

٥٠٤/٢٠ /سئَلُ شيخُ الإسلام - قدسَ اللهُ رُوحَه - عما يقع في كلام كثير من الفقهاء، من قولهم: هذا خلاف القياس لما ثبت بالنص، أو قول الصحابة أو بعضهم، وربما كان حكماً مجمعاً عليه!

فمن ذلك قولهم: تطهير الماء إذا وقع فيه نجاسة خلاف القياس، بل وتطهير النجاسة على خلاف القياس، والتوضؤ من لحوم الإبل على خلاف القياس، والفطر بالحجامة على خلاف القياس، والسلم على خلاف القياس، والإجارة والحوالة، والكتابة والمضاربة، والمزارعة والمساقاة، والقرض، وصحة صوم المفطر ناسياً، والمضى في الحج الفاسد، كل ذلك على خلاف القياس، وغير ذلك من الأحكام، فهل هذا القول صواب أم لا؟ وهل يعارض القياس الصحيح النص أم لا؟

فأجاب:

الحمد لله رب العالمين، أصل هذا أن تعلم أن لفظ القياس لفظ مجمل، يدخل فيه القياس الصحيح والقياس الفاسد.

٥٠٥/٢٠ فالقياس الصحيح هو الذي وردت به الشريعة، وهو الجمع بين/المتماثلين والفرق بين المختلفين: الأول: قياس الطرد. والثاني: قياس العكس، وهو من العدل الذي بعث الله به رسوله.

فالقياس الصحيح مثل: أن تكون العلة التي علق بها الحكم في الأصل موجودة في الفرع من غير معارض في الفرع يمنع حكمها، ومثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه قط. وكذلك القياس بإلغاء الفارق، وهو ألا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع، فمثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه. وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأنواع بحكم يفارق به نظائره فلا بد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحكم، ويمنع مساواته لغيره، لكن الوصف الذي اختص به قد يظهر لبعض الناس وقد لا يظهر، وليس من شرط القياس الصحيح المعتدل أن يعلم صحته كل أحد، فمن رأى شيئاً من الشريعة مخالفاً للقياس، فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، ليس مخالفاً للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر.

وحيث علمنا أن النص جاء بخلاف قياس، علمنا قطعاً أنه قياس فاسد، بمعنى أن صورة

النص امتازت عن تلك الصور التي يظن أنها مثلها بوصف أوجب تخصيص الشارع لها بذلك الحكم، فليس في الشريعة ما يخالف قياساً صحيحاً، لكن فيها ما يخالف القياس الفاسد وإن كان من الناس من لا يعلم فساده.

/ونحن نبين أمثلة ذلك مما ذكر في السؤال، فالذين قالوا: المضاربة والمساواة والمزارعة على ٥٠٦/٢٠ خلاف القياس؛ ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة؛ لأنها عمل بعوض، والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، فلما رأوا العمل في هذه العقود غير معلوم والريح فيها غير معلوم قالوا: تخالف القياس، وهذا من غلطهم، فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات الخاصة التي يشترط فيها العلم بالعوضين، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضة، وإن قيل: إن فيها شوب المعاوضة.

وكذلك المقاسمة جنس غير جنس المعاوضة الخاصة وإن كان فيها شوب معاوضة، حتى ظن بعض الفقهاء أنها بيع يشترط فيها شروط البيع الخاص.

وإيضاح هذا: أن العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكون العمل مقصوداً معلوماً، مقدوراً على تسليمه، فهذه الإجارة اللازمة.

والثاني: أن يكون العمل مقصوداً لكنه مجهول أو غرر، فهذه الجعالة^(١) وهي عقد جائز ليس بلازم، فإذا قال: من رد عبدى الأبق فله مائة، فقد يقدر على رده وقد لا يقدر، وقد يرده من مكان قريب وقد/يرده من مكان بعيد، فلماذا لم تكن لازمة، لكن هي جائزة، ٥٠٧/٢٠ فإن عمل هذا العمل استحق الجعل، وإلا فلا، ويجوز أن يكون الجعل فيها إذا حصل بالعمل جزءاً شائعاً، ومجهولاً جهالة لا تمنع التسليم، مثل أن يقول أمير الغزو: من دل على حصن فله ثلث ما فيه، ويقول للسرية التي يسريها: لك خمس ما تغنمين أو ربه.

وقد تنازع العلماء في سلب القاتل: هل هو مستحق بالشرع كقول الشافعي، أو بالشرط كقول أبي حنيفة ومالك؟ على قولين، هما روايتان عن أحمد، فمن جعله مستحقاً بالشرط جعله من هذا الباب.

ومن هذا الباب إذا جعل للطبيب جعلاً على شفاء المريض جاز، كما أخذ أصحاب النبي ﷺ الذين جعل لهم قطيع على شفاء سيد الحي، فرقاه بعضهم حتى برأ، فأخذوا القطيع،

(١) الجعالة - بالكسر وبالضم -: ما جعله له على عمله، أو هو ما يجعل للغازي؛ وذلك إذا وجب على الإنسان غزواً فجعل مكانه رجلاً آخر بجعل يشترطه. انظر: لسان العرب، مادة «جعل».

فإن الجعل كان على الشفاء لا على القراءة. ولو استأجر طبيباً لإجارة لازمة على الشفاء لم يجز؛ لأن الشفاء غير مقدور له، فقد يشفيه الله وقد لا يشفيه، فهذا ونحوه مما تجوز فيه الجعالة دون الإجارة اللازمة.

وأما النوع الثالث: فهو ما لا يقصد فيه العمل، بل المقصود المال، وهو المضاربة، فإن رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كما للجاعل والمستأجر قصد في عمل العامل؛ ٥٠٨/٢٠ ولهذا لو عمل/ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء وإن سمي هذا جعالة بجزء مما يحصل بالعمل كان نزاعاً لفظياً، بل هذه مشاركة، هذا بنفع بدنه وهذا بنفع ماله، وما قسم الله من الربح كان بينهما على الإشاعة؛ ولهذا لا يجوز أن يخص أحدهما بربح مقدر؛ لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة.

وهذا هو الذى نهى عنه ﷺ من المزارعة، فإنهم كانوا يشرطون لرب المال زرع بقعة بعينها، وهو ما يثبت على الماذنات^(١) وأقبال الجداول ونحو ذلك، فهى النبى ﷺ عن ذلك؛ ولهذا قال الليث بن سعد وغيره: إن الذى نهى عنه ﷺ هو أمر إذا نظر فيه ذو البصر بالحلال والحرام علم أنه لا يجوز، أو كما قال. فبين أن النهى عن ذلك موجب القياس، فإن مثل هذا لو شرط فى المضاربة لم يجز؛ لأن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلاً، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان فى المغنم وفى المغرم، فإن حصل ربح اشتركا فى المغنم، وإن لم يحصل ربح اشتركا فى الحرمان، وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا؛ ولهذا كانت الوضعية على المال؛ لأن ذلك فى مقابلة ذهاب نفع العامل.

٥٠٩/٢٠ | ولهذا كان الصواب أنه يجب فى المضاربة الفاسدة ربح المثل لا أجره المثل، فيعطى العامل ما جرت به العادة أن يعطاه مثله من الربح، إما نصفه وإما ثلثه وإما ثلثاه، فأما أن يعطى شيئاً مقدراً مضموناً فى ذمة المالك كما يعطى فى الإجارة والجعالة فهذا غلط ممن قاله، وسبب الغلط ظنه أن هذا إجارة، فأعطاه فى فاسدها عوض المثل كما يعطيه فى المسمى الصحيح. ومما يبين غلط هذا القول أن العامل قد يعمل عشر سنين، فلو أعطى أجره المثل لأعطى أضعاف رأس المال، وهو فى الصحيحة لا يستحق إلا جزءاً من الربح إن كان هناك ربح، فكيف يستحق فى الفاسدة أضعاف ما يستحقه فى الصحيحة؟!

وكذلك الذين أبطلوا المزارعة والمساقاة ظنوا أنها إجارة بعوض مجهول فأبطلوها، وبعضهم صحح منها ما تدعو إليه الحاجة كالمساقاة على الشجر، لعدم إمكان إجارتها،

(١) سبق التعريف بها.

بخلاف الأرض فإنه تمكن إجارتها، وجوزوا من المزارعة ما يكون تبعاً للمساقاة، إما مطلقاً؛ وإما إذا كان البياض الثلث. وهذا كله بناء على أن مقتضى الدليل بطلان المزارعة، وإنما جوزت للحاجة.

ومن أعطى النظر حقه علم أن المزارعة أبعد عن الظلم والقمار من الإجارة بأجرة مسماة مضمونة في الذمة، فإن المستأجر إنما يقصد الانتفاع بالزرع النابت في الأرض، فإذا وجب عليه الأجرة ومقصوده من/الزرع قد يحصل وقد لا يحصل، كان في هذا حصول أحد ٥١٠/٢٠ المتعاضين على مقصوده دون الآخر. وأما المزارعة فإن حصل الزرع اشتركا فيه، وإن لم يحصل شيء اشتركا في الحرمان فلا يختص أحدهما بحصول مقصوده دون الآخر، فهذا أقرب إلى العدل وأبعد عن الظلم من الإجارة.

والأصل في العقود جميعها هو العدل، فإنه بعثت به الرسل وأنزلت الكتب، قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥]، والشارع نهى عن الربا؛ لما فيه من الظلم، وعن الميسر؛ لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا، وكلاهما أكل المال بالباطل، وما نهى عنه النبي ﷺ من المعاملات، كبيع الغرر، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع السنين، وبيع حبل الحبل^(١)، وبيع المزبنة والمحاكلة، ونحو ذلك، هي داخلة إما في الربا وإما في الميسر، فالإجارة بالأجرة المجهولة مثل أن يكره الدار بما يكسبه المكترى في حانوته من المال هو من الميسر، فهذا لا يجوز. وأما المضاربة والمساقاة والمزارعة فليس فيها شيء من الميسر، بل هو من أقوم العدل.

وهذا مما يبين لك أن المزارعة التي يكون فيها البذر من العامل/أحق بالجواز من المزارعة ٥١١/٢٠ التي يكون فيها من رب الأرض؛ ولهذا كان أصحاب رسول الله ﷺ يزارعون على هذا الوجه، وكذلك عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر وزرع على أن يعمروها من أموالهم^(٢).

والذين اشترطوا أن يكون البذر من رب الأرض قاسوا ذلك على المضاربة، فقالوا في المضاربة: المال من واحد والعمل من آخر، وكذلك ينبغي أن يكون في المزارعة، وجعلوا البذر من رب الأرض.

(١) حبل الحبل: الكرم، وقيل: الأصل من أصول الكرم. انظر: اللسان، مادة «حبل».

(٢) البخارى فى الحرث (٢٣٢٨) ومسلم فى المساقاة (١/١٥٥١، ٥).

وهذا القياس مع أنه مخالف للسنة ولأقوال الصحابة فهو من أفسد القياس؛ وذلك أن المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه ويقتسمان الربح، فهو نظير الأرض في المزارعة، وأما البذر الذي لا يعود نظيره إلى صاحبه بل يذهب كما يذهب نفع الأرض فلحاقه بالنفع الذاهب أولى من إلحاقه بالأصل الباقي، فالعاقد إذا أخرج البذر ذهب عمله وبذره، ورب الأرض ذهب نفع أرضه، وبذر هذا كأرض هذا، فمن جعل البذر كالمال كان ينبغي له أن يعيد مثل البذر إلى صاحبه كما قال مثل ذلك في المضاربة، فكيف ولو اشترط رب البذر نظير عود بذره إليه لم يجوزوا ذلك؟!!

٥١٢/٢٠ | وليس هذا موضع بسط هذه المسائل، وإنما الغرض التنبيه على جنس قول القائل: هذا يخالف القياس.

فصل

وأما «الحوالة» فمن قال: تخالف القياس قال: إنها بيع دينَ بدين وذلك لا يجوز، وهذا غلط من وجهين:

أحدهما: أن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ: هو المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي لم يقبض، وهذا كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة وكلاهما مآخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ. وأما بيع الدين بالدين فينقسم إلى بيع واجب بواجب كما ذكرناه، وينقسم إلى بيع ساقط بساقط، وساقط بواجب. وهذا فيه نزاع.

الوجه الثاني: أن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي له في ذمة المحيل؛ ولهذا ذكر النبي ﷺ الحوالة في معرض الوفاء فقال في الحديث الصحيح: «مَطْلُ الْغَنَى ظُلْمٌ، وَإِذَا اتَّبَعْتُمْ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(١). فأمر المدين بالوفاء ونهاه عن المظل، وبين أنه ظالم إذا مظل، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحبل على مليء، وهذا كقوله تعالى: ﴿فَأَنْبِئُوا بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءُوا إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، أمر

(١) البخارى فى الحوالة (٢٢٨٧) ومسلم فى المساقاة (١٥٦٤ / ٣٣) وأبو داود فى البيوع (٣٣٤٥) والترمذى فى البيوع (١٣٠٨) وقال: «حديث حسن صحيح»، والنسائى فى البيوع (٤٦٨٨) وابن ماجه فى الصدقات (٢٤٠٣) ومالك فى البيوع ٢ / ٦٧٤ (٨٤) والدارمى فى البيوع ٢ / ٢٦١، وأحمد ٢ / ٢٤٥، كلهم عن أبى هريرة.

المستحق أن يطالب بالمعروف، وأمر المدين أن يؤدي بإحسان.

وفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة، وقد ظن بعض الفقهاء أن الوفاء إنما يحصل باستيفاء الدين، بسبب أن الغريم إذا قبض الوفاء صار في ذمته للمدين مثله، يتقاص ما عليه بماله، وهذا تكلف أنكره جمهور الفقهاء، وقالوا: بل نفس المال الذي قبضه يحصل به الوفاء ولا حاجة أن نقدر في ذمة المستوفى ديناً، وأولئك قصدوا أن يكون وفاء الدين بدين، وهذا لا حاجة إليه، بل الدين من جنس المطلق الكلي والمعين من جنس المعين، فمن ثبت في ذمته دين مطلق كلي، فالمقصود منه هو الأعيان الموجودة، وأى معين استوفاه حصل به المقصود من ذلك الدين المطلق.

٥١٤/٢٠

فصل

ومن قال: القرض خلاف القياس قال: لأنه بيع ربوي بجنسه من غير قبض. وهذا غلط، فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية؛ ولهذا سماه النبي ﷺ منيحة، فقال: «أَوْ مَنِيحَةٌ ذَهَبٌ أَوْ مَنِيحَةٌ وَرِقٌّ»^(١)، وباب العارية أصله أن يعطيه أصل المال ليتنفع بما يستخلف منه ثم يعيده إليه، فتارة ينتفع بالمنافع كما في عارية العقار، وتارة يمنحه ماشية ليشرب لبنها ثم يعيدها، وتارة يعيره شجرة ليأكل ثمرها ثم يعيدها، فإن اللبن والتمر يستخلف شيئاً بعد شيء بمنزلة المنافع؛ ولهذا كان في الوقف مجرى المنافع، والقرض يقرضه ما يقرضه ليتنفع به ثم يعيد له بمثله، فإن إعادة المثل تقوم مقام إعادة العين؛ ولهذا نهى أن يشترط زيادة على المثل، كما لو شرط في العارية أن يرد مع الأصل غيره.

وليس هذا من باب البيع، فإن عاقلاً لا يبيع درهماً بمثله من كل وجه إلى أجل، ولا يباع الشيء بجنسه إلى أجل إلا مع اختلاف الصفة أو القدر، كما يباع نقد بنقد آخر وصحيح بمكسور ونحو ذلك، ولكن قد يكون في القرض منفعة للمقرض، كما في مسألة ٥١٥/٢٠ السفتجة^(٢)؛ ولهذا كرهها من كرهها، والصحيح أنها لا تكره؛ لأن المقرض ينتفع بها - أيضاً - ففيها منفعة لهما جميعاً إذا أقرضه.

(١) أحمد ٢٧٢/٤ عن النعمان بن بشير. والمنيحة: في الأصل الشاة أو الناقة يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها ثم يرددها إذا انقطع اللبن، ثم كثر استعماله حتى أطلق على كل عطاء. انظر: المصباح المنير، مادة «منح».

(٢) السفتجة: هي أن يعطى مالاً لآخر، وللآخر مال في بلد المعطي، فيؤقيه إياه ثم، فيستفيد أمن الطريق. انظر: القاموس المحيط، مادة «سفع».

فصل

وأما قول من يقول: إزالة النجاسة على خلاف القياس، والنكاح على خلاف القياس ونحو ذلك، فهو من أفسد الأقوال، وشبهتهم أنهم يقولون: الإنسان شريف والنكاح فيه ابتذال المرأة، وشرف الإنسان ينافي الابتذال. وهذا غلط؛ فإن النكاح من مصلحة شخص المرأة ونوع الإنسان، والقدر الذى فيه من كون الذكر يقوم على الأثني هو من الحكمة التى بها تتم مصلحة جنس الحيوان، فضلاً عن نوع الإنسان ومثل هذا الابتذال لا ينافي الإنسانية، كما لا ينافيها أن يتغوط الإنسان إذا احتاج إلى ذلك، وأن يأكل ويشرب، وإن كان الاستغناء عن ذلك أكمل، بل ما احتاج إليه الإنسان وحصلت له به مصلحته فإنه لا يجوز أن يمنع منه، والمرأة محتاجة إلى النكاح وهو من تمام مصلحتها، فكيف يقال: القياس يقتضى منعها أن تتزوج؟!

