات في الضرر خير الإمام في الجهة التي يرسل إليها، إن لم يكن في المسلمين كفاية لجميع الجهات، وإلا وجب في الجميع.

والجهاد فرض كفاية ولو مع أمير جائر في أحكامه، ظالماً في رعيته، إلا أن يكون غادراً ينقض العهود، فلا يجب معه على الأصح. وروي عن الإمام مالك أنه لا يغازى مع الجائر. والدليل على الوجوب⁽¹⁾ «إن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر»⁽²⁾.

فروض كفاية آخر:

- إقامة الموسم بعرفة، وبقية المشاهد كل سنة.

- القيام بعلوم الشريعة؛ أي: غير ما يتعين على المكلف منها. والعلوم الشرعية غير العيني: الفقه والتفسير والحديث وعلم الكلام؛ لأن في القيام بهذه العلوم صوتاً للدين. والمراد بالقيام بها قراءتها وحفظها وتدوينها وتهذيبها وتحقيقها.

ويلحق بهذه العلوم ما تتوقف عليه من علم النحو وعلم المعاني وعلم البيان. وأما علم البديع وعلم العروض وعلم الهيئة وعلم المنطق، فلا؛ خلافاً لمن قال بوجوب تعلم المنطق لتوقف العقائد عليه، وتوقف إقامة الدين عليها. ورد ذلك الغزالي بأن ليس عند المتكلم من عقائد الدين إلا العقيدة التي يشارك فيها العوام، وإنما يتميز عنهم بصفة المجادلة.

ومن القيام بعلوم الشريعة القيام بـ:

* الفتوى: وهي الإخبار بالحكم الشرعي على غير وجه الإلزام. وهي فرض كفاية.

* القضاء: وهو الإخبار بالحكم الشرعي على وجه الإلزام. وهو فرض كفاية،

لما فيه من فصل الخصومات ورفع الهرج وإقامة الحدود ونصر المظلوم.

- الإمامة العظمى: أي الخلافة؛ من عالم، عدل، فطن، ذي همّة، قرشي. ولا

يعزل إن زال وصفه ما لم يعزل نفسه، بخلاف من ولي أمراً من الأمور، وخان فيه، فإنه يستحق العزل.

والإمامة العظمى فرض كفاية. وشروطها المذكورة. في باب الإمامة من كتب علم

العقيدة.

- دفع الضرر عن المسلمين، وكذلك عن أهل الذمة لأن الله تعالى حرّم علينا

أموالهم ودماءهم، ما داموا تحت ذمتنا.

(1) المقدمات: 350/1.

(2) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب إن الله ليؤيد الدين؛ ومسلم في الإيمان، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه.

- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. والمعروف هو ما طلبه الشارع طلباً جازماً، والمنكر ما نهى عنه الشارع نهياً جازماً.

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية، بشروط:
الأول: معرفة الأمر والنهي.

الثاني: أن لا يؤدي إلى ارتكاب ما هو أعظم منه مفسدة.
الثالث: أن يظن الإفادة.

الرابع: أن يكون المنكر مجمعاً عليه، أو مختلفاً فيه ومرتكبه يرى تحريمه، لا إن كان يرى حله أو كان يقلد من يقول بالحل.

والشرطان الأولان للجواز ويحرم عند فقدهما، والثالث شرط للوجوب فيسقط عند عدم ظن الإفادة.

- الشهادة: أي تحملاً إن احتيج لذلك؛ وأداء إن كثر السحتملون للشهادة. وهل تتعين بالطلب حيثئذ، وهو ظاهر آية ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ وظاهر قول مالك.

- الحرف: وهي الصنائع المهمة التي بها صلاح الناس، كالحداثة والحياكة والنجارة والفلاحة.

- تجهيز الميت، من غسل وكفن ومواراة والصلاة عليه.

- فك الأسير من أيدي الحربين، ولو أتى على جميع أموال المسلمين. فالمشهور أنه يفدى أولاً بالفيء، ثم مال المسلمين، ثم ماله. وإذا فدى من أموال المسلمين فلا يتبع بشيء في ذمته. ومحلّ بذل جميع أموال المسلمين في ذلك إذا لم يحصل ضرر بذلك، وإلا ارتكب أخف الضررين. وسيأتي زيادة تفصيل لمسألة فداء الأسرى المسلمين.

شروط الوجوب الكفائي:

يجب الجهاد وجوباً كفاً على من يلي:

- التكليف. فلا يجب على الصبي والمجنون. والدليل⁽¹⁾: عن علي بن أبي طالب أنّ رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ من كان دون البلوغ وغير عاقل فهو غير مكلف، فالبلوغ والعقل شرطان في التكليف وتقرر الأحكام.

(1) المقدمات: 353/1.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدّاً؛ والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحدّ؛ وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير؛ وعلقه البخاري موقوفاً على علي بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق.

- الذكورة. فلا يجب على الأنثى. وذلك لنقص قوتها، فلا تقاتل ولا يسهم لها⁽¹⁾.

- القدرة البدنية والمالية. فلا يجب على الأعمى والأعرج، ولا على العاجز عن تحصيل ما يحتاج له من سلاح ونفقة ذهاباً وإياباً. والدليل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَحْدُونَ مَا يُفْقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽³⁾ [التوبة: 91]. وموقع هذه الآية أنها جاءت إثر تهويل القعود عن الجهاد وما توجه إلى المتخلفين من الوعيد، لبيان نفي المؤاخذة عن المخلفين من أصحاب الأعداء من الضعفاء والمرضى، وأن هؤلاء ما عليهم من سبيل؛ أي: من حرج⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُخَلَّفِينَ مِنَ الْأَعْرَابِ سُدْعُونَ إِلِك قَوْمِ أُولَىٰ أَبْسٍ شَدِيدٍ يُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسَلِّمُونَ فَإِنْ تُطِيعُوا يُؤْتِكُمُ اللَّهُ أَجْرًا حَسَنًا وَإِنْ تَوَلَّوْا كَمَا تَوَلَّيْتُمْ مِنْ قَبْلُ يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾⁽⁴⁾ [الفتح: 16]، ثم قال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَنْ يَتَوَلَّ يَُعَذِّبْهُ عَذَابًا أَلِيمًا﴾⁽⁵⁾ [الفتح: 17]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى توعد الأعراب عن التولي عن الجهاد، ثم نفي الوعيد عن أصحاب الضرارة⁽⁴⁾.

ج - قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَائِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولَى الْأَضْرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَائِدِينَ دَرَجَةً وَلَا وَعَدَ اللَّهُ الْهَسْبَىٰ وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَائِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا﴾⁽⁶⁾ [النساء: 95]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى فاضل بين المجاهدين والقاعدين عن الجهاد، فبين أن القاعد عن الجهاد لا يساوي المجاهد في فضيلة نصره الدين ولا في ثوابه على ذلك، والغرض التعريض بالقاعدين وتشنيع حالهم، وأدرج جملة ﴿غَيْرُ أُولَى الْأَضْرَرِ﴾ في موضع الاستثناء من القاعدين كيلا يحسب أصحاب الضرر أنهم مقصودون بالتحريض على الجهاد فيخرجوا مع المسلمين، فيكلفهم مؤونة نقلهم وحفظهم بلا جدوى، أو يظنوا أنهم مقصودون بالتعريض فتتكسر لذلك نفوسهم، زيادة على انكسارها بعجزهم، ولأن في استثنائهم إنصافاً لهم وعذراً بأنهم لو كانوا قادرين لما قعدوا، فذلك الظن بالمؤمن، فالمقصود من الاستثناء هو هذا المعنى⁽⁵⁾.

ولا يشترط الإسلام، فيجب على الكافر، بناء على أن الكفار مخاطبون بفروع

(1) أحكام القرآن: 254/1.

(2) المقدمات: 354/1، وأحكام القرآن: 1706/4.

(3) التحرير والتنوير: 294/11.

(4) 172/26.

(5) التحرير والتنوير: 170/5.

الشريعة. وثمرة هذا الوجوب عليهم في هذا الباب، مع أننا لا نتعرض لهم ولا نستعين بهم، أنهم يعدّون على تركه عذاباً زائداً على عذاب الكفر، كما يعدّون على ترك الصلاة والزكاة.

إعداد المستطاع من العدة⁽¹⁾:

يجب على المسلمين إعداد ما يستطيعون إعداده من عدة الجهاد؛ لإرهاب العدو والحذر منه، والبقاء على أهبة الجهاد إذا فاجأهم، قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَظْلُمُونَ﴾ [الأنفال: 60]. والقوة في الآية السلاح والقدرة على الرمي به، فعن عقبه بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ وهو على المنبر يقول: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾، ألا إنَّ القوَّة الرمي، ألا إنَّ القوَّة الرمي، ألا إنَّ القوَّة الرمي⁽²⁾. وقد أذن النبي ﷺ للمسلمين باللَّهو بالسلاح، وحثهم على ذلك، وجعله من اللهو الحق، والمراد باللَّهو قضاء الوقت في التدريب عليه، فعن عقبه أيضاً قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ستفتح عليكم أرضون ويكفيكم الله، فلا يعجز أحدكم أن يلهو بأسهمه»⁽³⁾. وعنه أيضاً: عبد الرحمن بن أبي حسين أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ليدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة: صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، والممد به». وقال: «ارموا واركبوا، وكل ما يلهو به الرجل المسلم باطل إلا رمية بقوسه، وتأديبه فرسه، وملاعبته أهله، فإنهن من الحق»⁽⁴⁾.

وقد تقدم في باب الوقف جواز وقف الخيل في سبيل الله وفضل ذلك.

الرباط:

ومن إعداد العدة الرباط. قال الإمام الباجي: «والرباط يكون على وجهين: أحدهما رباط الخيل⁽⁵⁾ وهو ما ذكرناه والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ الآية. ورباط الخيل يكون اتخاذها في موطن المتخذ لها وغير موطنه، سواء كان في الشجر وقرب العدو، أو في معظم الإسلام

(1) الجامع لأحكام القرآن: 314/7.

(2) أخرجه مسلم في الإمارة، باب فضل الرمي والحث عليه.

(3) أخرجه مسلم في الإمارة، باب فضل الرمي والحث عليه.

(4) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في الرمي؛ والترمذي في الجهاد، باب ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله، وقال: وهذا حديث حسن صحيح؛ والنسائي في الخيل، باب تأديب الرجل فرسه.

(5) لا شك أن الحديث هنا الخيل باعتبارها وسيلة الجهاد.

وبالبعد من العدو؛ لأن ذلك كله من باب إعداد القوة؛ لأنه قد يأتيه النفير ويحتاج إلى الغزو ولا يجد من المهلة ما يتخذ فيه الخيل؛ ولأنّ الغازي بها يحتاج إلى اختبارها وتأديبها قبل ذلك، ولا يتم له مراده منها إلا باتخاذها قبل الغزو بها.

والوجه الثاني من الرباط هو رباط الرجل نفسه؛ وهو أن يربط نفسه لحفظ الشغور ويكثر سوادها، والإرهاب على من جاوزه من العدو، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا وَأَتَقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ﴾ وما روي عن سهل بن سعد أن رسول الله ﷺ قال: «رباط يوم في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها».

وإذا ثبت ذلك فرباط الرجل نفسه هو أن يترك وطنه ويلزم ثغراً من الثغور المخوفة لمعنى الحفاظ وتكثير السواد. وأمّا من كان وطنه الثغر فليست إقامته به رباطاً، رواه ابن حبيب عن مالك، ووجه ذلك أن يحبس نفسه ويقيم لهذا الوجه خاصة، فإن أقام لغير ذلك فإنه بمنزلة تصرفاته فلم يربط نفسه لمدافة العدو، وليس كذلك رباط الخيل فإن جمهور الناس يستغني عن اتخاذها، هذا الذي ذكره أصحابنا، وعندني أنّ من اختار المقام والاستيطان بالثغر وموضع الخوف للرباط خاصة، وأنه لولا ذلك لأمكنه المقام بغير ذلك من البلدان له حكم الرباط، والله أعلم.

وإذا كان الثغر رباطاً لموضع الخوف، ثم ارتفعت المخافة لقوة الإسلام بذلك الموضع، أو بعد العدو عنهم، فإن حكم الرباط يزول عنهم. وقد سئل مالك عن جعل شيئاً في سبيل الله أيجعله في جده؟ قال: لا، قيل له: فإنه قد كان بها خوف، قال: فإنه قد ذهب.

ورباط الخيل والنفس من عدة الجهاد⁽¹⁾.

قال الشيخ ابن عاشور في شرح قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا وَأَتَقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ﴾ [آل عمران: 200]: ختمت السورة بوصاية جامعة للمؤمنين تجدد عزيمتهم وتبعث الهمم إلى دوام الاستعداد للعدو كي لا يثبطهم ما حصل من الهزيمة، فأمرهم بالصبر الذي هو جماع الفضائل وخصال الكمال، ثم بالمصابرة وهي الصبر في وجه الصابر، وهذا أشد الصبر ثباتاً في النفس وأقربه إلى التزلزل، ذلك أنّ الصبر في وجه صابرٍ آخر شديد على نفس الصابر لما يلاقيه من مقاومةٍ قرن له في الصبر قد يساويه أو يفوقه، ثم إنّ هذا المصابر إن لم يثبت على صبره حتّى يملّ قرنه فإنه لا يجتني من صبره شيئاً؛ لأن نتيجة الصبر تكون لأطول الصابرين صبراً، كما قال زُفر بن الحرث في اعتذاره عن الانهزام:

(1) المتقى: 161/3.

سَقَيْنَاهُمْ كَأْسًا سَقَوْنَا بِمِثْلِهَا وَلَكِنَّهُمْ كَانُوا عَلَى الْمَوْتِ أَضْبَرَا
فالمصابرة هي سبب نجاح الحرب.

وقوله: ﴿وَرَايَطُوا﴾ أمر لهم بالمرابطة، وهي مفاعلة من الرَبَط، وهو ربط الخيل للحراسة في غير الجهاد خشية أن يفجأهم العدو، أمر الله به المسلمين ليكونوا دائماً على حذر من عدوهم، تنبيهاً لهم على ما يكيد به المشركون من مفاجأتهم على غِرّة بعد وقعة أُحُد كما قدّمناه آنفاً، وقد وقع ذلك منهم في وقعة الأحزاب فلما أمرهم الله بالجهاد أمرهم بأن يكونوا بعد ذلك أيقاظاً من عدوهم. وفي كتاب الجهاد من «البخاري»: باب فضل رباط يوم في سبيل الله وقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الذِّبْرُ أَتْمُوا أَصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَاطِبُوا﴾... إلخ. وكانت المرابطة معروفة في الجاهلية وهي ربط الفرس للحراسة في الثغور؛ أي: الجهات التي يستطيع العدو الوصول منها إلى الحيّ مثل الشعاب بين الجبال...

وكان المسلمون يرابطون في ثغور بلاد فارس والشام والأندلس في البرّ، ثم لما اتّسع سلطان الإسلام وامتلكوا البحار صار الرباط في ثغور البحار، وهي الشطوط التي يخشى نزول العدو منها، مثل رباط المنستير بتونس بإفريقية، ورباط سلا بالمغرب، وربط تونس ومحارسها مثل محرس علي بن سالم قرب صفاقس. فأمر الله بالرباط كما أمر بالجهاد بهذا المعنى. وقد خفي على بعض المفسرين فقال بعضهم: أراد بقوله: ﴿وَرَايَطُوا﴾ إعداد الخيل مربوطة للجهاد، قال: ولم يكن في زمن النبي ﷺ غزو في الثغور. وقال بعضهم: أراد بقوله: ﴿وَرَايَطُوا﴾ انتظار الصلاة بعد الفراغ من التي قبلها، لما روى مالك في «الموطأ» عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ ذكر انتظار الصلاة بعد الصلاة، وقال: «فذلكم الرباط، فذلكم الرباط، فذلكم الرباط» ونُسب هذا لأبي سلمة بن عبد الرحمن. قال ابن عطية: والحق أنّ معنى هذا الحديث على التشبيه، كقوله: «ليس الشديد بالصرعة» وقوله: «ليس المسكين بهذا الطواف الذي تردّه اللقمة واللقمتان»؛ أي: وكقوله ﷺ: «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر». وأعقب هذا الأمر بالأمر بالقوى لأنها جماع الخيرات وبها يرجى الفلاح⁽¹⁾.

تعيّن الجهاد:

يتعيّن الجهاد ويصبح واجباً عينياً في الحالات التالية:

1 - عند تعيين الإمام لشخص، ولو كان امرأة أو صبياً مطيقاً للجهاد، فيتعيّن الجهاد على من يعيّن الإمام. وتخرج المرأة ولو منعها زوجها، ويخرج الصبي ولو منعه وليّه، ويخرج المدين ولو منعه ربّ الدين. والمراد بتعيين الجهاد على الصبيّ، جبره

عليه كما يجبر على ما به مصالحه، لا عقابه عليه. والدليل على تعيين الجهاد بالتعيين⁽¹⁾: عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم افتتح مكة: «لا هجرة ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا»⁽²⁾.

2 - عندما يفاجئ العدو محلّة قوم. فيتعين على أهلها مجاهدته. وهذا من جهاد الدفع. وتقدمت الأدلة على ذلك.

3 - عند القرب بمحلّة قوم فاجأهم العدو، فيجب على من كان قريباً منهم نصرتهم ويتعين عليهم ذلك. وهذا أيضاً من جهاد الدفع. ودليل تعيين النصرة قائم من تقرير الولاء بين المسلمين، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوُوا وَنَصَرُوا أُولَٰئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يَهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَبَالِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٧٢﴾﴾ [الأنفال: 72]، وقال أيضاً: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْتِرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُسِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيَطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٧٦﴾﴾ [التوبة: 71]. ووجه الاستدلال أن الولاء يقتضي وجوب التصاهر والإنجاد.

وقال تعالى: ﴿وَلَنْ طَافِيَانٍ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَقْتُلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَىٰ حَتَّىٰ تَفِئَءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْمَدْلِ وَأَقْضُوا إِنَ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾﴾ [الحجرات: 9]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب مقاتلة الفئة الباغية لنصرة الفئة التي بغى عليها، وإذا كان هذا هو حكم الفئة المؤمنة الباغية أن يقاتلها غير الفئتين المتنازعتين، فأولى بالحكم الكفار إذا اعتدوا على قوم من المسلمين أن يحاربها باقي المسلمين لنصرة المعتدى عليهم.

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تحاسدوا، ولا تناجشوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، وكونوا عباد الله إخواناً. المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يخذله، ولا يحقره، التقوى هاهنا ويشير إلى صدره ثلاث مرات، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم. كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»⁽³⁾. ووجه الاستدلال أن النبي حرم على المسلم خذلان المسلم، وحرم دمه وماله وعرضه، فإذا تعرّض بعض المسلمين للاعتداء وسفك دمائهم وانتهاك أعراضهم وغصب أموالهم وأرضهم، فالسكوت عن ذلك وعدم

(1) القيس: 588/2.

(2) أخرجه البخاري في الحج، باب لا يحل القتال بمكة؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة.

(3) أخرجه مسلم في البر والصلة، باب تحريم ظلم السلم. وأخرج بعضه البخاري في المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم المسلم.

وجدتهم والدفاع عنهم ونصرتهم، هو خذلان لهم ومشاركة فيما أصابهم. ومحلّ تعيينهم عليهم، إن عجز أهل المحلّة عن دفع العدو بأنفسهم، وإن لم يخشوا على نساءهم وبيوتهم من عدوّ يهاجمهم، وإلا فلا يتعيّن. وإذا تعيّن على أهل المحلّة أو على من بقربهم، فإنّ الحكم يشمل النساء وغير النساء ممّن لا يسهم له في الجهاد الكفائيّ. 4 - عند نذر الجهاد.

منع الوالدين ولدهما من فرض الكفاية:

للوالدين منع ولدهما من السفر لفرض الكفاية، ولو كان علماً. ويدلّ على ذلك: عن عبد الله بن عمرو قال: قال رجل للنبي ﷺ: أجاهد؟ قال: «لك أبوان؟» قال: نعم. قال: «ففيهما فجاهد»⁽¹⁾. وهذا الحديث في الجهاد الكفائي. ووجه تقديم طاعة الأبوين أنّها على الأعيان فهو أكد من الجهاد الكفائي. وأما إذا كان الجهاد عينياً لم يجز طاعتهم؛ لأن الجهاد واجب بأصل الشرع فهو حقّ الله تعالى، وهو أكد من حقّ الوالدين⁽²⁾.

فلا يخرج الولد للعلم إلا بإذنها حيث كان في بلده من يفيد، وإلا خرج له بغير إذنها إن كان فيه أهلية النظر.

وللوالدين منعه في فرض الكفاية، ولو كانا كافرين، ولكن في غير الجهاد. وأمّا الجهاد فليس لهما منعه منه؛ لأنه مظنة قصد توهين الإسلام، إلا لقريظة تفيد الشفقة ونحوها.

إذن الدائن لمدينه للخروج للجهاد:

إذا كان الدين الذي على المدين يحلّ في سفره للجهاد، وهو قادر على أدائه، ليس عليه أن يسافر لجهاد أو غيره، إلا أن يأذن له ربّ الدّين. فإن لم يكن قادراً على وفائه، أو كان الدّين غير حالّ ولا يحلّ في غيبته، فإنّ له أن يخرج بغير إذن ربّ الدّين. فإن كان يحلّ في غيبته وعنده ما يوفي منه وكُل من يقضيه عنه.

سقوط الجهاد بعد التعيين:

يسقط الجهاد بعد التعيين بما يسقط ابتداء.

(1) أخرجه البخاري في الأدب، باب لا يجاهد إلا بإذن الأبوين.

(2) المنتقى: 175/3.

ما يجب نحو الكفار قبل قتالهم:

يجب نحو الكفار قبل قتالهم ثلاثة أمور على الترتيب:

1 - دعوتهم للإسلام، ولو بلغتهم دعوة النبي ﷺ. وهذا ما لم يبادروا للقتال، أو يقلّ جيش المسلمين؛ وإلا قوتلوا بلا دعوة. فإن أجابوا للإسلام وأسلموا تركوا بمحلّ أمن.

والدليل على وجوب البدء بالدعوة⁽¹⁾:

أ - عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ النبي ﷺ بعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن، فقال: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله؛ فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أنّ الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كلّ يوم وليلة؛ فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أنّ الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم»⁽²⁾.

ب - عن سهل بن سعد رضي الله عنه أنّه سمع النبي ﷺ يقول يوم خيبر: «لأعطين الراية رجلاً يفتح الله على يديه» فقاموا يرجون لذلك أيهم يعطى. فغدوا وكلّهم يرجو أن يعطى، فقال: «أين علي؟» فقيل: يشتكي عينيه. فأمر فدعي له فبصق في عينيه، فبرأ مكانه حتى كأنه لم يكن به شيء، فقال: نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا؟ فقال: «على رسلك حتى تنزل بساحتهم، ثم ادعهم إلى الإسلام، وأخبرهم بما يجب عليهم؛ فوالله لأن يهدي بك رجل واحد خير لك من حمر النعم»⁽³⁾.

