

## كتاب البيوع

### مسألة - ١ -

الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (١).

غير أن حقيقة الرضا لما كانت أمراً خفياً، وضميراً قلبياً، اقتضت الحكمة ردّ الخلق إلى مردّ كليّ، وضابط جليّ، يستدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقلين. ثم طرد الشافعي - رضي الله عنه - قاعدته في المحافظة على حدود الشرع وضوابطه ولم يجوز إلحاق غيرهما بهما.

وأبو حنيفة رضي الله عنه: ألحق بهما المعاطاة (٢) وزعم أنها بيع؛ لأنها تدل على التراضي، والله يقول: ﴿أَوْ أَنْ تَفْعَلَ فِي أَمْوَالِنَا مَا نَشَاءُ﴾ (٣).

(١) «سورة النساء: ٢٩».

(٢) ويسمى بيع التعاطي والمراوضة، وهو أن يتبادل المتبايعان السلعة دون كلام. وينقل عن الكرخي جوازه في الخسيس من الأشياء فقط. والصحيح جوازه في الخسيس والنفيس، وهو الذي ذكره محمد بن الحسن في مواضع من كتابه (الأصل). وفتح القدير (٧٧/٥) وفي «البدائع»: ذكر القدوري أنه يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة. قال الكاساني: «رواية الجواز في الأصل مطلقة عن هذا التفصيل وهي الصحيحة» انظر: «بدائع الصنائع» للكاساني: (١٣٤/٥).

(٣) «سورة هود من الآية: ٨٧».

وهذا ضعيف : فإن المصير إليه يؤدي إلى انحلال القواعد بأجمعها وإبطال الضوابط بأسرها، فإنها وإن دلت على الرضا، لكن الشرع اعتبر رضا خاصاً، وهو الرضا، الذي يتضمنه الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup>.

---

(١) بيع المعاوضة لا يصح عند الشافعية في قليل ولا كثير وهذا ما قطع به الجمهور، وهناك وجه مشهور عن ابن سريج في الجواز. انظر تفصيل ذلك في «المهذب وشرحه المجموع» : (١٧٠/٩) فما بعدها.

## مسألة - ٢ -

لما كان شرع البياعات من ضرورات الخلق ، من حيث إن الإنسان لا يمكنه أن يقتصر على ما في يده ، بل لابد أن ينتفع كل واحد من الخلق بما في يد صاحبه : اقتضت عاطفة الشرع تحقيق هذا المقصود بنفي الأغرار ، والأخطار المؤذنة بالجهالات ، عن مصادر العقود ومواردها ، من حيث إن فرط الشره إلى السعي ، قد يحمل المرء على الرضى بالعقود المشتملة على الأغرار الخفية ، وإهمال الشروط المرعية ، وكانت حرية لهم بالمنع لتهذب لهم تجارهم ، وليكونوا على بصيرة من أمرهم ، ولأجله حجر على الصبيان ، ولقلة بصائرهم ، إلا أن ذلك حجر عام ، وهذا حجر خاص .

ويتفرع عن هذا الأصل مسألتان :

إحدهما - بطلان البيع والشراء في الأعيان الغائبة <sup>(١)</sup> ، دفعاً للغرر النافي للشره .

واكتفى أبو حنيفة - رضي الله عنه - في دفع الغرر ، وتحقيق الرضى المعبر ، بشرع الخيار عند الرؤية <sup>(٢)</sup> .

ولا يخفى رجحان نظر الشافعي - رضي الله عنه - في استقبال المحذور بالدفع .

الثانية - شرع خيار المجلس عند الشافعي - رضي الله عنه - في عقود المعاوضات <sup>(٣)</sup> .

(١) انظر : «المهذب» للشيرازي : (١/٢٦٣) .

(٢) انظر : «الهداية مع العناية وفتح القدير» : (٥/١٣٧) .

(٣) انظر : «معالم السنن» للخطابي : (٣/١١٨-١٢٢) و«المجموع» : (٩/١٨٤) فما بعدها .

ومستنده قوله عليه الصلاة والسلام: «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا»<sup>(١)</sup> ، فإنه من الأعمال المنصوبة على كمال الرضى بالعقد المباشر ، على ما قررناه في تعليقنا الموسوم بـ (درر الغرر ونتائج الفكر) .  
واكتفى أبو حنيفة -رضي الله عنه- بأصل الإقدام ، الصادر من الأهل في المحل<sup>(٢)</sup> .

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه النسائي من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (١٢٥٢/٧) وتتمته «إلا أن يكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارق صاحبه حتى يستقبله» والإمام أحمد في مسنده عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يكون البيع خياراً» مسند الإمام أحمد بتحقيق الشيخ : أحمد شاكر : (٣٢٧/١) ولفظ «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا إلا بيع الخيار» رواه البخاري عن عبدالله بن يوسف عن مالك . «الجامع الصحيح مع فتح الباري» : (٢٢٧/٤) وقال البيهقي : رواه مسلم عن يحيى بن يحيى . وبهذا اللفظ رواه أبو داود . «معالم السنن» : (١٨٨/٣) وأخرجه النسائي بلفظ (يفترقا) ورواية الشافعي كما ذكر البيهقي (على صاحبه بالخيار) . «السنن الكبرى» : (٢٦٨/٥) .

وبلفظ (البيعان) رواه البخاري ومسلم والنسائي والدارمي والإمام أحمد في مسنده ، على تقارب في ألفاظ الروايات .

(٢) انظر : «الهداية مع فتح القدير» : (٨٢-٨١/٥) .

### مسألة - ٣ -

الشرط إذا دخل على السبب ولم يكن مبطلاً، كان تأثيره في تأخير حكم السبب إلى حين وجوده، لا في منع السببية عند الشافعي رضي الله عنه .

ومثال المسألة قوله : أنت طالق إن دخلت الدار . فالسبب قوله : (أنت طالق) والشرط الداخل عليه قوله : (إن دخلت الدار) .

واحتج في ذلك بأن قوله : (إن دخلت الدار) لا يؤثر في قوله : (أنت طالق) فإنه ثبت مع الشرط كما كان ثابتاً بدون الشرط ، وإنما يمنع ثبوت حكمه ، فكان تأثيره في تأخير حكم السبب ، لا في منع انعقاده سبباً ، ولهذا لو لم يقترن به الشرط ثبت حكمه .

وذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى أن الشرط إذا دخل على السبب يمنع انعقاده سبباً في الحال .

واحتجوا في ذلك بأمرين :

أولهما - أن الشرط دخل على ذات السبب لا على حكمه ، فإن السبب قوله : (أنت طالق) مثلاً ، والشرط داخل عليه .

الثاني - أنه جعل التطليق جزاء لدخول الدار ، والشرط إذا دخل على الجزاء علقه ، وإذا علقه يمنع وصوله إلى محله ، والعلة الشرعية لا تصير علة إلا بوصولها إلى محلها ، فلا تصير علة إذا قصرت عن محلها <sup>(١)</sup> .

(١) انظر للمذهبين عند الأصوليين «مسلم الثبوت وشرحه فوائده الرحموت» : (١/٤٢٣) مع «المستصفي» .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها (١) أن البيع بشرط الخيار ينعقد سبباً لنقل الملك في الحال عند الشافعي - رضي الله عنه - وإنما يظهر تأثير الشرط في تأخير حكم السبب ، وهو اللازم الذي لولا دخول الشرط لثبت (١) .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا ينعقد سبباً لنقل الملك ، بل دخول الشرط منح سببته في مدة الخيار ، فإذا سقط الخيار وزال الشرط انعقد حينئذ سبباً (٢) .

ومنها (٢) أن خيار الشرط يورث عند الشافعي - رضي الله عنه - ، بناءً على اعتقاده أن الملك انتقل إلى الوارث ، وأن الثابت بالخيار حق الفسخ والإمضاء الراجعين إلى العقد نفسه ، وذلك حق شرعي أمكن انتقاله إلى الوارث ، كما في الرد بالعيب (٣) .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا يتقل ؛ لأن الثابت له بالخيار مشيئة نقل الملك واستبقاؤه . ومشيئته صفة من صفاته ، فتفوت بفواته كسائر صفاته (٤) .

ومنها (٥) (٣) أن تعليق الطلاق بالملك لا يصح عند الشافعي - رضي الله عنه - ، وكذلك تعليق العتاق بالملك ، لأن التطبيق المعلق سبب لوقوع الطلاق ، ودخول الشرط على السبب تأثيره في تأخير حكم السبب لافي

(١) انظر : «المنهاج مع مغني المحتاج» : (٤٨/٢) فما بعدها .

(٢) راجع لما ذهب إليه الحنفية : «الهداية مع فتح القدير وشرح العناية» : (١١٥/٥-١١٦) .

(٣) انظر : «مغني المحتاج» : (٤٥/٢) فما بعدها .

(٤) انظر : «فتح القدير» : (١٢٥/٥) .

(٥) يلاحظ هنا أن المؤلف استرسل في التفريع على مسألة دخول الشرط على السبب فأتى في (كتاب البيوع) بهذه المسألة من الطلاق .

انعقاده سبباً، وإذا كان سبباً كان اتصاله بالمحل المملوك شرطاً لانعقاده، ليكون السبب مفضياً إلى الحكم عند وجود الشرط، ولهذا لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنه لا يصح، لأن السبب لا يفضي إلى حكمه وإن وجد الشرط (١).

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يصح، لأن التطليق معلق بالشرط، فلم يكن سبباً لوقوع الطلاق، فلا يشترط له ملك المحل، بل ينعقد التطليق ميمناً، لأنه:

إن قصد به المنع يتحقق المنع، فإن المانع موجود، وهو وقوع الطلاق عند وجود الشرط.

وإن قصد به الطلاق يقع أيضاً، فإنه أضاف الطلاق إلى الملك، وكان كلامه مفيداً فانهقد صحيحاً (٢).

قالوا: ولهذا قلنا: إن التكفير قبل الحنث لا يجوز لا بالمال ولا بالصوم؛ لأن اليمين المعلق بالشرط وهو الحنث، لا ينعقد سبباً في حق الكفارة (٣) وعند الشافعي - رضي الله عنه - ينعقد سبباً وإن كانت معلقة على ما سيأتي في مسائل الأيمان.

(١) انظر: «المنهاج» للنووي مع شرحه «مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٣/٢٩٢-٢٩٣).

(٢) راجع: «فتح القدير»: (٣/٦٩).

(٣) انظر: المصدر السابق (٤/٢٠).

## مسائل الربا

### مسألة - ١ -

حقيقة الاستثناء عند الشافعي رضي الله عنه : إخراج بعض الجملة عن الجملة بحرف (إلا) أو ما يقوم مقامه ، فلفظ الاستثناء يوجب انعدام المستثنى منه في القدر المستثنى ، مع بقاء العموم بطريق المعارضة كالتخصيص ، إلا أن الاستثناء متصل بالكلام ، والتخصيص منفصل .

احتج في ذلك بأمرين :

أحدهما : إجماع أهل اللغة أن كلمة التوحيد - وهي قولنا : لا إله إلا الله - موضوعة لنفي الإلهية عن غير الله تعالى ، وإثبات إلهيته ؛ فلو لم يكن الاستثناء يفيد حكم النفي المعارض للإثبات الأول ، لما كان قولنا : (لا إله إلا الله) موجباً ثبوت الإلهية لله عز وجل ، بل كان معناه نفي الإلهية عن غير الله تعالى دون إثبات الإلهية له ، ولو كان كذلك : لما تم الإسلام ، فلما تم الإسلام ، دل أنه يفيد الإثبات المعارض للنفي المستثنى منه .

الثاني : إن قول القائل : لفلان علي ألف ، يقتضي وجوب الألف عليه ، ولهذا لو سكت عليه استمر وجوبها ، فإذا قال : (إلا مائة) صار ذلك معارضاً بحمله ، مخرجاً مع اللفظ بعض ما تناوله ، فيوجب الثاني النفي ، كما يوجب الأول الإثبات ، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه : إن الاستثناء من النفي إثبات ، ومن الإثبات نفي ، حتى لو قال : لفلان علي عشرة إلا تسعة ، إلا ثمانية ، إلا سبعة ، إلا ستة ، إلا خمسة إلى أن ينتهي إلى الواحد ، يلزمه خمسة ، لأنك إذا جمعت عدد الإثبات منها كانت ثلاثين ، وإذا جمعت عدد النفي منها كانت خمسة وعشرين ، فتسقط المنفي من المثبت

فتبقى خمسة، وعلى هذا فقس (١).

