

الفرق الحادي والتمتان

بين قاعدة القرض، وقاعدة البيع^(١)

اعلم أنّ قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية:

قاعدة الرّبا إن كان في الرّبويات، كالنقدين والطعام، وقاعدة المزابنة، وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من/ غير المثليات، وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات، ١١٢/ب وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد، فلذلك متى خرج عن باب المعروف امتنع، إما لتحصيل منفعة المقرض، أو لتردده بين الثمن والسلف، لعدم تعيين المعروف مع تعيين المحذور، وهو مخالفة القواعد.

سؤال: العارية معروف كالقرض، وإذا وقعت إلى أجل بعوض جازت، وإن خرجت بذلك عن المعروف، فلم لا يكون القرض كذلك إذا خرج بالقصد إلى نفع المقرض عن المعروف يجوز؟

جوابه: إذا وقعت العارية بعوض، صارت إجارة، والإجارة لا يتصور فيها الرّبا، ولا تلك المفاصد الثلاث، والقرض بالعوض بيع، فيتصور فيه، وكذلك إذا وقع القرض في العوض، هو رباً، فيحرم للآية إلا ما خصّه الدليل.

* * *

(١) انظر «الذخيرة» ٥/ ٢٥٥ للقرافي.

الفرق الثاني والمثتان

بين قاعدة الصلح وغيره من العقود

اعلم أنَّ الصلحَ في الأموالِ دائرٌ بين خمسةِ أمورٍ: البيعُ إن كانت المُعاوضةُ عن أعيانٍ، والصَّرْفُ إن كان فيه أحدُ التقدينين عن الآخر، والإجارةُ إن كان عن منافع، ودَفْعُ الخصومةِ إن لم يتعيَّن شيءٌ من ذلك، والإحسانُ وهو ما يُعطيه المُصلحُ من غيرِ إلجاءٍ^(١)، فمتى تعيَّن أحدُ هذه الأبوابِ رُوِّعِيَتْ فيه شروطُ ذلك الباب، لقوله عليه السلام: «الصلحُ جائزٌ بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً»^(٢)، ويجوزُ عندنا وعند أبي حنيفةَ رضي الله عنه على الإقرارِ والإنكارِ، وقال الشافعيُّ رضي الله عنه: لا يجوزُ على الإنكارِ، واحتجَّ بوجوه:

الأول: أنه أكلُ المالِ بالباطلِ، لأنه ليس عن مالٍ لعدمِ ثبوته، ولا عن اليمينِ، وإلا لجازت إقامةُ البيِّنةِ بعده، ولجاز أخذُ العَقَارِ بالشُّفَعَةِ، لأنه انتقلَ بغيرِ مالٍ، ولا هو عن الخصومةِ، وإلا لجازَ عن النكاحِ والقَذْفِ.

الثاني: أنه عاوضَ عن ملكه، فيمتنعُ كسراءِ مالِهِ من وكيله.

الثالث: أنها مُعاوضةٌ فلا تصحُّ مع الجهلِ، كالبيعِ.

(١) في المطبوع: الجاني، وهو خطأ.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود (٣٥٩٤) وابن حبان في «صحيحه» (٥٠٩١) من

حديث أبي هريرة، وهو في «المسند» ٣٨٩/١٤، و«سنن الدارقطني» ٢٧/٣،

و«المستدرک» ٤٩/٢ للحاكم، وانظر تمام تخريجه في التعليق على «المسند».

والجوابُ عن الأول: أنه أخذُ المالِ بحقٍّ، ولا يلزَمُ من عدم ثبوتهِ عدَمُه. نعم من علمَ أنه على باطلٍ حَرَمَ عليه أخذُ ذلك المالِ، وأما إقامةُ البَيِّنَةِ بعدة، قال الشيخ أبو الوليد^(١): تتخرَّجُ على الخلافِ فيمن حَلَفَ خصمه، وله بَيِّنَةٌ، فله إقامتها عند ابنِ القاسمِ مع العُدْرِ، / وعند أشهبٍ ١/١١٣ مُطلقاً، وأما القذفُ فلا مدخلَ للمالِ فيه، ولا يجوزُ فيه الصلحُ مع الإقرار، فكذلك مع الإنكار، وملتزمُ الجوازِ في النكاح. قال الشيخ أبو الوليد: قال أصحابنا: إذا أنكرتِ المرأةُ الزوجيةً، إنَّ من الناسِ مَنْ يُوجبُ عليها اليمينَ، فتفتدي بيمينها وملتزمُ الشُّفْعَةَ.

وعن الثاني: الفرقُ بأنه مع وكيله متمكِّنٌ من ماله بخلافِ صورةِ النزاع، فإنها لذرةٌ مفسدةِ الخصومة.

وعن الثالث: أنَّ الصورة^(٢) هُنا تدعو للجهلِ بخلافِ البيعِ.

قال أبو الوليد: لو ادَّعى عليه ميراثاً من جهةٍ مَوروثٍ^(٣) صحَّ الصلحُ فيه مع الجهلِ، والعجبُ من الشافعيِّ رضي الله عنه أنه يقول: للمدَّعي أن يدخلَ دارَ المدَّعي عليه بالليل، ويأخذَ قَدْرَ حَقِّه، فكيف يمنعُ مع الموافقةِ من الخصمِ على الأخذِ؟ ويتأكدُ قولنا بقوله تعالى: ﴿وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١] وغيره من الكتابِ والسنةِ، ولأننا أجمَعنا على بَدَلِ المالِ بغيرِ حقٍّ في فداءِ الأسارى، والمخالعةِ، والظلمةِ، والمحاربين، والشعراءِ، فكذلك هُنا لذرةٌ الخصومةِ، ولأنه قاطعٌ للمطالبةِ، فيكونُ مع

(١) يعني ابن رشد الجَدَّ.

(٢) في المطبوع: الضرورة.

(٣) في المطبوع: مَورث.

الإقرار والإنكار كالإبراء، ويجوزُ مع عدمِ المالِ من الجهتين، كالصُّلحِ
على دَمِ العَمْدِ، ولأنه يصحُّ فيه مع الإنكارِ، فصَحَّ الصلحُ عليه قياساً
عليها^(١).

* * *

(١) علّق ابن الشاط على هذا الفرق بقوله: ما قاله فيه غيرُ صحيح، لأنه لم يُنْدِ فرقاً
بين الصلحِ وغيره، ولكنه تكلم على حُكْمِ الصلح، وكلامه في ذلك صحيح.

الفرق الثالث والتمتان

بين قاعدة ما يُمَلِّكُ من المنفعة

بالإجازات، وبين قاعدة ما لا يُمَلِّكُ منها بالإجازات

متى اجتمعت في المنفعة ثمانية شروطٍ مُلِّكَتْ بالإجارة^(١)، ومتى انخرم منها شرطٌ لا تُملك.

الأول: الإباحة احترازاً من الغناء وآلات الطرب ونحوهما.

الثاني: قبول المنفعة للمعاوضة، احترازاً من النكاح.

الثالث: كَوْنُ المنفعة مُتَقَوِّمَةً، احترازاً من التافه الحقيق الذي لا يُقابل بالعوض، واختلف في استتجار الأشجار لتجفيف الثياب، فمنعه ابنُ القاسم.

الرابع: أن تكون مملوكة، احترازاً من الأوقاف على السكنى، كبيوت المدارس والخوانك.

الخامس: أن لا تتضمن استيفاء عين، احترازاً من إجارة الأشجار لثمارها، أو الغنم لتناجها، واستثنى من ذلك إجارة المُرْضِعِ لبيها للضرورة في الحضانة.