ج - أنّ هذا جهاد للمشركين، فلزم أن يتقدم لهم بالدعوة؛ لأن تجديد الدعوة قد يكون فيها من التذكير بالله والإيمان به ما لم يكن فيما تقدّم.

وأما ما ثبت من أنّ النبي ﷺ أغار على بني المصطلق بدون أن يندرهم، وأتى خيبر ليلاً فصبحها على غرة، فذلك لأنه قد تقدم إليهم بالدعوة إلى الإسلام قبل ذلك⁽⁴⁾.

2 - طلب الجزية منهم إن امتنعوا من الإسلام. فإن أجابوا لدفعها تركوا. وتضرب عليهم بمحلّ مأمون، بحيث تنالهم أحكام الإسلام فيه. والمحلّ المأمون يكون إمّا بالرحيل إلى بلاد الإسلام، وإمّا أن يكون محلّهم يقدر عليهم فيه ولا يخشى فيه غائلتهم.

3 - مقاتلتهم إن لم يجيبوا للإسلام أو للجزية، أو أجابوا للجزية وكان المحلّ الذي هم فيه غير مأمون ولم يرتحلوا إلى بلاد الإسلام.

(1) المتفق: 3/159، 3/168، والقبس: 2/589.

(2) أخرجه البخاري في الزكاة، باب وجوب الزكاة.

(3) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب دعاء النبي ﷺ الناس؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل علي بن أبي طالب.

(4) القبس: 2/590.

والدليل على قتال الكفار على الدخول في الإسلام: أو إعطاء الجزية⁽¹⁾:
 أ - الآيات المتقدمة في حكم الجهاد على أن الله تعالى جعل لقتال الكافرين غاية ينتهي إليها، وهي الانتهاء عن الكفر والتوبة أو إعطاء الجزية.
 ب - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة؛ فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم، إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل غاية القتال الدخول في الإسلام.

من لا يجوز قتله من الكفار:

- 1 - المرأة.
 - 2 - الصبي المطبق للقتال.
- فإن شاركت المرأة والصبي في القتال جاز قتلها، ولكن بأحد شرطين:
 الأول: أن يقاتلا كما يقاتل الرجال؛ أي: بالسلاح ونحوه، لا برمي حجر ونحوه؛ سواء أسرا أم لا. وهذا ولو لم يقتلا أحداً من جيش المسلمين.
- الثاني: أن يقتلا أحداً من جيش المسلمين فيجوز قتلها، سواء قاتلا بسلاح أو بغير سلاح، وسواء أسرا أم لا. قال ابن العربي: «وللمرأة آثار عظيمة في القتال؛ منها الإمداد بالأموال، ومنها التحريض على القتال، فقد كنّ يخرجن ناشرات شعورهنّ، نادبات مثيرات للثأر، معيّرات بالفرار، وذلك يبيح قتلهنّ»⁽³⁾.
- وإن قاتلا بغير سلاح ولم يقتلا أحداً من الجيش، فلا يقتلا بعد الأسر اتفاقاً، ولا في حال المقاتلة على الرّاجح.
- 3 - العاجز.
 - 4 - الأعمى.
 - 5 - المعتوه، وهو ضعيف العقل، وأولى المجنون.
 - 6 - الشيخ الفاني.
 - 7 - الرّاهب المنعزل عن الناس. وأمّا إذا كان مخالطاً للنّاس، فإنّه يقتل.
- والدليل على عدم جواز قتل المذكورين⁽⁴⁾:

(1) المنتقى: 3/ 159، والقبس: 2/ 588.

(2) أخرجه البخاري في الإيمان، باب فإن تابوا؛ ومسلم في الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله.

(3) أحكام القرآن: 1/ 105.

(4) الإشراف: 2/ 933، والمنتقى: 3/ 166، وأحكام القرآن: 1/ 149.

أ - عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: «انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله، ولا تقتلوا شيخاً فانياً، ولا طفلاً، ولا صغيراً، ولا امرأة، ولا تغلوا، وضموا غنائمكم، وأصلحوا، وأحسنوا، إن الله يحب المحسنين»⁽¹⁾.

ب - عن عبد الرحمن بن كعب أنه قال: نهى رسول الله ﷺ الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان، قال: فكان رجل منهم يقول: برّحت بنا امرأة ابن أبي الحقيق بالصباح، فأرفع السيف عليها، ثم أذكر نهى رسول الله ﷺ فأكفت، ولولا ذلك استرحنا منها⁽²⁾.

ج - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة، فأنكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان⁽³⁾.

د - عن الأسود بن سريع أن رسول الله ﷺ بعث سرية يوم حنين فقاتلوا المشركين، فأفضى بهم القتل إلى الذرية. فلما جاؤوا قال رسول الله ﷺ: «ما حملكم على قتل الذرية؟» قالوا: يا رسول الله، إنما كانوا أولاد المشركين. قال: «أو هل خياركم إلا أولاد المشركين. والذي نفس محمد بيده ما من نسمة تولد إلا على الفطرة حتى يعرب عنها لسانها»⁽⁴⁾.

هـ - عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر الصديق بعث جيوشاً إلى الشام، فخرج يمشي مع يزيد بن أبي سفيان وكان أمير ربيع من تلك الأرباع، فزعموا أن يزيد قال لأبي بكر: إما أن تركب وإما أن أنزل؟ فقال أبو بكر: ما أنت بنازل وما أنا براكب، إني أحتسب خطاي هذه في سبيل الله. ثم قال له: إنك ستجد قوماً زعموا أنهم حسبوا أنفسهم لله، فذرهم وما زعموا أنهم حسبوا أنفسهم له؛ وستجد قوماً فحصوا عن أوساط رؤوسهم من الشعر، فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف. وإني موصيك بعشر: لا تقتلن امرأة، ولا صيباً، ولا كبيراً هرمياً، ولا تقطعن شجراً مثمراً، ولا تخربن عامراً، ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا لمأكلة، ولا تحرقن نحلاً ولا تغرقنه، ولا تغلل ولا تجبن⁽⁵⁾.

و - عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامل من عماله: أنه بلغنا أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث سرية يقول لهم: «اغزوا باسم الله، في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله، لا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً» وقل ذلك لجيوشك وسرايك إن شاء الله والسلام عليك⁽⁶⁾.

(1) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في دعاء المشركين.

(2) أخرجه مالك في الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

(3) أخرجه مالك في الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

(4) أخرجه أحمد في مسند المكيين.

(5) أخرجه مالك في الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

(6) أخرجه مالك في الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

ز - أن علة قتل من أوجب الله تعالى قتله هي الكفر بشرط الإذابة والمحاربة. وهؤلاء وإن وجدت فيهم العلة وهي الكفر، فإن شرط الإذابة إن وجد قتلوا وإن لم يوجد لم يقتلوا.

ومحلّ عدم جواز قتل العاجز ومن ذكر بعده، إذا لم يكن لواحد منهم رأي وتدبير للحريين، وإلا جاز قتلهم.

ويجوز أسر من لا يجوز قتله من السبعة المذكورين؛ إلا الراهب والراهبة فلا يجوز قتلها ولا أسرها بشرط العزلة وعدم الرأي. ووجه عدم قتل الراهب المنعزل، ما قاله ابن رشد الجدّ في البيان: إنّما هو لاعتزالهم أهل دينهم وتركهم معونتهم لهم بيد أو رأي. وعبارة ابن عرفة عن ابن حبيب: لاعتزالهم عن محاربة المسلمين لا لفضل تبّلتهم، بل هم أبعد عن الله. ونقل البناني عن ابن عبد البرّ في الاستذكار: الحكمة في ذلك والله أعلم أنّ الأصل عدم إتلاف النفوس، وإنّما أبيع منه ما يقتضي دفع المفسدة؛ ومن لا يقاتل ولا هو من أهل للقتال في العادة ليس فيه إحداث الضرر كالمقاتلين، فرجع إلى الأصل وهو المنع⁽¹⁾.

وقد علّل الفقهاء عدم جواز قتل المرأة والصبي بأنّ المرأة والصبيّ يعتبران من الأموال - وهذا لما كان الرقّ نظاماً سائداً في العالم قديماً -؛ لأنهما كانا يتحوّلان في الحروب إلى رقيق للمسلمين؛ وذلك كشأن المرأة المسلمة والصبيّ المسلم يتحوّلان إلى رقيق للكفار إذا وقعا بأيدي الكفار؛ وهذا تشريع من باب المعاملة بالمثل.

وأما المقصد الشرعي من عدم جواز قتل المرأة والصبي والاكْتفاء بالأسر، فتح باب دخولها للإسلام، قال الإمام القرطبي: «غير أنّهنّ - أي: النساء - إذا حصلن في الأسر، فالاسترقاق أنفع لسرعة إسلامهنّ ورجوعهنّ عن أديانهنّ، وتعدّ فرارهنّ إلى أوطانهنّ، بخلاف الرجال»⁽²⁾.

واختلف فيمن عدا السبعة، من الأجراء والحرائين وأرباب الصنائع؛ فقال سحنون: يقتلون، وقال ابن القاسم: لا يقتلون بل يؤسرون. وقول سحنون خلاف المشهور، وقول ابن القاسم حكاية اللّخمي عن الإمام مالك قائلاً: هو الأحسن لأنّ هؤلاء في أهل دينهم كالمستضعفين⁽³⁾، وأيضاً لأنّ العلة غير موجودة فيهم.

وإذا لم يجز قتل السبعة المذكورين، فإن تعدّى أحد من المسلمين على قتلهم استغفر الله تعالى؛ لأنه ارتكب ذنباً، ولا دية عليه ولا قيمة ولا كفارة. ولا فرق بين الراهب وغيره.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 268 / 1.

(1) انظر: حاشية البناني: 112 / 3.

(3) حاشية البناني: 112 / 3.

ويترك لهم الكفاية، ولو من أموال المسلمين. ويقدم مالهم، إن كان لهم مال، على مال غيرهم. فإن كان لهم زيادة على كفايتهم جاز أخذها وتخمس.

وسيلة القتال:

يقاتل الكفار، إن لم يستجيبوا للإسلام أو الجزية، بجميع أنواع السلاح وما يلحق به، كالمقلاع والمنجنيق. كما يقاتلون بقطع الماء عنهم أو بتغريقهم فيه أو بتحريقهم بالنار.

وتحريقهم بالنار مقيد بقيدتين:

- أن لا يمكن غيرها، وإلا لم يقاتلوا بها. وهذا ما لم يخف منهم، وإلا تعينت المقاتلة بها.

- أن لا يكون فيهم مسلم، وإلا لم يقاتلوا بها مخافة حرق المسلم، ولو خيف منهم. ولكن ينبغي تقييده بما إذا لم يعظم الضرر، فيرتكب أخف الضررين.

والتغريق بالماء والتحريق بالنار مقيدان بما إذا لم يكن الكفار في مكان، كحصن، بأموالهم، وإلا قوتلوا بغير الماء والنار، نظراً لحق الغانمين في تلك الأموال. فإن ترسوا بأموالهم تركوا من غير قتال، إلا لشدة خوف على المسلمين، فيقاتلون مطلقاً، بكل شيء وعلى كل حال.

ترس الكفار بالمسلمين:

إذا ترس الكفار بمسلم، وأولى إن ترسوا بأموال المسلمين، قوتلوا وقصد غير الترس المسلم بالرمي. ولا يجوز رمي الترس؛ أي: المسلم، ولو خيف على بعض المغازين، إلا إذا خيف على أكثر المسلمين، فتسقط حرمة الترس، ويرمى على الجميع؛ أي: يجوز حينئذ رمي الترس ولو كان المسلمون المترس بهم أكثر من المجاهدين. ودليل هذه المسألة مبني على مراعاة المصلحة الضرورية الكلية القطعية، وتقديمها على حفظ نفوس بعض المسلمين.

ومعنى كون المصلحة ضرورية، أنها لا يحصل الوصول إلى الكفار إلا بقتل الترس.

ومعنى كونها كلية، أنها حاصلة لكل الأمة، حتى يحصل من قتل الترس مصلحة كل المسلمين، وأولى مصلحة حفظ الدين. فإن لم يفعل ذلك قتل الكفار الترس واستولوا على كل الأمة.

ومعنى كونها قطعية، أن تلك المصلحة حاصلة من قتل الترس قطعاً.

قال الإمام القرطبي، قال علماؤنا: وهذه المصلحة بهذه القيود لا ينبغي أن يختلف في اعتبارها؛ لأنّ الفرض أنّ الترس مقتول قطعاً؛ فإما بأيدي العدو فتحصل

المفسدة العظيمة التي هي استيلاء العدو على كل المسلمين؛ وإما بأيدي المسلمين فيهلك العدو وينجو المسلمون أجمعون. ولا يتأتى لعاقل أن يقول: لا يقتل الترس في هذه الصورة بوجه؛ لأنه تلزم منه ذهاب الترس والإسلام والمسلمين. لكن لما كانت هذه المصلحة غير خالية من المفسدة، نفرت منها نفس من لم يمعن النظر فيها؛ فإن تلك المفسدة بالنسبة إلى ما يحصل منها عدم أو كالعدم⁽¹⁾.

ما يحرم في الجهاد:

1 - يحرم الاستعانة بالكافر، مشركاً كان أو غير مشرك. ودليل التحريم⁽²⁾: عن عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: خرج رسول الله ﷺ قبل بدر، فلما كان بحرة الوبرة أدركه رجل قد كان يذكر منه جرأة ونجدة، ففرح أصحاب رسول الله ﷺ حين رأوه، فلما أدركه قال لرسول الله ﷺ: جئت لأتبعك وأصيب معك. قال له رسول الله ﷺ: «تؤمن بالله ورسوله؟» قال: لا. قال: «فارجع فلن أستعين بمشرك». قالت: ثم مضى حتى إذا كنا بالشجرة أدركه الرجل فقال له كما قال أول مرة. فقال له النبي ﷺ كما قال أول مرة قال: «فارجع فلن أستعين بمشرك» قال: ثم رجع فأدركه بالبيداء فقال له كما قال أول مرة: «تؤمن بالله ورسوله»، قال: نعم، فقال له رسول الله ﷺ: «فانطلق»⁽³⁾.

والمراد بالاستعانة طلب العون منه، فإن خرج من تلقاء نفسه لم يمنع على المعتمد، وقال أصبغ بالمنع في هذه أيضاً. كما إن المراد بالاستعانة المحرمة هي الاستعانة في القتال، أما لتقديم خدمة للمقاتلين المسلمين كخيطة وهدم سور وحفر بئر أو متراس أو لغم، فلا تحرم⁽⁴⁾.

2 - يحرم الفرار من العدو في الجهاد مطلقاً؛ أي: سواء كان الجهاد كفاً أو عينياً؛ لأن الكفائي يصير متعيناً بالشروع فيه. ودليل التحريم⁽⁵⁾: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَيْسَتْ فِيكُمْ فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الأنفال: 45]، وهو أمر بالثبات، ويقتضي تحريم ضده وهو الفرار. وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَيْسَتْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُوَلُّوهُمُ الْأَدْبَارَ﴾ [16] وَمَنْ يُؤَلِّمِهِمْ يُؤَلِّمُهُمْ دُبْرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّئِنَّا لَآر مُتَحَرِّفًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَفَدَّ بَاءَهُ يَغْضَبُ مِنَ اللَّهِ وَمَا وَنُهُ جَهَنَّمَ وَيَسُكُ الْمَصِيدُ﴾ [الأنفال: 15 - 16]؛ أي: أمر الله تعالى في هذه الآية ألا يولي المؤمنون أمام الكفار.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 206/16. (2) إكمال الإكمال: 159/5.

(3) أخرجه مسلم في الجهاد، باب كراهة الاستعانة بالكافر في الغزو.

(4) لم يذكر الشيخ الدردير هذه المسألة في الشرح الصغير. ونقلناها هنا من الشرح الكبير وحاشيته:

178/2.

(5) المتتقى: 171/3، والمقدمات: 348/1، والجامع لأحكام القرآن: 272/7، 321.

وهذه الآية عامة مخصصة بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضٌ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ ﴿٦٥﴾﴾ [الأنفال: 65]؛ أي: تحريم الفرار مقيّد بأن يكون عدد الكافرين أكثر من عدد المسلمين بعشرة أضعاف، فلا يجوز أن يفرّ الواحد من عشرة. ثم نسخ ذلك بأن خفف الله تعالى عن المسلمين، بأن أوجب على المسلم أن لا يفرّ من اثنين فقط من الكافرين، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴿٦٦﴾﴾ [الأنفال: 66]، فأباح الله تعالى للمسلمين الفرار من عدوّهم إذا زاد عددهم على الضعف وخشوا أن يغلبوا؛ أي: فمحلّ حرمة الفرار إذا بلغ المسلمون النصف من عدد الكفار، فلا يجوز أن يفرّ واحد من اثنين، ولا عشرة من عشرين. فيلزم المسلمون أن يثبتوا لمثلي عددهم من المشركين، وإن كانوا أشدّ منهم سلاحاً وأكثر قوّة. فالآية الناسخة أصبحت هي المخصصة لعموم آية تحريم الفرار.

وهذا ما لم يبلغ المسلمون اثني عشر ألفاً، فإن بلغوها حرم الفرار ولو كثر الكفار جداً، والدليل⁽¹⁾: عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»⁽²⁾. وروي عن الإمام مالك ما يدلّ على ذلك من مذهبه، وقوله للعمري العابد إذ سأله: هل له سعة في ترك مجاهدة من غير الأحكام وبدلها؟ فقال له: إن كان معك اثنا عشر ألفاً مثلك فلا سعة لك في ذلك.

وتحريم الفرار ببلوغ المسلمين اثنا عشر ألفاً مقيّد بما إذا لم تختلف كلمة المسلمين أو ينفرد الكفار بالمدد. فإن لم ينفرد الكفار بالمدد ولم يختلف المسلمون، وفرّ واحد من هذا العدد كان فراره من الكبار، يغفر له بالتوبة أو عفو الله.

ويستثنى من حرمة الفرار في الأحوال المحرّم فيها الفرار، ما يلي:

* إذا كان الشخص متحرّفاً لقتال، بمعنى أنّه أظهر من نفسه الهزيمة لاتباعه الكافر فيرجع عليه فيقتله. فاللأم في قوله تعالى: ﴿لَقِنَالٍ﴾ للعلّة.

* إذا كان الشخص متحيّزاً لطائفة من المسلمين ليتقوى بهم. وهذا إن خاف المتحيّز من العدو خوفاً يبيّن، وقربت الطائفة المنحاز إليها.

ودليل جواز الفرار إذا كان الشخص متحرّفاً لقتال أو متحيّزاً لطائفة⁽³⁾: ﴿وَمَنْ

(1) المقدمات: 348/1.

(2) أخرجه الترمذي في السير، باب ما جاء في السرايا؛ وأبو داود في الجهاد، باب فيما يستحبّ من السرايا؛ وابن ماجه في الجهاد، باب السرايا.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 274/7.

يُولِيهِمْ يَوْمَئِذٍ دَرَبَهُ إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقُنَالٍ أَوْ مُتَحَرِّفًا إِلَيْكَ فَشَقِرَ فَعَدَّ بَكَاءَ بَعْضِ مَنَ اللَّهِ وَمَا وَنَهُ جَهَنَّمَ وَيُسْكَ الْعَصِيرُ ﴿١٦﴾ [الأنفال: 16].

ومحلّ جواز التحيّز إن لم يكن المتحيّز الأمير. وأما هو فلا يجوز له ذلك، فإنّ شجاعة الأمير في الثبات وشجاعة الجند في الوثبات.

3 - يحرم التمثيل بالكافر، بقطع أنفه أو أذنه أو نحو ذلك، بعد القدرة عليه حيّاً أو ميتاً.

والدليل على منع التمثيل ابتداء⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُورًا قَوْمِينَ لَلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾ [المائدة: 8]. قال القرطبي: دلّت الآية على أنّ كفر الكافر لا يمنع من العدل عليه، وأن المثلة بهم غير جائزة وإن قتلوا نساءنا وأطفالنا وغمونا بذلك، فليس لنا أن نقتلهم بمثلة قصدا لإيصال الغم والحزن إليهم.

ب - عن قتادة أنّه قال: بلغنا أنّ النبي ﷺ كان يحثّ على الصدقة وينهى عن المثلة⁽²⁾.

ج - عن مالك أنه بلغه أنّ عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامل من عماله: أنه بلغنا أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث سرية يقول لهم: «اغزوا باسم الله، في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله، لا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدا» وقل ذلك لجيوشك وسراياك إن شاء الله والسلام عليك⁽³⁾.

د - عن حمزة الأسلمي أنّ رسول الله ﷺ أمره على سرية قال: فخرجت فيها، وقال: «إن وجدتم فلاناً فأحرقوه بالنار» فوليت فناداني، فرجعت إليه، فقال: «إن وجدتم فلاناً فاقتلوه ولا تحرقوه، فإنه لا يعذب بالنار إلا رب النار»⁽⁴⁾.

هـ - إجماع العلماء على تحريم المثلة.

والعلة في تحريم المثلة أنّها تعذيب، والتعذيب لا يجوز إلاّ الله تعالى أو ما يكون من استيفاء الحق في الحدّ.

ومحلّ تحريم التمثيل ما لم يقع من الكفّار تمثيل بالمسلمين، وإلاّ جاز التمثيل بهم بعد القدرة عليهم، والدليل: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَمَا قَبُولُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِٗ

(1) القبس: 2/ 596.

(2) أخرجه البخاري في المغازي، باب قصة عكل وعرينة.

(3) أخرجه مالك في الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

(4) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب كراهية حرق العدو بالنار.

وَلَيْنَ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴿١٢٦﴾ [النحل: 126]. ووجه الاستدلال أن هذه الآية مدنية، نزلت في شأن التمثيل بحمزة في يوم أُحد⁽¹⁾.

4 - يحرم حمل رأس كافر لبلد آخر غير التي وقع بها القتال، أو حملها لأمير الجيش ولو كان في بلد القتال. وأمّا حملها في البلد نفسه من غير أن تنقل إلى أمير الجيش فجائز. وهذا بالنسبة للكافر بخلاف البغاة فلا يجوز. وقال بعضهم: الظاهر أن محلّ حرمة حمل رأس الكافر لبلد ثان ما لم يكن في ذلك مصلحة شرعية، كاطمئنان قلوب المجاهدين والجزم بعين المقتول مثلاً، وإلا جاز؛ فقد حمل للنبي ﷺ رأس كعب بن الأشرف من خيبر للمدينة.