وزعم أبو حنيفة - رضي الله عنه - وأصحابه : أن الاستثناء لفظ يدخل على الكلام العام، فيمنعه من اقتضاء العموم والاستغراق، حتى يصير كأنه لم يتكلم إلا بالقدر الباقي بعد الاستثناء.

وزعموا أن العرب وضعت للتعبير عن تسعمائة عبارتين : إحداهما موجزة، والأخرى مطولة، وهي قوله : ألف إلا مائة : فتقدير قول القائل : (له علي ألف درهم إلا مائة) عندنا : أن له علي ألفاً، إلا مائة، فإنها ليست (علي) إلا أنه اختصر في الكلام، وترك صريح النفي لدلالة المنطوق على المسكوت قال الله تعالى : ﴿ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ (٢).

وتقديره عندهم أن له علي تسعمائة، ولم يسلموا أن الاستثناء من النفي إثبات، بل ادعوا أن بين الحكم بالنفي والحكم بالإثبات وساطة وهي عدم الحكم؛ فمقتضى الاستثناء بقاء المستثنى غير محكوم عليه لا بالنفي ولا بالإثبات، كما في قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بطهور » (٣) و« لا نكاح إلا بولي » (٤) فإنهما يدلان على العدم، لا على الوجود عند الوجود.

ولهذا المعنى أبطلوا الاستثناء من غير الجنس، كما إذ قال : له علي ألف درهم إلا ثوباً، فإنهم قالوا : يلزمه كل الألف، لأن المستثنى لم يشمل عموم الاستثناء.

(١) انظر : «المستصفى» للغزالي : (٢/١٦٣) فما بعدها «المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني» : (٢/١٢) فما بعدها «مسلم الثبوت مع فوائذ الرحمت» : (١/٣١٦) فما بعدها.  
(٢) «سورة العنكبوت : ١٤».

(٣) انظر ما سلف ص : ١٠٧ «الحاشية رقم (١)».

(٤) أخرجه مرفوعاً من رواية أبي موسى : أبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم، وذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار عن أبي موسى، وفي رواية عن أبي بردة وأخرى عن أبي بردة عن أبيه . . إلخ.

واحتجوا في ذلك بأن قالوا، ما يمنع الحكم بطريق المعارضة أدنى درجاته : أن يستقل بنفسه ، مثل دليل الخصوص والاستثناء مما لا يستقل بنفسه ، وإنما يتم بما يذكر قبله ، فلما لم يصلح معارضاً له دل أنه بيان لمعاد المتكلم بالتعليق بالشرط<sup>(١)</sup>.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها (١) أن الأصل في الأموال الربوية عند الشافعي - رضي الله عنه - تحريم بيع بعضها ببعض ، والجواز يُثبت مستثنى عن قاعدة التحريم ، مقيداً بشرط المساواة ، والحلول ، والتقابض عند اتحاد الجنس ، وبشرط الحلول والتقابض عند اختلاف الجنس ، لقوله ﷺ « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، والورق بالورق ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، يداً بيد ، عيناً بعين ، فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد<sup>(٢)</sup> » فإنه نهى عن بيع الأشياء بعضها ببعض عاماً ، ثم استثنى حالة المساواة ؛ فالنهى الأول يتناول القليل والكثير بعمومه ،

= وحول الحديث كلام طويل عن طرقه ، والاختلاف فيه ، ومن أرسله ، ومن رواه موصولاً انظر : « شرح معاني الآثار » للطحاوي : ( ٢ / ٥ ) و « معالم السنن » : ( ٣ / ١٩٨ ) و « فتح الباري » : ( ٩ / ١٤٤ ) و « نيل الأوطار » : ( ٦ / ١٢٦ ) .

(١) انظر « تفصيلاً وأبياً لاتجاهات العلماء من الحنفية وغيرهم في التلويح على التوضيح » للسعد التفتازاني : ( ٢ / ٢٠ - ٢٩ ) « مسلم الثبوت مع فوائد الرحمت » : ( ١ / ٣١٦ ) فما بعدها .

(٢) أحاديث الأجناس التي ورد النص بجريان الربا فيها أوردتها كتب الصحاح بروايات متعددة وألفاظ مختلفة . ففي رواية لمسلم عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الفضة بالفضة ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا الملح بالملح ، ولا التمر بالتمر ، إلا مثلاً بمثل سواء بسواء عيناً بعين » وانظر : البيهقي في « السنن الكبرى » : ( ٥ / ٢٧٧ ) و « راجع المذهب » : ( ١ / ٢٧٠ ) .

=

والاستثناء يتناول ما يدخل تحت الكيل، وهو ما يتحقق فيه المساواة.

ولهذا قلنا: لا يجوز بيع حفة بحفتين، ولا بطيخة ببطيختين ونظائرها<sup>(١)</sup>. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: الأصل فيها الإباحة لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾<sup>(٢)</sup> ولقيام الملك فيها. وادعى أن المقصود من الحديث آخره وإن كان مُصَدَّرًا بالنهي، وهو كقوله عليه السلام: لا صلاة إلا بطهور<sup>(٣)</sup> إذ المقصود منه إثبات الطهور شرطاً للانعقاد، لا نفي الصلاة بدون الطهور، لكن انتفاء الصلاة عند انتفاء الطهور حاصل لضرورة فوات شرط الصحة، فكذلك الفضل يحرم، لضرورة فوات الشرط الذي نيطت به الإباحة وهو المساواة في الكيل؛ والحفة غير مكيلة، فتبقى على أصل الجواز<sup>(٤)</sup>.

ومنها<sup>(٢)</sup> أن التقابض في بيع الطعام بالطعام شرط عند الشافعي رضي الله عنه، سواء اتحد الجنس أو اختلف، بناءً على أن الجواز ثبت مستثنى من قاعدة التحريم، وفيها التقابض المستفاد من قوله ﷺ «يبدأ بيد» فإنه صريح، ثم هو منزل على العادة والتقابض في المجلس<sup>(٥)</sup>.

= ولمسلم أيضاً عن عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل سواء بسواء يبدأ بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» صحيح مسلم بشرح النووي: (١١/١٤) «صحيح مسلم»: رقم ١٥٨٧.

(١) انظر: «المجموع»: (٤٥٨/٩).

(٢) «سورة البقرة: ٢٩». وانظر: «فتح القدير»: (٢٧٤/٥) فما بعدها.

(٣) انظر ما سلف (ص: ١٠٩-١٣٦).

(٤) انظر: «الهداية مع فتح القدير وشرح العناية على الهداية»: (٢٧٩/٥) فما بعدها.

(٥) انظر: «مغني المحتاج للشرييني الخطيب شرح المنهاج» للنووي: (٢٤/٢).

وحمل أبو حنيفة - رضي الله عنه - قوله : «يدأ بيد» على الحلول المنافي للنساء ، وقوله : «عيناً بعين» على التأكيد والتكرير ، وزعم أنه مؤيد بالقياس الجلي ، من حيث إن الأصل في البيع الجواز ، والموجب للفساد الفضل ، والتفاوت هاهنا : لأن المقبوض في مجلس العقد كالمقبوض في غير مجلس العقد (١) .

ومنها (٣) أن بيع الرطب بالتمر باطل عند الشافعي رضي الله عنه ؛ ولا يستثنى من قاعدة التحريم ؛ لأن التحريم الثابت بالحديث إنما يرتفع عند تحقيق شرط الإباحة ، فمهما علمنا انتفاء الشرط أو لم نعلم وجوده ، حكمنا بالبطلان ، ولا فرق فيه بين ما يُفقد الشرط لتعذره ، وبين ما يُفقد للامتناع من البيع (٢) .

وقال أبو حنيفة : يصح ؛ لتحقيق المساواة في الكيل (٣) . وهو باطل ببيع الحنطة بالدقيق والسويق (٤) ، وبيع الحنطة النيئة بالمقلية (٥) .

ومنها (٤) إذا باع مد عجوة ودرهماً بمدي عجوة ونظائرها : لا يصح عندنا (٦) .

(١) انظر : «فتح القدير على الهداية» : (٥/ ٢٨٤-٢٨٥) .

(٢) راجع تفصيل ذلك عند الشافعية في «المهذب» للشيرازي : (١/ ٢٧٤-٢٧٥) .

(٣) أما صاحبان ، فقالا : لا يجوز . وانظر : «فتح القدير على الهداية» : (٥/ ٢٩٢) .

(٤) ترى هنا أن المؤلف أراد إبطال ما ذهب إليه أبو حنيفة - رحمه الله - من صحة بيع الرطب بالتمر بما هو باطل عند أبي حنيفة نفسه من بيع الحنطة بالدقيق والسويق ، وبيع الحنطة النيئة بالمقلية ، علماً بأن صاحبين أيضاً يخالفانه في ذلك «فتح القدير» : (٥/ ٢٩٠) .

(٥) في الأصل (والمقلية) والصواب ما أثبتناه .

(٦) انظر : «المهذب» : (١/ ٢٧٣) و«مغني المحتاج مع المنهاج» : (٢/ ٢٨) .

لأن تحريم ربا الفضل معلوم، والمماثلة التي هي طريق الخلاص: غير معلومة، والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة، وما يقدره الخصم من صرف الجنس إلى خلافه: تحكم لا يقضي العقل به ولا تنبئ الصيغة عنه.

ومنها (٥) أن بيع اللحم بالحيوان باطل عندنا: للجهل بالمماثلة فيما اعتبرت فيه المماثلة على ما ذكرناه. ووزانهُ بيع السمسم بالدهن<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: يصح<sup>(٢)</sup> لأن تحريم البيع عندنا بانتفاء الشروط المذكورة: ثبت مستثنى من قاعدة الإباحة والجواز الثابت بحكم الأصل، إلا عند يقين انتفاء الشرط في المعيار الشرعي حالة العقد.

---

(١) «المذهب» (٢٧٦-٢٧٧) «المتهاج مع مغني المحتاج»: (٢٩/٢).

(٢) ذهب هذا المذهب أيضاً أبو يوسف. أما محمد بن الحسن: فله في المسألة تفصيل مذكور في مظانه من كتب الفقه وانظر: «فتح القدير»: (٢٩٠/٥).

## مسألة - ٢ -

العلة الموجبة لاشتراط القيود المذكورة في الأشياء الأربعة المنصوص عليها عندنا هي: الطعم لا غير، والجنسية محل لتحريم ربا الفضل<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة: العلة في الكيل تبع الجنسية، فالجنسية عنده أحد وصفي العلة<sup>(٢)</sup>، والفرق بين العلة ومحل العلة [أن محل العلة]<sup>(٣)</sup> ما يؤثر في العلة نفسها ويقربها، ويظهر أثرها فيه، كالإحصان في باب الزنى، فإن العلة الموجبة للرجم هي الزنى نفسه، لكنه في اقتضاء الرجم يستدعي محلاً وهو الإحصان، وليس الإحصان أحد وصفي علة الرجم؛ فإن الإحصان مناقب وخصال محمودة، ومعظمها لا يحصل باختياره كالبلوغ، والحرية، والعقل، والكمال لا يناسب العقوبة، فلا يشعر بها أصلاً.

وكذلك تعليق العتق علة، ووجود الصفة محل لنفوذ التعليق، فإذا قال السيد لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر؛ فدخلها عتق، وعلة العتق ومحل نفوذه الصفة إذا تحققت، حتى قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لو شهد شهود على الزنا وشهود على الإحصان، وشهد شهود على العتق وآخرون على الصفة، ونفذ الحاكم حكمه بالعتق والتعليق، ثم رجع الشهود، فإن الغرم يجب على شهود الزنا دون شهود الإحصان والصفة، وهو قول الشافعي رضي الله عنه.

(١) انظر تفصيلاً في ذلك عند الشيرازي في «المهذب»: (١/ ٢٧٠) فما بعدها.

(٢) راجع: «الهداية مع فتح القدير»: (٥/ ٢٧٩) و«أحكام القرآن» للجصاص (١/ ٥٥٤) فما بعدها.

(٣) ما بين القوسين من هامش «د».