٥١٦/٢٠ وكذلك إزالة النجاسة، فإن شبهة من قال: إنها تخالف القياس أن الماء إذا لاقها نجس الماء، ثم إذا صب ماء آخر لاقى الأول، وهلم جرا. قالوا: فكان القياس أنه تنجس المياه المتلاحقة، والنجس لا يزيل النجس.

وهذا غلط، فإنه يقال: لم قلت: القياس يقتضى أن الماء إذا لاقى النجاسة نجس؟

فإن قلت: لأنه فى بعض الصور كذلك. قيل: الحكم فى الأصل ممنوع عند من يقول: الماء لا ينجس إلا بالتغير، ومن سلم الأصل قال: ليس جعل الإزالة مخالفة للقياس بأولى من جعل تنجس الماء مخالفاً للقياس، بأن يقال: القياس يقتضى أن الماء إذا لاقى نجاسة لا ينجس كما أنه إذا لاقها حال الإزالة لا ينجس، فهذا القياس أصح من ذلك؛ لأن النجاسة تزول بالماء بالنص والإجماع، وأما تنجس الماء بالملاقاة فمورد نزاع، فكيف يجعل مواقع النزاع حجة على مواقع الإجماع، والقياس أن يقاس موارد النزاع على مواقع الإجماع؟!

ثم يقال: الذى يقتضيه المعقول أن الماء إذا لم تغيره النجاسة لا ينجس، فإنه باق على أصل خلقه، وهو طيب داخل في قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وهذا هو القياس فى المائعات جميعها إذا وقعت فيها نجاسة فاستحالت

٥١٧/٢٠ حتى لم يظهر طعمها/ولا لونها ولا ريحها ألا تنجس، فقد تنازع الفقهاء: هل القياس يقتضى نجاسة الماء بملاقاة النجاسة إلا ما استثناه الدليل أو القياس يقتضى أنه لا ينجس إذا لم

يتغير؟ على قولين، والأول قول أهل العراق، والثاني قول أهل الحجاز.

وفتساءل الحديث منهم من يختار هذا، ومنهم من يختار هذا وهم أهل الحجاز، وهو الصواب الذي تدل عليه الأصول والنصوص والمعقول، فإن الله أباح الطيبات وحرم الخبائث، والطيب والخبث باعتبار صفات قائمة بالشيء، فما دام على حاله فهو طيب، فلا وجه لتحريمه؛ ولهذا لو وقعت قطرة خمر في جُبِّ لم يجلد شاربه.

والذين يسلمون أن القياس نجاسة الماء بالملاقاة فرقوا بين ملاقاته في الإزالة وبين غيرها بفروق.

منهم من قال: الماء ههنا وارد على النجاسة وهناك وردت النجاسة عليه، وهذا ضعيف؛ فإنه لو صبَّ ماء في جب نجس ينجس عندهم.

ومنهم من قال: الماء إذا كان في مورد التطهير لإزالة الخبث أو الحدث لم يثبت له حكم النجاسة ولا الاستعمال إلا إذا انفصل، وأما قبل الانفصال فلا يكون مستعملاً ولا نجساً. وهذا حكاية مذهب ليس فيه حجة.

ومنهم من قال: الماء في حال الإزالة جارٍ والماء الجارى لا ينجس إلا بالتغير. وهو ٥١٨/٢٠ مذهب أبي حنيفة ومالك، وهو أنص الروائين عن أحمد. وهو القول القديم للشافعي، ولكن إزالة النجاسة تارة تكون بالجران، وتارة تكون بدونه، كما لو صب الماء على الثوب في الطست.

فالصواب أن مقتضى القياس أن الماء لا ينجس إلا بالتغير، والنجاسة لا تزول به حتى يكون غير متغير، وأما في حال تغيره فهو نجس لكن تخفف به النجاسة، وأما الإزالة فإنما تحصل بالماء الذي ليس بتغير.

وهذا القياس في الماء هو القياس في المائعات كلها أنها لا تنجس إذا استحالت النجاسة فيها ولم يبق لها فيها أثر، فإنها حينئذ من الطيبات لا من الخبائث.

وهذا القياس هو القياس في قليل الماء وكثيره، وقليل المائع وكثيره، فإن قام دليل شرعي على نجاسة شيء من ذلك فلا نقول: إنه خلاف القياس، بل نقول: دل ذلك على أن النجاسة ما استحالت.

ولهذا كان أظهر الأقوال في المياه مذهب أهل المدينة والبصرة: أنه لا ينجس إلا بالتغير، وهو إحدى الروايات عن الإمام أحمد، نصرها طائفة من أصحابه كالإمام أبي الوفاء بن عقیل، وأبي محمد بن المنى.

٥١٩/٢٠ / وكذلك الماء المستعمل في طهارة الحدث باق على طهوريته، وقد صح عن النبي ﷺ أنه قال: «الماء لا ينجس»^(١). فلا يصير الماء جنباً ولا يتعدى إليه حكم الجنابة، ونهيه ﷺ عن البول في الماء الدائم أو الاغتسال فيه^(٢)، لا يدل على أنه يصير نجساً بذلك، بل قد نهى عنه لما يفضى إليه البول بعد البول من إفساده، أو لما يؤدي إلى الوسواس، كما نهى عن بول الرجل في مستحمة، وقال: «عامّة الوسواس منه»^(٣)، ونهيه عن الاغتسال قد جاء فيه أنه نهى عن الاغتسال فيه بعد البول، وهذا يشبه نهيه عن بول الإنسان في مستحمة.

وقد ثبت في الصحيح عنه ﷺ؛ أنه سئل عن فأرة وقعت في سمن فقال: «ألقوها وما حولها وكلوا سمنكم»^(٤)، والتفريق المروي فيه: «إن كان جامداً فألقوها وما حولها، وإن كان مائعاً فلا تقربوه»^(٥) غلط كما بينه البخاري والترمذي وغيرهما^(٦)، وهو من غلط معمر فيه، وابن عباس راويه^(٧) أفتى فيما إذا ماتت أن تلقى وما حولها ويؤكل، فقيل لهما: إنها قد دارت فيه، فقال: إنما ذلك لما كانت حية، فلما ماتت استقرت. رواه أحمد في مسائل ابنه صالح. وكذلك الزهري راوى الحديث أفتى في الجامد والمائع القليل والكثير، سمناً كان ٥٢٠/٢٠ أو زيتاً، أو غير ذلك، بأن تلقى وما قرب منها ويؤكل الباقي، واحتج بالحديث فكيف قد يكون روى فيه الفرق؟!!

وحديث القلتين إن صح عن النبي ﷺ يدل على ذلك - أيضاً - فإن قوله: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث»^(٨)، وفي اللفظ الآخر: «لم ينجسه شيء»^(٩) يدل على أن الموجب

(١) أحمد ١/٣٣٧، والبيهقي في الكبرى في الطهارة ١/١٨٨، والمعجم الكبير للطبراني (١١٧١٦)، كلهم عن ابن عباس، وشرح معاني الآثار ١/١١ عن أبي سعيد الخدري وقال أحمد شاكر (٣١٢٠): «إسناده صحيح».

(٢) البخاري في الوضوء (٢٣٩) ومسلم في الطهارة (٩٥/٢٨٢) والترمذي في الطهارة (٦٨) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» والنسائي في الطهارة (٥٨) وأحمد ٢/٢٥٩، ٢٦٥، كلهم عن أبي هريرة.

(٣) أبو داود في الطهارة (٢٧) والترمذي في الطهارة (٢١) وقال: «هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث أشعث بن عبد الله، ويقال: أشعث الأعمى» والنسائي في الطهارة (٣٦) وابن ماجه في الطهارة (٣٠٤) وأحمد ٥/٥٦، كلهم عن عبد الله بن المغفل.

(٤) البخاري في الوضوء (٢٣٥) وأبو داود في الأظعمة (٣٨٤١) والترمذي في الأظعمة (١٧٩٨) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» والنسائي في الفرع والعتيرة (٤٢٥٨) والدارمي في الوضوء ١/٨٨ وأحمد ٦/٣٢٩ كلهم عن ميمونة.

(٥) ابن حبان في الطهارة (١٣٨٩).

(٦) فتح الباري ٩/٦٦٨ والترمذي ٤/٢٢٦.

(٧) في المطبوعة: «رواه» والصواب ما أثبتناه.

(٨) أبو داود في الطهارة (٦٣) والترمذي في الطهارة (٦٧) وسكت عنه، والنسائي في الطهارة (٥٢) والدارمي في الوضوء ١/١٨٧ وأحمد ٢/١٢، ٣٨، كلهم عن عبد الله بن عمر.

(٩) أبو داود في الطهارة (٦٤) والترمذي في الطهارة (٦٧) وسكت عنه، والدارمي في الوضوء ١/١٨٧، كلهم عن عبد الله بن عمر.

لنجاسته كون الخبث فيه محمولاً، فمتى كان مستهلكاً فيه لم يكن محمولاً، فمنطوق الحديث وتعليقه لم يدل على ذلك.

وأما تخصيص القلتين بالذكر، فإنهم سألوه عن الماء يكون بأرض الفلاة، وما ينوبه من السباع والدواب، وذلك الماء الكثير في العادة، فبين ﷺ أن مثل ذلك لا يكون فيه خبث في العادة، بخلاف القليل فإنه قد يحمل الخبث وقد لا يحمله، فإن الكثرة تعين على إحالة الخبث إلى طبعه، والمفهوم لا يجب فيه العموم، فليس إذا كان القلتان لا تحمل الخبث يلزم أن ما دونها يلزمه مطلقاً، على أن التخصيص وقع جواباً لأناس سألوه عن مياه معينة، فقد يكون التخصيص لأن هذه كثيرة لا تحمل الخبث والقتان كثير، ولا يلزم ألا يكون الكثير إلا قلتين، وإلا فلو كان هذا حداً فاصلاً بين الحلال والحرام لذكره ابتداءً، ولأن الحدود الشرعية تكون معروفة كمناب الذهب والمعشرات ونحو ذلك، والماء الذي تقع فيه النجاسة لا يعلم كيله إلا خرساً، ولا يمكن كيله في العادة، فكيف يفصل بين الحلال والحرام بما يتعذر ٥٢١/٢٠ معرفته على غالب الناس في غالب الأوقات!؟

وقد أطلق في غير حديث قوله: «الماء طهور لا ينجسه شيء»^(١)، و«الماء لا يجنب»^(٢) ولم يقدره، مع أن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز. ومنطوق هذا الحديث يوافق تلك، ومفهومه إنما يدل عند من يقول بدلالة المفهوم إذا لم يكن هناك سبب يوجب التخصيص بالذكر لا الاختصاص بالحكم، وهذا لا يعلم هنا.

وحديث الأمر بإراقة الإناء من ولوغ الكلب^(٣)؛ لأن الآنية التي يلغ فيها الكلب في العادة صغيرة ولعابه لزج يبقى في الماء ويتصل بالإناء، فإراق الماء ويغسل الإناء من ريقه الذي لم يستحل بعد، بخلاف ما إذا ولغ في إناء كبير، وقد نقل حرب عن أحمد في كلب ولغ في جب كبير فيه زيت فأمره بأكله.

وبسط هذه المسائل له موضع آخر، وإنما المقصود التنبيه على مخالفة القياس وموافقته.

(١) سبق تخريجه ص ٤٤٦.

(٢) أبو داود في الطهارة (٦٨) والترمذي في الطهارة (٦٥) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» وابن ماجه في الطهارة (٣٧٠)، كلهم عن ابن عباس.

(٣) البخاري في الوضوء (١٧٢) ومسلم في الطهارة (٨٩/٢٧٩) وأبو داود في الطهارة (٧١) والترمذي في الطهارة (٩١) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» والنسائي في الطهارة (٦٦) وابن ماجه في الطهارة (٣٤٦) والدارمي في الوضوء ١٨٨/١ وأحمد ٢٤٥/٢، كلهم عن أبي هريرة.

فصل

وقول القائل: إن تطهير الماء على خلاف القياس هو بناء على هذا الأصل الفاسد، وإلا ٥٢٢/٢٠ فمن كان من أصله أن القياس أن الماء/لا ينجس إلا بالتغير فالقياس عنده تطهيره؛ فإن الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها، وإذا كانت العلة التغير فإذا زال التغير زالت النجاسة، كما أن العلة لما كانت في الخمر الشدة المطربة فإذا زالت طهرت، كيف والنجاسة في الماء واردة عليه كنجاسة الأرض؟ ولكن قد يقال: هذا مبني على «مسألة الاستحالة» وفيها نزاع مشهور؛ ففي مذهب مالك وأحمد قولان ومذهب أبي حنيفة وأهل الظاهر أنها تطهر بالاستحالة، ومذهب الشافعي لا تطهر بالاستحالة.

وقول القائل: إنها تطهر بالاستحالة أصح، فإن النجاسة إذا صارت ملحاً أو رماداً فقد تبدلت الحقيقة وتبدل الاسم والصفة، فالنصوص المتناولة لتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير لا تتناول الملح والرماد والتراب، لا لفظاً ولا معنى، والمعنى الذي لأجله كانت تلك الأعيان خبيثة معدوم في هذه الأعيان، فلا وجه للقول بأنها خبيثة نجسة. والذين فرقوا بين ذلك وبين الخمر قالوا: الخمر نجست بالاستحالة فطهرت بالاستحالة، فيقال لهم: وكذلك البول والدم والعذرة إنما نجست بالاستحالة فينبغي أن تطهر بالاستحالة.

فصل

وأما قول القائل: التوضؤ من لحوم الإبل على خلاف القياس، فهذا إنما قاله لأنها ٥٢٣/٢٠ لحم واللحم لا يتوضأ منه، وصاحب الشرع قد/فرق بين لحم الغنم ولحم الإبل، كما فرق بين معاطن هذه ومبارك هذه، فأمر بالصلاة في هذا ونهى عن الصلاة في هذا^(١)، فدعوى المدعى أن القياس التسوية بينهما من جنس قول الذين قالوا: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾[#] وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والفرق بينهما ثابت في نفس الأمر، كما فرق بين أصحاب الإبل وأصحاب الغنم فقال: «الفخر والحيلاء في الفدّادين أصحاب

(١) مسلم في الحيض (٩٧/٣٦٠) وأبو داود في الطهارة (١٨٤).

الإبل، والسكينة في أهل الغنم»^(١)، وروى في الإبل: «إنها جن خلقت من جن»^(٢)، وروى: «على ذروة كل بعير شيطان»^(٣)، فالإبل فيها قوة شيطانية، والغاذي شبيهه بالمغتذى.

ولهذا حرم كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير، لأنها دواب عادية، بالاغتذاء بها تجعل في خلق الإنسان من العدوان ما يضره في دينه، فنهى الله عن ذلك لأن المقصود أن يقوم الناس بالقسط، والإبل إذا أكل منها تبقى فيه قوة شيطانية.

وفي الحديث الذى فى السنن عن النبى ﷺ؛ أنه قال: «العَصَبُ من الشيطان، والشيطان خلُق من النار، وإنما تطفأ النارُ بالماء» قال النبى ﷺ: «فإذا غضب أحدكم فليتوضأ»^(٤)، فإذا توضأ العبد من لحوم الإبل كان فى ذلك من إطفاء القوة الشيطانية ما يزيل المفسدة، بخلاف من لم يتوضأ منها فإن الفساد حاصل معه؛ ولهذا يقال: إن الأعراب بأكلهم لحوم الإبل مع عدم/الوضوء منها صار فيهم من الحقد ما صار.

٥٢٤/٢٠

ولهذا أمر بالوضوء مما مست النار، وهو حديث صحيح^(٥). وقد ثبت فى أحاديث صحيحة أنه أكل مما مست النار ولم يتوضأ^(٦). فقيل: إن الأول منسوخ، لكن لم يثبت أن ذلك متقدم على هذا، بل رواه أبو هريرة وإسلامه متأخر عن تاريخ بعض تلك الأحاديث، كحديث السويق الذى كان بخبير^(٧)، فإنه كان قبل إسلام أبى هريرة، وقيل: بل الأمر بالتوضؤ مما مست النار استحباب كالأمر بالتوضؤ من الغضب، وهذا أظهر القولين، وهما

(١) البخارى فى بدء الخلق (١-٣٣٠) ومسلم فى الإيمان (٥٢/٨٥) والترمذى فى الفتن (٢٢٤٣) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» ومالك فى الاستئذان ٩٧٠/٢ (١٥) وأحمد ٢/٢٧٠، ٣١٩، كلهم عن أبى هريرة وقوله: الفُدادين: الفداد: الصيت الجافى الكلام المتكبر الذى يملك من الإبل من المائتين إلى الألف. انظر: القاموس المحيط، مادة «فدد».

