

القاعدة المتممة أربعين (المادة / ٤١)
 «إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت»

أولاً - الشرح

لما كان ظاهر القاعدة / ٣٦ / أن العادة مرعية على الإطلاق، أثبتوا هذه المادة هنا لتفيد تقييدها بما إذا اطّردت أو غلبت، أما إذا ساوت أو ندرت فلا تراعى .

ولذا أفتى الأكابر من فقهاءنا بفساد الإجارة المتعارفة عند خواص أهل بخارى فيما لو استقرض ألفاً مثلاً واستأجر المقرض لحفظ ملعقة أو ما شاكلها مدة معلومة بأجرة تزيد على قيمة الملعقة توصلًا لحل المرابحة في القرض . وذكر بعضهم أن فساده هو الصواب، وعلله بأن هذا الشيء لم تعرفه عامتهم بل تعرفه خواصهم، والعرف لا يثبت بهذا القدر.

ثانياً - التطبيق

كما يتفرع على هذه القاعدة:

(أ) ما لوباع بدراهم، أو بدنانير، وكانت مختلفة في المالية والرواج، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً. وإذا كانت متساوية في الرواج، والمسألة بحالها، فسد العقد لأنه يؤدي إلى التنازع.

القاعدة الحادية والأربعون (المادة / ٤٢)
 «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»

الشَّرْح

العبرة للغالب الشائع لا للنادر، فلو بني حكم على أمر غالب فإنه يبنى عاماً، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات.

فقد جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه، لغلبة العقوق.

وقالوا: ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه وإن أوفأها معجل مهرها؛ لغلبة الإضرار في الأزواج.

وقالوا: ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، لفساد حال القضاة.

وصححوا الاستئجار على الإمامة والأذان والتعليم؛ لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً.

وقدروا في الحضانة استغناء الصبي بالسبع، وحد الشهوة للأنثى بالتسع؛ لأنه الغالب.

ومنعوا من سماع دعوى الزوجة بكل المهر المعجل على زوجها بعد الدخول بها، بل يقال لها: إما أن تقرري بما تعجلت وإلا قضينا عليك بالمتعارف

تعجيله^(١)؛ وذلك لأنها لا تسلم نفسها عادة من غير أن تقبض .
وقدروا مدة الإياس من الحيض للمرأة بخمس وخمسين سنة لأجل أن
تعتد؛ لأن المرأة إذا بلغت هذه السن ففي الغالب ينقطع حيضها .
وجعلوا كل ذلك أحكاماً عامة، مع أنه لا شك في التخلف في بعض
الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا له وجعلوا العبرة للكثير الغالب .

(١) والقول للورثة في قدر ذلك (ر: معين الحكام، من فصل ادعت نكاحه، من الباب الحادي والأربعين، صفحة / ١٨٦)، والقول للزوجة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها. (ر: رد المحتار، من باب المهر).

القاعدة الثانية والأربعون (المادة / ٤٣) «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»

أولاً - الشرح

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه. (ر: ما تقدم في المادة / ٣٦)، إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح.

فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعورف، لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط؛ ولذا قالوا: لو ادعى نازل الخان وداخل الحمام وساكن المعد للاستغلال الغصب، ولم يكن معروفاً به لم يصدق في ذلك، ويلزمه الأجر، كما لو استخدم صانعاً في صنعة معروف بها وبها قوام حاله ومعيشته، ولم يعين له أجره ثم طالبه بالأجر، فادعى أنه استعان به مثلاً، فإنه لا يسمع منه ويلزمه أجر مثله.

وأما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً، وذلك بأن كان مصادماً للنص بخصوصه، فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدد منه ولا تقصير، لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى، لأنه مضاد للشارع.

ثانياً - التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة المذكورة:

(أ) ما لوجهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية، ولا بينة، فإنه ينظر إن كان العرف مستمراً أن مثل ذلك الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكاً فإنه يتبع، ويكون القول قول من يشهد له العرف، والبينة بينة الآخر، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب والبينة بينة البنت.

(ب) ومنه: ما لو اختلف البائع والمشتري في دخول البرذعة أو الإكاف في البيع، فإنه يُحْكَمُ العرف.

(ج) ومنه: ما لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة، ثم اختلفا فطلب كل منهما من الآخر الأجر، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة.

(د) وكذا يعتبر العرف في أن الحمال يدخل المحمول إلى داخل الباب أو لا.

تنبيه:

إنما قيدنا الشرط بالمتعارف لأن غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطاً يقتضيه العقد؛ كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن، أو يلائمه؛ كاشتراط كفيل حاضر أو رهن معلوم، فهو غير ما نحن فيه.

القاعدة الثالثة والأربعون (المادة / ٤٤) «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»

الشَّرْح

هذه القاعدة في معنى سابقتها لا تفرق عنها، إلا أن تلك في مطلق عرف، وهذه خاصة في عرف التجار، فإذا وقع التعارف والاستعمال بينهم على شيء غير مصادم للنص يتبع وينصرف إليه عند الإطلاق، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه؛ كما لو باع التاجر شيئاً وقد جرى العرف على أن يكون بعض معلوم القدر من الثمن حالاً، أو على أن دفع كل الثمن يكون منجماً على نجوم معلومة يكون ذلك العرف مرعياً بمنزلة الشرط الصريح.

تنبيه:

ربما يتوهم متوهم مما ذكر في هذه المادة والتي قبلها من أن الدعوى بخلاف المتعارف لا تسمع، أنه في الفرع الأول المفرع على هذه القاعدة لو سلم البائع السلعة ثم جاء يدعي بكل الثمن وأنه سلم السلعة ولم يقبض بعض الثمن المتعارف دفعه قبل التسليم لا تسمع دعواه بالكل، بل بالبعض المتعارف تنجيماً.

والحال أن الدعوى تسمع منه بالكل، وليس في سماعها مخالفة للعرف، وذلك لأن العرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط، فهو يقضي بجعل المتبايعين كأنهما شرطاً تعجيل بعض معلوم من الثمن وتنجيماً الباقي صريحاً، لا بأكثر من ذلك، حتى لو أراد البائع قبض كل الثمن قبل تسليم السلعة بحجة أنها

لم يشترطاً شيئاً لم تسمع دعواه، ولا يجاب طلبه، لأن الثمن كان واجباً كله بالعقد، فلا يقضى بسقوط شيء منه بحكم الظاهر، لأن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً. والحاصل أن البائع بدعواه هذه ينكر قيام المشتري بما يقتضيه العرف، وذلك منه لا يصادم العرف.

يجب التعرض هنا لإشكال يرد على جواب هذا الإشكال، وهو ما ذكره في المهر من أن المدخول بها إذا ادعت كل المهر على الزوج أو ورثته وادعى الزوج أو ورثته دفع شيء لها من المهر، يقال لها: إما أن تقرّي بما تعجلت وإلا قضينا عليك بما تعرف تعجيله.

جواب هذا: هو أن عرف التجار المذكور جارٍ على التقسيط والتنجيم، لا على القبض فعلاً، بل إن القبض فعلاً قد يقع وقد لا يقع، بخلاف مسألة المهر المذكورة فإنها معللة بأن العرف جارٍ على أنها لا تسلم نفسها حتى تتعجل شيئاً من المهر.

القاعدة الرابعة والأربعون (المادة / ٤٥)
 «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»

أولاً - الشرح

هذه القاعدة في معنى القواعد / ٣٧ و ٤٣ و ٤٤ / .

ثانياً - التطبيق

ومما يمكن أن يتفرع عليها:

(أ) ما لو استأجر داراً أو حانوتاً بلا بيان من يسكن، أو بلا بيان ما يعمل فيه، فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع، غير أنه لا يسكن ولا يسكن حداً ولا قصاراً ولا طحاناً، من غير إذن المؤجر.

(ب) وكذلك لو استأجر حانوتاً في سوق البزازين مثلاً، فليس له أن يتخذه للحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤدي جيرانه.

القاعدة الخامسة والأربعون (المادة / ٤٦) «إذا تعارض المانع والمقتضي يُقَدَّم المانع»

أولاً - الشرح

إذا تعارض المانع والمقتضي يُقَدَّم المانع لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، لحديث: (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم).

وينبغي أن يقيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضي بما إذا لم يرب المقتضي على المانع، بأن تساويا؛ كما في مسألة بيع الراهن العين المرهونة المفرعة على المادة تمثيلاً لها، فإن المانع والمقتضي متساويان فيها لتعلقهما بالمال المرهون على السواء، أو رباً المانع؛ كما في مسألة الخروج على الإمام الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه مفسدة أعظم من جوره، فإنه حينئذ يقدم المانع. أما إذا ربا المقتضي على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضي، بدليل ما ذكروا في المضطر إذا لم يجد ما يدفع به الهلاك عن نفسه إلا طعام الغير فإنه يجوز له تناوله جبراً عليه، ويضمنه له، وتجويزهم التناول جبراً على المالك فيه ترجيح للمقتضي، وهو إحياء المهجة، على المانع وهو كون الطعام ملك الغير، وما ذاك إلا لكون المقتضي رابياً على المانع فإن حرمة النفس أعظم من حرمة المال.

ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة، منها:

(أ) ما لو أقر المريض مرض الموت لوارثه ولأجنبي بدين أو عين مشتركاً على الشيوخ، بطل فيها.

(ب) ومنها: ما إذا كان السفل لواحد والعلو لآخر، فإن كلاً منهما ممنوع عن التصرف في ملكه بما يضر بملك صاحبه، تغليبا للمانع على المقتضي.

(ج) ومنها: ما لو ضمَّ ما لا يحل بيعه كالخنزير إلى ما يحل في صفقة واحدة يفسد البيع (ر: الدرر، من أواخر كتاب النكاح).

(د) ومنها: منع المؤجر عن التصرف في العين المأجورة بما يمس حق المستأجر، تقديماً للمانع وهو حق المستأجر.

(هـ) ومنها: بطلان كل القضاء وكل الشهادة إذا بطل بعضهما، كما لو قضى القاضي أو شهد الشاهد لمن تقبل شهادته له ولن لا تقبل: بطل في كليهما.

(و) ومنها: ما لو حط البائع كل الثمن عن المشتري فإنه يصح حطه ولكن لا يلتحق بأصل العقد، بل يعتبر بمنزلة هبة مبتدأة (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، آخر باب التصرف في البيع والثمن). وذلك تقديماً للمانع عن التحاقه به، وهو تأديته إلى بطلان العقد، لفقد ركنه بخلو العقد حينئذ عن الثمن، على المقتضي للإلحاق، وهو المحطوط ثمناً وهو من متعلقات البيع وناشئ عنه، بل هو ركن فيه.

وعلى ما ذكرنا: لو باعه المشتري بعد الحط مرابحةً، يرابح على كل الثمن المذكور في العقد. ولو كان المبيع عقاراً فأخذ بالشفعة فالشفيع يأخذه بكل الثمن. بخلاف ما إذا حط البائع بعض الثمن فإنه يلتحق الحط بالعقد، لعدم المانع حينئذ من التحاقه، فيرابح على ما بقي من الثمن بعد الحط، ويأخذ به الشفيع أيضاً.

(ز) ومنه: ما لو تصارفا ذهباً بذهب أو فضة بفضة، ثم حط أحدهما عن الآخر بعض البدل أو زاده في البدل - أي وقبل الآخر كما في رد المحتار نقلاً

عن البحر، أوائل باب الصرف - فإن الخط يصح عند محمد، ولا يلتحق بالعقد بل يجعل كهبة مبتدأة، والزيادة تبطل عنده (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، أوائل باب الربا نقلاً عن الذخيرة)، تقديماً للمانع، وهو أن التحاق الخط وتصحيح الزيادة يؤدي إلى فساد العقد لعدم التساوي في البدلين، على المقتضي، وهو كون المتصرف بالخط والزيادة يتصرف في خالص ملكه. وظاهر كلام «الذخيرة» يفيد ترجيح قول محمد على قول غيره، حيث علّله ووجهه ولم يوجه قول غيره.

وإنما أبطل محمد الزيادة ولم يصححها هبة مبتدأة كالخط، لأن تسميتها زيادة تستدعي مزيداً فيه وتستلزمه للالتحاق به، فلتتحق، بخلاف الخط فإنه إسقاط.

(ح) ومنها: أن الهبة لا تنعقد بالبيع بلائمن، ولا العارية بالإجارة بلا بدل، تقديماً للمانع على المقتضي، وذلك لأن الأمر فيهما دائر بين بيع وإجارة فاسدين، وذلك مانع، وبين هبة وعارية صحيحين، وهو مقتض، فقدم المانع. (انظر: الفرعين المذكورين فيما كتبناه تحت القاعدة الثانية).

(ط) ويتفرع على القاعدة المذكورة: ما لو شهد اثنان أنه مات وهي امرأته، وآخران أنه طلقها قبل موته، يفتى بأولوية بيعة الطلاق. وكذا بيعة الخلع أولى من بيعة النكاح (ر: جامع الفصولين، من الفصل العاشر، ص ١٤٢ و ١٤٣ و ١٤٦ و ١٤٧).

تنبيه:

الظاهر أن محل تقديم المانع على المقتضي إنما يكون إذا وردا على محل واحد، كالأمثلة الفرعة المذكورة، أما إذا لم يردا على محل واحد فإنه يعطى كل منهما حكمه، بدليل ما قالوا فيما لوجع بين من تحل له ومن لا تحل له في عقد واحد: صح في الحلال وبطل في الأخرى.

وكما لوجع بين وقف وملك وباعها صفقة واحدة: صح في الملك بحصته من الثمن.

وكما لو جمع بين ماله ومال غيره وباعها صفقة واحدة، فإنه يصح في ماله ويتوقف في مال الغير على إجازة المالك.

ينبغي التعرض لإشكال عساه يرد، وهو ما نصوا عليه من أنه لو جمع بين حر وعبد، أو مسجد عامر ومملك في عقد واحد، فإنه يفسد في العبد والمملك. ويمكن دفعه بأنه فيه البيع بالحصصة ابتداءً.

ولو جمع بين مدبر وعبد: صح في العبد بخصته، لكون المدبر مالاً في الجملة لمكان الخلاف في جواز بيعه، كما هو مذهب الشافعي، فقد نصوا على أنه يدخل في البيع ثم يخرج منه، فليس فيه البيع بالحصصة ابتداءً.

وأما صحة النكاح في الحلال فلكون المال في النكاح غير مقصود.

ومثل العبد والمدبر: الوقف والمملك، فإن الوقف مال في الجملة، للخلاف في جواز بيع الوقف.

وكما لو أوصى لأجنبي ووارث، أو لأجنبي وقاتل فللأجنبي نصفها، وبطلت في حق الآخر، أي على تقدير عدم الإجازة، وقولهم في القاعدة المذكورة: «إذا تعارض» يشير إلى هذا، فإنه لا تعارض عند انفكاكهما، إذ يمكن مراعاة المقتضي بدون أن يلزم المانع.

ولا يشكل فرع الوصية للأجنبي والوارث مع فرع الإقرار لها السابق، حيث صحت الوصية بالنسبة للأجنبي وبطل الإقرار بالنسبة إليه كما بطل في حق الوارث، لأن الوصية تملك مبتدأ مضاف لما بعد الموت والشائع يقبله، وبطلان التملك لأحدهما لا يستلزم بطلان التملك للآخر. أما الإقرار فإنه إخبار يثبت به ما أخبر عنه طبق ما أخبر به مشتركاً على الشيوع، فيثبت كذلك فيكون ما من جزء يأخذه الأجنبي إلا وللوارث حق المشاركة فيه، فيصير كأنه إقرار للوارث فيبطل.

(ي) ويتفرع على القاعدة المذكورة أيضاً: ما لو تعارض جرح الشاهد وتعديله فإنه يقدم الجرح على التعديل (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، كتاب الشهادات، باب القبول وعدمه).

ثالثاً - الاستثناء

وخرج عن هذه القاعدة مسائل:

(أ) منها: ما لو سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه، فإنه يجوز، وللشريك الغائب أن يسكن بعد عودته نظير ما سكن شريكه (ر: المادة / ١٠٨٣ / من المجلة).

(ب) ومنها: تجوزهم للمستأجر على العمل في عين أن يستأجر غيره للعمل فيها ويدفعها له، وللمستعير أن يعير لغيره ويدفع العين له فيما لا يختلف استعماله، مع أن العين وديعة في أيديهما والمودع لا يودع لغير من في عياله أو من يحفظ به ماله. وهذا مانع ولم يعمل عمله هنا بل قدم المقتضي، وهو كون المستعير ملك المنافع فملك تملكها، وكون المستأجر للعمل يعمل بنفسه وبأجره، وذلك لأن الإيداع ثبت ضمناً لا قصداً كما علل به صاحب جامع الفصولين (ر: آخر الفصل التاسع عشر، آخر ص ٢٥٠ بخصوص الأجير، نقلاً عن فصول العمادي).

(ج) ومنها: ما لو كان كرم مشترك بين حاضر وغائب، أو بالغ ویتيم، فأدرك ثمره فباعه وأخذ حصته ووقف حصة الغائب يسعه ذلك (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين من بحث الانتفاع بالمشترك).

(د) ومنها: تجوزهم لأحد الشريكين تعمير المشترك، بدون إذن الشريك وبدون إذن قاض، ورجوعه بقيمة البناء عند ضرورة تعذر قسمته وامتناع الجبر على العمارة، كحمام ورحى وجدار لا يقسم (ر: رد المحتار، كتاب الشركة) فهذا هنا قدم المقتضي على المانع كما هو ظاهر.

