



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 -



نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

**الفروق عند الإمام ابن يونس من خلال كتابه:
"الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"
- جمعا ودراسة -**

أطروحة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه - علوم - في العلوم الإسلامية
تخصّص: فقه وأصول

إشراف الأستاذ الدكتور:
شهر الدين قاله

إعداد الطالب:
حسين عكسه

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
عبد الكريم حامدي	أستاذ	جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 -	رئيسا
شهر الدين قاله	أستاذ	جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 -	مشرفا ومقررا
سميرة خزار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 -	مناقشا
كمال العرفي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	مناقشا
عزّ الدين كيجل	أستاذ	جامعة محمد خيضر - بسكرة -	مناقشا
عزّ الدين عبد الدائم	أستاذ	جامعة محمد بوضياف - المسيلة -	مناقشا

السنة الجامعية: 1444هـ - 1445هـ / 2023م - 2025م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
1438

إهداء

أهدي هذا المجهود المتواضع إلى:

- روح والدتي الغالية التي نبت على دمنتها أكثر من ثلاثين ربيعاً، سائلاً المولى في علاه أن يتغمدها بعظيم عفوه وواسع مغفرته.

- ذلك الشَّيخ الوقور، وتلك العجوز الحكيمة؛ أبي العزيز وزوجته الغالية، اللذين كانا لي سندا من خلال تلك الدَّعوات الصَّادقة التي كانا يطرقان بها أبواب السَّماء بين الفينة والأخرى، فذُللت لي كلَّ صعب، ويسرت لي كلَّ عُسر، فاللَّهمَّ بارك لهما في شيبتهما.

- رفيقة الدَّرب التي صبرت معي هذه المدَّة الطَّويلة.

- أبنائي؛ أحمد، ومحمَّد، ومريَّة، وأكرم.

شكر وعرّفان

لقد أذن الله بعد سنين دأبا أن تكتمل هذه الأطروحة الموسومة بـ: "الفروق عند الإمام ابن يونس من خلال كتابه: الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة"، وبهذه المناسبة أتوجّه بموفور الشكر والامتنان إلى المولى جلّ في علاه الذي وقّفتني في إنجاز هذا العمل، ثمّ أتوجّه بعد ذلك بأسمى عبارات الشكر والعرّفان إلى كلّ من:

- الأستاذ الدكتور؛ شهر الدين قاله الذي رافقتني مذ كان هذا العمل فكرة إلى أن تكامل، ولم يتوان لحظة - خلال هذه المدّة - في تقديم ما وسعه أن يقدمه من توجيه ونصح على نحو جمع بين الحزم والصّرامة في العمل، وبين المرونة واللّين في التّعامل، فكان نعم المشرف اللّين المطواع، ونعم الموجّه الحازم الصّارم، فجزاه الله عنّي كلّ خير.
- السّادة الفضلاء؛ أعضاء لجنة المناقشة الموقّرة الذين تحمّلوا عناء التّمحيص، وصبروا وصابروا في قراءة وتفحص ما تمّ ثبته بين دفتي هذه الأطروحة، فجزاهم الله كلّ خير.
- من ساهم - من قريب أو بعيد - في إنجاز هذا العمل، ولو بالكلمة الطيّبة.

مقدمة

مقدّمة

الحمد لله الذي نزل على عبده الفرقان فجعله للدين أصلا ودليلا، وعلى الحقّ نورا وبرهانا، مصليا على من جعلت سنّته لما تشابه من آي الذكر الحكيم تبيانا، وارضى اللّهم عن ساداتنا الأبرار صحابة نبيك المختار الأخيار ممّن حمل بعده لواء الشريعة والاجتهاد، وعلى من اهتدى بهديهم واستن بسنتهم من ورثة الأنبياء ممّن تبوؤا رتبة الاجتهاد من علماء الأمصار، وممّن جاء بعدهم ممّن سلك طريقهم في التّقرّيع والاستنباط فكانوا للدين حصنا من الاختراق والافتراق؛ أمّا بعد:

فإنّ الشريعة الإسلامية بلغت من عظمتها أن امتدّت طولا فكانت صالحة لكلّ زمان، وامتدّت عرضا فكانت صالحة لكلّ مكان، وامتدّت عمقا فعمّت جميع البشر؛ ونظرا لمحدودية نصوصها التشريعية - كتابا وسنة - من حيث الكمّ فإنّه يتعدّر عليها أداء وظيفتها التشريعية من خلال إناطة كلّ المسائل والمستجدّات، والقضايا المتشعبة التي تواجه الناس في كلّ مكان وزمان بالنّص الشرعي، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى الاستعانة بأبرز أدوات الاجتهاد بالرأي التي تضمن الامتداد لنصوص التّشريع لأداء وظيفتها التشريعية؛ وهي القياس الأصولي الذي أكسب التّشريع الإسلامي مرونة لا مثيل لها، جعلته يستوعب كلّ المستجدّات التي تنتزل بساحات الناس في كلّ مكان، وفي كلّ إبان.

هذا، وإنّ جوهر القياس يتمثّل في إلحاق غير المنصوص بالمنصوص؛ نظرا لوجود ذلك الوصف الجامع بينهما، والذي أطلق عليه الأصوليون مصطلح العلة، وبذلك تكون العلة - في حقيقة الأمر - هي من أكسب النّص التّشريعيّ قوّة منطقية تشريعية لا حدود لها.

ولما كانت العلة بهذه الأهمية، فقد عكف عليها العلماء فضبطوا شروطها ومسالكها إلى غير ذلك مما له صلة بالقياس عموما وبالعلة خصوصا، حتى إذا تمّ استخراجها من الأصل، وتحقّق وجودها في الفرع تمّ تعدية الحكم من الأصل المنصوص عليه إلى الفرع غير المنصوص عليه. غير أنّه في بعض الأحيان لا يتمّ التّسليم بعملية الإلحاق هذه - رغم وجود التّشابه الظّاهري بين الأصل وبين الفرع، واشتراكهما في بعض الأوصاف التي تقتضي الجمع وتعدية الحكم - نظرا لوجود بعض الموانع أو القوادح التي تحول دون ذلك.

هذا المانع أو القادح هو الذي أطلق عليه العلماء مصطلح "الفارق" أو "الفرق"، وقد نال هذا الفرق اهتماما كبيرا من قبل العلماء؛ سواء كان ذلك أثناء مناظراتهم التي كثيرا ما كانت تعتمد على إبراز الفرق، ومن ثمّ إبطال عملية الإلحاق، قياسا كانت أو تخريجا، أو كان ذلك عند تصنيف الكتب؛ فمن العلماء من صنّف في الفروق وأفردها بمصنّف مستقلّ؛ كصنيع القاضي عبد الوهّاب في كتابه: "الفروق الفقهية"، وتلميذه الدّمشقي في كتابه: "الفروق الفقهية" أيضا، والقرافي في: "أنواء البروق" المعروف بالفروق، والونشريسي في كتابه: "عدّة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق"، وغيرهم، ومنهم من لم يفردها بمصنّف مستقلّ وإنّما أفردها بباب أو جزء خاصّ، وقد سلك هذا المنهج كلّ من ألف في الأشباه والنظائر؛ كالسيوطي وابن نجيم، وغيرهما، وثمة من اكتفى بالإشارة إليها في مصنّفاتهم، في معرض التّأصيل والتّوجيه والتّرجيح لبعض الأقوال في المذهب؛ كصنيع ابن المواز، وابن رشد وغيرهما. ومن أبرز من نحا هذا المنحى في إيراد الفروق: الصّقلّيان؛ عبد الحقّ في كتابه: "النّكت والفروق"، وابن يونس في موسوعته الفدّة الموسومة بـ: "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة"؛ فالى جانب حرصهما على التّأصيل والتّرجيح، فقد اهتمّا بإيراد الفروق بين المسائل المتناظرة؛ وهي المسائل المتّفقة صورة، والمختلفة معنى وحكما.

وفي هذه الدّراسة استقصاء لتلك لفروق المبنوثة بين دفتي كتاب "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة"، وجمعها، ودراستها من خلال تحليلها أصوليّاً، وبيان غاياتها، ورصد أهمّ الفوائد التي تتطوي عليها.

أوّلاً: طرح الإشكالية.

لقد بحث العلماء "الفرق" في بابي القياس والتّخريج، وهو المعنى أو المدرك الذي يحول دون إلحاق غير المنصوص بالمنصوص قياسا أو تخريجا، كما يطلق الفرق - أيضا - على ذلك الفنّ الذي يعنى بجمع المسائل المتناظرة؛ وهي تلك التي تتّفق صورة وتختلف معنى وحكما، ويعدّ الإمام ابن يونس الصّقلّي من أبرز من اعتنى بهذا الفنّ؛ فقد اعتنى - إلى جانب الجمع والتّعيد والتّأصيل والتّرجيح - بقضية الفرق بين المتناظرات، ومن خلال تقصّي الطّالب للفروق المبنوثة بين دفتي كتاب "الجامع لمسائل المدوّنة" وجد:

- أنّها كثيرة جدًا فاقت فروق القاضي عبد الوهّاب وتلميذه الدمشقي، وعبد الحق الصقلّي، فقد جمع ما يربو عن الأربعمئة فرق، واختصّ منها بأكثر من مائة سوى ما تعلقّ منها بالزّق.

- أنّ ابن يونس كان حريصا على نسبة الأقوال إلى قائلها، ثمّ التعقيب عليها برصد الفرق، وهذا الصنيع يرشد إلى فوائد جمّة ذات صلة بالقياس والتّخريج، وهي غاية في الأهمية؛ لأنّه من شأنه بيان الصلّة القائمة بين "الفروق"، وبين علمي الأصول والتّخريج.

- عادة ما يصرّح ابن يونس بالعرض من إيراده للفرق، كالاستدلال على المذهب ودحض مذهب الخصم، ودفع التناقض بين الأقوال والرّوايات والأوجه، وبيان ضعف بعض التّخرجات، وبطلان بعض الإلزامات، وقد تفهم هذه الأغراض من خلال السّياق.

كلّ ذلك جعل الطّالب يعتقد أنّ طريقة ابن يونس في إيراد الفرق تختلف عن غيره ممّن سبقه؛ كالقاضي عبد الوهّاب وتلميذه الدمشقي، وغيرهما، وأنّ فروقه جديدة بالجمع والدراسة، وإخراجها في عمل مستقلّ يتّسم بعمق التّحليل الأصولي والفقهّي، ولتحقيق تلك الغاية يتعيّن على الطّالب الإجابة على التّساؤل التّالي: ما هي طريقة ابن يونس في تعامله مع الفروق الفقهية من خلال كتابه "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة"؟.

وللإجابة على هذا التّساؤل فإنّه يتعيّن - مرّة أخرى - الإجابة عن التّساؤلات الفرعية التّالية:

- ما هو مفهوم "الفرق" الذي تحدّث عنه العلماء، وما هي أقسامه وشروطه؟.

- ما هي مجمل المسائل المتّفقة صورة والمختلفة معنى وحكما، والتي أوردها ابن يونس في كتابه "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة"، وقام برصد الفروق بينها؟.

- ما هي الفوائد الأصولية، والمعاني المقاصدية، التي يمكن استخلاصها من دراسة تلك المسائل، وتحليل تلك الفروق؟.

ثانيا: أهميّة الموضوع.

ينطوي هذا الموضوع على أهميّة بالغة، تتبدّى من خلال أهميّة "الفروق" نفسها، ومن خلال مكانة كتاب "الجامع لمسائل المدوّنة" لابن يونس في منظومة الفقه المالكي، ويمكن الإشارة إلى كلّ ذلك في التّقاط التّالية:

1- تعتبر دراسة الفروق بمثابة المجال التّطبيقي لموضوع "الفرق" الذي تطرّق إليه الأصوليون في مباحث القياس؛ باعتباره أحد قواعد العلة، وخاصة إذا حظيت الدراسة بشيء من التحليل الذي من شأنه أن يبرز صلة الفرق بالقياس، وبذلك تُكسب هذه الدراسة الطالب أو القارئ ملكة في الإلحاق؛ قياساً أو تخريجاً.

2 - لقد عدّ الأصوليون الإحاطة بالفروق إحدى مؤشرات المتبحر في المذهب التي تؤهله إلى تبوّء أدنى مراتب الإفتاء، بل إنّ عملية التّخريج لا يتصدّى لها إلا من بلغ رتبة الاجتهاد، ولا يتأتّى ذلك إلا لمن رصد وبصر الفروق.

3 - وقد اعتبروا "الفرق" - في مجال المناظرة - من أقوى الاعتراضات على العلة، التي تبين ضعف مأخذ الخصم، ومن ثمّ إبطال عملية الإلحاق؛ قياساً كانت أو تخريجاً، ومن ثمّ كانت جلّ مناظرات السلف دائرة بين الجمع والفرق.

4 - إلى جانب أهميّة "الفروق" - التي تضي على الموضوع قيمة علمية - فإنّ مجال هذه الدراسة هو كتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"، وهو مؤلف جليل القدر، عظيم النفع، قد ضمّ بين جلدتيه خلاصة أمّهات ودواوين المذهب على نحو من الاختصار، والتّهذيب، والترتيب لم يسبق له مثيل، ممزوجاً بالتّقييد والتّأصيل والتّوجيه والتّفريق، فكان درّة فقهية أندلسية قيروانية مصرية في المضمون، ممزوجة بنكهة عراقية؛ فكان حقاً مصحف المذهب.

5 - يعدّ الإمام "ابن يونس" أحد مفاخر المذهب الذين خدموه خدمة جليلة، حتى أضى من أئمة الاجتهاد، وأحد أعمدة التّرجيح، وأحد الأربعة الذين اعتمد "خليل" على ترجيحاتهم في مختصره. فهذه الجوانب كافية لأن تضي - في نظر الطالب - على الموضوع قيمة علمية تجعله جديراً بالاهتمام والدراسة.

ثالثاً: أهداف الموضوع.

لقد توخّى الطالب من هذه الدراسة جملة من الأهداف يمكن الإشارة إليها في النقاط التالية:

1- جمع فروق "ابن يونس" الصّقلي، وإفرادها في مؤلف مستقلّ، يمتاز عن غيرها من الدراسات ذات الصلة بالفرق بالتحليل، ورصد الفوائد الفقهية والأصولية والمقاصدية.

2- رصد الفروق بين تلك المسائل التي أوجبت الاختلاف بينها، وحالت دون التسوية بينها في الحكم.

3- الوقوف على المسائل التي تمّ تخريجها على نصوص الإمام، غير أنّ الإلحاق ليس بذاك؛ لمكان الفرق.

4- رفع التناقض الموهوم عن الفقه الإسلامي عموماً، وعن الفقه المالكي على وجه الخصوص، وذلك من خلال إيراد الفرق بين المسائل المتناظرة، وبيان أنّ الاختلاف من باب افتراق السؤال، و ليس من باب اختلاف الأقوال.

5 - رصد جملة من القواعد الفقهية التي أوجبت الفرق بين المسائل المتشابهة؛ لأنّ بيان الفرق بين مسألتين في بعض الأحيان يستدعي - عادة - ذكر قاعدة أو قاعدتين يحصل بها الفرق.

6- رصد بعض القواعد المقاصدية، أو على الأقلّ استخلاص بعض المعاني ذات الصلة بالمقاصد؛ لأنّ الفرق ذو علاقة بالعلّة، والعلّة ذات صلة وثقى بمقاصد التشريع.

7- وأخيراً يأمل الطالب أن تكون هذه الدّراسة متناغمة مع الاتجاه العام للدّولة الجزائرية الرّامي إلى خدمة المرجعية الدّينية الوطنيّة في بعدها الفقهي، والمتمثّل في فقه مالك، من خلال العودة إلى التّراث الفقهي للمنطقة الذي أصبح جزءاً من التركيبة الاجتماعية للمجتمع المغاربي عموماً، والجزائري خصوصاً، والذي تشكّل خلال أربعة عشر قرناً من الزّمن.

رابعاً: أسباب اختيار الموضوع.

لقد كان موضوع الدّراسة الذي تناوله الطالب في مرحلة الماجستير يتعلّق بكتاب "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة" لابن يونس، من خلال رصد المسائل الأصولية المبتوثة بين دفتيه، وقد كان احتكاك الطالب بالكتاب في هذه المرحلة جعله يؤمن بأنّه كتاب لا يزال غضاً أخضراً؛ لم يحظ بما يستحقّ من الدّراسة لإبراز محاسنه واستخراج درره على غرار الكتب الأخرى من وزن "الجامع". وممّا لفت انتباه الطالب - أثناء مرحلة البحث في هذه المرحلة - هو أنّ ابن يونس الصّقليّ - إلى جانب اهتمامه بالاستدلال على المسائل، وتأصيلها، وتوجيهها، وترجيح بعضها - اعتنى برصد الفروق بين المسائل المتشابهة، وما كاد ينتهي الطالب من إعداد مذكرة الماجستير حتى ألقى نفسه قد

أحصى له نيفا وثمانين وأربعمائة فرقا، موزعة على أبواب الفقه المختلفة، فأثر أن تكون خدمته للكتاب في مرحلة الدكتوراه من هذه الزاوية؛ أي: زاوية الفرق؛ فهي تجعله أكثر قربا من كتاب "الجامع لمسائل المدونة"، وأشدّ احتكاكا به، وهذا يعني اقترابه أكثر من أمّهات ودواوين المذهب، وعلى رأسها المدونة.

خامسا: الدراسات السابقة.

لم يتسنّ للطالب - بعد البحث والتقصّي - الوقوف على أيّ دراسة تناولت موضوع الفروق عند الإمام ابن يونس. بخلاف الدراسات ذات الصلة بأحد شقّي الدراسة؛ فقد تمّ الوقوف على عدد منها يمكن الإشارة إليها فيما يلي:

1- الدراسات المتعلقة بالفروق: وهي في معظمها دراسات جاءت لاستكمال درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، قامت بتحقيق كتب مصنّفة في الفروق؛ ككتاب الفروق للقاضي عبد الوهّاب¹، وكتاب الفروق للدمشقي²، وكتاب النّكت والفروق لعبد الحق الصّقلي³، وكتاب الفروق للقرافي⁴، وعدّة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي⁵. أمّا الدراسات التي عنت بجمع الفروق في المذهب المالكي فهي:

1 - وهو كتاب صغير الحجم، لا تتعدّى مسأله مائة وأربعة عشر مسألة، ضف إلى ذلك فإنّ علاقته بالتّخرّيج ضعيفة؛ فهو عادة ما يذكر المسألتين المتشابهتين عن مالك ويشفّعها بذكر الفرق، أو يذكر المسألتين دون نسبة القول لأحد، وإنّما يكتفي بقوله: قال القاضي كذا، ثمّ يعقّب ذلك بذكر الفرق بقوله: والفرق بين المسألتين.

2 - وهو كتاب صغير الحجم أيضا؛ عدد مسأله ثمانية وعشرين ومائة، حيث اتفقا - أو بالأحرى - نقل عن القاضي واحدا وستين فرقا، وقد نسج على طريقة شيخة في تأليفه للكتاب.

3 - وهو كتاب متوسط الحجم، ضمّته مؤلفه عشرات الفروق، وهي لم تكن مقصودة لوحدها في هذا الكتاب، وإنّما ضمّ إلى جانب الفروق، فوائد أخرى؛ كالنّكت، وغيرها، وضمّن أوائل الكتب مقدّمات خاصّة بالتّقييد والاستدلال على المسائل، وذكر فروعاً على بعض المسائل ممّا ليس من قبيل النّكت والفروق، فجاء عدد الفروق قليلاً جداً، وما ذكره منها كان قريبا من طريقة ابن يونس في عرضها.

4 - وهو مؤلّف ضخم اعتنى فيه المؤلّف بذكر الفروق بين القواعد الفقهية، ثمّ التّفرّيع على أساسها، أو العكس؛ فقد يعمد إلى ذكر الفرق بين القاعدتين ثمّ يفرّع على أساس ذلك الفرق، وهذا من باب استخراج الفروع على الأصول، أو يذكر الفرق بين المسألتين ليستخلص بعد ذلك القاعدة الفقهية على نحو أقرب ما يكون من استخراج الأصول من الفروع.

5 - وهو كتاب جامع لكثير من الفروق الفقهية في المذهب المالكي، ولقد صرّح في مقدّمته أنّ الهدف من تأليفه للكتاب هو أن يستعان به في حلّ كثير من المتناقضات الواقعة في المدونة، وغيرها من الأمّهات؛ وطريقته أن يذكر قول مالك أو غيره في المسألتين، ثم يشفّعه بذكر الفرق، وقد لا ينسب القول لأحد، وعادة ما يعتمد في إيراد الفرق على الصّيغة التّالية: وإنّما قال مالك في المسألة كذا وكذا ولم يقل في غيرها كذا وكذا؛ لأنّ..

أ - الدّراسات الموسومة بـ " الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية في المدوّنة الكبرى": وهي سلسلة من الرّسائل العلمية قام بها مجموعة من الطّلبة لاستكمال درجة الدّكتوراه في الدّراسات الإسلامية بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة، وقد سلكت هذه الدّراسات منهاجا موحّدا - تقريبا - يتمثّل في نقل المسألتين المتشابهتين من المدونة، والإشارة إلى الجامع الذي يقتضي التّسوية بينهما في الحكم، ثمّ يشفّعه الطّالب بذكر الفرق بينهما نقلا أو استنباطا، وبعد ذلك يعمد إلى ذكر المذاهب الأخرى في المسألة، والمقارنة بينها والموازنة والتّرجيح، ليصل بعد ذلك إلى الحكم على الفرق ضعفا وقوّة.

ب - الدّراسات الموسومة بـ: "الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية": وهي سلسلة من الرّسائل العلمية قام بها مجموعة من الطّلبة لاستكمال درجة الدّكتوراه في الدّراسات الإسلامية بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة - أيضا - خلال الفترة الممتدّة بين سنة: 1413هـ، وبين سنة: 1430هـ، وعددها إحدى عشر دراسة، وهي في الأصل دراسات مقارنة، تُعنى بالمسائل المتشابهة، والفرق بين هذه وبين سابقتها هو أن الأولى تقيّدت بمسائل المدوّنة. بخلاف الثّانية.

وما يسجّل على هذه الدّراسات هو طغيان البعد المقارن على حساب التّحليل الأصولي والفقهّي للفرق الذي يتطلّب بيان صور المسائل وذكر الفرق أو القادح، وتحليله تحليلا أصوليا. فجاءت مبتورة الصّلة بالأصول، أو بالأحرى بالقياس والتّخريج، ومقاصد التّشريع.

2 - الدّراسات المتعلّقة بكتاب "الجامع لمسائل المدوّنة": قبل الحديث عن الدّراسات المتعلّقة بكتاب "الجامع لمسائل المدوّنة"، نسارع بالقول إلى أنّ الكتاب - رغم عظيم قدره، وجليل نفعه، ومكانته في خزّانة الفقه المالكي - لم يحظ بالقدر الكافي من الدّراسة والبحث لاستخراج درره ونفائسه؛ فقد قام باختصاره العالم المالكي: حسين بن مسعود المنكلاتي الرّواوي في القرن السّادس، وقد ذكر ذلك محمّد مخلوف في شجرته، أمّا الدّراسات الأكاديمية ذات الصّلة بالكتاب فلم يتوافر بين يديّ الطّالب منها إلّا النّزر القليل؛ وهي:

- دراسة قام بها مجموعة من طلبة جامعة أمّ القرى لاستكمال درجة الدّكتوراه في الدّراسات الإسلامية، وكانت في الأصل تحقيقا لكتاب "الجامع"، حيث تناول كلّ الطلبة في قسم الدّراسة كلّ ما يتعلّق بالكتاب وبالمؤلّف، ممّا يتناول عادة في الجانب النّظري من التّحقيق.

- دراسة قام بها الطالب محمد الزوين لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية بدار الحديث الحسينية بالرباط، بعنوان: "ابن يونس الصقلي وأثره في الفقه المالكي"، ونوقشت الأطروحة بتاريخ: 15 ربيع الثاني، 1423هـ، ونالت درجة حسن جدًا، ولقد أشار الطالب إلى الأثر الذي تركه ابن يونس في المذهب المالكي من خلال ما خلفه من تلامذة ومؤلفات، ولقد تمحورت الدراسة حول كتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"؛ حيث حاول رصد آثار ابن يونس الصقلي في مختلف العلوم، وخاصة ما تعلق منها بالفقه والأصول؛ فتحدث عن مكانته الاجتهادية وسمات فقهه، وإسهاماته الأصولية، وأشار إلى المجهودات التي بذلها في خدمة وتهذيب الفقه المالكي، فجاءت الدراسة شاملة ومختصرة، ترقى لأن تكون منطلقا لكل دراسة علمية جادة تتعلق بكتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة".

- دراسة قام بها الطالب حسين عكسه (صاحب الأطروحة) لاستكمال درجة الماجستير في أصول الفقه بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، بعنوان: "المسائل الأصولية عند الإمام ابن يونس من خلال كتابه: "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"، ونوقشت الأطروحة بتاريخ: 22 ديسمبر 2015، حيث قام الطالب باستقصاء المسائل الأصولية المبنوثة بين دفتي الكتاب، وقام بإيراد عدد من المسائل المتضمنة لمعاني وإشارات أصولية، وبشقها بتحليل أصولي ليصل في النهاية إلى تحرير المسألة بطريقة أشبه ما تكون باستخراج الأصول من الفروع.

من خلال ما تمّ عرضه من دراسات ذات صلة بموضوع البحث، يمكن القول إنّ:

- معظم ما كتب في الموضوع عند سادتنا المالكية لم يستوعب؛ لاقتصاره على بعض المسائل الواردة في أبواب الفقه المختلفة، وبعضها - وإن كان مستوعبا - إلاّ أنّه كان مبتور الصلّة بأهمّ فائدة للفرق؛ وهي التّخريج.

- ومما لوحظ عليها - أيضا - أنّها عادة ما تقتصر على إبراز الفرق بين المسألتين في الباب الواحد، وهذه سمة يتقاسمها الجميع.

- كما أنّ الدّراسات الأكاديمية المتعلّقة بالفرق - جمعا أو تحقّقا - تناولت في الجانب النظري موضوع الفرق بنوع من الاقتضاب؛ حيث اقتصر على بيان مفهوم الفرق الفقهية، وسرد المصنّفات التي صنّفت في الفرق، فجاءت مبتورة الصلّة بالقياس الأصولي.

أمّا القسم العملي من تلك الدّراسات فقد كان جَلَّ اهتمامها بمدى قوة وضعف الفرق، وذلك من خلال المقارنة بين آراء المذاهب؛ بين من جمع بين المسائل المتشابهة، وبين من فرّق بينهما، فكانت بعيدة عن التّحليل الأصولي للفرق، واستتباط الفوائد، ممّا جعل صلتها بالقياس والتّخريج ومقاصد التّشريع واهية.

ومن هنا جاءت هذه الدّراسة لجمع الفروق عند الإمام ابن يونس، وتحليل الفرق تحليلاً أصولياً فقهياً، وربط كلّ ذلك ببعض الفوائد ذات الصّلة بالقياس والتّخريج ومقاصد التّشريع.

سادساً: منهج البحث.

لمّا كان مجال هذه الدّراسة هو الفقه وأصوله، وهما يندرجان ضمن مجال العلوم الإنسانيّة التي كثيراً ما تعتمد في البحث على المنهج الوصفي.

وأيضاً: لمّا كان الهدف المنشود من هذه الدّراسة هو جمع فروق ابن يونس المبنوثة بين دفتي كتاب "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة" ودراستها، فإنّ ذلك يقتضي أمرين هما:

أولاً: تقصّي المسائل المتناظرة، ورصد الفروق بينها، وذلك يقتضي الاستعانة بأبرز أدوات المنهج الوصفي، وهي الاستقراء.

ثانياً: تحليل تلك المسائل وما تمّ رصده من فروق تحليلاً أصولياً، ولا يتأتّى ذلك إلا بالاستعانة بأداة أخرى من أدوات المنهج الوصفي، وهي التّحليل.

وبناء على ذلك - وفي ضوء الإشكالية المطروحة - يمكن القول إنّ المنهج المعتمد في هذه الدّراسة هو المنهج الوصفي بشقيّه؛ الاستقرائي والتّحليلي، وقد لا تخلو الدّراسة من بعض المقارنات التي تجعل الطّالب يستأنس بالمنهج المقارن.

سابعاً: خطة البحث.

من أجل الوصول إلى الأهداف التي تسعى الدّراسة إلى تحقيقها، وفي ضوء المنهج المشار إليه، قام الطّالب بتقسيم البحث إلى أربعة فصول؛ حيث:

— قام في الفصل الأوّل بالتّعريف بكتاب "الجامع لمسائل المدوّنة"، وبمؤلّفه ابن يونس الصّقليّ، والحديث عن ماهية الفرق في ثلاثة مباحث.

_ استعرضت في الفصل الثّاني منها الفروق المتعلّقة بالعبادات في ستّة مباحث؛ وقد ضمّ هذا الفصل ثلاثة وأربعين فرقا.

_ رصد في الفصل الثّالث الفروق المتعلّقة بالمعاملات في أربعة مباحث، وجمع في هذا الفصل سبعة وثلاثين فرقا.

_ وضمّن الفصل الرّابع والأخير متفرّقات شتى ممّا تبقى من مختلف الأبواب الفقهيّة في ثلاثة مباحث، وقد ضمّ هذا الفصل خمسة وعشرين فرقا.

وقام في الخاتمة برصد النّتائج التي خلص إليها وذكر بعض التّوصيات.

ثامنا: منهجية البحث.

لقد تقيّد الطّالب خلال دراسته للمسائل المتناظرة، وتحليله للفروق بالمنهجية التّالية:

- 1- بيان صورة المسألة من خلال عرض المسألتين المتناظرتين في صدر كلّ مطلب.
- 2- نقل الفرق بين المسألتين عن ابن يونس الصّقليّ من كتاب "الجامع لمسائل المدوّنة" بالحرف.
- 3- يشفّع ذلك الفرق المنقول بشيء من التّحليل الذي يبرز طبيعة الفرق ونوعه، مستضيئا بما ذكره الأصوليون عن الفرق.
- 4- وفي الأخير يتّوجّج المطلب بذكر بعض الفوائد التي تمحّض عنها التّحليل الأصولي للفرق، من خلال بيان طبيعة الفرق وغرضه، وما تمحّض عنه التّحليل من قواعد فقهية، وفوائد مذهبية من خلال بيان نفي التّناقض بين الأقوال، أو بيان علاقة الفرق بالتّخريج، واستخلاص بعض المعاني المقاصدية التي تضمّنها الفرق.
- 5- عزو الآيات بذكر السّورة ورقم الآية.
- 6- تخريج الأحاديث التي ترد في متن البحث، معتمدا على مصادرها الأصلية، وبيان ما ذكره أهل الشّأن فيها.
- 7- توثيق مختلف الأقوال والأوجه والرّوايات الواردة في المتن معتمدا على مصادرها الأصلية.
- 8- وضع ترجمة موجزة لكلّ الأعلام الواردة في المتن، بالرجوع إلى كتب التّراجم والسير المعروفة.
- 9- توثيق بعض المعاني اللّغوية والفقهية بالرجوع إلى معاجم اللّغة والفقّه المعتمدة.

- 10- وقد تمّ الإعراض أثناء جمع الفروق عن كلّ فرق إحدى مسألتيه أو كليهما ذات صلة بالرقّ.
- 11- واعتمد الطّالب على الطّبعة الأولى المنشورة سنة: 1434هـ/2013م من قبل معهد البحوث العلمية وإحياء التّراث الإسلامي، والتي قام بتحقيقها مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه بجامعة أم القرى بالمملكة العربية السّعودية، وتم توزيعها من قبل دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

الفصل الأول: مدخل تعريفي

ويتضمّن ثلاثة مباحث

المبحث الأول: التعريف بابن يونس الصّقليّ

المبحث الثاني: التعريف بكتاب "الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة".

المبحث الثالث: ماهية الفرق.

تقديم.

صقلية جزيرة كثيرة المدن والحصون والقلاع، وفيها من البساتين والضياع وما يتخللها من الأنهار ويحرسها من الجبال ما لا يعرف ولا يوصف؛ لكثرتة، وتنوعه، وحسن جماله¹.. ولقد شهدت - مذ أن فتحها المسلمون على يد العالم المجاهد أسد بن الفرات² سنة اثنتي عشر ومائتين (212هـ) إلى غاية سقوط آخر مدنها سنة أربع وثمانين وأربعمائة (484هـ) - كثيرا من الفتن والاضطرابات، ولم تتعم بالأمن والرخاء إلا في عهد الأسرة الكلبية³؛ حيث شهدت الجزيرة خلال حكم هذه الأسرة نهضة علمية واسعة، وحركة اقتصادية مزدهرة، مما جعلها مقصدا للعلماء، ومحجبا للأدباء، وقبلة للتجار، فعجت بفطاحل العلماء ممن ولدوا فيها وأخذوا عن علمائها، وذاع صيتهم وطارت بمؤلفاتهم

1- وهي ثلاثية الأضلاع تقريبا، تبلغ مساحتها حوالي اثنتين وعشرين (22) كيلومترا مربعا، وتقع في حوض البحر الأبيض المتوسط جنوب إيطاليا، وتبعد عن الساحل الإفريقي بمائة وخمس وستين ميلا (165)، وعن الساحل الأوروبي بحوالي ميلين، ويبلغ عرضها حوالي سبعا وسبعين ومائة (177) ميلا، ويقدر دورها الذي يحيط بها بخمسائة (500) ميلا. ينظر التعريف بصقلية: (أخبار الزمان للمسعودي: أبي الحسن علي بن الحسين، ت: لجنة من الأساتذة، دار الأندلس للطباعة والنشر، بيروت، ط2(1416هـ - 1926م)، 66/1، معجم البلدان لياقوت الحموي: أبي عبد الله شهاب الدين بن عبد الله، دار صادر، بيروت، ط2 1995م، 416/2 - 418، صورة الأرض لابن حوقل: أبي القاسم محمد النصيبي، دار صادر، بيروت - لبنان، ط2، 1979م، 118/1 - 130، نزهة المشتاق في اختراق الآفاق للإدريسي: أبي عبد الله محمد بن عبد الله، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1409م، 588/2 - 626. الحياة العلمية في صقلية، علي بن محمد بن سعيد الزهراني، مطابع جامعة أم القرى، 1417م، 03/1).

2- هو أسد بن الفرات بن سنان أبو عبد الله، مولى بن سليم، أصله من خراسان، قاضي القيروان، كان شجاعا حاسما، صاحب رأي، توفي بسر قوسة سنة: 213هـ، وكان مولده سنة: 144هـ، وهو صاحب الأسدية أصل المدونة، روى الموطأ عن مالك، وغلب عليه الرأي؛ فدرس كتب الحنفية، وأخذ عن أبي يوسف، وعلى بن زياد التونسي. ترجمته في: (ترتيب المدارك للقاضي عياض أبو الفضل بن موسى بن عمرو، ت: محمد بن تاويت وآخرون، مطبعة فضالة، المحمدية - المغرب، ط1، 29/3، 30، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون: إبراهيم نور الدين بن علي اليعمري، ت: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطباعة والنشر، القاهرة، دون ط، دون ت، 305/1، 306، طبقات علماء إفريقيا وتونس لأبي العرب: محمد بن أحمد بن تميم، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 81، 82/1، طبقات الفقهاء للشيرازي: أبي إسحاق، إبراهيم بن علي، ت: إحسان عباس، دار الزائد العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1970م، 156/1، 155).

3- بداية من سنة ست وثلاثين وثلاثمائة (336هـ) تم إسناد أمر صقلية إلى الأسرة الكلبية، وكانت هذه الأسرة من أخلص الأسر للخلافة العبيدية، وتعاقب على الجزيرة من أفراد هذه الأسرة عشرة ولآة، واستمرت حوالي خمسا وتسعين سنة. ينظر العرب في صقلية، إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، 1975م، 45/1.

الرّكبان شرقاً وغرباً، معلنة بذلك عن وجودها كعاصمة للعلم تضاهي حواضر العالم الإسلامي وعواصمه؛ كالقيروان والأندلس¹.

بين أحضان هذه الجزيرة الأخّاذة بجمالها، وفي تلك الحقبة الزّمنية المضيئة من حيات الجزيرة ولد ابن يونس، وفيها تربي وترعرع، وتحت قباب مساجدها ومدارسها تعلّم ونبغ، ومن نهر علمائها وشيوخها نهل، فدرس ودرّس وألّف موسوعته الشهيرة الموسومة بـ: "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة" التي بذل فيها - فضلاً عن توجيه وشرح مختلف الأقوال والرّوايات والأوجه - جهداً معتبراً في إيراد الفروق بين المسائل المتشابهة من حيث الصّورة والشّكل، والمختلفة في المعنى والحكم. فمن يكون ابن يونس الصّقلّي، وما حقيقة كتابه "الجامع"؟، وما هي حقيقة الفرق؟. وفي هذا الفصل جواب لهذه الأسئلة في ثلاثة مباحث.

1- ينظر فتح الجزيرة وسقوطها: الكامل في التّاريخ لابن الأثير: أبي الحسن عزّ الدين علي بن محمّد، ت: عمر عبد السّلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1 (1417 هـ - 1997م)، 494، 345، 489/5، تاريخ ابن خلدون المسمّى بـ: (العبر وديوان المبتدأ أو الخبر في تاريخ العرب ومن عاصرهم من ذوي الشّأن الأكبر) لابن خلدون: أبي زيد عبد الرّحمن بن محمّد، ت: خليل شحّادة، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2 (1408 هـ - 1988م)، 253/4 - 269.

المبحث الأول: التعريف بابن يونس الصقلّي.

يعدّ ابن يونس أحد العلماء الأفاضال الذين أنجبتهم صقلية ممّن جمع بين الاجتهاد والجهاد، فخدم المذهب المالكي تدريسا وتأليفاً، و زاد عن حياض الإسلام جهادا، وفي هذا المبحث تجلية لمختلف الجوانب المتعلقة بحياته في مطلبين.

المطلب الأول: ترجمة ابن يونس الصقلّي¹.

رغم المكانة العلمية التي تبوّأها ابن يونس لدى متأخري المالكية، إلا أنّ ما وصلنا عنه من معلومات نادر جدّاً، فقد أشارت إليه بعض كتب التراجم بصورة مقتضبة جدّاً، ومهما يكن من أمر فسيتطرّق هذا المبحث إلى مختلف الجوانب المتعلقة بحياته في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: اسمه، كنيته، نسبه، شهرته.

اتفقت كلمة المترجمين لابن يونس على أنّه محمّد بن عبد الله بن يونس، وكنيته: أبو بكر، وكناه القاضي عياض² بأبي عبد الله، فقال: (أبو بكر أبو عبد الله بن يونس)³، وهو تميميّ النسب؛ ينتهي به نسبه إلى تميم بن مرّة بن آد بن طابخة بن مضر بن نزار بن عدنان، فهو عربيّ مضريّ،

1- ترجمته في ترتيب المدارك: 114/8، الديباج المذهب: 240/2، الصلّة لابن بشكوال: أبي القاسم خلف بن عبد الملك، اعتنى به: عزّت العطار، مكتبة الخانجي، ط2 (1374هـ - 1955م)، 240، 241/2، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمّد بن محمّد مخلوف، علق عليه، عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1424هـ - 2003م)، 165/1، الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي للحجوي: محمّد بن الحسن بن العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1416هـ - 1995م)، 245/2، العمر في المصنّفات والمؤلّفات التّونسية: حسن حسني عبد الوهاب، دون ت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1990م، بيروت - لبنان، دون ط، دون ت، 276/2. مقدّمة مواهب الجليل لشرح خليل للخطّاب: أبي عبد الله محمّد بن عبد الرحمن، ت: زكرياء عميرات، دار الفكر، دون ط، (1412هـ - 1992م).

2- هو عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، من أهل سبته، كنيته أبو الفضل، إمام فاضل، أخذ عن مشايخ الأندلس، كان من أعلم الناس بكلام العرب وأنسابهم، ولّي قضاء سبته وغرناطة، توفّي بمراكش مسموماً، وهو صاحب كتاب الشّفا بتعريف حقوق المصطفى، والغنيّة، وترتيب المدارك، مولده كان سنة: 426هـ، ووفاته كانت سنة: 544هـ. ترجمته في الديباج المذهب: 145/2، 146، الصلّة: 429/1، 430، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان لابن خلكان: أبي العباس شمس الدّين أحمد بن محمّد ت: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دون ط، 1990م، 483/3 - 485، سير أعلام النبلاء للذهبي: أبي عبد الله شمس الدّين محمّد بن عثمان، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرّسالة، دون بلد، ط3 (1405هـ - 1985م)، 49/15 - 52.

3- ترتيب المدارك: 114/8.

صقليّ الدّار؛ ولهذا ينسب إليها، فقد سافر- كما جاء في العمر- (أبوه إلى صقلية فنسب إليها)¹. واشتهر على السنة شرّاح خليل² وأصحاب الحواشي عليه باين يونس، أمّا ابن عرفة³ فكان يسمه بالصقليّ، وتبعه في ذلك بعض شرّاح خليل.

الفرع الثّاني: مولده ووفاته.

لم تذكر المصادر المترجمة لابن يونس شيئاً عن السنّة التي ولد فيها، خلا ما جاء في كتاب "العمر" من أنّه: (ولد بمدينة "بلرم"⁴ عاصمة صقلية، ثمّ انتقل إلى سكن إفريقيا، فاستوطن القيروان آخر القرن الرّابع)⁵، وإذا أخذنا بعين الاعتبار أنّه أخذ عن الإمام القابسي⁶ الذي توفيّ سنة ثلاث وأربعمائة (403هـ)، وعن أبي عمران الفاسي⁷ المتوفّي سنة ثلاثين وأربعمائة (430هـ)، وأنّ تأليفه

1- العمر: 276/2.

2- هو أبو الضيّاء، خليل بن إسحاق الكردي، المصري، المعروف بالجندي، من أهل التّحقيق في المذهب المالكي، شرح جامع الأمّهات في كتاب التّوضيح، وهو صاحب المختصر الشّهير في فروع المالكية، توفيّ سنة: 776هـ. ترجمته في الدّيباج المذهّب: 72/2، الفكر السّامي: 862/2، شجرة النّور: 321/1.

3- هو محمّد بن عرفة أبو عبد الله، الورغمي؛ نسبة إلى "ورغمه" قرية في تونس، ولد سنة: 716هـ، أخذ عن ابن عبد السّلام الهواري، كان حافظاً للمذهب، ضابطاً لقواعده، مات سنة: 803هـ، صاحب المختصر، والمبسوط، والحدود، ترجمته في الدّيباج المذهّب: 331/2، شذرات الذهب في أخبار من ذهب للعكري: أبي الفلاح عبد الحيّ بن أحمد بن العماد، ت: محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط1 (1406هـ - 1986م)، 38/7، شجرة النّور: 227/1، الفكر السّامي: 293/2.

4- بفتح أوّله وثانيه وسكون الرّاء والميم، ينظر معجم البلدان: 418/3.

5- العمر: 676/2.

6- وهو علي بن محمّد بن خلف المعافري القيرواني، كان فقيهاً أصولياً من أهل القيروان، وكان حافظاً للحديث، عالماً بالرّجال، بصيراً بالعلل، رحل إلى المشرق سنة: 57هـ، وهو أوّل من أدخل رواية البخاري إلى إفريقيا، وهو صاحب كتاب الممهّد في الفقه، وأحكام الدّيانات، والمنقذ من شبه التّأويل، وهو صاحب كتاب الملخّص الذي لخصّ فيه الموطأ، ودخل صقلية وانتشر فيها، وولّى الفتيا مكرها. مولده كان سنة: 324هـ، ووفاته كانت سنة: 403هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 92/7 - 97، شجرة النّور: 121/1، الفكر السّامي: 148/2، الدّيباج المذهب: 101، 102/2.

7- وهو موسى بن عيسى بن أبي حاج الغفجومي، الفاسي، القيرواني، المالكي، الفقيه الحافظ.. تفقّه بأبي الحسن القابسي، رحل إلى المشرق فحجّ، ثمّ إلى العراق فسمع من شيوخه، ودرس الأصول على أبي بكر الباقلاني، وسمع من شيوخ الحجار، ومصر، ورجع إلى القيروان فحصلت له رئاسة هناك، وتفقّه على يده خلق كثير، كان أحفظ النّاس للمذهب المالكي، متقناً للسّبع، عارفاً بالرّجال، مولده كان سنة: 368هـ، ووفاته كانت سنة: 430هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 243/7 - 251، الصّلة: 577/2، الدّيباج المذهب: 337/2، شجرة النّور: 158/1، الفكر السّامي: 238/2، 239.

لكتابه "الجامع" كان بصقليّة؛ فإنّه يمكن القول إنّ ميلاد ابن يونس كان في حدود أواخر العقد السّابع أو أوائل العقد الثّامن من القرن الرّابع الهجري في "بلرم"؛ عاصمة صقليّة، ثمّ هاجر إلى القيروان أواخر القرن الرّابع، واستقرّ بها حيناً من الدّهر، ولازم فيها شيوخها، ثمّ عاد إلى مسقط رأسه: "بلرم" فدرّس وألّف. وعندما اضطرب حبل الأمن في صقليّة وما كان ذلك من سقوط الجزيرة سنة أربع وأربعين وأربعمائة (444هـ) هاجر مع من هاجر إلى القيروان، ثمّ إلى المهديّة عند الرّحفة الهلالية على القيروان سنة ستّ وأربعين وأربعمائة (446هـ)، وبها كانت وفاته سنة إحدى وخمسين وأربعمائة (451هـ)، في عشرين بقين من ربيع الأوّل، وقيل: في أوّل العشر الأواخر من ربيع الآخرة من السنّة المذكورة. جاء في كتاب العمر: (التجأ عند الرّحفة الهلالية إلى المهديّة، فأقرأ الفرائض والفقه، وبها توفّي يوم عشرين ربيع الأوّل سنة إحدى وخمسين وأربع مائة، ودفن برباط المنستير حذو باب القصر الكبير الذي ما زال معروفا باسم سيّد الإمام)¹، فرحمه الله وطيبّ ثراه.

الفرع الثّالث: شيوخه وتلامذته ومؤلفاته.

أولاً- شيوخه: إنّ المتنبّع لكتاب "الجامع" تستوقفه صيغ وعبارات توحى بكثرة الشّيوخ الذين أخذ عنهم ابن يونس، ولكن رغم هذه الكثرة المفترضة لشيوخه إلاّ أنّ الكتب المترجمة له لم تحفظ لنا من أسماء شيوخه إلاّ خمسة؛ ثلاثة منهم صقلّيّون وقروبان.

1- شيوخ ابن يونس الصقلّيّون: تذكر المصادر أنّ ابن يونس أخذ عن ثلاثة من علماء صقليّة وهم:

- القاضي أبو الحسن أحمد بن عبد الرّحمن المعروف بابن الحصائري: ولم تذكر المصادر شيئاً عن ميلاده ولا عن وفاته، وكلّ ما ذكرته عنه أنّه أخذ عن جماعة؛ كابن أبي زيد القيرواني²، وأبي الحسن

1- العمر: 676/2.

2- عبد الله أبو محمّد بن أبي زيد النّفزي القيرواني، الملقّب بمالك الصّغير، إمام المالكية في وقته، الجامع لمذهب مالك، الشّارح لأقواله، كان واسع العلم، كثير الرّواية والحفظ، أخذ عن ابن أبي اللّباد، وابن مسرور، والأبياني، وغيرهم، وحجّ فأخذ عن المشاركة، تفقّه على يده خلق كثير؛ كالبرادعي، واللّبيدي، وأبي عبد الله الخوّاص وغيرهم، وهو صاحب كتاب التّوادر والزّيادات، واختصار المدوّنة، وغيرها من التّأليف التي ملأت البلاد، توفّي سنة: 386هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 215/6 - 219، الدّيّاج: 427/1 - 430، شجرة النّور: 143/1، الفكر السّامي: 140/2، 141.

بن بكرون¹، وأحمد بن يزيد القروي²، الذين يرجع إليهم الفضل في توطيد بنیان المدرسة الصقلية أواخر القرن الرابع الهجري³.

- عتيق بن عبد الجبار الفرضي: وهو فقيه فاضل، وإمام في الفرائض، تفقه على المدونة، وحدث عن القابسي، وعنه أخذ أهل صقلية الفرائض⁴.

- أبو بكر بن أبي العباس: فقيه صقلية، وعالمها، أخذ عن ابن أبي زيد⁵.

2- **شيوخ ابن يونس القرويون**: رغم أنّ بن يونس رحل في طلب العلم إلى القيروان، واستوطنها مدة ليست بالقليلة، ولازم فيها شيوخها، إلا أنّ كتب التراجم لم تذكر من شيوخه القرويين إلا اثنين، وهم:

- أبو الحسن القابسي: كان فقيها أصوليا من أهل القيروان، وكان حافظا للحديث، عالما بالرجال، بصيرا بالعلل، أول من أدخل رواية البخاري إلى إفريقيا.

- أبو عمران الفاسي: الذي تفقه هو الآخر بأبي الحسن القابسي، رحل إلى المشرق فحجّ، ثم إلى العراق فسمع من شيوخه، ودرس الأصول على الباقلاني⁶، وسمع من شيوخ الحجاز، ومصر، ورجع إلى القيروان فحصلت له رئاسة هناك، وتفقه على يده خلق كثير، وكان ابن يونس كثير الإجلال لشيوخه أبي عمران، وكثيرا ما كان يسمه بـ "الفقيه الجليل أبي عمران"

ثانيا. **تلامذة ابن يونس**: إنّ السبب الذي كان وراء تأليفه لكتابه "الجامع" هو النزول عند رغبة تلامذته الذين طلبوا منه وضع كتابا في اختصار المدونة، وقد صرح بذلك في مقدمة جامعه فقال: (فقد انتهى إلى ما رغب فيه جماعة من طلاب العلم ببلدنا في اختصار كتاب المدونة والمختلطة،

1- لم أعر على ترجمته.

2- لم أعر على ترجمته.

3- ينظر ترتيب المدارك: 269/7، الديباج المذهب: 240/2.

4- المرجعان السابقان: 269/7، 240/2.

5- المرجعان السابقان: 270/7، 240/2، شجرة النور: 165/1.

6- هو أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد القاضي الملقب بشيخ السنة، ولسان الأمة المتكلم، درس على أبي بكر بن مجاهد، والأبهري، وإليه انتهت رئاسة المالكية في وقته، حسن الفقه، لم تحفظ له قط زلة، ولم تنسب إليه قضية، قمع المعتزلة، من مصنفاته: إعجاز القرآن، التمهيد، دقائق الكلام. ترجمته في ترتيب المدارك: 44/7 - 70، الديباج المذهب: 228/2، شجرة النور: 138/1، الفكر السامي: 147، 148/2.

فسارعت إلى ذلك رجاء النفع به والمثوبة عليه)، إلا أنّ المصادر لم تذكر أحداً من تلامذة ابن يونس باستثناء أبو الطاهر السلفي¹ فقد ذكر اثنين من تلامذته، وهما:

- أبو البهاء عبد الكريم بن محمد بن علي بن عبد الكريم الصقلّي: المقرئ، قال عنه السلفي في معجمه: (أبو البهاء هذا كان من أهل القراءات والحديث.. وقال لي: ولدت سنة (440هـ) بمدينة صقلية، وقرأت الفقه على ابن يونس، وتوفي في شعبان سنة سبع عشرة وخمسمائة بالإسكندرية)².
- أبو حفص عمر بن يونس بن محمد بن الحدّاء القيسي: وهو من مشاهير الزهاد والعباد، امتنع عن الرواية والإقراء، ولد بصقلية سنة ثلاثين وأربعمائة، أخذ عن شيوخ صقلية المقدمين فيها، وسمع من عتيق بن علي بن داود³، وعبد الحق⁴، وقرأ الفقه على ابن يونس، وحجّ سنة واحد وخمسين وأربعمائة (451هـ)، وعاد إلى صقلية، ثم رحل بعدها إلى صفاقص، ثم إلى الإسكندرية سنة اثنتان وسبعين وأربعمائة (472هـ)، وأقام بها إلى أن مات سنة ستّ وعشرين وخمسمائة (521هـ)، قال عنه السلفي: (وكانت ولادته بصقلية سنة ثلاثين وأربعمائة في شهر رمضان، وقرأ بها الفقه على عبد الحق الصقلّي، وأبي بكر محمد بن يونس، وأبي بكر عتيق السمنطاري)⁵.

1- هو أحمد بن محمد بن سلفه، صدر الدين أبو طاهر الأصبهاني، حافظ مكثر، بنى له الأمير الظافر العبيدي مدرسة في الإسكندرية سنة: 546هـ، فأقام بها إلى أن توفي سنة: 581هـ، مولده كان سنة: 475هـ بأصبهان، صنّف معاجم كثيرة، منها: معجم السفر، لُقّب جدّه بالسلفي، والسلفه بمعنى الغليظ الشفة. ترجمته في وفيات الأعيان: 105/1، سير أعلام النبلاء: 5/21.

2- معجم السفر للسلفي: أبي طاهر صدر الدين أحمد بن محمد، ت: عبد الله البارودي، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دون ط، دون ت: 190/1.

3- هو أبو بكر عتيق بن علي بن داود التميمي المعروف بالسمنطاري، الفقيه المحدث الصوفي الإخباري، الذي سافر إلى الحجاز، وساح في البلدان من أرض اليمن إلى الحجاز والشام وفارس وخراسان، مات سنة: 464هـ. ترجمته في شجرة النور: 146/1، معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، ومكتبة المتنى، بيروت - لبنان، دون ت، 248/6، معجم السلفي: 221/2، الوافي بالوفيات للصّفي: صلاح الدين خليل بن أبيك، ت: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، دون ط، (1420هـ - 2000م)، 304/19.

4- هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي، شيخ المالكية الموصوف بالذكاء وحسن التصنيف، تفقه على أبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران الفاسي، والأجدابي، وحجّ، فلقى عبد الوهاب، وأبا ذرّ الهروي، وله كتب منها: التكت والفروق لمسائل المدونة، وتهذيب الطالب، وله استدراك على مختصر البرادعي، وقد حجّ مرّات، وناظر بمكة الجويني؛ إمام الحرمين، مات بالإسكندرية سنة: 466هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 71/8، الديباج المذهب: 56/2، شجرة النور: 173/1.

5- معجم السفر: 235/1.

ثالثاً- مؤلفات ابن يونس: يعدّ ابن يونس من العلماء الذين جمعوا بين العلم والجهاد، إلا أنّ ملازمته للجهاد لم تحل بينه وبين تأليفه للكتب؛ إذ أفاد خزّانة الفقه المالكي بـ:

1- كتاب الجامع: وهو موضوع الدّراسة، واسمه الكامل: (الجامع لمسائل المدوّنة والمختلطة، وآثارها وزياداتها ونظائرها، وشرح ما أشكل فيها وتوجيهه، والفرق بينه وبين ما شاكله، مجموع بالاختصار، وإسقاط التّكرار، وإسناد الآثار من أمّهات الدّواوين لأئمّة المالكية).

2- كتاب الفرائض: على اختلاف المحقّقين حول كونه جزءاً من "الجامع"، أو أنّه مستقلّ عنه، والرّاجح أنّه مستقلّ عنه بدليل ما ورد في مقدّمة هذا الكتاب من قوله: (فقد كنّا شرطنا في كتاب الولاء والمواريث من كتابنا الجامع "لمسائل المدوّنة" أن نضع كتاباً مختصراً جامعاً لأصول الفرائض، وتفريعاتها، واختلاف وجوهها، وتوجيه أقوال المختلفين)¹.

المطلب الثّاني: مكانة ابن يونس العلمية.

يعدّ ابن يونس من أبرز علماء المالكية الذين أنجبتهم صقلية، ممّن خدموا المذهب المالكي تصحيحاً وترجيحاً، وتخريجاً، واستنباطاً، وتأليفاً حتى غدا أحد أقطاب الاجتهاد في المذهب المالكي، وفي هذا المطلب بيان لمكانة ابن يونس الاجتهادية في ثلاثة فروع.

الفرع الأوّل: ابن يونس والاجتهاد.

بالعودة إلى كتاب "الجامع" يمكن الوقوف على كثير من الشّواهد التي تؤكّد مدى إلمام ابن يونس بشرائط الاجتهاد، وممارسته له فعلاً، حتّى غدا من أئمّته.

فمن الشّواهد الدّالّة على تمكّنه من النّاسخ والمنسوخ احتكامه إلى بعض قواعد النّسخ في الرّدّ على من زعم² أنّ المسح على الخفّين منسوخ بما جاء في آية الوضوء³، فقد قال ابن يونس: (ومن حديث

1- كتاب الفرائض لابن يونس، اعتنى به أبو الفضل الدّميّطي، كتاب ناشرون، بيروت - لبنان، ط1 (1433هـ - 2012م).

2- وهو قول عائشة، وأبو هريرة - رضي الله عنهما - ورواية عن مالك، وقد أجازها مالك مطلقاً في رواية، وفي السّفر فقط في رواية أخرى، ومنعه مطلقاً في رواية ثالثة. ينظر النّوادر والزيادات على ما في المدوّنة وغيرها من الأمّهات لأبي محمّد بن أبي زيد القيرواني، ت: عبد الفتّاح محمّد الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م، 93/1، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: أبي عبد الله محمّد بن أحمد، ت: أحمد البردوني وآخرون، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2 (1384هـ - 1964م)، 93/6.

3- وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا فُتِنْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ﴾ سورة المائدة، الآية رقم: 07.

المغيرة¹ - وهو حديث الموطأ - أنه عليه السلام مسح على الخفين في غزوة تبوك²، وهي آخر الغزوات، فسقط بهذا قول من قال: إن آية الوضوء مدنيّة، والمسح منسوخ بها؛ لأنّ غزوة تبوك كانت بالمدينة، والمائدة نزلت بالمدينة قبل هذه الغزوة³.

ومما يشهد له على تمكّنه من الحديث ردّه - على من استدلّ⁴ على جواز التوضؤ بالنبيذ بقوله صلّى الله عليه وسلّم (تمرّة طيبة وماء طهور)⁵ - بقوله: (هذا حديث ضعيف، ضعفه أئمة الحديث، في

1- هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر، بن عوف بن قيس التّقي، أبو عبد الله، أسلم عام الخندق، وشهد الحديبية، وبيعة الرّضوان، واليمامة وفتح الشام والعراق، كتّاه رسول الله بأبي عيسى، وكان من دهاة العرب لقّب بمغير الزّأي، كان قاضياً بالمدينة في زمن عثمان، وكان مع علي في حروبه، وبايع معاوية، ولّاه عمر البصرة ثم الكوفة، ولّاه إياها معاوية أيضاً، واستمرّ عليها حتّى وفاته سنة: 50هـ، وقيل سنة: 49هـ، وقيل سنة: 51هـ، وقد حدّث عن النبي صلّى الله عليه وسلّم، وروى عنه أولاده وبعض الصحابة، ترجمته في الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر: أبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني، ت: عادل عبد الموجود و محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 156/6، معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني، أحمد بن عبد الله بن مهرا، ت: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن، الرياض، ط1 (1419هـ - 1998م)، 2583/5.

2 - أخرجه مالك في كتاب الطّهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، رقم: 79، 35/1، موطأ مالك بن أنس، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، دون ط، (1406هـ - 1985م)، والبخاري في كتاب بدء الوحي، باب الرّجل يوضئ صاحبه، رقم: 199، 84/1، صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل، ت: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، ط5 (1414هـ - 1993م). ومسلم في كتاب الطّهارة، باب المسح على الخفين، رقم: 282، 131/1، صحيح مسلم: أبو الحسن مسلم ابن الحجاج، ت: أحمد بن رفعت القره حصاري وآخرون، دار الطّباعة العامرة، تركيا، دون ط، 1334هـ.

3- الجامع: 295/1.

4- وهم الحنفية الذين جوزوا التوضؤ بنبيذ التمر دون سواه عند عدم الماء، وقيل: يجمع بين التيمم والتوضؤ به، وقال أبو يوسف: لا يجوز التوضؤ به، وجوز الأوزاعي التوضؤ بكلّ الأنبيذ. ينظر المبسوط للسرّحسي: أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، دون ت، دار المعرفة - بيروت، دون ط، (1414هـ - 2023م): 74، 75/1، المبسوط للشيباني: محمد بن الحسن، ت: أبو الوفا الأفعاني، دار القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، دون ط، دون ت، 74/1، 75.

5- رواه أبو داود في كتاب الطّهارة، باب الوضوء بالنبيذ، رقم: 85، 63/1، سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرّسالة العالمية، ط1 (1430هـ - 2009م)، والتّرمني في الطّهارة، باب: ما جاء في الوضوء بالنبيذ، رقم: 88، 131/1، سنن التّرمني: أبي عيسى، ت: بشّار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996، وابن ماجه في كتاب الطّهارة، باب الوضوء بالنبيذ، رقم: 384، 249/1، سنن ابن ماجه: أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرّسالة العالمية، ط1 (1430هـ - 209م)، والحديث مجمع على ضعفه. ينظر نصب الرّاية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي للزّيعلّي: أبي محمد جمال الدّين عبد الله بن يوسف، ت: محمد عوام، مؤسّسة الرّياض، بيروت - لبنان، دار القبلّة للثقافة الإسلامية، جدّة - السّعودية، ط1 (1418هـ، 1997م)، 141/1.

راوييه؛ فأحدهم: أبو زيد؛ وقد طعن عليه وضعف، والآخر: أيوب بن فزارة؛ كان نبأذا بالكوفة، فروى هذا الحديث لتتفق سلته، ولا يحتج بمثل هؤلاء في رفع موجب القرآن¹.

أمّا فيما يتعلّق باللّغة ففي "الجامع" شواهد كثيرة تدلّ على أنّ ابن يونس قد أخذ من لسان العرب بالقدر الذي يحتاج إليه من نحو وصرف وغيرها في عمليّة الاستنباط، ومن ذلك: **أولاً:** ما جاء في توجيهه لقراءة الخفض في قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ﴾² من قوله: (فإن قيل: فقد قرئ "أرجلكم" بالخفض عطفًا على مسح الرأس، قيل: فإنّ الأئمّة الذين قرعوا الخفض كانوا يغسلون، وحجّتهم في القراءة أنّ من شأن العرب الاتّباع على المجاورة؛ كقولهم: "هذا جحر ضبّ خرب"؛ لأنها صفة للجحر؛ ولأنّ الضب لا يخرب، قال الشّاعر: "لقد كان في حول ثواءٍ ثويته"، فخفض الثّواء على مجاورة الحول)³.

ثانياً: استدلاله على قول مالك⁴ في وجوب استيعاب مسح الرأس في الوضوء⁵ بقوله: (فالدليل لمالك قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾⁶، فهو كقوله في التيمم: ﴿وَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ﴾⁷، فلمّا لم يجر أن يقتصر على مسح بعض الوجه باتّفاق، وجب ألاّ يقتصر على مسح بعض الرأس، وكقوله:

1- الجامع: 69/1.

2- سورة المائدة، الآية رقم: 06

3- الجامع: 30/1.

4- حجة الأئمة إمام دار الهجرة؛ أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمر بن الحارث، الحميري، ثمّ الأصبحي المدني، حليف بني تميم من قريش، أمّه عالية بنت شريك الأزديّة، مولده كان سنة: 93 هـ، أخذ عن كبار تابعي التابعين، وعلى رأسهم ربعة الرّأي، وزيد ابن أرقم وغيرهما، إليه تنسب المالكية، كان صلبا في دينه، بعيدا عن الأمراء والملوك، له كتاب الموطأ، وله - أيضا - كتاب الرّد على القدرية، وكتاب في النّجوم، وفي تفسير غريب القرآن. ترجمته في ترتيب المدارك: 104/1 - 193، الدّيباج: 82/1 - 139، وغيرهما كثير جدّا.

5- اختلف العلماء في مقدار الواجب في مسح الرأس؛ فذهب المالكية إلى وجوب الاستيعاب، بخلاف غيرهم الذين لم يشروطوه على خلاف فيما بينهم في تقدير المقدار الواجب مسحه. ينظر مذاهب الفقهاء في المبسوط للسخسي: 162/1، النّوادر والزّيادات: 40/1، الأمّ للشّافعي: أبي عبد الله محمّد بن إدريس (ت204هـ)، دار المعرفة، بيروت، (1414هـ - 1990م)، 26/1، المغني في فقه الإمام أحمد لابن قدامة: أبي محمّد بن عبد الله موفّق الدّين (ت620)، ت: طه الزّيني وآخرون، مكتبة القاهرة، ط1 (1388هـ - 1968م)، 141/1.

6- سورة المائدة، الآية رقم: 06.

7- سورة المائدة، الآية رقم: 06.

﴿وَلِيُطَوِّفُوا بِأَنْبِيَاءِ آلِ عَمِّي﴾¹، الذي لا يجوز الاقتصار فيه على بعض الطواف؛ ولأنّ الباء إنّما دخلت للإصاق؛ كقولك: كتبت بالقلم؛ أي: ألصقت الكتابة، وليس كما زعموا أنّها للتبعيض)².

وفيما يتعلّق بعلم أصول الفقه فإنّ أهمّ ميزة طبعت كتاب "الجامع" هي توجيهات ابن يونس لمختلف الروايات، ولا تخلو واحدة منها من فائدة أصولية؛ ذلك أنّه اتّخذ من القواعد الأصولية سندا في التوجيه، وركيزة في الاستدلال، فجاء الكتاب مشبعا بالفوائد الأصولية، ممّا يدلّ على أنّ ابن يونس متقن لهذه الصنّاعة ومتقنّ فيها.

الفرع الثاني: نماذج من اجتهادات ابن يونس.

يعدّ ابن يونس أحد أعلام المذهب تصحيحا وترجيحا وتخريجا واستنباطا، وفيما يلي عرض لنماذج من ترجيحاته، وتخريجاته، واستنباطاته.

- من الأمثلة على ترجيحات ابن يونس الصقلّي قوله: (ومن المدوّنة³: من خرج يريد الصّيد على مسيرة أربعة برد قصر الصّلاة إن كان ذلك عيشه، قال ابن القاسم⁴: وإن خرج مثلذذا، فلم أره يستحبّ له قصر الصّلاة، وقال: أنا لا أمره، فكيف أمره بقصر الصّلاة.. قال ابن حبيب⁵: إنّما يقصر في سفر يجوز الخروج فيه غير باغ ولا عاد، فأما من خرج باغيا أو عاديا، أو قاطعا للرّحم، أو طالبا للآثم، فلا يجوز له القصر، كما لا يباح له أكل الميتة عند الضّرورة - ثمّ عقّب عليه ابن يونس

1- سورة الحجّ، الآية رقم: 29.

2- الجامع: 26/1.

3- المدوّنة للإمام مالك برواية سحنون، دون ت: زكريّا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1415هـ - 1999م)، 208/1.

4- عبد الرّحمن ابن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي، المصري، أبو عبد الله الحافظ، الحجّة، تفقّه بمالك وصاحبه عشرين سنة، انتفع به أصحابه بعد موت مالك، كان أعلم النّاس بأقواله، مولده كان سنة: 132هـ، ووفاته كانت سنة: 191هـ بمصر، ترجمته في ترتيب المدارك: 261.244/3، الدّيباج المذهب: 168.165/1، الفكر السّامي: 519.516/1، وفيات الأعيان: 129، 130/3، وغيرها.

5- عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السّلمي القرطبي، أبو عبد الرّحمن، أو أبو مروان، عالم الأندلس وفقهيا، أصله من طليطلة من بني سليم، ولد في البيرة، وسكن قرطبة، كان عالما بالتّاريخ والأدب، وهو صاحب كتاب الواضحة في الفقه، مولده كان سنة: 174هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 142.122/4، جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس للحميدي: أبي عبد الله بن أبي نصر بن محمّد، الدّار المصرية للتأليف والنّشر، القاهرة، دون ط، 1966م، ص 283، بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس للضّبي: أبي جعفر أحمد بن يحيى، دار الكاتب العربي، القاهرة، دون ط، 1967م، ص 377، الدّيباج المذهب: 8/2، الفكر السّامي: 216/1.

مرجّحاً ومستدركا - والذي قاله ابن حبيب هو المذهب، إلّا قوله: "لا يباح له أكل الميتة عند الضّرورة، فالصّواب أنّ له أكلها لإحياء نفسه وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾¹، وليس في الإتمام ذهاب نفسه)². فابن يونس في هذا المثال رجّح قول ابن حبيب على قول ابن القاسم، واعتبره المذهب الذي عليه الفتوى في قصر الصّلاة، غير أنّه استدرك عليه في التّسوية بين القصر وبين أكل الميتة للمضطرّ، وأنّ المعصية لا تكون سببا في التّخفيف والتّرخيص على اعتبار أنّ القصر وأكل الميتة كليهما رخصة، وفرّق بينهما ابن يونس بكون إحياء النّفس واجبا، فيكون الأكل من الميتة واجبا؛ لأنّ الامتناع عن الأكل فيه إذهاب للنّفس. بخلاف القصر فهو ليس بواجب؛ لأنّ الإتمام ليس فيه إذهاب للنّفس، فافترقا.

- ومن تخريجات ابن يونس ما جاء في المسافر الذي أوطن موضعا، وأقام فيه أكثر من أربعة أيّام، ثمّ ضعن في البحر فردّته الرّيح إلى موضعه الذي خرج منه؛ فقد قال: (فهذا يدخل فيه اختلاف قول مالك³ في الذي أقام بمكّة بضعة عشر يوما فأوطنها، ثمّ خرج ليعتمر من الجحفة، ثمّ يعود إلى مكّة فيقيم فيها اليومين، فقال مالك مرّة يتمّ في يوميه، ثمّ رجع إلى أنّه يقصر فكذلك هذا، والله أعلم)⁴. وكأنّ لمالك في مسألة المسافر تردّه الرّيح قولان؛ تخريجا على من أوطن مكّة ثمّ خرج معتمرا من الجحفة.

- ومن ذلك - أيضا - ما جاء في مسألة من قال لنسائه الأربع: والله لا أجامعكنّ، فحنث، فعليه كفّارة واحدة عند مالك⁵. قال ابن يونس: (قال مالك: "وإنّما يلزمه إذا وطئ إحداهنّ أو كلهنّ كفّارة واحدة". ثمّ عقّب عليه بقوله - وكذلك لو قال: والله لا أكلم فلانا، ولا أدخل دار فلان، ولا أضرب فلانا، ففعل ذلك كلّه، أو بعضه، فإنّما عليه كفّارة واحدة، وكأنته قال: والله لا أقرب شيئا من هذه الأشياء، ولو قال: والله لا أكلم فلانا، والله لا أدخل دار فلان، والله لا أضرب فلانا، فعليه ها هنا لكلّ صنف

1- سورة النّساء، الآية رقم: 29.

2- الجامع: 733/2.

3- المدونة: 207/1.

4- الجامع: 728/1.

5- المدونة: 588/1.

فعله كقارة، لأنّ هذه ثلاثة أيمان بالله على أشياء مختلفة¹. فابن يونس في هذا النصّ خرّج مسألة من حلف على أشياء مختلفة بيمين واحدة على قول مالك فيمن قال لنسائه: "والله لا أجامعكن". هذه نماذج من ترجيحات وتخريجات ابن يونس، وما يمكن ملاحظته هو أنّ ترجيحاته كثيرة جدًا إذا ما قورنت بتخريجاته؛ بحيث لا تكاد تخلوا منها صفحة من صفحات جامعه حتى أضحت سمة طبيعته وجامعه، فاشتهر بالترجيح، و لم يكتف بالترجيح والتّخريج، وإنّما أثرى المذهب ببعض الاجتهادات التي ليست من قبيل التّرجيح ولا من قبيل التّخريج، وإنّما هي إضافات وتقريعات بناها على أصول وقواعد المذهب، وإن كانت قليلة جدًا مقارنة بسابقتها، ومن ذلك - على سبيل التّمثيل - ما جاء في زكاة العنب من قوله: (قال ابن أبي زمنين²: وما سقي باليد بالدلو فهو بمنزلة ما سقي بالسّواني وبالزّرائيق³، ورأيت فيما نقله بعض شيوخنا أنّ ابن حبيب سئل عن الزّرع يعجزه الماء فيشتري صاحبه ما يسقيه به، كيف يزكّيه؟ قال: "يخرج عشره"، وسئل عنها عبد الملك بن الحسن⁴ فقال: يخرج نصف العشر، قال بعض فقهاءنا: وهذا أعدل؛ لأنّ الحديث إنّما فرق بين التّضح وغيره لمشقّة السّقي، وهذا فيه المشقّة بإخراج الثّمّن، وقد يحتاج في سقي التّضح بالسّواني إخراج الثّمّن للأجراء ومن يتولّى له ذلك، فلا فرق)، ثمّ قال - بعد ذلك - مستتبطا: (وينبغي على هذا القياس في عمل

1- الجامع: 372/3.

2- محمّد بن عبد الله بن عيسى المرّي أبو عبد الله، المعروف بابن أبي زمنين من أهل البيرة بالأندلس، كان من أجلة أهل وقته فقهًا ومعرفة بالحديث واختلاف العلماء، وكان من أهل الوعظ والأدب، وكان مجانبًا للأمراء، صنّف في العلم، والزّهد والزّقائق، من مؤلّفاته: أصول السنّة، ومنتخب الأحكام، وتفسير القرآن، وحياة القلوب، ولد سنة: 324هـ، ومات سنة: 399هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 18/7، الدّيباج المذهب: 232 /2، الفكر السّامي: 145/2، بغية الملتمس: 87/1.

3- جمع زرنوق، وهما منارتان تبنيان على رأس البئر من جانبيها فتوضع عليهما النّعام، وقيل: هما خشبتان أو بناءان كالميلين على شفير البئر من طين أو حجارة، أمّا السّواني: فهي جمع سانية وهي: النّاقة التي يسقى عليها. ينظر تاج العروس من جواهر القاموس لمرتضى الزّبيدي: أبي الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرّزّاق العبيدي، ت: مجموعة من المحقّقين، دار الهداية، 403/25، لسان العرب لابن منظور: أبي الفضل محمّد بن مكرم بن علي، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، 140/10.

4- عبد الملك بن الحسن بن محمّد بن محمّد بن زريق، بن عبد الله أبو مروان، جدّه أبو رافع مولى رسول الله، من أهل قرطبة، كان أوزاعيًا، ثمّ رجع إلى مذهب المدنيّين، سمع من أشهب وابن القاسم، مات سنة: 232هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 110/4، جذوة المقتبس: ص282، الدّيباج المذهب: 19/2، بغية الملتمس، ص 354.

الكروم ومشتقها أن يخرج فيها نصف العشر؛ لأنّ ذلك أشدّ من السقي وأكثر تعباً ونفقة، ولو قاله قائل كان صواباً¹.

والمتملّ في هذا النص يرى أنّ ابن أبي زمنين ألحق السقي بالنضح بالدلو بما سقي بالنضح بالسواني في إيجاب نصف العشر باعتبار المشقة، ومشقة السقي بالنضح بالدلو هي عينها مشقة السقي بالنضح بالسواني، وهذا من قبيل اعتبار عين الوصف في عين الحكم، أمّا عبد الملك فقد ألحق شراء الماء للسقي بالنضح بالسواني في إيجاب نصف العشر باعتبار المشقة، غير أنّ مشقة الشراء لأجل السقي تختلف عن مشقة السقي بالنضح، وهذا من باب اعتبار نوع الوصف في عين الحكم، ولم يكتفِ ابن يونس باعتبار نوع الوصف في عين الحكم، وإثماً ألحق المشقة اللاحقة في عمل الكروم؛ كالجني وقلب الأرض بالمشقة اللاحقة بالسقي، ومشقة السقي غير مشقة العمل، وهذا من باب اعتبار جنس الوصف في عين الحكم.

الفرع الثالث: أقوال العلماء في ابن يونس.

كلّ من ترجم لابن يونس نظر إليه بعين الإجلال، وتكلّم فيه بلسان الاحترام، وبما يليق بمكانته وسعة علمه، فهذا القاضي عياض وصفه بأنّه (كان فقيهاً فرضياً، حاسباً)²، واعتبره ابن فرحون³ كذلك، واصفاً إيّاه بكونه (ملازماً للجهاد موصوفاً بالنجدة)⁴، أمّا صاحب الشجرة⁵ فقد وصفه بأنّه (الإمام الحافظ، النظار، أحد العلماء وأئمة التّرجيح الأخيار، الفقيه الفرضي، الملازم للجهاد،

1- الجامع: 311/2.

2- ترتيب المدارك: 243/7.

3- إبراهيم بن علي بن محمّد بن فرحون اليعمري، مغربي الأصل، تولّى القضاء بالمدينة سنة: 793هـ، وهو الذي أظهر مذهب مالك بالمدينة بعد خموله، صاحب كتاب الديباج المذهب، وتبصرة الحكّام في أصول الأقضية والأحكام، ودرّة الغواص، وطبقات علماء إفريقيا، وغيرها من الكتب. ترجمته في شجرة النور: 222/1، الفكر السامي: 271/2، نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتنبكتي: أحمد بابا بن أحمد، اعتنى به: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، ط2، 200، ص 33، الأعلام: 52/1، الوافي بالوفيات: 72/22.

4- الديباج المذهب: 240/2.

5- هو محمّد بن محمّد بن عمر بن علي بن سالم مخلوف، مولده كان سنة: 1280هـ بتونس، ووفاته كانت بها سنة: 1360هـ، تعلّم بالزيتونة، تولّى القضاء والإفتاء، وكان عالماً بتراجم المالكية، وهو صاحب شجرة النور الزكية في تراجم المالكية، ترجمته في الأعلام: 82/7.

الموصوف بالنجدة الكامل)¹، وجاء وصفه في كتاب العمر بأنه (برع في علوم الدين، واشتهر بمعرفة الفرائض والحساب)²، وقال الدسوقي³ مقراً بجهده في خدمة المذهب: (ابن يونس من ضمن الذين تعبوا في تحرير المذهب وتهذيبه)⁴، وانبرى الحطّاب⁵. وهو يدافع ويردّ على الذين طعنوا في إمامته - قائلاً: (إنّ إمامة ابن يونس وجلالته وثقته معروفة، فلا ينبغي أن يطعن في ثقته)⁶.
 فابن يونس - حسب شهادة هؤلاء - حافظ، نظّار، عالم، بارع في علوم الدين، فقيه، فرضيّ، حاسب، فاضل، مجاهد، شجاع، أفنى حياته ذائداً عن حياض الإسلام، وخادماً للمذهب؛ تحريراً، وتهذيباً وترجيحاً، وقد تجلّى ذلك في موسوعته الموسومة بـ: "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة".

1- شجرة النور: 165/1.

2- العمر: ص 676.

3- هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، من أهل دسوق بمصر، تعلّم وأقام وتوفّي بالقاهرة سنة: 1230هـ، وكان مدرّساً بالأزهر، وكان جامعاً لشتات العلم، ومن علماء العربية، من تصانيفه: الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، وحواشي على كلّ من: مغني اللبيب، والسعد التّقزاني، والشّرح الكبير للدردير، ترجمته في معجم المؤلفين: عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة، مكتبة المنثى - بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون ت، دون ط، 292/8، الأعلام: 17/6، شجرة النور: 520/1.

4- حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير للدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، دار الفكر بيروت، دون ت، دون ط، 22/1.

5- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرّعيني الشّهير بالحطّاب، المغربي أصلاً، المكي مولداً، الفقيه الحافظ الجامع لشتات العلم، عالماً بالتفسير، محقّقاً في الفقه وأصوله، عالماً بالنحو والصّرف واللّغة، مولده كان سنة: 902هـ، ووفاته كانت سنة: 995هـ، ترجمته في نيل الابتهاج، ص 588، شجرة النور: 270/1، الأعلام: 58/57، معجم المؤلفين: 226/13.

6- مواهب الجليل: 436/5.

المبحث الثالث: التعريف بكتاب: "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة".

إذا كان الكتاب يعرف من عنوانه، فإن كتاب ابن يونس موسوم بـ: "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة وآثارها، وزياداتها، ونظائرها، وشرح ما أشكل منها، وتوجيه الفرق بينه وبين ما شاكله، مجموع بالاختصار وإسقاط التكرار، وإسناد الآثار من أمّهات الدواوين لأئمة المالكية¹، فقد تضمن هذا العنوان الخطوط العريضة لمحتوى الكتاب، والملاحم الأساسية لمنهجه في عرض المادة العلمية، وأهم المصادر التي استقى منها مادته، وهذا ما سيحاول هذا المبحث بيانه بشيء من التفصيل في أربعة مطالب.

المطلب الأول: محتوى الكتاب ومنهج المؤلف في عرضه.

بما أنّ المدونة هي أصل كتاب "الجامع"، فلا غرابة أن يأتي وفق ترتيبها مع بعض التقديم والتأخير اللذين صرح بهما في المقدمة، وفق منهج يتناغم وهدف المؤلف في الجمع والشرح والتوجيه، وفي هذا المطلب عرض لمحتوى كتاب "الجامع"، وبيان لمنهج ابن يونس في عرضه لمحتوى الكتاب في فرعين.

الفرع الأول: محتوى الكتاب.

لقد جاءت أجزاء وكتب "الجامع" على النحو التالي²:

- الجزء الأول: وفيه باب في فضل العلم والحثّ عليه وأصوله، وكتاب الطهارة.
- الجزء الثاني: وفيه كتابي الصلاة الأول والثاني.
- الجزء الثالث: ويتضمن كتاب الجنائز، وكتاب الصوم، وكتاب الاعتكاف.
- الجزء الرابع: ويشتمل على كتابي الزكاة الأول والثاني، وكتاب الحج الأول.

1- وهذا العنوان بطوله لم ينصّ عليه المؤلف، وإنما أشار إلى الجملة الأولى منه في مقدّمة كتابه "الفرائض"، حين قال: (فقد كنا شرطنا في كتاب الولاء والمواريث من كتاب الجامع لمسائل المدونة أن نضع كتابا مختصرا جامعاً لأصول الفرائض، وتعريفها، واختلاف وجوهها، وتوجيه أقوال المختلفين)، وقد أشار المحققون للكتاب إلى أنّ هذا العنوان بكامله مكتوب على أغلفة مخطوطات الكتاب.

2- تمّ الاعتماد على طبعة دار الفكر، بيروت، (1434هـ - 2013م)، والتي قام بتحقيقها مجموعة من الطلبة لاستحقاق درجة الدكتوراه من قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أمّ القرى.

- الجزء الخامس: ويشتمل على كتابي الحجّ الثّاني والثّالث، وكتاب الصّيد، وكتابي الذّبائح والضّحايا.
- الجزء السّادس: وفيه كتابا الجهاد الأوّل والثّاني، وكتابا الأيمان والنّذر الأوّل والثّاني.
- الجزء السّابع: ويتضمّن كتابي العتق الأوّل والثّاني، وكتاب التّدبير.
- الجزء الثّامن: وفيه كتاب المكاتب الأوّل والثّاني، أمّهات الأَوْلاد، والولاء والمواريث.
- الجزء التّاسع: وفيه كتب النّكاح؛ الأوّل والثّاني والثّالث، وكتابي إرخاء السّتور، والخلع.
- الجزء العاشر: ويتضمّن كتاب الطّلاق السّنة، والعدد، وكتاب الأيمان بالطلاق، وكتاب التّخيير والتّمليك، وكتاب الإيلاء، وكتاب اللّعان، وكتاب الاستبراء.
- الجزء الحادي عشر: وفيه كتب السّلم الأوّل والثّاني والثّالث.
- الجزء الثّاني عشر: وفيه كتابا الصّرف والرّهن، وكتابا بيوع الآجال والبيوع الفاسدة.
- الجزء الثّالث عشر: ويشتمل على كتابي بيع الخيار، وكتابي المرابحة، واشتراء الغائب، وكتاب الوكالات، وكتاب التّجارة إلى أرض الحرب، وكتاب أبواب معاملة أهل الذّمة مع أهل دينهم ومع المسلمين، وكتاب جامع لأبواب متفرّقة، وكتاب العرايا.
- الجزء الرّابع عشر: ويشتمل على كتاب العيوب والتّدليس، وكتاب جامع القول في الرّد بالعيب والتّداعي فيه، وكتاب الصّلح والجوائح.
- الجزء الخامس عشر، وفيه كتاب الجعل والإجارة، وكتاب المساقاة، وكتاب القراض وكتابا آداب القضاة والأقضية.
- الجزء السّادس عشر: ويتضمّن كتاب كراء الرّواحل والدّوابّ، وكتاب كراء الدّور والأرضين، وكتاب الشّراكة.
- الجزء السّابع عشرة: وفيه كتابا الشّهادات الأوّل والثّاني، وكتاب الرّجوع عن الشّهادات، وكتابا المديان والتّقليس.
- الجزء الثّامن عشرة: ويتضمّن الكتب الثّالية؛ الحمالة، والحوالة، والمأذون له في التّجارة، واللّقطة، والضّوّال، والإباق، وحريم الآبار، وإحياء الموات، والغصب، والوديعة، والعارية، والعدّة، والاستحقاق.

- الجزء التاسع عشر: وفيه كتاب الحبس، والصدقة، والهبات، والوصايا الأول، والوصايا الثاني والثالث.

- الجزء العشرون: وفيه كتابا الشفعة الأول والثاني، وكتابا القسم الأول والثاني.

- الجزء الحادي والعشرون: ويشمل كتابي الفرائض الأول والثاني.

- الجزء الثاني والعشرون: وفيه كتاب القطع في السرقة، وكتاب المحاربيين والمرتدين، وكتاب الرجم والزنى، وكتاب القذف والأشربة.

- الجزء الثالث والعشرون: وفيه كتاب الجراح والجنايات والدييات.

- الجزء الرابع والعشرون: وهو كتاب جامع يشمل أبوابا متفرقة في العقائد والمغازي والأخلاق والآداب العامة وغيرها.

الفرع الثاني: منهج ابن يونس في عرض المادة العلمية للكتاب.

إن أصل كتاب "الجامع" هو المدونة شرحا واختصارا وتأصيلا، وتوجيها، وإلى جانب المدونة ضمّنه مختلف الأقوال والروايات، والأوجه، وقد صرح بذلك في مقدّمة جامعته فقال: (فقد أنهى إلى ما رغب فيه جماعة من طلاب العلم ببلدنا في اختصار كتاب المدونة والمختلطة، فسارعت إلى ذلك رجاء النفع والمثوبة عليه، وأدخلت فيه مقدّمات أبواب كتاب الشيخ أبي محمد بن أبي زيد - رحمه الله - وزياداته إلا اليسير منها، وطالعت في كثير منها ما نقله في النّوادر، ونقلت كثيرا من أمّهات كتاب ابن المواز¹ والمستخرجة، ولم أخل من النّظر إلى نقل أبي محمد² واختصاره، وعملت على الأتمّ عندي من ذلك، وربما قدّمت وأخرت مسائل يسيرة..³، ولقد تضمّن هذا النّصّ الخطوط العريضة لمنهجه في عرض مادّة الكتاب ومصادرها، والتي يمكن توضيحها في النّقاط التّالية:

1- هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن المواز، من أهل الإسكندرية، تفقّه بآبى المجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ، ونقل عن ابن وهب، وابن القاسم، وغيرهما، وقد انتهت إليه رئاسة المذهب في عصره، كان راسخا في الفقه والفتيا، صاحب كتاب "الموازية"، وهو من أجلّ كتب المالكية، ومرجّحة على سائر الأمّهات، مولده كان سنة: 180هـ، ووفاته كانت بالشّام في محنة القرآن سنة: 281هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 167/4 - 170، الديباج المذهب: 166/2، الفكر السّامي: 101/2.

2- هو ابن أبي زيد القيرواني، وقد تقدّمت ترجمته.

3- مقدّمة الجامع.

- جاء الكتاب مقسّمًا إلى أجزاء حسب ترتيب المدونة تقريبا، وكلّ جزء يتضمّن عدّة كتب، وكلّ كتاب يتألّف من أبواب عدّة، لكلّ باب عنوان، وغالبا ما يتألّف العنوان من عدّة جمل وعبارات، كلّ عبارة أو جملة بمثابة مسألة.
- غالبا ما تتصدّر الأبواب بنصّ أو آية أو أثر، من باب التّأصيل لمختلف مسائل الأبواب، ثمّ بعد ذلك يشرع في إيراد المسائل المتعلقة بالباب مسألة مسألة، مصدرًا إيّاها عادة بقوله: "ومن المدونة".
- وقد يتخلّل النّقل من المدونة جمل اعتراضية على سبيل الشّرح والبيان وبسط بعض الألفاظ، ثمّ يستطرد بعد ذلك بذكر روايات أخرى في المسألة عن مالك من غير المدونة مشيرا إلى مظانّها في أمّهات ودواوين المذهب، وقد بذل جهدا كبيرا في التّمييز بين الصّحيح الثّابت من الرّوايات والأقوال، وبين غيرها، حتّى غدا كتابه مصحفا للمذهب¹.
- عادة ما يشفّع تلك المرويّات بتخرجات أصحاب الإمام التي تعرف بالأوجه، وقد يضمّ إليها أقوال من سبقه أو عاصره من المتأخّرين، وبهذا الصّنيع يكون ابن يونس قد أخذ بالنّهج الأثري الذي يجمع الأقوال والمرويّات، وتصحيحها وتمييز الصّحيح منها من الضّعيف.
- بعد أن يطمئنّ ابن يونس إلى صحّة المرويّات والأوجه والأقوال التي بين يديه، يقوم بتوجيهها مبينا مآخذها وما انبنت عليه من قواعد وأصول، وهذه سمة بارزة طبعت كتاب "الجامع"، بحيث لا تكاد تخلو صفحة من صفحاته منها، وبذلك يكون قد مزج بالطريقة القروية الطريقة العراقية.
- كثيرا ما يتضمّن ذلك التّوجيه الإشارة إلى بعض القواعد الأصولية على سبيل الإيجاز، وفي بعض الأحيان يخوض في شرح وتأصيل تلك القواعد على نحو مسهب، وهو نادر جدّا.
- بعد توجيهه لمختلف الرّوايات والأقوال؛ وبيان مآخذها والموازنة بينها، يهتمّ بقضية التّرجيح التي هي - إلى جانب التّحديد والتّأصيل - إحدى مميّزات "الجامع"؛ فتراه تارة يصوّب ما صوّبه غيره، وقد يكتفي بذكر ترجيح الغير دون تعليق عليه بالتأييد أو الرّفص، وتارة أخرى ينفرد بترجيح دون أن يتّبع أحدا في ذلك، غير أنّه إن كان ما رجّحه وجها أو قولاً أو رواية، كلّ ذلك بعبارة بيّنة واضحة، ونادرا ما يوازن بين الأقوال والرّوايات دون ترجيح.

1- سمي مصحف المذهب لصحة مسائله. الفكر السامي: 245/2.

- ومما اعتنى به ابن يونس - إلى جانب قضيتا التّأصيل والتّرجيح - قضية الفروق¹ بين المسائل المتشابهة، فقد كان له في ذلك باع كبير، حتى إنّ كثيراً ممّن جاء بعده كان عالة عليه.

- قد يضيف على بعض المسائل طابعا خلافيا، بما ينقله من خارج المذهب² من آراء فقهية عن الصّحابة والتّابعين، وعن بعض المذاهب؛ كالشافعية والحنفية.

- عادة ما يشير إلى المصدر الذي نقل عنه بذكر الكتاب أو التّصريح باسم المؤلّف، وقد لا يذكر شيئا من ذلك وهو نادر جدّا، أمّا ما اختصّ به من تصحيح وتلخيص وتوجيه وترجيح وذكر فرق فعادة ما يشير إليه بالرمز: "م"، أو بقوله: "قال الشيخ"، وقد يصرّح باسمه وهو نادر جدّا، وقد لا يذكر شيئا من ذلك، وتفهم نسبته إليه من خلال السّياق.

وصفوة القول: إنّ ابن يونس بذل في "جامعه" جهودا مضمّنة في الجمع والشرح والتّهذيب والتّصحيح والتّقييد والتّأصيل وذكر الفروق والخلاف، فجاء درّة مدنيّة مصرية قيروانيّة أندلسية في المضمون، ممزوجة بنكهة عراقية في التّحليل والتّقييد، فكان حقّا جامعا ومصحفا للمذهب، ويتأكّد هذا المزج بين مختلف المدارس من خلال المطلب التّالي.

المطلب الثّاني: مصادر كتاب "الجامع".

بالعودة إلى كتاب "الجامع" نجد أنّ ابن يونس اعتمد عددا لا بأس به من المصادر، ونقل عن عدد هائل من الأعلام، وقد صرّح بأهمّ المصادر التي اعتمدها في مقدّمة كتابه، والبعض الآخر جاء ذكره في ثنايا الكتاب، وفيما يلي عرض لمختلف مصادر "الجامع".

الفرع الأوّل: المصادر المصرّح بها في مقدّمة كتاب "الجامع".

قال ابن يونس وهو يبيّن أهمّ المصادر التي اعتمدها في كتابه: (فقد انتهى إلى ما رغب فيه جماعة من طلاب العلم ببلدنا في اختصار كتاب المدونة والمختلطة.. فسارعت إلى ذلك رجاء النّفع به والثبوة عليه، وأدخلت فيه مقدّمات أبواب كتاب الشيخ أبي محمّد بن أبي زيد - رحمه الله تعالى - وزياداته إلّا اليسير منها، وطالعت في كثير منها ما نقله في النّوادر، ونقلت كثيرا من الزّيادات من

1- والفروق موضوع هذه الأطروحة.

2- كثيرا ما ينقل الخلاف الفقهي خارج المذهب عن القاضي عبد الوهّاب.

أمّهات كتاب ابن المواز، والمستخرجة، ولم أخل النظر إلى نقل أبي محمّد واختصاره). فقد تضمّن هذا النصّ إشارة إلى المصادر التالية:

1- المدوّنة الكبرى: للإمام مالك بن أنس؛ وأصلها سماع قاضي القيروان أسد ابن الفرات بن عبد الرّحمن بن القاسم، وبعد تهذيبها من قبل سحنون¹، وعرضها مرّة أخرى على ابن القاسم خلصت إلى صورتها النهائيّة².

2- الموازية: لأبي عبد الله المواز؛ وهو من أجلّ كتب المالكية، المرجّح على سائر الأمّهات، وأنّ البوادر الأولى في الجمع بين منهجي الأثر والرأي في التّأليف ظهرت عند ابن المواز في كتابه هذا³.

3- المستخرجة (العنبيّة): لأبي عبد الله محمّد بن أحمد بن عبد العزيز، الأموي القرطبي الأندلسي⁴، المتوفّي سنة (255هـ)؛ والمستخرجة هذه سماعات أحد عشر فقيها، وكان من حسن حظّها أن اهتمّ بها ابن رشد⁵ في كتابه: "البيان والتّحصيل"، وقام بتهذيبها⁶.

1- هو عبد السّلام بن سعيد بن حبيب التّوّخي الملقّب بسحنون، شامي من حمص، مولده كان بالقيروان سنة: 160هـ، سمع من سفيان بن عيينة، والوليد بن مسلم، وابن وهب، وابن القاسم ووكيع، وأشهب، وأخذ عنه ابنه محمّد، وأصبغ، وابن وهب القرطبي، وابن عبدوس، ويحيى بن القاسم، ومطرف بن عبد الرّحمن، وغيرهما، كان رفيع القدر، أبيّ النّفس، لا يقبل من سلطان شيئا، صارما في الحقّ، روى المدوّنة في فروع المالكية، سُمّي سحنونا باسم طائر يُسمّى سحنون لحدّة ذهنه وذكائه، أنظر ترجمته في ترتيب المدارك: 8945/4، الديباج المذهّب: 30/2، شجرة النور الزّكية: 103/1، طبقات علماء إفريقيا وتونس: ص101.

2- اصطلاح المذهب عند المالكية: محمّد إبراهيم علي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التّراث، الإمارات العربية، دبي، ط1 (1421هـ - 200م)، ص 114 - 116

3- وقد وصف ابن فرحون كتابه هذا بأنّه (أجلّ كتاب ألفه قداماء المالكية وأصحّها مسائل وأبسطها كلاما، وأوعبها، وقد رجّحه أبو الحسن القابسي على سائر الأمّهات فقال: لأنّ صاحبه قصد إلى بناء فروع أصحاب المذهب على أصولهم في تصنيفهم، وغيره إنّما قصد جمع الروايات، ونقل منصوص السّماعات). الديباج المذهّب: 166/2.

4- سمع يحيى بن يحيى اللّيثي وسحنون وأصبغ، ويعرف بالعنبي نسبة إلى عتبة بن أبي سفيان بالولاء، توفّي بالأندلس سنة: 255هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 252/4، جذوة المقتبس: ص 39، بغية الملتبس: ص 48، تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي: أبي الوليد عبد الله بن محمّد، اعتنى به عزّت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2 (1408هـ - 1988م)، 8/2.

5- هو أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي شيخ المالكية، قاضي الجماعة بقرطبة، كان فقيها، حافظا للفقّه عارفا بالفقوى، بصيرا بأقوال أئمّة المالكية، نافذا في علم الفرائض، مولده كان سنة: 450هـ بقرطبة، وبها كانت وفاته سنة: 520هـ، وهو الذي حفظ لنا المستخرجة وشرحها في كتابه: البيان والتّحصيل، وهو صاحب كتاب: المقدمات الممهّدة، ترجمته في الصّلة: 546/1، بغية الملتبس: ص 51، الديباج المذهّب: 248/2، مواهب الجليل: 35/1.

6- ينظر اصطلاح المذهب عند المالكية، ص 120، 121.

- 5- النّوادر والزّيادات على ما في المدوّنة وغيرها من الأمّهات: لابن أبي زيد القيرواني؛ وهو كتاب مشهور لخص فيه مؤلّفه أمّهات ودواوين المذهب، وأهمّ الكتب المعتمدة في القرن الرّابع الهجري¹.
- 6- مختصر المدوّنة لابن أبي زيد - أيضا - قال عنها القاضي عياض وعن كتاب النّوادر: (على كتابيه هذا كان المعولّ بالمغرب في التّفقه)². وقام المؤلّف بتهديب المدوّنة واختصارها، وزاد عليها بعض الزّيادات التي رآها ضرورية، وأضاف إليها أبوابا لم تتطرّق إليها المدوّنة³.

الفرع الثّاني: المصادر التي جاءت في ثنايا كتاب "الجامع".

اعتمد ابن يونس عددا من المصادر غير تلك التي صرّح بها في مقدّمه جامع، وهي:

- 1-الموطأ: من تأليف الإمام مالك رضي الله عنه⁴، ولقد رواه عنه تلامذته بروايات مختلفة.
- 2- كتب أشهب⁵: له عن مالك سماعات في عشرين كتابا⁶.
- 3- مختصرات ابن عبد الحكم: وهي ثلاث مختصرات جمع فيها سماعاته عن مالك وكبار تلاميذه، وهي: الكبير والأوسط والصّغير، وتعدّ عماد المدرسة العراقية⁷.
- 4- الدّيميّاطية: لابن أبي جعفر الدّيميّاطي⁸، جمع فيه سماعاته عن مالك وكبار أصحابه⁹.
- 5- الواضحة: لعبد الملك بن حبيب السّلمي، ثانياً الأمّهات والدّواوين عند المالكية¹⁰.

1- اصطلاح المذهب عن المالكية، ص250، 251.

2- ترتيب المدارك: 217/6.

3- اصطلاح المذهب عن المالكية: ص 251، 252.

4- بوبه على أبواب الفقه، فأحسن ترتيبه وتبويبه، فكان حديثاً فقهياً، جمع بين الأصل والفرع. ينظر الفكر السّامي: 335/1

5- أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، المصري، أبو عمرو، فقيه مصر في عصره، تفقه على المدنيّين والمصريّين، انتهت إليه رئاسة العلم في مصر بعد ابن القاسم، مولده كان سنة: 145هـ، ووفاته كانت سنة: 204هـ بمصر، ترجمته في ترتيب المدارك: 262/3، 270. الدّيباج المذهب: 307/1، وفيات الأعيان: 238/1.

6- ترتيب المدارك: 264/3.

7- اصطلاح المذهب: ص105، 106.

8- هو عبد الرّحمن بن أبي جعفر الدّيميّاطي، تفقه بأكابر أصحاب مالك؛ كابن وهب، وابن القاسم، ومطرف، وابن نافع، وتعرف سماعاته عنهم بالدّيميّاطية، مات سنة: 226هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 248/2، الدّيباج المذهب: 471/1.

9- اصطلاح المذهب: ص 104.

10- اعتنى بها مالكية الأندلس، وتعدّ إحدى مفاخرهم. ينظر اصطلاح المذهب: ص 148.

- 6- كتب ابن سحنون¹: وله كتب عدّة منها؛ الجامع، والسّير، وكتاب الجوابات².
- 7- الثّمانيّة³: لعبد الرّحمن بن إبراهيم بن عيسى، أبي يزيد⁴.
- 8- المجموعة: لابن عبدوس⁵، وهي خامس الدّواوين والأّمهات⁶.
- 9- مختصر الوقار⁷: وللوقار مختصرين؛ الكبير والصّغير⁸.
- 10- السّليمانيّة: لأبي الرّبيع سليمان بن سالم القطّان، المعروف بابن الكُحالة⁹، وكان الكتاب منتشرًا في صقلية، وعنه انتشر مذهب مالك فيها.
- 11- الحاوي في مذهب مالك: للقاضي أبي الفرج¹⁰.

- 1- هو محمّد بن سحنون أبو عبد الله، سمع من أبيه، وكان من حقاظ مذهب مالك، جامعا للفنون، توفّي سنة: 256هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 204/4، الدّيباج المذهّب: 169/2، شجر النّور: ص70، الفكر السّامي: 99/2.
- 2- وأهمّها كتاب "الجامع" الذي جمع فيه فنون العلم والفقه. ينظر اصطلاح المذهب: ص129.
- 3- والثّمانيّة هذه ثمانية كتب، جمع فيها المؤلّف أسئلته التي سألها مشايخه المدنيّين. ينظر ترتيب المدارك: 258/4.
- 4- هو عبد الرّحمن بن يزيد بن عيسى بن برير، مولى معاوية، عرف بالأندلس بابن تارك الفرس، غلب عليه الفقه، سمع من يحيى بالأندلس، ومن المدنيّين؛ كابن كنانة، وابن المجشون، ومطرف، توفّي سنة: 258هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 257/4، جذوة المقتبس: ص76، تاريخ علماء الأندلس: 301/1.
- 5- هو محمّد بن إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن عبدوس، من أكابر أصحاب سحنون، كان حافظا للمذهب، وكان ورعا تقيا، توفّي سنة: 250هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 222/4 الدّيباج المذهّب: 174/2، الفكر السّامي: 100/2.
- 6- وهي مؤلّف في نحو خمسين كتاب على مذهب مالك، وهي أشهر كتبه وأكثرها تداولًا. ينظر ترتيب المدارك: 223/4.
- 7- هو أبو بكر بن أبي يحيى بن إبراهيم بن عبد الله الوقّار المصري، كان حافظا للمذهب، تفقّه بأبيه، وابن الحكم، وأصبغ، له مختصران في الفقه، انتهت إليه رئاسة المالكية في وقته، توفّي سنة: 269هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 36/4، الدّيباج المذهّب: ص374، شجرة النّور: 101/1، الفكر السّامي: 122/2.
- 8- واشتهر لدى المغاربة بمختصره الكبير، وفضّلوه على مختصر ابن عبد الحكم. ينظر اصطلاح المذهب: ص139.
- 9- هو أبو الرّبيع سليمان بن سالم القطّان، المعروف بابن الكحالة، كان من أصحاب سحنون وابنه، وكان كثير الشّيوخ، ولّى قضاء باجه، ثمّ مظالم القيروان، ثمّ قضاء صقلية، وكان خروجه إليها سنة: 281هـ، وتوفّي بها وهو على القضاء، ولم يترك من المال شيئا، كان أدبيا كريما حسن الأخلاق، بارًا بطلبة العلم، يغلب عليه الرّواية والتّفسير، صاحب كتاب السّليمانيّة، ينظر ترجمته في ترتيب المدارك: 365/4، الدّيباج المذهب: 374/1، شجرة النّور: 107/1.
- 10- هو القاضي أبو الفرج عمر بن محمّد اللّيثي، نشأ ببغداد، وصاحب القاضي إسماعيل، ألّف كتاب الحاوي في مذهب مالك، وكتاب اللّمع، روى عنه الأبهري، وفاته كانت سنة: 330هـ، وقيل سنة: 331هـ، ترجمته في الدّيباج المذهّب: 127/2، الفكر السّامي: 114/2، شجرة النّور: 118/1.

- 12- المبسوط: للقاضي أبي الفرج¹، وهو سادس الدّواوين².
- 13- مختصر ما ليس في المختصر: لابن القرطي³.
- 14- التّقرّيع: لابن الجلاب⁴ البصري، وهو كتاب مشهور معتمد، وهو نوع من المختصرات الجامعة لعدد ضخم من المسائل المندرجة تحت أبواب الفقه⁵.
- 15- الممهّد في الفقه وأحكام الديانة: لأبي الحسن علي بن محمّد القابسي.
- 16- عيون الأدلّة في الفقه: لابن القصّار⁶.
- 17- المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهّاب⁷، وقد أكثر ابن يونس النّقل عنه، وخاصّة إذا كان بصدد نقل الخلاف خارج المذهب، فينقل الخلاف مشفوعاً باحتجاج القاضي للمذهب، وتوجيهاته في بعض الأحيان.

- 1- هو إسماعيل بن إسحاق بن حمّاد بن زيد بن درهم، أبو إسحاق، الأزدي، البصري، نشأ بالبصرة، واستوطن بغداد، وتولّى قضاءها، تفقّه على مالكية العراق، ألف كتاب المبسوط، وأحكام القرآن، مولده كان سنة: 199هـ، ووفاته كانت سنة: 288هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 276/4، الديباج: 282/1، الفكر السّامي: 504/1، الوافي بالوفيات: 144/5.
- 2- باسط قول مالك في العراق ومظهره فيه، وعنه انتشر مذهب مالك في العراق، وبعد كتابه المبسوط أمّم كتاب جمع بين دقّتيه أقوال وترجيحات الصّدّر الأوّل من مشايخ المدرسة العراقية. ينظر اصطلاح المذهب: ص 151.
- 3- هو محمّد بن القاسم بن شعبان بن محمّد بن ربيعة العبسي المصري، المعروف بابن القرطي، انتهت إليه رئاسة المالكية بمصر، توفّي سنة: 355هـ، وهو صاحب كتاب الزّاهي الشّعباني، ومختصر ما ليس في المختصر، وغيرها، ترجمته في ترتيب المدارك: 274/5، الديباج المذهّب: 194/2، شجرة النّور: 120/1، جذوة المقتبس: 41/1، الصلّة: 655/1.
- 4- عبيد الدّين الحسن ابن الجلاب، أبو القاسم، من أهل البصرة، فقيه مالكي، أصولي، تفقّه بالأبهرى، وتفقّه به القاضي عبد الوهّاب، ألف كتاب التّقرّيع، وله كتاب في مسائل الخلاف، توفّي سنة: 355هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 76/7، الديباج المذهّب: 461/1، شجرة النّور: 137/1، الفكر السّامي: 139/2.
- 5- اصطلاح المذهب: ص 235.
- 6- هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد المعروف بابن القصّار، الأصوليّ النّصّار، صاحب كتاب التّقرّيع في فروع المالكية، تفقّه بالأبهرى، تولّى قضاء بغداد، وفاته كانت سنة: 398هـ، وقيل سنة: 397هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 70/7، الديباج المذهّب: 100/2، الفكر السّامي: 144/2.
- 7- هو عبد الوهّاب بن علي بن نصر البغدادي، أبو محمّد، أحد أعلام المالكية في العراق، ولّى القضاء في عدّة مدن عراقية، رحل إلى الشّام، واجتمع بأبي العلاء المعري، ثمّ توجه إلى مصر، وتوفّي بها سنة: 422هـ، تفقّه على كبار أصحاب الأبهرى؛ كابن القصّار وابن الجلاب، ودرس على الباقلاني، ترجمته في ترتيب المدارك: 220/7، الديباج المذهّب: 26/2، شجرة النّور: 154/1، سير أعلام النبلاء: 146/17، الفكر السّامي: 236/2.

- 18- كتاب الأبهري¹: وقد اشتهر القاضي الأبهري بشرحيه على مختصرات ابن عبد الحكم²؛ الكبير والصغير، وعليهما مدار فقه المالكية في المدرسة العراقية³.
- 19- تهذيب المدونة: للبرادعي⁴، وهو اختصار للمدونة، كثيرا ما كان ينقل ابن يونس من تهذيب البرادعي مصدرا ذلك بعبارة: "ومن المدونة"، قاصدا التهذيب في أغلب الأحيان.
- 20- كتاب التكت والفروق: لعبد الحق الصقلّي، وأكثر ابن يونس النقل من هذا الكتاب، وخاصة إذا كان بصدد توجيه بعض المسائل وذكر الفروق.
- 21- تهذيب الطالب: لعبد الحق - أيضا - وهو في شرح المدونة، ولم يكثر النقل منه.
- 22- صحيح البخاري: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري⁵.
- 23- صحيح مسلم: لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري⁶.

- 1- هو أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الشهير بالأبهري، صاحب التصانيف، عدّ في طبقة سحنون وابن أبي زيد، له شرحان على مختصر ابن عبد الحكم، وكتاب الأصول، وإجماع أهل المدينة، وغيرها، وفاته كانت سنة: 358هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 183/6، الديباج: 317/1، شجرة النور: 136/1، الفكر السامي: 143/2.
- 2- هو عبد الله بن عبد الحكم بن رافع بن أعين، أبو محمد المصري من أجلة أصحاب مالك، روى عنه الموطأ سماعا، انتهت إليه رئاسة المالكية بعد أشهب بمصر، ولد بالإسكندرية سنة: 155هـ، ومات بالقاهرة سنة: 214هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 60/3، الديباج: 419/1، وفيات الأعيان: 34/3، شجرة النور: 89/1، الفكر السامي: 113/2.
- 3- اصطلاح المذهب: ص 232
- 4- هو أبو القاسم خلف بن أبي القاسم الأزدي، المعروف بالبرادعي، يكتى بأبي سعيد، من كبار أصحاب ابن أبي يزيد والقاسبي، ومن كبار حفاظ المذهب، ولد وتعلم بالقيروان، وتجنّب فقهاؤها؛ لاتصاله بسلاطينها، وانتقل إلى صقلية، ثم إلى أصبهان، ومات بها سنة: 382، ألف كتاب "التهذيب" وهو اختصار للمدونة، التمهيد لمسائل المدونة، الشرح والتتمات، واختصار الواضحة، ترجمته في ترتيب المدارك: 256/7، الديباج المذهب: 349/1، الفكر السامي: 243/2.
- 5- هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة بن بردزية، أمير المؤمنين في الحديث، ولد سنة: 194هـ، رحل في طلب الحديث، مات سنة: 256هـ في ليلة الفطر، ترجمته في تذكرة الحفاظ للذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1419هـ - 1998م)، 104/2، تهذيب الكمال للمزي: أبي الحجاج يوسف بن الزكي عبد الرحمن، ت: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 (1400هـ - 1980م)، 431/24، طبقات الحنابلة لأبي يعلى الفراء: أبي الحسين محمد بن محمد، ت محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، دون ط، دون ت: 126/1.
- 6- هو مسلم بن الحجاج أبو الحسين حجة الإسلام النيسابوري، الإمام الحافظ صاحب التصانيف، ولد سنة: 204هـ، ومات سنة: 261هـ. ترجمته في تذكرة الحفاظ: 126/2، تهذيب الكمال: 499/27، طبقات الحنابلة: 335/1. تهذيب التهذيب للعسقلاني، أبي الفضل أحمد بن علي، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، 1326هـ، 213/10.

24- موطأ ابن وهب¹.

25- شرح غريب الموطأ: لعبد الملك بن حبيب السلمي.

26- غريب الحديث: لأبي عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري².

27- غريب الحديث: لأبي القاسم بن سلام الهروي³.

28- النَّاسِخُ وَالْمَنْسُوخُ: لأبي جعفر النَّحَّاسِ⁴.

وبهذا يكون ابن يونس ضمَّ بين دفتي جامعہ فقہ المدنیین، والمصریین، والأندلسیین والقرویین، والعراقیین، من سماعات ومختصرات، وشروحات علیها.

وخلاصة القول: إنَّ كتاب "الجامع" لابن يونس بات محلَّ إعجاب واهتمام من جاء بعده؛ نظراً لغزارة مادته وأصالتها، وصحة مسائله ووثوقها، وتنوع مصادره، حتَّى أضحى مصحفاً للمذهب، وعمدة في الفتوى، وسجلاً حافظاً لأقوال من سبق وعاصر الإمام ابن يونس، ولقد شهد بذلك ثلَّة من العلماء؛ فهذا القاضي عياض يؤكِّد أنَّ (عليه اعتماد الطالبين بالمغرب للمذاكرة)⁵، ولقي اهتماماً كبيراً في المغرب، كيف لا وقد لقبوه بعجوز الدار⁶، ومصحف المذهب، وكان عماد الطلبة، وعمدة الفتوى.

1- هو عبد الله بن وهب بن مسلم، الفهري بالولاء، المصري، أبو محمد، جمع بين الفقه والحديث والعبادة، امتنع عن القضاء، روى عن مالك وطبقته، تفقه بمالك والليث، صحب مالكا عشرين سنة؛ من سنة: 148هـ إلى أن توفي، وكان أعلم أصحاب مالك بالسنة والآثار، له الموطأ الكبير، والجامع الكبير، وسماعات عن مالك في ثلاثين كتاباً، توفي بمصر سنة: 197هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 228/3، الديباج: 413/1، شجرة النور: 89/1، الفكر السامي: 442/1.

2- عبد الله بن مسلم بن قتيبة أبو محمد الكاتب الدينوري النحوي اللغوي العالم، صاحب التصانيف الحسان في فنون العلوم. مروزي الأصل. ولد ببغداد سنة: 213هـ، ونشأ بها وتأدب، وأقام بالدينور مدة فنسب إليها، مات سنة: 276هـ. ترجمته في سير أعلام النبلاء: 296/13، الوافي بالوفيات: 326/17.

3- هو أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله، أبوه سلام كان مملوكاً لرجل هروي، مولده كان سنة: 157هـ، وكان من أهل الاجتهاد، اشتغل بالحديث والأدب والفقه، مات بمكة سنة: 223هـ. ترجمته في سير أعلام النبلاء: 191/11، وفيات الأعيان: 62/4.

4- هو أحمد بن محمد بن إسماعيل بن يونس المرادي أبو جعفر النَّحَّاسِ، كان من أهل العلم بالفقه والقراءة واللغة، من مصنِّفاته: تفسير القرآن، وإعراب القرآن، ومعاني القرآن، وناسخ القرآن ومنسوخه. ينظر ترجمته في وفيات الأعيان: 99/1، الأعلام: 208/1.

5- ترتيب المدارك: 114/8.

6- يروى أنَّ الغبريني عكف على "الجامع"، وسأله والد الرِّصاع عن ذلك فقال: لأنَّ صاحب هذه الدار - يعني الشيخ القاضي ابن حيدرة، وكان ساكناً بداره وتلمذ له - يقول: عليكم بآبن يونس فإنه عجوز الدار. ينظر مقدِّمة نكت وتنبهات في تفسير القرآن الكريم للبسيلى: أبي العباس بن غازي التونسي، ت: محمد الطبراني، مطبعة النَّجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط(129هـ - 200م)، 98/1.

وقد سئل الفقيه السرّقوسي¹ عن الكتب المعتمدة في الفتوى فأجاب: (إنّ المعتمد في ذلك: الموطأ، المنتقى²، المدوّنة، وابن يونس، والمقدّمات، والبيان³، والنّوادر)⁴. وكان عمدة كثير من جاء بعده⁵.

-
- 1- هو عثمان بن علي بن عمر الخزرجي أبو عمر الصّقلي، مقرئ وعروضي، من تصانيفه: مختصر العمدة، شرح الأوضاع، مخارج الحروف، كان حيّاً قبل سنة: 575هـ. ترجمته في معجم المؤلّفين: 263/6، معجم السّفر: 4/1.
 - 2- وهو كتاب المنتقى في شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي المتوفّى سنة: 474هـ.
 - 3- كلّ من البيان والمقدّمات من تأليف أبي الوليد ابن رشد المتوفّى سنة: 520هـ.
 - 4- المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب للونشريسي أبي العباس: أحمد بن يحيى، وزارة الأوقاف الإسلامية المغرب، 1401دونط، هـ 1981م، 109/11.
 - 5- من أمثلة ذلك: المواق (ت897هـ) في كتابة التّاج والإكليل، الونشريسي (ت914هـ) في كتابه المعيار، الخرشي (ت1101هـ) في شرحه على مختصر خليل، الزّهوني (ت1230هـ) في حاشيته على شرح الزّرقاني، الحطّاب (ت954هـ) في مواهبه على شرح خليل، القرافي (ت674هـ) في كتابه الذّخيرة، الزّرويلي (ت719هـ) في كتابه شرح التّهذيب، خليل (ت776هـ) في شرحه على مختصر الحاجب المسمّى بالتّوضيح.

يفترقان فيه، ومن هنا عرفه إمام الحرمين الجويني¹ بأنه: (الفصل بين المجتمعين في موجب الحكم بما يخالف بين حكميهما)²، ولا يتأتى الفصل إلا بإبداء معنى موجود في أحدهما مفقود في الآخر؛ ولذلك عرفه البيضاوي³ بأنه: (إبداء المعترض معنى يحصل به الفرق بين الأصل والفرع حتى لا يلحق في حكمه)⁴. فالجامع - أبدا - يحاول التسوية بين الأصل والفرع بما يبيده من معنى موجب للحكم، ويسمى القائس أو الجامع أو المستدل أو المسؤول، أما المعترض بالفرق فغرضه الفصل بين الأصل والفرع بما يبيده من وصف في الأصل، زاعما أنه مؤثر في الحكم، وهو مفقود في الفرع، أو بما يبيده من معنى في الفرع زاعما أنه مانع للحكم⁵، ويسمى المعترض أو السائل أو الفارق، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المعنى الذي أبداه في الأصل، أو في الفرع. غير أنّ ثمة من قصر الفرق بخصوص الأصل⁶، ولا يتأتى عند البعض إلا بالأمرين معا⁷.

- 1- ضياء الدين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، إمام الحرمين، ولد في جوين نواحي نيسابور سنة: 419هـ، من مصنفاته: غياث الأمم، البرهان، وفاته كانت سنة: 478هـ، ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السبكي: تاج الدين بن عبد الوهاب بن تقي الدين، ت: محمود محمد الطناحي، محمد عبد الفتاح الحلو، دار فجر للطباعة، ط3، 1413هـ، 73/5، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: أبي بكر محمد بن أحمد، ت: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ، 255/6.
- 2- الكافية في الجدل للجويني، أبي عبد الملك بن عبد الله، ت: فوقية حسين محمود، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، دون ت، (1399هـ - 1977م)، ص 298.
- 3 - عبد الله بن عمر ناصر الدين الشيرازي، القاضي الأصولي، شارح مختصر ابن الحاجب في الأصول، ومؤلف كتاب المنهاج في الأصول، وغيرها، توفي سنة: 685هـ. ترجمته في طبقات الشافعية للسبكي: 157/08. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: 172/2.
- 4- شرح الكوكب المنير لابن النجار: أبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز تقي الدين، ت: محمد نذير حمادو، مكتب العبيكان، الرياض، دون ط، (1413هـ - 1993م)، 320/4.
- 5- وهو مذهب البيضاوي وابن جزّي وغيرهم، ينظر المنهاج للبيضاوي بشرح المعراج لابن الجزري: شمس الدين محمد بن يوسف، ت: شعبان محمد إسماعيل، مطبعة الحسين الإسلامية، القاهرة، ط1 (1413هـ - 1993م)، 194/2، تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزّي: محمد بن أحمد، ت: محمد علي فركوس، دار التراث الإسلامي، الجزائر، ط1 (1410هـ، 1990م)، ص193.
- 6- كالباجي والأمدي وابن السّمعاني وابن عقيل وغيرهم. ينظر المنهاج في ترتيب الحجاج للباقي: أبي الوليد سليمان بن خلف، ت: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2001م، ص 221، الإحكام في أصول الأحكام للأمدي: أبي الحسن سيف الدين علي بن محمد، ت: عبد الرحمن عفيفي، دار الصبيحي، الرياض، ط1 (424هـ - 2003م)، 125/4، قواطع الأدلة للسمعاني: أبي المظفر منصور بن محمد، ت: عبد الله بن حافظ الحكمي، مكتبة التوبة، الرياض، ط1 (1419هـ - 1998م): 405/4، الواضح في أصول الفقه لأبي الوفاء بن عقيل، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1 (1420هـ - 1999م)، 306/2.
- 7- عزاه الأمدي إلى المتقدمين ولم يفصح. ينظر الإحكام: 125/4.

الفرع الثاني: أقسام الفرق.

ما يبيده المعترض الفارق من وصف قد يكون في الأصل وقد يكون في الفرع، وقد يكون المبدى علة، وقد يكون حكما أو شيئا، وفيما يلي بيان لأقسام الفرق.

أولاً- الفرق باعتبار محلّ الفرق: وينقسم بهذا الاعتبار إلى¹:

1- الفرق بخصوص الأصل: وهو أن يبدي الفارق أو المعترض في الأصل معنى مغايرا لوصف الجامع زاعما أنّ الحكم فيه ثابت بوصفه لا بوصف الجامع، ويقوم بنفيه عن الفرع، ليتسنى له بذلك الفصل بين الفرع والأصل، وقد يكون المعنى الذي يبيده مستقلاً بالتعليل، وقد لا يكون كذلك.

أ - الفرق المستقلّ بالتعليل: وهو الوصف الذي يثبت الحكم معه منفردا لا يحتاج إلى شيء آخر، ومثّلوا له بمعارضة من عللّ تحريم ربا الفضل في البرّ بالطعم بالكيل، فالفارق في هذا المثال ذكر وصفا مغايرا تماما لوصف الجامع ومستقلاً عنه، وهو الكيل.

ب - الفرق غير المستقلّ بالتعليل: وهو على ضربين؛ أحدهما: أن يذكر الفارق وصفا آخر مناسباً إلى جانب وصف المستدلّ، ويكون المجموع وصفا مركباً، كلّ واحد من الوصفين جزء علة².

ومثّلوا له بقولهم في قتل المرتدة: بدلت دينها فتقتل كالرجل، فيقول المعترض: لا يتعيّن تبديل الدين مقتضياً للقتل، بل هناك معنى آخر في الرجل يقتضيه، وهو جنائته على المسلمين بتتقيص عددهم

1- ينظر البرهان في أصول الفقه للجويني: أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله، ت: عبد الله الديب، مطابع الدولة الحديثة، مصر، ط1، 1399هـ، 1079/2، المعراج شرح المنهاج: 194/2.

2- وقد ذكر الإمام القرافي في نفائسه قاعدة ذهبية يمتاز بها الفرق بين جزء العلة والوصف الذي هو علة تامّة، وبين الوصفين الذين أحدهما شرط الحكم والآخر سببه، والوصفين اللذين هما جزء العلة. فقال: (إذا نظر المستببط في محلّ الحكم فوجد وصفا واحداً مناسباً اقتصر عليه، أو وصفين فأكثر مناسبين وكان المجموع علة مركبة، ويكون كلّ واحد من تلك الأوصاف جزء تلك العلة، فإن وجد بعض تلك الأوصاف قد انفرد والحكم ثابت معه، اعتقد أنه علة مستقلة، فإن استقلّ واحد من تلك الأوصاف بالحكم منفرداً كانت عللاً، واعتقدنا لما اجتمعت كان الحكم فيها معللاً بعلة متعدّدة، لا أنها أجزاء علل، والأصل أنها أجزاء، وأنها لا تستقلّ حتى نجدها منفردة بذلك، ومتى وجدنا صاحب الشرط أناط الحكم بوصفين مناسبين قلنا المجموع علة وكلّ وصف جزء لها، إلا أن نجده استقلّ فيكون علة تامّة، فإذا كان أحد الوصفين مناسباً في نفسه والأخر مناسبته في غيره جعلنا المناسب في نفسه هو العلة والآخر شرط؛ كملك النصاب مع الحول، الزكاة مرتبة عليهما، والنصاب مناسب في نفسه، والحول مناسب في النصاب بالتمكين بالتسمية طوال الحول). نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي: أبي العباس؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت: عادل عبد الموجود، مكتبة الباز، ط1(1416هـ - 1995م)، 3463/8.

وتكثير عدوهم وتقويته، فيكون الوصف الفارق هو تبديل الدين والجناية على المسلمين. وكمن علل وجوب القصاص في القتل بالمنقل بالقتل العمد العدوان بالجرح، في الأصل.

والثاني: أن يجعل المعترض تعين صورة الأصل المقيس عليه علة للحكم، وبتعبير آخر جعل الخصوصية التي في الأصل علة؛ أي: شرط للحكم، وعلامته - حسب الجويني - أن يعيد الفارق ذكر وصف الجامع مع ذكر زيادة تبيين بطلان أثر الوصف الذي ذكره الجامع؛ كقولهم في اشتراط النية في الوضوء: طهارة حدث فوجبت النية؛ كالتيمم، فيعترض الفارق قائلاً: إن المعنى في الأصل ليس مطلق الطهارة، وإنما هو كون التيمم طهارة بالتراب، فيكون الفارق بذلك قد ذكر خصوصية في الأصل لا تعدوه¹.

2- الفرق بخصوص الفرع: وهو أن يبدي الفارق في الفرع معنى غير موجود في الأصل يمنع تعديده الحكم من الأصل إلى الفرع، مع التسليم بعلية وصف المعترض، وبتعبير آخر جعل تعين الفرع - أي الخصوصية الموجودة فيه - مانعة من تعديده حكم الأصل إلى الفرع مع التسليم بتحقق علة الأصل في الفرع؛ كقولهم: يقاد للمسلم بالذمي اعتبارا بغير المسلم بجامع القتل العمد، فيعترض الفارق قائلاً: تعين الإسلام مانعا من القود، فيحصل الفرق بين المسلم وبين غيره في القود بالذمي.

3- الفرق بخصوص الفرع والأصل معا: وهو أن يجمع بين الأمرين السابقين في آن واحد؛ بأن يعمد الفارق إلى الأصل فيجعل من الخصوصية التي فيه شرطا للحكم، وفي الوقت نفسه يعمد إلى الفرع فيجعل من الخصوصية التي فيه مانعا من الحكم. وقيل: هو انتفاء خصوصية الأصل في الفرع، وانتفاء خصوصية الفرع في الأصل مع عدم التعرض لانتفائها عن الفرع في الأول، وعن الأصل في الثاني، وقيل غير ذلك².

1- ويمثل له - أيضا - بقول الجامع: الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء، كالخارج منهما بجامع خروج النجاسة، فيقول المعترض بالفرق: المعنى في الأصل خروج النجاسة من السبيلين، لا مطلق خروجها، وهذا من شأنه - كما صرح الجويني - أن يلحق الوصف الجامع بالأوصاف الطردية، وعلامته أن يعيد الفارق ذكر وصف الجامع مع ذكر زيادة تبيين بطلان أثر وصف الجامع. ينظر البرهان: 1079/2.

2- ينظر التوضيح في شرح التفتيح لحلولو، أبي العباس احمد بن عبد الرحمن الزليطني، ت: غازي بن رشد بن خلف العتيبي، جامعة أم القرى، دون ط، 1425هـ، 785/2، شرح البدخشي مع الإسنوي على منهاج البيضاوي، محمد بن الحسن البدخشي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، دون ط، دون ت، 101/3، ولم يسعف الحظ بأمثلة توضح هذا القسم.

ثانياً. الفرق باعتبار أنواع القياس¹: ينقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام، هي²:

1- الفرق بقياس العلة: وهو ما يبديه المعترض من وصف مخالف لوصف الجامع معلّقاً بالحكم

عليه، كما لو كان علة مبتدأة، وسمّاه "الباجي"³ الفرق بعلة الحكم⁴.

3- الفرق بقياس الدلالة: وسمّى بذلك؛ لأنّ المذكور في الفرق دليل العلة لا نفس العلة⁵.

1- قسم الأصوليون القياس حسب طبيعة العلة إلى قياس المعنى: وهو أن يحمل الفرع على الأصل بناء على العلة التي علّق عليها الحكم في الشرع، ثانياً: قياس الشبه؛ وهو على حدّ تعبير الأصوليين: ما أخذ حكم فرعه من شبه أصله، وهو على ثلاثة أضرب، والقسم الثالث من أقسام القياس وهو قياس الدلالة: وهو أن يكون الوصف لازماً من لوازم العلة، أو أثراً من آثارها، أو حكماً من أحكامها؛ لأنّ المذكور في الجمع دليل العلة، لا نفس العلة. ينظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي: أبي عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، ت: عبد القادر العاتي، دار الصّفوة، الغردقة - الكويّت، ط2 (1314هـ - 1992م)، 36،40،49/5، الإحكام للآمدي: 05/4، التّحبير شرح التّحرير للمرداوي: أبي الحسن علاء الدّين بن س، ت: عبد الرّحمن بن عبد الله الجبرين وآخرون، مكتبة الرّشد، الرّياض، ط1 (1421هـ - 2000م)، 3460/6، نثر الورود شرح مراقي السّعود للمختار الشّنقيطي: محمد الأمين، ت: علي بن محمد العمران، دار عطاءات العلم، الرّياض، دار ابن حزم، بيروت، ط5 (11هـ - 2019م)، 560/2، إحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي: أبي الوليد سليمان بن خلف، ت: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط2 (1415هـ - 1995م)، 635/2.

2- ينظر الواضح لابن عقيل: 307/2، المنهاج للباجي: ص 203 - 206.

3- هو سليمان بن خلف بن سعد النّجيب أبو الوليد، مولده في باجه بالأندلس سنة: 403هـ، رحل إلى الحجاز، ثمّ إلى بغداد والموصل، ثمّ إلى دمشق وحلب، وعاد إلى الأندلس، وولّي قضاءها، من مصنّفاته: الإشارة، الإحكام في أصول الأحكام، شرح فصول الأحكام، وغيرها، مات سنة: 473هـ. ترجمته في ترتيب المدارك: 117/8، شجرة النّور: 178/1، بغية الملتمس: ص303.

4- ذكر الباجي أنّه على ضربين؛ أولاً: أن يكون الفرق محلّ وفاق بين الجامع والفارق، ومثلاً له بمن علّل عدم وقوع الطّلاق المعلّق على شرط النّكاح عند حصول شرطه - وهو النّكاح - اعتباراً بالصّبّي، بجامع أنّ من لا يملك الطّلاق المباشر لا يقع طلاقه، فيعترض الفارق بأنّ المعنى في الصّبّي هو أنّه غير مكلف؛ ولذلك لا يقع طلاقه، بخلاف البالغ الذي علّق طلاقه على شرط النّكاح. ثانياً: أن يكون الفرق محلّ خلاف بين الجامع والفارق، وقد مثّل له الباجي بأنّ علة القصاص في القتل بالمحدّد هو مجموع الأوصاف التّالية: القتل العدوان، وكون المقتول مكافئاً، وغلبة الظن أنّ الحنف كان بالآلة المستعملة، فيقاس عليه القتل بالمتّقل، فيعترض الفارق بأنّ المعنى في القتل بالمحدّد هو وقوع الذّكاة به، بخلاف المتّقل. ينظر المنهاج: ص202، وينظر أيضا الواضح لابن عقيل: 307/2.

5- ذكر الباجي أنّه على ثلاثة أضرب؛ أولاً: أن يفرّق بحكم يختصّ بالفرع لا يفارقه، ومثّل له بكون العدّتان تتداخلان؛ لأنّه أجل، فجاز أن ينقض بمضيّ عدّة واحدة، أصله أجل الدّين، بينما يرى الفارق أنّ المعنى في أجل الدّين هو أنّ سبب الأجل يجوز أن يوجد لاثنتين فجاز أن يتعلّق بمعنى الأجل في حقّ اثنتين، ثانياً: أن يفرّق بنفس الحكم في غير موضع الخلاف، ومثاله: كون الكتاب يقع به الطّلاق؛ لأنّه حروف تنبئ عن المراد، فجاز أن يقع به الطّلاق؛ كالنطق، بينما يرى الفارق: أنّ المعنى في النطق أنّه يكون طلاقاً وإن قال: لم أرد طلاقاً، ثالثاً: الفرق بحكم مشاكل لحكم الفرع، ومثاله أنّ المعنى في إيجاب الزّكاة في مال الصّبّي هو وجوبها في زرعه، كالبالغ، والفارق يرى أنّ المعنى في البالغ هو تعلّق وجوب الحجّ في ماله، فوجب الزّكاة في ماله. ينظر المنهاج: ص202 - 204.

- الفرق بضرب من ضروب الشبه: ومثّلوا له بإسقاط نفقة الأخ بكونها قرابة لا يتعلّق بها وجوب النفقة مع اختلاف الدينين، فلا يتعلّق بها وجوب النفقة؛ كقرابة ابن العمّ، والفارق يرى أنّ المعنى في الأصل أنّ تلك القرابة لا يتعلّق بها تحريم النّكاح، فيتعلّق بها وجوب النفقة¹.

ثالثا- الفرق باعتبار موضوعه: وينقسم الفرق بهذا الاعتبار إلى قسمين.

1- الفرق بين مسألتين: وهو المذكور في كتاب القياس، وقد سبق الحديث عنه، والهدف منه الفصل بين الأصل والفرع، والحيلولة دون إلحاقه به.

2- الفرق بين حقيقتين: وهو المذكور في كتب الفقه، وكتب الأشباه والنظائر، وهو كثير جدّا، وهو فنّ قائم بذاته يعرف بعلم الفروق الفقهية، وقد صنّف فيه العلماء، وجمعوا فيه الأشباه والنظائر، ورصدوا الفروق الموجودة بينها، وهذا النوع من الفروق يهدف إلى²:

أ- التّمييز بين المسألتين المتشابهتين صورة المختلفتين حكما، ونفي اللبس عمّن يتوهّم أنّهما حقيقة واحدة، ومثّلوا له بالفرق بين حقيقة انفساخ النّكاح بالردّة، وبين انفساخه بالعيوب؛ فالردّة أمر طارئ على النّكاح. بخلاف العيب الذي هو أمر مقارن للعقد، وبالتالي فنّمّة فرق بين انفساخ النّكاح بأمر طارئ عليه، فيكون فيه نصف المهر قبل الدّخول، وبين انفساخه بأمر مقارن له، فلا يكون للزّوجة فيه شيء قبل الدّخول.

ب - التّمييز بين مآخذ الأحكام في المسائل المتشابهة صورة والمختلفة معنى، وإزالة اللبس عمّن يعتقد أنّ الحكم واحد؛ لأنّ مأخذه واحد، كما هو الحال في انفساخ النّكاح بالردّة؛ فإنّ ردّة الزّوج تختلف عن ردّة الزّوجة في إسقاط نصف المهر قبل الدّخول.

الفرع الثالث: شروط الفرق.

ليس كلّ ما يبديه المعترض من وصف يكون قادحا ومبطلا لغرض الجامع في الجمع؛ ولذلك اشترط العلماء في الوصف القادح في الجمع شروطا هي:

أولا- أن يكون الفرق أخصّ من الجمع أو على الأقلّ مثله: والمراد بالخصوص هو المناسبة وعدمها؛ فالوصف الخاصّ هو الأخیل المناسب، المشعر بالحكم المقتضي له، وكلّما كان الوصف

1- ينظر المنهاج للباقي مرجع سابق: ص 205.

2- ينظر البحر المحيط: 392/7.

مشعرا للحكم مقتضيا له، كان مناسبا فكان أخصّ، وكلّما كان بعيدا عن المناسبة والإخالة¹، غير مشعر بالحكم كان أعمّ، وعليه فإذا كان الوصف الفارق أعمّ، قدّم الجمع على الفرق². بخلاف ما إذا كان أخصّ فيقدّم فقه الفرق على فقه الجمع.

وقد مثّلوا له بقولهم: إنّ النّكاح لا ينعقد بحضور الفاسق، قياسا للفاسق على الصّبي بجامع عدم ثبوته بشهادتهما، فيقول المعترض مفرّقا: إنّ المعنى في الصّبي أنّ شهادته المرفوضة إذا أعادها بعد البلوغ قبلت. بخلاف الفاسق، وهذا الوصف الذي أبداه الفارق غير مشعر بالحكم، وغير مقتض له، فهو عامّ؛ ذلك أنّ قبول الشّهادة عند تكرارها حين البلوغ لا مدخل له في انعقاد النّكاح بحضور الصّبي. بخلاف ربط الحكم - وهو عدم انعقاد النّكاح بحضور الصّبي - بعدم ثبوته بشهادته، فكما لا يثبت بشهادته لا ينعقد بحضوره³.

ثانيا- ألاّ يحتاج إلى زيادة أمر في الفرع عند عكسه فيه: وقد مثّلوا له بقولهم: خيار الشّروط حقّ مالي لازم فيجري فيه الإرث كخيار العيب، فيقول المعترض مفرّقا: إنّ المعنى في خيار العيب هو كونه حقّا ماليّا معتاضا عنه. بخلاف خيار الشّروط فهو - وإن كان حقّا لازما - ليس معتاضا عنه فلا يجري فيه الإرث. فهذا الوصف الذي أبداه الفارق مقبول ابتداء؛ لأنّه - وإن كان مشعرا بالحكم، وغير

1 - الإخالة والمناسبة والمصلحة والاستدلال، ورعاية المقاصد، معاني متقاربة. قال الزّركشي في المسلك الخامس في إثبات العلة: (المناسبة: وهي من الطّرق المعقولة، ويعبر عنها بالإخالة، وبالمصلحة، وبالاستدلال، وبرعاية المقاصد). البحر المحيط: 206/5، وينظر البرهان: 971/2

2- أمّا إذا كان الوصف الفارق مثله، فأَيّ منهما يقدّم؟ خلاف بين العلماء؛ فبينما اعتبرهما الجويني من قبيل العلتين المتناقضتين، ومال إلى تقديم فقه الجمع على فقه الفرق، وهو الظّاهر من كلام الزّركشي، ذهب الغزالي إلى تقديم فقه الجمع، ولم ير بين الوصفين تناقضا؛ لأنّ من شرط الفرق عنده أن يكون أخصّ من الجمع أو مثله؛ كمن صلّى وتبيّن له بعد خروج الوقت أنّه صلّى إلى غير القبلة، قضى وجوبا، قياسا على من صلّى وتبيّن بعد خروج الوقت أنّه صلّى قبل دخوله بجامع عدم حصول شرط من شرائط الصّلاة، فيعترض الفارق بكون أمر الوقت أضيق من أمر القبلة؛ بمعنى أنّ من صلّى من غير تحرّ واجتهاد، وتبيّن له أصلا أنّه صلاها قبل الوقت قضى وجوبا، بخلاف من تحرّى واجتهد في أمر القبلة، وتبيّن له أنّه صلّى لغيرها، فصلاته صحيحة، فهذا الوصف الذي أبداه الفارق مشعر بالحكم، مقتض له، فهو مناسب كما ترى.. فكلّ من وصفي الجامع والفارق مناسبان، مشعران بالحكم، مقتضيان له، فتساويا. ينظر البرهان: 1065/2. ينظر المنخول للغزالي: أبي حامد محمد بن محمد، ت: محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط(1419هـ - 1997م)، 523/1، البحر المحيط: 311/5.

3- ينظر المنخول: 523/1، البحر المحيط: 311/5، البرهان: 1065/2

موجود في الفرع - إلا أنه غير مطرد¹ في جميع صور النزاع؛ بمعنى أن الفارق إذا أراد عكس هذا المعنى - وهو الحقّ الماليّ المعتاض عنه - في بعض صور النزاع اضطرّ إلى زيادة معنى حتى لا ينتقض وصفه، وهذا المعنى هو عدم كونه وثيقة دين، وهو لا أثر له في حكم الأصل إلا أنه احتاج إليه الفارق للاحتراز عن الرهن الذي هو حقّ ماليّ غير معتاض عنه إلا أنه يجري فيه الإرث².

ثالثاً- نفي الفرق عن الفرع: ومفاد هذا الشرط هو أن الفارق إذا أبدى معنى في الأصل مغايراً لمعنى المستدلّ فهل من تمامه ولوازمه نفيه عن الفرع، فينتفي عنه الحكم، بناء على قاعدة نفي الحكم بانتفاء مدركه؟.

ومثّلوا له بقولهم في طهارة الكلب: حيوان يجوز الانتفاع به حال الحياة؛ كالشاة، فيكون طاهراً، فيقول المعترض: المعنى في الشاة أنه يجوز بيعها حال حياتها بخلاف الكلب³.