(٢) سبق تخريجه ص ٤٤٨.

(٣) ابن خزيمة فى المناسك (٢٥٤٦) وكنز العمال (٢٤٩٩٦) وأحمد ٣/٤٩٤، كلهم عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمى بنحوه.

(٤) أبو داود فى الأدب (٤٧٨٤) وأحمد ٤/٢٢٦، كلاهما عن عطية وضعفه الألبانى.

(٥) مسلم فى الحيض (٣٥٣/٩٠) والترمذى فى الطهارة (٧٩) وسكت عنه وابن ماجه فى الطهارة (٤٨٥) والنسائى فى الوضوء (١٧٥)، كلهم عن أبى هريرة، وأحمد ٢/٥٢٩ عن ابن عباس.

(٦) مسلم فى الحيض (٣٥٤/٩١) وأبو داود فى الطهارة (١٨٧) والترمذى فى الطهارة (٨٠) وسكت عنه،

والنسائى فى الطهارة (١٨٥) وابن ماجه فى الطهارة (٤٨٨)، كلهم عن ابن عباس، ومالك فى الطهارة ٢٧/١

(٧) عن محمد بن المنكدر، وأحمد ٥/٢٨٨ عن عمرو بن أمية.

(٨) لم أقف عليه.

وجهان في مذهب أحمد، فإن النسخ لا يصار إليه إلا عند التناهي والتاريخ، وكلاهما منتف، بخلاف حمل الأمر على الاستحباب فإن له نظائر كثيرة.

وكذلك التوضؤ من مس الذكر ومس النساء هو من هذا الباب لما فيه من تحريك الشهوة، فالتوضؤ مما يحرك الشهوة كالتوضؤ من الغضب، وما مسته النار هو من هذا الباب، فإن الغضب من الشيطان والشيطان من النار، وأما لحم الإبل فقد قيل: التوضؤ منه مستحب، لكن تفريق النبي ﷺ بينه وبين لحم الغنم - مع أن ذلك مسته النار والوضوء منه مستحب - دليل على الاختصاص، وما فوق الاستحباب إلا الإيجاب، ولأن الشيطنة في الإبل لازمة وفيما مسته النار عارضة؛ ولهذا نهى عن الصلاة في أعطانها للزوم الشيطان لها، بخلاف الصلاة في مباركها في السفر فإنه جائز لأنه عارض، والحشوش/مختصرة فهي أولى بالنهي من أعطان الإبل.

وكذلك الحمام بيت الشيطان، وفي الوضوء من اللحوم الخبيثة عن أحمد روايتان، على أن الحكم مما عقل معناه فيعدي، أو ليس كذلك؟ والخبائث التي أبيحت للضرورة كلحوم السباع أبلغ في الشيطنة من لحوم الإبل، فالوضوء منها أولى.

وقد تنازع العلماء في الوضوء من النجاسة الخارجة من غير السيلين؛ كالفصاد، والحجامة^(١)، والجرح والقيء، والوضوء من مس النساء لشهوة وغير شهوة، والتوضؤ من مس الذكر، والتوضوء من القهقهة، فبعض الصحابة كان يتوضأ من مس الذكر كسعد وابن عمر، وكثير منهم لم يكن يتوضأ منه، والوضوء منه هل هو واجب أو مستحب؟ فيه عن مالك وأحمد روايتان، وإيجابه قول الشافعي، وعدم الإيجاب مذهب أبي حنيفة.

وكذلك مس النساء لشهوة إذا قيل باستحبابه، فهذا يتوجه، وأما وجوب ذلك فلا يقوم الدليل إلا على خلافه، ولا يقدر أحد قط أن ينقل عن النبي ﷺ أنه كان يأمر أصحابه بالوضوء من مس النساء ولا من النجاسات الخارجة؛ لعموم البلوى بذلك، وقوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [المائدة: ٦]، المراد به الجماع كما فسره بذلك ابن عباس وغيره/لوجوه متعددة، وقوله ﷺ للمستحاضة: «إنما ذلك عرق وليس بالحیضة» تعليل لعدم وجوب الغسل لا لوجوب الوضوء، فإن وجوب الوضوء لا يختص بدم العروق، بل كانت قد ظنت أن ذلك الدم هو دم الحيض الذي يوجب الغسل، فبين لها النبي ﷺ أن هذا ليس هو دم الحيض الذي يوجب الغسل، فإن ذلك يرشح من الرحم كالعرق، وإنما هذا دم عرق

(١) الحجامة: هي امتصاص الدم بالمحجم. انظر المعجم الوسيط، مادة «حجم».

(٢) البخاري في الحيض (٣٠٦) ومسلم في الحيض (٦٢/٣٣٣).

انفجر في الرحم ودماء العروق لا توجب الغسل، وهذه مسائل مبسطة في مواضع آخر.
والمقصود هنا التنبيه على فساد قول من يدعى التناقض في معاني الشريعة أو ألفاظها،
ويزعم أن الشارع يفرق بين المتماثلين، بل نبينا محمد ﷺ بعث بالهدى ودين الحق،
بالحكمة والعدل والرحمة، فلا يفرق بين شيئين في الحكم إلا لافتراق صفاتهما المناسبة
للفرق، ولا يسوى بين شيئين إلا لتمامتهما في الصفات المناسبة للتسوية.

والأظهر أنه لا يجب الوضوء من مس الذكّر ولا النساء، ولا خروج النجاسات من غير
السيلين، ولا القهقهة، ولا غسل الميت، فإنه ليس مع الموجبين دليل صحيح، بل الأدلة
الراجحة تدل على عدم الوجوب، لكن الاستحباب متوجه ظاهر، فيستحب أن يتوضأ من ٥٢٧/٢٠
مسّ النساء لشهوة، ويستحب أن يتوضأ من الحجامة والقيء ونحوهما، كما في السنن أن
النبي ﷺ قاء فتوضأ^(١)، والفعل إنما يدل على الاستحباب، ولم يثبت عنه أنه أمر بالوضوء
من الحجامة، ولا أمر أصحابه بالوضوء إذا جرحوا، مع كثرة الجراحات، والصحابة نقل
عنهم فعل الوضوء لا إيجابه.

وكذلك القهقهة في الصلاة ذنب، ويشرع لكل من أذنب أن يتوضأ، وفي استحباب
الوضوء من القهقهة وجهان في مذهب أحمد وغيره.

وأما الوضوء من الحدث الدائم لكل صلاة ففيه أحاديث متعددة عن النبي ﷺ قد صحح
بعضها غير واحد من العلماء، فقول الجمهور الذين يوجبون الوضوء لكل صلاة أظهر، وهو
مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد. والله أعلم.

فصل

وأما الحجامة، فإنما اعتقد أن الفطر منها مخالف للقياس من اعتقد أن الفطر مما خرج لا
عما دخل، وهؤلاء أشكل عليهم القىء والاحتلام ودم الحيض والنفاس.

وأما من تدبر أصول الشرع ومقاصده، فإنه رأى الشارع لما أمر بالصوم أمر فيه بالاعتدال ٥٢٨/٢٠
حتى كره الوصال، وأمر بتعجيل الفطر وتأخير السحور، وجعل أعدل الصيام وأفضله صيام
داود، وكان من العدل ألا يخرج من الإنسان ما هو قيام قوته، فالقيء يخرج الغذاء،
والاستمناء يخرج المنى، والحيض يخرج الدم، وبهذه الأمور قوام البدن، لكن فرق بين ما
يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن، فالاحتلام لا يمكن الاحتراز منه، وكذلك من ذرعه القىء،
وكذا دم الاستحاضة فإنه ليس له وقت معين، بخلاف دم الحيض فإنه له وقتاً معيناً،

(١) الترمذى في الطهارة (٨٧) وسكت عنه، وأحمد ٤٤٣/٦، كلاهما عن أبي الدرداء.

فالمحتجم أخرج دمه وكذلك المفتصد، بخلاف من خرج دمه بغير اختياره كالمجروح فإن هذا لا يمكن الاحتراز منه، فكانت الحجامة من جنس القيء والاستمناء والحيض، وكان خروج دم الجرح من جنس الاستحاضة والاحتلام وذرع القيء، فقد تناسبت الشريعة وتشابهت ولم تخرج عن القياس.

والأظهر أنه لا يفطر بالكحل ولا بالتقطير في الإحليل^(١)، ولا بابتلاع ما لا يغذى للخصاة، ولكن يفطر بالسَّعوط^(٢) لقوله: «وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً»^(٣).

فصل

٥٢٩/٢٠ | وأما قولهم: السَّلْمُ على خلاف القياس، فقولهم هذا من جنس ما رووا عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تبع ما ليس عندك» وأرخص في السَّلْمِ^(٤) وهذا لم يرو في الحديث وإنما هو من كلام بعض الفقهاء، وذلك أنهم قالوا: السَّلْمُ: بيع الإنسان ما ليس عنده، فيكون مخالفاً للقياس، ونهى النبي ﷺ حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده^(٥)، إما أن يراد به بيع عين معينة فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه، وفيه نظر. وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة، وهذا أشبه، فيكون قد ضمن له شيئاً لا يدري هل يحصل أو لا يحصل؟ وهذا في السَّلْمِ الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه، والمناسبة فيه ظاهرة.

فأما السَّلْمُ المؤجل فإنه دَيْنٌ من الديون، وهو كالاتياع بثمن مؤجل، فأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وكون العوض الآخر مؤجلاً في الذمة؟ وقد قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَانَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وقال ابن عباس: أشهد أن ٥٣٠/٢٠ السلف المضمون في الذمة حلال في كتاب الله وقرأ هذه الآية، فإباحة هذا على وفق القياس لا على خلافه.

(١) الإحليل: مخرج اللبن من الضرع والثدى، ومخرج البول أيضاً. انظر: مختار الصحاح، مادة «حلل».

(٢) السَّعُوطُ: بالفتح، والسَّعُوطُ: اسم الدواء يصب في الأنف انظر: لسان العرب، مادة «سعط».

(٣) أبو داود في الصيام (٢٣٦٦) والترمذي في الصيام (٧٧٨) وقال: «حديث حسن صحيح» والنسائي في الطهارة (٨٧)، كلهم عن لقيط بن صبرة.

(٤) أول الحديث رواه الترمذي في البيوع (١٢٣٢) وقال: «حسن»، وأبو داود في البيوع (٣٥٠٣) والنسائي في البيوع (٤٦١٣) وأحمد ٤٠٢/٢، ٤٣٤.

(٥) انظر التخریج السابق.

فصل

وأما الكتابة، فقال من قال: هي خلاف القياس؛ لكونه بيع ماله بماله. وليس كذلك، بل باعه نفسه بمال في الذمة، والسيد لا حق له في ذمة العبد وإنما حقه في بدنه، فإن السيد حقه مالية العبد في إنسانيته، فهو من حيث يؤمر وينهى إنسان مكلف، فيلزمه الإيمان والصلاة والصيام لأنه إنسان والذمة العهد، وإنما يطالب العبد بما في ذمته بعد عتقه، وحينئذ لا ملك للسيد عليه، فالكتابة: يبعه نفسه بمال في ذمته، ثم إذا اشترى نفسه كان كسبه له ونفعه له، وهو حادث على ملكه الذي استحقه بعقد الكتابة، لكن لا يعتق فيها إلا بالإذن؛ لأن السيد لم يرض بخروجه من ملكه إلا بأن يسلم له العوض، فمتى لم يحصل له العوض وعجز العبد عنه كان له الرجوع في المبيع، وهذا هو القياس في المعاوضات.

ولهذا يقول: إذا عجز المشتري عن الثمن لإفلاسه كان للبائع الرجوع في المبيع. فالعبد المكاتب مشتر لنفسه، فعجزه عن أداء العوض كعجز المشتري، وهذا القياس في جميع المعاوضات إذا عجز/المعاوض عما عليه من العوض كان للآخر الرجوع في عوضه، ويدخل ٥٣١/٢٠ في ذلك عجز الرجل عن الصداق، وعجز الزوج عن الوطاء، وطرده عجز الرجل عن العوض في الخلع^(١) والصلح عن القصاص.

فصل

وأما الإجارة، فالذين قالوا: هي على خلاف القياس قالوا: إنها بيع معدوم؛ لأن المنافع معدومة حين العقد وبيع المعدوم لا يجوز.

ثم أن القرآن جاء بإجارة الظئر^(٢) للرضاع في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فقال كثير من الفقهاء: إن إجارة الظئر للرضاع على خلاف قياس الإجارة، فإن الإجارة عقد على منافع وإجارة الظئر عقد على اللبن، واللبن من باب الأعيان لا من باب المنافع، ومن العجب أنه ليس في القرآن ذكر إجارة جائزة إلا هذه، وقالوا: هذه خلاف القياس، والشئ إنما يكون خلاف القياس إذا كان النص قد جاء في موضع بحكم

(١) الخلع: هو إزالة ملك النكاح بأخذ المال. انظر: التعريفات ص ١٣٥.

(٢) الظئر: العاطفة على غير ولدها، المرصعة له من الناس والإبل، الذكر والأنثى في ذلك سواء. انظر: لسان العرب، مادة «ظأر».

وجاء فى موضع يشابه ذلك بنقيضه، فيقال: هذا خلاف لقياس ذلك النص، وليس فى القرآن ذكر الإجارة الباطلة حتى يقال: القياس يقتضى بطلان هذه الإجارة، بل فيه ذكر جواز هذه الإجارة وليس فيه ذكر فساد إجارة تشبهها، بل ولا فى السنة بيان إجارة فاسدة ٥٣٢/٢٠ تشبه هذه، وإنما أصل قولهم/ظنهم أن الإجارة الشرعية إنما تكون على المنافع التى هى أعراض لا على أعيان هى أجسام، وسنين - إن شاء الله - كشف هذه الشبهة.

ولما اعتقد هؤلاء أن إجارة الظئر على خلاف القياس صار بعضهم يحتال لإجرائها على القياس الذى اعتقدوه، فقالوا: المعقود عليه فيها هو إقام الشدى أو وضعه فى الحجر، أو نحو ذلك من المنافع التى هى مقدمات الرضاع، ومعلوم أن هذه الأعمال إنما هى وسيلة إلى المقصود بعقد الإجارة، وإلا فهى بمجردا ليست مقصودة ولا معقوداً عليها، بل ولا قيمة لها أصلاً، وإنما هو كفتح الباب لمن اكترى داراً أو حانوتاً أو كصعود الدابة لمن اكترى دابة، ومقصود هذا هو السكنى ومقصود هذا هو الركوب، وإنما هذه الأعمال مقدمات ووسائل إلى المقصود بالعقد.

ثم هؤلاء الذين جعلوا إجارة الظئر على خلاف القياس طردوا ذلك فى مثل ماء البئر والعيون التى تنبع فى الأرض، فقالوا: أدخلت ضمناً وتبعاً فى العقد، حتى إن العقد إذا وقع على نفس الماء كالذى يعقد على عين تنبع ليسقى بها بستانه أو ليسوقها إلى مكانه ليشرب منها ويتنفع بمائها قالوا: المعقود عليه الأجراء فى الأرض، أو نحو ذلك مما يتكلفونه، ويخرجوا الماء المقصود بالعقود عن أن يكون معقوداً عليه.

٥٣٣/٢٠ /ونحن ننبه على هذين الأصلين: على قول من جعل الإجارة على خلاف القياس، وعلى قول من جعل إجارة الظئر ونحوها على خلاف القياس.

أما الأول، فنقول: قولهم: الإجارة بيع معدوم وبيع المعدوم على خلاف القياس مقدمتان مجملتان فيهما تلبس، فإن قولهم: الإجارة بيع إن أرادوا أنها البيع الخاص الذى يعقد على الأعيان، فهو باطل، وإن أرادوا البيع العام الذى هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة، فقولهم فى المقدمة الثانية: إن بيع المعدوم لا يجوز إنما يسلم - إن سلم - فى الأعيان لا فى المنافع. ولما كان لفظ البيع يحتمل هذا وهذا تنازع الفقهاء فى الإجارة: هل تنعقد بلفظ البيع؟ على وجهين.

والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت، فأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد، وهذا عام فى جميع العقود، فإن الشارع لم يحد فى ألفاظ العقود حداً بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية وغيرهما من الألسن العجمية فهى تنعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية؛ ولهذا

وقع الطلاق والعتاق بكل لفظ يدل عليه، وكذلك البيع وغيره.

وطرد هذا النكاح، فإن أصح قولى العلماء أنه ينعقد بكل لفظ/يدل عليه، لا يختص ٥٣٤/٢٠ بلفظ الإنكاح والتزويج، وهذا مذهب جمهور العلماء كأبى حنيفة ومالك، وهو أحد القولين فى مذهب أحمد، بل نصوصه لم تدل إلا على هذا الوجه، وأما الوجه الآخر من أنه إنما ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، فهو قول أبى عبد الله بن حامد وأتباعه، كالقاضى أبى يعلى ومتبعيه. وأما قدماء أصحاب أحمد وجمهورهم فلم يقولوا بهذا الوجه، وقد نص أحمد فى غير موضع على أنه إذا قال: أعتقت أمتى وجعلت عتقها صداقها انعقد النكاح، وليس هنا لفظ إنكاح وتزويج، ولهذا ذكر ابن عقيل وغيره أن هذا يدل على أنه لا يختص النكاح بلفظ.