(هـ) ومنها: ما لو ادعى على ذي اليد أن العين التي في يده كانت ملك فلان الغائب، وأنه كان اشتراها منه، وأنه ملكها بذلك الشراء، وبرهن على ذلك غيب إنكار المدعى عليه، وقضي له بذلك كان حكماً على الغائب بالبيع، فلو حضر وأنكر البيع لا يسمع منه (ر: الدر المختار، من فصل

الحبس). فها هنا قدم المقتضي، وهو دعوى المدعي وبينته القائمة وإحياء حقه، على المانع، وهو كون المالك الأول المقضي عليه بالبيع غائباً. وقد نصوا في المتون أنه لا يقضى على غائب ولا له إلا بحضور نائب عنه.

(و) ومن المستثنى أيضاً: ما لو أقام بينة على آخر أنه اشترى هذه الدار من فلان الغائب، وأنه شفيعها، فقضى له بذلك، صار المالك الأول مقضياً عليه بالبيع وإن كان غائباً، ولو حضر وأنكر لا يعتبر إنكاره.

(ز) ومنه: ما لو أقام الكفيل بالأمر بينته على الأصيل أنه أوفى الطالب دينه، والطالب غائب، يقضى له، ويصير الطالب مقضياً عليه بالاستيفاء، ولو حضر وأنكر الإيفاء لا يسمع منه، ولا حاجة إلى إعادة البينة بمواجهته في جميع ذلك (للصورتين / و، ز / ر: رد المحتار، فصل الحبس).

«والضابط في ذلك: أنه إذا كان ما يدعى على الغائب سبباً لا محالة لما يدعى على الحاضر يصير الغائب مقضياً عليه بالقضاء على الحاضر»^(١).

ففي الفروع المستثناة المذكورة ما يدعى على الغائب، وهو البيع في الأول والثاني، وإيفاء الكفيل له في الثالث، سبب لا تحول له عن السببية لما يدعى على الحاضر، وهو كون المدعى عليه يجب عليه تسليم العين المدعى بها للمدعي، بحكم كونه مالكا لها في الأول، وكونه يجب تسليمها عليه بحكم الشفعة في الثاني، وكونه يحق للكفيل الرجوع بمبلغ الدين في الثالث.

(١) يرد على هذا الضابط ما جاء في رد المحتار، من كتاب الكفالة عند قول المتن: «ولو كفل بأمر رجوع» - نقلاً عن النهر عن تلخيص الجامع الكبير - أن الكفيل لو وجد الكفالة فبرهن المدعي على الكفالة بأمر المديون، وقضى على الكفيل قأدى، فإنه يرجع. فقد جعل القضاء على الكفيل بأنه كفل بأمر المديون قضاءً على المديون الغائب بأن الكفالة كانت بأمره، مع أن ما يدعى على الحاضر، وهو الكفيل، من الكفالة ليس بسبب لإيجاب رجوعه على المديون لا محالة، بل قد وجب الرجوع - بأن كانت الكفالة بالأمر - وقد لا يوجبها، فإن الكفالة قد تنفك عن الأمر. وقد ذكر في رد المحتار هذا الفرع في جملة الفروع المفرعة على الضابط المذكور، ولم يظهر لي وجه تفرعه فليحذر.

وقد فرعوا على الضابط المذكور فروعاً كثيرة، نقل منها في «رد المحتار» من المحل المذكور، عن المجتبى، تسعة وعشرين فرعاً، تنظر هناك فإن منها قسماً عظيماً كثير الوقوع.

فائدة:

ذكر صاحب «معين الحكام» جانباً من مسائل القضاء على الغائب المتقدمة، ومنه المسألة الأولى المتقدمة عن «الدر المختار» ثم قال: أعجوبة! ذكر في «الفتاوى الصغرى»: لو صدقه ذو اليد في ذلك - أي في أن العين المدعى بها كانت ملك فلان الغائب وأن المدعي اشتراها منه - فالقاضي لا يأمر ذا اليد بالتسليم إلى المدعي، لثلا يحكم على الغائب بالشراء بإقراره. والظاهر أن الحكم كذلك في المسألة الثانية، وهي مسألة الشفعة المتقدمة، فلو أقر المشتري بأن الدار كانت ملكاً للغائب وأنه اشتراها منه لا يؤمر بالتسليم للشفيع، بل يؤمر الشفيع بإقامة البيعة على ذلك، لثلا يصير المالك الغائب مقضياً عليه بالبيع بإقراره، بخلاف المسألة الثالثة، وهي مسألة الكفالة المتقدمة إذا أقر المديون المدعى عليه بأن الكفيل أدى الدين للأصيل، فالظاهر أنه يؤمر بأداء الدين إليه بمقتضى إقراره، لأن القضاء عليه والحالة هذه لا يجعل الأصيل مقضياً عليه بالاستيفاء من الكفيل، بل إقراره يقتصر عليه فحسب، إذ الديون تقضى بأمثالها، بخلاف المسألتين الأوليين، وهما مسألتا البيع والشفعة، فإن المدعى فيهما عين، وإقراره بالعين فيهما إقرار على الغائب فلا ينفذ. (ر: معين الحكام، الفصل الثالث من القسم الثالث في ذكر الدعاوى وأقسامها).

وذلك نظير ما لو صدقه بأنه وكيل فلان الغائب بقبض دينه منه، حيث يؤمر بالدفع له. ولو صدقه بأنه وكيله بقبض العين الودیعة منه لا يؤمر بالدفع له لما ذكرنا (ر: التنوير وشرحه، من باب الوكالة بالخصومة والقبض). اللهم إلا أن يقال في فرع الشفعة أن المدعى عليه يزعم بدعواه الشراء من الغائب أن يده يد ملك، فينفذ عليه إقراره لمدعي الشفعة ويؤمر بالتسليم له.

تنبيه:

المراد من تقديم المانع في القاعدة المذكورة على المقتضي رعايته والعمل به دون المقتضي، كما يظهر من تطبيق الفروع على القاعدة، فهو على هذا مقدم في الرتبة والاعتبار لا في الزمن. إذ لا يظهر في شيء من الفروع الفرعة على القاعدة تقدم للمانع على المقتضي في الزمن ولا تأخر عنه، بل لا يصح أن يلاحظ ذلك في شيء من فروع القاعدة كما يظهر للمتأمل، حتى لو كان المانع والمقتضي يجري بينهما التقدم والتأخر في الزمن فهناك يعتبر المانع متأخراً في الزمن عن المقتضي لتتحقق حينئذ رعايته والعمل به ويحصل اعتباره وتقدمه الرتبي، بدليل ما في جامع الفصولين: شهد إثنان أنه مات وهي امرأته، وآخران أنه طلقها قبل موته، يفتى بأولوية بينة الطلاق. وكذلك بينة الخلع أولى من بينة النكاح ولو ادعت الزوجة النكاح في الحال، لأن الخلع يكون أبداً بعد النكاح. وكذا بينة الإبراء أولى من بينة أن له عليه كذا في الحال^(١).

ولو ادعى ديناً أو عيناً فبرهن خصمه أنك أقررت أن لا دعوى ولا خصومة لي عليك، تسمع وتدفع دعواه، وإن كان يحتمل أنه يدعي عليه بسبب بعد إقراره؛ لأن الأصل أن الموجب والمسقط إذا تعارضا يعتبر المسقط متأخراً، إذ السقوط يكون بعد الوجوب، سواء اتصل الحكم بالموجب أو لم يتصل. (ر: محلات متفرقة من النصف الأخير من الفصل العاشر من جامع الفصولين).

تنبيه آخر:

قد يتعارض المانع والمقتضي ولا يقدم أحدهما على الآخر بل يعمل في كل

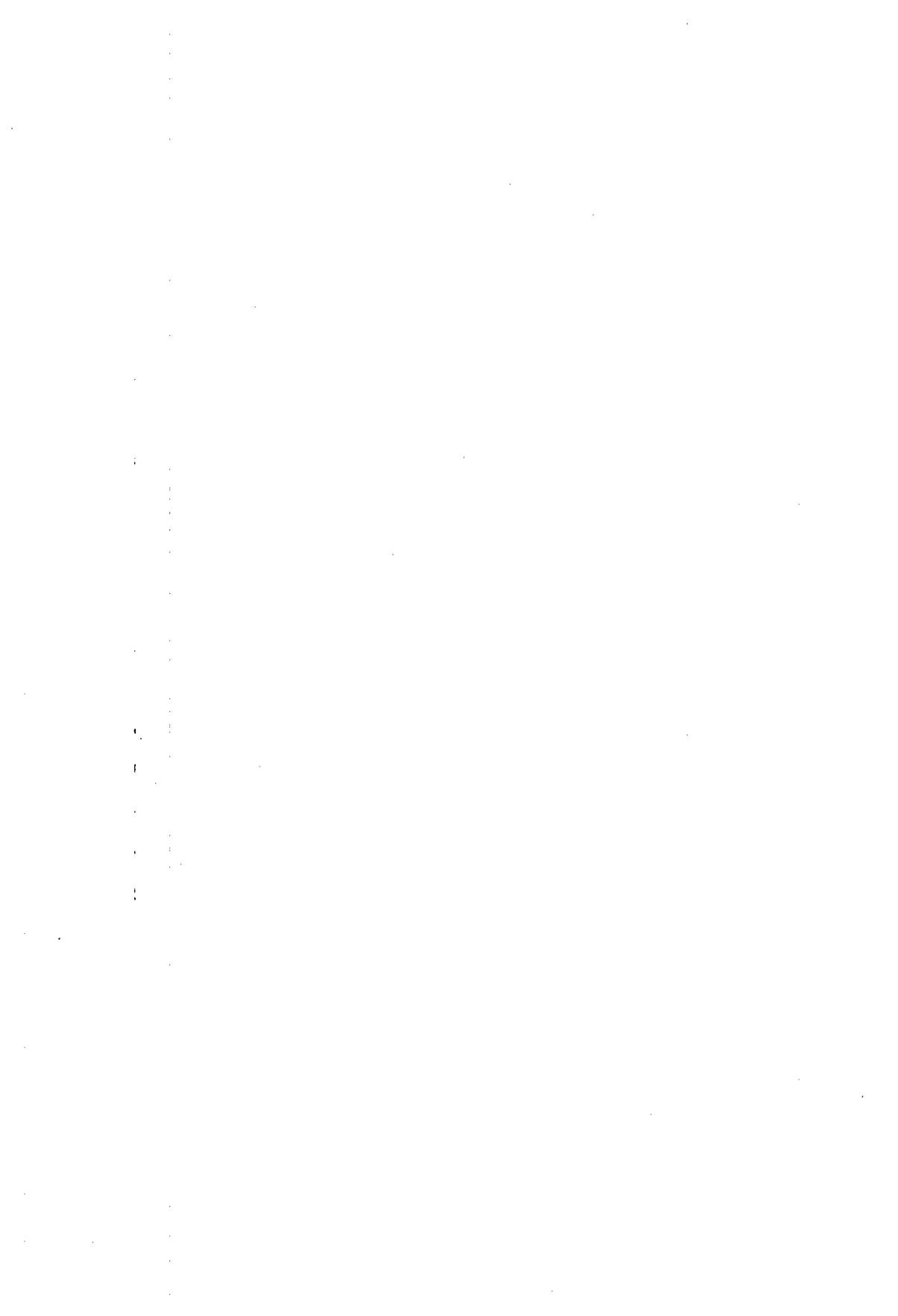
(١) يلحظ في هذه العبارة هنا غموض في المعنى المقصود للمؤلف رحمه الله. فمراده أنه عند التردد والشك في وجود المانع للحكم الشرعي، أو المقتضي الموجب له، يرجح اعتبار قيام المانع وانتفاء المقتضي، ولو في الحالات التي يكون فيها وجود المقتضي أسبق زمنياً من المانع. ويشهد لذلك الفروع المنقولة عن جامع الفصولين، حيث رجح اعتبار الطلاق أو الخلع قائماً عند وفاة الزوج، مع أن النكاح المقتضي لثبوت الإرث يكون في الواقع أسبق زمنياً من الطلاق المانع. (مصطفى ابن المؤلف).

منها بما يقتضيه. من ذلك المسألة التالية: رجل قال لامرأته: إن لم أطلقك اليوم ثلاثاً فأنت طالق، ثم أراد أن لا يطلق امرأته ولا يصير حائناً. قالوا: الحيلة في هذا ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى - وعليه الفتوى - أن يقول لامرأته في اليوم: أنتِ طالق ثلاثاً على ألف درهم، فإذا قال لها ذلك تقول المرأة: لا أقبل، فإذا قالت المرأة ذلك ومضى اليوم كان الزوج باراً في يمينه ولا يقع الطلاق؛ لأنه طلقها في اليوم ثلاثاً وإنما لم يقع الطلاق عليها لرد المرأة، وهذا لا يخرج كلام الزوج من أن يكون تطليقاً. (ر: حاشية الرمي على جامع الفصولين من الباب الرابع والثلاثين صفحة / ٢١٣ / نقلاً عن الخانية).

فقد عمل في الفرع المذكور بكليهما: عمل بالمقتضي، وهو اعتبار الزوج موقعاً للطلاق الثلاث عليها على ألف فلذا لم يحث في يمينه، وعمل بالمانع من وقوع الثلاث، وهو رد المرأة وعدم قبولها.

تنبيه آخر:

لا فرق في تقديم المانع على المقتضي بين أن يجيئاً معاً، كأكثر الفروع المخرجة على القاعدة، أو يطرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي، فإنه يقدم المانع كما لو شهد لامرأة أجنبية عنه ثم تزوجها قبل القضاء بشهادته، أو شهد وليس بأجير ثم صار أجيراً - أي أجيراً خاصاً - قبل القضاء بشهادته بطلت شهادته في المسألتين (ر: معين الحكام، الفصل السابع من فصول مقدمة الفصل السابع، في ذكر البيئات، ص / ١٠٨).



القاعدة السادسة والأربعون (المادة / ٤٧) «التابع تابع»

الشرح مع التطبيق

«التابع تابع» أي التابع لشيء في الوجود، بأن كان جزءاً مما يضره التبعية، كالجلد من الحيوان، أو كالجذء وذلك كالجنين وكالفصّ للخاتم، فلو أقر بخاتم دخل فسه (ر: الدر المختار، كتاب الإقرار). أو كان وصفاً فيه، كالشجر والبناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته، كالطريق للدار وكالعجول للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل وكالجفن والحماثل للسيف. فلو أقر بسيف دخل جفنه وحماثله (ر: الدر المختار أيضاً)...

«تابع» له في الحكم، فيدخل الجنين في بيع الأم تبعاً وإن لم ينص عليه.

وإذا ضرب بطن امرأة فماتت، ثم بعد موتها ألفت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب دية الأم ولا عُرة في الجنين، فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم، لكونه تبعاً لها (ر: أحكام الصغار، آخر الجنائيات).

وكذلك الطريق في السكة غير النافذة الموصلة إلى الطريق العام يدخل في بيع الأرض تبعاً وإن لم ينص عليه، بخلاف الطريق إذا كان في ملك الغير فإنه لا يدخل بلا تنصيص عليه أو على الحقوق والمرافق.

وكذلك يدخل البناء، وتدخل الأشجار التي غرست للقرار، ثمرة كانت أو من غير ذوات الثمر، صغيرة أو كبيرة. أما الثمرة فلا كلام في دخولها.

وأما التي لا تثمر فقد نقل في رد المحتار (من فصل فيما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل) عن التارخانية عن المحيط أن الأصح الدخول بلا تفصيل بين الصغيرة والكبيرة وذات الثمر وغير ذات الثمر نعم نقل هناك في الدر وحاشيته، عن الفتح، استثناء اليابسة من الدخول تبعاً، وعلله بأنها على شرف القطع، فهي كحطب موضوع فيها. اهـ. والظاهر أن هذا حيث لا عرف هناك، فلو كان هناك عرف يجب أن يتبع.

وأما الأشجار التي غرست لا للقرار بل لتقطع بعد كبرها، كالحور ونحوه، فقد وقع فيها اضطراب يعلم من مراجعة الدر المختار وحاشيته من المحل المذكور، وأثبت ما نقل في شأنها ما نقل في رد المحتار هناك، عن شرح الوهبانية عن الوقاعات أن الأشجار إذا كانت تقطع في كل ثلاث سنين فلو كانت تقطع عن الأصل تدخل في البيع تبعاً، ولو كانت تقطع من وجه الأرض^(١) لأنها بمنزلة الثمرة. اهـ ببعض توضيح.

وقوله في «الوقاعات»: «إذا كانت تقطع في كل ثلاث سنين» مراده - ما فيها يظهر - أنها تقطع بعد استكمالها عامين ودخولها في الثالث، بدليل ما في «الإسعاف» (من باب بيان ما يجوز وقفه وما لا يجوز وما يدخل تبعاً وما لا يدخل) حيث قال: «وأما الأصول التي تبقى والشجر الذي لا يقطع إلا بعد عامين أو أكثر فإنها تدخل تبعاً».

وينبغي أن يقيد إطلاقه في «الإسعاف» دخول الأشجار التي تقطع بعد عامين - في الوقف - بما يفيد كلام «الوقاعات» من أن الدخول مخصوص بما يقطع من أصوله، لا من سطح الأرض.

وكما يدخل ما ذكر في البيع تبعاً تدخل زوائد الرهن، كالولد والثمرة واللبن والصوف تكون رهناً تبعاً للأصل.

وكذلك زوائد المبيع إذا حدثت قبل القبض تكون للمشتري.

(١) كذا بالأصل، ولعله سقط كلمة (فلا).

وكذلك زوائد المغصوب تكون للمغصوب منه تبعاً لماله.