السادس: أن يُقَدَّرَ على تسليمها، احترازاً من استتجار الأخرس للكلام.

السابع: أن تحصل للمستأجر، احترازاً من العبادات والإجارة عليها كالصوم ونحوه.

(١) انظر «التهذيب» ٤/٤٢٠ للإمام البغوي، «والكافي» ٢/٣٠٢ لابن قدامة.

الثامن: / كونها معلومة، احترازاً من المجهولات من المنافع، كمن استأجر آلة لا يدري ما يُعملُ بها، أو داراً مدّة غير معلومة، فهذه الشروط إذا اجتمعت جازت المعاوضة، وإلا امتنعت.

تنبيه: قال الشيخ أبو الوليد بن رُشد^(١): في كِراءِ دورِ مكة أزيغُ روايات: المنع، وهو المشهور، وقاله أبو حنيفة، لأنها فتحت عنوةً، والجواز، وقاله الشافعي، لأنها عنده فتحت صلحاً، أو من بها على أهلها عندنا على هذه الرواية، ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوةً، والكرهة لتعارض الأدلة، وتخصيصها بالموسم، لكثرة الناس، واحتياجهم للوقف، لأنّ العنوة عندنا وَقْفٌ.

واتفق مالك والشافعي وغيرهما رضي الله عن الجميع أنّ رسول الله ﷺ دخل مكة مُجَاهِراً بالأسلحة، ناشراً للألوية، باذلاً للأمان لمن دخل دار أبي سفيان، وهذا لا يكون إلا في العنوة قطعاً، وإنما روي أنّ خالد ابن الوليد قتل قوماً، فوداهم رسول الله ﷺ، وهو دليل الصلح، وجوابه: يجب أن يُعتَقَدَ أنه آمن تلك الطائفة، وعصم دماءهم جمعاً بين الأدلة^(٢).

سؤال: اعلم أنّ مُقتضى^(٣) هذه المباحث وهذه النقول أن يحرم كِراءِ دورِ مصرَ وأراضيها؛ لأنّ مالكا قد صرّح في «الكتاب» وغيره: أنّها

(١) انظر «المقدمات» ٦٦٦/٢، ونقله القرافي في «الذخيرة» ٤٠٦/٥.

(٢) هذا كلامٌ فيه نظر فإنّ خالداً حين دخل مكة قاتل من قاتله من المشركين ثم انهزموا، كما في «سيرة ابن هشام» ٢٦/٤، و«زاد المعاد» ٤٠٤/٣-٤٠٥ لابن القيم. وأما القوم الذين وداهم رسول الله ﷺ فهم بنو جذيمة، أخطأ خالد في قتلهم، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أبرأ إليك ممّا صنع خالد» وبعث عليّاً يُودي لهم قتلهم وما ذهب منهم، أخرجه البخاري (٤٣٣٩)، وانظر «زاد المعاد» ٤١٥/٣.

(٣) سقط لفظ «مقتضى» من الأصل، واستدرك من المطبوع.

فُتِحَتْ عَنَوَةٌ^(١)، ويلزمُ على ذلك تخطيطُ القضاةِ في إثباتِ الأملاك،
وعقودِ الإجازات، والأخذِ بالشُّفَعَاتِ ونحو ذلك.

جوابه: أن أراضي العنوة اختلف العلماء فيها: هل تصيرُ وقفاً بمجرّدِ
الاستيلاء، وهو الذي حكاها الطُّرطوشيُّ في «تعليقه» عن مالك، أو للإمام
قسّمَتها كسائرِ الغنائم، أو هو مُخَيَّرٌ في ذلك، والقاعدةُ المُتَّفَقُ عليها: أن
مسائلَ الخلافِ إذا اتَّصل ببعضِ أقوالِها قضاءُ حاكمٍ، تعين ذلك القول،
وارتفع الخلافُ، فإذا قضى حاكمٌ بثبوتِ ملكٍ في أرضِ العنوةِ، ثبت الملكُ،
وارتفع الخلافُ، وتعيّنَ ما حكمَ به الحاكم. وهذا التقريرُ يطرُدُ في مكّةَ
ومصرَ وغيرهما، والقولُ بأنَّ الدُّورَ وقفٌ إنّما يتناولُ الدُّورَ التي صادفها
الفتح، أما إذا انهدمت تلك الأبنيةُ، وبنى أهلُ الإسلامِ دوراً غيرَ دورِ
الكفارِ، فهذه الأبنيةُ لا تكونُ وقفاً إجماعاً، وحيث قال مالك: لا تُكْرَى
دورُ مكّةَ، يُريدُ ما كان في زمانه باقياً من دورِ الكفارِ التي صادفها الفتحُ،
واليوم قد ذهبت تلك الأبنيةُ، فلا يكونُ قضاءُ الحاكمِ بذلك خطأً. نعم ١/١١٤
يختصُّ ذلك بالقضاءِ بالملكِ والشُّفَعَاتِ في الأرضين فإنها باقية^(٢)، أو
نقول: قولُ مالكٍ رحمه الله تعالى: إنَّ البلدَ الفلانيَّ فُتِحَ عَنَوَةٌ ليس هذا
بفتياً يُقلدُ فيها، ولا مذهباً له يجبُ على مُقلّديه اتّباعه فيه بل هذه شهادةُ،

(١) قلت: قد ذكر الإمام الحافظ أبو عبيد القاسم بن سلام في «الأموال»: ١٨٥-١٨٨ طرفاً صالحاً من اختلافِ أهلِ العلم في فتح مصر، وهل كان صلحاً أم عَنَوَةٌ؟ ثم قال: فقد اختلفت الأخبارُ في أمرهم، وأنا أقول: إنَّ الأمرين جميعاً قد كانا، وقد صدق الخبران كلاهما، لأنها افتتحت مرتين، فكانت المرةُ الأولى صلحاً، ثم انتكثت الروم عليهم، ففتحت الثانية عَنَوَةٌ، وفي ذلك غيرُ خبرٍ يُصدّقُ هذا. ثم ذكر ما يدلُّ على المقصود من ذلك، وانظر «الاستخراج لأحكام الخراج»: ٢٧٢ للحافظ ابن رجب الحنبلي.

(٢) صحح ابن الشاط ما مضى من كلام القرافي في هذا الفرق.

وكذلك لو قال مالك: فلان أخذ ماله غضباً، أو خالغ زيداً امرأته، لم يكن ذلك فتياً، بل شهادة، والقاعدة: أن كل إمام أخبر عن حكمٍ بسبب اتبع فيه، وكان فتياً ومذهباً، أو أخبر عن وقوع ذلك السبب فهو شهادة^(١)، وأن المذهب الذي يُقلد فيه الإمام خمسة أمور لا سادس لها: الأحكام كوجوب الوتر، والأسباب كالمُعاطاة، والشروط كالنية في الوضوء، والموانع كالذنين في الزكاة، والحجاج كشهادة الصبيان، والشاهد واليمين، فهذه الخمسة إن اتفق على شيء منها فليس مذهباً لأحد، بل ذلك للجميع، فلا يقال: إن وجوب رمضان مذهب مالك ولا غيره، بل ذلك ثابت بالإجماع، فإنه إنما يُفهم من مذهب الإنسان في العادة ما اختص به، كقولك: هذا طريق زيد إذا اختص به، أو هذه عادته إذا اختصت به، وإذا اختلف في شيء من ذلك نُسب إلى القائل به، وما عدا هذه الخمسة لا يقال: إنها مذهب يُقلد فيه، بل هو إما رواية أو شهادة أو غيرهما، كما لو قال مالك: أنا جائع أو عطشان، فليس كل ما يقوله الإمام هو مذهب له، بل تلك الخمسة خاصة^(٢)، ولو قال إمام: زيد زني لم تُوجب الرجم بقوله، بل نقول: هذه شهادة هو فيها أسوأ جميع العُدول، إن كَمَلَ النُّصَابُ بشروطه رجماً، وإلا فلا، فكذلك قول مالك: مصرٌ فُتحت عَنوةً، أو مكَّةٌ، شهادة، وإذا كانت شهادة فهو لم يباشر الفتح، تعين أنه نقل هذه الشهادة عن غيره، ولا ندري هل أُذن له

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: لا يتعين كونه شهادة. بل يتعين أن يكون غير شهادة، لأن الشهادة من شرطها أن تكون خبراً يقصد المُخبرُ به أن يترتب عليه فصل قضاء، وقول مالك: إنها فُتحت عَنوةً لا إشعار فيه بذلك القصد، فهو نوع من الخبر غير الشهادة.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في ذلك صحيح.

