

الباب الثاني

الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وأصحابه رحمهم الله

يشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول: الخلاف بين أبي حنيفة والصاحبين

الفصل الثاني: الخلاف بين الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف)
وبين محمد

الفصل الثالث: الخلاف بين الطرفين (أبي حنيفة ومحمد) وبين أبي
يوسف

الفصل الرابع: الخلاف بين الأصحاب الثلاثة (أبي حنيفة وأبي
يوسف ومحمد) وبين زفر



obeikandi.com

الفصل الأول

الخلاف بين أبي حنيفة وبين الصحابين رحمهم الله

ويشتمل هذا الفصل على اثنين وعشرين مطلباً، كل مطلب منها في أصل تندرج تحته مسائل خلافية كثيرة في أبواب مختلفة.

المطلب الأول:

الأصل عند أبي حنيفة، أن ما غير الفرض في أوله غير في آخره، مثل نية الإقامة للمسافر، واقتدائه بالمقيم.
وعند الصحابين لا يغيره^(١).

تحرير الأصل:

المتبع لفروع الحنفية، يجد أن مسائل هذا الأصل في الصلاة، وبعدما قعد المصلي قدر التشهد. وهذه المسائل تتعلق بأصل آخر، وهو أن خروج المصلي بفعله، فرض عند أبي حنيفة خلافاً للصحابين^(٢).

الدخول في الصلاة له حرمة عند جميع الفقهاء، والأصل ألا تفسد هذه العبادة بعدما شرع فيها.

ولكن عند أبي حنيفة، إذا شرع في الصلاة على نحو يباح له في حقه ثم زال العذر قبل التسليم، يلزمه الخروج من الصلاة، واستئنافها على الوجه الأصلي؛ لأن ما كان شرطاً لابتدائها فهو شرط لبقائها^(٣).

(١) تأسيس النظر ٦، المبسوط ١/ ١٢٥.

(٢) المبسوط ١/ ١٢٥.

(٣) حاشية الطحاوي ١/ ١٨٨.

وأما صاحبان والشافعي، فيرون أن للمصلي إتمام صلاته بعدما قعد
للتشهد ولو زال العذر.

وهذه المسائل هي:

إذا فرغ من تشهده حتى انقضى وقت مسحه.

إذا وجد المتيمم الماء، أو إذا خرج وقت الجمعة على مصليها، أو طلعت
الشمس على مصلي الفجر، أو وجد العاري ثوباً، أو تعلم الأمي القراءة،
والمومئ إذا قدر على الركوع والسجود، وصاحب الجرح السائل إذا برىء.
وتسمى هذه المسائل بالمسائل المعدودة لأبي حنيفة^(١).

ففي هذه المسائل إذا طرأ العذر بعدما قعد المصلي قدر التشهد، فسدت
صلاته ولزمه استقبالها على الحال المقدور عليه، عند الإمام.
ولم يلزمه عند صاحبين والشافعي بل تجزيه صلاته.

وحجة صاحبين:

أولاً: حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: إذا رفع المصلي رأسه من
آخر سجدة وقعد قدر التشهد فقد تمت صلاته. وحديث ابن مسعود، حين علمه
النبي ﷺ التشهد، قال: "إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك" ^(٢).

ثانياً: لو قهقه المصلي أو تكلم أو حاذته امرأة بعدما قعد قدر التشهد لم تفسد
صلاته، فكذا في هذه المسائل.

وحجة الإمام:

إن ما كان شرطاً لابتداء الصلاة، فهو شرط لبقائها، وأن الصلاة على غير

(٢) سنن أبي داود (باب التشهد) ١/ ٢٢٢.

(١) المبسوط ١/ ١٢٦.

الصفة المطلوبة أصلاً، إنما كانت للعدر، فإذا زال العذر، تبين أنهم يتمون الصلاة على غير الصفة المطلوبة مع قدرتهم عليها.

وأجاب عن استدلال الصاحبين، بأن الحديث: " فقد تمت صلاتك " أي قاربت على التمام كقوله: " الحج عرفة " .

وأما القهقهة والمحاذاة، فهذا فعل من جهة المصلي، وأما في المسائل المذكورة، فالخروج من الصلاة بطارئ، وليس من فعله، فتفسد صلاته.

وأرجح رأي الصاحبين لما يلي:

أولاً: لما روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: " من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة " ^(١). وهناك عدة أحاديث بهذا المعنى.

ثانياً: حديث ابن مسعود، وحديث ابن عمر، نص في الموضوع. وعليه فإذا زال العذر بعد التشهد، كان بعد تمام الصلاة وإذا تمت فلم يفسدها واستقبالها؟

ثالثاً: الأصل العام في الشريعة اليسر ودفع الحرج. وفي إعادة الصلاة بعد تمامها حرج لا يخفى.

المطلب الثاني:

الأصل عند أبي حنيفة: إذا أجزأ النسك عن الوقت المعين له أو قدمه لزمه دم. كمن جاوز الميقات بغير إحرام لزمه دم ^(٢).

وخالفه في ذلك الصاحبان.

(١) صحيح مسلم ١/ ٢٤٥.

(٢) تأسيس النظر ص ٨.

تحرير الأصل :

المقدرات الشرعية والمواقيت ليس لها وجه معقول . فلا تعرف إلا من طريق السمع فيجب التوقف فيها على ما ورد عن الشارع الحكيم ولذلك لا يجري فيها القياس .

ولكن بعض المناسك صح فيها أحاديث بجواز التقديم والتأخير وإن كان الترتيب هو الأفضل ، إذ هو نسك رسول الله ﷺ .

ومن المسائل التي ابتئت على هذا الأصل :

من آخر طواف الزيارة حتى انتهت أيام النحر .

ومن ترك رمي جمرة العقبة يوم النحر ، حتى طلوع فجر اليوم الثاني من أيام النحر .

ومن آخر الحلق حتى مضت أيام النحر .

ومن آخر ذبح الهدي في المتعة والقران حتى مضت أيام النحر .

ومن آخر رمي الجمرات في اليوم الثاني أو رمى معظم الجمرات في يوم واحد .

ومن آخر الإحرام حتى جاوز الميقات ^(١) .

ففي هذه المسائل يلزمه دم عند الإمام ولا يلزمه عندهما وعند الشافعي .

ولم أعثر على مسألة لزم فيها الدم لتقديم النسك . بل النسك إذا تقدم عن وقته يعاد في وقته .

وسبب الخلاف هو: هل الترتيب سنة مؤكدة فيلزم بتركه دم ، أم هو مرغّب

فيه؟ ^(٢) بالأول قال أبو حنيفة والثاني قال الصحابان .

(١) فتح القدير ٣/ ١٠٩ ، البحر الرائق ٣/ ٥١ ، ٢/ ٣٧٦-٣٩٢ .

(٢) بداية المجتهد ١/ ٣١٧ .

مسألة:

رجل حج فأخّر الإحرام حتى جاوز الميقات، ثم أحرم، قال أبو حنيفة: إذا عاد إلى الميقات وهو محرم فلبى عند الميقات فقد تدارك، وإن لم يلب عند الميقات لزمه دم.

وقال الصحابان: إذا عاد إلى الميقات محرماً فقد تدارك لبي أو لم يلب.

وقال زفر يلزمه دم في الحالتين مادام قد جاوز الميقات غير محرم.

وحجة الصحابين: الواجب أن يمر بالميقات محرماً، حتى لو أحرم قبل الميقات جاز. فكذا لو أحرم بعده ثم عاد إليه فقد عاد إلى الوفاق وأتى بالنسك.

وحجة الإمام: الواجب إنشاء الإحرام مع التلبية عند الميقات لقوله عليه السلام " لا يجاوز الميقات أحد إلا محرماً " (١).

وأجاب عما استدلل به الصحابان من قياس التأخير على التقدم بأنه قياس مع الفارق إذ إن من قدم الإحرام ولبي عند إنشائه صار ميقاته حيث أحرم. فأبو حنيفة يرى أن التلبية عند الميقات كالإحرام فهي نسك كذلك. فالتلبية وصفتها ووقتها، أخذت عن الرسول ﷺ (٢).

كما احتج الصحابان والشافعي في المسائل الباقية كتأخير الحلق أو رمي الجمرات أو طواف الزيارة بالحديث الشريف:

" أن الرسول ﷺ سئل عن من ذبح قبل أن يرمي فقال: ارم ولا حرج... وما

(١) نصب الراية ٣/ ١٥. مصنف ابن أبي شيبة.

(٢) صحيح مسلم ٤٨٦/١.

سئل يومئذ عن أفعال الحج، قدم شيء منها أو أخر إلا قال: افعل ولا حرج^(١).

وأرجح قول الصاحبين والشافعي لما يلي:

أولاً: حديث مسلم نص في الموضوع.

ثانياً: إن في إيجاب الدم على من قدم الحلق على النحر، أو أخر الرمي عن موعده حرجاً شديداً، والحج واجب على جميع المسلمين القادرين، وليس كل المسلمين على جانب من العلم والدقة والضبط، بحيث يلتزمون الترتيب وإن كان الترتيب هو الأفضل وهو الأقرب إلى التأسي بالرسول ﷺ.

المطلب الثالث:

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله إذا غلب على الشيء وجوده يجعل كالموجود حقيقة وإن لم يوجد. كالحديث من النائم المضطجع، لأنه غلب وجوده فجعل كالموجود.

وعند الصاحبين، لا يجعل غير الموجود كالموجود، ما لم يتحقق وجوده^(٢).

وفي أصول الكرخي: الخطاب يمضي على ما عم وغلب لا على ما شد ونذر^(٣).

تحرير الأصل:

من المقرر أنه إذا عرف المسبب في أي موضع يصار إليه ويعتبر، ولكن هناك أمور يصعب الوقوف منها على المسبب إلا بحرج شديد.

(١) صحيح مسلم ٥٤٦/١.

(٢) تأسيس النظر ص ٨.

(٣) أصول الكرخي ١١٢.

وفي مثل هذه الأحوال ينصب السبب علامة على المسبب ، ويقوم مقامه في الاعتبار . أي إذا وجد السبب اعتبر المسبب حاصلًا حكمًا .

والأصل في هذا حديث رسول الله ﷺ ، فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ نام في صلاته حتى غط ونفخ . ثم قال : لا وضوء على من نام قائماً أو قاعداً أو راكعاً أو ساجداً ، إنما الوضوء على من نام مضطجعا . فإنه إذا نام مضطجعا استرخت مفاصله " (١) .

فقد نص على الحكم والعلة وهي استرخاء المفاصل .

فالعبرة في بناء الأحكام ، بالمظنات لا بالثنيات ، ومن هنا ترتبت أحكام الشرع على المظنات (مظنة ثبوت الحكم) ، ولم تُبْنِ على الثنات (الحقيقة) ، وذلك لأن المظنات - أي غلبة الظن أو الغالب على الشيء وجوده - أمر منضبط ظاهر يصلح أن تناط به الأحكام ، بخلاف الثنات ، فإنها غير منضبطة ، ويعسر الوقوف على تحققها .

ألا ترى أن شهادة رجلين توجب الأحكام ، وشهادة امرأتين تقوم مقام شهادة رجل واحد ، وقد يكون في النساء من هن أحصف عقلاً وأضبط للأمر وأدق فهما من كثير من الرجال ، وقد يكون من الرجال من هو كثير الضلال والنسيان . ولكن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ [البقرة: ٢٨٢] . فبني الحكم على الغالب .

ألا ترى أن السفر يباح فيه الإفطار في رمضان ، لأن السفر تغلب فيه المشقة ولو لم توجد فعلاً ولم تنط إباحة الإفطار بالمشقة ذاتها ، والتي قد تلحق المقيم

(١) سنن أبي داود ٤٦/١ ، والترمذي والطبراني .

ولكن المقيم غالباً لا تلحقه المشقة والمسافر غالباً تلحقه المشقة فأبيح الفطر للمسافر وإن لم يجد المشقة، ولم يبيح للمقيم وإن وجد المشقة، فدار الحكم مع الغالب. قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

وعلى هذا الأصل بنيت كثير من المسائل في الشريعة، منها جواز الصلاة في السفينة قاعداً مع القدرة على القيام، لأن الغالب حصول الدوران في السفن وهذا عند الإمام، وعند الصاحبين لا يجوز (١).

ومنها: إذا اختلف ورثة الزوجين في أصل تسمية المهر، فالقول قول ورثة الزوج عند الإمام، وعند الصاحبين والشافعي القول قول ورثة الزوجة؛ لأن القول لمن ساعده الظاهر (٢).

ومنها: إذا باشر المتوضئ زوجته بلا حائل يعتبر وضوؤه منتقضاً ولو لم يخرج منه شيء عند الإمام ووافقه أبو يوسف (٣).

وقال محمد: لا ينتقض ما لم يخرج منه شيء. وقد ذكر الدبوسي أن قول الشافعي كقول محمد في هذه المسألة وهو خطأ واضح (٤).

ومنها المفقود يحكم بموته إذا بلغ من العمر مئة وعشرين عاماً، لأن الغالب ألا يعيش الإنسان أكثر من ذلك، فجعل الغالب كالموجود. ففي هذه المسألة وأمثالها بني الحكم على الغالب (٥).

وأتناول مسألة في هذا الموضوع وهي:

إذا بلغ الغلام خمساً وعشرين سنة، ولو لم يؤنس منه الرشد تدفع إليه

(١) البدائع ١/ ٣٢٢. (٢) رسالة أصول الكرخي بذييل تأسيس النظر ١١٠.

(٣) البدائع ١/ ١٤٧، ١٤٨. (٤) الأم ١/ ١٥.

(٥) تبين الحقائق ٣/ ٣١١، ٣١٢.

أمواله . لأن الغالب حصول الرشد في هذا السن ، فيجعل كالموجود وهذا عند الإمام .

وعند الصاحبين لا تدفع إليه أمواله إلا إذا رشد فعلاً . وهو قول الجمهور أيضاً .

والمقصود بالرشد هنا ، حسن التصرف والتدبير في الأمور المالية . فأبو حنيفة رحمه الله ، يعتبر آدمية الإنسان وكرامته أفضل من المال ، واعتبر فك الحجر المالي منوطاً بالكبر ، واستدل بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَهُمْ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ﴾ [النساء : ٦] .

نهى الولي في أن يبادر في إهلاك مال اليتيم بالإسراف قبل أن يكبر ، أي مادام للولي ولاية ، لأنه إذا كبر اليتيم زالت عنه الولاية .

كما استدل الإمام بأن البالغ العاقل الحر مخاطب بجميع التكاليف الشرعية ، فيصح إقراره بالجنايات وغيرها ، والسفاهة المالية لا يعارض الحرية والخطاب ، فلا يعارض دفع أمواله إليه .

واستدل الإمام أيضاً بقصة حبان بن منقذ ، فإن الرسول ﷺ قال له : « إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام » (١) .

ولم يسلبه حق التصرف في أمواله وهو الذي جاء يشكو كونه لا يحسن التصرف المالي (٢) .

وقال الصاحبان ، والشافعي : يجوز الحجر على المرء إذا بلغ غير راشد ، نظراً لمصلحته عند الصاحبين وزجراً وعقوبة عند الشافعي .

(١) البخاري ١٣/٢ ، وأبو داود ٢/٢٥٣ .

(٢) المبسوط ١٥٧/٢٤ ، ١٥٨ .

والحجة قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [النساء: ٦]
 فإذا لم يؤنس منه الرشد تبقى الحاجة إلى استدامة الحجر قائمة لحفظ ماله (١).
ترجيح:

والناظر في الأدلة ميل إلى ما رآه الإمام أبو حنيفة رحمه الله، لما يلي:
 أولاً: حديث حبان بن منقذ وغيره نص واضح في عدم الحجر على الكبير، مع
 حاجة حبان لحفظ ماله كما في القصة (٢).
 ثانياً: جعل الشرع حماية للمتبايعين، الخيار والرد بالعيب والإقالة وتحريم الغش
 والخداع وغير ذلك، وهذا يغني عن الحجر الدائم.
 ثالثاً: الكبير مخاطب بجميع التكاليف الشرعية، وهذا يقتضي أن يتمكن من
 التصرف في أمواله لكي يستطيع أن يقر بالضمان، وأن ينفذ معاملاته.
 رابعاً: كرم الإسلام المسلم فجعله أعز من الدنيا، فلا ينقص من حق الكبير في
 التصرف بماله؛ لأن إشعاره بأنه حر عاقل يدعوه إلى اليقظة والفتنة، أما الحجر
 عليه، وهو العاقل البالغ الكبير، فيكسر قلبه ويجرح إنسانيته.
المطلب الرابع:

الأصل عند أبي حنيفة متى عرف ثبوت الشيء عن طريق الإحاطة واليقين
 لأي معنى كان، فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه، كمن تيقن بالطهارة وشك
 في الحدث فهو على طهارته. والعكس كذلك أيضاً والشافعي يوافق أبا حنيفة
 في هذا الأصل (٣).

والصاحبان يخالفان الإمام في ذلك.

(١) المذهب للشيرازي ١/ ٣٣١، الإشارات في الفروع (مخطوط) بلا أرقام.

(٢) الترمذي ٥٤٣/ ٣.

(٣) تأسيس النظر ص ١٠.

وهذا الأصل هو فرع من القاعدة الفقهية العامة، " اليقين لا يزول بالشك " وقد اعتمدتها مجلة الأحكام الشرعية في العهد العثماني .

وذكرها ابن نجيم بعنوان القاعدة الثالثة " اليقين لا يزول بالشك " قال :
يندرج في هذه القاعدة قواعد، منها قولهم : " والأصل بقاء ما كان على ما كان . وتتفرع عليه مسائل منها من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر . ولو تيقن الطهارة والحدث وشك في السابق فهو متطهر " (١) .

ودليل القاعدة العامة، اليقين لا يزول بالشك، ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً :

" إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه؛ أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً " (٢) .

وقد انبنى على هذا الأصل مسائل منها :

إذا دخل وقت الظهر لا يحكم بزواله حتى يصير ظل كل شيء مثليه عند الإمام . وعند الصحابين والشافعي يحكم بزواله إذا صار ظل كل شيء مثله . ولو باع بشرط الخيار إلى غد .

أو أقر لفلان من درهم إلى عشرة، أو قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، فعند الإمام لا يسقط الخيار إلا في آخر الغد . ولا يلزمه إلا تسعة دراهم . ولا تطلق أكثر من اثنتين . للشك بزوال الملك وسقوط الخيار خلال الغد، أو زوال ملكه لليوم العاشر، أو وقوع الطلقة الثالثة .

وعندهما يسقط الخيار في أول الغد، ويلزمه عشرة دراهم، وتطلق زوجته ثلاثاً .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٧ .

(٢) صحيح مسلم ١/ ١٥٦ .

ومنها : لو تزوج امرأة على ألف أو ألفين ، ومهر مثلها ألف .

فعند الإمام يلزم مهر المثل ؛ لأن عقد النكاح يوجب مهر المثل عن طريق الإحاطة واليقين والزيادة عنه أو النقص مشکوك فيه .

وعندهما وعند الشافعي : الزوج بالخيار ، يعطيها أي المهرين شاء ؛ لأن إيجابه يقتضي التخيير .

مسألة :

من طلق امرأته ، ولها ابن منه ، وانقضت عدتها ثم تزوجت بآخر ، فحبلت منه ثم أرضعت صبياً .

فعند الإمام الرضاع من الزوج الأول ، وبمثل هذا قال الشافعي .
وعند الصحابين ليس كذلك .

وهذه هي مسألة لبن الفحل من إضافة الشيء إلى سببه ، والمقصود التحريم باللبن . فاللبن الذي ينزل من ثدي امرأة بسبب ولادتها من زوج أو سيد تعلق به التحريم بين من أرضعت المرأة وبين الزوج أو السيد . فيصير الزوج الذي بسببه اللبن أباً للصبية ، وأبناؤه إخوتها . ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب كما أخبر النبي ﷺ .

فالإمام رحمه الله يقول : اللبن متيقن من الزوج الأول عن طريق الإحاطة واليقين . لأن اللبن تابع للولد ، ولا يحكم بانقطاع هذا اليقين إلا بيقين مثله ، ولا يتأتى ذلك إلا بعد أن تلد من الزوج الثاني .

وقال محمد : اللبن لهما ، أي للزوج الأول والثاني فتثبت الحرمة بين الرضيع وبين زوجي المرأة .

وقال أبو يوسف: إن زاد اللبن فهو من الثاني، وإلا فهو من الأول. وإن استويا، أي قبل زواج الثاني وبعده فهو منهما^(١)، فهو يعتبر الغالب إن وجد. وإنني أرجح ما ذهب إليه الإمامان أبو حنيفة والشافعي.

لأن اللبن لا يكون في الغالب إلا بعد الولادة. فهو تابع للولادة من الزوج الأول في هذه المسألة، وهذا مقطوع به. ولا يترك اليقين بالظن والشك.

وعموم قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، يقتضي وجود اللبن في الحولين الأولين وهو التابع للولد، أي أن اللبن حاصل من الزوج الأول، فإذا كان يبقى حولين في العادة والغالب، فلأن يبقى حتى تحصل ولادة من الزوج الثاني، أولى. والله أعلم.

المطلب الخامس:

الأصل عند الإمام، أن ما يتناوله اللفظ من طريق العموم ليس كما يتناوله من طريق النص والخصوص. كما إذا قال لعبيده أنتم أحرار إلا سالماً، فإنه يصح الاستثناء ولو قال فلان حر وفلان حر وفلان حر إلا فلاناً ممن نص عليهم، فلا يصح الاستثناء. وعندهما ما يتناوله اللفظ من طريق العموم فهو كما يتناوله اللفظ من طريق النص والخصوص^(٢).

وينبغي ويخرج على هذا الأصل مسائل كثيرة منها:

إذا أوجب على نفسه المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام، لا يلزمه شيء عند الإمام؛ لأن هذه العبارة لم يتعارف التزام الإحرام بها. فليست حقيقة في الإحرام ولا مجازاً.

(١) فتح القدير ٣/ ٤٤٨، ٤٤٩، الفتاوى الهندية ١/ ٣٤٣.

(٢) تأسيس النظر ص ١٣.

وعندهما يلزمه حجة أو عمرة؛ لأن الحرم يشتمل على البيت، فكأنه نص عليه ^(١).
إذا شهد على تطليقة وشهد الآخر على تطليقتين. أو شهد أحدهما بمئة
والآخر بمئتين. لا تقبل الشهادة عند الإمام.

وعندهما تقبل في الأقل لتضمن الأكثر لها، فكأنه نص عليها ثم على غيرها.
ولو وكل وكيلاً بتطليق امرأته واحدة فطلقها ثلاثاً، فلا يقع عليها شيء عند الإمام.
ولو قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة، فلا شيء عليها عند الإمام.
وعند الصاحبين يقع عليها طلاق في المسألة الأولى، وتقع واحدة بائة بثلاث
الألف في المسألة الثانية ^(٢). وقال مالك: تقع بالألف.
وقال أحمد: تقع بغير شيء.

فإن للألفاظ دلالات معينة، تنعطف عليها الأحكام على وفق الأنباء. ومن
وجوه الدلالة اعتبار اللفظ في المعنى واستعماله فيه عادة، وقد يتغير بحسب
العرف والظرف، فلا بد من مطابقة اللفظ للمعنى.

وكذلك فإن الخاص إذا اندرج في لواء العام من بعض الوجوه تبعاً لا قصداً
فلا يعتبر اللفظ المتناول له بهذه الصفة كالوارد له قصداً وخصوصاً.

وأيضاً فإن للإنسان فائدة بالعام قد لا يتحقق شيء منها بتحقيق بعض أفراد
العام. كمن طلبت من زوجها أن يطلقها ثلاثاً على ألف، فإنما تقصد الخلاص
النهائي منه. فكيف يجزأ هذا القصد؟ وماذا تجني لو طلقت واحدة رجعية
وطولبت بثلاث الألف؟.

(١) فتح القدير ١٨٢/٥.

(٢) الهداية ١٠١/٤.

مسألة :

إذا قال لزوجته أنت عليّ كأمي ، بدون نية منه ، لا يصير مظاهراً (عند الإمام) . لأنّ ظهر الأم يدخل في لفظ الأم على طريق العموم ، فلا يعتبر كالخصص به . أي لا تترتب عليه أحكام الظهار . وهذا هو قول الشافعي .
(وعند الصحابين) : يصير مظاهراً . وهو قول مالك ^(١) .

الظهار طلاق جاهلي وقد هذبه الإسلام ، وبين للناس أن التحليل والتحريم ليسا بيد أحد من الخلق ، قال تعالى ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نَسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴾ [المجادلة : ٢] .

والمعهود في الظهار أن يقول : أنت عليّ كظهر أمي .

قال الجصاص في تفسير الآية الكريمة : " واختلفوا في الظهار بغير الظهر ؛ قال أصحابنا : إذا قال : أنت عليّ كيد أمي أو كرأسها أو ذكر شيئاً يحل له النظر إليه منها لم يكن مظاهراً .

وإن قال كبطنها أو كفخذها ونحو ذلك كان مظاهراً ، فوجب أن يكون سائر ما لا يستباح النظر إليه في حكمه ، وما يستباح النظر إليه فليس فيه دلالة على تحريم الزوجة " ^(٢) .

ويتبين من هذا أن قوله أنت عليّ كأمي ، لا يحرمها وهو قول الإمام ، ووافقه أبو يوسف إن نوى الكرامة .

(١) بداية المجتهد ٢ / ٩٠ .

(٢) أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ج ٥ / ٣٠٩ .

أما إذا لم ينو شيئاً، فالإمام على قوله لا يلزمه شيء. وعند محمد: يكون ظهاراً. وعند أبي يوسف: إن تركها أربعة أشهر ولم يقربها طلقت بائناً^(١).

فقول المرء لزوجته أنت عليّ كأمي، كلام يحتمل وجوهاً لأن الكاف للتشبيه فإذا نوى البر والكرامة لم يكن مظاهراً، وإذا نوى الظهار فهو مظاهر، وإذا نوى الطلاق بائناً فهو طلاق بائن، والمعتبر في هذا كله النية.

قال السرخسي: " وإن لم يكن له نية فليس ذلك بشيء في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول محمد رحمه الله هو ظهار، ولم يذكر قول أبي يوسف وعنه روايتان؛ إحداهما كقول محمد، والأخرى أنها إيلاء... " (٢).

وحجة أبي يوسف: أن الأم محرمة فكأنه قال أنت علي حرام، فإذا لم ينو شيئاً اعتبر أقل الاحتمالات وهو الإيلاء.

وحجة محمد: أن من يكرم زوجته يقول: أنت عندي كأمي ولا يقول: أنت علي كأمي. فأجرى دلالة العرف والقرينة، فاعتبره مظاهراً.

