

## القاعدة الثمانون (المادة / ٨١)

### «قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل»

#### الشرح، مع التطبيق

«قد يثبت» أي قد يوجد ويبقى «الفرع مع عدم ثبوت الأصل» أي وجوده.

أفادت هذه المادة أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود:

أما وجود الأصل بدون وجود الفرع، كالمليون إذا لم يكن له كفيل، فهو ظاهر، إذ ليس كل أصل له فرع.

وأما وجود الفرع بدون وجود الأصل فأمثلته كثيرة:

منها: ما أفادته المادة بقولها: «مثلاً: لو قال رجل: إن لفلان على فلان ديناً، وأنا كفيل به، وبناء على إنكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيل أدائه».

وكذا لو غضب إنسان شيئاً فباعه، ثم تداولته الأيدي بالبيع والشراء، فأجاز المالك أحد العقود، جاز ذلك العقد الذي أجازته خاصة لا ما قبله ولا ما بعده (ر: ردّ المحتار، باب الفضولي من كتاب البيع، عند قول المصنف: «ووقف بيع الغاصب.. الخ»).

وكذا لو ادعى الزوج بدل الخلع على المرأة فأنكرت، بانت ولا يلزم المال. (ر: الدر المختار، من الخلع).

وكذا لو أقامت المرأة البينة على النكاح، والزوج غائب، يقضى بالنفقة لا بالنكاح، كما هو مذهب زفر المفتي به (ر: الدر، من النفقة).

وكذا لو أوقع على إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ثم ماتت إحداهما قبل البيان تتعين الأخرى للطلاق. فلو قال: كنت عنيت بالطلاق التي ماتت، لا يعتبر قوله، ولكن يحرم بسببه الميراث (ر: البدائع، من العدة ج ٣ / ٢٢٥).

وكذا الوكيل بقبض العين لو طلبها من ذي اليد فأقام ذو اليد البينة على أنها ملكه بالشراء أو الهبة من موكله، أو أنها رهن عنده منه، تسمع بيته فتقتصر يد الوكيل بدون أن يقضى بالشراء أو الهبة أو الرهن إلا إذا أحضر الموكل<sup>(١)</sup> وأقيمت البينة بمواجهته.

ومثله الوكيل بنقل الزوجة أو العبد، إذا أقامت الزوجة أو العبد البينة على الطلاق، أو العتاق، تقتصر يد الوكيل ولا يقضى بأحدهما (ر: الهداية، باب الوكالة بالخصومة والقبض). فقد قضى بقصر يد الوكيل الذي هو فرع من غير أن يقضى بالمدعى به الذي هو الأصل.

وكذا لو ادعى مجهول النسب على آخر أنه ابنه، وبرهن، فأقام الآخر البينة على أن المدعى هو ابن فلان الآخر، تقبل في دفع بينة المدعى لا في إثبات نسبه من فلان الآخر (ر: جامع الفصولين، وأخر الفصل العاشر، عن فتاوى رشيد الدين). وقد وقع في الفتاوى الخانية أن البينة الثانية لا تقبل، لكن نقله في جامع الفصولين أيضاً، واعتمد بعد التحقيق حمله على التوفيق المتقدم من أنها تقبل لدفع الدعوى لا لإثبات النسب من الغير.

(١) في المبيضة بخط الطالب الذي نقلها عن المسودات التي بخط والدي رحمه الله تعالى: (إلا إذا أحضر الوكيل). والظاهر أنه تحريف منه حين التبييض أو أنه سبق قلم وذهول من والدي حين كتابته. والصواب: (الموكل) كما هو واضح. وأوراق المسودات التي بخط والدي عندي ليست كاملة، وليس فيها هذه القاعدة، فصحتها من عندي. (مصطفى).

وكذا لو ولدت الأمة المتزوجة، فادعى مولاهما نسب ولدها، فإنها لا تصح دعواه، بل يثبت النسب من الزوج، لكن يصير الولد حراً، وتصير الأمة أم ولد للمولى. (ر: الدر في ثبوت النسب).

هذا، وكما لا تلازم بين الفرع والأصل في الوجود لا تلازم بينهما في السقوط بعد الوجود:

أما عدم سقوط الأصل بسقوط الفرع فكذلك أمر ظاهر، إذ لا يلزم من إبراء كفيل المال والنفس مثلاً براءة الأصيل.

أما عدم سقوط الفرع بسقوط الأصل، فكالفرع المستثنى من القاعدة الموفية الخمسين.

وكما لا تلازم بينهما في ذلك لا تلازم بينهما في السلطة والصلاحية. فكثيراً ما يملك الأصل ما لا يملكه الفرع، وذلك ظاهر، كالموكل يملك ما لا يملكه وكيله.

وقد يملك الفرع ما لا يملكه الأصل، كالمريض إذا صار مديوناً بما يحيط بماله إذا باع في مرض موته وحابى فيه ولو قليلاً، فإن محاباته لا تجوز وإن قلت<sup>(١)</sup>. والمشتري منه<sup>(٢)</sup> بالخيار إن وفي الثمن إلى تمام القيمة وإن شاء فسخ. وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفواً (ر: رد المحتار، أوائل فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء) فقد ملك الفرع ما لا يملكه الأصل في هذا.

\*\*\*

(١) أي بيننا للدائن أن يقبل هذه المحاباة من المريض البائع. (مصطفى ابن المؤلف).

(٢) أي من المريض الذي حاباه إذا لم يُجز الدائن المحاباة. (مصطفى ابن المؤلف).

obeikandi.com

## القاعدة الحادية والثمانون (المادة / ٨٢)

### «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط»

#### الشرح ، مع التطبيق

«المعلق بالشرط» من الأمور الآتية التي يصح تعليقها بالشرط «يجب ثبوته» أي وجود المعلق «عند ثبوت الشرط» أي وجوده.

التعليق: هو التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل . أو هو : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط – نحو: إن، وإذا، وإذا ما، وكلّ، ومتى، وكلما، ومتى ما، ولو – أو بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرف أو حرف جر غير لام التعليل أو استثناء «بإلا أن» إذا تقدمه ما لا يحتمل التأقيت، كالطلاق.

كما لو قال: امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً فإنه يحمل على الشرط، فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد فامرأته طالق (ر: الدر وحاشيته، من باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام).

أما ما يحتمل التأقيت، كالأمر باليد فإنه يكون للغاية لا للشرط.

ويشترط لصحة التعليق: كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال ممكن الوجود عادة في المستقبل.

فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال كإن كانت السماء فوقنا: تنجيز.

وكذا التعليق بالممكن عقلاً لا عادةً، كإن لم أصعد السماء، وإن لم أقلب هذا الحجر ذهباً، فإنه تنجيز يحنث به للحال.

والتعليق بالمستحيل الوجود، كإن دخل الجمل في سم الخياط لغو وباطل (ر: الدر المختار، أول باب التعليق، ومن الأيمان).

ثم الأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع:

الأول - ما يصح تعليقه بمطلق الشرط ملائماً أو غير ملائم، وهي: الإسقاطات المحضة التي يحلف بها، كالطلاق والعتاق. فإن كلاً منهما يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ملائماً كان، كقوله لزوجه: إن أسأت إلي فأنت طالق، أو غير ملائم، كما إذا علق طلاقها بدخول الدار مثلاً، فإن المعلق في كل ذلك ينزل ويثبت عند ثبوت الشرط.

وتقييد الإسقاطات بـ«المحضة» لإخراج غير المحضة، وهي ما فيها تمليك من وجه كالإبراء، فإن التعليق بالشرط يبطله، كما سيأتي في الكلام على المادة الآتية.

وتقييد الإسقاطات بـ«التي يحلف بها» لإخراج ما لا يحلف به منها، وذلك كإسقاط الشفعة ولو بعد ثبوتها، فلو علقه بغير كائن لا يصح تعليقه، ويبقى على شفحته.

الثاني - ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط. وهو ما يؤكد موجب العقد، وذلك كالإطلاقات، والولايات:

فالأول: كالإذن بالتجارة، والإذن بالخروج فيما لو حلف على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه، والإذن من قبل البائع للمشتري إذا باعه الموجود من الثمر وأذن له بأكل ما لم يظهر.

والثاني: كالقضاء، والإمارة. فإن كلاً منهما يصح تعليقه بالملائم من الشروط، كقول الرجل لابنه: إن بلغت رشيداً فقد أذنت لك بالتجارة، وكقول الخالف لزوجه: كلما خرجت فقد أذنت لك (ر: الدر المختار، باب اليمين

بالدخول والخروج، وحاشيته). وكقول بائع الثمر للمشتري بعد أن أذن له بأكل ما سيظهر من الثمر إذا خاف المشتري أن يرجع عن الإذن: كلما رجعت عن الإذن فأنت مأذون بالأكل (ر: الدر المختار وحاشيته، باب ما يدخل في البيع تبعاً). لكن قد مشت المجلة في المادة / ٢٠٧ / على قول الحلواني في هذه المسألة، من أن البيع صحيح في المعدوم تبعاً للموجود. وكقول الإمام: إن شغرت الولاية الفلانية فقد وليتك إياها.

ومما يصح تعليقه بالملائم: الكفالة والإبراء، كقوله: إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن، وقوله: إن غاب المديون أو مات ولم يدع شيئاً فأنا كفيله، وقوله: إن قدم فأنا كفيله، وكقوله: إن وافيت به غداً فأنت بريء.

والثالث - ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً. وهو المعاوضات المالية، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال.

[وكذا التملكيات، كالهبة. ويستثنى الوصية إذا علق الموت، فإنها تصح على خلاف القياس].

كما يعلم جميع ذلك من تتبع باب ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به من الدر المختار وحاشيته.

### تنبيه:

لا يخفى أنه إذا اختلف الزوجان في وجود شرط الطلاق المعلق وعدمه فالقول قول منكر وجود الشرط، وهو الزوج، والبينة بينة الزوجة على وجوده (ر: الدر المختار، من باب التعليق).

ولكن إذا ثبت وجود الشرط بالبينة فليس وقوع الطلاق مطرداً في ذلك، بل في المسألة تفصيل، وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجود شرطه، وثبت وجود الشرط بالبينة، فلا كلام في وقوعه أي شيء كان الشرط، أي سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه أولاً.

وأما إذا قام المتنازع فيما يصح التنازع فيه لذاته من غير أن يكون شرطاً للطلاق، ولكن كان هناك طلاق معلق عليه، كما لو تنازع الزوج مع آخر في شيء فحلف بالطلاق على مدعاه، ثم ثبت بالبينة خلافه، فإما أن يكون المتنازع فيه عيناً أو ديناً:

— فإن كان المتنازع فيه عيناً، كما لو ادعى على الزوج داراً مثلاً فحلف بالطلاق أنها ليست ملك المدعي، ثم أثبت المدعي ملكه بالبينة لا يحنث الزوج في يمينه، لأن البينة حجة في الظاهر (أي إنها ظنية).

— وإن كان المتنازع فيه ديناً، فحلف بالطلاق أن لا دين له عليه، فبرهن المدعي على الدين فينظر: إن كان ادعى الدين بسبب، كالقرض مثلاً، وبرهن على السبب لا يحنث، لاحتمال الإبراء والإيفاء بعد السبب. وإن كان ادعاه مطلقاً عن السبب وبرهن، كذلك حنث، لأن البينة قامت على وجود الدين في الحال فيحنث.

والفتوى في الدين على هذا التفصيل (ر: جامع الفصولين وحاشيته للرملي، أواخر الفصل الخامس عشر، صفحة / ٢٠٥).

\*\*\*

## القاعدة الثانية والثمانون (المادة / ٨٣) «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»

### الشرح ، مع التطبيق

«يلزم مراعاة الشرط» الجائز «بقدر الإمكان».

ومراعاته بالوفاء به، فإنه ورد في الحديث عن أنس وعائشة رضي الله تعالى عنهما، عنه ﷺ أنه قال: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك».

والمراد بالشرط هنا المقيد به، المعرف بأنه: التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة، لا المعلق عليه، المعرف بما تقدم في المادة السابقة، فهو هنا غيره هناك. والفرق بين المعلق بالشرط والمقيد بالشرط أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه. بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد، بل سبقه عليه كما هو ظاهر.

ثم تقييد الشرط بـ«الجائز» لإخراج غيره. فإن الشرط ثلاثة أنواع:

١ - شرط جائز، وهو: ما يقتضيه العقد، أي يجب بدون شرط، كاشتراط حبس المبيع بالثمن.

أو يلائمه، وذلك بأن يكون راجعاً إلى صفة المبدل، ككون الفرس مثلاً أصله كذا، أو إلى صفة المبدل، كدراهم بيض أو معجلة أو مؤجلة، أو إلى

التوثق به كاشتراط رهن بالثمن معلوم بالإشارة أو التسمية، أو كفيل به حاضر وقَبْل الكفالة أو غائب فحضر وقبلها قبل التفرق، أو اشتراط أن يجيل المشتري البائع على غيره بالثمن.