1- الطرد والعكس هو الملازمة في النفي والتبوت؛ بمعنى: أن الحكم يثبت بثبوت الوصف - وهذا هو **الطرد** - وينتفي بانتقائه، وهذا هو **العكس**، فإذا انتفى الحكم في بعض الصور مع وجود الوصف، فهو النقض أو عدم العكس، واشترطه مبني على الخلاف المبني على مسألة جواز تخصيص العلة. ينظر هذه المسائل الأحكام للأمدى: 107/4، 474/2، البحر المحيط: 133، 143، 261/5، قواطع الأدلة: 190، 230، 373/4، إحكام الفصول للباجي: 660/2، نثر الورد، 527/2، 533، شرح تنقيح الفصول للقرافي: أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت: طه عبد الرؤوف، شركة الطباعة الفنيّة المتّحدة، ط1 (1393هـ - 1973م)، ص 310، 311.

2- وقد علّل الغزاليّ ذلك بأنّ المعترض إذا شعر بمسبب الحاجة إلى تلك الزيادة كان معترضاً؛ أي: جامعاً بين المعارضة في الأصل والمعارضة في الفرع على حدّ تعبير الزركشيّ، أمّا الجوينيّ فقد علّل قبح تلك الزيادة بأنّ المعترض إذا كان مضطراً إليها دلّ ذلك على أنّ وصفه غير مستقلّ، وهذا قبح فيه؛ لأنّه في حالة عدم ذكرها تنتقض علته - وهذا هو سبب الاضطرار - وإن كان غير مضطراً إليها؛ كأن يكون في ذكرها زيادة فائدة، كان ذلك تكلفاً. ينظر البرهان: 174/2، المنحول: 523/1، البحر المحيط: 310/5.

3- وهذا الشرط محلّ خلاف بين العلماء؛ فمنهم من أوجب ذلك على الفارق بناء منهم على أنّ حقيقة الفرق هو قطع الجمع بين الأصل والفرع، ولا يتمّ ذلك إلا بنفيه عن الفرع، وهو مختار الأمدى وأبي الوليد الباجي، واعتبره الزركشيّ القول الذي عليه الحدّاق من أهل النظر، وعلّل الباجي هذا الشرط بأنّ الفارق إذا اقتصر على تعليل الأصل، ولم يعكس ذلك في الفرع، لم يضرّ ذلك الجامع في الفرع؛ لأنّه إما أن يقول بالعكس على طريقة بعض أهل النظر، وإمّا أن يقول علته في الأصل لا تتأفي ما ذكرت، ومنهم من لم يوجب على الفارق نفي وصفه عن الفرع متحجّجاً بأنّ حقيقة الفرق هو المنع من الإلحاق، ويتأتّى ذلك بمجرد إبداء الوصف الفارق في الأصل.. وقيل بالتفصيل بين أن يصرّح بذلك في إيراد الوصف الفارق، فيجب عليه نفيه عن الفرع؛ لأنّه التزم أمراً لم يجب عليه ابتداءً، فيجب عليه الوفاء بما التزم، وبين ألا يصرّح بذلك، وإمّا يكتفي ببيان كون دليل الجامع غير قائم فحسب، وهو مختار ابن الحاجب. ينظر البحر المحيط: 310/5، الإحكام للأمدى: 114/4، التّحبير شرح التّحرير: 3652/8، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي: تاج الدّين بن عبد الوهّاب بن تقي الدّين، ت: علي محمّد معوض وآخرون، عالم الكتب، بيروت، ط1 (1419هـ - 1999م)، 446/4.

رابعاً- ردّ كلّ من معنيي الأصل والفرع إلى أصل آخر: ومفاد هذا الشرط أنّه إذا أبدى المعترض وصفاً فارقاً وربط به الحكم مناقضاً لما اقتضاه وصف الجامع أن يردّ كلّاً من معنيي الأصل والفرع إلى أصل آخر شاهد لكلّ منهما بالاعتبار¹.

خامساً- أن يكون الوصف الفارق مؤثراً: والمراد بالتأثير هو أن يغلب على الظنّ أنّ الحكم حاصل لأجل الوصف دون سواه، وقد احترزوا بهذا الشرط عن الاعتراض بالأوصاف الطردية² التي اعتبروها من قبيل الفروق الفاسدة³.

الفرع الرابع: المعارضة وصلتها بالفرق.

لرصد صلة المعارضة - باعتبارها إحدى قواعد العلّة - بالفرق، يتعيّن بيان معنى المعارضة، وأقسامها عند الأصوليين، والوقوف على أوجه الوفاق والفرق بين المعارضة والفرق.

أولاً: المعارضة لغة واصطلاحاً.

1 - المعارضة عند أهل اللغة: المعارضة من عرض وعارض معارضة وعراضاً؛ بمعنى حال حائل ومنع مانع، يقال: سلكت طريق كذا فعرض عليّ عارض قطع عليّ مذهبي على صوبي⁴.

1- خلاف بين العلماء؛ فمنهم من أوجب ذلك على الفارق، وهو اختيار الباجي الذي علّل ذلك بأنّه متى لم يرد كلّ منهما إلى أصل كان مدّعياً في الأصل والفرع علتين واقفتين ومسلماً لعلّة المسؤول، وهي متعدية، والمتعدية أولى من الواقعة. ومنهم من لم يشترط ذلك، وقد نسب الزركشي إلى الجمهور، وهو اختيار إمام الحرمين؛ بناءً منه على أنّ الفرق مقبول في نفسه، وبناءً الغزالي على أنّه استدلال مرسل، بينما فصل آخرون في المسألة؛ فمنهم من فرّق بين طرفي الفرق فشرطه في الفرع دون الأصل، ومنهم من فرّق بين ما إذا كان الفرق وارداً على قياس الشبه فلا يحتاج إلى أصل، وبين ما إذا كان وارداً على قياس المعنى فيحتاج إليه. ينظر البحر المحيط: 309/5، البرهان: 1070/2، 1071، المنهاج: ص 102، المنحول: 523/1، الواضح في أصول الفقه، 2/299، الجدل على طريقة الفقهاء لابن عقيل: أبي الوفاء علي بن محمد بن عقيل، المركز الإسلامي للطباعة الجيزة - مصر، دون ط، دون ت، ص 73.

2- والطرديّ ما علم من الشارح إلغاؤه، وعدم إناطة الأحكام به. ينظر نثر الورود: 489/2.

3- وقد أشار الإمام الزركشي إلى (أنّه لا يصحّ الفرق بكون الأصل مجعاً عليه والفرق مختلفاً فيه؛ كما لو قيل: الحاجة إلى وجوب الزكاة على البالغ أكثر منه على الصبي؛ لأنّها في البالغ متفق عليه وفي الصبيّ مختلف عليه، وقريباً من هذا كون الأصل منصوباً عليه بخلاف الفرع؛ كما لو قيل: إنّ الفرق بين الصيام والصلاة في القضاء بالنسبة للحائض هو قول عائشة: (كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة)، ولا يصحّ الفرق بنوع اصطلاحاً على رده؛ كما لو قيل في الزاني المحصن: يجب رجمه قياساً على "ما عز"، فلو قيل: إنّما يجب رجم "ما عز" تطهيراً له، وهذا المعنى معدوم في غيره، لكان ذلك الفرق فاسداً؛ لأنّ المقصود من الرجم في عقوبة الزاني هي الرجز وليست التطهير). ينظر البحر المحيط: 316/5.

4- وهي أيضاً: من عارض الشيء بالشيء؛ أي: قابله. ينظر لسان العرب: 165/7، تاج العروس: 419/18، 420.

2- **المعارضة عند الأصوليين:** يطلق علماء الأصول المعارضة في غير باب القياس ويريدون بها تقابل الحجّتين على السّواء لا مزية لأحدهما على الأخرى في حكمين متضادّين، أمّا في باب القياس فيطلقونها ويريدون بها التّسليم من قبل المعترض بدليل المستدلّ، ودلالة ما ذكره من وصف على مطلوبه - وهو الحكم - وإنشاء دليل آخر يدلّ على خلاف مطلوبه، فهي تسليم بالمقدّمات دون النتائج، وممانعة في الحكم مع بقاء دليل المستدلّ¹؛ بمعنى أنّ المستدلّ يقيم الدليل على عليّة وصفه، ويبين اقتضائه للحكم، وبعد التّحقّق من وجوده في الفرع يسوّي بينه وبين الأصل في حكمه، ثمّ يأتي بعد ذلك المعترض - مسلّمًا بكلّ ما ذكره المستدلّ من وصف، وما ادّعاه من اقتضائه للحكم - فيبيدي في الفرع وصفا مانعا من تعدية حكم الأصل إليه، وفي الوقت نفسه يكون ذلك الوصف مقتضيا لحكم آخر في الفرع مناقضا أو مضافا للحكم الذي اقتضاه وصف المستدلّ.

فالأصل في المعارضة أن تكون في الفرع وأنها المراد عند الإطلاق، وإذا أريد بها النوع الثّاني - وهو المعارضة في الأصل - قيّدت، وقد صرّح بذلك غير واحد من الأصوليين².

ثانيا- **أقسام المعارضة:** يقسّم علماء الأصول المعارضة إلى قسمين، هما³:

1- **المعارضة في الأصل:** وذلك بأن يذكر المعترض علّة أخرى سوى التي ذكرها المستدلّ زاعما بأنّ الحكم في الأصل ثابت بعلّته لا بعلّة المستدلّ، وقد يكون وصفه مستقلاّ بالتعليل، وقد لا يكون كذلك.

1- ينظر كشف الأسرار عن أصول البيدوي، عبد العزيز بن احمد بن محمد بن علاء الدّين البخاري، ت: عبد الله محمود محمّد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1(418هـ - 1997م)، 74/4.

2- منهم تاج الدّين السّبكي، والمرداوي الحنبلي، وابن الهمام الشّافعي، وغيرهم. ينظر رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: 456/4، التّحبير شرح التّحرير: 3644/7. التّقرير والتّحبير لابن أمير الحاج، محمّد بن محمّد، دار الفكر، بيروت، دون ط، (1417هـ - 1996م)، 359/3.

3- ينظر أقسام المعارضة التّحبير شرح التّحرير: 3626/7، 3644 البحر المحيط: 334/5، 339 الإحكام للأمدي: 414/4. 123. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: 443/4، 456، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول للشّوكاني: محمّد بن علي ناصر الدّين، ت: أبو حفص سامي بن العربي، دار الفضيّة، الرّياض، ط1(1421هـ - 2000م)، 958/2، 595، أصول البيدوي، المسمّى كنز الوصول إلى معرفة الأصول: علي بن محمّد البيدوي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي، دون ط، دون ت، 295/1 - 287، روضة النّاضر وجنة المناظر لابن قدامة: أبي محمّد موفق الدّين بن عبد الله أحمد، ت: عبد العزيز عبد الرّحمن السّعيد، جامعة الإمام محمّد بن سعود، الرّياض، ط2، 1399هـ، 505/7، 516، أصول السّرخسي، لأبي بكر محمّد بن أحمد بن أبي سهل، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ط، دون ت، 242/2.

ومثاله ما لو عللّ المستدلّ قتل المرتدّة بكونها بدّلت دينها فقتل كالرجل، فيقول المعترض: لا يتعيّن تبديل الدّين مقتضيا للقتل، بل ثمة معنى في الرجل يقتضيه ليس موجودا في المرأة، وهو جنابته على المسلمين بتنقيص عددهم، وفي المقابل تكثير العدو وتقويته؛ إذ هو من أهل النكّاية والحرب¹.

من خلال ما سبق يمكن القول إنّ المعارضة في الأصل تكون بقيام المستدلّ - الجامع - بذكر علّة الأصل رابطا بالحكم بها، حسب ما هو مقرّر لدى علماء الأصول في مبحث مسالك العلّة، ثمّ بعد ذلك يأتي المعترض فيبيدي وصفا آخر غير ما علّل به المستدلّ، مقيما الدليل على علّية وصفه، زاعما أنّ الحكم ناشئ بعلته لا بعلة المستدلّ، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يلي:

- إنّ الحكم الذي يروم إثباته كلّ من المستدلّ والمعارض في الأصل حكم واحد، بيد أنّ الخلاف بينهما في دليل أو منشأ الحكم، وهو الوصف.

- اختلف العلماء في وجوب نفي المعارض وصفه عن الفرع²، والجمهور على عدم اشتراط ذلك.

- لا يشترط عند الجمهور³ على المعارض ردّ وصفه إلى أصل يشهد له بالاعتبار.

- صرح غير واحد من الأصوليين أنّ الخلاف في قبول هذا الاعتراض مردّه إلى مسألة تعليل الحكم الواحد بعلّتين فصاعدا.

2- المعارضة في الفرع: وذلك بأن يعترض المعارض الحكم الذي اقتضاه دليل المستدلّ بما يقتضي

نقيضه أو ضده⁴، ويكون ذلك بأمرين؛ أحدهما: إبداء وصف في الفرع مانعا من ثبوت حكم الأصل

1- الأمثلة التي يوردها الأصوليون لبيان معنى المعارضة وأقسامها هي نفسها التي يوردونها لبيان معنى الفرق وأقسامه.

2- هناك من أوجب ذلك على المعارض، ومنهم من لم يوجب عليه ذلك، ومنهم من فصل؛ فيجب عليه إذا صرح بالفرق أو قصده، وهو مختار الأمدي وابن الحاجب وغيرهم. ينظر الإحكام الأمدي: 114/4، مختصر ابن الحاجب بشرح السبكي: 443/4. التّحبير: 3629/6، البحر المحيط: 336/5، إرشاد الفحول: 258/2.

3- رفع الحاجب: 460/4، التّحبير شرح التّحبير: 3626/6.

4- والفرق بين الضدّين والنقيضين هو أنّ مقابلة الضدّين هو المقابلة بين السلب والإيجاب؛ أي: بين النفي والإثبات، كما قيل في المسح: هو ركن فيسّن تنليته كالوجه، فيقال: إنّه مسح فلا يسّن تنليته كالمسح على الخفين، أمّا مقابلة الضدّين: فهي المقابلة بين أمرين وجوديين متنافيين في ذاتيهما، لا يمكن اجتماعهما في ذات واحدة؛ كالسواد والبياض، فيقال مثلا: الوتر واجب قياسا على التّشهد بجامع مواضبه عليه صلّى الله عليه وسلّم، فيعارض بأنّه مستحبّ بجامع أنّ كلّا منهما يفعل في وقت من أوقات الصلوات الخمس.

ينظر نثر الورود: 457/2

فيه، وكأنّ المعارض يقول للمستدلّ: ما ذكرت من الوصف - وإن اقتضى ثبوت الحكم - فعندي وصف آخر يقتضي نقيض أو ضدّ ما تروم إثباته، فيتوقّف دليلك، فيتعارض الوصفان. ومثاله أن يقول المستدلّ: المسح ركن في الوضوء، فيسنّ تثليثه كالوجه، فيقول المعارض: هو مسح فلا يسنّ تثليثه كالمسح على الخفين. ومما ينبغي الإشارة إليه هو أنّ المعارض مطالب بأصل آخر يشهد لوصفه بالاعتبار، وإقامة الدليل على عليّة وصفه بأيّ مسلك من مسالك العلة شاء. أمّا الأمر الثاني: فيكون بمعارضة قياس المستدلّ بدليل أكد من نصّ أو إجماع يدلّ على خلاف ما دلّ عليه قياسه¹.

فالمعارض - كما ترى - يسلم بكلّ ما يذكره المستدل من وصف، وما اقتضاه من حكم في الأصل، ولكنّه بعد ذلك يمانع من ثبوت حكم الأصل في الفرع بما يذكر من وصف يقتضي خلاف ما ذكره المستدلّ.

ثالثاً- الوفق والفرق بين المعارضة والفرق: من خلال ما تمّ عرضه، وبالمقارنة بين الفرق والمعارضة يمكن القول إنّ:

- من العلماء من لم ير ثمة من فرق بين المعارضة والفرق، وأنّ المسألة - حسبهم - لا تعدو الاصطلاح، وآية ذلك أنّهم في معرض حديثهم عن القوادح يستغنون بذكر أحدهما عن الآخر، بينما فرّق آخرون؛ فمنهم من خصّ المعارضة بما يبيده المعارض بخصوص الفرع، وقصر الفرق بما يبيده بخصوص الأصل، ومنهم من اعتبر أنّ الفرق هو مجموع المعارضتين ولا يتحقّق إلّا بمجموع الإبدائين، وأنّ الاختصار على أحدهما من قبيل المعارضة.

- جمهور العلماء أدرج كلّاً من المعارضة والفرق ضمن قوادح العلة ممّا يشعر بالفرق بينهما، بيد أنّ تصريحهم بكون الفرق راجعاً إلى إحدى المعارضتين أو إليهما يوحي بالتداخّل بينهما، وعلى أية حال فإنّ أوجه الوفق والفرق بين المعارضة والفرق هي:

1- وهذا النوع الثّاني اعتبره العلماء قياس فاسد الاعتبار، وفساد الاعتبار يكون بمخالفة القياس للنصّ أو الإجماع، أو كون الحكم ممّا لا يمكن إثباته بالقياس؛ ومعنى ذلك أن ما ذكره المستدلّ من قياس لا يمكن اعتباره في بناء الحكم عليه، لا لفساد في وضع القياس وترتيبه، وإنّما لمخالفته للنصّ والإجماع. ينظر الإحكام الأمدي: 88/4، البحر المحيط: 319/5، مختصر ابن الحاجب يشرح السبكي: 420/4، التّحبير: 3553/7، وغيرها.

1- بخصوص الأصل: إنَّ غرض كلِّ من الفارق والمعتزض - بخصوص الأصل - مختلف؛ فبينما غرض المعتزض بالفرق هو الفصل بين الأصل والفرع، والحيلولة دون إلحاق أحدهما بالآخر، فإنَّ غرض المعتزض بالمعارضة هو إبطال دليل الخصم وبيان أنَّه غير قائم، ولا يتأتَّى غرض كلِّ واحد منهما إلَّا بإبداء معنى صالح للتعليل سوى وصف المستدلِّ، وإقامة الدليل على صلاحيته لذلك، وهذا قدر مشترك بينهما، إلَّا أنَّ المعتزض بالفرق لا يتأتَّى له مراده إلَّا بنفي ما ادَّعاه وصفا عن الفرع. بخلاف المعتزض بالمعارضة فلا يكلف ذلك، وهذا هو مكنن الفرق بين المعارضة والفرق بخصوص الأصل.

2- بخصوص الفرع: غرض كلِّ من المعارض والفارق واحد، وهو منع إلحاق الفرع بالأصل والحيلولة دون ذلك، ولا يتأتَّى ذلك بالنسبة للمعتزض بالمعارضة إلَّا بذكر وصف صالح للتعليل، مقيما الدليل على ما دَّعاه علَّة، وذلك الوصف يقتضي حكما مغاير تماما لما يقتضيه وصف المستدلِّ، فيؤول الأمر حينئذ إلى معارضة قياس بقياس آخر. بخلاف المعتزض بالفرق فيكفيه إبداء معنى مانع يمنع ثبوت حكم الأصل في الفرع، ولا يكلف ردَّ وصفه إلى أصل شاهد له بالاعتبار؛ لأنَّ الهدف هو بيان انتفاء حكم الأصل في الفرع، ولا يتطلَّب الأمر إلَّا بيان انتفاء الوصف المقتضي لحكم الأصل عن الفرع، فينتفي الحكم بانتفاء مدركه.

وصفوة القول: إنَّ المعارضة إنَّما تكون بخصوص الفرع؛ لتحقق ركنها، وهو تقابل الحجَّتَيْن على السواء في إثبات حكمين مختلفين، أمَّا الفرق فيكون بخصوص الأصل لعدم تحقق ركن المعارضة؛ إذ إنَّ حكم الأصل محلَّ وفاق بين المستدلِّ وبين المعتزض، وإنَّما النزاع في المقتضي له، وهو الوصف.

المطلب الثاني: حجِّية الفرق.

يتناول هذا المطلب موقف الأصوليين من حجِّية الفرق، ومدى اعتباره قادحا من قواعد العلَّة، وذلك من خلال تحرير محلِّ النزاع، وعرض آراء الأصوليين في المسألة، مشفوعة بأدلتهم، والموازنة بينها في أربعة فروع.

الفرع الأول: تحرير محل النزاع.

الفرق قد يكون بخصوص الأصل، أو بخصوص الفرع، أو فيهما معا، وقد تبين - عند التحقيق - أن الفرق بخصوص الفرع من قبيل المعارضة؛ إذ تقابلت فيه الحجتان على السواء، ولا مزية لإحدهما على الأخرى، فهو خارج عن محل النزاع¹، أما الفرق بخصوص الأصل فإن ما يبيده المعترض من معنى في الأصل مقتضيا للحكم مغايرا لمعنى المستدل قد يكون:

1- من قبيل الأوصاف الطردية، فيكون الفرق حينئذ فاسدا بالاتفاق²؛ إذ لو صحَّ هذا النوع من الفرق لما صحَّ قياس أبدا.

2- وإذا لم يكن من قبيل الأوصاف الطردية فقد يلحق الوصف الجامع بالأوصاف الطردية، وعلامة هذا الفرق - كما ذكر الجويني - أن يعيد الفارق ذكر وصف الجامع مع ذكر زيادة تبين بطلان أثره، وقد اعتبر الجويني هذا النوع من قبيل الفروق التي لا يختلف فيها³.

1- اختلف العلماء في القول به؛ وجمهورهم على عدم القول به بناء منهم على أن دلالة المستدل على ما ادّعاها قد تمت، فهو مخير؛ إن شاء سمع المعارضة وإن شاء لم يسمعها.. وأيضا: فإن القول بهذا النوع من المعارضة فيه قلب للتناظر؛ بمعنى أن المعارضة استدلال، وحقّ المعترض أن يكون هادما لا بانيا، والمعارضة في الفرع بناء لا هدم.. وأجيب على ذلك بأن الإجماع قائم على أن الدليل مع وجود المعارضة عطل، فلم تتم بعد دلالة المستدل على ما ادّعاها.. وما قالوه في قلب التناظر فمسلم به إذا كان قصد المعترض من جهة ما يقتضيه دليله، أما وقصده من جهة نحو هدم دليل المستدل، وبيان قصوره عن إفادة مدلوله، فلا يتدرع في ردّ اعتراض المعترض بقلب التناظر، كما أنه لا حجر على المعترض في سلوكه أي مسلك من مسالك الهدم، لا سيما إذا تعين ذلك ولم يكن هناك سبيل للهدم سواء، وإلا بطل مقصود المناظرة رأسا، وقد بنى البيضاوي الفرق بخصوص الفرع على مسألة النقض، بمعنى أن الفرق بخصوص الفرع يؤثر عند من جعل الوصف مع المانع قادحا في العلة؛ ذلك أن العلة عنده ما يستلزم الحكم، والوصف المشترك مع المانع لا يستلزم الحكم فلا يكون علة، بخلاف من لم يجعل النقض مع المانع قادحا فلا يؤثر.. وأجيب بأن الفرق بخصوص الفرع يؤثر مطلقا، (بتصرف). تيسير الوصول إلى منهاج الأصول: كمال الدين محمد بن عبد الرحمن، ت: كمال الدخمي، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1 (1423هـ - 2003م). 21/6.

2- ينظر البحر المحيط: 316/4.

3- ولعل إدخال الجويني لهذا النوع تحت مسمى الفرق من باب التجوز، فقد اعتبره من قبيل المعارضة، وقد أيده ابن السمعاني. قال الجويني وهو يبين أن هذا السؤال اعتراض وليس سؤال فرق: (إن تمكّن من وقف موقف الفارقين من إبطال الجمع فذلك السؤال اعتراض مقبول وليس فرقا، وإنما يتحقق هذا بأن يخرم ما جاء به المعلل زاعما أنه مناسب مخيل، فيتبين أن الذي تعلق به غير مشعر بالحكم، ويلحق كلامه بالطرد المقضي ببطلانه، فإذا تمكّن من ذلك فلا حاجة إلى الفرق، وإنما الفرق هو الواقع بعد سلامة فقه الجمع). البرهان: 1061/2، البرهان: 1079/2، قواطع الأدلة: 425/4.

3- وأما إذا لم يتمكن المعترض من إبطال مقصود الجامع من الجمع بالكلية؛ كما لو كان الوصفان مشعريين بالحكم مقتضيين له - وإن كان أحدهما أخص من الآخر في اقتضاء الحكم - فهذا النوع محل خلاف بين علماء الأصول في قبوله أورده¹.

الفرع الثاني: مذاهب العلماء في الفرق.

يعدّ الفرق إحدى المسائل الأصولية التي ثار بشأنها خلاف بين أرباب الأصول قديما وحديثا، ففي الوقت الذي اعتبره بعضهم من أقوى الاعتراضات وأجدرها بالاعتناء، عدّه بعضهم أضعف سؤال يذكر، وعلى أية حال فإنّ محصّلة مذاهب العلماء في المسألة ينحصر في مذهبين².

أولاً- القائلون بالفرق: ذهب هؤلاء إلى قبول الفرق مطلقا، واعتبروه اعتراضا صحيحا قادحا في العلة، وقد عزاه الجويني للجمهور، واعتبره القول المختار لدى المحقّقين من أهل الفقه والأصول³، وصحّحه كثير من العلماء⁴.

والجمهور من هؤلاء - وخاصة المتأخرون منهم - قبلوه على أنّه معارضة، بينما اعتبره الجويني سؤالا مقبولا في نفسه، وأنّه شيء وراء المعارضة وإن كان متضمّنا معناها⁵.

ثانيا- المنكرون للفرق: ذهب هؤلاء إلى ردّ الفرق مطلقا، واعتبروه من الاعتراضات الفاسدة، وأنّه ليس من القوادح، وهؤلاء اختلفوا؛ فمنهم من ردّه بناء على ردّ المعارضة في الأصل؛ لعدم جواز

1- ومحصّلة القول إنّ (الفرق قد يعود على الجمع بالطرد وذلك لا يردّ، وقد لا يفيد شيئا وذلك هو المردود، والنزاع فيما توسط بين المنزلتين، والمتبع فيه الإخالة). رفع الحاجب: 436/4.

2- ينظر مذاهب العلماء في الفرق البرهان: 1067/2، الإحكام: 125، 126/4، التّحبير: 3651/6، تيسير الوصول: 24/6، 258، البحر المحيط: 307/5. قواطع الأدلّة: 424/4، أصول السرخسي: 234/1، كشف الأسرار: 68/4.

3- البرهان: 1067/2.

4- كالجويني، والبيضاوي، والآمدي، والماوردي، والباقي، وابن عقيل، وغيرهم. ينظر المراجع السابقة.

5- معنى الفرق عنده - كما صرح - أنّ (قصد الجمع ينتظم بأصل وفرع ومعنى رابط بينهما على شرائط بينة، والفرق معنى يشتمل على ذكر أصل وفرع وهما يفترقان فيه، وهذا يقع على نقيض غرض الجمع، ومن ضرورته معارضة معنى الأصل والفرع، وكان الغرض منه مضادّته بوجه فقه، أو بوجه شبه إن كان القياس من فنّ الشبّه، فعلى هذا إذا لو سمّي معنى الفرق معارضة لم يكن مبعدا، ولكن ليس الغرض منه الإتيان بمعارضة على الطرد والعكس؛ لالتصال أحدهما بالآخر، بل القصد منه فقه ينتظم من معارضتين يشعر بمفارقة الأصل للفرع على مناقضة الجمع). البرهان: 1068/2.

تعليّل الحكم الواحد بعليّين فأكثر، وقد تزعم هذا المذهب الإمام ابن السّمعاني¹، ويسمّون المعارضة في الأصل مفارقة، واعتبروها من أفسد الاعتراضات، وعدّها الإمام السرخسي² مجادلة لا فائدة، واعتبرها فخر الإسلام البزدوي³ من أفسد الاعتراضات، وهو مذهب الحنفيّة⁴.

وإنّ من العلماء من ردّ الفرق لا على أنّه معارضة فاسدة، وإنّما بناء على كونه اعتراضاً جمع فيه المعارض بين أسئلة مختلفة، وهي اشتماله على معارضة علّة الأصل بعلة، ثمّ معارضة علّة الفرع بعلة أخرى مستنبطة في جانب الفرع، وكأنّه - حسب هؤلاء - أنّه ينبغي على المعارض أن يورد كلّ سؤال على حياله⁵.

الفرع الثالث: متعلّق الفريقين.

أولاً- متعلّق القائلين بالفرق: سبق التّنبية إلى أنّ القائلين بالفرق انقسموا؛ فمنهم من قال بالفرق بناء على أنّه معارضة، ومنهم من قبل به بناء على أنّه شيء وراء المعارضة، الغرض منه إبطال مقصود الجمع، فمن قبله على أساس المعارضة فقد تعلّق بما يلي:

1- لو لم يقبل الفرق لأدّى ذلك إلى التّحكّم، وهو التّرجيح بلا مرجّح، وبيان ذلك أنّ وصف المعارض قد يكون مناسباً، فيكون صالحاً للعلية، كما أنّ وصف المستدلّ قد يكون مناسباً - أيضاً - فيكون

1- هو أبو المظفر منصور بن أبي أحمد بن عبد الجبار بن أحمد التّيمي السّمعاني المروزي، ولد سنة: 426هـ، تفقه بأبيه، وبرع في مذهب أبي حنيفة، ثمّ تحوّل إلى مذهب الشّافعية، له كتاب: البرهان، القواطع، الأمانى، المنهاج، وغيرها، مات سنة: 489 هـ، ترجمته في طبقات الشّافعية الكبرى، 335/5 طبقات الشّافعية لابن قاضي شهبة: 273/1، وفيات الأعيان: 209/3. وغيرها.

2- هو محمّد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة، أحد الفحول الأئمة الكبار، القاضي من كبار الحنفيّة، كان علامة حجة فقيهاً أصولياً، من أهل سرخس في خراسان، أشهر كتبه المبسوط في بضع عشرة مجلداً، أملاه وهو سجين في جبّ، وله شرح الجامع الكبير، والسّير الكبير للإمام محمّد، وشرح مختصر الطّحاوي، وكتاب الأصول. ترجمته في الجواهر المضيئة في طبقات الحنفيّة: لأبي محمّد عبد القادر بن أبي الوفاء مير محمّد، كتب خافة، كراتشي، دون ط، دون ت، 28/2، تاج التّراجم لابن قطلوبغا: أبي الفداء، زين الدّين قاسم السّودوني، ت: محمّد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط(1413هـ - 1992م)، 234/1، الأعلام: 315/5.

3- هو محمّد بن محمّد بن الحسين بن عبد الكريم، أبو اليسر صدر الإسلام البزدوي، فقيه بخارى، ولّى قضاء سمرقند، وانتهت إليه رئاسة الحنفيّة فيما وراء النّهر، مولده كان ببيدة سنة: 421هـ، ووفاته كانت سنة: 481هـ بسمرقند، وهو أخ صدر الإسلام علي بن محمّد. ترجمة في سير أعلام النّبلاء: 49/19، تاج التّراجم: 22/1، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفيّة: 116/2، 270، 276.

4- ينظر قواطع الأدلّة: 424/4، أصول السرخسي: 234/1، كشف الأسرار: 68/4.

5- ينظر الإحكام: 125/4.

صالحا للعلية، فيثبت التعارض بين ما أبداه كل من المعترض والمستدل، ولا يكون التمسك بأحدهما أولى من الآخر، وهذا كاف في الاعتراض وإبطال وصف المستدل.

2- اعتبار المركب المكون من الوصفين - وصف الفرق ووصف الجامع - علة للحكم على اعتبار أن كل واحد منها جزء علة، إعمالا للدليلين، واستنادا إلى قاعدة الأعمال أولى من الإهمال؛ وبناء على أن المؤلف من تصرف الشارع مراعاة المصالح كلها؛ بمعنى أن كلا من وصفي المستدل والمعارض مظنة لمصلحة متوقعة عقبيهما، فإناطة الحكم بهما تحصيل لمصلحتهما معا¹.

هذه خلاصة الوجوه التي تعلق بها الجمهور القائل بالفرق على اعتبار أنه معارضة في الأصل²، أما من يرى أنه شيء وراء المعارضة غرضه إبطال مقصود الجامع من الجمع بين الأصل والفرع - وهو مذهب الجويني - فقد تعلق بما يلي:

1- إن من شرط سلامة العلة خلوها من المعارضة³؛ إذ إن المستدل لا يستقر كلامه ولا وصفه إلا إذا ثبت بمسلك السبر والتقسيم بطلان كل الأوصاف التي تبدو صلاحيتها للتعليل، فإذا علل ولم يسبر فعورض في معنى الأصل بعلة فكأنه طوبل بالوفاء بالسبر وإبطال ما سوى علته. وقد أجاب الإمام ابن السمعاني الجويني بما يلي:

أ - إن شرط صحة التعليل خلوها من المعارضة أمر مسلم به حالة ما إذا كان الوصفان يقتضيان حكمين متضادين، أما إذا ذكرت علتان لحكم واحد فلا يسمي ذلك معارضة⁴.

1- ينظر مختصر ابن الحاجب بشرح السبكي: 445/4، شرح مختصر الروضة للطوفي: أبي الزبيد نجم الدين بن عبد القوي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1 (1407هـ - 1987م)، 501/3: 527/5.

2- أما الأمدي - وهو المانع من التعدد - فقد تعلق بما مفاده أن كلا من وصفي المستدل والمعارض لا يتصور استقلالهما بالحكم معا، بناء على عدم جواز تعدد العلل، وعليه: فلا بد أن يكون الحكم ثابتا بأحد الوصفين، أو بمجموعهما، وكل من الوصفين يمثل جزؤها، والقول بأحد الوصفين ترجيح بلا مرجح، وخاصة عند تساويهما في الاقتضاء والإشعار بالحكم، فلم يبق غير الثالث وهو كون الوصف مجموع الوصفين الذي يلزم منه امتناع تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع، وبتقدير تساوي الاحتمالات الثلاثة - وصف المستدل، ووصف الفارق، والمركب من الوصفين - فإن التعدية تمتع بتقدير أن العلة هي وصف الفارق أو مجموع الوصفين، ووقوع احتمالين أغلب من وقوع احتمال واحد - وهو تقدير وصف المستدل - فتمتنع التعدية به، وهو المطلوب. ينظر الإحكام للأمدي: 94/4.

3- وهذا الشرط مبني على القول بامتناع تعدد العلل.

4- قواطع الأدلة: 415/4.

ب - أما ما أوجبه على المستدلّ من السّبر والتّتبّع وإبطال ما سوى علّته فقد وصم السمعانيّ بقلة الفقه من أوجب ذلك على المستدلّ؛ لأنّ غاية ما يجب عليه أن يذكر علّة مناسبة للحكم، وإذا تحقّق من وجودها في الفرع الحقّه بالأصل الذي استنبط منه العلّة؛ وما ذلك إلّا لأنّ الجامع لم يلتزم بجمعه مساواة الفرع والأصل في كلّ القضايا، وإنّما مقصده اجتماع الفرع والأصل بأمر جامع، فإذا استتب له ذلك فقد بلغ مقصده، فلا يُلزم بما سواه¹.

2- ومما تعلّق به الجويني أيضا - وقد نقله عن القاضي الباقلاني² - أنّ العمل أو القول بالفرق قد استفاض عن السلف الصّالح من الصّحابة كقولهم بالجمع، وعدّه بعضهم إجماعا³، ومن القصص التي استشهد بها قصّة الجارية المجهضة التي أجهضت بالجنين حين بلغها رسول عمر بن الخطّاب⁴ - رضي الله عنه - مهّدّا إياها، فجمع رضي الله عنه الصّحابة، فقال له عبد الرّحمن بن عوف⁵ - رضي الله عنه - إنك مؤدّب ولا أرى عليك بأسا أو شيئا، وقال عليّ⁶ - رضي الله عنه معترضا - إن لم يجتهد فقد غشّك، وإن اجتهد فقد أخطأ، أرى عليك الغرّة. ووجه الاستدلال أنّ عبد الرّحمن بن

1- قواطع الأدلّة: 416/4

2- محمّد بن الطيّب بن محمّد بن جعفر، القاضي، من كبار علماء الكلام، انتهت إليه الرّئاسة في مذهب الأشاعرة، وكان مضرب المثل في الفهم والدّكاء، وجّهه عضد الدّولة سفيّرا عنه إلى ملك الرّوم، أخذ عنه القاضي عبد الوهّاب وأبو عمران الفاسي، ولد بالبصرة سنة: 330هـ، وسكن بغداد وتوفّي بها سنة: 403هـ، ترجمته في ترتيب المدارك: 481/1، الوافي بالوفيات: 111/5، شجرة النور: 138/1، معجم المؤلّفين: 109/10.

3- كما فعل السّبكي في رفع الحاجب: 445/4، والزّازي قبله في المحصول في علم أصول الفقه للزّازي: أبي عبد الله فخر الدّين محمّد بن عمر، ت: طه جابر العلواني، مؤسّسة الرّسالة، دون ط، دون ت: 279/4.

4- هو الفاروق عمر بن الخطّاب بن نفيل القرشي العدوي رضي الله عنه، ثاني الخلفاء الرّاشدين، ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، وكانت إليه السّفارة في الجاهلية، وكان عند المبعث شديدا على المسلمين، ثمّ أسلم، دامت خلافته عشر سنوات، قتله أبو لؤلؤة غيلة بخنجر في خاصرته وهو في صلاة الصّبح سنة: 23هـ. ترجمته في الإصابة: 519/2، معرفة الصّحابة: 38/1.

5- هو عبد الرّحمن بن عوف بن الحارث بن زهرة بن كلاب الزّهري القرشي أبو محمّد أحد العشرة المشهود لهم بالجنّة، وأحد السّنة أصحاب الشّورى، أسلم قبل دخول دار الأرقم، وهاجر الهجرتين، شهد بدرًا وسائر المشاهد، ودفن بالبقيع، عاش 72 سنة، وقيل: 73. ترجمته في الإصابة: 336/4، معرفة الصّحابة: 116/1.

6- عليّ بن أبي طالب بن عبد المطّلب الهاشمي القرشي، أبو الحسن، أمير المؤمنين، رابع الخلفاء الرّاشدين، وابن عمّ النّبي وصهره، وأحد الشّجعان الأبطال، ومن أكابر الخطباء والعلماء بالقضاء، ولد بمكّة قبل الهجرة ب: 23 سنة، قتله بن ملجم غيلة سنة: 40هـ، دامت خلافته عشر سنوات. ترجمته في الإصابة: 464/4، معرفة الصّحابة: 75/1.

عوف شبه ما قام به عمر - أو حاول القيام به - من قبيل التأديب بالمباحات المقدرة التي لا يجب فيها الضمان، بجامع أنه فعل ما يجوز له فعله، بينما اعترض عليّ مفزقا بين المباحات¹، وبين التّعزيرات المقدرة المحددة الملزمة التي لا يجب فيها الضمان، والوصف الفارق بين هذه وتلك هو أنّ هذه غير مقدرة وغير مضبوطة النهايات². قال الجويني بعد أن ذكر قصة هذه الجارية نقلا عن الباقلاني: (ولو تتبّع المنتبّع مناظرات أصحاب رسول الله في مسائل الجدّ وغيرها من قواعد الفرائض لألفى معظم كلامهم في المباحثات جمعا وفرقا، ويهون على الموقف تقدير جريان الجمع والفرق من الأولين مجرى واحد في طريق النّقل المستفيض)³، وأجاب السّمعاني على هذا الوجه بما يلي:

- إنّ ما نقله عن الصّحابة استدلال بعمومات لا تدلّ على الفرق والجمع الذي نحن فيه، فهي خارجة عن حلّ النزاع⁴.

- أمّا ما نقل عن الجارية فقد أجاب عن ذلك بما نصّه: (والذي نقل عن عبد الرّحمن بن عوف أنّه أشار إلى أنّ عمر مؤدّب، وأنّ ما فعله حقّ فهو معنى صحيح، والذي أشار إليه عليّ في وجوب الضمان عليه هو معنى ألطف من المعنى الأوّل، وإن كان لم يصرّح به، فقد بيّنا أنّ المراد من كلامه - رضي الله عنه - أنّه وإن كان يباح له التأديب ولكنّه مشروط بالسّلامة؛ لأنّه أمر ليس بحتم، بل هو جائز فعله وجائز تركه، وما جاز تركه ولم يكن على حدّ مضبوط في الشرع وتقدير قدر فيطلق فعله بشرط السّلامة)⁵. والمتأمل لهذا الجواب الذي تفضّل به ابن السّمعاني يجده أقرب للتّوجيه منه للجواب، فيصلح أن يكون استدلالا على القول بالفرق وليس العكس.

ثانيا- متعلّق المنكرين للفرق: إنّ الفارق - حسب هؤلاء - لا يعدو أن يكون قد أبدى معنى أو وصفا في الأصل معدوما في الفرع، وهذا غير كاف لإبطال وصف المستدلّ للوجوه التّالية⁶:

1- التي هي من جنس التّعزيرات التي لا تتضببط، فيجب فيها الوقوف دون ما يؤدّي إلى الإلتلاف، فجوازها مشروط بالسّلامة، وإلّا وجب الضمان.

2- ينظر البرهان: 1068/2، المحصول: 278/2، 279.

3- البرهان: 1068/2.

4- ينظر قواطع الأدلّة: 423/4، كشف الأسرار: 78/4.

5- قواطع الأدلّة: 423/4.

6- ينظر قواطع الأدلّة: 406/4، أصول السرخسي: 234/1، كشف الأسرار: 67، 68/4.

1- إن مجرد إبداء وصف في الأصل مقتض للحكم تعدد للفارق لمراسم وحدود الجدل؛ لأنّ الفارق معترض، ومن حقّ المعترض الدّفع دون الدّعوى؛ فهو - على حدّ تعبيرهم - جاهل مسترشد في موقف الإنكار، فبإبدائه لوصف آخر للتعليل يكون بذلك قد نصّب نفسه للدّعاء، وذلك لا يجوز.

وقد أجاب الجويني على هذا الوجه بأنّ الفارق يكون مجاوزا لمراسم الجدل - بما يبيده من معنى في الأصل - إذا كان مضربا عن قصد الاعتراض، آتيا بكلام على الابتداء ليس اعتراضا، كما أنّ علّة الجامع أو المستدلّ لا تثبت، وغرضه لا يتمّ في تصحيحها ما لم تسلم من المعارضة، ومن ضرورة ذلك درء المعارضة عنها، فهي أكثر الاعتراضات وقوعا¹.

2- إنّ غاية ما جاء به هو وصف آخر مقتض للحكم سوى ما ذكره المعلّ، وذلك لا يفيد في إبطال وصف المستدلّ في شيء؛ لأنّ حكم الأصل يجوز أن يكون معلّلا بعلتين، ثمّ يتعدّى الحكم إلى بعض الفروع بإحدى العلتين دون الأخرى، وإحدى العلتين كافية لإيجاب الحكم في الفرع، فيصير الخلاف حينئذ في حكم الفرع، وغاية ما فعله الفارق أن بيّن انعدام وصفه في الفرع، فانتهى عنه الحكم، والعدم لا يكون حجّة، ناهيك إذا عورض بدليل موجب للحكم، وهو العلّة.

فمستند هذا الوجه - كما ترى - مسألتان؛ مسألة تعدّد العلل للحكم الواحد، ومسألة انتفاء الحكم بانتفاء مدركه؛ فأما مسألة تعدّد العلل فهي مسألة خلاف بين العلماء²، وعلى التّسليم بجواز ذلك، فقد أجاب الجويني على هذا الشّقّ المبني على جواز تعدّد العلل بما يلي:

أ- هناك من يرى أنّ الفرق سؤالان لا ارتباط لأحدهما بالآخر، وليس سؤالاً واحداً؛ إذ إنّ سؤال الفرق يشتمل على معارضة علّة الأصل بعلّة، ثمّ معارضة علّة الفرع بعلّة أخرى مستنبطة في جانبه،

1- البرهان: 1053/2.

2- وقد أوصل بعضهم مذاهب العلماء في المسألة إلى بضعة عشر مذهباً، محصلتها ثلاثة مذاهب: الجواز مطلقاً؛ وهو قول الجمهور، وهو مختار السّمعاني، والباجي، وابن الحاجب، وابن عقيل، والمرداوي، والسبكي، والبيضاوي، والغزالي وغيرهم، ثانياً: المنع؛ وهو مذهب الباقلاني، وقد حكاه عبد الوهاب عن متقدّمي أصحابه، واختاره الأمدى، وجوّز الجويني وقوعه عقلاً ومنعه شرعاً، وفصل آخرون؛ فأجازوه في المنصوصة دون المستنبطة، وهو مذهب الرّازي والقرافي ونسب للغزالي. ينظر مذاهب العلماء: البرهان: 819/2. 832، قواطع الأدلّة: 409/4، الإحكام للأمدى: 295/3، الإحكام للباجي: 640/2، المحصول للرازي: 271/2. 277، شرح تنقيح الفصول: 343، مختصر ابن الحاجب بشرح السبكي: 218/4، المنهاج بشرح الإبهاج: 187/5، المنحول: 497/1، شرح مختصر الرّوضة: 501/3.

والقول بتعدّد العلل تعرّض من المجيب لأحد السّوالين، ويبقى السّوال المتعلّق بخصوص الفرع دون جواب.

ب- وعلى القول بأنّ الفرق سؤال واحد فإنّ ذلك غير كاف في ردّ الفرق؛ لأنّ غرض الفارق في تفرّقه بين الأصل والفرع لا ينخرم إلّا بأمرين هما:

الأمر الأوّل: أن يبيّن المستدلّ عدم إشعار الوصف الفارق بالحكم وعدم اقتضائه له، ولا يتأتّى ذلك إلّا بالحاقه بالأوصاف الطردية.

الأمر الثّاني: بيان رجحان مسلك الجمع على مسلك الفرق، وذلك بكون الوصف الجامع أكثر إخاله ومناسبة من الوصف الفارق، أو على الأقلّ مثله¹.

وأجاب القرافي² - أيضا - على هذا الشّق بأنّ من الفروق ما لا يصلح للاستقلال؛ كالفرق بمزيد المشقّة ومزيد الحاجة والضّرر، فإنّ مثل هذه الفروق يفيد المعترض ولو كان من القائلين بتعدّد العلل³.

أمّا ما قالوه بشأن كون الخلاف في حكم الفرع، وأنّ غاية ما صنعه الفارق هو نفي الحكم عن الفرع لانتفاء مدركه.. إلى آخر ما قالوه، فلم يسعفنا الحظ في العثور على ردّ بخصوص هذا المتعلّق، ولكن يمكن أن يتصوّر له ردّا مفاده أنّ الخلاف ليس في حكم الفرع حتى يقال لا يمكن مقابلة العدم بالدليل، وإنّما الخلاف في دليل حكم الأصل وهو العلة؛ إذ إنّ المعترض يرى بطلان دليل المستدلّ بما أبداه من معنى صالح للتعليل، بينما يرى المستدلّ أنّ ذلك لا يضرّه ما دام صحيحا وقد سلّم الخصم بذلك.

وعلى التّسليم بصحّة دليل المستدلّ فإنّ الاستدلال بنفي الحكم بانتفاء مدركه طريقة عوّل عليها بعض الفقهاء؛ لأنّ فقد الدليل بعد الفحص البليغ عن طريق السّبر والتّقسيم يغلب على الظنّ عدمه، وعدمه

1 - ينظر البرهان: 1088/2.

2- هو أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمن أبو العباس شهاب الدّين الصّنهاجي القرافي، مصري المولد والمري والوفاء، وفاته كانت سنة: 684هـ، من مصنّفاته: نفائس الأصول، تنقيح الفصول وشرحه، الذّخيرة، الفروق، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام. ترجمته في شجر النور: ص202، الدّيباج المذهب: 236/1، الفكر السّامي: 276/2.

3- نفائس الأصول في شرح الفصول: 4359/8.

يستلزم عدم الحكم؛ نظرا لامتناع تكليف الغافل¹ من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأصل في الأشياء العدم².

3- ومما تعلّقوا به - أيضا - هو أنّ وجود المفارقة بين الأصل والفرع دليل صحّة العلة، ولولا تلك المفارقة لكان القياس عبثا؛ إذ هو إلحاق فرع بأصل، ولا بدّ من وجود المفارقة بينهما ليكون أحدهما أصلا والآخر فرعا، وإلا فإنّ الشّيء لا يدلّ على نفسه³.

والجواب على هذا المتعلّق سهل ميسور وهو أنّ تلك المفارقة التي لا بدّ منها بين الأصل والفرع هي المفارقة بالأوصاف الطردية؛ كالطول والقصر التي لا تؤثر في حكم الأصل، وهذه الفروق ليس ممّا نحن فيه، وبالتالي فإنّ متعلّقهم هذا خارج محلّ النزاع.

الفرع الرابع: موازنة وترجيح.

بالعودة إلى ما تمّ عرضه في هذا المطلب والذي قبله من بيان لمعنى المعارضة يمكن القول: **أولا:** إنّ الفرق بخصوص الفرع قد تحقّق فيه ركن المعارضة؛ فقد تقابلت فيه الحجّتان على السواء؛ وصف المستدلّ ووصف المعارض، وآل الأمر إلى معارضة قياس بقياس، ولا مبرر لردّه؛ لأنّ القول بذلك يؤدّي إلى سدّ باب المناظرة، ويبقى الخلاف في تسميته معارضة أو فرقا؛ خلافا لفظيا⁴. **ثانيا:** إنّ ما يبديه المعارض من وصف بخصوص الأصل قد يكون من قبيل الأوصاف الطردية التي لا يعتدّ بها، والقول بها يؤدّي إلى غلق باب القياس برمته.

1- ومفاد هذه الطريقة أنّ الحكم الشرعي لا بدّ له من دليل من نصّ أو إجماع أو قياس، ولم يوجد واحد من هذه الثلاثة فوجب ألاّ يثبت الحكم؛ لأنّ فقد الدليل بعد البحث يغلب على الظنّ عدمه، وعدمه يستلزم عدم الحكم؛ لامتناع تكليف الغافل، وهو محال على الله. ينظر المحصول للزّازي: 5/218، تيسير الوصول: 132/6، الإحكام للآمدي: 145/4، نثر الورود: 565/2، وغيرها.

2- بمعنى أنّ المعارض إذا نفى وصفه عن الفرع فإنّ الفرع يأخذ حكم الإباحة استصحابا للبراءة أو العدم، ولو تمّ افتراض حكم آخر غير الإباحة ولا دليل له، لأدّى ذلك إلى تكليف الغافل، وهو محال على الله.

3- ينظر قواطع الأدلّة: 407/4.

4- قال الزّركشي: (ولم يتوارد ابن السّمعاني مع الإمام على محلّ واحد؛ لأنّ إمام الحرمين منع اجتماع علّتين، والسّمعاني يجوز.. وحاصله أنّ المعارضة في الفرع لا تسمّى فرقا، ويصير النزاع لفظيا، وأما المعارضة في الأصل فهي مبنية على مسألة التعليل بعلتين)، وقال السبكي بعد أن أورد كلام السّمعاني في عدم اعتبار المعارضة فرقا: (وأنت تراه كيف لا يجعل المعارضة فرقا، فالنزاع فيها معه لفظي، وقد يجوز أنّ المعارضة في الفرع قاذحة بلا خلاف، فليسمّها ابن السّمعاني بما شاء). البحر المحيط: 304/5، رفع الحاجب: 459/4.

وقد يُلحقُ وصف الجامع بالأوصاف الطردية، وهذا النوع لا خلاف في القول به، وإنما الخلاف في تسميته فرقا.

وهناك نوع ثالث من الفرق؛ وهو الذي يبقي فقه الجامع سليما، وفي الوقت نفسه يكون مناسبا مؤثرا في الحكم؛ أي: أنه ليس من قبيل الطرد، وفي الوقت نفسه لم يلحق وصف الجامع بالطرد، وهذا هو موضوع الفرق وهو محلّ الخلاف.

وقد أراح بعضهم نفسه فأرجع الخلاف فيه إلى مسألة تعدّد العلل؛ فمن جوّز تعدّد العلل بالنسبة للحكم الواحد ردّ الفرق ومن منعه قبله، وبالتالي لم يتوارد القائلون بالفرق مع معارضيه على محلّ واحد، غير أنه يشكل على هؤلاء أنّ القائلين بتعدّد العلل يقولون بالفرق، ولإزالة هذا الإشكال يمكن القول إنّ الوصف الذي يبديه الفارق يمكن أن يكون مستقلا بالتعليل، و قد لا يكون كذلك، فإذا كان غير مستقلّ بالتعليل؛ كأن يكون مناسبا غير منفرد بحكم، أو يكون من قبيل زيادة المشقة، ومزيد الضرر أو المصلحة، أو من باب صفة الصفة.. فهذا يضمّ إلى وصف الجامع، ويكون المجموع المكوّن من وصف الجامع ووصف الفارق هو العلة، وكلّ وصف منهما جزء علة.

أما إذا كان وصف الفارق مستقلا بالتعليل، فإنّه يضمّ إلى وصف الجامع، فتكون الهيئة الاجتماعية¹ المكوّنة من الوصفين هي العلة، و كلّ وصف يمثل جزء علة، إعمالا للدليلين ومنعا للتحكّم، ومراعاة للمصالح كلّها.. وهذا المسلك يستقيم، على القول بمنع التعليل بعلتين، وعلى القول بجواز ذلك. وقد ينفرد أحد الوصفين بالتعليل بناء على الإخالة والمناسبة، وهذا مسلك الجويني، ومن منع من التعليل بعلتين.

وعليه فإنّ القول بالفرق أكثر انسجاما مع القواعد والأصول، وعرف الشارع في رعاية المصالح، وفي الوقت نفسه لا يتنافى مع القول بتعدّد العلل فيترجّح على غيره.

وصفوة القول: إنّ الفرق هو ما يبديه المتعرض من وصف في الأصل مفقود في الفرع؛ بحيث تكون علة الأصل هي الهيئة الاجتماعية المكوّنة من وصفي الجامع والفارق، وكلا من الوصفين يمثلان جزءا العلة؛ سواء أكان الوصف الفارق مستقلا بالتعليل أو غير مستقلّ، وهو مقبول حتّى على القول بجواز تعدّد العلل، وهو مذهب الجمهور.

1 - هذا التعبير للإمام الأمدي، ينظر على سبيل المثال الأحكام: 212/3، 94/4.

وإذا كان الوصف الفارق مستقلاً بالتعليل فإنه يسمع إذا كان أكثر مناسبة من الوصف الجامع، وإلا فالحكم بالاجتماع أولى بالحكم بالافتراق.

أمّا ما يبديه المعترض من معنى في الفرع فهو معارضة يؤول فيها الأمر إلى معارضة قياس بقياس، والحكم الفصل في ذلك هو قواعد التّرجيح.

المطلب الثالث: علاقة الفرق بالتّخريج.

إذا كانت نسبة المخرّج إلى إمامه ونصوصه كنسبة الإمام إلى صاحب الشّرع ونصوصه من حيث اتباع النّصوص، وإلحاق غير المنصوص بالمنصوص، فإنّ الفرق ذو صلة وثقى بالتّخريج كما هو في القياس، ولرصد تلك الصّلة لا بدّ من بيان مفهوم التّخريج وبعض المفاهيم ذات الصّلة به؛ كالقاعدة والضّابط في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: التّخريج لغة واصطلاحاً.

أولاً- التّخريج لغة: التّخريج في اللّغة من الفعل خرّج يخرج إخراجاً وتخریجاً، ويطلق ويراد به معنيان أساسيان¹؛ أحدهما: النّفاذ من الشّيء والظّهور، وهو الأكثر استعمالاً، والثّاني: اختلاف لونين، ومنه شاة خرجاء، وهي التي لون نصفها أبيض، والنّصف الآخر بلون مختلف.

ثانياً- التّخريج عند الأصوليين: يطلق علماء الأصول مصطلح "التّخريج" ويريدون به أحد المعاني التّالية:

- تعرّف أحكام جزئيات موضوع القاعدة المشتملة على تلك الأحكام بالقوّة القريبة من الفعل، بإبرازها من القوّة إلى الفعل². فهو - إذا - استنباط للأحكام من القواعد الفقهيّة؛ إذ إنّ القاعدة تتضمّن حكماً كلياً ينطبق على جميع أفراد أو جزئيات القاعدة، فإمكانية معرفة أحكام تلك الجزئيات هو المراد بكون القاعدة تشتمل على الأحكام بالقوّة القريبة من الفعل، والتّعرّف على أحكام تلك الجزئيات هو معنى إبرازها من القوّة إلى الفعل، واصطلحوا على ذلك التّعرف أو الإبراز بمصطلح التّخريج أو التّفريع.

1- ينظر معان الكلمة لسان العرب: 249/2، المصباح المنير للفيومي: أبي العباس أحمد بن محمّد بن علي، المكتبة العلمية، بيروت، دون ط، دون ت، 166/1، تاج العروس: 511/5.

2- إدرار الفروق على أنوار الفروق (وهو هامش على فروق القرافي) لابن الشّاط، قاسم بن عبد الله، ت: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ط، (1418هـ - 1998م)، 380/3.

- نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها، والتسوية بينهما فيه¹، فهو - إذن - إلحاق مسألة لم ينص الإمام على حكمها بأخرى نص على حكمها لوجود شبهة بينهما، وقد أطلق ابن رشد على هذا النوع من التّخريج قياس المسائل على المسائل²، وشرطه انتفاء الفرق بينهما، وذكر "ابن فرحون" لهذا النوع من التّخريج ثلاث صور هي³:

الصّورة الأولى: استخراج حكم مسألة ليس فيها حكم منصوص من مسألة منصوصة.

الصّورة الثانية: أن يكون في المسألة حكم منصوص فيخرج فيها من مسألة أخرى قولاً بخلافه، فيكون في المسألة حكمان مختلفان؛ حكم منصوص، وحكم مخرّج.

الصّورة الثالثة: أن يوجد للإمام نص في مسألة على حكم، ويوجد نص في مثلها على خلاف ذلك الحكم، فينقلون الحكم من إحدى المسألتين ويخرّجون في الأخرى، فيكون في كلّ واحد منهما قولان؛ قول مخرّج، وقول منصوص، ويمكن إدراج هذا النوع والذي قبله تحت ما يسمّى بفن تخريج الفروع على الفروع، وهو: (علم يتوصّل به إلى معرفة رأي الأئمة في الفروع الفقهية التي لم يرد فيها نصّ عنهم، وذلك عن طريق إلحاقها بما يشابهها من المسائل في الحكم أو في علّة الحكم، أو عن طريق عموميات نصوص الإمام، أو على مسألة يخرج عليها بخلاف حكم المنصوص عليها)⁴.

- أمّا النوع الثالث من أنواع التّخريج: فهو ما يعرف بتخريج الفروع على الأصول، وقد عرفه بأنّه (العلم الذي يعرف به استعمال القواعد الأصولية في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلّتها التفصيلية)⁵؛ فهو علم يبحث في الأصول، والقواعد الأصولية، والعلل، وغيرها من مدارك وأدلة الأحكام؛ من أجل بيان أو إناطة بعض الفروع بأحكام لم يرد بها نصّ عن الإمام، أو ردّ الفروع المختلف فيها بين الأئمة إلى أصولها، وبيان مداركها، والوقوف على أسباب الخلاف فيها، وما تمّ

1- المسوّدة في أصول الفقه لآل تيمية ت: محمّد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، دون ط، دون ت، 533/1.

2- المقدمات الممهّدة لابن رشد: أبي الوليد أحمد بن محمّد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 (1408هـ - 1988م)، 38/1.

3- كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب لابن فرحون: إبراهيم نور الدين بن علي اليعمري، ت: حمزة أبو فارس وعبد السلام الشّريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1990م، ص105.

4- التّخريج في المذهب المالكي وأثره في حركية الاجتهاد (محاضرات الملتقى الدولي الثامن للمذهب المالكي)، مجموعة مؤلّفين، دار الثقافة عين الدفلى، الجزائر، 1433هـ، 2012م، ص292.

5- المصدر نفسه: ص 292.

استنباطه من أحكام وقواعد الإمام وأصوله، أو بالقياس على قوله اصطلاح العلماء على تسميته بالقول المخرج¹.

ومما ينبغي الإشارة إليه هو أنّ الإمام الطّوْفِي² فرّق بين التّخريج، وبين النّقل والتّخريج؛ فما نقل عن نصّ الإمام إلى غيره بالجامع المشترك فهو النّقل والتّخريج، وما كان استنباطاً من قواعد الكلية فهو التّخريج، ولا فرق عنده بين أن يكون الاستنباط من قاعدة فقهية نصّ الإمام عليها، أو كان وفق قاعدة أصولية؛ لأنّ حاصل التّخريج - على حدّ تعبيره - هو (بناء فرع بجامع مشترك)³.

الفرع الثّاني: بعض المفاهيم ذات الصّلة بالتّخريج.

من خلال هذا العرض الموجز عن التّخريج وأنواعه يتبدّى أنّ التّخريج ذو صلة وثقى ببعض المفاهيم؛ كالقاعدة، والضّابط، والمدرک، وفي هذا المطلب تجلية لمعاني هذه المفاهيم، ورصد الصّلة بينها وبين التّخريج.

أولاً: القاعدة لغة واصطلاحاً.

1- القاعدة لغة: يطلق أهل اللّغة القاعدة ويريدون بها الأساس وأصل الأساس، كما يريدون بها - أيضاً - المرأة التي قعدت عن الحيض والولد والزّواج⁴.

2- القاعدة اصطلاحاً: اهتمّ العلماء بشأن القواعد ووصفوها بأوصاف متقاربة؛ كالقضية الكليّة، والأمر الكليّ، والحكم، ولعلّ وصفها بالقضية أولى بها من غيره؛ إذ إنّ القضية اسم للحكم والمحكوم عليه والمحكوم به، والقاعدة تتضمّن حكماً، وهذا الحكم ينسحب على جميع الأفراد المندرجة تحت موضوعها، وهؤلاء الأفراد يمثّلون المحكوم عليه، كما أنّ هذه الجزئيات أو الأفراد يجمعها قاسم

1- رسم المفتي لابن عابدين، محمّد أمين بن عمر، عالم الكتب . بيروت، دون ط، دون ت . ص25.

2- سليمان بن عبد القويّ بن عبد الكريم بن سعيد الطّوْفِي، الفقيه الأصولي، المتقنّ، نجم الدّين أبو الزّبيح، ولد سنة: 656هـ بقرية طوفى من أعمال صرصر ببغداد، وحفظ بها مختصر الخرقى في الفقه، وللمع في النّحو لابن جنّي، دخّل بغداد سنة: 91هـ، حفظ المحرّر في الفقه، وتوفّي في الخليل بفلسطين سنة: 716هـ، من تصانيفه الكثيرة: شرح مختصر الرّوضة، بغية الشّامل في أمّهات المسائل في أصول الدّين، مختصر الحاصل في أصول الفقه، شرح مقامات الحريري في مجلّات، الإكسير في قواعد التّفسير، وغيرها. ترجمته في معجم المؤلّفين: 266/4، الأعلام: 127/3.

3- شرح مختصر الرّوضة: 645/3.

4- تاج العروس: 49/9، لسان العرب: 357/3.

مشارك هو موضوع القاعدة، أو ما يعرف بالمحكوم به، ومن هنا يمكن القول إن القاعدة هي: (قضية كلية - أو أمر كلي - منطبقة على جميع جزئياتها)¹، وهذا التعريف ينطبق على أي قاعدة مهما كان نوعها؛ أصولية كانت، أو فقهية، أو نحوية.. غير أن ثمة من يرى أن القاعدة الفقهية حكمها أكثرى. بخلاف غيرها من القواعد فأحكامها تنطبق على جميع الجزئيات التي تعرف أحكامها منها².

ثانيا - الضابط لغة واصطلاحاً:

1- الضابط لغة: الضبط في اللغة من ضبط يضبط ضبطاً وضباطة، وهو لزوم الشيء وحبسه، وحفضه بالحزم³.

2- الضابط اصطلاحاً: طائفة من العلماء لم تفرّق بين القاعدة وبين الضابطة، فجعلتها أوصافاً مترادفة للقضية الكلية المنطبقة على جميع جزئياتها، فقد جاء في المصباح المنير أن (القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته)⁴، وهناك من فرّق بينهما، ولعلّ أول من فعل ذلك هو التاج السبكي⁵ الذي نصّ - بعد أن عرّف القاعدة - أن (الغالب فيما اختصّ بباب وقصد به نظم صورة متشابهة أن يسمّى ضابطاً)⁶، ومفهوم قوله أن ما لم يختصّ هو القاعدة.

1- أو الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها. ينظر الأشباه والنظائر للسبكي: تاج الدين بن عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، ط1 (1411هـ - 1991م)، 11/1، التعريفات للجرجاني: علي بن محمد بن علي، ت: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1 (1403هـ - 1983م)، 171/1.

2- قال ابن نجيم مفرّقاً بين القاعدة الفقهية وبين غيرها من القواعد: (القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين؛ إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منها). غمز عيون البصائر (شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم) للحموي: أبي العباس أحمد بن محمد، دار الكتب العلمية - بيروت - دون ط1 (1405هـ - 1988)، 51/1.

3- ينظر لسان العرب: 340/7، تاج العروس: 439/19.

4- المصباح المنير: 510/2.

5- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي قاضي القضاة تاج الدين السبكي، صاحب جمع الجوامع، وشرح مختصر ابن الحاجب، والأشباه والنظائر، وشرح المنهاج.. ولد بالقاهرة سنة: 728هـ، وتوفّي سنة: 771هـ، تولّى قضاء الشام، ترجمته في الوافي بالوفيات: 210/19، المنهل الصافي والمستوفي بعد الوافي: لابن تغرى يوسف جمال الدين أبو المحاسن، ت: محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، دون ط، دون ت، 385/7، الأعلام: 184/4.

6- الأشباه والنظائر للسبكي: 11/1.

وممن فرّق بينهما ابن نجيم¹ الذي جعل الاستقراء إحدى سمات القاعدة فضلا عن تنصيب الإمام عليها. بخلاف الضابطة فهو أغلبي لم ينصّ عليه الإمام، وبالتالي - وحسب ابن نجيم - (لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط؛ لأنها ليست كلبية بل أغلبية، وهي لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشايخ من كلامهم)²؛ أي من كلام الأئمة.

وهناك وجهة نظر ثالثة ممن فرّق بين الأمرين، وهي للإمام الحموي³ الذي يرى أنّ: (الضابطة أمر كليّ ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه، وهي أعمّ من القاعدة، ومن ثمّ رسموها بأنّها صورة كلية يتعرّف منها أحكام جميع جزئياتها)⁴، فالضابطة أو الأمر الكليّ - حسب هذا النصّ - فيه من التعميم ما ليس في القاعدة - أو الصورة - على اعتبار أنّ المراد بالصورة هو القضية أو الحكم؛ إذ إنّ الأمر الكليّ يصدق على الحكم الكليّ، والتّقاسيم وأشباهها، وغير ذلك ممّا جرت عليه عادة الفقهاء من إطلاق لفظة الضابط عليه؛ فقد أطلقوه على الحكم الكليّ، وعلى تعريف الشيء، وعلى تقاسيمه، وعلى ما هو شبيهه بالتّقاسيم؛ كالأسباب والأركان والشروط، وأطلقوه - أيضا - على المقياس الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني؛ كقولهم: الضابط في المشقة المخففة هو كذا وكذا، بل وقد أطلقوه حتى على الأحكام الفقهية العامة، وبذلك يمكن تفسير الضابط بمعنى أوسع ليشمل كلّ ما يحصر جزئيات معنى معيّن، فهو عبارة عن (كلّ ما يحصر ويحبس؛ سواء كان بالقضية الكلية، أو بالتّعريف، أو بذكر مقياس الشيء، أو ببيان أقسامه أو أسبابه)⁵، أو شروطه أو أركانه.

1- هو زين الدّين بن إبراهيم بن نجيم، وابن نجيم اسم لبعض أجداده، وهو فقيه حنفيّ مصريّ، كان من مفاخر الدّيار المصرية، ولد سنة: 926 هـ، وتوفّي سنة: 970 هـ. من مصنفاته: الأشباه والتّظائر، البحر الرّائق، لبّ الأصول؛ وهو اختصار لتحرير ابن كمال الدين، ترجمته في الكواكب السّائرة في أعيان المائة العاشرة للغزّي، نجم الدّين محمّد بن محمّد، ت: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1(1418 هـ - 1997م)، 108/3، الأعلام: 64/3.

2- نقلا عن الحموي؛ غمز عيون البصائر: 37/1.

3- هو أحمد بن محمّد بن مكّي أبو العبّاس شهاب الدّين الحسيني الحموي، من علماء الحنفية، كان مدرّسا بالمدرسة السّليمانية بالقاهرة، وتولّى بها إفتاء الحنفية، له عدّة تصانيف، أشهرها غمز عيون البصائر، توفّي سنة: 1089 هـ، ترجمته في طبقات النّسّابين: 23. بكر ابن عبد الله بن محمّد أبو زيد، دار الرّشد - الرّياض، ط1(1407 هـ - 1987م)، 170/1، الأعلام: 239/1.

4- غمز عيون البصائر: 5/2.

5- القواعد الفقهية: يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، مكتبة الرّشد - الرّياض، ط1(1418 هـ - 1998م)، ص66.

وقد نبّه الإمام السبكي إلى الفرق بين الضابط وبين المدرك¹ فنصّ على أنّه (إذا كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصّور في الحكم فهو مدرك، وإلاّ فإنّ كان القصد ضبط تلك الصّور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها فهو الضابط)².

ثالثا. علاقة الفرق بالتّخريج: بما أنّ التّخريج ضرب من القياس، باعتباره إلحاق غير المنصوص بالمنصوص، ولما كانت عملية الإلحاق في القياس تتعدّر عند قيام "الفرق" المانع من الإلحاق، فكذلك التّخريج؛ لأنّ المخرّج نسبته إلى إمامه (في التّخريج كنسبة إمامه لصاحب الشّرع، والضابط له وإمامه في القياس والتّخريج أنّهما متى جوّز فارقا يجوز أن يكون معتبرا حرم القياس، ولا يجوز القياس إلاّ بعد الفحص المنتهي إلى غاية أنّه لا فارق هنا، ولا معارض، ولا مانع يمنع من القياس، وهذا قدر مشترك بين المجتهدين والمقلّدين للأئمّة المجتهدين، فمهما جوّز المقلد في معنى ضفر به في فحصه واجتهاده أن يكون إمامه قصده أو يراعيه حرم عليه التّخريج.. وإن لم يجد شيئا بعد بذل الجهد وتمام المعرفة جاز له التّخريج)³.

هذا عن علاقة الفرق بالتّخريج على وجه الإجمال، أمّا على وجه التّفصيل فيمكن القول إنّ للتّخريج صورا هي:

أولا- تفرّيع المسائل من القواعد: فإذا تحقّق مناط القاعدة أو الضابط في المسألة، وانتفى المانع الذي من شأنه الحيلولة دون إلحاق المسألة بالقاعدة في الحكم، اندرجت المسألة تحت القاعدة، ويكون حكم المسألة حينئذ قولاً مخرّجا على وفق القاعدة أو الضابط، وعادة ما يطلق الفقهاء على هذا النوع من المسائل اسم الفرع، وربّما أطلقوا عليها مصطلح النّظير.

ثانيا. تخريج مسألة على مسألة: تخريج مسألة فيها نصّ للإمام على مسألة ليس له فيها نصّ، ولا يشترط في هذا النوع وجود العلة، وإنّما يُكتفى فيه بنفي الفرق، والقول المُخرّج يمكن أن يكون موافقا لما نصّ عليه الإمام، وقد لا يكون كذلك، وذلك تبعا للفرق، فإذا انتفى الفرق بين المسألتين تمّت التّسوية بينهما في الحكم، وأصبحتا من قبيل ما يعرف بالأشباه، أمّا إذا كان ثمة فرق بينهما فإنّ

1- الفقهاء والأصوليون يطلقون المدرك والمآخذ على العلل والمناطات، والجامع بين الأصل والفرع، وعلى الدليل.

2- الأشباه والنظائر: 11/1.

3- الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق) للقرافي: أبي العباس شهاب الدين أحمد، عالم الكتب، دون ط، دون ت، 107/2.

القول المُخَرَّج في هذه الحالة على خلاف قول الإمام، وتكون المسألتان من قبيل ما يعرف بالنظائر، فهي أشباه أيضاً، غير أنه يوجد فيها من الأوصاف ما يمنعها من التسوية بينها في الحكم¹، وبحثها - حسب ما نصّ عليه الإمام السيوطي - في علم الفروق الذي يُعنى بدراسة المسائل المتَّفَقَة صورة المختلفة حكماً².

وقد يلتفّ بالمسألة بعض الظروف، أو يعلق بها بعض الأوصاف ما يجعلها تأخذ حكماً مخالفاً لحكم مثيلاتها أو نظيراتها اللواتي تفرّعن عن القاعدة، واندرجن تحتها في الحكم، وهذه الأوصاف التي يمكن أن تعلق بالمسألة، وتلك الظروف التي تحفّها وتجعلها تأخذ حكماً مخالفاً هي التي يمكن أن يطلق عليها اسم الفرق، ولكن ما طبيعة تلك الأوصاف أو الظروف التي تحول دون إلحاق المسألة بما يناظرها قياساً أو تخريجاً، وتجعلها تأخذ حكماً مخالفاً لحكم نظيراتها؟ قال القرافي وهو يجيب عن هذا السؤال: (الفروق إنّما تنشأ عن رتب العلل وتفاصيل أحوال الأقيسة، فإذا كان إمامه أفتى في فرع مبني على علّة اعتُبر نوعها في نوع الحكم، لا يجوز له هو أن يخرج على أصل إمامه فرعاً مثل ذلك الفرع، لكن علته من قبيل ما شهد جنسه لجنس الحكم، فإنّ النوع على النوع مقدّم على الجنس في النوع، ولا يلزم من اعتبار الأقوى اعتبار الأضعف، وكذلك إذا كان إمامه قد اعتبر مصلحة سالمة عن المعارض لقاعدة أخرى فوق له فرع فيه عين تلك المصلحة، لكنّها معارضة بقاعدة أخرى أو بقواعد، فيحرم عليه التّخريج حينئذ؛ لقيام الفارق، أو تكون مصلحة إمامه التي اعتمد عليها من باب الضّروريات فيفتي هو بمثلها، ولكنّها من الحاجات أو التّتمّات، وهاتان ضعيفتان مرجوحتان بالنسبة إلى الأولى، ولعلّ إمامه راعى خصوص تلك القوية، والخصوص فائت هنا، ومتى حصل التّردّد في ذلك والشكّ وجب التّوقّف، كما أنّ إمامه لو وجد صاحب الشّرع قد نصّ على حكم

1- الأشباه والنظائر لفظتان تطلقان على المسائل المتشابهة صورة المختلفة حكماً، وبذلك يكون هذا الفرع مرادفاً لعلم الفروق الفقهيّة، وهو ما ذهب إليه ابن نجيم، وفرّق السيوطي بينهما؛ فجعل النظائر مرادفة للفروق، والأشباه خاصة بالمسائل المتشابهة صورة ومعنى المختلفة حكماً، ومكمن الفرق بينهما - حسبه - هو قوّة الاشتراك؛ فالمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه؛ بحيث لا يقوى الفرق على التّفريق بينهما، بخلاف المناظرة التي تكتفي بالاشتراك في بعض الوجوه ولو في وجه واحد، فإن ظهر فرق تباينت المسألتان في الحكم.. ينظر غمز عيون البصائر: 38/1، الحاوي للفتاوى للسيوطي: عبد الرّحمن بن أبي بكر جلال الدّين، ت: عبد اللّطيف حسن عبد الرّحمن، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1(1403هـ - 1983م)، 272/2.

2- الأشباه والنظائر للسيوطي: عبد الرّحمن بن أبي بكر جلال الدّين، دار الكتب العلميّة، ط1(1411هـ - 1990م)، 07/1.

ومصلحة من باب الضروريات، حرم عليه أن يقيس عليه ما هو من باب الحاجات أو التّمات؛ لأجل قيام الفرق¹.

هذا فيما يتعلّق بالتّخريج الذي هو من عمل المقدّد، وهو ما يعرف بتخريج الفروع على الفروع، أمّا تخريج الفروع على الأصول فهو نوع من الاستنباط يقوم به من بلغ رتبة الاجتهاد وفق قواعد وأصول الإمام، ويكون الحديث عن الفرق حينئذ بمعناه الأصولي، ومجاله القياس، وقد تمّ التّطرّق إليه بشيء من التّفصيل في المطلبين؛ الأوّل والثاني من هذا المبحث.

خلاصة.

إنّ حقيقة الفرق هي إبداء المعترض معنى يحصل به الفرق بين الأصل والفرع حتّى لا يلحق في حكمه، غايته الفصل بين المجتمعين في موجب الحكم بما يخالف بين حكميهما، ولا يتأتّى إلا بإبداء معنى - وصف - موجود في الأصل مفقود في الفرع، وهو ما يعرف بالفرق بخصوص الأصل، أمّا إذا كان بخصوص الفرع فهو عند التّحقيق من قبيل المعارضة.

وجوهر الفرق بين المعارضة والفرق هو اختلاف غرض كلّ منهما؛ فبينما غرض المعترض بالفرق هو الفصل بين الأصل والفرع والحيلولة دون إلحاق أحدهما بالآخر، فإنّ غرض المعترض بالمعارضة هو إبطال دليل الخصم وبيان أنّه غير قائم، ولا يتأتّى غرض كلّ واحد منهما إلا بإبداء معنى صالح للتّعليل سوى وصف المستدلّ، وإقامة الدليل على صلاحيته لذلك - وهذا قدر مشترك بينهما - إلا أنّ المعترض بالفرق لا يتأتّى له مراده إلا بنفي ما ادّعاه وصفا عن الفرع. بخلاف المعترض بالمعارضة فلا يكفّ ذلك، وهذا هو مكن الفرق بين المعارضة والفرق بخصوص الأصل، وهو بهذا المعنى قادح معتبر، وسؤال صحيح يحول دون إلحاق غير المنصوص بالمنصوص؛ سواء كان النّصّ شرعيّاً أم كان فقهياً.

1- الفروق للفرافي: 108/2.

الفصل الثّاني: الفروق المتعلّقة بالعبادات

ويتضمّن ستّة مباحث

المبحث الأوّل: فروق في الطّهارة

المبحث الثّاني: فروق في الصّلاة

المبحث الثّالث: فروق في الصّوم

المبحث الرّابع: فروق في الزّكاة

المبحث الخامس: فروق في الحجّ

المبحث السّادس: متفرّقات

الفصل الثاني: الفروق المتعلقة بالعبادات.

يستعرض هذا الفصل بالدراسة والتحليل ثلاثة وأربعين فرقا موزعة على مختلف الكتب الفقهية المتعلقة بالعبادات؛ سبعة فروق منها في كتاب الطهارة، وعشرة منها في كتاب الصلاة، وستة فروق في كتاب الصوم، وإحدى عشرة فرقا في كتاب الزكاة، وخمسة فروق في كتاب الحج، وخمسة أخرى متفرقة بين كتاب الضحايا، وكتاب الجهاد، وكتاب الأيمان والنذر، في ستة مباحث.

المبحث الأول: فروق في الطهارة.

يتضمن هذا المبحث سبعة فروق؛ فرقان في حكم النجاسة في البدن والثوب وغيره، وفرق في المسح على الجبائر، وفرقان في وضوء الجنب قبل أن ينام، وفرق في انحلال النجاسة في المائع، وفرق في التيمم، في سبعة مطالب.

المطلب الأول: الفرق بين التراب، وبين الملح في سلب طهورية الماء إذا طرأ عليه.

التراب والملح وغيرهما مما صعد على وجه الأرض قد يكون متصلا بها وقد يكون منفصلا عنها، ولا خلاف في أنهما لا يسلبان الماء طهوريته حال كونهما متصلين بالأرض وغيرا من أحد أوصافه¹. بخلاف ما إذا انفصلا عنها وطرحا قصدا في الماء؛ فالمشهور أن التراب المطروح لا يسلب الماء طهوريته، ولا فرق في ذلك بين كونه أصليا أو طارئا عليه². بخلاف الملح؛ فقد ذهب أبو الحسن القاسبي إلى أنه يؤثر على الماء إذا طرح فيه³، واختاره ابن يونس⁴.
فما الفرق بين الملح، وبين التراب في التأثير على الماء حال طروهما عليه، رغم أنهما لا يؤثران عليه إذا كانا متصلين بالأرض؟.

1 - وقد نقل ابن رشد الإجماع على أن كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا أنه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد: أبي الوليد محمد بن أحمد، دون ت، دار الحديث، القاهرة، دون ط، (1425هـ - 2004م)، 30/1.
2 - وهو المشهور، وهناك قول بسلب الطهورية لمحمد بن سلمة، وهو شاذ. ينظر شرح التلقين للمازري: أبي عبد الله محمد بن أحمد، ت: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م، 227/1، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس: أبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم، ت: أحمد كمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط9 (1423هـ - 2003م)، 10/1.
3 - ولا يؤثر عند ابن أبي زيد القيرواني، واختاره اللخمي، ينظر عقد الجواهر الثمينة: 10/1، المنتقى شرح الموطأ للباقي: أبي الوليد سليمان بن خلف، مطبعة السعادة، حلوان - مصر، ط9، 1332هـ، 55/1.
4 - الجامع: 67/1.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس - بعد أن أشار إلى خلاف المتأخرين في تأثير الملح الطارئ على الماء - مرجحاً ومفترقاً: (والصواب ألا يجوز الوضوء به؛ لأنه إذا فارق الأرض صار طعاماً لا يجوز التيمم عليه. بخلاف التراب لا يتغير حكمه)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الماء الطهارة والتطهير على اختلاف صفاته وأحواله إلا ما غير أحد أوصافه من طعم أو لون أو ريح مما لا ينفك عنه مما ليس بقراره، أو ممره، أو متولد منه، أو مما يصعب الاحتراز منه. وبناء على ذلك فإن التراب والملح لا يسلبان الماء طهوريته حال كونهما متصلين بالأرض، والمعنى في ذلك أنهما مما لا ينفك الماء منهما ولا يمكن حفظه عنهما، وهذا يقتضي أنهما إذا نقلا - انفصلا عن الأرض - ثم طرحا قصداً في الماء فإن ذلك يسلبانه طهوريته؛ لأن هذا مما يمكن حفظ الماء عنه، ولا فرق في ذلك بين التراب والملح؛ لأنهما من جنس الأرض وأجزائها. غير أنه لما كان التراب مما يجوز التيمم عليه حال انفصاله عن الأرض دل ذلك على أن انفصاله عن الأرض لا يؤثر في أحكامه، وبالتالي فلا فرق بين طارئ التراب وأصلية في تأثيره على الماء. بخلاف الملح؛ إذ لا يجوز التيمم عليه حال كونه منفصلاً عن الأرض، فدل على أن الانفصال يؤثر على الملح، فلا يلحق طارئه بأصلية في التأثير على الماء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المعنى في إلحاق ما تغير بمقره أو بممره أو بمتولد عنه بالماء المطلق هو عدم انفكاك الماء عنه وعسره، وجريا على هذا فإن حكم ما اتصل من أجزاء الأرض يختلف حكمها وهي منفصلة عنها، غير أن الشارع لما سوى بين ما اتصل من التراب وما انفصل منه في جواز التيمم دل على أن الانفصال لا تأثير له في حكم التراب. بخلاف الملح؛ فانفصاله عن الأرض يؤثر في أحكامه. وجريا على هذا الفرق يمكن القول إن كل ما جاز التيمم عليه حال كونه منفصلاً، فإن طروه على الماء لا يسلب منه طهوريته، وأن كل ما لم يجز التيمم به حال انفصاله فإن طروه عليه يؤثر فيه.

ثالثاً: لا خلاف في الملح أنه من جنس الأرض وأجزائها فيجوز التيمم عليه وهو متصل بها، واختلفوا في المنقول هل يجوز التيمم به أم لا¹، قال اللخمي²: (والذي أختاره الوقوف عن التيمم فيه؛ لأنه طعام يحرم التفاضل فيه، ويمنع من بيعه قبل أن يستوفى)³.

رابعاً: الكبريت والزرنيخ وغيرهما من المعادن مما هو من أجزاء الأرض فلا يجوز التيمم عليه إذا انفصلت عن الأرض؛ لأنه لما نقلت وصارت بأيدي الناس أشبهت العقاقير⁴.

خامساً: الأصل في الطهارة أن تكون بالمطلق؛ وهو ما لم يتغير أحد أوصافه بما يخالطه مما ينفك عنه غالباً مما ليس بقرار له ولا متولد منه⁵، فيدخل في ذلك (الماء القراح، وما تغير بالطين؛ لأنه قراره، وكذلك ما يجري على الكبريت، وما تغير بطول المكث؛ لأنه متولد عنه، وما تغير بالطحلب؛ لأنه من مكثه، وما انقلب من العذوبة إلى الملوحة؛ لأنه من أرضه وطول إقامته، ويدخل فيه المستعمل على كراهة مثلاً له)⁶.

1 - لا يجوز عند مالك مطلقاً وجوزه ابن القصار، وفرق الباجي بين المعدني فأجز التيمم به بخلاف المصنوع، وقيل: يجوز إذا ضاق الوقت ولم يجد غيره وإلا فلا، وهو في السليمانية. ينظر التبصرة للخمّي: أبي الحسن علي بن محمد، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1 (1422هـ - 2011م)، 178/1، وينظر مسألة التيمم بالملح؛ الجامع: 341/1، عيون الأدلة لابن القصار: أبي الحسن علي ابن عمر. ت: عبد الحميد بن سعد السعدي. جامعة محمد بن سعود، الرياض، ط1 (1426هـ - 200م): 777/2، المنتقى: 55/1، شرح التلقين: 289/1.

2- أبو الحسن علي بن محمد الرّيعي، القيرواني، المعروف باللخمي، تفقه بآب من محرز والسيوري وغيرهما، وبه تفقه جماعة؛ منهم الإمام المازري وأبو الفضل بن النّحوي، له تعليق على المدونة سماه التبصرة، وهو مغزى بتخريج الخلاف في المذهب واستقراء الأقوال، وربما اتبع نظره فخالف المذهب فيما ترجّح عنده، فخرجت العديد من اختياراته عن قواعد المذهب، ومشهوره، ومعتمد المذهب، توفي سنة: 478هـ بصفاقس. ترجمته في ترتيب المدارك: 109/8، الديباج المذهب: 104/2، شجرة النور: 173/1.

3 - التبصرة للخمّي: 178/1.

4 - ينظر شرح التلقين: 289/1. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1 (1429هـ - 2008م): 206/1.

5 - وهذا عند القاضي عبد الوهاب، بخلاف ابن الحاجب فالمطلق عنده هو الباقي على أصل خلقته، فالطهور عنده أعم من المطلق، وعند القاضي مرادف له. ينظر جامع الأمتهات لابن الحاجب: أبي عمر جمال الدين عثمان بن عمر، ت: أبو عبد الرحمن الأخضر، الإمامة للطباعة والنشر، دون ب، ط1 (1421هـ - 2000م)، ص 30، المعونة للقاضي عبد الوهاب: أبي محمد بن علي بن نصر، ت: حمّيش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة، دون ط، دون ت، ص 175.

6 - التوضيح: 04/1.

المطلب الثاني: الفرق بين أثر النجاسة الباقية في موضع الاستنجاء، وبين قليل سائر النجاسات في العفو عنها.

من شروط صحّة الصلّاة الطّهارة، ولم يفرّق مالك بين قليل النجاسة، وبين كثيرها إلا في الدّم¹، وذهب الحنفية إلى أنّ ما دون الدرهم معفو عنه في كلّ النجاسات؛ لأنّ ذلك في حكم القليل المعفو عنه اعتباراً بعم المخرج؛ لعسر الاحتراز².

فإذا كان المعنى عند الحنفية في جواز الصلّاة بعد الاستجمار هو القلّة التي هي مظنة العفو، فما هو الفرق الذي أبداه ابن يونس.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس - معترضاً - على المعنى الذي أبداه من قال بالعفو عن قليل النجاسة اعتباراً بموضع الاستنجاء: (والدليل على فساد هذا أنّ الاستجمار إنّما أبيح للضرورة التي تلحق النّاس، وأنّه ملازم لهم في كلّ الأوقات، وقد يعدم الماء في ذلك، والنجاسة ليست ملازمة لهم ولا ضرورة إلى الصلّاة بها)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

المعنى في جواز الصلّاة بالاستجمار - حسب الحنفية - هو القلّة، فيعفى عن القليل من سائر النجاسات قياساً على موضع الاستنجاء، أمّا ابن يونس فيرى أنّ المعنى هو تكرّر الحدث على الإنسان حتى أضحى ملازماً له في كلّ الأوقات، وفي تعيّن الماء في مثل هذه الأحوال مشقّة، وقد لا يتأتّى ذلك فيؤدّي إلى تضييع الصلّاة، فناسب العفو عمّا يتبقّى في موضع الاستنجاء حفاظاً على الصلّاة. وهذا المعنى - الملازمة - مفقود في سائر النجاسات فلا ضرورة تلجئ إلى العفو عن قليلها.

1- ينظر المدوّنة: 62/1، التّهذيب في اختصار المدوّنة للبرادعي: أبي سعيد، خلف بن أبي القاسم، ت: محمّد الأمين ولد محمّد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية - دبي ط1 (1423هـ - 2002م)، 36/1.

2- واحتجوا بالإجماع على جواز الصلّاة بالاستجمار، وقالوا إنّ النجاسة لا تتأصل بالاستجمار بالأحجار، بدليل لو جلس بعد الاستجمار في قليل الماء لفسده. ينظر مذهب الحنفية في المسألة المبسوط للشّيباني: 37، 60/1، العناية شرح الهداية للبابرتي: أبي عبد الله، جمال الدين بن محمّد، دار الفكر، دون ط، دون ت، 79، 80/1، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني: أبي بكر علاء الدين بن أحمد، دار الفكر، بيروت، ط2 (1406هـ - 1986م)، 80/1.

3- الجامع: 181/1.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الوصف الجامع في هذه المسألة هو القلّة التي هي مظنة العفو، أمّا الوصف الفارق فهو تكرر النجاسة بتكرّر الحدث، وهو فرق بخصوص الأصل، مستقلّ بالتعليل.

ثانياً: من شروط الفرق عند بعض الأصوليين أن يذكر للفرع - بعد نفي الفرق عنه - أصل يلحق به، وهو ما لم يهتم به ابن يونس، وتفضّل بذلك بعض الشافعية بذكره، وهو القليل الذي لم يصبه الماء من أعضاء الوضوء، بجامع أنّ كلّ ما يمنع من الصلّة كثيره منع منها قليله¹.

ثالثاً: لما كان الدرهم البغلي² مساوياً لعمّ المخرج جعله الحنفية حدّاً فاصلاً بين القلّة والكثرة. بخلاف الإمام مالك فقد كان يكره الحدّ في كلّ ما ليس له حدّ في الكتاب والسنة، وإنّما المرجع فيها هو الاجتهاد³.

رابعاً: ذكر ابن رشد أنّ من حدّ قليل النجاسة بالدرهم كان اعتباراً بالمخرج؛ لأنّ الأحجار لا تزيل عنه النجاسة، فوجب أن يقاس عليه قليل الدّم بجامع الغلبة⁴.

المطلب الثالث: الفرق بين الدّم وبين غيره من الأعيان النجسة في العفو عن القليل.

يجب عند مالك إزالة النجاسة من ثوب وبدن ومكان المصليّ، ولم يفرّق في غير الدّم بين قليلها وبين كثيرها؛ فمن صلى وعليه نجاسة ثمّ تذكرها قطع واستأنف بعد ذلك، ولم يستثن من ذلك إلاّ الدّم فعفى عن يسيرها⁵.

فما الفرق بين قليل الدّم وبين كثيره؛ فأجاز الصلّة بقليل الدّم دون كثيره؟ وما الفرق بين الدّم وبين سائر النجاسات؛ فعفى عن قليل الدّم، ولم يعف عن قليل سائر النجاسات؟.

1- فقد جاء عن الماوردي أنّ كلّ ما منع من الصلّة إذا زاد على قدر الدرهم منع منها إن نقص عن الدرهم قياساً على ما لم يصبه الماء من أعضاء الوضوء. ينظر الحاوي الكبير للماوردي: أبي الحسن علي بن محمّد، ت: علي محمّد عوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1 (1419هـ - 1399م)، 60/1.

2- المراد بالدرهم البغلي: الدائرة التي تكون بباطن الذراع من البغل، وقيل: سكة قديمة لملك يسمى رأس البغل. ينظر التوضيح: 58/1، مواهب الجليل: 147/1.

3- البيان والتحصيل: 126/1.

4- المرجع السابق.

5- النّوادر والزيادات: 128.129/1.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين قليل الدم وبين كثيره في العفو عن القليل: (والفرق بين قليل الدم وكثيره أنّ ما حرم أكله لم تجز الصلاة به، وإنّما حرم الله تعالى الدم المسفوح لقوله تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾¹، فدلّ أنّ ما لم يكن مسفوحا حلال طاهر، وهذا للضرورة التي تلحق الناس في ذلك؛ إذ لا يخلو اللحم - وإن غسل - من أن يبقى فيه دم يسير)، ثمّ قال بعد ذلك مفرقا بين قليل الدم، وبين سائر النجاسات: (ولذلك فرق - أيضا - بين قليل الدم وبين قليل سائر النجاسات؛ لأنّ قليل سائر النجاسات حرام أكله وشربه، وأيضا: فإنّ الإنسان لا يخلو في غالب الأحوال من بثرة أو حكة أو دم برغوث فحفف لهذا)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

لا تصحّ صلاة من تلبّس ثوبه وبدئه بنجاسة؛ للاستقدار، والمعنى في ذلك هو حرمة تناولها. ولما كان كثير الدم محرّم تناوله كان ذلك مستقدرا، وبالتالي فهو نجس لا تصحّ الصلاة به. بخلاف قليل الدم؛ فنظرا لعسر التحرّز منه كان ذلك مظنة عدم الاستقدار، بدليل إباحة الدم غير المسفوح. فالضرورة الناجمة عن مشقة التحرّز من قليل الدم دليل الإباحة، والإباحة دليل الطهارة، والطهارة دليل صحة الصلاة، وهذا المعنى - وهو الضرورة الناجمة عن عسر التحرّز - غير موجود في قليل سائر النجاسات، وبالتالي فلا فرق بين قليلها وبين كثيرها في حرمة تعاطيها أكلا وشربا، وهذا دليل على استقذراها، فلا تصحّ الصلاة بها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: الفرق بين قليل الدم وبين كثيره هو حرمة التعاطي، وهو فرق بدلالة الحكم؛ إذ إنّ علة النجاسة هي الاستقدار، وحرمة التعاطي - أكلا وشربا - دليل وأمانة عليه.
ثانيا: الاستقدار نوعان؛ استقدار بالطبع، واستقدار بالشرع، والذي يفهم من هذا الفرق أن الاستقدار بالشرع هو علة النجاسة عند ابن يونس.

1- سورة الأنعام، الآية رقم: 146.

2- الجامع: 181، 182/1.

ثالثاً: جريا على القول بأن الاستقذار بالشرع هي علة النجاسة؛ فإن قليل الدم طاهر. بخلاف قليل سائر النجاسات؛ فالأصل فيها النجاسة، ويعفى عن قليلها عند عسر التحرز استثناء.

رابعاً: اختلف السادة المالكية في حكم إزالة النجاسة؛ فقول بالوجوب، وقيل بالسنية، وهناك من قيد الوجوب بالقدرة والتذكر، وسبب اختلافهم في ذلك اختلاف النقل عن مالك فيمن صلى بثوب نجس؛ فقال مرة: يعيد أبداً، وقال في أخرى: لا يعيد، وفرق في ثالثة بين السهو وبين العمد¹.

المطلب الرابع: الفرق بين المسح على الخفين، وبين المسح على الجبيرة في اشتراط الطهارة.

الأصل في طهارة الرجلين في الوضوء هو الغسل، ورخص للحرج والمشقة اللاحقة للابس الخف أن يمسخ عليهما، ومن شروط المسح عليهما أن يلبسهما على طهارة كاملة²، ولما كان المسح على الخفين جائز للحرج والمشقة كان المسح على الجبائر أولى بالجواز، غير أنه ليس من شرط المسح عليها أن تشد على طهارة³.

فما الفرق بين المسح على الخفين، وبين المسح على الجبائر في شرط الطهارة عند المسح عليهما، رغم أنهما بدل عن غسل؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مستدلاً على عدم اشتراط الطهارة في المسح على الجبائر: (إن ابتداء نزول ذلك إنما هو من أمر الله سبحانه لا اختيار له فيه، فهو لا يستطيع التحرز منه ألا ينزل به إلا على طهارة، كما لا يستطيع ألا يلبس الخف إلا على طهارة)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

كل من المسح على الخفين، والمسح على الجبائر مسح على حائل بدل عن غسل، جُوز للمشقة والحرج، وهذا يقتضي التسوية بينهما في الأحكام إلا إذا وجد مدرك اقتضى خلاف ذلك، ومن

1- ينظر تقرير المذهب في المسألة البيان والتحصيل: 41/1، التبصرة: 106/1، عيون الأدلة: 17/1، وغيرها.

2- ينظر المدونة: 143/1، النوادر والزيادات: 97/1، ونقل ابن عبد البر الإجماع في ذلك. ينظر الاستذكار لابن عبد البر: أبي عمر يوسف بن عبد الله، ت: عبد المعطي أمين فلجعي، دار قتيبة، دمشق - بيروت، ط1 (1413هـ - 1993م)، 256/2.

3- ينظر التلقين في الفقه المالكي للفاضي عبد الوهاب: أبي محمد بن علي بن نصر، ت: أبي أويس محمد الحسني، دار الكتب العلمية، ط1 (1425هـ - 2004م): 331، 332/1.

4- الجامع: 199/1.

المسائل التي اختلفت فيها مسألة اشتراط الطهارة، وبيان ذلك أنه لما كان المعنى الجامع بين الخفّ والجبيرة في المسح هو المشقة المناسبة للتخفيف والترخيص، وسبب المشقة في الجبيرة هو الجرح أو الكسر، وقد يصادف حدثاً، واشتراط الطهارة مع هذين الاحتمالين فيه من الحرج والمشقة التي جاءت الشريعة برفعها، فناسب ذلك عدم اشتراط الطهارة في المسح على الجبيرة، خلافاً للخفّ؛ فإنّ مشقة اللبس والنزع أمر مختار؛ إذ إنّ لابس الخفّ مختار في لبسه وفي نزعه، وله ألاّ يلبسه إلاّ على طهر، فناسب ذلك أن تكون الطهارة أحد شروطه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المعنى أو الحكمة في جواز المسح على الخفّ والجبائر والعصائب هي المشقة اللاحقة للابس الخفّ، وهي وصف غير ظاهر وغير منضبط، فأقيم مقامها الجرح في العصائب، والكسر في الجبائر، وهما وصفان ظاهران منضبطان، وأقيم لابس الخفّ مقام المشقة اللاحقة في نزعه، كما أقيم السفر مقام المشقة في الفطر، والقصر والجمع أثناء السفر؛ لأنّ السفر وصف ظاهر منضبط. بخلاف المشقة فهي وصف غير ظاهر، وغير منضبط.

ثانياً: لا يشترط حصول المشقة في جواز المسح على الخفّ؛ ولذلك لم يفرّق الفقهاء بين السفر وبين الحضر في جواز المسح، كما لم يفرّقوا في السفر بين الوسيلة المريحة وغيرها في جواز الفطر والقصر والجمع بالنسبة للمسافر.

ثالثاً: من بين الفنون التي يُعنى بها علم الفروق ما يعرف بفنّ الجمع والفرق الذي يهتم بمعرفة الأمور التي تجتمع في حكم فأكثر، بحيث يراعي في الافتراق موضع النكته أو المدرك المقتضي للافتراق دون ما عداه من الأوصاف¹، والخفّ والجبيرة من هذا القبيل، فهما يجتمعان في كونهما ممّا استثنى من مواقع الضرورة، وأنّ المسح عليهما مرّة واحدة، وأنه لا يرفع الجنابة، ويجب المبادرة إلى غسل الموضع بعد النزع، ويختلفان في بعض الأحكام؛ كاشتراط الطهارة في الخفّ، وأن يكون مجلداً.. بخلاف الجبائر والعصائب فلا يشترط ذلك.

¹ - ينظر غمز عيون البصائر: 38/1.

المطلب الخامس: الفرق بين الزيت النجس، وبين الشحم النجس في جواز البيع.

من شروط صحة البيع أن يكون المبيع طاهراً¹، ولا يصح بيع النجس، فلا يجوز بيع أجزاء الميتة بأيّة حال من الأحوال²؛ لأنها كلّها نجسة، ويستثنى منها ما لا تحلّه الحياة؛ كالشعر والوبر والصوف. واختلفوا في الزيت النجس؛ والمنصوص عليه عن مالك وأصحابه أنه لا يجوز بيعه ولو عمل به صابون، وهو المشهور³، وأجاز بيعه ابن وهب إذا بيّن⁴.

فما الفرق عند ابن وهب بين الشحم النجس فممنع بيعه، وبين الزيت النجس فأجازه؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس بعد توجيهه لقول ابن وهب في جواز بيع الزيت النجس: (فإنه كالثوب النجس بخلاف شحم الميتة؛ لأنّ الشحم هو النجس في ذاته، ولا يستطيع رفع نجاسته بحال، والزيت إنّما حلّت فيه نجاسة يستطيع رفع نجاسته، فافترقا)⁵.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

شحم الميتة لا يجوز بيعه بأيّة حال من الأحوال، والمعنى في ذلك - كما يراه الجامع - هو مطلق النجاسة، وهذا المعنى موجود في الزيت النجس، فيلحق بالشحم قياساً بجامع النجاسة فلا يجوز بيعه. أمّا الفارق فيرى أنّ المعنى في منع بيع شحم الميتة هو النجاسة الذاتية - العينية - المخالطة لكلّ جزء من أجزائها، وهذا المعنى مفقود في الزيت النجس؛ إذ إنّ الزيت النجس يمكن تطهيره، وفصل النجاسة عن أجزائه⁶، فيجوز بيعه اعتباراً بالثوب النجس بجامع كون النجاسة فيهما

¹ - والأصل في ذلك ما جاء في الصحيحين أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ذكر أنّ الله تعالى حرّم بيع الخمر والدمّ والميتة والأصنام، فقبل: يا رسول الله، إنّ شحوم الميتة تطلّى بها السفن ويستصبح بها، فقال: (لا هي حرام، لعن الله اليهود؛ حرّمت عليهم الشحوم فباعوها فأكلوا أثمانها)، ينظر البخاري في كتاب البيوع، باب إيذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه، رقم: 2224، ص 414، ومسلم في كتاب المساقات، باب تحريم بيع الخمر والميتة، رقم: 1533، ص 645.

² - ينظر المدونة: 43813، النوادر والزيادات: 375/4، التلّفين: 65/1.

³ - شرح التلّفين: 421/2، مواهب الجليل: 112/1.

⁴ - البيان والتحصيل: 170/1.

⁵ - الجامع: 214/1.

⁶ - ينظر القرافي في كيفية تطهير الزيت النجس. الذخيرة للقرافي؛ أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت: محمّد حجّي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1944م، 193/1.

نجاسة جوار يمكن فصلها عن الزيت وعن الثوب. بخلاف شحم الميتة، فكل جزء من أجزائها نجس، فلا يمكن فصل النجاسة عنها. فنجاسة الشحم لذاتها لا يمكن فصلها. بخلاف نجاسة الزيت.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الوصف الجامع في هذه المسألة هو النجاسة، والوصف الفارق هو النجاسة المخالطة، وهو فرق بخصوص الأصل من قبيل الفروق المعتبرة الذي يلحق وصف الجامع بالأوصاف الطردية.

ثانياً: يرى الإمام المازري¹ أن علة النهي عن بيع شحم الميتة هي حرمة الانتفاع، وحرمة الانتفاع دليل على عدم صحّة التملك؛ وذلك دليل على عدم صحّة البيع².

ثالثاً: حسب ما ذكره المازري من علة النهي عن بيع شحم الميتة فإن ما يصحّ تملكه يجوز بيعه، أما ما اختلف حكم منافعه؛ بأن حلّ بعضها وحرّم بعضها، فهذا يصحّ تملكه ولا يصحّ بيعه، وبناء عليه فإنّ شحم الميتة لا يجوز الانتفاع به بأية حال من الأحوال، ومن ثمّ لا يصحّ بيعه، أما الزيت النجس؛ فبالنظر إلى جواز الانتفاع به في الوقيد والدهن يصحّ تملكه، وبالنظر إلى حرمة أكله لا يصحّ بيعه، ومن رأى أنه يمكن تطهيره أجاز بيعه لجواز أكله بعد تطهيره³.

رابعاً: جاء عن مالك في الرجل يطبخ بانه⁴، فلما غلى الدهن وجد فيه فأرة أنه يتمّ طبخه، وبأخذ الدهن الأوّل فيطبخه بماء مرتين وثلاثاً⁵. وقد خرّج ابن رشد غسل الزيت الذي تموت فيه الفأرة على هذه المسألة⁶.

1- محمّد بن علي بن عمر بن محمّد التميمي المازري، أبو عبد الله؛ مالكي، محدّث، حافظ، فقيه اصولي، متكلم. ولد بالمهديّة سنة: 453هـ، وتوفي بها في سنة: 536. من تصانيفه: المعلم بفوائد مسلم، ايضاح المحصول في برهان الأصول، شرح التلقين للفاضي عبد الوهّاب، وغيرها. ترجمته في ترتيب المدارك: 101/8، الدّيباج المذهب: 25/2، وفيات الأعيان: 250/2، وغيرها.

2- ينظر شرح التلقين: 422/2.

3- ينظر المرجع السابق: 418/2-421.

4- واحده بانة، وهو شجر يستخرج منه الزيت. ينظر لسان العرب: 70/13.

5- ينظر التّوادر والزيادات: 142،/1.

6- وقال بعد أن ذكر قول مالك هذا: (قياس قول مالك هذا أن يجوز غسل الزيت الذي تموت فيه الفأرة؛ إذ لا فرق بين صبّ الماء على الدهن وطبخه حتى يذهب الماء ويخلص الدهن، وصبّ الماء على الزيت وغسله بهرق الماء عنه حتى يخلص الزيت). البيان والتحصيل: 199/1.

المطلب السادس: الفرق بين الجنب، وبين الحائض عند إرادة النوم.

كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد النوم وهو جنب توضأ وضوءه للصلاة، وأمر عمر بذلك¹، وقد نهى مالك الجنب عن النوم حتى يتوضأ، ولا فرق في ذلك بين ليله ونهاره. بخلاف الحائض فلا يسن لها عنده الوضوء عند إرادة النوم².

فما الفرق بينهما في استحباب الوضوء لهما عند إراتهما النوم رغم أنهما كلاهما جنب؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقاً بين الجنب والحائض عند إرادة النوم: (إنَّ الجنب يملك رفع الجنابة فأمر بالوضوء، عساه ينشط ليتطهر، فيبيت على كمال الطهارة، فإذا لقي الله تعالى في منامه لقيه طاهراً، والحائض لا تملك طهرها، فافترقا)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الجنابة والحيض أنهما أحداث موجبة للغسل، فلا يجب على من تلبس بهما وضوء، فخصت السنة الجنب بالأمر بالوضوء عند إرادة النوم، وبقيت الحائض على الأصل، وكان القياس يقتضي إلحاق الحائض بالجنب بجامع الحدث الموجب للغسل، غير أنه لما كانت الجنابة حدث بمقدور الجنب رفعه في أي وقت شاء، أمر الجنب بالوضوء عند إرادة النوم عساه ينشط فيغتسل، فيبيت على كمال الطهارة، وهذا المعنى - وهو القدرة على رفع الجنابة - مفقود في الحائض؛ فهو أمر من الله فلا تملك طهرها، فلا معنى لاغتسالها قبل الطهر، وبالتالي فلا معنى لأمرها بالوضوء عند إرادتها النوم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: كل من الجنابة والحيض من الأمور التي تتفق في بعض الأحكام وتختلف في البعض الآخر؛ فهما من الأحداث الموجبة للغسل، ومن موانع الصلاة والطواف، والمكوث في المسجد.. ويفترقان في

¹ - والحديث رواه مالك في الموطأ في وقوت الصلاة. باب وضوء الجنب، رقم: 78، 48/1، والبخاري في كتاب الغسل، باب الجنب يتوضأ ثم ينام، رقم 284، 110/1، ومسلم في كتاب الحيض، باب جواز نوم الجنب، رقم: 305، 170/1.

² - المدونة: 135/1.

³ - الجامع: 246/1.

أمور؛ منها استحباب الوضوء عند إرادة النوم للجنب بخلاف الحائض، وجواز قراءة القرآن عن ظهر القلب للحائض دون الجنب، والجماع؛ إذ يجوز جماع الجنب دون الحائض، وغيرها.

ثانياً: جريا على القول بأنّ علّة الأمر بالوضوء هي التّشاط لأجل الغسل فإنّ هذا الوضوء لا ينتقض بنواقض الطّهارة الصّغرى¹. بخلاف ما إذا كانت العلّة هي المبيت على إحدى الطّهارتين فإنّ وضوء الجنب ينتقض بنواقض الطّهارة الصّغرى كما أنّ فاقده الماء لا يسنّ في حقّه التّيّم².

ثالثاً: جريا على الفرق في هذه المسألة - وهو كون الحائض لا تملك طهرها - فإنّ الجنب يمنع من قراءة القرآن عن ظهر قلب. بخلاف الحائض التي لا تملك طهرها؛ فإذا انقطع عنها الدّم منعت من قراءة القرآن حتى تغتسل، وأمرت بالوضوء عند إرادتها للتّوم³؛ إذ هي حينئذ كالجنب.

رابعاً: ثمة من ألحق الحائض بالجنب في استحباب الوضوء عند إرادة التّوم باعتبار أنّ علّة الأمر بالوضوء هي المبيت على إحدى الطّهارتين⁴، غير أنّ هذا الجمع ينتقض بوجود الفرق بين الجنب والحائض، وهو كون الحيض مستمراً يبطل كلّ وضوء⁵.

المطلب السابع: الفرق بين المسافر العادم للماء، وبين صاحب الشّجّة في جواز الوطء.

يجوز للإنسان وطء زوجته ما لم يكن هناك مانع شرعيّ يمنع من ذلك؛ كالصّوم والحيض، كما يجوز لفاقد الماء أو العاجز عن استعماله التّيّم للأصغر والأكبر على حدّ سواء، وجريا على ذلك فإنّه يجوز للمسافر العادم للماء والمريض العاجز عن استعماله وطء زوجتيهما، ويتيّمان، غير أنّ مالكا فرّق بين صاحب الشّجّة العاجز عن استعمال الماء فأجاز له الوطء، وبين المسافر الفاقده للماء فمنعه من الوطء⁶.

¹ - الذّخيرة: 300/1.

² - وهو قول مالك بخلاف ابن حبيب. ينظر تبصرة النّحوي: 133/1.

³ - النّكت والفروق لمسائل المدونة لأبي محمّد عبد الحقّ بن هارون الصّقلّي، اعتنى به أبو الفضل الدّميّطي، دار ابن حزم، بيروت، 1430هـ - 2009م)، 40/1، شرح الخرشي: 172/1.

⁴ - وهو قول ابن الجهم. ينظر المرجع نفسه.

⁵ - ينظر الذّخيرة: 300/1.

⁶ - والنّهي هنا نهى كراهة، وهو المعتمد، ينظر المدونة: 136/1، البيان والتّحصيل: 57/1، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليّش؛ أبي عبد الله محمّد بن أحمد، دون ت، دار الفكر، بيروت، دون ط، دون ت، 159/1.

فما الفرق بين المسافر العادم للماء، وبين المشجوج في جواز الوطء، رغم أنّهما أدخلتا على نفسيهما حدثاً نقلهما من الأصل إلى البديل؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين المسافر الفاقد للماء وبين المشجوج العاجز عن استعماله في جواز الوطء: (وإنما افتردت المسألتان لافتراق السؤال؛ فمسألة المسافر هو عادم للماء، فلا يطاق؛ لأنّه ينتقل من طهارة بالماء إلى إباحة الصلّة بالتيمّم، وهو في الأغلب يجد الماء عن قرب، وصاحب الشجّة واجد للماء، فينتقل من غسل موضع الشجّة إلى المسح عليه، ويباح له ذلك؛ لطول أمره)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

كلّ من صاحب الشجّة والمسافر يستطيعان أداء الصلّة بطهارة كاملة، وفي الوقت نفسه يريدان أن يدخلتا على نفسيهما حدثاً ينقلهما من الأصل إلى البديل؛ وهو المسح على الشجّة والتيمّم بالنسبة للمسافر، فالمسألتان من هذه الناحية متشابهتان وهذا يقتضي اتّحادهما في الحكم، وهو جواز الوطء جرياً على الأصل القاضي بجواز الوطء ما لم يكن ثمة مانع من حيض وصوم، وغيرهما. ولمّا كان المسافر عادماً للماء، والعادم للماء قد يجده عن قرب، فإنّ منعه من الوطء فيه تحقيق لمصلحة أداء الصلّة بطهارة كاملة مع تقادي الوقوع في الحرج والمشقة الناجمة عن طول المنع من الوطء؛ إذ إنّ العادم للماء قد يجده عن قرب. بخلاف صاحب الشجّة، فهو واجد للماء عاجز عن استعماله، والعجز عن الاستعمال قد يطول، وإطالة المنع من الوطء مظنة للعنت والمشقة؛ ولذلك أجاز له الوطء تقادياً للحرج المرفوع.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: مسألة صاحب الشجّة ومسألة المسافر العادم للماء مسألتان متّفقتان صورة مختلفتان معنى وحكما، فهما متناظرتان، والفرق من قبيل الفروق الفقهية.

ثانياً: المشقة والحرج ملحظ راعاه الشارع في الانتقال في الطهارة من الأصل إلى البديل، بدليل جواز الوطء للمشجوج دون الفاقد للماء.

¹ - الجامع: 251/1.

ثالثاً: يستفاد من هذا الفرق أنّ الأصل هو عدم جواز التّسبّب في الانتقال من الطّهارة الكاملة إلى البذل؛ سواء كان البذل مسحا أو تيمّماً.

ثالثاً: جريا على هذا المدرك - وهو المشقّة والعنت - فإنّ المسافر العادم للماء إذا كان يعلم أنّه لا يجد الماء إلّا بعد طول كان له وطء زوجته، اعتباراً بصاحب الشّجّة، وصاحب الشّجّة لا يجوز له الوطء إذا كان يعلم أنّ شجّته تبرأ عن قرب¹.

رابعاً: وجريا على هذا الفرق يُخرّج قول مالك في منع المتوضّئ العادم للماء من التّقبيل؛ لئلا يدخل على نفسه حدثاً ينقله من الطّهارة الكاملة إلى استباحة الصّلاة بالتّيّم².

خامساً: وعلى هذا الفرق - أيضا - خرّجوا منع المتوضّئ العادم للماء من البول إذا خفت حقنته³.

المطلب الثامن: الفرق بين ناسي الماء في الرّجل، وبين من يطّلع عليه رجل بالماء وهو في الصّلاة في وجوب القطع.

من شرائط صحّة الصّلاة الطّهارة؛ فلا تقبل صلاة أحد أحدث حتى يتطهر، والأصل في الطّهارة أن تكون بالماء، ولا يعدل عنه إلى الصّعيد إلّا عند عدمه؛ لقوله تعالى: ﴿بَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾⁴، وقد عدّ العلماء عدم التّمكّن من الماء بالعجز أو النسيان كعدمه في استباحة الصّلاة بالتّيّم، فإذا عدم الماء أو لم يتمكّن منه تيمّم وصلّى، فإن فعل ذلك فقد استباحها بما أمر به وأحلّ له، وإذا تذكّر الماء وهو في الصّلاة أو اطّلع عليه رجل به وهو فيها فإنّه - عند مالك - يقطع النّاسي ويتوضّأ ويعيد، ويمضي الذي اطّلع عليه رجل بالماء ولا يقطع⁵.

فما الفرق بين النّاسي للماء يتذكّره أثناء الصّلاة، وبين الذي اطّلع عليه رجل به وهو فيها، رغم أنّهما استباحا الصّلاة بما أمرا به؟.

¹ - ينظر الجامع: 252/1.

² - المدونة: 150/1.

³ - المختصر الفقهي لابن عرفة: أبي عبد الله محمد بن محمد، ت: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، دون ب، ط1 (1435هـ - 201م): 368/1.

⁴ - سورة النساء، الآية رقم: 43.

⁵ - المدونة: 148/1، التّهذيب: 212/1.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين ناسي الماء في رحله، وبين من يطّلع عليه رجل به وهو في الصلّاة: (والفرق بينهما أنّ الذي ذكر أنّ الماء في رحله حين قيامه للصلّاة كان واجدا للماء، ومالكا له، فلمّا اجتمع عليه مع ذلك العلم به وهو في الصلّاة بطلت عليه؛ لأنّه قادر على الماء قبل تمامها، ومالكا له حين القيام إليها، والذي طلع عليه رجل بالماء حين قيامه إلى الصلّاة ودخوله فيها هو غير واجد للماء، ولا مالكا له، وقد قال الله تعالى: ﴿بَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾¹، فقد دخل في الصلّاة بما أمر به، وحصل له منها عمل بإحدى الطّهارتين، فوجب ألاّ يبطله؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾⁽²⁾³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

العلة في استباحة الصلّاة بالتيمّم هي عدم الماء؛ لقوله تعالى: ﴿بَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾، وعدم التّمكّن من استعمال الماء كعدم وجدانه فيلحق به، وعليه فإنّ الفاقد للماء إذ طلع عليه رجل به أثناء الصلّاة كان واجدا للماء غير مالكا له، فإذا سعى إلى امتلاكه فقد أبطل عمله، وإبطال العمل منهي عنه، فيتعيّن عليه الإتمام، فدخوله في الصلّاة بالتيمّم كان امتثالا لقوله تعالى: ﴿بَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾، واستمراره فيها كان امتثالا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾.

أمّا النّاسي للماء فإنّه كان واجدا للماء حين دخوله للصلّاة، ومالكا له، ولكنّه غير متمكّن منه بنسيانه له، فكان في حكم العادم له، ويتذكّره له أثناء الصلّاة يكون واجدا للماء ومالكا له، وتمكّنا منه بعلمه، فينتقض عليه تيمّمه، فتبطل عليه صلاته من غير أن يسعى هو في إبطالها، فهو غير مشمول بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾⁴.

¹ - سورة النساء، الآية رقم: 43.

² - سورة محمد، الآية رقم: 43.

³ - الجامع: 326/1.

⁴ - سورة محمد، الآية رقم: 43.

الفرع الثاني: فوائد.

أولاً: كل من الناسي للماء، والذي يطّلع عليه رجل بالماء استباحا الصلّاة بما أمر به، وقد ظهر لهما طارئ أثناء الصلّاة، وهذا يقتضي اتّفاقهما في الحكم، غير أنّ ثمة مدرك اقتضى اختلافهما فيه، فهما مسألتان متّقتان صورة مختلفتان معنى، والفرق من قبيل الفروق الفقهية.

ثانياً: المنصوص في مسألة الذي طلع عليه رجل بالماء أثناء الصلّاة هو عدم القطع، ومن أسباب الاختلاف في المسألة اختلافهم في الأصل القاضي بأنّ التيمّم هل شرع بدل من الوضوء لصحة الشّروع في الصلّاة، أم أنّه شرع لصحة الشّروع والاستدامة؟ وسبب اختلافهم في هذا الأصل راجع إلى اختلافهم في توجيه قوله تعالى: ﴿إِذَا فُتِنْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾¹؛ هل الأمر متوجّه إلى كلّ جزء من أجزاء الصلّاة، فيكون التيمّم شرع ابتداء واستدامة، أم أنّه متوجّه حال القيام فقط، فيكون قد شرع للابتداء فقط².

ثالثاً: اختلفوا في الطوارئ التي تمنع الابتداء في الصلّاة؛ هل تمنع من الاستدامة كما منعت من الابتداء، أم لا؟ وعلى هذا الأصل يتخرّج الخلاف في كثير من المسائل؛ كمن نسي صلاة وتذكّرها أثناءها، والمسافر في حذر ينوي الإقامة بعد ركعة، ومصلّ يعزله الوالي بعد ركعة من الجمعة، والعريان يجد ثوبا أثناء الصلّاة، والأمة تعتنق في الصلّاة مكشوفة الرأس، وغيرها³.

رابعاً: خرّج الإمام اللّخمي في مسألة الذي يطّلع عليه رجل بالماء قولاً بوجوب القطع قياساً على أحد القولين في المسائل السابقة⁴.

¹ - سورة المائدة الآية رقم: 06.

² - ينظر شرح التلّفين: 302/1.

³ - ينظر البيان والتّحصيل: 507/1، الدّخيرة: 364/1، التّبصرة: 187/1، شرح التلّفين: 302/1.

⁴ - وفرّق بينها الإمام القرافي. ينظر التّبصرة: 187/1، الدّخيرة: 164/1.

المبحث الثاني: فروق في الصلّاة.

يتناول هذا المبحث بالدراسة والتحليل إحدى عشرة فرقا؛ ثلاثة فروق في الأذان والإقامة، وفروق في الإحرام والسّهو، وفروق في صلاة المريض والقادح والجالس والزّاكب، وفروق في الإمامة، وفروق في إعادة الصلّاة في جماعة، وفروق في قصر الصلّاة للمسافر، وفروق في السّهو في الصلّاة، وفروق في صلاة الجمعة في أحد عشر مبحث.

المطلب الأوّل: الفرق بين الأذان والصلّاة في جواز ردّ السّلام إشارة.

إلقاء السّلام من شعائر الإسلام، ويتعيّن ردّ السّلام بالنسبة للمنفرد، ولم يكن مالك يكره السّلام على المصلّين، فقد جاء عنه فيمن سلّم عليه وهو يصليّ فريضة أو سنّة أن (يردّ مشيرا بيده أو برأسه)¹. بخلاف المؤدّن فقد نصّ في المدوّنة أنّه (لا يتكلّم أحد في الأذان، ولا يردّ على من سلّم عليه)²، وهو المعتمد³.

فما الفرق بين الأذان والصلّاة في جواز الردّ بالإشارة، رغم أنّهما عبادتان يمنع فيهما كلّ ما هو أجنبي عنهما؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الصلّاة والأذان في جواز ردّ السّلام: (والفرق بين الأذان والصلّاة في هذا القول إنّ الأصل كان في جميعهم ألاّ يسلمّ عليهم، ولا يردّون على من سلّم عليهم للعمل الذي حصلوا فيه، فخصّت السنّة جواز الردّ إشارة في الصلّاة، وبقي الأذان على أصله، وأيضا: فلما كان الأذان لا يبطله الكلام، وإنّما هو مكروه فيه، وكان ردّ السّلام واجبا لم يجز له أن يردّ إلاّ كلاما، فصار المسلم قد أدخله في الكراهة بسلامه، فنهى أن يسلمّ عليه حتى يفرغ ممّا هو فيه، وإذا حصل وسلّم عليه عوقب بأن لا يردّ عليه؛ كمنع القاتل من الميراث عقوبة له لاستعجاله ذلك قبل وقته)⁴.

¹ - المدوّنة: 189/1.

² - المرجع السابق: 158/1.

³ - وقد روى عنه التّفارقة بين الردّ إشارة، وبين الردّ كلاما، كما في الصلّاة. ينظر النّوادر والزّيادات: 168/1.

⁴ - الجامع: 447/1.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أن كلاً من المصلّي والمؤدّن متلبّسان بعبادة تشتمل على عمل مخصوص على نحو مخصوص، فلا ينشغلان عن العمل الذي حصل فيه بشيء من الأفعال ولو بالسّلام إلقاء أو ردّاً، وجاءت السنّة فاستثنت من هذا الأصل جواز ردّ السّلام إشارة بالنسبة للمصلّي، وبقي الأذان على أصل المنع.

وأيضاً: لما كان ردّ السّلام واجباً، والكلام أثناء الأذان مكروهاً، صار أمر المؤدّن إذا هم بالردّ متردداً بين الكراهة والوجوب، فقدّمت الكراهة وهو خلاف الأصل؛ لأنّ المسلم هو الذي أدخل المؤدّن في الكراهة بإلقائه السّلام عليه، ولم يمهل حتى ينتهي من الأذان، فعوقب بحرمانه من حقّ الردّ، اعتباراً بحرمان القاتل من الميراث، بجامع استعجال الشّيء قبل أوّانه، واعتباراً - أيضاً - بقاضي الحاجة يُلقى عليه السّلام فلا يردّ¹، بجامع أن كلاً منهما في موضع يكره فيه الكلام.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الاستثناء من الأصل العام بالسنّة أحد أنواع الفرق عند ابن يونس، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الفرق ليس هو النصّ في حدّ ذاته، وإنّما هو ذلك المعنى أو المدرك الذي على أساسه تمّ الاستثناء، وليس النصّ إلاّ أمانة عليه.

ثانياً: الأصل في ردّ السّلام أن يكون كلاماً، ولما كان الكلام مبطلاً للصلاة تعذّر الردّ بالكلام فصير إلى البديل وهو الردّ بالإشارة.

ثالثاً: لما كان ردّ السّلام إشارة في الصلاة جائزاً، كان ردّه في الأذان بالإشارة أولى بالجواز؛ لأنّ حرمة الصلاة أشدّ من حرمة الأذان، غير أنّه منع، فجاء هذا الفرق ليبين مأخذ الحكم في منع الردّ في الأذان، وهو استعجال الشّيء قبل أوّانه، وفي جواز الردّ بالإشارة في الصلاة هو تعذّر الأصل، وهو الردّ بالكلام؛ لحرمة في الصلاة.

¹ - وقد قال النّبّي عليه السّلام للذي سلّم عليه وهو يبول: (إذا رأيتني في هذه الحال فلا تسلّم عليّ، فإنّك إن فعلت لم أرد). رواه ابن ماجه في كتاب الطّهارة، باب الرّجل يسلم عليه وهو يبول، رقم: 351، 131/1، وصحّحه الألباني. ينظر سلسلة الأحاديث الصّحيحة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1 (1415هـ - 1995م)، رقم: 380، 197/1.

رابعاً: تأثير منع القاتل من الميراث على منع المسلم من الردّ من قبيل تأثير جنس الوصف على جنس الحكم، وهو أحد أنواع المناسب عند الأصوليين؛ فاستعجال الميراث ليس عين الاستعجال في مسألة السّلام، والمنع من حقّ الميراث ليس هو عين المنع من حقّ الردّ.

خامساً: جريا على الوصف الجامع بين المؤدّن وقاضي الحاجة، يمنع كلّ من كان في وضع يكره فيه الكلام من ردّ السّلام، وقد ذكر العلماء خمس مواطن يمنع فيها ردّ السّلام، وهي: الملبي، وقاضي الحاجة، وقارئ القرآن، والآكل والشّارب¹.

المطلب الثاني: الفرق بين إقامة المرأة، وبين تلبّيّتها في اللزوم.

يعتبر الحجّ والصّلاة من أركان الإسلام بحيث لا تقوم الملة إلاّ بهما، وقد وضع لهما الشّارع الحكيم أركاناً وشروطاً، وشرّع لهما فرائض وسنننا وواجبات؛ من ذلك الإقامة بالنسبة للصّلاة، والتلبّيّة بالنسبة للحجّ، وحكم الإقامة في الجماعات أكد منه في الانفراد، وهي على الرّجال أوكد منه على النساء²، وقد جاء عن مالك أنّه قال: (ليس على المرأة أذان ولا إقامة، وإن أقامت المرأة فحسن)³. بخلاف التلبّيّة؛ فإنّها مشروعة على الرّجال والنساء على حدّ سواء، وحكمها عند مالك أنّها من الواجبات المنجبة بالدم⁴.

فما الفرق بين تلبّيّة المرأة، وبين إقامتها من حيث اللزوم رغم أنّ فيها نوع من الإعلان عن الشّروع في عبادة تشرع لها الجماعة.

الفرع الثاني: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين إقامة المرأة، وبين تلبّيّتها: (والفرق بين تلبّيّتها وإقامتها في اللزوم هو أنّ التلبّيّة إجابة، والإجابة لازمة لكلّ من لزمه فرض الحجّ والمرأة منهم؛ ولأنّ التلبّيّة داخلة في إحرام الحجّ؛ كالتسوّرة التي مع أمّ القرآن في الصّلاة، والإقامة خارجة عن الصّلاة)⁵.

¹ - وزاد بعضهم: الشّابّة، والكافر، وأهل البدع والمعاصي. ينظر مواهب الجليل: 459/1.

² - ينظر المرجع السابق: 461/1.

³ - المدوّنة: 158/1.

⁴ - المرجع السابق: 395/1.

⁵ - الجامع: 450/1.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الإقامة شعيرة فيها نوع من الإعلان عن الدخول في عبادة تشرع لها الجماعة، فلا تشرع في حق المرأة؛ لأنها ليست من أهل الجماعة، غير أنه لما خوطب بها من لم يخاطب بالأذان؛ كالصبي والعبد والمسافر استحسنت لها الإقامة. ولما كان في التلبية معنى الإعلان عن شعيرة شرعت فيها الجماعة اقتضى ذلك ألا تسن في حق من ليس من أهلها؛ كالمرأة اعتباراً بالإقامة، غير أنه لما كانت حقيقة التلبية مغايرة لحقيقة الإقامة اقتضى ذلك المغايرة في الحكم؛ وبيان ذلك:

أولاً: إن التلبية أقرب إلى الإجابة منها إلى الإعلان، والإجابة لازمة في حق من فرض عليه الحج، سواء في ذلك الرجل والمرأة.

ثانياً: لما كانت التلبية داخلة في الحج، بدليل أنها جزء من ركن الإحرام يجبر تركه بالدم، كان إلحاقها بالسورة التي مع أم القرآن - باعتبارها جزءاً من ركن القراءة يجبر تركه بالسجود - أولى من إلحاقها بالإقامة؛ إذ إنها خارجة عن حقيقة الصلاة، ولا يؤثر تركها في صحتها.

الفرع الثالث: فوائد.

ثانياً: الأصل أن الرجل والمرأة سواء أمام أحكام الشرع، إلا ما استثناه الدليل والقواعد العامة رعاية لمقاصد الشرع التي أملتها الفروق النفسية والعقلية والاجتماعية بين الجنسين.

ثالثاً: من مقاصد الشرع - من خلال هذا الفرق - صون المرأة والتأيي بها عن مواطن الفتنة، ورعاية لهذا المقصد - وهو صون المرأة - اختصت المرأة ببعض الأحكام؛ كعدم مشروعية الأذان والإقامة، والإسرار في التلبية والإقامة والقراءة، وتخريجاً على هذا المقصد شرعت الولاية في النكاح.

خامساً: كل من التلبية والسورة التي مع أم القرآن من الواجبات المنجبة عند ابن يونس، وبيان ذلك أن الواجب عنده واجبان؛ واجب وجوب الفرائض، وهو ما ثبت اقتضاؤه بالقرآن الكريم، ويجب الإتيان به، ولا يجبر أبداً؛ كالركوع في الصلاة والسجود، والقراءة، والإحرام والطواف، وغيرها، بغض النظر عن تسميتها ركناً أو فرضاً، وهناك الواجب وجوب السنن؛ وهو ما ثبت اقتضاؤه بالسنة النبوية، ويجبر بالدم في الحج، وبالسجود في الصلاة، بغض النظر عن تسميته مؤكداً أو واجباً¹.

¹ - وقد ثبت ذلك من خلال التتبع والاستقراء لكتاب الجامع.

المطلب الثالث: الفرق بين الصّبح، وبين سائر الصّلوات في تقديم الأذان عن وقته.

الأصل ألاّ يؤذّن لصلاة قبل وقتها¹ باعتبار أنّ الحكمة من الأذان هي إعلام النّاس بدخول وقت الصّلاة، ويستثنى من هذا الأصل صلاة الصّبح؛ فقد روي عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: (إنّ بلالا يؤذّن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذّن ابن أمّ مكتوم²)³. وقال مالك: (لم يبلغنا أيّ صلاة أذن لها قبل وقتها إلاّ الصّبح)⁴.

فما الفرق بين صلاة الصّبح وبين سائر الصّلوات في تقديم الأذان رغم أنّ جميعها فيها معنى الإعلام بدخول الوقت؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الصّبح وبين سائر الصّلوات في تقديم الأذان عن الوقت: (الفرق بين الصّبح عندنا وبين غيرها أنّ الصّبح تدرك النّاس نياماً، فيحتاجون إلى التّأهب لها، وإدراك فضيلة الجماعة، وفضيلة التّغليس، وفي سائر الصّلوات يدرك النّاس متصرفين في أشغالهم، فلا يحتاجون أكثر من إعلامهم بوجوبها)⁵.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الأذان أنّه لإعلام النّاس بدخول الوقت، وفيه معنى الدّعاء إلى الجماعة. وبناء على مراعاة أصل الإعلام كان الأصل ألاّ يؤذّن لصلاة قبل وقتها، وبناء على مراعاة معنى الدّعاء إلى الجماعة⁶ استثنيت صلاة الصّبح من هذا الحكم العام، فجاز تقديم أذانها عن وقتها باعتبارها أنّها تدرك النّاس وهم نيام، وأنّها تأتي في وقت يحتاج فيه النّاس إلى الاغتسال لكثرة مخالطة النّساء ليلاً،

1- وقد قال مالك: لا ينادى لشيء من الصّلوات قبل وقتها. المدونة: 159/1.

2 - هو عبد بن زائدة بن أمّ مكتوم، وقيل اسمه عمرو، أوّل من قدم المدينة بعد مصعب بن عمير، استخلفه النّبى عليه السّلام، شهد القادسية واستشهد فيها. ترجمته في الإصابة: 494/4، معرفة الصّحابة: 1659/3.

3- رواه البخاري في كتاب الأذان، باب: أذان الأعمى إذا وجد من يخبره، رقم: 617، 128/1، ومسلم في كتاب الصّوم، باب: الدّخول في الصّوم يحصل.. رقم: 1092، 127/1، ومالك في كتاب الصّلاة، باب: قدر السّحور من الأذان، رقم: 194، 122/1.

4- المدونة: 159/1.

5- الجامع: 456/1.

6- وعلى هذا الوجه يتخرّج القول بجواز تقديمه عن وقته. ينظر شرح التّلقين: 423/1، الدّخيرة: 58/2.

فأضحى مجرد الإعلان عن دخول الوقت غير كاف للأهبة من أجل إدراك فضيلتي الجماعة والتغليس، وبقي ما عداها على الأصل القاضي بعدم جواز تقديمها عن وقتها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: في الأذان معان عدة؛ منها إظهار شعائر الإسلام، فيجب على هذه الجهة تحصيله على وجه الكفاية في حق أهل البلدة، وعلى وجه الندب في حق المسافرين، وفيه معنى الإعلان عن دخول وقت الصلاة، فشرع من هذه الجهة على وجه التأكيد في حق المساجد الراتبية، وفي حق كل جماعة تطلب غيرها. بخلاف المنفرد، والجماعة المنغلقة التي لا تطلب غيرها فلا يسر في حقهم¹.

ثانياً: الفرق في هذه المسألة هو مجموع الظروف والملابسات المحققة بصلاة الصبح التي جعلت مجرد الإعلان عن دخول الوقت غير كاف في إدراك فضيلتي الجماعة والتغليس، وهذا الفرق ليس هو المخصّص للأصل القاضي بعدم جواز تقديم الأذان، وإنما التخصيص كان بالسنة.

ثالثاً: لعل الخليفة الثالث لاحظ هذه المعاني فزاد الأذان الثاني يوم الجمعة قبل قعود الإمام من أجل الأهبة والاستعداد.

رابعاً: للجمعة أذانان؛ أحدهما عند الزوال، وهو الذي أحدثه عثمان² رضي الله عنه، وكان ينادي على الزوراء، ثم نقله معاوية إلى المسجد، والثاني عند جلوس الإمام على المنبر، وكان يؤذن للرسول عليه السلام ثلاثة مؤذنين على المنار، ثم جعلهم يؤذنون داخل المسجد³.

المطلب الرابع: الفرق بين الإحرام، وبين قراءة أم القرآن في حملها عن المأموم.

من فرائض الصلاة تكبيرة الإحرام وقراءة أم القرآن، وقد أجمعوا على أن الإمام يحمل عن المأموم أم القرآن⁴ بخلاف تكبيرة الإحرام، فقد جاء عن مالك في الرجل ينسى تكبيرة الإحرام ثم يذكرها

¹ - أما أذان الجمعة؛ فنظراً لتعلق بعض الأحكام به - كوجوب السعي وحرمة البيع - شرع على جهة الوجوب، ولا خلاف في ذلك، ومن أذن قبل الوقت أعاد إجماعاً. ينظر النوار والزيادات: 160/1، البيان والتحصيل: 125/2.

² - هو ذو النورين؛ عثمان بن عفان، ممن صلى القبلتين، وهاجر الهجرتين، تولى الخلافة بعد عمر رضي الله عنه؛ مدة ولايته اثنتي عشرة سنة، قتل وهو صائم سنة خمس وثلاثين عن عمر ناهز التسعين. ترجمته في معرفة الصحابة: 63/1، الإصابة: 349/2.

³ - ينظر النوار والزيادات: 467/1.

⁴ - ينظر الاستذكار: 424/1، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر: أبي يوسف بن عبد الله، ت محمد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط2 (1400هـ - 1980م)، 201/1.

أنه إذا كان كبر للركوع ونوى بها تكبيرة الإحرام أجزاءه، وإن كان كبرها ولم ينو بها ذلك تَمَادَى مع الإمام، وأعاد الصلاة؛ لأنها لا تجزئه عند ربيعة¹، وتجزئه عند ابن المسيب² (3).

فما الفرق بين تكبيرة الإحرام لا يحملها الإمام عن المأموم، وبين قراءة أم القرآن يحملها عنه رغم أنهما من فرائض الصلاة؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين تكبيرة الإحرام يحملها الإمام عن المأموم في الصلاة، وبين فاتحة الكتاب لا يحملها عنه: (والفرق بين الإحرام وقراءة أم القرآن أن الأصل ألا يحمل الإمام عن المأموم فرضا، فخصت السنة⁴ أن يحمل الإمام قراءة أم القرآن، وبقي ما سواها من فرائض الصلاة على أصلها)⁵.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

إذا كانت فرائض الصلاة بمعنى الأركان الداخلة في حقيقة الشيء بحيث ينعدم بعدمها، فإنه يجب على المصلي - سواء كان فذا، أو إماما، أو مأموما - الإتيان بها، ولا يحمل الإمام عن المأموم شيئا، فجاءت السنة فاستثنت من هذا الأصل أم القرآن يحملها الإمام عن المأموم، وبقيت سائر الفرائض على الأصل العام القاضي بعدم الحمل بما في ذلك تكبيرة الإحرام.

¹ - هو أبو عبد الرحمن، واسمه فروخ مولى تميم بن مرة، أدرك من الصحابة أنس بن مالك والسائب بن عبد الرحمن، وهو أحد الفقهاء السبعة، أخذ عنه مالك، مات سنة: 136هـ، وقيل سنة: 133هـ. ترجمته في طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح: أبي عمر عثمان بن عبد الرحمن، ت: محي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1992م، 65/1، تقريب التهذيب: 258/3، الوافي بالوفيات: 64/14، تذكرة الحفاظ: 118/1، وغيرها.

² - هو سعيد بن المسيب بن حزن بن وهب المخزومي، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر، أحد الفقهاء السبعة، أخذ عن زيد، وابن عباس، وابن أبي وقاص، ودخل على أزواج النبي، وسمع عليا وعثمان وصهيب، وقيل ليس أعلم منه بأفضية عمر وعثمان، لقب براوية عمر، مات سنة: 32هـ، وقيل سنة: 34هـ، وهي سنة الفقهاء، ترجمته في طبقات الفقهاء: 58/1، وفيات الأعيان: 375/2، تقريب التهذيب: 241/1، تذكرة الحفاظ: 44/1، وغيرها.

³ - التهذيب: 233/1، المدونة: 161/10.

⁴ - والمخصص هو ما روي عن أبي بكر أنه انتهى إلى النبي وهو راكع، فركع قبل أن يصل إلى الصف، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال: (زادك الله حرصا ولا تعد)، وهو في البخاري في كتاب الأذان، باب إذا ركع دون الصف، رقم: 783. 136/1.

⁵ - الجامع: 469/1.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من أنواع الفرق عند ابن يونس تخصيص الأصل العام بالسنة، والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها - وهي الفرق بين الصلاة والأذان في جواز رد السلام إشارة - هو أنّ ابن يونس لم يكتف باعتبار تخصيص الأصل العام بالسنة فرقا، وإنما أشار إلى المعنى الفارق الذي حال دون إلحاق الأذان بالصلاة. بخلاف هذه المسألة؛ فقد اكتفى بتخصيص الأصل العام بالسنة فرقا، ولم يذكر المدرك أو المعنى الفارق.

ثانياً: ما ذهب إليه ابن المسيب من صحة صلاة من نسي تكبيرة الإحرام كان اعتباراً بأمّ القرآن بجامع أنّ كلا منهما فرض، وهذا تخصيص للأصل العام القاضي بأنّ الإمام لا يحمل عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة بالقياس.

ثالثاً: ما ذهب إليه مالك من أنّه إذا كبر للركوع ولم ينو بها تكبيرة الإحرام يتمادى ثمّ يعيد الصلاة، كان إعمالاً للقولين؛ قول ربيعة القاضي بوجوب الإعادة، وقول ابن المسيب القاضي بصحة الصلاة، والقول بالإعادة من باب الاحتياط، وهو مشعر بقوة الرأي القاضي بصحة الصلاة¹.