تنسيبه:

كما أن التابع يدخل في البيع يدخل أيضاً في الشهادة والقضاء. لكن إذا كان دخوله في الشهادة والقضاء تبعاً فإنما يعتبر دخوله وتبعيته ما دام مسكوتاً عنه وغير متنازع فيه، أما إذا لم يكن مسكوتاً عنه بل ادعى المدعى عليه عدم دخوله فإن الدعوى لا تسمع به والشهادة تقبل عليه.

يثبت ذلك ما جاء في جامع الفصولين من أنه لو ادعى رجل على آخر وأقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عن البناء: دخل البناء تبعاً، ولكن تسمع دعوى المدعى عليه البناء؛ إذ صار محكوماً عليه بالبناء تبعاً فصح دعواه مقصوداً.

وكذلك لو ادعى أرضاً فيها أشجار فهي على هذا التفصيل.

وكذا لو ادعى بقرة مثلاً فقضي له بها فدخل ولدها بالتبعية، ثم ادعى المدعى عليه الولد: تسمع عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

وكذا لو شهدا له بخاتم أو سيف ولم يذكرهما فصاً أو حلية: يحكم بالخاتم وفصه وبالسيف وحليته للمدعى، من غير أن يكون الفص والحلية مشهوداً بهما، حتى لو برهن المدعى عليه أن الفص أو الحلية له تقبل قبل الحكم وبعده.

أما لو لم يدخل التابع بالتبعية، بل دخل قصداً، فإنه لا تسمع دعوى عدم دخوله. كما لو ادعى حانوتاً وأقام شاهدين شهدا له بكل الحانوت فحكم له به، فادعى المدعى عليه كل البناء أو بعضه: لا تسمع دعواه وإن لم يشهدا بالبناء مقصوداً؛ إذ الحانوت اسم للجمل، (أي الأرض والبناء)، فصار المدعى عليه محكوماً عليه في الكل مقصوداً.

يقيد أيضاً في هذه القاعدة ما في جامع الفصولين من أنه لو باع جداراً دخل أرضه، وكذا لو شرى نخلة دخل أرضها، وحكى قبل هذا خلاف أبي يوسف في دخول الأرض في بيع الجدار، وعزا الدخول لمحمد

(ر: الفصل / ٣٦ / من جامع الفصولين ص / ٢٩١) أقول: وهو موافق لعرفنا إذا كان بيعه للقرار لا للنقض وأخذ الأبنية.

تنبيه آخر:

ما يدخل في البيع تبعاً، إذا هلك (أي في يد البائع) لا يسقط بمقابلته شيء من الثمن، ويخير المشتري بين أخذه بكل الثمن أو تركه (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من فصل فيما يدخل في البيع تبعاً).

وأما إذا استحق، فإما أن يستحق بعد قبض المشتري للمبيع أو قبل قبضه له، فإن استحق قبل القبض ينظر، فإما أن يكون يجوز بيعه وحده كالشجر وبرذعة الحمار، أو يكون لا يجوز بيعه وحده كالشرب. فالأول: له حصة من الثمن فيرجع المشتري بحصته على البائع إذا استحق، والثاني: ليس له حصة من الثمن فلا يرجع المشتري على البائع بشيء ولكن يخير بين أخذه بكل الثمن أو تركه على البائع (ر: رد المحتار، أواخر باب الاستحقاق).

القاعدة السابعة والأربعون (المادة / ٤٨)
 «التابع لا يفرد بالحكم ما لم يَصِرْ مقصوداً»

أولاً - الشرح

«التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً»، فالجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفرداً عن أمه ولا يرهن، وكما لا يباع ولا يرهن لا يستثنى من البيع ولا من الرهن، لأن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفرداً لا يصح استثناءه من العقد، ولو استثنى فسد البيع لا الرهن. وكذلك لا يفرد بهبة ولا يستثنى عن الهبة، ولو استثنى صحت الهبة وبطل الاستثناء. وكذا لو استثنى في الصدقة أو المهر أو النكاح أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد صحت وبطل الاستثناء. (ر: رد المحتار، من البيع الفاسد، عند قول المتن: «وأمة إلا حملها» منقولاً عن الزيلعي).

ومثل الجنين في الأحكام المذكورة: كل ما كان اتصاله خلقة، كاللبن في الضرع، واللؤلؤ في الصدف، والصوف على ظهر الغنم، والجلد على الحيوان، والنوى في الثمر.

أما إذا صار التابع مقصوداً فإنه يفرد بالحكم، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب، فإنه يضمها حينئذ، لأنها صارت مقصودة.

وكذلك زوائد الرهن المنفصلة المتولدة تكون رهناً تبعاً ولا يقابلها شيء من الدين، فلوهلك لا يسقط شيء من الدين، ولكن إذا صارت مقصودة

بالفكاك بأن بقيت بعد هلاك الأصل تفك بحصتها من الدين، فيقسم الدين على قيمتها يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض، ويسقط من الدين حصة الأجل، وتفتك الزوائد بحصتها.

وكذلك زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ولا يقابلها شيء من الثمن لوتلفت، ولكن لو أتلفها البائع سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك.

ثانياً - الاستثناء

وقد خرج عن هذه القاعدة مسائل:

(أ) منها: أن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته.

(ب) ومنها: أنه يصح الإيضاء به وله إذا ولد لأقل من أقل مدة الحمل وقت الوصية. (ر: ما كتب تحت المادة الرابعة، عن أحكام الصغار)، ويصح الإقرار له بالشرط المذكور إذا بين سبباً صالحاً لملك الحمل للمقر به، كإرث أو وصية. ويصح الإقرار به بدون أمه أيضاً بالشرط نفسه وإن لم يبين المقر سبباً صالحاً.

والفرق بين الإقرار له والإقرار به حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سبباً صالحاً دون الثاني فإن المقر له في الثاني أهل للتملك على الإطلاق بخلافه في الأول، فإن الحمل ليس بأهل للتملك على الإطلاق، وإذا بين سبباً صالحاً يصح.

(ج) ومنها: ما لو أبطل المديون الأجل صح ويحل الدين، مع أن الأجل صفة له، والصفة تابعة للموصوف.

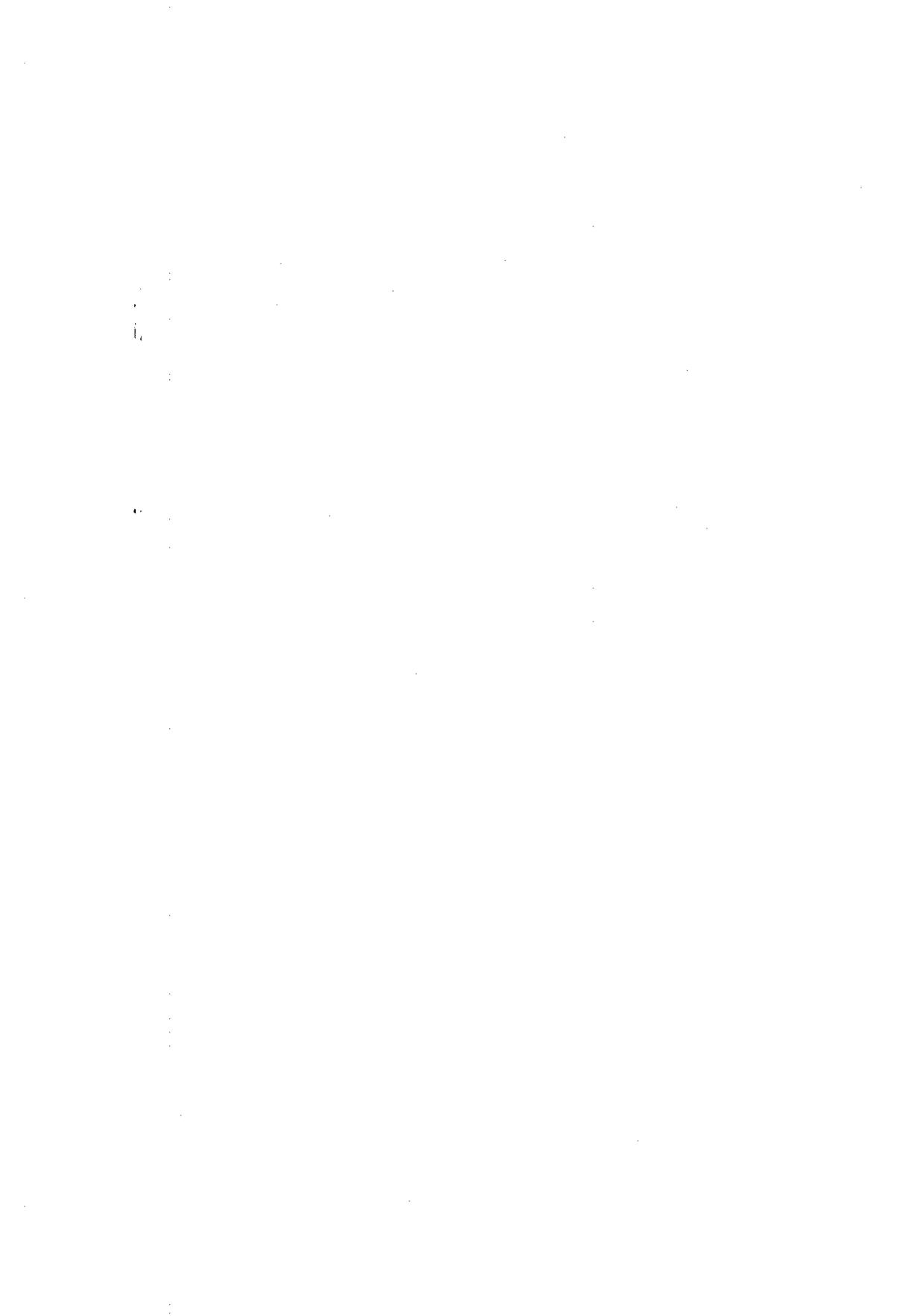
(د) ومنها: أن الدابة المبيعة إذا استحققت بالبينة، وكانت قد ولدت في يد المشتري، فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق وإن لم يدعه المستحق، ولكن بشرط القضاء به. وهذا إذا سكت الشهود عنه، أما إذا بينوا أنه لذي اليد، أو سئلوا فقالوا: لا ندري، فلا يتبعها. (ر: الدر، من الاستحقاق).

تنبيه:

أقل مدة الحمل للآدمي ستة أشهر، ومدته للفيال أحد عشر شهراً، وللإبل والخيل والحمير سنة، وللبقر تسعة أشهر، وللشاة خمسة أشهر، وللسنور شهران، وللكلب أربعون يوماً، وللطير واحد وعشرون يوماً. (ر: القهستاني، في الوصايا) ونقل في الدر المختار، من الإقرار، عن الجوهرة أن مدة الحمل في الشاة أربعة أشهر، فليحرر ذلك.

تنبيه آخر:

مما تحسن الإشارة إليه هنا ما سيأتي في آخر شرح القاعدة الحادية والخمسين من أن ما يثبت تبعاً لا تراعى فيه شرائط الأصل، كما لو أقر رجلان من الورثة، أو رجل وامرأتان بآبن للميت يثبت نسبه ويسري ثبوته على غير المقرين، ولا تشترط له شروط الشهادة كما في درر الحكام من باب ثبوت النسب. وكذلك يثبت نسب الولد بشهادة القابلة، ويثبت استحقاق الإرث تبعاً له، كما في جواهر الروايات نقلاً عن الشلبي.



القاعدة الثامنة والأربعون (المادة / ٤٩)
 «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته»

الشَّرْح

من ملك شيئاً، أعم من كونه ملك عين أو تصرف، ملك ما هو من ضروراته.

فمثال العين ما لو اشترى داراً مثلاً ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيب عليه ما لم يكن في ملك خاص. (ر: ما تقدم في المادة / ٦ و ٤٧) وكذلك لو اشترى رحي مبنية دخل المجرى الأعلى، أو قفلاً دخل مفتاحه، أو بقره حلوباً لأجل اللبن دخل عجّوها.

ومثال التصرف ما جاء في جامع الفصولين: لو عرضه الدلال على رب الدكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال في الصحيح، لأنه أمر لا بد منه في البيع. (ر: الفصل الثالث والثلاثين منه، صفحة / ١٤١ / برمز بعض الفتاوى)، فقد ملك الدلال تركه عند رب الدكان، لأنه من ضرورات البيع ولا بد منه فيه، فكان مأموراً به، بخلاف ما لو أخذ وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك في يده، وقد بين الثمن، فإنه يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء. إذ الأمر بالشراء لم يكن أمراً بالقبض على سوم الشراء. (ر: جامع الفصولين أيضاً، صفحة / ١٤٢).

القاعدة التاسعة والأربعون (المادة / ٥٠) «إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفَرْعُ»

أولاً - الشرح

إذا سقط الأصل سقط الفرع، ولا عكس.

فلو أبرأ الدائن الأصيل عن الدين برىء الكفيل بالمال عن الكفالة.
بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل.

وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة، فإذا هلك في يد مرتهنه بلا حبه يهلك أمانة، بخلاف ما بعد إيفاء الدين فإنه مضمون. (ر: جامع الفصولين، صفحة / ٨٠، الفصل / ٣٠) وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين، لأن الديون تقضى بأمثالها.

ثانياً - التطبيق

ينبغي أن يفرع على هذه المادة:

ما لو حلف ليقضين دينه غداً مثلاً، فأبرأه الدائن عن الدين قبل مضي الغد، أو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم، وكان فيه ماء فصب قبل مضي اليوم، بطلت اليمين، لكون بقائها فرعاً عن بقاء الدين وبقاء الماء.

خرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ولم يسقط الفرع، وهي:

ما إذا كفل بنفس المديون فأبرأه الطالب عن الدين يسقط الدين وتبقى كفالة النفس فيطالب الكفيل بإحضاره، إلا إذا قال الطالب: لا حق لي قبّله

— أي المديون — ولا لموكل لي ولا لصغير أنا وليه أو وصيه ولا لوقف أنا متوليه،
فحينئذ يبرأ كفيل النفس.

يلزم البحث هنا عما إذا كان كفيل النفس قد كفل بنفس المديون وتسليمه
للدائن لأجل هذا الدين فقط، ثم أبرأ الدائن المديون أو أوفاه المديون الدين.
والظاهر سقوط الكفالة حينئذ.

القاعدة الخمسون (المادة / ٥١) «الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود»

أولاً - الشرح

الساقط من الحقوق القابلة للسقوط لا يعود، معناه أن ما يقبل السقوط من الحقوق، إذا سقط منه شيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه، وكما أن المعدوم لا يعود، والساقط أصبح معدوماً بعد سقوطه فلا يعود.

فقولنا: «القابلة للسقوط» صفة كاشفة وليست قيداً للاحتراز عن الحقوق غير القابلة للسقوط، كحق فسخ العقد الفاسد، وحق الرجوع في الهبة، وحق الاستحقاق في الوقف. وكذا حق الوكيل في القيام بما وكل به، وحق المستعير في الانتفاع بالعارية، وحق الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرط له من واقف أو غيره، كما بحثه ابن نجيم في هذه الثلاثة الأخيرة، وحق خيار الرؤية على ما سيأتي، وحق تحليف اليمين المتوجهة على أحد المتداعيين. (ر: تنوير الأبصار، قبيل التحالف) فإنها لا تسقط حتى يتعرف عودها من عدمه.

ثانياً - التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة المذكورة:

مالوكان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن، فإنه يسقط حقه في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن. وكذلك لو قبضه المشتري والحالة هذه بمرأى من البائع ولم ينهه، والبائع بات، فإنه يسقط حقه في الحبس للمبيع. أما لو كان البيع وفاءً فلا يسقط

حق الحبس قياساً واستحساناً، وله أن يسترده ليحبسه بالثمن.
(ر: البدائع / ١٢٤).

وكذلك الأجير إذا كان له حق حبس العين، بأن كان لعمله أثر فيها
(والأثر ما كان عيناً قائمة) كالخياط والصباغ إذا سلمها حقيقة أو سلمها حكماً
بأن عمل في بيت استأجره سقط حقه في الحبس.

وكذلك حق المرتهن في حبسه الرهن فإنه إذا أسقطه يسقط.

وكذلك من له خيار الرؤية إذا تصرف في المبيع تصرفاً يوجب حقاً للغير،
كالإجارة والبيع بدون رضاه له، وكالهبة والرهن مع التسليم، فإن خياره يسقط
وإن كان ذلك قبل الرؤية عند أبي يوسف وهو الأصح.

وكذلك لو كان أرضاً بيعت بخيار فأذن للأكار بزرعها - ولو بطريق
العارية - فزرعها سقط خياره.

وأما ما لا يوجب حقاً للغير، كهبة ورهن بلا تسليم، وبيع وإجارة بخيار
له وعرض المبيع للبيع وإعارته وطلب الشفعة به فإنه يسقط الخيار بعد الرؤية
لا قبلها، كقبضه ونقد الثمن.

ومنه ما لو أبرأ مديونه عن الدين فقبل أو سكت ولم يردّ سقط الدين
ولا تسمع دعواه به وإن أقر به المديون بعد ذلك. نعم لو ادعى المديون الإبراء
وأنكره الدائن وقال: إنك أقررت بالدين بعد التاريخ الذي ادعت الإبراء فيه
تسمع دعواه إقرار المديون.

وكذلك من كان له حق في المرور أو التسييل في ملك الغير فأسقطه صريحاً
أو أذن لملك الرقبة أن يبني في الممر أو المسيل فإنه يسقط حقه. بخلاف ما إذا
كان مالكاً لرقبة الممر أو المسيل وأسقط حقه عنه فإنه لا يسقط.