ذلك الغير في النقل عنه أم لا؟ وإن سلّمنا أنه أُذِنَ له، فقد عارضت هذه البيّنة بيّنة أخرى، وهي أنّ الليث بن سعدٍ والشافعيّ وغيرهما قالوا: الفتح وقع صلحاً، فهل يُمكن أن يُقال: إنّ إحدى البيّنتين أعدل، فتقدّم، أو يُقال: هذا لا سبيلَ إليه، والعلماء أجلُّ من أن تُفاوت نحن بين عدالتهم؟ ولو سلّمنا الهجوم عليهم في ذلك، فالمذهبُ أنه لا يُقضى بأعدل البيّتين إلا في الأموال، والعنوة والصلح ليسا من هذا الباب، فلم قلتم: إنه يُقضى فيه بأعدل البيّتين؟ ولا يُمكن أن يُقال: هذه الشهادة ليست نقلاً عن أحد، بل هي استقلال، ومستندُها السماع، لأننا نمنع أن هذه المسألة ممّا تجوز فيه الشهادة بالسماع، / وقد عدّ الأصحاب مسائل السماع ب/١١٤ خمسة وعشرين مسألة ليست هذه منها. سلّمنا أنّها منها، لكن حصل المُعارض المانع من الحكم بهذه الشهادة، وبهذا التقرير يظهر لك أنّ مَنْ يُفتي بتحريم البيع والإجارة والشفعة في هذه البقاع بناءً على قول مالك: إنّها فتحت عنوة خطأ، وأن هذا ليس مذهباً لمالك، بل هو شهادة لا يُقلدُ فيها، بل تجري مجرى الشهادات، وكما يردُّ هذا السؤال على المالكية في العنوة، يردُّ على الشافعية في قول الشافعي: إنّها فتحت صلحاً، ويبنون على ذلك الفتيا بالإباحة، ويجعلون هذا ممّا يُقلدُ فيه، وإنما هو شهادة أيضاً بالصلح، وليت شعري لو أنّ حاكماً شافعيّاً جاءه الشافعي، فقال له: إن فلاناً صالح امرأته على ألف دينار نقداً، وقد صارت خلعاً منه، هل يقضي بقوله وحده فيخرق الإجماع أو نقول: هذه شهادة لا بدُّ فيها من آخر مع الشافعيّ يشهد بالخلع؟ فينبغي له أن يفعل هنا كذلك^(١)،

(١) قوله: «ولو قال إمام: زيد زنى... إلى قوله: فينبغي له أن يفعل كذلك هنا» علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في ذلك كلام لا دليل عليه، ولا حاجة إليه، وما =

وقد بسطت هذه المسائل في كتاب «الإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام، وتصريف القاضي والإمام»، وهو كتاب نفيس فيه أربعون مسألة من هذا النوع^(١).

* * *

= الحامل له على دعوى أن ذلك من مالك شهادة حتى يحتاج في ذلك إلى آخر معه؟ هذا كلام مبني على توهم كون قول مالك شهادة، وذلك التوهم وهم لا شك فيه.

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: إن كانت تلك المسائل من هذا النوع من كل وجه، فليس ذلك الكتاب بنفيس.

الفرق الرابع والمئتان

بين قاعدة ما للمستأجر أخذه من ماله

بعد انقضاء الإجارة، وبين قاعدة ما ليس له أخذه

الفرق بين هاتين القاعدتين مبني على قاعدة: وهي أن الشرع لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصل لمصلحة، أو داريء لمفسدة، لذلك لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة التي لا يتشأح العقلاء فيها عادة، كالسُّسِمة ونحوها، فهذه القاعدة أيضاً لا يُقبل قول المُستأجر في قلع الشجر^(١) التي لا قيمة لها بعد القلع، وإن كانت عظمة المايّة قبل القلع، وكذلك البناء العظيم الذي لا قيمة له بعد الهدم، وإن عظمت قيمته قبل الهدم، وكذلك المستحق منه والغاصب ونحوهما، الجميع في ذلك سواء، لأن قلعه لمجرد الفساد لا لحصول مصلحة تحصل للقالع، ولا لذرة مفسدة عنه، فيتعين بقاؤه في الأرض المُستأجرة ينتفع به صاحب الأرض، ويحصل له بسببه تلك المايّة العظيمة، ويُعطيه له بغير شيء، فإنه مُستحق الإزالة شرعاً، وعلى تقدير الإزالة تبطل تلك المايّة، فهي مايّة مُستهلكة على واضعها شرعاً، والمُستهلك شرعاً لا يجب فيه قيمة، ويؤيد ذلك نهيه عليه السلام عن إضاعة المال^(٢)، وهدم مثل هذا/ البناء، وقلع مثل هذا الشجر، إضاعة

أ/١١٥

(١) كذا في الأصل: الشجر، وفي المطبوع: الأشياء.

(٢) يريد قوله ﷺ: «إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال: وإضاعة المال، وكثرة السؤال»

أخرجه البخاري (١٤٧٧)، ومسلم (١٧١٥) (٥٩٣) من حديث المغيرة بن شعبة،

وصححه ابن حبان (٥٧١٩) وفيه تمام تخريجه.

للمال، فوجب المنع منه، لهذه القاعدة أجمع الناس على أن العروض تتعين بالتعيين، وكذلك الحيوان والطعام، لأن هذه الأشياء من الخصوصيات والأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة، وتميل إليه العقول السليمة، والنفوس الخاصة، لما في تلك المعينات من الملاذ الخاصة في تلك الأعيان، ومقتضى هذه القاعدة: أنه إذا عيّن صاعاً من صبرة، وباعه، أنه لا يتعين، لأن الأغراض الصحيحة مُستوية في أجزاء الصبرة، غير أنني لا أعلم أحداً قال بعدم التعيين، واختلفوا في الدنانير والدراهم إذا عيّن: هل تتعين أم لا؟ ثلاثة أقوال: ثالثها: إن عيّن الدافع تعيّن، لأنه أمّلك بها وهو مالكها، وإن عيّن القابض. لا تتعين، إلا أن تختص بصفة حلي، أو سكة رائجية، أو غير ذلك تعيّن اتفاقاً، وهذه الأقوال الثلاثة عندنا، وبالتعيين قال الشافعي، والمشهور عندنا عدم التعيين، فهذه القاعدة يظهر الفرق بين ما للمستاجر أن يأخذه من ماله، وما لا يأخذه منه^(١).

