

الفرق الحادي عشر والمئتان

بين قاعدة ما يُرَدُّ إلى مُسَاقَاةِ المِثْلِ

في المُسَاقَاةِ، وبين ما يُرَدُّ إلى أَجْرَةِ المِثْلِ

قال أبو الطاهر^(١) في كتاب «النظائر» له: يُرَدُّ العاملُ إلى أَجْرَةِ المِثْلِ
إِلَّا في خَمْسِ مسائلٍ، فله مُسَاقَاةُ المِثْلِ:

إذا ساقاه على حائِطٍ فيه تَمَرٌ قد أَطْعَمَ، وإذا شرطَ العملَ معه،
واجتماعُها مع البيعِ، ومُسَاقَاةُ سنتينِ على جُزْءَيْنِ مختلفينِ، وإذا اختلفا
وأْتيا بما لا يُشْبِهُ، فحلفا على دعواهما أو نكلا، وقد نظمها بعضهم
فقال:

أُجْرَةُ مِثْلٍ فِي المُسَاقَاةِ عُنِيَتْ ١/١١٩
مُسَاقَاةُ إِبَّانٍ بُدُوٌ^(٢) صَلاَحِهِ
وإن شرط الساقى على مالك له
وإن حلفا في الحُلفِ مِن غيرِ شُبْهَةٍ
سوى خمسةٍ أن خالفَ الشرعَ حُكْمُهَا/
وجزاءن في عامينِ شَرَطُ يَعْمُهَا
مُساعدَةٌ، والبيعُ معها يَضْمُهَا
أو اجتنبا الأيمانَ، والحَزْمُ ذَمُّهَا

وسِرُّ الفرقِ ما تقدَّم في القراضِ بعَيْنِهِ، والقواعدُ واحدةٌ فيهما.

* * *

(١) هو أبو الطاهر بن بشير، سبق التعريفُ به.

(٢) في المطبوع: به وصلاحها، وهو خطأ.

الفرق الثاني عشر والمئتان

بين قاعدة الأهوية، وقاعدة ما تحت الأبنية^(١)

اعلم أنّ حُكْمَ الأهويةِ تابعٌ لحُكْمِ الأبنيةِ، فهواءُ الوقفِ وقفٌ، وهواءُ الطَّلَقِ طَلَقٌ، وهواءُ المَوَاتِ مَوَاتٌ، وهواءُ المملوكِ مملوكٌ، وهواءُ المسجدِ له حُكْمُ المسجدِ، فلا يَقْرَأُ فيه^(٢) الجُنُبُ، ومُقْتَضَى هذه القاعدةِ أن يُمنَعَ بِبَيْعِ هَوَاءِ المساجِدِ والأوقافِ إلى عَنَانِ السماءِ لمن أراد عَزَزَ خَشَبِ حَوْلِهَا، وَيَبْنِي على رُؤُوسِ الخَشَبِ سَقْفاً عليه بُنيان^(٣)، ولم يخرج عن هذه القاعدةِ إلا فَرَعٌ. قال صاحبُ «الجواهر»: يجوزُ إخراجُ الرّواشِنِ^(٤) والأجنحةِ على الحِيطَانِ إلى طريقِ المسلمين إذا لم تكن مُسْتَدَّةً، فإذا كانت مُسْتَدَّةً، امتنعَ إلّا أن يرضى أهلها كلُّهم، وسببُ خروجِ الرّواشِنِ عن هذه القاعدةِ أنّ الأبنيةَ هي بقيةُ المَوَاتِ الذي كان قابلاً للإحياءِ، مُنِعَ الإحياءُ فيه لضرورةِ السلوكِ، وربطُ الدّوابِ وغيرِ ذلك، ولا ضرورةً في الهواءِ يبقى على حاله مُباحاً في السكّةِ النافذةِ، وأما المُسْتَدَّةُ فلا، لحصولِ الاختصاصِ، وتعيّنِ الضّررِ عليهم. هذا تفصيلُ أحوالِ الأهويةِ^(٥).

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ١٨٤/٦، وللمقارنة والإيضاح، انظر «القواعد»: ١٩٦ لابن رجب الحنبلي، و«كتاب الحيطان» للشيخ المرجعي الثقفي الحنفي.

(٢) في المطبوع: فلا يَقْرَأُ.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في ذلك حكايةً للمذهب، فلا كلامَ معه فيه.

(٤) مُفْرَدَةٌ رَوْشَنٌ، وهو الكُوَّةُ.

(٥) قوله: «ولم يخرج عن هذه القاعدة... إلى قوله: أحوال الأهوية» علّق عليه ابن الشاط بقوله: تعليقه بقاء أهوية الطرق غير المُسْتَدَّةِ على حالها من قبولها للإحياء =

وأما ما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهة السفلى، فظاهر المذهب أنه مخالف لحكم الأبنية، فقد نصَّ صاحبُ «الطراز» على أن المسجد إذا كان^(١) تحته مطمورة يجوز أن يعبرها الجنب والحائض، وقال: لو أجزنا الصلاة في الكعبة، وعلى ظهرها، لم نُجزها في مطمورة تحتها، فهذا تصريح بمخالفة الأهوية لما تحت الأبنية، وكذلك اختلفوا فيمن ملك أرضاً: هل يملك ما فيها وما تحتها أم لا؟ ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء على ما علمت، وقد نصَّ أصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به^(٢).

وسرُّ الفرق بين القاعدتين: أن الناس شأنهم توفَّر دواعيهم على العلو في الأبنية للاستشراف/، والنظر إلى المواضع البعيدة من الأنهار، ومواضع الفرج والتنزه، والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم، وغير ذلك من المقاصد، ولا تتوفَّر دواعيهم في بطن الأرض على أكثر مما يستمسك به البناء من الأساسات خاصة، ولو كان البناء على جبل، أو أرض صلبة، استغنوا عنه^(٣).

= بعدم الضرورة المُلجئة إليها مُشعرٌ بنقيض ما حكاه عن المذهب، من أن حكم الهواء إلى عنان السماء حكم البناء، فإنه لا ضرورة تلجئ إلى ذلك، فمقتضى ذلك الاقتصار على ما تلجئ الضرورة إليه، والمُحكَّم في ذلك العادة، فهذا موضع نظر.

(١) في المطبوع: حُفِرَ.

(٢) علق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله حكاية أقوال لا كلام فيه.

(٣) علق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله من أنه لا تتوفَّر الدواعي في بطن الأرض على أكثر مما يستمسك به البناء من الأساسات ليس بصحيح؛ كيف وقد توفَّرت عليه دواعي كثير من الناس كحفر الأرض للجيوب والمصانع والآبار العميقة! هذه غفلة منه شديدة، والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن حُكِّم ما تحت الأبنية كحكم الأهوية، ومما يدلُّ على ذلك أن مَنْ أراد أن يحفر مطمورة تحت ملك غيره يتوصَّل إليها من ملك نفسه، يُمنع من ذلك بلا ريب ولا خلاف، فلو كان ما تحت=

والشرع له قاعدة وهو: أنه إنَّما يُملَكُ لأجلِ الحاجة، وما لا حاجة فيه لا يُشرَعُ فيه المِلْكُ، فلذلك لم يُملَك ما تحت الأبنية من تُخومِ الأرض بخلافِ الهواءِ إلى عَنانِ السماءِ^(١)، فهذا هو الفرق، والمساجدُ والكعبةُ، لما كانت بيوتاً، كانت المقاصدُ فيها لمن يدخلها متعلِّقةً بهوائِها دون ما تحت بنائها كالمملوكات.

فإن قلت: وردَ عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنْ أَرْضٍ طَوَّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ»^(٢). وهذا يدلُّ على مِلْكٍ ما تحت ذلك الشِّبْرِ إلى الأرضِ السابعة.

قلت: تطويقُه ذلك إنَّما كان عقوبةً، لا لأجلِ مِلْكٍ صاحبِ الشِّبْرِ إلى الأرضِ السابعة، ولا يلزَمُ من العقوبةِ بالشيء أن يكونَ مملوكاً لغيرِ الله عزَّ وجلَّ^(٣).

= الأبنية ليس له حكمُ الأبنية، بل هو باقٍ على حُكْمِ قَبولِهِ للإحياءِ، لما منع من ذلك والله أعلم.

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشَّاطِبِ بقوله: إذا كانت القاعدةُ الشرعيةُ أن لا يُملَكَ إلا ما فيه الحاجةُ، وأيُّ حاجةٍ في البلوغِ إلى عَنانِ السماءِ؟ وإذا كانت القاعدةُ أنه يُملَكُ ممَّا فيه الحاجةُ، فما المانعُ من مِلْكٍ ما تحت البناءِ لحفرِ بئرٍ يُعمِّقُها حافرُها ما شاء؟ فما ذَكَرَ من سِرِّ الفرقِ لم يظَهَرَ، وبقي سِرّاً كما كان، فالصحيحُ أنه لا فرقَ بين الأمرين، ومن الدليلِ على ذلك ما هو معلومٌ لا شكَّ فيه، من أنَّ مَنْ مَلَّكَ موضعاً له أن يبنِي فيه، ويرفَعَ فيه البناءَ ما شاء ما لم يضرَّ بغيره، وأنَّ له أن يحفَرَ فيه ما شاء، ويُعمِّقَ ما شاء ما لم يضرَّ بغيره.

(٢) سبق تخريج الحديث.