أو لا يقتضيه ولا يلائمه ولكن جرى العرف به، كشراء نعل على أن يشركها البائع.

أو وزد الشرع به بجوازه، كاشتراط خيار الشرط ونحوه من الخيارات، فإن الشرط في جميع ذلك تلزم مراعاته.

٢ - وشرط فاسد. وهو: ما كان بخلاف ذلك وفيه نفع مشروط في صلب العقد من أحد المتعاقدين للآخر غير معطوف بالواو، كشراء ثوب على أن يصبغه له البائع، أو الدابة على أن يركبها البائع شهراً مثلاً، أو على أن يجيل البائع رجلاً بالثمن. أو فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق، كشراء العبد على أن يعتقه المشتري، أو على أن لا يخرج عن ملكه. أو فيه نفع لأجنبي على الأظهر من أحد قولين صحيحين، كما لو شرط على المشتري أن يبيعه من فلان، أو شرط على أحدهما أن يقرض فلاناً كذا. فإن كل ذلك مفسد للعقد.

٣ - وشرط لغو. وهو ما كان بخلاف ذينك الشرطين، كأن يشترط على أجنبي شرطاً لو اشترط على أحد المتبايعين يفسد البيع. أو يشترط ما فيه نفع لأحدهما على الآخر ولكن بعد العقد، وكذا لو قبله ولكن لم يتفقاً على بناء العقد على ما شرطاً، على ما بحثه في رد المحتار. وكبيع الدابة على أن لا يخرجها عن ملكه، أو على أن يبيعهما ولكن لم يعين المشتري. أو شرط شرطاً مفسداً ولكن عطف بالواو كبعثك بكذا وعلى أن تقرضني كذا، فإن العقد في جميع ذلك يصح ويلغو الشرط.

ثم إن المعاملات الشرعية بالنسبة إلى التقييد بالشرط الفاسد تنقسم إلى قسمين:

١ - قسم منها يفسد بالشرط الفاسد، وهو المبادلات المالية، وهي: البيع، والقسمة، والإجارة، والصلح عن مال بمال من خلاف جنس المدعى

به، والمساقاة، والمزارعة. فإنها كلها تفسد بالشرط الفاسد. ومثلها إجازة ما انعقد من هذه العقود موقوفاً.

٢ - وقسم منها لا يفسد بالشرط الفاسد. وهي كل ما ليس من المعاوضات المالية، سواء كان من المعاوضات غير المالية، كالنكاح، والطلاق على مال، والخلع كذلك، والصلح عن دم عمداً، وعن جراحة فيها قود، ومثله فيما يظهر الصلح على مال عن الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها كحق الشرب والمرور، بدليل تقييدهم الصلح في القسم الأول بأن يكون عن مال بجال. ولم يكن من المعاوضات أصلاً، كالإبراء عن الدين، وكالهبه، والصدقة، والقرض، والإيصاء، والوصية، وتولية القضاء، والإذن بالتجارة، والطلاق، والعتاق، والوكالة، والشركة، والمضاربة، والرهن، والكفالة، والحالة إلا إذا شرط فيها الدفع من ثمن دار المحيل مثلاً فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بما التزم، أي من غير أن يشترط على المحيل بيع المحال عليه الدار، فإذا شرط عليه ذلك صحت ولا يملك عزله أو نفيه عن بيع الدار وإيفاء الدين من ثمنها ويجبر المحال عليه على البيع (ر: رد المحتار من الحوالة، ص ٢٩٥) وكالإقالة، وعزل القاضي، وعزل الوكيل، وحجر المأذون، فإن جميع ذلك لا يفسد بالشرط الفاسد، بل يصح ويلغو الشرط.

#### تنسيبه:

قولنا في التمثيل للشرط اللغو «كأن يشترط على أجنبي شرطاً لو اشترط على أحد المتعاقدين لفسد البيع» فيه احتراز عما لو كان الشرط بحال لو شرط على أحدهما لجاز، كما لو قال: اشتريت منك بشرط أن يحط عن فلان الأجنبي كذا، فإن المشتري يكون حينئذ بالخيار: إن شاء أخذ بكل الثمن أو ترك (ر: رد المحتار، من البيع الفاسد، عن المنتقى) بخلاف الأول فإن الشرط يلغو فيه وينبم البيع بلا خيار.

قد ذكرنا أنه لو شرط بين المتعاقدين شرط بعد العقد لا يفسد، ولكن بقي أنه هل يجب الوفاء بهذا الشرط أم لا يجب؟ ذكروا في جواب بعض الفروع أنه

غير لازم، وذكروا في جواب بعضها أنه يلزم الوفاء به. والذي يظهر من تتبع الفروع أن الشرط إن كان بحيث لو شرط في العقد يفسده فإنه إذا شرط بعد العقد يلغو أو لا يلزم الوفاء به، كاشتراط بائع الزرع على نفسه بعد العقد أن يسقيه ويقوم عليه. فقد نقل في رد المحتار عن النهر أنه غير لازم. وإن كان لو شرط في العقد يكون جائزاً ومرعياً فإنه إذا شرط بعد العقد يلزم الوفاء به، كما لو شرطاً تشريك النعل أو خيار الشرط بعد العقد فالظاهر أنه يلزم الوفاء به.

#### تنبيه آخر:

أجل بعض المتون، كالكنز والتنوير، فترجم لما يبطل بالشرط الفاسد ولما لا يصح تعليقه بالشرط ترجمة واحدة وسرد تحتها كلا النوعين، وساق من جملة ذلك الإبراء عن الدين، وعلله صاحب الدر وغيره بأنه تمليك من وجه، ونقل في رد المحتار التمثيل له عن العيني بقوله: أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهراً أو إن قدم فلان، ثم نقل بعده عن العزيمة التمثيل له أيضاً - كما في إيضاح الكرماني - من أنه لو قال: أبرأت ذمتك بشرط أن لي الخيار في رد الإبراء وتصحيحه في أي وقت شئت، أو قال: إن دخلت الدار فقد أبرأتك، أو قال لمديونه أو كفيله: إذا أديت إليّ كذا، أو متى أديت، أو إن أديت إليّ خمسمائة فأنت بريء عن الباقي فهو باطل ولا إبراء. انتهى. وظاهر ما في العيني والعزيمة أن الإبراء مفرع على الجملتين وأنه لا يصح تقييده ولا تعليقه.

ثم نقل في رد المحتار عقبه، عند كلامه على التعليل للإبراء بأنه تمليك من وجه، عن الحلبي ما لفظه: وفيه أن الإبراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال، فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد. وكونه معتبراً بالتملكيات لا يدل إلا على بطلان تعليقه بالشرط.

ثم نقل عن البحر أن الإبراء يصح تقييده بالشرط، وأن الزيلعي ذكر في آخر الصلح أن الإبراء يصح تقييده لا تعليقه. انتهى. ثم قال: لكن لا بد أن يكون الشرط متعارفاً كما يأتي. والحاصل أن الإبراء مفرع على القاعدة الثانية فقط. انتهى ما ذكر في رد المحتار.

فالظاهر أن بعض شراح المجلة لم يرتضوا هذا الكلام مع ما فيه من القوة، وعدوه من سقط المتاع، وجروا على أن الإبراء مما يفسد بالشرط الفاسد، ولا تمسك لهم في عملهم هذا فيما أظن غير تمثيل العيني ونقل العزيمة المذكورين، ولا متمسك لهم فيهما:

أما تمثيل العيني فقد ظهر بعد مراجعته أنه لم يستند فيه إلى نقل شرعي، بل هو من عنده فلا يصادم ما تقدم. وقد نقله عنه الشلبي محشي الزييلي ولم يقتصر عليه، بل نقل بعده عن بعضهم تصويره بما ذكرناه عن العزيمة إشارة منه إلى أنه لم يرتضه.

وأما ما نقله في العزيمة عن إيضاح الكرمانى فكذلك لا يثبت المطلوب، فإن الظاهر أنه مبني على ما نقله في رد المحتار من خيار الشرط عن فخر الإسلام من بحث الهزل من أن خيار الشرط يجري في الإبراء فيكون بطلان الإبراء فيه حينئذ لعدم توقيته. ولكن نقل بعده في رد المحتار عن العمادية والخلاصة بطلان الخيار لا الإبراء وقال: وبه جزم الشارح في أول الهبة. انتهى. وما ذكره فخر الإسلام إنما ذكره في أصوله، والعمادية والخلاصة من معتبرات كتب الفروع، ولا عبرة بما في الأصول إذا خالفها كتب الفروع. وذكر في آخر الخامس والعشرين من جامع الفصولين، وفي السابع والعشرين من كراهية الهندية مثل ما في الخلاصة والعمادية.

وصحة تقييده بالمتعارف، كإبراء المبانة زوجها عن المهر بشرط تجديد النكاح لها، لا يستلزم فساده بغيره، بل يفيد عدم صحة تقييده بغير المتعارف. وبما ذكرناه يعلم ما ذكره في رد المحتار بعدما تقدم من قوله. والحاصل أنه لا وجه لعددهم له فيما يفسد بالشرط الفاسد، ولذا لم نتابعهم عليه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

#### تنبيه:

يستثنى من قولهم فيما تقدم في بيان الشرط الجائز الذي تلزم مراعاته: «أو إلى صفة البدل، كدراهم بيض أو معجلة أو مؤجلة» ما ذكره في الدر

وحاشيته من باب المهر من أنه لو شرط في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترط الدخول بالزوجة قبل القبض، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر في رواية عن أبي يوسف استحساناً، وبه يفتى. انتهى.

\*\*\*

## القاعدة الثالثة والثمانون (المادة / ٨٤)

### «المواعيد بصور التعليق تكون لازمة»

#### أولاً - الشرح

«المواعيد» التي تصدّر من الإنسان فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً إذا صدرت منه «بصور التعليق» أي بأن كانت مصحوبة بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع «تكون لازمة» لحاجة الناس إليها.

وإذا صدرت بغير صورة التعليق لا تكون لازمة لعدم وجود ما يدل على الحمل والمنع، بل تكون مجرد وعد وهو لا يجب الوفاء به قضاءً.

مثلاً: لو قال رجل لآخر: بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك، فباعه منه، ثم طالبه بالثمن فلم يعط المشتري للبائع بعد مطالبته له، بأن امتنع من الدفع، أو لم يمتنع ولكن أخذ في المماطلة، لزم على الرجل أداء الثمن المذكور للبائع، بناء على وعده المعلق. أما قبل المطالبة فلا يلزم الرجل شيء. والظاهر أن تقدم قوله: بع هذا الشيء لفلان وما أشبهه ليس بشرط لصحة الالتزام، بدليل ماسياتي في المادة / ٦٢٣ / من المجلة، من أنه لو قال: إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيك كان كفيلاً. انتهى. ولم يشترط فيه أن يقول: أقرضه مثلاً.

#### ثانياً - التطبيق

ومما يفرع على القاعدة المذكورة:

— ما لو قال كفيل النفس: إن لم أوافك بمديونك فلان غداً فأنا أدفع لك دينه، فلم يوافه به لزمه الدين، إلا إذا عجز عن الموافاة بغير موت المديون أو جنونه. أما لو عجز بأحدهما عن الموافاة به له فالكفالة لازمة له (ر: التنوير وشرحه).

والظاهر أن مثله ما لو قال للمعير أو المودع (بالكسر): إن أضاع أو استهلك المستعير أو الوديع العارية أو الوديعة فأنا أؤدي ضمانها، فأضاعها أو استهلكها لزمه الضمان بناءً على وعده المعلق.

— ومثل فرع الكفالة: ما لو باع العقار بغبن فاحش، ثم وعد المشتري البائع بأنه إن أوفى له مثل الثمن يفسخ معه البيع صح ولزم الوفاء بالوعد. (ر: الدر المختار وحاشيته، قبيل الكفالة).

ولا فرق في لزوم الوعد المعلق المذكور بين أن يصدر في مجلس البيع المذكور أو بعده (ر: الدر المختار، المحل المذكور).

ثم إن قولنا: «فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً» خرج به ما لا يصح التزامه شرعاً، كضمان الخسران، كما إذا قال: اشتر هذا المال وإن خسرت فيه فأنا أؤدي لك ما تخسره، فاشتره وخسر فإنه لا يرجع عليه بشيء.

#### تنبيه:

ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق والحال خلافه، فإنهم لم يفرعوا عليها غير مسألتي البيع والكفالة المتقدمتين، ولم يظهر لي بعد التتبع ثالث لهما، بل ذكر في بيوع التنقيح فيما لو تبايعا بضمن المثل بيعاً باتاً، ثم بعد ذلك أشهد المشتري أنه، أي البائع، إن دفع له نظير الثمن بعده مدة كذا يكن بيعه مردوداً عليه ومُقَالاً منه، فإن الإشهاد المذكور وعد من المشتري فلا يجبر عليه حيث كان البيع بضمن المثل وعزاه إلى التمرتاشي والبزازي مع أنه كما ترى معلق بالشرط.