وأما ابن حامد فطرد قوله وقال: لا بد أن يقول مع ذلك: وتزوجتها، والقاضى أبو يعلى جعل هذا خارجاً عن القياس، فجوز النكاح هنا بدون لفظ الإنكاح والتزويج. وأصول الإمام أحمد ونصوصه تخالف هذا، فإن من أصله أن العقود تنعقد بما يدل على مقصودها من قول أو فعل، فهو لا يرى اختصاصها بالصيغ. ومن أصله أن الكناية مع دلالة الحال كالصريح لا تفتقر إلى إظهار النية؛ ولهذا قال بذلك فى الطلاق والقذف وغير ذلك.

والذين قالوا: إن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج من أصحاب الشافعى قالوا: لأن ما سوى اللفظين كناية، والكناية لا يثبت/حكماها إلا بالنية، والنية باطن، ٥٣٥/٢٠ والنكاح مفتقر إلى شهادة، والشهادة إنما تقع على السمع، فهذا أصل أصحاب الشافعى الذين خصوا عقد النكاح باللفظين.

وابن حامد وأتباعه وافقوهم، لكن أصول أحمد ونصوصه تخالف هذا، فإن هذه المقدمات باطلة على أصله. أما قول القائل: ما سوى هذين كناية، وإنما يستقيم أن لو كانت ألفاظ الصريح والكناية ثابتة بعرف الشرع، كما يقوله الشافعى ومن وافقه من أصحاب أحمد كالخرقى والقاضى أبى يعلى وغيرهما: إن الصريح فى الطلاق هو الطلاق والفراق والسراح لمجئ القرآن بذلك.

فأما جمهور العلماء كأبى حنيفة ومالك وغيرهما، وجمهور أصحاب أحمد كأبى بكر وابن حامد وأبى الخطاب وغيرهم، فلا يوافقون على هذا الأصل، بل منهم من يقول: الصريح هو لفظ الطلاق فقط، كأبى حنيفة وابن حامد وأبى الخطاب وغيرهما من أصحاب أحمد وبعض أصحاب الشافعى، ومنهم من يقول: بل الصريح أعم من هذه الألفاظ كما يذكر عن مالك، وهو قول أبى بكر وغيره من أصحاب أحمد، والجمهور يقولون: كلا المقدمتين المذكورتين أن صريح الطلاق تليه مقدمة باطلة.

٥٣٦/٢٠ أما قولهم: إن هذه الألفاظ صريحة في خطاب الشارع فليس/كذلك، بل لفظ السراح

والفراق في القرآن مستعمل في غير الطلاق قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ
الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدْوٍ نَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ
وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، فأمر بتسريحهن بعد الطلاق قبل الدخول،
وهو طلاق بائن لا رجعة فيه، وليس التسريح هنا تطليقاً باتفاق المسلمين، وقال تعالى:
﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلَهُنَّ فَأُنكِهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وفي الآية الأخرى: ﴿أَوْ
فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، فلفظ الفراق والسراح ليس المراد به هنا الطلاق، فأما
المطلقة الرجعية فهو مخير بين ارتجاعها وبين تخلية سبيلها، لا يحتاج إلى طلاق ثان.

وأما المقدمة الثانية، فلا يلزم من كون اللفظ صريحاً في خطاب الشارع أن يكون صريحاً
في خطاب كل من يتكلم. وبسط هذا له موضع آخر. والمقصود هنا أن قول القائل:
إن الإجارة نوع من البيع، إن أراد به البيع الخاص - وهو الذى يفهم من لفظ البيع عند
الإطلاق - فليس كذلك، فإن ذلك إنما ينعقد على أعيان معينة أو مضمونة فى الذمة، وإن
أراد به أنها نوع من المعاوضة العامة التى تتناول العقد على الأعيان والمنافع، فهذا صحيح،
لكن قوله: إن المعاوضة العامة لا تكون على معدوم دعوى مجردة، بل دعوى كاذبة، فإن
٥٣٧/٢٠ الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم. وإن قاس بيع المنافع/على بيع الأعيان فقال: كما
أن بيع الأعيان لا يكون إلا على موجود فكذلك بيع المنافع - وهذه حقيقة كلامه - فهذا
القياس فى غاية الفساد، فإن من شرط القياس أن يمكن إثبات حكم الأصل فى الفرع وهو
هنا متعذر؛ لأن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها فى حال وجودها فلا يتصور أن تباع المنافع
فى حال وجودها كما تباع الأعيان فى حال وجودها.

والشارع أمر الإنسان أن يؤخر العقد على الأعيان التى لم تخلق إلى أن تخلق فنهى عن
بيع السنين^(١)، وبيع جبل الحبلبة^(٢)، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه^(٣)؛ وعن بيع الحب حتى

(١) مسلم فى البيوع (١٠١/١٥٣٦) وأبو داود فى البيوع (٣٣٧٤) والنسائى فى البيوع (٤٦٢٧) وأحمد
٣/٣٠٩، كلهم عن جابر بن عبد الله.

(٢) البخارى فى البيوع (٦١) ومسلم فى البيوع (٥/١٥١٤) وأبو داود فى البيوع (٣٣٨٠) والترمذى فى البيوع
(١٢٢٩) وقال: «حديث حسن صحيح» والنسائى فى البيوع (٤٦٢٤، ٤٦٢٥) وابن ماجه فى التجارات
(٢١٩٧) ومالك فى البيوع ٦٥٣/٢ (٢٦) وأحمد ١/٥٦، كلهم عن عبد الله بن عمر.

(٣) البخارى فى البيوع (٢١٩٤) وأبو داود فى البيوع (٣٣٦٧) والنسائى فى البيوع (٤٥٢٠) وأحمد ٢/٣٧ كلهم
عن عبد الله بن عمر.

يشد^(١)، ونهى عن بيع المضامين والملاقيح^(٢)، وعن المجر^(٣) وهو الحمل^(٤)؛ وهذا كله نهى عن بيع حيوان قبل أن يخلق، وعن بيع حب وثمر قبل أن يخلق، وأمر بتأخير بيعه إلى أن يخلق^(٥).

وهذا التفصيل وهو منع بيعه في الحال وإجارته في حال يمتنع مثله في المنافع، فإنه لا يمكن أن تباع إلا هكذا، فما بقى حكم الأصل مساوياً لحكم الفرع إلا أن يقال: فأنا أقيسه على بيع الأعيان المدومة، فيقال له: هنا شيان: أحدهما: يمكن بيعه في حال وجوده وحال عدمه فهى الشارع عن بيعه إلا إذا وجد. والشئ الآخر: لا يمكن بيعه إلا في حال عدمه، فالشارع لما نهى عن بيع ذلك حال عدمه فلا بد إذا قست عليه أن تكون العلة الموجبة ٥٣٨/٢٠ للحكم في الأصل ثابتة في الفرع. فلم قلت: إن العلة في الأصل مجرد كونه معدوماً، ولم لا يجوز أن يكون بيعه في حال عدمه مع إمكان تأخير بيعه إلى حال وجوده؟!!

وعلى هذا التقدير فالعلة مقيدة بعدم خاص، وهو معدوم يمكن بيعه بعد وجوده، وأنت إن لم تبين أن العلة في الأصل القدر المشترك كان قياسك فاسداً، وهذا سؤال المطالبة، وهو كاف في وقف قياسك.

لكن نبين فساده فنقول: ما ذكرناه علة مطردة وما ذكرته علة منتقضة، فإنك إذا عللت المنع بمجرد العدم انتقضت علتك ببعض الأعيان والمنافع، وإذا عللته بعدم ما يمكن تأخير بيعه إلى حال وجوده، أو بعدم هو غرر اطردت العلة. وأيضاً، فالمناسبة تشهد لهذه العلة، فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان بيعه حال العدم فيه مخاطرة وقمار، وبها علل النبي ﷺ المنع حيث قال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟!»^(٦)، بخلاف ما ليس له إلا حال واحدة والغالب فيه السلامة، فإن هذا ليس مخاطرة، فالحاجة داعية إليه.

ومن أصول الشرع أنه إذا تعارض المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما، فهو إنما نهى عن بيع

(١) أبو داود في البيوع (٣٣٧١) والترمذى في البيوع (١٢٢٨) وقال: «هذا حديث حسن غريب» وابن ماجه في التجارات (٢٢١٧) وأحمد ٢٢١/٣، ٢٥٠، كلهم عن أنس بن مالك.

(٢) مالك في البيوع ٦٥٤/٢ (٦٣) عن سعيد بن المسيب.

(٣) المجر: هو ما في البطون. انظر: النهاية في غريب الحديث ٢٩٨/٤.

(٤) البيهقي في الكبرى في البيوع ٣٤١/٥ عن ابن عمر.

(٥) سبق تخريجه ص ٤٥٦.

(٦) البخارى في البيوع (٢١٩٨) ومسلم في المساقاة (١٥/١٥٥٥) والنسائي في البيوع (٤٥٢٦) ومالك في البيوع

٦١٨/٢ (١١)، كلهم عن أنس بن مالك.

٥٣٩/٢٠ الغرر لما فيه من المخاطرة التي تضر بأحدهما، وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ذلك فلا يمنعهم من الضرر اليسير بوقوعهم في الضرر الكثير، بل يدفع أعظم الضررين باحتمال أدناهما؛ ولهذا لما نهاهم عن المزانة^(١) لما فيها من نوع ربا أو مخاطرة فيها ضرر أباحها لهم في العرايا للحاجة؛ لأن ضرر المنع من ذلك أشد. وكذلك لما حرم عليهم الميتة لما فيها من خبث التغذية أباحها لهم عند الضرورة؛ لأن ضرر الموت أشد ونظائره كثيرة.

فإن قيل: فهذا كله على خلاف القياس؟

قيل: قد قدمنا أن الفرع اختص بوصف أوجب الفرق بينه وبين الأصل، فكل فرق صحيح على خلاف القياس الفاسد. وإن أريد بذلك أن الأصل والفرع استويا في المقتضى والمانع واختلف حكمهما، فهذا باطل قطعاً.

ففي الجملة، السئء إذا شابه غيره في وصف وفارقه في وصف؛ كان اختلافهما في الحكم باعتبار الفارق مخالفاً لاستوائهما باعتبار الجامع، لكن هذا هو القياس الصحيح طرداً وعكساً. وهو التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين، وأما التسوية بينهما في الحكم مع افتراقهما فيما يوجب الحكم ويمنعه، فهذا قياس فاسد.

٥٤٠/٢٠ والشرع دائماً يبطل القياس الفاسد، كقياس إبليس، وقياس المشركين الذين قالوا: ﴿إِنَّمَا أَلْبَسُوا بِسُنَّةِ اللَّهِ وَالرَّبِّ إِثْمًا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والذين قاسوا الميت على المذكى وقالوا: أتناكلون ما قتلتم ولا تأكلون ما قتل الله؟ فجعلوا العلة في الأصل كونه قتل آدمي، وقياس الذين قاسوا المسيح على أصنامهم فقالوا: لما كانت آلهتنا تدخل النار لأنها عبدت من دون الله، فكذلك ينبغي أن يدخل المسيح النار، قال الله - تعالى - : ﴿وَلَمَّا ضُرِبَ ابْنُ مَرْيَمَ مَثَلًا إِذَا قَوْمُكَ مِنْهُ يَصِدُّونَ . وَقَالُوا آلَهُتُنَا خَيْرٌ أَمْ هُوَ مَا ضَرَبُوهُ لَكَ إِلاَّ جَدَلًا بَلْ هُمْ قَوْمٌ خَصِمُونَ﴾ [الزخرف: ٥٧، ٥٨]. وهذا كان وجه مخاصمة ابن الزبيري لما أنزل الله: ﴿إِنَّكُمْ وَمَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ حَصَبُ جَهَنَّمَ أَنتُمْ لَهَا وَرِدُّونَ . لَوْ كَانَ هَؤُلَاءَ آلِهَةً مَا وَرَدُّوهُمَا وَكُلٌّ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [الأنبياء: ٩٨، ٩٩]، فإن الخطاب للمشركين لا لأهل الكتاب. والمشركون لم يعبدوا المسيح وإنما كانوا يعبدون الأصنام، والمراد بقوله: ﴿وَمَا تَعْبُدُونَ﴾ الأصنام، فالآية لم تتناول المسيح لا لفظاً ولا معنى.

وقول من قال: إن الآية عامة تتناول المسيح ولكن آخر بيان تخصيصها غلط منه، ولو

(١) سبق التعريف بها.

كان ذلك صحيحًا لكانت حجة المشركين متوجهة، فإن من خاطب بلفظ العام يتناول حقًا وباطلاً لم يبين مراده توجه الاعتراض عليه، وقد قال تعالى: ﴿وَلَمَّا ضُرِبَ ابْنُ مَرْيَمَ مَثَلًا﴾ أي: هم ضربوه مثلاً، كما قال: ﴿مَا ضَرَبُوهُ لَكَ إِلَّا جَدَلًا﴾ أي: جعلوه مثلاً لآلهتهم، ففاسدوا الآلهة عليه وأوردوه مورد المعارضة،/فقالوا: إذا دخلت آلهتنا النار لكونها معبودة ٥٤١/٢٠ فهذا المعنى موجود في المسيح فيجب أن يدخل النار، وهو لا يدخل النار فهي لا تدخل النار، وهذا قياس فاسد لظنهم أن العلة مجرد كونه معبوداً، وليس كذلك، بل العلة أنه معبود ليس مستحقاً للثواب، أو معبود لا ظلم في إدخاله النار.

فالمسيح والعزير والملائكة وغيرهم ممن عُبد من دون الله وهو من عباد الله الصالحين وهو مستحق لكرامة الله بوعده الله وعدله وحكمته فلا يعذب بذنب غيره، فإنه لا تزر وازرة وزر أخرى . والمقصود بإلقاء الأصنام في النار إهانة عابديها، وأولياء الله لهم الكرامة دون الإهانة، فهذا الفارق بين فساد تعليق الحكم بذلك الجامع . والأقيسة الفاسدة من هذا الجنس .

فمن قال: إن الشريعة تأتي بخلاف مثل هذا القياس فقد أصاب، وهذا من كمال الشريعة واشتمالها على العدل والحكمة التي بعث الله بها رسوله .

ومن لم يخالف مثل هذه الأقيسة الفاسدة بل سوى بين الشيثيين باشتراكهما في أمر من الأمور، لزمه أن يسوى بين كل موجودين لاشتراكهما في مسمى الوجود، فيسوى بين رب العالمين وبين بعض/المخلوقين، فيكون من الذين هم بربهم يعدلون ويشركون، فإن هذا من ٥٤٢/٢٠ أعظم القياس الفاسد، وهؤلاء يقولون: ﴿تَاللَّهِ إِنْ كُنَّا لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ﴾ . إذ تُسَوِّكُم بِرَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿ [الشعراء: ٩٧، ٩٨]؛ ولهذا قال طائفة من السلف: أول من قاس إبليس، وما عبدت الشمس والقمر إلا بالمقاييس، أي: بمثل هذه المقاييس التي يشتبه فيها الشيء بما يفارقه، كأقيسة المشركين .

ومن كان له معرفة بكلام الناس في العقليات رأى عامة ضلال من ضل من الفلاسفة والمتكلمين بمثل هذه الأقيسة الفاسدة، التي يسوى فيها بين الشيثيين لاشتراكهما في بعض الأمور، مع أن بينهما من الفرق ما يوجب أعظم المخالفة، واعتبر هذا بكلامهم في وجود الرب ووجود المخلوقات، فإن فيه من الاضطراب ما قد بسطناه في غير هذا الموضع .

وهذا الذي ذكرناه في الإجارة بناء على تسليم قولهم: إن بيع الأعيان المعدومة لا يجوز . وهذه المقدمة الثانية والكلام عليها من وجهين:

أحدهما: أن نقول: لا نسلم صحة هذه المقدمة، فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله، ٥٤٣/٢ بل ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم/لا يجوز، لا لفظ عام ولا معنى عام، وإنما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ؛ أنه نهى عن بيع الغرر^(١). والغرر: ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً، كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل، هو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشتري.

وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهى عن بيعه لكونه غرراً لا لكونه معدوماً، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل وقد لا يحمل، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه، فهذا من القمار، وهو من الميسر الذي نهى الله عنه. ومثل هذا إذا أكره دواب لا يقدر على تسليمها، أو عقاراً لا يمكنه تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل، فإنه إجارة غرر.

٥٤٤/٢٠ | الوجه الثاني: أن نقول: بل الشارع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه ثبت عنه من غير وجه أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه^(٢)، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد، وهذا من أصح الحديث، وهو في الصحيح عن غير واحد من الصحابة^(٣)، فقد فرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره، فأحل أحدهما وحرم الآخر. ومعلوم أنه قبل ظهور الصلاح لو اشتراه بشرط القطع كما يشتري الحِضْرَم^(٤) ليقطع حصرما جاز بالاتفاق، وإنما نهى عنه إذا بيع على أنه باق، فيدل ذلك على أنه جوزه بعد ظهور الصلاح أن يبيعه على البقاء إلى كمال الصلاح. وهذا مذهب جمهور العلماء كمالك والشافعي وأحمد وغيرهم.

