

الفرق الخامسُ والستون والمئة

بين قاعدة التصرفِ في المعدومِ الذي يُمكنُ أن يتقرَّرَ في الذمة،
وبينه قاعدة التصرفِ في المعدومِ الذي لا يمكنُ أن يتقرَّرَ في الذمة

اعلم أن مالكا وأبا حنيفة رضي الله عنهما اتفقا على جوازِ التعليقِ في
الطلاقِ والعَتاقِ قبلِ النكاحِ، وكذلك العِتقُ قبلِ المِلِكِ، فيقولُ للأجنبية:
إِنْ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وللعبدِ: إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فيلزِمُهُ الطلاقُ
والعتاقُ إذا تزَوَّجَ واشترى^(١).

وقال الشافعي/ رحمه الله: لا يلزمه شيءٌ من ذلك^(٢)، ووافقنا على ٧٨/ب
جوازِ التصرفِ بالتَّذْرِيرِ قبلِ المِلِكِ، فيقول: إِنْ مَلَكَتُ دِينَارًا فَهُوَ صَدَقَةٌ،

(١) انظر «المعونة» ٨٤٢/٢ للقاضي عبد الوهاب، و«بداية المجتهد» ٤٦/٧ لابن
رشد، و«فتح باب العناية» ١١٨/٢ لعلي القاري.

وقد تقرَّرَ أَنَّ صِحَّةَ شرطِ التعليقِ المِلِكُ بأن يكون المَعْلُوقُ مالكا لما علقه في وقتِ
التعليقِ، كأن يقول في التعليقِ لمنكوحته: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أو
الإضافةُ إلى المِلِكِ، بأن يُعَلَّقَ على نَفْسِ المِلِكِ نحو: إِنْ مَلَكَتُ طَلَّاقَكَ فَأَنْتِ
طَالِقٌ، أو على سببه نحو: إِنْ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ.

(٢) وعَلَّه التَّقِيُّ الحِصْنِيُّ فِي «كَفَايَةِ الْأَخْبَارِ» ٩٦/٢-٩٧ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّ شَرْطَ وَقُوعِ
الطَّلَاقِ الْوِلَايَةُ عَلَى الْمَحَلِّ كَالزَّوْجِيَّةِ، فَلَا يَصِحُّ طَلَّاقٌ غَيْرُ الزَّوْجِ سِوَاكَ كَانَ
بِالتَّجْزِيزِ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ بِالتَّعْلِيقِ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتِ
طَالِقٌ، . . . وَحُجَّةُ ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «لَا طَلَّاقَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ» أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ
(٢١٩٠) وَالتَّرْمِذِيُّ (١١٨١) مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شَعِيبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، وَقَالَ
التَّرْمِذِيُّ: حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَانظُرْ تَمَامَ تَخْرِيجِهِ فِي «الْهُدَايَةِ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ
الْبَدَايَةِ» ٧/٥٤-٦٦ لِابْنِ الصَّدِّيقِ الْعُمَارِيِّ.

وكذلك جميع ما يمكن أن يتصدق به المسلم في الذمّة في باب
المعاملات، فتمسك الأصحاب بوجوه:

أحدها: القياس على النذر في غير المملوك بجامع الالتزام
بالمعدوم.

وثانيها: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] والطلاق والعتاق
عقدان عقدهما على نفسه، فيجب الوفاء بهما.

وثالثها: قوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(١)
وهذان شرطان فوجب الوقوف معهما.

وأجاب الشافعية عن الأول: بأن النكدين والعروض يمكن أن تثبت
في الذمّم، فوقع الالتزام بناء على ما في الذمّة، والطلاق والعتاق لا

(١) ذكره البخاري تعليقاً قبل الحديث (٢٢٧٤) بلفظ «المسلمون عند شروطهم»،
ووصله أبو داود (٣٥٩٤)، والحاكم ٤٩/٢ من حديث أبي هريرة، وتتبع طرقه
الحافظ ابن حجر في «تغليق التعليق» ٢٨٢/٣ وقال: وكلّها فيها مقال، لكن
حديث أبي هريرة أمثلها، وانظر «نصب الراية» ١١٢/٤ للحافظ الزيلعي.
وقال الغماري في «الهداية» ٩٣/٨: وفي الباب عن عمرو بن عوف المزنيّ قال:
قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حلالاً أو حرّم
حراماً، والمسلمون على شروطهم إلّا شرطاً أحلّ حلالاً أو حرّم حراماً» رواه
الترمذي (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه (٢٣٥٣)، والحاكم ١٠١/٤،
والدارقطني ٢٧/٣ إلّا أنه اقتصر على ذكر الشروط، والبيهقي ٦٥/٦، وقال
الترمذي: حسن صحيح، فردّد عليه الناس ذلك، وسكت عليه الحاكم، فقال
الذهبي في «مختصره»: إنّه واو، وقال في «الميزان» ٤٠٦/٣ بعد نقل جروح في
كثير بن عبد الله - أحد رواة الحديث -: وأما الترمذي فروى حديثه: «الصلح جائز
بين المسلمين» وصحّحه، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي.

يثبتان في الذم، والتصرف يعتمد الموجود المعين أو ما في الذمة، وإذا انتفيا معاً، بطل التصرف، ألا ترى أن البيع إذا لم يكن على معين ولا في الذمة فإنه يبطل؟ كذلك ههنا.

وعن الثاني: أن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أمرٌ بالوفاء بالعقود، والأمر لا تعلق إلا بمعدوم مستقبل، والعقد قد وقع وصار ماضياً، فلا يصح أن يتعلق الأمر^(١) بالوفاء به، فيتعين أن الأمر متعلق بالوفاء بمقتضاه، ويكون التقدير: أوفوا بمقتضيات العقود، ونحن نقول بموجبه، ونوفي بمقتضاه، ولكن النزاع في مقتضاه ماذا؟^(٢) هل لزوم الطلاق أم لا؟ فلا يحصل المقصود من الآية، وهذا هو الجواب عن الحديث، فإن الكون عند الشروط إنما هو عند الوفاء بمقتضاها، وكون الطلاق من مقتضاها هو محل النزاع.

وللماكية أن يجيبوا عن هذين الجوابين بأن مقتضى العقد، ومقتضى الشرط هو ما دلّ اللفظ عليه لغة، لأنه مقتضاه إجماعاً، وأما المقتضى الشرعي فهو صورة النزاع، ونحن إنما نتمسك بالمقتضى اللغوي، ولا شك أن المقتضى اللغوي في العقد والشرط هو لزوم الطلاق، فوجب أن يكون متعلق الأمر في الآية والحديث وهو المطلوب، ولو حيل على المقتضى الشرعي، لكان التقدير: أوفوا بما يجب عليكم شرعاً الوفاء به، ونحن لا نعلم الوجوب إلا من هذا الأمر، فيلزم الدور، لتوقف كل واحد منهما على الآخر، أما إذا حيل على المقتضى اللغوي، لا يلزم الدور لعدم توقف اللغة على / الشرائع.

١/٧٩

(١) في المطبوع: إلا بالوفاء به.

(٢) في المطبوع: ما هو؟.

وههنا قاعدةٌ يُشكِّلُ مذهبُ مالكٍ وأبي حنيفةَ باعتبارِها، وهي أنَّ كُلَّ سببٍ شرَّعه الله تعالى لحِكْمَةٍ لا يشرِّعه عند عدم تلك الحكمة، كما شرع التعزيرات والحدود للزجر^(١)، ولم يشرِّعها في حقَّ المجانين، وإن تقدَّمت الجناية منهم حالة التكليف لعدم شعورهم بمقادير انخراق الحُرْمَةِ والذُّلَّةِ والمهانة في حالة الغفلة، فلا يحصلُ الزجرُ، وشرع البيع للاختصاص بالمنافع في العوضين، ولم يشرِّعه فيما لا يُتَنَفَّعُ به، ولا فيما كثر غرُّه، أو جهالته، لعدم انضباط الانتفاع مع الغرر والجهالة المُخلِّين بالأرباح، وحصول الأعيان، وشرع اللعان لتفني النسب، ولم يشرِّعه للمَجْبُوبِ والخَصِيِّ لانتفاء النَّسَبِ بغير لعان، وذلك كثيرٌ في الشريعة وضابطه: أنَّ كُلَّ سببٍ لا يُحصَلُ مقصوده لا يُشرِّع^(٢)، والنكاح سببٌ شرعيٌّ شرعٌ للتناسل والمُكارمةِ والمودَّةِ، فمن قال بشرعيته في صورة التعليق قبل الملك، فقد التزم شرعيته مع انتفاء حكمته، فكان يلزم أن لا يصحَّ عليها العقدُ البتَّة، لكنَّ العقدَ صحيحٌ إجماعاً، فدلَّ ذلك على عدم لزوم الطلاق تحصيلاً لحكمة العقد، وأما وجوبُ نصفِ الصِّداق، وتبعضُ الطلاق وغيرهما ممَّا يترتَّب^(٣) على هذا العقد، فأمرٌ تابعةٌ لمقصودِ العقد، لا أنَّها مقصودُ العقد^(٤)، فلا يُشرِّعُ العقدُ لأجلها، فحيثُ أجمَعنا على شرعيته، دلَّ ذلك على بقاء حكمته، وهو بقاء النكاح المُشتملِ على

(١) هذا غيرُ مسلَّم، فقد ذكر الشاطبي في «الموافقات» ٤٠/٢: أنَّ العقوبات مشروعةٌ للازدجار، مع أنَّنا نجدُ من يُعاقبُ فلا يزدجر، . . . فنقول في العقوبات التي لم يزدجر صاحبها: إنَّ المصلحة ليست الازدجار فقط، بل ثمَّ أمرٌ آخرٌ وهو كونها كفارةً، لأنَّ الحدود كفاراتٌ لأهلها، وإن كانت زجراً أيضاً على إيقاع المفساد.

(٢) انظر «القواعد الكبرى» ٢٤٩/٢ لابن عبد السلام.

(٣) في المطبوع: يتوقَّف.

(٤) قوله: «لا أنَّها مقصودُ العقد»: سقط من طبعة دار السلام.

مقاصده، وهذا موضعٌ مُشكَلٌ على أصحابنا فتأملهُ، وقد ظهر لك أيضاً بما^(١) تقدّم من البحثِ الفرقُ بين ما يترتّب في الذّم وبين ما لا يترتّب. وأما تهويلُ الشافعيةِ بقولهم: إنَّ الطلاقَ حلٌّ، والنكاحَ عَقْدٌ، والحِلُّ لا يكونُ قبلَ العقدِ، وبما يروونه عن رسولِ الله ﷺ كما خرّجه «الترمذي»^(٢): «لا نذرَ فيما لا يملكُ ابنُ آدمَ، ولا طلاقَ فيما لا يملكُ، ولا عتاقَ فيما لا يملكُ» فالجوابُ: أنّ الطلاقَ لم يُنقلْ به في غيرِ عَقْدٍ، لأنّنا لم نُقلْ بلزومِ الطلاقِ إلّا بعدَ حصولِ العقدِ لا قبله، فما قلنا بالحِلِّ إلّا بعدَ العقدِ، وهو الجوابُ عن الحديثِ، فإنَّ طلاقَ ابنِ آدمَ وعِتقَهُ إنّما وقعا فيما ملكه، وإنّما المتقدّمُ التعليقُ وربطُ الطلاقِ والعتاقِ بالملكِ، لا نفسُ الطلاقِ والعتاقِ.

* * *

(١) في الأصل: ما.

(٢) سبق تخريجه قبل قليل.

الفرق / السادس والستون والمئة

بين قاعدة الإيجابات^(١) التي يتقدمها

سبب تام وبين قاعدة الإيجابات التي هي أجزاء الأسباب

اعلم أنّ الإيجابات ثلاثة أقسام:

قسم اتفق على أنّ السبب التام تقدمه.

وقسم اتفق على أنّه جزء السبب.

وقسم مختلف فيه: هل هو من القسم الأول أو من القسم الثاني؟

القسم الأول: وهو ما تقدمها سبب تام، فيجوز تأخيرها إجماعاً عن

السبب كالخيار في عيوب النكاح، وعيوب السلع في البيع، ومضاء خيار الشرط، ونحو ذلك كخيار الأمة إذا عتقت تحت عبد.

وأما القسم الثاني الذي هو جزء السبب، فهذا لا يجوز تأخير

كالقبول بعد الإيجاب في البيع والهبة والإجارة، فلا يجوز تأخير هذا القسم زمنياً^(٢) يدل على الإعراض منهما عن العقد، لئلا يؤدي إلى التشاجر والخصومات بإنشاء عقد آخر مع شخص آخر.

والقسم الثالث المختلف فيه الجواب في التملك اختلف فيه: هل

هو من القسم الأول فلا يقدح فيه التأخير أو من الثاني فيقدح؟ روايتان

عن مالك، قال اللخمي: وأرى إمهال المرأة ثلاثة أيام كالمصراة والسفعة لما في الفراق من الصعوبة.

(١) في الأصل: الإيجابات.

(٢) في المطبوع: إلى ما.

قال الشيخ أبو الوليد بن رُشد في «المُقَدِّمات»^(١): كان مالكٌ يقولُ:
لِلْمَمْلَكَةِ وَالْمُخَيَّرَةِ^(٢) بِالْقَضَاءِ فِي الْمَجْلِسِ فَقَطْ كَالْمَبَايَعَةِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى
أَنَّ ذَلِكَ لَهَا، وَإِنْ افْتَرَقَا لِاحْتِيَاجِهَا لِلْمَشَاوِرَةِ^(٣)، وَهَذَا إِذَا بَاشَرَهَا أَوْ
وَكِيلَهُ، فَإِنْ كَتَبَ إِلَيْهَا أَوْ أَرْسَلَ رَسُولًا، أَوْ عَلَّقَ عَلَى شَرْطٍ، لَمْ يَخْتَلَفْ
قَوْلُهُ فِي تَمَادِي ذَلِكَ، مَا لَمْ يَطُلْ طَوَّلًا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِالْإِسْقَاطِ نَحْوُ
أَكْثَرِ مِنْ شَهْرَيْنِ، لِأَنَّ كَلَامَ الزَّوْجِ سَوَّالٌ يَتَّصِلُ بِهِ جَوَابُهُ، وَجَوَابُهُ لِلرِّسَالَةِ
مَعَ مُرْسِلِهِ^(٤).

* * *

(١) انظر «المقدمات» ٤٥٥/٢.

(٢) في المطبوع: الخيار.

(٣) عبارة ابن رشد في «المقدمات»: ثم قال مالكٌ رحمه الله في آخر زمانه، إنَّ أمرَ
المُملَكَةِ والمُخَيَّرَةِ بيدها وإن تفرَّقا من المجلس ما لم يوقفها السلطان، أو تتركه
يطأها، ووجه هذا القول أنَّ هذا أمرٌ خطيرٌ يُحتاجُ فيه إلى الاستشارة والاستشارة،
فافتقر إلى المهلة.

(٤) علَّق ابن الشاط على هذا الفرق بقوله: ما قاله فيه صحيح، وما قاله في الفرق بعده
فيه نظر.

الفرق السابع والستون والمئة

بين قاعدة خيار التملك في

الزوجات وبين قاعدة تخيير الإمام في العتق

أنه يجوز في الأول أن يقول الزوج لامرأته: إذا غبت عنك، فأمرتك بيدك، فتقول المرأة: متى غبت عني، فقد اخترت نفسي، فإن ذلك يلزمه، بخلاف الأمة يحلف سيدها بحريتها، فتقول: إن فعلت فقد اخترت نفسي، فإن ذلك لا يلزمه.

وسأل عبد الملك بن الماجشون مالكا عن الفرق بين الباتين، فقال له مالك: أتعرف دار قدامة؟ ودار قدامة يلعب فيها بالحمام بالمدينة - فسق ذلك على/ عبد الملك، والفرق: أن الزوج أذن للحرّة في القضاء الآن ١/٨٠ على ذلك التقدير، والحالف بحرية الأمة لم يأذن، وإنما قصد حث نفسه باليمين على الفعل أو زجرها عنه، وإنما يستويان إذا قالت الحرّة: إن ملكتني، فقد اخترت نفسي، ويرد عليه أن الله تعالى قد أذن للأمة في القضاء على ذلك التقدير، وهو العتق، كما أذن للزوج.

وجوابه: أن إذن الله تعالى على التقادير لا يترتب عليه صحّة التصرف قبل وجود التقادير بدليل إسقاط الشفعة قبل البيع، والإذن من الوارث في التصرف قبل مرض الموت، وصرف الزكاة قبل ملك النصاب، والتكفير قبل الحنث في اليمين، فإن هذه التصرفات حينئذ كلها باطلة، وإن كان الشارع رتبها وأذن فيها على تلك التقادير، لأن القاعدة أن كل حكم وقع قبل سببه وشرطه لا ينعقد إجماعاً^(١)، وبعدهما ينعقد

(١) انظر «بداية المجتهد» ٦/١٣٧ لابن رشد.

إجماعاً، وبينهما في النفوذ قولان، وقد تقدّمت هذه القاعدة مبسوطاً،
فالحُرَّةُ وُجِدَ فِي حَقِّهَا سَبَبٌ، وَهُوَ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ إِذْنِ الشَّرْعِ الْمُقَدَّرِ،
وَالْأُمَّةُ انْفَرَدَ فِي حَقِّهَا الْإِذْنُ الْمُقَدَّرُ فَقَطْ، وَلِأَنَّ الْقَاعِدَةَ أَيْضاً أَنَّ حَقُوقَ
الْعِبَادِ إِنَّمَا تَسْقُطُ بِإِذْنِ الْعِبَادِ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ أَيْضاً هَذِهِ الْقَاعِدَةُ، وَنُظِرَتْ
بِالْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ إِذَا هَلَكَتْ بِإِذْنِ رَبِّهَا لَا يَضْمَنُ، وَبِإِذْنِ صَاحِبِ الشَّرْعِ
يَضْمَنُ، وَمَسَائِلَ مَعَهَا، قَالَ اللَّحْمِيُّ: وَسَوَى أَصْبَغُ الْإِمَاءَ بِالزَّوْجَاتِ،
وَسَوَى أَشْهَبُ الزَّوْجَاتِ بِالْإِمَاءِ لِعَدَمِ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْإِخْتِيَارُ^(١).

* * *

(١) في المطبوع: الإخبار.

الفرق الثامن والستون والمئة

بين قاعدة التملك، وقاعدة التخيير

اعلم أن موضوع التملك عند مالك أصل الطلاق من غير إشعار بالبينونة ولا بالعدد، فلها أن تقضي بأي ذلك شاءت، وموضوع التخيير عندنا الثلاث قبل البناء وبعده، ومقصوده البينونة، فلذلك تُقبل نية الزوج فيما دون الثلاث قبل البناء لحصول المقصود، وهو البينونة بالواحدة حينئذٍ دون ما بعد البناء، لأنه صريح في البينونة لا يقبل المجاز كالثلاث إذا نطق بها^(١).

قال القاضي عياض في كتاب «التنبيهات»: في التخيير سبعة أقوال: المشهور هو الثلاث، نوتها المرأة أم لا، فإن قضت بدونها فهل يسقط خيارها؟ خلاف. والثلاث وإن نوت دونها.

قال عبد الملك: وواحدة بائنة، / وللزوج المُنَاكِرَةُ في الثلاث، وطلقة بائنة عند ابن الجهم^(٢)، وعمر وعلي رضي الله عنهما، وثلاث إن

(١) انظر بسط هذه المسألة في «المعونة» ٨٧٨/٢ للقاضي عبد الوهاب، و «شرح حدود ابن عرفة» ٢٨٦/١ للرضاع.

(٢) في طبعة دار السلام: عند القاسم الجهم، ولم يتبين لي وجهه. وابن الجهم: هو أبو بكر محمد بن أحمد بن الجهم ويُعرف بابن الوراق المروزي، تفقه بالقاضي إسماعيل، وسمع كبار أصحابه، وألف كتاباً جليلاً على مذهب مالك، منها كتاب «الرد على محمد بن الحسن»، وكتاب «مسائل الخلاف» و«الحجة لمذهب مالك» و«شرح مختصر ابن عبد الحكم الصغير»، مات سنة ٣٢٩هـ وقيل ٣٣٠هـ، له ترجمة في «ترتيب المدارك» ١٩/٥. وانظر «المعلم بفوائد مسلم» ١٣١/٢ حيث نقل الإمام المازري قول ابن الجهم في هذه المسألة =

قالت: اخترت نفسي، وواحدة بائنة إن اختارت زوجها، أو ردت الخيار عليه، مروى عن مالك، وطلقة رجعية عند أبي يوسف، وأسقط أبو حنيفة حكمه مطلقاً، وافق الشافعي وأبو حنيفة وابن حنبل على أنه كناية لا يلزم به شيء إلا بالنية، لأن لفظ التخيير يحتمل التخيير في الطلاق وغيره، فإن أراد الطلاق فيحتمل الواحدة والكثرة، والأصل بقاء العضة حتى ينوي، وقد اعتمد الأصحاب على مدارك:

أحدها: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية قالوا: هذه الآية تدل على البيونة بالثلاث^(١)، وقد أجاب اللخمي من أصحابنا عنها بأربعة أوجه:

أحدها: أنه عليه السلام كان المطلق لا النساء، لقوله تعالى: ﴿وَأَسْرَحْتَكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

وثانيها: سلمنا أن الأزواج كن اللاتي طلقن، لكن السراح لا يوجب إلا واحدة كما لو قال: سرحتك.

وثالثها: سلمنا أنه الثلاث، لكنه مختص به عليه السلام، لأن تحريم الطلاق الثلاث معلل بالندم، وهو عليه السلام أم لك لنفسه منا.

ورابعها: أن التخيير إنما كان بين الحياة الدنيا، والدار الآخرة.

وثانيها^(٢): أن إحدى نسائه عليه السلام اختارت نفسها، فكانت البتة، فكان ذلك أصلاً في الخيار. قال اللخمي: وهو غير صحيح،

= أما ما وقع في طبعة دار السلام بشأن التعريف بابن الجهم هذا، فهو مما لا يصح على التحقيق!

(١) انظر «أحكام القرآن» ٣/١٥٢٦ لابن العربي.

(٢) يعني ثاني هذه المدارك التي اعتمد عليها المالكية.

والذي في «الصحيحين»^(١): أَنَّ عائشة رضي الله عنها قالت: إني أريدُ اللهَ ورسولَهُ والدارَ الآخرةَ، ثم فعلَ أزواجهُ مثْلَ ذلكِ .

وثالثُها: أَنَّ المفهومَ من هذا اللفظِ عادةً، إِنَّمَا هو التخييرُ في الكَوْنِ في العصمةِ أو مفارقتها، هذا هو السابقُ للفهمِ من قولِ القائلِ لزوجتهِ: خَيْرْتُكَ، والأئمةُ الثلاثةُ يُنازعون في أَنَّ هذا هو المفهومُ عادةً. والصحيحُ الذي يظهرُ لي: أَنَّ قولَ الأئمةِ هو مُقتضى اللفظِ لغةً، لا مِرْيَةً في ذلكِ، وَأَنَّ مالكَاً رَحِمَهُ اللهُ أَفتى بالثلاثِ والبيّنونةِ كما تقدّمَ بناءً على عادةِ كانتِ في زمانه أوجِبَتْ نَقْلَ اللفظِ عن مُسمّاه اللغويِّ إلى هذا المفهومِ، فصار صريحاً فيه، وهذا هو الذي يتّجه، وهو سرُّ الفرقِ بين قاعدةِ التخييرِ والتملكِ، غَيْرَ أَنَّهُ يُلزَمُ عليه أَنَّ هذا الحكمَ قد بطلَ، وتغيّرتِ الفتيا، ويجبُ الرجوعُ إلى اللغةِ، كما قاله الأئمةُ، وتَصِيرُ كنايةً مَحْضَةً بسببِ أَنَّ العُرْفَ قد تغيّرَ، / حتى لم يَصِرْ أَحَدٌ يستعملُ هذا اللفظَ إِلَّا في غايةِ التُّدْرَةِ، فضلاً عن كثرةِ الاستعمالِ التي تُصَيِّرُهُ منقولاً، والقاعدةُ: أَنَّ اللفظَ متى كان الحكمُ فيه مُضافاً لنقلِ عاديٍّ بطلَ ذلكِ الحكمُ عند بطلانِ تلكِ العادةِ، وتغيّرَ إلى حُكْمٍ آخَرَ إِن شَهِدَتْ له عادةٌ أُخرى، فهذا هو الفقهُ المُتَّجِهُ^(٢).