#### تنبيه آخر:

ذكر بعض شراح المجلة أنه في مثال المادة المذكورة لومات المكفول عنه

قبل أن يطالبه المكفول له لا يلزم الكفيل الضمان من غير أن يستند في ذلك إلى مساعدة نقل شرعي سوى قولهم: المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط. وتابعه على ذلك بعض مدرسي المجلة في زماننا، ولكن لم يعزه للشارح المذكور، بل عزاه إلى رد المحتار عن الإمام محمد رحمه الله تعالى. وبعد مراجعة رد المحتار وجد أن لفظه هكذا: وعنه أيضاً (أي عن محمد) إن لم يعطك فأنا ضامن، فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان. انتهى. وعزاه إلى النهر عن الدراية. وهو غير صحيح، سواء أرجعنا ضمير (مات) إلى الكفيل كما هو المتبادر، أو إلى المكفول كما فهمه الفاضل المدرس، فإن الكفالة لا تبطل بموت واحد منها أياً كان وإن كان موته قبل المطالبة. أما لومات الذي عليه المال فقد قال في الذخيرة (في آخر الفصل السابع من الكفالة) ما ملخصه أنه: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة فقال رجل: إن لم يعطك فلان ما لك عليه فهو ضامن، فتقاضاه ولم يعطه فإنه يصير كفيلاً استحساناً لمكان العرف. ثم قال بعده: وفي المنتقى: إذا مات الذي عليه المال قبل أن يطالبه الطالب لزم الكفيل المال. انتهى. فهو صريح كما ترى في عدم بطلان الضمان بموت المدين قبل المطالبة.

أما لومات الكفيل فقد قال في البرازية (في الباب الثاني من الكفالة): إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه، فمات المكفول عنه لزم المال بمضي الغد. وإن مات الكفيل قبل الأجل إن سلمه ورثته قبل الأجل أو المكفول سلم نفسه عن جهة الكفيل قبل مضي الأجل برىء. انتهى. فقد صرح بعدم بطلان الكفالة بموت الكفيل.

وما نقله عن رد المحتار عن محمد رحمه الله تعالى فيه سقط لم يتنبه له الفاضل المدرس، يعلم من مراجعة البحر، فإن العبارة المنقولة عن النهر عن الدراية مأخوذة منه. وقد نقلها في البحر عن البرازية لا عن الدراية، وإنما نقل عن الدراية قبل ذلك كلاماً فيه التمثيل للكفالة المعلقة بشرط ملائم وأنها ثم قال: ومنه ما في البرازية: إن غاب ولم أوفك به فأنا ضامن لما عليه. فإن هذا على أن يوافي بعد الغيبة. وعن محمد قال: إن لم يدفع مديونك مالك،

أولم يقضه، فهو علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب، فقال المديون: لا أدفعه، أو لا أقضيه، وجب على الكفيل الساعة. وعنه أيضاً: إن لم يعطك المديون دينك فأنا ضامن، إنما يتحقق الشرط إذا تقاضاه ولم يعطه ذلك. وفي الفتاوى: إن تقاضيت ولم يعطك فأنا ضامن، فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان. انتهى، وهي بحروفها في البزازية (في نوع في ألفاظ الكفالة) ولدى مقابلتها على عبارة رد المحتار تبين أنه سقط منها سطر هو ما بعد (أنا ضامن) الثانية إلى قوله (فمات قبل أن يتقاضاه) الواقعة بعد (أنا ضامن) الثالثة، فاتصل قوله (فمات) بقوله (أنا ضامن) الثانية، فاختل الكلام. والحق ما نقلناه. هذا ما ظهر والله سبحانه وتعالى أعلم.

\*\*\*

## القاعدة الرابعة والثمانون (المادة / ٨٥)

### «الخراج بالضمان»

#### أولاً - الشرح

«الخراج» الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه، ككسب العبد، وسكنى الدار، وأجرة الدابة، «بالضمان» أي بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه. وقد نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن. رواه الطبراني في الكبير عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه، ورمز السيوطي إلى حسنه.

وخراج الشيء: ما حصل منه، والذي يكون منه بمقابلة الضمان ما كان منفصلاً غير متولد، كالكسب والأجرة، والهبة، والصدقة، فإنه يطيب لمن كان عليه الضمان.

فلورد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله. وكذلك لو كان أجره، فإن الأجرة تطيب له.

لكن اختلف في المبيع قبل القبض إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير المتولدة، ثم ردَّ بالعيب. فعند محمد هي للمشتري بلائمن، وعندهما: هي للبائع. واتفقوا على أنها لا تطيب لمن هي له. لأن طيبها إنما يكون بالملك والضمان، وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما، بل الملك للمشتري، والضمان على البائع. حتى لو هلك المبيع، والحالة هذه، يهلك من ماله.

## ثانياً - التطبيق

مما يتفرع على هذه القاعدة المذكورة:

ما لو شرطاً في شركة الوجوه مناصفة المشتري، أو مثالثته، وشرطاً الربح على خلاف ذلك، فالشرط باطل (ر: المرآة، عن الدراية).

ومنه: ما لو استأجر داراً مثلاً ببدل، ثم آجرها بأكثر منه من جنس ذلك البدل، فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا أصلحها بإحداث ما تشاهد عينه فيها، كبناء وتجهيز، وجعل الخصاص كربي النهر من ذلك، بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها (ر: الدر وحواشيه، من باب ما يجوز من الإجارة).

\*\*\*

## القاعدة الخامسة والثمانون (المادة / ٨٦) «الأجر والضمان لا يجتمعان»

### أولاً - الشرح

«الأجر» أي بدل المنفعة «والضمان» وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه «لا يجتمعان» إذا اتحدت جهتهما، لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غضب له أو كالغضب، ومنافع المغصوب غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامناً، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً وغاصباً ضمياً في آن واحد، لتنافي الحالتين.

قيدنا بقولنا: «إذا اتحدت جهتهما» ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما، وذلك كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه، وكانت تطبيق حمل الاثنتين، فعطبت بعد بلوغ المقصد، فعليه كل الأجر ويضمن نصف قيمتها، وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان. ولو كانت لا تطبيق حمل الاثنتين ضمن كل قيمتها (ر: الدر المختار، من الإجارة).

والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها، لأنه حينئذ يعد غاصباً لكل من الابتداء. كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم برّ مثلاً، فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت، فإن كانت تطبيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله. وإن كانت لا تطبيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصباً. وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص.

## ثانياً - التطبيق

ثم إن الصور الممكنة التي تدور عليها المادة المذكورة عشر، وذلك لأن التعدي الذي هو سبب الضمان إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها، كما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معين فركبها إليه ثم جاوزه بمسافة لا يتسامح في مثلها، أو يكون التعدي بعد استيفاء بعضها، كما إذا استأجرها ليركبها إلى مكان معين فركبها قاصداً له ولكن في أثناء الطريق عرج إلى مكان آخر لا يتسامح في مثله عادة، أو استأجرها ليركبها إلى الكوفة مثلاً ذاهباً وجائياً فجاوز بها الكوفة بمسافة لا يتسامح في مثلها ثم عاد إلى الكوفة، أو يكون التعدي قبل استيفاء شيء من المنفعة، كما إذا استأجرها ليركبها إلى مكان معين فركبها إلى غيره. وفي كلا الوجهين الأخيرين من الثلاثة إما أن يستوفي بعد التعدي المنفعة المعقود عليها أولاً. فهذه مع الوجه الأول صارت خمس صور، وفي كل من الصور الخمس إما أن تسلم العين المأجورة أو تتلف، فتلك عشرة كاملة حاصلة من ضرب اثنين في خمسة، يجب الأجر في كل صورة استوفيت فيها المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها قبل التعدي وسلمت العين المأجورة. ولكن عند استيفاء كلها يجب الأجر، وفي استيفاء بعضها بحسابه، ولا يجب الأجر لما بعد التعدي. وأما أجر ما استوفاه من المنفعة بعد التعدي وصورته ضامناً فإنه ساقط. ففي (الفصل الثالث والثلاثين) من جامع الفصولين ما لفظه: استأجره من الكوفة إلى البصرة ذاهباً وجائياً، فجاوز به البصرة وعاد سلباً إلى الكوفة فعليه نصف الأجر المسمى عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذ غضب فلا يبرأ إلا بالرد.

وبحث فيه صاحب جامع الفصولين بقوله: وقد مر أن من خالف ثم عاد يجب عليه كل الأجر. وبحثه هذا غير ناهض، لأن ما مر خلاف ما عليه الفتوى، والفتوى على أن المستأجر لا يبرأ بالعود إلى الوفاق، وإذا لم يبرأ فلا أجر عليه كما بعد التعدي، كما يعلم مما قدمناه تحت القاعدة الأولى. وما عزاؤه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف جزم به في نور العين والفتاوى الهندية، من غير حكاية خلاف. فقد قال في نور العين: «استأجرها إلى مكان ذاهباً وجائياً على أن يرجع

في يومه، ورجع في الغد، فعليه نصف الأجر للذهاب لا للرجوع إذ خالف فيه» (انتهى). ونقل في (الفصل السادس والعشرين من إجازات) الفتاوى الهندية، عن التارخانية، عن جامع الفتاوى، عدم وجوب الأجر أصلاً فيما إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم، وخرج بها إلى ذلك المكان، ولكن بعد أن مكث كثيراً مقدار ما لا يمكث في انتظار القافلة، وقال: قد تقرر عليه الضمان فلا يرتفع بالخروج فلا يجب الأجر.

فظهر بهذا أنه لا يشترط لانتفاء الأجر الضمان بالفعل، فإنه قد يكون بالفعل وذلك فيما إذا هلكت العين المأجورة بعد التعدي، فإنه لا أجر عليه لما قبل التعدي ولا لما بعده. فقد قال في (الفصل الثالث والثلاثين) من جامع الفصولين: (من بحث إجارة الدواب، آخر صفحة / ١٦٤) ما لفظه: «استأجره قروي ليحمل عليه بُراً إلى المدينة ففعل ووضع عليه في الرجوع إلى بيته قفيز ملح بلا إذن فمرض فمات ضمن لغصبه ولا أجر، إذ لا يجتمعان» ثم قال: «ولو سلم الحمار فله أجر ما سمي فقط، إذ لا أجر للغصب» (انتهى).

وقد تكون الحالة حالة تعدد تجعل صاحبها بمعرض الضمان، وذلك فيما إذا سلمت العين بعد التعدي، فإنه لا أجر عليه لما بعد التعدي، وإن انتفع بالفعل أو تمكن من الانتفاع، لأنه غاصب ويمعرض الضمان.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر حماراً لحمل متاعه في طريق معين فحمله في طريق آخر مخوف، أو ليحمله على دابة معينة فحمله في البحر فتلف فإنه يضمه، وإن أوصله سليماً وجب كل الأجر (ر: الفصل السابع والعشرين من إجازات الفتاوى الهندية، نقلاً عن التمرتاشي).

ولا يرد هذا على ما تقدم، لأن المعقود عليه هنا إيصال المستأجر (بفتح الجيم) مال المستأجر (بكسر الجيم) وقد حصل. ولكن مع المخالفة في كيفية الإيصال المشروطة، ولا عبء بالخلاف عند حصول المقصود، بخلاف ما تقدم فإن العقد فيه ليس وارداً على الحمل والإيصال، بل على منفعة دابة معينة ليعمل عليه المستأجر (بالكس). والفرق ظاهر للمتأمل.

وقد رسمت ها هنا جدولاً حاوياً للمسائل العشر وأحكامها سهل المتناول لمن أراد. وهذا هو:

تعدى ولم يتنفع مطلقاً	تعدى ثم انتفع	انتفع ثم تعدى	استوفى المنفعة كلها وتعدى في أنثائها	استوفى بعض المنفعة ثم تعدى ولم يتنفع بعد ذلك	
سلمت	في معرض الضمان فلا أجر عليه	في معرض الضمان ولا أجر عليه	يجب الأجر لما قبل الضمان فقط	يجب الأجر لما قبل الضمان بحسابه فقط	
تلفت	ضامن بالفعل ولا أجر عليه	ضامن ولا أجر عليه	يضمن قيمتها ولا أجر عليه	يضمن قيمتها ولا أجر	

### تنبيه:

جاء في الذخيرة (من الإجارة، صفحة ٤٤٩) ما لفظه: استأجر حماراً ليحمل عليه اثني عشر وقرماً من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، فصار كلما عاد يحمل عليه اللبن، فإذا سلم الحمار في هذه الصورة يجب عليه كل الأجر، ولا مانع من وجوب الأجر مع المخالفة. انتهى.

