

أعضاء لجنة المناقشة
د. نزيه حماد

د. صلاح الفوزان

د. بن فهد بن محمد
الطلاب العبد لله لفظيل عوفي

المجلة العلمية للدراسات والبحوث
جامعة أم القري
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا والبحوث
مكة المكرمة
شعبة الفقه والأصول
شعبة الفقه

رسالة تليق بالدراسة الفقهية الإسلامية

رسالة مقدمة
إلى قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشرعية
لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي



٢٤٨٨

إعداد

عبدالله بن محمد بن ناصر بن العظيم

إشراف

فضيلة الأستاذ الدكتور

نزيه حماد

١٤٠١هـ / ١٩٨٨م



١- وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ
نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ

الأنبياء : ٧٨

٢- روى الإمام مالك رحمه الله أن ناقة تلبراء بن عازب دخلت حائط
رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط
حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها

الموطأ : ٢/٧٤٧

٣- قال صلى الله عليه وسلم إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة
يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا

رواه البخاري ٣٥/١
ومسلم ١٤٧/٢ واللفظه

المفكرة

سبب اختياري للموضوع
ومنهجي في البحث والنقطة ١٢٠١

المقدمة

ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب اليه ونعوذ بالله
من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن
يضلل فلا هادي له . وأشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له شهادة عليها
أحيا وعليها أموت وعليها أبعث يوم العرض عليه .

وأشهد أن محمدا رسول الله أرسله الله على حين فترة من الرسل
فاكمل به الدين وأتم به النعمة وختم به الرسالة : " الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ
دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَفِيتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا " (١) . . . " ما كان محمد
أبا أحدٍ من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل
شيء عليما " (٢) .

لم يقبضه سبحانه حتى ترك أمته على المحجة البيضاء ليلها
كنهارها لا يزيغ عنها الا هالك . بَشَّرَ وَأَنْذَرَ ، وَبَلَّغَ الرِّسَالَةَ ، وَأَدَّى الْأَمَانَةَ
ونصح الأمة ، وجاهد في الله حق جهاده صلى الله عليه وعلى آله ومحبيه
ومن اهتدى بهديه وسار على نهجه ولزم سنته الى يوم الدين .

سبحانك لاعلم لنا الا ما علمتنا انك أنت العليم الحكيم . ربنا آتينا
من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا . رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي ، وَيَسِّرْ لِي
أَمْرِي . واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي .

أما بعد :

فان نعم الله على خلقه كثيرة لاتحصى ولاتستقصى . ومن أجل هذه
النعم وأعظمها نعمة المال كيف لا وهو احدى الضروريات الخمس التي اعتنت
بها سائر الشرائع وجاءت بالمحافظة عليها .

يقول القرافي : " خمس اجتمعت الأمم مع الأمة المحمدية عليها وهي :
وجوب حفظ النفوس والعقول فتحرم المسكرات باجماع الشرائع . . . وحفظ

(١) المائدة : ٣

(٢) الأحزاب : ٤٠

الأعراض فيحرم القذف وسائر السباب، ويجب حفظ الأنساب فيحرم الزنا فـ في جميع الشرائع، والأموال يجب حفظها في جميع الشرائع فتحرم السرقة ونحوها" (١) .

ومن أجل ذلك اعتنى فقهاء الإسلام رحمهم الله بالأحكام المتعلقة بالأموال أيما عناية ففقدوا القواعد وفرعوا الفروع عليها، حتى افترضوا وقوع ما لم يكن واقعا واستنبطوا الحكم المناسب له فلا يكاد طالب العلم يبحث عن مسألة من المسائل الا ويجدها منصوصا عليها أو على ما يشابهها يقول الشيخ عبدالرحمن بن سعدى: (٢) "فان أهل العلم رحمهم الله وجزاهم عن المسلمين خير الجزاء تصدوا في كلماتهم المحكمة الكلية أن تحييط بجميع ما يحدث من الجزئيات ولهذا لا يكاد البصير أن يجد مسألة خارجة عن دخولها في عباراتهم" .

ليكن مثل هذه الأحكام لا يكاد يجمعها باب واحد في كتب الفقه فهـ متفرقة في أبواب متعددة حسب موضوع المسألة، مختلطة بأحكام أخرى كثيرة بل في بعض الأحيان تُذكرُ بعض هذه المسائل في غير مظنتها مما يجعل المنال معبا على الباحث، وربما لا يقف عليها خصوصا في مثل هذا الزمان الذي

(١) الفروق (٣٣/٤) .

(٢) الفتاوى السعدية (ص ٥٦٤ - ٥٦٥) .

(٣) وقد تنبه إلى ذلك أحد فقهاء الشافعية الشيخ بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي فألف كتابه الموسوم: "خبايا الزوايا" وقد ذكر في مقدمته (ص ٣٦): "وبعد، فهذا كتاب عجيب وضعه، وغريب جمعه، ذكرت فيه المسائل التي ذكرها الامامان الجليلان أبو القاسم الرافعي في شرحه للوجيز، وأبو زكريا النووي في روضته (تغمدها الله برحمته) في غير مظنتها من الأبواب، فقد يعرض للفظن الكشف عن ذلك فلا يجده مذكورا في مظنته، فيظن خلوا الكتابين عن ذلك وهو مذكور في مواضع أخر منها. فاعتنيت بتتبع ذلك فرددت كل شكل إلى شكله، وكل فرع إلى أصله، رجاء الثواب، وقصد التسهيل على الطلاب... ولقد بلغني عن القاضي شرف الدين البارزي رحمه الله تعالى أنه سئل من بلاد حلب عن مسألة فأجاب عنها وتخرى النقل للامام الرافعي . فكشفت عين المواضع اللائق بها فلم توجد، فرُوجع في ذلك فقال ذكرها في زويته ولم يسمح بذكرها"، وهذا الكتاب مطبوع في طبعته الأولى عام ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م وهو من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت بتحقيق عبدالقادر عبدالله العاني ومراجعة الدكتور عبدالستار أبوغده .

قَهْرَتْ فِيهِ الْهَمَمَ عَنِ الْبَحْثِ وَالِاسْتِقْرَاءِ وَدَبَّ الْعَجْزُ فِي كَثِيرٍ مِنْ طَلِبَةِ الْعِلْمِ
وَاللَّهِ الْمُسْتَعَانُ .

ومعوية استخراج المسائل من الكتب الفقهية القديمة للسبب المتقدم
فتح الباب واسعا للحاقدين على الاسلام والمسلمين من الكفرة والملحدين
والمنافقين أذعياء الاسلام . فراحوا يصفون الاسلام بالجمود تارة وبعدم
وفائه بأحكام الحوادث تارة أخرى ممهدين بذلك الى الأخذ بحثالة أفكار
البشر وترك ما أنزل الله تعالى على رسوله في كتاب لاياتيه الباطل ممن
بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد . تنزيل ممن خلق البشر وهو
الأعلم بما يصلحهم ويصلح لهم : " أَلَيْعَلِمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ " (٢) .
ولكن يابى الله سبحانه وتعالى الا أن يتم نوره فقال : " يُرِيدُونَ
لِيُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَاهِهِمْ وَاللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ " (٣) . "هُوَ
الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظَاهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ
الْمُشْرِكُونَ " (٤) .

ولهذا السبب أصبحت الحاجة ملحّة الى أن تسخر أقلام وعقول وخاصة
من طلبة هذا العلم الشرعى لدحض شبه المبطلين وابطال دعاوى المفترين
امتثالا لقول الحكيم : " وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ
فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ
لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ " (٥) .

(١) ومدق الرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم حيث قال في الحديث
الذى أخرجه الشيخان أن حذيفة ابن اليمان يقول كان الناس يسألون
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخير وكنت أسأله عن الشر مخافة
أن يدركنى الى أن قال : قلت فهل بعد ذلك الخير من شر ؟ قال نعم
دعاة على أبواب جهنم من أجابهم اليها قذفوه فيها قلت يارسول الله
مفهم لنا قال هم من جلدتنا ويتكلمون بألسنتنا قلت فما تأمرنى
ان أدركنى ذلك قال تلزم جماعة المسلمين وامامهم قلت : فإن لم يكن
لهم جماعة ولا امام قال فاعتزل تلك الفرق كلها ولو أن تعض بأصل
شجرة حتى يدركك الموت وأنت على ذلك " صحیح الامام البخارى (٩٣/٨)
كتاب الفتن باب (١١) ، مسلم (١٤٧٦/٣) كتاب الأمانة باب (١٣) .

(٢) الملك : ١٤

(٣) الصف : ٨

(٤) الصف : ٩

(٥) التوبة : ١٢٢

فيقوموا بإبراز الأحكام الفقهية وعرضها بأسلوب سهل المأخذ والفهم وذلك بجمع ماتفرق من الأحكام - في أبواب متعددة، وما ذكر في غير مظهره، مع اتحاد الموضوع - في عقد واحد . وبذلك يحصل البلاغ وتقوم الحجة، وتظهر الصورة المشرفة المشرفة للفقه الاسلامي المستمد من الكتاب العزيز والسنة الصحيحة المطهرة الذي مهما عمل البشر وأعملوا أفكارهم لن يأتوا بمثل أحكامه وتشريعاته : " قُلْ لَّيْسَ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَآيَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا ^(١) " .

سبب اختياري للموضوع :

اسهاما مني في تحقيق هذا الهدف الذي سبق وأن أسهم فيه وللحمد اخوة فغلاء في كافة أنحاء المعمورة فقد رأيت أن أجمع أحكام تلف الأموال المتناثرة في الفقه الاسلامي وفي مختلف أبوابه وذلك لما يأتي :

(١) لما للمال من أهمية في حياة البشر اذ به تقوم الحياة، وبسببه تنشأ الكثير من الخصومات، فالحاجة ماسة الى معرفة أحكامه ومن أهمها أحكام تلفه . حيث أن تلفه يترتب عليه الكثير من الآثار كالضمان والاجزاء في العبادات وعدمه، ونفاذ العقود وعدمه وهذه مما يكثُر دَوْرَهَا وَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا الْحُكْمُ عِنْدَ فَضِّ الْمَنَازَعَاتِ وَفَصْلِ الْخُصُومَاتِ .

(٢) أن هذا الموضوع بهذا العنوان وبالخطة التي سرت عليها وفي حدود ما اطلعت عليه - وفوق كل ذي علم عليم - لم يسبق أن بُحِثَ وَجُمِعَ شَتَاتُ أَحْكَامِهِ مِنْ أَبْوَابِ الْعِبَادَاتِ وَالْمَعَامَلَاتِ وَالْعُقُوبَاتِ وَسَائِرِ التَّعْدِيَاتِ .

أما ما كتب من أبحاث في نظرية الضمان فهذه قد عُنِيَتْ بِالْقَوَاعِدِ وَالضُّوَابِطِ لِنَظَرِيَةِ الضَّمَانِ مِنْ ذِكْرِ تَعْرِيفِ الضَّمَانِ وَأَرْكَانِهِ وَأَسْبَابِهِ وَشُرُوطِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَالْأَحْكَامِ الْفَقْهِيَّةِ تَعَرُّضُ عَرَضًا مُخْتَصِرًا عَلَى سَبِيلِ الْمَشْأَلِ

فقط وهذا على العكس تماما من موضوع بحثي فالأحكام الفقهية فى هذا البحث هى الأصل ثم أحاول جمعها فى ضابط أو قاعدة ان تيسر لى الأمر لأنه وفى نظرى يوجب جدا أن ترفع قاعدة أو ضابطا لمجموعة من الأحكام ثم تقول إن هذا الضابط أو هذه القاعدة عند المذاهب الأربعة وهذا فى الأعم الأغلب . نعم يمكن ذلك فى المذهب الواحد مع أنه قد يكون لهذا المذهب بعض الاستثناءات أيضا .

إضافة الى ذلك فان هذه الأبحاث باقتمارها على الضمان فقط قد استبعدت كثيرا من الأحكام الفقهية التى عُنِيَتْ بها فى بحثي هذا لأن الضمان أحد آثار التلف كما ذكرنا آنفا .

هذا فضلا عن أن هذه الأبحاث لاتعدوا أن تكون مذكرات دراسية أو عجالات أراد بها مؤلفوها الأفاضل فتح الباب للباحثين فى مثل هذه المواضيع ولذلك تجد بعض هذه الأبحاث ينقصه بعض مقومات البحث العلمى ومن أهمها استقصاء الأقوال فى المسألة من كل المذاهب والعناية بالدليل استدلالا وتخريجا ونحو ذلك .^(١)

غير أنى وقبل طباعة هذا البحث بنحو من ثلاثة أشهر وقفت على رسالة دكتوراه موسومة بـ " ضمان المتلفات " للدكتور سليمان محمد أحمد . وهذه وان كانت رسالة علمية جيدة فى موضوعها الا أنها عنيت بالضمان كنظرية فسلك سبيل من سبقه فىمن كتب فى نظرية الضمان الا أنه قد توسع فى ذكر المسائل الفقهية التطبيقية المستمدة من باب الغصب فى كتب الفقه فأساس هذه الرسالة والمحور الذى تركز عليه هو باب الغصب وهذا مخالف لما سرت عليه جملة وتفصيلا بل ان باب الغصب وما فيه من أحكام لا يعدو أن يكون مبحثا فى أحد فصول هذه الرسالة .

وانى لا أقصد من كلامى هذا استنقاص هذه الأبحاث أو القدح فيها معاذ الله بل ذكرت ذلك لدفع الوهم الذى قد يطرأ فى الذهن من أن هذا

(١) من هذه الأبحاث على سبيل المثال "نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية فى الفقه الإسلامى" للدكتور وهبه الزحيلى، وبحث "الضمان فى الفقه الإسلامى" للشيخ الأستاذ على الخفيف، و"نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى" للأستاذ الدكتور محمد فوزى فيض الله .

الموضوع قد سبق وأن بحث والا فان هذه الأبحاث كما ذكرت جيدة فى موضوعها ولعلماء مشهود لهم بالعلم والفضل . ومنهم من له اليد الطولى فى اشراف المكتبة الاسلامية بالأبحاث النافعة .

المعويات التى واجهتنى فى هذا البحث :

(١) فى وضع خطة البحث بعد الموافقة عليه :

لقد بذلت جهدى ليكون هذا البحث مستوفيا لأحكام تلف الأموال فى الفقه الاسلامى ولو على الأقل الأحكام المهمة التى يترتب عليها آثار ، والا فَيَانَ حَصَرَ جميع أحكام التلف مُتَعَسِّرًا على طالب علم مثلى فى أول الطريق هذا فضلا عن كون مثل هذا العمل يستدعى أَنْ يَخْرُجَ البحث أسفارا عديدا وكبيرة قد لاتكون معهودة فى نظام الرسائل العلمية وقد لا يكون الوقت المحدد لتقديم مثل هذا البحث كافيا لذلك .

وقد سلكت فى وضع الخطة طريقة الإعتماد على كتاب من كل مذهب يعتبر من أوسع الكتب المطبوعة المعتمدة فيه . وذلك مثل بدائع الصنائع فى المذهب الحنفى ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه فى المذهب المالكي وروضة الطالبين فى المذهب الشافعى ، والمغنى فى المذهب الحنبلى .

ثم استعرضت أحكام كل باب من أبواب الفقه له علاقة بموضوع البحث فى كل كتاب من هذه الكتب واستخرجت منه أحكام التلف ووضعت لها العناوين المناسبة ، وما كان منها فى غير باب به بحثت عنه فى مظانه لآلوه جهدا فى ذلك ، واذا ذُكِرَ فى أحد هذه الكتب مسألة ولم يُذَكَّرَ فى غيرها أو ذُكِرَ فى بعض منها بحثت عنها فى غير هذا الكتاب الذى اعتمدت عليه فى هذا المذهب ولم يذُكِرْها حرمًا منى على استيفاء حكم هذه المسألة من المذاهب الأربعة .

ولا يخفى ما فى هذا العمل - أقصد استقراء أحكام التلف فى الكتب المطبوعة - من عناء ومشقة فقد عانيت كثيرا فى جمع أحكامه ومسائله ووضع العناوين المناسبة لها وزاد الأمر صعوبة كونه مقارنا بين المذاهب

السنية الأربعة فليس من الضروري أن المسألة التي تبحث في مذهب - ما -
تبحث في مذهب آخر . وقد يفيض بعضهم فيها ويُسهبُ بينما البعض الآخر
يذكر حكمها مختصرا .

(٢) من المعوقات التي واجهتني أيضا أن الفقهاء قد رتبوا أحكام
التلف على أحكام أخرى في الباب تعتبر أملا لهذه الأحكام فكان لابد
من استيعاب الباب الذي فيه موضوع البحث وفي كل مذهب من المذاهب
لأتعرف على منشأ هذا القول ومبناه .

فقرأتني إذا لم تقتصر على أحكام التلف فقط حيث لا يصح أخذ المسائل
مجردة عن أصولها ولا يخفى أن مثل ذلك يأخذ من الوقت والجهد الذهني
الشيء الكثير ولكن أحمد الله سبحانه وتعالى على ذلك فالعبرة بالأعمال
بخواتيمها وخاتمة هذا العمل أني ولله الحمد قد استفدت الشيء الكثير
من هذا البحث واطلعت على أحكام في أبواب مختلفة لم أكن لأطلع عليها
لولا ذلك فقد أثنى معلوماتي وزاد من قدراتي على البحث وفهم عبارات
الفقهاء وتعليلاتهم .

(٣) ومن المعوقات أيضا المصطلحات في بعض المذاهب كلفظ المواضعة
والعهدة - وحق التوفية والقرار وما يغاب عليه وما لا يغاب عليه
ونحو ذلك مما يحتاج إلى فهم المقصود به والتعرف عليه .
ولعل من الألفاظ التي أخذت مني الوقت الكثير وتطلبت مني جهدا
كبيرا اطلاق الفقهاء لفظ محل الهدى سواء كان تطوعا أو واجبا . فالفقهاء
يقولون إذا بلغ الهدى محله ولا يبينون المقصود بالمحل هل هو الزمان
أو المكان أو هما معا ومعرفة ذلك يترتب عليه معرفة شيء من أحكام تلف
الهدى وهو ما إذا ذبح مما سنعرضه مفعلا إن شاء الله تعالى .

فهذا قد بحثت كثيرا في كتب أهل العلم وسألت فلم أقف على عالم
يبين المراد بمحل الهدى وخصوصا هدى التطوع - أقول لم أقف على شيء
يبين لي المراد بيانا شافيا كافيا لاليس فيه ولا غموض . فاستعنت بالله
تعالى وجمعت نصوص الفقهاء من كل مذهب وحاولت استنباط المراد بمحل

الهدى تطوعا كان أو واجبا من هذه النصوص وهذا رأيي واجتهادي ان يكن
صوابا فمن الله وحده وأحمده عليه وان يكن خطأ فمن نفسي واستغفر الله
تعالى على ذلك وأنا راجع عنه ان شاء الله تعالى الى الصواب .
هذه بعض المعويات التي واجهتني في هذا البحث وهي كما ذكرت لسم
تشكل حاجزا عن البحث ولله الحمد بل ربما أفادتني كثيرا من الناحية
العلمية كما أشرت الى ذلك آنفا . ولكني ذكرتها ليقدّر الناظر في
هذا البحث الجهد المبذول ويلتمس الأعذار عن الیهفوات وكل انسان يؤخذ
من قوله ويترك الا نبى الله محمد عليه أفضل الصلاة والسلام .

منهجى فى البحث والخطة :

- (١) سلكت فى هذا البحث طريقة المقارنة بين المذاهب السنية الأربعة
الحنفى ، المالكى ، الشافعى ، الحنبلى واذا وجدت للمذهب الظاهرى
كلاما فى الموضوع ذكرته .
وذلك بالرجوع الى الكتب المعتمدة والمصادر الأصلية فى كل مذهب
من هذه المذاهب .
- (٢) بعد عرض آراء الفقهاء فى المسألة المراد بحثها وأدلتهم ان وجدت
والمناقشة أقوم مستعينا بالله تعالى باستظهار قول من ———
الأقوال مدعما ذلك بالدليل قدر الامكان هذا ان ظهر لى وجه رجحان
والا فان الترجيح ليس تبعا للهوى والتشهى .
- (٣) قمت بتحرير أقوال الفقهاء وبيئت أن هذا القول هو المذهب ———
أو المعتمد أو هو الذى عليه الفتوى أو المشهور أو أصح الأقوال
ونحو ذلك من المصطلحات فى كل مذهب مشيرا الى من ذكر ذلك من
العلماء .

(٤) قد يستدعى البحث أن أذكر أحكاما ليس لها علاقة بالموضوع لكون أحكام التلف مبنية عليها وفي هذه الحالة أعرض هذه الأحكام عرضا موجزا وفي كل مذهب من المذاهب من غير أدلة ولامناقشة ولاترجيح لأن الاستطراد في مثل هذه المسائل يُخْرِجُ عن موضوع البحث وهذا مخالف لأصول البحث العلمى .

ومن الأمثلة على ذلك ما ذكرته عند ذكر أحكام التلف فى الزكاة فقد أوردت أقوال الفقهاء فى وقت وجوب الزكاة لأن التلف اما أن يكون قبل الوجوب أو بعده .

وكذلك ما ذكرته عند الكلام على أحكام تلف الهدى . فقد أوردت أقوال الفقهاء فى محل الهدى سواء كان واجبا أو تطوعا . لأن الهدى اما أن يعطب قبل بلوغه محله أو بعد بلوغه محله وبين هذا وذاك فرق فى الأحكام .

وكذلك ما ذكرته عند الكلام على أحكام التلف فى الشركات فقد عرفتُ ببعض شركات العقد التى لها علاقة بالموضوع لكون الأحكام تختلف حسب وصف الشركة وطبيعتها .

(٥) قمت بتقييم الآيات القرآنية مع ذكر اسم السورة .

(٦) قمت بتخريج الأحاديث وعزوها الى الجزء والصفحة والكتاب ورقم الباب فى كل كتاب من الكتب الستة أو غيرها قدر الامكان . وذكرت آراء المحدثين حول الحديث صحة وفعلا الا ما جاء فى صحيح الامام البخارى وصحيح الامام مسلم أو فى أحدهما . وكذلك قمت بتخريج الآثار حسب الاستطاعة .

(٧) شرحت الكلمات الغريبة فى نظرى سواء كانت واردة فى حديث أو أثر أو نص لفقهاء وذلك بالرجوع الى المراجع الأولية فى الغريب والقواميس المعتمدة فى اللغة العربية .

(٨) عملت فهرسا أبجديا للآيات الواردة فى الرسالة وآخر للأحاديث تيسيرا على الباحث عنها .

هذا وقد استدعى البحث أن أجعله فى مقدمة وتمهيد وأربعة أبواب وخاتمة وفصلت ذلك فى الفهرس الذى جعلته فى آخر الرسالة وقد جاءت الخطة اجمالاً على النحو التالى :

المقدمة : وتشتمل على سبب اختيارى لموضوع البحث والمعويبات

التي واجهتنى ومنهجى فى البحث والخطة .

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف التلف فى اللغة والامصلاح والعلاقة بينه

وبين الهلاك وذكر أسبابه .

المبحث الثانى : تعريف المال .

الباب الأول : فى مسئولية من يقع منه أو بسببه الاتلاف لأموال الغير .

وفيه ستة فصول :

الفصل الأول : تلف الأموال بيد غير المكلف .

الفصل الثانى : تلف الأموال بفعل المكره .

الفصل الثالث : تلف الأموال بفعل المضطر .

الفصل الرابع : تلف الأموال بسبب جنابة الحيوانات السائبة .

الفصل الخامس : تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة والحديثة .

الفصل السادس : التلف الناشء بسبب الحفريات فى الطرق العامة

أو سقوط المباني ومايتبعها من ثوابت ومنقولات .

الباب الثانى : أحكام تلف الأموال فى فقه العبادات .

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى باب الزكاة .

الفصل الثانى : التلف والاتلاف فى الهدى والأضحية .

الفصل الثالث : تلف الأموال واتلافها فى الجهاد .

الباب الثالث : أحكام تلف الأموال فى العقود الشرعية .

وفيه خمسة فصول :

اللهم علمنا ما ينفعنا ، وانفعنا بما علمتنا . وزدنا علما وعملا
صالحا يا أكرم الأكرمين اللهم لاسهل الا ما جعلته سهلا انت ان شئت جعلت
الحنن سهلا يا أرحم الراحمين ...
سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله
رب العالمين ... وصل اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين ..

العمهيد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف النلف في اللغة والاصطلاح ١٣ : ١٩

المبحث الثاني : تعريف المال ٢٠ : ٥١

التمهيد

وفيه مباحثان :

المبحث الأول : تعريف التلف في اللغة والاصطلاح

التلف لغة :

- (١) يقول ابن فارس : " تلف: التاء واللام والفاء كلمة واحدة وهو ذهاب الشيء " .
- (٢) ويقول الجوهري والهرودي : " التلف الهلاك " .
- (٣) ويقول الفيروز آبادي : " تَلَفَ كَفَرِحَ . هلك . وأتلفه أفناه " .
- (٤) فمعنى التلف لغة مرادف لمعنى الهلاك ، لأن الهلاك لفظ يدل على كسر وسقوط كما قال ابن فارس .
- (٥) وقال الفيروز آبادي : " استهلك المال أنفقته وأنفده " .
- وإذا استحال الشيء وفسد قيل عنه هالك ومن ذلك قوله تعالى :
" وَيَهْلِكُ الْحَرْثُ وَالنَّسْلُ " (٧)
- كما يطلق الهلاك على الموت ومن ذلك قوله تعالى : " إِنْ أَمْسَرَ هَلِكٌ " (٨) ، وقوله تعالى مخبرا عن الكفار : " وَمَا يَهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ " (٩) .

- (١) معجم مقاييس اللغة (٣٥٣/١) .
- (٢) الصحاح (١٣٣٣/٤) .
- (٣) غريب الحديث (٣٢٣/٤) .
- (٤) ترتيب القاموس المحيط (٣٧٥/١) .
- (٥) معجم مقاييس اللغة (٦٢/٦) .
- (٦) ترتيب القاموس المحيط (٥٢٦/٤) .
- (٧) البقرة : ٢٠٥ .
- (٨) النساء : ٧٦ .
- (٩) الجاثية : ٢٤ .

ويطلق لفظ الهلاك أيضا على بطلان الشيء وعدمه رأسا وهو ما يسمى
 فناءً وقد أشار إليه تبارك وتعالى بقوله : " كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ ^(١) " .
 ومن افتقد الشيء وهو موجود عند غيره يعتبر هالكا عليه ومن ذلك
 قوله تعالى : " هَلَكَ عَيْنِي سُلْطَانِيَّةً ^(٢) " . ذكر هذه الأوجه الراغب الأصبهاني ^(٣) .
 ومن هذا يتضح لنا أن التلف والهلاك كلمتان مترادفتان في لغة
 العرب ترجعان الى معنى واحد وتدلان على شيء واحد . وهو ذهاب الشيء ونزوله .

التلف اصطلاحاً :

استعمل الفقهاء كلمة التلف والهلاك باعتبارهما مترادفتين لغة
 لمعنى واحد وهو المعنى اللغوي الآنف الذكر فتارة يعبرون بالتلف ، وتارة
 يعبرون بالهلاك ويريدون بذلك معنى واحدا وهو خروج الشيء من أن يكون
 منتفعا به المنفعة المطلوبة منه عادة ^(٤) .

(١) القصص : ٨٨

(٢) الحاقة : ٢٩

(٣) المفردات في غريب القرآن (٢/٧٩٣) .

(٤) بدائع الصنائع (٩/٤٤٥٤) . وتعبير الفقهاء عن تلف الأموال بهلاكها
 ورد كثيرا في ثنايا كتبهم ولم يقتصر اطلاقهم لفظ الهلاك على
 الأموال التالفة من ذوات الأرواح فقد جاء في الهداية مع نتائج
 الأفكار (٩/٣٢٣) قوله : " واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه " .
 وجاء في قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى (ص ٤٠٢) : " وتبنى الرباع
 المحبسة من غلاتها فان لم تكن فمن بيت المال فان لم يكن تركت
 حتى تهلك " وجاء في الدر المختار (٦/١٨٤) : " وكل مكيل وموزون
 مشرف على الهلاك ... " ، وجاء في المنهاج وشرحه مغنى المحتسج
 (٢/٢٨٨) قوله : " ولو حدث في المغصوب نقص يسرى الى التلف بأن
 أى كأن جعل الغاصب الحنطة المغصوبة هريسة ... فكالتلف حكمه لأنه
 لو ترك بحاله لفسد فكأنه هلك " ، وجاء في روضة الطالبين (٥/٣٣) :
 قوله : " ماله سراية لا يزال يسرى الى الهلاك الكلى كما لو بـكـل
 الحنطة وتمكن فيها العفن الساري " ، وقد يعبرون عن الشيء بالتلف
 في أول الكلام وبالهلاك في آخره فمن ذلك ما قاله الدسوقي في حاشيته
 على الشرح الكبير (٣/٤٥٦) : " وان تلف بسماوي فان المشتري يغرم
 القيمة لآخر رؤية ان كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة " =

والتلف فى اصطلاح الفقهاء على قسمين :

(الأول) تلف حقيقى : وهو ذهاب الشيء كله أو بعضه فالأول كقتل الدابة وحرق الثوب . والثانى كخرق - بالحاء المعجمة - الثوب وكسر العصى والصحفة^(١) . ونحو ذلك .

(الثانى) تلف حكمى: وهو حدوث معنى فى الشيء يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة^(٢) ، ومن ذلك :

(١) إذا مات الوديع وتعمد تجهيل الوديعة بحيث لاتعرف من غيرها - يقول الكاسانى : "وان كانت لاتعرف بعينها فهى دين فى تركتها - يحاص الغرماء لأنه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها فى حق المالك بالتجهيل وهو تفسير - الاتلاف " .

(٢) خلط الوديعة بغيرها خلطا لايمكن تمييزه وفى ذلك يقول الكاسانى^(٤) "لأنه إذا كان لا يميز فقد أعجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا" .

وجاء فى المدونة^(٥) : " فان كانت الحنطة لاتشبه حنطته قال أراه ضامنا فى قول مالك لأنه قد أتلفها حين خلطها بما لا يشبهها لأنها قد تلفت بمنزلة الحنطة فى الشعير" .

= وهذا قليل من كثير ذكرناه على سبيل المثال فقط لا الحصر ، لدفع الوهم بأن لفظ الهلاك لا يستعمل فى الغالب الا فى تلف ذوات الأرواح فقط دون غيرها من الأموال ، والله أعلم .

- (١) البهجة شرح التحفة (٣٤٤/٢) .
- (٢) بدائع الصنائع (٤٤٥٤/٩) .
- (٣) المرجع نفسه (٣٨٩٦/٨) .
- (٤) المرجع نفسه (٣٨٩٤/٨) .
- (٥) (١٤٦/٦) وراجع المغنى (٢١٤/٥) ، المنشور فى القواعد (١٢٤/٢) .

- (١) (٣) إذا ضاع المال فيعتبر عند الفقهاء تالفا حكما فقد جاء في المدونة "قال ولقد سئل مالك عن امرأة هلكت بالاسكندرية وكان ورثتها بالمدينة فأوصت الى رجل ... فخرج الرجل حاجا وخرج بالنفقة معه ليطلب ورثتها ليدفعها اليهم فضاعت منه في الطريق ... قال مالك هو عرضها للتلف ولو شاء لم يخرجها الا بأمرهم" .
- (٤) رجوع الشهود عن شهادتهم بعد أن أخذ المشهود له المال بسبب هذه الشهادة اعتبره الفقهاء اتلafa حكما لمال صاحبه ومن الأمثلة على ذلك :
- أن المرأة تملك نصف الصداق بالعقد والنصف الآخر بالدخول على قول بعض الفقهاء فلو طلقها الزوج وأنكر أن يكون دخل بها ثم شهد عليه شاهدان بالدخول ثم رجعا عن شهادتهما بعد أن دفع الزوج الى الزوجة النصف الآخر من الصداق بسبب هذه الشهادة فان الشاهدين يضمنان للزوج ما غرم وقد علله الدسوقي بقوله : " لأنهما أتلفاه عليه بشهادتهما" (٢) .
- ويقول القرافي في ذلك أيضا : " وكشهود الزور أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضياع المال على انسان ثم يعترفون بالكذب أو الجهالة فانهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم" (٣) .
- (٥) تقطيع الوثيقة المتضمنة لاثبات حق مالي اذا لزم من تقطيعها ضياع ذلك الحق ، فيضمن من قام بتقطيع هذه الوثيقة لصاحبها الحق المالي الثابت بها حكاه القرافي عن الامام مالك وقال : " ورأى أنسه أتلف الورقة بالمباشرة بالاتلاف وأتلف الحق بالتسبب" (٤) .
- (٦) المنافع بمرور الزمان عليها تتلف تلفا حكما سواء كانت في يد مُحِقَّة كيد المالك أو غير مُحِقَّة كيد الغاصب ولذلك يعتبر الفقهاء تعطيل المنفعة أو استيفاءها بطريق مشروع أو غير مشروع اتلافا لها

(١) (١٤٥/٦) .

(٢) حاشية الدسوقي (٢١٠/٤) .

(٣) الفروق (٢٠٨/٢) ، وراجع تهذيب الفروق (٢٠٦/٢) .

(٤) الفروق (٢٠٦/٢ - ٢٠٧) ، وراجع تهذيب الفروق (٢٠٤/٢) .

ومن ذلك قول ابن قدامة^(١) : " واذا انتفع بها وردّها على صفتها
فلا شيء عليه لأن المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها " .
وجاء في تنوير الأبصار وشرحه^(٢) : " يفتى بالضمنان في غصب عقار
الوقف وغصب منفعه أو اتلافها كما لو سكن بلا إذن " .
وجاء في المغنى^(٣) : " أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى
وقت تسليمها وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى
المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه
عوضها " .

(٧) التصدق بالمغشوش عقوبة للغاش يعتبر في حق الغاش اتلafa وهو من
قبيل الاتلاف الحكمي وفي ذلك يقول شيخ الاسلام ابن تيمية^(٤) : " ان الطعام
المغشوش من الخبز والطبيخ والشواء كالخبز والطعام الذي لم ينضج
وكالطعام المغشوش وهو الذي خلط بالردى وأظهر للمشتري أنه
جيد ونحو ذلك يتصدق به على الفقراء فان ذلك من اتلافه " .
(٨) عتق العبد يعتبر بالنظر الى ضياع ماليته على صاحبه تلفا واعتاقه
اتلاف^(٥) لمن ذلك قول ابن قدامة : " والاعتبار بقيمة العبد حال
الاعتاق لأنه حال الاتلاف " .

أسباب التلف :

ذكر الفقهاء أن التلف يقع بأحد أمرين :

(أحدهما) لاصنع للآدمي فيه ولاختيار وهو ما يطلق عليه الفقهاء
الآفة السماوية أو السبب السماوي أو الجائحة من بردٍ وبردٍ وثلجٍ ورياحٍ
وأماز ودودٍ وجرادٍ ومثل ذلك موت الحيوان من غير مباشرة آدمي أو تسببه
ونحو ذلك .

(١) المغنى (١٦٥/٥) .

(٢) الدر المختار مع رد المحتار (٤٠٨/٤) .

(٣) (١٨٣/٥) .

(٤) مجموع الفتاوى (١١٤/٢٨ - ١١٥) .

(٥) المغنى (٢٧١/٤) .

(الثنائي) بفعل الآدمي وهذا يكون على قسمين :

(أ) الاتلاف مباشرة : وهو الاتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف

العمال فعل آخر بحيث يوصل آلة التلف بنفسه في المحل ومن ذلك^(٢)

ما ذكره القرافي بقوله : " التفويت مباشرة كاحراق الشوب وقتل^(٣)

الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك " .

وابن رجب حيث قال : " أن يباشر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل^(٤)

والاحراق " .

وجاء في درر الأحكام :^(٥) " لو ضرب أحد فرس آخر فمات فيكون قتل

أتلفه مباشرة كذا لو أحرق حداد دار آخر فيكون ذلك الشخص قد أتلف

الدار المذكورة مباشرة " .

(ب) الاتلاف تسببا : وهو أن يحدث أمرا في شيء يفضي الى تلف شيء آخر

عادة . وفي ذلك يقول القرافي : " حد السبب ما يقال عادة حصل الهلاك^(٦)

به من غير توسط والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى اذا كان

السبب هو المفضى لوقوع الفعل بتلك العلة " .

ومن ذلك ما ذكره بقوله : " التسبب للاتلاف كحفر بئر في موضع لـم

يؤذن فيه ووضع السموم في الأطعمة ووقود النار يقرب الزرع أو الأنسدر^(٨)

ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يفضى غالبا للاتلاف " .

وما جاء في درر الأحكام :^(٩) " فعليه لو حفر أحد في الطريق العام

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٨٧) مع درر الأحكام (٤٥٢/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٥٤/٩) .

(٣) الفروق (٢٧/٤) .

(٤) القواعد في الفقه الاسلامي (ص ٢٠٤) .

(٥) (٤٥٢/٢) .

(٦) مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٨٨) مع درر الأحكام (٤٥٢/٢)، بدائع

الصنائع (٤٤٥٤/٩)، وراجع المنشور في القواعد (١٩٠/٢) .

(٧) الفروق (٢٧/٤) .

(٨) المرجع نفسه .

(٩) شرح مجلة الأحكام (٤٥٢/٢ - ٤٥٣) .

بشرا بلا اذن ولى الأمر فسقطت به دابة وتلفت فيكون ذلك الشخص قد أتلف
 الدابة المذكورة تسببا" .
 (١) وما جاء فى القواعد : " أو يَنْصِبُ سببا عدوانا فيحصل به الاتلاف بأن
 يحفر بشرا فى غير ملكه عدوانا أو يؤجج نارا فى يوم ريح عاصف فيتعدى
 الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبسا بشيء وعادته الانطلاق فيزيل
 احتباسه وسواء كان له اختيار فى انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما اذا
 حل وكاء زق مائع فاندفع أو فتح قفصا عن طائر فطار ... لأنه تسبب الى
 الاتلاف بما يقتضيه عادة " .

ومن ذلك يتضح لنا أن لفظ التلف أعم من الاتلاف مطلقا فان الاتلاف
 قسم من أقسام التلف وهو ما كان بفعل الأدمى سواء كان بالمباشرة
 أو التسبب والقسم الثانى ما ليس للأدمى فيه صنع ولا اختيار وهو الآفة
 السماوية والجائحة . ولما كان لفظ التلف أعم اخترت الاقتصار عليه فى
 عنوان البحث ، وان كان بعض الفقهاء يُطلق التلف على ما دخل للأدمى
 فيه ولا اختيار ويُطلق الاتلاف على ما حصل بفعل الأدمى ، والله أعلم .

المبحث الثاني

تعريف المال

المال لغة :

قال ابن منظور : " المال معروف بأملكته من جميع الأشياء ^(١) .
وقال ابن الأثير : " المال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم
أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب
على الأبل لأنها كانت أكثر أموالهم ^(٢) .
وقال ابن عبد البر : " ان بعض العرب وهى دوس لاتسمى العين مالا
وانما الأموال عندهم الثياب والمتاع والعروض ، وعند غيرهم المال الصامت
من الذهب والورق ، وذكر ابن الأنبارى عن أحمد بن يحيى النحوى قال :
" ما قصر عن بلوغ ما يجب فيه الزكاة من الذهب والورق والماشية فليس بمال ^(٣) .
وقال ابن حجر : " وقد نقل ثعلب عن ابن الأعرابى عن المغفل الضبي
قال : المال عند العرب الصامت والناطق فالصامت الذهب والفضة
والجوهر والناطق البعير والبقرة والشاة فاذا قلت عن حضى كثر ماله
فالمراد الصامت ، واذا قلت عن بدوي فالمراد الناطق ^(٤) .
وقد استظهر ابن حجر رحمه الله أن المال يطلق على كل ماله قيمة
وتخصيمه بشيء معين انما يجرى مجرى الغالب فقال : " وقد أطلق أبو قتادة
على البستان مالا فقال فى قصة السلب الذى تنازع فيه هو والقرشى فى
غزوة حنين فابتعث به مخرفاً فانه لأول مال تأثلته ^(٥) . فالذى يظهر أن المال
ماله قيمة لكن قد يغلب على قوم تخصيمه بشيء كما حكاه المغفل ^(٦) " .

- (١) لسان العرب (٦٣٥/١١) وراجع القاموس المحيط ترتيب الظاهر
الزاوى (٢٩٨/٤) .
(٢) النهاية فى غريب الحديث والأثر (٣٧٣/٤) .
(٣) التمهيد (٤/٢ - ٥) .
(٤) فتح البارى (٧١/١٦) .
(٥) تأثل المال اكتسبه وأصله انظر ترتيب القاموس المحيط (١١٤/١) .
(٦) فتح البارى (٧١/١٦) .

غير أن الامام أبا عمر بن عبد البر لم يَرْتَضِ تخصيص المال بشيء معين لأنه خلاف المشهور من كلام العرب فقال : " المعروف من كلام العرب أن كل ماتمول وتملك فهو مال . ألا ترى الى قول أبي قتادة السلمي : فابتعت يعني بسلب القتييل الذي قتلته يوم حنين ، مخرِّفًا في بني سلمة فإنه لأول مال تأثَّلتَه في الاسلام .

وقال الله عز وجل : " خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا " (١) وأجمعوا أن العين مما تؤخذ منه الصدقة ... وقال صلى الله عليه وسلم : " يقول ابن آدم مالي مالي وإنما له من ماله ما أكل فأفنى أو تصدق فأمضى أو لبس فأبلى " (٢) وهذا أبين من أن يحتاج به الى استشهاد فمن حلف بصدقة ماله فذلك على كل نوع من ماله سواء كان مما تجب فيه الزكاة أو لم يكن ، إلا أن ينوى شيئًا بعينه فيكون على مانوى ولا معنى لقول من قال ان ذلك على أموال الزكوات لأن العلم محيط واللسان شاهد في أن ماتملك وتمول يسمى مالا " (٣)

وممن قال بقول ابن عبد البر أيضا القاضي عياض فقد حكى معنى المال عند قبيلة دوس وخلافة عند غيرهم وقول ابن الأنباري فيه ثم اتبع ذلك بالقول الذي ارتضاه وهو أن كل ماتمول فهو مال في اللغة وقال : " وهو مشهور كلام العرب " (٤)

المال في اصطلاح الفقهاء :

إذا أطلق لفظ المال بين الفقهاء فإنه يقصد به ماتترتب عليه الأحكام الشرعية غير أن الفقهاء رحمهم الله قد اختلفوا في العناصر التي يجب توفرها في الشيء حتى يصح أن يطلق عليه مال ، بيان ذلك :

- (١) التوبة : ١٠٣ .
- (٢) رواه الامام مسلم بغير هذا اللفظ (٢٢٧٣/٤) كتاب الزهد والرقائق باب (المقدمة) . ورواه الترمذى (٥٧٢/٤) كتاب الزهد باب (٣١) .
- (٣) التمهيد (٥/٢ - ٦) .
- (٤) مشارق الأنوار (٣٩٠/١) .

أولا : عند الحنفية .

عرف الحنفية المال بتعريفات عديدة أهمها :

- (١) اسم لغير آدمى خلق لمصالح آدمى وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار .^(١)
- (٢) ما يميل اليه الطبع ويدخر لوقت الحاجة .^(٢)
- (٣) ما يمان ويدخر لوقت الضرورة والحاجة .^(٣)
- (٤) ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة .^(٤)
- (٥) ما خلق لمصالح آدمى ويجرى فيه الشح والضمه .^(٥)
- (٦) موجود يميل اليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع .^(٦)

ويمكن من مجموع هذه التعريفات المتنوعة للمال عند الحنفية أن نستخلص عناصر المالية التي اذا اجتمعت فى شيء عد مالا عندهم واذا تخلف واحد منها لم يعتبر مالا وهى :

- (١) أن يكون منتفعا به فى حال السعة والاختيار دون حال الضرورة .
- وقد عبر عنه بعضهم بقوله : " ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به " وبعضهم بقوله : " ما خلق لمصالح آدمى " وعبر عنه البعض الآخر ببعض لوازم المنفعة وهو ميل الطبع .
- وقد أورد الأستاذ مصطفى الزرقا على الأخير الاعتراضات التالية :^(٧)

- (١) البحر الرائق نقلًا عن الحاوى القدسى للغابسى (٢٧٧/٥) .
- (٢) منحة الخالق على البحر الرائق (٢٧٧/٥)، رد المختار (٥١/٥)، (٥٠١/٤)
- مجلة الأحكام العدلية (١٠٠/١) مادة (١٢٦) .
- (٣) تيسير التحرير (٢٠٦/١)، المبسوط (٧٩/١١)، كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١) .
- (٤) شرح التلويح على التوضيح (١٧١/١) .
- (٥) منحة الخالق على البحر الرائق (٢٧٧/٥) .
- (٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢)، وراجع الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٥٠/٥) .
- (٧) المدخل الفقهى العام (١١٤/٣ - ١١٥) .

(أ) أن طباع الناس تختلف في ميلها فلا تصلح أن تكون أساسا ومقياسا لتمييز المال من غير المال وإذا قيل أن المراد وهو الطبع السليم العام فإن هذا ليس له حد أيضا .

(ب) أن من الأموال ما لا يميل إليه الطبع بل يعافه ويكرهه كالأدوية الكريهة وهي أموال ثمينة يتمولها الناس ويجرى فيها البذل والمنع .

(ج) أن الثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل نضجها وصلاحها لا يميل إليها وهي في هذا الطور . مع أنها أموال يتعالى في قيمتها في هذه الحالة باعتبار المال .

وهذه الاعتراضات في نظري غير واردة حيث أن معرفة ما يميل إليه طبع الانسان ويعتبر مالا من غيره مرتبطة بوجود المنافع فيه فما فيه منفعة للانسان يميل طبعه اليه وما لا منفعة له فيه لا يميل اليه طبعه وهذه المعرفة انما تكون عند تحقق علامة ظاهرة وهي تمول كافة الناس لـ (١) أو بعضهم ، قال ابن عابدين : " والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم " .

ولهذا لم يذكر بعض الفقهاء ميل الطبع في التعريف وذكروا سببه وهو الانتفاع فقالوا : " مامن شأنه أن يدخر للانتفاع به " وقالوا : " ما خلق لمصالح الآدمي " .

والحاصل أن كل ما ليس فيه منفعة مقصودة للآدمي كالذباب والبعوض والحشرات المؤذية مثلا فليس بمال .

(٢) أن يكون شيئا موجودا زمانين فأكثر وهو ما عبر عنه منلا خسرو بقوله : " موجود يميل اليه الطبع " وعبر عنه جل فقهاء الحنفية بأنه ما كان قابلا للادخار لوقت الحاجة . ويريدون بذلك اخراج المنفعة . (٢)

(١) رد المحتار (٥٠١/٤) .

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١) ، المبسوط (٧٩/١١) ، تبيين

الحقائق (٢٣٤/٥) .

والتعبير بموجود فى نظرى أولى لأنه يخرج المنافع فحسب . بينما قولهم : " ما كان قابلا للادخار " يخرج المنافع عن المالية كما يخرج الفواكه والخضار الطازجة ونحوهما مما يتسارع اليه الفساد حيث لا تقبل الادخار بحالتها من غير صنة مع أنها أموال محترمة فى مذهبهم .

(٣) أن يكون له قيمة مادية بين الناس .

وهو ما عبروا عنه بقولهم : " يجرى فيه البذل والمنع " وقولهم : " ويجرى فيه الشح والضنه " .

فمما ليجرى فيه البذل والمنع لحقارته أو قلته فليس بمال عندهم جاء فى درر الحكام : (١) " أن ما لا يتموله الناس كحبة الحنطة ليست بمسال حتى لا يصح بيعها وان أبيع الانتفاع بها لعدم تعول الناس اياها " .

ومن ذلك جميع المباحات قبل احرازها كالماء والكلى ، والسك فى الماء والظير فى الهواء فهذه قبل الاحراز لا تقابل بقيمة لأن التقوم عندهم لا يسبق الاحراز ، فاذا أحرزت أصبحت متقومة فيجرى فيها البذل والمنع أما قبل احرازها فلا يجرى فيها بذل ولا منع لأن البذل والمنع انما يكون فى المملوك وهذه لم تملك بعد بل هى مباحة لكل انسان .

(٤) أن يكون غير آدمى أما الأدمى فلا يعتبر مالا عندهم وهذا العنصر مستفاد من تعريف القابسى الأول وهو ما نقله عنه ابن نجيم .

وقد انتقد ابن عابدين خاتمة محققي الحنفية تعريف القابسى ولم يرتضه لأن العبد وهو آدمى مال عندهم . (٣)

وأما قول من قال : ان العبد وان كان فيه معنى المالية فهو ليس بمال حقيقة حتى انه لا يجوز قتله واهلكه . فقد قال ابن عابدين : " قلت وفيه نظر : لأن المال المنتفع به فى التصرف على وجه الاختيار

(١) شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢) .

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١) ، المبسوط (٧٩/١١) ، التلويح على التوضيح (١٧١/١) .

(٣) راجع فى ذلك العناية على الهداية (٤/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٨٤/٥) وما بعدها .

(٤) البحر الرائق (٢٧٧/٥) .

(٥) رد المحتار (٥٠٢/٤) .

والقتل والاهلاك ليس بانتفاع ولأن الإنتفاع بالمال يعتبر فى كل شيء بما يصلح له ولا يجوز اهلاك شيء من المال بلا انتفاع أصلا كقتل الدابة بلا سبب موجب " .

ثانيا : عند المالكية .

عرف الدردير المال بقوله : " هو كل ما يملك شرعا ولو قل " (١) .

وقال الشاطبى : " هو ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره

(٢)
إذا أخذه من وجهه " .

وذكر القرافى رحمه الله ما يقبل الملك من الأعيان وما لا يقبله فقال:

" اعلم أن الأعيان منها ما لا يقبل الملك، أما لعدم اشتماله على منفعة

كالخشاش، أو منفعة محرمة كالخمر والمطريات المحرمة، أو منفعة تعلق

بها حق آدمى كالحرق، فإنه لا يقبل الملك لغيره، لأنه أحق بنفسه من غيره،

أو تعلق بها حق الله تعالى كالمساجد والبيت الحرام . وقد تقدم

أن الملك اذن شرعى خاص . والاذن فى غير منتفع به عبث، وفى المحرم

متناقض، وفيما هو حق للغير مبطل لذلك الحق، فيمتنع الملك فى هذه

الأقسام .

ومنها ما فيه منفعة فيقبل الملك لأجل منفعته وهو قسمان : ما يمتنع

بيعه أما صونا لمكارم الأخلاق عن الفساد ككلب الصيد واجارة الأرض ، إذا

قلنا بأنها لا توجر مطلقا لأن ذلك كان قديما من الأمور المنافية لمكارم

الأخلاق . . . الى أن قال : " وأما لتعلق حق الغير كأم الولد لتعلق

حقها بالعتق والحر لتعلق حقه بنفسه والوقف لتعلق حق الموقوف عليه

به وأما ما سلم من هذه الموانع فهو القابل للملك والتصرف بأسباب

الملك على اختلافها ونظائره كثيرة معروفة كالبرِّ والأنعام وغيرهما " (٣) .

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك (٧٤٢/٤) .

(٢) الموافقات (١٠/٢) .

(٣) الفروق (٢٣٦/٣ - ٢٣٨) وراجع ادراد الشروق على أنواع الفروق

(٢٣٦/٣)، تهذيب الفروق والقواعد السنية (٢٣٧/٣ - ٢٣٨) .

ويقول ابن العربي : " وأما متعلق المسروق فهو كل مال تمتد اليه الأَطْمَاعُ ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به ، فان منع منه الشرع لم ينفـع تعلق الطماعية فيه ولا يـتـمـور الانتفاع منه كالخمر والخنزير مثلا " .
وقال : " ومنه كل مال يسرع اليه الفساد من الأطعمة والفواكه لأنه يباع ويباع وتمتد اليه الأَطْمَاعُ وتبذل فيه نَفَائِسُ الأَمْوَالِ " (٢) .
فمن مجموع هذه النصوص لفقهاء المالكية يمكن أن نستنبط عناصر المالية عندهم وهي :

- (١) أن يكون مما يباح الانتفاع به شرعا .
فما لا يباح الانتفاع به شرعا فهو غير محترم وغير المحترم لا يجوز تملكه ولا يبيعه . وما لا يجوز تملكه ولا يبيعه لا يتموله الناس فلا يكون مالا .
ومرادهم باباحة الانتفاع به شرعا ، الحِلُّ في حال الاختيار ، فأما ما أبيع الانتفاع به في حال الضرورة فلا يعتبر مالا لأن الضرورة تُقدرُ بقدرها وضرورة الانتفاع به لا تستلزم وجوب اعتباره مالا .
- (٢) أن يكون له قيمة مادية بين الناس وهو ما عبر عنه ابن العربي بقوله : " ماتمتد اليه الأَطْمَاعُ " .
فما ليس له قيمة مادية لحفارته كحبة القمح ونقطة الزيت وَكِسْرَةَ الخبز مثلا فليس بمال عندهم .
- (٣) أن يكون فيه منفعة مقصودة فما لانفع فيه كالخشاش مثلا فلا يعتبر مالا ولا يصح أن ترد عليه عقود المبادلات المالية وهو ما عبر عنه ابن العربي بقوله : " ويصلح عادة للانتفاع به " .
هذه هي العناصر المكونة للمالية التي اذا اجتمعت في شيء من الأشياء عدمالا في نظر المالكية واذا فات أحدها لم يعتبر مالا عندهم .

(١) أحكام القرآن (٦٠٧/٢) .
(٢) المرجع نفسه (٦٠٨/٢) .
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٦/٤) .
(٤) الشرح الكبير (١٠/٣) .

ثالثا : عند الشافعية .

عرف الشافعية المال بأنه : " ما يكون فيه فى حد ذاته منفعة مقصودة يعتقد بها شرعا بحيث تقابل بمتمول عرفا فى حال الاختيار" (١) .

ونقل السيوطى رحمه الله عن الامام الشافعى قوله : " لا يقع اسم المال الا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلّس وما أشبه ذلك " (٢) .

ويقول الزركشى : " المال ما كان منتفعا به ، أى مستعدا لأن ينتفع به " (٣) .

ثم قسم الزركشى ما فيه منفعة من الأشياء الى قسمين جماد وحيوان وقال : " فالجماد مال فى كل أحواله ... الى أن قال : " والسرفيه أن استعمال الجمادات ممكن على سبيل القهر اذ ليس لها قدرة و ارادة يتصور منها الامتناع " (٤) .

واطلاقه القول بأن كل الجمادات أموال بهذه الحجة لا يسلم اذ لا بد من التقييد لأن بعض الجمادات وان كان فيه منفعة الا أن تلك المنفعة قد تكون محرمة . أو أن الناس لا يعتادون تموله فلا يقابل بمال ولا يظلم عليه أنه مال لأن اباحة النفع وتمول الناس له شرط عندهم لاعتبار الشيء مالا .

ثم ذكر أيضا أن الحيوان ينقسم الى قسمين فقال : " أحدهما : ما ليس له بنية سالحة للانتفاع فلا يكون مالا كالذباب والبعوض والخنافس والحشرات ونحوها .

الثانى : ماله بنية سالحة وهذا ينقسم الى : ما جبلت طبيعته على

(١) حاشية ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين لعلوى السقاف على

فتح المعين شرح قرّة العين بمهمات الدين للمليبارى الشافعى

• (ص ٢١٨)

(٢) الأشباه والنظائر (ص ٢٢٧) •

(٣) المنثور فى القواعد (٢٢٢/٣) •

(٤) المرجع نفسه •

الشر والايذاء كالأسد والذئب فليس بمال . والى ماجبلت طبيعته علىــــى
الاستسلام والانقياد كالبهائم والمواشى فانه يكون مالا .
وحجته فى ذلك : أن الحيوان مختار فى الفعل فلا يتصور استعمالها
الابمساعدة منها فاذا كانت مجبولة على طبيعة الاستسلام أمكن استعمالها
واستسارها فى المقاصد بخلاف ماطبيعته الشر والايذاء فانها تمتنع
وتستعصى وتنتهى الى ضد غرض المستعمل ولهذا اذا صالت تلك الحيوانات
التحقت بالمؤذيات طبعاً فى الاهدار" (١) .

ويمكن أن يرد على اطلاقه هذا الاعتراضان التاليان :

(أ) أن من الحيوانات ما لا يكون من طبعه الشر والايذاء ولكنه نجس العين
كالخنزير وهو لا يعتبر مالا عندهم بينما تعريفه للمال وبيانه لــــه
لا يمنع من اعتباره مالا .

(ب) أن ما كان من طبعه الشر والايذاء اذا تغير طبعه بتدريب ونحوه
الحق بما ليس من طبعه الشر والايذاء فأصبح مالا قياساً عكسياً على
قوله : " ولهذا اذا صالت تلك الحيوانات - يعنى غير المؤذية -
التحقت بالمؤذيات طبعاً فى الاهدار" مع أن سباع البهائم ليست
أموالا عندهم .

ومن مجموع ما تقدم نستطيع أن نستخلص عناصر المالية عند الشافعية
وهى :

(١) أن يكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعاً فى غير ما ضرورة أو حاجة .
فما لا منفعة فيه اما لِقَلَّتِهِ كالحبة من الحنطة أو لِخِسَّتِهِ كالخنافس
والحشرات فليس بمال ، وفى ذلك يقول الامام الشافعى رحمه الله : " وكل
مالا منفعة فيه من وحش مثل الحدأة والرَّخْمَة والبغاثة وما لا يصيد من الطير
الذى لا يؤكل لحمه ومثل اللحكاء والقطا والخنافس وما أشبه هذا فــــأرى

(١) المنشور فى القواعد (٢٢٢/٣) .

(٢) الوجيز (١٣٣/١ - ١٣٤) ، نهاية المحتاج (٣/٣٩٥ - ٣٩٦) ، مغنى المحتاج

(١٢ - ١١/٢) ، روضة الطالبين (٣/٣٥٠) ، المجموع شرح المهذب

(٢٢٦/٩ - ٢٢٧) .

والله تعالى أعلم أنه لا يجوز شراؤه ولا بيعه بدين ولا غيره ولا يكون على أحد لو حبسه رجل عنده فقتله رجل له قيمة وكذلك الفأر والجرذان والوزغان لأنه لا معنى للمنفعة فيه حيا ولا مذبوحا ولا ميتا فاذا اشترى هذا أشبهه أن يكون أكل المال بالباطل وقد نهى الله عز وجل عن أكل المال بالباطل لأنه انما أجزى للمسلمين بيع ما انتفعوا به مأكولا أو مستمتعا به فـى حياته لمنفعة تقع موقعا ولا منفعة فى هذا تقع موقعا^(١) .

وكذلك اذا كان فيه منفعة الا أنها محرمة شرعا فانه لا يكون مـالا كالخمر والخنزير وآلات اللهو والأعيان النجسة . وكذلك ما يحل الانتفاع به فى حال الضرورة كالأكل من الميتة والدم أو كان مما يباح اقتناؤه للحاجة اليه كالكلب للصيد والحراسة ونحو ذلك فليس بمال لأن حل الانتفاع به مقيد بالحاجة أو الضرورة فقط فيقدر بقدرها^(٢) .

(٢) أن يكون له قيمة مادية بين الناس وأمانة ذلك أن يكون متممـولا فما لا يتموله الناس عادة فليس بمال .

وقد ذكروا للمتمول ضابطين :

(أحدهما) : أن كل ما يقدر له أثر فى النفع فهو متمول . وكـل ما لا يظهر له أثر فى الانتفاع فهو لِقِلَّتِهِ خارج عما يتمرل .

(الثانى) : أن المتمول هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار والخارج عن المتمول هو الذى لا يعرض فيه ذلك^(٣) .

بيان ذلك : أن السلعة اذا كانت عند رخص الأسعار كاسدة لا يعرض لها قيمة بينما عند غلاء الأسعار يعرض لها قيمة فهي متمولة ، ولا يضر عدم وجود القيمة لها عند الرخص مادامت تبذل فى حال الغلاء .

تلك هى العناصر المكونة للمال فى نظر الفقه الشافعى فاذا اجتمعت فى شيء ما اعتبر مالا واذا لم يتحقق فيه أحدها فقد صفة المالية .

(١) الأم (١٠/٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٣/٣٩٢، ٣٩٦)، الوجيز (١/١٣٣ - ١٣٤)، حاشية ترشيح

المستفيدين (ص ٢١٨) .

(٣) الأشباه والنظائر (ص ٣٢٧) .

رابعاً : عند الحنابلة .

عرف الحنابلة المال بتعريفات عديدة أهمها :

- (١) مافيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة .^(١)
- (٢) مايباح نفعه مطلقاً في كل الأحوال أو يباح اقتناؤه بلا حاجة .^(٢)
- (٣) مافيه منفعة مباحة لغير ضرورة .^(٣)

فالعناصر التي يتكون منها المال عند الحنابلة هي :

(أ) أن يكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعاً في غير ما حاجة أو ضرورة .
فما لانفع فيه كالحشرات ونحوها فليس بمال عندهم . وكذلك ما كان فيه منفعة إلا أنها منفعة محرمة كالخمر فليس بمال أيضاً . وكذلك ما أبيح الانتفاع به في حال الضرورة كالمضطر لأكل الميتة أو شرب الخمر لدفع لكمة غصَّ بها فهذه الاباحة لاتجعل منه مالا ولايصح مبادلتة بالمــــال لأن الأصل الحرمة والاباحة عارضة .

وكذلك ما أبيح اقتناؤه للحاجة كإقتناء كلب الصيد فلايعتبر مــــن الأموال لأن حل الانتفاع به مقيد بالحاجة .^(٤)

(ب) أن يكون له قيمة مادية بين الناس فما لا يتموله الناس عــــادة لحقارته أو قِلته فليس بمال .

ويستفاد هذا العنصر من قولهم : مافيه منفعة ، فان مالانفع فيــــه

لا يتموله الناس عادة حيث أن القصد من التمول الانتفاع .

ويمكن أن يستفاد ^{هنا} أيضاً من كلام الحنابلة على المسروق فانهم قد نصوا على أنه لاقطع في سرقة ما لا يتموله عادة كالتراب المعد للتطيين والبناء لأنه تنقل فيه الرغبات وكذلك السرجين الطاهر ونحو ذلك مما لا يصدق عليه اسم المال .^(٥)

(١) كشف القناع (١٤١/٣) .

(٢) شرح منتهى الارادات (١٤٢/٢) .

(٣) المقنع (٥/٢) .

(٤) المغنى (١٠٩/٩) ، شرح منتهى الارادات (٣٦٤/٣) ، كشف القناع (١٣٠/٦) .

(٥) المراجع السابقة .

في تحرير محل النزاع والآثار المترتبة على ذلك :

بعد أن استعرضنا تعاريف الفقهاء للمال نلاحظ أن جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة قد اتفقوا على عناصر المالية وإن اختلفوا في التعبير عنها فكلهم اشترط في المال أن تكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعا في غير ضرورة أو حاجة .
واشترطوا أيضا أن يكون مما يتموله الناس عادة بحيث يجري فيهِه البذل والمنع .

فهذه العناصر متى توفرت كاملة في الشيء صح أن يطلق عليه اسم المال عند جمهور الفقهاء .