* * *

(١) علّق ابن الشاط على هذا الفرق بقوله: فيه نقل أقوال، ولكن في ذلك كله نظر، فإنّ تقدير بناء أو شجر ونحو ذلك لا تكون له قيمة بعد القلع.

الفرق الخامس والمثتان

بين قاعدة من^(١) يضمن بالطرح

من السفن، وبين قاعدة من لا يضمن^(٢)

قال مالك^(٣): إذا طرَحَ بعضُ الحِمْلِ للهِوْلِ، شاركَ أهلُ المطروحِ مَنْ لم يُطْرَحْ لهم شيءٌ في متاعهم، وكان ما طُرِحَ وسَلِمَ لجميعهم في نَمائِهِ ونَقْصِهِ بثمانه يومَ الشراءِ، إن اشترَوْا من موضعٍ واحدٍ بغيرِ مُحاباةٍ، لأنهم صَانُوا بالمطروحِ مآلَهُم، والعدلُ عدمُ اختصاصِ أحدهمَ بالمطروحِ، إذ ليس أحدهمَ بأولى من الآخرِ، وهو سببُ سلامةِ جميعهم، فإن اشترَوْا من مواضعٍ، أو اشترى بعضهم، أو طال زمانُ الشراءِ حتى تغيَّرتِ الأسواقُ، اشتركوا بالقيَمِ يومَ الركوبِ دونَ يومِ الشراءِ، لأنه وقتُ الاختلاطِ، وسواءٌ طرَحَ الرجلُ متاعه أو متاعَ غيرهَ بإذنه أم لا.

قال ابنُ أبي زيدٍ: ولا يشاركُ مَنْ لم يَرْمِ بعضهم بعضاً، لأنه لم يطرأ سببٌ يوجبُ ذلكَ بخلافِ المطروحِ له مع غيره.

قال ابنُ حبيبٍ: وليس على صاحبِ المركبِ، ولا الثَّوَاتِيَةِ^(٤) ضمانٌ، كانوا أحراراً أو عبيداً، إلا أن يكونوا للتجارةِ فتنحَسَبَ قيمتهم، ولا على مَنْ لا متاعَ له، لأنَّ هذه كُلُّها وسائلٌ، والمقصودُ بركوبِ^(٥) البحرِ إنما

(١) في المطبوع: ما في الموضعين.

(٢) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ٤٨٦/٥-٤٩٠.

(٣) في «الذخيرة»: قال ابن القاسم.

(٤) وهم الملاحون في البحر. الواحد: نُوتِي.

(٥) في المطبوع: من ركوب.

هو مال التجارة، يُزَجَعُ بالمقاصدِ في المقاصد، ومن معه دنائيرُ كثيرةٌ
يريدُ بها التجارةَ فكالجارةِ بخلافِ النفقة، وما يُرادُ للقِنِيَّةِ/ . ١١٥ ب

وقال ابن بشير: لا يلزمُ في العينِ شيءٌ من المطروح، لأنها لا
يحصلُ الغرقُ بسببِها لخِفَّتِها.

وقال سُحنون: يدخلُ المركبُ في قيمةِ المطروح، لأنه ممَّا سَلِمَ
بسببِ الطرح. وقال أبو محمد: إن خِيفَ عليه بصَدْمٍ^(١) قاعِ البحرِ،
فطُرِحَ لذلك، دَخَلَ في القيمة.

وقال أهلُ العراقِ^(٢): يدخلُ المركبُ وما فيه للقِنِيَّةِ، أو التجارةِ من
عبيدٍ وغيرِهِم، لأنَّ أثرَ المطروحِ سلامةُ الجميع.

وجوابُهُم: أنَّ شأنَ المركبِ أن يصلَ برجالِهِ سالمًا إلى البرِّ، وإنما
يُغرِقُهُ ما فيه عادةً، وإزالةُ السببِ المُهْلِكِ لا يوجبُ شركةً، بل فِعْلُ
السببِ المُنجي، وهو فرقٌ حَسَنٌ فتَأَمَّلْهُ، فإن فاعَلَ الضَّرَرَ شأنُهُ أن
يضمَّنَ، فإذا أزال ضَرَرَهُ ناسبَ أن لا يضمَّنَ لعدمِ سببِ الضمان، وفاعلُ
النفعِ مُحَصَّلٌ^(٣) لعينِ المالِ، فناسبَ أن يستحقَّه، أو بعضَهُ، لأنَّ مُوجِدَ
الشيءِ شأنُهُ أن يكونَ له، فإن صالحوا صاحبَ المطروحِ بدنائيرٍ، ولا
يشاركُهُم، جازَ إذا عرفوا ما يلزمُهُم في القضاء، فإن خرجَ بعد الطرح من
البحرِ سالمًا، فهو له، وتزولُ الشركة، أو خرجَ وقد نقصَ نصفُ قيمتهِ،
انتقصَ نصفُ الصلحِ، ويُرَدُّ نصفُ ما أخذ.

(١) في الأصل: بصَدْع، ولعلَّ الصوابَ ما في المطبوع.

(٢) لعلَّه يريد المالكية من أهلِ العراقِ، فإنَّ الخلافَ منصوبَ بين علماءِ المالكية في
هذه المسألة.

(٣) في الأصل: يحصل.

سؤال: إذا وُجِدَت الدابةُ المُصَالِحُ عليها في التعدي، أو العاريةُ تكونُ لمنْ صالحٍ عليها، وههنا المُصَالِحُ عليه لصاحبه، فما الفرق؟

جوابه: التعدي ينقلُ المُتعدِي عليه للذمةِ بالقيمة، فيكونُ له، لأنَّ القيمةَ للمُتعدِي عليه، فلا يُجمَعُ له بين العوضِ والمُعَوَّضِ عنه، والبحرُ شيءٌ توجبُه الضرورةُ، فلا يحصلُ الصُّلحُ فيه بيعاً لا يتقض، وإن لم يكن في السفينةِ غيرُ الأدميين، لم يَجْزِ رَمِي واحدٍ منهم لطلبِ نجاةِ الباقين، وإن كان ذمياً.

قال الطُّرطوشي في «تعليقه»: ويبدأ بطرحِ الأمتعة، ثم البهائم لشرفِ النفوس. قال: وهذا الطرحُ عند الحاجةِ واجبٌ، ولا يجري فيه القولان اللذان للعلماء في دفعِ الداخلِ عليك البيتَ لطلبِ النفس أو المال، ولا من اضطرَّ إلى أكلِ الميتة، ففيهما قولان: أحدهما: يجبُ الدَّفْعُ والأكل.

وثانيهما: لا يجبان لِقِصَّةِ ابني آدم^(١)، ولقوله عليه السلام: «كُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْمُقْتُولِ وَلَا تَكُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْقَاتِلِ»^(٢). وعليه اعتمد عثمانُ رضي الله

(١) يعني المذكورة في قوله تعالى حكاية عن هابيل: ﴿لَئِن بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطِ يَدَيْ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنَّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾ [المائدة: ٢٨].