رابعاً: ما ذهب إليه مالك من تصحيح الصلاة فيما إذا نوى بتكبيرة الركوع تكبيرة الإحرام جمع وتوسط بين قول ربيعة وبين قول ابن المسيب، وهو ما يعرف بمراعاة الخلاف أو الخروج منه.

المطلب الخامس: الفرق بين الحصر، وبين العمامة المسدولة تكون النجاسة بطرفها.

يجب عند مالك - مع القدرة والتذكّر - إزالة النجاسة من ثوب ومكان المصلّي وبدنه، والمعتبر في المكان هو البقعة، وهي موضع السجود والقعود والقيام، وقد جاء عن مالك في الحصر يكون في ناحية منه قدرا، ويصلّي في الناحية الأخرى أن (لا بأس بذلك)². بخلاف العمامة المسدولة يكون بطرفها نجاسة، فهي معتبرة عند بعض المتأخّرين³، فلا تجزئ الصلاة بها⁴.

¹ - والإعادة من باب الاستحباب. ينظر التبصرة: 258/1، شرح التلّفين: 502/1، المقدمات الممهّدة لابن رشد، أبي الوليد أحمد بن محمّد، دار الغرب الإسلامي، ط1 (1408هـ - 1988م)، 160/1.

² - المدونة: 470/1.

³ - تبدأ طبقة المتأخّرين عند السادة المالكية من ابن أبي زيد القيرواني المتوفى سنة: 386هـ. ينظر اصطلاح المذهب، ص 30.

⁴ - فالمرعى في ذلك عند الصقلّيين هو الحركة، وجعله القاضي عبد الوهاب كالحصير. ينظر المسألة في الجامع: 519/2، التكت والفروق 54/1، شرح التلّفين: 826/1.

فما الفرق بين العمامة، وبين الحصير يكون بطرفيهما نجاسة في صحّة الصلّاة، رغم أنّ البقعة - محلّ القيام والرّكوع والسّجود - ظاهرة؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس معلّلاً قول مالك في مسألة الحصير يكون بطرفها نجاسة فيصلي في الطرف الآخر: (وإن تحرك موضع النّجاسة؛ لأنّه إنّما خوطب بطهارة البقعة، وأمّا العمامة يكون بطرف المسدول نجاسة فهذه يراعى فيها تحرك موضع النّجاسة، فإن تحرك لا تجزئه؛ لأنّه حامل لها، وهو لو انصرف لاتبّعه. بخلاف الحصير)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الصلّاة أن تكون على الأرض، والمراعى في طهارتها بقعة المصلي؛ وهي ما يماس المصلي في قيامه وسجوده وجلوسه، والحصير يُنزل منزلة الأرض، فيراعى فيه طهارة البقعة. بخلاف الثوب، فإنّ المراعى فيه الطهارة كلّها؛ لأنّه محمول، والمعنى في ذلك أنّه يطلق على ما يلبس في الوسط والرأس، وعلى المنكبين.

أمّا ما انسدل من طرف العمامة فإنّه بالنظر إلى انسداله على الأرض فإنّه أشبه بالحصير، فيراعى فيه البقعة اعتباراً بالأرض، وبالنظر إلى أنّه محمول، فيراعى فيه الحمل كالثوب؛ ونظراً لتردده بين الأمرين فقد توسّط فيه الصّقلّيان الأمر، فيلحق بالثوب إذا تحرك بحركة المصلي، وإلا فهو كالحصير.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المراعى عند القاضي عبد الوهّاب في العمامة هو البقعة اعتباراً بالحصير يكون بطرفه الآخر نجاسة، والمراعى فيها عند الصّقلّيين هو الحركة، فتؤثر فيها النّجاسة إذا تحرك بحركة المصلي، ويجري هذا الخلاف بين القاضي عبد الوهّاب، وبين الصّقلّيين في كلّ ما ينتقل وبطرفه الآخر نجاسة؛ كالثوب والحبل².

¹ - الجامع: 519/1.

² - ينظر هذه المسائل مواهب الجليل: 137/1، التّاج والإكليل لمختصر خليل للمواق؛ أبي القاسم محمّد بن يوسف، دون ت، دار الكتب العلمية، دون بلد، ط(1416هـ - 1994م)، 189/1، حاشية الدّسوقي: 66/1.

ثانياً: من تذكر أنّ بنعله نجاسة في أسفله، ثمّ نزعها ووقف عليها، صحّت صلاته تخريجا على قول مالك في الحصير¹.

المطلب السادس: الفرق بين القيام في صلاة النافلة، وبين نوافل العبادات في اللزوم.

المتفّل بالصلاة له أن يصلّي قائماً أو جالساً، وله القيام إذ افتتح الصلاة جالساً، ولا يلزمه الاستمرار في القيام إذا افتتح الصلاة قائماً ونوى إتمامها². بخلاف التطوّع بنوافل العبادات؛ كالحجّ والصوم والصلاة³، فمن نوى صيام يوم وشرع فيه وجب عليه إتمامه، ويقضي إن أفطر لغير وجه، وكذلك من شرع في صلاة نافلة، ثمّ قطع من غير وجه وجب عليه قضاؤها.

فما الفرق بين ما ينشئه المكف من التزامات بالنيّة في الصلاة؛ كقراءة سورة طويلة بنيّة الإتمام، ثمّ يكسل، وبين غيرها من نوافل العبادات؛ كالحجّ والصوم، وغيرها في اللزوم؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس بعد عرض الخلاف بين ابن القاسم وأشهب في مسألة من افتتح الصلاة قائماً: (وحكى لنا عن أبي عمران أنّ ذلك لا يلزمه بالنيّة والدخول فيه⁴. بخلاف الاعتكاف وصوم اليوم؛ لأنّ هذا لا يتجزأ، وله إذا افتتح القراءة في الصلاة مع أمّ القرآن بسورة طويلة ألاّ يتمّها، ففارق صوم اليوم والاعتكاف)⁵.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من نوى صيام يوم أو أداء صلاة و شرع فيها لزمه ذاك اعتباراً بالحجّ، والمعنى في ذلك أنّه شرع في عبادة عازماً على الإبقاء، فلزمه الإتمام صيانة لما أدّاه من عمل عن البطلان؛ لقوله تعالى:

¹ - نقله القرافي عن أبي العباس الأبياني. ينظر الذخيرة: 195/1

² - وهو مذهب مالك، وابن القاسم في المدونة، وذهب أشهب إلى أنّه من أحرم قائماً في نافلة فلا يجلس لغير عذر. ينظر المدونة: 173/1، النّوادر والزيادات: 259/1، البيان والتحصيل: 245/1 - 144.

³ - المدونة: 188/1، التّهذيب: 267/1.

⁴ - جعل الإمام ابن يونس الخلاف بين أشهب وابن القاسم فيما إذا افتتح الصلاة قائماً من غير نيّة، أمّا إذا نوى الإتمام قائماً فلا يختلف قولهما، وذكر بعد ذلك أن أبا عمران هو الذي لم يفرّق بين أن يفتتحها قائماً بالنيّة أو أن يفتتحها بغير نيّة. ينظر الجامع: 533/2.

⁵ - المرجع السابق: 533/1.

﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾¹، وهذا المعنى موجود فيمن افتتح الصلّاة قائماً ناوياً إتمامها، وكذا فيمن افتتح سورة طويلة بنية الإتمام، وهو ما ذهب إليه أشهب، غير أنّ ابن القاسم يرى أنّ المعنى في الحجّ هو أنّه شرع في عبادة لا تتجزأ عازماً على الإبقاء، وهذا المعنى موجود في صيام يوم، وأداء صلاة، فيلزم الإتمام بعد الشروع فيها. بخلاف القراءة والقيام؛ إذ يصدق معنى القراءة على من قرأ آية، وعلى من قرأ آيتين أو أكثر، وكذلك القيام يصدق على من وقف قدر تكبيرة الإحرام، كما يصدق على من وقف قدر قراءة آية أو آيتين، فلا يلزم الإتمام بالشروع فيها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: إنّ العبادات التي تلزم بالشروع كما تلزم بالتدبر هي التي يتوقّف أولها على آخرها.

ثانياً: العبادات التي تلزم بالشروع هي: الحجّ، والعمرة، والصلّاة، والصوم، والاعتكاف، والإتتمام، والطواف، وأنّ قول المالكية بأنّ التطوّع يجب إكماله محمول على هذه السبعة؛ ولذلك نصّوا أنّ الشروع في تجديد الوضوء، وقراءة القرآن؛ وبناء المساجد، وغيرها من القربات لا يجب إتمامها بالشروع فيها².

ثالثاً: منشأ الخلاف في تجديد النية لكلّ ليلة في الصيام المتتابع هو اختلافهم في الصيام؛ هل هو كالعبادة الواحدة التي يتوقّف آخرها على أولها اعتباراً بالحجّ، فتكفي نية واحدة، أم أنّه كالعبادات المتجزئة؛ لعدم فساد ما مضى منه، فلا يلزم بالشروع فيها، فيتعيّن تبييتها كلّ ليلة³.

رابعاً: ومما ينبني على هذا الفرق هو أنّ الموالاة شرط في كلّ عبادة يتوقّف صحّة أولها على آخرها. خامساً: ومما ينبني على الفرق - أيضاً - أنّ كلّ عبادة يتوقّف آخرها على أولها يجب أن تكون النية فيها مقارنة للمنوي؛ لأنّ أول العبادة لو عري عن النية لكان متردداً بين القرية وغيرها، وكان آخرها متردداً كذلك⁴.

¹ - سورة محمد، الآية رقم: 33.

² - ينظر الذخيرة: 250.249/3.

³ - حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل للخرشي: أبي الحسن علي بن أحمد، المطبعة الكبرى الأميرية، دون ت، بولاق مصر، ط2، 1317م، 246/2.

⁴ - مواهب الجليل: 233/1.

المطلب السابع: الفرق بين من صلى خلف أهل البدع خوفاً وتقية، وبين من صلى خلفهم من غير خوف في وجوب الإعادة.

من شروط الإمام الزَّاتب عند مالك سلامته من البدع، وقد منع من الصَّلَاة خلف المبتدع فرضاً كان أو جماعة، باستثناء الجمعة؛ فأجاز الصَّلَاة خلفهم حالة الخوف والاضطرار مع وجوب إعادتها ظهراً. بخلاف حالة عدم الخوف والاضطرار؛ فقد توقّف في وجوب الإعادة¹.
فما الفرق عند مالك بين الصَّلَاة خلف أهل البدع عند الخوف والاضطرار، وبين الصَّلَاة خلفهم عند الأمن منهم، فأمر بالإعادة في الأولى، وتوقّف في الثانية؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين تفرقة مالك بين من صلى خلف أهل البدع خوفاً وتقية، وبين من صلى خلفهم من غير خوف في وجوب الإعادة: (فالفرق بين ذلك أنّ الذي صلى تقاة قصد أن يجعل صلاته مع الإمام تتقلاً، ثمّ يأتي بعد ذلك بفرضه.. وأمّا الذي وقف فيه مالك فقد قصد الإلتتمام به على أنّ هذا فرضه ولا يعيدها)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل عدم جواز الصَّلَاة خلف كافر ولا تصحّ، وجرياً على هذا الأصل فلا تجوز الصَّلَاة خلف من كفر ببدعته ابتداءً، ولا تصحّ إذا وقعت اعتباراً بالكافر، أمّا من تلبّس ببدعة واختلف الناس في شأنها فقد اختلفوا في جواز الصَّلَاة خلفه تبعاً لذلك³.
أمّا مالك فرغم أنّه لم يقل بتكفيرهم إلّا أنّه منع من الصَّلَاة خلفهم ابتداءً، مراعاة لقول من كفرهم، احتياطاً لأمر الصَّلَاة قبل الوقوع، وتوقّفه في إعادة من صلى خلفهم حالة عدم الخوف أو الاضطرار يوحي بتردّده في القول بتكفيرهم⁴.

¹ - المدونة: 177/1، التهذيب: 252/1.

² - الجامع: 549/1.

³ - ينظر شرح التلقين للمازري: 685، بداية المجتهد: 253/1، البيان والتحصيل: 487/18.

⁴ - جاء عنه أنّه لا يصلي على موتى القدرية والإباضية، ولا تشهد جنازتهم، ولا يُعاد مرضاهم، واستحسن في العتبية الصَّلَاة عليهم. ينظر المدونة: 530/1. النوادر والزيادات: 613/1.

والمعنى في الذي أمره بالإعادة - وهو الذي صلى تقيّة وخوفاً - هو اختلاف نيّته مع نيّة الإمام؛ لأنّ نيّة الإمام هي فرض الجمعة، أمّا نيّة المتقي والخائف فهي النافلة، وبالتالي تبقى ذمّته مشغولة بالفرض، فيعيدها ظهراً؛ لفواتها، وعدم إمكانية القضاء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: أصل مادة "بدع" للاختراع على غير مثال سابق¹، وفي الشرع - كما في الاعتصام - (طريقة في الدين مخترعة تضاهي الشريعة، يقصد بالسلوك عليها المبالغة في التّعبد لله، وهذا على رأي من لا يدخل الأعمال العادية في البدعة، أمّا على رأي من أدخلها فقال: إنّها طريقة في الدين مخترعة تضاهي الشريعة، يقصد بالسلوك عليها ما يقصد بالطريقة الشرعية، وأهل البدع مصطلح يطلق على الذين ابتدعوا، وقدموا في الدين شريعة الهوى استنباطاً ونظراً واستدلالاً على صحتها؛ كالمعتزلة والقدرية والمرجئة والخوارج والباطنية، وما شاكلهم، وسُمّي أهل البدع بأهل الأهواء؛ لأنهم اتّبَعوا أهواءهم، فلم يأخذوا بالأدلة الشرعية مأخذ الافتقار إليها، والتّعويل عليها، حتى يصدروا عنها، بل قدّموا أهواءهم، واعتمدوا على آرائهم، ثم جعلوا الأدلة الشرعية منظوراً فيها من وراء ذلك)².

ثانياً: يقسم العلماء أهل البدع إلى ثلاثة أقسام؛ قسم كافر ببدعته بالإجماع، وقسم غير كافر بالإجماع، وقسم ثالث اختلفوا في شأنه، وهو الذي لم يصرح بقول كفر، ولكن صرح بقول يلزم عنه الكفر ولا يعتقد هذا اللزوم، ومبنى الخلاف هو اختلافهم في لازم القول؛ هل هو قول، أم لا؟³.

ثالثاً: اختلف أهل التّأويل عن مالك في شأن أهل البدع، فظاهر قوله في المدونة يفيد تكفيرهم. بخلاف ما ورد في غيرها⁴، وصرح الإمام القرافي بأن أكثر قول مالك وأصحابه عدم تكفير أهل البدع والأهواء، وجمهور السلف على تكفيرهم⁵.

¹ - وينظر المعاني اللغوية للكلمة لسان العرب: 6/8، تاج العروس: 390/20.

² - ينظر الاعتصام للشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، ت: محمد بن عبد الرحمن الشّقيير وآخرون، دار ابن الجوزي للنشر والنّوزيع، المملكة العربية السّعودية، ط1 (1429هـ-2008م)، 47-45/1، (بتصرّف).

³ - وهذا معنى التّكفير بمآل القول، ينظر شرح التّلقين: 684. البيان والتّحصيل: 486/18. مناهج التّحصيل ولطائف التّأويل للرّجراجي: أبي الحسن علي بن سعيد، اعتنى به أبو الفضل الدّميّاطي، دار ابن حزم، ط1 (1428هـ-2007م): 78/10.

⁴ - ينظر شرح التّلقين: 686، البيان والتّحصيل: 272/2.

⁵ - ينظر الدّخيرة: 271/12.

ثالثاً: منشأ الخلاف في إجازة الصلّاة خلف أهل الأهواء هو اختلافهم في تكفيرهم، وتوقّف مالك في شأن من صلى خلفهم حين الخوف والاضطرار يشي بتردده بشأنهم، أمّا منعه الصلّاة خلفهم ابتداء فكان مراعاة لخلاف من كفرهم احتياطاً لأمر الصلّاة.

رابعاً: المعنى عند مالك في منع الصلّاة خلف أهل الأهواء ابتداء عند الأمن هو البدعة، وفي جوازها عند الخوف هو الضّرورة، وفي أمره بالإعادة هو اختلاف النّيّة مع الإمام.

خامساً: جريا على هذا الفرق فإنّه يعيد كلّ من صلى خلف إمام وخالفه في نيّته بغضّ النظر عن كون الإمام من أهل البدع أم لا، فاختلاف النّيّة كاف في وجوب الإعادة.

المطلب الثامن: الفرق بين القصر، وبين الأكل من الميئة بالنسبة للعاصي بسفره.

من مظاهر يسر الشريعة تشريع الرّخص، ومن ذلك إباحة الأكل من الميئة عند المسبغة، وقصر الصلّاة بالنسبة للمسافر، ولقد اختلف العلماء في العصيان بالسفر؛ هل يكون سببا في الأخذ بالرّخصة أم لا، والمشهور عند المالكية أنّ العاصي بسفره لا يجوز له القصر¹. بخلاف المضطرّ، فالمشهور عندهم هو إباحة الأكل، ولو كان عاصيا بسفره²، وذهب الحنفية إلى أنّ العصيان لا يؤثّر في الرّخصة مطلقاً؛ فيقصر العاصي بسفره، ويأكل من الميئة عند الاضطرار³، واحتجّوا على السادة المالكية بإجازتهم أكل الميئة.

فما الفرق عند المالكية بين الأكل بالنسبة للعاصي بسفره فأجازوا له الأكل، وبين قصره الصلّاة فمنعوه منه؟.

¹ - أمّا إذا كان السفر مكروها ففيه قولان؛ الجواز، والكرهية وهو المشهور. ينظر التّاج والإكليل: 486/1، منح الجليل: 401/1، مواهب الجليل: 140/2، حاشية العدوي على شرح كفاية الطّالب الرّباني للعدوي: أبي الحسن، علي بن أحمد، ت: يوسف الشّيش محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دون ط، (1414هـ - 1994م)، 57/2 وحاشية الدّسوقي: 358/1.

² - لم يُجز ذلك ابن حبيب وابن القصار، وتردّد القاضي عبد الوهاب، وذكر أنّ أصحاب مالك يقولون بالجواز، وشهّره القرافي وابن جزّي، وصحّحه ابن الحاجب، وخليل في التّوضيح، وغيرهم. ينظر عيون الأدلّة: 320/1، الدّخيرة: 110/4، القوانين الفقهية لابن جزّي: أبي القاسم محمّد بن أحمد (ت741)، ت: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1 (1443هـ - 2013م)، ص153، جامع الأمّهات: 118، التّوضيح: 25/2، التّوادر والزّيادات: 419/1.

³ - ينظر بدائع الصّنائع: 94/2. العناية شرح الهداية 48، 47/2، درر الحكّام في شرح مجلّة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسني، دار الجيل، ط1 (1411هـ - 1991م)، 132/1، مختصر القدوري: لأبي الحسن أحمد بن محمّد. ت: كمال محمّد عوض. دار الكتب العلمية ط1 (1418هـ - 1997م)، ص381.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الأكل من الميتة، وبين القصر بالنسبة للعاصي بسفره: (إن الله قد فرض عليه إحياء نفسه مع القدرة على ذلك من غير أن يتلف بها نفسا أخرى حرمتها كحرمة نفسه، وإذا كان الأمر على هذا فكأنه توجه إليه فرضان؛ أحدهما: النزوع عما هو عليه من المضي والسعي في معصية الله، والآخر: إحياء نفسه حتى يتناول ما يرد به رمقه، فأمر بالأمرين جميعا؛ فإن فعلهما فهو المراد، وإن فعل أحدهما لم نأمره بتركه من أجل أنه لم يفعل الآخر، وهذا كمن أمر بترك الزنا وشرب الخمر، فأقلع عن أحدهما، فلا يجوز أن يقال له: لا تترك هذا حتى تترك الآخر، بل يقال له: أنت ممدوح على ترك ما تركت، ومذموم على ما أقمت عليه، وإنما لم يجز له الفطر والقصر عندنا؛ لأتهما رخصتان معينتان على السفر فلا يبaha للعاصي، فيكونا عونا له على المعصية، فيصير ممنوعا من سفر معنا عليه، وهذا تناقض)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

قال الحنفية: إن النصوص الواردة في شأن الرخص مطلقة، لم تفرق بين مسافر ومسافر، ولم تفرق بين مضطر ومضطر، وتقيدها زيادة، والزيادة نسخ. وقالوا أيضا: إن سبب الرخصة هو السير المديد، وهو موجود في المسافر، لا قبح في أصله، ولا في وصفه، وإنما القبح في معنى مجاور؛ وهو قصده إلى المعصية².

أما المالكية فيرون أن المعنى في إجازة الفطر والقصر للمسافر هو التخفيف، والإعانة على الطاعة، والمسافر لطلب المعصية عاص، وسفره محذور، والترخيص له بالقصر والفطر إعانة له على المعصية، وإن كان فيه إعانة على الطاعة، ولما كان دفع المفسدة أولى من جلبها، منع من القصر والفطر حتى لا يعان على المعصية.

والعاصي بسفره قد توجه إليه أمران؛ الأمر بالتوبة عن طريق الإقلاع عما فيه من المعصية، والأمر بإحياء نفسه عن طريق سد الرّمق، والأمران غير متلازمين؛ بمعنى أنه يمكن الإتيان بالأمرين معا،

¹ - الجامع 733/2.

² - ينظر أصول السرخسي: 92/1، كشف الأسرار: 290/1، بدائع الصنائع: 93/1.

وهو فعل يمدح عليه، وإذ لم يأت بأحدهما لا يؤمر بتزك الآخر، فإذا أُلْع عن المعصية، وسدّ رمقه فقد أتى بالأمرين، وإذ لم يقلع فلا يؤمر بتزك الأكل، وإنما يؤمر بعكسه إحياء لنفسه، وهو المطلوب.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: النصوص الواردة في شأن القصر والفطر، والأكل من الميتة مطلقاً، لم تفرّق بين سفر وسفر، ولم تفرّق بين مضطرّ ومضطرّ، وبالتالي فاجتهاد المالكية في مسألة التفرقة بين القصر وبين الأكل من الميتة بالنسبة للعاصي اجتهاد مقاصدي صرف؛ ذلك أنّ مقصد الشارع من رخصتي القصر والفطر هو مصلحة الإعانة على الطاعة، وإباحة هاتين الرخصتين للعاصي إعانة له على المعصية، وهي مفسدة، وعند تعارضهما يقدّم دفع المفسدة على جلب المصلحة؛ ولذلك منع العاصي من رخصتي الفطر والقصر.

أمّا في مسألة الأكل من الميتة فإنّ الأخذ فيها بالرخصة فيه مفسدة الإعانة على المعصية، وفي المنع من الأخذ بها فيها مفسدة إزهاق النفس، وعند تعارض المفسدتين يتحمّل أخفّ الضررين، فيؤمر بالأكل من الميتة؛ لأنّ الإعانة على المعصية أهون من إزهاق النفس.

ثانياً: من القواعد التي انبنى عليها الفرق في هذه المسألة هو التفرقة بين جعل المعاصي أسباباً للرخص، وبين مقارنتها لها؛ فالسفر إذا كان لمعصية فلا يناسب أن يكون سبباً للرخصة، فلا يباح القصر والفطر للعاصي؛ لأنّ السفر هو سبب الرخصة. بخلاف إباحة التيمم للعاصي، وإباحة الفطر له إذا أضرب به الصوم، وإباحة الأكل من الميتة للمضطرّ؛ فأسباب هذه الرخص هو العجز والاضطرار دون المعصية، فهما مقارنان للرخصة¹، فلا يمنع منها المسافر، وهو والمقيم فيها سواء.

ثالثاً: من المسائل التي انبنى عليها الخلاف في المسألة؛ مسألة الزيادة على النصّ وكانت الزيادة من جنس المزيد عليه؛ كزيادة صلاة على الصلوات الخمس، والتغريب على الجلد، وغيرها فهذا لا يكون نسخاً عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض المعتزلة خلافاً للحنفية، وذهب الباقلاني وابن القصار والبايجي إلى كونها نسخاً إذا غيرت حكم المزيد عليه، ولا تكون كذلك إذا لم تغيّره².

¹ - الفروق للقرافي: 33/2.

² - ينظر المسألة البرهان: 1309/2، الإحكام للآمدي: 285/2، روضة الناظر: 210/1، إحكام الفصول للبايجي: ص 410، شرح تنقيح الفصول: ص 317، أصول السرخسي: 82/2، وغيرها .

رابعاً: جريا على الفرق بين كون المعصية مقارنة للرخصة، وبين كونها سببا لها فرّقوا بين العاصي بسفره فلا يباح له القصر والفطر، وبين العاصي في سفره فيباح له اتفاقاً¹.

خامساً: وجريا على هذا الفرق - أيضا - يباح المسح على الجبيرة أو العصية، ولا فرق في موجه بين أن يكون من حلال أو حرام²؛ لأنّ العجز هو سبب الرخصة، والمعصية مقارنة.

المطلب التاسع: الفرق بين النافلة، وبين الفريضة إذا أقيمت في وجوب قطعها.

الأصل ألا تقام صلاة إذا أقيمت الفريضة³، فإذا أحرم المرء بصلاة وأقيمت عليه صلاة أخرى

قبل أن يركع فإنّ ابن القاسم فرّق بين الفرض وبين النافلة؛ فقد جاء عنه في الفرض أنّه يقطع ويدخل مع الإمام⁴. بخلاف ما إذا أحرم بنافلة فإنّه يتمّ الركعتين ما لم يخش فوات ركعة مع الإمام، وإلا قطع⁵.

فما الفرق بين النافلة يتمّها، وبين الفريضة يقطعها، رغم أنّ النافلة وجبت بالشروع؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقا بين صلاة النافلة وبين صلاة الفرض عند ابن القاسم: (والفرق عنده -

والله أعلم - هو أنّ الفريضة إذا قطعها هو يعود إليها، والنافلة لا يعود إليها؛ لأنّه لم يتعمّد قطعها، وإنّما جاء ما قطعها عليه، وأيضا: فإنّ نيّته في النافلة على حالها لم تتغيّر، وفي الفريضة قد تغيّرت

¹ - ينظر شرح الخرشي: 57/2، منح الجليل: 401/1، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصّاوي على الشرح الصّغير للصّاوي: أبي العباس أحمد بن محمّد، دار المعارف، دون ط، دون ت: 477/1، وغيرها.

² - قال الحطّاب - بعد أن نقل عن ابن رشد من نوازله عدم التّفرقة بين كون موجب الغسل من حلال أو من حرام - (واختلف فقهاء مراكش في ذلك؛ فقال بعضهم: لا رخصة في ذلك؛ كالعاصي في سفره، وقال بعضهم: إنّ العاصي بسفره يتقوى بالرخصة، ومسألة الغسل ليست كذلك؛ لأنّ المعصية قد انتهت). مواهب الجليل: 362/1.

³ - والأصل في ذلك ما رواه مالك وغيره عن أبي سلمة ابن عبد الرّحمن أنّه قال: (سمع قوم الإقامة فقاموا يصلّون، فخرج عليهم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فقال: (أصلتان معا، أصلتان معا)، ينظر الموطأ: كتاب السّهو، باب: ما جاء في ركعتي الفجر، رقم: 421، 176/8.

⁴ - ولم يفرّق بين أن تكون المقامة هي نفسها التي أحرم بها، أو غيرها، بخلاف مالك فقد فرّق بينهما: فإذا كانت المقامة نفسها التي أحرم بها فإنّه يقطع، ويدخل مع الإمام، وإن كانت غيرها فإنّه يتمّ إن طمع في الفراغ منها قبل ركوع الإمام، وإلا قطع. ينظر البيان والتّحصيل: 223/1.

⁵ - ينظر النّوادر والزّيادات: 329/1، الجامع: 567/2.

من الفرض إلى النفل، فضعفت لهذا؛ ولأنه في الفريضة إذا أمرته أن يتم ركعتين فهو قطع لها، فليقطع من الآن أولى، وفي النافلة إذا أتم ركعتين فهو تمام لها، فافتراقاً¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

لقد اجتمع في مسألة من أقيمت عليه صلاة الراتب ثلاث منهيات؛ النهي عن إقامة صلاتين معاً، والنهي عن قطع الصلاة بعد الشروع فيها، والنهي عن تغيير النية في الصلاة، فلو أمر من أحرم بالفريضة بالإتمام، فإنه يجتمع في حقه محذوران؛ هما الصلاتان معاً، وتغيير النية. بخلاف ما لو أمر بالقطع، فليس في ذلك إلا إبطال العمل بعد الشروع فيه، فيرجح القطع على الإتمام، فيؤمر به لإمكانية الرجوع إلى الفرض بعد الانتهاء من صلاة الإمام لأجل الترتيب.

أمّا لو أمر المحرم بالنافلة بالإتمام فليس ثمّة إلا محذور واحد، وهو الصلاتان معاً، وليس في القطع إلا إبطال العمل، فيترجح الإتمام على القطع، لعدم إمكانية الرجوع إلى النفل؛ لأنّ القطع كان لوجه، فلا يجب القضاء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الصلاة التي تقام على من أحرم بصلاة قد تكون نفسها التي أحرم بها، وقد لا تكون كذلك، ويمكن أن تقام عليه قبل الركوع أو تقام بعده، وقد يخشى فوات ركعة مع الإمام إن هو أتمّ، وقد لا يخشى، ففي كلّ هذه الأحوال وقع خلاف في المذهب، ومردّد ذلك - حسب الإمام المازري - إلى الموازنة بين المنهيات ليعلم أيها أخفّ فيرتكب².

ثانياً: فرق مالك بين أن تكون التي أقيمت عليه هي نفسها التي أحرم بها فيقطعها، وبين أن تكون غيرها فيتّمها ما لم يخش ركوع الإمام، ومردّد ذلك أنه في الحالة الأولى إذا دخل مع الإمام فإنه يعتدّ بصلاته معه، ويحصل له فضل الجماعة؛ ولذلك أمر بالقطع. بخلاف ما لو أمر - في الحالة الثانية

¹ - الجامع: 567/1.

² - وبين ذلك - حسب المازري - (أنّ قطع العمل وتغيير النية منهية عنه، والصلاتان معاً منهية عنه أيضاً، وتحصيل ركعة مع الإمام مأمور به، فالمواضع التي أمر فيها بالقطع من أمر به، رأى أنه أخفّ من صلاتين معاً، وأخفّ من فوت ركعة مع الإمام، والتّماذي إنّما أمر به من أمر؛ لأنه رآه أخفّ من قطع الصلاة، والتّماذي في صورة النفل تخفيف لقبح القطع..). فهذا هو السرّ الذي دار عليه جميع ما تقدّم. ينظر شرح التّلقين: 717/1.

- بالقطع والدخول مع الإمام فإنه لا يعتدّ بصلاته معه لأجل الترتيب؛ ولذلك أمر بالإتمام ما لم يركع الإمام¹.

المطلب العاشر: الفرق بين الفاتحة، وبين التشهد في تذكرهما بعد التلبس بالفرض الموالي في وجوب التماذي.

إذا سها المرء عن أمّ القرآن وتذكر بعد أن أمكن يديه من ركبتيه، فإنه يرجع حتى يعتدل قائماً فيأتي بأمّ القرآن، ويسجد بعد السلام². بخلاف ما إذا قام من اثنتين ناسياً للتشهد، فإنه يتمادي في صلاته ويسجد قبل السلام³.

فما الفرق بين أمّ القرآن، وبين التشهد عند تذكرهما بعد التلبس بالفرض الموالي في وجوب التماذي؟
الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقاً بين أمّ القرآن، وبين التشهد في السهو عنهما: (والفرق بينهما أن الذي قام من اثنتين فاعتدل قائماً قد فارق موضع الجلوس، وأسقط سنة يجزئ منها سجدة السهو؛ فلذلك أمر بالتماذي، والذي ترك القراءة ترك فرضاً؛ فلذلك أمر بالرجوع)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

المتروك في الصلاة قد يكون فرضاً، وقد يكون سنة، وقد يكون غير ذلك⁵، والمتروك يمكن تداركه ما لم يفت، والفوت في الفرض يكون بالسلام إذا كان السهو حصل في الركعة الأخيرة، ويكون بانعقاد الركعة التي وقع فيها السهو. بخلاف الفوت في السنة فيكون بالتلبس بالفرض الموالي. وبالعودة إلى مسألتنا فإنّ الفوت في التشهد الثاني يكون بالقيام؛ لأنه من سنن الصلاة. بخلاف الفاتحة التي هي من فرائض الصلاة فلا تفوت بالتلبس بالركوع.

¹ - ينظر الجامع: 570/2.

² - وهي رواية ابن القاسم عن مالك، وقال أشهب: إنه يتمادي ويعيد، وقال ابن الماجشون: يتمادي ويسجد قبل السلام وتجزئه، ثم رجع إلى قول مالك. ينظر المسألة النوادر الزيادات: 353/1.

³ - وهي رواية ابن القاسم في المجموعة. ينظر المرجع السابق: 358.353/1.

⁴ - الجامع: 832/1.

⁵ - وقد يكون السهو عن فضيلة، أو هيئة، ولا سجود عن سها عنهما. ينظر التلّفين: 48/1.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: إنّ فوات الفرض يكون بالسّلام في الرّكعة الأخيرة، وبانعقاد الرّكعة الموالية إذ كان السّهو في غير الرّكعة الأخيرة، وفي السنّة يكون الفوت بالتلبّس بالفرض الموالي.

ثانياً: من النّظائر التي يمكن تخريجها على هذا الأصل:

1- من سهى عن السّورة التي مع أمّ القرآن، أو سها عن الجهر أو الإسرار، أو عن تكبيرات العيدين حتى ركع، فإنّه يتمادى، ويسجد قبل السّلام.

3- من سهى عن المضمضة والاستنشاق، ثمّ ذكر بعد الشّروع في الوجه؛ فإنّه يتمادى ويأتي به بعد الفراغ من الوضوء.

4- من سهى عن سجدة فإنّه يرجع ما لم تتعد الرّكعة التي تلي، ويسجد قبل السّلام.

5- إذا فرغ المؤدّن من الأذان الثّاني من يوم الجمعة، واعتقد الإمام أنّه الثّالث فقام وشرع في الخطبة، ثمّ سمع المؤدّن يؤدّن فإنّه يتمادى؛ لتلبّسه بفرض.

ثالثاً: اختلفت الرّوايات عن مالك فيمن سها عن أمّ القرآن وتذكّرها في الرّكوع؛ هل يعيد الصّلاة، أم يعيد الرّكعة، أم يتمادى ويسجد؟ ومبنى الخلاف هو اختلافهم في حكم الفاتحة؛ هل تجب أم لا، وإذا وجبت؛ فهل تجب في كلّ ركعة أم لا؟ والمشهور أنّها واجبة في كلّ ركعة¹.

المطلب الحادي عشر: الفرق بين الهبة والصدقة، وبين النّكاح بعد قعود الإمام في وجوب الفسخ.

يمنع البيع بعد قعود الإمام يوم الجمعة، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا

نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ بِاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ²، فإذا وقع في زمن النّهي

فسخ، وهو قول مالك وأكثر أصحابه³، وألحق أصبغ النّكاح بالبيع قياساً، فيفسخ إذا وقع زمن النّهي،

¹ - ينظر النّخبة: 310/2، القوانين الفقهيّة: ص129، الكافي في فقه أهل المدينة: 201/1، التّاج والإكليل: 212/2، منح الجليل: 246/1، مواهب الجليل: 518/1، وغيرها.

² - سورة الجمعة، الآية رقم: 09.

³ - ذهب مالك وأكثر أصحابه إلى انفساخ البيع، وهو مذهب المدوّنة، وروي عنه القول بعدم الفسخ، وهي رواية ابن وهب وعلي بن زياد، وذهب عبد الملك إلى التّفصيل بين أن يعتاد قوم البيع في ذلك الوقت، فيفسخ، وبين ألاّ يعتاد فلا يفسخ. ينظر النّوادر والزّيادات: 469/1، شرح التّفقين: 1006/1، 551/1.

وألزمه القاضي عبد الوهاب القول بانفساخ الهبة والصدقة يقعان بعد قعود الإمام يوم الجمعة تخريجا¹.

فما الفرق بين النكاح، وبين الهبة والصدقة عند من لا يرى صحّة هذا التّخريج؛ وهو ابن يونس؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس ردّا على القاضي الذي ألزم أصبغ القول بانفساخ الهبة والصدقة: (والصّواب أن لا يدخل ذلك؛ لأنّ أصبغ قد احتجّ في منع النكاح بأنّه بيع من البيوع؛ ولأنّ النّص إنّما ورد في البيع فما ضارعه مثله؛ ولأنّ البيع ملازم لأكثر النّاس، ولو تركوا ذلك لاستبدّ بعضهم بالبيع، ودخل الضّرر على السّاعين، وليس الهبة والصدقة كذلك)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

يرى القاضي عبد الوهاب أنّ المعنى الجامع بين النكاح وبين البيع عند أصبغ هو التّشاغل عن الصّلاة وقت الجمعة³، فيلحق بالنكاح كلّ ما من شأنه أن يشغل عن الصّلاة؛ كالهبة والصدقة تخريجا، غير أنّه لما كان النكاح بيع من البيوع فإنّ الأصل في انفساخه هو قوله تعالى: ﴿بِاسْمِ اللَّهِ إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾⁴، وليس القياس، وعلّة النّهي - حسب ابن يونس - هي ملازمة البيع لأكثر النّاس، وما في معناه من الصدقة والهبة غير ملازم لأكثر النّاس ولا يتكرّر، فلا يلحق بالنكاح.

الفرع الثالث: فوائد.

أوّلا: الخلاف في انفساخ البيع وقت النّداء مبنيّ على دلالة النّهي؛ فمن قال بأنّ النّهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه، قال بانفساخه، ومن لا يرى ذلك أجازّه⁵.

ثانيا: اختلفوا في العلة التي من أجلها حرم البيع وقت النّداء؛ فمن رأى أنّ العلة هي الانشغال عن الجمعة، قال: إنّ المنع لأجل حقّ الله، فيجري مجرى البيع في الفسخ كلّ ما في معناه؛ كالنكاح،

¹ - شرح التّفكين: 1108/1، الجامع: 893/3، مناهج التّحصيل: 554/1.

² - الجامع: 893/3.

³ - المعونة، ص 307، 308.

⁴ - سورة الجمعة، الآية رقم: 09.

⁵ - ينظر بداية المجتهد: 176/1.

والإجارة، والهبة، والصدقة.. ومن رأى أنّ العلة هي ملازمة البيع لأكثر الناس وتكرّره قال: إنّ المنع كان حقاً لأهل السوق مخافة أن يستبدّ البعض بالبيع والريح، ويلحق الضرر بالسّاعين، وكان الانفساخ قاصراً على البيع دون غيره¹.

ومن رأى أنّ العلة هي الانشغال صحّ بيع من لا تلزمه الجمعة من مسافر، وامرأة، وصبي، وغيرهم، ومن رأى أنّها الملازمة حسم مادّة البيع بالكليّة؛ من تلزمه الجمعة ومن لا تلزمه.

ثالثاً: بناء على ما ذهب إليه القاضي من تخريج الهبة والصدقة على قول أصبغ في النكاح فإنّ الخلاف القائم بين أصبغ وابن القاسم في النكاح يسري على الهبة والصدقة تخريجاً.

رابعاً: ذهب القاضي إسماعيل والشيخ أبو عمران الفاسي إلى أنّ من فرط في صلاة الظهر والعصر حتى لم يبق من النهار إلا مقدار خمس ركعات فباع، انفسخ بيعه قياساً على البيع وقت الجمعة لعلة الانشغال²، والقياس يقتضي أن يفسخ كلّ ما يشغل عن الصلّة ممّا يجري مجرى البيع؛ كالنكاح، والهبة، والصدقة، والإجارة، وغيرها.

¹ - ينظر شرح التلّفين: 1009/1، مناهج التّحصيل: 554/1، البيان والتّحصيل: 516/1.

² - النّاج والإكليل: 535/2.

المبحث الثالث: فروق في الصّوم.

يستعرض هذا المبحث ستة فروق؛ فرق في وجوب الصّوم، وفرقان في صيام ذوي الأعذار، وفرق في فساد الاعتكاف بالجماع وغيره، وفرقان فيما يوجب الاعتكاف من نذر أو نيّة في ستّة مطالب.

المطلب الأوّل: الفرق بين صوم رمضان وبين الصّلاة في تجديد النيّة.

تفتقر العبادات عند جمهور العلماء إلى النيّة، ومن شروط صحّتها تبييتها عند مالك وجلّ أصحابه في صيام الفرض، وليس من شرطها استدعاؤها كلّ ليلة في صيام رمضان¹. بخلاف ما ذهب إليه الشافعية؛ فقد أوجبوا تجديدها كلّ ليلة قياساً على الصّلاة، والنذر المشروط بعدم التّابع، وصيام القضاء².

فما الفرق عند مالك بين الصّيام المتتابع، وبين الصّلاة والنذر المشروط بعدم التّابع وصيام القضاء في وجوب تجديد النيّة؟

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس وهو يردّ على من قاس صيام رمضان على الصّلاة وعلى الصّيام غير المتتابع: (وأما تشبيهه بالصّلاة فهو غير لازم؛ لأنّ الصّلاة النيّة فيها مقارنة لها، وفي الصّوم يجوز أن يكون بينهما تراخ؛ إذ لو لم يكن تراخاً لكانت النيّة مقارنة لأول النّهار، لم يجز الصّوم إلّا لمن كان منتبهاً قبل الفجر إلى ما بعده، ولو كان ذلك لأدّى إلى الحرج، ولم يجعل الله علينا في الدين من حرج، فلمّا جاز التّراخي في اليوم الأوّل جاز فيما بعده، وأما تشبيهه بالقضاء والنذر، فغير لازم أيضاً؛ لأنّ ذلك يجوز تفريقه، فلمّا جاز له أن يفطر اليوم التّاني احتاج إلى تجديد النيّة له، وكذلك التّالث والرّابع، ولما كان رمضان لا يجوز فطر شيء منه أجزاءه النيّة له كاملة؛ كالיום الواجب، وكذلك كلّ صوم متتابع)³.

¹ - ينظر المدوّنة: 148/4، التّوارد والزيادات: 14، 13/2، البيان والتّحصيل: 334/2، مناهج التّحصيل: 103/2.

² - ينظر مختصر المزني (ملحق بالأئمّ للشافعي) للمزني: أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، دار المعرفة، بيروت، دون ط، (1410هـ - 1990م)، 152/1، الكافي: 400/3.

³ - الجامع: 1079/3.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من شروط النية في الصلاة مقارنتها لها، فلا يجوز أداء صلاتين بنية واحدة، والمعنى في ذلك أن كل صلاة مستقلة بنفسها، ويتخللها ما ليس من جنسها، بدليل أن فساد إحداها لا يؤدي إلى فساد الأخرى، وهذا المعنى موجود في اليومين من رمضان؛ فصوم كل يوم عبادة منفردة، بدليل أن اليوم الواحد لا يفسد بفساد ما قبله أو ما بعده، وإذا كان الأمر كذلك وجب إفراد كل يوم بنية واحدة¹، وهو ما ذهب إليه الشافعية.

وفرق ابن يونس بين الصلاة وبين صوم رمضان بأن المعنى في الصلاة مقارنة النية لها، ولا يجوز تراخيها عنها، فإذا كان لا يجوز للصلاة الأولى أن تتراخي عن النية، كان من باب أولى ألا يجوز للثانية أن تتراخي عن الأولى، وهذا المعنى مفقود في الصوم؛ إذ يجوز أن يكون بين النية ووقت الفجر تراخ، وإلا أدى ذلك إلى الحرج، فلما جاز أن يكون ثمة تراخ بين النية واليوم الأول، جاز أن يكون بينها وبين اليوم الثاني، وهو المطلوب.

أما قياس الشافعية رمضان على صوم القضاء والنذر، فمفاده أن اليومين يتخللها فطر، فهو انتقال من فطر إلى صوم، فيجب أن يتخصص صوم كل يوم بنية؛ كالقضاء، وفرق ابن يونس بينها بكون المعنى في وجوب تخصيص كل يوم في القضاء بنية هو جواز تفرقه، فلما جاز تفرقه وجب إفراد كل يوم بنية، وهذا المعنى مفقود في صيام رمضان، لمكان التتابع، وبالتالي تكفي نية واحدة للجميع.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: اعتراض ابن يونس على الشافعية - الذين أحقوا الصوم بالصلاة، وصيام القضاء والنذر- بوجوب مقارنة النية للصلاة، ويجوز تفرقة أيام القضاء والنذر اعتراض بالفرق بخصوص الأصل، وهو فرق مستقل بالتعليل، كما أنه من قبيل الفرق بدلالة الحكم.

ثانياً: نص مالك في المدونة على أن صيام النذر لا يحتاج إلى تبييت النية في كل ليلة من لياليه²، وهذه المسألة ذكرها في كتاب الرهون ولذلك وسم المالكية هذه المسألة بغريبة الرهون.

¹ - ينظر الحاوي الكبير للماوردي: 402/3، المجموع شرح المهذب للتووي، أبي زكرياء محي الدين ابن شرف، دار الفكر، دون ط، دون ت، 288/6.

² - ينظر المدونة: 148/4، التهذيب: 62/4.

ثالثاً: استقلالية العبادات وصف انبنت عليه عدّة مسائل؛ كوجوب مقارنة النية للعبادة، ومسألة اللزوم بعد الشروع، ومسألة تجديد النية لكل يوم في رمضان.

رابعاً: من أسباب الخلاف بين المالكية والشافعية - حسب الفرق - اختلافهم في نظرهم إلى الصوم؛ فمن نظر إليه على أنه كل لا يتجزأ، وأن أيامه كالركعات في الصلاة، قال تجزئه نية واحدة، وهو ما ذهب إليه المالكية، ومن نظر إليه نظر جزئية، على اعتبار أن كل يوم عبادة مستقلة، وجب إفراده بنية مستقلة، وقد أشار الإمام القرافي إلى شيء قريب من هذا حين قال: (المنوي ثلاثة؛ عبادة متحدة لا يتخللها شيء، تكفي فيها نية واحدة إجماعاً، وعبادة يمكن أن يتخللها غير جنسها فقط، كأيام رمضان، فإنه يتخللها الصلاة والذكر دون الصوم، فأشبهت العبادة الواحدة من جهة عدم تخلل الجنس، والعبادات من جهة تخلل غير الجنس فالشبهان منشأ الخلاف)¹.

المطلب الثاني: الفرق بين الصلاة، وبين الصيام لمن طهرت قبل الفجر في تقدير وقت الغسل.

الأصل أن تبادل الحائض إلى الغسل بمجرد ارتفاع دم الحيض عنها، فإذا طهرت قبل الفجر أصبحت من أهل الصيام²؛ سواء اغتسلت أو لم تغتسل، تواتت أم اجتهدت، بقي من الوقت حين طهرها ما يكفي لغسلها أم لا. ففي كل هذه الأحوال هي من أهل الصيام، أمّا الصلاة فإنه يقدر لها من الوقت ما يكفي لغسلها مجتهداً، وإلا فهي كالحائض لا تقضي شيئاً من الصلاة³.

فما الفرق بين الصلاة وبين الصيام بالنسبة للحائض تطهر قبل الفجر في تقدير الوقت بعد طهرها؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقاً بين الصلاة والصيام في تقدير الوقت للحائض: (والفرق بينهما أن الصلاة لا تصح إلا بغسل؛ فلذلك قدر لها الوقت بعد فراغها منه مجتهداً، والصوم يصح بغير غسل، فلا يحتاج إلى تقدير الفراغ منه، بل بارتفاع الحيض يصير حكمها حكم الجنب)⁴.

¹ - الذخيرة: 500/2.

² - نص عليه مالك، وقال ابن رشد هو مذهب عامة العلماء من الصحابة وفقهاء الأمصار. ينظر المدونة: 276/1، البيان والتحصيل: 311/17.

³ - وهو مروى عن مالك في غير المدونة، وذهب إليه ابن القاسم وغيره، ينظر التوارد والزيادات: 275/1، البيان والتحصيل: 226/1.

⁴ - الجامع: 1139/1.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ الحائض غير مخاطبة ببعض فروع الشريعة حال حيضها، فلا يجب عليها صوم ولا صلاة¹. بخلاف الجنب فهو مخاطب بفروعها، فيجب عليه الصّوم والصلاة، ولما كان الغسل من شروط صحّة الصلاة فإنّها لا تصحّ من الجنب. بخلاف الصّوم فإنّه يصحّ منه بلا غسل²، وبناء على هذا الأصل فإنّ الحائض يجب عليها الصّوم بمجرد ارتفاع دم الحيض عنها، ويصحّ منها. بخلاف الصلاة؛ فبالنظر إلى ارتفاع الدّم عنها فإنّها مخاطبة بالصلاة أداء وقضاء اعتباراً بالجنب، وبالنظر إلى أنّ الصلاة تفتقر إلى الغسل، وأنّ الحيض ليس بيدها قدر لها من الوقت ما يكفيها من غسل، وستر عورة، وصلاة من غير توان.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أنّ الحائض تصبح مخاطبة بفروع الشريعة بمجرد انقطاع الدّم؛ كالجنب، فإذا طهرت قبل الفجر أو قبل المغرب، وبقي من الوقت ما يمكنها - بعد الطهر وستر العورة - من أداء أربع ركعات، وجب عليها العشائين، وإن أدركت أقلّ من أربع فليس عليها إلا الآخرة. ثانياً: من نظائر هذه المسألة؛ المغمى عليه يفيق، والصّبي يبلغ، والمريض يبرأ، والنّاسي يتذكّر، فيقدّر لهؤلاء من الوقت ما يكفي من طهر وستر عورة، باستثناء الكافر فوقته من ساعة يسلم؛ لأنّ رفع العذر كان بمقدوره، ولأنّه مخاطب بفروع الشريعة³.

المطلب الثالث: الفرق بين المغمى عليه، وبين النائم يطلع عليهما الفجر في أجزاء الصّوم.

العقل مناط التّكليف؛ فإذا أغمى على المرء قبل الفجر واستمرّ كذلك إلى ما بعده فلا يجزئه صيامه عن ذلك اليوم عند مالك وجلّ أصحابه بما فيهم ابن القاسم⁴. بخلاف النائم فليس من شرط صحّة الصّوم أن يكون المرء منتبها عند الفجر، قال ابن القاسم: (بلغني عمّن مضى من أهل العلم أنّه

¹ - على قول من يرى أنّها غير مخاطبة بالقضاء، ولا بالأداء في الصلاة، والقضاء في الصيام بالخطاب الجديد، وقيل: إنّها مخاطبة بالقضاء بالخطاب الأوّل. ينظر مناهج التّحصيل: 140/1، المقدمات الممهّدة: 240/1.

² - فقد ثبت عن عائشة أنّ رسول الله يصبح جنباً من جماع غير احتلام، ثمّ يصوم ذلك اليوم. رواه مالك في كتاب الصيام، باب ما جاء في صيام الذي يصبح جنباً، رقم: 397. 390/1.

³ - ينظر المدونة: 184/1، النوادر والزيادات: 271/1، البيان والتّحصيل: 165/2، التّلقين: 40/1.

⁴ - المدونة: 276/1، النوادر والزيادات: 27/2.

قال إذا أغمي عليه في رمضان قبل الفجر ولم يبق إلا بعده، لم يجز صيامه ذلك، والمغمى عليه لا يكون بمنزلة النَّائم¹.

فما الفرق بين المغمى عليه، وبين النَّائم يطلع عليهما الفجر وهما كذلك في صحّة الصّوم؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين المغمى عليه، وبين النَّائم وقت الفجر في صحّة الصّوم: (والفرق بينهما أنّ النّوم أمر لازم، فلو لم يجز الصّيام إلا من كان منتبهاً قبل الفجر إلى ما بعده لأدّى ذلك إلى الحرج، والله تعالى رفعه عنه، والإغماء غير ملازم وإنّما هو أمر طارئ)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

لما كانت النّية شرط في صحّة العبادة، ومن شأن الشرط أن يتقدّم على المشروط كان من شرط النّية أن تتقدّم أوّل الصوم، ولا بأس باستصحابها على باقي الأيام ما لم ترتفع بالأعذار المبيحة للفطر؛ كالجنون، والإغماء وغيرهما، والمعنى في رفع النّية بالجنون هو كونه وصفاً ينافي التّكليف؛ بانعدام مناطه وهو العقل، فخرج من وُصِف به من أن يكون من أهل النّية، وهذا المعنى موجود في الإغماء، فلا يكون المغمى عليه من أهل النّية، وإذا صادف ذلك الوصف وقت الفجر لم يجز صيامه، أمّا النّوم وإن كان ينافي التّكليف إلا أنّه لما كان ملازماً للإنسان فإنّ إناطة الحكم به يوقع النَّائم في الحرج، وهو مرفوع، وبالتالي فإنّ ملازمة النّوم للإنسان مانع من تعدية الحكم من المجنون إلى النَّائم. بخلاف الإغماء فهو أمر طارئ، ولا يغلب وقوعه فيتعدّى الحكم إلى المغمى عليه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من المعاني المقاصدية التي انبنى عليها الفرق مقصد رفع المشقّة والحرج؛ إذ لو كان الانتباه قبل الفجر شرط في صحّة الصّوم لأدّى ذلك إلى الحرج.

ثالثاً: جريا على هذه الفرق فلا فرق بين النَّائم وبين شبهه؛ كالنّاسي، والسّكران والمغمى عليه في فساد الصّوم إذا تلبّس بها الصّائم عند الفجر؛ لأنّها أوصاف منافية للعقل، ويستثنى من ذلك النّوم لملازمته للإنسان.

¹ - المدوّنة: 276/1.

² - الجامع: 1141/1.

ثانياً: كثيراً ما يصرّح العلماء بأنّ النَّائم وما في معناه؛ كالسّكران، والسّاهي مكفون، وما وُجد من ذلك فإنّه محمول على أنّه مخاطب بالتكليف قبل زوال عقله، ومخاطب بالقضاء بعد انتباهه وصحوه. قال ابن العربي¹ وهو يوضّح هذه المسألة: (اختلف العلماء رحمة الله عليهم في المجنون والنّاسي والملتجّ والنّائم.. هل هم مخاطبون بالتكليف في حال الجنون، والسّهو، والسّكر، والنّوم أم لا؟ ولا يظن لمن جوّز ذلك من علمائنا التزم معرفة الأوامر والتكليفات مع قيام هذه الموانع، وإنّما يتصوّر الخلاف بينهم إذا ارتفعت الموانع)².

رابعاً: المغمى عليه أحوال؛ فقد يغمى عليه قبل الفجر ويستيق بعده، وقد يكون بعده ويستمرّ كلّ النّهار، أو جلّه، و قد يستمر نصف النّهار، أو أقلّه ولم يسلم أوّلّه.. فالمشهور في هذه الأحوال القضاء، ولا يقضي إذا كان بعد الفجر واستمرّ أقل من نصف اليوم³.

المطلب الرّابع: الفرق بين المحتملة، وبين وطء النّائمة والمكرهة في بطلان الاعتكاف.

يمنع على المعتكف مباشرة النّساء؛ فمن جامع أو باشر أو قبّل أو تلذّذ بشيء من ذلك فسد اعتكافه واعتكافها، فقد سئل مالك عن المعتكف يجمع ليلاً أو نهاراً هل يفسد اعتكافه؟ فقال: (نعم)⁴، ولا فرق عنده بين السّهو والعمد. وألحق الشّرخ أبو عمران وطء المكرهة بالنّاسية تخريجاً؛ لانعدام الفرق بين الإكراه والنّسيان عند مالك⁵، كما ألحق بها ابن يونس المعتكفة النّائمة؛ لانقضاء الفرق بين النّوم والنّسيان عنده، وفرّق بين المحتملة وبين وطء النّائمة وغيرها⁶، فإذا احتلمت المعتكفة لم يفسد اعتكافها. بخلاف وطئها نائمة أو مكرهة أو ناسية.

1- محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، أبو بكر ابن العربيّ القاضي، الحافظ المحقّق، صاحب النّصانيف؛ كالعواصم، وعارضة الأحوذى، وأحكام القرآن، والقيس، بلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدّين.. ولد بإشبيلية سنة: 468هـ، ولّى قضاءها، ومات بفاس سنة: 543هـ. ترجمته في شجرة النور، 252/1، الصّلة، ص 278، الوافي بالوفيات: 266/3، وغيرها.

2- المحصول لابن العربي: ابي بكر محمّد بن عبد الله، ت: حسين علي البديري، سعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط1 (1420هـ - 1999م)، ص26، وينظر المسألة قواطع الأدلّة: 117/1، البحر المحيط: 64/2، روضة الناظر: 156/1.

3- ينظر الدّخيرة: 499/2، مناهج النّحصيل: 91، 90/1، مواهب الجليل: 422/2، وغيرها.

4- المدوّنة: 291/1.

5- ينظر الجامع: 1199/1، شرح الخرشي: 170/2، الفواكه الدّواني: 322/1.

6- الجامع: 1199/1.

فما الفرق بين الاحتلام، وبين الوطء مع النسيان والإكراه والنوم في بطلان الاعتكاف، رغم أنّ احتلامها ووطئها نائمة أو مكرهة أو ناسية أحداث خارجة عن إرادتها؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين احتلام المعتكفة، وبين وطئها نائمة أو مكرهة أو ناسية: (والفرق بين ذلك أنّ الاحتلام أمر لا صنع لآدمي فيه، ولا يمكن الاحتراز منه، والنسيان والإكراه ووطء النائمة فعل آدمي يمكن الاحتراز منه؛ ولأنّ القضاء يجب على الناسي وشبهه، ولا يجب على المحتلم؛ فافترقا)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في فساد الاعتكاف بالجماع قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُمْ وَأَنْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْمَسْجِدِ﴾²، ولا فرق في ذلك بين سهو الجماع وبين عمدته؛ لعموم الآية، ولما لم يفرّق مالك بين النسيان والنوم والإكراه؛ فلا فرق بين وطء المعتكفة النّاسية، وبين وطء المعتكفة المكرهة والنائمة في فساد الاعتكاف. بخلاف الاحتلام قد فرّق مالك بينه وبين النسيان وشبهه، فافتضى ذلك صحّة اعتكاف المحتملة، وبيان ذلك أنّ مالكا لم يفرّق بين وطء الصائمة النّاسية، وبين وطء الصائمة المكرهة والصائمة النائمة، بدليل إيجاب القضاء³ في كل هذه الأحوال، فدلّ ذلك على أن لا فرق عنده بين النسيان وبين الإكراه والنوم في فساد الصيام ووجوب القضاء. بخلاف الاحتلام فليس من مفسدات الصيام عنده⁴، والمعنى في ذلك هو أنّ وطء المكرهة والنائمة - وإن كان أمر خارج عن إرادتها - إلّا أنّه صنع آدمي يمكن الاحتراز منه، والحيلولة دون وقوعه؛ ولذلك أقيمت إمكانية الاحتراز والحيلولة مقام الإرادة، فناسب ذلك وجوب القضاء، وفساد الاعتكاف. أمّا النسيان - وإن كان أمر سماوي - إلّا أنّ وروده على المعتكف والصائم بعيد الوقوع؛ لقبح الجماع أثناء الصيام والاعتكاف، وإذا حصل ذلك دلّ على الانشغال الكبير عن العبادة، والانصراف الشديد عنها، ولما كان سبب النسيان - هو

1- المرجع نفسه.

2 - سورة البقرة الآية رقم: 186.

3- ينظر المدونة: 277/2، 278.

4- وهو قول مالك في المجموعة، ينظر النوادر والزيادات: 52/2.

الانشغال الكبير والانصراف الشديد عن العبادة - من صنع الآدمي ناسب وجوب القضاء على الناسي، إقامة للسبب لمقام المسبب.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من صور التخريج الفقهي إلحاق مسألة ليس فيها نصّ عن الإمام بأخرى منصوصة؛ لانتفاء الفرق بين المسألتين، ووطء المعتكفة المكروهة والتائمة مسألتان مخرجتان على قول مالك في وطء المعتكفة الناسية؛ وبيان ذلك أنّ مالكا لم يفرّق بين وطء الصائمة التائمة ووطء الصائمة المكروهة، وبين وطء الصائمة الناسية، فأوجب القضاء في الجميع، وهذا يعني أنّ الإكراه والنوم والنسيان سواء عنده في فساد الصيام. ولما كان سهو الجماع عنده وعمده في بطلان الاعتكاف كسهو الجماع وعمده في بطلان الصيام، دلّ ذلك على أنّ وطء المعتكفة التائمة كوطء الصائمة التائمة؛ ولمكان الفرق بين الاحتلام والنوم لم تلحق المعتكفة المحتملة بوطء المعتكفة التائمة؛ فلم يبطل اعتكافها.

ثانياً: جريا على هذا الفرق يمكن القول إنّ مبطلات الصيام ينظر إليها: فإذا كانت من صنع الآدمي؛ كالوطء، فإنّها مبطلّة للاعتكاف، وإذا لم تكن من صنعه؛ كالحيض، والإغماء والجنون، فإنّها ليست مبطلّة له، ولما كان الصوم شرط في صحّة الاعتكاف فإنّه لا يصحّ أيام الحيض ووقت الإغماء، فإذا طهرت الحائض واستفاق المجنون والمغمى عليه بادروا إلى معتكفهم وبنوا، فإذا تراخوا بطل الاعتكاف واستأنفوه، وكذلك المريض إذا عجز عن الصوم فإنّه يقطع ويخرج من معتكفه، فإذا صحّ بادر إليه، وبنى على ما مضى¹.

المطلب الخامس: الفرق بين من نوى صيام أيام، وبين من نوى اعتكاف أيام في اللزوم.

قد ينوى المرء التقرّب إلى الله عزّ وجلّ بضروب من العبادات ممّا لم يوجبه الشرع عليه؛ كالصيام، والاعتكاف، والجوار²، وغيرها ممّا يتقرّب به إلى الله، ولا فرق بين هذه العبادات وبين

¹ - ينظر المدوّنة: 292، 291/1، النوادر والزيادات: 96/2.

² - قال مالك في المدوّنة: (والاعتكاف والجوار سواء إلّا من نذر جوار مكّة)؛ ولذلك قال شارح حدود بن عرفة: (يمكن رسمه - أي الجوار - في غير مسجد مكّة برسم الاعتكاف، وفي مسجد مكة بلزوم مسجد مكّة لقربة قاصرة)، أمّا الاعتكاف: فقد حدّه ابن عرفة بقوله: (لزوم مسجد مباح لقربة قاصرة بصوم معزوم على دوامه يوماً وليلة سوى وقت خروجه، كجمعة). المدوّنة 295/1، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة) للزّصاع: أبي عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، 90/1 - 95.

غيرها في لزومها إذا تَلَفَّظَ بها؛ فإذا نوى اعتكاف أيّام أو صيام أيّام، وتَلَفَّظَ بمنويّه لزمه ما نوى من الأيّام¹. بخلاف ما إذا شرع فيها من غير أن يتَلَفَّظَ بها، فقد جاء عن مالك أنّه قال فيمن نوى اعتكاف أيّام وشرع فيها أنّه (إذا دخل معتكفه ونوى أيّاما لزمه ما نوى)². أمّا من نوى صيام أيّام، وشرع فيها فقد نصّ الصقّليّان على أنّه لا يلزمهم بالدخول إلّا اليوم الأوّل³، وبذلك فرقا بين الصّيام والاعتكاف.

فما الفرق - عند الصقّليين - بين من نوى صيام أيّام، وبين من نوى اعتكاف أيّام في اللّزوم بعد الشّروع رغم أنّهما عبادتان تلزمان بالتلّفظ ؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الصّوم والاعتكاف في اللّزوم بعد الشّروع: (وإنّما كان يلزمه ما نواه من الاعتكاف بالدخول. بخلاف من نوى صوما متتابعا فلا يلزمه بالدخول فيه إلّا اليوم الأوّل منه؛ لأنّ الاعتكاف ليّله ونهاره سواء، فهو كالיום الواحد من الصّوم، وصوم الأيّام المتتابعة يتخلّلها اللّيل، فصار فاصلا بين ذلك، وإنّما يشبه الصّوم جوار مكّة الذي ينقلب فيه إلى اللّيل إلى منزله، فيكون اللّيل فاصلا بين اليومين، فلا يلزمه بالدخول إلّا اليوم الأوّل منه)⁴.

الفرع الثّاني: تحليل الفرق.

لم يرد عن مالك في مسألة من نوى صيام أيّام وشرع فيها شيء، وهذه المسألة تشبه من حيث الظّاهر مسألة من نوى الاعتكاف أيّاما وشرع فيها، فلمّا ألزم مالك المعتكف بباقي الأيّام اقتضى ذلك أن يُلزم الصّائم بما تبقى تخريجا؛ إذ إنّ المعتكف والصّائم كليهما نويا التّقرب إلى الله بعبادة لم يوجبها الشّرع وشرعا فيها، غير أنّ ثمة بين المسألتين مدركا أو معنى يقتضي اختلافهما في الحكم، وبيانه أنّ أيّام الاعتكاف غير مستقلّة عن بعضها البعض، بدليل أنّه لا يتخلّلها ما ينافي الاعتكاف؛

¹ - وهو النذر الذي لا خلاف في لزومه وهو (إيجاب المرء على نفسه لله تعالى أمرا)، شرح حدود ابن عرفة: 138/1.

² - المدوّنة: 98/2.

³ - الجامع: 1214/3. النكت والفروق لمسائل المدوّنة والمختلطة لعبد الحقّ الصقّلي: أبي محمّد، اعتنى به أبو الفضل الدّيميّاطي،

دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1 (1430هـ - 2009م)، 99/1.

⁴ - الجامع: 1214/1.

إذ إنّ مفسداته سواء بين ليله ونهاره، وبالتالي فهو كالعبادة الواحدة، آخره مبني على أوله؛ كصوم اليوم الواحد، وهذا يقتضي أنّه إذا شرع فيه أتمّه؛ لأنّه لا يمكن تجزئته. بخلاف أيّام الصيام؛ فكلّ يوم منه عبادة مستقلة ومنفردة، يدخل وقتها بطلوع الفجر وينتهي بغروبه، بدليل أنّ أيّامه يتخلّلها ما ينافي الصيام، وأنّ فساد يوم منه لا يؤثّر فيما قبله ولا فيما بعده.

فالاعتكاف لا يتجزأ؛ ولذلك يلزم بالشروع فيه، أمّا الصيام فإنّه يتجزأ فلا يلزم بالشروع فيه إلّا اليوم الأول منه، ولما كان المجاور لمكة¹ بإمكانه أن ينصرف بالليل إلى أهله كان الليل فاصلاً بين أيّامه، فكان إلحاق الصوم به أولى بإلحاقه بالاعتكاف.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الفرق في هذه المسألة يتمثل في تجزؤ العبادة من عدمه، وجريا عليه فإنّ كلّ عبادة متجزئة - انبني آخرها على أولها صحّة وفسادا - لا يلزم فيها إلّا الجزء الذي شرع فيه. بخلاف غير المتجزئة؛ فإنّها تلزم بالشروع، وبناء عليه فإنّ كلّاً من الاعتكاف، وصيام اليوم الواحد، والحجّ والعمرة، والصلاة، تلزم بالشروع؛ لأنّها عبادات غير متجزئة. بخلاف صيام الأيام المتعدّدة، والتلاوة، والذكر، والرباط، وغيرها، فهي عبادات متجزئة، فلا تلزم بالشروع، وكذا جوار مكة أيّاما نهارا فإنّه يتجزأ؛ ولذلك لا يلزم بالشروع. بخلاف اليوم الأوّل الذي دخل فيه فيلزم بالشروع².

ثانياً: جريا على هذا الفرق فإنّ من أحرم بحجّ أو عمرة، ونوى مشيهما، وشرع في المشي فلا يلزمه إلّا أن يندره نذراً؛ لأنّ المشي في الحجّ والعمرة - وإن كان طاعة - فإنّه لا يلزم إلّا بالنذر، كما أنّ المشي يتبعّض فلا يلزم بالشروع، مثله من أحرم في صلاة ونوى قراءة سورة وشرع فيها فلا يلزمه إتمامها، أو أحرم في نافلة ونوى أن يصلّيها قائماً فله أن يجلس³.

¹ - المرجع السابق: 1215/1.

² - وعلى هذا تأوّل البرادعي، وابن يونس، وعبد الحقّ ما ورد في المدونة، وتأوّل الشيخ أبو عمران على عدم اللزوم باعتبار أنّ الصيام ليس من شرطه وليس فيه إلّا الذكر، وهو يتبعّض. ينظر التّهذيب، 385/1. الجامع: 1215/1، الثكت والفروق: 99/1، المختصر الفقهي: 115/2.

³ - الجامع: 1215/1.

ثالثاً: لم ينص مالك على مسألة الشروع في صيام أيام متتابعة، ولعل الصقليان أول من أثار المسألة، وخرجاها على قول مالك في مسألة المجاور لمكة نهارة¹.

المطلب السادس: الفرق بين الصوم، وبين الاعتكاف فيمن نذرهما في ثغر من الثغور في اللزوم.
الأصل ألا يُنذر صوم ولا اعتكاف إلا في موضع يُتقرب فيه إلى الله؛ كمكة، والمدينة، وبيت المقدس، فمن نذر شيئاً إلى هذه الأماكن وجب المشي إليها، وقد عدّ مالك الثغور أحد المواضع التي يتقرب إليها؛ فمن نذر أن يصوم في ثغر من الثغور، لزمه المشي إلى ذلك الموضع ليفي بنذره². والقياس يقتضي أنّ من نذر اعتكافاً بتلك المواضع أن يكون كالصوم، فيلزمه المشي إلى ذلك الموضع ليفي بنذره فيه، غير أنّ ابن يونس فرّق بين الصوم وبين الاعتكاف، فيكفيه العكوف في الموضع الذي هو فيه³.

فما الفرق بين من نذر صوماً في ثغر من الثغور في لزوم المشي إليه، وبين من نذر فيه اعتكافاً فلا يلزمه المشي؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الصوم والاعتكاف في لزومهما بالنسبة لمن نذرهما في ثغر من الثغور: (ولو نذر اعتكافاً بساحل من السواحل⁴، فليعتكف بموضعه. بخلاف الصوم؛ لأنّ الصوم لا يمنعه من الحرس والجهاد، والاعتكاف يمنعه ذلك إلا بقطع ما هو فيه من الاعتكاف، فاعتكافه بموضعه الذي هو أفضل)⁵.

¹ - أو على خلاف قوله في مسألة من نوى اعتكاف أياماً وشرع فيها. وغاية ما ثبت عنه في الموضوع أنّه قال: ما كان من صيام الشهور فهو متتابع، وما كان من صيام الأيام التي في القرآن فهو غير متتابع، وإلا فأحبّ إليّ أن يتابع بين ذلك، فإن ما لم يفعل أجره. المدونة: 280/1.
² - وقد سئل مالك عن الرجل نذر اعتكافاً في مسجد الفسطاط شهراً، فاعتكف بمكة، أجزئه ذلك؟ قال: (نعم، ولا يخرج إلى مسجد الفسطاط ولا يأتيه، وليعتكف في موضعه، ولا يجب على أحد أن يخرج إلا إلى مكة والمدينة وإليها). وقال ابن رشد: (من نذر أن يصوم في موضع يُتقرب إلى الله بالصيام فيه، لزمه الخروج إليه، ومن نذر أن يصوم في موضع لا قرينة لله في الصيام فيه صام بموضعه). ينظر المدونة: 197/1، البيان والتحصيل: 305/2.

³ - الجامع: 285/2.

⁴ - المراد بالساحل: الثغر من الثغور، وسمّي بذلك ساحلاً؛ لأنّ الغالب أن يكون الثغر على شاطئ البحر، وملازمة الثغور لحراسة من بها من المسلمين، وهو ما يعرف بالزياط. ينظر شرح الخرشبي: 273/2.

⁵ - الجامع: 1216/3.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

نصّ مالك على لزوم المشي إلى الثَّغَر لمن نذر فيه صوماً من أجل الوفاء بنذره فيه، اعتباراً بالمساجد الثلاثة التي تشدّ الرِّحال إليها، بجامع أنّها مواضع يتقرَّب فيها إلى الله، أمّا الاعتكاف فلم يثبت فيه عن مالك نصّ.

ولمّا كان الاعتكاف، والصَّوم المنذور يشتركان في كثير من الأحكام؛ كاللَّزوم بعد الشَّروع، ولزوم المشي فيها إلى المواضع الثلاثة، وعدم لزومها إذا نُذرت في غير المساجد الثلاثة اقتضى هذا الاشتراك أنّ من نذر اعتكافاً بثَّغَر من الثَّغور أن يلزمه المشي إليه اعتباراً بالصَّوم؛ لعدم الفرق، غير أنّه لما كانت طبيعة الاعتكاف تحول دون الوفاء بالنَّذر عند الخوف - الذي يقتضي الحراسة والجهاد باعتبار أنّ طبيعة الاعتكاف هي ملازمة لمكان معيّن، وأنّ مغادرته مبطلّة له - اقتضى ذلك مغايرة الصَّوم في الحكم، باعتبار أنّ الحراسة والجهاد لا تحول دون الوفاء بالصَّوم، وبناء على ذلك فإنّ من نذر اعتكافاً في ثَّغَر من الثَّغور، اعتكف في موضعه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: ثمة فرق بين نذر شيء بمكان يتعدّر الوفاء به فيه عادة، فلا يلزم المشي إليه، وبين نذره بمكان لا يتعدّر الوفاء به فيه، فيلزم المشي إلى ذلك المكان، وبناء على هذا الفرق فإنّ من نذر صلاة في ثَّغَر من الثَّغور لزمه المشي إليها¹ تخريجاً على قول مالك في الصَّوم.

ثانياً: لم يؤثر عن مالك أو عن أحد من تلامذته قول في مسألة من نذر اعتكافاً بثَّغَر من الثَّغور، وكلّ المراجع التي ذكرتها نسبتها لابن يونس، وبالتالي فإنّ هذه المسألة إحدى المسائل التي اجتهد فيها ابن يونس تخريجاً على خلاف قول مالك؛ لمكان الفرق.

ثالثاً: كل من الصَّيام المنذور والاعتكاف، من بين الأمور التي تشترك في بعض الأحكام وتختلف في بعضها، وبالتالي يمكن إدراجها ضمن الفنّ الذي يعرف بالجمع والفرق.

¹ - ينظر المختصر الفقهي: 510/2.

المبحث الرابع: فروق في الزكاة.

يتضمّن هذا المبحث أحد عشر فرقا؛ فرقان في زكاة الدّين وما يُقتضى منه، وفرق فيما يضمّ من زكاة الفوائد، وفرقان في زكاة المديان، وفرق في اجتماع الأجناس، وفرقان في الماشية تباع أو تستهلك أو يبادل عنها، وفرق في فائدة الماشية، وفرق فيمن أوصى بماله، وفرق في تخلف السّاعي، في أحد عشر مبحث.

المطلب الأول: الفرق بين ضياع ما تمّ اقتضاؤه من الدّين، وبين ضياع المال إذ بلغا نصابا وحال عليهما الحول في سقوط الزكاة.

من شروط وجوب الزكاة في المال إذا كان عينا بلوغ النّصاب وحولان الحول؛ فإذا بلغ نصابا، وحال عليه الحول وجبت فيه الزكاة، وإذا ضاع قبل التّمكّن من إخراج الزكاة من غير تفريط، فإنّ الزكاة لا تجب فيه عند مالك، فقد سئل عمّن يملك مائة دينار وضاعت بعد الحول من غير تفريط فأجاب بأن (لا زكاة عليه فيها)¹.

وإذا كان المال الذي وجبت فيه الزكاة دينا فلا زكاة فيه حتى يقبضه، فيزكّيه لعام واحد، فإذا اقتضى من الدّين دون النّصاب وضاع منه فلا شيء عليه فيه، فإذا اقتضى بعد ذلك ما يتمّ به النّصاب، فإنّه يزكّي عن الأوّل الذي ضاع وعن الثّاني²، رغم أنّ ما اقتضاه أولا ضاع منه من غير تفريط. فما الفرق بين ضياع أصل المال، وبين ضياع ما اقتضاه من الدّين رغم أنّه مال ضاع قبل التّمكّن من تزكّيته من غير تفريط؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين ضياع ما اقتضاه من الدّين، وبين ضياع أصل المال في سقوط الزكاة عنه: (والفرق بين ضياع ما وجبت فيه الزكاة، وبين ضياع ما اقتضى أنّه لم يختلف أنّ لا زكاة فيما ضاع بعد حوله بغير تفريط؛ لأنّه ضاع قبل إمكان زكاته، فهو كضياعه قبل حوله،

¹ - المدوّنة: 305/1.

² - وهذا عند ابن القاسم وأشهب، وهو المشهور. ينظر النّوادر والزيادات: 150/2، مناهج التّحصيل: 240/2، المقدمات الممهّدات:

305/1.

واختلف في زكاة الدين قبل قبضه، فإذا اقتضى منه شيئاً كان أقوى؛ فلذلك أضفنا إليه ما يقتضى وإن ضاع بأمر الله تعالى، ولم يضاف إلى الآخر ما بقي منه¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل ألا تجب زكاة في مال حتى يجتمع فيه ملك وحول ونصاب، ومن تمام الملك إمكانية التوصل إليه وأدائها، فإذا ضاع المال قبل الحول فلا زكاة فيه؛ لعدم الحول، وكذلك إذا لم يتمكن من إخراجها؛ كأن يضيع بعد الحول من غير تفريط، تنزيلاً لضياعه قبل التمكن من أدائها منزلة ضياعه قبل الحول، فإذا وجد شيئاً مما ضاع فلا تجب فيه الزكاة حتى يبلغ النصاب؛ لعدم وجوب أصله قبل الضياع.

أما الدين الذي بلغ نصاباً وحال عليه الحول فقد اجتمع فيه ملك وحول ونصاب، غير أنه لم يتمكن من أداء زكاته؛ ولذلك اختلفوا في وجوب زكاته قبل قبضه: فمن نظر إلى اجتماع الملك والحول والنصاب قال بوجوبها فيه، ومن نظر إلى أن الملك غير تام؛ لعدم إمكانية الأداء لم يجب فيه الزكاة حتى يقبضه، فإذا قبض شيئاً من الدين، وكان دون النصاب وجبت فيه الزكاة، ولكن لا يؤمر بالتعجيل خشية ألا يقبض الباقي، أو ما يتم به النصاب، فإذا قبض ما يتم به النصاب وجبت الزكاة فيما اقتضاه أولاً وثانياً، سواء كان ما اقتضاه أولاً قائماً أم تالفاً؛ لأنه تقوى بالقبض، ووجبت بتمام النصاب.

الفرع الثاني: فوائد.

أولاً: الأصل ألا زكاة في الدين حتى يقبضه، فإذا قبضه زكاه لعام واحد لما مضى من السنين، فإذا قبض جزءاً، ثم قبض بعد ذلك ما يتم به النصاب، وجبت الزكاة في السابق واللاحق، وحول الجميع من يوم قبض الجزء الثاني².

ثانياً: إذا تلف ما اقتضاه أولاً بأمر من الله فالمشهور³ أن فيه الزكاة، ولا فرق بين أن يكون ما اقتضاه أولاً نصاباً أو دونه، وينتظر إذا كان دون النصاب حتى يقبض ما يتم به النصاب فيزكي

¹ - الجامع: 63/4.

² - وهو مذهب مالك وابن القاسم، وذهب أشهب إلى أنه يزكيه قبل قبضه. ينظر المدونة: 315/1، النوادر والزيادات: 149/2.

³ - وهو قول أشهب وسحنون وابن القاسم، ومقابله لابن المواز. ينظر النوادر والزيادات: 150/2، مناهج التحصيل: 241، 240/2.

الجميع، وإذا تلف بسببه - كأن ينفقه - فإنه تجب فيه الزكاة بلا خلاف إذا كان ما اقتضاه نصاباً؛ لأنه متهم بإسقاط الزكاة، أما إذا كان دون النصاب فقولان للمتأخرين تخريجا لهما على اختلاف المتقدمين في مسألة ما إذا ضاع¹.

المطلب الثاني: الفرق بين من اقتضى دينارين واشترى بهما سلعة، وبين من كانت عنده عشرة دنانير فاشترى بالخمسة سلعة وأنفق الأخرى قبل بيع السلعة في كيفية الزكاة.

جاء في المدونة أنّ من كانت عنده عشرة دنانير، وبعد الحول اشترى بالخمسة منها سلعة، ثمّ باعها بخمسة عشر، وكان قد أنفق الخمسة الباقية قبل بيع السلعة أنّه يزكي الخمسة عشر دينارا هذه، وهو مذهب ابن القاسم²، بناء على أنّ الرّيح ملكه يوم شراء السلعة. بخلاف أشهب الذي لم يوجب الزكاة في الخمسة عشر دينار، بناء على أنّ الرّيح ملكه يوم بيع السلعة، وليس عند شرائها³. وجريا على هذا فمن اقتضى من دين له حال عليه حول دينارا واشترى سلعة، ثمّ اقتضى دينارا آخر، وأشترى به سلعة، ثمّ باع السلعة الثانية قبل الأولى بتسعة عشر دينارا، فعلى مذهب ابن القاسم أنّه يتوقّف عن زكاة هذه التسعة عشر حتى يبيع السلعة الأولى، فإنّ باعها بتسعة عشر فأكثر زكاها مع دينار من ربح الثانية، وبقية ربح الثانية يستقبل به حولا من يوم ربحه.

أمّا على مذهب أشهب فإنه يزكي هذه التسعة عشر - ربح الدينار الثاني - مع الدينار الأول الذي اقتضاه ولا ينتظر.

غير أنّ ابن يونس لم يرتض هذا التّخريج لمكان الفرق بين المسألتين؛ مسألة المدونة - وهي مسألة من كانت عنده عشرة دنانير، وبعد الحول اشترى بالخمسة منها سلعة - وهذه المسألة؛ مسألة من اقتضى دينارين من دين حال عليه الحول⁴، فما هو الفرق بينهما؟.

¹ - ينظر مناهج التّحصيل: 240/2.

² - المدونة 303/1.

³ - ينظر النوادر والزيادات: 153.152/2. التّبصرة: 876.875/2، 792.791، مناهج التّحصيل: 190/2.

⁴ - ذكر ابن يونس خلاف المتأخرين من أهل القيروان في هذه المسألة، ومذهب ابن يونس في المسألة أنّه لا يتوقّف؛ وإنّما يزكي ربح الدينار الثاني مع الدينار الأول، ولكن ليس تخريجا على قول أشهب، وإنّما قياسا على من اقتضى من دينه دينارا، ثمّ اقتضى بعد ذلك تسعة عشر دينارا فأكثر. ينظر الجامع: 64/4.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين من اقتضى دينارين واشترى بهما سلعة، وبين من كانت عنده عشرة دنائير فاشترى بالخمسة سلعة وأنفق الأخرى قبل بيع السلعة: (ولا تشبه هذه مسألة المدونة؛ لأن هذه لو تلفت السلعة الأولى قبل بيعها لوجب زكاة ثمن السلعة الثانية والدينار الأول بإجماع، وكذلك لو باعها بأقل من تسعة عشر لزكى الجميع؛ ثمن السلعة الأولى والثانية، وكان الحول من يوم باع الثانية بإجماع، فلا يترك أمر لأمر يكون أو لا يكون، وفي مسألة المدونة لو تلفت السلعة قبل بيعها لم يزك الخمسة التي لم يشتر بها وإن كانت بيده، وكذلك لو باعها بأقل من خمسة عشر)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

إنّ ربح الدينار الثاني يقابل في مسألة المدونة الخمسة الدنانير التي لم يشتر بها سلعة، وسلعة الدينار الأول تقابل في مسألة المدونة سلعة الخمسة دنائير، فإذا تلفت سلعة الخمسة الدنانير، أو بيعت بأقل من خمسة عشر فلا تجب فيها الزكاة عند ابن القاسم وأشهب²، وهذا يقتضي ألا تجب الزكاة في ربح الدينار الثاني حالة ما إذا تلفت سلعة الدينار الأول أو بيعت بأقل من تسعة عشر، غير أنّ الزكاة تجب في الحالتين؛ سواء على مذهب أشهب أم على مذهب ابن القاسم، وبيان ذلك أنّ الزكاة في ربح الدينار الثاني تجب عند أشهب عند بيع سلعة الدينار الثاني، بناء على أنّ الرّبح ملكه يوم ربحه، وأنّ سلعة الدينار الأول كثرنها قبل البيع، هذا عند أشهب.

أمّا عند ابن القاسم - فجريا على أصله القاضي بأنّ الرّبح ملكه يوم الشراء - فإنّه يعلّق الزكاة عن ربح الدينار الثاني خوفا من أن تباع السلعة الأولى بأكثر من تسعة عشر، فتجب الزكاة في ربح الدينار الأول مع دينار من ربح السلعة الثانية؛ لأنّ ربح الدينار الثاني ربح دينار مزكى فيستقبل به حولا، فإذا تلفت سلعة الدينار الأول أوبيعت بأقل من تسعة عشر دينار وجبت الزكاة في ربح الدينار الثاني³، وكان الحول من يوم بلوغ النّصاب، وهو يوم باع سلعة الدينار الثاني.

1 - المرجع السابق: 65/2.

2 - أمّا أشهب فجريا على أصله فإنّ السلعة قبل بيعها كثرنها، بخلاف ابن القاسم، وإن كان الرّبح ملكه يوم شراء السلعة إلاّ أنّه يعذر بالتلف والضّياح، وقد سبقت الإشارة إلى مسألة الضّياح في المطلب الأول من هذا المبحث.

3 - تجب الزكاة في ربح الدينار الأول فقط إذا تلفت، وفي الجميع إذا بيعت بأقل من تسعة عشر.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: لو بيعت سلعة الدينار الثاني بأقل من عشرين دينار - كما لو بيعت مثلاً بعشرة دنانير - فإنّ الزكاة لا تجب فيها إذا تلفت سلعة الدينار الأول، أو بيعت بأقل من عشرة، ولا فرق حينئذ بين مسألة المدونة وبين هذه المسألة، وهذا يشعر بضعف الفرق الذي أبداه ابن يونس وتكلفه في إيراد له، وجرياً على هذا يمكن القول إنّ:

1- تخريج مسألة الدينارين على مسألة المدونة تخريج صحيح لانعدام الفرق، وأنّ مدرك وجوب الزكاة في التسعة عشرة دينار - التي هي ربح الدينار الثاني - حالة ما إذا تلفت سلعة الدينار الأول، أو بيعت بأقل من تسعة عشر هو بلوغها للتصاب، ولا صلة لها بالتخريج.

2- السبب في تكلف ابن يونس في إيراد لهذا الفرق - رغم ضعفه - هو محاولة الجمع بين ما رآه راجحاً، وبين المحافظة على أصل ابن القاسم القاضي بأنّ الربح ملكه يوم شراء السلعة، وبيان ذلك أنّه رجّح في بداية الأمر القول القاضي بتعليق زكاة ربح الدينار الثاني المنبني على أصل ابن القاسم، ولمّا شعر بضعف هذا القول لمخالفته للقياس¹، رجّع واختار القول القاضي بوجوب زكاة ربح الدينار الثاني المنبني على أصل أشهب، اضطرّ إلى إيراد الفرق بين المسألتين.

ثالثاً: الأصل أنّ حول الأرباح حول أصلها قياساً على الأنسال، وهو المشهور²، ولا فرق بين أن يكون الأصل عيناً في يده، أو ديناً اقتضاه، ولا فرق بين أن يكون نصاباً أو دونه، ويستثنى من ذلك ربح الفائدة أو الربح الذي دخل الذمّة ولم يدخل اليد؛ كالميراث، وصدّاق المرأة، والوصية، وغيره فهو كالفائدة، ومن المعلوم أنّه يستقبل بربح الفائدة حولاً³.

رابعاً: إذا كان الأصل في الربح أن يكون تابعا لأصله، فهل يضاف الربح إلى يوم الملك، أم إلى يوم تحريك المال بالشراء، أم إلى يوم الربح؟ في المسألة ثلاثة مذاهب؛ فقد قدر ابن القاسم الربح يوم الشراء، وقدره أشهب يوم الربح، وذهب المغيرة إلى تقديره يوم الملك⁴.

¹ - قياساً على من اقتضى من دينه ديناراً، ثم اقتضى بعد ذلك تسعة عشر ديناراً فأكثر. ينظر الجامع: 64/4.

³ - البيان والتحصيل: 356/2.

² - ينظر شرح الخرشي: 842/2.

⁴ - ينظر المسألة النوادر والزيادات: 164/2، التبصرة: 885/2، الذخيرة: 33/3، مناهج التحصيل: 190/2، 192.

خامسا: وقد ترتب على هذا الاختلاف اختلافهم في كثير من المسائل المتعلقة بوقت وجوب الزكاة، وتخريج كثير من المسائل؛ فعل سبيل المثال فإن ما جاء في مسألة المدونة فيمن أفاد عشرة دنانير، وأنفق منها خمسا واتجر بالخمسة الأخرى كان تخريجا على هذا الخلاف، فبناء على هذا الاختلاف فإن الزكاة لا تجب مطلقا عند أشهب؛ سواء تقدم الإنفاق على الشراء أو تأخر، وتجب مطلقا عند المغيرة، وتجب عند ابن القاسم إذا تقدم الشراء على الإنفاق¹.

المطلب الثالث: الفرق بين العرض الذي يجعل في الدين، وبين قيمته في اشتراط الحول.

من كان عليه دين وله عين وعرض حال عليهما الحول، فإنه يجعل عرضه في دينه ويزكي عينه إذا كان في العرض وفاء لديه، وإن كان العرض لا يفي بالدين واتجر فيه قبل الحول، فإنه ينظر إلى قيمته يوم الحول؛ فإن كان فيه وفاء جعله في الدين وزكى العين عند ابن القاسم². أما من أفاد عرضا قبل الحول وله عين فإنه لا يجعله في دينه ولو كان فيه وفاء³ فلا تجب الزكاة في العين. فما الفرق بين العرض المستفاد قبل الحول، وبين قيمة العرض الذي اتجر فيه أثناء الحول حيث جعل الأوّل في الدين دون الثاني، رغم أنّهما لم يجتمعا فيهما ملك وحول؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس ردّا على من زعم أنّ المسألتين متماثلتين ملزما بذلك ابن القاسم بالتناقض⁴: (لا يلزم ابن القاسم بهذا تناقض؛ لأنّ زيادة قيمة العرض كالريح فيه، وحول ربح المال حول أصله، فكأنّه لم يزل مالكا لهذا الرّيح من أوّل الحول، فهو بخلاف عرض أفاده اليوم)⁵.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

اختلفوا في العرض الذي يجعل في الدين؛ هل من شرطه أن يحول عليه الحول إذا كان مستفادا أم لا؟ ومذهب ابن القاسم اشتراط ذلك بناء على قول مالك في الذي عليه عين دين ثمّ وهبه

¹ - ينظر الذخيرة: 33/3.

² - وهو المشهور. ينظر المدونة: 325/1، التوادر والزيادات: 153/2، المعونة: 368/1. مناهج التحصيل: 233/2.

³ - التوادر والزيادات: 162/2.

⁴ - الجامع: 77/4.

⁵ - وبيان هذا التناقض في الفائدة الخامسة.

بعد ذلك، وليس له به وفاء بأن لا زكاة عليه حتى يحول عليها الحول من يوم وُهبه، فقد صار الدين في حقّ المدين كالفائدة¹، وبناء على هذا الأصل فإنّه من كانت له عين نصاباً وعليه مثلها دين، ثمّ أفاد عرضاً فإنّه يستقبل بالعرض المستفاد حولاً، ولا يجعله في دينه، ولا زكاة على عينه اعتباراً بزكاة الفوائد.

أمّا العرض الذي اتّجر فيه فقد جعل ربحه كريح عروض التجارة؛ إذ إنّ زكاة عروض التجارة تجب عند الحول في ربحها إذا بيعت، أو في قيمتها إذا لم تبع، ولا فرق بين ربح العرض وبين قيمته في ذلك بناء على أصله القاضي بأنّه ملك الرّيح يوم ملك أصله، وبناء عليه فإنّه ينظر إلى قيمة العرض يوم الحول؛ فإن كان فيه وفاء جعله في الدين وزكّى عينه، وإلاّ فلا.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الدين مسقط لزكاة العين دون غيرها؛ كزكاة الماشية والحراث، والفرق بينه وبين غيره أنّ الواجب في الماشية والحراث يخرج من عين المال الذي وجبت فيه الزكاة بخلاف العين².

ثانياً: الدين مقدّم على الزكاة مطلقاً في التركة؛ كالدين لأجنبي بسبب القرض أو البيع، ونفقة الزوجة وغيره، أمّا غيره من الحقوق كالميراث والوصية والهبة، فالزكاة مقدّمة.

ثالثاً: إذ اجتمع دين وعين، ومال غير العين؛ كالعرض والماشية، فإنّ الزكاة تخرج من العين، وما سواه من عرض وماشية، وكلّ ما يباع عليه عند الإفلاس يجعل في الدين.

رابعاً: اختلفوا في الدين يوهب للمدين وعنده عين تجب فيها الزكاة، فهل يستقبل بالدين حولاً، ولا يخرج الزكاة من العين التي عنده، أم يخرجها يوم وهب؟ خلاف؛ حيث ذهب ابن القاسم إلى أنّه يستقبل بالدين حولاً. بخلاف أشهب؛ فإنّه يوجبها في العين ولا يستقبل في الدين حولاً، وهو القول الذي عليه أصحاب مالك³، وصوّبه ابن رشد⁴ وغيره، والقولان في المدونة⁵.

¹ - ينظر المسألة المدونة: 332/1، البيان والتحصيل: 374، 375/3.

² - وهو المشهور. ينظر البيان والتحصيل: 429/2، مناهج التحصيل: 233/2.

³ - ينظر التوادر والزيادات: 153/2، التبصرة: 913/2، مناهج التحصيل: 233/2.

⁴ - البيان والتحصيل: 336/2.

⁵ - المدونة: 322/1.

خامسا: بعد أن ذكر ابن أبي زيد قول ابن القاسم في مسألة من اتّجر بالعرض، وأنّه يجعل قيمة العرض في الدين ويزكّي العين، قال: (هذه جيّدة تردّ ما قال في غيرها)¹، مشيرا إلى قوله في مسألة من أفاد عرضا أنّه يستقبل حولا ولا يخرج زكاة ما عنده من العين، ملمّحا بذلك إلى أنّ ابن القاسم وقع في التناقض على اعتبار أنّ المسألتين متشابهتان؛ ولذلك انبرى ابن يونس لدفع هذا التناقض المزعوم من خلال الفرق، وبيان أنّ المسألتين مختلفتان، وليس الأمر من باب اختلاف القول.

المطلب الرابع: الفرق بين المديان يملك ماشية وعينا، وبين أن يملك مائتا دينار، حول كلّ مائة على حده، في جعل الدين في العين.

كلّ من كان له مال وعليه دين أن يجعل ماله في دينه ويزكّي ما تبقى إن كان نصابا، وجريا على هذا الأصل فإنّ من ملك مائتا دينار حول كلّ مائة على حده، وعليه مائة دينار دين أنّه إذا حلّ حول الأولى جعل الثانية في دينه، وزكّي المائة الأولى، وتسقط الزكاة عن المائة الثانية؛ لأنّ الدين ذهب بها².

وجريا على الأصل - أيضا - فإنّ من ملك أربعين شاة وعليه مثلها وله عشرون دينار، فإذا حلّ حول الجميع وأخذ الساعي شاة عن الأربعين أنّه يجعل العين في الدين ولا يزكّيها، غير أنّ ابن القاسم قال: (ينظر - بعد أن يأخذ الساعي الشاة - فإن كانت قيمة التسعة والثلاثين الشاة الباقية مثل قيمة ما عليه فأكثر فليزكّي العشرين دينارا، وإلا فلا يزكّي)³.

فما الفرق بين من ملك مائتي دينار وعليه مائة دينا، وبين من ملك عينا وماشية وعليه من الدين مثل قيمة الماشية في جعل الدين في العين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين المديان الذي يملك المائتي دينار، وبين الذي يملك أربعين شاة وعينا: (والفرق بين هذا، وبين الذي له أربعون شاة والعشرون دينارا أنّ زكاة الغنم لا يسقطها الدين، فلم يحتج أن يجعل العشرين في دينه، فلمّا لم يجعلها في دينه زكّاها إذا له ماشية أو عرض أو شيء

¹ - التّوادر والزيادات: 226/2.

² - ينظر المرجع السابق: 159/2.

³ - المرجع نفسه: 161/2.

يجعله فيه، وفي مسألة المائتين إذا زكى الأولى وجعل الثانية في دينه، فكأنه قضاها، فلم تجب عليه زكاتها)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أن الدين لا يؤثر إلا في زكاة العين، وما سواها من ماشية وزرع فلا يسقطها، وبناء عليه فإن صاحب الأربعين شاة إذا حلّ حولها وجبت فيها شاة، بغض النظر عن الدين الذي عليه، والعين التي يملكها، فإذا حلّ حول الدين بعد ذلك - وبناء على الأصل القاضي بجعل ما يملك من ماشية وغيرها في دين، ويزكى عينه - فإنه ينظر إلى قيمة التسعة والثلاثين الباقية بعد الزكاة؛ فإن كان فيها وفاء لدينه زكى ما عنده من عين - وهي عشرون ديناراً - وإلا فلا زكاة عليه؛ لأنه حينئذ يضطر أن يجعل جزء من عينه في دينه، والباقي بعد ذلك دون النصاب، هذا بخصوص زكاة الماشية.

أما مسألة المائتين فبيانها أن من ملك مائتين من الدنانير وعليه مائة، فإنه في حقيقة الأمر إذا زكى المائة الأولى وجعل المائة الثانية في دينه، أضحت المائة الثانية وكأنها خرجت من يده، وصار كمن قضاها، فإذا حلّ حولها فلا يطالب بزكاتها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الفرق في هذه المسألة مبني على الأصل القاضي بالتفرقة بين العين وبين ما سواها من الأموال في تأثير الدين على زكاتها، والفرق بينهما أن زكاة العين موكول إلى أمانات أصحابها فإذا قبل قولهم في إخراجها، قبل في ادّعائهم الدين. بخلاف زكاة الحرث والماشية؛ فإن أمرها موكول إلى الإمام²، كما أن الواجب في زكاة الماشية والزرع يخرجها من عين المال بخلاف العين³.

ثانياً: جريا على هذا الفرق بين المسألتين فإن من رفع نصاباً من زرع، وعنده عين وعليه مثلها، فإنه إذا حلّ حول الدين قوم زرع وجعله في دينه إذا كان فيه وفاء⁴.

¹ - الجامع: 98/4.

² - ينظر المدونة: 368/1، الجامع 91/4.

³ - مناهج التحصيل: 233/2، البيان والتحصي: 429/2.

⁴ - الجامع: 98/4.

ثالثاً: جريا على أصل ابن القاسم في اشتراط الحول في العرض المستفاد الذي يجعل في الدين فإنه لا تجب الزكاة في المائة الأولى إلا بحلول حول المائة الثانية، فحينها يجعل الدين في إحدى المائتين وتزكى الأخرى، غير أن ابن القاسم لما أوجب زكاة المائة الأولى عند حولها، دل ذلك على تفرقة بين العرض المستفاد، وبين العين المستفاد في اشتراط الحول.

المطلب الخامس: الفرق بين نفقة الزوجة، وبين نفقة الأبوين والولد في إسقاط الزكاة.

من أسباب وجوب النفقة على الرجل النكاح والقرابة، فتجب على الزوج نفقة زوجته موسرة كانت أم معسرة، ويجب عليه - أيضا - من جهة القرابة نفقة الأبناء والآباء إذا كانوا فقراء لا يقدرين على الكسب، فإذا امتنع عن النفقة، أو عجز عنها، أو أنفق هؤلاء على أنفسهم، فهل يترتب ذلك دينا في الذمة يسقط الزكاة، أم لا؟.

لقد فرّق مالك وابن القاسم بين نفقة الزوجة، وبين نفقة الوالدين والأبناء؛ فأسقطا الزكاة بنفقة الزوجة مطلقا. بخلاف نفقة الوالدين والأبناء فلا تسقطها¹.

فما الفرق بين نفقة الزوجة، وبين نفقة الوالدين والأبناء في إسقاط الزكاة رغم أنّهما ممّا يجب على الرجل نحو غيره؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين نفقة الزوجة، وبين نفقة الأبوين والأولاد في إسقاط الزكاة: (والفرق عند ابن القاسم بين الزوجة، وبين الأبوين والولد أنّ نفقة الزوجة عوض عن البضع الذي يستمتع به، ونفقة الأبوين والولد من غير عوض، فما كان من عوض فيسقط؛ كالدين لأجنبي، وما كان من غير عوض فالزكاة أولى منه؛ كالوصايا، وأيضا: فلأنّ نفقة الزوجة إذ عجز عنها طلقت عليه إن شاءت ولم يعذر بالعسر، والوالدين والولد هم في عسره من فقراء المسلمين، فما أوجب حكما أكد ممّا لم يوجب حكما)².

¹ - بخلاف أشهب الذي جعل نفقة الولد كنفقة الزوجة، وذكر ابن المواز رواية أخرى عن ابن القاسم مفادها أنّ نفقة الوالدين والولد تؤثر في الزكاة إذا كانت بقضية، ولا تؤثر إن لم تكن كذلك، واختارها ابن المواز، وهي التي نصّ عليها خليل في المختصر. ينظر المدونة: 328/1، النوادر والزيادات: 156/2، مختصر خليل: ص 58.

² - الجامع: 102، 103/4.

ثانياً: تحليل الفرق.

الأصل أنّ الدين لأجنبيّ مسقط للزّكاة، بدليل تقدّمه عليها في الميراث، والمعنى في ذلك هو أنّ الدين لأجنبي دين ناشئ عن عوض، وهذا المعنى موجود في نفقة الزّوجة؛ إذ إنّها دين ناشئ عن منفعة الاستمتاع بالبضع، بدليل أنّ النّكاح عقد على منافع البضع. بخلاف نفقة الوالدين والأبناء، فهي حقّ ثابت ابتداء بسبب القرابة، غرضه المواساة، فوجب تقديم الزّكاة عليها اعتباراً بالوصية، بجامع أنّ كلّاً من الوصية ونفقة الأبوين والأولاد حقّ ناشئ من غير عوض، فلما تقدّمت الزّكاة عليها في الميراث لم يجر إسقاطها بها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الحقوق المتعلقة بالتركة يقدّم بعضها على بعض حسب درجة التأكيد، فتقدّم نفقة الزّوجة على الزّكاة؛ لأنّها أوكد منها، بدليل أنّها توجب حكماً عند الإعسار والعجز، وهو حقّ المطالبة بالطلاق، اعتباراً بدين الأجنبي الذي يوجب حكماً عند العجز والإعسار، وهو الإفلاس. بخلاف نفقة الأبوين والأبناء فلا توجب حكماً عند الإعسار فتتأخّر عن الزّكاة، وما تأخّر عنها لا يسقطها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: دليل إسقاط الزّكاة هو التّقدم في الميراث؛ فكلّ ما تقدّمها أسقطها، ولا شكّ أنّ ما تقدّمها آكد منها على ما تأخّر عنها.

ثانياً: ما كان من دين ناشئ عن عوض آكد من الزّكاة، والزّكاة آكد من كلّ حقّ ثبت ابتداء من غير عوض؛ كالعتق والوصايا، ومنها نفقة الوالدين والأبناء.

ثالثاً: ما أوجب حكماً عند العجز والإعسار آكد من الزّكاة ممّا لم يوجب حكماً عند العجز والإعسار.

رابعاً: الديون منها ما هو متعلّق بالذّمة؛ كدين الأجنبي، ومنها ما يتعلّق بالمال دون الذّمة؛ كنفقة الزّوجة، وما تعلّق منها بالذّمة يطالب به في العسر واليسر، وما تعلّق بالمال يطالب به في اليسر دون العسر¹، وما هو مطالب به في العسر واليسر آكد على ما هو مطالب به في اليسر دون العسر، وعليه فإنّ دين الأجنبي آكد من نفقة الزّوجة.

¹ - ينظر مناهج التحصيل: 351/4.

خامسا: على اعتبار أنّ العبرة في الإسقاط هي التّقدم، وأنّ العبرة في التّقدم هي التّأكيد فإنّ نفقة الأبناء والأبوين إذا كانت بقضية - أي حكم بها حاكم أو قاض - أسقطت الزّكاة؛ كنفقة الزّوجة فإنّه لمّا قضي بها تأكّدت، ولمّا تأكّدت تقدّمت، ولمّا تقدّمت أسقطت¹.

المطلب السادس: الفرق بين من كانت له أربعون بقرة وعشرون جاموسا، وبين من ملك مائة وعشرين ضئينة وأربعين معزة في جنس الفريضة المستحقّة.

الأصل أنّ الأجناس إذا تقاربت منافعتها، وتشابهت خلقتها أن يضمّ بعضها إلى بعض؛ فيضمّ الضّأن إلى المعز، والجواميس إلى البقر، والإبل البخت إلى العراب، وعند تساوي الجنسين فإنّ السّاعي مخير في نوع الفريضة، وعند الاختلاف يأخذ من الأكثر عددا، وبناء على ذلك فمن ملك أربعين بقرة وعشرين جاموسا، فإنّ السّاعي يأخذ تبيعا من الثلاثين بقرة، وما تبقى - وهو عشرة أبقار - يضمّه مع العشرين جاموسا فيأخذ منها تبيعا؛ لأنّها الأكثر عددا².

وبناء على ذلك أيضا: فمن كانت عنده مائة وعشرون ضئينة وأربعون معزة، فإنّه يأخذ ضائنتين؛ شاة عن المائة والعشرين، وما تبقى منها - وهو ثمانون - يضمّه إلى الأربعين معزة فيأخذ شاة من الضّأن؛ لأنّها الأكثر عددا³، بيد أنّ ابن القاسم قال: يأخذ شاة من كلّ صنف؛ شاة قبل الضّمّ وأخرى بعده⁴، فما الفرق بين المسألتين؛ مسألة الجواميس مع البقر، ومسألة الضّأن مع المعز؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين مسألة الأبقار؛ يؤخذ منها تبيع من البقر وآخر من الجواميس، وبين مسألة الضّأن؛ يؤخذ منها شاة من كلّ صنف: (والفرق بينهما أنّ الثّمانين الزّائدة عن الأربعين في الضّأن وقص لا شيء فيها، والعشرة الزّائدة عن الثلاثين في البقر ليست هي وقص؛ لأنّها أحالت الفريضة عن حالها)⁵.

¹ - وقع خلاف في نفقة الوالدين إذا حكم بها حاكم هل تسقط الزّكاة أم لا. ينظر تفصيل المسألة في التّوضيح: 229/2.

² - المدونة: 360/1.

³ - وهو قول سحنون. ينظر التّوادر والزيادات: 225/2.

⁴ - المدونة: 359/1، التّوادر والزيادات: 224/2، 225.

⁵ - الجامع: 231/2.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل عند ابن القاسم أنّ الوقص - وهو ما بين الفريضتين - لا يزكى¹؛ وبيان ذلك أنّه عند أخذه الشاة الأولى، يأخذها من خصوص النّصاب وليس من الكلّ، والباقي ينظر إليه؛ فإذا أوجب مع الصّنف الثاني حكماً أخذ من الأكثر، وإن لم يوجب حكماً كان الباقي وقصاً فيأخذ الشاة الثانية من الصّنف الثاني شريطة أن تكون نصاباً، وإلا كان الحكم للأكثر؛ وبناء على ذلك فإنّه - في مسألتنا - يأخذ الشاة الأولى من خصوص الأربيعين ولا يأخذها من الكلّ، والثمانون المتبقية بعد ذلك إذا ضمّها إلى الصّنف الثاني - وهو أربعون معزة - كان الجميع مائة وعشرين، وهو دون الفريضة، وبالتالي كانت الثمانون وقصاً، فيأخذ الثانية من الصّنف الثاني². بخلاف مسألة البقر فإنّ التّبيع الأول أخذ من خصوص الثلاثين بقرة، والعشر المتبقية بعد ضمّها مع العشرين جاموساً يصبح مجموعها ثلاثين، فلم تكن العشر المتبقية وقصاً؛ لأنّها أوجبت حكماً مع الصّنف الثاني، وهو وجوب التّبيع؛ ولذلك أخذ التّبيع الثاني منه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أنّ الأجناس إذا تقاربت منافعتها، وتشابهت خلقتها، أن يضم بعضها إلى بعض، فيضم الضأن إلى المعز، والجواميس إلى البقر، والإبل البخت إلى العراب، وعند تساوي الجنسين فإنّ الساعي مخير في نوع الفريضة، وعند الاختلاف تؤخذ من الأكثر عدداً.

ثانياً: الأصل أنّ الواجب إذا كان أكثر من شاة، فإنّ الشاة الأولى تؤخذ من خصوص النّصاب، ثم يُنظر إلى الفاضل بعد ذلك؛ فإذا أوجب مع الصّنف الثاني فريضة أخذت الثانية من الأكثر، وإن لم يوجب حكماً كان وقصاً، وأخذت الثانية من الصّنف الثاني شريطة أن يكون نصاباً، وإلا فمن الأكثر.

ثالثاً: الأصل أنّ الوقص لا يزكى عند ابن القاسم، وهو ما بين الفريضتين وهو المشهور³.

¹ - ينظر المدونة: 351 / 1 التهذيب: 51/1.

² - ولو كانت الضأن مائة وإحدى وعشرين لما كان الفاضل وقصاً؛ لأنّ الإحدى والثمانين الزائدة عن الأربيعين أوجبت حكماً مع الأربيعين معزة، ولوجبت الشاة الثانية من الضأن، ولأشبهت حينئذ مسألة البقر. ينظر الجامع: 231/2.

³ - ينظر شرح زروق على متن الرسالة: لأبي العباس شهاب الدين أبي العباس البرنسي، ت: أحمد فريد المزدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط(1427هـ - 2006م)، 511/1.

رابعاً: بملاحظة هذه القيود وهذه الأصول يندفع كل ما يرد على مذهب ابن القاسم من اضطرابات والزامات¹؛ فبملاحظة الفرق - وهو كون الفاضل أوجب من الصنف الثاني حكماً - يندفع اعتراض من جعل مسألة المائة والعشرين ضائنة والأربعين معزة، متناظرة مع مسألة الأبقار والجواميس.

وبملاحظة هذا الفرق يندفع - أيضاً - قول من زعم أن قول ابن القاسم في مسألة المائة والعشرين ضائنة مع الأربعين معزة مضطرب مع قوله في مسألة من ملك ثلاث مائة وستين ضائنة مع الأربعين معزة التي قال فيها بإخراج أربع شياه²؛ لأنّ الثلاث شياه تخرج عن الثلاثمائة، وتضمّ الستون ضائنة الباقية مع الأربعين فتخرج الرابعة من الأكثر، وهي الضأن.

وبناء على هذه المسألة - مسألة من ملك ثلاث مائة وستين ضائنة مع الأربعين معزة - ألزموا ابن القاسم أن يخرج في مسألة المائة والعشرين ضائنة والأربعين معزة شاتين؛ لأنّه إذا أخرج الشاة الأولى عن الأربعين تبقى ثمانون، فتخرج الثانية منها؛ لأنها أكثر من المعز، غير أن الإلزام مندفع؛ لأنّ السّتين المتبقية من الثلاثمائة إذا ضمّ إليها الأربعون معزة ليست بوقص؛ لأنها أوجبت فرضاً، فتؤخذ

¹ - قال عياض وهو يحاول أن يبيّن وجه الاضطراب بين قولي ابن القاسم: (واضطرب قوله في الكتاب إذا كان الجنس الأقل مؤثراً غير وقص، كما لو كانت الضأن مائة وعشرين والمعز أربعين، فقال فيها: يأخذ شاة من هذه وشاة من هذه، وهذا على قوله بأن وقص الضأن قد زكّي مع نصابه وانفرد نصاب المعز بالزكاة. وقال في مثلها بخلافه فيمن له ثلاثمائة وستون من الضأن وأربعون من المعز، تؤخذ الأربعة من الضأن، وهذا على مراعاة أنّ وقص الضأن غير مزكّي مع نصابه، فكان أكثر من المعز فغلبت الكثرة، ويجب على قوله في كلّ مسألة منهما أن يقول في الأخرى بصدّ قوله فيها، فهي قولتان له مبنيتان على الأصل المذكور)، وقال ابن رشد محاولاً ذلك أيضاً: (وأما الوجه الثاني: وهو أن تكون الشاتان أو الشياه إنّما تجب في الصنفين جميعاً بأن لا يكون أحدهما وقصاً مع صاحبه، ويبلغ كلّ صنف منهما ما تجب فيه الزكاة، فمثاله أن تكون الضأن مائة وعشرين والمعز أربعين، فاضطرب قول ابن القاسم فيه في المدونة؛ فقال في هذه المسألة إنّ في الضأن شاة وفي المعز أخرى، وقال فيمن له ثلاثمائة وستون من الضأن وأربعون من المعز إن الأربع شياه تؤخذ من الضأن هو خلاف جوابه في المسألة الأولى، واختلاف قوله في ذلك جار على الاختلاف في الأوقاص هل هي مزكاة أم لا، فجعل الأوقاص على جوابه في المسألة الأولى مزكاة فقال إنّ الشاة من الضأن أخذت عن جملة المائة والعشرين، فوجب أن تؤخذ الثانية من المعز، وجعلها في المسألة الثانية غير مزكاة فقال: إنّ الثلاث شياه إنّما أخذت عن الثلاثمائة من الضأن فيبقى منها ستون، وهي أكثر من المعز فأخذت الرابعة منها، وكان يلزمه على هذا الجواب أن يقول في المسألة الأولى إنّ الشاة إنّما أخذت عن أربعين من الضأن وبقي منها ثمانون لم يؤخذ عنها شيء، وهي أكثر من المعز، فتؤخذ الثانية منها؛ إذ هي أكثر). التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة للقاضي عياض: أبو الفضل بن موسى بن عمرو، ت: محمد الوثيق، عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، لبنان، دون ط، (1432هـ - 2011م): 410.409/2، المقدمات الممهّدة: 291/1، وينظر المنقلى للباقي: 133/2.

² - ينظر قول ابن القاسم المدونة: 359/1.

الرابعة من الضأن؛ لأنها الأكثر. بخلاف مسألة المائة والعشرين ضائنة مع الأربعين معزة فإن المتبقي بعد أخذ الشاة الأولى - وهو ثمانون ضائنة - إذا ضم إليها أربعون معزة كانت وقصا؛ لأنها لم توجب فرضا، فتؤخذ الشاة الثانية من المعز؛ لأنها نصاب، فلا اضطراب بين قولي ابن القاسم.

خامسا: وقد أزمه اللّخمي بأن يقول في مسألة من ملك اثنتين وثمانين ضائنة، وتسع وثلاثين معزة بوجوب شاة من كلّ صنف، بناء على مسألة الأبقار والجواميس¹، وبملاحظة الفرق يندفع هذا الإلزام؛ لأنّ الفاضل بعد أخذ الشاة الأولى من الضأن هو اثنتان وأربعون لا يوجب مع الصنف الثاني فريضة وهو دون النصاب، فتجب الشاة الثانية من الضأن؛ لأنه الأكثر.

المطلب السابع: الفرق بين الغنم والعرض يبتاعان، ثم يباعان في استقبال الحول.

من أفاد عرضا أو ابتاعه بنية القنية، ثم باعه بعد ذلك فإنه يستقبل بالثمن حولا من يوم قبضه إذا كان نصابا، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع قبل الحول أو بعده². بخلاف من أفاد غنما أو ابتاعه بنية القنية؛ فإذا باعها قبل الحول بنى على حول الماشية، أما إذا باعها بعد الحول وكان قد زكى رقابها فإن حول الثمن من يوم زكى رقابها، وإذا لم يكن قد زكى رقابها زكى الثمن عند قبضه³.

فما الفرق بين الغنم، وبين والعرض يبتاعان للقنية ثم يباعان، في استقبال الحول.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس معللا قول مالك في مسألة الغنم اتخذها ربها للقنية، ثم يبيعها بعد ذلك أنه لا يستقبل بالثمن حولا: (لأنّ القنية لا تقدر في الماشية، فلا تمنع المصدق من زكاتها؛ لأنّ الزكاة في أعيانها كالدنانير والدراهم، فخالفت غيرها مما يقتنى)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ من باع مقتنى بعين أن يستقبل بالعين حولا، ولما كان الساعي يأخذ الزكاة عن بلغت غنمه نصابا وحال عليها الحول دون أن يسأل أربابها عن نياتهم عندما ابتاعوها أو أفادوها؛

¹ - التبصرة: 1119/3.

² - لا خلاف في هذا بين مالك وأصحابه. ينظر المدونة: 309/1، التوارد والزيادات: 119/2، البيان والتحصيل: 409/2.

³ - المدونة: 362/1، التوارد والزيادات: 228/2، التهذيب: 460/1.

⁴ - الجامع: 238/9.

هل كانت بنية القنية، أم للتجارة دلّ ذلك على أنّ القنية لا تقدح في الغنم، بمعنى أنّها تجب فيها الزكاة بغض النظر إن كانت للقنية أم للتجارة، والمعنى في ذلك هو أنّ الزكاة في الماشية تجب في أعيانها وليس في قيمتها، فأشبهت في ذلك الدنانير التي لا تؤثر فيها القنية، وبذلك استثنيت الغنم من الأصل القاضي بأنّ من باع مقتنى أن يستقبل بالعين حولا.

أمّا العروض فإنّ الزكاة لما كانت تجب في قيمتها فإنّها باقية على الأصل القاضي بأنّ من باع مقتنى أن يستقبل بالعين حولا إذا كانت للقنية.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أنّ من باع مقتنى بعين، فإنّه يستقبل بالعين حولا، والمعنى في ذلك هو أنّ القنية تقدح فيها، ويستثنى من ذلك الغنم؛ فإنّ القنية لا تقدح فيه، وكذا كلّ ما لا يباح اتّخاذه؛ كآنية الذهب والفضة¹ فإنّها لا تقدح فيه.

ثانياً: المراد بالعروض ما عدا النقود وماشية الأنعام²، فما كان منه بغرض القنية فلا تجب فيه الزكاة، وما كان معدّاً للتجارة فإنّ الزكاة تجب في قيمته.

ثالثاً: معنى الشراء للقنية أن ينوي عند الشراء الانتفاع بالمشتري بسكنى أو خدمة، أو ينوي الانتفاع بغلّته، وعليه فإنّ من اشترى أرضاً، أو زرعاً، أو داراً بغرض الاغتلال، ثمّ باعه بعد حول، فإنّه يستقبل بالثمن حولا، وهو مذهب ابن القاسم³.

رابعاً: الأصل في العروض أنّها للقنية، والتجارة فرع طارئ، فهي تنتقل إلى الأصل بمجرد النية، ومنه إلى الأصل بالنية والفعل معاً⁴، وبناء على هذا الأصل فإنّ ما يفيد من العروض فهو للقنية، لا ينتقل بمجرد النية إلى التجارة دون ممارسة فعل التجارة، ومن هنا كان الأصل عند ابن القاسم أنّ الرّبح يضاف إلى يوم مباشرة التجارة وليس إلى يوم الملك أو يوم الرّبح، أمّا ما يشتريه بنية التجارة فبمجرد النية ينتقل منها إلى القنية، وأنّ ربحه يضاف إلى يوم الملك.

¹ - التّهذيب: 418/1، المدونة: 322/1.

² - ينظر الفواكه الدواني: 331/1.

³ - النّوادر والزيادات: 120/2.

⁴ - ينظر الجامع: 44/4، البيان والتحصيل: 368/2، النّخيرة: 20/3.

المطلب الثامن: الفرق بين من باع ماشية بعين، وبين من اشتراها بعين في إبطال الحول.

الأصل وجوب الزكاة في الماشية؛ سواء كانت للقنية أم للتجارة، فإذا ملك ماشية - ببيع أو إرث - للقنية، ثم باعها بعد ذلك بعين بعد أن زكى رقابها؛ فإنه يبني على حول الماشية¹. بخلاف من ملك نصاب عين وقبل الحول اشترى به نصاب ماشية فإنه يستأنف بها حولا ولا يبني على حول العين². فما الفرق بين من باع ماشية بعين، وبين من اشتراها بعين في استئناف الحول رغم أنهما استبدال مال وجبت الزكاة بآخر وجبت فيه الزكاة؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين من باع بالعين ماشية وبين من اشتراها بعين في استئناف الحول: (لأنّ الدنانير لما كانت أثمان الأشياء، وبها تقوم المتلفات، فإذا أخذها عوضا عن الماشية فهي كالماشية؛ لأنها التي يقضى له بها لو أتلّفها، كما لو أتلّف ما يكال أو يوزن، وإنما عليه مثله، فالقيمة أيضا كالمثل، فصار إذا أخذ عينا كأته بادل غنما بغنم)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنه من باع مقتنى بعين أن يستأنف بالعين حولا ما لم يكن المبيع ممّا لا تؤثر فيه القنية؛ كالغنم، وغيره من الماشية، والمعنى في ذلك أنّ من باع غنما بعين كمن أبدل غنما بغنم، والقاعدة في الأبدال أن يبني على حول المبدل منه إذا كان من جنس المبدل⁴؛ وبيان ذلك أنّ العين معدن نفيس تقدّر به أثمان الأشياء وتقوم به المتلفات، وأنّ من باع غنمه كمن أتلّفها، فإذا أخذ عينا عوضا عن ثمن البيع فهو كمن أخذها عوضا عن قيمة المتلف، ولما كانت القيمة في القيميات

¹ - أي: أنه يزكى من يوم زكى الرقاب، وذكر ابن المواز أنه لم يختلف قول مالك وأصحابه في ذلك، أما إن باعها قبل أن يزكى رقابها فذكر أنه اختلف فيها قول مالك؛ فقال مرة: يستأنف بالثمن حولا، وقال أخرى: يزكى لحول من يوم ملكها، وهو قول جليل أصحابه إلا أشهب، فقد قال: يستأنف مطلقا. ينظر التوارد والزيادات: 229.228/2.

² - ذكر ابن حبيب أنه لم يختلف قول مالك وأصحابه أنه يستقبل حولا. ينظر التوارد والزيادات: 229/2، المدونة: 362/1.

³ - الجامع: 240/2.

⁴ - ذكر ابن المواز أنه لم يختلف قول مالك وأصحابه أنّ من باع صنفا من الأنعام بصنّفه أنّها على حول الأولى. ينظر التوارد والزيادات: 233/2.

كالمثل في المثليات آل الأمر إلى أنّ من أخذ عينا عوضا عن ثمن المبيع، كمن أخذ عنه مثله، فصار من أخذ عينا مقابل غنم صار كمن أخذ غنما مقابل غنم.

ولمّا كانت العلة في العين هي الثمّنيّة، وهي غير موجودة في الغنم، فلا يمكن تقويم العين بالغنم وغيره، وبالتالي فلا يستقيم القول إنّ من أخذ غنما فكأنّما أخذ عينا، فيبقى الأصل القاضي بأنّ من اشترى بالعين شيئا للقنية فقد أبطل حول العين سليما من الاستثناء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: العلة التي ذكرها ابن يونس في سبب استثناء الغنم من الأصل القاضي بأنّ من باع مقتنى بعين أن يستأنف بالعين حولا هي الثمّنيّة الموجودة في العين، فيؤول الأمر إلى أنّ من أخذ عينا مقابل غنم فكأنّما أخذ غنما مقابل غنم، وبناء على هذا الفرق يمكن القول على طريقة العكس أنّ من اشترى غنما كمن أتلفها لغيره، ومن دفع عينا عوضا عن ثمن المبيع كمن دفع عينا عن قيمة المتلف، فيؤول الأمر إلى أنّ من دفع عينا مقابل غنم فكأنّه دفع غنما وأخذ غنما، فينتفي الفرق بين المسألتين، ويكون الفرق الذي أبداه ابن يونس باطلا؛ لأنّ من شروط الفرق إبداء معنى في أحد الشبهين، وانتفاؤه عن الآخر، ولعلّ ابن يونس قد شعر بضعف هذا الفرق؛ ولذلك بعد ذكره له ذكر قول أشهب فيمن اشترى غنما بعين أنّه يبني على حول الذهب، واعتبره هو القياس، مشعرا بذلك بترجيح قول أشهب على قول غيره¹.

ثانيا: من القواعد الفقهية الضابطة لأحكام الزكاة ذات الصلة بهذا الفرق:

1- الأصل أنّ من اشترى شيئا للقنية فإنّ الزكاة لا تجري فيه باستثناء الماشية، فإنّها لا تقدر فيها نيّة القنية.

2- الأصل أنّ من باع مقتنى بعين فإنّه يستقبل بالعين حولا من يوم القبض، باستثناء الماشية فإنّ حولها من يوم زكّي رقابها؛ لأنّ القنية لا تقدر فيها.

¹ - قال ابن يونس بعد ذكره للفرق: وقد رأيت لأشهب أنّه إذ ابتاع بالعين بعد أشهر من يوم زكّي ماشيته في مثلها الزكاة أنّه يبني على حول الذهب، فلم يحتج أشهب إلى فرق وهو قياس واحد. الجامع: 241/9.

ثالثاً: الأصل أنّ من اشترى مقتنى بعين فإنّ ذلك يبطل حول العين، ويستقبل بالمقتنى حولاً إذا كان ممّا لا يقدر فيه نيّة القنية؛ كالماشية¹.

المطلب التاسع: الفرق بين فوائد العين، وبين فوائد الماشية إذا تعددت، وكانت الأولى نصاباً.

الأصل ألاّ زكاة في مال حتى يجتمع فيه ملك وحول ونصاب، وبناء على ذلك فمن أفاد مالا دون النّصاب، ثمّ أفاد بعد ذلك مالا من جنسه، فإنّه يضمّ اللّاحق إلى السّابق حتى يتمّ النّصاب، فيزكيّ الجميع لحول ما أفاده آخراً، ولا فرق في ذلك بين فوائد العين وبين فوائد الماشية، ولا خلاف في هذا².

أمّا إذا كانت الفائدة الأولى نصاباً، ثمّ أفاد بعده مالا آخر من جنسه - سواء أكان نصاباً أم دونه - فإنّه يأتلف في الفائدة الثانية حولاً إذا كانت عيناً، وهو مشهور المذهب³. بخلاف فوائد المواشي فإنّه يزكيّ الفائدة الثانية لحول الأولى، وهو قول أكثر أصحاب مالك⁴.

فما الفرق بين فوائد الماشية وبين فوائد العين يفاد بعضها إلى بعض وكانت الأولى نصاباً في استتفاف الحول؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين فوائد العين، وبين فوائد الماشية يفاد بعضها إلى بعض في استتفاف الحول: (والفرق بين فوائد المواشي وفوائد العين الضّرورة التي تلحق السّاعي في تردّده، فكان العدل في ذلك أنّه إذا أضاف الفائدة إلى نصاب زكيّ لحول الأولى، وإذا أضافها إلى أقلّ من نصاب زكيّ الجميع لحول الثانية، فحفّف عنه تارة، وثقل عنه تارة أخرى؛ للضّرورة في تردّد السّاعي، فأشبه ذلك الخلطة، وتخفّف السّاعي في أنّها تارة تخفّف وتارة تنقل)⁵.

¹ - أمّا ما يحرم اقتناؤه أو استعماله من الذهب فلا تجب فيه الزّكاة؛ لأنّ القنية لا تقدر فيه.

² - ينظر التّوارد والزيادات: 226/1، الكافي: 232/2، الذّخيرة: 35/3، مناهج التّحصيل: 247/2.

³ - المراجع السّابقة: 226/1، 291، 35/3.

⁴ - وهو المشهور، وجعلها ابن عبد الحكم كالعين. ينظر التّوارد والزيادات: 226، التّهنّيب: 462/1، الذّخيرة: 35/3، التّشبيه على مبادئ التّوجيه: 890/2، 891، وغيرها.

⁵ - الجامع: 249/2.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل ألا تجب زكاة في مال حتى يجتمع فيه ملك ونصاب وحول، وبناء على ذلك فإذا أفاد مالا - عينا - وكان نصابا زكاه لحول، وكل ما يفيد بعد ذلك يستقبل به حولا؛ قلّ أو كثر، أما الماشية فلما كان حولها مجيء الساعي، فإن في تكليفه الخروج في السنة مرارا عند تمام أحوال الفوائد المتخلفة من المشقة بمكان، والحرّج والمشقة مرفوعان، فإذا تعذر خروج السعاة صار أمر الفوائد بين احتمالين ممنوعين؛ إما أن يدع زكاتها ويرجئها لقابل، وذلك ما لا سبيل إليه؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط الزكاة، وفيه ضرر على المساكين، وإما أن تؤخذ عند حول الأولى، وفيه من الضرر على أرباب الأموال؛ لعدم الحول.

ولما كان الأمر في الزكاة مراعاة مصلحة المساكين وأرباب الأموال على حدّ سواء، والجمع بينهما ما أمكن، ومن صور الجمع الأخذ بإحدى المصلحتين تارة وبالأخرى تارة أخرى، فإذا تمت مراعاة مصلحة أرباب الأموال عند كون الفائدة الأولى دون النصاب بضمها إلى ما بعدها في الحول، وجب أن تراعى مصلحة المساكين بضمّ اللاحق إلى السابق بعد النصاب.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: النظر المقاصدي في هذه المسألة حاضر بقوة، وذلك من خلال المدرك الذي جعل حكم فائدة الماشية يغاير فائدة العين، وهو رفع الضرر والمشقة، وهو وصف غير منضبط، وبالتالي فإن الانضباط والظهور ليس من شرط الفرق، كما أنّ مستند الحكم في فوائد الماشية مصلحي بحت يتجلى في محاولة الجمع بين مصلحة المساكين، ومصلحة أرباب الأموال.

ثانياً: جريا على هذا الفرق فإنه لا فرق بين فوائد العين، وبين فوائد الماشية في البلد الذي ليس فيه سعاة؛ لأنّ ربّ الماشية حينئذ هو ساعي نفسه، وحول الماشية غير متعلّق بالسعاة¹.

ثالثاً: القول بإخراج الفائدة الثانية في الماشية مع الفائدة الأولى التي بلغت نصابا ليس فيه تغليب لمصلحة المساكين على مصلحة أرباب الأموال، وإتّما كان ذلك بناء على أصل آخر مفاده أنّه إذا لحق بأحد الفريقين تخفيف أو تثقيل، نظر إلى الطرف الآخر بمثل ذلك، وللمسألة نظائر في الزكاة؛

¹ - بخلاف ابن عبد الحكم بناء على أنّ الفرق بين الماشية والعين هو أنّ العين لا وقص فيها بخلاف الماشية، فلم يفرّق بين وجود الساعي وبين عدم وجوده. ينظر النخبة: 36/3، التنبية على مبادئ التوجيه: 891/2.

كزكاة الخلقاء، فإن للخلطة تأثير على الزكاة تخفيفا وتثقيلا؛ كأن يكون لكل واحد من الخليطين أربعون شاة، فتجب فيها شاة واحدة بينهما، ولولا الخلطة لكان على كل واحد منهما شاة، ولو كان لأحدهما مائة شاة، وللآخر مائة شاة وشاة، فالواجب عليهما ثلاث شياه، ولولا الخلطة لوجب على كل واحد منهما شاة¹.

المطلب العاشر: الفرق بين الزرع، وبين الماشية يموت ربها قبل مجيء الساعي في إخراج الزكاة.
من السنة أن تبعث الأئمة بالسعاة لجمع الزكاة، فإذا مات رب الماشية بعد الحول وقبل مجيء الساعي - وقد أوصى بها - فعلى الورثة إخراجها من الثلث وليس للساعي شيء منها، وإذا لم يوص فالماشية للورثة². بخلاف رب الزرع يموت بعد الفرك والاشتداد، وقبل مجيء الساعي فإن الساعي يأخذ الزكاة من رأس المال، وما تبقى منها للورثة؛ أوصى بها ربها أم لم يوص³.
فما الفرق بين الزرع تخرج زكاته من رأس المال، وبين الماشية تخرج من الثلث، رغم أن رب المال مات قبل مجيء الساعي وقد أوصى بالزكاة.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الزرع وبين الماشية يموت ربها قبل مجيء الساعي في كيفية إخراج الزكاة: (والفرق عند مالك وأصحابه في ذلك قوله عز وجل: ﴿وَأَنزَلْنَا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾⁴، فقد أوجب الله عز وجل زكاته بطيابه، فإذا مات بعد الطياب فقد مات بعد وجوب الزكاة عليه، وأوجب السنة ألا زكاة في الماشية إلا بعد الحول وبعد قدوم الساعي، فإذا مات قبل قدوم الساعي فقد مات قبل حولها، وكما لو ماتت الماشية بعد الحول قبل قدوم الساعي أنه لا يجب عليه زكاتها، فكذلك موته حينئذ؛ لأنه مات قبل حولها)⁵.

¹ - ومن النظائر أيضا: تخلف الساعي. ينظر المدونة: 373/1، التوارد والزيادات: 244/2، الكافي: 318/1، البيان والتحصيل: 449/2.

² - المدونة: 367/1، التوارد والزيادات 195/2.

³ - المرجعان السابقان: 383/1، 196/2.

⁴ - سورة الأنعام، الآية رقم: 141.

⁵ - الجامع: 255/4.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل ألا زكاة في مال إلا إذا اجتمع فيه ملك ونصاب وحول، ولما كان حول الماشية مجيء الساعي، بدليل أنها لو ماتت بعد الحول وقبل مجيء الساعي فإن ربها لا يضمنها، وبناء على ذلك فإن رب الماشية إذا مات قبل مجيء الساعي فقد مات قبل وجوب الزكاة في المال، وإذا أوصى بالزكاة قبل موته، فإنها تخرج من الثلث وليس من رأس المال، وليس للساعي فيها شيء كسائر الوصايا، وتقسم على الفقراء والمساكين.

أما زكاة الزرع والثمار فمتعلق الوجوب هو الطيب¹، وعلامة الطيب في الزرع هو الفك والاشتداد، والاستغناء عن الماء، فإذا أفرك الحب واشتد في سنبله فقد وجبت فيه الزكاة، وإن مات ربّه بعد ذلك - ولو قبل مجيء الساعي - فقد مات بعد الوجوب، فتؤخذ من رأس المال، ولا فرق في ذلك بين أن يوصي بها أو لم يوص؛ لأن الوصية هنا تأكيد للواجب، وليست إنشاء له.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الفرق في هذه المسألة هو كون مجيء الساعي شرطاً في زكاة الماشية دون زكاة الزرع، وبهذا الفرق تمتاز الأحكام المتعلقة بمن مات قبل الوجوب، وبين من مات بعده؛ ومنها:

1 - من مات قبل الوجوب فإن الزكاة لا تجب في رأس المال، وما أوصى به من زكاة ففي الثلث، وتقسم على الفقراء والمساكين باعتبارها وصية وليس زكاة، ومن ثم ليس للساعي منها شيء، أما من مات بعد الوجوب فلا تأثير للوصية، وما وجد منها فيحمل على التأكيد وليس على التأسيس، وتخرج الزكاة من رأس المال، وتصرف في مصارفها.

2 - إذا مات رب العين بعد الوجوب فليس للساعي منها شيء، أوصى أم لم يوص؛ لأنه إذا أوصى فهي في الثلث، وإذا لم يوص فأمرها للورثة²، والفرق بين العين وبين الزرع هو أن زكاة الزرع تخرج عند الجذاذ، فإذا أوصى ترجح احتمال عدم إخراجها. بخلاف العين؛ فنظراً لخفاء أمرها، واحتمال أن

¹ - تجب الزكاة في الزرع بالطيب عند مالك، وقيل بالخرص، وقيل بالجذاذ، وفائدة الخلاف حالة ما إذا مات بعد الطيب وقبل

الخرص، أو قبل الجذاذ. ينظر التبصرة: 1096/3.

² - المدونة: 383/1.

يكون ربّها قد أخرجها، كانت تهمة الكذب ونيّة الإضرار بالورثة أمرا قائما؛ ولذلك عومل وكأنّه أخرجها، أمّا إن لم يفترط في إخراجها وشهدت الأمارات على ذلك، عومل معاملة ربّ الزّرع.

ثانيا: جريا على هذا الفرق - بين صاحب العين وبين صاحب الزّرع - فإذا مات صاحب الماشية في بلد ليس فيه سعاة وفترط في إخراجها، فهي - عند ابن يونس - في رأس المال إن أوصى، وأمرها إلى الورثة إن لم يوص، وتخرج من رأس المال إن لم يفترط، اعتبارا بالعين يموت ربّها؛ لأنّه ساعي نفسه¹.

ثالثا: جريا على هذا الفرق - أيضا - واعتبارا بصاحب الزّرع يموت قبل أو بعد الجذاذ فإنّ المتمتّع إذا مات بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة فلا شيء عليه؛ لأنّه مات قبل وجوب الهدى، وإذا مات بعد رمي الجمرة لزمه هدي التّمتع في رأس ماله؛ أوصى أم لم يوص²، والمعنى في ذلك هو أنّ الهدى معلوم وقته - وهو يوم النّحر - وأمر إخراجها لا يخفى كخفاء أمر العين، فكان الهدى أشبه بزكاة الزّرع منه بزكاة العين³.

المطلب الحادي عشر: الفرق بين الفوائد، وبين الأنسال فيمن غاب عنهم السّاعي سنين.

الأصل أنّ زكاة الأنعام متعلّقة بالنّصاب والحول ومجيء السّاعي، وعلى الإمام بعث السّعاة كلّ سنة لتحصيلها، فإذا تخلف السّاعي عن نصاب سنين - لفتنة أو أمر عارض - ثمّ أضلّهم بعد ذلك فإنّه يأخذ زكاة ما وجد بأيديهم لما مضى من السنّين⁴؛ فإذا غاب السّاعي - مثلا - عن أربعين شاة، وحين أضلّهم في العام الخامس كانت ألفا، فإنّه يزكّي عشرا عن العام الخامس، وتسعا تسعا عن الأعوام الأربعة الباقية، ولا فرق بين أن تكون الزيادة بالأنسال، وبين أن تكون بالفائدة، ولا فرق بين أن تكون الزيادة في العام الأوّل أو غيره⁵.

¹ - وخالفه في ذلك اللّخمي فجعلها في رأس المال، أوصى بها أم لا، اعتبارا بالزّرع. ينظر الجامع: 258/2، التّبصرة: 1037/3.

² - ينظر النّوادر والزيادات: 367/2، البيان والتّحصيل: 410/3.

³ - الجامع: 450/4.

⁴ - يعني أنّ السّاعي إذا تخلف والماشية نصاب ولم تخرج الزّكاة في مدّة تخلفه فإنّه يعمل على الزيادة الموجودة لعام مجيئه اتّفاقا وللماضي من الأعوام على المشهور عرف عددها في كلّ سنة أو لم يعرف، وهو قول ابن القاسم وأشهب ومحمّد وابن حبيب وسحنون وعليه عمل أهل المدينة.

⁵ - ينظر المدونة: 374/1، التّهذيب: 496/1، النّوادر والزيادات: 236/2.

أما إذا غاب عما دون النَّصاب، أو عن نصاب ثمَّ نقص بعد ذلك، فقد فرَّق ابن المواز بين أن تكون الزيادة بالأنسال؛ فيأخذ زكاة ما وجد لِمَاضِي السنين - كما لو غاب عن نصاب ولم ينقص - وبين أن تكون الزيادة بالفائدة فيزكي يوم تمام النَّصاب¹.

فما الفرق - عند ابن المواز - بين أن تكون الزيادة بالفوائد فيزكي يوم تمام النَّصاب، وبين أن تكون الزيادة بالأنسال فيزكي لِمَاضِي السنين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الزيادة بالأنسال، وبين الزيادة بالفائدة عند تخلف الساعي عن أرباب الماشية سنين: (والفرق بين الولادة والفائدة أنَّ زيادتها بالولادة حولها حول الأصل، وكأنه لم يزل مالكا من يوم ملك الأصل، والفائدة تفترق؛ فإن أفادها إلى نصاب فحولها حول النَّصاب، وعليه يبني في السنين كلَّها، وإن أفادها إلى أقلَّ من نصاب فحولها حول الفائدة، وعليه يبني في السنين كلَّها)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنَّ حول الأنسال حول أمهاتها؛ فإذا كانت أوَّل الحول دون النَّصاب وصارت عند الحول نصابا بالتوالد ففيها الزكاة، ولا فرق بين أن تكون في بداية الحول نصابا أو دونه، أو كانت نصابا ثمَّ نقصت، وأيضا: لما كانت سنين تخلف الساعي كسنة واحدة فلا فرق بين غيابه سنة أو سنين، وسواء كان تخلفه عن نصاب ثمَّ نقص، أو كان عما دونه.