* * *

(١) «صحيح البخاري» (٤٧٨٦)، و«صحيح مسلم» (١٤٧٥).

(٢) علّق ابن الشاط على هذا الفرق بقوله: أكثرُ ما قاله فيه حكايةً خلافٍ وتوجيهً، ولا كلامَ في ذلكِ، وما قاله مِن أَنَّ مالكَاً رضي الله تعالى عنه إِنَّمَا بنى على عُرْفِ زمانه هو الظاهرُ، وما قاله من لزومِ تغيّرِ الفتوى عند تغيّرِ العُرْفِ صحيحٌ، والله أعلم.

الفرق التاسع والستون والمئة

بين قاعدة ضمّ الشهادة^(١) في

الأقوال وقاعدة عدم الشهادة^(٢) في الأفعال

اعلم أنّ مالكا رحمه الله قال: إذا شهد أحدهما أنّه حلف أن لا يدخل الدار، وأنّه دخل، وشهد الآخر أنّه لا يكلم زيدا، وأنّه كلمه، حلف المشهود عليه، فإن نكل سجن، لأنّ الشاهدين لم يتفقا على متعلّق واحد، وكذلك إذا اختلفا في العتق على هذه الصورة، وقال: إذا شهد أحدهما أنّه طلقها بمكّة في رمضان، وشهد الآخر أنّه طلقها بمصر في صفر، طلقت، وكذلك العتق، قال ابن يونس: ويشرط أن يكون بين البلدين مسافة يُمكن قطعها في الأجل الذي بين الشهادتين، وتُضبط عدتها من يوم شهادة الأخير.

قلت: وينبغي حمل كلامه على العدة في القضاء، أمّا في الحكم، فما تعتقه الزوجة في تاريخ الطلاق.

وقال اللّخمي: قيل: تُضمّ الشهادتان في الأقوال والأفعال، أو إحداهما قول، والأخرى فعل ويُقضى بها، وقيل: لا يُضمان مطلقاً، وقيل: يُضمان في الأقوال فقط، وقيل: يُضمان إذا كانتا على فعل، فإن كانت إحداهما على قول، والأخرى على فعل لم يُضما، والأقوال كلّها لمالك رحمه الله^(٣).

(١) في المطبوع: الشهادتين.

(٢) في المطبوع: ضمّها.

(٣) علّق ابن الشاط على ما مضى من كلام القرافي بقوله: ما قاله هنا حكاية أقوال ونحو ذلك، ولا كلام فيه.

واعتمد الأصحاب في الفرق بين الأقوال والأفعال، أن الأقوال يمكن تكرُّرها، ويكون الثاني خبراً عن الأول، والأفعال لا يمكن تكرُّرها إلا مع التعدد، وهذا الفرق فيه بحث، وذلك أن الأصل في الاستعمال الإنشاء، وتجديد المعاني بتجدد الاستعمالات، والتأسيس حتى يدل دليل على التأكيد، لأنه مقصود الوضع، ومقتضى هذه القاعدة عدم ضم الأقوال والأفعال لعدم وجود النصاب في لفظ واحد منها، لكن عارض هذه القاعدة قاعدة أخرى، وهي أن أصل^(١) [قولنا]: أنت طالق وأنت حر، الخبر عن وقوع الطلاق والعتاق قبل زمن النطق، وكذلك بغت واشتريت وسائر صيغ العقود، وإنما ينصرف لاستحداث هذه المعاني بالقرائن أو النقل العرفي، وإنما الأصل الخبر، فشهادتهما بالقرائن شهادة بقول يصلح للإخبار والإنشاء، / فيحمل القول الثاني على الإخبار في المرة الثانية عملاً بقاعدة ترجيح الأصل الذي هو الخبر، والحمل على الأصل أولى^(٢)، ولذلك شبه الأصحاب بما لو أقر بمال في مجالس، فإنه لا يتعدّد عليه ما أقر به^(٣).

ب/٨١

(١) في الأصل: الأصل: وصوّناه من المطبوع.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله صحيح بناء على ما أصل، إلا ما قاله من أن أصل قوله: أنت طالق، وأنت حر، الخبر عن وقوع الطلاق والعتاق قبل زمان النطق، فإنه ليس بصحيح، فإن الخبر باسم الفاعل المطلق لا يكون إلا للحال.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: إنما لم يتعدّد عليه ما أقر به لاحتمال تكرّر الإقرار بمال واحد، مع أن الأصل براءة الذمة من الزائد، وكذلك ما نحن فيه من قوله: عبدي فلان حر، ثم كرّر ذلك القول، فإنه يحتمل على أن الثاني خبر عن الأول بناء على ما أصل من أصل الخبر، فيكون حينئذ الشاهدان شهيدا على شيء واحد، وهو إنشاء العتق في العبد الذي سُمي.

قلت: لا أدري ما الحامل على تكلف تقديره كون القول الثاني خبراً عن الأول، مع أنه لو بين بقرينة مقاله، أو بقرينة حاله أنه يريد بالقول الثاني تأكيد الإنشاء لعنق =

أما لو فرضنا كل واحد من الشاهدين صمم على الإنشاء فيما سمعه، كانت الأقوال كالأفعال في مقتضى كلام الأصحاب، ومقتضى القواعد، فيكون سرُّ الفرقِ على المشهورِ أنه أنشأ أولاً، وأخبر ثانياً عن ذلك الإنشاء، ولما كان لفظُ الإنشاءِ، ولفظُ الخبرِ صورتُهُما واحدة، شُرِعَ ضمُّ الثاني إلى الأول، فيجتمعُ النصابُ في شيءٍ واحدٍ، فيلزمُ الطلاقُ والعِتاقُ، وأما الفعلُ الثاني فلا يمكنُ أن يكونَ عينَ الأولِ، لأنه لا يصلحُ أن يكونَ خبراً عنه، فإنَّ الخبرَ من خصائصِ الأقوالِ، فصار مشهوداً به آخرَ يحتاجُ إلى نصابٍ كاملٍ في نفسه، فهذا هو سرُّ الفرقِ.

ومنَّ لاحظَ قاعدةَ الإنشاءِ، قال بعدمِ الضمِّ فيهما، وهو ظاهرٌ، لإجماعنا على أنَّ اللفظَ الأوَّلَ محمولٌ على الإنشاءِ لا على الخبرِ وما يُقضى إلَّا به، ولو كان المُعتبرُ فيه الخبرَ دونَ الإنشاءِ، أو هو متردِّدٌ بينهما على السواءِ، لم يُقضَ بالطلاقِ ولا بالعِتاقِ البتَّةَ كما نفعله في جميعِ الألفاظِ المتردِّدة، وأما ضمُّ الأفعالِ مع تعذُّرِ الإخبارِ فيها، فملاحظةٌ للمعنى دونِ خصوصِ السببِ، فإنَّ كلَّ شاهدٍ شهدَ بأنَّها مُطلَّقةٌ، وبأيِّ سببٍ كان ذلك لا يُعَرَّجُ عليه، ولو صرَّحاً بالطلاقِ هكذا انضمتِ الشهاداتُ، وأما عدمُ الضمِّ إذا كانت إحداهما على قولٍ، والأخرى على

= ذلك العبد لكَمَلَتْ شهادةُ الشاهدينِ بذلك العتقِ، وكذلك لو تبيَّنَ بالقرائنِ أنَّ القولَ الأوَّلَ خبرٌ عن أنَّه كان عَقَدَ عِتْقِهِ، والقولُ الثاني أيضاً كذلك، لحصلتِ شهادةُ شاهدينِ على إقرارِهِ بعِتْقِهِ، فلا فَرْقَ إذاً بين ما إذا كان القولانِ إنشَاءً أو كانا خبراً، أو كان أحدهما خبراً والآخرُ إنشَاءً، من حيثِ إنَّ المقصودَ - وهو وقوعُ عِتْقِهِ إياه - قد حصلَ على كلِّ تقديرٍ من تلك التقاديرِ. نعم إذا تبيَّنَ بالقرائنِ، أو احتملَ أنَّ القولَ الثاني تأسيسُ إنشَاءٍ كالأولِ، فههنا لا يصحُّ ضمُّ الشهادتينِ المختلفتي التاريخِ، لأنه لا يكونُ على عقدِ العتقِ إلَّا شاهدٌ واحدٌ وهو الأولُ، أما الثاني فإنَّما شَهِدَ بما لا يصحُّ عَقْدُ العِتْقِ به، لأنَّ العَقْدَ لا ينعقدُ فيمن تقدَّم عِتْقَهُ.

فعل، فلأن ذلك مختلفُ الجنس، والضمُّ إنَّما يكونُ في الجنسِ الواحدِ، وضمُّ الشيءِ إلى جنسِهِ، أَقْرَبُ من ضمِّهِ إلى غيرِ جنسِهِ، وإذا شهدَ بتعليقَيْنِ على شيءٍ واحدٍ في زمانَيْنِ كرمضانَ وصَفَرَ كما قال، فَإِنَّهُ يجعلُ التعليقَ الثاني خبراً عن التعليقِ الأولِ، لا إنشاءً للربطِ، بل إخباراً عن ارتباطِ الطلاقِ بذلك المعنى، وفي الأولِ أنشأ الربطَ به، فالقولُ في ألفاظِ التعليقِ كالقولِ في ألفاظِ الإنشاءاتِ حَرْفاً بحرفٍ^(١).

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِبِ بقوله: لا أَحْسِبُ ما بُنِيَ عليه الفرقُ من كونِ القولِ الثاني خبراً عن الأولِ صحيحاً، بل الذي ينبغي أن يكونَ أصلاً في هذه المسائلِ سواءَ كانتِ قولاً أو فعلاً أم كيفما كان، أن ينظر إليها، فَإِنْ قَبِلْتَ الضَّمَّ ضَمَّتْ، وإلَّا فلا، ففي القولِ كمسألةِ الإقرارِ بمالٍ كَمَنْ يَقُولُ في رمضانَ: لفلانٍ عندي دينارٌ فسمعه شاهدٌ، ثم يقولُ في سؤالٍ: لفلانٍ عندي دينارٌ، فسمعه آخرٌ، فلا شكَّ أنَّ هذا الموضعَ يقبلُ الضَّمَّ، فتكملُ الشهادةُ ويُقضى عليه بالدينارِ، وفي الفعلِ كمن يشربُ الخمرَ في سؤالٍ فيشاهدهُ شاهدٌ، ثم يشربُها في ذي القعدةِ. فيشاهدهُ آخرٌ، فلا شكَّ أنَّ هذا الموضعَ يقبلُ الضَّمَّ، فَإِنَّ الشاهدينِ معاً قد اجتمعا معاً على مشاهدتهما إياه يشربُ الخمرَ، فتكملُ الشهادةُ، فيلزمُه الحدُّ.

وأما القولُ الذي لا يقبلُ الضَّمَّ، فكما إذا قال في رمضانَ: عبدي فلانٌ حرٌّ، على قصدِ تأسيسِ الإنشاءِ لعِتْفِهِ، فشهدَ عليه بذلك شاهدٌ، ثم قال في سؤالٍ: عبدي فلانٌ حرٌّ، على ذلك القصدِ بعَيْنِهِ، فيشهدُ عليه بذلك شاهدٌ آخرٌ، وتعدَّرَ قبولُ الضَّمِّ هنا مِن قَبْلِ أَنْ عَقَدَ العِتقَ لا يتعدَّدُ.

وأما الفعلُ الذي لا يقبلُ الضَّمَّ، فكما إذا شهدَ شاهدٌ أنَّ شاهدَ زيداً قتلَ عَمراً في سؤالٍ، وشهدَ شاهدٌ آخرٌ أنَّ شاهدَ قَتَلَهُ في ذي القعدةِ، وتعدَّرَ قبولُ الضَّمِّ هنا مِن قَبْلِ أَنْ القتلَ لا يتعدَّدُ، وعلى ما تقرَّرَ تُشكِّلُ المسألةُ التي نقلَ عن مالكٍ رحمه الله من أنه إذا شهدَ أحدُ الشاهدينِ أنَّه طَلَّقها بمكةَ في رمضانَ، وشهدَ الآخرُ أنَّه طَلَّقها بمصرَ في صَفَرَ، طَلَّقَتْ مِن حَيْثُ إِنَّ المدةَ التي بينَ رمضانَ وصَفَرَ أكثرُ من مدةِ العِدَّةِ، فعلى تقديرِ قصدهِ تأسيسِ الإنشاءِ، فالقولُ الثاني لا ينعقدُ به طلاقٌ، لأنها انحلتْ عِصْمَتُهُ عنها قبلَ هذا التاريخِ بمقتضى شهادةِ الأولِ، وعلى تقديرِ =

تفريع: قال اللَّخْمِيُّ: لو شهد أحدهما بالثلاث قبل أنس، والثاني باثنتين أنس، والثالث بواحدة اليوم، لزِمَ الثلاث، لأنَّ ضَمَّ الثاني للأول يوجب اثنتين قبل/ سماع الثالث، فلَمَّا سَمِعَهُ الثالثُ ضَمَّ للباقي من ١/٨٢ الأول، وكذلك لو شهد الثاني بواحدة، والأخيرُ باثنتين، لأنَّ الثاني مع الأول طَلَقَتَانِ يُضَمُّ إليهما طَلَقَةٌ أُخْرَى، وكذلك لو شهد الأولُ باثنتين، والثاني بثلاث، والأخيرُ بواحدة، هذا إذا عَلِمَتِ التَّوَارِيخُ، فَإِنْ جُهِلَتْ يُخْتَلَفُ في لزومِ الثلاث، أو اثنتين، لأنَّ الزائدَ عليهما من بابِ الطلاق بالشك.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: إذا شهد أحدهما بطلقة، والآخرُ بأكثر، لم يُحْكَمْ بشيءٍ لعدمِ حصولِ النَّصَابِ في شهادةٍ منها، ولو شهد أحدهما بيانته، والآخرُ برَجْعِيَّةٍ، ضَمَّتِ الشَّهَادَتَانِ، لأنَّ الاختلافَ ههنا إنَّما هو في الصفة.

قال مالكٌ في «المدونة»^(١): إذا شهد أحدهما أنه قال في مُحَرَّمٍ: إن فعلتُ كذا، فامرأتي طالق، وشهد الآخرُ أنه قال ذلك في صَفَرٍ وشهدا عليه، أو غيرهما بالفعلِ بعد صفرٍ، طَلَقَتْ لاتفاهما على التعليقِ والمعلَقِ عليه، كما لو اتفقا على المُقَرَّرِ به وله، واختلفا في زمن الإقرار،

= قصد الخبر، فالقولُ الثاني يبعدُ أَطْلَاعُ الشَّاهِدِ على هذا القصدِ، لاحتمالِ القولِ الثاني قَصْدَ تَأْسِيسِ الإِنْشَاءِ، وقصدَ تَأْكِيدِهِ وقصدَ الخَيْرِ، وترجيحُ قَصْدِ الخَيْرِ بأنَّه الأَصْلُ لا يخفى ضَعْفُهُ والله أعلم.

وما قاله بَعْدُ حِكَايَةُ أَقْوَالٍ ولا كَلَامٍ فيها، وما قاله من الحملِ على الخَيْرِ فهو بناءٌ على أَصْلِهِ، وما قاله فيما إذا شَهِدَ له الإِنْشَاءُ صحيحٌ والله أعلم، وما ذكره في الفرقِ بعده صحيحٌ أيضاً.

(١) انظر «المدونة» ٤١/٣ وقد تَصَرَّفَ القَرَفِيُّ بعبارة الإمام مالك.

وإن شَهِداً في مجلسِ التعليقِ، وشَهِدَ أحدهما أنَّه فعل يومَ الجمعةِ الشرطَ، والآخَرُ أنَّه فعله يومَ السبتِ، طَلَقَتْ لاتفافهما على التعليقِ ووقوعِ الشرطِ، وكذلك لو نسباً قوله لمكانين^(١).

واعلم أنَّ هذه الإطلاقاتِ إنَّما تصح إذا حُوِّلَ الثاني على الخبرِ، أمَّا لو صَمَّمَ كلُّ واحدٍ على الإنشاءِ، فلا يوجدُ في هذه المسألةِ على هذا التقديرِ الضمُّ في الشهاداتِ، وإنَّما وُجِدَ^(٢) في الإطلاقاتِ المُحتملةِ على ما تقدَّم بيانهُ على تلك القواعدِ المتقدِّمةِ.

* * *

(١) في الأصل: بمكانين.

(٢) في الأصل: وُجِدَتْ. والضمير راجع إلى الضمِّ.

الفرق السبعون والمئة

بين قاعدة ما يلزم الكافر إذا أسلم، وقاعدة ما لا يلزمه

اعلم أن أحوال الكافر مختلفة إذا أسلم، فيلزمه ثمن البيعات، وأجرُ الإجازات، ودفعُ الديون التي اقترضها ونحو ذلك، ولا يلزمه من حقوق الأدميين القصاص، ولا الغصب والنهب إن كان حزبياً، وأما الذمّي فيلزمه جميع المظالم وردّها، لأنّه عقّد الذمّة وهو راضٍ بمقتضى عقّد الذمّة، وأمّا الحربيّ، فلم يرضَ بشيءٍ، فلذلك أسقطنا عنه الغُصوبَ والثُّهوبَ والغاراتِ ونحوها، وأمّا حقوقُ الله تعالى فلا تلزمه، وإن كان ذمياً ممّا تقدّم في كُفْره [لا] ظهارٌ ولا نذرٌ، ولا يمينٌ من الأيمان، ولا قضاء الصلوات، ولا الزكوات، ولا شيءٌ قرّط فيه من حقوقِ الله تعالى، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الإسلامُ يجُبُّ ما قبله»^(١).

وضابطُ الفرق: أن حقوقَ العبادِ قسمان:

منها ما رضي به حالة كُفْرِهِ واطمأنت/ نفسه بدفعه لمُستحقّه، فهذا لا ٨٢/ب يسقط بالإسلام، لأنّ إلزامه إياه ليس مُتقرّاً له عن الإسلام لِرِضاه. وما لم يرضَ بدفعه لمُستحقّه كالقتل والغصب ونحوه، فإنّ هذه الأمور إنّما دخل عليها مُعتمداً على أنّه لا يُوقئها أهلها، فهذا كلّهُ يسقط، لأنّ في إلزامه ما لم يعتقد لزومه تنفيراً له عن الإسلام، فقدّمت مصلحة الإسلام على مصلحة ذوي الحقوق، وأمّا حقوقُ الله تعالى فتسقط مطلقاً رضي بها أم لا، والفرقُ بينها وبين حقوقِ الأدميين من وجهين:

(١) سبق تخريجه. وانظر «شرح النووي على مسلم» ٤١٨/١ «بابُ بيانِ حُكمِ عملِ الكافر إذا أسلم بعده». وانظر كتاب «القواعد» ٣٩١/٣ للتقي الحِضني.

أحدهما: أَنَّ الإسلامَ حَقُّ الله تعالى، والعباداتُ ونحوها حَقُّ لله تعالى، فلمَّا كان الحَقَّانِ لجهةٍ واحدةٍ، ناسبَ أن يُقدِّمَ أحدهما على الآخرِ، ويُسقطَ أحدهما الآخرَ لحصولِ الحقِّ الثاني لجهةِ الحقِّ الساقطِ، وأما حَقُّ الآدميينَ فجهةُ الآدميينَ والإسلامِ ليسَ حقًّا لهم، بل لجهةِ الله تعالى، فناسبَ أن لا يسقطَ حَقُّهم بتحصيلِ حَقِّ غيرهم.

وثانيهما: أَنَّ الله تعالى كريمٌ جوادٌ تُناسبُ رحمتهُ المسامحةَ، والعبدُ بخيلٌ ضعيفٌ، فناسبَ ذلك التمسُّكُ بحَقِّه، فسقطتْ حقوقُ الله تعالى مطلقاً، وإن رضيَ بها كالتُّدورِ والأيمانِ، أو لم يرضَ بها كالصلواتِ والصيامِ، ولا يسقطُ من حقوقِ العبادِ إلا ما تقدَّم الرضا به، فهذا هو الفرقُ بين القاعدتين^(١).

* * *

(١) قد أخرج الإمام أحمد في «المسند» ٤٣/١٥٥-١٥٦ من حديث عائشة قالت: قال رسولُ الله ﷺ: «الدواوينُ عند الله عزَّ وجلَّ ثلاثة: ديوانٌ لا يعبأُ الله به شيئاً، وديوانٌ لا يتركُ الله منه شيئاً، وديوانٌ لا يغفره الله. فأما الديوانُ الذي لا يغفره الله فالشركُ بالله، قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿إِنَّكُمْ مِنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ﴾ [المائدة: ٧٢] وأما الديوانُ الذي لا يعبأُ به شيئاً، فظلمُ العبدِ نفسه فيما بينه وبين ربِّه من صومٍ تركه أو صلاةٍ تركها، فإنَّ الله عزَّ وجلَّ يغفر ذلك ويتجاوز إن شاء، وأما الديوانُ الذي لا يتركُ الله منه شيئاً، فظلمُ العبادِ بعضهم بعضاً، القصاصُ لا محالة» وإسناده ضعيفٌ لأجل صدقةِ بن موسى، وقد انفرد به، وصحَّحه الحاكم ٤/٥٧٥ مختصراً، وتعقبه الذهبي وذكر ضَعْفَ صدقة، وجهالةُ يزيد بن بابتوس. وانظر تمام التعليق عليه في «المسند».

الفرق الحادي والسبعون والمئة

بين قاعدة ما يجزىء فيه فعل غير المكلف عنه
وبين قاعدة ما لا يجزىء فيه فعل الغير عنه^(١)

اعلم أن الأفعال المأمورَ بها ثلاثة أقسام:

قسم اتفقَ الناسُ على صحّةِ فعلٍ غيرِ المأمورِ به عن المأمورِ، وذلك كدفعِ المغصوبِ للمغصوبِ منه، وإن لم يشعرِ الغاصبُ، فإنّ ذلك يسدُّ المسدَّ ويزيلُ التكليفَ، ودفعِ النفقاتِ للزوجاتِ والأقاربِ والدوابِّ، فإن دفعها غيرُ مَنْ وجبت عليه لمن وجبت له أجزاءت، وإن لم يشعرِ المأمورُ بها من زوجٍ أو قريب، وكذلك دفعُ اللقطةِ لمستحقّها، وإن لم يشعرِ مُلتقطها، وهذا النحو.

وقسم اتفقَ الناسُ على عدمِ أجزاءِ فعلٍ غيرِ المأمورِ به فيه، وهو الإيمانُ والتوحيدُ والإجلالُ والتعظيمُ لله سبحانه وتعالى، وكذلك حُكَي

(١) علّق ابن الشاط على ترجمة الفرق بقوله: قد ذكر قبل هذا الفرق العاشر والمائة بين قاعدة ما تصح فيه النيابة، وقاعدة ما لا تصح النيابة فيه، وهو هذا بعينه، غير أنّ ذكر هنا مسائل لم يذكرها هناك، وقد ذكر بعد هذا في الفرق السادس عشر والمنتين بين قاعدة ما يجوز التوكيل فيه، وقاعدة ما لا يجوز التوكيل فيه، وهو قريب منه أو هو هو، وما قاله بعدُ إلى آخر القواعد نقل لا كلام فيه، وصحيح ظاهر، إلا قوله بتقدير ملك المقتول خطأ للدية، فإن الصحيح فيها عندي أنّه يملكها بإنفاذ المقاتل لا بالزّهوق، ولكن لا يجب أدائها إلا بالزّهوق كئمن المبيع إلى أجل يدخل في ملك البائع بالعقد، ثم لا يجب الأداء إلا عند تمام الأجل والله أعلم، وإلا قوله: يُقدّر انتقال ملكه عنه للمعتق قبل صدور العتق بالزمن الفرد، فإنّه لا حاجة إلى ذلك التقدير بناء على قاعدة صحّة النيابة في الأمور المالية.