(٣) علَّقَ عليه ابنُ الشَّاطِبِ بقوله: لا شكَّ أنَّ في الحديثِ إشعاراً بِمِلْكٍ ما تحت الشِّبْرِ من الأرضين، من جهةِ أنَّ القاعدةُ أنَّ العقوبةُ تكونُ بقَدْرِ الجناية. وما قاله من أنه لا يلزَمُ من العقوبةِ بأن يكونَ مملوكاً لغيرِ الله تعالى، لا يدفَعُ ذلك الإشعارَ، والله أعلم.

الفرق الثالث عشر والمئتان

بين قاعدة الأملِكِ الناشئة عن الإحياء

وبين قاعدة الأملِكِ الناشئة عن غير الإحياء

اعلم أن هذا الموضوع مُشكِلٌ على مذهبنا في ظاهر الأمر، فإنَّ الإحياء عندنا إذا ذهبَ ذَهَبَ المِلْكُ، وكان لغيره أن يُحييه، ويصيرُ مَوَاتاً كما كان.

وقال سُحنونٌ والشافعيُّ رضي الله عنهما: لا يزولُ المِلْكُ بزوال الإحياء لوجوه:

الأول: قوله ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»^(١). فجعل ﷺ له المِلْكُ، والأصلُ عدمُ إبطاله واستصحابه.

الثاني: قياسُ الإحياءِ على البيعِ والهبةِ وسائرِ أسبابِ التمليكِ.

الثالث: القياسُ على مَنْ تَمَلَّكَ لُقْطَةً، ثم ضاعت منه فإنَّ عَوْدَهَا إلى حالِ الالتقاطِ لا يُسْقِطُ مِلْكَ مُتَمَلِّكِهَا، وهذا مُساوٍ للمسألةِ في العَوْدِ للحالةِ السابقة^(٢).

والجوابُ عن الأول: أنَّ الحديثَ يدلُّ لنا، بسببِ أنَّ القاعدةَ: أنَّ ترتيبَ الحُكْمِ على الوصفِ يدلُّ على عِلِّيَّةِ ذلك الوصفِ لذلك الحُكْمِ، وقد رُتِبَ المِلْكُ على وصفِ الإحياءِ، فيكونُ الإحياءُ سَبَبَهُ وَعِلَّتَهُ،

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) علق ابن الشاط على ما مضى من كلام القرافي بقوله: ما قاله حكاية أقوال، واحتجاج ولا كلام في ذلك.

والحكم ينتفي لانتفاء/ عِلَّتِهِ وَسَبَبِهِ، فبطل المِلْكُ بهذا الحديثِ لهاتينِ 1/120
القاعدتين^(١).

سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَدُلُّ لَنَا، غَيْرَ أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فَهِيَ لَهُ» لَفْظٌ
يَقْتَضِي مُطْلَقَ الْمِلْكِ، فَإِنَّ لَفْظَ «لَهُ» لَيْسَ مِنْ صِيغِ الْعُمومِ، بَلْ دَالٌّ^(٢)
عَلَى أَصْلِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ، وَنَحْنُ حَيْثُ نَقُولُ بِمُوجِبِهِ، فَإِنَّا نُنَبِّئُ مُطْلَقَ
الْمِلْكِ مِنَ الْإِحْيَاءِ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْخَصْمِ أَنْ لَوْ اقْتَضَى الْحَدِيثُ
الْمِلْكَ بِوَصْفِ الْعُمومِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ^(٣)، وَعَنِ الثَّانِي:
الْفَرْقُ بَأَنَّ الْإِحْيَاءَ سَبَبٌ فِعْلِيٌّ تُمَلِّكُ بِهِ الْمُبَاحَاتِ مِنَ الْأَرْضِ، وَأَسْبَابُ
تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ الْفِعْلِيَّةِ ضَعِيفَةٌ، لَوْرُودِهَا عَلَى غَيْرِ مِلْكِ سَابِقٍ^(٤)،
وَأَسْبَابُ^(٥) الْمِلْكِ الْقَوْلِيَّةِ، لَا يَبْطُلُ الْمِلْكَ بِبُطْلَانِ أَصْوَاتِهَا وَانْقِطَاعِهَا،

(١) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: أَمَّا الْقَاعِدَتَانِ فَمُسَلَّمَتَانِ وَصَحِيحَتَانِ، وَلَكِنْ لَا يَلْزَمُ
مَا قَالَهُ مِنَ بُطْلَانِ هَذَا الْحُكْمِ، لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ قَدْ ثَبَتَ، فَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ مُسَبَّبُهُ، وَلَمْ
يَرْتَفِعِ الْإِحْيَاءُ، وَلَا يَصِحُّ ارْتِفَاعُهُ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ بَابِ ارْتِفَاعِ الْوَاقِعِ، هُوَ مُحَالٌ،
وَإِنَّمَا مِزَاجُهُ أَنَّ الْإِحْيَاءَ لَمْ يَسْتَمِرَّ، وَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ فِي الْأَسْبَابِ كُلِّهَا، فَإِنَّ الْمِلْكَ
الْمُرْتَبِّ عَلَى الشَّرَاءِ أَوْ عَلَى الْإِرْثِ، أَوْ عَلَى الْهَبَةِ لَمْ تَسْتَمِرَّ أَسْبَابُهُ، فَكَانَ يَلْزَمُ
عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ مَتَى غَفَلَ الْإِنْسَانُ عَنْ تَجْدِيدِ شِرَاءِ مُشْتَرَاهِ، أَنْ يَبْطُلَ مِلْكُهُ عَلَيْهِ،
وَذَلِكَ بَاطِلٌ قَطْعًا، فَجَوَابُهُ هَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ.

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: ذَلِكَ. وَمَا فِي الْأَصْلِ أَوْلَى بِالصَّوَابِ.

(٣) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: مَا قَالَهُ مِنْ أَنَّ الْحَدِيثَ لَا يَقْتَضِي الْمِلْكَ بِوَصْفِ
الدَّوَامِ صَحِيحٌ، وَلَكِنْ هُنَا قَاعِدَةٌ شَرْعِيَّةٌ، وَهِيَ أَنَّ الْمِلْكَ يَدُومُ بَعْدَ ثُبُوتِ سَبَبِهِ إِلَّا
أَنْ يَلْزَمَهُ مَا يُنَاقِضُهُ.

(٤) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: مَا قَالَهُ دَعَاؤِي يُقَابَلُ بِمِثْلِهَا بِأَنَّ يُقَالُ بِأَنَّ الْأَسْبَابَ
الْقَوْلِيَّةَ هِيَ الضَّعِيفَةُ لَوْرُودِهَا عَلَى مِلْكِ سَابِقٍ، فَيُعَارِضُ الْمِلْكَ السَّابِقُ وَاللَّاحِقُ،
وَأَمَّا الْمَمْلُوكُ بِالْإِحْيَاءِ فَلَمْ يَسْبِقْهُ مَا يُعَارِضُهُ، فَهُوَ أَقْوَى.

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: بِخِلَافِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ الْقَوْلِيَّةِ.

لأنها تردُّ على مملوكٍ غالباً، فلتأصلِ المِلْكِ قبلها، قَوِيَتْ إفادتها للمِلْكِ لاجتماع إفادتها مع إفادة ما قبلها، وكذلك إذا ورد البيعُ على الإحياءِ، لم ينتقض المِلْكُ بعد ذلك لتظافر^(١) الأسبابِ، فلهذا المعنى قلنا: إذا تَمَلَّكَ الصيدُ بالاصطيادِ ثم توحَّش، بطل المِلْكُ فيه، والسمكُ إذا انفلتَ في النهرِ يبطلُ مِلْكُه، والماءُ إذا حيزَ ثم اختلط بالنهرِ، أو الطيرُ والنحلُ أئين^(٢) من ذلك كله إذا انفلت، وتوحَّش، بطل المِلْكُ فيه نظراً لهذه العلة^(٣).

فإن قلتَ: الإقطاعُ سببٌ قولِيٌّ واردٌ على مملوكٍ للمسلمين، ومع ذلك لا يُمَلِّكُ بِيَعُه.

قلتُ: هذا سؤالٌ عكسٍ، لأننا ادَّعينا قصورُ الإحياءِ وأنتم أبديتم حُكْمَ القُصورِ بدون الإحياءِ، وإبداءُ الحُكْمِ بدون سببٍ أو عِلَّةٍ عكسٌ، وهو عكسُ النقيضِ وهو إبداءُ العِلَّةِ بدون حُكْمها^(٤).

فإن قلتَ: فإذا أحيأ في الإقطاعِ لا يبطلُ مِلْكُه يبطلان إحيائه؟

قلتُ: ذلك لسببٍ غيرِ الإحياءِ، وهو أنَّ الإقطاعَ حُكْمٌ من أحكامِ الأئمةِ لا يُنْقَضُ، وتُصانُ أحكامُ الأئمةِ عن النقصِ^(٥).

وعن الثالثِ: أنَّ تَمَلَّكَ الملتقطِ وردَ على ما تقدَّم فيه المِلْكُ وتقرَّرَ، فكان تأثيرُ السببِ فيه أقوى لِمَا تقدَّم، ويؤكِّدُه أنَّ الأسبابَ القوليةَ

(١) في المطبوع: لتظاهر.

(٢) في الأصل: البرِّي، ولعلَّ الصوابَ ما في المطبوع.