واستدل الإمام أبو حنيفة: بأن كلام العاقل يحمل على الصحة ما أمكن، وهذا أصل، فإذا أمكن حمله على وجه صحيح يحل شرعاً، لا يحمل على ما يحرم شرعاً، والظهار منكر وإكرام الزوجة معروف فليحمل عليه^(٣).

وفي أصول الكرخي أن أمور المسلمين محمولة على السداد والصلاح حتى يظهر غيره^(٤).

(١) الفتاوى الحانية ١/ ٤٢، المبسوط ٦/ ٢٢٨، ٢٢٩. البدائع ٥/ ٢١٢٢.

(٢) المبسوط ٦/ ٢٨٨.

(٣) المبسوط ٦/ ٢٨٨، فتح القدير ٤/ ٢٥٢، البدائع ٥/ ٢١٢٢.

(٤) أصول أبي الحسن الكرخي مطبوع بذيّل تأسيس النظر ص ١١١.

كما أن هذه المسألة جاز أن تشبه بأصل آخر عند أبي حنيفة أن اليمين إذا كان لها حقيقة مستعملة ومجاز متعارف ، فالعبرة بالحقيقة المستعملة دون المجاز المتعارف .

وعند الصحابين يعتبر المجاز المتعارف ، كما تعتبر الحقيقة المستعملة ^(١) .
وأرجح رأي الإمام لما يلي :

أن النية دون لفظ أو قول لا يترتب عليها حكم .

والأصل أن يحمل الكلام على الحقيقة المستعملة ، وألا يصار إلى المجاز إلا لعدم إمكان حمل الكلام على الحقيقة ، وهنا يمكن حمله على مطلق التشبيه والاحترام ، فلا يحمل على التشبيه بالحرام ، لأن كلام المسلم إذا احتمل حلالاً وحراماً ، يحمل على الحلال تنزيلاً له على الخير ، إذ هو الأصل بالمسلم . والله تعالى أعلم .

المطلب السادس :

الأصل عند أبي حنيفة ، أن العقد إذا دخله فساد قوي مجمع عليه أوجب فساده ، وشاع الفساد في جميع العقد .

وعند الصحابين ، لا يشيع الفساد في جميع العقد ^(٢) .

تحرير الأصل :

وهذا الأصل الذي ذكره الدبوسي ورد في المبسوط وغيره ، وهو صنو ما ذكره الكرخي قال : " الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد ،

(١) تأسيس النظر ص ١٠٣ .

(٢) تأسيس النظر ص ١٥ .

وبينه إذا دخل في علقه من علائقه" (١). كمن باع ثوباً وخمراً فلو خرج الخمر لا ينقلب العقد جائزاً.

والعقود عند الحنيفة، تقسم إلى عقود باطلة وفاسدة وجائزة. فالباطل ما لم يشرع بأصله. كبيع الحر ونكاح المحارم وبيع ما لا يتقوم.

والفاسد ما دخله شرط يخالف مقتضاه، أو كان مجهول الأجل. فإذا حدد الأجل واستبعد الشرط الفاسد، انقلب العقد جائزاً (٢).

أما الصفقة الواحدة، إذا اشتملت على الصحيح والفاسد، فهل يتعدى الفساد إلى كل الصفقة، أم يقتصر على الجزء الفاسد، ويصح في الباقي؟

قال أبو حنيفة: يتعدى الفساد إلى جميع الصفقة.

وقال صاحبان: يقتصر الفساد على الجزء الفاسد، ويصح العقد في الباقي.

وقد انبنى على هذا الأصل مسائل كثيرة منها:

لو باع عبيدين فظهر أحدهما حراً، أو باع ذكية وميته، أو باع عنباً وخمراً، أو باع الدار بفنائها، أو اشترى حلياً فيه جواهر يمكن فصلها من غير ضرر، بذهب نسيئة، أو اشترى جارية في عنقها قلادة ذهبية بدنانير ذهبية، وما أشبه ذلك، وهذا إذا كان البيع صفقة واحدة، وسواء أسمى لكل جزء من الصفقة ثمناً معيناً أم لم يسم فالبيع عند أبي حنيفة لا يجوز.

وعند الصاحبين البيع جائز في الأجزاء الحلال من الصفقات في المسائل

(١) أصول الكرخي ص ١١٣.

(٢) شرح الكنز للعيني ١/ ١٨، البحر الرائق ٦/ ٧٤، ٧٥.

المذكورة . إذا سمى للحلال ثمناً وللحرام ثمناً^(١) . وهو قول الشافعي وأحمد في رواية .

وفي رواية عن محمد أنه يعتبر هذه البيوع باطلة كما يقول أبو حنيفة^(٢) .

مسألة :

إذا جمع بين عبد وحر أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما عند أبي حنيفة ، سمى ثمناً لكل واحد منهما أم لم يسم . وهو قول مالك .

وعند الصاحبين : إن سمى لكل واحد ثمناً جاز في العبد وجاز في الشاة المذكاة . وهو قول أحمد ، وعند الشافعي قولان كالمذهبين^(٣) .

وهذا بخلاف ما إذا كان الفساد ضعيفاً . كمن جمع بين عبد ومدبر أو بين شاته وشاة غيره في البيع ، فقد تلحق الإجازة للمدبر أو شاة غيره ، فهذا صحيح بالاتفاق^(٤) .

واستدل الصاحبان أنه في حالة عدم تسمية الثمن ، العلة واضحة ، وهي عدم معرفة ما يخص الجزء الحلال من الثمن المتعاقد عليه ، فيفسد جميع العقد بالاتفاق^(٥) .

أما عند تسمية الثمن للجائز من الصفقة ولغير الجائز ، فالفساد لا يتعدى إلى الصحيح ، بل يقتصر على الجزء الفاسد .

واستدل أيضاً بالقياس على النكاح ، فلو جمع بين أجنبية وبين أخته في النكاح ، يجوز من الأجنبية ويبطل من أخته^(٦) .

(١) البدائع ٣١٨٥/٧ ، المبسوط ٤/١٣ . (٢) الأصل (لمحمد بن الحسن) ٨٦/١ ، ٨٧ .

(٣) رحمة الأمة خط (ورقة ٣٧٣) . (٤) فتح القدير ٤٥٦/٦ ، المبسوط ٣/١٣ ، ٤ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٢٠/٤ . (٦) شرح العيني على الكثر ٢٥/٣ .

واستدل الإمام بما يلي:

الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً، والميتة وكل ما هو غير متقوم كذلك .
والبيع كان صفقة واحدة، فالظاهر أن المشتري أقدم على الصفقة وهو يريد بها
جميعها، لا أجزاء منها، فهو يشترط جميع الصفقة، فتبين أن شرطه فاسد .
وكثيراً ما يتغاضى الناس عن عيوب بجزء من الصفقة؛ طمعاً بسلامة الباقي
أو جودته ورواجه .

وأما قياس الصاحبين: البيوع على النكاح، فقياس مع الفارق؛ لأن النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة^(١) .

الترجيح:

وإنني أرجح رأي الإمام لما يلي:

أولاً: ينبغي سد باب الفساد . وتفويت الأمر على المفسدين الذين يغشون الناس
ويبيعون محرماً .

ثانياً: الإسلام جاء لاستقرار المعاملات لا لاضطرابها، ومن يشتري الصفقة
كاملة لابد أنه يلاحظ اجتماعها لا تفرقها، ومن الأصول أن الغالب يعتبر
كالموجود . فكأنه نص في العقد على اجتماع الصفقة .

ثالثاً: إن المحرم في هذه العقود يدخل في أصل العقد . والبطلان في الحرام قوي
يتعدى إلى الأجزاء الأخرى للصفقة بخلاف ما لو كان البطلان ضعيفاً كما في
بيع المدبر والعبد^(٢) .

(١) المبسوط ١٣/٤، البحر الرائق ٦/٩٨ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٤ .

المطلب السابع :

الأصل عند أبي حنيفة أن من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وبين ما لا يتعلق به الحكم . فالعبرة بما تعلق به الحكم ، ولا عبرة بما لم يتعلق به الحكم^(١) .

وعند الصحابين : يعتبر كلام العقلاء ما أمكن .

تحرير الأصل :

الأصل أن يسان كلام العقلاء المسلمين عن العيب ، وأن ينظر منه إلى ما هو صالح مفيد حكماً وشرعاً ، وأن يلغو ما سوى ذلك ، كاليمين اللغو لا يتعلق بها من الأحكام ما يتعلق بالمنعقدة ، والهزل في العقود يحول دون انعقادها . سوى ما استثناء الشارع كالزواج والطلاق .

والأحكام تنعطف على الألفاظ على وفق الإنباء . والعبرة بما يفيد الأحكام لا بما لا يفيدها ؛ ولذلك ذكر الفقهاء :

لو قال : عندي دينار فهو أمانة ، ولو قال : لفلان علي دينار فهو إقرار ، ولو قال : لفلان قبلي دينار فهو كفالة وضمان ، ولو قال لفلان في مالي دينار فهو شركة^(٢) .

وأكثر المسائل على هذا الأصل في الإقرار والوصايا والاستثناء . والأصل في الإقرار أن يكون المقر مصداقاً شرعاً ، إذ الإقرار بمحال باطل ، وأن يكون المقر له حياً معلوماً^(٣) . وكذا في الوصية .

(١) تأسيس النظر ١٨ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٢٨١ .

(٣) البدائع ١٠ / ٤٥٩٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٤٥ ، ٢٥٥ .

والأصل في الاستثناء أنه تكلم في الباقي الثنياً.

وقد ابتني على هذا الأصل مسائل كثيرة منها:

لو قال: لفلان عليّ كَر حنطة وقفيز شعيراً إلا كَر حنطة وقفيز شعير، لم يصح استثناءه لقفيز الشعير عند الإمام. وعندهما وعند الشافعي: يصح^(١). لو قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن خمر. فعند الإمام: عليه ألف درهم، وتفسيره لاغ؛ لأنه إبطال لما أقر به. وعندهما: الإقرار لاغ؛ لأن الخمر لا يجب في ذمة مسلم^(٢). ومنها: لو أوصى بثلث ماله لحي وميت. فعند الإمام: الثلث كله للحي، ووافق محمد والشافعي^(٣). فالوصية للميت باطلة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد.

وعند أبي يوسف إن كان يعلم فالثلث للحي. وإلا فللحي نصف الثلث والوصية للميت جائزة عند مالك فتدفع منها ديونه أو كفاراته^(٤).

ومنها: لو أقر لإنسان وجدار، أو أوصى لهما، فالمال المقر به أو الموصى به كله للإنسان.

وكذلك لو قال لفلان وعقبه ثلث مالي، فالإضافة للعقب فاسدة^(٥).

ومنها: لو علق بالمشيئة لا يصح إقراره. فلو قال: لفلان عليّ ألف دينار إن شاء الله، وكان لفظ المشيئة متصلاً بالإقرار.

وهذا فيما عدا الإسقاطات كالطلاق والعتاق. فلو قال: عبدي حر إن شاء الله عتق عليه.

(٢) البدائع ١٠/٤٥٧٨.

(١) البدائع ١٠/٤٥٦٧.

(٤) رحمة الأمة بهامش الميزان الكبرى ٢/٤٧.

(٣) الفتاوى الهندية ٦/٩٠.

(٥) المبسوط ٢٧/١٥٩.

ومنها: إن قال أنت طالق واحدة. إن شاء الله. يقع الطلاق. ويلغو الاستثناء لعدم الاتصال^(١). لأن الاستثناء ينبغي أن يكون متصلاً عند الإمام. وكاد هذا الشرط يؤدي برأسه رحمه الله، وقد مرت القصة في ترجمة أبي حنيفة.

مسألة:

ومن أوصى لأجنبي ولوارثه، فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث، لقوله عليه الصلاة والسلام " فلا وصية لوارث " (٢).

ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، فإذا عمرو ميت، فالثلث كله لزيد. وهذا عند الإمام، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يقوم مزاحماً للحی، فهو كمن أوصى لزيد ولجدار، فالوصية كلها لزيد.

بخلاف الوصية لوارث وأجنبي؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به (للأجنبي) وبما لا يملك الإيصاء به (لوارث)، فصح بما يملك ولغا بما لا يملك. فالوارث من أهل الوصية بالجملة، إذ لو أجاز الورثة وصيته جازت. ومن هنا اعتبر للأجنبي نصف الوصية لأن الوارث قادر على مزاحمته (٣).

فبطلان الوصية في حق الوارث لا يلغي الوصية في حق الأجنبي ولا يزيد في نصيبه.

وعند محمد تقع صحيحة لأنه كلام عاقل، يجب أن يصاب عن العبث، ويكون للحی النصف. وهو قول مالك.

(١) البدائع ٢٦/٤، البحر الرائق ٢٥٢/٧.

(٢) سنن ابن ماجه ٩٠٥.

(٣) المبسوط ٢٧، ١٧٦، نتائج الأفكار ٤٢٨-٤٥٥، البدائع ١٠/٤٨٥٥، ٤٨٥٦.

وعند أبي يوسف : إذا كان يعلم بموته فالثلث كله للحي ؛ لأن تسمية الميت مع العلم بموته لغو .

أما إذا كان لا يعلم بموته ، فللحي النصف فقط ^(١) .

وإنني أرجح رأي أبي يوسف لما يلي :

الأصل في الوصايا احترام قصد الموصي ، فإذا كان لا يعلم بموت عمرو ، فالظاهر أنه كان ينوي أن يخص زيدا بجزء معين فقط ، بخلاف ما لو كان يعلم فيكون ذكر عمرو عبثاً فلا يترتب عليه حكم .

والأصل أن إعمال الكلام خير من إهماله ، وقد أمكن إعمال الكلام في هذه المسألة بأن يعطى زيد نصف الموصى به فيصار إليه .

المطلب الثامن :

عند أبي حنيفة : أن ما يعتقده أهل الذمة ويدينونه يتركون عليه . وعند الصاحبين لا يتركون ^(٢) . وكذلك عند الشافعي .

تحرير الأصل :

والسبب أنهم تركوا وما يعتقدون ، ولا يجوز إيذاؤهم . والتدخل فيما يعتقدون إيذاء لهم . والأصل في ذلك حديث رسول الله ﷺ " فإذا قبلوا عقد الذمة ، فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين " ، وحديث " فإن أبوا فخذ منهم الجزية ، فإن أبوا فاستعن بالله عليهم " ^(٣) .

ولذا تقبل شهادتهم على بعضهم صوناً لدمائهم وأموالهم ، التي أخذوا من

(١) الهداية بشرح فتح القدير ٤٤٩/١٠ .

(٢) تأسيس النظر ص ١٩ .

(٣) سنن الترمذي ١٦٣/٤ .

عليها الأمان، ففساد أنكحتهم، وعدم تقوم أموالهم في نظرنا، لا يفسدها ولا يفسد ما يترتب عليها في حقهم ما داموا يعتقدون صحتها وجوازها. وإقرارهم على ذلك ليس أكبر من إقرارهم على الشرك بالله سبحانه وتعالى، فهم لا يلتزمون أحكامنا في الديانات، ولا فيما يعتقدون خلافه في المعاملات. هذا ملخص نظر الإمام رحمه الله، وأما أصحابه والشافعي وغيرهم رحمهم الله فيقولون:

إن قانون الشريعة يسري على جميع المواطنين الخاضعين لسلطان الإسلام، فإذا أقر أهل الذمة على ما يعتقدونه، فلا يسمح لهم أن يجرؤوا المعاملات حسبما يريدون. وقد انبنى على هذا الأصل كثير من المسائل منها: إذا تزوج الذمي امرأة ذمية في عدة من زوج ذمي. يُتركان عند الإمام، وعند الصاحبين يفرق بينهما.

إذا تزوج ذمي ذمية على ألا مهر لها، جاز العقد عند الإمام، ولا مهر لها وإن أسلما. وعندهما لها مهر المثل^(١).

إذا تزوج مجوسي أمه، ثم أسلما فقتله مسلم بالزنا حد القاذف عند الإمام؛ لأن الإسلام تركهم وشأنهم، وكان مقرا على ذلك فزواجه بأمه ليس زناً محضاً في حقه آنئذ. وبهذا قال زفر. وعند الصاحبين: لا يحد قاذفه.

ومن جمع منهم بين خمس نسوة في عقدة واحدة أو بين أختين، وذلك في دينهم جائز. فعند الإمام يخلى بينهم، إلا إذا ترفعوا إلى حاكم المسلمين. وعند الصاحبين: يقضى بينهم بشريعة الإسلام إذا ترفع أحدهما^(٢). ثم ذكر

(١) شرح السير الكبير ٣/ ١٨٢١.

(٢) شرح السير الكبير ٣/ ١٨٢٠.

الطحاوي بعد أن أورد هذه المسائل أن رأي الصاحبين هو المعتبر أي هو ما عليه الفتوى والحكم في القضاء^(١).

مسألة:

إذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر . فدخل بها ثم طلقها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها ، فليس لها مهر . وكذلك الحريان ، وإن أسلما .

وهذا عند الإمام ، وهو قول زفر .

وعند الصاحبين : في الحريين ليس لها مهر ، أما في الذميين فللمرأة مهر مثلها ، في الدخول أو الوفاة ، والمتعة في الطلاق قبل الدخول .

ودليل الصاحبين : أن أهل الذمة قد خضعوا لأحكام الإسلام وهذا يقتضي التزامهم بأحكام الشريعة في المعاملات ، كالربا والزنا ، فلنا عليهم ولاية الإلزام . كما أن عدم تسمية المهر أو تسمية ما ليس بمال عند المسلمين غير معتبر في حق غير المسلمين أيضاً^(٢).

ودليل الإمام : أن أهل الذمة لم يلتزموا بعقد الذمة فيما يتعلق بالديانة ، أو فيما يعتقدون خلافه في المعاملات أيضاً .

وأجاب عما استدل به الصاحبان : بأن ولاية الإلزام بالسيف والإجبار ، وقد أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون^(٣) .

أما القياس على الربا والزنا فقياس مع الفارق ؛ إذ الزنا محرم في كل

(١) مختصر الطحاوي ١٧٩ .

(٢) المبسوط ٤١ / ٥ .

(٣) فتح القدير ٣ / ٣٨٥ ، البدائع ٥ / ٢٢١١ وما بعدها ، المهذب للشيرازي ٥٢ / ٢ .

الأديان^(١) والربا ورد به نص خاص " إلا من رابى فليس بيننا وبينه عهد " (٢).
فاستثنى من عقود جميع البشر (٣).

ترجيح:

وإنني في هذا المسائل أرجح رأي الصاحبين لما يلي:

لأن إشاعة أحكام الإسلام في الأرض هي المفروضة وهي الغاية من جهاد المسلمين، قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣].
وأية فتنة أكبر من أن تظل معاملاتهم وأنكحتهم مخالفة لقواعد الفطرة البشرية؟
فلا أقل من أن يفصل بينهم بشريعة الإسلام إذا ترفع طرف منهم إلى قاضي المسلمين. والتخلية بينهم وبين ما يعتقدون خلافه تقتصر فيما لم يترفعوا به إلينا.
والأصل أن ننزلهم على حكم الله ليسموا نسيم الحق، فهم لم يعطوا عقد الزمة إلا ليتأملوا محاسن الإسلام وشرائعه، وأنى لهم ذلك إذا ظلوا في لوثة قوانينهم الخاصة؟.

المطلب التاسع:

(عند الإمام) من أخبر بخبر، ولصدق خبره علامة، لا يقبل قوله إلا ببيان تلك العلامة. كمن ادعى على آخر شجة فإنه يؤمر بإظهار تلك الشجة.
(وعند الصاحبين) والشافعي لا يشترط ذلك (٤).

تحرير الأصل:

جعلت الشهادة أصلاً لإثبات خلاف الظاهر، إذ إن الفطرة الأولى للحياة

(١) فتح القدير ٣/ ٣٨٥، البدائع ٥/ ٢٢١١ وما بعدها، المهذب للشيرازي ٢/ ٥٢.

(٢) (٣) المبسوط ٥/ ٤١.

(٤) تأسيس النظر ص ٢٠.

براءة الذمة وليس لأحد في عنق أحد مظلومة . فإذا ادعى أحد خلاف الظاهر يطلب منه ما يؤيد هذه الدعوى ، فإن وجد المؤيد كان الادعاء أقوى ، فإن أمكن التدليل على صدق الشهادة فإنه يطلب إظهار هذا الدليل بمثابة تزكية الشهود ، فتصير الشهادة عندها بمثابة الشمس في البيان كما طلب النبي ﷺ .

إذا لا تصح الشهادة بمجهول أو مظنون ^(١) .

جاء في البدائع " كل شيء في يد إنسان سوى العبد والأمة يسعك أن تشهد أنه له " ^(٢) .

ويشترط في الشهادة أن تكون بمعلوم وعلى معلوم ولمعلوم كذلك ، فلا تصح الشهادة بمجهول ولا على مجهول ولا لمجهول .

وما دام الأصل العدم في الصفات العارضة والأصل براءة الذمة ، فالقول قول المدعى عليه لموافقته الأصل ^(٣) .

فالشهادات والإقرارات والدعاوى تستوجب ما يؤيدها ، إذا كان المؤيد من مستلزماتها وكان ممكناً .

ومما انبنى على هذا الأصل من المسائل :

لو شهد رجلان على رجل بشرب الخمر ، فعند الإمام لا تقبل شهادتهما ما لم توجد منه رائحة الخمر ، لأن لهذه الشهادة علامة وهي الرائحة ^(٤) .

وعند محمد والشافعي تقبل كسائر الشهادات .

(١) مثله في سنن أبي داود ٢/ ٢٧٤ .

(٢) البدائع ٩/ ٤٠٤٨ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٥٩ ، ٦٢ .

(٤) فتح القدير ٥/ ٣٠١ .

ومنها: إذا قال صاحب المال دفعت الزكاة إلى مصدق غيرك، وكان آنئذ مصدق آخر يطالب صاحب المال بالبينة وهي البراءة عند الإمام. وإن لم يكن مصدق آخر في تلك السنة لا يقبل قوله (١).

مسألة:

إذا أخبر ولي الصغير أو الصغيرة بنكاح سابق لزمته البينة عند الإمام. وعند الصحابين والشافعي، يقبل قوله دونما بينة لأنه ولي. ومثل ذلك وكيل الرجل والمرأة إذا أخبر بنكاح سابق وأنكر الموكل، لزم الوكيل البينة عند الإمام. وعند الصحابين يقبل قوله (٢).

والمقصود بالمسألة، أن الشهادة تطلب على عقد الزواج وتطلب حين إظهار الزواج؛ إذ إنه قبل إظهاره كأنه غير موجود، فتطلب الشهادة على أصل النكاح؛ لأنه لا ينعقد بدون شهود.

قال الكاساني: "ولو أقر الأب على ابنته الصغيرة بالنكاح أو على ابنه الصغير، لا يصدق في إقراره حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح في قول أبي حنيفة. وعند الصحابين يصدق من غير شهود (٣).

ثم ذكر صور المسألة:

أن تدعي امرأة نكاح الصغير، أو رجل نكاح الصغيرة، والأب ينكر ذلك فيقيم المدعي البينة على إقرار الأب بالنكاح، فإن هذه البينة لا تكفي، بل يطلب من المدعي إقامة البينة على إنشاء عقد النكاح.

(١) المبسوط ١٦١/٢.

(٢) تأسيس النظر ص ٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ١١٦٢/٣.

أو أن يدعي رجل نكاح الصغيرة أو امرأة نكاح الصغير بعد بلوغهما، والصغيران ينكران، فيقيم المدعي البينة على إقرار الأب في حال صغرهما، فلا يعتد بهذه البينة ^(١).

وهذه المسائل مقيدة بما إذا بلغ الصغير أو الصغيرة، فأكذب الولي في إقراره. والأصل في الإقرار أنه حجة قاصرة. فيحتاج إلى ما يؤيده. كما أن من خصائص عقد الزواج وجوب الإشهار والعلنية. فإذا لم يكن مشهوراً بحيث احتاج إلى بينة، فلا بد من هذه البينة على أصل النكاح. ولذا قال في المبسوط: "الأصل في هذه المسائل أن أحد الزوجين متى أضاف الإقرار بالنكاح إلى حال ينافي أصل العقد، لانعدام الأهلية، يكون القول قوله إلا أن يثبت الآخر ما يدعيه بالبينة" ^(٢).

وحجة الصاحبين: الأب أو الوكيل له أن ينشئ عقد النكاح، فإذا ملك إنشاء العقد، ينبغي أن يصدق في إقراره ولا حاجة للشهود؛ لأن الأكثر يشمل الأقل.

وأيضاً: بالقياس على إقراره بتزويج مملوكته، فإنه يقبل إقراره ولا يطالب بالبينة، فهو غير متهم.

وحجة الإمام: أولاً: عموم الحديث: "لا نكاح إلا بشهود" ^(٣). فهو يعم إنشاء النكاح وإظهار النكاح، وما كان شرطاً للإنشاء يبقى شرطاً للإظهار. والشهود عند العقد شرط فكذا عند الإظهار؛ لأن الإظهار بمثابة الإنشاء. بل إن أداء الشهادة لإشهار الزواج تمس الحاجة إليه.

(١) البدائع ٣/١٣٦٣، فتح القدير ٨/٥٤.

(٢) المبسوط ١٨/١٤٣.

(٣) الجامع الصحيح ٣/٤٠٣.

ثانياً: أن هذا إقرار على آخرين بعقد لا يملك المقر إنشاءه إلا بشهود^(١).

وأجاب عن قياس الصاحبين تزويج الصغير والصغيرة على تزويج الأمة بأنه قياس مع الفارق؛ لأن السيد يملك أمته ويملك إنشاء العقد عليها، أما في الصغيرة فله ولاية العقد فقط^(٢).

ترجيح:

وإنني أرجح رأي الإمام (أبي حنيفة)؛ لأن عقد الزواج طويل الأمد كثير التكاليف، وفيه من معاني العبادة ما لا يوجد في غيره. كما أنه قد اشترط له الإسلام شكليات لم تشترط لغيره من العقود، فلا بد من إضفاء هالة على هذا العقد الذي هو تناهي النعمة في الإسلام، فإذا لم يكن الزواج مشهوراً في مثل هذه المسألة، فلا أقل من إقامة الشهادة على أصل العقد.

المطلب العاشر:

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن سبب الإتلاف متى سبق ملك المالك فإنه لا يوجب الضمان على المتلف لمن حدث له الملك. وعند الصاحبين والشافعي، هذا لا يمنع من الضمان^(٣).