في الصلاة الإجماع، ونُقِلَ الخلافُ في مذهبِ الشافعيِّ في الصلاة عن الشيخ أبي إسحاق^(١)، ويُقال: إنَّه مسبوqُ بالإجماع.

وقسمٌ مُختلفٌ فيه: هل يُجزىءُ فِعْلُ غيرِ المأمورِ عن المأمورِ به ١/٨٣
وَيُسَدُّ الْمَسَدَّ أَمْ لَا؟ وفيه أربعُ مسائل: /

المسألة الأولى: الزكاةُ إن أخرجها أحدٌ بغيرِ عِلْمٍ مَنْ هي عليه، وغيرِ إِذنه في ذلك، فإن كان غيرَ الإمامِ، فمُقْتَضَى قولِ أصحابنا في الأضحيةِ يذَبْحُها غيرُ رَبِّها بغيرِ عِلْمِهِ وإِذنه: إن كان الفاعلُ لذلك صديقه، وَمَنْ شأنه أن يفعلَ ذلك له بغيرِ إِذنه، لأنَّه بمنزلةِ نَفْسِهِ عنده لتمكُّنِ الصداقةِ بينهما، أَجْزَأَتْهُ الأضحيةُ^(٢)، فإن كان مُخْرِجُ الزكاةِ من هذا القبيلِ، فمُقْتَضَى قولهم في الأضحيةِ أنَّ الزكاةَ تُجزىءُ، لأنَّ كِلَيْهِمَا عبادةٌ مأمورٌ بها، مُفتقرةٌ للنيةِ، وإن كان ليس من هذا القبيلِ لا تُجزىءُ عن رَبِّها لافتقارِها للنيةِ على الصحيح من المذهبِ، لأجلِ شائبةِ العبادةِ، وعلى القولِ بعدمِ اشتراطِ النيةِ فيها يَنْبَغِي أن يُجزىءَ فِعْلُ الغيرِ فيها مُطلقاً كالذَّيْنِ والوديعَةِ ونحوهما مما تقدم في القسمِ المجتمعِ عليه، وهذا القولُ - أعني عَدَمَ اشتراطِ النيةِ - قاله بعضُ أصحابنا، وقاسَها على الديونِ^(٣)، واستدلَّ بأخذِ الإمامِ لها كَرَهًا على عدمِ اشتراطِ النيةِ،

(١) يعني أبا إسحاق الشيرازي، والذي في «المهذب» ١/٥١: أنَّ الصلاةَ إحدى دعائمِ الإسلامِ، لا تدخلُها النيابةُ بنفسِ ولا مالِ.

(٢) انظر «الذخيرة» ٣/١٥٥ للقرافي حيث نقل عن «المدونة»: إذا ذبَّحها ولذَّك أو بعضُ عيالِك مَمَّن فعله ليكيفيك مؤنتها بغيرِ أمرك أجزاء، وأما غيرُهُ فلا. والذي في «المدونة» ١/٤٨٥: أن الإمامَ مالِكاً كان يكره أن ينحرَ هَدْيَهُ غيره كراهيةً شديدةً، وكذلك الضحايا.

(٣) انظر «الذخيرة» ٣/١٣٦ ونقلُ القرافي يَحْتَاجُ إلى تحريرِ.

وباشتراطها قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل رضي الله عنهم لما فيها من شائبة التعبد من جهة مقاديرها في نُصُبها والواجب فيها وغير ذلك^(١)، وإن أخذها الإمام كُرْهاً، وهو عدلٌ، أجزأت عند مالك وعند الشافعي رَحِمَهُما الله تعالى اعتماداً على فِعْلِ الصِّدِيقِ رضي الله عنه، ولظاهر القرآن وهو قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣] وظاهر الأمر الوجوب الذي أقل مراتبه الإذن والإجزاء، لأن الإمام وكيل الفقراء، فله أخذ حَقِّهم قَهراً كسائر الحقوق.

وقال أبو حنيفة: لا يأخذها الإمام كُرْهاً لكن يُلجئته إلى دفعها بالحبس وغيره، لافتقارها للنية، والإكراه مع النية مُتَنافِيان.

المسألة الثانية: الحجُّ عن الغيرِ منعه مالكٌ، وجَوَّزه الشافعي رضي الله عنهما بناءً على شائبة المال^(٢)، والعباداتُ الماليةُ يدخلها النياتُ، ومالكٌ يلاحظُ أنَّ المالَ فيه عارضٌ بدليلِ المكيِّ يحجُّ بغيرِ مالٍ، بل عُروضُ المالِ في الحجِّ كعروضِ المالِ في صلاةِ الجُمُعَةِ لمن داره بعيدةٌ عن المسجد، فيكتري دابةً يصلُّ عليها للمسجد، ولَمَّا لم تَجْزُ صلاةُ الجُمُعَةِ عن الغيرِ، فكذلك الحجُّ. وللشافعي الفرقُ بأنَّ عُروضَ المالِ في الحجِّ أكثرُ، ولَمَّا ورد في الأحاديثِ من الحجِّ عن الصبيانِ

(١) واستدلَّ القرافيُّ لذلك بما ثبت من قوله ﷺ: «إنَّما الأعمالُ بالنياتِ» ولأنها عبادةٌ متنوعةٌ إلى قَرْضٍ ونَقْلِ، وحكمةٌ إيجابِ النيةِ إنما هي تمييزُ العباداتِ عن العاداتِ، وتمييزُ مراتبِ العباداتِ، فتفتقرُ للنيةِ لتمييزها عن الهياتِ والكفاراتِ والتطوعاتِ. انظر «الذخيرة» ١٣٦/٣.

(٢) انظر بسط هذه المسألة في «التمهيد» ١٢٤/٩ لابن عبد البرِّ، و«بداية المجتهد» ٢٧١/٥ لابن رشد.

والمَرَضَى يُحْرَمُ عَنْهُمْ غَيْرُهُمْ، وَيَفْعَلُ أفعالَ الْحَجِّ^(١) والعباداتُ أمرٌ مُتَّبَعٌ.

المسألة الثالثة: الصومُ عن الميتِ إذا فَرَطَ فيه، جَوَّزَهُ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وروى الشافعيةُ ذلكَ أيضاً في مذهبيهم^(٢)، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من لم يصُمْ صامَ عنه وليه»^(٣)، ولم يُجَوِّزَهُ/ مالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ ب/٨٣

(١) أما حديثُ الحجِّ بالصبيِّ، فقد أخرجه مالك في «الموطأ» ٣٣٦/١، وأحمد في «المسند» ٣/٣٨٤ من حديث ابن عباس، وهو في «صحيح مسلم» (١٣٣٦) ولفظه: «رفعت امرأةٌ صبيّاً لها، فقالت: يا رسول الله، ألهذا حجٌّ؟ قال: نعم ولك أجرٌ» وانظر تمام تخريجه في «المسند».

وأما حديثُ الحجِّ عن المرضي، فأخرجه البخاري (١٥١٣) ومسلم (١٣٣٤) وغيرهما من حديث ابن عباس: ولفظه: أن امرأةً من خثعم قالت: يا رسول الله، إنَّ أباي شيخٌ كبير، عليه فريضةُ الله في الحجِّ، وهو لا يستطيع أن يستوي على ظهر بعيره، فقال النبي ﷺ: «فُحِّجِي عنه» هذا لفظ مسلم.

(٢) انظر «المغني» ٤/٣٩٨ لابن قدامة، و«التهذيب» ٣/١٨٠ للبخاري، و«الوسيط» ٢/٥٥١ للغزالي وهذه المسألة قد صار فيها الشافعية إلى العمل بالحديث الثابت كما سيأتي تخريجه، وإلا فإن الذي ذهب إليه الشافعي في الجديد أنه يُطْعَمُ عنه، واستدلَّ بحديث ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «مَنْ مات وعليه صيام شهر، فليُطْعَم عنه مكان كلِّ يوم مسكيناً» أخرجه الترمذي (٧١٨) وابن ماجه (١٧٥٧) وصحَّح الترمذي والبخاري كونه موقوفاً على ابن عمر، وللإمام ابن الصلاح بحثٌ جيّدٌ في هذه المسألة في «مشكل الوسيط» المنشور بحاشية «الوسيط» ٢/٥٥١-٥٥٢ حيث نصَّ على أنه ينبغي لمن اطلع على هذا - يعني الحديث الثابت فيه - من أصحابه - يعني أصحاب الشافعي - أن يقطع بأن مذهبه أن يصام عنه قولاً واحداً، لكونه اعتمد في عدم قوله بذلك على عدم ثبوت الحديث الوارد به، وقد ثبت ثبوت الأحاديث الواردة بذلك، ولأنه رضي الله عنه أوصى أصحابه بأنه متى ثبت الحديث على خلافِ قوله، فليدعوا قوله وليعملوا بالحديث.

(٣) الصواب في لفظِ الحديث: «مَنْ مات وعليه صيامٌ صامَ عنه وليه» أخرجه البخاري (١٩٥٢) ومسلم (١١٤٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

تعالى لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩] وقياساً على الصلاة، ومن هذا الباب الحج عن الميت أيضاً.

المسألة الرابعة: عتق الإنسان عن غيره، قال مالك في «المُدَوَّنَة»: مَنْ أعتق عَبْدَهُ عن ظَهَارِ غَيْرِهِ على جُعْلٍ جَعَلَهُ له، فالولاءُ للمُعْتَقِ عنه، وعليه الجُعْلُ، ولا يُجزئُه كالمشترى بشرطِ العتقِ. قال ابنُ القَصَّارِ: وإذا لم يكن في الجُعْلِ وضيعةٌ عن الثمن، جاز، لأنه إذا جاز هَبْتَهُ فبِيعَهُ أُولَى.

وقال صاحبُ «الجواهر»: في العتق عن الغير ثلاثة أقوال: الإجزاء، وهو المشهورُ قاله ابنُ القاسمِ، ولأشهبَ عَدَمُ الإجزاء، وقال عبدُ المَلِكِ: إن أذن في العتقُ أجراً عنه، وإلا فلا. وقاله الشافعيُّ رحمه الله. قال اللَّخْمِيُّ: يُجزىءُ العتقُ عن ظَهَارِ الغير عند ابنِ القاسمِ، وإن كان أباً للمُعْتَقِ، وفَرَّقَ بعضُ الأصحابِ بين عتقِ الإنسانِ عن غيره، وبين دَفْعِ الزكاةِ عنه، فلا يُجزىءُ في الثاني، لأنها ليست في الذمة، والكفارةُ في الذمة. قال اللَّخْمِيُّ: والحقُّ الإجزاءُ فيهما، لأنهما كالذَّيْنِ، وهذه المسألة دائرةٌ بين قواعد:

القاعدةُ الأولى^(١): قاعدةُ التقاديرِ الشرعية، وهي إعطاءُ الموجودِ حُكْمَ المعدومِ، والمعدومِ حُكْمَ الموجودِ، فالأولُ كالغَرَرِ والجهالةِ في العقود إذا قلنا^(٢) أو تعذرَ الاحترازُ عنهما نحوُ أساسِ الدارِ، وقُطْنِ الجُبَّةِ، ورداءِ بواطنِ الفواكهِ، ودَمِ البراغيثِ، ونجاسةِ ثوبِ المُرضعِ، والوارثِ الكافرِ، أو العبدِ يُقَدَّرُ عَدَمُهُ فلا يُحجَبُ.

(١) انظر «القواعد الكبرى» ٢/٢٠٥ فما بعدها.

(٢) في طبعة دار السلام: بلى، وذهباً إلى أنه الصواب، ولم ينتهياً لهما قراءة الأصل جيداً.

والثاني كتقدير المِلْك في الذِّية مُقَدِّمًا قبل زُهوقِ الروح في المقتولِ خطأ حتى يَصِحَّ فيها الإرثُ، فإنَّها لا تجب إلا بالزُّهوق، وحيثُ لا يقبلُ المحلُّ المِلْك، والميراثُ فَرَعُ مِلْكِ الموروث، فيُقَدَّرُ الشارِعُ المِلْكُ متقدِّمًا قبل الزُّهوقِ بالزمنِ الفردِ حتى يَصِحَّ الإرثُ، وكتقديرِ النيةِ في أولِ العباداتِ ممتدةً إلى آخرها، وكتقديرِ الإيمانِ في حَقِّ النَّائمِ الغافلِ حتى تنعصمَ دماؤهم وأموالهم، وتقديرِ الكفرِ في الكافرِ الغافلِ حتى تصحَّ إباحتُ الدمِ والمالِ والذرية، وقاعدةُ التقاديرِ قد تقدَّمت في خطابِ الوضع^(١).

القاعدةُ الثانية: أنَّ الهبةَ إذا لم يتَّصل بها قبضٌ. بطلت^(٢).

القاعدةُ الثالثة: الكفَّاراتُ عبادةٌ، فيُشترطُ/ فيها النيةُ، وهو المشهورُ عندنا، وقيل: لا تجبُ النية^(٣).

القاعدةُ الرابعة: كُلُّ مَنْ عَمِلَ لغيره من مالٍ أو غيره، بأمره أو بغيرِ أمره، نفَذَ ذلك، فإن كان مُتبرِّعاً لم يرجع به، أو غَيْرَ مُتبرِّعٍ، وهو منفعةٌ، فله أجرٌ مثله، أو مالٌ، فله أَخْذُهُ مِمَّنْ دَفَعَهُ عنه بشرطٍ أن يكونَ المعمولُ له لا بُدُّ له من عملٍ ذلك بالاستتجارِ، أو إنفاقٍ ذلك المالِ.

(١) انظر الفرق السادس والعشرين من المجلد الأول.

(٢) قال ابن رشد في «بداية المجتهد» ٢٠٨/٨: وأما الشروط - يعني شروط الهبة، - فأشهرها القبض، أعني أنَّ العلماءَ اختلفوا هل القبضُ شرطٌ في صحَّةِ العقْدِ أم لا؟ فانفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أنَّ من شرطِ صحَّةِ الهبةِ القَبْضُ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب. وقال مالك: ينعقدُ بالقَبُولِ ويُجْبَرُ على القبضِ كالبيعِ سواءً، فإن تَأَتَى الموهوبُ له عن طلبِ القبضِ حتى أفلس الواهبُ أو مَرِضٌ، بطلت الهبة. انتهى كلامه وانظر «المغني» ٢٤٤/٨ لابن قدامة.

(٣) انظر «جامع العلوم والحكم» ٨٥/١ لابن رجب الحنبلي.

أما إن كان شأنه فعله إياه بغير استئجار، بنفسه أو بغيره^(١)، وتحصل تلك المصلحة بغير مال، فلا عزم عليه، والقول قول العامل في عدم التبرع، وهذه قاعدة مذهب مالك نص عليها ابن أبي زيد في «النوادر»، وصاحب «الجواهر» في كتاب الإجازات، ولا تختص هذه القاعدة بما يجب على المدفوع عنه كالديون، بل يندرج فيها غسل الثوب وحياطته، ورمي التراب من الدار ونحو ذلك على الشروط المتقدمة، ويجعل مالك لسان الحال قائماً مقام لسان المقال، فكانه أذن له في ذلك بلسان مقاله، وخالفنا الشافعي في هذه القاعدة، وجعل الأصل في فعل الغير التبرع، وإذا لم يَأْذَن له المدفوع عنه بلسان المقال لا يرجع عليه بشيء، فمن لاحظ هذه القاعدة، وهو مالك وابن القاسم، فيقول: الْمُعْتَقُ قَامَ عَنِ الْمُعْتَقِ عَنْهُ بِوَجِبٍ مِنْ^(٢) شَأْنِهِ أَنْ يَفْعَلَهُ، وَيُقَدَّرُ انْتِقَالُ مَلِكِهِ عَنْهُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ قَبْلَ صُدُورِ الْعِتْقِ بِالزَّمَنِ الْفَرْدِ حَتَّى يَثْبِتَ الْوِلَاءُ، وَتَبْرَأَ ذِمَّتُهُ مِنَ الْكُفَّارَةِ، وَيُشَكِّلُ عَلَيْهِ بِقَاعِدَةِ النِّيَّةِ، فَإِنَّهُ يَشْتَرُطُهَا، وَهِيَ مُتَعَدِّرَةٌ مَعَ الْغَفْلَةِ، وَنَجِيبٌ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْعِتْقِ عَنِ الْمَيْتِ، وَيَرِدُ عَلَيْهِ الْفَرْقُ بِأَنَّ الْحَيَّ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الْعِتْقِ عَنِ نَفْسِهِ بِخِلَافِ الْمَيْتِ، وَقَدْ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ بَابُ التَّقَرُّبِ، فَنَاسَبَ أَنْ يُوسَّعَ الشَّرْعُ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَلَهُ الْقِيَاسُ عَلَى أَخْذِ الزَّكَاةِ كُرْهًا مَعَ اشْتِرَاطِ النِّيَّةِ فِيهَا، وَيُفَرَّقُ أَيْضًا بِأَنَّهَا حَالَةٌ ضَرُورَةٌ لِأَجْلِ امْتِنَاعِ الْمَالِكِ، وَهَهُنَا الْمُعْتَقُ عَنْهُ غَيْرُ مَمْتَنِعٍ، وَبِأَنَّ مَصْلَحَةَ الزَّكَاةِ عَامَةٌ، فَيُوسَّعُ فِيهَا لِعُمُومِ الضَّرُورَةِ بِخِلَافِ الْكُفَّارَاتِ، فَإِنَّهَا قَلِيلَةٌ، وَهِيَ خَاصَّةٌ فَلَا يَخَالَفُ فِيهَا قَاعِدَةُ النِّيَّةِ.

(١) في المطبوع: لِنَفْسِهِ أَوْ لِعَلَامِهِ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا هُوَ مُثَبَّتٌ.

(٢) في الأصل: وَمَا.

ب/٨٤ والشافعيُّ يعتبرُ قاعدةَ النيةِ، وهي مَنْفِيَّةٌ حالةَ عَدَمِ الإِذْنِ، وأشهبُ يقولُ: الإِذْنُ من بابِ الكلامِ، والإِباحَةُ والنيَّةُ من بابِ/ المقاصد والإِرادة، فلا يقومُ أحدهما مقامَ الآخرِ، ولا يستقيمُ قَصْدُ الإنسانِ لِعِتْقِ مِلْكٍ غيرِه.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن دفع له جُعلًا أجزأ، وإلَّا فلا للقاعدةِ الثانيةِ، فتخرجُ بالجُعلِ عن الهَبَةِ، فلا تحتاجُ إلى قصدٍ، فهذه القواعدُ هي سِرُّ هذه المسألةِ، وهي مُشْكِلَةٌ، وأشكَلُ منها ما نصَّ عليه عبدُ الحقِّ^(١): أنه يجوزُ العِتْقُ عن الغيرِ تطوُّعاً بغيرِ إذنه، وهذا أشكَلُ من الواجبِ، لأنَّ الواجبَ فيه دلالةُ الحالِ دونَ المقالِ، وههنا لا دلالةُ حالٍ ولا مقالِ، فلا يَتَّبِعُه ويكونُ أبعدَ من العِتْقِ عن الواجبِ، ومن يشترطُ الإِذْنَ يقولُ: الإِذْنُ تضمَّنَ الوكالةَ في نقلِ مِلْكِه للإِذْنِ، وعِتْقِه عنه بعد انتقالِ المِلْكِ، ويكونُ المأذونُ له وكيلاً في الأمرينِ، ومتولياً لطرفي العقدِ، والموجبُ لهذه التقاديرِ كُلِّها أنه لا يصحُّ هذا التصرفُ إلَّا بها، وما تعدَّرَ تصحيحُ الكلامِ إلَّا به وجبَ المصيرُ إليه صَوْناً للكلامِ عن الإلغاءِ، فهذا تحريرُ هذا الفرقِ وتحريرُ مسائله^(٢).

* * *

(١) يعني في «تهذيب الطالب» على المعهود من عبارة القرافي.

(٢) قوله: «فهذه القواعد . . . إلى قوله: وتحرير مسائله» علَّقَ عليه ابن الشاطب بقوله: لا إشكال في ذلك بناءً على قاعدة جواز النيابة في الأمور المالية عبادة كانت أو غيرها، ولا يُحتاجُ فيها إلى الإِذْنِ، ولا إلى تقدير المِلْكِ والوكالة والله أعلم، وما قاله في الفرقِ بعده صحيح.

الفرق الثاني والسبعون والمئة

بين قاعدة ما يصل إلى الميت، وقاعدة ما لا يصل إليه^(١)

القربان ثلاثة أقسام:

قَسَمَ حَجَرَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى عِبَادِهِ فِي ثَوَابِهِ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُمْ نَقْلَهُ لغيرِهِمْ كَالْإِيمَانِ، فَلَوْ أَرَادَ أَحَدٌ أَنْ يَهَبَ قَرِيبَهُ الْكَافِرَ إِيْمَانَهُ لِيَدْخُلَ الْجَنَّةَ دُونَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، بَلْ إِنْ كَفَرَ الْحَيُّ هَلَكًا مَعًا، أَمَا هِبَةُ الثَّوَابِ مَعَ بَقَاءِ الْأَصْلِ فَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ. وَقِيلَ الْإِجْمَاعُ فِي الصَّلَاةِ أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا إِجْمَاعَ فِيهَا.

وقسم اتفق الناس على أن الله تعالى إذن في نقل ثوابه للميت، وهو القربان المالية، كالصدقة والعتيق.

وقسم اختلف فيه: هل فيه حجر أم لا؟ وهو الصيام والحج وقراءة القرآن، فلا يحصل شيء من ذلك للميت عند مالك والشافعي رضي الله عنهما. وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل: يصل ثواب القراءة للميت.

فمالك والشافعي يحتجان بالقياس على الصلاة ونحوها مما هو فِعْلٌ بَدَنِيٌّ، وَالْأَصْلُ فِي الْأَفْعَالِ الْبَدَنِيَّةِ أَنْ لَا يَنْوَبَ أَحَدٌ فِيهَا عَنِ الْآخَرِ، وَلِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٢) [النجم: ٣٩] ولقوله

(١) قد أفرد هذه المسألة بالتصنيف الإمام محمد بن عبد الواحد الحنبلي، ولمزيد من الإيضاح انظر: «القواعد الكبرى» ١٨٨/٢ لابن عبد السلام، و«العاقبة»: ١٢٧ للحافظ عبد الحق الإشبيلي.

(٢) قال ابن كثير في «التفسير» ٤٦٥/٧: ومن هذه الآية الكريمة استنبط الشافعي رحمه الله، ومن أتبعه أن القراءة لا يصل إهداء ثوابها إلى الموتى، لأنه ليس من

عليه السلام: «إذا مات ابنُ آدمَ انقطعَ عملهُ إلا من ثلاثٍ: عِلْمٍ يُنْتَفَعُ به .
١/٨٥ / وصدقةٍ جارِيَةٍ، / ووليدٍ صالحٍ يدعو له»^(١).

واحتجَّ أبو حنيفةً وابنُ حنبلٍ بالقياسِ على الدعاءِ، فإنَّا أجمَعنا على
أنَّ الدعاءَ يصلُ للميتِ^(٢)، فكذلك القراءةُ، والكُلُّ عَمَلٌ بَدَنِيٌّ، ولظاهرِ

= عملِهِم ولا كَسِبِهِم، ولهذا لم يندبِ إليه رسولُ الله ﷺ أُمَّتَهُ ولا حَتَمَهُم عليه، ولا
أرشدَهُم إليه بنصٍّ ولا إيماءٍ، ولم يُنْقَلْ ذلك عن أحدٍ من الصحابةِ رضي الله
عنهم، ولو كان خيراً لسبقونا إليه، وبابُ القُرْبَاتِ يُقْتَصَرُ فيه على النصوصِ، ولا
يُتَصَرَّفُ فيه بأنواعِ الأقيسةِ والآراءِ، فأما الدعاءُ والصدقةُ فذاك مُجْمَعٌ على
وصولِهِما، ومنصوصٌ من الشارعِ عليهما.