(٣) علق عليه ابن الشاط بقوله: كلُّ ذلك دعوى، وهو عينُ المذهبِ أو مُرتبةٌ عليه، وقد سبق جوابه.

(٤) علق عليه ابن الشاط بقوله: إذا كان سؤالَ عكسٍ، فلمَ لا يكون وارداً وقادحاً؟

(٥) علق عليه ابن الشاط بقوله: جوابه هنا صحيح.

ونحوها ترفعُ مَلِكُ الغَيْرِ كالبيع ونحوه، فهي في غايةِ القوة، وأما الفعلُ
بمُجرَّدِهِ، فليس له قُوَّةُ رفعِ مَلِكِ الغَيْرِ، بل يبطلُ ذلك الفعلُ، كمن بنى
في مَلِكِ غَيْرِهِ، فلذلك / ذهب أثره بذهابه، وهذا فقهٌ حَسَنٌ على القواعدِ
فليُأَمَّلْ^(١)، ومذهبُ الشافعي رضي الله عنه في بادئ الرأي أقوى
وأظهر، وبهذه المباحثِ ظهر الفرقُ بين القاعدتين من جهةِ القوةِ
والضعفِ كما تقدَّم بسطُه وتقريرُه^(٢).

* * *

-
- (١) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: جوابه هنا مبنيٌّ على دعواه قُوَّةَ الأسبابِ القولية،
فجوابه ما سبق.
- (٢) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: قد تبين أنَّ مذهبَ الشافعي أقوى على الإطلاق، والله
تعالى أعلم.

الفرقُ الرابعُ عشرُ والمثتان بين قاعدةِ الكذبِ، وقاعدةِ الوعدِ وما يجبُ الوفاءُ به منه وما لا يجبُ

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾ كَبْرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٢-٣]
والوعدُ إذا أُخْلِفَ قولٌ لم يُفْعَلْ، فيلزِمُ أن يكونَ كَذِبًا مُحَرَّمًا، وأن يحرمَ
إخلافُ الوعدِ مُطلقًا، وقال عليه السلام: «مِنْ علامةِ المنافقِ ثلاثٌ: إذا
اوْتَمَنَ خانَ، وإذا حَدَّثَ كَذَبَ، وإذا وَعَدَ أَخْلَفَ»^(١). فذَكَرَهُ في سياقِ
الذمِّ دليلٌ على التحريمِ، ويُرْوَى عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «وَأَيُّ
المؤمنِ واجبٌ»^(٢) أي: وَعَدُهُ واجبٌ الوفاءُ به^(٣).

(١) هذا لفظُ مسلم (٥٩) (١٠٨)، وأخرجه البخاري (٣٣)، ومسلم (٥٩) (١٠٧) من
حديث أبي هريرة بلفظ: «آيَةُ المنافقِ ثلاثٌ».

(٢) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٥٢٣) من حديث زيد بن أسلم أن رسولَ الله ﷺ
قال: «وَأَيُّ المؤمنِ حقٌّ واجبٌ» ورجالُ إسناده ثقات.

وأخرج ابن أبي الدنيا في «الصمت» (٤٥٤) مرسلًا من حديث ابن لهيعة قال: قال
رسولُ الله ﷺ: «الوأيُّ - يعني الوعدَ - مِثْلُ الذِّينِ أو أَفْضَلُ»، وعزاه الحافظ
العراقي في «تخريج أحاديث الإحياء» ١٤١/٣ للدليمي في «مسند الفردوس» من
حديث عليّ رضي الله عنه بسندٍ ضعيفٍ.

(٣) علّق ابن الشاط على ما مضى من كلامِ القرافي بقوله: ما قاله صحيحٌ ولا كلامٌ
فيه.

وفي «الموطأ»^(١): قال رجلٌ لرسولِ الله ﷺ: أكَذِبُ لامرأتي؟ فقال: «لا خَيْرَ في الكَذِبِ» فقال: يا رسول الله، أفاعِدها، وأقولُ لها؟ فقال عليه السلام: «لا جُنَاحَ عليك»، فمنعه من الكذب المتعلق بالمستقبل، فَإِنَّ رِضَا النِّسَاءِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِهِ^(٢)، وَنَفَى الْجُنَاحَ عَنِ الْوَعْدِ وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَمْرَيْنِ:

أحدهما: إن إخلافَ الوعدِ لا يُسَمَّى كَذِباً لَجَعْلِهِ قَسِيمَ الكَذِبِ^(٣).
 وثانيهما: أَنَّ إخلافَ الوعدِ لا حَرَجَ فِيهِ^(٤)، ولو كان المقصدُ الوعدَ

(١) «الموطأ» ٧٥٥/٢. قال ابن عبد البرِّ في «التمهيد» ٢٤٧/١٦: هذا الحديثُ لا أحفظُه بهذا اللفظ عن النبي ﷺ مُسْتَدَافاً. ثم ذكره بإسناده مرسلًا من حديث عطاء ابن يسار.

(٢) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله مِن أنه منعه من الكذب المتعلق بالمستقبل غيرُ مُسَلَّم، وهي دَعْوَى لم يأتِ عليها بحُجَّة، ولعله أراد بالكذب لها أن يخبرها عن فِعْلِهِ مع غيرها من النساء بما لم يفعله، أو من غير ذلك مما يكون فيه تغيُّظها بزواجها، فلم يتعيَّن أنَّ المراد ما ذكره، كيف وأن ما ذكره هو عينُ الوعد! فإنه لا بُدَّ أن يكون ما يُخبرها عن وقوعه في المستقبل مُتَعَلِّقاً بها، وإلا فلا حاجة لها هي فيما يتعلَّقُ بغيرها. وما معنى الحديثِ عندي إلا أنه ﷺ منعه من أن يخبرها بخبر كذبٍ يقتضي تغيُّظها به، وسَوَّغَ له الوعدَ لأنه لا يتعيَّنُ فيه الإخلافُ، لاحتمالِ الوفاءِ به، سواءً كان عازماً عند الوعدِ على الوفاء، أو على الإخلافِ، أو مُضْهِباً عنهما، ويتخرَّجُ ذلك في قَسَمِ العَزْمِ على الإخلافِ على الرأي الصحيح المنصورِ عندي من أن العَزْمَ على المعصية لا مواخذةَ به. إذ مُعْظَمُ دَلَائِلِ الشريعةِ يقتضي المَنعَ من الإخلافِ، والله أعلم.

(٣) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: قد تبيَّن أنه لم يجعله قسيمَ الكذبِ من حيث هو كذبٌ، وإنما جعله قسيمَ الخبرِ عن غيرِ المستقبلِ الذي هو كذبٌ، فكان قسيمه من جهةٍ كونه مُسْتَقْبَلاً، وذلك غيرُ مُسْتَقْبَلٍ، أو من جهةٍ كونه قد تعيَّنَ أنه كذبٌ، والوعدُ لا يتعيَّنُ كونه كذباً.

(٤) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: بل فيه الحَرَجُ بمقتضى ظواهرِ الشرعِ إلا حيث يتعدَّرُ الوفاء.

الذي يقي به، لما احتاج للسؤال عنه، ولما ذكره مقروناً بالكذب^(١)، ولكن قَصْدُهُ إِصْلَاحُ حَالِ امْرَأَتِهِ بِمَا لَا يَفْعَلُهُ، فَتَخَيَّلَ الْحَرْجُ، فِي ذَلِكَ، فَاسْتَأْذَنَ عَلَيْهِ^(٢). وفي «أبي داود»^(٣): قال عليه السلام: «إِذَا وَعَدَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ وَمِنْ نَيْتِهِ أَنْ يَقِي، فَلَمْ يَقِفْ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ». فهذه الأدلة تقتضي عدم الوفاء بالوعد، وأن ذلك مُباح، والكذب ليس بمباح، فلا يكون الوعدُ يدخله الكذب، عكس الأدلة الأولى^(٤).

واعلم أننا إذا فسّرنا الكذب بالخبر الذي لا يُطابق، لزم دخول الكذب في الوعد بالضرورة^(٥)، مع أن ظاهر الحديث يأباه، وكذلك عدم

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: لم يقصد الوعد الذي يقي فيه على التعيين، ومن أين له العلم بذلك؟، وإنما قصد الوعد على الإطلاق، وسأل عنه، لأن الاحتمال في عدم الوفاء اضطراراً أو اختياراً قائم، ورفع النبي ﷺ عنه الجُنَاحَ لاحتمال الوفاء، ثم إنّه إن وقى فلا جُنَاحَ، وإن لم يف مضطراً فكذلك، وإن لم يف مختاراً فالظواهر المتظاهرة قاضية بالحرج، والله أعلم.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله غير صحيح، ومن أين يعلم أنه لا يفعله؟ وعلى أن يكون في حال الوعد غير متمكّن مما وعد به، من أين يعلم عدم تمكّنه منه في المستقبل؟ وإذا تعذّر علمه بذلك تعيّن أن يكون سؤاله لاحتمال عدم الوفاء، أو العزم على عدم الوفاء، فسوّغ له ﷺ ذلك، لأن عدم الوفاء لا يتعيّن، أو لأن العزم على عدم الوفاء على تقدير أن عدم الوفاء معصية، ليس بمعصية.