ويتفرع عن هذا الأصل :

مسألة

وهي أن الجنس بانفراده لا يُحرّم النّساء عند الشافعي -رضي الله عنه- حتى يجوز إسلام الثوب في جنسه ، من حيث إنه لا تُحرّم إلا العلة ، ولا علة للأحكام الثلاثة إلا الطعم ، نعم ، كانت الجنسية معتبرة محلاً لليلة في ربا الفضل ، والمحل بانفراده لا يؤثر <sup>(١)</sup> .

وقال أبو حنيفة -رضي الله عنه- : الجنسية تحرم ربا النّساء ، لأنه أحد وصفي العلة ، كما أن الكيل أحد وصفي العلة ، ثم الكيل يقتضي تحريم ربا النّساء ، فكذاك الجنسية <sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر : «تكملة المجموع شرح المذهب» لعلي السبكي : (٨٨/١٠) .

(٢) انظر : «الهداية مع فتح القدير» : (٢٧٩/٥) فما بعدها و«كثر الدقائق مع كشف الحقائق» لعبد الحكيم الأفغاني : (٣١/٢) .

### مسألة - ٣ -

ذهب الجمهور من أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أن تخصيص الحكم بصفة من أوصاف الشيء يدل على نفي الحكم عما عدا محل الصفة، وهو الملقب بالمفهوم<sup>(١)</sup>.

مثاله: قوله ﷺ: «في سائمة الغنم زكاة»<sup>(٢)</sup> فدل على نفي الحكم عما عداها وتنزل الصفة منزلة العلة<sup>(٣)</sup>.

واحتجوا في ذلك: بأن عدول صاحب الشرع عن اللفظ العام وهو قوله: في الغنم زكاة، إلى اللفظ الخاص وهو قوله: «في سائمة الغنم زكاة» لا بد وأن يكون لفائدة، ولا فائدة إلا نفي الحكم عما عدا محل الصفة<sup>(٤)</sup>.

وذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - وطائفة من أصحابنا إلى منع ذلك<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (١٠٣/٣) «المستصفى»: (٤٦/٢) «مختصر المنتهى مع شرح العضد وحاشية الفتازاني»: (١٧٥/٣) فما بعدها.

(٢) اختلفت الروايات التي جاءت على ذكر سائمة الغنم في حديث أنس عن أبي بكر رضي الله عنه. فرواية البخاري «وفي صدقة الغنم في سائماتها». وعند أحمد في مسنده وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم في «المستدرک» «وفي سائمة الغنم من كل أربعين شاة شاة... إلخ» وهذه ذكرها ابن حزم في «المحلى» وفي رواية لأبي داود «وفي سائمة الغنم إذا كانت أربعين... إلخ» وأخرج البيهقي في سننه الكبرى «وصدقة الغنم في سائماتها».

(٣) انظر لمفهوم المخالفة وأنواعه ومنها «مفهوم الصفة» «تفسير النصوص»: (٦٧٠/١) فما بعد للمحقق.

(٤) انظر: «المستصفى»: (١٩١/٢) فما بعدها و«جمع الجوامع مع المحلى والبناني» (٢٤٩-٢٥٠) وقارن بما ذكر الحافظ في «فتح الباري»: (٢٥١/٣).

(٥) راجع في هذا «أصول السرخسي»: (٢٥٧/١) و«التلويح على التوضيح» (١٤٣/١) فما بعدها.

واحتجوا بأن الصفة تجري مجرى العلم، إذ المقصود من الصفة الإبانة عن الموصوف والتمييز بينه وبين غيره، كما أن المقصود من الاسم هو الإبانة عن المسمى وتمييزه عن غيره، ثم تعليق الحكم، فكذا تعليق الحكم بالصفة<sup>(١)</sup>.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) إذا باع نخلة قبل أن تؤبر، فثمرتها تندرج تحت البيع عندنا، ولا تندرج بعد التأبير لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلة بعد أن تؤبر

(١) مفهوم الصفة أحد أنواع مفهوم المخالفة الذي طال الخلاف حول الأخذ أو عدم الأخذ به، وقد انبنى على هذا اختلاف في كثير من الفروع الفقهية، ومحل ذلك كتب الأصول ثم كتب الفروع.

والمشهور عند الحنفية القول بمفهوم المخالفة في كلام الناس، وعدم القول به في نصوص الأحكام من الكتاب والسنة.

غير أن أبا بكر الجصاص صاحب «أحكام القرآن» روى في كتابه «أصول الفقه» عن محمد بن الحسن المسألة التالية:

«إذا حاصر المسلمون حصناً من حصون المشركين فقال رجل من أهل الحصن: «أمنوني على أن أنزل إليكم على أن أدلكم على مائة رأس من السبي في قرية كذا» فأمنه المسلمون فتنزل ثم لم يخبر بشيء فإنه يرد إلى مأمته، لأنه لم يقل: إن لم أركم فلا أمان لي».

وقال الجصاص: (فلم يجعل محمد وقوع الأمان على هذا الشرط دليلاً على أنه متى لم يف بالشرط فلا أمان له. وهذا يدل من مذهبه دلالة واضحة على أن التخصيص بالذكر أو التعليق لشرط لا يدل على أن ما عداه حكمه بخلافه).

قلت: في كلام محمد بن الحسن - كما فهمه الجصاص - ما يدل على عدم الأخذ بمفهوم المخالفة حتى في كلام الناس، ومعنى ذلك أن نفي الأخذ بمفهوم المخالفة عند الحنفية حتى في كلام الناس قد جاء متأخراً.

انظر: «أصول الفقه للجصاص» مخطوط: (٤٩/١) و«تفسير النصوص»: (١/٦٩٣) فما بعدها.

فمترتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع<sup>(١)</sup> « دل مفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة لا تكون للبائع ، ليكون التخصيص مفيداً<sup>(٢)</sup> .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : لاتندرج في الحالين ؛ لأن تخصيص أحد القسمين سكوت عن القسم الآخر ، والسكوت لا دلالة له<sup>(٣)</sup> .

ومنها (٢) أن الواجد لطول الحرية لا يجوز له نكاح الأمة عندنا<sup>(٤)</sup> لمفهوم قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾<sup>(٥)</sup> .

ومنها (٣) أن نكاح الأمة الكتابية غير جائز عندنا . لمفهوم قوله تعالى ﴿ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾<sup>(٦)</sup> خص الأمة المؤمنة بالذكر<sup>(٧)</sup> .

(١) الحديث أخرجه البخاري من رواية ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ «من باع نخلاً قد أبرت فمترتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» ولابن ماجه عن ابن عمر أيضاً أن رسول الله ﷺ قال : «من ابتاع نخلاً بعد أن يؤبر فمترتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع . . إلخ» انظر : «الجامع الصحيح» مع «فتح الباري» : (٤/ ٢٧٥) ، و«نيل الأوطار» : (٥/ ١٨٢) .

(٢) ذكر الحافظ ابن حجر عن القرطبي صاحب «المفهم» قوله : «القول بدليل الخطاب - يعني بالمفهوم - في هذا ظاهر ؛ لأنه لو كان حكم غير المؤبرة حكم المؤبرة لكان تقييده بالشرط لغواً لا فائدة فيه» / هـ .

انظر : «الفتح» : (٤/ ٢٧٥) طبع الخشاب . وراجع «المهذب» للشيرازي : (١/ ٢٧٩) و«المستصفى» : (١/ ١٩١) .

(٣) راجع «أصول السرخسي» : (١/ ٢٥٧) و«الهداية مع فتح القدير» : (٥/ ٩٩) و«بدائع الصنائع» : (٥/ ١٦٤) .

(٤) انظر : «المهذب» : (٢/ ٤٤-٤٥) و«المستصفى» : (١/ ١٩١) فما بعد .

(٥) «سورة النساء» : ٢٥ .

(٦) «سورة النساء» : ٢٥ .

(٧) انظر : «المهذب» : (٢/ ٤٥) .

وعنده : جائز لما ذكرناه (١) .

ومنها (٤) أن المبتوتة لا نفقة لها إذا كانت حائلاً ، لأن الله تعالى خص الحامل بالذكر في قوله تعالى : ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ (٢) وهذا وصف لها ، فانتفى الحكم عن غيرها (٣) .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لها النفقة والسكنى حاملاً كانت أو حائلاً (٤) .

ومنها (٥) أن أخذ الجزية من غير أهل الكتاب لا يجوز عندنا (٥) لمفهوم قوله تعالى : ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ (٦) خص أهل الكتاب .

وعنده : يجوز أخذها من عبدة الأوثان من غير أهل الكتاب (٧) .

(١) انظر : «أحكام القرآن» للجصاص : (١٩١ / ٢) و«أصول السرخسي» : (٢٥٦ - ٢٦١) .

(٢) «سورة الطلاق : ٦» .

(٣) ذهب بعض العلماء إلى إدراج هذه المسألة تحت «مفهوم الشرط» وآخرون يوردونها - صنيع المؤلف - تحت مفهوم الصفة ، والإمام الشافعي - رحمه الله - اعتبر وجوب النفقة مرتبطاً بالحمل ، فلا نفقة على غير ذوات الأحمال ، وهو كما ترى تعليق للحكم بالصفة ، وانظر كلامه في «أحكام القرآن» للشافعي جمع : أبي بكر البيهقي : (٢٦١ - ٢٦٢) و«الأم» : (٢١٩ / ٥) و«مختصر المزني» : (٧٨ / ٥) على هامش الأم .

(٤) انظر : «فتح القدير» : (٣٣٩ / ٣) .

(٥) كلام المؤلف - رحمه الله - لا يؤخذ على إطلاقه هنا . انظر تفصيل ذلك عند الشيرازي في «المهذب» : (٢٥٠ / ١) .

(٦) «سورة التوبة : ٩٢» .

(٧) انظر القضية من أطرافها في «الهداية وفتح القدير» : (٣٧٠ - ٣٧١) و«بدائع الصنائع» : (١١٠ - ١١١) .

## مسألة - ٤ -

زعم أصحاب أبي حنيفة -رضي الله عنه- أن التصرفات الحسية تنقسم إلى : صحيحة مشروعة، وباطلة ممنوعة، وفاسدة مشروعة بأصلها ممنوعة بوصفها. وعنوا بالصحيح ما يفيد حكمه الموضوع له، وبالباطل : ما لا يفيد حكمه الموضوع له، وبالفاسد ما يفيد حكمه من وجه دون وجه (١).

وذهب أصحاب الشافعي -رضي الله عنه- إلى إنكار القسم الثالث ولم يفرقوا بين الفاسد والباطل (٢).

واعلم أن هذا أصل عظم فيه اختلاف الفئتين وطال فيه نظر الفريقين. وهو على التحقيق نزاع لفظي ومراء جدلي ؛ فإن مراد القوم من هذا التقسيم : أن التصرفات تنقسم إلى ما نهى الشرع عنها لمعنى يرجع إلى ذاتها بسبب اختلاف ركن من أركانها كبيع الحر، والميتة، والدم. وإلى ما نهى عنه لا لذاته، بل لأمر يرجع إلى شروطها وتوابعها وأوصافها وأمور تقارنها؛ كالبيع إلى أجل مجهول، والبيع بالخمير والخنزير ونظائرها.

فإن الأول معلوم البطلان بدلالة قاطعة، والثاني مظنون البطلان بدلالة ظنية اجتهادية ؛ ولهذا اختلف الصحابة -رضي الله عنهم- فيه.

ويدل على الفرق بينهما : أن الأول لا يسوغ فيه الاجتهاد، لو حكم الحاكم بنفاذه لم ينفذ حكمه، والثاني : يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى قاض بجوازه نفذ حكمه وصح، وإن لم يكن صحيحاً من قبل الحاكم.

(١) راجع : «أصول السرخسي» : (٨١/١) فما بعدها «أصول البزدوي مع كشف الأسرار» :

(١/٢٥٨-٢٥٩) و«التلويح على التوضيح» : (٢١٦/١) فما بعدها.

(٢) انظر : «الإحكام» للآمدي : (١٨٦/١) و«مختصر المنتهى مع العضد والتفتازاني» :

(٩٨-٩٩).

فخص أبو حنيفة - رضي الله عنه - اسم الباطل بما ثبت إلغاؤه شرعاً بدلالة قاطعة ، واسم الفاسد بما ثبت إلغاؤه بدلالة ظنية ، وهذا كمصيرهم إلى الفرق بين الواجب والفرض وقولهم : إن الفرض ما ثبت بدلالة قاطعة ، والواجب ما ثبت بدلالة ظنية ، فإننا نساعدهم على الانقسام المعنوي وإن نازعناهم في العبارة .