واستشهد له بفروع وقع التعدي فيها بعد استيفاء المنفعة، فإن ما ذكره منقولاً فهو محمول على القول السابق لما عليه الفتوى، وهو أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ عن الضمان، والفتوى على خلافه كما قدمناه، وإن كان قياساً منه رحمه الله تعالى فهو قياس مع الفارق.

### تنبيه آخر:

كما لا يجتمع أجر وضمان لا يجتمع العشر والخراج، ولا القصاص مع الدية، ولا متعة واجبة مع المهر، ولا القتل مع الوصية أو الميراث، ولا الميراث مع الوصية فيمن يرد عليه، ولا الأجر مع الشركة في العين، ولا الحد مع اللعان، ولا أجرة الرضاع مع النكاح، ولا الحد مع ثبوت النسب.

تنبيه آخر:

ذكرنا سابقاً فيما إذا استأجر الدابة لحمل مخاتيم برّ معينة فزاد عليها وكانت الدابة لا تطيق حمل الزيادة أنه يضمن جميع القيمة، ولا يجب عليه الأجر. والحكم على الوجه المذكور مسلم وموافق للمنقول في كتب المذهب:

ففي الفتاوى الخانية (من الإجارة) ما لفظه: لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها خمسة عشر مختوماً من الحنطة وجاء بالحمار سليماً فهلك قبل أن يرده إلى صاحبه، إن كان يعلم أن الحمارة يطيق ذلك كان عليه ثلث القيمة وكمال الأجر المسمى، وإن كان لا يطيق يضمن جميع القيمة ولا يجب الأجر. انتهى. ونقله أيضاً عن الفتاوى الخانية في (السابع والعشرين من إجازات) الفتاوى الهندية، وكذا نقله في الفتاوى الأنقروية. وكذا يستفاد الحكم المذكور من مبسوط السرخسي (من باب إجارة الدواب ج / ١٥ ص / ١٧٢) مع مراجعة ما ذكره في العارية (ج / ١١ ص / ١٢٨) من المبسوط المذكور. وما بعد النقل إلا الرجوع إليه.

وأما ما ذكره بعض العصريين في مؤلف له، من تضمين المستأجر كل القيمة وإيجاب كل الأجر في صورة عدم إطاقة الدابة للزيادة فلم يوجد إلا في كلام صاحب التنوير (من باب ما لا يجوز في الإجارة وما يكون خلافاً فيها) وعزاه في شرحه منح الغفار إلى غاية البيان للإتقاني، وتابعه في هذا العزو صاحب الدر، وأفاد أن مأخذ التنوير للحكم المذكور المعزي للغاية هو من البحر، وتابع صاحب التنوير على هذا الحكم العلامة الخادمي في حاشيته على الدر وعزاه إليه وسكت عنه محشو الدر أيضاً كلهم.

وهو مشكل! إذ فيه إيجاب ضمان كل القيمة وإيجاب كل الأجر في صورة عدم إطاقة الدابة للحمل والزيادة، وفي هذه الصورة يكون قد حصل التعدي من الابتداء واعتبر المستأجر بتحميلها ذلك وهي غير مطيقة غاصباً ضامناً من حين التحميل، فكيف يجمع عليه الأجر والضمان في آن واحد والجهة متحدة، وهما لا يجتمعان!؟

وبعد تتبع ما عندي من الكتب الفقهية بالقدر الممكن لم أر لما ذكره

صاحب التنوير أصلاً، ثم لدى مراجعة البحر الذي عزا إليه صاحب الدر كلام التنوير والغاية رأيته نقل عن الزيلمي تقييد قول متن الكنز: ويضمن بالزيادة على الحمل ما زاد بأن تطبيق الدابة مثله. ثم قال: ولم يتعرض المصنف للأجر إذا هلك، وفي غاية البيان أن عليه الكراء كاملاً. انتهى.

ولا يخفى أن قول البحر: وفي غاية البيان... الخ - بعد أن نقل عن الزيلمي تقييد عبارة المتن بما ذكر - موضوع فيما إذا كانت الدابة تطبق مثل الحمل، لا فيما إذا كانت لا تطبق، كما سبق إليه نظر صاحب التنوير. ثم لدى مراجعة كتاب غاية البيان المذكور برح الخفاء وانكشف الغطاء وظهر جلياً أن قوله: «وعليه الكراء كاملاً» موضوع في صورة ضمان المستأجر بقدر ما زاد في الحمل. ولا يخفى أن ضمانه قدر ما زاد ليس إلا في صورة ما إذا كانت تطبق، كما هو صريح كلام الخانية السابق وغيرها وصريح كلام التنوير نفسه في المحل المذكور. ثم رأيت كلام الغاية المذكور منقولاً برمته في حاشية الشلبي المطبوعة على الزيلمي (من الإجارة من المحل المذكور) فليرجع إليها من أحب. وعليه فلم يبق للمقال من مجال، والحمد لله على كل حال.

\*\*\*

## القاعدة السادسة والثمانون (المادة / ٨٧) «الغرم بالغنم»

### الشرح ، مع التطبيق

- «الغرم» وهو ما يلزم المرء لقاء شيء، من مال أو نفس، مقابل «بالغنم» وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء.
- أفادت هذه المادة عكس ما أفادته المادة الخامسة والثمانون.
- ثم لا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعاً كمؤونة تعمير الملك المشترك فإنها عليهم بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك.
- وكمؤونة تعمير من يرغب من الموقوف عليهم في سكنى العقار الموقوف لسكناهم، فإنها عليهم بمقابلة سكناهم فيه.
- وكمؤونة كرى النهر المشترك وتعمير حافاته وتطهير مائه، فإنها على الشركاء فيه بمقابلة انتفاعهم بحق الشرب.
- وكمؤونة كرى السياق المالح المشترك، فإنها على الشركاء بمقابلة انتفاعهم بحق التسييل.
- وكإيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه منها.
- وكإيجاب أجره بيت حفظها وأجره حافظها عليه لقاء استحقاقه حبسها بدينه (ر: الدرر وغيره من الرهن).

– وكما لو باع الوصي عيناً من التركة ليقضي دين الغرماء، أو لم يكن دين فباعها لأجل الورثة وهم كبار وقبض ثمنها فضاع الثمن منه وتلفت العين المبيعة قبل تسليمها رجع المشتري على الوصي بالثمن، وهو يرجع على من كان البيع لأجله من الغرماء أو الورثة الكبار (ر: جامع الفصولين، الفصل الثامن والعشرين، ص / ٤١ و ٤٢).

– وكقيمة ما اتفقوا على إلقائه في البحر من الأمتعة المحمولة في السفينة إذا أشفقت على الغرق من ثقلها، فإنها على ركبائها بمقابلة سلامة أنفسهم.

– وكأجرة صك الشراء وحجج المبيعات، فإنها على المشتري بمقابلة انتفاعه بها.

– وكأجرة القسام والكيل والوزان، فإنها على الشركاء، لأن نفع ذلك عائد لهم.

أو يكون غير مشروع، كالتكاليف الأميرية التي تطرح على الأملاك، فإنها على أربابها بمقابلة سلامة أملاكهم. والتكاليف التي تطرح على الأنفس، فإنها بمقابلة سلامة أنفسهم. ولا شيء من هذه على النساء والصبيان لأنه لا يتعرض لهم.

#### تنبيه:

القسمة تكون بحسب الأنصبة إلا في سبعة، فإنها على عدد الرؤوس

وهي:

- ١ – ساحة.
- ٢ – الشفعة.
- ٣ – نواب مطلق.
- ٤ – أجرة القسام.
- ٥ – ما ألقى من السفن خشية الغرق.
- ٦ – طريق.
- ٧ – عقل.

وقد نظمها الحموي بقوله:

إن التقاسم في الرؤوس يكون في      سبع لهن حلّي عقد نظامي  
في ساحة، مع شفعة، ونوائب      إن من هواء، أجرة القسام  
وكذلك ما يرمي من السفن التي      يخشى لها غرق، وطرق كرام  
وكذلك عاقلة، وقد تم الذي      حرّره لأفاضل الأعلام  
    (ذكره في آخر الشفعة من رد المحتار).

تنبيه:

لا يدخل في قول الحموي «أجرة القسام» الكيال والوزان، لأنها على حسب الأنصاء إجماعاً (ر: الدر المختار، من القسمة).

ونظمها بعض المعاصرين بقوله:

قاسم على عدد الرؤوس، لساحة      ونوائب إن أطلقت، مع شفعة  
ولأجر قسام، وعقل، والطرق      ولمال سفن عند خوف من غرق  
ونظمها آخر بقوله:

إن التقاسم في الرؤوس لساحة      ولأجر قسام، ومطلق نائبه  
ولشفعة، دية، وطرق، مثلها      مرمي سفن عند خشية نائبه

\*\*\*

o b e i k a n d i . c o m

### القاعدة السابعة والثمانون (المادة / ٨٨) «النعمة بقدر النعمة، والنعمة بقدر النعمة»

«النعمة بقدر النعمة، والنعمة بقدر النعمة» احتوت هذه المادة على جملتين: الأولى منها مرادفة للمادة الخامسة والثمانين. والثانية منها مرادفة لعكسها، وهو ما أفادته السابعة والثمانون. هكذا أفاد بعض أفاضل الشراح. وحينئذ فما تفرع على كل من المادتين السابقتين المذكورتين يمكن أن يفرع على مرادفتها من جملي هذه المادة.

ويمكن أن يقال: إن المراد بالمادتين السابقتين المذكورتين هو إفادة أصل المقابلة، وهو كون الخراج لقاء الضمان، وكون الغرم لقاء الغنم، بقطع النظر عن كون أحدهما بقدر الآخر، فإن المراد بهذه المادة أن أحدهما يكون بقدر الآخر فيما يمكن فيه محافظة التقدير، وذلك فيما تكون فيه القسمة على حسب الأنصاء، وهو ما عدا السبعة المنظومة المتقدمة. وهذا كما تشعر به لفظة (بقدر) في الجملتين أولى من إخلائها من الفائدة وجعلها تكراراً محضاً!

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الثامنة والثمانون (المادة ٨٩)

«يُضَافُ الْفَعْلُ إِلَى الْفَاعِلِ ،

لَا إِلَى الْأَمْرِ مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبَرًا»

### أولاً - الشرح

«يُضَافُ الْفَعْلُ» أي ينسب حكمه، لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها «إلى الفاعل» ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً، ولم يصح أمر الأمر في زعمه، لأنه - أي الفاعل - هو العلة للفعل. و«لا» ينسب الفعل إلى «الأمر» به، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (ر: المادة / ٩٥) ومتى بطل الأمر لم يضمن الأمر (ر: جامع الفصولين، الفصل / ٣٣)، ولأن الأمر قد يكون سبباً والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها، لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها، لأنها موصلة إليها في الجملة، والموصل دون المؤثر.

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر «ما لم يكن» الأمر «مجبراً» أي مكرهاً للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرهاً له عليه فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه، لا إلى الفاعل، لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره.

### ثانياً - التطبيق

فلو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الأمر إلا إذا كان الأمر مجبراً ومكرهاً للفاعل على الفعل، فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذ

إذا كان إكراهه له بملجىء (ر: المادة / ٩٤٩) ولا معتبر بغير الملجىء في مثل هذا، لأنه من التصرفات الفعلية (ر: المادة / ١٠٠٧).

ومن الإكراه المعتبرها هنا أيضاً ما إذا كان الأمر سلطاناً فإن أمره إكراه (ر: رد المحتار، من آخر الغصب).

ثم إننا قيّدنا اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا: «إذا كان عاقلاً بالغاً» لأنه إذا لم يكن كذلك، بأن كان غير عاقل، أو كان صبيّاً فإن الفعل يضاف إليه ويضمن المال الذي أتلفه ودية العضو والنفس، لأن المحجورين يضمنون الضرر الذي نشأ من فعلهم (ر: المادة / ٩٦٠) ولكن لا يقتصر الضمان عليه، بل يرجع بما ضمنه على أمره إذا كان أمره معتبراً بأن كان عاقلاً بالغاً، أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا يرجع عليه (ر: الدر، آخر الغصب).

وقيدنا أيضاً اقتصار الحكم على الفاعل بقولنا: «ولم يصح أمر الأمر في زعمه» لأنه لو صح في زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمن وإن كان الأمر غير صحيح في الواقع (ر: رسالة محمود أفندي حمزة المسماة بـ: التحرير في ضمان الأمر والمأمور والأجير، نقلاً عن العناية. طبعت تلك الرسالة في دمشق - الشام ١٣٠٣هـ).

وفي الدر المختار وحاشيته (من آخر الغصب): وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الأمر (أشباه) وهذا فيما إذا قال: احفر لي، أو قال احفر في حائطي، أو كان ساكناً في تلك الدار، أو استأجره على ذلك، لأن ذلك كله من علامات الملك، وإلا فلا يرجع، لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور. انتهى.