تحرير الأصل:

العبرة في الضمان بسبب التعدي وبوقت التعدي، أو ما قام مقام التعدي. فإذا ضرب إنسان دابة آخر، فباعها صاحبها، ثم سرت الجراحة فقتلتها وهي في

(١) المبسوط ٤/ ٢٢٥.

(٢) فتح القدير ٨/ ٥٤.

(٣) تأسيس النظر ص ٢١.

يد المشتري، فإن ضمن الجاني لصاحبها الأول، اجتمع بدلان في حوزته، الثمن والضمان، وهذا لا يجوز. وإذا ضمن للمشتري يجتمع في حوزته بدلان أيضاً، البديل والمبدل، وهذا إثراء بلا سبب وهو لا يجوز.

والسراية تابعة للجناية والتعدي، فهي أثر لسبب الضمان فإن التصرفات لا بد أن يكون صاحبها مسؤولاً، ولا سيما إذا تعلق بخطاب الوضع، كالإتلاف.

فما مستند التفريق بين رجل تسبب في إتلاف فرس رجل، فماتت في يد صاحبها؟ وبين رجل تسبب في إتلاف فرس رجل فباعها من يوم السبب، فماتت في يد المشتري؟.

والذي يتبين من أدلة الإمام فيما انبنى على هذا الأصل من المسائل، أن المدار على اعتبار وقت التعدي، أو ما هو في معناه. وهل المتعدي ملتزم قبل هذا المتلف عليه الطارئ؟ فإن كان فهو يلتزم بالضمان، وإلا فبأي سبب يضمن؟ كما أن هناك اعتباراً رئيساً ومهماً لوجوب التكافؤ في باب المعاوضات والابتعاد عن شبهة الربا واجتماع البديلين في ملك واحد. واعتبار آخر هل التصرف الذي نشأ عنه الإتلاف كان مباحاً وقت التسبب؟ لأن الضمان يجب بالفعل السابق.

ومما ابتنى على هذا الأصل من المسائل:

لو قطع رجل يد عبده ثم أعتقه ثم مات لم يضمن، ولو قطع يد مرتد فأسلم، ثم مات فلا شيء على القاطع، ولو قطع يد حربي، ثم أسلم، ثم مات من السراية فلا شيء على القاطع، ولو قطع يد عبد، فباعه المالك وسرت الجراحة إلى نفسه في يد المشتري لا ضمان على القاطع للبائع ولا للمشتري.

ولو وهب لرجلين ذو رحم محررم من أحدهما، فإنه يعتق على رحمه، ولا يضمن لصاحبه.

وكذلك لو ورث رجلان ذا رحم محرم من أحدهما، فإنه يعتق على قريبه، ولا يضمن لصاحبه.

لو باع نصف عبده من ذي رحم محرم لهذا العبد، أو رهن له نصفه، فإنه يعتق، ولا يضمن للواهب ولا للبائع^(١).

مسألة:

رجلان اشتريا ابن أحدهما، يعتق على الأب ولا يضمن لصاحبه المشتري شيئاً، (عند الإمام)؛ لأن سبب الإتلاف المالي (تحرير الرقيق) القرابة، وهي متقدمة زمنياً على ضياع المال أو الإتلاف.
ومثل ذلك لو وهب لهما ابن أحدهما أو أوصى لهما به.

(وعند الصحابين): يعتق، ويضمن الأب في جميع الحالات القيمة لصاحبه^(٢). وهو قول مالك والشافعي وأحمد إذا كان الأب موسراً. لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ به ثمن العبد قوم عليه قيمة العبد، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق^(٣)».

تحرير المسألة:

جاء الإسلام لإعزاز البشر وإكرامهم ووصل أرحامهم، وحصر أبواب الرق في باب واحد وهو الحرب المشروعة مع الكفار، وفتح أبواباً للتحرير كثيرة.

(١) المبسوط ٢٧/٨٤، البدائع ١٠/٤٧٨٠، ٥/٢٢٦٩، فتح القدير ١٠/٢٠٤ وما بعدها.

(٢) تأسيس النظر ص ٢١.

(٣) بداية المجتهد ٢/٣٣٥، البخاري ومسلم.

ومن هذه الأبواب التحرير في المسائل المذكورة . فإنه يحدث شرعاً بمجرد الملك . وقد جاءت المسألة في تبين الحقائق كما يلي " من ملك ابنه مع آخر ، عتق حظه ولم يضمن . ولشريكه أن يعتق أو يستسعي .

وإنما لم يضمن الأب نصيب شريكه ، لانعدام التعدي منه " (١) .

وسقوط الضمان عن الأب إنما هو بحكم الشرع . قال عليه الصلاة والسلام : " من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر " (٢) . وعليه قال في البدائع : " الأصل أن كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء ، أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالإرث يعتق عليه . وقال مالك : لا يعتق إلا بالعتق . وقال الشافعي : لا يعتق إلا من له أولاد " (٣) .

فالإمام يرى عدم الضمان على المعتق عليه . والصاحبان يقولان : عليه الضمان في غير الإرث .

فهما يريان أنه في حالة ما لو ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه كالإرث فلا ضمان على من أعتق عليه . وهو قول الإمام .

وإن ملكاه بسبب لهما فيه صنيع كالشراء ، فعلى من أعتق عليه الضمان إذا كان موسراً .

وعلى هذا تكون المسألة التي أوردها الدبوسي ، مقصوداً منها الفرض الثاني ، أي فيما لهما فيه صنيع ، وأيضاً مقيدة بحال يسار القريب المعتق عليه .

فصارت المسألة إذن :

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٧٨/٣ .

(٢) سنن ابن ماجه ٨٤٨/٢ .

(٣) البدائع ٢٢٦٩/٥ .

إذا ملكا ابن أحدهما بغير الإرث عتق، ولم يكلف الأب بالضمان عند الإمام ويضمن عند صاحبين إذا كان موسراً.

وهذا يتصل بأصل آخر وهو أن العتق يتجزأ عند الإمام، وعندهما لا يتجزأ^(١).

واستدل صاحبان بأن الأب أفسد نصيبه بالإعتاق؛ لأن مباشرة هذه الأسباب من بيع ونحوه إعتاق، بدليل أنه يتجزأ به عن الكفارة فصار كأنه قال: أعتقت نصيبى. بخلاف حالة الميراث لأن الإرث تمليك جبري.

فهما لاحظا وجود الاختيار وقاسا العتق الضروري على العتق الاختياري، وإذا ضمن في الاختياري ضمن في مثل هذه المسائل؛ لأنه سبب في إتلاف نصيب صاحبه.

ووجه قول الإمام: أن الشريك حينما شارك الأب في علة العتق وهي الشراء وما أشبهه، فإن مباشرته لهذه الأسباب اعتبرت كالرضا حكماً بإفساد نصيبه؛ لأن مجرد مباشرتها إعتاق^(٢).

وإن تقييد صاحبين قولهما بيسار القريب المعتق عليه ترجيح لرأي الإمام أو نوع ترجيح لرأي الإمام.
ترجيح:

ويترجح قول الإمام لما يلي:

أولاً: الإعتاق في هذه المسائل جاء بأمر الشارع الحكيم، قال عليه الصلاة والسلام: "من ملك ذارحم محرّم منه فهو حر". ولا يكلف الله الإنسان ما لم يلتزمه بإيجاب من الشارع أو بإيجاب من نفسه، ولم يوجد.

(١) البحر الرائق ٤/ ٢٥٣.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٨، البحر الرائق ٤/ ٢٥٩.

ثانياً: إذا كان الله تعالى قد جعل هذا الرحم سبباً في إعتاق رحمه وإحيائه، فلم يغرم نصيب صاحبه، وهو لم يتلف عليه عمداً ولا خطأ، فلا يجبر على إتمام العتق. والله أعلم.

المطلب الحادي عشر:

الأصل (عند أبي حنيفة) أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة لا يختص بالعرف. (وعند الصحابين): يختص بالعرف^(١).

وبقول الصحابين قال مالك والشافعي وأحمد^(٢).

تحرير الأصل:

أكثر مسائل هذا الأصل في الوكالة والوديعة والوصاية والإعارة والوصية ونحوها. ومن الأصول التي استمد منها هذا الأصل ما يلي:

أولاً: الأصل أن يكون الوكيل متى قدر على تحصيل قصد الموكل بما سمي له، جاز التوكيل، وإلا فلا^(٣).

ثانياً: الأصل أن ما سمي في الوكالة، إذا تناول أجناساً مختلفة لم يصح التوكيل^(٤).

ثالثاً: الأصل أن الوكالة والوديعة والوصايا والإعارة والإجازة ونحوها، إنما شرعت تيسيراً على الناس، ومع أن الرغبات الشخصية خاصة ومتشعبة، وأعماق النفس بعيدة الغور لا يعلم مداها إلا الله، فقد شرعت الوكالة ونحوها مما ينوب به إنسان عن غيره، دفعاً للحرص عن الناس.

(١) تأسيس النظر ٢١.

(٢) الميزان الكبرى ٦٧/٢.

(٣) و (٤) المبسوط ٣٨/١٩، ٣٩.

والملاحظ في هذه العقود معنى التخفيف والتيسير ، وهذا يقتضي أن يتسامح الناس في هذا الباب بما أهدر عرفاً ، وإلى هذا الحد يتفق الإمام وصحابه رحمهم الله .

أما إذا كان العقد مطلقاً ، فإن الإمام يرى من عبارة الإطلاق معنى يتجاوز العرف ، فيبيح للوكيل والوديع من التصرف ، كما يروق له ما انتفت التهمة وبعدت مظنة الخيانة .

أما الصاحبان ، فيريان أن جميع العقود إذا أطلقت فيها الأعواض أو الأسماء والأوصاف ، فإنما يصار إلى ما تعارف الناس فيها . فيحكم مهر المثل في باب النكاح ، وضمن المثل في الضمان ، والاستعمال المعهود في الإجارة والإعارة ، والمعاني الملاحظة في الوكالة والوصاية . ومرد ذلك إلى العرف .

أرأيت أن الحالف والمطلق والعاقدين إنما تتعلق الأحكام بمقتضى ما يدل عليه كلامه ، فيحتكم إلى العرف .

وأما الإمام فإنه يعتبر حقيقة اللفظ اللغوية^(١) .

ومن المسائل التي ابتنيت على هذا الأصل :

لو وكله أن يشتري له جارية للخدمة أو عبداً ليسلمه إلى خباز أو عمل من الأعمال ، فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين لم يجز ؛ لقيام دليل التقييد .

أما في حالة الإطلاق ، فيختلف الأمر : فلو أودعه فاسافر بالوديعة ، ولها حمل ومؤنة ، جاز عند الإمام إذا كان الطريق آمناً ؛ لأن المفازة محل للحفظ في حال الأمان .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٥٣ .

وعندهما : ليس له أن يسافر بها إذا كان لها حمل ومؤنة .

وعند الشافعي : ليس له أن يسافر بها وإن لم يكن لها حمل ومؤنة ؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف ، وهو الحفظ في الأمصار .

ولو وكل رجلاً ببيع عبده مطلقاً ، فباع نصفه ، جاز عند الإمام .

ولو وكله ببيع عبد بعينه ولم يسم الثمن ، فباعه الوكيل مع غيره ، جاز مطلقاً (عند الإمام) .

وعندهما : لا يجوز إلا أن يكون الثمن مساوياً لقيمته ، ولو على وجه التقريب . وهو قول الشافعي .

ومنها بيع العبد المأذون ، والوصي المأذون أو المكاتب جائز عند الإمام ولو بغبن فاحش .

وعندهما وعند الشافعي : لا يجوز (١) .

مسألة :

لو وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمانها ، فاشتراها عوراء أو عمياء ، أو مقطوعة اليدين والرجلين أو إحداهما ، أو مقعدة ، فهو جائز على الأمر في قول أبي حنيفة رحمه الله ، إذا اشتراها بنفس القيمة ، أو بما يتغابن الناس فيه .

وعند الصاحبين : شراء العوراء ومقطوعة اليد جائز بخلاف العمياء والمقعدة ومقطوعة اليدين أو الرجلين ، فلا يجوز على الموكل .

ودليل الصاحبين أن العرف معتبر في المعاملات ، وشراء العمياء والمقعدة غير متعارف .

(١) المبسوط ١٩/٤٠ ، فتح القدير ٨/٤٩٠ ، تبين الحقائق ٥/٧٩ .

وأما العوراء أو مقطوعة اليد فمعيبة ، وقد تعارف الناس شراء الأشياء المعيبة ما دام جنس المنفعة لم يفت ، أما في المقعدة والعمياء ففقدان قوة العمل أو حاسة البصر يعتبر استهلاكاً حكماً لجنس الجارية ، بدليل عدم جواز التكفير بالرقبة بهذه الصفة ^(١) .

أما الإمام أبو حنيفة رحمه الله فقد مضى على أصله ، وهو أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد . واسم الجارية مطلقاً يتناول السليمة كما يتناول المعيبة جزئياً وكما يتناول العمياء والمقعدة ، فالعبرة بحقيقة اللفظ ، لا بدلالة العرف . وحتى دلالة العرف مشتركة ومتغيرة ، وقد يشتري الإنسان الجارية العمياء اكتساباً لثواب الله تعالى .

أما قياس الصاحبين على الرقبة في الكفارة ، فقياس مع الفارق ؛ لأن الكفارات عقوبات يقصد بها الزجر عن ارتكاب ذنوب معينة ، ولا يحصل كمال الزجر بالعمياء والمقطوعة اليدين ^(٢) .

وأرجح رأي الصاحبين ؛ لأن الناس لهم مقاصد معروفة أو ملحوظة بمعاملاتهم ، والملاحظ أن الرجل يشتري جارية للخدمة ، أو للمتعة ، فوجب احترام قصده .

المطلب الثاني عشر :

الأصل (عند الصاحبين) ما حصل مفعولاً بإذن الشرع ، كان كأنه حصل بإذن من له الولاية من الآدميين .

(١) البدائع ٣٤٦٩/٧ ، التنف في الفتاوى ٥٩٧/٢ .

(٢) المبسوط ٣٩/١٩ ، فتح القدير ٢٩/٨ .

و(عند الإمام) كذلك ولكن بشرط السلامة . كمن رمى صيداً فهو مأذون في الصيد بشرط السلامة ، فلو جنى على أحد يضمن^(١) .

تحرير الأصل :

إن الشارع الكريم أباح أموراً، وشرع أموراً، فإذا كان الإنسان بصدد القيام بعمل مباح أو واجب عليه أو مندوب، فإنه لا تثريب عليه، بل إنه مثاب على ذلك .

وإذا كان يتوصل إلى فعل المباح أو المشروع دون إضرار بأحد فهذا هو الأصل ، وهذا هو الأمر الطبيعي . أما إذا حصل إضرار بأحد فهذا هو موضع الخلاف .

ومن هنا ذكرت مسألة الصيد والجناية الخطأ ؛ لأنها مجمع على وجوب الضمان فيها، لتكون حجة في وجوب الضمان في مثيلاتها . وهذه حجة للإمام .

وأما عند الصاحبين، فالمعنى أنه إذا أباح صاحب المتاع متاعه، أو تنازل عن حقه في شيء، سقط الضمان عن الآخذ أو المتعدي، فكذا إذا أباح الشرع الحنيف فعلاً معيناً، وحصل أثناءه إتلاف أو إضرار، فإنه يسقط الضمان كذلك ؛ لأنه لا يتوصل إلى فعل المباح إلا بكيفية معينة، وما دام قد التزم بهذه الكيفية ولم يتعسف وحصل إتلاف أو ضرر فينبغي ألا يضمن .

فإذا ضمن مؤدي الواجب أو فاعل المباح والطاعات، لأدى ذلك إلى امتناع الناس عن كثير من الواجبات والأفعال المباحة التي عليها مدار الحياة، فيخشى المعلمون من التأديب، ويترك الأزواج تأديب نسائهم، ويتحرج الناس من خدمة المساجد وهكذا .

(١) تأسيس النظر ص ٢٥ .

وقد انبنى على هذا الأصل كثير من المسائل منها :
إذا كسر أدوات المعازف وأدوات اللهب .
إذا قطع ولي القصاص في النفس يد الجاني ثم عفا عنه .
إذا قطع عضواً قصاصاً فسرت الجراحة إلى النفس .
لو قام رجل من غير أهل المسجد بخدمة المسجد فحصل بفعله تلف .
لو ضرب امرأته عند النشوز فماتت .
لو ضرب الأب أو الوصي الصبي للتأديب فمات .
ففي جميع هذه المسائل وأمثالها ، عليه الضمان عند أبي حنيفة وعند
الصاحيين لا ضمان عليه^(١) .
وقد اعتمدت مجلة الأحكام الشرعية قول الصاحيين فوضعت إحدى
قواعدها : " الجواز الشرعي ينافي الضمان " .

مسألة :

إذا قطع يد رجل عمداً حتى وجب عليه القصاص ، فقطع الولي يد الجاني
فمات الجاني من ذلك ، ضمن المقتصد الدية ، في قول أبي حنيفة . وفي قولهما : لا
ضمان عليه . وهو قول مالك والشافعي وأحمد .
أما لو قطع الإمام يد الجاني ، أو جرح الفصاد أو البزاع أو الحجام فسرت
الجراحة فمات من السراية فلا ضمان عليهم بالإجماع^(٢) .

(١) المبسوط ٢٧/٢٣ وما بعدها ، البدائع ١٠/٤٧٧٨ ، تبين الحقائق ٦/١٤٢-١٤٧ .

(٢) رحمة الأمة ٢/١٠٨ .

ووجه قول الإمام أبي حنيفة:

أولاً: أنه استوفى غير حقه، فقد تعلق حقه بقطع اليد، لكنه أتى بفعل القتل. كما لو قطع يد إنسان ظلماً فسرت إلى النفس وجبت الدية. والقياس أنه يجب في هذه المسألة القصاص ولكنه سقط للشبهة، فوجبت الدية.

ثانياً: أن هذا القتل غير مقصود فهو قتل خطأ، والخطأ تجب فيه الدية.

أما الإمام، فلا سبيل إلى إيجاب الضمان عليه للضرورة؛ لأن التحرز عن السراية ليس في وسعه، ولو وجب عليه الضمان لتعطلت الحدود.

وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وجماعة^(١).

واستدل الصحابان: بأن الوفاة حصلت نتيجة لفعل مشروع ومأذون فيه، فلا يكون مضموناً.

وبالقياس على حالة السرقة، فالإجماع منعقد على أن السارق إذا مات من قطع يده، فلا شيء على القاطع.

وكذلك بالقياس على الإمام والفصّاد والحجّام؛ فلأن أفعالهم مشروعة، لا ضمان في سرايتها^(٢).

مناقشة وترجيح:

يرى أبو حنيفة رحمه الله، أن القياس لا يطرد. فلو أن كل إنسان مضى يكسر ويتلف، ويقطع ويقتص لما كان عبرة بالقصاص، ولأصبحت الحياة فوضى، بإقامة الحد من الإمام وكذلك استيفاء القصاص، ليس كإقامته من غيره.

(١) البدائع ٤٧٧٩/١٠، بداية المجتهد ٣٧٤/٢.

(٢) الفتاوى الهندية ١٥/٦، المبسوط ٢٤/٢٧.

ويرى الصحابان ومالك والشافعي وأحمد، أن المجني عليه أو وليه لو استوفى القصاص في العضو، فإنه لم يعد استعمال حقه المأذون فيه، فلا فرق بينه وبين الإمام في إسقاط الضمان.

وإنني أرجح رأي الصحابين لما يلي:

أولاً: هناك فرق بين الإذن المطلق والإذن الخاص. فإذا أذن الشارع بالصيد والمشي في الطريق العام وحصل ضرر من ذلك فعلى المتسبب والمخطئ الضمان.

وأما في الإذن الخاص، كالطبيب المداوي له أن يجرح عضواً من جسم المريض، فلا سبيل إلى إيجاب الضمان عليه؛ لأن فعله اختص بهذا وتمحض له حتى صار لا ينسب إلا إليه فيقال: حجام، وبزاع، وجراح، وطبيب يعالج بالجرح أو غير الجرح، فلو ضمن هؤلاء لامتنع الناس عن القيام بهذه الأعمال وهي ضرورية للأمة.

واستيفاء القصاص هو من هذا القبيل، أي الإذن الشرعي الخاص بقطع يد فلان الجاني مثلاً، وليس إذناً عاماً.

ثانياً: روي هذا عن علي وعمر رضي الله عنهما^(١)، وهما من الخلفاء، وعدم إنكار الصحابة عليهم يكاد يكون إجماعاً.^(٢)

المطلب الثالث عشر:

الأصل عند أبي حنيفة، أنه إذا صحت التسمية لا يعتبر المقتضى، وإذا لم تصح اعتبر المقتضى^(٣).

(١) البيهقي، السنن الكبرى ٨ / ٦٨، مصنف عبد الرزاق ٩ / ٤٥٧، مصنف ابن أبي شيبة ٩ / ٣٤١.

(٢) المهذب ٢ / ١٨٨، بداية المجتهد ٢ / ٣٧٤.

(٣) تأسيس النظر ٢٦.

تحرير الأصل :

الأصل في العقود أن تكون واضحة، مذكوراً فيها الأعواض حتى يعرف المتعاقد ما له وما عليه، ولكن كثيراً ما يسكت المتعاقدان عن التحديد الدقيق تاركين لما يفهم ضمناً، أو لما يتعارف عليه في التعامل فصل الخطاب .

فإذا كانت جهالة الأعواض يسيرة يتجاوز عنها صحت العقود، وإذا كانت كثيرة فسدت العقود . وهنا تختلف الضوابط في تحديد الكثير والقليل .

فيرى أبو حنيفة رحمه الله ، أن المدار على صحة التسمية، فيرتب عليها معرفة الأعواض ولو على سبيل التقريب، ويتجاوز عن الجهالة اليسيرة، وإذا لم تصح التسمية فإن في العقد جهالة كبيرة، فيعتبر ما تقتضيه تلك التسمية ولا يهمل، فيؤثر في العقود .

ومن المسائل على هذا الأصل :

إذا باع قطعاً من الغنم، كل شاة بعشرة، ولم يسمّ الجملة، لم يصح العقد عند أبي حنيفة والشافعي . وعند الصاحبين : يصح (١) .

إذا أوصى بثلث ماله لرجل، وبنصف ماله لآخر، يشتركان في الثلث عند أبي حنيفة ؛ لأن تسميته النصف غير صحيحة فاعتبرت لاغية .

فصار كأنه أوصى بثلث ماله لرجل، ولآخر بألف درهم . والثلث خمس مئة .

ففي المسألة الأولى : يرى الصاحبان أن الجملة تعرف بالإشارة، فتكون الجهالة يسيرة .

(١) المبسوط ١٣ / ١٥ ، الأصل لمحمد بن الحسن ١ / ٨٧ .

ويرى الإمام أن العدد غير معلوم وقت إجراء العقد، فلا يقع إلا على واحدة، والغنم تتفاوت، فيلغو العقد.

وهذا الأصل يتصل بأصل آخر: "الجهالة التي تفضي إلى التنازع تفسد العقد" (١).

مسألة:

أوصى رجل لرجل بكل ماله، ولآخر بنصفه، فلم تجز الورثة. فعند أبي حنيفة: الثلث بينهما نصفان. وعند الصحابين: الثلث بينهما أثلاث. فيضرب من أوصى له بجميع المال بسهمين، ويضرب من أوصى له بنصف المال بسهم. وحجة الصحابين: أن إيجاب الموصي بعد موته، يعتبر بما أوجبه الله من السهام للورثة بعد الموت.

فقد أوجب الله للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث في حالات. . وأيضاً فإن الموصي فضل أحدهما على صاحبه، فيجب احترام قصده. وحجة أبي حنيفة: الوصية بما زاد على الثلث لاغية عند عدم إجازة الورثة، وإذا لغت لا يستحق الضرب بها، فلا يزاحم صاحب الزيادة اللاغية في وصية الإيجاب فيها صحيح ومعتبر، ومن هنا افرقت الوصية عن الموارث (٢). وإنني أرجح رأي الإمام؛ لأن العقد إذا لغا لا يترتب عليه أثره، بل يعتبر مفسوخاً، ولأن الإدلاء بسبب غير ثابت كالشهادات غير الإدلاء بسبب صحيح ثابت كالميراث، ولأن الميراث، تقسيماته غير معقولة المعنى فلا يقاس عليها.

(٢) المبسوط ٢٧ / ١٤٩ .

(١) شرح العيني ٩٩ / ٢ .

المطلب الرابع عشر :

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر التهمة في الأحكام، فكل من فعل فعلاً وتمكنت التهمة في فعله حكم بفساد عمله " (١) .

تحرير الأصل :

التهمة إذا استحكمت تفسد العمل والتصرف، وتعتبر غلبة الظن في الموضوع وهذا الأصل، والأصل الثالث السابق " إذا غلب على الشيء وجوده يجعل كالموجود حقيقة وإن لم يوجد " من معين واحد .

وعليه لو أقر عند موته بدين لو ارث لا يجوز إلا ببينة لاستحكام الشبهة، بخلاف ما إذا أقر لغير وارث بالدين جاز، ولو أحاط بجميع ماله (٢) .

ومن المسائل المبتناة على هذا الأصل (٣) :

وكيل البيع إذا باع ممن لا تجوز شهادته لم يجز البيع؛ لأنه متهم في ذلك . ومثله وكيل السلم .

إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بلا سؤالها، فلها الميراث .

ولو طلقها بسؤالها ثم أقر لها بدين فلا يصح الإقرار لأنها وارثة، ولها الأقل من ميراثها ومن الدين عند أبي حنيفة .

إذا علق المريض طلاق امرأته على فعل لا بد لها منه كالأكل والشرب وكلام والديها، ففعلت، فمات، ورثت منه عند أبي حنيفة .

(١) تأسيس النظر ص ٢٧ .

(٢) المبسوط ١٥٣/٢٧ .

(٣) المبسوط ١٣/٥، ١٤، ١٥٨/٦، فتح القدير ٣٩٢/٨ .

إذا زوجت المرأة نفسها من كفاء، وسمى لها مهرأ يقل عن مهر مثلها، فهي متهمة في الخط من المهر، وللأولياء حق الاعتراض عند الإمام.

ومنها: إذا شهد الوصي للوارث الكبير بدين على الميت، ردت شهادته عند الإمام ومنها أمان العبد المحجور لا يجوز عند الإمام لأنه متهم كالذمي.

ففي هذه المسائل تبطل أحكام التصرفات (عند الإمام)؛ لأن أصحابها متهمون.

وعند الصاحيين والشافعي: لا تبطل^(١).

مسألة:

وكيل البيع إذا باع ممن لا تجوز شهادته له، لم يجز البيع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه في بيعه لأولاده أو والديه أو زوجته يكون متهماً، وكذلك وكيل المسلم إذا أسلم لمن لا تجوز شهادته له.