5 - يحرم السفر بمصحف لأرض العدو، ولو في جيش آمن؛ خوف إهانتته بسقوطه واستيلاء الكفار عليه. ومثل المصحف كتب الحديث فيما يظهر⁽²⁾. والدليل: عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تسافروا بالقرآن؛ فإنّي لا آمن أن يناله العدو»⁽³⁾. والمراد بالقرآن المصحف، لا ما كان منه محفوظاً في الصدر؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز لحفاظ القرآن الغزو، وإنّما ذلك لأنه لا إهانة للقرآن في قتل الغازي، وإنّما الإهانة للقرآن بالعبث بالمصحف والاستخفاف به⁽⁴⁾.

وقد تأوّل بعض أشياخ القاضي أبي بكر بن العربي الحديث بأنّ النهي عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو إنّما هو السفر بالعلماء مخافة أن يفنيهم الاستشهاد، قال: فأما السفر بالمصحف فلا يؤثّر فيه العدو، وهو محكم في قلوب الرجال المشحونة بالتوحيد والقرآن، فكيف بأوراق المصحف، وقد كتب النبي ﷺ بالقرآن - بالآية والآيتين - إلى الكفار، وحرمة الآية والآيتين كحرمة الألفين⁽⁵⁾.

6 - يحرم السفر بامرأة مسلمة لأرض العدو، إلا في جيش آمن. والفرق بين المرأة والمصحف أنّ المرأة تنبّه عن نفسها عند فواتها، بينما المصحف قد يسقط ولا يشعر به.

7 - يحرم على الأسير المسلم عندهم أن يخونهم إذا ائتمنوه طائعاً على أموالهم وأنفسهم، ولو على نفسه فرضي بذلك طائعاً، فلا يجوز له الهرب ولا أخذ شيء من مالهم ولا قتل أحد منهم. فتحرم الخيانة سواء كان الائتمان مصرّحاً به، مثل أن يقال

(1) الجامع لأحكام القرآن: 201/10.

(2) المنتقى: 165/3، وانظر الشرح الكبير: 178/2.

(3) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو؛ ومسلم في كتاب الإمارة، باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار؛ وأخرجه مالك في الجهاد، باب النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو.

(5) القبس: 604/2.

(4) المنتقى: 165/3.

له: أمتاك على مالنا أو على كذا؛ أو كان غير مصرح به، كما إذا أعطى الكافر الأسير المسلم شيئاً يصنعه.

وإن قيل: الفرض أنه أسير فكيف يتأتى منه طوع؟ والجواب أنه يمكن ذلك فيمن أسر ابتداءً، فلما وصل لبلادهم أحبوه وأطلقوه وعاملوه معاملة الحبيب المؤمن. فإن لم يؤمنوه، أو آمنوه كرهاً، جاز له ذلك إن أمن على نفسه وحلّ له كلّ ما أخذه.

8 - يحرم الغلُول. وهو أخذ شيء من الغنيمة قبل حوزها ولو قلّ.
ودليل الحرمة⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَغُلَّ وَمَنْ يَغُلَّ يَأْتِ بِمَا عَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾ [آل عمران: 161]. والمعنى أن من يغلل يأتي بما غلّ حاملاً له على ظهره ورقبته، معذباً بحمله وثقله، مرعوباً بصوته، وموبخاً بإظهار خيائه على رؤوس الأشهاد. وهذه فضيحة يوقعها الله تعالى بالغالّ.

ب - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا ألفتين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته بعير له رغاء...» الحديث⁽²⁾.

والوعيد في الآية والحديث يدلّ على التحريم.

ويؤدّب الغالّ بالاجتهاد إن ظهر عليه قبل مجيئه تائباً. فإن جاء تائباً قبل قسم الغنائم وتفرّق الجيش فلا يؤدّب؛ بخلاف مجيئه بعد تفرّق الجيش فإنه يؤدّب لقول ابن رشد: ومن تاب بعد القسم وافتراق الجيش أدّب عند جميعهم قياساً على الشاهد يرجع بعد الحكم لأن افتراق الجيش كنفوذ الحكم بل هو أشدّ لقدرته على الغرم للمحكوم عليه وعجزه عن ذلك في الجيش.

ويردّ الغالّ ما أخذ، فإن تعذّر عليه بتفرّق الجيش ردّ خمسه للإمام، وتصدّق بالباقي عنهم، ولا يجوز له تملكه.

ويحدّ، رجماً أو جلداً، المسلم الزاني بامرأة حربية.

كما يحدّ السارق لنصاب من الغنيمة، بقطع يده، وذلك إن حيز المغنم. ولا يجعل السارق كونه من الغانمين الذين لهم حقّ في الغنيمة شبهة تدرأ عنه الحدّ. وتقدم الدليل على ذلك في باب السرقة.

وأما السرقة قبل الحيازة فلا حدّ فيها؛ لأن مال الحربي يجوز تناوله بأيّ وجه كان.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 3/ 197، والقبس: 2/ 596.

(2) أخرجه البخاري في الجهاد، باب الغلول؛ ومسلم في الإمارة، باب غلظ تحريم الغلول.

حكم الجاسوس المسلم:

المسلم الجاسوس حكمه كالزنديق، يقتل إن ظهر عليه، ولا تقبل منه توبة. وأما إن جاء تائباً قبل الظهور قبلت توبته⁽¹⁾. والدليل على قتله: عن عليّ عليه السلام أن حاطب بن أبي بلتعة كتب إلى أناس من المشركين من أهل مكة يخبرهم ببعض أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عمر: يا رسول الله، دعني أضرب عنق هذا المنافق. قال: «إنه قد شهد بدرًا، وما يدريك لعلّ الله أن يكون قد اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت»⁽²⁾. ووجه الاستدلال أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على عمر، بل أخبر بما يرفع عنه القتل وهو أنه من أهل بدر⁽³⁾.

ما يجوز في الجهاد:

- يجوز للمحتاج أن يأخذ من الغنيمة، لا على وجه الغلول، ما يحتاجه كنعل ينتعل به، وحزام يشدّ به ظهره، وطعام يأكله، وإبرة ومخياط وخيط، ونعم يذبحه ليأكله، وثوب يلبسه أو يتغطى به، وسلاح يقاتل به ونحو ذلك. ودليل جواز أخذ ما ذكر: المصلحة، فإنّ المسلمين يدخلون بلاد العدو فتطراً الحاجة وتعرض الفاقة، فلو قسمت الغنيمة قبل التحصيل لكان ذلك فساداً في القضية وخرماً في الحال؛ ولو منع الناس الأكل منها حتى تقع المقاسم لأضرّ ذلك، فجوّز الأكل بالمعروف، قال ابن العربي: وهذا من دلائل المصلحة وأحكامها التي انفرد بها مالك عليه السلام. ولم ير ابن العربي في حديث عبد الله بن مغفل في الجراب من الشحم يوم خيبر⁽⁴⁾ دليلاً على المسألة، كما رآه غيره، وإنما المعوّل عنده في المسألة هو المصلحة⁽⁵⁾.

ومحلّ الجواز إن قصد المحتاج ردّ ما أخذ بعد قضاء حاجته، أما إن قصد التملك فلا يجوز. ويجب عليه ردّ ما فضل عن حاجته من كلّ ما أخذه إن كثر، بأن ساوى ما كثر درهماً فأعلى، لا إن كان تافهاً. فإن تعذّر ردّه تصدّق به كلّه عن الجيش وجوباً، بعد إخراج خمسه، ولا يجوز له تملكه.

- يجوز المبادلة في ما أخذه المحتاج منهم قبل القسم، ولو بطعام ربوي. فلمن أخذ لحماً أو شعيراً أو قمحاً أو نحو ذلك لحاجته، فاستغنى عنه أو عن بعضه، أن

(1) الشرح الكبير: 182/2.

(2) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب الجاسوس؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل أهل بدر.

(3) الذخيرة: 400/3.

(4) أخرجه البخاري في الخمس، باب ما يصيب من الطعام في أرض الحرب؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب جواز الأكل من طعام الغنيمة في دار الحرب.

(5) القبس: 606/2.

يبدله بغيره ممن أخذه لحاجته، ولو بتفاضل في ربويّ متّحد الجنس؛ لأنّه ليس بمملوك حقيقة، وإنّما أخذ للحاجة، ويردّ ما فضل، ولذا لا يجوز المبادلة بعد القسم إلا إذا خلا عن الربا وباقي الموانع الشرعية. فجواز التفاضل بين الغزاة إنّما هو فيما استغني عنه واحتيج لغيره. والظاهر جواز اجتماع ربا الفضل والنساء هنا. وأمّا إن لم يكن عند كلّ واحد إلا ما يحتاج إليه، فلا يجوز فيه ربا، بل يمنع. كما يمنع إذا كان أحد المتبادلين من غير الجيش؛ لأنّ الربا إنّما هو مغتفر للغزاة فيما بينهم⁽¹⁾.

- يجوز تخريب ديار الكفّار بالهدم والإتلاف والحرق، وقطع النخل، وذبح حيوانهم أو عرقته لثلاً ينتفع به العدو، وإتلاف أمتعتهم من عروض أو طعام عجز عن حملها أو الانتفاع بها. ودليل الجواز قوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْسَةٍ أَوْ تَرَكْتُمْهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُسُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَالِسِينَ﴾ [الحشر: 5]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ لما نزل على حصون بني النضير - وهي البويرة - حين نقضوا العهد بمعونة قريش عليه يوم أحد، أمر بقطع نخيلهم وإحراقها؛ إمّا لإضعافهم بها وإمّا لسعة المكان بقطعها، قال ابن العربي: «والصحيح الأول، وقد علم رسول الله ﷺ أنّ نخل بني النضير له، ولكنه قطع وحرق ليكون ذلك نكايه لهم ووهناً فيهم حتى يخرجوا عنها». وقد شق ذلك على بعض المسلمين وقالوا: لا تقطعوا مما أفاء الله علينا، فنزلت الآية بتصديق من نهى عن القطع وتحليل من قطع من الإثم⁽²⁾. قال الشيخ ابن عاشور: «وكلام الأئمة غير واضح في إذن النبي ﷺ فيه ابتداء، وأظهر أقوالهم قول مجاهد: إن القطع والامتناع منه كان اختلافاً بين المسلمين، وأن الآية نزلت بتصديق من نهى عن قطعه، وتحليل من قطعه من الإثم»⁽³⁾.

ومحلّ جواز ما ذكر من التخريب ونحوه، إن أنكى ذلك العدو وأغاظه ورجيت للمسلمين، أو لم تنك العدو ولم ترج للمسلمين.

فإن أنكى ذلك العدو ولم ترج للمسلمين وجب التخريب. وإن لم تنك ولم تغض العدو ورجيت للمسلمين حرم التخريب⁽⁴⁾. وعلى هذا يحمل الاختلاف بين ما فعله النبي ﷺ بنخل البويرة لبني النضير من القطع، وكانت من أشرف النخل وكان الرجاء في تحويلها للمسلمين عظيماً؛ وبين ما أوصى به الصديق يزيد بن أبي سفيان بقوله: «ولا تقطعن شجراً مثمراً، ولا تخربن عامراً، ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا لمأكلة، ولا تحرقن نحلاً ولا تغرقنه»؛ أي: فإنّ علّة جواز القطع ووجوبه هي النكايه بالعدوّ وإغاضته، كما صرّحت بذلك الآية في قوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْسَةٍ أَوْ تَرَكْتُمْهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُسُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَالِسِينَ﴾ [الحشر: 5]. فبيّن تعالى أنّ المقصود

(2) الجامع لأحكام القرآن: 7/18.

(4) انظر: حاشية الدسوقي: 180/2.

(1) انظر: حاشية الدسوقي: 180/2.

(3) التحرير والتنوير: 76/28.

غيظ الكافر وإخزاؤه ووهنه. فإن تخلفت هذه العلة ورجيت للمسلمين حرم القطع⁽¹⁾.
- يجوز للأسير المسلم عند الكفار أن يطأ زوجته والأسيرة معه، إن علم سلامتها من وطء الكافر لها. والمراد بالجواز هنا عدم الحرمة، وإلا فهو مكروه خوفاً من بقاء ذريته بأرض الحرب.

- يجوز الاحتجاج على الكفار بالقرآن، نحو قوله تعالى: ﴿قُلْ يَتَاهَلِ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَيَّ كَلِمَةً سَوًّا﴾. ومثل القرآن الأحاديث. كما يجوز بعث كتاب إليهم فيه بعض الآيات من القرآن، إن أمن الامتهان والسب، وإلا لم يجز.

- يجوز للرجل المسلم أن يقدم على عدد كثير من الكفار. والمراد بالعدد الكثير أكثر من مثليه؛ لأن إقدامه على مثليه واجب، والفرار منه كبيرة. وجواز الإقدام مفيد بشرطين:

* أن يقصد نصر دين الله تعالى، لا إظهار شجاعته، أو الطمع في الغنيمة.
* أن يعلم أو يغلب على ظنه نكايته لهم. فإذا علم أو ظن تأثيره فيهم جاز له الإقدام، ولو على ذهاب نفسه. وإن لم يعلم أو لم يظن تأثيره فيهم لم يجز، فإن مات يكون عاصياً وإن كان شهيداً ظاهراً.

ونقل الشيخ الدسوقي أن الشرط الأول للكمال، لما جاء في جواز الافتخار في الحرب⁽²⁾.

- يجوز الانتقال من سبب موت لسبب آخر، كأن ينتقل من ضرب مثلاً للسقوط في بئر أو بحر؛ وكأن ينتقل بطرح نفسه في البحر مثلاً هروباً من النار. وهذا عند استواء الأمرين. وأما إذا رجا، ولو شكاً، بالانتقال حياة أو طول حياة ولو درجة ولو مع ضيق، وجب عليه الانتقال. ووجه الوجوب أن حفظ النفوس واجب ما أمكن.

- يجوز للإمام أو نائبه إعطاء الأمان للكفار على أنفسهم وأموالهم، لمصلحة اقتضته تعود على المسلمين. ودليل الجواز⁽³⁾: فعل النبي ﷺ فقد ثبت أنه ﷺ آمن، وسيأتي بيان ذلك في حكم الأسرى.

فإن كان لغير مصلحة فلا يجوز.

وعرف الإمام ابن عرفة الأمان بأنه: رفع استباحة دم الحربى وماله حين القتال أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما.

فقوله: «استباحة دم الحربى» احترز به من رفع استباحة دم غيره، كالعفو عن القاتل.

(2) حاشية الدسوقي: 2/183.

(1) القبس: 2/592.

(3) القبس: 2/598.

وقوله: «حين القتال» احترز به عن الصلح والمهادنة والاستثمان.
- يجوز لغير الإمام إعطاء الأمان لمصلحة، إن كملت فيه خمسة شروط وهي:
الأول: الإسلام. فلا يمضي تأمين الذمي؛ لأن كفره يحمله على سوء الظن
بالمسلمين.

الثاني: الاختيار. فلا يصح تأمين المكره.

الثالث: التمييز. فلا يصح أمان المجنون والسكران والصبي غير المميز.

الرابع: أن يكون تأمينه لما دون إقليم، بأن أمن عدداً محصوراً.

الخامس: أن يكون تأمينه قبل الفتح واستيلاء الجيش على المدينة والظفر بها.
فإن توقرت هذه الشروط جاز تأمينه، ولو كان المؤمن صبياً مميزاً أو امرأة أو
خارجاً على الإمام.

ودليل جواز أمان هؤلاء⁽¹⁾:

أ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «المسلمون تتكافأ
دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم»⁽²⁾. فلما قال: «أدناهم» جاز
أمان كل واحد.

ب - أن أم هانئ أجارت، فأنفذ النبي ﷺ جوارها.

ج - أن الأمان من باب الحسبة، والاحتساب يقوم به كل أحد.

وإذا أمن غير الإمام إقليمياً أو أمن عدداً محصوراً بعد الفتح، نظر الإمام في
ذلك، فإن كان صواباً أبقاه وإلا رده.

وإذا وقع الأمان من الإمام أو من غيره بشروطه وجب على المسلمين جميعاً
الوفاء به، فلا يجوز أسرهم، ولا أخذ شيء من مالهم إلا بوجه شرعي، ولا أذيتهم
بغير وجه شرعي.

ويسقط بالأمان القتل، ولو وقع الأمان من غير الإمام بعد الفتح؛ وأولى إن وقع
من الإمام أو من غيره قبل الفتح. وأما غير القتل، من جزية أو أسر أو فداء، فلا يسقط
إن وقع الأمان بعد الفتح، وينظر الإمام في ذلك؛ أي: إن الأمان لا يسقط بعد الفتح
إلا القتل خاصة.

ويسقط الأمان من الإمام أو غيره بلفظ دالّ عليه، نحو: أمناك؛ أو بإشارة مفهومة
برأس أو يد، يفهم الحربي منها الأمان وإن قصد المسلم بها ضده.

(1) المنتقى: 173/3، والقبس: 598/2، والجامع لأحكام القرآن: 13/8.

(2) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في السرية تردّ على أهل العسكر؛ وأيضاً في الديات، باب
أيقاد المسلم بالكافر؛ والنسائي في القسامة، باب القود بين الأحرار؛ وابن ماجه في الديات،
باب المسلمون تتكافأ دماؤهم.

ويثبت الأمان من غير الإمام بيّنة، لا بقول المؤمن: كنت أمنت؛ بخلاف الإمام فقله مقبول.

ويمضى الأمان إن شاء الإمام في مسائل:

* أن يظنّ الحربي الأمان، والحال أنّ المسلم لم يؤمنه، وإنّما خاطب غيره أو خاطبه بكلام لم يفهمه، فظنّ أنّه آمنه، فجاء معتمداً على ظنّه.

* إذا نهى الإمام الناس عن إعطاء الأمان، فعصوا وأمنوا واحداً أو طائفة؛ أو نسوا نهى الإمام، أو جهلوا نهيه.

* أن يكون التأمين من ذمّي، وظنّ الحربي أنّه مسلم، فجاء معتمداً على ذلك.

فإذا لم يمض الإمام الأمان ردّ الحربي لمأمنه، ولا يجوز قتله ولا أسره ولا سلب ماله ولا يتعرّض له في حال مكثه ولو طال، ولا في حال توجّهه إلى المحلّ الذي كان فيه.

كما يردّ لمأمنه إن أخذ حال كونه مقبلاً للمسلمين في أرضهم، فقال: جئت لأطلب الأمان منكم؛ أو أخذ بأرض المسلمين وعليه تجارة، وقال: ظننت أنّكم لا تتعرّضون لتاجر؛ أو أخذ بين أرض المسلمين وأرضهم، وقال ما ذكر؛ فيردّ لمأمنه إلا لقريئة كذب كوجود آلة حرب معه، فلا يردّ ويرى الإمام فيه ما يراه في الأسرى. وكذلك الحكم إذا لم يدّع شيئاً من ذلك في المسائل الثلاث وهي ما إذا أخذ مقبلاً بأرضهم، أو أخذ بأرض المسلمين أو أخذ بينهما ولم يدّع شيئاً.

وإذا مات الحربيّ المؤمن فلما له أربع أحوال، وهي:

الأولى: إذا مات الحربيّ المؤمن أو قتل ظلماً، عند المسلمين، فماله وديّته لو ارثه إن كان معه وارث عند المسلمين، دخل المؤمن على التجهيز أم لا، ومعنى دخوله على التجهيز: دخل لقضاء مصالحه من تجارة أو غيرها لا على الإقامة. وإن لم يكن معه وارثه أرسل المال له بأرضهم، وذلك إن دخل المؤمن على التجهيز، ولم تطل إقامته ومات. فإن دخل على الإقامة أو على التجهيز، ولكن طالّت إقامته؛ فماله فيء محلّه بيت مال المسلمين.

الثانية: إذا مات المؤمن في بلده وكان له عند المسلمين وديعة أو نحوها، فإنّها ترسل لو ارثه.

الثالثة: إذا نقض العهد وحارب، فأسر وقتل، فماله لمن أسره وقتله.

الرابعة: إذا قتل في معركة بينه وبين المسلمين من غير أسر، ففي ماله قولان: قيل يرسل لو ارثه، وقيل هو فيء. ومحلّ القولين إذا دخل على التجهيز، أو كانت العادة ذلك ولم تطلّ إقامته؛ فإن طالّت إقامته وقتل في معركة بينه وبين المسلمين، كان ماله ولو وديعة فيئاً قولاً واحداً.

والمستأمن إذا سرق من المسلمين زمن عهده، ثم عاد به إلى المسلمين بعد ذهابه لدار الحرب، أو عاد به غيره؛ فإنه ينتزع منه، وتقطع يده إن كان العائد به هو السارق، ولو شرط عند الأمان أنه لا يقطع إن سرق فلا يوقى له بشرطه.

وهذا بخلاف ما أغاروا عليه وسلبوه من المسلمين من الأموال أو سرقوه، في غير زمن عهدهم؛ فلا ينتزع منهم إن دخلوا به عند المسلمين بأمان؛ لأنّ لهم شبهة ملك فيما أخذوه على طريق القهر والغلبة، وغاية ما فيه أنه يكره لغير مالكة اشتراؤه منهم؛ لأنه بذلك يفوته على المالك. وأمّا ما سرقوه زمن عهدهم فتقدّم حكمه⁽¹⁾.

والدليل على هذه المسألة⁽²⁾:

أ - عن عمرو بن العاص أنّ النبي ﷺ قال: «الإسلام يجب ما كان قبله»⁽³⁾.

ب - أنّ للكفار شبهة ملك على ما حازوه من أموال المسلمين، يدلّ عليه قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ﴾ [الحشر: 8]. ووجه الاستدلال أنه تعالى سمى المهاجرين فقراء بعد هجرتهم وتركهم ديارهم وأموالهم التي غضبها منهم المشركون.

ج - أنه لا خلاف أنّ الحربي لو استهلك ما أغار عليه وغضبه ثم أسلم لم يضمه، ولو اتلف مسلم على صاحبه للزمه ضمانه، فدلّ ذلك على ثبوت شبهة الملك له.

وأما لو دخل الحربي بغير أمان؛ أي: دخل قهراً، كالدولة الفرنسية؛ فإذا نهبوا أمتعة المسلمين وأرادوا بيعها، فلا يجوز شراؤها منهم، وهي باقية على ملك أربابها، فلهم أخذها ممن اشتراها بقصد التملك مجاناً. وأمّا إن اشتراها بقصد الفداء لصاحبها فالأحسن أخذها بالفداء؛ لأن بلاد الإسلام لا تصير دار حرب باستيلاء الكفار عليها قهراً، ما دامت شعائر الإسلام أو غالبها قائمة. وبهذا تعلم أنّ ما وهبه الفرنسية من أموال المسلمين لا يملكه الموهوب له، ولا يفوت على مالكة بالهبة.

وأما من دخل بلاد المسلمين بأمان، ويبيده شيء من أموال المسلمين أخذها منهم وهو بدار الحرب، فإنه يملكها الموهوب له، إمّا لأنّ الأمان يحقق ملكه أو لأنّه بالعهد صار له حرمة ليست له في دار الحرب. أمّا ما باعوه أو وهبوه في ديارهم فإنّ لربّه أخذه بالثمن في البيع، ومجاناً في الهبة⁽⁴⁾.

وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فإنه بإسلامه يحقن دمه، ويملك الحربيّ جميع

(1) انظر: حاشية الدسوقي: 188/2.

(2) الإشراف: 934/2.

(3) أخرجه أحمد في مسنده.

(4) انظر: حاشية الدسوقي: 188/2 وحاشية الصاوي: 361/1.

ما بيده، ممّا غصبه أو نهبه أو سرقه، في غير زمن عهده، وعليه يجوز الشراء منه من غير كراهة. وهذا سواء قدم حال كفره بأمان ثمّ أسلم أو قدم حال إسلامه.

والدليل على كون الحربي يحقن دمه ويحرز ماله بالإسلام⁽¹⁾:

أ - عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة؛ فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم، إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله»⁽²⁾.

ب - أنّه مال مسلم فلا يجوز أن يغنم قياساً على المسلم الأصلي. والمسألة مبنية على أنّ الكافر الحربي يملك ملكاً صحيحاً.

أمّا ما سرقه زمن عهده، وكذلك الذين الذي ترتّب في ذمته لمسلم، والوديعة، وما استأجره من مسلم حال كفره، والوقف المحقّق، واللقطة، فإنّه لا يملك من ذلك شيئاً، ويتّزع منه، لعدم شبهة الملك⁽³⁾.

حكم الولد إذا أسلم أحد والديه⁽⁴⁾:

شهر القاضي ابن رشد من المذهب أنّ الولد تبع لأبيه، فلا يكون مسلماً إلاّ إذا أسلم أبوه. فإنّ أسلمت أمّه ولم يسلم أبوه بقي على دين أبيه. وقال ابن وهب: إنّ مسلم بإسلام أحد أبويه، ودليله:

أ - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «كلّ مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه»⁽⁵⁾. ووجه الاستدلال أنّ قوله: «يولد على الفطرة» خبر المبتدأ «كلّ مولود»، وهذا يقتضي العموم في جميع المولودين؛ لأنّ الفطرة هي الإسلام، فلا يكون المولود نصرانياً ولا يهودياً، إلاّ أن يكون أبواه جميعاً على ذلك.

ب - أنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

المهادنة:

يجوز للإمام مهادنة الكفار على ترك القتال بالمصلحة، مدّة باجتهاده. ويندب أن

(1) الإشراف: 936/2.

(2) أخرجه البخاري في الإيمان، باب فإن تابوا؛ ومسلم في الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله.

(3) انظر أيضاً: الشرح الكبير مع حاشيته: 188/2، وشرح الزرقاني مع حاشية البناني: 126/2، ومنع الجليل: 178/3.

(4) البيان والتحصيل: 351/5، والذخيرة: 324/4.

(5) أخرجه مالك في الجنائز، باب جامع الجنائز؛ والبخاري في الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين؛ ومسلم في القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة.

لا تتجاوز أربعة أشهر، إلا لمصلحة. والدليل على الجواز⁽¹⁾: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْتَنِحْ لَهُمْ وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: 61]. قال ابن العربي: وهذا وإن كان خاصاً للنبي ﷺ، فإن الآية محكمة إلى أن تقوم الساعة إذا رأى الإمام ذلك واحتاج الناس إليه، فيعقد الصلح على ما يمكنه من ضعف المسلمين وقوتهم، ولا يمنع ذلك من إجابة الكفار إليه، إذا كان للمسلمين منفعة فيه كما فعل النبي ﷺ في صلح الحديبية. قال الإمام الباقي: «سأل أهل الأندلس سحنون قالوا: أرأيت لو انقطعت عنا الجيوش، وبعد أمير المؤمنين، وعدونا قريب منا في قوة، هل لأمير الثغور أن يصالحهم على غير شيء، إذ لا طاقة لنا بهم؟ قال: نعم، ولا يبعد في المدة لما قد يحدث من قوة الإسلام. والأصل في ذلك مهادنة النبي ﷺ قريشاً عام الحديبية على غير شيء يأخذه، حتى قوي الإسلام فلم يقبل ذلك منهم»⁽²⁾.

ولا يجوز له قبول شرط فاسد، كإبقاء مسلم عندهم، أو إخلاء قرية من المسلمين لهم، أو دفع مال لهم، أو ردّ مسلمة؛ إلا لخوف أعظم من ذلك.

فإن عقد معهم صلحاً بشرط، ثم استشعر منهم الخيانة، نبذه وأنذرهم. ويجب عند ذلك الوفاء بالشرط، ولو بردّ كفّار أخذهم المسلمون رهائن، ولو أسلموا عند المسلمين، إلا أنه يجب على المسلمين فداؤهم بعد ذلك، ككلّ أسير مسلم. والدليل على ردّ الرهائن ولو أسلموا⁽³⁾: فعل النبي ﷺ، فعن المسور بن مخرمة رضى الله عنه عن أصحاب رسول الله ﷺ قال: لما كاتب سهيل بن عمرو يومئذ كان فيما اشترط سهيل بن عمرو على النبي ﷺ: أنه لا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا وخليت بيننا وبينه. فكره المؤمنون ذلك وامتنعوا منه وأبى سهيل إلا ذلك، فكاتبه النبي ﷺ على ذلك؛ فردّ يومئذ أبا جندل إلى أبيه سهيل بن عمرو، ولم يأت أحد من الرجال إلا رده في تلك المدة وإن كان مسلماً. وجاءت المؤمنات مهاجرات وكانت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط ممن خرج إلى رسول الله ﷺ يومئذ وهي عاتق، فجاء أهلها يسألون النبي ﷺ أن يرجعها إليهم، فلم يرجعها إليهم لما أنزل الله فيهن: ﴿إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا هُمْ يَحْلُونَ لَهُنَّ﴾⁽⁴⁾. وجاءه أبو رافع رسولاً منهم فأسلم، فردّه إليهم، وقال له: «إني لا أخيس بالعهد. ولكن ارجع إليهم فإن كان في قلبك الذي في قلبك فارجع»⁽⁵⁾. وعلة الحكم أنّ في إمساكهم وعدم ردّهم غدرًا لا يجوز شرعاً.

(2) المتقى: 159/3.

(1) القيس: 588/2.

(3) الإشراف: 940/2.

(4) أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة الحديبية؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب صلح الحديبية.

(5) أخرجه الحاكم في المستدرک: 598/3.

فداء أسرى المسلمين:

أوجب الله تعالى الجهاد لفداء أسرى المسلمين، قال ﷺ: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا ﴿٧٥﴾﴾ [النساء: 75]. ووجه الاستدلال على الوجوب أنّ الاستفهام إنكاري؛ أي: لا شيء لكم في حال لا تقاتلون، والمراد أنّ الذي هو لكم هو أن تقاتلوا، فهو بمنزلة أمر؛ أي: قاتلوا في سبيل الله لا يصدكم شيء عن القتال. ومعنى ﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ لأجل دينه ولمرضاته، فحرف «في» للتعليل، ولأجل المستضعفين؛ أي: لنفعهم ودفع المشركين عنهم. و«المستضعفون» الذين يعدّهم الناس ضعفاء، وأراد بهم من بقي من المؤمنين بمكة من الرجال الذين منعهم المشركون من الهجرة بمقتضى الصلح الذي انعقد بين الرسول ﷺ وبين سفير قريش سهيل بن عمرو؛ إذ كان من الشروط التي انعقد عليها الصلح: أنّ من جاء إلى مكة من المسلمين مرتدّاً عن الإسلام لا يردّ إلى المسلمين، ومن جاء إلى المدينة فارّاً من مكة مؤمناً يردّ إلى مكة. ومن المستضعفين الوليد بن الوليد، وسلمة بن هشام، وعيَّاش بن أبي ربيعة. وأمّا النساء فهنّ ذوات الأزواج أو ولايا الأولياء المشركين اللاتي يمنعهنّ أزواجهنّ وأولياؤهنّ من الهجرة، مثل أمّ كلثوم بنت عقبة بن أبي مُعيط، وأمّ الفضل لبابة بنت الحارث زوج العباس، فقد كنّ يؤذنين ويحقرن. وأمّا الولدان فهم الصغار من أولاد المؤمنين والمؤمنات، فإنهم كانوا يألمون من مشاهدة تعذيب آبائهم وذويهم وإيذاء أمهاتهم وحاضناتهم، وعن ابن عباس أنّه قال: كنتُ أنا وأمّي من المستضعفين. والقتال في سبيل هؤلاء ظاهر؛ لإنقاذهم من فتنة المشركين، وإنقاذ الولدان من أن يشبّوا على أحوال الكفر أو جهل الإيمان⁽¹⁾.

ويجب على الإمام فداء أسرى المسلمين من أيدي الكفار. ويفدى بالفيء؛ أي: بيت مال المسلمين.

ودليل وجوب الفداء⁽²⁾:

أ - أنّ الله تعالى أوجب في الآية القتال لاستنقاذ الأسرى من يد العدو مع ما في القتال من تلف النفس، فكان بذل المال في فدائهم أوجب، لكونه دون النفس وأهون منها.

ب - عن أبي موسى ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «فكّوا العاني - يعني الأسير - وأطعموا الجائع، وعودوا المريض»⁽³⁾. والأمر للوجوب.

(1) التحرير والتنوير: 122/5.

(2) أحكام القرآن: 460/1، والذخيرة: 389/3.

(3) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب فكاك الأسير.

فإن لم يوجد بيت مال أو لم يمكن الوصول إليه أو قصر ما فيه على الكفاية، فدي بمال المسلمين الذين يمكن الأخذ منهم من أهل قطره، فيقدّم الأقرب فالأقرب، ويؤخذ من كلّ واحد بقدر وسعه. وقال أشهب: يفدى بأموال المسلمين، ولو أتى على جميعها، وقيدته ابن عرفة بما إذا لم يخش استيلاء العدو عليهم بسبب ذلك، بأن لا يوجد عند جماعة المسلمين ما يشتركون به سلاحاً ولا باروداً. وكلّ من دفع شيئاً من جماعة المسلمين فلا رجوع له به على الأسير المفدى، ولو دفع بقصد الرجوع، بخلاف الفادي المعين.

فإن تعذر من المسلمين فدي بمال الأسير، إن كان له مال.

وقدّم هنا مال المسلمين على مال الأسير، ليحمل ذلك المسلمين على الجهاد وتخليصه به بدون مال. وهذه طريقة ابن رشد. وطريقة سحنون تقديم ماله ثم بيت المال ثم مال جماعة المسلمين، واختارها اللّخمي.

ونقل ابن العربي عن الإمام مالك: أنّ من امتنع من عنده مال من الدفع لفكّ الأسرى، فإنّه يقاتل على ذلك⁽¹⁾.

فإن تعذر فداؤه من ماله، وفداه مسلم معين من عنده، رجع الفادي عليه بجميع ما دفع، على المعتمد. والرجوع مقيد بشروط:

* بما إذا كان الفادي معيّناً.

* وكان الفادي غير بيت المال.

* وكان عالماً أو ظاناً أنّ الإمام لا يفديه من بيت المال، ولا ممّا يجبيه من المسلمين.

* أن لا يقصد الفادي بذلك الصدقة.

* أن لا يمكن الخلاص بدونه.

فإن اختلّ شرط من هذه الشروط، فلا رجوع له. لكن إن كان الفادي محرماً للمفدى أو زوجاً، فلا رجوع.

وإذا فدى المعين جماعة، كخمسين أسيراً، بقدر معين، وفيهم الغني والفقير والوضيع والشريف، فيقسم الفداء على العدد من غير تفاضل بينهم، إن جهل الكفّار قدر الأسارى. فإن علموه قسم على قدر ما فدى به كلّ واحد بحسب عادتهم.

ويجوز فداء أسرى المسلمين بأسرى الكفّار المقاتلين، الذين في أيدي المسلمين، إذا لم يرض الكفّار إلا بذلك؛ لأنّ قتالهم مترقب غير محقق، وخلاص المسلمين محقق. وقيد اللّخمي ذلك بما إذا لم يخش منهم، وإلا حرم.

ويجوز الفداء بالخمير والخنزير. وصفة ذلك: أن يأمر الإمام أهل الذمة بدفع ذلك للعدو، ويحاسبهم بقيمة ذلك مما عليهم من الجزية. فإن لم يمكن ذلك جاز شراؤه للضرورة. لكن إن فدى مسلم بذلك أسيراً مسلماً أو ذمياً فلا رجوع به عليهما، سواء كان عنده أو اشتراه.

وفي جواز فداء الأسير المسلم بألة الحرب قولان؛ إذا لم يخش بها الظفر على المسلمين؛ فالجواز لأشهب، والمنع لابن القاسم. فإذا خشي بها الظفر على المسلمين منع اتفاقاً.

حكم أموال الحربيين وقسمتها:

أموال الحربيين نوعان، وهما:

1 - الغنيمة:

وهي ما غنمه المسلمون من أموال الكفار بقتال. وقد جاء ذكرها في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُكْمَهُ، وَالرَّسُولَ وَوَلَدَيْ الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَيْ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّلَقَىٰ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال: 41].

2 - الفياء:

وهو ما صار إليهم من أموال الكفار بغير قتال. وجاء ذكره في قوله تعالى: ﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿١﴾﴾ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَىٰ فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَوَلَدَيْ الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا ءَاتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٧﴾﴾ [الحشر: 6 - 7].

ومما جاء في تفسير الشيخ ابن عاشور لهاتين الآيتين من سورة الحشر: ضمير ﴿مِنْهُمْ﴾ في الآية الأولى عائد إلى ﴿الَّذِينَ أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ﴾ [الحشر: 2] الواقع في أول السورة وهم بنو النضير.

وقوله: ﴿فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ﴾ خبر عن «ما» الموصولة قرن بالفاء لأن الموصول كالشرط، لتضمنه معنى التسبب. وهو بصريحه امتنان على المسلمين بأن الله ساق لهم أموال بني النضير دون قتال، ويفيد مع ذلك كناية بأن يقصد بالإخبار عنه بأنهم لم يُوجفوا عليه لازم الخبر، وهو أنه ليس لهم سبب حق فيه. والمعنى: فما هو من حَقِّكم، أو لا تسألوا قسمته لأنكم لم تنالوه بقتالكم ولكن الله أعطاه رسوله ﷺ نعمة منه بلا مشقة ولا نصب.

والإيجاف: نوع من سير الخيل. وهو سير سريع بإيقاع، وأريد به الرخص للإغارة

لأنه يكون سريعاً. والركابُ: اسم جمع للإبل التي تُركبُ. والمعنى: ما أغرتم عليه بخيل ولا إبل.

وقوله: ﴿وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَن يَشَاءُ﴾ استدراك على النفي الذي في قوله تعالى: ﴿فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ﴾ لرفع توهم أنه لا حق فيه لأحد. والمراد: أن الله سلط عليه رسوله ﷺ فالرسول أحق به. وهذا التركيب يفيد قصرًا معنويًا كأنه قيل: فما سلطكم الله عليهم ولكن سلط عليهم رسوله ﷺ.

وعموم ﴿مَن يَشَاءُ﴾ لشمول أنه يسَلِّطُ رسله على مقاتلين ويسلطهم على غير المقاتلين.

والمعنى: وما أفاء الله على رسوله ﷺ إنما هو بتسليط الله رسوله ﷺ، وإلقاء الرعب في قلوبهم، والله يسלט رسله على من يشاء. فأغنى التذييل عن المحذوف؛ أي: فلا حق لكم فيه فيكون من مال الله يتصرف فيه رسوله ﷺ وولاية الأمور من بعده. فتكون الآية تبيينًا لما وقع في قسمة فيء بني النضير. ذلك أن رسول الله ﷺ لم يقسمه على جميع الغزاة ولكن قسمه على المهاجرين، سواء كانوا ممن غزوا معه أم لم يغزوا، إذ لم يكن للمهاجرين أموالًا، فأراد أن يكفيهم ويكفي الأنصار ما منحوه المهاجرين من النخيل. ولم يعط منه الأنصار إلا ثلاثة لشدّة حاجتهم وهم أبو دُجّانة سِمَاك بن خزيمة، وسهل بن حنيف، والحارث بن الصّمة، وأعطى سعد بن معاذ سيف أبي الحُقيق، وكلّ ذلك تصرف باجتهاد الرسول ﷺ؛ لأن الله جعل تلك الأموال له.

فإن كانت الآية نزلت بعد أن قسمت أموال النضير كانت بيانًا بأن ما فعله الرسول ﷺ حق، أمره الله به أو جعله إليه؛ وإن كانت نزلت قبل القسمة، إذ روي أنّ سبب نزولها أنّ الجيش سألوا رسول الله ﷺ تخميس أموال بني النضير مثل غنائم بدر فنزلت هذه الآية، كانت الآية تشريعاً لاستحقاق هذه الأموال. قال أبو بكر ابن العربي: «لا خلاف بين العلماء أنّ الآية الأولى خاصة لرسول الله ﷺ أي: هذه الآية الأولى من الآيتين المذكورتين في هذه السورة خاصة بأموال بني النضير، وعلى أنّها خاصة لرسول الله ﷺ يضعها حيث يشاء. وبذلك قال عمر بن الخطاب بمحضر عثمان، وعبد الرحمن بن عوف، والزبير، وسعد، وهو قول مالك فيما روى عنه ابن القاسم وابن وهب، قال: كانت أموال بني النضير صافية لرسول الله، واتفقوا على أنّ النبي ﷺ لم يخمسها. واختلف في القياس عليها كل مال لم يوجف عليه. قال ابن عطية، قال بعض العلماء: وكذلك كلّ ما فتح الله على الأئمة مما لم يوجف عليه فهو لهم خاصة.

ثم قال في الآية الثانية: ﴿فَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَاللرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآلِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾.

جمهور العلماء جعلوا هذه الآية ابتداء كلام؛ أي: على الاستئناف الابتدائي،

وأنها قصد منها حكم غير الحكم الذي تضمنته الآية التي قبلها. ومن هؤلاء مالك وهو قول الحنفية، فجعلوا مضمون الآية التي قبلها أموال بني النضير خاصة، وجعلوا الآية الثانية هذه إخباراً عن حكم الأفياء التي حصلت عند فتح قرى أخرى بعد غزوة بني النضير، مثل قريظة سنة خمس، وقدك سنة سبع، ونحوهما فعينته هذه الآية للأصناف المذكورة فيها، ولا حق في ذلك لأهل الجيش أيضاً وهذا الذي يجري على وفاق كلام عمر بن الخطاب في قضائه بين العباس وعلي رضي الله عنهما فيما بأيديهما من أموال بني النضير على احتمال فيه، وهو الذي يقتضيه تغيير أسلوب التعبير بقوله هنا: ﴿مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ بعد أن قال في التي قبلها: ﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ﴾، فإن ضمير «منهم» راجع لـ ﴿الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ﴾ في أول السورة، وهم بنو النضير لا محالة. وعلى هذا القول يجوز أن تكون هذه الآية نزلت عقب الآية الأولى، ويجوز أن تكون نزلت بعد مدة فإن فتح القرى وقع بعد فتح النضير بنحو ستين.

والتعريف في قوله تعالى: ﴿مَنْ أَهْلُ الْقُرَى﴾ تعريف العهد، وهي قرى معروفة عُدت منها: قريظة، وقدك، وقرى غرينة، واليئبوع، ووادي القرى، والصفراء؛ فتحت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، واختلف الناس في فتحها أكان عنوة أو صلحاً أو فيئاً. والأكثر على أن قدك كانت مثل النضير.

ولا يختص جعله للرسول بخصوص ذات الرسول صلى الله عليه وسلم، بل مثله فيه أئمة المسلمين. وتقييد الفيء بفيء القرى جرى على الغالب؛ لأن الغالب أن لا تفتح إلا القرى؛ لأن أهلها يحاصرون فيستسلمون ويعطون بأيديهم إذا اشتد عليهم الحصار، فأما النازلون بالبوادي فلا يُغلبون إلا بعد إيجاف وقتال، فليس لقيدهم ﴿مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ مفهوم عندنا، وقد اختلف الفقهاء في حكم الفيء الذي يحصل للمسلمين بدون إيجاف، فمذهب مالك أنه لا يخمس وإنما تخمس الغنائم وهي ما غنمه المسلمون بإيجاف وقتال⁽¹⁾.

قال الإمام القرطبي في شرح الغنيمة: «هي مال الكفار إذا ظفر به المسلمون على وجه الغلبة والقهر. ولا تقتضي اللغة هذا التخصيص، ولكن عرف الشرع قيد اللفظ بهذا النوع. وسمى الشرع الواصل من الكفار إلينا من الأموال باسمين: غنيمة وفيئاً. فالشيء الذي يناله المسلمون من عدوهم بالسعي وإيجاف الخيل والركاب يسمى غنيمة. ولزم هذا الاسم هذا المعنى حتى صار عرفاً. والفيء مأخوذ من فاء يفى إذا رجع، وهو كل مال دخل على المسلمين من غير حرب ولا إيجاف».

وأما الأنفال: وهي جمع نفل - بالتحريك - والنفل مشتق من النافلة، وهي الزيادة في العطاء، وقد أطلق العرب في القديم الأنفال على الغنائم في الحرب كأنهم

(1) التحرير والتنوير: 81/28، 83، وانظر الإشراف: 939/2.

اعتبروها زيادة على المقصود من الحرب؛ لأن المقصود الأهم من الحرب هو إبادة الأعداء. فإطلاق الأنفال في كلامهم على الغنائم مشهور من كلامهم. ثم صار النفل يطلق على ما يعطاه المقاتل زيادة على قسطه من المغنم، لمزية له في البلاء والغناء أو على ما يعثر عليه من غير قتيله، وهذا صنف من المغنم⁽¹⁾.

وآية الأنفال: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَنْزَلْنَا اللَّهُ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿١﴾﴾ [الأنفال: 1]، تحتل أن تكون بمعنى المغنم مطلقاً، وأن تكون بمعنى ما يزداد للمقاتل على حقه من المغنم، يدل على هذين الاحتمالين ما جاء في أسباب نزول الآية، فعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ يوم بدر من فعل كذا وكذا فله من النفل كذا وكذا، قال: فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلم يبرحوها، فلما فتح الله عليهم قال المشيخة: كئنا رداء لكم لو انهزمتم لفتنم إلينا، فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى. فأبى الفتيان وقالوا: جعله رسول الله ﷺ لنا؛ فأنزل الله: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ إلى قوله: ﴿كَمَا أَخْرَجَكَ رَبُّكَ مِنْ بَيْتِكَ بِالْحَقِّ وَإِنَّ فَرِيقًا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ لَكَاذِبُونَ ﴿٥﴾﴾، يقول: فكان ذلك خيراً لهم⁽²⁾. وهذا الحديث يدل على الاحتمال الأول؛ أي: مطلق المغنم. وعن سعد بن أبي وقاص قال: نزلت في أربع آيات؛ أصبت سيفاً فأتى به النبي ﷺ فقال: يا رسول الله نقلنيه، فقال: «ضعه»، ثم قام فقال له النبي ﷺ: «ضعه من حيث أخذته»، ثم قام فقال: نقلنيه يا رسول الله، فقال: «ضعه» فقام فقال: يا رسول الله، نقلنيه أو جعل كمن لا غناء له، فقال له النبي ﷺ: «ضعه من حيث أخذته»، قال: فنزلت هذه الآية: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾⁽³⁾. فهذا الحديث يدل على الاحتمال الثاني؛ أي: بمعنى الزيادة⁽⁴⁾. والمرجح - عند الشيخ ابن عاشور - الاحتمال الأول؛ أي: إن النفل والغنيمة مترادفان في استعمال القرآن وفي مقتضى اللغة⁽⁵⁾.