(٣) «سنن أبي داود» (٤٩٩٥)، وأخرجه الترمذي (٢٦٣٣) من حديث زيد بن أرقم، وقال: هذا حديث غريب، وليس إسناده بالقوي، عليّ بن عبد الأعلى ثقة، وأبو النعمان مجهول، وأبو وقاص مجهول.

(٤) علّق عليه ابن الشاط بقوله: تُحمّل هذه على أنه لم يف مضطراً جمعاً بين الأدلة مع بُعْدِ تَأْوِيلِ تِلْكَ الْأَدْلَةِ، وَقُرْبِ تَأْوِيلِ هَذِهِ.

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

التأنيث^(١)، فمن الفقهاء من قال: الكذب يختص بالماضي والحاضر، والوعد إنما يتعلّق بالمستقبل، فلا يدخله الكذب، وسيأتي الجواب عن الآية ونحوها إن شاء الله تعالى^(٢).

ومنهم من يقول: لم يتعيّن عدم المطابقة في المستقبل، بسبب أنّ المستقبل زمان يقبل الوجود والعدم، ولم يقع فيه بعد وجود ولا عدم، فلا يوصف الخبر عند الإطلاق بعدم المطابقة، ولا بالمطابقة، لأنه لم يقع بعد ما يقتضي أحدهما، وحيث قلنا: الصدق القول المطابق، والكذب القول الذي ليس بمطابق، ظاهر في وقوع وصف المطابقة أو عدمها بالفعل، وذلك مختص بالحال والماضي، وأما المستقبل فليس فيه إلا قبول المطابقة وعدمها^(٣)، ونحن متى حدّذنا بوصف، نحو قولنا في الإنسان: الحيوان الناطق أو نحوه، إنما نريد الحياة والنطق بالفعل لا بالقوة، وإلا لكان الجماد والنبات كلّهما إنساناً، لأنه قابل للحياة والنطق، وهذا التعليل يؤيّد القول الأول^(٤).

(١) قال ابن الشاط: يلزم تأويل ذلك.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: قولهم ذلك دعوى يكذبها دخول عدم المطابقة في الوعد، وفي كلّ مستقبل سواء.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: هؤلاء الذين قالوا هذا القول لم يخالفوا الأوّل في كون الكذب لا يدخل الوعد، ولكنهم عيّنوا السبب في ذلك وبسطوه، ومساق المؤلف لقول هؤلاء مفصلاً عن قول أولئك يُشعرُ باعتقاده أنه قول غير الأوّل، وليس كذلك، بل هو القول الأوّل بعينه.

(٤) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله هذا القائل في حدّ الإنسان مُشعرٌ بجعله بالحدود، وقصد أربابها، فإنهم لا يريدون حصول الوصف بالفعل، فإنّ الطفل الرضيع عندهم إنسان مع أنّ النطق الذي هو العقل مفقود فيه بالفعل، وما قاله هذا القائل حيث قال: وإلا لكان الجماد والنبات كلّهما إنساناً لأنه قابل للحياة، مُشعرٌ =

ومنهم من يقول: الكلُّ يدخله الكذب، وإنما سُمِّحَ في الوعدِ تكثيراً للعدّةِ بالمعروفِ، فعلى هذا القول، لا فرقَ بين الكذبِ والوعدِ، والأولُّ هو الذي ظهر لي، لعدمِ تعيُنِ المطابقةِ وعدمِها اللَّذَيْنِ هما ضابطا الصدقِ والكذبِ، وعلى ذلك يقعُ الفرقُ بينه وبين الكذبِ وبين الصدقِ، فلا يوصفُ بواحدٍ منهما، ويختصُّ بالماضي والحاضر^(١).

فإن قلت: يلزمُ ذلك في وعدِ الشرائعِ ووعيدها، فلا يوصفان بواحدٍ منهما، وليس كذلك، لقوله تعالى: ﴿وَعَدَّكُمْ وَعَدَّ الْحَقَّ﴾^(٢) [إبراهيم: ٢٢] و﴿وَلَقَدْ صَدَقَكُمُ اللَّهُ وَعْدَهُ﴾^(٣) [آل عمران: ١٥٢] ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي صَدَقَنَا وَعْدَهُ وَأَوْرَثَنَا الْأَرْضَ نَبَوْا مِنَ الْجَنَّةِ حَيْثُ نَشَاءُ﴾ [الزمر: ٧٤] ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا﴾ [الأعراف: ٤٤] إلى غير ذلك من النصوصِ الدالةِ على دخولِ الصدقِ في وعدِ الله تعالى ووعيده، والأصلُ في الاستعمالِ الحقيقة.

= بجهله بمذهب أرباب الحدود، وهم الفلاسفة في الحقائق، وأنها مختلفة بصفاتِها الذاتية، فلا تقبلُ حقيقةً منها صفةً الأخرى، فالحيوانُ لا يقبلُ أن يكونَ جماداً، والجمادُ لا يقبلُ أن يكونَ حيواناً، وما قاله من أن هذا التعليلُ يؤيدُ القولَ الأولَ يشعرُ باعتقادهِ أنهما قولان، وليس الأمرُ كذلك.

قلت: وإذا كان الأمرُ في الحدودِ لا يستلزمُ أن تكونَ الأوصافُ فيها بالفعلِ، بطلَ كلُّ ما قاله هؤلاء من أن الوعدَ لا يدخله الكذبُ، لأنه مستقبل، وصحَّ قولُ من يقولُ يدخله، بمعنى أنه قابلٌ لذلك، وهذا هو القولُ الذي لا يصحُّ سواه، والله أعلم.

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: الصحيحُ نقيضُ مختاره، وأنه لا فرقَ هنا، والله أعلم.

(٢) في الأصل: وعد الصدق.

(٣) في الأصل: وصدق الله وعده.

قلت: الله تعالى يخبر عن معلوم، وكل ما تعلقت به العلم تجب مطابقتها، بخلاف واحد من البشر، إنما ألزم نفسه أن يفعل مع تجويز أن يقع ذلك منه، وأن لا يقع، فلا تكون المطابقة وعدمها معلومين، ولا واقعين، فانفتيا بالكلية وقت الإخبار^(١).

واعلم أن الفقهاء اختلفوا في الوعد: هل يجب الوفاء به شرعاً أم لا؟ قال مالك: إذا سألك أن تهب له ديناراً، فقلت: نعم، ثم بدا لك، لا يلزمك^(٢)، ولو كان افتراق الغرماء عن وعد وإشهاد/ لأجله، لزمك / ١٢١ لإبطالك مغرمًا بالتأخير.

قال سُحنون: الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك، وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتري سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد، فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

وقال أصبغ: يُفضى عليك به، تزوج الموعود أم لا، وكذا: أسلفني لأشتري سلعة كذا، لزمك، تسبب في ذلك أم لا، والذي لا يلزم من أن تعده من غير ذكر سبب، فيقول لك: أسلفني كذا، فتقول: نعم، بذلك قضى عمر بن عبد العزيز.

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: السؤال وارد لازم، والجواب ساقط من حيث إن الحقائق لا تتغير بحسب الأحوال المُخبر بها عنها، ولا بحسب حال دون حال، فالخبر القابل للصدق أو الكذب قابل لهما، والخبر القابل لأحدهما دون الآخر كذلك، والله تعالى أعلم.

(٢) انظر «الجامع لأحكام القرآن» ١١٦/١١ للقرطبي.

وإن وعدتَ غريمك بتأخير الدين، لزمك، لأنه إسقاط لازم للحق، سواء قلتَ له: أوخرتك، أو أخرتُك، وإذا أسلفته، فعليك تأخيرُهُ مدَّةً تصلحُ لذلك، وحينئذٍ نقول: وَجْهُ الجَمْعِ بين الأدلة المتقدِّمة التي يقتضي بعضها الوفاءَ به، وبعضها عدمَ الوفاءِ به، أنه إن أدخله في سببٍ مُلزمٍ بوعدِهِ، لزم، كما قال مالكُ وابنُ القاسمِ وسُحنون، أو وعده مقروناً بذكر السبب، كما قاله أَصْبَغُ، لتأكُّدِ العزمِ على الدفعِ حينئذٍ، ويُحْمَلُ عدمُ اللزومِ على خلافِ ذلك، مع أنه قد قيلَ في الآية: إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي قَوْمٍ كانوا يقولون: جاهدنا وما جاهدوا، وفعلنا أنواعاً من الخيراتِ وما فعلوها^(١)، ولا شكَّ أنَّ هذا مُحَرَّمٌ، لأنه كذبٌ، ولأنه تسميعٌ بطاعةِ الله تعالى، وكلاهما حرامٌ إجماعاً ومعصيةٌ اتفاقاً.

وأما ذِكْرُ الإخلافِ في صفةِ المنافقِ، فمعناه أنه سَجِيَّةٌ له، ومُقْتَضَى حاله الإخلافُ، ومِثْلُ هذه السَّجِيَّةِ يحسُنُ الذَّمُّ بها كما يقال: سَجِيَّتُهُ تقتضي البُخْلَ والمنعَ، فمن كانت صفاته تحثُّ على الخيرِ مُدِيحاً، أو تحثُّ على الشرِّ ذَمًّا شرعاً وعرفاً.