هذا بخصوص الزيادة بالأنسال، أما الزيادة بالفوائد فالأصل فيها أن يضمَّ سابقها إلى لاحقها، وأنَّ بداية الحول من يوم تمام النَّصاب، وما يفاد بعد النَّصاب فحولها حول النَّصاب؛ لمشقة تردد الساعي، وبناء على كلِّ ذلك فإنه من أفاد ماشية إلى أخرى من جنسها وكانت الأولى نصابا زكى الجميع لحول الأولى، وإذا نقص عن النَّصاب ثمَّ أفاد بعد ذلك ما يتمم به النَّصاب فإنه يستقبل حولا من يوم بلوغ النَّصاب الثاني، ولما كانت سنين تخلف الساعي كسنة واحدة فلا فرق بين غيابه سنة، وبين غيابه سنين.

¹ - التّوادر والزيادات: 238/2، 239.

² - الجامع: 293/2.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الفرق في هذه المسألة هدفه التمييز بين حقيقة الزيادة بالأنسال وبين الزيادة بالفوائد؛ فالأنسال تابعة لأمهاتها، وهي جزء منها، وملكيّتها يوم يملك أصلها، وبالتالي حولها حول أمهاتها¹. بخلاف الفائدة فإنّه لا صلة لها بالأصل، وملكيّتها يوم استفادها، والقاعدة فيها أن يضمّ سابقها إلى لاحقها، وحولها يوم بلوغها النّصاب.

ثانياً: إذا كان المبدل والمبدل منه من جنس واحد كانت الأبدال أقرب شبيها بالأنسال؛ كمن أبدل غنما بغنم أو معز، وإذا اختلفت في الجنس؛ كمن أبدل بقرا بضأن استقبل بالبقر حولاً تشبيها لها بالفوائد².
ثالثاً: المشهور أنّ الرّيح في التّجارة حوله حول أصله اعتباراً بالأنسال³.

رابعاً: القول بأخذ زكاة ما مضى من السنين عند تخلف الساعي روعي فيه مصلحة أرباب الأموال تارة، ومصلحة المساكين تارة أخرى، بناء على الأصل القاضي بأنّه إذا لحق بأحد الأطراف تخفيف أو تنقيل، نظر إلى الطرف الآخر بمثل ذلك؛ ذلك أنّ ما يجده الساعي بيد أرباب الأموال قد يكون نقص عن النّصاب في السنّة الأخيرة فلا يأخذ شيئاً، وهذا تخفيف، وقد يكون بلغ النّصاب في السنّة الأخيرة، فيأخذ عن سنين الغياب، وهذا تنقيل.

خامساً: فرّق ابن القاسم بين أن يكون غيابه عن نصاب فإنّه يزكي ما وجد لماضي السنين، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الزيادة بالأنسال أو بالفائدة، وبين أن تكون غيبته عمّا دون النّصاب أو عن نصاب فنقصت فإنّه يزكيها من يوم بلغت نصاباً إلى يوم يأتيه الساعي إن كانت الزيادة بالولادة⁴، والقياس ألاّ فرق؛ (إذ لا فرق بين زيادتها بالولادة على نصاب أو أقلّ، إنّ حول ذلك حول الأصل فيمن لم يتخلف عنه الساعي، فكذلك في الذي تخلف عنه الساعي؛ إذ جعلوا سنين تخلفه كسنة واحدة في غيره)⁵.

¹ - ينظر زكاة الأنسال المدونة: 362/1، النوادر والزيادات: 356/1، 326/2.

² - ينظر زكاة الأبدال المرجعين السابقين: 233/2.

³ - ينظر زكاة الأنسال المرجعين السابقين: 356/1، 326/2.

⁴ - وكذلك إذا أفاد نصاباً فإنّه يزكي على حول الفائدة، ينظر النوادر والزيادات: 236/2، 237، الجامع: 292/4.

⁵ - الجامع: 293/4.

المبحث الخامس: فروق في الحجّ.

يتضمّن هذا المبحث خمسة فروق؛ فرق في الخروج إلى عرفة والوقوف بها، وفرق في الوطء خلال يوم النحر وبعده قبل الحلق، وفرق في المحصر بعدوّ أو مرض، وفرق فيما يجتنبه المحرم من اللباس والطيب وإلقاء الثّقث، وفرق فيما يحرم من الصّيد على المحرم، وما يحرم منه في الحرم، في خمسة مطالب.

المطلب الأوّل: الفرق بين الطّواف، وبين الوقوف في وجوب تخصيصهما بنية الفرض.

من شروط صحّة السّعي أن يتقدّمه طواف صحيح، وبناء عليه فإنّه من طاف ولم ينو بطوافه فرضاً ولا نفلاً - سواء كان طواف قدوم أو إفاضة¹ - ثمّ سعى بعد طوافه هذا لم يجزئه سعيه، فإن تقارب² أعاد الطّواف والسّعي ولا شيء عليه، وإن تباعد³ أجزاءه ولزمه دم خفيف⁴، ولزوم الدم الخفيف دليل على صحّة طوافه، وأنّه ليس من شروط صحّة الطّواف تخصيصه بنية الفرض عند ابن القاسم؛ إذ إنّ من شروط صحّة السّعي أن يتقدّمه طواف صحيح. بخلاف الوقوف بعرفة فقد جاء عن مالك في المدوّنة أنّ الحاجّ (إذا مرّ بعرفة ماراً ينوي بمروره بها وقوفاً أنّ ذلك يجزئه)⁵، ومفهومه أنّه إذا لم ينو بمروره بالوقوف فلا يجزئه.

فما الفرق بين الطّواف، وبين الوقوف في استحضار نية الفرض عند ابن القاسم رغم أنّهما من أركان الحجّ؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الطّواف، وبين الوقوف في وجوب تخصيصهما بالنية: (والفرق بينهما أنّ الطّائف بلا نية قصد بطوافه القرية وقد فعل الطّواف الواجب، فأجزأه لذلك نية الإحرام؛ إذا لم يلزم

¹ - لأنّه إذا فسد طواف قدومه، وعلم بذلك بعد الوقوف فإنّه يسعى بعد طواف الزّكن، وكذلك من أحرم من داخل الحلّ لا يجب عليه طواف القدوم، فيكون سعيه بعد طواف الإفاضة، وكذا الحائض إذا استمرّ عليها الدم إلى وقت الوقوف.

² - أي: قبل الوقوف بالنسبة لطواف القدوم، أمّا طواف الإفاضة فوقته من فجر يوم النحر إلى آخر أيام ذي الحجّة.

³ - وذلك بانقضاء أيام ذي الحجّة، أو برجوعه إلى بلده ومجامعته للنساء.

⁴ - المدوّنة: 425/1، وهو قول ابن القاسم. ينظر الجامع: 533/1.

⁵ - ينظر المدوّنة: 432/1، التّهذيب: 542/1.

أن يحدّد لكلّ ركن نيّة؛ كالصّلاة، والمارّ بعرفة لم يفعل فعل الوقوف الواجب، ولا قصد بمروره قربة، وإنّما مرّ كمروره بها لحاجة، فلم يجزه¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في العبادات استصحاب النيّة الأولى وانسحابها على كلّ أفعال العبادة، ولما كانت نيّة أفعال الصّلاة لا يتخلّلها شيء من غير جنسها، فلا يتعيّن تخصيص شيء من أفعالها بالنيّة، ولا تبطل إلّا برفض النيّة الأولى. بخلاف الحجّ فإنّه يتخلّله أشياء من غير جنسه، فإذا أتى بشيء من غير جنس أفعال الحجّ وجب تخصيصه بالنيّة إذا كان عبادة؛ كالصّوم مثلاً، أمّا إذا كان من جنس أفعال الحجّ نظر إليه؛ فإذا كان الفعل لا يحتمل إلّا القربى صحّ دون الحاجة إلى تخصيصه بالنيّة، وإن كان الفعل يحتمل القربة وغيرها، افتقر إلى النيّة لتمييزه العبادة عن العادة، وبناء على ذلك فمن طاف بالبيت ولم يقصد بطوافه نفلاً ولا فرضاً صحّ وإن تجرّد عن النيّة، والمعنى في ذلك هو أنّ الطّواف لا يفعل في العادة إلّا على وجه القربى، فأشبهه أفعال الصّلاة؛ كالركوع والسّجود، وغيرها. أمّا المرور بعرفة فلما كان يحتمل القربى وغيرها احتاج إلى نيّة لتخلّصه عن العادة وتخصيصه بالعبادة، ومن هنا كان مجرد المرور بها من غير نيّة الإتيان بالركن لا يجزئ.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: جريا على الفرق المذكور في هذه المسألة فإنّ من حضر عرفة، وفعل ما يفعله الحاجّ من جمع للصّلاة والوقوف بها والدّفْع بعد الغروب أجزاء ذلك من غير نيّة²؛ لأنّه لا فرق حينئذ بين الطّواف، وبين من وقف بهذه الصّفة³.

ثانياً: وعلى هذا الفرق يُخرّج قول مالك فيمن يُؤتى به إلى عرفة، ويوقف به وهو مغمى عليه، وبقي على تلك الحال حتى دفعوا أنّ ذلك يجزئه، وعليه دم⁴.

¹ - الجامع: 535/3.

² - المرجع نفسه.

³ - ومن هنا قيّدوا الإجزاء بالنسبة للمارّ بأن يكون عالماً بالموضع، ناوياً، ومن مرّ بهذه الصّفة ولم يقف، أجزاءه مع الدّم؛ لوجوب الطّمأنينة. ينظر الفواكه الدّواني: 372/1، منح الجليل: 254/2.

⁴ - المدونة: 430/1.

ثالثاً: من شروط صحّة السّعي أن يتقدّمه طواف صحيح، ومن واجباته أن يكون بعد طواف واجب، فإذا سعى بعد طواف باطل وجب إعادته ما لم يعد إلى بلده، أو يتحلّل التحلّل الأكبر وإلا بطل حجّه، أمّا إذا كان سعيه بعد طواف نفل، أو لم يخصّصه بنيّة الفرض ولم يمكن تداركه، أجزأه وعليه دم¹.

رابعاً: المراد باستصحاب النيّة في العبادات هو استصحابها حكماً لا ذكراً، ومعنى ذلك أنّ من نوى صلاة أو حجّاً حين الإحرام، ثمّ ذهل عن النيّة أثناءها فإنّ ذهوله لا يفسد العبادة، وكأنّ النيّة مستصعبة حكماً؛ لمشقّة التّحرّز عن الذّهل²، أمّا إذا وقع ما ينافيها؛ كرفضها - مثلاً - فإنّ ذلك يفسد الصّوم والصّلاة دون الحجّ والوضوء³.

المطلب الثاني: الفرق بين يوم النحر، وبين ثاني أيّامه بالنسبة للمحرم يجامع قبل الرمي والإفاضة في فساد الحجّ.

الأصل ألاّ يجوز للمحرم الاستمتاع بالنساء طيلة إحرامه حتى يتحلّل التحلّل الأكبر؛ لقوله تعالى: ﴿بِمَسِّ فَرْصٍ مِّمَّهِنَّ أَلْحَجَّ فَلَا رِبْتٌ وَلَا فُسُوقٌ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾⁴، ويبطل حجّه إذا أتى أهله قبل الوقوف، أمّا إن كان ذلك بعد الوقوف، فينظر؛ فإذا حصل ذلك في يوم النحر بطل أيضاً. بخلاف ما إذا لو حصل ذلك في ثاني أيّامه، فيصحّ حجّه وعليه هديان وعمره⁵.

فما الفرق بين أن يكون الوطء في يوم النحر، وبين أن يكون في ثاني أيّامه، رغم أنّه وقع قبل الرمي والإفاضة؟

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين من أتى أهله أوّل أيّام النحر، وبين من أتاهم في ثاني أيّامه في فساد الحجّ: (والفرق بينهما أنّ الرمي والإفاضة في يوم ثان النحر قضاء عن يوم النحر، والقضاء في

¹ - ينظر الفواكه الدواني: 359/1، النّاج والإكليل: 121/4، مواهب الجليل: 85/3، وغيرها.

² - ينظر شرح التّفقين: 649/1.

³ - لا فرق في الصّوم والصّلاة بين كون الرّفص أثناء العبادة أم بعدها، أمّا الطّهارة؛ فمنهم من قيّد عدم الفساد بكونه بعد العبادة، ومنهم من أطلقه. ينظر الذّخيرة: 250/1، التّوضيح: 516/2، شرح الخرشي: 132/1، مواهب الجليل: 414/1.

⁴ - سورة البقرة، الآية رقم: 197.

⁵ - ينظر المدونة: 458/1، التّهذيب: 549/1، التّوادر والزّيادات: 422/2.

الأصل أخف من المقضي؛ ألا ترى أن من أفطر في قضاء رمضان متعمداً فعليه القضاء والكفارة، وإذا أفطر في قضاء رمضان فإنما عليه القضاء¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

لكل عبادة وقت أداء ووقت قضاء، والقضاء أخف من الأداء، وبيان ذلك أن الواجب في العبادة واجبان؛ واجب الأداء، وواجب الأداء في الوقت، فإذا أتى بما يبطل العبادة زمن الأداء، فقد انتهك حرمتين؛ حرمة العبادة وحرمة الوقت، أما إبطالها في زمن القضاء فليس فيه إلا انتهاك لحرمة العبادة، وبناء على ذلك فإن من أفطر في رمضان متعمداً فعليه القضاء؛ لانتهاكه حرمة العبادة، وعليه الكفارة لانتهاكه حرمة الوقت، أما من أفطر في أيام القضاء فليس فيه إلا حرمة العبادة، فيتعين القضاء فقط.

ولما كان وقت الرمي والإفاضة هو يوم النحر، فإن الإتيان بهما في ثاني أيامه أشبه بالقضاء، بدليل لزوم هدي التأخير، فإن الوطء قبل الرمي والإفاضة في ثاني أيامه وطء في زمن القضاء، وإيقاعه في يوم النحر قبل الرمي والإفاضة وطء في زمن الأداء.

وبناء على الأصل القاضي بأن القضاء أخف من الأداء كان الوطء في ثاني أيام النحر لا يوجب فساد الحج؛ لأنه وقع في زمن القضاء، فكان أخف منه كما لو وقع في يوم النحر؛ لأنه وقع في زمن الأداء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من أفسد حجّه أو فسد عليه فعليه هدي وقضاء، ولا فرق في ذلك بين الفرض، وبين التطوع؛ للزومه بعد الشروع، ولا فرق بين كون الفساد بالوطء أو بالإنزال بسبب القبلة، أو اللمس، أو الوطء فيما دون الفرج.

ثانياً: تحصيل مذهب مالك في الوطء أنه إذا كان يوم النحر فإنه مفسد للحج إذا كان ذلك قبل الطواف والرمي؛ لبقاء الإحرام، أما إذا كان ذلك بعد يوم النحر فالحج صحيح مع وجوب عمرة وهديين إن لم يكن طاف أو رمى، وإن كان بعد الطواف وقبل الرمي فعليه هدي².

¹ - الجامع: 555/3.

² - وهذا الذي عليه مالك وأكثر أصحابه، ينظر الكافي: 396/1، الجامع: 556/3.

ثالثاً: إذا كان الوطء بعد الرمي وقبل الطّواف فالحجّ صحيح مع وجوب هدي وعمرة¹؛ والمعنى في ذلك هو أنّه بالنظر إلى كون الوطء وقع بعد الرمي صحّ الحجّ؛ لوقوعه بعد التّحلّل، وبالنظر إلى كونه وقع قبل الطّواف وجب الهدي؛ لبقاء الإحرام، وهذا بخصوص وجوب الهدي، أمّا وجوب العمرة فبيانه أنّه لما كان من شروط صحّة الطّواف أن يكون في إحرام لا وطء فيه، ومن مقتضيات الإحرام الحلّ، والحرم، والطّواف، والسّعي، وهي أعمال العمرة؛ ومن هنا أوجبها على من وطئ قبل الطّواف وبعد الرمي، ولا فرق في هذا بين أن يكون الوطء في أوّل أيّام النّحر أو بعده إلّا في الهدي، فيجب عليه هدي آخر بسبب تأخير الرمي عن يوم النّحر².

المطلب الثالث: الفرق بين الإحصار بعدوّ، وبين الإحصار بمرض في كفيّة الإحلال.

الأصل أنّ من أحرم بحجّ أو عمرة أن يتمّ ما أحرم به مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأْتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾³، وقد يعرض للمحرم ما يحول بينه وبين الوقوف بعرفة؛ كعدوّ، ومرض، فلا يستطيع إتمام حجّه، فيكون محصراً فيفوته الحجّ، فمن أحصر بعدوّ وحيل بينه وبين مكّة فليتحلّل مكانه، وينحر إذا ساقه معه، ولا قضاء عليه. بخلاف ما إذا كان محصراً بغير عدوّ؛ كالمرض، وغيره، فإنّه مخير بين أن يبقى على إحرامه إلى قابل، أو أن يتحلّل بالطّواف والسّعي، والحلاق، وعليه قضاء وهدي⁴.

فما الفرق بين الإحصار بمرض، وبين الإحصار بعدوّ في كفيّة التّحلّل رغم أنّهما كلاهما محصر، وفاتهما الحجّ؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين محصر بعدوّ يحلّ مكانه، وبين محصر بمرض لا يتحلّل إلّا بعمرة ولو أقام على إحرامه سنين: (والفرق بين الحصر بعدوّ أنّه يحلّ مكانه، والحصر بمرض لا يحلّه من

¹ - ينظر تحصيل مذهب مالك في وطء المحرم؛ المدونة: 458/1، التّهذيب: 959/1، التّوادر والزّيادات: 422/3، الذّخيرة: 422/3، الكافي: 396/1، الجامع: 556/3.

² - الجامع: 554/3.

³ - سورة البقرة، الآية رقم: 195.

⁴ - ينظر المدونة: 397/1، 398، التّوادر والزّيادات: 432/2، 431، الكافي: 400/1.

إحرامه إلا البيت وإن تطاول ذلك به سنين؛ لأن الواجب على من أحرم بحج أو عمرة إتمام ما دخل فيه؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَيُّمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾¹، إلا أن يأتي ما لا يمكن الوصول معه إلى البيت، وهو خوف العدو، فيحلّ مكانه كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم عام الحديبية، وأمّا المرض ونحوه فإنه يمكنه معه الوصول إلى البيت؛ لأنه لا يحول بينه وبين الذهاب إلى البيت كما يحول العدو بينه وبين البيت، ولأنّ خوف العدو يرفعه تحلّله، ولا يرفع المرض تحلّله فلا فائدة فيه، وهو إن احتاج إلى دواء فيه طيب أو إلى لباس فعل ذلك وافتدى؛ فوجب لذلك ألا يحلّه إلا البيت، وقد قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى أَتْبَعِيكَ﴾^{2/3}.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ من عجز عن إتمام حجّه وفاته الوقوف أن يتحلّل، والأصل في التحلّل أن يكون بالبيت؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى أَتْبَعِيكَ﴾، ويستثنى منه من فاته الحج بسبب عدوّ وحيل بينه وبين البيت، فيجوز له أن يتحلّل في مكانه الذي أحصر فيه، بدليل فعل النبي صلى الله عليه وسلم عام الحديبية، والمعنى في ذلك أمران؛ أوّلاهما: تعذّر الأصل، وهو بلوغ البيت بسبب العدو الذي حيل بينه وبينه، والأمر الثاني: هو أنّ الخوف لا يمكن رفعه إلا بالتحلّل والرجوع، فلما تعذّر البيت وانعدمت البدائل في رفع الخوف، تعيّن التحلّل في مكان الحصر كوسيلة لرفع المشقة اللاحقة مع الإبقاء على الخوف والإحرام، وهذه المعاني كلّها مفقودة فيمن أحصر بالمرض؛ إذ إنّ المرض لا يحول دون البيت، كما أنّه يُرفع بالندّاوي والتطّيب وليس بالتحلّل، فلم يبق إلا مشقة الإبقاء على الإحرام، ولما أمكن رفعها بالبلوغ إلى البيت، تعيّن البيت مكانا للتحلّل.

الفرع الثالث: فوائد.

أوّلا: التحلّل يكون بالنية في حقّ من أحصر بعدوّ أو مشقة، والمعنى في ذلك هو الصّدود عن البيت، أمّا من تمكّن من البيت فيتحلّل بعمرة، وبناء على هذا المعنى فإنّ المحبوس يحلّ بالنية في

1 - سورة البقرة، الآية رقم: 197.

2- سورة الحجّ، الآية رقم: 34.

3- الجامع: 609/3.

محبسه، وقيل: إنَّ المعنى هو الاستفادة من التَّحَلُّ والتَّخَلُّص من الأذى، وبناء على ذلك فإنَّ المحبوس كالمريض؛ لأنَّ تحلَّه لا يرفع عنه حبسه، فلا يحلُّه إلا الطَّواف والسَّعي¹.

ثانياً: الأصل أن يكون التحلُّ بالنسبة للمحصر بعدوَّ قبل فوات الحجِّ وذلك قبل الوقوف، وعليه فمن تحلَّ قبل الفوات فلا قضاء ولا هدي، أمَّا إذا بقي على إحرامه حتى فات الحجِّ ثمَّ تحلَّ بعد ذلك، فهو كالمحصر بمرض، عليه هدي وقضاء.

ثالثاً: الإحصار بعدوَّ قد يكون عن مكَّة وعن الوقوف معاً، وقد يكون عن أحدهما؛ فإذا كان الإحصار عن مكَّة وعن الوقوف تحلَّ بالنيَّة في مكانه، وحلق كما سبقت الإشارة، أمَّا إذا كان عن الوقوف فقط فإنَّه يتحلَّ بفعل العمرة مثله مثل المحصر بمرض، أمَّا إذا كان الإحصار عن مكَّة فقط وبعد وقوفه فإنَّ حجَّه تامٌّ، ولا يحلَّ التحلُّ الأكبر إلا بالإفاضة، فيبقى محرماً ولو أخره سنين، وعليه دم واحد لكلِّ المتروكات، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الإحصار بعدوَّ أو بغيره².

رابعاً: المحصر بعدوَّ له خمس صور؛ هي: أن يكون العدو طارئاً بعد الإحرام، أو أن يتقدَّمه ولم يكن عالماً به، أو كان عالماً ولكنَّه كان يرى أنَّه لا يصدِّه؛ فهذه الحالات الثلاث يصحَّ فيها الإحلال، ولا يحلُّ له الإحلال إذا علم بالعدوِّ وعلم أنَّه يحول بينه وبين البيت، والحالة الخامسة هي أن يشترط الإحلال في حالة المنع والصدود إذا شكَّ في المنع والصدود³.

المطلب الرابع: الفرق بين ادَّهان المحرم بما ليس فيه طيب، وبين استعماله للطَّيب والمخيط عند الضَّرورة في وجوب الفدية.

من لوازم الإحرام أن يتجنَّب المحرم كلَّ ما من شأنه أن يكون سبباً للزَّنه والزَّينة، فلا يلبس مخيطاً ولا محيطاً، ولا يتطيَّب بأيِّ نوع من أنواع الطَّيب، ولا يدهن بشيء من الأدَّهان بغرض الزَّينة، فإذا فعل شيئاً من ذلك عامداً من غير ضرورة فعليه الفدية، أمَّا إذا اضطرَّ إلى فعل شيء من ذلك فقد فرَّق مالك بين الدَّهن وبين غيره من الممنوعات، فقد جاء عنه أنَّه (من دهن شقوفاً في يديه أو

1- ذكر ابن الحاجب ثلاثة أقوال بالنسبة للمحبوس، فقيل: هو كالمحصر بالعدوِّ، وقيل: كالمحصر بمرض، وهناك من فرَّق بين أن يكون الحبس لحقاً، فيكون كالمريض، وبين أن يكون بظلم، فيكون كالعدوِّ. ينظر جامع الأمهات: ص 211، التوضيح: 136/3.

2- ينظر مواهب الجليل: 2000/3، 2001، حاشية العدوي على الخرشبي: 388/2، الشرح الكبير: 93/2، منح الجليل: 392/2،

3- ينظر التَّبصرة: 1256/3.

رجليه بزيت أو شحم أو ودك فلا شيء عليه، وإن دهن ذلك بطيب كانت عليه الفدية¹، وأوجب الفدية على كل من عصّب على جراحه خرقا، أو ربط جبائر على كسر، وأوجبها على كل من أصابه رمد فتداوى بدواء فيه طيب².

فما الفرق عند مالك بين الدهن، وبين غيره من الممنوعات كاللباس والطيب في وجوب الفدية؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس موجّها تفرقة مالك بين الممنوعات التي تسقط الضرورة الفدية، وبين التي لا تسقطها: (وإنما فرق بين هذا - أي: الدهن - وبين اللباس والطيب، لأنّ هذا لم يرد نصّ في اجتنابه كما ورد في الطيب واللباس، وقد قال عليه السلام لمن آذاه هوام رأسه: "احلق وافند"³)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في فدية الحجّ للمضطرّ إلى فعل المحظورات هو قوله تعالى: ﴿بِمَسْ كَانٍ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ بِمِدْيَةٍ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾⁵، فلم تسقط الضرورة الفدية على من حلق بسبب الأذى والمرض، والمعنى في ذلك عند مالك أنّ الحلق من المحظورات التي ورد النصّ بتحريمها، فيلحق بالحلق كلّ المحظورات المتعلقة باللباس والطيب قياسا؛ لورود النصّ بشأنها⁶.

¹ - المدونة: 549/1، وينظر النوادر والزيادات: 352/2.

² - المرجعان السابقان: 460/1، 413، 345/2، 347، 349.

³ - إشارة إلى قول رسول الله لكعب بن عجرة وقد آذته هوام رأسه: (احلق رأسك وصم ثلاثة أيام، أو أطعم ستّة مساكين، أو أنسك بشاة)، والحديث أخرجه مالك في كتاب الحجّ، باب فدية من حلق قبل أن ينحر، رقم: 238، 417/1، والبخاري في كتاب الحجّ، باب قوله تعالى: ﴿بِمَسْ كَانٍ مِنْكُمْ مَّرِيضًا﴾، رقم: 1719، 644/2، ومسلم في كتاب الحجّ، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى، رقم: 1201، 21/4.

⁴ - الجامع: 670/3.

⁵ - سورة البقرة، الآية رقم: 195.

⁶ - وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم عندما سأله رجل ما يلبس المحرم من الثياب؟ قال: (لا يلبس القمص، ولا العمام، ولا السراويلات، ولا البرانس، ولا الخفاف إلاّ أحد لا يجد نعلين، فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين، ولا تلبسوا من الثياب شيئا مسّه الزعفران أو ورس). والحديث أخرجه مالك في كتاب الحجّ، باب ما ينهى عن لبس الثياب في الإحرام، رقم: 9، 325/1، والبخاري في كتاب جزاء الصيد، باب: ما لا يلبس المحرم من الثياب، رقم: 1468، 559/2. ومسلم في كتاب الحجّ، باب ما يباح للمحرم بحجّ أو عمرة، رقم: 1177، 2/4.

أما الزينة وما في معناها من دهن الجسم بغرض التحسين فإنَّ الضرورة لا تسقط الفدية فيها؛ لأنَّ طريق ثبوتها هو القياس، اعتباراً بالطيب.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من مقاصد الحجّ الابتعاد عن متاع الدنيا، وكلّ ما من شأنه أن يكون سبباً في راحة الجسم ورفاهيته، ومن هنا كان من لوازم الإحرام تجنّب المخيط والمحيط من الثياب، والطيب، وإلقاء التّفث، واستعمال الزينة، وأنّ من أتى شيئاً من ذلك فعليه الفدية.

ثانياً: فدية الأذى أن يطعم ستّة مساكين؛ مدين من الحنطة لكلّ مسكين، أو يصوم ثلاثة أيّام، أو ينسك بشاة، على التّخيير في ذلك كلّه.

ثالثاً: الدّم في الحجّ دمان؛ هدي ونسك، فالهدي يكون في جزاء الصّيد والمتعة والقران، وفي ترك شيء من مناسك الحجّ التي أمر بها، أما النّسك فيكون في إتيان المحرم ما أمر باجتنابه؛ كاللباس، والطيب، وإلقاء التّفث¹.

رابعاً: الأصل عند مالك أنّ ما ورد بشأنه نصّ في اجتنابه فإنَّ الضرورة لا تسقط عنه الفدية. بخلاف ما لم يرد بشأنه نصّ.

خامساً: لما كان الأمر في الجوابر- بما في ذلك فدية الأذى - هو استدراك المصالح الفائتة²؛ فإنّ تشريع فدية الأذى بالنّسبة للمضطرّ يوحي بأنّ المشقّة النّاجمة في وجوب تجنّب الممنوعات بالنّسبة للمحرم مقصودة، وقد أشار الإمام القرافي إلى هذا المعنى فقال: (إنّما منع النّاس من المحيط وغيره في الإحرام ليخرجوا عن عاداتهم وإفهم، فيكون ذلك مذكراً لهم بما هم فيه من طاعة ربّهم، فيقبلون عليها وبالأخرة بمفارقة العوائد في لبس المخيط والاندراج في الأكفان، وانقطاع المألوف عن الأوطان واللذات)³.

¹ - وإلقاء التّفث هو حلاق الرّأس، وقصّ الأظافر، وإماطة الأذى عن الجسد والوجه والرّأس، وقيل غير ذلك. ينظر مواهب الجليل: 129/3.

² - الذّخيرة: 301/3.

³ - المرجع السابق: 229/3.

المطلب الخامس: الفرق بين المحرم يصيد شيئاً قبل الإحرام ويبقى معه بعد الإحرام، وبين الحلال يصيده خارج الحرم، ثم يدخل به الحرم في جواز ذبحه.

الأصل في الصيّد هو الجواز، ويستثنى من ذلك صيد البرّ بالنسبة للمحرم، وصيد الحلال في الحرم، فلا يجوز لهما التّعريض للصيّد ما دام حراماً؛ لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾¹؛ فإذا صاد المحرم شيئاً قبل إحرامه أو بعده فعليه إرساله، فإذا ذبحه بعد الإحرام فليس بذكيّ، فلا يحلّ له ولا لغيره². بخلاف ما إذا صاد الحلال شيئاً خارج الحرم ثم دخل به الحرم، فإنّه يحلّ له ولغيره، سواء ذبحه هو بنفسه أم ذبح له، فقد جاء عن مالك في الحمام يصداده الحلال خارج الحرم أنّ (ما دخل مكّة من الحمام الوحشي فجائز للحلال أن يذبحه فيها كما يجوز للحلال أن يذبح الصيّد في الحرم إذا دخل به من الحلّ)³.

فما الفرق بين ما صيد قبل الإحرام ويذبح بعده، وبين ما صيد في الحلّ ويذبح في الحرم؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مستدلاً على قول مالك في الحمام يدخل به الحلال الحرم ثم يذبح: (ودليلنا أنّه لما جاز إمساكه والتصرّف فيه في الحرم باتّفاق، جاز له ذبحه؛ كالغنم، ولأنّ كلّ من جاز له تملك صيد بالشراء والهبة جاز له ذبحه؛ كالحلال، وفارق حرمة الموضع في هذا حرمة الإحرام؛ لأنّ الإحرام لا يدوم وحرمة الموضع دائمة، فافتراقاً)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في المحرم أن يحرم عليه التّعريض للصيّد، وذبحه؛ سواء اصطاده قبل الإحرام أو بعده، أو صيد له، والمعنى في ذلك هو الإحرام؛ لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾⁵، وهذا يقتضي أنّ الحلال إذا صاد شيئاً خارج الحرم ودخل به فلا يحلّ له ذبحه داخله بجامع

1 - سورة المائدة، الآية رقم: 97.

2 - ينظر المدوّنة: 451/1، التّهذيب: 61/1.

3 - المدوّنة: 451/1.

4 - الجامع: 696 / 3.

5 - سبق تخريجها

الإحرام، ولا فرق في ذلك بين حرمة الزمان وحرمة المكان، غير أنّ المعنى في حرمة قتل الصيد بالنسبة للمحرم - حسب ابن يونس - هو أنّه إحرام مؤقت، فناسب ذلك التّغليظ. بخلاف حرمة المكان فإنّها دائمة، وهذه الملازمة والديمومة مظنة الحرج والمشقة المرفوعين عن الأمة، فناسب ذلك التّخفيف، فيجوز ذبح ما صيد خارج الحرم ودخل به إلى الحرم في الحرم.

وأيضاً: لما كان من معاني الملك جواز التّصرّف في المملوك بيعة وشراء واستهلاكاً فإنّ الحمام بنوعيه؛ الوحشيّ والإنسيّ، وغيره - ممّا لا يجوز صيده داخل الحرم - لمّا جاز تملكه في الحرم إذا صيد خارجه، جاز ذبحه داخله اعتباراً بالأنعام. بخلاف المحرم¹.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: لا يصحّ من المحرم تذكية الصيد؛ لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾²، وكلّ صيد حُظر على صائده لحقّ الله فلا تصحّ تذكّيته؛ فيحرم لحم الصيد إذا ذبحه المحرم أو قتله باصطياد، وكذا ما صيد له بعد إحرامه، أو صيد له قبل إحرامه ودُبح له بعده، ولا فرق بين كون المحرم هو الأمر بالذّبح أم ليس هو، عالماً بالذّبح أم لا³، وإذا اضطرّ أكل الميتة ولا يصطاد؛ لأنّ الله لم يرخص في الصيد بأية حال من الأحوال ورخص في أكل الميتة⁴.

ثانياً: إذا صاد شيئاً قبل الإحرام وبقي في يده بعد الإحرام، فإنّ الملك يزول عنه بمجرد الإحرام، ويجب إرساله، ولا يستأنف ملكه عند تحلّله، أما إذا كان الصيد بالبيت وأحرم؛ فالذي عليه مالك وأصحابه أنّه لا يجب عليه إرساله، ولا ينتفي عنه ملكه⁵. بخلاف ما إذا اصطحبه معه في قفص، فعليه إرساله⁶، والفرق بين القفص والبيت عند مالك - حسب ابن يونس - هو أنّ (القفص هو حامل

1 - فقد نقل ابن عبد البرّ الإجماع أنّه لا يجوز للمحرم قبول صيد إذا هُرب له بعد إحرامه، ولا يجوز له شراؤه، ولا اصطياده، ولا استحداث ملكه بوجه من الوجوه، ولا خلاف بين العلماء في ذلك. ينظر الاستذكار: 136/4.

2 - سبق تخريجها

3 - ينظر المدونة: 445/1، التّوادر والزّيارات: 465/1.

4 - المدونة: 451/1.

5 - ينظر المدونة: 447/1، التّهذيب: 616/1،

6 - ينظر المرجعان السّابقان: 448/1، 616/1.

له ومنقل به فهو كالذي بيده، وما كان في البيت فليس هو بيده وهو مرتحل عنه وغير مصاحب له وهو بخلاف القفص، فافتراقاً¹.

ثالثاً: ثمة فرق بين حرمة الزمان وحرمة المكان؛ فحرمة الزمان مؤقتة، فناسب ذلك التعليل في الأحكام. بخلاف حرمة المكان فهي دائمة وملازمة، فكان ذلك مظنة المشقة والحرج، فناسب ذلك التخفيف في بعض الأحكام، بدليل تأثير المشقة الملازمة على الأحكام بالتخفيف²، وآية ذلك أنّ الشارع الحكيم لاحظ المشقة الملازمة لحرمة المكان في بعض الأحكام؛ كالنكاح والوطء، كما لاحظ جنس المشقة الملازمة في أحكام أخرى؛ كما في الاستحاضة والسلس، والقرحة تسيل، وغيرها، وهو من قبيل ما يعرف عند الأصوليين بالمناسب الملائم، وبيان ذلك أنّ الشارع اعتبر المشقة الملازمة لحرمة المكان في التخفيف؛ كالوطء والنكاح، فالمحرم لا يصح نكاحه، كما يحرم عليه الرّفث. بخلاف حرمة المكان فإنّها لا تمنع من ذلك، فعين الوصف - وهو المشقة الملازمة لحرمة المكان - أثرت في جنس الحكم وهو التخفيف، كما أنّ الشارع لاحظ جنس المشقة الملازمة في كثير من الأحكام، فالمشقة الملازمة جنس لها أنواع؛ كالمشقة الملازمة الناجمة عند استمرار الحدث في السلس، وكذا المشقة الملازمة عند استمرار النجاسة في البدن الناجمة عن سيلان القرحة، والمشقة الملازمة الناجمة عن استمرار حرمة المكان، كما أنّ الحكم هنا جنس، وهو مطلق التخفيف وارتفاع المنع؛ إذ إنّ صاحب السلس يجوز له الصلاة رغم الحدث، والمستحاضة تصلّي وتوطأ رغم استمرار تدفق الدم، ومن كان في الحرم يجوز له الوطء والنكاح والصّيد، وهذا معنى قول الأصوليين أنّ عين الوصف ظهر تأثيره في جنس الحكم، أو تأثير جنس الوصف في جنس الحكم، وهما من أقسام المناسب الملائم، أمّا القسم الثالث من أقسامه فهو تأثير جنس الوصف في عين الحكم.

1 - الجامع: 697/3.

2 - انظر الجامع: 691/2.

المبحث السادس: مسائل متفرقة.

يضمّ هذا المبحث أربعة فروق في مسائل شتى؛ فرق في بدل الأضحية وبيعها، وبيع لحمها من كتاب الضحايا، وفرقان من كتاب الجهاد؛ فيمن يؤخذ من الحربيين بأرض الإسلام، وفيمن يسهم له، وفرق في نذر المشي من كتاب النذور والأيمان في أربعة مطالب.

المطلب الأول: الفرق بين الورثة يرثون لحم أضحية، وبين اختلاط الأضاحي في جواز الأكل.

يجوز للمضحي أن يأكل من أضحيته ولا يتصدّق بها أو بشيء منها، وله أن يطعم غيره منها، والأصل في ذلك هو قوله تعالى: ﴿بَكَلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ كَذَلِكَ﴾¹، ولا يجوز بيع شيء منها؛ لحما كان، أو صوفاً، أو جلداً، أو أيّ شيء منها، وقد تختلط الأضاحي بعد الذبح، وقد يختلط لحمها، فيتعدّر تمييزها أو تمييز لحمها، وقد يموت المضحي عن لحم أضحيته، فيرثها الورثة، إلى غير ذلك من الأمور التي تطرأ على الأضحية بعد الذبح.

فإذا اختلطت الأضاحي أو اختلطت لحومها فلا يجوز لأربابها أكل شيء منها²، ويتعيّن على أربابها التصدّق بها أو إطعامها. بخلاف الورثة يرثون لحم أضحية؛ فلهم الأكل منها واقتسامها حسب أنصبتهم³.

فما الفرق بين اختلاط لحوم الأضاحي، وبين أنصباء الورثة في لحم أضحية في جواز الأكل، رغم أنّ الحقّ مختلط غير مميّز؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين أرباب الضحايا تختلط عليهم ضحاياهم، وبين الورثة يرثون لحم أضحية في جواز الأكل: (وإنّما لم يأكل لحمها - بالنسبة لمن اختلطت أضحيّاتهم - لأنّ كلّ واحد قد يأخذ شاة صاحبه فيصير بيعا للحم اضحيته بلحم أضحية صاحبه، وفارق ذلك اقتسام الورثة للحم

1 - سورة الحجّ، الآية رقم: 35.

2 - وهو قول يحيى بن عمر، وقال عبد الله بن عبد الحكم: إذا اختلطت الضحايا فلا بأس أن يصطلحا فيها إذا أخذ كلّ واحد كبشا يضحّي به، ينظر النّوادر والزّيادات: 331/9، التّبصرة: 1564/4.

3 - وهو قول مالك. ينظر النّوادر والزّيادات: 325/4.

أضحية ورثوها؛ لأنّ كلّ واحد ورث منها جزء معلوما؛ ثلثا، أو ربعا فيأخذه منها، وهو تمييز حقّ هاهنا، لا بيع¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الأضحية أنّها نسك سُمّي لله، وقربة يتقرّب بها إليه، فلا يجوز بيع شيء منها ولا يصحّ، وبناء على ذلك فإذا اختلطت الأضاحي بعد الذّبح، وأكل أربابها منها، آل الأمر إلى مبادلة لحم بلحم، وهو أحد صور البيع المنهيّ عنه، والمعنى في ذلك أنّ لحم كلّ منها متعيّن قبل الاختلاط.

أمّا الورثة؛ فنصيب كلّ واحد منهم غير معيّن، وإنّما هو جزء مشاع؛ ثلث، أو ربع، أو سدس، وبالقسمة يتعيّن هذا الحقّ، ويتميّز عن غيره.

فاقتسام الورثة لحم الأضحية تمييز حقّ وتعيينه، وأكل أرباب الأضحية من لحم اضحيّتهم، أو المصالحة عليه بالقسمة من صور البيع المنهيّ عنه.

الفرع الثالث: فوائد.

أوّلا: مسألة اختلاط الأضاحي بعد الذّبح، ومسألة الذي مات عن لحم أضحيته مسألتان متشابهتان صورة مختلفتان معنى لمكان الفرق، ولولاه لخرّجت مسألة اختلاط الأضاحي بعد الذّبح على قول مالك في مسألة الذي يموت عن لحم أضحيته.

ثانيا: لا تجب الأضحية عند مالك إلّا بالذّبح. بخلاف الهدي الذي يجب بالتقليد²، وبعد الوجوب يصبح كلّ من الأضحية والهدي نسكا لا يباع شيء منها مع الإذن بالانتفاع منها؛ أكلا وتصديقا وإهداء³.

رابعا: جريا على هذا المعنى - وهو الوجوب بعد الذّبح أو بعد التقليد - فرّقوا بين الغلط في ذبح الأضحية؛ حيث يذبح كلّ واحد أضحية صاحبه، فلا تجزئ أيّا منهما، ويكون كلّ واحد منهما ضامنا

1 - الجامع: 864/3.

2 - وهو المشهور. ينظر التّاج والإكليل: 388/4، الشّرح الكبير: 25/2، منح الجليل: 487/2، وغيرها.

3 - قال القرافي: (لا يباع من الأضحية شيء؛ لأنّها صارت قربة لله، والقربات لا تقبل المفاوضة، وإنّما الله تعالى أذن في الانتفاع بها، ولا تنافي بين الانتفاع بها ومنع البيع كأعضاء الإنسان له منفعتها، دون المعاوضة على أعيانها). الذّخيرة: 157/4.

لصاحبه القيمة، وبين الغلط في الهدى فيجزئ¹؛ لأنّ الهدى تعين نسكا بالتقليد. بخلاف الأضحية لم تتعين بعد.

خامسا: وجريا على هذا المعنى أيضا: فمن اشترى أضحية فقام عليه غرامؤه أو استحقت قبل الذبح فإنها تباع عليه في الدين، ولا تباع عليه بعد الذبح².

المطلب الثاني: الفرق بين أموال الحربي التي تكون بحوزتهم، وبين التي لا تكون بحوزتهم ممن يلقاه المسلمون بأرض الإسلام.

قال مالك في العلو³ تتكسر مراكبهم فيلقاهم المسلمون ومعهم السلاح، أو ينزلون عن مراكبهم وهم يشكون العطش طلبا للماء، أنهم فيء يرى فيهم الإمام رأيه، ولا يختص بهم من وجدهم⁴، أما أموالهم فقد فرق بين ما كان بحوزتهم فيكون تبعا لهم في الحكم، يرى فيها الإمام رأيه، وبين ما ليس كذلك فيختص بها من وجدها إلا أن يكون عينا؛ ذهبا أو فضة ففيها الخمس⁵.

فما الفرق بين ما يلقاه المسلمون من أموال العلو مما كان بحوزتهم، وبين ما لا يكون بحوزتهم، وما الفرق بين الذهب والفضة وبين سائر الأموال في ذلك؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين ما يلقاه المسلمون وحده من متاع العلو، وبين ما يلقوه بحوزة أصحابه: (والفرق بين ما وجد من المتاع وحده أو وجد مع أصحابه؛ فلأنّ ما وجد مع أصحابه حكمه حكمهم، وذلك تبع، وما وجد وحده فهو لمن وجده ولا خمس فيه؛ لأنّه لم يوجف عليه، والفرق بين ذلك وبين الذهب والفضة كالركاز؛ لأنّه مال كافر غنم، وهي العلة في أنّ في الركاز الخمس؛ لأنّه مال كافر غنم)⁶.

¹ - المدونة: 480/1 التهذيب: 562/1، النوادر والزيادات: 455/2.

² - النوادر والزيادات: 326/1.

³ - جمع علع؛ وهو اسم للحمار الوحشي إذا سمن وقوى، واستعيرت للرجل من كفار العجم، وقيل: خاصة بالقوي منهم الضخم القادر على الحرب. ينظر لسان العرب: 326/2، تاج العروس: 108/6، القاموس المحيط: 199/1.

⁴ - المدونة: 5-2/1، التهذيب: 52/2.

⁵ - والتفرقة لابن المواز. ينظر النوادر والزيادات: 131/1.

⁶ - الجامع: 82/3.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

ما يغنمه المسلمون من أموال الحربيين على وجهين؛ منه ما هو مغنوم بقتال أو إيجاف عليه بخيل وركاب، فهذا النوع يخمس؛ خمس لله وخمس للمقاتلين، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾¹، ومنه مغنوم بغير قتال أو إيجاف، وهو الذي ينجلي عنه أهله ويتركونه رهبة وفزعا، فهذا لا يخمس، ويصرف جميعه في مصالح المسلمين، وهو المعروف بالفيء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْبَاءُ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ بِمَا أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ﴾².

والأسرى من الرجال المقاتلين أمرهم إلى الإمام ينظر فيهم رأيه بين خمسة أوجه؛ القتل، أو الجزية، أو الاسترقاق، أو المن، أو الفداء، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿بِإِذَا لَفِئَتُهُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا بِضَرْبِ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَفْخَنْتُمُوهُمْ بِشُدُورِ التَّوَقَّاقِ إِيمَانًا مَّا بَعْدَ وَمَا يَدَاءُ حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾³.

أما العلوج الذين يلقاهم المسلمون ممن لم يأت لطلب الأمان أو التجارة فأمرهم إلى الإمام اعتبارا بالأسرى بجامع الحراية⁴. أما أموالهم؛ فبالنظر إلى أنها لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب أشبهت الفيء، وبالنظر إلى أنها مال كافر وجد بأرض الإسلام أشبهت الرّكاز، ونظرا لترددها بين الشبهين؛ الفيء والرّكاز، فرّقوا بين ما كان بحوزتهم فألحقوه بالفيء بحكم التبعية لهم، وبين ما لم يكن بحوزتهم فألحق بالرّكاز.

ولما فرّق مالك بين الذهب والفضة وبين غيره في الرّكاز⁵ - حيث تخمس العين، ويختصّ الواجد بما سوى العين - فرّقوا بين العين وبين ما سواها من متاع العلوج الذي يلقي وحده؛ فتخمس العين، ويختصّ الواجد بما سواها.

1 - سورة الأنفال، الآية رقم: 41.

2 - سورة الحشر، الآية رقم: 06.

3 - سورة محمد، الآية رقم: 04.

4 - التّبصرة: 1361/3.

5 - وهو ما يعرف بدفن الجاهلية؛ فقال مالك مرّة يخمس، وفرّق في أخرى بين العين وبين غيرها؛ فتخمس العين، وما سوى ذلك فهو لواجده. ينظر المدونة: 340/1، النوادر والزيادات: 202 / 2 - 204.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: العالج يلقاه المسلمون، فيدعي أنه جاء لطلب الأمان، ينظر؛ فإن قام دليل على صدقه كان آمناً ولا يسترقّ، وإن قام دليل على كذبه لم يقبل قوله ويسترقّ، وإن لم يقم دليل على كذبه ولا على صدقه فهو موضع الخلاف، وذهب مالك في المدونة إلى أنه يردّ إلى مأمّنه ويقبل قوله، وفرّق ابن القاسم بين أن يؤخذ فور وصوله فيقبل قوله، وبين أن يؤخذ بعد طول فلا يقبل¹.

ثانياً: الأموال التي تؤخذ من أهل الكفر على ثمانية أوجه²: الصلح، العنوة³، جزية الجماجم، خراج الأرض، عشور أهل الذمة إذا اتّجروا إلى غير بلادهم، ما أخذ من الحربيين إذا نزلوا بأمان، الرّكاز. ثالثاً: المأخوذ في الغنيمة سبعة؛ الأموال، الرّجال، النّساء، الصّبيان، الأرضون، الأطعمة، الأسلاب، الأنفال⁴.

رابعاً: حكم المأخوذ في الغنيمة على خمسة أوجه هي⁵:

- 1 - الحكم فيها خالص لله؛ وهي جزية الجماجم، وخراج الأرض، وعشور أهل الذمة، وأهل الحرب إذا أتوا تجّاراً.
- 2 - الحكم فيها لمن أخذها ولا خمس فيها، وهو ما أخذ من بلد الحرب ولم يوجف عليه.
- 3 - الحكم فيها هو التّخمس؛ خمس لله، وأربعة أخماس لمن أخذها، وهو ما يغنمه المسلمون بعد الحرب، والرّكاز.
- 4 - مختلف فيها؛ هل هي لله أم تخمس، وهو ما جلا عنه أهله.
- 5 - مختلف فيها؛ هل هي لواجدها أم تخمس، وهو ما يغنمه العبيد بأيّجاف من أرض الإسلام ولا حرّ معهم.

¹ - ينظر البيان والتّحصيل: 607/2. التّبصرة: 1358 /3.

² - ينظر التّبصرة: 1404/3.

³ - وهو ما انجلى عليه أهله ولم يوجف عليه.

⁴ - المرجع السابق: 1406/3.

⁵ - المرجع السابق: 1411/3.

المطلب الثالث: الفرق بين من ضلّ عن الجيش، وبين من أسر في استحقاق سهم الغنيمة.

ما يغنمه المسلمون من أموال الكفار على وجهين: مغنوم بغير إيجاف أو قتال؛ وهو ما ينجلي عنه أهله ويتركونه خوفاً وفزعا، فهذا يصرف في مصالح المسلمين ولا يخمس، ومنه مغنوم بقتال أو إيجاف فيخمس؛ خمس لله ولرسوله، وخمس للجيش ممّن قاتل أو شهد القتال، وفضلا عمّن شهد القتال أو قاتل فإنّه يسهم عند ابن القاسم لمن ضلّ عن أصحابه بأرض العدو ولم يحظر قتالا، ورجع بعد الغنيمة¹. بخلاف الأسير يؤسر قبل القتال فلا يسهم له شيء ممّا غنم وهو في الأسر². فما الفرق بين الأسير لا يسهم من الغنيمة، وبين الضالّ عن الجيش يسهم رغم أنّهما لم يقاتلا ولم يشهدا قتالا؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس موجهها تفرقة ابن القاسم بين الأسير وبين الضالّ عن الجيش في استحقاق الغنيمة: (كأنّه رأى أسره كموته لتعدّر خلاصه، ففرّق بينه وبين من ضلّ؛ لأنّ هذا لم يهلك ولا أيس عن رجوعه إليهم، والله أعلم)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل فيما يغنمه المسلمون هو قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾⁴، وعلّة استحقاق الغنيمة هي القتال ومشاهدته؛ ولذلك لم يسهم لمن مات قبل القتال. بخلاف من مات بعده. وجريا على هذا الأصل فإنّ الرّيح إذا فرقت جيشا فردّت بعضهم ومضى البعض الآخر فقاتلوا وغنموا، فلا يسهم لمن ردّتهم الرّيح إلى أرض الإسلام، غير أنّ مالكا أسهم لهم ولو لم يشهدوا قتالا؛ لأنّهم مغلوب على أمرهم، وأنّ خروجهم كان لأجل القتال، ولما كان كلّ من الأسير قبل القتال والضالّ بأرض العدو مغلوبا على أمرهما، وأنّ خروجهما كان لأجل القتال فإنّه يسهم لهما تخريجا على قول مالك

¹ - وهو قول ابن المواز، وأصبع، وروى ابن نافع عن مالك أن لا سهم لهم، وشهر القرافي التفرقة بين أن يكون ضلاله بعد الإدراب فيسهم له، وبين أن يكون قبله فلا. ينظر المدوّنة: 250/1. التّهذيب: 67/2، النّوادر والزيادات: 170/3، الذّخيرة: 426/3.

² - يسهم للأسير ما غنموه قبل أسره من يوم خلاصه. ينظر النّوادر والزيادات: 161، 193/3.

³ - الجامع: 194/3.

⁴ - سورة الأنفال، الآية رقم: 41.

فيمن ردتهم الرّيح إلى أرض العدو¹، غير أنّ الأسير لما كانت حياته ميؤوسة بسبب تعدّد خلاصه عادة، كان إلحاقه بمن مات قبل القتال أولى. بخلاف الضالّ؛ فهو حيّ غير ميؤوس من رجوعه؛ ولذلك كان أقرب شبها بمن ردتهم الرّيح، بجامع الغلبة فيسهم له.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المعنى في استحقاق الغنيمة هو القتال، أو تكثير العدد بالحضور شريطة أن يكون خروجه للجهاد، وبناء على ذلك:

1 - لم يسهم لمن مات قبل القتال؛ لأنّه لم يكثر عدداً، ولم يقاتل، فكان بمنزلة من مات بدار الإسلام.

2 - الرّجل إذا خرج يريد الجهاد في سبيل ثم اعتلّ فإنّه يسهم له إذا حضر القتال؛ لأنّ خروجه لأجل الجهاد، وهو مغلوب على أمره.

3 - لا يسهم للتّجار والصّناع والأجراء ولو حضروا حتى يقاتلوا؛ لأنّ خروجهم لم يكن لأجل الجهاد².

4 - يسهم للفرس سهمان، وهو مثل الآدمي في الموت والمرض، فإذا مات بعد القتال أو شهد القتال وكان مريضاً فإنّه يسهم له³. بخلاف ما إذا غصب، أو أعير فالسّهان لراكبه، والسّه لربيّه⁴.

ثانياً: لم ينصّ مالك على مسألة الأسير والضالّ عن الجيش، وقد خُرّجتا على قوله في مسألة من ردتهم الرّيح إلى أرض العدو؛ بحيث خُرّجت الأولى على وفق قوله، والثانية على خلاف قوله؛ لمكان الفرق.

المطلب الرابع: الفرق بين من نذر المشي إلى مكّة أو البيت، وبين من نذره إلى الحرم في لزومه.

الأصل ألاّ تُندّر صلاة إلّا إلى المساجد الثّلاث؛ مكّة والمدينة وبيت المقدس، ولا يُندّر مشي إلّا إلى مكّة، ولا شيء على من نذر مشياً إلى غيرها؛ كالمدينة أو بيت المقدس، وبناء على ذلك فمن قال: علىّ مشي إلى مكّة أو إلى المسجد الحرام، لزمه مشي في عمرة أو حجّ؛ نوى المشي إلى بيت

1 - المدوّنة: 520/1.

2 - المدوّنة: 520/1، التّوادر والزيادات: 169/3.

3 - المرجعان السابقان: 520/1، 189/3.

4 - المرجان السابقان. 518/1. 158/3.

الله، أو أطلق ولم ينو شيئاً، أمّا إذا قال: عليّ مشي إلى الحرم فلا يلزمه شيء إلا إذا نوى المشي إلى بيت الله¹.

فما الفرق بين من نذر المشي إلى الحرم فلا يلزمه شيء ما لم ينو المشي إلى بيت الله، وبين من نذر المشي إلى مكة فيلزمه ولو لم ينو شيئاً، رغم أنّهما يتضمّنان بيت الله الحرام؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين من نذر المشي إلى مكة أو إلى المسجد الحرام، وبين من نذره إلى الحرم في لزومه: (لأنّ الذي يقول إلى مكة جرت مقاصد الناس فيه أنّهم يريدون بمكة البيت، وإذا لم تكن لهم نيّة حمل أمره على قصد الناس، أمّا إذا قال: عليّ المشي إلى الحرم، فلا مقصد فيه للناس ولا عادة، فإذا لم تكن لهم نيّة أُعطي اللفظ حقّه في اللّغة، فيحمل على أوائل الحرم؛ لأنّه أقلّ ما يتناوله الاسم)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من نذر المشي إلى بيت الله فقد أوجب على نفسه المشي في حجّ أو عمرة، والمعنى في ذلك أنّ المشي والركوب في الحجّ والعمرة طاعة، ومن نذر طاعة لله لزمته، كما أنّ المعنى في لزوم المشي على من قال: عليّ المشي إلى بيت الله أنّ المشي لا يكون طاعة إلا في حجّ أو عمرة، ولا يكون إلا إلى البيت.

ولمّا كانت مقاصد الناس أنّهم يريدون بمكة البيت الحرام حمل قول من أطلق المشي إلى مكة أو إلى المسجد الحرام - ولم ينو شيئاً - على عرف الناس في التّخاطب، وهو بيت الله، فيلزمه المشي إليها وإن لم ينوه. بخلاف الحرم فلا عرف ولا عادة في إرادة البيت لمن قال: عليّ المشي إلى الحرم، فلا يُحمل قول من أطلق المشي إلى الحرم على بيت الله، وإنّما يُعطي اللفظ حقّه من النّاحية اللّغوية، فيحمل على أدنى ما يتحقّق به اللفظ، وهو أوائل الحرم، والمشى إلى أوائل الحرم ليس طاعة فلا يلزم مشي على من قال: عليّ مشي إلى الحرم.

¹ - ينظر المدونة: 556/1 التّهذيب: 8685/2. التّوادر والزّيادات: 29/4.

² - الجامع: 307./3

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل ألا تُنذر صلاة إلا إلى المساجد الثلاث، ولا يُنذر مشي إلا إلى مكة، وأن الأصل في النذر عند الإطلاق أن يحمل على نية الناذر، وإلا فعلى عرف الناس في التخاطب.

ثانياً: وجريا على هذين الأصلين فإن:

1 - من نذر مشيا إلى مسجد رسول الله، أو إلى بيت المقدس، أو إلى المسجد الحرام لزمته الصلاة في هذه المساجد دون المشي.

2 - إذا نذر مشيا إلى هذه المساجد ونوى مجرد الوصول إليها فلا يلزمه شيء.

3 - من نذر مشيا إلى بيت الله ولم ينو مجرد الوصول لزمه النذر، فإن عين حجاً أو عمرة لزمه ما نوى، وإن أطلق لزمه ما يختار، وينتهي المشي في الحج بطواف الإفاضة، وفي العمرة بالفراغ من السعي¹.

ثالثاً: من قال علي السير أو الانطلاق أو الإتيان إلى مكة، فإن غاية اللفظ لا يوجب أكثر من مجرد الوصول، والوصول لا يجب أصلاً²، وجريا على هذا الفرق فإنه إذا كانت أعراف الناس في التخاطب في ناذر الوصول إلى مكة هو الوصول مشيا، لزمه في جميع هذه الوجوه الحج أو العمرة، وإلا فلا.

خلاصة

من خلال ما تم عرضه في هذا الفصل يمكن القول إن ابن يونس تعرّض لمختلف أنواع الفرق التي ذكرها علماء الأصول؛ سواء كان فرقا بخصوص الأصل، أم كان فرقا بخصوص الفرع، كان من الفروق الفقهية التي هدفها التمييز بين حقيقتين، أم كان فرقا أصوليا هدفه الحيلولة دون إحقاق غير المنصوص بالمنصوص، وقد عدّ مطلق الاستثناء من الأصل العام - سواء كان بالنص أم بالمعنى - من قبيل الفرق، وقد تمحّض البحث في هذا الفصل عن جملة من القواعد الفقهية والأصولية، والمعاني المقاصدية.

¹ - ينظر التبصرة 4/1653.

² - ينوى عند مالك، وألزمه أشهب بالحج والعمرة، ينظر المدونة: 567/1.

الفصل الثالث: الفروق المتعلقة بالمعاملات

ويتضمّن أربعة مباحث

المبحث الأول: فروق في فقه الأسرة

المبحث الثاني: فروق في بيوع السلم والمرابحة

المبحث الثالث: متفرقات من مختلف كتب البيوع

المبحث الرابع: فروق في الأكرية والإيجار والقراض

الفصل الثالث: الفروق المتعلقة بالمعاملات.

هذا الفصل خاص بفقهاء المعاملات؛ سواء ما كان منها مبنياً على المسامحة والمكارمة وهو ما يتعلّق بفقهاء الأسرة، أو ما كان مبنياً على المكايسة والمغابنة من بيع وشراء، وإجارة وكراء، وما يتعلّق بها من عقود الاستيثاق؛ كرهن وحمالة، وغيرها في سبعة وثلاثين فرقا، موزّعة على أربعة مباحث؛ حيث تناول المبحث الأوّل ثمانية فروق في مختلف أبواب فقه الأسرة، وتناول المبحث الثاني ثمانية فروق في بيع السلم والمرابحة، وتناول المبحث الثالث عشرة فروق موزّعة بين الصّرف، وبيع الخيار، وبيع المرابحة، وبيع الآجال، والعيوب والتدليس في البيع، والبيع الفاسدة، واستعرض المبحث الرابع أحد عشر فرقا في مسائل متعلّقة بالأكرية والإيجارات.

المبحث الأوّل: فروق في فقه الأسرة.

يتناول هذا المبحث ثمانية فروق في مختلف الأبواب ذات الصّلة بفقهاء الأسرة؛ في نكاح الشّغار والمريض، وما يحصّن الزوجين، والشّهادة على الرّضاع، والخلع والحكمين، والإيلاء، في ثمانية مطالب.

المطلب الأوّل: الفرق بين وجه الشّغار وبين وجه الدّين بالدّين في وجوب الفسخ.

ورد النّهي عن بعض العقود، والنّهي يدلّ على الفساد، والفساد يقتضي وجوب الفسخ¹، ولا فرق في ذلك بين عقود النّكاح وبين سائرهما، ومن جملة العقود المنّهية عنها: نكاح الشّغار²، والدّين

¹ - تعدّ دلالة النّهي من أشهر المسائل الأصولية اختلافا بين العلماء؛ فبعد اتّفاقهم على اقتضاء النّهي للتّحريم، اختلفوا في أثره، وهو عند جمهور العلماء يفيد الفساد، وفرّق الحنفية بين أن يكون النّهي منصّباً على أمر جوهري في العقد فيقتضي الفساد، وبين أن يكون لأمر لازم أو مجاور فلا يقتضيه، وذهب المحقّقون من السّادة المالكية إلى أنّه يفيد الفساد إذا كان لمعنى في المنهية عنه، أمّا إذا كان في غير المنهية عنه فالأغلب ألاّ يقتضيه، وقيل: يفيد الفساد على وجه تثبت معه شبهة الملك.. ينظر المسألة: البرهان في أصول الفقه: 96/1، قواطع الأدلّة: 140/1، البحر المحيط: 380/3، الإحكام للأمدي: 188/2، إرشاد الفحول: 282/1، شرح تنقيح الفصول: 174، المحصول لابن العربي: ص 71، الموافقات للشّاطبي: أبي إسحاق إبراهيم بن موسى، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن، دار بن عفّان، ط1 (1417هـ - 1997م)، 346/1، شرح مختصر الرّوضة: 430/2، نثر الورود: 195/1.

² - وذلك في الحديث الذي رواه نافع عن ابن عمر: (أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن الشّغار)، والحديث أخرجه مالك في النّكاح، جامع ما لا يجوز في النّكاح، رقم: 24، 535/2، والبخاري في النّكاح، باب الشّغار، رقم: 4822، 1966/5، ومسلم في النّكاح، باب تحريم الشّغار وبطلانه، رقم: 1415، 439/4.

بالدين¹، ولم يفرّق مالك بين صريح الدين بالدين، وبين وجه الدين بالدين² في وجوب الفسخ. بخلاف الشغار؛ فقد أوجب الفسخ مطلقاً في صريح الشغار، سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده، وأمضاه في وجه الشغار بعد الدخول بالأكثر من المثل أو المسمّى³.

فما الفرق بين وجه الدين بالدين جعله كالدين بالدين، وبين وجه الشغار الذي لم يجعله كصريحه في وجوب الفسخ؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين وجه الدين الذي جعله مالك كصريحه، وبين وجه الشغار الذي لم يجعله كصريحه: (وإنّما فرّق بين وجه الشغار وبين الشغار بخلاف وجه الدين بالدين الذي جعل كالدين بالدين؛ لأنّ وجه الدين بالدين يوجد فيه الرّبا كما يوجد في نفس الدين بالدين، والشغار حقيقته البضع بالبيع فلا صدق يدخل في ذلك، ووجه الشغار الصادق يدخل فيه، فإن كان قرناً إلى ذلك البضع بالبضع فلا يبلغ مبلغ نفس الشغار)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الدين بالدين هو فسخ ما في ذمّة المدين بشيء مخالف لما في ذمّته - عدداً أو صفة - إلى أجل، وعلة منعه هي التّحيل والتّدرع إلى الرّبا، وبيان ذلك أنّ أجل الدين إذا حلّ لا يجوز تأخيره

¹ - وذلك في الحديث الذي رواه نافع عن ابن عمر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم (نهى عن الكالئ بالكالئ)، والحديث أخرجه الدارقطني في كتاب البيوع، رقم: 3060، 40/4. سنن الدارقطني أبو الحسن علي بن عمر، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ط1 (1424هـ - 2003م)، والبيهقي في الكبائر، في جماع أبواب الرّبا، باب ما جاء في التّهي عن بيع الدين بالدين، رقم: 1035، 474/5، السنن الكبرى للبيهقي: أبي بكر أحمد بن الحسين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3 (1424هـ - 2003م)، والحاكم في كتاب البيوع، رقم: 2342، وقال صحيح عن شرط مسلم، 65/2، المستدرک على الصّحیحین للحاكم: أبي عبد الله محمد بن عبد الله ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1411هـ - 1990م).

² - صريح الدين بالدين أن يفسخ ما في ذمّة مدينه في شيء مخالف لما في ذمّته عدداً أو صفة إلى أجل؛ كأن يكون لك على شخص عشرة دنانير فتفسخها في عشرين ديناراً أو عشرة أثواب إلى أجل، أمّا وجه الدين بالدين فله صور عديدة؛ منها: أن يشتري ثمرأ أو لبناً بحيث يأخذ المبتاع ثمره أو لبنة يوماً بيوم، فإن فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشتراه أخذ في مقابل ذلك سلعة إلى أجل. ينظر الموطأ: 153/2، المدوّنة: 101/3، 509، 554، 277/4، الكافي: 737/2.

³ - ينظر المدوّنة: 98/2 - 100، التّهذيب: 132/2، النّوادر والزّيادات: 451/4، البيان والتّحصيل: 65/5، وغيرها.

⁴ - الجامع: 17/4.

زيادة؛ لأن تأخيره بعد استحقاق قبضه كسلفه لمن هو عليه، والزيادة في مقدار عوض التأخير هي زيادة في عوض السلف، فإذا فسخ في جنسه - وكان أكثر عددا - كان كسلف جرّ نفعاً، ولمّا كان كلّ سلف جرّ نفعاً هو ربا¹ كان ذلك عين الرّبا، ولمّا كان وجه الدّين بالدّين يؤول في نهاية الأمر إلى فسخ ذمّة في ذمّة أضحي أن لا فرق بين وجه الدّين بالدّين وبين صريحه من حيث المعنى، وهذا يقتضي استوائهما في الحكم وهو وجوب الفسخ.

أمّا وجه الشّغار وصريحه فالأمر مختلف، وبيانه أنّ حقيقة الشّغار هو أن يزوّج الرّجل مولّيته على أن يزوجه الآخر مولّيته وليس بينهما صداق، وعلّة منعه هي خلوّ العقد عن الصّداق، فيكون الفساد في العقد، أمّا وجه الشّغار فحقيقته أن يقول الرّجل: زوّجني مولّيتك بكذا على أن أزوّجك مولّيتي بكذا، فالعقد من حيث اشتراط تزوّج إحداها بالأخرى شغار، ومن حيث سمّي لكلّ منهما صداقا ليس بشغار؛ لعدم خلّوه عن الصّداق، فيكون الفساد في الصّداق؛ لكونه بعض الصّداق وليس الفساد في العقد، وفرق بين أن يكون الفساد في العقد فيفسخ قبل الدّخول وبعده، وبين أن يكون في الصّداق فيجب مهر المثل أو المسمّى.

فوجه الدّين بالدّين وصريحه متّفقان معنى مختلفان صورة، ووجه الشّغار وصريحه مختلفان صورة ومعنى، ولما كانت العبرة بالمعاني جعل وجه الدّين بالدّين كصريحه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: النّهي يفيد فساد المنهيّ عنه إذا كان النّهي لمعنى في المنهيّ عنه، ومعنى الفساد في العبادات هو تضمّنها لمعنى يوجب بقاء الذمّة مشغولة بها، ومعناه في المعاملات عدم ترتيب آثارها عليها، غير أنّ الأمر إذا كان متعلّقاً بالبيع فإنّ الملك يتقرّر بالقيمة إذا فات، وهذا معنى قولهم أنّ البيع الفاسد يفيد شبهة الملك، أمّا إذا كان النّهي لمعنى في غير المنهيّ عنه فالأغلب ألا يفيد الفساد².

ثانياً: الفساد في النّكاح قد يكون في العقد، وقد يكون في الصّداق، وقد يكون في الشّروط المقترنة به، فإذا كان الفساد في العقد؛ كنكاح المحارم، ونكاح المرأة في عدّتها، ونكاح المحرم، ونكاح الشّغار

1- أصل هذه القاعدة ما رواه البيهقي - موقفاً - في السنن الكبرى عن فضالة بن عبيد أنه قال: (كلّ قرض جرّ منفعة فهو وجه من وجوه الرّبا)، رواه في البيوع، باب: كلّ قرض جرّ منفعة فهو ربا، 471/5.

2- ينظر المسألة، بداية المجتهد: 2008/3، المحصول: ص 71، شرح تنقيح الفصول: 174، نثر الورود: 195/1.

وغيرها، فإنّه يفسخ قبل الدّخول وبعده، أمّا إذا كان الفساد في الصّدّاق؛ كأن يكون الصّدّاق خمرا أو فيه غرر؛ ككونه ثمرا لم يبد صلاحه، أو كان مجهول الأجل فهذا القسم يفسخ قبل الدّخول ويمضي بعده بمهر المثل، وإذا كان الفساد بسبب الشّروط المقترنة بالعقد فيجب فسخه في بعض الأحوال بعد الدّخول وقبله، وفي بعضها يمضي بعد الدّخول بمهر المثل أو المسمّى¹.

ثالثا: كلّ نكاح اختلفوا في تحريمه، أو كان للوليّ أو لأحد الزّوجين أو غيرها إمضاؤه أو فسخه، فإنّه يفسخ بطلقة واحدة بائنة ويقع فيه الميراث، وكلّ نكاح يغلب فيه الزّوجان على فسخه يجب فسخه قبل وبعد البناء،؛ الفسخ فيه يكون بغير طلاق، ولا ميراث فيه بين الزّوجين².

رابعا: الدّين بالدّين عند الفقهاء ثلاثة أقسام³:

1- ابتداء الدّين بالدّين: وهو الذي يستلزم عمارة ذمّتين في زمن واحد؛ كأن يسلم إليه في شيء بثمن معلوم يكون دينا في ذمّة المسلم للمسلم إليه.

2- بيع الدّين بالدّين: وهو الذي يستلزم عمارة ذمّتين وقعت عمارة إحداها قبل الأخرى؛ كمن له دين على شخص فيبيعه من ثالث بدين، أو أن يكون لشخص دين على آخر، ولثالث دين على رابع، فباع كلّ من صاحبي الدّين ما يملك من الدّين بالدّين الذي هو للأخر.

3- فسخ الدّين بالدّين: وهو الذي يستدعي عمارة ذمّة واحدة بدين فسخ عنه الدّين السّابق؛ كأن يفسخ ما في ذمّة مدينه في أكثر من جنسه إلى أجل، أو يفسخه بشيء من غير جنسه إلى أجل.

فالنوع الأوّل والثّاني غير مقصود في هذه المسألة؛ لأنّه لا يتضمّن التّدرع إلى الرّبا، وإنّما هو ذريعة إلى المنازعة والمخاصمة، والمعنى - كما قال القرافي - هو (شغل الذمّتين، وإذا اشتغلت الذمّتين كان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشّرع كلّ ما يفضي إلى ذلك من بيع الدّين بالدّين)⁴، وفي السّياق ذاته قال: (مطلوب صاحب الشّرع صلاح ذات البين وحسم مادّة الفساد والفتن، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمّتين توجّهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سببا لكثرة الخصومات

1 - المقدمات الممهّدة: 283/1.

2 - ينظر هذه القواعد التّوادر والزيادات: 454/4 - 456، الذّخيرة: 446/4، القوانين الفقهيّة: ص359، وغيرها.

3 - التّاج والإكليل: 232/6، الفواكه الدّواني: 110/2، 101، شرح الخرشي: 96/5، شرح حدود ابن عرفة: 152/1، وغيرها.

4 - الفروق: 290/3.

والعداوات، فمنع الشرع ما يقتضي ذلك، وهو بيع الدين بالدين¹، أمّا القسم الثالث فهو الذي يتصور فيه التدرع إلى الرّبا، فجعل صريحه كوجهه.

المطلب الثاني: الفرق بين ردّة الزّوجة وبين ردّة الزّوج في إسقاط الإحلال.

الأصل أنّ المنبّئة لا تحلّ لمن بتّها حتى تنكح زوجا غيره، فيذوق عسيلتها وتذوق عسيلته، ثمّ يفترقان، وإذا كانت الفرقة بسبب ردّة أحد الزّوجين² فإنّ مالكا فرق بين ردّة الزّوجة فلا تحلّها لزوجها الأول حتى تذوق العسيلة مرّة أخرى³، وبين ردّة الزّوج الذي أحلّها فإنّ ردّته لا تؤثر في إحلال المنبّئة لمن بتّها⁴.

فما الفرق بين ردّة الزّوج، وبين ردّة الزّوجة في إسقاط الإحلال رغم أنّ ردّتها تبطل المعنى الذي ثبت به الإحلال، وهو النّكاح؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين ردّة الزّوج وبين ردّة الزّوجة في إسقاط الإحلال: (لأنّها أبطلت فعلها في نفسها، وهو نكاحها الذي أحلّها كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها. بخلاف ارتداد الزّوج الذي أحلّها؛ لأنّ ذلك فعل فعله في غيره فلا يبطله ارتداده)⁵.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الإحصان معنى يثبت في حقّ الزّوجين بسبب النّكاح، فإذا ارتدّت الزّوجة سقط إحصانها، والمعنى في ذلك هو أنّ النّكاح أثبت في نفسها معنى وهو الإحصان، فإذا ارتدّت فقد أبطلت نكاحها الذي كان سببا في إحصانها، فإذا بطل نكاحها سقط إحصانها الذي ثبت بالنّكاح؛ لأنّه إذا ارتفع السّبب ارتفع المسبّب الذي يقتضيه ضرورة، ولما كان الإحلال معنى يثبت في نفسها بالنّكاح فإنّ المرأة إذا ارتدّت بطل نكاحها الذي كان سببا في إحلالها، فيسقط الإحلال اعتبارا بالإحصان. بخلاف

1 - المرجع السابق: 290/3.

2 - إذا ارتدّ أحد الزّوجين أو كلاهما فرق بينهما قبل الدّخول وبعده، وهي عند ابن القاسم طليقة بئنة. ينظر الكافي: 485/1، القوانين الفقهية: ص 341، الفواكه الدّواني: 25/2، مواهب الجليل: 479/2، وغيرها.

3 - وهو قول ابن المواز. ينظر التّوادر والزيادات: 576/4.

4 - ذكر ابن رشد أن لا خلاف في ذلك. ينظر البيان والتّحصيل: 426/16.

5 - الجامع: 464/4.

ردّة الزّوج فإنّ نكاحه للمنبتة أثبت فعله هذا أثرا في غيره، وهو إحلال المنبتة، وبالتالي فإنّ ردّته - وإن كانت تبطل النّكاح الذي أحلّ المنبتة - لا تسقط عن المنبتة إحلالها كما لا تسقط ردّته إحصانها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: لما كان الإحلال ثابت بالنّكاح، وأنّ الردّة مبطلّة للنّكاح، فيتوهم أنّ مجرد إبطال النّكاح بالردّة كاف في إسقاط الإحلال، ولا فرق في ذلك بين ردّة الزّوج وبين ردّة الزّوجة، فجاء هذا الفرق ليبين أنّ منشأ الحكم في إسقاط الإحلال بردّة الزّوجة ليس هو مجرد إبطال النّكاح بالردّة، وإنّما منشأ الحكم هو أنّ النّكاح أثبت في نفسها معنى وهو الإحلال، وبالتالي فإنّ الفرق في هذه المسألة فرق بين حقيقتين، هدفه رفع اللبس عمّن يتوهم أنّ المسألتين متماثلتين.

ثانيا: قول ابن القاسم في أنّ الردّة تسقط الإحصان¹ كان تخريجا على قول مالك في كونها مسقطه للحجّ، بجامع أنّهما من حقّ الله، فقد سأله سحنون عن ردّة المرأة بعد زواجها (وطئها)، هل ترجم؟ فقال: (لا أرى أن ترجم، ولم أسمع من مالك، إلّا أنّ مالكا سئل عنها إذا ارتدّت وقد حجّت ثم رجعت إلى الإسلام أيجزئها ذلك الحجّ؟ قال: لا)².

ثالثا: ردّة المسلم تسقط عنه كلّ ما يتعلّق بحقوق الله من صلاة وصيام وحجّ³ وزكاة، ونذر وكفّارة، ويمين بالله بعق أو ظهار، وإحصان ووصية، وغيرها أمّا الطّلاق والوصية فلا يسقطان بالردّة، فإذا أوصى ثمّ ارتدّ فلا تسقط الوصية، وكذلك إذا طلق مرتين ثمّ ارتدّ، فتحرم إذا طلقها بعد توبته.

المطلب الثالث: الفرق بين نكاح المريض وبين نكاح المحرم في إقرارهما على النّكاح.

وجود الزّوجين ركن من أركان عقد الزّواج، وهو ما يعرف بالمحلّ، ومن الأوصاف المعتمدة في الزّوجين عدم المرض وعدم الإحرام، فلا يصحّ نكاح المريض ولا المحرم، ويتعيّن فسخ نكاحهما

1 - وقال غير ابن القاسم: لا تسقط الردّة الإحصان كما لا يسقط الطّلاق الثّلاث. ينظر المدوّنة: 207/2، التّهذيب: 238/3، النّوادر والزيادات: 586/4.

2 - المدوّنة: 207/2.

3 - ومعنى إسقاط الردّة للصلاة والزّكاة والصّوم هو إبطال ثوابها إذا فعلها ووجوب قضائها إذا لم يفعلها، وتعلّقها بذمّته، وفي الحجّ إبطال ثوابه إذا فعله ووجوب حجّه، ولا يلزم نذرا نذره قبل الردّة. ينظر مختصر خليل بن إسحق الجندي، ت: أحمد جاد، دار الحديث - القاهرة، ط1 (1426 هـ - 2005 م): ص 238؛ منح الجليل: 224/9، البيان والتّحصيل: 425/16.

قبل الدخول وبعده، وإذا لم يعلم به القاضي حتى صحَّ المريض، وحلَّ المحرم فإنَّ مالكا فرّق بينهما في وجوب الفسخ؛ فأقرَّ المريض على نكاحه¹، وأوجب فسخ نكاح المحرم مطلقاً، ولو طال وولد². فما الفرق بين نكاح المريض، ونكاح المحرم في إقرار نكاحهما بعد ارتفاع السبب الموجب للفسخ؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين إقرار نكاح المريض بعد برئه، وبين وجوب فسخ نكاح المحرم بعد إحلاله: (والفرق بينه (نكاح المحرم) وبين نكاح المريض إذا صحَّ أن نكاح المحرم إنّما يفسخ لعلّة في نفسه وهو الإحرام، وقد حرّمه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ³، ونكاح المريض إنّما حرّم لعلّة في غيره، وهو أنّه دخل على الورثة وارثاً، فإذا ارتفعت العلّة لم يكن للورثة حجة في فسخ النكاح)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في تصرف المرء فيما يملكه هو الجواز؛ سواء كان بعوض أم بغير عوض، ولما كان المريض متّهم بقصد الإضرار بالورثة منع من التصرف فيما زاد عن ثلث ما يملكه إذا كان التصرف من غير عوض؛ كالوصية والهبة والصدقة⁵، والمعنى في ذلك هو المرض المخوف، فإذا صحَّ مضت هبته وصدقته ووصيته، وكلّ التصرفات الناقلة للملكية من غير عوض بناء على الأصل القاضي بأنّ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

1 - ينظر المدونة: 180/2، التّهذيب: 106/2، النوادر والزيادات: 559/4.

2 - قال ابن حبيب: لم يختلف مالك وأصحابه بأنّه يفسخ. النوادر والزيادات: 556/4.

3 - وذلك في الحديث الذي رواه مالك في الموطأ عن عثمان بن عفان قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لا ينكح المحرم)، وفي رواية لمسلم زيادة (ولا يخطب)، رواه مالك في كتاب الحجّ، باب نكاح المحرم، رقم: 70، 348/1، ومسلم في الحجّ، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته، رقم: 1409، 136/4.

4 - الجامع: 260/9.

5- والأصل في ذلك قوله عليه الصلّاة والسّلام: (لا وصية لوارث)، رواه ابن ماجة في الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم: 2713، 18/4. وأبو داود في كتاب الوصايا، باب في الوصية للوارث، رقم: 2870، 492/4، والترمذي في أبواب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم: 2120، 620/3، والنسائي في كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث، رقم: 6435، 158/6، السنن الكبرى للنسائي: أبي عبد الرّحمان، ت: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1(1421هـ - 2001م)، والدارقطني في كتاب الفرائض، رقم: 4066، 122/5. سنن الدارقطني أبو الحسن علي بن عمر، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1(1424هـ - 2004م)، وغيرهم، وصحّحه الألباني في إرواء الغليل: محمّد ناصر الدّين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2(1405هـ - 198م)، 70/6.

ولمّا كان النّكاح متضمّن للمهر والنّفقة، واحتمال إدخال وارث، فإنّ المريض إذا نكح فإنّه متّم بقصد الإضرار بالورثة، فلا يصحّ نكاحه، ويقرّ عليه إذا شفي من مرضه اعتباراً بالهبة والصدقة والوصية، فالمعنى - إذا - في منع المريض من النّكاح ووجوب فسخه قبل وبعد الدّخول هو الخوف من الموت بسبب المرض، فإذا صحّ فقد تحقّق عدمه، فيصحّ نكاحه، أمّا المحرم فمنعه من الميراث كان لحقّ الله؛ لأنّ علّة المنع هي الإحرام وقد تحقّق، ولا سبيل إلى إقراره.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: سبب انفساخ نكاح المريض هو الموت المتوقّع، وسبب انفساخ نكاح المحرم هو الإحرام، وثمّة فرق بين انفساخ النّكاح بأمر متوقّع الحصول، يمكن حصوله ويمكن عدمه، فيصحّ إذا تحقّق عدمه، وبين أمر واقع فيجب فسخه مطلقاً، فالفرق هنا فرق بين حقيقتين، وهو من قبيل الفروق الفقهية.

ثانياً: الأصل عند ابن القاسم أنّ كلّ نكاح اختلف فيه السلف، أو قال أحد من أئمّة الفتوى بالأمصار بجوازه، فإنّ الفسخ فيه يكون بتطليقة بائنة، وجرياً على هذا الأصل فإنّ الفسخ في نكاح المريض والمحرم يكون بطلقة بائنة¹.

ثالثاً: من نظائر مسألة نكاح المريض؛ نكاح من حضر الرّحف، وراكب البحر، والمحبوس المحكوم عليه بالرّجم، فإنّ نكاح هؤلاء لا يصحّ، ويقرّ إذا لم يقع المحذور².

رابعاً: ومن نظائر المسألة أيضاً؛ نكاح المريض النّصرانيّة والأمة، وكذا حالة ما إذا أجاز الورثة كلّهم وهم بلّغ نكاح مريضهم، فقيل: يجب الفسخ لاحتمال أن يسلم النّصراني، وأن تعتق الأمة، وأن تنتقل التّركة إلى غير الورثة الذين أجازوا نكاح مريضهم، وقيل: يصحّ نكاحهم³.

وسبب اختلافهم في هذه المسائل هو اختلافهم في الطّوارئ؛ كالإسلام والعتق، وغيرها، هل هي معتبرة أم لا⁴.

1- وقال غيره: كلّ نكاح فاسد لا يصلح أن يقام عليه، ولا للأولياء - ولو رضوه - أن يجيزوه فسخ بغير طلاق، وكلّ نكاح لو رضي الأولياء أو غيرهم أن يجيزوه فإنّ الفسخ فيه يكون بتطليقة بائنة. ينظر الكافي: 2/ 534، 535.

2- ينظر التّوادر والزّيادات: 4/ 560، التّبصرة: 2001/5.

3 - ينظر المرجعان السّابقان: 4/ 559، 2002/5.

4 - ينظر منهاج التّحصيل: 3/ 595، 596.

خامساً: ذكر الإمام اللّخمي أنّ المرض قد يكون غير مخوّف فيصحّ نكاحه، وقد يكون مخوّفاً متطاولاً (مزمناً)؛ كالسلّ والجذام، فيصحّ إن كان في أوّل المرض، وقسم ثالث: وهو مرض مخوّف أشرف صاحبه على الموت، فلا يصحّ نكاحه، وقسم رابع: وهو المخوّف غير المتطاول الذي لم يشرف على الموت، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال، والمشهور أنّه فاسد، ولا ميراث فيه¹.

المطلب الرابع: الفرق بين النّكاح وبين الخلع في اشتراط كون العوض ممّا يصحّ تملكه.

النّكاح عقد على منافع البضع بعوض، وهو ما يعرف بالصدّاق، ويتعيّن كونه ممّا يصحّ تملكه، فإذا انعقد بما لا يصحّ تملكه وجب فسخه قبل الدّخول، ويصحّ بعده بمهر المثل، ولا فرق بين كون الصدّاق كلّه فاسداً، وبين أن يجمع بين الحلال والحرام²، أمّا الخلع - وهو طلاق يوقعه الزّوج على زوجته بعوض - فلا يشترط في عوضه أن يكون ممّا يصحّ تملكه، فإذا خالعه على حرام صحّ الخلع، ولا شيء للزّوج، ولا رجوع له على الزّوجة بشيء³.

فما الفرق بين عوض الخلع وبين عوض النّكاح في اشتراط كونه ممّا يصحّ تملكه؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين عوض النّكاح، وبين عوض الخلع في اشتراط المالية في العوض: (والفرق بين النّكاح وبين الخلع في هذا هو أنّ النّكاح لا يجوز إلّا بعوض، فيجب أن يفسد بفساده، والخلع يجوز بغير عوض، فلم يكن لعوضه تأثير في فساده)⁴.

الفرع الثّاني: تحليل الفرق.

الأصل ألاّ يخلو بضع من عوض، فإذا تواطأ الطّرفان على تركه وجب فسخه مطلقاً؛ قبل الدّخول وبعده، والمعنى في ذلك أنّ المالية - إلى جانب المكارمة والمواصلة - مقصودة في النّكاح، بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَثَرُوا النِّسَاءَ صَدَقْتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁵، وقوله أيضاً: ﴿وَأَثَرُهُنَّ بِأَمْعُرُوهُنَّ مُخَصَّنَاتٍ غَيْرَ

1 - النّبصرة: 2000.

2 - ينظر المدوّنة: 147/2، التّهذيب: 182/2، النّوادر والزيادات: 469/4.

3 - المراجع السابقة: 189/2، 262/5، 248/2.

4 - الجامع: 17/9.

5 - سورة النّساء، الآية رقم: 04.

مُسَلِّمَتٍ¹، ولَمَّا كَانَتِ الْمَالِيَةَ مَقْصُودَةً فِي النِّكَاحِ فَإِنَّهُ يَشْتَرُطُ فِي الصَّدَاقِ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ شَرْعًا، اِعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ بِجَامِعِ كَوْنِ الْمَالِيَةِ مَقْصُودَةً فِيهِمَا.

أَمَّا الْخَلْعُ فَإِنَّ الْمَالِيَةَ غَيْرَ مَقْصُودَةٍ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ فِيهِ هُوَ تَخْلِيصُ الْمَرْأَةِ مِنْ رِقِّ النِّكَاحِ، فَيَصِحُّ خَلْوُهُ مِنَ الْعَوْضِ، بِدَلِيلِ عَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا بِيَمَانٍ إِفْتَدَتْ بِهٖ﴾²، وَاِعْتِبَارًا بِالطَّلَاقِ الْمُبْتَدَأِ.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: منشأ الحكم في صحّة الخلع بما لا يصحّ تملكه هو كون المالية غير مقصودة في الخلع، وفي فساد النكاح هو كون المالية مقصودة، وبالتالي فالفرق في المسألة فرق بين حقيقتين هدفه التمييز بين منشأ الحكم بينهما.

ثانياً: بالنظر إلى كون المالية مقصودة في البيع والنكاح كان العوض مشروطاً فيهما، فلا يصحّ بدونهما، أو بما لا يصحّ تملكه، أو بما فيه غرر، أو جهالة، وبالنظر إلى أنّ طريق النكاح هو المكارمة والمواصلة فإنّه يصحّ بعد الدخول بمهر المثل، وفارق في ذلك البيع الذي يجب فسخه مطلقاً؛ لأنّه مبني على المكايسة والمتاجرة، وبناء على ذلك:

- 1- لا يفسد النكاح بعدم ذكر المهر في العقد، ولا بفساد العوض؛ ككونه ممّا لا يصحّ تملكه؛ كخمر، وميتة، وخنزير، أو انعقد بما فيه غرر أو جهالة. بخلاف البيع فإنّه يفسد في كلّ هذه الأحوال.
- 2- إذا كان العوض تمراً بدا صلاحه ثمّ أصابته - بعد ذلك - جائحة، فإنّ المصيبة على الزوجة، ولا رجوع لها على الزوج بشيء³. بخلاف البيع فإنّ المصيبة على البائع⁴.

ثالثاً: الخلع طلاق بائن لا رجعة للزوج فيه، وعلى الزوجة عدّة المطلقة، وإن نوى بالخلع ثلاثاً أو اشتترطت ذلك لزم ما نواه أو ما اشتترطت⁵.

1 - سورة النساء، الآية رقم: 25.

2 - سورة البقرة الآية رقم 248.

3 - ينظر المدونة: 590/2، التّهذيب: 432/3.

4 - ينظر البيان والتحصيل: 180/12، التبصرة: 4712/10.

5 - ينظر المدونة: 341/2، التّهذيب: 386/2.

المطلب الخامس: الفرق بين تراجع الأب عن إقراره بالرضاع، وبين تراجع الأم في فسخ النكاح. من شروط صحة الزواج عدم وجود الرضاع بين الطرفين، ويجب الفسخ إذا ثبت الرضاع ولو طال وولد، وكما يثبت الرضاع بالبيّنة يثبت بالإقرار من أحد الزوجين، أو من أبويهما، فإذا أقر الأبوان أو أحدهما قبل النكاح كان إقرارهما معتبرا، فإذا تمّ العقد وجب الفسخ مطلقاً¹، وإذا أقر أحدهما وعند العقد - أو بعده - تراجع² فإن مالكا فرق بين تراجع الأب فلا يقبل منه، ويجب الفسخ، وبين تراجع الأم فلا أثر له في العقد قضاء³.

فما الفرق بين الأب وبين الأم في تراجعهما عن الإقرار، رغم أنّ إقرارهما كان معتبرا قبل النكاح؟
الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين تراجع الأب عن الإقرار وبين تراجع الأم عن ذلك: (والفرق بين الأب وبين الأم في هذا القول؛ فلأنّ الأب هو العاقد على ابنه الصّغير، وعلى ابنته الصّغيرة، فصار ذلك كإقراره على نفسه)⁴.

الفرق الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ كلّ ما يقرّ به المرء على نفسه - وهو طائع غير مكره - فإنّ ذلك يلزمه، ولا ينفعه الرجوع عنه، وبناء على هذا الأصل فإذا أقرّ أحد الزوجين بالرضاع قبل العقد فإنّه لا ينفعه الرجوع عن هذا الإقرار، وإذا دخل وجب فسخ العقد مطلقا، والمعنى في ذلك هو أنّ الإقرار على النفس بمثابة البيّنة القاطعة.

ولمّا كانت الولاية تقتضي ألاّ فرق بين ما يعقده الوليّ في حقّ نفسه، وبين ما يعقده في حقّ غيره ممّن هم في ولايته من حيث ترتّب آثار العقد، كان ما يقرّ به في حقّ من تولّى أمره بمنزلة ما يقرّ به في حقّ نفسه بناء على أنّ الأب أدرى بمصلحة من تولّاه، وأنّه لا يتّهم بالتقصير، ولمّا كان الأب هو

1 - ينظر المسألة الأخيرة: 277/4، عقد الجواهر الثمينة: 594/2، التوضيح: 120/5، التاج والإكليل: 540/5، منح الجليل: 382/4، شرح الخرشي: 181/4، وغيرها.

2 - كأن يقول عند العقد أو بعده: ما أقررت به قبل ليس على حقيقته، وإنّما فعلته اعتذارا لعدم إرادة النكاح.

3 - وهو قول مالك. ينظر المدونة: 301/2، التّهذيب: 449/1، النوادر والزيادات: 83/5.

4 - الجامع: 426/4.

الذي يتولّى العقد عن ولده الصّغير كان إقراره برضاع ولده كإقراره على نفسه فلا ينفعه الرجوع. بخلاف الأمّ، فهي لا تعقد على نفسها ولا على غيرها، وبالتالي فإنّ إقرارها على ولدها الصّغير لا يُنزّل منزلة إقرارها على نفسها، فلا يلزم من رجوعها عن إقرارها وجوب الفسخ.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الفرق في هذه المسألة من قبيل الفروق الفقهية، هدفه التّمييز بين حقيقتين؛ ذلك أنّ الإقرار عن الغير فيه معنى الدّعوى، والإقرار على النفس اعتراف، ولما نُزّل إقرار الأب على ابنه الصّغير منزلة الإقرار على النفس كان إقراره اعتراف، وإقرار الأمّ دعوة، وثمة فرق بين الدّعوى والاعتراف.

ثانياً: يثبت الرّضاع بإقرار الزوجين معاً، أو بأحدهما قبل النّكاح¹، أو بإقرار أبوي الزوجين، أو أحدهما؛ لأنّ الإقرار بمثابة البيّنة القاطعة، كما يثبت - أيضاً - بشهادة عدلين، أو بشهادة امرأتين عدلتين.

ثالثاً: كلّ نكاح فسخ قبل الدّخول لا شيء فيه، ويستثنى من ذلك نكاح الدّرهيمين، وفرقة المتلاعنين، وفرقة المتراضعين، وهذه الأخيرة مقيدة بما إذا ادّعى الزوج الرّضاع وأنكرت ولم يسمع منه قبل ذلك، ففي هذه الحالة يُفرّق بينهما ولها جميع الصّدّاق، والمعنى في ذلك أنّ الزوج متهم في ادّعائه الرّضاع؛ لإسقاط نصف الصّدّاق، فعومل بنقيض مقصوده².

رابعاً: عرّف ابن عرفة الإقرار بأنّه (خبر يُوجب حكم صدّقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه)³، وعرّف الدّعوى بأنّها (قول هو بحيث لو سلم أوجب لقائله حكماً)⁴، والفرق بينهما هو أنّ الإقرار خبر

1 - أما بعد النّكاح ففيه تفصيل؛ خلاصته أنّه إذا اتّفق الزوجان على الرّضاع فسخ وسقط المهر، وإذا ادّعاه الزوج وأنكرت فسخ، ولا صدّاق إن سمع منه قبل العقد، وإلا فيلزمه جميعه قبل الدّخول، ونصفه بعده، وليس لها من الصّدّاق شيء إلا إذا دخل بها. ينظر عقد الجواهر الثّمينة: 2/594، الدّخيرة: 277/4، 278.

2 - وكذلك المعنى في فرقة المتلاعنين؛ فينهم الزوج في إسقاط نصف الصّدّاق فيلاعن زوجته، أما المعنى في نكاح الدّرهيمين؛ فلأنّ الفسخ غير لازم؛ لأنّ الزوج مخير بين إتمام المهر ثلاثة دراهم، أو ما يساويها، أو أن يفسخ، فإذا اختار الفسخ لزمه نصف المهر؛ لأنّه كالمختار للطلاق. ينظر حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير: 241/2، بلغة السّالك لأقرب المسالك (حاشية الصّاري على الشّرح الصّغير) للصّاوي: أبي العبّاس أحمد بن محمّد، دون ت، دار المعارف، دون ط، دون ت، 390/2، مواهب الجليل: 491/3.

3 - شرح حدود بن عرفة: ص 332، 468.

4 - المرجع نفسه.

عن حقّ يتعلّق بالمخبر، ويضّرّ به وحده. بخلاف الدّعى فهي خبر يتعلّق بالمخبر على غيره، والفرق بين الدّعى والشّهادة في النّفع؛ فإن كان في الخبر نفع لصاحبه فهو دّعى، وإلّا فهو شّهادة¹.

المطلب السادس: الفرق بين مراجعة المختلعة وبين مراجعة المطلقة رجعيًا في تداخل العدتين.

أوجب الله العدة للمطلقات حفظاً للأنساب، وتحصينا للفروج، ونهى غير الزوج عن نكاح المعتدة، وفي الوقت نفسه أباح للزوج أن يعيد زوجته المعتدة إلى العصمة ولو قبل بلوغ الكتاب أجله، وإذا أعاد الزوج زوجته المعتدة إلى العصمة، ثمّ طلقها قبل المسيس فهل تبني على عدتها من الطلاق الأول أم أنّها تستأنف عدة جديدة؟ لقد فرّق مالك بين المطلقة طلاقاً رجعيًا وبين المختلعة؛ فأوجب استئناف عدة جديدة على المطلقة رجعيًا، واكتفى في المختلعة بالبناء على عدتها الأولى².

فما الفرق بين المختلعة وبين المطلقة رجعيًا في استئناف العدة، رغم أنّه تمّ إرجاعهما قبل بلوغ الكتاب أجله، ثمّ طلقنا قبل المسيس؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين المختلعة وبين المطلقة طلاقاً رجعيًا تُرتجعان في العدة، وتُطلقان قبل المسيس في وجوب استئناف العدة: (والفرق بينهما أنّ الزوجة في الطلاق الرجعي أحكام الزوجية باقية بينهما، فإذا ارتجع عادت زوجة مدخولاً بها كما كانت قبل الطلاق، فإذا طلق ثانية وجب عليها العدة لهذه الطلقة، فإن كان بقي من العدة الأولى شيء فهو داخل في هذه العدة المؤتتفة، وإذا كانت المطلقة الأولى بائنة فهو لا يرتجعها إلّا بنكاح جديد وبصداق ووليّ، فإذا طلق قبل أن يمسه فقد طلق قبل البناء، فلا عدة عليها لهذا الطلاق الثاني، فوجب أن تتمّ العدة للأول)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

شرع الله العدة للمطلقات، ولا فرق بين كون الطلاق رجعيًا وبين كونه بائناً، والمعنى في ذلك هو التأكّد من براءة الرّحم حفاظاً على الأنساب من الاختلاط؛ ولذلك مُنع غير الزوج من النّكاح في العدة. بخلاف الزوج فله أن يعيد زوجته المعتدة إلى عصمته؛ لأنّ الماء ماؤه. ولمّا كانت أحكام

1 - ينظر شرح حدود بن عرفة: ص332، 468، الذخيرة: 303/4، الفروق: 04،05/1.

2 - الموطأ: 76/2، النوادر والزيادات: 35/5، البيان والتحصيل: 330/5.

3 - الجامع: 484/10.

الزّوجية في الطّلاق الرّجعي لا تزال قائمة بين الزّوجين - بدليل أنّه ليس له أن يتزوّج عليها أختها أو عمّتها، ويلزمه طلاقه وظهاره - فإنّه إذا ارتجعها في العدة عادت الزّوجة مدخولا بها تسري عليها كلّ أحكام الزّوجية، فإذا طلقها لزمّتها العدة كالطلاق المبتدأ. بخلاف الطّلاق البائن الذي لا يبقى من أحكام الزّوجية شيئا، ويجعل المبتوتة بالنسبة لزوجها كالأجنبية، لا ترجع إليه إلاّ بعقد جديد، فإذا ارتجعها وطلقها قبل المسيس كان طلاقا قبل الدّخول لا يوجب عدة، فتعود المرتجعة بعد هذه الطّقة إلى ما كانت عليه قبل الارتجاع، فتتمّ عدّتها من الطّلاق الأوّل.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: أكثر الفقهاء يفرّقون بين الرّجعة والمراجعة؛ فالرّجعة على حدّ تعبير ابن عرفة هي: (رفع الزّوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزّوجة)¹، فأخرج بذلك المراجعة التي تختصّ بتزوّج المطلّقة طلاقا بائنا، وأخرج - أيضا - تزوّج المختلعة؛ لأنّ المراجعة من المفاعلة، وهذا يقتضي رضا الطرفين. بخلاف الرّجعة فهي بيد الزّوج، ولا تتوقّف على رضا الزّوجة².

ثانيا: المختلعة أجنبية بالنسبة لمن طلقها، فإذا ارتجعها وطلقها قبل الدّخول كان طلاقا قبل الدّخول، أمّا المرتجعة فهي لا تزال زوجته قبل تمام عدّتها، فإذا طلقها كان طلاقا بعد الدّخول، فالفرق بين طلاق المختلعة وطلاق المرتجعة بعد ارتجاعها من قبيل الفروق الفقهية، هدفه التّمييز بين حقيقتين. ثالثا: من القواعد الفقهية التي تمحّض عنها التّحليل قولهم: الرّجعة في الطّلاق السنّي تهدم العدة الأولى مطلقا على كلّ حال، وفي البائن لا تهدمه إلاّ بالدّخول، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الطّلاق لمعنى يوقعه الحاكم، فإنّ هذا الطّلاق لا يهدم العدة إلاّ بزوال ذلك المعنى الذي طلّقت له؛ كالطلاق بسبب الإعسار، والإيلاء، والطلاق لعيب، ففي مثل هذه الأحوال فإنّ الرّجعة موقوفة على الإنفاق، أو الفيء، أو زوال العيب³.

1 - شرح حدود ابن عرفة: ص 199.

2 - وقد عرّف ابن الحاجب الرّجعة بأنّها (ردّ المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية بعد دخول ووطء جائز)، فلا رجعة على المبتوتة، ولا على المختلعة، ولا على التي لم يدخل بها، ولا على المنكحة نكاحا فاسدا، ولا على التي طلقها بعد أن وطئها وهي حائض أو في رمضان). ينظر جامع الأمّهات: ص 303، التّوضيح: 4/460، 459، مواهب الجليل: 4/101.

3 - ينظر المسألة المعونة: ص 926، التّبصرة: 6/2503، الكافي: 291.

رابعاً: طرّو عدّة جديدة على المعتدّة قبل انتهاء عدّتها الأولى هو ما يعرف بتداخل العدّتين¹، ولها أحوال كثيرة؛ منها موت الزّوج وغيره، وقد أوجزها خليل في قوله: (إن طراً موجب قبل تمام عدّة، أو استبراء انهدم الأوّل واثنتفت؛ كتزوّج بائة ثم يطلّق بعد البناء، أو يموت مطلقاً، وكمستبرأة من فاسد، ثم يطلّق من فاسد ثم يطلّق، وكمرتجع وإن لم يمس طلق أو مات إلا أن يفهم ضرر بالتّطويل)².

المطلب السابع: الفرق بين جزاء الصّيد، وبين الشّقاق بين الزّوجين في وجوب التّقيد بالنّص.

لقد نصّ القرآن الكريم على وجوب التّحكيم في مسألة جزاء الصّيد في قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مْتَعِدّاً بجزاءٍ مثل ما قتل من النّعم يحكم به ذوا عدل منكم ﴾³، فإذا أصاب المحرم صيدا تعيّن في تحديد كفّارته تحكيم حكّمين فقيهين عدلين، وقد نصّ القرآن - أيضاً - على الحكّمين في مسألة الشّقاق بين الزّوجين، وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا بِابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾⁴، فإذا ظهر بين الزّوجين شقاق، وتفاقم وأشكل أمرهما بعث القاضي أو وليّ الأمر حكّمين؛ حكما من أهله وحكما من أهلها للنظر في أمرهما، وكما يجوز أن يكون الحكمان من أهليهما - كما نصّت الآية - يجوز أن يكون أحد الحكّمين من الأهل والآخر أجنبي، كما يجوز أن يكونا أجنبيّين عنهما، ويجوز الاقتصار على حكم واحد⁵.

فما الفرق بين التّحكيم في جزاء الصّيد؛ فيجب التّقيد بالعدد، وبين التّحكيم في مسألة الشّقاق بين الزّوجين فلا يتعيّن العدد رغم ورود النّص بتحكيم الحكّمين في الموضعين؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقا بين مسألة التّحكيم في جزاء الصّيد، وبين مسألة التّحكيم بين الزّوجين في وجوب التّقيد بالعدد: (إنّ الحكّمين في جزاء الصّيد إنّما هما لحقّ الله تعالى لا لحقّ المحكوم عليه

1 - وقد أشار الرّجراجي إلى استشكل هذه المسألة فقال: (مسألة تداخل العدّتين من مشكلات المذهب، وهي معدودة عند النّظار من الطّوام الكبار). مناهج التّحصيل: 208/4.

2 - مختصر خليل: ص 134، وينظر شراحه؛ كمواهب الجليل: 176/4، شرح الخرشي: 172/4، الشّرح الكبير للدردير وحاشيته: 485/2. وغيرها.

3 - سورة المائدة، الآية رقم: 97.

4 - سورة النّساء، الآية رقم: 35.

5 - ينظر المدونة: 286/2، 499/1، التّهذيب: 405/2، 624/1، المختصر الفقهي: 81/4، المعونة: ص 876.

فيهما، فوجب اتباع النص في ذلك، وأمّا الزوجان فالحكم في ذلك إليهما؛ لأنّهما الخصمان، ولهما أن يدفعن ذلك بالإصلاح، فلمّا كان الأمر إليهما جاز أن يرضيا بحكمين، أو بحكم واحد، أو يصطلحا على أنفسهما ولا يحتاجان إلى حكم؛ ولأنّهما لمّا جاز لهما أن يجعلاهما من غير الأهلين، والنص إنّما ورد أن يكونا من الأهلين دلّ أنّ الأمر إليهما، وأنّ لهما أن يجعلا رجلا واحدا كسائر المتحاكمين، فالأمر في ذلك مفترق¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

المقصود من الحكمين في جزاء الصيد هو جبر ما نقص من الإحرام، وهو حقّ لله تعالى؛ ولذلك وجب التقيّد بالنص في عدد الحكمين، وبيان ذلك أنّ علّة الكفارة في جزاء الصيد هي الإلتلاف، والمعنى هو جبر ما نقص من الإحرام، ولمّا كان إتمام الإحرام من حقّ الله وجب التقيّد في الكفارة بالنص اعتبارا بقدية الأذى² في وجوب التقيّد بعدد المساكين، وصيام العشر، بجامع أنّه عدد منصوص عليه متعلّق بتكفير لزم لنقص في الإحرام³، ولمّا كان أمر تحديد الكفارة في جزاء الصيد موكول إلى الحكمين، أقيم الحكمان مقام الكفارة من حيث وجوب التقيّد بالنص. أمّا مسألة الزوجين فإنّ الحكمين كانا لحقّ المحكوم عليه، وهما الزوجان؛ ولذلك كان الحكم إليهما. وبيان ذلك أنّ علّة الحكمين في الزوجين هي الشقاق، وإشكال أمر الزوجين، والمعنى هو الإصلاح بين المتخاصمين - وهما الزوجان - ودفع الخصام من حقّ الزوجين، وهو يتأتّى بالحكمين من الأهلين - كما ورد به النص - ويتأتّى بالأجنبيين، وبالحكم الواحد اعتبارا بالتحكيم في الجراح والأموال، بجامع أنّ ذلك من حقّ المتخاصمين، المقصود منه الإصلاح ودفع الخصام.

1 - الجامع: 537/10.

2 - وقدية الأذى وما في معناها من مسّ الطيب، ولبس المخيط هي إطعام سنّة مساكين؛ مدين مدين لكلّ مسكين، أو صيام ثلاثة أيام، أو ذبح شاة، وهي على التخيير دون الترتيب، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿بِمَسْ كَانِ مِنْكُمْ مُرِيضاً أَوْ بِهِمْ أَذًى مِنْ رَأْسِهِمْ فَبِهَدِيَّةٍ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾. سورة البقرة، الآية رقم: 195. وإلقاء التفتّ هو: حلق الشعر وقصّ الأظافر، وقتل القمل. ينظر المعونة: ص 529.

3 - ينظر المعونة: ص 534.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: التّحكيم في جزاء الصّيد غير معقول المعنى، وهذا معنى قول ابن يونس أنّ الحكمين لحقّ الله؛ لأنّ المقصود هو إتمام الإحرام، بينما التّحكيم بين الزّوجين معقول المعنى؛ لأنّ المقصود هو الإصلاح ودفْع الخصام، وبناء على ذلك فما كان من حكم غير معقول المعنى وجب التّقيد فيه بالنّص، وما كان منه معقولاً فلا يتعيّن فيه التّقيد بظاهر النّص.

ثانياً: بناء على الفرق في هذه المسألة - وهو كون الحكمين لحقّ الله - فإنّ كفارة الجزاء في إتلاف الصّيد مقصورة على المثل من النّعم فيما له مثل، والإطعام أو الصّيّام، أو القيمة فيما لا مثل له، وليس للمحرم إخراج شيء من ذلك بنفسه دون التّحكيم، وليس للقاتل أن يكون أحد الحكمين؛ كلّ ذلك لورود النّص¹.

ثالثاً: التّحكيم من قبيل الولاية الخاصّة، وهو أن يُحكّم الخصمان رجلاً يحكم بينهما، ليس معيّناً من قبل الإمام ولا من قبل القاضي²، وهو جائز في الأموال وما في حكمها، فلا يقيم الحكم حدّاً، ولا يلاعن، ولا يحكم في قصاص أو طلاق أو عتق أو نسب؛ لقصور ولايته. بخلاف الولاية العامّة التي هي القضاء³، ويستثنى من ذلك التّحكيم بين الزّوجين فرغم أنّه من قبيل الولاية الخاصّة إلاّ أنّ حكم الحكمين نافذ في غيرهما، والمعنى في قصور الولاية الخاصّة. وعدم جواز التّحكيم فيما ذكر هو تعلّق الحقّ في بعضها بغير الخصمين؛ كما هو الشأن في اللعان والولاء والنّسب فقد تعلّق بها حقّ الآدمي، والسّبب في بعضها الآخر هو تعلّق حقّ الله بها؛ كما هو الحال في الحدود والقتل والعتق وغيرها⁴.

وبناء على ذلك فإذا حكّم الخصمان بينهما رجلاً من أهل الاجتهاد، لزمهما ما حكم به إذا كان ممّا يجوز في الشّرع، وافق ذلك رأي قاضي البلد أم خالفه⁵.

1 - ينظر المعونة: ص 543 - 540.

2 - التّوضيح: 399/7.

3 - الدّخيرة: 34/10.

4 - ينظر المدونة: 15/4، التّهذيب: 578/2، النّوادر والزّيادات: 83/8.

5 - النّاج والإكليل: 100/8، شرح الخرشي: 145/7، منح الجليل: 283/8، وغيرها.

رابعاً: بناء على أنّ التّحكيم بين الزوجين من قبيل الولاية الخاصّة فإنّ الزوجين إذا حكمّا بينهما حكمين من أهلها - كما ورد به النّص - أو أجنبيّين، فلهما أن يفرّقا بينهما أو أن يجمعا، ولا يشترط فيه رضا الزوجين¹.

خامساً: كما يجوز التّحكيم في الأموال وما في معناها يجوز التّحكيم في المهر، وهو ما يعرف بنكاح التّحكيم؛ وهو التّزويج على حكم أحد الزوجين، أو غيرهما في تقدير المهر، وهو نكاح جائز يشبه نكاح التفويض² في عدم تسمية المهر، ويفترق عنه في أنّه لم يذكر فيه المهر، ولم يترك الحكم في قدر صداقه لحكم حاكم³.

المطلب الثامن: الفرق بين الاستثناء والكفارة في ادعاء الزوج المولي حلّ اليمين.

الإيلاء هو أن يحلف الرجل ألا يوطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، والمرأة بالخيار؛ إن شاءت أقامت على ذلك، وإن شاءت رفعت أمره للقاضي فيأمره بالفيء أو بالطلاق، فإن أبي طلق عليه القاضي، وإن وطئ قبل الأجل حنث، وإن كفر قبل الوطء سقط عنه الإيلاء ولو لم تصدقه الزوجة وادّعت أنّ تكفيره كان ليمين كانت من قبل⁴، وإن آلى منها واستثنى بالمشيئة، ثم رفعت - بعد ذلك - أمره إلى القاضي وادّعت أن استثناءه كان للتبرك ولم يكن قصده التخلّ من اليمين، كان مولياً وسُمعت دعواها⁵.

فما الفرق بين ادّعتها أن تكفيره كان ليمين قبلها بالنسبة لمن كفر قبل الحنث، وبين ادّعتها أن استثناءه كان للتبرك بالنسبة لمن آلى واستثنى، فيسقط عنه الإيلاء في الأولى دون الثانية، رغم أنّ الاحتمال قائم في المسألتين؟.

1 - لأنّ تسميتهما بالحكمين ينفي كونهما وكيلين؛ ولأنّ الخطاب موجّه لغير الزوجين، كلّ ذلك يفيد تعلق الحكم بينهما من غير اشتراط رضا الزوجين. ينظر المعونة: 950/2.

2 - وصفته أن يعقدا النكاح ولا يذكران صداقا، والزوجان أمام ثلاثة خيارات؛ إمّا أن يتراضيا على مهر يفرضانه، أو يفرضه أحدهما ويرضى به الآخر، أو أن يبذل مهر المثل ولا يعتبر رضاها، وإن طلق فلا يلزمه صداق وفيه الميراث قبل الدخول والتسمية. ينظر نكاح التفويض المعونة: ص 763، القوانين الفقهية: ص 352، التّاج والإكليل: 197/5، مواهب الجليل: 515/3، وغيرها.

3 - ينظر نكاح التّحكيم في مناهج التّحصيل: 491/3، المختصر الفقهي: 493/3، التّاج والإكليل: 197/5، 519/3، وغيرها.

4 - وقال أشهب لا يزول عنه الإيلاء حتى يوطأ. ينظر المدونة: 346/2، التّهذيب: 324/2.

5 - وقال أشهب وعبد الملك ليس بمول. ينظر المدونة: 337/2، التّهذيب: 315/2، النوادر والزيادات: 316/5.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الاستثناء والكفارة يدعي الزوج المولي حلّ اليمين بهما واتهامه من قبل الزوجة بعدم قصده رفع حكم اليمين: (يحتمل أن يكون الفرق أن الكفارة تسقط اليمين حقيقة، فقوي عنده أن الاستثناء لا يحلّ اليمين حقيقة؛ للاحتمال الذي قدمنا)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

إذا أنشأ المرء على نفسه التزاما بالحلف فإنه لا يمكنه التحلل من هذا الالتزام إلا بالاستثناء أو الكفارة؛ بناء على أن المعنى فيهما هو رفع حكم اليمين، ويفترقان في كون دلالة الاستثناء على حلّ اليمين ورفعها غير قطعية². بخلاف الكفارة فهي قطعية في دلالتها على رفع حكم اليمين. وبناء على ذلك فإن المولي إذا كفر عن يمينه قبل الحنث والوطء فإن تكفيره قطعي في رفع اليمين، ولا يحتمل غيره، غير أن التكفير يحتمل أن يكون عن يمين الإيلاء، ويحتمل أن يكون عن يمين غيرها. ولما كان الأصل في الإنسان عدم الحلف ترجح أن يكون التكفير عن يمين الإيلاء، فلا يسمع قول المرأة إذا ادّعت غير ذلك؛ لضعف التهمة. أمّا الاستثناء فإنه لما كانت دلالاته على رفع اليمين غير قطعية - للاحتمال أن يكون المولي حين استثنائه قاصدا رفع حكم اليمين، وقد يكون قاصدا للتبرك - فإن قولها يسمع في ادّعاتها أن الاستثناء كان للتبرك؛ لرجحانه، بدليل عدم الوطاء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: اليمين والحلف والقسم بمعنى واحد؛ وهو (ربط العقد بالامتناع والتترك، أو بالإقدام على فعل بمعنى معظّم حقيقة أو اعتقاداً)³، والبر في اليمين تكون بالموافقة لمقتضاه، والحنث بالمخالفة، وصفة البر والحنث راجعة إلى لفظ اليمين؛ فإن كان بصيغة "الأفعلن"، أو "إن فعلت" فإن الحالف يكون في الحال على برّ، وحنثه بإيقاع ما حلف على نفيه؛ لأنّ صفتي البرّ يجمعهما التزام عدم الفعل، أمّا

1 - الجامع: 879/10.

2 - للاحتمال أن يريد بالاستثناء حلّ اليمين، أو يريد بها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا يُشَاءُ وَإِنَّهٗ بِعَٰمِلِ دَٰلِمٌ كَٰذِبٌ﴾، (سورة الكهف، الآية: 24). قاصدا بذلك التبرك. ينظر المدونة: 589/1، الجامع: 878/10.

3 - وهو تعريف القاضي عياض نقله عنه ابن شاس، وحدّه خليل بأنه (تحقيق لم يجب بذكر اسم الله أو صفته)، وعرفه ابن عرفة بأنه (قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القرية، أو ما يجب باستثناء، ولا يفتقر لقبول معلق بأمر مقصود عدمه). عقد الجواهر التّمينة: 343/2، مختصر خليل: ص 83، المختصر الفقهي: 375/2.

صيغة الحنث فهي: "إن لم أفعَل"، أو "لا أفعلَن" ويجمعهما التزام وجود الفعل، والحالف بهذه الصيغة يكون على حنث، وبرّه يكون بإيقاع الفعل¹، ورفع هذه اليمين يكون بالاستثناء أو الكفارة².
 ثانيا: الكفارة سببها اليمين، وشرطها الحنث³؛ ولذلك لا يجوز تقديم الكفارة على اليمين إجماعا، ولا يجوز - أيضا - تقدّمها عن شرطها إجماعا، ويجوز في غير الصيام تقديم الكفارة على شرطها - وهو الحنث - بناء على القاعدة القاضية بجواز تقديم الحكم على شرطه إذا تقدّم السبب عليه؛ كتقدّم العفو عن القصاص قبل تقدّم زهوق الروح؛ لتقدّم السبب الذي هو الجراحة، وتقديم الزكاة على الحول؛ لتقدّم ملك النصاب⁴.

ثالثا: الأصل أنّ من أوجب على نفسه فعل شيء بيمين من الأيمان فلم يفعله، أو حلف ألا يفعله أن يلزمه ما حلف عليه، ولا ينفعه الاستثناء بمشيئة الله؛ لعدم علمنا بالمشيئة، فخرج الاستثناء في اليمين من ذلك بالسنة⁵، وبقي ما عداه على أصله⁶.

رابعا: الاستثناء إخراج بعض ما دلّ عليه اللفظ - ذاتا أو عددا - بلفظ إلا أو ما يقوم مقامها⁷، والفرق بينه وبين المحاشاة أنه في الاستثناء يقصد بلفظه العموم أولا، ثم يخرج منه شيئا بإلا أو بإحدى أخواتها، والمحاشاة إخراج ذلك وعزله بنية قبل اليمين؛ كأن يعزل بيمينه زوجته في قوله الحلال عليه حرام، فهي من قبيل العام الذي أريد به الخصوص؛ لأنه أطلق اللفظ وأراد به ابتداء بعض ما تناوله، ولم يرد عمومه لا تناولا ولا حكما⁸، والاستثناء من قبيل العام المخصوص بإلا أو أخواتها.

1 - ينظر المدونة: 100/1، الذخيرة: 24/4، القوانين الفقهية: ص 282، وغيرها.

2 - ويكون في اليمين المعقودة، وهي التي تكون فيما يستقبل من الزمن، أما اللغو والغموس فلا كفارة فيهما ولا استثناء.

3 - واختلفوا في الحنث؛ هل هو ركن أم شرط، وفائدته في جواز تقديمها عليه. ينظر الجواهر الثمينة: 347/2.

4 - ينظر الذخيرة: 77.76/4، عقد الجواهر الثمينة: 247/2، المختصر الفقهي: 391/2.

5 - الجامع: 341/6.

6 - وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (من حلف على يمين، فقال إن شاء الله فقد استثنى). رواه أبو داود في كتاب الأيمان والنذر رقم: 3261، 162/5، والترمذي في النذر والأيمان، باب ما جاء في الاستثناء في اليمين، رقم: 1531، 191/3، والنسائي في الكبرى في كتاب النذر باب الاستثناء، رقم: 4752، 457/4. وأحمد في مسند عبد الله بن عمر، رقم: 4579، 131/4، المسند للإمام أحمد، ت: أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1 (1416هـ - 1995م)، وصححه الألباني في الإرواء: 197/8.

7 - الذخيرة: 95/1.

8 - ينظر عقد الجواهر الثمينة: 345/2، مناهج التحصيل: 149/3.

خامسا: ذهب مالك في المدونة إلى أن الذي آلى واستثنى أنه مول ويطأ من غير كفارة¹، واستشكل قوله هذا من وجهين؛ أحدهما: أن مقتضى الاستثناء هو رفع اليمين، فكيف يكون موليا مع الاستثناء، والثاني: أن مقتضى الإيلاء أن يكفر إذا وطئ لانحلال يمينه بالحنث؛ لأنه شرط الكفارة، فكيف يكون موليا ويطأ من غير كفارة، ولرفع هذين الإشكاليين حمل قول الإمام في عدم وجوب الكفارة على إرادة التبرك بالاستثناء، واعتباره للزوج موليا حمل على حالة ما إذا روفع للحاكم ولم تصدقه الزوجة في ادعائه إرادة التبرك بقريضة امتناعه عن الوطاء².

سادسا: من الفروق التي أوردوها بين المسألتين - الاستثناء والكفارة - هي أن المكفر أتى بأشدّ الأمور، وهو إخراج المال الذي هو شقيق الروح، فكان أقوى في رفع التهمة، ومثله في الشدة الصوم. بخلاف الاستثناء فليس بشديد على النفس، بل لا كلفة فيه³.

وقيل أيضا: بأنّ تهمة في الكفارة أبعد؛ لأنها تتوقف على وجود يمين أخرى، ثمّ تصرف الكفارة إليها، وتهمة في الاستثناء متوقفة على مجرد إرادة التبرك فقط، وما توقف على أمر أقرب ممّا توقف على أمرين⁴.

1 - ينظر المدونة: 337/2.

2 - ينظر مختصر خليل: ص 164. النّاج والإكليل: 422/5. شرح الخرشي: 101/4، منح الجليل: 222/4.

3 - ينظر مختصر خليل: ص 134. الشرح الكبير: 438/2، شرح الخرشي: 101/4.

4 - منح الجليل: 222/4.

المبحث الثاني: فروق في بيع السلم والمرابحة.

يستعرض هذا المبحث ثمانية فروق في مسائل مختلفة من كتاب السلم من حيث فساده؛ لتخلف بعض الشروط المتعلقة به، أو بسبب جريته إلى بعض المحاذير؛ كالدين بالدين، وفي التفاضل في بيع الطعام بالطعام، وفي الوكالة في السلم والإقالة منه، وفرق في تحري الصدق في المرابحة، وغيرها في ثمانية مطالب.

المطلب الأول: الفرق بين بيع الرطب جزافاً، وبين بيعها على شرط التبقية كيلاً.

بيع ثمار حائط بعينه جزافاً على رؤوس النخل قد أرطبت على وجهين؛ إما أن يكون على شرط القطع، وإما على شرط التبقية حتى تيبس وتتمّر، فإذا كان على شرط القطع فيجوز، ولا فرق في ذلك بين كون البيع جزافاً، وبين أن يكون على الكيل، أما بيعها على شرط تبقيتها حتى تيبس وتتمّر فقد فرق مالك بين بيعها جزافاً فيجوز، وبين بيعها على الكيل فلا يجوز¹.
فما الفرق عند مالك بين بيع الرطب كيلاً على شرط التبقية، وبين بيعها جزافاً على الشرط نفسه في صحة البيع؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقاً بين الكيل والجزاف عند إسلام رطب حائط بعينه حتى ييبس ويتتمّر: (والفرق بينهما أنّ مشتري الثمرة جزافاً بطيابه، وإمكان جذاذها ترتفع الجائحة منها، ويصير المشتري حينئذ قابضاً لها، فهو كالذي يشتريها على الكيل ويشترط أخذها رطباً، وأما إن اشتراها على الكيل واشترط أخذها تمراً فالجائحة أبداً من البائع حتى يقبضها المبتاع بعد الإتمام والجذاذ، فهو أشدّ غرراً؛ لطول أمره، ويبقى حينئذ أن يكون النقد في ذلك تارة سلفاً، وتارة بيعاً إن سلمت الثمرة)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

المبيعات على ضربين؛ ضرب يلزم فيه حقّ التوفية، وضمانه على البائع، ويجوز تأخيره، والمعنى في ذلك هو أنّ الحقّ في المبيع متعلّق بدمّة البائع، وما كان مضموناً في الدّمة يجوز تأخيره

1- ينظر المدونة: 171، 172/4، التهذيب: 186/4، 187، النوادر والزيادات: 70/6.

2- الجامع: 125/11.

مطلقاً، ويشمل هذا الضرب البيع على الكيل والوزن والعدد، أمّا الضرب الثاني - وهو ما ليس فيه حقّ توفية - فإنّ ضمانه على المشتري، وهو ما يبيع جزافاً، أو كان معيّناً؛ لأنّ حقّ المشتري متعلّق بذات المبيع، وأيّ تأخير فيه فمن باب الغرر المنهيّ عنه¹. وبناء على ذلك فإذا اشترى ثمرة حائط بعينه بعد طيابها جزافاً، وخلّى البائع بينه وبينها دخلت في ذمّة المشتري وضمنه بنفس العقد، وله بعد ذلك أن يأخذها، أو أن يتركها تنتمّر وتيبس، ولا فرق بين أن تيبس على الأرض أو على النخل من حيث الجائحة إذا أصابته؛ لأنّها على المشتري، أمّا إذا اشتراها مكيلة على شرط التّبقيّة؛ فإنّه بالنظر إلى كونها بيعت على الكيل جاز إسلامها؛ لكونها متعلّقة بذمّة البائع، وكان ضمانها عليه إذا جيحت، وبالنظر إلى كون المبيع ثمر حائط بعينه كان متعيّناً، وما كان متعيّناً فلا يجوز إسلامه لمكان الغرر والمخاطرة؛ لبعد الشقّة بين بيعها رطباً وبين جذاذها تمرّاً يابساً، فيترجّح المنع احتياطاً.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: منشأ الحكم في صحّة بيع الرطب جزافاً على شرط تبقيّتها حتى تيبس هو كون حقّ المشتري متعلّقاً بذات المبيع، أمّا شراؤها على الكيل فمنشأ الحكم فيه هو تعلق حقّ المشتري بذمّة المبيع، وبالتالي فالفرق هنا فرق بين حقيقتين، هدفه التّمييز بين منشأ الحكم في المسألتين.

ثانياً: من شروط بيع السّلم² أن يكون المبيع متعلّقاً بالذمّة³، فإذا كان الحقّ متعلّقاً بعين المبيع كان بيعاً وليس سلماً، وإذا كان بشرط التّأخير فسد البيع.

1- قال القاضي عبد الوهّاب معلّلاً فساد السّلم فيما كان معيّناً: (لأنّ الأعيان لا تثبت في الذمّ؛ لأنّ من حقّ ما يثبت في الذمّة أن يكون مطلقاً غير معيّن، ولأنّ السّلم في العين غرر لا يحتاج إليه؛ لأنّه إن أريد ضمانها في الذمّة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت لزمّت المسلم إليه بدلها أو قيمتها فذلك غير جائز؛ لأنّ المعيّن يفسخ العقد بتلفه، ولا يلزم ردّ مثله). ينظر المعونة: ص 984.

2- شروط السّلم عند القاضي عبد الوهّاب ثمانية هي: أن يكون متعلّقاً بالذمّة، وأن يكون موصوفاً يمكن حصره، وأن يكون مقدّراً بالكيل أو الوزن والعدّ، وأن يكون رأس المال معلوماً، وأن يكون النّقد معجّلاً والسّلم فيه مؤجّلاً، وأن يكون الأجل محدوداً، وأن يكون موجوداً عند الأجل. ينظر المعونة: ص 983. وينظر الشّروط - أيضاً - الكافي: 694/2، المقدمات الممهّدات: 1028/2، عقد الجواهر الثمينة: 751/3، القوانين الفقهية: ص 450، الذخيرة: 225/5، وغيرها.

3- والذمّة أمر تقديري لا ذات لها ولا صفة، وعند ابن عرفة: (ملك متمول كلي حاصل أو مقدّر)، وعند الرّجائي عبارة عن (ظرف ووعاء أثبتتها الشّرع لتكون محملاً للالتزام والالتزام شرعاً، ولا وجود لها في الأعيان، وإنّما وجودها في الأذهان، فإذا قيل في حكم من الأحكام: إنّه في رقبة أو ذات أو عين الشّيء، فإنّه يقتضي عيناً لا بدلاً، بخلاف ما إذا قيل إنّ الحكم في ذمّته..)، ينظر المختصر الفقهية: 261/6، مناهج التّحصيل: 229/8.

ثالثاً: يترتب على اشتراط التعلّق بالدّمة في السلم ما يلي:

- 1- لا يجوز السلم في زرع أرض بعينها قد بدا صلاحه، أو أفرك¹، ولا يجوز في حيوان بعينه.
- 2- أجاز مالك السلم في الحائط بعينه² إذا أزهى، وأن يأخذه بسرا أو رطباً، وأن يضرب لأخذه أجلاً، وأن يحدّد ما يأخذه كلّ يوم؛ سواء قدّم التّقّد أو أخّره³، وألحق بالحائط ثمار قرية صغيرة بعينها⁴، أمّا إذا كانت قرية كبيرة فإنّ حكمها حكم السلم المحض⁵.
- 3- السلم في لبن حيوان أو صوفه مثل الحائط بعينه يجوز عند مالك إذا كان ذلك في إبانته، وإلا فلا يجوز، وكذلك إذا كان السلف في نسلها⁶، والقاعدة في ذلك أنّ ما لا ينقطع من أيدي النّاس يجوز فيه السلف المحض، فيسلف متى شاء، وفي أيّ إبان شاء، ويأخذه في أيّ إبان شاء، وأمّا ما لا يؤمن انقطاعه فلا يجوز إلا في إبانته، ولا يجوز فيه السلف المحض.
- رابعاً: إذا أسلم في حائط بعدما أرطب، أو في زرع بعد أن أفرك، وشرط أخذ ذلك تمراً أو حنطة، وأخذ ذلك وفات، فقد قال ابن القاسم: (ليس عندي من الحرام البيّن الذي أفسخه إذا فات، ولكني أكره أن يعمل به، فإذا عمل به وفات فلا أردّ ذلك)⁷، وهذا يدلّ على أنّ ابن القاسم يفرّق في البيع الفاسد بين أن يكون التّحريم صريحاً، فتلزم فيه القيمة أو المثل، وبين أن يكون التّحريم غير صريح، فيمضي بالنّمن بعد الفوت⁸.

1 - ينظر المدوّنة: 61/3، التّهذيب: 12/3.

2 - ينظر المرجعان السّابقان: 56/3، 131/3.

3 - قيل: يلزم بهذه الشّروط إن تسمّى سلماً، وأمّا إن سمّوه بيعة فلا تلزم هذه الشّروط، ويكون على الفور، وهو محمول عند مالك على البيع، دون السلف، وإطلاق السلف عليه تجوّز، وصرح القاضي بكونه بيعاً لا سلفاً. ينظر المدوّنة: 58/3، التّهذيب: 09/3، النوادر والزيادات: 69/6، الكافي: 85/2، التّبصرة: 2892/7، المعونة: ص 994، مناهج التّحصيل: 103/6، التّوضيح: 32/6.

4 - وقد أعطيت القرية الصّغيرة حكم السلم المحض في اشتراط التّقّد، وأجازوه لمن لا يملك فيها تمراً، وأعطوها حكم الحائط بعينه في أنّها لا يجوز فيها السلم إلا بعد الزّهو، على أن تجذّ بسرا أو رطباً. ينظر المدوّنة: 59، 60/2، عقد الجواهر الثّمينة: 752/2.

5 - والسلم المحض في الثّمار هو ما لم يكن الثّمرة أو الزّرع مشاراً إليه، فيجوز في إبانته، وفي غيره.

6 - المدوّنة: 58/3، 59، التّهذيب: 10/3.

7 - التّهذيب: 13/3، ينظر المدوّنة: 61/3.

8 - قال ابن القاسم: إذا قبض المشتري المبيع في العقد الفاسد انتقل إليه الضّمان، وقال أشهب: ينتقل الضّمان فيه بأحد أمرين؛ التّخلية بين المبيع والمشتري، أو بنقد الثّمّن، أمّا الملك فلا ينتقل إلا بالفوت. ينظر عقد الجواهر الثّمينة: 678/2.

المطلب الثاني: الفرق بين تراب المعادن وبين تراب الصّاعة إذا بيع بمثلها عند الفوت.

من شروط البيع أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو عدّ إذا كان من ذوات الأمثال، أو بما يقوم مقام الوزن من الحرز والتقدير إذا كان من ذوات القيم. ولما كان تراب المعادن ممّا يمكن حرز ما فيه من الذهب والفضّة جاز بيعه بخلافه من العروض وغيرها¹. بخلاف تراب الصّاعة فهو رماد لا يُدرى هل فيه شيء من الذهب والفضّة أم لا، ولو علم فيه شيء فلا يعلم قدره، وبالتالي فهو غرر لا يجوز بيعه بأيّة حال من الأحوال². فإذا بيع تراب المعادن بمثله من العين³، أو بيع تراب الصّاعة بمثله من العين كان البيع فاسداً يجب فسخه ما لم يفت، فإذا فات فقد فرّق ابن حبيب بين تراب المعادن؛ حيث يغرم فيه المبتاع قيمته، ويستأثر بما يستخرجه من ذهب أو فضّة، وبين تراب الصّاعة يستردّ فيه المبتاع ثمنه، ويردّ ما استخرجه إلى البائع، وله أجر عمله⁴.

فما الفرق عند ابن حبيب بين تراب المعادن يمضي بالفوت، وبين تراب الصّاعة لا يمضي بالفوت إذا بيعا بمثلها؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقا بين تراب المعادن يمضي بالفوت إذا بيع بمثله، وبين تراب الصّاعة يجب فسخه مطلقا: (والفرق بين تراب المعادن وتراب الصّاعة أنّ الأصل فيما بيع فاسداً ففات بيد مشتريه أن يغرم المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له، فلما أفات تراب المعادن أغرمناه قيمته؛ لأنّه ممّا له قيمة، ويجوز بيعه نقداً بخلافه، فأجريناها على الأصل، وأمّا تراب الصّاعة فلا مثل له ولا قيمة فيه، فوجب ردّ الثمن فيه إذا فات، ولا يرجع بشيء إن لم يخرج منه شيء)⁵.

1 - أي: يجوز بيعه بغير العين من الذهب والفضّة؛ لتعدّد تحقيق التماثل بين العوضين إذا بيع بمثله.

2 - ينظر المدونة: 70/3، التّهذيب: 22/3، النوادر والزيادات: 292/5، المعونة: ص1028، الكافي: 692/2، وغيرها.

3 - أي: تراب الذهب بالذهب، أو تراب الفضّة بالفضّة.

4 - فإن لم يخرج منه شيء، ففيل على البائع أجره المعالجة، واعتبر ذلك ابن يونس قولاً غلطاً، ورأى أن لا أجره للمبتاع إن لم يخرج منه الرّماد شيء؛ لأنّه لم يستأجره عليه، وقد دخلا على الغرر جميعاً، ويرجع بجميع الثمن، وإن خرج له منه شيء فالبائع مخير؛ إن شاء دفع له أجره وجميع ثمنه، وأخذ ما يخرج، أو سلّم ذلك له وردّ إليه جميع ثمنه. ينظر الجامع: 178/11، النوادر والزيادات: 291/5.

5 - الجامع: 178/11.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

كلّ ما يجوز بيعه فالأصل فيه أن يكون له مثلاً أو قيمة، فإذا بيع بيعاً فاسداً وجب فسخه ما لم يفت، فإذا فات وجب فيه ردّ المثل إذا كان من ذوات المثل، أو القيمة إذا كان من ذوات القيم. وتراب المعادن من ذوات القيم بدليل جواز بيعه، والمعنى في ذلك إمكانية حرز ما فيه، فإذا بيع بيعاً فاسداً وفات - باستخراج ما فيه - مضى البيع بالقيمة جرياً على الأصل.

أمّا تراب الصّاعة فليس من ذوات المثل ولا من ذوات القيمة، بدليل عدم جواز بيعه، والمعنى في ذلك هو الغرر الكبير الموجود فيه بسبب الجهالة في القدر؛ إذ إنّه رماد لا يُدرى ما فيه، ولو علم فيه شيء فلا سبيل إلى تقديره، وبناء على ذلك فإذا عالجه واستخرج منه شيء، فللمبتاع ثمنه، والبائع مخير فيما خرج منه؛ إن شاء أخذه ودفع للمبتاع أجر المعالجة، وإن شاء سلّم ذلك إليه، وإن لم يخرج منه شيء فللمبتاع ثمنه ولا أجر له؛ لأنّه لم يستأجره عليه، وقد دخل على الغرر جميعاً.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المعنى في منع بيع تراب الصّاعة هو الغرر والجهالة؛ لأنّه رماد لا يُدرى هل فيه شيء أم لا، أمّا المعنى في جواز بيع تراب المعادن هو كونها حجارة يمكن تقدير ما فيها من الذهب والفضة، فالفرق - إذن - من قبيل الفروق الفقهية هدفه التمييز بين حقيقتين؛ حقيقة تراب الصّاعة، وحقيقة تراب المعادن.

ثانياً: من القواعد الفقهية في باب البيوع قولهم: الشكّ في التّماتل كتّحقيق التّفاضل، وجرياً على هذه القاعدة يمنع بيع تراب المعادن بمثله من العين، وبيع التّم بالترطب، والزّيبب بالعنب¹.

ثالثاً: من القواعد الفقهية في هذا الباب - أيضاً - قولهم: الضّمان ينتقل إلى المشتري انتقالاً تقتضيه شبهة الملك لا حقيقته، ومعنى ذلك أنّ الأصل في الضّمان في العقد الفاسد على البائع، ولا ينتقل إلى المشتري إلاّ بالقبض²، وتقدر القيمة أو المثل يوم القبض لا يوم العقد.

1 - ينظر المسألة شرح الخرشي: 23/5، شرح الزرقاني: 44/4، الفواكه الدواني: 95/2، شرح زروق على متن الرسالة لأبي العباس شهاب الدّين أحمد بن أحمد بن محمّد المعروف بزروق، اعتنى به أحمد فريد المزدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1 (14271هـ - 2006م)، 253/2.

2 - ينظر المسألة شرح التلقين: 438/2، عقد الجواهر الثمينة: 678/2، المختصر الفقهي: 40/6، مناهج التّحصيل: 314/6.

رابعاً: لا خلاف في المذهب بأن العقد الفاسد لا ينقل الملك بالعقد؛ أي: يجب فسخه قبل القبض، أما إذا حصل القبض وأعقبه فوات فإن ذلك ينقل الملك، وهذا معنى قولهم: العقد الفاسد لا ينقل حقيقة الملك، وإنما ينقل شبهة الملك، وهو المعروف في المذهب¹.

خامساً: لا يجوز السلم في تراب المعادن ولا قرضه؛ لأنه لا تعرف صفته ولا يحاط بها، ولو عرفت لجاز ذلك في غير الذهب والفضة؛ لأنه يدخله الذهب بالذهب إلى أجل.

المطلب الثالث: الفرق بين صلح الكفيل يرجع على المدين بقيمة ما صالح به، وبين الوكيل يتعدى فيرجع على الأمر بالمثل.

الأصل في الوكالة أنّ الوكيل مؤتمن ما لم يتعدّ فيضمن، ومن صور التّعدي أن يطلب الأمر من الوكيل أن يشتري له من عنده سلعة بعين فيشتريها له بغير عين، فإذا أجاز الأمر فعل الوكيل رجع عليه الوكيل عند ابن القاسم بمثل ما أدى²، وعورض قول ابن القاسم هذا بمسألة الرجل الذي يكون له على الرجل ديناً من عين فيأخذ عليه كفيلاً، فيصلح الكفيلُ الدائن بشيء يرجع فيه إلى القيمة أنّ ذلك جائز، ويرجع الكفيل على المدين بقيمة ما صالح به³.

فما الفرق بين صلح الكفيل يرجع على المدين بالقيمة، وبين تعدي الوكيل يرجع فيه على الأمر بالمثل، رغم أنّهما دفعا عرضاً بدلاً عن عين، وأنّ ما قاما به إنّما قاما به نيابة عن غيرهما؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين صلح الكفيل يرجع على المدين بالقيمة، وبين تعدي الوكيل يرجع بالمثل: (ويحتمل أن يكون الفرق أنّ الأمر إنّما أمره أن يسلفه دنانير، ويشتري له بها سلعة كذا، فأسلفه هذا عرضاً فاشترى له به ما أمره، فإن رضي بالسلعة دفع إليه ما ودى عنه، أو أسلم إليه ما اشترى، والكفيل لم يأمره أن يسلفه ويقضي عنه، وإنّما هو تطوّع واشترى له ما عليه من الدين بسلعته

1 - ويذكر العلماء أنّ محمّد بن مسلمة يرى أنّ الفسخ بعد القبض استحسان، ومقتضاه أنّ البيع الفاسد بعد القبض ينقل الملك. ينظر التّبصرة: 4229/9، شرح التّفقين: 441.433/2.