أما الحنفية فانهم لم يجعلوا من عناصر المالية اباحة الانتفاع به شرعا وهو عنصر اشترط الجمهور وجوده لتحقيق المالية ولم يشترطه الحنفية فأداهم ذلك الى تقسيم المال الى متقوم وغير متقوم كما سنعرض ذلك بشيء من التفصيل ان شاء الله تعالى .

وانفرد الحنفية أيضا باشتراط امكان الادخار لوقت الحاجة دون جمهور الفقهاء فأداهم ذلك الى القول بخروج المنافع عن مفهوم المال .

وفيما يلي نعرض وجهة نظر الفريقين وأدلتهم في هاتين المسألتين :

المسألة الأولى : في مالية المنافع .

يرى الحنفية أن المنافع ليست أموالا متقومة من غير عقد معاوضة (١) ولاشبهة عقد فاذا ورد العقد عليها أصبحت أموالا متقومة بورود ذلك العقد عليها . (٢)

(١) المبسوط (٧٩/١١)، تبیین الحقائق (٢٣٤/٥)، كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١)، الهداية (٣٥٧/٩)، التلويح على التوضيح (١٧١/١) ، تأسيس النظر (ص ٨٦)، فتح الغفار بشرح المنار (٥٢/١) .
(٢) المبسوط (٧٨/١١)، الهداية (٣٥٧/٩) .

وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة
(١) (٢) (٣)
والظاهرية فقالوا بمالية المنافع . (٤)

الأدلة والمناقشة والترجيح .

أولا : أدلة الحنفية .

استدل الحنفية على قولهم بأن المنافع ليست أموالا متقومة بما

يأتى :

(١) أن صفة المالية للشئ إنما تثبت بالتمول ، والتمول يعنى صيانة
الشئ وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى وقتين لكونها أعراضا فكلما
تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول . (٥)

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه يتصور فيها التمول اذ كيف لا يتصور

وضابط التمول وأساس اعتبار الشئ متمولا عند الناس هو المنفعة فما

لانفع فيه لا يتموله الناس عادة ولا تتبعه نفوسهم ولا يخفى أن تمول كل شئ

بحسبه فتمول الأعيان غير تمول المنافع وليس هناك دليل على اشتراط

الاحراز أو الحيازة الحسية لثبوت المالية في الشئ .

أما ما ذكروه من ضابط للتمول بقولهم : " والتمول يعنى صيانة

الشئ وادخاره لوقت الحاجة " فهذا لو قبلنا به ضابطا للتمول لأخرج كثيرا

من الأموال - غير المنافع - التي يعتبرها الناس أموالا ويتغالون بقيمتها

كما سبق بيان ذلك عند عرض تعريف الحنفية للمال .

(١) حاشية الدسوقي (٤٤٢/٣)، منح الجليل (٥٠٤/٣)، الخرشى على مختصر

خليل (١٢٩/٦)، المنتقى (٢٧٣/٥)، شرح حدود ابن عرفة للرمضاني

• (٣٨٠/١)

(٢) روضة الطالبين (١٢/٥ - ١٣)، المنشور في القواعد (٢٢٢، ١٩٧/٣)، قواعد

الأحكام في مصالح الأنام (١٨٣/١)، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني

• (ص ٢٢٥)، مغنى المحتاج (٢/٢)

(٣) المغنى (٢١٧/٥ - ٢١٨)، الانصاف (٢٠١/٦)، كشف القناع (١٢٢/٤)

(٤) المحلى (٥٦٥/٨)

(٥) المبسوط (٧٩/١١)، كشف الأسرار (١٧٢/١)

(٢) أنه لا يصح اعتبار المنفعة كالعين لأن العين تبقى والمنفعة لا تبقى

ولأن المنفعة تقوم بالعين لكونها عرضا والعين تقوم بنفسها .^(١)

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه ليس هناك مانع شرعى من اعتبار المنفعة مالا وان لم تكن كالعين اذ ماهو الدليل على أن المنفعة اذا لم تكن كالعين من حيث قابلية البقاء زمانين فلا تكون مالا ؟

وقولهم ان العين تبقى ليس على اطلاقه فان من الأعيان ما هو استعمالى فهذا يبقى وان استعمال كالدار مثلا ومنها ما هو استهلاكى فلا يبقى كالبرّ مثلا ويمكن اعتبار المنفعة من هذا القبيل .
وقولهم ان العين تقوم بنفسها صحيح الا أنها من غير منفعة ليس لها أية قيمة مادية بين الناس ولا يطعمون فيها فهي محتاجة للمنفعة لتعتير مالا فى عرف الناس .

(٣) أن اعتبار الشيء له قيمة مادية بين الناس لا يسبق وجوده فـان

المعدوم لا قيمة له اذ المعدوم ليس بشيء . وكذلك فان التقـوم

بمعنى كون الشيء له قيمة مادية بين الناس - بعد الوجود لا يسبق

الاحراز ، والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين كالمنافع .^(٢)

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن العين اذا كانت مهية لأن ينتفع بها

فان منفعتها تكون موجودة حكما أعنى وان لم تكن حسية كالعـين

الا أن كل عاقل يتصور وجود المنفعة بتلك العين القائمة المعـودة

للانتفاع وكأنها شيء محسوس بدليل أن المنافع تختلف صغرا وكبـرا

باختلاف الأعيان القائمة بها فمنفعة الدار التى تحتوى على غرفتين

أكبر من منفعة الدار التى تحتوى على غرفة وهكذا .

وأما احرازها فيكون باحراز أصلها فمن أحرز الدار أو السيارـة

مثلا فقد أحرز منفعتها وملكها .

(١) كشف الأسرار (١٧٢/١) .

(٢) المبسوط (٧٩/١١) ، كشف الأسرار (١٧٢/١) .

ثانيا : أدلة الجمهور .

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا اليه من أن المنافع تعتبر
أموالا بما يأتى :

(١) أن الشرع قد حكم بكون المنفعة مالا عندما جعلها مقابلة بالمال
فى عقد الاجارة .

كما أنه أباح جعلها مهرا فى عقد النكاح فقد قال تعالى حكاية
عن شعيب عليه السلام : " قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتِيْنِ
عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ
عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ . قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا
الْأَجْلِينَ قَضَيْتَ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ " (١)

قالوا : والمهر يجب أن يكون مالا لقوله تعالى بعد تعداد المحرمات
من النساء : " وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِيْنِ
غَيْرِ مُسَافِحِينَ " . فدل ذلك على اعتبار المنفعة مالا ولو لم تكن مالا فى
نظر الشارع لما أجاز مبادلتها بالمال .

فان قيل ماورد فى الآية الكريمة حكاية عن شعيب انما هو فى
شرع من قبلنا ولا تتضمن حكما تكليفيا للمسلمين .

فالجواب : أن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يخالف شرعنا والحنفية
لايخالفون فى ذلك . (٣)

(٢) أن أثمان الأعيان انما تقاس بين الناس بمنافعها لأن المنافع هى
المقصودة من الأعيان فكل شيء لامنفعة فيه لا يكون مالا فكيف يسقط
حكم المالية عن المنافع .

(٣) أن العقد لايجعل ماليس بمال مالا ولاماليس بمتقوم متقوما كورود العقد

(١) القصص : ٢٧ - ٢٨

(٢) النساء : ٢٤

(٣) راجع فى ذلك شرح المنار فى الأموال لعبد اللطيف الشهير بابن ملك
(ص ٧٣٢) .

(١)

على الميئة والخمر .

وبعد عرض أدلة الفقهاء يبدو لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من اعتبار المنافع أموالا وذلك لقوة ما استدلوا به وعدم نهوض أدلة الحنفية على معارضتها ولأن عدم اعتبارها أموالاً فيه تضييعٌ لحقوق الناس واغراءٌ للظلمة على الاعتداء على منافع الأعيان التى يملكها غيرهم ، وهذا خلاف العدل والانصاف الذى جاءت الشريعة الاسلامية به — كما يقول العز بن عبدالسلام : " فمن غصب قرية أو داراً قيمتها فى كل سنة ألف درهم وبقيت فى يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوى أضعاف قيمتها ولم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيداً من العدل والانصاف الذى لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه " .

(١) راجع فى الأدلة : تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٦) ، كشف الأسرار

• (١٧١/١ - ١٧٢)

(٢) الملكية للعبادى القسم الأول (ص ١٨٤) .

(٣) قواعد الأحكام (٣/١٨٣) .

المسألة الثانية : فى المال المتقوم وغير المتقوم .

ذكرنا فيما سبق أن الحنفية لم يجعلوا من عناصر المالية اباحة الانتفاع به شرعا وأن ذلك أدى بهم الى تقسيم المال الى متقوم وغير متقوم فصار هذا من مصطلحات الحنفية الخاصة بهم وان كان فقهاء المذاهب الأخرى يطلقون على المال فى بعض الأحيان أنه متقوم أو غير متقوم الا أنهم لا يريدون بذلك ما يقصده الأحناف منه . فهم اذا أطلقوا ذلك فانما يريدون بالمتقوم الذى يقابله قيمة فى عرف الناس وغير المتقوم مالا يقابله قيمة فى العرف أيضا .

ولانغفل أن الأحناف قد يستعملون المتقوم وغير المتقوم فيما يستعمله به غيرهم من الفقهاء الا أن هذا الاستعمال لا يراد به المعنى الشرعى عندهم وانما المعنى العرفى ومن هنا قالوا ان مالىس بمحرز فليس بمتقوم بمعنى أنه لا يقابل بقيمة بين الناس .

والذى يهمنا هنا هو المعنى الشرعى فهم يعنون بالمال المتقوم

شرعا : المال الذى أباح الشارع الانتفاع به فى حال الاختيار .^(١)
فالخمر والخنزير ليس مالا متقوما عندهم بالنسبة للمسلم لأنـه لا يباح الانتفاع به شرعا فلذلك لا يقابل بقيمة لأن الشرع أمر باهانتـه وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما .^(٢)

والعبرة فى اباحة الشارع حال الاختيار لاحال الاضرار فاباحة الشارع للمسلم فى حال الضرورة الأكل من الخنزير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه لا يجعل الخنزير مالا متقوما فى حق المسلم لأن الاباحة مقيدة بحالة الضرورة والضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها .

-
- (١) رد المحتار (٥٠/٤)، الدر المختار (٥٥/٤)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٦، ١٢٧) وشرحها (١٠٠/١ - ١٠١) .
- (٢) شرح فتح القدير (٤٠٣/٦)، بدائع الصنائع (٢٤٧٣/٥)، (٤٤٦٠/٩)، تبیین الحقائق (٢٣٥/٥) .
- (٣) العناية شرح الهداية (٤٠٥/٦ - ٤٠٦)، تبیین الحقائق (٢٣٥/٥) .

(١)
وبناء على أن المال المتقوم هو المال المباح شرعا، فإن الحنفية قد ذهبوا الى أن الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذممة ليس لكونها مباحة شرعا في حقهم بل الحرمة ثابتة في حقهم في الصحيح عند الحنفية لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة وانما لكونهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون .

ويترتب على القول بأن الخمر والخنزير مال في حق أهل الذممة لزوم الضمان على متلفه سواء كان المتلف مسلما أو ذميا وهذا مذهب الحنفية، وتابعهم في وجوب الضمان على متلف خمر الذمى المالكية (٢) .
وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة (٤) والظاهرية فلم يعتبروا الخمر والخنزير في عداد الأموال بالنسبة للمسلم أو الذمى على حد سواء، وقد استدلوا على ذلك بما يأتى :

- (١) أن تحريم الخمر ثبت في حق المسلم وخطاب النهي يتوجه الى الذمى والمسلم فما ثبت في حق المسلم ثبت في حقه .
- (٢) المرجع في معرفة المال من غيره هو صفته لصفة مالكه لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالا ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالا كالحيوان مأكول اللحم هو مال بالنسبة للمسلم وللکافر على السواء ثم لو مات بغير تذكية خرج من أن يكون مالا للمسلم وللکافر ثم لو دبغ جلده صار مالا للمسلم والکافر .

-
- (١) تبیین الحقائق (٢٣٥/٥)، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (٣٥٨/٩)، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٢٣٤/٥)، شرح فتح القدير (٤٠٣/٦) ، بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩، ٤٤٦٠)، رد المحتار (٢٢٩/٥) .
 - (٢) المدونة رواية الامام سحنون عن ابن القاسم عن الامام مالك (٣٦٨/٥) - (٣٦٩)، الفواكه الدوانى (٢٨٠/٢)، الجامع لأحكام القرآن (١١٣/٨) .
 - (٣) الأم (١٣١/٤)، المجموع شرح المذهب (٣٣٥/١٣)، مغنى المحتسج (٢٥٣/٤)، (٢٨٥/٢) .
 - (٤) شرح منتهى الارادات (١٣٧/٢، ٤٠٠)، المغنى (٢٢٣/٥)، الروض الندى شرح كافي المبتدى (ص ٢٧٧) .
 - (٥) المحلى (٣٠٠، ٥٨٧/٨) .

واستدل الحنفية بما يأتي :

(١) أن أهل الذمة يعتقدون اباحة الخمر وقد أمرنا أن نتركهم — وما يدينون . فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في الحكم بالاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم يدل على ذلك :

(٢) قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا نَعَشَّرُهَا فقال لاتفعلوا ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .^(١)

قال ابن عابدين : "قوله وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون" كذا في الهداية ، قال دل عليه قول عمر ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها . اهـ وأشار به الى أن اعراضنا عنهم ليس لكونها مباحة شرعا في حقهم كما هو قول البعض بل الحرمة ثابتة في حقهم في الصحيح لأنهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لا يمتنعون من بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ."

(٣) ما روي في الأثر : " فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم مال للمسلمين وعليهم ما عليهم " .

قالوا : ولما كان من حق المسلم تضمين الغاصب لخله وشاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمي تضمين من غصب من غصبه خمره أو خنزيره كذلك ليكون لهم مال للمسلمين عملا بظاهر الأثر .^(٣)

(١) أخرجه عبدالرزاق في المصنف (٢٣/٦) ، (٣٦٩/١٠) في أهل الكتاب بسباب أخذ الجزية من الخمر . وابن أبي شيبة في المصنف (٢٢٨/٣) كتاب الزكاة باب في الخمر تعشير أم لا . وأبو عبيد في الأموال (ص ٥٢) . قال الحافظ ابن حجر في الدراية (١٦٢/٢) : " وفي اسناده ابراهيم بن عبد الأعلى " . وقال الامام أحمد اسناده جيد . راجع أحكام أهل الذمة لابن القيم (٦١/١) ، المبدع (٤٢٨/٣) ، المغنى (٣٤٩/٩) ، وصحاح ابن حزم هذه الرواية من غير زيادة : وخذوا العشر من أثمانها . راجع المحلى (٥٨٧/٨) .

(٢) رد المحتار (٢٢٩/٥) .

(٣) بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩) .

الترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم على اعتبار الخمر والخنزير مالا متقوما بالنسبة للذمي أو عدم اعتباره ظهر لى مايلى :

(١) أن دعوى الحنفية أن الخمر كانت مباحة لأهل الكتاب تحتاج الى دليل ومجرد تعاملهم بها واعتقادهم حلها لايعنى أبدا أنها كانت مباحة فى شريعتهم فقد حكى الله سبحانه وتعالى عنهم أنهم كانوا يستحلون المحرم عليهم فقال تعالى : " سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَالُوسُونَ لِلْسُّحْرِ " (١) .

ولادلالة فيما بين أيديهم من التوراة والانجيل لأنها كتب محرفة والا فان الشوكانى رحمه الله قد قال : " وقد تأملت التوراة والانجيل فلم أجد فيهما الا اباحة الخمر مطلقا من غير تقييد بعدم السكر ، بل فيهما التصريح بما يتعقب الخمر من السكر واباحة ذلك فلم يتم دعوى اتفاق الملل على التحريم وهكذا تأملت كتب أنبياء بنى اسرائيل فلم أجد فيها مايدل على التقييد أصلا " (٢) .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : " فمن كان لا يؤمن بالله ... ويحرف نصوص التوراة والانجيل ، فان فى الأنجيل الأربعة من التناقض الاختلاف بين ماأمر الله به وأوجه ما فيها " (٣) .

وأما الخنزير فلم يكن مباحا فى شريعتهم قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله عند قوله تعالى : " قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ

(١) المائدة : ٤٢

(٢) ارشاد الفحول (ص ٢١٦) وللمزيد راجع : الفروق للقرافى (٤/٣٣) ، الموافقات للشاطبى (٤/٢) ، فواتح الرحموت شرح مسلم الشيبانوت عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى مطبوع مع المستصفى (٢/٢٦٢) ، شرح النووى على صحيح الامام مسلم (١٣/١٤٤) ، بدائع الصنائع (٩/٤٤١٣) تكملة شرح فتح القدير أحمد بن قودر (٩/٣٥٩) ، الدر المختار ورد المختار عليه (٤/٣٧) .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٨/٦٢١) .

وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يَحْرَمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ" (١)

قال : " ولا يحرّمون ما حرّم الله ورسوله من الدم والميتة ولحم الخنزير الذى مازال حراما من لدن آدم الى محمد صلى الله عليه وسلم ما أباحه نبي قط بل علماء النصارى يعلمون أنه محرم وما يمنع بعضهم من اظهار ذلك الا الرغبة والرغبة وبعضهم يمنعه العناد والعادة ونحو ذلك " (٢)

(٢) وأما استدلالهم بالأثر المروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فان هذا الأثر قد أعله بعض العلماء فقد قال ابن حزم فى احدى طرقه .
والتي فى اسنادها اسراييل قال : " واسراييل ضعيف " (٣)
وقال ابن حجر : " وفى اسناده ابراهيم بن عبد الأعلى " (٤)

وأىضا فان أبا عبيد القاسم بن سلام قد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أفتى بغير ما أفتى به فى ذلك وكذلك عمر بن عبدالعزيز فقال : حدثنا أبو الأسود المصرى حدثنا عبد الله بن لهيعة عن عبد الله بن هبيرة السبائى أن عتبة بن فرقد بعث الى عمر بن الخطاب بأربعين ألف درهم صدقة الخمر فكتب اليه عمر بعثت الى بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين وأخبر بذلك الناس فقال والله لا أستعملك على شيء بعدها قال فتركه " (٥)

وحدثنا عبدالرحمن بن مهدى عن العثنى بن سعيد الضبي قال كتب عمر بن عبدالعزيز الى عدى بن أرطاه أن أبعث الى بفضل الأموال التى قبلك من أين دخلت ؟ فكتب اليه بذلك وصفه له فكان فيما كتب اليه من عشر الخمر أربعة آلاف درهم . قال فلبشناها ماشاء الله ثم جاء جواب كتابه انك كتبت الى تذكر من عشر الخمر أربعة آلاف درهم وأن الخمر

(١) التوبة : ٢٩

(٢) مجموع الفتاوى (٦٢١/٢٨) .

(٣) المحلى (٥٨٨/٨) .

(٤) الدراية (١٦٢/٢) .

(٥) أخرجه أبو عبيد فى الأموال (ص ٥٣) .

لايعشرها مسلم ولايشربها ولايبيعها فاذا آتاك كتابى هذا فاطلب الرجل فاردها عليه فهو أولى بماكان فيها فطلب الرجل فردت عليه الأربعة الآلاف وقال أستغفر الله انى لم أعلم " (١)

قال أبو عبيد: " فهذا عندى الذى عليه العمل وان كان ابراهيم

النخعى قد قال غير ذلك " .

ثم قال : " وقول الخليفتين عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز

أولى بالاتباع " .

وان صح هذا الأثر عن عمر بن الخطاب فقد قال أصحاب القول الثانى

ان قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه " ولو هم بيعها " محمول على

أنه أراد ترك التعرض لهم وانما أمر بأخذ عشر أشمانها لأنهم اذا تبايعوا

وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه . وتسميتها أشمانا مجاز كما سمي

الله تعالى ثمن يوسف ثمنا فقال : " وَشَرَّوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ " (٢) . أو أن معنى

قوله : أن لهم ماتولوه من بيعها ولايعترض عليهم فيما استباحوه منها

وقوله وخذوا العشر من أشمانها أى من أموالهم وان خالطت أشمانها (٤)

وترك التعرض لهم فيما استباحوا من حرمات لايعنى اقرارهم على ذلك

والحكم لهم بأنها أموال متقومة تضمن بالاتلاف يقول الزركشى رحمه الله :

"وقد ذكر القاضى أبو الطيب فى باب الغصب من تعليقه أنا لانطلق فى حق

أهل الذمة فيما يخالفون فيه الشرع لفظ التقرير لاعلى الكفر ولاعلى شىء

من عقائدهم الخبيثة وانما جاء الشرع بترك التعرض لهم وفاء بالعقد

وحفظا لعقد الأمان الذى جرى بيننا وبينهم فان قيل هذا هو التقريـ

رقلنا لا . لأن التقرير يوجب فوات الدعوى وترك التعرض لايجب فواتها وانما

هو مجرد تأخير المعاقبة الى الآخرة ويجوز أن تكون الحجة لازمة والدعوى

(١) الأموال لأبى عبيد (ص ٥٣) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) يوسف : ٢٠

(٤) المغنى (٥/٢٢٣) .

قائمة وتؤخر المعاقبة ولايجوز أن يرد الشرع بتقريرهم على ما هم عليه
ثم ينفى لزوم الحجة وتوجه الدعوة ^(١) .

هذا بالنسبة لكون ترك التعرض لهم لايعنى اقرارهم ، أما بالنسبة
لكون ترك التعرض لايعنى أنها أموال متقومة يحكم على متلفها بالضممان
فقد قال الامام الشافعى رحمه الله : " فان قال فلم لم تحكم لهم
بقيمته على من استهلكه ؟ قلت : أمرنى الله عز وجل أن أحكم بينهم
بما أنزل الله ولم يكن فيما أنزل الله تبارك وتعالى ولامدل عليه
رسول الله صلى الله عليه وسلم المنزل عليه المبين عن الله عز وجل
ولافيهما بين المسلمين أن يكون للمحرم ثمن فمن حكم لهم بثمن محرم
حكم بخلاف حكم الاسلام ولم يَأْذَن الله تعالى لأحد أن يحكم بخلاف حكم
الاسلام وأنا مسؤول عما حَكَمْتُ بِهِ وَلَسْتُ مَسْؤُولًا عَمَّا عَمِلُوا مِمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ
مِمَّا لَمْ أَكْلَفْ مِنْعَهُمْ مِنْهُ " ^(٢) .

(٣) أن استدلال الحنفية بما جاء فى الأثر : " فاذا قبلوا عقد الذممة
فأعلمهم أن لهم مال للمسلمين وعليهم ماعليهم " .

ونسبة بعضهم هذا القول الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لايصح
فانه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال هذا القول
وانما هو أثر مروى عن على رضى الله عنه وهذا أيضا لم يثبت عن على
رضى الله عنه فقد قال ابن حجر رحمه الله : " لم أجده هكذا " ^(٤) .

(١) المنشور فى القواعد (٩٨/٣ - ٩٩) .

(٢) الأم (١٢٨/٤) .

(٣) انظر تبیین الحقائق (٢٣٥/٥)، بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩) ومثل هذا
يكثُر فى كتب الحنفية فقد قال أبو العباس القرطبى صاحب كتاب
المفهم شرح صحيح مسلم " استجاز بعض فقهاء أهل الرأى نسبة الحكم
الذى دل عليه القياس الجلى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
نسبة قوليه فيقولون فى ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
كذا . ولهذا ترى كتبهم مشحونة بأحاديث تشهد متونها بأنها موضوعة
لأنها تشبه فتاوى الفقهاء ولأنهم لا يقيمون لها سندا . اهـ نقلنا عن
الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث لأحمد محمد شاکر (ص ٨٠) .

(٤) الدراية (١١٥/٢) .

وقال الألبانى : " لم أقف عليه . ثم رأيت الحديث فى الهداية من كتب الحنفية فقال الحافظ الزيلعى فى تخريجه : قلت غريب . قلت يعنى (١) لأصل له " .

قلت : انما الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حول هذا القول أنه قاله صلى الله عليه وسلم فىمن يسلم من الكفار . فقصد روى الامام أحمد والنسائى عن أنس بن مالك عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله فاذا شهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله واستقبلوا قبلتنا وأكلوا ذبيحتنا وصلوا صلواتنا فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم الا بحقها لهم مالمسلمين وعليهم ماعليهم " (٢) .

ومارواه الامام مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه فى حديث طويل جاء فيه : " واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال ... الى أن قال : " ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأخبرهم أنهم ان فعلوا ذلك فلهم مالمهاجرين وعليهم ماعليهم المهاجرين " يعنى بعد اسلامهم .

ثم قال : " فان هم أبوا فسلهم الجزية ، فان هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم " .

أى كف عن قتالهم ولم يقل فان لهم مالمسلمين وعليهم ماعليهم المسلمين . والله أعلم بالصواب .

ثم انه لوصح هذا الأثر فانه يصلح دليلا عليهم لادليلا لهم ، فان معنى قوله : " لهم مالمسلمين وعليهم ماعليهم " معناه والله أعلم أن عليهم أن يلتزموا بأحكام المسلمين مثل ما التزم بها المسلمون ، قال

(١) ارواه الغليل (١٠٣/٥) .

(٢) مسند الامام أحمد (١٩٩/٣) ، سنن النسائى (٧٦/٧) كتاب تحريم الدم .

(٣) صحيح الامام مسلم (١٣٥٧/٣) كتاب الجهاد والسير باب (٢) .

(١) الشافعى رحمه الله : "سمعت عددا من أهل العلم يقولون الصغار أن يجرى عليهم حكم الاسلام قال : وما أشبه ما قالوا بما قالوا لامتناعهم عن الاسلام فاذا جرى عليهم حكمه فقد أصغرُوا بما يجرى عليهم منه " .

وان من أحكام الاسلام تحريم الخمر واسقاط ماليته فوجب أن يكونوا أتباعا للمسلمين فى ذلك ، أما قوله : " لهم بالمسلمين " فمعناه والله أعلم أنه كما حرمت دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم بالاسلام فأهل الذمة أيضا محرمة بعقد الذمة ، والأموال التى حرم الاعتداء عليها فى حق المسلم هى الأموال التى يباح له تملكها شرعا فكذلك الذمى فإنه يثبت فى حقه ما يثبت للمسلمين لأن حقه يزيد على حق المسلمين كما قرر ذلك الزيلعى من الحنفية استدلالا للشافعى .

(٢) وأيضا فان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام اذا الخلف لا يخالف الأصل فيسقط تقويمهما فى حق أهل الذمة . وبذلك يظهر لنا رجحان ما ذهب اليه أصحاب القول الثانى من عدم اعتبار الخمر والخنزير أموالا لعدم اباحتها شرعا والله أعلم .

(١) الأم (٩٩/٤) .

(٢) تبیین الحقائق (٢٣٥/٥) .

(٣) المرجع نفسه .

أثر العرف في اعتبار الشيء مالا .

يؤثر العرف تأثيرا كبيرا في تكوين عنصرين من عناصر المالية وهما:
 كون الشيء له منفعة مقصودة، وله قيمة مادية بين الناس، فقد يكون
 الشيء في زمان ما عديم النفع أو لا يتموله الناس وفي زمان آخر
 يعتبره الناس من أعزِّ الأموال لاشتماله على منافع مقصودة لهم .

بناء على ذلك : فان الشيء اذا كان عديم النفع في زمان ما ثم
 صار ذا نفع في زمان آخر صح أن يطلق عليه أنه مال بشرط توفر عنصر
 الاباحة الشرعية لهذه المنفعة ، فان كانت المنفعة الحادثة محرمة
 فليس بمال ولا يأخذ حكم المال شرعا .

ومن الأمثلة على ذلك بعض الحيوانات والحشرات كالفئران والجرثيم
 ونحو ذلك فهذه في زمان الفقهاء رحمهم الله لاتعتبر أموالا لكونها عديمة
 النفع . يقول الامام الشافعي : ^(١) " وكل ما لا منفعة فيه من وحش مثل الحداة
 والرخمة والبغاشة وما لا يصيد من الطير الذي لا يؤكل لحمه ومثل الحكماء
 والقطا والخنافس وما أشبه هذا فأرى والله تعالى أعلم أنه لا يجوز
 شراؤه ولا بيعه بدين ولا غيره ولا يكون على أحد لو حبسه رجل عنده فقتله
 رجل له قيمة وكذلك الفأر والجرذان والوزغان لأنه لا معنى للمنفعة فيه
 حيا ولا مذبوحا ولا ميتا فاذا اشترى هذا أشبه أن يكون أكل المال
 بالباطل وقد نهى الله عز وجل عن أكل المال بالباطل لأنه انما أجيز
 للمسلمين بيع ما انتفعوا به مأكولا أو مستمتعا به في حياته لمنفعة
 تقع موقعا ولا منفعة في هذا تقع موقعا " .

فقد علل الامام الشافعي رحمه الله عدم جواز بيعها وشراؤها وعدم
 تضمين متلفها لكونها لا منفعة فيها ومفهوم هذا أنه اذا وجدت المنفعة
 فانه يجوز بيعها وشراؤها اذا لم يمنع من ذلك دليل شرعي .
 وفي عصرنا هذا وبعد تطور العلم صار العلماء يجرون الأبحاث الطبية

على بعض الحيوانات والحشرات كفشران المختبرات ونحوها ويصنعون من الجراثيم الأمصال للتلقيح ضد بعض الأمراض فأصبحت هذه الحشرات فى هذا العصر عظيمة النفع عالية القيمة وبذلك تكتسب صفة المالية بعد أن لم تكن مالا فى نظر الفقهاء .

ومثل ذلك قد حصل فى زمن الفقهاء المتقدمين رحمهم الله لما صار للعلق - وهو دود أسود وأحمر يخرج من الماء - لما صار له منفعة (١) حيث أن عاداته أن يلقي على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه . وفى مثل ذلك يقول ابن قدامة : " وفى بيع العلق التى ينتفع بها مثل التى تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم ، والديدان التى تتترك فى الشئ فيصادبها السمك وجهان : أحدهما جواز بيعها لحصول نفعها كالسمك " (٢) .

ويقول ابن عابدين : " وجوز أبو الليث بيع العلق وبه يفتى للحاجة . قال فى البحر عن الذخيرة اذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مُرْعَلٌ يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس اليه لتمسول الناس . أقول العلق فى زماننا يحتاج اليه للتداوى بِمَصِّهِ الدم وحيث كان متمولا لمجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القز فان تمولها الآن أعظم اذ هى من أعرز الأموال ويباع منها فى كل سنة قناطير بشمن عظيم " (٣) . ويقول النووى : " ويصح بيع العلق على الأصح لمنفعة امتصاص الدم " (٤) .

ويقول أيضا : " العلق وهو هذا الدود الأسود والأحمر الذى يخرج من الماء وعاداته أن يلقي على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه هل يجوز بيعه فيه طريقان : أحدهما وبه قطع امام الحرمين والغزالي والبغوى فى شرح المختصر وآخرون يجوز لأن فيه غرض مقصود وهو امتصاصه (٥) الدم من العضو المتألم " .

-
- (١) المجموع (٢٢٨/٩) .
 (٢) المغنى (١٩٤/٤) وراجع شرح منتهى الارادات (١٤٢/٢) ، الروض النبوى (ص ٢٠٤) .
 (٣) رد المحتار (٢٢٧، ٦٨/٥) ، وراجع الدر المختار (٦٨/٥) .
 (٤) روضة الطالبين (٣٥١/٣) ، وراجع مغنى المحتاج (١٢/٢) .
 (٥) المجموع (٢٢٨/٩) .

وقد ذكر البابرتى الحنفى الضابط فى مثل هذه المسألة عند كلامه على حكم بيع النحل فقال : " وقال محمد يجوز اذا كان محرزا أى مجموعا وهو قول الشافعى ، لأنه حيوان منتفع به ، حقيقة باستيفاء ما يحدث منه ،^(١) وشرعا لعدم ما يمنع منه شرعا ، وكل ما هو كذلك يجوز بيعه " .

فلا بد اذاً أن يكون الشيء الذى تعارف الناس على بيعه وشراؤه منتفعا به حقيقة وشرعا . حقيقة باستيفاء ما يحدث منه ، وشرعا بعدم قيام الدليل الشرعى المعارض .

فالمحرمات التى نهى الشارع عنها وتعارف الناس على بيعها وشراؤها بل واعتبروها من أنفس الأموال فهذه وان تعارف الناس على كونها أموالا فان العرف المصادم لنص شرعى لا يعتد به ، يقول السرخسى : " وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر " .^(٢)

ومما تعارف الناس على تموله فى هذا الزمان واعتبروه مالا مع تحريم ذلك شرعا ما يلى :

(١) تعارف الناس على بيع الدم فى هذا الزمان والتعامل فى ذلك على مستوى الدول والأفراد بدعوى حاجة الناس لذلك عند اجراء العمليات الجراحية أو عند حصول حادث يستلزم نقل الدم الى المصاب ونحو ذلك . أقول : انما أبيع الانتفاع بالدم لحاجة الناس اليه فيجب أن يقدر بقدرها ولا يقتضى حل الانتفاع جواز البيع كما لا يقتضى حرمة البيع حرمة الانتفاع ، يقول ابن القيم رحمه الله : " وينبغى أن يعلم أن بسبب الانتفاع أوسع من باب البيع فليس كل ما حرم بيعه حرم الانتفاع به بسبب^(٣) لاتلازم بينهما فلا يؤخذ تحريم الانتفاع من تحريم البيع " .^(٤)

(١) العناية شرح الهداية (٤١٩/٦) ، وراجع تبیین الحقائق (٤٩/٤) ، شرح

فتح القدير (٤٢٠/٦) .

(٢) المبسوط (١٩٦/١٢) .

(٣) الفتاوى السعدية (ص ١٩٤) وما بعدها ، وراجع رسالة نقل الدم وأحكامه محمد صافى والفتاوى الملحقة فى آخره لنخبة من العلماء ، الناشئ مؤسسة الزغبى للطباعة والنشر سوريا - حمص . لبنان بيروت الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م .

(٤) زاد المعاد (٤٦٧/٤) .

(١)

وبيع الدم محرم بالاجماع كما حكى الحافظ ابن حجر العسقلاني .

وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم النهى عن ثمن الدم
فقد روى البخارى فى صحيحه عن عون بن أبى جحفة قال : " رأيت أبى
اشترى حجاما فأمر بمحاجمه فكسرت فسألته عن ذلك فقال : ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وثمان الكلب وكسب الأمه ولعن
الواشمة والمستوشمة وأكل الربا وموكله ولعن المصور " .

قال ابن حجر : " قال : ثمن الدم ، واختلف فى المراد به فقيـل
أجرة الحجامه وقيل هو على ظاهره والمراد تحريم بيع الدم كما حرم
بيع الميتة والخنزير وهو حرام اجماعا أعنى بيع الدم وأخذ ثمنه " (٣)
والحاصل أن الدم قد أهدر الشارع ماليته بتحريم ثمنه فلا يكون مالا
وان تعارف الناس على ذلك فلا يصح مقابلته بالمال الا اذا احتاج انسان
الى الدم ولم يجد من يبذله له تبرعا فانه يجوز له حينئذ شراؤه والاشم
على البائع ، يقول ابن القيم رحمه الله : " وهذا أصل معروف من أصول
الشرع أن العقد والبذل قد يكون جائزا أو مستحبا أو واجبا من أحد
الطرفين مكروها أو محرما من الطرف الآخر فيجب على الباذل أن يبذل
ويحرم على الآخذ أن يأخذ " (٤)

(٢) تعارف الناس على بيع الدخان وشراؤه مما يفيد أنهم يعتبرونه مالا
مع أن العلماء رحمهم الله قد أفتوا بتحريم تناوله والتجارة فيه
(٥)

- (١) فتح البارى (٣٠١/٩) ، وراجع . للمغنى (١٩٢/٤) ، تبين الحقائق وحاشية
الشلبي عليه (٤٤/٤) ، مغنى المحتاج (١١/٢) ، روضة الطالبين
(٣٤٨/٣) ، زاد المعاد (٤٧٤/٤) ، بدائع الصنائع (٣٠٣/٦) .
(٢) صحيح الامام البخارى (٤٣/٣) كتاب البيوع باب (١١٣) .
(٣) فتح البارى (٣٠١/٩) .
(٤) زاد المعاد (٤٩٥/٤) .
(٥) راجع فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك (١١٨/١)
وما بعدها ، والدر المختار (٤٥٩/٦) ، الفتاوى السعدية (ص ٥٩٥ ، ٥٩١) ،
فتوى فى حكم شرب الدخان لسماحة الشيخ محمد بن ابراهيم .

فقد ثبت في الحديث الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : " كل مسكر خمر وكل مسكر حرام " ^(١) .

والخمر ليس بعمال كما مر معنا . فكل مادة اشتملت على مواد مسكرة وان لم تسم خمرًا فهي خمر بنص الحديث لايحل بيعها ولاشراؤها ولاشربها ولا تندرج في مسمى المال ومن ثم فلا ضمان على متلفها ، يقول ابن القيم رحمه الله : ^(٢) "فأما تحريم الخمر : فيدخل فيه تحريم بيع كل مسكر مائيا كان أو جامدا عصيرا أو مطبوخا فيدخل فيه عصير العنب وخمر الزبيب والتمر والذرة والشعير والعسل والحنطة واللحمة الملعونة - الحشيش - لقمة الفسق والقلب التي تحرك القلب الساكن الى أخبث الأماكن فان هذا كله خمر ينص رسول الله صلى الله عليه وسلم الصحيح الصريح الذي لامطعن في سنده ولاجمال في متنه اذ صح عنه قوله : " كل مسكر خمر " ^(٣) و صح عن أصحابه الذين هم أعلم الأمة بخطابه ومراده أن "الخمر" ما خامر العقل . . . الى أن قال : " فهكذا لايجوز اخراج صنف من أصناف المسكر عن اسم الخمر فانه يتضمن محذورين :

(أحدهما) : أن يخرج من كلامه ما قصد دخوله فيه .

(الثاني) : أن يشرع لذلك النوع الذي أخرج حكم غير حكمه ، فيكون تغييرا لألفاظ الشارع ومعانيه . فانه اذا سمى ذلك النوع بغير الاسم الذي سماه به الشارع أزال عنه حكم ذلك المسمى وأعطاه حكما آخر ، ولما علم النبي صلى الله عليه وسلم أن من أمته من يبتلى بهذا كما قال : "ليشربن ناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها" قضى قضية كلية عاممة

(١) رواه مسلم (١٥٨٧/٣) كتاب الأشربة باب (٧) ، الترمذى (٢٩٠/٤) كتاب الأشربة باب (١) ، أبو داود (٨٥/٤) كتاب الأشربة باب (٥) ، النسائي (٢٩٦/٨ - ٢٩٧) ، كتاب الأشربة باب اثبات اسم الخمر لكل مسكر من الأشربة .

(٢) زاد المعاد (٤٦٣/٤ - ٤٦٤) .

(٣) سبق تخريجه آنفا .

لايتطرق اليها اجمال ولا احتمال بل هي شافية كافية" (١) .

هذه بعض أمثلة لما تعارف الناس على بيعه واعتبروه مالا مع أنه يفتقد عنصر الاباحة الشرعية وغير هذا كثير كتعارفهم على بيع آلات اللهو والطرب وتهولها وكذلك السُّرَّجِين النجس ونحو ذلك مما هو حرام العيِّن والانتفاع جملة ومثل هذا قال عنه ابن القيم رحمه الله : " ما هو حرام العين والانتفاع جملة كالخمر والميتة والدم والخنزير وآلات الشرك فهذه ثمنها حرام كيفما اتفقت " (٢) .

وكذلك الحكم فيما جُلَّ منافع المقصودة محرمة فهذا لا يعتبر مالا ولا يصح مبادلته بالمال يقول الأبي الأزهرى : " ان المازرى وابن شماس وغيرهما ذكروا أن مثل مالا منفعة فيه مامنا فكلها محرمة كالدَّم أو جل المقصود منها محرم كالزيت النجس " (٣) .

(١) رواه أبو داود (٩٢/٤) كتاب الأشربة باب (٦)، ابن ماجه (١٣٣٢/٢) كتاب

الفتن باب (٢٢)، الامام أحمد فى المسند (٣٤٢/٥) .

قال المنذرى : وفى اسناده حاتم بن حريث الطائى الحمصى . سئل عنه

أبو حاتم الرازى فقال شيخ وقال يحيى بن معين لأعرفه . انظر

مختصر سنن أبى داود (٢٧١/٥) .

(٢) زاد المعاد (٤٧٤/٤) .

(٣) جواهر الاكليل (٤/٢ - ٥) .

الباب الثاني من أبواب الأموال

مسئولية من يقع منه أو بسببه الإتلاف للأموال الغير
وفيه ستة فصول :

٦٠-٥٢ الفصل الأول : تلف الأموال بيد غير المكلف

٨٣-٦١ الفصل الثاني : تلف الأموال بفعل المكره

٩٥-٨٤ الفصل الثالث : تلف الأموال بفعل المصنفر

١٢٣-٩٦٦ الفصل الرابع : تلف الأموال بسبب جنابة الحيوانات السائبة

١٦٦-١٢٤٦ الفصل الخامس : تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة والحديثة

الفصل السادس : التلف الناشئ بسبب الحفريات في الطرق العامة

أوسقوط المبانى وما يتبعها من ثوابت ومنتقولات ١٨٧-١٦٧

الباب الأول

مسئولية من يقع منه أو بسببه الاتلاف لأموال الغير

الفصل الأول

تلف الأموال بيد غير المكلّف

(١) اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على
أن ضمان المتلفات لا يشترط فيه التكليف فمتى أتلف انسان لانسان مالا أو تَلَفَ
في يده بتفريط منه اذا كان أمانة فانه يجب عليه ضمانه سواء كان ممن
بيده المال مكلفا أو غير مكلف حتى أن الحنفية قالوا : " لو أن ابن
يوم مثلا انقلب على قارورة انسان فكسرها يجب الضمان عليه في الحال" (٥)
يقول المرغيناني : " ان أتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف (٦)
عليه وهذا لأن كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب
النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد" .
وقال في موضع آخر : " ولأن الصبي يواخذ بأفعاله وصحة القصد
لامعتبر بها في حقوق العباد" (٧) .

- (١) الدر المختار ورد المختار عليه (١٤٦/٦)، الهداية (٢٥٨/٩)، العناية
(٣٧١/١٠)، جامع أحكام المغار (٢٠٤/٣)، (١٧٨/٢)، تيسير التحرير
(٢٦٣، ٢٥٠/٢)، تكملة رد المختار (٣٣٣/٨)، بدائع الصنائع (٤٤٦٢/٩) .
(٢) الشرح الكبير (٢٩٦/٣)، منح الجليل (١٧١/٣)، الخرشى وحاشيته
العدوى عليه (٣٩٣/٥)، التاج والاكليل (٦٠/٥)، جواهر الاكليل (١٤٤/٢) .
(٣) مغنى المحتاج (١٧٢/٢)، نهاية المحتاج (٣٦٩/٤)، شرح النووى على
صحيح مسلم (١٤٥/١٣) .
(٤) كشف القناع (٤٣١/٣)، شرح منتهى الارادات (٢٨٩/٢)، اعلام الموقعين
(١٧١/٢) .
(٥) وخالفهم في ذلك المالكية فقالوا : لاضمان على ابن شهر مثلا لأنه
كالعجماء راجع في ذلك المصادر السابقة للحنفية والمالكية .
(٦) الهداية (٢٥٨/٩) .
(٧) المرجع نفسه (٣٧٢/١٠) .

(١) وجاء في منح الجليل : " العمد والخطأ والاكراه فى أموال الناس سواء بوجب ضمانها وهو من خطاب الوضع فلا يشترط التكليف والعلم فلا فرق فى الاتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعالم والمكره والطائع " .
(٢) ويقول النووى : " وقد أجمع العلماء أن ما أتلفه السكران من الأموال يلزمه ضمانه كالمجنون فان الضمان لا يشترط فيه التكليف ولهذا أوجب الله تعالى فى كتابه فى قتل الخطأ الدية والكفارة " .
والحاصل أن الأصل المتفق عليه بين الفقهاء وهو تضمين غير المكلف أساسه ومنشؤه تطبيق قاعدة الجواب بخلاف رفع المسؤولية الجنائية عنه لابتنائها على قاعدة الزواج . يقول العز بن عبد السلام : " قاعدة فى الجواب والزواج : الجواب مشروع لطلب مافات من المصالح، والزواج مشروع لدرء المفساد، والغرض من الجواب جبر مافات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط فى ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواج فان معظمها لا يجب الا على عاص زجرا له عن المعصية " .

ويقول القرافى : " وأما الجواب فهى مشروع لاستدراك المصالح الفاشية، والزواج مشروع لدرء المفساد المتوقعة، ولا يشترط فى حق من يتوجه فى حقه الجابر أن يكون آثما ولذلك شرع مع العمد والجهل والعلم والنسيان والذكر وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواج فان معظمها على العصاة زجرا لهم عن المعصية وزجرا لمن يقدم بعدهم على المعصية " (٤) .
وقد استثنى فقهاء كل مذهب من المذاهب الأربعة من الأصل وهو تضمين غير المكلف بعض مسائل قالوا فيها بعدم تضمين غير المكلف اذا أتلف مال غيره ومنشؤ ذلك ليس اعفاء غير المكلف من الضمان المالى بل تفريط

(١) (٥١٢/٣) .

(٢) شرح صحيح مسلم (١٤٥/١٣) .

(٣) قواعد الأحكام (١٧٨/١) .

(٤) الفروق (٢١٣/١) .

صاحب المال فى المحافظة على ماله فى تلك الصور فتكون التبعة على صاحب المال لأنه مفطر فى حق نفسه بتسليطه عليه مضيع لماله معرضا ايضاً للتلف .

يشهد لذلك أن الفقهاء رحمهم الله قد قالوا بضمن غير المكلف ما أتلفه من مال الغير اذا كان الدافع لهذا المال غير مكلف ايضاً اذ التسليط الواقع من المالك غير المكلف غير معتبر لعدم الأهلية فيكون كعدمه فيلزمه الضمان وبهذا تكون القضية قد عادت الى أصلها وهو تضمين غير المكلف ما أتلفه من مال الغير بناءً على قاعدة الجوابر التى أشرنا اليها آنفاً .

وفيما يلى نعرض ان شاء الله تعالى استثناءات كل مذهب على حده :

أولاً : المسائل التى استثنائها الحنفية .

- (١) ذهب الحنفية الى أنه اذا أودع شخص عند صبي مثلاً وديعة أو أقرضه قرضاً فتلف عنده فلا ضمان عليه سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز .
- وان أتلفها : فان كان غير عاقل وهو غير المميز فلا يضمن بالاتفاق
- يقول الحمكفى : " وهذا كله لو كان الصبي عاقلاً والافلا يضمن بالاجماع " .
- ويقول الأسروشنى : " أودع صبياً محجوراً عليه طعاماً فأكله لا يضمن وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله يضمن وعلى هذا الخلاف اذا أقرضه شيئاً وسلمه اليه أو باع منه شيئاً وسلمه اليه فاستهلكه وهذا اذا كان عاقلاً فان لم يكن فلا ضمان عليه فى قولهم جميعاً " .
- وقال : " وذكر شيخ الاسلام على الاسيحابى والاختلاف فى الصبي الذى يعقل أما الذى لا يعقل فلا ضمان عليه بالاجماع " .

(١) المبسوط (١١٨/١١ - ١١٩) ، الهداية (٣٧١/١٠ - ٣٧٢) ، روضة القضاة (٦١٥/٢) ، رد المحتار (١٤٦/٦) ، الدر المختار (٦٢٥/٦) ، جامع أحكام الصفار (١٧٧، ١٧٣/٢) ، تكملة رد المحتار (٣٣٣/٨) .

(٢) الدر المختار (٦٢٥/٦) .

(٣) جامع أحكام الصفار (١٧٣/٢) .

(٤) المرجع نفسه (١٧٦/٢) .

غير أن دعوى الاتفاق المشار إليها محل نظر : فقد ذكر الأسروشنى فى الجامع والحكفى فى الدرُّ أن المرغينانى قد خالف فى تضمين غير العاقل فقد جاء فى الهداية ^(١) : " وقال محمد فى أصل الجامع الصغير صبى قد عقل وفى الجامع الكبير وضع المسألة فى صبى ابن اثنتى عشرة سنة ، وهذا يبدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر " . وقد تابع الزيلعى صاحب الهداية فى هذا القول . وعلق عليه أحمد شلبى فى حاشيته بقوله : " قوله ثم محمد فى الجامع الصغير شـ شرط أن يكون الصبى ١٠٠ الخ " وصورة مقاله فى الجامع الصغير : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى رجل قد أودع صبيا قد عقل طعاما فأكله لاضمان عليه وان غلاما فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ أصل الجامع . قال فخر الاسلام البيزدوى فى شرح الجامع الصغير : ودلت المسألة على أن الاختلاف فى الصبى الذى يعقل فأما الذى لا يعقل فيجب عليه أن يضمن بالاجماع لأن تسليطه هدر وفعله معتبر قال الاتقانى رحمه الله : " وهذا الذى قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقـال بعض مشايخنا أن الصبى اذا لم يكن عاقلا لا يضمن فى قولهم واليه ذهب قاضيخان فى شرح الجامع الصغير " ^(٢) .

ومن هذا يتبين لنا أن نقل الاتفاق على عدم تضمين غير المميز عند الحنفية غير دقيق لأن هناك من خالف فى ذلك مثل فخر الاسلام البيزدوى وتابعه على ذلك صاحب الهداية وتابعهما الزيلعى فى ذلك كما تبين لنا من النص السابق .

هذا كله فى الصبى غير المميز أما المميز فقد قال الحنفية :

ان كان مأذونا له فى التجارة أو قبض باذن وليه فأتلف الوديعـة

أو القرض فانه يضمن بالاتفاق .

فان لم يكن مأذونا له بالتجارة أو قبضها بغير اذن وليه فأتلفها

(١) (٣٧١/١٠) .

(٢) تبين الحقائق (١٦٨/٦) .

(٣) حاشية أحمد شلبى على تبين الحقائق (١٦٨/٦) ، وراجع العناية

شرح الهداية (٣٧١/١٠) .

فَعِنْدَهُمْ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ :

(القول الأول) لأبي حنيفة ومحمد أنه لا يضمن لافى الحال ولا يبعـ

الادراك .

(١)

(القول الثانى) لأبي يوسف أنه يضمن فى الحال .

وسبب الخلاف : هل هو ضمان عقد أم ضمان فعل . فقال أبو حنيفة

ومحمد ان هذا ضمان عقد والصبى ليس من أهل التزام الضمان بالعقد .

وقال أبو يوسف ان هذا ضمان فعل وهو من أهل الالتزام بالفعل .

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

(١) أن المالك مَكَّنَه من اتلافه فصار كما لو باع مالا وسلمه اليه .

(٢) انه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا أتلفه باذنه ورضاه

وهذا لأن العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال

فى يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه

فى الحفظ وذلك أن الصبى من عادته تضييع الأموال فاذا سلمه مع

علمه بهذه العادة فكأنه رضى بالاتلاف فلم يكن له تضمينه ، ويقوله :

"احفظ" لا يخرج من أن يكون اذناً ، لأنه انما يخاطب بهذا من لا يحفظ

فهو كمقدم الشعير بين يدى الحمار اذا قال له لا تأكل .

واستدل أبو يوسف صاحب القول الثانى بما يأتى :

(١) أنه أتلف مالا معصوما حقا لمالكة فيجب عليه الضمان .

(٢) أن الايداع من الصبى باطل لأنه استحفاظ من لا يحفظ فكأنه لم يودعه

ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكأنه

ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبى كان ضامنا

فكذا هذا .

(٣) أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلها الصبى كان ضامنا بهذا

الطريق فكذلك فى سائر الأموال .

(١) رد المحتار (١٤٦/٦) ، الهداية (٣٧١/١٠) ، المبسوط (١١٨/١١ - ١١٩) ، روضة

القضاة (٦١٥/٢) .

ورد هذا بأنه ليس من عادة الصبيان القتل لأنهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون ايداع العبد والأمة عند الصبيان تسليطا على القتل باعتبار عاداتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عاداتهم اتلاف السدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة .

ومعنى التسليط تحويل يد المالك في المال الى الصبي فان المالك باعتبار ايداعه كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار متمكنا من استهلاكه بالغا كان المودع أو صبيا الا أنه بقوله " احفظ " قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البائع باطل في حق الصبي . وبخلاف العبد والأمة فان المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الأدمى فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله .^(١)

ثانيا : المسائل التي استثناهما المالكية .

^(٢) ذهب المالكية الى أن الصبي مثلا اذا أتلف ما أمن عليه - أي جعل في يده أمانة ليحفظه - كان أودع المال فأتلفه أو ضيعه لم يضمن سواء أذن وليه في ذلك أم لا ، جاء في المدونة ^(٣) : " قلت أرأيت لو أن رجلا استودع صبيا صغيرا وديعة فضاغت أبيض الصبي أم لا ؟ قال : لا يضمن قلت بأمر أربابه أو بغير أمر أربابه ؟ قال ذلك سواء عندي . قلت : وهو قول مالك ؟ قال : قال مالك : في الرجل يبيع الصبي السلعة فيتلفها الصبي أنه لاشئ له على الصبي من ثمن السلعة ولا يضمن له الصبي قيمة السلعة وان باع الصبي منه السلعة فأخذ الصبي منه الثمن فأتلفه أن الرجل ضامن للسلعة ولا يضمن الصبي الثمن الذي أتلفه لأنه هو الذي سلب الصبي

(١) المراجع السابقة .

(٢) مواهب الجليل (٢٦٧/٥) ، التاج والاكليل (٢٦٧/٥) ، (٩٨٠٦٠/٢) ، الخرشي

وحاشية العدوى عليه (٣٩٣/٥) ، منح الجليل (١٧١/٣) ، الشرح الكبير

وحاشية الدسوقي عليه (٢٩٦٠٤٣٢/٣) ، جواهر الاكليل (١٤٤٠٩٨/٢) .

(٣) (١٥٢/٦) .

على ذلك وأتلف ماله فكذلك الوديعة " .

وقد فرَّقَ المالكية بين قبوله للوديعة أو القرض باذن أهله أو قبوله نتيجة تنصيب وليه له فى الأخذ والاعطاء ففى هذه الحالة الأخيرة يضمن وليه الناصب له لا المصبي لأنه لما نصَّه للبيع والشراء والأخذ والاعطاء فقد أطلق له التصرف فيتحمل الولي تبعه ذلك .^(١)

وقد استثنى المالكية من قولهم : أنه لا يضمن ما أتلفه مما آمن عليه ما إذا جاء التلف نتيجة استهلاك المصبي لهذا المال ، مثل أن يكتسب ما آمن عليه طعاما فيأكله أو تكون دراهم فينفقها على نفسه فى أكمل وكسوة ونحو ذلك مما لا بد منه ففى مثل هذه الحالة قالوا لا يخلو الأمر من احدى حالتين :

(أ) ان لم يكن له مال فلا ضمان عليه ولا تتبع ذمته اتفاقا .

(ب) ان كان له مال ولكنه قصد باتلاف ما آمن عليه حفظ هذا المال فحينئذ يضمن ما أتلفه فى ماله الذى أراد حفظه وصيانته فيرجع عليه رب المال بالأقل مما أنفقه وما صون به ماله فاذا كان مثالا يتغذى كل يوم بنصف دينار فباع ما آمن عليه وصار يتغذى من تلك القيمة بدينار كل يوم فلا يضمن فى ماله الا نصف الدينار الذى من عادته أن يتغذى به كل يوم لأنه قصد حفظ ذلك النصف ولا يضمن ما زاد على النصف وفى ذلك يقول الدسوقي : " ومحل عدم الضمان أيضا فى الوديعة والقراض والمبيع ما لم يضمن المصبي أو السفية ماله بما أخذه والا ضمنه ما أتلفه فى المال الذى صونه به أى أنه يضمن القدر الذى صونه فقط مما كان ينفق مثله عادة ولا يعتبر زيادة الترفه على أكلسه أو لبسه " .

وقال فى موضع آخر : " فاذا كان من عادته أنه كل يوم يتغذى بنصف فضة فباع ما آمن عليه وصار يتغذى كل يوم بخمسة أنصاف فلا يضمن فى

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٣٢/٣) .

(٢) حاشية الدسوقي (٤٣٢/٣) .

ماله الا النصف الفضة لامازاد" (١) .

ونبه المالكية على أن الضمان يتعلق بعين المال الذي أتلف ما آمن عليه من أجل صيانته وحفظه فقط لاغيره بحيث لو تلف هذا المال الذي قصد حفظه وميانتة بمال غيره فلا ضمان عليه .
وكذلك لو استفاد غيره لم يضمن في هذا المال المستفاد لأن الضمان متعلق بالمال الذي تلف ولم يتعلق بدمته .

ثالثا : المسائل التي استثناهما الشافعية .

(٢)
ذهب الشافعية الى أن غير المكلف كالصبي والمجنون مثلا لا يضمن ما أتلفه مما اشتراه أو اقترضه من رشيد وسلمه اليه لافى الحال ولا بعد البلوغ ، اذ المقبض مضيع لماله بتسليمه له فكأنه أذن له باستهلاكه .
واستثنى الشافعية ما اذا اشترى أو اقترض من صبي مثله ولم يأذن لهما الوليان في ذلك فكل واحد يضمن ما قبض من الآخر .
وان أذن الوليان لهما فالضمان على الوليين لوجود التسليم منهما فيتحملان تبعته .

أما في الوديعة فقد فرق الشافعية بين أن يتلف المال في يــــد الصبي بنفسه أو يتلفه الصبي وبين كون المؤدع رشيدا أو لا .
فذهبوا الى أنه اذا أودع مالك كامل الأهلية صبيبا أو مجنونا مالا فتلف عندهما بغير فعلهما فلا ضمان عليهما ولو كان بتفريط منهما لأنه استحفظ من لا يصح التزامه للحفظ فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ .

أما اذا تلف بفعلهما فعليهما ضمانه لأنهما من أهل التزام الضمان ولم يسلطهما على اتلافه .

(١) حاشية الدسوقي (٢٩٦/٣) .

(٢) نهاية المحتاج (١١٤،٣٨٦/٣) ، المجموع (١٤٣/٩) ، مغنى المحتاج (٨١/٣) ،

زاد المحتاج (١١٧/٣) ، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٤٦٨) .

أما إذا كان المودع غير رشيد فاستودع صبيًا أو مجنونًا فإنهم —
يضمنان بمجرد الاستيلاء التام .

رابعًا : المسائل التي استثناها الحنابلة .

(١)
ذهب الحنابلة إلى أن غير المكلف كالصبي والمجنون مثلًا لا يضمن
مادفع إليه بعقد معاوضة كبيع أو اجارة أو بغير عقد معاوضة كوديعة
وعارية سواها حصل من غير المكلف تفريط أو لم يحصل وهو المذهب .
قالوا : لأن مالكة سلطهم عليه فيتحمل نتيجة تصرفه .
هذا إذا كان من دفع اليهم المال رشيدًا أما إذا كان محجورًا
عليه لسفه أو صغر أو جنون فهو مضمون عليهم سواء تلف عندهم أو أتلفوه
لأنه لاتسليط من المالك وقد تلف بفعل القابض له بغير حق فضمنه لأنه
اتلاف يستوى فيه الكبير والصغير والعمد والسهو .

(١) كشف القناع (٤/١٩٧ - ١٩٨)، (٣/٤٣١)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٨٩، ٤٥٥)
الانصاف (٥/٣١٩)، (٦/٣٣٥)، المحرر (١/٣٤٧)، المغنى (٤/٣٥٣)، غايية
المنتهى (٢/١٣٥)، كشف المخدرات (ص ٢٦٤) .

الفصل الثاني

تلف الأموال بفعل المَكْرَه

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

في تعريف الاكراه وأنواعه ووسائله وشروطه

المطلب الأول : تعريف الاكراه

تعريفه لغة :

يقول ابن فارس : " الكاف والراء والهاء أصل واحد يدل على خلاف الرضا والمحبة يقال كرهت الشيء أكرهه كرها . . . والكُرَه المشقة والكُرَه - بفتح ثم سكون - أن تكلف الشيء فتعمله كارها" (١) .
ويقول الفيروزآبادي والزمخشري : " واستكْرَهْت فلانة غُصِبَتْ نفسها " . (٢) (٣)

تعريفه اصطلاحاً :

عُرِف الاكراه بعدة تعريفات منها :

- (١) اجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالاخافة . (٤)
- (٢) فعل يوجد من المَكْرَه فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه . (٥)

- (١) معجم مقاييس اللغة (١٧٢/٥) . وانظر أيضا المشوف المعلم في ترتيب الاصلاح على حروف المعجم لأبي البقاء العكبري (٦٧١/٢) ، الصحاح للجوهري (٢٢٤٧/٦) .
- (٢) ترتيب القاموس المحيط للزاوي (٤٤/٤) .
- (٣) أساس البلاغة (ص ٣٩١) .
- (٤) مجلة الأحكام العدلية (م ٩٤٨) .
- (٥) تنوير الأبصار للتمرتاشي (١٢٨/٦) ، تبیین الحقائق (١٨١/٥) .

- (١)
- (٣) اسم لفعل يفعلُه الانسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره .
- (٤) حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه .^(٢)
- والذى أراه أن التعريف الأول أوضح دلالة وأدق في التعبير عن مفهوم الاكراه الذى نريد بيان أحكامه فى هذا المقام وهو الاكراه على اتسلاف الأموال وما يترتب عليه من ضمان مالى وذلك لتقييد الاكراه فى التعريف بقوله : " بحق " . لأن الاكراه بحق لا يمنع نفاذ ما أكره عليه المـمـرء بخلاف الاكراه بغير حق ، يقول ابن عابدين :^(٣) " لأن الاكراه بحق لا يُعـدِّم الاختيار كالعينين اذا أكرهه القاضى بالفرقة بعد مضي المدة ، والمديون اذا أكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه " .
- ويقول الدردير :^(٤) " ومذهب المدونة الذى به الفتوى أن الاكراه الشرعى طوع يقع به الطلاق جزما خلافا للمغيرة ، كما لو حلف بالطـلاق لخرجت زوجته ، فأخرجها قاض لتحلف عند المنبر ، وكما لو حلف فى نصف عبـد يملكه لابعه ، فأعتقه شريكه ، فقوم عليه نصيب الحالف وكمل به عتق الشريك " .
- وقوله فى التعريف الأول : " اجبار أحد على أن يعمل عملا " هذا العمل يشمل الأقوال والأفعال اذ الأقوال قد تكون عمل لسانيا كالتلفظ بالاقرار والعقد ، والتلفظ بكلمة الكفر والقذف ونحو ذلك .
- وقوله : " من دون رضاه " قيد احترازي يفيد أن ما لا يُعـدِّم الرضا فليس باكراه وعدم الرضا معتبر فى الاكراه بنوعيه عند الحنفية وهو محل اتفاق الفقهاء على ماسياتى تفصيله ان شاء الله تعالى .