ومما صح فيه أمر الأمر في زعم المأمور ما ذكره في رد المحتار، عن الهندية، عقب ما تقدم من أنه لو أمر غيره أن يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره ضمن الذابح علم أولاً. لكن إذا علم لا يكون له حق الرجوع، وإلا رجع. انتهى. لأن تعبيره بقوله: «يذبح له» يصحح أمر الأمر بزعم المأمور، كما علم مما سبق. وأفاد كلام الهندية أن علامات الملك إنما تنفع إذا لم يعلم المأمور أنه للغير، أما إذا علم فإنها لا تنفع.

ومنه ما لو قال رجل لأهل السوق: بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة، فبايعوه، ثم ظهر أنه ابن الغير، رجعوا على الرجل (ر: الدر المختار، من باب المراجعة والتولية) لأن الأمر بقوله: بايعوا، والإضافة بقوله: ابني يصححان أمر الأمر في زعم المأمور ويجعلانه مغروراً من قبل الأمر، فلا يقتصر فعل هؤلاء، من الحفر والذبح والمبايعه، عليهم، بل يرجعون بما تضرروا به على الأمر.

والتقييد بقولنا: «فحينئذ ينسب ما يمكن نسبه من حكم الفعل إليه» لإخراج ما لا يمكن نسبه إليه من الأحكام، لكونه لا يصلح أن يكون المكروه فيه آلة للمكروه، كالتكلم. ولذا لو أكره على الإعتاق ضمن المكروه، لأن المكروه حق الإلتلاف يصلح آلة، لكن الولاء للمكروه، لأنه لا يصلح آلة في حق التكلم (ر: رد المحتار، من الإكراه، عن الإتقاني).

#### تنسيبه:

إنما يشترط كون الأمر مجبراً لأجل إضافة حكم الفعل إليه إذا لم يكن أمره للغير يضمن الأمر بالضمان، ولم يكن أمره له بدفع مال عنه لقاء واجب دنيوي عليه يطالب به بالحبس والملازمة، أو لقاء شيء يدخله المأمور في ملك الأمر بواسطة امتثاله أمره أو لقاء سلامة نفس الأمر. أما إذا كان شيء من ذلك فلا يشترط لإضافة حكم الفعل إليه والرجوع عليه كونه مجبراً، فلو أمر غيره بقضاء دين عليه مثلاً ففعل رجع عليه، لأن ذلك واجب دنيوي على الأمر يطالب به بالحبس والملازمة.

وكذا لو أمره بالإتفاق على نفسه أو على بناء داره ففعل، رجع عليه في جميع ذلك، لأن ما أنفق المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة إنفاقه في ملك الأمر من الطعام والكسوة والبناء.

وكذا لو أمر الأسير غيره بفدائه ففعل رجع عليه، لأن ما دفعه المأمور على الأمر بلا اشتراط (كما يستفاد ذلك من الأشباه وحواشيه، في الغصب والكفالة). نعم، في مسألة الأسير المذكورة قولان مصححان صحح في الخاتمة الرجوع بلا اشتراط وعليه اقتصر في شرح السير الكبير، ومشى في المحيط على عدم

الرجوع بلا اشتراط. قال في العمادية: وهو الأصح، وعليه الفتوى (ر: رد المحتار، قبيل كفالة الرجلين).

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة ما لو كان المأمور أجيراً خاصاً للأمر فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد فالضمان على أستاذه الأمر له، فلو تخرق الثواب من دقه، أو غرقت السفينة من مده، فالضمان على أستاذه الأمر (ر: الدر المختار وحاشيته، من ضمان الأجير).

وكذا لو أمره برش الماء في فناء دكانه فرشاً، فما تولد منه فزمانه على الأمر، وإن بغير أمره فالضمان على الراش (ر: رد المحتار، من آخر الغصب، عن البزازية) وكما في جامع الفصولين (الفصل / ٣٣ ص ١٢٥) فصل في مسألة ما لو أمره برش الطريق: بين تلف الدابة فيضمن مطلقاً، وبين تلف الأدمي فيضمن إذا رش كل الطريق ولم يترك ممراً. انتهى.

### تنبيه آخر:

إن دعوى الضمان تكون على المباشر لا غير، صح الأمر أو لم يصح، فإن صح الأمر رجع المباشر على الأمر، وإن لم يصح فلا رجوع (ر: رسالة محمود أفندي حمزة، عن الذخيرة).

### تنبيه آخر:

الظاهر أن إضافة الفعل للفاعل لا للأمر إنما تكون في فعل ظهر فيه تعد على الغير موجب للضمان، فلو لم يكن فيه شيء من هذا فإن الفعل يضاف حينئذ للأمر إذا كان الفعل يقبل الاستنابة، بدليل ما نص عليه في الدر والمختار وغيرهما (من الأيمان) من أنه لو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل دار فلان، فأمر غيره فحمله وأدخله حنث. وبدليل ما نصوا عليه من حنث من حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الأمر الفلاني، فأمر غيره بفعله ففعله. إلا ما استثنوه من المسائل السبع التي لا يلزم الموكل إضافتها إلى موكله، أو التي لا ولاية للأمر فيها، كضرب ابنه الكبير (ر: ما تقدم من ذلك في الكلام على المادة الثانية عشرة نثراً ونظماً).

القاعدة التاسعة والثمانون (المادة / ٩٠)

«إذا اجتمع المباشر والمتسبب

يضاف الحكم إلى المباشر»

أولاً - الشرح

«إذا اجتمع المباشر» للفعل، أي الفاعل له بالذات «والمسبب» له، أي المفضي والموصل إلى وقوعه «يضاف الحكم إلى المباشر» لما تقدم في المادة السابقة، من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة، لأن تلك أقوى وأقرب، إذ التسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه، من تلف أو غيره، فعل فاعل مختار، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من التسبب. قال الرملي في حاشيته على جامع الفصولين (في الفصل / ٣٣ صفحة ١٢٤): إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم، كالعلة وعلة العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة.

ثانياً - التطبيق

مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان، لأنه العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، دون حافر البئر، لأنه وإن كان فعله مفضياً وموصلاً إلى التلف، إلا أن التلف لم يحصل بفعله، بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو مباشر الإلقاء بلا واسطة، فكان الضمان عليه. حتى لو لم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار بأن تدهور فيه الحيوان بلا صنع أحد ضمن الحافر إذا كان متعدياً بأن كان حفره بغير إذن ولي

الأمر (ر: المادة/ ٩٢٢ و ٩٢٤ و ٩٢٥).

ويتفرع على القاعدة ما لودل سارقاً على مال إنسان فسرقه أو دل آخر على القتل أو قطع الطريق، ففعل فلا ضمان على الدال بل على السارق والقاتل وقاطع الطريق لأنه المباشر.

وكذا لو دفع سكيناً إلى صبي مميز ليمسكه له فقتل الصبي به نفسه، فلا ضمان على الدافع المتسبب، لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو الصبي، لأنه ضرب نفسه باختيار (ر: المرآة) فلولم يحصل التلف باختياره بأن وقع السكين من يد الصبي عليه فجرحه ضمن الدافع (ر: الأشباه).

تنبيه:

إنما يجب الضمان على المباشر وحده دون المتسبب إذا كان السبب لا يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة، كحفر البئر، فإنه بانفراده لا يوجب التلف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة، وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع. أما إذا كان السبب يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة، كالسوق مع الركوب، فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في ضمان ما تتلفه الدابة، لأن السائق وإن كان متسبباً، والراكب وإن كان مباشراً فإن السبب ها هنا، وهو السوق، يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن الركوب فيضمنان بالسوية (ر: رد المحتار من جناية البهيمة).

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة المسألة التالية:

لو دل المودع نفسه السارق على الوديعة فسرقها، فإنه يضمن لترك الحفظ، إلا إذا منعه حين الأخذ فأخذها كرهاً فلا يضمن. بخلاف وارث المودع إذا دل السارق عليها فإنه لا يضمن لأنها في يده أمانة محضة لم يلتزم الحفظ فيها.

ويظهر أن مثله<sup>(١)</sup> ما لو ألت الریح ثوب الجار في داره، فدل السارق عليه، لتصريحهم بأنه أمانة محضة لا التزام للحفظ فيها.

\*\*\*

(١) أي مثل وارث المودع (بصيغة المفعول) في عدم الضمان.

## القاعدة التسعون (المادة / ٩١) «الجواز الشرعي ينافي الضمان»

### أولاً - الشرح

«الجواز الشرعي» وهو كون الأمر مباحاً، فعلاً كان أو تركاً «ينافي الضمان» لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف.

ولكن بشرط:

- أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة.
- وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافيا.

### ثانياً - التطبيق

أما إذا كان الأمر المباح فعلاً فهو ما أفادته المادة بقولها: مثلاً لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به أو في طريق العامة ولكن بإذن ولي الأمر، فوقع فيها حيوان رجل، أو وقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً.

وكذا لو خالف في حفظ الوديعة أو استعمال المأجور إلى ما هو مساوٍ كما إذا قال: احفظها في البيت الفلاني من دارك فحفظها في بيت آخر مثله فيها. أو استأجر الدابة ليحملها كراً معيناً من حنطة مثلاً فحملها كراً من حنطة أخرى.

أو خالف إلى ما هو خير، كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحسن من الذي

عينه له المودع، أو استأجر الدابة ليحملها كر حنطة فحملها كر شعير أو سمسم، فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه في شيء من ذلك (ر: المواد / ٦٠٥، ٧٨٤، ٩٢٤ من المجلة والمرآة).

وكذا لو أخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن (ر: المادة / ١٥٠٠ وشرحها من المرآة).

وكذا لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلكت في يده لا يضمن العين وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر.

وكذا لو فسخت الإجارة فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الأجرة فهلكت العين في يده لا يضمن ولا يسقط ما عجله (ر: التنوير من الإجارة).

وكذا لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها، ثم طلبها ربه فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت بعد منعه لا يضمن ولا تسقط النفقة على المعتمد، وذلك لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

وأما إذا كان الأمر المباح تركاً فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن. أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده، أو أضر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر، أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم، لأن امتناع من ذكر جائز، والجواز ينافي الضمان.

ثم إننا شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئاً بيدها أو فمها، وهوراكبها أو سائقها أو قائدها، فيضمن. لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة (ر: المادة / ٩٢٦، ٩٢٣، ٩٣٣ من المجلة).

وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته (ر: ما تقدم في المادة / ٣٣). وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها، فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق (ر: المادة / ٩١٩ من المجلة والمرآة) لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه.

ثم إن مفهوم القاعدة أن عدم الجواز الشرعي لا ينافي الضمان ولا يبايه، ولكن هل يستلزمه أو لا يستلزمه؟ محل نظر. وقد صرح في رد المحتار (أوائل اللقطة) بأن الإثم لا يستلزم الضمان، وقال: واستدل له في البحر بما قالوا: لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يآثم ولا يضمن.

أقول: ويدل له أيضاً ما صرحوا به في الإكراه من أنه لو أكره بملجىء على قتل الغير أو قطع عضوه لا يحل له الإقدام. فلو فعل فالقصاص على المكره (بالكسر) ويؤيده أيضاً ما لودل وارث المودع السارق على الوديعة فسرقها، فإنه لا يضمن (كما تقدم في الكلام على المادة السابقة).

وكما لو قصر المتولي في مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مال كثير فهرب لا يضمن (ر: الفتاوى الانقروية، من الوقف، الباب الثامن)<sup>(١)</sup>.

وكذا لو قصر المتولي في رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجر المثل إذا كان المستأجر ممتنعاً عن دفعها، مع قدرته على رفعه، لا يضمن (ر: الأشباه، من الوقف).

وكما لو أودع اثنان مثلياً عند آخر لم يجوز له أن يدفع لأحدهما حصة منه بغية الآخر، ولو دفع لا يضمن استحساناً، ورجحه في البحر، واختار النسفي والمحجوبي الضمان (ر: الدر المختار، من الوديعة).

وكما لو سعى بيريء إلى ظالم قد يغرم وقد لا يغرم.

فكل ما ذكر من هذه الأعمال غير جائز شرعاً ولم يوجبوا به ضماناً.

(١) أي وإن كان يستحق العزل. (كتبه مصطفى الزرقاء ابن المؤلف).

وكما لو وجد اللقطة، وقد أمن من نفسه تعريفها، وكانت بمعرض الضياع، فلم يعرفها، فإنه يَأْتَمُّ ولا يضمن لوضاعت على المعتمد (ر: الدر وحاشيته، من اللقطة).