(٢) قد أخرج الإمام أحمد ٢٢٤٩٩/٣٧ من حديث خالد بن عُرْفُطَةَ قال: قال لي رسولُ الله ﷺ: «يا خالدُ، إنَّها ستكونُ بعدي أحداثٌ وفتنٌ واختلاف، فإن استطعت أن تكونَ عبدَ الله المُقتولَ لا القاتلَ، فافعل» وفي إسناده علي بن زيد بن جُدعان، ضعيف الحديث، وأخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٣٧١٨٦)، والطبراني في «الكبير» (٤٠٩٦)، والحاكم في «المستدرک» ٢٨١/٣، ٥١٧/٤، ولكن الحديث يتقوى بحديث خباب بن الأرت عند الإمام أحمد ٥٤٣-٥٤٢/٣٤ وفيه: «فإن أدركتَ ذاك فكن عبدَ الله المُقتول» وأخرجه الطبراني في «الكبير» (٣٦٣١) والدارقطني ١٣٢/٣ وانظر تمام تخريجه في «المسند» =

1/116 عنه في تسليم نفسه^(١)، والفرق أن التارك للقتل والأكل هنالك تارك لثلاث يفعل محرماً، وههنا لبقاء المال، واقتناؤه ليس واجباً، وأكل الميتة/ وسفك الدم محرّم، وما وُضِعَ المالُ إلا وسيلةً لبقاء النفس، ولم يوضع قتل الغير وأكل الميتة وسيلةً لذلك، ولا يضمن الطارح ههنا ما طرحه اتفاقاً، ولمالك في أكل مال الغير للمجاعة قولان: بالضمن وعدمه، ولا يضمن بدفع الفحل إذا قتله، لأنه كان يجب على صاحبه قتله صوناً للنفس، فقد قام عن صاحبه بواجب.

وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما: لا يضمن أحدٌ من أهل السفينة إلا الطارح إن طرح مال غيره، وإن طرح مال نفسه فمُصيئته منه، ولو استدعى غيره منه ذلك، ووافقونا إذا قال: اقض عني ديني، ففضاه، وفي اقتراض المرأة على زوجها الغائب، واقتراض الوصي لليتيم، فإنه يأخذ من ماله نظراً له.

= وفي «سنن الترمذي» (٢١٩٤) من حديث سعد بن أبي وقاص قال: أشهد أن رسول الله ﷺ قال: «إنها ستكون فتنة، القاعد فيها خيرٌ من القائم، والقائم خيرٌ من الماشي، والماشي خيرٌ من الساعي»، قال: أفرأيت إن دخل علي بيتي وبسط يده إلي ليقتلني؟ قال: «كُنْ كَابِنَ آدَمَ» قال الترمذي: وفي الباب عن أبي هريرة وخبّاب بن الأرت وأبي بكره وابن مسعود وأبي واقد وأبي موسى وخرشة، وهذا حديث حسنٌ وروى بعضهم هذا الحديث عن الليث بن سعد، وزاد في الإسناد رجلاً.

(١) نقل ابن كثير في «التفسير» ٨٦/٣ عن أيوب السخيتاني قال: إن أول من أخذ بهذه الآية من هذه الأمة ﴿لِيَنْبَسُطَ إِلَيْكَ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾ [المائدة: ٢٨] لعثمان بن عفان رضي الله عنه. ثم عزاه ابن كثير لابن أبي حاتم يعني في «التفسير».

قلنا: القياسُ على هذه الصُّورةِ بجامعِ السَّعيِ في القيامِ عن الغيرِ
بواجبٍ، لأنهم أجمعين يجبُ عليهم حِفْظُ نفوسِهِم وأموالِهِم، فَمَنْ بادر
منهم قام بذلك الواجب .

احتجُّوا بأنَّ السلامةَ بالطرحِ غيرُ معلومةٍ، بخلافِ الصَّيَالِ^(١)،
وبالقياسِ على الأدميين وأموالِ القنينةِ .

والجوابُ عن الأول: أنه ينتقضُ بطعامِ المُضطرِّ، فإنَّ المُضطرَّ
يضمنُ مع احتمالِ هلاكِهِ بما أكل، بل يُعْتَمَدُ في ذلك على العادةِ فقط،
وقد شهدَتْ بأنَّ ذلك سببُ السلامةِ فيهما مع احتمالِ النقيضِ .

وعن الثاني: ما تقدَّمَ أوَّلَ المسألةِ من الفرقِ، مع أن الطَّرْطُوشِيَّ
قال: القياسُ التسويةُ بين القنينةِ والتجارةِ، لأنَّ العِلَّةَ صَوْنُ الأموالِ،
والكُلُّ يثقلُ السفينةَ .

* * *

(١) في المطبوع: الصائل .

الفرق السادس والتمتان

بين قاعدة مَنْ عَمِلَ مِنَ الْأَجْرَاءِ النِّصْفَ مِمَّا اسْتَوْجَرَ عَلَيْهِ يَكُونُ لَهُ النِّصْفُ، وبين قاعدة مَنْ عَمِلَ النِّصْفَ لَا يَكُونُ لَهُ النِّصْفُ

اعلم أنه قد وقع في الإجازات: أَنَّ من استأجر رجلاً على أن يَخِيطَ له ثوبين، أو يبنِي له دارين، أو نحو ذلك، ففعل أحدهما، وهو النصف، استحقَّ النصف، وهو ظاهر، ووقع فيها أيضاً: أَنَّ من استأجر رجلاً على أن يَحْفَرَ له بئراً عشرة في عشرة تكونُ مُرَبَّعَةً، من كلِّ جهةٍ عشرة، ويكونُ عمقُها عشرة، فعمل خمسة في خمسة، أو استؤجر على أن يعمل صندوقاً عشرة في عشرة، فعمل خمسة في خمسة، مُقتضى ما تقدّم من القاعدة: أَنَّ لهذين نصف الأجرة، لأنهما قد عملا خمسة، وهي نصف العشرة، لكن قال الفضلاء: له في مسألة البئر الثمن، وفي مسألة الصندوق/ ١١٦ ب
الرُّبْع، فلم يَجْرُوا في ذلك على قاعدة الإجارة، ولم يَجْرُوا أيضاً في المخالفة على نمط واحد، ووجهُ صِحَّة ما قالوه: أَنَّ البئرَ كلما نزل فيها ذراعاً، فقد شالَ من الترابِ بساطاً مساحتهُ عشرة في عشرة، وذلك مئة، فكلُّ ذراع ينزله في البئرِ حيثُ مئة ذراع، والأذرعُ عشرة، وعشرة في مئة بالْفِ، فالْمُسْتَأْجِرُ عليه ألفُ ذراع، فلَمَّا عمل خمسة في خمسة، شالَ في الذراعِ الأولِ ترابَ خمسة في خمسة، وذلك خمسة وعشرون فكلُّ ذراع من هذا المعمولِ خمسة وعشرون، والأذرعُ المعمولةُ خمسة، وخمسة في خمسة وعشرين بمئة وخمسة وعشرين، وذلك ما عملهُ، ونسبتهُ إلى الألفِ نسبةُ الثَّمَنِ، فيستحقُّ الثَّمَنَ، وأما الصندوق فليس فيه تَقَرُّ، وإلا استوت المسألتان، بل الواحُّ يُلَفَّقُها، فهو استأجره على ستة ألواح كلِّ

منها عشرة، وذلك دائره أربعة وَفَعْرُهُ وَغِطَاؤُهُ، فكلُّ لوحٍ عَشْرَةٌ في عشرة، فهو مئة ذراع والألواح ستة فالمستأجر عليه ستُّ مئة، عمل سِتَّةَ خمسة في خمسة، فيكون كلُّ لوحٍ منها خمسة وعشرين المتحصلة من ضرب خمسة في خمسة، وخمسة وعشرون في سِتَّةَ بمئة وخمسين، ونسبتها إلى سِتِّ مئة كنسبة الرُّبْع، فله الرُّبْع، فتأمل ذلك، فإنها من أبداع ما يُلقَى في مسائلِ المُطارحات على الفقهاء، وكم يَخْفَى على الفقيه والحاكمِ الحقُّ في المسائلِ الكثيرة بسببِ الجهلِ بالحساب، والطبِ والهندسة، فينبغي لذوي الهممِ العلية أن لا يتركوا الاطلاعَ على العلوم ما أمكنهم:

فلم أرَ في عيوبِ الناسِ شيئاً كَنَقْصِ القادِرينِ على التمامِ^(١)

* * *

(١) البيت للمتنبي في «ديوانه» ٣/٣٥٢ بشرح الإفليلي

وقد علّق ابن الشاط على كلام القرافي في هذا الفرق بقوله: هذا الفرقُ فاسدُ الوضع، فاحشُ الخطأ، فإنه قاعدةٌ واحدةٌ لا غيرُ، وكلُّ مَنْ عملَ النصفَ، فله النصفُ لا محالة، وإنما يجري الوهمُ على الأغبياء، فيظنُّون أنَّ من استؤجر على عشرة في عشرة، فعمل ذلك، فقد عمل جميع ما استؤجر عليه، وذلك صحيح، وأنه متى استؤجر على ذلك فعمل خمسة في خمسة أنه عمل النصف، وذلك غيرُ صحيح، بل عمل الثمن مما استؤجر عليه، كيف وقد بيّن المؤلف ذلك بعد هذا في أثناء الكلام في هذا الفرق؟ والعجبُ منه كيف ظنَّ أن الترجمةَ صحيحةً مع علمه بأنه لم يعمل النصف؟ ولكنَّ الغفلةَ لازمةٌ لمن لم يُعصم من البشر، ولكنَّ هذه الغفلةَ لا يُعذَّرُ صاحبها والله أعلم، وما قاله في حكاية الفروق الخمسة صحيح.

الفرق السابع والتمتان

بين قاعدة ما يضمنه الأجراء

إذا هلك، وبين قاعدة ما لا يضمنونه

اعلم أنّ الهالك خمسة أقسام:

ما هلك بسبب حامله، من عثار، أو ضعف حبل لم يُعَرِّز به، أو ذهاب دابة أو سفينة بما فيهما، فلا ضمان ولا أجرّة، ولا عليه أن يأتي بمثله ليحمّله. قاله مالك. وقال غيره: ما هلك بعثار، كالهالك بأمر سماوي، وقال ابن نافع: لربّ السفينة بحساب ما بلغت.

الثاني: ما غرّ فيه بضع حبل، يضمن القيمة بموضع الهلاك، لأنه موضع التفريط، وله من الكراء بحسابه، وقيل: بموضع الحمل، لأنه منه ابتداء التعدي. / ١/١١٧

الثالث: ما هلك بأمر سماويّ بالبيّنة، فله الكراء كلّهُ، وعليه حملُ مثله من موضع الهلاك، لأنّ أجزاء المتفعة مضمونة عليه.

الرابع: ما هلك بقولهم من الطعام لا يُصدّقون فيه، لقيام التهمة، ولهم الكراء كلّهُ، لأنّ شأن الطعام امتداد الأيدي إليه، لأنهم استحقّوه بالعقد.

الخامس: ما هلك بأيديهم من العروض يُصدّقون فيه، لعدم التهمة، ولهم الكراء كلّهُ، وعليهم حملُ مثله من موضع الهلاك، لأنهم لمّا صدّقوا أشبه ما هلك بأمر سماويّ، وقال ابن حبيب: لهم من الكراء

بحساب^(١) ما بلغوا، وتُفَسَّخُ الكِرَاءُ، لأنه لما كان لا يُعْلَمُ إلا مِن قولهم
أشبه ما هلك بعِثَار^(٢).

* * *

(١) في المطبوع: بحسب.

(٢) قال البقوري في «ترتيب الفروق» ١٧٤/٢: لم يذكر إجارة الصُّنَاعِ على عملٍ في
السلعةِ بغيرها كالصَّنِيعِ وأمثاله، فإنه عند مالكٍ يضمنُ فيه الأجير، وهو بمنزلةِ
الطعامِ الذي تمتدُّ الأيدي إليه.

الفرق الثامن والتمتان

بين قاعدة ما يُمنَعُ فيه الجهالة، وبين قاعدة

ما يُشترطُ فيه الجهالة بحيث لو فُقدت فيه الجهالة فسَدَ

أما ما تُفسدُه الجهالةُ فهو البياعاتُ كما تقدّم، وكثيرٌ من الإجازات،
ومن الإجارةِ قسمٌ لا يجوزُ تعيينُ الزمانِ فيه، بل يُتركُ مجهولاً، وهو
الأعمالُ في الأعيانِ كخياطةِ الثيابِ ونحوها، لا يجوزُ أن يُعيّنَ زمانُ
الخياطةِ بأن يقولَ له اليومَ مثلاً، فتفسدُ، لأنَّ ذلك يوجبُ الغررَ بتوقُّع
تعدُّرِ العملِ في ذلك اليوم، بل مصلحته، ونفْيُ الغررِ عنه أن يَبْقَى
مُطلقاً، وكذلك الجعالةُ لا يجوزُ أن يكونَ العملُ فيها محدوداً معلوماً،
لأن ذلك يوجبُ الغررَ في العملِ بأن لا يجدَ الأبقَ في ذلك الوقت، ولا
بذلك السفرِ المعلوم، بل نفْيُ الغررِ عن الجعالةِ بحصولِ الجهالةِ فيها،
الجهالةُ في هذين القسمين شرطٌ، وإن كانت في غيرهما مانعاً.

وهنا قاعدةٌ شرعيةٌ تُعرفُ بجمعِ الفرقِ^(١)، وهي أن يكونَ المعنى
المناسبُ يناسبُ الإثباتَ والنفْيَ، أو يناسبُ الضدَّين، ويترتبان عليه في
الشرعيةِ، وهو قليلٌ في الفقه، فإنَّ الأصلَ أن الوصفَ إذا ناسبَ حكماً
نافي ضده، أما اقتضاؤه لهما فبعيدٌ كما تقدّم بيانه في الجعالاتِ
والإجازات.

ومن ذلك أيضاً الحَجْرُ يقتضي ردَّ التصرُّفاتِ، وإطلاقَ التصرُّفاتِ،
فتردُّ التصرُّفاتُ في حالةِ الحياةِ صَوْناً لِمالِ المحجورِ عليه على مصالحه،

(١) انظر «الذخيرة» ٨/٦ للقرافي حيث تكلم على هذه القاعدة في كتاب الجعالة.

وَتُنْفَذُ وصاياه صَوْنًا لِمَالِهِ عَلَى مَصَالِحِهِ، لِأَنَّا لَوْ رَدَدْنَا الْوَصَايَا لِحَصْلِ الْمَالِ لِلْوَارِثِ، وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ، فَصَارَ صَوْنُ الْمَالِ عَلَى الْمَصَالِحِ يَقْتَضِي تَنْفِيذَ التَّصَرُّفَاتِ وَرَدَّ التَّصَرُّفَاتِ، وَكَذَلِكَ الْقَرَابَةُ تَوْجِبُ الْبِرَّ بِدَفْعِ الْمَالِ، وَتَوْجِبُ الْمَنْعَ/ مِنْ دَفْعِ الْمَالِ إِذَا كَانَ زَكَاةً فَيُحْرَمُوا ب/١١٧ إِيَّاهَا، وَتُعْطَى لِغَيْرِهِمْ بِسَبَبِ الْقَرَابَةِ^(١)، وَكَذَلِكَ أَقْرَبَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَجِبُ بِرُّهُمْ بَسَدًا خَلَّاتِهِمْ بِالْمَالِ، وَيُحْرَمُ دَفْعُ الْمَالِ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ زَكَاةً^(٢)، فَصَارَ قُرْبُهُمْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْجِبُ دَفْعَ الْمَالِ، وَمَنْعَ الْمَالِ،