ومن جوز بيعه في الموضعين بشرط القطع، ونهى عنه بشروط التبقية أو مطلقاً، لم يكن

(١) مسلم في البيوع (٤/١٥١٣) وأبو داود في البيوع (٣٣٧٦) والترمذي في البيوع (١٢٣٠) وقال: «حديث حسن صحيح» والنسائي في البيوع (٤٥١٨) وابن ماجه في التجارات (٢١٩٤) والدارمي في البيوع ٢/٢٥١ وأحمد ٢/٢٥٠، كلهم عن أبي هريرة، ومالك في البيوع ٢/٦٦٤ (٧٥) عن سعيد بن المسيب.

(٢) سبق تخريجهما ص ٤٥٦ وهو عند البخاري في البيوع (٢١٩٤ - ٢١٩٦).

(٤) الحِضْرَم: الثمر قبل النضج، وهو - أيضاً - أول العنب ما دام أخضر.

انظر: القاموس المحيط، مادة «حصرم».

عنده لظهور الصلاح فائدة، ولم يفرق بين ما نهى عنه النبي ﷺ وما أذن فيه .

وصاحب هذا القول يقول: موجب العقد التسليم عقبيه فلا يجوز التأخير. فيقال له: لا نسلم أن هذا موجب العقد، إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما، وكلاهما منتف، فلا الشارع أوجب أن يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معيناً بدين حال، وتارة يشترطان تأخير تسليم الثمن/كما في السلم، وكذلك في الأعيان. ٥٤٥/٢٠

وقد يكون للبائع مقصود صحيح في تأخير التسليم كما كان لجابر حين باع بعيره من النبي ﷺ واستثنى ظهره إلى المدينة؛ ولهذا كان الصواب أنه يجوز لكل عاقد أن يستثنى من منفعة المعقود عليه ما له فيه غرض صحيح، كما إذا باع عقاراً واستثنى سكناه مدة، أو دوابه واستثنى ظهرها، أو وهب ملكاً واستثنى منفعته، أو أعتق العبد واستثنى خدمته مدة، أو ما دام السيد، أو وقف عيناً واستثنى غلتها لنفسه مدة حياته، وأمثال ذلك. وهذا منصوص أحمد وغيره، وبعض أصحاب أحمد قال: لا بد إذا استثنى منفعة المبيع من أن يسلم العين إلى المشتري ثم يأخذها ليستوفى المنفعة، بناء على هذا الأصل الفاسد، وهو أنه لا بد من استحقاق القبض عقب العقد. وهو قول ضعيف.

وعلى هذا الأصل قال من قال: إنه لا تجوز الإجارة إلا لمدة تلي العقد، وهؤلاء نظروا إلى ما يفعله الناس أحياناً جعلوه لازماً لهم في كل حال، وهو من القياس الفاسد. وعلى هذا بنوا إذا باع العين المؤجرة. فمنهم من قال: البيع باطل لكون المنفعة لا تدخل في البيع فلا يحصل التسليم. ومنهم من قال: هذا مستثنى بالشرع، بخلاف المستثنى بالشرط. ولو باع الأمة المزوجة صح باتفاقهم وإن كانت منفعة/البيع للزوج، وقد فرق من فرق بينهما بما ٥٤٦/٢٠ قد بسط في موضعه.

والمقصود هنا أن هذا كله تفرع على ذلك الأصل الضعيف، وهو أن موجب العقد استحقاق التسليم عقبه، والشرع لم يدل على هذا الأصل، بل القبض في الأعيان والمنافع كالقبض في الدين، تارة يكون موجب العقد قبضه عقبه بحسب الإمكان، وتارة يكون موجب العقد تأخير التسليم لمصلحة من المصالح.

وعلى هذا، فالنبي ﷺ جوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح^(١) مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح، وعلى البائع السقي والخدمة إلى كمال الصلاح، ويدخل في هذا ما هو معدوم لم يخلق، وهذا إذا قبض كان بمنزلة قبض العين المؤجرة، فقبضه يبيح له التصرف فيه في

(١) سبق تخريجه ص ٤٥٦، ٤٦٠.

أظهر قولى العلماء، وهو أصح الروایتين عن أحمد، وقبضه لا يوجب انتقال الضمان إليه، بل إذا تلف الثمر بعد بدو صلاحه كان من ضمان البائع كما هو مذهب أهل المدينة مالك وغيره، وهو مذهب أهل الحديث: أحمد - رضى الله عنه - وغيره، وهو قول معلق للشافعى. وقد ثبت فى صحيح مسلم عن النبى ﷺ؛ أنه قال: «إن بعث من أخيك ثمرة فأصابها جائحة فلا يحل لك أن تأخذ من مال أخيك شيئاً، بما يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟!»^(١). وليس مع المنازع دليل شرعى يدل على أن كل قبض جوز التصرف ينقل ٥٤٧/٢٠ الضمان، وما لم يجوز/التصرف لم ينقل الضمان، بل قبض العين المؤجرة يجوز التصرف ولا ينقل الضمان.

ومن هذا الباب بيع المقائى، فإن من العلماء من لم يجوز بيعها إلا لقطعة لقطعة؛ لأنه بيع معدوم، وجعلوا هذا من بيع الثمر قبل بدو صلاحه. ثم من هؤلاء من قال: إذا بيعت بعروقها كان كبيع أصل الشجر مع الثمر، وذلك يجوز قبل ظهور صلاحه؛ لقوله ﷺ فى الحديث المتفق على صحته: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢). فإذا اشترط الثمر دخل فى البيع، وهنا جاز بيع الثمر قبل بدو صلاحه تبعاً للأصل؛ ولهذا تكون خدمته على المشتري، ومعلوم أن المقصود من الشجر هو الأصل، والمقصود فى المقائى هو الثمر، فلا يقاس أحدهما بالآخر.

ومن العلماء من جوز بيع المقائى كما هو قول مالك وغيره، وهو قول فى مذهب أحمد. وهذا أصح، فإنه لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه، إذ لا تتميز لقطعة عن لقطعة، وما لا يباع إلا على وجه واحد لا ينهى عن بيعه كما تقدم، والنبى ﷺ إنما نهى عن بيع الثمار التى يمكن تأخير بيعها حتى يبدو صلاحها^(٣)، فلم تدخل المقائى فى نهيه؛ ولذلك كثير من العلماء أدخلوا ضمان البساتين فى نهيه، فقالوا: إذا ضمن الحديقة لمن يعمل عليها حتى تثمر بشيء معلوم كان هذا بيعاً للثمر قبل بدو صلاحه، فلا يجوز.

ومن الناس من حكى الإجماع على منع هذا، وليس كما قال، بل قد ثبت أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قبل حديقة أسيد بن حضير ثلاث سنين، ويستلف الضمان فقضى به ديناً كان على أسيد؛ لأنه كان وصيه، وقد جوز ابن عقيل ضمانها مع الأراضى المؤجرة إذا لم يمكن أفراد أحدهما عن الآخر، وجوز مالك ذلك تبعاً للأرض فى قدر الثلث، وقضية عمر بن الخطاب مما يشتهر مثلها فى العادة، ولم ينقل أن أحداً من الصحابة

(١) سبق تخريجه ص ٤٥٧.

(٢) البخارى فى البيوع (٢٢٠٤) عن عبد الله بن عمر، ومسلم فى البيوع (٧٧/١٥٤٣) عنه أيضاً.

(٣) سبق تخريجه ص ٤٥٦.

أنكره، فالصواب ما فعله عمر بن الخطاب؛ إذ الفرق بين البيع والضمان هو الفرق بين البيع والإجارة، ألا ترى أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد؟^(١).

ثم إذا استأجر أرضاً ليزرعها جاز هذا مع أن المستأجر مقصوده الحب، لكن مقصوده ذلك بعمله هو لا بعمل البائع، وكذلك الذي يستأجر البستان ليقدم شجره ويسقيها حتى تثمر هو بمنزلة المستأجر، ليس بمنزلة المشتري الذي يشتري ثمراً، وعلى البائع مؤونة خدمتها وسقيها.

فإن قيل: هذه أعيان، والإجارة لا تكون على الأعيان. قيل: الجواب من وجهين:

أحدهما: أن الأعيان هنا حصلت بعمله هو من الأصل المستأجر/كما حصل الحب بعمله ٥٤٩/٢٠ المؤجر في أرض. وإذا قيل: الحب حصل من بذره والثمر حصل من شجر المؤجر؛ كان هذا فرقاً لا أثر له في الشرع، ألا ترى أن المساقاة كالمزارعة؟ والمساقى يستحق جزءاً من الثمرة الحاصلة من أصل المالك؛ والمزارع يستحق جزءاً من الزرع النابت في أرض المالك وإن كان البذر من المالك، وكذلك إن كان البذر منه كما ثبت بالسنة وإجماع الصحابة، فالبذر يتلف لا يعود إلى صاحبه، وقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر وزرع على أن يعمروها من أموالهم^(٢)، فالأرض والنخل والماء كان للنبي ﷺ، واستحقوا بعملهم جزءاً من الثمر كما استحقوا جزءاً من الزرع؛ وإن كان البذر منهم والشجر من النبي ﷺ، فعلم أن هذا الفرق لا تأثير له في الشرع، وإذا لم يؤثر في المساقاة والمزارعة التي يكون النماء مشتركاً لم يؤثر في الإجارة بطريق الأولى، فإن استتجار الأرض ليس فيه من النزاع ما في المزارعة، فإذا كانت إيجارتها أجوز من المزارعة فإجارة الشجر أجوز من المساقاة.

الوجه الثاني: أن نقول: هذا كإجارة الظئر والبئر ونحو ذلك، والكلام على هذا هو الكلام على الأصل الثاني في الإجارة، فنقول: قول القائل: إن إجارة الظئر على خلاف القياس إنما هو لاعتقاده أن الإجارة لا تكون إلا على منافع أعراض لا تستحق بها أعيان، ٥٥٠/٢٠ وهذا القدر لم يدل عليه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس، بل الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئاً بعد شيء مع بقاء أصلها، حكمها حكم المنافع، كالثمر، والشجر، واللبن في الحيوان؛ ولهذا سوى بين هذا وهذا في الوقف، فإن الأصل تحبيس

(١) سبق تخريجه ص ٤٥٧.

(٢) البخارى فى الحرث (٢٣٢٩) ومسلم فى المساقاة (١/١٥٥١) وأبو داود فى البيوع (٣٤٠٨) والترمذى فى الأحكام (١٣٨٣) وقال: «هذا حديث حسن صحيح» وابن ماجه فى الرهون (٢٤٦٧) والدارمى فى البيوع

٢٧٠/٢ وأحمد ٢٧٠/٢

الأصل وتسهيل الفائدة، فلا بد أن يكون الأصل باقياً وأن تكون الفائدة تحدث مع بقاء الأصل، فيجوز أن تكون فائدة الوقف منفعة كالسكنى، ويجوز أن تكون ثمرة كوقف الشجر، ويجوز أن تكون لبناً كوقف الماشية للانتفاع بلبنها.

وكذلك باب التبرعات، فإن العارية والعريّة والمنحة هي إعطاء العين لمن ينتفع بها ثم يردّها، فالمنحة: إعطاء الماشية لمن يشرب لبنها ثم يردّها، والعريّة: إعطاء الشجرة لمن يأكل ثمرها ثم يردّها، والسكنى: إعطاء الدار لمن يسكنها ثم يعيدها، فكذلك في الإجارة تارة تكرية العين للمنفعة التي ليست أعياناً كالسكنى والركوب، وتارة للعين التي تحدث شيئاً بعد شيء مع بقاء الأصل، كلبن الظئر ونقع البئر والعين، فإن الماء واللبن لما كانا شيئاً بعد شيء مع بقاء الأصل كان كالمنفعة، والمسوغ للإجارة هو ما بينهما من القدر المشترك، وهو ٥٥١/٢٠ حدث، والمقصود بالعقد شيئاً فشيئاً سواء كان الحادث عيناً أو منفعة؛ إذ كونه/جسماً أو معنى قائماً بالجسم لا أثر له في جهة الجواز مع اشتراكهما في المقتضى للجواز، بل هذا أحق بالجواز، فإن الأجسام أكمل من صفاتها، ولا يمكن العقد عليها إلا كذلك.

وطرد هذا أكثر في الظئر من الحيوان للإرضاع، ثم الظئر تارة تستأجر بأجرة مقدرة، وتارة بطعامها وكسوتها، وتارة يكون طعامها وكسوتها من جملة الأجرة.

وأما الماشية إذا عقد على لبنها بعوض، فتارة يشتري لبنها مع أن علفها وخدمتها على المالك، وتارة على أن ذلك على المشتري، فهذا الثاني يشبه ضمان البساتين، وهو بالإجارة أشبه؛ لأن اللبن تسقيه الطفل فيذهب وينتفع به، فهو كاستئجار العين يستقى بمائها أرضه، بخلاف من يقبض اللبن، فإنه هنا قبض العين المعقود عليها، وتسمية هذا بيعاً وهذا إجارة نزاع لفظي، والاعتبار بالمقاصد.

ومن الفقهاء من يجعل اختلاف العبارات مؤثراً في صحة العقد وفساده، حتى إن من هؤلاء من يصحح العقد بلفظ دون لفظ، كما يقول بعضهم: إن السلم الحال لا يجوز، وإذا كان بلفظ البيع جاز. ويقول بعضهم: إن المزارعة على أن يكون البذر من العامل لا تجوز، وإذا عقده بلفظ الإجارة جاز! وهذا قول بعض أصحاب أحمد وهذا ضعيف، فإن الاعتبار في العقود بمقاصدها، وإذا كان المعنى المقصود في الموضعين واحد، فتجوز به عبارة دون عبارة كتجويزه بلغة دون لغة، نعم إذا كان أحد اللفظين يقتضى حكماً لا يقتضيه الآخر فهذا له حكم آخر، وليس هذا موضع بسط هذه المسائل.

وإنما المقصود التنبه على ما يقال: إنه موافق للقياس أو مخالفه، وأن الشارع إذا سوى بين شيئين كما سوى بين الاستئجار على الرضاع والخدمة فالفارق بينهما عدم التأثير، وهو

كون هذا عيناً وهذا منفعة، وإذا فرق بين شيئين فالجامع بينهما ليس هو وحده مناط الحكم بل للفارق تأثير.

فصل

ومن هذا الباب قول من يقول: حمل العقل على خلاف القياس. فيقال: لا ريب أن من أئلف مضموناً كان ضمانه عليه، والناس متنازعون في العقل: هل تحمله العاقلة ابتداءً أو تحملاً؟ كما تنازعوا في صدقة الفطر التي تجب على الغير، كصدقة الفطر عن الزوجة والولد: هل تجب ابتداءً أو تحملاً؟ وفي ذلك نزاع معروف في مذهب أحمد وغيره، وعلى ذلك يبنى لو أخرجها الذي يخرج عنه بدون إذن المخاطب بها، فمن قال: هي واجبة على ٥٥٣/٢٠ المخاطب تحملاً قال: تجزئ. ومن قال: هي واجبة عليه ابتداءً قال: هي كأداء الزكاة عن الغير.

ولذلك تنازعوا في العقل إذا لم تكن عاقلة: هل تجب في ذمة القاتل أم لا؟ والعقل فارق غيره من الحقوق في أسباب اقتضت اختصاصه بالحكم، وذلك أن دية المقتول مال كثير، والعاقلة إنما تحمل الخطأ لا تحمل العمد بلا نزاع، وفي شبه العمد نزاع، والأظهر أنها لا تحمله، والخطأ مما يعذر فيه الإنسان، فإيجاب الدية في ماله ضرر عظيم به من غير ذنب تعمده، ولا بد من إيجاب بدل المقتول.

فالشارع أوجب على من عليهم موالة القاتل ونصره أن يعينوه على ذلك، فكان هذا كإيجاب النفقات التي تجب للقريب، أو تجب للفقراء والمساكين، وإيجاب فكك الأسير من بلد العدو، فإن هذا أسير بالدية التي تجب عليه، وهي لم تجب باختيار مستحقها ولا باختياره كالديون التي تجب بالقرض والبيع، وليست - أيضاً - قليلة في الغالب كأبدال المتلفات، فإن إتلاف مال كثير بقدر الدية خطأ نادر جداً بخلاف قتل النفس خطأ، فما سببه العمد في نفس أو مال فالتلف ظالم مستحق فيه للعقوبة، وما سببه الخطأ في الأموال فقليل في العادة، بخلاف الدية.