وقد نص الشافعي - رضي الله عنه - على جنس هذا التصرف . فإنه قال في غير موضع : إن كان النهي لأمر يرجع إلى عين المنهي عنه : دل على فساد ، وإن كان لأمر يرجع إلى غيره : لا يدل على فساد ، فالتفرقة بين القسمين متفق عليها .

وإنما يرجع النزاع إلى أن فساد الوصف المقارن هل يلحق بفساد الأصل في سائر أحكامه وآثاره أم لا ؟ (١) .

فالشافعي - رضي الله عنه - ألحق فساد الوصف بفساد الأصل ، وأبو حنيفة - رضي الله عنه - فرق بينهما .

وعند هذا لا بد من التنبيه لدقيقة وهي : أن الوصف المقارن للتصرف قد يكون مجاوراً له غير لازم لذاته ، كالبيع في وقت النداء (٢) ، وحيث ألحق الشافعي - رضي الله عنه - فساد الوصف بفساد الأصل ، إنما أراد به القسم الأول دون الثاني (٣) .

(١) لمزيد من التفصيل في موضوع «أثر النهي في المنهي عنه» انظر : «تفسير النصوص في الفقه الإسلامي» : (٣٨٧/٢) فما بعدها .

(٢) انظر : «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي : (١٠٨/١٨) و«تفسير النصوص» : (٣٨٠/٢) للمحقق .

(٣) في «د» (دون الذاني) وهو تصحيف .

ويتفرّع عن هذا الأصل مسائل :

منها (١) أن البيع الفاسد لا ينعقد عندنا ولا يفيد الملك أصلاً<sup>(١)</sup> .

وعندهم : ينعقد ويفيد الملك إذا اتصل به القبض . وصورته : ما إذا باع درهماً بدرهمين ، أو شرط أجلاً مجهولاً ، أو خياراً زائداً ، أو شرط أن لا يسلم ، أو باع بخمر أو خنزير ، وإن كل ذلك فاسد ليس بباطل ، حتى يترتب (٢) الملك عليه عند جواز القبض (٣) .

ومنها (٢) أن الإجارة الفاسدة لا تفيد ملك المنافع عندنا .

وعندهم تنعقد وتملك المنافع بحكم العقد (٤) .

ومنها (٣) أن بيع المكره وإجارته لا ينعقدان عندنا .

وعندهم ينعقد ، ويتوقف نفوذه على الرضى (٥) .

ويلحق هذا الأصل قولنا : إن العاصي بسفر لا يترخص ترخص المسافرين عندنا ؛ لكون السفر ممنوعاً عنه (٦) .

وعندهم يترخص ، لأن الممنوع وصفه دون أصله (٧) .

(١) انظر : «المجموع» : (٩/٤١٢ ، ٤٢٢) .

(٢) في «د» (يترب) والصواب ما أثبتناه .

(٣) انظر : «فتح القدير على الهداية» : (٥/١٨٨ ، ٢١٦) هذا : ويعبر الفقهاء بالنفاذ .

(٤) انظر : «الأشباه والنظائر» لابن نجيم مع شرحه «غمر عيون البصائر» للحموي : (٢/٥٢) .

(٥) انظر : «شرح التلويح على التوضيح» : (٢/١٩٨) .

(٦) انظر : «المهذب» : (١/١٧٨) .

(٧) انظر : «فتح القدير» : (٢/٧٩) .

## مسألة - ه -

الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل، وهو الملقب بالاستصحاب، حجة على الخصم عند أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - (١).

واحتجوا في ذلك: بأن جاحدي الرسل، ونفاة النبوات، لا يكلفون دليلاً على النفي، بل إقامة الدليل على صحة النبوة على الأنبياء ولو لم يكن عدم الدليل حجة للنافي: لطلبوا بالدليل. وكذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ لَأَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ﴾ (٢) فإنه احتجاج بعدم الدليل، ولأن النافي متمسك بالعدم، والعدم غير محتاج إلى الدليل فينعدم الحكم، لعدم دليله (٣).

وذهبت الحنفية إلى أنه ليس بحجة على الخصم مطلقاً (٤).

واحتجوا في ذلك بأن حاصل الاستدلال بعدم الدليل آيل إلى الجهل بالدليل، إذ لا سبيل لأحد من البشر على حصر الدلائل أجمع، بل يجوز أن يعلم إنسان دليلاً يجهله غيره لتفاوت الناس في العلم، فكان المتعلق

(١) انظر: «شرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني»: (٢/ ٣٤٨-٣٤٩) «الإحكام في أصول الأحكام» للأمدى: (٤/ ١٧٢).

(٢) «سورة الأنعام: ١٤٥».

(٣) انظر: مع المصدرين السابقين: «إرشاد الفحول» للشوكاني: (ص ٢٣٧).

(٤) الذي في كتب الأصول عند الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات، وهم يوردونه تحت «الحجج الفاسدة» ليكون واحداً من مشتملات هذا العنوان. وانظر: «التلويح على التوضيح»: (٢/ ١٠١) فما بعدها «مصادر التشريع ومناهج الاستنباط»: (ص ٤٦٠) للمحقق. وراجع كلام ابن القيم في هذا المقام في «إعلام الموقعين»: (١/ ٣٣٩).

بعدم الدليل متعلقاً بالجهل، والجهل لا يكون حجة على أحد، بل يكون عذراً له في الامتناع عن الحكم.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن الصلح على الإنكار<sup>(١)</sup> باطل عند الشافعي - رضي الله عنه - . لأن الله تعالى خلق الذم برية عن الحقوق؛ فثبتت براءة ذمة المنكر بخلق الله عز وجل، ولم يقم الدليل على شغل ذمته، فلا يجوز شغلها بالدين، فلا يصح الصلح<sup>(٢)</sup>.

[وعندهم<sup>(٣)</sup>: يصح، لأن عدم الدليل ليس بحجة لإبقاء ما ثبت بالدليل، فيجوز شغل ذمته بالدين، فيصح الصلح]<sup>(٤)</sup>.

ومنها (٢) أن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة واحدة، لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين عندنا<sup>(٥)</sup>. ولم يحرم ما مضى من فريسته قولاً واحداً استصحاباً للحل الثابت قبل الأكل، فإنه ثابت يقيناً.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يحرم الجميع<sup>(٦)</sup>، فإن علمه أمر خفي لا يطلع عليه، فيعتبر السبب الظاهر المظهر له، وهو الامتناع عن الأكل إذ به

(١) هنا ينتهي الحزم في نسخة «ز».

(٢) انظر: «المهذب»: (١/٣٣٣) فما بعدها و«مغني المحتاج»: (٣/١٧٩ - ١٨٠) وراجع «التلويح على التوضيح»: (٢/١٠٢) «نيل الأوطار»: (٥/٢٧٠).

(٣) ما بين القوسين ساقط من «ز».

(٤) انظر: «كشف الحقائق وكنز الدقائق»: (٢/١٨٢) «شرح القدوري»: (ص ٢٠٦) وراجع «التلويح»: (٢/١٠١) (مالك) لشيخنا محمد أبي زهرة - رحمه الله - (ص ٣٦٢) الطبعة الثانية.

(٥) انظر: المنهاج مع مغني المحتاج: (٤/٢٧٦).

(٦) في «ز» «فرائه».

ظهر العلم، فالإقدام على الأكل يظهر<sup>(١)</sup> ضده وهو الجهل، فإنه السبب الظاهر المظهر له.

ومنها (٣) أنه لا يقضى على الناكل بمجرد نكوله، بل يعرض اليمين على المدعي عندنا، لأن الأصل أن لا يحكم إلا بما يعلم، أو يظن ظناً يقارب العلم، فإذا أعوز، بقينا على النفي استصحاباً للبراءة الأصلية<sup>(٢)</sup>.

وعندهم: يقضى به تنزيلاً للامتناع عن الحجة: مقام الحجة بناءً على<sup>(٣)</sup> القرائن المطرحة شرعاً في إثبات الحقوق<sup>(٤)</sup> ونفيها.

ومنها (٤) إذا تداعى رجلان داراً في يد ثالث، وأقام كل واحد منهما بينة على أن الملك في جميع الدار له، تعارضت البيتان، وتساقطتا وصار كأن لائنة عندنا، وتقر الدار بيد الثالث، تمسكاً بالاستصحاب<sup>(٥)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : تستعمل البيتان، وتقسم بينهما<sup>(٦)</sup>.

ومنها (٥) أن التدبير المطلق لا يمنع البيع عندنا<sup>(٧)</sup>، لأن البيع كان جائزاً قبل التدبير، ولا معنى للتدبير إلا تعلق عتق بالموت، فهو كقوله: إن مت في مرضي<sup>(٨)</sup> هذا، فأنت حر.

وعندهم: يمنع، لأنه استحقاق عتق بعد الموت فأشبه الاستيلاء<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: «شرح القدوري»: (ص ٣٦٥) و«كشف الحقائق»: (٢/٢٤٨)، في «ز» (يظهره).

(٢) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٤/٤٧٧).

(٣) في «ز» (على أن) والصواب ما أثبتناه من «د».

(٤) انظر: «شرح القدوري»: (ص ٣٨٧) وراجع «بداية المجتهد»: (٢/٣٦٩).

(٥) انظر: التفصيل في «مغني المحتاج»: (٤/٤٨٠).

(٦) راجع «تبيين الحقائق»: (٣١٥٤) فما بعدها و«كشف الحقائق»: (٢/١١٣).

(٧) انظر: «مغني المحتاج»: (٤/٥٠٩). (٨) في «د» (من مرضي).

(٩) انظر: «تبيين الحقائق»: (٣/٩٨) و«شرح القدوري»: (ص ٣١٢).

ومنها (٦) أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك وكان المعتق معسراً أعتق نصيبه، وبقي الباقي على ملك مالكة [كما كان<sup>(١)</sup>] ولا يستسعى العبد في أداء قيمة باقية عند الشافعي - رضي الله عنه -، لأنه لم يتحقق منه صنيع يستدعي وجوب الضمان عليه، ووجوب القيمة فيما إذا كان الشريك المعتق موسراً، ثبت نصاً<sup>(٢)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يستسعى العبد في أداء قيمة باقية، لأن الإعتاق لا يتجزأ، وقد احتبس حق الشريك عنده فتجب<sup>(٣)</sup> عليه السعاية وإن لم يوجد منه صنيع<sup>(٤)</sup>، كالثوب إذا وقع في صبغ إنسان فانصبغ به، فإنه يجب على رب الثوب ضمان الصبغ<sup>(٥)</sup>، لاحتباس ملكه عنده، وإن لم يوجد منه جناية<sup>(٦)</sup>.

ومنها (٧) أن الدية لا تكمل في الشعور الخمس عندنا وهي: شعر الرأس واللحية، والحاجبين، والأهداب، والشاربين، بل حكومة عدل، لأن الأصل أن لا يجب كمال الدية بإتلاف البعض، غير أن الشرع [علق<sup>(٧)</sup>] كل الدية بإتلاف الطرف، لأنه تفويت منفعة الجنس [فيصير الشخص كالهالك<sup>(٨)</sup>] في حق ملك<sup>(٩)</sup> المنفعة، والشعور ليست من هذا القبيل، فبقي

(١) ما بين القوسين سقط من «د».

(٢) راجع تفصيل ذلك في «المنهاج مع شرحه مغني المحتاج»: (٤/٤٩٥) فما بعد.

(٣) في «ز» (فيجبر).

(٤) في «د» (صبغة) والصواب ما أثبتناه من «د».

(٥) في «ز» (يجب عليه رد الثوب وضمان الصبغ).

(٦) انظر: «شرح القدوري»: (ص ٣٠٩).

(٧) ساقطة من «ز» وانظر: «مغني المحتاج» (٤/٧٧).

(٨) في «ز» (فيتضرر الشخص كالهالك) وهو تصحيف.

(٩) في «ز» (تلك).

على الأصل وهو : امتناع كمال الدية<sup>(١)</sup> .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : في كل واحد منها دية كاملة<sup>(٢)</sup> إذا فسد المنبت<sup>(٣)</sup> [لأنه فات به الجمال على الكمال ، فيجب فيه دية كاملة كما في الأذن ومارن الأنف]<sup>(٤)</sup> .