ومنه ما لوردت شهادته لعله غير العمى والصغر والكفر والرق، ثم زالت
العله فأعادها لا تسمع.

ومنه الموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه منها سقط.

ومنه من له حق الشفعة أو خيار الشرط أو العيب أو حق القصاص إذا أسقطه سقط.

ومتى سقط شيء من جميع ذلك لا يعود.

ومنه فرع الشراء بالدين المؤجل الآتي في مستثنيات المادة التالية لهذه.

تنبيه:

لم أر من ذكر ضابطاً جامعاً لما يسقط من الحقوق بإسقاط صاحبه له وما لا يسقط. وبعد إعمال الفكر وإجالة النظر في الفروع السابقة ظهر لي من خلالها ضابط يغلب على الظن صدقه وصحته وهو:

«أن كل ما كان حقاً^(١) صاحبه عامل فيه لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للمسقط أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط. وما لا فلا».

فقولنا: «حقاً» خرج به ملك العين، فإنه لا يسقط. ولذا لو أسقط الوارث حقه من الإرث، أو أسقط المستحق في الوقت حقه من بعد حصول الغلة في يد المتولي لا يسقط.

وقولنا: «صاحبه عامل فيه» خرج به نحو حق النظر على الوقف، والوظيفة فيه، وتصرف الوكيل فيما وكل به، وتصرف المأذون. فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم فيها، فلا تسقط بالإسقاط.

وما لا يسقط بالإسقاط حق الرجعة. (ر: الدرر، قبيل باب تفويض الطلاق، عند قول المتن طلقها رجعيًا فجعله قبل الرجعة بائناً). ومثله يقال في الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرط له.

(١) ينبغي بهذا القيد إخراج حق الولي في إجازة عقد الصغير، وحق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن، لأنها عاملان لغيرهما. ويمكن إخراجهما أيضاً بقيد (خالص للمسقط). وأيضاً الوكالات التي لا يجوز للوكيل عزل فيها كالوكيل ببيع الرهن.

وقولنا: «قائماً حين الإسقاط» خرج به خيار الرؤية فإنه لا يسقط بالإسقاط لأنه غير قائم للحال، لأنه يثبت بعد الرؤية لا قبلها، فإذا أسقطه قبلها لا يسقط بالقول بل بالفعل عند أبي يوسف كما تقدم.

وكذا حق الشفعة قبل البيع، فلو أسقطه الشفيع قبله لا يسقط، لأنه إنما يثبت بعد البيع.

وخرج به الاستحقاق في الوقف قبل بدو الغلة فإنه لا يسقط، لأنه ليس قائماً للحال لأن حق المستحق يتعلق بالغلة عند ظهورها لا قبله.

وخرج به حق انتفاع المستعير بالعارية فإنه لا يسقط، لأن المنفعة ليست قائمة بل تحدث شيئاً فشيئاً على ملك المستعير كما في الإجارة. ومثله حق الزوجة في القسم، وحق الحاضنة في الحضانة، فإنهما لا يسقطان بالإسقاط، لأنها يتحددان آناً فآناً.

وقولنا: «خالصاً للمسقط أو غالباً» خرج به ما كان حقاً لغير المسقط، خالصاً فيه أو غالباً أو مساوياً. فالأول: كحق تحليف الخصم اليمين لأن التحليف حق الحاكم. والثاني: كحق القذف، فإن حق الله تعالى غالب فيه. والثالث: كحق المضارب في بيع مال المضاربة بعدما صار عروضاً، فإن حقه ليس بغالب بل يساويه فيه حق رب المال أو يغلب، إذ رأس المال عائد إليه وله شركة في الربح، والمضارب إنما استفاد التصرف من جهته.

وخرج به أيضاً حق الفسخ في العقود الفاسدة، فإنه حق خالص له سبحانه أو غالب، حتى لو أصر عليه المتعاقدان وعلم به القاضي فسخه، قال الكاساني: «إن حق الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط لأن وجوب الفسخ فيه ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد، وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية، لكن قد يسقط بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل، وذلك كما إذا باع الإنسان ما اشتراه فاسداً أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ. (ر: البدائع ٢٩٧/٥ و ٣٠١).

وخرج به أيضاً نحو حق رب السلم في لزوم التسليم في المكان المعين في عقد السلم، وحق المسلم إليه في قبض الثمن في مجلس السلم، فإنهما لا يسقطان، لأنها حق الشرع إذ بدونها يفسد العقد.

وخرج به أيضاً حق خيار الرؤية بعد الرؤية فإنه لا يسقط بقوله أسقطت خياري لأنه حق الشرع، إلا إذا قال: أجزت العقد، أروضيت. (ر: البدائع ٢٩٧/٥).

وخرج بقولنا: «ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي» ما سيأتي تحت المادة المكملة المائة من أنه لو اشترى العين المأجورة أو المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن، وكان يعلم حين الشراء بالإجارة أو بالرهن أو لا يعلم، فإن له الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن. وإذا أسقط حقه في هذا الخيار ولو بصريح الإسقاط لا يسقط. وذلك لأن تصحيح هذا الإسقاط يترتب عليه تصحيح أمر مغاير للأوضاع الشرعية، لأنه عبارة عن التزام المشتري تأجيل المبيع إلى انتهاء مدة الإجارة في المأجور، أو إلى فكاك الرهن في المرهون، وتأجيل الأعيان باطل.

وكذا خرج به حق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن، فإنه لا يسقط بالإسقاط فيما يظهر، لأن الموكل لا يملك شرعاً هذه المطالبة، لكون الشرع جعل حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد وإن لم يكن مالكاً.

وخرج به أيضاً حق الزوجة، فإنها لورضيت بالخروج من وطنها الذي نكحها فيه وسكنت معه في بلدة أخرى ثم امتنعت وأرادت العودة إلى وطنها، فإنها لا تمنع من العود إليه فيما يظهر، لأن رضاها فيما مضى بإسقاط حقه لا يوجب سقوطه فيما يأتي.

وخرج به أيضاً الدرك، وهو حق رجوع المشتري بالثمن إذا ظهر المبيع مستحقاً. ففي «رد المحتار»: لو أبرأ المشتري البائع عن كل حق قبله دخلت العيوب لا الدرك. (ر: رد المحتار / ٦٧).

وخرج بقولنا: «وليس متعلقاً بتملك عين... إلخ» مثل حق الرجوع

في الهبة، وحق المستحق في الوقف بعد بدو الغلة قبل حصولها في يد المتولي، فإنها لا يسقطان بالإسقاط. ولا يرد حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة حيث إنه مثل الرجوع في الهبة متعلق بتملك عين مع أنه يسقط بالإسقاط لأنه غير متأكد، فإن للإمام أن يقسمها بين الغانمين بل يقر أهلها عليها ويضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج.

ولا يرد أيضاً حق الموصى له بالمنفعة، حيث إنه مثل المستعير تحدث المنفعة الموصى له بها شيئاً فشيئاً مع أنه لو أسقط حقه منها يسقط، وذلك لأن الوصية واردة على خلاف القياس، حتى إن ابن أبي ليلى قال: إن الوصية بالمنفعة لا تصح أصلاً لأنها تحدث على ملك الورثة لا على ملك المورث فلا يصح تملكه لها.

ولا يقال إن العارية واردة أيضاً على خلاف القياس مع أنها لا تسقط بالإسقاط لأن الفرع إذا ورد على خلاف القياس لا يلزم أن يكون منطبقاً على غيره مما ورد على خلاف القياس، وإلا وجب أن يتشكل قياس آخر ولا قائل به. على أنه قد يفرق بأن المملك في العارية حي تعتبر معه حدوث المنفعة على ملك المستعير أنا فأناً، بمنزلة عاريات متجددة كما قالوا في المنفعة الحادثة على ملك المستأجر، بخلافها في جانب الموصى له بعد وفاة الموصي.

تنبيه:

قد تقدم أن حق تحليف الخصم اليمين المتوجهة عليه لا يسقط بالإسقاط. وقد ذكر ذلك في متن التنوير، قبيل التحالف، وعلة الشارح نقلاً عن البزازية بأن التحليف للحاكم. وهذا إذا أسقطه قصداً، أما لو صالح عنه أو افتداه بمال صح وسقط اليمين، لأن المدعي أسقط خصومته بأخذ المال من المدعي عليه. (ر: الدر وحاشيته، من المحل المذكور). وإذا سقطت الخصومة سقطت اليمين ضرورة لأنها فرع توجه الدعوى.

هذا، ولينظر ما لو أسقط المدعي حقه من طلب التحليف. ومقتضى تعليل البزازية لعدم السقوط هناك بقوله: «لأن التحليف للحاكم» أن يسقط هنا، لأن طلب التحليف للمدعي.

تنسيبه:

لواسقط الأب أو الوصي شفعة الصغير تسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد. (ر: أحكام الصغار، كتاب الشفعة، أوائله).

فرع يلحق بهذه القاعدة.

«لواشهد على مالك الجدار المائل فجن المالك بعد الإشهاد عليه أو باع الجدار ثم أفاق من جنونه ورد عليه بعبب ولوبدون قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشتري، ثم وقع الجدار لم يضمن إلا بإشهاد جديد بعد الإفاقة أو بعد رده. (ر: جامع الفصولين، صفحة / ٢٩١، من الفصل / ٣٦) فسقط الإشهاد بجنونه وبخروج الجدار عن ملكه ثم لم يعد بإفاقته ويعود الجدار إلى ملكه»^(١).

(١) وجد هذا الفرع في آخر هذه القاعدة من الأصل مع الإشارة إلى إلحاقه بالموطن المناسب من شرحها.

والذي أرى أن هذا التخريج والإلحاق بهذه القاعدة غير صواب، بل فيه نظر لأن هذه القاعدة موضوعها سقوط الحقوق، فلا يقال سقط الإشهاد، بل يقال بطل بطلاناً. أما الساقط في هذا الفرع فهو حق المتضرر من هبوط الجدار في تضمين مالكة. ويظهر لي أن سبب عدم عودة هذا الحق بمجرد الإفاقة في حالة الجنون، وبعودة الجدار إلى ملك صاحبه في حالة البيع هو أن الإشهاد شريطة لثبوت حق الضمان. وبالجنون وبالخروج عن الملك بطل الإشهاد السابق، وإن بطلان الشرط يمنع نشوء المشروط. فلا بد لنشوئه أن يتحقق الشرط من جديد، لأن الإشهاد إذا بطل أصبح عدماً محضاً، فلا يتقلب العدم وجوداً بزوال ما أعدمه. ولذلك إذا بطل العقد لا يمكن أن يرجع صحيحاً بحال من الأحوال ولا يكتسب الوجود من جديد إلا بالتجديد، وذلك بخلاف العقد الفاسد، فإنه قد يتقلب صحيحاً في بعض الأحوال دون تجديد، لأن الفاسد منعقد قائم.

= وبذلك يتضح أن هذا الفرع يخرج عن موضوع هذه القاعدة، فليس هو من فروعها ولا من مستثباتها، بل هو من متعلقات البطلان لا السقوط، لأن حق الضمان لم يسقط بعد الوجود لينظر في عودته أو عدمها، بل هو لم يثبت من الأصل لعدم قيام شريطة ثبوته وهي الإشهاد الصحيح، نظراً لأن الإشهاد السابق قد بطل بطلاناً وأصبح كالعدم. فهذا الفرع الفقهي هو القاعدة التالية المتعلقة بالبطلان ألصق، وهي (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) من حيث إنه لما بطل الإشهاد في الفرع المذكور لم يبق صالحاً لبناء الحكم الأصلي عليه، وهو مسؤولية مالك الجدار بالضمان. فليتأمل والله أعلم.

(وكتبه مصطفى ابن المؤلف رحمه الله)

القاعدة الحادية والخمسون (المادة / ٥٢) «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»

أولاً - الشرح

إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، وبمعناه قولهم: إذا بطل المتضمن (بكسر الميم) بطل المتضمن (بفتحها).

ثانياً - التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة:

(أ) ما لو أقر إنسان لآخر، أو أبرأه ولو إبراء عاماً^(١)، وكان الإقرار أو الإبراء مترتباً على عقد كبيع أو صلح، ثم انتقض البيع أو الصلح بوجه ما، بطل الإقرار والإبراء. وذلك كما إذا اشترى شيئاً من آخر، فإن شراؤه منه

(١) أما إذا كان الإبراء عاماً في ضمن الحادثة، كما إذا اشترى منه مثلاً ثم أبرأه إبراء عاماً عن جميع الحقوق وكافة الدعاوى المتعلقة بعقد البيع، ثم انتقض البيع بوجه ما، فالأمر فيه ظاهر، وهو بطلان الإبراء المذكور من أصله لبطلان ما تضمنه. وأما إذا كان الإبراء عاماً في الحادثة وفي غيرها، كما إذا أبرأه في الصورة المذكورة إبراء عاماً عن جميع وكافة الدعاوى المتعلقة بعقد أو بشيء غيره أي شيء كان، ثم انتقض البيع بوجه ما، فهل يبطل الإبراء في خصوص الدعاوى المتعلقة بعقد البيع أو يبطل مطلقاً؟ الظاهر الأول.

ولا يخفى أنه إذا كان الإبراء غير مترتب ولا مبني على ما ظهر بطلانه، بل كان مستقلاً وغير داخل تحته فإنه لا يبطل ببطلانه.

يتضمن إقراره له بالملك، أو شراؤه منه وأقر له بوجود الثمن في ذمته، ثم ظهر أن المبيع مستحق للغير، ولم يجز المستحق البيع، بطل البيع وبطل ما تضمنه أو ترتب عليه من الإقرار بالملك أو بوجود الثمن، ورجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان دفعه له، ولا يمنعه إقراره من ذلك، لأنه بطل بطلان البيع الذي تضمنه.

وكما إذا صالح البائع المشتري عن دعوى العيب على مال دفعه له ثم برأ المبيع بدون معالجة المشتري بطل الصلح ورجع البائع على المشتري بما دفعه له. أو صالح المدعى عليه المنكر المدعى على مال دفعه له، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه شيء^(١)، بطل الصلح ورجع المدعى عليه على المدعي بما دفعه له من البدل. (ولا يمنعه من الرجوع ما تضمن عقد الصلح من اعتراف المدعى عليه بالمال المدعى به، لبطلانه ببطلان الصلح) كما يعلم جميع ذلك من الدر المختار وحاشيته (٤ / ١٩٩ - ٢٠٠) من الاستحقاق وخيار العيب أو من كتاب الصلح.

(ب) ومما فرع عليها ما لو اشترى شيئاً ممن أكره على البيع، وتصرف فيه المشتري تصرفاً يقبل النقص، ثم زال الإكراه، فالبائع له نقض تصرفات المشتري (ر: الدرر، والشرنبلالية، من الإكراه).

(ج) ومما فرع عليها: ما لو باع بيعاً فاسداً بغير الإكراه، ثم سلم البائع المبيع للمشتري وسلم المشتري الثمن للبائع لا ينعقد هذا بينها بيعاً بالتعاطي.

(١) قوله: «ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه شيء» احتراز عما إذا اعترف بذلك قبل الصلح، ثم صالح وقبض البدل، فإن الصلح لا يبطل (ر: التنوير وشرحه) وقد علله بأنه يمتثل أنه لم يكن له عليه ثم كان فصالح.

ولينظر ما لو انتفى الاحتمال المذكور كأن صالح وقبض البدل في المجلس عقب إقراره بلا فاصل، وكان يبرأ من شهود الإقرار، أو أقرت الزوجة المبانة بعد أن ادعت فرار زوجها بالطلاق أن إبانة زوجها لها كانت في صحة، أو أنها كانت بطلبها منه، أو أنه مات بعد أن انقضت عدتها ثم صالحت الورثة عن إرثها وقبضت البدل، كما هو حادثة الفتوى. ولا شك في بطلان الصلح والحالة هذه، إذ لا احتمال في الصورتين لتجدد سبب يوجب ديناً حادثاً، ولا لتجدد زوجية توجب إرثاً، فيبطل الصلح ويسترد بدله.

وكذا لو اشترى ثوباً مثلاً شراءً فاسداً ثم لقي البائع بعد فقال: قد بعثني ثوبك هذا بكذا؟ فقال البائع: بلى فخذ، فقال: قد أخذته. فهو فاسد ما لم يكونا تتاركا الأول (ر: ردالمحتار، من بحث بيع التعاطي) وذلك لأنه في صورتين مبني ومترب على عقد فاسد. أما إذا كان فساداً بالإكراه ثم سلمه بعد زواله نفذ البيع (ر: الدر).

(د) ومنه: ما لو قال لآخر: بعثك دمي بكذا، فقتله، وجب القصاص. وكذا لو اشترى من خصمه اليمين التي توجهت عليه بمال، لم يلزم المال وكان للخصم أن يستحلفه. لأنه لما بطل العقد في صورتين بطل مافي ضمنه من الإذن بالقتل وإسقاط اليمين بخلاف ما لو أمره بقتله، أو صالحه عن طلب اليمين على مال، أو افتداه منه به، حيث يسقط القصاص في الأولى واليمين في الثانية ويلزم فيها المال.

(هـ) ومنه: ما لو استأجر الأرض لترك الزرع قائماً عليها إلى أن يدرك، فسد العقد ولم يطب له ما زاد الزرع، لفساد الإذن بإبقائه فيها لفساد عقد الإجارة (ر: الدر المختار، من باب ما يدخل في البيع تبعاً) بخلاف ما لو استأجر الشجر لإبقاء الثمر كما سيأتي.