-
- (١) تبين الحقائق (١٨٢/٥) ، الهداية (٢٣٣/٩) ، كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .
- (٢) كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .
- وانظر تعريفات أخرى للاكراه فى : التلويح على التوضيح (٨٢٠/٢) ، التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣٠٧/٢) ، تعريفات الجرجانى (ص ١٩) ، كنز الدقائق للنسفى (١٨١/٥) ، فتح البارئ لابن حجر (١٤٩/٢٦) ، روضة القضاة للسمنانى المجلد الثانى (ص ١٢٨٠) .
- (٣) ردالمحتار (١٢٨/٦) .
- (٤) الشرح الكبير (٣٦٧/٢) ، وراجع جواهر الاكليل (٣٤٠/١) ، أحكام القرآن لابن العربى (١١٨٢/٣) ، كشف القناع (٢٦٥/٥) ، المغنى (٣٨٣/٧) ، جامع العلوم والحكم (١٩٩/٣) .

المطلب الثانى : أنواع الاكراه

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى تقسيم الاكراه على مذهبين :

(١)
المذهب الأول للحنفية :

وهو أن الاكراه على نوعين :

(النوع الأول) الاكراه المُلجىء : وهو ما كان التهديد فيه باتـلافاً

نفس أو عضو أو ما يفضى الى أحدهما .

ويطلقون على هذا النوع الاكراه الكامل وقد عرفوه بأنه : " ما يعدم

الرضا ويوجب اللجاء ويفسد الاختيار" .

(النوع الثانى) الاكراه غير الملجىء : وهو ما كان الحمل فيـه

بأمر لا يخاف منه على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب

أو القيد أو الحبس .

ويطلقون على هذا النوع الاكراه الناقص أو القاصر وقد عرفـوه

بأنه : " ما يعدم الرضا ولا يوجب اللجاء ولا يفسد الاختيار" .

وقد جاء فى درر الحكام شرح غرر الأحكام : "فالحاصل أن عدم الرضا

معتبر فى جميع صور الاكراه وأصل الاختيار ثابت فى جميع الصور لكـون

فى بعض الصور يُفسدُ الاختيار وفى بعضها لا يُفسدُه" .

وحقيقة الاختيار عبر عنها ابن نجيم بقوله : " القصد الى مقـدور

متردد بين الوجود والعدم يترجح أحد جانبيه عن الآخر فان استقـل

الفاعل فى قصده فصحيح والا ففساد" (٣) .

(١) بدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩)، تنوير الأبصار ورد المختار (١٢٨/٦ - ١٢٩ ،

١٣٥)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧٠/٢)، نتائج الأفكار (٢٣٣/٩) ،

فتح الغفار (١١٩/٣)، تبیین الحقائق (١٨١/٥)، التحرير وشرحه

تيسير التحرير (٣٠٧/٢)، المغنى فى أصول الفقه (ص ٣٩٨) .

(٢) (٢٦٩/٢) .

(٣) فتح الغفار (١١٩/٣) .

وقد ذكر بعض الحنفية نوعا ثالثا من أنواع الاكراه قال فخر
الاسلام البزدوى : " الاكراه ثلاثة أنواع - فذكر منها النوعين اللذين
ذكرناهما آنفا ثم ذكر نوعا ثالثا : وهو ما لا يعدم الرضا مثل أن يهتـم
بحبس أبيه أو ولده وما يجرى مجراه " (١)
وهذا الذى عده البزدوى نوعا ثالثا عده ابن نجيم داخلا تحت قسم
الاكراه غير الملجئ .

كما أن صاحب كشف الأسرار لم يرتض ما قاله البزدوى فأورد تعريفا
لشمس الأئمة السرخسى يتناول النوعين الأولين واعتمده ، ثم قال : " ولم
يُدخل فيه القسم الثالث الذى ذُكرَ فى الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام
الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه " (٢)

وما ذهب اليه صاحب كشف الأسرار أكده قاضى زاده بقوله : " فاعلم
أن الشائع المذكور فى عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الاكراه
نوعان : نوع يُعَدُّ الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع
عضو وهو الاكراه الملجئ ، ونوع يُعَدُّ الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون
بضرب أو بقتيد أو بحبس وهو الاكراه الغير ملجئ وأن القسم الثالث
من الأقسام المذكورة فى أصول فخر الاسلام غير داخل فى هذا المعنى . . .
وانما هو داخل فى معنى الاكراه لغة كما أشار اليه صاحب الكشف
وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم فى معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام
الاكراه عليه فان الاكراه فى عرف الشرع ما ترتبت عليه أحكامه وانكشف
عندك أيضا ستر ما وقع فى عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط
فان المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذى يترتب عليه
الحكم الشرعى " (٤)

-
- (١) أصول البزدوى (٣٨٤/٤) .
(٢) فتح الغفار (١١٩/٣) .
(٣) كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .
(٤) نتائج الأفكار (٢٣٣/٩ - ٢٣٤) .

(١) وقد بنى الحنفية على تنويعهم الاكراه الى نوعين بعض الأحكام

نذكر منها :

- (١) كل ما كان محرماً يرضى به عند الاكراه الملجئ .
- (٢) أن الاكراه غير الملجئ لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار فلو أن شخصاً باع أو أقر مكرهاً باكراه غير ملجئ لم ينفذ بيعه ولم يصح اقراره بخلاف الملجئ فيؤثر في كل تصرف سواه احتياج الى الرضا أو لم يحتج اليه .
- (٣) يقتصر حكم الفعل على الفاعل في الاكراه غير الملجئ فلا يتعداه الى المُكْرَه لعدم ما يفسد الاختيار فيضمن الفاعل ما أتلفه من مال أو غيره باكراه غير ملجئ . بينما في الاكراه الملجئ يضاف الفعل الى الحامل المُكْرَه فيصير كأنه فعله بنفسه وكأن المحمّل المُكْرَه آلة له وذلك مختص بما يملح أن يكون آله كالتصريف النفس والمال أما فيما لا يملح أن يكون آلة له فيه فإنه يقتصر الحكم على الفاعل المُكْرَه فيكون كأنه فعله باختياره من غير اكراه أحد .

(٢)

المذهب الثاني لجمهور الفقهاء :

من المالكية والشافعية والحنابلة وهو أن الاكراه نوع واحد وهو ما يتحقق به الاضافة والحمل على الفعل . ولم يفرقوا بين أن تكون وسيلة الحمل تتناول النفس أو العضو أو غير ذلك كما فعل الحنفية .

(١) انظر في ذلك : الدر المختار (١٣٥/٦)، فتح الغفار (١٢٢/٣)، الهداية

(٢٤٣/٩)، المغنى في أصول الفقه للخبازي (ص ٤٠٠)، بدائع الصنائع

(٤٤٨٧/٩)، التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣١٥، ٣١٢/٢)، تبیین

الحقائق (١٨٦، ١٨١/٥) .

(٢) راجع ذلك في الشرح الكبير (٣٦٨/٢)، جواهر الاكليل (٣٤٠/١)، أحكام

القرآن لابن العربي (١١٧٧/٣)، الأم (٢١٠/٣)، مغنى المحتاج (٢٩٠/٣) ،

شرح منتهى الارادات (٥٧٠/٣)، المقنع وحاشيته (١٣٤/٣ - ١٣٥)، الانصاف

(٤٣٩/٨)، المحلى (٢٥٩/٩) .

فاذا أكره شخص شخصاً آخر على قول أو فعل وقالوا بعدم ترتب أى أثر على قوله أو فعله هذا، فوسيلة الاكراه فى هذه الحال عند جمهور الفقهاء سواة .

فالاكراه بالحبس والضرب كالاكراه بالقتل والقطع عندهم فحد الاكراه عندهم اذاً هو كما يقول الامام الشافعى رحمه الله : " والاكراه أن يميّر الرجل فى يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان ، أو لص ، أو متغلب على واحد من هؤلاء ، ويكون المكره يخاف خوفاً عليه دلالة ، أنه ان امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو اتلاف نفسه فاذا خاف هذا سقط عنه حكم ما أكره عليه " (١) .

واشترط بعض الشافعية وهو وجه صححه النووى التناسب بين الوسيلة التى أكره بها وبين الفعل المكره عليه فقد جاء فى روضة الطالبين : "لا يشترط سقوط الاختيار بل اذا أكرهه على فعل يوشر العاقل الاقصادام عليه حذراً مما تتهدده به حصل الاكراه فعلى هذا ينظر فيما طلبه من نفسه وهدد به فقد يكون الشيء اكرهاها فى مطلوب دون مطلوب ، وفى شخص دون شخص . فان كان الاكراه على الطلاق ، حصل بالقطع وبالتخويف بالحبس الطويل ، وبالتخويف ذوى المروءة بالصفع فى المألّ وتسويد الوجه والطواف به فى السوق . . . وان كان الاكراه على قتل : فالتخويف بالحبس وقتل الولد واتلاف المال ليس اكرهاها ، وان كان الاكراه على اتلاف مال : فالتخويف بجميع ذلك اكراه " (٢) .

وقال ابن اللحام من الحنابلة بعد أن ذكر طائفة من الفروع الفقهية : " حيث قلنا "لا يترتب على فعل المكره أو قوله شيء" فما صفة الاكراه المانع من الترتب ؟ اختلفت الرواية عن الامام أحمد رضى الله عنه فى ذلك فالذى نقله الجماعة عنه : أن ذلك هو الضرب والحبس أو أخذ

(١) الأم (٢١٠/٣) .

(٢) (٥٩/٨ - ٦٠) .

المال نص على ذلك فى رواية حنبل، وصالح، والحسن بن ثواب، وحسب والأثرم، وأبى طالب، وأبى عبدالله النيسابورى . وعنه رواية أخرى : أن التَّوَعَدُ بِذَلِكَ إِكْرَاهٌ إِذَا خَافَ أَنَّهُ يَفْعَلُ بِهِ مَا تَوَعَّدَهُ بِهِ نَصٌ عَلَيْهِ فَسَيُرواية ابن منصور فقال حد الاكراه : اذا خاف القتل أو ضربا شديدا " .

وقال : " قال القاضى فى الجامع الكبير : الضرب والحبس والقيـد مُخْتَلَفٌ بِاخْتِلَافِ الْمَكْرَهِ فَانَ مِنَ النَّاسِ الَّذِينَ لَا يَتَأَلَّمُونَ بِالضَّرْبِ وَالْحَبْسِ وَالْقَيْدِ فَالْإِكْرَاهُ لَهُ : بِالْقَتْلِ وَأَخْذِ الْمَالِ لِأَغْيَرِ فَأَمَّا الضَّرْبُ وَالْحَبْسُ فَانَ هُوَ لَا يَعْدُونَهُ إِكْرَاهًا بَلْ يَجِدُونَ لِلضَّرْبِ حِلَاوَةً . وَانْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْمَرْوَةِ : فَالضَّرْبُ وَالْحَبْسُ وَالْقَيْدُ إِكْرَاهٌ فِي حَقِّهِمْ لِأَنَّ هَذَا فِيهِمْ كَالْقَتْلِ وَالْقَطْعِ وَأَخْذِ الْمَالِ فِي الْحَيْنِ وَاسْتَحْسَنَهُ ابْنُ عَقِيلٍ " (١) .

هذا وقد يلتبس الأمر على الباحث فى كتب الأصوليين من الجمهور عند ذكرهم للإلجاء وهو الذى لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار فيخرج به الى حد الاضطرار ويصير نسبة ما يصدر عنه من الفعل اليه كنسبة حركة المرتعش اليه وذلك كمن يحمل فيضرب به غيره من نفس أو مال فيتلفه فهو فى هذه الحالة مسلوب القدرة والاختيار حتى صار كآلة تحمل ويفعل بها حاملها ماشاء " (٢) .

أقول قد يلتبس الأمر على الباحث فيظن أن هذا نوع من أنواع الاكراه لاسيما أن بعض الأصوليين من الشافعية قد اعتبره قسما من أقسام الاكراه فقال : " وكلام الامام وأتباعه صريح فى أن الملجأ قسم من المكروه وكلام المصنف لا ينافى ذلك لما اشتهر من جواز ذكر العام بعد الخاص " (٣) .

-
- (١) القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٧ - ٤٩) .
 (٢) شرح المحلى على جمع الجوامع (١/٧٢، ٧٠)، الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى (١/١٥٤)، شرح الكوكب المنير (١/٥٠٩)، المختصر فى أصول الفقه لابن اللحام (ص ٦٩) .
 (٣) انظر هذا القول فى تقريرات الشربينى على شرح المحلى على متن جمع الجوامع وحاشية العطار على شرح المحلى كلاهما (١/١٠٢)، وراجع مثله أيضا فى نهاية السؤل لاسنوى (١/١٣٨) وقد جعل الإلجاء أعلى درجات الاكراه فقال : " الاكراه قد ينتهى الى حد الإلجاء وهو الذى لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار كاللقاء من شاقق " .

وَلَكِنَّ هَذَا قَوْلٌ ضَعِيفٌ رَدَّهُ الشَّرْبِينِيُّ بِقَوْلِهِ : " كَلَامٌ لَامِنَشَأً لَهُ الْإِعْدَمُ
الْإِعْتِنَاءُ بِتَحْرِيرِ الْمَطْلَبِ كَيْفَ وَقَدْ عَرَفْتَ أَنَّ الْإِلْجَاءَ يَزِيلُ الرِّضَا وَالْإِخْتِيَارَ
مَعًا بِخِلَافِ الْإِكْرَاهِ فَانْهَ انْمَا يَزِيلُ الرِّضَا فَقَطْ " (١) .

وَقَدْ بَيَّنَّ الْعَطَّارُ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ أَيْضًا خَطَأَ نِسْبَةِ هَذَا الْقَوْلِ إِلَى
الشَّافِعِيَّةِ فَقَالَ : " لِإِخْفَاءِ فِي أَنْ كَلَامَ الشَّارِحِ فِي تَعْرِيفِ الْمَلْجَأِ وَتَعْرِيفِ
الْمَكْرِهِ صَرِيحٌ فِي تَغَايِيرِهِمَا وَهُوَ أَيْضًا صَرِيحٌ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ فِي مَنَعَ الْمَوَانِعِ
فَإِنَّهُ جَعَلَ الْمَرَاتِبَ ثَلَاثًا كُلَّ مِنْهَا أَبْعَدُ مِمَّا تَلِيهَا عَلَى تَرْتِيبِهَا فِي الْمَتْنِ
قَالَ : فَأَبْعَدُهَا تَكْلِيفَ الْغَافِلِ فَانْه لَا يَدْرِي ، وَيَتْلُوهَا تَكْلِيفَ الْمَلْجَأِ فَانْه
يَدْرِي وَلَكِنْ لَامِنْدُوْحَةٍ عَنِ الْفِعْلِ وَيَتْلُوهَا الْمَكْرَهُ فَانْه يَدْرِي وَلَهُ مَنْدُوْحَةٌ
بِالصَّبْرِ عَمَّا أَكْرَهُ عَلَيْهِ " (٢) .

وَمَقَالَهُ الْعَطَّارُ هُوَ الَّذِي يَفْهَمُ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ التَّجَازُ السُّبْكِيُّ فِي
جَمْعِ الْجَوَامِعِ فَقَدْ قَالَ : " وَالصَّوَابُ امْتِنَاعُ تَكْلِيفِ الْغَافِلِ وَالْمَلْجَأُ وَكَذَا
الْمَكْرَهُ " (٣) .

فَقَدْ جَعَلَ الْإِلْجَاءَ غَيْرَ الْإِكْرَاهِ .

وَيَشْهَدُ لِذَلِكَ أَيْضًا قَوْلُ ابْنِ الْعَرَبِيِّ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ : " وَلَا يَتَحَقَّقُ اسْمُ
الْمَكْرَهُ إِلَّا مَنْ قَدَرَ عَلَى الشَّيْءِ وَمَنْ خَلَقَ اللَّهُ فِيهِ فِعْلًا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهِ
قُدْرَةٌ كَالْمَرْتَعَشِ وَالْمَحْمُومِ لَا يَسْمَى مَضْطَرًا وَلَا مَلْجَأً " (٤) .

وَبِنَاءٍ عَلَى ذَلِكَ فَالَّذِي أَرَاهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الْإِلْجَاءَ أَقْوَى تَأْثِيرًا
مِنَ الْإِكْرَاهِ فَيَأْخُذُ أَحْكَامَهُ مِنْ بَابِ أَوْلَى عِنْدَ جَمْهُورِ الْفُقَهَاءِ . وَعِنْدَ
الْحَنْفِيَّةِ يَأْخُذُ أَحْكَامَ الْإِكْرَاهِ الْمَلْجَأِ حَيْثُ أَنَّهُمْ يَعْدُونَ التَّهْدِيدَ بِاتِّسَالِ
النَّفْسِ أَوْ الْعَضْوِ مَلْجَأً لِأَنَّهُ يَفْسُدُ بِهِ الْإِخْتِيَارُ عَلَى حَدِّ قَوْلِهِمْ فَمِنْ سَبَابِ

(١) تَقْرِيرَاتُ الشَّرْبِينِيِّ عَلَى شَرْحِ الْمُحَلَّى (١٠٢/١) .

(٢) حَاشِيَةُ الْعَطَّارِ عَلَى شَرْحِ الْمُحَلَّى (١٠٢/١) .

(٣) جَمْعُ الْجَوَامِعِ (٩٦/١) .

(٤) بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ (٤٤٨٧/٩) ، الْعِنَايَةُ (٢٤٤/٩) ، رَدُّ الْمُحْتَارِ (١٣٦/٦) ، دَرَرُ

الْحُكَامِ شَرْحُ غُرَرِ الْأَحْكَامِ (٢٧١/٢) ، فَتْحُ الْغَفَّارِ (١٢٢/٣) ، تَبْيِيحُ

الْحَقَائِقِ (١٨٧/٥) .

أولى ما يسلب الاختيار ويعدمه وقد نص الحنفية على أن المهدد بالقتل
أو باتلاف عضو من أعضائه يكون كالآلة للمكروه وعللوا ذلك بأن المكروه
يمكنه أن يأخذ المكروه ويلقيه على المال فيتلفه . فإذا كان الاكراه
الملجئ عند الحنفية هو ما يصير به المكروه كالآلة بالنسبة للمكروه فمن
باب أولى ما يصير به آلة حقيقية .

الاكراه الا اذا مسه بشيء من العذاب وهو الذى ورد الشرع بالرخصة معه
 فعمار بن ياسر رضى الله عنه لم يرخص له بالنطق بكلمة الكفر الا بعد
 أن مسه المشركون بشيء من العذاب فقد ورد قول رسول الله صلى الله عليه
 عليه وسلم لعمار : " أخذوك فغطوك فى الماء" (١) .

فلم يرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمار بالنطق بكلمة
 الكفر الا بعد أن غطوه فى الماء ونال قسطا من العذاب فغيره بإخذه
 حكمه .

فلا يثبت حكم الاكراه الا فيمن كان مثله أما مجرد التهديد بالفعل
 فليس باكراه .

(٢)

وقد رجح ابن قدامة الرأى الأول واستدل بالمعقول وهو :

(١) أن فائدة ثبوت الرخصة للمكروه فى الاقدام على فعل ما أكره عليه
 هو دفع ما يتوعده به المكروه من العقوبة فيما بعد، فما يمضى من
 العذاب لا يندفع بفعل ما أكره عليه فلا يفيد ثبوت الرخصة فى هذه
 الحال شيئا .

(٢) أنه اذا ماتوعده بالقتل وعلم أنه سيقتله ان لم يفعل ما أمره به
 ففى هذه الحالة ان لم يباح له فعل ما أكره عليه أفضى ذلك الى
 تعريض نفسه للقتل والقائه بيده الى التهلكة وهذا منهى عنه شرعا .

(٣) ثبوت الاكراه فى حق من نيل بشيء من العذاب كما ورد فى قصة عمار
 لا يدل على انتفائه فى حق من هدد بالعذاب دون أن يناله شيء منه .
 وقد اشترط الفقهاء رحمهم الله فى وسيلة الاكراه أن تكون مما يلحق
 المكروه بها ضرر فى نفسه مثل اتلاف النفس أو العضو، أو ألم كالضرب وعمصر

(١) قال ابن حجر : " أخرج عبد بن حميد من طريق ابن سيرين : أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم لقي عمار بن ياسر وهو يبكى فجعل يمسح
 الدموع عنه ويقول : أخذك المشركون فغطوك فى الماء حتى قلت لهم
 كذا ؟ ان عادوا فعُدَّ" قال ابن حجر : رجاله ثقات مع ارساله . انظر
 فتح البارى (١٥٠/٢٦) .

(٢) المغنى (٢٨٣/٧ - ٣٨٤) ، وراجع كشف القناع (٢٦٥/٥) .

الساق أو غمّ كالحبس ونحو ذلك وهذا هو قول الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) .

ولم يذكر الفقهاء للضرب والحبس والقيود حدا لايزاد فيه ولاينقص منه نظرا لاختلاف تأثير ذلك باختلاف الشخص المَكْرَه وانما المعتبر صيرورته خائفا على نفسه من جهة المَكْرَه في ايحاء ماهدد به ، يقول الزيلعي (٦) : "وقدر ما يكون من الحبس اكرها مايجيء به الاغتمام البين ومن الضرب مايجد منه الألم الشديد وليس في ذلك حد لايزاد عليه ولاينقص منه لأن نصب المقادير بالرأى ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى رأى الامام لأنه يختلف باختلاف الناس فمنهم من لايتضرر الا بضرب شديد وحس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعـرك أذنه " .

ويقول القرطبي : " وليس عند مالك وأصحابه في الضرب والسجن توقيت انما هو ماكان يؤلم من الضرب وماكان من سجن يَدْخُلُ منه الضيق على المَكْرَه " (٧) .

ويقول الشيرازي : " والاستخفاف بمن يَغْضُ منه ذلك من ذوى الأقدار لأنه يصير مكرها بذلك وأما الضرب القليل في حق من لايبالى به والاستخفاف بمن لا يَغْضُ منه أو أخذ القليل من المال ممن لايتبين عليه

-
- (١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٣٠/٢) ، فتح الغفار (١١٩/٣) ، الدر المختار (١٢٩/٦ - ١٣٠) ، بدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩) .
 - (٢) جواهر الاكليل (٣٤٠/١) ، الشرح الكبير (٣٦٨/٢) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٩٠/١٠) .
 - (٣) المهذب (٩٩/٢) ، مغنى المحتاج (٢٩٠/٣) .
 - (٤) المغنى (٣٨٤/٧) ، الانصاف (٤٤٠/٨) ، كشف القناع (٢٦٦/٥) .
 - (٥) المحلى (٢٥٩/٩) .
 - (٦) تبیین الحقائق (١٨٢/٥) .
 - (٧) الجامع لأحكام القرآن (١٩٠/١٠) .

أو الحبس القليل فليس باكراه" (١).

ويقول ابن قدامة : " فأما الضرب اليسير فان كان فى حق من لا يبالى فليس باكراه وان كان من ذوى المروءات على وجه يكون اخراقا بصاحبها وغضا له وشهرة فى حقه فهو كالضرب الكثير فى حق غيره" (٢).

وذهب بعض الحنفية الى أن الضرب مقدر بأدنى الحد وهو أربعون سوطا قال ابن عابدين : " وَرَدَّ بَأَنَّهُ لَأَوْجِهَ لِلتَّقْدِيرِ بِالرَّأْيِ وَالنَّاسِ مُخْتَلِفَةٌ فَمِنْهُمْ مَنْ يَمُوتُ بِأَدْنَى مِنْهُ فَلَطَرِيْقُ سِوَى الرَّجُوعِ إِلَى رَأْيِ الْمَبْتَلَى " (٣).

وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله فيما اذا هدده بأن يُلْحَقَ الضَّررَ بأبيه أو ابنه أو ذا رحمٍ مُحَرَّمٍ عليه هل يعد ذلك اكراها أم لا على قولين :

القول الأول : هو اكراه وهذا قول الحنفية استحسانا، والصحيح عند الحنابلة وقول عند الشافعية، وهو قول المالكية فى الولد خاصة، وقول الظاهرية (٤).

- (١) المهذب (٩٩/٢) .
- (٢) المغنى (٣٨٤/٧)، وانظر كشف القناع (٢٦٦/٥) .
- (٣) رد المحتار على الدر المختار (١٣٣/٦)، وانظر بدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩)، العناية على الهداية (٢٣٩/٩) .
- (٤) التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣٧٠/٢)، المبسوط (١٤٣/٢٤ - ١٤٤) ، رد المحتار (١٣٠/٦) ويكون عندهم اكراها غير ملجئ بمعنى أنه لو أتلف مال غيره بمجرد تهديده بالحاق الضرر بأبيه أنه يضمن ولا شيء على المُكْرِه يقول السرخسى : " لو أكرهوه على أن يَسْتَهْلِكَ مال هـَذَا الرجل أو يقتلون أباه فاستهلكه فَمِنْهُ ولم يرجع به على المُكْرِه لأنه لم يصر ملجئا الى هذا الفعل حتى لم يَمِصْرَ خائفا على نفسه ولأن قتل أبيه أو ابنه يلحق الهم والحزن به بمنزلة الحبس والقيد فى نفسه ولو أكرهه بالحبس على القتل أو استهلاك المال اقتصر حكم الفعل عليه كذا هاهنا" . انظر المبسوط (١٤٢/٢٤) .
- (٥) الانصاف (٤٤١/٨)، المغنى (٣٨٤/٧)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٩)، كشف القناع (٢٦٥/٥) .
- (٦) روضة الطالبين (٦٠/٨)، مغنى المحتاج (١٠/٤) .
- (٧) جواهر الاكليل (٣٤٠/١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣٦٨/٢) .
- (٨) المحلى لابن حزم (٢٥٩/٩) .

يقول السرخسى : " لأن حبس أبيه يُلحق به من الحزن ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر فالولد إذا كان باراً يسعى فى تخليص أبيه من السجن وان كان يعلم أنه يُحبس وربما يدخل السجن مختاراً ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه فكما أن التهديد بالحبس فى حقه بعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه " (١) .

ويقول محمد أمين المعروف بأمير بادشاه : " والاستحسان أنه اكراه لأنه يلحقه من الحزن والهَمّ ما يلحق بحبس نفسه أو أكثر " (٢) .

ويقول ابن قدامة : " لأن ذلك أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هاهنا " (٣) .

القول الثانى : ليس باكراه وهو قول الحنفية قياساً لأنه لم يهدده بشيء فى نفسه وحبس أبيه فى السجن لا يلحق ضرراً به . وهو قول عنى الحنابلة أيضا (٥) .

(١) المبسوط (١٤٤/٢٤) .

(٢) تيسير التحرير (٣٠٧/٢) .

(٣) المغنى (٣٨٤/٧) .

(٤) المبسوط (١٤٢/٢٤ - ١٤٤)، تبين الحقائق (١٨٢/٥)، تيسير التحرير

(٣٠٧/٢)، رد المحتار (١٣٠/٦) .

(٥) الانصاف (٤٤١/٨)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٩)، المغنى

(٣٨٤/٧) .

ونحو ذلك وقد سبقت الإشارة الى هذا الشرط فى وسيلة الاكراه .

الشرط الثالث : خوف الفاعل من وقوع ماهدد به الحامل وذلك بأن

يغلب على ظنه أنه بفعله يصير محمولا على ماعدى اليه من فعل ومباشرة
(١) (٢) (٣) (٤)
وهذا عند جميع الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة .

الشرط الرابع : كون الفاعل ممتنعا عما أكره عليه لِحَقِّ نفسه كبيع

ماله أو اتلافه أو لِحَقِّ شخص آخر كاتلاف مال الغير أو لِحَقِّ الشرع كشرب
(٥)
الخمير والزنا ونحوهما .

-
- (١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧٠/٢)، فتح الغفار (١١٩/٣)، الدر المختار (١٢٩/٦)، كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .
(٢) جواهر الاكليل (٣٤٠/١)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٩٠/١٠) .
(٣) روضة الطالبين (٥٨/٨)، مغنى المحتاج (٢٨٩/٣)، المهذب (٩٩/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٢٠٩) .
(٤) المغنى (٣٨٤/٧)، الانصاف (٤٤٠/٨)، كشف القناع (٢٦٦/٥) .
(٥) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧٠/٢)، فتح الغفار (١١٩/٣)، الدر المختار (١٢٩/٦)، كشف الأسرار (٣٨٢/٤)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٢٠٩) .

المبحث الثاني

مسؤولية المَكْرَه عن اتلاف المال ديانة وقضاء

(١) ذهب الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة
الى أن من أكره على اتلاف مال غيره فإنه يَرَّخَصُ له في اتلافه ولا يلحقه
اثم بذلك . يقول ابن العربي: ^(٥) "لَمَّا سَمَحَ اللهُ تَعَالَى فِي الْكُفْرِ وَهُوَ
أصل الشريعة عند الاكراه ولم يُؤَاخِذْ بِهِ حَمَلَ الْعُلَمَاءُ عَلَيْهِ فَرُوعَ الشَّرِيعَةِ
فَإِذَا وَقَعَ الْإِكْرَاهُ عَلَيْهَا لَمْ يُؤَاخِذْ بِهِ وَلَمْ يَتَرْتَبْ عَلَيْهِ حُكْمٌ" .
غير أن الحنفية قد قَصَرُوا الرِّخْصَةَ عَلَى الْإِكْرَاهِ الْمَلْجِئِ، أما الاكراه
غير الملجئ فلا يَرَّخَصُ لِلْمُكْرَهِ بِهِ فِي اتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ
عِنْدَمَا تَكَلَّمْنَا عَلَى أَنْوَاعِ الْإِكْرَاهِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ .
وذهب بعض الحنابلة الى أنه لا يرخص للمكروه في اتلاف مال غيـره
ويأثم ان فعل .

والذي يؤيده الدليل هو ما ذهب اليه أكثر الفقهاء من عدم مواخذة
المكروه في الآخرة ان شاء الله تعالى لما رواه عبد الله بن عباس رضي
الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ان الله تجاوز
لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه " ^(٦) .

- (١) الدر المختار (١٣٥/٦)، فتح الغفار (١٢٢/٣)، الهداية (٢٤٣/٩)، المغنى
في أصول الفقه للخبازي (ص ٤٠٠) .
(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١١٨٠/٣) .
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٠٧)، المنشور في القواعد للزركشي
(١٨٨/١)، روضة الطالبين (١٤٢/٩) .
(٤) القواعد لابن رجب (ص ٢٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٣) .
(٥) أحكام القرآن لابن العربي (١١٨٠/٣) .
(٦) رواه ابن ماجه (٦٥٩/٢) كتاب الطلاق باب (١٦) .
وابن حبان : موارد الظمان الى زوائد ابن حبان للهيثمي (ص ٣٦٠) ،
كتاب الحدود باب (٣) .
يقول ابن رجب عند هذا الحديث : " حديث حسن رواه ابن ماجه
والبيهقي وغيرهما " ، وقال : " هذا الحديث خرج ابن ماجه من طريق
الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم =

هذا عن مسئولية المَكْرَه ديانة أما مسئوليته عن ضمان ما أكره على اتلافه من أموال الغير قضاء فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في ذلك على ستة أقوال :

(١)
القول الأول : للحنفية :

وهو أنه متى صلح المَكْرَه المتلف أن يكون آلة للمَكْرَه فان الفعل ينسب الى المَكْرَه الحامل له على التلف ، فان لم يصلح أن يكون آلة فانه ينسب الفعل وهو الاتلاف الى المَكْرَه لأنه هو المباشر .
قالوا : وانما يمكن نسبته الى الحامل المَكْرَه اذا أمكن أن يباشره بنفسه وذلك في الأفعال كما اذا حملته على اتلاف مال فينسب الاتلاف الى الحامل لأنه يمكن أن يباشر الاتلاف بنفسه وذلك بأن يجعل من المَكْرَه المحمول آلة له يحمله فيلقيه في مال انسان فيتلفه .
واستثنى بعض الحنفية من الأفعال ما اذا أكرهه على أكل الطعام أو شربه فان الضمان في هذه الحالة يكون على المَكْرَه المحمول لاعلى الحامل لأن الانسان لايمكن أن يأكل أو يشرب بغيره فلا يكون المحمول صالحا لأن يكون آلة للحامل .

ولأن منفعة الأكل والشرب تحصل للمحمول الأكل دون الحامل فكان

= وخرجه ابن حبان في صحيحه والدارقطنى وعندهما عن الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اسناد صحيح في ظاهر الأمر ورواته كلهم محتج بهم في الصحيحين وقد خرجه الحاكم وقال : صحيح على شرطهما كذا قال . ولكن له علة وقد أنكره الامام أحمد جدا وقال ليس يروى فيه الا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا " . انظر جامع العلوم والحكم (١٨٣/٣) .
(١) راجع في ذلك تيسير التحرير (٣١٠، ٣٠٨/٢ - ٣١١) ، تبیین الحقائق (١٨٧، ١٨١/٥) ، الهداية (٢٤٣/٩ - ٢٤٤) ، العناية (٢٤٤/٩) ، درر الحکام شرح غرر الأحكام (٢٧١/٢) ، رد المحتار (١٣٥، ١٢٩/٦) ، فتح الغفار (١٢٢ - ١٢١/٣) ، بدائع الصنائع (٤٤٨٧/٩) ، كشف الأسرار (٣٨٦/٤) ، المغنى في أصول الفقه (ص ٤٠٢ - ٤٠٣) ، روضة القضاة المجلد الأول (ص ١٢٨٠) .

(١)

كالإكراه على الزنا يجب القصر عليه لانتفاعه بالوطة .

وذهب بعض الحنفية الى عدم التفريق بين الأكل والشرب وبين غيرهما لأنه وان حصلت للمحمول منفعة الأكل . فان الحامل قد صار غاصبا للطعام ثم مالكا له بالضمان ثم آذنا للمحمول بالأكل فيكون المحمول قد أكله باذنه .

واستثنى هؤلاء ما اذا أكرهه على أكل طعام نفسه فأكله حال كونه جائعا فلارجوع على الحامل لأن المنفعة حصلت له ، أما اذا كان شعبان فعلى الحامل قيمته لعدم انتفاعه أى المحمول بالطعام بل يتضرر به لكونه على شبع .

هذا كله بالنسبة الى الأفعال التي يمكن أن يباشرها المتسبب بنفسه فينسب فيها فعل المَكْرَه المباشر اليه ويلزمه الضمان .

أما الأقوال التي لا يصلح أن يكون المحمول فيها آلة للحامل فإن المحمول في هذه الحالة يتحمل ما يترتب على هذا القول وحده وتلزمه الأحكام فيقع طلاقه وينفذ عتقه وهكذا . الا اذا ترتب على هذا القول اتلاف مال وكان الإكراه ملجئا ففي هذه الحالة يضمن الحامل المَكْرَه للمحمول ما أتلفه بقوله المكروه عليه وذلك مثل ما لو أكرهه على الطلاق قبل الدخول فطلق فان الطلاق يقع ويرجع المحمول على الحامل بما تلصق عليه من صداق أخذته المرأة ، وكذا لو أكرهه على عتق عبده فانه يكون بذلك قد أتلف عليه قيمة هذا العبد فيضمن الحامل للمحمول قيمة العبد والعتق نافذ .^(٢)

(١) ينبغي ملاحظة أن المذهب على خلاف الحكم المقيس عليه حيث أن الامام أبا حنيفة رحمه الله ذهب الى وجوب الحد على الزانى المَكْرَه وخالفه في ذلك الصحابان فقالا لاحد عليه والفتوى على قولهم راجع تفصيل ذلك في المبسوط (٥٩/٩)، رد المحتار (٢٩/٤) .

(٢) تيسير التحرير (٣٠٩/٢)، تبیین الحقائق (١٨٧، ١٨١/٥)، رد المحتار (١٢٩/٦) .

القول الثانى :

ذهب بعض المالكية والشافعية فى المذهب وأكثر الحنابلة (٣) وهو الصحيح من المذهب الى أن الضمان على المتسبب المَكْرَه .
وزاد من قال بهذا القول من الشافعية والحنابلة الى أن للمستحق مطالبه المْتَلِف ويرجع به على من أكرهه لأنه معذور بذلك الفعل فــــم يلزمه الضمان .

القول الثالث :

يرى بعض الشافعية وفريق من الحنابلة (٥) أن الضمان على المَكْرَه والمكْرَه بالسوية كالشريكين .

القول الرابع :

يرى بعض الحنابلة أن الضمان على المباشر المَكْرَه فان كان جاهلا بالتحريم رجح على مكرهه وان كان عالما لم يرجع على الصحيح مــــن المذهب (٦) .

-
- (١) أحكام القرآن لابن العربي (١٢٩٨/٣)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٩/١٢)، الفروق (٢٧/٤) .
 - (٢) روضة الطالبين (١٤٢/٩)، الوجيز للغزالي (٢٠٦/١)، مغنى المحتاج (١٠/٤)، حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٢٥٨/٧)، (٣٨/٨) ، المنتور فى القواعد (١٩٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٢٠٤) .
 - (٣) شرح منتهى الارادات (٤٢٤/٢)، كشف القناع (١٢٨/٤)، القواعد لابن رجب (ص ٢٨٦)، الانصاف (٢١٦/٦)، المبدع (١٩٠/٥)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٣)، المقنع وحاشيته (٢٥٢/٢)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٣) .
 - (٤) روضة الطالبين (١٤٢/٩) .
 - (٥) الانصاف (٢١٧/٦)، المبدع (١٩٠/٥)، القواعد لابن رجب (ص ٢٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٣) .
 - (٦) الانصاف (٢١٧/٦)، المبدع (١٩٠/٥) .

القول الخامس :

وهو المذهب عند المالكية أن الضمان على المَكْرَهَ المباشر تقديمًا للمباشرة على التسبب إلا إذا كان المَكْرَهَ المباشر عديماً أو لم يقدر المُسْتَحَقُّ على تغريمه ففي هذه الحال يكون الضمان على المَكْرَهَ المتسبب (١) ومن غرم منهما لا يرجع على الآخر بشيء .

(٢)
القول السادس : للظاهرية :

وهو أن المَكْرَهَ على افساد مال الغير يلزمه ضمانه لأنه أتى محرمًا عليه اتيانه .

إلا إذا كان هذا المال مما يوكل أو يشرب فأكله أو شربه مكرهاً فلا شيء عليه ولا ضمان إذا لم يكن له مال حاضر . وإن كان له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل .

قالوا : لأن الأكل والشرب من مال الغير مما تبيحه الضرورة والمَكْرَهَ في حكم المضطر .

وبعد انعام النظر في أقوال الفقهاء تبين لي أن منشأ الخلاف بين الفقهاء هو أن المَكْرَهَ على اتلاف مال الغير هل يدخل تحت القاعدة المتفق عليها أو هو من مستثنياتها ؟

والقاعدة المتفق عليها بين الفقهاء : " أنه إذا اجتمع سببان كالمباشرة والتسبب غلبت المباشرة على التسبب تقديمًا للمباشرة على التسبب لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض " (٣) .

فالحنفية : قد قالوا بالقاعدة ولكنهم استثنوا المكره اكرهاً ملجئاً منها فالقاعدة عندهم : " يضاف الفعل الى الفاعل ، لا الى الأمر

(١) شرح الخرشى على مختصر خليل وحاشية العدوى عليه (١٣٢/٦) ، التتاج

والاكليل (٢٧٧/٥ - ٢٧٨) ، منح الجليل (٥١١/٣) .

(٢) المحلى (٢٥٩/٩ - ٢٦٠) .

(٣) الفروق (٢٠٨/٢) ، القواعد لابن رجب (ص ٢٨٥) ، المنشور في القواعد

للزركشى (١٣٣/١) ، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٧٩) .

• مالم يكن مجبراً " .

يقول الشيخ أحمد الزرقاء في شرحه لهذه القاعدة : " ثم انما ينسب حكم الفعل الى الفاعل دون الأمر مالم يكن الأمر مُجْبِرًا أَيْ مُكْرِهًا لِلْفَاعِلِ عَلَى الْفِعْلِ فَإِذَا كَانَ مُكْرِهًا لَهُ عَلَيْهِ فحِينَئِذٍ تَنْسَبُ مَا يُمْكِنُ نَسْبَتَهُ مِنْ حُكْمِ الْفِعْلِ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْفَاعِلَ لِأَنَّ الْفَاعِلَ بِالْإِكْرَاهِ صَارَ كَالآلَةِ فِي يَدِ الْمُكْرِهِ . فلو أمر انسان غيره باتلاف أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الأمر الا اذا كان الأمر مُجْبِرًا أَوْ مُكْرِهًا لِلْفَاعِلِ عَلَى الْفِعْلِ فَالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذ إذا كان إكراهه بملجئ . • ولا يعتبر بغير الملجئ في مثل هذا لأنه من التصرفات الفعلية " (١) .

• فـالْمُكْرَهْ عِنْدَهُمْ مَسْتَثْنَى مِنَ الْقَاعِدَةِ .

وكذلك الحال بالنسبة لأصحاب القول الثاني فانهم اعتبروا المُكْرَهْ مما يستثنى من القاعدة لأن مباشرة المُكْرَهْ مبنية على السبب وناشئة عنه فلولا الإكراه لم يحصل الاتلاف وفي ذلك يقول ابن رجب الحنبلي : " إذا استند اتلاف أموال الأدميين ونفوسهم الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب الآن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة اليه أو غير ملجئة ثم ان كانت المباشرة والحالة هذه لاعدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان " (٢) .

الى أن قال : " ومنها المُكْرَهْ عَلَى اتلاف مال الغير وفي الضمان وجهان : أحدهما أنه على المُكْرَهْ وحده لكن للمستحق مطالبة المُتَلَسِّفِ ويرجع به على المُكْرَهْ لأنه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان " (٣) .

وأما حجة من قال بأن الضمان بينهما كالشريكين وهم أصحاب القول الثالث فليس منشؤه تضمين المتلف لأنه مباشر بل لأنه آثم بالاتلاف كما آثم المُكْرَهْ الحامل له على الاتلاف وحيث اشتركا في الاثم فانهما يشتركان في

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٧٥) .

(٢) القواعد في الفقه الاسلامي (ص ٢٨٥) .

(٣) المرجع نفسه (ص ٢٨٦) .

(١)
الضمان .

وقد ذكرنا القول الراجح فى حكم اتلاف المَكْرَه لمال غيره ديانة ولو سلمنا بأنه آثم فلا يلزم من ترتب الاثم على الفعل لزوم الضمان . أما قول الظاهرية بأن المَكْرَه كالمضطر فقياس ضعيف لأنه المضطر لم يلجئه الى الاتلاف من يحال اليه الضمان .

والذى يظهر لى رجحان مذهب اليه أصحاب القول الثانى الذى يقول بتضمين المتسبب المَكْرَه على الاتلاف لأن المَكْرَه المحمول على الاتلاف لىم يكن ليفعل ذلك لولا الاكراه فكان عليه أن يحفظ نفسه ويفتديها بالمال لأن حرمة النفس فوق حرمة المال . لاسيما وان كان الاكراه له بتهديده باتلاف نفسه أو عضو من أعضائه فان صاحب المال فى هذه الحال ربما يجعل ماله صيانة لنفس الغير أو طرفه .

ولأن المباشرة فى حالة الاكراه مغمورة والتسبب أقوى منها فيلزم عدم تغليب المباشرة واستثناء حال الاكراه من القاعدة الفقهية المتفق عليها لأننا لو عملنا بها فى باب الاكراه لانفتح بذلك علينا باب شـرر واسع وذلك بلجوء الظلمة والظفاعة والمتغلبين الى التسبب بالاكراه دون المباشرة فى الاعتداء على أموال الناس للتهرب من ضمانها والحاقيه بالمَكْرَه الضعيف الذى لاحول له ولا قوة يدفع بها ظلم الظالم والشريعة الاسلامية تأبى ذلك ولو لم يكن ذلك الا من باب سد الذرائع لكفى .

ولا يخفى أن محل هذا الرأى عند تحقق الاكراه بشروطه الشرعية المشار اليها فى المطلب الرابع من المبحث الأول من هذا الفصل . والله أعلم .

الفصل الثالث

تلف الأموال بفعل المضطر

وفيه مباحثان :

المبحث الأول

الاضطرار الى طعام الغير

لاخلاف بين الفقهاء رحمهم الله في أن من خاف على نفسه الهلاك أو المرض أو الضياع بحيث يضعف بسبب الجوع وينقطع عن رفقته ولم يجد الا طعام الغير فانه يباح له أن يتناول منه مايسد به رمقه وأصل ذلك أنه يجب على المضطر شرعا طلب حقه في ذلك لدفع الهلاك عن نفسه في حالة اضطراره .^(١)

يقول أبو محمد بن حزم : " فالمضطر فرَضَ عليه أن يسأل مايقوته هو وأهله مما لا بد لهم منه من أكل وسكنى وكسوة ومعونة فان لم يفعل فهو ظالم فان مات في تلك الحال فهو قاتل نفسه " .^(٢)

ويترتب على ذلك : أنه يتعين على صاحب الطعام تقديمه اليه اذا لم يكن هناك غيره ولم يكن بحاجة اليه، فان منعه منه كان للمضطر مقاتلته وأخذه منه قهرا ، يقول القرطبي : " قال أبو عمر : وجملة القول في ذلك أن المسلم اذا تعين عليه رد رمق مهجة المسلم ، وتوجه الفرض في ذلك ، بأن لا يكون هناك غيره ، قضي عليه بترمييق تلك المهجة الأدمية ، وكان

(١) أحكام القرآن للجصاص (١/١٦٠) ، الفتاوى الهندية (٥/٣٧٧) ، الفتاوى البزازية (٦/١٨٧، ٣٦٦) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٤) ، الجامع لأحكام القرآن (٢/٢٢٥) ، التاج والاكليل (٣/٢٣٤) ، الفواكه الدوانية (٢/٣٧٧) ، المجموع (٩/٣٤، ٣٧) ، المغنى (٩/٤١٥، ٤٢١) ، شرح منتهى الارادات (٣/٤٠٠) ، كشاف القناع (٦/١٩٧) ، التنقيح (ص ٣٨٥) ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٨/٧٥ - ٧٦) ، (٢٩/١٩١) ، مغنى المحتاج (٤/٣٠٨) ،
الأم (٢/٢٢٥) .

(٢) المحلى (١٠/١٤٣) .

للممنوع منه ماله، من ذلك محاربة من منعه ومقاتلته وان أتى ذلك على نفسه ... ولاخلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجئة المسلم عند خوف الذهاب والتلف بالشئ اليسير الذي لامضرة فيه على صاحبه وفيه البلغة" (١) .

وإذا واجب على صاحب الطعام بذله للمضطر اليه فان الفقهاء من الشافعية والحنابلة قد نصوا على أنه إذا لم يبذله له مجانا فان لم يقدر العوض فانه يلزم المضطر البذل وهو مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا .

وان قدر العوض : فان كان المقدر ثمن المثل فالبيع صحيح . وان كان أكثر من ثمن المثل لم يلزمه الاثمن المثل عند الحنابلة ووجه عند الشافعية صححه الرويانى ، وهناك وجهان آخران :

(أحدهما) يلزمه المسمى لأنه التزمه بعقد لازم قال النووي : وهذا عند القاضى أبى الطيب ورمز اليه بأنه أصح الأوجه .
(الثانى) ان كانت الزيادة لاتشق على المضطر ليساره لزمته والافلا وقد اختار هذا الوجه الماوردى .

وذهب بعض الفقهاء مثل شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الى التفريق بين الغنى والفقير فاختارا وجوب البذل للفقير مجانا من غير عوض لوجوب المواساة واحياء النفوس ، يقول ابن القيم رحمه الله : "ويجب على صاحب المال بذل ذلك له اما بالثمن أو مجانا على الخـلاف فى ذلك والصحيح وجوب بذله مجانا لوجوب المواساة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك والايشار بالفضل مع ضرورة المحتاج" (٥) .

-
- (١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٢/٢٢٥ - ٢٢٦)
 - (٢) المجموع (٣٨/٩)، مغنى المحتاج (٤/٣٠٩)
 - (٣) شرح منتهى الارادات (٣/٤٠١)، كشف القناع (٦/١٩٧)، المغنى (٩/٤٢١)، الانصاف (١٠/٣٧٤ - ٣٧٥)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٢٨/٧٥ - ٧٦)
 - (٤) مجموع الفتاوى (٢٩/١٩١)
 - (٥) اعلام الموقعين (٣/١١)

وهذا القول قد استحسنته ابن رجب من الحنابلة فقال : " واختيار
الشيخ تقي الدين أن المضطر إن كان فقيرا وجب بذله له مجانا لأن اطعامه
فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغنى فإن الواجب معاوضته
فقط وهذا حسن " (١) .

هذا في حال ما إذا كان صاحب الطعام حاضرا . فان كان غائبا
فأكل منه المضطر بغير اذنه لدفع الهلاك عن نفسه فقد ذهب جمهور الفقهاء
أيضا إلى أنه يلزمه دفع العوض للمالك إن كان معه في الحال والالزمه
في ذمته وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في القول
المشهور .

وهناك قول آخر عند المالكية وهو أنه إذا كان فقيرا فلا يلزمه
دفع العوض لأن الدفع كان واجبا على المالك والواجب لا يؤخذ له عوض وقد
أخذ بهذا القول ابن حزم الظاهري . (٦)

وقد ردَّ القاضي عبد الوهاب من المالكية هذا الرأي الذي يقضى بنفسه
الضمان المالي عن المضطر إذا لم يكن معه مال حاضر وقت الالتفان فقال :
" إذا اضطر إلى طعام الغير ولا عوض معه في الحال أخذه بعوض في ذمته

-
- (١) القواعد في الفقه الاسلامي (ص ٢٢٨) .
 - (٢) بدائع الصنائع (٤٤٦٢/٩)، الدر المختار ورد المختار عليه (٣٣٨/٦) ،
الفتاوى الهندية (٣٣٨/٥) .
 - (٣) المجموع (٣٨/٩)، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١٧٦/٢)، مغنى
المحتاج (٣٠٨/٤ - ٣٠٩)، شرح النووي على صحيح مسلم (٢٩/١٢)، معالم
السنن (٨٩/٣) .
 - (٤) شرح منتهى الارادات (٤٠٠/٣ - ٤٠١)، كشف القناع (١٩٧/٦)، المغنى
(٤٢١/٩)، التنقيح (ص ٣٨٥)، القواعد (ص ٢٢٨) .
 - (٥) الفروق (١٩٦/١)، الاشراف على مسائل الخلاف (٢٥٨/٢) .
 - (٦) حاشية الدسوقي (١١٦/٢)، الفروق (١٩٦/١)، (٩/٤ - ١٠)، قوانين الأحكام
الشرعية (ص ١٩٤)، التاج والاكلیل (٢٣٤/٣)، الكافي في فقه أهل
المدينة (٣٧٩/١)، منح الجليل (٥٩٨/١ - ٥٩٩) .
 - (٧) المحلي (٢٥٩/٩) .

خلافاً لمن قال يأخذه بغير عوض لأن ذمة الانسان تجرى مجرى عين ماله فلما ثبت أنه لو كان واجدا للمال لم يجز أن يأكله الا بعوض يبذله كذلك إذا كان له ذمة" (١) .

وقال القرافي بعد أن اختار هذا القول : " لأن اذن المالك لم يوجد وانما وجد اذن صاحب الشرع وهو لا يوجب سقوط الضمان وانما ينفي الاثـم والمواخذة بالعقاب ولأن القاعدة : أن الملك اذا دار زواله بيــــن المرتبة الدنيا والمرتبة العليا حمل على الدنيا استصحابا للملك بحسب الامكان وانتقال الملك بعوض هو أدنى رتب الانتقال وهو أقرب لموافقة الأصل من الانتقال بغير عوض" (٢) .

فالحاصل أن ترخيص الشارع وابعائه استهلاك مال الغير بدون اذنه لداعى الضرورة لايسقط عن الفاعل المسئولية المالية ولايعفيه من ثبوت مثل ما أتلفه أو قيمته ديناً في ذمته لمالكة فالأعدار الشرعية لاتنافى عصمة المحل ، والاباحة للاضرار لاتنافى الضمان بخلاف اذن المالك وللقاعدة الفقهية " الاضرار لايبطل حق الغير" يقول على حيدر عند شرح هذه القاعدة : " ان الاضرار وان أباح للمضطر تناول واتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه عقاب ، لا يكون سببا للخلاص من الضمان وهنــــا اذا اعترض بقاعدة الضرورات ما دامت تبيح المحظورات فيجب عدم الضمان فردا على ذلك نقول : القصد من الاباحة هذه انما هو تجويز اتلاف المال بدون رضا صاحبه ، وأن لا يعد الفاعل غاصبا ، الا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الاباحة لاتكون سببا لضياع الحقوق على ذويها" (٤) .

وبهذا يتبين لنا قوة ماذهب اليه جمهور الفقهاء من لزوم الضمان على المضطر اذا طالبه المالك بالضمان سوا كان المضطر غنيا أم فقيرا

(١) الاشراف على مسائل الخلاف (٢/٢٨٥) .

(٢) الفروق (١/١٩٦) .

(٣) رد المحتار (٦/٣٨٨) ، مغنى المحتاج (٤/٣٠٩) ، شرح منتهى الارادات

(٣/٤٠١) ، كشف القناع (٦/١٩٧) .

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٨ - ٣٩) .

الآنه يلزمه انظار المعسر لقوله تعالى : " وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ^(١) "، فهذه الآية دليل على وجوب انظار المعسر مما يدل على أنسه لا يجب اسقاط مافى ذمته الا أن ذلك أمر مرغّب فيه بين المسلمين فقد قال تعالى في آخر الآية : " وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ^(٢) " .

(١) البقرة : ٢٨٠

(٢) البقرة : ٢٨٠

المبحث الثاني

الاضطرار الى اتلاف بعض المال لصيانة الباقي

يحمل أحيانا حريق كبير فى منازل أو خيام ونحو ذلك فيفطر الناس الى هدم بعض المنازل أو اتلاف بعض الخيام لمنع سريان الحريق الى الباقي حيث أنهم ان لم يفعلوا ذلك يتلف الجميع .

ومثل ذلك أيضا لو أشرفت سفينة على الغرق وفيها أمتعة وأموال لغير واحد فيفطر الركاب الى القاء بعض الأمتعة والأموال فى البحر لصيانة الباقي وهذا أمر لاخلاف بين الفقهاء فى جوازہ دفعا لأعظم المفسدتين بارتكاب أدناهما . ولاخلاف بينهم كذلك فى لزوم ضمان المال المتلف لأنه وكما ذكرنا فى المبحث السابق وان جاز للمفطر اتلاف مال الغير شرعا فان هذا الجواز انما يسقط عنه الاثم ولايعفيه من الضمان المالى لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير .

وان كان ابن حزم الظاهري قد خالف فى ذلك فذهب الى أن من خاف العطب فألقى متاع غيره بغير اذنه فلا ضمان عليه لأن من فى السفينة من الأدميين (١) مأمورون بتخليص أنفسهم ومن فعل ما أمر به فهو محسن وما على المحسنين من سبيل . ولكن هذا لا يسلم لابن حزم ويمكن أن يجاب عنه بما ذكره الشيخ على حيدر بقوله : " القعد من الاباحة هذه انما هو تجويز اتلاف المال بدون رضا صاحبه ، وأن لا يعد الفاعل غاصبا ، الا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الاباحة لا تكون سببا لضياع الحقوق على ذويها " (٢) .

وحيثما جعل اتفاق الفقهاء على ثبوت أصل الضمان فيما يتلف من مال الغير اختلفوا فيما يتحمل هذا الضمان ويطالب به هل هو المتلف وحده أو يوزع على جميع المستفيدين عملا بالقاعدة الفقهية : " الغنم بالغرم " .

سوف نعرض رأى الفقهاء فى مسألة الطرح من السفن اذا هال البحر وخيف غرق السفينة وهى المسألة التى بحثها الفقهاء وغيرها مما شابهها يأخذ حكمها .

(١) المحلى (٣٣/٩) .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٩/١) .

فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا حصل اتفاق بين ركاب السفينة على الطرح من الأموال التي على ظهر السفينة أنهم يشتركون في ضمان المال المطروح، ثم اختلفوا في كيفية الضمان وهل هو على قدر الرؤوس أو على قدر الأموال .

نص الحنفية على أن الضمان يوزع بين الشركاء على قدر الرؤوس وهذا مخصوص فيما إذا خيف على الأنفس فقط .

أما إذا خيف على الأمتعة فقط كما إذا لم يخش على الأنفس وخشي على الأمتعة بأن كان الموضع لا تغرق فيه الأنفس وتتلغ فيه الأمتعة فهي على قدر الأموال .

وان خيف على الأنفس والأموال فألقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما فمن كان غائبا وأذن باللقاء إذا وقع ذلك اعتبر ماله لانفسه وان كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه . ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه .

وذهب المالكية الى توزيع الضمان بين الشركاء على قدر مال التجارة فقط فيوزع ما طرح على مال التجارة فقط دون غيره كقشر الانسان وغطائه وزاده مما ليس للتجارة فيه مدخل لأن المقصود من ركوب البحر انما هو مال التجارة لانفس المركب ولا صاحبه ولا النواتية ولو عبيد^(٤)

(١) الدر المختار ورد المختار عليه (٢٧١، ١٨٤/٦)، النتف في الفتاوى للسعدى (٧٩١/٢)، الفروق (٨/٤)، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢٩٠/٢ - ٢٩١)، مغنى المحتاج (٩٤/٤)، روضة الطالبين (٣٤١/٩)، كشاف القناع (١٤٦/٤)، الانصاف (٢٢١/٥) .

(٢) رد المختار (٢٧١/٦) .

(٣) الفروق (٨/٤)، تهذيب الفروق (٢٤/٤)، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢٩٠/٢ - ٢٩١)، الفواكه الدواني (١٧٠/٢) .

(٤) النواتى : الملاحون فى البحر الواحد نوتى . قال ابن فارس : النون والواو والتاء ليس عندى أصلا على أنهم يقولون : نات - ينوت - وينت إذا تمايل من ضعف . فاذا صح فلعل النوتى وهو الملاح منه . انظر فى ذلك معجم مقاييس اللغة (٣٦٥/٥)، ترتيب القاموس المحيط (٤٥٦/٤) .

ولا مايراد للقنية أو للنفقة لأن هذه كلها وسائل ولا يرجع بالمقاصد الاضى
المقاصد .

هذا اذا كان فيها مال تجارة وغيره أما اذا لم يكن فيها مال
تجارة وانما فيها ذوات الأدميين وغطاؤهم فيرمى الغطاء والوطاء ويوزع
على باقى أموالهم .

وقد أفنى محمد بن ميسر أحد فقهاء المالكية بعدم التفريق بين
مال التجارة ومال القنية فقد سأله يحيى بن عمر عن سفينة تقدم بلدة
وفى السفينة تجارة لغيرهم فتجارتهم وغير تجارتهم أصابهم هول فى البحر
وارتجاج عظيم فطرحوا بعض حمولة المركب منه ما طرح للتجارة ومنه ما طرح
للقنية ؟ فأجاب : " فى كل ما سألت عنه ما طرح على وجه النجاة من الأمتعة
(١)
وكانت لتجارة أو غيرها وما كان لكراء أو لم يكن فسبيلها واحد وهم
شركاء فيما سلم وما طرح على قيمة رؤوس أموالهم فى الموضع الذى حملوا
منه . وليس على السفينة ولا على خدم المركب ولا على النواتية ولا على
الأحرار شيء وانما يكون على المتاع " .

وبناء على ذلك : فقد نص الحنفية على أن العبرة بقيمة المطروح
(٢)
هى القيمة مشرفا على الهلاك فان له قيمة وان قلت لاحتمال النجاة .
وقال الشافعية : تعتبر قيمة الملقى حيث أوجبناها قبيل هيجان
(٣)
البحر اذ لا قيمة له حينئذ ولا تجعل قيمته فى البحر مع الخطر كقيمته
فى البر .

وقال المالكية : يشارك أهل المطروح من لم يطرح لهم شيء فيكون
ما طرح وسلم لهم جميعا فى نمائه ونقصه بشمته يوم الشراء ان اشتروا
من موضع واحد بغير محاباة .

-
- (١) المعيار المعرب (٣١١/٨) . وانظر الفروق (١٠/٤) وقد جاء فيه :
"مع أن الظروفى قال القياس التسوية بين القنية والتجارة
لأن العلة صون الأموال والكل يشغل السفينة " .
(٢) الدر المختار ورد المختار عليه (١٨٤/٦)
(٣) مغنى المحتاج (٩٤/٤) ، نهاية المحتاج (٣٦٨/٧) .

هذا اذا ألقى متاع غيره بنفسه أما لو طلب من مالكه أن يطرح متاعه في حالة الخوف فقد نص الشافعية والحنابلة على أن من التمس من غيره أن يلقى متاعه في حالة الخوف فألقاه فان الملتبس يضمن لصاحب المتاع متاعه اذا التزم له بالضمان مثل أن يقول الق متاعك وعلسى ضمانه .

واستثنى الشافعية من هذه الحالة ما اذا كانت المصلحة تعود للنسب صاحب المتاع فقط فقالوا : لاشء على الملتبس .

وإذا قلنا بضمان الملتبس فهل يضمن الجميع أو يضمن حصته فقط ؟ هذا يتوقف على كيفية التماسه جاء في الاقناع وشرحه : ^(١) " وان قائل ألقه في البحر وأنا ضامن ضمن الأمر به الجميع وحده لأن ضمان مالم يجب صحيح . وان قال : ألقه في البحر وأنا وركبان السفينة ضامنون وأطلق ضمن الأمر وحده بالحصّة لأنه لم يضمن الجميع وانما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يسر قوله علسى الباقين ، وان قال : ألقه في البحر وكل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته ضمن أي لزم القائل وحده ضمان الجميع سواء كانوا أي ركبان السفينة يسمعون قوله فسكتوا أو قالوا لانفعل ، أو لم يسمعوا قولسه لأن سكوتهم لايلزمهم به حق " .

القول الثاني :

للمالكية؛ فقد ذهبوا الى عدم التفريق بين من طرح متاع نفسه أو متاع غيره باذنه أو بغير اذنه قالوا : لأن الطارح صان بالمطروح مالهم والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح اذ ليس أحدهم بأولى من الآخر وهو سبب سلامة جميعهم . ^(٢)

(١) كشف القناع (٣/٣٧٠) .

(٢) الفروق (٤/٨ - ٩) .

وقد علل الدكتور صلاح الدين الناهى قول المالكية هذا فى توزيع أعباء مخاطر البحار على كل الركاب سواء اتفقوا على الطرح أم لم يتفقوا بقوله : " أما قاعدة الفقه المالكى فصادرة عن الاقرار بعرف بحرى قديم وجده المسلمون متعارفا فى حوض البحر الأبيض المتوسط والبحار المجاورة له كالبحر الأحمر فأقرُّوه لما فيه من عدالة فى توزيع أعباء مخاطر البحر والتجارة البحرية على كل ركاب السفينة نظرا لاستفادتهم جميعا من طرح البضاعة الزائدة انقاذا للسفينة وركابها وحمولتها بحيث يمكن القول بأن قاعدة طرح البحر تخضع لمبدأ الغرم بالغنم ولقواعد الكسب دون سبب " (١)

(٢)
القول الثالث : للظاهرية :

وقد ذهبوا الى أن من خاف العطب فألقى متاع غيره بغير اذنه فلا ضمان عليه لأن من فى السفينة من الأدميين مأمورون بتخليص أنفسهم ومن فعل ما أمر به فهو محسن وما على المحسنين من سبيل .
الا أنه يلزمه أن يبدأ برمي الأثقل فالأثقل الا اذا كان فى رمى الأثقل كلفة يطول أمرها ويخاف غرق السفينة ويرجى الخلاص برمي الأخف ررمى الأخف حينئذ .