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن القاعدة مسائل:

منها: أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله، حتى يقبض منه الثمن، ولكن لو هلك المبيع في يده، والحالة هذه، يلزم الوكيل الثمن. (ر: المادة / ١٤٩٢).

ومنها: ما لو استغل أحد الشريكين في الكرم أثماره وباعها حين غيبة شريكه فإن عمله هذا جائز، ولكن إذا حضر شريكه فهو مخير بين أن يميز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يضمنه حصته (ر: المادة / ١٠٨٦).

ومنها: ما لو مات رفيقه في السفر ولا قاضي، فله بيع أمتعته وحفظ ثمنها لورثته، والورثة بالخيار بين أن يميزوا البيع ويأخذوا الثمن، أو يأخذوا ما وجدوا ويضمنوا ما لم يجدوا.

ومنها: ما لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنًا كافيًا ثم جاء صاحبها فهو بالخيار بين أن يميز تصدقه أو يضمنه (ر: الدر المختار وحاشيته، من اللقطة).

ومنها: ما جاء في المادة / ٩١٩ من المجلة والمرآة، وقدمناه في الكلام على المادة / ٢٦ من أنه لو وقع حريق في محلة فهدم رجل بيت جاره لمنع سريان الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر، ثم انقطع الحريق ضمن قيمتها وهي في حالة الحريق لا كاملة، ولا يكون آثمًا في فعله على كل حال.

## القاعدة الحادية والتسعون (المادة / ٩٢)

### «المباشر ضامن وإن لم يتعمد»

#### أولاً - الشرح

«المباشر» للفعل، وقد تقدم بيانه في القاعدة / ٨٩ / «ضامن» لما تلف بفعله إذا كان متعمداً فيه، ويكفي لكونه متعمداً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه سواء كان نفس الفعل سائغاً، كما في الفروع الآتية، أو غير سائغ كما لو أراد ضرب معصوم فأصاب آخر نظيره، وأمثال ذلك كثيرة، فيضمن حينئذٍ «وإن لم يتعمد» الإلتلاف، لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإلتلاف ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعمداً، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإلتلاف، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم، وهو الضمان عن المباشر المتعدي.

#### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه المادة:

ما لو زلق إنسان فوقه على مال آخر فأتلفه، أو أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن في الصورتين (ر: المادتين ٩١٣ و ٩١٤ من المجلة).

وما لو سقط من ظهر الحمال شيء فأتلف مال أحد ضمن الحمال. وكذا لو طرق الحداد الحديدية المحماة فطار شررها فأحرق ثوب إنسان مار في الطريق ضمنه الحداد (ر: المادة / ٩٢٦).

وما لو انقلب النائم أو الصغير، ولولا يعقل أصلاً، على مالٍ لغيره فأتلفه، أو شخص فقتله، فإنه يضمن.

وكل هذه الأفعال لا توصف بالحظر. وقد حكم على فاعليها بالضمنان بما اتصلت به مما مسوغ له.

#### نسيه:

إنما قيدنا ضمان المباشر بما إذا كان متعدياً ليخرج ما عساه يدخل تحت المادة لولا القيد المذكور، وليس بداخل لعدم مساعدة الإيجاب الشرعي دخوله.

وذلك كما لو قتل الإنسان من جاء ليقتله أو يأخذ ماله، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل، فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل، وذلك لكونه غير متعد وله فيه مسوغ.

ولولا القيد المذكور لكان الفرعان وما شاكلهما داخلين في جملة المضمون وليس بذاك.

وإنما قيدنا في بيان ما يكفي لكونه متعدياً بقولنا: «في غير ملكه» ليخرج ما لو كان فعله في ملكه ولكن اتصل به مسوغ له. كما لو حفر في ملكه أو سقى أرضه سقياً معتاداً فتلف بحفره أو سقيه هذا شيء، فإنه لا يضمنه، لكونه في ملكه ولم يتجاوز. ولولا القيد المذكور لدخل الفرعان تحت التعدي، وليس من التعدي في شيء!.

\*\*\*

## القاعدة الثانية والتسعون (المادة / ٩٣)

### «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»

#### أولاً - الشرح

«المتسبب» للضرر، وهو فاعل ما يفضي ويوصل إليه «لا يضمن» ما أفضى إليه عمله من الضرر، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف «إلا» إذا كان متعمداً (ر: المادة / ٩٢٤). ويكفي في كونه متعمداً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له، كما تقدم في المادة السابقة، وكان فعله مقروناً «بالتعمد»، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد (ر: رد المحتار، من متفرقات البيوع عند قول المتن: «لو فرخ طير أو باض»، نقلاً عن البحر).

يعني بالتعمد: أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه. ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر. مثلاً: لورمي بالبندقية فخافت الدابة فنذت وأتلفت شيئاً فإنه يشترط لصيرورته ضامناً أن يكون قصد الإخافة فقط (ر: المادة / ٩٢٣). ولا يشترط لصيرورته ضامناً أكثر من ذلك بأن يكون قصد الإخافة لأجل الإتلاف، كما أنه يكفي لتضمينه بسوقها أن يكون قصد بالسوق أثره المترتب عليه وهو سيرها، ولا يشترط أن يكون قصد سيرها لتتلف.

#### ثانياً - التطبيق

فلو دفع السكين إلى صبي فوقعت من يده فجرحته، أو حفر في غير ما له

حق الحفر فيه فتدهور في حفرته حيوان فهلك، أو سقى أرضه سقياً غير معتاد فأضر بجاره، ضمن في الصور كلها لتعديه وتعمره.

وكذا ما في جامع الفصولين (الفصل / ٣٣ صفحة ١٢٢) من أنه لو قعد إنسان في الطريق للبيع بغير إذن ولي الأمر فتلف بقعوده شيء يضمنه، أما لو كان قعوده بإذن ولي الأمر فإنه لا يضمن. فلو لم يتعد أصلاً، كما لو حفر في محل له حق الحفر فيه، أو سقى سقياً معتاداً فتلف بعمله شيء، أو تعدى ولكن لم يتعمد، كما لورمى بالبندقية ولم يقصد إخافة الدابة ولكن حصل خوفها أو ساق دابة مخصوصة فانسأقت أخرى بجانبها وأتلفت، لا يضمن في الكل، لعدم التعدي أو لعدم التعمد.

#### تنسيبه:

يشترط لتضمينه في صورة ما إذا حفر في ملك غيره فتدهور في حفرته حيوان فهلك أن لا يكون المالك قد تقدم منه رضاً بالحفر قبل أن يقع الحيوان في الحفرة، فإن كان قد تقدم منه الرضا يسقط الضمان (ر: جامع الفصولين، الفصل / ٣٣ صفحة / ١٢٦، وسيأتي مفصلاً في المادة / ٩٦).

\*\*\*

## القاعدة الثالثة والتسعون (المادة / ٩٤)

### «جناية العجاء جبار»

#### أولاً - الشرح

«جناية العجاء» أي ما تفعله البهيمة من الإضرار بالنفس أو بالمال «جبار» أي هدر وباطل لاحكم له، إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار، كسائق أوقائد أوراكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة. أما إذا كان منبعثاً عن فعل فاعل مختار فقد جاء تفصيل أحكامه في (الفصل الرابع من الباب الثاني من كتاب الغصب، من المجلة المادة ٩٢٩ وما بعدها).

ثم إن القاعدة المذكورة مأخوذة من حديث شريف صحيح رواه مالك وأحمد في مسنده والبخاري ومسلم وأبوداود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه، والطبراني في الكبير عن عمرو بن عوف رضي الله تعالى عنه بلفظ: «العجاء جرحها جبار».

#### ثانياً - التطبيق

مما يتفرع على هذه المادة:

ما لو كان راكب الدابة يسير في ملكه فنفتحت برجلها أو بذنبها أو كدمت بضمها أو ضربت بيدها فلا ضمان عليه (ر: ما يأتي في المادة / ٩٣٠). بخلاف ما لو داست شيئاً وأتلفته فإنه يضمنه وإن كان يسير في ملكه، لأنه جنايته لا جنايتها.

ومنه: ما لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلقت إحداهما الأخرى فلا ضمان على صاحبها (ر: المادة / ٩٣٩).

ومنه: ما لو اغتالت هرة إنسان طائراً لغيره فلا ضمان على صاحبها (ر: درر الحكام).

ولكن لو أتلقت العجاء شيئاً بنفسها وكان صاحبها يراها فلم يمنعها ضمن (ر: ما يأتي في المادة / ٩٢٩) والظاهر تقييده بما إذا كان قادراً على منعها.

\*\*\*

## القاعدة الرابعة والتسعون (المادة / ٩٥) «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»

### أولاً - الشرح

«الأمر» هو مصدر أمر «بالتصرف في ملك الغير» أي غير الأمر «باطل» أي لا حكم له إذا كان المأمور عاقلاً بالغاً ولم يكن الأمر مجبراً للمأمور ولم يصح أمر الأمر في زعم المأمور، وتكون العهدة فيه حينئذٍ على المأمور المتصرف، لأنه العلة المؤثرة والأمر سبب. والأصل الإضافة إلى العلة المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية الموصلة (كما تقدم جميعه مبيناً في الكلام على المادة / ٨٩) ولأن أمر الأمر إذا كان كذلك لا يجاوز أن يكون مشورة، وهي غير ملزمة للمأمور، ولا تصلح مستنداً له لتبرير عمله.

ثم لا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائماً حين الأمر بل يكفي أن يكون قائماً حين التصرف. فلو أودع رجلاً ماله وقال: إن مت فادفعه لابني، فمات فدفعه إليه وله وارث غيره ضمن نصيبه.

وكذا لو قال: إن مت فادفعه إلى فلان وهو غير وارث، فدفعه إليه ضمن (ر: جامع الفصولين، من آخر الفصل / ٢٨ / صفحة / ٤٢ ببعض توضيح).

### ثانياً - التطبيق

كما يتفرع على هذه القاعدة:

ما إذا أخبر أنه وصي الميت فلم يضع يده على التركة ولكن أمر المخبر أن يعمل بها بطريق المضاربة ففعل وضاع المال، ثم لم تثبت وصايته، فالذي عمل بالمال ضامن، لعدم صحة أمر الأمر وعدم نفاذه في ملك الغير. ولا يضمن الأمر لأنه لم يضع يده على المال. انتهى (من جامع الفصولين، من الفصل والصفحة المذكورين، ببعض تصرف).

وما تقدم من الكلام على المادة / ١٩ يغني عن الكلام ها هنا، فلا حاجة لإعادته.

\*\*\*

القاعدة الخامسة والتسعون (المادة / ٩٦)  
**«لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»**

الشرح، مع التطبيق

«لا يجوز لأحد» أي لا يحل له ولا يصح منه «أن يتصرف» تصرفاً فعلياً في ملك الغير» سواء كان خاصاً أو مشتركاً «بلا إذنه» سابقاً، أو إجازته لاحقاً.

والتصرف نوعان: فعلي، وقولي:

أما التصرف الفعلي فإن كان تقدمه إذن سابق يحل ويصح، لأن الإذن السابق توكيل (ر: المادة / ١٤٥٢). وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصباً بوضع اليد فقط أو تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر أو إتلافاً. فإن كان غصباً فهو محظور موجه رد العين ومضمون بالتلف إلا إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة (ر: جامع الفصولين، في الفصل / ٣٣).

وإن كان تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر في العين، كالحفر في ملك الغير بلا إذنه فليس للمالك أن يجبر الحافر على الطم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، بل يضمّنه النقصان، بخلاف الحفر في سكة غير نافذة أو في الطريق العام، فإن الحافر فيه يجبر على الطم اتفاقاً.

ثم إذا نشأ عن حفره هذا ضرر، كما إذا وقع حيوان في الحفرة فتلف يضمّنه الحافر، لأنه متسبب متعدّد، إلا إذا كان الحفر في ملك الغير ورضي المالك بالحفر قبل وقوع الحيوان فإنه يسقط الضمان حينئذٍ ويصير كأنه حفر بإذن

المالك ابتداءً، حتى أنه لو أراد الحافر أن يطم ما حفر فليس له الطم (ر: ما استفاد من الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين وحاشيته للرملي صفحة ١٢٦ و١٣٥).

وإن كان إتلافاً فهو مضمون بكل حال، سواء أجازته المالك أولاً، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف (ر: الدر وحاشيته، من الغصب).

وأما التصرف القولي في ملك الغير، كبيع الفضولي وهبته وإجارته وغيرها، فإن أعقبه التسليم كان غاصباً بالتسليم وضامناً وعقده موقوف، فإذا لحقته إجازة المالك بشرطها لزم. وشرطها: بقاء المالك، والعين المتصرف فيها، والمتعاقدين. ويزاد في البيع: قيام الثمن لو غير نقد<sup>(١)</sup> (ر: رد المحتار، من الفضولي) ويزاد في الإجازة: بقاء المدة (ر: الخانية، قبيل إجازة الوقف ومال اليتيم).