(١) هَذَا مُقَيَّدٌ بِأَنَّ تَكُونَ الْقَرَابَةَ فِي الْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ كَالْوَالِدَيْنِ وَإِنْ عَلَوَا، وَالْأَوْلَادِ وَإِنْ سَفَلُوا، وَإِلَّا فَقَدْ قَالَ الْمَوْفِقُ فِي «الْمَغْنِيِّ» ٩٩/٤: فَأَمَّا سَائِرُ الْأَقْرَابِ، فَمَنْ لَا يُورَثُ مِنْهُمْ يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ، سِوَاءَ كَانَ انْتِفَاءُ الْإِرْثِ لِانْتِفَاءِ سَبَبِهِ لِكَوْنِهِ بَعِيدَ الْقَرَابَةِ مِمَّنْ لَمْ يُسَمَّ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا رَسُولُهُ ﷺ لَهُ مِيرَاثًا، أَوْ كَانَ لِمَنْعٍ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مَحْجُوبًا عَنِ الْمِيرَاثِ، كَالْأَخِ الْمَحْجُوبِ بِالْأَبْنِ أَوْ الْأَبِ... ثُمَّ اسْتَدَلَّ الْمَوْفِقُ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ ﷺ: «الْصَّدَقَةُ عَلَى الْمَسْكِينِ صَدَقَةٌ، وَهِيَ لِذِي الرَّحْمِ اثْنَانِ؛ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ» أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (٦٥٨)، وَالنَّسَائِيُّ ٦٩/٥، وَغَيْرُهُمَا، وَحَسَنَهُ التِّرْمِذِيُّ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ خَزِيمَةَ (٢٣٨٥) وَابْنُ حِبَانَ (٣٣٤٤) مِنْ حَدِيثِ سَلْمَانَ ابْنِ عَامِرٍ، وَفِيهِ تَمَامٌ تَخْرِيجِهِ.

(٢) وَذَلِكَ لِمَا صَحَّ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «إِنَّ الصَّدَقَةَ لَا تَحُلُّ لَنَا» أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (٦٥٧)، وَالنَّسَائِيُّ ١٠٧/٥، وَالطُّحَاوِيُّ فِي «شَرْحِ مَعَانِي الْأَثَارِ» ٨/٢ مِنْ حَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ وَصَحَّحَهُ ابْنُ خَزِيمَةَ (٢٣٤٤)، وَابْنُ حِبَانَ (٣٢٩٣) وَغَيْرُهُمَا، وَأَصْلُ الْحَدِيثِ ثَابِتٌ فِي الصَّحِيحِ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (١٤٩١)، وَمُسْلِمٌ (١٠٦٩) وَفِيهِ: أَنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَخَذَ تَمْرَةً مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ، فَجَعَلَهَا فِي فِيهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «كَيْفَ كَيْفٌ» لِيَطْرَحَهَا، ثُمَّ قَالَ: «أَمَا شَعَرْتَ أَنَّا لَا نَأْكُلُ الصَّدَقَةَ».

قَالَ الْقَاضِي عِيَّاضٌ فِي «إِكْمَالِ الْمُعْلَمِ» ٦٢٥/٣: اِخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الصَّدَقَةِ الْمَحْرَمَةِ عَلَى آلِ النَّبِيِّ ﷺ، فَقِيلَ: الْفَرِيضَةُ فَقَطْ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَكَثِيرٍ مِنْ أَصْحَابِهِ وَأَحَدُ قَوْلِي أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَيْضًا: إِنَّهَا كُلُّهَا حَلَالٌ لِبَنِي هَاشِمٍ =

باعتبارِ مالَيْنِ ونِسْبَتَيْنِ، وكذلك كُلُّ معنىٍ يوجبُ مصلحةً أو مفسدةً،
ويوجبُ نقيضَها في محلِّ آخر، وباعتبارِ نسبةٍ أخرى فإنه يوجبُ الضدين،
وهو ضابطُ جَمْعِ الفَرْقِ، وسُمِّيَ بذلك، لأنه يجمعُ المُفترقات، وهي
الأضدادُ، فكذلك الجِهالَةُ توجبُ الإخلالَ بمصالحِ العقودِ في البياعاتِ،
وأكثرِ أنواعِ الإجازاتِ، فكانت مانعةً، ووجودُها يوجبُ تحصيلَ مصلحةٍ
عقدِ الجِعالةِ حتى يبقى المَجعولُ له على طَلَبه، فيجدُ الآبِقَ، فلا يذهبُ
عملُه المتقدِّمُ مَجاناً، فإذا قَيَّدنا عليه العملَ، وقَدَّرناه معلوماً، فإذا فعل
ذلك العملَ المعلومَ، ولم يجدِ الآبِقَ، ذهبَ عملُه مَجاناً، فضاغت
مصلحةُ العقدِ.

* * *

= وغيرهم، وإنما كان ذلك محرماً عليهم إذ كانوا يأخذون سهمَ ذوي القربى، فلما
قُطِعَ عنهم حلَّتْ لهم، ونحوه عن الأبهريِّ من شيوخنا ورؤيِّ عن أبي يوسف أنه
حرامٌ عليهم من غيرهم، حلالٌ لهم صدقةٌ بعضهم على بعض، وحكى ابن القصار
عن بعضِ أصحابنا أنَّها تحرمُ عليهم التطوُّع دون الفريضة، لأنها لا مِنةَ فيها، قال
القاضي عياض: وهذا الحديث وغيره يردُّ عليهم، لأنَّ الأظهرَ في الحديثِ أنه إنَّما
أخذها من صدقةِ التمرِ الواجبة. انتهى كلامه، وانظر بسط هذه المسألة في
«المغني» ١٠٩/٤ لابن قدامة المقدسي.

الفرق التاسع والمئتان

بين قاعدة ما مصلحته من العقود في

اللزوم وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم^(١)

اعلم أنّ الأصل في العقد اللزوم، لأنّ العقد إنّما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة، وتحصيلاً للمقصود. غير أنّ مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين:

أحدهما كذلك، كالبيع، والإجارة، والنكاح، والهبة، والصدقة، وعقود الولايات، فإنّ التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد.

والقسم الآخر: لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهو خمسة عقود: الجعالة، والقراض والمُغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرعاً في الحكومة، فإنّ الجعالة لو شرعت لازمة، مع أنّه قد يُطلّع على فزط بُعد مكان الأبق أو عدمه، مع دخوله على الجهالة بمكانه، فيؤدّي ذلك لضرره، فجعلت جائزة لثلا تجتمع الجهالة بالمكان واللزوم، وهما متنافيان^(٢)، وكذلك القراض حصول الربح فيه مجهول، فقد يتصل به أنّ السِّلَع مُتَعَذِّرة، أو لا يحصل فيها ربح، فالزامه بالسفر مَضَرَّةٌ بغير حكمة، ولا يحصل مقصود العقد الذي هو الربح، وكذلك

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ٥٥/٦.

(٢) ولذلك قال ابن رشد في «بداية المجتهد» ٤٨٩/٧: ولا خلاف في مذهب مالك أنّ الجُعَلَ لا يُسْتَحَقُّ شيءٌ منه إلا بتمام العمل، وأنّه ليس بعقد لازم.