واعلم أنه لا بُدَّ في هذا الفرقِ من مخالفةِ بعضِ الظواهر إن جعلنا الوعدَ يدخلُه الكذبُ، بطلَ لقوله عليه السلام للسائل لما قال له: أكذبُ لامرأتي؟ قال: «لا خير في الكذب» وأباح له الوعدَ، وهو ظاهرٌ في أنه ليس بكذبٍ، ولا يدخلُه الكذبُ، ولأن الكذبَ حرامٌ إجماعاً، فيلزمُ

(١) ذكره ابن كثير في «التفسير» ١٠٦/٨ من غير عزو لأحد. ونقل عن الجمهور أن الآية نزلت حين تمتوا فرضية الجهاد عليهم، فلما فرض عليهم نكل عنه بعضهم. وفي الآية قول آخر ذكره الواحدي في «أسباب النزول»: ٤٩٢.

معصيته^(١)، فيجبُ الوفاء به نفيًا للمعصية وليس كذلك، وإن قلنا: إنَّ الكذبَ لا يدخله، وردَ علينا ظواهرُ وَعْدِ اللهِ ووَعِيدِهِ، فلا بُدَّ من الجَمعِ بينهما، وما ذكرتهُ/ أقربُ الطرقِ في ذلك^(٢).

* * *

(١) في الأصل: تعقيبه، وهو تصحيف.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: الصحيحُ عندي القولُ بلزومِ الوفاءِ بالوَعْدِ مُطلقاً، فيتعيّنُ تأويلُ ما يناقِضُ ذلك، ويُجمَعُ بين الأدلّةِ على خلافِ الوجهِ الذي اختاره المؤلفُ والله تعالى أعلم، وما قاله بعد هذا في الفروقِ التسعةِ صحيحٌ، أو نقلٌ وترجيحٌ.

الفرقُ الخامسُ عشر والمئتان

بين قاعدة ما يقبلُ القِسمة، وقاعدة ما لا يقبلُها

الذي يقبلُ القِسمة ما عَرِيَ عن أربعة أشياء:

الغَرَرُ كمشروعيةِ القُرعةِ في المختلفات، فإنَّ الغَرَرُ يعظم.

الثاني: الرِّبَا كقِسمةِ الثمارِ بشرطِ التأخيرِ إلى الطَّيِّبِ بما يدخلُه من بيعِ الطعامِ بالطعامِ غيرِ معلومِ التماثلِ، لأنَّ القِسمةَ بيعٌ، فإنَّ تباينَ الجنسِ الواحدِ بالجودةِ والرداءةِ، ففي جوازِهِ بالقُرعةِ قولانِ حكاهما اللخمي.

الثالث: إضاعةُ المالِ كالياقوتة.

الرابع: لحقُّ آدميٍّ كقسَمِ الدارِ اللطيفةِ والحَمَّامِ والخشبةِ والثوبِ والمِصراعين؛ ولذلك يجوزُ هذا القَسْمُ بالتراضي، لأنَّ للآدميِّ إسقاطَ حَقِّه، بخلافِ حقِّ الله تعالى في إضاعةِ المالِ وغيره، ومنع أبو حنيفةٍ والشافعيُّ وأحمدُ بن حنبلٍ قَسْمَ ما فيه ضررٌ، أو تغييرُ نوعِ المقسومِ، ومنع أبو حنيفةٍ قَسْمَ الرقيقِ، وأجازهُ الشافعيُّ. احتجَّ أبو حنيفةٌ بأنَّ منافعَهُ مختلفةٌ بالعقلِ والشجاعةِ وغيرهما، فلا يمكنُ فيه التعديلُ، وجوابُه: لو امتنع تعديلهُ لامتنعَ بَيْعُهُ وتقويمُهُ، لأنهما مبنيان على معرفةِ القَسْمِ، وليس كذلك.

وقال أبو حنيفةٌ والشافعيُّ وابنُ حنبلٍ: لا يجوزُ أن يُجمَعَ بين دارَيْنِ في القَسْمِ، وإن تقاربتا، لأنَّ الشُّفَعَةَ تكونُ في إحداهما دون الأخرى، فكذلك تكون القِسمةُ، ولأنَّ الجَمْعَ بينهما يُفضي إلى كثرةِ الغَرَرِ، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يزولُ ملكُهُ عن كلِّ واحدةٍ من الدارينِ بغيرِ رضاه.

والجواب عن الأول: أن الشركة إذا عمّت فيهما والبيع، عمّت
الشفعة، فنقيس القسم على الشفعة، فينقلب الدليل عليكم، ولأن
استقلال كل واحد منهما بإحدهما أتم في الانتفاع من الانتفاع ببعض
دار.

وعن الثاني: المعارضة والنقض بالاختلاف في الدار الواحدة، بل
ههنا أولى، لأننا إنما نجمع المتقارب، وهناك نجمع المختلف جداً^(١).

* * *

(١) انظر «الذخيرة» ٧/٢١٢.

الفرق السادس عشر والمئتان
بين قاعدة ما يجوز التوكيل فيه
وبين قاعدة ما لا يجوز التوكيل فيه

اعلم أن الأفعال قسمان: منها ما لا تحصل مصلحته إلا للمباشر،
ب/١٢٢ فلا يجوز التوكيل فيها، لفوات المصلحة بالتوكيل/ كالعبادة، فإنَّ
مصلحتها الخضوع وإظهار العبودية لله تعالى، فلا يلزم من خضوع الوكيل
خضوع الموكل، ففوت المصلحة، ومصلحة الوطاء الإعفاف وتحصيل
وليد يُنسب إليه، وذلك لا يحصل للموكل، بخلاف عقد النكاح، لأنَّ
مقصوده تحقيق سبب الإباحة، وهو يتحقق من الوكيل، ومقصود الأيمان
كلها واللعان، إظهار الصدق فيما ادَّعي، وحلف زيد ليس دليلاً على
صدق عمرو، وكذلك الشهادات مقصودها الوثوق بعدالة المتحمّل،
وذلك فائت إذا أدى غيره، ومقصود المعاصي إعدامها، فلا يُشرع
التوكيل فيها، لأنَّ شرع^(١) التوكيل فيها فرع تقريرها شرعاً، فضابط الفرق
أنَّ مقصود الفعل متى كان يحصل من الوكيل كما يحصل من الموكل،
وهو مما يجوز الإقدام عليه، جازت الوكالة فيه، وإلا فلا.

* * *

(١) في المطبوع: شروع.

الفرق السابع عشر والمئتان

بين قاعدة ما يوجبُ الضمانَ، وبين قاعدة ما لا يوجبُه

أسباب الضمانِ ثلاثة، فمتى وُجدَ واحدٌ منها وجبَ الضمان، ومتى لم يُوجدَ واحدٌ منها لم يجب الضمان.

أحدها: التفويتُ مباشرةً كإحراقِ الثوب، وقتلِ الحيوانِ، وأكلِ الطعام، ونحو ذلك.

وثانيها: التسبُّبُ للإتلافِ، كحفرِ بئرٍ في موضعٍ لم يُؤذَن فيه، ووضعِ السُّمومِ في الأطعمة، ووقودِ النارِ بقربِ الزرعِ أو الأندَر^(١)، ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يُفْضِيَ غالباً للإتلافِ.

وثالثها: وَضْعُ اليَدِ غيرِ المؤتمنة، فيندرجُ في غيرِ المؤتمنة يدُ الغاصبِ، والبائعِ يضمنُ المبيعَ الذي يتعلَّقُ به حقُّ توفيةٍ قبلَ القبضِ، فإنَّ ضمانَ المبيعِ الذي هذا شأنه منه، لأنَّ يده غيرُ مؤتمنة، ويدُ المتعدي بالدابةِ في الإجارة ونحوها، ويخرجُ بهذا القيدُ يدُ المُودِعِ، وعاملُ القراضِ، ويدُ المُساقِي ونحوهم، فإنهم أُمْنَاءٌ، فلا يضمنون.

وقولنا: اليدُ غيرُ المؤتمنة خيرٌ من قولِ مَنْ قال: اليدُ العاديَّةُ، لأنها لا تعمُّ هذه الصُّورَ المتقدمة، وإنما يندرجُ فيه الغاصبُ، ونحوه. وحدُّ السببِ ما يقالُ فيه عادةً: حصلَ الهلاكُ به من غيرِ توسُّط، والتسبُّبُ ما يحصلُ الهلاكُ عنده بعلَّةٍ أُخرى إذا كان السببُ هو المُقتضي لوقوعِ الفعلِ بتلك العلةِ، كحفرِ البئرِ في محلِّ عدواناً، فيتردَّى فيها بهيمةٌ/ أو غيرها،

١/١٢٣

(١) وهو البَيْدَر.

فإن أرداها غير الحافر، فالضمان عليه دون الحافر تقديماً للمباشر على المتسبب.

ويضمن المكره على إتلاف المال، لأن الإكراه سبب، وفتح القفص بغير إذن ربه، فيطير ما فيه حتى لا يقدر عليه، والذي يحل دابة من رباطها، أو عبداً مقيداً خوف الهرب، فيهرب، لأنه متسبب، سواء كان الطيران أو الهرب عقيب الفتح والحل أم لا، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً، وما في الدار أحد.

وقال الشافعي: إن طار الحيوان عقيب الفتح ضمن، وإلا فلا، لأن الحيوان طار حينئذ بإرادته لا بالفتح.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يضمن إلا في الزق إذا حله، فيتبدد ما فيه.

لنا: أن هذه الأمور سبب الإتلاف عادة، فتوجب الضمان كسائر صور التسبب المجمع عليها، ولقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] سقط خصوص التسبب بقي الغرم، وبالقياس على ما إذا فتح مراحه فخرجت ماشيته، فأفسدت الزرع، فإنه يضمنه.