وإن كان التصرف قولياً محضاً لم يعقبه تسليم فهو موقوف على إجازة المالك بشروطها، وهو سائغ صحيح مع توقفه، لأن الموقوف من قسم الصحيح لإبيع المكروه فإنه موقوف فاسد (ر: رد المحتار، من البيع الفاسد) وهذا القسم الأخير ليس من موضوع القاعدة.

هذا، وإذا تصرف ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن وأنكر المالك فالقول للمالك، إلا في الزوج إذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها فادعى أنه كان بإذنها وأنكر الورثة، فالقول للزوج (ر: الدر وحاشيته، من الغصب).

ثم الإذن قد يكون صريحاً، وذلك ظاهر. وقد يكون دلالة، وذلك كما لومرست الشاة مع الراعي المستأجر في المرعى مرضاً لا ترجى حياتها معه فذبحها فإنه لا يضمنها، لأن ذلك مأذون فيه دلالة (ر: درر الحكام).

(١) أي إذا كان الثمن شيئاً غير النقود، لأن البيع حينئذ يكون مقايضة بين أعيان فيكون كل من العوضين مبيعاً من وجه، وثمناً من وجه. (مصطفى ابن المؤلف).

ومثل ذلك: ملك الغير الوقف وإن لم يكن مملوكاً.

ومثل إذن المالك: إذن من له حق الإذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متول.

### تنسيبه:

الظاهر أن ما ذكره من شروط صحة الإجازة إنما هو في إجازة عقد الفضولي المحض غير المأذون دلالة. أما إذا كان مأذوناً دلالة فلا تشترط هذه الشروط، يدل لذلك ما نقل في رد المحتار (من اللقطة، عند قول المتن: «مات في البادية» عن أدب الأوصياء) من أنه لو مات في السفر فباع رفاقؤه تركته وهم في موضع ليس فيه قاضٍ، قال محمد: جاز بيعهم وللمشتري الانتفاع بما اشتراه. ثم الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع وضمن ما لم يجد. فقد صحح الإجازة مع هلاك المبيع كما ترى. وعلة المحشي هناك بكون المتبايعين مأذونين هناك دلالة.

وكذا ما نقله أيضاً (في أوائل الشركة، قبيل قول المتن: «وشركة عقد» عن جامع الفصولين) في الكرم المشترك إذا غاب أحد الشريكين، من أن الشريك الحاضر يقوم عليه، فإذا أدركت الثمرة يبيعه ويأخذ حصته ويقف حصه الغائب، فإذا قدم الغائب يميز بيعه أو يضمن. انتهى. وبذلك جاءت المادة / ١٠٨٦ من المجلة، فقد صححت الإجازة مع أن العنب من الأثمار التي لا تبقى، وما ذاك إلا لأن الحاضر مأذون بالبيع وحفظ الثمن، دلالة من شركة الغائب الذي لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف.

### ثالثاً - المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل يجوز التصرف فيها بمال الغير ديانة بلا إذنه:

منها: أنه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج إليه الأب أو الابن المريض بلا إذنه ولا يجوز في المتاع.

ومنها: أنه يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغمي عليه أن ينفقوا عليه من ماله. وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته لحصير ونحوه، أو أنفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصي لهم.

ففي جميع ذلك لا يضمن المنفقون ديانة، أما في القضاء فهم متطوعون (ر: رد المحتار، من الغصب).

وكذا المديون إذا مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقبضه فقضاه المديون، أو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقبضه فقضاه المودع، أو عرف الوصي ديناً على الميت فقضاه، فجميع تصرفاتهم هذه جائزة ديانة، ولكنهم متطوعون حكماً (أي قضاء) (ر: رد المحتار، من النفقة عند قول المتن: «ضمن مودع الابن لو أنفق على أبويه من غير أمر قاض»).

لكن في جامع الفصولين (أوائل الفصل الثامن والعشرين، صفحة / ٣٥) لوقضى المودع دين مودعه بالوديعة ضمن في الصحيح. انتهى. وهو بإطلاقه يفيد ضعف القول بالجواز ديانة في خصوص المودع، واحتمال كون مقابله قولاً بعدم الضمان قضاءً احتمال بعيد! ثم في فرع الوصي إذا عرف ديناً فقضاه لو أنكر الورثة الدين فأقام الوصي بينة على الدين تقبل، وإذا عجز عن البينة فله تحليف الورثة (ر: جامع الفصولين، الفصل المذكور، صفحة / ٣٦).

\*\*\*

## القاعدة السادسة والتسعون (المادة / ٩٧)

«لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي»

### الشرح ، مع التطبيق

«لا يجوز لأحد» ما، ولو والدًا أو ولدًا أو زوجًا «أن يأخذ» جادًا أو لاعبًا «مال أحد» ما، ولو ولده أو والده أو زوجته «بلا سبب شرعي» يسوغ له الأخذ.

ثم إذا كان السبب شرعياً في الظاهر ولكن لم يكن في الواقع ونفس الأمر حقيقياً، كالصلح عن دعوى كاذبة على بدل، فإن بدل ذلك الصلح يقضى له به، ولكن لا يحل له، ويجب عليه ديانة رده إن أخذه، وإن كان السبب في الحكم الظاهر شرعياً وقضى به القاضي، لأنه - والحالة هذه - رشوة، أخذه لقاء كف ظلمه وتعديه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البدل فيما بينه وبين ربه سبحانه. فقد روى البخاري ومسلم وأبوداود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك وأحمد في مسنده عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، فلعن بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق [أخيه] فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليركها».

وكذا لو اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى وأنه لم يكن له على المدعي شيء بطل الصلح ويسترد المدعي عليه البدل (ر: الدر المختار، من الصلح).

ثم إن السبب الشرعي يكون قوياً، ويكون ضعيفاً:

فالسبب القوي لا يحتاج في تجويز الأخذ إلى قضاء القاضي، وذلك هو الكثير الغالب، كثمن البياعات، ومثل القرض، وبدل المغصوب، وبدل الإجارة إذا صار ديناً في الذمة، كما إذا شرط تعجيله أو مضت مرحلة في إجارة الدابة للسفر أو يوم للسكنى أو فرغ الأجير من العمل، والمال المكفول به، والمال الموروث، ونفقة الزوجة والأولاد والأبوين وأمثال ذلك. فإن جميع ذلك يجوز أخذه شرعاً بلا قضاء القاضي وإن لم يرض من عليه الحق. والسبب الضعيف لا يجوز الأخذ معه بدون رضا من عليه الحق إلا بقضاء القاضي. وذلك:

- ١ - كاسترداد العين الموهوبة من الموهوب له.
- ٢ - وكنفقة غير الزوجة والأولاد والأبوين من الأقارب.
- ٣ - وكتناول أولاد البنات مع أولاد البنين من غلة الوقف على الأولاد.
- ٤ - وكأخذ المشتري من بائعه ما دفعه له من ثمن المبيع الذي ظهر له أنه ملك الغير.
- ٥ - وكأخذه من البائع ما دفعه له من ثمن مبيع ظهر بعد القبض معيماً.
- ٦ - وكأخذ الشفيع العقار المبيع بالشفعة.
- ٧ - وكأخذ الدائن دينه من غير جنسه على المروي في المذهب. فإن جواز الأخذ في جميع ذلك موقوف على قضاء القاضي بالرجوع بالهبة في الأولى، وبالنفقة في الثانية، وبدخول أولاد البنات في الثالثة، وبلاستحقاق الموجب للرجوع بالثمن بشروطه في الرابعة، وبالرد بالعيب في الخامسة، وبالشفعة في السادسة، وعلى بيع القاضي مال المديون وصيرورته من جنس الدين في السابعة. ولكن الفتوى في الأخيرة على جواز الأخذ في زماننا إذا ظفر الدائن بغير جنس حقه من مال المديون من غير حاجة إلى أن يبيعه القاضي بجنس الدين، لكثرة العقوق (ر: رد المحتار، من الحجر، عند قول المتن: «وباع دنانيره بدراهم دينه»).

## القاعدة السابعة والتسعون (المادة / ٩٨) «تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات»

### أولاً - الشرح

«تبدل سبب الملك» أي علقته «قائم مقام تبدل الذات» وعامل عمله .  
والأصل في ذلك ما ورد صحيحاً في لحم أهدته بريرة للنبي ﷺ فقيل له :  
إنه تصدق به عليها، فقال: «هو عليها صدقة ولنا هدية» فأقام ﷺ تبدل سبب  
الملك، من التصدق إلى الإهداء، فيما هو محذور عليه، وهو الصدقة، مقام  
تبدل العين .

### ثانياً - التطبيق

ويتفرع على ذلك نواذر كثيرة:

منها: ما لو اشترى من آخر عيناً، ثم باعها من غيره، ثم اشتراها من  
ذلك الغير، ثم اطلع على عيب قديم فيها كان عند البائع الأول، فليس له أن  
يردها عليه، لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه (ر: رد المحتار، في أوائل خيار  
العيب، عن الذخيرة). بخلاف ما لو اشترى من رجل داراً وقبضها، ثم باعها  
من غيره، ثم اشتراها منه ثانياً، ثم استحقت الدار من يد المشتري، فإن له أن  
يرجع على البائع الأول بالثمن (ر: ذخيرة الفتوى، من البيوع، في الحادي  
والعشرين، عن شمس الأئمة الأوزجندی).

ومنها: ما لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عادت إليه بسبب جديد بأن

باعها منه أو تصدق بها عليه، فأراد الواهب أن يرجع بهبته لا يملك ذلك (ر: الدر المختار، من الرجوع في الهبة).

ولذلك لو باع عقاراً لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقايل البائع مع المشتري البيع، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة، لأنها بيع جديد في حق ثالث، والشفيع هنا ثالثهما (ر: الدر المختار، من الشفعة من باب ما تثبت هي فيه).

وكذا لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذه بالأولى.

وقد فرع شراح المجلة هنا فروعاً لا تدخل في القاعدة فلم نخرج عليها.

#### تنبيه:

نقل في ذخيرة الفتوى (في الاستحقاق من البيوع، الفصل / ٢١) فرع الاستحقاق المذكور أعلاه عقب الفرع الأول من فروع القاعدة، واستشكله من وجهين: حاصل الأول أن ظاهر الرواية أنه إذا استحق المبيع لا يرجع أحد من الباعة على بائعه بالثمن ما لم يرجع عليه، فكيف يرجع هنا على بائعه ولم يرجع عليه المشتري منه؟! وحاصل الثاني: أنه نقل الفرع الأول (فرع الرد بالعيب) وعلمه بأنه لورده عليه كان للمردود عليه أن يرده عليه ثانية لأنه اشتراه منه فلا يفيد، وليس له أن يرده على البائع الأول أيضاً، لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته وأنه ينبغي على قياس هذا أن يكون الحكم في فصل الاستحقاق كالحكم في فصل الرد بالعيب. ثم قال: ويجوز أن يكون بين الاستحقاق وبين الرد بالعيب فرق. انتهى ملخصاً. ولم ينبه على الفرق ولم يبينه. ولعل الفرق هو أنه بالاستحقاق ظهر أن البائع باع وسلم ما ليس ملكاً له. ولا يخفى أن هذا البيع والتسليم له شبهان: فهو يشبه من جهة بيع الفضولي بدليل ما نصوا عليه في باب الاستحقاق من أنه بالقضاء للمستحق لا تنفسخ البياعات على الأصح ما لم يفسخ المستحق، أو يُقضى على البائع بالثمن للمشتري أو يرضى البائع برد الثمن له. وعلموه بأنه بيع فضولي يحتمل الإجازة. وهو يشبه من جهة أخرى

الغصب بدليل ما نصوا عليه في كتاب الغصب من أن البيع والتسليم يوجب الضمان ولو المبيع عقاراً على الأصح، ومن جهة كونه غصباً يكون المشتري بمنزلة غاصب الغاصب، ويكون المبيع واجب الرد، وإذا كان واجب الرد شرعاً فبأي جهة وقع الرد يكون أداءً لذلك الواجب، كالمبيع فاسداً والمغصوب، إذا باعه المشتري من بائعه، أو باعه الغاصب من مالكة، أو وهبه إياه، يكون رداً بحكم الفساد الواجب عليه رفعه (ر: ما تقدم تحت المادة / ٢) وغاصب الغاصب يبرأ برد العين المغصوبة على الغاصب أو بردها عليه إذا هلكت كما يبرأ بالرد على المغصوب منه (ر: الدر المختار، من الغصب) وعليه فيكون بيع المشتري الأخير المبيع للمشتري الأول يعتبر بعد ظهور كونه مستحقاً رداً على الغاصب لا بيعاً، لئلا من شبه الغصب. وإذا كان رداً لم يكن مستفيداً للملك من جهة غير البائع، فيرجع عليه بالثمن. بخلاف ما أورده صاحب الظهيرية من فرع الرد بالعيب فإن شراء المشتري فيه للمبيع المعيب ثانياً من مشتريه هو شراء محض، والمبيع ليس له شبه الغصب حتى يمكن اعتباره رداً، فافترقا.