فتحصل من هذا أنّ أسماء الأموال المأخوذة من العدو في القتال ثلاثة أسماء: المغنم، والفيء، والنفل. والذي استقرّ عليه مذهب الإمام مالك، وجرى عليه اصطلاح المسلمين بعد نزول الآية أنّ النفل صورة من صور القسمة لهذه الأموال؛ أي: ما يعطيه الإمام من الخمس لمن يرى إعطائه إيّاه، ممن لم يغنم ذلك بقتال⁽⁶⁾. وسيأتي في حكم النفل أنّ الآية محكمة غير منسوخة بآية الغنائم.

(1) التحرير والتنوير: 249/9.

(2) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في النفل.

(3) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب الأنفال.

(4) التحرير والتنوير: 250/9، وانظر المقدمات: 355/1.

(5) التحرير والتنوير: 6/10.

(6) التحرير والتنوير: 250/9، و6/10، وانظر المقدمات: 355/1.

وقد أحلّ الله تعالى للمسلمين أكل الغنيمة، ودليل ذلك :

أ - الآياتان المتقدمتان في الغنيمة والفيء .

ب - قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٦﴾﴾

[الأنفال: 69].

ج - قوله تعالى: ﴿وَعَدَّكُمْ اللَّهُ مَعَانِدَ كَثِيرَةٍ نَأْخُذُونَهَا فَعَجَلَ لَكُمْ هَذِهِ وَكَفَّ أَيْدِيَ النَّاسِ عَنْكُمْ وَلِتَكُونَ آيَةً لِلْمُؤْمِنِينَ وَيَهْدِيَكُمْ صِرَاطًا مُسْتَقِيمًا ﴿٢٠﴾﴾ [الفتح: 20].

د - عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطيت خمسا لم يعطهن أحد من الأنبياء قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، وأيما رجل من امتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلت لي الغنائم، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة ويبعث إلى الناس كافة، وأعطيت الشفاعة»⁽¹⁾.

حكم الأرض المفتوحة عنوة:

توقف الأرض غير الموات، من أرض الزراعة والدور، بمجرد الاستيلاء عليها. وهو المشهور، خلافاً لمن قال إن الإمام يقسم الأرض بين المجاهدين، كغيرها من الغنائم.

ومعنى وقفها: تركها غير مقسومة، لا الوقف المصطلح عليه، وهو الحبس.

والدليل على عدم قسمة الأرض⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿مَّا آفَاةَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٧﴾﴾ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهْجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴿٨﴾﴾ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٩﴾﴾ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴿١٠﴾﴾ [الحشر: 7 - 10]. ووجه الاستدلال أن قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهْجِرِينَ﴾ الآية، بدل من قوله: ﴿وِلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ بدل بعض من كل، والمعنى: ﴿وِلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ للفقراء منهم لا مطلقاً، يدخل في ذلك المهاجرون والأنصار والذين آمنوا بعدهم؛ أي: فتكون آية ﴿وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ﴾ معطوفة على آية ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهْجِرِينَ﴾، وآية

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب جعلت لي الأرض؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة.

(2) الإشراف: 941/2، والمفهم: 2761/5، والتحرير والتنوير: 87/28 - 96.

﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ معطوفة على ما قبلها. والمعنى دفع إيهام أن يختص المهاجرون بما أفاء الله على رسوله ﷺ من أهل القرى كما اختصهم النبي ﷺ بفيء بني النضير، على ما تقدم لنا في شرح آيتي الفيء، فشملت هذه الآية كل من يوجد من المسلمين أجد الدهر؛ أي: إن الفيء يستحقه كل المذكورين من فقراء المهاجرين والأنصار والذين يجيئون بعدهم. وبذلك احتج عمر لما طولب بقسمة الأرض، وقال: أرى هذه الآية مستوعبة لجميع المسلمين حتى الراعي بعدن، ولم ينكر عليه أحد. وهو قول علي ﷺ⁽¹⁾.

ب - أن النبي ﷺ لم يقسم كل أرض خيبر، فإنه قسم بعضها فقط⁽²⁾. والذي قسمه هو الأربعة أخماس، والذي لم يقسمه هو الخمس فلم يقسمه بين أهله المذكورين في الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالسَّكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَفَىٰ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الأنفال: 41]. بل كان يفرق غلته بينهم، فكان يعطي أزواجه كل سنة، فعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع؛ فكان يعطي أزواجه كل سنة مائة وسق: ثمانين وسقاً من تمر، وعشرين وسقاً من شعير. فلما ولي عمر قسم خيبر؛ خير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن الأرض والماء، أو يضمن لهن الأوساق كل عام، فاختلفن فمنهن من اختار الأرض والماء، ومنهن من اختار الأوساق كل عام⁽³⁾. وكذلك فرض لبني هاشم وبني المطلب على ما ذكر أصحاب السير وغيرهم⁽⁴⁾.

وقد فهم عمر ﷺ أن الذي فعله النبي ﷺ في قسم خيبر ليس على وجه التحميم الذي لا يجوز غيره، وإنما هو أحد الوجهين الجائزين، من أن النبي ﷺ ظهر له أن الأولى قسمتها في ذلك الوقت؛ لشدة حاجة أولئك القائمين، ولما كان زمن عمر اتسعت أموال المسلمين لكثرة الفتوحات عليهم، فرأى أن إيقافها للمصالح أولى من قسمها وتابعه على ذلك أهل عصره من الصحابة، ولم يخالفه أحد من الصحابة، فصار كالإجماع على صحة ما فعل وجوازه، فعنه ﷺ أنه قال: «لولا أنني أترك آخر الناس بغير شيء ما غنم المسلمون إلا قسمتها كما قسم النبي ﷺ خيبر»⁽⁵⁾.

(1) ذكر له هذا القول أبو عبيد في الأموال: ص 61.

(2) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة، باب في حكم أرض خيبر، عن بشر بن يسار.

(3) أخرجه أخرجه البخاري في المزارعة، باب المزارعة بالشطرن ونحوه؛ ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(4) إكمال الإكمال: 404/5.

(5) المفهم: 2761/5، وإكمال الإكمال: 405/5.

ولا يحتاج وقفها لصيغة من الإمام. كما لا يحتاج وقفها لتطبيب أنفس المجاهدين بشيء من المال.

ولا يؤخذ للدور كراء، خلافاً لأرض الزراعة، فإنه يقضى فيها للسابق. ونقل عن بعض الشيوخ أنه ينبغي أن يؤخذ للدور كراء، ويوضع في المصالح، كخراج أرض الزراعة.

وفائدة وقف الدور أنها لا تباع ولا يتصرف فيها تصرف الملاك.

ومحل أخذ الكراء لها، على القول الأول، وعدم بيعها، ما دامت باقية بأبنيتها التي فتحت عليها، فإن تهدمت وجدد الناس أبنية، جاز أخذ الكراء والبيع والهبة والأخذ بالشفعة، كما هو الآن بمصر ومكة وغيرها.

وأرض الزراعة المفتوحة عنوة، كأرض مصر والشام والعراق، يكون الكلام فيها للسلطان أو نائبه، فيمكن منها من شاء.

ولا تورث أرض الزراعة المفتوحة عنوة؛ لأنها لا تملك. ولو مات شخص وتحت يده أرض يزرعها، مكّنه منها السلطان، ويؤدى خراجها؛ فالنظر في تلك الأرض للسلطان أو نائبه، يعطيها لمن يشاء، ولا تورث عن ذلك الميت. نعم وارثه أولى وأحقّ بها من غيره. وهذا على المشهور من وقف الأرض⁽¹⁾. قال الشيخ الدردير في الشرح الكبير: «لو مات أحد الفلاحين، وله ورثة، وقد جرت العادة بأنّ الذكور تختصّ بالأرض دون الإناث، كما في بعض قرى الصعيد؛ فإنه يجب إجراؤها على عادتهم على ما يظهر؛ لأن هذه العادة والعرف صارت كالإذن من السلطان في ذلك. ومقتضى ما تقدّم - أي: من كون الكلام للسلطان أو نائبه - أنه يجوز للسلطان أو نائبه أن يمنح الورثة من وضع أيديهم عليها ويعطيها لمن يشاء. وقد يظهر أنه لا يجوز له؛ لما فيه من فتح باب يؤدى إلى الهرج والفساد؛ ولأنّ لمورّثهم نوع استحقاق؛ ولأنّ العادة تنزل منزلة حكم السلاطين المتقدمين بأنّ كلّ من بيده شيء فهو لورثته أو أولاده الذكور دون الإناث، رعاية لحقّ المصلحة. نعم إذا مات ولم يكن له وارث، فالأمر للملتزم - وهو نائب السلطان - أن يعطيها لمن يشاء. وما اشتهر من فتاوى معزّوة لبعض أئمّتنا، كالشيخ الخرشي والشيخ عبد الباقي والشيخ يحيى وغيرهم، من أنّ أرض الزراعة تورث، فهي فتوى باطلة لمنافاتها ما تقدّم - أي: من أنها وقف - وغالبهم قد شرح هذا المختصر - أي: مختصر خليل - ولم يذكر الإرث ولا بالإشارة، فالظاهر أنّ هذه الفتوى مكذوبة عليهم، فلا يلتفت إليها⁽²⁾. وقد علّق الشيخ الدسوقي في حاشيته بقوله: «وقد يقال: القول بوقفية أرض الزراعة ليس متفقاً عليه، بل غاية الأمر أنه المشهور،

(1) حاشية الدسوقي: 189/2.

(2) الشرح الكبير: 189/2

ومقابله أنها تقسّم على الجيش. فلعلّ تلك الفتوى بناء على ذلك القول، وهو وإن كان ضعيفاً لكن نُظِرَ للمصلحة ودفع الهرج؛ أو يقال: الأرض وإن كانت موقوفة على المشهور، لكن قد ثبت للمزارعين فيها حقّ يشبه الخلوّ من جهة تحريكهم الأرض والعلاج فيها؛ والخلوّ يورث⁽¹⁾.

وأما أرض الموات، فلا كلام لأحد عليها، ولو للسلطان. ومن أحيا منها شيئاً فهو له ملكاً.

قسمة الغنيمة:

تقسّم الغنيمة إلى قسمين: خمس وأربعة أخماس.

1 - الخُمُسُ:

يخمس - غير الأرض - من سائر أموال الحربيين. وموضع الخمس بيت المال.

مداخيل بيت المال مع الخمس، ما يلي:

- الفياء⁽²⁾. وقد تقدّم ذكر الدليل على أنّ الفياء لا حقّ للمقاتلين فيه فلا يخمس، فهو من مال الله تعالى جعله لرسوله ﷺ يتصرف فيه ويضعه حيث يشاء، ولولاة الأمور من بعده. فمذهب مالك أنه لا يخمس، وإنّما تخمس الغنائم وهي ما غنمه المسلمون بإيجاف وقاتل. ومعنى لا يخمس الفياء أن لا يقسم بين بيت المال والمقاتلين، وإنّما يكون جميعه لبيت المال.

- خراج الأرض المفتوحة عنوة؛ أي: بالمقاتلة عليها.

- خراج الأرض المفتوحة صلحاً.

- الجزية المضروبة على أهل العنوة وأهل الصلح.

- عشر تجارة أهل الذمّة.

- عشر تجارة الحربيين، إذا دخلوا بأمان.

- كلّ مال جهلت أربابه.

- مال المرتدّ، إذا قتل لردّته.

- تركة ميّت لا وارث له.

- ما يأخذه الإمام في نظير معدن أو إقطاع.

وكلّ هذه المداخيل محلّها بيت المال. ولا تضمّ لها الزكاة، بل تصرف للأصناف الثمانية، ولو تولّى جمعها السلطان.

(2) الشرح الكبير: 190/2.

(1) الحاشية: 189/2.

مصارف بيت المال:

تصرف المداخيل في أمرين، هما:

الأول: آل بيت النبي ﷺ:

ويكون بقدر كفاية سنة، أو ما يقتضيه الحال. وينقلون عن غيرهم لأنهم ممنوعون من الزكاة. وآل البيت - في المذهب المالكي - هم بنو هاشم فقط. قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبِئِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَيْكُمْ عَبْدًا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال: 41]. ومحل الاستدلال قوله تعالى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾، ونلخص هنا ما قاله الإمام ابن عاشور في ذلك: «وأما ذو ﴿الْقُرْبَىٰ﴾ فـ «آل» في «القربى» عوض عن المضاف إليه، كما في قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَمَا آتَىٰ أَمْوَالٌ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ﴾ أي: ذوي قرابة المؤتي المال. والمراد هنا هو «الرسول» المذكور قبله؛ أي: ولدوي قربي الرسول، والمراد بـ «ذوي» الجنس؛ أي: ذوي قربي الرسول؛ أي: قرابته، وذلك إكرام من الله لرسوله، إذ جعل لأهل قرابته حقاً في مال الله؛ لأن الله حرّم عليهم أخذ الصدقات والزكاة. فلا جرم أنه أغناهم من مال الله. ولذلك كان حقهم في الخمس ثابتاً بوصف القرابة. فذو القربى مراد به كلّ من اتّصف بقرابة الرسول عليه الصلاة والسلام، فهو عام في الأشخاص. ولكن لفظ «القربى» جنس فهو مجمل، وأجملت رتبة القرابة إحالة على المعروف في قربي الرجل، وتلك هي قربي نسب الآباء دون الأمهات. ثم إن نسب الآباء بين العرب يعدّ مشتركاً إلى الحدّ الذي تنشقّ منه الفضائل، ومحملها الظاهر على عصبة الرجل من أبناء جدّه الأدنى. وأبناء أدنى أجداد النبي ﷺ هم بنو عبد المطلب بن هاشم، وإن شئت فقل: هم بنو هاشم؛ لأن هاشماً لم يبق له عقب في زمن النبي ﷺ إلا من عبد المطلب، فالأرجح أنّ قربي الرسول ﷺ هم بنو هاشم، وهذا قول مالك وجمهور أصحابه، وهو إحدى روايتين عن أحمد بن حنبل، وقاله ابن عباس، وعلي بن الحسين، وعبد الله بن الحسن، ومجاهد، والأوزاعي، والثوري. وذهب الشافعي، وأحمد في إحدى روايتين عنه، التي جرى عليها أصحابه، وإسحاق وأبو ثور: أنّ القربى هنا: هم بنو هاشم وبنو المطلب، دون غيرهم من بني عبد مناف. ومال إليه من المالكية ابن العربي، وتمسك هؤلاء ما رواه البخاري وأبو داود، والنسائي، عن جبير بن مطعم أنّه قال: أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله نكلّمه فيما قسم من الخمس بين بني هاشم وبني المطلب، فقلت: يا رسول الله، قسمت لإخواننا بني المطلب ولم تعطنا شيئاً، وقرابتنا وقرابتهم واحدة فقال: «إنّما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد». وهو حديث صحيح لا نزاع فيه، ولا في أنّ رسول الله ﷺ أعطى بني هاشم وبني المطلب دون غيرهم. ولكن فعل

رسول الله ﷺ فيه يحتمل العموم في الأموال المعطاة ويحتمل الخصوص لأمر:

أحدها: أنّ للنبي ﷺ في حياته سهماً من الخمس، فيحتمل أنّه أعطى بني المطلب عطاء من سهمه الخاص، جزاء لهم على وفائهم له في الجاهلية، وانتصارهم له، وتلك منقبة شريفة أيدوا بها دعوة الدين وهم مشركون، فلم يضعها الله لهم، وأمر رسوله بمواساتهم، وذلك لا يكسبهم حقاً مستمراً.

ثانيها: أنّ الحقوق الشرعية تستند للأوصاف المنضبطة، فالقربى هي النسب، ونسب رسول الله ﷺ لهاشم، وأمّا بنو المطلب فهم وبنو عبد شمس وبنو نوفل في رتبة واحدة من قرابه رسول الله ﷺ؛ لأنّ آباءهم هم أبناء عبد مناف، وأخوة لهاشم، فالذين نصرُوا رسول الله ﷺ وظاهروه في الجاهلية كانت لهم المزية، وهم الذين أعطى رسول الله ﷺ أعيانهم ولم يثبت أنّه أعطى من نشأ بعدهم من أبنائهم الذين لم يحضروا ذلك النصر، فمن نشأ بعدهم في الإسلام يساوون أبناء نوفل وأبناء عبد شمس، فلا يكون في عطائه ذلك دليل على تأويل ذي القربى في الآية ببني هاشم وبني المطلب.

أمّا قول أبي حنيفة فقال الجصاص في «أحكام القرآن»: قال أبو حنيفة في «الجامع الصغير»: يقسم الخمس على ثلاثة أسهم - أي: ولم يتعرّض لسهم ذوي القربى -. وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: خمس الله والرسول واحد، وخمسٌ لذي القربى فلكلّ صنف سمّاه الله تعالى في هذه الآية خمس الخمس قال: وإنّ الخلفاء الأربعة متفقون على أنّ ذا القربى لا يستحقّ إلا بالفقر. قال: وقد اختلف في ذوي القربى من هم؟ فقال أصحابنا: قرابة النبي ﷺ الذين حرّم عليهم الصدقة وهم: آل علي والعباس وآل جعفر وآل عقيل وولد الحارث بن عبد المطلب، وقال آخرون: بنو المطلب داخلون فيهم. . .

وأخرج أبو حنيفة من القربى بني أبي لهب قال: لأنّ النبي ﷺ قال: «لا قرابة بيني وبين أبي لهب فإنّه أثر علينا الأفرجين» رواه الحنفية في كتاب الزكاة، ولا يعرف لهذا الحديث سند، وبعد فلا دلالة فيه؛ لأنّ ذلك خاصّ بأبي لهب فلا يشمل أبناءه في الإسلام. ذكر ابن حجر في «الإصابة» أنّ محمد بن إسحاق، وغيره روى عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: قدمت دُرّة بنت أبي لهب إلى رسول الله ﷺ فقالت: إنّ الناس يصيحون بي ويقولون: إنّني بنت حطب النار، فقام رسول الله؛ وهو مغضب شديد الغضب، فقال: «ما بال أقوام يؤذونني في نسبي وذوي رحمي ألا ومن أذى نسبي وذوي رحمي فقد آذاني ومن آذاني فقد آذى الله». فوصف دُرّة بأنّها من نسبه. والجمهور على أنّ ذوي القربى يستحقّون دون اشتراط الفقر؛ لأنّ ظاهر الآية أنّ وصف قربى النبي ﷺ هو سبب ثبوت الحقّ لهم في خمس المغنم دون تقييد بوصف فقرهم، وهذا

قول جمهور العلماء»⁽¹⁾.

الثاني: مصالح المسلمين:

والمتمثلة في ما يلي:

- الجهاد، يشتري به السلاح والعتاد، ويعطى منه للعسكر ما ينفقونه في سفرهم أو رباطهم ونحو ذلك.

- النفل. وهو ما يعطيه الإمام من خمس الغنيمة لمستحقها لمصلحة، زيادة على ما يستحقه من الغنيمة. وسيأتي الحديث عن ذلك في حكم النفل.

- قضاء دين المعسر.

- تجهيز الميت الذي لا مال له.

- إعانة المحتاج من أهل العلم. وهم أولى من غيرهم، لا سيما المنقطعين لقراءته وتدوينه وللإفتاء والقضاء ونحو ذلك.

- إعانة كل محتاج، من يتيم وأرملة، وتزويج أعزب، وإعانة حاج.

- بناء المساجد والقناطر والحصون والأسوار والسفن ونحو ذلك، وعقل الجراح،

وعمارة الشغور، ودفع أرزاق القضاة ونفقة الإمام على نفسه وعباله بالمعروف لا بالإسراف.

قال ابن العربي: «وقال علماؤنا عليهم السلام: الخمس موكول إلى رأي الإمام يفعل فيه ما يراه أصلح للمسلمين وأنفع في الدين»⁽²⁾.

والدليل على كون الخمس يصرف منها في هذه المصالح⁽³⁾:

أ - قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمُسُهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ بِآلِهِ وَمَا أَرْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّفَقَّىٰ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال: 41]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الخمس حقاً له وللرسول. وفي عرف الإسلام أن الشيء إذا جعل حقاً لله، من غير ما فيه عبادة له، أن ذلك يكون للذين يأمر الله بتسديد حاجتهم منه. وقد شاء فوكل صرفه لرسوله ﷺ ولمن يخلف رسوله من أئمة المسلمين.

وأما كون الخمس حقاً للرسول ﷺ فلذلك حالتان: حالة تصرفه في مال الله بما ائتمنه الله على سائر مصالح الأمة؛ وحالة انتفاعه بما يحب انتفاعه به من ذلك، فلذلك ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ كان يأخذ من الخمس نفقته وعباله، ويجعل الباقي مجعل مال الله. وفي الصحيح أن النبي ﷺ قال في الفداء: «مالي مما أفاء الله عليكم

(1) التحرير والتنوير: 9/10 - 12.

(2) القبس: 601/2.

(3) القبس: 600/2.

إلا الخمس والخمس مردود عليكم» فيقاس عليه خمس الغنيمة. وكذلك كان شأن رسول الله في انتفاعه بما جعله الله له من الحق في مال الله. وأوضح شيء في هذا الباب حديث عمر بن الخطاب في محاورته مع العباس وعلي، حين تحاكما إليه، رواه مالك في «الموطأ» ورجال «الصحیح»، قال عمر: «إن الله كان قد خصَّ رسوله في هذا الشيء بشيء لم يعطه غيره قال: ﴿مَّا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ﴾ [الحشر: 7] فكانت هذه خالصة لرسول الله، والله ما احتازها دونكم ولا استأثر بها عليكم، قد أعطاكموها وبثها فيكم حتى بقي منها هذا المال. فكان رسول الله ينفق على أهله نفقة سنتهم من هذا المال، ثم يأخذ ما بقي فيجعله مجعل مال الله»⁽¹⁾.

ونصت الآية أيضاً على اليتامى والمساكين وابن السبيل.

ب - عن عبادة بن الصامت قال: أخذ رسول الله ﷺ يوم حنين وبرة من جنب بعير، فقال: «يا أيها الناس إنّه لا يحلّ لي مما آفأ الله عليكم قدر هذه إلا الخمس، والخمس مردود عليكم»⁽²⁾.