احتجوا بأنه إذا اجتمع التسبب والمباشرة، اعتبرت المباشرة دونه، والطيور مباشر باختياره لحركة نفسه، كمن حفر بئراً عدواناً، فأردى فيها غيره إنساناً، فإن المردي يضمن دون الأول، والحيوان قصده معتبر بدليل جوارح الصيد إن أمسكت لأنفسها لا يؤكل الصيد، أو للصائد أكل.

والجواب: لا نسلم أن الطائر كان مختاراً للطيوان، ولعله كان مختاراً للإقامة لانتظار العلف، أو خوف الجوارح الكواسر، وإنما طار

خوفاً من الفاتح، وإذا احتمل واحتمل، والتسبب معلوم. فيُضاف الضمان إليه، كحافر البئر يقع فيها حيوانٌ مع إمكان اختياره لنزولها لفرع خلفه أو غير ذلك، ولا نُسَلَّمُ أنَّ الصيد لا يُؤكَلُ إذا أكل منه الجارح. سلّمناه، لكنّ الضمان متعلّق بالسبب الذي توصل به الطائر لمقصده، كمن أرسل بازياً على طائرٍ غيره، فقتله البازيُّ باختياره، فإنّ المُرسَل يضمن، وهذه المسألة تقتضي اختيار الحيوان، ولا نُسَلَّمُ أنَّ الفتح سببٌ مجرد، بل هو في معنى المباشرة، لما في طبع الطائر من النفور من الأدمي.

وأما إلقاء غير الحافر للبئر إنساناً، أو إلقاءه هو نفسه في البئر، فالفرق أنّ قصد/ الطائر ونحوه ضعيف، لقوله ﷺ: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»^(١) والأدمي يضمن، قصد أو لم يقصد، فهذا هو تقرير قاعدة ما يوجب الضمان، وقاعدة ما لا يوجبُه.

وهنا مسألتان.

المسألة الأولى: إذا قلنا بالضمان، فالضمان على الغاصب يوم الغصب دون ما بعده، وعند الشافعي تُعتبر الأحوال كلها، فيُضمُّه أعلى

(١) أخرجه البخاري (٦٩١٢)، ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة بلفظ: «العجماء جرحها جبار» وفسره القاضي عياض في «إكمال المعلم» ٥٥٢/٥ بقوله: العجماء: ما لا ينطق من الحيوان، وهو ما لا يعقل من البهائم. وجرحها: جنايتها كانت جرحاً أو غيره من إتلاف نفس أو مال، فعبر بالجرح عمّا عداه...، ولا خلاف بين العلماء في جنایات البهائم نهاراً أنّها هدّر إذا لم يكن لها سائق ولا راكب، واختلفوا إذا كان معها أحدهما، فجمهورهم أنّهم ضامنون لما جنت الدابة من أجلهم.

و«الجبار»: الهدر.

القيم. وتظهرُ فائدةُ الخلافِ إذا غصَبها ضعيفةٌ مُشَوَّهةٌ معيبةٌ بأنواعٍ من العيوبِ، فزالَت تلك العيوبُ عنده، فعِندنا القيمةُ الأولى، وعنده الثانيةُ لأنها أعلى، وكذلك خالفنا في وطءِ الشُبْهةِ، فعِندنا أوَّلُ يومِ الشُبْهةِ، وعنده تُعْتَبَرُ أعلى الرُّتَبِ، فيوجبُ لها صَدَاقَ المِثْلِ في أشرفِ أحوالِها، كما يوجبُ أعلى القيمِ في الغصبِ. لنا قاعدةٌ أصوليةٌ، وهي: أنَّ ترتيبَ الحُكْمِ على الوصفِ يدلُّ على عِلِّيَّةِ ذلك الوصفِ لذلك الحُكْمِ، ورسولُ الله ﷺ قد رَتَّبَ الضَّمَانَ على الأَخْذِ باليَدِ، فيكونُ الأَخْذُ باليَدِ هو سَبَبُ الضمانِ، فمن ادَّعى أنَّ غيرَه سببٌ، فعليه الدليلُ، لأنَّ الأصلَ عدمَ سَبَبِيَّةِ غيرِ ما دلَّ عليه قوله ﷺ: «على اليدِ ما أخذتِ حتى تردَّه»^(١) فهذه قرينةٌ تدلُّ على سَبَبِيَّةِ الأَخْذِ، كقولنا: على الزاني الرجمُ، وعلى السارقِ القطعُ، فإنه يدلُّ على سَبَبِيَّةِ هذه الأوصافِ، وهو في أثناءِ مُدَّةِ الغصبِ^(٢) لا يَصْدُقُ عليه أنه آخِذٌ الآنَ، بل آخِذٌ فيما مضى، فوجبَ أن يختصَّ السببُ بما مضى، وفي وطءِ الشُبْهةِ وجبَ أن يكونَ كذلك، لأنه لا قائلَ بالفرقِ، أو لأنَّ الصَّدَاقَ ترتَّبَ في ذمَّتِه بالوطءِ الأولى، والأصلُ عدمُ انتقاله، وما قال أحدٌ بوجودِ صَدَاقَيْنِ، أو بالقياسِ على الغصبِ.

ولنا قاعدةٌ أخرى أصوليةٌ فقهيةٌ، وهي: أنَّ الأصلَ ترتُّبُ المسبِّباتِ على أسبابِها من غيرِ تراخٍ، فيترتَّبُ الضمانُ حينَ وضعِ اليدِ لا ما بعدَ

(١) أخرجه الإمام أحمد ٢٧٧/٣٣ وأبو داود (٣٥٦١)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، والترمذي (١٢٦٦) والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٥١) من حديث الحسن البصري عن سمرَةَ بن جُنْدَب، قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٥٣/٣: والحسنُ مختلفٌ في سماعه من سَمْرَةَ وانظر تمام تخريجه في التعليق على «المسند».

ومعنى الحديث: أنَّ من أخذ مال أحدٍ بغَضَبٍ أو ودِيعَةٍ أو غيرِهما، فعليه ردُّه.

(٢) في الأصل: القصد، ولعلَّ الصوابُ ما في المطبوع.

ذلك، والمضمون لا يُضْمَنُ، لأنه تحصيلُ الحاصل، وقياساً على حَوَالَةِ
الأسواقِ، فإنها لا تُضْمَنُ عندهم، وقد حكى اللخميُّ ذلك عن مالكٍ
وابن القاسم، وحكى عن أشهبَ وعبدِ الملكِ أَخَذَ أَرَفِعَ الْقِيَمِ إِذَا حَالَتْ
الأسواقِ، والفرقُ للكلِّ أَنَّ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ رَغْبَاتُ النَّاسِ، وهي في (١)
الناسِ خَارِجَةٌ عَنِ السَّلْعِ، فلا تُضْمَنُ، بخلافِ زِيَادَةِ صِفَاتِهَا. ووافق
الشافعيُّ / في تَضْمِينِ أَعْلَى الْقِيَمِ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وجماعةٌ من أصحابنا، ١/١٢٤
ووافق مشهورنا أبو حنيفة. وعلى الأولِ لو تعلَّم العبدُ صنعةً، ثم نَسِيَهَا
ضَمَّتْهَا الْغَاصِبُ. احتجُّوا بوجوه (٢):

الأول: بأنَّ الغاصبَ في كلِّ وقتٍ مأمورٌ بالردِّ، فهو مأمورٌ بردِّ
الزيادة، وما ردَّها، فيكونُ غاصباً لها، فيضمُّها.

الثاني: أنَّ الزيادةَ نشأت على (٣) ملكه، وفي ملكه، فتكون ملكه،
ويُدُّ العُدوانَ عليها، فتكونُ مَغْصُوبَةً، فتُضْمَنُ كالعَيْنِ المَغْصُوبَةِ، ولأنه
في الحالةِ الثانيةِ ظالمٌ، والظلمُ عِلَّةُ الضمانِ فيضْمَنُ.

والجواب عن الأولِ والثاني والثالث: أنها مُسَلِّمَةٌ، ولا نُسَلِّمُ أنها
سببُ الضمانِ، فلا يلزمُ من الأمرِ، ولا من الظلمِ، ولا من غيرهما
الضمانُ، فإنَّ الأسبابَ الشرعيةَ تفتقرُ إلى نَصْبٍ شرعيٍّ، ولفظُ صاحبِ
الشرعِ اقتضى سببيةَ وضعِ اليدِ، ومفهومُه أنَّ غيرهَ ليس بسببٍ، فلا بُدَّ
لسببيةِ غيرهَ من دليلٍ، ولم يوجدَ وضعُ اليدِ في أثناءِ الغصبِ، بل

(١) في المطبوع: بين.

(٢) انظر «المغني» ٣٨٤/٧ لابن قدامة حيث عقد فصلاً لمسألة زوائد الغصب في يد
الغاصب وكونها مضمونة ضمان الغصب مثل السمن، وتعلم الصناعة وغيرها.

(٣) في المطبوع: عن.