---

(١) انظر : «المهذب» (٢/٢٠٨) .

(٢) انظر : «شرح القدوري» : (ص ٣٣٠) «كشف الحقائق» : (٢/٢٨٢) .

(٣) في «د» (إذا أثبت المفسد) وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من «د» وانظر : «نتائج الأفكار لقاضي زاده تكملة فتح القدير» لابن الهمام (٨/٣٠٩) .

## مسألة (١) - ٦ -

لاحجة في قول الصحابي على انفراده عند الشافعي - رضي الله عنه - ولا يجب على من بعده تقليده (٢) .

واحتج في ذلك بقوله تعالى : ﴿ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ ﴾ (٣) أمر بالاعتبار دون التقليد ، ولأن الصحابي لم تثبت عصمته ، والسهو والغلط جائزان عليه ، فكيف يكون قوله حجة في دين الله تعالى (٤) .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : هو حجة تقدم على القياس ، إذا لم يخالفه أحد من نظرائه (٥) .

واحتج في ذلك بقوله ﷺ : « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » (٦) .  
بين أن في الاقتداء بهم اهتداء ، ولأن اجتهاد الصحابي أقرب إلى الصواب من اجتهاد غيره ، لما خصوا به من الدرجة الزائدة ، لمشاهدة الوحي ، وقربهم من الرسول ﷺ ، كيف وأن الظاهر من حاله أن لا يقول ما قاله إلا سماعاً

(١) ساقطة من «ز» حتى (ص ٧٩) من «د» مسألة الإيجاب والقبول .

(٢) هذا قول جمهور الأصوليين وانظر الرسالة للإمام الشافعي (ص : ٥٩٦) تحقيق : أحمد شاكر وانظر : «جمع الجوامع مع المحلي والبناني» : (٢/ ٣٩٤) و«الشافعي» لشيخنا محمد أبي زهرة - رحمه الله - (ص ٣٠٥) الطبعة الثانية ١٣٦٧ هـ .

(٣) «سورة الحشر : ٢» .

(٤) انظر : تفصيلاً لهذا في كتابنا «مصادر التشريع» : (ص ٥١٢) فما بعدها وراجع «الإحكام» للآمدي : (٤/ ٢٠١) وقارن بـ «إعلام الموقعين» : (٤/ ٥٣) فما بعدها .

(٥) انظر : «تأسيس النظر» للدبوسي : (ص ٥٥) و«التلويح مع التوضيح» : (١٧/ ١) فما بعدها .

(٦) ذكره ابن عبد البر بإسناد فيه الحارث بن غصين ثم قال : هذا إسناد لا تقوم به حجة ، لأن الحارث بن غصين مجهول . انظر : «جامع بيان العلم وفضله» لابن عبد البر : (٢/ ٩١) وانظر كلام الشوكاني في هذا في «إرشاد الفحول» : (ص ٢٤٤) وراجع : «تفسير النصوص في الفقه الإسلامي» .

من رسول الله ﷺ ولا سيما فيما يخالف القياس .

ويتفرع عن هذا الأصل : مسألة العينة وهي : السلف ، وصورتها ما إذا اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، فإنه صحيح عند الشافعي - رضي الله عنه - <sup>(١)</sup> طرداً للقياس الجلي .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يفسد العقد الأخير <sup>(٢)</sup> ، لقول عائشة - رضي الله عنه - ، حيث أخبرت أن زيد بن أرقم ابتاع عبداً من امرأة بألف درهم إلى أجل ، ثم ابتاعته منه بخمس مائة حالة : بثسما بعت وبثسما اشتريت ، أخبرني زيداً أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب <sup>(٣)</sup> ، فأخذ به أبو حنيفة - رضي الله عنه - <sup>(١)</sup> انظر : «السنن الكبرى» للبيهقي : (٥/ ٣٣٠-٣٣١) .

<sup>(٢)</sup> انظر : «الهداية وشروحا» : (٥/ ٢٠٨) و«فتح القدير» .

<sup>(٣)</sup> في «الإجابة» للزركشي قال عبدالرزاق في مصنفه : أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألته امرأة فقالت : يا أم المؤمنين ، كانت لي جارية فبعته من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ، ثم ابتعتها منه بستمائة ، فنقدته الستمائة ، وكتبت عليه بثمانمائة فقالت عائشة : بش ما اشتريت وبش ما اشترى زيد بن أرقم . إنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب فقالت المرأة لعائشة : «أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل ؟» فقالت : «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاتَّبَعَهَا فَلَهُ مَا سَلَفَ» .

قال الزركشي : وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمداني عن أمه الولية قالت : «كنت قاعدة عند عائشة فأتتها أم محبة فقالت : «إني بعت زيد ابن الأرقم جارية إلى عطائه فذكر نحوه» «الإجابة» للزركشي تحقيق الأستاذ : سعيد الأفغاني (١٥١) قلت : الذي أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» : (٥/ ٣٣٠-٣٣١) عن العالية بلفظ «كنت قاعدة عند عائشة - رضي الله عنها - فأتتها أم محبة» هو عن أبي الأحوص عن أبي إسحاق عنها : أما ما أخرجه من طريق ابنها يونس بن أبي إسحاق عنها فهو قولها : «خرجت أنا وأم محبة إلى مكة فدخلنا على عائشة فذكره» .

هذا : وقد ذهب إلى حديث عائشة - كما يقول الزركشي - جماعة منهم الثوري =

عنه -، وترك القياس (١).

= والأوزاعي، وأبو حنيفة، ومالك، وأحمد بن حنبل، وصححوا حديثها.  
والعالية روى عنها زوجها وابنها، وهما إمامان وذكرهما ابن حبان في الثقات، أما الدارقطني:  
فقد روى عن الإمام الشافعي أن أم محبة والعالية مجهولتان، وأن هذا الحديث لا يثبت عن  
عائشة.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار»: هذا الخبر لا يثبت أهل العلم بالحديث، ولا هو مما يحتج به  
عندهم.

انظر «الإجابة»: (ص ١٥٢) و«السنن الكبرى»: (٥/ ٢٢١).

(١) انظر: «الجواهر النقي» لابن التركماني: (٥/ ٢٣١) مع «السنن الكبرى». هذا وقد ذكر البيهقي  
أن الربيع بن سليمان قال: قال الشافعي: قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتاً عنها عابت عليها بيعها  
إلى العطاء؛ لأنه أجل غير معلوم، وهذا ما لا نجيزه، لأنها عابت عليها ما اشترت بنقد وقد باعته  
إلى أجل.

ولو اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء، فقال بعضهم فيه شيئاً وقال غيره خلافه، كان  
أصل ما نذهب إليه أنا نأخذ بقول الذي معه قياس، والذي معه القياس قول زيد بن أرقم، قال:  
وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة، مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً، ولا يبتاع  
إلا مثله، ولو أن رجلاً باع شيئاً، أو ابتاعه، نراه نحن محرماً وهو يراه حلالاً، لم نزع أن الله  
عز وجل، يحبط عمله شيئاً» أهـ.

أما أبو بكر الرازي فقال: «إن قيل: كيف أنكرت الأول وهو صحيح عندنا: قلنا: لأنها علمت  
أنها قصدت به إيقاع البيع الثاني كما يفعل الناس، وفي قولها: أرأيت إن لم آخذ إلا رأس  
مالي، وتلاوة عائشة الآية دليل على إبقائها العقد الأول، وأن المنكر هو الثاني ولو كانت إنما  
أنكرته لكونه بيعاً إلى العطاء كما زعم الشافعي لما أبت الأول» أهـ.

انظر: «الإجابة» (ص: ١٥٢) و«الجواهر النقي» (٥/ ٢٣١).

## مسألة - ٧ -

المعدول عن القياس يجوز أن يقاس عليه ما في معناه عند الشافعي - رضي الله عنه - ، واحتج في ذلك : أن القياس يعتمد فهم المعنى ، وقد تحقق ذلك هنا ، فإننا لانجوز التعليل والتعدية إلا عند ظهور المعنى في الأصل المستثنى عن القياس العام في الفرع الملحق به ، أقصى ما في الباب أن الأصل المستثنى مخالف لأصل آخر ، فإن خالف أصلاً آخر لا يمتنع تعليله ، وإلحاق غيره به .

والسر فيه هو : أن قواعد الشرع بأسرها تتلاقى في قضايا عامة ، لكن كل قاعدة انفردت بخاصية تخالف خاصية القاعدة الأخرى ، وتلك الخصائص مبناهما على التغاير والاختلاف ، إذ لو قلنا : إن الخصائص بأسرها شيء واحد : لجعلنا المباحات مباحاً واحداً .

وذهب الحنفية إلى منع القياس على الخارج عن القياس .

واحتجوا بأن ركن القياس فهم المعنى في الأصل المقيس عليه ، والمعدول عن القياس ليس كذلك . وهذا فاسد لما ذكرنا (١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها (١) إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة هالكة في يد المشتري ، أو خرجت من ملكه أو صارت بحال لا يقدر على ردها بالعيب ، يتحالفان

(١) انظر : في المذهبين « المستصفى » للغزالي : (٢/٣٢٨-٣٢٩) . و« أصول السرخسي » (٢/١٥٠) طبع مصر ١٣٧٢ هـ و« أصول البزدوي مع كشف الأسرار » لعبد العزيز البخاري : (٣/١٠٢٢) .

عند الشافعي - رضي الله عنه -<sup>(١)</sup> ويتدان القيمة ؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه ، فيحلف كل واحد على نفي دعوى صاحبه ، كما في حال قيام السلعة <sup>(٢)</sup> .

وعندهم <sup>(٣)</sup> : لا يتحالفان ؛ لأن التحالف على القبض على وفاق من حيث إن البائع يدعي زيادة على ألف ، والمشتري ينكرها ، والمشتري يدعي وجوب التسليم عند أداء الألف ، والبائع ينكره فيتحالفان .

أما بعد القبض : فالتحالف على خلاف القياس ، فلا يلتحق به حال هلاك السلعة .

ومنها <sup>(٤)</sup> أن مادون أرش الموضحة : تتحملة العاقلة عند الشافعي - رضي الله عنه - لبدل النفس ، وبدل الجناية على الأطراف ؛ لأن المقادير متساوية بالنسبة إلى الجناية ، والنسبة إلى العاقلة ، فالحكم بالتخصيص محال <sup>(٥)</sup> .

وعندهم : لا يضرب على العاقلة ؛ لأن أصل الضرب على العاقلة خارج عن القياس <sup>(٦)</sup> ، إذ الأصل أن كل جان يختص بموجب جنايته ، وأن لا تزر وازرة وزر أخرى ، فتحميل أرش الموضحة على العاقلة خارج عن هذا القياس ، فلا يقاس عليه ما دونه .

(١) ومع في هذا محمد بن الحسن أيضاً . انظر : «فتح القدير» : (١٩٠ / ٦) فما بعدها و«كشف الحقائق» (١١٠ / ٢) .

(٢) انظر : «القليوبي وعميره على المحلي» : (٢٣٠ / ٢) و«مغني المحتاج» : (٩٧ / ٢) .

(٣) صاحباً هذا القول - كما تدل المصادر - أبو حنيفة وأبو يوسف . انظر : «فتح القدير» (١٩٠ / ٦) و«كشف الحقائق» : (١١٠ / ٢) .

(٤) انظر : «مغني المحتاج» : (٢٦٤) .

(٥) انظر : «التلويح على التوضيح» : (٥٧ / ٢) .

## مسألة - ٨ -

ذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى أن الإيجاب والقبول له حكمان :

أحدهما : الانعقاد ، وهو مقترن بهما ، ومعناه الارتباط الحاصل من الخطاب والجواب .

والثاني : زوال الملك ، وهو حكم منفصل عن الانعقاد .

[واحتجوا في ذلك] <sup>(١)</sup> : بأن الانعقاد على تجرده معقول في نفسه ، محقق في مسائل : كالعقد في مدة الخيار ، والهبة قبل القبض ، فإنها منعقدة ولم <sup>(٢)</sup> يتأثر المحل بها ، ولا معنى لا انعقادهما إلا تعلق الإيجاب والقبول على نهج الخطاب والجواب ، وانتهاض ذلك سبباً للملك إذا وجد شرطه [وهو القبض] <sup>(٣)</sup> .