وأما جعل باقي المصالح المذكورة من مصارف الخمس، مع أنّ ظاهر الآية يدلّ على قصر الخمس على كونه لله ولرسوله ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَيْكُمْ عَبْدَانَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَفَىٰ أَجْمَعَيْنِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الأنفال: 41]، فالوجه أنّ الآية قد صرفها النبي ﷺ على خلاف ظاهرها، فعلمنا أنّ الله تعالى قد جعل إليه الحكم فيه؛ فإن رأى أنّ يجعله فيمن سمى الله تعالى فعل وكان بياناً لبعض محلّه؛ وإن شاء أن يصرفه إلى غير ذلك من المصالح صرفه، فقد أعطى منه للمؤلفة قلوبهم وليس لهم في الآية ذكر مع وجود الفقراء والمساكين واليتامى الذين نصّ الله عليهم⁽³⁾.

والنظر في مصارف الخمس فيما تقدم للإمام بالمصلحة والمعروف. قال ابن عاشور: «وقد جعل الله الخمس لخمس مصارف، ولم يعيّن مقدار ما لكل مصرف منه، ولا شك أنّ الله أراد ذلك؛ ليكون صرفه لمصارفه هذه موكولاً إلى اجتهاد رسوله ﷺ وخلفائه من بعده، فيقسم بحسب الحاجات والمصالح، فيأخذ كلّ مصرف منه ما يفي بحاجته على وجه لا ضرر معه على أهل المصروف الآخر، وهذا قول مالك في قسمة الخمس، وهو أصح الأقوال، إذ ليس في الآية تعرّض لمقدار القسمة، ولم يرد في

(1) التحرير والتنوير: 8/10، 9.

(2) أخرجه النسائي في قسم الفبي، باب؛ وأبو داود، في الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال.

(3) القبس: 602/2.

السنة ما يصح التمسك به لذلك، فوجب أن يناط بالحاجة، ويتقديم الأحوج والأهم عند التضايق، والأمر فيه موكل إلى اجتهاد الإمام، وقد قال عمر: «فكان رسول الله ينفق على أهله نفقة سنتهم من هذا المال ثم يأخذ ما بقي فيجعله مجعل مال الله»⁽¹⁾.

ويبدأ وجوباً بالمستحقين من آل البيت وغيرهم الذين جبي فيهم مال الخراج أو الجزية أو الخمس أو غيرها من باقي العشرة، فيعطون كفاية سنة إن أمكن، ثم ينقل الباقي لغيرهم، الأحوج فالأحوج.

حكم الأسرى:

للإمام النظر بالمصلحة في الأسرى - غير النساء والصبيان - بأحد أمور خمسة:

- المنّ عليهم بالإطلاق.

- أو الفداء بمال منهم.

والدليل على جواز المن أو الفداء⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَيْسَ مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا فَصَرِّبْ الرِّقَابَ حَتَّىٰ إِذَا أَتَخْتُمْوهُمْ فَشُدُّوا الرِّوَابَ فَأَمَّا مَنَّا بَعْدَ وَإِنَّا فِدَاءٌ حَتَّىٰ نَضَعَ كَرْبَهُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَأُنصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِن لِّبَلَاغٍ لِّبَعْضِكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُعْطَىٰ أَمْوَالُهُمْ﴾ [محمد: 4]. فقوله تعالى: ﴿فَشُدُّوا الرِّوَابَ﴾ أي: إذا أسرتموهم فشدوا الوثاق؛ أي: لثلاً يفلتوا. وقوله: ﴿فَأَمَّا مَنَّا بَعْدَ وَإِنَّا فِدَاءٌ﴾ والنصب بإضمار فعل؛ أي: فإمّا أن تمتوا عليهم منّا، وإمّا أن تفادوهم فداء. وهذا نصّ في جواز المنّ والفداء.

وهذه الآية محكمة، في قول الإمام مالك رحمته الله، لا ناسخة ولا منسوخة مع آية: ﴿فَإِذَا أَنْسَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْضُرُوهُمْ وَأَقْدُوا لَهُمْ كَأَنَّهُمْ كُفَّارٌ مَّرْصُودٌ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة: 5]، بدليل فعل النبي صلى الله عليه وآله والخلفاء الراشدين. ذكر الإمام القرطبي أن القول بأن الآيتين محكمتان معمول بهما، هو قول حسن؛ لأنّ النسخ إنما يكون لشيء قاطع، فإذا أمكن العمل بالآيتين فلا معنى للقول بالنسخ، إذا كان يجوز أن يقع التعبد إذا لقينا الذين كفروا قتلناهم، فإذا كان الأسر جاز القتل والاسترقاق والمفاداة والمنّ، على ما فيه الصلاح للمسلمين.

ب - منّ النبي صلى الله عليه وآله على ثمامة بن أثال بدون مال⁽³⁾. كما منّ على سبي هوازن.

ج - فداء النبي صلى الله عليه وآله أسرى المشركين في بدر بمال⁽⁴⁾. وأخذ من سلمة بن الأكوع جارية ففدى بها أناساً من المسلمين.

(1) التحرير والتنوير: 12/10.

(2) الإشراف: 932/2، 933، والمنتقى: 169/3، والجامع لأحكام القرآن: 164/16.

(3) أخرجه البخاري في المغازي، باب وفد بني حنيفة؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب ربط السير.

(4) انظر القصة في: مسلم في الجهاد والسير، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر.

د - أنه ﷺ فادى أسيراً من بني عقيل برجلين من أصحابه كانا أسيرين في تقيف⁽¹⁾.

وأما قوله تعالى: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَىٰ حَتَّىٰ يَبْخُزَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [الأنفال: 67]. والإثنان الشدة والغلظة في الأذى. والمعنى: حتى يتمكن في الأرض سلطانه وأمره. فمعنى ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَىٰ﴾ نفي اتخاذ الأسرى عن استحقاق نبي لذلك الكون. وجيء بـ «نبي» نكرة إشارة إلى أنّ هذا حكم سابق في حروب الأنبياء في بني إسرائيل، وهو في الإصحاح عشرين من سفر التثنية. ومثل هذا النفي في القرآن قد يجيء بمعنى النهي نحو ﴿وَمَا كَانَتْ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: 53]. وقد يجيء بمعنى أنه لا يصلح كما هنا؛ لأن هذا الكلام جاء تمهيداً للعتاب فتعين أن يكون مراداً منه ما لا يصلح من حيث الرأي والسياسة.

ومعنى هذا الكون المنفي بقوله: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَىٰ﴾ هو بقاءهم في الأسر؛ أي: بقاءهم أرقاء أو بقاء أعواضهم وهو الفداء. وليس المراد أنه لا يصلح أن تقع في يد النبي أسرى؛ لأن أخذ الأسرى من شؤون الحرب، وهو من شؤون الغلب، إذا استسلم المقاتلون، فلا يعقل أحدٌ نفيه عن النبي، فتعين أنّ المراد نفي أثره، وإذا نفي أثر الأسر صدق بأحد أمرين: وهما المنّ عليهم بإطلاقهم أو قتلهم، ولا يصلح المنّ هنا؛ لأنه ينافي الغاية وهي حتى يشحن في الأرض، فتعين أنّ المقصود قتل الأسرى الحاصلين في يده؛ أي: أنّ ذلك الأجر به حين ضعف المؤمنين، خضداً لشوكة أهل العناد، وقد صار حكم هذه الآية تشريعاً للنبي ﷺ فيمن يأسرهم في غزواته.

والمعنى أنّ النبي إذا قاتل فقتاله متمخض لغاية واحدة، هي نصر الدين ودفع أعدائه، وليس قتاله للملك والسلطان فإذا كان أتباع الدين في قلة كان قتل الأسرى قليلاً لعدد أعداء الدين، حتى إذا انتشر الدين وكثر أتباعه صلح الفداء لنفع أتباعه بالمال، وانتفاء خشية عود العدو إلى القوة. فهذا وجه تقييد هذا الحكم بقوله: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ﴾.

والكلام موجه للمسلمين الذين أشاروا بالفداء، وليس موجهاً للنبي ﷺ لأنه ما فعل إلا ما أمره الله به من مشاورة أصحابه في قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: 159] لا سيما على ما رواه الترمذي من أنّ جبريل بلغ إلى النبي ﷺ أن يخير أصحابه ويدلّ لذلك قوله: ﴿تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا﴾ فإنّ الذين أرادوا عرض الدنيا هم

(1) انظر القصة في: مسلم في النذر، عن عمران بن حصين.

الذين أشاروا بالفداء، وليس لرسول الله ﷺ في ذلك حظ. والكلام عتاب للذين أشاروا باختيار الفداء والميل إليه، وغض النظر عن الأخذ بالحزم في قطع دابر صناديد المشركين، فإن في هلاكهم خضداً لشوكة قومهم، فهذا ترجيح للمقتضى السياسي العرضي على المقتضى الذي بُني عليه الإسلام وهو التيسير والرفق في شؤون المسلمين بعضهم مع بعض كما قال تعالى: ﴿أَيُّدَاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحْمًا يُبَسِّمُونَ﴾ [الفتح: 29]. وقد كان هذا المسلك السياسي خفياً حتى كأنه مما استأثر الله به⁽¹⁾.

- أو ضرب الجزية. وتقدم الدليل على ذلك.

- أو القتل. ودليل القتل⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَفِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمُوهُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكٰفِرِينَ﴾ [البقرة: 191]. ومعنى ﴿ثَفِفْتُمُوهُمْ﴾ أخذتموهم. قال ابن العربي: «وفي هذا دليل ظاهر على قتل الأسير»⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُتَخَذَ فِي الْأَرْضِ تَرْدُوتٌ عَرْضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [الأنفال: 67]. وتقدم شرح الآية.

ج - فعل النبي ﷺ، فقد قتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث من أسارى بدر، وقتل ابن خطل عند فتح مكة.

- أو الاسترقاق. وقد كان الأسر قديماً سبباً من أسباب الرق.

ومن المصلحة التي يقدرها الإمام أن من علمت شجاعته وإقدامه أو رأيه وتديبه، فالأولى قتله، ومن لم يكن بهذه الصفة وكان صانعاً أو عسيفاً فالأفضل استبقاؤه، ومن رجي إسلامه والانتفاع به فالأولى أن يمنّ عليه، ومن كان غناؤه عنهم قليلاً وأخذ عنه عوض نافع من مال أو أسير من أسرى المسلمين فودي⁽⁴⁾.

وتحسب الأمور الأربعة الأولى من الخمس؛ أي: يكون على بيت المال. وأما النساء والصبيان فليس فيهم إلا الفداء. وقد كان فيهم أيضاً الاسترقاق حين كان الرق قائماً، كما ذكرنا آنفاً.

حكم النفل:

تقدم الحديث عن النفل عند بداية الحديث عن الأموال المأخوذة من الحربيين، وأنه - في اللغة وفي القرآن - هو والغنيمة شيء واحد، فهما مترادفان. وشاع فيما بعد

(1) التحرير والتنوير: 72/10 - 76.

(2) المتقى: 169/3، وأحكام القرآن: 156/1.

(3) أحكام القرآن: 151/1.

(4) المتقى: 169/3.

في اصطلاح الفقهاء أنه اسم لنوع مما يقسم من الغنية، لا لنوع من المغنم. فهو ما يعطيه الإمام من خمس الغنيمة لمستحقها لمصلحة، زيادة على ما يستحقه من الغنيمة، وهو للإمام. ودليل جواز التنفيل وكونه للإمام⁽¹⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَتَقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿١﴾﴾ [الأنفال: 1]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى جعل الأنفال تختص بالله والرسول؛ أي: حكمها وصرفها. وتصرف الرسول ﷺ بالأنفال إنما هو بإذن الله توقيفاً أو تفويضاً. ويشمل تصرف أمراء الجيوش في غيبة الرسول ﷺ أو بعد وفاته؛ لأن ما كان حقاً للرسول كان التصرف فيه لخلفائه لأنهم يقومون مقامه. فالآية محكمة غير منسوخة بقوله: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمُسُهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: 41] فيكون لكل آية منهما حكمها إذ لا تداخل بينهما، قال القرطبي: وهو ما حكاه المازري عن كثير من أصحابنا⁽²⁾.

ب - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد، فغنموا إبلاً كثيرة، فكانت سهامهم اثني عشر بعيراً أو أحد عشر بعيراً؛ ونقلوا بعيراً بعيراً⁽³⁾.

فللإمام أن ينقل من الخمس لمصلحة، ككون المنقل شجاعاً، أو ذا تدبير ورأي في الحروب، أو ذا خصوصية لم تكن في غيره، أو للتحريض على النكاية في العدو، والنفل جزئي وكلي؛ فالأول ما يعطيه بالفعل، كأن يقول: خذ يا فلان هذا، والثاني ما ثبت بقوله: من قتل قتيلاً فله سلبه، وذلك كقول النبي ﷺ يوم حنين: «من قتل قتيلاً له عليه بيّنة فله سلبه»⁽⁴⁾. وسئل مالك رحمه الله تعالى عمن قتل قتيلاً من العدو أيكون له سلبه بغير إذن الإمام؟ قال: «لا يكون ذلك لأحد بغير إذن الإمام، ولا يكون ذلك من الإمام إلا على وجه الاجتهاد، ولم يبلغني أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين»؛ أي: إن فعل النبي ﷺ لم يتكرر في غيرها من الغزوات، ولا فعله أحد من خلفائه الراشدين في حروبهم، مما يدل أنه خاص به ﷺ»⁽⁵⁾.

ويكره للإمام قبل انقضاء القتال أن يقول: من قتل قتيلاً فله سلبه؛ لأنه يصرف نية

(2) التحرير والتنوير: 250/9، 251.

(1) القبس: 2/602.

(3) أخرجه مالك في الجهاد، باب جامع النفل في الغزو؛ والبخاري في فرض الخمس، باب الدليل على أن الخمس لنواب المسلمين؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب الأنفال.

(4) أخرجه مالك في الجهاد، باب ما جاء في السلب في النفل؛ والبخاري في فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القاتل.

(5) التحرير والتنوير: 250/9، 252.

المقاتلين للقتال من أجل الدنيا، قال ابن رشد: «لثلاث تفسد نيات الناس في الجهاد»⁽¹⁾. ولذا جاز بعد القدرة على العدو. ووجه عدم الحرمة أن القتال لأجل الغنيمة ليس حراماً، بل هو خلاف الأكمل.

وإن قال الإمام ذلك، مضى وعمل بمقتضاه.

والسلب هو ما يسلب من الحربي المقتول اعتيد وجوده معه، من ثياب وسلاح ومركوب في ساحة القتال، لا أسورة وقلادة وذهب وفضة. فيكون للقاتل من السلب المعتاد.

ويثبت كون الحربي قتيلاً للمقاتل بشهادة عدلين، إن شرط الإمام البيهقي⁽²⁾.

2 - تقسيم الأربعة الأقسام الباقية:

يقسم الإمام الأربعة الأقسام الباقية على الجيش. ويشترط فيمن يستحق الغنيمة ما يلي:

- أن يكون ذكراً، لا أنثى، فلا يسهم لها ولو قاتلت، إلا إذا تعين الجهاد عليها بفتح العدو؛ ومثلها الصبي، فيسهم له إن أطاق القتال وأجازه الإمام وقاتل بالفعل، وإلا فلا. والدليل على عدم الإسهام للمرأة: فعل النبي ﷺ فقد ثبت أن النساء سافرت معه ﷺ للجهاد وقاتلت، وما أسهم لهن، فعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ كان يغزو بهن، فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة، وأما بسهم فلم يضرب لهن، - أي: بسهم⁽³⁾. ومعنى يحذين؛ أي: يعطون مما أصاب، لا على وجه الإسهام.

والدليل على أن الصبي غير البالغ يسهم له إذا قدر على القتال وقاتل بالفعل⁽⁴⁾:

أ - عن سمرة بن جندب قال: كان رسول الله ﷺ يعرض عليه صبيان المدينة من الأنصار فيلحق من أدرك منهم - أي: بلغ - فعرضت عليه عاماً فألحق غلاماً وردني، فقلت: يا رسول الله، ألحقته ورددتني، ولو صارعني لصرعته، قال: فصارعته فصرعته، فألحقني⁽⁵⁾.

ب - أنه قد يوجد فيه ما يوجد في البالغ من القتال والمكابدة للعدو.

- أن يكون مسلماً، لا ذمياً.

- أن يكون عاقلاً، لا مجنوناً.

(1) المقدمات: 176/2.

(2) لزيادة التوسع في هذه المسألة راجع: «أقرب المسالك» للشيخ الدردير: 362/1، 363.

(3) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم.

(4) الإشراف: 938/2.

(5) أخرجه البيهقي في السير، باب من لا يجب عليه الجهاد.

- أن يكون حاضراً للقتال، ولو لم يقاتل بالفعل. أما الغائب فلا يسهم له إلا أن يكون غيابه متعلقاً بأمر الجيش. والتاجر والأجير والصانع الحاضرون، إن خرجوا بنية التجارة والخدمة، يقسم لهم إن قاتلوا بالفعل؛ أو خرجوا مع الجيش بنية القتال، ثم طرأت التجارة والخدمة؛ وإلا فلا يسهم لهم.

والدليل على الإسهام للتاجر والأجير والصانع بالشروط المذكورة⁽¹⁾:

أ - دخولهم في عموم آية: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾.

ب - القياس على غير الأجراء والصناع والتجار؛ لأنهم ممن هم مخاطبون بالجهاد، فإذا قاتلوا أسهم لهم كغيرهم؛ والقياس على الحج؛ لأنهم ليسوا أكثر من كونهم عاوضوا على منافعهم، وذلك لا يمنع الإسهام لهم إذا قاتلوا، كالذي يحج ومعه تجارة أو يؤاجر نفسه للخدمة في ذلك فلا يمنعه صحة الحج.

والدليل على أنه لا يسهم لهم إذا انشغلوا بالاكسباب ولم يقاتلوا⁽²⁾:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَا آخِرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَمَا آخِرُونَ يُقْتَلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: 20]. ووجه الاستدلال أنه تعالى فرق بين من يجاهد وبين من يضرب في الأرض ابتغاء فضل الله، فدل على أنهما يختلفان في الحكم.

ب - أن المعنى الذي يستحق به السهم، وهو القتال والتكثير والمعاونة، لم يحصل منهم.

- الحياة، فلا يسهم للميت قبل القتال.

- القدرة، فلا يسهم للأعمى والأعرج، إلا أن يقاتلا؛ ولا للأشل والأقطع، إلا أن يكون لهما تدبير ورأي في الحرب.

أما المريض فيسهم له إذا شهد القتال، وإن لم يقاتل بالفعل. فإن منعه مرضه من حضور القتال لم يسهم له.

- المتخلف عن الجيش لحاجة، إلا أن تتعلق الحاجة بالجيش، كجلب الماء والزاد

والسلاح؛ أو تتعلق الحاجة بأمر الجيش، كتمريض ابن الأمير مثلاً، لقضية عثمان رضي الله عنه حين أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالرجوع لتجهيز زوجته بنت المصطفى صلى الله عليه وسلم في غزوة بدر وأسهم له.

بخلاف الضال عن الجيش، فيسهم له ولو ضل بأرض المسلمين. ومثله من رذته الريح ببلد الإسلام.

وقد شرع الإسلام الإسهام للفرس. إذ قد كان كثير من المقاتلين في القديم يعتمدون على دوابهم، وهي تتطلب نفقة⁽³⁾.

(1) الإشراف: 938/2، القبس: 602/2. (2) الإشراف: 938/2.

(3) للاطلاع على أحكام هذه المسألة وأحكام تقسيم الغنائم راجع أقرب المسالك: 364/1 - 366.

الجزية

تعريف الجزية لغة:

الجزية من المجازاة؛ لأنها جزاء للكف عن الكفار وتمكينهم من سكنى دار الإسلام. وقيل: من جزي يجزي، إذا قضى، قال تعالى: ﴿وَأَتَقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي﴾ أي: لا تقضى. وجمع الجزية جزي، بكسر الجيم، مثل: لحية ولحي.

تعريف الجزية اصطلاحاً:

هي مال يضربه الإمام على كافر، ذكر، مكلف، قادر على الأداء، مخالط، يصح أسره، لاستقراره آمناً، بغير الحجاز واليمن.

شرح التعريف:

- قوله: «يجعله الإمام»، فلا يصح من غيره بغير إذنه، إلا أنه إن وقع يمنع القتل والأسر، وحينئذ فيرد لمأمته حتى يعقدها معه الإمام أو نائبه.

- قوله: «على كافر»؛ أي: على كتابي أو مشرك أو غيرهما، ولو قرشياً. فتؤخذ الجزية من القرشي على الراجح، قال الإمام المازري: إنه ظاهر المذهب. ومقابله قول ابن رشد: لا تؤخذ منه إجماعاً، إما لمكانتهم من رسول الله ﷺ؛ أو لأن قریشاً أسلموا كلهم، فإن وجد منهم كافر فمرتد، وإذا ثبتت الردة فلا تؤخذ منه بل يجري عليه أحكامها.

- قوله: «ذكر مكلف»، فلا تؤخذ من الأنثى ولا من الصبي ولا من المجنون. والدليل على أن الجزية تؤخذ من الرجال فقط: قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: 29]. ووجه الاستدلال أنه تعالى أوجبها على المقاتل، ولا يقاتل في الأغلب إلا الرجال، لا الصبيان والنساء⁽¹⁾.

- قوله: «قادر على الأداء»، فلا تؤخذ من الفقير. فإن قدر على البعض فيؤخذ منه

ما قدر عليه؛ أي: إنَّ الجزية تضرب عليه كاملة، فإن عجز خفف عنه عند الأخذ، ويؤخذ منه بوسعه، فإن أيسر بعد لم يحاسب بما مضى، لسقوطه عنه.

- قوله: «مخالط»؛ أي: مخالط لأهل دينه، ولو بكنيسة؛ لا راهب منعزل بدير، وشيخ فاني أو زمن أو أعمى. والمراد بالراهب الذي لا رأي له؛ لأنه هو الذي يترك، وإلا قتل. فالراهب لا تضرب عليه الجزية مطلقاً، بل إما أن يقتل إن كان له رأي معهم، أو يبقى بغير جزية.

- قوله: «يصح أسره»، خرج بذلك المرتد والمعاهد زمن عهده، فلا تضرب عليهما الجزية.

- قوله: «لاستقراره»، علة لقوله: «يضره» أي: لأجل أن يستقرّ أمناً على نفسه وماله.

- قوله: «بغير الحجاز واليمن»، وهي جزيرة العرب من بلاد الإسلام. فلا يجوز للمسلمين أن يؤمنوا الكفار على السكنى فيها، والدليل:

أ - عن عمر بن عبد العزيز قال: كان من آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ أن قال: «قاتل الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد، لا يبقين دينان بأرض العرب»⁽¹⁾.