/ولهذا كان عند الأكثرين لا تحمل العاقلة إلا ما له قدر كثير، فعند مالك وأحمد لا تحمل ٥٥٤/٢٠ ما دون الثلث، وعند أبي حنيفة ما دون السن والموضحة، فكان إيجابها من جنس ما أوجبه الشارع من الإحسان إلى المحتاجين، كبنى السبيل والفقراء والمساكين والأقارب المحتاجين. ومعلوم أن هذا من أصول الشرائع التي بها قيام مصلحة العالم، فإن الله لما قسم خلقه إلى غنى وفقير ولا تتم مصلحتهم إلا بسد خلة الفقراء وحرم الربا الذي يضر الفقراء، فكان الأمر بالصدقة من جنس النهي عن الربا؛ ولهذا جمع الله بين هذا وهذا في مثل قوله

تعالى: ﴿يَمَحُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]، وفي مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رَّبَا لِرَبِّوَا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرِيوَا عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُم مِّن ذَكْوَرٍ تُرِيدُونَ وَجَهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ﴾ [الروم: ٣٩].

وقد ذكر الله في آخر البقرة أحكام الأموال، وهي ثلاثة أصناف: عدل، وفضل، وظلم، فالعدل: السبيع، والظلم: الربا، والفضل: الصدقة. فمدح المتصدقين وذكر ثوابهم، وذم المربين وبين عقابهم، وأباح البيع والتداين إلى أجل مسمى. فالعقل من جنس ما أوجبه من الحقوق لبعض الناس على بعض، كحق المسلم، وحق ذى الرحم، وحق الجار، وحق المملوك والزوجة.

فصل /

٥٥٥/٢٠

والأحكام التي يقال: إنها على خلاف القياس نوعان: نوع مجمع عليه. ونوع متنازع فيه.

فما لا نزاع في حكمه تبين أنه على وفق القياس الصحيح، وينبئ على هذا أن مثل هذا هل يقاس عليه أم لا؟ فذهب طائفة من الفقهاء إلى أن ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه، ويحكي هذا عن أصحاب أبي حنيفة. والجمهور أنه يقاس عليه، وهذا هو الذى ذكره أصحاب الشافعى وأحمد وغيرهما.

وقالوا: إنما ينظر إلى شروط القياس، فما علمت علته ألحقنا به ما شاركه فى العلة، سواء قيل: إنه على خلاف القياس أو لم يقل، وكذلك ما علم انتفاء الفارق فيه بين الأصل والفرع، والجمع بدليل العلة كالجمع بالعلة، وأما إذا لم يقم دليل على أن الفرع كالأصل فهذا لا يجوز فيه القياس، سواء قيل: إنه على وفق القياس أو خلافه؛ ولهذا كان الصحيح أن العرايا يلحق بها ما كان فى معناها.

٥٥٦/٢٠ | وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شىء على خلاف القياس الصحيح، بل ما قيل: إنه على خلاف القياس، فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها واقتضى مفارقتها لها فى الحكم، وإذا كان كذلك، فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه كحكمه، وإلا كان من الأمور المفارقة له.

وأما المتنازع فيه، فمثل ما يأتى حديث بخلاف أمر فيقول القائلون: هذا بخلاف القياس، أو بخلاف قياس الأصول، وهذا له أمثلة من أشهرها المصراة، فإن النبى ﷺ قال:

«لا تُصِرَّوا الإبل ولا الغنم، فمن ابتاع مُصرَّاة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر» وهو حديث صحيح^(١)، فقال قائلون: هذا يخالف قياس الأصول من وجوه:

منها: أنه رد المبيع بلا عيب ولا خلف في صفة.

ومنها: أن الخراج بالضمان، فاللبن الذي يحدث عند المشتري غير مضمون عليه وهنا قد ضمنه.

ومنها: أن اللبن من ذوات الأمثال، فهو مضمون بمثله.

ومنها: أن ما لا مثل له يضمن بالقيمة من النقد وهنا ضمنه بالتمر.

/ ومنها: أن المال المضمون يضمن بقدره، لا بقدر بدله بالشرع، وهنا قدر بالشرع. ٥٥٧/٢٠

فقال المتبعون للحديث: بل ما ذكرتموه خطأ، والحديث موافق للأصول، ولو خالفها لكان هو أصلاً كما أن غيره أصل، فلا تضرب الأصول بعضها ببعض، بل يجب اتباعها كلها، فإنها كلها من عند الله.

أما قولهم: رد بلا عيب ولا فوات صفة، فليس في الأصول ما يوجب انحصار الرد في هذين الشئتين، بل التدليس نوع ثبت به الرد وهو من جنس الخلف في الصفة، فإن البيع تارة تظهر صفاته بالقول وتارة بالفعل، فإذا ظهر أنه على صفة وكان على خلافها فهو تدليس، وقد أثبت النبي ﷺ الخيار للركبان إذا تلقوا واشتري منهم قبل أن يهبطوا السوق ويعلموا السعر، وليس كذلك واحد من الأمرين، ولكن فيه نوع تدليس.

وأما قوله: «الخراج بالضمان»^(٢) فأولاً حديث المصرة أصح منه باتفاق أهل العلم، مع أنه لا منافاة بينهما، فإن الخراج ما يحدث في ملك المشتري، ولفظ الخراج اسم للغلة مثل كسب العبد، وأما اللبن ونحوه فملحق بذلك، وهنا كان اللبن موجوداً في الضرع فصار جزءاً من المبيع، ولم يجعل الصاع عوضاً عما حدث بعد العقد بل عوضاً عن اللبن الموجود ٥٥٨/٢٠ في الضرع وقت العقد، وأما تضمين اللبن بغيره وتقديره بالشرع فلأن اللبن المضمون اختلط باللبن الحادث بعد العقد فتعدرت معرفة قدره؛ فلهذا قدر الشارع البديل قطعاً للنزاع، وقدر بغير الجنس؛ لأن التقدير بالجنس قد يكون أكثر من الأول أو أقل فيفضى إلى الربا، بخلاف

(١) البخاري في البيوع (٢١٤٨) عن أبي هريرة ومسلم في البيوع (١١/١٥١٥) عنه أيضا .

والصَّار: أن يشد بخرقه ونحوها على حلمة الضرع لئلا يرتضعها فصليها، والمقصود: حبس اللبن في الضرع، انظر: لسان العرب، مادة «صرر».

(٢) أبو داود في البيوع (٣٥٠٨) والترمذي في البيوع (١٢٨٥، ١٢٨٦) وقال: «حسن صحيح».

غير الجنس، فإنه كأنه ابتاع لذلك اللبن الذي تعذرت معرفة قدره بالصاع من التمر، والتمر كان طعام أهل المدينة، وهو مكيل مطعوم يقتات به، كما أن اللبن مكيل مقتات، وهو - أيضاً - يقتات به بلا صنعة، بخلاف الحنطة والشعير فإنه لا يقتات به إلا بصنعة، فهو أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن.

ولهذا كان من موارد الاجتهاد أن جميع الأمصار يضمنون ذلك بصاع من تمر، أو يكون ذلك لمن يقتات التمر، فهذا من موارد الاجتهاد كأمره في صدقة الفطر بصاع من شعير أو تمر.

ومن ذلك قول بعضهم: إن أمره للمصلي خلف الصف وحده بالإعادة على خلاف القياس، فإن الإمام يقف وحده والمرأة تقف خلف الرجال وحدها، كما جاءت به السنة.

وليس الأمر كذلك، فإن الإمام يسن في حقه التقدم بالاتفاق، والمؤمنون يسن في حقهم ٥٥٩/٢٠ الاضطفاف بالاتفاق، فكيف يشبه هذا بهذا/وذلك لأن الإمام يؤتم به، فإذا كان أمامهم رأوه، وكان اقتداؤهم به أكمل. وأما المرأة فإنها تقف وحدها إذا لم يكن هناك امرأة غيرها، فالسنة في حقها الاضطفاف، لكن قضية المرأة تدل على شيئين:

تدل على أنه إذا لم يجد خلف الصف من يقوم معه وتعذر الدخول في الصف صلى وحده للحاجة، وهذا هو القياس، فإن الواجبات تسقط للحاجة، وأمره بأن يضاف غيره من الواجبات، فإذا تعذر ذلك سقط للحاجة، كما سقط غير ذلك من فرائض الصلاة للحاجة في مثل صلاة الخوف محافظة على الجماعة.

وطرد ذلك إذا لم يمكنه أن يصلى مع الجماعة إلا قدام الإمام، فإنه يصلى هنا لأجل الحاجة أمامه، وهو قول طوائف من أهل العلم، وهو أحد الوجهين في مذهب أحمد، وإن كانوا لا يجوزون التقدم على الإمام إذا أمكن ترك التقدم عليه.

وفي الجملة، فليست المصافة أوجب من غيرها، فإذا سقط غيرها للعذر في الجماعة فهي أولى بالسقوط.

ومن الأصول الكلية أن المعجوز عنه في الشرع ساقط الوجوب وأن المضطر إليه بلا معصية غير محذور، فلم يوجب الله ما يعجز عنه/العبد، ولم يحرم ما يضطر إليه العبد. ٥٦٠/٢٠

ومن ذلك قول بعضهم في الحديث الصحيح الذي فيه: «إن الرهن مركوب ومحلوب، وعلى الذي يركب ويحلب النفقة»^(١) إنه على خلاف القياس، وليس كذلك، فإن الرهن إذا

(١) البخارى فى الرهن (٢٥١٢) عن أبى هريرة.

كان حيواناً فهو محترم في نفسه، ولما لكانه فيه حق، وللمرتهن فيه حق، وإذا كان بيد المرتهن فلم يركب ولم يحلب ذهبت منفعة باطلة، وقد قدمنا أن اللبن يجري مجرى المنفعة، فإذا استوفى المرتهن منفعته وعوض عنها نفقته، كان في هذا جمع بين المصلحتين وبين الحقيقتين، فإن نفقته واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أنفق عليه أدى عنه واجباً، وله فيه حق فله أن يرجع ببدله، والمنفعة تصلح أن تكون بدلاً فأخذها خير من أن تذهب على صاحبها وتذهب باطلاً.

وقد تنازع الفقهاء فيمن أدى عن غيره واجباً بغير إذنه كالدين، فمذهب مالك وأحمد في المشهور عنه له أن يرجع به عليه، ومذهب أبي حنيفة والشافعي ليس له ذلك.

وإذا أنفق نفقة تجب عليه مثل أن ينفق على ولده الصغير أو عبده، فبعض أصحاب أحمد قال: لا يرجع، وفرقوا بين النفقة والدين، والمحققون من أصحابه سوا بينهما، وقالوا: الجميع واجب، ولو أفترده/من الأسر كان له مطالبته بالفداء وليست ديناً، والقرآن ٥٦١/٢٠ يدل على هذا القول، فإن الله قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعَنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فأمر بإيتاء الأجر بمجرد الإرضاع ولم يشترط عقداً ولا إذن الأب، وكذلك قال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةُ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فأوجب ذلك عليه ولم يشترط عقداً ولا إذناً، ونفقة الحيوان واجبة على ربه، والمرتهن والمستأجر له فيه حق، فإذا أنفق عليه النفقة الواجبة على ربه، كان أحق بالرجوع من الإنفاق على ولده، فإذا قدر أن الراهن قال: لم آذن لك في النفقة قال: هي واجبة عليك، وأنا أستحق أن أطلبك بها لحفظ المرهون والمستأجر.

وإذا كان المنفق قد رضى بأن يعترض بمنفعة الرهن التي لا يطالبه بنظر النفقة؛ كان قد أحسن إلى صاحبه، فهذا خير محض مع الراهن، وكذلك لو قدر أن المؤمن على حيوان الغير كالمودع والشريك والوكيل أنفق من مال نفسه واعتراض بمنفعة المال؛ لأن هذا إحسان إلى صاحبه إذا لم ينفق عليه صاحبه.

ومما يقال: إنه أبعد الأحاديث عن القياس، الحديث الذي في السنن عن الحسن، عن قبيصة بن حريث، عن سلمة بن المحبق؛ أن رسول الله ﷺ قضى في رجل وقع على جارية امرأته: «إن كان استكرهها فهي حرة، وعليه لسيدتها مثلها، وإن كانت طوعته فهي له ٥٦٢/٢٠ وعليه لسيدتها مثلها»^(١)، وقد روى في لفظ آخر: «وإن كانت طوعته فهي ومثلها من ماله لسيدتها»^(٢) وهذا الحديث تكلم بعضهم في إسناده، لكنه حديث حسن، وهم يحتجون بما

(١) أبو داود في الحدود (٤٤٦٠) وابن ماجه في الحدود (٢٥٥٢) والسنن في النكاح (٣٣٦٣).

(٢) أبو داود في الحدود (٤٤٦١) والسنن في النكاح (٣٣٦٤)، كلاهما عن سلمة بن المحبق وضعفه الألباني.

هو دونه فى القوة، ولكن لإشكاله قَوِيَّ عندهم تضعيفه .

وهذا الحديث يستقيم على القياس مع ثلاثة أصول هى صحيحة، كل منها قول طائفة من الفقهاء :

أحدها: أن من غير مال غيره بحيث يفوت مقصوده عليه فله أن يضمه إياه بمثله، وهذا كما إذا تصرف فى الغصوب بما أزال اسمه، ففيه ثلاثة أقوال فى مذهب أحمد وغيره:
أحدها: أنه باق على ملك صاحبه وعلى الغاصب ضمان النقص، ولا شئ له فى الزيادة، كقول الشافعى .

والثانى: يملكه الغاصب بذلك ويضمه لصاحبه، كقول أبى حنيفة .

والثالث: يخير المالك بين أخذه وتضمين النقص وبين المطالبة بالبدل، وهذا أعدل ٥٦٣/٢٠ الأقال وأقواها، فإن فوت صفاته المعنوية مثل/ أن ينسيه صناعته، أو يضعف قوته، أو يفسد عقله ودينه، فهذا - أيضاً - يخير المالك بين تضمين النقص وبين المطالبة بالبدل، ولو قطع ذنب بغلة القاضى، فعند مالك يضمها بالبدل، ويملكها لتعذر مقصودها على المالك فى العادة، أو يخير المالك، وكذلك السلطان إذا قطع آذان فرسه وذنبها .

الأصل الثانى: أن جميع التلقات تضمن بالجنس بحسب الإمكان مع مراعاة القيمة - حتى الحيوان - كما أنه فى القرض يجب فيه رد المثل، وإذا اقترض حيواناً رد مثله، كما اقترض النبى ﷺ بكرةً ورد خيراً منه^(١)، وكذلك فى المغرور يضمّن ولده بمثلهم كما قضت به الصحابة، وكذلك إذا استثنى رأس المبيع ولم يذبحه، فإن الصحابة قضوا بشرائه، أى: برأس مثله فى القيمة، وهذا أحد القولين فى مذهب أحمد وغيره .

وقصة داود وسليمان - عليهما السلام - من هذا الباب، فإن الماشية كانت قد أتلفت حرث القوم وهو بستانهم . قالوا: وكان عيناً، والحرث اسم للشجر والزرع، فقضى داود بالغنم لأصحاب الحرث كأنه ضمنهم ذلك بالقيمة، ولم يكن لهم مال إلا الغنم فأعطاهم الغنم بالقيمة . وأما سليمان فحكّم بأن أصحاب الماشية يقومون على الحرث حتى يعود كما ٥٦٤/٢٠ كان، فضمنهم إياه بالمثل وأعطاهم الماشية يأخذون منفعتها عوضاً/ عن المنفعة التى فاتت من حين تلف الحرث إلى أن يعود، وبذلك أفتى الزهرى لعمر بن عبد العزيز فيمن كان أتلف له شجراً، فقال: يغرسه حتى يعود كما كان، وقيل: ربيعة وأبو الزناد قالوا: عليه القيمة، فغلظ الزهرى القول فيهما .

وهذا موجب الأدلة، فإن الواجب ضمان التلّف بالمثل بحسب الإمكان، قال تعالى:

(١) الترمذى فى المناقب (٣٩٤٥) وسكت عنه، وأحمد ٢/٢٩٢، كلاهما عن أبى هريرة .

﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، وقال: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦]، وقال: ﴿وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ١٩٤]، فإذا أتلف نقداً أو حبوباً ونحو ذلك أمكن ضمانها بالمثل، وإن كان المتلف ثياباً أو آنية أو حيواناً فهنا مثله من كل وجه، وقد يتعذر. فالأمر دائر بين شيئين: إما أن يضمه بالقيمة وهي دراهم مخالفة للمتلف في الجنس والصفة، لكنها تساويه في المالية، وإما أن يضمه بثياب من جنس ثياب المثل، أو آنية من جنس آنيته، أو حيوان من جنس حيوانه، مع مراعاة القيمة بحسب الإمكان، ومع كون قيمته بقدر قيمته، فهنا المالية مساوية كما في النقد، وامتاز هذا بالمشاركة في الجنس والصفة فكان ذلك أمثل من هذا، وما كان أمثل فهو أعدل، فيجب الحكم به إذا تعذر المثل من كل وجه.