وكان ابن عطية قد حام حول هذا المعنى، وألطفَ القولَ فيه، فقال في «المحررِ
الوجيزِ» ٢٠٦/٥: والتحريزُ عندي في هذه الآية، أن مَلَكَ المعنى هو في اللام من
قوله: (للإنسان)، فإذا حَقَّقْتَ الشيءَ الذي هو حقُّ الإنسان يقول فيه: لي كذا، لم
يجده إلا سَعِيَهُ، وما بعده من رحمةٍ ثم شفاعَةٍ أو رعايةِ أبِ صالحٍ، أو ابنِ صالحٍ،
أو تضعيفِ حسَناتٍ، أو تَعَمُّدِ بفضْلِ ورحمةٍ دون هذا كُلِّه، فليس هو للإنسانِ،
ولا يَسَعُهُ أن يقول: لي كذا إلا على تجوُّزٍ وإلحاقٍ بما هو له حقيقةً.

(١) أخرجه مسلم (١٦٣١)، وأبو داود (٢٨٨٠)، والترمذي (١٣٧٦) وغيرهم من
حديثِ أبي هريرة، وصحَّحه ابن حبان (٣٠١٦) وفيه تمامٌ تخريجه.

قال الإمام النووي في «شرح صحيح مسلم» ٩٥/٦: معنى الحديثِ أنَّ عملَ
الميتِ ينقطعُ بموتهِ، وينقطعُ تجددُ الثوابِ له إلا في هذه الأشياءِ الثلاثةِ لكونه كان
سببها، فإنَّ الولدَ من كَسَبِهِ، وكذلك العلمُ الذي خَلَفَهُ من تعليمٍ أو تصنيفٍ،
وكذلك الصدقةُ الجاريةُ وهي الوقفُ. انتهى كلامُهُ وهذا الذي قاله النووي قد قرَّره
أحسنَ تقريرٍ الإمام ابن القيم في «مفتاح دار السعادة» ٣١٧/١ حيث قال: وخصَّ
النبيُّ ﷺ هذه الأشياءَ الثلاثةَ بوصولِ الثوابِ إلى الميتِ، لأنَّه سببٌ لحصولها،
والعبدُ إذ باشر السببَ الذي يتعلَّقُ به الأمرُ والنهي، ترتَّبَ عليه مُسَبِّبُهُ، وإن كان
خارجاً عن سَعِيهِ وكَسَبِهِ. وانظر «تفسير ابن كثير» ٤٦٥/٧ حيث نصر هذا المعنى
واحتجَّ له.

(٢) انظر «الدعاء المأثور وآدابه»: ٣٠٣-٣٠٤ للطرطوشي. وقد نقل الإمام النووي
الإجماعَ على أنَّ الدعاءَ للأمواتِ ينفَعُهُم ويصلُّهُم ثوابُهُ، واحتجُّوا بقول الله تعالى =

قوله عليه السلام للسائل: «صَلِّ لهما مع صلاتِكَ وِصْمٌ لهما مع صَوْمِكَ»^(١) يعني أبويه.

والجوابُ عن الأول: أنَّ القياسَ على الدعاءِ لا يستقيمُ، فإنَّ الدعاءَ فيه أمران: أحدهما مُتَعَلِّقُهُ الذي هو مدلولُهُ نَحْوُ المَغْفِرَةِ في قول: اللهم اغْفِرْ له والآخرُ ثوابه، فالأولُ هو الذي يُزجى حصولُهُ للميت، ولا يحصلُ إلَّا له، فإنَّه لم يَدْعُ لنفسه، وإنَّما دعا للميتِ بالمغفرة.

والثاني: وهو الثوابُ على الدعاءِ فهو للداعي فقط، وليس للميتِ من الثوابِ على الدعاءِ شيءٌ، فالقياسُ على الدعاءِ غلطٌ وخروجٌ من باب إلى باب، وأما الحديثُ فإنَّما أن نجعله خاصاً بذلك الشخص، أو نعارضه بما تقدّم من الأدلة، ونعضدها بأنَّها على وَفْقِ الأصل، فإنَّ الأصلَ عدمُ الانتقال.

ومن الفقهاء من يقول: إذا قُرئ عند القبرِ حصلَ للميتِ أجرٌ المستمع، وهو لا يصحُّ أيضاً، لانعقادِ الإجماعِ على أنَّ الثوابَ يتبعُ الأمرَ والنهي، فما لا أمرَ فيه ولا نهي، لا ثوابَ فيه بدليلِ المُباحاتِ وأربابِ الفترات، والموتى انقطع عنهم الأوامرُ والنواهي، وإذا لم يكونوا مأمورين لا يكونُ لهم ثواب، وإن كانوا مستمعين^(٢)، ألا ترى أنَّ البهائمَ

«وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ» = [الحشر: ١٠]، وبما ثبت عند مسلم (٩٧٤) من قوله ﷺ: «اللهم اغْفِرْ لأهلِ بَقِيْعِ الغرقَد» انظر «الأذكار»: ١٩٧ للنووي.

(١) ذكره ملا علي القاري في «فتح باب العناية» ١/ ٤٤٠ وعزاه للدارقطني.

(٢) قد اختلف السلفُ في مسألةِ سماعِ الأموات، والذي عليه الجمهور أنهم يسمعون، وهو مستفادٌ من قوله ﷺ في قتلى بدرٍ بعدما ألقوا في القليب وكلمهم رسولُ الله ﷺ، وقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يا رسول الله، أتكلّمُ ناساً=

تسمع أصواتنا بالقراءة، ولا ثواب لها لعدم الأمر لها بالاستماع، فكذاك الموتى.

والذي يتَّجِه أن يُقال، ولا يقع فيه خلاف: أَنَّهُ يحصلُ لهم بركةُ القراءةِ لا ثوابها، كما تحصلُ لهم بركةُ الرجلِ الصالحِ يُدْفَنُ عندهم أو يُدفنون عنده، فإنَّ البركةَ لا تتوقَّفُ على الأمرِ، فإنَّ البهيمةَ يحصلُ لها بركةُ راجبها، أو مجاورها، وأمرُ البركاتِ لا يُنكرُ، فقد كان رسولُ الله ﷺ تحصلُ بركتهُ للبهائمِ من الخيلِ والحميرِ وغيرهما، كما رُوِيَ أَنَّهُ ضربَ فرساً بسوطٍ، فكان لا يُسبِقُ بعد ذلك بعد أن كان بطيءَ الحركة^(١)

= قد جَيَّبُوا؟ قال: «ما أنتم بأسمع لما أقول منهم، ولكنهم لا يستطيعون أن يُجيبوا» أخرجه أحمد ٣١٣/١-٣١٤ ومسلم (٢٨٧٣) وغيرهما، وتام تخريجه في «المسند».

قلت: قد بسط الإمام الطبري الكلام على هذه المسألة بما لا مزيدَ عليه، واستوعبَ أقوالَ أهل العلم فيها في كتابه الفريد «تهذيب الآثار» ٤٨٥/٢، ورجَّح قول الجمهور، وضعَّف قولَ من قال: إنَّ معنى قوله ﷺ: «ما أنتم بأسمع لما أقول منهم» أنَّ معناه: ما أنتم بأعلم بما أقولُ أَنَّهُ حقٌّ منهم.

(١) هذا ثابتٌ في الصحيح، انظر «صحيح مسلم» (٢٣٠٧) وأصله في «البخاري» (٢٦٢٧) ولكن دون ذكر كونه بطيئاً.

وأخرج النسائي في «السنن الكبرى» (٨٧٦٧) من حديثِ جُعَيْلِ الأشجعيِّ قال: غزوتُ مع رسولِ الله ﷺ في بعضِ غزواته، وأنا على فرسٍ لي عَجْفَاءٌ ضعيفةٌ، فلحقني رسولُ الله ﷺ فقال: «سِر يا صاحبَ الفرس» قلتُ: يا رسولَ الله، عَجْفَاءٌ ضعيفةٌ، فرجع رسولُ الله ﷺ مِخْفَقَةً كانت معه، فضربها بها، وقال: «اللهم بارك لها فيها»، قال: فلقد رأيتني ما أملكُ رأسها أن تُقدِّمَ الناسَ، قال: «فلقد بعثُ من بطنها بائني عشر ألفاً» وهو في «دلائل النبوة» ١٥٣/٦ للبيهقي وفي إسناده رافع ابن سلمة بن زياد، وعبد الله بن أبي الجعد، قال الذهبي في «ميزان الاعتدال» ٤٠٠/٢: رافعٌ هذا متوسطُ الأمرِ، ممَّن إذا انفرد بشيءٍ عُدَّ مُنْكَرًا، وعبد الله هذا، وإن كان قد وثق، ففيه جهالة.

وحماؤه عليه السلام كان يذهبُ إلى بيوتِ أصحابِ رسولِ الله ﷺ يستدعيهم إليه ينطحُ برأسه الباب^(١)، وغيرُ ذلك من بركاتِه عليه السلام كما هو مروِيٌّ في معجزاتِه / وكراماتِه عليه السلام.

ب/٨٥

وهذه المسألة، وإن كانت مُختلفاً فيها، فينبغي للإنسان أن لا يُهمَلها، فلعلَّ الحقُّ هو الوصولُ إلى الموتى، فإنَّ هذه أمورٌ مُعَيَّنةٌ عنا، وليس الخلافُ في حُكْمِ شرعي، إنَّما هو في أمر واقع، هل هو كذلك أم لا؟ وكذلك التهليلُ الذي عادةُ الناسِ يعملونه اليومَ يبغي أن يُعْمَلَ^(٢)، ويُعْتَمَدُ في ذلك على فضلِ الله تعالى وما يُيسِّره، ويُلتَمَسُ فضلُ الله بكلِّ سببٍ مُمكن، فإنَّ إليه الجودَ والإحسانَ، هذا هو اللائقُ بالعبد.

* * *

(١) ذكره السيوطي في «الخصائص الكبرى» ٢/٦٤ وعزاه لابن عساكر.

(٢) قد جرى المؤلف على غير مذهبه في سدِّ الذرائع وحَسْمِ موادِّ الابتداع، والخيرُ كُلُّه في الاتباع لا سيَّما في القربات، وقد صنَّفَ الإمام ابن عابدين الحنفي رسالة نافعة سمَّاهَا «شفاء العليل في حكم الوصية بالختمات والتهليل» أبطل فيها ما كان شائعاً في عصره من هذه القُرْبَةِ المبتدعة، فانظرها في «مجموع رسائله» ٢٠٧-١٥١/١.

الفرق الثالث والسبعون والمئة

بين قاعدة ما يُبطلُ التتابع في صوم الكفاراتِ
والندورِ وغير ذلك، وبين قاعدة ما لا يُبطلُ التتابع

اعلم أنّ هذه من المواضع المُشكِلة، فإنّ مالكا رحمه الله تعالى قال في «المدوّنة»^(١): إذا أكل في صوم الظّهارة، أو القتل، أو النَّذرِ المُتتابع ناسياً، أو مُجتهداً، أو مُكرهاً، أو وطيء نهاراً من غير المُظَاهَرِ منها ناسياً، قضى يوماً مُتصلاً بصومه، فإن لم يفعل ابتداءً الصوم من أوّله، فإن وطيء المُظَاهَرِ منها ليلاً أو نهاراً أوّل صومه أو آخره، ناسياً أو عامداً، ابتداءً الصوم.

وقال الشافعي رحمه الله: إن وطيء ليلاً، لم يبطل صومه^(٢)، ووافقنا أبو حنيفة في هذه المسألة.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: الفِطْرُ يُبطلُ التتابع مُطلقاً، وخالفهما أحمدُ بن حنبل^(٣)، وعَلَّلَا ذلك بأنّ الفِطْرَ باختياره بخلاف المرض، والإغماء عند الشافعي كالمرضِ خلافاً لأبي حنيفة، وكذلك الحاملُ والمُرضِعُ كالمرضِ عنده.

وقال أبو الطاهر من أصحابنا: إن أفطر جاهلاً، فقولان، نظراً إلى أنّ الجاهل هل يلحق بالعامد أم لا؟ وفي السهو والخطأ ثلاثة أقوال، ثالثها:

(١) انظر «المدوّنة» ٦٦/٣.

(٢) انظر «الوسيط» ٦٢/٦ للغزالي.

(٣) انظر «الكافي» ٢٦٩/٣ لابن قدامة حيث قال: وإن أفطر - يعني المُظَاهَرَ - لسفر، فظاهرُ كلام أحمد: أنه لا ينقطع التتابع، لأنه عُذْرٌ مُبيحٌ للفِطْرِ، أشبه المرض.

التفرقة بين السهو، فيجزىء، والخطأ فلا يُجزىء ويبتدىء، لأن معه تمييزه بخلاف السهو، [وسبب الخلاف: هل] ^(١) [التابع مأمورٌ به فيقدح فيه النسيان؟ أو التفریق مُحَرَّمٌ فلا تضرُّ ملبسته سهواً؟ فإنَّ المُحرَّمات لا يَأْتُمُ الإنسانُ بملبستها مع عدم القصدِ كشُرْبِ الخمرِ ساهياً، أو وطء أجنبية جاهلاً بأنها أجنبية، أو أَكَلَ طعامٍ نجسٍ أو حرامٍ مغصوبٍ ^(٢) غير عالمٍ به، فإنَّ الإجماعَ مُنْعَقِدٌ في هذه الصُّورِ كُلِّها على عدم الإثم.

قلتُ: وهذه الفتاوى كُلُّها مُشْكَلَةٌ من جهة أن لفظ الكتاب العزيز أمرٌ مُتَعَلِّقٌ بطلبٍ، وهو قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤] ومعناه: ليُصَمَّ شهرين/ متتابعين، فيكونُ خبراً معناه الأمر، أو يكونُ ١/٨٦ التقدير: فالواجبُ عليه صيامُ شهرين متتابعين، وهذا هو الأظهر ^(٣)، لأنَّه أقربُ لموافقة الظاهر، وبقاء الخبرِ خبراً على حاله، ونستفيدُ الوجوبَ من قوله تعالى: فالواجبُ عليه، واللفظُ على كُلِّ تقديرٍ مُتَعَلِّقٌ بطلبٍ لا يُدْفَعُ، فكيف يُتَخَيَّلُ أنه من بابِ النهيِّ على أحدِ الاحتمالين اللذين ذكرهما ابنُ بشير؟ ولا يمكنُ الاعتمادُ في ذلك على أنَّ التابع إذا كان واجباً، كان تَرْكُهُ مُحَرَّمًا، فإنَّ كُلَّ واجبٍ تَرْكُهُ مُحَرَّمٌ، وكلُّ مُحَرَّمٍ تَرْكُهُ واجبٌ، فالوجوبُ من لوازمِ التحريمِ، والتحريمُ من لوازمِ الوجوبِ في النقيضِ المقابل، فالذي تصحُّ به الآيةُ أنَّ التابعَ ليس من بابِ المُحرَّم، وأنَّه يرجعُ إلى تحريمِ التفریق ^(٤)، هذا بعيدٌ، وإذا تقرَّرَ أنه ليس من بابِ المُحرَّمات، بقي الإشكالُ من جهة أن المطلوبَ صومُ شهرين متتابعين،

(١) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدركناه من المطبوع.

(٢) في الأصل والمطبوع: أو أكل طعاماً نجساً أو حراماً مغصوباً.

(٣) انظر «زاد المسير» ٧/٨ لابن الجوزي.

(٤) في الأصل: التعزير. ولعلَّ الصواب ما أثبتناه موافقةً للمطبوع.

ولم يأتِ بهما المكلَّفُ في تلك الصُّورِ كُلِّها: الناسي، والمُجتهد، والمُكره، وكلُّ هؤلاء فرَّقوا، ولم يَقَعْ فعلُهُم مُطابِقاً لمقتضى الطلب، فوجب البقاء في العُهدة، كما أنَّ الله تعالى طلب الصلاة بالنية والطهارة والسُّتارة ونحوها من الشروط، فمن نسيَ أحدَ هذه الأشياءِ، أو اجتهدَ فأخطأَ فيها، أو أكرهَ على عَدَمِها، بطلت الصلاة^(١)، وكذلك إذا أكرهَ على الأكلِ والشُّربِ في رمضان، أو نسيَ، أو اجتهدَ فأخطأَ، فإنَّ صَوْمَهُ يبطلُ^(٢)، ونظائره كثيرةٌ في الشريعة، فما بالُ التتابعِ خرجَ عن هذا النمطِ في الكفَّاراتِ والمندوراتِ؟ هذا وَجْهُ الإشكالِ، وكذلك ما قاله الشافعيُّ أيضاً في الإغماءِ، فينبغي أن يبطلَ التتابعُ كما تبطل الصلاة والصومُ بالإغماءِ، وكذلك المرضُ عند الشافعيِّ وأبي حنيفةٍ مثله، فالكلُّ مُشكِلٌ. والذي يظهرُ في بادئ الرأي أنَّ التفريقَ متى حصل بأيِّ طريقٍ كان، وجبَ ابتداءُ الصومِ كما قلناه في جميعِ النظائرِ المتقدمة، لأنَّ الصومَ

(١) هذا فيه نظر. فقد ذكر ابن قدامة في «الكافي» ١٠٩/١ روايةً أُخرى عن الإمام أحمد أنَّ مَنْ كان عليه نجاسةٌ وعلمَ أنها كانت عليه في الصلاة، أنه لا تُلزِمُهُ الإعادة، لما روى أبو سعيد الخدريُّ أنَّ النبيَّ ﷺ خلع نعلَيْهِ في الصلاة، فخلع الناسُ نعالَهُم، فقال: «ما لكم خلعتُم؟» فقالوا: رأيناك خلعتَ نعليك، فخلعنا نعالنا، فقال: «أتاني جبريل عليه السلام فأخبرني أن فيهما قَدراً» أخرجه أبو داود (٦٥٠)، وصحَّحه ابن خزيمة (١٠١٧) وابن حبان (٢١٨٥). قال الموقِّق: ولو بطلت لاستأنفها.

(٢) هذا على مذهب المالكية كما في «المعونة» ٤٧١/١، وحُجَّتُهُم في ذلك أنَّ ما لا يصحُّ الصومُ مع شيءٍ من جنسِهِ عَمداً، لا يجوزُ مع سَهْوِهِ، كالجماعِ وتَرْكِ النيةِ، والجمهورُ على خلافه، واحتجُّوا بقوله ﷺ في الصائم: «إذا نسيَ فأكلَ وشربَ فليتمَّ صَوْمَهُ، فإنما أطعمه الله وسقاه» أخرجه البخاري (١٩٣٣) ومسلم (١١٥٥) وصحَّحه ابن حبان (٣٥١٩) وفيه تمامٌ تخريجه، وانظر «المغني» ٣٦٧/٤ لابن قدامة المقدسي.

بَوْضْفِ التَّتَابِعِ لَمْ يَحْصُلْ، وَمَتَى لَمْ يَحْصُلِ الْمَطْلُوبُ الشَّرْعِيُّ مَعَ إِمْكَانِ
الإِتْيَانِ بِهِ، وَجَبَ الإِتْيَانُ بِهِ، هَذَا هُوَ الْقَاعِدَةُ.

وَالجَوَابُ عَنْ هَذَا الإِشْكَالِ بَيَانُ قَاعِدَةٍ وَهِيَ: أَنَّ الأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ
عَلَى قِسْمَيْنِ: خِطَابُ وَضْعٍ، وَخِطَابُ تَكْلِيفٍ، فَخِطَابُ الْوَضْعِ: هُوَ
نَضْبُ الأَسْبَابِ والشَّرُوطِ وَالْمَوَانِعِ وَالتَّقْدِيرَاتِ/ الشَّرْعِيَّةِ، وَخِطَابُ
التَّكْلِيفِ: هُوَ الأَحْكَامُ الخَمْسَةُ: الْوَجُوبُ، وَالتَّحْرِيمُ، وَالتَّنْذِبُ وَالكِرَاهَةُ،
وَالإِبَاحَةُ، فَأَمَّا خِطَابُ الْوَضْعِ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ عِلْمُ الْمُكَلَّفِ، وَلَا قُدْرَتُهُ،
وَلَا إِرَادَتُهُ، كَالْتَوْرِيثِ بِالأَنْسَابِ، وَالإِنْسَانُ لَا يَعْلَمُ بِذَلِكَ، وَلَا هُوَ مِنْ
قُدْرَتِهِ، وَلَا إِرَادَتِهِ، فَيَدْخُلُ المِيرَاثُ فِي مِلْكِهِ. وَإِنْ لَمْ يَشْعُرْ بِهِ، وَلِذَلِكَ
نَوْجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الصَّبِيَانِ وَالمَجَانِينِ وَالعَافِلِينَ، وَنُطَلِّقُ بِالإِضْرَارِ،
وَنَوْجِبُ الظُّهْرَ بِالزَّوَالِ، وَالصَّوْمَ بِرُؤْيَةِ الهَلَالِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا هُوَ مِنْ
خِطَابِ الْوَضْعِ، وَخِطَابُ التَّكْلِيفِ يُشْتَرَطُ فِيهِ العِلْمُ وَالقُدْرَةُ وَالإِرَادَةُ، فَمَا
لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَيْهِ، لَا يُكَلَّفُ بِهِ، وَكَذَلِكَ مَا لَمْ يَبْلُغْهُ، لَا يَلْزَمُهُ حَتَّى يَعْلَمَ
بِهِ، غَيْرَ أَنَّ التَّمَكُّنَ مِنَ العِلْمِ يَقُومُ مَقَامَ العِلْمِ فِي التَّكْلِيفِ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ
هَذِهِ الْقَاعِدَةُ مَبْسُوطَةً^(١)، فإِذَا وَضَّحَتْ فَنَقُولُ:

المُتَابَعَةُ مِنْ بَابِ خِطَابِ التَّكْلِيفِ، لِأَنَّ الصَّوْمَ مُكَلَّفٌ بِهِ، وَصِفَةُ
المُكَلَّفِ بِهِ مَكَلَّفٌ بِهَا، وَالتَّتَابُعُ صِفَةُ الصَّوْمِ فَتَكُونُ مُكَلَّفًا بِهَا، فَيَكُونُ مِنْ
بَابِ التَّكْلِيفِ، فَلِذَلِكَ سَقَطَ الخِطَابُ بِهِ^(٢) فِي تِلْكَ الأَحْوَالِ، لِمُنَافَاةِ
النَّسْيَانِ وَالإِكْرَاهِ وَالمَرَضِ وَالإِعْمَاءِ وَنَحْوِهَا التَّكْلِيفَ لُطْفًا مِنْ اللهُ تَعَالَى
بِالعِبَادِ، وَعَدَمُ وَطْءِ المُظَاهَرِ مِنْهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ شَرْطٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ
قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّأَ﴾ [المَجَادَلَةُ: ٤] وَالمَفْهُومُ مِنْ قَوْلِ القَائِلِ: افْعَلْ كَذَا قَبْلَ كَذَا،

(١) انظر الفرق السادس والعشرين من الجزء الأول.

(٢) في المطبوع: يسقط التكليف بها.

أَنَّ التَّقَدُّمَ شَرْطٌ، وَلِذَلِكَ يَصْدُقُ فِي قَوْلِنَا: اسْتَاذِنِ الْمَرْأَةَ فِي النِّكَاحِ، وَأَخْضِرِ الْوَلِيَّ قَبْلَ الْعَقْدِ، أَنَّ هَذَيْنِ شَرْطَانِ، وَكَذَلِكَ: اسْتَرَّ قَبْلَ الصَّلَاةِ، وَتَطَهَّرَ، وَانْوَى، أَنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ شُرُوطٌ، وَإِذَا كَانَ هَذَا الْكَلَامُ يَفِيدُ الشَّرْطِيَّةَ، كَانَ تَقَدُّمُ الْعَدَمِ شَرْطًا، فَلِذَلِكَ قَدَحَ فِيهِ النِّسْيَانُ وَغَيْرُهُ، فَإِنَّ مَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعِلْمُ وَالْقُدْرَةُ يَثْبُتُ مُطْلَقًا، وَمَا يَثْبُتُ مُطْلَقًا اعْتِبَرُ مُطْلَقًا، فَيَكُونُ شَرْطًا فِي جَمِيعِ الْحَالَاتِ، فَيُؤَثِّرُ فَقْدُهُ، وَالتَّكْلِيفُ لَمَّا كَانَ الْعِلْمُ وَالْقُدْرَةُ شَرْطَيْنِ فِيهِ. فَقَدَّ التَّكْلِيفُ عِنْدَ عَدَمِهِمَا.

فَإِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ فَالْمَفْهُومُ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ^(١): ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَمَاسَا﴾

[المجادلة: ٤] أَنَّهُ يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ لَيْسَ قَبْلَهُمَا وَطْءٌ وَلَا فِي أَثْنَائِهِمَا وَطْءٌ، فَهَذَانِ أَمْرَانِ قَدْ يَتَغَيَّرُ أَحَدُهُمَا بِتَقَدُّمِ الْوَطْءِ فَاسْتِحَالِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَصْدُقَ أَنَّهُ يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ لَيْسَ قَبْلَهُمَا وَطْءٌ لِأَجْلِ تَقَدُّمِ الْوَطْءِ وَبَقِيَ الْآخَرُ، وَهُوَ أَنَّهُ يَصُومُ شَهْرَيْنِ / مُتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِي خِلَالِهِمَا وَطْءٌ، وَالْقَاعِدَةُ: أَنَّ الْمُتَعَدِّرَ يَسْقُطُ اعْتِبَارُهُ، وَالْمُمْكِنُ يُسْتَضَحَبُ فِيهِ التَّكْلِيفُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنْقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦] وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ» ^(٢)، فَلِذَلِكَ قُلْنَا: يَبْتَدِئُ الصَّوْمَ فِي الظُّهْرِ مُتَابِعًا إِذَا وَطَّئَهَا قَبْلَهُ، وَإِنْ كَانَ وَضْفُ تَقَدُّمِ عَدَمِ الْوَطْءِ قَدْ تَعَدَّرَ، لِأَنَّهُ الْمُمَكِنُ الْبَاقِي، وَأَمَّا فِي النَّذْرِ وَنَحْوِهِ، فَيَأْتِي بِيَوْمٍ غَيْرِ الْيَوْمِ الَّذِي أَفْطَرَ فِيهِ نَاسِيًا، يَصِلُهُ بِأَخْرِ صِيَامِهِ تَكْمَلَةً لِلْعِدَّةِ، لَا لِتَحْصِيلِ وَضْفِ التَّابِعِ فِي جَمِيعِ الصَّوْمِ، بَلْ فِي آخِرِهِ فَقَطْ، لِأَنَّ تَحْصِيلَهُ فِي أَثْنَاءِ الصَّوْمِ قَدْ تَعَدَّرَ، فَأَفْطَرَ نَاسِيًا، وَبَقِيَ تَحْصِيلُهُ فِي آخِرِهِ مُمَكِنًا فَوَجِبَ الْمُمَكِنُ، وَسَقَطَ الْمُتَعَدِّرُ عَلَى الْقَاعِدَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ، وَكَذَلِكَ فِي جَمِيعِ

(١) فِي الْأَصْلِ: مِنْ قَوْلِنَا.

(٢) سَبَقَ تَخْرِيجُهُ.

الكفارات وأنواع الصوم المتتابع، فاندفع الإشكال بهذه القاعدة بفضل الله تعالى.

مسألة: قال مالك رحمه الله: إذا تطوع بالصوم أو الصلاة ونحوهما مما يجب بالشروع، وعرض عارض يقتضي فسادَه، ناسياً أو مُجتهداً، لم يجب الصوم والصلاة، وإن أظطر متعمداً، أو أبطل الصلاة، وجب القضاء على قاعدة الوجوب بالشروع، مع أن قاعدة الوجوب بالشروع تقتضي القضاء مطلقاً ألا ترى أن الصلوات الخمس، وصوم رمضان يقضيها إذا فسدا بأي طريق كان؟ فكان يلزمه هنا كذلك، وهو إشكال كبير، فإن الواجب ينبغي أن لا يختلف حاله.

والجواب عنه: أن وجوب التطوعات عنده مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُطْلَوْنَ أَعْمَلُكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] نهى سبحانه وتعالى عن الإبطال. فيكون الإكمال واجباً مكلفاً به^(١)، والتكليف يشترط فيه القدرة والعلم على القاعدة المتقدمة، فلا يجب الإتمام حالة عدم القدرة والعلم، فلا يجب القضاء كذلك، وإذا تعمّد الإفساد، اندرجت هذه الحالة في التكليف لحصول القدرة والعلم، فوجب القضاء لقوله عليه السلام في الحديث الصحيح لعائشة وحفصة رضي الله عنهما في صوم التطوع: «أقضيها يوماً مكانه»^(٢)،

(١) قال القرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» ١/١٦٦: الإقامة - يعني إقامة الصلاة - تمنع من ابتداء صلاة نافلة، قال رسول الله ﷺ: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة» خرجه مسلم (٧١٠) وغيره، فأما إذا شرع في نافلة فلا يقطعها، لقوله تعالى ﴿وَلَا يُطْلَوْنَ أَعْمَلُكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] وخاصة إذا صلى ركعة منها، وقيل: يقطعها لعموم الحديث في ذلك. انتهى، وانظر «إكمال المعلم» ٤٣/٣ للقاضي عياض.

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» ١/٢٥٣ مرسلًا من حديث ابن شهاب الزهري: أن عائشة وحفصة زوجتي النبي ﷺ أصبحتا صائمتين متطوعتين... وذكر الحديث، =

وكانتا عامدتين لإفساد ذلك اليوم في حالة يثبت فيها التكليف، فبقيت الحالة التي لا يثبت فيها التكليف على مقتضى الأصل، لأن القضاء إنما يجب بأمر جديد، فيقتصر به حيث ورد.

فإن قلت: الصوم في رمضان، والصلوات الخمس يقضيان مطلقاً،

ب/ ٨٧ فلم لا قضِيَ هذا/ مطلقاً؟

قلت: المشهور في علم الأصول أن القضاء إنما يجب بأمر جديد^(١)، فيتبع ذلك الأمر على حسب وروده، وقد ورد الأمر بالقضاء في الواجب المتصل مع العذر وعدمه، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] والمرض عذر، وقد وجب معه القضاء، فلذلك أوجبنا القضاء مطلقاً، ولم يرد لنا في التطوعات مثل ذلك، بل في صورة عدم العذر خاصة، فاقْتَصَرَ عليها، لأن وجوب القضاء تبع للأمر به كما تقدم، فهذا هو تليخيص الفرق بين قاعدة ما يبطل التتابع، وقاعدة ما لا يبطله، وشرط قاعدة خطاب الوضع، وقاعدة خطاب التكليف^(٢).

= ووصله الإمام أحمد في «المسند» ٢٠/٤٢، و٣٠٦/٤٣ من حديث الزهري عن عروة عن عائشة، وهو في «سنن الترمذي» (٧٣٥)، و«سنن أبي داود» (٢٤٥٧) وغيرهما، والذي عليه نقاد الحديث أن وصله لا يثبت، منهم ابن عبد البر في «التمهيد» ٦٦/١٢، والزيلعي في «نصب الراية» ٤٦٦/٢، وقال الغماري في «الهداية» ٢٣٩/٥: اتفق الحفاظ على ضعفه موصولاً، والحكم بالخطأ على كل من وصله، ثم أطال النقس في تخريجه، فلا التفات إلى ما ذهب إليه القرافي من كون الحديث صحيحاً، فإنه ليس من أهل هذا القرن.

(١) انظر «المستصفى» ٩٦/٢ للإمام الغزالي.

(٢) علق ابن الشاط على هذا الفرق بقوله: جميع ما قاله فيه صحيح، إلا قوله: فالمفهوم من قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَآتَا﴾ أنه يصوم شهرين متتابعين ليس قبلهما =

الفرقُ الرابعُ والسبعون والمئة

بين قاعدةِ الْمُطَلَّقاتِ يَمْضِي^(١) قبلِ عِلْمِهِنَّ بِالطَّلَاقِ أَمَدُ^(٢) الْعِدَّةِ فلا يَلْزَمُهُنَّ اسْتِثْنافُها، وَيَكْتَفِينِ بِما تَقَدَّمُ قبلِ عِلْمِهِنَّ، وَبِينِ قاعدةِ الْمُرتاباتِ بِتَأخِيرِ الْحَيْضِ، وَلا يُعَلَّمُ لِتَأخِيرِهِ سَبَبٌ

فإنَّهُنَّ يَمَكُونَنَّ عِنْدَ مالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، غَالِبَ مُدَّةِ الْحَمْلِ اسْتِبراءً، فَإِنْ حِضْنَ فِي خِلالِها احْتَسَبَنَّ بِذَلِكَ الْحَيْضِ، وَانْتَظَرْنَ بَقِيَةَ الأَقْراءِ إِلى تِسْعَةِ أَشْهُرٍ، وَلا يَزَلَنَّ كَذَلِكَ حَتَّى يَكْمُلَ لِهِنَّ ثَلَاثَةُ أَقْراءِ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِذا انْقَضَتْ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ لَيْسَ فِي خِلالِها حَيْضٌ، اسْتَأْنَفَنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ كِمالِ السَّنَةِ، فَإِنْ حِضْنَ قَبْلَ السَّنَةِ بِلَحْظَةٍ، اسْتَأْنَفَنَّ الأَقْراءَ حَتَّى تَمْضِيَ سَنَةٌ لا حَيْضَ فِيها، وَوافقه أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

وقال الشافعيُّ وأبو حنيفة رضي الله عنهما: تنتظر الحَيْضَ إِلى سِنِّ

الإِبائِ.

حُجَّةُ مالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ قَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أَيُّما امْرَأَةٍ طَلَّقَتْ، فَحاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ رُفِعَتْ عَنْها حَيْضَتُها، فَإِنَّها تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ

= وَطءٌ، وَلا فِي أَثنائِها وَطءٌ، فَإِنَّهُ ظَهَرَ مِنْهُ بِحَسَبِ مَساقِ كِلامِهِ أَنَّ الأَيَّةَ تَقْتَضِي عَدَمَ تَقَدُّمِ الوَطءِ مُطَلَّقا، وَهَذا لا يَصِحُّ أَنْ تَقْتَضِيهِ الأَيَّةُ لِاسْتِمالِ الأَيَّةِ عَلى مَنْ تَقَدَّمَ وَطؤها، وَإِنَّمَا المَرادُ بِالأَيَّةِ أَنْ لا يَتَقَدَّمُ الصَّومُ وَطءٌ بَعْدَ الظَّهارِ وَاللهُ أَعْلَمُ، وَجَمِيعُ ما قاله بَعْدَهُ فِي الفِرواقِ السَّنَةِ صَحيحٌ.

(١) فِي المَطْبوعِ: يَقْضِي.

(٢) فِي المَطْبوعِ: وَأَمَدٌ.

أشهر، فإن بان بها حملٌ فذاك، إلا اعتدَّت بعد التسعة بثلاثة أشهر^(١)، ولأنهنَّ بعد التسعة يئسنَ من المَحِيضِ، إذ لو كان، لظَهَرَ غالباً، فيندرجنَ في قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يئسنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ [الطلاق: ٤].

إذا تقررَ هذا، بقيَ السؤالُ المُخَوِّجُ للفرقِ بين هذه القاعدةِ، وقاعدةِ تقدُّمِ العددِ قبلِ العِلْمِ، فإنَّهنَّ إذا مضى لهنَّ تسعةُ أشهرٍ لا حَيْضَ فيها، فقد مضى لهنَّ ثلاثةُ أشهرٍ في خلالها، فلا حاجةَ إلى إعادةِ ثلاثةِ أشهرٍ أُخرى، وما الفرقُ بين هذه الثلاثةِ، وبين الثلاثةِ تمضي قبلِ العلمِ؟ والمقصودُ براءةِ الرَّحِمِ/ بمُضِيِّ ثلاثةِ أشهرٍ لم يظهَرَ فيها حملٌ، وقد حصلتْ، فالموضعُ في غايةِ الإشكالِ. ١/٨٨

وجوابه: أنَّ هذه النُّسوةُ، وإن انكشف الغيبُ عن إياسِهِنَّ، إلا أنَّ العِدَّةَ لا بُدَّ وأن تكون بعد سببها، وإن عُلِمَ حصولُ براءةِ الرَّحِمِ قبل السببِ، فإنَّ مَنْ غابَ عن امرأةٍ عشرَ سنينَ، ثم طَلَّقها بعد العَشرِ، وهو غائِبٌ عنها، فإنها تستأنفُ العِدَّةَ إجماعاً، لأنَّ تلك المُدَّةُ المُتقدِّمةُ وهي عشرُ سنينَ^(٢)، وإن دَلَّت على براءةِ الرَّحِمِ، غَيْرَ أنَّ تلك المُدَّةُ وقعتْ قبل السببِ، والواقعُ قبل السببِ من جميعِ الأحكامِ لا يُعتدُّ به، كالصلاةِ قبل الزوالِ، والصومِ قبل رؤيةِ الهلالِ، وإخراجِ الزكاةِ قبل ملكِ النصابِ، والله سبحانه وتعالى جعلَ الإياسَ سبباً للعِدَّةِ ثلاثةَ أشهرٍ، لأنَّه تعالى رَبَّه عليها بصيغةِ الفاءِ لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يئسنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنَّف» (١١١٣٩) من حديثِ ابن جريج، وهو مدلسٌ، لكنَّه صرَّحَ بالتحديثِ عن يحيى بن سعيد، أنه سمع ابن المسيَّب يقول: قال عمر ابن الخطاب، فذكره.

(٢) في الأصل: العشر سنين. وصوابه ما أثبتناه، وقد نَبَّه مُصَحِّحو الطبعة الأولى على وجه الصواب فيه.

نَسَائِكُزٍ إِنِ ارْتَبَتْهُ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴿ [الطلاق: ٤]، فتدلُّ هذه الآيةُ على السببية في الإياس من وجهين:

أحدهما: أنَّ ترتيبَ الحُكْمِ على الوصفِ يدلُّ على عِلِّيَّةِ ذلك الوصفِ لذلك الحُكْمِ كقولنا: اقطعوا السارقَ، واجلدوا الزاني وغير ذلك، فإنَّ هذه الأوصافَ المتقدِّمةَ أسبابٌ لهذه الأحكامِ المترتبةَ عليها، كذلك ههنا، يكونُ الإياسُ سبباً للاعتدادِ بثلاثةِ أشهرٍ، والواقعُ من الأشهرِ قبلَ كمالِ التسعةِ واقعٌ قبلَ إياسنا وإياسهنَّ من الحيضِ، فيكونُ واقعاً قبلَ سببِهِ، فلا يُعتدُّ به، ويتعيَّنُ استثناءُ ثلاثةٍ بعدَ تحقُّقِ السببِ.

وأما المُطلَّقاتُ تمضي لهنَّ ثلاثةُ أشهرٍ بعدَ الطلاقِ وقبلَ العِلْمِ به، والمتوفى عنهن أزواجهنَّ يمضي لهنَّ أربعةُ أشهرٍ وعشْرٌ بعدَ الوفاةِ، وقبلَ عِلْمِهِنَّ بأنَّ تلكَ الآجالَ عدَّةٌ وقعتْ بعدَ أسبابِها، وهي الوفاةُ والطلاقُ، والعلمُ في تلكَ الصُّورِ ليس سبباً إجماعاً، والإياسُ هنا سببٌ، فلا بُدَّ أنْ يتحقَّقَ كما تحقَّقت الوفاةُ والطلاقُ، فلذلك لم تحضَلِ العِدَّةُ قبلَهُ كما لا تعتدُّ قبلَ الوفاةِ والطلاقِ، فظهر الفرقُ بينَ البائتِ، والتبائتِ بين القاعدتين.

* * *

الفرقُ الخامسُ والسبعون والمئة

بين قاعدة الدائرِ بين النادرِ والغالبِ يُلْحَقُ بالغالبِ

من جنسه وبين قاعدة إلحاقِ الأولادِ بالأزواجِ إلى خمسِ سنين^(١)

وقيل: إلى أربع، وهو قولُ الشافعي رحمه الله، وقيل: إلى سَنِيحِ سنين، وكلُّها رواياتٌ عن مالك.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: إلى ستين، فإنَّ هذا الحَمْلَ الآتي بعد خَمْسِ/ سنين دائرٌ بين أن يكون من الوَطءِ السابقِ من الزوج، وبين أن يكون من الزَّنى، ووقوعُ الزَّنى في الوجودِ أكثر^(٢)، وأغلبُ من تأخَّرِ الحَمْلُ هذه المُدَّة، فقَدَّمَ الشارِعُ ههنا النادرَ على الغالبِ، وكان مقتضى تلك القاعدة أن يُجْعَلَ زَنَى لا يُلْحَقُ بالزوجِ عَمَلًا بالغالبِ، لكنَّ الله سبحانه وتعالى شرَّعَ لِحوقه بالزوجِ لُطْفًا بعبادِهِ، وسَتْرًا عليهم، وحِفْظًا لِلأنسابِ، وسَدًّا لبابِ ثُبوتِ الزَّنى، كما اشترط تعالى في ثبوتِهِ أربعةَ مُجْتَمعين سَدًّا لبابه حتى يَبْعُدَ ثبوتَهُ، وأَمَرْنَا أَنْ لا نَتَعَرَّضَ لِتَحْمُلِ الشَّهَادَةِ فِيهِ، وَإِذَا تَحَمَّلْنَاهَا أَمَرْنَا أَنْ لا نُؤَدِّبَهَا، وَأَنْ نُبَالِغَ فِي السَّتْرِ [على الزَّاني ما استطعنا^(٣)]، بخلافِ جميعِ الحقوقِ كُلِّ

ب/٨٨

(١) انظر «القواعد» ٢/ ٣٦٤ للفتي الحصري.

(٢) انظر بسَط هذه المسألة في «فتح باب العناية» ٢/ ١٨٨ لمُلا علي القاري.

(٣) قد أخرج الترمذي (١٤٢٥) في «باب ما جاء في الستر على المسلم» من «أبواب الحدود» عن أبي هريرة قال: قال رسولُ الله ﷺ: «مَنْ نَفَسَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا، نَفَسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الآخِرَةِ، وَمَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سِتْرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ» وهو في=

ذلك شُرِعَ طلباً^(١) للستّرِ على العبادِ ومِنَّةً عليهم، فهذا هو سببُ استثناءِ
هذه القاعدةِ من تلك القواعد، وإلّا فهي على خلافِ الإلحاقِ بالغالبِ
دون النادرِ، فاعلَمَ ذلك، واعلمَ الفرقَ بين القاعدتين، وهو طلبُ الستّرِ
وما تقدّم معه.

* * *

= صحيح مسلم (٢٦٩٩) وصححه ابن حبان (٥٣٤) وفيه تمامٌ تخريجه، وإنما
خرّجته من «الترمذي» لدلالة ترجمته على مقصودِ القرافي.
(١) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

الفرقُ السادسُ والسبعون والمئة

بين قاعدةِ العِدِّدِ، وقاعدةِ الاستبراء^(١)

إِنَّ العِدَّةَ تَجِبُ وَإِنْ عُلِمَتْ براءةُ الرَّحِمِ، كَمَنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا غَائِباً عنها بعد عشر سنين، وكذلك إذا تُوَفِّي عنها، والاستبراء ليس كذلك. قال في «الجواهر»: لا يجري الاستبراء قبل البيع إلاَّ فيمن كانت تحت يده للاستبراء، أو وديعةً وسَيِّدُهَا لا يدخلُ عليها، أو اشتراها من امرأته، أو ولده الصغير الذي في عِيَالِهِ وَسَكَنِهِ، أو اشتراها من سَيِّدِهَا عند قدومه من الغَيْبَةِ قبل أن تَخْرُجَ إليه، أو خرجت حائِضاً، أو الشريكِ يَشْتَرِي من شريكِهِ، وهي تحت يدي المشتري.

وقال الإمام أبو عبد الله^(٢): كُلُّ مَنْ أَمِنَ عَلَيْهَا الحَمْلُ، فلا استبراء فيها^(٣)، وَمَنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ حَمْلُهَا، أو شَكَّ فِيهَا اسْتَبْرَأَتْ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ براءةُهَا مع جوازِ الحَمْلِ، فقولان كالصغيرةِ والآيسةِ تُسْتَبْرَأْنَ لسوءِ الظنِّ، والوَخْشُ^(٤) من الرقيقِ، ومن باعها مَجْبُوبٌ^(٥)، أو امرأةٌ أو

(١) وهو طلبُ براءةِ المرأةِ من الحَبْلِ عند انتقالِ الأملاكِ مراعاةً لحفظِ الأنسابِ.

(٢) لعَلَّه يريد أبا عبد الله المازريَّ، فقيه المالكية في زمانه. سبقت ترجمته.

(٣) لأنَّ الغرضَ بالاستبراء معرفةُ براءةِهَا من الحملِ، وحكاة الموفق عن داود الظاهري، لكن قال ابن هانئ في «مسائله» ١/٢٣٨: سألت أبا عبد الله - يعني الإمام أحمد - عن رجلٍ اشترى من رجلٍ جارياً، ثم ندم البائع فقال للمشتري: أَقْلَنِي فِيهَا، وهما قاتمان في موضعهما، فأقاله المشتري. قال أبو عبد الله: يستبرئها بحَيْضَةٍ لَأَنَّهُ صار انتقالُ ملكِ.

(٤) وهم حُثَالَةُ النَّاسِ ورذالتهم، يُسْتَعْمَلُ فِي المذكَرِ والمؤنثِ والمفردِ والمثنى والجمع.

(٥) وهو من اسْتُؤْصِلَتْ مَذاكِرُهُ.

ذو رَحِمٍ مَخْرَمٍ منها، والمشهورُ إيجابه، وأشهبُ ينفيه. ويجوزُ اتفاقُ
البائعِ والمُشتريِ على استبراءِ واحدٍ لحصولِ المقصودِ به.

فهذه فروعٌ في الاستبراءِ لا يجوزُ في العِدَّةِ مثلها، فلو عَلِمَتْ براءةُ
المُعْتَدَّةِ قبل الطلاقِ أو الوفاةِ، لا بُدَّ لها من العِدَّةِ، والفرقُ بين البابين أنَّ
العِدَّةَ يغلبُ عليها شائبةُ التعبُّدِ من حيث الجملة، وإن كانت معقولةً
المعنى من حيث الجملة، لأنها شُرِعَتْ لبراءةِ الرحمِ، وعدمِ اختلاطِ
الأنسابِ، / فمن هذا الوجهِ هي معقولةُ المعنى، ومن جهةِ أنَّ العِدَّةَ تجبُ ١/٨٩
في الوفاةِ على بنتِ المَهْدِ، وتجبُ في الطلاقِ والوفاةِ على الكبيرةِ
المعلومِ براءتها بسببِ الغيبةِ وغيرها، هذه شائبةُ التعبُّدِ.

فلمَّا كان في العِدَّةِ شائبةُ التعبُّدِ، وجبَ فِعْلُها بعد سببِها مطلقاً في
جميعِ الصُّورِ، عَلِمَتْ البراءةُ أم لا، تَوْفِيَةً لشائبةِ التعبُّدِ، والاستبراءُ لم
تردِّ فيه هذه الشائبةُ، بل هو معقولُ المعنى لبراءةِ الرحمِ، وعدمِ اختلاطِ
الأنسابِ، فلذلك حيث حصل المعنى، وهو البراءةُ سقطت الوسيلةُ
إليه، وهي الاستبراءُ، لحصولِ المقصودِ، فهذا هو الفرقُ. وهو الموجبُ
لخروجِ تلك الصُّورِ عن الحاجةِ للاستبراءِ، ولم يخرجِ مثلها في قاعدةِ
العِدَّةِ.