وأما من رمى الأخف وهو قادر على رمى الأثقل فهو ضامن لما ررمى من ذلك لايضمنه معه غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : " ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام " (٣)

(١) انظر تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهى لكتاب النتف فى الفتاوى

• (٩٠٤/٢ - ٩٠٥)

(٢) المحلى (٣٣/٩) •

(٣) أخرجه البخارى (٣٥/١) كتاب العلم باب (٣٧)، ومسلم (١٣٠٦/٣) كتاب

القسامة باب (٩) (٨٨٩/٢) كتاب الحج باب (١٩)، والترمذى (٤٦١/٤) ،

كتاب الفتن باب (٢)، وابن ماجه (١٠١٥/٢)، كتاب المناسك باب (٧٦) ،

والامام أحمد فى المسند (٢٣٠/١) •

وبعد عرض أقوال الفقهاء وامعان النظر فيها نجد أنهم متفقون على أصل الضمان وأنه لا يذهب مال هدرا على صاحبه ولو في حال الضرورة الاقوال ابن حزم الظاهري وهو قول معارض للقواعد الفقهية المتفق عليها .

انما الخلاف بينهم قد حصل فيمن يتحمل هذا الضمان هل هو المتلف وحده وهو ما ذهب اليه أصحاب القول الأول تطبيقا للقاعدة العامة في الضمان وهي الزام متلف مال غيره بضمان ما أتلف وعدم تعدى هذا الضمان الى غيره .

أو أن المتلف قد قام بواجب يجب على الجميع وهو حفظ نفوسهم وأموالهم فاستفادوا جميعا من فعله والقاعدة أن الغرم بالغنم فيشتركون معه في هذا الضمان وهو ما ذهب اليه المالكية ولعله أقرب الأقوال الى قواعد الشرع لما فيه من العدل في تحمل التبعة ، والله أعلم .

الفصل الرابع

تلف الأموال بسبب جنابة الحيوانات السائبة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

تلف الأموال بسبب جنابة الحيوانات المستأنسة، والطيور الأليفة.

المطلب الأول : اتلاف المواشى السائبة للزرع والشمار وغيرها من الأموال

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : اتلاف المواشى السائبة للزرع والشمار .

إذا انفلتت المواشى على الزرع والشمار فأتلفتها فلفقها ففى

ذلك قولان :

القول الأول :

لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو التفريق

- (١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٥٨/٤)، تبصرة الحكام (٣٥٥/٢) - (٣٥٦)، الكافي فى فقه أهل المدينة (١٧٦/٢ - ١٧٧)، شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك (٣١٢/٨)، أحكام القرآن لابن العربي (١٢٦٨/٣ - ١٢٧٠) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٣١٤/١١ - ٣١٧)، الفواكه الدوانى (٣٢١/٢ - ٣٢٢)، أضواء البيان (٦٧١/٤) .
- (٢) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٠٦/٤)، المهذب (٢٩٠/٢)، شرح النووى على صحيح مسلم (٢٢٥/١١)، اختلاف الحديث للشافعى مع الأم (٤٠٢/٧) ، شرح السنة للبعوى (٢٣٦/٨)، معالم السنن للخطابى (٨٢٩/٣)، روضة الطالبين (١٩٦/١٠ - ١٩٧) .
- (٣) المغنى (١٨٨/٩)، الانصاف (٢٤٠/٦ - ٢٤٢)، كشف القناع (١٤١/٤ - ١٤٢) ، شرح منتهى الارادات (٤٣٠/٢)، غاية المنتهى (٢٤٨/٢)، التنقيح المشبع (٢٣٥) .

بين جنابة المواشى السائبة فى الليل أو فى النهار :

(أ) فما أتلفته ليلا فالضمان على صاحبها اذا فرط فى حفظها بأن يكون

هو المسيب لها .

فان لم يفرط فى حفظها ليلا فلاضمان عليه وذلك بأن أحكم ربطها فانحل الرباط، أو أغلق الباب عليها ففتح له، أو انهدم الجدار فخرجت أو خلاها فى مكان بعيد لم تجر العادة بردها منه ليلا الى المنزل .

وزاد الشافعية : وكذلك الحال ان كان التفريط من صاحب الزرع بأن كان الزرع محوطاً وله باب لم يغلقه صاحبه فلا ضمان فى الأصح ولو ليلا لأنه مقصر بعدم اغلاقه .

(ب) ما أتلفته نهارا فهو هدر لا ضمان فيه هذا هو الأصل وعليه بعض

الاستثناءات :

(١) اذا حصل من صاحبها تفريط أو تعدد لزمه الضمان وذلك مثل أن تكون

الزروع متصلة ببعضها أو كانت المرعى متوسطة المزارع فأرسل ماشيته فيها نهارا من غير راع يحفظها فهو بذلك مفرط حيث أرسلها قرب المزارع سائبة من غير راع وهو متعدد لأنها تفسد فى مثل هذه الحال ولا بد .

(٢) نص الشافعية والحنابلة على أن رب الماشية يضمن ما أتلفته نهارا

اذا عجز رب الزرع عن حفظ زرعه اما لكثرة المواشى المنفلتة نهارا أو لكثرة المزارع المحيطة بمزرعته بحيث لو أخرجها من مزرعته لزم ادخالها فى مزرعة غيره . ولو فعل ذلك لزمه ضمان ما أتلفه فى مزرعة غيره لأنه ليس له أن يقي ماله بمال غيره بل عليه أن يصبر ويتركها فى زرعه ويغرم صاحبها ما أتلفت .

(٣) نص المالكية على أن هذا الأصل مقصور على المواشى المعتادة وهى

التي لاتعرف بالعداء .

أما المواشى غير العادية والمعروفة بالعداء وأكل الزروع أو ماتسمى

بالبهائم الضارية فان صاحبها يضمن ما أفسدته نهارا هذا هو الأصل فيها

واستثنى من ذلك حالتين :

(الأولى) إذا سرحها صاحبها بعيدا عن الزرع بحيث يغلب على الظن أنها لا تذهب للزرع فلا ضمان عليه .
 (الثانية) أن لا يسرحها بعيدا عن الزرع إلا أنه قد جعل معها راع بيّد أن الراعى عجز عن دفعها عن الأفساد فى الزرع ففى هـ الحالة أيضا لاضمان على ربيها ولاعلى الراعى لعدم تفريطهما فان فرط الراعى وأهمل فى حفظها ودفعها عن الزرع مع قدرته على ذلك فانه يضمن ما أفسدت لتقصيره .^(١)

هذا هو قول جمهور الفقهاء بالتفريق بين الليل والنهار فيضمن رب العاشية ما أتلفته ليلا دون النهار فى الجملة . غير أن هذا القول ليس ثابتا لا يتغير لأنه مرتبط بعرف الناس ومبني على عاداتهم فقد نص الشافعية والحنابلة على أنه لو تعود أهل بلد ارسال البهائم ليلا وحفظها نهارا أو حفظ الزرع ليلا من قبل أصحابه انعكس الحكم فيضمن مرسلها ما أتلفته نهارا دون الليل اتباعا لمعنى الخبر والعادة .^(٢)

القول الثانى :

للحنفية والظاهرية وهو : أن ماتلفه المواشى من غير أن يحملها أحد أو يسيرها هدر لاضمان فيه سواء كان فى ليل أو نهار فان حملها على الاتلاف أو سيرها وأطلقها فيه فانه يضمن حينئذ لأنه فعله، وكذلك إذا فرط فى منعها من اتلاف مال الغير بأن شاهدها تتلف فتركها فانه

- (١) راجع فى ذلك الشرح الكبير (٣٥٨/٤)، الفواكه الدوانى (٣٢١/٢ - ٣٢٢) .
 (٢) راجع فى ذلك : مغنى المحتاج (٢٠٦/٤)، نهاية المحتاج (٤٢/٨)، روضة الطالبين (١٩٦/١٠)، الانصاف (٢٤٢/٦)، الاقناع وشرحه كشف القناع (١٤٢/٤) .
 (٣) احكام القرآن للجصاص (٥٣/٥)، الدر المختار (٦٠٨/٦)، تبيين الحقائق (١٥٣/٦)، المبسوط (١٩٢/٢٦)، الهداية (٣٣١/١٠ - ٣٣٢) مع شرح فتح القدير، تفسير أبى السعود (٧١٨/٣)، روضة القضاة مجلد (١٢٣٤/٢)، الفتاوى الهندية (٥٢/٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٨٤/١)، (٥٦٧/٢) .
 (٤) المحلى (٣٣٥/١٢)، (٥٨٢/٨) .

يضمن أيضا ولا فرق في ذلك بين الليل والنهار .
 يقول الجصاص: ^(١) " وأصحابنا لا يرون في ذلك ضمانا لاليل ولا نهارا
 إذا لم يكن صاحب الغنم هو الذى أرسلها فيه " .
 ويقول ابن حزم: ^(٢) " والقول عندنا فى هذا كله هو ما حكم به رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وثبت عنه من أن العجماء جرحها جبار وعملها
 جبار . فلا ضمان فيما أفسده الحيوان من دم أو مال لاليل ولا نهارا ، فإن
 أتى بها وحملها على شيء وأطلقها فيه ضمن حينئذ لأنه فعله ليلا كأن
 أو نهارا " .
 غير أن للظاهرية فى المسألة تفصيلا وتقييدا مهمما وبيانه: ^(٤)

-
- (١) أحكام القرآن (٥٣/٥) .
 (٢) المحلى (٣٣٥/١٢) .
 (٣) يعنى به الحديث الذى رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " العجماء جرحها جبار " وهذا الحديث قد أخرجه :
 البخارى (٤٦/٨ - ٤٧) كتاب الديات باب (٢٨ - ٢٩) ، مسلم (١٣٣٤/٣) ،
 كتاب الحدود باب (١١) ، أبو داود (٧١٥/٤) كتاب الديات باب (٣٠) ،
 الامام مالك فى الموطأ (٨٦٨/٢ - ٨٦٩) كتاب العقول باب (١٨) ، ابن
 ماجه (٨٩١/٢) كتاب الديات باب (٢٧) ، الامام أحمد فى المسند
 (٢٥٤، ٢٣٩، ٢٢٨/٢) .
 قال الامام مالك: " الجبار أنه لادية فيه " . انظر الموطأ (٨٦٩/٢) .
 وقال أبو عمر بن عبد البر: " لا يختلفون أن الجبار الهدر الذى
 لأرشفه على ما قال مالك . والعجماء عند العرب كل بهيمة وسبع
 وحيوان غير ناطق مفصح . وقال أهل اللغة: الجبار الهدر الذى
 لا يجب فيه شيء وجرح العجماء جنايتها " . انظر التمهيد (١٩/٧ - ٢١) .
 وقال النووى: " والمراد بجرح العجماء اتلافها سواء كان بجرح
 أو غيره " انظر شرح صحيح مسلم (٢٢٥/١١) .
 وقال القاضى عياض: " وإنما عبر بالجرح لأنه الأغلب أو هو مشال
 نبيه على ما عده " . انظر شرح الزرقانى على الموطأ (٤٦/٤) ، فتح
 البارئ (٨٤/٢٦) . وقال الخطابى: " العجماء البهيمة وسميت عجماء
 لعجمتها وكل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم والجبار الهدر " . انظر
 معالم السنن (٧١٥/٤) .
 (٤) المحلى (٣٣٧/١٢) .

(أ) أن من كان زرعهُ في المكان الذي اعتاد أن يُسَرَّحَ فيه أرباب المواشى مواشِيهم للرعى فإن صاحب الزرع يكلف أن يحظَرَهُ على زرعهِ وعرسه بما يدفع ذلك من بناء أو غيره إذ لا ضرر عليه في ذلك بل الحائظ لله ودفع الاضاعة عن ماله ولا يجوز أن يمنعَ الناسَ عن ارعَاءِ مواشِيهم هنالك كما لا يجوز أن يمنعَ هو من احياءِ ما قَدَرَ على احيائه من ذلك الموات .

(ب) أما المزارع المتصلة التي لا مسرح فيها فليس عليهم تكليف الحظر فمن أطلق مواشيه هناك عامداً أو سهواً أو مبهماً الأدب الموجع وبيعت عليه مواشيه ان عاد وضمن ما يباشر اطلاقها فيه .

أدلة القولين والمناقشة والترجيح .

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بما يلي :

(١) ان أصل الضمان ثابت في القرآن الكريم فقد قال تعالى :
 "وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ . فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّا آتَيْنَاهَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ " (١)

وقد تناقل المفسرون ما قاله بعض السلف كمجاهد ومسروق والزهرى حول هذه الآية من أن داود عليه السلام حكم لأهل الحرث بأن يأخذوا الغنم التي أفسدت زرعهم . ثم فهم الله سليمان عليه السلام الحكم فحكم بأن يأخذ أصحاب الحرث الغنم ولهم ما خرج من ألبانها وأصوافها وأولادها . ويقوم صاحب الغنم على الزرع الذي أفسدته غنمه حتى يرجع كما كان ثم يستعيد غنمه ويعيد الحرث الى صاحبه . (٢)

(١) الأنبياء : ٧٨ - ٧٩

(٢) راجع في هذه الرواية : تفسير القرآن العظيم لابن كثير (١٨٦/٣) ، تفسير أبي السعود (٧١٧/٣ - ٧١٨) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٢٦٦/٣) ، الجامع لأحكام القرآن (٣٠٧/١١) ، أضواء البيان (٦٧٠/٤) ، فتح القدير للشوكاني (٤١٨/٣) ، أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٥) ، تفسير الشيخ عبدالرحمن بن سعدى (١٢٤/٤) ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٥٦٣/٢٠) .

فوجه الاستدلال بهذه الآية أن النبيين عليهما السلام ضمنا أصحاب الغنم ما أكلت من زرع في الليل لأن النفس لا يكون إلا في الليل . أما في النهار فلا يطلق عليه نفس وإنما همل^(١) .

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن تضمين داود وسليمان عليهما السلام لم يرد صراحة في الآية وإنما ورد بأنهما قد حكما ولانعلم ماهية هذا الحكم فقد قال ابن العربي : "وما قضى به داود وسليمان غير معلوم على التعيين ممن يقطع بمدقه" .

وأما ما نقل عن بعض السلف فقد أعله ابن حزم بالارسال لأنهم قد رووا عن سليمان عليه السلام وبينهم وبينه زمن طويل وقال : " ولو رووا لنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قامت به حجة لأنهم مرسـل"^(٣) .

والحاصل : هو أنه إذا ثبت صحة هذه الرواية وأن هذا ما حكم به نبي الله سليمان عليه السلام فغاية ما تدل عليه هو ثبوت أصل الضمان وهذا ما قصده الجمهور من الاستدلال بهذه الآية لأن صفة الضمان قد ثبتت في شرعنا مخالفة لحكم نبي الله سليمان عليه السلام فحكمه كما ورد في الرواية يتضمن : مثل الزرع التالف . يضاف إليه منافع الغنم وزوائدها المتملة والمنفصلة في كامل المدة بين الاتلاف والتعويض وهو زيادة على المثل . وهذا قد جاء شرعنا بخلافه فتعين علينا الاعتناء بشرعنا وفي هذا المعنى يقول ابن عبد البر : "قال الله عز وجل لمحمد صلى الله عليه وسلم عند ذكر من ذكر من أنبيائه في سورة الأنعام " أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده " فجاز الاقتداء بكل ما ورد به القرآن من شرائع الأنبياء إلا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، من نسخ في الكتاب ، أو سنة

-
- (١) أحكام القرآن لابن العربي (١٢٦٨/٣) ، أحكام القرآن للجصاص (٥٤/٥) ،
الفروق (١٨٦/٤) ، التمهيد (٨٤/١١) .
(٢) أحكام القرآن (١٢٦٨/٣) .
(٣) المحلى (٥٨٥/٨) .
(٤) التمهيد (٨٤/١١) .

واردة عن النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك تبين مراد الله، فيعلم حينئذ أن شريعتنا مخالفة لشريعتهم فتحمل على ما يجب الاحتمال عليه من ذلك " .

وقد ثبت في شرعنا أصل الضمان وصفته في الحديث الذي رواه أصحاب السنن وهو الدليل الثاني لأصحاب هذا القول وهو :

(٢) مارواه الامام مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه ففرض رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها" .^(١)
يقول الخطابي : " وهذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة في هذا الباب ويشبهه أن يكون انما فرق بين الليل والنهار في هذا

(١) رواه الامام مالك في الموطأ (٧٤٧/٢) كتاب الأضحية باب (٢٨)، وأبو داود (٨٢٨/٣) كتاب البيوع باب (٩٢) من طريق معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه، وكذلك رواه موصولا من طريق الأوزاعي عن الزهري عن حرام بن محيصة الأنصاري عن البراء بن عازب .
ورواه ابن ماجه (٧٨١/٢) كتاب الأحكام باب (١٣) وابن حبان انظر موارد الظمآن (ص ٢٨٤) قال عنه ابن عبد البر : " هذا الحديث وان كان مرسلاً فهو حديث مشهور أرسله الأئمة الثقات واستعمله فقهاء الحجاز وتلقوه بالقبول وجرى في المدينة به العمل" . انظر التمهيد (٨٢/١١) .

وقال الامام الشافعي : " أخذنا بحديث البراء لشبوته ومعرفة رجاله" انظر اختلاف الحديث مع الأم (٤٠١/٧) .

وقال ابن العربي : " وهذا صحيح لكلام فيه" انظر أحكام القرآن (١٢٦٧/٣)، وصححه الألباني انظر ارواء الغليل (٣٦٢/٥) .

وقال الشيخ الشنقيطي : " وصححه الحاكم فقال بعد أن ساق الحديث المذكور : وهذا حديث صحيح الاسناد على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي . فان معمر قال عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه وأقره الذهبي على تصحيحه ولم يتعقبه الى أن قال وعلى كل حال فالحديث المذكور احتج به جمهور العلماء منهم الأئمة الثلاثة" انظر أضواء البيان (٦٧١/٤) .

(٢) معالم السنن (٨٢٩/٣) .

لأن في العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار ويوكِّلون بها الحفظ والنواظير، ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار ويردونها مع الليل إلى المزارح فمن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع فكان كمن ألقى متاعه في طريق شارع أو تركه في غير موضع حرز فلا يكون على آخذه قطع " .

(١) ويقول ابن العربي: "وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم في ناقصة البراء بأن حفظ الزروع والشمار بالنهار على أربابها، لما على أهل المواشي من المشقة في حفظها بالنهار . وبأن حفظ الكل بالليل على أرباب المواشي، لأن ذلك من حفظ الزروع والشمار، وشاق على أربابها، فجرى الحكم على الأوفق والأسمح، بمقتضى الحنفية السمحة، ومجرى المصلحة، وكان ذلك أوفق للفريقين، وأسهل على الطائفتين، وأحفظ للمالين" .

(٢) ويقول ابن قدامة: "ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ وان أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم، وقد فسرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته" .

ثانياً : دليل أصحاب القول الثاني :

تمسك أصحاب القول الثاني بعموم الحديث الذي رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " العجماء جرحها جبار" .
(٣)

(٤) قالوا : فعموم هذا الحديث ينفي ماتميبه العجماء ليلاً أو نهاراً .

-
- (١) أحكام القرآن (٣/١٢٦٨) .
 (٢) المغنى (٩/١٨٨) .
 (٣) سبق تخريجه (ص ٩٩) .
 (٤) أحكام القرآن للجصاص (٥/٥٣)، تبیین الحقائق (٦/١٥٣)، المبسوط (٢٦/١٩٢)، المحلى (١٢/٣٣٥) .

وادعى الحنفية : أن هذا الحديث ناسخ للحكم المذكور في قصة البراء بن عازب رضى الله عنه الذى استدل به جمهور الفقهاء .
أما ابن حزم فلم يقل بنسخه ولكن رده لعدم اتصال سنده فقد قال :
" هذا خبر مرسل أحسن طرقه مارواه مالك ومعمر عن سفيان عن الزهري عن سعيد بن المسيب ، ومارواه ابن جريج عن الزهري عن أبي أمامة بن سهل فلم يُسند أحد قط من هاتين الطريقتين اللتين لو أسند منهما أو من احدهما لكان حجة يجب الأخذ بها . وإنما استند من طريق حرام بن سعد ابن محيصة مرة عن أبيه ولأصحبة لأبيه ومرة عن البراء فقط . وحرام بن سعد بن محيصة مجهول لم يرو أحد عنه إلا الزهري وما نعلم للزهري عنه غير هذا الحديث ، ولم يوثقه الزهري ، وهو قد يروى عن لا يوثق ، كروايته عن سليمان بن قُرم ونيهان مولى أم سلمة وغيرهما من المجاهيل والهلكى فسقط التعلق بهذا الخبر " .^(١)

وقد أجاب جمهور الفقهاء عن هذين الاعتراضين بما يأتى :

(١) دعوى نسخ حديث البراء بحديث أبي هريرة رضى الله عنهما لا تشبست لأن من شروط النسخ معرفة التاريخ وليس هناك دليل يدل على تأخر حديث أبي هريرة عن حديث البراء .^(٢)

ولأنه لا نسخ مع امكان الجمع بين الدليلين لأننا انما نحكم بأن

الأول منسوخ اذا تعذر علينا الجمع فاذا لم يتعذر وجمعنا بينهما بكلام مقبول أو بمعنى فلا نسخ .^(٣)

يقول الماوردى : " فى دلائل النسخ وهو أن يرد فى الشيء الواحد^(٤)

حكمان مختلفان فهما ضربان :

(أحدهما) أن يمكن استعمالهما ولا يتنافى اجتماعهما فهو ضربان :

-
- (١) المحلى (٣٣٤/١٢) وراجع (٥٨٤/٨) .
 - (٢) فتح الباري (٨٧/٢٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣١٥/١١) .
 - (٣) شرح الكوكب المنير لابن النجار (٥٢٠/٣) .
 - (٤) أدب القاضى (٣٦٠/٢) .

أحدهما : أن يكون أحدهما أعم من الآخر لعموم أحدهما وخصوص الآخر
 فيقضى بالأخص على الأعم فيستثنى منه " .
 وقد أرسى القرطبي هذا الأصل ثم خَرَجَ عليه مسألَتَنَا فقال : " والتعَارُضُ
 إنما يصح إذا لم يمكن استعمال أحدهما إلا بنفى الآخر، وحديث : " العجماء
 جرحها جبار " عموم متفق عليه . ثم خَصَّ منه الزرع والحوائط بحديث
 البراء لأن النبي صلى الله عليه وسلم لو جاء عنه في حديث واحد :
 العجماء جرحها جبار نهارا لا ليلا في الزرع والحوائط والحرث لم يكن
 هذا مستحيلا من القول فكيف يجوز أن يقال في هذا متعارض وانما هذا
 من باب العموم والخصوص " (١) .

وقال الامام الشافعي رحمه الله بعد أن ساق حديث البراء : " ولا يخالف
 هذا الحديث حديث " العجماء جرحها جبار " ولكن " العجماء جرحها جبار "
 جملة من الكلام العام المخرج الذي يراد به الخاص فلما قال صلى الله
 عليه وسلم : " العجماء جرحها جبار " ، وقضى رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فيما أفسدت العجماء بشيء في حال دون حال ذلك على أن ما أصابت
 العجماء من جرح وغيره في حال جبار وفي حال غير جبار

ثم قال : " وحديث : " جرح العجماء جبار " مطلق وجرحها افسادها ولا يعمل
 باطلاقه لأنه لا يحكم بنفيه مطلقا ثم يقضى فيه بحال " (٢) .
 وحيث لم تثبت دعوى النسخ التي أثارها الحنفية على حديث البراء
 حاول بعض الحنفية التشكيك في دلالة على الضمان ليلا ، بتأويل النص وفق
 مذهبهم وادعاء الاحتمال فيماتدل عليه عبارته .

(١) الجامع لأحكام القرآن (٣١٥/١١) ومثله قال الخطابي في معالم
 السنن (٨٢٩/٣) : " حديث العجماء جبار عام وهذا حكم خاص والعام
 يبني على الخاص ويرد إليه فالمعير في هذا الحديث الى حديث
 البراء " وقال البيهقي في شرح السنة (٢٣٧/٨) : " هذا حديث عام خصه
 حديث البراء " . وقال ابن العربي في أحكام القرآن (١٢٦٩/٣) :
 " وتحقيق المسألة أن معنى حديث العجماء جبار وهذا ينفي الضمان
 كله . ومعنى حديث البراء وهو نص في الفرق بين الليل والنهار
 فوجب تخصيص حديث البراء بحديث العجماء " وراجع ذلك بشكل أوسع

في التمهيد (٨٦/١١) .

(٢) اختلاف الحديث مع الأم (٤٠١/٧ - ٤٠٣) . حديث العجماء بحديث البراء « والله أعلم .

كما هكذا نص الكتاب والصحيح كالآتي : « فوجب تخصيصه

(١) فقال الجصاص: "وجائز أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الضمان في حديث البراء إذا كان صاحبها هو الذي أرسلها فيه ويكـون فائدة الخبر - أنه معلوم أن السائق لها بالليل بين الزروع والحواسط لا يخلو من نفس بعض غنمه في زروع الناس وان لم يعلم بذلك فأبان النبي صلى الله عليه وسلم عن حكمها إذا أصابت زرعاً ويكون فائدة الخبر - ايجاب الضمان بسوقه وإرساله في الزروع وان لم يعلم بذلك وبين ماتساوى حكم العلم والجهل فيه ... الى أن قال: وإذا كان ذلك محتملاً للمثبت فيه دلالة على موضع الخلاف".

ولكن هذا تأويل للنص بغير برهان ومجرد توهم وليس باحتمال معتبر فلاتقوم به حجة في نظري لأنه لا دليل عليه فيكون ساقطاً من أصله ولو قبلنا مجرد الاحتمال على الأدلة لما صح لنا استدلال.

(٢) أما دعوى ابن حزم: أن حرام بن سعد بن محيصة مجهول لم يرو عنه إلا الزهري ولم يوثقه فقد أجاب عنها الحافظ ابن حجر رحمه الله فقال: "قلت: وثقه ابن سعد وابن حبان لكن قال لم يسمع من البراء وعلى هذا فيحتمل أن يكون قول من قال فيه عن البراء أي عن قصة البراء فتجتمع الروايات".

وأما كونه مرسلًا فيكفي أنه قد أخذ به أئمة الحديث الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله بل إن الإمام الشافعي قال فيه: "فأخذنا به لشبوته باتصاله ومعرفة رجاله".

وصححه غير واحد من علماء الحديث كما أسلفنا ويكفينا من هذا كله مقال أبو عمر بن عبد البر أحد أعلام المحدثين حيث قال: "هذا الحديث وإن كان مرسلًا فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة وحدث به الثقات واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل وقد زعم الشافعي أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب فألفها صاحبها

(١) أحكام القرآن (٥٤/٥).

(٢) فتح الباري (٨٧/٢٦).

(٣) اختلاف الحديث مع الأم (٤٠١/٧).

وأكثر الفقهاء يحتجون بها وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث ^(١) .

وبعد هذا العرض لأدلة القولين ومناقشتها يبدو لى - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من التفريق بين ما تفسده المواشى بالليل فيكون مضمونا على أربابها وبين ما تفسده بالنهار فهو هدر فى الجملة ، وذلك لصحة ما استدلوا به وقوته وعدم صمود أدلة المعارض أمام الرد والمناقشة .

ولأن فى قول الجمهور اعمالا لجميع النصوص الواردة فى الباب . ولعل القول بالتفريق المرتبط بالعرف والعادة هو الموافق لسماحة الشريعة الاسلامية وحرصها على رفع الحرج والمشقة وحفظ الأموال لأربابها والله تعالى أعلم .

ومتى قلنا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تضمين أرباب المواشى ماتلفه مواشيه من الزروع والشمار ليلا . وكذلك ماتلفه نهـارا اذا حصل منهم تعدد أو تفصير فما هى كيفية ضمان الزروع التالفة .
(أ) نص المالكية على أنه ^(٢) يضمن بقيمته والمعيار الذى تقدر فيه القيمة يقوم على الأخذ بعين الاعتبار احتمال السلامة والعطف فيه ، فيقدر على رجاء أن يئتم أو لا يئتم ثم يجعل له قيمة بين القيمتين على قول ^(٣) عندهم .

والصحيح كما قال الدردير أنه يقوم تقويماً واحداً على تقدير الرجاء والخوف بأن يقال ما قيمته الآن على فرض جواز بيعه على تقدير تمامه سالما وعلى تقدير جائحته كلا أو بعضا .
هذا كله اذا كان الزرع لم يبدا صلاحه فان بدا صلاحه ضمن قيمته المتلف على البت بأن يقال ما قيمته الآن فاذا قيل عشرة لزمته .

(١) التمهيد (٨٢/١١) .

(٢) الشرح الكبير (٣٥٨/٤) ، منح الجليل (٥٦٢/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٢٦٩/٣) ، الجامع لأحكام القرآن (٣١٧/١١) .

(٣) وذلك بأن يقال ما قيمته على فرض تمامه فاذا قيل عشرة قيل وما قيمته على فرض عدم تمامه فاذا قيل خمسة فاللزم سبعة ونصف لأنك تضمن العشرة الى الخمسة فتكون خمسة عشر نصفها مذكر . راجع الشرح الكبير (٣٥٨/٤) .

والحاصل أنه لاخلاف بين المالكية في أن الزرع يَقُومُ إذا أيسر من عَوْدِهِ لهيئته لكن الخلاف حصل بينهم فيما إذا رُعي صغيراً أو رُجِي أن يعود لهيئته فهل يُسْتَأْنَى بالتقويم أو لا ؟ وإذا لم يستأن به ثم حُكِمَ لصاحبه بالقيمة فعاد الزرع كما كان فهل تُسْتَرَدُّ القيمة من صاحب الزرع هذا الخلاف لخصه لنا التسولي بقوله : " وأما ان رُعي صغيراً أو رُجِي أن يعود لهيئته فاختلِفَ هل يُسْتَأْنَى به أم لا ؟ فقال مُطَّرَفٌ انسه لا يُسْتَأْنَى به وقال سحنون يستأنى به .

وإذا حُكِمَ بالقيمة فيه على قول مُطَّرَفٍ ثم عاد لهيئته مضت القيمة لصاحب الزرع . وقيل تُرَدُّ كالبصل يعود .

وإذا لم يحكم بالقيمة حتى عاد لهيئته فان القيمة تسقط . وقال اصبح لاتسقط " (١)

وقد نقل هذا الخلاف الدسوقي أيضا وقال : " والراجح قول مُطَّرَفٍ كما في التوضيح " (٢)

(ب) أما الحنفية فانه اذا لزم الضمان عندهم فانها تقوم الأرض تارة مع الزرع النابت وأخرى بدونه والتفاوت بين القيمتين هو حصّة الزرع المتلف . (٣)

(ج) واختار شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٤) الى أنه يضمّن

بالمثل فقال شيخ الاسلام بعد أن ساق حكم سليمان عليه السلام وهو أن أصحاب الماشية يَقُومُونَ على الحرث حتى يعود كما كان فضمنهم اياه بالمثل وأعطاهم الماشية يأخذون منفعتها عوضا عن المنفعة التي فاتت من حين تلف الحرث الى أن يعود قال رحمه الله : " وهذا موجب الأدلة فان الواجب ضمان المتلف بالمثل بحسب الامكان

(١) البهجة شرح التحفة (١٨٦/٢) .

(٢) حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤)، وراجع حاشية الصاوي على الشرح المغيّر (٤٤١/٢) .

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٦٧/٢) .

(٤) مجموع الفتاوى (٥٦٣/٢٠ - ٥٦٥) .

(٥) اعلام الموقعين (٤٤/٢ - ٤٥) .

قال تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها" (١) وقال : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" (٢) وقال : " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (٣) وقال : " والحرمات قصاص" (٤)

الى أن قال شيخ الاسلام : " واعلم أن المماثلة من كل وجه متعذر حتى فى المكيلات فضلا عن غيرها " .

وقال ابن القيم رحمه الله : " واذا كانت المماثلة من كل وجه متعذرة حتى فى المكيل والموزون فما كان أقرب الى المماثلة فهو أولى بالصواب ولاريب أن الجنس الى الجنس أقرب مماثلة من الجنس الى القيمة فهذا هو القياس وهو موجب النصوص " .

(د) أما الشافعية والحنابلة فلم أعثر لهم على نص خاص فى المسألة وقياس مذهبهم أن يكون الضمان بالقيمة لأن ضابط التضمنين عندهم بالمثل هو ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه . (٥)

فعلى هذا فان الزرع قبل ادراكها والشمار قبل تمام نضجها تعتبر قيمية لامثلية وقد جاء فى قواعدهم الكلية " اذا تعذر الأصل يمار الى البديل " .

والذى أميل اليه هو أن صاحب الماشية اذا لزمه ضمان ما أفسدت ماشيته من الزرع والشمار فانه يضمنه بقيمته لأن القول بتضمينه بمثلها لا يبراه شيئا . بأن يقوم على الزرع أو الشجر حتى يعود كما كان فيه مضرة على الضامن لأن الزرع قد يعود وقد لا يعود . كما أنه قد يعود ولكن تصيبه جائحة قبل أن يكتمل . وقد يثمر الشجر بعد مضي المدة وقد لا يثمر .

(١) الشورى : ٤٠

(٢) البقرة : ١٩٤

(٣) النحل : ١٢٦

(٤) البقرة : ١٩٤

(٥) روضة الطالبين (١٨/٥ - ١٩)، نهاية المحتاج (١٦١/٥)، مغنى المحتاج (٢٨١/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٦١)، المغنى (١٧٨/٥)، كشاف القناع (١١٦/٤ - ١١٧)، شرح منتهى الارادات (٤١٨/٢)، المبدع (١١٨/٥)، المقنع وحاشيته (٢٤٨/٢) .

وعلى كل حال فليس كل الناس يحسن الزرع والقيام على الأشجار
فربما يكون أخرج فيرجع الزرع ضعيفا لايساوى عُشْر التالف وبهذا كله يعظم
الضرر خلافا للقواعد الشرعية القاضية بإزالة الضرر ورفعته وتضييق
دائرته . فثبت أن الأولى فى ضمان ماتلف من الزرع والشمار فى نظري
أن يكون بقيمته دفعا للضرر وقطعا لدابر الخصومات والله تعالى
أعلم .

المسألة الثانية : فى اتلاف المواشى السائبة لغير الزروع

والشمار من الأموال .

رأينا فى المسألة السابقة أن جمهور الفقهاء قد فرقوا بين الليل والنهار فيما تتلفه المواشى السائبة من الزروع والشمار فقالوا بالضمن على صاحب الماشية ليلا وبعدم الضمان نهارا فى الجملة . وفى هذه المسألة نريد البحث عن حكم ماتتلفه المواشى السائبة لغير الزروع والشمار من الأموال هل تأخذ حكم الزروع والشمار فتضمن ليلا ولا تضمن نهارا أم أن الحكم خاص بالزروع والشمار فلا يتعداه إلى غيره . اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

أن هذا الحكم عام لجميع الأموال سواء كانت زروعا أو غيرها وهو قول الشافعية والصحيح فى المذهب عند الحنابلة وهو رواية عن الامام مالك .

(٤) يقول النووى : " وان كانت الدابة وحدها فأتلفت زروعا أو غيرهه نهارا لم يضمن صاحبها أو ليلا ضمن " . ويقول المرداوى : " والصحيح من المذهب أنه يضمن جميع ما أتلفته مطلقا قال الحارثى : وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال بل بينهم من صرح بالتسوية بين الزرع وغيره .

قال ابن منجا : خص المصنف الحكم بالزرع والشجر وليس كذلك عند

الأصحاب " .

- (١) المنهاج مغنى المحتاج (٢٠٦/٤) ، المذهب (٢٩٠/٢) .
- (٢) الانصاف (٢٤١/٦) ، كشف القناع (١٤١/٤) ، شرح منتهى الارادات (٤٣٠/٢) ، التنقيح المشيع (ص ٢٣٥) ، الروض الندى (ص ٢٨٣) ، المبدع (١٩٩/٥) .
- (٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .
- (٤) المنهاج مع مغنى المحتاج (٢٠٦/٤) .
- (٥) الانصاف (٢٤١/٦) .

(١) ويقول ابن عبد البر : "وقد قيل ان كل ما أفسدته البهائم بالليل فضمانه على أربابها من الأموال كلها . . . وقد روى ذلك عن مالك وغيره من أهل المدينة" .

القول الثاني :

(٢) أن هذا الحكم خاص بالزرع والشمار وهذا قول عند الحنابلة وتحصيل مذهب الامام مالك ذكر ذلك ابن عبد البر .
بناء على ذلك : فلا ضمان على رب الماشية السائبة فيما تتلفه من مال سواء كان ليلا أو نهارا لأن رب المال هو المفترط في حفظه وفنى ذلك يقول ابن قدامة : " وان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضم مالكها ما أتلفته ليلا كان أو نهارا ما لم تكن يده عليها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " العجماء جرحها جبار" (٤) .
وأما الآية وهي قوله تعالى : " إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمَ الْقَوْمِ " (٥) فإن النفس هو الرعى بالليل فكان هذا في الحرث الذى تفسده البهائم طبعاً بالرعى وتدعوها نفسها الى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه " (٦) .
ويقول ابن عبد البر : " فان انفلتت دابة بالليل فوطئت رجل رجل لم يضمن ربها شيئا وانما هذا فى الزرع والحرث لاغير، ذكر ذلك ابن عبد الحكم وغيره عن مالك وهو تحصيل مذهبه " (٧) .
وقد أخذ الماوردى من الشافعية بهذا القول فجعل التفريق بين الليل والنهار خاصاً بالزرع والشمار فقط فقد نقل عنه الشيرازى عند

-
- (١) الكافي فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .
(٢) المغنى (١٨٩/٩)، الانصاف (٢٤١/٦)، المقنع وحاشيته (٢٥٦/٢)، المبدع (١٩٩/٥) .
(٣) الكافي فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢)، الفواكه الدوانى (٣٢٢/٢) .
(٤) سبق تخريجه (ص ٩٩) .
(٥) الأنبياء : ٧٨ .
(٦) المغنى (١٨٩/٩) .
(٧) الكافي فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .

مسألة ما اذا مَرَّتْ بهيمة بجوهرة فابتلعتها أنه قال : على صاحبها
الضمان سواء كان ذلك فى ليل أو نهار ووجه التفريق بينها وبين الزرع
ذكره بقوله : " والفرق بينه وبين الزرع أن رعى الزرع مألوف فلزم
صاحبه حفظه منها . وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها
منها" (١) .

والذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه أصحاب القسول
الثانى لأن الأصل أن جرح العجماء جبار وخص منه الزرع والشمر بحديث
البراء بن عازب رضى الله عنه فلزم الوقوف عندما خص بالدليل والاعتصار
عليه والأخذ بالأصل فيما عداه والله أعلم .

المطلب الثاني : اتلاف الطيور للزروع والشمار
وغيرها من الأموال

الطيور كالحمام والنحل والدجاج ونحو ذلك اذا اقتناها انسان فصارت تتلف زروع الناس وشمارهم فهل يطالب بضمان ما أتلفت؟ وهل يؤمر بتحويلها وابعادها عن أموال الناس أولا؟
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول :

أن هذه الطيور اذا أتلفت مال الغير فان صاحبها لا يضمن شيئا مطلقا ولا يمنع من اتخاذها ولا يؤمر بتحويلها . وعلى أهل الزروع حفظ زروعهم لأن العادة ارسالها ولا يمكن ضبطها فاذا قصر صاحب المال في حفظ ماله فالعهد عليه وماله هدر لاضمان فيه على أحد .
وهذا هو قول الحنفية وقد وصفه ابن عابدين بأنه الموافق للمنقول مريحا ودلالة فعلية المعول (١) .
والقول بأن صاحب النحل وغيره لا يؤمر بتحويله هو ظاهر مذهب الحنفية ذكر ذلك الحمكفي والفتوى على أنه ينبغي أن يؤمر بتحويله اذا كان الضرر بينا (٢) .
وممن أخذ بهذا القول وهو أنه لاضمان على صاحب الطيور ما أتلفته من مال الغير : ابن القاسم وأصبغ وابن كنانة وأشهب من المالكية وهو المعتمد عندهم ذكره الدسوقي (٣) .

-
- (١) الدر المختار ورد المختار عليه (٦١١/٦) .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه (٤٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤) ، تبصرة الحكام (٣٥٦/٢) ، الفواكه الدواني (٣٢٢/٢) ، المنتقى (٦١/٦) ، البيهجة شرح التحفة (٣٣٧/٢) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٢٧٠/٣) وقد جاء فيه تضعيف هذا القول فقد قال : " وهذه رواية ضعيفة لا يلتفت اليها ومن أراد أن يتخذ ما ينتفع به مما لا يضر بغيره مكن منه وأما انتفاعه بما يتخذه باضراره بأحد فلا سبيل اليه " . وراجع الجامع لأحكام القرآن (٣١٨/١١) .

وهو قول الشافعية وقول عند الحنابلة أيضا (٢) لأنه مقصور على النهار كالبهائم .

القول الثاني :

أن هذه الطيور إذا أتلفت مال الغير من زرع ونحوه ضمن صاحبها مطلقا ويمنع أصحابها من اتخاذها إذا أضرّت بالناس لامكان الاستغناء عنها وحاجة الناس للزرع والشجر .
وهذا القول نقله الحمكفي (٣) عن التمرتاشي من الحنفية وذكر أنه أفنى به ، وبه قال مطرف وابن حبيب من المالكية ، وصوبه ابن عرفنة (٤) واختاره ابن العربي . وهو الصحيح من مذهب الحنابلة (٦) .

الأدلة والمناقشة والترجيح .

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

(١) أن هذه الطيور لا تضرّ إلا بالثَمَار ولا يجِدُّ الناسُ بُدَاً من اتخاذها لأنها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يَمْنَعُ من اتخاذها . (٧)

- (١) مغنى المحتاج (٢٠٧/٤) ، روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .
- (٢) المغنى (١٨٩/٩) ، الانصاف (٢٤٣/٦) ، غايّة المنتهى (٢٤٨/٢) ، كشاف القناع (١٣٣/٤) ، الطرق الحكمية (ص ٤٠٩ - ٤١٠) .
- (٣) الدر المختار (٦١١/٦) .
- (٤) تبصرة الحكام (٣٥٦/٢) ، حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤) ، حاشية العاوي (٤٤١/٢) المنتقى (٦١/٦) ، البهجة (٣٣٧/٢) .
- (٥) أحكام القرآن (١٢٧٠/٣) ، قال ابن القيم رحمه الله في الطرق الحكمية (ص ٤١٠) : " قول مطرف أصح وأفقه لأن حراسة الزرع والحواش من الطيور أمر متعسر جدا بخلاف حراستها من البهائم وقياس البهائم على الطيور لا يصح " .
- (٦) الانصاف (٢٤٣/٦) ، كشاف القناع (١٣٣ - ١٣٢/٤) ، شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) ، الطرق الحكمية (ص ٤١٠) .
- (٧) المنتقى (٦١/٦) .

(٢) أن النحل مأذونة من الله تعالى بقوله : " ثُمَّ كُلِي مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ " (١) .

واستدل أصحاب القول الشانى بما يأتى :

أن هذا طائر ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطيع ذلك فى المشيئة
فيكون باتخاذها متسببا فى اتلاف زرع الناس . أما المشيئة فانه يمكن
صونها وضبطها فاذا أتلفت بغير اختياره وأفسدت فلا ضمان عليه
لأن التقصير من أصحاب الحواظ . (٢)

وقد ناقش أصحاب هذا القول دليل أصحاب القول الأول بأن الناس
لا يجدون بُدًّا من اتخاذها بأن هذا وان كان فيه ضرر على أصحاب الطيور
الآن ضرر أصحاب الزروع والبساتين أعظم اذ لايتأتى لهم حفظها ولا يمكنهم
نقل زرعهم ولا أشجارهم . أما أصحاب هذه الطيور فيمكنهم الاستغناء
عنها أو نقلها وتحويلها أو حفظها . وكذلك فان حاجة الناس الى الزرع
والشجر أعظم من حاجتهم الى مثل هذه الطيور والقاعدة ارتكاب أخسف
الضررين عند التقابل . (٣)

أما الاحتجاج بأن النحل مأذونة من قبل الله تعالى بقوله : " ثُمَّ
كُلِي مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ " فانه لايسلم لأن هذا العموم معروف الى أكل الثمرات
التي لاضرر من الأكل منها على أحد . أو المأذون فى الأكل منها نظير ذلك
قوله تعالى فى حق ابن آدم : " كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ " (٤) وقوله تعالى :
" كُلُوا مِنْ رِزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ " (٥) ونحو هذه الآيات .

فان الجميع متفقون على أن الانسان لا يأكل الا من ملكه، أو ما أُذِنَ له
بأكله، من ملك غيره، أما اذا أكل من مال غيره بغير حق فهو متعمد
ظالم يلزمه ضمانه . ولو أننا قلنا بأن النحل مأذون لها بالأكل من
عموم مال الناس وألاكهم لقوله تعالى " ثُمَّ كُلِي مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ " لوجب
أن نقول بالاذن لبني آدم أيضا بأكل أموال الغير لأن الله أمرهم بالأكل
من عموم الطيبات من الرزق كما أمر النحل وهذا لايقوله أحد .

(١) النحل : ٦٩

(٢) الطرق الحكمية (ص ٤١٠) .

(٣) البهجة شرح التحفة (٢/٣٣٧) .

(٤) الأعراف : ١٦٠

(٥) سبأ : ١٥

وبذلك يظهر لنا رجحان مذهب اليه أصحاب القول الشانى حيث أنه فى نظرى القول الموافق لقواعد الشريعة الاسلامية القاضية برفع الضرر وازالته عن المسلمين حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر ولا ضرار"^(١) وجاء فى القواعد الفقهية الكلية : " الضرر يزال " . ولايجوز لأحد أن يتخذ ما يضر بالمسلمين ولو كان ذلك فى ملكه ويجلب اليه مصلحة لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . وبناء على ذلك فمن أراد أن يتخذ مثل هذه الطيور التى تُضَرُّ بالناس وتفسد أموالهم فإنه يؤمر بحفظها أو ابعادها عن الناس بحيث يغلب على ظنه أنها لاتعمل اليها كالبهائم . واذا لزمه حفظها فَكَّسَ فليس ذلك فأتلفت أموال الناس من زروع وغيرها فالذى أراه والله أعلم أنه يضمن لهم ما أتلفت لتقصيره وتفريطه .

(١) رواه ابن ماجه (٧٨٤/٢) كتاب الأحكام باب (١٧)، والامام مالك فى الموطأ (٧٤٥/٢) كتاب الأقضية باب (٢٦)، والامام أحمد فى المسند (٣٢٧/٥) .
وصححه الألبانى انظر صحيح الجامع الصغير (١٩٥/٦) . وقال النووى فى الأربعين النووية (ص ١٠٨) : " ورواه مالك فى الموطأ مرسلًا عن عمر بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم فأسقط أباسعيد وله طرق يقوى بعضها بعضاً " .
وقال ابن رجب : " حديث حسن " انظر جامع العلوم والحكم (٥/٣) .
ونقل الأرنؤوط عن ابن الصلاح قوله : " هذا الحديث أسنده الدارقطنى من وجوه مجموعها يقوى الحديث ويحسِّنه وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به " . انظر هامش جامع الأصول (٦٤٤/٦) .

المبحث الثانى

تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات المائلة
والسباع المقتناه

اختلف الفقهاء فيما تتلفه الحيوانات المائلة والسباع المقتناه من
أموال الناس هل يلزم صاحبها ضمان تلك الأموال لأربابها أولا ؟ على
أربعة أقوال بيانها :

القول الأول: للحنفية :

الأصل عند الحنفية أن الضرر والجناية اللذين يوقعهما الحيوان
هدر مال ينسب إلى صاحبه فإذا أمكن نسبة الجناية إليه فإنه يضمن
ماتلفه الحيوان . والبهائم المائلة والسباع المقتناة عندهم كسائر
الحيوانات .

فمتى تعدى صاحب الحيوان المائل أو السبع فأطلقه فى الطريق العام
ومثله لا يطلق فإنه يضمن ماتلف من الأموال بسبب جنايته لا مكان نسبة
الجناية إلى صاحب الحيوان .

إلا أن الحنفية قد اشترطوا لزوم الضمان لصاحب الحيوان المائل
أو السبع العقور ونحوه أن يتقدم إلى صاحبه أحد من أهل المحله ويطلب
منه حفظ حيوانه فلم يفعل حتى أتلف مالا لغيره .

ويشترط أيضا أن يكون الحيوان مما يخشى منه تلف الأدمى كالكلب
العقور مثلا أما ما يخشى منه تلف المال فقط مثل الكلب الذى اعتاد أكل
العنب فلا يضمن صاحبه مطلقا وسواء فى ذلك تقدم إليه بطلب حفظه أم لا .

والقول بالتفريق بين الحيوان الذى يخشى منه تلف الأدمى والذى
يخشى منه تلف المال هو قول متأخرى الحنفية وبه أخذت مجلة الأحكام
العدلية فقد جاء فى المادة (٩٢٩) : "ويضمن صاحب الحيوان ذى الضرر

(١) الدر المختار ورد المختار عليه (٦١١/٦) ، تبين الحقائق (١٣٥/٦) ،

الفتاوى الهندية (٥٢/٦) .

المتعين كالشور النطوح والكلب العقور ما أتلفه اذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بقوله أمسك حيوانك ولم يمسكه" (١)
 قال شارح المجلة الشيخ على حيدر: "والضرر المقصود هو الضرر (٢) الذى يقع على بنى آدم... أما التقدم لأجل الضرر الذى يقع على غير الأدمى كالحیوان الذى هو مال فلا يقيد فعليه لايلزم ضمان الضرر الذى يوقعه الحيوان بعد التقدم".

والحاصل: أن كل شيء يكون تلف الأدمى ملحوظا فيه فالتقدم لأجله مفيد وإذا تلف بعد التقدم انسان بسبب ذلك فكما أنه تلزمه تأديبة الديه يلزمه تبعاً لهذا ضمان الأموال أيضاً، أما الشيء الذى يلحظ فيمنه تلف المال فقط، فالتقدم لأجله غير مفيد ولا موجب للضمان. مثلاً لو كان كلب لأحد اعتاد أكل العنب فقال له الجيران أمسكه لئلا يأكل عنبنا ولم يمسكه وأكل العنب فلا يلزم ضمان".

وقد قرر الشيخ على حيدر أصل الحنفية فى جنایة الحيوانات سواء كانت مستأنسة أو ضارية ثم فرع عليه فقال: "ان الحيوان اذا أتلف شيئاً أو تسبب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شيء من الضمان مالم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير... لأنه اذا أتلف الحيوان شيئاً وكان ذلك بتعد من صاحبه أو تقصير يكون بما أتلف الحيوان ضامناً واليبك المثل... لو ترك انسان حيوانه مطلقاً فى الطريق العام وهو مما لا يطلق فى الشوارع فأتلف مالا أو قتل انساناً فتلزمه دية القتل أو قيمته المتلف وقد ورد فى المادة (٩٢٩) أن صاحب الشور النطوح والكلب العقور يكون ضامناً بما أتلفاه فيما اذا تقدم اليه أحد من أهل محلته أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه" (٣).

القول الثانى: لأبى يوسف ومحمد بن الحسن الشيبانى:

ويرون عدم التفريق بين ما يخشى منه تلف الأدمى وما يخشى منه تلف

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٦٥/٢).

(٢) المرجع نفسه (٥٦٧/٢).

(٣) المرجع نفسه (٨٣/١ - ٨٤).

المال وليس على صاحبه ضمان الا أن يكون سائقا له أو قائداً في قول محمد بن الحسن أو يكون مرسلا له كالبهيمة في قول أبي يوسف . وذلك لأنــــه إذا أشلاه أو أغراه فان الحيوان يهيمر بذلك آلة للعقر وبذلك تصح نسبة الفعل الضار لصاحبه فيكون عليه الضمان وهذا لاخلاف فيه بين الحنفية كما قررنا في القول الأول .^(١)

وهذا القول قد أخذ به الظاهرية فان الأصل عندهم أيضاً أن جنائية الحيوان هدر كالحنفية الا اذا أمكن نسبة جناية الحيوان الى صاحبه فانه يلزمه الضمان وقد قرر ذلك ابن حزم بقوله : " وقد قلنا ان التعدي الموجب للضمان أو القود هو الكؤود أو الدية هو ماسمي به المرء قاتلاً أو مفسداً وليس كذلك الا بالمباشرة أو بالأمر وهي في اتخاذ الكلب كمن عمل سيفاً وأعطاه لظالم ، أو اقتنى خمراً في خابية فجلس اليها انسان فانكسرت فقتلت الانسان . فكل هذا ليس يسمى هذا الظالم قاتلاً ولا متلفاً فلا ضمان في شيء من ذلك . فان قيل أنه باتخاذ الكلب العقور متعمداً وكذلك هو باتخاذة حيث لم يبح له اتخاذة متعدد أيضاً قلنا هو متعمد باتخاذة في كلتا الحالتين ظالم الا أنه ليس متعدد في اتلاف ما أتلف الكلب ولا أوجب الله تعالى ولارسوله صلى الله عليه وسلم قط على ظالم غرامة مطلقاً " .^(٢)

وقال : " فلو أنه أشلى الكلب على انسان أو حيوان فقتله ضمن من المال ... لأنه ههنا هو الجاني القاصد الى اتلاف ما أتلفه الكلب باغرائه " .^(٣)

القول الثالث : للمالكية :

ويرى هؤلاء أنه اذا اتخذ الكلب العقور مثلاً في موضع يباح لــــه اتخاذة فيه فلا ضمان عليه حتى يتقدم صاحب المال الى صاحب الكلب ويطلب منه حفظ كلبه فاذا أفسد بعد التقدم الى صاحبه ضمن صاحبه ما أفسد .

(١) بدائع الصنائع (٤٧٠٦/١٠) ، الفتاوى الهندية (٥٢/٦) .

(٢) المحلى (٣٤٥/١٢) بتصرف .

(٣) المرجع نفسه (٣٤٦/١٢) .

أما إذا اتخذ في موضع لا يباح له اتخاذه فيه كالدور وما أشبهها
(١)
فانه يضمن ما أفسده هذا الكلب مطلقا .

(٢) (٣)
القول الرابع : للشافعية والحنابلة :

وهو التفريق بين نوعين من الحيوانات العائلة والسباع المقتناة :
(أ) فما عهد منه الاتلاف كالكلب العقور أو الهرة التي اعتادت أكل
الطيور وقلب القدور وكذا كل حيوان مولع بالتعدى كالجمل والحمار
اللذين عرفا بعقر الدواب واتلافها فهذه وأمثالها إذا أتلفت مال
انسان فان صاحبها يضمن سواء كان ذلك ليلا أو نهارا لأن مثل هذه
ينبغي أن تربط ويكف شرها ، ومتى فعل ذلك بأن ربطها وأوثق حفظها
فانفلتت فأتلفت مال الغير فلا ضمان عليه في هذه الحال حيث لم
يحمل منه تقصير .

بناء على ذلك فقد قالوا : إذا دخل انسان دار آخر وفيها كلب
عقور فخرق ثيابه فان كان الداخل يعلم أن فيها كلبا عقورا ، أو دخل
بغير اذن صاحب المنزل ، أو دخل باذنه ونبيه أن فيها كلبا عقورا أو غير
مؤثوق به فلا ضمان على صاحبه في هذه الحال لأنه ان كان دخوله بغير
اذن فهو متعد فيتحمل نتيجة عدوانه ، وان كان باذنه ونبيه صاحب الدار
أو كان يعلم ذلك بنفسه فقد أدخل الضرر على نفسه على بصيرة .

(ب) أما ما لم يعهد منه الاتلاف فليس على صاحبه ضمان .

وقد اشترط الحنابلة لنفي الضمان في هذه الحالة أن يكون الحيوان
مما يباح اتخاذه مثل كلب العيد والماشية والحرب . أما ما لا يباح
اتخاذه كالكلب العقور أو الأسود البهيم أو كان مما لا منفعة فيه من
السباع المتوحشة كالأسد والذئب والنمر فهذه كلها يضمن صاحبها ما أتلفته
في ليل أو نهار لأنه متعد باقتنائها .

-
- (١) المدونة (٤٤٦/٦) ، تبصرة الحكام (٣٥٦/٢) ، المنتقى (٦٧٠٦١/٦) .
(٢) مغنى المحتاج (٢٠٧/٤ - ٢٠٨) ، المهذب (٢٩٠/٢) ، نهاية المحتاج (٤٤/٨) .
(٣) المغنى (١٨٩/٩) ، كشاف القناع (١٣٢/٤) ، الانصاف (٢٢١/٦) ، الطهرى
الحكمية (ص ٤١٠) .

وقَصَرَ الحنابلة الاتلاف الموجب للضمان على خرق الثوب أو العقر فقط
أما ما أفسدته بغير ذلك فلا ضمان فيه مثل أن تفسد ببولها أو بولوغها
في اناء لأن هذا لا يختص بالكلب العقور وحده .

والذى يظهر لي - والله أعلم - رجحان قول من قال بضمن ما أتلفته
البهائم المائلة والسباع المقتناة إذا عُدَّ منها الاتلاف في العادة لأنه
ان أبيع له اتخاذها فهو مأمور بحفظها إذا عَرَفَ منها أنها تتلف أموال
الناس لأن أموال الناس محترمة ليس لأحد أن يعتدى عليها فإذا قصر في
الحفظ فإنه يتحمل نتيجة إهماله وتقصيره . ولأن الشريعة الإسلامية
جاءت بنفي الضرر كما سبق أن أشرنا إلى ذلك في المطلب السابق، فلا يحل
لإنسان أن يقتنى ما يضر بالمسلمين ويفسد أموالهم إلا أن يتعاهده
بالحفظ والعيانة .

وان كان مما لا يباح له اتخاذها فهو متعدد باقتنائه فيتحمل نتيجة
عدوانه . هذا ما ظهر لي والله أعلم .

لكن يبقى علينا في هذا المبحث مسألة اتلاف الحيوان المائل إذا كان
له قيمة بحيث لو لم يستطع صاحب المال دفعه عن ماله إلا بقتله فهل
يضمنه لمصاحبه أو لا اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية
(١) (٢) (٣) (٤)

- (١) تبصرة الحكام (٣٥٦/٢ - ٣٥٧)، الفروق (١٨٣/٤ - ١٨٤)، الشرح الكبير
وحاشية الدسوقي عليه (٣٥٧/٤)، الكافي في فقه أهل المدينة (١٧٦/٢)،
المنتقى (٦٦/٦) .
- (٢) المنهاج مع مغنى المحتاج (٢٠٧، ١٩٤/٤)، الأم (١٧٢/٦)، نهاية المحتاج
(٤٤٠، ٢٤/٨)، المهذب (٢٨٩/٢)، زاد المحتاج (٢٦٨/٤) .
- (٣) كشاف القناع (١٤٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (٤٢٩/٢)، المحرر (١٦٢/٢)،
الانصاف (٣٠٧/١٠)، المغنى (١٨١/٩)، القواعد والفوائد الأصولية
(ص ٨٠)، الطرق الحكمية (ص ٤١١)، القواعد لابن رجب (ص ٣٦) .
- (٤) المحلى (٥٨٣/٨) .

الى أن من لم يستطع دفع الحيوان المائل على نفسه أو ماله الا يقتله
فله ذلك ولا ضمان عليه .

واشترط المالكية لنفي الضمان أن يكون لدى المصُول عليه بينة
أنه أرادته ومال عليه فان لم تكن عنده بينة الا مقالته فهو ضامن
جاء في الموطأ: "قال يحيى : وسمعت مالكا يقول في الجمل يعول على الرجل
فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره . فانه ان كانت له بينة على أنسه
أرادته ومال عليه فلا غرم عليه . وان لم تقم له بينة الامقالته فهو
ضامن للجمل" (١) .

القول الثاني :

ذهب الحنفية (٢) الى أن من لم يستطع دفع الحيوان المائل عن نفسه
أو ماله الا بالقتل فقتله فانه يضمن لصاحبه قيمته .
والذى يظهر لي أنه اذا كان الحيوان مما يباح اقتناؤه وكان له
قيمة مادية بين الناس فان على متلفه الضمان لأن الاضرار لا يبطل حـق
الغير ولأنه مال معصوم فيلزمه ضمانه والله أعلم .

(١) الموطأ (٧٤٩/٢) كتاب الأتضية باب (٢٩) .
(٢) الهداية وشرحها العناية كلاهما (٢٣٢/١٠)، الدر المختار ورد المختار
عليه (٥٤٦/٦)، تبیین الحقائق (١١٠/٦)، روضة القضاة للسمناني المجلد
(١٢٣٣/٢) وقد نسب الى أبي يوسف أنه قال بعدم الضمان مثل قول
الجمهور .

الفصل الخامستلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة والحديثة

توطئة :

خلصنا في الفصل السابق الى أن الأمل في جنابة الحيوان أنهـــا هدر ولا ضمان فيها لعموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " العجماء جرحها جبار" .

الا أن عموم هذا الحديث مخصوص عند جمهور الفقهاء بحديث البراء بن عازب رضى الله عنه . وبناء عليه قالوا : ان على صاحب البهيمة السائبة ضمان ما أتلفته بالليل حيث يجب عليه حفظها وتعهدتها في هذا الوقت حتى لا تتلف زروع الناس وثمارهم فاذا سببها أمكن نسبة فعلها اليه .

هذا ما بحثناه في الفصل السابق وما نريد بحثه هنا هو جنابة الحيوانات كوسيلة للركوب والنقل اذا لم تكن سائبة وذلك بأن يكون معها مرافق من قائد أو سائق أو راكب ومدى مسئولية هذا المرافق عن جنابيتها على أموال الناس .

وبالجملة فان الضابط في مثل هذه المسألة أن : "جنابة الحيوان تنسب الى من كان معها من قائد أو سائق أو راكب متى أمكن نسبة ذلك اليه بأن عُرِفَ منه تعد أو تقمير" .

وفيما يلي نعرض رأي الفقهاء فيما تتلفه وسائل الركوب القديمة ثم نخرج على تلك الأحكام ، أحكام اتلاف وسائل الركوب الحديثة ان شاء الله تعالى وسوف نجعل ذلك في مبحثين ان شاء الله تعالى .

المبحث الأول

تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة

كان الناس في زمن غير بعيد ومايزال البعض منهم يستخدمون الحيوان كوسيلة للركوب ونقل الأمتعة وجر العربات ونحو ذلك . فكان لابد من السير في هذه الحيوانات في الطرقات التي تكثر على جوانبها أموال الناس من أبنية وأمتعة وأثاث في الدكاكين وعند أبوابها مما قد ينتج عنه تلف لبعض هذه الأموال بسبب وطء هذه الدابة أو كدمها أو خبطها، أو بما ينبعث عنها حال سيرها من حجر أو رشاش وحل أو بما على ظهرها من حمل وهذا ضرر يلحق الناس والضرر مرفوع في الشريعة الإسلامية .

الا أن القول بمنع الناس من السير في هذه الطرقات يلحق بهم ضرراً أكبر ويعيبهم من جراء ذلك العنت والمشقة فاذا تقابل الضرران فالقاعدة في الشريعة الإسلامية تحمل أقل الضررين وأهونهما ، والقاعدة أيضاً أنه يقضى للعمامة على الخاوة والمنع من السير يلحق ضرره عموم الناس وتلف الأموال أمر محتمل وإذا وقع أصاب البعض .