قالوا : وإذا ثبت أنهما حكمان منفصلان فلا يعتبر في الانعقاد إلا أهلية الخطاب والجواب ، فمهما صدر الإيجاب والقبول من أهلها وصادفاً محلاً قابلاً لحكمهما : ثبت الانعقاد ، أما زوال الملك : فينبني <sup>(٤)</sup> على الولاية على المحل .

والشافعي - رضي الله عنه - : أنكر هذا الانقسام ، ولم يُثبت <sup>(٥)</sup> للانعقاد معنى سوى كون العقد مفيد الحكم <sup>(٦)</sup> الذي وضع له . [ واحتج في ذلك بأن قال ] <sup>(٧)</sup> :

(١) في [ز] (إذا الانعقاد) بدون (واحتجوا في ذلك) .

(٢) في [ز] (ولا) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من [د] .

(٤) في [ز] (فيبني) .

(٥) في [ز] (الانعقاد) .

(٦) في [ز] (الحكمه) .

(٧) في [ز] (فإن) دون (واحتج في ذلك) .

الإيجاب والقبول وضعا سبباً لزوال الملك في المحل المملوك إذا صدر من المالك الوالي على المحل، فلا معنى [للاعتقاد بدونه]<sup>(١)</sup> [لتوزيع الأسباب على الأحكام]<sup>(٢)</sup>. وهذا بخلاف الهبة والرهن فإنها شرعت على تلك الوجوه، فتلقيت كما شرعت ووُضعت.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن الفضولي إذا باع مال الغير، لغا بيعه، ولم ينفذ بالإجازة عندنا<sup>(٣)</sup>.

وعندهم: ينفذ<sup>(٤)</sup>، وكذا إذا أجر ملك الغير، أو وهبه أو زوج [مولية]<sup>(٥)</sup> الغير بغير إذنه لا ينعقد عندنا، وينعقد عنده [وينفذ]<sup>(٦)</sup> بالإجازة.

ومنها (٢) أن تصرفات الصبي باطلة عندنا<sup>(٧)</sup> [وعبارته لا غية فيها]<sup>(٨)</sup>.  
وعندهم: يصح نفوذها على إجازة الولي<sup>(٩)</sup>.

(١) ما بين القوسين ساقط من [د].

(٢) ساقط من [ز] ويأثبات (١) و (٧) في الصفحة السابقة تستقيم العبارة.

(٣) انظر: لتحقيق المسألة: «مغني المحتاج»: (١٥/٢) و«نهاية المحتاج» لشمس الدين الرملي:

(٣/٣٩٨) فما بعدها مع حاشيتي الشبراملسي والرشيدي.

(٤) انظر: «فتح القدير»: (٣٠٩/٥) و«بدائع الصنائع»: (١٤٨/٥) و«كشف الحقائق»: (٣٦/٢).

(٥) ساقطة من [د].

(٦) ساقطة من [ر].

(٧) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٧/٢).

(٨) ما بين القوسين ساقط من [ز].

(٩) انظر: «شرح القدوري»: (ص ١٤٨ - ١٤٩) و«كشف الحقائق»: (١٤٨/٢ - ١٨٥).

## مسألة - ٩ -

ذهب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أن جواز بيع الأعيان يتبع الطهارة [أي تكون الطهارة فيه شرطاً من جملة الشروط] <sup>(١)</sup>.

فما كان طاهراً جاز بيعه [عند وجود الشرائط] <sup>(٢)</sup>، وما لا، فلا .  
واحتج في ذلك: بأن النجس واجب الاجتناب، منهيُّ الاقتراب،  
والبيع وسيلة إلى الاقتراب .

وقال أبو حنيفة: جواز البيع يتبع الانتفاع [فكل ما كان منتفعاً به جاز بيعه] <sup>(٣)</sup> واحتج في ذلك: بأن الأعيان خلقت لمنافع الآدمي، قال الله تعالى: ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ <sup>(٤)</sup> فكل <sup>(٥)</sup> ما كان متعلقاً بمنفعة الآدمي، كان محلاً للبيع، قال: ولا يلزم على هذا: الخمر [والخنزير] <sup>(٦)</sup> وعذرة الآدمي، والجلد قبل الدباغ، والودك النجس <sup>(٧)</sup>، فإن عندنا لا يجوز الانتفاع بشيء من هذه الأشياء فلأجله امتنع بيعها .  
ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن الكلب المعلم لا يجوز بيعه عندنا ولا يضمن بالإتلاف كسائر

(١) ما بين القوسين ساقط من [ز].

(٢) ما بين القوسين ساقط من [ز].

(٣) زيادة من [ز] وجاء في حاشية [د] (أي لا يشترط الطهارة حيث وجد الانتفاع).

(٤) سورة البقرة: ٢٩ / .

(٥) في [ز] (وكل).

(٦) ساقطة من [ز].

(٧) في حاشية [د] (هذا حكاية عنهم فإنهم يقولون ذلك).

الأموال لأنه نجس<sup>(١)</sup>.

وعندهم: يجوز بيعه ويضمن بالإتلاف<sup>(٢)</sup> [كسائر الأموال]<sup>(٣)</sup>.

ومنها (٢) أن بيع لبن الآدميات جائز عندنا: لطهارته.

وعندهم لا يجوز<sup>(٤)</sup>؛ لأن الانتفاع به ضرورة، فيتقدر بقدر الضرورة، ولا يقبل نقل الاختصاص إلى غير محله. ولهذا لا يضمن بالإتلاف.

ومنها (٣) أن بيع السرقة لا يجوز عندنا لنجاسته<sup>(٥)</sup>.

ويجوز عندهم؛ لأن منتفع به في تسميد الأرض وغيره<sup>(٦)</sup>.

ومنها (٤) أن بيع خمر أهل الذمة فيما بينهم، باطل عندنا<sup>(٧)</sup>: لنجاستها.

ويصح عندهم؛ لجواز الانتفاع فيما بينهم، ولذلك يضمن بالإتلاف<sup>(٨)</sup>

(١) في [د] (لا يجوز بيعه ولا يضمن بالإتلاف لأنه نجس) وانظر: «الأم» (١٠/٣) و«مغني المحتاج»: (١١/٢).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع»: (١٤٣/٥).

(٣) ساقطة من [ز].

(٤) انظر: «بدائع الصنائع»: (١٤٣/٥، ١٤٥) و«فتح القدير»: (٢٠١/٥).

(٥) في كتب الشافعية (السرقة) بالجيم جاء في «المصباح المنير» مادة (س رج): والسرقة: الزبل، كلمة أعجمية، وأصلها (سرقة) بالكاف، فعُرِّبَتْ إلى الجيم والقاف، فيقال: سرقة أيضاً. وعند الأصمعي: لا أدري كيف أقوله وإنما أقول: (روث) وإنما كُسِرَ أوله لموافقة الأبنية العربية، ولا يجوز الفتح لفقد (فعلين) بالفتح. على أنه قال في «المحكم»: (سرقة) و (سرقة)، وانظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (١١/٢) ولحكم اقتنائه واقتناء كلب الصيد،

انظر: «نهاية المحتاج» للرملي: (٣٨٢/٣) مع حاشيتي الشبراملسي والرشيدي.

(٦) انظر: «فتح القدير»: (٢٠٣/٥). (٧) انظر: «مغني المحتاج»: (١١/٢).

(٨) انظر: «حاشية ابن عابدين»: (١٠٣/٤).

## مسألة - ١٠ -

اختلف العلماء في مورد عقد النكاح ما هو؟ فذهب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أن مورد المنافع أعني منافع البضع . [واحتج في ذلك بأمرين] <sup>(١)</sup> :

أحدهما : أنها المستوفاة بحكم العقد ، والاستحقاق إنما يراد للاستيفاء ، والمستوفى هو المنافع فكان المستحق هو المستوفى .

والثاني : أن الله تعالى سمى العوض أجراً في قوله تعالى ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ <sup>(٢)</sup> ، والأجر إنما يستحق في مقابلة المنفعة كما أن الثمن إنما يستحق في مقابلة العين .

وذهب أبو حنيفة - رضي الله عنه - إلى أن مورد العين الموصوفة بالحل ، وحكمه ملك <sup>(٣)</sup> العين . واحتج في ذلك بأمر أربعة :

أحدها : إضافة الحل إلى ذات المنكوحه في قوله تعالى : ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ <sup>(٤)</sup> .

وثانيها : أنه لو كان المعقود عليه المنافع لما صح نكاح الطفلة الرضيعة ، كما لا يصح عقد الإجارة على نهر صغير ، ولا جحش ولا أرض سبخة .

وثالثها : أن عقد النكاح على التأييد ، والعقد على المنافع لا يتأبد .

ورابعها : أن المهر يستقر بوطأة واحدة ، ولو كان المعقود عليه المنافع ،

(١) ما بين القوسين ساقط من [ز] وجاءت العبارة هكذا (أعني منافع البضع ، لأنها المستوفاة) وسياق الكلام يشهد لما أثبت من [د] .

(٢) [سورة النساء : ٢٤] .

(٣) في [د] (ذلك) وهو تصحيف .

(٤) [سورة النساء : ٢٤] .

لكانت الوطأة الواحدة بمثابة سكنى لحظة واحدة في عقد الإجارة، فإنه لا يستحق به من الأجرة إلا بقدر ما يخصه .

ومنهم من قال : مورده المنفعة، لكن منفعة البضع أخذت<sup>(١)</sup> حكم الأجزاء والأعيان، فصار حكمها حكم أجزاء الأدمي .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها (١) أن وطء السيد لا يمنع الرد بالعيب عندنا : لأنه استيفاء منفعة .  
وينع عندهم : لأنه في حكم جزء حبسه [عنده]<sup>(٢)</sup> وامتنع عليه رد الأصل .

ومنها (٢) أن النكاح لا ينعقد عندنا إلا بلفظ التزويج والإنكاح، وهو اللفظ الموضوع شرعاً لتمليك هذا الجنس من المنفعة<sup>(٣)</sup> .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : ينعقد بلفظ البيع والهبة، وكل لفظ يدل على ملك الذات<sup>(٤)</sup> وقد تقدم ذكرها في مسائل العبادات .

ومنها (٣) أن الخلوة الصحيحة لا تقرر المهر عندنا، لأن المعقود عليه المنفعة، وضمان المنافع يعتمد تلفها تحت يد من عليه البدل، ومنافع البضع لا تدخل تحت اليد، لأنها ليست بمال ولا تقبل الانتقال، ويد الغاصب لا تمنع من التزويج، وما لا يدخل تحت اليد يكون ضمانه بالإتلاف كبديل

(١) في «د» (إحدى) وهو تصحيف .

(٢) ساقطة من «ز» .

(٣) انظر : «المهذب» للشيرازي : (٤١ / ٢) فما بعدها .

(٤) انظر : «تبيين الحقائق» : (٩٦ - ٩٧) .

الحر، حتى قال أصحابنا: إن البدل لا يتقرر باستئجار الحر بالتمكين، وإنما يتقرر بالاستيفاء، وهو الذي اختاره القفال (١).

وعندهم: يتقرر؛ لأن المعقود عليه عين المرأة وقد سلمت نفسها (٢).

ومنها (٤) أن النكاح يفسخ (٣) بالعيوب الخمسة عندنا؛ لأن المعقود عليه المنفعة، فيدخلها الفسخ كما في الإجارة (٤).

وعندهم: لا يفسخ (٥)، لأن إثبات الملك في العين كان ضرورياً، إذ الحرية تنافي المملوكية، فيقدر بقدر الضرورة، والضرورة قد اندفعت بإثبات الطلاق، والفسخ توسع (٦) في محل الضرورة فيمتنع (٧).

ومنها (٥) أن الخلع فسخ (٨) عندنا على القول المنصور في الخلاف والقول الثاني: أنه طلاق، وهو مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - (٩) لأن مورد [عقد] (١٠) النكاح في حكم أجزائها وهي حرة، وملك الجزء ضروري ليس بأصل، والفسخ توسع (١١).

(١) انظر: «المهذب»: (٥٧/٢).

(٢) انظر: «أحكام القرآن» للجصاص عند تفسير قوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (٦٩/٢).

(٣) في «ز» (لا يفسخ).

(٤) انظر: «المهذب»: (٤٨/٢).

(٥) في «ز» (يُفسخ).

(٦) في «د» (توسيع).

(٧) انظر: «حاشية ابن عابدين»: (٥٩٧/٢).