ب - عن مالك عن ابن شهاب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب». قال مالك، قال ابن شهاب: ففحص عن ذلك عمر بن الخطاب حتى أتاه الثلج واليقين أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب» فأجلى يهود خيبر⁽²⁾. وعن عبد الله بن عمر، أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز. وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها. وكانت الأرض، حين ظهر عليها، لله ولرسوله وللمسلمين. فأراد إخراج اليهود منها. فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها، على أن يكفوا عملها، ولهم نصف الثمر. فقال لهم رسول الله ﷺ: «نقرمكم بها على ذلك ما شئنا» فقرّوا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء⁽³⁾.

ج - عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ أمرهم - عند وفاته - بثلاث قال: «أخرجوا المشركين من جزيرة العرب» الحديث⁽⁴⁾. والمراد بالمشركين اليهود؛ لأن غيرهم كانوا

(1) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في إجماع اليهود من المدينة؛ وأحمد في مسنده: 275/6.

(2) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في إجماع اليهود من المدينة؛ وأحمد في مسنده: 275/6.

(3) أخرجه البخاري في فرض الخمس، باب ما كان النبي ﷺ يعطي؛ ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(4) أخرجه البخاري في الجزية، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب؛ ومسلم في المغازي، باب مرض النبي ﷺ ووفاته.

قد أسلموا⁽¹⁾.

د - عن عمر بن الخطاب أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لأخرجنَّ اليهود والنصارى من جزيرة العرب؛ حتى لا أَدعَ إلا مسلماً»⁽²⁾.

لكن يجوز للذمّي أن يجتازها في سفره للتجارة ونحوها، وأن يقيم فيها الأيام للمصالح، كبيع الطعام ونحوه، ولا يجوز الإقامة فيها لغير مصلحة؛ وأما المرور ولو لغير مصلحة فجائز.

وجزيرة العرب: مكّة، والمدينة، واليمامة، واليمن⁽³⁾.

السنة التي شرعت فيها الجزية:

شرعت الجزية في السنة الثامنة، وقيل التاسعة، من الهجرة.

مقدار الجزية:

يختلف مقدار الجزية بين من فتحت أرضه عنوة أو صلحاً.

- فمن فتحت بلده عنوة مقدار الجزية عليه أربعة دنانير شرعية، إن كان من أهل الذهب؛ وأربعون درهماً شرعية، إن كان من أهل الفضة. وذلك على كلّ واحد في كلّ سنة قمرية. ولا تعتبر السنة الشمسية؛ لأن فيها ضياع سنة كلّ ثلاث وثلاثين سنة. وتؤخذ الجزية آخر السنة لا أولها.

ولا تجوز الزيادة على المقدار المذكور، لما رواه مالك عن نافع عن أسلم مولى عمر بن الخطاب: «أنّ عمر بن الخطاب ضرب الجزية على أهل الذهب أربع دنانير، وعلى أهل الورق أربعين درهماً»، وما روي من زيادة عمر رضي الله عنه على ذلك منعه مالك، لكثرة الظلم سداً للذريعة⁽⁴⁾.

- ومن فتحت بلده صلحاً فالمقدار هو ما شرط عليه، ممّا رضي به الإمام قلّ أو كثر. فإن أطلق الصلحيّ في صلحه، ولم يبيّن قدرأ معلوماً، بأن وقع الصلح على الجزية مبهمه، فحكمه حكم العنوي، أربعة دنانير أو أربعون درهماً على كلّ ذكر.

وتؤخذ الجزية ممّن تؤخذ منه مباشرة، ولا تقبل من نائب عنه حتّى يأتي بنفسه لقوله تعالى: ﴿عَنْ يَدِهِ﴾، في قوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾. وقوله: ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾؛ أي: وهم أذلاء. وهذه حال لازمة لإعطاء الجزية عن يد. والمقصود منه تعظيم أمر الحكم الإسلامي، وتحقير أهل الكفر ليكون ذلك ترغيباً لهم

(1) إكمال الإكمال: 625/4.

(2) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب.

(3) بلغة السالك: 367/1.

(4) إكمال الإكمال: 627/4.

في الانخلاع عن دينهم الباطل واتباعهم دين الإسلام⁽¹⁾.

سقوط الجزية:

تسقط الجزية العنوية والصلحية بما يلي:

- بالإسلام.

- بالموت.

- بالترهب الطارئ، وهو قول ابن القاسم. وقال الأخوان، مطرف وابن

الماجشون: إنها لا تسقط.

وهي تسقط ولو كانت متجمدة من سنين، بخلاف خراج الأرض العنوية فلا يسقط

بالإسلام، بل هو على الزارع ولو مسلماً، كما يأتي فيما بعد.

- أرزاق المسلمين التي قدرها عليهم عمر رضي الله عنه مع الجزية. وقد أسقطها الإمام

مالك عنهم للظلم الحادث عليهم من ولّاة الأمور.

وقد كانت على من بالشّام والحيرة، في كلّ شهر على كلّ نفس، مديان - تثنية

مدي، وهو مكيال يسع خمسة عشر صاعاً ونصف صاع - من الحنطة، وثلاثة أقساط

زيت - والقسط ثلاثة أرتال -؛ وعلى من بمصر كلّ شهر على كلّ واحد إردب حنطة،

قال مالك: ولا أدري كم من الودك والعسل والكسوة؛ وعلى أهل العراق خمسة عشر

صاعاً من التمر، على كلّ واحد، مع كسوة كان يكسوها عمر للنّاس، قال مالك: لا

أدري ما هي؛ وإضافة المجتاز عليهم ثلاثة من الأيام.

حكم مال العنويّ ونفسه:

يحرز العنوي نفسه. والعنوي هو الذي فتحت أرضه عنوة وضربت عليه الجزية.

وعلى قاتله نصف دية المسلم، خمسمائة دينار، إذا كان كتابياً.

ويحرز العنويّ ماله، ويجوز له هبته والوصية به، ولو بجميعة.

وإذا مات العنوي، ولم يكن له وارث في دينهم، فماله يكون فيئاً للمسلمين. فإن

كان له وارث فهو لوارثه. وسواء كان المال عيناً أو عرضاً. ولا فرق بين المال الذي

اكتسبه بعد الفتح أو قبله.

حكم أرض العنويّ:

إذا مات العنويّ أو أسلم، فالأرض الموقوفة بالفتح فقط - دون ماله - تكون

للمسلمين لا لوارثه، إلا لمصلحة تقتضي ذلك، ويعطيها السلطان لمن يشاء، وخراجها

ليبت المال.

حكم أرض الصلحيّ وماله :

أرض الصلحيّ وماله يقيان له ملكاً ولو أسلم. فإن مات كافراً ورثوها على حكم دينهم. فإن لم يكن له وارث عندهم، فهي لهم، ولا يتعرّض المسلمون لهم فيها. وهذا إن أجملت جزيتهم على الأرض وعلى الرقاب، كأن يجعل الإمام عليهم كلّ سنة ألف دينار، من غير تفصيل على ما يخصّ كلّ شخص وما يخصّ كلّ فدان. فإن لم تجمل الجزية على الأرض والرقاب معاً، بأن فرّقت على الرقاب، ككلّ رقبة عليها كذا، سواء أجملت على الأرض أو سكت عنها، أو فضّلت عليها أيضاً، ككلّ فدان عليه كذا؛ أو فرّقت على الأرض فقط، سواء أجملت على الرقاب أو سكت؛ فالحكم أنّه إن مات شخص منهم ولا وارث له عندهم، فللمسلمين أرضه وماله، وحينئذ - أي: حين حصل تفصيل ومات بلا وارث - فوصيتهم إنّما تنفذ في الثلث فقط؛ لأنّ للمسلمين في مالهم حقاً من حيث إنّ الباقي للمسلمين. بخلاف ما لو أجملت - أي: على الرقاب والأرض - أو فرّقت وله وارث فلا كلام للمسلمين معهم.

إحداث الكنائس وترميمها :

ليس للعنويّ إحداث كنيسة، ولا ترميم ما انهدم منها، بالبلد المفتوحة عنوة التي أقرّوا بها، سواء كان بها مسلمون أم لا؛ إلّا إن سألوا من الإمام الإحداث عند ضرب الجزية، ورضي الإمام بذلك. وهذا هو المعتمد، خلافاً لمن قال من علماء المذهب أنّه ليس لهم ذلك مطلقاً، شرطوا أم لم يشترطوا.

والكنيسة القديمة في أرض العنوة تبقى ولو بلا شرط.

وأما الصلحيّ فله الإحداث والترميم في أرضه، شرط أو لا. وذلك في غير ما اختطّه وأنشأه استقلالاً، كالقاهرة وغيرها؛ فليس للعنويّ ولا للصلحيّ إحداث كنيسة فيها قطعاً، ولا ترميم منهدم فيما أحدثوه بها، بل يجب هدمها؛ إلّا لخوف مفسدة أعظم من الإحداث، فيمكنون ارتكاباً لأخفّ الضررين. قال الشيخ الدردير: وملوك مصر - في عهده - لضعف إيمانهم قد مكّنوهم من ذلك، ولم يقدر عالم على الإنكار إلّا بقلبه أو بلسانه، لا بيده. وزاد أمراء الزمان أن أعزّوهم، وعلى المسلمين رفعوهم، ويا ليت المسلمين عندهم كمعشار أهل الدّمّة. وترى المسلمين كثيراً ما يقولون ليت الأمراء يضربون علينا الجزية كالتصاري واليهود، ويتركونا بعد ذلك كما تركوهم ﴿وَسِعَ الْعَرْشَ الْبَاطِنُ﴾ انتهى كلام الشيخ.

ما يلزم به الدّمي :

يلزم الدّمي بأمور هي :

- يلزم قهراً عنه بلبس يميّزه عن المسلمين، كزنّار وطرطور وبرنيطة وعمامة زرقاء.

- يلزم بعدم إظهار الخمر والناقوس. وتراق الخمر وتكسر وأوانيتها ويكسر الناقوس.

انتقاض العهد:

ينتقض عهده، فيكون هو وماله فيناً بالأموال التالية:

- قتال عامة المسلمين، على وجه يقتضي الخروج عليهم.
- منع الجزية تمرّداً ونبذاً للعهد؛ لأنه إنمّا آمن في نظير دفعها. وأمّا منعها لمجرّد البخل فيجبر عليها، ولا يعدّ ناقضاً.
- التمرد على الأحكام الشرعية، بإظهار عدم المبالاة بها.

- غضب امرأة مسلمة على أن يزني بها، أو زنى بها بالفعل. ويخيّر فيه الإمام، على المختار، كما يخيّر في منعه الجزية ومقاتلة أهل الإسلام. وأمّا زناه بها طائفة، فإنمّا يوجب تعزيره، وتحذّهي. كما يعزّر بزناه بامرأة كافرة طوعاً أو كرهاً، ولا يكون ذلك نقضاً للعهد.

- غروره بامرأة مسلمة بأنّه مسلم، وتزوّجها ووطئها. ويخيّر الإمام فيه. وأمّا لو تزوّجها مع علمها بكفره، من غير غرور، فلا يكون نقضاً لعهد، ويعزّر. وقيل في غضب المسلمة وغرورها يتعيّن قتله إن لم يسلم.

- تطلّعه على عورات المسلمين، بأن يكون جاسوساً يطلع الحربيين على عورات المسلمين، بنفسه أو رسوله أو كتابه. والمراد بالعورات المحلّات الخالية عن الحرس والرباط. وعن الإمام سحنون: إن وجدنا في أرض المسلمين ذمياً كاتب لأهل الشرك بعورات المسلمين قتل، ليكون نكالاً لغيره.

- سبّ نبيّ مجمع على نبوّته عندنا، وإن أنكرها. اليهود كنبوة داود وسليمان. بخلاف ما اختلف فيه عندنا كالخضر ولقمان، فلا ينتقض به عهده، وإنمّا يعزّر.

ومحلّ نقض العهد في سبّ نبيّ مجمع على نبوّته، إذا سبّه بما لم تقرّهم عليه من كفرهم، لا بما أقرّوا به بعقد الذمّة، كقولهم: عيسى ابن الله أو ثالث ثلاثة أو محمّد لم يرسل إلينا وإنمّا أرسل للعرب. ومثال ما لم يقرّوا على كفرهم به قولهم: محمّد ليس بنبيّ أصلاً أو لم يرسل أو لم ينزل عليه قرآن أو تقوله من عند نفسه.

ويتعيّن قتل الذمّي في السبّ بما لم يقرّ عليه إن لم يسلم.

وإذا خرج الذمّي لدار الحرب ناقضاً للعهد ثمّ أخذ، فإنّ الإمام يرى فيه رأيه. وذلك إن لم يكن خروجه بسبب ظلم وقع عليه، وإلّا ردّه لجزيته وصدّق إن ادعى الظلم.

عشر تجارة أهل الذمة:

إذا خرج تجار أهل الذمة - ولو صغاراً - بتجاراتهم من بلادهم التي أقرّوا فيها، إلى غيرها من بلاد الإسلام، فإنه يؤخذ منهم عشر ثمن ما باعوه من العروض والأطعمة، وهو المشهور. فإذا لم يبيعوا شيئاً لم يؤخذ منهم شيء؛ لأنّ الأخذ في نظير النفع، لا في دخول الأرض؛ لأنهم مكّنوا منها بالجزية. وهذا على خلاف الحربيّ المؤمن كما يأتي. قال الإمام مالك في تعليل أخذ العشر: «وليس على أهل الذمة ولا على المجوس، في نخيلهم ولا كرومهم ولا زروعهم ولا على مواشيهم صدقة؛ لأنّ الصدقة إنّما وضعت على المسلمين تطهيراً لهم، ورداً على فقرائهم. ووضعت الجزية على أهل الكتاب صغاراً لهم، فهم وإن كانوا ببلدهم الذي صالحوا عليه، ليس عليهم شيء سوى الجزية في شيء من أموالهم، إلا أن يتجروا في بلاد المسلمين ويختلفوا فيها، فيؤخذ منهم العشر فيما يديرون من التجارات؛ وذلك أنّهم إنّما وضعت عليهم الجزية وصالحوا عليها على أن يقرّوا ببلادهم، ويقااتل عنهم عدوّهم، فمن خرج من بلاده منهم إلى غيرها بتجر فعلية العشر من تجر منهم من أهل مصر إلى الشام، أو من أهل الشام إلى العراق، أو من أهل العراق إلى المدينة أو إلى اليمن، وما أشبه هذا من البلاد، فعليه العشر، ولا صدقة على أهل الكتاب ولا على المجوس في شيء من مواشيهم ولا ثمارهم ولا زروعهم؛ مضت بذلك السنّة؛ ويقرّون على دينهم، ويكونون على ما كانوا عليه. وإن اختلفوا في العام الواحد مراراً إلى بلاد المسلمين، فعليهم كلّما اختلفوا العشر؛ لأنّ ذلك ليس ممّا صالحوا عليه، ولا ممّا شرط لهم. وهذا الذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا»⁽¹⁾.

ومحلّ أخذ العشر من التجار، إذا قدموا به من قطر وإقليم إلى آخر، كمصر والشام والمغرب. ويؤخذ منهم العشر ولو تردّدوا إلى غير إقليمهم في السنة مراراً؛ لفعل عمر رضي الله عنه، ولأنّ العلة الانتفاع.

ويؤخذ منهم عشر العرض أو الحيوان إذا اشتروه بعين أو عروض، قدموا بها من بلادهم، لا بثمن ما باعوه؛ لأنّه قد أخذ منهم عشره، فلا يؤخذ منهم ممّا اشتروه بالباقي شيء.

فلو اشتروا سلعاً بقطر غير قطرهم، وباعوا ما اشتروه بقطر آخر؛ كأن يشتري مصري سلعاً في الشام ويبيعها في العراق، أخذ منهم العشر عند كلّ من القطرين فأكثر. لكن الذي اشتروه فيه يؤخذ منهم فيه عشر السلع المشتراة، والذي باعوا فيه يؤخذ منهم فيه عشر ثمن ما باعوه، على ما تقدّم.

(1) الموطأ في الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

فهذا بين الأقطار والأقاليم، فإذا باعوا أو اشتروا بقطرهم أو إقليمهم فلا يؤخذ منهم شيء، ولو بانتقالهم من بلد لأخرى - أي: ما داموا في قطرهم -، ولو تباعد ما بين البلدين، كالمصري ينتقل بتجارته من الإسكندرية إلى القاهرة مثلاً، لم يؤخذ منه شيء.

ويستثنى من أخذ عشر الثمن، إذا جلبوا الطعام إلى الحرمين فقط - مكة والمدينة - وما ألحق بهما من البلاد والقرى، كما هو قول ابن الجلاب، وهو المعتمد؛ فيؤخذ منهم نصف عشر الثمن. والمراد بالطعام كل ما يقتات به أو يجري مجراه، فيشمل جميع الحبوب والزيوت والأدهان وما يلحق بذلك كالملح والبصل والتابل.

ودليل هذا التخفيف ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب كان يأخذ من القبط من الحنطة والزيت نصف العشر، يريد بذلك أن يكثر الحمل إلى المدينة.

فعلة التخفيف شدة حاجة أهل الحرمين فيكثر الجلب إليهما، أو العلة فضل الحرمين. وهذه العلة كما تجري في أهل الذمة تجري أيضاً في الحربيين إذا دخلوهما بأمان.

وقال الحنفية: لا يؤخذ من أهل الذمة في الحول إلا مرة واحدة، وقال الشافعية: لا يؤخذ من الذمي شيء كالمسلم.

عشر تجارة الحربيين المؤمنين:

يؤخذ من التجار الحربيين التازلين بأرض المسلمين بأمان، عشر ما قدموا به للتجارة، من عروض وطعام، سواء باعوا أو لم يبيعوا.

والذي له أخذ العشر منهم عامل أول قطر دخلوه. ولا يؤخذ منهم إذا انتقلوا لقطر آخر ما داموا في بلاد المسلمين؛ لأن جميع بلاد الإسلام كالبلد الواحد بالنسبة إليهم؛ حتى يذهبوا لبلادهم ويرجعوا إلى بلاد المسلمين مرة أخرى بأمان آخر، ولو تكرر ذلك في السنة مراراً. خلافاً للإمامين أبي حنيفة والشافعي أنه يؤخذ منهم مرة فقط في العام. وأما أهل الذمة فعلة الأخذ منهم الانتفاع، وهم غير ممنوعين من بلاد الإسلام، فكلما تكرر نفعهم تكرر الأخذ منهم، فهذا هو الفرق بين أهل الذمة والحربيين.

وإذا حصل اشتراط من الحربيين فيما يؤخذ منهم، فإنه يؤخذ منهم ما وقع الاشتراط عليه، قل أو كثر.

وإذا قدموا بعين للتجارة أخذ عشر قيمة ما اشتروه بها. ولا يمكنون من بيع الخمر، إلا إذا حملوه لأهل الذمة، فيمكنون من بيعه لهم، على المشهور، ويؤخذ منهم عشر ثمن ما باعوه منه.

أخذ العشر من المسلمين:

أجمع المسلمون على حرمة الأخذ من المسلمين، وعلى كفر من استحلّ ذلك؛ لأنه من المعلوم من الدين بالضرورة. وعلى ذلك تحمل جملة الأحاديث الواردة في الوعيد على المكس، منها: عن عقبه بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ قال: «لا يدخل الجنة صاحب مكس»⁽¹⁾. وقال النبي ﷺ لخالد بن الوليد حين لعن المرأة الغامدية: «مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له»⁽²⁾. وهذا بيان لكون المكس من أقبح المعاصي والذنوب الموبقات.

ولا يقال إنّ الحنفية جوّزوا للعشّار أخذ ربع العشر كلّ عام من تجّار المسلمين؛ لأنّ كلامهم محمول عندهم على الزّكاة، ولذلك قالوا يجوز ربع العشر، لا أكثر، في كلّ حول، ما لم يدّع التاجر أنّه دفعه لفقير أو مسكين؛ فإن لم يدّع ذلك وأخذ العشر حسبه ربّ المال - على قاعدة مذهبهم - من الزّكاة.

قال الشيخ الدردير: الإجماع على حرمة الأخذ من المسلمين؛ ظاهر في أخذ العشر أو أقلّ أو أكثر من المسلمين ظلماً، كما هو واقع الآن - أي: في عصره -.



(1) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في السعاية على الصدقة.

(2) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

المسابقة

تعريف المسابقة:

المسابقة مفاعلة من السبق، بسكون الباء، مصدر سبق إذا تقدّم. وفتح الباء، الجعل، وهو المال الذي يجعل بين أهل السباق.

حكم المسابقة:

الأصل فيها المنع؛ لما فيها من اللّعب. ولذلك قال الإمام القرافي: المسابقة مستثناة من ثلاث قواعد هي:

1 - القمار، بكسر القاف، وهي المغالبة والتحيّل على أكل أموال الناس بغير الحقّ. ودليل تحريمه أنّه الميسر المحرّم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴿٩١﴾﴾ [المائدة: 90 - 91]. ووجه الاستدلال على تحريم الميسر من الآية هو نفسه وجه الاستدلال على تحريم الخمر، فراجعه في باب المباح. وعند الإمام مالك أنّ كلّ ما قورم به فهو ميسر⁽¹⁾.

2 - وتعذيب الحيوان بغير مأكله.

3 - وحصول العوض والمعوض لشخص واحد؛ لأنّ السابق هو الذي قد يأخذ الجعل.

ولكن أجازها الشارع للتدريب على الجهاد ودفع الصائل. ولو كانت لمجرّد اللّهو لم تجز. وهي جائزة بجعل. وتجاوز من باب أولى بغير جعل. وجوازها في أربعة أمور هي:

1 - في الخيل من الجانبين.

2 - في الإبل من الجانبين.

3 - بين خيل من جانب، وإبل من جانب.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 41/2.

وأما غير الخيل والإبل، كالبغال والحمير، فلا تجوز بالجعل، وأما بغيره فتجوز، كما يأتي.

4 - في السهم لإصابة الغرض وبعد الرمية.

ودليل جواز المسابقة، وأنها مقصورة على ما ذكر إذا كانت بجعل⁽¹⁾:

أ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل التي قد أضمرت، من الحفياء وكان أمدها ثنية الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضم من الثنية إلى مسجد بني زريق، وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها⁽²⁾.

ب - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نصل أو خفت أو حافر»⁽³⁾.

ج - الإجماع على أن المسابقة بجعل لا يجوز على وجه الرهان، إلا في الخفت والحافر والنصل.

شروط جواز المسابقة بالجعل:

1 - أن يصح بيع الجعل، بأن يكون طاهراً، معلوماً، منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه؛ لا نجساً ولا مجهولاً ولا خمراً ولا خنزيراً ولا منهيماً عنه كجلد أضحية. ومثل المجهول ما كان في صندوق لا يعلم قدره أو جنسه.

2 - أن تعين أمور هي:

* أن يعين المبدأ في المسابقة بالحيوان أو بالسهم.