2 - وإن لم يُجز فعله كان الوكيل ضامناً. ينظر المدوّنة: 99/3، التّهذيب: 48/3.

3 - قال ابن القاسم يرجع عليه بالأقلّ من الدين، أو قيمة ما صالح به. ينظر المرجعان السابقان: 53/3، 106/3.

ليأخذ هو ذلك الدين، فقد صار بائعا لسلعته لا مسلفا لها، فإن أعطى قيمتها لم يظلم، وإذا أعطاه الغريم ما عليه لم يظلمه¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ الوكيل إذا باع أو اشترى أنّ البيع لازم؛ تعدّى أم لم يتعدّ، وبناء على ذلك فإنّ الموكل (الآمر) إذا أمر الوكيل أن يشتري له سلعة بعين من عنده، فاشتراها بعرض، لزم البيع، فإذا أجاز الموكل (الآمر) فعل الوكيل، رجع عليه الوكيل بقيمة ما أداه، اعتبارا بالبيع الفاسد الذي يُقضى فيه عند الفوت بالقيمة أو المثل، غير أنّ ابن القاسم لم يفرّق بين العرض وبين الطعام فأجراهما مجرى واحدا، فيرجع الوكيل على الموكل (الآمر) بمثل ما أدّى، والمعنى في ذلك أنّ ابن القاسم قدّر الوكيل كمسلف، وبيان ذلك أنّ الموكل (الآمر) لما أمر الوكيل أن يشتري له سلعة بعين أمره أن يسلفه عينا ويشترى له بها سلعة، فأسلفه عرضا، فإذا أجاز فعله رجع عليه بالمثل اعتبارا بالسلف. أمّا الكفيل فإنّه لما كان من مقتضيات عقد الكفالة أن يقضي الكفيل الدين الذي على المكفول له (المدين) ثمّ يرجع به عليه، فإنّه إذا صالح الكفيل الدائن بشيء ورضي المكفول له (المدين) بذلك رجع عليه بقيمة ما صالح عليه، والمعنى في ذلك أنّ المكفول له (المدين) لما لم يكن على علم بصالح الكفيل قدّر كبائع للعرض الذي دفعه عوضا عن الدين الذي على المكفول له (المدين)؛ لأنّه لم يأمره بذلك ولم يعلم، فإذا رجع على المكفول له (المدين) رجع عليه بالقيمة اعتبارا بالبيع الفاسد. هذا، وقد تكون قيمة ما صالح عليه أكبر من قيمة الدين أو أقلّ منها، ولما كان عقد الكفالة مبنيا على المكارمة والإحسان، فإنّ المدين يرجع على الكفيل بالأقلّ من قيمة العرض أو الدين. فالكفيل قدّر كبائع، فرجع عليه بقيمة ما أدّى، وقدّر الوكيل كمقرض، فرجع عليه بمثل ما أدّى.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: الوكالة نيابة فيما لا تتعيّن فيها المباشرة²؛ كالبيع، والشراء، والإجارة، والجعالة، واقتضاء الديون وقضائها، وأداء بعض العبادات المالية؛ كالزكاة، والحجّ على خلاف فيه، والقاعدة أنّ كلّ من جاز له

1 - الجامع: 308/11، 309.

2 - احترازا عن الأعمال البدنية التي تتعيّن فيها المباشرة؛ كالعبادات، والحدود، وغيرها، والتعريف لابن الحاجب، وعند ابن عرفة (نيابة ذي حقّ غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته). ينظر جامع الأمهات: ص 379، المختصر الفقهي: 45/7.

التصرف في الشيء جاز أن ينوب فيه ما لم يمنع مانع¹.

ثانيا: صور التعدي في الوكالة أربعة هي: المخالفة في الجنسية؛ كأن يأمره بأن يبيع بدنانير فيبيعها بطعام أو عرض، والمخالفة في النقدية؛ كأن يأمره بالبيع نقدا فيبيع نسيئة، وقد تكون المخالفة في النقدية والجنسية معا، وآخرها المخالفة في العددية؛ كأن يأمره بالبيع بعشرة فيبيع بثمانية.

ثالثا: الأصل في تعدي الوكيل أن الموكل (الأمر) بالخيار بين الإمضاء والرد، فإن أمضى البيع أخذ الثمن، وإن رد وكان قد باع له سلعة أخذها إن كانت قائمة، فإن فاتت رجع عليه بالقيمة إن لم يسم ثمنا، فإن سمى فهل يرجع عليه بما سمى أو بالقيمة؟ قولان².

رابعا: الكفالة هي شغل ذمة أخرى بالحق³. بخلاف الحوالة فهي مأخوذة من تحويل الحق من ذمة إلى أخرى، وهي جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن؛ لأن فائدتها قيام الضامن مقام (المدين في شغل الذمة بالحق الذي عليه، ولا تجوز في الحدود؛ لتعذر هذا المعنى)⁴.

خامسا: لما تصرف الكفيل دون علم المكفول له (المدين)، قدر كبائع للعرض الذي دفعه عوضا عن الدين، ولو تصرف بأمر الغريم أو بعلمه لقدر كالمسلف، فيكون المكفول له (المدين) مخيرا بين دفع مثل ما أدى من العرض - على تقدير أنه أسلفه إياه - أو يؤدي عنه ما عليه من الدين الذي أمر أن يقبضه عنه، ولا فرق حينئذ بين هذه المسألة ومسألة الوكيل يبيع بغير العين من حيث الرجوع على الوكيل بمثل ما أدى⁵.

سادسا: تردد ابن يونس بين كون المسألتين من قبيل اختلاف القول، وبين كونهما من قبيل اختلاف السؤال، وصرح بذلك قائلا: (فيحتمل أن يكون ذلك منه اختلاف قول، ويحتمل أن يكون الفرق)⁶.

1 - ينظر المقدمات الممهّدات: 175/2، التبصرة: 4631/10، الكافي: 786/2، الذخيرة: 05/8، عقد الجواهر الثمينة: 825/2، التوضيح: 381/6.

2 - ينظر تعدي الوكيل شرح التلقين: 107/2، التبصرة: 3002/7، مناهج التحصيل: 169/6، التوضيح: 686/3.

3 - وحدها ابن عرفة بأنها (التزام دين لا يسقط، أو طلب من هو عليه لمن هو له). المختصر الفقهي: 500/6.

4 - ينظر أحكام الكفالة المعونة: ص 1230، الكافي: 793/2، الذخيرة: 189/3، عقد الجواهر الثمينة: 814/2، المختصر الفقهي: 500/6، وغيرها.

5 - ينظر الجامع: 309/11

6 - ثم قال بعد ذلك: والكل محتمل. المرجع نفسه.

المطلب الرابع: الفرق بين الإحالة وبين الوكالة في فساد الإقالة في السلم إذا غادر الأصيل قبل الاقتضاء.

السلم بيع من البيوع يجوز فيه ما يجوز في البيع؛ كالإقالة وغيرها، فإذا أسلم رجل في طعام فإن له أن يستقبل بعد نقده الثمن وقبل استلامه الطعام، ومن شروط الإقالة أن ينقده المسلم إليه الثمن الذي أسلمه ولا يجوز تأخيره، فإذا افترقا قبل القبض فسدت الإقالة، وهو قول ابن القاسم¹، وللمسلم إليه أن ينقده الثمن بنفسه، وله أن يوكل غيره، كما يجوز له أن يحيل المسلم على غيره، فإذا وكّل من ينقده الثمن إلى المسلم وفارق قبل أن يقبض من الوكيل صحّت الإقالة. بخلاف ما إذا أحاله على غيره وفارق المجلس قبل أن يقبض المسلم (المحال) من المحال عليه، فإن ذلك مفسد للإقالة². فما الفرق بين مغادرة المسلم إليه المجلس قبل قبض المسلم من الوكيل، وبين مغادرته له قبل القبض من المحال عليه في صحّة الإقالة رغم أنّ كلاً من يد الوكيل والمحال عليه كيد الأصيل؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الوكالة والإحالة في فساد الإقالة إذا غادر المسلم إليه المجلس قبل الاقتضاء: (وإنما فرق بينهما؛ لأنه في الحوالة تبرأ ذمّته، ولا مبايعة بينه وبينه، فقد فارقه قبل القبض. وفي الوكالة الأمر بينكما قائم حتى تقبض، وقد أقام وكيله مقامه وأنت لم تفارقه حتى تقبض منه)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

مقتضى بيع السلم أن ينقده المشتري (المسلم) الثمن إلى البائع (المسلم إليه)، ويبقى الطعام ديناً في ذمّة المسلم إليه، ولما كانت الإقالة بيع من البيوع فإنّ المسلم والمسلم إليه إذا تقايلا فكأنّ المسلم باع الطعام الذي كان ديناً في ذمّته للمسلم إليه بالثمن نفسه الذي أسلمه إليه، فإذا تراخى المسلم عن قبض الثمن كان ذلك من قبيل بيع الدين بالدين؛ ولذلك كان القبض من شروط الإقالة في السلم. ولما كان مقتضى عقد الوكالة أن يقوم الوكيل مقام من وكّله في البيع والشراء، وأنّ كلّ ما تجوز فيه النيابة ينزل فيه الوكيل منزلة الموكل، فإنّ مفارقة الموكل للمجلس لا تأثير له مادام الوكيل في

1 - ينظر المدوّنة: 134/3، التّهذيب: 64/3.

2 - المرجعان السابقان: 136/3، 64/3.

3 - الجامع: 373/11.

المجلس حتى يقبض أو يفارق. بخلاف الحوالة فإن مقتضاها تحويل ذمة المحيل إلى المحال عليه دون أن يقوم مقامه في البيع والشراء، وغيرهما، وبناء على ذلك فإن المحال عليه لا يمكن تنزيله منزلة المحيل (المسلم إليه)، فإذا فارق المجلس قبل اقتضائه الثمن فقد فارقه قبل القبض، ودخله الدين بالدين، فيبطل السلم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى؛ كأن يكون على رجل دين وله على آخر دين، فيحيل الذي له عليه بدينه على من له عليه، فإذا رضي المحال بالإحالة تحوّل الحق الذي على المحيل إلى المحال عليه¹، وهي في حقيقة الأمر من قبيل بيع الدين بالدين؛ لأنّ المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه بالدين الذي كان عليه، فهي من جملة العقود المستثناة؛ لمكان الضرورة.

ثالثاً: الإحالة²، والتولية³، والشركة⁴ من العقود المترددة بين قصد الرّفق وبين قصد المغابنة، وهي جائزة إذا وقعت على وجه الرّفق، ومن غير أن تكون بزيادة أو نقصان؛ سواء أكان ذلك قبل قبض الطّعام أم بعده⁵، واختلفوا في الإقالة؛ هل هي بيع، أم أنّها فسخ⁶، والمشهور⁷ أنّها بيع إلا في الطّعام إذا بيع قبل قبضه، والمراوحة⁸، والشّفعة⁹.

1 - ومن شروط الحوالة أن يكون الدين حالاً، وإلا كانت بيع ذمة بذمة. ينظر المقدمات الممهّدة: 404/2.

2 - الإحالة هي ترك المبيع لبائعه بثمنه. ينظر المختصر الفقهي: 84/6.

3 - التولية هي تصبير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه، وشرطها أن يكون الثمن عيناً. ينظر المرجع السابق: 106/6.

4 - الشركة هي جعل مشتر قدراً لغيره باختياره ممّا اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه. المرجع السابق: 112/6.

5 - واستثنيت من النهي عن بيع الطّعام قبل قبضه، وقد نهى الرسول صلّى الله عليه وسلّم عن ذلك. ينظر الموطأ، كتاب البيوع، باب العينة وما يشبهها، رقم: 167/2، 186/3، والبخاري في البيوع، باب ما ذكر في الأسواق، رقم: 2124، 66/3، ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1162/3، 1525.

6 - قال ابن عبد البرّ: (الإقالة إذا كانت برأس المال؛ سواء في صفته أو وزنه أو كيله أو بذلك العرض بعينه أو مثله، ولم يدخلها شيء من النظرة فهي فسخ بيع، ومتى خالف شيئاً ممّا ذكرنا، أو دخلها شيء من التأخير فهي بيع من البيوع). وقال خليل: (الخلافة في الإقالة؛ هل هي بيع أم فسخ إذا كانت على مثل الأول، أمّا إذا كانت بأزيد أو بأنقص فهي بيع حقيقة). ينظر الكافي: 722/2، التوضيح: 546/5.

7 - ينظر التاج والإكليل: 426/6، مواهب الجليل: 485/4، شرح الخرشبي: 167/5.

8 - كمن باع شقصاً له فيه شفعة، ثم أقاله منه، فالشفعة للشّفع، وتبطل الإقالة. ينظر المدونة: 223/4.

9 - ومن ابتاع سلعة بعشرين ديناراً ثم باعها بثلاثين ثم أقال منها، لم يبع مراوحة إلا على عشرين. ينظر المرجع السابق: 207/3.

رابعاً: من شروط الإقالة في السلم أن يقبض المقيّل (وهو المشتري المسلم) الثمن من المقال (وهو البائع المسلم إليه) قبل الافتراق، وإلا دخلها الدين بالدين، والمقال هنا هو صاحب الذمة الذي أنشأ الحق، ودمته هي المشغولة به، ويده هي التي تقضيه، ويد الوكيل¹ مثل يد الموكل (المسلم إليه) في قضاء الحق، غير أنه غير منشئ له، ودمته غير مشغولة به، أما المحال عليه فإنّ يده مثل يد المحيل (المسلم إليه)، ودمته مثل دمه في الاشتغال بالحق، ويختلف عنه في أنه غير منشئ للحق. فالوكيل يتفق مع الموكل (المسلم إليه) في كون يده كيده، ويختلف عنه في كونه غير منشئ للحق، وأنّ دمه فارغة منه، أما المحال عليه فيتفق مع المحيل (المسلم إليه) في كون يده كيده، وفي شغل الذمة بالحق، ويفترق عنه في كون المحال عليه غير منشئ للحق بخلاف البائع.

خامساً: المعنى في صحّة الإقالة إذا فارق المقال (وهو الموكل المسلم إليه) المجلس قبل قبض المقيّل (وهو المشتري المسلم) الثمن من الوكيل هو أنّ يد الوكيل كيد في القضاء والاقتضاء؛ لأنّ مقتضى عقد الوكالة هو أن يقوم الوكيل مقام من وكلّه في البيع والشراء، فإنّ القياس يقتضي أن يكون المحال عليه كالوكيل فيما إذا فارق المقال (وهو البائع المسلم إليه) المجلس قبل أن يقتضي المقيّل (وهو المشتري المسلم) الثمن من المحال عليه فتصحّ الإقالة؛ لأنّ يد المحيل كيد المحال، وقد أشار إلى ذلك ابن يونس فقال: (وكذلك ينبغي في الحوالة أن يجوز إذا قبضت من الذي أحالك عليه قبل أن تفارقه، وإن فارتقت الذي أحالك كالوكالة؛ لأنّ يده كيده)².

المطلب الخامس: الفرق بين البائع، وبين الأجنبي يستهلكان طعاماً قبل أن يستوفى في الضمان. الأصل أنّ من باع طعاماً على الكيل أو الوزن أو العدّ أنّ ضمانه من البائع حتى يستوفيه المشتري، فإذا باع صبرة طعام على الكيل ولم يستوفها المشتري حتى هلكت، فإنّه لا يخلو أن يكون الهلاك بأمر سماويّ أو يكون بسبب آدمي؛ فإذا كان بأمر سماويّ انتقض المبيع، وكانت المصيبة من البائع، وإذا كان بسبب آدمي فلا يخلو أن يكون البائع هو المعتدي، أو أن يكون المعتدي

1 - على اعتبار الوكالة نيابة فيما لا تتعيّن فيها المباشرة؛ كالبيع، والشراء، والإجارة، والجماعة، واقتضاء الديون وقضائها، وأداء بعض العبادات المالية؛ كالزكاة، والحجّ على خلاف فيه.

2 - الجامع: 373/11.

أجنبياً¹؛ فإذا كان الهلاك من قبل البائع فإنه يغرم مثلها عند مالك إن تقدّمت له بالكيل معرفة، وإلا تحرّى مثلها، أمّا إن كان التّعدي من قبل أجنبي فقد أغرمه ابن القاسم قيمة الطّعام² يكيّله البائع للمشتري ولم يغرمه المثل اعتباراً بالبائع³.

فما الفرق بين البائع وبين الأجنبي؛ فلم يلحق ابن القاسم الأجنبي بالبائع تخريجاً، فأغرمه المثل ولم يغرمه القيمة؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الأجنبي وبين البائع يستهلكان صبرة طعام بيعت على الكيل قبل استيفائها: (الأصل كان أن يغرم المثل في الوجهين؛ لأنّ القيمة لا تعرف إلا بعد أن يقدر مثلها، فيغرم ذلك التقدير، فأغرمه ذلك التقدير أجوز من إغرامه قيمته، لكن اتقى ذلك في الأجنبي خوفاً أن يكون المثل أكبر أو أقلّ، فيدخله التفاضل في الطّعامين، فإذا أغرم القيمة أمّناً ذلك، وفي البائع إنّما استهلك طعامه وما منه ضمانه، وإنّما أغرمناه ذلك لحجّة المبتاع، فإذا أغرم مثله لم يدخل ذلك التفاضل؛ لذلك فرّق بينهما، والله أعلم⁴).

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في القضاء أن يكون بالمثل، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتلف من ذوات القيم أو من ذوات المثل، وبين ذلك أنّ المثلي إذا تقدّمت بكيله أو وزنه أو عدده معرفة غرم المثل، وإذا لم تتقدّم بمقداره معرفة تحرّى وغرم المثل؛ لأنّه لا يراد لعينه.

أمّا ما ليس له مثل - ممّا أريد لعينه - فإنّ الواجب فيه هو القيمة، إلا أنّ القيمة لا يمكن أن تعرف إلا بعد تقدير المثل، ثمّ تقدّر بعد ذلك قيمته، وبناء على ذلك فإذا أنلف صبرة طعام بيعت على الكيل

1 - وقد يكون المعتدي هو المشتري، فإذا كان الاعتداء منه عدّ ذلك قبضاً، وكانت المصيبة منه، وغرم قيمتها. ينظر المسألة شرح التلّفين: 233/2، مناهج التّحصيل: 232/6، التّوضيح: 518/5.

2 - ينظر المدوّنة: 240/2، التّهذيب: 74/3، التّوادر والزيادات: 373/6.

3 - زاد ابن يونس - نقلاً عن غيره - أنّه إذا أغرم الأجنبي قيمة تلك الصّبرة فاشترى بمثلها طعاماً، وفضلت من القيمة فضلة لنقص حدث، فإنّ الفضلة للبائع، وإن لم يوجد بالقيمة إلا أقلّ من الصّبرة الأولى وكان كثيراً فللمشتري فسخ البيع، وإن كان يسيراً أسقط ذلك من الثّمّن بقدره كالاتحقاق. ينظر الجامع: 915/11.

4 - الجامع: 417/11.

وقد تقدّمت بالكيل معرفة أغرم المعتدي المثل؛ لأنّها من ذوات المثل، وإذا لم تتقدّم به معرفة وجب التّحرّي، ولمّا كان التّحرّي لا يقوم مقام العلم بالكيل؛ لورود الغلط، دخله التّفاضل، وسدّا لذريعة التّفاضل وجبت القيمة، ولا فرق في ذلك بين البائع وبين الأجنبي، غير أنّه لمّا كان الأجنبي معتدياً على طعام غيره - بخلاف البائع - كان ورود الغلط في حقّه أكبر منه في حقّ البائع؛ ولذلك أغرم قيمة ذلك المثل سدّا لذريعة بيع الطعام متفاضلاً، أمّا البائع فورود الغلط في حقّه مستبعد، سواء في الكيل أو الجودة؛ لأنّه صاحب الطّعام، والضّمان يكون من طعامه عادة، فيغرم المثل.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أن يغرم المثل في المثليات، واستثنى من ذلك الأجنبي يستهلك طعاماً مصبّراً بيع على الكيل سدّا لذريعة التّفاضل، فالفرق - إذن - من قبيل الاستثناء من الأصل العام لمدرک اقتضى ذلك.

ثانياً: بيع الطّعام على وجهين؛ أحدهما: يلزم فيه حقّ التّوفية، وهو الذي يباع على الكيل أو الوزن أو العدّ، فهذا القسم لا يجوز بيعه قبل قبضه؛ سواء كان معيّناً أم كان في الدّمة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطّعام ربويًا وبين ألا يكون كذلك¹. أمّا الوجه الثاني: وهو ما يبيع جزافاً² أو الصّبرة³، فيجوز بيعه قبل نقله وقبضه إذا خلّى البائع بينه وبينه، مع استحباب مالك أن يبيعه بعد نقله خروجاً من الخلاف⁴.

ثالثاً: البيوع تلزم بنفس العقد، وليس القبض شرط في انعقادها، غير أنّ بعضها يبطل بتراخي القبض، أو بالافتراق؛ كالصّرف، وبيع الطّعام بالطّعام، وما عدا ذلك فلا يبطله الافتراق، أمّا الضّمان

1 - والأصل في ذلك نهيه صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الطّعام قبل أن يستوفي، والحديث أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الطّعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، رقم: 2136، 68/3، ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الطّعام قبل أن يقبض، رقم: 1525، 1162/3، ومالك في البيوع، باب العينة وما يشبهها، رقم: 1863، 167/2.

2- قال ابن عرفة: (بيع الجزاف بيع ما يمكن علم قدره دونه)، أي: دون تقدير بكيل أو وزن أو عدّ، وقال القاضي عبد الوهّاب: (وقاعدة هذا الباب أنّ من البيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده؛ كالحنطة والشّعير.. فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافاً؛ لأنّه ليس المقصد إلى عين كلّ واحد من آحاده، وإنّما القصد جملة ومبلغه، فإذا علم ذلك بالحرز عند مشاهدته جاز بيعه، وما يقصد منه أعيانه وآحاد جماعاته؛ كالحيوان والثّياب، فما سبيله هذه فإنّه يعظم فيه الخطر، ويكثر فيه الغرر بالمجازفة، فلا يجوز بيعه جزافاً) (بتصرّف). المختصر الفقهي: 128/5، المعونة: ص974، 975.

3- الصّبرة: الطّعام المجتمع كالكومة. ينظر لسان العرب: 441/4.

4- ينظر المعونة: 972-969، الكافي: 161، 162/2، البيان والتّحصيل: 177، 178/7، شرح التّلقين: 163، 164/2.

فينظر؛ فإذا كان في المبيع حق توفية فضمانه من البائع، إلا أن يكون كاله أو وزنه فخلّى بينه وبينه، وما ليس فيه حق توفية فضمانه من المشتري¹، كان ذلك قبل القبض أم بعده².

رابعاً: لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقداً، ولا فرق بين أن يكون من جنسه أو من غير جنسه، كان ممّا يجري فيه الرّبا أو ممّا لا يجري فيه، متفاضلاً أو متماثلاً، ومن شرطه التّقابض في المجلس، ويحرم فيه التّفاضل إذا كان من جنسه وممّا يجري فيه الرّبا³.

خامساً: يجوز عند مالك بيع الصّبرة جزافاً⁴؛ كلّ قفيز بكذا، أو قال: أبيع من هذه الصّبرة مائة قفيز، أو قال: أبيعها على أنّ فيها كذا قفيزاً.. فذلك كلّه جائز، وهو على الكيل، فإن كان فيه فضل فهو للبائع، وإن كان نقصان فللمشتري بحسابه ما لم يكن النقص كثيراً، وإلا فله الرّد عند ابن القاسم⁵.

سادساً: ومن نظائر هذه المسألة: المؤاجرة على حفر عين على أن يشقّ ربّ العين ما يجد فيها العامل من صفا (حجارة)، ويسقط عنه من الأجرة التي سمّاها ما يقابلها⁶، ومن نظائرها أيضاً: الذي يشتري بالدرهم على أن يعطيه بما فيه من الوزن⁷.

سادساً: إذا كان هلاك الصّبرة المبيعة كيلاً من قبل البائع فإنّ البيع يفسخ، أو يتراضيا على أمر يجوز جرياً على الأصل القاضي بأنّ البيع إذا وقع على معيّن وتعدّر استفاؤه انفسخ البيع، وكان المشتري بالخيار بين أن يلزمه مثل الطّعام أو يأخذ ثمنه، فلمّا ألزم مالك البائع بالمثل كان ذلك مراعاة للثّمة معاملة للبائع بنقيض مقصوده؛ لأنّه متّهم بفسخ البيع عن نفسه بإتلافه الطّعام قبل أن يستوفى منه، وكان يكفي في تفويت غرض البائع في فسخ البيع بجعل المشتري بالخيار جرياً على

1 - إلا أن يكون البائع حبسه فيكون حكمه الزّهن، أو منعه ابتداءً أو ظلماً فيكون غاصباً.

2 - ينظر المعونة: ص 973، شرح التّفقين: 899/2، جامع الأمّهات: 362، الذّخيرة: 121/5. التّوضيح: 499/5.

3 - ينظر المعونة: ص 968، المقدمات الممهّدات: 33/2.

4 - وخالف في جواز ذلك عبد العزيز بن سلمة؛ للجهل بالثّمن والمثمن حين العقد. ينظر المقدمات الممهّدات: 64/2.

5 - بخلاف أشهب. ينظر المدونة: 140/2، التّوادر والزيادات: 80/6.

6 - خرّج ابن رشد هذه المسألة في "المقدمات" على بيع الصّبرة على الكيل بجامع أنّ السّوم معلوم، وجملة الثّمن مجهولة: 173/2.

7 - كرهه مالك وأجاز ابن القاسم، وقال ابن رشد مرجّحاً قول ابن القاسم: (ولا فرق بين هذه المسألة ومسألة الصّبرة؛ ذلك أنّ مبلغ ما انعقد عليه البيع بينهما غير معلوم حال العقد، وإنّما يعلم بعد وزن الدرهم، وإن كان الدرهم معلوم وفي الصّبرة السّوم معلوم، ومقدار ما انعقد عليه البيع غير معلوم، ولا يعلم إلا بعد كيل الصّبرة، فلا فرق بين المسألتين؛ إذ يتقى من الجهل بالثّمن ما يتقى في المثمن، فإذا جاز شراء الصّبرة على الكيل ولم يعلم ما فيها إلا بعد كيلها، جاز الشّراء بالدرهم وإن لم يعلم إلا بوزنه). البيان والتّحصيل: 454/6.

الأصل، إلا أن ذلك يدخله بيع الطعام قبل قبضه إذا اختار أخذ ثمنه، فتقويتا لغرض البائع، وسدًا لذريعة بيع الطعام قبل أن يستوفى ألزم البائع أن يأتي بالمثل أو أن يتحرى¹.

سابعًا: ذكر المازريّ فرقين آخرين؛ أحدهما: أن البائع يمكن أن يعرف كيل الصبرة، ويكتفم ذلك حتى تلزمه القيمة إذا أتلفها ليشتري بالقيمة طعاما أقلّ ممّا في الصبرة. بخلاف المشتري فلا يتهم، والثاني: أن الغلط في التحري ليس فيه كبير ضرر على البائع. بخلاف الأجنبي².

المطلب السادس: الفرق بين الشاة اللبون وبين التي لا لبن فيها إذا بيعت باللبن إلى أجل.

بيع الحيوان بما يخرج منه إلى أجل على وجهين؛ أحدها: أن يكون الخارج منه موجودا حين العقد، والثاني: أن يكون غير موجود حينه، ولكن يمكن أن يوجد قبل انتهاء الأجل، فإذا كان موجودا حين العقد؛ كمن يبيع شاة لبونا بلبن إلى أجل، فقد منع من ذلك مالك أيّا كان المعجل؛ اللّبن أم الشاة³، أمّا إذا كان الخارج غير موجود حين العقد؛ كمن يبيع شاة لا لبن فيها إلى أجل لا يمكن أن يكون فيه اللّبن، فقد أجاز مالك ذلك مطلقا؛ سواء أعجلت الشاة أم اللّبن⁴.

فما الفرق بين أن تكون الشاة حين العقد لا لبن فيها فأجاز بيعها باللّبن، وبين أن تكون لبونا فمنع البيع رغم أن اللّبن يمكن أن يكون في الشاة خلال الأجل؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الشاة اللبون وبين التي لا لبن فيها إذا بيعتا بلبن إلى أجل: (والفرق بين هذه - الشاة التي لا لبن فيها - وبين الشاة اللبون إلى أجل، أن الشاة اللبون اللّبن فيها يتحقّق بحلبه في يومه أو غده، فيدخله اللّبن باللّبن إلى أجل، وهذه لا لبن فيها اليوم، وقد يمكن ألا يكون لها لبن إلى ذلك الأجل، فلا يمنع بيع جائز لأمر يكون أو لا يكون)⁵.

1 - ينظر مناهج التّحصيل: 229/6.

2 - ينظر شرح التّلقين: 235/2.

3 - وفرّق ابن القاسم بين أن يكون المعجل هو اللّبن فيجوز، وبين أن تكون الشاة هي المعجلة فيمنع، وأجاز أشهب البيع إذا كانت هي المعجلة. ينظر المدونة: 149/3، التّهذيب: 82/3، التّوادر والزيادات: 18/6، البيان والتّحصيل: 76/7.

4 - وهو قول ابن القاسم تخريجا على قول مالك في الدّجاجة التي لا بيض فيها تباع بالبيض، والتّخل الذي لا تمر فيه بتمر. ينظر المدونة: 149/9، التّهذيب: 83/3، البيان والتّحصيل: 76/7.

5 - الجامع: 445/11.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

نهى رسول الله عن بيع الطعام بالطعام متفاضلاً¹، والمعنى في ذلك هو أنه إذا دفع أقل وأخذ أكثر كان ذلك من باب القرض الذي يجزّ نفعاً، وإذا دفع أكثر وأخذ أقل كان ذلك من باب الضمان بالجعل، وهذا المعنى - وهو بيع الطعام بالطعام - موجود في بيع الشاة اللبن باللبن، سواء أعجل الشاة أم اللبن، وبيان ذلك أنه إذا عجل الشاة فإنّ المسلم إليه يقبض الشاة واللبن الذي يحلّبه كل يوم على أن يدفع مقابل ذلك لبناً إلى أجل، فيؤول أمره أنه أخذ شاة ولبناً بلبن، كما أن اللبن الذي يحلّبه كل يوم عوض عن ضمانه للشاة، فيدخله الضمان بالجعل، أمّا إذا عجل اللبن فإنّ المسلم دفع لبناً على أن يأخذ عند الأجل شاة ولبناً يحلّبه في يومه وغده، قال أمره أنه أعطى لبناً على أن يأخذ شاة ولبناً، فيدخله بيع الطعام بالطعام إلى أجل، كما يدخله السلف الذي يجزّ نفعاً؛ لأنّ اللبن الذي دفعه كان عوضاً عن الشاة اللبن، واللبن الذي يحلّبه ليس له عوض.

هذا كلّه إذا كانت الشاة لبوناً، أمّا إذا كانت الشاة لا لبن فيها؛ فإنّه بالنظر إلى كون اللبن يمكن أن يكون إلى ذلك الأجل فإنّه يمنع من بيعها باللبن إلى أجل سداً لذريعة بيع الطعام بالطعام إلى أجل اعتباراً بالشاة اللبن، غير أنه لما كانت الطوارئ لا حكم لها وأنها غير معتبرة، فإنّ المعتبر ما هو موجود وقت العقد لا ما يحتمل وجوده، ولما كان اللبن غير موجود إبان العقد، فإنّ بيع الشاة باللبن إلى أجل لا يدخله بيع الطعام بالطعام فلا يمنع.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزايمة²؛ ومن صورها - عند ابن رشد - أن يبيع الشيء بما يتولّد منه إلى أجل، وهي على وجهين؛ أحدهما: أن يبيع منه شيئاً بما تحول فيه عينه إلى

1 - وذلك في الحديث الذي رواه عمر ابن الخطاب أنّ رسول الله قال: (الذهب بالورق ربا إلا حاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتّم بالتمّر ربا إلا هاء وهاء، والشّعير بالشّعير ربا إلا هاء وهاء)، والحديث أخرجه مالك في كتاب البيوع، باب ما جاء في الصّرف، رقم: 38، 636/2، والبخاري في كتاب البيوع، باب بيع التّم بالتّم، رقم: 2062، 760/2، ومسلم في البيوع، باب الصّرف وبيع الذهب بالورق، رقم: 1586، 43/5.

2 - وذلك في الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزايمة، والحديث أخرجه مالك في البيوع، باب ما جاء في المزايمة والمحاقة، رقم: 23، 624/2، والبخاري في البيوع، باب بيع الزّبيب بالزّبيب، والطعام بالطعام، رقم: 2063، 760/2، ومسلم في البيوع، باب بيع الزّطّب بالتّمّر إلا في العرايا، رقم: 1559، 13/5.

أجل؛ كأن يبيع صوفا بثياب صوف إلى أجل أو كتّانا بثياب كتّان إلى أجل، أو شعيرا بقصيل إلى أجل يمكن أن يكون إلى ذلك الأجل من الصّوف والكتّان ثياب، ومن الشعير قصيل، فلا اختلاف في أنّ ذلك لا يجوز. والوجه الثاني: أن يبيع بما يتولّد منه مع بقاء عينه إلى أجل، وهو على ضربين؛ أحدهما: أن يكون أصل التولّد موجودا فيه حين العقد؛ مثل أن يبيع منه شاة لبونا بلبن إلى أجل، أو دجاجة بياضة ببيض إلى أجل¹، والضرب الثاني: ألا يكون أصل ذلك الشيء موجودا حين العقد، وإنما يحدث بعده؛ مثل أن يبيع منه شاة لا لبن لها بلبن إلى أجل يكون فيه للشاة لبن، أو دجاجة لا بيض فيها ببيض إلى أجل يكون فيه للدجاجة بيض، أو ذباب نحل بعسل إلى أجل يكون فيه للذباب عسل، أو نخلا لا تمر فيها بتمر إلى أجل يكون فيه للنخل تمر².

ثانيا: المعنى في منع الشاة اللبون باللبن - وعن المزبنة عموما - هو الجريرة إلى السلف الذي يجزّ نفعا، والضمان بالجعل، ولا خلاف في المذهب في إعمال التهمة إذا تعلق الأمر بالسلف الذي يجزّ نفعاً؛ لأنّ التهمة فيمن أعطى قليلا وأخذ كثيرا قويّة في القصد إلى الربا، أمّا من أعطى كثيرا وأخذ قليلا، فإنّه لا يتهم أنّه سلف ليخسر، غير أنّ التهمة من جهة أخرى، وهي الجريرة إلى الضمان بجعل؛ لأنّ من دفع الخمسة عشرة على أن يأخذ عشرة إلى أجل، فإنّ الخمسة عوض عن ضمان العشرة، فإذا أعملت الدريعة في الوجه الأول، فهل يحسن حمايتها في هذا الوجه؟ لقد اضطرب المتأخرون في القول بحمايتها؛ فمن بالغ في الاحتياط منع، ومن لا أجاز³، والقولان مشهوران⁴.

ثالثا: من الأصول التي تمحّض عنها التحليل في هذا الفرق مراعاة الطوارئ؛ هل هي معتبرة، أم أنّ المعبر في الحكم هو الحال، وبعبارة أخرى؛ هل يترك الأمر الموجود والمتحقّق لأمر يكون أو لا

1 - في هذه المسائل أربعة أقوال؛ الجواز، واستظهره ابن رشد، وهو قول ابن القاسم، والثاني: المنع، أيهما عجل، وهو قول مالك في المدونة، الثالث: الجواز إذا عجلت الشاة، وهو قول ابن القاسم في العنينة، واختاره سحنون، وهو مذهب ابن حبيب، والرابع: الجواز إذا عجلت الشاة وهو قول أشهب. ينظر هذه المسائل المدونة: 149/3، النوادر والزيادات: 18/6، البيان والتحصيل: 74/7، 75.

2 - في جواز هذه الصور من البيوع قولان؛ الجواز: وهو قول مالك في الشاة، وابن حبيب في المسائل كلّها، وابن القاسم في الدجاجة بالبيض، والنخل بالتمر، والقول الثاني هو المنع؛ وهو قول ابن القاسم، ورواية له عن مالك. ينظر المدونة: 149/3، 551/3، التهذيب: 82/3، النوادر والزيادات: 18/6، البيان والتحصيل: 74، 75/7.

3 - ينظر التبصرة: 2948/6، شرح التلقين: 338/3.

4 - ينظر التوضيح: 318/5، عقد الجواهر الثمينة: 687/2.

يكون؟ وقد اختلفوا في هذا الأصل على ثلاثة أقوال، والقول الثالث هو القول بالتفصيل؛ فتراعى الطّوارئ القريبة دون البعيدة¹، والذي عليه ابن يونس أنّ الطّوارئ غير معتبرة.

رابعاً: ومما يتخرّج على هذا الأصل - اعتبار الطّوارئ - التّفرقة بين زواج المريض وبين وطئه؛ فالمريض مرض الموت يمنع من الزّواج؛ لأنّه أدخل وارثاً حقيقة، أمّا الوطء فلا يمنع منه؛ لأنّ الوطء يمكن أن يكون منه الولد ويمكن ألا يكون منه، فلا يمنع مباح - وهو الوطء - لأمر يكون أو لا يكون، وهو الولد.

ومن صور ذلك - أيضاً - اختلافهم فيما يصيبه الصّبي من صيد، أو ما فيه فدية؛ فهل يلزم من أحججه الفدية، أم أنّ الفدية في مال الصّبي، وعلى القول بعدم مراعاة الطّوارئ فإنّ الفدية في مال الصّبي؛ لأنّ مثل هذه الطّوارئ حين أحججه الأب غير موجودة.

خامساً: في الشّاة التي لا صوف فيها تباع بصوف إلى أجل يكون في مثله الصّوف، والنّخل يباع بتمر إلى أجل يكون في مثله التّم، والدّجاجة لا يبيض فيها تباع بالبيض إلى أجل يكون في مثله البيض، والشّاة لا لبن فيها تباع بلبن إلى أجل يكون في مثله، فهذه المسائل تبدو في الظّاهر من قبيل الأشباه المنفقة صورة وحكما، غير أنّ ابن القاسم فرّق في المستخرجة بين الدّجاجة والشّاة؛ فأجاز بيعهما بما يخرج منهما، وبين التّم والصّوف؛ فلم يجز بيعهما بما يخرج منهما، والفرق بينهما - حسب ابن يونس - هو أنّ (الشّاة بالصّوف لا بدّ أن يكون للشّاة صوف إن حييت إلى ذلك الأجل؛ لأنّه نبات، وكذلك النّخلة لا بدّ أن يكون فيها تمر، والشّاة باللّبن والدّجاجة بالبيض قد يخلق ذلك فيهما، وليس أمنه كأمن الصّوف، والتّمرة والصّوف آمن)²؛ وبالتالي فإنّ كلاً من مسألتي التّم والصّوف متناظرتين مع مسألتي الدّجاج والشّاة.

سادساً: المزبنة هي بيع معلوم بمجهول من جنسه؛ كرطب بتمر، أو حبّ باليابس منه، أو الدّقيق بالعجين، والحيّ الذي يراد للحم بلحم من جنسه، والحنطة المبلّلة باليابسة، ومن المزبنة - أيضاً - بيع مجهول بمجهول من جنسه؛ كجزاف بجزاف، وبيع صبرة بصبرة، وهذه الصّور غير جائزة؛ سواء

1 - شرح المنهج المنتخب: 294/1، 295.

2 - الجامع: 448/11.

أكانت نقداً أم إلى أجل، ومن صورها - أيضاً - بيع صوف أو كتّان بثوب صوف أو كتّان إلى أجل، أو شعير بقصيل إلى أجل.. فهذه الصّور وما شابهها لا تدخلها المزابنة إلا في النسيئة¹.

المطلب السابع: الفرق بين المدين وبين غيره فيما إذا أعاد الدائن ماله إلى الغريم بعد قبضه سلماً في طعام وغيره.

المداينة على وجهين؛ مداينة على وجه البرّ والإحسان - وهي القرض - ومداينة على وجه المباينة، ولها صور عدّة²؛ منها إسلام العين فيما ليس بعين من طعام وعرض وغيرها، وذلك جائز ما لم يقترن بالعقد وجه من وجوه الرّبا، أو كان ذريعة إليها؛ كأن يكون لرجل على رجل دين، فإذا اقتضاه منه بعد حلول أجله أعاده إليه مكانه سلماً في طعام وغيره، فقد منع مالك هذه الصّورة من التصرف، واعتبرها من قبيل التّحاييل على الرّبا³. بخلاف ما إذا قال له - بعد أن أعاده إليه - أسلمه لي إلى غيرك، فقد أجاز مالك⁴، ولم يعتبره من قبيل التّدرع إلى الرّبا.

فما الفرق بين أن يسلم الدائن المدين الدّين، وبين أن يقول له أسلمه لي إلى غيرك، رغم أنّ الدائن أعاد المال مباشرة بعد قبضه سلماً في طعام وغيره؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين المدين وبين غيره فيما إذا أعاد الدائن ماله مكانه سلماً: (والفرق بينهما أنّ الذي قبض من دينه، ثمّ أعاده إليه في الوقت حين أعاده إليه سلماً أنّهما يتّهمان أن يكونا أضمرًا ذلك، فيعدّ دفعه للمال لغواً، وقد رجع إليه ماله وحصل من فعلهما أنّ الدّين الذي عليه فسّخه في غيره، وأمّا الذي أمره أن يسلمه إلى غيره إنّما اتّهمه أن المال لم يكن عنده، فأخّره لكي يشتري له به سلعة، فهو سلف جرّ منفعة، وأمّا إذا قبضه منه، فليس ها هنا تأخير يعدّ سلفاً، إنّما أمره أن يشتري له بمال قبضه منه، فهو جائز)⁵.

1 - ينظر شرح التّلقين: 145/3، المعونة: ص 964، الكافي: ص 652 - 658، البيان والتّحصيل: 14/7، 76، التّوضيح: 537/5، المختصر الفقهي: 5/274.

2 - ومن صورها أيضاً: بيع ما ليس بعين إلى أجل، وإسلام ما ليس بعين فيما ليس بعين.

3 - جاء في كتاب الصّرف: (وإن قبضت من غريمك ديناً فلا تعدّه إليه مكانك سلماً في طعام أو غيره). التّهديب: 97/3.

4 - المدونة: 82/3، التّهديب: 33/3.

5 - الجامع: 230/11.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

يكون للرجل على الرجل دين حلّ أجله، فيأتي الغريم فيقول: أسلفه لي في طعام أو غيره، فيقول الغريم: هذا لا يجوز؛ لأنه من قبيل فسخ الدين بالدين، وذريعة إلى السلف الذي يجزّ نفعاً، وبيان ذلك أنّ الدين إذا كان حالاً وأخره بزيادة حرم؛ لأنّ التأخير للدين بعد استحقاق قبضه كسلفه لمن هو عليه، والزيادة في مقدار عوض التأخير هي زيادة في عوض السلف، وقد علم تحريم سلف جرّ منفعة، فإذا فسخ ذلك في جنس آخر - من دراهم أو عوض - فإنّ التأخير لا يقع - غالباً - إلاّ وقد زاد في مقدار ما يعطيه له بعد الأجل الثاني على قيمة ما يعطيه له لو عاوضه عن دينه من غير تأخير، وهذه الزيادة في القيمة لأجل التأخير بمنزلة السلف يجزّ نفعاً¹، فإذا تأكّد الدائن من أنّ إسلامه للدين بعد حلول الأجل في طعام قد تحقّق فيه مناط الربا - وهو الجريرة إلى النفع - قال للغريم: إقضني ديني وأعيده لك سلماً، فإذا قبض دينه وأعادته إليه بحدثانه، آل الأمر إلى إسلامه للدين في غير جنسه، وكان القبض لغواً، فقويت التهمة في القصد إلى الحرام، أمّا إذا قبضه ثمّ أعاده إليه - وإن بحدثانه - على أن يسلمه إلى غيره فليس فيه فسخ الدين بالدين؛ لأنه وكله على أن يشتري له طعاماً، وهو أمر لا شية فيه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من الأصول الاجتهادية عند مالك العمل بالذرائع²، وممّا ينبني على هذا الأصل عنده قاعدة مراعاة التهمة في البيوع، ومفادها منع ما يجوز لئلاً يتطرق به إلى الحرام، ومعنى ذلك على - حدّ

1 - ينظر شرح التلقين: 373/2.

2 - الذرائع ثلاثة أقسام: قسم معتبر بالإجماع؛ كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السمّ في أغذيتهم، وقسم آخر وهو ملغى - أيضاً - بالإجماع؛ كبيع العنب خشية الخمر، واختلفوا في القسم الثالث، وهو التي اختصّ به مالك وأصحابه عن سائر المذاهب. وحقيقة هذا القسم هي منع الشيء الجائر إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الحرام، وبيوع الأجال كلها مبنية على هذا الأصل، وسبب اختلاف المالكية في بعض مسائل هذا الباب في التهمة؛ متى تكون قوية فتمنع، ومتى لا فلا، وهذا الأصل مستعار ممّا كانت العرب تصنعه مع الناقة الشاردة إذا استوحشت نصب لها ما تألفه من الحيوان لتحنّ إليه، فيمكن حينئذ ضبطها، فنقل هذا المعنى إلى الشريعة؛ لأنّ ما لا يجوز من البياعات ويحرم عليه العقد، يُتحيل عليه بإظهار صورة من البيع يجوز في الشريعة العقد عليها، فتتخذ وسيلة وذريعة للوصول لنيل الحرام. ينظر: المعونة: ص 997، المقدمات الممهّدة: 41.39/2، شرح التلقين: 317/2، الذخيرة: 152، 153/1.

تعبير الإمام القرافي - (أنّ الفعل السّالم من المفسدة متى كان وسيلة إليها منع)¹، والمعتبر حسب هذه القاعدة في البيوع هو النّظر إلى اليد؛ ما خرج منها وما عاد إليها، فإنّ وجدا وجها جائزا - بحيث لو قصده ابتداء لجاز - جاز العقد، وأمّا إن وجدا وجها محرّما - بحيث أنّ الطّرفين لو قصده ابتداء لمنع - وجب حسم الذّريعة، وهذا من باب حماية الذّرائع والاحتياط في الدّين، وليس من قبيل الظّنون المنهيّ عنها².

ثانيا: أصول الرّبا المتذرّع إليها هي: التّأخير، البيع والسّلف، الذّهب بالذّهب مع كون أحدهما سلعة، ضع وتعجّل، بيع الطّعام قبل استقائه، بيع وصرف³.

ثالثا: من البيوع المنهيّ عنها - والمخرّجة على أصل الذّرائع - بيع الدّين بالدّين، ومن صورته⁴ فسخ الدّين بالدّين، وصورته أن يكون للرّجل على آخر دين، فيفسخه في أكثر من جنسه إلى أجل، أو يفسخه بشيء من غير جنسه إلى أجل، ووجه الذّريعة هو السّلف الذي يجزّ نفعاً.

رابعا: نصّ مالك في كتاب السّلم⁵ على أنّ الدّائن إذا قبض ماله من المدين، ثمّ أعاده إليه بالقرب سلما في سلعة أنّ التّهمة تزول بالقبض⁶. بخلاف مسألتي الصّرف⁷ فقد اعلم مالك فيهما التّهمة سواء قبض أم لا، والفرق بينهما أنّ في مسألتي الصّرف دفعه من ذمّة إلى ذمّة، وفي مسألة السّلم - وكذا مسألة القراض - دفعه من ذمّة إلى أمانة.

وبيان ذلك أنّ ربّ المال في مسألة السّلم - وكذا مسألة القراض - يقول: ادفع لي مالي الذي في ذمتك لغيرك سلما، فقبل أن يأمره بالدّفع كان المال في ذمّته، وبعد الأمر أصبح في يده، وهذا معنى كونه

1 - ينظر: الذّخيرة: 152/1.

2 - ينظر شرح التّفقين: 317/2، الذّخيرة: 153/1، التّبصرة: 2766/6.

3 - ينظر: مناهج التّحصيل: 270/6، البيان والتّحصيل: 81/7، بداية المجتهد: 151/3.

4 - وله صورتان أخريان هما: ابتداء الدّين بالدّين، وبيع الدّين بالدّين.

5 - فقد جاء عن مالك في كتاب السّلم أنّ من (له على رجل مال، فقال له: أسلمه لي في طعام، لم يجز حتى يقبضه، ويبرأ من التّهمة، ثمّ يدفعه بعد ذلك إن شاء). التّهديب: 33/3، وانظر المدونة: 82/3.

6 - وقد نصّ على مثل ذلك في كتاب القراض فقال: (ولا تدفع إليه دينار لك عليه قرضا إلا أن تقبضه). المرجعان السّابقان 513/3، 631/3.

7 - فقد جاء عنه في كتاب الصّرف أنّه: (إن قبضت من غريمك دينارا فلا تعده إليه مكانك سلما في طعام أو غيره، وكذلك لو أسلمت إليه دنائير في طعام، ثمّ قضاها بحدثان ذلك من دين لك عليه). التّهديب: 97/3، وانظر المدونة: 07/3.

دفعه من ذمّة إلى أمانة، أمّا في مسألتَي الصّرف، فبعد أن كان ديناً في الذمّة على وجه القرض، انتقل إلى الذمّة على وجه البيع، وهذا معنى قولهم: دفعه من ذمّة إلى ذمّة¹، فما قاله في مسألتَي الصّرف، وما قاله في مسألتَي السّلم والقرض ليس من قبيل اختلاف القول.

خامساً: لا يجوز عند مالك أن يقبض الدائن من غريمه ويعيده بحدثانه سلماً، والمعنى في ذلك هو التّدرع إلى الممنوع، وهو بيع الدين بالدين²؛ لأنّه لمّا ردّ إليه ما قبضه من دين آل الأمر إلى أنّه اشترى منه طعاماً أو عرضاً إلى أجل بدين، ولم يكن القبض إلّا ذريعة، وهذه المسألة ذكرها مالك في كتاب الصّرف بعد مسألة من صرف ديناراً بعشرين درهماً، ولمّا قبض الدينار استلف منه عشرين درهماً ثمّ ردّها إليه في صرف دينار، قال الأمر إلى أنّه أخذ ديناراً في عشرين درهماً إلى أجل، وليس ثمة فرق بين هذه المسألة والتي قبلها؛ لأنّ في كلا المسألتين تدرّع بالقبض إلى الممنوع، والممنوع في مسألة السّلم هو بيع الدين بالدين، والممنوع في مسألة الصّرف هو التّدرع إلى النسيئة في الصّرف.

المطلب الثامن: الفرق بين تقطيع الثوب الكذب، وبين تقطيعه بالغلط في اعتبار القطع فوتاً.

من صور البيع الجائزة ببيع المربحة والمساومة³، ومن شروط صحة بيع المربحة صدق البائع في التعريف بالنّمن، فإذا كذب⁴ فإنّ المبتاع بالخيار - قبل الفوت - بين الرّدّ أو الإمساك بجميع

1 - وهو معنى بيع الدين بالدين.

2 - وعلة منع الدين بالدين هو التّدرع إلى السلف الذي يجزّ نفعاً، وهو أحد أصول الرّبا.

3 - قال الامام ابن رشد في كتابه المقدمات: (صور البيع الجائزة أربعة؛ أولها: بيع المربحة، وهو على وجهين؛ الأوّل: أن يبايعه على ربح مسمّى على جملة النّمن، والثاني: أن يبايعه على أن يربحه بالعشرة أحد عشرة، أو أقلّ، أو أكثر ممّا يتفقان عليه في الأجزاء، الصورة الثانية: بيع المكايسة - أو المساومة - وهو أن يساوم الرّجل الرّجل في السلعة فيبتاعها منه بما يتفقان عليه من النّمن، ثمّ لا يقام عليه للمبتاع فيها بغبن، ولا يغلط على المشهور، وثالثها: بيع المزايدة وهو أن يطلق الرّجل سلعة في النداء، ويطلق الزيادة فيها، فمن أعطى فيها ثمناً لزمه إلّا أن يزداد عليه، فيبيع البائع من الذي زاد عليه أولاً يمضيها له حتى يطول الأمد وتمضي أيام الصياح، وآخرها: ما يعرف ببيع الاسترسال أو الاستمانة، وهو أن يقول الرّجل للرّجل اشترى منّي سلعتي كما تشتري من النّاس، فإنّي لا أعلم القيمة، فيشتريها بما يعطيه من ثمن، ولا فرق في ذلك بين البائع وبين المشتري) بتصرّف. المقدمات الممهّدات: 125/2، 136، 138.

4 - أو يغلط في النّمن بزيادة أو نقصان، وتقام البيّنة على الغلط، فإنّ المبتاع يخير بين الرّدّ وبين الرضى بالنّمن الصّحيح، فإن فات المبيع بزيادة أو نقصان أغرم القيمة ما لم تكن أكثر من النّمن الصّحيح وربه حالة الزيادة، أو أقلّ منه حالة النقصان، ولم يفرّق بين الكذب وبين الغلط في عدم اعتبار تغيير السّوق فوتاً. ينظر المدونة: 249/3، التّهذيب: 209/3.

الثمن، إلا أن يشاء البائع أن يحطّ الثمن، فيكون البيع للمبتاع ملزماً، وإذا فات المبيع بأحد أسباب الفوت فإن مالكا أوجب القيمة يوم القبض¹. وإذا كان المبيع ثوبا فقطعه المبتاع، فإنه يغرم القيمة كما في حوالة الأسواق². بخلاف ما إذا اشترى ثوبا مساومة فغلط البائع، فأعطاه ثوبا غيره فقطعة، فللبائع عند مالك أن يأخذه، ولم يعتبر القطع فوتا في قطع الثوب الكذب كما في المراجعة حيث اعتبره فوتا³. فما الفرق بين تقطيع الثوب الكذب عند مالك في بيع المراجعة حيث اعتبره فوتا، وبين تقطيعه في الثوب الغلط في بيع المساومة فلم يعتبره كذلك؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الثوب الكذب، وبين الثوب الغلط في اعتبار قطعه فوتا: (ولأنّ ثوب الغلط لم تجر فيه مبايعة، والبائع سلط المبتاع على قطعه، فلم يكن عليه شيء، وثوب المراجعة قد وقع فيه التبايع، ورأوا أنّه بيع فاسد، وأنّ حوالة الأسواق تفيتها، فالقطع أحرى أن يفيتها)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في بيع المراجعة ألا يكتم البائع من أمر سلعته ما إذا ذكره كان أوكس للثمن أو أكره للمبتاع؛ لأنّ ذلك من أكل المال بالباطل الذي نهى الله عنه وحرّمه، ومن الغشّ والخديعة والخلابة المنهي عنه بالسنة، وبناء على ذلك فإنّ البائع - في المراجعة - إذا كذب في ثمن الثوب كان البيع فاسدا؛ لأنّ من شرط صحة بيع المراجعة صدق البائع في الثمن، وإذا كانت حوالة السوق تفيت المبيع بيعا فاسدا رغم بقاء عينه، فمن باب أولى فواته إذا تسلط عليه المبتاع بالقطع إذا كان المبيع ثوبا؛ لمكان التغيّر الذي يعتريه بالقطع.

أمّا إذا غلط البائع فأعطى المبتاع غير الثوب الذي انبرم عليه العقد وقبضه، فإنّ قبضه له لا يعد قبضا لمبيع بيعا فاسدا يفيتها تغيّر المبيع وحوالة السوق، وإنّما يعدّ قبضه له أخذا لمال الغير بإذنه،

1 - إلا أن تكون أقلّ من الثمن الصحيح وربحه فلا ينقص منه، أو تكون أكثر من الثمن الكذب وربحه فلا يزداد عليه. ينظر المرجعان السابقان: 248/3، 208/3.

2 - فقد اعتبر التقطيع فوتا، ينظر المرجعان السابقان.

3 - ينظر المرجعان السابقان: 397/3، 403/3.

4 - الجامع: 889/13.

ولا صلة له بالفوت، فإذا تسلّط عليه بالقطع وجب عليه الضمان؛ لكونه أتلف مال الغير بناء على القاعدة القاضية بأنّ العمد والخطأ سواء في أموال الغير من حيث الضمان، غير أنّ البائع لمّا سلّم له الثوب أضحي وكأنّه أذن له في التصرف فيه، فإذا قطّعه فلا شيء عليه، وإذا خاطه قميصاً فله أجره الخياطة، والقميص للبائع اعتباراً بالخياط الأجير.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أن يغرم المبتاع القيمة في البيع الفاسد مطلقاً بالغة ما بلغت، ويستثنى من ذلك البيوع المقترنة ببعض الشروط المقترضة للتضييق على أحد المتبايعين؛ كبيوع الثياب¹، والبيع المقترن بشرط السلف²، فإنّ مثل هذه البيوع يغرم فيها المبتاع عند فوتها الأقلّ من القيمة أو الثمن، والفرق بين ما تجب فيه القيمة مطلقاً، وبين ما يكون فيه المبتاع مخيراً بين الثمن والقيمة هو أنّ الطرفين إذا كانا مغلوبين على فسخ البيع³ فإنّ القيمة تجب مطلقاً بالغة ما بلغت، وإذا كان أحد الطرفين مخيراً بين الرّد والإمساك خير بين القيمة والثمن.

وبالعودة إلى مسألة الثوب الكذب فإنّ المبتاع - بعد اطلاعه على الكذب - مخير بين الرّد والإمساك، وبالتالي فإنّه لا يغرم القيمة مطلقاً.

ثانياً: إذا فات المبيع في مسألة الثوب الكذب فإنّ القيمة تقدّر يوم النّقابض، وهذا يدلّ على أنّ الكذب في بيع المرابحة مفسد له. بخلاف ما إذا أخطأ في الثمن⁴، فإنّ القيمة تقدّر يوم التّبايع، وهذا يدلّ على أنّ الخطأ في التعريف والإبانة لا يقتضي فساد البيع.

1 - بيع الثياب أن يبيع الثوب، أو الدار على أنّه متى جاء بالثمن استردّ المبيع، أو أن يبيعه على أن لا يبيع المشتري، ولا يهب، أو أنّه بالخيار إلى أجل بعيد... إلى غير ذلك من الشروط التي تقتضي التضييق على المشتري، ويجب فسخ البيع مادام مشروط الشرط متمسكاً بشرطه، ويصحّ إذا تركه، وإذا فات تعيّن الأقلّ من الثمن أو القيمة. ينظر التّبصرة: 4201/9، المقدمات الممهّدات: 65/2.

2 - وهو أن يبيع على أن يسلفه كذا وكذا، ويجب فسخه مادام مشروط السلف متمسكاً بشرطه، فإذا فاتت السلعة كان فيها الأقلّ من الثمن أو القيمة إذا كان المبتاع هو مشروط السلف، وإذا كان البائع هو المشتري له تعيّن الأكثر من القيمة أو الثمن. ينظر المقدمات الممهّدات: 65/2.

3 - البيع الفاسد على وجهين: بيع يغلب فيه المتبايعان على فسخه، وبيع اقترن بشرط يكره، والذي يغلبان فيه على فسخه على وجهين؛ فاسد لفساد عقده، وثمنه صحيح؛ كالبيع عند النّداء، فهذا يرّد، وإن فات مضى بالثمن، ومنه ما يفسد لفساد ثمنه؛ كالبيع بثمن مجهول، أو يبيع بخمر، فهذا يرّد ما لم يفت، فإذا فات ردّ إلى القيمة مطلقاً. ينظر النّوادر والزيادات: 350/6.

4 - تمّت الإشارة إلى مسألة الغلط في الثمن قبل قليل.

ثالثاً: الأصل في بيع المرابحة هو التعريف بالمبيع، والإبانة عن الثمن، وضده الكتمان، وله ثلاث صور؛ هي: الكذب والزيادة في الثمن، والغش والخديعة، والتدليس بالعيب، والمشتري في الغش والخديعة مخير بين الردّ والإمساك، ويمضي عند الفوت بالأقلّ من الثمن أو القيمة المقدّرة عند التقابض، وحكم التدليس في باب المرابحة كحكمه في غيرها؛ حيث يكون المبتاع بالخيار بين الردّ والإمساك، وإذا فات بعيب كان مخيراً بين أن يرده وردّ ما نقص العيب الحادث عنده، وبين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وحصّته من الربح، وقد يجتمع في المسألة الواحدة الصّور الثلاث، والحكم في ذلك أن يكون المبتاع مخيراً في ذلك، فيختار الأنفع¹.

رابعاً: من القواعد الفقهية التي تمحّض عنها التحليل في هذه المسألة هي أنّ العمد والخطأ في أموال الغير سواء من حيث الضمان ما لم يقترن ذلك بإذن خاصّ من المالك، وقد اختلفوا في هذا الأصل بناء على اختلاف قولي مالك في مسألة الثوب الغلط، ومن المسائل التي خرّجت على هذا الأصل:

1- مسألة الأخوين يتزوجان أختين، ويدخل كلّ واحد منهما على زوجة أخيه، فتردّ كلّ واحدة منهما إلى زوجها، ولا صداق لكلّ واحدة منهما على الذي وطئ تخريجا على المشهور من قول مالك في مسألة الثوب الغلط².

2- مسألة الكفالة إذا كانت في أصل العقد، وكان الحميل له مولى عليه، ولم يكن الكفيل والمكفول له عالمين بأنّه مولى عليه، فالكفالة غير لازمة، وليس على الحميل شيء³، وكذلك إذا كان الحميل له صبيّاً⁴.

1 - ينظر المقدمات الممهّدة: 128/2 - 136.

2 - والمنصوص عليه عند ابن القاسم هو أنّه إذا كانت عالمة فلا صداق، وإن لم تكن عالمة فعلى الواطئ صداق المثل. ينظر المدوّنة: 172/2، التّبصرة: 5004/5، مناهج التّحصيل: 508/3.

3 - ينظر التّبصرة: 5616/12.

4 - ينظر مواهب الجليل: 96/5.

المبحث الثالث: متفرقات من مختلف كتب البيوع.

يتناول هذا المبحث متفرقات لمسائل شتى من مختلف الكتب ذات الصلة بالبيوع؛ كانتفاض الصّرف بالاستحقاق، والعيب والتفاضل بين العوضين، ووجوب حماية الذريعة في بيوع الآجال، وما يطراً على مشترط الخيار من عوائق تمنعه من النّظر، والعيب في المبيع والتدليس به، وفساد البيع وفواته في تسعة مطالب.

المطلب الأوّل: الفرق بين البيع، وبين الصّرف في البطلان عند استحقاق أحد العوضين.

إذا ادّعى شخص شيئاً وهو بيد شخص آخر انتقل إليه بشبهة ملك، وأقام على دعواه بينة فإنّه يقضى له، فإذا كان المستحقّ عينا - على شكل دنانير أو دراهم - فإنه ينظر؛ فإذا كانت العين مقابل طعام أو عرض، فإنّ المستحقّ يأخذ من البائع ما استحقّه، ويرجع البائع - وهو المستحقّ من يده - على الطّرف الآخر - وهو المشتري - بمثل العين التي استحقّت¹ ولا ينتقض البيع، أمّا إذا كانت العين عوضاً عن آنية من ذهب أو فضة؛ كإبريق فضة أو غيره، فإنّ البيع ينتقض، ويأخذ المستحقّ ما استحقّه من البائع².

فما الفرق بين أن يكون المبيع طعاماً أو عرضاً فلا ينتقض البيع عند استحقاق الثمن، وبين أن يكون المبيع آنية من ذهب أو فضة فينتقض، رغم أنّ المستحقّ هو الثمن؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين أن يكون المبيع طعاماً أو عرضاً، وبين أن يكون آنية من ذهب أو فضة عند استحقاق الثمن في انتقاض البيع: (وإنّما انتقض الصّرف في الاستحقاق، ولم يكن عليه مثل الدنانير أو الدراهم؛ لأنّه اليوم كان يتمّ البيع، فيصير بيع ذهب بفضة إلى أجل، ففارق غيره من البياعات، ففسخوا البيع فيه وإن كان قريباً)³.

1 - جاء عن مالك أنّه إذا أسلمت دنانير في طعام أو غيرها، فاستحقّت بيد المسلم إليه، قبل أن تقبض ما أسلمت فيه أو بعد ذلك، فالسلم تام، وعليك مثلها، وكذلك الدراهم والفلوس، وكذلك البيع التّاجز. ينظر التّهذيب: 121/3، المدوّنة 210/3.

2 - وقد جاء عن مالك أنّه من اشترى إبريق فضة بدنانير، فاستحقّت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع. ينظر التّهذيب: 110/3، المدوّنة: 112/4.

3 - الجامع: 449/11.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

القاعدة في الاستحقاق أن المستحق (الآخذ) يأخذ ما استحقه من المستحق من يده - المأخوذ منه - وهذا الأخير يرجع على الطرف الآخر بمثل ما أخذ منه إذا كان له مثل، أو قيمته يوم العقد إذا لم يكن من ذوات المثل، ولا ينتقض المبيع، والمعنى في ذلك أن تأخير الثمن أو المثمن لا يبطلان البيع؛ بدليل جواز إسلام أحد العوضين في الآخر¹ ما لم يكن العوضان مما يشترط فيهما المناجزة. فإذا كان العوضان مما يشترط فيهما المناجزة والمماثلة - كالذهب والفضة - فإنه إذا استحق أحد العوضين بطل البيع؛ لأن المستحق إذا أخذ ما استحقه من البائع² فإن البائع يرجع على الطرف الآخر بمثل العين التي استحققت، فيأخذها بعد الافتراق، فيؤول الأمر إلى تأخير قبض أحد العوضين، فيبطل البيع؛ لأن من شرط العوضين هنا المناجزة والمماثلة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الصّرف نوع من أنواع البيوع التسعة³؛ وهي: بيع الذهب بالذهب ويسمى المراطلة، وبيع الذهب بالفضة وهو الصّرف، وبيع عرض بعرض مجانس ويسمى البدل، وإن لم يكن متجانساً سمي ببيعاً، وبيع العين بالعرض مع تأخر المثمن ويسمى سلماً، وإن تأخر الثمن كان قرضاً أو بيعاً إلى أجل⁴.
ثانياً: السنّة المجمع عليها⁵ ألا يباع شيء من الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة - عينا كان أو تبراً أو مصوغاً أو نقراً⁶ أو جيداً أو رديئاً - بعضها ببعض إلا مثلاً بمثل، فمن زاد أو أنقص أو أنظر فقد ربي⁷، أمّا الذهب بالورق فيجوز كيفما شاء المتبايعان إذا كان يدا بيد؛ وبناء على ذلك لا يجوز في

1 - فإذا أجلت العين سمي سلفاً، وإذا أجل الطعام أو العرض سمي سلماً.

2 - شريطة أن يكون ذلك بعد الافتراق، أو بعد طول مجلس.

3 - ينظر القوانين الفقهية: ص 422.

4 - وعند ابن عرفة ثلاثة أقسام: عين بعرض ويسمى بيع، وعرض بعرض ويسمى معاوضة، وعين بعين؛ فإذا كانت متجانسة فهي المراطلة، وإلا فالصّرف، وهناك تقسيمات أخرى. ينظر القوانين الفقهية: ص 422، بداية المجتهد: 145/3.

5 - ينظر الكافي: 634/2.

6 - والجمع نقار؛ وهي القطعة المذابة من الذهب والفضة، وقيل: هي ما سبك مجتمعا منها. ينظر لسان العرب: 229/5.

7 - قال ابن رشد: وباب الصّرف من أضييق أبواب الرّبا، فالتّخلص من الرّبا على من كان عمله الصّرف عسير، إلا لمن كان من الورع والمعرفة بما يحلّ ويحرم منه، وقليل ما هم. ينظر المقدمات الممهّدة: 14/2.

الصرف مواعدة، ولا خيار، ولا كفالة، ولا حوالة، ولا يصح إلا بالمناجزة الصحيحة، التي لا تبعة فيها بعد الافتراق¹.

ثالثا: قال ابن رشد الحفيد: (لما كانت المماثلة والمناجزة من شرط الصرف، فإنَّ جلَّ المسائل المتعلقة بكتاب الصرف راجعة إلى معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة، وما هو مماثل مما ليس كذلك، وراجعة - أيضا - إلى مختلف الصور التي يُتَدَرَّع بها إلى أحد الشرطين)².

رابعا: الاستحقاق أن يُقضى للرجل الشيء يدعيه في يد غيره بيينة بعد أن يحلف أنه ما انتقل من يده بوجه شرعيّ، فإذا حلف مع بيئته التي شهدت له بملكه رجع الذي استحقَّ على من باعه منه، والاستحقاق فيما فات بمنزلة العيب يوجد في السلعة³.

سادسا: من ابتاع شيئا فاستحقَّ من يده فإنه يرجع على البائع بالثمن، وليس بقيمة الشيء المستحقّ، ولا ينتقض البيع، أمّا إذا استُحِقَّت الدنانير، أو إبريق الذهب - وكان البيع على أعيانها - فالصرف منتقض، فإذا تراضيا على تلك الدنانير، أو الدراهم أو الإبريق جاز ذلك؛ لأنَّ البيع على ذلك الشيء بعينه، وقد انفسخ الصرف بالاستحقاق، وما تراضيا عليه الآن فهو صرف حادث⁴.

المطلب الثاني: الفرق بين السيف المفضّض يباع بالفضة، وبين الحليّ المصنوع من النّقدين يباع بأحدهما.

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالذهب مفاضلة، وعن بيع الفضة بالفضة مفاضلة، ومن صور التفاضل أن يكون مع أحد النّقدين غيره - سواء كان هذا الغير نقدا أو عرضا أو طعاما - بجنسه؛ كأن يباع حليّ ثلثه ذهب وثلثاه فضة بذهب، أو ثلثه فضة وثلثاه ذهب بفضة، فلا يجوز، وهو قول مالك في المدونة⁵. بخلاف السيف المفضّض نصله يجوز بيعه بفضة⁶.

1 - ينظر المقدمات الممهّدة: 15/2.

2 - بداية المجتهد: 210/3.

3 - ينظر معنى الاستحقاق؛ الكافي: 682/2، المقدمات الممهّدة: 503/2، وغيرها.

4 - ينظر أحكام الاستحقاق وبعض صوره؛ الكافي: 882/2، 883، المقدمات الممهّدة: 503/2، التّبصرة: 2830/6، 2831، شرح التّقين: 249/3، وغيرها.

5 - 22/3، وانظر التّهذيب: 108/3، النّوادر والزيادات: 191/5.

6 - ينظر المدونة: 122/3، التّهذيب: 109/3، النّوادر والزيادات: 191/5.

فما الفرق بين السيف المفضّض نصله يجوز بيعه بالفضّة، وبين حلّي الذهب والفضّة - أحدهما تابع - يباع بجنسه؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقا بين السيف المفضّض يباع بالفضّة، وبين حلّي الذهب والفضّة - أحد التّقدين تابع - يباع بالأقلّ منهما: (والفرق عند ابن القاسم بين هذا الحلّي، وبين السيف الذي فضّته تبع لنصله، أنّ الأصل كان ألاّ يجوز أن يباع عرض وفضة بفضّة، ولا ذهب وفضّة بذهب ولا بفضّة، فخصّت السنّة جواز¹ بيع السيف - إذا كانت فضّته تبعا لنصله - بالفضّة، ورواه طاووس اليماني²، وقد جعله جماعة من أهل العلم كالعروض، وبقي ما سواه على أصل المنع.. ولأنّ الذهب والفضّة في مسألة الحلّي - وإن كان أحدهما تبعا - فكلّ واحد مقصود بعينه فيدخله التفاضل بين الذهبين أو الفضّتين، وذلك ربا، والفضّة التّبع للتّصل المقصود غيرها)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ كلّ جنس ربويّ إذا بيع بمثله ألاّ يجوز أن يكون مع أحد الجنسين أو معهما غيره أو غيرهما، سواء كان الغير ممّا فيه الرّبا أو ممّا لا ربا فيه، فإذا كان مع أحد التّقدين غيره، أو عرض، فلا يجوز بيعه بمثله سداً لذريعة التفاضل الذي هو عين الرّبا؛ لأنّ الشكّ أو الجهل في التّماتل كتّحقيق التفاضل، وبيان ذلك أنّ النّقد الذي يكون معه عرض إذا بيع بمثله لم يكن في مقابل النّقد نقد مثله، وإنّما في مقابله نقد وعرض، وهذا ضدّ المماثلة التي تقتضيها قاعدة الصّرف؛ لأنّ

1 - وهو الحديث الذي يرويه قتادة عن أنس أنّ (قبيلة سيف رسول الله فضّة، وما بين ذلك حلق فضّة). أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب السيف يحلّي، رقم: 227/4، 2583، والترمذي في الجهاد، باب ما جاء في السيوف وحاشيتها من طريق سعيد بن أبي الحسن في كتاب الرّينة، باب ما جاء في حلية السيف، رقم: 1691، 312/3، وهو حديث صحيح. ينظر نصب الرّاية: 232، 233/9، إرواء الغليل: 305/3، تلخيص الحبير للعسقلاني؛ أبي الفضل أحمد بن علي، ت: عمر الثّاني عمر بن موسى، دار ضوء السلف، دون ط، (1428هـ - 2007 م)، 85/1.

2 - هو طاووس بن كيسان اليماني، كنيته أبو عبد الرّحمن، أمّه فارسية، روى عن ابن عمر، وابن عبّاس، كان من عبّاد أهل اليمن، ومن فقهاءهم، ومن سادات التّابعين، مات سنة 106هـ. ترجمته في الثّقات لابن حيّان: أبي حاتم محمّد بن أحمد، دون ت، دائرة المعارف العثمانية - حيدر اباد - الهند، ط1 (1323هـ - 1993م). 391/4، طبقات الفقهاء للشّيرازي: ص 73، وفيات الأعيان: 509/2.

3 - الجامع: 445/2.

الصَّفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة الثَّمَن في مقابلة الجميع، هذا هو الأصل ويستثنى من ذلك السِّيف المفضَّض إذا كانت فضَّته تابعة لنصله¹، والمعنى في ذلك هو أن السِّيف هو المقصود بالصَّفقة، والفضَّة إنما هي تابعة غير مقصودة.

ولما كان أحد المعدنين في مسألة حلِّي الذهب والفضَّة تابع لآخر اقتضى ذلك جواز بيعه بمثله اعتباراً بالسِّيف المفضَّض، غير أن التَّبعية في هذه المسألة لا تدلّ على أن التابع غير مقصود فيلغى؛ لأنّ الحلِّي مقصود في العادة ذهبه وفضَّته، فيكون التابع والمتبوع هنا مقصودين بالبيع، فيدخله الجهل بالتَّماتل، فيبقى على أصل المنع.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من الأصول التي تمخَّض عنها التَّحليل في هذا الفرق قولهم: الجهل أو الشكّ في التَّماتل كتحقيق التفاضل، ويتفرَّع عن هذا الأصل ما يلي:

1- قاعدة المزبنة؛ كبيع اليباس من الحبّ أو التَّمر برطبه، وبيع اللحم بالحيّ، وبيع الشاة اللبون بالبن؛ لأنّ هذه المسائل وغيرها لا تخلو أن تكون من قبيل المجهول بالمجهول من جنسه، أو من قبيل بيع المعلوم بالمجهول من جنسه، أو بيع الشّيء بما يتولّد عنه.

2- قاعدة أنّ كلّ جنس ربويّ إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين أو معهما جميعاً غيرهما؛ سواء كان الغير ممّا فيه الرّبا أو ممّا ليس فيه؛ كبيع دينار وعرض بدينارين، فيكون جملة الدّينار مع العرض في مقابل الدّينارين، ولا يؤمن في هذه الحالة أن تكون قيمة الدّينار مساوية للعرض، فيؤدّي إلى الجهل بالتَّماتل، ومثله في الحكم - أيضاً - بيع الطّعام مع العرض بطعام؛ كصاع تمر وثوب بصاعي تمر.

ويستثنى من هذه القاعدة بيع المحلّي بأحد التّقدين بغير صنفه، ويشترط في جواز هذه الصَّفقة ثلاث شروط، وهي: أن يكون المحلّي ممّا يباح اتّخاذه؛ كالسِّيف، وحلّي النّساء، وغيرهما، وأن يكون مسمّراً على الحلّي، بحيث يكون في نزعه ضرر، وأن يكون معجّلاً، ويشترط - أيضاً - إذا بيع بصنفه أن يكون في حكم التّبّع؛ كالسِّيف المفضَّض يباع بفضّة، وقد أشار خليل إلى هذه الشّروط بقوله: (وجاز

1 - والمعتبر في البيع هو التّلكّث فما دونه، وهل المعتبر في التّلكّث القيمة أم الوزن قولان مشهوران، والصّحيح عند بعض المتأخّرين أنّ المعتبر هو الوزن. ينظر عقد الجواهر الثمينة: 647/2.

محلّي - وإن ثوبا يخرج منه وإن سبك بأحد النّقد - إن أبيحت وسمّرت، وعجّل مطلقا، وبصنّفه إن كانت التّلت¹.

ثانيا: المحلّي بأحد النّقدين إذا بيع بجنسه منع، والمعنى في ذلك² هو اجتماع البيع والصّرف، والعلّة في ذلك هي توقّع حلّ الصّرف؛ لاحتمال استحقاق السلعة أو ظهور عيب³.

ثالثا: المعنى في عدم تطرّق التّهمة في مسألة السيّف المحلّي في التّذرع إلى الرّيا هو كون الفضّة تابعة للتّصل؛ لأنّها عادة ما تكون دون التّلت، والتّلت يسير، وقد اعتبره الشّرع في مسألة الرّجل الذي يكتري دارا أو أرضا فيها شجر أو نخل، قيمة ثمره دون ثلث قيمة الكراء، ولم يبد صلاحه بعد، فقد أجاز مالك⁴ للمكتري أن يشترط ثمره رغم أنّ ذلك من باب بيع الثّمار قبل بدوّ صلاحها⁵، والمعنى في ذلك هو أنّ الثّمرة لما كان يسيرا كان في حكم التّبّع المعفّي عنه، اعتبارا بالسيّف، بجامع أنّ التّلت يسير لا يتّهم بالقصد إلى الحرام.

رابعا: المسائل التي اعتبر فيها المالكية التّلت يسير - إضافة إلى مسألتني السيّف المحلّي، والدّار أو الأرض تكري، وفيها نخل أو شجر⁶:

- 1- استثناء التّلت في بيع الصّبرة، وبيع الجراف مكيلا.
- 2- استثناء البياض من الأرض في المساقاة من عموم النّهي عن المزارعة.
- 3- الوصية بالتّلت حيث اعتبر التّلت يسير.
- 4- هبة ذات الزّوج ثلث ما لها من غير إذن زوجها.
- 5- قطع ثلث الأذن والدّنب من الأضحية، واعتبروا ذلك يسيرا لا يؤثّر على الأضحية.

1 - ينظر مختصر خليل: ص 146، وينظر شرحه في التّاج والإكليل: 174/6، مواهب الجليل: 331/4، شرح الخرشي: 48/5، منح الجليل: 219/4، وغيرها.

2 - ينظر البيان والتّحصيل: 417/4.

3 - ويستثنى من ذلك كون البيع والصّرف دينارا؛ كشاة وخمسة دراهم بدينار، أو أن يجتمع البيع والصّرف في دينار؛ كشرء عشرة أثواب وعشرة دراهم بدينار. ينظر شرح الرّزقاني على مختصر خليل: 80/5، شرح الخرشي: 41/5.

4 - ينظر المدونة: 593/4، التّهذيب: 491/3.

5 - فإن لم يشترطها المكتري، أو كانت فوق التّلت، أو أزهدت فالثمرة لريّها.

6 - ينظر شرح ابن ناجي على متن الرّسالة: 195/2.

المطلب الثالث: الفرق بين الحلي وبين الدنانير في انتقاض الصّرف بوجود العيب.

الصّرف بيع من البيوع يمتاز عن غيره بالمناجزة، ويطرأ عليه ما يطرأ على غيره من البيوع من الاستحقاق والرّد بالعيب، وصورته أن يبيع عينا بغير صنفها، ولا فرق في ذلك بين أن تكون العين نقدا أو نقارا أو حليّا، ولا فرق بين أن يكون العيب في الثمن أو المبيع، فإذا صرف دنانير بدراهم، وطلع بأحد الدنانير أو الدراهم على عيب انتقض صرف دينار واحد¹؛ سمى لكلّ دينار ثمنًا أم لم يسم، أمّا إذا باع حليّا² بعين، ثمّ طلع على عيب بالحليّ أو الدنانير فإنّ الصّرف ينتقض كلّه³. فما الفرق بين الحليّ ينتقض الصّرف كلّه بوجود العيب فيه، وبين الدّينار لا ينتقض فيه إلاّ صرف الدّينار المعيب؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الحليّ وبين الدنانير في انتقاض الصّرف بالعيب: (والفرق بين الحليّ وبين الدنانير في هذا أنّ الدنانير لا تتراد لأعيانها، ولا تختلف قيمتها، وإنّما يقع لكلّ دينار حصّة من الفضة، وقتّ ثمنًا أم لا، والحليّ تتراد لأعيانها، فأشبهت العروض والثياب ونحوها التي يقع لكلّ ثوب حصّة على العدد - وإن وقت له ثمنًا - وإنّما جملة الثمن بجملتها، فإن وقع في بعضها عيب أو استحقاق، جعل له حصّة من الثمن بالتقويم لا على العدد، فإذا صحّ أنّ جملة الثمن بجملتها أشبهت الدّينار الواحد التي ينتقض فيه البيع به، أو بشيء من ثمنه)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الصّرف أن يفترق المتصارفان وقد قبض كلّ واحد منهما عينه، ولا تباعة بينهما؛ لمكان شرط المناجزة، وبناء على ذلك فإذا ابتاع (صرف) دينارًا بدراهم، ووجد - بعد الافتراق - بالدراهم عيبًا أو زيفًا وطلب بالتّمّام فإنّ الأمر لا يخلو من أن ينتقض الصّرف، أو أن يرجع عليه

1 - وإن كان ما صرفه نقر فضّة، ووجد بها مسمار نحاس أو رصاص قيمته صرف دينار، انتقض صرف دينار واحد، وإن كان ما أصابه أكثر من صرف دينار انتقض صرف دينارين، فما زاد فعلى هذا الحساب. ينظر التّوادر والزيادات: 735/5، المدونة 396/3، التّهذيب: 339/3.

2 - سواء كان حليّا كثيرا، أو زوجا من الخلاخل أو الأساور، فيصيب به رأس نحاس أو مسمارا أو شقًا أو كسرا.

3 - ينظر المدونة: 396/3، التّهذيب: 693/3، التّوادر والزيادات: 735/5، البيان والتّحصيل: 09/7 - 12.

4 - الجامع: 460/12.

بأرش العيب، أو أن يرضى بالبدل، ولا يجوز الرجوع بالأرش؛ لأنّ الرجوع بذلك يجعل المتصارفين مشتركين في الدينار بمقدار العيب، وهذا مبطل للصرف؛ لأنّ مقتضاه أن يفترقا ولا تباعة بينهما، ولا يجوز - أيضا - الرضا بالبدل؛ لأنّ فيه تأخير لأحد البدلين، وذلك مبطل للصرف، فلم يبق إلا انتقاص الصرف.

وإذا كان المبيع دنانير أو حليًا كثيرًا، فإنّ الأمر يفترق بين ما إذا كان المقصود منه آحاده أو كان المقصود منه أعيانه: فإذا كان المقصود منه آحاده؛ كالدنانير، فإنّه ينتقض صرف دينار واحد، والمعنى في ذلك هو أنّ حصة كلّ دينار على العدد، فيقسم ثمن الصّفقة على عدد الدنانير، وهذا يقتضي أنّ كلّ دينار مستقلّ بنفسه وبقيمته، فأضحى وكأنّ كلّ دينار معقود عليه بنفسه عقدا يستغني به عن ضمّ غيره إليه. وأمّا إذا كان المقصود منه أعيانه لا آحاده؛ كالحلي، فإنّ حصة كلّ حليّ تكون بالتقويم اعتبارًا بالعروض¹، بحيث يقوم كل حليّ منفرد، ثمّ يقسم مجموع تلك القيم على أفراد الحليّ، وهذا يقتضي أنّ ثمن الحليّ في الصّفقة لا يعرف حتى يقوم، فيكون فيه تأخير لأحد البدلين، فينتقض الصرف كلّ اعتبارًا بالدينار الواحد.

الفرع الثالث: فوائد.

أولًا: من القواعد التي تمحّض عنها التّحليل قولهم: أنّ الصّفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة الثمن في مقابلة الجميع؛ فإذا كان المقصود من أجزاء الصّفقة أعيانها، فإنّ حصة كلّ جزء من أجزائها يكون على التقويم، وإذا كان المقصود من أجزائها هو آحادها، فإنّ حصة كلّ جزء يكون على العدد. ثانيًا: إذا رتب في البيوع ثمنًا لكلّ جزء من أجزاء الصّفقة - سواء كانت الأجزاء مقصودة بأعيانها أو بآحادها - فإنّ ذلك الترتيب لا عبرة به في طريان الاستحقاق والردّ بالعيب.

ثالثًا: ممّا يمتاز به الصرف عن البيع هو شرط المناجزة، وبناء على ذلك فرق مالك بين الصرف وبين البيع في مسائل؛ منها:

1 - وبيان ذلك أنّ المبيع إذا كان عروضًا؛ كثياب، واستحقّ بعض منها، أو وجد بها عيب - وكان متعددًا (كثيرًا) - فإنّ حصة المعيب التي يرجع بها تقوم؛ بحيث تقوم كلّ سلعة - ثيابًا أو عرضًا - بمفردها، فتنسب قيمة المعيب إلى الجميع، فيرجع بما يخصّ المعيب من الثمن فيقوم على أنّه صحيح غير معيب، ويقوم مرة على أنّه معيب فإذا قيل قيمته صحيحًا غير معيب تسعون، وقيمته معيبًا ستون كانت نسبة المعيب ثلاثون، فإذا كان ثمنه مائة وعشرون فإنّ حصة المعيب أربعون.

1- إذا وجد في المبيع عيبا - وكان المبيع لا يتعدّد - وكان العيب ممّا يوجب الرّدّ، فإنّ المبتاع بالخيار بين ردّ الجميع، وبين إمساك الجميع، أمّا إذا كان العيب لا يوجب ردّا فإنّه يرجع على البائع بأرش العيب، أمّا الصّرف فليس فيه إلّا الانتقاض مطلقا، ولم يفرّق بين كون المعيب ممّا يوجب الرّدّ، وبين كونه ممّا لا يوجبه.

2- إذا تعدّد المبيع، وكان العيب ممّا يوجب الرّدّ فإنّ مالكا فرّق بين أن يكون المعيب هو وجه الصّفقة فينتقض البيع، وبين ألا يكون هو وجه الصّفقة فيرجع بحصّة المعيب، أمّا في الصّرف فلم يفرّق.

3- لا فرق عند مالك في الصّرف بين الاطلاع على العيب، وبين الاستحقاق، أمّا في البيع فقد فرّق بين العيب وبين الاستحقاق في بعض المسائل¹.

رابعا: المعنى عند ابن يونس في انتقاض صرف الحليّ هو كون المقصود من الحليّ أعيانه وليس أحاده، وبناء على ذلك لا فرق بين أن يكون الحليّ زوجا لا ينتفع بأحدهما دون الآخر؛ كالسّوار والخلخال، وبين كونه ليس زوجا؛ كالحواتيم، وغيرها.

أمّا عند ابن رشد فإنّ المعنى عنده هو استواء الثّمّن واتّحاد الغرض²، وبناء على ذلك فإذا كان الحليّ زوجا أو أزواجا مستوية الثّمّن لا يمكن أن تفترق أغراضها فإنّ الصّرف لا ينتقض، وإنّما يردّ المعيب مع صاحبه بما ينوبه من الثّمّن ولا يردّ الجميع. بخلاف ما إذا اختلفت أغراضها ولم تستو أثمانها فينتقض الصّرف جميعه.

المطلب الرابع: الفرق بين الغائب، وبين المغمى عليه في نفاذ تصرفات السّلطان في مالهما.

الخيار في البيع يقتضي أن يكون مشرطه مخيرا بين الرّدّ أو الإمضاء، وقد يرد عليه من العوائق ما يحول بينه وبين النّظر فيما جعله لنفسه من خيار؛ كالجنون والإغماء وغيرها، فإذا جنّ مشرط الخيار، وانقضى أمده حتى لحق بالطرف الآخر ضرر من طول الانتظار فإنّ للسّلطان النّظر في البيع، فيختار الأصلح للمجنون بين الرّدّ والإمضاء. بخلاف الإغماء فقد فرّق ابن القاسم

1 - ينظر هذه المسائل المدوّنة: 352/2، التّهذيب: 298/3.

2 - ينظر البيان والتّحصيل: 11/7.

بين الردّ وبين الإمضاء، فللسلطان أن يردّ بيع المغمى عليه دون إمضائه¹، وقد ألزمه بعضهم² بالقول بجواز إمضاء السلطان ببيع المغمى عليه كما له رده، بدليل ما جاء عنه في مسألة العرصة المعارة³ - حيث يريد المعار (صاحب النقض) هدم الدار، وصاحب العرصة غائب - أنّ للسلطان أن يختار الأفضل والأصلح لربّ العرصة بين شراء النقض بقيمته منقوضا، وبين أن يأمر صاحب الدار فيأخذ نقضه. فإذا كان للسلطان أن يتصرّف في مال الغائب بالبيع والشراء ابتداء، فمن باب أولى أن يمضي ببيع المغمى عليه.

فما الفرق بين الإغماء وبين الغيبة فأجاز للسلطان التصرّف في مال الغائب دون المغمى عليه، رغم أنّ كلّ منهما عاجزان عن التصرف في مالهما؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الغائب وبين المغمى عليه في نفاذ تصرفات السلطان في مالهما: (ويحتمل أن يكون الفرق بينهما عند ابن القاسم أنّ الإغماء الغالب فيه زواله عن قرب، والغائب قد تطول غيبته، فهو كالصبي والمجنون)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الحرّ المعصوم أنّه مسلّط على ماله بالتصرّف فيه، وألا ولاية عليه من أحد إلاّ عند العجز عن النّظر لنفسه بنفسه، فيحتاج إلى من هو قادر على رعاية مصلحته؛ كحالة الصّبا والمجنون، فيتولّى شؤونه والده، أو وصيّه، أو من يعيّنه القاضي، وعند عدم الولي أو غيابه فإنّ السلطان وليّ من لا وليّ له.

ولمّا كان الإغماء والغيبة - في بعض الظروف - في العجز والاحتياج إلى الغير سواء، فإنّ تصرّف السلطان في مالهما نافذ عند وجود المقتضي - وهو العجز - اعتبارا بالصّبي والمجنون، وبناء على

1 - بخلاف أشهب الذي ألحق المغمى عليه بالمجنون والصّبي قياسا. ينظر المدوّنة: 212/2، النوادر والزيادات: 390/6.

2 - أشار إليه ابن يونس بقوله: (قال بعض شيوخنا)، الجامع: 793/13، والأرجح أنّه شيخه أبو بكر بن العباس الصّقلي، وربّما نقل ذلك عن عبد الحقّ من كتابه تهذيب الطّالب.

3 - وهي مسألة ما إذا بنى أحدهم في عرصة (أرض) رجل بإذنه، ثمّ أراد الخروج منها، فلربّ العرصة أن يعطيه قيمة النقض مقلوعا، أو أن يأمره بقلعه. ينظر المدوّنة: 216/4، التّهذيب: 128/4.

4 - الجامع: 793/13.

ذلك فإنّ إمضاء بيع المغمى عليه في مسألة الخيار أولى من إنشائه في حقّ الغائب في مسألة العرصّة المعارة؛ لأنّ الإمضاء أخفّ من الإنشاء، غير أنّه لما كان المعنى المجيز للسلطان في التسلّط على مال الغائب هو الضّرر اللاحق لصاحب النقص بسبب طول الانتظار، فإنّ هذا المعنى مفقود في المغمى عليه؛ لأنّ العادة ألاّ يطول الإغماء، فليس ثمة من داع إلى تسليط السلطان على ماله.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الهدف من الفرق في هذه المسألة هو دفع التناقض بين قول ابن القاسم بعدم نفوذ تصرفات السلطان في مال المغمى عليه في مسألة الخيار، وبين ما ألزم به من القول بنفوذها اعتباراً بمسألة العرصّة المعارة، فالمزم يحاول أبداً أن يسوّي بين مسألة الخيار وبين مسألة العرصّة المعارة في نفوذ تصرف الوالي في مال الغائب والمغمى عليه، ولم ير فرقا بين الإغماء وبين الغيبة، فالمسألتان عنده متماثلتان صورة ومعنى، وابن يونس يدفع هذا الإلزام من خلال التفريق بين المسألتين، وبيان أنّهما متناظرتان.

ثانياً: من القواعد التي تمحّض عنها التحليل في هذه المسألة:

- 1- الأصل أنّ الحرّ المعصوم وليّ نفسه، ولا سلطة لأحد على ماله.
- 2- الولاية تقتضي نفاذ التصرف.
- 3- الولاية على الغير خلاف الأصل؛ لأنّها مشروعة عند الضّروعة، وهي حالة العجز والاحتياج.
- 4- الأصل في الولاية أن تكون للأب، ثمّ وصيّيه، ثمّ من يعيّنه القاضي.
- 5- صحّة تصرف السلطان في مال الغير عند عدم وجود الوليّ أو غيبته، مقيّد بوجود المقتضي، وهو رفع الضّرر.
- 6- تصرف السلطان في مال الغير منوط بالمصلحة، فيتعيّن عليه اختيار الأصلح؛ لأنّه اجتهاد في مال الغير.

ثالثاً: بناء على تحليل الفرق الوارد في المسألة فإنّ:

- 1- مشروط الخيار إذا طرأ عليه عائق يمنعه من النّظر فيما جعل لنفسه من خيار؛ كالجنون والصّغر، فإنّ السّلطان ينظر في الأصلح لصاحب الخيار بين الرّد وبين الإمضاء، وألحق أشهب المغمى عليه بالمجنون والصّبي قياساً¹.
- 2- ألزم الإمام المازريّ ابن القاسم القول بأنّه ليس للسّلطان إجازة بيع مشروط الخيار إذا حال بينه وبين النّظر لنفسه حائل يرجى زواله عن قرب².
- 3- بناء على الفرق في هذه المسألة يمكن القول إنّّه إذا كان مشروط الخيار غائباً، فللسّلطان النّظر في الأصلح بالنّسبة للمشروط للخيار بين الرّد وبين إمضاء البيع اعتباراً بمسألة العرصّة المعارة بجامع الضّرر اللاحق بسبب طول الانتظار.
- 4- إذا مات مشروط الخيار انتقل الحقّ في الخيار إلى الورثة³ اعتباراً بخيار الرّد في العيب⁴؛ لأنّ المشتري يملك الخيار بين أن يرّد المبيع المعيب، وبين أن يتملّكه، فإذا مات ورث عنه خياره؛ لأنّه حقّ ماليّ، فكذاك الأمر في بيع الخيار إذا مات مشروطه.
- رابعا: إذا أذن ربّ العرصّة لرجلين بالبناء في عرصته، وعند انتهاء الأجل أراد أحد الشّريكين بيع نصيبه من النّقص، فإنّ ربّ العرصّة أولى بالنّقص من غيره بالأقلّ من القيمة أو الثّمّن دفعا لضرر الهدم، وليس من باب الأخذ بالشفعة⁵، وإنّ أبى ربّ العرصّة أخذ النّقص ثبتت الشّفعة لأحد الشّريكين، اعتباراً بقول مالك في مسألة القوم الذين حبست عليهم أرض فبنوا فيها ومات أحدهم، فإنّ الشّفعة تثبت لباقي الورثة إذا أراد أحد الورثة بيع نصيبه⁶.

1 - وقد خرّج الإمام المازريّ المفقود على القولين في مسألة المغمى عليه، فقال: وأمّا من فقد فإنّه يجري على هذين القولين أيضا. شرح التّقين: 543/2.

2 - ينظر شرح التّقين: 543/2.

3 - ينظر المدوّنة: 208/3.

4 - ينظر شرح التّقين: 545/2.

5 - لأنّ الأصل أنّ الشّفعة تجب للشّريك في عين المبيع الذي في قسمته ضرر، وربّ العرصّة لا شركة له في النّقص. ينظر مناهج التّحصيل: 72/9.

6 - وقد خرّج ابن القاسم ثبوت الشّفعة لأحد الشّريكين في العرصّة المعارة على مسألة الحبس هذه. ينظر المسألة في المدوّنة: 216/4، التّهذيب: 128/4.

خامسا: قال مالك في مسألة الذي باع نقض دار على أن يقلعه المشتري، فاستحق رجل الأرض، وأراد أن يأخذ النقص، قال: لا يأخذه إلا بالثمن¹، ولم يخيره في الأقل بين القيمة وبين الثمن كما فعل في مسألة العرصة المعارة².

المطلب الخامس: الفرق بين الإقالة في السلم وبين شراء مثل المبيع في وجوب حماية الذريعة.

جاء في المدونة عن ابن القاسم أنه من باع ثوبا بذهب إلى أجل، ثم اشترى من المبتاع ثوبا مثله وزيادة بذهب نقدا، أو كان الثمن أقل من الثمن الذي باع به الثوب الأول أن ذلك يجوز³. بخلاف الإقالة فقد جاء عنه في مسألة من أسلم عرضا في عرض خلافه؛ كحيوان وغيره، ثم أقاله البائع على أن يعطيه في الحيوان مثل الثياب التي أسلفها وزيادة أن ذلك لا يجوز⁴. فابن القاسم - كما ترى - حمى الذريعة في الإقالة ولم يحمها في البيع. فما الفرق بينهما رغم أن البائع في المسألتين أعطى ثيابا، ثم أخذ بعد الأجل ثيابا مثلها وزيادة؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الإقالة وبين البيع في وجوب حماية الذريعة إذا أعطى ثيابا ثم أخذ مثلها وزيادة: (والفرق بين المسألتين أن مسألة السلم لما أقال منها إنما قصد إلى نقض البيع، فصار ما رجع إليه من الزيادة في ثيابه زيادة في السلف، ومسألة الآجال لم يقصدا فيها إلى نقض البيع الأول، وإنما قصدا إلى بيع مؤتلف لا يقدر في الأول بحال، فلم يتتبعها فيه؛ لأن الذي ابتاع من صنف عروضه بأقل الثمن قد نقده ما ابتاعه به فصار بيعا مؤتلفا ثمنا ومثمونا، والبيع الأول بقي

1 - وقد عدّ خليل هذه المسألة إحدى المسائل التي قال فيها مالك بالاستحسان، وقد أوصلها أربعا وهي: وجوب الشفعة في الأناض في الأرض المشاعة بين الشركاء كما في الحبس، وكذا في الأرض المستحقة، والعرصة المعارة، ومسألة من اشترك في ثمر شجر قد أزهى فباع أحدهم نصيبه، فاستحسن مالك الشفعة، ومسألة القصاص بالشاهد واليمين، ومسألة وجوب خمس من الإبل في كل أنملة من الإبهام، وزاد الحطاب مسألة خامسة، وهي مسألة اليتيم الذي لا وصي له، فأوصت عليه أمه وعلى ماله، فقيد مالك الوصية في المال في حدود الستين دينارا، والمراد بتخصيص مسائل الاستحسان بهذه الخمس عند مالك هو انفراده بها دون غيره، وإلا فقد أثر عنه أن الاستحسان تسعة أعشار العلم. ينظر التوضيح: 569/6، منح الجليل: 390/6، التاج والإكليل: 379/7، تحبير المختصر: 238/4، حاشية الصاوي: 230/2.

2 - اعتبر الزجاجي ذلك من قبيل اختلاف القول. ينظر مناهج التحصيل: 72/9.

3 - المرجعان السابقان: 164/3، 138.137/3.

4 - التهذيب: 65/3، المدونة: 125/3، النوادر والزيادات: 113/6، 114.

على هيئته فسلم من التهمة، وهو لم يسترجع سلعته بعينها، والذي أقال من العروض التي أسلمها في حيوان فأخذ من صنفها وزيادة لم يؤدّ فيما أخذ ثمنًا مؤتلفًا، وإنّما أخذه عوضًا ممّا أسلم فيه، فصار آخر أمره أن دفع عروضًا ورجع إليه من صنفها وزيادة معها، والله أعلم¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

المتبايعان في بيوع الآجال يتّخذون صورًا من البيوع جائزة في الظاهر ليتوصّلا بها إلى فعل المحذور، والقاعدة فيها هي النّظر إلى اليد؛ ما خرج منها وما صار إليها، فإذا آل الأمر إلى أنّ اليد أخذت أكثر ممّا دفعت تطرقت التهمة إلى قصد التذرع إلى الحرام، فيجب سدّ الذريعة. وبناء على ذلك فمن أسلم ثيابًا في حيوان، ثمّ تقايلا على أن يأخذ البائع عوضًا عن الحيوان ثيابًا من صنف ما أسلم وزيادة، فإنّ الإقالة هنا محمولة على قصد التذرع إلى السلف وزيادة، وبيان ذلك أنّ مقتضى عقد السلم هو استقرار ثمن الثياب - وهو الحيوان - في ذمّة المشتري، وبالإقالة ينحلّ العقد ويبطل ما في ذمّة المشتري من ثمن الثياب، وذلك يقتضي أن يرجع إلى يد البائع عين ما خرج منها أو مثله لبطلان عقد السلم، غير أنّهما لمّا تقابلا - أو بالأحرى لمّا فسخا عقدهما - اتّفقا على أن يردّ إليه مثل ثيابه وزيادة، فالأمر أن خرج من يد البائع ثيابًا، ورجع إليها مثلها وزيادة، وصار السلم لغوا، ففويت التهمة في القصد إلى الممنوع، وهو السلف والزيادة، فتعيّن سدّ الذريعة.

وهذا بخلاف مسألة البيع؛ فإنّ البيع الثاني كان بيعًا مؤتلفًا ولا تعلق له بالبيع الأول، ولم يكن الثوب لغوا، فتعيّن حمل البيع الثاني على اختلاف الأغراض وتباين المنافع، لا على التّحليل اعتبارًا بمن باع شيئًا إلى أجل، وابتاع من المشتري شيئًا مغايرًا للمبيع الأول في جنسه وصنفه بثمن أقلّ نقداً، وبيان ذلك أنّ مقتضى العقد الأول هو استقرار ثمن الثياب في ذمّة المشتري، وثبوت ملكية الثمن والمثمن في ذمّة كلّ من البائع والمشتري، وقد قبض المشتري المبيع، ومقتضى العقد الثاني انتقال ملكية الثياب إلى المشتري، وانتقال ملكية الثمن إلى البائع، وقد نقده الثمن مع بقاء استقرار الثمن في البيع الأول في ذمّة المشتري؛ لكون البيع الثاني مؤتلفًا، وهذا يدلّ على أنّه لا تعلق للبيع الثاني بالأول. ولمّا كان المقصود في الثوب عينه لا مثله؛ لكونه من ذوات القيم تعيّن حمل السبب في البيع الثاني

على اختلاف الغرض وتباين المنفعة، فضعت التهمة في التطرق إلى البيع وزيادة، فلم يتعين حسم الذريعة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: جاء عن بن القاسم أنه من باع قمحا بدينارين إلى أجل، ثم اشترى مثله في كيله وصنفه بدينار نقدا أن ذلك لا يجوز¹. وهذا بخلاف الثياب².

قال ابن يونس معللاً وموجّهاً: (ويدخله سلف جر منفعة، السلف ما تدفع الآن ثم يرد إليك أكثر منه عند الأجل مع ما كان زادك على مكيلة قمحك، ويدخله إذا رد عليه مثل كيله سلف جر منفعة، وإذا رد عليه أقل من كيله بيع وسلف؛ فوجه البيع والسلف كأنك بعت منه مئة إردب محمولة بمئة دينار إلى شهر ثم ابتعت منه ثمانين محمولة بثمانين ديناراً نقداً، فالثمانين المحمولة رجعت إليك وصرت دفعت عشرين محمولة وثمانين ديناراً نقداً في مئة دينار مؤجلة فذلك بيع وسلف، ووجه سلف جر منفعة؛ لأن مثل طعامك رجع إليك وصرت دفعت دنائير في أكثر منها)³.

ثانياً: كل بيع أجل فيه الثمن فهو من بيوع الآجال، فإذا دخلت الإقالة في بيع الأجل، أو اشترى البائع بعض ما اشترى من المبتاع، أو ما هو من صنفه، فإنه ينظر إلى مال أمرهما، وما يجوز من ذلك لو قصده ابتداء وما لا يجوز، فإذا آل الأمر إلى كون المبيع ملغى؛ كأن لم يقع فيه عقد أولاً ولا آخراً، ولا تبدل فيه ملك، فإنه ينظر بعد ذلك إلى اليد؛ ما يخرج منها وما يرجع إليها، فإن وجد ذلك وجها محرماً في الشرع؛ كبيع وسلف، أو سلف جر منفعة، بحيث لو عقدا عليه ابتداء لفسخ العقد، فإن البيع يمنع حماية للذريعة⁴.

هذا كله إذا كان الثمن مؤجلاً في البيع الأول، أما إذا كان نقداً - كالسلم - فليس من قبيل بيوع الآجال وإن كانت تسري عليه أحكامه.

1 - ينظر المدونة: 164/3، التهذيب: 137/3.

2 - والفرق في ذلك أن المقصود في الثياب أعيانها، بخلاف القمح فيقصد فيه أحاده، فمثله كعيته.

3 - الجامع: 666/12.

4 - أما إذا كانت البيعة الأولى نقداً - ثمناً ومثمناً - فلا عبرة فيما أفضت إليه البيعة الثانية، ويستثنى من ذلك ما يقع بين أهل العينة؛ فيراعى فيها ما يراعى في بيوع الآجال من التهمة.

ثالثاً: بناء على ما سبق عرفوا الآجال بأنه (لقب لما يفسد بعض صورته؛ لتطرق التهمة بالقصد إلى ظاهر جائز، ليتوصل به إلى باطل ممنوع)¹، حسماً للذريعة، وهو أن يبيع سلعة ثم يبتاعها من مشتريها، ويتصور في ذلك صور كثيرة².

رابعاً: الأصل الذي انبنت عليه بيوع الآجال هو الذرائع؛ وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة يتوصل بها إلى الحرام، فبيوع الآجال قائمة على بيوع ظاهرها الصحة يتوصل بها إلى استباحة الربا؛ كالسلف والزيادة، ولقد أجمعت الأمة على منع بيع وسلف.

خامساً: المتوسل إليه في الآجال هو البيع والسلف³، والسلف الذي يجزّ نفعاً⁴، دفع الأكثر وأخذ الأقل ممّا فيه الضمان⁵، وأسلفني وأسلفك⁶.

سادساً: لا خلاف أنه إذا كان المتوسل إليه هو البيع والسلف، أو السلف الذي يجزّ نفعاً أنه يتعين حسم الذريعة؛ لأنه ممّا يكثر القصد إليه، واختلفوا فيما إذا كان المتوسل إليه هو الضمان بجعل؛ لأنه ممّا يقلّ القصد إليه، أمّا إذا كان المتوسل إليه هو أسلفني وأسلفك، فالمشهور جوازه؛ لأنه ممّا ينذر القصد إليه عادة.

سابعاً: اختلف المذهب في تعليل المنع في الذريعة إلى البيع والسلف؛ فقيل علّة المنع هي اعتياد كثير من الناس التوسل بهذه البيوع التي ظاهرها الجواز إلى استباحة ما هو ممنوع، ومقتضى هذا

1 - وهو تعريف ابن الحاجب، وقال ابن عرفة: (إنه يطلق مضافاً ولقباً؛ أمّا الأول: فهو الذي أجل ثمنه العين، وما أجل ثمنه غير ما سلم، والثاني - وهو المعنى اللقبى - لقب لمتكرّر بيع عاقد الأول ولو بغير عين قبل اقتضائه). مختصر ابن الحاجب: ص 352، شرح حدود ابن عرفة: ص 259.

2 - وقد أوصلها ابن جزّي إلى تسع صور، ينظر القوانين الفقهية: ص 453.

3 - مثال البيع والسلف: أن يبيع سلعتين إلى شهر بدينارين، ثم يشتري واحدة منها بدينار نقداً.

4 - ومثال السلف الذي يجزّ نفعاً: أن يبيع ثوباً بعشرة إلى شهر، ثم يشتريه بثمانية نقداً.

5 - ومثال الضمان بجعل: ما لو باع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشترى منه عند الأجل أو قبله ثوباً بالعرض، فالأمر أن دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما بثوب إلى أجل.

6 - ومثال أسلفني وأسلفك: ما لو باع ثوباً بدينار إلى شهر، ثم اشتراه بدينار نقداً، وبدينار إلى شهرين، فالسلعة قد رجعت إلى صاحبها، ودفع الآن ديناراً يأخذه بعد شهر، ودينارين إلى شهرين؛ أحدها عوض عمّا كان أعطاه، والثاني كأنه أسلفه على أن يعطي عند مضيّ شهر آخر.

التعليل ألا يمنع من لا يتهم ممن هو من أهل الدين والفضل، وقيل: إن العلة هي حماية الذريعة، فيتعين أن يمنع من يتهم ومن لا يتهم¹.

ثامنا: ثمة من يرى التوقف في أعمال الذريعة في هذا الباب بناء على أن مستند التهمة هو العرف والعادة، وقد وجد ذلك في قوم المائة الثالثة بالمدينة أو الحجاز، وأضحت تلك العادة كالشروط، ويندر حصولها الآن، فلا تعمل²، وهذه المسألة شبيهة - إلى حد ما - بالكنايات المستعملة في الطلاق التي يحتكم فيها إلى أعراف الناس ومقاصدهم.

تاسعا: سبقت الإشارة إلى أن البيعة الأولى في بيوع الآجال إذا كانت نقدا فلا عبرة بما أفضت إليه البيعة الثانية، ما لم يكن المتبايعان من أهل العينة³، وصورة هذا البيع أن يطلب الرجل من الرجل سلعة ليست عنده، فيقول له: ابتعها من مالها بعشرة دنانير نقدا، وأنا أشتريها منك باثنتي عشرة إلى أجل، وقد اختلف أصحاب مالك في فسخ هذا البيع، والمشهور عدم الجواز؛ لأنه من قبيل بيع ما ليس عندك⁴.

عاشرا: كما سبقت الإشارة - أيضا - إلى أن بيوع الآجال إذا دخلتها الإقالة أعملت التهمة، والإقالة هي ترك المبيع لبائعه بثمنه، ومن شرطها - عند مالك - ألا يدخلها زيادة ولا نقصان، فإذا دخلها ذلك كانت بيعا من البيوع، ودخلها ما يدخل بيوع الآجال من التدرع إلى الحرام، والضابط في ذلك هو أنه إذا استوت الأثمان والآجال، نظر إلى اليد السالفة بالعطاء؛ فإن خرج منها قليل فالمنع، وإلا فالجواز⁵.

1 - ينظر: شرح التلقين: 319/2.

2 - ينظر التاج والإكليل: 268/6.

3 - وأصل العينة عون، لأنها من العون قلبت الواو ياء؛ لسكونها قبل كسر، وسمي البيع بها لاستعانة البائع بالمشتري على تحصيل مقصود، أو لحصول العين - النقد - لبائعها. ينظر منح الجليل: 102/5.

4 - ينظر أحكام المسألة الكافي: 669/2، التبصرة: 4172/9، التوارد والزيادات: 85/6، منح الجليل: 102/5، القوانين الفقهية: ص 436، المعونة: 1004.

5 - ينظر بداية المجتهد: 222/3، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام للتوزري عثمان بن المكّي، المطبعة التونسية، ط1، 1339هـ، 132/3 - 135، الكافي: 732/2. المختصر الفقهي: 84/6.

المطلب السادس: الفرق بين العيب الخفيف وبين العيب القديم إذا ردّ المبيع بعيب قديم في إغرام ما نقصه العيب الحادث.

الأصل أنّ من باع شيئاً معيباً أن يُعلم المبتاع بذلك، فإذا كتمه ودلّس عليه فقد غشّه، فإذا طلع المبتاع - بعد ذلك - على العيب فهو بخير النّظرين؛ إن شاء أمسك وإن شاء ردّ¹، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العيب خفيفاً وبين أن يكون كبيراً، وإذا حدث عند المشتري عيب خفيف وردّ بالعيب القديم فإنّه لا يردّ ما نقصه العيب الحادث عنده².

فما الفرق بين العيب الخفيف يحدث عند المشتري لا يغرم ما أنقصه في المبيع إذا ردّ بعيب قديم، وبين العيب الخفيف يحدث عند البائع يردّ به المشتري، رغم أنّ العيب في كلا الحالتين منقص للثمن؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين العيب الخفيف يحدث عند المشتري فلا يغرم ما أنقصه، وبين العيب الحادث عند البائع فيحمل عليه: (إنّ من أصلنا التّرجيح فيما بين المتابعين، فأيهما كان أعذر حمل على الآخر، فوجدنا المبتاع ها هنا اشترى عبداً سليماً، فمتى وجد عيباً ينقص من الثمن كان له الرّدّ به؛ لأنّه خلاف شرطه، فإن لم يعلم به حتى حدث عنده هو مثل ذلك العيب الخفيف كان له رده ولا يردّ ما نقصه؛ لأنّ الرّدّ بسبب تدليس البائع، وهو أصله، وقد علم في أغلب الأحوال أنّ العيوب الخفيفة تحدث، فكأنّه عرض المبتاع للغرر، فوجب أن يحمل عليه؛ لتدليسه³).

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

العيب في البيوع عيبان؛ عيب يحدث عند المشتري، وعيب يحدث عند البائع، وكلّ واحد منهما غير راض بالتزام ما حدث عند الآخر وحمله، ولما كان المبتاع إنّما بذل الثمن ليحصل على

1 _ وذلك في الحديث الذي رواه أبو هريرة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا تصرّوا الإبل ولا الغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النّظرين بعد أن يحلبها؛ إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر). والحديث أخرجه مالك في البيوع، باب ما ينهى عنه من التّساوم والمراوحة، رقم: 96، 683/2، والبخاري في البيوع، باب النهي للبائع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم، رقم: 2041، 755/2، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرّجل على بيع أخيه، رقم: 1515، 4/5.

2 _ ينظر المدوّنة: 187/3، التّهذيب: 154/3.

3 _ الجامع: 09/14، 10.

المبيع سالماً، كان من حقه - إذا لم يرض بالعيب - ردّ السلعة، ولا فرق في ذلك بين كون العيب يسيراً أو كثيراً؛ لأنّ العيب حدث عند البائع، وقد كتّمه حين البيع فكان مدّلساً أو على الأقلّ مفترطاً فحمل عليه.

أمّا العيب الحادث عند المشتري فإنّ البائع لمّا كتّمه أو دلّس عليه - وكان يعلم أنّ العيوب الخفيفة من شأنها أن تظهر عادة في المبيع - فإنّ المبتاع إذا طّلع على عيب قديم بعد أو قبل حدوث العيب عنده أمام أحد ثلاثة أمور؛ إمّا أن يرضى بالعيب القديم ويمسك، وفيه من الضرر عليه ما لا يخفى؛ لأنّه إنّما بذل الثمن ليحصل على مبيع سالم، وإمّا أن يردّ المبيع ويغرم أرش ما حدث عنده، اعتباراً بالعيب الكبير، وفي ذلك ضرر على المبتاع؛ لأنّنا أغرمانه أرش عيب متوقّع حدوثه دون تقييد منه، فلم يبق إلاّ الأمر الثالث وهو أن يردّ المبيع دون أن يردّ ما نقص العيب الحادث عنده؛ لأنّ من حقّ البائع أن يستردّ المبيع كما كان يوم البيع، غير أنّه لمّا كان يعلم أنّ من شأن العيوب الخفيفة ظهورها على المبتاع بحسب العادة، فإنّه لمّا دلّس عليه حين البيع فكأنّه قصد إلى تغريم المبتاع أرش العيب الحادث عنده إذا ردّ البيع بسبب العيب القديم، فيعامل بنقيض مقصوده، فيحمل عليه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أنّ المبتاع - في البيع - يدخل على مبيع سليم، فإذا كتّمه البائع عيباً، أو دلّس عليه فقد غشّه، والغشّ ممنوع في الدين؛ لقوله صلّى الله عليه وسلّم: (ليس منّا من غشّنا)¹، ونهيه صلّى الله عليه وسلّم عن تصرية الإبل والغنم. فالتدليس في البيع بالعيب ممنوع إلاّ أنّ العيب لا يقتضي فساد العقد؛ لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم خير المبتاع في حديث المصرة بين الرّد وبين الإمساك، فدلّ الخيار على صحّة البيع²، وهذا يقتضي أنّ النهي لا يدلّ على فساد العقد ليس على إطلاقه³.

1- وقد مرّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه فإذا هو طعام مبلول فقال: (ليس منّا من غشّنا)، من حديث أبي هريرة، والحديث أخرجه الإمام أحمد، رقم: 9396، 32/15 وابن ماجه في التجارات، باب النهي عن الغشّ، رقم: 2225، 332/3، وأبو داود في البيوع، باب النهي عن الغشّ، رقم: 3452، 323/5، والبيهقي في الكبرى في البيوع، باب ما جاء في التدليس وكتمان العيب..، رقم: 10732، 523/5، والحاكم في المستدرک، رقم: 2153، وقال صحيح على شرط مسلم، 10/2.

2- المعونة: ص 1051.

3- فلا يدلّ على الفساد إذا كان لحقّ المخلوق، لأنّ من حقّ المشتري ألاّ يدلّس عليه البائع، فإذا دلّس عليه فقد ظلمه، وأخذ ماله بالباطل، وقيل: إنّ النهي يدلّ على فساد المنهي عنه على الإطلاق، ما لم يقم على إمضاء البيع دليل، وقد قام دليل على إمضائه إذا اختار المشتري التمسك بالمصرة، وهو قوله عليه السلام: (فإن رضيتها أمسكها)، ينظر شرح التلقين: 61/2، 616، 990.

ثانياً: إذا تبين أنّ التّدليس بالعيب لا يوجب فساد العقد، فإنّ الأصل أنّ ما يصيب السلعة المعيبة من عيب عند المبتاع فمصيبتها منه؛ لانتقال الضّمان إليه بالعقد، ولا فرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير، بدليل صحّة البيع، وتفرقة مالك بين اليسير والكثير استحسان، والتّسوية بينهما قياس¹، وهذا يدلّ على أنّ من معان الاستحسان مخالفة القياس لأجل المصلحة، ووجه المصلحة هنا هو استقرار المعاملات المالية.

ثالثاً: اختلفوا في الرّدّ بالعيب؛ هل هو نقض بيع أم أنّه ابتداء بيع، فجعله ابن القاسم في رواية نقضاً²، وجعله في رواية أخرى ابتداء بيع، والمعتمد أنّه نقض، واستظهره المازري³، وقد انبنى على اختلافهم في هذا الأصل اختلافهم في عدّة مسائل؛ منها على سبيل التّمثيل⁴:

1- إذا باع نصاباً من الزّكاة، وقامت حولاً عند المبتاع، وجاء المصدّق فأخذ الزّكاة ثمّ ردّ الغنم بعيب، فإنّ الزّكاة على البائع بناء على القول بأنّ الرّدّ بالعيب نقض، وعلى القول إنّ ابتداء بيع فإنّ الزّكاة على المبتاع.

2- إذا ردّ المبتاع السلعة بعيب وأفلس البائع قبل أن يستردّ المبتاع ثمنه، فإنّه إذا وجد المبتاع السلعة قائمة عند البائع كان أحقّ بها من سائر الغرماء بناء على أنّ الرّدّ ابتداء بيع، وعلى القول بأنّ الرّدّ نقض له فلا سبيل له إليها.

3- إذا هلك المبيع قبل وصوله إلى يد بائعه، فإنّ الضّمان منه بناء على القول بأنّ الرّدّ نقض بيع، وعلى القول بأنّه ابتداء بيع كان الضّمان من المبتاع.

رابعاً: يجتمع البيع الفاسد مع الرّدّ بالعيب في الرّدّ، ويفترقان فيما يلي:

1 ينظر الجامع: 49/14.

2 وقد روى مثله عن مالك وأشهب.

3 والمراد بكون الرّدّ ابتداء بيع هو أنّ الرّدّ نقض للبيع من حين الاطّلاع عليه، ويقولهم أنّه نقض: أنّ الرّدّ نقض للبيع من أصله. ينظر المسألة المقدّمة الممهّدة: 144/2، شرح التّقين: 434/2، عقد الجواهر الثّمينة: 717/2، التّوضيح: 487/5، مواهب الجليل: 214/2، شرح الخرشي: 200/3، وغيرها.

4 ينظر هذه المسائل المقدّمة الممهّدة: 335/2، مناهج التّحصيل: 339/2، 218/6، عقد الجواهر الثّمينة: 717/2، التّبصرة: 1068/13، وغيرها.

1- الردّ في البيع الفاسد نقض للمبيع من أصله، ولا خلاف في ذلك. بخلاف الردّ بالعيب ففيه خلاف بين كونه نقضا للمبيع من أصله، أو ابتداء بيع.

2- حوالة الأسواق وتغيّر الذات مفوّتان للبيع الفاسد¹ بخلاف الردّ بالمبيع فلا يفيتّه ذلك².

3- الردّ في البيع الفاسد إجباري، وهو اختياري في الردّ بالمبيع.

خامسا: العيب في البيع قد يكون قديما حدث عند البائع، وقد يحدث عند المشتري بعد البيع؛ فأما العيوب القديمة فقسمان: عيوب يمكن التّديس بها، وهي على ثلاثة أوجه؛ أحدها: ألا يحطّ من الثّمّن شيئا؛ ليسارته، أو عدم انفكاك المبيع عنه، والثّاني: يسير يحطّ من الثّمّن وفيه الردّ في العروض دون الأصول³، والثّالث: عيب كبير يكون فيه المبتاع مخيرا بين الإمساك وبين الردّ، وهذه العيوب يستوي في الجهل والمعرفة بها البائع والمبتاع، وليس فيها ردّ، وما لا يمكن التّديس به ففيها الردّ مطلقا.

أمّا ما يحدث عند المشتري فعلى ثلاثة أوجه؛ أحدهما: عيب خفيف منقص للثّمّن، يردّ به المبيع، ولا يردّ معه ما نقصه، والثّاني: عيب مفسد يردّ معه ما نقصه، والثّالث: عيب لا يردّ به، وإتّما يرجع بقيمة العيب فقط⁴.

المطلب السابع: الفرق بين كون الثّمّن ممّا ينقسم، وبين كونه ممّا لا ينقسم إذا عيب وجه الصّفّة وهلك الباقي.

إذا اشترى سلعة متعدّدة ووجد بعضها معيبا، وكان المعيب وجه الصّفّة - وهو ما فيه رجاء الفضل، ويتحقّق به غرض المبتاع من البيع - فلا يخلو أن يكون الباقي قائما أو فائتا؛ فإن كان قائما

1 فرّقوا بين العقار، وبين العروض والحيوان والرّقيق في الفوت بحوالة الأسواق؛ والمشهور أنّ حوالة السّوق لا تفتت العقار، والقاعدة في ذلك أنّ ما من شأنه أن يتّخذ للأسواق؛ كالعروض والحيوان فإنّ حوالة السّوق تفتته، وأمّا ما من شأنه ألا يتّخذ للأسواق؛ كالزّراع والعقار فلا تفتته حوالة السّوق. ينظر شرح ابن ناجي: 143/2، شرح زروق: 746/2.

2 والفرق في ذلك بين البيع الفاسد، وبين الردّ بالعيب أنّه لو قضى بردّ العين بعد تغيّر سوقها أو ذاتها في البيع الفاسد لتمّ إلحاق الصّرر بأحدهما دون الآخر، وهما قد استويا في سبب الفسخ؛ لأنّهما دخلا في العقد مدخلا واحدا، بخلاف الردّ بالعيب فإنّ العروض لا يمنع من ردّها تغيّر سوقها؛ لأنّ العيب من جهة البائع. ينظر شرح التّلقين: 554/2.

3 ينظر التّفرقة بين العروض، وبين الأصول في الردّ بالعيب اليسير بداية المجتهد: 195/3، الذّخيرة: 55/5، الفواكه الدّواني: 82/2.

4 والضّابط في هذه الأقسام هو ما يغلب على الظنّ من كون المعيب الحادث يبطل الغرض المقصود، فيمتنع الردّ وتجب قيمة العيب، أو لا يبطله فيثبت الخيار. ينظر المقدّمات الممهّدات: 202.200/2، شرح التّلقين: 621-619/2، مناهج التّحصيل: 189/7.

فليس ثمة إلا الرضى بالجميع أو ردّ الجميع، وإن فات فلا يخلو أن يكون الثمن عينا أو عرضا ينقسم، أو أن يكون عرضا لا ينقسم؛ فإن كان عينا أو عرضا ينقسم ردّ المبيع، ورجع على البائع بحصّته من الثمن، وإن كان الثمن عرضا لا ينقسم فعلى المبتاع ردّ المعيب مع قيمة الهالك¹.
فما الفرق بين أن يكون الثمن ممّا ينقسم فيرجع المبتاع على البائع بحصّة الهالك من الثمن، وبين أن يكون الثمن ممّا لا ينقسم فيردّ المعيب مع قيمة الهالك، رغم أنّ المعيب هو وجه الصّفقة.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين كون الثمن ممّا ينقسم، وبين أن يكون ممّا لا ينقسم إذا عيب وجه الصّفقة وهلك الباقي: (والفرق بين أن يكون الثمن عينا أو عرضا ينقسم، وبين أن يكون عرضا لا ينقسم هو أنّه إذا كان الثمن ممّا ينقسم، وطلع على عيب بأحد الثّوبين - وهو وجه الصّفقة - والثّوبان قائمان لزمه ردّ الجميع؛ لحجّة البائع أنّه إنّما باع على إن حمل بعضه بعضا، وإن فات الدّنيء لم يلزمه ردّ قيمته مع القائم بالعيب؛ إذ حجّة البائع إنّما كانت في عينه وقد ذهب، وإلزام المبتاع قيمته إضرار به من غير ضرر يلحق البائع في ردّ حصّة المبيع؛ لانقسام الثمن، وكان هذا عدل بينهما في حضور السّالم وفوته، وإذا كان الثمن عرضا لا ينقسم ووجد العيب بوجه الصّفقة، وفات الأدنى فأنت إن أرجعته بحصّة المعيب في عرضه - كما صنعت في العين - أدخلت على كلّ واحد منهما ضرر الشّركة، وكانت حجّة لمن أبى ذلك منهما، فكان العدل في ذلك أن يردّ مع المعيب قيمة الهالك، فهو أيسر من ضرر الشّركة، ويأخذ جميع عرضه، وإن كان المعيب ليس بوجه الصّفقة لم يدخل على المبتاع ضرر في ردّه، وأخذ حصّته من قيمة عرضه إذا سلمت له جلّ الصّفقة، ولم يرجع في عين عرضه؛ لدخول الضّرر عليهما في ذلك)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ من ابتاع أشياء في صفقة فألقى بعضها معيبا فإنّه ينظر؛ فإذا تحقّق عرض المبتاع من البيع - بأن كان المعيب ليس وجهها للصّفقة - انتقض البيع في المعيب ولزم السّالم، وإذا فات عرضه من البيع - بأن كان المعيب وجه الصّفقة، وفيه رجاء الفضل - انتقض البيع كلّّه.

1 ينظر المدوّنة: 277/3، التّهذيب: 224-223/3.

2 ينظر الجامع: 27/14.

هذا، وقد يطرأ على الباقي - غير المعيب - فوت، فيتعدّر ردّ عينه مع المعيب، فإذا تعدّر ردّ عينه وكان المعيب وجه الصّفقة؛ فإمّا أن يردّ المبتاع قيمة الهالك مع المعيب ويستردّ ثمنه، وإمّا أن يرجع على البائع بما ينوب الهالك من الثّمّن ويستردّ الباقي منه. فإذا ألزم المبتاع قيمة الهالك - وكان الثّمّن ممّا ينقسم - كان ذلك ضرراً على المبتاع؛ لأنّ ما كان تابعا للمبيع ولم يكن وجها للصّفقة عادة ما تكون قيمته أكثر من الثّمّن، فإذا أغرم المبتاع قيمة الهالك فإنّه يستردّ - في العادة - أقلّ ممّا دفع. بخلاف ما إذا رجع على البائع بحصّة الثّمّن فلا ضرر على البائع؛ لأنّه رضي بالثّمّن يوم البيع، وليس فيه ضرر الشركة؛ لأنّ الثّمّن مما ينقسم، ولمّا كان الأصل التّرجيح بين المتبايعين، وتحرّي العدل بينهما ما أمكن، فإنّ إلزام البائع بما ينوب الهالك من الثّمّن أولى من إلزام المبتاع بقيمته.

هذا إذا كان الثّمّن ممّا ينقسم، أمّا إذا كان ممّا لا ينقسم - وكان المعيب وجه الصّفقة - ترجّح الاحتمال القاضي بإلزام المبتاع قيمة الهالك؛ لأنّه إذا ألزم البائع ثمن الهالك يرجع به عليه المبتاع كان الطّرفان شركة في ثمن المعيب. بخلاف ما إذا ألزم المبتاع القيمة فليس ثمة إلاّ ضرر الغبن المحتمل، وهو قليل مقارنة بضرر الشركة المحقّق، وهذا كلّه إذ كان المعيب وجه الصّفقة.

أمّا إذا كان المعيب ليس وجه الصّفقة فقد تحقّق غرض المبتاع من البيع، وليس أمامه إلاّ ردّ المعيب؛ فإذا كان الثّمّن ممّا ينقسم رجع على البائع بما ينوب المعيب من الثّمّن، وإذا كان ممّا لا ينقسم؛ فإمّا أن يرجع على البائع بما ينوب الثّمّن ويكون معه شركة في هذا الجزء، وإمّا أن يرجع بقيمته ويستبدّ بالثّمّن مع ما يلحقه من ضرر الغبن إذا كانت القيمة أكثر من الثّمّن، ولمّا كان ضرر الشركة أكبر من ضرر الغبن ومحققاً كان العدل أن يرجع المبتاع على البائع بقيمة المبيع.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من القواعد التي انبنى عليها التّحليل في هذا الفرق¹:

1- المبتاع لا يلزمه أخذ المعيب؛ لأنّه نقد الثّمّن ليحصل على مبيع سليم، كما لا تلزمه الصّفقة إذا بذل له البائع قيمة العيب.

2- البائع ليس مجبراً على دفع قيمة العيب؛ لأنّه إمّا باع ليحصل له الثّمّن كاملاً غير منقوص.

1 ينظر الجامع: 23/14.

3- إذا سلم جلّ الصّفقة للمبتاع لزمه السّالم، وليس له حجة في نقض جميعها، كما ليس للبائع تخيير المبتاع بين الرّد وبين الإمساك.

4- إذا لم يسلم للمبتاع وجه الصّفقة قويت حجّته في نقضها جميعها، وفي الوقت نفسه قويت حجة البائع في تخيير المبتاع بين الرّد وبين الإمساك.

5- الموضع الذي للمبتاع الحقّ في نقض الصّفقة، فللبائع مثله في تخيير المبتاع بين الرّد وبين الإمساك، والموضع الذي يكون فيه المبتاع ملزماً بالصّفقة ليس للبائع فيه أن يلزمه بالتخيير.

ثانياً: يمكن تلخيص جملة الأحكام الضابطة لمسألة العيب يوجد ببعض الصّفقة بما يلي¹:

1- القضاء أنّ من ابتاع أشياء في صفقة فوجد بعضها معيباً - وكان العيب وجهاً للصّفقة - فليس له إلّا الرّد، أمّا إذا لم يكن وجه الصّفقة فهو مخير بين الرضى بالجميع وبين رّد الجميع².

2- إذا كان المعيب وجه الصّفقة فليس للمبتاع التمسك بالباقي وإن رضي البائع³.

3- إذا زادت حصّة المعيب عن النّصف - ولو يسيراً - وكان وجهاً للصّفقة⁴، فإنّ حصّة المعيب لا تنسب إلى الثّمّن، بل تنسب إلى قيمة المجموع على أنّه سالم، ثمّ يرجع بتلك النسبة من الثّمّن⁵.

4- ما سبق ذكره من التّفريق بين وجه الصّفقة وغيره خاصّ بحالة ما إذا كان السّالم قائماً، فإذا فات فلا تفريق في ذلك، وإنّما يفرّق بين ما إذا كان الثّمّن عيناً أو عرضاً ينقسم، وبين أن يكون عرضاً لا

ينقسم.

1 - ينظر مواهب الجليل: 4/450-449، منح الجليل: 5/203.

2 - هذا إذا كان المبيع متعدّداً، أمّا إذا كان متحدّاً غير متعدّد فإنّ المبتاع يخير بين إمساك الجميع وبين رّد الجميع بغض النّظر عن المعيب؛ قليلاً كان أم كثيراً.

3 - وعلّوا ذلك بأنّ الصّفقة إذا عيب أكثرها انحلّ العقد برمّته، فإذا تمسك بالأقلّ كان بمثابة عقد مؤتلف بثّمّن مجهول؛ لأنّه لا يعلم قيمة القليل السّالم إلّا بعد تقويم المبيع كلّه، ثمّ يقوّم كلّ جزء من الأجزاء على حده. ينظر الجامع: 4/22.

4 - ما لم يكن المبيع طعاماً، فإن كان طعاماً وجاوز الثلث كان وجهاً للصّفقة، والفرق بين الطّعام وبين العروض في ذلك - على مشهور المذهب - أنّ المعتبر في الأقلّ في العروض هو القيمة دون أعيانها وإعدادها، بخلاف المكيل والموزون من الطّعام والعروض، وفرّق ابن يونس بينهما بكون الطّعام تكثر حاجة النّاس إليه، فجعل له مزية على غيره كما ضمنه الحمالين، ونهى عن بيعه قبل قبضه، بخلاف العروض في ذلك، ينظر مناهج التّحصيل: 7/131، الجامع: 14/40.

5 - ومثاله أنّ قيمة الغنم إذا كانت مائة وعشرين، وقيمة المعيب عشرون، كانت نسبة العشرين إلى المائة والعشرين السّدس، وبالتالي يرجع المبتاع على البائع بسدس الثّمّن.

4- إذا كان المبيع أحد مزدوجين، وكانا ممّا لا يستغنى بأحدهما عن الآخر حقيقة؛ كالخفّين والمصرّاعين، أو حكماً¹؛ كالقرطين والسّوارين فليس له ردّ المعيب بحصّته من الثّمّن ولو تراضيا، فهو ملزم بالرّضى بالجميع أو ردّ الجميع².

5- لا فرق فيما تمّ ذكره من الأحكام بين ما إذا كان البعض معيباً أو مستحقّاً؛ لأنّ هذا البعض جزء ذهب من المبيع، ولا فرق بين ذهابه بالمعيب أو بالاستحقاق³.

المطلب الثامن: الفرق بين البيع وبين حوالة السّوق في رفع حكم الفوت.

اتّفق العلماء⁴ على أنّ البيع الفاسد إذا وقع ولم يفت أنّ حكمه الرّد؛ حيث يردّ البائع الثّمّن والمثمنون المشتري، وإذا فات بأحد أسباب الفوات وجب ردّ القيمة في القيمي، والمثل فيما له مثل، ومن أسباب الفوت: حوالة الأسواق، وخروج المبيع من يد المشتري ببيع وغيره، فإذا فات المبيع وارتفع السّبب الموجب للفوت؛ كعودة السّوق إلى هيئتها، أو رجوع المبيع إلى مشتريه ببيع أو هبة أو شراء، فهل ذلك يؤثّر في حكم الفوت، فيتعيّن ردّ السلعة أم لا؟⁵.

لقد فرّق ابن القاسم⁵ بين حوالة الأسواق فأوجب القيمة إذا عادت السّوق إلى هيئتها، وبين البيع فأوجب ردّ السلعة إذا عادت إلى مشتريها شراء فاسدا بشراء، أو هبة، أو ميراث.

فما الفرق بين حوالة الأسواق، وبين بيع المبيع في رفع حكم الفوت، رغم أنّه في كلا الحالتين قد ارتفع السّبب الموجب للفوت؟.

1 - وهو ما لا يُستغنى بأحدهما في العادة.

2 - ينظر هذه المسألة مواهب الجليل: 460/4، شرح الخرشي: 148/5، منح الجليل: 204/5، التّاج والإكليل: 378/6، وغيرها من شراح خليل.

3 - ويستثنى من ذلك حالة ما إذا وجد عيباً في كثير من العدد، أو كثير من وزنه أو كيله حتى يضرّ ذلك في صفقته، فليس له إلّا أن يرضى بالجميع، أو أن يردّ الجميع، وليس له أخذ غير المعيب بحصّته، بخلاف الاستحقاق؛ فإذا كان قد اشترى على الكيل أو الوزن أو العدد، فاستحقّ منه جزء شائع فله أن يرضى بالجميع، أو يردّ الجميع، أو يتماسك بالباقي، والفرق بين الاستحقاق وبين المعيب في هذا الموضوع هو أنّ البائع في العيوب إنّما باع على أن يحمل بعضه بعضاً، فله الحجة في ردّ المعيب عليه وأخذ السّالم، ولا حجة له في الاستحقاق، وإنّما الحجة للمستحقّ ذلك من يده؛ فإذا رضي أن يحبس ما بقي بحصّته من الثّمّن وكان معروفاً لم يكن للبائع حجة. ينظر المدونة: 324/3، التّهذيب: 275/3، الجامع: 39/14.

4 - بداية المجتهد: 208/3.

5 - المدونة: 185/3، التّهذيب: 153/3.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين عودة السوق إلى حالتها، وبين عودة السلعة إلى بائعها في وجوب الرد: (وإنما فرق ابن القاسم بين حوالة الأسواق، وبين البيع في رجوعها إليه؛ لأن حوالة الأسواق ليس من فعله ولا صنع له فيها، فلا تهمة تلحقه فيه، والبيع من فعله وسببه فيتهم أن يكون أظهر البيع ليفيتها، فيتهم له البيع الحرام، وهي لم تخرج عن ملكه)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل ألا ينتقل الضمان في البيع الفاسد إلا بالقبض، ولا ينتقل فيه الملك إلا بالفوت؛ ولذلك يجب فسخه قبل وبعد القبض ما لم يفت، فإذا فات وجبت القيمة أو المثل، وهذا يقتضي أنه إذا ارتفع السبب الموجب للفوت فإن حكم الفوت لا يتأثر، والمعنى في ذلك هو خروج المبيع عن ملك البائع بالفوت، ولا فرق في ذلك بين ألا يكون للإنسان يد في ارتفاع السبب الموجب للفوت؛ كعودة السوق إلى هيئتها بعد حولانها، وبين أن يكون له يد في ذلك؛ كعودة المبيع إلى بائعه (البائع الثاني) ببيع أو هبة أو ميراث، غير أنه لما كان البيع من فعل الإنسان، فإنه إذا باع المبيع بيعا فاسدا ثم اشتراه، فإنه يتهم بالقصد إلى تملك الحرام بكونه أظهر البيع ليمنع من نقض ما اشترى شراء فاسدا، وتتأكد التهمة بعود السلعة إلى يده، فأضحى بيعها وشراؤها لغوا، فوجب حسم الدريعة معاملة له بنقيض مقصوده، فيتعين رد المبيع اعتبارا بمن حلف بحرية عبده إذا فعل كذا وكذا، فباع العبد، ثم اشتراه بعد ذلك فإن حكم اليمين لا يرتفع؛ لاتهامه باتخاذ البيع وسيلة لرفع حكم اليمين²، وهذا بخلاف حوالة السوق فإنه لا يتهم أحد بالقصد إلى نقض البيع الفاسد؛ لكون حوالة الأسواق ليس لهما فيها من الأمر شيء، فيتأثر حكم الفوت إذا رجعت السوق إلى هيئتها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: قسم الإمام المازري العقود إلى عقد صحيح ملزم، وعقد صحيح غير ملزم، وعقد فاسد غير ملزم فسخه، وهو الذي اقترن به شرط فاسد، وعقد فاسد يلزم فسخه، والفساد يلحق العقد من ناحية العقد، أو من ناحية الثمن، أو من ناحيتهما جميعا، والمبيع قد يكون عقارا أو عرضا أو حيوانا، والعرض قد

1 - الجامع: 713/12.

3- ينظر المسألة المدونة: 392/2، التهذيب: 479/2.

يكون مكيلا أو موزونا، وقد اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت أن حكمها الرّد؛ حيث يردّ البائع الثمن، والمشتري المثلون¹.

ثانيا: عدم تأثير ارتفاع السّبب الموجب للفوت في حكم الرّد دليل على أن الملك في البيوع الفاسدة ينتقل بالفوت².

ثالثا: أسباب الفوت - عموما - أربعة هي³:

1- تغيّر السّوق، أو ما يعرف بحوالة الأسواق، ويكون بزيادة أو نقصان، وهو خاصّ بالعروض والحيوان.