أ/١١٨ المَغَارِسَةُ مجهولةُ العاقبةِ في/ نباتِ الشجرِ وجَوْدَةِ الأرضِ، ومَوُؤناتِ الأسبابِ على معاناةِ الشجرِ مع طولِ الأيامِ، فقد يُطَّلَعُ على تَعَدُّرِ ذلكِ، أو فَرُطِ بُعْدِهِ، فالزائمُ بالعملِ ضررٌ من غيرِ حصولِ المقصودِ، وكذلك الوكالةُ قد يَطَّلَعُ فيما وُكِّلَ عليه على تَعَدُّرٍ أو ضررٍ، فجُعِلت على الجوازِ، وتحكيمُ الحاكمِ خطرٌ على المحكومِ^(١) عليه، لما فيه من اللزومِ إذا حكم، فقد يَطَّلَعُ الخصمانِ على سوءِ العاقبةِ في ذلكِ، فلا يُشْرَعُ اللزومُ في حَقِّيهِمَا، نَفِيًّا للضررِ عنهما، واشتركِ الجميعُ في عدمِ انضباطِ العقدِ بحصولِ مقصوده، فكان الجميعُ على الجوازِ^(٢).

* * *

(١) في الأصل: المحكم.

(٢) قال ابن عاشور في «مقاصد الشريعة الإسلامية»: ٣٤٠: وأما العُقُودُ التي جعلها فقهاؤنا غيرَ لازمةٍ بمجردِ العقدِ بل حتى يقع الشروع في العمل - وهي الجُعْلُ والقِرَاضُ باتِّفاقٍ، والمغَارِسَةُ والمزارعةُ على خلاف - فَإِنَّمَا نُظِرَ فيها إلى عُدْرِ العاملِ، لأنه قد يَخْفُتُ إلى العقدِ لرغبةٍ في العِوَضِ، ثم يَتَبَيَّنُ له أنه لا يستطيعُ الوفاءَ بعمله، فمصلحةُ العقدِ بالأصالةِ في لزومه، وتأخُرُ اللزومِ في هذه لمانعِ عارضٍ، خلافاً لظاهرِ كلامِ القرافيِّ في «الفرق التاسع والمنتين» انتهى.

الفرقُ العاشر والمئتان

بين قاعدة ما يُرَدُّ من القراضِ الفاسدِ

إلى قراضِ المِثْلِ ، وبين قاعدة ما يُرَدُّ إلى أُجْرَةِ المِثْلِ^(١)

اعلم أنَّ الأصلَ الرَدُّ إلى قراضِ المِثْلِ كسائرِ أبوابِ الفقه، ولأنَّه العملُ الذي دخل^(٢) عليه. قال القاضي عياضٌ في «التنبيهات»: مذهبُ «المُدَوَّنَةِ»: أنَّ الفاسدَ من القراضِ يُرَدُّ إلى أُجْرَةِ مِثْلِهِ إلا في تسعِ مسائلٍ: القراضُ بالعروضِ، وإلى أجلٍ، وعلى الضَّمانِ، والمُبَهَّمُ، وبدينٍ يقتضيه من أجنبي، وعلى شِرْكٍ في المال، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين، فاشترى بالنقد، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعةً مُعَيَّنَةً لما لا يكثرُ وجودُه، فاشترى غيرها، وعلى أن يشريَ عبدَ فلانٍ بمالِ القراضِ، ثم يبيعه ويتَّجَرَ بـشمنه، وألحقَ بالتسعةِ عشرةً من غيرِ الفاسدِ، ففي «الكتاب»^(٣): إذا اختلفا وأتيا بما لا يُشْبِهُ، له قراضُ المِثْلِ، والضابطُ: كُلُّ منفعةٍ اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجةً عن المال، ولا خالصةً لمُشترطِها، ومتى كانت خارجةً عن المالِ، أو كانت عَرَرًا حرامًا، فأجرةُ المِثْلِ، فعلى هذه الأمورِ الثلاثةِ تدورُ المسائلُ، وعن مالكٍ قراضُ المِثْلِ مطلقاً. وقال الشافعيُّ وأبو حنيفةٌ وعبدُ الملكِ بالأجرةِ مُطلقاً، نظراً لاستيفاءِ العملِ بغيرِ عقدٍ صحيحٍ، وإلغاءِ الفاسدِ بالكلية. قال صاحبُ «القبس»^(٤): فيها

(١) انظر أصلَ هذا الفرقِ في «الذخيرة» ٤٣/٦.

(٢) في الأصل: يغل، ولم يتبيّن لي وَجْهُهُ، ولعلَّ ما في المطبوع هو الصواب.

(٣) يعني في «المُدَوَّنَةِ» ٩٠-٩١.

(٤) انظر «القبس» ٨٦٧/٣ لابن العربي.

خمسة أقوال: ثالثها لابن القاسم: إن كان الفساد في العقد، فقراض المثل، أو لزيادة، فأجرة المثل، ورابعها لمحمد^(١): الأقل من قراض المثل المسمى، وخامسها: تفصيل ابن القاسم^(٢). وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم، فقال^(٣):

ب/١١٨ وأجرة مثل في القراض تعيّنت
قراض عروض، واشترط ضمانه
وإن شرطاً في المال شريكاً لعامل
وأن يشتري غير المعين للشرا
وأن يقتضي الدين الذي عند غيره
وأن يشتري عبداً لزيد يبيعه
سوى تسعة قد خالف الشرع حكمه/
وتحديد وقت، والتباس بضئه^(٤)
وأن يشتري بالدين، فاختل رنمه
فأعط قراض المثل من حال غزمه
ويشجر فيه عاملاً لا يذنه
ويشجر فيما ابتاعه ويملكه

قال بعض الأصحاب^(٥): وضابطها كل ما يشترط فيه رب المال على العامل أمراً قصره به على نظره، أو يشترط زيادة لنفسه، أو شرطها العامل لنفسه، فأجرة المثل، وإلا فقراض المثل، ومنشأ الخلاف أمران:

أحدهما: أن المستثنيات من العقود إذا فسدت، هل ترد إلى صحيح أنفسها، وهو الأصل كفساد البيع أو إلى صحيح أصلها، لأن المستثنى إنما استثنى لأجل مصلحته الشرعية المعتبرة في العقد الصحيح، فإذا لم

(١) يعني ابن الموزار كما وقع مصرحاً به في «القبس».

(٢) عبارة ابن العربي في «القبس» ٣/٨٦٧: القول الخامس: أن قراض المثل، أو أجرة المثل، إنما هي باختلاف الحال حسب ما أشار إليه ابن القاسم في بعض المصنفات.

(٣) قد ذكر القرافي هذه الأبيات في «الذخيرة» ٦/٤٤.

(٤) في المطبوع: يعنه بالعين المهملة.

(٥) هو ابن شاس صاحب «الجواهر الثمينة» كما صرح به في «الذخيرة» ٦/٤٤.

توجد تلك المصلحة، بطل الاستثناء ولم يبق إلا الأصل فيرد إليه؟
والشرع لم يستثن الفاسد، فهو مبقى^(١) على العدم، وله أصل يرجع إليه،
وسر الفرق بينه وبين البيع أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه.

الأمر الثاني: أن أسباب الفساد إذا تأكدت في القراض أو غيره،
بطلت حقيقة المستثنى بالكلية، فتتعين الإجارة، وإن لم تتأكد، اعتبرنا
القراض، ثم يبقى النظر بعد ذلك في المفسد: هل هو متأكد أم لا؟ نظراً
في تحقيق المناط.

* * *

(١) كذا في الأصل، وفي «الذخيرة» ٤٥/٦، ووقع في المطبوع: مبقى.