* * *

الفرقُ السابعُ والسبعون والمئة

بين قاعدة الاستبراء بالأقراء يكفي قرءاً واحداً، وبين قاعدة الاستبراء بالشهور لا يكفي شهر، مع أن غالب النساء يحصل لهن في كل شهر قرءاً فكان يُكتفى بشهر كما اكتفى بقرء

والفرق بين البابين أن القرء الواحد، وهو الحيض دالٌّ عادةً على براءة الرحم، فإن الحيض لا يجتمع مع الحمل غالباً، فكان القرء الواحد من الحيض دالاً على براءة الرحم وعدم الحمل، والشهر الواحد وإن كان يُحصَلُ قرءاً واحداً في حق من تحيض، لكنه في حق من لا تحيض لا يحصل به براءة الرحم، لأن المنى يمكث مبيتاً في الرحم نحو الشهر^(١)، ثم يصير مضعاً بعد أن صار علقةً، فلا يظهر الحمل في الغالب إلا في ثلاثة أشهر، فيكبر الجوف، وتحصل مبادئ الحركة، أما الشهر الواحد فجوف الحامل فيه مساوٍ في الظاهر لغير الحامل، فلذلك لم يُعتبر الشهر الواحد، واعتبر القرء الواحد.

* * *

(١) هذا بحسب ما كان متيسراً للمصنف من المعارف الطبيّة في زمانه.

الفرق الثامن والسبعون والمئة

بين قاعدة الحضانة يُقَدَّمُ فيها النساءُ على الرجال

بخلاف جميع الولايات يُقَدَّمُ فيها الرجالُ على النساء^(١)

وهو أن قاعدة الشرع أنه يُقَدَّمُ في كل موطن، وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها، فيُقَدَّمُ في ولاية الحرب من هو أقوم بمصالح الحروب من سياسة الجيوش، ومكائد العدو.

ويُقَدَّمُ في القضاء من هو أكثر تفتناً لحجاج الخصوم، وقواعد الأحكام، ووجوه الخدع من الناس.

[ويُقَدَّمُ في الفتوى من هو أنقل للأحكام، وأشفق على الأمة، وأحرصهم على إرشادها لحدود الشريعة]^(٢).

ويُقَدَّمُ في سعاية الماشية وجباية الزكوات والعمل عليها من هو أعرِفُ بنُصُبِ الزكوات، ومقادير الواجب فيها، وأحكام اختلاطها وافتراقها وضَمِّ أجناسها. /

ب/٨٩

(١) قد مرَّت مباحث هذا الفرق، وسبقت الإشارة إلى أنه مستفاد من كلام العز بن عبد السلام في «القواعد الكبرى» ١٠٧/١ حيث نصَّ على أن الضابط في الولايات كلها أنا لا نُقَدَّمُ فيها إلا أقوم الناس بجلب مصالحها ودرء مفسدها، . . . ، ولذلك تُقَدَّمُ الأمهات على الآباء في الحضانة لمعرفةنَّ بها، وفرِّط حنَّوهرنَّ على الأطفال.

(٢) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

ويُقَدَّمُ في أمانةِ الحُكْمِ مَنْ هو أعرَفُ بمقاديرِ النفقاتِ وأهليّاتِ الكافلات^(١)، وتنميةِ أموالِ الأيتامِ والمُناضلةِ عنهم، وكذلك بقیةِ الولاياتِ.

ويُقَدَّمُ في الخلافةِ من هو كاملُ العلمِ والدينِ، وافرُ العقلِ والرأيِ، قويُّ النفسِ، شديدُ الشجاعةِ. عارفٌ بأهليّاتِ الولاياتِ، حريصٌ على مصالحِ الأمةِ، قرشيٌّ من قبيلةِ النبوةِ المُعظَّمةِ، كاملُ الحُزْمَةِ والهيبةِ في نفوسِ الناسِ.

ولما كانت الحضانةُ تفتقرُ إلى وُفورِ الصبرِ على الأطفالِ في كثرةِ البكاءِ، والتضجُّرِ من الهيئاتِ العارضةِ للصبيانِ، ومزيدِ الشفقةِ والرقّةِ الباعثةِ على الرفقِ بالضعفاءِ، والرّفقِ بهم، وكانت النساءُ أتمَّ^(٢) من الرجالِ في ذلك كُلِّه، قُدِّمَنَ عليهم، لأنَّ أنفاتِ الرجالِ، وإبایةِ نفوسِهِم، وعُلُوُّ هِمَمِهِم تمنعُهُم من الانسلاکِ في أطوارِ الصبيانِ، وما يليقُ بهم من اللُطفِ والمعاملاتِ، ومُلابسةِ القاذوراتِ، وتحمُّلِ الدناءاتِ، فهذا هو الفرقُ بين قاعدةِ الحضاناتِ، وغيرها من قواعدِ الولاياتِ.

* * *

(١) في المطبوع: الكفالات.

(٢) في الأصل: أعم، وما في المطبوعِ أوّلِي بالصواب.

الفرقُ التاسعُ والسبعون والمئة

بين قاعدة معاملة أهل الكفر، وقاعدة معاملة المسلمين

أما مالكٌ رحمه الله، فرجَّحَ مُعاملةَ المسلمين، وقال: أكرهُ الصَّرْفَ^(١) من صيارفةِ أهلِ الذمة^(٢) لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ هُمُوهَا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١] وقال: وأكرهُ معاملةَ المُسلمِ بأرضِ الحربِ للحربيِّ بالرِّبَا، وجوّزَ أبو حنيفةُ الرِّبَا مع الحربيِّ، لقوله عليه السلام: «لا ربا بين مسلمٍ وحربيِّ، لا ربا إلا بين المسلمين»^(٣)، والحزبيُّ ليس بمسلم^(٤)، ووافقنا الشافعيُّ وابنُ حنبلٍ رضيَ اللهُ عنهم أجمعين، لأنَّ الرِّبَا مفسدةٌ في نفسه، فيتمنعُ من الجميع، ولأنَّهم مُخاطبون بفروعِ الشريعةِ لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وعمومُ نُصوصِ الكتابِ والسنةِ يتناولُ الحربيَّ.

(١) في المطبوع: الصَّيرْفِيَّ.

(٢) انظر «المدونة» ٤٠٤/٣، و«الجامع»: ١٩١ لابن أبي زيد القيرواني قال في «المدونة»: وقد كره مالكٌ أن يكون النصراني في أسواق المسلمين لعمليهم بالرِّبَا واستحلالهم له، وأرى أن يُقاموا من الأسواق.

(٣) ذكره الزيلعيُّ في «نصب الراية» ٤٤/٤، وقال: غريب، فهو ضعيف على اصطلاحه، وهو في «معرفة السنن والآثار» ٤٧/٧ للبيهقي، ونُقل عن الإمام الشافعيِّ عن أبي يوسف قال: وإنما أحلَّ أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ قال: «لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال: «وأهل الإسلام». قال الشافعي: ما احتج به أبو يوسف لأبي حنيفة ليس بثابت ولا حجة فيه.

(٤) انظر «فتح باب العناية» ٣٦٧/٢ لملا علي القاري.

قال اللَّخْمِيُّ وغيرُهُ: إذا ظهر الرِّبَا بين المسلمين، فمعاملة أهلِ الذِّمَّةِ
أولى لوجهين:

الأولُ: أنهم ليسوا مخاطبين بفروع الشريعة على أحدِ القولين
للعلماء^(١)، فلا يكون ما أخذوه بالرِّبَا مُحَرَّمًا على هذا القول، بخلافِ
المُسلمِ مخاطبٍ قولًا واحداً، فكانت معاملته إذا كان يتعاطى الرِّبَا وهو
غير مُتَحَرِّزٍ أشدَّ من الذميِّ.

الوجه الثاني: أنَّ الكافرَ إذا أسلم ثبتَ مُلكُه على ما اكتسبه بالرِّبَا
والغَضَبِ وغيرِهِ، وإذا تاب المُسلمُ لا يثبتُ مُلكُه على شيءٍ من ذلك،
لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتَغُوا فَلََكُمْ رُوْسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٩] وما هو
بصدِّ الثبوتِ/ المستمرِّ، وقابلٌ للثبوتِ أولى ممَّا لا يقبلُ ثبوتَ المِلكِ
عليه بحال، ولذلك اعتمد جماعةٌ من المتورِّعين على مُعاملةِ أهلِ الكفرِ
أكثرَ ملاحظةً لهذين الوجهين، وهما الفرقُ بين الفريقين.

* * *

(١) قد سبق تفصيلُ القولِ في هذه المسألة، وأنَّ المقدمَ من هذه الأقوال هو قولُ إمام
الحرمين في «البرهان».

الفرق الثمانون والمئة

بين قاعدة المِلْك، وقاعدة التصرُّف

اعلم أنَّ المِلْكَ أَشْكَلَ ضَبْطُهُ عَلَى كَثِيرٍ مِنَ الْفُقَهَاءِ، فَإِنَّهُ عَامٌّ يَتَرْتَبُ عَلَى أَسْبَابٍ مُخْتَلِفَةٍ: الْبَيْعُ، وَالْهِبَةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَالْإِرْثُ وَغَيْرُ ذَلِكَ، فَهُوَ غَيْرُهَا، وَلَا يُمَكَّنُ أَنْ يُقَالَ: هُوَ التَّصَرُّفُ، لِأَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ يَمْلِكُ وَلَا يَتَصَرَّفُ، فَهُوَ حَيْثُذِ غَيْرُ التَّصَرُّفِ، فَالتَّصَرُّفُ وَالْمِلْكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَعَمُّ مِنَ الْآخَرِ مِنْ وَجْهِ، وَأَخْصُّ مِنْ وَجْهِ، فَقَدْ يُوجَدُ التَّصَرُّفُ بَدُونَ الْمِلْكَ كَالْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ وَالْحَاكِمِ وَغَيْرِهِمْ يَتَصَرَّفُونَ وَلَا مِلْكَ لَهُمْ، وَيُوجَدُ الْمِلْكَ بَدُونَ التَّصَرُّفِ كَالصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِينَ وَغَيْرِهِمْ؛ يَمْلِكُونَ وَلَا يَتَصَرَّفُونَ، وَيَجْتَمِعُ الْمِلْكَ وَالتَّصَرُّفُ فِي حَقِّ الْبَالِغِينَ، الرَّشِيدِينَ، النَّافِذِي الْكَلِمَةِ، الْكَامِلِي الْأَوْصَافِ، وَهَذَا هُوَ حَقِيقَةُ الْأَعَمِّ مِنْ وَجْهِ، وَالْأَخْصُّ مِنْ وَجْهِ، أَنْ يَجْتَمِعَا فِي صُورَةٍ، وَيَنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَفْسِهِ فِي صُورَةٍ، كَالْحَيَوَانَ وَالْأَبْيَضِ^(١).

وَالْعِبَارَةُ الْكَاشِفَةُ عَنْ حَقِيقَةِ الْمِلْكَ: أَنَّهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ مُقَدَّرٌ فِي الْعَيْنِ أَوْ الْمَنْفَعَةِ يَقْتَضِي تَمَكُّنَ مَنْ يُضَافُ إِلَيْهِ مِنْ انْتِفَاعِهِ بِالْمَمْلُوكِ، وَالْعَوَضِ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ هُوَ كَذَلِكَ^(٢).

(١) صَحَّحَ ابْنُ الشَّاطِطِ مَا مَضَى مِنْ كَلَامِ الْقِرَافِيِّ فِي هَذَا الْفَرْقِ.

(٢) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِطِ بِقَوْلِهِ: هَذَا الْحَدُّ فَاسِدٌ مِنْ وَجْهِهِ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْمِلْكَ مِنْ أَوْصَافِ الْمَالِكِ لَا الْمَمْلُوكِ، لَكِنَّهُ وَصْفٌ مُتَعَلِّقٌ، وَالْمَمْلُوكُ هُوَ مُتَعَلِّقٌ.

وِثَانِيهَا: أَنَّهُ لَيْسَ مُقْتَضِيًا لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الْانْتِفَاعِ، بَلِ الْمُقْتَضِي لِدَلَالَةِ كَلَامِ الشَّارِعِ.

ثَالِثُهَا: أَنَّهُ لَا يَقْتَضِي الْانْتِفَاعَ بِالْمَمْلُوكِ وَالْعَرَضِ، بَلِ بِأَحَدِهِمَا.

أما قولنا: «حُكْمٌ شَرْعِيٌّ» فبالإجماع، ولأنه يتبعُ الأسبابَ الشرعية^(١)،
وأما أنه مُقَدَّرٌ فلأنه يرجعُ إلى تعلقِ إِذْنِ الشَّرْعِ، والتعلقُ عَدَمِيٌّ وليس
وَصْفًا حَقِيقِيًّا، بل يُقَدَّرُ في العَيْنِ أو المنفعةِ عندَ تحقُّقِ الأسبابِ المُفيدةِ
للملِكِ^(٢).

وقولنا: «في العين أو المنفعة»، لأنَّ الأعيانَ تُملِكُ كالبيع، والمنافعَ
كالإجارة^(٣).

وقولنا: «يقتضي انتفاعه بالمملوك» ليُخْرِجَ التصرُّفَ بالوصيةِ
والوكالةِ، وتصرُّفَ القُضاةِ في أموالِ الغائبين والمجانين، فإنَّ هذه
الطوائفَ لهم التصرُّفُ بغيرِ ملك^(٤).

= رابعها: أنَّ المملوكَ مشتقٌّ من الملك، فلا يُعرفُ إلا بعد معرفته، فيلزِمُ الدَّوْرُ،
والصحيحُ في حدِّ الملكِ: أنه تمكُّنُ الإنسانِ شَرْعًا بنفسه، أو بنبايةٍ من الانتفاعِ
بالعينِ أو المنفعةِ، ومِنَ أَخْذِ العَوْضِ عن العينِ أو المنفعةِ، هذا إن قلنا: إنَّ
الضيافةَ ونحوها لا يملكها مَنْ سُوِّعَتْ له، وإن قلنا: إنَّه يملكها، زدنا في الحدِّ،
فقلنا: إنه تمكُّنُ الإنسانِ شَرْعًا بنفسه، أو بنبايةٍ من الانتفاعِ بالعينِ أو المنفعةِ،
ومِنَ أَخْذِ العَوْضِ أو تمكُّنه من الانتفاعِ خاصَّةً، ولا حاجةَ بنا إلى بيانِ صحَّةِ هذا
الحدِّ، فإنَّه لا يخفى ذلك على المتأملِ المُنصفِ.

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِبِ بقوله: ما قاله مِن أنه حكمٌ شرعيٌّ، إن أراد أنه أحدُ الأحكامِ
الخمسةِ، ففيه نظرٌ، وإن أراد أنه أمرٌ شرعيٌّ على الجُملةِ، فذلك صحيحٌ.

(٢) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِبِ بقوله: قوله: «إنَّه عَدَمِيٌّ» بناءً على أنَّ النَّسَبَ أمورٌ عَدَمِيَّةٌ،
وفيه نظرٌ، وأما قوله: «إنَّه مُقَدَّرٌ في العينِ أو المنفعةِ» فقد سبق أنه وصفٌ للمالكِ
مُتعلِّقٌ بالعينِ أو المنفعةِ.

(٣) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِبِ بقوله: ما قاله صحيحٌ على ما في قوله: «فإنَّ الأعيانَ تُملِكُ»
من المسامحةِ على ما يذكره هو بعد هذا عن المازريِّ.

(٤) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِبِ بقوله: هذا التحرُّزُ صحيحٌ على تقديرِ صحَّةِ حدِّه.

وقولنا: «والعوض عنه» ليخرج عنه الإباحات في الضيافات، فإنّ الضيافة مأذونٌ فيها، وليست مملوكةً على الصحيح^(١)، ويخرج أيضاً الاختصاصات بالمساجد والرُّبُطِ والخَوَاتِقِ ومواضعِ المَطَافِ، والسُّكَّكِ، ومقاعد الأسواق، فإنّ هذه الأمور لا مِلْكَ فيها مع المُكَنَّةِ الشرعيّةِ من التصرّف في هذه الأمور^(٢).

وقولنا: «من حيث هو كذلك» إشارةً إلى أنّه يقتضي ذلك من حيث هو، وقد يتخلفُ/ عنه ذلك لمانعٍ يعرِضُ، كالمَحْجُورِ عليهم لهم المِلْكَ، وليس لهم المُكَنَّةُ من التصرّف في تلك الأعيانِ المملوكةِ، لكنّ تلك الأملاك في تلك الصُّورِ لوجودِ النظرِ إليها اقتضتْ مُكَنَّةَ التصرّف، وإنّما جاء المنعُ من أمورٍ خارجةٍ، ولا تنافي بين القَبُولِ الذاتيِّ والاستحالةِ لأمرٍ خارجي، ولذلك نقول: إنّ جميعَ أجزاءِ العالمِ لها

(١) قد صحَّ الأمرُ بالضيافة عن رسولِ الله ﷺ فقال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه» أخرجه البخاري (٦١٣٨) واللفظ له من حديث أبي هريرة، وأخرجه مسلم (١٧٢٦) (٤٨) من حديث أبي شريح العدويّ، قال النووي في «شرح صحيح مسلم» ٦/٢٧٣: هذه الأحاديث متظاهرة على الأمر بالضيافة والاهتمام بها وعظيم موقعها، وقد أجمع المسلمون على الضيافة، وأنّها من مُتأكّدات الإسلام، ثم قال الشافعيّ ومالك وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى والجمهور: هي سنّةٌ ليست بواجبة، وقال الليث وأحمد: هي واجبةٌ يوماً وليلة، وقال أحمد رضي الله عنه: هي واجبةٌ يوماً وليلةً على أهل البادية وأهل القرى دون أهل المُدن، وتأوّل الجمهورُ هذه الأحاديث وأشباهاها على الاستحباب ومكارم الأخلاق وتأكّد حقّ الضيف، . . . ، وتأوّلها الخطابي وغيره على المضطر.

(٢) قوله: «والعوض عنه» . . . إلى قوله: هذه الأمور» علّق عليه ابن الشاط بقوله: جعل التصرّف بدل الانتفاع، وهو أعمُّ منه بدليل ما ذكره هو قَبْلَ هذا من تصرّف الأوصياء والحاكمين حيث لهم التصرّف دون الانتفاع، وكلُّ مَنْ ذَكَرَ هنا من ضيفٍ وشبهه ليس له مُطلقُ التصرّف، بل له التصرّف بالانتفاع خاصّةً.

القبول للوجود والعدم بالنظر إلى ذواتها، وهي إما واجبة لغيرها، إن عَلِمَ الله تعالى وجودها، أو مستحيلة لغيرها، إن عَلِمَ الله تعالى عدمها، وكذلك ههنا بالنظر إلى المِلْكِ يجوزُ التصرُّفُ المذكورُ، وبالنظر لما عَرَضَ من الأسباب الخارجة يقتضي المَنَعُ من التصرُّفِ^(١).

وكذلك إذا قلنا: الأوقافُ على مِلْكِ الواقفين مع أنَّه لا يجوزُ لهم البيعُ، ومِلْكُ العِوَضِ عنها بسببِ ما عَرَضَ من الوَقْفِ المانعِ من البيعِ، كالحَجْرِ المانعِ من البيعِ، فقد انطبقَ هذا الحدُّ على المِلْكِ^(٢).

فإن قلتَ: قد قال الشافعيةُ: إنَّ الضيافاتِ تُملِكُ، وهل بالمَضغِ أو بالبَلْعِ أو غيرِ ذلك؟ على خلافِ عندهم، فهذا مِلْكٌ مع أنَّ الضيفَ لا يَتِمَّكُنُ من أَخْذِ العِوَضِ على ما قُدِّمَ له، ولا يَتِمَّكُنُ من إطعامه لغيره، ولذلك قال المالكيةُ: إنَّ الإنسانَ قد يملكُ أن يملكَ، وهل يُعَدُّ مالِكاً أو لا؟ قولان: فمن مَلَكَ أن يملكَ لا يَتِمَّكُنُ من التصرُّفِ ولا أَخْذِ العِوَضِ من ذلك الشيء الذي مَلَكَ أن يملكَه مع أنهم قد صرَّحوا بحقيقةِ المِلْكِ من حيث الجملةُ.

وكذلك قال المالكيةُ وغيرُهم: إنَّ الإنسانَ قد يملكُ المنفعةَ، وقد يملكُ الانتفاعَ فقط، كبيوتِ المدارس والأوقافِ والرُّبُطِ ونحوها، مع أنَّه في هذه الصُّورِ لا يملكُ أَخْذَ العِوَضِ عن تلك المنافعِ^(٣).

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: كلامُه هذا يُشعرُ بأنَّ التصرُّفَ هو موجبُ المِلْكِ، وليس الأمرُ كذلك، بل مُوجِبُهُ الانتفاعُ، ثم الانتفاعُ يكونُ بوجهين: انتفاعُ يتولَّاهُ المالكُ بنفسه، وانتفاعُ يتولَّاهُ النائبُ عنه، ثم النائبُ قد يكونُ باستنابةِ المالكِ، وقد يكونُ بغيرِ استنابتهِ، فغيرُ المحجورِ عليه يتوصَّلُ إلى الانتفاعِ بِمِلْكِهِ بنفسه ونيابتهِ، والمحجورُ عليه لا يتوصَّلُ إلى الانتفاعِ بِمِلْكِهِ إلَّا بنيابتهِ، ونائبه لا يكونُ إلَّا باستنابتهِ.

(٢) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: قد سبق أنَّه ليس بحدُّ صحيح.

(٣) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ذلك حكايةُ سؤالات، ولا كلامُ في ذلك.

قلت: أمّا السؤال الأول، فإنّ الصحيح في الضيافات أنّها إباحات لا تملك^(١)، كما أباح الله السمك في الماء، والطير في الهواء، والحشيش والصيّد في الفلاة لمن أراد تناوله، ولا يقال: إنّ هذه الأمور مملوكة للناس^(٢)، كذلك الضيف جُعِلَ له أن يأكل إن أراد أو يترك^(٣). والقول بأنه يملك مُشكِلٌ، فإنّ المُلْك لا بُدَّ فيه من سلطان التصرف من حيث الجملة، وبعد أن بلع الطعام كيف يبقى سلطان بعد ذلك على الانتفاع بتلك الأعيان لأنّها فسدت عادةً، ولم تبق مقصودة للتصرف البتّة؟ فالحق إذا أنّها إباحات لا تملكات^(٤).

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله غير صحيح، بل الصحيح أنّها تملك للانتفاع بالأكل خاصة سواء أوقع البناء على الحد الذي ارتضيه، أو على الحد الذي ارتضاه هو، أما على الحد الذي ارتضيه، فلأن مُقدّم الضيافة قد مكّنه من الانتفاع بأكلها، وأما على الحد الذي ارتضاه هو، فلائنه قال: «حُكْمٌ مُقدَّرٌ في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يُضاف إليه من انتفاعه بالمملوك وبالعوّض عنه»، وقد بيّنا أنّه لا يقتضي الانتفاع بهما، فيبقى الانتفاع مطلقاً.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: هي مملوكة بعد التناول، وإباحة التناول سبب ملكها.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: إباحة صاحب الطعام للضيف أن يأكل سبب ملكه أن يأكل، وملكه أن يأكل هو تمكّنه شرعاً من ذلك.