وخالفه الصاحبان والشافعي وأحمد رحمهم الله. (وهذا إذا كان بمثل القيمة، أما إذا كان بغبن فلا يجوز بالاتفاق).

تحرير المسألة:

في باب المعاوضات لا يتولى الواحد طرفي العقد، كأن يكون وكيلاً من جانب وأصيلاً من جانب، أو وكيلاً من جانب ووصياً من جانب، وإلى هذا الحد اتفق الجانبان.

أما إذا باع ممن لا تجوز شهادته له، وكان هذا الأخير كبيراً يتصرف بنفسه ففي هذا خلاف.

(١) البحر الرائق ٤/ ٤٩.

فالإمام أبو حنيفة أجرى القياس فيها على الحالة الأولى، وكان البائع تولى طرفي العقد، وهو متهم في شهادته لزوجته وولده الكبير، فاعتبر المدار على الشهادة، فإن لم تجز شهادته لمن يبيع منه لم يجز البيع، وإن جازت الشهادة جاز البيع.

والصاحبان اعتبرا المدار على المالك، فإن كان للبائع ملك أو شبه ملك ممن يبيع منه لم يجز البيع، كما لو باع لولده الصغير أو مملوكه.

أما فيما لا ملك له فيه ولا شبهة ملك، فهو كما لو باع لأجنبي وإن لم تجز شهادته له^(١).

وهذا كله إذا كان البيع بمثل القيمة، أما إذا كان به غبن فاحش فلا يجوز بالاتفاق.

ولذا قال أبو حنيفة: الوكيل بالبيع يوجب حقاً للمشتري في ملك الغير، والإنسان متهم في حق زوجته وولده فيما يوجب لهما في ملك الآخرين، واستدل بما اتفقوا عليه من منع البيع بالغبن الفاحش^(٢).

وإنني أرجح رأي الإمام لأن النفوس مبنية على المشاحة في الأمور المالية، وأن الإنسان مجبول على حب المال؛ وعلى حب الخير له ولأقربائه وزوجته، وهذا يدعو إلى الميل، ولأن الشبهة مستحكمة في هذا البيع. والأصل اتقاء الشبهات.

المطلب الخامس عشر:

الأصل عند أبي حنيفة أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالاً موقوفاً، فإذا عاد للإسلام تعود إليه أمواله.

(١) شرح العيني على الكتر ١٠٣/٢.

(٢) المبسوط ١٩/٤٤، ٤٩، تبين الحقائق ٤/٢٧٠.

وعند الصحابين: لا تزول إلا بالقضاء، أي بعد أن يحكم القاضي بلحقه بدار الحرب^(١).

تحرير الأصل:

المرتد هو من ترك الإسلام إلى غيره. وحكمه أن يستتاب، فإن تاب عن كفره وإلا ضربت عنقه؛ لأنه أنكر نعمة الله عليه بالهداية، وارتكس في الضلال.

والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "من بدل دينه فاقتلوه"^(٢). وقد اتفق علماء الإسلام على قتل الرجل المرتد. والكفر قطع لعرى القرابة والنصرة، كما أنه موت حكماً، فالمرتد إما أن يقتل بعد استتابته إن لم يتب، وإما أن يكون قد هرب من ديار الإسلام إلى دار الكفر.

وما دام ميتاً حكماً بمجرد الردة، فالخلاف بين الإمام وصاحبيه هل تنتقل تركته إلى ورثته على الفور أم ينتظر حتى يصدر أمر القضاء؟.

بالأول قال الإمام أبو حنيفة، وبالثاني قال الصحابان.

فهما يقولان: الردة تؤثر في إباحة دمه وليس لها تأثير في زوال ملكه، قياساً على المحكوم عليه بالرجم أو القود، كما أنه عاقل بالغ مكلف، والتكليف يقتضي كمال الأهلية، وهذا يستدعي بقاء ملكه. وكيف يكون مكلفاً وقد زال ملكه؟.

والإمام يقول: كان الملك وهو القدرة والاستيلاء، باعتبار عصمة النفس والمال، والردة هدمت هذه العصمة، فهو بهلاكه حكماً كان كالهالك حقيقة.

(١) تأسيس النظر ص ٣٠، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/ ٢٨٥.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٨.

مسألة:

المال المكتسب في حال إسلام المرتد، يكون ميراثاً عند أبي حنيفة؛ لأن الردة كالموت، فكأنه مات وهو مسلم فيتوارث المسلمون من بعضهم.
وأما ما اكتسب حال رده فهو في زوال العصمة عنه وعن ماله أثناءها.
وأما الصاحبان فيقولان: المالا ن جميعاً لورثته؛ لأن القاضي لم يقض بلحوقه بدار الحرب، فلم يزل ملكه بعد.
وعند الشافعي: المالا ن فيء لبيت المال ^(١).

تحرير المسألة:

يرى الصاحبان أن الكسب والملك مدارهما على التكليف والأهلية، والمرتد لم يسقط عنه التكليف، فيبقى ملكه السابق ويملك ما اكتسب بعد الردة؛ لأنه مازال أهلاً للخطاب والتكليف.
أما بعد أن يقضي القاضي بقتله أو بلحوقه بدار الحرب، فيزول عنه هذا المعنى وبالتالي تزول ملكيته. وعليه فما اكتسبه أثناء الردة يلحق بما اكتسبه قبلها في ترتب الحقوق عليه وفي تعلق حق الورثة وغير ذلك.
كما أن المرتد قبل القضاء بحقه، كالمحكوم عليه بقود أو رجم فلا يزول ملكه، ولا يسقط حق الورثة فيما يكتسب قبل تنفيذ الحكم، فالردة في حق المرتد كصدور الحكم في حق الزاني المحصن، والقضاء في أمر المرتد كتطبيق الحكم في حق من يستحق الرجم أو القود ^(٢).
والشافعي رحمه الله، في مذهبه ثلاثة أقوال من حيث زوال الملك:

(١) الفتاوى الهندية ٢/ ٢٥٤.

(٢) تبين الحقائق ٣/ ٢٨٥ وما بعدها.

أحدها: كقول صاحبين وحجته كحجتهما .

ثانيها: يزول ملكه زوالاً تاماً، وهو الصحيح في المذهب .

ثالثها: كقول الإمام أبي حنيفة ^(١) .

وأما من حيث الميراث، فيرى الشافعي: أن المرتد لا يرثه أقرباؤه المسلمون لاختلاف الدين، فهو كالكافر ابتداءً، وماله قبل الردة وبعدها فيء للمسلمين .

وأما أبو حنيفة رحمه الله، فمضى على أصله أن ملكية المرتد تزول بمجرد زوال الردة زوالاً موقوفاً، فإن رجع إلى الإسلام عادت إليه ملكيته، وإلا استقر زوالها .

ومدار ذلك على العصمة، فإن المسلم أو الذمي معصوم الدم والمال، فإذا ارتد المسلم زالت العصمة، وكان ميتاً حكماً ^(٢) .

وإنني أميل إلى رأي الإمام رحمه الله لما يلي:

أولاً: إن الإنسان بمجرد الردة يخالف جماعة المسلمين، وهذا هو حكم الله . فالعبرة في المسألة بتبديل الدين " من بدل دينه فاقتلوه " وليست بقضاء القاضي، أرايت إن لم يحكم برده حاكم مسلم، أتحل له زوجته؟ أيبقى على تعامله السابق مع المسلمين؟ .

ثانياً: ثم إنه بذلك يفقد نعمة من نعم الإسلام، وهي عصمة الدم والمال، فيزول ملكه تلقائياً مادامت روحه قد هدرت .

ثالثاً: إن ما اكتسبه بعد الردة، إنما كسبه بعد أن زالت أواصر القربى وأوشاج الرحم بينه وبين أقربائه المسلمين، فما اكتسبه في هذه الحالة لا يكون ميراثاً لهم .

أرايت أنهم لا يعقلون عنه شيئاً من الديات ولا يحملون غرامة؟ ومن

(١) المذهب ٢/ ٢٢٣ .

(٢) فتح القدير ٦/ ٧٣ وما بعدها .

القواعد العامة الغرم بالغرم، فبيت المال أحق بماله المكتسب أثناء الردة؛ لأنه سيتحمل عنه لصالح الجماعة الإسلامية، إذا أتلّف أو قتل ولم يكن في ماله وفاء بالضمان.

رابعاً: إن قياس الصاحبين المرتد على المحكوم عليه بالرجم أو القود، قياس مع الفارق، فالمحكوم عليه بالرجم، غالباً ما يكون عن إقرار بالزنا، وحتى لو كان عن شهادة، فإنما الحد طريق للتطهير، وإن كان بطريق الإقرار، فإنما هو من أسمى آيات التوبة كما هو معروف، فكيف يسوى بين مرتد يقتل عقوبةً، ولا يدفن في مقابر المسلمين، وبين متطهر بالحد، يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين؟!.

ومما انبنى على هذا الأصل من المسائل:

١ - ما يكسبه المرتد بعد الردة فيء للمسلمين عند الإمام، وعندهما: ماله لورثته. وعند الشافعي: ماله قبل الردة وبعدها فيء.

٢ - بيوعات المرتد وعتقه وهبته ورهنه وتصرفه في ماله موقوف عند أبي حنيفة. وعندهما: تصرفاته هذه نافذة سواء أعاد للإسلام أم لم يعد.

٣ - لو قُتل المرتد خطأ ولحق بدار الحرب أو قتل على رده، فالدية في كسب الإسلام خاصة عند الإمام. وعندهما: في الكسبين جميعاً.

٤ - أما إذا تاب وأسلم فالدية في الكسبين جميعاً بالاتفاق^(١).

المطلب السادس عشر:

الأصل عند الصاحبين: أن حقوق الأشياء معتبرة بأصولها.

وأما عند الإمام: فهي ملحقة بأصولها في كثير من المواضع^(٢)، أي لا في جميعها.

(١) شرح السير الكبير ٥/ ١٩٢٢، ١٩٢٣، شرح العيني على الكنز ١/ ٢٦٧، تبين الحقائق

٣/ ٢٨٥ وما بعدها.

(٢) تأسيس النظر ٣١.

أكثر المسائل المذكورة على هذا الأصل في العتق والتدبير والعدة والقسمة وهي متعلقة بأصول أخرى منها:

الأصل: العتق يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين (١).

والأصل: لا تجوز قسمة الرقيق عند أبي حنيفة؛ للفتاوت الفاحش بين أفرادهم. وعند صاحبين: يقسم الرقيق إذا اتحد الجنس كما في الإبل والغنم.

ومن المسائل على هذا الأصل:

العبيد تقسم عند صاحبين. فلو طلب أحدهما التهايط في الغلة يجبر الآخر. وعند الإمام: لا تقسم العبيد أصلاً، فلا تقسم حقوقهم (٢).

لو تزوج أخت أم ولده في عدتها، يجوز عندهما، لأن العدة من حقوق الملك، وأصل الملك لا يمنع، فكذلك لا يمنع حق الملك نكاح أختها. وعند أبي حنيفة: يمنع نكاحها في عدة أختها (٣).

مسألة:

إذا حجر المولى على عبده وفي يده كسب، ثم أقر هذا العبد بدين لا يجوز إقراره (عند صاحبين)؛ لأنه لما أذن له في التجارة، جاز إقراره في رقبته وفي كسبه، فلما حجر عليه لم يجز إقراره في رقبته، فكذلك في كسبه؛ لأنه من توابع الرقبة.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز إقراره بعد الحجر في رقبته، ويجوز إقراره في كسبه؛ لأن الإذن في التجارة والتجارة باقية، بدليل أنه يقضي ديونه التي للناس عليه بعد الحجر (٤).

(٢) شرح العيني ٢/٢٠٧.

(١) البدائع ٥/٢٢٧٤.

(٤) تأسيس النظر ص ٣١، البدائع ١٠/٤٥٥٥.

(٣) تبين الحقائق ٤/١٥١.

يرى الصاحبان رحمهما الله ، أن المصحح للإقرار من العبد ، إنما هو الإذن أو اليد . وبعد الحجر زال الإذن وزالت اليد . وكما أن العبد المأذون كان له الإقرار برقبته وكسبه ؛ وذلك لأن رقبته مال ولأنه قد يقتل إنساناً أثناء تعامله فيدفع به ، وحقوق الرقبة من كسب ونحوه إنما يتبع الرقبة ، فالقاعدة العامة : " التابع تابع " . فلما امتنع إقراره بالرقبة بعد الحجر ، امتنع كذلك إقراره بما في يده ، إذ إنه تابع لها ^(١) .

ويرى الإمام رحمه الله ، أنه بالحجر وإن امتنع إقراره برقبته ، إلا أن هناك فرقاً كبيراً بين الرقبة وبين الكسب ، فيجوز إقراره بدين لحقه أو بأن ما في يده أمانة لغيره . واعتبر الإمام أن المصحح للإقرار هو اليد ^(٢) ؛ ولذلك يصح إقراره بحدود ما في يده لا يتجاوزه ، وهذا يقيد المسألة التي ذكرها الدبوسي . وعليه فلا يصح إقراره بما انتزعه السيد من يده ، حتى لو كان ذلك حال الإذن .

وأما بقاء شيء في يده بعد الحجر فيجوز إقراره به ، فالمدار إذن على اليد عند الإمام ، ويقول : اليد باقية حقيقة - وهذا ظاهر - وحكماً ؛ لأن شرط رفع اليد بالحجر فراغ اليد عن حاجته ، ولم يحصل ^(٣) .

كما أن آثار التجارة كالديون ، تلزم السيد بعد أن حجر على عبده ؛ ولذا ينبغي التفريق بين الرقبة وبين الكسب ، أو بين الشيء وبين حقوقه . وبهذا المعنى جاء في فتح القدير " فمن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه ؛ لأنه لو انحجر لتضرر الناس به ، لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق ، لما يتعلق برقبته وكسبه ، وقد بايعوه على ذلك " ^(٤) .

(١) و (٢) فتح القدير ٢٨٠/٩ ، تبين الحقائق ٢١٢/٥ ، شرح العيني ١٨٧/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٤٥٥٦/١٠ .

(٤) فتح القدير ٢٩٦/٩ .

وإنني أرجح رأي الإمام لما يلي :

أولاً: أن عدم تجويز إقرار العبد في هذه المسألة، فيه تفويت للحقوق على أصحابها، إذ إن آثار التجارة لا تنتهي بكلمة من السيد يقولها لعبده : حجرت عليك ، وأوقفت الإذن بالتصرف .

ففي هذا الحجر المفاجئ غبن للناس ، الذين ربما تعاملوا مع العبد قبيل الحجر ولم يستوفوا ثمن سلعة ، أو لم يقتضوا سلعة اشتروها منه .

ثانياً: إذا كان نبذ العهد مع المشركون لا بد من إعلامهم به فأولى أن يعلم المسلمون المجاورون بحجر هذا العبد ، وهذا يحتاج إلى فترة حتى يشيع في أهل سوقه . وهذه هي الفترة التي يمكن أن يبقى بها شيء في يد العبد يقربه . والله أعلم .

المطلب السابع عشر :

الأصل عند الإمام أبي حنيفة رحمة الله : أن أم الولد ليست بمال ولا قيمة لها . وعند الصاحبين : هي مال مضمون (١) .

تحرير الأصل :

الاستيلاد : طلب الولد ، وشرطه الوضع . فإذا وضعت الجارية حملاً مستكملاً خلقة ولو سقطاً أو ميتاً ، فإنها أم ولد وتعتق إذا أقر الرجل بأن الولد أو الحمل منه (٢) .

فهذه النسبة ، أم ولد ، أي أم ولد لسيدها أو زوجها الحر ، وتوجب العتق . وعليه يمنع بيعها ضرورة ، وبمجرد انفصال الولد يتأكد هذا المعنى ويتقرر (٣) .

(١) تأسيس النظر ٣٢ .

(٢) شرح معاني الآثار ١١٧/٣ .

(٣) المبسوط ١٤٩/٧ .

والأصل في ذلك قوله ﷺ، لما ولدت جاريته مارية القبطية إبراهيم بن النبي ﷺ: "أعتقها ولدها" ^(١). أي أن الولد سبب للعتق، وهناك أحاديث وآثار أخرى بهذا المعنى. منها: "حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: أمر رسول الله ﷺ بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث، وأن لا يعن في دين" ^(٢).

فهذا دليل انعدام المالية بجانب دليل العتق، وليس معنى لا قيمة لها أنها مهدورة، وإنما هي بصدد الحرية فتخرج عن أن تقوم بمال لأن الحر لا يقوم بمال. وعند الحنفية جهة التسبب ثبوت نسب الولد.

وعند الشافعي علوق الولد حراً ^(٣): وهذا أصل آخر. وكان بشر المريسي وداود وأصحاب الظاهر يجوزون بيع أم الولد؛ لأن المالية والمحلية قبل الولادة متيقن فلا يرفع إلا بيقين، وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين ^(٤).

فالإمام رحمه الله يقول: الأصل أن أم الولد ليست بمال متقوم. وعندهما مال متقوم؛ لأنها مملوكة لمالك محترم فتكون مالاً متقوماً ^(٥).

وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الخلاف بين الإمام وصاحبيه في هذا الباب. ومن هذه المسائل:

إذا غصب أم الولد غاصب فهلكت في يده لا يضمن عند الإمام، ويضمن عندهما.

إذا أعتقها أحد الشريكين لا يضمن لصاحبه عند الإمام، ويضمن عندهما.

إذا اشتراها إنسان فقبضها وهلك في يده فلا يضمن عنده، ويضمن عندهما ^(٦).

(١) سنن ابن ماجه ٨٤١/٢.

(٢) مثل ذلك في الموطأ ١٣٩/٢.

(٣) المهذب ١٩/٢.

(٤) المبسوط ١٤٩/٧.

(٥) المبسوط ١٦٠/٧، تأسيس النظر ص ٣٢.

(٦) مع اعتبار أن البيع فاسد.

إذا كانت بين رجلين فمات أحدهما عتقت ، وتسعى للحي فيما بقي من قيمتها . وعندهما وعند الشافعي : تسعى له في نصف قيمتها ^(١) .

فالصاحبان والشافعي رحمهم الله يقولون : إن لها قيمة من حيث أنها مال . وأبو حنيفة يقول : إنها ليست متقومة من هذه الجهة .

أما من حيث أنها نفس إنسانية ، فهي متقومة بالإجماع . كما أنهم اتفقوا في أنها لا تباع .

مسألة :

لو أعتق المولى نصف أم ولده أو حصته من أم الولد ، عتقت كلها ؛ لثبوت حقها في الحرية بولادتها ، وللحديث " أم الولد لا تباع ولا توهب " ، و " أعتقها ولدها " . رواه ابن عباس .

وظاهر هذا الحديث أن تثبت الحرية في الحال ، ولكن انعقد الإجماع على تأخيرها إلى ما بعد الموت ، فيكون سبب الحرية منعقدًا في الحال ^(٢) .

وأما هل يضمن المعتق لشريكه ؟ وهل يلزمها السعاية ؟ فعند الإمام لا ضمان عليه ، ولا سعاية عليها .

وعند الصاحبين والشافعي يضمن لصاحبه . وهو قول مالك وأحمد والأوزاعي وغيرهم ^(٣) ودليلهم : أن أم الولد مازالت مملوكة للمولى ، وما زال يتعلق بهذا الملك حقوق الملك مثل الإجارة والاستخدام والكتابة والاستمتاع .

كما أن ملكه فيها معصوم ومحترم ، والاستيلاد لم يوجب زوال هذه

(١) البدائع ٥/٢٤٥٩ ، الفتاوى الهندية ٢/٤٨ .

(٢) البدائع ٥/٢٤٥٤ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٣٣٦ .

العصمة؛ ولذا فإنها تضمن بالغصب والإعتاق والقبض في البيع الفاسد، كالمدبر الذي يضمن بالاتفاق، ولأن فيها شبهاً بالمدبر، فعتقها يظهر ويتحقق بموت مولاه، وأيضاً فإنها مضمونة بالقتل بالإجماع فهكذا في هذه المسائل^(١).

ودليل الإمام: قول الرسول ﷺ: "أعتقها ولدها"^(٢). وهذا يستوجب العتق في الحال في حق جميع الأحكام، إلا أنه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالإجماع، في حين لم يكن إجماع في التقويم فهي حرة بظاهر الحديث الشريف.

أما قيام الملك والعصمة فلا يقتضي التقويم، كملك النكاح وملك القصاص وملك الخمر وجلد الميتة.

ومما يدل على أنها غير متقومة باعتبار ماليتها أنها لا تسعى لغريم ولا وارث^(٣). وأرجح رأي الإمام رحمه الله للأحاديث الواردة، وهي نص في أن أم الولد حرة. ومن المقرر أن الحر لا يقوم بمبلغ مالي. وأما الديات فليست قيمة للإنسان وإنما هي جبر لأولياء المقتول. والله أعلم.

المطلب الثامن عشر:

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن كل مملوك أغل غلة أو وهب له هبة فالغلة أو الهبة للمولى، سواء أكان المملوك في ضمان أم في ضمان غيره، ثم الملك أو انتقض.

(١) المبسوط ٧/١٦٠، ١٦١، المهذب ٢/٢٠.

(٢) ابن ماجه ٢/٨٤١.

(٣) البدائع ٥/٢٤٦٠.

وعند الصاحبين : الأصل أن الغلة للمولى إذا كان المملوك في ضمانه ، أما إن لم يكن في ضمانه فالغلة موقوفة حتى يتم الملك أو ينتقض " (١) .

تحرير الأصل :

الأصل في الحقوق ألا تكون سائبة ، إذ لا سائبة في الإسلام . والأصل أيضاً أن " الخراج بالضمان " (٢) ، فمن كان ضامناً للعين ، إذا هلك ، كان له خراجها وغلتها لتحقيق العدالة المالية . وفي الإسلام قاعدة مشهورة : " الغرم بالغنم " (٣) .

ومن المسائل التي ابتنيت على هذا الأصل :

لو باع عبداً والخيار للبائع ، فقبضه المشتري فأغل في يده في مدة الخيار فعند أبي حنيفة الغلة للبائع ؛ لأن العبد لم يخرج من ملكه .

وعند الصاحبين : ملك الغلة موقوف حتى تمضي مدة الخيار ، فتتبع المبيع . غصب من غيره جارية فباعها ، فأغلت في يد الغاصب أو في يد المشتري ، ثم أجاز المالك البيع .

فعند أبي حنيفة : الغلة لمالك الجارية . وقال الصاحبان : بالإجازة تكون الغلة للمشتري ، وبدونها للمالك (٤) .

مسألة :

رجل تزوج امرأة وجعل صداقها جارية ، وقبل أن تقبض الجارية أغلت ، فالغلة والكسب لمن إذا طلقها قبل الدخول ؟ .

(١) تأسيس النظر ص ٣٣ .

(٢) الجامع الصحيح ٤ / ١٦٣ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥١ .

(٤) البدائع ٧ / ٣٣٠٩ .

قال الإمام : للمرأة .

وقال الصحابيان والشافعي : لها نصف الغلة ونصف الجارية .

الصداق ملك للمرأة مستحق بالعقد ، فإذا دخل بها سلم لها المهر كله ، وإذا طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى ، بنص القرآن الكريم .

والزيادة في الجارية قد تكون متصلة ، كالسمن والجمال ، وهذه تكون جزءاً من الأصل .

وقد تكون منفصلة كالولد ، وهذه حكمها حكم جزء من الأصل . وقد تكون منفصلة غير متولدة من الأصل كالكسب ، بالهبة أو بدل الأجرة . فالمتصلة والمنفصلة المتولدة من الأصل حكمها حكم الأصل ، فلو طلقها قبل الدخول ينتصف ذلك كله قولاً واحداً .

وأما الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل ، فقال الإمام : تسلم كلها للمرأة . وقال الصحابيان : تنتصف . وبهذا قال الشافعي .

وجه قولهما : الكسب يدور مع الأصل ، ومدار الملك على الضمان . قال عليه الصلاة والسلام : " الخراج بالضمان " (١) .

فإن كانت قبضت الجارية سلمت لها الغلة ، وإن كانت لم تقبضها حتى طلقها فلها نصف الغلة ؛ لأن ضمانها على صاحب اليد . والطلاق قبل الدخول يوجب النصف المسمى ، فيتبعه نصف الكسب ؛ لأن الكسب تابع للأصل .

فكما أن الولد لا يسلم إلى المرأة بعدما انفسخ ملكها عن الجارية فكذا الكسب . وبعد الطلاق لم يبق سبب لتملك الزيادة (٢) .

(١) سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٣ .

(٢) البدائع ٣/ ١٤٧٦ .

وجه قول الإمام: المولى يملك العبد ويملك ما اكتسبه العبد تَوْأً؛ لأن العبد ليس أهلاً للتملك.

فإذا استقر ملكها بالدخول، سلم لها الجارية والكسب، وإذا طلقها قبل الدخول ينتصف عين الصداق وهو الجارية، وأما الكسب فهو ملك استقر بسبب، ولم يوجد ما ينقض هذا الملك، كما لو لم يطلقها، بخلاف ملك الأصل الذي انتقض بالطلاق^(١).

فالزيادة ليست بمهر قصداً ولا تبعاً.

ترجيح:

وإنني أرجح رأي الإمام لما يلي:

أرأيت لو انتقض ملك المولى للعبد بموت العبد أو هبته إياه أو بيعه أو عتقه وكان قد اكتسب لمولاه، أيلزم المولى أن يعتق الكسب أو يهبه أو يبيعه! فإنه لم يقل أحد بذلك.

ولم التوقف في عقد نافذ صحيح كما يقول صاحبان؟.

والقياس على الولد قياس مع الفارق، فالولد تابع للأصل في أحكامه من كتابة ونحوها.

المطلب التاسع عشر:

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله، أن اليمين إذا كانت لها حقيقة مستعملة ومجاز متعارف، فالعبرة للحقيقة المستعملة دون المجاز المتعارف، لأن الحقيقة مرجحة على المجاز لكونها حقيقة ولكونها مستعملة.

وعند صاحبين، المجاز المتعارف يعتبر كما تعتبر الحقيقة المستعملة^(٢).

(١) المبسوط ٧١/٥، ٧٢، البدائع ٣/١٤٧٦.

(٢) تأسيس النظر ١٠٣.

تحرير الأصل:

الأصل في الكلام الحقيقة، فإذا تعذر حمله عليها حمل على المجاز^(١)، لأن للألفاظ دلالات معينة بالوضع اللغوي.

إلا أن الحقيقة قد تنقل عن المعنى اللغوي بالشرع، كما في ألفاظ الصلاة والزكاة والصوم، أو بالعرف وهذا متغير حسب البيئات والأجناس.