استصحابها، واستصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه، بدليل أن استصحاب النكاح لا يقوم مقام العقد الأول لصحته مع الاستبراء، والعقد لا يصح مع الاستبراء، وكذلك الطلاق يوجب ترثب العدة عقبيه، واستصحابه لا يوجب عدة، ووضع اليد عدواناً يوجب التفسيق والتأثيم، ولو جرت بعد ذلك، وهي تحت يده، لم يأنم حينئذ ولم يفسق، وابتداء العبادات يُشترط فيها النيات وغيرها من التكبير ونحوه، ودوامها لا يُشترط فيه ذلك، فعلمنا أن استصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه، لا سيما وسبب الضمان هو الأخذ عدواناً، ولا يصدق عليه بعد زمن الأخذ أنه آخذ الآن إلا على سبيل المجاز، لأن حقيقة الأخذ تجري مجرى المناولة، والحركات الخاصة لا يصدق شيء منها مع الاستصحاب، فعلم أن سبب الضمان منفي في زمن الاستصحاب قطعاً، ونحن إنما نُضمّنه الآن بسبب متقدم، لا بما هو حاصل الآن، فاندفع ما ذكره، وأن القيمة إنما هي يوم الغصب، زادت العين أو نقصت.

المسألة الثانية: إذا ذهب جُلُّ منفعة العين، كقطع ذنب بغلة القاضي، ونحو ذلك، فعندنا يضمن الجميع، وهو فرع اختلفت فيه المذاهب، وتشعبت فيه الآراء/ وطرق الاجتهاد، فقال أبو حنيفة رضي الله عنه في العبد والثوب كقولنا في الأكثر، فإذا ذهب النصف أو الأقل باعتبار المنفعة عادة، فليس له إلا ما نقص، فإن قلع عين البهيمة، فربح القيمة استحساناً^(١)، والقياس عندهم أن لا يضمن إلا النقص، واختلفوا في تعليل هذا القول، فقيل: لأنه ينتفع بالأكل والركوب، فعلى هذا يتعدى الحكم للإبل والبقر دون البغال والحمير، ومنهم من قال: الركوب فقط، فيتعدى الحكم للبغال والحمير، فيضمن أيضاً ربع القيمة.

ب/١٢٤

(١) انظر «فتح باب العناية» ٤٦٨/٢ لملا علي الفاري.

وقال الشافعي وابن حنبل رضي الله عنهما: ليس له في جميع ذلك إلا ما نقص، لأن الأصل بقاء ما بقي على ملكه، فإن قطع يدي العبد أو رجله، فوافقنا أبو حنيفة في تخيير السيد في تسليم العبد وأخذ القيمة كاملة، وبين إمساكه، ولا شيء له. وقال الشافعي رضي الله عنه: تتعين القيمة كاملة، ولا يلزمه تسليم العبد، خلاف قوله في المسألة الأولى.

وأصل هذا الفقه: أن هذا الضمان الذي سببه عدوان لا يوجب ملكاً، لأنه سبب التغليب لا سبب الرفق، وعندنا الملك مضاف للضمان لا لسببه، وهو قدر مشترك بين العدوان وغيره، وبسط ذلك في المسألة الأولى.

لنا وجوه:

الأول: أن نقول: إنه أتلّف المنفعة المقصودة، فيضمن كما لو قتلها. أمّا أنه أتلّف المنفعة المقصودة، فلأنّ ذا الهيئة إذا قطع ذنب بقلته لا يركبها بعد، والركوب هو المقصود، وأما قياس ذلك على قتلها، فلأنه إذا قتلها ضمنها اتفاقاً مع بقاء انتفاعه بإطعامها لكلابه وبزراته، وبدنغ جلدها، فينتفع به، أو بغير دباغ إلى غير ذلك من المنافع غير المقصودة عادة، ولما لم يمنع ذلك من الضمان، علمنا أنّ الضمان مضاف للقدر المشترك بينهما منها، وهو ذهاب المقصود، فيستويان في الحكم عملاً باشتراكهما في الموجب.

الثاني: أنه لو غصب عسلاً وشيرجاً^(١) ونشأ، فعقد الجميع فالودجاء، ضمن عندهم مع بقاء منافع كثيرة من المالية فكذلك ههنا.

(١) وهو زيت السمسم، معرب شيره.

وثالثها: أنه لو غضب عبداً فأبى، أو حنطه فبلىها بطلاً فاحشاً، ضمّن عندهم مع بقاء التقرب في الأول بالعِثق، وبقاء المالية في الثاني، لكنّ جُلّ المقصود ذهب، فكذلك ههنا، ولا يقال في الأبى: حال بينه وبين جميع/ العين، وفي الحنطة بتداعي الفساد إليها بالبلل، لأنا نقول في صورة النزاع: حال بينه وبين مقصوده، وأفسده عليه ناجزاً مع إمكان تجفيف الحنطة وعملها سويقاً، وغير ذلك من المنافع، واحتجوا بأمرين: الأول: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] والاعتداء حصل في البعض، فتلزمه قيمة البعض.

وثانيهما: أنّ هذه الجناية لو حصلت في غير بغلة القاضي أو الأمير، لم تلزمه القيمة، فكذلك ههنا، كما لو جنى على عبده أو داره، لأنّ تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف بالبلاد والأزمان، ويؤكد أنه لو قطع ذنب حمار التراب، أو خرق ثوب الحطاب، لم يلزمه جميع القيمة مع تعذر بينه من الأمير والقاضي، لأنهما لا يلبسانه بسبب ذلك القطع اليسير، ولو قطع أذن الأمير نفسه، أو أنف القاضي، لما اختلفت الجناية، فكيف بدابته، مع أنّ شين القاضي بقطع أنفه أشدّ. والجواب عن الأول أنه متروك الظاهر لاقتضائه أن يُعوز فرس الجاني كما أعوز فرسه، وليس كذلك إجماعاً.

وقيل: إنّ الآية إنّما وردت في الدماء لا في الأموال، ولأنّ قوله تعالى: ﴿عَلَيْكُمْ﴾ إنما يتناول أنفسنا، لأنه ضمير الأنفس، وعن الثاني: أنّ الدار جُلّ مقصودها حاصل بخلاف الفرس، وأما قولهم: لا يختلف التقويم باختلاف البلاد، بل يختلف؛ فإنّ الدابة الصالحة للخاصة والعامّة كالقضاة - والحطابين^(١) أنفس قيمة لعموم الأغراض فيها، ولتوقع المنافسة

(١) في المطبوع: والخطباء.

في المزايدة فيها أكثر من التي لا تصلح إلا لأحد الفريقين، وأما أذن الأمير وأنف القاضي، فإن القاعدة أن مزايا الرجال غير معتبرة في باب الدماء، ومزايا الأموال معتبرة، فدية أشجع الناس وأعليهم، كدية أجبن الناس وأجهلهم، فأين أحد البابين من الآخر؟.

تمهيد: تحصل أن النقص عند العلماء ثلاثة أقسام: تارة تذهب العين بالكلية، فله طلب القيمة اتفاقاً، وتارة يكون النقص يسيراً، فليس له إلزام القيمة اتفاقاً، وتارة يكون الذهاب مخللاً بالمقصود، فهو محل الخلاف، ولذلك قال الشيخ أبو الحسن اللخمي في مذهبنا: إن التعدي في مذهب مالك أربعة أقسام: يسير لا يبطل الغرض المقصود به، ويسير يبطله، وكذلك كثير لا يبطل المقصود منه، وكثير يبطله، فهذه أربعة أقسام/ ١٢٥ ب متقابلة.

أما القسم الأول: وهو اليسير الذي لا يبطل المقصود لا يضمن العين، وكذلك الكثير الذي لا يبطل المقصود، وهو القسم الثالث، وأما القسم الرابع فيخبر كما تقدم، وعلى القول بتضمينه القيمة فأراد ربه أخذه وما نقصه، فذلك له عند مالك وابن القاسم. وقال محمد: لا شيء له، لأنه ملك أن يضمه، فامتنع، فذلك رضا بنقصه.

وأما القسم الثاني: وهو اليسير الذي يبطل المقصود، فقاعدة مالك تقتضي تضمينه كما تقدم في ذنب بغلة القاضي. قال: وتستوي في ذلك المركوبات والملبوسات هذا هو المشهور، وعن مالك: لا يضمه بذلك، وفرق ابن حبيب بين الذنب فيضمن، والأذن فلا يضمن، لاختلاف الشئ فيهما، واتفقا في حواله الأسواق على عدم التضمن، لأنها رغبات الناس، فالتقص في رغبات الناس لا في المغصوب.

* * *

الفرق الثامن عشر والمثتان

بين قاعدة ما يوجب استحقاق بَعْضِهِ إبطال

العقدِ في الكلِّ، وبين قاعدة ما لا يقتضي إبطالَ العقدِ في الكلِّ

إذا استحقَّ بعضُ ما اشترَيْتَهُ، أو صالحَتَ عليه، أو وجدتَ به عيباً،
فله أحوالٌ، لأنه إمّا أن يكونَ مِثْلِيّاً، أو مُتَقَوِّماً، وإمّا أن يكونَ مُعَيَّنّاً أو
شائعاً، فأما المِثْلِيُّ فهو المَكِيلُ والموزون، فإن كان المستحقُّ منه قليلاً،
لزمك باقيه، لأن القليلَ لا يُخِلُّ بمقصودِ العقدِ، والأصلُ لزومُ العقدِ
لك، أو^(١) استحقُّ كثيره، فإنك تُخَيِّرُ بين حَبْسِ الباقي بحِصَّتِهِ من الثمنِ،
لأنه حَقُّك في العقدِ، وبين رَدِّه لذهابِ المقصودِ، وهو جُلُّ المعقودِ
عليه، فقد ذهب مقصودُ العقدِ في المعنى.