ونظير هذا ما ثبت بالسنة واتفاق الصحابة من القصاص في اللطمة/الضربة^(١)، وهو ٥٦٥/٢٠ قول كثير من السلف، وقد نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد الشَّالنجي التي شرحها الجوزجاني في كتابه المسمى بـ «الترجم» فقال طائفة من الفقهاء: المساواة متعذرة في ذلك فيرجع إلى التعزير، فيقال لهم: ما جاءت به الآثار هو موجب القياس، فإن التعزير عقاب غير مقدر الجنس ولا الصفة ولا القدر، والمرجع فيه إلى اجتهاد الوالي، ومن المعلوم الأمر بضرب يقارب ضربه وإن لم يعلم أنه مساو له، أقرب إلى العدل والمماثلة من عقوبة تخالفه في الجنس والوصف غير مقدرة أصلاً.

واعلم أن التماثل من كل وجه متعذر حتى في المكيلات فضلاً عن غيرها، فإنه إذا أتلف صاعاً من بر فضمن بصاع من بر لم يعلم أن أحد الصاعين فيه من الحب ما هو مثل الآخر، بل قد يزيد أحدهما على الآخر، ولهذا قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا تَكِلُفٌ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [الأنعام: ١٥٢]، فإن تحديد الكيل والوزن مما قد يعجز عنه البشر، ولهذا يقال: هذا أمثل من هذا إذا كان أقرب إلى المماثلة منه، إذا لم تحصل المماثلة من كل وجه.

الأصل الثالث: من مثل بعبده عتق عليه. وهذا مذهب مالك وأحمد وغيرهما، وقد جاءت بذلك آثار مرفوعة عن النبي ﷺ^(٢) وأصحابه كعمر بن الخطاب، كما قد ذكر في غير هذا الموضع. فهذا الحديث موافق لهذه الأصول الثلاثة الثابتة بالأدلة الموافقة للقياس، ٥٦٦/٢٠

(١) أحمد ٤٩٥/٣ عن جابر بن عبد الله.

(٢) ابن ماجه فى الدييات (٢٦٧٩) عن سلمة بن روح بن زنباع، وفى الزوائد: فى إسناده ضعف؛ لضعف إسحاق بن أبى فروة.

العاقل، فإذا طواعته فقد أفسدها على سيدها، فإنها مع المطاوعة تبقى زانية، وذلك ينقص قيمتها ولا يمكن سيدها من استخدامها كما كانت تمكن قبل ذلك، لبغضه لها ولطمع الجارية في السيد، ولا استشراف السيد إليها، لا سيما ويعسر على سيدها فلا يطيعها كما كانت تطيعه، وإذا تصرف بالمال بما ينقص قيمته كان لصاحبه المطالبة بالمثل فقضى لها بالمثل، ومعلوم أنها لو رضيت أن تبقى ملكاً لها وتغرمه ما نقص من قيمتها لم يمتنع من ذلك، وإنما المقضى به ما أبيح لها، ولكن موجب هذا أن الأمة إذا أفسدها رجل على أهلها حتى طواعت على الزنا، فلأهلها أن يطالبوه ببدلها ووجب مثلها بناء على أن المثل يجب في كل مضمون بحسب الإمكان، وأما إذا استكرهها فإن هذا من باب المثلة، فإن الإكراه على الوطاء مثلة، فإن الوطاء يجرى مجرى الإتلاف.

ولهذا قيل: إن من استكره عبده على التلوط به عتق عليه؛ ولهذا لا يخلو من عقر أو عقوبة لا تجرى مجرى منفعة الخدمة، فهي لما صارت له بإفسادها على سيدها أوجب عليه مثلها كما في المطاوعة، وأعتقها عليه لكونه مثل بها. وقد يقال: إنه يلزم على هذا إذا استكره عبده على الفاحشة عتق عليه، ولو استكره أمة الغير على الفاحشة عتقت وضمنها ٥٦٧/٢٠/بمثلها، إلا أن يفرق بين أمة امرأته وبين غيرها، فإن كان بينهما فرق شرعي وإلا فموجب القياس التسوية، وأما قوله - عز وجل - : ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَيَنبِتْكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِن أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرِهِنَّ عُفُوٌّ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٣٣]، فهذا النهي عن إكراههن على كسب المال بالبغاء، كما نقل أن ابن أبي المنافع كان له من الإماء ما يكرههن على البغاء، وليس هو استكراهاً للأمة على أن يزني هو بها، فإن هذا بمنزلة التمثيل بها، وذاك إلزام لها بأن تذهب فتزني بنفسها، مع أنه قد يمكن أن يقال: العتق بالمثلة لم يكن مشروعاً عند نزول الآية ثم شرع بعد ذلك.

والكلام على هذا الحديث من أدق الأمور، فإن كان ثابتاً فهذا الذي ظهر في توجيهه وتخرجه على الأصول الثابتة، وإن لم يكن ثابتاً فلا يحتاج إلى الكلام عليه.

وبالجملة، فما عرفت حديثاً صحيحاً إلا ويمكن تخرجه على الأصول الثابتة، وقد تدبرت ما أمكنني من أدلة الشرع فما رأيت قياساً صحيحاً يخالف حديثاً صحيحاً، كما أن المعقول الصريح لا يخالف المنقول الصحيح، بل متى رأيت قياساً يخالف أثراً فلا بد من ضعف أحدهما، لكن التمييز بين صحيح القياس وفساده مما يخفى كثير منه على أفاضل العلماء فضلاً عن من هو دونهم، فإن إدراك الصفات المؤثرة في الأحكام على وجهها/ومعرفة الحكم والمعاني التي تضمنتها الشريعة من أشرف العلوم، فمنه الجلسي الذي يعرفه كثير من الناس، ومنه الدقيق الذي لا يعرفه إلا خواصهم،

فلهذا صار قياس كثير من العلماء يرد مخالفاً للنصوص؛ لخفاء القياس الصحيح عليهم كما يخفى على كثير من الناس ما فى النصوص من الدلائل الدقيقة التى تدل على الأحكام.

فصل

وأما قولهم: إن المضى فى الحج الفاسد على خلاف القياس، فليس الأمر كذلك، فإن الله أمر بإتمام الحج والعمرة، فعلى من شرع فيهما أن يمضى فيهما وإن كان متطوعاً بالدخول باتفاق الأئمة، وهم متنازعون فيما سوى ذلك من التطوعات: هل تلزم بالشروع؟ فقد وجب عليه بالإحرام أن يمضى إلى حين يتحلل، وألا يظأ فى الحج، فإذا وطئ فى الحج لم يمنع وطؤه ما وجب عليه من إتمام الحج.

ونظير هذا الصيام فى رمضان، لما وجب عليه الإتمام بقوله: ﴿تَدَّ أَيْتَمُوا الصِّيَامَ إِلَىٰ الْيَلِّ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فإذا أفطر لم يسقط عنه فطره ما وجب من الإتمام، بل يجب عليه إتمام صوم رمضان وإن أفسده؛ وهذا لأن الصيام له حد محدود وهو غروب الشمس، كما للحج وقت مخصوص/وهو يوم عرفة وما بعده، ومكان مخصوص وهو عرفة ومزدلفة. ٥٦٩/٢ ومنى، فلا يمكنه إحلال الحج قبل وصوله إلى مكانه كما لا يمكنه إحلال الصيام، اللهم إلا إذا كان معذوراً كالمحصر فهذا كالمعذور فى الفطر، وهذا بخلاف الصلاة إذا أفسدها فإنه يبتديها؛ لأن الصلاة يمكنه فعلها فى أثناء الوقت، والحج لا يمكنه فعله فى أثناء الوقت.

فصل

وأما الأكل ناسياً، فالذين قالوا: هو خلاف القياس قالوا: هو من باب ترك المأمور، ومن ترك المأمور ناسياً لم تبرأ ذمته، كما لو ترك الصلاة ناسياً أو ترك نية الصيام ناسياً لم تبطل عبادته إلا من فعل محذور، ولكن من يقول: هو على وفق القياس يقول: القياس أن من فعل محظوراً ناسياً لم تبطل عبادته؛ لأن من فعل محظوراً ناسياً فلا إثم عليه كما دل عليه قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقد ثبت فى الصحيح، أن الله قال: «قد فعلت»^(١). وهذا مما لا يتنازع فيه العلماء: أن الناسى لا يأثم.

لكن يتنازعون فى بطلان عبادته، فيقول القائل: إذا لم يأثم لم يكن قد فعل محرماً، ومن لم يفعل محرماً لم تبطل عبادته، فإن العبادة إنما تبطل بترك واجب أو فعل محرم،

(١) سبق تخريجه ص ١٨١.

فإذا كان ما فعله من باب فعل المحرم وهو ناس فيه لم تبطل عبادته . وصاحب هذا القول ٥٧٠/٢٠ يقول: القياس/ألا تبطل الصلاة بالكلام فى الصلاة ناسياً، وكذلك يقول: القياس أن من فعل شيئاً من محظورات الإحرام ناسياً لا فدية عليه .

وقيل: الصيد هو من باب ضمان التلغات كدية المقتول، بخلاف الطيب واللباس فإنه من باب الترفه، وكذلك الحلق والتقليم هو فى الحقيقة من باب الترفه لا من باب متلف له قيمة، فإنه لا قيمة لذلك؛ فهذا كان أعدل الأقوال ألا كفارة فى شىء من ذلك إلا فى جزاء الصيد .

وطرد هذا أن من فعل المحلوف عليه ناسياً لا يحنث، سواء حلف بالطلاق أو العتاق أو غيرهما؛ لأن من فعل النهى عنه ناسياً لم يعص ولم يخالف، والحنث فى الأيمان كالمعصية فى الأمر والنهى .

وكذلك من باشر النجاسة فى الصلاة ناسياً فلا إعادة عليه؛ لأنه من باب فعل المحذور، بخلاف ترك طهارة الحدث فإنه من باب المأمور .

فإن قيل: الترك فى الصوم مأمور به؛ ولهذا يشترط فيه النية، بخلاف الترك فى هذه المواضع فإنه ليس مأموراً به، فإنه لا يشترط فيه النية .

٥٧١/٢٠ قيل: لا ريب أن النية فى الصوم واجبة ولولا ذلك لما أئيب؛/لأن الثواب لا يكون إلا مع النية، وتلك الأمور إذا قصد تركها لله أئيب على ذلك - أيضاً - وإن لم يخطر بقلبه قصد تركها لم يثب ولم يعاقب، ولو كان ناوياً تركها لله وفعله ناسياً لم يقدح نسيانه فى أجره، بل يثاب على قصد تركها لله وإن فعلها ناسياً، كذلك الصوم فإنما يفعله الناس لا يضاف إليه، بل فعله الله به من غير قصده؛ ولهذا قال النبى ﷺ: «من أكل أو شرب ناسياً فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه»^(١). فأضاف إطعامه وإسقاءه إلى الله؛ لأنه لم يتعمد ذلك ولم يقصده، وما يكون مضافاً إلى الله لا ينهى عنه العبد، فإنما ينهى عن فعله والأفعال التى ليست اختيارية لا تدخل تحت التكليف، ففعل الناسى كفعل النائم والمجنون والصغير، ونحو ذلك .

يبين ذلك أن الصائم إذا احتلم فى منامه لم يفطر، ولو استمنى باختياره أفطر، ولو ذرعه القىء لم يفطر، ولو استدعى القىء أفطر . فلو كان ما يوجد بغير قصده بمنزلة ما يوجد بقصده لأفطر بهذا وهذا .

(١) البخارى فى الأيمان (٦٦٦٩) ومسلم فى الصيام (١٧١/١١٥٥) والترمذى فى الصيام (٧٢١) وقال: «حديث حسن صحيح» وابن ماجه فى الصيام (١٦٧٣) وأحمد ٤٨٩/٢، كلهم عن أبى هريرة .

فإن قيل: فالمخطئ يفطر، مثل من يأكل يظن بقاء الليل ثم تبين أنه طلع الفجر، أو يأكل يظن غروب الشمس ثم تبين له أن الشمس لم تغرب.

/قيل: هذا فيه نزاع بين السلف والخلف، والذين فرقوا بين الناسي والمخطئ قالوا: هذا ٥٧٢/٢٠ يمكن الاحتراز منه بخلاف النسيان، وقاسوا ذلك على ما إذا أفطر يوم الشك ثم تبين أنه من رمضان، ونقل عن بعض السلف أنه يقضى في مسألة الغروب دون الطلوع، كما لو استمر الشك. والذين قالوا: لا يفطر في الجميع: قالوا: حجتنا أقوى، ودلالة الكتاب والسنة على قولنا أظهر، فإن الله قال: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، فجمع بين النسيان والخطأ؛ ولأن من فعل المحظورات في الحج والصلاة مخطئاً كمن فعلها ناسياً، وقد ثبت في الصحيح أنهم أفطروا على عهد النبي ﷺ ثم طلعت الشمس^(١)، ولم يذكروا في الحديث أنهم أمروا بالقضاء، ولكن هشام بن عروة قال: لا بد من القضاء، وأبوه أعلم منه وكان يقول: لا قضاء عليهم.

وثبت في الصحيحين أن طائفة من الصحابة كانوا يأكلون حتى يظهر لأحدهم الخيط الأبيض من الخيط الأسود، وقال النبي ﷺ لأحدهم: «إن وسادك لعريض، إنما ذلك بياض النهار وسواد الليل»^(٢)، ولم ينقل أنه أمرهم بقضاء، وهؤلاء جهلوا الحكم فكانوا مخطئين. وثبت عن عمر بن الخطاب أنه أفطر ثم تبين النهار فقال: لا نقضى فإننا لم نتجانف لإثم^(٣). وروى عنه أنه قال: نقضى^(٤)؛ ولكن/إسناد الأول أثبت، وصح عنه أنه قال: ٥٧٣/٢٠ الخطب يسير^(٥). فتأول ذلك من تأوله على أنه أراد خفة أمر القضاء، لكن اللفظ لا يدل على ذلك.

وفى الجملة، فهذا القول أقوى أثراً ونظراً، وأشبه بدلالة الكتاب والسنة والقياس، وبه يظهر أن القياس في الناسي أنه لا يفطر، والأصل الذي دل عليه الكتاب والسنة أن من فعل محظوراً ناسياً لم يكن قد فعل منهياً عنه، فلا يبطل بذلك شيء من العبادات، ولا فرق بين الوطء وغيره، سواء كان في إحرام أو صيام.

(١) البخارى فى الصوم (١٩٥٩) عن أسماء بنت أبى بكر.

(٢) البخارى فى التفسير (٤٥٠٩).

(٣) ابن أبى شيبه فى الصيام ٢٤/٣ عن زيد بن وهب.

(٤) ابن أبى شيبه فى الصيام ٢٥/٣ عن سعيد بن قطن عن أبيه.

(٥) مالك فى الصيام ٣٠٣/١ (٤٤) عن خالد بن أسلم.

فصل

وأما قول القائل: إنهم يقولون ذلك فيما يروى عن بعض الصحابة، فهذا باب واسع، والذي يلتزمه إنما كان من أقوال الصحابة، فقال بعضهم بقول، وقال بعضهم بخلافهم، فقد يكون أحد القولين مخالفاً للقياس الصحيح بل وللنص الصريح. والذي لا ريب فيه أنه ٥٧٤/٢٠ حجة ما كان من سنة الخلفاء/الراشدين الذي سنوه للمسلمين. ولم ينقل أن أحداً من الصحابة خالفهم فيه، فهذا لا ريب أنه حجة، بل إجماع. وقد دل عليه قول النبي ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى، تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور، فإن كل بدعة ضلالة»^(١).

مثال ذلك حبس عمر وعثمان - رضى الله عنهما - للأرضين المفتوحة وترك قسمتها على الغائمين. فمن قال: إن هذا لا يجوز قال: لأن النبي ﷺ قسم خيبر، وقال: إن الإمام إذا حبسها نقض حكمه لأجل مخالفة السنة، فهذا القول خطأ وجرأة على الخلفاء الراشدين، فإن فعل النبي ﷺ فى خيبر إنما يدل على جواز ما فعله لا يدل على وجوبه، فلو لم يكن معنا دليل يدل على عدم وجوب ذلك، لكان فعل الخلفاء الراشدين دليلاً على عدم الوجوب، فكيف وقد ثبت أنه فتح مكة عنوة كما استفاضت به الأحاديث الصحيحة، بل تواتر ذلك عند أهل المغازى والسير؟ فإنه قدم حين نقضوا العهد ونزل بمر الظهران، ولم يأت أحد منهم يصالحه ولا أرسل إليهم أحداً يصالحهم، بل خرج أبو سفيان يتجسس الأخبار فأخذه العباس وقدم به كالأسير، وغايته أن يكون العباس أمته فصار مستأماً، ثم أسلم فصار من المسلمين، فكيف يتصور أن يعقد عقد صلح الكفار بعد إسلامه بغير إذن منهم؟! منهم!

مما يبين ذلك أن النبي ﷺ علق الأمان بأسباب، كقوله: «من دخل دار أبى سفيان فهو آمن، ومن دخل المسجد فهو آمن، ومن أغلق بابيه فهو آمن»^(٢). فأمن من لم يقاتله، فلو كانوا معاهدين لم يحتاجوا إلى ذلك. وأيضاً، فسماهم النبي ﷺ طلقاء؛ لأنه أطلقهم بعد القدرة عليهم كما يطلق الأسير، فصاروا بمنزلة من أطلقهم من الأسر كثمامة بن أثال وغيره. وأيضاً، فإنه أذن فى قتل جماعة منهم من الرجال والنساء.