ولهذا قال الفقهاء رحمهم الله : ان السير في الطرقات جائز مشروط بسلامة العاقبة فيما يمكن الاحتراز عنه .

فمن سار في دابته في الطريق فأتلفت مالا لغيره وكان بإمكانه الاحتراز عنه فعليه ضمانه لصاحبه لتقصيره في الحفظ، وان كان لا يمكنه الاحتراز عنه فلا ضمان عليه .

والقاعدة الفقهية الكلية المتفق عليها بين الفقهاء " أن كل مال يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه " .

الآن ما يمكن الاحتراز عنه وما لا يمكن الاحتراز عنه أمر نسبي يختلف باختلاف الناس فقد يرى البعض أن هذا الأمر مما يمكن الاحتراز عنه والبعض الآخر يرى أنه لا يمكن الاحتراز عنه فمن يقول بالتضمن يرى أن فعل

الدابة مما يمكن الاحتراز عنه . ومن يقول بعدم التضمين يرى أن هذا الفعل لا يمكن الاحتراز عنه .
وكذلك الحال فيما جعل ضابط التضمين فيه التعدي والتفريط فقد يعتبره البعض تعدد البعض الآخر لا يعتبرونه ومن هنا نشأ الخلاف في هذه المسائل وفيما يلي نعرض رأي الفقهاء ان شاء الله تعالى في جناية الحيوان كوسيلة من وسائل النقل والركوب ومدى مسئولية الانسان عنها .

المطلب الأول : ماتتلفه البهيمة حال سيرها

المسألة الأولى : ماتتلفه بالوطء باليد أو الرجل أو بالكدم

بالرأس أو بالنفح بالرجل والذنب .

(١) (٢) (٣) (٤) (٥)
اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية
على أن ماتتلفته البهيمة أثناء سيرها بيدها أو رأسها أو وطئته برجلها
فهو مضمون على من معها من راكب أو قائد أو سائق متى أمكن نسبه
ذلك اليه بتعد أو تفريط منه فان لم يمكن نسبه اليه بأن لم يحصل منه
تفكير في حفظها أو تعد فلا ضمان عليه .
أما النفح بالرجل والذنب فالضمان فيه مرتبط بالسبب عند جمهور
الفقهاء أيضا من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، فمتى كان
من مع الدابة سببا في نفحها لزمه الضمان والا فالنفحة هدر لا ضمان فيها .
وخالف في ذلك الحنفية فقالوا لا ضمان في النفح بالرجل والذنب
وسوف نعرض ان شاء الله تعالى فيما يلي آراء الفقهاء مفصلة .

-
- (١) الدر المختار ورد المختار عليه (٦٠٣/٦) ، كنز الدقائق وشرحه تبیین
الحقائق (١٤٩/٦) ، الهداية (٣٢٥/١٠) ، المبسوط (١٨٨/٢٦ - ١٨٩) ، العناية
شرح الهداية (٣٢٥/١٠) .
(٢) حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤) ، الكافي في فقه أهل المدينة (١٧٦/٢) ، تبصرة
الحكام (٣٥١/٢ - ٣٥٢) ، المنتقى (١٠٩/٧) ، شرح الزرقاني على الموطأ
(٢٠٤/٤) ، المدونة (٦٤٥/٦) ، التمهيد (٢٢/٧ - ٢٣) .
(٣) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) ، مغنى المحتاج (٢٠٤/٤) ، معالم السنن (٧١٥/٤) .
(٤) المغنى (١٩٠/٩) ، الانصاف (٢٣٧/٦) ، كشف القناع (١٣٩/٤) ، شرح منتهى
الارادات (٤٢٩/٢) ، المحرر (١٦٢/٢) ، التنقيح (ص ٢٣٤) ، غاية المنتهى
(٢٤٧/٢) ، الروض الندى (ص ٢٨٣) .
(٥) المحلى (٣٤٠/١٢ - ٣٤١) ، (٣٤٦، ٣٤٣/٨) .

أولا : رأى الحنفية .

يقول الزيلعى : " الأمل أن المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز منه لأنه يتصرف فى حقه من وجه وفسى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيـدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لافيمـا لايمكن لأن تقييدها بها مطلقا يؤدى الى المنع من التعرف و سد بابيه وهو مفتوح . والاحتراز عن الايطاء والعدم والكدم والخبط ممكن لأنه ليس من ضرورات السير فقيدها بشرط السلامة عنه " (١) .

فضمن عند الحنفية لأنه متعدد ومفرط ، متعدد حيث سار فى ملك مشترك بينه وبين غيره ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب اضرار من فسى الطريق العام . ومفرط بعدم الاحتراز عن مايمكن الاحتراز عنه . فعلى هذا : لو سار فى ملكه ثم أتلـف مالا أثناء سيره لم يضمـن عند الحنفية لعدم تعديه . وكذلك لو سار فى ملك غيره باذنه .

واستثنوا من ذلك ماتلف بالايطاء فان الراكب يضمن لأن التلف حصل بشقله وثقل الدابة فيكون مباشرا للاتلاف وليس متسببا . (٢)

أما النـفـح بالرجل والذنب فلا يضمن عند الحنفية ماتلف به وهى سائرة قالوا لأن الاحتراز عن النفحة مع السير غير ممكن لأنها من ضروراته .

هذا اذا لم يفعل بها مايجب النفح بل ولو فعل بها ذلك عند الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء ، وفى ذلك يقول السرخسى : " واذا سار الرجل على دابته فضربها أو كبـحها باللجام فنفتـح برجلها أو بذيلها لم يكن عليه شئ لأنه يحتاج الى ضربها أو كبـحها باللجام فى تسييرها ولايمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب . ولو خبطت بيد أو رجـل

{١} تبين الحقائق (١٤٩/٦ - ١٥٠) ، وراجع المبسوط (١٨٨/٢٦) ، الهداية (٣٢٦/١٠) ، بدائع الصنائع (٤٧٢٢/٢٠) .
{٢} الدر المختار ورد المختار عليه (٦٠٣/٦) ، تبين الحقائق (١٤٩/٦) ، العناية (٣٢٥/١٠) .
{٣} المبسوط (١٩٣/٢٦) .

أو كدمت أو صدمت فقتلت انسانا فالضمان على الراكب سواء كان يملكها
أو لا يملكها لأن التحرز عن هذا كله ممكن" .

فالمضابط عندهم في ذلك : امكان التحرز وعدمه والقاعدة الكلية
عندهم : " أن ما لا يمكن التحرز منه فلا ضمان فيه " ومما استدلوا به
على أن النفع بالرجل لاضمان فيه قوله صلى الله عليه وسلم : " الرجل
جبار" (١) .

وهناك قول آخر لبعض الحنفية أن السائق للدابة يضمن النفع
لأنها بمرأى عينه بخلاف القائد والراكب لأن الرجل غائبة عن بصرهم
فلا يمكن التحرز عنها .

ولكن هذا القول خلاف ظاهر الرواية كما ذكر الشلبي (٢) لأن السائق
ليس له على رجلها شيء يمنعها به من النفع فلا يمكن التحرز عنه بخلاف
الكدم والمدم لامكان كبها باللجام قال في الهداية : " وبهذا ينطبق
أكثر النسخ وهو الأصح " (٣) .

وقد ناقش الجمهور رأى الحنفية في مسألة النفع بالرجل والذنب :

(١) رواه أبو داود (٧١٤/٣) كتاب الديات باب (٢٩)، والدارقطني
(١٥٢/٣) وقال : " ولم يتابع سفيان بن حسين على قوله : الرجل
جبار . وهو وهم لأن الثقات الذين قدمنا أحاديثهم خالفوه ولم
يذكروا ذلك . وكذلك رواه : أبو صالح السمان ، وعبدالرحمن الأعرج
ومحمد بن سيرين ، ومحمد بن زياد وغيرهم عن أبي هريرة ولم يذكروا
فيه الرجل جبار وهو المحفوظ عن أبي هريرة " .
وقال المنذرى : " وسفيان بن حسين هو أبو محمد السلمي الواسطي
استشهد به البخارى وأخرج له مسلم في المقدمة ولم يحتج به واحد
منهما وتكلم فيه غير واحد " . انظر مختصر سنن أبي داود (٢٨٤/٦) .
وضعف هذا الحديث الألبانى راجع ارواء الغليل (٣٦١/٥) . وراجع
ما قيل حول هذا الحديث : التمهيد (٢٤/٧)، نيل الأوطار (٨٦/٧)، معالم
السنن (٧١٤/٤)، فتح الباري (٨٥/٢٦ - ٨٦)، الجامع لأحكام القرآن

(٣١٩/١١)

(٢) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق (١٥٠/٦) .

(٣) (٣٢٨/١٠) .

فقال الامام الشافعى رحمه الله : " فأما أن نقول : يضمن عــــــ
يدها ولا يضمن عن رجلها فهذا تحكم . فان قال لا يرى رجلها فهو اذا كان
سائقا لا يرى يدها فينبغى أن يقول فى السائق يضمن عن الرجل ولا يضمن عن
اليده وليس هكذا يقول . فأما ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
من أن الرجل جبار فهو والله تعالى أعلم غلط لأن الحفاظ لم يحفظـــــــوه
هكذا" (١) .

وفى اسناد هذا الحديث سفيان بن حسين وقد قال عنه ابن حجر : "وقد
غلطه الحفاظ . ولو صح فاليد جبار بالقياس على الرجل وكل منهما مقيــــد
بما اذا لم يكن لمن هى معه مباشرة ولا تسبب . ويحتمل أن يقال حديث
الرجل جبار مختصر من حديث "العجماء جبار" لأنها فرد من أفراد العجماء
وهم لا يقولون بتخصيص العموم بالمفهوم فلا حجة لهم فيه" (٢) .

وقد صحح ابن حزم اسناد هذا الحديث الا أنه يتفق مع الجمهور أن الرجل
جبار اذا لم يكن من صاحب الدابة تعد فاذا تعدى لزمه الضمان فقــــال:
"قال قوم سفيان بن حسين ضعيف فى الزهرى ، قال على : وما ندرى ما وجه
هذا وسفيان بن حسين ثقة فمن أدبى عليه خطأ فليبينه والا فروايتة حجة
وهذا اسناد مستقيم لاتصال الثقات فيه . . . فصح أن كل ما جنى برجل مــــن
انسان أو حيوان فهو هدر لاغرامة فيه ولا قود ولا كفارة الا ما صح الاجمــــاع
به بأنه محكوم فيه بالقود كالتعمد" (٣) .

ثانيا : رأى المالكية .

(٤)

يقول ابن فرحون : "قال ابن أبى زيد رحمه الله : والسائق والقائد
والراكب ضامنون لما أوطأت الدابة ، وما كان منها من غير فعلهم أو هــــى
واقفة لغير شىء فهدر . فقلوه ضامنون أى كل واحد منهم ضامن فيما تعدى
فيه .

-
- (١) الأم (١٣٨/٧) .
(٢) فتح البارئ (٨٥/٢٦ - ٨٦) .
(٣) المحلى (٣٦٢/١٢ - ٣٦٣) .
(٤) تبصرة الحكام (٣٥١/٢ - ٣٥٢) .

الى أن قال : قال الجزولى : قال عبد الحق : قوله فى الرسالة :
وماكان منها من غير فعلهم . يعنى وماكان من غير تفريط منهم أو عن
غلبة فلا شئ عليهم فيه لأن ذلك ليس من قبل تفريط ولااهمال وانما
هو من جهتها " .

(١)
ويقول ابن عبد البر : "فان كان مع الدابة راكب أو قاء—
أو سائق ضمن ماكان من سببه لاماكان منها خاصة . . ."

(٢)
ويقول الباجى : "ان ماجنته الدابة بوطء تطوه فان ذلك من فعل
القائد الذى يقودها والسائق الذى يسوقها لأنه مقتضى السوق والقود
ولاصح للراكب فى ذلك اذا كان ممسكا فان شاركهما بركض أو زجر أو ضرب
أو اشارة كان شريكهما فى جنايتهما تلك" .

(٣)
وجاء فى المدونة : "ماأصابت الدابة على القائد والسائق الا أن يكون
الذى فعلت الدابة شيئا كان السبب الراكب ولم يكن من السائق ولا من
القائد عون فى ذلك فهو له ضامن " .

فمن نصوص المالكية السابقة يتبين لنا أن الراكب والقائد والسائق
انما يضمن اذا كان سببا فى جناية الدابة فقط أو فرط فى حفظها ولم
يحترز عن مايمكن الاحتراز عنه .

بناء على ذلك فلا يضمن الراكب أو القائد أو السائق ماأصابت بفمها
اذا لم يكن هذا من شأنها فعله ولافعلَ بها ماأوجب ذلك .
أما اذا كان هذا من شأنها فعله ولم يحفظ فمها بما يمنعها
أو فعل بها ماأوجب ذلك بضمن .

يقول ابن فرحون : "ولو نهرها بمقودها أو صاح عليها فضربت
أو كدمت ضمن لأن الجناية حينئذ ليست للعجماء انما هى جناية قائدها
أو سائقها أو راكبها" .
(٤)

(١) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .

(٢) المنتقى (١٠٩/٧) .

(٣) (٤٤٧/٦) .

(٤) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢) .

وكذلك لاضمان عليه عند المالكية اذا نفحت برجلها من غير أن يفعل
بها ما يستوجب ذلك نخس ترمح له (١)
يقول ابن عبد البر : "ومن فرق بين الرجل والمقدم في ركب
الدابة وسائقها وقائدها فحجته أنه يمكنه التحفظ من جناية فمهـا
ويدها اذا كان راكبا عليها أو قائدا لها ولا يمكنه ذلك من رجليها " .
ويقول الباجي : "وهذا نوع من الجناية مخالف لجنايتها بالسوط
على شيء تبلغه لأن جنايتها على ماتطاً عليه هو مقتضى السوق والقـود
وسبب الراكب ، فلا يحتاج في ذلك الى تجديد سبب ، لأن سببه موجود ، واما
أن تكدم أو تنفخ فليس ذلك بمقتضى الأسباب الموجودة منهم وانما هـنو
مقتضى ما يتجدد من ضرب أو زجر أو نخس فاذا عرى من ذلك فقد قال أشهب ...
لا يضمن شيئا من ذلك " .

ثالثا : رأى الشافعية .

يقول الامام الشافعي رحمه الله : " يضمن قائد الدابة وسائقها
وراكبها ما أصابت بيد أو فم أو رجل أو ذنب ولا يجوز الا هذا ، ولا يضمن
شيئا الا أن يحملها على أن تطأ شيئا فيضمن لأن وطأها من فعله فتكون
حينئذ كأداة من أدواته جنى بها " (٤)

ويقول النووي : " اذا كان مع البهيمة شخص ضمن ما أتلفته من نفس
أو مال سواء أتلفت ليلا أو نهارا ، وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها
وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها لأنها تحت يده وعليه
تعهدا وحفظها " (٥)

وقال أيضا : " قال الامام والدابة النزقة التي لاتنضب بالكبح
والترديد في معاطف اللجام لاتركب في الأسواق ومن ركبها فهو مقـرر

-
- (١) تبصرة الحكام (٣٥٤/٢) ، المنتقى (١٠٩/٧ - ١١٠) ، المدونة (٤٤٦/٦) ،
شرح الزرقاني على الموطأ (٤٧/٤) ، التمهيد (٢٣/٧ - ٢٤) ، حاشية
الدسوقي (٣٥٨/٤) ، الفواكه الدواني (٢٦٨/٢) .
(٢) التمهيد (٢٤/٧) .
(٣) المنتقى (١٠٩/٧) .
(٤) الأم (١٣٨/٧) .
(٥) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .

(١)
ضامن لما تتلفه " .

فقد نص الامام الشافعي رحمه الله على أنه لا يضمن اذا لم يحملها
على الاتلاف .

وهذا مفهوم النصين السابقين عن النووي فانه قال : لأنها تحت يده
وعليه تعهدها وحفظها .

ومفهوم ذلك أنه اذا تعهدها وحفظها فأتلفت شيئا خارجا على
حدود قدرته على ضبطها ومنعها وحفظها فانه لا ضمان عليه .

وقال أيضا فيمن ركب الدابة النزقة أنه مقصر فيضمن ومفهوم ذلك
أن من لم يقصر واختار حيوانا يمكن كبحه وتسييره في الطرقات من غير
أن يضر بأحد فهذا غير مقصر فلا ضمان عليه ان لم يحملها على الاتلاف
بل ان الشافعية كغيرهم من الفقهاء ربطوا الضمان بالسبب فمن كان سبب
في جنابة الدابة ضمن ما أتلفته سواء كان الراكب أو القائد أو السائق
أو الأجنبي ، يقول النووي : " ولو كان يسير دابة فنخسها انسان فرمحت
وأتلفت شيئا فالضمان على الناخس على الصحيح " (٢)

ولو كان الانسان صاحب المال هو السبب في اتلاف ماله بأن قصر
في حفظه وعرضه للتلف بأن وضعه في عرض الطريق الذي تسيير عليه السدواب
فلا ضمان على صاحب الدابة لو وطئته وأتلفته . (٣)

وأما النفع بالرجل والذنب فمذهب الشافعية مذهب جمهور الفقهاء
كما قررنا في أول المسألة فهم يرون أن النفع بالرجل والذنب هدر
لا ضمان فيه كاليد والرأس الا أن يكون صاحبها سببا في ذلك فينسب الفعل
اليه ويضمن ما تلف بالنفحة فقد قال ابن حجر في معرض رده على الحنفية
الذين قالوا بعدم ضمان النفحة مطلقا : " ولو صح فاليد أيضا جوار
بالقياس على الرجل . وكل منهما مقيد بما اذا لم يكن لمن هي معدة
مباشرة ولا تسبب " (٤)

(١) روضة الطالبين (١٠/١٩٨) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) روضة الطالبين (١٠/١٩٩) ، مغنى المحتاج (٤/٢٠٦) .

(٤) فتح الباري (٢٦/٨٥ - ٨٦) .

رابعاً : رأى الحنابلة .

يقول ابن قدامة معللاً ضمان من مع الحيوان اذا أتلّف الحيوان مالا : "لأنه يمكنه حفظها عن الجناية اذا كان راكباً أو يده عليها" بخلاف من لا يد له عليها" (١) .

فعلم من قوله : " ولأنه يمكنه حفظها " .
أن مالا يمكنه حفظها ومنعها منه ويمعب عليه التحرز عنه فهو هدر لاضمان فيه .

بناء على ذلك فقد قال الحنابلة : اذا نفت برجلها أو أتلّفت بذنبها فلا ضمان فيه لأنه لا يمكنه التحفظ منه . قالوا : مالم يكبحها أى يجذبها باللجام زيادة عن العادة أو يضربها فى وجهها فيضم ما أتلّفته بالنفخ لأنه تسبب فى ذلك .

وهناك رواية عن الامام أحمد : أن السائق يضمن النفحة ولكن المذهب على خلاف ذلك (٢) .

وقد ذكر البهوتى وجه تفريق المذهب بين الوطء والنفخ فيضمن بالوطء ولا يضمن بالنفحة فقال : " وخص بالنفخ دون الوطء لأن من بيده الدابة يمكنه أن يجنبها وطء مالا يريد أن تطأه بتصرفه فيها بخلاف نفحها فانه لا يمكنه أن يمنعها منه" (٣) .

والحاصل أن الحنابلة كخيرهم من الفقهاء ربطوا الضمان بالسبب فمن كان سببا فى جناية الدابة لزمه الضمان سواء كان الراكب أو القائد أو السائق أو الأجنبى وفى ذلك يقول ابن قدامة : " ولو كان السبب فى جنايتها غيره مثل أن ينخسها أو ينفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لأن ذلك هو السبب فى جنايتها" (٤) .

(١) المغنى (١٩٠/٩) .

(٢) المغنى (١٩٠/٩) ، الانصاف (٢٣٧/٦ - ٢٣٨) ، كشف القناع (١٣٩/٤) ، شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) .

(٣) كشف القناع (١٣٩/٤) ، وراجع شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) .

(٤) المغنى (١٩٠/٩) ، وراجع الانصاف (٢٣٨/٦) ، غاية المنتهى (٢٤٧/٢) ، التنقيح (ص ٢٣٤) .

خامسا : رأى الظاهرية .

يقول ابن حزم : " وأما القائد فان كان يمسك الرِّسَّ أو الخِطام فهو حامل للدابة على ما مشى عليه فان عمد فالقود والضمان في المال وان لم يعمد فهو خطأ . . . ويضمن المال . . . الى أن قال : وأما السائق فـان حملها بضرب أو نخس أو زجر على شيء ما فان عمد فالقود والضمان وان لم يعمد فهو قاتل خطأ . فان لم يحملها على شيء فلا ضمان عليه لأنه لم يباشر" ^(١) .

وقال : " اذا جمح به فرسه فان كان هو المحرك له المغالب لـه فانه يضمن كل ما جنى بتحريكه اياه . . . وأما اذا غلبته دابته فليسـم يحملها على شيء فلا شيء عليه أصلا في كل ما أصابت" ^(٢) .

فابن حزم يتفق أيضا مع الفقهاء على أن موجب الضمان هو التسبب والتفريط فان لم يكن منه ذلك فلا ضمان ومن قوله في تضمين المتسبب "فلو أنه أشلى الكلب على انسان ، أو حيوان فقتله ، ضمن المال وعليه القود مثل ذلك" ^(٣) .

(١) المحلى (١٢/٣٤٠ - ٣٤١) .

(٢) المرجع نفسه (١٢/٣٤٦) .

(٣) المرجع نفسه .

المسألة الثانية : ماتلفه بما ينبعث عنها حال سيرها .

ان أصابت الدابة بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أشارت غبارا أو أفسدت شيئا من رشاش الوَحْلِ بممشاها وقت الوحول والإنداء فهل يضمن من مع الدابة أو لا ؟ اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية والشافعية في قول (١) والمالكية في قول (٢) الى عدم تضمين من مع الدابة لأن الطريق لا يخلو عنه والمنع من الطريق لاسبيل اليه، غير أنهم استثنوا من هذا ما يلي :

(١) استثنى الحنفية ما اذا كان الحجر كبيراً لأنه يمكن التحرز عنه ، قال الزيلعي : "لأن التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لأن سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب" (٤) .

وقال ابن عابدين : " فالظاهر أنه من عُنْفِهِ فِي السُّوقِ فَيَوْمَئِذٍ يَأْتِيهِمْ بِالْعُدَى فَيُؤْخَذُ بِهِ " (٥) .

(٢) واستثنى الحنفية والشافعية أيضا ما اذا تعدى صاحب الدابة وقصر في التحرز مما يمكنه التحرز منه فانه يضمن . يقول ابن عابدين : "محل ذلك اذا لم ينخسها ولم ينفّرْها أما لو نخسها أو نفّرْها فأشارت غبارا أو حصاة فأتلقت شيئا ضمنه وقيل لو عَنَفَ الدابة فـسـى هذه الصورة ضمن " (٦) .

-
- (١) الدر المختار (٦/٦٠٤)، كنز الدقائق (٦/١٤٩)، الهداية (١٠/٣٢٦) ،
المبسوط (٢٦/١٨٩)، مجمع الأنهر (٢/٦٦٠) .
(٢) روضة الطالبين (١٠/١٩٨)، مغنى المحتاج (٤/٢٠٥)، قواعد الأحكام (٢/١٩٥) .
(٣) تبصرة الحكام (٢/٣٥٣ - ٣٥٤) .
(٤) تبیین الحقائق (٦/١٤٩)، الفتاوى الهندية (٦/٥٠) .
(٥) رد المحتار (٦/٦٠٤) .
(٦) المرجع السابق .

(١) ويقول النووي : "لكن ينبغي أن يحترز مما لا يعتاد كالركض المفرط في الوحل والاجراء في مجتمع الوحول فان خالف ضمن ما يحدث منه" وقال : "ولو كان يُركض دابته فأصاب شيء من موضع السنابك عيّن انسان وأبطل ضوءها فان كان الموضع موضع ركض فلا ضمان والافيضمن" .
(٣) واستثنى من قال بهذا القول من المالكية ما اذا دفعت الدابسة الحماة بحافرها فضربتتها حين اندفعت فعليه الضمان في ذلك .
(٢)

القول الثاني :

ذهب المالكية في قول لهم والشافعية في القول الثاني ومحمّد البلقيني وقال الأذرعى انه قول الجمهور: ان صاحب الدابة يضمن ماتلف بما انبعث من دابته حال سيرها مطلقا من غير تفصيل فلا فرق بين الركض المعتاد وبين غيره . جاء في معنى المحتاج : "قال الأذرعى والظاهر أن هذا التفصيل انما يأتى على طريقة الامام أما على طريقة الجمهور فيضمن في الحاليين . ومثل هذا قال البلقيني فقال : عدم الضمان فيماتلف بركض معتاد بحث للامام بناء على احتماله المذكور والذي يقتضيه قياس المذهب الضمان واطلاق نصوص الشافعى والأصحاب قاضية به" .

(١) روضة الطالبين (١٠/١٩٨ - ١٩٩)

(٢) تبصرة الحكام (٢/٣٥٤)

(٣) حاشية الدسوقي (٤/٣٥٨)، الفواكه الدوانى (٢/٢٦٨)، حاشية العبدوى

على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢/٢٨٣)، الشرح الصغير على أقرب

المسالك (٢/٤٤١)

(٤) معنى المحتاج (٤/٢٠٥)

(٥) (٤/٢٠٥)

المسألة الثالثة : ماتتلفه بما عليها من حمل .

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه
متى قصر صاحب الدابة في شد الحمل الذي على ظهر دابته فسقط من على
ظهرها فأتلف مالا أو دخل الأماكن التي فيها زحام شديد أو أماكن ضيقة
فتلف بسبب حمله مالا كأن خرق ثوبا أو هدم حائط فالضمان عليه فـ
ذلك كله .

يقول السرخسي (٥) : "ولو وقع سرجها أو لجامها أو شيء محمول عليه
من أداؤها أو متاع الرجل الذي معه يحمله فأصاب إنسانا في السير كان
ضامنا لأن هذا مما يمكن التحرز عنه وإنما سقط لأنه لم يشد عليها أو لم
يُحْكَم ذلك فكأنه ألقاه بيده على الطريق " .

بل ذهب الحنفية إلى أنه يضمن لو وقع على الأرض ثم تعثر به شيء
فتلف يقول السرخسي (٦) : "وكذا من عطب به بعدما وقع على الأرض فان عثر به
أو تعقل فهو ضامن له بمنزلة ماله وضعه بيده على الطريق" .
ويقول الباجي (٧) : "ولو قاد دابة عليها سرج أو متاع فوقع شيء من
ذلك على إنسان فقتله ضمنه وذلك إن كان قاعدها حمل المتاع عليها فإن
كان حمله غيره فذلك على حامله إلا أن يكون ذلك من شدة قوده ومعنى
ذلك أن يكون الذي حمل المتاع قهر فيه بضعف جبل أو وجه غير معتاد
مأمون " .

-
- (١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦٠٦/٦)، تبين الحقائق
(١٥٠/٦)، الهداية (٣٣٠/١٠)، بدائع الصنائع (٤٧٢٥/١٠) .
(٢) المدونة الكبرى (٦٤٦/٦)، الفواكه الدواني (٢٦٨/٢)، المنتقى
(٢١٠/٧) .
(٣) روضة الطالبين (١٩٩/١٠)، المنهاج ومغنى المحتاج عليه (٢٠٦-٢٠٥/٤) .
(٤) الانصاف (٢٤٢/٦)، كشف القناع (٤٣/٤)، شرح المنتهى (٤٣١/٢)، المبدع
(٢٠٠/٥) .
(٥) المبسوط (١٨٩/٢٦ - ١٩٠) .
(٦) المرجع نفسه .
(٧) المنتقى (١١٠/٧) .

(١) ويقول النووي : "ومن حملَ حطباً على ظهره أو بهيمةً فحك بناءً فسقط
ضمنه، وإن دخل سوقاً فتلف به نفس أو مال ضمن ان كان زحاماً فإن لم يكن
وتمزق ثوب فلا، الاثوب أعمى ومستديراً البهيمة فيجب تنبيهه" .
(٢) ويقول المرادوى : "الحطب الذى على الدابة اذا خرق ثوب آدمى يعير
عاقلاً يجد منحرفاً فهو هدر وكذلك لو كان مستديراً أو صاح به منها لــــه
والا ضمنه فيهما" .

(١) المنهاج (٢٠٥/٤ - ٢٠٦) .

(٢) الانصاف (٢٤٢/٦) .

المسألة الرابعة : المطالب بالضمان اذا كان معها أكثر من واحد .

لاخلاف بين الفقهاء أنه اذا لم يكن مع الدابة الا رجل واحد فانه يتوجه اليه الضمان سواء كان سائقا أو قائدا أو راكبا . وقد اختلف الفقهاء اذا كان مع الدابة أكثر من واحد من الذى يطالب بالضمان وسوف نعرض ذلك فى أربع حالات :

الحالة الأولى :

اذا اجتمع قائد وسائق وراكب :

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

الضمان عليهم جميعا فكل واحد منهم يتحمل ثلث القيمة . لأن كل واحد منهم لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان فاذا اجتمع مع غيره منهم شاركه فى الضمان ، وهو قول الحنفية . ووجه عند الشافعية والمحيي عند الحنابلة .

القول الثانى :

الضمان على الراكب فقط لأنه أقوى يدا وهو الراجح عند الشافعية و قول عند الحنابلة .

- (١) المبسوط (١٩٠/٢٦)، رد المحتار (٦٠٥/٦)، الدر المنتقى شرح الملتقى (٦٦٠/٢)، الفتاوى الهندية (٥٠/٦) .
- (٢) روضة الطالبين (١٩٨/١٠) .
- (٣) كشف القناع (١٤٠/٤)، الانصاف (٢٣٩/٦)، شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) - (٤٣٠)، المغنى (١٩٠/٩)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢) .
- (٤) روضة الطالبين (١٩٨/١٠)، مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)، نهاية المحتاج (٣٨/٨ - ٣٩)، زاد المحتاج (٢٨٠/٤) .
- (٥) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٩/٦) .

القول الثالث :

الضمان على القائد والسائق وحدهما الا أن يكون الراكب قد شاركهم
فالضمان عليهم أثلاثا وهو قول المالكية، قالوا: ^(١) "لأن ماجنته الدابة
بوطء تطؤه فان ذلك من فعل القائد الذى يقودها والسائق الذى يسوقها
لأنه مقتضى السوق والعود ولاصنع للراكب فى ذلك اذا كان ممسكا فـان
شاركهما بركض أو زجر أو ضرب أو اشارة كان شريكهما فى جنايتهما" ^(٢) .
وهذا فى نظرى تعليل قوى، وبه يظهر لنا رجحان هذا القول . والله
أعلم .

الحالة الثانية :

اذا كان مع الراكب سائق أو قائد :
فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

الضمان عليهما نفعين وهو الصحيح عند الحنابلة ووجه عند الشافعية
ذكر ابن الصباغ أنه الأقيس . ^(٤)
وعلة الاشتراك عند أصحاب هذا القول : أنهما قد اشتركا فى التصرف
وكل واحد منهما لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان فاذا اجتمع مع
غيره شاركه فى الضمان .

-
- (١) تبصرة الحكام (٣٥٢/٢)، الفواكه الدوانى (٢٦٨/٩)، المنتقى (١٠٩/٧) ،
حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤) . واستثنى المالكية ما اذا حمل التلصق
بكدم أو نفخ وكان بسبب من معها فقالوا أحقهم بالضمان السائق
ان كان سوقه يُذْهِرُهَا بزجر أو ضرب أو نخس ولم تكن جناية الراكب
والقائد يقترن بها تجديد شيء من قبل أحدهم . انظر فى ذلك
المنتقى (١٠٩/٧) .
(٢) المنتقى (١٠٩/٧) .
(٣) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٩/٦)، كشف القناع (١٤٠/٤)، شرح منتهى
الارادات (٤٢٩/٢)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢) .
(٤) المجموع (٤٠/١٨ - ٤١)، روضة الطالبين (١٩٨/١٠) .

وهذا القول قد قال به بعض الحنفية^(١) وصححه ابن عابدين وجزم به القهستاني يقول ابن عابدين : "والصحيح ما جزم به القهستاني وقد أخره في الهداية فأشعر بترجيحه كعادته وقدمه في المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بـ بقييل فتنبه"^(٢) .

ونقل عن الولواجيه : "الراكب والسائق والقائد والرديف فــــ الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع هو الصحيح وان كان الراكب مباشرا لأن السبب هنا يعمل في الاتلاف فلا يلغى فكان التلف مضافا اليهما بخلاف الحفر"^(٣) .

القول الثاني :

الضمان على الراكب وحده . وهو أحد الوجهين عند الشافعية وقول عند الحنابلة وذلك لقوة يده وتصرفه^(٤) .
وهو قول عند الحنفية أيضا صححه الحكمي فقال : "ولو كان سائق وراكب لم يضمن السائق على الصحيح خلافا لما جزم به القهستاني"^(٥) .
وصححه أيضا الزيلعي فقال : "لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه والسائق متسبب والاضافة الى المباشر أولى . وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان والصحيح الأول"^(٦) .

-
- (١) رد المختار (٦٠٥/٦)، تبیین الحقائق (١٥٠/٦)، الهداية (٣٢٨/١٠) ، المبسوط (١٩٠/٢٦)، بدائع الصنائع (٤٧٢٢/١٠) .
 - (٢) رد المختار (٦٠٥/٦) وراجع الهداية (٣٢٨/١٠)، ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر (٦٦٠/٢ - ٦٦١) .
 - (٣) رد المختار (٦٠٥/٦) .
 - (٤) المجموع (٤٠/١٨)، روضة الطالبين (١٩٨/١٠) .
 - (٥) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٩/٦) .
 - (٦) الدر المختار (٦٠٤/٦)، تبیین الحقائق (١٥٠/٦)، الهداية (٣٢٨/١٠) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٦٠/٢) .
 - (٧) الدر المختار (٦٠٤/٦) .
 - (٨) تبیین الحقائق (١٥٠/٦) .

ثم عرض الزيلعي حجة القول الثاني ثم أجاب عنها فقال: "ألا ترى أن محمداً ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان فالنخس سائق والآمر راكب فتبيين بهذا أنهما يستويان . . . والجواب عما ذكر في الأصل أن المتسبب إنما يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الالتلاف كما في الحفر مع الالتقاء فان الحفر لا يعمل شيئاً بدون الالتقاء . وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف، وإن لم يكن على الدابة راكب، بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالتقاء وجد التلصّف بهما فأضيف إلى آخرهما" (١) .

غير أن جواب الزيلعي على ما جاء في الأصل عكّر على تصحيحه للقول الأول من أن الضمان على الراكب وحده ولا يضمن معه السائق شيئاً لأن ما ذكره ليس جواباً عما في الأصل بل هو تحقيق له وتفصيل واللازم من قول محمد في الأصل وجوب الضمان على السائق والزيلعي قد صحح عدم الوجوب وقد استغرب هذا بعض فقهاء الحنفية فقد جاء في رد المحتار: "وذكر في السعدية: أن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير ولا يصح جواباً عما في الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له، واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب وهذا من مثله غريب" (٢) . وحمل بعض فقهاء الحنفية هذا على أنه سبق فلم من الزيلعي فبدلاً من أن يقول بعد أن عرض القولين وهو الصحيح والجواب عن الأول عكس فقال: "والصحيح الأول والجواب عما ذكر فقد جاء في رد المحتار: (٣) " وذكر الرملي عن الحلبي عن قارئ الهداية ما صورته: ينبغي أن يقال: وهو الصحيح والجواب عن الأول . اهـ . فيكون التصحيح للقول الثاني والجواب عن القول الأول . ويؤيده قول النهاية أما الجواب عن الأول"

القول الثالث:

الضمان على السائق أو القائد، إذا لم يحمل من الراكب فعل كنخس والافالضمان على الراكب فقط . والاشراكاه في الضمان وهو قول المالكية . (٤)

(١) تبیین الحقائق (١٥٠/٦) .

(٢) رد المحتار (٦٠٥/٦)، وراجع العناية (٣٢٨/١٠ - ٣٢٩) .

(٣) (٦٠٥/٦) .

(٤) حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤)، تبصرة الحكام (٣٥٢/٢)، المنتقى (١٠٩/٧) .

وهذا القول هو أعدل الأقوال وأقواها في نظري لأنه إذا لم يكن من الراكب فعل فان ماجنته الدابة انما هو مقتضى القَوْدِ والسَّوْقِ ولا يؤخذ الانسان بفعل غيره وكذلك ان لم يكن من السائق أو القائد فعل وكمـان المتسبب هو الراكب بأن نخس الدابة ونحو ذلك فيلزمه الضمان وحده فـى هذه الحالة لأنه هو المتسبب في الاتلاف ولاصنع لمن معه من قائد أو سائق فان اشتركا في الفعل فالضمان عليهما نصفين لأن هذا من العدل في تحمل التبعة والله أعلم .

الحالة الثالثة :

إذا اجتمع راكبان :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

الضمان عليهما نصفين وهو قول الحنفية والأوجه عند الشافعية (٢) لأن اليد لهما .

القول الثاني :

الضمان على المقدم منهما لأن اليد له دون الرديف ولأنه هو المتصرف فيها والقادر على كفها ، الا أن يكون المؤخر حركها أو ضربها فيشتركان في الضمان . فان كان المتصرف فيها هو المؤخر وبيده لجامها لمغـرر المقدم أو مرضه ضمن المؤخر دون المقدم لأنه لايدله عليها . وهذا قول الحنابلة (٣)

(١) المبسوط (١٩٠/٢٦)، رد المحتار لابن عابدين (٦٠٥/٦)، بدائع الصنائع

٠ (٤٧٢٢/١٠)

(٢) مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)، نهاية المحتاج (٣٩/٨)، زاد المحتاج (٢٨١/٤) .

(٣) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٨/٦)، كشف القناع (١٤٠/٤)، شرح منتهى

الارادات (٤٢٩/٢)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٤) .

ووجه عند الشافعية وقول المالكية فيما اذا كانا مرتدتين أما اذا كانا متزاملين فالضمان عليهما نصفين وقال المالكية أيضا وأما ما كان من جنائيتها بكدم أو نفع فهذا ليس من التسيير فان كان من سبب أحـد الراكبين فهو المنفرد بالضمان وان كان من سببهما اشتركا في الضمان وان كان من غير فعلهما فهو هدر .
والقول الثاني أقوى في نظري لقوة تعليلهم والله أعلم .

الحالة الرابعة :

إذا اجتمع سائق وقائد :
(٣) (٤) (٥) (٦)
اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه إذا اجتمع مع الدابة سائق وقائد فالضمان عليهما فيما أتلفته نصفين .

-
- (١) مغنى المحتاج (٢٠٤/٤) .
 - (٢) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢)، حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤)، المنتقى (١٠٩/٧-١١٠)
 - الفواكه الدواني (٢٦٨/٢) .
 - (٣) المبسوط (١٩٠/٢٦)، رد المختار لابن عابدين (٦٠٥/٦) .
 - (٤) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢)، المنتقى (١٠٩/٧) .
 - (٥) روضة الطالبين (١٩٨/١٠)، مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)، المجموع (٤٠/١٨) ،
نهاية المحتاج (٣٩/٨)، زاد المحتاج (٢٨٠/٤) .
 - (٦) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٨/٦)، كشف القناع (١٤٠/٤)، شرح
المنتهى (٤٢٩/٢)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٤) .

المسألة الخامسة : المطالب بالضمان اذا كانت البهائم مقطورة .

يطلق الفقهاء القطار ويريدون به البهائم المقطورة ببعضها بحيث تربط مقدمة كل واحد بمؤخرة الآخر . ففي هذه الحالة اذا أتلفت شيئاً وكان معها واحد أو أكثر فعلى من يكون الضمان ؟

الشافعية لا يفرقون بين الدابة الواحدة والدواب المقطورة في أحكام ضمان القائد أو السائق أو الراكب سواء انفردوا أو اجتمعوا أو اجتمع اثنان منهم . يقول النووي : " اذا كان مع البهيمة شخص ضمن ما أتلفت من نفس ومال سواء أتلفت ليلاً أو نهاراً وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها، لأنها تحت يده وعليه تعهدا وحفظها وسواء كان الذى مع البهيمة مالكة أو أجيره أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً لشمول اليد وسواء البهيمة الواحدة والعدد كالابل المقطورة" (١) .

وقد ذكرنا في المطلب السابق رأى الشافعية فيما اذا كان مع الدابة اثنان فأكثر وحكم الدواب المقطورة حكم الدابة الواحدة كما أشار النص الآنف الذكر فنكتفى بما ذكرنا في المطلب السابق .

أما جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة فمتفقون على أن القائد للقطار اذا كان وحده يضمن ما تلغف بسببه سواء فى ذلك ما كان فى أوله أو فى وسطه أو آخره .

ولكنهم اختلفوا فيما اذا كان مع القائد آخر كالسائق أو الراكب على ثلاثة أقوال :

-
- (١) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .
 - (٢) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦٠٧/٦)، تبين الحقائق (١٥١/٦)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٦١/٢)، بدائع الصنائع (٤٧٢٢/١٠)، الفتاوى الهندية (٥٣/٦) .
 - (٣) المنتقى (١١٠/٧)، المدونة (٤٤٧/٦)، حاشية الدسوقي (٣٥٨/٤)، الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢)، تبصرة الحكام (٣٥٤/٢) .
 - (٤) كشاف القناع (١٤٠/٤)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢)، التنقيح المشيخ (ص ٢٣٤ - ٢٣٥)، شرح المنتهى (٤٣٠/٢) .

القول الأول :

(١)
يرى الحنفية أنه إذا كان مع القطار قائد وسائق فيشتركان ففى
الضمان فى حالتين :

(أحدهما) ان كان السائق يمشى بجانب القطار غير آخذ بزمام
أحدى الدواب المقطورة .

(الثانية) إذا كان آخذا بزمام أحدها فيشتركان فيما قـــــــدام
السائق لاشتراكهما فى سبب وجوب الضمان أما ماكان خلف السائق فالضمان
عليه فيما أتلفه لاعلى القائد لأنه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن
القائد المقدم قائدا لما خلف السائق .

هذا إذا كان مع القطار قائد وسائق أما إذا كان معه قائد وراكب
ففى كتب الحنفية فى ذلك قولان :

(أحدهما) يشتركان فى الضمان وصححه ابن عابدين .
(الثانى) التفصيل والى ذلك ذهب الزيلعى فقال : إذا كان الراكب
على بعير وسط القطار ولايسوق شيئا منها يضمن ماأصابه بعيره الذى يركبه
بالوطء لأنه جعل فيه مباشرا أما ماأصابه بغير الوطء فهو عليه وعلى
القائد .

القول الثانى :

(٣)
يرى المالكية أنه إذا كان مع القائد سائق كانا شريكين فيما
أتلفه المسوق وماكان قبله أما ماكان بعد الدابة المسوقة فلا يضمنها
السائق .

-
- (١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦٠٧/٦)، مجمع الأنهر (٦٦١/٢)
الهداية (٣٣٠/١٠ - ٣٣١)، الفتاوى الهندية (٥٣/٦) .
(٢) رد المحتار (٦٠٧/٦)، تبیین الحقائق (١٥٢/٦) .
(٣) الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢)، تبصرة الحكام (٣٥٤/٢) .

القول الثالث :

(١) يرى الحنابلة أنه إذا كان مع القائد سائق فان كانا في أول القطار
اشتركا في ضمان الجميع لأنه لو انفرد بذلك ضمن جنابة الجميع لأن مابعد
الأول تابع له سائر بسيره فاذا كان معه غيره وجب أن يشاركه في ذلك
وان كان السائق في الوسط اشتركا في ضمان مباشر سوقه ومابعده
لأنه تابع له دون ما قبله فيختص به القائد وحده لأن السائق ليس سائقا
له ولاتابعا لما يسوقه .

وان كان السائق في الأخير اشتركا في ضمان ما أتلفه الأخير فقط
دون ما قبله لأنه ليس سائقا له ولاتابعا لما يسوقه .

وان كان مع القطار راكب فقط فان كان في أوله ضمن الجميع وان كان
في وسطه ضمن جنابة ماهو راكب عليه ومابعده دون ما قبله .
(٢)

(٣) وقال ابن قدامة لا يضمن الراكب اذا كان في أول القطار سوى جنابة
ماهو راكب عليه أو مقطور به لأنه في حكم القائد قال الحارثي : " وليس
بالقوى فان مابعد الراكب انما يسير بسيره ويطأ بوطئه فأمكن حفظه
عن الجنابة فضمن كالمقطور على ماتحته " .
(٤)

(١) كشف القناع (٤/١٤٠ - ١٤١)، غاية المنتهى (٢/٢٤٧)، الانصاف (٦/٢٣٩)،

شرح منتهى الارادات (٢/٤٣٠) .

(٢) كشف القناع (٤/١٤١)، شرح منتهى الارادات (٢/٤٣٠) .

(٣) المغنى (٩/١٩٠) .

(٤) الانصاف (٦/٢٣٩) .

المطلب الثانى : ماتتلفه الدابة وهى واقفة

من أوقف دابته فى طريق المسلمين فأتلفت مالا فقد اختلف الفقهاء
فى تضمين صاحبها على قولين :

القول الأول :

(١)
ذهب الظاهرية الى أن من أوثق دابته على طريق المسلمين فلا ضمان
عليه فيما أتلفته .
قال ابن حزم : "وليس كل مسيء ضامنا . وقد علمنا وعلم كل مسلم
أن عامل السلاح وبائعها فى الفتن فمخالف ظالم ومسيء ومعين بذلك على
قتل الناس ولاخلاف فى أنه لضمان عليه فان قيل ان غيره هو المتولى . قيل
لهم والدابة هى المتولىة أيضا وجرحها جبار" .

القول الثانى :

(٢) (٣) (٤) (٥)
وذهب الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الى
أن من أوقف دابته فى طريق المسلمين فأتلفت مالا أو غيره ضمن صاحبها
فى الجملة .

يقول السرخسى : " هو ممنوع من ايقاف الدابة على الطريق لأن ذلك
مضر بالمارة ولأن الطريق ما أعد لاييقاف الدواب فيه فيكون هو فى شغل

-
- (١) المحلى (٣٤١/١٢) .
(٢) الدر المختار ورد المختار عليه (٦٠٣/٦ - ٦٠٤) ، تبين الحقائق
(١٤٩/٦) ، حاشية الشلبى (١٥٠/٦) ، الهداية (٣٢٦/١٠) ، مجمع الأنهر
والدر المنتقى بحاشيته (٦٦٠/٦) .
(٣) المدونة (٤٤٥/٦) ، الفواكه الدوانى (٢٦٩/٢) ، حاشية العدوى على
شرح رسالة القيروانى (٢٨٤/٢) ، شرح الزرقانى على موطأ الامام
مالك (٤٧/٤ - ٤٨) ، التمهيد (٢٧/٧) ، المنتقى (٧/١١٠) .
(٤) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) ، مغنى المحتاج (٢٠٥/٤ - ٢٠٦) .
(٥) المغنى (١٩١/٩) ، المبدع (١٩١/٥) ، كشاف القناع (١٣١/٤) ، شرح المنتهى
(٤٢٦/٢) ، غاية المنتهى (٢٤٣/٢) ، التنقيح (ص ٢٢٣) ، الانصاف (٢٢٠/٦) ،
القواعد (ص ٢٠٣) .

الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدي في التسبب يكون ضامنا^(١) .
ويقول البهوتى : "ولأن طبع الدابة الجنائية بغمها أو رجلها —
فايقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين"^(٢) .
ويقول الشربيني : "لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة
كاخراج الجناح والروش الى الطريق"^(٣) .
وللفقهاء على ذلك بعض الاستثناءات :
فقد استثنى الحنفية والمالكية وبعض الشافعية الأماكن التي
أذن الإمام بالوقوف فيها .
زاد المالكية أو تعارف الناس على الوقوف في مثلها فهذه لاضمان
فيما أتلفته الدابة فيها اذا كانت واقفة .
يقول الزيلعي : "ولو جعل الإمام موضعا لوقوف الدواب عند باب
المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة في
سوق الدواب لأنه مأذون له من جهة السلطان"^(٤) .
ويقول النغراوى المالكي : "أو أتلفته وهي واقفة في محلها المعد
لها أو المأذون فيه شرعا كباب المسجد أو السوق ولم تكن معروفة
بالعداء، وحصل الاتلاف منها لغير شيء فعل بها فذلك هدر"^(٥) .
ويقول ابن عبد البر : "وان أوقفها في موضع يعرف الناس مثلثه
توقف فيه الدواب أو يوقف في مثله دابة قال ابن حبيب نحو دار نفسه
أو باب المسجد أو دار العالم أو القاضى أو ما أشبه ذلك فلا ضمان عليه
فيما جنت " .

-
- (١) المبسوط (١٨٩/٢٦) .
 - (٢) كشف القناع (١٣١/٤) .
 - (٣) مغنى المحتاج (٢٠٥/٤) .
 - (٤) تبيين الحقائق (١٤٩/٦)، وانظر الدر المنتقى (٦٦٠/٦)، رد المحتار (٦٠٤/٦)، الفتاوى الهندية (٥٠/٦ - ٥١) .
 - (٥) الفواكه الدوانى (٢٦٩/٢) .
 - (٦) التمهيد (٢٧/٧) .

(١) ويقول الرملى : "ومالو ربطها بطريق متسع باذن الامام أو نائبه
كما لو حفر فيه لمصلحة نفسه" .
(٢) واستثنى بعض الحنابلة ما اذا كان الطريق واسعا فأوقفها فيسه
فأتلقت فقد قالوا بعدم الضمان وهى رواية عن الامام أحمد رحمه الله
حيث قال فى رواية أحمد بن سعيد اذا أوقف على نحو مايقف الناس أو فى
موضع يجوز أن يقف فى مثله فنفت بيد أو رجل فلاشء عليه قال القاضى
ظاهره أنه لاضمان اذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا .
(٣) قال فى الانصاف : "قال الحارثى وهو الأقوى نظرا"
(٤) ولكن أكثر الحنابلة على عدم التفريق بين الواسع والضيق وهو
المنصوص عن الامام أحمد قال فى رواية أبى الحارث : " اذا أقام دابة
على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له فى الطريق حق " وكذا نقل عنه
أبو طالب وحنبل ضمان جنابة الدابة اذا ربطها فى الطريق وكذا أطلق
ابن أبى موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة الضيق والسعة قال
(٥) هذا ابن رجب الحنبلى .
(٦) وعدم التفريق بين حالة الضيق والسعة هو الصحيح من مذهب الشافعية
قال النووى : " ولم يتعرضوا للفرق بين ربطه باذن الامام ودون اذنه"
(٧) . وبعد عرض أقوال الفقهاء فى مسألة من أوقف دابته فأتلقت مالا تبين
لى أن منشأ الخلاف بين الظاهرية وبين الفقهاء فى المذاهب الأربعة فى
الأصل عندهم ثم استثنواهم من الأمل هو هل يعتبر بإيقافه الدابة فى طريق
المسلمين متعديا أو لا ؟

-
- (١) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملى عليه (٤٠/٨) .
(٢) الانصاف (٢٢١/٦)، القواعد (ص ٢٠٣) .
(٣) (٢٢١/٦) .
(٤) كشف القناع (١٣١/٤)، شرح المنتهى (٤٢٦/٢)، التنقيح (ص ٢٢٣)، غاية
المنتهى (٢٤٣/٢) .
(٥) القواعد (ص ٢٠٣) .
(٦) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .
(٧) المرجع نفسه .

فمن رأى أنه ليس بمتعد وهم الظاهرية نفى الضمان .
ومن رأى أنه متعد إلا في حالات قال بتضمينه فيما سوى تلك الحالات
وهم فقهاء المذاهب الأربعة .
والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى
لأن السير والوقوف فى الطريق مباح مشروط بسلامة العاقبة . وايقــــــــــــــــاف
الدابة فى الطريق العام مع احتمال اتلافها لأموال الناس تعد وتفريط
تعد لأنه أوقفها فى ملك مشترك لم يَعد للوقوف وانما للسير .
وتفريط لأنه لم يحفظ دابته مع احتمال وقوع الاتلاف منها . والله
أعلم .

المطلب الثالث : تلف الأموال بما يمدن عن
الدابة من بول وروث ونحوهما

إذا راشت الدابة أو بالت في الطريق فتلف بذلك مال لغيره فهل يضمن صاحبها ماتلف به أو لا ؟
فرَّقَ الفقهاء في ذلك بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن تكون سائرة :

وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة (١) في قول إلى أنه لا ضمان على صاحبها لأن السير لا يخلو عن ذلك والمنع من الطريق لا سبيل إليه ولأن الاحتراز عن البول والروث غير ممكن .

القول الثانى :

وهو المذهب عند الحنابلة (٥) أنه يلزم صاحبها ضمان ماتلف ببولها أو روثها لأن الارتفاق في الطريق مشروط بسلامة العاقبة .

-
- (١) الدر المختار ورد المختار عليه (٦٠٣/٦ - ٦٠٤) ، تبیین الحقائق (١٤٩/٦ - ١٥٠) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٦٠/٢) ، الهداية (٣٢٧/١٠) ، المبسوط (١٨٩/٢٦) ، الفتاوى الهندية (٥٠/٦) .
- (٢) روضة الطالبين (١٩٧/١٠ - ١٩٨) ، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٠٥/٤) ، نهاية المحتاج (٤١/٨) ، قواعد الأحكام (١٩٦/٢) .
- (٣) المنتقى (١١٠/٧ - ١١١) ، تبصرة الحكام (٣٤٦/٢ - ٣٤٧) ، الفواكه الدوانى (٢٦٩/٢) ، الموطأ للامام مالك (٨٦٩/٢) .
- (٤) المغنى (٤٣٠/٨) ، الانصاف (٣٣/١٠ - ٣٤) ، التنقيح (ص ٣٥٩) .
- (٥) المراجع السابقة وراجع أيضا كشف القناع (٤/٦) ، شرح منتهاى الارادات (٢٩٩/٣) ، المبدع (٣٢٩/٨) .

والذى يظهر لى أن القول الأول أرجح من القول الثانى لأن البـول
والروث لايمكن الاحتراز منه . والقاعدة أن مالايمكن الاحتراز منه لاضمان
فيه والله أعلم .

الحالة الثانية :

أن تكون واقفة .

وقد اختلف الفقهاء أيضا على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية فى قول وصحه النووى والحنابلة
فى قول وهو المذهب الى أنه يلزم صاحبها ضمان ماتلف ببولها وروثها .^(١)
وقيدَ الحنابلة ذلك بأن تكون يده عليها فان لم تكن يده عليها
فلا ضمان .

وخص المالكية ذلك بمن يتخذ لدابته مربطاً فى طريق أما ان أوقفها
لحاجة أو فى موقف أذن فيه الامام فبالت أو راثت فتلف به شيء فلا ضمان
فى ذلك .

واستثنى الحنفية ما اذا كانت سائرة ثم أوقفها للبول أو السـروث
فراثت أو بالت فتلف به شيء فهذا لاضمان فيه قالوا : لأن الدابة لاـروث
ولاـتبول غالبا الا بعد الوقوف فيكون من ضروراته . فلا يجب به ضمان .
وقد نـبـه الشافعية^(٢) على أن محل الضمان اذا لم يقعد المار المشى
على البول فلو مشى قعدا عليه فتلف به فلا ضمان .

ومن ذهب الى هذا القول من الشافعية والحنابلة لم يفرق بين سعة
الطريق وضيقة لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة .
ولأنه متعدد بايقافها اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقافها فيه
والايقاف أكثر ضررا من السير لكونه أدوم .

(١) المراجع السابقة (هامش ١ - ٥) الصفحة السابقة .

(٢) مغنى المحتاج (٢٠٥/٤)، حاشية الشبراملى على نهاية المحتاج (٤١/٨) .

القول الثانى :

(٢) وهو المعتمد عند الشافعية وقول عند الحنابلة ذكر ابن قدامسة
(١) أنه قياس المذهب وصوبه المرادوى وهو أنه لاضمان فيما تلف بروث أو بول
(٣) الدابة لأنه لايمكنه التحرز منه .
والذى يظهر لى والله أعلم رجحان مذهب اليه أصحاب القبول
الأول لأنه متعدد بايقاف الدابة فى طريق مشترك لم يُعد للوقوف فيه فمما
تلف بسبب هذه الدابة وبأى وجه كان التلف بنفح أو خبط أو كدم أو بول
أو روث فالضمان يلزمه ويتحمل نتيجة عدوانه .
وإذا لم يمكن التحرز من البول والروث فالتحرز من ايقافها
فى الطريق العام ممكن . والله أعلم .

(١) روضة الطالبين (١٠/١٩٨)، نهاية المحتاج (٨/٤١)، مغنى المحتاج
• (٤/٢٠٥)
(٢) المغنى (٨/٤٣٠) .
(٣) الانصاف (١٠/٣٣ - ٣٤)، التنقيح المشبع (ص ٣٥٩) .

المطلب الرابع : التلف الناشء عن تصادم
وسائل الركوب القديمة

بنى الفقهاء رحمهم الله أحكام الاصطدام على ماسبق أن أشرنا اليه
من أنه لضمان فيما تتلفه الحيوانات الا بتعدى من معها أو تفريطه
أو تقصيره في الحفظ أو في التحرز مما يمكن الاحتراز عنه .
بناءً على ذلك :

فقد اتفق الفقهاء من الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(٣) والحنابلة ^(٤)
على أنه لو اصطدم فارسان وماتت دابتهما وكان ذلك بتفريط منهما
بحيث يقدر كل منهما على صرف دابته عن الآخر فلم يفعل فان كل واحد
منهما ضامن لما أتلفه للآخر .
واختلفوا فيما اذا عجز عن صرفها عن الدابة الأخرى حتى صدمتها
فماتت هل يلزمه ضمان أو لا ؟ على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنه
لا ضمان عليه لأنه غير مفرط ^(٥) .

القول الثاني :

أن عليه الضمان وهو المذهب عند الشافعية وقول عند المالكية ^(٦)

-
- (١) رد المحتار (٦٠٥/٦) .
 - (٢) المنتقى (١١٠/٧)، المدونة (٤٤٦/٦)، الشرح الكبير (٢٤٧/٤ - ٢٤٨)، منح
الجليل (٣٥٩/٤)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢٥٢/٢) .
 - (٣) مغنى المحتاج (٨٩/٤ - ٩٢)، نهاية المحتاج (٣٦٢/٧)، روضة الطالبين
(٣٣١/٩)، الأم (١٦٥/٦) .
 - (٤) كشف القناع (٨/٦ - ٩)، المغنى (١٩١/٩)، الانصاف (٣٦/١٠)، شرح منتهى
الارادات (٣٠١/٣)، المحرر (١٣٦/٢) .
 - (٥) المراجع السابقة . هامش رقم (٤،٢٠١) .
 - (٦) روضة الطالبين (٣٣١/٩)، نهاية المحتاج (٣٦٢/٧) .

رجحه الدردير فقال : " لكن الراجح أن العجز الحقيقي في المتتاميين —
 كالخطأ فيه ضمان الدية في النفس والقيم في الأموال" ^(١) .
 والقول بتضمين كل واحد من المتتاميين مقيد عند الحنفية والحنبلة
 بما إذا كانا مقبلين على بعضهما زاد الحنبلة أو مدبرين .
 أما إذا كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فالضمان على المؤخر —
 فقط يقول ابن عابدين : " وهذا ليس على إطلاقه بل محمول على ما إذا
 تقابلا لما في الاختيار : سار رجل على دابته فجاء راكب من خلفه فصدمه
 فعطب المؤخر لاضمان على المقدم وان عطب المقدم فالضمان على المؤخر" ^(٢) .
 ويقول ابن قدامة : " وان كان أحدهما يسير بين يدي الآخر —
 فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو أحدهما فالضمان على اللاحق
 لأنه هو الصادم والآخر ممدوم فهو بمنزلة الواقف" ^(٣) .
 وان تعدى أحدهما أو فرط دون الآخر فقد نص الحنبلة على أن الضمان ^(٤)
 على المفراط مثل أن يكون أحدهما سائرا والآخر واقفا فالضمان على السائر
 فيما إذا أتلف دابة الواقف ولو تلفت دابته بسبب ذلك فلا شيء على الواقف
 لأنه لم يجن عليه أحد بل جنى على نفسه الا إذا كان الواقف متعد فـ
 وقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فلا ضمان على السائر لأنه لم يتعد عليه
 بل الواقف هو المتعدى ولا يضمن الواقف للسائر شيئا لأنه لم يجن عليه .
 والحامل أن أكثر الفقهاء متفقون كما ذكرنا على أن ضابط التضمين
 هو التعدى والتقصير في الحفظ والحكم يدور معه وجودا وعدما .
 ومتى قال الفقهاء بالضمان في حالة الاصطدام فما مقدار ما يضمنه
 كل واحد للآخر اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

يضمن كل واحد كامل قيمة الدابة التي أتلفها لأنها ماتت بفعلـه

- (١) الشرح الكبير (٢٤٨/٤) .
- (٢) رد المحتار (٦٠٥/٦) .
- (٣) المغنى (١٩١/٩) ، وراجع كشف القناع (٨/٦) ، شرح منتهى الارادات (٣٠١/٣) .
- (٤) كشف القناع (٨/٦ - ٩) ، المغنى (١٩١/٩ - ١٩٢) ، شرح منتهى
 الارادات (٣٠١/٣ - ٣٠٢) .

وهو قول الحنفية والمالكية والمذهب عند الحنابلة .^(١)^(٢)^(٣)

القول الثانى :

يضمن كل واحد منهما نصف قيمة الدابة التى أتلفها والنصف الآخر هدر
لاشراكهما فى الاتلاف فكل دابة هلكت بفعل صاحبها وفعل غيره فيها —در
فعل صاحبها وهو النصف ويضمن الثانى النصف الآخر وهو قول عند الحنابلة^(٤)
وقول الشافعية فيما^(٥) اذا كانت الدابتان لهما أما اذا كانت لغيرهما
كالمعارتين والمستأجرتين لم يهدر منهما شيء لأن المعار ونحوه مضمون
اذا أتلفه ذو اليد ، لأنه مال أجنبى ولا يهدر من ماله شيء ففى هـ — هذه
الحالة يضمن كل واحد منهما كامل قيمة ما أتلفه .

ويلاحظ أن ضابط التضمين بالتعدى والتقصير أو التفريط فى الحفظ
مُطَرِّدٌ لدى الفقهاء فى جميع وسائل الركوب وبناء على ذلك قال الفقهاء
فى أحكام اصطدام السفن :

اذا اصطدمت سفينتان ولم يفرط ملاحهما فلا ضمان عليهما لأن الملاحين
لايسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما فى الغالب ولا الاحتراز
من ذلك وما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه .

جاء فى المدونة^(٦) : "قلت أرأيت لو أن سفينة صدمت سفينة أخرى
فكسرتها فغرق أهلها ؟ قال قال مالك : ان كان ذلك من ربح غلبهم أو من
شيء لا يستطيعون حبسها منه فلا شيء عليهم " .