وقد مضى في الباب الأول ما للعرف من أهمية في بناء الأحكام الشرعية. حتى أن المالكية عدوا العرف والعوائد مخصصة للعام من النصوص.

والنظر إلى العرف واعتباره، له مجال خصب في الفقه الحنفي حتى إن مجلة الأحكام الشرعية العثمانية جعلت من قواعدها:

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٢). كما أنهم عدوا المهجور شرعاً أو عرفاً كالتعذر^(٣).

وعند الشافعية وجهان في تقديم الحقيقة أو العرف، وقد اختار البغوي تقديم الدلالة العرفية في التصرفات وخاصة في الأيمان^(٤).

ومن المسائل التي ابتنيت على هذا الأصل:

إذا حلف لا يأكل من هذه الخنطة، لا يحنث ما لم يقضمها سلقاً أو مشوية عند الإمام، وعندهما يحنث لو أكل من خبزها.

(١) مجلة الأحكام الشرعية قاعدة ٧، ٢٧.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية قاعدة ٢٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٣.

لو حلف ألا يأتمم الخبز، فأتدّم بماء وملح يحنث عند أبي حنيفة .
وعندهما : لا يحنث ؛ لأن الملح والماء يسميان إداماً في العرف ^(١) .

ولو حلف ليغدينه اليوم بألف ، فاشترى رغيفاً بألف وغداه به برّ عند الإمام .

مسألة :

لو حلف لا يشرب من الفرات ، فاستقى في إناء فشربه ، أو كرع في نهر
يأخذ من الفرات .

قال أبو حنيفة : لا يحنث . وهو قول الشافعي .

وقال الصحابان : يحنث في الصورتين . وهو قول مالك وأحمد .

وحجة الإمام رحمه الله ، أن الشرب من النهر له حقيقة مستعملة وهي
الكرع ، هذا في المسألة الأولى .

وفي الثانية ، أنه لم يشرب من الفرات ، وإنما شرب من نهر يأخذ منه فتغير
اسم الفرات ، واليمين مبينة على اللفظ لا على النية ، بل إن النية لا تعمل إلا في
الملفوظ خلافاً لمالك وأحمد ^(٢) اللذين يجريان الحكم على النية .

وحجة الصحابين : أن المجاز المتعارف يعتبر ويحتكم إليه ، وخاصة في
الآيمان ، وقد تعارف الناس أن يشربوا من النهر بالإناء .

وفي المسألة الثانية يفهم من العرف أن ماء الجدول من الفرات .

ومطلق اللفظ يصرف على المتعارف عند أهل اللغة ^(٣) .

(١) البدائع ٤/ ١٦٩٥ .

(٢) المغني ٩/ ٥٦٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٦ ، ١٨٧ ، الميزان الكبرى ٢/ ١٠٥ .

(٣) الجامع الكبير ٣٠ ، مختصر الطحاوي ٣٢١ ، البدائع ٤/ ١٧١٤ .

الترجيح :

وإنني أرجح رأي الصاحبين لما يلي :

أولاً: إذا كانت النية بمجرد ردها لا ينبنى عليها حكم ، فذلك دفعاً للخرج عن المسلمين كما أخبر صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتي ما تحدثهم به نفوسهم ما لم يقولوا أو يفعلوا » . فإن النية المقرونة باللفظ تعمل عملها ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام يقول : « إنما الأعمال بالنيات » .

ثانياً: إن العبرة في اللفظ بمعناه ؛ ولذلك وضع الفقهاء قاعدة شهيرة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

قال الشاعر :

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلاً

ثالثاً: إن الناس يقولون : تسقى أرض العراق من الفرات ، فلا يفهم من عبارة الجداول والأقنية الآخذة من الفرات ، إلا أنها ماء الفرات . والله أعلم .

المطلب العشرون :

الأصل عند الإمام أبي حنيفة ، أن الإنسان يجوز أن يملك الشيء قصداً ويملك تفويضه إلى غيره ، ويجوز ألا يملك الشيء قصداً ويملكه حكماً^(١) .

تحرير الأصل :

الأصل أن الإنسان يملك التصرف في الأشياء التي يملك أصلها ، ولكن هناك بعض الأمور يملكها الإنسان تبعاً أو عرضاً أو حكماً بينما لم يملك هذه الأشياء قصداً .

(١) تأسيس النظر ص ٣٥ .

فالمريض مرض الموت ليس له أن يبيع بغبن ومحاباة، وله أن يوكل بالبيع، فلو باع وكيله بغبن أو محاباة صح إذا أطلقت الوكالة.

والوكيل بشراء شيء بعينه، لا يملك شراءه لنفسه، ويملك شراءه لموكله. وقد يقع في ملك الإنسان شيء محرم كالخمر والخنزير عن طريق التسلك الجبري وهو الإرث، وهو كما لو أسلم رجل ومات قبل أن يتخلص منهما، فإنهما يقعان في ملك الوارث، عرضاً لا قصداً، بينما لا يحل للمسلم تملك الخبائث قصداً.

ومثل هذا الأصل ما جاء في أصول الكرخي: "قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً وإن كان قد يبطل قصداً" (١).

ومثله أيضاً ما أورده ابن نجيم بعنوان: "يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره" ضمن قاعدة التابع تابع (٢).

وقد بني على هذا الأصل مسائل كثيرة منها:

المحرم إذا وكل حلالاً بشراء صيد له، جاز توكيله عند أبي حنيفة خلافاً لهما. إذا باع متاعاً ولم يقبض الثمن. ثم وكل وكيلاً بشرائه لنفسه فاشتره بأقل من الثمن الأول، جاز عند أبي حنيفة. وعند محمد: الشراء فاسد. وعند أبي يوسف: الشراء جائز للوكيل.

ومنها أن أحد أصحاب السرقات، إذا قطع يد السارق، يسقط الضمان في حق الآخرين حكماً، وإن كان صاحب السرقة لا يملك إسقاط الضمان قصداً. ومنها أن الذمي يغصب خمراً من ذمي ثم يسلم، يبرأ من الضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف حكماً، وإن كان لا يقدر على إبراء نفسه قصداً.

(١) أصول الكرخي ص ١١٤. (بذيل تأسيس النظر).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢١، ١٢٢.

وعند محمد وزفر: لا يبرأ.

ومنها اتفقوا على أن للمودع أو للغاصب أن يقيم كل منهما القطع على السارق، الذي يسرق الوديعة أو المغصوب، وبهذا يبرأ كل منهما من ضمان الوديعة أو الغصب حكماً. وإن كان لا يملك لفظاً أو قصداً أن يبرأ. وعند زفر: لا يبرأ^(١).

مسألة:

إذا باع متاعاً ولم يقبض الثمن، ثم وكل وكيلاً بشرائه لنفسه فاشتره بأقل من الثمن الأول.

قال أبو حنيفة: البيع جائز.

وقال محمد: البيع فاسد. وهو قول مالك.

وقال أبو يوسف: الشراء جائز للوكيل لا للموكل.

ولأبي حنيفة: أن المشتري في الحقيقة هو الوكيل فهو يتبايع ويتعاقد بكلامه حقيقة، وحقوق العقد ترجع إليه إلا أن الموكل يقوم مقامه شرعاً في نفس الحكم، ولكن التصرف يقتصر على مباشرة الوكيل^(٢). والوكيل أهل للتصرف، فيتصرف بأهلية نفسه لنفسه.

والصاحبان يقولان البيع لا يجوز لحديث عائشة رضي الله عنها، قالت لأُم ولد زيد بن أرقم وقد باعته جارية بثمان مئة واشترتها بست مئة قبل أن تقبض الثمن: "بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغني زيداً أن الله تعالى أبطل حجه

(١) تأسيس النظر ص ٣٦، فتح القدير ٩٣/٣، ٤٣٤/٦ - ٤٤٠.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠٠٣/٦.

وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب^(١). ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه، فإذا قبض المبيع، ربما يكون الثمن الذي يدفعه أقل مما ثبت له في ذمة صاحبه^(٢).

هذا إذا باشر العقد فأما إذا وكل به، فمحمد مضى على أصله. وفرق أبو يوسف فقال: ينعقد البيع للوكيل.

وأبو حنيفة في مسائل الزكاة، يرى أن العبرة بالتصرف المباشر دون مال هذا التصرف.

والشافعي رحمه الله يقول بجواز هذا البيع بالمباشرة أو الوكالة؛ لأنه بيع مستقل غير مشروط في العقد الأول. فصار كما لو باع للبائع أو لغيره.

الترجيح:

وأرجح رأي محمد رحمه الله.

لأن هذه البيوع تستحكم فيها الشبهة، ويتسلل عن طريقها من لا يخشون الله إلى صلب الربا.

ومن القواعد العامة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح". والله أعلم.

المطلب الحادي والعشرون:

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله، أن نفي موجب العقد لا يجوز، ونفي موجب الشرط يجوز.

وعند الصاحبين: نفي موجب العقد جائز^(٣).

(١) تيسير الوصول ١ : ٧٣.

(٢) فتح القدير ٦ / ٤٣٣.

(٣) تأسيس النظر ص ٣٦.

تحرير الأصل :

شرعت العقود أسباباً لغاياتها، فالأصل أن يتحقق مقتضاها الذي شرعت لأجله، فإذا داخلها ما يغير مقتضاها فإنها تبطل أو تفسخ.

ويصار إلى تصحيح عقود المسلمين ما أمكن؛ حملاً لتصرفاتهم على الصحة، وصوناً لكلامهم من العبث^(١).

وإذا خالط العقود شروط، فالأصل في ذلك نهيه ﷺ عن بيع وشرط، فإذا كان الشرط يستوجب بيعه أخرى، أو يستتبع نقضاً للعقد، فإنه يلغو العقد، أما إذا دخل الشرط في علاقة من علائق العقد لا في أصل العقد فإنه يلغو الشرط ويصح العقد.

ومما اتبني على هذا الأصل من المسائل:

إذا قال للخياط: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم.

فالشرط الأول جائز عند الإمام، والثاني باطل؛ لأنه ينفي موجب العقد، ولا يجوز نفيه. فيبطل الشرط الثاني.

وعند الصحابين: الشرطان جائزان.

ومنها: إذا تزوج امرأة على ألف درهم إن لم يكن له امرأة، وعلى ألفين إن كان له امرأة.

أو تزوجها على ألف إن أسكنها بلد أهلها، وعلى ألفين إن أخرجها من بلدها. فالشرط الثاني باطل عند الإمام. وعندهما: الشرطان جائزان.

(١) الاشباه والنظائر ١٣٥.

ومنها إذا دفع أرضه مزارعة وقال : إن زرعتها في الخريف فلك النصف ،
وان زرعتها في الشتاء فلك الثلث .

فعنده : الشرط الثاني باطل ، وعندهما : الشرطان جائزان ^(١) .

ومنها : إذا ترك إعلام قدر رأس المال لم يجز السلم عند الإمام . وعندهما
يجوز ^(٢) .

مسألة :

تزوج رجل امرأة على ألف درهم إن بقيت في بلدها ، وعلى ألفين إن
أخرجها من بلدها .

قال الإمام : الشرط الثاني باطل ؛ لأنه يخالف مقتضى العقد .

وقال صاحبان : الشرطان جائزان . وهو قول أحمد والجمهور ^(٣) .

يصح الزواج ولو لم يسم مهراً . أو سمى ما لا يصح أن يكون مهراً . وفي
هاتين الحالتين يثبت مهر المثل .

فالنكاح المؤبد الخالي عن التأقيت ، لا تبطله الشروط الفاسدة . ففي المسألة
المذكورة ومثيلاتها (كما لو تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وألفين إن كان
له زوجة . أو على ألف إن كانت أمة وألفين إن كانت حرة) الشرط الأول
صحيح ؛ لأنه يوافق مقتضى العقد ، ولأنه يصلح أن يكون مهراً . وهذا
بالاتفاق .

أما الشرط الثاني : فإنه يتضمن نقضاً لمقتضى العقد الذي صح وصحت
التسمية به وفق الشرط الأول ، ونقض مقتضى العقد لايجوز ؛ لأنه إبطال لعقد

(١) و(٢) المبسوط ١٢/١٤٣ ، ١٢٦ ، فتح القدير ٧/٩٠ وما بعدها . البدائع ٣/١٤٤٦ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٦ .

معتبر شرعاً ووقع صحيحاً، وصدر من أهله في محله، ولذا يلغو الشرط الثاني مع عدم تأثيره في العقد.

وهذا ما رآه الإمام رحمه الله ^(١).

أما الصاحبان فيقولان: الشرطان جائزان؛ لأن كل منهما صحيح بانفراده وقال زفر: الشرطان فاسدان، لأنهما مختلفان فأوجبا جهالة التسمية ^(٢).

الترجيح:

وإنني أرجح رأي الإمام لما يلي:

أولاً: إن تصحيح الشرطين معناه عدم معرفة الإنسان إلام يستقر أمره، وماذا يدخل في ملكه، وماذا يخرج من ملكه.

ثانياً: كما أجاب الإمام، الشرط الثاني يتضمن إبطال العقد ونفي موجهه، لا إبطال الشرط السابق فقط، بل لأن الشرط الأول صحيح، تم العقد قبل ورود الشرط الثاني.

ثالثاً: ورد النهي عن الشارع عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط وهو عام. والمقصود الشروط التي لا تلائم العقد، أو تنافي موجب العقد.

المطلب الثاني والعشرون:

الأصل عند أبي حنيفة، أن كل من لا يقدر بنفسه، فوسّع غيره ليس وسعاً له. وعندهما: وسع غيره وسع له.

وعلى هذا الأصل مسائل منها:

(١) المسوط ٩٠/٥.

(٢) البدائع ٣/١٤٤٦.

إذا عجز المريض أن يحول وجهه إلى القبلة بنفسه ، وهناك من يحوله إليها ،
فصلى ولم يحول وجهه إلى القبلة .

ف عند أبي حنيفة : يجوز ، وعندهما : لا يجوز .

وكذلك إذا كان المريض على فراش نجس ، وهناك من ينقله إلى فراش طاهر
ولم يفعل ، وصلى على مكانه فصلاته تجزيه عند الإمام خلافاً لهما .

ومنها إذا صلى من غير وضوء لعجزه بنفسه مع وجود من يوضئه ، جازت
صلاته عند الإمام خلافاً للصاحيين .

ومنها الأعمى إذا لم يقدر على السعي بنفسه إلى الجمعة ، وهناك من
يقوده ، لا تكون الجمعة فرضاً عليه عند أبي حنيفة .

وعند الصاحيين ، تتعين الجمعة فرضاً عليه ؛ لأن وسع غيره يكون وسعاً له ^(١) .

ومنها الأعمى لا حج عليه بنفسه ، كالمفلوج والمقعد ، عند أبي حنيفة ،
خلافاً لهما وإن وجد قائداً .

الأصل في هذه المسألة وأشباهاها ، قوله سبحانه وتعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا
إِلًّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] .

وحديث الرسول ﷺ " دخل رسول الله ﷺ على عمران بن حصين يعودده في
مرضه ، فقال عليه الصلاة والسلام : صل قائماً ، فإن لم تستطع فقاعداً ، فإن لم
تستطع فعلى الجنب ، تومئ إيماءً ، فإن لم تستطع فالله أولى بالعذارى منك " ^(٢) .
والطاعة على حسب الطاقة والاستطاعة .

(١) تأسيس النظر ص ٣٧ ، المبسوط ١/ ١١٢ ، ١١٣ ، البدائع ١/ ١٨٨ ، ٣/ ١٠٨٥ ، تبين
الحقائق ١/ ١٠١ .

(٢) سنن أبي داود ١/ ٢١٨ .

ويعتبر عند الصاحبين إمكان الاستعانة بالأجرة أو بالقرابة ونحوها، في ضمن الوسع .

مسألة :

لو كان مريضاً لا يضره استعمال الماء، لكنه عاجز بنفسه ولا خادماً له ولا مال يستأجر به خادماً، يجزئه التيمم . خلافاً لمحمد إذا كان في المصر .
ولو أجنب في ليلة باردة يخاف على نفسه الهلاك لو اغتسل، ولم يقدر على تسخين الماء، ولا على أجرة الحمام في المصر، أجزاه التيمم في قول أبي حنيفة .

" قال الصاحبان : إن كان في المصر لا يجزيه " (١) .

وحجة الصاحبين : أن الإنسان في المصر يغلب أن يجد الماء المسخن والدفع، وغالباً ما يجد من يعينه أو يساعده، فصار العجز في المصر نادراً، فألحق النادر بالعدم .

وحجة أبي حنيفة رحمه الله ما يلي :

روي عن رسول الله ﷺ أنه بعث سرية وأمر عليهم عمرو بن العاص رضي الله عنه، وكان ذلك في غزوة ذات السلاسل، فلما رجعوا شكوا منه أشياء من جملة ما أنهم قالوا : صلى بنا وهو جنب . فذكر النبي ﷺ ذلك له فقال : يا رسول الله، أجنب في ليلة، فخفت على نفسي الهلاك لو اغتسلت، فذكرت ما قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ [النساء: ٢٩]، فتيمنت

(١) البدائع ١/ ١٨٨ .

وصليت بهم . فقال رسول الله ﷺ : ألا ترون صاحبكم ، كيف نظر لنفسه ولكم؟ ^(١) ولم يأمره بالإعادة ، ولم يستفسر إن كان في مفازة أو في مصر . والعلة العامة خوف الهلاك ^(٢) .

وأما قول الصاحبين : أن العجز في المصر نادر ، فإن العجز في حق الفقير والغريب ليس نادراً .

لكن الصاحبين اعتبرا في هذه المسائل أصلاً آخر كانا يخالفان فيه وفي مسائله الإمام ، وهو الأصل الثالث السابق " إذا غلب على الشيء وجوده جعل الموجود وإن لم يوجد عند الإمام . وعند الصاحبين لا يجعل الموجود ما لم يوجد حقيقة " . فوقفا موقف المناقض لأصلهما ذلك ، وكذلك فعل الإمام ، ولكنه أخرج هذه المسائل عن قياس ذلك الأصل دفعاً للخرج .

ولإني أرجح رأي الإمام لما يلي :

أولاً: الأحاديث التي استند إليها جاءت بروايات متعددة ، وكلها يفهم منها أنه لا يجب على من خشي الهلاك أن يغتسل ، وهي نص في الموضوع .

ثانياً: أن الله تعالى قد رفع الحرج عن المسلمين وقد سنّ لهم رخصاً في أحوال مخصوصة ، وأن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه ، فليس تشريع الرخصة تضيقاً ، وإنما توسعة على عباد الله ، والتيمم رخصة من هذه الرخص . والله أعلم .



(١) ومثله في مسلم ، والبخاري ، حديث عمار ، وفي سنن ابن ماجه ١ / ١٨٨ .

(٢) البدائع ١ / ١٨٨ .

obeikandi.com

الفصل الثاني

الخلاف بين الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف)

وبين محمد رحمهم الله جميعاً

أجمل الدبوسي الخلاف بين الإمام وأبي يوسف من جهة، وبين محمد من جهة أخرى بأصول أربعة، وجعل جميع المسائل الخلافية، راجعة إلى هذه الأصول الأربعة وإن كانت هناك أصول فرعية أخرى مبثوثة في الأبواب الفقهية.

وقد مر في الفصل السابق خلاف أبي يوسف ومحمد مع الإمام. ويشتمل هذا الفصل على أربعة مطالب، كل مطلب يتكلم عن أصل خلافي.

المطلب الأول:

الأصل عند الشيخين، رحمهما الله، أن فساد أفعال الصلاة لا يوجب فساد حرمة الصلاة^(١).

وعند محمد فساد أفعال الصلاة يفسد حرمة الصلاة.

تحرير الأصل:

للصلاة حرمة بعد الشروع فيها، فيحظر على المصلي الكلام أو التحول عن القبلة، وكل ما ينافي هذه الحرمة.

ولكن إذا نسي القراءة في ركعة فسدت تلك الركعة، مع بقاء حرمة الصلاة فيأتي بركعة جديدة يقرأ فيها ويسجد للسهو.

(١) تأسيس النظر ص ٣٨.

وقد ذكر هذا الأصل في المبسوط كما يلي :

" عند محمد رحمه الله تعالى للصلاة جهة واحدة، فإذا فسدت صار خارجاً من الصلاة، فإذا ترك القراءة في ركعة فقد أبطل التحريمه .

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، بفساد الجهة لا يفسد أصل الصلاة، إذا لم يكن ما اعترض منافياً لأصل الصلاة " (١).

وعلى هذا الأصل مسائل ذكرت في المبسوط بعنوان نواذر الصلاة . منها :
لو أن رجلاً نسي الظهر فصلّى من العصر ركعة في أول وقتها ثم تذكر، ثم مضى في صلاته .

فعند أبي يوسف والأظهر عن أبي حنيفة : أنه يجزيه عن النقل .
وعند محمد وزفر : لا يجزيه .

إذا قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الآخرين، لزمه قضاء أربع ركعات عندهما .
وعند محمد : يقضي ركعتين فقط .

إذا كان الإمام في صلاة الجمعة، فخرج الوقت قبل الفراغ من الصلاة وبعد عودته قدر التشهد ثم قهقهه، لا وضوء عليه عند محمد .

وعند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف) : يلزمه الوضوء لصلاة أخرى .
ووجه قول محمد، أن الجمعة تفسد بدخول وقت العصر، فكانت القهقهة خارج الصلاة (٢) .

مسألة :

" المتنفل إذا قرأ في إحدى الأوليين، وفي إحدى الآخرين، وجب عليه قضاء الركعات الأربع، عند الشيخين .

(١) المبسوط ٨٧/٢ .

(٢) فتح القدير ٤٥٨/١٠، المبسوط ١٦٠/١، ٨٧/٢، ٣٣/٢ .

وعند محمد وزفر: يجب قضاء الركعتين الأوليين فقط .

الأصل عند الحنفية أن النوافل تصير بالشروع فيها واجبة في حق المتنفل، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، وبالتالي يلزمه القضاء لو أفسدها.

وعند الشافعي والجمهور: لا تصير واجبة لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

وعليه فإذا أفسد نافلة قد صح شروعه فيها، لزمه قضاؤها.

ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف من جهة ومحمد من جهة أخرى، فيما يعتبر فساداً للصلاة.

فعندهما لو شرع في الصلاة الرباعية فقرأ في إحدى الأوليين، فسدت الأخرى التي لم يقرأ بها. وأما الصلاة فمازالت على تحريمها ولم تفسد، وعليه فلو قام ليأتي بركعتين أخريين فبناؤه صحيح، وبالتالي شروعه في الآخرين صحيح.

فإن قرأ بواحدة من الآخرين ولم يقرأ في الثانية أصبح مفسداً للشفع الأول ومفسداً للشفع الثاني، وبالتالي فسدت جملة الصلاة.

وما دام قد شرع في كل شفع شروعاً معتبراً، فإنه مفسد لنافلة صارت واجبة عليه، فيلزمه إعادة أربع ركعات.

وأما عند محمد، فإنه ينظر إلى أن للصلاة جهة واحدة، وكأن كل شفع مستقل عن الآخر. فلما فسدت ركعة من الشفع الأول، فسد الشفع كله، وإذا فسد كل الشفع يعتبر المصلي خارجاً من الصلاة، وتعتبر التحريم قد انتقضت وارتفعت، وبالتالي لم يجز بناء الآخرين عليها.

فلما لم يجز البناء كان الشروع في الشفع الثاني غير صحيح وغير معتبر. وإذا بدأ بصلاة غير معتد بها، فكأنه لم يلزم نفسه بشيء، فلا يلزمه إعادة الشفع الثاني.

أما الشفع الأول فالشروع فيه صحيح ، وإفساده يقتضي إعادته قولاً واحداً^(١) .
وبناءً عليه لو قرأ في الآخرين صحتا عند أبي يوسف والإمام .
وعند محمد وزفر لم تصح ؛ لأن الشروع فيهما غير صحيح . والمعتمد عند
مشايخ الحنفية رواية محمد^(٢) .
وأرجح رأي محمد لما يلي :

أولاً : لعموم قوله ﷺ : " كل صلاة لم يقرأ فيها بسم الله أو بفاتحة الكتاب فهي خداج " . فإذا لم يقرأ في إحدى الأوليين فسدت صلاته .
ثانياً : لقوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [التوبة : ٩١] .
ومسألة وجوب إعادة النافلة إذا أفسدت مختلف فيه ، فكيف إذا أفسدت ثم بنى
على هذه الصلاة الفاسدة ؟ ! فقد أصبح فساد الصلاة في هذه الصلاة مركباً ، فهو
فساد قوي يتعدى إلى إبطال الشروع في الشفع الثاني ، والله أعلم .

المطلب الثاني :

الأصل عند الشيخين ، كل عقد امتنع عن الفسخ بالإقالة ، فلا تحالف فيه
ولا تراد ، إلا إذا اختلفا في البدن كالعق^(٣) .
وعند محمد لا يمنع من التحالف ، وبمثل هذا قال الشافعي .

تحرير الأصل :

الإقالة لاتصح إلا من طرفين ، والتحالف لا يكون إلا من طرفين . فما
صحت فيه الإقالة جاز فيه التحالف .

(١) المبسوط ١/١٦٠ ، فتح القدير ١/٤٥٧ ، ٤٥٨ .

(٢) فتح القدير ١/٤٥٩ .

(٣) تأسيس النظر ص ٣٨ ، المبسوط ١٣/٣٠ .

أما الفسوخ التي تكون من جهة واحدة ولا تصح فيها الإقالة، كهلاك البيع أو هلاك البائع، فلا تحالف فيها ولا تراد للأعواض.

والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان البيع" (١).

وفي رواية من حديث ابن مسعود رضي الله عنه: "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، فالقول ما يقوله البائع ويترادان" (٢).

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراداً" (٣).

قال في المبسوط: والحديث صحيح مشهور يترك كل قياس بمقابلته. وموانع فسخ العقود كثيرة، وبعضها مختلف فيه.

فمن هذه الموانع هلاك المعقود عليه، وموت أحد المتبايعين، وزيادة المبيع زيادة متصلة، وهلاك جزء من الصفقة إذا كان يضرها التفرق. ومنها بيع المشتري لما اشتراه بيعاً صحيحاً. ومنها عتقه للعبد الذي اشتراه، وكذلك هبته، فهذا استهلاك حكماً.

ومن المسائل التي بنيت على هذا الأصل:

هلاك المعقود عليه يمنع التحالف والتراد؛ لأنه لا يمكن فسخه بالإقالة عندهما.

وعند محمد: يتحالفاً ويترادان القيمة (٤).