(و) ومنه: ما لو كان له على آخر دين مؤجل فاشترى منه به شيئاً فإن الأجل يسقط، فإذا رده الدائن على البائع المديون بخيار عيب بحكم الحاكم انفسخ البيع وعاد الدين مؤجلاً كما كان (ر: الدر المختار وحاشيته، من أوائل الإقالة، عند قول المتن: «هي فسخ في حق المتعاقدين»).

والظاهر أن هذا فيما إذا قبض المشتري المبيع، لأنه حينئذٍ يحتاج إلى القضاء ليكون فسخاً. ولو كان ذلك قبل القبض لا يحتاج إلى القضاء بل يستقل به المشتري ويكون فسخاً بدونه كما نصوا عليه في خيار العيب. والظاهر أنه حينئذٍ يعود الأجل أيضاً، بخلاف ما إذا رده بعد القبض بالتراضي، فإن الأجل لا يعود، وبخلاف ما لو رده بالإقالة فإنه لا يعود كما يأتي قريباً.

(ز) ومنه: ما لو كانت النفقة المتراكمة على الزوج غير مستدانة بأمر

القاضي، فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة بل بسبب آخر، أو مات عنها، فإن النفقة المتراكمة عليه تسقط عن ذمته، كما نصوا عليه في النفقات، لأنه لما بطل النكاح بطل ما ترتب عليه من النفقة (انظر: فرع النفقة المرسوم تحت المادة / ١٠٠).

ثم لا فرق في بطلان المتضمن (بفتح الميم) بين أن يكون متضمناً حقيقة للباطل، كمسألة بيع الإنسان دمه للآخر ومسألة شرائه اليمين من خصمه المأرتين، وبين أن يكون مترتباً عليه ترتباً بأن أفرد بذكره معه وقرنه به، كالإبراء والإقرار بعد عقد فاسد وكتصرفات المشتري من المكره على البيع المأرات.

ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل كثيرة:

(أ) منها: ما لو صالح الشفيع عن شفيعته أو اشتراها منه بمال لم يصح الصلح ولم يلزم المال وسقطت شفيعته، بخلاف ما لو صالحه عن دعوى الشفيع فإنه يصح ويلزم المال.

(ب) ومنها: ما لو صالح الزوج زوجته المخيرة على مال لتختاره، ففعلت واختارت زوجها لم يصح الصلح ولم يلزم المال وسقط خيارها.

(ج) ومنها: ما لو جعل الكفيل بالنفس مالاً للمكفول له ليسقط عنه الكفالة، فأسقطها، سقطت ولم يلزم المال.

(د) ومنها: ما لو اشترى ثمراً غير مدرك، ثم استأجر الأشجار لينقى الثمر عليها إلى وقت الإدراك، فالإجارة باطلة، ولا يبطل ما في ضمنها من الإذن بإبقاء الثمر، فإذا أبقاه فزاد طابت له الزيادة. (ر: الدر المختار، من باب ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل).

(هـ) ومنها: ما لو اشترى داراً وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها فأخذها بالشفعة، ثم رد الأولى بخيار الرؤية، تبقى الثانية التي أخذها بالشفعة له (ر: رد المحتار، من خيار الرؤية) فقد بطل شراؤه الذي ترتب عليه الأخذ بالشفعة ولم يبطل الأخذ بها.

(و) ومنها: ما لو طلق إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً، ثم ماتت إحداها قبل البيان، تتعين الأخرى الحية للطلاق. فلو قال: كنت عنيت المتوفاة بالطلاق لا يعتبر قوله ذلك، ولكن يجرم بسببه الميراث (ر: المبسوط ٦ / ١٢٣) فإن قوله: «كنت عنيت المتوفاة بالطلاق» لم يعمل عمله، ولكن لم يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث.

(ز) ومنها: ما لو طلق زوجته غير المدخول بها ثنتين، ثم قال: كنت طلقتهما قبل ذلك واحدة، لا يبطل عنه الثنتان ويلزم بالتالي أقر بها، ولا تحل له إلا من بعد زوج آخر (ر: الذخيرة، في الفصل الثالث من كتاب الطلاق، قبيل نوع في تغيير صفة الواقع) فقد بطل ها هنا المتضمن والإقرار بالطلقة السابقة ولم يبطل ما في ضمنه من الحرمة المغلظة.

(ح) ومنها: ما لو كان له على آخر دين مؤجل، فشرى به منه شيئاً، فإن الأجل يسقط. فإذا تقايلا عقد البيع انفسخ البيع ولا يعود الأجل وصار دينه حالاً (ر: الدر المختار وحاشيته، في الإقالة، عند قول المتن: «هي فسخ في حق المتعاقدين») فقد بطل المتضمن، وهو عقد البيع، ولم يبطل ما وقع في ضمنه وهو سقوط الأجل وحلول الدين^(١).

(ط) ومنها: ما لو أقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس الحاكم، فإن إقراره لا يعتبر، ولكن ينزل به عن الوكالة (ر: المادة / ١٥١٧ من المجلة). فقد بطل الإقرار ها هنا ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعي فيما يدعي على موكله.

(ي) ومنها: ما لو أقر متولي الوقف المدعي ملكية الموقوف، فإن إقراره لا يسري على الوقف، ولكن يخرج به عن الخصومة، لما صرحوا به من أن من أقر بشيء لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره.

(١) يلزم استظهار تحليل هذا الفرع بأن الإقالة لا تصح إلا بثمن حال قدره قدر الثمن الأول، لأنها فسخ في حق المتعاقدين، والفسخ يقتضي رفع البيع السابق بجميع صفاته. ولما كان الثمن في البيع الأول حالاً فيبقى حالاً بعد الإقالة أيضاً.

(ك) ومنها: ما إذا باع سلعة وقبض ثمنها ثم سلمها للمشتري ثم وجد الثمن زيوفاً - أي مغشوشاً وغشه مغلوب - فإنه ليس له استرداد السلعة وحبسها بالثمن، بل له رد الزيوف على المشتري ومطالبته بالجيد فقط (ر: متن التنوير وشرحه، آخر فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل).

فقد ارتفع قبض البائع بردّ الزيوف ولم يبطل ما تضمنه من الإذن للمشتري بقبض المبيع، بخلاف ما لو وجد الثمن ستوقه - أي رصاصاً - فإنه يسترد السلعة ويحبسها بالثمن، لأنها ليست بدراهم أصلاً (ر: الدر، المحل المذكور).

(ل) ومنها: ما لو باع عقاراً بيعاً فاسداً وسلمه للمشتري فبني فيه أو غرس، فإنه ينقطع حق الفسخ ولا يؤمر بنقض البناء أو قلع الغرس، لأنه كان بتسليط البائع (ر: الدر المختار وحاشيته، من البيع الفاسد، عند قول المتن: «بني أو غرس فيما اشتراه فاسداً»). فقد فسد العقد ولم يبطل ما تضمنه من التسليط على البناء والغرس.

(م) ومنها: ما لو اشترى شيئاً وأعطى بثمنه للبائع رهناً، ثم ظهر أن البيع باطل، كما إذا كان البيع شاة مذبوحة مثلاً فظهر أنها ميتة، فإنه لا يبطل الرهن، بل يبقى على الصحة ويكون مضموناً على البائع ضمان الرهن، فإذا هلك في يده يدفع للراهن قيمته إن كانت أقل من قدر الثمن، ويدفع له قدر الثمن إن كانت قيمته مثله أو أكثر (ر: الدر، من باب ما يصح رهنه وما لا يصح).

(ن) ومنها: ما لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد قد سمي لها فيه مهراً، فإنه يجب لها مهر المثل لا يتجاوز به المسمى. وما لو استوفى المنفعة في الإجارة الفاسدة فإنه يجب عليه أجر المثل لا يتجاوز به المسمى لو كان هناك مسمى، لرضا الزوجة بالمسمى في الأول، ورضا المؤجر به في الثاني (ر: الدر المختار وحاشيته، من كتاب النكاح، وأوائل الإجارة الفاسدة) فقد فسد المتضمن، وهو النكاح والإجارة، ولم يفسد المتضمن، وهو الرضا بالمسمى فيهما الذي

تضمنه العقد^(١).

(س) ومنها: ما لو برهن أنه ابن عم الميت، وذكر النسب، فقبل أن يقضى له^(٢) برهن خصمه أنه ابن عم فلان الآخر أو أن جد الميت فلان غير ما بينه المدعي، يقبل في حق المدعي لا في إثبات النسب من الآخر (ر: معين الحكام، من الفصل الأول، من باب القضاء بالتناقض، نقلاً عن الفتاوى الرشيدية وعن جامع الفتاوى ملخصاً) فقد بطل المتضمن هنا، وهو الشهادة بالنسب، فلم يقض به ولكن لم يبطل المتضمن وهو دفع دعوى المدعي. وعلل صاحب جامع الفصولين عدم القضاء بالنسب في هذا بأنه ليس بخصم في إثباته على الغير (ر: جامع الفصولين، آخر الفصل العاشر). وانظر ما سيأتي من هذا النوع تحت الكلام على المادة / ٨١.

(١) إن قيل: لم اعتبر المسمى بالنكاح والإجارة الفاسدين، كما هو مرسوم أعلاه، بحيث لم يتجاوز القدر المسمى ضمن العقد في إيجاب مهر المثل وأجر المثل، ولم يعتبر الثمن المسمى في البيع الفاسد أصلاً، بل أوجبوا على المشتري فاسداً قيمة المبيع بالغة ما بلغت إذا قبضه وهلك في يده أو استهلكه من غير أن يقيدوه بأن لا يتجاوز الثمن المسمى في العقد؟

فيمكن أن يجاب بأن المهر في النكاح والبدل في الإجارة لم يجبا بمقابلة بدل مالي متقوم قياساً حتى تعتبر قيمته بالغة ما بلغت، فإن منفعة البضع التي هي حل الاستمتاع به ومنفعة العين المأجورة ليست مالاً متقوماً، بل المنفعتان معدومتان حين العقد تحدثان بعده آناً فآناً، ومقابلة المعدوم ببطل قياساً لاستحالته، وإنما جوز في النكاح والإجارة إظهاراً لخطر الفروج في الأول ولحاجة الناس في الثاني. فاعتبر المسمى إذ المعقود عليه فيها ليس مالاً متقوماً حتى تعتبر قيمته بالغة ما بلغت، بخلاف المبيع فاسداً فإنه مال متقوم قياساً فاعتبرت قيمته.

ثم بعد كتابتي لذلك رأيت في الدرر، من باب المهر، عند قول المتن: «ويجب في النكاح الفاسد بالوطء لا الخلوة مهر المثل ولا يزداد على المسمى» ما لفظه: أي، إن زاد مهر مثلها على المسمى لم تعتبر الزيادة عليه، لرضائها بما دونها. وإن كان أقل من المسمى وجب مهر المثل لعدم صحة التسمية. بخلاف البيع، لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته. انتهى وعزاه إلى الزيلعي. وهو بمعنى ما قلناه والله الحمد!

(٢) قوله: «فقبل أن يقضى له برهن... إلخ». ولو كان سبق القضاء له لا يقضى بشيء بالبينة الثانية. أفاده في معين الحكام من المحل المذكور أعلاه.

تنبيه) في مفهوم القاعدة والمستثنى منه:

إن القاعدة المذكورة تفيد بمفهومها أنه إذا صح المتضمن (بصيغة الفاعل) صح مضمونه، وهو بمفهومها كمنطوقها غير مطرد، بل قد يتخلف:

(أ) وذلك كما إذا تقابل المتبايعان البيع على أقل من الثمن المسمى في عقد البيع، وعلى أن يكون الثمن الذي قبضه البائع من المشتري مؤجلاً نجليه إلى وقت كذا، صحت الإقالة على الثمن المسمى في عقد البيع في الأولى، وبطل التأجيل في الثانية ولزم البائع كل الثمن حالاً (ر: التنوير وشرحه، من الإقالة).

(ب) وكذلك ما لو خلع زوجته على بدل هو مال متقوم، فإن وقوع البينونة بينها ولزوم البدل متوقف على قبولها، فإذا أكرهها على القبول صح القبول منها ووقع البائن، ولا يلزمها مال.

(ج) وكذلك لو خلعها على ما ليس بمال أصلاً، كالدم والميتة، أو على مال غير متقوم، كالخمر والخنزير، فقبلت ولو طاعة صح القبول ووقع البائن، ولا يلزم المرأة شيء مما سمي (ر: الدرر، من باب الخلع).

(د) ومثل ذلك ما لو خلع زوجته القاصرة على مال، فقبلت، وقع الطلاق البائن لوجود القبول الذي هو شرط، ولكنها لا يلزمها المال لكونها ليست بأهل للالتزام كما هو مرسوم في المتون والشروح من الخلع.

(هـ) ومن ذلك أنه لو علق طلاق امرأته على قتله فلاناً، فشهد رجل وامرأتان عليه أنه قتله، يثبت عليه وقوع الطلاق ولا يثبت القصاص عليه، إذ لا مدخل لشهادة النساء في القصاص. (ر: الدر المختار وحاشيته، من الشهادات، موضحاً).

فقد صح في هذه المسائل كلها المتضمن ولم يصح المضمون.

تنبيه آخر:

البتلان المفهوم من قول القاعدة: «إذا بطل الشيء» يجب أن يراد به

بالنسبة إلى العقود الفاسد، فإنهم كثيراً ما يطلقون الباطل ويريدون به الفاسد ولا يريدون به حقيقة البطلان، لأن العقد إذا كان باطلاً لا يبطل ما تضمنه، لأن العقد الباطل وجوده والعدم سواء لعدم مشروعيته أصلاً، فإذا كان متضمناً لأمر يكون ذلك الأمر كأنه وجد مستقلاً غير متضمن في آخر فيعتبر ويراعى. بخلاف العقد الفاسد فإنه لمشروعية أصله ترتب عليه الأحكام، فلا يمكن اعتباره كالعدم. فإذا تضمن أمراً سرى فساده إلى ما في ضمنه (ر: الدر المختار وحاشيته، من باب ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل. ومثله في جامع الفصولين، الفصل / ٣٢).

أما غير العقود من التصرفات فليس فيه فاسد وباطل حتى تقع التفرقة وتختلف الأحكام.

وما ذكرنا يظهر الفرق بين ما تخرج على القاعدة من العقود وبين ما خرج عنها. ولا يرد على ما ذكر من التفرقة بين الفاسد والباطل تخلف الفرعين المخرجين عن القاعدة، وهما: ما لو قال لآخر بعتك دمي بكذا، وفرع شراء اليمين من خصمه بمال، فإن البيع فيهما باطل وقد بطل ما تضمناه من الإذن بالقتل وإسقاط اليمين.

وذلك لأن ما تضمنه البيع من الإذن بالقتل لا يعد شبهة تسقط القصاص، لأن الإذن لا يفيد أكثر من البذل والإباحة، وهي لا تصلح شبهة، لأن الفعل بعدها مضاف إلى الفاعل من كل وجه. بخلاف ما لو أمره بقتله فقتله فإن الأمر يعد شبهة، لأن فعل المأمور بعده يعد والحالة هذه امتثالاً لأمره ومطوعة له فيضاف للأمر، والإذن خالٍ عن ذلك. وحاصله أن وجوب القصاص لا لبطلان الإذن ببطلان البيع، بل لعدم انتصاب الإذن شبهة تسقط القصاص.

ولأن بيع اليمين ليس متضمناً لإسقاطها من قبل المدعي، بل لتمليكها للمشتري، وهي لا تقبل التمليك والتملك بل تسقط بالإسقاط ضمناً، ولم يوجد في ضمن البيع إسقاط. بخلاف الصلح عنها ببدل، فإنه إسقاط لها لأنه بأخذ

البدل أسقط خصومته فتسقط ضمناً (ر: الدر وحاشيته، قبيل التحالف) فالأولى عدم عده في مستثنيات القاعدة.

ولا يرد أيضاً ما تقدم في مستثنيات هذه القاعدة (عن الدر وحاشيته، من البيع الفاسد) من أنه لو سلم البائع العقار المبيع فاسداً لمشتريه، فبني أو غرس فيه، فإنه ينقطع حق المالك في الفسخ ولا يؤمر بنقض البناء وقلع الغراس، لأنه معلل بأنه كان بتسليط من البائع، كما تقدم، والتسليط إنما كان في ضمن الفعل وهو التسليم لا في ضمن العقد، لأن العقد الفاسد لا يتضمن التسليط، بل الذي يتضمن التسليط هو التسليم. فلا يقال إن العقد فيه فاسد لا باطل ولم يؤثر فساده في فساد التسليط الذي تضمنه العقد. ولا يقال أيضاً إن التسليم والتسليط إذا لم يكونا متضمنين للعقد الفاسد فهما مترتبان عليه والعقد الفاسد كما يفسد ما تضمنه يفسد ما ترتب عليه كما تقدم، وذلك لأن العقد الفاسد لا يقتضي التسليم بل يقتضي عدمه قبل وجوده وإعدامه بعد وجوده بالفسخ والتراد، فلا يمكن اعتباره مترتباً عليه وهو ياباه.

وكذلك لا يرد ما سيأتي تحت الكلام على المادة / ٥٧ «التبرع لا يتم إلا بالقبض» وهو ما لو وهب ما في بطن غنمه أو ضرعها، أو سمناً في اللبن، أو حلاً^(١) في سمسم، أو زيتاً في زيتون، أو دقيقاً في حنطة، لم يجز القبض وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك. ولا يقال: إن عقد الهبة المذكور باطل وقد بطل ما ترتب عليه من التسليط على القبض، وذلك لأن بطلان التسليط المذكور لا لبطلان عقد الهبة، بل لعدم صلاحيته أن يعتبر هبة مستقلة مبتدأة، إذ الهبة لا تتعقد بالتسليط على القبض مجرداً كما هو ظاهر.