* أن يعين الغاية التي ينتهي إليها. وقد دلّ حديث ابن عمر على اشتراط العلم بالمبدأ والغاية⁽⁴⁾.

* أن يعين المركب من خيل أو إبل، كهذا الفرس وهذا البعير.

* أن يعين الرامي في الرمي، كزيد أو هذا الرجل، فلو وقع العقد على مسابقة شخصين من غير تعيين لم يجز.

* أن تعين عدد الإصابة، بمرّة أو مرتين.

* أن تعين نوع الإصابة من خزق، وهو ثقب الغرض من غير أن يثبت السهم فيه؛ وخسق، وهو ثقبه وسكون السهم فيه؛ وخرم، وهو إصابة طرف الغرض فيخذه.

(1) الجامع لأحكام القرآن: 103/9.

(2) أخرجه مالك في الجهاد، باب ما جاء في الخيل والمسابقة بينها؛ والبخاري في الجهاد والسير، باب إضمار الخيل؛ ومسلم في الإمارة، باب المسابقة بين الخيل.

(3) أخرجه النسائي في الخيل، باب السبق؛ وابن ماجه في الجهاد، باب السبق والرهان.

(4) الجامع لأحكام القرآن: 103/9.

3 - أن يخرج الجعل متبرّع، غير المتسابقين، ليأخذه السّابق. وهذه الحالة جائزة اتفاقاً. أو يخرج الجعل أحد المتسابقين، على أنّه إن سبقه غيره أخذه ذلك الغير، وإلاّ يسبقه فيكون لمن حضر، ولا يرجع لربّه. وهذه الحالة جائزة على المشهور.

ولا يشترط التصريح بذلك عند العقد، بل إن سكتنا صحّ العقد وحمل على ما ذكر. بخلاف ما لو اشترط مخرج الجعل أنّه إن سبق هو عاد إليه، فإنّه عقد فاسد.

وأما إن أخرج المتسابقين، كلّ منهما، جُعلاً ليأخذه السّابق منهما؛ أي: ليأخذ أحدهما الجعل الذي أخرجه غيره مع بقاء جعله له، فإنّه لا يصحّ أيضاً؛ لأنّه من القمار المحض الذي لا رخصة فيه، لخروجه عن حدّها. ويكون جعل كلّ واحد لصاحبه.

وتمنع هذه الصورة، ولو وقعت بمحلّل؛ أي: بمشاركة ثالث لم يخرج شيئاً. وهذا إن أمكن سبقه لقوّة فرسه، على أنّه إن سبق أخذ الجعلين معاً، وإن سبق أحدهما أخذهما معاً. وعلة المنع جواز رجوع الجعل لمخرجه؛ وأولى في المنع إن قطع بعدم سبق المحلّل؛ لأنّه حينئذ كالعدم. ومنع الإمام مالك هذه الصورة للغرر والمقامرة⁽¹⁾.

حصول عارض أثناء السبق:

إذا انكسر السهم أو عرض له عارض في انطلاقه عطل سيره؛ أو عرض للفرس ما عاقه كأن ضرب في وجهه، أو عرض لصاحبه نزع سوطه من يده فقلّ جري الفرس أو البعير؛ فإنّه لا يعدّ مسبوقاً لعذره بما ذكر. وأما ضياع السوط، كما لو نسيه قبل ركوبه أو سقط منه وهو راكب؛ فإنّه يكون بسبب ذلك مسبوقاً، لتفريطه. وكذا يعدّ مسبوقاً إذا قطع اللجام أو حرن الفرس.

المسابقة بدون جعل:

تجوز المسابقة بغير جعل، بأن تكون مجاناً، بدون تقييد بالأمر الأربعة المتقدّمة. فتجوز في الجري على الأقدام وبالسفن والحمير والبغال والرمي بالأحجار ونحو ذلك، ممّا يتدرّب به على قتال العدو. وذلك إن صحّ القصد بأن وافق الشرع. فإن لم يصحّ القصد، بأن كان لمجرد اللهو واللعب، كما يفعله أهل الفسوق، لم تجز؛ أي: يحرم، وقيل يكره.

ما يجوز أثناء المسابقة:

- يجوز عند الرمي الافتخار بالقول، كذكر المفاخر بالانتساب إلى أب أو قبيلة؛ أو الافتخار بالفعل، كما ورد أنّ النبي ﷺ رأى رجلاً يختال في مشيته بين الصفوف، فقال: «إنّها لمشية يبغضها الله إلّا في مثل هذا المكان».

- يجوز الرّجز، وهو ذكر شيء من الشعر، للدلالة على الافتخار.
- يجوز تسمية النفس، ك: «أنا فلان» أو: «أبو فلان».

- يجوز الصياح بصوت مرتفع. ودليل جواز تسمية النفس والصياح القياس على جواز ذلك في الحرب، لوروده عن رسول الله ﷺ يوم حنين حيث قال: «أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب»⁽¹⁾.

والأحبّ من ذلك كلّ ذكر الله تعالى، من تسبيح وتكبير وتهليل، قال الله تعالى:
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيْتَهُمْ فَيَكْتُمُونَ وَأَذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾
[الأنفال: 45].

تمّ باب الجهاد والحمد لله ربّ العالمين. وبه يتمّ ما قصدناه من كتاب الفقه المالكي وأدلّته. والحمد لله أولاً وأخيراً، وله المنة والفضل، على أن أمدّني بعونه وتوفيقه ويسّر لي إتمامه، فهو المتفضّل على عباده، ولا حول ولا قوّة لنا إلّا به سبحانه، وهو نعم المولى ونعم الوكيل. وصلى الله على سيّدنا ومولانا محمّد، إمامنا وقُدوتنا وشفيعنا يوم القيامة، وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الكرام الميامين.

وكان الفراغ من هذا الكتاب عصر يوم الأربعاء الأول من شهر صفر سنة 1430 من الهجرة النبوية على صاحبها الصلاة والسلام، الموافق لـ 28 من شهر جانفي سنة 2009 ميلادية.



(1) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب من قاد دابة غيره؛ ومسلم في الجهاد، باب في غزوة حنين.

المصادر والمراجع

- أحكام الفصول في أحكام الأصول: أبو الوليد الباجي، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، دار المعرفة، لبنان.
- الإشراف على مسائل الخلاف: عبد الوهاب البغدادي، دار ابن حزم، لبنان.
- أقرب المسالك إلى فقه الإمام مالك: أحمد الدردير، دار المعرفة، لبنان.
- إكمال إكمال المعلم: أبو عبد الله الأبي، مطبعة السعادة، مصر.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن رشد الحفيد. مكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
- البيان والتحصيل: محمد بن رشد، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- التحرير والتنوير: محمد الطاهر ابن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس.
- ترتيب فروق القرافي: محمد بن إبراهيم البقوري. مؤسسة المعارف، لبنان.
- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد القرطبي، دار الكتاب العربي، لبنان.
- حاشية على الشرح الكبير: محمد الدسوقي، دار الفكر، لبنان.
- الذخيرة: محمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- شرح الثلقين: محمد بن علي المازري. مخطوط بدار الكتب الوطنية رقم 12207.
- شرح الموطأ: محمد بن عبد الباقي الزرقاني، دار الكتب العلمية، لبنان.
- عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي: أبو بكر ابن العربي، دار الكتاب العربي، لبنان.
- الفائق في الأحكام والوثائق: مخطوط بدار الكتب الوطنية رقم 122291.
- الفروق: أحمد بن إدريس القرافي، دار المعرفة، لبنان.
- كتاب القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: أبو بكر ابن العربي، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- متن الفقه: خليل بن إسحاق. مع الشرح الكبير لأحمد الدردير: دار الفكر، لبنان.
- المدونة الكبرى: سحنون بن سعيد التتوخي، دار الفكر، لبنان.
- المعلم بفوائد مسلم: محمد بن علي المازري، الدار التونسية للنشر، تونس.
- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: محمد بن أحمد التلمساني، دار الكتب العلمية، لبنان.
- المفهم لما أشكل من تلخيص صحيح مسلم: أحمد بن عمر القرطبي، دار ابن كثير، دمشق-بيروت.
- المقدمة في الأصول: أبو الحسن علي بن عمر بن القصار، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- المقدمات الممهدة: محمد بن رشد، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- المسالك في شرح موطأ مالك: أبو بكر ابن العربي، دار الغرب الإسلامي، لبنان.
- المعونة على مذهب عالم المدينة: عبد الوهاب البغدادي، دار الفكر، لبنان.
- المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب العربي، لبنان.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد الحطاب، دار الفكر، لبنان.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
40	شروط الوصي على المحجور عليه		
41	ترك الوصي الوصية بعد القبول		
42	تصرف الوصي في مال التركة		
42	تعدد الأوصياء		
43	واجبات الوصي		
44	الجائزات		
	اللقطة		
46	تعريف اللقطة لغة		
46	تعريف اللقطة شرعاً		
47	حكم رد اللقطة لصاحبها وشروطه		
49	تسابق جماعة في الالتقاط		
49	معرفة أحد وصفي اللقطة - العفاص أو الوكاء -		
	تعدد الواصفين، ومعرفة العدد والوزن		
50	دون العفاص والوكاء		
51	حكم التقاط اللقطة		
51	حكم تعريف اللقطة		
53	حكم الشيء التافه		
53	حكم اللقطة بعد التعريف سنة		
55	ضمان الملتقط اللقطة لصاحبها		
57	الجائزات في اللقطة		
	حكم ضالة الحيوان وما يجوز فيها وما		
57	لا يجوز		
61	حكم اللقيط		
62	نفقة اللقيط وحضاته		
			الوصية
5	تعريف الوصية لغة		
5	تعريف الوصية شرعاً		
5	حكم الوصية		
13	تأخير الوصية إلى المرض		
14	أركان الوصية التي تتوقف عليها		
19	شرط لزوم الوصية: قبول الموصى له		
20	مبطلات الوصية		
27	ما لا تبطل به الوصية		
28	الهبية والعطية في مرض الوفاة		
29	تغير حال الموصى له		
	ألفاظ الموصي في الموصى له وما		
29	تناوله		
	لزوم إجازة الورثة الوصية لو ارث أو		
31	بزائد على الثلث		
	ما يحمل عليه كلام الموصي في مقدار		
32	الوصية		
33	المال الذي تدخل فيه للوصية		
33	ما لا تدخل فيه الوصية		
34	ما يندب في الوصية		
34	الإشهاد على الوصية		
	ما يحمل عليه كلام الموصي في إنفاذ		
35	الوصية		
35	تبديل الوصية		
39	الوصية على الأشخاص		

الصفحة	الموضوع
93	ولاء اللقيط وميراثه
94	إسلام اللقيط
96	إلحاق اللقيط
96	الحكم على الغائب
99	حكم القاضي بالشيء الغائب
99	قضاء القاضي بغير ولايته
99	أخذ صاحب الحق حقه بنفسه إذا لم يكن له بيّنة
100	التوكيل في الخصومة
100	مشروعية اتخاذ السجن
	الشهادة
101	تعريف الشهادة لغة
101	تعريف الشهادة اصطلاحاً
102	حكم تحمّل الشهادة
103	حكم أداء الشهادة
105	انتفاع الشاهد على شهادته تحملاً وأداء ..
106	شروط صحة الشهادة عند الحاكم
112	شهادة الأعمى والأصم والأخرس
113	شروط قبول شهادة العدل
121	الإعذار للمشهدود عليه
122	من يصح منه تزكية الشهود
123	شهادة الصبيان
125	مراتب الشهادة
126	المرتبة الأولى: الأربعة عدول
126	المرتبة الثانية: العدلان
129	المرتبة الثالثة: العدل والمرأتان العدلتان ..
132	المرتبة الرابعة: امرأتان عدلتان
133	لا يمين مع تمام الشهود
134	الشهادة على خط المقرّ
134	الشهادة على خط الشاهد
135	شروط صحة الشهادة على الخط
63	تعريف القضاء لغة
65	تعريف القضاء شرعاً
66	مشروعية القضاء واتخاذ القضاة
67	شروط استحقاق القضاء
69	تعيين القضاء
70	حكم طلب القضاء
71	ما يحرم على القاضي أو غيره من خليفة أو عامله
71	مندوبات القضاء
73	ما يجوز في القضاء
76	ما يجب في القضاء
76	ما يبدأ به القاضي عند توليته
76	ترتيب سماع القاضي للخصومة والحكم فيها
79	عدم إجابة المدعى عليه بإقرار أو إنكار ..
85	إنكار المدعى عليه المعاملة من أصلها ...
86	إقرار الوكيل على موكله المدعى عليه
86	إجابة المدعى عليه إذا دعي إلى القاضي
86	عدم توجيه اليمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى فيما لا تثبت إلا بعدلين
86	من لا يحكم الحاكم له
89	أمر القاضي المتخاصمين بالصلح
89	نقض حكم القاضي
90	رجوع القاضي عن حكمه الأول
90	حكم القاضي يرفع الخلاف
92	حكم القاضي لا يحلّ حراماً
93	نصّ الحكم

الصفحة	الموضوع
162	135 ما لا يجوز في تحمّل الشهادة
164	136 الشهادة بالسمع
164	139 شروط إفادة بيّنة السماع
167	140 من لا يحلف مع شاهده الواحد
169	140 شهادة النقل وحكمها
170	143 رجوع الشاهد عن شهادته
171	147 مسألة غريم الغريم
171	147 حكم تعارض البيّتين
174	149 شروط صحة اعتماد بيّنة الملك
175	أخذ صاحب الحقّ حقّه بنفسه إذا لم
178	150 يكن له بيّنة
180	ادّعاء من عليه الحقّ لو كليل من له الحقّ
181	151 إبراء الموكل أو قضاءه
181	طلب المدعى عليه الاستمهال لدفع البيّنة
181	151 أو البحث عن الوثيقة
183	151 اليمين
183	155 يمين القطع
185	156 نكول المدعى عليه
185	157 كتابة كتاب بحق
186	158 مسألة الحيازة
186	حيازة الأجنبي الشريك وغير الشريك
186	158 للعقار
187	159 حيازة القريب
187	159 حيازة غير العقار
188	سقوط الحيازة بشبوت إعاره وإجارة
188	وعمرى ومساقاة وبيع ونحو ذلك
188	160 طول مدّة الديون الثابتة في الذمّة، هل
191	160 يسقطها؟
191	الجناية على النفس وما دونها
191	161 تعريف الجناية
192	161 تحريم القتل
192	الجناية على النفس وما يترتب عليها
194	162
حكم الجناية على النفس	
أركان القصاص في النفس	
الركن الأول: جان	
الركن الثاني: مجني عليه	
الركن الثالث: جنابة	
ثبوت الجناية	
لمن يجب القصاص	
تعيّن القصاص من الجاني في العمد	
أقسام الجناية التي بها القود	
القسم الأول: الجناية المباشرة	
القسم الثاني: التسبّب في الجناية	
القصاص في قتل الجماعة بالواحد	
الجناية على ما دون النفس والقصاص فيها	
ما يقتص منه فيما دون النفس - في الجرح العمد -	
ما لا قصاص فيه ويتعين العقل - في الجرح العمد -	
ما لا قصاص فيه إن لم يترتب عليه جرح - في العمد -	
الجرح العمد الذي فيه القصاص المترتب عليه ذهاب منفعة	
الضرب العمد المترتب عليه ذهاب منفعة	
من له حقّ استيفاء القصاص في الجراح العمد	
من له حقّ استيفاء القصاص في النفس في العمد	
التوكيل في استيفاء القصاص	
تأخير القصاص في العمد	
دخول الجاني الحرم	
سقوط القصاص بالعفو وشروطه	
القصاص في قتل السارق والزاني	

الصفحة

الموضوع

	البغي	194	ميراث القصاص
235	تعريف البغي لغة		صلح الجاني - في العمد والخطأ - مع
235	تعريف البغي شرعاً		ولي الدم بأقلّ أو أكثر من الدية - في
235	تعريف الفرقة الباغية	195	النفس والجرح -
235	شروط ثبوت البغي	195	آلة القصاص في القتل
236	البغي تأويلاً	197	اندراج الأطراف في النفس
239	آية البغي في سورة الحجرات	198	أجرة القصاص
239	تحقيق وصف البغي		الإجارة على القصاص في النفس وما
239	قتال البغاة	198	دونها
241	آلة قتال البغاة		وجوب الدية في النفس والجرح - في
243	بغي بعض المسلمين على بعض	198	الخطأ - ومقارها
	الغسل والصلاة على المقتول من الفئة	208	ميراث الدية في قتل العمد والخطأ
244	الباغية		الدية الواجبة في الجرح الذي لا قصاص
	الردة	208	فيه
245	تعريف الردة لغة	215	تعدّد الدية بتعدّد الجناية
245	تعريف الردة شرعاً	215	مقدار دية جراح المرأة
245	شروط ثبوت الردة	217	حمل العاقلة دية الخطأ
248	أمثلة على القسم الثالث	220	تنجيم دية الخطأ وحمل العاقلة لها
252	الشهادة بالردة	220	العاقلة
252	حدّ الردة	221	مقدار ما يدفع الواحد من العاقلة
254	استتابة المرتدّ	222	من يُعقل عنه ولا يعقل
255	عدم القدرة على إقامة حدّ الردة	223	مدّة تنجيم دية الخطأ
256	حكم مال المقتول بسبب الردة	223	عدد العاقلة
256	تأخير الحدّ	223	كفارة قتل الخطأ
257	ما لا استتابة فيه	225	أنواع كفارة القتل الخطأ
259	حكم الزنديق	226	متى تندب الكفارة
	ما تبطله الردة من الأعمال ولا يصحّحه		ما يجب على قاتل العمد إذا لم يقتصر
262	الرجوع للإسلام	226	منه
	ما لا تبطله الردة من الأعمال ويستمرّ	226	القسامة
262	أثره بعد الرجوع إلى الإسلام	231	كيفية القسامة
	ما تبطله الردة ويسقط الرجوع للإسلام	233	المقسمون في القسامة
263	المطالبة به	234	إقامة شاهد واحد على الجرح

الصفحة	الموضوع
الحكم بفسق القاذف وسقوط شهادته بعد	264 الانتقال من كفر إلى كفر
321 الحد	265 دعوى المرتد أنه أسلم عن خوف
323 حكمة تشريع حد القذف	265 ما فيه التأديب دون القتل
حد القذف بين كونه حقاً لله أو حقاً	
324 للعبد	حد الزنا
324 من يقيم الحد	267 تعريف الزنا الذي فيه الحد
324 ما فيه التأديب من الألفاظ دون الجلد ...	267 حكمه
324 قيام المقذوف بحقه	268 شرح التعريف
325 عفو المقذوف عن القاذف	269 ما يدخل في تعريف الزنا أيضاً
326 قذف الوالد ولده	272 ما لا يدخل في التعريف
	278 ثبوت ما لا حد فيه
حد السرقة	279 ثبوت الزنا
328 تعريف السرقة لغة	288 ما يترتب على ثبوت الزنا
328 تعريف السرقة شرعاً	288 التدرج في حد الزنا
328 حكم السرقة	301 المخاطب بإقامة الحد
328 شروط السرقة	301 حضور طائفة عند إقامة الحد
343 حد السرقة	302 تعجيل الحد وتأخيريه
348 حد السرقة في الشرائع السابقة	عدم سقوط الحد بطول المدة من واقعة
349 تفسير الحرز	306 الفعل
349 أمثلة على الحرز	
354 ما لا قطع فيه	القذف
356 ثبوت السرقة	308 تعريف القذف لغة
357 ما لا يثبت به إقامة الحد	308 تعريف القذف شرعاً
هل يفتقر إقامة الحد إلى مطالبة	308 حكم القذف
358 المسروق منه بذلك	310 شروط القذف وإقامة الحد على القاذف ..
358 إقامة الحد في الغزو	311 الأول: بتفي نَسبه عن أب أو جد
358 غرم المسروق	312 الثاني: أو بزنا، وكذلك اللواط
تكرار السارق سرقة المسروق الذي قطع	317 قذف الزوجة
361 فيه	317 الإكراه على القذف
361 السرقة مراراً قبل القطع	317 الإقرار بالزنا وتسمية الثاني
362 اشتراك جماعة في السرقة	319 المستكرهه على الزنا
363 سقوط الحد	319 حد القذف
365 تداخل الحدود	320 تكرير القذف لشخص واحد
	321 قذف الجماعة

الصفحة	الموضوع
	ما يندرج في القتل 365
	حدّ الحراية
407	تعريف المحارب 367
407	تعريف الجهاد شرعاً 367
408	تعريف الجهاد بالمعنى الخاص 367
408	فضل الجهاد 368
409	شروط وجوب حدّ الحراية 370
417	حكم مقاتلة المحارب قبل القدرة عليه ... 370
420	حدّ الحراية عند القدرة على المحارب ... 371
421	الأموال التي بأيدي المحاربين 377
423	ثبوت حدّ الحراية 378
423	سقوط حدّ الحراية 378
425	المرتدون المحاربون إذا رجعوا للإسلام . 379
	حد شرب الخمر
427	تعريف شارب الخمر شرعاً المستحقّ
427	إذن الدّائن لمدينه للخروج للجهاد 381
427	سقوط الجهاد بعد التعيين 381
428	ما يجب نحو الكفّار قبل قتالهم 381
429	من لا يجوز قتله من الكفار 382
432	وسيلة القتال 382
432	تترس الكفّار بالمسلمين 385
433	ما يحرم في الجهاد 385
438	حكم الجاسوس المسلم 386
438	ما يجوز في الجهاد 387
444	حكم الولد إذا أسلم أحد والديه 388
444	المهادنة 391
446	فداء أسرى المسلمين 393
448	حكم أموال الحربيين وقسمتها 395
452	حكم الأرض المفتوحة عنوة 395
455	قسمة الغنيمة 396
455	1 - الخُمسُ 397
455	مداخيل بيت المال مع الخمس 397
456	مصارف بيت المال 405
456	الأول: آل بيت النبي ﷺ
	موجبات الضمان
	أسباب الضمان 396
	قاعدة 397
	مسائل 397
	دفع الصائل 405

الصفحة	الموضوع
470	الثاني : مصالح المسلمين 458
471	حكم الأسرى 460
472	حكم النفل 462
473	2 - تقسيم الأربعة الأخماس الباقي 464
474	أخذ العشر من المسلمين 474
	الجزية
	تعريف الجزية لغة 466
	تعريف الجزية اصطلاحاً 466
	شرح التعريف 466
	السنة التي شرعت فيها الجزية 468
	مقدار الجزية 468
	سقوط الجزية 469
	حكم مال العنويّ ونفسه 469
	حكم أرض العنويّ 469
	حكم أرض الصلحيّ وماله 470
	إحداث الكنائس وترميمها 470
	المسابقة
	تعريف المسابقة 475
	حكم المسابقة 475
	شروط جواز المسابقة بالجعل 476
	حصول عارض أثناء السبق 477
	المسابقة بدون جعل 477
	ما يجوز أثناء المسابقة 477
	المراجع 479
	فهرس الموضوعات 481