ومنها: موت البائع واختلاف ورثة البائع والمشتري. أو موت المشتري، واختلاف ورثته مع البائع.

(١) الآثار لأبي يوسف ص ١٨٢.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ دون قوله: "ويترادان".

(٣) الآثار لأبي يوسف ص ١٨٢.

(٤) تأسيس النظر ص ٣٨، الميزان الكبرى ٢/٥٨.

فالقول قول من في يده المبيع ، عندهما .
وعند محمد : يتحالفان ويترادان القيمة .
ومنها : إذا كانت السلعة في يد المشتري وازدادت خيراً ، ثم اختلفا في الثمن ، فالقول قول المشتري عندهما .
وعند محمد : يتحالفان ويترادان ؛ لأن الزيادة المتصلة لا تعتبر في المعاوضات عنده ، خلافاً لهما .
ومنها : لو اشترى رجل عبيدين أو فرسين صفقة واحدة ، فمات أحدهما فعند أبي حنيفة : القول للمشتري إذا اختلفا في الثمن .
وعند أبي يوسف : يتحالفان في الباقي على ملك المشتري .
وعند محمد : يتحالفان على الكل .
ومنها : لو اشترى جارية فولدت عند المشتري أو زادت قيمتها .
فعندهما لا يتحالفان ، وعند محمد يتحالفان ^(١) .

مسألة :

اشترى سلعة فهلك في يده (أي في يد المشتري) ثم اختلفا في الثمن .
فعند الشيخين رحمهما الله : القول قول المشتري مع يمينه .
وقال محمد والشافعي رحمهما الله تعالى : يتحالفان ويترادان العقد لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : " إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا " .
وهذا هو قول مالك وأحمد ^(٢) رحمهما الله .
وأما الحديث الآخر : " إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة . . . " فلا يمنع

(١) المبسوط ١٣ / ٣٠ ، الفتاوى الهندية ٤ / ٣٣ الأصل (محمد بن الحسن) ١٠٧ ، ١٠٨ .

(٢) الميزان الكبرى ٢ / ٥٧ .

الأخذ بظاهر هذا الحديث . وكان ذكر " السلعة قائمة " على سبيل البينة والإثبات ، فيسهل معرفة الصادق من غيره .

وإذا طلب التحالف مع قيام السلعة ، فمع فواتها يطلب التحالف بطريق الأولى ، لصعوبة تمييز الصادق من الكاذب ، ولأن كل واحد صار مدعياً من وجه ، منكرأ من وجه ، فيتحالفان .

فمحمد والشافعي ، اعتبرا عموم لفظ المتبايعين ، سواء أكان ذلك أثناء العقد أم بعده مع قيام السلعة ، أم بعد التعاقد مع هلاك السلعة .

واحتج أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى بعموم قوله ﷺ : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " (١) .

فالبائع يدعي زيادة ينكرها المشتري ، فالقول قول المنكر مع اليمين بنص الحديث الشريف .

والقياس يقتضي أن يكون القول للمشتري حال قيام السلعة أيضاً ، ولكنه ترك للحديث : " إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول قول البائع " .

كما أن قوله عليه الصلاة والسلام : " والسلعة قائمة " مذكور على سبيل الشرط ، لا على سبيل البينة (٢) .

ترجيح :

وأرجح رأي الشيخين ؛ لاعتمادهما على النص ، والنص أقوى من الظاهر الذي ذهب إليه محمد والشافعي .

كما أنه أدعى إلى استقرار المعاملات ، وترتب آثار العقود التي شرعت لأجلها .

(١) ابن ماجه ٧٧٨/٢ ، الترمذي ٦١٦/٣ .

(٢) المبسوط ٣٠/١٣ ، ٣١ ، الفتاوى الهندية ٣٣/٤ .

المطلب الثالث :

الأصل عند الشيخين رحمهما الله ، أن كل إخبار لا يلزم القاضي القضاء بغير مخبره ولا يتوصل إلى القضاء إلا به ، فالعدالة من شرطه ، وليس العدد من شرطه . وعند محمد : العدد من شرطه .

وذلك مثل أخبار الآحاد في الأحكام ، فإن القاضي إذا قضى بها على رجل بعينه في حادثة معينة ، كان قضاؤه عليه بالبينه من شهود أو إقرار أو نكول ، ولم يكن قضاؤه عليه بذلك الخبر . . . وإن كان القاضي لا يستطيع أن يحكم بتلك الحجة إلا مستنداً لذلك الخبر^(١) .

تحرير الأصل :

دليل الحكم هو المستند الشرعي للحكم ، فنقول : دليل قطع يد السارق قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] ، ولكن ثبوت حد السرقة على فلان من الناس لا يكون بالآية ، وإنما يكون بالشهادة أو الإقرار ، وتكون الآية دليلاً على الحكم الواجب في حق السارق الذي ثبتت عليه الجريمة بضرق الإثبات المذكورة .

فدليل الحكم غير دليل الإثبات وفرق بين الإظهار والإثبات ، فالشهادات مثبتة ، ودليل الحكم مظهر لما يستحقه المشهود عليه .

ومما انبنى على هذا الأصل من المسائل :

رسول القاضي يكفي أن يكون واحداً .

المرجم على الشهادة يكفي أن يكون واحداً عدلاً لقبول الشهادة .

مزكي الشاهد يكفي أن يكون واحداً لقبول الشهادة .

يكتفى بالشهادة على إعسار المسجون من واحد فيخرج من السجن .

(١) تأسيس النظر ص ٣٩ .

يشتهر موت إنسان بخبر الواحد العدل .

يكتفى بشهادة القابلة في موضوع الولادة لأنها مخبرة .

يكتفى بشهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه إلا النساء ، كالبكاره والثوبه وعيوب الحرائر والإماء " (١) .

ففي هذه المسائل ونظائرها ، يكتفى بشهادة العدل امرأة كان أو رجلاً ؛ وذلك لأن الأحكام التي تصدر عن القاضي لا تثبت بأخبار هؤلاء وإنما تثبت ببيئة أخرى .

فيقضي القاضي بقطع يد السارق ، بشهادة الشهود على السرقة ، وإن توقف قبول شهادتهم على التزكية .

ويقضي بثبوت النسب ، أو وجوب المهر ، أو انقضاء العدة ، أو توزيع التركة بالبيانات المختلفة لا بإخبار القابلة عن الولادة ، ولا بإخبار المرأة عن الثوبه أو انتهاء الحيض أو حدوث الحيض ، وهكذا فلا يطلب في هؤلاء المخبرين العدد ، وإنما يكتفى بعدالتهم .

مسألة :

وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز ، والاثنان أفضل . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال محمد رحمه الله : لا يجوز إلا اثنان .

ومثل ذلك رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشهادة ، واحتج محمد : بأن التزكية أو الترجمة في معنى الشهادة ؛ وذلك لأن ولاية القاضي في إصدار الحكم ، تنبني على عدالة الشهود ، وعدالتهم تظهر بالتزكية ، فكأن الحكم توقف على التزكية ، كما توقف على الشهادة .

(١) معين الأحكام ٨٦-٩٥ ، البدائع ، العناية ٣٧٤ / ٧ .

ولذا يطلب في التزكية وما في معناها ما يطلب في الشهادة نفسها من العدد.

وحجة الشيخين: أن ثبوت الحق لم يستند إلى التزكية، وإنما استند إلى الشهادة فصارت التزكية شرطاً بقبول الشهادة، والشرط غير المشروط، وأما إن توقف الحكم على التزكية كتوقفه على الشهادة كما يقول محمد، فقياس مع الفارق؛ لأن ما كان في معنى الشهادة كان مثلها، والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم.

كما أن اشتراط العدد في الشهادة أمر غير معقول، بل أمر تعبدي^(١).

الترجيح:

وأرجح رأي الشيخين لما يلي: من ينظر في الحقوق والشهادات يجد أن بعض الحقوق يطلب فيها شاهدان، وبعضها أربعة، وبعضها لا تقبل فيه شهادة النساء، وبعضها لا تقبل إلا شهادة النساء ويكتفى بشهادة امرأة واحدة، فلا مجال للقياس في هذا الباب.

والقياس يقتضي أن يكتفى بشهادة الفرد، لرجحان جانب الصدق في خبره نظراً لدينه وعقله، فالعدد في الشهادات لا يلحق به غيره، والله أعلم.

المطلب الرابع:

الأصل عند الشيخين رحمهما الله، في الأخير، أن كل عصير استخرج بالماء فطبخ أدنى طبخة، فالقليل منه غير المسكر حلال، كالدبس والرب^(٢). وعلى هذا الأصل مسائل منها:

(١) فتح القدير ٧/ ٣٨١، ٣٨٢، معين الحكام ص ٩٤.

(٢) تأسيس النظر ص ٤١، أصول الفخر البزدوي وكشف الأسرار ٤٠/ ٣٥٢.

نقيع الزبيب ونبيد التمر إذا طبخ أدنى طبخ، جاز شربهما للتداوي ولا استمرار الطعام عندهما. وعند محمد والشافعي لا يحل. وهو قول الجمهور.

ومنها عصير العنب إذا طبخ وذهب ثلثاه وبقي ثلثه، أو ذهب ثلثه ثم صب عليه الماء، ثم أغلي بالنار أو لم يغل واكتفى بالنار الأولى، ثم اشتد، جاز شربه للتداوي واستمرار الطعام؛ لأن الباقي الذي صب عليه الماء حتى رقق صار في حكم الزبيب والتمر.

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأخير.

وعند محمد والشافعي: لا يحل شربه.

ومنها: قشور العنب بعد سيلان عصيرها إذا رش عليها الماء وطبخ بالنار ثم ترك حتى غلى واشتد، فإن القليل غير المسكر حلال عندهما. وقال محمد: هو حرام كله قليله وكثيره.

ومنها: ما اتخذ من الحبوب والفواكه والعسل إذا غلى واشتد؛ إن كان مطبوخاً أدنى طبخة يحل في قول الشيخين رحمهما الله، بمنزلة نقيع الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة.

وأما إذا لم يطبخ حتى غلى واشتد فعنهما روايتان، في رواية: يحل ما لم يتكرر منه؛ لأنه لم يتخذ من أصل الخمر. وفي رواية: يحرم كنقيع الزبيب غير المطبوخ^(١).

تحرير الأصل:

اتفق العلماء على تحريم الخمر قليله وكثيره.

واتفقوا على تحريم المسكر من سائر الأنبذة.

(١) البدائع ٢٩٤٢/٦.

واختلفوا في تحريم القليل من الأنبذة غير عصير العنب .

فجمهور الفقهاء والمحدثين قالوا بحرمة القليل إذا أسكر الكثير منه .

وفقهاء العراق إبراهيم النخعي وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الكوفة والبصرة : إن المحرم من سائر الأنبذة هو الحد المسكر فقط .

وعمدة الحجازيين والجمهور حديث عائشة قالت : " سئل رسول الله ﷺ عن البتع ونبذ العنب ، فقال : كل شراب مسكر فهو حرام " ^(١) رواه مالك ، وخرجه البخاري .

وما أخرجه مسلم عن عمر ، قال ﷺ : " كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام " ^(٢) .
وخرج الترمذي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : " ما أسكر كثيره فقليله حرام " ^(٣) .

كما أن الخمر تطلق على ما يتخذ من العنب ومن غيره .

وعمدة فقهاء العراق : ظاهر قوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ [النحل : ٦٧] . ولو كان السكر وهو المسكر حراما لما سماه الله رزقا حسنا .

واستدلوا بأثار كثيرة ، منها : خبر عون الثقفي عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال : قال ﷺ : " حرمت الخمر لعينها ، والسكر من غيرها " ^(٤) ، وآثار أخرى رواها الطحاوي ^(٥) .

(١) صحيح مسلم ١٩٩/٢ .

(٢) صحيح مسلم ٢٠٠/٢ .

(٣) صحيح مسلم ٢٠٠/٢ ، الترمذي ٢٩٢ / ٤ .

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي ٢١٤ / ٤ .

(٥) شرح معاني الآثار للطحاوي ٢١٢ / ٤ وما بعدها .

كما أن علة التحريم في الخمر منصوص عليها بقوله تعالى: "﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾" [المائدة: ٩١]. وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك. ولكن انعقد الإجماع على تحريم القليل من خمر العنب^(١). وأرجح رأي الجمهور؛ لأن الأحاديث التي استندوا إليها أقوى ثبوتاً وأصح إسناداً وأقوى أدلة، كما أن الآية التي استدل بها الحنفية فيها أدلة مقابلة وتضاد، وهي أن العلة في التحريم هي الإسكار.



(١) بداية المجتهد ١/ ٤٠٥، ٤٠٦.

obeikandi.com

الفصل الثالث

الخلاف بين الطرفين (أبي حنيفة ومحمد)

وبين أبي يوسف رحمهم الله

لقد تتلمذ أبو يوسف رحمه الله على يد ابن أبي ليلى أولاً ، وتأثر به وبآرائه الفقهية ، وخاصة في القضاء ، ثم تتلمذ على يد الإمام أبي حنيفة ، وغير قوله في كثير من المسائل ، وقد ألف كتاباً في الخلاف بين أستاذه أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، وكان يأخذ بقول واحد منهما مرة ويقول الآخر مرة أخرى .

كما أن لأبي يوسف أقوالاً كثيرة خالف بها الإمام ، ذكر بعضها في الفصل الأول " بين أبي حنيفة وبين الصاحبين " ، ويذكر بعضها في الخلاف بين أبي حنيفة وبين أبي ليلى ، ويذكر بعضها هنا في هذا الأصل .

وتندرج هذه المسائل تحت أصول وقواعد محددة ، ذكرت في المبسوط وغيره من كتب الفقه ، واستخلصها الدبوسي وحددها بثلاثة أصول مجملة علماً بأن كل أصل يتعلق بأصول أخرى ، وينطوي تحته قواعد فرعية مشابهة . ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مطالب ، يبحث كل مطلب منها في أصل مما ذكره الدبوسي .

المطلب الأول :

الأصل عند أبي يوسف : إذا لم يصح الشيء لم يصح ما في ضمنه .
وعند الطرفين : يجوز أن يثبت ما في ضمنه وإن لم يصح ^(١) .

(١) تأسيس النظر ص ٤٠ .

تحرير الأصل:

من المقرر أن العقد إذا صح، ترتب عليه آثاره جميعها، وإذا فسد العقد لم تلحقه آثاره ومقتضاه، إلا أن هناك من الآثار ما ترتب على العقد حتى وإن فسد فهي تثبت تبعاً لا قصداً، أو أنها تثبت ضرورة.

ومن المسائل على هذا الأصل:

لو تزوج امرأة على ألف درهم في السر، وعلى ألفين في العلانية.
فعند الطرفين: المهر مهر العلانية، إلا إذا أشهد على مهر السر.
وعند أبي يوسف: المهر مهر السر، لأن التسمية الثانية لا تصح، لبطلان العقد الثاني.

وعند أبي ليلى: المهر مهر العلانية على أي حال^(١).
لو باع درهما بدرهمين في دار الحرب، لم يبح عند أبي يوسف؛ لأن العقد لم يثبت.

وعندهما: يقع للإباحة^(٢).
إذا ادعى نسب من لا يولد لمثله، وهو عبده. عتق عليه عند أبي حنيفة.
ولا يعتق عند أبي يوسف، وتابعه محمد؛ لأن العتق يثبت ضمن النسب، ولم يثبت النسب فلم يثبت ما يتضمنه النسب^(٣). وهو قول الشافعي.

مسألة:

إذا أودع الرجل صبياً محجوراً عليه مالاً، فاستهلكه الصبي.

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ١٧٦-١٧٨.

(٢) الهداية وشرح فتح القدير ٣٨/٧.

(٣) فتح القدير ٤٣٩/٤.

فعندهما : لا ضمان عليه .

وعند أبي يوسف : عليه الضمان ، وبهذا قال الشافعي .

ووجه قول أبي يوسف : أن ضمان الاستهلاك ضمان فعل ، وهذا مما يتعلق به خطاب الوضع ، ويستوي فيه الصبي والبالغ .

وبالقياس على فعل القتل من الصبي ، فلو أودعه جارية فقتلها ضمن بالاتفاق .
ولأن عقد الإيداع من الصبي غير صحيح ، فكان كأن لم يكن ، ثم وقع منه الاعتداء والاستهلاك ، فإنه يضمن قولاً واحداً^(١) .

وحجة الطرفين : شرع الحجر رعاية للضعيف عن ضياع ماله ، أو إنفاقه في غير منفعة .

وإنما جعل المحجور عليه كغير البالغ فيما فيه فساد ، فأما فيما لا فساد فيه فهو كالرشيد ، فلا يصدق في إقراره بما أنه استهلكه وهو مودع عنده .

كمان أن عقد الإيداع وإن لم يصح ؛ إلا أنه لما مكنه من ماله مع علمه بحاله كان كأنه سلطه عليه وأذن له بإتلافه .

وإتلاف المال من عادة الصبيان ، وليس من عاداتهم القتل ، فقياس إتلاف المال على القتل في وجوب الضمان قياس مع الفارق وتسليم المال وديعة كقوله : أذنت لك فيه ، أما تسليم الجارية وديعة فليس كذلك فلا يكون تسليطاً^(٢) .
والمفتى به هو رأي الإمام^(٣) .

(١) المبسوط ١١/١١٨ ، ٢٤/١٥٦ .

(٢) المبسوط ١١/١١٩ ، حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المختار على الدر المختار ٨/٣٣٣ .

(٣) حاشية قرة عيون الأخبار ٨/٣٣٣ .

وأرجح رأي الطرفين (أبي حنيفة ومحمد) لما يلي :

١- أن تسليط صاحب المال للصبي على ماله وتمكينه منه ، بمثابة الإتلاف حكماً .
وإذا نهى الله عن إيتاء المال للسفيه ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ [النساء : ٥] . فكيف بمن يؤتي ماله للصبي المحجور عليه ؟ فهو منهى عن ذلك . فلا أقل من أن يتحمل عاقبة فعله وهو فوات حقه في الضمان .

٢- أن هذه الحالة تختلف تماماً عما لو لم يسلطه فأتلف مالا ، إذ إن الاحتياط للصبي ومنع وليه إياه من الإتلاف أمر ممكن ، بخلاف ما لو دفع إليه شيء ، فمنعه من الإتلاف متعذر .

المطلب الثاني :

الأصل عند الطرفين : اليمين لا تنعقد إلا على معقود عليه ، فإذا لم تنعقد فلا كفارة فيها .

وعند أبي يوسف : ينعقد اليمين وإن كان المعقود عليه فائتاً ^(١) .

تحرير الأصل :

للأيمان شروط حتى تنعقد ، فيشترط لها العقل والبلوغ والإسلام ، كما يشترط لها أن تكون متصورة البر عند أبي حنيفة ومحمد ^(٢) .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٢٤] وقوله تعالى : ﴿ لَا يَأْخُذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٢٥] .

واللغو الكلام الفاحش ، أو الكفر ، أو ما لا يفيد شيئاً .

وقال سعيد بن جبير : هو الرجل يحلف على الحرام فلا يؤاخذ الله بتركه ^(٣) .

(١) تأسيس النظر ص ٤٠ . (٢) البحر الرائق لابن نجيم ٤/ ٣٠١ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٢ ، ٤٣ .

واليمين تقسم إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: يمين غموس: وهي ما تعتمد صاحبها فيها الكذب على أمر ماض أو حاضر.

وهذه لا كفارة فيها عند الجمهور إلا التوبة والاستغفار.

قال عليه الصلاة والسلام: " من حلف على يمين هو فيها فاجر، يقطع بها مال امرئ مسلم، حرم الله عليه الجنة وأدخله النار " (١). وقال عليه الصلاة والسلام: " من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار " (٢). والمصبورة هي الملزمة للقضاء.

ويرى الشافعي أن فيها كفارة.

ثانياً: يمين منعقدة: وهي الحلف على الشيء مع العلم والقصد (٣).

والأصل فيها تصور البر.

ثالثاً: اليمين اللغو: وهي التي لا يتصور فيها البر، أو لا يقصد بها اليمين.

وقد قسم الفخر البزدوي والبخاري في كشف الأسرار اليمين إلى نوعين: منعقدة: وفيها مؤاخذه، ولغو: لا مؤاخذه فيه.

قال: " والآية سبقت لبيان المؤاخذه في المعقودة، ونفيها عن اللغو. والغموس ليست بمعقودة فكانت لغوا في حق المؤاخذه، إذ اللغو اسم لكلام لا فائدة فيه. وليست في الغموس فائدة اليمين المشروعة، إذ إن اليمين المشروعة إنما شرعت لتحقيق البر والصدق " (٤).

(١) صحيح ابن حبان، سنن الدرامي ١٨٠/٢.

(٢) سنن أبي داود ١٩٧/٢.

(٣) فتح القدير ٦٠/٥.

(٤) كشف الأسرار ٩٠/٣.

ومن المسائل المبنية على هذا الأصل:

من قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق، وليس في الكوز ماء، لم يحنث ولم يقع عليها الطلاق.

وكذلك لو حلف أن يشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فأهرق الماء قبل الليل لم يحنث.

ولو حلف ليقتلن فلانا اليوم فمات قبل مضي اليوم، لم يحنث، ولو حلف ليقتلن فلانا وهو ميت، والحالف لا يعلم بموته، لا يحنث وهذا عند الطرفين.

وأما عند أبي يوسف فيحنث.

ولو حلف ليقتلن فلاناً وهو ميت والحالف يعلم بموته، حنث بالاتفاق^(١).

والفرق بين الحلف على قتل فلان حال العلم، والحلف على شرب الماء الذي في الكوز مع العلم بخلوه منه، أن اليمين في القتل ينعقد على إزالة حياة يحدثها الله تعالى، وأما مسألة الكوز فلو خلق الله ماء لكان غير الماء المحلوف عليه.

مسألة:

من حلف أن يشرب الماء الذي في هذا الإناء، والإناء خال من الماء، والحالف لا يعلم، لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف: يحنث وعليه الكفارة.

أصل الخلاف: أن تصور البر من شروط انعقاد اليمين عند الإمام وعند محمد إذا كانت اليمين مطلقة عن الوقت، وشرط لبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البر.

وهذا هو قول مالك، ووجه عند الشافعية^(٢).

(١) فتح القدير ١٣٩/٥، ١٤٠، تأسيس النظر ٤٢، ٤٣، المبسوط ١٢٨/٨، ٧/٩، ٧.

(٢) البحر الرائق ٣٠١/١٤.

وعند أبي يوسف: لا يشترط تصور البر، فإذا وقع اليمين من أهله، أمكن اعتباره منعقدا للبر على وجه يظهر في الخلف بدل الوفاء، والخلف هو الكفارة.

وهذا يشبه الخلف على مس السماء أو تحويل الحجر ذهباً، أي الخلف على أمور مستحيلة عادة وإن لم تستحل عقلاً، فيحنت في هذه الحال بالاتفاق.

ومدار انعقاد اليمين عند أبي يوسف - رحمه الله - على القدر الصحيح للحلف. أما إمكان الوفاء أو عدم إمكانه فليس بشرط؛ لأن فواته يوجب الكفارة وهي معتبرة في باب الأيمان.

واستدل الطرفان بأن اليمين تنعقد للبر، حملاً على فعل أو منعا من فعل؛ وذلك لإظهار معنى الصدق، فكان محل اليمين خبراً يمكن فيه البر.

فإذا لم يتأت إمكان البر فات محل اليمين، وبالتالي لم تنعقد.

وأما الالتفات إلى الخلف وهو الكفارة، فيجب أن يكون الأصل متصوراً وهو الوفاء، فإن فات بعد، يصار إلى الخلف. أما أن يصار إلى الخلف قبل تصور الأصل فهذا لا يجوز^(١).

أما مس السماء وتحويل الحجر ذهباً، فيتصور فيها الصدق والبر عقلاً، وإن كان مستحيلاً عادة^(٢).

الترجيح:

وأرجح رأي الطرفين لما يلي:

شرعت اليمين حثاً على فعل أو منعاً من فعل، وهذا المعنى يفوت أصلاً عند الخلف على أمر مستحيل.

(١) فتح القدير ٥/١٣٩، ١٤٠، المبسوط ٨/١٢٧، كشف الأسرار ٣/٩٠.

(٢) المبسوط ٨/١٢٨.

واليمين عقد وعزم فلا بد لها من محل ، فإذا عقد على أمر ولم يوجد ، فإن قوات المحل يلغي هذا العقد والله أعلم .

ويؤيد ذلك ما ورد من آثار في كتب التفسير أن اللغو ما لا يفيد شيئاً^(١) . فتكون الأيمان في مثل هذه الحالة لغواً .

المطلب الثالث :

الأصل عند أبي يوسف أن الشروط المتعلقة بالعقد بعد العقد ، كالموجودة لدى العقد .

وعند الطرفين : لا يجعل الشرط اللاحق كالشرط المقارن^(٢) .

تحرير الأصل :

حينما يتعاقد الناس يكون في أذهانهم أشياء ورغبات ومصالح ، يبغون تحقيقها أو الاحتفاظ بها ، فإذا كان العقد بيعاً أو إجارة أو وكالة فإن مايبغونه منها يذكرونه صراحة ، فيشترطون مايشأون في حدود مشروعية الشرط .

أما أن تنشأ رغبات ، وتجد مصالح وآراء ، ويطمع أحد المتبايعين أو كلاهما أن يضيفها إلى العقد السابق ، ويحملها العقد الذي لم يكن يدور بخلد أصحابه شروط جدت بعد حين ، فهذا أمر الأصل فيه عدم الجواز .

وكيف يحمل عقد لزم من قبل ، شروطاً ربما لا يقوى على احتمالها . والأصل النهي عن بيع وشرط . فإذا جاز الشرط استثناء من القاعدة في بعض المواضع ، فإنما يتوقف على ما ورد ، ولا يتعداه إلى اشتراط شروط جديدة .

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٣/٢ .

(٢) تأسيس النظر ٤٣ .

أرأيت لو فتح الباب على مصراعيه؟ أيبقى من العقد الأصلي سوى أنه باب
ينفذ منه إلى غايات متجددة ومتغيرة؟ فإذا كان موجب العقد الأصلي أن يثبت
للمشتري أو لرب السلم كر حنطة جيدة، وبشروط جديدة عنت للبائع أو
للمسلم إليه، ثبت نصف كر رديء وهكذا، فأين هذه النتائج من نظر المتعاقدين
أثناء التعاقد؟.

ومن المسائل التي بنيت على هذا الأصل:

رجل أسلم لرجل في طعامه، وأخذ منه كفيلاً بالمسلم فيه، ثم صالح الكفيل
على رأس ماله، وذلك دين، فعند الطرفين الصلح موقوف على إجازة المسلم إليه.
وعند أبي يوسف الصلح جائز، إذا كان رأس المال دراهم ودنانير.