(٨) انظر: «الأم»: (١٨١/٥) و«المهذب»: (٧٢/٢).

(٩) انظر: «الهداية مع فتح القدير»: (١٩٩/٣).

(١٠) ساقطة من النسختين بدليل ما يأتي.

(١١) في «د» (توسيع).

ومنها (٦) أن السيد لا يجبر عبده على النكاح عندنا، لأن مورد عقد النكاح منفعة البضع، وهي مملوكة من الأمة دون العبد<sup>(١)</sup>.

وعندهم: يجبر: لأن مورد عقد النكاح في إجبار أمته ملك العين، وهو موجود في العبد<sup>(٢)</sup>.

ومنها (٧) أن الوطء في العتق المبهمة لا يكون تعييناً عندنا، لأنه استيفاء منفعة كالاستخدام.

وعندهم: يكون تعييناً؛ لأنه في حكم استيفاء جزء، على ما سبق<sup>(٣)</sup> في مسائل السلم.

---

(١) انظر: قولين في «المهذب»: (١/٤٠).

(٢) انظر: التفصيل في «الهداية وتكملة فتح القدير» لقاضي زادة: (٧/٢٤٦).

(٣) هذا ما ورد في النسختين ولعلها (على ما سيأتي) لأن مسائل السلم مستأخرة تأتي بعد هذه المسائل، وليست سابقة.

## مسألة - ١١ -

معتقد الشافعي - رضي الله عنه - أن موجب عقود المعاوضات التسوية بين العوض والمعوّض ذاتاً ووصفاً وحكماً.

أما ذاتاً: فبأن يكون كل واحد منهما مالاً.

وأما وصفاً: فبأن يكون كل واحد منها: جائز أن يكون حالاً ومؤجلاً، ودينياً وعينياً.

وأما حكماً: فبأن يكون كل واحد منهما ركناً مقصوداً بالعقد<sup>(١)</sup>.

[واحتج في ذلك باستواء العاقلين في مناط استحقاق النظر لهما، ووجوب رفع الضرر عنهما، وكون العقد مشروعاً لمصلحتهما]<sup>(٢)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إن المبيع ركن العقد، والضمن حكم العقد [وعنوا بقولهم: ركن العقد، أن وجود العقد بدونه لا يتصور، لأنه محل إضافة الصيغة إليه، بخلاف الضمن، فإنه غير داخل في حقيقة العقد، بل هو حكم العقد وموجبه، كما أن الموهوب ركن الهبة، والثواب حكمها وموجبها]<sup>(٣)</sup> وإنما يجب تسليمه تحقيقاً للمساواة بين العوضين، فإن ملك المشتري متعين في البيع، فيجب أن يتعين ملك البائع بالتسليم.

واحتج في ذلك بأن قال: تساعدنا على أن العجز عن تسليم الضمن لا

(١) في «د» (أن موجب عقود المعاوضات التسوية بين العوض والمعوّض ذاتاً ووصفاً، أما ذاتاً: فبأن يكون كل واحد منهما مالاً. وأما وصفاً: فبأن يكون كل واحد منهما ركناً مقصوداً بالعقد) والنقص في العبارة ظاهر.

(٢) ما بين القوسين ساقط من «ز».

(٣) ما بين القوسين ساقط من «ز».

يمنع صحة العقد، حتى يصح شري الفلّس وشري<sup>(١)</sup> العبد المأذون [وتصح الكتابة الحالة]<sup>(٢)</sup> مع تيقن العجز، بخلاف المبيع فإنه ركن العقد، ويشترط القدرة على تسليمه، حتى لو باع أبقاً لا يصح وجوز الكتابة الحالة بناء عليه.

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن السلم في الدين [الحال]<sup>(٣)</sup> صحيح عندنا تسويةً بين العوض والمعوض<sup>(٤)</sup>.

ولا يصح عندهم: تفرقة بينهما<sup>(٥)</sup>.

ومنها (٢) أن السلم في الحيوان صحيح عندنا، لأنه جاز أن يكون ثمناً فجاز أن يكون مثمناً<sup>(٦)</sup>.

وعندهم: لا يصح، تفرقة بين المبيع والتمن<sup>(٧)</sup>.

ومنها (٣) أن السلم في المنقطع جنسه لدى العقد، المعلوم وجوده لدى المحل: صحيح عندنا، تسويةً بين الثمن والمثمن، فإنهم يسلمون أنه لو باع بمكيل أو موزون، وكان منقطع الجنس في الحال موجوداً عند المحل: صح. والسلم بيع المكيل والموزون إلى أجل، ولا فرق بين المبيع بالمكيل وبين بيع المكيل، فإذا لم يمنع<sup>(٨)</sup> انقطاع الجنس أحدهما لا يمنع الثاني<sup>(٩)</sup>.

(١) في «ز» (شراء الفلّس وشراء عبد المأذون).

(٢) ما بين القوسين ساقط من «د».

(٣) ساقطة من «د».

(٤) انظر: «المهذب»: (٢٩٧/١) و«المنهاج مع مغني المحتاج»: (١٠٥/٢).

(٥) انظر: «الهداية مع فتح القدير وشرح العناية»: (٣٣٥/٥).

(٦) انظر: «المهذب»: (٢٩٧/١) و«مغني المحتاج»: (١١٠/٢).

(٧) انظر: «الهداية وفتح القدير»: (٣٢٧/٥) فما بعد.

(٨) في «د» (يُمْتَنَع).

(٩) انظر: «المهذب»: (٢٧٨/١) وقارن بـ «مغني المحتاج»: (١٠٦/٢).

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا يصح ، بناءً على الفرق الذي قدمناه من أن الثمن حكم العقد ، والعجز عن تسليمه لا يمنع صحة العقد <sup>(١)</sup> .

ونحن نقول : هما ركنان في العقد كما تقرر ، ونمنع شري العبد المأذون ، وشري المفلس للعجز عن التسليم ، وكذلك منعنا الكتابة الحالة <sup>(٢)</sup> .

ومنها (٤) إفلاس المشتري بالثمن : يثبت للبائع حق الفسخ إذا كان المبيع قائماً ، تسويةً بين العوض والمعوّض <sup>(٣)</sup>

وعندهم : لا يثبت ، لما ذكرناه ، ووافقوا فيما قبل القبض <sup>(٤)</sup>

ومنها (٥) أن النقود تتعين في عقود المعاوضات عندنا ، حتى يمتنع إبدالها ، وينفسخ العقد بتلفها ؛ لأن حكم العقد تعين الثمن لتعين المثل ، وإنما جوز كون الثمن في الذمة ، تيسيراً وتسهيلاً <sup>(٥)</sup> .

وعندهم : لا يتعين [الثمن لأن] <sup>(٦)</sup> حكم العقد ووجوده : [بوجوبه] <sup>(٧)</sup> في الذمة ، بخلاف المبيع على ما سبق ؛ نعم هذه المالية لا يمكن إيصالها إلى المالك ، إنما إيصالها بتعين أشكال الدراهم <sup>(٨)</sup> ، فكان أشكال الدراهم معياراً لماليتها ومكيالاً لها ، والمطلوب منها معنى لا يناسب الاختصاص ، وكانت

(١) انظر : «الهداية مع فتح القدير» (٣٣١/٥) فما بعد .

(٢) لمقارنة المذهبين في المسائل المذكورة من السلم انظر : «بداية المجتهد» : (٢٠١-٢٠٤) .

(٣) انظر : «مغني المحتاج على المنهاج» : (٧٥/١) .

(٤) انظر : «فتح القدير» : (٢٧٠/٥) .

(٥) انظر : «مغني المحتاج» : (٧٠/٢) فما بعدها .

(٦) ما بين القوسين ساقط من «ز» .

(٧) في «د» ( بوجوده) .

(٨) انظر : «الهداية» (٢٧٠/٥) مع فتح القدير .

الإشارة إليها [هي الإشارة] <sup>(١)</sup> إلى المعيار والميزان، فإنه يجب إلغاؤه.

ومن فروع المسألة :

مسألة : وهي : ما إذا تزوج امرأة على دراهم أو دنانير ودفعها إليها، فوهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول : فإنه لا يرجع (عليها) <sup>(٢)</sup> عندنا؛ لأنها تعينت بقبضها، وقد رجعت إلى الزوج بعينها <sup>(٣)</sup>.

وعندهم: يرجع عليها؛ بناء على أن الأثمان لا تتعين بالعقد فلا تتعين بالفسخ، فكان الذي يستحقه الزوج مالا في ذمتها، وذلك لم يرجع إليه، وإنما رجع مثله، فصار كما لو وهبت له دراهم غير المهر <sup>(٤)</sup>.

ومنها (٦) أن الصفقة تعدد يتعدد المشتري عندنا، كما تعدد بتعدد البائع، تسوية بين الإيجاب والقبول، حتى لو باع عينا من اثنين وشرط لهما الخيار استقل كل واحد منهما برد نصيبه دون موافقة صاحبه عندنا.

وكذا لو اطلعا على عيب قديم جاز لأحدهما أن ينفرد برد نصيبه، لأنه انفرد بعقده فينفرد برده، كما لو باع اثنان من واحد <sup>(٥)</sup>.

وعندهم: لا ينفرد لا اتحاد الصفقة في صورتها، والله أعلم <sup>(٦)</sup>.

(١) في «ز» (كالإشارة). (٢) في «د» (إليها).

(٣) في حاشية «د» : (المذهب خلاف ما نقل عن الشافعي وهو أن الزوج يرجع بنصف قيمة الصداق تنزيلاً لهبته من الزوج منزلة هبته من أجنبي).

وهذا هو الذي عبر عنه الشيخ النووي بلفظ الأظهر، حيث قال في «المنهاج» في كتاب الصداق : (ولو وهبته له ثم طلق فالأظهر أن له نصف بدله) وهو ما ذكره أيضاً صاحب «المهذب» أما ما ذهب إليه المؤلف : فهو اختيار المزني انظر : «المهذب» : (٥٩/٢).

(٤) انظر : «فتح القدير» : (٤٣٨/٢).

(٥) انظر : «المنهاج مع مغني المحتاج» : (٤٢/٢).

(٦) راجع «فتح القدير» : (٤٣٠/٥) فما بعدها.



## مسائل الرهن

### مسألة - ١ -

اختلف العلماء في موجب قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ (١) الآية .

فمعتقد الشافعي - رضي الله عنه - أن موجب عقد الرهن تعلق الدين بالعين شرعاً، على معنى تعين العين المرهونة لأداء حق المرتهن منها، ومنع المالك من التصرفات المزية للملك الرقبة، كالبيع والهبة، تغليباً للمعنى الشرعي على المعنى الحسي في اللفظ الدائر بينهما على ما بيناه في مسائل الصوم .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : موجب ملك اليد على سبيل الدوام (٢) حساً، تمسكاً بأن الرهن في وضع اللسان : عبارة عن الحبس، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (٣) أي محبوسة .  
وقال شاعرهم (٤):

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الرحيل فأمسى الرهن قد غلقا  
أراد به احتباس قلبه بحبها، فهم يحملونه على الحبس الحسي، وهو دوام اليد ونحن نحمله على الحبس الشرعي وهو منع المالك من التصرف، والحجر عليه .

(١) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٢) انظر : «أحكام القرآن» للجصاص : (١/ ٦٢٣) عند تفسير قوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ .

(٣) سورة المدثر : ٣٨ .

(٤) هوزهير، والغلق - في البيت - ضد الفك مأخوذ من غلق الباب واستغلق إذا عسر فتحه، «شرح غريب المذهب» للركبي : (١/ ٣١٠) المطبوع مع «المذهب» للشيرازي .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

- منها (١) أن رهن المشاع صحيح عندنا ، لأنه قابل لحكمه الذي ذكرناه (١) .  
ولا يصح عندهم (٢) لتعذر دوام اليد ، والحبس على الشائع (٣) .  
ومنها (٢) أن منافع الرهن لا تتعطل على الراهن عندنا ، لأن تعلق الدين بالعين لا يفوت باستيفاء المنافع (٤) .  
وعندهم تتعطل (٥) ، لأن حكمه ملك اليد على سبيل الدوام ، وتمكنه من الانتفاع يفضي إلى تغير اليد (٦) .  
ومنها (٣) أن إعتاق الراهن العبد المرهون مردود (٧) عندنا ؛ لتعلق حق المرتهن بعين العبد (٨) على ما سبق ، والاعتاق إبطال لذلك الحق قصداً ، ولهذا يضمن الراهن قيمة العبد عندنا ، ولزوم حقه ، وعصمته ، يمنع إبطاله قصداً .  
وعندهم : يصح ذلك ، لأن الثابت للمرتهن ملك اليد والحبس ، وهو مغاير لملك العين ، فليس محل الإعتاق محل حق المرتهن ، وإنما ضمن حق المرتهن ؛ لأنه تسبب إلى فوات حقه ، والتسبب كالمباشرة في التفويت المضمن على ما عرف (٩) .