2- تغيّر المبيع في نفسه بزيادة أو نقصان، وهو عامّ في جميع المبيعات، واختلفوا في المكيل والموزون، هل يفوت بحوالة السّوق أم لا، والمشهور عدم الفوت، والأظهر عند المتأخّرين الفوت؛ لأنّ العلة عند مالك هي الضّرر النّاجم بالزيادة والنقصان، وهي موجودة في المكيل والموزون.

3- خروج المبيع عن اليد⁴ ببيع أو هبة أو صدقة، أو غيرها، وهذا السّبب عامّ في جميع المبيعات.

4- تعلق حقّ الغير بالمبيع، ويكون ذلك بالإجارة والرهن وغيره، وهو عامّ في الجميع.

رابعا: اختلفوا في الرّد بالعيب؛ هل هو نقض بيع أم أنّه ابتداء له⁵؛ فعلى القول بأنّه ابتداء بيع، فيكون حكمه حينئذ حكم حوالة السّوق في رفع حكم الفوت، وعلى القول بأنّه نقض بيع فلا فرق حينئذ بين رجوعه ببيع وغيره، وبين رجوعه إليه بعيب من حيث الحكم - وهو الفوت - وإن اختلفوا في المعنى؛ إذ المعنى في رجوعها بالعيب هو انتقاض البيع، وفي رجوعها إليه ببيع أو هبة وغيره هو التّهمة.

خامسا: فرّق ابن القاسم في مسألة من حلف بحرّية عبده - ثمّ باعه وعاد إليه - بين أن يعود إليه ببيع فلا يرتفع حكم اليمين؛ نظرا للتّهمة، وبين أن يعود إليه بميراث، فيرتفع حكم اليمين، ولم يتّهمه⁶، وهذا يقتضي التّفريق في مسألة الفوت في البيع بين أن يعود إليه المبيع ببيع أو هبة أو صدقة فلا يرتفع

1 - شرح التّفقين: 440/2.

2 - وقيل: إنّ البيع الفاسد ينقل الملك بالقبض، وهو قول محمّد بن مسلمة، وقد تمّ الإشارة إلى المسألة.

3 - ينظر المسألة التّبصرة: 4222/9، عقد الجواهر الثّمنية: 680/2، بداية المجتهد: 208/3، مناهج التّحصيل: 318/6.

4 - ومثل الخروج عن اليد ما يؤدّي إلى الخروج عنها؛ كالكتابة والتّدبير.

5 - ينظر المسألة المقدّمات الممهّدات: 114/2، التّنبهات المستنبطة: 1388/3.

6 - ينظر المدونة: 392/2، التّهذيب: 474/2.

حكم الفوت، وبين أن يعود إليه بميراث فيرتفع؛ لبعد التهمة في الميراث، غير أن ابن القاسم - كما سبق - سوى بين الجميع؛ فاتهمه في الميراث والبيع والهبة، وقد تعلق بعضهم¹ بهذه التسوية، واعتبر ذلك قادحا في الفرق الذي أبداه ابن يونس، وهذا القدر ليس بذاك؛ لأن ابن يونس كان منتبها إلى هذا الاضطراب إلى حد أن ألزم ابن القاسم بالتفرقة بين رجوع المبيع إلى البائع بشراء أو هبة فيتهم، وبين رجوعه إليه بميراث فلا يتهم².

سادسا: نص ابن القاسم في هبة الثواب³ أن الموهوب له إذا باعها ثم عادت إليه - قبل أن يثيب عليها - بشراء، أن القيمة تلزمه⁴، فما الفرق بين الهبة للثواب تلزم الموهوب القيمة، وبين البيع الفاسد في ذلك يرد العين؟ لقد أجاب ابن يونس على هذا الفرق فقال: (وفرقت ما بينها، وبين مسألة البيع الفاسد من أجل أن الموهوب له أن يلتزم الهبة بقيمتها وإن لم تفت، فلما بسط يده فيها بالبيع كان ذلك اختيارا منه للقيمة، والبيع الفاسد هما مغلوبان على فسخه، فإذا رجعت إليه فسخ للتهمة، إلا أن يكون قد تراجع إلى القيمة، أو فات بشيء من وجوه الفوت، فلا ترد وإن رجعت إليه)⁵.

المطلب التاسع: الفرق بين الحميل والرهن يكونان بمكان بعيد عن العقد في صحته.

للدائن أن يستوثق حين العقد من دينه برهن أو كفيل⁶؛ كان الدين ناشئا عن بيع أم عن قرض، ولا يخلوا كل من الرهن والكفيل أن يكونا - حين العقد - حاضرين، أو قريبين من مكان العقد

1 - وهو الإمام المازري. ينظر شرح التلقين: 455/2.

2 - الجامع: 713/12.

3 - الهبة تمليك بلا عوض، فإن اشترط فيها ثوبا، أو عوضا فهي الهبة للثواب؛ ولذلك عرفوها بأنها: عطية قصد بها عوض مالي، وصيغتها: وهبتك أو أعطيتك أو منحتك أو نحتك هذا الشيء على أن تثيبني أو تعوضني أو ترد علي أو تكافئني، فإذا عين الثواب فهي بيع من البيوع، يجوز فيها ما يجوز في البيوع، وإن لم يسمي عوضا فهي بيع بئمن مجهول، وقد أجازها ابن القاسم؛ لأن القصد منها مكارمة الواهب، والموهوب له بالخيار في قبولها أو ردها، وإن أثاب قيمتها لزم الواهب قبول القيمة، كما تجب القيمة بالفوت.. ينظر أحكام المسألة الكافي: 1006/2، التبصرة: 3405/7، المقدمات الممهّدات: 449_43/2، القوانين الفقهية: ص 606، المختصر الفقهي: 33/9 - 43، التاج والإكليل: 29/8 - 34، مواهب الجليل: 66/6 - 69، منح الجليل: 214/6 - 220، وغيرها.

4 - المدونة: 390/4، التهذيب: 367/4.

5 - الجامع: 715/12.

6 - الحماله أو الكفالة أو الضمان كلها مترادفة، والكفيل في اللغة سبعة أسماء هي: الزعيم، الكفيل، القبيل، الحميل، الأدين، الصبير، الضمان. ينظر المقدمات الممهّدات: 375/2.

أو بعيدين عنه؛ فإذا كانا حاضرين أو قريبين من مكان العقد صحّ العقد، وأمّا إذا كانا بمكان بعيد فقد فرّق ابن القاسم بينهما؛ فأبطل العقد إذا كان الكفيل بعيداً، وأمضاه في الرهن¹.
فما الفرق بين الحميل والرهن يكونان بعيدين في صحّة العقد رغم أنّهما ممّا يستوثق به الدّين، ويصحّ العقد إذا كانا حاضرين أو قريبين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين تجويز ابن القاسم البيع في الرهن الغائب، وعدم تجويزه له في الحميل الغائب: (والفرق بينهما أنّ الحميل الغائب قد يرضى بالحماله أو لا يرضى، فهو كالبيع على خيار فلان وهو بمكان بعيد، فلا يجوز، ورهن الغائب كبيعه؛ فكما جاز بيعه جاز رهنه، وتوقّف السلعة كوقوف ثمن الغائب)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من شروط صحّة البيع خلوه من الغرر والجهالة المفضيين إلى النزاع، ويستثنى من هذا الأصل ما إذا كان الضّرر يسيراً؛ للضرورة ورفع الحرج، وبناء على ذلك فإنّ الحميل إذا كان بعيداً عن مكان العقد دخله من الجهالة والضّرر ما يجعله فاسداً. وبيان ذلك أنّ البائع - إذا كان البيع على خيار طويل الأمد - لا يدري كيف تكون السلعة عند انقضاء أمد الخيار؛ هل يطرأ عليها تغيير أم لا³؟ وهذا يجعل المتعاقدين على هذه الصّفة كالمعاقدة على أمر مجهول، وهذا المعنى موجود في الحميل البعيد الغيبية؛ إذ إنّ البيع متوقّف على استطلاع رأيه، ومعرفة رضاه من عدمه، وهذا لا يتأتّى إلاّ بعد أمد طويل يرد عليه من الجهالة والضّرر ما يرد على بيع الخيار إذا كان طويل الأمد، هذا بخصوص الحميل.

أمّا الرهن الغائب فالأصل في جوازه هو المبيع الغائب، وبيان ذلك أنّ الأصل في البيع معاينة المبيع، وقد تتعدّر رؤيته حين العقد، فنقوم الصّفة أو الرؤية المتقدّمة مقام المعاينة اعتباراً ببيع السلم، بجامع تعدّر الرؤية، ولما كان الأصل أنّ كلّ ما جاز بيعه جاز رهنه جاز رهن المبيع الغائب.

1 - ينظر المسألة المدوّنة: 202/3، التّهذيب: 162/2 - 168.

2 - الجامع: 766/12.

3 - وإذا كان الخيار للبائع فإنّ المبتاع لا يدري هل يمضي البائع في البيع أم لا.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: من القواعد الفقهية في باب البيوع قولهم: الأصل في البيوع اللزوم، والخيار عارض، والمراد بالخيار خيار الرؤية أو خيار التروي، وقد شرع الخيار استثناء من الغرر لحاجة الناس إليه؛ ولذلك قدرت مدته بقدر ما يُختبر فيه المبيع في مثله، وذلك يختلف باختلاف أنواع المبيعات، والمعتبر في ذلك هو العرف، فإذا عيّن مدّة تُحتمل جاز، وإلا ضرب له خيار المثل، وإذا كانت مدّة الخيار بعيدة عرفاً بطل الخيار، وفسخ البيع¹.

ثانياً: فكما تمس الحاجة إلى اشتراط الخيار لأحد الطرفين في البيع أو لكليهما، تمس الحاجة إلى إسناده إلى رجل ثالث؛ لكون أحد المتبايعين غير حاذق بأمر البيع والشراء، فتدعوا الضرورة إلى إسناده إلى الغير، وتفادياً للجهالة والضرر اقتضى أن يكون هذا الغير حاضراً أو قريباً، بحيث يستعلم ما عنده، فإذا كان بعيد الغيبة بطل؛ للجهالة والغرر.

ثالثاً: المعنى في منع اشتراط الأمد الطويل في الخيار هو الجهالة والغرر؛ لأنّ البائع لا يدري كيف تكون السلعة عند انقضاء الأمد، ومن معاني المنع أنّ الأمد البعيد يُخرج العقد عن مقتضاه؛ لأنّ شرط الخيار يمنع من لا خيار له في المبيع من التصرف بالمبيع، إذ إنّ مقتضى العقد ثبوت الملك المقتضى لجواز التصرف، غير أنّ الشرع استثنى من ذلك المدّة المحدودة؛ لمسيب الحاجة إليها، وكونه من مصالح العقود، وأبقى المدّة البعيدة على أصل المنع.

ومن معاني المنع الواردة على بيع الخيار في الأمد البعيد - أيضاً - هو احتمال أن يكون قصد المتبايعين إلى إظهار بيع الخيار، وإضمارا البتّ، تحيلاً منهما على أن يبقى الضمان على البائع بالخيار مدّة طويلة، فيمنع للتهمة².

رابعاً: يجوز بيع الأعيان الغائبة على الصفة، أو على رؤية متقدّمة، ولا يجوز بيعها على غير ذلك بما في ذلك بيعها على شرط خيار الرؤية³، والذي يحتاج إليه في الوصف هو كلّ صفة مقصودة

1 - ينظر مسألة بيع الخيار المعونة: 1042، شرح التلقين: 519/2، التبصرة: 4556/10، عقد الجواهر الثمينة: 377/6، النّاج والإكليل: 301/6، شرح الخرشي: 109/5، منح الجليل: 112/5، الكافي: 202/2.

2 - ينظر شرح التلقين: 533، 534/2.

3 وفي المدونة ما يقضي بجوازه على شرط خيار الرؤية. ينظر عقد الجواهر الثمينة: 627/2.

تختلف الأغراض بفواتها، وتختلف الأثمان لأجلها، وإذا كان على رؤية متقدمة، فإنه يشترط أن يكون من وقت الرؤية إلى حين العقد من المدة مالا تتغير في مثله السلعة، والمعتبر في ذلك هو العرف، ويلزم البيع إذا جاء على وفق الصفة المعقود عليها¹، اعتبارا بالسلم².

خامسا: كل من السلم والبيع الغائب شرعا استثناء من بيع الغرر؛ لتعذر الرؤية، ويجتمعان في أمور ويفترقان في أخرى، ومما يجتمعان فيه:

- 1- كون السلعة غائبة إبان العقد، ويتعذر معاينتها في إبانها.
- 2- يجب أن تكون السلعة المبيعة معلومة بالوصف احترازا من المجهول.
- 3- ومن شروط السلعة - أيضا - أن تكون مقدرة بكيل أو وزن أو عدد، احترازا من الجراف الذي تشترط فيه الرؤية والمعاينة.

يفترقان في مسألة التعلق بالذمة والتعيين؛ فمن شروط السلم أن يكون المسلم إليه متعلقا بالذمة.

بخلاف البيع فإن من شرطه أن يكون المبيع متعيّنا، وبناء على هذا الشرط اختلفوا في مسائل، منها:

- 1- اشتراط وجود المبيع في إبان العقد؛ فمن شروط البيع الغائب أن يكون المبيع موجودا حين العقد، وإلا كان بيعا مجهولا. بخلاف السلم فلا يتصور وجوده حال العقد؛ لأنه معنى موصوفا في الذمة.
- 2- اشتراط النقد؛ فمن شروط السلم نقد الثمن محاذرة من الوقوع في الدين بالدين. بخلاف البيع فإن اشتراط النقد يدخله البيع والسلف.

3- تصور الضمان: حيث يتصور الضمان في البيع إذا كان المبيع متعيّنا؛ لأنه يرد عليه التلف

والزيادة والنقص، وعدم مجيء المبيع على وفق البيع، ففي مثل هذه الأحوال يتعيّن الفسخ والضمان.

1 - ومثله في الجواز البيع الغائب استثناء من بيع الغرر. ينظر أحكام بيع الغائب المعونة: ص 181، الكافي: 702/2، التبصرة:

4460/9، شرح التلقين: 552/2، مناهج التحصيل: 361/6، عقد الجواهر الثمينة: 627/2، وغيرها.

2 - بيع السلم: بيع موصوف في الذمة، ويشترط فيه أن يكون موصوفا، ومقدرا، وتأخير المسلم منه، ومقدورا على تسليمه في أجله،

وحده ابن عرفة بأنه (عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين). المختصر الفقهي: 230/6، وينظر

شروط بيع السلم: عقد الجواهر الثمينة: 750/2، مناهج التحصيل: 93/6، الذخيرة: 225/5، جامع الأمهات: ص 370، وغيرها.

المبحث الرابع: فروق في الأكرية والإيجارات.

في هذا المبحث فروق شتى في مختلف المسائل المتعلقة بالجعل والإجارة، وكراء الدور والرواحل والأرضين، والقراض؛ كتضمن الأجير المشترك، والإجارة على عمل شيء بجزء منه، وفي ضمان العين المؤجرة، وفي إجارة الطئر وموت الأب، والتنيا في الكراء، وفي إيهام النقد، وفيما يفسد الكراء من جهالة وغرر، وشرط فاسد، وما الذي يجب في الكراء الفاسد، في إحدى عشرة مطلباً.

المطلب الأول: الفرق بين رمي الراعي شاة فتعيّب، وبين رميه صيدا فيصيب شاة في الضمان.

الأصل أنّ الراعي أمين على ما استئمن عليه من الغنم، فإذا ادّعى ضياع أو سرقة أو هلاك ما استئمن عليه صدق ما لم يتعدّ أو يفرط، فإذا نددت شاة عن القطيع أو تأخرت وربما بحجر. كما يرمي الرعاة عادة - قصد إعادتها فإنه لا يضمن إذا تعيبت أو هلكت¹. بخلاف ما إذا رمى صيدا فأخطأه فأصاب شاة فتعيبت أو هلكت، فإنه يضمن².

فما الفرق بين رمي الراعي الشاة فيصيبها فيضمن، وبين رميه للصيد فيخطئه فيصيب شاة فلا يضمن، رغم أنّه تعمّد الضرب في الأولى دون الثانية.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين رمي الراعي الشاة فتعيّب، وبين رميه صيدا فيخطئه فيصيب شاة: (ويظهر لي أنّ الفرق بينهما أنّ الرعاة لا تستقيم لهم الرعاية إلاّ بذلك؛ إذ لو ذهب إلى ردّ كلّ شاة تخرج من الغنم أو تتأخر عنها بنفسه لتعدّر ذلك عليه ولم يستطعه، فكان ذلك من شأن الرعاة، وصار لهم ذلك عادة، فهم كالمأذونين لهم فيه، وأمّا رميهم الصيد فتصيب الشاة فهذا ليس هم مضطرين إليه، ولا هو من مصالح الغنم، فافترقا)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من شأن الغنم أن يشدّ بعض أفرادها عن القطيع - أثناء سوقها - أو يتأخر عنه، فإذا كُفّ الراعي إرجاع كلّ ما يندّ أو يتأخر بنفسه كان في ذلك من الحرج والمشقة ما لا تستقيم معهما مصالح

1- المدونة: 505/3، التهذيب: 465/3.

2- الجامع: 272/15.

3- المرجع السابق: 272/15، 273.

الرّعي ممّا اضطرّ الرّعاة إلى الاستعانة بالرّمي للمّ شمل القطيع حتى أضحى ذلك عرفاً وعادة بين الرّعاة، ولمّا كان الحرج مرفوعاً في الشّرع كان استعانة الرّعاة بالرّمي من قبيل ما أُذِن له شرعاً، كما أنّ شيوع ذلك بينهم وسكوت أرباب الغنم عن ذلك يعتبر إذن لهم منهم، فاجتمع بذلك الإذنان في الرّعي؛ الإذن الشّرعي وإذن أرباب الغنم، وبناء على ذلك فإنّ الرّاعي إذا رمى ما ندّ عن القطيع أو ما تأخّر عنه لم يكن متعدّياً، فإذا أصابها وتعيّبت من فعل الضّربة أو هلكت لم يضمن؛ لأنّ الرّاعي أمين ولم يفرط، ومأذون له.

أمّا الصّيد - وإن كان مأذوناً به من قبل الشّرع - إلّا أنّه ليس ثمّة ضرورة تلجئ الرّاعي إليه، فلم يكن مأذوناً له من قبل أرباب الغنم، بدليل عدم شيوعه في أوساط الرّعاة، بل إنّ الصّيد مناف للرّعي؛ لأنّ الاشتغال بالصّيد فيه تفریط لمصالح الرّعي، ومن ثمّة فإنّ الرّاعي إذا رمى صيداً فأصاب شاة كان مفرطاً فيضمن.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: مذهب مالك وابن القاسم أنّ الرّاعي إذا عمل ما يجوز له فعله، فأصاب الغنم من فعله شيء فلا يضمن، وخالفه ابن حبيب في ذلك وقال: يضمن اعتباراً بالصّيد¹، فجاء هذا الفرق لبيّن ضعف مذهب ابن حبيب.

ثانياً: من القواعد المتمحّضة عن هذا الفرق قولهم: الأصل أنّ المستأجر أمين ما لم يتعدّ أو يفرط، وبناء على ذلك فإنّ الرّاعي إذا كان أجيراً فإنّ القول قوله فيما يدّعيه من هلاك أو ضياع ما استؤمن عليه من الغنم.

ثالثاً: المعنى في عدم تضمين الرّاعي الأجير إذا رمى ما ندّ أو تأخّر فيصيبها هو أنّه فعل ما يجوز له فعله؛ وهو الرّمي، ومعنى المعنى في ذلك هو اجتماع الإذنين؛ الإذن الشّرعي والإذن الخاصّ في فعل الرّاعي.

رابعاً: ومن القواعد ذات الصّلة بهذا الفرق قولهم: إنّ العمد والخطأ في أموال النّاس سواء ما لم يقارن الخطأ إذن خاصّ، والمراد بالإذن الخاصّ هو إذن ربّ المال، وهذه القاعدة ليست على إطلاقها؛ لأنّ

1- ينظر النّوادر والزيادات: 53/7.

الإذن إذن: إذن شرعيّ وهو الإذن العام، وإذن خاصّ وهو إذن أرباب الأموال، ولا يسقط الضمان إلا إذا اجتمع الإذنان¹.

خامسا: ومن القواعد ذات الصلة بهذا الفرق أنّ كلّ أمين على شيء مصدّق فيما يقوله بلا يمين إلا إذا كان متّهما فتعيّن عليه اليمين؛ كالوالد في مال ابنه الصّغير وابنته البكر، والوصيّ في مال البيتيم، والمستودع والعامل في القراض، والأجير فيما استأجر عليه²، والوكيل فيما وكلّ عليه، والمأمور بالشراء، والسّمسار الذي يبيع لغيره، والشريك في المال، والرّسول.. فلا ضمان على هؤلاء³.

سادسا: من القواعد ذات الصلة بهذا الفرق - أيضا - أنّ من فعل ما يجوز فعله فتولّد من فعله تلف في المال أو في النّفس، وكان قد فعله على وجهه فعلا صوابا فلا ضمان عليه، وإن قصد فعل الجائز فأخطأ ففعل غيره، أو جاوز فيه الحدّ، أو قصر فيه عن الحدّ، فما تولّد من ذلك فهو ضامن⁴؛ كعمّ الكتاب إذا ضرب صبيا أو ما يعلم أنّه من الأدب فمات فلا يضمن، وإن ضربه لغير الأدب تعدّيا، أو أدبه فجاوز به حدّ الأدب ضمن ما أصابه من ذلك⁵.

سابعا: الأصل أنّ كلّ ما يأتي على أيدي الصنّاع من حرق أو كسر فإنّهم يضمنونه إلا ما كان فيه تغيير من الأعمال؛ مثل ثقب اللؤلؤ، ونقش الفصوص، وتقويم السيوف، واحتراق الخبز عند الخباز أو الثوب عند الصّبّاغ.. فإنّه لا ضمان عليهم، إلا أن يعلم أنّه تعدّى فيها، أو أخذها على غير وجه ما أخذها فيضمن حينئذ⁶.

1- بناء على ذلك فإنّ المودع إذا حول الوديعة من مكان إلى آخر فسقطت أثناء ذلك لم يضمن؛ لاجتماع الإذنين، ويضمنها إذا أشال شيئا فيسقط عليها؛ لانفراد الإذن الشرعيّ، وكذلك الصائد يخطئ فيصيب الشاة، أمّا الغاصب فهو ضامن؛ لانعدام الإذن الخاصّ، وأثم؛ لانعدام الإذن الشرعيّ، وإذا عري الإذن الخاصّ عن الإذن الشرعيّ ضمن؛ لحرمة إتلاف الأموال. ينظر التّبصرة: 259/12.

2- ويستثنى من ذلك الأجير المشترك.

3- ينظر القوانين الفقهية: ص 552.

4- ينظر عقد الجواهر الثمينة: 1180/3.

5- ينظر النّوادر والزّيادات: 509/13.

6- ومثّلوا لذلك - أيضا - بالبيطار يطرح الدابة فتموت، أو الخاتن يختن الصّبي فيموت من ختانه، أو الطيّب يشفي المريض فيموت من شفيه، أو يكويه فيموت من كيّه، أو الحجّام يقلع ضرس أحد فيموت، فلا ضمان على واحد من هؤلاء؛ بسبب التّغيير، وكأنّ صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه.. هذا كلّ إذا لم يخطئ في فعله، وأمّا إذا أخطأ في فعله فإنّه يضمن. ينظر المقدمات المهمّات: 250/2، 251، النّوادر والزّيادات: 74/7، المختصر الفقهية: 320/8، وغيرها.

المطلب الثاني: الفرق بين الإجارة بالشاة المذبوحة قبل سلخها، وبين الإجارة بأجزاء من لحمها. تجوز الإجارة على كل منفعة يستباح تناولها، ويكون الحق لمالكها في بذلها أو منعها؛ كصبغ ثوب، أو بناء حائط، أو حصاد زرع، أو ذبح حيوان أو سلخه، وغير ذلك، وكل ما يجوز أن يكون عوضا في بيع يجوز أن يكون عوضا في إجارة، ولما جاز بيع الشاة المذبوحة قبل سلخها جاز الاستتجار بها¹. بخلاف ما إذا كان العوض أجزاء من لحمها، فإنه لا يجوز أن يكون عوضا في بيع ولا في إجارة².

فما الفرق بين كون العوض في البيع والإجارة شاة مذبوحة قبل سلخها فيصح العقد، وبين كونه أجزاء من لحمها فلا يصح، رغم أنّ الشاة المذبوحة لا تتراد إلا للحمها؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين جواز الاستتجار بالشاة المذبوحة قبل سلخها، وعدم جواز ذلك بأجزاء من لحمها: (ويجوز شراء شاة مذبوحة قبل السلخ؛ لأنه اشترى جميعها، كما يجوز له ذلك قبل ذبحها، والأول اشترى لحما مغيبا والجلد للبائع)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل ألا فرق بين الشاة المذبوحة قبل سلخها، وبين اللحم في أحكام البيع والشراء، بدليل أنه لا يجوز بيعهما بطعام إلى أجل، ولا بلحم إلا مثلا بمثل⁴، ولما كان اللحم المغيب لا يجوز بيعه؛ للجهالة، فإنه لا يجوز بيع لحم شاة قبل سلخها، ولا فرق في ذلك بين بيعه جميعه مع جلدها، وبين بيع أجزاء من لحمها؛ كل رطل بكذا وكذا، والمعنى في ذلك هو الجهالة بصفة اللحم، غير أنه لما كانت الشاة المذبوحة هي محل العقد، وهي معلومة للمشتري من حيث الإجمال خف الغرر فجاز بيعها، اعتبارا بالشاة الحية. بخلاف الأبطال من لحمها فإن العقد وقع عليها، وهي مغيبة داخل الجلد، ولا سبيل إلى معاينتها إلا بسلخها، فلم يجز بيعها، فلا يجوز أن تكون عوضا في إجارة.

1- التّوادر والزّيادات: 336/6، البيان والتّحصيل: 31/8.

2- ينظر المدونة: 418/3، التّهذيب: 345/3، التّوادر والزّيادات: 336/6.

3- الجامع: 394/15.

4- ينظر المدونة: 148، 156/3، التّهذيب: 86/3.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الإجارة معاوضة على منافع الأعيان¹، وهي نوع من البيوع؛ لأنها بيع لمنافع معلومة بعوض معلوم، ويجري فيها من الحلال والحرام ما يجري في البيوع، وما يجوز بيعه يجوز إجارته، وما لا فلا، وكل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون أجره²، وإذا كانت الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر كانت جعلاً³.

ثانياً: بناء على التفارقة بين الجعل وبين الإجارة فإن قول الرجل للرجل: أحصد زرعِي هذا أو أدرسه ولك نصفه، أو جدّ نخلي ولك نصفه، أو التقط زيتوني ولك نصفه فكل ذلك إجارة، أمّا قوله له: أحصد أو أجدد أو أدرس أو التقط فما حصل لك فلك نصفه، فهو جعل ويجوز له تركه متى شاء.

ثالثاً: بناء على كون العلة في صحة العوض في الإجارة هي جواز بيعه فإنه يجوز للرجل أن يؤجر الرجل على حصاد زرع أو درسه، أو طحن حنطة، أو عصر زيتون كل ذلك بجزء مما يخرج منها من سنبل أو قمح أو دقيق أو زيتون. بخلاف ما إذا قال: اطحن لي هذه الحنطة بما يخرج منها من نخالة، فإن ذلك لا يجوز للجهاالة بمقدار النخالة، وكذلك إذا آجره على أن يسليخ له شاة وله جلدها، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه لا يدري أيخرج الجلد صحيحاً أم لا⁴.

رابعاً: لا يجوز بيع رطل أو رطلين من شاة قبل سليخها؛ لأنه لحم مغيب⁵، لكن أجاز مالك ذلك على سبيل الاستثناء؛ كأن يقول له: بعنك هذا الشاة إلا تلتها أو أقل⁶، فأشكل ذلك؛ لأن العقد على مغيب.

1- والتعريف للقاضي عبد الوهاب، وحده ابن عرفة بقوله: (بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض كتبها). ينظر التلقين: 153/2، المختصر الفقهي: 159/8.

2- ينظر التبصرة: 4928/10، المقدمات الممهّدة: 166/2، التنبهات: 1472/3.

3- وحده ابن عرفة بأنه: (عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ محله لا يجب إلا بسماعه)، وعند خليل: (إجارة على عمل مجهول، أو على منفعة مضمون حصولها)، ولا يجوز إلا فيما لا يتقدّر من الأعمال، ويبطلها الأجل، وصورتها أن يجعل الرجل للرجل جعلاً - مقدارا من المال - على عمل يعمل له على إن أتم عمله فهو له، وإلا لم يكن له شيء، وذهب عمله باطلا، ينظر التوضيح: 236/7، المختصر الفقهي: 359/8، وينظر شروط الجعل والتفارقة بينه وبين الإجار مناهج التحصيل: 272/7، 279.

4- ينظر المدونة: 418/3 التهذيب: 345/3، التاج والإكليل: 510/7، 511، مناهج التحصيل: 396/5، 400.

5- والمستثنى - في هذه الصورة - إما مشتري وهو مغيب، وإما مبيع وهو مشتري وهو مغيب، فيكون العقد قد وقع على مغيب، فيقع الإشكال.

6- ينظر التهذيب: 270/3، النوادر والزيادات: 335/6، المدونة: 315/3.

ولقد أجاب الإمام المازريّ على هذا الإشكال قائلاً: بأنّ محلّ العقد في بيع اللحم المغيب هو اللحم نفسه، فكأنّ النهي مسلّط عليه أصالة. بخلاف مسألة الاستثناء هذه فإنّ اللحم المغيب ليس مقصوداً أصالة بالبيع؛ لأنّ العقد وقع على شاة حيّة فكان النهي أخفض رتبة، وقيل: إنّ المستثنى هو ربّ الشاة، ولا يعدّ المستثنى في حقّه مغيباً لعلمه بصفة اللحم بحسب علفها¹.

المطلب الثالث: الفرق بين ادّعاء المستأجر ضياع الشيء المؤجّر، وبين ادّعاء المعير تعدي المستعير في المسافة من حيث الضمان.

من شروط الإجارة أن يكون الأجل معلوماً، أو ما يقوم مقامه من المسافة أو العمل؛ فإذا استأجر الرّجل شيئاً إلى موضع ما، ثمّ ادّعى بعد ذلك ضياعه قبل استفاء المسافة فإنّ ابن القاسم جعل القول قول المستأجر في العين فلا يضمنها، وجعل القول قول المؤجّر في الكراء فلا يسقط عن المستأجر شيئاً من الكراء بين الموضع الذي ادّعى فيه الضياع وبين الموضع الذي استأجر إليه². وقد أُلزم³ بالتناقض بين قوله هذا، وبين قوله في مسألة من استعار دابة ليركبها، فلمّا رجع زعم المعير أنّه أعارها إيّاه إلى دون الموضع الذي ركبها أنّ القول قول المستعير، وأنّه ليس عليه كراء ما بين الموضع الذي ركب إليه، وبين الموضع الذي أقرّ المعير أنّه أعاره إليه⁴. فما الفرق بين المسألتين؛ حيث جعل القول قول الأجير في الأولى فلم يسقط عنه الكراء، وجعله في الإعارة قول المستعير فأسقط عنه الكراء رغم أنّ ذمّة كلّ منهما - المستعير والمستأجر - غير مشغولة بالرّقبة؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس وهو يدفع التناقض بين قولي ابن القاسم في مسألة الإعارة ومسألة الإجارة: (وإنّما اختلفت جوابها في المسألتين لاختلاف السؤال، وليس ذلك بتناقض؛ لأنّ مسألة الإجارة المكتري

1- ينظر شرح التّلقين: 1039/2، منح الجليل: 467/4.

2- المدونة: 426/3، التّهذيب: 151/3.

3- نسب ابن يونس القول بالإنّزام إلى بعض أصحابه، وهو أبو إسحاق التّونسيّ كما صرّح بذلك خليل في التّوضيح، ينظر الجامع: 416/15، التّوضيح: 216/7.

4- المدونة: 450/4، التّهذيب: 308/4.

فيها مقرّ بالكراء، مدّع فيما يسقطه فعليه البيان، وفي مسألة العارية المعير مقرّ بعارية مدّع على المستعير أنه تعدّى وزاد فيها، فوجب أن يكون القول قول المطلوب بالغرم¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أن البيّنة تجب في حقّ أضعف المتداعيين حجّة، ويكون القول قول أقواهما حجّة مع يمينه، وأنّ من كان قوله خلاف الأصل كان أضعفهما.

ولما كان مقتضى عقد الإجارة اشتغال ذمّة المستأجر بالأجرة، فإنّه إذا أقرّ - أي المستأجر - بأصل العقد فقد شغلت ذمّته بالأجرة، فإذا ادّعى بعد ذلك إفراغها كان قوله خلاف الأصل، وإذا أنكر المؤجّر كان قوله موافقا للأصل؛ إذ الأصل أنّ ذمّة المستأجر مشغولة بنفس العقد، ولما كان ضياع العين المؤجّرة أو تلفها يقتضي تفرّغ ذمّة المستأجر، فإنّ ادّعاء المستأجر ضياع العين كان ادّعاؤه مخالفا للأصل، فكان أضعف حجّة فعليه بالبيّنة، وإلا كان القول قول المؤجّر.

أمّا الإعارة - وإن كانت عقد على المنافع - إلاّ أنّه عقد بلا عوض، وهذا يقتضي أنّ ذمّة المستعير فارغة ما لم يتعدّى، فإذا ادّعى المعير شغل ذمّة المستعير بالتّعدّي كانت دعواه خلاف الأصل، وكان أضعف حجّة إذا أنكر المعير؛ لأنّ إنكاره موافق للأصل، فيكون القول قوله بيمينه إذا لم يُقم المعير بيّنة على دعواه.

الفرع الثالث: فوائد.

أوّلاً: فرّق ابن القاسم بين العين المؤجّرة فيصدّق المستأجر بضياعها، وبين دفع الأجرة فلا يصدّق في دفعها إلاّ ببيّنة، والقياس يقتضي عدم التّفرقة؛ لأنّ العين المؤجّرة هي علّة الأجرة فإذا ذهبت ارتفع الكراء²، ووجه التّفرقة - حسب ابن يونس - أنّ عقد الإجارة يقتضي كون العين المؤجّرة في يد المستأجر أمانة فيصدّق في ضياعها، أمّا الأجرة فهي في ذمّة المستأجر بنفس العقد، ولا تزول إلاّ ببيّنة، وقد اجتمع الأمران في هذه المسألة فأجرى كلّاً منهما على أصله³.

1- الجامع: 416/15.

2- وهو ما ذهب إليه سحنون، وصوّيه ابن يونس، وقال موجّها قول سحنون (ووجه قول سحنون وغيره أنّه لما صدّقه في الضياع كان ذلك كقيام البيّنة عليه فوجب أن يسقط عنه الكراء؛ لأنّ ما يجب به الكراء قد ذهب، فيأتي شيء يكون له الكراء). الجامع: 415/15.

3- ينظر المرجع نفسه.

ثانياً: إذا ادعى المستأجر ضياع العين المؤجرة كان أضعف حجة من قول المؤجر فيما يتعلق بالأجرة، ففتعين البيّنة في حقه جرياً على الأصل القاضي بأن البيّنة تجب في حق أضعف المتداعيين حجة، غير أنّ ابن القاسم خالف هذا الأصل واكتفى بيمين المستأجر مع شهادة من كان معه بأنه أعلمهم بالضياع، كما جعلوا القول قول الزوجة إذا ادعت أنّ زوجها الغائب لم ينفق عليها، ولم يترك لها شيئاً بعد أن رفعت أمره إلى القاضي¹، بجامع تعذر إقامة البيّنة.

ثالثاً: من القواعد التي تمحّض عنها التحليل في هذه المسألة.

1- اليمين تجب في حق أقوى المتداعيين حجة، وأنّ من كان قوله وفاقاً للأصل كان أقوى ممّن كان قوله خلافاً له.

2- الأصل أنّ من ملك منفعة بعوض فالقول قوله في تلف الذات، كان ممّا يغاب عليه؛ كالجفنة والفأس، أو ممّا لا يغاب عليه؛ كالحيوان والدور، وهذا معنى قولهم أنّ المستأجر أمين؛ لأنّ حقه في المنافع، والرّقاب في يده أمانة².

3- منفعة الدافع مؤثّرة في إسقاط الضمان³؛ سواء في دعوى التّلف أو الضياع⁴.

4- ما يصدّق فيه من دعوى التّلف - أو الضياع - كالوديعة أو العين المؤجرة، وما لا يغاب عليه من الرّهون والعواري فإنّه يصدّق في دعوى الرّدّ إذا قبضه بغير بيّنة، ولا يصدّق إذا كان القبض ببيّنة⁵.

5- إذا صدّق في دعوى الضياع فإنّه لا يحلف إلّا أن يكون متّهماً. بخلاف دعوى الرّدّ فإنّه يحلف⁶.

1- لأنّ النّفقة ليست ديناً في ذمّة الزوج، والأصل أنّ القول قوله.

2- ينظر مواهب الجليل: 428/5، شرح زروق على متن الرسالة: 779/2.

3- فإنّ الأشياء المقبوضة على غير وجه الملك إذا قبضت لمنفعة القابض؛ كالعارية والرهن، فالقول قول القابض فيما لا يغاب عليه مع يمينه في التّلف، وضامن لما يغاب عليه إلّا أن يقيم البيّنة على التّلف، وإذا قبض لمنفعة أربابها؛ كالبيضان والودائع فالقابض لها مصدّق في دعوى التّلف دون يمين، إلّا أن يتّهم؛ كان ممّا يغاب عليه أو ممّا لا يغاب، كذلك الحكم إن قبضت لمنفعتيها جميعاً؛ كالقراض والعين المؤجرة؛ لأنّ فيها منفعة أربابها مع انضمام الملك إلى ذلك، ويستثنى من ذلك الصّانع المشترك والأجير على حمل الطّعام، فهما يصدّقان في دعوى التّلف فيما يغاب عليهما؛ للذريعة ومصلحة العامّة.. ينظر المقدّمات الممهّدات: 248/2، شرح التّلقين: 1129/2، مواهب الجليل: 272/5.

4- ينظر الجامع: 365/18.

5- وهو المشهور. ينظر المقدّمات الممهّدات: 248/2، مواهب الجليل: 272/5.

6- المقدّمات الممهّدات: 248/2.

رابعاً: العارية تمليك لمنافع العين بغير عوض، والأصل فيها أنّ المستعير لا يضمن إلا بالتعدّي إذا كانت العارية ممّا لا يغاب عليه، وأمّا ما يغاب عليه ويخفى هلاكه فإنّه لا يقبل قوله إلا ببينة¹.

خامساً: بناء على قول ابن القاسم في مسألة من استعار دابة وبعد أن أرجعها إلى ربّها زعم أنّه تعدّى أنّ القول قل المستعير مع يمينه، فإنّ من أسكن غيره داراً سنة، وبعد سنة قال ربّ الدار أسكنته سنة أشهر، فإنّ من سكن مصدّق على ربّ الدار مع يمينه².

المطلب الرابع: الفرق بين استئجار الأب ظنراً، وبين تحمّل الرّجل عن غيره أجره عمل أو ثمن مبيع في تعلق الحقّ بمالهما بعد خراب ذمّتهما.

الأصل في الإرضاع على الوالدات؛ لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾³، وقد يتعيّن الإرضاع على الأب، ويصبح أجر الرّضاع من جملة النفقة الواجبة للصبيّ عليه، فإذا تعيّن عليه واستأجر ظنراً لإرضاع الصبيّ كان ذلك بمنزلة من تحمّل الأجر عن غيره؛ لأنّ الصبيّ هو الآخذ لمنفعة الرّضاع⁴، فإذا مات الأب قبل أن يبلغ الكتاب أجله فإنّ أجره ما تبقى من الرّضاع في مال الصبيّ وليس في تركته⁵، وهذا بخلاف موت الكفيل الذي يتحمّل عن غيره ثمن مبيع أو أجر عمل⁶ ثمّ يموت، فإنّ ثمن المبيع وأجره العمل في تركته وليس في مال من تحمّل عنه⁷.

فما الفرق بين موت الأب يستأجر ظنراً يموت فلا ينتقل الحق إلى ماله، وبين موت الحميل ينتقل الحقّ بعد وفاته إلى ماله رغم كونه متعلّقاً بذمّتهما قبل وفاتهما؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين انتقال الحقّ الذي تحمّله الحميل إلى تركته، وبين عدم انتقاله في مسألة الأب يستأجر ظنراً: (والفرق بينهما أنّ أجر الرّضاع أمر يلزم الأب، فإنّما قدّمه وهو يظنّ أنّ

1- ينظر المعونة: 1209، مختصر ابن الحاجب: ص 407، عقد الجواهر الثمينة: 857/3، القوانين الفقهية: ص 613.

2- النّوادر والزيّادات: 303/7، النّاج والإكليل: 461/10.

3- سورة البقرة، الآية رقم: 231.

4- وكأنّه قال للظنر إرضعي ولدي والأجر لك عليّ.

5- ينظر المدونة: 455/3، التّهذيب: 378/3.

6- كأن يقول الرّجل لغيره: اعمل لفلان كذا وكذا، أو بعه سلعتك، فالأجر أو الثمن لك عليّ، وهي الإجارة بالمجهول.

7- ينظر التّهذيب: 186/2، المدونة: 150/2.

الصَّبِيَّ يحيى، وأنَّ ذلك لازم له، فلمَّا مات الصَّبِيَّ بانَّ أنَّ ذلك لم يلزمه، فوجب أن يرجع فيه، والذي قال: بع من فلان سلعتك والنَّمَن لك عليّ هو متطوِّع بذلك، ولم يكن يلزمه، فلمَّا تطوِّع به وضمن للبائع ثمن سلعته لزمه ما تطوِّع به، ولم تكن له حجة¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

إذا قال الرَّجُل للرَّجُل اعمل لفلان كذا وكذا، أو بعه سلعتك، وأجر ما عملت أو ثمن ما بعته عليّ، إذا قال له ذلك فإنَّ ذمَّته قد انشغلت بالحقّ - ثمن المبيع وأجرة العمل - في حياته، وإذا مات لم يبق للحقّ محلّ يتعلّق به؛ لخراب ذمَّته بالموت، فوجب أن ينتقل الحقّ إلى تركة الكفيل، والمعنى في ذلك أنَّ الحميل حين تحمّل الحقّ كان متطوِّعاً، فلزمه ما تطوِّع به، بناءً على الأصل القاضي بأنَّ من ألزم نفسه شيئاً لزمه مطلقاً²، اعتباراً بالنَّذر، وهذا المعنى مفقود في مسألة الأب حين تحمّل أجرة الصَّبِيَّ؛ إذ إنّ أجرة الرِّضاع من جملة النّفقة الواجبة عليه، فلمَّا تحمّلها تحمل شيئاً واجبا يتوقَّع استمراره، ولم يكن متطوِّعاً، فلا يلزمه إلاّ حيّاً، فإذا مات سقط عنه. ولمَّا كانت النّفقة تجب في مال الصَّبِيَّ بموت الأب فإنَّ حصّة ما تبقى من الرِّضاع في مال الصَّبِيَّ، وليست في التّركة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل في الإرضاع على الأمّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾³، وهو معلل ببقاء الزوجية، فإذا انتفت الزوجية تعيّن الرِّضاع على الأب، وذلك في حالة الطلاق البائن، والوفاء⁴.

ثانياً: جريا على هذا الفرق، فإنَّ الأب إذا استأجر معلماً أو مؤدّباً لولده، فإنَّ حصّة باقي المدّة في مال الأب؛ لأنَّ التّعليم لا يلزمه، فلمَّا أوجبه على نفسه لزمه حيّاً وميتاً⁵.

1- الجامع: 482/15.

2- وفي المدونة عن مالك: (يلزم المعروف من أوجبه على نفسه، والكفالة معروف، وهي حمالة، وهي لازمة كالدين). 102/4.

3- سبق تخريجها.

4- يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأمّ من ذوات الشّرف، أو عاجزة عن الإرضاع. ينظر المدونة: 304/2، 305، التّهذيب: 452/2.

5- وبهذا يفترق عن استئجار الطّئر. ينظر النّكت والفروق: 94/2.

ثالثاً: الإجارة عقد على المنافع، وهي من العقود اللازمة بالعقد الصحيح، والأصل فيها ألا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ما لم يتعدّر استثناء المنافع؛ كانهدام الدار واحتراقها، وكذا موت الظئر وحملها ومرضاها، وموت الصبي¹.

رابعاً: إذا كان الدين مؤجّلاً، ومات الكفيل قبل حلول أجله، عُجّل؛ لخراب ذمّته، ولصاحب الحق أخذ حقه من تركة الكفيل، ولا رجوع للورثة على المدين إلا بحلول الأجل².

خامساً: الحمل والحملالة سواء في اللّغة³، ويفترق معناهما عند الفقهاء، فالحملالة عندهم أن يتحمل بالحق على أن يؤديه عن المطلوب ويرجع عليه، والحمل عندهم أن يتحمل بالحق على أن يؤديه عن المطلوب ولا يرجع به عليه، والكفالة والرّعاية وغيرها بمعن الحملالة. بخلاف الضمان فهو محتمل للوجهين؛ فما كان منه قبل العقد أو فيه حمل على الحمل، وما صدر منه بعد العقد حمل على الحملالة، واختلفوا في الصّدق إذا ضمن عن الرّوج في العقد؛ ومذهب المدونة أنه على الحمل حتى يريد به الحملالة⁴. وبناء على ذلك فمن تحمّل عن أحد صداقا، أو ثمن مبيع في نفس العقد على وجه الحمل، لزمه في حياته وبعد مماته، فإذا تحمّله بعد العقد لزمه في الحياة دون الممات⁵.

المطلب الخامس: الفرق بين البيع وبين الكراء في جواز الثّنيا.

مقتضى عقد البيع أن يسلمّ البائع المبتاع المبيع ويستلم المبتاع الثمن، ومقتضى عقد الكراء أن يدفع المستأجر الأجرة، وأن يخلي المؤجّر بين المستأجر وبين منافع العين المؤجّرة، وإذا كان محلّ العقد داراً بعينها أو راحلة بعينها، وأراد البائع أو المؤجّر أن يستثني سكنى الدار مدّة، أو يستثني

1- يقسم الفقهاء الإجارة إلى قسمين: إجارة مضمونة في الذّمة، وهي لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، وهناك الإجارة المعيّنة، وثمة تفصيل في هذه القسم متى تنفسخ ومتى لا. ينظر المقدمات الممهّدات: 166/2.

2- وهو قول مالك في المدونة، وعنه رواية أخرى في غير المدونة مفادها توقيف مال الضامن بقدر الدين، فإذا حلّ الأجل وكان المدين عديماً، أخذ الغريم ما تمّ وقفه، وإذا كان مليئاً أرجع ما تمّ وقفه لورثة الكفيل. ينظر المدونة: 100/4، التّهذيب: 17/4، الكافي: 962/2، روضة المستبين روضة المستبين في شرح كتاب التلقين لابن بريزة: أبي محمّد عبد العزيز بن إبراهيم، (ت 673هـ)، ت: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، دون بلد، ط1 (1431 - 2010م)، وغيرها.

3- ينظر القاموس المحيط: ص 987، 988، تاج العروس: 341/28، 351.

4- وهو قول ابن القاسم في العتبية، وروي عنه في الواضحة أنه على الحملالة، واختلف في الحمل؛ هل يحتاج إلى حوز فيبطل بموت الحامل، أو هو كالحملالة لا تحتاج إلى حوز، والقولان في الواضحة ينظر المقدمات: 377/2، التنبهات: 1711/3.

5- ينظر القوانين الفقهية: ص 214.

ظهر الرّاحلة مدّة، فإنّ ابن القاسم أجاز ذلك في المدّة القصيرة؛ كالיום واليومين. بخلاف المدّة الطويلة؛ كالشهر وغيره فقد منع ذلك في البيع مطلقاً¹، وفرّق في الإجارة بين أن ينقد الأجرة فلم يجزه، وبين ألا ينقدها فأجاز ذلك².

فما الفرق بين استثناء منفعة المبيع فلم يجزه مالك في الأجل البعيد، وبين استثناء منفعة المكترى فأجازه ما لم ينقد؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين ثنيا المبيع، وبين ثنيا المكترى: (والفرق عند ابن القاسم بين الشراء والكراء أنّا لو أجزنا الشراء كان ضمانها من المشتري؛ كقريب الاستثناء فيدخله الغرر، وكأنه اشترط على البائع ما يجب عليه ضمانه، وفي الكراء الضمان من ربّها، فافترقا)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلّم عن الثنيا في البيوع⁴، ومن صورها استثناء سكنى دار أو ظهر راحلة معيّنة مدّة، وعموم النهي يقتضي ألا فرق بين قريب الأجل وبين بعيده، غير أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم اشترى من جابر جملاً واشترط ظهره إلى المدينة⁵، فحمل مالك حديث النهي على الثنيا المتضمّنة للغرر والجهالة، وهي حالة ما إذا كان الأجل بعيداً يتغيّر فيه المبيع عادة، والمعنى في ذلك أنّ المشتري ضمن شيئاً مجهول حقيقة ما يصير إليه بعد الأجل، فيكون العقد وقع على غرر وضرر فيفسخ، أمّا إذا كان الأجل قريباً لا يتغيّر فيه المبيع عادة، فيجوز الاستثناء من عموم النهي عن الثنيا، بدليل حديث جابر.

1- ينظر المدونة: 473/3، التّهذيب: 436/3.

2- ينظر المرجعان السابقان: 473/3، 436/3.

3- الجامع: 35/16.

4- من حديث جابر من أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم: (نهى عن المزبنة، والمحاكلة، وعن الثنيا إلا أن تعلم)، رواه أبو داود في كتاب البيوع في التجارة، رقم: 3405، 284/5، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا، رقم: 1290، 564/2، وقال حسن صحيح، والتّسائي في البيوع، باب بيع الثنيا حتى تعلم، رقم: 6184، 67/6.

5- رواه البخاري في الشّروط، باب اشتراط البائع ظهر الدّابة، رقم: 968/2، 2569، ومسلم في البيوع، باب البعير واستثناء ركوبه، رقم: 715، 53/5.

ولمّا كانت الإجارة (والكراء) بيعا من البيوع فإنّه لا فرق بين استثناء ظهر المبيع وبين استثناء ظهر المكترى، فيجوز استثناء ظهر المكترى في الأجل القريب دون البعيد، غير أنّه لمّا كان عقد الكراء لا ينقل الضمان، وأنّ ربّ الرّاحلة لا يستحقّ الأجرة إلّا بعد استثناء المنفعة فإنّ الرّاحلة إذا تغيّرت انفسخ العقد ولا شيء على المكترى، وبناء على ذلك فإنّ استثناء ظهر الرّاحلة المكترة للأجل البعيد - وإن كان فيه غرر - إلّا أنّه ليس فيه أكل لأموال النّاس بالباطل، فكان أخفّ من استثناء ظهر المبيع الذي اجتمع فيه الغرر، وأكل أموال النّاس بالباطل، فأجيز مطلقا في الأجل البعيد والقريب.

الفرع الثالث: فوائد.

أوّلا: الثّنيا أن يُستثنى في عقد البيع شيئا مجهولا¹، ولثّنيا صور عديدة، وخصّها الأكثر بمن ابتاع سلعة على أنّ البائع متى ما ردّ الثّمن فالسلعة له²، وجعلها ابن جزيّ من بيوع الشّروط، وذكر لها صورا؛ كأن يبيع الرّجل السلعة على ألا يبيع ولا يهب، أو إن باعها فهو أحقّ بها بالثّمن الذي يبيعها به، أو على أنّه بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه، وما أشبه ذلك من الشّروط³.

ثانيا: على اعتبار أنّ الثّنيا هي اشتراط البائع أنّه متى جاء بالثّمن ارتجع المبتاع، فإنّ العقد إذا وقع على هذه الصّورة فإنّه يفسخ مطلقا، والمعنى في ذلك هو كون العوض تارة ثمنا إذا مضى البيع، وتارة سلفا إذا لم يمض، وهذا يقتضي الفساد في الثّمن، فينفسخ العقد مطلقا ولو تنازل البائع عن شرطه⁴.

ثالثا: من صور الاستثناء التي أجازها مالك⁵:

1- وقيل: الثّنيا أن يبيع الشّيء جزافا، فلا يجوز أن يُستثنى منه شيئا قلّ أو كثر، والثّنيا في المزارعة: أن يُستثنى بعد النّصف أو الثلث كيلا معلوما. ينظر جامع الأصول في أحاديث الرّسول لابن الأثير: أبي السّعادات مجد الدّين بن محمّد، ت: عبد القادر الأرنبوط، بشير عيون، مكتبة السّلام، ط1 (1379هـ - 1969م)، 477/1.

2- المختصر الفقهي: 313/5.

3- قسّم ابن جزيّ الشّروط إلى ثلاثة: شرط مبطل للعقد إذا كان يقتضي التّضييق على المشتري، وإن شرط منفعة لنفسه؛ كروب دابة، وسكنى دار جاز البيع والشّروط، وإن شرط ما لا يجوز وكان خفيفا جاز البيع وبطل الشّروط؛ كقوله: إن لم يأتني بالثّمن إلى ثلاثة أيّام فلا بيع، بخلاف قوله: متى جئتك بالثّمن رجعت لي سلمي. ينظر القوانين الفقهية: ص 438.

4- ينظر شرح التّلقين: 387/2.

5- ينظر المدوّنة: 233/3، 316، التّهذيب: 268/3، التّوادر والزيادات: 39/6، 32، الكافي: 681/2، 683.

1- الاستثناء الذي يقع على جزء معين؛ كأن يقول: بعتك هذه الشاة إلا رجلها أو رأسها أو فخذها.
2- الاستثناء الذي يقع على جزء غير معين، ولكنه مقدّر بكيل أو وزن؛ كأن يقول: بعتك هذه الشاة إلا أربعة أرتال، أو بعتك هذه الصبرة إلا قفيزا.. فهتتين الصورتين جائزتين عند مالك؛ لانتفاء الغرر والجهالة، أو خفتها.

خامسا: الإجارة نوعان؛ إجارة عين، وإجارة متعلّقة بالذمة¹؛ كأن يستأجر دابة ليركبها مدة معينة أو إلى موضع معين، ولما كان الكراء بيع من البيوع فإنّ هلاك الدابة - إذا كانت الإجارة معينة - يقتضي فسخ الكراء. بخلاف الكراء المضمون فإنّ هلاك الدابة لا يوجب فسخ عقد الكراء²، وهذا يقتضي أنّ الرّاحلة المكراة إذا كانت مضمونة أنّه يجوز الاستثناء مطلقا، سواء نقد أم لم ينقد؛ لعدم انفساخ العقد بتغيّر الرّاحلة أو هلاكها، وفرق بين النّقد وعدمه إذا كانت معينة.

المطلب السادس: الفرق بين الأجرة والثمن إذ كانا معيّنين وأبهم النّقد إبان العقد.

إذا كان العوض في العقد معيّنا - سواء كان اجرا أو ثمنا - فإنّه لا يجوز تأخير قبضه إلى أجل، فإذا دخل المتعاقدان على التّأجيل بطل العقد، ولا فرق في ذلك بين كون العقد بيعا أو كراء، غير أنّ ابن القاسم فرّق بينهما إذا أبهم المتعاقدان النّقد، ولم يكن ثمة عرف يقتضي بالتّعجيل، فأبطل الكراء³، وأمضى البيع⁴.

فما الفرق بينهما رغم أنّ العوض في الحالتين متعيّن لا يجوز الاتّفاق على تأخير قبضه عن العقد إلى أجل؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الأجرة وعوض المبيع إذا كانا معيّنين وأبهم النّقد إبان العقد: (لأنّ العرف كالشرط، وإن لم تكن لهم سنة راتبه، وكانوا يكرون بالنّقد والنسيئة، وأبهم الكراء، فأصل ابن

1- ينظر المعونة: 1094.

2- كما أنّ هلاك المبيع قبل القبض يوجب الفسخ، بخلاف المضمونة تهلك بعد القبض.

3- ينظر المدونة: 475/3، التّهذيب: 437/3.

4- فقد جاء في المدونة: أنه لا يصحّ شراء شيء بعينه في مكان على أن يوفيه في مكان آخر، وعللوا ذلك بأنّه شراء شيء بعينه إلى أجل، كما أنّه أبطل فيها من أسلم في طعام بعين إلى أجل بعيد. ينظر المدونة: 87/3، التّهذيب: 37/3.

القاسم أنه على التأخير؛ لأنّ عقد الكراء لا يوجب نقد ثمنه إلا أن يكون عرف أو شرط، وإلا لم يلزمه أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن. بخلاف شراء السلعة المعيّنة، هذه بتمام عقد شرائها يجب عليه نقد ثمنها، لأنّه ينتقدها منه فوجب نقد ثمنها)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ الملك في البيع ينتقل بنفس العقد، والضمان بتسليم الثمن والتخليّة بين المبتاع والمبيع، وهذا يقتضي وجوب تسليم العوضين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، فإذا اتفق على تأخير أحد العوضين جاز ما لم يكن معيّناً، فإذا تعيّن العوض² فإنّه لا يصحّ تأجيل قبضه إلى أجل؛ لاستلزامه الغرر، والضمان بجعل³، وهذا يقتضي أنّ الأصل في البيع على التّعجيل، فإذا كان العوض ممّا يقتضي التّعجيل وأبهم فيه النّقد⁴، فإنّه يصطحب الأصل - وهو التّعجيل - فيصحّ العقد بخلاف الكراء، فإنّ الأصل فيه التّأجيل، وبيان ذلك أنّ تسليم الأجرة لا يتعيّن بالعقد، وإنّما بتسليم العوض - وهو المنفعة - وهي غير موجودة إبان العقد، وإنّما تستوفى شيئاً فشيئاً، وبالتالي فإنّ الأجرة على التّأجيل حتى تُستوفى المنفعة أو جزء منها ما لم تكن - الأجرة - ممّا لا يقبل التّأجيل كما لو كانت معيّنة؛ كثوب بعينه، أو حيوان بعينه، فيجب تعجيله، وإلا فسد العقد اعتباراً بالبيع، وعليه فإنّ النّقد إذا أبهم إبان العقد استُصحب الأصل - وهو التّأجيل - فيبطل العقد.

ولمّا كان المعروف كالمشروط فإنّ عقد الكراء الذي أبهم فيه النّقد يصحّ إذا جرت سنّة أهل البلد بتأجيل الأجرة المعيّنة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل في الثمن عند ابن القاسم الحلول ما لم يتفق الطرفان على التّأجيل، فإذا أُجّل سُمّي بيعة مؤجّلاً، وتعيّن تعجيل العوض تقادياً للدين بالدين.

1- الجامع: 37/16.

2- كأن يكون طعاماً بعينه، أو حيواناً بعينه، أو ثوباً بعينه.

3- ووجه الضمان أنّ عقد البيع يوجب الضمان على المشتري، فإذا اشترط تأجيل المعين فكأنّه شرط الضمان على البائع، فيتهم أنّه زاد في الثمن لأجل هذا الشرط، ووجه الغرر هو أنّ تأجيل المعين إلى الأجل البعيد قد يطرأ فيه تغيير على السلعة فيفسخ العقد. ينظر الجامع: 204/11، شرح التلقين: 125/2، 213، 379.

4- المراد بالنّقد هنا هو الحلول الذي هو ضدّ التّأجيل والنسيئة.

ثانياً: الأصل عند ابن القاسم في الأجرة التّأجيل؛ لكون المنفعة لا تحصل حين العقد، فإذا اتفق الطرفان على دفع الأجرة بعد استقاء المنفعة كان لهما ذلك، وإلا فكلما استوفى منها شيء دفع ما يقابلها من الأجرة¹، ويستثنى من ذلك ما يلي²:

1- إذا كان الأجر معيّناً؛ كثوب بعينه، أو حيوان بعينه.

2- إذا دخل المتعاقدان على التّعجيل؛ بأن كان ذلك مشروطاً في صلب العقد.

3- إذا أبهم النّقد، وكان عرف أهل البلد جار على التّعجيل.

ولا فرق في هذه الأحوال بين كون المنفعة مضمونة أو معيّنة، شرع فيها أم لم يشرع.

4- ويعجل الأجر - أيضاً - إذا كان كلّ من العوضين مضمونين³، تفادياً لتعمير الدّمّتين والوقوع في الدّين بالدّين⁴.

ثالثاً: التّعجيل قد يكون حقّاً لله، وقد يكون حقّاً لأدّمي، وما كان الحقّ فيه لله، ولم يعجل فيما يجب فيه التّعجيل فإنّه يُقضى فيه بالفسخ، وما كان منه حقّاً للعبد، وأبهم فيه النّقد فإنّه يُقضى فيه بالتّعجيل مع مضيّ العقد⁵.

رابعاً: المعنى في وجوب نقد العوض إذا كان معيّناً - سواء كان ثمناً، أو مبيعاً، أو أجرة - هو عدم دخوله في الدّمة؛ لأنّ معنى الدّمة هو استحقاق المطالبة مادامت الدّمة موجودة، والعين المضمونة إذا بقيت فلا معنى في ضمانها، وإن تلفت فلا أحد يقدر على إعادتها بعينها، وبالتالي فالأعيان لا تدخل في الدّمة، ولا يتصور ضمانها إذا هلكت، ويبطل العقد بتأجيلها.

1- كأن يدفع ما يقابل منفعة يوم، وهو ما يعرف بالميأومة، وهناك المشاهرة، والمراد بها دفع ما يقابل منفعة شهر، ويختلف ذلك حسب طبيعة العقد.

2- ينظر النّاج والإكليل: 499/7، شرح الخرشي: 5/7، مواهب الجليل: 393/3، منح الجليل: 436/7، وغيرها من شراح خليل.

3- كدراهم أو ثوب موصوف في الدّمة.

4- وقيدوا هذه الحالة بعدم الشّروع، فإذا شرع جاز التّأخير بناء على أنّ قبض الأوائل كقبض الأواخر، اعتباراً بالمقايي والمباطخ. ينظر المعونة: 1095، 1096.

5- يكون التّعجيل حقّاً لله في حالة كون الأجرة معيّنة، أو المنفعة مضمونة لم يشرع فيها، ويكون حقّاً للعبد إذا كانت الأجرة غير معيّنة، وكانت المنفعة مضمونة، أو غير مضمونة وشرع فيها، وكان التّعجيل مشروطاً، أو جرى به عرف. ينظر لوازم الدّرر في هناك أستاذ المختصر: محمّد بن سالم الشنقيطي، ت: دار الرّضوان، دار الرّضوان، نواكشط، ط(1437 - 2015م)، 17/11، الشّرح الكبير: 5/4.

خامسا: الكراء المضمون أن يقول: أكرني دابةً أو راحلة.. وقد يكون حالاً¹، وقد يكون إلى أجل، فإذا كان إلى أجل فالقياس يقتضي عدم جوازه إلا بنقد الأجرة اعتباراً بالسلم² الثابت في الدمة، غير أن مالكا أجاز أن يقدم الدينار أو الدينارين إلى أن يأتي ربّ الظهر بظهره للضرورة، وسداً لذريعة هروب أرباب الظهور بالأجرة³.

المطلب السابع: الفرق بين مستوفي الأجرة، وبين مستوفي المنفعة عند خروجهما عن المعتاد في وجوب فسخ العقد.

الكراء - أو الأجرة - عقد على منافع الرقاب، وللمستأجر - إذا كانت الرقبة ظهراً - أن يستوفي منفعة الركوب بنفسه، وله أن يأتي بغيره ليستوفيهما، فإذا جاء برجلين عظيمين فلربّ الظهر - عند مالك - ألا يرضى إلا بالوسط⁴. بخلاف الأجرة، فإذا كان الأجير هو المستوفي للأجرة؛ كأن يؤجره على طعامه⁵ وكان الأجير أكلوا، فإنّ المستأجر مخير بين الردّ - فسخ العقد - وبين الرضى بهذا الأجير على علته، وليس له أن يطعمه الوسط⁶.

فما الفرق بين الأجير المؤجر على طعامه يجده المستأجر أكلوا، فيكون مخيراً بين الردّ وبين الإمضاء، وبين المستوفي لمنفعة الركوب يكونا رجلين عظيمين، فيتعيّن على المستأجر الإتيان بالوسط رغم أنّ كلا منهما مستوف للعوض؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين مستوفي الأجرة، وبين مستوفي المنفعة في وجوب فسخ العقد عند خروجهما عن المعتاد: (والفرق بينهما أنّ الشّيء المجهول لا يتعيّن، وإنّما تعيّن كالصّفّة، ألا ترى أنّه إذا مات أو تلف لم يفسخ الكراء، فلمّا لم يتعيّن فعله أن يأتي بالوسط، وذلك عدل بين

1- فإذا كان حالاً وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى نقد الأجرة.

2- فإنّ من شرطه تعجيل رأس المال، وإلا دخله الدين بالدين.

3- فقد جاء عنه أنّه من تكارى كراء مضموناً إلى أجل؛ كالمتكرين إلى الحجّ في غير إبانة فليقدم الدينارين ونحوهما. ينظر التوارد والزيادات: 91/7.

4- ينظر المدونة: 506/3، التهذيب: 466/3.

5- ينظر المرجعان السابقان: 478/3، 440/3.

6- وهو قول مالك في المبسوط للقاضي إسماعيل. ينظر الجامع: 45/16.

المتكاريين، والأجرة كالدّابة المعيّنة يفسخ الكراء بموته أو بموتها، وأمّا إن وجد به عيباً فإمّا رضيه أو رده، وليس له أن يسقط حصّة ذلك العيب، كما ليس له أن يحطّ حصّة العيب من ثمن المشتري¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ الكراء بيع من البيوع يجري فيه ما يجري في البيع من الحلال والحرام، وأنّ المتعارف عليه من الأكرية كالمشترط، ولمّا كان المستوفي للمنفعة هو المالك لها، والمالك يقتضي جواز تملكها للغير، فإنّ الجهالة بالمستوفي للمنفعة غير مفسدة للعقد، والمجهول لا يتعيّن، بدليل أنّه لو عيّنه ومات أو تلف فلا يفسخ بذلك العقد، ويلزم مثله فيكون تعيين المجهول كالوصف له، وبناء على ذلك فإنّ المستأجر إذا عيّن للركوب رجلين عظيمين ولم يرض بهما ربّ الدّابة، وأراد فسخ العقد فليس له ذلك؛ لعدم تعيّنهما، ولا يتعيّن عليه قبولهما؛ لأنّ المستأجر جاء بهما على خلاف العرف، والمتعارف عليه من الأكرية كالمشترط؛ ونظراً للزوم العقد، ووجوب العدل بين المتعاقدين، فإنّه يتعيّن على المستأجر الإتيان بالوسط الذي يقرّه العرف.

هذا بخلاف محلّ العقد - سواء كان دابةً، أو آدمياً - فإنّ من شرطه أن يكون معلوماً، والمعلوم يتعيّن، فإذا تعيّن انفسخ العقد بنتفّه أو موته، أو بظهور عيب فيه يتعدّر معه استثناء المنفعة من العين المؤجّرة، أمّا إذا كان العيب لا يتعدّر معه استثناء المنفعة، ولكنّه يؤثّر على عوضها، فإنّ المستأجر مخير بين الردّ وبين الإمضاء، اعتباراً بالعيب القديم يطّلع عليه المبتاع في المبيع، وبناء على ذلك فإنّ المستأجر إذا استأجر رجلاً وألفاه أكولاً، فليس أمام المستأجر إلّا الرضى بالأجير على عيبه أو فسخ العقد، وليس له أن يلزم الأجير بالوسط من الطّعام، إلّا أن يرضى، بناء على كون الأكل الزائد في الأجير عيباً لا يتعدّر معه استثناء المنفعة، وإن كان يؤثّر على العوض.

الفرع الثالث: فوئد.

أولاً: الإجارة بيع من البيوع يجري فيها ما يجري في البيع من وجوب انتقاء الغرر والجهالة² وغيرها، وبناء على ذلك:

1- المرجع نفسه.

2- والغرر هو القابل للحصول وعدمه قبولا متقاربا وإن كان معلوماً، والمجهول هو الذي لا تعلم صفته، وإن كان مقطوعاً حصوله، وقد يجتمعان. ينظر الدّخيرة: 355/4.

1- يتعيّن أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب، أو طحن، أو حمل، أو عمل.. وعادة ما تكون مقدّرة بأجل، أو مسافة، أو انتهاء عمل¹.

2- يشترط في الأجرة أن تكون معلومة؛ لأنّها عوض في عقد معاوضة كالثمن، إلّا أنّه رخص في الأجير أن يُستأجر بطعامه؛ كالظئر بكسوتها، والرّجل يستأجر في عمل بطعامه، وكذا الدّابة بعلفها، فإنّ ظهر الأجير على خلاف العادة، فإنّ المؤجّر مخير بين الرّد وبين الإمضاء، ويستثنى من ذلك نفقة الزّوجة، فإنّ وجدها أكلة فتلك مصيبة منه، يتعيّن على زوجها إشباعها أو تطليقها².

ثانياً: محلّ العقد، وهو الرّقبة المؤجّرة - أو العين التي تستوفى منها المنفعة - قابلة للتعيين، فإذا تعيّن أثناء العقد كانت إجارة عين، وينسخ العقد بهلاكها، ويتعدّر استثناء المنفعة منها، وإذا لم تتعيّن كانت إجارة في الذمّة، ويشترط فيها الرّؤية أو الصّفة الجامعة للأعراض من الجنس، والنّوع، والذكورة والأنوثة، وما يعلم بالعادة لا يشترط ذكره. بخلاف المكترى المعيّن، فلا بدّ من الإشارة إليه بالبنان.

ثالثاً: المستوفي للمنفعة لا يتعيّن؛ لا بالرّؤية ولا بالاستعمال، وتعيّنه كالوصف له، والمعنى في ذلك أنّ المستوفي للمنفعة مالك لها، والمالك له سلطان التّمليك للغير.

رابعاً: العين - أو الشّيء - التي يتمّ بها استثناء المنفعة لا تتعيّن، لأنّها آلة لا تقابل بعوض³؛ وبناء على ذلك:

1- كلّ عين تُستوفى بها المنفعة تهلك - أو يتعدّر استثناء المنفعة بها - فإنّ هلاكها لا يبطل العقد على المشهور، إلّا في أربع مسائل⁴؛ هي: الإرضاع، صبيّ التّعليم، فرس النّزو، فرس الرّياضة⁵.

1- وفيه تفصيل في طريقة ضبطه للمنفعة. ينظر المدوّنة: 1094، عقد الجواهر الثّمينة: 931/3، الدّخيرة: 415/5.

2- وفارق بذلك نفقة الأجير؛ لأنّ النّكاح مبني على المكارمة، بخلاف البيوع فهي مبنية على المكايسة والمشاحّة؛ ولأنّ المرأة لا تردّ إلّا من العيوب الأربعة، وهي: الجنون، والجدام، والبرص، وعيوب الفرج. ينظر الجامع: 46/16، الدّخيرة: 378/5.

3- ينظر الدّخيرة: 430/5.

4- ينظر التّوضيح: 201/7.

5- وألحقوا بهذه المسائل مسائل أخرى؛ كمسألة من استأجر أجيّراً على أن يحصد له زرع أو يبني له حائطاً ليس له غيره، والطّيب يؤاجر على مداواة العليل مدّة فيموت، وكذا من استأجر على الجواهر النّفيسة ليصنع بها شيئاً فتهلك، والخياط يُدفع إليه الثّوب ليخيطه وكان الثّوب للباس وليس له غيره. ينظر التّوضيح: 201 / 7، 202.

2- كل من استأجر على حمل شيء، أو عمله، أو رعايته فلا يصح أن يشترطه بعينه¹، ولو أراه إيّاه حين العقد كان ذلك بمثابة الوصف له.

خامسا: الإطلاق في العقود محمول على العرف، فيكون كالشّروط، وكلّ ما هو معلوم بالعادة يصحّ فيه العقد بلا تفصيل، وما اختلف فيه اختلافا بيّنا لم صحّ إلّا بالتفصيل، وبناء على ذلك أجاز العلماء أن يُكرى إلى مدينة كذا وإن لم يسمّ أين ينزل منها، وكَم منزلة ينزل فيه، وكيف صفة مسيره، وكَم مرّة ينزل في طريقه، وغير ذلك ممّا يرجع فيه إلى المتعارف².

سادسا: إنّما فرق مالك بين النّقد وبين عدمه إذا كانت الرّاحلة معيّنة وكان الأجل بعيدا؛ لأنّه إذا نقد الأجرة مع التّغيير المظنون في الأجل البعيد، فإنّ العوض الذي دفعه المؤجّر يكون أجرة إذا أمنت الرّاحلة، ويكون سلفا إذا تغيّرت؛ لأنّه إذا تغيّرت انفسخ الكراء واستردّ ما دفعه. بخلاف ما إذا لم ينقد، فإنّه إذا أمنت الرّاحلة دفع له الأجرة، وإذا تغيّرت انفسخ العقد، ولا شيء على المؤجّر.

سابعا: المعنى - حسب ما سبق - في بطلان استثناء ظهر المكتري في الأجل البعيد مع النّقد - هو الغرر النّاجم عن كون ما دفعه المكتري تارة أجرة وتارة سلف، ومن نظائر هذه المسألة³:

1- بيع الغائب بشرط النّقد⁴.

2- البيع على الخيار.

3- بيع الثّمار قبل زهوها على البقاء على أن تكون المصيبة من البائع، وكان البيع على النّقد.

4- السّلم في نسل حيوان بعينه على صفة معلومة⁵.

5- المرأة تضع من صداقها بعد العقد على ألا يطلقها البتّة، وإلا رجعت بما وضعت⁶.

1- علّل القاضي عبد الوهاب ذلك بأنّه مناف لأصل لزوم عقد الإجار؛ لأنّ حقّ المستأجر في المنفعة ورقبة الشّيء ملك للمؤجّر، ومن حقّه بيع الرّقبة، فإذا باعها انفسخ العقد باختيار المؤجّر، وهذا ينافي اللّزوم. ينظر المعونة: 1100.

2- ينظر الجامع: 44/16.

3- كلّ هذه المسائل فيها غرر؛ لأنّ للمشتري أن يستردّ ثمنه فيكون سلفا، أو يمضي البيع فيكون ما دفعه ثمنا، وإذا تردّد العقد بين البيع وبين السّلف بطل.

4- لأنّ المبيع البعيد الغيبة قد يطرأ عليه من التّغيير ما يجعل البيع يفسخ.

5- لأنّه إذا لم يكن على الصّفة المعلومة انتقض البيع.

6- أو على شرط ألا يتزوّج عليها، أو ألا يخرجها، فإنّ الزّوج لا يجبر على الوفاء.

6- بيع العريان¹؛ لأنّ البيع إذا مضى كان العريان ثمنا، وإذا لم يمض كان عطية. **المطلب الثامن: الفرق بين الكراء الفاسد وبين حبس العين المكراة في وجوب كراء المثل إذا عطلت العين.**

إذا كان الكراء مُغياً بغاية فإنّه يتعيّن على المكري ردّ العين إلى ربّها بانتهاء الغاية، فإن أخرجها ثمّ ردّها بعد ذلك إلى ربّها من غير أن يستعملها، فعليه كراء المثل على أنّها معطّلة²، وهذا يقتضي أنّ من اكترى عينا فاسدا وخُلّي بينه وبينها ولم يستعملها حتى انقضى أمد الكراء - وكان قد قبض الأجرة - فإنّ عليه كراء المثل على أنّها معطّلة غير مستعملة³، غير أنّ ابن يونس أوجب عليه كراء المثل على أنّها مستعملة⁴.

فما الفرق - عند ابن يونس - بين حبس العين بعد المدّة فيجب فيها كراء المثل على أنّها معطّلة، وبين مسألة الكراء الفاسد أوجب فيها ابن يونس كراء المثل على أنّها مستعملة رغم أنّه يجب على المكري ردّ العين إلى ربّها.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين مسألة الكراء الفاسد، وبين حبس العين المكراة في وجوب كراء المثل إذا كانت معطّلة: (والفرق عندنا أنّ الذي حبس ذلك بعد المدّة متعدّد في حبسه، لم يؤذن له فيه، ولا في الانتفاع به، فوجب عليه كراء ما استعملها فيه، والذي اكترى ذلك كراء فاسدا إنّما أخذها على

1- بيع العريون على وجهين؛ ممنوع، وهو أن يشتري سلعة بثمن معلوم، أو يكري دابة بأجرة معلومة، ويقدم شيئا من الثمن على إن رضي كان ذلك العريون من الثمن أو الأجرة، وإن لم يرض فلا حقّ له فيه، فيدخله البيع والسلف، والهبة والسلف، أمّا الوجه الجائز فهو أن يجعل العريون على يد غير البائع، أو على يده مختوما؛ لئلا ينتفع به، لأنّه إذا استعمله ثمّ ردّه بعد ذلك كان بيعا وسلفا، فإن ختم زال ما يخشاه. ينظر المدونة: 1037، التبصرة: 4277/9، التوضيح: 356/5، المختصر الفقهي: 326/5.

2- أو يأخذ قيمتها يوم التّعدّي، فقد جاء في المدونة أنّ من اكترى دابة يوما فحبسها شهرا أنّ عليه كراء يوم، وربّ الدابة مخير في التسع والعشرين يوما؛ إن شاء أخذ كراءها فيما حبسها على قدر ما استعملها، أو حبسه إياها بغير عمل، وإن شاء أخذ قيمتها من بعد اليوم الذي كان عليه الكراء. فقد فرّق بين حبسها معطّلة، وبين حبسها مستعملة فيكون الكراء بحسب ذلك. ينظر المدونة: 487/3، التّهذيب: 449/3.

3- ونسبه ابن يونس لبعض أصحابه المتأخّرين وهو أبو إسحاق التّونسي على الأرجح. الجامع: 49/16.

4- اعتبارا بقول ابن القاسم بأنّ كلّ من ركب، أو حمل، أو سكن في كراء فاسد فعليه كراء المثل. ينظر المدونة: 481/3، التّهذيب: 443/3.

لانتفاع بها، فليس الذي صنع من التعطيل يبطل حق ربها؛ كمن اكرى ذلك كراء صحيحا فعطلها،
وكمن اكرى دارا بثوب أن عليه كراء مثلها على أنها مسكونة¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أن التصرف في منافع الغير تعطيلاً أو استعمالاً من غير إذن الغير يوجب كراء
المثل، والمعنى في ذلك هو إبطال حق الغير في التصرف في ملكه، ولما كان حبس العين المؤجرة
بعد مدة الكراء من غير إذن ربها يقتضي إبطال حقه في الانتفاع بها، فإن مجرد الحبس يقتضي
الضمان من خلال فرض كراء المثل على أنها معطلة، فإذا انظم إلى الحبس استعمال المنفعة وجب
كراء المثل على أنها مستعملة، وهذا المعنى - وهو إبطال حق الغير - مفقود في الكراء الفاسد، بدليل
وجود الإذن بالانتفاع حين العقد، وهذا يقتضي أن قبض العين المؤجرة خلال أمد العقد - بغض
النظر عن تعطيلها أو استعمالها - ليس فيه إبطال لحق ربها فيها بدليل الإذن، وبالتالي فإن إحقاق
مسألة تعطيل المنفعة في الكراء الفاسد بمسألة الحبس بعد انتهاء المدة تخريجا على قول ابن القاسم
لا يستقيم لمكان الفرق.

ولما كان الأصل في الكراء الفاسد وجوب الفسخ قبل الفوت ووجوب القيمة - قيمة المنفعة - بعد فواتها
اعتباراً بالبيع الفاسد²، فإن الكراء الفاسد إذا نزل وجب فيه كراء المثل على أن العين مستعملة، ولا
فرق بين كون المكري استوفى المنفعة أم عطّلها؛ بدليل ما يلي:

أولاً: إن الأجرة في الكراء الصحيح تجب بقبض العين المؤجرة، والتخلي بينها وبين المكري؛ سواء
استوفى المنفعة أم عطّلها، فيكون الفوت في الكراء الفاسد بانقضاء أجل الكراء؛ استوفى المنفعة أم
عطّلها.

ثانياً: إن استحقاق الأجر المعين يوجب الفسخ، فإذا نزل - أي فات الكراء - تعين كراء المثل³، ولا
فرق في فواتها بالتعطيل أو بالاستعمال، ولما كان لا فرق بين بطلان الكراء بالاستحقاق وبين بطلانه

1- الجامع: 48/16.

2- لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان في البياعات أعواض عن الأعيان، فإذا كان البيع فاسداً وجب فسخه ما لم يفت، فإذا فات
وجبت القيمة، وكذلك الكراء.

3- ينظر النوادر والزيادات: 151/7.

بسبب آخر؛ كالجهالة والغرر، فإنّه لا فرق في فوات المنفعة في الكراء الفاسد بالتعطيل أو بالاستعمال.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المعنى في وجوب كراء المثل في مسألة حبس العين بعد انتهاء مدة الكراء هو إبطال حقّ المالك في الاستعمال، وعلّة ذلك هي الإذن؛ ولذلك فرّق ابن القاسم بين التّعطيل وبين الاستعمال. بخلاف الكراء الفاسد فإنّ المعنى في فرض كراء المثل بعد نزوله هو الفوت؛ ولذلك سوى ابن يونس بين التّعطيل وبين الاستعمال.

ثانياً: مسألة عدم استعمال العين المؤجّرة في الكراء الفاسد يتجاذبها أصلان؛ الأصل الأول هو مسألة الحبس بعد المدة بجامع تعطيل المنفعة، والأصل الثاني هو استثناء المنفعة في كراء فاسد بجامع التّخلي بين المكتري وبين المكتري في كراء فاسد، ولمكان الفرق تبين بطلان ما ذهب إليه أبو إسحاق التّونسي من إلحاقه للمسألة بالأصل الأول. بخلاف ما ذهب إليه ابن يونس من إلحاقه للمسألة بالأصل الثاني، وهو الكراء الفاسد¹.

ثالثاً: التّعدي والغصب لغة بمعنى واحد؛ إذ يطلقان على أخذ ملك الغير بغير رضا المالك، غير أنّ الفقهاء فرّقوا بينهما؛ فقصرُوا الغصب على أخذ الدّوات²، والتّعدي على أخذ المنافع³، وبناء على ذلك فرّقوا بينهما في عدد من المسائل مثل⁴:

1- الغاصب يضمن يوم وضع اليد، والمعتدي يوم التّعدي.

2- الغاصب لا يضمن إذا ردّ العين سالمة. بخلاف المعتدي.

3- الغاصب يضمن بالفساد اليسير دون المعتدي.

4- المعتدي عليه كراء ما تعدّى عليه دون الغاصب.

1- وهذا أحد أنواع الفرق.

2- ولذلك عرفه ابن عرفة بأنّه (أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال)، والرّجراجي بأنّه (أخذ أعيان الممتلكات بغير رضا أربابها على وجه القهر والغلبة). ينظر المختصر الفقهي: 253/3، مناهج التّحصيل: 401/2.

3- ولذلك عرفه بأنّه: غصب المنفعة أو إتلاف بعض السلعة. ينظر التّوضيح: 505/6.

4- ينظر شرح التّلقين: 69/3، مناهج التّحصيل: 402/8، الدّخيرة: 257/8، التّوضيح: 557/6.

رابعاً: التعدي في كراء الدابة على ثلاثة أوجه؛ التعدي في الزمان؛ وهو أن يحبس الدابة مدة بعد أمم الكراء، وهناك التعدي بالمكان؛ وهو أن يكرها إلى مسافة معلومة ثم يزيد عليها، والوجه الثالث هو التعدي بالحملان؛ وهو أن يحمل عليها غير ما هو متفق عليه، أو أكثر منه¹.

خامساً: فرق مالك بين التعدي في المسافة، وبين التعدي في الحملان إذا عطبت الدابة، فأوجب الضمان مطلقاً في المسافة، ولم يفرق بين كون الزيادة ممّا تعطب في مثله، وبين ما لا يعطب. بخلاف الزيادة بالحملان؛ فأوجب الضمان إذا كانت الزيادة ممّا يعطب في مثله. بخلاف ما لا يعطب فيه مثله فلا ضمان²، وفرق ابن يونس بينهما فقال: (لأنّ عطبها ليس من أجل الزيادة. بخلاف مجاوزة المسافة؛ لأنّ مجاوزة المسافة تعدّ كلّها، فيضمن إذا عطلت في قليله وكثيره، والزيادة على الحمل المشترط اجتمع فيه إذن وتعدّ، فإن كانت الزيادة لا يعطب في مثلها علم أنّ هلاكها ممّا أذن فيه)³.

سادساً: لا فرق في كلّ ما سبق بين المكري وبين المستعير في أحكام الزيادة بجامع التعدي.

المطلب التاسع: الفرق بين البيع، وبين الكراء إذا تضمن العقد شرطاً مناقضاً لمقصود العقد في وجوب العمل به.

الأصل في انبرام العقد وترتب آثاره عليه أن يكون بمجرد صدور الإيجاب والقبول، وقد يقترن به بعض الشروط يضعها أحد المتعاقدين، وقد يكون بعض تلك الشروط مناقضاً لمقتضى العقد، ممّا من شأنها التضييق على المالك في التصرف في الملك الذي انتقل إليهما بمقتضى العقد، ومن تلك الشروط اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع ولا يهب، فإذا وقع البيع مقترناً بمثل هذا الشرط المضيق لحق المشتري في الملك فإنّ ابن القاسم أوجب إبطال البيع ما لم يسقط البائع شرطه⁴. بخلاف عقد

1- وفي كلّ قد يستردّ الدابة سالمة، وقد تعطب، وقد تكون الزيادة ممّا يعطب في مثلها وقد لا تكون كذلك، وقد تكون الزيادة قليلة جداً لا أثر لها، وفي كلّ ذلك أحكاماً مفصلة. ينظر تحبير المختصر: 591/4، 592، التاج والإكليل: 571/7، 573، مواهب الجليل: 498/5، منح الجليل: 17/8، 18، الشرح الكبير: 42/4، 43، شرح الخرشبي: 41/7، 42، مناهج التحصيل: 463/7، 366.

2- ينظر المدونة: 486/3، التهذيب: 448/3.

3- الجامع: 59/16.

4- ينظر المدونة: 522/3، التهذيب: 287/3، وقد قال ابن القاسم في الجارية التي تباع على ألا تباع ولا توهب أنّه لا يحلّ لمشتريها وطؤها، ويخير البائع بين إمضاء البيع بلا شرط أو فسخه.

الكراء فإن المكري إذا اشترط على المكترى ألا يسكن في البيت غيره فإن له عند ابن القاسم أن يسكن معه من شاء ما لم يكن فيه ضرر على البيت وإلا منع¹.

فما الفرق بين البيع وبين الكراء في وجوب العمل بمثل هذه الشروط المقتضية للتضييق على العاقد؟. **الفرع الأول: عرض الفرق.**

قال ابن يونس مفرقا بين البيع وبين الكراء إذا اقترن بهما بعض الشروط المناقضة لمقصود العقد في وجوب العمل بالشرط: (أما هذا إنما شرط عليه ألا يبيع ولا يهب خوف أن يملك المبتاع ملكه عدو له، فإن أنت أبطلت شرطه أبطلت غرضه وما من أجله وضع الثمن، وإن أبقيت شرطه لم يملك المبتاع ملكا تاما؛ فوجب فسخ بيعه، والمكري كأنه إنما شرط عليه ألا يدخل غيره عليه ضررا في داره، فلما لم يدخله لم تكن له حجة)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الشروط المناقضة لمقتضى العقد أنها مبطلّة له، بدليل نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط³، والنهي يدلّ على فساد المنهي عنه، وبيان ذلك أنّ العقد المقترن بشرط مناقض لمقتضى العقد يترتب عليه ما يلي:

1- التضييق والتّحجير على المشتري في التصرف في ملكه الذي صار إليه.

2- مصلحة متوخّاة للبائع من خلال الشرط الذي وضعه.

3- الوضعية في الثمن لفائدة المشتري نظير الشرط.

فإذا أمضى العقد مع الشرط فإنّه - وإن كان فيه مصلحة متوخّاة لكلّ من البائع والمشتري - يؤدّي إلى التّحجير والتضييق على حقّ المشتري في التصرف في الملك الذي صار إليه بالعقد، فيؤدّي ذلك إلى مناقضة حقيقة البيع التي من معانيها انتقال الملك، ومن معان الملك التصرف، فيبطل العقد.

1- ينظر المدونة: 448/3، التّهذيب: 478/3.

2 الجامع: 164/16.

3- والحديث رواه أبو حنيفة عن عمر ابن شعيب عن أبيه عن جدّه، ولم يخرج أحد من أصحاب السنن والمسانيد، وقد رواه الحاكم في معرفة علوم الحديث ت: السيّد معظم حسين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2(1397هـ - 1977م)، ص 129، والطبراني في الأوسط، ت: طارق بن عوض الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، دون ط، (1415هـ - 1995م)، في باب العين، 335/4، وابن حزم في المحلى، ت: عبد الغفار البنداري، دار الفكر، بيروت، دون ط، دون ت، في كتاب البيوع: 324/7.

وإذا مضى البيع دون الشرط فإن ذلك يقتضي صحة البيع؛ لارتفاع العلة المقتضية للبطلان، غير أن إمضاء البيع بهذه الصورة يؤدي إلى تفويت مصلحة البائع المتوخاة من الشرط، وفي الوقت نفسه يستفيد المشتري من الوضعية في الثمن نظير الشرط، وفي ذلك إجحاف بحق البائع، وهذا يقتضي البطلان؛ لأن الأصل في البيع العدل بين المتبايعين¹. بخلاف الكراء؛ لأن اشتراط هذا النوع من الشروط - وإن كان فيها تضيق على المكري - إلا أن الغرض منها عادة هو نفي الضرر عن البيت المتوقع حصوله من كثرة الساكنين - وخاصة إذا كان البيت لا يتحمل الكثرة - وبالتالي فإنه ينظر؛ فإذا كان إسكان الغير يوقع ضرراً بالبيت فيجب الوفاء بالشرط؛ لأن الضرر مرفوع شرعاً، ويمضي العقد معه، وإلا مضى العقد من غير شرط.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: قسم الإمام ابن رشد الشروط المقترنة بالعقد إلى²:

- 1- شرط فاسد له تأثير في الثمن يفسخ به البيع، ولا خيار في إمضائه، وهو ما آل الأمر فيه إلى الإخلال بشرط من شروط الصحة؛ كالرّبا والغرر.
 - 2- شرط فاسد لا تأثير له في الثمن، يلغى ويمضي العقد، وهو ما كان فيه غرر خفيف لا يقابله وضعية في الثمن؛ كمن يبيع على إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما.
 - 3- شرط صحيح يجوز فيه البيع والشرط، وهو ما كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين.
 - 4- شرط يقتضي التضيق على أحد المتعاقدين، يفسخ به العقد مادام المشتري متمسكاً بشرطه.
- ثانياً: نهى الرسول - عليه السلام - عن بيع وشرط، وهو محمول - على حدّ تعبير المازري - (على اشتراط البائع على المشتري أن يوقع في المبيع معنى لا يلزمه بحق الملك)³، وهو على قسمين⁴:
- 1- الشرط المناقض لمقصود العقد؛ كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع ولا يهب، وحكمه بطلان البيع مادام البائع متمسكاً بشرطه، وإذا فات ففيه الأكثر من القيمة أو الثمن، وهو المشهور.

1- فإذا أسقط شرطه فقد تنازل عن مصلحته المتوخاة، فيصحّ العقد.

2- ينظر المقدمات الممهّدة: 172/2.

3- شرح التلقين: 480/2.

4- ينظر المسألة الفواكه الدواني: 89/2، شرح الخرشي: 80/5، الشرح الكبير للدريبر: 65/3، حاشية الصاوي على أقرب المسالك:

2- الشرط الذي يخلّ بالتّمن، وهو الذي يقتضي الزيادة في الثّمن إذا كان الشرط من المشتري، أو إنقاصه إذا كان المشتري هو البائع؛ كالبيع بشرط السلف، وحكمه كسابقه قبل الفوت؛ يمضي إذا تنازل المشتري عن شرطه، وإذا فات ففيه الأقلّ من القيمة أو الثّمن إذا كان المشتري هو البائع، أو الأقلّ منهما إذا كان المبتاع هو المشتري.

ثالثاً: ذهب مالك إلى أنّ من باع من رجل بيعاً على أن يسلفه أن البيع باطل، إلا أن يسقط مشروط السلف شرطه قبل فوات السلعة بيد المبتاع، فإن أسقطه مضى البيع¹، وقال في مسألة من اكرى أرضاً بدراهم وخرم في صفقة، أنّ العقد فاسد مطلقاً وإن رضي المكري بترك الخمر²، ولم ينزلها منزلة البيع والسلف يسقط مشروط السلف شرطه، وفرّق ابن يونس بينهما بأنّ (الخمر ثمن شرط تملكه بالدراهم التي معه، والدنانير السلف إنّما شرط النّفع بها، ثمّ ترجع إلى ربّها، فإذا تركت سقط النّفع المنهيّ عنه)³، وذهب ابن عبد الحكم إلى إنّ البيع والسلف يفسخ مطلقاً⁴، واعتبره ابن يونس القول الموافق للقياس، ولا فرق بين هذه وبين البيع بدراهم وخرم؛ لأنّ النّفع المشروط حرام كالخمر.

المطلب العاشر: الفرق بين ضياع رأس مال القراض وبين ضياع بعضه في وجوب جبره.

القراض أن يدفع الرّجل للرّجل ما لا ليتّجر فيه ويكون الرّبح بينهما على ما يتّفقان، والأصل فيه أنّ المقرض مؤتمن ما لم يتعدّى، فإذا ضاع بعض المال وعمل بالباقي فإنّ الرّبح لا يقسم إلا بعد جبر رأس المال، وما بقي بعد ذلك فبينهما على ما اتّفقا أولاً⁵. بخلاف ما إذا ضاع المال كلّه ثمّ نقده بعد ذلك شيئاً فإنّ الرّبح بينهما على ما اتّفقا عليه ثانياً، ولا جبر لرأس المال الدّاهب وهو قول مالك⁶. فما الفرق بين ضياع رأس المال كلّه، وبين ضياع بعضه في جبره من قبل ربّ المال، رغم أنّ المقرض مؤتمن ولم يتعدّ؟.

1- ينظر المدوّنة: 174/3، التّهذيب: 144/3.

2- ينظر المرجعان السابقان: 553/3، 503/3.

3- الجامع: 238/16.

4- المرجع السابق: 680/12.

5- فهما أبداً على القراض الأوّل؛ سواء اتّفقا على جعل ما بقي من رأس المال، أو نقده ربّ المال ما يتمّ به رأس المال، فهما دائماً على القراض الأوّل حتى يقبض ربّ المال ويردّه إليه، فحينئذ يكون قراضاً مؤتلفاً.

6- ينظر المدوّنة: 639/3، 691، التّهذيب: 521/3، 522.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين ضياع رأس مال القراض كله، وبين ضياع بعضه في وجوب جبره: (وإنما قال - أي مالك - وإن نقد فيها رب المال كان ما نقد الآن رأس ماله دون الذاهب ولم يصفه إلى رأس المال الأول؛ لأنه لما ضاع رأس المال الأول كله فقد انقطعت المعاملة بينهما، فإن دفع إليه الآن رب المال شيئا فهو كابتداء قرض، ولو أنه إنما ضاع بعض المال فأتى رب المال بقية ثمن السلعة، فهنا يكون رأس المال جميع ما دفعه إليه أولا وآخرا، ولا يسقط عنه ما ذهب؛ لأن المعاملة بينهما بعد قائمة لم يتقايلا فيها، فهو بخلاف ذهاب جميع المال)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

القراض من العقود التي لا تلزم إلا بالشروع وتحريك المال، والأصل فيه أن العامل مؤتمن ما لم يتعد، ولما كان محل القراض هو رأس المال فإنه ينتهي بين العامل ورب المال بضياعه أو تلفه، والمعنى في ذلك هو أن الضمان على رب المال اعتبارا بتلف المبيع في بيع الخيار؛ إذ إن الضمان على البائع في أيام الخيار، فإذا هلك المبيع انفسخ البيع، ولا شيء على المبتاع، واعتبارا - أيضا - بتلف السلعة المحبوسة بالثمن²، وبناء على ذلك فإذا ضاع رأس المال كان ذلك مصيبة من ربه، ولا شيء على العامل؛ لأنه مؤتمن، فإذا نقد العامل بعد ذلك شيئا كان ذلك قراضا مؤتفقا، فإذا ربح كان بينهما على ما اتفقا، ولا جبر لرأس المال الأول.

أما إذا ضاع بعض المال فلا ضمان على العامل، لكونه أمينا، وكان الطرفان بالخيار بين الانفصال وبين الإمضاء؛ لبقاء العقد، وهو ما تبقى من رأس المال، فإذا اختار الإمضاء - سواء نقده شيئا أم لم ينقده - فإن الربح لا يقسم إلا بعد جبر رأس المال، والمعنى في ذلك بقاء القراض وعدم انتهائه اعتبارا بالعيب يجده المبتاع في العيب، فإنه بالخيار بين الرد وبين الإمضاء، فإذا اختار الإمضاء فلا رجوع للمبتاع على البائع بأرش العيب.

1- الجامع: 627/15، 695.

2- على القول بأن مصيبة هلاك السلعة المحبوسة بالثمن على البائع، ينظر الخلاف في مسألة هلاك السلعة المحبوسة بالثمن. البيان والتحصيل: 480/6، شرح التلقين: 788/2.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: القراض (توكيل على تجر مضرورٍ مسلمٍ بجزء من ربحه)¹، وجرى العرف عند أهل الحجاز على إطلاق اسم القراض أو المقارضة على هذا العقد، وهو عندهم مأخوذ من القرض، وأصل القرض ما يفعله الرجل ليجازي عليه من خير أو شر، بدليل قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾²، وأهل العراق يطلقون عليه اسم المضاربة، وذلك أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا صَرَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْضُوا مِنْ الصَّلَاةِ﴾، وغيرها³.

ثانياً: القراض كان في الجاهلية وأقره الإسلام، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة للضرورة والحاجة، ووقع الخلاف في المستحقّ بالقراض الفاسد؛ هل هو قراض المثل أم أجرة المثل⁴، تبعا لاختلافهم في المستثنى من أصل إذا فسد هل يرجع إلى صحيح أصله أم إلى صحيح نفسه، بمعنى أنّ المستثنى الذي أجزى على سبيل الرخصة إذا فسد هل يردّ إلى صحيح ما منه استثنى، أم أنه يردّ إلى صحيح المستثنى⁵، فالقراض - على سبيل المثال - الفاسد هل يردّ إلى صحيح نفسه فيجب فيه قرض المثل، أم يردّ إلى صحيح أصله - وهو البيع - فتجب فيه القيمة على اعتبار أنّ القرض مستثنى من البيع⁶.

1- وهو لخليل، وعند ابن الحاجب هو (إجارة على التجر في المال بجزء من ربحه)، وعند ابن عرفة: (تمكين مال لمن يتجر بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة). ينظر التوضيح: 198/3، مختصر ابن الحاجب: ص 423، المختصر الفقهي: 486/7.

2- سورة البقرة، الآية رقم: 244.

3- سورة النساء، الآية رقم: 100.

4- اختلف القول عن مالك في المستحقّ بالقراض الفاسد، فقال مرة قراض المثل، وقال مرة: أجرة المثل، وفصل ابن القاسم وقال: إن كان الفساد من جهة العقد ردّ إلى قراض المثل، وإن كان من جهة الزيادة ردّ إلى أجرة المثل، وفائدة الفرق أنّ أجرة المثل تتعلّق بالذمة، وقراض المثل يتعلّق بالربح. وقد حصر القاضي عياض الحالات التي تردّ إلى قراض المثل في تسع هي: القراض بعرض، والقراض إلى أجل، والقراض على الضمان، والقراض بجزء مبهم، والقراض بدين يقبضه المقارض من أجنبي، والقراض على شرط في المال، والقراض على ألا يشتري إلا سلعة كذا ممّا لا يكثر وجوده فاشترى غير ما أمر به، والقراض على ألا يشتري إلا بدين فاشترى بنقد، والقراض على عبد فلان ثم يبيعه ويتجر في ثمنه، وما سوى هذه فإنها تردّ إلى أجرة المثل. ينظر المعونة: 1139، التوضيح: 61/7.

5 - والمسألة خلافية بين المالكية، والمقرّر عند المحقّقين أنّه إذ تأكّدت أسباب الفساد في المستثنى، بطلت حقيقته وردّ إلى صحيح أصله، وإن لم تتأكّد لم تبطل حقيقته، وردّ إلى صحيح نفسه. ينظر شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، للمنجوري: أحمد بن علي، ت: محمّد الشّيخ محمّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، دون ط، دون ت، 411/1.

6 - ومن نظائر المسألة: الجعل، والمساقات، والقراض، فهي مستثناة من أصل الإجارة، فإذا فسدت هذه المستثنيات فهل تردّ إلى صحيح أصلها - وهي إجارة المثل - أم تردّ إلى صحيح نفسها، وهي جعل المثل، ومسافات المثل، وقراض المثل.

ثالثا: القراض من العقود الجائزة التي لا تلزم بالعقد، وإنما تلزم بالشروع في العمل، أو بشغل المال¹، فإذا شرع في العمل وشغل المال فليس لأحدهما الرجوع إلا برضا الطرف الآخر، ولا ينتهي إلا بنضوض المال، أو ضياعه كله، واعتبره اللّخمي جعالة، في حين نصّ الإمام ابن رشد أنّ لكلّ واحد منهما حكم على حياله².

رابعا: المقارض أمين لا يضمن، ولا ربح إلا بعد كمال رأس المال؛ وبناء عليه فإنّ كلّ ما يصيب المال من جائحة؛ كسرقة، أو خسارة، أو تسلّط حاكم ظالم، وغير ذلك من وجوه الوضعية، فلا شيء على العامل، وهو بالخيار بين الرجوع في العقد، وبين إمضائه، فإذا اختار الإمضاء، وعمل بالباقي وربح فلا شيء له إلا بعد جبران الرّبح؛ لأنّ الحقّ للعامل في الرّبح وليس في رأس المال³.

خامسا: إذا تعدّى العامل وتسبّب في هلاك المال ضمن ما استهلك، فإن بقي من المال شيء كان هو رأس المال، والرّبح على ما اتّفقا، ولا ربح لما استهلك⁴؛ لانتقاله إلى الذّمة بالضمان⁵.

سادسا: لا يجوز القراض بكلّ ما يردّ عند فسخه إلى القيمة؛ مثل العروض والحيوان وغيرها، فإذا نزل انفسخ قبل الفوات، وإن فات فللعامل أجره المثل في بيع العروض وقبض ثمنها، ثمّ قراض المثل - بعد ذلك - فيما ربح⁶.

سابعا: إذا دفع ربّ المال المال للعامل واشترى به سلعة ولم ينقده الثّمّن حتى تلف بعض المال أو جميعه، فللعامل أن يطالب ربّ المال بخلف ما تلف إذا كان ما تلف بعض المال⁷، ويكونان على القراض الأوّل بما في ذلك جبر المال التالف، أمّا إذا تلف المال كلّه فربّ المال مخير في خلفه، فإن

1- وهو أحد النظائر الخمس التي لا تلزم بالعقد وهي: الجعالة، والوكالة، والمغارسة، وتحكيم الحاكم. ينظر الذّخيرة: 55/6.

2- ويختلف عنها في كون الجعل لا يكون إلا معلوما، والرّبح في القراض جزء مشاع، ويستويان في عدم اللّزوم، وعدم إيجاب الرّبح والجعل إلا بعد تمام العمل. ينظر البيان والتّحصيل: 368/12، التّبصرة: 5243/11.

3- فلو دفع إليه مائة مثلا فضاغت منه خمسون، وتجرّ بالخمسين الباقية، فصارت مائتين، فربّ المال المائة التي هي رأس ماله، وما بقي فبينهما على شرطهما.

4 - ينظر المدوّنة: 640/3، التّهذيب: 521/3، التّوارد والزيادات: 623/15، عقد الجواهر الثّمينة: 909/3.

5- فإذا دفع إليه مائة، وتسلف منه مثلا خمسين، وتجرّ بالباقي فصارت مائة وخمسين، فخمسون رأس المال، والباقي بينهما على شرطهما، وتبقى الخمسون التي تسلفها في ذمّته.

6- ينظر الكافي: 772/2.

7- ولا يلزم العامل بالخلف إذا ضاع المال كلّه؛ كانقطاع المعاملة، بخلاف ضياع بعضه.

أخلفه كان قراضاً مؤتتفاً، وإن أبى لزم العامل الثمن وكانت له خاصّة، فإن لم يكن له مال بيعت عليه، وله ربحها وعليه خسارتها¹.

المطلب الحادي عشر: الفرق بين الأجيرين، وبين شريكي الصنعة يمرض أحدهما، ويعمل الآخر.

إذا أجر رجلان نفسيهما على عمل شيء؛ كحفر بئر - مثلاً - أو خياطة ثوب على أن يكون الأجر بينهما، فإنه يتعيّن عليهما إتمام العمل المعقود عليه بمقتضى عقد الإيجار ما لم يحل دون ذلك حائل؛ كمرض، أو غيره، فإذا مرض أحد الأجيرين فهل يجب على الصّحيح إتمام العمل أم لا؟. لقد فرّق ابن القاسم بين كون الأجيرين شريكين في الصنعة؛ كخياطة الثوب وصبغه فيتعيّن على أحدهما عمل الآخر عند مرضه، وتكون الأجرة بينهما، ويرجع عليه بإجارة المثل²، وبين حافري البئر فلا يلزم أحدهما عمل الآخر، فإذا عمله كان متطوعاً³.

فما الفرق بين شريكي الصنعة يُستأجران على خياطة ثوب يضمن كلّ واحد منهما عمل الآخر، وبين الأجيرين على حفر بئر لا يضمن أحدهما عن الآخر شيئاً، رغم أنّ العمل لازم بالعقد؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفراً بين الأجيرين يؤجران على حفر بئر، وبين من يؤجر على خياطة ثوب وغزله في لزوم إتمام العمل على أحد الأجيرين عند مرض الآخر: (والفرق بين البئر وبين ما تقبلناه من المتاع أنّ المتاع ممّا يضمن إذا ضاع، فلمّا تحمّلاً بضمانه وجب عليهما عمله، والبئر ممّا لا يضمن فلم يجب على الصّحيح حفر حقّ المريض، فصار متطوعاً له بما حفر)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ الأجراء مؤتمنون على ما بأيديهم من أموال الناس، ويستثنى من ذلك أهل الصنعة الذين نصبوا أنفسهم للناس، وجلسوا لذلك في أماكنهم، فيضمنون للضرورة، ولا فرق في ذلك بين كون الصانع واحداً، أم كان متعدداً على سبيل الشركة، وبناء على ذلك فإذا استلم أحد الشريكين شيئاً

1- ينظر المدونة: 640/3، التّهذيب: 522/3، شرح الخرشي: 217/6، منح الجليل: 356/6، وغيرها.

2- ينظر المدونة: 599/3، التّهذيب: 550/3.

3 - ينظر المرجعان السابقان: 460/3، 383/3.

4- الجامع: 280/16.

للعمل فيه - بحضرة شريكه أو غيبته - كان الشريك الآخر ضامنا لما تم استلامه، فيقوم كل واحد منهما مقام الآخر في شغل الذمة بالحق الذي على صاحبه، وهذا يقتضي أن يكون كل واحد منهما ضامنا للعمل أيضا، أي: ملزم به، وبناء على ذلك فإن المعقود عليه إذا كان ممّا لا يضمن - كالصيد والحفر، وغيرهما - فإن أحد الشريكين ليس ملزما بعمل الآخر، فإذا عمل له شيئا كان متطوعا.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: الأجراء على ضربين؛ صنّاع وغير صنّاع، والصنّاع على ضربين أيضا؛ صنّاع نصبوا أنفسهم للنّاس، وجلسوا لذلك في أماكنهم، وصنّاع لم ينصبوا أنفسهم لذلك.

ثانيا: الأصل في الأجراء ألا ضمان عليهم، وأنهم مؤتمنون على ما بأيديهم من أموال النّاس، واستثنوا من ذلك الصنّاع المشتركين بين النّاس - ممّن نصبوا أنفسهم لذلك، وجلسوا في حوانيتهم وأماكنهم - نظرا واجتهادا؛ لضرورة النّاس إليهم، ولئلا يكون عدم تضمينهم ذريعة إلى الأموال، وفيه إجماع من الصّحابة على تضمينهم¹.

ثالثا: شركة الأبدان²؛ وهي التي يتفق فيها شخصان متّحدي الصنعة أو متقاربيهما على العمل، وما يحصل يكون على حسب ما يتفقان عليه³، وهي شركة جائزة، وشرطها اتفاق الصنّاعتين ولا تجوز مع اختلافهما، وتجاوز في الاحتطاب والاصطياد ممّا لا يضمن⁴، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَاعْمُرُوا أَنْمًا عَنِمْتُمْ مِّنْ شَعْرٍ فَإِنَّ لَهُ حُمْسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾⁵، فالغانمون -

1- فلا يقبل قول الصّانع المنتصب في هلاك ما قبضه من سلع للعمل فيها إلا أن تقوم بيّنة على عدم تفریطه، أمّا الأجير الخاصّ للرجل أو للجماعة دون غيرهم، والصّانع الذي لم ينصب نفسه فلا ضمان على هؤلاء. ينظر المعونة: 1111، الكافي: 758/2، المقدمات الممهّدة: 243/2، التّبيّهات: 1524/3، مناهج التّحصيل: 231/7.

2- والشركة عند ابن الحاجب: (إذن بالتصرّف لهما مع أنفسهما)، وتبعه خليل، وعند ابن عرفة هي (بيع ملك بعضه ببعض كلّ الآخر موجب له تصرّفهما في الجميع)، وهي تنقسم إلى شركة الأموال وشركة الأبدان، وشركة الوجوه. ينظر مختصر ابن الحاجب، ص 393، مختصر خليل، ص 178. المختصر الفقهي: 05/7.

3- الفواكه الدواني: 120/2.

4- وشروطه عند اللّخمي أن تكون الصنّاعة واحدة، ويكونان في السّعة والإبطاء والجودة والدّانة واحدا أو متقاربا، ويعملان في موضع واحد، وتكون الآلة التي يعملان بها بينهما. التّبصرة: 4796/10.

5- سورة الأنفال، الآية رقم: 41.

حسب الآية - شركاء فيما اغتتموا بقتالهم، وبما أفاءت عليهم سيوفهم، وليس ثمة مال ولا تجارة، وإنما هي شركة أبدان من غير ضمان¹.

رابعاً: المعنى في إلزام أحد الأجيرين بعمل الآخر عند غيابه أو مرضه هو الضمان، وبالتالي فإن الأصل في الإجارة عدم إلزام أحد الأجيرين بعمل الآخر ما لم ينصب الأجيران نفسيهما للناس، في صنعة واحدة وفي مكان واحد، ويكون المعقود عليه ممّا يضمن.

خامساً: إذا كان الأجيران مشتركين في الصنعة، وكان المعقود عليه ممّا يضمن، وغاب أحد الشريكين أو مرض، فإنّ الشريك الحاضر أو الصّحيح ملزم بحصّة شريكه، ويكون الأجر بينهما، ويعود العامل على غير العامل بأجرة المثل؛ فإذا أجرّا نفسيهما على خياطة ثوب بعشر دراهم، وغاب أو مرض أحدهما فإنّ الآخر ملزم بخياطة الثوب، وتكون العشرة بينهما، ثمّ يقال بعد ذلك: ما أجرة هذا العامل في خياطته لهذا الثوب، فإذا قيل أربعة دراهم، فإنّ العامل يرجع على صاحبه بدرهمين².

سادساً: إذا كان المعقود عليه ممّا لا ضمان فيه - سواء كان الأجيران مشتركين في الصنعة أم لا - فإنّ الحاضر أو الصّحيح إذا عمل في غياب أو مرض صاحبه كان متطوّعا للمريض؛ بمعنى أنّ ربّ العمل ملزم بالمسمّى، ويكون بين الأجيرين بالسّوية، ولا رجوع للعامل على صاحبه، أمّا إذا كان الإيجار على معيّن، كان العامل متطوّعا لربّ العمل، وليس للعامل إلّا نصف المسمّى، ولا شيء للشريك الغائب أو المريض، والمعنى في ذلك هو انفساخ جزء من عقد الإيجار الذي بين ربّ العمل والمريض أو الغائب³.

خلاصة

توزّعت الفروق في هذا الفصل على معظم كتب وأبواب فقه المعاملات المالية، وجلّها من قبيل الفروق الفقهية، وهي راجعة في أغلب الأحوال إلى تخلف شرط أساسي في العقد، أو اشتماله على غرر أو جهالة؛ أو حماية لذريعة.. وقد تمحّض التّحليل عن جملة من القواعد الفقهية الضابطة لفقه المعاملات المالية.

1- ينظر المقدمات الممهّدة: 38/3.

2- ينظر التّاج والإكليل: 98/7، مواهب الجليل: 430/5، منح الجليل: 292/6، الشرح الكبير: 363/3، وغيرها.

3- ولم يفرّق اللّخمي بين كون العمل مضموناً في الذمة أو على الأعيان. ينظر التّبصرة: 4809/10.

الفصل الرَّابِع: فروق في أبواب متفرّقة.

ويضمّ ثلاثة مباحث:

المبحث الأوّل: فروق في الاستيثاق وما في معناه.

المبحث الثّاني: متفرّقات من مختلف كتب المعاملات المالية.

المبحث الثّالث: فروق في الجرائم والحدود.

الفصل الرَّابِع: فروق في أبواب متفرقة.

في هذا الفصل خمسة وعشرون فرقا، تمّ جمعها من أبواب متفرقة من كتاب الجامع؛ فرقان في الرهن، وفرق في الحمالة، وفرقان في الحوالة، وفرقان في الإيداع، وفرق في الوكالات، وثلاثة فروق في الفلس، وفرق في الشّهادات، وفرق في اللقطة، وفرقان في الغصب، وفرقان في الوديعة، وثلاثة فروق في الاستحقاق، وفرقان في الشفعة، وخمسة فروق في الجرائم والحدود؛ اثنان منها في القطع والسرقعة، وثلاثة في الرجم والزنا، في ثلاثة مباحث.

المبحث الأوّل: فروق في الاستيثاق وما في معناه.

تمّ تخصيص هذا المبحث بمختلف الفروق ذات الصلة بالمسائل المتعلقة بعقود الاستيثاق والحفظ وما في معناها؛ كضمان الرهن الفاسد والانتفاع به، وفي الحمالة بالمجهول، وفي خراب ذمة المحال عليه وفي الكراء بدين في ذمته، وفي ادعاء ضياع الوديعة والنفقة عليها، والوكالة في اقتضاء الديون، في ثمانية مطالب.

المطلب الأوّل: الفرق بين الصدقة وبين الرهن عند الانتفاع بالعين المرهونة أو المتصدق بها في بطلان العقد.

الرهن من العقود التي تلزم بالقول ولا تصحّ إلاّ بالقبض واستدامته، وهذا يقتضي أنّ انتفاع الرّاهن بالعين المرهونة يبطل للرهن، فقد نصّ مالك على أنّ من ارتهن رهنا - أرضا أو دار أو حيوانا - وحازه المرتهن، ثمّ أودعه أو أجره، أو أعاره إياه، أو ردّه إليه بأيّ وجه كان فقد خرج من يد المرتهن، وليس على الرّاهن ردّه إليه¹، وهذا بخلاف الهبة والصدقة، فهي وإن كانت لا تصحّ إلاّ بالقبض إلاّ أنّ من وهب أو تصدّق بأرض أو دار، وبعد الحيابة زرع الواهب والمتصدّق الأرض وسكنا الدار، فإنّ ذلك لا يبطل الحيابة، ولا يؤثّر على العقد².

فما الفرق بين الهبة والصدقة، وبين الرهن في انفساخ العقد بعودة الموهوب أو المتصدّق به إلى ربّه، أو العين المرهونة إلى ربّها رغم أنّها عقود تلزم بالقبول، ولا تصحّ إلاّ بالحيابة؟.

1- ينظر المدونة: 476.164/4، التّهذيب: 57/4.

2- ينظر النّوادر والزيادات: 164/10، البيان والتحصيل: 115/11.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الصدقة والهبة، وبين الرهن في انفساخها بعودة العين إلى ربها: (والفرق بين الرهن والصدقة إذا رجعت إلى الرهن أو المتصدق بعد الحوز، أن الرهن باق على ملك الرهن، وإنما فيه وثيقة للمرتهن بحوزه، فمتى عاد إلى يديه بطل حق المرتهن؛ لبطلان حوزه، وثبت ذلك للرهن بطلان حوزه وملكه. وأما الصدقة فبالحوز انتقل ملك المتصدق عنها، وأصبحت ملكا للمتصدق عليه، لا حق فيها للمتصدق كالاقتراء¹، فمتى رجعت إلى يد المتصدق بعد صحة حوزه، وبعد طول مدة لا يتهمان على إظهار الحوز فيها، لم يضر ذلك الصدقة؛ لصحة انتقال الملك، كما لو رجعت إليه من يد مشتر)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

كل من الصدقة والهبة من العقود التي تلزم بالقول ولا تصح إلا بالحيازة، ومقتضى عقد الرهن هو تعلق حق المرتهن بعين رقة الرهن يحبسها حتى يستوفي من ماليتها ماله من دين على الرهن، وهذا يقتضي استدامة حبسها، أما منفعتها وملكيته فكل ذلك باق على ملك الرهن، وهذا يقتضي تمكينه من الانتفاع بالرهن غير أن ذلك يؤدي إلى إبطال حق المرتهن في تعلق حقه في حبس رقة الرهن فيؤدي إلى إبطال حكم يد المرتهن على الرهن، وإذا بطل حكم اليد بطلت الحيازة، وأدى ذلك إلى انفساخ عقد الرهن.

أما الهبة والصدقة فهي تملك بلا عوض، ومقتضى ذلك انتقال ملكية ومنفعة كل من الموهوب والمتصدق به إلى الموهوب له والمتصدق عليه، وهذا يقتضي أن يكون لهما الحق في التصرف في الموهوب والمتصدق به بكل أنواع التصرف من بيع، وإعارة، وكراء، اعتبارا بتملكها بالشراء بجامع انتقال الملكية، وبناء على ذلك فإذا اكتراها الواهب أو المتصدق، أو استعارها لم يعد ذلك على العقد بالبطلان.

1- هكذا هي مثبتة في الكتاب، ولعل الأصح الاقتران يدل عليه قوله في ناصية النص وهو قوله: (لصحة انتقال الملك، كما لو

رجعت إليه من يد مشتر).

2- الجامع: 564/12.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الهدف من الفرق في هذه المسألة هو التمييز بين حقيقة الهبة والصدقة، وبين الرهن؛ فالهبة تمليك بلا عوض¹، أما الرهن فحقيقته هي (احتباس العين وثيقة بالحق يستوفى من ثمنها، أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذها من الغريم)²، فالهبة من عقود البر والإحسان، أما الرهن فهو من عقود الاستيثاق.

ثانياً: العطية هي تمليك بلا عوض؛ فإن كانت لوداد - كأن يراد بها وجه المعطى - فهي الهبة، وإن كانت لوجه الله فهي الصدقة، فإذا كان الموهوب هو لبن الشاة فهي المنحة، وإذا كان تمراً فهي العرية، وإذا كانت العطية تمليك مضاف لما بعد الموت فهي الوصية، وهذا كله من قبيل الإرفاق في الأعيان على حدّ تعبير الإمام القرافي³.

ثالثاً: من شروط صحة الرهن استدامة القبض⁴، ويترتب على هذا الشرط منع المرتهن من الانتفاع بالرهن مطلقاً⁵؛ لأنّ الرهن متى عاد إلى يد الرّاهن باستخدام، أو عارية، أو ودیعة، أو أيّ وجه من وجوه الانتفاع فإنّ ذلك مخرج للرهن من يد الرّاهن، وبالتالي فإنّ المعنى في منع الرّاهن من الانتفاع بالعين المرهونة هو رفع يد المرتهن عنها.

رابعاً: القول بعدم انفساخ الهبة والصدقة إذا انتفع الواهب بالموهوب، أو المتصدّق بالصدقة بعد الحوز مخرّج على قول مالك في مسألة الواقف يحبس داراً، ثمّ يعود إليه بعد الحوز ليسكنه ببراء أنّ

1- وهذا التعريف لخليل، وقريب منه قول المازريّ بأنّها (نقل الملك بغير عوض)، وعرفها ابن عرفة بأنّها (تمليك بغير عوض إنشاء). ينظر مختصر خليل: ص 214، التّبصرة: 3483/8، المختصر الفقهي: 509/8.

2- وهذا التعريف للقاضي عبد الوهاب، وعرفه ابن عبد البرّ بأنّه (جعل الشّيء وثيقة من دينه)، وعند ابن عرفة (مال قبضه توثّق به في دين)، وعند ابن الحاجب (إعطاء امرئ وثيقة بحق). ينظر شرح التلقين: 163/2، الكافي: 812/2. المختصر الفقهي: 319/6، مختصر ابن حاجب: ص 376.

3 - ينظر الذخيرة: 167/6.

4 - قل القاضي عبد الوهاب: (استدامة القبض شرط في صحة الرهن؛ فمتى حصل مقبوضاً، ثم عاد إلى يد الرّاهن برضى من المرتهن باستخدام أو عارية أو ودیعة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن؛ لقوله تعالى: ﴿بِرَهْنٍ مَّضْبُوظَةٍ﴾ (البقرة، الآية رقم: 282)، فعمّ سائر أحوالها، فكانت تبقّيته في يد الرّاهن باختيار المرتهن مخرجة له عن الرهن أصله الابتداء). المعونة: 1154.

5 - ينظر مسألة انتفاع الرّاهن بالمرهون الذخيرة: 276/8، النوادر والزيادات: 222/10.

ذلك لا يبطل الوقف¹؛ لانعدام الفرق بين الوقف وبين الصدقة والهبة؛ لأن مقتضى كل ذلك هو نقل الملك من الواقف، والواهب والمتصدق إلى الموقوف عليه، وإلى الموهوب له وإلى المتصدق عليه.

خامسا: إذا رهن الرجل زوجته خادما يخدمها، وهما معا في البيت فإن ذلك لا يصح. بخلاف ما إذا وهبها إياه².

والفرق بين الرهن والصدقة في ذلك - حسب ابن يونس - هو أن (عمدة صحة الرهن إنما هو الحوز، وقد شارك - أي المرتهن - في ذلك الزاهن، فصار الزاهن حائزا مالكا، والمرتهن حائز فقط، فغلب حوز الزاهن لزيادة مزية الملك، وفي الصدقة يصير المتصدق عليه حائزا مالكا، والمتصدق حائزا فقط، فغلب أمر الحائز المالك في الوجهين)³.

المطلب الثاني: الفرق بين المبيع بيعا فاسدا، وبين الرهن الفاسد بعد تمكين البائع المشتري من المبيع، وارتفاع يد الزاهن عن الرهن في الضمان.

إذا ارتهن المدين شيئا في بيع أو قرض، وشرط المرتهن (الدائن) عليه أنه إذا لم يقضه ما عليه من دين جعل الرهن في الدين، فسد الرهن ووجب عليه رده⁴، وإذا حلّ الأجل ولم يردّ الرهن أضحى - الرهن - مبيعا بالدين الذي على الزاهن، وأضحى الزاهن بائعا والمرتهن مبتاعا، وكان البيع فاسدا⁵، فإذا وضع الرهن بيد عدل (أمين) وحلّ الأجل، فإن ضمانه من الزاهن اعتبارا بهلاك السلعة بيد البائع بعد أن نقده المشتري الثمن، وخلى البائع بينه وبينها⁶، فإن الضمان من البائع، بجامع فساد العقد، غير أن ابن القاسم جعل الضمان من المرتهن⁷.

1 - التوارد والزيادات: 112/12.

2 - المرجع السابق: 163/10.

3 - الجامع: 654/12.

4 - ينظر المدونة: 151/4، التهذيب: 65/4.

5 - لأنه إذا حلّ الأجل فإن الدائن لا يدري؛ هل يأخذ دينه أم يأخذ الرهن، فإذا أخذ الرهن كان الرهن مبيعا بالدين، وأضحى الزاهن بائعا والمرتهن مبتاعا.

6 - فالضمان عند ابن القاسم لا ينتقل في البيع الفاسد إلا بالقبض، بخلاف أشهب فإن الضمان ينتقل عنده بأحد ثلاث، نقد الثمن، أو التمكين، أو القبض. ينظر المدونة: 174/6، 176، المقدمات الممهّدة: 76/2.

7 - المدونة: 18/4، التهذيب: 53/4.

فما الفرق بين المبيع بيعا فاسدا يكون ضمانه على البائع ولو خلى بينه وبين المشتري، وبين الرهن يخرج من يد المرتهن بحلول الأجل فيكون ضمانه من المرتهن؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين المبيع وقد خلى البائع بينه وبين المشتري، وبين الرهن وقد ارتفعت عنه يد الرهن بوضعه بيد أمين: (والفرق بينهما على مذهب ابن القاسم أنّ البائع - وإن قبض الثمن لا يجوز له تسليم المبيع بفساد البيع، فكأنّها مبقاة على ملكه، ويده عليها. بخلاف البيع الصحيح، وها هنا السلعة خرجت من يد البائع إلى يد وكيل لهما إلى وقت حلول الأجل، فيصير وكيل للمشتري إذا لم يأت البائع بالثمن، فيد وكيل المشتري كيده)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من آثار البيع الصحيح نقل الملك والضمان؛ أمّا الملك فينتقل بنفس العقد، وأمّا الضمان فينتقل بالتّمكن. بخلاف البيع الفاسد فإنّه لا ينقل الملك أصلا²، ويجب فسخه متى عثر عليه، ويحرم على البائع تمكين المشتري من القبض، أمّا الضمان فلا ينتقل إلا بالقبض، وهذا عند ابن لقاسم، وبناء عليه فإذا نقد المشتري البائع في البيع الفاسد، فلا يمكّن من القبض أصلا، فإذا مكّن منه وفات المبيع فالضمان على البائع ما لم يقبض المشتري.

أمّا الرهن الفاسد³ فإنّه بحلول الأجل يصير الرهن مبيعا بالدين الذي في ذمّة الرهن، ولمّا كان المرتهن لا يدري؛ هل يصحّ له الثمن أم الرهن، كان بيعا فاسدا، وبناء على ذلك فإنّ الرهن إذا فات بيد المرتهن فإنّ الضمان منه عند الفوت، والمعنى في ذلك هو الحوز في بيع فاسد، أمّا إذا كان بيد أمين (عدل) فإنّه بحلول الأجل ترتفع عنه يد الرهن، فيصير الأمين بمثابة الوكيل للمرتهن، ويده كيده، وبذلك يكون في حكم القابض للبيع (الرهن) فيضمن⁴.

1 - الجامع: 602/12.

2 - وإنّما ينقل شبهة الملك على حدّ تعبير الفقهاء، وقد تمّت الإشارة إلى المسألة.

3 - بسبب اشتراط المرتهن جعل الرهن في الدين إن لم يقضه دينه في الأجل.

4 - ينظر شرح التلقين: 462 /3/2

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: المعنى في تضمين البائع في مسألة البيع الفاسد هو كون المبيع باق على ملكيته، ويده لا تزال عليه، ويجب عليه منع المشتري من حيازة المبيع، فإذا قبض كان معتدياً بقبضه، والمعتدي يجب عليه الضمان، أما المعنى في تضمين المرتهن في مسألة الرهن هو الحيازة؛ لأنه بحلول الأجل أضحت يد الأمين كيد المرتهن، وبالتالي فالفرق في المسألة من قبيل الفروق الفقهية، هدفه بيان منشأ الحكم في المسألتين.

ثانياً: ينتقل الضمان في البيع الصحيح إلى المشتري إذا وقع على البت، ولم يكن فيه حق توفية، وأما ما كان فيه حق توفية - مما يكال أو يوزن أو يعدّ - فضمانه بالقبض، وكذا بيع الغائب فإنّ ضمانه من قبل المشتري يكون بالقبض، ويستثنى من ذلك الثمار، فإنّ ضمانها يكون بطيائها وأمنها من الجائحة¹.

ثالثاً: المبيع في البيع الفاسد باق على ملك بائعه؛ لأنّ البيع الفاسد لا ينقل الملك على الصحيح؛ لوجوب فسخه بعد القبض وقبل الفوت، أما الضمان فينتقل بالقبض إلى المشتري؛ لتعديّه بالقبض لما يجب عليه فسخه، ولا يلزم من الضمان وجود الملك، بديل أنّ من أتلف مال الغير ضمن لتعديده².

رابعاً: الأصل في ضمان الرهن أن يكون على الرّاهن، وقد ينتقل إلى المرتهن بثلاث شروط هي: الحوز، وأن يكون الرهن ممّا يغاب عليه، وعدم قيام بيّنة تثبت أنّ الرهن تلف من غير تسبّب المرتهن، فإذا تخلف أحد هذه الشروط فلا ضمان على المرتهن، وهذا يعني أنّ الضمان في الرهن ضمان أمانة مبنيّ على التّهمة. بخلاف الضمان في البيع الفاسد، فهو ضمان أصالة؛ لأنّ القبض فيه على وجه التّمكك، فلا فرق بين ما يغاب عليه، وبين ما لا يغاب عليه، ولا ينتفي بإقامة البيّنة على عدم الإهمال والتسبّب³.

1 - ومما يستثنى أيضاً: المحبوسة للئمن أو الإشهاد؛ ف ضمانها ضمان الرهن، والأمة المواقعة؛ ف ضمانها باستبرائها، وقيل برؤية الدم فيها. ينظر تحبير المختصر: 642/3، شرح الخرشي: 158/5، 159، وغيرها.

2 - ينظر مسألة ضمان البيع التّاج والإكليل: 411/6، الشّرح الكبير: 144/3، الفواكه الدّواني: 88/2، وغيرها.

3 - ينظر المسألة التّاج والإكليل: 576/6، مواهب الجليل: 25/5، التّلقين: 164/2، شرح التّلقين: 399/3، وغيرها.

خامسا: فصل مالك في مسألة ضمان الرهن بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب؛ فإذا كان ممّا يغاب عليه؛ كالنّيب وسائر العروض ممّا لا يستقلّ بنفسه، وقامت البيّنة على تلفه من غير سبب من قبل المرتهن، فيكون ضمانه من الرّهن، أمّا ما يستقلّ بنفسه؛ كالحيوان؛ فقد فرّق بين أن يهرب فلا يضمن، وبين الموت فيضمن، وإذا كان الرّهن ممّا لا يغاب عليه؛ كالدّور، والأرضين فضمانه على الرّاهن¹.

سادسا: فرّق سادتنا المالكيّة بين ما يغاب عليه، وبين ما لا يغاب من حيث الضّمان في عدد من المسائل؛ وهي: العواري، ضمان الصّناع، المبيع على الخيار، نفقة المحضون إذا دفعت للقاضي، الصّدق إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدّخول.

ومن المسائل - أيضا - ما بيد الورثة إذا طرأ عليهم دين أو وارث، وكذا المشتري من غاصب ولم يعلم بغصبه، والسّلعَة المحبوسة للثمن أو للإشهاد، فقد فرّقوا في هذه المسائل في الضّمان بين ما يغاب وبين ما لا يغاب؛ لأنّه مبني على التّهمة².

المطلب الثالث: الفرق بين ضمان الرّجل لحقّ غير واجب، وبين قوله له أحلف أنّ لك حقّ على فلان وأنا لك ضامن في لزوم الضّمان.

الحمالة من العقود اللّازمة عند مالك إذا كان الحقّ ثابتا في الدّمّة، أمّا ما لم يثبت بعد؛ كأن يقول الرّجل للرّجل: دأين فلانا فما دأينته به من شيء فأنا لك ضامن، ثمّ بدا له أن يرجع قبل أن يدأينه فله ذلك عند مالك³، وجريا على هذا فإنّ الرّجل إذا وجد رجلا يدّعي على رجل حقّا وهو ينكر فقال له: أحلف أنّ لك عليه حقّ وأنا ضامن، فلا يلزمه ذلك، وله أن يرجع قبل أن يحلف، غير أنّ ابن القاسم ألزمه الضّمان، وليس له الرجوع⁴.

فما الفرق عند ابن القاسم بين قول الرّجل للرّجل: دأين فلانا وأنا لك ضامن، وبين قوله له: أحلف أنّ لك عليه حقّ وأنا لك ضامن ثمّ يرجع في لزوم الضّمان؟.

1 - ينظر تحصيل المسألة مناهج التّحصيل: 269/8 - 271.

2 - الشّرح الكبير: 254/3.

3 - المدوّنة: 102/4، التّهذيب: 20/4.

4- المرجعان السابقان: 103/4، 20/4.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين عدم لزوم الضمان في الحق الذي لم يجب بعد، وبين لزومه في قول الرجل للرجل: أحلف أن لك على فلان حق، ثم يريد الرجوع قبل الحلف: (والفرق أن الذي قال: أحلف أن الذي ادعى حق، أن المدعى يقول: أنا ادعيت أن لي عليه كذا، وقد أحل هذا نفسه محل المدعى عليه؟ فكما لو قال: ادعيت عليه، أحلف لي وأنا أغرم لك، لم يكن له رجوع، فكذلك هذا، والذي قال: عامله وأنا ضامن، كقول العامل نفسه: عاملني وأنا أعطيك حميلا، فكما كان لهذا أن يرجع؛ لأنه لم يدخله في شيء، فكذلك لم يلزم من قال له عامله)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في اليمين أنها تتوجه في حق المدعى عليه، ولا ترد على المدعى إلا بالتكول، فإذا نكل المدعى عليه، وهم المدعى بالحلف، وبدا على المدعى عليه - أي رجع - وقال: أنا أحلف، فلا يمكن من ذلك.

والأصل - أيضا - عدم لزوم الوعد ما لم يكن على سبب²، فإذا كان على سبب فلا يلزم حتى يدخل الموعود في السبب.

وبناء على ذلك فإن الرجل إذا قال للرجل: عاملني أو دايني أعطك حميلا، ثم بدا له ألا يعطيه حميلا فلا يلزمه الحميل؛ لعدم دخوله في السبب، وهو المعاملة أو المداينة، فإذا داينه وأنكر المدين الحق الذي عليه، ولم تكن ثمة بيّنة فإن القول قول المدين مع يمينه، فإذا نكل بأن قال للدائن: أحلف وخذ حقا، ثم أراد بعد ذلك الرجوع عن نكوله فلا يمكن من اليمين.

ولما كان معنى الحماله هو ضم ذمة الحميل - أو الضامن - إلى ذمة المدين فإن مقتضاها أن يحل الحميل محل المتحمل عنه في شغل الذمة بالحق وينزل منزلته، وبناء على ذلك فإن الحماله لا تلزم إذا قال الرجل للرجل: عامل فلانا وأنا ضامن، ثم بدا له قبل المعاملة. بخلاف ما إذا قال الحميل للدائن - المدعى - احلف وخذ حقا، فإن ذلك بمثابة التكول عن المدين.

1- الجامع: 51/18.

2- كأن يقول الرجل للرجل: تزوج، أو اشتري كذا وكذا، أو سافر وأنا أسلفك، أو عامل فلانا بكذا وكذا فأنا ضامن، فتزوج الموعود، أو اشترى، أو سافر، أو عامل.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: فرق الفقهاء بين العدة وبين الالتزام؛ فجعلوا الأخير (إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء)¹، وهو بمعنى العطيّة، وإذا كان على غير وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة، وليس من شرطه أن يكون معلوماً، بل يصحّ بما فيه غرر وجهالة، وإذا لم يكن معلقاً على شيء، فهو الهبة، والصدقة، والحبس، والعارية، والعمرى، والضمان، وغيرها².

ثانياً: العدة - الوعد - عند الفقهاء هي (إخبار عن إنشاء الغير معروفاً في المستقبل)³، ويستحبّ الوفاء بها ديانة، أمّا قضاء⁴ فالمشهور أنّها غير ملزمة إلا إذا كانت بسبب، ودخل الموعد فيه⁵.
ثالثاً: المتبادر إلى الفهم أنّ الفرق بين العدة وبين الالتزام أنّ ما كان بصيغة الماضي فهو الالتزام، والعدة ما كان منه بصيغة المضارع، غير أنّ المرجع في ذلك إنّما (هو ما يفهم من سياق الكلام، وقرائن الأحوال؛ فحيث دلّ الكلام على الالتزام أو العدة حمل على ذلك)⁶.

رابعاً: إذا التزم الشخص بشيء على وجه المعروف ولم يكن معلقاً، وكان القصد منه تملك الرقبة على وجه القربى فهو الصدقة، وإن كان على غير وجه القربى فهو الهبة، وإذا كان المقصود منه هو تحمّل الدين لمن هو له فهو الحماله، وكما تصحّ الجهالة والضّرر في الهبة تصحّ في الضمان، بجامع المعروف.

خامساً: الأصل في اليمين أنّها تجب ابتداءً على المنكر؛ لقوة جانبه على المدّعي، ولأنّ الأصل براءة ذمّته ممّا ادّعي عليه، وإذا أقام المدّعي شاهداً قوياً جانبه فتتوجّه عليه ابتداءً، فإذا نكل من توجّهت

1- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطّاب؛ أبي عبد الله شمس الدين عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرّعيني، ت: عبد السلام محمد الشّريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1 (1403هـ - 1984م)، ص68.

2- والفرق بين هذه الحقائق أمور اعتبارية اعتبرها الفقهاء في كلّ باب. ينظر: الذّخيرة: 258/6. تحرير الكلام، ص72.

3- المختصر الفقهي: 43/9.

4- ذكر ابن رشد في لزوم العدة قضاء أربعة أقوال؛ اللزوم مطلقاً، وعدمه مطلقاً، اللزوم إن كانت بسبب، اللزوم إن كانت بسبب ودخل الموعد فيه، وهو المشهور، وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون. ينظر البيان والتحصيل: 317/15 - 319.

5- ينظر تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص115، شرح المنهج المنتخب: 442/1، فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب مالك للشّيخ عليّش، محمد بن أحمد بن محمد، أبي عبد الله، دار المعرفة، دون ط، دون ت، 254/1، 255.

6- تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص159.

اليمين في جانبه، رَدَّتْ على الطَّرْفِ الآخر، والنَّكُولُ يكون بقول من توجَّهت إليه اليمين - سواء كان مدَّعياً أو مدَّعى عليه - أنا ناكِل، أو يقول للآخر: أحلف، أو يتمادى على الامتناع من اليمين فيقضى بنكوله، وحيث تمَّ النَّكُولُ فلا يَمَكَّنُ منها إذا بدا له.

المطلب الرَّابِع: الفرق بين خراب ذمَّة المحال عليه، وبين خراب ذمَّة المشتري في لزوم العقد.

الحوالة بيع من البيوع؛ حيث يبيع فيها المحيل ما في ذمَّته من دين للمحال بما له من دين في ذمَّة المحال عليه، فإذا كانت على أصل دين - ورضي المحال وكان المحال عليه مليئاً - برئت ذمَّة المحيل، أمَّا إذا كان المحال عليه معدماً أو مفلساً - وكان المحيل عالماً بذلك - فللمحال نقض الحوالة ومطالبة المحيل بدينه، وهو مذهب مالك في المدونة¹، وقال في مسألة من باع سلعة من رجل معدم أو مفلس إلى أجل - ولم يعلم بحال ذمَّة المشتري إبان العقد - أنَّ البيع لازم، وليس له نقض البيع². فإذا كانت الحوالة بيع من البيوع، فما الفرق بين خراب ذمَّة المحال عليه، وبين خراب ذمَّة المشتري في لزوم العقد رغم أنَّ البائع والمحيل كلاهما كان غاراً؟.

الفرع الأوَّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقاً بين خراب ذمَّة المحال عليه، وبين خراب ذمَّة المشتري في لزوم العقد: (والفرق أنَّ الحوالة إنَّما هي بيع دين بدين، وإنَّما جازت للرخصة التي وردت فيها؛ لأنَّه شراء لما في ذمَّته، فإذا وجد ذمَّته معيبة كان له الرَّدُّ؛ كسلعة اشترت فوجدت معيبة، والذي باع السلعة لم يقصد شراء ما في ذمَّته، فيردُّها بعيب وجده فيها)³.

الفرع الثَّاني: تحليل الفرق.

الأصل أنَّ شراء الدَّين عقد بيع بين ثلاث أطراف؛ مدين ذمَّته عامرة قبل البيع وأثناء البيع وبعده، وبائع يمتلك سلعة أو منفعة يبيعها من صاحب الدَّين الذي على المدين، ومشتري؛ وهو صاحب الدَّين، والعوضان؛ وهما: المنفعة أو السلعة التي يمتلكها البائع، والثمن؛ وهو الدَّين الذي يملكه المشتري في ذمَّة المدين، فيكون العقد بين سلعة وبين ذمَّة عامرة، ولما كان من شروط صحَّة

1- المدونة: 126/4، التَّهذيب: 434/3.