(٤) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله من أنّ المُلْك مُشكِلٌ، لا إشكال فيه، وتعليه بأنّ المُلْك لا بُدَّ فيه من سلطان التصرف، ليس كما قال، بل لا بُدَّ فيه من سلطان الانتفاع لا التصرف، والسلطان هو التمكّن بعينه، وقد بيّن هو قبل هذا أنّ المحجور عليهم لا يتصرفون مع أنهم يملكون، فكيف يقول: لا بُدَّ في المُلْك من سلطان التصرف؟ هذا غير صحيح، وما قاله من أنّه إذا بلع الطعام كيف يبقى سلطان بعد ذلك؟ إنّما هو استبعاد لقول من يقول: يملك بالبلع وهو بعيد، كما قال، بل الصحيح أنّه يملك الطعام بالتناول حتى إذا تناول لُقمة لا يجوز لغيره انتزاعها من يده، فإن ابتلعها، فقد كان سبق ملكه لها قبل البلع، وإن لم يتلّعها، وبذّها من يده، فقد عادت إلى ملك صاحبها، وجاز لغيره تناولها، لأنّ صاحبها =

وأما السؤال الثاني، فقول المالكية: إنَّ مَنْ مَلَكَ أَنْ يَمْلِكَ، هل يُعَدُّ مالِكاً أَوْ لَا؟ قولان. قد تقدَّم أنَّ هذه العبارة رديئة جداً، وأنها لا حقيقة لها، فلا يصحُّ إيرادُ النَّقْضِ بها على الحدِّ، لأنَّا نَمْنَعُ الْحُكْمَ فِيهَا^(١).

وأما السؤال الثالث، وهو مِلْكُ^(٢) الانتفاعِ دونَ المنفعة، فهو يرجعُ إلى الإِذْنِ والإِبَاحَةِ كما في الضيافة، فتلك المساكنُ مأذونٌ فيها لمن قام بشرطِ الواقفِ^(٣)، لا أنَّها فيها ملكٌ لغيرِ الواقفِ^(٤) بخلافِ ما يُطْلَقُ من الجامعيَّاتِ^(٥)، فإنَّ المِلْكَ فيها يحصلُ لمن حصلَ له شرطُ الواقفِ، فلا جَرَمَ صَحَّ أَخْذُ الْعَرَضِ بِهَا أَوْ عَنْهَا^(٦).

= لم يُمكنه منها إلا ليأكلها، فلما لم يأكلها بقيت على مِلْكِ صاحبها، وإن كان تناولها عادت إلى مِلْكِ صاحبها، هذا هو الصحيحُ والله تعالى أعلم. وما قال من أنَّها إباحاتٌ لا تمليكاتٌ ليس بصحيح، بل الإباحاتُ هي التمليكاتُ، أو أسبابُ للتمليكات.

(١) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: قد تقدَّم الكلامُ على ذلك.

(٢) في المطبوع: مالك.

(٣) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: وإذا كانت مأذوناً فيها، فمن أذن له فتمكَّن من الانتفاع، فهو مالكٌ للانتفاع.

(٤) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: أما الانتفاعُ، ففيه المِلْكَ لغيرِ الواقفِ، وهو من تَوَقَّرَتْ فيه شروطُ الواقفِ. وأما عَيْنُ الموقوفِ، فالصحيحُ أنَّه لا مالكٌ عليه. لا للواقفِ ولا لغيره، لأنَّه لا يتمكَّن أحدٌ من الانتفاع بتلك العين، ولا من التصرفِ فيها، ولا من أخذِ العوضِ عنها، وإذا لم يكن شيئاً من ذلك فلا مِلْكَ إذ لا معنى للملك إلا التمكنُ من الانتفاع، ومن أخذِ العوضِ، أو من الانتفاعِ خاصةً.

(٥) مفردة جامكية وهي فارسية الأصل وتعني الجراية أو المرئب.

(٦) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: إنَّما كان ذلك، لأنَّ مُقْتَضَى الوَقْتِ إن كان سُكْنَى الموضع الموقوف، فلا يتعدى الموقوفُ عليه السُّكْنَى لأنَّه لم يُسَوَّغْ له غيره، وإن كان الاستغلالُ فالغَلَّةُ مسوَّغةٌ بعينها، فيصحُّ أخذُ العوضِ عنها.

فإن قلت: إذا اتضح حدُّ المِلْكِ، فهل هو من خطابِ الوضعِ أو من خطابِ التكليفِ الذي هو الأحكامُ الخمسة؟

قلت: الذي يظهرُ لي أنه من أحدِ الأحكامِ الخمسة، وهو إباحتُه خاصةً في تصرُّفاتٍ خاصةً، وأخذُ العِوضِ عن ذلك المملوكِ على وجهٍ خاص، كما تقرَّرت قواعدُ المعاوضاتِ في الشريعةِ وشروطُها وأركانُها، وخصوصياتُ هذه الإباحتِ هي الموجبةُ للفرقِ بين المالكِ وغيره من جميعِ الحقائق، ولذلك قلنا: إنَّه معنى شرعيٌّ مُقدَّرٌ، تُريدُ أنه مُتعلِّقٌ بالإباحتِ، والتعلُّقُ عَدَمِيٌّ من بابِ النَّسَبِ والإضافاتِ التي لا وجودَ لها في الأعيانِ بل في الأذهانِ، فهي أمرٌ يفرضُه العقلُ كسائرِ النَّسَبِ والإضافاتِ، كالأبوةِ والبُنُوَّةِ والتقدُّمِ والتأخُّرِ وغير ذلك، ولأجلِ ذلك لنا أن نُغيِّرَ عبارةَ الحدِّ، فنقول: إنَّ المِلْكَ إباحتُه شرعيةٌ في عينٍ أو منفعةٍ تقتضي تمكُّنَ صاحبها من الانتفاعِ بتلك العينِ، أو المنفعةِ، أو أخذِ العِوضِ عنهما من حيث هي كذلك، ويستقيمُ الحدُّ بهذا اللفظِ أيضاً، ويكونُ المِلْكَ من خطابِ التكليفِ، لأنَّ الاصطلاحَ أنَّ خطابَ التكليفِ هو الأحكامُ الخمسةُ المشهورةُ، وخطابُ الوضعِ هو نَضْبُ الأسبابِ والشروطِ والموانعِ والتقاديرِ الشرعيةِ، وليس هذا منها بل هو إباحتُه خاصةً، ومنهم من قال: إنَّه من خطابِ الوضعِ، وهو بعيدٌ^(١).

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِبِ بقوله: ما قاله من أنَّه إباحتُه ليس عندي بصحيحٍ، فإنَّ الإباحتِ هي حُكْمُ الله تعالى، والحكْمُ عند أهلِ الأصولِ خطابُ الله تعالى، وخطابُه كلامُه، فكيف يكونُ المِلْكَ الذي هو صِفَةٌ للمالكِ على ما ارتضىته، أو صِفَةٌ للمملوكِ على ما ارتضاه هو كلامُ الله تعالى؟ هذا ما لا يصحُّ بوجهٍ أصلاً، فالصحيحُ أنَّ مُسَبَّبَ الإباحتِ هو التمكُّنُ، والإباحتُ هي التمكينُ والله أعلم.

فإن قلت: المِلكُ سببُ الانتفاع، فيكونُ سبباً، فيكونُ من بابِ خطابِ الوضع، وكذلك كُلُّ حكمٍ شرعيٍّ سببٌ لمُسبباتٍ ترتبُ عليه من مَثوباتٍ وتعزيراتٍ وموَخذاتٍ وكفاراتٍ وغيرها^(١)، وليس المرادُ بـخطابِ الوضعِ مُطلقَ الترتب، بل نقولُ: الزوالُ سببٌ لوجوبِ الظهر، / ووجوبُ الظهرِ سببٌ لأن يكونَ فعلاً سببُ الثواب، وتركُه سببُ العقابِ، ووجوبُه سببٌ لتقديمه على غيره من المندوباتِ وغير ذلك ممَّا ترتبَ على الوجوبِ، مع أنه لا يُسمَّى سبباً، ولا يقالُ: إنَّه من خطابِ الوضع، بل الضابطُ للبايِنِ أَنَّ الخطابَ متى كان متعلقاً بفعلٍ مُكلفٍ على وجهِ الاقتضاءِ أو التخيير، فهو من خطابِ التكليف، ومتى لم يكن كذلك، وهو من أحدِ الأمورِ المتقدِّمة، فهو خطابُ الوضع، وقد يجتمعُ خطابُ الوضعِ وخطابُ التكليف، وقد تقدَّم بسطُ ذلك فيما تقدَّم من الفروق^(٢).

فإن قلت: المِلكُ حيثُ وُجدَ، هل يُتصوَّرُ في الجواهرِ والأجسامِ، أم لا يُتصوَّرُ إلَّا في المنافعِ خاصة؟ قلتُ: قال المازريُّ رحمه الله في «شرح التلقين»: قولُ الفقهاء: المِلكُ في المبيعِ يحصلُ في الأعيانِ، وفي الإجازاتِ يحصلُ في المنافعِ ليس على ظاهره، بل الأعيانُ لا يملكها إلَّا الله تعالى، لأنَّ المِلكَ هو التصرفُ، ولا يتصرفُ في الأعيانِ إلَّا الله تعالى بالإيجادِ والإعدامِ والإماتةِ والإحياءِ ونحو ذلك، وتصرفُ الخلقِ إنَّما هو

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: لما فسَّرَ المِلكَ بالإباحةِ مُسلِّمٌ أنَّه سببُ الانتفاع، وليس الأمرُ كذلك، بل المِلكُ سببُ الإباحةِ، وهو التمكينُ من الانتفاع، والانتفاعُ متعلقُ المِلكِ، ولا يقالُ في المتعلقِ: إنَّه سببُ المتعلقِ إلَّا على وجهِ التوسُّعِ في العباراتِ لا على المتقرَّرِ في الاصطلاحِ.

(٢) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ما قاله في ذلك صحيح، وكذلك ما قاله بعدُ عن المازريِّ، ما عدا قوله: إنَّ المِلكَ هو التصرفُ، فإنَّه غيرُ صحيحٍ على ما قرَّره المؤلِّفُ قبلَ هذا.

في المنافع فقط بأفعالهم من الأكلِ والشَّربِ والمُحاولاتِ والحركاتِ
والسَّكناتِ، قال: وتحقيقُ المِلْكِ أَنَّهُ إِنْ وَرَدَ عَلَى الْمَنَافِعِ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ،
فَهُوَ الْإِجَارَةُ وَفِرْعُوعُهَا مِنَ الْمُسَاقَاةِ وَالْجِعَالَةِ^(١) وَالْقِرَاضِ وَنَحْوِ ذَلِكَ،
وَإِنْ وَرَدَ عَلَى الْمَنَافِعِ مَعَ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ الْعَيْنَ، بَلْ يَبْذُلُهَا لِغَيْرِهِ بِعَوَضٍ أَوْ بِغَيْرِ
عَوَضٍ، فَهُوَ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ وَالْعَقْدُ فِي الْجَمِيعِ، إِنَّمَا يَتَنَاوَلُ الْمَنْفَعَةَ، فَقَدْ
ظَهَرَ بِهَذِهِ الْمَبَاحِثِ وَهَذِهِ الْأَسْئَلَةِ حَقِيقَةُ الْمِلْكِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
التَّصَرُّفَاتِ وَمَا يُتَوَهَّمُ التَّبَاسُّهُ بِهِ.

* * *

(١) في المطبوع: والمُجَاعِلَةُ.

الفرق الحادي والثمانون والمئة

بين قاعدة الأسباب العقلية، وبين^(١) قاعدة الأسباب الشرعية نحو بعث واشتريت، وأنت طالق، وأعتقت ونحوه من الأسباب

قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني^(٢) رحمه الله: يثبت مُسَبَّبُ هذا القسم مع آخرِ حَرْفٍ منه تشبيهاً للأسباب الشرعية بالعلل العقلية، لأنَّ العِللَ العقلية لا توجب معلولها إلا حالة وجودها، وإذا عُدِمَتْ لا يُوجَدُ معلولها، كالعلم مع العالمية، والإرادة مع المُريدية من العقليات، والنار مع الإحراق، والماء مع الإرواء من العاديات، وكذلك هذه الأسباب الشرعية إذا عُدِمَ آخرُ جُزءٍ منها، عُدِمَتْ جُمْلَتُها، فلا ينبغي أن تُوجِبَ حينئذٍ حكماً، بل تُقَدَّرُ مُسَبِّباتُ/ هذه الأسباب مع آخر حرفٍ حتى يتحقَّقَ المُسَبَّبُ حالة وجود سببه، لا حالة عدمه، لأنَّ وجودَ آخرِ حرفٍ هو الوجودُ المُمكنُ في الصَّيغِ^(٣) لأنَّها مصادرُ سَيَّالَةٍ يستحيلُ وجودُها بجُمْلَتِها، فيُكْتَفَى بوجودِ آخرِ حرفٍ منها، لأنَّ القدرَ المُمكنُ فيها، فيحصلُ به الشبهُ بين العقليات والشرعيات.

وقال غيره من العلماء: بل ينبغي أن لا يكونَ تقديرُ مُسَبِّباتِ هذه الأسبابِ إلا عَقِيبَ آخرِ حرفٍ، وإن عُدِمَتْ جُمْلَةُ الصَّيغَةِ، لأنَّ السببَ

(١) سقط لفظ «بين» من الأصل.

(٢) الإمام البارع إبراهيم بن محمد الإسفراييني (٤١٨هـ) من أعيان فقهاء الشافعية، وأحد من بلغ رتبة الاجتهاد، له مصنفاتٌ وصفت بالفائقة، منها «الجامع في أصول الدين» و«تعليقه في أصول الفقه»، له ترجمة في «الأنساب» ٤٤/١ للسمعاني، و«طبقات السبكي» ٢٥٦/٤.

(٣) في الأصل: الصَّنَعُ بالنون.

إنَّما يتحقَّق عادةً حينئذٍ، فالفرقُ مبنيٌّ على هذه الطريقة^(١)، ومن وجهٍ آخر، يحصلُ الفرقُ، لأنَّ هذه الأسبابَ الشرعيةَ تنقسمُ إلى ما يوجبُ مُسبِّبَهُ إنشاءً نحو عتقِ الإنسانِ عن نفسه، والبيعِ الناجزِ، والطلاقِ الناجزِ، وإلى ما يوجبُهُ^(٢) استلزاماً كالعتقِ عن الغيرِ، فإنَّه يوجبُ المِلْكَ للمُعْتَقِ عنه بطريقِ الالتزامِ، بأنَّ يُقدَّرَ المِلْكَ قبلَ النطقِ بالصيغةِ بالزمنِ الفردِ لضرورةِ ثبوتِ الولاءِ له، ولبراءةِ ذمَّتهِ من الكفَّارةِ المُعتَقِ عنها^(٣)، ومثله العتقُ في زمنِ الخيارِ، إذا كان الخيارُ للمُشتري، فإنَّ المِلْكَ ينتقلُ إليه حينئذٍ بسببِ عتقه التزاماً، لأنَّ المِلْكَ في زمنِ الخيارِ للبايعِ على الأصحِّ والأشهرِ^(٤) حتى ينتقلَ بالتصريحِ من المشتري، نحو قوله: قبلتُ أو اخترتُ الإمضاءَ فهذه مُطابِقةٌ، أو يعتقُ، أو يطاءُ الأمةَ، أو نحوه مما يقتضي التزامَ المِلْكَ ونقله له^(٥)، فقال جماعةٌ من العلماءِ: يُقدَّرُ

(١) علَّقَ ابنُ الشاطِ على ما مضى من كلامِ القرافيِّ بقوله: هو فرقٌ لا طائلَ وراءه، والكلامُ فيه تعمُّقٌ في الدينِ وتكلُّفٌ، ولا يُتوصَّلُ فيه إلى اليقينِ.

(٢) في المطبوعِ: يوجبُ، وما في الأصلِ أولى بالصوابِ لعودِ الضميرِ على المسبِّبِ.

(٣) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ما قاله من تقديرِ المِلْكَ قبلَ النطقِ بالصيغةِ بالزمنِ الفردِ لا حاجةَ إليه، ولا دليلَ عليه، بل الدليلُ على خلافه، وهو صحَّةُ العتقِ عن المبتِ، وهو لا يصحُّ أن يملكَ، ثم إنَّ المُعتَقَ عن غيره لم يقصدَ إلى ذلك المُقدَّرِ، ولو قصدَ إليه صحَّ عتقه إيَّاه، لأنَّه كان يكونُ حينئذٍ مُعتقاً مِلْكَ غيره بغيرِ إذنه، وذلك لا يصحُّ وما ذكره هو وغيره في ذلك من تقدُّمِ توكيلِ المُعتَقِ عنه، إنَّما يتَّجِهُ إذا كان العتقُ بإذنه، أما إذا كان بغيرِ إذنه فلا يتَّجِهُ، وبالجملةِ القولُ بتلكِ التقديراتِ في هذا الموضعِ لا يصحُّ.

(٤) نقله القرافيُّ في «الذخيرة» ٣١/٥ عن ابنِ شاسِ صاحبِ «الجواهرِ الشمينية»، وزاد: والعقدُ ليس بناقلٍ حتى يتَّصلَ به الإمضاءُ.

(٥) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ما قاله من استلزامِ العتقِ والوطءِ إمضاءَ البيعِ المحصَّلِ للمِلْكَ صحيحٌ، وحصولُ المِلْكَ هنا مُحَقَّقٌ لا مُقدَّرٌ.

ثُبُوتُ الْمِلْكِ قَبْلَ الْعِتْقِ حَتَّى يَقَعَ الْعِتْقُ عَنِ الْغَيْرِ، وَهُوَ فِي مِلْكِهِ^(١).
 وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: يَثْبُتُ مَعَهُ، لِأَنَّ التَّقَدُّمَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ،
 وَالضَّرُورَةَ دَعَتْ لَوْ قَوَّعَ الْعِتْقُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ^(٢)، وَالْمُقَارَنَةُ تَكْفِي فِي دَفْعِ
 تِلْكَ الضَّرُورَةِ، وَهَذَا الْمَذْهَبُ غَيْرُ مَتَّجِهٍ، لِأَنَّ الْعِتْقَ مُضَادًّا لِلْمِلْكِ،
 وَاجْتِمَاعُ الضَّدِّيَيْنِ مُحَالٌ^(٣).

وَتَنْقَسِمُ أَيْضاً الْأَسْبَابُ الشَّرْعِيَّةُ إِلَى مَا يَقْتَضِي ثُبُوتاً كَالْبَيْعِ وَالهِبَةِ
 وَالصَّدَقَةِ، وَإِلَى مَا يَقْتَضِي إِبْطَالَاً لِمُسَبَّبٍ سَبَبٍ آخَرَ، كَفَوَاتِ الْمَبِيعِ قَبْلَ
 الْقَبْضِ^(٤) يَقْتَضِي إِبْطَالَ مُسَبَّبِ السَّبَبِ السَّابِقِ، وَهُوَ الْمَبِيعُ، وَكَذَلِكَ
 الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ يَقْتَضِيَانِ إِبْطَالَ الْعِصْمَةِ السَّابِقَةَ الْمَتَرْتَّبَةَ عَلَى النِّكَاحِ،

(١) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: إِنْ أَرَادُوا بِالْعِتْقِ إِنْشَاءَ الصِّيغَةِ الَّتِي هِيَ سَبَبُ حَصُولِ
 الْعِتْقِ، فَقَوْلُهُمْ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَإِنْ أَرَادُوا بِهِ حَصُولَ الْعِتْقِ بِنَفْسِهِ، فَقَوْلُهُمْ صَحِيحٌ
 لِأَنَّ إِنْشَاءَ الصِّيغَةِ بَعَيْنُهُ هُوَ الْمَسْتَلْزَمُ لِامْضَاءِ الْبَيْعِ الَّذِي بِهِ يَحْصُلُ الْمِلْكُ إِذَا لَمْ
 يَصْدُرْ مِنَ الْمُشْتَرِي غَيْرُ ذَلِكَ، فَالْمِلْكُ لَا يَحْصُلُ قَبْلَ ذَلِكَ أَصْلاً لِأَنَّهُ لَا مُوجِبَ
 لِحَصُولِهِ.

(٢) سَقَطَ لَفْظُ «الْحَالَةِ» مِنَ الْأَصْلِ.

(٣) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: مَا قَالَهُ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ صَحِيحٌ، وَقَوْلُهُ هُوَ: إِنْ الْعِتْقَ
 مُضَادًّا لِلْمِلْكِ، إِنْ أَرَادَ بِالْعِتْقِ دُخُولَ الْحُرِّيَّةِ فِي الْعَبْدِ، ذَلِكَ صَحِيحٌ، وَلَا يَلْزَمُ عَنْهُ
 مَقْصُودُهُ، وَإِنْ أَرَادَ بِالْعِتْقِ إِنْشَاءَ الصِّيغَةِ الَّتِي هِيَ سَبَبُ حَصُولِ حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ، فَذَلِكَ
 غَيْرُ صَحِيحٍ، كَيْفَ وَقَدْ قَالَ هُوَ قُبَيْلَ هَذَا حَاكِيًّا عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ: إِنَّهُ يُقَدَّرُ
 ثُبُوتُ الْمِلْكِ قَبْلَ الْعِتْقِ حَتَّى يَقَعَ الْعِتْقُ، وَهُوَ فِي مِلْكِهِ، وَصَوَّبَ هُوَ قَوْلَهُمْ؟ فَيَا لَلَّهِ
 مَا أَسْرَعَ مَا نَسِيَ!

(٤) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: مَا قَالَهُ صَحِيحٌ، وَيَمَا سَلَفَ مِنَ الْقَوْلِ يَتَبَيَّنُ أَيُّ
 مَذْهَبِي الْعُلَمَاءِ فِي الْمَعِيَّةِ أَوْ الْقَبْلِيَّةِ أَصَحُّ؟ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

والمَلِكِ المُرْتَبِ فِي الرِّقِيقِ عَلَى سَبَبِهِ، وَإِذَا قُلْنَا بِأَنَّ الفَوَاتَ يَوجِبُ
الْفَسْخَ، فَهَلْ يَقتَضِيه مَعَهُ، لِأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ التَّقَدُّمِ عَلَى السَّبَبِ أَوْ قَبْلَهُ،
لِأَنَّ/ الأَنقِلَابَ وَالفَسْخَ يَقتَضِي تَحَقُّقَ مَا يُحَكَّمُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ؟ خِلافٌ بَينَ
ب/٩٢ العُلَمَاءِ. فَهذِهِ الوَجهُ تُحَصِّلُ الفَرقَ بَينَ الأَسبابِ الشَّرعيةِ وَالعِلَلِ العَقَلِيَّةِ
عَل بَعْضِ المَذهَبِ، فَيَبْطُلُ الشَّبَهُ بَينَ البَاطِنِ، وَعَلَى المَذهَبِ الأَخرِ
يَحْصُلُ الشَّبَهُ بَينَهُمَا.

* * *

الفرق الثاني والثمانون والمئة

بين قاعدة ما يتقدّم مُسبِّبه عليه من

الأسباب الشرعية، وبين قاعدة ما لا يتقدّم عليه مُسبِّبه

اعلم أنّ أزمناً ثُبوت الأحكامِ أربعة أقسامٍ: ما يتقدّم، وما يتأخّر، وما يقارن، وما يُخْتَلَفُ فيه .

فأمّا ما يقارن، فكالأسبابِ الفعليةِ في حيازةِ المُباح، كالحشيش، والصَّيْد، والسَّلْبِ في الجهادِ حيث سَوَّغناه بإذنِ الإمامِ على رأينا، أو مُطلقاً على رأيِ الشافعية^(١)، وشُرْبِ الخَمْرِ، والزَّنا، والسَّرقةِ للحدود، ومن ذلك التعاليقُ اللُّغويةُ، فإنَّها أسبابٌ إذا عُلِقَ على شرطِ الطلاقِ أو غيره^(٢).

وأما ما تتقدّمُ أحكامه عليه، فكإتلافِ المبيعِ قبل القبض، فإنَّك تُقدِّرُ الانفساخَ في المبيعِ قبل تَلْفِهِ، ليكونَ المحلُّ قابلاً للانفساخ، لأنَّ المعدومَ الصَّرْفَ لا يقبلُ انقلابه لميلكِ البائعِ على الخلافِ الذي تقدّمَ في الفرقِ الذي قبلَ هذا الفرقِ^(٣)، وكمثلِ الخطأ، فإنَّ له حُكْمَيْنِ:

(١) قد سبق بسطُ هذه المسألة في الفرقِ السادس والثلاثين من الجزء الأول وهو الفرق بين قاعدة تصرُّفه ﷺ بالقضاء وبين قاعدة تصرُّفه بالفتوى وهي التبليغ، وبين قاعدة تصرُّفه بالإمامة .