وكذلك لا يرد أيضاً ما نقل من أن التعاطي إنما يكون بيعاً إذا لم يكن مبنياً على عقد فاسد أو باطل. أما إذا كان فلا (رد المحتار في بحث بيع التعاطي، نقلاً عن البزازية. ونظيره في أواخر الفن الثالث من الأشباه عن الخلاصة) وذلك أن التعاطي ليس إلا قبضاً محضاً ليس معه ما يشعر باستئناف البيع،

(١) هو الشيرج.

وتقدم العقد الباطل عليه يرجح حجة كونه مراداً بناؤه وترتبه عليه وأنه أثر من آثاره، فلم يعتبر بيعاً مبتدأً، على أن البيع بالتعاطي بيع مستقل، وليس متضمناً للبيع السابق، إذ الشيء لا يتضمن مثله، فليس مما نحن فيه.

تنبيه مهم:

المتضمن (بفتح الميم) للباطل إذا لم يفرد عنه بالذكر بل اكتفي بثبوتيه في ضمنه فلا كلام في بطلانه. أما إذا أفرد ذكره معه وقرن به فإنما يبطل إذا انتظمه العقد، بأن كان حكماً له. ولا يمنع بطلانه تنصيب أحد العاقدين عليه وقصده بالذكر، وذلك مثل إقرار المشتري للبائع بثبوت الثمن ديناً له في ذمته، أو إبرائه ذمة البائع عن استرداد الثمن الذي دفعه له بقوله: لاحق لي قبله بخصوص الثمن ولا دعوى. فإذا بطل العقد بطل ما ذكر وإن كان نص عليه مستقلاً، لأنه حكم من أحكامه على تقدير صحته فإن العقد الصحيح يوجب ثبوت الثمن ديناً للبائع في ذمة المشتري، ويوجب براءة البائع عن دعوى المشتري استرداد الثمن منه بعد دفعه له، فكان إفراده بالذكر لما حصل بنفس العقد، فلذا فسد بفساده. أما إذا لم ينتظمه العقد بأن لم يكن حكماً من أحكامه بل كان خارجاً عنه إلا أنه ذكر معه وقرن به فإنه لا يبطل ببطلان العقد. فلو آجر متولي الوقف عقاراً من عقاراته إجارة فاسدة وأذن للمستأجر بتعميره وترميمه من ماله فعمر ورمم، فإنه يرجع بما أنفقه في غلة الوقف، ولا يبطل الإذن المذكور ببطلان الإجارة لأنها تنتظمه، إذ ليس من حكم إجارة عقار الوقف تعمیر المستأجر له وترميمه من ماله ليرجع، بل لا يملك ذلك المستأجر إلا بإذن خاص ممن له ولاية الإذن، وما وجود الإذن بالتعمير بعد الإجارة وقرنه بها إلا مثل إذن المتولي له بعدها بأن يعمر ويرمم له في دار نفسه، أو مثل إقرار المشتري للبائع بعد عقد البيع الفاسد بدين آخر غير الثمن لا يفسد بفساد عقد الإجارة أو البيع.

وهذا كما لورهن إنسان شيئاً بدين مؤجل وسلط العدل على بيعه عند حلول الأجل إن لم يدفع الدين، ثم لم يسلم الرهن وحل الأجل فالرهن باطل، لأن صحته بالقبض ولم يوجد. لكن لو باع العدل الرهن فالبيع صحيح، لأن

التوكيل بالبيع لا تقف صحته على القبض. وكذلك لورهن مشاعاً وسلطه على بيعه، فالرهن باطل للشيوخ، والوكالة بالبيع صحيحة. (ر: البدائع / ١٣٥ - ١٣٦ كتاب الرهن).

يقطع الشك في ذلك ما جاء في التنقيح نقلاً عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد حيث أفتى فيمن آجر عقار الوقف إجارة طويلة، فأنفق المستأجر في عمارته بأمر المؤجر، بأنه إن كان للمؤجر ولاية في الوقف فعلى المستأجر آجر المثل في المدة التي كانت في يده، لا عبرة بما سمي. وفي هامش التنقيح ما لفظه: قوله «فعلى المستأجر آجر المثل» أي لأن الإجارة الطويلة الزائدة على سنة فاسدة^(١). (انتهى). ويرجع المستأجر بالذي أنفق في غلة الوقف. وإن لم يكن للمؤجر ولاية في الوقف فالمستأجر متطوع لا يرجع لا على المؤجر ولا على غلة الوقف، لأنه لما لم يكن له ولاية كان وجود الأمر كعدمه، ولو أنفق بدون أمر لا يرجع على أحد (انتهى ملخصاً).

فقد اعتبر الإذن وجعله موجباً للرجوع مع أن الإجارة فاسدة، وما ذلك إلا لكون الإذن بالإنفاق ليس خاصاً بالمستأجر، ولكون إنفاق المستأجر على العقار ليس من مواجب العقد ولا حكماً من أحكامه، فذكره والإذن به بعد العقد لا يجعله من متضمنات العقد فلا يفسد بفساده. ونقل في التنقيح، من الإجارة، عن أوائل إجارة «الخيرية» ما يوافق ذلك. وعلى هذا فما وجد في التنقيح في عدة محلات من الوقف والإجارة مصرحاً فيها بفساد الإذن لفساد الإجارة مستنداً في ذلك تارة لإطلاق قولهم: «إذا بطل المتضمن بطل المتضمن» وتارة لقولهم: «إذا آجر الموقوف عليه ولم يكن متولياً وأذن للمستأجر بالعمارة فأنفق كان متطوعاً». فما كان فيه فساد الإذن لعدم أهلية الأذن وعدم ولاية الإذن لا يعول عليه، بل هو سهو ظاهر. وقد أفتى في الحامدية، في الإجارة، باعتبار إذن المتولي للمستأجر منه إجارة فاسدة بتعمير ما تحتاج إليه العقارات من ماله، ليكون ما صرفه مرصداً له على رقبة المأجور، وبأن للمتولي محاسبته بتمام آجر المثل ومساقطه به من المبلغ الذي صرفه بعد ثبوت المرصد.

(١) التنقيح، من الوقف، الباب الثالث، قبيل آخر الباب بنحو نصف كراسة.

ثم استشكل في التنقيح بأن الإجارة فاسدة فيفسد ما في ضمنها من الإذن بالعمارة. ونقل عن جد المؤلف أن الإذن بالغراس باطل إذا فسدت الإجارة، وعلمه بأن الشيء إذا بطل بطل ما في ضمنه ثم قال: لكن في أوائل إجازات الفتاوى الخيرية ما يخالفه، مع أنه لا إشكال أصلاً، وما في الخيرية هو الموافق للمنقول، بل هو المعقول.

ومما يثبت ذلك أيضاً الفرع الأخير من الفروع التي خرجت عن القاعدة، فإن عقد الرهن ليس من مواجب عقد البيع ولا حكماً له، بل عقد آخر اقترن به، فلذا لم يبطل ببطلانه، وإنما صح الرهن مع أنه تبين أن لا دين، لأن الرهن يصح بالدين الموهوم كما هنا.

خاتمة

الشيء إذا ثبت ضمناً لشيء آخر فإنما يثبت بشروط المتضمن له لا بشروط نفسه، كما لو قال لامرأة: زوجيني نفسك كان توكيلاً - على أحد القولين - لكنه يقتصر على المجلس، لأن المتضمن (بفتح الميم) لا تعتبر شروطه بل شروط المتضمن (بالكسر)، والأمر طلب للنكاح فتشترط فيه شروط النكاح من اتحاد المجلس في ركنيه، لا شروط ما في ضمنه من الوكالة، حتى لو ثبت عقد البيع ضمناً، كما في أعتق عبدك عني بكذا لم يشترط فيه الإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب، ولا يشترط كونه مقدور التسليم (ر: رد المختار، أوائل كتاب النكاح، عن «المنح»، عند قول المتن: وينعقد بما وضع أحدهما له والآخر للاستقبال كما في زوجيني).

ونظير ذلك ما جاء في الدرر، من باب ثبوت النسب، من أن ما ثبت تبعاً لا تراعى فيه شرائط الأصل، وذلك كما لو أقر رجلان من الورثة، أو رجل وامرأتان، بآبن للميم ثبت النسب في حق غيرهم ولا تشترط له شروط الشهادة.

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

القاعدة الثانية والخمسون (المادة / ٥٣) «إذا بطل الأصل يصار إلى البديل»

أولاً - الشرح

«إذا بطل الأصل» بأن صار متعذراً «يصار إلى البديل». أما ما دام الأصل ممكناً فلا يصار إلى البديل، فيجب رد عين المغصوب إذا كان قائماً في يد الغاصب، لأنه تسليم عين الواجب، وهو الأصل على الراجح، لأنه رد صورة ومعنى وتسليم البديل رد معنى فقط، وهو مخلص وخلف عن الواجب، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل.

أما إذا تعذر رد الأصل، وهو رد عين المغصوب بأن كان هالكاً أو مستهلكاً، فيجب حينئذ رد بدله من مثل أو قيمة (ر: المادة / ٨٩١ / من المجلة).

وكذا لو عقد الإجارة على شهر، فإن وقع العقد في ابتداء الشهر اعتبر الهلال، إذ هو الأصل، وإن في أثناءه تعذر اعتبار الأصل وهو الهلال، فيصار إلى البديل وهو الأيام.

وكذا لو باع بالوكالة عن المالك، وكان للمشتري دين على الموكل ودين على الوكيل، تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل. فإذا لم يكن له دين على الموكل بل كان دينه على الوكيل فقط وقعت المقاصة به، ويضمن الوكيل للموكل، لأنه قضي دينه بماله (ر: رد المحتار، من الوكالة، قبيل باب الوكالة بالبيع والشراء، نقلاً عن العيني).

ثانياً - التطبيق

ومما يتفرع على هذه المادة أيضاً ما قدمناه تحت القاعدة الثانية: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني» من أن الغاصب إذا أعطى للمغضوب منه رهناً بعين المغضوب، ثم تلفت العين المغضوبة في يد الغاصب، فإن الرهن يكون حينئذ رهناً بيدها من مثل أوقيمة.

وأن المسلم إليه لو أعطى لرب السلم رهناً بعين المسلم فيه ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما، فإن الرهن يصير رهناً برأس مال السلم الذي قبضه المسلم إليه.

وكذا يجب تسليم عين بدل الإجارة إذا كان عرضاً، فإذا هلك العرض قبل تسليمه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (كما في الفصل / ٢٠ / من جامع الفصولين، صفحة / ٥٢).

ومما يتفرع عليها أيضاً ما كتب تحت المادة / ٧٦ /، عن «معين الحكام» من الباب السابع والثلاثين، من القضاء بدعوى الوقف والشهادة عليه، من أنه لو ادعى داراً فقال ذو اليد: إنه وقف على الفقراء وأنا متولٍ عليه، صح إقراره ويكون وقفاً. فلو أراد المدعي تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلف اتفاقاً، ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة فعلى قياس قول محمد يحلفه وإن نكل يأخذ منه القيمة، ويفتى بقول محمد.

وعلى هذا لو أقر بالدار لابنه الصغير (أي إنه يستحلف لأخذ قيمتها منه).

وكذلك لو ادعى على الورثة عيناً كان وقفها مورثهم في صحته فأقروا له ضمنوا قيمة العين من التركة، ولا يبطل الوقف بإقرارهم. ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ القيمة، أما لو أراد تحليفهم لأخذ الوقف، فلا يمين له عليهم^(١). انتهى ملخصاً.

(١) أقول: والوجه في هذا واضح، لأن الورثة إذا كان إقرارهم للمدعي بالملكية لا يكفي لأن يلغو الوقف ويأخذ المدعي العين الموقوفة، فإن نكولهم عن اليمين لا يكفي لأخذ =

فإن هذه المسائل صير فيها إلى البديل عند عدم إمكان الأصل .
 ومما يتفرع عليها أيضاً: ما لو كان رأس مال السلم قيماً كالحَيوان،
 فقبضه المسلم إليه فهلك في يده ثم تقايلاً، أو تقايلاً ثم هلك، صحت الإقالة،
 وعليه قيمته لرب السلم، (كما أفاده في الدرر، من أواخر السلم).

* * *

= الوقف بطريق الأولية، إذ النكول عن اليمين ليس أقوى من الإقرار. فلا بد للحكم
 بطلان الوقف من أن يثبت المدعي دعواه الملكية بالبيّنة، وفقاً للقاعدة في دعاوي
 الاستحقاق. (وكتبه مصطفى ابن المؤلف).

القاعدة الثالثة والخمسون (المادة / ٥٤) «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع»

أولاً - الشرح

«يغتفر» أي يتسامح ويتساهل «في التابع» أي ما اشتمل عليه غيره، سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل أولوازمه أو عقداً أو فسحاً متضمناً له (بفتح الميم) أو من حقوق عقد متعلق به، كما يتضح ذلك من الفروع الآتية على طريق النشر المرتب «ما لا يغتفر في المتبوع» أي يغتفر في التابع ما دام تابعاً ما لا يغتفر فيه إذا صار متبوعاً، أي أصلاً ومقصوداً.

ويقرب من هذا قولهم في القاعدة / ٤٨ : «التابع لا يفرد بالحكم». وقد تقدم الكلام عليها.

ثانياً - التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة: ما لو باع عقاراً يدخل غير ما كان في ملك خاص. أما ما كان في ملك خاص فلا بد من التنصيص عليه بخصوصه، أو على الحقوق والمرافق، كما تقدم في شرح المادة / ٤٧ / من الحقوق والمرافق تبعاً. ولو أورد العقد عليها قصداً لا يصح.

ومنه: ما لو وقف العقار ببقره وأكرته يصح. ويغتفر دخول البقر والأكارين تبعاً، لأنها من حوائج المتبوع ولوازمه، وعليه الفتوى. (ر: الدر المختار). ولو أراد الوقف عليها منفردة لا يصح إلا عند محمد رحمه الله تعالى إذا كان فيها تعامل.

ومنه: ما لو أعتق أحد الشريكين حصته من العبد المشترك، ثم اشترى حصة شريكه الساكت، فإنه لا يصح ولا يملك الساكت نقل ملكه إلى أحد. ولكن إذا أدى المعتق الضمان لشريكه الساكت ملكه واغتفر التمليك والتملك لأنه وجد ضمناً وتبعاً.

ومنه: ما لو زوجه فضولي امرأة، ثم أراد الفضولي فسخ النكاح فإنه لا يفسخ. ولكن لو وكل الرجل الفضولي أن يزوجه امرأة فزوجه إياها أو أختها انفسخ العقد الأول ضمناً.

ومنه: ما لو وكل المشتري البائع في قبض المبيع فقبضه لا يصح قبضه عنه، لأن الواحد لا يصلح مسلماً ومتسليماً، حتى لو هلك في يده، والحالة هذه، يهلك عليه لا على المشتري. أما لو أعطى للبائع جوالقاً ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع فقبل صح التوكيل في ضمن الأمر بالكيل والوضع في الجوالق تبعاً، وكان ذلك قبضاً من المشتري.

ومن حقوق العقد المتعلق بالمتبوع أيضاً الوكيل بقبض المبيع إذا رآه فأسقط خيار رؤية موكله قبل أن يقبضه أو بعدما قبضه لا يسقط. ولكن لو قبضه وهو يراه سقط خيار موكله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تبعاً لصحة القبض، خلافاً لها.

القاعدة الرابعة والخمسون (المادة / ٥٥) «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء»

أولاً - الشرح

«يغتفر» أي قد يتسامح ويتساهل «في البقاء» أي في خلال الأمر وأثناءه «ما لا يغتفر في الابتداء».

وذلك لأن البقاء أسهل من الابتداء، كما هونص المادة الآتية.

ولذلك كان الاستصحاب يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق، لأن الدفع: عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه. والاستحقاق: نزع وابتداء. ورفع الأول أسهل، فاكثفي فيه بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني، فإنه أهم فلا بدّ فيه من البينة. فقد قال أبو يوسف، رحمة الله تعالى عليه في كتاب الخراج: «لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف».

ثانياً - التطبيق

مما فرع على هذه القاعدة: ما لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة فإنه لا يصح. ولكن إذا وهب عيناً بتمامها ثم استحق جزء شائع منها، أوجع الواهب في جزء منها شائع لا تفسد الهبة في الباقي وإن كان شائعاً يقبل القسمة.

ومنه: ما لو آجر مشاعاً فإنه لا يصح، سواء كان يقبل القسمة أولاً. ولكن لو طرأ الشيوع بعد العقد بأن آجر عقاراً بتمامه ثم استحق جزء منه شائع، أو تفسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه، تبقى الإجارة في الباقي وإن كان شائعاً.

ومنه: أن الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بدون إذن موكله أو تفويضه. ولكن إذا باع فضولي عنه فبلغه فأجاز جاز مع أن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة. ولا يرد الوكيل بالشراء حيث لا تصح إجازته لشراء الفضولي، لأن الشراء لا يتوقف، فإنه إذا لم يجد نفاذاً على المعقود له نفذ على العاقد، وبعد نفاذه على العاقد، وهو هنا الفضولي، ملكه فلا ينتقل ملكه بإجازة الوكيل.

ومنه: ما لو اعترفت المرأة بالعدة، فإنها تمنع عن التزوج. أما لو تزوجت ثم ادعت العدة فإنها لا يلتفت إليها، ويكون القول قول الزوج.

ومنه: ما في البدائع من أنه لو طرأت العدة على المرأة بعد النكاح، كما لو وطئت بشبهة لا يبطل نكاحها. بخلاف ما لو عقد عليها وهي معتدة فإن النكاح لا يصح.