2- المرجعان السابقان: 571/3، 417/3.

3- الجامع: 158/18.

البيع انتفاء الضّرر والجهالة فإنّ من شرط هذه المعاوضة العلم بحال ذمّة المدين من فقر وغنى، فإذا غرّ المحيل وكتّم - وألّفى المحال ذمّة المحال عليه معيبة أو خربة بفلس - فله نقض البيع اعتباراً بالعيب يطّلع عليه المبتاع بعد العقد.

أمّا بيع النسيئة - وإن كان أحد العوضين فيه - وهو الثمن - متعلّق بالذمّة، فإنّ ذمّة المشتري لم تك عامرة قبل العقد، وإنّما عمارتها كانت بالعقد فلم تكن مقصودة بالبيع، وإنّما المقصود هو الثمن، فإذا انتفى عنه الغرر والجهالة حين العقد لزم البيع.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الحوالة من التحوّل بمعنى الانتقال؛ فإذا تحوّل من مكان إلى مكان قيل حال يحول حولاً، وإذا تحوّل من ذات نفسه قيل احتال احتيالا، ويقال: أحلت فلانا بدراهم، أحيله إحالة وإحالا، والاسم حوالة، ويقال لكلّ من يحال عليه الحقّ والذي يحيله حيّل، وهما الحيّلان كالبيعان، وأحال عليه بدينه كاحتال عليه¹.

ثانياً: الحوالة عند الفقهاء هي: (تحويل الحقّ من ذمّة إلى ذمّة تبرأ بها الأولى)²، ومعناها هو أن يكون لرجل على رجل آخر دين، ولذلك الرّجل على رجل آخر دين، فيحيل الطّالب له على الذي له عليه مثل دينه، وهي من قبيل بيع الدين بالدين؛ لأنّ المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان عليه له.

ثالثاً: الأصل في الحوالة أنّها غير جائزة؛ لأنّها من قبيل بيع الكالئ بالكالئ³ المنهيّ عنه، إلّا أنّها استثنيت من أصل المنع هذا فكانت رخصة، والمعنى في ذلك هو الحضّ على الرّفق والمعروف، وهذا يقتضي أنّها إذا خرجت عمّا قصد بها من الرّفق والمعروف منعت، وتخرّج عن ذلك باختلاف أجناس البيوع، وباختلاف أنواعها وآجالها⁴.

1- ينظر لسان العرب: 190/11.

2- وهو للقاضي عبد الوهّاب، وعند ابن عرفة (طرح الدين عن ذمّة لمثله في أخرى). التّلقين: 174/2. المختصر الفقهي: 488/6.

3- سبق تخريجه.

4- فمن تحوّل من ذمّة إلى ذمّة فيها دين يختلف عمّا في الأولى في الجنس أضحي الأمر بيعاً، وخرج الأمر من الرّفق إلى المكابسة، وإذا تحوّل إلى ذمّة فيها نوع أفضل في المقدار أو الجودة خرج عن الرّفق أيضاً، وكذلك الأمر عند اختلاف الآجال. ينظر شرح التّلقين: 14/3.

رابعاً: ممّا يُخرِج هذه الرّخصة عن قصد المكارمة كتمان حال ذمّة المحال عليه من عدم وفلس، فتنقض الحوالة بخلاف البيع، فإنّ خراب ذمّة المشتري لا يثبت الخيار للبائع؛ لأنّه أصل في ذاته، وهو مبني على المغالبة والمكايسة.

خامساً: اعترض الإمام ابن عبد السّلام التّونسي¹ على هذا الفرق الذي ذكره ابن يونس بأنّه لا معنى لكون الذمّة هي العوض في الحوالة إلاّ أنّ الدّين تعلّق بها، وفي مسألة البيع يكون العوض هو الذمّة أيضاً؛ لتعلّق الدّين بها²، فلا فرق. وقد ذكر الإمام الباجي - ما يمكن اعتباره جواباً على هذا الاعتراض - بأنّ العيب في السلعة في نفس العوض، وفي الحوالة في محلّ العوض وهو الذمّة³.

سادساً: بناء على هذا الاعتراض فرّق المازريّ بأنّ البيوع ممّا يتكرّر وقوعها فصار الكشف عن ذمّة المشتري من المشقّة بمكان؛ لأنّه يؤدّي إلى توقّف كثير من البيوع، فيقع الحرج. بخلاف الحوالة فإنّ الكشف عن ذمّة المحال عليه لا يوقع الحرج في الأمانة؛ لعدم كثرة الحوالات مقارنة بالبيع⁴.

المطلب الخامس: الفرق بين كون الكراء ديناً في ذمّة المكري، وبين كونه ديناً في ذمّة المحال عليه في وجوب الشّروع في استفاء المنفعة.

الكراء قد يكون معيّناً وقد يكون مضموناً؛ فإذا كان معيّناً ككراء دار بعينها أو دابة بعينها، فإنّ من شرط الكراء الشّروع في استفاء المنفعة؛ سواء نقد الأجرة أو أجلها، وأجاز مالك تأخير الشّروع في الانتفاع الأيام القلائل، فقد جاء عنه أنّ من اكترى داراً على أن يبندئ سكناها إلى شهر أو شهرين جاز ذلك وإن نقد الكراء⁵، أمّا إذا أحاله بالكراء على رجل له عليه دين - حالّ أو مؤجّل - فإنّ من شرط الإحالة عنده الشّروع في استفاء المنفعة⁶.

1- وهو الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد السّلام الهواري التّونسي؛ قاضي الجماعة الفقيه الحافظ المتبحّر في العلوم العقلية والنقلية، له شرح على مختصر ابن الحاجب، تُوفّي سنة: (749هـ)، مولده كان سنة: (676هـ)، ترجمته في شجرة النور: 301/1، نيل الابتهاج: ص 406، الأعلام: 205/6.

2- ينظر التّوضيح: 285/6.

3- ينظر المنتقى: 68/5.

4- شرح التّلقين: 14/3.

5- ينظر المدونة: 524/3، التّهذيب: 480/3.

6- ينظر المرجعان السابقان: 128/4، 44/4.

فما الفرق بين كون الأجر ديناً في ذمة المكتري، وبين كونه ديناً في ذمة المحال عليه في وجوب الشروع في استقاء المنفعة، رغم أن الأجر مؤجل والكراء معين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقاً بين اشتراط مالك الشروع في استقاء المنفعة في الإحالة بأجرة الكراء، وبين عدم اشتراطه إذا كان الدين في ذمة المكتري: (وإنما قال ذلك؛ لأنّ الحوالة من وجه فسخ الدين في الدين، وهو عندهم أشدّ من بيع الدين بالدين؛ ألا ترى أنّه يجوز تأخير رأس مال السلم اليوم واليومين، ولو أسلمت إليه في عرض ثمّ بعته منه لم يجز أن تؤخّره يوماً أو ساعة)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ² وهو الدين بالدين، والنهي يدلّ على الفساد، والمعنى في ذلك هو عمارة الدّمتين، وعمارة الدّمة قد تكون أثناء العقد وقد تكون قبله؛ فإذا كانت عمارة الدّمتين أثناء العقد فهو من قبيل بيع الدين بالدين فلا يجوز، ويستثنى من ذلك تأجيل أحد العوضين اليومين والثلاثة أيام؛ كما هو الحال في السلم، فقد أُرخص مالك فيمن أسلم في عرض أن يتأخّر عن دفع الثمن اليومين والثلاثة³.

أمّا إذا كانت عمارة إحدى الدّمتين مشغولة قبل العقد وباع الدين ممّن كان عليه بشيء مؤخّر - من جنسه أو من غير جنسه - فهو من قبيل فسخ الدين بالدين، ولا يجوز مطلقاً، والمعنى في ذلك هو التّدرع إلى ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه⁴.

وإذا كان بيع الدين من غير من كان عليه؛ كأن يكون لزيد على عمرو دين، فيبيع زيد الدين الذي له على عمرو من رجل ثالث بعوض مؤخّر؛ فإنّه بالنظر إلى كون هذه المعاوضة استلزمت وجود ذمة عامرة قبل العقد كان أقرب شبهها من ربا الجاهلية الذي يمنع فيه التأجيل مطلقاً، وبالنظر إلى وجود طرف ثالث في المعاملة كانت أقرب إلى بيع الدين بالدين فيجوز تأخير العوض اليوم أو اليومين

1- الجامع: 170/18.

2- سبق تخريجه.

3- المدونة: 81/3.

4- التّبصرة: 2766/6، شرح التّقين: 372/2.

اعتباراً بالسلم؛ لأن زيدا لمّا باع الدين الذي له على عمرو من رجل ثالث بعوض مؤخّر باع ديناً بدين، ولمّا كان فسخ الدين بالدين أشد من بيع الدين بالدين غلب المنع احتياطاً لأمر الربا. وبناء على ذلك فإذا أكرى داراً بعينها بثمن مؤجل فإنّه يجوز، وإن لم يشرع في السكنى الأيام القلائل؛ لأنّه من قبيل بيع الدين بالدين؛ لكون الذمّة اشتغلت بنفس العقد، أمّا كراء الدار بدين على رجل آخر فلا يجوز إلاّ بالشروع في الكراء؛ لكون الذمّة عامرة قبل العقد فكان من قبيل فسخ الدين بالدين.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: ينقسم البيع من حيث النقد والنسيئة إلى أربعة أقسام؛ أحدها: أن يعجل الثمن والمثمن جميعاً، وهو بيع النقد، والثاني: أن يؤخّر الثمن ويعجل المثمن، وهو بيع النسيئة، وثالث الأقسام: أن يعجل الثمن ويؤخّر المثمن، وهو بيع السلم، ورابعها: أن يؤخّر الثمن والمثمن، وهو بيع الدين بالدين.

ثانياً: بيع الكالئ بالكالئ، من البيوع المنهي عنها، وحقيقته بيع ما في الذمّة بشيء مؤخّر، وقد أجمع المسلمون على منعه، وله ثلاث حقائق عند الفقهاء¹:

- 1- ابتداء الدين بالدين، ومثاله تأخير رأس مال السلم.
- 2- فسخ الدين بالدين، وهو فسخ ما في الذمّة بشيء مؤخّر من غير جنسه، وقد يكون معيّناً؛ كأن يدفع الغريم لصاحب الدين ثمرة يجنيها أو داراً يسكنها.
- 3- بيع الدين بالدين، ومثاله أن يكون لرجل دين على آخر فيبيعه من ثالث بدين².

ثالثاً: ضابط التفرقة بين أقسام الكالئ بالكالئ هو عمارة الذمّة؛ فإذا كانت الذمّتان فارغتين قبل العقد كان ابتداء دين بدين، وإذا كانتا عامرتين قبل العقد كان من قبيل بيع الدين بالدين، وإذا كانت إحدى الذمّتين عامرة قبل العقد، كان من قبيل فسخ الدين بالدين إذا كان بين طرفين، وإذا انضاف طرف ثالث كان بيعاً.

رابعاً: المعنى في منع فسخ الدين بالدين هو حسم الذريعة إلى الربا، أمّا بيع الدين بالدين وابتدائه فقيل أمر تعبدي، وقيل حسم مادّة الفساد؛ لأنّ (المعاملة إذا اشتملت على شغل الذمّتين توجّهت

1- ينظر التوضيح: 340/6.

2- وكمن كان لرجل على رجل دين، ولثالث دين على رابع فيبيع كلّ واحد من صاحبي الدين ما يملك من الدين بالدين الذي للآخر.

المطالبة من الجهتين، وكان ذلك سببا لكثرة الخصومات، فمَنع الشَّرْع ما يفضي إلى ذلك من بيع الدَّين بالدَّين¹.

خامسا: الكراء عقد على منافع العين، والشَّرْع في استثناء المنفعة يُنزل منزلة القبض؛ لأنَّ قبض الأوائل كقبض الأواخر، اعتبارا بالمقاي والمباطخ التي (يجوز بيعها بالدَّين، وإن كان المعقود عليه لم يخلق أكثره؛ لأنَّه في حكم الموجود لتناسقه وتتابعه)².

سادسا: فسخ الدَّين يتصوَّر بين اثنين، وبين ثلاثة أشخاص؛ فإن كان بين طرفين فإنَّه يشترط فيه التَّعجيل حتى لا يدخله الدَّين بالدَّين، وإذا كان بين ثلاثة أشخاص وكانت إحدى الدَّمتين عامرة فهو من قبيل شراء الدَّين أو بيع الدَّين، ويشترط فيه تعجيل العوض حتى لا يدخله الدَّين بالدَّين، ومن شروطه أن يكون من عليه الدَّين حيًّا حاضرا مقرًّا بالدَّين³، وألَّا يقصد بشراء دينه الإضرار به⁴، وإذا كانت الدَّمتان عامرتين فهو من قبيل بيع الدَّين بالدَّين، وأجيز ذلك؛ لأنَّه من باب الحوالة المبنية على المعروف.

المطلب السادس: الفرق بين ادِّعاء المودع ردِّ الوديعة، وبين ادِّعائه ضياعها في لزوم اليمين.

الوديعة من العقود الجائزة التي تقتضي أن لكلِّ واحد من العاقدين الحقَّ في إبطال العقد، فإذا طالب ربَّ الوديعة من المودع استرداد ما استودعه إيَّاه، وادَّعى المودع أنَّه ردَّها وأنكر ربَّها ذلك، فالقول قول المودع مع يمينه. بخلاف ما إذا ادَّعى ضياعها وكذَّبه ربَّها، فالقول قول المودع بلا يمين⁵.

1- الدَّخيرة: 225/5.

2- المعونة: ص 1036.

3- قال الإمام المازري: (لا يجوز لأحد شراء دين قد استقرَّ في الدَّمة بعوض يجوز شراؤه به إلَّا بعد أن يكون من عليه الدَّين حاضرا مقرًّا، يُعرف غناه من عدمه؛ لأنَّ دَمته هي المشتراة، ويختلف مقدار عوضها باختلاف حال الدَّمة من فقر أو غنى، والمبيع لا يصحَّ أن يكون مجهولا، فإذا اشترى دينا لا يعلم حال من هو عليه؛ هل هو فقير أو غني فقد صار اشترى أمرا مجهولا). شرح التَّلَقين: 22/3.

4- فقد اشترط مالك في الإحالة - وفي شراء الدَّين - ألا يكون المحال عدوًّا لمن أحيل عليه؛ لكون العداوة إذا ثبتت علم أنَّه قصد الإضرار والتَّشقي من العدو وإيصال الأذى إليه بكلِّ ما يقدر عليه؛ ولهذا ردَّت شهادة العدو على عدوِّه؛ لحصول التَّهمة في قصد الأذى بالشَّهادة. المرجع السابق: 13/1.

5- وهو قول مالك في المدونة: 436/4، وانظر التَّهذيب: 295/4.

فما الفرق بين ادعاء المودع ردّ الوديعة فلا يصدّق إلاّ بيمينه، وبين ادعائه ضياعها فلا تلزمه اليمين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين ادعاء المودع ردّ الوديعة، وبين ادعائه ضياعها في لزوم اليمين: (والفرق بين دعواه الردّ وبين دعواه الضياع، أنّ ربّ الوديعة في دعواه الردّ يدّعي يقينا أنّه كاذب ويحلف؛ كان متّهما أو غير متّهم، وفي الضياع لا علم بحقيقة دعواه، وإنّما هو معلوم من جهة المودع)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ يد المودع على الوديعة يد أمينة، فإذا ادّعى ردّها أو ضياعها كان قوله وفاقا للأصل، وإذا أنكر المودع أو كذب كان إنكاره وكذبه خلاف الأصل، وأنّ الأصل - أيضا - أنّ من كان قوله خلاف الأصل فإن عبء الإثبات يقع عليه، فإذا عجز توجّهت اليمين إلى من كانت دعواه وفاق الأصل.

وبناء على ذلك فالمودع إذا أنكر استلام الوديعة أو كذب طولب بالبيّنة، فإذا لم تكن له بيّنة توجّهت اليمين إلى المودع، غير أنّه لما كان قبض المودع للوديعة لا يعلم إلاّ من جهته، فإنّ دعواه متحقّقة؛ أي أنّه يدّعي يقينا أنّ المودع كاذب في دعوى الردّ. بخلاف دعوى الضياع فإنّ حقيقة الضياع لا تعلم إلاّ من جهة المودع، وبالتالي فإنّ دعواه غير متحقّقة، بمعنى أنّ المودع يدّعي ظنا أنّ المودع كاذب في ادعائه ضياع الوديعة.

ولمّا كان الأصل أنّ اليمين لا تتوجه إلى المدّعي عليه إلاّ عند تحقّق الدّعى فإنّ المودع إذا عجز عن إثبات دعوى الردّ توجّهت اليمين إلى المودع، فيكون القول قوله مع يمينه؛ لأنّ دعواه محقّقة، أمّا في دعوى الضياع، فإنّ المودع إذا عجز عن إثباتها فإنّ اليمين لا تتوجه إلى المودع، فيكون القول قول المودع ولا يمين عليه؛ لأنّ الدّعى غير محقّقة.

1- الجامع: 380/18.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الوديعة استتابة حفظ مال أو توكيل بحفظه¹، والإيداع والوديعة بمعنى واحد، وحكمها الجواز، بمعنى عدم اللزوم؛ لأن لكل واحد من طرفي العقد إبطاله²، وهي أمانة محضة؛ لقوله تعالى: ﴿لَنْ يَأْمُرَكُمْ أَنْ تَتَّخِذُوا الْأَمْثَلِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾³، وبالتالي فإن يد المودع على الوديعة يد أمان وليست يد ضمان. ثانياً: علة نفي الضمان على المودع هي كون المال غير مملوك له ولا منفعة له فيه، وهذه العلة موجودة في القراض والإجارة - وإن كان بصورة أقل - لأنَّ جلَّ المنفعة في القراض لربِّ المال، وفي الإجارة لربِّ العين المؤجرة⁴.

ثالثاً: بناء على هذه العلة فإنَّ المودع إذا استلفها فقد انتفع بها، وبذلك يكون قد أخرجها من أمانته إلى ذمته فيضمن، وإذا أعادها إلى أمانته سقط عنه الضمان⁵، وهو اختيار ابن القاسم، ويحرم على المعدم تسلّف الوديعة اتّفاقاً، واختلف في الموسر⁶.

رابعاً: الأصل في الوديعة عدم الضمان؛ فلا يضمن إلا بالتقصير، وله أسباب ستة⁷؛ وهي⁸:

أولها: نقل الوديعة من بلد إلى بلد، والثاني: إيداعها إلى الغير لغير عذر، والثالث: خلطها بما لا يتميز عنها ممّا هو غير مماثل، والرابع: الانتفاع بها وتلفها أثناء الانتفاع، والخامس: التضييع والإتلاف، والسادس: المخالفة في كيفية الحفظ.

- 1- وحدّاه ابن عرفة بقوله: (نقل مجرد حفظ مال ينقل)، والتعريف الموجود في المتن لابن شاش وتبعه فيه ابن الحاجب. ينظر المختصر الفقهي: 186/7، عقد الجواهر الثمينة: 550/2، مختصر ابن الحاجب: ص 404.
- 2- ينظر التوضيح: 454/6.
- 3- سورة النساء، الآية: 57.
- 4- ولذلك فإنَّ يد المستأجر وعامل القراض يد أمان، بخلاف السلف فإنَّ المستلف يضمن؛ لأنَّ المنفعة جُلّها له، وفرقوا بين ما يغاب وما لا يغاب في الزهن؛ لاشتراك المنفعة بين الزاهن والمرهون. ينظر شرح التلّفين: 1130/2.
- 5- وهو المشهور. ينظر المدونة: 335/4، شرح التلّفين: 1130/2، مختصر ابن الحاجب: ص 405.
- 6- فقيل يجوز في النقد والمثلي دون غيره. مختصر ابن الحاجب: ص 405، الذخيرة: 172/9.
- 7- وهناك من أضاف سببا سابعا وهو الجحود. ينظر القوانين الفقهية: ص 616.
- 8- ينظر ضمان الوديعة القوانين الفقهية: ص 617، التّاج والإكليل: 271/7، مواهب الجليل: 252/5، شرح الخرشي: 109/6، منح الحليل: 6/7، وغيرها.

خامسا: إذا ادعى المودع ردّ الوديعة وكان قد قبضها من غير إشهاد صدق، وإن قبضها ببيّنة فلا تردّ إلا ببيّنة¹؛ لأنّ الله لما أمرهم بالأداء لم يأمرهم بالإشهاد، فدلّ ذلك على أنّ الإشهاد غير مطلوب فيصدق في دعوى الردّ، وهو قول مالك وجميع وأصحابه².

سادسا: كلّ ما سبق ذكره يتعلّق بما إذا دفع المودع إلى اليد التي دفعت إليه، أمّا إذا دفعها إلى غيرها، فإنّ عليه ما على وليّ اليتيم من الإشهاد؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دَعَعْتُمْ إِلَىٰ ثِيَابِهِمْ، أَمْوَالَهُمْ بِأَشْهَادُوا﴾³، فإن لم يشهد فلا يصدق في الردّ إذا أنكر القابض، ولا خلاف⁴.

سابعا: الدعوى في التنازع إمّا أن تكون محقّقة؛ كأن يقول المدعي: لي عليه كذا وكذا بسبب بيع أو سلف، واليمين التي تجب هنا - عند عدم البيّنة - هي يمين المنكر، وأمّا إذا لم تتحقّق الدعوى؛ كأن يقول المدعي: أحسب أو أظنّ أنّ عليه كذا وكذا ولم يقطع، ففي هذه الحالة فإنّ اليمين لا تجب على المنكر إلاّ إذا أثبت المدعي أنّ المدعى عليه ممّن تلحقه التّهمة؛ كأن يكون ممّن يتّهم في دينه باستحلال ما لا يحلّ، وهذه اليمين هي التي تعرف عند الفقهاء بيمين التّهمة⁵.

ثامنا: اختلفوا في لحوق يمين التّهمة⁶، والمشهور لحوقها ولا تردّ بالنكول؛ لأنّ الدعوى لا تحقّق فيها ولا قطع، وإنّما هي ظنّ، فإذا توجّهت على المدعى عليه وامتنع عن اليمين حبس حتى يحلف⁷.

1- ينظر المدونة: 436/4، التّهذيب: 296/4.

2- المقدمات الممهّدات: 460/2.

3- سورة النساء، الآية رقم: 06.

4- المرجع السابق: 461/2.

5- اليمين في التّداعي أربعة أقسام؛ يمين التّهمة: وهي التي تترتّب على دعوى غير محقّقة، ويمين القضاء؛ وهي الواجبة في الدين الذي على الميّت أو الغائب، ويمين المنكر؛ وهي ما كانت في مقابلة دعوى محقّقة، واليمين مع الشّاهد؛ وهي ما كانت متممة لنصاب البيّنة. ينظر توضيح الأحكام بشرح تحفة الأحكام: عثمان بن المكي التّوزري، دون ت، المطبعة التّونسية، ط1، 1439هـ، 143/1.

6- قال ابن رشد: (واختلفوا في لحوقها ابتداء، واختلفوا إذا لحقت - على القول بأنّها تلحق - هل ترجع أم لا، والأظهر في القياس ألاّ تجب اليمين إلاّ بتحقيق الدّعوة.. وإيجابها استحسان، والأظهر إذا وجبت - على القول بأنّها تلحق - القول على المدعى عليه بالنكول، دون أن يرجع اليمين على المدعي؛ إذ لا يكلف أن يحلف على ما لا يعرف، والذي اختاره في هذا أن يلحق بيمين التّهمة إذا قويت، وتسقط إذا ضعفت، وألاّ ترجع إذا لحقت). مسائل أبي الوليد ابن رشد الجد، ت: محمّد الحبيب التّجكاني، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق، المغرب، ط2(1414هـ-1993م)، 681/2.

7- ينظر أحكام يمين التّهمة تبصرة الحكّام: 104/1، 107، مسائل أبي الوليد الباجي: 881/2، شرح التّقين: 181/3.

المطلب السابع: الفرق بين المودع ينفق على الوديعة، وبين الزوجة تنفق على نفسها في وجوب الرجوع بالنفقة.

إذا أودع الرجل دابة عند رجل، ولم يترك معها نفقة ولا علفا، فأنفق عليها المودع من غير إذن السلطان وكان ربها غائبا، فإنه إذا شهدت البيّنة أنّ الدابة وديعة ولم تذكر أنّ ربها ترك معها علفا، فإنّ الوديعة تباع عليه ويعطى منها مقدار ما أنفق عليها، وذلك بعد أن يحلف أنّ ربها لم يخلف لها نفقة ولا علفا¹. بخلاف الزوجة يغيب عنها زوجها وتتفق على نفسها مدة، ثمّ تدعي بعد ذلك أمام القاضي أنّ زوجها الغائب لم يترك لها نفقة، فإنّها لا تتبعه بشيء ممّا أنفقت على نفسها قبل أن ترفع أمرها إلى السلطان².

فما الفرق بين المودع يتبع ربّ الدابة بما أنفقه عليها حال غيابه، وبين الزوجة لا تتبع زوجها الغائب بما أنفقت على نفسها حال غيابه، رغم أنّ إنفاقها كان من غير أمر السلطان؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين إتباع المودع ربّ الوديعة بما أنفقه على الوديعة، وبين عدم إتباع الزوجة زوجها بما أنفقت على نفسها: (الفرق بينهما أنّ هذا أقام البيّنة أنّه أودعه إيّاها، ولم تذكر البيّنة أنّه ترك لها مع ذلك نفقة ولا شعيرا، والزوجة تركها في داره وموضع ماله فدلّ سكوتها أنّه أنفقت من ماله إن لم ترفع ذلك إلى السلطان، وأيضا فإنّ الغالب أنّ الرجل لا يغيب حتى يترك النفقة لزوجته وأهله)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في التّداعي هو أنّ القول قول أقوى المتداعين حجّة، وأنّ من كان قوله وفاق الأصل كان أقوى حجّة ممّن كان قوله خلافه.

ولما كانت نفقة الزوجة على زوجها، ونفقة الدابة على ربّها، فإنّ الأصل أنّ ذمّة كلّ من الزوج وربّ الدابة إذا أودع دابته مشغولتين إذا كانا غائبين ولم يتركها نفقة، وبناء على ذلك فإنّ المودع إذ أنفق

1- المدونة: 443/4، التهذيب: 301/4.

2- المرجعان السابقان: 181/2، 161/2.

3- الجامع: 399/18.

على الدّابة وادّعى أنّ ربّها لم يترك نفقة ولا علفاً، وأقام البيّنة على أنّ الدّابة وديعة، فإنّ قوله هذا وفاق الأصل، فإذا لم يقم ربّ الدّابة بيّنة على أنّه ترك نفقة أو علفاً، أو كان غائباً ولم تذكر البيّنة أنّه ترك علفاً، كان القول قول المودّع مع يمينه، فيرجع على ربّها بما أنفقه إذا كان حاضراً، وتباع عليه إذا كان غائباً، فيعطى المودّع ما أنفقه من ثمنها.

والزّوجة - أيضاً - إذا ادّعت أنّ زوجها الغائب لم يترك لها نفقة، فإنّ ادّعاءها وفاق الأصل، فيكون القول قولها مع يمينها، غير أنّ العرف والعادة لمّا كذّباها سقطت دعواها ولا يسمع إليها؛ لأنّ الدّار لما كانت موضع مال الرّجل فإنّ بقاءها مدّة وهي ساكنة دليل على أنّها كانت تتفق من مال الرّجل. وأيضاً: فإنّ الغالب أنّ الرّجل إذا أراد سفراً ترك نفقة لعياله، وبالتالي فإنّ العادة تقضي بأنّ الزّوج ترك نفقة مادامت الزّوجة ساكنة ولم ترفع أمر النّفقة إلى القاضي، فكلاً من المودّع والزّوجة ادّعاءهما جاء وفاقاً للأصل، فكان القول قولهما، غير أنّ العرف والعادة لمّا كذّبا الزّوجة سقطت دعواها.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: تجب النّفقة¹ بثلاث أمور؛ بالنكاح والقربة والملك، فتلزم الموسر نفقة زوجته، وأبويه المعدمين العاجزين عن الكسب ولو كانا كافرين، وإعفاف الأب وزوج الأمّ إن أعسرا، وصغار الأولاد الفقراء حتى يبلغ الذّكر، وتتنزّج الأنثى، وكذا الأرقاء، وعلف الدّواب².

ثانياً: الأصل أنّ من أنفق على غيره ممّن لا تلزمه نفقته ولم يكن من فقراء المسلمين - كالمرأة تتفق على نفسها وعلى ولدها، والرّجل ينفق على أولاد صغار غاب عنهم أبوهم، والمودّع تودع عنده الدّابة فينفق عليها، والمكري ينفق على دوابّ أكرهاها وهرب ربّها - وكان إنفاقهم على وجه السلف فله أن يتّبع من تلزمه نفقة هؤلاء، وتكون النّفقة ديناً في ذمهم، أمّا ما أنفق من ذلك على وجه الصلّة والإحسان فلا تباعة³.

1- النّفقة الشّرعية هي (قوام معتاد حال الأدمي دون سرف). فيدخل في الحدّ الكسوة، ويخرج منه ما به قوام غير الأدمي؛ كالنّبن للبهائم، فهو خارج عن مسمّى النّفقة الشّرعية، وخارج منه ما هو ما ليس بمعتاد في قوت الأدمي؛ كالحلوى والفاكهة، وخارج منه ما فيه سرف؛ وهو الزائد عن العادة بين النّاس.. ينظر حاشية الصّاوي: 729/2، المختصر الفقهي: 5/5.

2- ينظر هذه المسائل التّاج والإكليل: 541/5، تحبير المختصر: 402/3، مواهب الجليل: 437/4، وغيرها.

3- ينظر المدونة: 181/2، 182، 5007/3، 443/4، التّهذيب: 116/2، 117، 301/4.

ثالثاً: الأصل أن كل من أنفق على غيره ممن له أن يتبع من تلزمه فأنكر، فإن القول قول المنكر إلا أن يقيم المنفق بيّنة، ويستثنى من ذلك الزوجة تتفق على نفسها في غيبة زوجها بأمر السلطان، والدابة ينفق عليها المودع أو المكتري أو المرتهن.

رابعاً: إذا اختلفت المرأة مع زوجها في نفقة مدة مضت، فادّعى الزوج أنه أنفق عليها وأنكرت المرأة ذلك، فالقول قوله مع يمينه؛ حاضراً كان أو غائباً إلا أن ترفع المرأة أمرها إلى الحاكم في غيبته فيفرض لها الحاكم ما يكفيها، فإذا ادّعى بعد رجوعه أنه كان يبعث لها بالنفقة، أو أنه ترك لها ما يكفيها فالقول قولها مع يمينها¹.

خامساً: نفقة الدابة على ربها إذا لم يكن ثمّة مرعى يكفيها، فإن عجز أو امتنع أخرجت من ملكه **ببيع**، أو صدقة أو ذكاة، ولا يحبس بالجوع والعطش، ولا تسقط النفقة ما دامت في ملكه ولو كانت ودیعة أو رهناً، فإذا علفها المودع أتبع ربها بما أنفق، وبيعت عليه إن كان غائباً، وإن ادّعى أنه ترك لها علفها أو نفقة فالقول قول المودع.

المطلب الثامن: الفرق بين ادعاء الزوج قضاء دين تسلفه من زوجته، وبين ادعائه تسليمه إياها دينا اقتضاه لها.

الوكالة من العقود الجائزة في البيع والشراء، واقتضاء الديون، وغيرها من الحقوق القابلة للنّياحة، وبناء على ذلك فإذا طلبت الزوجة من زوجها - على سبيل الوكالة - أن يتقاضى لها دينا ففعل، ثم ادّعى بعد ذلك ضياعه أو تسليمه لها فأنكرت، فالقول قوله مع يمينه. بخلاف ما إذا أقر لها بدين تسلفه منها ثم ادّعى أنه قضاها وهي منكرة، فإنها تصدق بيمينها، ولا يبرأ إلا ببيّنة²، وإلاّ غرم.

فما الفرق بين أن يدعي الزوج ردّ الدين الذي تسلفه من زوجته، وبين ادعائه تسليمه إياها دينا لها اقتضاه من حيث التصديق؟.

1- والرفع للجبران أو العدول لا ينزل منزلة الحاكم. ينظر البيان والتحصیل: 341/5، عقد الجواهر الثمينة: 603/2، التوضیح:

154/5، تحبير المختصر: 429/3، منح الجليل: 911/4، وغيرها.

2 - ينظر النوادر والزيادات: 228/7.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الوكيل يدعي تسليم الدين الذي اقتضاه، وبين المدين يدعي قضاء الدين: (لأن هذا لم يتعلّق بثمنه شيء، وإنما هو أمين كالمودع، ألا ترى لو قال: ضاعت الوديعة، أو الثمن لم يلزمه شيء، والذي أقر بالدين ذلك في ذمته ثابت، ولا يزيله ضياعه ولا غيره إلا بالإشهاد بالدفع إلى ربّه، أو يقرّ ربّه بقبضه)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في القضاء أنّ اليمين تجب في مواضع على المدعي، وفي مواضع أخرى على المدعى عليه، وأنّ الأصل فيها أنّها متوجّهة إلى أقوى المتداعيين سببا²، وعلى هذه القاعدة يتعيّن من يصدّق مع يمينه ومن لا يصدّق، وبناء على ذلك فإذا أقرّ الزوج بتسلفه من زوجته دينا فقد تخلّد ذلك الدين في ذمته، فإذا ادعى بعد ذلك قضاءه وأنكرت الزوجة ذلك كانت أقوى سببا؛ لأنّ قولها موافق للأصل، وهو عمارة ذمّة الزوج؛ فالزوج - بعد عمارة ذمته - يدعي تفريغها، والزوجة تدعي خلاف ذلك، فكان القول قولها مع يمينها، فإذا حلفت غرم إلا أن يعضدّ قوله ببيّنة فيصدّق.

أمّا إذا اقتضى لها دينا من غيرها، ثمّ ادعى بعد ذلك تسليمه إياها، والزوجة منكّرة كان الزوج أقوى المتداعيين سببا، فتتوجّه اليمين إليه فيصدّق مع يمينه، وبيانه أنّ الزوج يدعي ردّ الدين الذي اقتضاه لزوجته إليها، والزوجة تدعي خلاف ذلك، ولما كان الزوج حين اقتضى الدين قد نقله من ذمّة الغريم إلى أمانته وحفظه كان قوله موافقا للأصل؛ لأنّ الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله اعتبارا بالمودع يدعي ردّ الوديعة، بجامع الأمانة، بينما الزوجة تُخوّنه، والخيانة خلاف الأمانة، فكان الزوج أقوى منها سببا، فيصدّق مع يمينه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: الوديعة أمانة بدليل أنّ الله أمر بردّ الأمانات، ولم يأمر بالإشهاد فقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾³، فوجب أن يصدّق المودع في دعواه ردّ الوديعة مع يمينه، إلا أن يدفعها إليه

1 - الجامع: 969/13.

2 - ينظر الذخيرة: 54/6.

3 - سورة النساء، الآية رقم: 57.

ببيّنة، فلا يكون القول قوله؛ لأنّه إن دفعها إليه بيّنة فكأنّه ائتمنه على حفظها، ولم يَأْتَمَنه على ردّها فيصدّق في تلفها، ولا يصدّق في ردّها، وهذا هو المشهور، وإذا دفعها إلى غير اليد التي دفعها إليه فعليه ما على وليّ اليتيم من الإشهاد، وإلا ضمن¹.

ثانياً: من القواعد القضائية التي تمحّض عنها التّحليل في هذه المسألة:

1- عند التّداعي تتوجّه اليمين إلى أقوى المتداعين سبباً. بخلاف البيّنة.

2- اليمين تجب في مواضع على المدّعي، وعلى المدّعى عليه في مواضع أخرى، وأنّ المدّعى عليه هو من كان قوله وفاق الأصل أو العرف، وأنّ المدّعي هو من كان قوله خلاف ذلك، وعلى هذه القواعد يتعيّن من يصدّق بيمينه، ومن تتعيّن عليه البيّنة.

ثانياً: الدّمة معنى شرعيّ مقدّر في المكلف قابل للالتزام واللّزوم²، ومن شروطها البلوغ والرّشد وعدم الحجر، فإذا اجتمعت هذه الشّروط في شخص ربّ الشّرع عليه هذا المعنى المقدّر وهو الدّمة³، وهذا المعنى هو الوعاء الذي تقدّر فيه الأجناس المسلم فيها، وأثمان المبيعات إلى أجل، والديون في الحوالات، والحقوق في الضّمّانات، ومن افتقر لهذا المعنى لا يصحّ في حقّه شيء من هذه الأمور، فلا ينعقد في حقّه سلم، ولا دين، ولا حوالة، ولا ضمان⁴.

ثالثاً: المعقود عليه على ثلاثة أقسام⁵:

1- معيّن؛ وهو كلّ ما له شخص في الخارج مرئيّ بالحسّ، ومن خصائصه أنّه إذا فات ذلك الشّخص انفسخ العقد؛ لأنّه لا يثبت في الدّمة.

2- غير معيّن؛ ومتعلّقه الأجناس دون الأعيان، ومن خصائصه أنّ المقصود من العقد يحصل بأيّ فرد من أفرادها، وإذا ظهر خلل في ذلك الفرد رجع بفرد غيره، وهذا يعني أنّ المعقود عليه باق في الدّمة حتى يقبض من ذلك الجنس فرداً مطابقاً للعقد، وينبني على ذلك أنّ من اشترى سلعة معيّنة

1 - ينظر بداية المجتهد: 94/4.

2 - فيقبل التزامه بأرش الجنایات، وأثمان المبيعات، وأجرة الإيجارات، وغير ذلك من التّصرّفات.

3 - والدّمة مخالفة لأهلية التّصرّف؛ لأنّ حقيقة الأهلية هي قبول يقدره صاحب الشّرع، وسببها التّمييز. ينظر الفرق بين الدّمة وأهلية التّصرّف عند القرافي في الفروق: 326/3-336.

4 - المرجع السابق: 386/3. (بتصرّف).

5 - ينظر المرجع السابق: 134/2 - 136.

فإنَّ العقد يفسخ إذا استحققت. بخلاف ما إذا كان العقد وارداً على ما في الذمّة؛ كما في السلم، فإذا استلم السلعة واستحققت لم يفسخ عقد السلم، وكما إذا استأجر دابةً معينة للحمل فاستحققت أو ماتت انفسخ العقد. بخلاف ما لو استأجر منه حمل المتاع من غير تعيين، أو على أن يحمله إلى مكة من غير تعيين مركوب، فعين لجميع ذلك دابة الركوب والحمل فعطبت أو استحققت رجع يطالبه بغيرها؛ لأنَّ المعقود عليه غير معين في الذمّة.

3- وسط بين التّعيين وبين عدمه؛ وهو الذي يأخذ شبهاً من الطرفين، وهو بيع الغائب على الصّفة؛ فمن جهة أنّه غير مرئيّ أشبه ما في الذمّة، فضمن البائع، ومن جهة كون العقد لم يقع على جنس، بل على شخص معين أشبه المعين؛ ولذلك كان ضمانه على المشتري.

رابعاً: مشهور مذهب مالك أنّ النقود لا تتعيّن، وبناء على ذلك لا فرق بين قول القائل: بعني بدرهم، وبين قوله: بعني بهذا الدرهم فيعيّنها، فالعقد في الصّورتين إنّما يرد على الذمّة، وهذا معنى كون التّقد لا يتعيّن، وأيضاً: إذا غصب غاصب من شخص ديناراً فليس لربّه أن يطلب خصوص الدّينار المغصوب، وللغاصب أن يعطيه ديناراً غير ديناره شريطة أن يكون مساوياً للدّينار المغصوب في الزّنة والجنس¹.

المبحث الثاني: متفرقات من مختلف كتب المعاملات المالية.

في هذا المبحث فروق في مسائل شتى من مختلف الكتب ذات الصلة بفقهاء المعاملات المالية؛ في إقرار المفلس قبل القيام عليه، ونماء المبتاع قبل الفلس، والأجراء والصناع يفلس من عاملهم، وفي من شهد بما له فيه منفعة، وفي التصرف في اللقطة، وفي اغتلال الغاصب وعزل الأمير المغتصب، وفي ظهور المستحق بعد التصرف في ماله بالبراء والبيع، وفي الشفعة بين الورثة وبين الشركاء، وفي الأرض بعد زراعتها.. في اثني عشر مطلباً.

المطلب الأول: الفرق بين الغرماء، وبين الورثة إذا ظهر مستحق للمال بعد ضياعه.

يتعين على ولي الأمر - إذا قسم مال المفلس على الغرماء - أن يعزل حصّة الغريم الغائب فإذا هلك المال الموقوف فإنّ مصيبته من الموقوف له¹، ولا خلاف في ذلك²، وإذا طرأ غريم آخر بعد ذلك لضمن الغريم الغائب (الأول) للطارئ حصّته³، واعترض التونسي⁴ هذه المسألة بمسألة طرؤ الوارث على الورثة وقد هلك ما بأيديهم من التركة بأمر الله أنّ المصيبة من الطارئ⁵. فما الفرق بين هلاك المال بيد الورثة بأمر سماويّ فلا ضمان عليهم، وبين هلاكه بيد الغرماء فيضمنون، رغم أنّ حقّ الطارئ هلك بيد الغير وبأمر من الله؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الغرماء وبين الورثة إذا هلك المال ثمّ يظهر بعد ذلك مستحقّ: (والفرق عندي بين الوارث والغريم في هذا أنّ الغريم دينه من معاوضة، فما هلك بين يديه فيكون منه؛ لأنّه ضمنه بما دفع فيه، والوارث لم يضمن في ذلك ثمناً وداه، فوجب أن يكون هلاك ما قبض - إذا هلك بأمر من الله - كأنّه من الميت، فإذا طرأ عليه وارث لم يرجع عليه بشيء؛ لأنّه كأن لم

1- ينظر المدونة: 78/4، التّهذيب: 624/3.

2- عدم الخلاف نصّ عليه ابن يونس وأبو إسحاق التونسي. ينظر الجامع: 670/17، التّوضيح: 182/6.

3- ذكره ابن المواز، وعلّله ابن يونس بأنّه لما كان هلاك ذلك ممّن أوقف له، صار ذلك كأنّه قبضه وهلك في يده، فوجب أن يرجع عليه الطارئ بحصّته منه، فإذا غرم للطارئ حصّته من الموقوف رجع بمثل ذلك في ذمّة المفلس أو الميت. ينظر النوادر والزيادات: 26/10، الجامع: 671/17، شرح التّلقين: 397/3.

4- أشار إليه ابن يونس بقوله قال: بعض فقهاء القرويين، وصرّح به خليل. ينظر الجامع: 670/17، التّوضيح: 182/6.

5- ينظر المسألة المدونة: 185/4، التّهذيب: 195/4، النوادر والزيادات: 253/11.

يقبض شيئاً، والغريم لما كان هلاك ذلك منه فهو كما لو أكله، فوجب للغريم الرجوع عليه، ثم يتبعان ذمة المفلس¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

لما كان استحقاق الغريم لمال المفلس نظير حقه الثابت في ذمته (ذمة المفلس) فإن الضمان ينتقل إلى الغريم بالقبض اعتباراً بالبيع، وبالتالي فإن يد الغريم على مال المفلس يد ضمان. وأيضاً: فإنه لما كان عزل القاضي لمال المفلس يُنزل منزلة قبض الغريم له تنزيلاً للقاضي منزلة الوكيل في تصرفه في مال المفلس، فإن المال الموقوف إذا هلك قبل وصوله إلى يد الغريم فإن ضمانه من الغريم تنزيلاً للعزل منزلة القبض، فإذا ظهر غريم بعد ذلك رجع على الغريم الأول بحصته؛ لأن الغريم الأول لما وضع يده على مال المفلس قد وضع يده على حصته وعلى حصة الغريم المحتمل ظهوره، ولما كانت يده على ما قبض يد ضمان فإن الغريم الطارئ يرجع بحصته على الغريم الأول، ويرجع هذا الأخير بذلك على ذمة المفلس اعتباراً بالاستحقاق.

أما الميِّت فالأصل أن ذمته من جهة الورثة فارغة، وليس لهم حق متعلق بدمته، وبموته ينشأ حق متعلق بعين التركة، وهو حق الورثة، فإذا أكرم الوارث الأول حصة الوارث الطارئ إذا هلكت بأمر سماوي فإنه لا يتصور رجوع الوارث الأول بحصة ما أكرم على ذمة الميِّت؛ لأن الحق في التركة ناشئ بموت المورث وفيه ما لا يخفى من الضرر على الوارث الأول، ودفعاً لهذا الضرر جعلت يد كل وارث على حق الوارث المحتمل يد أمان، اعتباراً بيد الملتقط على اللقطة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل في الديون أنها متعلقة بذمة المدين، وبفلسه تتعلق بماله؛ ولذلك تصير ديونه كلها حالة بفلسه². بخلاف الورثة فليس لهم حق في ذمة الميِّت، وبموته ينشأ لهم حق متعلق بالتركة.

ثانياً: يد الورثة على حق الوارث المحتمل ظهوره بعد القسمة يد أمين. بخلاف يد الغريم على حصة الغريم المحتمل فإنها يد ضمان؛ ولذلك فإن حق الغير المحتمل ظهوره إذا تلف بسبب سماوي فإن مصيبته منه إذا كان وارثاً وممن كان بيده إذا كان غريماً.

1- الجامع: 171/17.

2- وبموته أيضاً. ينظر المعونة: ص1184.

ثالثاً: إذا عزل القاضي حصّة الغريم، أو الموصى له، أو الوارث إذا كانوا غُيباً، ثمّ هلك المال الموقوف، فإنّ المصيبة من الموقوف عليهم؛ لأنّ القاضي بمنزلة الوكيل بالنسبة للموقوف عليهم، ويد الوكيل يد أمينة، وإذا عزل القاضي أموال المفلس أو الميّت ثمّ هلك المال الموقوف قبل أن يصل إلى أيدي مستحقّيه فإنّ المصيبة منهم إذا كان الموقوف عينا، ومن المفلس والميّت إذا كان عرضاً¹.

رابعاً: ذكر ابن رشد أنّ الطّارئ بعد القسمة على تسعة أوجه هي²: طرّو غريم على غرماء، طرّو غريم على ورثة، طرّو غريم على غرماء وورثة، طرّو غريم على موصى له بجزء وورثة، طرّو غريم على موصى له بعدد وعلى ورثة، طرّو موصى له بعدد على ورثة، طرّو موصى له بجزء على ورثة، طرّو موصى له على موصى لهم، طرّو وارث على ورثة³.

خامساً: الطّارئ بعد القسمة قد يكون طرّوه على مثله، وقد يكون على غيره، والقاعدة أنّه إذا كان طرّوه على مثله فإنّه يرجع عليهم بقدر حصّته من الحقّ الذي عليهم، ولا يتبع الملىء منهم بما على المعدم، أمّا إذا كان طرّوه على غيره فإنّه ينظر؛ فإذا كان الطّارئ مبدّى على الحاضر؛ كغريم على وارث فإنّه يأخذ الملىء منهم بجميع ما صار إليهم، ثمّ يرجع بمثل ذلك في ذمّة المعدمين، وإذا كان الطّارئ غير مبدّى؛ كوارث على غرماء فليس له إلاّ الفضلة.

المطلب الثاني: الفرق بين الصّوف وبين التّمر عند فليس المشتري في أحقيّة البائع بالمبيع.

إذا باع الرّجل سلعة وأفلس المبتاع قبل قبض البائع التّمّن كان - البائع - أحقّ بسلعته إذا وجدها قائمة لم تفت⁴، فإنّ فانتت كان أسوة الغرماء، وإذا كان المبيع غنما عليه صوف وقت البيع، أو شجراً عليه ثمر مؤبّر شرطه المبتاع، وأراد البائع أن يأخذ غنمه وشجره، فوجد المبتاع قد جز

1- وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك وهو المشهور؛ لأنّ العرض لما كان للمفلس نماؤه كان عليه تواؤمه (غرمه)، وأمّا العين لما لم يكن فيه نماء كان من الغرماء، قاله ابن يونس، وروى أشهب عن مالك أنّ ضمانه من المفلس مطلقاً، وفي رواية ابن الماجشون عنه أنّه من الغرماء. ينظر النّوادر والزيادات: 25/10، 26، الجامع: 626/17، شرح الخرشي: 275/5، لوامع الدّرر: 371/9.

2- مسائل أبي الوليد ابن رشد، 341/1 - 345.

3- وقد أوصلها ابن عرفة إلى ثلاثة وثلاثين وجهاً. ينظر المختصر الفقهي: 484/7.

4- لقوله صلّى الله عليه وسلّم في الحديث الذي يرويه أبو هريرة: (أيما رجل أفلس فأدرك الرّجل ماله بعينه، فهو أحقّ به من غيره)، والحديث أخرجه مالك في الموطأ في البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم، رقم: 88، 678/2، والبخاري في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس، رقم: 2272، 846/2. ومسلم في البيوع، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، رقم: 1559، 31/5.

الصَّوْفُ وَجَدَّ الثَّمْرَ، فَإِنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ فَرَّقَ بَيْنَ الصَّوْفِ فَجَعَلَ الْبَائِعَ أَحَقَّ بِهِ مَعَ غَنَمِهِ إِنْ كَانَ قَائِمًا، وَبَيْنَ الثَّمْرِ فَجَعَلَهُ أَسْوَأَ الْغَرْمَاءِ¹.

فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَ الصَّوْفِ يَكُونُ الْبَائِعَ أَحَقَّ بِهِ، وَبَيْنَ الثَّمْرِ يَكُونُ أَسْوَأَ الْغَرْمَاءِ، رَغْمَ أَنْ كَلًّا مِنَ الصَّوْفِ وَالثَّمْرِ قَائِمٌ لَمْ يَفْتِ؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقًا بين الصَّوْفِ وَقَدْ جَزَّهُ الْمُشْتَرِي، وَبَيْنَ الثَّمْرِ وَقَدْ جَذَّهُ فِي أَحَقِّيَّةِ الْبَائِعِ بِهِمَا عِنْدَ فِلسِ الْمُشْتَرِي: (ويحتمل أن يكون الفرق بينهما في هذا أن الثَّمْرَ الْمَأْبُورَ لَا يَكُونُ لِلْمُبْتَاعِ إِلَّا بِالِاشْتِرَاطِ، فَهُوَ كَمَالِ الْعَبْدِ الَّذِي لَا يَكُونُ لَهُ إِلَّا بِالِاشْتِرَاطِ، فَإِذَا جَذَّ الْمُبْتَاعُ كَانَ ذَلِكَ كَالِانْتِزَاعِ لِمَالِ الْعَبْدِ، فَإِذَا فِلسِ الْمُبْتَاعِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ الثَّمْرِ كَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ مَالِ الْعَبْدِ الْمُنْتَزِعِ، وَمَادَامَ الثَّمْرُ فِي رُؤُوسِ النَّخْلِ فَلَهُ أَخْذُهَا؛ كَمَالِ الْعَبْدِ إِذَا لَمْ يَنْتَزِعْ، أَمْرُهُمَا سَوَاءٌ، وَالصَّوْفُ الَّذِي عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ هُوَ لِلْمُبْتَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ فَهُوَ مَعَ الْغَنَمِ كَسَلْعَةٍ وَاحِدَةٍ اشْتَرَاهَا، فَجَزَاؤُهُ كَقِسْمِ السَّلْعَةِ نَصْفَيْنِ وَهِيَ قَائِمَةٌ، فَلَيْسَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الْبَائِعَ مِنْ أَخْذِهَا فِي الْفِلسِ، فَافْتَرَقَا)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أن ما يدخل في البيع بالشرط مقصود، وله حصّة في الثمن، ويكون مستقلًا بنفسه عن المبيع، فإذا وقع البيع على هذه الصورة كان كمن اشترى سلعتين في صفقة واحدة، ولمّا كان البائع أحقّ بشيء عينه عند فِلسِ المشتري، فإنّ السلعتين إذا كانتا قائمتين كان البائع أحقّ بهما، وإذا فانت إحداهما كان أحقّ بالقائمة، وكان أسوأ الغرماء في الفائتة، وبناء على ذلك فإنّ المشتري إذا اشترى عبدا واشترط ماله كان المال مستقلًا عن العبد وإن كان مملوكا له، وانتزاع المشتري له يعتبر فوت له؛ لخروجه من ذمّة العبد بالانتزاع، وتعلّق حقّ المشتري به³.

1- ينظر النوادر والزيادات: 67،68/10.

2- الجامع: 716/17.

3- العبد يملك عند السادة المالكية، غير أنّ ملكه ناقص؛ إذ لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذن سيده، وله انتزاعه منه، فإن بيع وله مال، فماله لسيده ما لم يشترطه المبتاع، وإلا فهو للبائع، فإذا أفلس قبل أن ينتزعه للبائع أن يستردّه معه.. ينظر المعونة: ص1069. المقدمات الممهّدة: 340/2، البيان والتحصيل: 430/10.

وبناء عليه فإنه لما كان الثمر المأبور لا يكون للمبتاع إلا بالشرط فإنه مستقل بنفسه، وله حصّة في الثمن، فإذا جدّه المبتاع كان جذوده فوتاً له، فإذا فلس المشتري كان البائع أسوة الغرماء في ثمنه اعتباراً بانتزاع مال العبد.

هذا كله بخلاف ما يدخل في البيع من غير شرط فإنه تابع لأصله غير مستقل بنفسه، وقد يكون مقصوداً وله حصّة في الثمن، فإذا وقع العقد على هذه الصورة كان التابع والمتبوع سلعة واحدة، فإذا فصل التابع عن أصله كان بمنزلة قسمة السلعة قسمين، ولا يعدّ ذلك فوتاً لها.

وبناء على ذلك فإنّ الصّوف لما كان يتبع المشتري من غير شرط، كان مع الغنم بمنزلة سلعة واحدة، وفصله عنه لا يعدّ فوتاً لها، فإذا جرّ المشتري الصّوف وأفلس فإنه للبائع مع الغنم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: يؤخذ من هذا الفرق ما يلي:

1- الأصل أنّ الغلّة في الفلّس للمشتري وعلة ذلك هي الضمان؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمان)¹.

2- الأصل في النماء الحادث في الحيوان والشجر إذا كان من غير جنسهما؛ كاللبن والصّوف والتمر، وغيرهما أنّه من قبيل الغلّة².

3- الصّوف والتمر لا يكونان غلّة إذا كانا موجودين إبان العقد؛ والمعنى في ذلك أنّهما مقصودان بالبيع، ولكلّ واحد منهما حصّة في الثمن.

4- بناء على كون الصّوف والتمر لهما حصّة في الثمن عند البيع، فإنّ البائع إذا أراد أخذ الأشجار أو الأغنام، وقد جدّ المفلس التمر، وجرّ الصّوف قبل فلسه فإنه ينظر كم قدر التمر من الأشجار، والصّوف من الأغنام فيأخذ الأصول، ويحاصّ الغرماء بما ينوب التمر أو الصّوف من الثمن³.

1- سبق تخريجه.

2- إذا كان من جنسه ممّا لا يتميّز؛ كالسمن وغيرها فهو تابع لأصله بلا خلاف، وإذا تميّز عنه؛ كالولد فليس بغلّة، ويرجع به البائع على المشتري عند الفلّس، أمّا إذا كان من غير جنسه ففيه تفصيل. ينظر شرح التلقين: 347/3.

3- كأن يقال: كم ثمن الغنم بالصّوف؟ فإن قيل مثلاً: مائة دينار، قيل: كم ثمنها بعد جرّ صوفها؟ فإن قيل: ثمانون، فإنّ البائع إذا أخذ غنمه حاصّ الغرماء في العشرين. ينظر النوادر والزيادات: 67/10.

5- الصَّوْف التَّامَّ إِبَّانَ البَيْعِ لَا يَفُوتُ بِالْإِنْفِصَالِ عَنْ أَصْلِهِ، وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ أَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَلٍّ بِنَفْسِهِ عَنْ أَصْلِهِ¹، وَأَنَّهُ تَابِعٌ لَهُ، بِدَلِيلِ دَخُولِهِ فِي الْبَيْعِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ. بِخِلَافِ الثَّمْرِ الْمُؤَبَّرِ حِينَ الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ يَفُوتُ بِالْإِنْفِصَالِ عَنْ أَصْلِهِ، وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ هُوَ اسْتِقْلَالُهُ بِنَفْسِهِ عَنْ أَصْلِهِ عِنْدَ الْبَيْعِ، بِدَلِيلِ عَدَمِ دَخُولِهِ فِي الْبَيْعِ إِلَّا بِاشْتِرَاطِ الْمَبْتَاعِ لَهُ².

ثانياً: أشار الإمام المازريّ إلى عسر الفرق بين الصَّوْفِ إِذَا جَزَّتْ وَبَيْنَ الثَّمْرِ إِذَا جَدَّ، وَذَكَرَ فَرْقًا آخَرَ مَفَادَهُ أَنَّ الثَّمْرَ إِذَا جَدَّتْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى؛ ذَلِكَ أَنَّ الثَّمْرَ إِذَا رَدَّ عَيْنَهُ صَارَ كَمَنْ اشْتَرَى رَطْبًا وَأَخَذَ عَنْهُ تَمْرًا يَابِسًا، وَبَيْعَ الثَّمْرِ بِالرَّطْبِ لَا يَجُوزُ حِمَايَةُ لِلذَّرِيعَةِ³. بِخِلَافِ الصَّوْفِ إِذَا رَدَّ بَعِيْنَهُ فَلَيْسَ فِيهِ تَذَرُّعٌ إِلَى الرَّبَا⁴، وَمَا ذَكَرَهُ الْمَازَرِيُّ فَرْقًا بِالْحِكْمَةِ، وَمَا ذَكَرَهُ ابْنُ يُونُسَ فَرْقًا بِالْعَلَّةِ.

ثالثاً: الغلَّةُ لِلْمَشْتَرِي فِي خَمْسِ مَوَاضِعَ؛ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَفِي الْإِسْتِحْقَاقِ، وَفِي الشَّفْعَةِ، وَفِي التَّقْلِيْسِ⁵، وَعَلَّةُ اسْتِحْقَاقِهِ لَهَا هِيَ الضَّمَانُ، وَتَكُونُ الثَّمَارُ غَلَّةً فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ إِذَا فَارَقَتْ الْأَصُولَ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَفَارِقْ أَصُولَهَا فَإِنَّهَا تَكُونُ غَلَّةً عَلَى الْمَشْهُورِ إِذَا أَزْهَتْ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَبِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَفِي الشَّفْعَةِ وَالْإِسْتِحْقَاقِ تَكُونُ كَذَلِكَ بِالْبَيْسِ، وَفِي التَّقْلِيْسِ تَكُونُ غَلَّةً بِالْجِذَازِ⁶.

المطلب الثالث: الفرق بين كراء الدور وبين كراء الرواحل عند فليس المشتري في أحقية المبتاع.

الفلس كما يكون في البيع يكون في الإجارة والكراء، وقد يكون التَّقْلِيْسُ مِنْ نَاحِيَةِ الْمَكْرِيِّ، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ نَاحِيَةِ الْمَكْتَرِيِّ، فَإِذَا اكْتَرَى الرَّجُلُ دَابَّةً لِحَمْلِ مَتَاعِهِ مِنْ بَلَدٍ لِآخَرَ، أَوْ اكْتَرَى دَارًا يَسْكُنُهَا،

1- وقيل: إنَّ دَخُولَهُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ دَلِيلِ الْإِسْتِقْلَالِيَّةِ، فَيَكُونُ الصَّوْفُ مُسْتَقَلًّا بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ الثَّمْرِ يَكُونُ تَابِعًا لِأَصْلِهِ غَيْرَ مُسْتَقَلٍّ، وَمَا لَمْ يَكُنْ مُسْتَقَلًّا بِنَفْسِهِ يَفِيْتُهُ الْجِذَازُ، وَمَا اسْتَقَلَّ لَا يَفِيْتُهُ. يَنْظُرُ شَرْحُ الرَّزْقَانِيِّ: 513/5.

2- لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أَبْرَتِ فَالْثَّمْرَةُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَبْتَاعُ)، وَالحَدِيثُ رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْبَيْعِ، بَابُ مَا جَاءَ فِي ثَمْرِ الْمَالِ يَبَاعُ أَصْلُهُ، رَقْمٌ: 9، 617/2، وَالبَخَارِيُّ فِي الْبَيْعِ، بَابُ مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أَبْرَ، رَقْمٌ: 2090، 768/2، وَمُسْلِمٌ فِي الْبَيْعِ بَابُ مَنْ بَاعَ نَخْلًا عَلَيْهَا ثَمْرٌ، رَقْمٌ: 1543، 16/5.

3- بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ أَخْذَ السَّلْعَةِ فِي التَّقْلِيْسِ كَابْتِدَاءِ شَرَائِهَا بِاللِّئْمَنِ الَّذِي فِي ذِمَّةِ مُشْتَرِيهَا، وَأَنَّ تَغْيِيرَ صِفَاتِهَا يَخْرِجُهَا مِنْ كَوْنِهَا هِيَ الْعَيْنُ الْمَشْتَرَاةُ، بِخِلَافِ الصَّوْفِ إِذَا جَزَّ فَإِنَّهُ يَرُدُّ بَعِيْنَهُ.

4- يَنْظُرُ شَرْحُ التَّقْنِينِ: 349/3، 350.

5- يَنْظُرُ الذَّخِيرَةُ: 186/6.

6- يَنْظُرُ التَّوْضِيْحُ: 486/5.

واستلم المكَتري الدَّابة وسكن الدَّار، ثمَّ أفلس قبل أن ينقده الأجرة، فهل يكون ربُّ الدَّار وربَّ الرَّاحلة أحقَّ بمتاع المفلس، أم يكون أسوة الغرماء؟.

فرَّق مالك بين ربِّ الرَّاحلة فجعله أحقَّ بالمتاع، وبين صاحب الدَّار فجعله أسوة الغرماء¹، فما الفرق بينهما رغم أنَّ الأجرة ثابتة في ذمَّة المفلس؟.

الفرع الأوَّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرِّقا بين الرّواحل وبين الدّور في أحقيّة المكري بالمتاع عند الفليس: (جعلوا الدّوابَّ بخلاف الدّور، وكأنَّ ظهور الإبل حائزة لما عليها؛ ولأنَّ في حملها لذلك من بلد إلى بلد تنمية للمتع. بخلاف الدّور التي لا تنمية فيها؛ ولأنَّها كالصّانع إذا أتيت به إلى منزلك؛ لأنَّ السّكان حائزون لأمتعتهم ومستولون عليها، فالدّور كالصّانع الذي جلبته إلى بيت ولم تأمنه على متاعك)².

الفرع الثّاني: تحليل الفرق.

الأصل أنَّ الرّهن وثيقة بدين يستوفي منها الدّائن حقّه عند عجز المدين عن أداء ما عليه، والمعنى في ذلك هو أنَّ حقَّ الدّائن متعلّق بعين الرّهن عند حول الأجل، فيكون أحقَّ به من غيره، وعلّة ذلك هي الحوز؛ لأنَّ من شرطه الحوز واستمراره؛ لقوله تعالى: ﴿بَرِهَنَّ مُمْبُوضَةً﴾³.

ولمّا كانت الإبل حائزة لما على ظهورها من المتاع فإنَّ ربَّ الرَّاحلة أحقَّ بالمتاع من غيره إذا أفلس المكَتري، اعتبارا بالرّهن بجامع الحوز.

وأیضا: فإنَّ الدّواب إذا حملت متاعا من بلد إلى بلد فلا يكون في العادة إلّا لطلب الأرباح، فيقدّر أنَّ ما زاد في قيمة المتاع كان بسبب هذه النّقلة، فيكون ربُّ الدّابة وكأته أعطاه هذه الزّيادة مقابل الأجرة، فيكون أحقَّ بها؛ كمن باعها فوجدها⁴، اعتبارا بربِّ الأرض يكري الأرض فيزرعها المكَتري، ثمَّ يفلس فإنَّ ربَّ الأرض أحقَّ بالزرع⁵ بجامع التّسمية، وبيان ذلك أنّه لمّا كان الزّرع الذي تنبته

1- ينظر المدوّنة: 86/4، التّهذيب: 643،644/3.

2- الجامع: 724/17.

3- سورة البقرة، الآية رقم: 282.

4- ينظر شرح التّلقين: 368/3.

5- ينظر المدوّنة: 561/3، التّهذيب: 508/3، النّوادر والزّیادات: 75/10.

الأرض كأنه جزء منها؛ لتولده عنها، فصار صاحب الأرض وكأنه باع طعاما ووجده بعينه، فيكون أحقّ به¹.

وهذا بخلاف ربّ الدّار فهو غير حائز لمتاع المكتري الموجود في الدّار المكتزاة، فلا يكون أحقّ بالمتاع عند فلس المشتري اعتبارا بالصّانع يُستجلب إلى البيت بجامع عدم الحوز، وبيان ذلك أنّه لما كان الصّانع حائزون لما في أيديهم من سلع للعمل فيها فإنهم أحقّ بها عند فلس أرباب السّلع². بخلاف ما إذا استجلب ربّ السلعة الصّانع إلى منزله، فإنّ الصّانع في هذه الحال يكون أسوة الغرماء³، وهذا يدلّ على أنّ النّاس حائزة لمتاعهم مادامت في منازلهم التي يسكنونها، ولا فرق في ذلك بين كون ربّ المتاع مالكا للدّار أو مكتر لها، وبالتالي فإنّ المكتري للدّار إذا أفلس فإنّ ربّ الدّار يكون أسوة الغرماء، ولا يكون أحقّ بالمتاع منهم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: صاحب الرّهن أحقّ بالرّهن عند فلس الرّاهن أو موته، والعلّة في ذلك هي الحوز، والبائع عند فلس المبتاع أحقّ بما باعه في الفلس دون الموت⁴، وما تردّد بين هذين الأصلين أحقّ بأكثرهما شبها، وبناء على ذلك فإنّ المتاع على ظهر الرّاحلة أقرب شبها بالرّهن منه بالسلعة المباعة؛ ولذلك كان ربّها أحقّ بما في ظهورها في الفلس والموت. أمّا الزّرع في الأرض المكزاة فهو أقرب شبها بالسلعة منها بالرّهن؛ ولذلك كان ربّ الأرض أحقّ بالزّرع في الفلس دون الموت.

ثانياً: علّة تقدّم المرتهن في الفلس والموت هي الحيّزة، وجريا على هذا الوصف فإنّ الصّانع وأرباب الرّواحل والسّفن أولى بما في أيديهم من المتاع عند فلس ربّ المتاع أو موته بجامع الحوز.

1- ينظر شرح التّفقين: 369/3، البيان والتّحصيل: 348/10، الذّخيرة: 188/8.

2- الصّانع في الفلس والفوت كالمرتهن. ينظر المدوّنة: 573/3، التّهذيب: 644/3.

3- قال ابن الموز: وسألته ابن القاسم عن الرّجل يؤجّر الرّجل بقرة يدرس له زرعاً فيدرس النّهار فينقلب بالليل، ثمّ يفلس صاحب الزّرع، قال: الدّارس أولى بالطّعام حتى يستوفى إجارته. قال ابن الموز: لأنّه - وإن انقلب في الليل - فإنّ الأندر بحاله لا ينقلب به، بخلاف الصّانع في دار الرّجل مثل الخياطة والصّباعة، وما شبه ذلك من الأعمال فينقلب فيتركها فلا يكون الصّانع أولى بها من الغرماء. البيان والتّحصيل: 437/10.

4- وذلك إذا خرج المبتاع من يده، وألفاه قائماً، أمّا إن لم يخرج من يده فهو أحقّ به في الفلس والموت. ينظر المقدّمات الممهّدات: 338/2، مناهج التّحصيل: 255/8.

ثالثًا: المعنى في تقدّم ربّ الأرض - إذا أكرى أرضاً لتزرع - عند فلس الأجير هو تنمية المال، ولا فرق بين مكري الأرض لزرعها، وبين الأجير على سقي زرع أو نخل أو أيّ أصل، فالمكري أحقّ بالغلّة في الفلس دون الموت، بجامع التّسمية.

رابعًا: الأجير على رعاية الإبل وحلابها وعلفها أسوة الغرماء في الفلس والموت رغم أثره في التّسمية، إلّا أنّ أثر الأجير على سقي الأصول أظهر فأهمل هنا.

خامسًا: متعلّق ما سبق ذكره ما إذا كان المفلس هو مشتري المنفعة بأن كان مستأجرًا أو مكتريًا، أمّا إذا كان المفلس هو بائع المنفعة، فإنّ مشتريها أسوة الغرماء إذا كانت الإجارة مضمونة ولم يقبض، ويكون أحقّ بها إذا كانت معينة، أو مضمونة وقبض.

المطلب الرَّابع: الفرق بين الوصية وبين سائر الحقوق في شهادة المرء لنفسه.

الأصل في القضاء أن يكون بالبيّنة، وهي شهادة رجلين عدلين، وقد تكون البيّنة عادلة إلّا أنّها تردّ للتهمة؛ كشهادة المرء لنفسه فإنّها تردّ بالإجماع¹، غير أنّ مالكا فرّق بين الوصايا وبين سائر الحقوق؛ فأجازها في الوصايا إذا كان ما ينال الشّاهد الموصى له قليلاً، وإلّا فلا. بخلاف سائر الحقوق فهي مردودة فيها مطلقاً².

فما الفرق عند مالك بين شهادة المرء لنفسه في الوصايا، فأجازها في القليل دون الكثير، وبين شهادته لنفسه في سائر الحقوق، فردّها مطلقاً، رغم أنّ التّهمة حاضرة في الجميع؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الوصايا فأجاز فيها شهادة المرء لنفسه إذا كان ما يناله منها قليلاً، وبين سائر الحقوق فمنعها مطلقاً: (وظاهر المدونة أنّه فرّق بين الوصية وغيرها، والفرق بينهما أنّ الوصايا فيها ضرورة؛ إذ قد يخشى الموصي معالجة الموت، ولا يحظره إلّا الذي أوصى له، ولا ضرورة في غيرها من الحقوق، وكما أجازوا شهادة الصّبيان بالضرورة، وشهادة النّساء فيما لا يطّلع عليه غيرهنّ، فكذلك هذا)³.

1 - بداية المجتهد: 247/4، مناهج التّحصيل: 107/8.

2 - المدونة: 30/4، التّهذيب: 593/3.

3 - الجامع: 448/19.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ التّهمة مؤثّرة في إسقاط الشّهادة إذا وُجد سببها؛ كشهادة المرء لنفسه، وشهادة الابن لأبويه، وشهادتهما له، وغيرها، والمعنى في ذلك هو الجريرة أو الدّفع؛ أي: جرّ نفع للشّاهد، أو دفع ضرر عنه، ولما كان المعنى في الإشهاد في الحقوق هو حفظها والحيلولة دون ضياعها، فإنّه لا فرق بين الوصايا وغيرها من الحقوق في ردّ شهادة المرء لنفسه باعتبار أنّ الوصيّة من الحقوق، غير أنّ المرء قد يحظره الموت، ويريد أن يوصي وليس معه أحد إلّا الذي يريد أن يوصي له، فإذا أعملت التّهمة في مثل هذه المواضيع فإنّه يؤدّي إلى نقض المقصود من الإشهاد، وهو ضياع الحقوق، فغلب جانب العدالة على التّهمة، فأجيزت الوصيّة، اعتباراً بشهادة النّساء في أمور الولادة وعيوب الأعضاء التي أجيزت للضرورة؛ لأنّ في ردّ شهادتهنّ - في مثل هذا الموضوع - يؤدّي إلي أمرين؛ ضياع الحقوق، أو اطلاع الرّجال على عورات النّساء، وكلاهما ممنوع، فلم يبق إلاّ قبول شهادتهنّ في مثل هذه المواضيع، واعتباراً - أيضاً - بشهادة الصّبيان في الجروح والدّماء؛ لأنّ ردّ شهادة الصّبيان فيما يحصل بينهم من الجروح والدّماء فيه إضاعة للحقوق؛ لأنّ مجالس الصّبيان في العادة لا يحظرها الكبار، فأجيزت شهادتهم للضرورة. بخلاف سائر الحقوق فليس ثمة ضرورة تدعو إلى قبول شهادة المرء لنفسه؛ لعدم تعدّد إشهاد الغير.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الشّهادة هي: (إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه)¹، فإذا دعي ليشهد ويستحفظ الشّهادة فهي التّحمل، وهي فرض كفاية، وإذا دعي ليشهد بما علم واستحفظ فهي الأداء، وهي واجبة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشّهَدَةَ﴾²، وذكروا لها إحدى عشرة مرتبة من حيث التّركية³.

1- أسهل المدارك: 212/3، وقد حدّثها ابن عرفة بأنّها (قول هو بحيث يوجب على الحكّام سماعه، والحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدّد، أو حلف طالبه). وفرّق ابن فرحون بينها وبين الرواية بأنّها: (إخبار يتعلّق بمعين.. وقال: ويقيد التّعيين تفارق الرواية). المختصر الفقهي: 225/9. تبصرة الحكّام في أصول الأفضية ومناهج الحكّام لابن فرحون، إبراهيم ابن علي، مكتبة الكليّات الأزهرية، دون بلد، ط2(1406هـ-1986م): 245/1.

2- سورة البقرة، الآية رقم: 282.

3- ينظر تبصرة الحكّام: 245/1.

ثانياً: المعنى في منع شهادة المرء لنفسه هي تهمة الجرّ أو الدّفع، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلّم: (لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين)¹، والظنّة التّهمة؛ أي تهمة الجرّ، وهي حاصلة بين المرء وبين نفسه، وبين الأقارب، وبين الزوجين.

ثالثاً: القاعدة أنّ الشّهادة تتبعّض إذا ردّت من جهة الشرع لا من جهة التّهمة، ومعنى ذلك أنّ الشّهادة إذا ردّ بعضها للتّهمة ردّت كلّها؛ كمن شهد لنفسه في وصية ولغيره، فإنّ الشّهادة تردّ في الجميع؛ في حقّه بسبب التّهمة، وفي حقّ غيره؛ لعدم تبعّض الشّهادة، وكشهادة رجلين لرجلين هما عدوّان لأحدهما، فتبطل في الجميع.

أمّا إذا ردّت من جهة الشرع فإنّها تتبعّض؛ كشهادة رجل وامرأتين على السرقة، فلا قطع على السارق بشهادة المرأتين، ويغرم المال بشهادة الرّجل، وكشهادة رجل وامرأتين بوصية وعتق، فإنّ الشّهادة تمضي في المال - أي الوصية - وتردّ في العتق².

رابعاً: ذكر خليل في التّوضيح أمثلة للجرّ، وهي³:

- 1- أن يشهد على مورثه المحصّن بالزّنا، أو بقتل العمد؛ لأنّه يتّهم أن يكون قد قصد قتله ليرثه.
- 2- أن يشهد أنّ مورثه أعتق عبداً، فلا تجوز شهادته؛ لأنّه يتّهم في قصد ولاءه.
- 3- أن يشهد أنّ رجلاً جرح ابن عمّ الشّاهد، أو غيره ممّن يرثه الشّاهد؛ لأنّه إذا مات يُقسم هذا الشّاهد ويستحقّ الدّية.

4- إذا شهد الوصيّ بدين للميت؛ لأنّه يجزّ بذلك النّظر في المال.

5- أن يشهد المنفق عليه للمنفق؛ لأنّه يخشى من تركه الشّهادة أن يقطع عنه النّفقة.

خامساً: تقبل شهادة الصّبيان فيما بينهم في الجراح والدّماء دون الحقوق بشروط، وذلك مروى عن عليّ وغيره⁴ ولا مخالف لهم، وللضّرورة الدّاعية إلى قبولها⁵.

1- أخرجه مالك في الموطأ في الأفضية، باب الشّهادات رقم: 2627، 104/4، والبيهقي في الشّهادات، باب لا تقبل شهادة خائن.

رقم: 20860، 339/10، وأبو داود في المراسيل، رقم: 396، ص 286، وضعفه الألباني في الإرواء: 292/8.

2- ينظر المعونة: ص 1520، التّبصرة: 5344/11، البيان والتّحصيل: 205/10، الدّخيرة: 273/10، وغيرها.

3- ينظر التّوضيح: 488/7.

4 - كابن الرّبير، ومعاوية.

5- ينظر شهادة الصّبيان؛ المعونة: ص 1522، الكافي: 908/2، المقدمات الممهّدات: 284/2، مناهج التّحصيل: 114/8.

سادسا: تقبل شهادة النّساء فيما لا يطّلع عليه الرّجال؛ كعيوب الفرج؛ لأنّ رفضها في مثل هذه المواضع يفضي إلى ضياع الحقوق، أو اطلاع الرّجال على عورات النّساء.

سابعا: وممّا تجوز فيه شهادة النّساء؛ الولادة والاستهلال والحيض، وعيوب الفرج، والرّضاع¹، واختلف فيما يقع بينهما في الأعراس والمآتم، والحمامات من الجراح؛ الجواز اعتبارا بشهادة الصّبيان²، والمنع جريا على الأصل.

المطلب الخامس: الفرق بين الملتقط، وبين المسكين يبيعان اللقطة في لزوم البيع.

الأصل في اللقطة التعريف بها سنة³ بغرض التعرّف على صاحبها، فإذا مضت السنّة ولم يظهر ربّها كان ملتقطها بالخيار بين استعمالها، أو التصدّق بها، أو بيعها، فإذا تصرف فيها ملتقطها بالبيع وظهر ربّها وألفاها قائمة بيد من ابتاعها فإنّ ابن القاسم فرق بين أن يكون البائع هو الملتقط فلا يكون لربّها إلا الثمن⁴، وبين كون البائع غير الملتقط - كمسكين تُصدّق بها عليه ثمّ باعها - فيكون ربّها مخيرا بين الثمن وبين نقض البيع⁵.

فما الفرق بين بيع الملتقط يكون لازما، وبين بيع المساكين للّقطة يبقى العقد موقوفا على إجازة ربّها رغم أنّ اللقطة لا تزال قائمة بيد من ابتاعها؟.

الفرع الأوّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين لزوم بيع الملتقط للّقطة، وبين عدم لزوم بيع المسكين لها بعد ظهور ربّها: (والفرق أنّ الملتقط باعها خوفا من ضياعها وأوقف له ثمنها، فلم ينتقض؛ لقوله صلّى الله عليه

1- ينظر شهادة النّساء المعونة: ص1552، النّبصرة: 8416/11، الكافي: 907/2، مناهج التّحصيل: 110/2.

2- القولين ذكرهما ابن الجلاب. ينظر التّفريع في فقه الإمام ماك لابن الجلاب: أبي القاسم عبيد الله بن الحسن، ت: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1 (1428هـ - 2007هـ)، 243/2.

3- والأصل في ذلك ما رواه زيد بن خالد عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنّ رجلا سأله عن اللقطة فقال: (اعرف عفاصها، ثمّ عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشاؤك بها). والحديث أخرجه مالك في الأفضية، باب: القضاء في اللقطة، رقم: 46، 757/2، والبخاري في كتاب اللقطة، باب: إذا لم يجد ربّ اللقطة بعد سنة، رقم: 2243، 836/2، ومسلم في كتاب اللقطة، باب: تعريف اللقطة وأنواعها. رقم: 1722، 133/5.

4- ينظر المدونة: 456/4، التّهذيب: 378/4.

5- النّوادر والزيادات: 481/10.

وسلم (فشأنه بها)، والمساكين إنّما باعوها على أنّها ملك لهم فلمستحقّها نقض بيعهم؛ كنقضه بيع المشتري في الاستحقاق)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في اللقطة ألا ينتقل ملكها عن صاحبها إلى غيره خلال السنة وبعدها، وبالتالي فإنّها بمنزلة الوديعة إلا أنّه يجوز التصرف فيها بعد السنة بيعة وتصدقًا واستعمالًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لمن جاءه يسأله عن اللقطة (اعرف عفاصها، ثم عرفها سنة، فإن جاءك، وإلا فشأنك بها)². ولما كان الأصل في اللقطة هو الأمانة، وأنّ القصد فيها هو الحفظ فإنّ الملتقط إذا باعها بعد السنة فإنّه يُنزّل منزلة الوكيل فينعقد البيع، وليس لربّها إذا ظهر بعد ذلك إلا الثمن؛ سواء كانت قائمة بيد المبتاع أم هلكت. بخلاف المتصدق بها عليه، فإنّ يده على اللقطة يد ملك، فإذا باعها ثم ظهر مالها بعد ذلك كان أحقّ بها، اعتبارًا بالمستحقّ يجد عين ماله بيد المشتري فيكون مخيرًا بين إمضاء البيع وبين نقضه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: عرف ابن شاس³ اللقطة بأنّها (مال لمعصوم معرض للضياع)⁴، وتقييد المال بالمعصوم لإخراج ما ليس بمعصوم؛ كمال الحربي والركاز وغيرها، وخرج بقيد التعريض للضياع ما كان بيد حافظ⁵. والالتقاط هو أخذ مال ضائع ليعرفه الملتقط سنة ثمّ التصرف فيه بعدها بشرط الضمان⁶.

ثانياً: القصد من الالتقاط هو الحفظ والتعريف غير أنّ الشرع أجاز للملتقط التصرف فيها بعد السنة، وبالتالي فإنّ يد الملتقط على ما التقطه - إذا قصد الحفظ - يد أمانة، فإذا تصرف فيها بالأكل

1- الجامع: 203/18.

2- سبق تخريجه.

3- هو عبد الله بن محمد بن نجم بن شاس ابن نزار، الجذامي السعدي المصري، جلال الدين، أبو محمد، شيخ المالكية في عصره بمصر، من أهل دمياط، مات فيها مجاهداً، والإفرنج محاصرون لها، من كتبه الجواهر الثمينة في فقه المالكية، وكان جدّه شاس من الأمراء، مات سنة: 616هـ، ترجمته في الديباج المذهب: 443/1، شجرة النور: 238/1.

4- عقد الجواهر الثمينة: 389/3.

5- وخصّ ابن عرفة اللقطة بما عدا الحيوان والأبق؛ ولذلك حدّها بقوله: إنّها (مال وجد يغير حرز محترماً ليس ناطقاً ولا نعماً). المختصر الفقهي: 22/9.

6- عقد الجواهر الثمينة: 988/3.

والتصدق بعد السنة ضمنها. بخلاف البيع مع استمرار قصد حفظ الثمن فلا يضمن، أمّا إذا أخذها الملتقط بقصد الاغتلال والاستعمال فإنه يضمن مطلقاً¹.

ثالثاً: الالتقاط لا ينقل ملك اللقطة من صاحبها إلى ملتقطها؛ ولذلك فإن الملتقط إذا أخذها بنية الحفظ، وتصرف فيها قبل السنة كان معتدياً، وإذا أخذها بنية الاغتلال وتصرف فيها كان غاصباً، وكان ربّها أولى بها إذا وجدها قائمة، وإذا أخذها بنية الحفظ، وتصرف فيها بعد السنة كان معتدياً، وكان ربّها مستحقاً باستثناء بيعها بنية حفظ ثمنها، فإن الملتقط بمنزلة الوكيل وربّها بمنزلة الموكل.

رابعاً: معنى قوله صلى الله عليه وسلم في حديث اللقطة: (فشأنك بها) أنّ الملتقط مخير بين أن يمسكها لصاحبها ويزيد في تعريفها، وبين أن يتصدق بها ويضمنها لصاحبها؛ ولذلك لا يحلّ للملتقط استعمال اللقطة إلا على وجه السلف، ولا يملكها².

خامساً: من شروط انعقاد البيع أن يكون العوض ملكاً للعائد أو لمن عقد له، وبناء على ذلك فإن من باع ملك غيره فإن البيع موقوف على إجازة المالك، ولا فرق في المذهب بين أن يكون المشتري عالماً بالتعدي أم ليس بعالم، فإذا حصل التعدي، ووجد مالك العوض عين ماله بيد المبتاع فهو مخير بين أخذ عين ماله، وبين أخذ الثمن من المبتاع، فإذا أخذ عين ماله، انفسخ البيع ورجع المبتاع على البائع بالثمن، وإذا فات المبيع فهو مخير بين ثلاث؛ أخذه كما هو، أو أخذ الثمن، أو أخذ القيمة يوم الغصب أو التعدي³.

سادساً: إذ أخذ ربّ اللقطة اللقطة من يد من ابتاعها من المساكين رجع المبتاع بالثمن على المساكين إن كان قائماً بأيديهم كما كان لربّها أخذ عينها منهم، وإن أكلوا ثمنها فلا رجوع⁴.

1- ينظر مواهب الجليل: 76/6، التاج والإكليل: 45/8، شرح الخرشي: 121/4، منح الجليل: 235/8.

2- ينظر المقدمات الممهّدة: 477/2.

3- الكافي: 848/2.

4- وقال ابن يونس: (الأولى أن يرجع المبتاع على الملتقط الذي سلط أيديهم عليها كما لو أكلوها). وفي رجوع الإنسان في عين ماله إن كان قائماً ولا رجوع إذا فات نظائر، هي: من أثاب من صدقة فظن أنّ ذلك يلزم، ومن ردّ ما تسلفه من أرض الحرب، ومن اشترى حاجة لغيره ثم تبين له أنها قامت عليه بأكثر، أو دفع ثوباً أرفع ممّا باع غلطاً، أو باع مرابحة ثم ذكر أنّه غلط، وما أصاب الخواج من الأموال ثم تابوا، ومن دفع زكاة أو كفارة لمن لا يستحقّها، ومن عليه نصف العشر فأخرج العشر. الجامع: 204/18، التاج والإكليل: 52/8.

المطلب السادس: الفرق بين السلطان وبين غيره يغتصبان منفعة في نقض الكراء.

الكراء عقد على المنافع، وقد يتعدّر استثناء المنفعة بسبب تلف العين المؤجرة، وقد يتعدّر بسبب التعدي على المنفعة مع بقاء العين قائمة، فإذا تلفت العين المؤجرة انفسخ الكراء بلا خلاف، أمّا إذا كان التعدّر بسبب التعدي فإنّ ابن القاسم فرق بين كون المتعدّي ممّن لا يمكن دفعه ورفعه إلى من يضرب على يده؛ كالسلطان فينتقض الكراء، وبين كونه ممّن تناله الأحكام فتكون المصيبة من المكثري ويمضي الكراء¹.

فما الفرق بين كون المتعدّي ممّن لا تناله الأحكام فيفسخ الكراء باعتدائه على منفعة المكثري، وبين كونه ممّن تناله الأحكام فلا ينتقض؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين اعتداء السلطان على العين المؤجرة فتكون المصيبة من ربّ العين، وبين اعتداء غيره فتكون المصيبة من المكثري: (لأنّ منع السلطان - الذي لا يستطيع دفعه - كمنع ما هو من أمر الله تعالى؛ كانهدام الدار أو غرقها في إبان الزراعة الذي لا يستطيع دفعه، وأمّا ما يستطيع دفعه فوجب أن تكون من المشتري؛ لأنّه إنّما اشترى سكنى فغصبت منه، كما لو اشترى عرضا أو حيوانا فغصب منه أنّ المصيبة منه لا من البائع؛ ولأنّ إن غرم الكراء رجع به إلى الغاصب فلم تقع عليه جائحة، والأوّل لا يستطيع الرجوع على أحد، فافترقا)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في الكراء أنّه عقد على المنافع؛ فإذا هلك المكثري قبل الشروع في استثناء المنفعة؛ كموت الدابة، وانهدام الدار، وغرق الأرض إبان الزرع، وغيرها فإنّ الكراء ينتقض كلّه أو بقيته إذا هلك قبل الشروع في استثناء المنفعة، والمعنى في ذلك هو تعدّر استثناء المنفعة بأمر لا يمكن رفعه، وهذا المعنى موجود في الغاصب يعتدي على منافع المكثري؛ كسكنى الدار، أو زرع أرض إذ كان المعتدي على المنفعة سلطان لا يمكن رفعه إلى من هو فوقه، فيفسخ الكراء، أمّا إذا كان المعتدي

1- ينظر التّوادر والزيادات: 351/10.

2- الجامع: 314/18، 315.

على المنفعة ممّن تناله الأحكام - برفعه إلى من هو فوقه - فإنّ عدوانه على منفعة الدّار لا يقتضي فسخ الكراء؛ لعدم تحقّق علّة الفسخ، وهي تعدّر استنفاء المنفعة بأمر لا يمكن رفعه. ولمّا كان الكراء عقد معاوضة على المنافع، وأنّ الشّروع في استنفاء المنفعة ينزّل منزلة الاستنفاء¹، فإنّه بالشّروع ينتقل الضّمان إلى المكتري، فإذا غصبت كانت المصيبة منه اعتباراً بضمان السلعة المبيعة بعد قبضها من المشتري، فإنّه إذا غصبت كانت مصيبتها منه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الغصب في عرف اللّغة² يطلق على أخذ ملك الغير - سواء كان رقبة أو منفعة - من غير رضا مالكة، وكذلك التّعدي والسّرقة والاختلاس وغيره من صنوف أخذ أموال الغير بغير وجه حقّ، غير أنّ الفقهاء استعملوا الغصب³ في أخذ أعيان الممتلكات على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوّة، واستعملوا التّعدي⁴ في أخذ المنافع، والتّصرّف في استنائها من غير إذن المالك ولا رضی منه، سواء كان للمتعدّي في ذلك يد بإذن أربابها أم ليس له في ذلك أيّ يد⁵.

ثانياً: فرّق الفقهاء بين الغصب، وبين التّعدي من عدّة وجوه⁶:

1- الغاصب ضامن للشّيء المغصوب يوم الغصب؛ لأنّ يده قبل الغصب لم تكن عليه. بخلاف التّعدي فإنّ المعتدي يضمن يوم التّعدي؛ لأنّ يده كانت على الشّيء بإذن ربّها قبل أن يعتدي على المنفعة.

2- الغاصب يضمن بالفساد اليسير، ولا يضمن المعتدي إلّا إذا كان كثيراً.

3- المعتدي يغرّم كراء ما اعتدى عليه، سواء اغتّل أو استعمل أو عطّل. بخلاف الغاصب فلا كراء عليه في أحد الأقوال.

1- بدليل أنّ الكراء المضمون إذا كان حالاً وشرع في الرّكوب فلا يحتاج إلى نقد الأجرة. ينظر المعونة، ص 1096.

2- جاء في لسان العرب: غصب يغصبه غصباً واغتصبه فهو غاصب، وهو أخذ الشّيء ظلماً. 648/1.

3- وحده ابن عرفة بقوله: (أخذ مال غير منفعة قهراً لا بخوف قتال). المختصر الفقهي: 253/7.

4- وحده ابن عرفة - أيضاً - بأنّه (الانتفاع بملك الغير بغير حقّ قصد تملك الرّقبة، أو إتلافه، أو بعضه دون قصد تملك). المختصر الفقهي: 257/7.

5- ينظر التّبيّهات المستنبطة: 177/3، مناهج التّحصيل: 401/8، وغيرها.

6- ينظر شرح التّلقين: 67/3، التّبيّهات المستنبطة: 1773/3، مناهج التّحصيل: 402/14، التّوضيح: 556/6.

ثالثاً: إذا طرأ على العين المؤجّرة ما يمنع من استقاء المنافع ممّا لا يمكن دفعه؛ كانهدام الدّار، وغور العين، وانهدام البئر، وغرق الأرض، أو قحط السّماء فإنّ الكراء يفسخ؛ سواء شرع في استقاء المنفعة أم لم يشرع في ذلك¹، والمعنى في ذلك هو تعدّر استقاء المنفعة بأمر لا يمكن دفعه.

رابعاً: جريا على هذا المعنى فإنّ السّلطان - وكلّ من لا تطاله الأحكام - ينزل منزلة الطّورئ التي يفسخ بها الكراء إذا طرأ على العين المؤجّرة؛ رقة أو منفعة.

خامساً: ألحقوا بالدّار يغتصبها السّلطان كلّ أمر بغلق حوانيت² وفنادق وغيرها، فيفسخ الكراء كلّّه، أو بقيّته إذا كان الأمر بعد الشّروع في استقاء المنفعة.

سادساً: جريا على هذه المعاني فإنّ كلّ ما يمنع المكثري من استقاء المنفعة من أمر غالب لا يستطيع دفعه فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله تعالى؛ وبناء على ذلك فإنّ من اكثري رحي مدّة فأصاب أهل ذلك المحلّ فتنة هجروا بسببها منازلهم فإنّه يوضع عنه من الكراء بقدر المدّة التي جلوا فيها عن منازلهم، وكذلك الفنادق تكثري أيّام المواسم يقلّ واردوها لفتنة أو خوف³.

سابعاً: إذا مكّن المكثري من استقاء المنفعة وتعدّر ذلك بأمر يمكن دفعه فإنّ الكراء لازم، وبناء على ذلك فإنّ من اكثري داراً أو أرضاً فلم يجد بذراً، أو سجنه سلطان، فإنّ الكراء يلزم⁴، وكذا إذا لم ينبت الزّرع، أو أصابته جائحة من غير جهة الشّرب، فإنّ كلّ ذلك لا يؤثّر على العقد⁵.

ثامناً: لا خلاف أنّ من غصب منفعة أنّه يضمنها. بخلاف غصب الرّقاب، فإذا ردّ الرّقبة سالمة فالمشهور أنّه يضمن غلّة ما استعمل من رباغ وحيوان. بخلاف ما عطّله؛ كالدّار يغلّتها، والدّابة بحبسها، والأرض يبورها فلا شيء عليه، وهو قول ابن القاسم، وهو المشهور⁶.

1- ينظر هذه المسائل المدوّنة: 533/3، 535، 538، التّهذيب: 482،487،488/3.

2- ينظر النّوادر والزيادات: 143/7، عقد الجواهر النّمينة: 288/8.

3- ينظر النّوادر والزيادات: 143/7، الجامع: 199/16. التّبصرة: 4949/10.

4- المدوّنة: 947/3، التّهذيب: 499/3.

5- ينظر المعونة: ص 1096.

6- ينظر المسألة الكافي في مذهب أهل المدينة: 944/2، مناهج التّحصيل: 447،448/8، المختصر الفقهي: 292/7، مواهب الجليل: 282/5، منح الجليل: 105/7، وغيرها.

المطلب السابع: الفرق بين المبتاع يُدعى بيد أمير غاصب، وبين غلته في الاستحقاق.

إذا حاز أمير غاصب أثناء ولايته دورا وأرضين، وبعد عزله ادعى عليه أقوام شيئا مما بيده - مما حاز - أنه غصبه منهم، وشهدت لهم بيّنة أنّ ما يدّعون على الأمير كان ملكا لهم قبل أن يصير إلى يد الأمير¹، فإنّه إذا أقام الأمير بيّنة أنّه يحوز ذلك منذ أكثر من عشرين سنة فإنّ الحيازة لا تنفعه، فيُقضى للمدعي بأخذ ما يدّعيه من حقّ، ولا يغرم الأمير شيئا من غلته².
فما الفرق بين المتاع وبين غلته بيد الأمير، رغم أنّه حاز المتاع أكثر من عشر سنين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين متاع يحوزه أمير غاصب فيدّعيه شخص فيأخذه، وبين غلته: (ملك - أي ملك المدعي - قد ثبت، وبيعه ممّن حاله ما وصفنا مشكوك فيه، فلا ينتقل ملك بالشك، والظالم قد ظهر شراؤه واغتّل فيما ظاهره الشراء فلا يردّ الغلّة من المستحقّ، إلّا أن يتبيّن الغصب مع اختلاف النّاس في أنّ الغلّة للغاصب بالضمان)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ المرء إذا أقام بيّنة على أنّه تصرف في مال المالك بالبناء والهدم والغرس وغيرها عشر سنين أنّ ذلك دليل على الملك، وبناء على ذلك فإنّ الأمير - حسب المسألة - إذا أقام بيّنة أنّ ما بيده يحوزه أكثر من عشر سنين فإنّ ذلك دليل على ملكيّته له.
فإذا أقام أحد الرّعية بيّنة على أنّ ما بيد الأمير كان ملكا له قبل أن يصير إلى الأمير، وادّعى أنّه صار إلى يده بغير وجه حقّ، ولم يقدّم البيّنة على ذلك، فإنّ دعواه هذه لا تسمع إذا لم يُعرف عن الأمير ظلم واعتداء على أموال النّاس؛ لأنّ العرف والعادة يكذبان هذه الدّعى، أمّا إذا كان الأمير معروفا بالظلم والاعتداء فيحتمل أن يكون سكوت المدعي هذه المدّة خوفا من سطوة الأمير وقهره، فتكون دعوته في هذه الحال مسموعة.

1- ولا يدرون بأيّ صفة صار ذلك إلى الأمير، فذلك يوجب للمدعي أخذ حقه من الأمير ما لم يقدّم بيّنة تثبت أنّ ما صار إليه كان بوجه حقّ من شراء وغيره، وهو قول ابن القاسم في العتبية. ينظر التّوادر والزيادات: 365/10.

2- عدم اعتبار حيازة الأمير في هذه الحال دليل على الملك، هو قول سحنون. ينظر المرجع السابق: 366/10.

3- الجامع: 357/18.

فالملك ثابت للمدعي بالبيّنة قبل انتقالها إلى يد الأمير، وهو أمر مقطوع به، وحياسة الأمير للشّيء مدة عشر سنين دليل على انتقال الملك إليه، غير أنّ ما عرف به من الظلم والاعتداء يجعل أمر انتقال الملك إليه أمرا مشكوكا.

ولمّا كان اليقين لا يزول بالشكّ فإنّ ملكيّة الشّيء تبقى ثابتة للمدعي استصحابا، فيُقتضى له باسترداد ما بيدي الأمير بعد عزله.

وأیضا: لمّا كانت غلّة المغصوب ممّا اختلف النَّاس فيها؛ هل يغرمها الغاصب أم لا - رغم ثبوت الغصب عليه - كان الأمير الغاصب أولى بعدم إغرامه الغلّة؛ لعدم ثبوت الغصب، بدليل الحياسة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: الأصل أنّ من بنى وغرس في أرض أو اغتلّ منها، ثمّ قام مستحقّ بعد ذلك فإنّ المستحقّ يأخذ الأرض، أمّا النّماء - غلّة كان، أو بناء، أو غرسا - ففيه تفصيل:

1- فإذا كان غلّة؛ فالمشهور أنّ المستحقّ منه يغرمه إذا كان تصرفه في المستحقّ من غير شبهة ملك، وإذا كان تصرفه بشبهة ملك فلا يغرم؛ لقوله صلى الله عليه وسلّم: (الخراج بالضمان)¹.

2- إذا كان النّماء بناء أو غرسا فإنّ صاحب الأرض مخیر بين أخذ أرضه براحا، ويأمر المستحقّ منه بقلع الغرس وإزالة البناء، وبين أخذها ببنائها وغرسها، ويعطي المستحقّ منه قيمة بنائه وغرسه مقلوعا²، هذا إذا كان تصرفه في المستحقّ بغير شبهة ملك، والمعنى في ذلك هو أنّ المستحقّ منه معتد، أمّا إذا تصرف بشبهة ملك فإنّ المستحقّ مخیر بين أن يأخذ أرضه ببنائها وغرسها، ويعطي للمستحقّ منه قيمة البناء والغرس قائما، أو يأخذ قيمة أرضه براحا، فإن أبا كانا شريكين؛ المستحقّ منه بنمائه والمستحقّ بأرضه³.

ثانيا: يكون تصرف المستحقّ منه في المستحقّ تصرفا بشبهة ملك إذا تصرف في الشّيء يظنّه له ويتبيّن خلافه، ويكون في حالة ما إذا أحميا مواتا، أو ورث من غير غاصب، أو ابتاع أو اكرى، أو استعار، أو وهب له من غاصب ولم يعلم واحد منهم بالغصب.

1- سبق تخريجه.

2- ينظر المدونة: 189/4، التهذيب: 98/4.

3- ينظر المدونة: 192/4، 531. التهذيب: 103/4، 111، 486.

ثالثاً: المعنى في إلزام الغاصب بقلع البناء والغرس هو أنه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له؛ لأنّه مُلكٌ معتد، والمعتدي ظالم، والظالم لا حرمة لماله¹، أمّا المتصرّف بشبهة ملك فإنّه دخل على أنّه مالك، وتصرّف بناء على ذلك فلم يكن ظالماً، فكان لماله حرمة²، والمعنى في جعل ربّ الأرض بالخيار هو أنّه مالك، والمستحقّ منه له شبهة ملك، وما ثبت ملكه مقدّم على من له شبهة ملك³، وهذا التعليل يقتضي ألاّ يختلف الحكم في كون الأرض قليلة الثمن أو كثيرة⁴.

رابعاً: إذا انتهت مدّة الإيجار فإنّ المستأجر لأرضٍ للغرس يعامل معاملة الغاصب؛ فيخبر بين أخذ أرضه براحا وبين أخذها بقيمة الغرس مقطوعاً؛ وبين أن يكونا شريكين في الغرس⁵، والمعنى في ذلك هو أنّ الإجارة تقتضي تسليم الأرض بعد انقضاء المدّة فارغة من تعلق حقّ المستأجر اعتباراً بالمتاع والطعام يكونان فيها⁶.

خامساً: الحيابة وضع اليد على الشيء والتصرّف فيه⁷، والمشهور أنّها تفيد الملك إذا كانت من أجنبي بأربعة شروط⁸، وذهب ابن رشد إلى أنّها تدلّ على الملك؛ أي: أنّها أمانة عليه⁹، وبيان ذلك

1- لقوله صلى الله عليه وسلم: (ليس لعرق ظالم حق). أخرجه مالك في الموطأ في الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات. رقم: 26، 743/2، والبخاري في الحرت والمزارعة باب من أحيا أرضاً مواتاً، وغيرها.

2- ينظر المعونة: ص 2220، 2224.

3- وقيل المعنى هو تغليب أحد الضررين؛ أي أنّ مالكا ذهب إلى تغليب حكم الأرض؛ لكونها أكثر ثمناً ممّا بني فيها أو غرس، وما عظم كان أعظم حرمة ممّا قلّ ثمنه، وهذا يقتضي أنّ الأمر لو كان بالعكس لكان البناء هو المغلب وكان للمشتري الأرض، ولصاحبها قيمتها. ينظر شرح التلقين: 256/3.

4- المرجع نفسه.

5- ينظر المدونة: 530/3، التهذيب 486/3.

6- ولأنّ فائدة حصر العقد بالمدّة هي تقدير المنفعة المستوفاة بها وانقطاعها فيما بعدها، وفي تيقية الغراس بعد المدّة إبطال لفائدة التّحديد والتّقدير وخلافاً لموجب العقد ينظر المعونة، ص 1104.

7- حاشية الصاوي على أقرب المسالك: 319/4.

8- وهي التصرّف في الملك بالهدم والبناء وغيره، وأن يكون المدعي حاضراً، وأن يكون ساكناً، وألا يكون ثمة شيء من خوف وغيره يمنعه من المطالبة مدّة عشر سنين فأكثر.. ينظر هذه الشروط تحبير المختصر: 216/5، مواهب الجليل: 221/6، شرح الخريشي: 242/7، وغيرها.

9- قال ابن رشد: (الحيابة لا تنقل الملك عن المحوز عليه للحائز اتفاقاً، لكنّها تدلّ على الملك؛ كإرخاء الستور، ومعرفة العفاس، والوكاء، فيكون القول قول الحائز مع يمينه). البيان والتحصيل: 145/11.

أنّ الإنسان إذا رأى غيره يتصرّف في ملكه تصرّف المالك بالهدم والبناء والإجارة والرهن، وهو ساكت، وليس ثمة مانع يمنعه من مطالبته ومرافعته فإنّ العرف والعادة يدلّان على أنّ ذلك لو لم ينتقل عن ملكه لما سكت، فإذا قام بعد سنين يطالب الحائز ويقيم البيّنة أنّ ذلك على ملكه صار مدّعياً لغير العرف، فلم يقبل قوله، ولا ينظر إلى بيّنته، والقول قول الحائز أنّه صار إليه بوجه حق¹.
سادساً: حيازة الأمير الغاصب لما ادّعاه عليه المدّعي لم يكن دليلاً على ملكه، ولا شاهداً عليه؛ لعدم اكتمال أركان الحيازة، وهو عدم وجود المانع، لأنّ سكوت المدّعي كان خوفاً من سطوة الأمير وقهره.
سابعاً: الأمير الظالم في هذه المسألة عومل معاملة الغاصب في الرقبة، فيقضى للمدّعي باسترداد ملكه، وعومل معاملة المشتري أو المكتري من الغاصب في التّماء، فلم يغرم غلّة، ولم يحكم عليه بأخذ قيمة بنائه وغرسه مقلوعاً، وإتّماً يأخذه قائماً.

المطلب الثامن: الفرق بين المحابي في الكراء وبين المكتري يترك قيمة الهدم في الضمان.

إذا اشترى الرّجل داراً ثمّ أكرهاها من رجل فتعدّى عليها المكتري بالهدم، ثمّ ظهر بعد ذلك مستحقّ، فإنّه يتبع المكتري المعتدي بالهدم، ولا فرق في ذلك بين أن يبرئه المكري من قيمة الهدم وبين ألا يبرئه². أمّا إذا كان مكري الدّار وارثاً، وحابي في الكراء، فإنّه إذا طرأ وارث بعد ذلك فإنّه يرجع على المكري - بعد أخذ حصّته من الكراء - بقيمة ما حابي به إن كان مليوناً³.
فإذا كان المكري واهباً بما حطّ به من قيمة الكراء في المسألة الثّانية، وواهباً لقيمة الهدم حين أبرأ منه المكتري المتعدي في المسألة الأولى، فما الفرق بين المحاباة في الكراء حيث يرجع المستحقّ على المكري المحابي، وبين الإبراء من قيمة الهدم؛ بحيث يرجع المستحقّ على المكتري، رغم أنّ المكري في المسألتين واهب لمال غيره؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين ما تركه المكري من قيمة الكراء، وبين ما حاباه به من الكراء: (أنّه في المحاباة دفع حقّاً كان بيده للمستحقّ إلى هذا المكري، فوجب أن يبدأ بالرجوع على متلف شيء؛

1- ينظر الجامع: 515/18. مناهج التّحصيل: 146/8.

2- ينظر المدوّنة: 193/4، التّهذيب: 104/4، 105.

3- المرجعان السابقان: 107/4، 196/4.

لأنّ الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وفي تركه القيمة للهادم لم يتلف له شيئاً كان بيده، إنّما ظنّ أنّه وجب له شيء قبل هذا المعتدي فتترك أخذه منه، فإذا كان ذلك لك أيّها المستحقّ فخذته أنت منه، فما أتلف لك من يد بخلاف ما ترك أخذه لك، فهذا مفترق¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ من أتلف مال غيره ضمن، وأنّ الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وبناء على ذلك فإنّ:

- المحابي إذا حابى في الكراء فإنّ مقدار ما حطّ من قيمة الكراء بمنزلة حقّ كان بيده فدفعه للمكثري، وفي الوقت نفسه يكون قد مكّن المكري من استقاء جزء من المنفعة بلا عوض، فيصدقّ عليه القول إنّّه أتلف ذلك الحقّ بالمباشرة؛ لأنّه كان بيده فأسقطه، كما يصدقّ عليه القول إنّّه أتلفه بالتسبّب؛ لأنّه مكّن غيره وسلّطه على جزء من منافع الدار بلا عوض، وبظهور الوارث الطارئ صدقّ عليه القول إنّّه أتلف مال غيره مباشرة إذا كان عالماً به، وبالتسبّب إذا لم يكن يعلم بوجوده، ولما كان العمد والخطأ في الأموال سواء غرم المكري ما أتلف، فيرجع الوارث الطارئ عليه بقيمة ما حطّ من الكراء.

- المكري إذا أكرى داراً فقد ملك المكثري منافع الدار بعوض دون رقبته، فإذا وضع المكثري يده عليها فقد خرجت من يد المكري، فإذا تعدّى عليها بالهدم فقد تعدّى على شيء قد خرج من يد المكري، وبالهدم وجبت قيمته في ذمّته، فالمكري لم يسلّط المكثري على منافع الدار؛ لأنّه أكرأها منه بعوض، وأيضاً لم يسلّطه على رقبته الدار؛ لأنّها خرجت من يده بوضع المكثري يده عليها، فإذا أبرأه من قيمة الهدم فقد ترك حقّاً كان يظنّ أنّه له وتبيّن خلافه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الاستحقاق أن يكون الشيء بيد الشخص ثمّ يظهر أنّه حقّ لشخص آخر بما تثبت به الحقوق شرعاً²، والمستحقّ من يده إمّا أن يكون الشيء المستحقّ صار إلى يده بشبهة ملك؛ كالكراء،

1- الجامع: 461/18.

2- عرّف ابن عبد البرّ الاستحقاق بأن (يقضى للرجل بشيء يدعيه في يد غيره بعد أن يحلف أنّه ما باع الشيء، ولا وكلّ على بيعه، ولا وهبه، ولا تصدّق به). وقريب منه تعريف ابن رشد حيث عرّفه بقوله: (أن يحقّ الرجل الشيء لنفسه بما تثبتت به الحقوق ويقضى بأهلها، فإذا أقام وجب الحقّ ولزم القضاء). الكافي: 882/2، المقدمات الممهّدات: 503/2.

والميراث، والهبة، والصدقة، وغيرها، وقد يصير إليه بغير وجه شبهة؛ كالغصب، والسرقة.. والمستحقّ منه قد ينتفع بالشيء المستحقّ وقد يستهلكه، وقد يهبه أو يبيعه.

ثانياً: قال مالك فيمن غصب طعاماً أو عرضاً، ثمّ وهبه واستهلكه الموهوب له، أنّ المستحقّ يرجع على الواهب إذا كان مليئاً، وإلاّ على الموهوب له¹، قال ابن يونس موجّهاً قول مالك هذا: (لأنّته كالمعتدي، والموهوب غير معتد، والظالم أحقّ أن يحمل عليه، فإن لم يوجد، أو لم يقدر عليه، أو كان عديماً كان للمستحقّ أن يرجع على الموهوب؛ لأنّته يقول: الموهوب وضع يده على مالي، وانتفع به خطأ، فوجب عليه غرمه؛ لأنّ الخطأ والعمد في أموال النّاس سواء)²، وهذا المعنى موجود في المشتري طعاماً ثمّ يستهلكه، فيقتضي ألاّ يبدأ به المستحقّ، غير أنّ مالكا ذهب إلى خلاف ذلك، وقال برجوعه على المشتري³، وفرّق ابن يونس بينهما بقوله: (المشتري إذا أغرمه المستحقّ رجع بثمنه على الغاصب، والموهوب إذا أغرمه لم يرجع؛ إذ لا عهدة له على الغاصب، وهو يقول: لم ألبس على معاوضة، فلا يرجع على إذا كان من يرجع عليه)⁴.

ثالثاً: إذا كان الواهب غير غاصب فإنّ المستحقّ يرجع على الموهوب، وهو قول ابن القاسم في غير المدونة⁵، وقد ألزم بالتناقض بين قوله هذا وبين ما ذهب إليه في مسألة الوارث إذا حابى، وكان الوارث غير عالم بوجود وارث⁶؛ لأنّ كلّاً من الواهب والوارث تصرف بوجه شبهة، فذاك مشتر واهب لملك غيره، وهذا وارث أسقط جزء من قيمة الكراء⁷، والفرق بين المسألتين هو أنّ الواهب مكّن الموهوب من مال الغير؛ أي: رقبته، والموهوب له أتلف الرّقبة بالمباشرة، أمّا الوارث فلم يمكّن

1- المدونة: 178/4، التّهذيب: 68/4.

2- الجامع: 318/18.

3- فقد ذهب إلى أنّ من اشترى قمحا فأكله، أو ثيابا فلبسها حتى أبلاها، أو حيوانا ذبحه، ثمّ استحقّ ذلك رجل أن يضمّنه القيمة أو المثل. ينظر المدونة: 198/4، التّهذيب: 110/4.

4- الجامع: 319/18.

5- النّوادر والزّیادات: 412/10.

6- والوارث قد يكون ابناً للميت فيحجب الوارث حجب حرمان، وقد يكون أخاً له فيحجبه حجب نقصان.

7- وفرّق بينهما المازريّ بقوله: (والمشتري بخلاف الوارث، لكنّه قد دفع فيما وهبه مالا، والمشتري ضامن والوارث لم يدفع مالا، وقد يتّهم في أنّه عالم فيصير كالغاصب، ولا يتّهم المشتري لكونه دفع مالا). شرح التّلقين: 106/3.

المكتري من رغبة الدار، وإنما مكّنه من منافعها، وإتلاف المنفعة غير إتلاف الرّبة، بدليل أنّ المستحقّ لو وجد الشيء الموهوب فله إبطال الهبة دون الرجوع فيما اغتله، وهذا دليل على أنّ استعمال المنفعة ليس من قبيل إتلاف المال.

فابن القاسم يرى أنّ الوارث - حين حطّ من قيمة الكراء - متلفاً بالمباشرة، أمّا استغلال المنفعة فليس من قبيل الإتلاف عنده.

رابعاً: المتصرّف في مال الغير قد يكون معتد، وقد يكون تصرّفه بوجه شبهة؛ فإذا كان معتد ضمن مطلقاً، سواء كان متلفاً بالمباشرة، أو ممكناً للغير؛ ولذلك ضمن الغاصب مطلقاً، والموهوب له إذا كان عالماً بالغصب، وكذا المكتري الهادم، وإذا كان متصرّفًا بوجه شبهة؛ كأن يكون مشترياً من غاصب، أو موهوباً له من غاصب، ولا يعلم بالغصب، أو وارثاً ولا يعلم بوجود وارث، فإنّه يضمن إذا كان متلفاً بالمباشرة، ولا يضمن إذا كان ممكناً للغير؛ ولذلك لا يضمن الواهب غير الغاصب.

خامساً: الأصل أنّ المتلف لمال الغير ضامن؛ سواء كان معتدياً أو متصرّفًا بوجه شبهة، وألّا فرق عند ابن القاسم بين الإتلاف بالمباشرة أو الإتلاف بالتّمكين، وأنّ التّمكين من المنفعة ليس من قبيل الإتلاف عنده، وإنّ الخطأ والعمد في أموال النّاس سواء.

سادساً: أسباب الضّمان في الشريعة ثلاثة؛ الإتلاف، والتسبّب في الإتلاف¹، ووضع اليد العادية².
المطلب التاسع: الفرق بين استحقاق السلعة وبين استحقاق عوض الثمن في الرجوع بالثمن أو القيمة.

إذا اشترى سلعة بدنانير أو دراهم ولم يدفع المشتري الثمن، وقبل أن ينقده الثمن تراضياً المبتاع والبائع على عرض ينقده المبتاع بدلاً عن الدنانير أو الدراهم، ثم وقع بعد ذلك استحقاق لأحد العوضين - السلعة المشتراة، أو العرض المنقود عوضاً عن الدنانير أو الدراهم - فإذا كان المستحقّ هو السلعة فإنّه ينظر إلى قيمة العرض المنقود؛ فإذا كانت مساوية للثمن رجع المشتري على البائع

1 - ينظر شرح التّفقين: 64/3، الذّخيرة: 259/8.

2 - وسماها القرافي اليد المؤتمنة وضدّها اليد المستحقّة، وهي يد الاستيلاء على الشيء، والحيلولة بينه وبين مالكه، وتكون في المنقول بالنقل، وفي العقار بالاستيلاء. ينظر الذّخيرة: 259/8، شرح التّفقين: 64/3. عقد الجواهر الثمينة: 864/3، جامع الأمّهات: ص 409.

بالدنانير أو الدراهم التي كانت ثمنًا، وإذا كانت قيمة العرض أقلّ من الثمن رجع عليه بقيمته¹، أمّا إذا كان المستحقّ هو العرض المنقود فإنّه يرجع بالدنانير أو الدراهم التي كانت ثمنًا، ولا ينظر إلى قيمة العرض المنقود².

فما الفرق بين استحقاق السلعة المشتراة ينظر فيها إلى قيمة العرض المنقود بالنسبة للثمن، وبين استحقاق العرض نفسه يرجع بالدنانير، ولا ينظر إلى قيمته؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقًا بين استحقاق السلعة المشتراة، وبين استحقاق العرض المنقود في وجوب الرجوع إلى قيمة العرض: (والفرق بين استحقاق السلعة الأولى - السلعة المشتراة - أنّا نجعل كأنّه باع الأولى بمئة فدفع في المئة هذه السلعة الثانية - العرض المنقود - فإن كانت تساوي مئة ثمّ استحقّت رجع بالمئة، وإن كانت تساوي خمسين فكأنّه أخذ من المئة ثمن سلعته، ورجع بثمنها وبما وهبه؛ لأنّها هبة للبيع تنتقض بانتقاضه، وأمّا إن استحقّت السلعة فباستحقاقها بطل ثمنها، فلو لم يدفعه لم يكن عليه شيء، وإن دفعه أو بعضه رجع بما دفع)³.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من باع سلعة بدنانير وأخذ مكانها عرضا فقد آل الأمر إلى وجود صفتين؛ الصّفقة الأولى يكون فيها المثمنون سلعة مقبوضة، والثمن دنانير لم تتقد، وصفقة أخرى يكون فيها المثمنون عرضا عوضا عن الدنانير المعقود عليها في الصّفقة الأولى، والثمن هو الدنانير التي كانت ثمنًا في الصّفقة الأولى.

فإذا كانت قيمة العرض المنقود أقلّ من ثمن السلعة الأولى، فإنّ الأمر يؤول مرّة أخرى إلى كون البائع قد وهب المشتري الفرق الموجود بين قيمة العرض المنقود، وبين ثمن السلعة الذي استقرّ في ذمّة المشتري قبل نقد العرض؛ وبناء على ذلك:

1- وهو قول مالك وأصحابه، وروى ابن القاسم عن مالك أنّه يرجع بالدنانير. ينظر التّوادر والزيادات: 462/6.

2- ينظر المدونة: 199/4، التّهذيب: 111/4.

3- الجامع: 468/18.

فإنه إذا استحق المثلون في الصفقة الأولى - وهو السلعة المشتراة - انتقضت الصفقة، واستحق المبتاع الثمن بانتقاضها، ولما كانت هذه الدنانير المستحقة هي ثمن العرض في الصفقة الثانية فإن هذه الصفقة لا تنتقض؛ لأن المستحق فيها هو الثمن، فيرجع المبتاع على البائع بالدنانير ولا يرجع عليه بالعرض، هذا هو الأصل ويستثنى من ذلك ما إذا كانت قيمة العرض أقل من الثمن؛ لأنه حينئذ إذا رجع بالدنانير يكون قد رجع بقيمة العوض والهبة - التي هي الفرق بين قيمة العرض و ثمن السلعة - ولما كانت الهبة للبيع تنتقض بانتقاض البيع فإن المبتاع يرجع بقيمة العرض ولا يرجع بالدنانير.

هذا إذا استحققت السلعة التي هي مثلون الصفقة الأولى، أما إذا استحق العرض في الصفقة الثانية بطلت الصفقة وأضحى المبتاع وكأنه لم يدفع شيئاً من ثمن السلعة، فيرجع عليه البائع بالثمن، وهو الدنانير أو الدراهم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الأصل أن استحقاق المعين مبطل للبيع بخلاف ما لا يتعين، وبناء على ذلك فإنه:

1- إذا كان الثمن عيناً واستحق فإنه يتعين على المبتاع الرجوع بالثمن ثانياً، ويستثنى من ذلك ما إذا كان المثلون حلياً أو آنية من ذهب أو فضة فإن البيع ينتقض¹؛ لأنه صرف²، وقال ابن يونس معللاً ذلك: (لأنه اليوم يتم البيع فيصير بيع ذهب بفضة إلى أجل، ففارق غيره من البياعات، ففسخوا البيع فيه وإن كان قريباً).

2- إذا كان المثلون عرضاً وكان الثمن عيناً، فإن البيع ينتقض إذا استحق المثلون، ولا ينتقض إذا استحق الثمن.

3- من باع عرضاً بعرض واستحق أحد العوضين فللمستحق من يده الرجوع في عرضه الذي دفعه أو أخذه بعينه إن كان قائماً، وإلا أخذ مثله أو قيمته.

1- وقال ابن القاسم: من اشترى إبريق فضة بدنانير أو دراهم، واستحققت الدنانير أو الدراهم فإن البيع ينتقض. ينظر المدونة: 24/3، التهذيب: 110/3.

2- الجامع: 449/12.

ثانياً: من عقد على شيء ونقد غير ما عقد عليه آل الأمر إلى انعقاد صفتين؛ بحيث يكون الثمن في الصفقة الأولى نفسه في الصفقة الثانية، ويكون صرفاً إذا كان الثمن وال عوض المنقود عينا، وإذا كان أحدهما عرضاً والآخر عينا كانت بيعاً، وبناء على ذلك فإنه:

1 - إذا استحقّ العوض المنقود انتقضت الصفقة الثانية، ورجع البائع على المشتري بالثمن؛ لأنه إذا كان العوض المنقود عينا كانت الثانية صرفاً متأخراً، وإذا كان عرضاً كان بيعاً، والبيع ينتقض باستحقاق العرض.

2 - إذا استحقّ المثلون - وكان عرضاً - انتقضت الصفقة الأولى، وبانتقاضها تنتقض الصفقة الثانية، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الثمن في الأولى عينا وكان العوض المنقود عرضاً، ففي هذه الحالة يرجع المبتاع على البائع بثمن الأولى ما لم تكن قيمة العرض المنقود أقلّ من ثمن الأولى فحينئذ يرجع بقيمته.

ثالثاً: القاعدة أنه عند انتقاض الصفقة الثانية - سواء كانت بيعاً أو صرفاً - فإن الرجوع يكون بثمن الأولى؛ سواء كان عينا أو عرضاً¹.

المطلب العاشر: الفرق بين المغصوب منه يدرك عين ماله بيد المبتاع، وبين من شهدت البينة بموته ووجد عين ماله بيد المبتاع في نقض البيع.

إذا باع الغاصب ما غصب²، ثمّ وجده ربه بيد المبتاع قائماً لم يفت، فهو مخير بين نقض البيع وأخذ المغصوب من يد المبتاع³، وبين إجازة البيع وإمضائه والرجوع على الغاصب بالثمن⁴. وإذا شهدت البينة بموت أحدهم وبيعت تركته، ثمّ قدم المشهود له بالموت حياً ووجد ماله قائماً بيد المبتاع فله أخذه بثمنه ولا سبيل له إلى نقض البيع⁵.

1- والضابط لأحكام هذه المسائل - كما قرّر الإمام المازري - هو أنه (إذا وقع البيع بأحد التقدين، وأخذ عنه الآخر من النقد، واستحقّ العوض المبيع، فإن الرجوع بما نقد، وإن أخذ عنه عرض فالرجوع بما عقد، والعين عن العين بما نقد، والعرض عن العين بما عقد) شرح التقيين: 309/3.

2- أو باع السارق ما سرق والوارث ما ورثه، وجاء المستحقّ وظهر الوارث وغيرهما من مسائل الاستحقاق.

3- ويرجع المبتاع بالثمن على الغاصب، أو السارق، أو الوارث.

4- ينظر المسألة المدونة: 175/4، التهذيب: 85/4.

5- ينظر المسألة المرجعان السابقان: 120/4، 208/4.

فما الفرق بين مسألة استحقاق المغصوب؛ حيث يحقّ للمستحقّ نقض البيع، وبين مسألة المشهود له بالموت ليس له نقض البيع، رغم أنّ كلا من التركة والمال المغصوب استحقاقاً من يد المبتاع؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين مسألة استحقاق المغصوب يكون للمغصوب منه نقض البيع، وبين مسألة المشهود له بالموت يقدم حيّاً، وقد بيعت تركته ليس له حقّ النّقض: (لتولّي الحاكم بيع ذلك قياساً على ما بيع في المغنم؛ لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم للذي وجد بعيره في المغنم: (إن وجدته فخذ، وإن قسم فأنت أحقّ به بالتّمن)¹2).

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ من باع ملك غيره من غير إذنه فإنّ العقد يبقى موقوفاً على إجازة المالك؛ إن شاء أمضى البيع وأخذ الثّمن، وإن شاء ردّه وأخذ عين شيئه، وجرباً على هذا الأصل فإنّ المستحقّ إذا وجد عين ماله بيد المبتاع (المستحقّ منه) فهو بالخيار بين ردّ البيع وأخذ عين شيئه، وبين إمضائه والرّجوع على البائع بالتّمن.

وبناء على ذلك فإنّ من شهدت بيّنة بموته³، وباع الحاكم تركته، ثمّ قدم المشهود له بالموت حيّاً ووجد عين ماله قائماً، فهو مخيّر بين إمضاء البيع وبين نقضه، غير أنّ البيع هنا لما كان بيع نظر واجتهاد - لأنّ الذي تولّى عمليّة البيع هو الإمام، واجتهاد الإمام لا ينقض - فإنّ ما باعه الإمام على المشهود له بالموت لا ينقض - وإنّ وجده قائماً بيد المبتاع - اعتباراً بمن وجد بعيره في المغنم، وبيان ذلك أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم لما جعل قسمته للمغنم مانعة لربّ البعير من أخذ بعيره، فإنّ بيعه لتركة المشهود له بالموت مانعا له من أخذها إذا قدم حيّاً، وله أخذ تركته بثمنها أو بثمن ما بقي منها لم يفت.

1- والحديث رواه ابن عباس رضي الله عنه - وهو أنّ رجلاً جاء إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقال: إنّي وجدت بعيري في المغنم كان أخذه المشركون، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: (انطلق فإن وجدت بعيرك قبل أن يقسم فخذ، وإن وجدته قد قسم فأنت أحقّ به بالتّمن). رواه البيهقي في الكبرى في السير، باب من فرّق بين وجوده قبل القسم.. رقم: 18225، 188/9، والدّارقطني في كتاب السير، رقم: 4199، 200/5،

2- الجامع: 497/13.

3- وجاءت البيّنة بما تعذر به، كأن يرى في معركة صريعاً بين الموتى، أو يشهدوا على شهادة غيرهم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: القاعدة الضابطة لهذا الفرق¹ هي أن ما باعه الإمام يظنه لرجل فإذا هو لغيره فربّه أحقّ بثمنه، ويندرج تحت هذه القاعدة ما يلي:

1- من شهدت البيّنة بموته وبيعت تركته، وقدم المشهود له بالموت حيّاً، وأنت البيّنة بما تعذر به، فإنّ المشهود له أحقّ بمتاعه بثمنه.

2- من أوصى بحجّ أو غيره ثمّ مات وبيعت تركته وأنفذت وصيته، ثمّ استحققت بعد ذلك رقبته، فلا يضمن الوصي ولا متولّي الحجّ شيئاً إذا كان معروفاً بالحرّيّة قبل ذلك، وما بيع من تركة أو أنفذ من وصيّة فلا يأخذه المستحقّ إلّا بثمنه².

3- إذا باع الحاكم حقّاً على غائب؛ كدين، أو نفقة زوجة، وبعد أن باع وقضى الحقّ، قدم الغائب وأقام البيّنة أنّه قضاه الدّين، وبعث بالنّفقة فليس له أن يأخذ شيئاً ممّا بيع عليه³.

4- ما يباع على ربّ اللقطة أو الضّالة بعد السنّة، و ما تمّ استخلافه من أيدي اللصوص، فليس لربّه أن يأخذ شيئاً ممّا بيع عليه⁴.

ثانياً: من شروط صحّة البيع أن يكون المبيع ملكاً للعاقّد أو المعقود له، أو على الأقلّ له فيه شبهة ملك؛ كاستيلاء الكفار على أموال المسلمين، وملك الأب لمال الابن، فإذا لم يكن العاقّد أو المعقود له مالكا - بأن كان غاصبا - فللمستحقّ أخذ متاعه إذا أدركه، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان البائع للمغصوب حاكماً أو غيره؛ ولذلك جعل مالك البيّنة في مسألة المشهود له بالموت - إذا لم يأت بما يعذر - كالغاصب؛ لتعمّدها الزور والكذب، وبناء على ذلك فإنّ المشهود له بالموت إذا قدم حيّاً كان له نقض البيع⁵ إذا لم تأت البيّنة بما تعذر، قال ابن يونس مبيناً سبب تفريق مالك بين من شهد

1- ينظر الجامع: 498/18.

2- المدونة 175/4، التّهذيب: 85/4.

3- وقال مالك وأصحابه: يقضى على الغائب في الدّين وغيره، ويبيع عليه ربه ورقيقه.. فإنّ قدم وأقام بيّنة بالبراء من ذلك الحقّ فإنّه يرجع على المقضيّ له بما أخذ من الثمن ولا ينقض البيع. ينظر التّوادر والزيادات: 204/8.

4- الفرق بين هاتين المسألتين والتين قبلهما هو أنّ المستحقّ في المسألة الأولى والثانية يكون أحقّ بالبيع بثمنه، أمّا في الثالثة والزابعة فإنّه يرجع على المقضيّ له بالثمن.

5- وكذلك الموصي بحجّ أو بغيره إذا لم يكن معروفاً بالحرّيّة قبل ذلك.

الشهود بتحقيق موته، وبين شهادتهم بغير تحقق: (وإنما فرّقوا بين الذي لم يعرف بالحريّة وشهادتهم بغير تحقيق وبين شهادتهم بتحقيق موته - وإن كان الحاكم قد ولي بيع ذلك - لأنّ هؤلاء كالعصاب، كما لو غصب رجل عبدا فباعه عليه الحاكم في دين ولم يعلم بغصبه، فإنّ لربّه إن أتى أن ينقض البيع ويأخذه وإن بيع بحكم الحاكم؛ لأنّه بيع بغير حقّ ولا شبهة ملك)¹.

ثالثا: بناء على ما ذكره ابن يونس من سبب التّفريق بين من شهد الشّهود بتحقيق موته، وبين شهادتهم بغير تحقيق فإنّ نقض المشهود له بالموت البيع - إذا لم تأت البيّنة بما تعذر - ليس من قبيل نقض حكم الحاكم، وإنّما هو من قبيل تنزيل البيّنة منزلة العصاب، وأنّ نقض البيع كان بسبب عدم ملكية المعقود له.

رابعا: قرّر العلماء أنّ حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد ملزم، ويتعيّن، ويصبح كالنّص الوارد في خصوص تلك الواقعة²، وهذا ليس على إطلاقه؛ لأنّ قاعدة ما لا يُنقض من حكم الحاكم مقيدة بما إذا لم يكن دليله ضعيفا، ويكون كذلك إذا خالف نصّا، أو إجماعا أو قياسا جليا، أو قاعدة جلية³.

خامسا: إذا قدم المشهود له بالموت فوجد زوجته قد تزوّجت فله أن يردّها إليه؛ سواء دخل بها الثّاني أم لم يدخل. بخلاف زوجة المفقود؛ فللمفقود ردّها ما لم يدخل بها الثّاني⁴، وفرّق ابن يونس بينهما قائلا: (وإنّما ردّ إليه زوجته على كلّ حال - وإن دخل بها - بخلاف امرأة المفقود؛ لأنّ المفقود تزوّجت امرأته مع إمكان حياته؛ لما تقدّم لها من ضرب الأجل والتّلوم وإن لم يمت بعد)⁵. بخلاف المشهود له بالموت فقد غلب على الظنّ موته؛ لمكان البيّنة.

1- الجامع: 497/18.

2- ينظر شرح تنقيح الفصول: ص 441.

3- وقد أحصى فقهاؤنا عددا من المسائل التي يكون فيها دليل الحاكم ضعيفا وهي: إذا حكم بالشّفعة للجار - إذا حكم على عدوّ الخصم - إذا حكم بشهادة كافر على مثله أو مسلم مع علمه بكفره - إذا حكم بميراث ذوي الرّحم - إذا حكم مستندا لعلم سبق مجلس القضاء - إذا جعل البيّنة أو الثّلاث واحدا - وإذا ثبت بيّنة أنّ القاضي عدل عن الحكم على سبيل الخطأ - إذا حكم وبعد الفحص تبين أنّ البيّنة غير عادلة، أو أنّهما كافرين، أو صبيّين. ينظر شرح الخرشي: 164/7.

4- هناك مسائل حكم فيها الحاكم بما ظاهره صواب وحقّ، وباطنه خطأ وباطل؛ وهي المسائل التي نظر فيها بما أبيح له ثمّ تبين أنّ الصّواب خلافه، فبعضها غلبوا فيها ما ظاهره الصّواب في تسع مسائل، وبعضها غلبوا فيها ما باطنه خطأ وباطل في خمس مسائل. ينظر هذه المسائل التّوضيح: 547/3.

5- الجامع: 497 /18.

المطلب الحادي عشر: الفرق بين شركاء البائع وبين شركاء الميِّت في الحقِّ في الشَّفعة.

الشَّفعة أن يأخذ أحد الشَّرِيكين حصَّة شريكه إذا أراد بيعها، ويكون أولى بها بثمنها من المشتري الأجنبي، فإذا اشترك نفر في عقار وأراد أحدهم بيع حصَّته فإنَّه ينظر؛ فإذا كانت الدَّار قد انتقلت إليهم بعوض؛ كبيع، فإنَّ شركاء البائع الأوَّل وشركاء البائع الثَّاني - أحد النَّفر - شفعا في هذه الحصَّة حسب حصصهم، وهذا بخلاف ما إذا انتقلت الدَّار إلى النَّفر عن طريق الميراث، فإنَّه إذا أراد أحد الشَّرِكا - الورثة - بيع حصَّته فإنَّ باقي الورثة أحقَّ بالشَّفعة من شركاء ميِّتهم¹.

فما الفرق بين المشتريين؛ بحيث يكون شركاء البائع الأوَّل سواء في الشَّفعة، وبين الورثة يكون شركاء الباع أشفع من شركاء ميِّتهم رغم أنَّ كلاً من شركة المشتريين والورثة على الشُّيوع.

الفرع الأوَّل: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرِّقا بين شركاء البائع، وبين شركاء الميِّت إذا باع أحد الورثة أو المشتريين حصَّته في أحقيَّة الشَّفعة: (الفرق بين الورثة وبين المشتريين أنَّ السَّهم الموروث لا شفعة فيه لشركاء الميِّت مع الورثة ولا تسليم، فوجب إذا باع أحد الورثة أن يكون بقيَّتهم أشفع من شركاء الميِّت، وشركاء البائع لهم الشَّفعة والتَّسليم فيما باع شريكهم، فوجب أن يكون لهم دخل فيما أخذ الشَّرِيكان المشتريان، كما كان لهم الدَّخول فيما اشتروا)².

الفرع الثَّاني: تحليل الفرق.

الأصل في الشَّفعة ما رُوِيَ عن النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ (قضى بالشَّفعة فيما لم يقسم)³، فهي واجبة في كلِّ شرك لم يقسم، وعلة وجوبها هي دفع ضرر القسمة أو الشَّرِكة، ولا فرق في ذلك بين انتقال الأصل إلى الشَّرِكا بعوض؛ كالبيع، أو بغير عوض؛ كالميراث. بخلاف انتقال شقص أحد الشَّرِكا إلى أجنبي؛ فقد فرَّقوا بين انتقاله بعوض فيثبت فيه حقَّ الشَّفعة للشَّرِكا، وبين

1- وهو قول ابن القاسم؛ بحيث جعل ورثة الوارث وورثة المشتريين أولى بالشَّفعة من ميِّتهم، بخلاف المشتريين؛ حيث جعلهم شفعا مع شركاء بائعهم، وهذا بخلاف ما ذهب إليه مالك؛ حيث سوى بين الورثة والمشتريين. ينظر التَّوَادِر والزِّيادات: 152/11.

2- الجامع: 43/20.

3- رواه مالك في كتاب الشَّفعة، باب ما تقع فيه الشَّفعة، رقم: 01، 713/2، والبخاري في كتاب الشَّفعة، باب الشَّفعة فيما لم يقسم، رقم: 2138، 787//2، ومسلم في كتاب البيوع، باب الشَّفعة، رقم: 1608، 57/5.

انتقاله إليهم بغير عوض فلا شفعة فيه، وبناء على ذلك فإذا اشترك نفر في أصل، وأراد أحدهم بيع شقصه فلباقى الشركاء الحق في الشفعة، فإذا سلّموا واشترى نفر آخر هذا الشقص، وأراد أحد هؤلاء النفر بعد ذلك بيع حصّته من هذا الشقص فإنّ شركاء البائع الأوّل وشركاء البائع الثاني شركاء في هذه الحصّة، وكأنّ البائع الثاني نُزّل منزل بئعه؛ كالبايع الأوّل، وأضحى مع شركاء البائع الأوّل شركاء، والمعنى في ذلك هو أنّ التسليم في الشفعة قبل شراء المشتري الشقص لا يسقط حقّ الشفعة؛ لأنّ الشفعة لا تجب إلاّ بعد الشراء، وإسقاطها قبل الشراء إسقاط للشّيء قبل وجوبه. بخلاف التركة فإنّها حقّ للورثة، وبالتالي لا شفعة في السّهم الموروث، فلو مات أحد النّفر الذين هم شركاء في العقار فإنّ سهمه يذهب إلى ورثته ولا شفعة لشركائه فيه، فإذا بيع شقص من هذا السّهم فلا شفعة لشركاء الميت في هذا الشقص، فإذا باع أحد الورثة حصّته فلا شفعة لشركاء ميتهم مع باقي الورثة.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الشفعة عند الفقهاء هي (أخذ شريك ممّن تجدد ملكه اللّازم اختياراً بمعاوضة عقارا بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص)¹. واحترزوا بقيد "التجدد" عمّن اشترى - مثلاً - عقارا معاً، فلا شفعة لأحدهما على الآخر، وبقيد "اللزوم" عن الشراء في زمن الخيار فلا شفعة فيه حتى يختار، واحترزوا بقيد "الاختيار" عن الملك الحاصل بالإرث فلا شفعة فيه².

والأصل في تسميتها بالشفعة هو أنّ الرّجل في الجاهلية إذا اشترى عقارا أو شقصاً منه أتاه المجاور أو الشريك فيشفع إليه في أن يوليه إياه ليتصل له الملك، أو يدفع عنه الضّرر حتى يشفعه فيه³.

ثانياً: الأصل في الشفعة أن تجب بالشركة، والشركاء قد يكونوا مشترين وقد يكونوا ورثة؛ فإذا كانوا مشترين كانت على قدر الحصص؛ لأنّها (معنى مستفاد بالملك، فوجب أن تكون معتبرة بعدد الأملاك، لا بعدد الملاك)⁴، وتكون بين أهل الميراث على قدر الرّؤوس.

1- مواهب الجليل: 310/5، وعرفها ابن الحاجب بأنّها (أخذ شريك حصّته جبراً بشراء)، وحدّها ابن عرفة بقوله: (استحقاق مشتر أخذ مبيع شريكه جبراً). مختصر ابن الحاجب: ص 416، المختصر الفقهي: 326/7.

2- ينظر عقد الجواهر الثمينة: 878/3.

3- المقدمات المهمّات: 61/3.

4- المعونة: ص 1269، وينظر المدونة: 215/4، التّهذيب: 579/3.

ثالثاً: الأصل في الشفعة أن تكون في المشاع، وفي كل أصل مقصود لنفسه، وهو العقار من الدور والأرضين، وما يتعلّق به ممّا هو ثابت؛ كالبيتر، وفحل النخل مادام أصله مشاعاً غير مقسوم، وكلّ ما يلحقه الضرر بالشركة؛ كالثمار وكراء الأرض، وتكون في رقبه الشيء لا في حق من حقوقه¹.

ثالثاً: تجب الشفعة بانتقال الملك بالعرض؛ كالبيع، والصّح، والمهر، وغيرها، وأمّا انتقاله بغير عرض؛ كالميراث فلا شفعة فيه².

خامساً: كلّما كان الوارث أخصّ كان أشفع من غيره؛ (فمن باع أصل سهم منهم فشركاؤه في ذلك السهم أحقّ بالشفعة من باقي الورثة، فإن باع جميع أهل سهم سهمهم الذي ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل السهم عصبه فباع بعض العصبه حقهم فالشفعة لبقية العصبه ولأهل السهم جميعاً، ولو باع بعض أهل سهم حقّه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبه)³.

سادساً: من باع شقصاً وله شركاء واستشفع أحدهم، وسلم - تنازل - سائرهم، وأراد مرید الشفعة أن يأخذ حصّته فقط فليس له ذلك، وإنّما له أن يأخذ الكلّ أو يترك الكلّ، ولا تسقط الشفعة بالتسليم قبل البيع؛ لأنّ إسقاط الشفعة قبل الشراء إسقاط للحقّ قبل وجوبه⁴.

سابعاً: إذا سلّم الشركاء فإنّ مشتري الشقص وشركاء البائع يصبحون شركاء في هذا الشقص، وإذا باع كانت لهم الشفعة، وإذا كان لمشتري الشقص شركاء أصبح شركاء البائع وشركاء المشتري - البائع الثّاني - جميعاً شركاء في هذا الشقص.

ثامناً: اختلف العلماء في علّة الشفعة؛ هل هي دفع ضرر القسمة أم أنّها دفع ضرر الشركة، فعلى القول بأنّها دفع ضرر القسمة فإنّ الشفعة لا تجب فيما لا ينقسم، وعلى القول بأنّها دفع ضرر الشركة فإنّها تجب فيما ينقسم وما لا ينقسم⁵.

1- كحقّ الطّريق وحقّ المسيل. ينظر المرجع السابق، ص 1270.