وأما المُتَقَوِّمُ غيرُ المِثْلِيِّ إن استحقَّ أقلُّها، إن كانت ثياباً ونحوها،
رجعتَ بحِصَّتِهِ من الثمنِ لبقاءِ جُلِّ المعقودِ عليه، فلم يَخْتَلْ مقصودُ
العقدِ، وإن استحقَّ وجهَ الصَّفَقَةِ انتقضتْ كلُّها، أو يُرَدُّ باقيها، لفواتِ
مقصودِ العقدِ، ويحرمُ التمسُّكُ بما بقي بحِصَّتِهِ من الثمنِ، لأنَّ حِصَّتَهُ لا
تُعرفُ حتى تُقَوِّمَ، فهو بيعٌ بثمانٍ مجهولٍ. هذا في استحقاقِ المُعَيَّنِّ،
وكذلك في العيبِ إذا وجدته بها، وأما الجزءُ الشائعُ إذا استحقَّ مما لا
ينقسمُ، فيُخَيَّرُ في التمسُّكِ بالباقي بحِصَّتِهِ من الثمنِ لأنَّ حِصَّتَهُ معلومةٌ
بغيرِ تقويمِ، فاستصحبَ العقدَ بحسبِ الإمكانِ، فهذه خمسةُ أحوالٍ،
والفرقُ بينهما قد ظهر.

(١) في المطبوع: وإن.

الفرقُ التاسع عشر والمئتان

١/١٢٦

بين قاعدة ما يجبُ التقاطه/

وبين قاعدة ما لا يجبُ التقاطه^(١)

قال الشيخ أبو الحسن اللَّخْمِيُّ^(٢): الالتقاطُ قد يكونُ واجباً ومُستحباً ومُحرماً ومكروهاً بحسبِ حالِ المُلتقطِ، وحالِ الزمانِ الحاضرِ وأهله، ومقدارِ اللَّقطةِ. فإن كان الواجدُ مأموناً، ولا يخشى السلطانَ إذا أشهرها، وهي بين قومِ أمانةٍ لا يُخشى عليها منهم، ولها قدرٌ، فأخذها وتعريفها مُستحبٌ، وهذه صورةُ السائلِ لرسولِ الله ﷺ، فقال: «أخذها»^(٣)، ولأنه أخوطةٌ لصاحبها خوفاً أن يأخذها من ليس بمأمونٍ، ولا ينتهي إلى الوجوبِ، لأنه بين قومِ أمانةٍ. وبين غيرِ الأمانةِ يجبُ الالتقاطُ، لأنَّ حرمةَ المالِ كحرمةِ النفسِ، ولتَهيه عليه السلام عن إضاعةِ المالِ^(٤)، وإن كان السلطانُ غيرَ مأمونٍ إذا أشهرت أخذها، أو الواجدُ غيرَ أمينٍ، حرّمَ عليه أخذها، لأنه تسبّبٌ لضياعِ مالِ المسلمِ، وإن كانت حقيرةً كرهةً أخذها،

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ٨٨/٩.

(٢) نقله القرافي في «الذخيرة» ٨٩/٩.

(٣) يُشير إلى حديث زيد بن خالد قال: «جاء رجلٌ إلى رسولِ الله ﷺ، فسأله عن عن اللَّقطةِ، فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرّفها سنّةً، فإن جاء صاحبها وإلاً فشأنك بها». أخرجه البخاري (٢٣٧٢) ومسلم (١٧٢٢).

«العفاص» بكسر العين: الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدأ كان أو غيره.

«الوكاء» الخيط الذي يُشدُّ به الوعاء. أفاده النووي في «شرح صحيح مسلم»

. ٢٦٦/٦

(٤) سبق تخريج الحديث فيه.

لأنَّ الغالبَ عدمُ المبالغة في تعريف الحقيق، وعدمُ الاحتفالِ به، والحقيقُ كالدرهم ونحوه.

قال الشيخ أبو الوليد، في «المقدمات»^(١): في لُقطةِ المالِ ثلاثةُ أقوال: الأفضلُ تزكُّها من غيرِ تفصيلٍ، لأنَّ ابنَ عُمَرَ كان يمرُّ باللُقطةِ فلا يأخذُها.

والأفضلُ أخذُها، لأنَّ فيه صَوْنَ مالِ الغيرِ.

الثالثُ: أخذُ الجليلِ أفضلُ وتزكُّ الحقيقِ أفضلُ، وهذا إذا كانت بين قومٍ مأمونين، والإمامُ عدلٌ، أما بين الخَوَنةِ، ولا يُخشى السلطانُ إذا عرِّفتُ، فالأخذُ واجبٌ اتفاقاً، وبين خَوَنةٍ ويُخشى من الإمامِ يُخَيَّرُ بين أخذِها وتزكُّها بحسبِ ما يغلبُ على ظنه: أيُّ الخَوَفينِ أشدُّ؟ وتُسْتثنى لُقطةُ الحاجِّ، فلا يجري فيها هذا الخلافُ كُلُّه، لأنها بالتزكُّ أولى، لأنَّ مُلتَقَطَها يرحلُ إلى قُطره، وهو بعيدٌ، فلا يحصلُ مقصودُ التعريفِ^(٢).

قاعدة^(٣): خمسٌ اجتمعت الأُمُّ مع الأمةِ المحمديةِ عليها، وهي: وجوبُ حفظِ النفوسِ والعقولِ، فتحرمُ المُسكراتِ بإجماعِ الشرائعِ، وإنما اختلفت في شُرْبِ القَدْرِ الذي لا يُسكرُ، فحرمَ في هذه المِلةِ تحريمَ الوسائلِ، وسدُّ الذريعةِ يتناولُ القَدَرَ المُسكرَ وأبيحَ في غيرها من الشرائعِ

(١) لم يذكر ابن رشد أحكام اللقطة في «المقدمات»، لكن ابن رشد الحفيد قد فصل القول في هذه المسألة في «بداية المجتهد» ١٢٩/٨، وحاصل كلامه فيها هو ما ذهب إليه القرافي.

(٢) فلذلك جاء النهي عن لقطة الحاج. أخرجه مسلم (١٧٢٤)، وأبو داود (١٧١٩) وغيرهما من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمي قال: نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحاج.

(٣) انظر «الذخيرة» ٩٠/٩ حيث ذكر القرافي هذه القاعدة.

لعدم المفسدة^(١)، وحفظ الأعراض فيحرم القذف وسائر السباب، ويجب حفظ الأنساب، فيحرم الزنى في جميع الشرائع، والأموال يجب حفظها في جميع الشرائع فتحرم السرقة ونحوها، ويجب حفظ اللقطة عن الضياع لهذه القاعدة، وقد تقدم بيان قاعدة فرض الكفاية وفرض الأعيان^(٢)، ١٢٦/ب والفرق بينهما بأن فرض الكفاية ما لا تتكرر مصلحته بتكرره، كإنقاذ الغريق، فتكرير فعل النزول بعد شئيل الغريق لا يحصل مصلحة بعد ذلك، وفرض الأعيان هو ما تتكرر مصلحته بتكرره، كالصلوات الخمس، مصلحتها الإجلال والتعظيم لله تعالى، وهو يتكرر حصوله بتكرير الصلاة، وحينئذ يظهر أن أخذ اللقطة من فروض الكفاية.

وقال الشافعي رحمه الله بالوجوب والندب^(٣)، كما قال بهما مالك قياساً على الوديعه بجامع حفظ المال، فيلزم الندب، أو قياساً على إنقاذ المال الهالك، فيلزم الوجوب.

وقال أبو حنيفة: أخذها مندوب إلا عند خوف الضياع فيجب^(٤)، وعن أحمد بن حنبل رضي الله عنه الكراهة لما في الالتقاط من تعريض نفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من التعريف، فكان تركه أولى

(١) هذا كلام فيه نظر، قال التقي الحصري في «كفاية الأخيار» ٢٥٢/٢: شرب الخمر من الكبائر، وزوال العقل به على وجه المحذور حرام في جميع الملال، ولا يتعاطاه منهم إلا كل فاسق كفسقة المسلمين، لأن حفظ العقل من الكليات الخمس الذي اتفق أهل الملال على حفظه.

(٢) انظر الفرق الثالث عشر في الجزء الأول، وانظر «الذخيرة» ٩٠/٩ حيث أعاد القرافي ذكر هذه القاعدة.

(٣) انظر «كفاية الأخيار» ٦-٥/٢ للتقي الحصري.

(٤) انظر «فتح باب العناية» ٩٣/٣ لملا علي القاري.

كتولي مال اليتيم^(١)، وتخلييل الخمر، وقد ذمّ الله تعالى الدخول في التكاليف بقوله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾ [الأحزاب: ٧٢] أي ظلوماً لنفسه بتوريطها وتعريضها للعقاب، وجهولاً بالعواقب والحزم فيها، والأمانة قال العلماء: هي ههنا التكاليف، ولم أرَ أحداً فصلّ وقسّم أخذ اللقطة إلى الأحكام الخمسة إلا أصحابنا، بل كلهم أطلقوا.

* * *

(١) انظر «الكافي» ٢/ ٣٥١ لابن قدامة المقدسي.