(١) انظر : «المنهاج مع مغني المحتاج» : (١٢٢/٢-١٢٣) .

(٢) انظر : «أحكام القرآن» للجصاص : (٦٣٢/١) .

(٣) في «ز» (البائع) وهو تصحيف .

(٤) انظر : «المهذب» للشيرازي : (٣١١/١١) .

(٥) انظر : «الهداية مع نتائج الأفكار» : (٢٢٤/٨ ، ٢٣١) فما بعدها .

(٦) هذه المسألة انفردت بها [ز] .

(٧) انظر : تفصيل أقوال ثلاثة في المسألة والصحيح منها في : «المهذب» : (٣١٢/١) .

(٨) في [ز] (الدين) .

(٩) انظر : «الهداية مع نتائج الأفكار» : (٢٢٦/٨) .

ومنها (٤) أن زوايد المرهون غير مرهونة عندنا<sup>(١)</sup> ، بناء على الأصل الممهد ، فإن حق المرتهن تعلّق بعين<sup>(٢)</sup> المرهون .

وعندهم : هي مرهونة ، لأن الأم مملوكة للراهن عيناً وللمرتهن يداً ؛ فليكن الولد كذلك ، لأنه جزء من الأم ، وأجزاء الشيء تتصف بصفته ، وتحدث على نعته ، تحقيقاً لمعنى الجزئية<sup>(٣)</sup>

ومنها (٥) أن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن عندنا<sup>(٤)</sup> ، فإذا تلفت لم يسقط من الدين شيء ، لأن حكمه تعلّق الدين بالعين ، فإذا فاتت العين ، يلزم بطلان التعلق ، أما فوات الحق من أصله : فلا وجه له .

وقال أبو حنيفة -رضي الله عنه- : هو مضمون بأقلّ الأمرين ، وهو القيمة أو الدين<sup>(٥)</sup> :

فإن كانت القيمة أقل من الدين : سقط من الدين بقدرها ، وإن كانت أكثر : سقط الدين ولم تُضمن الزيادة ، بناء على أن حكم الرهن ملك اليد ، وذلك يوجب سقوط الدين عند هلاك المرهون ، فإن الثابت يد لجهة الاستيفاء ، والأخذ لجهة<sup>(٦)</sup> الشيء نازل منزلة الأخذ على حقيقته في الضمان ، كما في يد السوم ، فإنه لما كان مأخوذاً على جهة العقد ؛ كان كالمقبوض على حقيقة العقد في الضمان ، كذلك ههنا .

(١) انظر : «المهذب» : (١/٣١٠-٣١٠) .

(٢) في «ز» (بيع) .

(٣) انظر : «نتائج الأفكار تكملة فتح القدير» : (٨/٢٤٠) .

(٤) انظر : «الأم» : (٣/١٤٧) و«المهذب» : (١/٣١٥) .

(٥) انظر : «أحكام القرآن» للجصاص : (١/٦٢٦) و«نتائج الأفكار» (٨/١٩٨) .

(٦) في «د» (بجهة) بالباء ، في كليهما .



## مسائل الوكالة (١)

### مسألة - ١ -

الأمر المطلق الكلي لا يقتضي الأمر بشيء من جزئياته عندنا؛ إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ولا فرد من أفرادهِ (٢).

وذهب أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - إلى أنه يقتضي ذلك؛ لاشتمال الكلي على الجزئي ضرورة (٣).

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها (١) أن الوكيل بالبيع المطلق إذا قال له موكله: بع هذه العين، لا يكون هذا أمراً يبيعها بالغبن الفاحش، ولا بضمن المثل، ولا بدون ثمن المثل، ولا بالنقد، ولا بالنسيئة، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه، ولا فرد من أفرادهِ، وإنما ملك البيع بضمن المثل، لقيام القرينة الدالة على الرضا بسبب العرف (٤).

ومنها (٢) أن الوكيل بالخصومة إذا أقرَّ على موكله، لم يصح إقراره؛ لأن اللفظ من حيث إطلاقه لا يتناولهُ، والقرينة العرفية إن لم تنفهِ، فلا تقتضيه (٥).

(١) في هذا العنوان تجوز لأن تحته مسائل من الإجارة والوديعة والعبد المأذون.

(٢) انظر: «المستصفى»: (١٣/٢). (٣) انظر: «مسلم الثبوت»: (١/٣٩٣).

(٤) انظر: «المنهاج للنووي وشرحه للخطيب الشربيني»: (٢/٢٢٤) هذا؛ ويلاحظ أن المؤلف

اكتفى هنا وفي المسألة التالية بذكر مذهب الشافعية وإن لم يصرح به، ولم يذكر مذهب الحنفية على عادته، وانظر: «نتائج الأفكار تكملة فتح القدير»: (٨/٧٠) فما بعدها.

(٥) انظر: «المهذب» للشيرازي: (١/٣٥١) أما مذهب الحنفية: ففيه تفصيل انظره في «الهداية مع نتائج الأفكار والعناية» (٦/١٠٢) فما بعدها.

ومنها (٣) أنه إذا وكل وكيلًا يشتري له جارية ذكر جنسها فاشترى عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو الرجلين، بثمان يساوي ذلك: لا يجوز عندنا (١).

وعنده: يجوز (٢).

ومنها (٤) أن الأجير المشترك إذا اقتصر على المعتاد في عمله فتلف الثوب لم يضمن عندنا؛ فإن اللفظ لا يوجب تقييداً، والقرينة العرفية لا توجب تعين السلامة، كما في الأجير المنفرد، وهو الذي استؤجر عينه ليعمل بمشهد المستأجر، فإنه لا يضمن ما تعيب في يده (٣).

وعندهم: يضمن (٤) لأن الأجير المشترك [تابع للعمل المسمى] (٥) في ذمته، فيحمل على السليم دون المعيب، كما في بيع العين، فإذا أتى بغيره وأتلف ضمن وإن لم يكن مقصراً.

ودعوى الحرج ساقطة، لأنها تعتبر في التكاليف، وههنا مخير، والمخير يجوز أن يشترط عليه سلامة العاقبة، وهذا بخلاف الأجير المنفرد، فإن المعقود عليه في حقه منافع المقدرة بالزمان، دون العمل نفسه، بدليل أنه لو سلم نفسه حتى تنقضي مدة الإجارة، استقرت الأجرة من غير عمل، ولو استتاب غيره في العمل لم يجز، فإذا صرف تلك المنفعة إلى حيث أمره

(١) انظر: «المهذب»: (١/٣٥٢).

(٢) انظر: «الهداية مع نتائج الأفكار تكملة فتح القدير» (١/٢٨) فما بعدها.

(٣) انظر: : تفصيل الأقوال عند الشافعية في «مغني المحتاج»: (٢/٣٥١-٣٥٢).

(٤) مآذره المؤلف هو قول أبي يوسف ومحمد فعندهما يضمن إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر. وعند أبي حنيفة وهو قول زفر: لا يضمن. انظر: «نتائج الأفكار تكملة فتح القدير»: (٧/٢٠٠-٢٠١).

(٥) في «د» (مانع للعمل المنتهى) وهو تصحيف.

المستحق ، ولم يقصر فيه لم يضمن .  
ومنها (٥) أن العبد المأذون لا ينعزل بالإباق عندنا : لعموم الإذن واسترساله على الأحوال والأماكن .  
وعندهم : ينعزل لقضاء العرف به .  
ومنها (٦) المودع إذا سافر بالوديعة من غير ضرورة : لم يجزُ عندنا <sup>(١)</sup> .  
وعندهم يجوز <sup>(٢)</sup> .  
ومنها (٧) أن الوصي إذا اشترى مال اليتيم لنفسه بأكثرَ من قيمته [أو باع مال نفسه من الصبي بأقل من قيمته] <sup>(٣)</sup> لا يجوز عندنا .  
وعندهم : يجوز .  
ومنها (٨) أن السيد إذا أذن لعبده في النكاح ، انصرف إلى الجائز دون الفاسد .  
وعندهم يشمل الجائز والفاسد جميعاً <sup>(٤)</sup> .

---

(١) راجع : «المنهاج مع المغني» : (٨٣/٣) .

(٢) هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ؛ فالمنقول عنه جواز السفر وإن كان للوديعة حمل ومؤونة ، وقالوا : ليس له ذلك إن كان للوديعة حمل ومؤونة . انظر : «نتائج الأفكار تكملة فتح القدير» و«العناية على الهداية» : (٧٣/٧) فما بعدها .

(٣) زيادة في [ز] .

(٤) في [د] (الجائز والفاسد جميعاً تكرر بعدها مسألة الاستدلال بعدم الدليل) .



## مسائل الإقرار (١)

### مسألة - ١ - (٢)

الأصل عند الشافعي - رضي الله عنه - : أن الفعل إذا وجد مطابقاً لظاهر الشرع حكم بصحته ، ولا تعتبر التهمة في الأحكام ، لأن الأحكام تتبع الأسباب الجلية دون المعاني الخفية .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : كل فعل تمكنت التهمة فيه ، حكم بفساده ، لتعارض دليل الصحة والفساد .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها (١) أن إقرار المريض لغرماء المرض ، كإقرار لغرماء الصحة ، فيتساويان في استحقاق التركة ؛ إذ الإقرار مشروع في حالتي الصحة والمرض (٣) .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في أحد مأخذه : الإقرار الثاني لا يصح ، لتعلق حق غرماء الصحة بعين المال .

وقال في المأخذ الثاني : يصح الإقراران ، غير أنه يقدم إقرار الصحة ؛ لأنه أقوى من حيث إنه صادف حال الإطلاق ، والإقرار الثاني ، صادف حال الحجر والمنع من التبرعات ، فهو متهم فيه من حيث إن الشرع سلبه قدرة التبرع ، فلا يؤمن عدوله عن التبرع إلى الإقرار (٤) .

(١) من «ز» .

(٢) من «ز» لفظ مسألة .

(٣) انظر : «المهذب» : (١/ ٣٤٤) .

(٤) انظر : «تبيين الحقائق» : (٥/ ٢٣-٢٤) .

ومنها (٢) أن الإقرار للوارث صحيح عندنا على القول المنصور<sup>(١)</sup> كما في حال الصحة .

وعنده : لا يصح ؛ لأنه متهم فيه ، من حيث إنه ربما أراد تخصيصه فعدل إلى صيغة الإقرار<sup>(٢)</sup> .

ومنها (٣) أن أمان العبد المحجور عليه ، صحيح عندنا كما لو أذن مولاه<sup>(٣)</sup> .

وعنده : لا يصح<sup>(٤)</sup> ، إلا إذا قاتل مولاه ، لأنه متهم فيه من حيث إن العبد له قرابة وعشرة في دار الحرب ، فيؤثرهم على المسلمين فصار كالذمي . قالوا : ولا يلزم على هذا ما لو عتق [العبد]<sup>(٥)</sup> ثم أسلم ، لأنه - لما أعتق وأطلق وزالت يد المولى عنه ، واختار المقام في دار الإسلام مع قدرته على العود إلى دار الحرب - ارتفعت التهمة في حقه .

قالوا : ولا يلزم أيضاً ما إذا أذن له مولاه في الأمان ، فإنه يصح ، لأن مولاه لم يأذن له في الأمان ، إلا بعد تيقنه أن العبد لا يؤثر الكفار على المسلمين .

(١) في «المنهاج للنووي» : [ويصح إقرار المريض مريض الموت لأجنبي ، وكذا لوارث على المذهب] . ا هـ وانظر : «المذهب» : (١/٣٤٤) .

(٢) انظر : «تبيين الحقائق» : (٥/٢٥) .

(٣) انظر : «المذهب» : (٢/٢٣٥) و«المنهاج مع مغني المحتاج» : (٤/٢٢٦-٢٢٧) .

(٤) وعند محمد يصح ، وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية .

(٥) من [ز] .