-
- (١) رد المحتار (٦٠٥/٦) .
(٢) المنتقى (١١٠/٧) ، المدونة (٤٤٦/٦) ، الكافى فى فقه أهل المدينة
٠ (٢٥٢/٢)
(٣) الانصاف (٣٦/١٠) ، كشف القناع (٨/٦) ، المغنى (١٩١/٩) ، شرح منتهى
الارادات (٣٠١/٣) .
(٤) كشف القناع (٨/٦) ، الانصاف (٣٦/١٠) .
(٥) روضة الطالبين (٣٣١/٩) ، مغنى المحتاج (٨٩/٤ - ٩٠) ، نهاية المحتاج
٠ (٣٦٢/٧ - ٣٦٣) ، الأم (١٦٥/٦) .
(٦) (٤٤٦/٦) ، وانظر المنتقى (١١٠/٧) ، الشرح الكبير (٢٤٩/٤) ، منح الجليل
٠ (٣٦٠/٤) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٥٢/٢) .

(١) ويقول الشريبي: " فان حصل الاصطدام بغلبة الريح فلا ضمان " .
 وجاء في كشف القناع : " وان اصطدمت سفينتان واقفتان أو مَعْدَتَانِ
 أو منحدرتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما أي من القِيَمِيْنِ سفينة الآخر
 وما فيها من نفس ومال ان فَرَطَ لَأَن التلّف حصل بسبب فعليهما فوجب على كل
 منهما ضمان ماتلف بسبب فعله كالفارسيين اذا اصطدما وان لم يفرط واحد
 منهما فلا ضمان على واحد منهما لعدم مباشرته التلّف وتسببه فيه " (٢) .
 ولو قَدَرَ على صرفها عن الأخرى فلم يصرّفها خوفا من غرق أو نهــــب
 أو أسر أو وقوع في ظُلْمَةٍ فهو مفرط عند المالكية ضامن لما تلف بسبب هذا
 التصادم قال الدردير : " لأن هذا ليس من العجز الحقيقي لقدرتهم على
 الصرف وليس لهم أَن يَسْلَمُوا بهلاك غيرهم " (٣) .
 ومن صور التفريط ما جاء في كشف القناع : " والتفريط أن يــــكــــون
 قادرا على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها
 الى ناحية أخرى لاصدم معها فلم يفعل أو لم يكمل القِيَمِ آلتها من الرجال
 والحيال وغيرها كالمراسي والأخشاب التي يحتاج اليها في حفظها " (٤) .
 ومقدار ما يضمنه كل واحد للأخر هو ما ذكرناه عند تصادم الفارسيين
 اما أن يضمن كامل القيمة أو النصف على الخلاف المذكور هنــــك
 الا أن الحنابلة قالوا : اذا تعمد الملاحان التصادم فهما شريكان فــــي
 ضمان ماتلف فيضمن كل واحد منهما نصفه " (٥) .

-
- (١) مغنى المحتاج (٩٢/٤)، وانظر روضة الطالبين (٣٣٧/٩)، نهاية
 المحتاج (٣٦٦/٧)، الأم (١٦٥/٦) .
 (٢) (١٤٤/٤)، وانظر المغنى (١٩٣/٩)، شرح منتهى الارادات (٤٣١/٢)، المحرر
 (١٣٦/٢) .
 (٣) الشرح الكبير (٢٤٩/٤)، وانظر المنتقى (١١٠/٧)، منح الجليل (٣٦٠/٤) .
 (٤) (١٤٤/٤)، وانظر صورا أخرى للتفريط في روضة الطالبين (٣٣٧/٩)، نهاية
 المحتاج (٣٦٦/٧)، المغنى (١٩٣/٩) .
 (٥) شرح منتهى الارادات (٤٣١/٢)، كشف القناع (١٤٤/٤) .

المبحث الثانى

فيما تتلفه وسائل الركوب الحديثة

لقد عرضنا فى المطالب السابقة آراء الفقهاء رحمهم الله فيما تتلفه وسائل الركوب من الدواب والسفن الشراعية وهى وسائل المواصلات التى كانت معروفة فى زمانهم . ومع تطور العلم والعالم جدت وسائل نقل التى جانب تلك الوسائل الموجودة فى الزمن السابق كالسيارات والبواخر والدراجات وغير ذلك من وسائل الركوب الحديثة التى يحتاجها الناس فى تنقلاتهم وحمل أمتعتهم ونحو ذلك مما لاغنى لهم عنه . وحينما عرضت آراء الفقهاء فيما تتلفه وسائل النقل الموجودة لديهم وفى زمانهم تبين لى أنهم متفقون فى الجملة على ضابط التضمن وقد أشرت إليه فيما سبق وهو أن المتسبب يضمن بالتعدى والتفريط . وان اختلفوا فى قليلى من الفروع فبعضهم يضمن وبعضهم لا يضمن فمنشأ ذلك اختلاف الأعـراف والعادات من زمن الى زمن ومن مكان الى مكان وليس منشؤه الدليل النقلى . فمثلا مايمكن الاحتراز منه فى زمن قد لايمكن الاحتراز منه فى زمن آخر وكذلك العكس ، ومايعتبره بعض الناس فى مكان أو زمان "مـا" تفريطا قد لايعتبره البعض فى زمن أو مكان آخر تفريطا وهكذا ولذلك نجد أنهم يعـلـلـون الحكم بالضمان دائما بعبارات "لأنه مفطر، أو متعـسـد أو يمكنه الاحتراز منه" .

وعلى هذا الأساس يمكننا ان شاء الله تخريج أحكام ما استجد من وسائل على الأحكام التى نصوا عليها بالنسبة لما هو موجود فى زمانهم يقول الشيخ عبدالرحمن بن سعدى فى معرض اجابته على سؤال عن حكم ضمان ماتتلفه السيارات أو يتلف من جرائها من نفس أو مال : " فهذه المسائل وما أشبهها ينبغى لأهل العلم أن يطبقوها على الكلام الكلى للأصحاب وينظروا مايطابقه وينطبق عليه ليتم لهم معرفة مأخذ المسـور ويسهل عليهم تطبيق الحوادث الجزئيات على النصوص الكليات ولا يأخذ

المسائل مجردة عن الأصل الذى أخذت عنه فان هذا قصور... فان أهل العلم رحمهم الله وجزاهم عن المسلمين خير الجزاء قصدوا فى كلماتهم المحكمة الكلية أن تحيط بجميع ما يحدث من الجزئيات ولهذا لا يكاد البعير أن يجد مسألة خارجة عن دخولها فى عباراتهم" (١) .

بل قد نص الفقهاء على أن أحكامهم هذه تنطبق على ماشيهم من مسائل وانما خصوا الدواب مثلا بالذكر لأنها هى التى يغلب استعمالها فى ذلك الوقت وان كان غيرها يأخذ حكمها بلا ريب . يقول الدرديسر : "وانما خص الفرس لأن التصادم غالبا يكون فى ركوب الخيل" ، قال الدسوقي : "قوله وانما خص الفرس . أى بالذكر مع أن مثلها كل ماتلف بسبب التصادم" (٢) .

ويقول القاضى عليش : "ولاخصومية للفرس بل كل ماتلف بسبب التصادم حكمه كالفرس" (٣) .

ويقول البابر تى : "حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المعطمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر" (٤) .

ونقل قاضى زاده عن معراج الدراية قوله : "وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقى أو بحسب الغالب" (٥) .

ونقل عن النهاية : "وفى تقييد الفارسين فى الكتاب بقوله : واذا اصطدم الفارسان ، ليست زيادة فائدة فان الحكم فى اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره فى المبسوط سوى أن موت المعطمين فى الغالب انما يكون بالفارسين" (٦) .

(١) الفتاوى السعدية (ص ٥٦٣ - ٥٦٤) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٤٩/٤) .

(٣) منح الجليل (٣٦٠/٤) .

(٤) العناية على الهداية (٣٢٩/١٠) .

(٥) تكملة شرح فتح القدير (٣٢٩/١٠) .

(٦) المرجع نفسه .

جاء في نظرية الخطأ في الفقه الاسلامى : " واذا كان هذا هو كلام الفقهاء في أحكام الامطدام بين المشاة والفرسان والسفن، فليس معنى هذا أن كلامهم مقصور على راكب الحيوان وملاح السفينة الشراعية بل ان كلامهم في هذا ينبه الى قواعد وضوابط تطبيق على كل ما أحدثه الانسان للركوب من سيارات ونحوها .

واذا كانت هذه الضوابط تطبق على راكب الحصان البسيط فمن باب أولى أن تطبق على سائق السيارة الفارحة وملاح الطائرة الضخمة لأن السائق والملاح يتحكمان بمركوبيهما أكثر من تحكم الراكب بحصانه ذلك أن السيارة والطائرة عبارة عن آلة في يد المتحكم فيها فما ينشأ عنها من ضرر يكون من قبيل المباشرة غالباً . أما الحيوان فيتحرك بغير ارادة صاحبه ولهذا فان الضرر الذى يحدث عنه يكون من قبيل التسبب غالباً بالنظر لراكبه وهكذا فما يطبق على ملاح السفينة البسيطة يجب أن يطبق على ملاح الباخرة ونحوها لأن ملاح الباخرة يستطيع التحكم فيها أكثر من تحكم السفينة الشراعية بسفينته بل لامقارنة بينهما فيجب أن يكون الضمان على قدر المسؤولية " (١) .

بناءً على ذلك : سنراعى باذن الله تعالى فى تخريج أحكام ماتتلفه وسائل النقل الحديثة أمرين هاميين :

(أحدهما) اختلاف الأعراف والعادات بين الزمن الحاضر وزمن الفقهاء رحمهم الله وقد تعارف الناس فى زماننا هذا على أنظمة وقوانين معينة فى السير والوقوف والحمل ونحو ذلك وجعلوها ملزمة فمن تجاوزها أمكن أن يقال فى حقه انه متعد أو مقصر فيلزم بالضمان .

(١) نظرية الخطأ فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد الأحمد (ص ٣٧٦ - ٣٧٧) ، مطبوع على الآلة الكاتبة رسالة دكتوراه جامعة أم القرى . وقد اجتهد فى تخريج بعض الأحكام للمركبات الحديثة على أقوال الفقهاء راجع الصفحات (٣٥٢، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦٣) .

(٢) انظر فى مثل ذلك نظام المرور فى المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ فى ١١/٦/١٣٩١ هـ .

(الثانى) ما استجد فى وسائل النقل الحديثة من وسائل السلامة كالمكبج والمنبّه والمقود ونحو ذلك مما يجعل قائد المركبة مسئولا فى الغالب عما يتلفه لأن المركبة انما تسير بتسييره لها فهى آلة فى يده بخلاف الدابة .

وفيما يلى نعرض ان شاء الله تعالى الأحكام المخرجة على أقوال الفقهاء المتفق عليه أو ماظهر لى رجحانه عند الاختلاف :
(1) قائد المركبة مسؤول عما تتلفه مركبته من أموال الناس سواء حصل ذلك بعجلاتها الأمامية أو الخلفية ، بمقدمتها أو بمؤخرتها . وكذلك ماتتلفه بالعربات المقطورة فيها . ويعتبر فى ذلك مباشرا فى الاتلاف لامتسببا ، لأن تلك المركبة عبارة عن آلة فى يده يتصرف فيها كيف شاء .

الا اذا عجز عجزا حقيقيا عن صرفها مثل أن يتعطل المقود أو عن ايقافها مثل أن يتعطل المكبح ونحو ذلك مما يحصل فجأة ولم يكن نتيجة اهمال فى صيانتها واصلاحها فلاضمان عليه فى هذه الحالة قياسا على السفينة اذا صدمت أخرى بغلبة الريح أو شدة جريان الماء فقد قال الفقهاء لاضمان على صاحبها فى هذه الحالة لأن ذلك ليس فى وسعه ولايكلف الله نفسا الا وسعها .

ويستثنى من ذلك وسائل الركوب والنقل ذات الطرق الخاصة بهـ كالتائرات وقطارات السكك الحديدية فمثل هذه الوسائل ينبغى مراعاة أنها لايمكن ايقافها وقوفا متكررا كالسيارات بل ان سيرها ووقوفها على المدرجات والسكك يخضع لضوابط معينة ومعايير دقيقة . وكذلك ينبغى مراعاة أن سيرها فى هذه الطرق أعنى المدرجات والسكك الحديدية ليس مشروطا بسلامة الآخرين ممن ليس لهم الحق فى استعمال هذه الطرق فمثلا ليس لقائد السيارة أن يقود سيارته فى مدرج الطائرة أو سكة الحديد فان فعل ذلك فهو المتعدى المعرض ماله للتلف .

(1) المركبة هى كل وسيلة نقل أو جر ذات عجلات تسير بقوة آلية . انظر نظام المرور السابقة مادة (1) .

أما الذين لهم الحق في استعمال هذه الطرق وهم أصحاب الوسائل المماثلة فهؤلاء يأخذون حكم الوسائل الأخرى مع بعضها البعض فمن نسب إلى التعدي أو التقشير والتفريط فإنه يضمن والا فلا .

(٢) يضمن قائد المركبة ماتلف من أموال الناس بما ينبعث عن مركبته أثناء سيرها في الطرق العامة من غبار وحجارة ورشاش وحل متسى أمكن نسبة ذلك إليه بأن كان نتيجة عنفه وتهوره في القيامة لأنه يمكنه تلافى ذلك والاحتراز عنه بالقيادة المتأنية الهادئة .

(٣) يضمن قائد المركبة ماتلف من أموال الناس بسبب ما حملته على مركبته من أمتعة أو أتربة ورمال وحجارة، أو حطب وحديد ونحو ذلك سواء أتلفت بسقوطها أو وهى على ظهر المركبة متى أمكن نسبة ذلك إليه بأن قصر في شدها واحكامها، أو خالف التعليمات العادرة من الامام أو نائبه بالنسبة لأوزان الحمولات وأبعادها وتغطية الرمال والأتربة والحجارة بغطاء يمنع من تحريك الرياح لها أثناء السير .^(١)

فان لم يكن منه تفريط ولا تعد في ذلك فلا ضمان عليه .

(٤) يضمن قائد المركبة ماتلف من أموال الناس بما تخلفه مركبته في الطرق العامة أثناء سيرها أو وقوفها من سوائل كالمياه والزيوت وكذلك الشحوم لأن عليه تعهدها وصيانتها عن تسرب تلك السوائل فمتى قصر في ذلك ضمن ماتلف به .

(٥) من عرض ماله للتلف أو فرط في حفظه فتلف فهو هدر لاضمان فيسه فعلى ذلك من أوقف سيارته أو نحوها في الشوارع والأماكن التي يمنع الامام أو نائبه الوقوف فيها أو في الشوارع الضيقة المسلوكة^(٢) فهو متعد في ذلك مفرط في حفظ سيارته عن التلف فاذا تلفت بسبب وقوفه هذا فلا ضمان على متلفها لأن صاحبها هو المتعدى بايقافها

(١) انظر في هذه التعليمات نظام المرور في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩ في ١١/٦/١٣٩١هـ وقد نص في المواد من ١٥٤ - ١٦٩ على قياس المركبات وحمولتها وأوزانها .

(٢) انظر في ذلك نظام المرور في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩ في ١١/٦/١٣٩١هـ وقد حدد الأماكن التي يمنع الوقوف فيها في المادة (٨٦) .

فى ذلك المكان .

(١) وقد أورد صاحب نظرية الخطأ فى الفقه الإسلامى بعض فقرات من بحث أعدته اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية ويعتبر تكملة لما خرجته سابقا على أقوال الفقهاء وقد جاء فيه :

(٦) ان أدركت سيارة سيارة أمامها فصدمتها ضمن سائق اللاحقة ماتلف من النفوس والأموال فى سيارته والسيارة المصدومة . لأنه متعسّد بصدمة لما أمامه والأمامية بمنزلة الواقفة بطريق واسع . الا اذا حصل من سائق الأمامية فعل يعتبر سببا أيضا فى الحادث كأن يوقف سيارته فجأة أو يرجع بها الى الخلف أو ينحرف بها الى ممر اللاحقة ليعترض طريقها فالضمان بينهما على ماتقدم من الخلف . (٢)

(٧) ان صدمت سيارة نازلة من عقبه مثلا سيارة صاعدة فالضمان على سائق المنحدرة الا اذا كان مغلوبا على أمره فلا ضمان عليه أو كان سائق الصاعدة يمكنه العدول عن طريق النازلة فلم يفعل فالضمان بينهما .

(٣) قلت : وهذا قياس منهنم على اصطدام السفينتين .

(١) (ص ٣٧٨ - ٣٧٩) .

(٢) قلت : قد تقدم أن جمهور الفقهاء يقولون أن على كل واحد منهنم ضمان قيمة ماتلف للآخر يقول ابن قدامة : " اذا ثبت هذا فان قيمة الدابتين ان تساوتا تقاسما وسقطتا وان كانت احدهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وان نقصت فعليه نقصها " . انظر المغنى (١٩١/٩) .
وذهب الشافعية وهو قول عند الحنابلة أن على كل واحد منهنم نصف قيمة ماتلف للآخر لاشتراكهما فى الاتلاف وهذا عند الشافعية اذا كانت المركبتان للمصطدمين أما ان كانت لغيرهما كالمستأجرتين والمعارتين فيضمن كل منهنم كامل قيمة ماتلف من الآخر من غير نقص لأن مال الأجنبى لا يهدر منه شيء .

(٣) انظر كشاف القناع (١٤٤/٤ - ١٤٦) ، شرح المنتهى (٤٣١/٢) ، المغنى (١٩٣/٩) .

(٨) إذا وقف سائق سيارته أمام إشارة المرور مثلا ينتظر
فتح الطريق فهدمت سيارة مؤخرته سيارته صدمة دفعتها الى الامام
فهدمت بعض المشاة مثلا فمات أو أصيب بكسور ضمن من هدمت سيارته
مؤخرة السيارة الأخرى كل ماتلف من نفس ومال لأنه متعدد بعدوهم
والسيارة الامامية بمنزلة الآلة بالنسبة للخلفية فلا ضمان على
سائقها لعدم تعديه . والله أعلم .

الفصل السادس

التلف الناشئ بسبب الحفريات فى
الطرق العامة أو سقوط المباني ومايتبعها
من شوايت ومنقولات

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

فى التلف الناشئ عن الحفريات فى الطرق العامة

الحفريات فى الطرق العامة اما أن تكون لمصلحة عامة للمسلمين
مثل أن يقعد بالحفريات تصريف مياه الأمطار أو المجارى أو التمديدات
الهاتفية أو الكهربائية ونحو ذلك وقد تكون لمصلحة خاصة بالحافر فقط
مثل أن يقعد تصريف أمطار منزله أو مجاريه وماشابه ذلك وهذه الحفريات
بنوعيتها قد ينجم عنها تلف مال الغير سواء كان تلفا جزئيا أو كليا
فقد تسقط فيها سيارة فتتلف أو بهيمة فتهلك والفقهاء رحمهم الله قد
بحثوا مثل هذه المسائل ووضعوا لها الضوابط .

فالضابط عند الحنفية : أن كل من تعدى فى الحفر فى الطرق العامة

فهو ضامن لما تلف به .

ومن التعدى : الحفر فى الطريق العامة بغير اذن الامام . أو الحفر

باذن الامام مع التفريط فى اتخاذ الوسائل اللازمة لحماية من يعبرون
الطريق فانه وان أبيع الحفر فهو مقيد بشرط السلامة .^(١)

وأما المالكية فالأمل عندهم : أن ماكان على الوجه المباح فلاضمان

فيه وماكان غير مباح فهو يضمن ماتلف به . ولم يقيدوا ذلك باذن الامام^(٢)

(١) تبين الحقائق (١٤٥/٦)، الهداية ونتائج الأفكار (٣١٢/١٠)، العناية

مع نتائج الأفكار (٣١٢/١٠)، المبسوط (٢٢/٢٧ - ٢٣) .

(٢) المنتقى (١١١/٧) .

ولاغيره وانما المعيار عندهم هو الحفر على وجه العدوان بأن يفعل ماليس له فعله . يقول الامام مالك : ^(١) "والأمر عندنا في الذي يحفر البئر على الطريق أو يربط الدابة أو يمنع أشباه هذا على طريق المسلمين أن ماصع من ذلك مما لايجوز له أن يمنعه على طريق المسلمين فهو ضامن لما أصيب في ذلك من جرح أو غيره وما منع من ذلك مما يجوز له أن يمنعه على طريق المسلمين فلا ضمان عليه فيه ولاغرم وممن ذلك البئر يحفرها الرجل للمطر" .

قال الزرقاني شارحا لقول الامام مالك : " يفعل فيه : فان كان مما لايجوز له أن يمنعه على طريق المسلمين كالضيقة التي لاتحتل ذلك فهو ضامن لما أصيب في ذلك وان كان ماصع من ذلك مما يجوز له أن يمنعه على طريق المسلمين كالواسعة المحتملة فلا ضمان عليه فيه ولاغرم بل هو هدر وعليه يحمل الحديث ومن ذلك البئر يحفرها الرجل للمطر والدابة ينزل عنها الرجل للحاجة فيقفها على الطريق فليس على أحد في هذا غرم لاعلى الرجل ولاعلى بيت المال ولاغيرهما" ^(٢) .
 أما الشافعية والحنابلة فقد فعلوا في ذلك ونظروا في هذه المسألة من عدة وجوه :

فاتفقوا على أن من حفر في شارع ضيق وكان في هذا الحفر ضرر بالمارة فتلف به مال الغير أن على الحافر ضمان ماتلف بسبب هذا الحفر سواء في ذلك كان الحفر لمصلحة المسلمين أو لمصلحة نفسه وسواء كان باذن الامام أو بغير اذنه لأنه ليس للامام أن يأذن فيما يضر .
 أما اذا كان الطريق واسعا أو ضيقا لكن ليس فيه ضرر على

-
- (١) الموطأ (٨٦٩/٢) كتاب العقول باب (١٨) .
 (٢) شرح موطأ الامام مالك (٤٧/٤ - ٤٨) ، وراجع تبصرة الحكام (٣٤٦/٢) .
 (٣) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨٢/٤ - ٨٣) ، نهاية المحتاج وحاشية الشبرايملى عليه (٣٥٤/٧) .
 (٤) كشاف القناع (١٣٤/٤ - ١٣٥) ، شرح منتهى الارادات (٤٢٧/٢) ، الانصاف (٢٢٥/٦ - ٢٢٦) ، المغنى (٤٢٤/٨) .

المسلمين لكونه منحرفا عن الجادة . فقد قال الشافعية : ان كــــان
 باذن الامام فلا ضمان عليه اذا كان لمصلحة المسلمين على المذهب . وكذلك
 ان كان لمصلحة نفسه على الأصح لعدم التعدي .

وان كان بغير اذن الامام فالأصل عندهم أن اذن الامام لايشترط كونه
 قبل الحفر بل لو حفر بغير اذن الامام ثم أقره عليه بعد الحفر فيكون
 كما لو أذن له في الحفر ابتداء .

بناء على ذلك قالوا : ان كان الحفر لمصلحة المسلمين فلا ضمان
 عليه في الأظهر لما فيه من المصلحة العامة ولتعرض مراجعة الامام فــــى
 مثل ذلك .

وان كان الحفر لمصلحة نفسه فقط فعليه الضمان ان لم يقره الامام
 لافتياته عليه .

ومحل الضمان عند الشافعية اذا لم يكن هناك مباشر فان كان هناك
 مباشر فالضمان عليه لاعلى المتسبب وهو الحافر تقديما للمباشرة على
 السبب .

وأن يكون عامل التلف هو السقوط في الحفر فقط أما لو كان التلف
 بغير السقوط مثل إن تردت بهيمة في الحفر ولم تتأثر بالعمدة وبقيت فيه
 أياما ثم ماتت جوعا فلا ضمان على الحافر .

ولافرق في تضمين الحافر عندهم بين المتردي بالليل أو بالنهار .
 أما الحنابلة فقد قالوا اذا كان الطريق واسعا ولم يكن في الحفر
 فيه ضرر على الماره فان كان الحفر لمصلحة المسلمين فلا ضمان عليه
 ولو كان بغير اذن الامام .

وان كان لمصلحة نفسه فانه يضمن ماتلف بها سواء حفرها بــــاذن
 الامام أو بغير اذنه خلافا للشافعية وذلك لأنه تلف بحفره حفرة في حــــق
 مشترك بغير اذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الامام .

ولانسلم أن للامام أن يأذن في هذا وانما يأذن في القعود لأنــــه
 لايدوم وتمكن ازالته في الحال .

وقد نبه الحنابلة على أن محل عدم ضمان الحافر في الطريق
 الواسعة لنفع المسلمين هو ما اذا لم يكن منه تفريط بأن وضع السياج

المانعة من السقوط فى الحفر وماشابه ذلك أما اذا فرط وترك الحفر عرضة للسقوط فيه فانه يلزمه الضمان ، جاء فى الاقناع وشرحه : ^(١) "وينبغى لمن حفر بئرا بالطريق الواسع أو الموات أن يجعل عليها حاجزا تعلم به لتتوقى قال الشيخ : ومن لم يسد بئره مسداً يمنع من الضرر ضمن ماتلف بها" .

وهذا ماجرى عليه الشافعية أيضا فقد قال الرملى : " وَخَصَّصَ الماوردى ذلك، بما اذا أحكم رأسها فان لم يحكمها وتركها مفتوحة ضمن مطلقا قال الزركشى وغيره وهو ظاهر" .

ومن عرض أقوال الفقهاء يتبين لنا أنهم متفقون فى الجملة على أن المتعدى والمفرط فى الحفر ضامن لما تلف بسبب فعله .

وهذا الضابط يمكن تطبيقه على مسائل الحفر فى كل زمان ومكان . وفى مثل زماننا هذا أصبح اذن الامام أو نائبه لعمل حفريات فى الطرق من الامور المرعية والقواعد المتبعة حيث يلزم كل من أراد حفرا فى الطريق العام مراجعة الجهات المسؤولة لاصدار الترخيص لهذا الحفر لئلا فقط لخطورة هذا الحفر على المارة بل ان هذا الحفر يترتب عليه اتلاف اموال هى من المعالجات العامة كالزفت والأرصفة وقد يترتب عليه أيضا اتلاف اموال أخرى كالتعميدات الهاتفية والكهربائية وتمديدات المياه الموجودة فى هذا العصر بكثرة فى باطن الأرض ومثل ذلك اذا لم يُراجَع فيه الجهات المختصة لتحديد مسار التمديدات له حتى يتوقاها فهو متعدي يلزمه الضمان اذا تلف من جراء حفره شيء، وكذا اذا أهمل وقصر فى اتخاذ الاحتياطات التى تجب مراعاتها لحماية ارواح الناس وأموالهم من التلف نتيجة مفاجأتهم بتلك الحفريات .

أما اذا أذن له الامام أو نائبه فى الحفر سواء كان لمصلحة نفسه أو لمصلحة عامة وحدد له موقع الحفر واتخذ جميع وسائل

الحماية اللازمة من سجاج واقية من التردى فيه ومصابيح تضىء موقع الحفر ولوحات تحذيرية حسب المتعارف عليه فالذى أراه أن مثل هذا يُخْرِجُهُ من عَهْدَةِ الضمان لأنه لا يمكن أن ينسب إلى التعدى والتفريط إذا كان على مثل هذه الحال، مع كون الحفر فى الطُرُق العامة فى هذا العصر ————— الحاجيات التى لا يسع الناس تركها . والله أعلم بالصواب .

المبحث الثانى

فى التلف الناشئ عن سقوط المبانى
ومايتبعها من ثوابت ومنقولات

المطلب الأول : التلف الناشئ عن سقوط المبانى على
الطرق العامة وأملاك الغير

قد يتسبب انهيار المبانى فى تلف مال الغير مثل أن يسقط شيء من البناء على سيارة واقفة بجواره فيتلفها أو حيوان فيقتله أو على مبنى آخر لغيره فيهدمه ونحو ذلك وقد بحث الفقهاء رحمهم الله مثل هذه المسألة وعنوا بالبحث عن أحكام سقوطها على الطرق العامة وأملاك الغير ذلك أن سقوط المبنى فى حدود ملك الشخص نفسه من غير أن يتجاوزه إلى أبعد من ملكه لاضمان فيه باتفاق الفقهاء حتى ولو بناه مائلا أو بناه مستويا فمال فلم يهدمه حتى سقط فى ملكه لأنه تصرف فى ملكه وللميمس مال الغير بسوء ، اذ له أن يبني فى ملكه كيف شاء، وانما المتعدى الضامن من عرض مبانیه للسقوط والانهيار على أملاك الغير عدوانا إذا سقطت على مال الغير فأتلفته .

بناء على ذلك فان التلف الناشئ عن سقوط المبانى على الطرق العامة وأملاك الغير لا يخلو من حالات وقد اتفق الفقهاء على بعضها واختلغوا فى البعض الآخر :

فاتفق الفقهاء على أن من بنى منزلا أو حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك الغير وقيده بعض الفقهاء بغير اذنه ثم سقط على مال فأتلفه لزم صاحبه ضمان ذلك المال التالف جاء فى تبیین الحقائق : " وان بناه مائلا ابتداء ضمن ماتلف بسقوطه بلا طلب لأنه تعدى بالبناء " .

- (١) قال الشلبي: "أى فى ملك غيره ألا ترى أن هواء البقعة فى حكمها ولو بنى فى ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى فى هواء ملك غيره واذا ثبت أنه متعد فى ذلك ضمن ماتولد منه".
- (٢) وجاء فى تبصرة الحكام: "قال ابن رشد: واذا كان الجدار مائلا من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان".
- (٣) ويقول الدردير: "ومفهوم مَالٍ . أنه لو بناه مائلا ابتداء فسقط على شيء فأتلفه لضمن بلا تفعيل".
- (٤) وجاء فى روضة الطالبين: "وان بناه مائلا الى الشارع وجب ضمان ماتولد من سقوطه".
- (٥) وجاء فى أسنى المطالب: "وان بناه مائلا الى الشارع أو الى ملك الغير بغير اذنه ضمن ماتلف به".
- (٦) وجاء فى المغنى: "واذا بنى فى ملكه حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فانه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه".
- واتفقوا أيضا على أنه اذا بناه مستقيما فسقط من غير ميلان فتلف به مَالٌ . أو مَالٌ الى الطريق أو مَالٌ الى الغير ولم يطالب بنقضه أو طولب بنقضه لكن لم يتمكن من النقض حتى انهدم فتلف به مَالٌ الغير فلا ضمان عليه .
- واختلف الفقهاء فى حالة ما اذا بناه مستقيما ثم مَالٌ الى الطريق العام أو ملك الغير ثم طولب بنقضه ممن له الولاية ثم انهدم فأتلف مال الغير مع أنه كان يتمكن من النقض قبل الانهدام .

(١) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق (١٤٨/٦) .

(٢) (٣٤٧/٢) .

(٣) الشرح الكبير (٣٥٦/٤) .

(٤) (٣٢١/٩) .

(٥) (٧٢/٤) .

(٦) (٤٢٧/٨)، وراجع كشف القناع (١٣٨/٤) .

ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء هل يضمن صاحب الحائط أو المنزل المنهدم ماتلف به من مال الغير أو لا على قولين :

القول الأول :

(١) ذهب الحنفية استحسانا والمالكية والحنابلة في قول اختاره جماعة منهم أن صاحب المنزل أو الحائط ضامن لما تلف بسبب انهدام منزله أو حائطه إذا كان مائلا الى الطريق أو ملك الغير وطولب بنقضه من أهل المطالبة وأشهد عليه فلم يفعل مع امكانه . يقول الزيلعي : "لأن الحائط (٤) لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعته في قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغها لزمه ذلك فاذا امتنع مع تمكنه منه صار متعديا بمنزلة مالو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه في يده بعده بخلاف ما قبل الاشهاد لأن منزهة بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب . ولأن لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فتقطع المارة حذار الوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفوع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لأنه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمل الى الكفـار وان تترسوا بعبيان المسلمين وكقطع اليد المستأكلة" . (٥)

وقال ابن قدامة : "لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلاً على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان" .

- (١) تبين الحقائق (١٤٧/٦)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢١/١٠)، جامع الفصولين (٢٩٢/٢)، المبسوط (٩/٢٧)، مجمع الأنهر والدرالمنتقى (٦٥٧/٢) .
- (٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٥٦/٤)، جواهر الاكليل (٢٩٧/٢)، وما ذكرناه من قول المالكية هو مذهب المدونة ذكر ذلك الدسوقي ثم ذكر أقوالا أخرى لبعض علماء المالكية راجع حاشية الدسوقي (٣٥٦/٤) .
- (٣) كشف القناع (١٣٧/٤)، الانصاف (٢٣٢/٦)، المغنى (٤٢٨/٨)، المبدع (١٩٧/٥) .
- (٤) تبين الحقائق (١٤٧/٦) .
- (٥) المغنى (٤٢٨/٨) .

وقد نبه الحنفية على أن شرط لزوم الضمان هو المطالبة بالنقض مع
الامكان فقط وأما الأشهاد فليس بشرط عندهم لأنه مجرد وسيلة اثباتات
يقول الزيلعي: ^(١) "والشرط طلب النقض منه دون الأشهاد وإنما ذكر الأشهاد
ليتمكن من اثباته عند جوده أو جوده عاقلته فكان من باب الاحتياط
كالأشهاد على طلب الشفعة لأعلى سبيل الشرط لصحة الطلب".

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه لا بد من الأشهاد على الأضرار
فيشهد الحاكم أو جماعة المسلمين أنه أنذره ومن ثم يلزمه الضمان
والأفلا ضمان عليه هذا إن كان منكرا لعلمه بالميلان أما إذا كان معترفا
ويعلم أن حائظه أو منزله مائل إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير
ولكنه تجاهل ذلك وأهمله حتى سقط فأتلف مال غيره ففي هذه الحالة
لا يشترط للزوم الضمان سبق انذار وأشهد. يقول الدسوقي: ^(٢) "إلا أن يعترف
بذلك أي بالميلان فما ذكر من قيد الانذار والأشهاد عليه محله إذا كان
منكرا للميلان وأما إذا كان مقرا به فلا يشترط ذلك".

واشترط أصحاب هذا القول للزوم الضمان أيضا أن تكون المطالبة
موجهة إلى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصي في ملك الصغير وناظر
الوقف.

وممن له الولاية عند المالكية أيضا الحاكم إذا كان رب الجدار
غائبا ولم يكن له وكيل خاص فاذا رفع الأمر إلى الحاكم مع غيبة صاحب
الملك وعدم الوكيل الخاص لزم الضمان فيما تلف به.

أما إذا أنذر من ليس له ولاية النقض والتفريغ كالمستأجر
والمستعير والمودع والمرتهن ونحوهم فلا يعتد بهذا الانذار فلا يضمّن
الساكن ولا المالك حينئذ.

ثم اختلف الحنفية والمالكية فيما إذا طولب الوكيل الخاص بالنقض
فلم ينقض حتى سقط على مال فأتلفه هل يضمنه الوكيل في ماله أو في
مال موكله.

(١) تبیین الحقائق (١٤٧/٦) .

(٢) حاشية الدسوقي (٣٥٦/٤) .

فذهب الحنفية الى أن الضمان في مال الموكل لافى مال الوكيل، جاء
 في الهداية: ^(١) "والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله".
 قال البابرثى: ^(٢) "قوله لأن فعل هؤلاء كفعله". أى فعل الوصى
 والآب والأم كفعل العبي والتقدم اليهم كالتقدم الى العبي بعد بلوغه.....
 ثم انهما في ترك الهدم يعملان للعبي وينظران له فكان الضمان في ماله
 فان قيل الوصى اذا ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم
 فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقص دفع مضرة
 متحققة وهى مضرة مؤونة النقص وبنائه ثانيا وفى نقضه دفع مضرة موهومة
 لجواز أن لايسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للعبي فلا يلزم
 الوصى ضمان".

وما ذهب اليه الحنفية هو قول من قال بذلك من الحنابلة، قال ابن
 قدامة: ^(٣) "وان كان المالك محجورا عليه لسفه أو هجر أو جنون فطوبى هو
 لم يلزمه الضمان لأنه ليس أهلا للمطالبة وان طوبى وليه أو وصيه فلم
 ينقضه فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه
 دون المتصرف كالوكيل مع الموكل".

أما المالكية فقد قالوا اذا لزم الضمان ضمن وهي غير المكلف فى
 ماله ولو كان لغير المكلف مال. وكذلك ناظر الوقف والوكيل الخاص
 اذا غاب المالك وكان للمالك أو الوقف مال يصلح منه فلم يفعل حتى
 سقط الحائط أو المنزل على مال فأتلفه فانهما يضمنان فى ماليهما
 لتقديرهما. فان لم يكن للوقف مال وللمالك حتى يمكن الاصلاح منه فان
 أمكن الناظر والوكيل السلف على ذمته وهو ملئ فلم يفعل حتى سقط
 الحائط أو المنزل وتلف به مال فكذلك يضمنان فى ماليهما لتقديرهما
 أيضا.

-
- (١) مع نتائج الأفكار (٣٢٢/١٠).
 (٢) العناية شرح الهداية (٣٢٢/١٠).
 (٣) المغنى (٤٢٨/٨).
 (٤) حاشية الدسوقي (٣٥٦/٤).

واشترط الحنفية ومن قال بقولهم من الحنابلة للزوم الضمان أيضا
دوام ولاية المطالب بالنقض الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع
بعد مطالبته بالنقض برىء من الضمان لعدم قدرته على النقص (١).

وأضاف الحنفية شرطين آخرين للزوم الضمان وهما : أن يكون التقدم
بطلب النقص بعد تبين العيب في الحائط بأن مال وأصبح واهيا أما مجرد
التوهم فغير ملزم بالضمان لانعدام التعدي ابتداءً وانتهاءً .

وأن يكون التقدم بالطلب الى المالك بصيغة يفهم منها طلب النقص
الحازم مثل أن يقول : ان حائطك هذا مخوف مائل فاهدمه حتى لايسقط
فيتلف شيئا . فهنا يعح الطلب ويلزم الضمان اذا ترتب على سقوطه تلف
مال أما اذا كان الطلب بصيغة الاخبار والمشورة فلا يلزمه ضمان بذلك مثل
أن يقول له : ان حائطك هذا مخوف فينبغي لك أن تهدمه (٢).

القول الثاني :

مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة والظاهرية وهو القياس عند الحنفية
أنه اذا بناه مستقيما ثم مال الى الطريق العام أو الى ملك الغير ثم
سقط فأتلف مالا فلا ضمان على صاحبه وسواء في ذلك طولب بالنقض أم لا
يطالب . قال ابن قدامة : " لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبهه
مالو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ، ولأنه لو وجب
الضمان لم تشتترط المطالبة كما لو بناه مائلا الى غير ملكه " .

- (١) تبين الحقائق (١٤٨/٦) ، المغنى (٤٢٩/٨) .
- (٢) تبين الحقائق (١٤٧/٦ - ١٤٨) ، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٢/١٠) ،
الدر المختار ورد المختار عليه (٥٩٩/٦ - ٦٠٠) .
- (٣) روضة الطالبين (٣٢١/٩) ، المهذب (٢٤٨/٢) ، أسنى المطالب (٧٢/٤) ، المنهاج
وشرحه مغنى المحتاج (٨٦/٤) ، نهاية المحتاج (٣٥٩/٧) .
- (٤) الانصاف (٢٣١/٦) ، كشف القناع (١٣٧/٤) ، شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) ،
المغنى (٤٢٨/٨) ، المبدع (١٩٧/٥) .
- (٥) المحلى (٣٢٧/١٢) .
- (٦) تبين الحقائق (١٤٧/٦) ، المبسوط (٩/٢٧) .
- (٧) المغنى (٤٢٨/٨) .

وجاء في روضة الطالبين: ^(١) " ولا فرق بين أن يطالبه الوالى أو غيره
بالنقض وبين أن لا يطالب لأنه بنى فى ملكه بلا ميل والهلاك جعل بخير فعله".
والذى يظهر لى والله أعلم فى هذه المسألة رجحان ماذهب اليه أصحاب
القول الأول من أن الشخص اذا أوشك منزله أو حائطه على الانهيار وخيف
سقوطه على الطريق أو على ملك الغير ثم تقدم الى صاحبه بدلب نقضه
وأمكنه ذلك فلم يفعل حتى سقط على مال الغير فأتلفه أن عليه ضمان
التالف لأن صاحب المنزل أو الحائط مخاطب شرعا بازالة الضرر عن
المسلمين وهذا من أعظم الضرر لأن مثل ذلك يؤدي الى منع المسلمين من
الارتفاق بهذا الطريق خوفا من سقوط هذا المبنى المتعدع على أنفسهم
وأموالهم أو يعرضها للهلاك ظلما وعدوانا .
وإذا كان المالك مخاطباً شرعا بازالة الضرر المتوقع عن المسلمين
فان تقاعسه عن فعل الواجب مع الامكان يجعله ملزماً بتحمل تبعه ذلك
والله أعلم بالصواب .

وبناء على ذلك فقد جاء في مختصر خليل وشرحه قوله : "كسقوط
ميزاب متخذ للمطر على شيء فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربه
أصلاً مطلقاً بل هدر ومثله الظلة" .
(٢)
وقال ابن فرحون : "ومن وضع ميزاباً للمطر ونصبه على الشارع ثم
بعد مدة سقط ذلك الميزاب ... أو على مال فأتلفه فلا ضمان على السذي
نصبه لأنه فعل ما أذن له فيه" .

وقال بعض المالكية ينبغي تقييد عدم الضمان بالشروط الواردة في
مسألة الحائط ، يقول الدسوقي : "بأن يقال عدم الضمان هنا حيث انتفى
ميلان الميزاب أو أنه مال ولم يحمل انذار لمأخذه وإشهاد عليه بذلك
أو مال وحمل الانذار لكن لم يمكن تدارك إصلاحه بأن سقط قبل مضي زمن
يمكن فيه التدارك . وأما لو مال وأنذر صاحبه وأشهد عليه بالانذار وأمكن
تدارك إصلاحه لاتساع الزمان فلم يعلح وسقط على شيء فأتلفه فإنه يضمن
الدية والمال" .

ويفهم من اشتراط المالكية رفع الجناح أو الساباط المشرع رفعاً
بيناً عن الطريق أنه إذا لم يرفعه فتلف به مال فإن على صاحبه
ضمان ماتلف به لأنه بعدم رفعه عن الطريق صار متعدياً لمخالفته شرط
جواز الاشرع وهو الرفع فيتحمل تبعه تعديه .

القول الثاني :

(٤) (٥)
لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية

- (١) الشرح الكبير (٣٥٦/٤) .
- (٢) تبصرة الحكام (٣٤٧/٢) .
- (٣) حاشية الدسوقي (٣٥٦/٤) .
- (٤) تبیین الحقائق (١٤٢/٦ - ١٤٥، ١٤٣) ، الدر المختار ورد المحتار عليه
(٥٩٢/٦) وما بعدها ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٥١/٢) وما بعدها
المبسوط (٦/٢٧) ، جامع الفصولين (٢٦٣/٢ - ٢٦٤) ، الهداية مع نتائج
الأفكار (٣٠٧/١٠ - ٣٠٨) .
- (٥) روضة الطالبين (٣١٩/٩ - ٣٢١) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب
(٧١/٤ - ٧٢) ، المهذب (٢٤٨/٢) ، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨٥/٤) ،
نهاية المحتاج (٣٥٦/٧) وما بعدها .

(١) والحنابلة . وقد ذهبوا الى التفريق بين الطريق النافذ وغير النافذ .
(١) فأما الطريق النافذ فذهب الحنفية والشافعية الى جواز اشـراع
الأجنحة والساباطات والرواشن والميازيب ونحو ذلك اذا كان لا يضر
بالناس .

وخالفهم فى ذلك الحنابلة فقالوا لايجوز اشراع الأجنحة ونحوها
الى الطريق النافذ وهذا هو المذهب عندهم .
الا أن الحنفية والشافعية وان قالوا بالجواز فهم متفقون مـمع
الحنابلة على أن من أشـرع جناحا ونحوه الى الطريق النافذ فسقط وتلف
به مال انسان فان على المشرع الضمان لأن الجواز الشرعى المقيد لا ينافى
الضمان .

ويستوى فى ذلك عند الشافعية ما أذن به الامام ومالم يأذن بـه
قالوا : فانه وان أذن الامام به فان الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة
العاقبة .

أما الحنفية والحنابلة فقد قالوا : اذا أذن الامام فى الاشـراع
فى الطريق فسقط ما أشـرع فيه على مال انسان فأتلفه فلا ضمان على صاحبه
حينئذ لأنه غير متعدّد لكون الامام أذن له فى الاشراع وللامام الولاية
العامة على الطريق إذ ناب عن العامة فكان كمن أشـرع فى ملكه .
لكن انما يجوز اذن الامام عند الحنفية والحنابلة اذا لم يضر
الاشراع بالعامة فان كان يضر بهم فلا يجوز أن يأذن به ، حيث " ان تصرف
الامام على الرعية منوط بالمصلحة " .

(٢) أما الطريق غير النافذ وهو المسدود فلا خلاف بين الحنفية
والشافعية والحنابلة فى أنه لايجوز لأحد أن يشـرع فيه جناحا

(١) الانصاف (٢٥٤/٥ - ٢٥٥) ، (٢٣١/٦) ، كشف القناع (٣٩٤/٣ - ٣٩٥) ، (١٣٦/٤) -
(١٣٧) ، شرح منتهى الارادات (٤٢٨/٢) ، المغنى (٤٢٩/٨) .
(٢) هكذا أطلقه الفقهاء وقد تأول ذلك ابن قاضى سماوه بقوله : " قوله
غير النافذة تأويله أن تكون دار مشتركة بين قوم أو أرض مشتركة
بينهم بنوا فيها مساكن وحجرات ورفعوا بينهم طريقا حتى يكون
الطريق ملكا لهم فأما اذا كانت السكة فى الأصل اختلطت بأن يبـنوا =

(١)
 أو سابطا ونحوه الا باذن أهله كالمملك الخاص، يقول الزيلعى: "لأن الطرق
 التى ليست بنافاذة مملوكة لأهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بهـا
 الشفعة . والتصرف فى الملك المشترك من الوجه الذى لم يوضع له لِيَمْلِكُ
 الا باذن الكل أَضَرَ بهم أو لَمْ يُضِرَّ بخلاف النافذ لأنه ليس لأحد فيه ملك
 فيجوز الانتفاع به مالم يُضِرَّ بأحد ولأنه اذا كان الطريق نافذاً كان حق
 العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده
 فى حق الانتفاع مالم يُضِرَّ بأحد ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول الى
 ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما" .

بناءً على ذلك فقد قال هؤلاء الفقهاء : من أشرع فى الطريق
 المسدود جناحا أو سابطا وما شابههما فسقط فتلّف به مال الغير فـان
 كان الاشرع باذن أهل الطريق فلا ضمان على المشرع لعدم تعديه وان كان
 بغير اذنه لم يضمن .

ونبه الحنفية والشافعية والحنابلة الى أن مَشْرَعَ الجناح ونحوه
 الى الطريق لا يبرأ من الضمان اذا لزمه حتى بعد بيع المشرع فيه فمثلا
 أشرع جناحا فى بيته فى الطريق النافذ بغير اذن الامام فباع البيت ثم
 سقط هذا الجناح على مالِ انسان فأتلفه قالوا : فى هذه الحالة الضمان
 على البائع دون المشتري لأنه هو المتعدى فى الاشرع .

الا أن الحنابلة قد قيدوا ذلك بشرط المطالبة بنقضه قبل البيع
 فان لم يطالب بنقضه قبل البيع فلا ضمان عليه فيما تلف به وهذه النصوص
 الموضحة لذلك . يقول الزيلعى : " ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع
 الكل فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة
 وتركها المشتري حتى عطب انسان فالضمان على البائع لأن فعله لم ينسخ

= دورا ويتركوا هذا الطريق للمرور فحكمه حكم طريق العامة اذ هذا
 ملك العامة ألا يرى أن لهم أن يدخلوا هذا عند الزحام وكذا هذا
 التأويل يأتى فى جميع الأحكام التى يجيء ذكرها فى غير النافذة .

انظر جامع الفصولين (٢/٢٦٣) .

(١) تبين الحقائق (١٤٣/٦) .

(٢) تبين الحقائق (١٤٣/٦)، وراجع المبسوط (٧/٢٧)، الهداية مع نتائج

الأفكار والعناية شرح الهداية (٣٠٨/١٠ - ٣٠٩) .

بزوال ملكه وهو الموجب، بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط فى ملك المشتري على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري لأن المشتري لم يشهد عليه وهو شرط فى الحائط المائل وفى حق البائع فقد بطل الاشهاد الأول لأن الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هــوا الطريق لاعتبار الملك والإشغال باق بعد البيع فيضمن " .

وجاء فى روضة الطالبين : " اذا باع ناهب الميزاب أو بانسي الجدار المائل الدار لم يبرأ من الضمان حتى لو سقط على انسان فهلك به يجب الضمان على عاقلة البائع " .

وجاء فى الاقناع وشرحه : " وان أخرج انسان جناحا وهو الروشـن أو ميزابا ونحوه كسابط وحجر برزبه فى البنيان الى طريق نافذ مطلقا الا باذن امام أو نائبه فى جناح أو سباط أو ميزاب بلا ضرر أو أخرج ما ذكر فى درب غير نافذ بغير اذن أهله فسقط على شئ فأتلفه ضمن ولو كان سقوطه بعد بيعه وقد طولب بنقضه لحصوله أى التلف بفعله أى بسبب فعله الذى تعدى به ومفهومه أنه اذا سقط بعد البيع ولم يكن طولب بنقضه لا يضمن " .

وإذا لزم صاحب الجناح أو الميزاب المشرع ونحو ذلك الضمان فقد اختلف هؤلاء الفقهاء فى كيفية تضمينه وبيان ذلك أن الحنفية والشافعية فعلوا فى المسألة :

فقال الحنفية : اذا سقط ما شرعه على الطريق فتلف به مال فانه يضمن ماتلف بسبب الخارج على الطريق ولا يضمن ماتلف بسبب الداخل . بيان ذلك :

-
- (١) (٣٢١/٩)، وراجع نهاية المحتاج (٣٥٨/٧) .
 (٢) كشاف القناع (١٣٦/٤ - ١٣٧)، وراجع شرح منتهى الارادات (٤٢٨/٢) ، الانصاف (٢٣١/٦) .
 (٣) تبیین الحقائق (١٤٣/٦)، المبسوط (٧/٢٧)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٥٢/٢)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٠٨/١٠) .

إذا سقط الميزاب على شيء فأتلفه فإنه ينظر : ان كان التلف حصل بسبب الطرف الخارج على الطريق فإنه يضمن جميع قيمة التالف لأنه متعدد في هذا الطرف لشغله هواء الطريق .

وان حصل التلف بسبب الطرف الداخل المثبت في ملكه فلا ضمان على الواضع لأنه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعددا فيه .

وان أصابه الطرفان وعلم ذلك لزمه نصف التالف والنصف الثاني هدر . وان لم يعلم أي الطرفين أصابه ففي القياس لا يجب عليه شيء لأنه ان أصابه ماكان خارجا يضمن وان أصابه ماكان داخلا لا يضمن . فلا يضمن بالشك لأن فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل شك . وأما في الاستحسان فإن عليه ضمان النصف لأنه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف توزيعا للضمان على الحالين ليتحقق به معنى النظر من الجانبين .

وأما الشافعية : فيرون أنه لا ضمان عليه في الداخل وانما يضمن

الخارج فقط بناء على ذلك فقد قالوا :

إذا كان الساقط هو الخارج فقط فتلف به مال انسان فعليه ضمان

جميع قيمة التالف .

وإذا سقط كله أي الداخل والخارج فتلف به مال انسان فعليه ضمان

نصف القيمة لحصول التلف من مضمون وغير مضمون .

جاء في المنهاج وشرحه : " وان سقط كله أي الميزاب داخله وخارجته

بأن قطع من أصله فنصفه أي الضمان - يجب في الأصح لأن التلف حصل

بالداخل في ملكه وهو غير مضمون وبالخارج وهو مضمون فوزع على النوعين

سواء أكانت الإصابة بالداخل والخارج أم لا استويا في القدر أم لا " .

وإذا سقط كل الخارج وبعض الداخل فقال الشرييني : " الظاهر أنه

كسقوطه كله " أي يلزمه النصف .

(١) روضة الطالبين (٣٢٠/٩)، أسنى المطالب (٧٢/٢)، مغنى المحتاج (٨٥/٤)،

المهذب (٢٤٨/٢) .

(٢) مغنى المحتاج (٨٥/٤ - ٨٦) .

(٣) مغنى المحتاج (٨٦/٤) .

وإذا سقط كله وانكسر نصفين في الهواء ثم أصاب فانه ينظر
ان أصاب بما كان في الجدار لم يضمن أو بالخارج ضمن جميع القيمة .
(١)
وأما الحنابلة فقد خالفوا الحنفية والشافعية في ذلك فقالوا
يلزمه ضمان جميع قيمة التالف سواء تلف بالخارج أو بالداخل أو بهما
(٢)
معا .

قالوا : لأنه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل . ولأنه تلف بعدوانه
فضمنه والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحا لم يضمن
به كسائر المباحات . ولأن هذه خشبة لو انقص الخارج منها وسقط فأتلف
ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب
فيها الضمان .

وبعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة ظهر لي ما يلي :

(١) رجحان ما ذهب اليه الحنابلة من القول بعدم جواز اشراع الأجنحة
ونحوها الى الطرق العامة الا باذن الامام وخصوصا في مثل عمرنا
الحاضر لأن التطور في وسائل المواصلات ورغبة الناس في ظهور المدن
والقرى بمظهر معماري معين ونحو ذلك دعى الى وضع الأنظمة
والتعليمات في هذا الخصوص من قبل الجهات المسؤولة والتي تنظم
العملية العمرانية وبناء عليه فمتى كان البروز في المبنى مصححا
به من قبل الجهات المسؤولة صار من قبيل الجائز ولا يصح نسبة الفاعل
الى التعدي لأن الطريق العام لجميع المسلمين والامام نائب عنهم
فيتصرف في حقهم بما فيه مصلحتهم الا أن هناك بعض الأشياء التي
تعارف الناس على اشراعها من غير حاجة الى اذن الامام فيها وذلك
كأجهزة تبريد الهواء والرواشن الخشبية على النوافذ فهذه في
نظري أنها من قبيل المباح الا أنها مشروطة بسلامة العاقبة وعدم
التفريط والتقصير في تشيبتها وتوثيقها .

(١) مغنى المحتاج (٨٦/٤) .

(٢) الانصاف (٢٥٤/٥) ، المغنى (٤٣٠/٨) .

- (٢) أن التفريق بين الطريق النافذ وغير النافذ يحتمل أنه كان فى
عمر الفقهاء رحمهم الله وإرداً أما فى عصرنا هذا فالتنظيمات
المتعلقة بالطرق النافذة وغير النافذة موكولة الى الامام أو نائبه
يتصرفون فيها بحسب ما تقتضيه مصلحة المسلمين .
- (٣) رجحان ماذهب اليه الحنابلة من القول بأنه اذا لزم أحد الضمان
بسبب سقوط ماأشعره على مال انسان فأتلفه انه يلزمه جميع
القيمة لأن هذه هى القاعدة المتبعة فى جميع المتلفات وليس مع
الحنفية والشافعية دليل يؤيد ماذهبوا اليه فى نظرى . والله
أعلم بالصواب .

البايع على السنة

أحكام تلف الأموال في فقه العبادات

وقيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: أحكام تلف لأموال في باب لزكاة ١٨٨-٢٢٢

الفصل الثاني: النلف والإتلاف في الهدى والأضحية ٢٢٣-٢٦٨

الفصل الثالث: تلف لأموال وإتلافها في الجهاد ٢٦٩-٢٩٣

الباب الثاني

أحكام تلف الأموال في فقه العبادات

الفصل الأول

أحكام تلف الأموال في باب الزكاة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

تلف المال الذي وجبت فيه الزكاة واتلافه

المطلب الأول : في تلف المال الذي وجبت فيه الزكاة

تمهيد :

(١) لاختلاف بين الفقهاء في أن الزكاة انما تجب في المال اذا بلغ نعابا
بعد أن يحول عليه الحول ، ماعدا الخارج من الأرض كالمعدن والركاز (٢)

(١) راجع في ذلك : بدائع الصنائع (٨٣٤/٢) ، رد المحتار (٢٨٣/٢) ، جواهر
الاكليل (١٢٧، ١١٨/١) ، الشرح الكبير للدردير (٤٥٧، ٤٣١/١) ، الفواكه
الدواني (٣٧٩/١) ، روضة الطالبين (٢٥٧، ٢٦٧، ٢٨٢) ، مغنى
المحتاج (٣٧٨/١) ، كشف القناع (١٩٢/٢) ، ٢٠٥، ٢٦٠، ٢٦٣) ، شرح
منتهى الارادات (٣٦٩/١) ، الانصاف (٢٩/٣) .

(٢) وأضاف المالكية الى اشتراط الحول في وجوب الزكاة في المشيئة
شرطا آخر وهو مجيء الساعي اذا كان ثم ساع قال الدسوقي (٤٤٤/١) :
" المشهور أن مجيء الساعي شرط وجوب ، وعلى مقابله أنه شرط أداء وصحة
كما بحثه المصنف وابن عبدالسلام وجزم به ابن عرفة " ، وراجع الشرح
الكبير (٤٤٣/١) ، وجواهر الاكليل (١٢٢/١) ، لكن ابن عبدالبر قد حرر
ذلك وخلص الى أن شرط الوجوب هو الحول فقط دون مجيء الساعي وبين
ذلك في قوله : " وكان مالك يراعى مجيء الساعي وعلى ذلك خرجت
أجوبته فيما سئل من ذلك عنه . وذلك لأنه كان خروج الساعاة
معهودا عندهم في وقت لا يختلف في الأغلب وكان من أدائها قبل خروجهم
ضمنوه وأما أهل العلم اليوم فانهم لا يراعون مجيء الساعي وانما =

فانه حين استخراجه وتمقيته ان كان معدنا لم يصف، وكالزروع والشمار فانها لايشترط لها الحول باتفاق الفقهاء الا أنهم اختلفوا فى تحديد وقت الوجوب فى الزروع والشمار على ستة أقوال :

القول الأول :

ذهب الامام أبو حنيفة ^(١) الى أن وقت الوجوب فى الزروع والشمار هو وقت خروج الزرع وظهور الثمر لقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ... الآية " ^(٢) قال : أمر الله تعالى بالانفاق مما أخرجه من الأرض فدل أن الوجوب متعلق بالخروج .

القول الثانى :

ذهب الامام أبو يوسف ^(٣) الى أن وقت الوجوب فى الزروع والشمار هو وقت الادراك لقوله تعالى : " وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ " ^(٤) ويوم حصاده هو يوم ادراكه فكان هو وقت الوجوب .

= يراعون كمال الحول، وعند ذلك كان خروج الساعة . ولو خرج الساعى قبل تمام الحول لم تجب بخروجه زكاة ولو أخذها من أهلها قبل أن تجب عليهم وذلك قبل حلول الحول لم يجز عند مالك ولا غيره عنهم وكان عليهم اعادتها عند تمام الحول لأنه ظلم ظلموا به الا أن تكون قبل الحول ببسيير... وكذلك ان خشى رب الماشية تضمين الساعى اياه ولم يصدقها فيما أخرج من زكاته انتظره بها ووسع ذلك ان شاء الله " . انظر الكافي فى فقه أهل المدينة (٢٧٠/١) .

قال الامام الشافعى : " ومن قال تكون الصدقة بالمصدق وبالحيول خالف السنة وجعل مع الحول غير الصدقة ولزمه اذا استأخر المصدق سنة أو سنتين أن لاتجب الصدقة على رب المال حتى يقدم فاذا قدم

أخذها مرة واحدة لامرارا " . انظر الأم (١٥/٢) .

(١) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢)، رد المحتار (٢٩٣/٢) .

(٢) البقرة : ٢٦٧

(٣) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢)، رد المحتار (٢٩٣/٢) .

(٤) الأنعام : ١٤١

القول الثالث :

(١) ذهب الشافعية وهو المذهب عندهم الى أن وقت الوجوب في الزرع والشمار الزهو وهو بدو الملاح ووقت الوجوب في الحبوب اشتدادها لكن لا يستقر وجوبها ولا يكلف باخراجها الا بعد ما يجف الثمر ويعفى الحب والسي هذا ذهب بعض الحنابلة وهو قول محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة (٢) حيث قال : " اذا كان الثمر قد جمد في الحظيرة وذرى البر وكان خمسة أوسق ثم ذهب بعضه كان في الذي بقي منه العشر " قال الكاساني : " فهذا يدل على أن وقت الوجوب عنده هو وقت التصفية في الزرع ووقت الجذاذ في الثمر . هو يقول تلك الحال هي حال تناهى عظم الحب والثمر واستحكامها فكانت هي حال الوجوب " (٤)

القول الرابع :

(٥) ذهب الحنابلة وهو المذهب الى أن وقت الوجوب في الزرع والشمار هو وقت اشتداد الحب وبدو الملاح في الشجرة وهو الاحمرار أو الاصفرار ولا يستقر الوجوب ويكون صاحب الملك مطالباً بأداء الزكاة الا بوضع الشمار في الجرين والزرع في البيدر .

القول الخامس :

ذهب المالكية الى أن الزكاة في الزرع والشمار تجب يوم الطيب لأن ما قبل الطيب يكون علفاً لا قوتاً ولا طعاماً فان طابت وكان الأكل الذي أنعم

- (١) روضة الطالبين (٢/٢٤٨ - ٢٤٩)، الأم (٢/٣١)، المجموع (٥/٤٢٤، ٤٢٥) ،
مغنى المحتاج (١/٣٨٦، ٤١٣) .
- (٢) المغنى (٣/١٣)، الانصاف (٣/١٠٢) . وأصحاب هذا القول هم الذين قالوا ان الوجوب لا يستقر الا بالتمكن من الأداء ومعلوم أنه لا يتمكن قبل الجفاف في الثمر والتصفية في الحب .
- (٣) بدائع الصنائع (٢/٩٤٧)، رد المحتار (٢/٢٩٣) .
- (٤) بدائع الصنائع (٢/٩٤٧) .
- (٥) الانصاف (٣/١٠١ - ١٠٢)، المغنى (٣/١٢)، كشاف القناع (٢/٢٤٤ - ٢٤٦) ،
شرح منتهى الارادات (١/٣٩١ - ٣٩٢)، غاية المنتهى (١/٣٠٥ - ٣٠٦) .

الله به، وجب الحق الذى أمر الله به، اذ بتمام النعمة يجب شكر النعمة ويكون الايتاء يوم الحصاد لما قد وجب يوم الطيب وصح هذا القول ابن العربي^(١)، وذكر القرطبي انه المشهور من المذهب . جاء فى جواهر^(٢) الاكليل : " والوجوب للزكاة يتحقق بافراك الحب أى سيرورته فريكتها منتفعا به صرح به فى الأمهات اللخمي : الزكاة تجب عند مالك رضى الله تعالى عنه بالطيب أى بلوغه حد الأكل فاذا أزهى النخل أو طاب الكرم وحل بيعه وأفرك الزرع واستغنى عن الماء^(٤) واسود الزيتون أو قارب الاسوداد وجبت فيه الزكاة " .