هذا ما ظهر لي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

\*\*\*

obeikandi.com

## القاعدة الثامنة والتسعون (المادة / ٩٩)

«من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقِبَ بحرمانه»

### أولاً - الشرح

«من استعجل الشيء» الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه «قبل أوانه» أي قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان «عوقب بحرمانه» لأنه افتأت وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محذور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحذور.

### ثانياً - التطبيق

يتفرع على هذه القاعدة مسائل:

منها: ما لو جاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب ردتها، فليس لها أن تتزوج بعد توبتها بغير زوجها، وبه يفنى (ر: الدر المختار، من باب المرتد) وتجبر على تجديد العقد على زوجها بمهر يسير، وعليه الفتوى (ر: الدر المختار، من باب نكاح غير المسلمين) وذلك لرد عملها عليها، فإن السبب الموضوع لحل عقدة النكاح بالوجه العام منوط بالزوج الذي هو قوام عليها، والذي هو أحرى أن يكون مظنة استعمال الروية والحكمة وتوخي الصواب فيه، فلما استحصلت على حل هذه العقدة بهذا السبب الخاص المحذور، وهو المروق من

الدين، عوقبت برد عملها هذا عليها بحرمانها ثمرته الخبيثة بما ذكرنا، حتى إن الدبوسي والصفار ومشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند قالوا بعدم وقوع الفرقة أصلاً بردتها زجراً لها، قال في النهر: وهو أولى. ثم لومات في الردة فعلى القول الأول بوقوع الفرقة يرثها الزوج إذا كانت ردتها في المرض وماتت وهي في العدة لكونها فارة، فإن الفرار يتحقق من الزوجة كما يتحقق من الزوج (ر: الدر المختار، من طلاق المريض). وعلى قول الدبوسي ومن ذكر بعده يرثها مطلقاً بلا قيد.

ومنها: ما لو طلق امرأته في مرض موته ثم ماتت وهي في العدة فإنها ترث منه رداً لعمله أيضاً فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين لا على التعيين من إرثه من الآخر هو تقدم موته، وهذا يحتمل وقوعه عليه أو عليها، فلما أراد الزوج التنصل عن هذا السبب الموضوع بوجه عام والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها وعمل على حصر عدم الإرث في جانبها بهذا السبب الخاص المحظور استعماله لمثل هذا المقصد السيئ عوقب برد عمله هذا عليه وحرمانه ثمرته بتوريثها منه.

ومنها: ما لو باشر المكلف قتل مورثه أو من أوصى له سواء كان قتله له عمداً، وهو أن يتعمد بلا حق ولا تأويل ضربه بآلة مفرقة للأجزاء، أو شبه عمد، وهو: أن يتعمد ضربه كذلك بغير آلة مفرقة للأجزاء ولكن بما يقتل غالباً فيموت من ضربه. فإن كلا القتلين يمنع الإرث ويبطل الوصية. ولا يعسر بعدما تقدم توجيه مسألتي القتل العمد وشبهه، على النسق الذي وجهت به المسائل المتقدمة.

وأما القتل خطأ، كأن يرمي المكلف صيداً مثلاً فيصيب آدمياً، أو بما جرى مجرى الخطأ، كمكلف نائم انقلب على غيره فقتله، فليس من فروع القاعدة لعدم ظهور الاستعجال فيه، وإنما امتنع إرث المكلف فيه لوجود المباشرة منه بقتل مورثه معه، ولا يشترط في مؤاخذه المباشر أن يكون متعمداً (ر: المادة / ٩٢).

ولا يؤثر على تفريع مسألتي قتل العمد وشبهه على هذه المادة وجود المباشرة فيها أيضاً، لأنه لا مانع من تراحم العلل، بخلاف القتل تسبباً، كما إذا مات مورثه بسقوط جناح عليه كان أخرجه الوارث إلى الطريق ولوبغير حق، أو مات بسقوطه في بئر كان حفرة الوارث ولو في محل لاحق له في الحفرية، فإنه لا يمنع إرثاً ولا وصية، لعدم ظهور معنى الاستعجال السابق فيه وعدم المباشرة. وبخلاف ما إذا كان القتل بحق، كما إذا قتل مورثه قصاصاً، أو لاحق ولكن عن تأويل، كالخوارج والبغاة إذا كانوا متأولين وصار لهم منعة فقتل أحدهم مورثه العادل، فإن كلا من القتلين لا يمنع إرثاً ولا وصية.

#### تنبيه:

يقرب مما دخل تحت هذه المادة وليس منه لعدم ظهور الاستعجال فيه ما نقله في الدر المختار (من الوقف، قبيل فصل: يراعى شرط الواقف، عن معروضات المفتي أبي السعود) من منع القضاة عن الحكم بصحة وقف المديون، لئلا يتضرر أرباب الديون، لهربه من الدين بواسطة التجائه إلى الوقف، فيرد عمله عليه بعدم الحكم بصحة وقفه.

#### تنبيه آخر:

المستعجل على الشيء قبل أوانه إنما يعاقب بحرمانه ورد عمله عليه بقدر الإمكان، فإن أمكن رد كل العمل، كما في المسائل المتقدمة، فيها وإلا فبقدر ما يمكن.

فلو وقعت الفرقة بين الزوجين من قبل المرأة بحرمة المصاهرة، كإرضاعها ضرثها الصغيرة مثلاً، فإنه لا يمكن رد عملها عليها بإرجاعها إلى زوجها والحالة هذه، ولكن ينظر فإن جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر، وإن جاءت بعد الدخول تقرر المهر كله على الزوج، ولكن تسقط نفقة العدة عنه، ولا يمكن رد عملها عليها بأكثر من هذا، لأن سقوط المهر حينئذ يجعل الدخول السابق بلا مهر ولا حد، وهو لا يكون لأن الوطاء في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة حدٍّ أو مهر.

## ثالثاً - المستثنى

وخرج عن هذه القاعدة:

ما لو قتل الدائن مديونه وله عليه دين مؤجل حل الدين ولا يمنع قتله له حلول الدين .

\*\*\*

### القاعدة التاسعة والتسعون (المادة / ١٠٠)

«من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه»

#### أولاً - الشرح

«من سعى في نقض ما تمّ» انبرامه «من جهته» وكان لا يمس به حق صغير أو حق وقف «فسعيه مردود عليه» لأنه والحالة هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه، والدعوى المتناقضة لا تسمع.

#### ثانياً - التطبيق

يتفرع على المادة:

ما إذا أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار فإنه لا يسمع منه (ر: شرح المادة / ٧٩).

ومنه: ما إذا ضمن الدرك لمشتري الدار، ثم ادعى شفعة فيها أو ملكاً لها، فإنه لا يسمع منه، لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن بلا شك تقرير سلامة المبيع له، ودعواه الشفعة أو الملك فيها تنقضه فلا تسمع.

ومنه: ما لو بادر إلى اقتسام التركة مع الورثة، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله، فإنه لا تسمع دعواه (ر: المادة / ١٦٥٦) لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك.

ومنه: ما إذا باع أو اشترى ثم ادعى أنه كان فضولياً، وأن المالك أو المشتري لم يجوز العقد لم يسمع ذلك منه (ر: الدر المختار، من باب الفضولي، من كتاب البيوع وغيره).

ومنه: ما لو تراكت نفقة الزوجة المقضي بها أو المتراضى عليها، ولم تكن مستدانة بأمر القاضي، فطلقها بائناً لتسقط النفقة المتراكمة في ذمته لا لذنب منها فإنه يرد قصده ويرد سعيه عليه (ر: الدر المختار وحاشيته، من باب النفقات). فليتأمل هذا الفرع، فإنه في صورة ما إذا كانت متراضى عليها فالأمر ظاهر. وأما إذا كانت مقضياً بها فيمكن أن يقال: إنها تمت من جهته بعقد النكاح، فإن النفقة تجب بالعقد إذا لم تمنع نفسها عنه.

ومنه: ما في جامع الفصولين (في الفصل الثامن عشر، برمز فتاوى أبي بكر محمد بن الفضل) حيث قال: (واقعة) كرم بينها باع أحدهما حصته من شريكه بيعاً جائزاً (أي بيعاً بالوفاء) ثم باعه من آخر باتاً حتى توقف على إجازة شريكه المشتري وفاءً، فأجاز شريكه، فهل لشريكه حق الشفعة؟ أجاب جل المفتين ببلدنا أن له الشفعة، وأجبت: ليس له ذلك. انتهى ملخصاً. ولا يخفى أن عدم ثبوت الشفعة له لكونه بدعوى الشفعة يكون ساعياً في نقض ملك المشتري الذي تم من جهته بالإجازة فلا تسمع منه.

لكن يرد على فتوى أبي بكر بن الفضل هذه ما جاء في أحكام الصغار (في الشفعة) م قوله: إذا اشترى الأب داراً لابنه الصغير والأب شفيعها كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندنا. انتهى. وهذه المسألة من مستثنيات القاعدة المذكورة، ولا يخفى أن إجازة مشتري الوفاء للبيع البات ليست بأقوى من مباشرة الأب الشراء لابنه الصغير لنفسه.

يظهر أن الصواب ما أفتى به ابن الفضل من أن الشريك المجيز ليس له الشفعة. وبيان الفرق حينئذ بين هذه المسألة ومسألة الأب أن المشتري بتاتاً في مسألة الشريك يتملك العقار بعد إجازة مشتري الوفاء بالاستناد إلى العقد السابق الحاصل قبل الإجازة، وبالإجازة يكون قد رضي بتملك ذلك المشتري، وبهذه الإجازة أسقط حقه بالشفعة.

أما في مسألة الأب فإن حق الشفعة إنما يثبت له مع فراغه من إجراء عقد الشراء لابنه، فإذا طلب الشفعة مع تمام العقد بلا فاصل لا يكون قد حصل منه

رضاً بتسليم الشفعة بعد ثبوتها. وأما رضاه المستفاد من إقدامه على الشراء فلا عبرة به، لأنه إنما كان قبل ثبوت حق الشفعة، والحق قبل ثبوته لا يقبل الإسقاط.

أو يقال بعبارة أخرى: إن كلاً من إجازة الشريك وإقدام الأب على الشراء لابنه يفيد الرضا المسقط للشفعة، ولكن إجازة الشريك تفيد رضاه بعد ثبوت حق الشفعة له، لأن المشتري يملك المبيع بعد الإجازة بالعقد السابق. أما رضا الأب المستفاد من إقدامه على الشراء لابنه فإنما كان قبل ثبوت حق الشفعة له، لأن الشفعة تثبت بعد العقد، والحق لا يقبل الإسقاط قبل ثبوته. ولذا اشترطوا أن يكون طلب الأب للشفعة إثر الشراء بلا فاصل، فيقول: اشتريت وأخذت بالشفعة. والأمثلة لهذا كثيرة.

ثم لا فرق فيما تمّ من جهة المرء بين أن يكون تمّ من جهته حقيقة، كما إذا فعل ما تقدم بنفسه، أو يكون تمّ من جهته حكماً، كما إذا كان ذلك بواسطة وكيله، أو صدر من مورثه فيما يدعيه بحكم الوراثة، فإن السعي في نقضه لا يسمع منه، لأن الوكيل مع الموكل والمورث مع الوارث بمنزلة شخص واحد.

ثم إنما قيدنا بقولنا: «وكان لا يمس به حق صغير أو حق وقف» لإخراج ما إذا كان الأمر التام من جهته يمسّ أحدهما، كما إذا باع الأب أو الوصي أو المتولي مال الصغير أو الوقف ثم ادعى أن بيعه كان بغبن فاحش، فإن دعواه تسمع (ر: الأشباه، من القضاء).

وكما إذا اشترى أرضاً ثم ادعى أن بائعها كان جعلها مقبرة أو مسجداً فإنه يقبل.

### ثالثاً - المستثنى

يستثنى من القاعدة المذكورة:

ما لو اشترى العين المأجورة أو العين المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن علماً بأنها مأجورة أو بأنها مرهونة فإنه يبقى على خياره، كما هو الصحيح الذي

عليه الفتوى، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء انتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكك الرهن (ر: الدر وحاشيته، في باب التصرف في الرهن). فهو في صورة اختياره فسخ البيع ساعٍ كما ترى في نقض ما تمّ من جهته ولم يرد سعيه عليه.

والظاهر أن وجهه أن الخيار - والحالة هذه - لم يجب بتمليك البائع إياه لخيار الشرط حيث يسقط بمفيد الرضا، بل وجب بإيجاب الشرع له كخيار الرؤية، ولذا لا يسقط بالإسقاط الصريح. انتهى.

\*\*\*