وكذا لو أسلم الرجلان إلى رجل في طعام، فصالح أحدهما على رأس
ماله، فالصلح موقوف عندهما، خلافاً لأبي يوسف ^(١).

ولو أسلم في كر حنطة وسطاً، فجاء بأجود منه في الصفة، وقال: خذ هذه
وأعطني درهما.

فعندهما: لا يجوز، وعند أبي يوسف: يجوز ^(٢).

وهو في هذا خالف أستاذه ابن أبي ليلى وأبا حنيفة.

لو تزوج امرأة ولم يفرض لها مهرأ، ثم فرض لها بعد العقد، ثم طلقها قبل
الدخول، فلها نصف المفروض بعد العقد عند أبي يوسف لقوله تعالى:
﴿فَنَصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(١) المبسوط ١٤٦/١٢ وما بعدها.

(٢) المبسوط ٤٤/٢١.

وعندهما لها المتعة ؛ لأن الشروط الطارئة ليس لها حكم الشروط المقارنة للعقد (١).

مسألة :

إذا كفّل عن رجل بمال والطالب غائب، فبلغه الخبر فأجاز الكفالة، جاز عند أبي يوسف، ويجعل الإجازة في الانتهاء كالخطاب في الابتداء. وعند الطرفين لم يجز (٢).

فأبو يوسف رحمه الله، يجعل كلام الواحد كالعقد التام، فتوقف كلامه على ما وراء المجلس، وهو قول مالك والشافعي وأحمد (٣).

وذلك لأن الكفالة التزام من الكفيل، دون أن يقابل بالزام على غيره. والالتزام يتم بالملتزم وحده كما في الإقرار يتم بالمقر، إذ إن الالتزام تصرف في ذمة نفسه وله ولاية عليها، وضرر هذا الالتزام لا يتعدى إلى الطالب الغائب (٤).

وأما الطرفان رحمهما الله، فيقولان: كلام الكفيل هنا شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس.

كما أن الكفالة تبرع، فهي تبرع للمكفول له، الطالب بالالتزام له، وفي عقود التبرعات لا يتم التبرع ما لم يقبله المتبرع له. كما الهبة والصدقة.

فالعقد لا يتم بالإيجاب دون القبول، ولا يمكن جعل إيجاب الكفيل قائما مقام قبول المكفول له، إذ لا ولاية له عليه، ولذا فإن إيجابه شرط العقد، وهو يبطل بالقيام من المجلس.

(١) فتح القدير ٣/ ٣٢٩.

(٢) البدائع ٧/ ٣٤١٣.

(٣) الميزان ٢/ ٦٥.

(٤) المبسوط ١٩/ ١٧٠، تبين الحقائق ٤/ ١٥٩، البدائع ٧/ ٣٤١٤.

وأما الإقرار، فهو ليس إنشاء سبب الالتزام، بل هو إخبار عن التزام سابق أو واجب سابق، والإخبار يتم بالمخبر.

كما أن على قول بعض الأئمة رحمهم الله الكفالة الصحيحة تبرئ ذمة الأصل إذ لا يثبت الحق الواحد في محلين، وفي هذه الحالة يبقى الأمر إلى الطالب الغائب وقد يلحقه ضرر^(١).

الترجيح:

وأرجح رأي الطرفين.

لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " فهو يقتضي اتحاد المجلس في العقود.

وفي هذه المسألة لا يوجد مجلس عقد أصلا، وقد خالفت مسألة الفضولي الذي يتوقف عقده على إجازة صاحب الحق الذي له الإجازة إذ إن الفضولي أحد طرفي العقد، أما في هذه المسألة، فالكفيل تولى طرفي العقد، فلم ينعقد أصلا حتى نقول إنه توقف على إجازة أحد.



(١) المبسوط ١٩/ ١٧٠، تبين الحقائق ٤/ ١٥٩، البدائع ٧/ ٣٤١٤.

obeikandi.com

الفصل الرابع

الخلاف بين الأصحاب الثلاثة وبين زفر

- رحمهم الله جميعا -

لقد خالف زفر رحمه الله جمهور الحنفية في كثير من المسائل ، فهو المجتهد المستقل كما مضى في الباب الأول وهو الذي قالوا فيه : إنه من أتبع القوم للحديث .

وقد كان يخالف أبا حنيفة ، بل والأصحاب في كثير من المسائل ، وقد حصرها الدبوسي بثمانية فصول .

ولذا فإن هذا الفصل ، يشتمل على ثمانية مطالب ، كل مطلب منها في أصل من تلك الأصول .

المطلب الأول :

الأصل عند الأصحاب : إذا أقيم الشيء مقام غيره في حكم ، فلا يقوم مقامه في جميع الأحكام .

وعند زفر : يقوم مقامه في جميع الأحكام ^(١) .

تحرير الأصل :

ومن الأصول المقررة : أنه يتوقف في الاستثناء على حدود المستثنى ، وأن ما ثبت بخلاف القياس فغيره عليه لا يقاس .

(١) تأسيس النظر ص ٥٢ .

وإنه إذا قام الشيء بدلاً عن غيره لحالة، فإن ذلك لا يتعدى إلى جميع الحالات.

وهناك من الأبدال ما يقوم مقام المبدل منه مطلقاً، كالتميم في جواز الصلاة ومس المصحف، وهذا يسمى بدلاً صحيحاً، وليس بدل ضرورة.

وقد ذكر ابن رجب القاعدة الثالثة والأربعين بعد المئة، بعنوان: "يقوم البدل مقام المبدل ويسد مسده، ويبني حكمه على حكم مبدله في مواضع كثيرة" (١).

ومن المسائل التي بنيت على هذا الأصل:

إذا أدرك الرجل الإمام في الركوع وكبر، لم يصبر مدركاً لتلك الركعة ما لم يشاركه في الفعل؛ لأن الركوع له حكم القيام في حكم مخصوص، فلا يقوم مقامه في جميع الأحكام.

وعند زفر: يكون مدركاً ولو لم يشاركه في الفعل.

إذا اقتدى القادر على الركوع والسجود بالموميء برأسه لا يجوز عند الأصحاب؛ لأن الإيماء يقوم مقام الركوع والسجود في حق جواز الموميء للعجز، فلا يقوم مقامه في حكم آخر.

وعند زفر: يجوز، ما دام جاز في حقه فيجوز في حق صلاة غيره.

إذا قعد في آخر الصلاة قدر التشهد فقهقه، فعليه الوضوء لصلاة أخرى؛ لأن القهقهة إخراج له من الصلاة بفعله، فلا يتعدى حكمها إلى غيرها.

وعند زفر: لا يجب الوضوء لصلاة أخرى؛ لأنها اعتبرت كأنها خارج الصلاة في حق عدم فساد الصلاة، فيعم حكمها وتعتبر كأنها خارج الصلاة في عدم وجوب الوضوء.

(١) القواعد لابن رجب ٣٤٠.

إذا أمت المستحاضة بالطهارات ، فلا يجوز عند الأصحاب ؛ لأن طهارتها قامت مقام الطهارة الحقيقية في حق جواز صلاتها .

وعند زفر : تجوز إمامتها لهن ؛ لأن طهارتها لما قامت مقام طهارتهن في حقها ، قامت مقام طهارتهن في حقهن أيضا .

إذا توضأت المستحاضة مع سيلان الدم ، ليس لها أن تمسح بعد خروج الوقت عند الأصحاب .

وعند زفر : لها ذلك ؛ لأن طهارتها لما قامت مقام طهارة الطهارات في حق جواز الصلاة ، قامت مقامها كذلك في حق جواز المسح ^(١) .

ومنها إذا نوى المسافر الإقامة بعد خروج الوقت ، أتم صلاته مثل صلاة المقيم عند زفر ؛ لأن إدراك الوقت في مقدار التحريمه كإدراك جميع الوقت في حق عمل نية الإقامة .

وعند الأصحاب : نية الإقامة إذا عملت داخل الوقت ، فلا تتعدى لتعمل بعد خروج الوقت .

ومنها ، إذا أكره الرجل على الإفطار ، لزمه القضاء عند الأصحاب ؛ لأن الإكراه إذا عمل في نفي وجوب الكفارة والإثم ، فلا يعم هذا لينفي وجوب القضاء .

وعند زفر : لا يلزمه القضاء ؛ لأن الإكراه ، بالإجماع ، في حكم النسيان في حق نفي الكفارة ، فقام مقامه في حق نفي القضاء كذلك . وبهذا قال الشافعي ^(٢) .

(١) حاشية ابن عابدين ١/٤٤٧ ، البدائع ١/٣٤٦ ، ٢/٦١٤ وما بعدها ، الهداية ١/٣٦٠

فتح القدير ١٠/٣٦٥ وما بعدها .

(٢) فتح القدير ٢/٣٢٨ .

ومنها، إذا اشترى عبدين في صفقة واحدة، وسمى لكل واحد منها ثمناً ثم تبين أن أحدهما مدبر.

جاء العقد عند الأصحاب في العبد.

وعند زفر: لم يجز؛ لأن المدبر قام مقام الحر في فساد العقد عليه، كذلك قام مقام الحر في فساد العقد على العبد الذي كان معه في الصفقة.

ومنها، أن الجد يقوم مقام الأب في تزويج الصغير والصغيرة، وفي التصرف في المال.

ولا يقوم مقامه في حق استتباع الصغير والصغيرة في الإسلام والردة عند الأصحاب.

وعند زفر: يقوم مقام الأب في جميع ذلك (١).

مسألة:

صلاة القادر على الركوع والسجود، لا تبني على صلاة المومئء برأسه. وعند زفر: يجوز للصحيح الاقتداء بالمومئء.

قال في المبسوط: "ولو أن مريضاً يصلي بالإيماء، فأتمَّ قوماً يومئون ويسجدون، فإنه تجوز صلاته وصلاة من هو في مثل حاله، ولا تجوز صلاة من يسجد، إلا على قول زفر" (٢).

والأصل عند الحنفية، في باب الصلاة جماعة، لا يبنى الأقوى على الأضعف فلا يقتدي القارئ بالأمي، ولا الصحيح بالمريض المضطجع، ولا القادر على السجود بالمومئء، ولا الطاهرات بالمستحاضة، ولا البالغ بالصبي (٣).

(١) المبسوط ١٢٤/٢.

(٢) و(٣) البدائع ٤٢٧/١، فتح القدير ٣٧١/١.

فالقادر على الركوع والسجود، أقوى حالاً من المومئ، وإذا صحت صلاة المومئ في حقه، لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وللحديث الشريف: " فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء "، فإن هذا للضرورة، وهي مقدرة بقدرها لا تتجاوزها.

فاقتداء الصحيح بالمومئ معناها الاكتفاء بالإيماء، مع القدرة على أداء الأركان، أو أنه اقتداء ببعض الصلاة دون بعض. فالإيماء بعض السجود أو الركوع، وليس بدلاً عنه^(١).

أما التيمم والمسح، فهما بدل عن الغسل، فيصح اقتداء المتوضئ بالتيمم بالإجماع؛ لأن التيمم صاحب بدل صحيح.

وحجة زفر رحمه الله: أن كل واحد من المصلين، يؤدي ما هو مستحق عليه، فالقادر على الركوع والسجود يأتي بهما، والقادر على الإيماء فقط يأتي به، فيصح اقتداؤه به. وبالمقياس على المتوضئ يأتي بالتيمم، والغاسل بالماسح^(٢).

الترجيح:

وأرجح رأي الأصحاب:

لأن الإمام يتحمل عن المأمومين، فينبغي أن يكون أحسن حالاً منهم أو مثلهم. وهذا أصل آخر عند الحنفية.

فالإمام يتحمل القراءة. قال عليه الصلاة والسلام: "الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن"، وبين عليه الصلاة والسلام أن من صلى خلف إمام، فقرأه الإمام له قراءة. ولأن المعذورين، إنما قبلت الصلاة في حقهم ضرورة أداء العبادة، وهذا المعنى لا يتعدى إلى حق الأصحاء، والله أعلم.

(٢) فتح القدير ١/ ٣٧١.

(١) المبسوط ١/ ٢١٥.

المطلب الثاني :

عند الأصحاب الثلاثة : يجوز أن يتوقف الحكم في العقود وغيرها المعنى يطرأ عليها ويحدث فيها .

وعند زفر : متى وقع الشيء جائزاً أو فاسداً لا ينقلب عن حاله المعنى طارئ ، إلا بالتجديد والاستئناف ^(١) .

يمتاز الحنفية بتقسيمهم العقود إلى صحيح وهو : ما شرع بأصله ووصفه ، وباطل : وهو ما لم يشرع بأصله كبيع الميتة ، وفاسد : وهو ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه ، كالبيع إلى أجل غير معلوم .

والتوقف في الأحكام معناه الانتظار لزوال مانع أو تقرر أمر وثبوت شيء ، ففي هذه الفترة لا يمضي الحكم ولا يلغى .

والقاعدة العامة : إذا زال المانع عاد الممنوع ، فإذا كان الحجر على العاقد ، أو التسمية الفاسدة للثمن في البيع مانعاً من إمضاء العقود ، فهل إذا تعاقد المحجور عليه ثم زال الحجر عنه بعد حين ، هل ينقلب بيعه جائزاً ؟ .

والحجر منع من إنشاء العقد أصلاً ، فإذا زال الحجر وصححنا عقده كان تصحيحاً لعقد لم يكن ، ففساده يعني عدمه ، بخلاف العقد الموقوف على إجازة من له الإجازة .

وإزالة المانع المفسد للعقد معتبرة إذا كانت في مجلس العقد ، أما إذا جاءت بعد ذلك فكيف تعتبر ؟ .

فكم من المعاني تتغير من رواج سلعة ، أو ارتفاع سعر ، أو صحة جدت في المبيع فغيرت قيمته ، أو عرض نقص القيمة أو غير ذلك ، فإذا آنس أحد

(١) تأسيس النظر ٥٥ .

المتعاقدين منفعة له بعد، ورفع الشرط الفاسد، فحدد الأجل أو صحح التسمية فكيف يصار إلى تجويز عقد سبق أن كان فاسداً؟ .

ومما انبنى على هذا الأصل:

باع غلاماً بشرط الخيار، فمر يوم الفطر في مدة الخيار، فعند الأصحاب: تتوقف صدقة الفطر حتى يتبين المالك النهائي.

وعند زفر: لا تتوقف ويدفعها من له الخيار؛ لأن المبيع في ملكه، سواء تم البيع أو انفسخ.

فإن كان الخيار للبائع أو لهما فعلى البائع، وإن كان للمشتري فعلى المشتري^(١). من باع شيئاً إلى الحصاد أو الدياس، فالبيع موقوف إلى إخراج هذه الشروط، فإن أخرجت جاز البيع وإلا فلا. وهذا عند الأصحاب.

وعند زفر: البيع فاسد لا يجوز، وإن أخرج الشرط الفاسد.

وقاس زفر على النكاح إلى أجل، وعلى عدم الإشهاد في النكاح، ثم الإشهاد بعد العقد^(٢).

المكره على البيع، يتوقف عقد بيعه إلى الرضا، فإن وجد جاز وإلا فلا. وعند زفر: لا يتوقف.

إذا اشترى مرابحة ولم يسم ثمنها، يتوقف حتى يسمى الثمن فإن سمَّ جاز، وإلا فلا.

وعند زفر: البيع فاسد، والتسمية اللاحقة لا تحيله جائزاً.

(١) البدائع ٢/٩٦٥، المبسوط ٣/١٠٨، ١٩٢.

(٢) فتح القدير ٦/٤٥٥.

إذا باع بشرط الخيار إلى الأبد، ثم أبطل الشرط جاز.

وعند زفر: لا يجوز أصلاً، فلا ينقلب جائزاً.

إذا ركع المقتدي قبل الإمام، توقف جواز الركوع على مشاركة الإمام، فإن شاركه في الركوع جاز، وعند زفر: لا يجوز ولو شاركه الإمام فيما بعد؛ لأن الركوع لا يتوقف^(١).

مسألة:

من باع شيئاً إلى الحصاد أو الدياس، فالبيع موقوف إلى إخراج هذه الشروط، فإن أخرجت جاز البيع وإلا فلا.

وعند زفر، البيع فاسد، فلا يجوز وإن أخرج الشرط فيما بعد.

حجة زفر: البيع وقع فاسداً بهذه الشروط، فلا يصير جائزاً بزوال الشروط المفسدة؛ لأنه لم يعتبر واقعاً أو منشأً أصلاً.

وبالقياس على النكاح إلى أجل، فإن النكاح فاسد، ولا ينقلب جائزاً عند إسقاط الاجل.

وكذلك لو لم يشهد على النكاح فسد النكاح، فلو أشهد بعد ذلك لم يعتبر هذا الإشهاد^(٢).

وحجة الأصحاب: أن جهالة الأجل في هذا البيع تمنع لزوم العقد، فهي لم تدخل في صلب العقد، بل دخلت في أمر خارج العقد. قالوا: فإذا زال المانع قبل وقوع الآجال المقتضية للفساد، أو قبل وجود المنازعة، انقلب العقد صحيحاً.

(١) الفتاوى الخانية ١/ ١٠٠، البحر الرائق ١/ ٩٠.

(٢) فتح القدير ٦/ ٤٥٥، البدائع ٧/ ٣١٤٨.

بخلاف الإشهاد المتأخر في النكاح، لوقوع المشروط فاسداً.
فإذا وقع المشروط فاسداً لعدم وجود شرطه، ثم وجد هذا الشرط لا يعود
المشروط بعينه صحيحاً.

كما لو صلى بلا وضوء ثم توضأ، لا تنقلب الصلاة صحيحة.
ومثل ذلك، لو أبطل صاحب الخيار في السلم خياره قبل الافتراق بأبدانهما،
ورأس المال قائم في يد المسلم إليه، ينقلب العقد جائزاً، خلافاً لزفر^(١).
الترجيح:

وفي هذه المسألة أرجح رأي زفر رحمه الله لما يلي:
أولاً: إن من شرط العقود اتحاد المجلس، وهذا أصل عند الحنفية، واتحاد المجلس
بين الإيجاب والقبول، بل وبعد القبول ما لم يتفرقا بأبدانهما كما يفهم من
حديث رسول الله ﷺ: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ".
فاذا تفرقا زال الخيار، إلا خيار الشرط وما في معناه.

أما إذا تبع الإيجاب القبول، وكان في العقد ما يقتضي الفساد، ولم يرفع
هذا الفساد حتى تفرق المتعاقدان، فذلك يعني تأكيد فساد العقد، فإذا أزيلت
موانع صحة العقد، أو رفعت أسباب الفساد بعد ذلك، فإن تصحيح عقود
فاسدة من زمن مضى تحكم.

ثانياً: إن عقود المسلمين وتصرفاتهم يجب أن تبعد عن الفساد وأسباب الفساد،
ويجب أن يفرق بين الصحيح القويم فينفذ ويمضي، وبين الفاسد المشبوه فيلغى.

ثالثاً: إن تصحيح العقود الفاسدة بمعان قد تطراً، لا ينسجم مع الأصل الداعي
إلى استقرار العقود، إذ هي مقصودة لآثارها وموجباتها.

(١) فتح القدير ٦/ ٤٥٥، البدائع ٧/ ٣١٤٨.

المطلب الثالث :

عند الأصحاب الثلاثة : العارض في الأحكام انتهاء له حكم يخالف الموجود ابتداء .

وعند زفر : حكم العارض ، حكم الموجود ابتداء ^(١) .

من القواعد المقررة أنه يتساهل في البقاء بما لا يتساهل به في الابتداء . فالرهن والإجارة لا يصحان في المشاع ابتداء ، وأما إذا طرأ الشيوع فيبقى العقد على الجواز .

ومن المسائل المبتناة على هذا الأصل :

إذا باع الرجل عبداً فأبق قبل القبض ، لا يبطل البيع عند الأصحاب .

وعند زفر : يبطل البيع ، ويجعل العارض كالموجود لدى العقد ابتداء .

إذا طرأ شيوع في عقد الرهن أو الإجارة ، لا يفسد العقد عند الأصحاب الثلاثة .

وعند زفر يفسده ويجعل الشيوع العارض كالمقارن للعقد .

إذا ماتت الشاة المبيعة في يد البائع ، فدبغ جلدها ، جاز للمشتري أن يأخذها بحصته من الثمن ، وكذا لو كانت رهننا فأخذها المرتهن بحصته من الدين .

وبالقياس على قول زفر يبطل الرهن والبيع ؛ لأنه لم يحصل بهما قبض ، وكأنهما هلكتا قبل العقد ، فلا يؤخذ جلدهما إلا بعقد جديد .

إذا تفرقوا في صلاة الجمعة عن الإمام ، بعدما قيد الركعة بالسجدة ، فإنه يمضي عند الأصحاب ، أي على جمعته .

(١) تأسيس النظر ص ٥٩ .

وعند زفر يمنع من ذلك ، لأن فرارهم أثناء الصلاة بمنزلة فرارهم عند التحريم^(١).

وهذا راجع لأصل آخر وهو اشترط بقاء الجماعة إلى آخر الصلاة ، وهم لم يشترطوا .

ومنها : إذا انقطع المسلم فيه بعد انقضاء أجل المسلم ، لا ينتقض عقد السلم عند الأصحاب خلافا لزفر .

مسألة :

إذا انقطع المسلم فيه بعد انقضاء أجل السلم ، لا يبطل عقد السلم .
وعند زفر ينتقض عقد السلم ، ويجعل كأنه لم يسلم بشيء معلوم أصلا^(٢) .
والأصل في الباب حديث رسول الله ﷺ : " من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم " ^(٣) .
من شروط السلم ، والذي رخص فيه الشارع تيسيرا على الناس ، أن يكون المسلم فيه موجودا من وقت العقد إلى وقت الأجل .
وعند الشافعي شرط المسلم فيه وجوده عند محل الأجل ليس إلا .

فإذا حل الأجل والمسلم فيه موجود فلم يقبضه صاحبه حتى انقطع من أيدي الناس ، فهل يبطل السلم أم يبقى صحيحا ؟ .

قال الأصحاب (أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد) : لا يفسخ السلم بل

(١) البدائع ٢/ ٦٧٦ ، تبين الحقائق ١/ ٢٢١ ، حاشية الطحاوي ١/ ٣٤٤ .

(٢) البدائع ٧/ ٣١٦٣ .

(٣) الجامع الصحيح ٣/ ٥٩٤ .

يبقى صحيحاً على حاله ؛ لأنه وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم للحال ، فهو موجود من العقد حتى حلول الأجل دون انقطاع .

والعقد إذا انعقد صحيحاً يبقى ، إذ له فائدة محتملة ، كبيع الآبق إذا أبق قبل القبض ، فيبقى البيع صحيحاً لفائدة عود القدرة على التسليم ، وهي محتملة . قالوا : ولكن يثبت الخيار لرب السلم ، فإن شاء فسخ العقد ، وإن شاء انتظر^(١) . وفرق بين أن يوجب انقطاع المسلم فيه بعد الأجل الخيار ، وبين أن يبطل العقد أصلاً .

وقال زفر : إذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل ، يبطل العقد ويسترد رأس المال .

وحجته : أن الانقطاع من أيدي الناس والعجز عن تسليم الدين ، بمنزلة هلاك العين المعقود عليها في العجز عن تسليمها ، فالمسلم فيه دين ، وقاسه زفر على العين ، فلو هلك المبيع في بيع العين قبل التسليم بطل ذلك البيع ، فكذا إذا انقطع المسلم فيه عن أيدي الناس .

وقاس أيضاً بما لو اشترى بفلوس كسدت قبل القبض يبطل العقد^(٢) .

واحتج الأصحاب بما يلي :

أولاً : تعذر تسليم المعقود عليه لعارض على شرف الزوال فيتخير فيه ، كما في أباق العبد قبل القبض .

ثانياً : المسلم فيه دين ، والدين يبقى بقاء محله ومحل الدين هو الذمة ، فيبقى

(١) البدائع ٧ / ٣١٧٢ .

(٢) البدائع ٧ / ٣١٦٣ .

الدين ببقائها، إلا أن من شروط السلم الأجل المعلوم، وبفوات هذا الشرط صار لصاحب السلم الخيار بين استرداد رأس ماله أو الانتظار.

ثالثاً: أن قياس الدين على العين قياس مع الفارق، ففي بيع العين، يفوت المعقود عليه ومقصود العقد بهلاكها، وكذلك الفلوس؛ لأن العقد تناولها وهي الثمن، فبعد الكساد صار بيعاً بلا ثمن، ولا يدري متى تروج الفلوس بعد ذلك، أما في المسلم فيه فالأوان معلوم^(١).

وأرجح رأي الأصحاب لما يلي:

أولاً: قد ينتظر رب السلم عودة المسلم فيه بنفس راضية، فلم يبطال العقد عليه دون طلبه.

ثانياً: بنى عقد السلم على أصل التيسير على الناس، فإذا حل الأجل ثم انقطع المسلم فيه قبل الاستيفاء، فالإمهال به ثواب عظيم لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. فجعل الخيار لصاحب السلم بين الفسخ والإمهال فيه نظر له وللمسلم إليه.

المطلب الرابع:

الأصل عند الأصحاب: أن ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله.

وعند زفر: لا يكون وجود بعضه كوجود كله^(٢).

هذا الأصل ذكره ابن نجيم بعنوان القاعدة الثامنة عشر: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله".

ثم ذكر أمثلة على ذلك قال:

فإذا طلقها نصف تطليقة، أو طلق نصفها، وقعت تطليقة.

(١) المبسوط ١٢/١٣٤-١٣٦.

(٢) تأسيس النظر ص ٦٠.

ومنها العفو عن القصاص إذا عفا عن بعض القاتل ، أو عفا بعض الأولياء
كان عفو كاملاً (١) .

والأولى ما ذكره ابن نجيم ، فإن ذكر بعض الشيء ليس كوجود بعضه ؛ لأن
الأحكام تتعلق بالألفاظ أكثر من تعلقها بالوجود .

ومرد هذا الأصل إلى أن العبرة بما يصح شرعاً ، إلا أن ذكر الجزء يحمل
على ذكر الكل ضرورة حمل كلام العقلاء على الصحة .

وزفر رحمه الله ، يعتبر حقيقة اللفظ دون النظر إلى القرائن ، أو الافتراض
في المتكلم لمعان مجاورة . فإن ترتب على لفظه المجرد حكم أخذه به لا يعدوه ،
وإن لم يترتب اعتبره لغوا من القول . والأصحاب رحمهم الله ، يصححون
أقول العقلاء ما أمكن .