القول السادس :

ذهب الظاهرية^(٥) الى التفريق بين الثمار والحبوب فقالوا : وقست وجوب الزكاة فى الثمار بدو الملاح وهو الاحمرار أو الاصفرار فى الشمرة أما الحبوب فوقت وجوب الزكاة فيها بعد دراسها وامكان تصفيتها وكيلها واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ليس فيما دون خمسة أوسق من حب ولا تمر صدقة " .^(٦)
قال ابن حزم : " فلم يوجب النبى صلى الله عليه وسلم فى الحبوب صدقة الا بعد امكان توسيقه فان صاحبه حينئذ مأمور بكييله واخراج صدقته.... ولاسبيل الى التوسيق الذى به تجب الزكاة قبل الدراس أصلا فلا زكاة فيه

-
- (١) أحكام القرآن (٢/٧٦٢ - ٧٦٣)
 - (٢) الجامع لأحكام القرآن (٧/١٠٤)
 - (٣) (١٢٥/١) وراجع الكافي فى فقه أهل المدينة (١/٢٦٤)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١/٤٥١)
 - (٤) قال الدردير : " والمراد بافراكه طيبه واستغناؤه عن الماء وان بقى فى الأرض لتمام طيبه " . انظر الشرح الكبير (١/٤٥١)
 - (٥) المحلى (٥/٣٧٧)
 - (٦) رواه الامام مسلم بلفظ " ليس فى حب ولا تمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق... الحديث " (٢/٦٧٤) كتاب الزكاة المقدمة .
 - (٧) المحلى (٥/٣٧٧ - ٣٧٨)

قبل الدراس لأن الله تعالى لم يوجبها ولا رسوله صلى الله عليه وسلم " .
 و خلاصة القول عند الظاهرية أن زكاة الحبوب تجب بإمكان كيلها
 وتصفيتها وهذا مترتب على الفراغ من درسها .

هذا هو رأى فقهاء كل مذهب فى وقت وجوب الزكاة فى الزروع والشمار
 وقد لاحظنا اختلافهم فى تحديد وقت الوجوب وهو مادعانا الى التمهيد
 بتلك الأقوال للكلام على أحكام تلف الأموال الزكوية بعد وجوب الزكاة
 فيها حيث ينبى على معرفة وقت الوجوب معرفة الأحكام التى علقها
 الفقهاء به ومن بينها مانحن بهعد البحث عنه وهو التلف والاتلاف . فحيث
 علق فقهاء بعض المذاهب اسقاط الزكاة أو عدم اسقاطها بوقت الوجوب
 فيجب الرجوع الى قولهم فى تحديد وقت الوجوب وهو ما ذكرناه آنفا .
 بناء على ذلك فقد اختلف الفقهاء فيما اذا تلف المال الذى وجبت
 فيه الزكاة قبل أداؤها على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
 فى قول وهو رواية عن الامام أحمد اختارها ابن قدامة الى أن تلف المال
 الذى وجبت فيه الزكاة مسقط لما وجب فيه بشرط عدم التفريط وعدم التمكن
 (١) (٢) (٣) (٤)

- (١) المبسوط (١٧٤/٢)، رد المحتار (٣٦١/٢، ٢٧١، ٢٨٣)، بدائع المنافع (٩٥٠ - ٩٤٨، ٩٢٣، ٨٥٣/٢) .
- (٢) جواهر الاكليل (١٢٦، ١٤١/١)، حاشية الدسوقي (٤٥٢/١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٥٤، ٤٥٢/١)، أحكام القرآن لابن العربي (٧٦٣/٢)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠٦/٧)، الكافي فى فقه أهل المدينة (٢٧٥/١) .
- (٣) روضة الطالبين (٢٥٢، ٢٢٣/٢)، الأم (١٥/٢، ١٠، ٢٧، ٤٤)، مغنى المحتاج (٤١٨، ٣٨٧/١)، المهذب (١٩٦/١ - ١٩٢، ٢١١، ١٩٧) .
- (٤) المغنى (٥٠٨/٢ - ٥٠٩)، الانصاف (١٠٣، ٣٩/٢)، الاختيارات لشيخ الاسلام (ص ٩٨)، المحرر (٢١٩/١) .

(١) من الأداء لأنه اذا تمكن من الأداء ثم تراخى فهو مقصر يلزمه الضمان وتفرد الحنفية بالقول أنه لو تمكن من الأداء ثم تلف المال سقطت الزكاة لأنها بإمكان الأداء تجب وجوبا موسعا وهو بالتأخير عن أول الوقت لم يفوت على الفقير ملكا ولايدا . أما اذا لم يتمكن من الأداء فانها لاتجب أصلا عند الحنفية اذ يتمكن من الأداء شرط وجوب عندهم .
(٢) واستثنى المالكية من قولهم هذا ما اذا عزل الزكاة ثم تلف المال الذى عزل زكاته فقالوا يجب عليه دفع الزكاة المعزولة سواء فرط أو لم يفرط .

(١) جاء فى روضة الطالبين توضيحا لذلك : " امكان الأداء ليس المراد به مجرد تمكنه من اخراج الزكاة بل يعتبر معه وجوب الاخراج وذلك بأن تجتمع شرائطه فمنها أن يكون المال حاضرا عنده فان كان غائبا لم يجب الاخراج من موضع آخر وان جوزنا نقل الزكاة ومنها أن يجد المصروف اليه وقد تقدم أن الأموال ظاهرة وباطنة فالباطنة يجوز صرف زكاتها الى السلطان أو نائبه ويجوز أن يفرقها بنفسه فيكون واجدا للمصروف اليه سواء وجد أهل السهمان أو الامام أو نائبه يفرقها وأما الأموال الظاهرة فكذلك ان جوزنا تفرقتها بنفسه والا فلا امكان حتى يجد الامام أو نائبه ... قال صاحب التهذيب وغيره ويشترط فى امكان الأداء أن لا يكون مشتغلا بشئ يهيمه من أمر دينه أو دنياه " .
انظر (٢٢٥/٢)، وراجع معنى المحتاج (٤١٣/١) .
وجاء فى الأم (٤٤/٢) : " فان حال عليه حول وهو فى سفر فلم يجد من يستحق السهمان أو هو فى مصر فطلب فلم يحضره فى ساعته تلك من يستحق السهمان أو سجن أو حيل بينه وبين ماله فكل هذا عذر لا يكون به مفرطا وماهلك من ماله بعد الحول لم يحسب عليه فى الزكاة كما لا يحسب قبل الحول وان كان يمكنه اذا حبس من يشق به فلم يأمـره بذلك أو وجد أهل السهمان فأخر ذلك قليلا أو كثيرا وهو يمكنه فلم يعطهم بوجود المال وأهل السهمان فهو مفرط " .
وقال ابن قدامة : " ومعنى التفريط أن يتمكن من اخراجها فلا يخرجها وان لم يتمكن من اخراجها فليس بمفرط سواء كان ذلك لعدم المستحق أو لبعدها عنه أو لكون الغرض لا يوجد فى المال ويحتاج الى شرائه فلم يجد ما يشتريه أو كان فى طلب الشراء ونحو ذلك " . انظر المغنى (٥٠٩/٢) . وجاء فى جواهر الاكليل (١٤١/١) : " ولم يمكنه الأداء منه أى اخراج الزكاة منه اما لعدم مستحق أو لعدم امكان الوصول الى المال " . وراجع الشرح الكبير (٥٠٣/١) .
(٢) راجع فى ذلك جواهر الاكليل (١٤١/١)، الشرح الكبير وحاشية الدوقسى عليه (٥٠٣/١)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٦٣/١)، المدونة (٣٥٩/١) .

هذا اذا هلك المال الذى وجبت فيه الزكاة كله ولم يبق منه شيء أما اذا بقى منه شيء فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

(١) للمالكية وهو أنه ان كان الباقي نصاباً زكاهُ والا فلا وهذا أحد القولين عند الشافعية بناء على أن التمكن من الأداء شرط وجوب .
ولكن القول بأن التمكن من الأداء شرط وجوب خلاف الأظهر عندهم ، جاء فى روضة الطالبين : " امكان الأداء شرط فى الضمان قطعاً وهل هو شرط فى الوجوب أيضا : قولان : أظهرهما ليس بشرط . والثانى شرط كالعلة والصوم والحج " .

القول الثانى :

(٣) (٤) (٥) للحنفية والشافعية فى إظهار القولين وبعض الحنابلة وهو التفصيل :
(أ) ان كان نصاباً فقط من غير زيادة فتلف بعضه دون بعض فى الباقي حصته من الزكاة .
جاء فى المبسوط : " فان هلك نصفها فعليه فى الباقي حصته من الزكاة اذا لم يكن فى المال فضل على النصاب ، ولا خلاف فيه والبعض معتبر فى الكل فكما أنه اذا هلك النصاب كله سقط جميع الزكاة فكذلك اذا هلك البعض يسقط بقدره " .

-
- (١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٥٤،٤٤٣/١) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٦٥/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠٦/٧) .
(٢) (٢٢٣/٢) .
(٣) المبسوط (١٧٥/٢ - ١٧٦) ، بدائع المنافع (٨٥٥/٢) ، رد المحتار (٢٨٣/٢) - (٢٨٤) ، الهداية مع شرح فتح القدير (١٩٧/٢) ، مجمع الأنهر (٢٠٤/١) .
(٤) روضة الطالبين (٢٢٤/٢ - ٢٢٥) ، مغنى المحتاج (٤١٨/١) ، نهاية المحتاج (١٤٦/٣) ، المهذب (١٩٦/١) ، الأم (٤٤/٢) وجاء فيه : " وان حلت زكاة ماله زكى ما فى يديه من ماله ولم يحسب عليه ما هلك منه من المال وقال (ص ٤٥) : "وماهلك من ماله بعد الحول لم يحسب عليه فى الزكاة كما لا يحسب ما هلك قبل الحول . . . وماهلك من ماله فالزكاة لازمة له فيما بقى فى يديه منه " .
(٥) الانصاف (١٠٣/٣) .
(٦) (١٧٥/٢) .

(١) وجاء في المنهاج : " ولو تلف بعضه فالأظهر أنه يغرم قسط مابقى " .
قال الشريبي شارحا : " ولو تلف بعضه بعد الحول وقبل التمكّن
وبقى بعضه فالأظهر أنه يغرم قسط مابقى . . . فلو تلف واحد من خمس من الابل
قبل التمكّن ففي الباقي أربعة أخماس شاة " (٢)
وجاء في الانصاف : (٣) " اختار الشيخ يعنى به المصنف الوجوب فيمما
بقى بقسطه قال وهو أصح كما لو تلف بعض النصاب من غير الزرع والثمرة
بعد وجوب الزكاة قبل تمكّنه من الاخراج " .
ومما ينبغى التنبيه اليه في هذا القول : أنه عام في جميع الأموال
عند الامام أبي حنيفة . وخالفه في ذلك الصحابان في الزرع والثمار (٤)
حيث قالوا : ماهلك بعد الوجوب يعتبر الهالك مع الباقي في تكميل النصاب
ويحتسب به في تمام الأوسق الخمسة .
وهناك رواية عن أبي يوسف : أنه لايعتبر الهالك في تمام الأوسق
بل يعتبر التمام في الباقي إن كان في نفسه نصابا يكون فيه العشر والا فلا .
وهذه الرواية تتفق مع ماذهب اليه أصحاب القول الأول وهم المالكية .
(ب) اذا كان المال الذى وجبت فيه الزكاة فيه عفو فتلف بعضه
فقد اختلف الحنفية في ذلك على رأيين :

(الأول) لأبي حنيفة وأبي يوسف حيث قالوا : اذا اجتمع فيه النصاب
والعفو ثم هلك البعض يصرف الهلاك الى العفو أولا كأنه لم يكن في ملكه
الا النصاب . مثال ذلك : له ثمانون شاة حال عليها الحول ثم هلك (٥)

(١) مغنى المحتاج (٤١٨/١) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) الانصاف (١٠٣/٣) .

(٤) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢) .

(٥) هذا على فرض أن المال الذى تلف بعضه أول النصاب ومعه العفو فقط .
أى لم يعمل الى النصاب الثانى أما ان كان كذلك فقد اختلف الامام
أبو حنيفة وأبو يوسف : فقال أبو حنيفة : يصرف الهلاك بعد العفو
الى النصاب الأخير ثم الذى يليه الى أن ينتهى لأن الأصل هو النصاب
الأول ومازاد عليه تبع وقال أبو يوسف يصرف الى العفو أولا ثم الى
النصاب شاعرا مثال ذلك : اذا كان له أربعون من الابل فهلك منها
عشرون بعد الحول فعند أبي حنيفة تجب أربع شياه كأن الحول حال =

أربعون منها وبقي أربعون فعليه في الباقي شاة كاملة لأن الهلاك يصرف
الى العفو فجعل كأن الغنم أربعون من الابتداء بناء على أن الزكاة
تتعلق بالنصاب دون العفو عندهما .

وهذا هو قول بعض الحنابلة القائلين بأن تلف النصاب قبل التمكن
يسقط الزكاة وهو المذهب عند الشافعية أيضا . (١)
اذ الأظهر عندهم أنه يغرم
قسط مابقى بعد اسقاط العفو مثال ذلك : عنده تسع من الابل فهلك قبل
التمكن خمس وجب أربعة أخماس شاة . وان هلك أربعة وجب شاة وهذا مبنى
عندهم على أن التمكن شرط في الضمان دون الوجوب وأن الأوقاص عفو وهو
الأظهر ، جاء في روضة الطالبين : " الأوقاص التي بين النصب فيها قولان : (٢)
(٣)

= على عشرين فقط جعلاً للهالك كأن لم يكن وعند أبي يوسف يجب عشرون
جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من بنت لبون ويسقط ستة عشر جزءاً
لأن الأربعة من الأربعين عفو فيصرف الهالك اليها ويبقى الواجب في
سنة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقي . راجع الهداية والعناية
مع شرح فتح القدير (١٩٨، ١٩٧/٢) ، رد المحتار (٢٨٣/٢ - ٢٨٤) وقال :
قال في البحر ظاهر الرواية عن أبي يوسف كقول الامام وقال (٢٨٣/٢) :
لو كان عنده ثلاثة نصب مثلاً وشيء زائد مما لا يبلغ نصاباً رابعاً
فهلك بعض ذلك يصرف الهالك الى العفو أولاً فان كان الهالك قدر
العفو يبقى الواجب عليه في الثلاثة نصب بتمامه وان زاد يصرف
الهالك الى نصاب يليه أي الى النصاب الثالث ويزكى عن النصابين
فان زاد الهالك عن النصاب الثالث يصرف الزائد الى النصاب الثاني
وهكذا الى أن ينتهي الى الأول . ثم ان هذا قول الامام وعند أبي
يوسف يصرف الهالك بعد العفو الأول الى النصب شاعراً .

وراجع مجمع الأنهر (٢٠٣/١ - ٢٠٤) .

(١) المغنى (٤٤١/٢) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥٢، ٢٢٤/٢) ، مغنى المحتاج (٤١٨/١) ، نهاية المحتاج

(١٤٦/٣) ، المهذب (١٩٦/١) .

(٣) (٢٢٣/٢) ، وراجع المجموع (٣٢١/٥) .

أظهرهما أنها عفو والغرض يتعلق بالنصاب خاصة " .

(الثنائي) لمحمد بن الحسن وزفر حيث قالاً : يعصرف الهلاك الى الكل شائعا مثال ذلك : له ثمانون شاة حال عليها الحول ثم هلك أربعون منها وبقي أربعون فعليه نصف شاة لأن الواجب في الكل عندهما شاة وقد هلك النصف فيسقط الواجب بقدره ولو هلك ستون وبقي عشرون فعليه ثلاثة أرباع الشاة وهكذا . وهذا بناء على أن الأمل عندهما أن الزكاة تتعلق بالنصاب والعفو جميعا .

وقد قدم أصحاب المتن ومنهم صاحب الملتقى قول أبي حنيفة وأبى يوسف مما يشعر بأنه الراجح المختار للفتوى في المذهب الحنفي .^(١)
ورجح ابن الهمام قول محمد وزفر فقد قال عند ذكر صاحب الهداية^(٢)
لدليل أبي حنيفة وأبى يوسف : "لا يخفى أن هذا الحديث لا يقوى قوة حديثيهما^(٣)
في الشبوت ان ثبت والله أعلم به وانما نسبه ابن الجوزي في التحقيق الى رواية القاضي أبي يعلى وأبى اسحاق الشيرازي في كتابيهما، فقول محمد أظهر من جهة الدليل . ولأن جعل الهالك غير النصاب تحكم لأن النصاب غير متعين في الكل فيجعل الواجب متعلقا بفعل الاخراج من الكل ضرورة عدم تعيين بعضها لذلك ، وقولهم انه يسمى عفوا في الشرع يتضائل عن معارضة النص الصحيح فلا يلتفت اليه " .

-
- (١) راجع مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢٠٤/١) وانظر مقدمة الكتاب (٧/١) وفيها : " وَصَرَّحْتُ بِذِكْرِ الْخَلْفِ الْوَاقِعِ بَيْنَ أَعْمَتِنَا الْإِمَامِ مُحَمَّدِ الشَّيْبَانِيِّ وَالْإِمَامِ أَبِي يُوسُفَ الرَّبَّانِيِّ وَالْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَعْظَمِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ثُمَّ أَخْتَرَعُ قَاعِدَةَ فِي الْمَسَائِلِ الْخَلْفِيَّةِ لِئَلَعَلَّ مِنْهَا الْأَقْوَى وَالْأَرْجَحُ الْمَخْتَارُ لِلْفَتْوَى فَقَالَ : وَقَدَّمْتُ مِنْ أَقْوَابِهِمْ مَا هُوَ الْأَرْجَحُ الْمَخْتَارُ لِلْفَتْوَى . . . وَأَخَّرْتُ غَيْرَهُ أَيَّ غَيْرِ الْأَرْجَحِ " . وقد أشار الى هذا الاصطلاح ابن عابدين . راجع رد المحتار (٢٧٠/٢) .
- (٢) شرح فتح القدير (١٩٧/٢) .
- (٣) راجع في الأدلة الهداية مع شرح فتح القدير (١٩٧/٢) ، بدائع الصنائع (٨٥٥/٢) ، المبسوط (١٧٦/٢) ، تبيين الحقائق (٢٦٨/١ - ٢٦٩) ، مجمع الأنهر (٢٠٤/١) .

القول الثانى :

(١) للحنابلة وهو المذهب والظاهرية وهو انه اذا تلف المال الذى
وجب أداء زكاته فان الزكاة لاتسقط سوا فرط أو لم يفرض، تمكن من
الأداء أو لم يتمكن، وهى دين فى ذمته يجب عليه دفعها الى مستحقها . قال
ابن قدامة (٣) : "وان قلنا بوجوبها بعد تلف المال فأمكن المالك أداءها
أداها والا أنظر بها الى يسرته وتمكنه من أدائها من غير مضرة عليه
لأنه اذا لزم انظاره بدين الأدمى المتعين فبالزكاة التى هى حق لله
تعالى أولى " .

(٤) وقال ابن حزم : " وانما هى حق مفترض عليه فى ذمته حتى يؤديه الى
المصدق أو الى من جعلها الله تعالى له فهى دين عليه لأمانة عنده
والدين مؤدى على كل حال " .

وانما قلنا فى أول هذا القول اذا تلف المال الذى يجب أداء زكاته
لنخرج الزروع والشمار اذا تلفت بعد وجوب الزكاة وقبل استقرارها
فى الذمة عند الحنابلة فانهم قد استثنوا هذه المسألة ونهوا ^(٥) على
أنه اذا تلفت الزروع والشمار قبل استقرار وجوبها من غير تعد منه
أو تفريط فانها تسقط الزكاة وان تلفت بعدوانه أو بتفريطه لم تسقط .
قال الامام أحمد رحمه الله : " اذا خرس وترك فى رؤوس النخل فعليهم
حفظه فان أصابته جائحة فذهبت الشمرة سقط عنهم الخرس ولم يؤخذوا به
قال ابن قدامة : " ولانعلم فى هذا خلافا . قال ابن المنذر أجمع أهل
العلم على أن الخارس اذا خرس الشمرة ثم أصابتها جائحة فلا شيء عليه
اذا كان قبل الجذأ ولأنه فى حكم مالاثبت اليد عليه بدليل أنه لو اشترى

(١) شرح منتهى الارادات (٣٧٣/١)، كشاف القناع (٢١١/٢)، التنقيح
(ص ١٠٧ - ١٠٨)، غاية المنتهى (٢٩٠/١ - ٢٩١)، الانصاف (٣٩/٣)، القواعد
لابن رجب (ص ٢٧، ٣٧١)، المحرر (٢١٩/١)، المغنى (٥٠٨/٢)، القواعد
والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص ٧٢) .

(٢) المحلى (٣٨١، ٣٩١/٥) .

(٣) المغنى (٥٠٩/٢) .

(٤) المحلى (٣٩٣/٥) .

(٥) راجع المصادر السابقة هامش (١) .

شجرة فتلفت بجائحة رجع بها على البائع " (١) .

فالحاصل أن تلف الزروع والشمار بعد الوجوب وهو بدو الملاح في الشمار واشتداد الحبوب في الزروع مسقط للزكاة فيها وتلفها بعد استقرار الوجوب وهو جعل الشمار في الجرين والزروع في البيادر لا يسقط الزكاة فيها كما لو تلف نصاب السائمة والأثمان بعد الحول (٢) .

وبناء على ذلك قال الحنابلة : ان بقى في الزروع والشمار بعد تلفها نصاب زكاة والا فلا على الصحيح من المذهب (٣) .

منشأ الخلاف بين الفقهاء والأدلة :

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء في هذه المسألة نستخلص أنهم فيها طرفان

ووسط :

فالطرف الأول هم الحنفية الذين قالوا بسقوط الزكاة اذا تلف المال بعد وجوب الزكاة فيه سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن . لأن الأصل عندهم أن الزكاة عبادة محضة متعلقة بعين المال واجبة على التراخي فاذا تلف المال بعد وجوب الزكاة فيه سقطت زكاته حتى لو تمكن من أدائها لأن عين المال الذي وجبت فيه الزكاة قد تلف . فان قيل تلف بعد وجوب الزكاة فيه وتمكنه من الأداء قلنا ولكنه لا يجب عليه دفعها فور وجوبها .

(١) المغنى (١٢/٣) وانظر قول ابن المنذر في كتابه الاجماع (ص ٤٣) .

(٢) المغنى (١٢/٣) .

(٣) الانصاف (١٠٣/٣)، المغنى (١٢/٣)، كشاف القناع (٢٤٦/٢)، المبدع (٣٤٨/٢)

قال : " فان تلفت بعض الشجرة فقال القاضى : ان كان الباقي نصابا ففيه الزكاة والا فلا ، والمذهب ان كان التلف قبل الوجوب فهو كما قال القاضى وان كان بعده وجب في الباقي بقدره مطلقا " . لكن الصحيح من المذهب خلاف ذلك كما ذكر المرادوى .

(٤) راجع في ذلك الهداية مع شرح فتح القدير (١٥٥/٢)، الدر المختار ورد المحثار عليه (٢٧١/٢) . وقد أشاروا الى قول آخر في المذهب وهو أن الزكاة على الفور . وحققوا المسألة فأشار الحنفى الى أن هذا القول عليه الفتوى . والأول صححه الباقلانى وقال فى البدائع (٨١٢/٢) وعليه عامة المشايخ . ومبنى مسألتنا على القول بأنه على التراخي راجع رد المحتار (٢٧١/٢)، بدائع الصنائع (٨١٢/٢) .

والطرف الثانى هم الحنابلة والظاهرية الذين قالوا بعدم سقوط
الزكاة بتلف المال بعد وجوب الزكاة فيه سواء تمكن من الأداء أو لـم
يتمكن فرط أو لم يفرض . لأن الأمل عندهم أن الزكاة بعد وجوبها تتعلق
وتثبت فى ذمة صاحب المال لابعين ماله وماثبت فى الذمة لايسقط بتلف
المال لأن الذمة باقية .

وان كان هناك قول آخر لبعض الحنابلة وهو أن الزكاة بعد وجوبها
تتعلق بعين المال لافى الذمة لكنهم قالوا ومع ذلك لا تسقط بتلفه
لأن وجوبها كان شكرا لنعمة تم سببها وهو النصاب الباقي النامي وشرطها
وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة
المعينة المستقرة بانقضاء مدة الاجارة .^(١)

وأما الوسط فهم الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة الذين قالوا
إذا تلف المال بعد وجوب الزكاة فيه فان تمكن من الأداء ثم تلف فان الزكاة
لا تسقط لأن الزكاة واجبة على الفور ، قال القرطبي : " ومن وجبت عليه
زكاة فلم يخرجها عند محلها وفرط فيها ثم أخرجها فضاءت قبل أن يسلمها
الى أهلها فعليه ضمانها لأنه فى تأخيرها لها عن وقتها تعلقت بذمتها
وماتعلق بذمته لم يسقط بتلف ماله " .^(٢)

فمنشأ الخلاف اذا أمران :

(أحدهما) متعلق الزكاة بعد الوجوب هل هو الذمة أو عين المال ؟

(الثانى) امكان الأداء هل هو شرط وجوب أو ضمان أو لا ؟

وفيما يلى نعرض أدلة كل فريق على صحة دعواه :

(أولا) استدلال الحنفية على أن الزكاة بعد وجوبها تتعلق بعين

المال فاذا تلف سقطت :

(١) قوله تعالى : " خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ مَدَقَةً " .^(٤)

(١) القواعد لابن رجب (ص ٣٧١) .

(٢) راجع للشافعية روضة الطالبين (٢/٢٢٣) ، المذهب (١/١٩٢) ، المجموع
(٥/٢٨٦) ، تخريج الفروع على الأصول (ص ١١٠) ، وراجع للحنابلة المغنى (٢/٥١٠)

(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (١/١٦٢) .

(٤) التوبة : ١٠٣

وقوله صلى الله عليه وسلم : " فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بدالية أو نضح نصف العشر " .^(١)

قالوا : حرف (من) الوارد فى الآية للتبعيض فيقتضى أن يكون الواجب بعض النصاب .^(٢)

وحرف (فى) فى الحديث للظرفية فجعل الواجب مظروفا فى النصاب .^(٣)
فالواجب اذا فى عين المال وانما جاز الاخراج من غير النصاب رخصة .^(٤)

قالوا : اذا ثبت أن محل الزكاة العين فانه اذا تلف المال سقطت ريكاته لما يأتى .

(٢) أن الحق لا يبقى بعد فوات محله كالعبد الجانى اذا هلك والشقـص الذى فيه الشفعة اذا صار بحرا بطل حق الشفيع .

(٣) أن وجوب الزكاة لمواساة الفقراء وبعد هلاك المال استحق المواساة معهم فلا يلزمه أن يواسى غيره .

(٤) أن الواجب قليل من كثير على وجه لا يكون أداءه ملحقا بالضرر به ولهذا اختص بالمال النامي حتى ينجبر بالنماء ما يلحقه من الخسران بالأداء وهذا لا يتحقق بعد هلاك المال فلو استوفى كان المستوفى غير ماوجب وذلك لا يجوز .

(٥) أن الزكاة عرف وجوبها على طريق اليسر وطيبة النفس بأدائها ولهذا اختص وجوبها بالمال النامي الفاضل عن الحاجة الأصلية وشُرط لها الحول والنصاب واليسر انما يتحقق اذا كان الواجب فى النصاب يبقى ببقائه ويهلك بهلاكه .

واستدلوا على سقوطها بتلف المال بعد الوجوب حتى مع التمكن من أدائها بقولهم : " ولأن وجوب الضمان يستدعى تفويت ملك أو يد كما فى سائر الضمانات وهو بالتأخير عن أول أوقات الامكان لم يَفَوّتْ على

(١) رواه الامام أحمد (١٤٥/١) بلفظ بالغرب أو الدالية بدل بدالية أو نضح .
ورواه الامام البخارى بلفظ : فيما سقت السماء والعيون أو كان عشريا العشر وما سقى بالنضح نصف العشر . صحيح البخارى (١٣٣/٢) كتاب الزكاة باب (٥٥) .

(٢) بدائع الصنائع (٨٥٤/٢) .

(٣) المرجع السابق ، والمغنى (٥٠٦/٢) .

(٤) المغنى (٥٠٦/٢) .

(١)
الفقير ملكا ولايدا".

(ثانيا) أدلة أصحاب القول الشانى القائلين بعدم سقوط الزكاة بتلف
المال بعد وجوبه :

ذكرنا أن مبنى ذلك على أن الزكاة تثبت فى ذمة صاحب المال فلذلك
لاتسقط بتلفه وهذا قول الظاهرية وهو رواية عند الحنابلة واستدلوا على
ذلك :

(١) أن اخراج الزكاة من غير النصاب جائز من غير خلاف بين الأمة من
زماننا الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو كانت فى عيـن
المال لم يحل له البتة أن يعطى من غيرها ولو وجب منعه من ذلك .

(٢) أنها لو وجبت فى عين المال لامتنع تصرف المالك فيه ولتمكـن
المستحقون من الزامه أداء الزكاة من عين المال .

(٣) قال ابن حزم : "لو كانت الزكاة فى عين المال لكانت لاتخلوا من أحد
(٢)

وجهين لاثالث لهما : اما أن تكون فى كل جزء من أجزاء ذلك المال
أو تكون فى شيء منه بغير عينه فلو كانت فى كل جزء منه لحرم
عليه أن يبيع منه رأسا أو حبة فما فوقها لأن لأهل الصدقات فى
الجزء شريكا ولحرم عليه أن يأكل منها شيئا لما ذكرنا وهذا باطل
بلا خلاف وللزم أن لا يخرج الشاة الا بقيمة مصححة مما بقى كما يفعل
فى الشركات ولا بد . وان كانت الزكاة فى شيء منه بغير عينه فهذا
باطل وكان يلزم أيضا مثل ذلك سواء بسواء لأنه كان لايدرى لعله يبيع
أو يأكل الذى هو حق أهل الصدقة فصح ماقلنا يقينا" .

القول المختار :

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فى المسألة تبين لى الآتى :

(١) انظر فى هذه الأدلة بدائع الصنائع (٢/٨٥٤)، المبسوط (٢/١٧٤ - ١٧٥)،

المغنى (٢/٥٠٩) .

(٢) المحلى (٥/٣٩١) .

(١) رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء فى القول الأول من أن الزكاة تسقط بتلف المال بعد وجوب الزكاة فيه لكن بشرط أن يتلف قبيل التمكن من الأداء بخلاف ماذهب اليه الحنفية لأنه اذا تمكن من أدائه فلم يؤدّه فهو مفطر آثم بالتأخير فيتحمل تبعه اهماله وتفريطه وهذا بناء على قول جمهور العلماء ان الأمر المطلق المجرد عن القرائن يقتضى الفور .^(١)

ومما دعانى الى ترجيح هذا القول هو قوة ما استدل به من ذهب هذا المذهب فى نظرى ولتضافر الأدلة على رفع الحرج فى الشريعة الاسلاميـــــة هذا بالاضافة الى أن سبب وجوب الزكاة على شخص من المسلمين هو وجود المال الذى يبلغ حد الزكاة فى يديه فنظرا من الشارع الحكيم للفقراء من المسلمين جعل لهم فى هذا المال نصيبا مفروضا فى مال أخيه المسلم على سبيل المواساة لهم وحتى لا يكون المال دولة بين الأغنياء فقط دون الفقراء فاذا تلف مال الغنى فقد استوت الرتبة واستحق المواساة ولايصح قياس الزكاة على الأجرة فى وجوب دفعها بجامع الانتفاع مدة معينة من الزمن كما قال بعض الحنابلة لأن الاجارة تفارق الزكاة بحيث لو أراد المستأجر الفسخ قبل انتهاء المدة المضروبة ورضى الموجر بذلك لاستحق الموجر أجرة العين عن المدة التى انتفع بها المستأجر ولايقولون بذلك فى الزكاة فللمالك أن يتصرف فى المال قبل الوجوب بالبيع والهبة ونحو ذلك ولايلزمه أن يدفع من الزكاة بقدر ما استمتع به ولو تلف فى آخر الحول أى قبل انتهائه سقطت الزكاة عنه حتى لو

(١) راجع فى ذلك القواعد والفوائد الأصولية (ص ١٧٩)، تخريج الفروع

على الأصول (ص ١٠٨)، شرح الكوكب المنير (٤٨/٣) .

(٢) تخريج الفروع على الأصول (ص ١١٠) وقد جاء فيه : " أن الزكاة مؤونة مالية وجبت للفقراء على الأغنياء بقراءة الاسلام على سبيل المواساة ومعنى العبادة تبع فيها وانما أشبته الشرع ترغيبا فى أدائها حيث كانت النفوس مجبولة على الضنن والبخل فأمر بالتقرب الى الله تعالى بها ليطمع فى الثواب ويبادر الى تحقيق المقصود . واحتج فى ذلك بحصول مقصودها مع الامتناع قهرا وجواز التوكيل فى أدائها وتحمل الزوج عن زوجته والسيد عن عبده " .

استمتع به حولا كاملا الا يوما فلا يجب عليه شيء فثبت ^(١) عدم صحة قياسه على الاجارة . والله أعلم .

(٢) اذا قلنا برجحان القول بأن الزكاة تسقط اذا تلف المال كله قبل التمكن من أدائها فان الأولى في نظري ترجيح مذهب اليه الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة من أنه لو تلف بعض المال دون بعض فانه يزكى الباقي بقسطه ولو كان أقل من النصاب نظرا للفقراء واعمالا للقاعدة الفقهية : " الميسور لا يسقط بالمعسور " ^(٢) و " وما لا يدرك كله لا يترك جله " .

ولأن البعض معتبر في الكل فكما أنه اذا هلك كله سقط جميع الزكاة فكذلك اذا هلك البعض يسقط بقدره ^(٣) .

ولأن سقوط بعض الواجب للعجز لا يمنع بقاء الوجوب للمقدور ، قال تعالى : " فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ " ^(٥) ، والله أعلم .

-
- (١) راجع المغنى (١٤٠١٢/٣) .
- (٢) الأشباه والنظائر (ص ١٥٩) وجاء فيه : " قال ابن السبكي وهي ممن أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " وذكر الامام أن هذه القاعدة ممن الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة " .
- (٣) المبسوط (١٧٥/٢) .
- (٤) شرح الكوكب المنير (٣٦١/١) .
- (٥) التغابن : ١٦

المطلب الثانى : فى اتلاف المال الذى وجبت فيه الزكاة

لاخلاف بين الفقهاء فى أن اتلاف المال الذى وجبت فيه الزكاة لايسقط ماوجب فيه وأنه اذا أتلفه صاحبه أو غيره بأى وجه من وجوه الاتلاف فانه يضمن للمساكين حقهم من الزكاة وقد استثنى بعض الفقهاء من ذلك :

مسألة الأكل من الثمار والزروع بعد وجوب الزكاة فيها :

(٢)
فقد ذهب الحنابلة الى أن لصاحب الزرع والثمر الأكل منه بغير الخرص وليس عليه زكاة فيما أكل اذا كان فى حدود المشروع . والى ذلك ذهب الظاهرية فى الثمار وأبو يوسف من الحنفية الا أنه قال : ان ماأكله

- (١) راجع فى ذلك : المبسوط (١٧٥/٢، ١٩٦)، بدائع الصنائع (٢/٨٥٥ - ٨٥٨ ، ٨٥٩)، رد المحتار (٣٦١/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٤ - ٤٤٣/١)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٦٤/١)، الجامع لأحكام القرآن (١٠٨/٧)، الأم (٢٨/٢)، روضة الطالبين (٢٥٢/٢)، مغنى المحتاج (٤١٨/١)، نهاية المحتاج (١٤٦/٣)، شرح منتهى الارادات (٣٩٢/١)، كشف القناع (٢٥١، ٢٤٦/٢)، الانصاف (١٠٩، ١٠٦/٣)، المغنى (١٥/٣) . بـل قد نصَّ الحنابلة والشافعية على أنه لو احتاج صاحب النخل مثلاً قطع بعض ثمرة النخل قبل كمالها خوفاً من العطش أو ضعف الجمار أو لتحسين بقية الثمرة فانه يجوز قطعه لأن حق الفقراء انما يجب على طريق المواساة فلا يكلف الانسان من ذلك ما يهلك أصل ماله ولأن حفظ الأصل أحوط للفقراء من حفظ الثمرة لأن حقهم يتكرر بحفظها فى كل سنة فهم شركاء فى النخل . ومع حاجة صاحب الثمرة الى قطعه فانه لايسقط حق المقطوع من الزكاة بل يجب على صاحبه دفعه الى مستحقه . راجع فى ذلك : كشف القناع (٢٤٧/٢)، الانصاف (٣/١٠٤ - ١٠٥) المغنى (١٨/٣)، الأم (٢٨/٢)، المهذب (٢١١/١)، روضة الطالبين (٢٥٥/٢) .
- (٢) شرح منتهى الارادات (٣٩٤/١)، الانصاف (٣/١١٠ - ١١١)، كشف القناع (٢٥٢/٢)، المغنى (١٧/٣) .
- (٣) المحلى (٣٨٥/٥) .
- (٤) بدائع الصنائع (٢/٩٤٩) .

من الزروع والشمار يعتد به في تكميل النصاب وهو الأوسق فاذا بلغ الكل نصاباً أدى عشر ما بقى .
وخالف في ذلك أبو حنيفة ^(١) والشافعية ^(٢) والمالكية ^(٣) وقالوا بأنه يضمن عشر ما أكل ويؤدى عشر ما بقى .

منشأ الخلاف والأدلة :

لقد نشأ الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة تبعاً لاختلافهم في الآثار الواردة فيما يلزم الخارص أن يترك لأصحاب الثمرة من خرصه . فمن قال بأنه يلزمه ان يترك لهم الربع أو الثلث وهم الحنابلة والظاهرية وأبو يوسف من الحنفية فقد أخذ بتلك الآثار وعمل بها حتى ان الحنابلة نسوا ^(٤) على أن الخارص اذا لم يترك لهم ماتجرى العادة بتركه فانهم يأكلون مثل هذا القدر من الشمار ولا يحسب عليهم .

ومن قال بأن الخارص لا يترك لهم شيئاً ويلزمه أن يدخل جميع الثمرة بالخرص ادعى أن تلك الآثار منسوخة بحديث العشر أو نصف العشر كما قال الحنفية ، أو حملها على أنه يترك له ذلك من الزكاة لا من ^(٥) المخروس ليفرقه بنفسه على فقراء أهله وجيرانه لطمعهم في ذلك منه كما ذهب الى ذلك الشافعية ^(٦) .

وهذه الآثار هي :

(١) مارواه أبو داود عن عبدالرحمن بن مسعود قال : جاء سهل بن أبي حشمة الى مجلسنا قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرصتم فجدوا ودعوا الثلث فان لم تدعوا أو تجذوا

-
- (١) بدائع المنائع (٩٤٩/٢)، وراجع أحكام القرآن للجصاص (١٨٠/٤) .
 - (٢) روضة الطالبين (٢٥٢/٢)، مغنى المحتاج (٣٨٧/١)، الأم (٢٨/٢) .
 - (٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢٦٥، ٢٦٤/١)، الجامع لأحكام القرآن (١٠٨، ١٠٦/٧)، جواهر الاكليل (١٢٥/١)، حاشية الدسوقي (٤٥١/١) .
 - (٤) راجع شرح منتهى الارادات (٣٩٤/١)، الانصاف (١١٠/٣)، المغنى (١٧/٣) .
 - (٥) بدائع المنائع (٩٥٠/٢) .
 - (٦) مغنى المحتاج (٣٨٧/١) .

(١) الثالث فدعوا الربيع .

- (٢) أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا حشمة خارها فجاء رجل فقال يارسول الله ان أبا حشمة زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك يزعم أنك زدت عليه فقال يارسول الله لقد تركت له قدر عَرِيْفٍ أهله وما يطعم المساكين وما يعيب الريح فقال صلى الله عليه وسلم لقد زادك ابن عمك وأنصفك^(٢) .
- (٣) وقوله صلى الله عليه وسلم : خَفُّوا فِي الْخَرْصِ فَان فِي الْمَسْأَلِ

(١) رواه أبو داود (٢٥٩/٢) كتاب الزكاة باب (١٤) وسكت عنه . والترمذي (٢٦/٢) كتاب الزكاة باب (١٧) وفيه لفظ خذوا بدل جذوا . والنسائي (٤٢/٥) كتاب الزكاة باب كم يترك الخارص ، وابن أبي شيبة (١٩٤/٣) كتاب الزكاة باب ما ذكر في خرص النخل ، وابن حبان في موارد الظمآن (ص ٢٠٤) ، والحاكم في المستدرک (٤٠٢/١) وقال صحيح الاسناد ووافقه الذهبي قال الحاكم وله شاهد باسناد متفق على صحته وقال الذهبي صحيح وهو ما رواه سهل بن أبي حشمة أن عمر بن الخطاب رضی اللہ عنه بعثه الى خرص الشمر وقال اذا أتيت أرضا فاخرصها ودع لهم قدر ما يأكلون" . قال ابن حجر : " وفي اسناده عبدالرحمن بن مسعود ابن نيار الراوي عن سهل بن أبي حشمة وقد قال البزار انه انفرد به وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، ومن شواهد ما رواه ابن عبدالبر من طريق ابن لهيعة عن ابن الزبير عن جابر مرفوعا : خففوا في الخرص . الحديث . انظر التلخيص الحبير (١٨٢/٢) ، وراجع نيل الأوطار (١٨٧/٥) . وأخرج الشاهد الذي ذكره الحاكم عبدالرزاق في معنائه (١٢٩/٤) وابن أبي شيبة عن مكحول (١٩٤/٣) وأبو عبيد في الأموال (ص ٦٥٥) ، وقال ابن الملقن حول حديث سهل : " رواه الثلاثة وصححه ابن حبان وقال الحاكم صحيح الاسناد وخالف ابن القطان فأعله" . انظر تحفة المحتاج (٥٥/٢) . وقد ضعف هذا الحديث الألباني راجع ضعيف الجامع الصغير (١٧٥/١) .

(٢) رواه الدارقطني (١٣٤/٢) قال صاحب التعليق المغنى العظيم آبادي " في اسناده عبدالله بن شبيب وهو ليس بالقوى في الحديث ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٧٦/٣) : رواه الطبراني في الأوسط وفيه محمد بن صدقة وهو ضعيف " قلت ومحمد بن صدقة في اسناد الدارقطني أيضا .

العرية والوصية^(١) .

جاء في بدائع المنافع : " أمرٌ بالتخفيف في الخرص وبين المعنى وهو أن في المال عرية ووصية فلو ضمن عشر ماتصدق أو أكل هو وأهله لم يتحقق التخفيف ولأنه لو ضمن ذلك لامتنع من الأكل خوفا من العشر وفيه حرج إلا أنه يعتد بذلك في تكميل النصاب لأن في نفي وجوب الضمان عنه تخفيفا عليه نظرا له ، وفي عدم الاعتداد به في تمام الأوسق ضرر به وبالفقراء وهذا لا يجوز^(٢) .

واستدل الامام أبو حنيفة رحمه الله تعالى على قوله : " ان الخارص يخرص الشمرة كلها ولا يترك لأصحابها شيء فان أكلوا منها ضمنوا عشر ما أكلوا " بعموم النصوص المقتضية لوجوب العشر في كل خارج من غير فصل بين المأكول والباقي . قال تعالى : " وآتوا حقه يوم حصاده^(٣) " فالحصاد هو القطع فيقتضى أن كل ما قطع وأخذ منه شيء لزمه اخراج عشره من غير فصل بين ما اذا كان المقطوع مأكولا أو باقيا على أنا نقول بموجب الآية أنه يجب ايتاء حقه يوم حصاده لكن ما حقه يوم حصاده . أداء العشر عن الباقي فحسب أم عن الباقي والمأكول والآية لا تتعرض لشيء من ذلك فكان تمسكا بالمسكوت وأنه لا يصح .

وقد رد أبو حنيفة على من استدل بقوله تعالى : " كلوا من ثمره اذا أشمر^(٤) " بأنه لو لم يباح الأكل لم يكن للأمر فائدة فقال : " يحتمل أن يكون له فائدة سوى ما قلتم وهو اباحة الانتفاع ردا لاعتقاد الكفره بهذه الأشياء بجعلها للأصنام فرد عليهم ذلك بقوله عز وجل : " كلوا ممن ثمره اذا أشمر " أي انتفعوا بها ولا تضيعوها بالعصر الى الأصنام^(٥)

- (١) رواه عبدالرزاق في المصنف (١٢٩/٤)، وابن أبي شيبة عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٩٥/٣) قال ابن حجر : رواه ابن عبدالبر من طريق ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر مرفوعا . انظر التلخيص الحبير (١٨٢/٢)، وقال الشوكاني وفي اسناده ابن لهيعة انظر نبيل الأوطار (١٨٧/٥) .
- (٢) بدائع المنافع (٩٤٩/٢) .
- (٣) الأنعام : ١٤١
- (٤) الآية السابقة .
- (٥) بدائع المنافع (٩٤٩/٢) .

ولذلك قال : " وَلَا تَسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ " (١) .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان مذهب اليه الخنابلية والظاهرية من أن ما أكل صاحب الشمرة منها لا يحسب عليه فى الزكاة ولا يطالب بزكاة ما أكل هو وأهله أو تعدق به أو وهبه وذلك لأن حديث أبى داود عن سهل صريح فى أن الخارص يترك من خرصه الثلث أو الربيع وهذا الحديث وان كان قد ضعفه جمع من أئمة الحديث إلا أنه قد صححه جمع آخر كما أسلفنا وذكر الحاكم له شاهداً عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه بعث سهل بن أبى حنيفة الى خرص الثمر وقال اذا أتيت أرضاً فاخرصها ودع لهم قدر ما يأكلون" وقال الحاكم متفق على صحته ووافقته الذهبى وقال ابن القيم صحيح . (٢)

وفى "أضواء البيان" للشيخ الشنقيطى رحمه الله : " والقول بأنه يترك الثلث أو الربع هو الصواب لشبوت الحديث الذى صححه ابن حبان والحاكم كذلك . ولم يثبت ما يعارضه ولأن الناس يحتاجون الى أن يأكلوا ويطعموا جيرانهم وضيوفهم وأصدقائهم وسؤالهم ، ولأن بعض الثمر يتساقط وتنتابه الطير وتأكل منه المارة " (٣) .

قال ابن العربى : " والمتحمل من صحيح النظر أن يترك له قدر الثلث أو الربع كما بيناه فى مقابلة المؤونة من واجب فيها ومنه دوابها منها " (٤) .

وأما مقاله أصحاب القول الثانى من أن عموم الأدلة تدل على وجوب الزكاة فى كل الخارج من الأرض من غير استثناء فيمكن أن يجاب عنه بأن

(١) الأنعام : ١٤١

(٢) اعلام الموقعين (٣٦٨/٢)، وراجع أضواء البيان (٢١٠/٢) .

(٣) أضواء البيان (٢١٠/٢) .

(٤) عارضة الأحوذى بشرح الترمذى (١٤٤/٣) .

العموم مخصص بحديث أبي داود وشاهده الصحيح عن عمر بن الخطاب رضـى

الله عنه .

بناءً على ذلك فإن الخارص يجب عليه أن يراعى المصلحة في خرصه

فيترك لهم القدر الذى يحتاجون اليه من غير تطفيف ولازيادة فاحشـة

لأن هذا فعل الصحابة رضوان الله عليهم فقد روى أبو عبيد عن سهل بن

(١)

أبي حنـمة أن مروان بعثه خارصاً للنخل فخرص مال سعد بن أبي سعد سبعمائة

وسق وقال لولا أنى وجدت فيه أربعين عريشاً لخرصته تسعمائة وسق ولكنى

تركت لهم قدر ما يأكلون" .

(١) الأموال (ص ٦٥٥) حديث رقم (١٤٥٠)، وراجع ابن حزم فى المحطـى

المبحث الثانىفى تلف الزكاة بعد وجوبها وعزلها للمستحقها

لو عزل انسان الزكاة بعد وجوبها ليخرجها ويدفعها الى مستحقها
ثم تلفت فهل تسقط الزكاة عنه ؟ أو يجب عليه أن يدفع بدلها ؟
الكلام فى ذلك يكون فى مطلبين :

المطلب الأول : فى تلف زكاة الأموال بعد وجوبها وعزلها

لو عزل صاحب المال زكاة ماله بعد وجوبها ليدفعها الى مستحقها
فتلفت فقد اختلف الفقهاء هل تسقط الزكاة عنه أو لا على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

(١) ذهب المالكية الى أن من وجبت عليه زكاة فعزلها وأخرجها ليدفعها
الى مستحقها ثم تلفت بغير تفريط منه أو لم يتمكن من أدائها فتلفت
فلاشئ عليه وليس عليه ضمانها . جاء فى المدونة : " قلت : فان درسه
وجمعه فى أندره وَجَدَّ النَّخْلَ وَجمعه فى جرينه ثم عزل عشره ليفرقه على
المساكين فضاع فقال : لاشئ عليه اذا لم يأت منه تفريط . قال : وقال
مالك فى الرجل يخرج زكاة ماله عند محلها ليفرقها فيضيع منه أنه ان لم
يفرط فلاشئ عليه فهذا يجمع لك كل شئ . قلت : رأيت الحنظة والشعير

(١) المدونة (٣٤٤/١ - ٣٥٩، ٣٤٥) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٦٣-٢٦٢/١)
الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٥٠٣/١) ، جواهر الاكليل (١٤٢/١) ،
منح الجليل (٣٧٩/١) . قلت وقد رأينا فى المطلب السابق أن المالكية
يرون أنه اذا تلف بعض المال دون بعض زكى مابقى ان كان نصابا
وفى هذه المسألة يقولون لازكاة عليه مع أنه قد تلف بعض المال وبقي
بعضه ولاألحظ فرقا بين المسألتين الا ان كان الفرق أنه فى هذه
المسألة قد تلف البعض بنية الزكاة فبرئت ذمته منها . وقد أشار
الامام مالك الى ذلك على ما جاء فى المدونة : " وقال مالك ومما
يبين لك ذلك أنه لاشئ عليه لو لم يتهيا له دفعها بعدما أخرجها
فرجع الى منزله فوجد ماله قد سرق لم يكن ليضع عنه اخراج ما أخرج
من زكاته ليدفعها قال قال مالك : فلذلك رأيت أن لاشئ عليه فى
الذى أخرج اذا ضاعت" . المدونة (٣٥٩/١) .

والتمر والسلت اذا أخرج زكاته قبل أن يأتية المصدق فضاع أهو ضامــــ
قال : كذلك قال مالك في هذا . وقال في المال أنه اذا لم يفطر فضاع
المال أنه لا يضمن كذلك قال مالك " .

هذا عند المالكية اذا لم يفطر أما من وجبت عليه زكاة فلــــ
يخرجها عند محلها وفطر فيها فضاعت قبل أن يسلمها الى أهلها فعليــــ
ضمانها لأنه في تأخيره لها عن وقتها تعلقت بدمته وماتعلق بدمتــــ
لم يسقط بتلف ماله .

القول الثاني :

ذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) الى أن من وجبت عليه زكاة فعزلها ليدفعها
الى مستحقها فتلفت فان لم يفطر لم يحسب عليه ماهلك ، ولا تسقط عنــــ
الزكاة^(٣) لأن من لزمه شيء لم يبرأ منه الا بدفعه الى من يستحقه قال
الامام الشافعي رحمه الله : " ورجع الى ما بقى من ماله فان كان فيمــــ
بقى منه زكاة زكاه وان لم يكن فيما بقى منه زكاة لم يزكّه كأن حلّ عليه
نصف دينار في عشرين دينارا فأخرج النصف فهلك قبل أن يدفعه الى أهله
فبقيت تسعة عشر ونصف فلا زكاة عليه فيها . وان كانت له احدى وعشرون
دينارا ونصف فأراد أن يزكيها فيخرج عن العشرين نصفاً وعن الباقيــــ
عن العشرين ربع عشر الباقي لأن ما زاد من الدينير والدرهم والطعام
كله على ما يكون فيه ففيه الصدقة بحسابه فان هلكت الزكاة وقد بقىــــ
عشرون دينارا أو أكثر فيزكى ما بقى بربع عشره^(٤) .

هذا رأى الامام الشافعي غير أن المذهب بخلافه فقد ذكر في المنهاج
أنه يزكى ما بقى بقسطه بعد التلف ولو كان دون النصاب .^(٥)

- (١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٢/٢٧٠) .
- (٢) الأم (٢/٤٤) ، المجموع (٥/٣٢٢ - ٣٢٣) .
- (٣) ومن التفريط أن يستطيع بعد حولها دفعها الى أهلها أو الى الوالى
فيتأخر . راجع الأم (٢/٤٤) .
- (٤) الأم (٢/٤٤) .
- (٥) المنهاج ومغنى المحتاج (١/٤١٨) ، وراجع المهذب (١/١٩٦) .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة^(١) والظاهرية^(٢) الى أن من وجبت عليه زكاة فعزلها ليدفعها الى مستحقها فضاقت لم تسقط عنه الزكاة ولا تبرأ ذمته الا بدفعها كديون الآدمي وذلك لأنه حق متعين على رب المال تلف قبل وصوله الى مستحقه فلزمه بدله قال الامام أحمد : " ولو دفع الى أحد زكاته خمسة دراهم فقبل أن يقبضها منه قال اشترى بها ثوبا أو طعاما فذهبت الدراهم أو اشترى بها ما قال فضاع منه فعليه أن يعطى مكانها لأنه لم يقبضها منه ولو قبضها منه ثم ردها اليه وقال اشترى بها فضاقت أو ضاع ما اشترى بها فلا ضمان عليه اذا لم يكن فرط"^(٣) .

وقال ابن قدامة : " ولو عزل قدر الزكاة فنوى أنه زكاة فتلف فهو في ضمان رب المال ولا تسقط الزكاة عنه بذلك سواء قدر على أن يدفعها اليه أو لم يقدر"^(٤) .

وقال ابن حزم : " لو أخرج الزكاة وعزلها ليدفعها الى المصدق أو الى أهل الصدقات فضاقت الزكاة كلها أو بعضها فعليه اعادتها كلها ولا بد... ولأنه في ذمته حتى يوصلها الى من أمره الله تعالى بايصالها اليه"^(٥) .

هذا اذا تلفت عند صاحبها بعد عزلها لمستحقها وقبل دفعها ، لكن لو دفعها بعد وجوبها للامام أو الساعي ثم تلفت بيده فان الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة متفقون على أن ذمة الدافع الى الامام أو الساعي تبرأ لأن الامام نائب عنهم شرعا فبريء بدفعها له كولي اليتيم اذا قبضها له .

-
- (١) كشف القناع (٣١٤/٢)، شرح منتهى الارادات (٤٢٣/١)، الانصاف (٢١٦/٣) ،
المغنى (٥١١/٢)، مسائل الامام أحمد لابنه عبد الله (٥٢٨/٢) .
- (٢) المحلى (٣٩٢/٥) .
- (٣) المغنى (٥١١/٢) .
- (٤) المرجع نفسه .
- (٥) المحلى (٣٩٢/٥) .
- (٦) رد المحتار (٢٧٠/٢) .
- (٧) روضة الطالبين (٣٣٩، ٣١٧/٢)، المجموع (١٠١/٦) .
- (٨) كشف القناع (٣٠٢/٢ - ٣٠٣)، شرح منتهى الارادات (٤١٨/١ - ٤١٩) ،
المغنى (٤٨٠، ٤٧٦/٢) .

ثم ينظر في حال الامام أو الساعي فان كان مفرطاً ضمن للمساكين
والا فلا ضمان عليه وهذا عند الشافعية والحنابلة . وأما الحنفية
فتخريجا على قولهم بنفى الضمان فيما تلف في يده من مال الزكاة
المعجلة قبل الحول حيث قالوا : ان هلك في يده لا يلزمه الضمان لأن الضمان
انما يجب على الانسان بفعله وفعله الأخذ وأنه مأذون فيه فلا يصلح سببا
لوجوب الضمان والهلاك ليس من صنعه بل هو محض صنع الله تعالى .^(١)
وبناء على ذلك نقول : اذا كان هذا الحكم في تلف الزكاة المعجلة
قبل الحول بيده من غير تفريط منه فمن باب أولى ماتلف بيده من غير
تفريط بعد الحول . ومفهوم قولهم هذا أنه اذا فرط لزمه الضمان
والله أعلم .

وبهذا التخريج يكون الحنفية متفقيين مع الشافعية والحنابلة في
تضمينه اذا فرط وعدم تضمينه اذا لم يفرط .
أما لو تلفت الزكاة بعد وجوبها وعزلها في يد الوكيل فقد نص
الحنابلة والشافعية على أن يد الوكيل كيد موكله فلا تبرأ ذمة الموكل
لعدم الايتاء المأمور به .

القول المختار :

التحقيق في هذه المسألة أن تلف الزكاة المعزولة بعد وجوبها كتلف
بعض المال الذي وجبت فيه الزكاة لأن الزكاة المعزولة بعض من المال
الذي وجبت فيه الزكاة بناء على ذلك فالذي يظهر لى والله أعلم أن أعدل
الأقوال هو قول الحنفية والشافعية الذين قالوا اذا تلفت الزكاة
المعزولة لاتحسب عليه ولاتسقط الزكاة في الباقي ويزكى بقسطه في أظهر
القوليين عندهم هذا اذا لم يحصل منه تفريط فان فرط حسب عليه التالف

(١) بدائع الصنائع (٢/٩٢٠) .

(٢) كشاف القناع (٢/٣١٤)، غاية المنتهى (١/٣٢٧) .

(٣) روضة الطالبين (٢/٢١٦) .

وهذا مظهر لى فى المسألة السابقة أيضا وقد ذكرت هناك ما يؤيد ذلك
ولاوجه لتفريق المالكية بين المسألتين حيث اعتبروا عزل بعض المسائل
بنية الزكاة كدفعها الى مستحقها حتى لو تلف سقطت عنه لأن من لزمه دفع
شء لا يبرأ منه الا بدفعه لا بمجرد النية والاضاعت الحقوق .

المطلب الثانى : فى تلف زكاة الفطر بعد وجوبها
وعزلها ليخرجها

اذا عزل زكاة الفطر ليخرجها فتلفت فهل تسقط عنه أو لا ؟
اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) الى أن زكاة
الفطر متعلقة بالذمة فلا يبرأ منها الا بأدائها الى مستحقها .

القول الثانى :

ذهب المالكية^(٤) الى أن تلف زكاة الفطر مسقط لها وليس عليه بدلها
جاء فى المدونة : " وقال ابن القاسم : من أخرج زكاة الفطر عند محلها
فضاعت رأيت أنه لاشء عليه وزكاة الأموال وزكاة الفطر عندنا بهـ
المنزلة اذا أخرجها عند محلها فضاعت أنه لاشء عليه . قلت : أرى
ان أخرجت زكاة الفطر لأوديها فأهريق أو تلفت أكون على ضمانها أم لا فى
قول مالك ؟ قال : قال مالك : من أخرج زكاة ماله ليدفعها عند محلها
فذهبت منه فلا شء عليه قال : وقال مالك : ومما يبين لك ذلك أنه لاشء
عليه أنه لو لم يتهيا له دفعها بعد ما أخرجها فرجع الى منزله فوجد ماله
قد سرق لم يكن ليضع عنه اخراج ما أخرج من زكاته ليدفعها . قال : قال

-
- (١) بدائع الصنائع (٩٧٣/٢)، تبيين الحقائق (٣١١/١)، الدر المنتقى
شرح الملتقى للحكفى (٢٢٨/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٣٦١/٢) .
(٢) الأم (٥٩/٢) . أما اذا تلف المال كله فعند الشافعية وجهان أحدهما
تسقط كزكاة المال والثانى لا لأن زكاة المال تتعلق بالعين بخلاف
الفطرة وهذا فيما اذا وجبت وتلف المال قبل التمكن من أدائها أما
اذا تلف المال بعد التمكن فيستقر عليه الضمان بلا خلاف لتقصيره
وقياسا على زكاة المال . راجع فى ذلك المجموع (٦٧/٥ - ٦٨) .
(٣) كشاف القناع (٢٩٤/٢)، الانصاف (١٧٧/٣)، المغنى (١٠٠/٣) .
(٤) المدونة (٣٥٩/١) .

مالك : فلذلك رأيت أن لاشء عليه فى الذى أخرج اذا ضاعت . قال
مالك هذا فى زكاة الأموال وزكاة الفطر عندى بهذه المنزلة اذا أخرجها
عند محلها " .

وهذا عند المالكية اذا لم يفرط فان تلفت بتفريط منه فقال مالك :
" ان كان انما أخرجها بعد ابانها وقد كان فرط فيها فأخرجها بعد ابانها
فضاعت قبل أن يوصلها انه ضامن لها " .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء
من أن تلف زكاة الفطر بعد عزلها غير مسقط لها ويلزمه أن يدفع بدلها
لأنها تلزمه فى ذمته فلا يبرأ منها الا بدفعها الى مستحقها . يقول
الخطابى : " أن محل سائر الزكوات الأموال ومحل زكاة الفطر الرقاب " (١) .

ولأن الحكمة من مشروعيتها كما جاءت فى الحديث الذى رواه ابن
عباس رضى الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة
الفطر طهرة للمعاشم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين " (٢) .

فمن لم يدفعها لم يحمل له التطهير إذ لم يحصل منه اطعام
المساكين حقيقة ولم يحقق غرض الشارع منها .

(١) معالم السنن (٢/٢٦٢) .

(٢) رواه أبو داود (٢/٢٦٢) كتاب الزكاة باب (١٧)، وابن ماجه (١/٥٨٥) ،
كتاب الزكاة باب (٢١)، والحاكم فى المستدرک (١/٤٠٩) وقال هذا حديث
صحيح على شرط البخارى ووافقه الذهبى . والدارقطنى (٤/١٣٨) وقال
ليس فيهم مجروح . وحسنه النووى راجع المجموع (٦/٦٦)، وراجع
ارواء الغليل (٣/٣٣٢) .

المبحث الثالث

فى تلف الزكاة المخرجة قبل الحول

إذا أخرج صاحب المال زكاة ماله معجلة قبل الحول ثم تلفت بيـــــ
الامام أو الساعى فهل تجزيه أو عليه بدلها ؟
(١)
الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

المالكية والظاهرية^(٢) يرون أنه لايجوز تعجيل الزكاة قبل حلولها
فان أخرجها قبل الحول فتلفت فعليه اعادتها بعد الحول ان كان الباقي
نصابا والا فلا زكاة عليه .

واستثنى المالكية ما اذا كان التقديم يسيرا كيوم أو يوميين
فقالوا : اذا كان التقديم يسيرا فضاع المال أو تلف فمقتضى المذهب أن
التالف يجزيه عن الزكاة ولايضمنها لأنها زكاة وقعت موقعها حيث أن ذلك
الوقت فى حكم وقت وجوبها .^(٤)

واستثنوا كذلك ما اذا قدمها لتعمل الى الأعدم عند الحول ولو لم
يكن التقديم يسيرا فقالوا انها اذا تلفت والحالة هذه فيكفي ولايخرج
عن الباقي لأنه مأمور بتقديمه .

(١) الحنفية لم أقف لهم على تفصيل فى المسألة سوى أنهم قالوا : لو
تلفت الزكاة المعجلة فى يد الامام أو الساعى فليس عليه ضمانها
لأن الضمان انما يجب على الانسان بفعله وفعله الأخذ وأنه مأذون فيه
فلايلح سببا لوجوب الضمان والهلاك ليس من منعه بل هو محض منع الله
تعالى . راجع فى ذلك بدائع المنافع (٩٢٢/٢) . وهذا جزء من مسألتنا
وبقى الجزء الأهم وهو هل تقع عن المالك اذا تلفت بغير تفريط الامام
هذا الذى لم أقف عليه لذا رأيت عدم ادراج الحنفية ضمن أقوال
الفقهاء الى أن يبسر الله ، والله أعلم .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٥٠٢/١ - ٥٠٣) ، جواهر الاكليل

(١٤١/١) ، منح الجليل (٣٧٨/١) ، الكافى (٢٦٣/١) .