(٢) صحَّح ابن الشاط ما مضى من كلام القرافي .

(٣) علّق عليه ابنُ الشاط بقوله: لا يصحُّ تقديرُ الانفساخِ في المبيعِ قبل تَلْفِهِ، ولا حاجةٌ إليه .

أما عدمُ صحَّته، فلأنَّ الصحيحَ في الأسبابِ المُطرَدَ فيها: أن تعقبها مسبباتها أو تُقارنَها، وأمّا عدمُ الحاجةِ إليه، فلأنَّ انقلابَ المبيعِ إلى ملكِ البائعِ لا حاجةٌ إليه، =

أحدهما: يتقدّم عليه، وهو وجوب الدّية، فإنّها إنّما تجبُّ بالزّهوق، لأنّه سببٌ استحقاقها^(١) ومن جهة أنّها موروثّة، الإرث إنّما يكون فيما تقدّم فيه ملك الميّت، فيجب أن يُقدّر ملكه لها حالة حياته في حالة تقبل الملك، لأنّ الميّت لا يقبله^(٢).

وثانيهما: يقترن به، وهو وجوب الكفارة، فإنّه لا ضرورة لتقديمها على القتل كما تقدّم في الدّية^(٣).

وأما ما تتأخّر عنه أحكامه، فكبيع الخيار يتأخّر فيه نقل الملك عن العقد إلى الإمضاء على الصحيح^(٤)، وكالطلاق الرجعي مع البيونة، بخلاف تحريم الوطء، وتنصيب^(٥) العِدِّد، فإنّها تقارن، وكالوصية يتأخّر نقلها للملك في الموصى به بعد الموت، وكذلك السّلم والبيع إلى أجل يتأخّر عنه توجّه المطالبة إلى إنقضاء الأجل^(٦).

= لأنّ الداعي إلى ادعاء الحاجة إلى انقلابه إلى ملكه إنّما هو كون ضمانه منه، وكون ضمانه منه لا يستلزم كونه على ملكه للزوم الضمان بدون الملك كما في المعتدي، وإنما كان ضمانه من البائع، وإن لم يكن على ملكه، لأنه بقي عليه فيه حقّ التوفية.

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله غير مُسلّم، بل تجبُّ بإنفاذ المقاتل الذي يؤول إلى الزهوق.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: لا حاجة إلى تقدير ملك الدّية، بل هو محقق بناء على أنّ السبب هو الإنفاذ لا الزهوق.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: قد تبين أنه لا ضرورة فيهما.

(٤) علّق عليه ابن الشاط بقوله: إنّما تأخّر نقل الملك في بيع الخيار، لأنّ البيع إنّما ثبت من أحد الطرفين دون الآخر، فهو عقد غير تامّ، فتأخّر مسببه إلى تمامه.

(٥) في الأصل: وتنقيص.

(٦) علّق عليه ابن الشاط بقوله: جميع ما ذكره أسباب لم تتم، فلم تترتب عليها مسيبتها حتى تمّت، واستوفت شروطها فلم يأت بمثال صحيح لما يتأخّر عن

سببه.

وأما ما اختلف فيه، فكالأسباب القولية نحو العتق، والبيع، والإبراء، والطلاق، والأمر، والنهي، والشهادات، فهل تقع مسبباتها مع آخر حرف منها؟ وهو مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري فإنه كان من الفقهاء الجلة، كما كان شيخ المتكلمين/ هذا مذهبه في الفقه في هذه المسألة، أو تقع مسبباتها عقب آخر حرف، وهو مذهب جماعة من الفقهاء؟ خلاف^(١).

تنبيه: قال الشافعي رضي الله عنه: إذا قال لامرأته: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، ففعلت طلقت، وهو مُشكَلٌ على أصله جداً، فإنه إن أراد بالإعطاء الإقباض، فينبغي أن تطلق، ولا يستحق شيئاً، كما لو قال: إن أقبضتني، وإن أراد بالإعطاء التملك، فكيف يصح التملك على أصله بمجرد المناولة؟ وقاعدته: أن المعاطاة والفعل والمناولة لا يوجب شيئاً من ذلك انتقال ملك^(٢)، فهذه الصورة تعضد المالكية في بيع المعاطاة بالقياس عليها، وتكون نقضاً على أصله، ولا يمكن أن يقال: اللفظ السابق في التعليق حصل به انتقال الملك، لأن لفظ التعليق إنما اقتضى ربط الطلاق بالإعطاء، ولم يقتض حصول الملك في المعطى، ولعلها لا تعطيه شيئاً، فإن اللفظ الدال على الملك لم يوجد البتة، فلا يمكن الاعتماد عليه^(٣).

(١) علق عليه ابن الشاط بقوله: الأمر في ذلك الخلاف قريب، ولا أراه يؤول إلى طائل.

(٢) انظر «الوسيط» ٨/٣ للغزالي.

(٣) علق ابن الشاط على هذا التنبيه بقوله: الظاهر أن ما قاله وأزمره الشافعي صحيح، إلا أن يريد الشافعي بقوله: ففعلت، أي ملكت الألف بشرط التملك الذي هو التلطف بما يقتضيه، فيندفع الإلزام عنه والله أعلم.

الفرق الثالث والثمانون والمئة

بين قاعدة الذمة، وبين قاعدة أهلية المعاملة

اعلم أنّ الذمة قد أشكّلت معرفتها على كثير من الفقهاء. وجماعة يعتقدون أنّها أهلية المعاملة^(١)، فإذا قلنا: زيد له ذمة، معناه أنّه أهل لأن يُعامل، وهما حقيقتان مُتباينتان بمعنى أنّهما مُتغايرتان، وتحقيقُ التغيُّر بينهما أنّ كلّ واحدةٍ من هاتين الحقيقتين أعمُّ من الأخرى من وجه، وأخصُّ من وجه، فإنّ التصرفَ يُوجدُ بدون الذمة، والذمةُ توجدُ بدون أهلية التصرف، ويجتمعان معاً كالحيوانِ والأبيض، يوجدُ الحيوانُ ولا أبيض، كالسودانِ والأبيض، ولا حيوانٌ كالجبرِ والثَّلج، ويجتمعان معاً كالصَّقالبة^(٢) والطيورِ البيض، وهذا هو ضابطُ الأعمِّ والأخصِّ من وجه^(٣)، فالصُّبيان عندنا المُميّزون يصحُّ بيعُهُم وشراؤُهُم، ويقفُ اللزومُ على إجازة الوليِّ. وقال الشافعيُّ رحمه الله: لا ينعقدُ أصلاً وإن أذن له الوليُّ، وجوّزه أبو حنيفةٌ بإذن الوليِّ، فإن عقَدَ بغيرِ إذنِ الوليِّ، وقفَ على إجازته، وقال ابنُ حنبلٍ: إن عقَدَه بإذن، صحَّ، وإلا فلا، اتفق

(١) انظر «تقويم الأدلة»: ٤١٧ لأبي زيد الدبوسي الحنفي حيث بسط القول في معنى «الذمة» في «باب القول في حين أهلية الأدمي لوجوب الحقوق المشروعة عليه، وهي الأمانة التي حملها الإنسان».

(٢) وهم جيلٌ حُمُرُ الألوان صُهْبُ الشعور، يُتأخمون بلادَ الخَزَر في أعالي جبال الروم. انظر «معجم البلدان» ٤١٦/٣ وهم سكان روسيا الآن.

(٣) علّق ابن الشاط على ما مضى من كلام القرافي بقوله: ما قاله في ذلك صحيح، وما قاله بعدُ من حكاية أقوال، لا كلامٍ فيه، وما قاله من أنّ الصبي لا ذمة له فيه نظر، فإن كانت الذمة كَوْن الإنسان قابلاً للزوم الحقوق والتزامها شرعاً فالصبي لا ذمة له، وإن كانت الذمة كَوْنه قابلاً للزوم الحقوق دون التزامها، فالصبي له ذمة، للزوم أروش الجنایات، وقيم المُتلفات له، والله أعلم.

الجميع على عدم الذمة في حقه، فهذا القسم حصل فيه أهلية التصرف عندنا وعند أبي حنيفة وابن حنبل من غير ذمة له عند الجميع .

ب/٩٣ وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبيد، فإنهم محجور عليهم لحق السادات، / وإن قلنا: إنهم يملكون، فلا يجوز لهم التصرف إلا بإذن السادات، سدا لذريعة إفساد مالهم، وحق السادات متعلق به ولو جنوا جناية، ولم يقع الحديث فيها، ولا الحكم، كانت متعلقة بذمته، إذا عتق طولب بها، بخلاف الصبي إذا بلغ لا يطالب بما تقرر في ذمته قبل البلوغ، لكن بما تقدم سببه قبل البلوغ يطالب به الآن، وأما العبد يطالب بما تعلق بذمته قبل العتق، فيكون قد تقدم في حق العبد السبب واللزوم، وفي حق الصبي السبب دون اللزوم، وكذلك إذا تزوج بغير إذن سيده، وفسخ نكاحه، بقي الصداق في ذمته، يطالب به بعد العتق، فاللزوم سابق، والمطالبة متأخرة، وكلاهما متأخر في حق الصبي لعدم الذمة في حق الصبي، ووجودها في حق العبد.

وتوجد أهلية التصرف والذمة معاً في حق الحر البالغ الرشيد، فإن له أهلية التصرف، وله ذمة، فقد ظهر أن الذمة وأهلية التصرف، كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه، فهما متغايران، ويؤكد ذلك أن المفلس محجور عليه في ماله الذي حازه الحاكم، ليس له أن يتصرف فيه^(١)، وله أهلية التصرف في مال يستدينه من قوم آخرين أو يرثه أو يوهب له، فقد اختصت أهلية التصرف ببعض الأموال، وأما ذمته فثابتة بالنسبة إلى الجميع في المائتين، فقد صارت الذمة في هذه الصور أعم من أهلية التصرف، وأهلية التصرف أخص من الذمة لحصولها في البعض من الأموال دون البعض.

(١) انظر «الكافي» ٢/ ١٧٠ لابن قدامة المقدسي.

فإن قُلْتَ: الحُكْمُ على الشيءِ بالردِّ والقبولِ فَرُغَ عن كَوْنِهِ معقولاً،
ومعنى الذمَّةِ تعبُّدٌ غيرُ معقولٍ، فكيف يُقضى عليها بالعمومِ أو الخصوصِ
أو غيرهما؟ فلا بُدَّ من بيانِ الحقيقتين، وإلَّا فلا يتحصَّلُ من هذه
العموماتِ والخصوصاتِ مقصود.

قلتُ: العبارةُ الكاشفةُ عن الذمَّةِ: أنَّها معنى شرعيُّ مُقدَّرٌ في
المُكَلَّفِ قابلٌ للالتزامِ واللزومِ، وهذا المعنى جعله الشرعُ مُسَبِّباً على
أشياءٍ خاصَّةٍ، منها البلوغُ ومنها الرُّشدُ، فمن بلغ سفيهاً لا ذمَّةَ له، ومنها
تَرَكَ الحَجَرَ كما تقدَّمَ في المُفْلِسِ. فمن اجتمعت له هذه الشروطُ، رَبَّ
الشرعُ عليها تقديرَ معنى فيه يقبلُ إلزامه أروشَ الجناياتِ وأجر/ 1/94
الإجاراتِ، وأثمانَ المُعاملاتِ ونحو ذلك من التصرفاتِ، ويقبل التزامه
إذا التزم شيئاً اختياراً من قبلِ نفسه لزمه، وإذا فُقِدَ شرطٌ من هذه
الشروطِ، لم يُقدَّرَ الشارعُ هذا المعنى القابلَ للإلزامِ والالتزامِ، وهذا
المعنى المُقدَّرُ هو الذي تُقدَّرُ فيه الأجناسُ المُسلمُ فيها مُستقرَّةٌ حتى يصحَّ
مقابلتها بالأعواضِ المقبوضةِ ناجزاً في ثمنها، وفيه تُقدَّرُ أثمانُ البياعاتِ
بشمنٍ إلى آجالٍ بعيدةٍ أو قريبةٍ، وصدقاتُ الأنكحةِ والديونُ في
الحوالاتِ، والحقوقُ في الضماناتِ وغير ذلك، ولا جرمَ مَنْ يكونُ هذا
المعنى مُقدَّراً في حَقِّه لا يصحُّ في حَقِّه شيءٌ من هذه الأمورِ، فلا ينعقدُ
في حَقِّه سَلَمٌ ولا ثمنٌ إلى أجلٍ، ولا حِوَالَةٌ و[لا] حَمَالَةٌ^(١) ولا شيءٌ من
ذلك، فهذا هو حقيقةُ الذمَّةِ وَبَسْطُهَا والعبارةُ الكاشفةُ عنها، والسببُ
الشرعيُّ الذي يُقدَّرُ الشرعُ عنده المعنى الذي هو الذمَّةُ^(٢).

(١) بفتح الحاء، وهي ما يتحمَّله الشخصُ عن غيره من الدَّيَّةِ أو الغرامة، فهو حَمِيلٌ
أي: كفيلٌ.

(٢) قوله: «فإن قُلْتَ: الحُكْمُ على الشيءِ بالردِّ والقبولِ... إلى قوله: الذي هو الذمَّةُ» =

وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا: قبولُ يُقدِّره صاحبُ الشرع في المحلِّ، وسببُ هذا القبولِ المُقدَّر التمييزُ عندنا، وعند الشافعي التمييزُ مع التكليف، وهذا القبولُ الذي هو أهلية التصرف لا يُشترطُ فيه عندنا الإباحة، فإنَّ الفضوليَّ عندنا له أهلية التصرف، وتصرفه حرامٌ، وللمالكِ عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقدٍ آخر يُنفذُ ذلك^(١) التصرف^(٢)، فدلَّ ذلك على أنَّ العقدَ المتقدمَ قابلٌ للاعتبار، وإنَّما تعلقَ به حقُّ آدميٍّ، كتصرفِ العبدِ بغيرِ إذنِ سيِّده، ثم إنَّ أهلية التصرفِ قد تُوجدُ في النكاحِ الذي لا يثبتُ في الذمِّ، كتصرفِ الأولياءِ في المولياتِ له، وتُوجدُ في الأحكامِ فيما لا يثبتُ في ذمِّهم، وأنواعُ التصرفاتِ كثيرةٌ فيما لا يثبتُ في الذمَّة، فأهلية التصرفِ أهليةٌ وقبولٌ خاصٌّ كما تقدَّم، ليس فيه إلزامٌ ولا التزامٌ، والذمَّةُ معنىٌ مُقدَّرٌ في المحلِّ قابلٌ لهما، فهذا هو نفسُ الفرقِ بينهما، مع أنَّ كليهما معنىٌ مُقدَّرٌ في المحلِّ^(٣)، ووقع الفرقُ أيضاً من حيثِ السببُ، فإنَّ الذمَّةَ يُشترطُ فيها التكليفُ من غيرِ خلافٍ أعلمه، بخلافِ أهلية التصرفِ، فقد وضحَ الفرقُ بينهما^(٤).

= علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: الأولى عندي أن يقال: إنَّ الذمَّةَ قبولُ الإنسانِ شرعاً للزومِ الحقوقِ دونِ التزامها، وعلى هذا تكونُ للصبيِّ ذمَّةٌ، أو يقال: قبولُ الإنسانِ شرعاً للزومِ الحقوقِ والتزامها، فعلى هذا لا تكونُ للصبيِّ ذمَّةٌ.
(١) في الأصل: تنفيذاً لذلك.

(٢) انظر «بداية المجتهد» ٣٢٥/٧ لابنِ رشد، و«فتح باب العناية» ٣٧٣/٢ لملاً علي القاري.

(٣) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ما قاله في ذلك ظاهر.

(٤) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: إذا صحَّ الاتفاقُ على اشتراطِ التكليفِ في الذمَّة، فلا ذمَّةٌ للصبيِّ، ويتعيَّنُ حدُّ الذمَّةِ أو رسمُها بأنَّها قبولُ الإنسانِ شرعاً للزومِ الحقوقِ دونِ التزامها، والله أعلم.

فإن قلت: هل هما من بابِ خطابِ الوضع الذي هو وضعُ الأسبابِ والشروطِ والموانعِ والتقاديرِ الشرعية، أو من بابِ خطابِ التكليفِ الذي هو الوجوبُ/ والتحريرُ والنَّدْبُ والكرَاهَةُ والإباحَةُ كما قلته في المِلْكِ أَنَّهُ من بابِ خطابِ التكليفِ، وَأَنَّهُ يرجعُ إلى الإِذْنِ والإباحَةِ عند أسبابِ خاصَّةٍ، وإباحَةِ خاصَّةٍ كما تقدَّم بيانه في ذلك؟

قلت: الذي يظهرُ لي وأجزمُ به أَنَّ الذمَّةَ وأهليَّةَ التصرُّفِ من بابِ خطابِ الوضعِ دونِ خطابِ التكليفِ، وأنهما يرجعان إلى التقاديرِ الشرعية، والتقاديرُ الشرعيةُ هي إعطاءُ الموجودِ حُكْمَ المعدومِ، والمعدومِ حُكْمَ الموجودِ، وقد تقدَّم بسطُها في الفرقِ بين الخطابين^(١)، والذمَّةُ وأهليَّةُ التصرُّفِ من القسمِ الثاني، وهو إعطاءُ المعدومِ حُكْمَ الموجودِ، فَإِنَّهُ لا شيءَ في المحلِّ من الصفاتِ الموجودةِ كالألوانِ والطُّعومِ ونحوهما من الصفاتِ الموجودةِ، وإنما هو نسبةٌ خاصةٌ يقدرُها صاحبُ الشرعِ عند سببها موجودةٌ، وهي لا وجودَ لها، بل هذا المعنى من التقديرِ فقط، كما يُقدَّرُ المِلْكُ في العِتقِ، وهو معدومٌ، وكذلك هذه التقاديرُ تذهبُ عند ذهابِ أسبابها، وتثبتُ عند ثبوتِ أسبابها، كمتعلقاتِ الخطابِ في التحريمِ والإباحَةِ وغيرهما، والتعلقاتُ أمورٌ عَدَمِيَّةٌ تُقدَّرُ في المُحالِ موجودةٌ، فهذا هو تلخيصُ معنى الذمَّةِ وأهليَّةِ التصرُّفِ، والفرقُ بينهما فتأمَّلْهُ^(٢).

(١) يعني في الفرق السادس والعشرين من الجزء الأول من هذا الكتاب.

(٢) علَّقَ عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله من أنهما من خطابِ الوضع، هو الظاهرُ، وكذلك المِلْكُ عندي بخلافِ قوله فيه، وما قاله من أنها من التقاديرِ الشرعية فيه نَظَرٌ، وكذلك ما قاله من أَنَّ النَّسَبَ أمورٌ سَلْبِيَّةٌ فيه نَظَرٌ، وقوله: كما يُقدَّرُ المِلْكُ في العِتقِ وهو معدومٌ، إن كان يشيرُ بذلك إلى العِتقِ عن الغيرِ، فقد تقدَّم أَنَّ الصحيحَ خلافُ ذلك، والله أعلم.

الفرق الرابع والثمانون والمئة

بين قاعدة ما يقبلُ المِلك من

الأعيانِ والمنافع، وبين قاعدة ما لا يقبلُهُ

اعلم أنَّ الأعيان منها ما لا يقبلُ المِلك، إمَّا لعدمِ اشتماله على منفعةٍ كالخِشاش^(١)، أو لمنفعةٍ مُحَرَّمةٍ كالخمرِ والمُطْرَباتِ المحرَّمة، أو منفعةٍ تعلقُ بها حقُّ آدميٍّ كالحرِّ، فإنه لا يقبلُ المِلكَ لغيره؛ لأنه أحقُّ بنفسه من غيره، أو تعلقُ بها حقُّ الله كالمساجدِ والبيتِ الحرامِ، وقد تقدَّم أنَّ المِلكَ إذن شرعيٌّ خاصٌّ، والإذنُ في غيرِ مُنتفعٍ به عبثٌ، وفي المُحرَّمِ متناقضٌ، وفيما هو حقٌّ^(٢) للغيرِ مُبطلٌ لذلكِ الحقِّ، فيمتنعُ المِلكُ في هذه الأقسامِ، ومنها ما فيه منفعةٌ، فيقبلُ المِلكُ لأجلِ منفعتهِ، وهو قسمان:

ما يمتنعُ بيَّعه إمَّا صَوْنًا لمكارمِ الأخلاقِ عن الفسادِ ككلبِ الصيدِ وإجارةِ الأرضِ إذا قلنا بأنها لا توجَّزُ مطلقاً، لأنَّ ذلك كان قديماً من الأمورِ 1/95
المنافية لمكارمِ الأخلاقِ، ولذلك قال عليه السلام: «مَنْ كانت له أرضٌ/ فليزرعها أو ليمنحها أخاه»^(٣) فإنَّ الحُسْنَ والقُبْحَ في هذه الأمورِ عاديّ.

(١) وهي الحشرات.

(٢) زيادة من المطبوع يقتضيها السياق.

(٣) أخرجه مسلم (١٥٣٦) (٩١) والنسائي ٣٧/٧ وابن ماجه (٢٤٥٤) وغيرهم من حديث جابر بن عبد الله، وصحَّحه ابن حبان (٥١٤٨) وفيه زيادة: «ولا يؤاجرُها إياه» قال ابن حبان في «الإحسان»: قوله ﷺ: «ولا يؤاجرُها إياه» لفظه زجرٌ عن فعلٍ، قُصِدَ بها التَّدْبُّ والإرشادُ، لأنَّ القومَ كان بهم الضيق من العيش، والمنحةُ =

وأما لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ كأُمِّ الولدِ لتعلُّقِ حقِّها بالعتقِ، والحرُّ لتعلُّقِ حقِّه
بنفسه، والوقفِ لتعلُّقِ حقِّ الموقوفِ عليه به، وأما ما سلمَ من هذه
الموانع فهو القابلُ للملكِ والتصرُّفِ بأسبابِ الملكِ على اختلافِها،
ونظائره كثيرةٌ معروفةٌ كالبرِّ والإنعامِ وغيرِهما. فهذا تلخيصُ الفرقِ بين
القاعدتين.

وهيُنا قاعدةٌ أُخرى تلاحظُ في الفرقِ وهي: أنَّ كلَّ تصرُّفٍ كان من
العقودِ كالبيعِ، أو غيرِ العقودِ كالتعزيراتِ وهو لا يحصلُ مقصوده فإنه لا
يُشرعُ ويبطلُ إن وقع^(١)، فلذلك امتنع بيعُ الحرِّ، وأُمُّ الولدِ، ونكاح
المُحرِّمِ وذاتِ المُحرِّمِ، فإنَّ مقاصدَ هذه العقودِ لا تحصلُ بها، وكذلك
الإجارةُ على الأفعالِ المحرَّمةِ، وتعزيرُ مَنْ لا يعقلُ الزَّجَرَ كالسكرانِ
والمجنونِ ونحوهما، فإنَّ الزَّجَرَ لا يحصلُ بذلك. والمقصودُ من البيعِ
ونحوه إنما هو انتفاعُ كلِّ واحدٍ من المتعاضِضينِ بما يصيرُ إليه، فإذا كان
عديمَ المنفعةِ أو مُحَرِّمًا لم يحصلُ مقصوده، فيبطلُ عقدُ المعاوضةِ عليه
لهذه القاعدةِ، فهذه القاعدةُ أيضاً تحصلُ فرقاَ بين القاعدتين.

* * *

= كانت أوقعَ عندهم للأرضِ من إكرائها، فأما المسلمون فإنهم مجمعون على جوازِ
كزِّي الأرضِ. وانظر «القواعد النورانية»: ١٧٥ لشيخ الإسلام ابن تيمية.
(١) هذه القاعدةُ مستفادةٌ بتمامها من كلام شيخه العزَّ بن عبد السلام في «القواعد
الكبرى» ٢/٢٤٩.