وعلى هذا الأصل كثير من المسائل :

منها : إذا تزوج امرأة على خمسة دراهم ، فإنه يكمل لها عشرة دراهم ،
وصار ذكر بعض العشرة كذكر كلها . (لأن العشرة في المهر لا تتجزأ) .

وعند زفر : لها مهر المثل ، فصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهراً .

المهر عند الحنفية لا يقل عن عشرة دراهم (٢) . ولكن زفر يقول : ما دون
العشرة لا يسمى مهراً ، فكأنما لم يسم أصلاً فثبت مهر المثل .

والأصحاب يقولون : العشرة في المهر لا تتجزأ ، وهي حق الشرع ، فذكر
بعضها كذكر كلها (٣) . وفساد التسمية إنما يكون عند تسمية ما ليس بمال .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٢ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٨٦/٣ .

(٣) البدائع ١٤٢٧/٣ ، فتح القدير ٣٢٠/٣ .

ومنها: لو أوجب على نفسه ركعة لزمه أن يصلي ركعتين؛ لأن ذلك لا يتبعض، فذكر إحداهما كذكر كليهما.

وعند زفر: لا يلزمه شيء؛ لأن الركعة الواحدة ليست بصلاة، فلا يجعل ذكر الركعة كذكر الركعتين.

ومنها: إذا قال لامرأته: أنت طالق إذا حضت نصف حيضة، لا يقع الطلاق عند الأصحاب إلا إذا حاضت حيضة كاملة.

وعند زفر يقع بمضي خمسة أيام من الحيض، لتيقن وجود النصف^(١).

ومنها: قال أبو يوسف: لو أن رجلاً أوجب على نفسه ركعتين بلا قراءة أو بغير وضوء لزمه ركعتان صحيحتان. لأن الركعتين على طهارة وقراءة أمر واحد متكامل.

وعند زفر لا يلزمه شيء، لأن ما أوجبه على نفسه لا يكون مشروعاً، فكأنه لم يوجب شيئاً.

ومنها: لو نذر ولم يسم فعله كفارة يمين، وقال زفر: لا يكون يميناً^(٢).

ومنها: لو اشترى داراً فنظر إلى حيطانها، يبطل خيار الرؤية؛ لأنه لا يتجزأ، خلافاً لزفر.

مسألة:

إذا أذن لعبده في نوع من التجارة، صار مأذوناً في جميع أنواع التجارة عند الأصحاب.

(١) فتح القدير ٤/١٢٨، تبين الحقائق ٢/٢٣٨.

(٢) البدائع ٤/١٨٥٣.

وعند زفر: لا يكون مأذونا في غير ذلك النوع المخصوص .

وبهذا قال الشافعي رحمه الله .

وحجة زفر والشافعي: أن الإذن عبارة عن توكيل وإنابة، فهو لا يتصرف للمولى إلا بإذنه، والمانع من التصرف هو الرق .

وما زال العبد المأذون رقيقاً؛ ولذا فهو مقيد فيما أذنه له الوكيل ^(١) .

كما أنه لو أذن له أن يتزوج من امرأة ليس له أن يتزوج من امرأتين . وأيضاً فإن الإطلاق يقبل التخصيص، كتقليد القضاء والإعارة والإجارة، والتخصيص له فائدة، فربما يحسن العبد المأذون التجارة في نوع خاص لدرايته، ولا يحسن في تجارة أخرى ^(٢) .

ومدار الاستدلال على أنه ما زال رقيقاً، وينحجر في أي وقت يشاء المولى .

وحجة الأصحاب: أن التجارات متصل بعضها ببعض، فهو يشتري نوعاً ويبيع نوعاً، ويحتاج للرهن والكفالة، ويحتاج لبيع نوع بنوع إذا لم يجد نقداً، وهذا يستدعي أن يكون الإذن بنوع خاص إذنا ببقية أنواع التجارة .

وأيضاً فإن الإذن في التجارة هو رفع للحجر، فأشبهه المكاتب الذي لا يتقيد بنوع خاص في التجارة .

كما أن العبد يملك التصرف بمطلق الإذن، بينما الوكالة لا تحصل بمطلق اللفظ، لا بد فيها من التنصيص . وأيضاً فإن المأذون لا يرجع بما لحقه من عهدة على مولاه، والوكيل يرجع على موكله، فافترق المأذون عن الوكيل .

(١) تبين الحقائق ٥/ ٢٠٤ .

(٢) تبين الحقائق ٥/ ٢٠٤ .

كما أن الرق لا ينقص أهلية التصرف، ولكنه يمنع لحق المولى مع قيام الأهلية^(١).
وأيضاً: فإنه بعد الإذن أول تصرفاته الشراء، فما لم يشتري لا يمكنه أن يبيع، وهو في هذا يلتزم الثمن في ذمته، والتي هي مملوكة له، لكن الدين يجب شاعلاً مالية ورقبته، فيحتاج إلى إذن سيده، أي بصرفها في الدين، وهذا لا يفرق فيه بين نوع من التجارة ونوع.

وخالف النكاح؛ لأن النكاح تصرف مملوك للمولى^(٢).
ومثل الإذن سكوت المولى عن النهي، إذا رأى المملوك يتصرف؛ وذلك دفعاً للضرر عن الناس وإبعاداً عن الغرر، قال عليه الصلاة والسلام: " لا ضرر ولا ضرار "، " ألا من غشنا فليس منا " ^(٣).
الترجيح:

وأرجح رأي الأصحاب لما يلي:
أولاً: لا بد من دفع الضرر عن الناس، والذين يتعاملون مع المأذون ليسوا عاملين بالغيب حتى يعرفوا أنواع التعامل الجائز من غير الجائز، والوقوف على هذا أمر عسير.
ثانياً: أن الأصل في المعاملات أن تكون مستقرة لا أن تكون على شرف البطلان، والمعاملات المالية متشابكة متصلة ويبني بعضها على بعض، وتحديد أنواع من التجارة يجعل كثيراً من المعاملات عرضة للفساد والبطلان.
إلا أن عبارة الأصحاب لو قيدت، بأن يصير مأذوناً في جميع التجارات المتصلة بما أذن له به السيد، لكان أولى والله أعلم.

(١) المبسوط ٩/٢٥ .

(٢) المبسوط ٩/٢٥ ، ١٠ .

(٣) الترمذي ٥٩٧/٣ .

المطلب الخامس :

الأصل عند الأصحاب الثلاثة رحمهم الله : أن الخلاف في الصفة غير معتبر .

وعند زفر : معتبر ^(١) .

تحرير الأصل :

أغلب مسائل هذا الفصل في الوكالة والشهادات .

والأصل عند الحنفية : أن المعتبر في العقود والتصرفات جوهرها ومبناها ، وأما الأوصاف والعلائق فيتساهل في شأنها ، كما أن من قواعدهم أن يصار إلى تصحيح التصرفات ما أمكن ، فإذا أمكن إدخال شهادة في ضمن الأخرى ، ثبت ما اتفقت عليه الشهادتان .

والمفتى به في المذهب هو رأي الأصحاب ، ولذا قال في رد المحتار : " الأصل أن المخالفة في الوصف لا تبطل الجواب بخلاف الأصل " ^(٢) .

ومن المسائل التي بنيت على هذا الأصل :

لو وكل رجلاً أن يطلق امرأته ثلاثاً فطلقها واحدة ، وقعت واحدة .

لو وكله أن يطلقها طلقة رجعية فطلقها بائنة ، تقع رجعية ؛ لأنه خالف في الصفة ، فلم يعتبر خلافه .

وعند زفر : لا يقع شيء ، ولأنه بمخالفته ما أمر به صار كأنه طلقها بغير إذنه .

إذا شهد أحد الشاهدين أنه وكله بطلاقها ، وشهد آخر أنه وكله بطلاقها

(١) تأسيس النظر ٦٢ .

(٢) المبسوط ١٩/١٢٥-١٢٦ ، فتح القدير ٤/١٠٢ ، ١٠٣ ، ٧/٤٤٢ .

وطلاق ضررتها، فهو وكيل في طلاق المرأة التي اتفق الشاهدان على التوكيل بالطلاق.

وعند زفر: لا تقبل شهادتهما.

رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم قبل آخر، وشهد أحدهما أنه قد قضاه الألف.

فعند الأصحاب: تقبل شهادتهما في إثبات القرض؛ لأنهما اتفقا عليه.

ولا تقبل في قضاء الدين؛ لأن الشاهد واحد.

وعند زفر ووافقه الطحاوي: لا تقبل؛ لأن المدعي أكذب شاهده^(١).

وقد ساق ابن نجيم اثنتين وأربعين مسألة، تقبل فيها الشهادة إذا اختلفت شهادة الشهود، فالانفراد بالقدر وزيادة وصف من قبل أحد الشاهدين، لا يعد خلافا ترد به الشهادة.

ويشترط مطابقة لفظ الشهادتين على إفادة المعنى فقط^(٢).

وأرجح رأي الأصحاب لما يلي:

أولاً: من الأصول العامة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"، وأنه يصار إلى تصحيح كلام العقلاء ما أمكن، وقد أمكن تصحيحه في بعض المواضع.

ثانياً: أن فعل الواحد المستقل ينظر إليه بغض النظر عن الأفعال الأخرى، فالشهادة الأولى تثبت الحق فتعتبر، وإن لم يترتب على الشهادة الأخرى حكم.

(١) المبسوط ١٩/ ١٢٥-١٢٦، فتح القدير ٤/ ١٠٢، ١٠٣، ٤٤٢/ ٧.

(٢) البحر الرائق ٧/ ١٠٩-١١١.

المطلب السادس :

الأصل عند الأصحاب : أن القيل من الأشياء معفو عنه . وعند زفر : لا يكون معفواً عنه ^(١) .

تحرير الأصل :

من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية اليسر في الأحكام . قال تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة : ١٨٥] . وقال عليه الصلاة والسلام : " يسروا ولا تعسروا " ، وقال : " إن هذا الدين يسر فأوغلوا فيه برفق " ^(٢) .

ومن هذه القواعد أيضاً نفي الجرح : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨] . وإذا عمت البلوى ، فإنه يصار إلى اتساع الأمر والتخفيف ، فعمر رضي الله عنه أوقف حد السرقة عام الرمادة .

وعندما سألت امرأة أم سلمة قالت لها : إني أطيل ذيلي وأمشي في المكان القذر ^(٣) فقالت أم سلمة : قال رسول الله ﷺ : " يطهره ما بعده " .

والملاحظ أن زفر رحمه الله يعمم اللفظ ليشمل حكمه كل ما دخل تحت هذا العموم .

ومن المسائل التي بنيت على هذا الأصل :

إذا قل الخارج من غير السبيلين ولم يسئل عن رأس الجرح ، لا ينقض الوضوء عند الأصحاب .

وعند زفر : ينقض الوضوء ظهور النجس من الآدمي ، قليلاً كان أو كثيراً ^(٤) .

(١) تأسيس النظر ص ٦٠ .

(٢) مسند أحمد ٦٩/٥ .

(٣) ابن ماجه ١٧٧/١ ، أصحاب السنن الأخرى . تيسير الوصول ٥١/١ .

(٤) البدائع ١٣٤/١ .

إذا سجد في صلاة سجدة واحدة على موضع نجس، ثم أعاد تلك السجدة على موضع طاهر، فعند أبي يوسف تجزيه.

وعند زفر: لا تجزيه وفسدت صلاته.

لو تذكر في الصلاة وهو قائم على موضع نجس، ثم سار فوقف على موضع طاهر ما لم يركع أو يأت بركن تام، فإن صلاته صحيحة عندهم، خلافا لزفر.

ولو صلى على أرض قد كان فيها خمر أو قيء أو بول، وقد جفت وذهب أثر النجاسة، فالصلاة عند الأصحاب صحيحة، وعند زفر فاسدة^(١).

من أعتق عن كفارة يمين، رقبة عوراء، أجزأته عند الأصحاب.

وعند زفر: لا تجزيه.

وكذا لو وجدت المرأة عيبا بالجارية التي هي الصداق، فإن كان قليلا فليس لها الرد.

وعند زفر لها الرد^(٢).

ولو ذكر الشهود الدار بحدودها الثلاثة، فإنه يقضى بشهادتهم؛ لأن الجهالة في الحد الرابع يسيرة، وعنده لا يقضى^(٣).

ومنها: الصائم إذا بقي بين أسنانه شيء فابتلعه، قال الأصحاب: لا كفارة عليه^(٤).

وقال زفر: عليه كفارة.

(١) تأسيس النظر ٦٢.

(٢) فتح القدير ٢٦١/٤.

(٣) معين الحكام، المبسوط ٥٩/١٦.

(٤) فتح القدير ٣٣٢/٢، الفتاوى الهندية ٢٠٢/١.

ومنها: الجهالة اليسيرة في المعقود عليه أو في الثمن في المجلس معفو عنها، فإن اتضح في المجلس، وبين المقدار، صح العقد. كما لو وجد بعض رأس مال المسلم زيوفاً فردّه واستبدل به في المجلس.

وعند زفر: يرفض السلم أصلاً، ولا فرق بين قليل أو كثير.

مسألة:

إذا خرج شيء نجس من غير السيلين، فإن كان قليلاً بحيث لم يسئل الجرح لا ينقض الوضوء عند الأصحاب.

وعند زفر: ينقض الطهارة قليلاً كان أم كثيراً.

ومرجع الخلاف إلى ما يعتبر حدثاً؛ هل هو ظهور النجس أم خروجه ومزاولته محله؟.

قال زفر: ظهور النجس ينقض الوضوء.

وقال الأصحاب: خروج النجس من الآدمي الحي ومزاولته مكان الجرح هو الذي ينقض الوضوء.

وقال مالك: خروج النجس المعتاد من المكان المعتاد، فدم الاستحاضة ليس حدثاً.

وقال الشافعي: خروج شيء من السيلين حدث. وهو أحد قولي مالك^(١).

وحجة زفر: أن ظهور النجس يعتبر حدثاً في السيلين سال أم لم يسئل، فيعتبر به ما خرج من غير السيلين.

وهذا هو رأي مجاهد رضي الله عنه^(٢).

(١) البدائع ١/ ١٣٤.

(٢) بداية المجتهد ١/ ٢٩.

وأرجح رأي الأصحاب لما يلي :

أولاً: إن خروج النجس من غير السيلين أمر مختلف في أنه ينقض الوضوء أو لا ينقضه ومراعاة محل الخلاف معتبرة .

ثانياً: القاعدة العامة في الإسلام رفع الحرج والعسر ، وإيجاب الوضوء بمجرد ظهور الدم لا يخلو من الحرج .

ثالثاً: الحديث الشريف والآثار عن علي وغيره : " أن الدسعة التي تملأ الفم تنقض الوضوء " ، فبقي القليل معفو عنه . والله أعلم .

المطلب السابع :

الأصل عند الأصحاب: أن العبرة بما يتعلق به الحكم لا بما يظهر به الحكم .
وعند زفر: ما يظهر به الحكم يعتبر كالذي يتعلق به الحكم^(١) .

تحرير الأصل :

تثبت الأحكام الشرعية بالشهادة أو بالإقرار أو بالاستشهار ، وأهم طرق الإثباتات وأوسعها : الشهادات .

وللحكم سبب وشرط ، فسبب العقوبة مثلاً ما يضاف إلى العقوبة . فالرجم سببه الزنا ، والضمان سببه الإتلاف ، والقطع سببه السرقة . وشرط الرجم الإحصان ، وشرط الضمان أن يكون المتلف مالا مقوماً ، وشرط القطع أن يكون المسروق مقدراً معيناً ، وأن يكون أخذ من حرز . وفرق بين الشرط والسبب .

ومن المسائل التي بنيت على هذا الأصل :

لو شهد شاهدان أنه قال لعبده : إن دخلت هذه الدار فأنت حر ، ثم شهد

(١) تأسيس النظر ص ٦٤ . وقد ورد خطأ : " الأصل عند محمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر رحمهم الله أن العبرة بما يتعلق به الحكم " والصواب ما ذكر أعلاه .

آخران أن العبد دخل الدار، ففضى القاضي بعته، ثم رجع الشهود جميعاً، فالضمان على شاهد التعليق، ولا ضمان على شاهد الدخول عند الأصحاب.

وعند زفر: الضمان عليهم جميعاً.

لو شهدوا على رجل بالزنا، وشهد رجلان بالإحصان فرجم، ثم رجع شهود الإحصان لا ضمان عليهم.

وعند زفر: يضمنون.

لا يشترط للإحصان عدد الأربعة، وعند زفر: يشترط.

لو شهد عدلان أنه خير امرأته بالطلاق، وشهد آخران أنها اختارت الطلاق، ثم رجعوا جميعاً، فالضمان على شهود الاختيار خاصة؛ لأن التخيير سبب. وما عارضه، وهو الاختيار، علة تامة للحكم^(١).

لو شهد رجل وامرأة بالإحصان تقبل شهادتهم، خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد.

مسألة:

شهدوا على رجل بالزنا، وشهد غيرهم بأنه محصن ففضى عليه بالرجم فرجم، ثم رجع شهود الإحصان أو رجعوا جميعاً، فعند الأصحاب: لا ضمان على شهود الإحصان.

وعند زفر: يضمنون كما يضمن شهود الزنا، وهو قول مالك وأحمد^(٢).

(١) أصول السرخسي ٢/ ٣٢٤، المبسوط ١٦/ ١٧٨، فتح القدير ٥/ ٢٩٨، ٢٩٩. تبين الحقائق ٧/ ١٢٧.

(٢) المغني والشرح الكبير ١٠/ ٢٢٥، ٢٢٦.

الرجوع عن الشهادة الكاذبة واجب شرعاً، كما أن أداء الشهادة واجب شرعاً.

وحجة زفر رحمه الله: أن الإحصان يغلظ الجريمة، والرجم عقوبة جريمة مغلظة، فبشهود الإحصان تغلظت الجريمة من الجلد إلى الرجم، فكانوا بمثابة من أثبتوا الجريمة.

كما أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع (١). ويرجع الخلاف إلى أصل آخر: وهو أن الإحصان شرط للرجم، وأن شهود الشرط يضمنون عند الرجوع، لو رجع شهود السبب، وهذا عند زفر. وعند الأصحاب: لا ضمان على شهود الشروط.

وحجة الأصحاب أن شهود الإحصان لم يشهدوا بسبب العقوبة وهو جريمة الزنا، ولم يشهدوا بشرطها، إذ إن الشرط حقيقة ما توقف تمام السبب عليه. فالإحصان ليس شرطاً على الحقيقة، وإنما هو حال في الزاني، فلا يكون الإلتلاف مضافاً إليه بوجه.

كما أن سبب العقوبة ثابت ببقاء شهود الزنا على شهادتهم. وأجابوا أن النكاح والإسلام يثبت بشهادة عدلين. ولا يجوز أن تضاف الجريمة إلى الإسلام أو النكاح. فالإحصان كما يقول الفقهاء هو تناهي النعمة في الإسلام، فكيف يكون مغلظاً للجريمة؟ والإحصان مانع من الزنا وليس علة للعقوبة (٢).

الترجيح:

وأرجح رأي الأصحاب لما يلي:

(١)، (٢) المبسوط ٤٦/٩، فتح القدير ٢٩٩/٥.

أرأيت لو رجع شهود الإحصان قبل إقامة الحد أيسقط الحد عنه؟ .
أرأيت لو شهدوا عليه بالإحصان، ولم يشهد عليه أحد بالزنا أكان يثبت عليه شيء؟

فالإحصان السابق على الزنا، معرف لخصوص الحكم الثابت بالزنا وهو العقوبة. فالمعرف أو العلامة المحضة لا تعتبر علة ولا في معنى العلة، فكيف يضاف الحكم إليها؟

المطلب الثامن:

عند الأصحاب: نية التمييز في الجنس الواحد لا تعمل .
وعند زفر: تعمل^(١).

تحرير الأصل:

يُعرف اتحاد الجنس باتحاد سببه، ويعرف اختلافه باختلاف سببه .
فلو أفطر أياما في رمضان لزمه قضاؤها، ولا يتعين عليه في القضاء أن ينوي هذا اليوم عن اليوم الأول من رمضان وغدا عن اليوم الثاني، بل يصوم أياما بعدد ما أفطر. فالجنس وهو صوم القضاء متحد.

وأما لو فاتته ظهر أمس وأراد أن يصلي ظهر اليوم وظهر أمس، فلا بد من نية التمييز، لاختلاف الجنس، فظهر أمس ليس ظهر اليوم، بل كل منهما عبادة مستقلة لها سبب مستقل.

قال في الأشباه والنظائر:

" نية التعيين في الجنس الواحد لغو لعدم الفائدة، والتصرف إذا لم يصادف محلا كان لغوا " (٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣١.

(١) تأسيس النظر ص ٦٤.

ومما ابتنى على هذا الأصل من المسائل :

لو ظاهر من أربع نسوة له ثم أعتق بعددهن رقابا ، ولم ينو عن كل كفارة بعينها .
فعند الأصحاب : يعجزه ذلك ؛ لأن جنس الكفارة واحد ، فلم يحتاج إلى
نية التمييز .

وعند زفر : لا يعجزه ؛ لأن نية التمييز في الجنس الواحد شرط .
ولو ظاهر من أربع نسوة ، ثم أعتق رقبة عنهن ، جاز أن يصرفها لأي واحدة
منهن .

وعند زفر لا يجوز ؛ لأن نية الإعتاق عنهن عملت عملها ، فصارت الرقبة
مصرفة عن جميع الكفارات ، ولا يعجز جزء الرقبة عن واحدة .

ولو قال لزوجته أنت علي حرام ونوى اثنتين لا يقع إلا واحدة ، لأن حرمة
الواحد جنس واحد ، فلم تعمل نية التمييز في الجنس الواحدة جنسين .

وعند زفر يقع كما نوى ، والنية تعمل في تمييز الجنس الواحد ، وهو قول
الشافعي وأحمد .

لو ظاهر من أربع نسوة له فأعتق رقبة لا يملك غيرها ، ثم صام أربعة أشهر
متتابعة ثم مرض فأطعم ستين مسكينا . ولم ينو في هذه الكفارات عن واحدة
بعينها ، أجزأ عنهن استحسانا .
وعند زفر : لا يعجزه (١) .

وهذه المسائل تتفق مع أصل أبي حنيفة : " إن كل فعل استحق فعله على
وجهة بعينها ، فعلى أي جهة حصل أجزأ " .

(١) المبسوط ١٠/٧ ، ١٣ ، تبين الحقائق ١/٢١٦ .

مسألة:

لو أعتق عبدا عن ظهارين، فله أن يجعله عن أيهما شاء، ويحل له وطء تلك المرأة. وكذلك الصوم والإطعام، أي لو صام شهرين أو أطعم ستين مسكينا. وعند زفر: لا يجزئه.

إذا كفر المظاهر بأي خصلة من خصال الكفارة، ولم ينو عن أي من الزوجتين كفارته، فعلى قول زفر لا يجزئه وهذا هو القياس؛ لانعدام نية التمييز، ولأن المظاهر يصير معتقا جزءا، أو صائما جزءا من الواجب، أو مطعما جزءا من الواجب عن كل ظهار.

والجزء في الكفارات لا يجزئ، فكأنه لم يكفر، ثم مع عدم التعيين لا يوجد ما يجعل إحداهما أولى من الأخرى بأن تصرف الكفارة لحقها. ووجه قول الأصحاب، وهو الاستحسان، أن نية التعيين في الجنس الواحد لغو ولا يعتد بها، بخلاف الجنسين.

فإن من كان عليه قضاء أيام من رمضان، فنوى صوم القضاء وهو من جنس واحد جاز، وإن لم يعين صوم يوم الخميس أو الجمعة. ولو كان عليه صيام قضاء وصيام نذر، فإنه يلزمه نية التعيين لاختلاف الجنس^(١).

مسألة:

لو قال لامرأته أنت علي حرام ونوى اثنتين لا تقع إلا واحدة عند الأصحاب. وقال زفر: يقع ما نوى. وهو قول الشافعي وأحمد ومالك^(٢).

(١) المبسوط ٧/١٠، ١٣.

(٢) الميزان الكبير ٢/٩٦.

ووجه قوله ، أن الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة : غليظة ووسط وخفيفة ، فيصح أن ينوي أيًا من الأنواع الثلاثة .

ووجه قولهم أن قوله : أنت حرام ، الحرمة اسم للذات ، والذات جنس واحد لا يتعدد ، ويحتمل الثلاث لأن الثلاث جنس واحد كذلك ، ولا يوجد اتحاد الجنس في الاثنتين فيقع واحدة ، وإن نوى ثلاثاً يقع ثلاثاً .

وفي الأمة ، لو نوى اثنتين يقع ما نوى ؛ لأنه جنس واحد هو كل ما يملكه من إيقاع الطلاق عليها ^(١) .

فالطلاق مصدر وصيغته واحدة ، وأما الاثنان فعدد محض .

وعلى أي ، فما يقع من الطلاق في الكنايات يكون طلاقاً بائناً .

وعند الشافعي طلاق رجعي ؛ لأنها كنايات عن الطلاق .

وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته : " قوله حرام ، من حرم الشيء بالضم صار حراماً امتنع . . . المتعارف إنما هو إيقاع البائن لا الرجعي " .

ثم قال : " ومقتضى الجواب وقوع الرجعي به في زماننا ؛ لأنه لم يتعارف إيقاع البائن به ، فإن العامي الجاهل الذي يحلف بقوله : علي الحرام لا أفعل كذا ، لا يميز بين البائن والرجعي ، وإنما المعروف عنده أن من حنث بهذا اليمين يقع به الطلاق مثل قوله : علي الطلاق ألا أفعل كذا " ^(٢) .

وهذا أخذ بقول الشافعي رحمه الله .

الترجيح :

وأرجح رأي الأصحاب لما يلي :

(١) البدائع ٤/ ١٨٠٠-١٨١١ ، فتح القدير ٣/ ٧٢ ، تبين الحقائق ١/ ٢١٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٩٨ .

١- الأصل أن النية مجردة لا يتعلق بها حكم.

وهذا اللفظ حرام لا يتعلق به العدد، والنية وحدها لا تكفي في إضافة العدد.

٢- الأصل في الطلاق والغرامات أن بها شبهة من الحدود فتدفع بالشبهة، وهي هنا متوفرة، والله أعلم.

هذه هي الأصول الشهيرة التي خالف بها زفر جمهور الحنفية، وهناك أصول فرعية أخرى مثل:

الأصل عند زفر: الغايتان لا تدخلان في الحكم، خلافاً للأصحاب.

الأصل عند زفر: التقادم لا يمنع من قبول الشهادة في الحدود، وهو قول مالك والشافعي وأحمد، وعند الأصحاب: يمنع من قبول الشهادة^(١).



(١) الميزان ١٢٤/٢.