وكذلك ما لو أبق العبد بعد البيع، فإن البيع لا يفسد. بخلاف ما لو باعه وهو أبق فإن العقد حينئذٍ غير صحيح. انتهى موضحاً.

ومنه: ما لو شرى داراً بخيار له، فدام على السكنى فيها لا يبطل خياره. ولو ابتدأ السكنى فيها بطل خياره. (ر: معين الحكام، من الرابع والأربعين).

ومما يتفرع عليها أيضاً: أن البيع بالحصّة ابتداء لا يصح. أما بعد تمام العقد فإنه يصح.

ومنه: أنه لو عقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة، كالخصاد والدياس لا يصح. ولو عقد خالياً عن الأجل ثم أجّله بعد العقد إلى الخصاد أو الدياس يصح.

ومنه: أن الزوجة لا تملك حط المهر عن الزوج في ابتداء العقد. فلو عقدت معه النكاح على أن لا مهر لها لم يصح الحط ووجب مهر المثل. ولو حطت المهر عن الزوج بعد العقد صح حطها وبرىء الزوج عن المهر. (ر: الدرر، باب المهر).

ومنه: ما لو عقد المتبايعان البيع ابتداء بلا ثمن فسد البيع، ولو تعاقدوا

بثمن ثم حط البائع عن المشتري صح حطه ولا يفسد البيع (ر: الدر وحاشيته، باب التصرف بالمبيع والثلث).

تنبيه:

إنما أتينا بلفظ «قد» في تفسير لفظة «يغتفر» إشارة إلى أن هذه القاعدة ليست مطردة عامة، بل قد تتخلف كما في الرهن، فإنه يفسده الشيوخ الطارء كالمقارن، فلم يغتفروا فيه في البقاء كما اغتفروا في الهبة والإجارة.

تنبيه آخر:

مشى صدر الشريعة وابن كمال على أن الشيوخ بالاستحقاق شيوع طارئ، ونقله القهستاني أيضاً عن النهاية وغيرها، وعليه مثال المادة المذكورة. ومشى في جامع الفصولين والخانية وغيرها على أنه شيوع مقارن يفسد الهبة. فالظاهر أن في المسألة روايتين.

ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة مسائل اغتفر فيها في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء:

(أ) منها ما لو فوض طلاق امرأته لعاقل، فجن فطلق لم يقع. ولو فوض إليه مجنوناً فطلق وقع.

(ب) ومنها: ما لو وكل عاقلاً بالبيع، فجن جنوناً يعقل معه البيع والشراء، فباع، لم ينفذ. ولو وكله - وهو بهذه الحالة من الجنون - فباع نفذ (ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار، من باب تفويض الطلاق).

(ج) ومنها: ما لو ولي السلطان قاضياً عدلاً ففسق، انعزل - على قول - ولو ولاه فاسقاً صح.

(د) ومنها: ما لو أذن لعبده في التجارة، فأبق انحجر. ولو أذن له - وهو أبق - صح. (ر: الأشباه، من قاعدة «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»).

(هـ) ومنها: ما لو ارتد المسلم فإن وقفه الذي وقفه حال إسلامه يبطل .
وأما لو وقف المرتد عقاره ابتداءً في حال رده، فإن كان امرأة صح وقفها لأنها
لا تقتل بالردة. وإن كان رجلاً يتوقف وقفه، فإن عاد مسلماً صح، وإن قتل
أومات بطل (ر: الدر وحاشيته، من أوائل كتاب الوقف).

(و) ومنها ما نصوا عليه في الوقف من الدرر وغيرها: لو وقف على
ولده، وليس له ولد، وله ولد ولد، صرف إلى ولد ولده. ولو كان له ولد وقت
الوقف ثم مات يصرف إلى الفقراء لا إلى ولد الولد.

فقد اغتفر في هذا الفرع في الابتداء فصرف إلى ولد الولد عند عدم الولد
ما لم يغتفر في البقاء، إذ لم يصرف إلى ولد الولد عند موت الولد^(١).

* * *

(١) يجب أن يلحظ أن هذه القاعدة: «يغتفر في البقاء...» إنما يقصد بها أنه قد
يغتفر... الخ.

فالحالات التي لا تنطبق على القاعدة، أو لا تطبق القاعدة فيها كثيرة، ولا يصح تسميتها
استثناءً من القاعدة إلا تجوّزاً، لأن القاعدة غير مطردة. (مصطفى).

القاعدة الخامسة والخمسون (المادة / ٥٦)
 «البقاء أسهل من الابتداء»

هذه القاعدة هي أصل المادة السابقة.

وجميع ما قيل في تلك وما تفرع عليها يمكن أن يجري في هذه. فكان ينبغي تقديمها عليها ليكون ذكر تلك بعدها في قوة التفريع عليها. إلا أن يدعى أنها أخرجت عنها لتكون بمثابة التعليل لها، وهو حسن.



القاعدة السادسة والخمسون (المادة / ٥٧) «لا يتم التبرع إلا بالقبض»

الشرح، مع التطبيق

لا يتم التبرع إلا بالقبض، لقوله ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»، ولما روي عن السادات أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تتم الصدقة إلا بالقبض، ولأن عقد التبرع لو تم بدون قبض ثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد ضمان، وهو تغيير للمشروع.

ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهدية والصدقة (والفرق بين الصدقة والهبة أن الهبة يشترط لها أن لا تكون شائعة قابلة للقسمة. وفي الصدقة لا يشترط ذلك إذا كانت بين اثنين، كما لو تصدق على اثنين مشاعاً) والهبة بلا شرط عوض، وبين ما كان تبرعاً ابتداءً معاوضةً انتهاءً، كالهبة بشرط العوض والقرض والرهن، فإن القبض شرط لتمام جميعها.

فإذا وجد (أي القبض) مستوفياً شروط صحته، تمت (أي تلك العقود التبرعية) وإلا فلا.

وشروط صحته:

١ - أن يكون بإذن المالك صريحاً، نحو: اقبضه أو أذنت لك بالقبض، أو رضيت، وما شاكل ذلك. فيجوز قبضه ولو بعد الافتراق. أو دلالة، وذلك

أن يقبض العين في المجلس ولا ينهأ، إذا كانت العين لا تحتاج إلى الفصل عن غيرها. فلو تحتاج إلى الفصل عن غيرها، كالثمر على الشجر والصوف على الغنم والحلية على السيف والقفيز من الصبرة، ففصلها وقبضها بدون إذنه الصريح لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة المالك أو لا.

٢ - وأن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره، وإن كان شاغلاً يصح، كما لو وهب الحمل على الدابة، أو الحنطة في الجوالق ونحو ذلك. فلو وهب دابة عليها حمل، أو داراً فيها متاع الواهب وسلمها مع الشاغل لم يجز القبض، بخلاف متاع غير الواهب فإنه لا يمتنع صحة القبض.

٣ - وأن لا يكون المقبوض متصلًا بغيره اتصال الأجزاء، لأنه حينئذٍ في معنى المشاع. فلو وهب الزرع دون الأرض، أو الأرض دون الزرع، أو الثمر دون الشجر، أو الشجر دون الثمر، وسلمها جميعاً لم يجز القبض.

٤ - وأن يكون المقبوض محلاً للقبض. فلو وهب ما في بطن غنمه أو ضرعها، أو سمنًا في اللبن، أو حلاً في سمس، أو زيتاً في زيتون، أو دقيقاً في حنطة، لم يجز القبض، وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك.

٥ - وأن يكون القابض أهلاً للقبض. فلا يجوز قبض المجنون والصلغير الذي لا يعقل.

٦ - وأن يكون هناك ولاية لمن يقبض بطريق النيابة. فيقبض للصغير أبوه، أو وصيه، أو جده أبوابيه، أو وصي جده، سواء كان الصغير في عيالهم أو لا. ويجوز قبض غير هؤلاء مع وجود واحد منهم إن كان الصغير في عيال من يريد القبض، ولو زوجاً لصغيرة. ولا يجوز قبض من ليس الصغير في عياله ولو ذارحم محرم منه، على ما عليه الفتوى من قولين مصححين.

تنسيبه:

القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثل اللاحق أو أقوى منه. أما إذا كان دونه فلا. فينوب قبض الأمانة مثل الوديعة والعارية

عن قبض التبرع، لأنه مثله. وكذلك ينوب عنه قبض الغصب والبيع الفاسد والقبض على سوم الشراء لأنه أقوى، إذ هو قبض ضمان. ولا يحتاج في جميع ذلك إلى تجديد القبض، بل يصير قابضاً بمجرد العقد.

بخلاف ما لو باع الأمانة ممن هي عنده، فإنه لا ينوب قبض الأمانة عن قبض البيع، لأن قبض البيع قبض ضمان، وقبض الأمانة دونه، فلا ينوب عنه بل لا بدّ من تجديد القبض بأن يجلي بين نفسه وبين الأمانة المبيعة بعد العقد.

بقي ما لو كان مقبوضاً في يده بحكم الملك فباعه ممن هو تحت ولايته فإنه لا ينوب قبضه بحكم الملك عن قبضه بحكم التملك بعوض للموّلّي عليه، بل لا بدّ من التمكن من تجديد القبض عليه حقيقة، فقد قال صاحب جامع الفصولين: لو باع ماله من ولده الصغير لا يعتبر قابضاً لولده بمجرد العقد، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه حقيقة هلك على الأب (ر: جامع الفصولين، الفصل السابع والعشرين).

تنبيه آخر:

ذكر في آخر الفصل السابع عشر من جامع الفصولين أن القبض بطريق المساومة لا يكون قبضاً للمبيع، فللبائع أخذه من المشتري بعد البيع للثمن. فلو فارقه البائع قبل أن يطلب أخذه منه فهذا رضا منه بقبضه، فليس له أن يسترده.

ثم قال عقبة: وهذا يشكل على أصل مرّ أن ما هو مضمون بقيمته يقع فيه الشراء والقبض معاً، والمقبوض على سوم الشراء لو سمي ثمنه، فهو مضمون بقيمته، فينبغي أن يكون هذا كذلك، أي مقبوضاً بالقبض السابق. انتهى. وسكت عنه محشيه الرملي، ونقل إشكاله صاحب نور العين ولم يجب عنه أيضاً.

ويمكن أن يجاب عنه بأن القبض على سوم الشراء قبض مؤقت، بمعنى أنه صدر على وجه غير مراد فيه الدوام، بل مراد فيه حصول تمكن المساوم من التبصر في ملاءمة المقبوض له من عدمها، فهو مراد من الطرفين لقضاء هذه الحاجة فقط. وإنه سابق على ثبوت حق البائع في حبس المبيع بالثمن، فلا يمكن

أن يعتبر مسقطاً له، لأن الحق قبل ثبوته لا يحتمل الإسقاط. كيف والبيع إذا بين فيه الثمن وسكت فيه عن التأجيل يكون المعهود فيه دفع الثمن أولاً شرعاً وعرفاً، فهو قبض مقرون بما يدل بجاري العادة على التزام المشتري دفع الثمن معجلاً، فيثبت معه للبائع حق استرداد المبيع وحسبه إلى استيفاء الثمن. ولا تنافي بين كونه مضموناً على المشتري بالقبض السابق وبين ثبوت حق استرداده للبائع وحسبه بالثمن. كما لو قبضه بعد البيع بغير إذن البائع قبل أن يدفع الثمن.

بخلاف قبض الغاصب، فإنه وإن كان سابقاً على ثبوت حق البائع في حبس المبيع بالثمن، لكنه غير موقت وغير مراد منه قضاء مأرب خاص، وليس قبض استبدال كالقبض على سوم الشراء، بل قبض استبدال يراد منه الدوام والاستمرار غير مصحوب ولا مقرون بما يدل على التزام المشتري دفع الثمن معجلاً، بل هو مصحوب بما يدل على خلاف ذلك من حالة الغاصب. ثم إقدام المالك على بيعه له وهو في يده المتغلبة، ولا دليل يدل على التزامه تعجيل الثمن يجعل المالك راضياً في ضمن عقد البيع بسقوط حقه في استرداد المبيع منه وحسبه بالثمن، إذ السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان. هذا ما ظهر، والله سبحانه أعلم.

تنبيه آخر:

القبض قد يكون بالاستيلاء على الشيء فعلاً وحقيقة وهو ظاهر، وقد يكون بدون ذلك، وذلك بالتخلية وهي الإذن بالقبض، كقوله: خليت بينك وبينه، أو خذه، ونحو ذلك مما يفيد الإذن، بشرط أن لا يكون المأذون بقبضه بعيداً، فلو كان بعيداً وأذن له بقبضه ومضى زمن يمكنه الوصول إليه منه وقبضه صار قابضاً.

والمراد بغير البعيد ما يقدر على قبضه بلا كلفة، وهذا يختلف باختلاف العين المقبوضة، ففي نحو دار أو حنطة في بيت، فدفع المفتاح إذا كان يمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وكذلك قدرته على إغلاقه الدار يكون قبضاً بالتخلية.

وفي نحو دابة في سرج ومرعى أن تكون بحيث ترى ويشار إليها.
وفي نحو ثوب فكونه بحيث لو مَدَّ يده يصل إليه قبض، وإن كان يحتاج
إلى القيام ليصل إليه لا يكون قبضاً.
وفي نحو طير أو فرس في بيت فأذن له بقبضه، إن أمكنه أخذه بلا عون
كان قبضاً.

وكما يشترط أن لا يكون بعيداً يشترط أن لا يكون مانع يمنع القبض،
فقبض المشغول بغيره لا يصح كما قدمناه آنفاً. بخلاف تسليم الشاغل لغيره فإنه
يصح. فلوباع حنطة وسلمها في جوالق نفسه فإنه يصح، بخلاف مالوباع
حنطة في سنبها أو قطناً في فراش وسلمه كذلك فإنه لا يصح التسليم، كما
لوباع الجوالق وسلمه مملوءاً حنطة. (كما يعلم جميع ذلك من الكتاب الرابع من
بيوع المجلة، ومن بيوع الدر وحاشيته، قبيل خيار الشرط).

تنبيه آخر:

قد استثنوا من كون التخلية قبضاً مسائل لا تكفي فيها التخلية، بل لا بد
فيها من حقيقة القبض:

(أ) منها: الهبة الفاسدة، فإن التخلية لا تكون قبضاً فيها باتفاق
الروايات.

(ب) ومنها: ما لو قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بدون إذن بائعه ثم
طالبه برده إليه، فخلى بينه وبينه، لا تكون التخلية قبضاً حتى يسلمه بيده.
(ر: رد المحتار، قبيل خيار الشرط، نقلاً عن الخانية والبرازية).

(ج) ومنها: ما لو تلف المصوب فجاء الغاصب بقيمته ووضعها قدام
صاحبه لا يبرأ بهذه التخلية ما لم يوجد حقيقة القبض.

(د) ومنها كذلك: إيفاء الديون وتسليم قيمة المتلفات من ودائع
وغيرها، فإنه لا يكون بالتخلية، بل لا بد من وضعه في يده أو في حجره.
(ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين).

(هـ) ومنها: تسليم المبيع فاسداً، لا يكون بالتخلية على ما صححه العمادي، وصحح قاضيخان أن التخلية فيه قبض. (ر: الأشباه، كتاب البيوع).

وقد استشكل بعض أفاضل الدرس عدم جعل التخلية قبضاً في هذه الفروع بما جاء في المادة / ٨٩٣ / من المجلة من أن الغاصب لو وضع عين المغصوب قدام صاحبه بحيث يقدر على أخذه فإنه يكون قد رد المغصوب. انتهى. وقال: إن فاعل التخلية في الفروع المذكورة ليس بأسوأ حالاً من الغاصب وقد اكتفى من الغاصب بالتخلية كما ترى، فكان ينبغي أن يكتفى في هذه الفروع بالتخلية بالأولى.

وقد أجبته بأن إشكاله غير وارد، وذلك لأن الفروع المذكورة إنما لم تجز فيها التخلية لأن الأمر دائر فيها بين إدخال مال في ضمان الغير وبين إشغال ذمة الغير بدين، فالفرعان الأولان، وهما فرع التخلية في الهبة الفاسدة وفرع تخلية المشتري بين البائع وبين المبيع الذي قبضه بدون إذن قبل نقد الثمن، فهما إدخال المال في ضمان الغير، فإن الموهوب فاسداً إذا اعتبرناه مقبوضاً بالتخلية صار مضموناً على الموهوب له بقيمته، لأن الهبة الفاسدة تضمن بالقبض. (ر: الدر المختار، أوائل كتاب الهبة)، وكذلك المبيع إذا اعتبرناه مردوداً على البائع بالتخلية عاد مضموناً عليه بالثمن، والتخلية ليست بقبض حقيقة لأنها عبارة عن رفع الموانع، فهي قبض من وجه، وذمة الموهوب له والبائع فارغة عن الضمان من كل وجه، فلا يمكن أن نشغلها بالضمان بما هو قبض من وجه وهو التخلية.

وبقية الفروع المستثناة المذكورة، وهي فرع التخلية بين الدائن والدين، والتخلية بين قيمة المغصوب والمالك، وفي معناه التخلية بين قيمة المتلف والمالك، يكون فيها على تقدير اعتبار التخلية قبضاً إشغال ذمة الدائن والمالك بنظير ما في ذمته له من بدل الدين وقيمة المتلف، لأن المتلف يتعلق بدله في مثل أو قيمة في الذمة بعد التلف فتصير ديناً، والديون تقضى بأمثالها، بمعنى أنه يثبت للمدينون بالقضاء في ذمة الدائن دين نظير ما للدائن في ذمته، فيلتقيان قصاصاً

وتنقطع المطالبة بينهما لعدم الفائدة، إذ لو طالب أحدهما الآخر بما في ذمته لطالبه الآخر كذلك، حتى لو أبرأ الدائن المديون إبراء إسقاط رجوع المديون عليه بما كان دفعه له، لأنه بقي ديناً له عليه بلا مقابل له في ذمته. (ر: الدر المختار وحاشيته، باب التصرف في المبيع والثلث).