2- فأما الميراث فمجمع عليه، وفي الهبة والصدقة روايتان، والمشهور عدم الشفعة فيهما. ينظر تحبير المختصر: 431/4، شرح الخرشي: 164/6، منح الجليل: 193/7، وغيرها.

3- المعونة، ص 1270.

4- ينظر سقوط الشفعة تحبير المختصر: 447/4، التّاج والإكليل: 383/7، مواهب الجليل: 321/5، وغيرها.

5- ينظر المقدّمات الممهّدات: 65/3، عقد الجواهر الثّمينة: 377/3.

وبناء على كون العلة هي دفع ضرر الشركة فرّق ابن القاسم¹ بين ما يبس من الثمار فلا شفعة فيها؛ لأنّ يبسها يحلّ جذاذها فينتفي الضرر، وأصبحت حينئذ كالعروض، وبين ما لم يبس منها، وهو الفرق نفسه بين ما يبس منها، وبين بئر النخل، وحديده، وآلاتها².

المطلب الثاني عشر: الفرق بين من استحقّ أرضاً زرعها مشتريها، وبين أخذها بالشفعة في لزوم الكراء.

من ابتاع أرضاً ثمّ زرعها، وقام - بعد ذلك - مستحقّ بعد فوات إبان الزرع، فإنّ الزرع للزارع، والأرض لمستحقّها ولا كراء له، ولا فرق في ذلك بين كون المستحقّ مالكا، وبين كونه شفيعا، أمّا إذا كان القيام قبل فوات الإبان فقد فرّق مالك بين أخذ الأرض بالاستحقاق فيكون له كراء الأرض، وبين أخذها بالشفعة فلا يكون للشّيع كراءها³.

فما الفرق بين الشّيع لا كراء له فيما زرعه المشتري بعد الإبان، وبين المستحقّ له كراء المثل فيما زرعه المستحقّ منه؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الشّيع، وبين المستحقّ في كراء الأرض يزرعها المشتري يستحقّها بعد الإبان: (لأنّ نصف الأرض المستحقّ قد كان في ملكه قبل أن يزرع، والذي أخذ بالشفعة لم يجب له إلّا بعد أخذه وقد زرعه المشتري وهي في ملكه، فافترقا)⁴.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

من شروط صحّة البيع أن يكون المبيع ملكا للبائع؛ فمن باع ملك غيره فإنّ الملك لا ينتقل إلى المشتري، فإذا قدم مستحقّه أخذ عين ماله إن كان قائما، أو مثله أو قيمته إذا فات أو استهلك، فإذا كان المبيع أرضا فبنى فيها أو زرع ثمّ قدم مستحقّه - وكان قدومه بعد إبان الزرع - فإنّه إمّا أن

1- ينظر النّوادر والزيادات: 121/11، 143.

2- الجامع: 160/20.

3- وقال مالك: (من ابتاع أرضا فزرعها وقام مستحقّ فلا شيء له في الزرع، ولا كراء له إلّا أن يقوم في إبان الزراعة فيكون له كراء المثل، وإن كان قد استحقّ نصفها خاصة، واستشفع في النصف الآخر فله كراء ما استحقّ ولا كراء فيما استشفع). المدونة: 234/4، التّهذيب: 149/4.

4- الجامع: 153/20.

يمكن من قلع الزرع وإما ألا يمكن من ذلك، فإذا مكن من قلع الزرع فإن فيه مضرة للمشتري الذي تصرف في الأرض بوجه شبهة؛ وهو الزرع في أرض يعتقد أنه يملكها بالشراء، ولو منع من قلع الزرع لكان في ذلك ظلم للمستحق؛ لأنه فيه منع له من التصرف في ملكه واستغلاله رقبته ومنفعته، وإذا حرم من كراء الأرض ففيه منع للمستحق من غلة ملكه، وفي كل ذلك إبطال لملك المستحق، ومضرة للمالك المستحق، فكان الأعدل أن يحافظ المشتري على زرعه؛ لأن تصرفه في الأرض بوجه شبهة، وعدم حرمان المستحق من غلة ملكه وهي الكراء؛ لتملكه لرقبة الأرض.

هذا كله بخصوص المستحق إذا كان مالكا، أما إذا كان شفيعا فلا كراء له؛ لأن الأخذ بالشفعة هو ابتداء بيع، وهذا يقتضي أن ملك الشفيع ثابت عند الاستحقاق. بخلاف المشتري فإنه ملك رقبة الأرض حين اشتراها فيجوز له التصرف فيها وفي منافعها، فإذا زرع فقد زرع في ملكه، وإذا كان الشفيع أخذ أرضه بالشفعة فإنه لا يمكن من أخذ الزرع؛ لأنه ملك للزارع، ولا يمكن من أخذه إياه بالبيع؛ لأنه بيع للزرع قبل بدو صلاحه.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: اختلفوا في الاستحقاق؛ هل هو بيع حادث أم أنه نقض بيع، والذي يتبين من هذا الفرق أنه نقض بيع، واختلفوا - أيضا - في الأخذ بالشفعة؛ هل تجري مجرى الاستحقاق أم أنها تجري مجرى البيع، وحسب هذا الفرق فهي بيع حادث.

ثانيا: وقع خلاف - أيضا - في الرد بالعيب والإقالة والتفليس؛ هل طريقها نقض البيع أم ابتداءه، فعلى القول بأنها نقض للبيع فلا شفعة فيما رد بعيب، أو فيه إقالة، أو تفليس، وعلى القول بكونها بيوع حادثه ففيها الشفعة¹.

ثالثا: مشتري الأرض له عدة أوجه؛ إما أن يشتريها بزرعها، أو بدون زرعها ويزرعها، أو يستحق الزرع بعد شراء الأرض، وقد يستحقها كلها وقد يستحق شقضا منها، وقد يقوم المستحق في إبان الزراعة وقد يكون قيامه بعد فوات إبانها.

1- والصحيح عند المتأخرين أن الرد بالعيب نقض للبيع، وفي الفلس قولان قائمان، والإقالة بيع من البيوع في المراجعة، والسلم، والشفعة، وعلى القول بأنها نقض بيع اختلفوا؛ هل هو نقض له من أصله أو من حين رده كما هو الحال في البيع الفاسد. ينظر المقدمات الممهّدة: 114/2، 120، التبصرة: 1066/3، التوضيح: 453/3، 546/5، المختصر الفقهي: 179/6، وغيرها.

رابعاً: من اشترى أرضاً واستحقَّها رجل فللمستحقِّ الأرض، والزرع للزارع، وللمستحقِّ كراء الأرض إذا كان قيامه في إبان الزراعة، ولا فرق في كلِّ ذلك بين أن يشتريها بزرعها¹، وبين أن يشتريها من دون زرع فيزرعها².

خامساً: من اشترى أرضاً واستحقَّ منها شقص، فللمستحقِّ أخذ شقصه، وله أن يستشفع في الباقي، فإذا استشفع فليس له إلا الأرض، أمّا الزرع فللزارع ولا كراء له فيما استشفع فيه؛ سواء كان قيامه بالشفعة في إبان الزراعة أو بعد فوات الإبان³.

سادساً: إذا تصرف المشتري في شقص بغرس أو بناء فإنَّ المشتري يرجع على الشفيع بقيمة ما زاده البناء والغرس، فإنَّ أحبَّ الشفيع دفع قيمة ذلك له مع ثمن الشقص وأخذ بالشفعة، وإلا ترك⁴.

سابعاً: من اشترى أرضاً وقام الشفيع، ثمَّ تقايل البيعان فإنَّ ذلك لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة، بناء على أنَّ الإقالة بيع حادث بعد تقرر ملك المشتري وليست نقضا للبيع⁵.

1- لأنَّه إذا اشتراها بزرعه فالاستحقاق يبطل البيع في الزرع؛ لانفراده ودخوله في بيع الزرع قبل بدو صلاحه.

2- ينظر المدونة: 234/4، التَّهذيب: 149/4.

3- ينظر المرجعان السابقان: 235/4، 150/4.

4- روضة المستبين: 1194/2.

5- ينظر النوادر والزيادات: 160 / 11، التوضيح: 598/6.

المبحث الثالث: فروق في الجرائم والحدود.

يتناول هذا المبحث خمسة فروق في الجرائم والحدود؛ فرقان في السرقة في الدار المشتركة، وسرقة المأذون؛ كالضييف والزوجة، والاشترك في السرقة مع الصبي والمجنون، وثلاثة فروق في الإحصان، واختلاف الزوجين في الوطاء بعد الرنا، وإفصاض الزوجة والأجنبية، في خمسة مطالب.

المطلب الأول: الفرق بين الزوجة وبين الضييف يأخذان متاعاً من بيت محجور في وجوب القطع.

أجمع أهل العلم على أنّ من سرق يقطع، فإذا خصّ ربّ الدار بيتاً بالحجر وأغلق أبوابه، ثمّ اعتدت زوجته بالسرقة على ذلك البيت، وأخذت منه متاعاً فإنّها تقطع. بخلاف ما إذا استضاف ربّ البيت أحداً من الناس فاعتدى على ذلك البيت المحجور بالسرقة وأخذ منه متاعاً ربّ البيت فلا حدّ عليه ولا قطع¹.

فما الفرق عند ابن القاسم بين الزوجة، وبين الضييف يعتديان على متاع ربّ الدار في وجوب القطع، رغم أنّهما مأذون لهما، وأنّهما أخذه من بيت محجور؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرّقاً بين الزوجة تُقَطَّع إذا أخذت متاع زوجها من بيت محجور، وبين الضييف لا يُقَطَّع إذا أخذه منه: (والفرق عنده (ابن القاسم) - والله عزّ وجلّ أعلم - أنّ أحد الزوجين قد حجر على صاحبه ذلك البيت، وخصّه بالتّحجير عليه فقوي الأمر في قطعه، والضييف لم يخصّه بالتّحجير، ولا من أجله كان الغلق، فكأنّه لم يحجر عليه، فلم يقطعه)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

شرع الله سبحانه وتعالى قطع يد السارق صيانة للأموال لئلاّ تنتهك ويتجرأ عليها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ بَاقِطَتَا أَيْدِيَهُمَا﴾³، وعلة القطع هي السرقة، والسرقة هي أخذ مال الغير خفية من حرز، فإذا أخذه جهرة فهي الخيانة، ولا قطع على الخائن.

1- وهو ما ذهب إليه ابن القاسم، وسأوى بينهم غيره، فقال سحنون يقطعون، وقال ابن المواز: لا يقطعون. ينظر المدونة: 532/4، التّهذيب: 436/4، التّوادر والزيادات: 146/14.

2- الجامع: 135/22.

3- سورة المائدة، الآية رقم: 40.

وبناء عليه فإنّ الدار المشتركة بين ساكنيها يكون فيها بيوت محجورة، فإنّه إذا أخذ أحدهم متاع غيره من بيت محجور عليه قطع. بخلاف ما إذا أخذه من غير البيت المحجور فلا قطع؛ لأنّه مأذون له بالدخول، والمأذون مؤتمن، والمؤتمن إذا أخذ متاع من ائتمنه كان خائناً، ولا قطع على الخائن.

أمّا إذا كانت الدار خاصّة لرجل لا يشاركه فيها أحد كانت كلّها حرز ولو خصّ بعضها بالحجر، فإذا أذن لبعضهم فيها؛ كالزوج أو الضيف كان المأذون مؤتمناً، فإذا أخذ شيئاً من المتاع كان خائناً ولا فرق في ذلك بين أخذ من بيت محجور عليه من قبل ربّ الدار، أو أخذه من غير ما حجر عليه، غير أنّ الزوجة لما كانت مقصودة أصالة بالحجر من قبل زوجها أضحت الدار بالنسبة إليها كالدار المشتركة بين ساكنيها فيها حجر وإذن، فإذا أخذ من بيت محجور عليه قطعت. بخلاف الضيف فلما لم يكن مقصوداً بالحجر كانت الدار بالنسبة إليه كلّها حرزاً، فإذا أخذ من بيت حُرّ عليه إلى موضع أُذن له فيه فكأنّه أخرجه من حرز إلى حرز فلا قطع؛ لأنّه خائن، ولا قطع على الخائن.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: ليس كلّ اعتداء على مال الغير سرقة، فلا يكون الرّجل سارقاً إلاّ فيما أخذ ممّا أخفي عنه وأحرز دونه؛ لذلك عرفوا السرقة بأنّها (أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه)¹؛ لأنّهم أجمعوا أنّه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع².

ثانياً: إذا كان من شرط القطع وجود الحرز فإنّه ليس من شرطه الأبواب والأقفال والغلق، والمعتبر في ذلك ما جرت عادة النّاس على اعتبار شيء حرزاً لمتاع.

ثالثاً: تنقسم الدّور من حيث كونها حرزاً أم لا إلى خمسة أقسام³:

1- دار حجرها ساكنها أو مالكها عن النّاس، فمن سرق من بعض بيوتها وأخذ في الدار فلا قطع، وإنّ أخرجه منها قطع.

1- بداية المجتهد: 229/4، وحدها ابن عرفة بأنّها: (أخذ مال حرّاً لا يعقل لصغره، أو مالا محترماً لغيره نصاباً، أخرجه من حرز بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه). المختصر الفقهي: 234/10، شرح حدود ابن عرفة، ص 503.

2- بداية المجتهد: 229/4.

3- المقدمات الممهّدة: 211/3، 212.

- 2- دار ينفرد الرَّجُل بسكنها مع زوجته عن النَّاس، ويقطع أحدهما إذا أخذ متاع صاحبه من بيت حجر عليه عند ابن القاسم.
- 3- دار أذن فيها ساكنها أو مالکها إننا عامًا للنَّاس؛ كالعالم والطَّبيب يأذنان للنَّاس في دخولهم إليهم، فيجب القطع على من سرق من بيوتهما المحجورة إذا خرج بالمتاع خارج الدَّار، ولا قطع على من سرق من قاعة الدَّار، أو ممَّا لم يحجر من بيوتها.
- 4- دار مشتركة بين ساكنيها مباحة للنَّاس؛ كالفنادق التي يسكن كلُّ رجل بيته على حده، وقاعتها مباحة، فمن سرق من بيوتها شيئًا قطع وإن لم يخرج من قاعة الدَّار، ولا خلاف.
- 5- دار مشتركة بين ساكنيها المحجورة عن سائر النَّاس، ولا خلاف أنَّ من سرق من السَّكَّان من بيت صاحبه قطع، ولا قطع على من سرق منهم من قاعة الدَّار.
- 6- دار أذن فيها ساكنها أو مالکها لخواصِّ من النَّاس بدخولها؛ كالرَّجل يضيف الرَّجل في داره، أو يبعث به إلى داره ليأتيه ببعض متاعه؛ فإذا سرق أحد من هؤلاء المأذونين فلا قطع عند ابن القاسم.
- رابعًا: المراعى في القطع إخراج الشَّيء المسروق من الحرز، فمن باشر ذلك قطع؛ كان خارج الحرز أو داخله، وبناء على ذلك فرَّق ابن القاسم¹ بين من كان داخل الحرز والآخر خارجه فأدخل الخارج يده فناوله من كان في الدَّاخل، فيقطع الخارج وحده، وبين ما لو ربط من في الدَّاخل المتاع وسحبه من كان في الخارج، فيقطعان معًا².
- خامسًا: التَّعدِّي على رقاب الأموال بالأخذ على عدَّة أوجه، وهي: السرقة، والحراية، والاختلاس، والغصب، والتَّعدي، والغيلة، والخديعة، والخيانة، والعقوبة على ثلاثة أوجه؛ القطع وهي عقوبة السارق، قطع أحد الأربعة، وهي عقوبة المحارب، والضَّرب والسَّجن من غير قطع لما سواهما من ضروب الاعتداء³.

1- ينظر المدونة: 532/4، 533. التَّهذيب: 432/4، 433.

2- قال ابن يونس مفرقًا بينهما: (لأنَّ الذي أدخل يده فارقت السرقة يد الدَّاخل قبل خروجها من الحرز، فهو كما لو كانا جميعًا في الحرز فناول أحدهما الآخر شيئًا فخرج به لم يقطع إلَّا الخارج، والذي ربط السرقة بالحبل، رباط الدَّاخل وضعت في السرقة قد خرج إلى خارج الحرز، والآخر جزَّها إلى خارجها، فقد تساويا في إخراجها فوجب أن يقطعوا جميعًا). الجامع: 144/22.

3- ينظر التَّبصرة: 6125/13، 6126. المقدمات الممهِّدات 489/2 التَّبييهاة المستنبطة: 2104/3، القوانين الفقهية: ص 542.

المطلب الثاني: الفرق بين الأجنبي يسرق مع الأب، وبين سرقة مع الصبي والمجنون في القطع. من الأوصاف المعتبرة في القطع البلوغ والعقل، وألا تكون للسارق شبهة ملك في المال المسروق؛ فلا قطع على الصبي ولا على المجنون، ولا على الأب في مال ولده، ولا قطع على الأجنبي إذا سرق مع الأب مال الولد. بخلاف ما إذا سرق مع الصبي أو المجنون، فإنه يقطع¹. فما الفرق بين الأجنبي لا يقطع إذا سرق مع الأب، ويقطع إذا سرق مع صبي أو مجنون؟

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين قطع الأجنبي إذا سرق مع الصبي أو المجنون، وبين عدم قطعه إذا سرق مع الأب: (والفرق بينهما - أي بين الصبي والمجنون يسرقان مع الأجنبي - وبين سرقة الأجنبي مع الأب أو العبد أن العبد والأب أذنا للسارق، وهما ممن يصحّ إذنهما، والصبي والمجنون ممن لا يصحّ إذنهما، فافترقا)².

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل في قطع السارق قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ قَاتِعَتَا أَيْدِيَهُمَا﴾³، وأبانت السنّة أن ظاهر الآية غير مراد، فليس كلّ اعتداء على مال الغير سرقة توجب القطع، ولا قطع إلا باعتبارات سنّة؛ وهي: البلوغ، والعقل، والنصاب، والحرز، وعدم الشبهة، وبناء على ذلك فإذا سرق الصبي والمجنون فلا قطع عليهما؛ لعدم التكليف، ولا قطع على الأب لوجود شبهة الملك، وهي أن للأب في ولده وماله معنى الملك.

ولما كان الأصل في الحدود درؤها بالشبهات⁴، فإن الأب إذا سرق مال ولده فلا قطع؛ لكون الأبوة شبهة دائرة للحدّ، وبناء على ذلك فإذا سرق مع الأجنبي مال ولده فلا قطع، والمعنى في ذلك هو إذن الأب لهذا الأجنبي؛ ذلك أن إذن الأب وإن كان لا يبيح للغير أخذ المال؛ لعدم الملك، إلا أنه

1- المدونة: 535/4، التهذيب: 437/4.

2- الجامع: 165/22.

3- سورة المائدة، الآية رقم: 40.

4- ويروي في ذلك حديث (ادروا الحدود بالشبهات)، وقد أجمعوا على ضعفه، واختلفوا في رفعه ووقفه، وقال صاحب تلخيص الحبير: الصحيح الوقف على عمر رضي الله عنه. ينظر تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الزايعي الكبير لابن حجر: أبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني، دار الكتب العلمية، ط1 (1419هـ - 1989م)، 2741/6. وضعفه الألباني في الإرواء: 343/7.

يدراً الحدّ؛ لوجود شبهة الملك، فإذا اندرأ الحدّ تعيّن السّجن والتّعزير سدّاً لذريعة التّجرؤ على أموال الناس.

أمّا الصّبيّ فلما كان المعنى في عدم قطعه هو عدم مخاطبته بالشّرع، فإنّ إذنه لغيره بالسّرقة وعدمه سواء، فكان حكم الأجنبيّ هنا حكم المنفرد، فيقطع.

الفرع الثاني: فوائد.

أولاً: الأصل في قطع يد السّارق هو قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةِ بِأَفْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾¹، وظاهر الآية يقضي بقطع كلّ سارق، غير أنّ هذا العموم معارض بقوله صلّى الله عليه وسلّم: (ادرؤوا الحدود بالشّبّهات)، فيكون استثناء الأب من عموم القطع من قبيل تخصيص عامّ القرآن بالسّنّة².

ثانياً: من القواعد الفقهية المشهورة قاعدة درء الحدود بالشّبّهات، ولا تكون الشّبّهة دائرة إلا إذا كانت قويّة، وتكون كذلك في الحالات التّالية:

- 1- إذا سرق أحد الأجداد أموال الأحفاد فلا قطع عليه، ولا فرق بين كونه جدّاً لأب أو لأم.
 - 2- إذا سرق حقّه ممّن هو عليه بعد أن جده أو ماطله، وأقام البيّنة على ذلك، سواء كان المسروق من جنسه أم لا.
 - 3- الشّريك إذا سرق من متاع كان بينه وبين شريكه، وكان المال مودعا عند أجنبي أو أحدهما.
 - 4- أحد الزّوجين يسرق متاع الآخر من بيت غير محجور عليه.
 - 5- الضيف يسرق متاع ربّ البيت الذي استضافه، ولو من بيت محجور عليه.
 - 6- الأجير يستأجره الرّجل ويدخله بيته لعمل شيء فيسرق³.
- والشّبّهة الدّائرة في المسائل الثلاثة الأولى هي شبهة الملك، وفي باقي المسائل هي الإذن، والسّارق في هذه الأحوال خائن، والخائن لا قطع عليه.
- 7- الجائع الذي اضطرّته جوعته للسّرقة فلا قطع عليه⁴، والشّبّهة هي الاضطرار.

1- سورة المائدة، الآية رقم: 40.

2- جلّ الكتب تورد هذا الحديث على أنّه مرفوع، وتواتر العمل به حتى أضحى أصلاً قائماً لا يضرّ ضعفه.

3- ينظر الكافي: 1080/2، التّوادر والزيادات: 417/14.

4- ينظر الكافي: 1084/3، البيان والتّحصيل: 324/10، المختصر الفقهي: 200/10.

ثالثا: ليس كلّ اعتداء على مال الغير سرقة توجب القطع؛ لأنّ السنّة أبانت أنّه لا قطع إلاّ باعتبار أمور عدّة، وهي: أن يكون المسروق نصابا، وأن يكون ممّا يجوز تملكه وبيعه، وأن يؤخذ من حرز، وأن يكون السارق بالغا عاقلا، وأن يكون المسروق ممّن لا شبهة له فيه¹.

رابعا: إذا اشترك في السرقة اثنان؛ أحدهما ممّن لا قطع عليه إذ انفرد بالسرقة لشبهة، فإنّ القطع يسقط عن الآخر؛ لسقوطه عمّن معه؛ لأنّ الأجنبي دخل بإذن من له شبهة.

خامسا: إذا عريت السرقة عن شبهة الإذن في الاشتراك في السرقة فإنّ مجرد الاشتراك لا يسقط القطع؛ لأنّ الأصل في القطع بإخراج المسروق من الحرز، ولا فرق بين أن يخرج واحد من حرز واحد، أو جماعة من حرز واحد، اعتبارا بما إذا تعاونوا في إخراجها، كما تقتل الجماعة بالواحد، والواحد بالجماعة، تحقيقا لمقصد القطع، وهو صيانة الأموال من الانتهاك والتجرؤ عليها².

المطلب الثالث: الفرق بين بيّنة يشهد فيها اثنان بالزنا والآخار بالاغتصاب، وبين أخرى يشهد اثنان فيها بالزنا والآخار بالخلوة في حدّ البيّنة.

البيّنة المثبتة للزنا هي أن يأتي الشهود الأربعة فيشهدون في وقت واحد على وطء واحد في موضع واحد بوصف واحد على نحو معيّن، فإذا شهدت البيّنة على هذا النحو حدّ المشهود عليه، وإذا شهد اثنان من الأربعة أنّه يزني بها كالمروء في المكحلة، وشهد آخار أنّه اختلى بها وقد رأيا تلاصقا، وسمعا نفسا فلا حدّ على المشهود عليه، ولا على من شهد على الخلوة والملاصقة، ولو شهد الأربعة على أنّهم رأوه يزني بها كالمروء، ولكنهم اختلفوا؛ فزعم اثنان منهم أنّه زنى بها طواعية، بينما شهد الآخار بأنّه كان مغتصبا لها، فلا حدّ على المشهود عليه، ويحدّ الأربعة حدّ الفرية³.

1- ذكر ابن رشد أنّ الأوصاف المشترطة في القطع اثنا عشر وصفا، (خمسة منها في السارق وهي: البلوغ، والعقل، وعدم ملك المسروق، وألا تكون على المسروق ولاية، وألا يضطرّ إلى السرقة من جوع يصيبه، وأربعة منها في الشّيء المسروق وهي: أن يكون ممّا يتمولّ ويحلّ بيعه، وألا يكون للسارق فيه ملك أو شبهة ملك، وأن يكون ممّا تصحّ سرقة، والنّصاب، ويعتبر وصفان في فعل السرقة: أحدهما أن يخرج الشّيء المسروق من حرزه على صفة تسمّى إخراجا على الحقيقة وإن لم يباشر، الثّاني: أن تكون قيمته يومئذ ما يجب فيه القطع، ويشترط في الموضع المسروق أن يكون حرزا للمال أو الشّيء المسروق). (بتصرّف) المقدمات الممهّدات: 208/3.

2- المعونة: ص 1418، المقدمات الممهّدات: 213/3.

3- وهو قول ابن القاسم في العتبية، ينظر النّوادر والزيادات: 240/14، 241.

فما الفرق بين بيّنة يشهد فيها اثنان بالزنا والآخرا بالخلوة، فلا يحدّ إلا من شهد بالخلوة، وبين بيّنة يشهد فيها اثنان بالزنا والآخرا بالاغتصاب فتحدّ البيّنة كلّها، رغم أنّ البيّنة سقطت في الحالتين؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين وجوب الحدّ على الأربعة في الثانية، وبين وجوبه على اثنان فقط في المسألة الأولى: (والفرق بينهما وبين الأولى أنّ الأربعة في هذه أثبتوا على الرجل الزنا واختلفوا في صفته، فوجب حدّهم، وفي الثانية لم يقل إلا اثنان أنّه زنا بها، وإنّما شهدوا على الخلوة والملاصقة فقبلت شهادتهم عليه، ووجب أدبه)¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

يثبت الزنا بأحد أمور ثلاث؛ الإقرار، والبيّنة، وظهور الحمل، والبيّنة تكون بشهادة أربعة رجال عدول مجتمعين لا تراخي بينهم عند تأديتهم لها على معاينة الزنا ورؤية فرجه في فرجها كالمروود في المكحلة، فإذا انخرم شرط من هذه الشروط سقطت البيّنة، وإذا سقطت البيّنة حدّت حدّ الفرية، وبناء على ذلك فإذا شهد أربعة على رجل بالزنا وجاءت على وجهها، غير أنّهم اختلفوا في وصف من أوصافها؛ حيث شهد بعضهم بأنّ زناه بها كان طواعية، وبعضهم شهدوا على أنّ زناه بها كان اغتصابا، فإنّ هذا يقتضي سقوط البيّنة في حقّ المرأة؛ بسبب اختلافهم في وصف الشّهادة فتبطل في حقّها، وإذا بطلت في حقّها بطلت في حقّ من زنا بها، وإذا بطلت سقط الحدّ على المشهود عليه. ولما كانت شهادتهم تتضمّن رميه بالزنا صراحة كانوا قذفة، وحدّوا جميعا حدّ الفرية.

أمّا إذا أتى اثنان منهما بالشّهادة على وجهها بقولهما: رأينا يزني بها كالمروود في المكحلة، وقال الآخرا: رأينا خلوة وتلاصقا وسمعنا نفسا، فإنّ شهادتهما باطلة؛ لانخرا من شرط من شروطها وهو رؤية المروود في المكحلة، فتسقط البيّنة بسقوط شهادتهما، ويسقطها تحدّ البيّنة، غير أنّه لما كانت شهادة من شهد على الخلوة والملاصقة والنفس لا تتضمّن الرمي بالزنا صراحة، وإنّما كان ذلك تعريض، ولما كان تعريضهم هذا جاء على وجه الشّهادة وليس على وجه المشاتمة عذرا، وحمل كلاهما على عدم إرادة القذف، فلم يحدّ.

1- الجامع: 355/22.

ولمّا كان الأصل تأديب من اختلى بامرأة، وتجرّدا تحت لحاف واحد¹، فإنّ المشهود عليهما يؤدّبان بشهادة من شهد عليهما بالخلوة والملاصقة.

الفرع الثالث: فؤد.

أولاً: لا خلاف بين أهل العلم أنّ حدّ الزّاني يتعيّن بالبيّنة، ووجه البيّنة المثبتة للحدّ ألا يقلّ عن أربعة رجال عدول يشهدون في وقت واحد على معاينة الفعل كالمروود في المكحلة، والأصل في البيّنة هو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَأْتِيَنَّكَ مِنَ الْفَاحِشَةِ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾²، وقوله أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾³.

ثانياً: يندب على القاضي أن يسأل الشّهود على الرّؤية، وكونها كالمروود في المكحلة، وفي أيّ وقت وطىء، وكيف اجتماعهما، ومن أين دخلوا، وما الباعث لهم، وكيف كان وصولهم إليهما، وعلى أيّ حالة رأوهما، وهل كانا راقدين أم لا، وهل كانا في الجانب الغربي أو الشرقي من البيت ونحو ذلك؟ لعلّ أن تختلف شهادتهم فيندري الحدّ على المشهود عليهم.

ثالثاً: الحكمة في التّضييق في طريق إثبات الفاحشة هي درء الحدّ عن عباد الله ما أمكن، ورفقا من الله تعالى بعباده، قال الغزالي مبيناً ذلك: (وهذا من أعظم الأدلّة على طلب الشّرع ستر الفواحش، فإنّ أفحشها الزّنا وقد نيط بأربعة من العدول يشاهدون ذلك منه في ذلك كالمروود في المكحلة، وهذا قطّ لا يتفق، وانظر إلى كثيف ستر الله كيف أسبله على العصاة من خلقه بتضييق الطّريق في كشفه، فنرجو ألاّ نحرم هذا الكرم يوم تبلى السرائر)⁴.

رابعاً: شرط البيّنة الموجبة للحدّ أن تكون على الوجه المذكور، وإذا انخرم شرط من شروطها سقطت البيّنة، ولا حدّ على المشهود عليه، ثمّ ينظر بعد ذلك؛ فمن أثبت الفاحشة حدّ حدّ الفرية، ومن لا فلا. خامساً: إذابة المسلمين في أعراضهم على وجهين؛ أحدهما أن يذكر أخاه بما يكره، والثّاني أن ينسب إليه الفاحشة الموجبة على فاعلها حدّ الزّنا، أو أنّه كان عن فاحشة توجب حدّ الزّنا؛ كنفية عن أبيه

1- التّوارد والزّيادات: 239/14.

2- سورة النساء، الآية رقم: 15.

3- سورة النور، الآية رقم: 4.

4- إحياء علوم الدّين لأبي حامد الغزالي، دون ت، دار المعرفة، بيروت، دون ط، دون ت، 200/2.

وهذا هو القذف¹ الذي حرّمه الله على عباده، ولعن الله فاعله وتوعّده بالعذاب الأليم، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾².

سادسا: لا فرق بين التصريح في إذابة المسلمين في أعراضهم، وبين التعريض في ذلك إذا كان على وجه الشتيمة والإذابة، فيحدّ المعرّض كما يحدّ المصحّح، أمّا إذا كان على وجه الشهادة فلا حدّ على المعرّض، وبناء على ذلك فإذا شهد ثلاثة على معاينة الزنا كالمروود، وشهد واحد على الخلوة والملاصقة، وغير ذلك ممّا هو دون المروود حدّ الثلاثة، ولا شيء على الرابع، وإذا شهد اثنان أو أكثر على الخلوة والملاصقة والتجرّد أدب المشهود عليه وعزّر، وحدّ من شهد بالزنا حدّ الفرية.

المطلب الرابع: الفرق بين الزوج والزوجة تشهد عليهما البيّنة بالزنا فينكران الوطاء بعد الدخول في وجوب الحدّ.

إذا تزوّج الرّجل وأقام مع زوجته مدّة، ثمّ شهدت عليه البيّنة بالزنا، فأنكر وطاء زوجته، ولم يكن له إقرار بالوطء قبل ذلك، ولم تظهر علامة من علامات الكذب؛ كالحمل وغيره، فإنّه يصدّق ولا يقام عليه حدّ الرّجم³. بخلاف الزّوجة إذا شهدت البيّنة عليها بالزنا بعد أن أقامت عشرين سنة مع زوجها وأنكرت الوطاء، وخالفها زوجها في ذلك وأقرّ بوطئها، فلا يُسمَع لإنكارها، وتكون محصنة، ويقام عليها الحدّ⁴.

فما الفرق بين إنكار الزوج؛ بحيث يعتبر إنكاره الوطاء بعد الزنا شبهة يندري بها الحدّ، وبين إنكار الزّوجة له فلا يعتبر شبهة، فيقام عليها حدّ الرّجم؟.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين إنكار الزوج الوطاء بعد الزنا، وبين إنكار الزّوجة له في وجوب الحدّ: (والفرق بينهما أنّ مسألة هذا الكتاب - مسألة الزوج - لم تدع الزّوجة أنّه وطأها، وفي مسألة النكاح - مسألة الزّوجة - الزوج مقرّ بجماعها، وقد قال ابن المواز: إذا اختلفا في الوطاء بعد أن وقع الزنا

1- وحدّه ابن عرفة بقوله: (نسبة آدمي غيره لزنا، أو قطع نسب مسلم). المختصر الفقهي: 201/10.

2- سورة النور، الآية رقم: 4.

3- المدونة: 504/4، التهذيب: 402/4.

4- المرجعان السابقان: 206/2، 237/2.

منهما، ورجم، وإن لم يكن ابنتى بها إلا ليلة أو أقل، وأمّا إن اختلف قبل الزنا فلا يكون المقرّ منهما محصنا، ولو كان قد أقام معها الدهر الطويل¹.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل أنّ من زنا وهو محصن وجب عليه حدّ الرجم، والإحصان يكون بالإسلام والحرية والزواج، ولمّا كان الوطء - المسيس - أمر لا يعلم إلاّ من جهة الزوجين، فإنّه إذا اتّققا على نفيه أو إثباته صدّقا، وفي الإثبات يتعيّن الصدّاق ويثبت الإحلال والإحصان، كما يثبت الإحصان على من أقرّ منهما بوقوعه وينتفي في حقّ من أنكره، هذا هو الأصل.

ولمّا كان نفيه بعد قيام البيّنة عليهما - أو أحدهما - بالزنا يلزم منه إسقاط حدّ من حدود الله قد ثبت بالبيّنة، وهذا يقتضي اتهامهما - أو أحدهما - بالسعي إلى ذلك؛ لأنّ العادة تكذبانهما، فيتعيّن أعمال التّهمة حماية لحقّ من حقوق الله، والحيلولة دون إسقاطه، فيثبت الإحصان، ويتعيّن الرجم على من زنا وأنكر الوطء بعد الزنا، غير أنّه لمّا كان من أصول الشّرع درء الحدود بالشّبّهات، فإنّ الزوجين إذا اتّققا على نفيه قويت الشّبّهة، فيندريّ عنهما الحدّ وهو الرجم، أمّا إذا أقرّ أحدهما وأنكر الآخر ضعفت الشّبّهة، وقويت التّهمة، فيثبت الإحصان ويتعيّن الحدّ.

وبناء على ذلك فإنّ مسألة النكاح² - وهي مسألة شهود البيّنة على الزوج بالفاحشة - المرأة فيها لم تدع أنّه جامعها، ولا الزوج أقرّ بذلك، فانثقت علّة الإحصان التي هي الإقرار أو اختلاف الزوجين في الوطء بعد الزنا، فإذا ارتفع الإحصان انتفى الحدّ، أمّا مسألة "الحدود" فإنّ الزوج مقرّ بالوطء، فتحقّق مناط الإحصان، وهو الاختلاف في الوطء بعد الزنا، فيثبت الإحصان، ويتعيّن الرجم.

الفرع الثالث: فوائد.

أولا: الإحصان هو التّعفّف عن الفواحش والامتناع عنها، وهو مأخوذ من قولهم: حصن منيع ودرع حصينة³، وله ثلاثة أسباب؛ هي⁴: الإسلام، والحرية، والزواج، وشروط الحصانة ثمانية؛ وهي:

1- الجامع: 317/22، 318.

2 - سميت بذلك لورودها في كتاب النكاح، بخلاف مسألة الزوج فقد جاء ذكرها في كتاب الحدود.

3- ينظر لسان العرب: 121/13.

4- ينظر المقدمات الممهّدات: 240/2.

والبلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والزواج مع صحة العقد، والوطء فيه، وأن يكون على وجه سائغ غير محظور، فمتى انخرم أحد هذه الشروط لم يكن أحدهما - أو كلاهما - محصن¹.

ثانياً: يثبت الزنا بثلاث أشياء؛ الإقرار، وظهور الحمل من غير ملك ولا شبهة ولا أمانة دالة على الاستكراه، والبيينة².

ثالثاً: الأصل أن الزوجين إذا اختلفا في الوطء بعد الزنا لم يقبل قول الزاني منهما، ورجم ولو لم يكن خلا بها إلا ليلة واحدة أو أقل، وإن اختلفا قبل الزنا لم يكن المقر محصنًا ولو أقام معها الدهر كاملاً³. قال ابن يونس مفرقاً بين الإقرار قبل الزنا وبين الإقرار بعده: (وإنما فرق بين الإقرار قبل الزنا وبعده؛ لأن الزوجة تقول قبل الزنا: إنما أقررت لأخذ جميع الصداق، والزوج يقول: إنما أقررت لتكون لي الرجعة [والمقر بعد منهما أوجب على نفسه ولا عذر له، فيكون الآخر مثله؛ إذ لا يكون الواطئ محصنًا دون الموطوءة، ولا يسقط إنكاره حدًا وجب⁴].⁵

رابعاً: بناء على ما سبق فإن علة الإحصان هي اختلاف الزوجين في الوطء بعد الزنا⁶، وجريا على هذه العلة فإن الزوجة - في مسألة النكاح - لو أقرت بالوطء لثبت الإحصان على الزوج، وتعيّن الرجم، وتكون المسألتان - حينئذ - متماثلتين.

خامساً: ذهب جماعة إلى أن اختلاف الحكم في المسألتين؛ مسألة الزوجة، ومسألة الزوج، من قبيل اختلاف القول، وأن المسألتين متماثلتان، بينما ذهب آخرون إلى أن المسألتين متناظرتان، وفرقوا بينهما بما يلي⁷:

1- ينظر المدونة: ص 1373. التوضيح: 247/8.

2- التلقين: 197/2.

3- ذكره ابن الموز، وذكر أنه قول ابن القاسم وعبد الملك. ينظر النوادر والزيادات: 233/14.

4- ما بين المعكوفتين ساقط من الجامع، وتم نقله من كتاب الذخيرة: 73/12.

5- الجامع: 318/22.

6- أما إذا كان الاختلاف قبل الزنا فإن المنكر لا يحصن بناء على إنكاره، والمقر لا يحصن؛ لأن إقراره على سبيل الدعوى - على حد تعبير الفقهاء - أي: أنه محمول على قصد أخذ الصداق كاملاً، أو ثبوت الرجعة.

7- ينظر النكت والفروق: 286/2.

1- طول المدّة الذي قبل فيه قول الزوج لم يبلغ عشرين سنة، ولو بلغ لقبل قولها ولكانت المسألتان متماثلتين.

2- أنّ الزوج إذا عرض له ما يمنعه من الوطء فإنّ الغالب عليه إخفاؤه. بخلاف الزوجة فإنّ العادة الإظهار من جهتها.

3- قيل قول الزوج؛ لأنّ الزوجة لم تدّع عليه أنه وطئها. بخلاف الزوجة لم يقبل قولها؛ لأنّ الزوج مقرّ بجماعها.

المطلب الخامس: الفرق بين الزوجة وبين الأجنبية تشانان بالإفصاض في الحكومة.

الجراح على ثلاث أضرب؛ منها ما يوجب القصاص، ومنها ما يوجب الدية، ومنها ما فيه حكومة¹ واجتهاد، ومما يلحق بالجراح التي تجب فيها الحكومة إفصاض المرأة عند الوطء؛ فإذا وطئ الرجل زوجته المطيقة فأفضاها²، فإنه يغرمها ما شأنها من الإفصاض، أمّا إذا كانت الموطوءة أجنبية فقد فرق مالك بين كونها مطاوعة فلا شيء لها إذ أفضاها، وبين ما إذا غلبها على نفسها فهي مثل الزوجة يغرمها ما شأنها³.

فما الفرق بين الزوجة يفضّها زوجها فيغرمها ما شأنها الإفصاض، وبين الأجنبية المطاوعة لا شيء لها إذا فُضّت.

الفرع الأول: عرض الفرق.

قال ابن يونس مفرقا بين الزوجة وبين الأجنبية فيما يترتب على إفصاضهما: (والفرق بين الزوجة إذا أفضاها، وبين الأجنبية إذا أطاعت أنّ الزوجة واجب عليها تركه يطأها، ولا تستطيع الامتناع عن ذلك؛ فلذلك عليه ما شأنها، والأجنبية الواجب عليها منعه، فلما طاعته لم يكن له عليها شيء، كما لو أذنت له أن يوضحها)⁴.

1- معنى الحكومة والاجتهاد واحد؛ وهو أن يقوم المجنى عليه كما لو كان عبداً؛ كم يساوي سليما لا جراح فيه، ثم يقوم بالجراح فيغرم الجاني ما بين القيمين. ينظر المعونة: ص 1334.

2- أي: رفع الحاجز الكائن بين مخرج البول ومسلك الولد، ينظر جامع الأمّهات، ص 504.

3- ويكون الغرم على الزوج إذا كان دون ثلث الدية، فإذا بلغ ثلثها فعلى العاقلة، بخلاف الأجنبي فالغرم على الواطئ بالغا ما بلغ. ينظر المدونة: 517/4، التهذيب: 417/4، 418.

4- الجامع: 573/22.

الفرع الثاني: تحليل الفرق.

الأصل عند مالك في الجراح أنّ ما لم يكن فيه شيء - دية أو عقل - مسمّى عن النَّبِيِّ - عليه السّلام - فإنّه ينظر؛ فإذا برئ الجرح من غير شين¹ فلا شيء على الجاني للمجني عليه، وما برئ منه على شين ففيه حكومة؛ حيث يغرم الجاني قدر ما لحق بالمجني عليه من الشين، كلّ ذلك ما لم يأذن المجني عليه للمجني بالاعتداء، فإذا أذن له بذلك فلا شيء له عليه ولو شأنه². ولما كان إفضاض المرأة من قبيل الجروح التي تبرأ على شين، وليس فيها عن النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عقل مسمّى فإنّه يجب فيها حكومة اعتباراً بالجراح التي تبرؤ على شين. ولما كان الواجب في الأجنبية أن تمتنع، ولا تطاوعه في وطئها، فإنّه إن طاعته فقد أذنت له بالاعتداء عليها بالوطء، ولما كان الوطء مظنة الإفضاض فقد أذنت له بالاعتداء عليها بالإفضاض؛ لأنّ المظنون له حكم المظنة، أمّا الزّوجة إذا مكّنت زوجها من وطئها فقد أذنت له في حقّه في الوطء، ولم تأذن له بالاعتداء عليها، فإذا أفضاها فقد اعتدى، ومن اعتدى غرم. فالأجنبية لما مكّنت الواطئ منها فقد أذنت له بالاعتداء عليها، أمّا الزّوجة فإن مطاوعتها لزوجها في الوطء إذن منها له بالوطء دون الاعتداء.

الفرع الثالث: فوائد.

أولاً: الجراح مأخوذة من الجوارح؛ لأنّها لا تُفعل إلّا بها فكلّ من جنى جنائية، أو جرح جرحاً، أو أذنب ذنباً؛ سواء كان بيده، أو بأيّ جارحة من الجوارح فقد اجترح، وهو جارح، وفي عرف الفقهاء تطلق على جراح الحيوان في أبدانها، فإذا كانت في الرأس فهي الشّجّة³.

ثانياً: الأصل في الجراح القصاص؛ لقوله تعالى: {وَالْجُرُوحُ فِصَاصٌ}⁴، وهي عامّة في سائر الجروح؛ ما كان منها في الرّأس، وما كان منها في سائر البدن، وهي عامّة في العمد والخطأ، إلّا أنّ هذا

1- وهو الأثر الذي يتركه الجرح، ومن أسمائه العثم والعتل. ينظر التّشبيّهات المستنبطة: 2156/3.

2- قال مالك: (من قال لرجل: اقطع يدي أو يد عبدي، أو إفقاً أعيننا، عوقب المأمور إن فعل، ولا شيء عليه في الحرّ والعبد، وقال ابن القاسم: (لو أذن له بقطع يده ففعل لم يكن له عليه شيء). التّوارد والزيادات: 68/4.

3- ينظر المقدّمات الممهّدات: 322/3، التّشبيّهات المستنبطة: 2150/3.

4- سورة المائدة، الآية رقم: 47.

العموم مخصوص؛ قد خُصَّ منه جراح الخطأ كلّها وبعض جراح العمد، فالآية خاصّة بما أمكن القصاص فيه من جراح العمد، ولم يخش منه ذهاب النفس¹.

ثالثاً: ليس في شيء من الجراح دية إلا في أربع؛ وهي: الموضحة؛ وفيها خمس من الإبل، والمنقلة؛ وفيها خمس عشر من الإبل، والمأمومة والجائفة²؛ ففي كلّ واحدة منهما ثلث الدية³، ولا فرق بين أن يعود المجني عليه في هذه الجراحات الأربعة إلى هيئته، وبين ألا يعود.

رابعاً: كلّ نافذة - جرح نافذ - في عضو من الأعضاء إذا برئ وعاد لهيئته على غير شين فلا شيء فيه للمجني عليه على الجاني، وإن برئ على شين ففيه الاجتهاد، وهو ما يعرف بالحكومة، والمعنى في ذلك أنه لم يرد فيها شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم⁴ باستثناء الجراحات الأربعة.

سادساً: الإفضاء على ثلاث مراتب؛ أولها: إزالة بكاراة المرأة، ثانيها: رفع الحاجز بن مسلك الولد وبين مسلك البول، وثالثها⁵: إزالة الحاجز بين مسلك البول وبين مسلك الغائط.

أمّا الأولى فلا شيء على الزوج ولا على غيره إذا كان الإفضاض بالوطء؛ لأنّ أرش البكاراة يندرج تحت المهر، أمّا إذا كان بالأصبع، أو بالدفع ففيه حكومة⁶.

1- قل ابن رشد: (خُصَّ من عموم قوله تعالى: {وَالْجُرُوحُ فِصَاصٌ}، (سورة المائدة، الآية رقم: 47) جراح الخطأ كلّها، وبعض جراح

العمد، وبقيّة الآية محكمة فيما أمكن القصاص فيه من جراح العمد، ولم يخش منه ذهاب النفس؛ كالجائفة، والمأمومة، والمنقلة، وما في معناها من الجراح التي هي متالف). المقدمات الممهّدة: 322/3.

2- قال مالك: الموضحة ما أفضى إلى العظم، وإن كان مثل مدخل إبرة، ولا يكون فيها تقدير إلا أن تكون في الوجه أو الرأس، والمنقلة ما أطار فراش العظم، والمأمومة ما خرق العظم، وأفضى إلى أمّ الدماغ، والجائفة ما وصل إلى الجوف من البطن أم من غيره. ينظر المدونة: 566/4. النوادر والزيادات: 398 / 13، المعونة: ص 1315.

3- ينظر المعونة: ص 1333، النوادر والزيادات: 396/13، المقدمات الممهّدة: 226/3، التبصرة: 6392/13.

4- وذلك ما جاء في الكتاب الذي بعث به رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عمرو بن حزم إلى أهل اليمن، وكان ممّا جاء فيه (وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمسة عشرة من الإبل.. وفي الموضحة خمس من الإبل..). والحديث رواه النسائي في الكبرى في كتاب القسامة، باب ذكر حديث عمرو بن حزم، رقم: 7029، 373/6. وقال الزبيلي في نصب الزاوية، رواه عبد الرزاق في مصنفه، والدارقطني في سننه، وابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرک، وقال - أي: الحاكم - إسناده صحيح وهو من قواعد الإسلام. نصب الزاوية: 341/2.

5- وهو قول البسطامي، ونوزع في ذلك. ينظر شرح الرزقاني على مختصر خليل: 69/8، شرح الخرشبي: 237/3، وغيرها.

6- ويُقيد في الزوج بكونه طلق قبل البناء، وفي الأجنبية بالاغتصاب. ينظر التوضيح: 159/8، تحبير المختصر: 281/5، التاج والإكليل: 343/8، وغيرها من شروح خليل.

أما المرتبة الثانية والثالثة - وهي إزالة الحاجز بين المسلكين - ففيهما حكومة، وهو المنصوص عليه في المدونة¹، وقيل: تجب فيهما الدية، وهو قول ابن القاسم²، واستظهره خليل في التوضيح³، وعُلِّلَ بأنه يمنعها اللذة، ولا تمسك الولد ولا البول إلى الخلاء؛ ولأن مصيبتها في الإفضاء أعظم منه في الشفرين⁴، فكان أولى منهما في الدية.

الخلاصة

هذه مجمل الفروق التي تمّ رصدها في هذا الفصل؛ حيث بلغ عددها خمسة وعشرين فرقا، موزعة على أبواب مختلفة، وجلّها من قبيل الفروق الفقهية، التي تسعى - تارة - إلى دفع التناقض الموهوم بين أقوال الإمام، وبين أقوال تلميذه ابن القاسم في المسائل المتماثلة، وتارة أخرى تسعى إلى بيان مختلف الحقائق، والماخذ ورفع اللبس عنها، وقد أسفر التحليل عن عدد هائل من القواعد الفقهية والأصولية.

1- المدونة: 517/4.

2- وقد قال ابن القاسم: إذا بلغ بها الحدث حتى يفيض بمذهبيها وبولها حتى لا ينتفع بها فأرى أنّ عليه الدية كاملة. التبصرة: 6223/13.

3- التوضيح: 159/8.

4- فقد روى ابن وهب أنّ عمر ابن الخطاب قضى في شفري المرأة بالدية كاملة إذا سلّبا حتى يبدو العظم، وقاله مطرف، وابن الماجشون، وقالوا: إنّ ذلك أعظم مصيبة من ذهاب ثدييها، أو عينيها. ينظر النوادر والزيادات: 414/13.

خاتمة وتوصيات

خاتمة

من خلال هذا العرض، وبعد استقصاء الفروق المبتوثة بين دفتي كتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة" للإمام المجاهد؛ أبي بكر، عبد الله بن يونس القرشي نسبا، الصقلّي موطنا، المالكي مذهبا، يمكن القول إنّ:

أولاً: كتاب "الجامع لمسائل المدونة" ظهر في النصف الأول من القرن الخامس الهجري، وهي الفترة التي شهد فيها المذهب المالكي تطورا في طريقة ومنهج التأليف، وذلك من خلال تعقيد المسائل، وتوجيه الأقوال والرؤيات، والموازنة بينها ورصد الفروق بين المسائل المتناظرة.

ثانياً: كتاب "الجامع لمسائل المدونة" دليل على تحكّم ابن يونس في هذه الصناعة تدقيقا وتوجيها، وترجيحا، ورصدا للفروق، وكان شاهدا حيا على رسوخ قدمه في ذلك حتى غدا أحد أئمة الاجتهاد في عصره، كيف لا ومصحف المذهب شاهد على ذلك.

ثالثاً: المصادر التي اعتمدها "ابن يونس" في كتابه، وكذا منهجه في عرض المادة العلمية من الآيات الدالة على أنّ صقلية الإسلامية أصبحت مدرسة قائمة الأركان؛ تلاقح فيها الاصطلاح القروي بالاصطلاح العراقي، وحاز الصقلّيون فضل السبق في الدمج بين المدرستين والاصطلاحين، وكان ابن يونس أحد أعمدة هذه المدرسة.

رابعاً: الفرق هو ذلك المعنى الذي يبديه المعترض - الفارق - والذي من شأنه الحيلولة دون إلحاق الفرع غير المنصوص عليه بالأصل المنصوص عليه.

خامساً: إذا كان النصّ شرعياً - كتاباً وسنة - كان الفرق أصولياً، ويشترط فيه ما يشترط في العلة من الظهور ولانضباط، وغيرها من شروط العلة، وإذا كان النصّ فقهيّاً - نصّ الإمام - كان الفرق فقهيّاً، وفي هذه الحال يُكتفي بوجود أيّ مدرك، أو معنى من شأنه أن يمنع عملية الإلحاق؛ إذ إنّ من شروط التّخريج نفي الفرق.

سادساً: ضمّ كتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة" بين دفتيه ما يربو عن أربعمئة فرق، اختصّ منها الإمام ابن يونس بأكثر من مائة فرق، وما سواها فقد نقلها عن ابن الموز، والقاضي عبد الوهّاب، وعبد الحقّ، وأبي إسحاق التّونسي، وغيرهم، وبلغ عدد الفروق المثبتة في متن هذه

الأطروحة خمسة فروق ومائة فرق، وهي التي اختص بها ابن يونس، وتمّ الإعراض عن الفروق ذات الصلة بالزقّ وأمّهات الأولاد، والتي بلغ عددها نيف وأربعون فرقا.

سابعاً: ما تمّ جمعه ودراسته في هذه الأطروحة من فروق - ممّا اختصّ به ابن يونس - تنوّعت ما بين الفرق الأصوليّيّ باعتبارها أحد قواعد العلّة، والفرق الفقهيّ الوطيد الصلّة بعملية التّخريج، وتنوّعت بين الفرق بخصوص الأصل، وبين الفرق بخصوص الفرع، وغيرها من أنواع الفرق التي ذكرها علماء الأصول.

ثامناً: تنوّعت أغراض الإمام ابن يونس من إيرادها للفرق؛ فتارة يورد الفرق بغرض الاستدلال على المذهب، وبيان صحّة ما ذهب إليه مالك وأصحابه وخاصّة مالك وابن القاسم، وعادة ما يكون ذلك بصدد نقل الخلاف المذهبي، وتارة يورده بغرض رفع التناقض الموهوم بين الأقوال والرّوايات والأوجه، وبيّن أنّ الاختلاف كان بسبب اختلاف السّؤال، وليس من باب اختلاف الأقوال، وتارة يروم من خلال الفرق إبطال ما ألزم به الإمام أو ابن القاسم من قول، وقد يدحض من خلال الفرق بعض تخريجات الأصحاب.

تاسعاً: لقد أسفر التّحليل في معظم المسائل ذات الصلّة بالفروق التي أثبتت في هذا المتن عن عدد من القواعد الفقهية والأصولية، والمعاني المقاصدية ولا يكاد يخلو فرق من هذه الفوائد.

عاشراً: سلك ابن يونس في طريقة عرضه للفرق مسلكاً دقيقاً لم يعهد عند من سبقه ممّن صنّف في الفرق، وفيما يلي رسم للملامح الأساسية لطريقته في إيرادها للفرق:

1- إذا كانت المسألتان المتناظرتين في باب واحد: فإنّه يذكرهما من المدوّنة، ثمّ يشرع - بعد ذلك - في شرح ما غمض من ألفاظهما، ويرفع ما استشكل منهما، ويشفّع ذلك بذكر روايات من غير المدوّنة ووجوه وأقوال، ثمّ يوجّه كلّ أولئك لينتهي بعد ذلك إلى ترجيح ما يراه راجحاً، ثمّ يذكر الفرق مباشرة بعد شرحه للمسألة، وقد يذكره أثناء توجيهه للرّوايات والأقوال، وأحياناً يورده في معرض التّرجيح، وفي كلّ هذه الأحوال يعلّل القول في المسألة الأولى، ويفهم أنّ القول الثّاني بخلافه، وقد يصرّح بذلك، ويستعين في ذلك بصيغ متنوّعة وأساليب مختلفة، عادة ما تكون على النّحو الثّالي: (إنّما قال ذلك؛ لأنّ كذا وكذا(يعلّل القول). بخلاف قوله كذا وكذا، فافترق، أو يقول في معرض التّوجيه: ووجه قوله هو كذا وكذا. بخلاف قوله كذا وكذا، فافترق. أو يقول في معرض التّرجيح:

والصواب هو كذا وكذا؛ لأنّ - ثمّ يعلّل ما ذهب إليه - بخلاف قوله كذا وكذا، فافترق)، وعادة ما يذيل نصّ الفرق بعبارات؛ مثل: فافترق، فافترقنا، وهذا مفترق.

وقد يذكر الفرق بعد أن ينتهي من عرض مختلف الأقوال والرّوايات، وتوجيهها، بصريح العبارة قائلاً على سبيل المثال: (والفرق عند مالك بين قوله كذا وكذا، وبين قوله كذا وكذا هو كذا وكذا).

2- إذا كانت المسألتان المتناظرتان في بابين مختلفين: فإنّه يورد الفرق بأساليب وصيغ متعدّدة حسب الغرض من الفرق؛ فقد يورده مباشرة بعد الانتهاء من ذكر المسألة، وقد يمهد للفرق بشيء أشبه ما يكون بصورة المسألة؛ كأن يشير إلى أنّ أحداً من الأئمة ألزم الإمام أو ابن القاسم بقول ما، أو استشكل قولهما، أو خرّج على قولهما، أو أنّ أحداً منهم تساءل عن الفرق، إلى غير ذلك ممّا يمكن اعتباره من باب تصوير المسألة، ثمّ يذكر الفرق، ويمكن توضيح ذلك في النقاط التّالية:

أ - يذكر الفرق بعد الانتهاء من عرض الأقوال والرّوايات وتوجيهها؛ كأن يقول بعد الانتهاء من ذكر المسألة: (والفرق عند مالك بين هذه المسألة - مسألة الباب - وبين قوله في مسألة - ويذكر مسألة في باب آخر - هو كذا وكذا).

ب - قد يُلزم الإمام أو ابن القاسم - بعد ذكر قوله في المسألة - بقول بحيث يكون هذا اللازم مناقضاً لقوله في مسألة أخرى فينقض هذا الإلزام من خلال ذكر الفرق.

ج - يذكر بعد الانتهاء من ذكر المسألة أنّ أحداً من الأئمة - ولا يصرّح باسمه عادة - استشكل قول مالك أو ابن القاسم في مسألة الباب من خلال مناقضته بقوله في مسألة أخرى، فيرفع الإشكال من خلال ذكر الفرق.

د - يذكر أنّ أحداً من الأئمة خرّج مسألة على قول الإمام أو ابن القاسم، ثمّ يبيّن من خلال الفرق أنّ التّخريج ليس بذلك.

هـ - يبيّن أنّ أحداً من الأئمة تساءل عن الفرق بين مسألة الباب وبين مسألة أخرى، فيجيب بذكر الفرق.

و - وأحياناً يُعنون للفرق بعد أن ينتهي من عرض المسألة بقوله: (فائدة في الفرق بين مسألة - فيذكر مسألة الباب - وبين مسألة كذا وكذا، فيذكر المسألة الثّانية من باب آخر)، ثمّ يذكر الفرق.

ز - بعد أن يمهد للفرق بهذه الطريقة المتقنة الممنهجة، يعمد بعد ذلك إلى بيان الفرق بين المسألتين بطريقة غاية في الدقة، بأساليب مختلفة وبصيغ متنوعة، يمكن بيان كل ذلك في النقاط التالية:

- إذا ظفر بفرق عند من سبقه؛ كالقاضي عبد الوهّاب، والقاضي إسماعيل، وعبد الحق، وابن أبي زيد، وأبي إسحاق التّونسي فإنّه ينقله عنهم بكلّ أمانة؛ بحيث يشير - عادة - إلى القاضي عبد الوهّاب بقوله: قال بعض البغداديين، وإلى عبد الحقّ بقوله: قال بعض أصحابنا، وإلى ابن أبي زيد بقوله: قال أبو محمّد، وإلى أبي إسحاق التّونسي بقوله: قال بعض الفقهاء، أو قال بعض القرويين، أو قال بعض فقهاء القيروان.

- إذا شعر بضعف الفرق الذي ضفر به فإنّه - عادة - يذكره بصيغة التّمريض، أو عن طريق الحكاية؛ كأن يقول: (وفرق بين المسألتين)، أو (حكّي عن بعض الفقهاء)، وقد يعترض عليه ببعض القوادح ثمّ يجيب عليها بأسلوب الفنقلة.

- إذا شعر بضعف الفرق الذي نقله عن الغير، أو لم يظفر بفرق - أصلا - عن غيره فإنّه يجتهد في استنباط الفرق، ويورده بصيغ مختلفة؛ كأن يقول: والفرق بين المسألتين، أو يقول بعد ذكر الفرق: إنّما افتترقت المسألتان لافتراق السّؤال، أو يقول: إنّما اختلفت المسألتان لاختلاف السّؤال، أو يقول: وهذا من باب اختلاف السّؤال وليس من باب اختلاف القول، أو يختم النّصّ المتضمّن للفرق بعبارات مختلفة مشتقة من مادة "فرق"، وهي: (فافترقا، فافتترقا، وهذا مفترق، فالمسألتان مفترقتان).

- قد يورد فرقا بين المسألتين - رغم إحساسه بأنّ الرّاجح عدم التّفرقة - ولكنّه سرعان ما يستدرك ضعف التّفرقة، ويبين ذلك، بل ويؤكد أنّ الاختلاف بين المسألتين من قبيل اختلاف القول، وليس من قبيل افتراق السّؤال، ولا يبالي بمن فرق.

وصفوة القول: إنّ "ابن يونس" قد اتّخذ من "الفرق" ركيزة للدّود عن مذهب إمام دار الهجرة، والدّفاع عن أقوال الإمام مالك وتلميذه ابن القاسم ما أمكنه إلى ذلك من سبيل، وقد امتاز في طريقة عرضه للفرق عمّن سبقه أو عاصره ممّن صنّف في الفرق، وبذل في ذلك جهدا مضنيا، وقد استفاد من جاء بعده من هذه الصّناعة؛ كالإمام المازريّ، والقرافي، وخلييل، وكثير من شرّاح مختصره.

توصيات

بعد معالجة هذا الموضوع تبين للطالب أنّ ثمة منطقة فراغ بحثية ذات صلة بهذه الدراسة جديرة بالبحث، تتجلى في النقاط التالية:

- 1- الاهتمام بصقلية الإسلامية، ورصد إسهامات علمائها في خدمة المذهب المالكي.
- 2- إبراز دور صقلية في التقريب بين مختلف مدارس الفقه المالكي.
- 3- إبراز دور مدرسة سحنون في نشر المذهب المالكي في صقلية.
- 4- العناية أكثر بكتاب "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"، من خلال دراسة ترجيحاته، وما تضمنه من تخريجات، وما ينقله عن غيره من فروق.
- 5- المقارنة بين منهج ابن يونس في كتابه "الجامع لمسائل الدونة، وبين منهج عبد الحق في كتابه "النكت والفروق"، وغيره من مؤلفاته.
- 6- إعادة النظر في مفردات مقياس "الفروق" في مرحلة الماستر، وربطها بالأصول والمقاصد، من خلال بيان ماهية الفرق وتطبيقاته.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الفهارس العامّة، وتتضمّن:

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المواضيع

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
01	﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُمْ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسْجِدِ﴾	البقرة	186	154
02	﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾	البقرة	194	152
03	﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾	البقرة	197	116
04	﴿بِمَسْ قَرَضَ بِهِمُ الْحَجَّ فَلَا رِبْتٌ وَلَا فُسُوقٌ وَلَا جِدَالٌ فِي الْحَجِّ﴾	البقرة	197	184 151
05	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾	البقرة	231	254
06	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا﴾	البقرة	244	274
07	﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا بِيَمَا إِفْتَدَتْ بِهِ﴾	البقرة	228	300 274
08	﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾	البقرة	282	313
09	﴿قِرَاهُنَّ مُفْبُوضَةٌ﴾	البقرة	283	310 282
10	﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾	النساء	04	177
11	﴿فَإِذَا دَعَبْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا﴾	النساء	06	297
12	﴿وَالَّذِي يَأْتِيَنَّ الْفُجْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾	النساء	15	347
13	﴿وَأَتَوْهُنَّ أَجُوزَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَلِّحَاتٍ﴾	النساء	25	178
14	﴿وَلَا تَفْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾	النساء	29	24
15	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾	النساء	35	183

فهرس الآيات (تابع)

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
16	: ﴿بَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾	النساء	43	86 85
17	: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	النساء	57	296
18	: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْضُوا مِنْ الصَّلَاةِ﴾	النساء	100	174
19	: ﴿فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ﴾	المائدة	06	22
20	: ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ﴾	المائدة	06	22
21	: ﴿وَإِذَا فُتِنْتُمْ إِلَىٰ الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾	المائدة	06	87
22	: ﴿وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةَ فَاطْعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾	المائدة	40	343 400 344
23	{ وَالْجُرُوحِ فِصَاصٌ }	المائدة	47	352
24	: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾	المائدة	97	156
25	: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾	المائدة	97	183
26	: ﴿وَأْتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾	الأنعام	141	142
27	: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحاً﴾	الأنعام	146	77
28	: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْأَرْبَابِ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾	الأنفال	182	164 142 277
29	: ﴿وَلِيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾	الحج	27	23

فهرس الآيات (تابع)

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
30	﴿ثُمَّ مَحَلَّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيبِ﴾	الحج	31	152
31	﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِعُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾	الحج	34	159
32	﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاخْلِدُوهُمْ فِي مَنَازِلِهِمْ جَلْدَةً﴾	النور	04	347
33	: ﴿وَمَا آتَاكُمْ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُم بِمَا أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْرٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَا كَيْفٍ اللَّهُ يَسْلُطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ﴾	الحشر	06	162
34	﴿فَإِذَا لَفِئَتُهُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا قَصَبُوا رِقَابَهُمْ حَتَّىٰ إِذَا أَفْخَنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ بِيَأْتِ مَا مَتَّأَ بَعْدَ وَإِنَّمَا يَدَاءُ حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾	محمد	04	162
35	﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾	محمد	43	98 86
36	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ﴾	الجمعة	09	107
37	﴿فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾	الجمعة	09	108

فهرس الأحاديث

الرقم	الحديث	الصفحة
01	الذهب بالورق ربا إلا حاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء، والتّممر بالتّممر ربا إلا هاء وهاء، والشّعير بالشّعير إلا هاء وهاء	205
02	احلق رأسك وصم ثلاثة أيّام، أو أطعم ستّة مساكين، أو أنسك بشاة	154
03	ادرووا الحدود بالشبهات	343
04	إذا أراد التّوم وهو جنب توضّأ وضوءه للصّلاة	82
05	إذا رأيتني في هذه الحال فلا تسلّم عليّ، فإنّك إن فعلت لم أردّ	89
06	اشترى من جابر جملا واشترط ظهره إلى المدينة	257
07	اعرف عفاصها، ثمّ عزّفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشانك بها	115
08	إن وجدته فخذة، وإن قسم فأنت أحقّ به بالثّمن	331
09	أنّه عليه السّلام مسح على الخفّين	21
10	أيّما رجل أفلس فأدرك الرّجل ماله بعينه، فهو أحقّ به من غيره	306
11	تمرّة طيّبة وماء طهور	21
12	قبيعة سيف رسول الله فضّة	218
13	قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشّركاء، فإذا وقفت الحدود ..	334
14	لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين	314

فهرس الأحاديث (تابع)

الرقم	الحديث	الصفحة
15	لا تصرّوا الإبل ولا الغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير..	232
16	لا وصية لوارث	175
17	لا يلبس القمص، ولا العمائم، ولا السراويلات، ولا البرانس..	154
18	لا ينكح المحرم	175
19	ليس لعرق ظالم حقّ	323
20	ليس ممّا من غشنا	233
21	من باع نخلا قد أبرت فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع	309
22	من حلف على يمين، فقال إن شاء الله فقد استثنى	188
23	نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط	270
24	نهى عن الكالى بالكالى	156
25	نهى عن المزابنة	206
26	نهى عن المزابنة، والمحاكلة، وعن الثنيا إلا أن تعلم	257
27	وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس..	353

فهرس الأعلام

الرقم	العلم	الصفحة
01	الأبهرى	37
02	ابن أبى زمنىن	26 25
03	ابن أبى زىد القىروانى	356 99 34 32 30 18 17
04	أحمد بن يزىد القروى	18
05	إسماعىل القاضى	109 36
06	أشهب	272 226 139 128 126 125 124 99 97 34
07	ابن أم مكتوم	92
08	الباجى	44
09	الباقلانى	57
10	البخارى	37 18
11	البرادعى	37
12	البزىوى	55
13	أبو البهء الصقلى	19
14	البىضاوى	41
15	جعفر النحاس	38
16	ابن الجلاب	36

فهرس الأعلام (تابع)

الرقم	العلم	الصفحة
17	الجويني	56 54 43 41
18	ابن حبيب	247 193 38 34 25 23
19	ابن الحداء القيسي	19
20	الحسن بن بكرون	18
21	ابن الحصائري	16
22	الخطاب	27
23	خليل	354 314 219 183 16
24	الدسوقي	27
25	ربيعة	95 94
26	ابن رشد	302 272 223 216 206 128 81 76 64 33 323 306
27	سحنون	174 35 33
28	السرّقوسي	39
29	ابن شناس	316
30	أبو طاهر السلفي	19
31	طاووس اليماني	218

فهرس الأعلام (تابع)

الرقم	العلم	الصفحة
32	الطوفي	68 66 65
33	عبد الحق	268 37 19 37 19 17
34	ابن عبد الحكم	272 37 34
35	عبد الرحمن ابن عوف	58 57
36	عبد الرحمن بن إبراهيم بن عيسى، أبو يزيد	35
37	عبد الله بن مسلم بن قتيبة	38
38	عبد الملك بن الحسن	25
39	عبد الوهاب	95 36
40	ابن عبدوس	35
41	العتبي	33
42	عتيق السمنطاري	19
43	عتيق بن عبد الجبار	18
44	عتيق بن علي بن داود	19
45	عثمان بن عفان	93
46	ابن العربي	115

الفهارس العامة (تابع)

الرقم	العلم	الصفحة
47	ابن عرفة	182 177 16
48	علي	58 57
49	عمر بن الخطاب	81 57
50	أبو عمران الفاسي	115 97 18 16
51	عياض	36 34 26 15
52	أبو الفرج القاضي	35
53	القابسيّ	16
54	ابن القاسم	126 125 124 113 109 105 99 36 33 24 23 137 136 135 134 133 131 129 128 127 198 196 195 192 176 174 164 163 147 228 227 226 225 224 218 207 203 201 252 251 247 243 242 241 240 239 234 268 267 261 260 259 257 256 254 253 307 296 286 284 283 276 272 270 269 354 342 340 337 327 326 320 318 315
55	القاسم بن سلام الهروي	38
56	القرافي	60
57	ابن القصّار	36
58	ابن الكحالة	35

الفهارس العامة (تابع)

الرقم	العلم	الصفحة
59	اللّخمي	275 87
60	مالك	88 85 84 81 80 78 76 75 35 34 31 25 23 107 105 101 100 99 97 96 95 93 92 90 121 120 118 117 116 115 113 111 110 148 147 142 140 136 131 128 127 122 154 153 148 147 142 140 136 131 152 170 165 164 163 162 161 160 156 155 208 204 203 201 192 190 189 181 174 226 223 220 217 214 212 211 210 209 258 258 257 250 247 241 234 231 227 289 286 281 279 271 168 264 263 261 322 317 312 311 305 303 297 292 291 355 351 350 336 331 325
61	مخولف	26
62	مسلم بن الحجاج	37
63	ابن المسيّب	95 94
64	ابن المغيرة	21
65	المقرّي	198
66	ابن المواز	148 145 105 52 33 32 31 30
67	الوقار	35
68	ابن وهب	38

الفهارس العامّة (تابع)

الصفحة	العلم	الرقم
26 25 24 23 22 20 19 18 17 16 15 14 13 77 76 75 73 38 37 36 34 32 31 30 28 27 96 95 94 92 91 90 89 88 86 84 82 80 78 114 112 111 110 108 106 104 102 98 97 127 126 125 124 122 121 120 116 115 144 142 140 139 138 136 133 131 129 162 159 157 156 154 151 149 147 145 181 179 177 175 173 170 167 166 164 205 201 198 196 193 190 187 185 183 225 224 221 218 215 212 219 208 207 252 249 246 243 242 240 236 232 238 271 270 269 268 266 262 259 257 254 292 291 289 287 284 283 281 276 273 315 312 310 309 307 304 301 298 295 333 332 330 329 328 326 324 321 318 355 351 350 348 346 343 340 337 334	ابن يونس	69

فهرس المراجع.

القرآن الكريم

1. ابن الأثير: أبو الحسن عزّ الدين علي بن محمّد الشيباني (ت630هـ): الكامل في التاريخ، ت: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1(1417هـ/1997م).
2. ابن الأثير: أبو السّاعات مجدّ الدين بن محمّد بن المبارك الشيباني (ت606هـ)، جامع الأصول في أحاديث الرّسول، ت: عبد القادر الأرنبوط، بشير عيون، مكتبة السلام، ط1(1379هـ - 1969م).
3. إحسان عبّاس، العرب في صقلية، دار الثقافة، بيروت، 1975م.
4. الإمام أحمد بن حنبل (ت241هـ)، المسند، ت: أحمد محمّد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1(1416هـ - 1995م).
5. الإدريسي: أبو عبد الله محمّد بن عبد الله (ت560هـ)، نزهة المشتاق في اختراق الآفاق، دون ت، عالم الكتب - بيروت، ط1، 1409م.
6. آل تيمية (ق7)، المسوّدّة في أصول الفقه، ت: محمّد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، دون ط، دون ت، 533/1.
7. الألباني: محمّد ناصر الدين (ت1420هـ)، إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2(1405هـ - 1985م).
8. الألباني: محمّد ناصر الدين (ت1420هـ)، سلسلة الأحاديث الصّحيحة، مكتبة المعارف للنّشر والتّوزيع - الرّياض - ط1(1415هـ - 1995م).
9. الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن مهران (ت852هـ)، معرفة الصّحابة، ت: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن، الرّياض، ط1(1419هـ، 1998م).
10. الأمدي: أبو الحسن سيف الدين علي بن محمّد (ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ت: عبد الرّحمن عفيفي، دار الصّبّحي، الرّياض، ط1(424هـ - 2003م).

11. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد (ت879هـ)، التقرير والتحبير، دار الفكر، بيروت، دون ط، (1417هـ - 1996م).
12. البابرّي: أبو عبد الله، جمال الدين بن محمد (ت786هـ)، العناية شرح الهداية، دون ت، دار الفكر، دون ط، دون ت.
13. الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف (ت474هـ)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، ت: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط2(1415هـ - 1995م).
14. الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف (ت474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، حلوان - مصر، ط9، دون ت، 1332هـ.
15. الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف (ت474هـ)، ت: عبد المجيد تركي، المنهاج في ترتيب الحجاج، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2001م.
16. الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل (ت256هـ)، الجامع الصحيح، ت: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، ط5(1414هـ - 1993م).
17. البدخشي: محمد بن الحسن (ت722هـ)، شرح البدخشي مع الإسْنوي على منهاج البيضاوي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، دون ط، دون ت.
18. البرادعي: أبو سعيد، خلف بن أبي القاسم (ت372هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، ت: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية - دبي، ط1(1423هـ - 2002م).
19. البزدوي: علي بن محمد بن قطلوبغا الكرخي (ت694هـ)، أصول البزدوي، المسمّى كنز الوصول إلى معرفة الأصول، دون ت، مطبعة جاويد بريس، كراتشي، دون ط، دون ت.
20. ابن بزيمة: أبو محمد عبد العزيز بن إبراهيم (ت673هـ)، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ت: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، دون بلد، ط1(1431 - 2010م).
21. البسيلي: أبو العباس بن غازي المكناسي التّونسي (ت830هـ)، نكت وتنبهات في تفسير القرآن الكريم، ت: محمد الطبراني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1(129هـ - 200م).

22. ابن بشكوال: أبو القاسم خلف بن عبد الملك (ت578هـ)، الصلّة، اعتنى به: عزت العطار، مكتبة الخانجي، ط2(1374هـ/1955م).
23. بكر ابن عبد الله بن محمّد أبو زيد (ت1407هـ)، طبقات النّسّابين، دار الرّشد - الرّياض، ط1(1407هـ - 1987م).
24. البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين (ت458هـ)، السنن الكبرى، ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3(1424هـ - 2003م).
25. التّرمذي: أبو عيسى محمّد عيسى (ت279هـ)، سنن التّرمذي، ت: بشّار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996.
26. التّنبكتي: أحمد بابا بن أحمد (ت1036هـ)، نيل الابتهاج لابتهاج بتطريز الديباج، اعتنى به: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دون ط، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، دون ط، دون ت.
27. ابن تغري بردي: أبو المحاسن يوسف جمال الدّين (ت874هـ)، المنهل الصّافي والمستوفي بعد الوافي، ت: محمّد أمين، الهيئة المصرية العامّة للكتاب، دون ط، دون ت.
28. التّوزري: عثمان بن المكي (ت1350هـ)، توضيح الأحكام بشرح تحفة الأحكام، دون ت، المطبعة التّونسية، ط1، 1439هـ.
29. الجرجاني: علي بن محمّد بن علي (ت3392هـ)، التّعريفات، ت: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1(1403هـ - 1983م).
30. ابن الجزري: شمس الدّين محمّد بن يوسف (ت711هـ)، معراج المنهاج شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، ت: شعبان محمّد إسماعيل، مطبعة الحسين الإسلامية، القاهرة، ط1(1413هـ - 1993م).
31. ابن جزّي: أبو القاسم محمّد بن أحمد (ت741)، القوانين الفقهية، ت: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1(1443هـ - 2013م).
32. ابن جزّي: أبو القاسم محمّد بن أحمد (ت741)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ت: محمّد علي فركوس، دار التّراث الإسلامي، الجزائر، ط1(1410هـ، 1990م).

33. ابن الجلاب: أبو القاسم عبيد الله بن الحسن (ت378هـ)، التفرّيع في فقه الإمام مالك، ت: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1(1428هـ - 2007هـ).
34. الجويني: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت478هـ)، البرهان في أصول الفقه، ت عبد الله الديب، مطابع الدولة الحديثة، مصر، ط1، 1399هـ.
35. الجويني: أبو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت478هـ)، الكافية في الجدل، ت: فوقيّة حسين محمود، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، دون ت، (1399هـ - 1977م).
36. ابن الحاجب، أبو عمر: جمال الدين عثمان بن عمر (ت646هـ)، جامع الأمّهات، ت: أبو عبد الرحمن الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر، ط1(1421هـ - 2000م).
37. الحاكم: أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت405هـ)، معرفة علوم الحديث، ت: السيّد معظم حسين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2(1397هـ - 1977م).
38. الحاكم: أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت405هـ)، المستدرك على الصحيحين ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(1411هـ - 1990م).
39. ابن حبان: أبو حاتم محمد بن أحمد (ت354هـ)، الثقات، دون ت، دائرة المعارف العثمانية - حيدر اباد - الهند، ط1(1323هـ - 1993م).
40. ابن حجر: ابو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت852هـ)، الإصابة في تمييز الصحابة، ت: عادل عبد الموجود ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ.
41. ابن حجر: ابو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت852هـ)، التلخيص الحبير، ت: عمر الثّاني عمر بن موسى، دار ضوء السلف، دون ط، (1428هـ - 2007م).
42. ابن حجر: ابو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت852هـ)، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، دون ت.
43. الحجوي: محمد بن الحسن بن العربي (ت1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(1416هـ/1995م).
44. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد (ت456هـ)، المحلّى بالآثار، ت: عبد الغفار البنداري، دار الفكر، بيروت، دون ط، دون ت.

45. حسن حسني عبد الوهّاب الصّمّادحي (1388هـ)، العمر في المصنّفات والمؤلّفات التّونسية، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1990م، بيروت - لبنان، دون ط، دون ت.
46. الحطّاب: أبو عبد الله شمس الدّين محمّد بن عبد الرّحمن الرّعيني (ت954هـ)، مواهب الجليل لشرح خليل، ت: زكرياء عميرات، دار الفكر، دون ط، (1412هـ، 1992م).
47. الحطّاب: أبو عبد الله شمس الدّين محمّد بن عبد الرّحمن الرّعيني (ت954هـ)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ت: عبد السلام محمّد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان - ط1 (1403هـ - 1984م).
48. حلولو، أبو العبّاس احمد بن عبد الرّحمن الزّليّتي (ت898هـ)، التّوضيح في شرح التّنقيح ت: غازي بن رشد بن خلف العنبيي، جامعة أمّ القرى، دون ط، 1425هـ.
49. الحموي: أبو العبّاس أحمد بن محمّد (1098هـ)، غمز عيون البصائر (شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجم)، دار الكتب العلمية - بيروت - دون ط1 (1405هـ - 1988).
50. الحميدي: أبو عبد الله بن أبي نصر محمّد بن فتوح بن عبد الله (ت488هـ)، جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس، الدّار المصرية للتأليف والنّشر، القاهرة، 1966م.
51. ابن حوقل: أبو القاسم محمّد النّصيبي (ت367هـ)، صورة الأرض، دون ت، دار صادر، بيروت - لبنان، ط2، 1979م.
52. الخرخشي: أبو عبد الله محمّد الحسن علي بن أحمد (ت1189هـ) شرح الخرخشي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، دون ت، بولاق مصر، ط2، 1317م.
53. ابن خلدون: أبو زيد عبد الرّحمن بن محمّد (ت808هـ): تاريخ ابن خلدون المسمى ب: (العبر وديوان المبتدأ أو الخبر في تاريخ العرب ومن عاصرهم من ذوي الشّأن الأكبر)، ت: خليل شحّادة، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2 (1408هـ/1988م).
54. ابن خلكان، أبو العبّاس شمس الدّين أحمد بن محمّد (ت681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان، ت: إحسان عبّاس، دار صادر، بيروت، دون ط، 1990م.
55. خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي (ت776هـ)، مختصر خليل، ت: أحمد جاد، دار الحديث - القاهرة، ط1 (1426هـ - 2005م).

55. خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي (ت776هـ)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1(1429هـ - 2008م).
56. الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر (ت385هـ)، سنن الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1(1424هـ - 2004م).
57. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة (ت123هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر بيروت، دون ط، دون ت.
58. أبو دود: سليمان بن الأشعث السجستاني(ت275هـ)، سنن أبي داود، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1(1430هـ - 2009م).
59. الذهبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن عثمان (ت748هـ)، سير أعلام النبلاء، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، دون بلد، ط3(1405هـ - 1985م).
60. الذهبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت748هـ)، تذكرة الحفاظ، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(1419هـ، 1998م).
61. الرّازي: أبو عبد الله فخر الدين محمد بن عمر (ت606هـ)، المحصول في علم أصول الفقه، ت: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، دون ط، دون ت.
62. الرّجراجي: أبو الحسن علي بن سعيد (ت633هـ)، مناهج التّحصيل ولطائف التّأويل، اعتنى به أبو الفضل الدميّاطي، دار ابن حزم، ط1(1428هـ - 2007م).
63. ابن رشد الجدّ: أبو الوليد أحمد بن محمد (ت520هـ)، المقدمات الممهّدات، دون ت، دار الغرب الإسلامي، ط1(1408هـ - 1988م).
64. ابن رشد الجدّ: أبو الوليد محمد بن أحمد (ت520هـ)، مسائل أبي الوليد بن رشد، ت: محمد الحبيب التّجكاني، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق، المغرب، ط2(1414هـ-1993م).
65. ابن رشد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد (ت595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دون ت، دار الحديث، القاهرة، دون ط، (1425هـ - 2004م).

66. الزبيدي: أبو الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق العبيدي (ت1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دون ط، دون ت.
67. الرصاع: أبو عبد الله محمد بن قاسم (ت894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، دون ت، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
68. الزركشي: أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله (ت772هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ت: عبد القادر العاتي، دار الصفوة، الغردقة، الكويت، ط2 (1314هـ، 1992م).
69. زروق: أبو العباس شهاب الدين البرنسي (ت899هـ)، شرح زروق على متن الرسالة، ت: أحمد فريد المزدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1 (1427هـ - 2006م).
70. الزهراني: علي بن محمد بن سعيد، الحياة العلمية في صقلية، مطابع جامعة أم القرى، 1417م.
71. الزيعلي: أبو محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف (ت726هـ)، نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمي، ت: محمد عوام، مؤسسة الرياض، بيروت - لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة - السعودية - ط1 (1418هـ - 1997م).
72. السبكي: تاج الدين بن عبد الوهاب بن تقي الدين (ت771): طبقات الشافعية الكبرى، ت: محمود محمد الطناحي، محمد عبد الفتاح الحلو، دار فجر للطباعة، ط3، 1413هـ.
73. السبكي: تاج الدين بن عبد الوهاب بن تقي الدين (ت771)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1 (1411هـ - 1991م).
74. السبكي: تاج الدين بن عبد الوهاب بن تقي الدين (ت771)، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ت: علي محمد معوض وآخرون، عالم الكتب، بيروت، ط1 (1419هـ - 1999م).
75. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت483هـ)، أصول السرخسي، دون ت، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ط، دون ت.
76. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت483هـ)، المبسوط، دون ت، دار المعرفة - بيروت، دون ط، (1414هـ - 2023م).
77. السلفي: أبو طاهر صدر الدين أحمد بن محمد (ت576هـ)، معجم السفر، ت: عبد الله البارودي، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دون ط، دون ت.

78. السّمعاني: أبو المظفر منصور بن محمّد (ت489هـ)، قواطع الأدلّة، ت: عبد الله بن حافظ الحكي، مكتبة التّوبة، الرياض، ط1(1419هـ - 1998م).
79. السيّوطي: عبد الرّحمن بن أبي بكر جلال الدّين (ت911هـ)، الأشباه والنظائر، دون ت، دار الكتب العلمية، ط1(1411هـ - 1990م).
80. السيّوطي: عبد الرّحمن بن أبي بكر جلال الدّين (ت911هـ)، الحاوي للفتاوى، ت: عبد اللّطيف حسن عبد رّحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(1403هـ - 1983م).
81. ابن شاس: أبو محمّد جلال الدّين، عبد الله بن نجم (ت616هـ)، عقد الجواهر الثّمينة في مذهب عالم المدينة، ت أحمد كمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط9، (1423هـ - 2003م).
82. ابن الشّاطّ، قاسم بن عبد الله (ت723هـ)، إدرار الفروق على أنوار الفروق (وهو هامش على فروق القرافي)، ت: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، دون ط، (1418هـ، 1998م).
83. الشّاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي (ت790هـ)، الاعتصام، ت: محمّد بن عبد الرحمن الشّقيير وآخرون، دار ابن الجوزي للنّشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعودية، ط1(1429هـ - 2008م).
84. الشّاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي (ت790هـ)، الموافقات، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن، دار بن عقّان، ط1(1417هـ - 1997م).
85. الشّافعي: أبو عبد الله محمّد بن إدريس (ت204هـ)، الأمّ، دار المعرفة، بيروت، (1414هـ - 1990م).
86. الشّنقيطي: محمّد بن سالم (ت1188هـ)، لوامع الدّرر في هتك أستار المختصر، ت: دار الرّضوان، دار الرّضوان، نواكشط، ط1(1437 - 2015م).
87. الشّنقيطي: مختار محمّد الأمين (ت1331هـ)، نثر الورود شرح مراقبي السّعود، ت: علي بن محمّد العمران، دار عطاءات العلم، الرّياض، دار ابن حزم، بيروت، ط5(11هـ، 2019م).
88. الشّوكاني: محمّد بن علي ناصر الدّين (ت1250هـ)، ت: أبو حفص سامي بن العربي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول دار الفضيلة، الرّياض، ط1(1421هـ، 2000م).

89. الشَّيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت476هـ)، طبقات الفقهاء، ت: إحسان عباس، دار الزَّائد العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1970م.
90. الصَّاوي: أبو العباس أحمد بن محمَّد (ت1242هـ)، بلغة السَّالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصَّاوي على الشَّرح الصَّغير دار المعارف، دون ط، دون ت.
91. الصَّفدي: صلاح الدين خليل بن أبيك (ت764هـ)، الوافي بالوفيات، ت: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث - بيروت، دون ط، (1420هـ - 2000م).
92. ابن الصَّلاح: أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن (ت643هـ)، طبقات الفقهاء الشافعية، ت: محيي الدِّين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1992م.
93. الضَّبِّي: أبو جعفر أحمد بن يحيى بن أحمد (ت599هـ)، بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس، دار الكاتب العربي، القاهرة، 1967 م.
94. الطَّبْراني: أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت360هـ)، المعجم الأوسط، ت: طارق بن عوض الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، دون ط، (1415هـ - 1995م).
95. الطَّوفي: أبو الرِّبيع نجم الدين بن عبد القويِّ (ت716هـ)، مختصر الرّوضة بشرح الطَّوفي لابن قدامي مختصر الرّوضة، ت: عبد الله بن عبد المحسن التَّركي، مؤسَّسة الرِّسالة، ط1 (1407هـ - 1987م).
96. ابن عابدين، محمَّد أمين بن عمر عابدين (1306هـ)، رسم المفتي، عالم الكتب - بيروت، دون ط، دون ت.
97. عادل نويهض: معجم أعلام الجزائر، مؤسَّسة نويهض للثقافة والترجمة، بيروت - لبنان، ط2 (1400هـ، 1980م).
98. ابن عبد البرّ: أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت463هـ)، الاستذكار، ت: عبد المعطي أمين فلجعي، دار قنتيبة، دمشق - بيروت، دار الوعي، حلب - القاهرة، ط1 (1413هـ - 1993م).
99. ابن عبد البرّ: أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، ت محمَّد ولد ماديك، مكتبة الرِّياض الحديثة، الرِّياض، المملكة العربية السَّعودية، ط2 (1400هـ - 1980م).

100. عبد الحق الصَّقَلِيّ: أبو محمّد بن هارون السّهْمِي (ت466هـ)، النّكت والفروق لمسائل المدوّنة، اعتنى به أبو الفضل الدّمِيّاطِي، دار ابن حزم، بيروت، ط1(1430هـ - 2009م).
101. عبد العزيز بن أحمد بن محمّد علاء الدّين البخاري (ت482هـ)، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ت: عبد الله محمود محمّد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1(418 - 1997).
102. القاضي عبد الوهّاب: أبو محمّد عبد الوهّاب بن علي بن نصر (ت422هـ)، التّلقين في الفقه المالكي، ت: أبو أوبس محمّد الحسني، دار الكتب العلمية، ط1(1425هـ - 2004م).
103. عبد الوهّاب: أبو محمّد عبد الوهّاب بن علي بن نصر (ت422هـ)، المعونة، ت: حمّيش عبد الحقّ، المكتبة التّجارية، مكّة، دون ط، دون ت.
104. العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد (ت189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطّالب الرباني، ت: يوسف الشّيخ محمّد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دون ط، (1414هـ - 1994م).
105. أبو العرب: محمّد بن أحمد بن تميم (ت333هـ)، طبقات علماء إفريقيا وتونس، دون ت، دار الكتاب اللبّاني، بيروت، دون ط، دون ت.
106. ابن العربي: أبو بكر محمّد بن عبد الله (ت543هـ)، المحصول، ت: حسين علي البدري، سعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط1(1420هـ - 1999م).
107. ابن عرفة: أبو عبد الله محمّد بن محمّد (ت803هـ)، المختصر الفقهي، ت: حافظ عبد الرّحمن محمّد خير، مؤسّسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، دون بلد، ط1(1435هـ - 201م).
108. ابن عقيل: أبو الوفاء علي بن محمّد بن عقيل (ت513هـ)، الجدل على طريقة الفقهاء، دون ت، المركز الإسلامي للطّباعة الجيزة - مصر، دون ط، دون ت.
109. ابن عقيل: أبو الوفاء علي بن محمّد بن عقيل (ت513هـ)، الواضح في أصول الفقه، ت: عبد الله بن عبد المحسن التّركي، مؤسّسة الرّسالة، ط1(1420هـ - 1999م).
110. العكري: أبو الفلاح عبد الحيّ بن أحمد بن العماد (ت1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ت: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط1(1406هـ - 1986م).

111. علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت1353هـ)، درر الحکام في شرح مجلّة الأحكام، تعريب: فهمي الحسني، دار الجيل، ط1 (1411هـ - 1991م).
112. عليش، أبو عبد الله محمّد بن أحمد (ت1299هـ)، فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب مالك، دون ت، دار المعرفة، دون ط، دون ت.
113. عليش؛ أبو عبد الله محمّد بن أحمد (ت1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دون ت، دار الفكر، بيروت، دون ط، دون ت.
114. عمر رضا كحالة (ت1408هـ)، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي ومكتبة المثني، بيروت - لبنان، دون ط، دون ت.
115. عياض أبو الفضل بن موسى بن عمرون اليحصبي (ت544هـ)، التّبيّهات المستتبطة على الكتب المدوّنة والمختلطة، ت: محمّد الوثيق، عبد النعيم حميّي، دار ابن حزم، لبنان، دون ط، (1432هـ - 2011م).
116. عياض أبو الفضل بن موسى بن عمرون اليحصبي (ت544هـ)، ترتيب المدارك، ت: محمّد بن تاويت وآخرون، مطبعة فضالة، المحمّدية - المغرب - ط1، دون ت.
117. الغزالي: أبو حامد محمّد بن محمّد (ت505هـ)، المنحول ت: محمّد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط3 (1419هـ - 1997م).
118. الغزّي، نجم الدّين محمّد بن محمّد (ت1061هـ)، الكواكب السّائرة في أعيان المائة العاشرة، ت: خليل المنصور، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط1 (1418هـ - 1997م).
119. ابن فرحون: إبراهيم نور الدّين بن علي اليعمري (ت799هـ)، الدّيباج المذهّب في معرفة أعيان المذهب، ت: محمّد الأحمدي أبو النّور، دار التّراث للطّباعة والنّشر - القاهرة - دون ط، دون ت.
120. ابن فرحون: إبراهيم نور الدّين بن علي اليعمري (ت799هـ)، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، ت: حمزة أبو فارس، وعبد السّلام الشّريف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1990م.
121. ابن الفرّضي: أبو الوليد عبد الله بن محمّد (ت403هـ)، تاريخ علماء الأندلس، اعتنى به عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2 (1408هـ - 1988م).

122. الفيومي: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي (ت770هـ)، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، دون ط، دون ت.
123. ابن قاضي شهبة: أبو بكر أحمد بن أحمد تقي الدين (ت851هـ)، طبقات الشافعية، ت: الحافظ عبد الحلیم حان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ.
124. ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله بن أحمد (ت620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر، ت: عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط2، 1399هـ.
125. ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله بن أحمد (ت620هـ)، المغني في فقه الإمام أحمد، ت: طه الزيني وآخرون، مكتبة القاهرة، دون ط، (1388هـ - 1968م).
126. القدوري: أبو الحسن أحمد بن محمد (ت428هـ)، مختصر القدوري، ت: كمال محمد عويض، دار الكتب العلمية، ط1 (1418هـ - 1997م).
127. القرافي؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت684هـ)، الذخيرة، ت: محمد حجّي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1944م.
128. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت684هـ)، شرح تنقيح الفصول، ت: طه عبد الرؤوف، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1 (1393هـ - 1973م).
129. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت684هـ)، الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، عالم الكتب، دون ط، دون ت.
130. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت684هـ)، نفائس الأصول في شرح المحصول، ت: عادل عبد الموجود وآخرون، مكتبة الباز، ط1 (1416هـ، م1995).
131. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني وآخرون، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2 (1384هـ - 1964م).
132. ابن القصار: أبو الحسن علي ابن عمر (ت397هـ)، عيون الأدلة، ت: عبد الحميد بن سعد السعودي. جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط1 (1426هـ - 200م).

133. ابن قوطلو بغا: أبو الفداء زين الدين قاسم (ت775هـ)، تاج التّراجم، ت: محمّد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1(1413هـ - 1992م).
134. القيرواني: أبو محمّد بن أبي زيد، ت: عبد الفتّاح محمّد الحلو وآخرون، التّوادر والزّيادات على ما في المدوّنة وغيرها من الأمّهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م، 93/1.
135. الكساني: أبو بكر علاء الدين بن أحمد (ت587هـ)، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، دون ت، دار الفكر، بيروت، ط2(1406هـ - 1986م).
136. اللّخمي: أبو الحسن علي بن محمّد الرّبيعي (ت478هـ)، التّبصرة، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1(1422هـ - 2011م).
137. ابن ماجه: أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني (ت273هـ)، سنن ابن ماجه، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرّسالة العالمية، ط1(1430هـ - 209م).
138. المازري: أبو عبد الله محمّد بن علي التّيمي (ت536هـ)، شرح التّلقين، ت: محمّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م.
139. الإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، المدوّنة الكبرى برواية سحنون، ت: زكريّا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(1415هـ - 1999م).
140. الإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، الموطّأ برواية يحيى بن يحيى اللّيثي، ت: محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت - لبنان، دون ط، (1406هـ - 1985م).
141. مجموعة مؤلّفين، التّخريج في المذهب المالكي وأثره في حركية الاجتهاد (محاضرات الملتقى الدّولي الثّامن للمذهب المالكي، دار الثقافة عين الدّفلة - الجزائر، دون ط، 1433هـ، 2012م).
142. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب البصري (ت450هـ)، الحاوي الكبير، ت: علي محمّد عوض عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1(1419هـ - 1399م).
143. محمّد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عن المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التّراث، الإمارات العربية، دبي، ط1(1421هـ، 200م).
144. محمّد بن محمّد مخلوف (ت1360هـ)، شجرة النّور الزّكيّة في طبقات المالكية، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(1424هـ - 2003م).

145. محمّد عبد القادر بن أبي الوفاء مير محمّد (ت775هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، كتب خافة، كراتشي، دون ط، دون ت.
146. المرادوي: أبو الحسن علاء الدين بن سليمان (ت885هـ)، التّحبير شرح التّحرير، ت: عبد الرّحمن بن عبد الله الجبرين وآخرون، مكتبة الرّشد، الرّياض، ط1 (1421هـ، 2000م).
147. المزني: أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل (ت264هـ)، مختصر المزني (ملحق بالأمّ للشّافعي)، دون ت، دار المعرفة، بيروت، دون ط، (1410هـ - 1990م).
148. المزني: أبو الحجّاج يوسف عبد الرحمن القضاعي (ت742هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرّجال. ت: بشار عواد معروف، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1 (1400هـ، 1980م).
149. المسعودي: أبو الحسن علي بن الحسين (ت346هـ)، أخبار الرّمان، ت: لجنة من الأساتذة، دار الأندلس للطّباعة والنّشر - بيروت، ط2 (1416/1926م).
150. الإمام مسلم: أبو الحسن مسلم ابن الحجّاج (ت261هـ)، الجامع الصّحيح، ت: أحمد بن رفعت القره حصاري وآخرون، دار الطّباع العامرة، تركيا، دون ط، 1334هـ.
151. المنجور: أحمد بن علي (ت995هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ت: محمّد الشّيخ محمّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، دون ط، دون ت.
152. ابن منظور: أبو الفضل محمّد بن مكرم بن علي (ت711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
153. المواق: أبو القاسم محمّد بن يوسف الغرناطي (ت897هـ)، التّاج والإكليل لمختصر خليل، دون ت، دار الكتب العلمية، دون بلد، ط1 (1416هـ - 1994م).
154. ابن النّجار: أبو البقاء محمّد بن أحمد بن عبد العزيز تقي الدين (ت972هـ)، شرح الكوكب المنير، ت: محمّد نذير حمادوا، مكتب العبيكان - الرّياض - دون ط، (1413هـ - 1993م).
155. النّووي، أبو زكرياء محي الدين ابن شرف (ت676هـ)، المجموع شرح المهذّب، دار الفكر، دون ط، دون ت.

156. الونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحيى (ت914هـ)، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب وزارة الأوقاف الإسلامية المغرب، دون ط، (1401هـ - 1981م).
157. ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الرحمن (ت874هـ)، تسيير الوصول إلى منهاج الأصول، ت: كمال الدخمي، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1 (1423هـ - 2000م).
158. ياقوت الحموي: أبو عبد الله شهاب الدين بن عبد الله (ت626هـ)، معجم البلدان، دون ت، دار صادر- بيروت - ط2 1995م.
159. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين (ت1442هـ)، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد - الرياض، ط1 (1418هـ - 1998م).
160. أبو يعلى الفراء: أبي الحسين محمد بن محمد (ت526هـ)، طبقات الحنابلة، ت محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، دون ط، دون ت.
161. ابن يونس: أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الصقلي (ت451هـ)، الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، ت مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، ط1 (1434هـ - 2013م).
162. ابن يونس: أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الصقلي (ت451هـ)، اعتنى به أبو الفضل الدميّطي، كتاب ناشرون، بيروت - لبنان، ط1 (1433هـ، 2012م).

فهرس المواضيع

الصفحة	العنوان	الرقم
01	مقدمة	01
13	الفصل الأول: مدخل مفاهيمي	02
15	المبحث الأول: التعريف بابن يونس الصقلّي	03
15	المطلب الأول: ترجمة ابن يونس الصقلّي	04
15	الفرع الأول: اسمه، كنيته، نسبه، شهرته	05
16	الفرع الثاني: مولده ووفاته	06
17	الفرع الثالث: شيوخه وتلامذته ومؤلفاته	07
20	المطلب الثاني: مكانة ابن يونس العلمية	08
20	الفرع الأول: ابن يونس والاجتهاد	09
23	الفرع الثاني: نماذج من اجتهادات ابن يونس	10
26	الفرع الثالث: ابن يونس في أعين العلماء	11
28	المبحث الثاني: التعريف بكتاب: الجامع لمسائل المدونة والمختلطة	12
28	المطلب الأول: محتوى الكتاب ومنهج المؤلف في عرضه	13
28	الفرع الأول: محتوى الكتاب	14
30	الفرع الثاني: منهج ابن يونس بن عرض المادّة العلمية للكتاب	15
32	المطلب الثاني: مصادر كتاب الجامع	16
32	الفرع الأول: المصادر المصرّح بها في مقدمة الكتاب	17
34	الفرع الثاني: المصادر التي جاءت في ثنايا الكتاب	18
40	المبحث الثالث: ماهية الفرق	19
40	المطلب الأول: مفهوم الفرق	20
40	الفرع الأول: تعريف الفرق	21
42	الفرع الثاني: أقسام الفرق	22
45	الفرع الثالث: شروط الفرق	23

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
48	الفرع الرابع: المعارضة وصلتها بالفرق	24
52	المطلب الثاني: حجية الفرق	25
53	الفرع الأول: تحرير محل النزاع	26
54	الفرع الثاني: مذاهب العلماء في الفرق	27
55	الفرع الثالث: متعلق الفريقين	28
61	الفرع الرابع: موازنة وترجيح	29
63	المطلب الثالث: علاقة الفرق بالتخريج	30
63	الفرع الأول: التخريج لغة واصطلاحاً	31
65	الفرع الثاني: بعض المفاهيم ذات الصلة بالتخريج.	32
70	خلاصة	33
72	الفصل الثاني: الفروق المتعلقة بالعبادات	34
72	المبحث الأول: فروق الطهارة	35
72	المطلب الأول: الفرق بين التراب، وبين والملح في سلب طهورية الماء إذا طرأ عليه	36
73	الفرع الأول: عرض الفرق	37
73	الفرع الثاني: تحليل الفرق	38
73	الفرع الثالث: فوائد	39
75	المطلب الثاني: الفرق بين أثر النجاسة الباقية في موضع الاستنجاء، وبين قليل سائر النجاسات في العفو عنها	40
75	الفرع الأول: عرض الفرق	41
75	الفرع الثاني: تحليل الفرق	42
76	الفرع الثالث: فوائد	43

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
76	المطلب الثالث: الفرق بين الدّم وبين غيره من الأعيان النَّجسة في العفو عن القليل.	44
76	الفرع الأوّل: عرض الفرق	45
76	الفرع الثّاني: تحليل الفرق	46
77	الفرع الثّالث: فوائد	47
78	المطلب الرّابع: الفرق بين المسح على الخفّين، وبين المسح على الجبيرة في اشتراط الطّهارة	48
78	الفرق الفرع الأوّل: عرض الفرق	49
78	الفرع الثّاني: تحليل الفرق	50
79	الفرع الثّالث: فوائد	51
80	المطلب الخامس: الفرق بين الزيت النَّجس، وبين الشّحم النَّجس في جواز البيع	52
80	الفرق الفرع الأوّل: عرض الفرق	53
80	الفرع الثّاني: تحليل الفرق	54
81	الفرع الثّالث: فوائد	55
82	المطلب السّادس: الفرق بين الجنب، وبين الحائض عند إرادة النّوم	56
82	الفرق الفرع الأوّل: عرض الفرق	57
82	الفرع الثّاني: تحليل الفرق	58
82	الفرع الثّالث: فوائد	59
83	المطلب السّابع: الفرق بين المسافر العادم للماء، وبين صاحب الشّجّة في جواز الوطء.	60
84	الفرق الفرع الأوّل: عرض الفرق	61
84	الفرع الثّاني: تحليل الفرق	62

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
84	الفرع الثالث: فوائد	63
85	المطلب الثامن: الفرق بين ناسي الماء في الرّحل، وبين من يطّلع عليه رجل بالماء وهو في الصّلاة في وجوب القطع	64
86	الفرع الأول: عرض الفرق	65
86	الفرع الثاني: تحليل الفرق	66
87	الفرع الثالث: فوائد	67
88	المبحث الثاني: فروق في الصّلاة	68
88	المطلب الأول: الفرق بين الأذان والصّلاة في جواز ردّ السّلام إشارة	69
88	الفرع الأول: عرض الفرق	70
89	الفرع الثاني: تحليل الفرق	71
89	الفرع الثالث: فوائد	72
90	المطلب الثاني: الفرق بين إقامة المرأة، وبين تلبيتها في اللّزوم	73
90	الفرع الأول: عرض الفرق	74
91	الفرع الثاني: تحليل الفرق	75
91	الفرع الثالث: فوائد	76
92	المطلب الثالث: الفرق بين الصّبح، وبين سائر الصّلوات في تقديم الأذان عن وقته	77
92	الفرع الأول: عرض الفرق	78
92	الفرع الثاني: تحليل الفرق	79
93	الفرع الثالث: فوائد	80
93	المطلب الرابع: الفرق بين الإحرام، وبين قراءة أمّ القرآن في حملها عن المأموم	81
94	الفرع الأول: عرض الفرق	82
94	الفرع الثاني: تحليل الفرق	83

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
95	الفرع الثالث: فوائد	84
95	المطلب الخامس: الفرق بين الحصير، وبين العمامة المسدولة تكون التجاسة بطرفها	85
96	الفرع الأول: عرض الفرق	86
96	الفرع الثاني: تحليل الفرق	87
96	الفرع الثالث: فوائد	88
97	المطلب السادس: الفرق بين القيام في صلاة النافلة، وبين نوافل العبادات في اللزوم	89
97	الفرع الأول: عرض الفرق	90
97	الفرع الثاني: تحليل الفرق	91
98	الفرع الثالث: فوائد	92
99	المطلب السابع: الفرق بين من صلى خلف أهل البدع خوفاً وتقية، وبين من صلى خلفهم من غير خوف في وجوب الإعادة	93
99	الفرع الأول: عرض الفرق	94
99	الفرع الثاني: تحليل الفرق	95
100	الفرع الثالث: فوائد	96
101	المطلب الثامن: الفرق بين القصر، وبين الأكل من الميتة بالنسبة للعاصي بسفره	97
102	الفرع الأول: عرض الفرق	98
102	الفرع الثاني: تحليل الفرق	99
103	الفرع الثالث: فوائد	100
104	المطلب التاسع: الفرق بين النافلة، وبين الفريضة إذا أقيمت في وجوب قطعها	101

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
104	الفرع الأول: عرض الفرق	102
105	الفرع الثاني: تحليل الفرق	103
105	الفرع الثالث: فوائد	104
106	المطلب العاشر: الفرق بين الفاتحة، وبين الشَّهَد في تذكرهما بعد التَّلبس بالفرض الموالي في وجوب التَّمادي	105
106	الفرع الأول: عرض الفرق	106
106	الفرع الثاني: تحليل الفرق	107
107	الفرع الثالث: فوائد	108
107	المطلب الحادي عشر: الفرق بين الفرق بين الهبة والصدقة، وبين النكاح بعد قعود الإمام في الفسخ	109
108	الفرع الأول: عرض الفرق	110
108	الفرع الثاني: تحليل الفرق	111
108	الفرع الثالث: فوائد	112
110	المبحث الثالث: فروق في الصوم	113
110	المطلب الأول: الفرق بين صوم رمضان وبين الصَّلَاة في تجديد النِّيَّة	114
110	الفرع الأول: عرض الفرق	115
111	الفرع الثاني: تحليل الفرق	116
111	الفرع الثالث: فوائد	117
112	المطلب الثاني: الفرق بين الصَّلَاة، وبين الصَّيام لمن طهرت قبل الفجر في تقدير وقت الغسل	118
112	الفرع الأول: عرض الفرق	119
113	الفرع الثاني: تحليل الفرق	120
113	الفرع الثالث: فوائد	121

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
113	المطلب الثالث: الفرق بين المغمى عليه، وبين النَّائم يطلع عليهما الفجر في أجزاء الصَّوم	122
114	الفرع الأوَّل: عرض الفرق	123
114	الفرع الثاني: تحليل الفرق	124
114	الفرع الثالث: فوائد	125
115	المطلب الرابع: الفرق بين المحتملة، وبين وطء النَّائمة والمكرهة في بطلان الاعتكاف	126
116	الفرع الأوَّل: عرض الفرق	127
116	الفرع الثاني: تحليل الفرق	128
117	الفرع الثالث: فوائد	129
117	المطلب الخامس: الفرق بين من نوى صيام أيَّام، وبين من نوى اعتكاف أيَّام في اللزوم	130
118	الفرع الأوَّل: عرض الفرق	131
118	الفرع الثاني: تحليل الفرق	132
119	الفرع الثالث: فوائد	133
119	المطلب السادس: الفرق بين الصَّوم، وبين الاعتكاف فيمن نذرهما في ثغر من الثَّغور في اللزوم	134
120	الفرع الأوَّل: عرض الفرق	135
120	الفرع الثاني: تحليل الفرق	136
121	الفرع الثالث: فوائد	137
122	المبحث الرابع: فروق في الزَّكاة.	138
122	لمطلب الأوَّل: الفرق بين ضياع ما تمَّ اقتضاؤه من الدِّين، وبين ضياع المال إذ بلغا نصابا وحال عليهما الحول في سقوط الزَّكاة	139

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
122	الفرع الأول: عرض الفرق	140
123	الفرع الثاني: تحليل الفرق	141
123	الفرع الثالث: فوائد	142
124	المطلب الثاني: الفرق بين من اقتضى دينارين، واشترى بهما سلعة، وبين من كانت عنده عشرة دنانير فاشترى بالخمسة سلعة وأنفق الأخرى قبل بيع السلعة في كيفية الزكاة	143
125	الفرع الأول: عرض الفرق	144
125	الفرع الثاني: تحليل الفرق	145
126	الفرع الثالث: فوائد	146
127	المطلب الثالث: الفرق بين العرض الذي يجعل في الدين، وبين قيمته في اشتراط الحول	147
127	الفرع الأول: عرض الفرق	148
127	الفرع الثاني: تحليل الفرق	149
128	الفرع الثالث: فوائد	150
129	المطلب الرابع: الفرق بين المديان يملك ماشية وعينا، وبين أن يملك مائتا دينار، حول كل مائة على حده، في جعل الدين في العين	151
129	الفرع الأول: عرض الفرق	152
130	الفرع الثاني: تحليل الفرق	153
130	الفرع الثالث: فوائد	154
131	المطلب الخامس: الفرق بين نفقة الزوجة، وبين نفقة الأبوين والولد في إسقاط الزكاة	155
131	الفرع الأول: عرض الفرق	156
131	الفرع الثاني: تحليل الفرق	157

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
132	الفرع الثالث: فوائد	158
133	المطلب السادس: الفرق بين من كانت له أربعون بقرة وعشرون جاموسا، وبين من ملك مائة وعشرين ضئينة وأربعين معزة في جنس الفريضة المستحقّة	159
133	الفرع الأوّل: عرض الفرق	160
134	الفرع الثاني: تحليل الفرق	161
134	الفرع الثالث: فوائد	162
136	المطلب السابع: الفرق بين الغنم والعرض يبتاعان، ثمّ يباعان في استقبال الحول	163
136	الفرع الأوّل: عرض الفرق	164
137	الفرع الثاني: تحليل الفرق	165
137	الفرع الثالث: فوائد	166
138	المطلب الثامن: الفرق بين من باع ماشية بعين، وبين من اشتراها بعين في إبطال الحول	167
138	الفرع الأوّل: عرض الفرق	168
138	الفرع الثاني: تحليل الفرق	169
139	الفرع الثالث: فوائد	170
140	المطلب التاسع: الفرق بين فوائد العين، وبين وفوائد الماشية إذا تعدّدت، وكانت الأولى نصابا	171
140	الفرع الأوّل: عرض الفرق	172
141	الفرع الثاني: تحليل الفرق	173
141	الفرع الثالث: فوائد	174

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
142	المطلب العاشر: الفرق بين الزرع، وبين الماشية يموت ربهـا قبل مجيء الساعي في إخراج الزكاة	175
142	الفرع الأول: عرض الفرق	176
143	الفرع الثاني: تحليل الفرق	177
143	الفرع الثالث: فوائد	178
144	المطلب الحادي عشر: الفرق بين الفوائد، وبين الأنسال فيمن غاب عنهم الساعي سنين	179
145	الفرع الأول: عرض الفرق	180
145	الفرع الثاني: تحليل الفرق	181
146	الفرع الثالث: فوائد	182
147	المبحث الخامس: فروق في الحجّ	183
147	المطلب الأول: الفرق بين الطواف، وبين الوقوف في وجوب تخصيصهما بنية الفرض	184
147	الفرع الأول: عرض الفرق	185
148	الفرع الثاني: تحليل الفرق	186
148	الفرع الثالث: فوائد	187
149	المطلب الثاني: الفرق بين يوم النحر، وبين ثاني أيامه بالنسبة للمحرم يجمع قبل الرمي والإفاضة في فساد الحجّ	188
149	الفرع الأول: عرض الفرق	189
150	الفرع الثاني: تحليل الفرق	190
150	الفرع الثالث: فوائد	191
151	المطلب الثالث: الفرق بين الإحصار بعدوّ، وبين الإحصار بمرض في كيفية الإحلال	192
151	الفرع الأول: عرض الفرق	193

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
152	الفرع الثاني: تحليل الفرق	194
152	الفرع الثالث: فوائد	195
153	المطلب الرابع: الفرق بين ادهان المحرم بما ليس فيه طيب، وبين استعماله للطيب والمخيط عند الضرورة في وجوب الفدية	196
154	الفرع الأول: عرض الفرق	197
154	الفرع الثاني: تحليل الفرق	198
155	الفرع الثالث: فوائد	199
156	المطلب الخامس: الفرق بين المحرم يصيد شيئاً قبل الإحرام ويبقى معه بعد الإحرام، وبين الحلال يصيده خارج الحرم، ثم يدخل به الحرم في جواز ذبحه	200
156	الفرع الأول: عرض الفرق	201
156	الفرع الثاني: تحليل الفرق	202
157	الفرع الثالث: فوائد	203
159	المبحث السادس: مسائل متفرقة	204
159	المطلب الأول: الفرق بين الورثة يرثون لحم أضحية، وبين اختلاط الأضاحي في جواز الأكل	205
159	الفرع الأول: عرض الفرق	206
160	الفرع الثاني: تحليل الفرق	207
160	الفرع الثالث: فوائد	208
161	المطلب الثاني: الفرق بين أموال الحربي التي تكون بحوزتهم، وبين التي لا تكون بحوزتهم ممن يلقاه المسلمون بأرض الإسلام	209
161	الفرع الأول: عرض الفرق	210
162	الفرع الثاني: تحليل الفرق	211

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
163	الفرع الثالث: فوائد	212
164	المطلب الثالث: الفرق بين من ضلّ عن الجيش، وبين من أُسر في استحقاق سهم الغنيمة	213
164	الفرع الأوّل: عرض الفرق	214
164	الفرع الثاني: تحليل الفرق	215
165	الفرع الثالث: فوائد	216
165	المطلب الرابع: الفرق بين من نذر المشي إلى مكة أو البيت، وبين من نذره إلى الحرم في لزومه	217
166	الفرع الأوّل: عرض الفرق	218
166	الفرع الثاني: تحليل الفرق	219
167	الفرع الثالث: فوائد	220
167	خلاصة	221
169	الفصل الثالث: الفروق المتعلقة بالمعاملات	222
169	المبحث الأوّل: فروق في فقه الأسرة	223
169	المطلب الأوّل: الفرق بين وجه الشغار وبين وجه الدين بالدين في وجوب الفسخ	224
170	الفرع الأوّل: عرض الفرق	225
170	الفرع الثاني: تحليل الفرق	226
171	الفرع الثالث: فوائد	227
173	المطلب الثاني: الفرق بين ردة الزوجة وبين ردة الزوج في إسقاط الإحلال	228
173	الفرع الأوّل: عرض الفرق	229
173	الفرع الثاني: تحليل الفرق	230
174	الفرع الثالث: فوائد	231

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
174	المطلب الثالث: الفرق بين نكاح المريض وبين نكاح المحرم في إقرارهما على النكاح	232
175	الفرع الأول: عرض الفرق	233
175	الفرع الثاني: تحليل الفرق	234
176	الفرع الثالث: فوائد	235
177	المطلب الرابع: الفرق بين النكاح وبين الخلع في اشتراط كون العوض ممّا يصحّ تملكه	236
177	الفرع الأول: عرض الفرق	237
177	الفرع الثاني: تحليل الفرق	238
178	الفرع الثالث: فوائد	239
179	المطلب الخامس: الفرق بين تراجع أب عن إقراره بالرّضاع، وبين تراجع الأمّ في فسخ النكاح	240
179	الفرع الأول: عرض الفرق	241
179	الفرع الثاني: تحليل الفرق	242
180	الفرع الثالث: فوائد	243
181	المطلب السادس: الفرق بين مراجعة المختلعة وبين مراجعة المطلقة رجعيًا في تداخل العدّتين	244
181	الفرع الأول: عرض الفرق	245
181	الفرع الثاني: تحليل الفرق	246
182	الفرع الثالث: فوائد	247
183	المطلب السابع: الفرق بين جزاء الصّيد، وبين الشّقاق بين الرّوجين في وجوب التّقيد بالنّصّ	248
183	الفرع الأول: عرض الفرق	249

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
184	الفرع الثاني: تحليل الفرق	250
185	الفرع الثالث: فوائد	251
166	المطلب الثامن: الفرق بين الاستثناء والكفارة في ادعاء الزوج المولي حلّ اليمين	252
187	الفرع الأول: عرض الفرق	253
187	الفرع الثاني: تحليل الفرق	254
187	الفرع الثالث: فوائد	255
190	المبحث الثاني: فروق في بيع السلم والمرابحة	256
190	المطلب الأول: الفرق بين بيع الرطب جزافاً، وبين بيعها على شرط التبقية كيلاً	257
190	الفرع الأول: عرض الفرق	258
190	الفرع الثاني: تحليل الفرق	259
191	الفرع الثالث: فوائد	260
193	المطلب الثاني: الفرق بين تراب المعادن وبين تراب الصاغة إذا بيع بمثلها عند الفوت	261
193	الفرع الأول: عرض الفرق	262
194	الفرع الثاني: تحليل الفرق	263
194	الفرع الثالث: فوائد	264
195	المطلب الثالث: الفرق بين صلح الكفيل يرجع على المدين بالأقلّ من الدين، أو قيمة ما صالح به، وبين الوكيل يتعدّى فيرجع على الأمر بالمثل	265
195	الفرع الأول: عرض الفرق	266
196	الفرع الثاني: تحليل الفرق	267

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
196	الفرع الثالث: فوائد	268
198	المطلب الرابع: الفرق بين الإحالة وبين الوكالة في فساد الإقالة في السلم إذا غادر الأصيل قبل الاقتضاء	269
198	الفرع الأول: عرض الفرق	270
198	الفرع الثاني: تحليل الفرق	271
199	الفرع الثالث: فوائد	272
200	المطلب الخامس: الفرق بين البائع، وبين الأجنبي يستهلكان طعاما قبل أن يستوفى من حيث الضمان.	273
201	الفرع الأول: عرض الفرق	274
201	الفرع الثاني: تحليل الفرق	275
202	الفرع الثالث: فوائد	276
204	المطلب السادس: الفرق بين الشاة اللبون وبين التي لا لبن فيها إذا بيعت باللبن إلى أجل.	277
204	الفرع الأول: عرض الفرق	278
205	الفرع الثاني: تحليل الفرق	279
205	الفرع الثالث: فوائد	280
208	المطلب السابع: الفرق بين المدين وبين غيره فيما إذا أعاد الدائن ماله إلى الغريم بعد قبضه سلما في طعام وغيره	281
208	الفرع الأول: عرض الفرق	282
208	الفرع الثاني: تحليل الفرق	283
200	الفرع الثالث: فوائد	284
211	المطلب الثامن: الفرق بين تقطيع الثوب الكذب، وبين تقطيعه بالغلط في اعتبار القطع فوتا	285

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
212	الفرع الأول: عرض الفرق	286
212	الفرع الثاني: تحليل الفرق	287
213	الفرع الثالث: فوائد	288
215	المبحث الثالث: متفرقات من مختلق كتب البيوع	289
215	المطلب الأول: الفرق بين البيع، وبين الصّرف في البطلان عند استحقاق أحد العوضين	290
215	الفرع الأول: عرض الفرق	291
216	الفرع الثاني: تحليل الفرق	292
216	الفرع الثالث: فوائد	293
217	المطلب الثاني: الفرق بين السيّف المفضّض يباع بالفضّة، وبين الحلّي المصنوع من التّقدين يباع بأحدهما	294
218	الفرع الأول: عرض الفرق	295
218	الفرع الثاني: تحليل الفرق	296
219	الفرع الثالث: فوائد	297
221	المطلب الثالث: الفرق بين الحلّي وبين الدنانير، ينتقض الصّرف بوجود العيب	298
221	الفرع الأول: عرض الفرق	299
221	الفرع الثاني: تحليل الفرق	300
222	الفرع الثالث: فوائد	301
223	المطلب الرابع: الفرق بين الغائب، وبين المغمى عليه في نفاذ تصرّفات السلطان في مالهما	302
224	الفرع الأول: عرض الفرق	303
224	الفرع الثاني: تحليل الفرق	304
225	الفرع الثالث: فوائد	305

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
227	المطلب الخامس: الفرق بين الإقالة في السلم وبين شراء مثل المبيع في وجوب حماية الذريعة	306
228	الفرع الأول: عرض الفرق	307
228	الفرع الثاني: تحليل الفرق	308
229	الفرع الثالث: فوائد	309
232	المطلب السادس: الفرق بين العيب الخفيف وبين العيب القديم إذا ردّ المبيع بعيب قديم في إغرام ما نقصه العيب الحادث	310
232	الفرع الأول: عرض الفرق	311
232	الفرع الثاني: تحليل الفرق	312
233	الفرع الثالث: فوائد	313
235	المطلب السابع: الفرق بين كون الثمن ممّا ينقسم، وبين كونه ممّا لا ينقسم إذا عيب وجه الصّفة وهلك الباقي	314
236	الفرع الأول: عرض الفرق	315
236	الفرع الثاني: تحليل الفرق	316
237	الفرع الثالث: فوائد	317
239	المطلب الثامن: الفرق بين البيع وبين حوالة السوق في رفع حكم الفوت	318
240	الفرع الأول: عرض الفرق	319
240	الفرع الثاني: تحليل الفرق	320
240	الفرع الثالث: فوائد	321
242	المطلب التاسع: الفرق بين الحميل والرهن يكونان بمكان بعيدا عن العقد في صحّته	322
243	الفرع الأول: عرض الفرق	323
243	الفرع الثاني: تحليل الفرق	324
244	الفرع الثالث: فوائد	325

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
246	المبحث الرابع: فروق في الأكرية والإيجارات	326
246	المطلب الأول: الفرق بين رمي الرّاعي شاة فنتعيب، وبين رميه صيدا فيصيب شاة من حيث الضّمان	327
246	الفرع الأول: عرض الفرق	328
246	الفرع الثاني: تحليل الفرق	329
247	الفرع الثالث: فوائد	330
249	المطلب الثاني: الفرق بين الإجارة بالشّاة المنبوحة قبل سلخها، وبين الإجارة بأجزاء من لحمها	331
249	الفرع الأول: عرض الفرق	332
249	الفرع الثاني: تحليل الفرق	333
250	الفرع الثالث: فوائد	334
252	المطلب الثالث: الفرق بين ادعاء المستأجر ضياع الشّيء المؤجّر، وبين ادعاء المعير تعديّ المستعير في المسافة من حيث الضّمان	335
252	الفرع الأول: عرض الفرق	336
252	الفرع الثاني: تحليل الفرق	337
252	الفرع الثالث: فوائد	338
254	المطلب الرابع: الفرق بين استئجار الأب ظنّرا، وبين تحمّل الرّجل عن غيره أجرة عمل أو ثمن مبيع في تعلق الحقّ بمالهما بعد خراب ذمتهما	339
254	الفرع الأول: عرض الفرق	340
255	الفرع الثاني: تحليل الفرق	341
255	الفرع الثالث: فوائد	342
256	المطلب الخامس: الفرق بين البيع وبين الكراء في جواز التّنيا	343
257	الفرع الأول: عرض الفرق	344
257	الفرع الثاني: تحليل الفرق	345

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
258	الفرع الثالث: فوائد	346
259	المطلب السادس: الفرق بين الأجرة والثمن إذ كانا معيّنين وأبهم النقد إبان العقد	347
259	الفرع الأول: عرض الفرق	348
260	الفرع الثاني: تحليل الفرق	349
260	الفرع الثالث: فوائد	350
262	المطلب السابع: الفرق بين مستوفي الأجرة ومستوفي المنفعة عند خروجهما عن المعتاد في وجوب فسخ العقد	351
262	الفرع الأول: عرض الفرق	352
263	الفرع الثاني: تحليل الفرق	353
263	الفرع الثالث: فوائد	354
266	المطلب الثامن: الفرق بين الكراء الفاسد وبين حبس العين المكراة في وجوب كراء المثل إذا عطّلت العين	355
266	الفرع الأول: عرض الفرق	356
267	الفرع الثاني: تحليل الفرق	357
268	الفرع الثالث: فوائد	358
269	المطلب التاسع: الفرق بين البيع، وبين الكراء إذا تضمّن العقد شرطا مناقضا لمقصود العقد في وجوب العمل به	359
270	الفرع الأول: عرض الفرق	360
270	الفرع الثاني: تحليل الفرق	361
271	الفرع الثالث: فوائد	362
272	المطلب العاشر: الفرق بين ضياع رأس مال القراض وبين ضياع بعضه في وجوب جبره	363
273	الفرع الأول: عرض الفرق	364
273	الفرع الثاني: تحليل الفرق	365

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
274	الفرع الثالث: فوائد	366
276	المطلب الحادي عشر: الفرق بين الأجيرين، وبين شريكي الصنعة يمرض أحدهما، ويتم الآخر العمل	367
276	الفرع الأول: عرض الفرق	368
276	الفرع الثاني: تحليل الفرق	369
277	الفرع الثالث: فوائد	370
278	خلاصة	371
280	الفصل الرابع: فروق في أبواب متفرقة	372
280	المبحث الأول: فروق في الاستيثاق وما في معناها	373
280	المطلب الأول: الفرق بين الصدقة وبين الرهن عند الانتفاع بالعين المرهونة أو المتصدق بها في بطلان العقد	374
281	الفرع الأول: عرض الفرق	375
281	الفرع الثاني: تحليل الفرق	376
282	الفرع الثالث: فوائد	377
283	المطلب الثاني: الفرق بين المبيع بيعا فاسدا، وبين الرهن الفاسد بعد تمكين البائع المشتري من المبيع، وارتفاع يد الرهن عن الرهن في الضمان	378
284	الفرع الأول: عرض الفرق	379
284	الفرع الثاني: تحليل الفرق	380
285	الفرع الثالث: فوائد	381
286	المطلب الثالث: الفرق بين ضمان الرجل لحق غير واجب، وبين قوله له احلف أن لك حق على فلان وأنا لك ضامن في لزوم الضمان	382
287	الفرع الأول: عرض الفرق	383
287	الفرع الثاني: تحليل الفرق	384
288	الفرع الثالث: فوائد	385

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
289	المطلب الرابع: بين خراب ذمة المحال عليه، وبين خراب ذمة المشتري في لزوم العقد	386
289	الفرع الأول: عرض الفرق	387
289	الفرع الثاني: تحليل الفرق	388
290	الفرع الثالث: فوائد	389
291	المطلب الخامس: الفرق بين كون الكراء ديناً في ذمة المكتري، وبين كونه ديناً في ذمة المحال عليه في وجوب الشروع في استقاء المنفعة	390
292	الفرع الأول: عرض الفرق	391
292	الفرع الثاني: تحليل الفرق	392
293	الفرع الثالث: فوائد	393
294	المطلب السادس: الفرق بين ادعاء المودع ردّ الوديعة، وبين ادعائه ضياعها في لزوم اليمين	394
295	الفرع الأول: عرض الفرق	395
295	الفرع الثاني: تحليل الفرق	396
296	الفرع الثالث: فوائد	397
298	المطلب السابع: الفرق بين المودع ينفق على الوديعة، وبين الزوجة تنفق على نفسها في وجوب الرجوع بالنفقة	398
298	الفرع الأول: عرض الفرق	399
298	الفرع الثاني: تحليل الفرق	400
299	الفرع الثالث: فوائد	401
300	المطلب الثامن: الفرق بين ادعاء الزوج قضاء دين تسلفه من زوجته، وبين ادعائه تسليمه إياها ديناً اقتضاه لها	402
301	الفرع الأول: عرض الفرق	403
301	الفرع الثاني: تحليل الفرق	404

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
301	الفرع الثالث: فوائد	405
304	المبحث الثاني: متفرقات من مختلق كتب المعاملات المالية	406
304	المطلب الأول: الفرق بين الغرماء وبين الورثة إذا ظهر مستحق للمال بعد ضياعه	407
304	الفرع الأول: عرض الفرق	408
305	الفرع الثاني: تحليل الفرق	409
305	الفرع الثالث: فوائد	410
306	المطلب الثاني: الفرق بين الصّوف وبين التّمر عند فلس المشتري في أحقية البائع بالمبيع	411
307	الفرع الأول: عرض الفرق	412
307	الفرع الثاني: تحليل الفرق	413
308	الفرع الثالث: فوائد	414
309	المطلب الثالث: الفرق بين كراء الدّور وبين كراء الرّواحل عند فلس المشتري في أحقية المبتاع	415
310	الفرع الأول: عرض الفرق	416
310	الفرع الثاني: تحليل الفرق	417
311	الفرع الثالث: فوائد	418
312	المطلب الرابع: الفرق بين الوصية وبين سائر الحقوق في شهادة المرء لنفسه	419
312	الفرع الأول: عرض الفرق	420
313	الفرع الثاني: تحليل الفرق	421
313	الفرع الثالث: فوائد	422
315	المطلب الخامس: الفرق بين الملتقط، وبين المسكين يبيعان اللقطة في لزوم البيع	423
315	الفرع الأول: عرض الفرق	424
316	الفرع الثاني: تحليل الفرق	425

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
316	الفرع الثالث: فوائد	426
318	المطلب السادس: الفرق بين السلطان وبين غيره يغتصبان منفعة في نقض الكراء	427
318	الفرع الأول: عرض الفرق	428
319	الفرع الثاني: تحليل الفرق	429
319	الفرع الثالث: فوائد	430
321	المطلب السابع: الفرق بين المبتاع يُدعى بيد أمير غاصب، وبين غلته في الاستحقاق	431
321	الفرع الأول: عرض الفرق	432
321	الفرع الثاني: تحليل الفرق	433
322	الفرع الثالث: فوائد	434
324	المطلب الثامن: الفرق بين المحابي في الكراء وبين المكتري يترك قيمة الهدم في الضمان	435
324	الفرع الأول: عرض الفرق	436
325	الفرع الثاني: تحليل الفرق	437
325	الفرع الثالث: فوائد	438
327	المطلب التاسع: الفرق بين استحقاق السلعة وبين استحقاق عوض الثمن في الرجوع بالثمن أو القيمة	439
328	الفرع الأول: عرض الفرق	440
328	الفرع الثاني: تحليل الفرق	441
329	الفرع الثالث: فوائد	442
330	المطلب العاشر: الفرق بين المغصوب منه يدرك عين ماله بيد المبتاع، وبين من شهدت البينة بموته ووجد عين ماله بيد المبتاع في نقض البيع	443
330	الفرع الأول: عرض الفرق	444
331	الفرع الثاني: تحليل الفرق	445

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
331	الفرع الثالث: فوائد	446
333	المطلب الحادي عشر: الفرق بين شركاء البائع وبين شركاء الميِّت في الحق في الشفعة	447
334	الفرع الأوّل: عرض الفرق	448
334	الفرع الثاني: تحليل الفرق	449
335	الفرع الثالث: فوائد	440
337	المطلب الثاني عشر: الفرق بين من استحقّ أرضا زرعها مشتريها، وبين أخذها بالشفعة في لزوم الكراء	451
337	الفرع الأوّل: عرض الفرق	452
337	الفرع الثاني: تحليل الفرق	453
338	الفرع الثالث: فوائد	454
340	المبحث الثالث: الفروق المتعلقة بالجرائم والحدود	455
340	المطلب الأوّل: الفرق بين الرّوجة وبين الضيف يأخذان متاعا من بيت محجور في وجوب القطع	456
340	الفرع الأوّل: عرض الفرق	457
340	الفرع الثاني: تحليل الفرق	458
341	الفرع الثالث: فوائد	459
343	المطلب الثاني: الفرق بين الأجنبي يسرق مع الأب، وبين سرقة مع الصّبي في وجوب القطع	460
343	الفرع الأوّل: عرض الفرق	461
343	الفرع الثاني: تحليل الفرق	462
344	الفرع الثالث: فوائد	463
345	المطلب الثالث: الفرق بين بيّنة يشهد فيها اثنان بالرّنا والآخران بالاغتصاب، وبين أخرى يشهد فيها اثنان بالرّنا والآخران بالخلوة في حد البيّنة	464

فهرس المواضيع (تابع)

الصفحة	العنوان	الرقم
346	الفرع الأول: عرض الفرق	465
346	الفرع الثاني: تحليل الفرق	466
347	الفرع الثالث: فوائد	467
348	المطلب الرابع: الفرق بين الزوج والزوجة ينكران الوطاء بعد الدخول في وجوب الحد	468
348	الفرع الأول: عرض الفرق	469
349	الفرع الثاني: تحليل الفرق	470
349	الفرع الثالث: فوائد	471
351	المطلب الخامس: الفرق بين الزوجة وبين الأجنبية تشانان بالإففاض في الحكومة	472
351	الفرع الأول: عرض الفرق	473
352	الفرع الثاني: تحليل الفرق	474
352	الفرع الثالث: فوائد	475
354	خلاصة	476
356	خاتمة	477
360	توصيات	478
361	الفهارس العامة	479
362	فهرس الآيات	480
365	فهرس الأحاديث	481
367	فهرس الأعلام	482
373	فهرس المراجع	483
388	فهرس المواضيع	484

الملخص بالعربية

جاءت هذه الأطروحة للكشف عن منهج ابن يونس في إيراده للفروق في كتابه "الجامع لمسائل المدونة والمختلطة"، باعتبار أنّ الفرق هو ذلك المعنى الذي يبديه المعترض، غايته الفصل بين أصل وفرع في الحكم؛ سواء تعلّق الأمر بالقياس الأصولي، أو التّخريج الفقهي، وذلك من خلال استقصاء الفروق التي أوردها الإمام "ابن يونس" في كتابه "الجامع" ودراستها؛ حيث بلغ عدد الفروق التي تمّ جمعها ودرستها خمسة فروق ومائة فرق، موزّعة على مختلف الكتب والأبواب الفقهية، وشاملة لكلّ أنواع الفرق التي ذكرها الأصوليون؛ كالفرق بخصوص الأصل، والفرق بخصوص الفرع، والفرق المستقلّ بالتّعليل، وغير المستقلّ.. والمدرك الذي اقتضى الفرق بين المسألتين قد يكون راجعا إلى تخلف شرط، أو اشتماله على غرر أو جهالة، أو حماية لذريعة، أو مراعاة لمقصد.. وقد تعدّدت أغراض "ابن يونس" من إيراده للفروق؛ فتارة يبتغي من ورائه الاستدلال على المذهب وبيان ضعف مذهب المخالف، وأحيانا يروم دفع التناقض الموهوم بين مختلف أقوال الإمام، أو أقوال تلامذته لاسيما ابن القاسم، وبيان أنّ الاختلاف من قبيل اختلاف السّؤال وليس من باب اختلاف القول، وقد يُلزم الإمام أو ابن القاسم بقول ما، فينبري ابن يونس لبيان بطلان الإلزام، وقد يهدف - من خلال إيراده الفرق - إلى بيان ضعف بعض التّخرجات أو بطلانها.. وقد أسفر التّحليل الأصولي لمختلف الفروق المثبتة في متن هذه الأطروحة على كمّ هائل من الفوائد والقواعد الفقهية والأصولية، والمعاني المقاصدية.

الكلمات المفتاحية: الفروق - ابن يونس - الجامع - المدونة

Abstract in English

This thesis came to explain the way that "Ibn Yunus" (Islamic Scientist) dealt with the differences in his book "Al-Djamiyah (The inclusive) of Issues of the Al-Mudawanah and Mukhtalita", considering that the difference is that meaning shown by the objector in the original or in the section. His goal is to separate them in the ruling, by investigating and studying the differences mentioned by "Ibn Yunus" in his book "Al-Djamiyah". The number of differences collected and studied in the body of this thesis amounted to one hundred and five differences, distributed over various books and chapters, and inclusive of all types of differences mentioned by the Sharia Scholars, such as the difference about original, the difference about the section, and the independent difference explained and unreasoned. The perception that required the difference between the two issues may be due to the failure of a condition, or its inclusion of deceit or ignorance, or protection as an excuse, or consideration of a purpose.

The purposes of "Ibn Yunus" varied from his mention of the difference, so he seeks to infer the doctrine with an indication of the weakness of the doctrine of the violator, and sometimes he aims to push the delusional contradiction between the various sayings of the Imam, or between the statements of his students, especially Ibn al-Qassim. Then a statement that the difference is a difference in the question and not a difference in saying. The Imam or Ibn al-Qassim may be obliged to say something, and Ibn Yunus will state the invalidity of the obligation. He may aim to show the weakness or invalidity of some conclusions. All this

made Ibn Yunus's method of mentioning the difference distinct from others who were classified in the difference.

The research and analysis of the various differences proven in this text has revealed a huge amount of benefits, jurisprudential and fundamental rules, and intentional meanings.

Keywords: Differences, Ibn Yunus, Al-Djamiah, Al-Mudawanah.

Abstrait en Français

Cette thèse est venue expliquer la façon dont « Ibn Yunus » (scientifique islamique) a traité les différences dans son livre « Al-Djamiah (l'inclusif) des questions d'Al-Mudawanah et Mukhtalita », considérant que la différence est celle montrée par l'objecteur dans l'original ou dans la section. Son but est de les séparer dans la décision, en enquêtant et en étudiant les différences mentionnées par « Ibn Yunus » dans son livre « Al-Djamiah ». Le nombre de différences recueillies et étudiées dans le corps de cette thèse s'élevait à cent cinq différences, réparties sur divers livres et chapitres, et incluant tous les types de différences mentionnées par les érudits de la charia, telles que la différence sur l'original, la différence sur la section, et la différence indépendante expliquée et non raisonnée.

La perception qui exigeait la différence entre les deux questions peut être due à l'échec d'une condition, ou à l'inclusion de la tromperie ou de l'ignorance, ou de la protection comme excuse, ou de la considération d'un but.

Les objectifs de « Ibn Yunus » variaient de sa mention de la différence, il cherche donc à déduire la doctrine avec une indication de la faiblesse de la doctrine du violateur, et parfois il vise à pousser la contradiction délirante entre les différentes paroles de l'Imam, ou entre les déclarations de ses étudiants, en particulier Ibn al-Qassim. Ensuite, une déclaration selon laquelle la différence est une différence dans la question et non une différence dans le dicton. L'imam, ou Ibn al-Qassim peut être obligé de dire quelque chose, et Ibn Yunus déclarera l'invalidité de l'obligation.

Il peut viser à montrer la faiblesse ou l'invalidité de certaines conclusions. Tout cela a rendu la méthode d'Ibn Yunus de mentionner la différence distincte des autres qui ont été classés dans la différence.

La recherche et l'analyse des différentes différences prouvées dans ce texte ont révélé une énorme quantité d'avantages, de règles jurisprudentielles et fondamentales, et de significations intentionnelles.

Mots-clés : Différences, Ibn Yunus, Al-Djamiah, Al-Mudawanah.