(١) أبو داود فى السنة (٤٦٠٧) والترمذى فى العلم (٢٦٧٦) وقال: «حسن صحيح».

(٢) مسلم فى الجهاد والسير (٨٤/١٧٨٠) وأحمد ٢/٢٩٢، ٥٣٨، كلاهما عن أبى هريرة، وأبو داود فى الإمارة (٣٠٢١) عن ابن عباس.

وأيضاً، فقد ثبت عنه في الصحاح؛ أنه قال في خطبته: «إن مكة لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدى، وإنما أحلت لى ساعة من نهار»^(١)، ودخل مكة وعلى رأسه المغفر لم يدخلها بإحرام، فلو كانوا قد صالحوه لم يكن قد أحل له شيء، كما لو صالح مدينة من مدائن الحل لم تكن قد أحلت، فكيف يحل له البلد الحرام وأهله مسلمون له صلح معه؟! وأيضاً، فقد قاتلوا خالدًا وقتل طائفة منهم.

وفي الجملة، من تدبر الآثار المنقولة علم بالاضطرار أن مكة فتحت عنوة، ومع هذا فالنبي ﷺ لم يقسم أرضها كما لم يسترق رجالها، ففتح خيبر عنوة وقسمها، وفتح مكة عنوة ولم يقسمها، فعلم جواز الأمرين.

والأقوال في هذا الباب ثلاثة: إما وجوب قسم العقار كقول الشافعي. وإما تحريم قسمه ووجوب تحييسه كقول مالك. وإما التخيير/بينهما كقول الأكثرين: الثوري، وأبي حنيفة، ٥٧٦/٢٠ وأبي عبيد، وهو ظاهر مذهب أحمد، وعنه كالقولين الأولين.

ومن أشكل ما أشكل على الفقهاء من أحكام الخلفاء الراشدين: امرأة المفقود، فإنه قد ثبت عن عمر بن الخطاب أنه لما أجل امرأته أربع سنين وأمرها أن تزوج بعد ذلك، ثم قدم المفقود خيره عمر بين امرأته وبين مهرها^(٢)، وهذا مما اتبعه فيه الإمام أحمد وغيره.

وأما طائفة من متأخري أصحابه فقالوا: هذا يخالف القياس، والقياس أنها باقية على نكاح الأول، إلا أن نقول: الفرقة تنفذ ظاهراً وباطناً فهي زوجة الثاني، والأول قول الشافعي والثاني قول مالك.

وآخرون أسرفوا في إنكار هذا حتى قالوا: لو حكم حاكم بقول عمر لنقض حكمه؛ لبعده عن القياس. وآخرون أخذوا ببعض قول عمر وتركوا بعضه فقالوا: إذا تزوجت فهي زوجة الثاني، وإذا دخل بها الثاني فهي زوجته ولا ترد إلى الأول.

ومن خالف عمر لم يهتد إلى ما اهتدى إليه عمر، ولم يكن له من الخبرة بالقياس الصحيح مثل خبرة عمر؛ فإن هذا مبنى على أصل، وهو وقف العقود إذا تصرف الرجل ٥٧٧/٢٠ في حق الغير بغير إذنه: هل يقع تصرفه مردوداً أو موقوفاً على إجازته؟ على قولين مشهورين هما روايتان عن أحمد:

أحدهما: الرد في الجملة على تفصيل عنه، والرد مطلقاً قول الشافعي.

والثاني: أنه موقوف، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك، وهذا في النكاح والبيع والإجارة

(١) النسائي في الكبرى في الحج ٣٨٤/٢، والبيهقي في الشعب في الجزية ٣١٢/٩.

(٢) البيهقي في الشعب في العدد ٤٤٦/٧.

وغير ذلك، فظاهر مذهب أحمد أن المتصرف إذا كان معذوراً لعدم تمكنه من الاستئذان وحاجته إلى التصرف وقف على الإجارة بلا نزاع، وإن أمكنه الاستئذان أو لم يكن به حاجة إلى التصرف ففيه النزاع، فالأول مثل من عنده أموال لا يعرف أصحابها كالفصوب والعواري ونحوهما إذا تعذرت عليه معرفة أرباب الأموال ويئس منها، فإن مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد أنه يتصدق به عنهم، فإن ظهروا بعد ذلك كانوا مخيرين بين الإمضاء وبين التضمين، وهذا مما جاءت به السنة في اللقطة، فإن الملتقط يأخذها بعد التعريف ويتصرف فيها، ثم إن جاء صاحبها كان مخيراً بين إمضاء تصرفه وبين المطالبة بها، فهو تصرف موقوف، لكن تعذر الاستئذان ودعت الحاجة إلى التصرف.

٥٧٨/٢٠ وكذلك الموصى بما زاد على الثلث وصيته موقوفة على إجارة الورثة/عند الأكثرين، وإنما يخبرون عند الموت، ففي المفقود المنقطع خبره إن قيل: إن امرأته تبقى إلى أن يعلم خبره، بقيت لا أيمماً ولا ذات زوج إلى أن تصير عجوزاً، وتموت ولم تعلم خبره، والشريعة لم تأت بمثل هذا، فلما أجلت أربع سنين ولم ينكشف خبره حكم بموته ظاهراً. وإن قيل: إنه يسوغ للإمام أن يفرق بينهما للحاجة فإنما ذلك لاعتقاده موته، وإلا فلو علم حياته لم يكن مفقوداً، كما ساغ التصرف في الأموال التي تعذر معرفة أصحابها، فإذا قدم الرجل تبين أنه كان حياً، كما إذا ظهر صاحب المال والإمام قد تصرف في زوجته بالتفريق، فيبقى هذا التفريق موقوفاً على إجازته، فإن شاء أجاز ما فعله الإمام، وإذا أجازته صار كالتفريق المأذون فيه.

ولو أذن للإمام أن يفرق بينهما ففرق وقعت الفرقة بلا ريب، وحينئذ فيكون نكاح الأول صحيحاً. وإن لم يجز ما فعله الإمام كان التفريق باطلاً من حين اختار امرأته لا ما قبل ذلك، بل المجهول كالمعدوم، كما في اللقطة فإنه إذا ظهر مالكتها لم يبطل ما تقدم قبل ذلك، وتكون باقية على نكاحه من حين اختارها، فتكون زوجته، فيكون القادم مخيراً بين إجارة ما فعله الإمام وردده، وإذا أجازته فقد أخرج البضع عن ملكه.

٥٧٩/٢٠ وخروج البضع من ملك الزوج متقوم عند الأكثرين، كمالك/والشافعي وأحمد في أنص الروايتين عنه، وهو مضمون بالمسمى كما يقوله مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه، والشافعي يقول: هو مضمون بمهر المثل والنزاع بينهم فيما إذا شهد شهود أنه طلق امرأته ورجعوا عن الشهادة، فقيل: لا شيء عليهم؛ بناء على أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، وهو قول أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين، اختارها متأخرو أصحابه كالقاضي أبي يعلى وأصحابه، وقيل: عليهم مهر المثل وهو قول الشافعي، وهو وجه في مذهب أحمد، وقيل: عليهم المسمى وهو مذهب مالك وهو أشهر في نصوص

أحمد، وقد نص على ذلك فيما إذا أفسد نكاح امرأته برضاع أنه يرجع بالمسمى، والكتاب والسنة دلاً على هذا القول، ففي سورة الممتحنة في قول الله - تعالى: ﴿وَسْتَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْتَلُوا مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة: ١٠]، وقوله: ﴿فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ يُتْلَىٰ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة: ١١].

وهذا المسمى دون مهر المثل، وكذلك أمر النبي ﷺ زوج المختلعة أن يأخذ ما أعطها ولم يأمر بمهر المثل^(١)، وهو إنما يأمر في المعاوضات المطلقة بالعدل، وهو مبسوط في غير هذا الموضع، فقصة عمر تبنى على هذا.

والقول بوقف العقود عند الحاجة متفق عليه بين الصحابة، ثبت ذلك عنهم في قضايا ٥٨٠/٢٠ متعددة، ولم يعلم أن أحداً أنكر ذلك، مثل قصة ابن مسعود في صدقته عن سيد الجارية التي ابتاعها بالثمن، الذي كان له عليه في ذمته لما تعذرت عليه معرفته، وكتصدق الغال بالمال المغلول لما تعذر قسمته بين الجيش، وإقرار معاوية على ذلك، وغير ذلك من القضايا. مع أن القول بوقف العقود مطلقاً هو الأظهر في الحجة، وهو قول الجمهور، وليس ذلك إضراراً أصلاً، بل صلاح بلا فساد، فإن الرجل قد يرى أن يشتري لغيره أو يبيع له، أو يستأجر له أو يوجب له، ثم يشاوره فإن رضى وإلا فلم يصبه ما يضره، وكذلك في تزويج موليته، ونحو ذلك.

وأما مع الحاجة فالقول به لا بد منه، فمسألة المفقود هي مما يقف فيها تعريف الإمام على إذن الزوج إذا جاء كما يقف تصرف الملتقط على إذن المالك إذا جاء، والقول برد المهر إليه لخروج امرأته من ملكه، ولكن تنازعا في المهر الذي يرجع به: هل هو ما أعطها هو أو ما أعطها الثاني؟ وفيه روايتان عن أحمد. والصواب أنه إنما يرجع بمهره هو، فإنه الذي استحقه، وأما المهر الذي أصدقها الثاني فلا حق له فيه.

وإذا ضمن الأول للثاني المهر فهل يرجع به عليها؟ فيه روايتان:

/إحدهما: يرجع؛ لأنها التي أخذته، والثاني قد أعطها المهر الذي عليه فلا يضمن ٥٨١/٢٠ مهريين، بخلاف المرأة فإنها لما اختارت فراق الأول ونكاح الثاني فعليها أن ترد المهر؛ لأن الفرقه جاءت منها.

والثانية: لا يرجع؛ لأن المرأة تستحق المهر بما استحل من فرجها والأول يستحق المهر لخروج البضع من ملكه، فكان على الثاني مهراً.

(١) البخارى فى الطلاق (٥٢٧٣) وابن ماجه فى الطلاق (٢٠٥٦) والنسائى فى الطلاق (٣٤٦٣)، كلهم عن ابن عباس وأحمد ٣/٤ عن سهل بن أبى حشمة.

وهذا المأثور عن عمر في «مسألة المفقود» هو عند طائفة من أئمة الفقهاء من أبعد الأقوال عن القياس، حتى قال من أئمة الفقهاء فيه ما قال، وهو مع هذا أصح الأقوال وأجراها على القياس، وكل قول قيل سواه فهو خطأ، فمن قال: إنها تعاد إلى الأول وهو لا يختارها ولا يريدتها، وقد فرق بينه وبينها تفريقاً سائئاً في الشرع، وأجاز هو ذلك التفریق، فإنه وإن كان الإمام تبين أن الأمر بخلاف ما اعتقده، فالحق في ذلك للزوج، فإذا أجاز ما فعله الإمام زال المحذور.

وأما كونها زوجة الثاني بكل حال مع ظهور زوجها وتبين الأمر بخلاف ما فعل فهو خطأ - أيضاً - فإنه لم يفارق امرأته وإنما فرق بينهما بسبب ظهر أنه لم يكن كذلك وهو يطلب امرأته فكيف يحال بينهما؟! وهو لو طلب ماله أو بدله رد إليه، فكيف لا ترد إليه ٥٨٢/٢٠ امرأته وأهله/أعز عليه من ماله؟! وإن قيل: تعلق حق الثاني بها، قيل: حقه سابق على حق الثاني، وقد ظهر انتقاض السبب الذي به استحق الثاني أن تكون زوجة له، وما الموجب لمراعاة حق الثاني دون حق الأول.

فالصواب ما قضى به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وإذا ظهر صواب الصحابة في مثل هذه المشكلات التي خالفهم فيها مثل أبي حنيفة ومالك والشافعي؛ فلأن يكون الصواب معهم فيما وافقهم فيه هؤلاء بطريق الأولى، وقد تأملت من هذا الباب - ما شاء الله - فرأيت الصحابة أئمة وأعلمها، واعتبر هذا بمسائل الأيمان بالندر والعتق والطلاق، وغير ذلك، ومسائل تعليق الطلاق بالشروط، ونحو ذلك. وقد بينت فيما كتبت أن المنقول فيها عن الصحابة هو أصح الأقوال قضاء وقياساً، وعليه يدل الكتاب والسنة، وعليه يدل القياس الجلي، وكل قول سوى ذلك تناقض في القياس مخالف للنصوص.

وكذلك في مسائل غير هذه، مثل مسألة ابن الملاعنة، ومسألة ميرات المرتد. وما شاء الله من المسائل لم أجد أجود الأقوال فيها إلا الأقوال المنقولة عن الصحابة.

٥٨٣/٢٠ / وإلى ساعتى هذه ما علمت قولاً قاله الصحابة ولم يختلفوا فيه إلا وكان القياس معه، لكن العلم بصحيح القياس وفاسده من أجل العلوم، وإنما يعرف ذلك من كان خبيراً بأسرار الشرع ومقاصده، وما اشتملت عليه شريعة الإسلام من المحاسن التي تفوق التعداد، وما تضمنته من مصالح العباد في المعاش والمعاد، وما فيها من الحكمة البالغة، والرحمة السابغة، والعدل التام. والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

وَسْئَلٌ - رَحْمَةُ اللَّهِ :-

هل يسوغ تقليد هؤلاء الأئمة، كحماد بن أبي سليمان، وابن المبارك وسفيان الثوري، والأوزاعي، وقد قال عنهم رجل - أعنى هؤلاء الأئمة المذكورين -: هؤلاء لا يلتفت إليهم. فصاحب هذا الكلام ما حكمه؟.

فأجاب:

وأما الأئمة المذكورون فمن سادات أئمة الإسلام، فإن الثوري إمام أهل العراق، وهو عند أكثرهم أجل من أقرانه كابن أبي ليلى، والحسن بن صالح بن حنى، وأبى حنيفة وغيره وله مذهب باق إلى اليوم بأرض خراسان. والأوزاعي إمام أهل الشام، وما زالوا على مذهبه إلى المائة الرابعة، بل أهل المغرب كانوا على مذهبه قبل أن يدخل إليهم مذهب مالك، وحماد بن أبي سليمان هو شيخ أبى حنيفة.

/ومع هذا، فهذا القول هو قول أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه، وغيرهما. ٥٨٤/٢٠ ومذهبه باق إلى اليوم وهو مذهب داود بن علي وأصحابه. ومذهبهم باق إلى اليوم فلم يجمع الناس اليوم على خلاف هذا القول، بل القائلون به كثير في المشرق والمغرب، وليس في الكتاب والسنة فرق في الأئمة المجتهدين بين شخص وشخص، فمالك، والليث بن سعد، والأوزاعي، والثوري، هؤلاء أئمة في زمانهم، وتقليد كل منهم كتقليد الآخر، لا يقول مسلم: إنه يجوز تقليد هذا دون هذا، ولكن من منع من تقليد أحد هؤلاء في زماننا فإنما يمنعه لأحد شيئين:

أحدهما: اعتقاده أنه لم يبق من يعرف مذاهبهم، وتقليد الميت فيه نزاع مشهور. فمن منعه قال: هؤلاء موتى، ومن سوغه قال: لا بد أن يكون في الأحياء من يعرف قول الميت.

والثاني: أن يقول: الإجماع اليوم قد انعقد على خلاف هذا القول، وينبئ ذلك على مسألة معروفة في أصول الفقه، وهي أن الصحابة - مثلاً، أو غيرهم من أهل الأعصار - إذا اختلفوا في مسألة على قولين، ثم أجمع التابعون أو أهل العصر الثاني على أحدهما، فهل يكون هذا إجماعاً يرفع ذلك الخلاف؟ وفي المسألة نزاع مشهور في مذهب أحمد وغيره من العلماء. فمن قال: إن مع إجماع أهل العصر الثاني لا يسوغ الأخذ بالقول الآخر، واعتقد أن أهل العصر أجمعوا على ذلك يركب من هذين الاعتقادين المنع.

ومن علم أن الخلاف القديم حكمه باق؛ لأن الأقوال لا تموت بموت قائلها، فإنه يسوغ الذهاب إلى القول الآخر للمجتهد الذى وافق اجتهاده، وأما التقليد فينبى على مسألة تقليد الميت، وفيها قولان مشهوران - أيضاً - فى مذهب الشافعى وأحمد وغيرهما.

وأما إذا كان القول الذى يقول به هؤلاء الأئمة أو غيرهم قد قال به بعض العلماء الباقية مذاهبهم، فلا ريب أن قوله مؤيد بموافقة هؤلاء ويعتضد به، ويقابل بهؤلاء من خالفه من أقرانهم، فيقابل بالثورى، والأوزاعى أبا حنيفة ومالك، إذا الأمة متفقة على أنه إذا اختلف مالك، والأوزاعى، والثورى، وأبو حنيفة؛ لم يجوز أن يقال: قول هذا هو صواب دون هذا إلا بحجة. والله أعلم.

آخر المجلد العاشر