فحيث كان في الفروع المذكورة إشغال ذمة الدائن والمالك بنظير ما في ذمة الدافع ودمتها فارغة من كل وجه فلا يمكن بما هو قبض من وجه وهو التخلية، بخلاف رد الغاصب عين المغصوب، وهو فرع المادة / ٨٩٣ / المذكورة، فإنه ليس إلا عبارة عن إعدام جنايته بإزالة يده المبطله عنه إلى مالكه، وذلك يحصل بنقله إليه ورفع الموانع بالتخلية بينه وبينه، بحيث يقدر على أخذه بلا كلفة ما، وليس في ذلك إدخال شيء في ضمان الغير ولا إشغال ذمة الغير بدين، وعليه فلا إشكال، وهذا ما ظهر لي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

لكن يرد على ما في جامع الفصولين من أن إيفاء الديون لا يكون بالتخلية بل لا بد فيه من القبض بالفعل، ما جاء في باب اليمين بالضرب والقتل من «التنوير» و«البحر» نقلاً عن الفتاوى الظهيرية، أنه لو حلف ليقضين دينه اليوم فأعطاه فلم يقبل، إن وضعه بحيث تناله يده يبر. وهو مخالف لما في جامع الفصولين، فإما أن يكون في المسألة قولان، أو يكون ما في التنوير والبحر مبنياً على العرف لكونه من الأيمان، وهي تبني على العرف، وهذا أقرب فإنه إذا وضع له الدين بحيث لومد يده يناله يقال في العرف إنه قضاه إياه.

تنبيه آخر:

إذا انتقض التبرع بعد تمامه بالقبض يعود المال المتبرع به إلى المتبرع، ففي جامع الفصولين: لو تبرع الإنسان بقضاء دين غيره، ثم ظهر أن لا دين عليه، يعود إلى ملك المتبرع، وكذا لو تبرع بدفع مهر زوجة غيره ولو كان ابنه، ثم خرج كل المهر عن المهرية بردة الزوجة، أو خرج نصفه عن المهرية بطلاق قبل دخول الزوج بها، فإنه يرجع إلى ملك المتبرع. وكذا لو تبرع بثلث المبيع فانفسخ البيع رجع بالثلث. (ر: الفصل الرابع والثلاثين من جامع الفصولين).

وفي الدرر: لو تطوع إنسان بقضاء دين غيره، وكان بالدين رهن، ثم هلك الرهن في يد المرتهن، رد ما قبض للمتطوع. (ر: الدرر، قبيل كتاب الغصب - بالمعنى).

تنبيه آخر:

العرض على القبض لا يكون قبضاً، ولكن قد يوجب البراءة عن الضمان فيما يكون مضموناً، ففي جامع الفصولين: لوجاء بالمبيع فاسداً إلى بائعه فلم يقبله، فأعاده مشتريه إلى منزله، فهلك، لا يضمن. وكذا الغصب وهو الأصح. ولو وضعه المشتري بين يدي بائعه، أو الغاصب بين يدي مالكه، ولم يقبله فحملة إلى منزله ضمن، إذ الرد يتم بوضعه وإن لم يقبله، فإذا حملة إلى منزله صار غاصباً ثانياً. بخلاف ما إذا لم يضعه بين يديه إذا لم يتم رده. (ر: جامع الفصولين، الفصل الموفى الثلاثين، آخر صفحة / ٥١ ملخصاً). والظاهر أن هذا لا يجري فيما لا تكفي فيه التخلية كالمسائل المتقدمة (في التنبيه بعد عدد ٣) التي لا بد فيها من حقيقة القبض. (ر: ماسياتي تحت المادة / ٨١).

تنبيه آخر:

لوياع الأب لابنه الصغير داره، وهو ساكنها أو فيها متاعه أو جنته، أو طيلساناً وهو لابس، أو خاتماً وهو في أصبعه أو دابة وهو راكبها، لا يكون الابن قابضاً حتى يفرغ الأب الدار، ويخلع الخاتم والطيلسان والحية، وينزل عن الدابة. (ر: أحكام الصغار، من مسائل الوصايا، صفحة / ٣٨، ملخصاً).

تنبيه آخر:

الإذن دلالة بقبض التبرع، كأن يقبض الموهوب بحضرة الواهب ولا ينهيه، يكفي في قبض العين لا في قبض الدين. فلو وهب الدين لآخر فقبض الموهوب له من المديون الدين الموهوب بحضرة الواهب ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً إذا كان قبضه بدون إذنه الصريح، وإذا كان بإذنه الصريح جاز قبضه استحساناً، بخلاف العين. (ر: البدائع / ١٢٤/٦).

تنبيه آخر:

الظاهر أن نيابة قبض الأمانة عن قبض التبرع خاص بما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهبة والهدية والصدقة، أما ما كان تبرعاً ابتداءً معاوضةً انتهاءً، كالرهن والقرض، فالظاهر أنه لا ينوب فيه قبض الأمانة لأنه دونه.

ويستثنى مما تقدم: ما لو أجزر الراهن العين المرهونة من المرتهن فإنه لا بد من تجديد القبض، ولا ينوب قبض الرهن السابق عن قبض الإجارة، مع أنه قبض ضمان. (ر: رد المحتار، كتاب الرهن، من باب التصرف في الرهن والجناية عليه) وقد صرح في البدائع، في باب حكم الرهن، أن قبض الرهن من قبض الإجارة.

المستثنى

خرج عن القاعدة المذكورة: الوصية، فإنها تبرع وتتم بدون قبض.

ويستثنى من قولهم: «القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثله أو أقوى منه» ما في رد المحتار: ما لو غصب شيئاً ثم أعاره المالك من الغاصب أو أودعه إياه، فإن الغاصب لا يكون قابضاً بمجرد عقد الإعارة أو الوديعة إلا إذا وصل إليه بعد التخلية. (ر: رد المحتار، البيوع، من أواخر فصل ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل، عند قول المتن: ويسلم الثمن أولاً). ويستفاد من لسان الحكام أن الغاصب لا يبرأ بإعارة المالك له ما لم يستعمله. (ر: لسان الحكام، قبيل نوع في ضمان أحد الشريكين، نقلاً عن المحيط).

أما لو أجزره المالك من الغاصب، فقد ذكر في جامع الفصولين أنه يبرأ بنفس عقد الإجارة، ثم نقل عن المنتقى أن الغاصب لا يبرأ عن الضمان حتى يستعمله. (ر: جامع الفصولين، الفصل الثالث والثلاثين، في بحث ما يبرأ به الغاصب صفحة / ١٣٢).

ذكر في البدائع أن حق القبض عن الصغير في الهبة لأبيه، ثم لوصيه، ثم للجد، ثم لوصيه. وأنه لا يقبض غيرهم مع وجود أحدهم وإن كان

ذا رحم محرم وكان الصغير في عياله. (ر: البدائع ١٢٦/٦) وهذا مخالف لما كتبناه في شرح القاعدة. وما في البدائع صححه في الهداية والجوهرية، لكن نقل في الهندية عن فتاوى قاضيخان تصحيح ما كتبناه وعن الفتاوى الصغرى أن عليه الفتوى. (ر: تكملة رد المحتار / ٤٢٢) من الهبة.

وكذلك شرط في المحل المذكور من البدائع، عند ذكره صحة قبض زوج الصغيرة عنها أن يكون دخل بها. والظاهر أن مراده من الدخول بها أن تكون زفت إليه، لأنه علل صحة قبضه عنها بأنها حينئذ تكون في عياله، ولا يخفى أن كونها في عياله يحصل بالزفاف.

القاعدة السابعة والخمسون (المادة / ٥٨) «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»

أولاً - الشرح

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، أي: إن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شأؤوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه، دينية كانت أو دنيوية. فإن تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه، وإلأرد، لأن الراعي ناظر، وتصرفه حينئذٍ متردد بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شيء.

والمراد بالراعي: كل من ولي أمراً من أمور العامة، عاماً كان كالسلطان الأعظم، أو خاصاً كمن دونه من العمال، فإن نفاذ تصرفات كل منهم على العامة مترتب على وجود المنفعة في ضمنها، لأنه مأمور من قبل الشارع ﷺ أن يحوطهم بالنصح، ومتوعد من قبله على ترك ذلك بأعظم وعيد، ولفظ الحديث أو معناه: «من ولي من أمور هذه الأمة عملاً فلم يحطها بنصح لم يرح راتحة الجنة».

ثانياً - التطبيق

فلوعفا السلطان عن قاتل من لا ولي له لا يصح عفو ولا يسقط القصاص، لأن الحق للعامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم، وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً وإنما له القصاص أو الصلح.

وكذا عليه أن يسوي في العطاء. وإذا فاضل فإنه يفاضل على حسب الغناء - وهو النفع للدين والمسلمين - لا على حسب الهوى.

وكذلك ليس لمتولي الوقف ولا للقاضي إحداث وظيفة في الوقف بغير شرط الواقف وإن كان في الغلة فضلة. فلو قرر فراشاً مثلاً لم يشترطه الواقف لا يحل له الأخذ لإمكان استئجار فراش بلا تقرير.

وكذا لو آجر المتولي عقار الوقف بغبن فاحش لا يصح.

وكذا لو زوج القاضي الصغيرة من غير كفاء، أو قضى بخلاف شرط الواقف، أو أبرأ عن حق من حقوق العامة، أو أجل الدين على الغريم بدون رضا الدائن لم يجوز.

وكذا لو صالح الولي أو الوصي عن الصغير صلحاً مضراً به لا يصح، كما لو صالح الخصم قبل أن ينوي رد دعواه بالبينة، أو قبل الحوالة بدين الصغير على من ليس بأماً - أي أغنى - من المحيل لا يصح.

وكذا لو دفع للوصي بمال اليتيم ألفاً، ودفع آخر ألفاً ومائة، والأول أملاً، يبيع الوصي من الأول وكذا الإجارة يؤجر بثمانية للأملاً لا بعشرة لغيره. وكذا متولي الوقف. (ر: جامع الفصولين، الفصل / ٢٧).

ثالثاً - المستثنى

يستثنى من هذه القاعدة:

ما في جامع الفصولين من قوله: سلم مال الصغير قبل قبض ثمنه لا يسترده للثمن، بخلاف تسليم الصغيرة في باب النكاح. (ر: جامع الفصولين، الفصل السابع والعشرين، صفحة / ٢٨).

ويستثنى أيضاً ما في الدرر والدر وغيرهما، من باب الولي، من أن الأب أو الجلد إذا لم يكن سكران، ولم يكن معلوماً بسوء الاختيار ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفاء وبغبن فاحش.

القاعدة الثامنة والخمسون (المادة / ٥٩)
«الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»

أولاً - الشرح

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وامتلاكاً، أي تمكناً.

و «الولاية» - بالفتح - معناها لغة: النصره - وبالكسر - معناها لغة: السلطة والتمكن. واستعملت الثانية شرعاً في نفوذ التصرف على الغير شاء أو أبى.

وتكون عامة وخاصة:

أما العامة فتكون في الدين والدنيا والنفس والمال، وهي ولاية الإمام الأعظم ونوابه، فإنه يلي على الكافة تجهيز الجيوش، وسد الثغور، وجباية الأموال من حلها وصرفها في محلها، وتعيين القضاة والولاة، وإقامة الحج والجماعات، وإقامة الحدود والتعازير، وقمع البغاة والمفسدين، وحماية بيضة الدين، وفصل الخصومات وقطع المنازعات، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم، وتزويج الصغار والصغائر الذين لا ولي لهم وغير ذلك من صوالح الأمور.

وأما الخاصة فتكون أيضاً في النفس والمال معاً، وفي المال فقط:

أما الأولى فعل أربعة أضرب - أي أنواع - : قوية فيهما، وضعيفة فيهما، وقوية في أحدهما وضعيفة في الآخر.

أما القوية فيهما فولاية الأب ثم الجد أب الأب وإن علا، فإنها يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار، ومداواتهم بالكي وبطّ القرحة وغير ذلك، والتصرف في أموالهم على ما عرف في النكاح والوصايا بشرط حرية، وتكليف، واتحاد في الدين بالإسلام أو غيره، أي بأن يكون كل منهما مسلماً أو كل منهما غير مسلم، وغير الإسلام من الأديان بمنزلة دين واحد.

وأما الضعيفة فيهما فولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب، وكان هناك أقرب منه له. فإنه يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة، فإنه يملك تأديبه وإيجاره ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشترى له ما لا بدّ له منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فولاية غير الأب والجد من العصابات وذوي الأرحام، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمعتوه بالشرط السابق ما يملكه الأب والجد عند عدمهما، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح بالنسبة لغير الابن. وأما الابن فإنه لا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل لأن ولايته في النفس كولاية الأب والجد، بل هو مقدم عليهما، وإن كانت في المال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب.

ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لا بدّ للصغير منه، وقبض الهبة والصدقة له، وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثاً له من قبل موصيهم.

وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار، فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب.

وأما ولاية المال فقط فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة إلا لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه فيبيعه عليه ولو كان حاضراً إذا امتنع عن وفاء الدين.

ثانياً - التطبيق

مما يتفرع على القاعدة المذكورة أن القاضي لا يملك التصرف في الوقف مع وجود متولٍ عليه ولو من قبله، حتى لو تصرف بإيجار أو قبض أو صرف لا ينفذ. وكذلك لا يملك القاضي التصرف في مال الصغير مع وجود وصي الأب أو وصي الجد أو وصي نفس القاضي. أما مع وصي غير من ذكر كوصي الأم ومن شاكلها ممن كانت ولايته ضعيفة في المال من الأقارب فإنه يملك التصرف. وكذا لا يملك القاضي تزويج الصغار مع وجود الولي إلا بعد عضله.

ثالثاً - المستثنى

أخرج بعضهم عن القاعدة المذكورة ما نصوا عليه من أن الوصي لا يملك استيفاء القصاص إذا قتل مورث الصغير الذي تحت وصايته. مع أن القاضي يملك استيفاءه، فتكون الولاية العامة هنا أقوى من الولاية الخاصة. وفي الحقيقة لا استثناء، فإن ولاية استيفاء القصاص عن الصغير تابعة للولاية على نفسه، ولا ولاية على نفسه للوصي، وماله من الولاية المتقدمة ضعيفة ولا تزيد على ولاية الأجنبي إذا كان الصغير في حجره. ولكن ينبغي أن يستثنى من القاعدة ما ذكروا من أن المتولي لا يملك العزل والنصب لأرباب الجهات بدون أن يشترط الواقف ذلك له، ويملكه القاضي بدون شرط.

وكذلك يملك القاضي إقراض مال الصغير دون الأب والوصي.

وكذلك يملك القاضي الاستقراض للوقف واستبداله بشروطه وإيجاره مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعميره، ولا يملك المتولي ذلك.

تنبيه:

إن ما ذكر من أن القاضي لا يملك التصرف مع وجود وصي أو متولٍ ولو من قبله مقيد بغير مداخلته بالسبب العام، أما به فإنه يتداخل، فإنه يحاسب

الأوصياء والمتولين ويعزل الخائن منهم وإن شرط الموصي أو الواقف عدم مداخلته.

وكذلك ما ذكر من المستثنيات في التنبيه السابق، فإن ملكه لها بالسبب العام.

وكذلك يملك بالسبب المذكور إيجار عقار الوقف من المتولي أو ممن لا تقبل شهادته للمتولي ولو لم يكن هناك خيرية.

القاعدة التاسعة والخمسون (المادة / ٦٠) «إعمال الكلام أولى من إهماله»

أولاً - الشرح

إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله، لأن المهمل لغو، وكلام العاقل يسان عنه، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلاً فمجاز.

ثانياً - التطبيق

فلو أوصى أو وقف على أولاده تناول أولاده الصلبية فقط إن كانوا لأنه الحقيقة، وإلاً تناول أولادهم بطريق المجاز لأن إعمال الكلام أولى من إهماله.

وكذلك لو أوصى أو وقف على مواليه الأعلىين أو الأسفلين، فإن كان له موالٍ استحقوا، وإلاً فلموالي مواليه.

تنبيه:

الأصل في الكلام أن يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه، لأن الاستئناف تأسيس، وإفادة ما أفاده السابق تأكيد، والتأسيس أولى من التأكيد، وعليه فيراد بالإهمال في القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرّة وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكداً. فلو أقر بألف في صك ولم يبين سببها ثم أقر بألف كذلك

يطالب بالألفين. وكذا لو قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق طالق طالق، وقع ثلاثاً، ويدين^(١) في أنه نوى التأكيد.

* * *

(١) يدّين: بتشديد الياء الثانية، من (التدين) أي ترك الأمر إلى نيته في حكم الديانة في أنه أراد بالتكرار التأكيد لا التأسيس، أي تعدد الطلقات. وعندئذ يقع واحدة رجعية فقط، وله مراجعتها ديانة، أي فيما بينه وبين الله. أما في حكم القضاء الذي يبني على الظاهر فإنه إذا رفع الأمر إلى القاضي فإنه يقضي عليه بوقوع ثلاث طلقات والبنونة الكبرى، فيحمل التكرار على قصد التأسيس، عملاً بالظاهر، لأن الأصل في الكلام إعماله بإفادة فائدة جديدة، وهذا معنى التأسيس (مصطفى ابن المؤلف).