(٣) المحلى (١٢٤٠، ١٢١/٦) .

(٤) هناك قول آخر قال الدسوقي (٥٠٢/١) : " جزم به ابن رشد وهو ظاهر

المصنف أنها لاتجزيه " .

القول الثانى :

(١)
الحنابلة يرون جواز تعجيل الزكاة اذا ملك النصاب بناء على ذلك :
اذا دفع صاحب المال زكاة ماله معجلة قبل الحول الى الامام
أو الساعى فقد برئت ذمته سواء تلفت الزكاة فى يد الساعى أو الامام أو لم
تتلف صرفت فى محلها أو لم تصرف . فان تلفت فى يد الامام من غير تفريط
فقد فانت على الفقراء ولا ضمان على الامام ولا فرق فى ذلك بين أن يطلب
المالك منه أخذها أو الفقراء أو لم يطلب منه ذلك أحد وأخذها بنفسه
وذلك لأن للامام ولاية على الفقراء بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير
اذنهم سلفا فلا يضمن اذا تلفت فى يده من غير تفريط كولى اليتيم اذا قبض
ماله . أما اذا فرط فى حفظها فتلفت ضمنها للفقراء .

القول الثالث :

(٢)
الشافعية يرون جواز تعجيل الزكاة اذا ملك النصاب أيضا بناء على
ذلك قالوا : اذا استسلف الامام المال ليحسبه عن زكاة المأخوذ منسبه
عند تمام حوله فلا يخلو من أحوال :
(٣)
(الأول) أن يأخذه بسؤال المساكين :
فاذا تلف قبل تمام الحول بغير تفريط الامام فالأصح من الوجهين
أنها تجزئه عن الزكاة .
والوجه الثانى : لاتجزئه فعلى هذا له تضمين المساكين فان لم يكن
للمساكين مال صرف الامام اذا اجتمعت الزكوات عنده ذلك القدر الذى
قوم آخريين عن الذى تسلف منه .

-
- (١) شرح منتهى الارادات (٤١٨/١، ٤٢٣)، كشف القناع (٣٠٢/٢ - ٣٠٣، ٣١٤)، المغنى
(٤٨٠، ٤٧٦/٢)، الانصاف (٢١٥/٣)، غاية المنتهى (٣٣١/١)، المحرر
٠ (٢٢٥/١)، المبدع (٤١٩، ٤١٠/٢) .
(٢) روضة الطالبين (٢١٦/٢)، المجموع (١٠٠، ٨٦/٦ - ١٠١)، المهذب (٢٢٥/١) -
٠ (٢٢٧)، الأم (١٧/٢) .
(٣) قال النووي : " قال أصحابنا والمراد بالمساكين فى هذه المسائل
أهل السهمان جميعا وليس المراد جميع آحاد الصنف بل سؤال طائفة
منهم أو حاجتهم" . انظر المجموع (١٠٢/٦) .

ولافرق عند الشافعية فى هذه الحالة بين أن يكون المساكين متعينين
(١)
أو لا. يقول النووى : " ثم المذهب الصحيح الذى قطع به الجمهور أنــــه
لا فرق بين أن يكون المساكين متعينين أم لا فالحكم فى المسألة ماسبق" .
(الثانية) أن يأخذه الامام بسؤال المالك :

فاذا تلف قبل الحول فانه لاتجزىء عن المالك وعليه دفع بدلها
للمساكين سواء تلفت بتفريط الامام أو بغير تفريط كتلفها بيد الوكيل .
ثم ان تلفت بتفريط الامام فانه يضمنها للمالك والا فلا ضمان على
الامام ولا المساكين .

(الثالثة) ان يأخذه الامام بسؤال المالك والمساكين :
(٢)
فعند الشافعية فى ذلك وجهان : قال النووى : " الأصح عند صاحب
الشامل والأكثرين أنه من ضمان المساكين . والثانى من ضمان المالك" .
وكلا الوجهين يتخرجان على الحالة الأولى والثانية .

(الرابعة) أن يأخذه الامام بغير سؤال المالك ولا المساكين لمــــا
رأى من حاجتهم :

فاذا تلف فى يده قبل الحول فلا تجزىء المالك وعليه أن يخرج بدلها
وله على الامام الضمان فيضمن الامام له ماتلف فى مال نفسه سواء تلف
بتفريطه أو بغير تفريطه وليس كولى اليتيم الذى يأخذ له فيما لاصلاح له
الا به لأن أهل السهمان قد يكونون أهل رشد مثله ، وأرشد أو لا يكونون
أهل رشد ويكون لهم ولاة دونه .

الترجيح :

تعجيل الزكاة قبل حلولها اذا بلغ المال نعابا وردت به الأحاديث
عن النبى صلى الله عليه وسلم فمنها :

(١) المجموع (١٠١/٦) .

(٢) المرجع نفسه .

(١) مارواه أبو داود عن علي - رضي الله عنه ، أن العباس سأل النبي صلى الله عليه وسلم في تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له في ذلك (قال مَرَّه فَأَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ) .

(٢) مارواه الترمذى بإسناده عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر انا قد أخذنا زكاة العباس ————— الأول للعام " .

فهذان الحديثان مريحان في جواز التعجيل والحديث الأول قال النووي عنه إسناده حسن . (٣) وقال الترمذى أصح عندى من الحديث الثاني . (٤) وقد رَوِيَ الأولُ مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال عنده أبو داود : " رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ هُشَيْمٌ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ زَادَانَ عَنِ الْحَكَمِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَحَدِيثَ هُشَيْمٍ أَصَحُّ " .

(١) (٢٧٥/٢ - ٢٧٦) كتاب الزكاة باب (٢١) . والترمذى (٥٤/٣) كتاب الزكاة باب (٣٧) كلاهما من طريق سعيد بن منصور حدثنا إسماعيل بن زكريا عن الحجاج بن دينار عن الحكم بن عتيبة عن حجية بن عدى عن علي . . . ورواه ابن ماجه (٥٧٢/١) كتاب الزكاة باب (٧) بهذا الإسناد قال ابن قدامة : " قال يعقوب بن شيبه هو أثبتتها إسنادا " . المغنى (٤٧١/٢) ، وقال الألبانى حسن انظر ارواء الغليل (٣٤٧/٣) .

(٢) (٥٤/٣) كتاب الزكاة باب (٣٧) قال المحقق فؤاد عبدالباقي : " لم يخرج من أحد من أصحاب الكتب الستة سوى الترمذى . قال الترمذى لا أعرف حديث تعجيل الزكاة من حديث إسرائيل عن الحجاج بن دينار إلا من هذا الوجه " . قال الإمام الشافعى : " وقد يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ولاندرى أيثبت أم لا أن النبي صلى الله عليه وسلم تسلف صدقة مال العباس قبل أن تحل " . انظر الأم (١٨/٢) . قال النووى : " قال البيهقى يعنى به حديث على هذا ، وذكر البيهقى اختلاف طرقه ثم قال وأصحها رواية الأرسال عن الحسن بن مسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم روى البيهقى تسلف صدقة عاميين بإسناده عن أبى البختري عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أنا كنا احتجنا فاستسلفنا العباس صدقة عاميين " قال البيهقى وهذا مرسل بين أبى البختري وعلي رضي الله عنه . انظر المجموع (٨٦/٦) وراجع التلخيص الحبير (٧١/٢) وما بعدها .

(٣) المجموع (٨٦/٦) .

(٤) سنن الترمذى (٥٥/٣) .

(٥) سنن أبى داود (٢٧٦/٢) .

وقال الترمذى : " وقد رُوِيَ هذا الحديث عن الحكم بن عتيبة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا " (١) .

وقال الدارقطنى : " اختلفوا عن الحكم فى اسناده والمصحيح عن الحسن بن مسلم مرسل " (٢) .

يقول النووى : " اذا عرفت هذا حمل الاستدلال على جواز التعجيل من مجموع ما ذكرنا وقد قدمنا فى أول هذا الشرح أن الشافعى يحتج بالحديث المرسل اذا اعتضد بأحد أربعة أمور وهى أن يسند من جهة أخرى ، أو يرسل ، أو يقول بعض الصحابة ، أو أكثر العلماء به ، فمتى وجد واحد من هذه الأربعة جاز الاحتجاج به ، وقد وجد فى هذا الحديث المذكور عن على بن ابي رضى الله عنه من الأمور الأربعة فإنه رُوِيَ فى الصحيحين معناه من حديث أبى هريرة (٥) السابق ورُوِيَ هو أيضا مرسلًا ومتملا كما سبق وقال به من الصحابة ابن عمر (٤) وقال به أكثر العلماء كما نقله الترمذى فحصلت الدلائل المتظاهرة على صحة الاحتجاج به والله أعلم " (٦) .

اذا صحت تلك الأحاديث فالذى أراه - والله أعلم - رجحان قول من قال : انه يجوز تعجيل الزكاة وبناء عليه فالذى يظهر لى أن يد الامام أو الساعى مثل يد الفقير فمتى قبضها الامام أجزاء عن الذى دفعها ويرثت بها ذمته لأنه أقبضها مستحقها أو من يقوم مقامه فى الوقت الذى أذن له الشارع فيه بالأداء وهذا القول هو ما ذهب اليه الحنابلة والله أعلم .

-
- (١) سنن الترمذى (٥٥/٣) .
 (٢) سنن الدارقطنى (١٢٤/٢) .
 (٣) المجموع (٨٧/٦) .
 (٤) يريد ما أشار اليه من حديث أبى هريرة قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر رضى الله عنه على الصدقة . . الحديث أخرجه مسلم (٦٧٦/٢) كتاب الزكاة باب (٣) . وأبو داود (٢٧٣/٢) كتاب الزكاة باب (٢١) وليس فيه دلالة صريحة على قولهم .
 (٥) يشير الى ما رواه ابن عمر رضى الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة قال : وكان ابن عمر يؤديها قبل ذلك باليوم واليومين .
 أخرجه أبو داود (٢٦٣/٢) كتاب الزكاة باب (١٨) .
 (٦) راجع سنن الترمذى (٥٥/٣) .

الفصل الثانى

التلف والاتلاف فى الهدى والأضحية

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

فى تلف هدى التطوع واتلافه

لاخلاف بين العلماء فى أنه يستحب لمن قصد مكة حاجا أو معتمرا أن يهدى اليها من بهيمة الأنعام تقربا الى الله تعالى ، وهذا ما يسمى عند الفقهاء هدى التطوع ، جاء فى المدونة ^(١) : "قلت لابن القاسم أى هدى عند مالك ليس بمضمون قال التطوع وحده . قلت ففعلنا التطوع فى قول مالك قال : كل هدى ساقه الرجل ليس لشيء وجب عليه من جزاء أو فديسة أو فساد حج أو فوات حج أو شيء تركه من أمر الحج أو تلذذ به من أهله فى الحج أو فى غير ذلك أو لمتعة أو قران ولكنه ساق لغير شيء وجب عليه أو يجب عليه فى المستقبل وهذا تطوع" .

ولم أقف على خلاف ذلك فى وصف التطوع الاماذهب اليه ابن حزم الظاهري من اعتبار هدى القران هدى تطوع وليس بواجب لأن وجوبه عند غيره من الفقهاء ثبت بطريق القياس على دم المتعة وابن حزم لا يقول بالقياس أبدا . بناء على ذلك فقد حصر هدى التطوع فى ثلاثة أشياء فقال : " والتطوع ثلاثة أهداء لارابع لها : من ساق هديا فى قران أو فى عمرة وهو لا يريد أن يحج من عامه ، أو أهدي وهو لا يريد حجـا ولا عمرة" ^(٢) .

(١) (٣٨٦/١) .

(٢) المحلى (٤٢٤/٧) .

ومما ينبغي التنبيه اليه أن الشافعية والحنابلة قد نصوا على
أن ما يهدى الناسك لا يأخذ أحكام الهدى إلا بتعيينه باللفظ بأن يقول
هذا هدى أو بالفعل كأن يقلده أو يشعره بنوى بذلك اهداؤه . أما مجرد
النية من غير أن يوجهه بلسانه أو باشعاره وتقليده فهذا لا يأخذ
أحكام الهدى فلا يلزمه امضاؤه، وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى
شاء لأنه نوى الصدقة بشيء من ماله فأشبهه ماله نوى الصدقة بدرهم
إلا إذا نحره قبل أن يفسخ النية فإنه حينئذ يأخذ أحكام الهدى المقلد
أو المشعر، أو المعين باللفظ .
والكلام في تلف هدى التطوع سوف نجعله إن شاء الله في مطلبين :

-
- (١) روضة الطالبين (٢٠٨/٣)، المجموع (٢٦٣/٨) .
(٢) الانصاف (٨٨/٤ - ٨٩) غاية المنتهى (٤٥٦/١)، المغنى (٤٦١/٣)، الروض
الندى (ص ١٩٥)، المحرر (٢٤٩/١) وقد اقتصر على التعيين بالقول
فقال : " ولاتتعين إلا بالقول فيقول : هذه أضحية أو هدى " .

المطلب الأول : تلف هدى التطوع واتلافه فى الطريق
قبل أن يصل الى الحرم

(١) (٢) (٣) (٤)
 لاختلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
 والظاهرية فى أن من ساق هدى تطوع فتلف فى الطريق قبل بلوغه الحرم
 بغير تعد منه أو تفريط فى حفظه أنه لا يلزمه بدله لأنه بتعيينه هدى
 تطوع أصبح واجبا معيناً فى عين البهيمة المعينة دون ذمة صاحبها فإذا
 تلفت سقط الواجب .

هذا اذا تلف الهدى حتف أنفه أما اذا أتلفه صاحبه أو أجنبي
 فعليه الضمان وهو البديل للفقهاء .
 واستثنى الفقهاء حالة واحدة وهى : ما اذا عطب الهدى وخاف عليه
 ان تركه بغير ذبح أن يموت فانه يلزمه نحره فان تراخى حتى مات اعتبر
 مفرطاً ولزمه الضمان .

استدل الفقهاء على قولهم هذا بما يأتى :

(١) ماروى الامام مسلم عن أبي التياح الضبي حديثي موسى بن سلمه
 (٦)

(١) المبسوط (٤/١٤٥)، بدائع الصنائع (٣/١٣١٨)، الهداية وشرح فتح القدير
 (٣/١٦٦ - ١٦٧)، تبيين الحقائق (٢/٨٩)، الدر المختار ورد المحتار
 عليه (٢/٦١٧) .

(٢) المدونة (١/٣٩١)، الكافي فى فقه أهل المدينة (١/٣٤٩ - ٣٥٠)، المنتقى
 (٢/٣١٦) وما بعدها، حاشية العدوى على رسالة ابن أبى زيد (١/٥٠٩) ،
 جواهر الاكليل (١/٢٠٤)، منح الجليل (١/٥٥٣)، حاشية الدسوقي (٢/٩٠) ،
 الفواكه الدوانى (١/٤٤٧) .

(٣) الأم (٢/١٨٣)، المهذب (١/٣١٥ - ٣١٦)، شرح صحيح مسلم للنووى (٩/٧٧) ،
 المجموع (٨/٢٦٩ - ٢٧٠، ٣٦٧، ٢٧٠)، شرح السنة (٧/١٩٣) .

(٤) المغنى (٣/٤٦٢)، الانصاف (٤/٩٧)، المبدع (٣/٢٩١)، كشف القناع
 (٣/١٢ - ١٣)، شرح منتهى الارادات (٢/٨٣) .

(٥) المحلى (٧/٤٢١) .

(٦) (٢/٩٦٢) كتاب الحج باب (٦٦) .

الهدلى قال انطلقت أنا وسفيان بن سلمه معتمرين قال وانطلق سنان معه ببدة يسوقها فأزحفت^(١) عليه بالطريق فعبي بشأنهم ان هي أبدعت^(٢) كيف يأتى بها فقال لعن قدمت البلد لأستحفين^(٣) عن ذلك قال فأضحيت فلما نزلنا البيطحاء قال أنطلق الى ابن عباس نتحدث اليه قال فذكر له شأن بدنته فقال على الخبير سقطت . بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بست عشرة بدنة مع رجل وأمره فيها قال فمضى ثم رجع فقال يارسول الله كيف أضع بما أبدع^(٤) على منها قال انحرها ثم اصغ نعليها فى دمها ثم اجعله على صفحتها ولا تأكل منها أنت ولا أحد من أهل رفقتك .

(٢) مارواه الامام مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن صاحب همدى

(١) جاء فى مشارق الأنوار (٣٤٦/٢) : فأزحف الجمل أى أعيى يقال : زحف وأزحف . وقال (ص ٣٦٠) : قوله "فأزحفت عليه فى الطريق يعنى بدنته بفتح الهمزة وسكون الزاى وفتح الحاء المهملة والفاء كذلك رويناها وهو صحيح قال الهروى معناه وقفت من الاعياء يقال أزحف البعير وأزحفه السير" . اهـ

وقال الخطابى : قوله : "أزحفت" معناه أعيى وكله يقال زحف البعير اذا جر فرسنه على الأرض من الاعياء وأزحفه السير اذا أجهده فيبلغ هذه الحال . راجع معالم السنن (٣٦٨/٢)، غريب الحديث (٤٠/٢) .

(٢) جاء فى مشارق الأنوار (٢١٨/١) : "أبدعت بضم الهمزة على ما لم يسلم فاعله قال بعضهم هكذا استعملت العرب هذه اللفظة فيمن وقفت به راحلته" . وجاء فى غريب الحديث للهروى (١٠/١) : " قال أبو عبيدة يقال للرجل اذا كلت ناقته أو عطبت وبقي منقطعاً به قد أبدع وقال الكسائى مثله وزاد فيه يقال أبدعت الركب اذا كلت أو عطبت وقال بعض الأعراب لا يكون الابداع الا يظلع يقال أبدعت به راحلته اذا ظلعت قال أبو عبيدة وهذا ليس باختلاف وبعضه يشبه بعض " .

(٣) جاء فى مشارق الأنوار (٨٦/٢) : لأستحفين عن ذلك أى لأكثرن السؤال عنه يقال : أحفى فى السؤال والاعتناء أى استقمى وبالغ فى ذلك .

(٤) الموطأ (٣٨٠/١) كتاب الحج باب (٤٧) قال البيهقى : هكذا رواه مالك مرسل . راجع شرح السنة (١٩٢/٧) .

وقد رواه موصولا عبدة بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن ناجية الخزاعى . الامام أحمد فى المسند (٣٣٤/٤)، وأبو داود (٣٦٨/٢) كتاب المناسك باب (١٩)، والترمذى (٢٢٤/٣)، كتاب الحج باب (٧١) وقال حديث ناجية حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم . وابن ماجه (١٠٣٦/٢) كتاب المناسك باب (١٠١)، والحاكم فى المستدرک (٤٤٧/١) وقال : صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبى .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم كيف أمتع بما عطب من الهدى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : انحرها ثم ألق قلادتها في دمها ثم خل بين الناس وبينها يأكلون " .

فمن هذين الحديثين أخذ الفقهاء أنه لا يجوز لصاحب الهدى إذا عطب في الطريق فنحره أن يأكل منه وكذلك من وكله ولا يطعم منه غنيا ولا خلاف بينهم في ذلك .

أما رفقته فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى منعهم من الأكل لأنهم يتهمون في تعطيه قال البغوي : " وإنما لم يحل لأهل رفقته خوفاً ممن أن ينحره واحداً منهم إذا قَرِمَ إلى اللحم وَيَعْتَلَّ بَعْلَةَ الْعَطْبِ " .
وذهب بعض العلماء إلى أنه إذا نحره خلى بينه وبين الناس ليأكلوه ولا يأمر أحداً بالأكل منه واستدلوا بالحديث السابق الذي رواه الإمام مالك عن هشام بن عروة فقالوا يدخل في عموم قوله : " وخل بينه وبين الناس " رفقته وغيرهم .

وقد نوقش ذلك بأنه قد ورد الحديث الصحيح عن ابن عباس بمنع رفقته من الأكل منه وهو حديث صحيح متضمن للزيادة ومعنى خاص فيجب تقديمه على عموم ما خالفه . ولاتصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس لأن الإنسان يشفق على رفقته ويحب التوسعة عليهم وربما وسع عليهم من مؤنته .

(١) شرح السنة (١٩٣/٧) وراجع اعلام الموقعين (١٤٥/٣) .
(٢) المغنى (٤٦٣/٣) . وقد نَسَبَ هذا القول إلى المالكية ولكني وجدت ما يخالف ذلك في كتبهم فقد جاء في شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (٢٢٧/٢) : " ثم خل بينها وبين الناس يأكلونها " زاد في مسلم وغيره في حديث ابن عباس ولاتأكل منها أنت ولأهل رفقتك قال المازري قيل نهاه عن ذلك حماية أن يتساهل فينحره قبل أوأنه وقال القرطبي لأنه لو لم يمنعهم أمكن أن يبادر بنحره قبل أوأنه وهو من المواضع التي وقعت في الشرع وحملها مالك على سد الذرائع وهو أصل عظيم لم يظفر به غير مالك لدقة نظره . قال عياض : فما عطب من هدى التطوع لا يأكل منه صاحبه ولا سائقه ولا رفقته لنص الحديث وبه قال مالك والجمهور " .

وذهب الحنفية الى أنه يتصدق به على الفقراء ولا يتركه للسباع
 جاء في المبسوط: "فاذا لم تبلغ محلها لايباح له تناول منها" (١)
 ولأن يطعم غنيا بل يتصدق بها على الفقراء لأنه قصد بها التقرب الى
 الله تعالى فاذا فات معنى التقرب الى الله تعالى باراقة الدم يتعيّن
 التقرب الى الله تعالى بالتمدق وذلك بالعرف الى الفقراء دون الأغنياء
 فان أعطى من ذلك غنيا ضمن قيمته " .
 وجاء في بدائع الصنائع: " وكل دم يجوز له أن يأكل منه لايجب
 عليه التمدق بلحمه بعد الذبح لأنه لو وجب عليه التمدق به لما جاز
 أكله لما فيه من ابطال حق الفقراء ، وكل ما لايجوز له أن يأكل منه يجب
 عليه التمدق به بعد الذبح لأنه اذا لم يجز له أكله ولا التمدق به يؤدي
 الى اضاعه المال " .

وقد أجاب النووي عن ذلك بقوله: " قلنا ليس فيه اضاعه بل
 العادة الغالبة أن سكان البوادي وغيرهم يتبعون منازل الحج لالتقاط
 ساقطة ونحوه وقد تأتي قافلة في اثر قافلة والله أعلم" (٢)
 واستدلوا أيضا بما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها
 قالت في الهدى يعطب في الطريق: "كلوا ولا تدعوه للكلاب والسباع" (٣)
 والذي أختاره هو الوقوف عند منطوق الحديث وعدم مخالفة أمر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد كائن من كان وقد ثبت في
 الحديث الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر الرجل الذي
 أمره على هديه اذا عطب منها شيء فقال: " انحرها ثم اصبغ نعلها في
 دمها ثم اجعله على صفتها ولا تأكل منها أنت ولا أحد من أهل رفقتك" (٤)
 وقال صلى الله عليه وسلم في حديث آخر: " ثم خل بين الناس وبينها

(١) (١٤٥/٤) .

(٢) (١٣١٩/٣) وراجع (٢٨٥٩/٦) وشرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٧٧/٩ - ٧٨) .

(٤) المبسوط (١٤٥/٤) ، المحلى (٤٢١/٧) .

(٥) سبق تخريجه (ص ٢٢٥)

يأكلونها" ^(١)، قال ابن حزم : " اذا تولى توزيعها لم يخل بين النـسـاس
وبينها" ^(٢) . فوجب اذا الوقوف عند قول الرسول صلى الله عليه وسلم .
والذى اختاره أيضا أنه لا يأكل منها رفقته الأغنياء والفقراء على
حد سواء لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى أن يأكل منها الرفقة ولم
يفرق بين الغنى والفقير وقد روى الامام أحمد عن سنان بن سلمة الهذلى
عن أبيه وكان قد صحب النبي صلى الله عليه وسلم عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه بعث ببدنتين مع رجل قال ان عرض لهما فانحرهما واغمس
النعل فى دماها ثم اضرب بين صفحتيهما حتى يعلم أنهما بدنتان ، قال
صفحتى كل واحدة منهما ولا تأكل منهما أنت ولا أحد من أهل رفقتك ودعهما
لمن بعدكم" ^(٣) .

ففى هذا الحديث تصريح بأنه لايجوز أن يأكل منها ولا أحد من أهل
رفقته وانما يتركونها للقافلة التى بعدهم . والله أعلم
اذا تقرر ما ذكرنا من أن هدى التطوع اذا عطب قبل وصوله للحرم
فنحره صاحبه لايجوز له أن يأكل منه هو ولا رفقته ولا وكيله ويلزمه أن يخلى
بينه وبين الناس فلا يأمر أحدا بالأكل ولا يطعم غنيا أو فقيرا .
اذا تقرر ذلك فماذا عليه لو خالف فأكل أو أطمع من الهدى العاطب
للفقهاء فى ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية والشافعية الى أنه يضمن قيمة ما أكل . جاء فى

(١) سبق تخريجه . (ص ٢٢٦-٢٢٧)

(٢) المحلى (٤٢٣/٧) .

(٣) الفتح الربانى فى ترتيب مسند الامام أحمد (٤٩/١٣) وقال : " وفيه
عبدالكريم بن أبى المخارق وهو ضعيف وأحاديث الباب تعضده " . وقال
الهيثمى : " رواه أحمد والطبرانى فى الكبير وفيه عبدالكريم بن
أبى المخارق وهو ضعيف " . انظر مجمع الزوائد (٢٢٨/٣) ، وقال ابن
حجر : " عبدالكريم بن أبى المخارق . . . ضعيف " . انظر التقريب
٠ (٥١٦/١)

(١) بدائع المنائع : "وان استهلكه بعد الذبح فان كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته فيتصدق بها لأنه تعلق بها حق الفقراء فبالاستهلاك تعدى على حقهم فيضمن قيمته ويتصدق بها لأنها بدل أهل مال واجب التصدق به " .

(٢) وجاء في الأم : "فان أدرك ذكاته فترك أن يذكيه أو ذكاه فأكله أو أطعمه أغنياء أو باعه فعليه بدله وان أطعم بعضه أغنياء وبعضه مساكين أو أكل بعضه وخلق بين الناس وبين ما بقى منه غرم قيمة ما أكل وما أطعم الأغنياء فيتصدق به على مساكين الحرم لا يجزيه غير ذلك" .

القول الثاني :

ذهب الحنابلة والظاهرية الى أنه يضمن مثل ما أكل لحما لأنه مثل ما جاء في المغنى : "فان أكل منها أو باع أو أطعم غنيا أو رفقته ضمنه بمثله لحما" .

(٤) وجاء في المحلى : "ولا يحل له أن يأكل هو ولا رفقاؤه منه شيئا فمن أكل منه أدى الى المساكين لحما مثل ما أكل " .

القول الثالث :

(٥) وهو المشهور عن الامام مالك أن من أكل منه شيئا ضمنه كله قال الباجي : "انما لزمه بدله ولم يلزمه بقدر ما أكل منه لأنه انما يغرم ما أكل هديا والهدى لا يتبعض فمن لزمه بعضه لزمه جميعه ليصح كونه هديا" .

-
- (١) (١٣١٩/٣) وراجع المبسوط (١٤٥/٤)، شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .
 - (٢) (١٨٣/٢) .
 - (٣) (٤٦٣/٣) وراجع كشاف القناع (١٢/٣)، المبدع (٢٩٢/٣) .
 - (٤) (٤٢١/٧) .
 - (٥) حاشية الدسوقي (٩١/٢)، الكافي في فقه أهل المدينة (٣٥٠/١)، المدونة (٣٩١/١)، شرح الزرقاني (٢٢٧/٢) .
 - (٦) المنتقى (٣١٧/٢) .

وعند المالكية قول آخر اختاره ابن العربي وقال ابن عبد البر انه
 اختيار عبد الملك بن عبدالعزيز . وهو أن من أكل من هدى لايجوز لــــه
 الأكل منه أنه لايبدل الا مقدار ما أكل ، قال الباجي : " واذا قلنا عليه
 قدر ما أكل من أى شيء يكون ذلك ؟ رأيت لبعض أصحابنا أنه يريد لحمــــا
 والذي قال عبد الملك وابن الماجشون في كتاب محمد وابن حبيب عليــــه
 ثمن ما أكل طعاما يتصدق به " .

الترجيح :

الذى يظهر لى والله أعلم ، رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى
 وهم الحنابلة والظاهرية حيث قالوا : يضمن ما أكل من اللحم بمثلــــه
 ويكون الضمان بقدر ما أكله خلافا لقول مالك أنه اذا أكل منه لقمة ضمنه
 كله وقد رد ابن حزم هذا القول فقال : " وقال مالك ان أكل منها شيء
 ضمن الهدى كله وهذا خطأ لأن الله تعالى قال وجزاء سيئة سيئة مثلها
 ومن الباطل المحال أن يأكل لقمة فيغرم عنها ناقة من أصلها وهــــذا
 عدوان لاشك فيه " .^(٥)

وضمان المتلف بمثله اذا أمكن أقرب الى النصوص والعدل ولا مزيد على
 ماقاله العلامة ابن القيم رحمه الله فقد أحسن حيث قال : " فان الواجب
 ضمان المتلف بالمثل بحسب الامكان كما قال تعالى : " وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ
 مِثْلُهَا " . وقال :^(٦) " فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ " .^(٧)

- (١) أحكام القرآن (١٢٩٢/٣) .
- (٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٤٩/١) .
- (٣) المنتقى (٣١٩/٢) .
- (٤) قال الونشريسي : " قال بعضهم الأمل قضاء مافى الذمة بمثله فان
 تعذر أو تعسر رجح الى القيمة وهذا أمل مذهب مالك فى ضمان
 ماسوى المكيلات والموزونات والمعدودات بالقيمة أعنى التعــــذر
 أو التعسر وتأول حديث القمعة " . انظر : ايضاح المسالك الــــى
 قواعد الامام مالك (ص ٢٢٦ - ٣٢٧) .
- (٥) المحلى (٤٢٣/٧) .
- (٦) الشورى : ٤٠
- (٧) البقرة : ١٩٤

وقال : " وَالْحَرَّمَاتُ قِصَاصٌ ^(١) ، وقال : " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِّبْتُمْ بِهِ ^(٢) " وان كان مثل الحيوان والآنية والشياب من كل وجه متعذر فـقـد دار الأمرين شيئين : الضمان بالدراهم المخالفة للمثل فى الجنس والصفة والمقعود والانتفاع وان ساوت المضمون فى المالية، والضمان بالمثل بحسب الامكان المساوى للمتلف فى الجنس والصفة والمالية والمقعود والانتفاع ولاريب أن هذا أقرب الى النصوص والقياس والعدل . . . وان كانت المماثلة من كل وجه متعذرة حتى فى المكيل والموزون فما كان أقرب الى المماثلة فهو أولى بالصواب ولاريب أن الجنس الى الجنس أقرب معاشلة من الجنس الى القيمة فهذا هو القياس وموجب النصوص ^(٣) .

(١) البقرة : ١٩٤

(٢) النحل : ١٢٦

(٣) اعلام الموقعين (٤٥/٢) .

المطلب الثانى : فى تحقيق القول فى محل هدى التطوع

يطلق الفقهاء رحمهم الله فى كتبهم عبارة محل الهدى دون الاشارة الى المقصود بالمحل فكان لزاما على أن أقف على رأى كل مذهب وأتعرّف على مقصوده بمحل الهدى وذلك لترتب بعض الأحكام على ذلك ومن أهمها استهلاك هدى التطوع بعد بلوغه محله بالأكل منه أو توزيعه وهو مانهـ (١) عنه قبل بلوغ المحل كما رأينا فى المسألة السابقة، واتفق الفقهاء على استحبابه بعد بلوغ المحل لقوله تعالى : "والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر كذلك سخرناها لكم لعلكم (٢) تشكرون" .

وفيما يلى نعرض نصوص الفقهاء التى وقفت عليها واستنبطت منها

مقصودهم بمحل الهدى :

أولا : مذهب الحنفية .

جاء فى الهداية : " ولايجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقـران الا فى يوم النحر قال العبد الضعيف وفى الأصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح لأن القربة فى التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها فى غير يوم النحر وفى أيام النحر أفضل لأن معنى القربة فى اراقه الدم فيها أظهر" (٣) .

(١) المبسوط (١٤١/٤)، بدائع الصنائع (١٣١٩/٣)، (٢٨٥٩/٦)، التمهيد

(١١٣/٢)، حاشية العدوى على رسالة ابن أبى زيد (٥٠٨/١)، الأم (١٨٣/٢)

روضة الطالبين (٢٢٢/٣)، المغنى (٤٦٦/٣)، كشف القناع (١٦/٣)، شرح

منتهاى الارادات (٨٦/٢) .

(٢) الحج : ٣٦

(٣) انظر الهداية مع شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

قال ابن الهمام : " قال شارح الكنز لادلاله للحديث ناجية على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عذب منها فى الطريق والكلام فيما اذا بلغ الحرم هل يجوز له الأكل منه أولا ؟ اهـ وقد أوجدنا فى هـدى التطوع اذا ذبح فى الطريق امتناع أكله منه وجواز بل استحبابه اذا بلغ محله " .

وقال : " والحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر " .^(١)

وجاء فى المبسوط : " فأما هدى التطوع فغير مختص بيوم النحر وإنما عليه تبليغه محله بأن يذبحه فى الحرم وقد فعل " .^(٢)

وجاء فى الدر المختار : " ويتعين يوم النحر أى وقته وهو الأيام الثلاثة لذبح المتعة والقران فقط فلم يجز قبله " .^(٣)

قال ابن عابدين : " قوله فقط أى لا يتعين غيرهما فيهما ومنه هدى التطوع اذا بلغ الحرم فلا يتقيد بزمان هو الصحيح وان كان ذبحه يوم النحر أفضل " .^(٤)

فمن هذه النصوص للحنفية يتبين لنا أن مقصودهم بالمحل لهـدى التطوع هو الحرم وبناء عليه اذا وصل هدى التطوع الى الحرم ثم عذب ونحره فقد بلغ محله عند الحنفية فيجوز له ماكان محرما عليه اذا عذب فنحره قبل وصوله الى الحرم فيأكل منه هو ورفقته ويهدى ويتصدق .

-
- (١) شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .
(٢) (١٤١/٤) . وراجع تبين الحقائق (٩٠/٢) وقد ذكر أن دم التطوع مما يختص بالمكان دون الزمان فى رواية الأمل ، وراجع حاشية الشلبى عليه (٩٠/٢) .
(٣) الدر المختار مع حاشيته رد المحتار (٦١٦/٢) . وراجع مجمع الأنهر (٣١٠/١) ، تبين الحقائق (٩٠/٢) .
(٤) رد المحتار (٦١٦/٢) ، وراجع الهداية مع شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

ثانيا : مذهب المالكية .

يقول الباجي : " اذا عطب بموضع يجوز فيه نحره بلغ محله واذا عطب بمحل لايجوز فيه نحره فهو بمنزلة ما عطب قبل الوصول ^(١) " .
وقال : "من ساق بدنة تطوعا فعطبت . يريد امتنعت من الوصول الى محلها ومحلها موضع يجوز فيها نحرها وذلك مكة أو منى ^(٢) " . وقد روي في المبسوط عن مالك عن عبد الملك فيمن بلغ بهديه مكة فعطب بها وهو يريد عرفة قال يجزيه قيل فمن تعمد ذلك قال يجزيه لأنه قد بلغ محله وقال مالك كل هدى بلغ مكة فعطب أو نحر بها مما جاء من الحل فهو مجزىء الا هدى المتعة " .

فهذا النص يبين المكان الذي يجوز فيه نحر الهدى ولم يتعترض للزمان وهو مشروط عندهم بيوم النحر فيلزم اذا تقييد هذا النص بالنصوص الواردة والتي تدل على عدم جواز ذبح الهدى قبل يوم النحر .
فقد جاء في المدونة ^(٤) : " رأيت ما كان من هدى ساقه رجل فنحره ليلة النحر قبل طلوع الفجر أيجزيه أم لا ؟ وكيف ان كان وجب عليه اذا نحره قبل طلوع الفجر في قول مالك (يجزيه) أم لا ؟ وهل هدى المتعة في هذا ^(٥) أوهدى القران كغيرهما من الهدايا في قول مالك ؟
قال : قال مالك : الهدايا كلها اذا نحرها صاحبها قبل انفجار المسبح يوم النحر لم تجزه وان كان قد ساقها في حجه فلا تجزئه ، وان هو قلد نسك الأذى فلا يجزئه أن ينحره الا بمنى بعد طلوع الفجر والسنة أن لا ينحس حتى يرمى ولكن ان نحره بعد انفجار المسبح قبل أن يرمى أجزاءه " .

(١) المنتقى (٣١٧/٢) .

(٢) المرجع نفسه (٣١٦/٢) .

(٣) يقول العدوي : " اعلم أن المحل هو منى ان وقف بها وكان في أيام النحر أو مكة ان لم يقف بها أو خرجت أيام النحر " . انظر حاشية العدوي على شرح رسالة ابن أبي زيد (٥٠٦/١) .

(٤) (٤٨٧/١) .

(٥) ليست في النص .

قال ابن عبد البر : " ولا ينحر هدى التطوع قبل يوم النحر — ان فعل لم يجزه عند مالك " ^(١) .

فلزم اذا تقييد الروايتين ببعضهما وجعل المكان والزمان متلازمين فلا يجوز نحر هدى التطوع قبل الحرم ولو وافق يوم النحر ولا يجوز نحره فى الحرم قبل يوم النحر فيصير المحل عند المالكية فى نظرى هو المكان والزمان معا فاذا كان يوم النحر ووصل الحرم فقد بلغ محله وهـذا اذا ساق هدى التطوع فى الحج أما فى غير الحج فمحله الحرم ، جاء فى مواهب الجليل : " وقال الحفيد : قال مالك ان ذبح هدى التمتع والتطوع قبل فجر يوم النحر لم يجزه . . . ومراده بالتطوع الذى ساقه ليذبحه فى حجه والله أعلم " .

ثالثا : مذهب الشافعية .

جاء فى المنهاج وشرحه معنى المحتاج : (" ولا يختص الذبح " للهـدى المتقرب به " بزمن " لكنه يختص بالحرم ، بخلاف الضحايا فتختص بالعيـد وأيام التشريق " قلت الصحيح اختصاصه بوقت الأضحية ") ^(٣) .
وقال النووى أيضا : " وأفضل بقعة لذبح المعتمر المروة وللحاج منى وكذا حكم ماساقا من هدى مكانا ووقته وقت الأضحية على الصحيح " قال الشربينى شارحا لذلك : " وكذا حكم ماساقا أى المعتمر والحاج من هدى نذر أو نفل مكانا فى الاختصاص والأفضلية ووقته أى ذبح هذا الهدى وقت الأضحية على الصحيح والله أعلم قياسا عليها " .

قال الرملى معلقا على قول النووى : " وظاهر كلام المصنف اختصاصه مايسوقه المعتمر بوقت الأضحية وهو كذلك وان نوزع فيه " ^(٥) .

(١) الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٤٩/١) .

(٢) (٦٣/٣) .

(٣) (٥٠٤/١) .

(٤) المنهاج مع معنى المحتاج (٥٣١/١) .

(٥) نهاية المحتاج (٣٦٠/٣) . وراجع معنى المحتاج (٥٣١/١) .

قال الشبراملسى تعليقا على قول الرملى السابق: "وقضية تخصيص ذبح الهدى بوقت الأضحية - أنه لو أحرم بعمره وساق هديا أو ساق الهدى الى مكة بلا احرام - وجوب تأخير ذبحه الى وقت الأضحية كان ساقه فى رجب مثلا . وهو قريب ظاهر، ثم رأيت قوله: فظاهر كلام المصنف الخ وهو صريح فى وجوب التأخير"^(١) .

فمن هذه النصوص للشافعية يتبين لنا أن مقصودهم بمحل هدى التطوع هو زمان النحر والمكان وهو مكة فما بلغ مكة لم يبلغ محله حتى يذبح فيها فى يوم النحر . وما لم يبلغ مكة فلا يذبح حتى يبلغها ولو كان فى يوم النحر . لأنه لا خلاف بين الشافعية فى أن كل الدماء تتعين فى الحرم الا دم الاحصار فحيث أحصر^(٢) .

رابعا : مذهب الحنابلة .

جاء فى الاقناع وشرحه^(٣) : "وقت ابتداء ذبح أضحية وهدى . . . نذر أو تطوع ودم متعة وقران يوم العيد بعد الصلاة أى صلاة العيد . . وان ذبح هديا أو أضحية قبل وقته لم يجزئه كالعلاة قبل الوقت " .
وجاء فى الاقناع^(٤) : "وان عطب فى الطريق قبل محله أو فى الحرم هدى واجب أو تطوع . . . لزمه نحره موضعه مجزئا وصيغ نعله التى فى عنقه فى دمه وضرب صفحته ليعرفه الفقراء فيأخذوه ويحرم عليه وعلى خاصة رفقته ولو كانوا فقراء الأكل منه ما لم يبلغ محله " .

ففى النص الأول حدد وقت نحر هدى التطوع وهو يوم النحر وأنه لو نحره قبل يوم النحر من غير عذر عطب لم يجزئه .
وفى النص الثانى صرح بأن ما عطب فى الحرم يعتبر عاطبا قبل محله كما لو عطب فى الطريق الى مكة فلا يحل له الأكل منه حتى يبلغ محله وهو يوم النحر كما فى النص الأول ، والله أعلم .

-
- (١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٣/٣٦٠) .
(٢) الأشباه والنظائر (ص ٤٤٨) .
(٣) كشف القناع (٦/٣ - ٧) ، وراجع الانصاف (٣/٤٤٥) ، المحرر (١/٢٥٠) ، شرح المنتهى (٢/٨٠) ، الروض الندى (ص ١٩٥) .
(٤) كشف القناع (٣/١٢) .

المبحث الثانى

فى تلف الهدى الواجب

يقصد الفقهاء بالهدى الواجب كل هدى ساقه الرجل لشيء وجب عليه
 اما بايجابه على نفسه كنذر المساكين أو بايجاب الشارع له عليه من
 هدى تمتع أو قران أو جزاء صيد أو فدية أو فساد حج أو فواته أو احصار
 أو لشيء تركه من أمر الحج وكان واجبا عليه أو تلذذ به من أهله
 فى الحج .

(١) يقول ابن قدامة : "والهدى الواجب بغير النذر قسما منصوص عليه
 ومقيس على المنصوص .

فأما المنصوص عليه فأربعة اثنان على الترتيب والواجب فيهما
 ما استيسر من الهدى وأقله شاة أو سبع بدنه .

أحدهما : دم المتعة ، قال الله تعالى : " فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى
 الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ " (٢) .

الثانى : دم الاحصار : قال الله تعالى : " فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا
 اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ " (٣) .

والمخيران : أحدهما : فدية الأذى ، قال الله تعالى : " فَمَنْ كَانَ
 مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذَى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَسْكِ " (٤) .

الثانى : جزاء الصيد : وهو على التخيير أيضا بقوله تعالى : " وَمَنْ
 قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ
 هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا " (٥) .

(١) المغنى (٤٦٧/٣) بتصرف .

(٢) البقرة : ١٩٦

(٣) الآية السابقة .

(٤) الآية السابقة .

(٥) المائدة : ٩٥

القسم الثانى : مالىس بمنموص عليه فيقاس على أشبه المنموص عليه
فيقاس على دم المتعة دم الفوات ويقاس عليه أيضا كل دم وجب لتسرك
واجب كدم القران وترك الاحرام من الميقات والوقوف بعرفة الى الغروب
والمبيت بمزدلفة والرمى والمبيت ليالى منى بها وطواف الوداع فالواجب
فيه ما استيسر من الهدى .

ويقاس على فدية الأذى ماوجب بفعل محظور يتترفه به كتقليم الأظافر
واللبس والطيب وكل استمتاع من النساء يوجب شاة كالوطء فى العمرة
أو فى الحج بعد رمى الجمرة فانه فى معنى فدية الأذى " .

هذه صفة الهدى الواجب عند عامة الفقهاء سوى ابن حزم الظاهرى
فانه قد حصرها فى ستة أهداء فقط فقال : " فان كان الهدى عن واجب
وهى ستة أهداء لاسابع لها : أما جزاء سيد وأما هدى المتمتع وأما هدى
الاحصار وأما نسك فدية الأذى وأما هدى من نذر مشيا الى الكعبة فركب
وأما نذر هدى وهذا الهدى ينقسم قسمين : قسم بغير عينه - وقسم منذور
بعينه " (١) .

وسوف نجعل الكلام فى تلف الهدى الواجب فى مطلبين :

المطلب الأول : تلف الهدى الواجب قبل بلوغه محلّه

(١) اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة (٢) (٣) (٤) والظاهرية (٥) على أن الهدى الواجب اذا عطب دون محلّه فانه ينحره وعليه بدله، واستثنى الظاهرية المنذور بعينه فقالوا ينحره ويتركه ولا يبدله لأنه خارج عن ماله لاحق له فيه الا أن يتعدى عليه فيهلكه فيضمنه بالوجه الذي نذر له لأنه اعتدى على حق غيره فعليه مثله .

وقد نص هؤلاء الفقهاء باستثناء المالكية على انه اذا نحسره صنع به ماشاء من أكل أو بيع أو هبة أو صدقة ونحو ذلك فهو ملكه يتصرف فيه كيف شاء . جاء في المبسوط : (٦) "واذا عطب الهدى في الطريق نحسره صاحبه فان كان واجبا فهو لصاحبه يصنع به ماشاء لأنه قصد بهذا اسقاط الواجب عن ذمته فاذا خرج من أن يكون صالحا لاسقاط الواجب به بقسري الواجب في ذمته كما كان وهذا ملكه فيصنع به ماشاء" .

وجاء في المهذب (٧) : "فان هلك بتفريط أو بغير تفريط رجع الواجب الى مافي الذمة كما لو كان عليه دين فباع به عينا ثم هلك العيّن قبل التسليم فان الدين يرجع الى الذمة" .

وجاء في الأم (٨) : "وهدى واجب فذلك اذا عطب دون الحرم صنع به صاحبه ماشاء من بيع وهبة وامسك وعليه بدله بكل حال ولو تصدق به في موضعه على مساكين كان عليه بدله لأنه قد خرج من أن يكون هديا حين عطب قبل أن يبلغ محلّه" .

- (١) المبسوط (١٤٥/٤)، بدائع المنافع (١٣١٨/٣)، تبیین الحقائق (٩١/٢) ، الهداية وشرح فتح القدير (١٦٦/٣ - ١٦٧) .
- (٢) المدونة (٣٨٤/١)، المنتقى (٣١٦/٢ - ٣١٧)، الكافي (٣٤٩/١)، شرح رسالة ابن أبي زيد وحاشية العدوى عليها (٥٠٨/١ - ٥٠٩)، جواهر الاكلیل (٢٠٤/١) .
- (٣) الأم (١٨٣/٢)، المهذب (٣١٦/١)، المجموع (٢٧٧/٨) .
- (٤) المغنى (٤٥٩/٣ - ٤٦٠)، كشف القناع (١٣/٣)، شرح منتهى الارادات (٨٤/٢)، المحرر (٢٥٠/١) .
- (٥) المحلى (٤٢٣/٧) وما بعدها .
- (٦) (١٤٥/٤) . (٧) (٣١٦/١) . (٨) (١٨٣/٢) .

(١) وجاء فى المغنى : " ومن ساق هديا واجبا فعطب دون محله منع بسبه
ماشاء وعليه مكانه " .

وقال : " واذا عطب هذا المعين أو تعيب عيبا يمنع الاجزاء لسم
يجز ذبحه عما فى الذمة لأن عليه هديا سليما ولم يوجد وعليه مكانه
ويرجع هذا الهدى الى ملكه فيمنع به ماشاء من أكل أو بيع أو هبة
ومدقة وغير ذلك " .

(٢) وجاء فى المحلى : " فان عطب الزاجب قبل بلوغه محله فعل بسبه
ساحبه ماشاء من بيع أو أكل أو هديه أو مدقة ويهدى ماوجب عليه
ولا بد . . . وأما من منع من تحكّم المرء فى هديه مالم يبلغ محله فمبطل
بلا دليل " .

وخالف فى ذلك المالكية بالنسبة لبيعه فانهم لم يجيزوا ذلك
جاء فى المدونة : "قال ابن القاسم : وقال مالك : كل هدى مضمون
ان عطب فليأكل منه صاحبه وليطعم منه الأغنياء والفقراء ومن أحسب
ولا يبيع من لحمه ولا من جلده ولا من جلده ولا من خطمه ولا من قلائده شيئا
وان أراد أن يستعين بذلك فى ثمن بدله من الهدى فلا يفعل ولا يبيع منه
شيئا " (٣) .

لكن قول المالكية بعدم جواز البيع غير مسلم لقول ابن عباس رضى
الله عنهما : " اذا أهديت هديا واجبا فعطبت فانحره ثم كله ان شئت
واهده ان شئت وبعه ان شئت وتقو به فى هدى آخر " (٤) .

قال ابن قدامة : " ولأنه متى كان له أن يأكل ويطعم الأغنياء فله
أن يبيع لأنه ملكه " (٥) .

(١) (٤٥٩/٣ - ٤٦٠)

(٢) (٢٢٣/٧ - ٤٢٤)

(٣) المدونة (٣٨٥/١)

(٤) رواه ابن حزم فى المحلى (٤٢١/٧) من طريق عبدالرزاق عن سفيان

ومعمر كليهما عن عبدالكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس .

(٥) المغنى (٤٦٠/٣)

وقد ذكر الكاسانى الفرق بين الهدى الواجب وهدى التطوع حيث انه يجوز فى الهدى الواجب اذا عطب قبل محله أن يأكل منه ويطعم الأغنياء والفقراء ولايجوز ذلك فى هدى التطوع فقال : " والفرق بين الواجب والتطوع أنه اذا كان واجبا فالمقصود منه اسقاط الواجب فاذا انصرف من تلك الجهة كان له أن يفعل به ماشاء وعليه هدى آخر مكانه : لأن الأول لما لم يقع عن الواجب التحق بالعدم فبقى الواجب فى ذمته بخلاف التطوع" (١) .

وعَلَّ ابن قدامه لزوم البدل عليه بقوله : "وعليه الهدى الذى كان واجبا فان وجوبه فى الذمة فلايبرأ منه الا بايماله الى مستحقه بمنزلة من عليه دين فحمله الى مستحقه بقصد دفعه فتلف قبل أن يوصله اليه . الى أن قال : فان عَطِبَ أو سُرِقَ أو ضَلَّ أو نحو ذلك لم يُجْزِهِ وعاد الوجوب الى ذمته كما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به منه مكيلا فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين الى ذمته ولأن ذمته لم تبرا من الواجب بتعيينه وانما تعلق الوجوب بمحل آخر فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهنا فانه يتعلق الحق بالضمان والرهن مع بقائه فى ذمة المدين فمتى تعذر استيفاؤه من الضامن أو تلف الرهن بقى الحق فى الذمة بحاله وهذا كله لانعلم فيه خلافا" (٢) .

قلت ومما يؤيد ماذهب اليه جماهير الفقهاء من لزوم البدل مارواه الامام مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أنه قال : من أهدى بدنة ثم ضلت أو ماتت فانها ان كانت نذرا أبدلها وان كانت تطوعا فان شاء أبدلها وان شاء تركها" (٣) .

هذا اذا عطب الهدى الواجب قبل محله . ومحله يختلف من مذهب لآخر ومن هدى واجب لآخر أيضا وسوف نوضح ذلك فيما يلى ان شاء الله تعالى .

(١) بدائع الصنائع (٣/١٣١٨) .

(٢) المعنى (٣/٤٥٩ - ٤٦٠) .

(٣) الموطأ (١/٣٨١) كتاب الحج باب (٤٧) وروى مثله عن ابن شهاب أنه قال من أهدى بدنة جزاء أو نذرا أو هدى تمتع فأسيبت فى الطريق فعليه البدل .

أولا : المذهب الحنفى .

(١) جاء فى كنىز الدقائق وشرحه تبیین الحقائق : "وخص ذبح هـدى المتعة والقران بيوم النحر فقط . لقوله تعالى : " فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقتضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيـت العتيق " ، وقضاء التفث والطواف يختص بأيام النحر فكذا الذبح ليكنون الكلام مسرودا على نسق واحد ولأنه دم نكح فيختص بيوم النحر قال رحمه الله : والكل بالحرم . أى كل دم يجب على الحاج يختص بالحرم الى أن قال ثم اعلم أن الدماء على أربعة أوجه منه ما يختص بالزمان والمكان وهو دم المتعة والقران ودم الاحمرار عندهما ومنه ما يختص بالمكان دون الزمان وهو دم الجنائيات ودم الاحمرار عنده ومنها ما لا يختص بالزمان ولا بالمكان وهو دم النذور عندهما وعند أبى يوسف دم النذور يتعين بالمكان " .

(٢) قال الشلبى : "قال الكرمانى فى مناسكه : ويجوز ذبح ماوجب من الدماء قبل يوم النحر وبعده بمكة ما خلا دم القران والمتعة وكذا هدى المحصر بالحج أيضا عندهما وعند أبى حنيفة يجوز وما سوى ذلك من التطوع وغيره يجزيه أن يذبحه قبل يوم النحر لأنه ليس من مناسك الاحرام فلا يختص بوقت جبران بخلاف دم القران والمتعة لأنهما دم نكح " .
فمن هذين النوعين يتبين لنا أن الحنفية يفرقون بين الدماء الواجبة على النحو التالى :

(أولا) دم المتعة والقران محلها هو يوم النحر والحرم فالزمان والمكان مثلا زمان فلو ذبحت قبل الحرم فقد ذبحت فى غير محلها ولو كان فى يوم النحر . وكذلك ان ذبحت قبل يوم النحر فقد ذبحت فى غير محلها ولو كان ذبحها فى الحرم .

(١) (٩٠/٢) وراجع المبسوط (١٤٣/٤)، مجمع الأنهر (٣١٠/١)، الهداية وشرح فتح القدير (١٦٢/٣ - ١٦٣)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٦١٦/٢) .
(٢) حاشية الشلبى على تبیین الحقائق (٩٠/٢) .

فالمحل إذاً في هدى المتعة والقران هو الحرم وفي يوم النحر لايجزى قبله عنه الحنفية . ويلحق بهما دم الاحصار عند ^{ويُلحق بهما} ~~الصاحبين~~ .
(ثانياً) بقية الاهداء الواجبة غير التمتع والقران ^{عند} الاحصار عند
الصاحبين محلها الحرم فاذا بلغت الحرم فنحرت فقد بلغت محلها عند
الحنفية . واستثنى أبو حنيفة ومحمد دماء النذور فلا تختص بزمن
أو مكان وخالفهما أبو يوسف وخصها بالحرم " .

ثانياً : مذهب المالكية .

جاء في جواهر الاكليل : ^(١) "قال المازرى مذهبنا أن هدى التمتع انما
يجب باحرام الحج وفي وقت جواز نحره ثلاثة أوجه فالصحيح والذي عليه
الجمهور أنه يجوز نحره بعد الفراغ من العمرة وقبل الاحرام بالحج
والثاني لايجوز حتى يحرم بالحج والثالث أنه يجوز بعد الاحرام بالعمرة" .
وجاء في حاشية الدسوقي : ^(٢) "قال الأبي في شرح مسلم على أحاديث
الاشترار في الهدى على قول الراوى وأمرنا اذا أحلنا أن نهدي مانعه
عياض : في الحديث حجة لمن يجوز نحر الهدى للتمتع بعد الاحلال بالعمرة
وقبل الاحرام بالحج وهي احدى الروايتين عندنا والأخرى أنه لايجوز
الا بعد الاحرام بالحج لأنه بذلك ييسر متمتعاً" .

فظاهر هذين النعمين أن الصحيح من مذهب المالكية جواز نحر هدى
التمتع قبل يوم النحر وذلك بعد الفراغ من العمرة وقبل الاحرام
بالحج . لكن الشيخ الشنقيط رحمه الله قد حرر هذه المسألة تحريراً
دقيقاً وبين المذهب الصحيح فقال : "أما مذهب مالك فالتحقيق فيـه :
أن هدى التمتع والقران لايجب وجوباً تاماً الا يوم النحر بعد رمى جمرة
العقبة لأن ذبحه في ذلك الوقت هو الذى فعله صلى الله عليه وسلم وقال
"لتأخذوا عنى مناسككم" ولذا لو مات المتمتع يوم النحر، قبل رمى جمرة

(١) (١٧٣/١) .

(٢) (٣٠/٢) .

العقبة، لا يلزم اخراج هدى التمتع من تركته لأنه لم يتم وجوبه وهذا هو
الصحيح المشهور في مذهب مالك ^(١) .

وقال : واعلم : أن قول من قال من المالكية : انه يجب باحرام
الحج وأنه يجزى قبله كما هو ظاهر قول خليل في مختصره المالكي
في ترجمته مبينا لما به الفتوى : ودم التمتع يجب باحرام الحج ، وأجزأ
قبله ، قد اغتر به بعض من لاثبت عند المذهب المالكي ، والتحقيق
أن الوجوب عندهم برمي جمرة العقبة وبه جزم ابن رشد وابن العربي
وصاحب الطراز وابن عرفة ^(٢) وقول من قال منهم : انه يجب باحرام
الحج لا يتفرع عليه من الأحكام شيء الا جواز اشعاره وتقليده وعليه فلو
أشعره أو قلده قبل احرام الحج كان هدى تطوع فلا يجزى عن هدى التمتع
فلو قلده وأشعره بعد احرام الحج أجزاءه لأنه قلده بعد وجوبه أي بعد
انعقاد الوجوب في الجملة وعن ابن القاسم أنه لو قلده وأشعره قبل
احرام الحج ثم أخر ذبحه الى وقته أنه يجزئه عن هدى التمتع ، وعليه
فالمعتمد بقول خليل : وأجزأ قبله . أي أجزأ الهدى الذي تقدم تقليده
واشعاره على احرام الحج . هذا هو المعروف عند عامة علماء المالكية
فمن ظن أن المجزى هو نحره قبل احرام الحج أو بعده قبل وقت النحر
فقد غلط غلطا فاحشا ^(٣) .

قال : "والحاصل : أنه لا يجوز ذبح دم التمتع والقران عند مالك
وعامة أصحابه قبل يوم النحر وفيه قول ضعيف بجوازه بعد الوقوف بعرفة
وهو لا يعول عليه وأن قولهم أنه يجب باحرام الحج لافائدة فيه الا جواز
اشعار الهدى وتقليده بعد احرام الحج لاشيء آخر . فما نقل عن عياض وغيره
من المالكية مما يدل على جواز نحره قبل يوم النحر كله غلط وإما من
تمحيف الاشعار والتقليد وجعل النحر بدل ذلك غلطا ، وإما من الغلط في

(١) أضواء البيان (٥/٥٢٢) .

(٢) المصدر السابق (٥/٥٢٣) .

(٣) المصدر السابق (٥/٥٢٣ - ٥٢٤) .

فهم المراد عند علماء المالكية كما لا يخفى على من عنده علم بالمذهب المالكي فاعرف التحقيق، ولا تغتر بغيره" .^(١)

(٢)
قلت ما قرره الشيخ الشنقيطي رحمه الله يؤيده ما جاء في المدونة
"أرأيت ما كان من هدى ساقه رجل فنحره ليلة النحر قبل طلوع الفجر
أيجزيه أم لا ؟ وكيف ان كان وجب عليه اذا نحره قبل طلوع الفجر فـ
قول مالك (يجزيه) أم لا ؟ وهل هدى المتعة في هذا أو هدى القران كغيرهما
من الهدايا أم لا في قول مالك ؟

قال : قال مالك : الهدايا كلها اذا نحرها صاحبها قبل انفجار
الصبح يوم النحر لم تجزه وان كان قد ساقها في حجه فلا تجزئه، وان هو
قلد نسك الأذى فلا يجزىء أن ينحره الا بمعنى بعد طلوع الفجر والسنة
أن لا ينحر حتى يرمى ولكن ان نحره بعد انفجار الصبح قبل أن يرمي
أجزأه" .

(٣)
قال الباجي : "وهذا الهدى عما دخل في العبادة من النقص ولا يجوز
أن ينحره قبل يوم النحر" .

اذا تقرر ذلك . فان محل هدى التمتع والقران في المعتمد عند
المالكية هو يوم النحر فما ذبح قبل يوم النحر فلم يبلغ محله قال
الخطاب : "قال القاضي عبدالوهاب في المعونة : ولا يجوز نحر هدى التمتع
والقران قبل يوم النحر خلافا للشافعي لقوله تعالى : " وَلَا تَحْلِقُوا
رُؤُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ " .^(٥) وقد ثبت أن الحلق لا يجوز قبل يوم
النحر فدل على أن الهدى لم يبلغ محله الا يوم النحر" .

هذا بالنسبة للهدى الواجب بالتمتع أو القران يكون محله يوم
النحر أما الفدية وهي ما وجبت لفعل محظور فانها تجب بمجرد الفعل

(١) أضواء البيان (٥/٥٢٥ - ٥٢٦) .

(٢) (٤٨٧/١) .

(٣) المنتقى (٢/٢٢٩) .

(٤) مواهب الجليل (٣/٦٢) .

(٥) البقرة : ١٩٦

ومن افتدى قبل أن تجب عليه لم تجزه أما مكانها فله أن يذبحها حيث شاء ان اختار نسك شاة ، قال ابن عبد البر : "والاختيار أن يأتى بالغديفة حيث وجبت عليه " ، إلا أن ينويه هديا فان مكانه منى بشروطها ومكسفة مع عدم الشروط جاء فى مختصر خليل : "والغديفة فيما يترفه به أو يزيل أذى ... وهى نُسك شاة فأعلى، أو اطعام ستة مساكين لكلِّ مدان كالكفارة أو ميام ثلاثة أيام ولو أيام منى ولم يختص بزمان أو مكان إلا أن ينوى بالذبح الهدى فكحكمه " قال الأبي الأزهرى شارحا لعبارة خليل : " إلا أن ينوى المفتدى بالذبح بكسر الذال أى المذبح ومثله المنحور . الهدى أو يقلد وَيُشَعَّرُ مَا يُقْلَدُ وَيُشَعَّرُ وان لم ينو الهدى كما يفيدهِ المَوَاقِ فِيصِيرُ حَكْمَهُ كحكمه أى الهدى فى أن محله منى ان وقف به فى عرفة ليلة العيد وساقه فى حج وبقيت أيام النحر والا فمحله مكة " .^(٣)

قلت وهو ماعناه الامام مالك بقوله الألف الذكر : " وان هو قلــد نسك الأذى فلا يجزئه أن ينحره الا بمنى بعد طلوع الفجر " .^(٤)
فالحاصل أن كل هدى لا يجزىء نحره قبل يوم النحر عند المالكية وفدية الأذى ليست بهدى الا اذا نوى بها الهدى . قال الباجى بعد أن قرر أن محل ذبح هدى التمتع يوم النحر : " ولا يلزم على هذا فدية الأذى لأنها ليست بهدى فان أهداها كان هذا حكمها والله أعلم " .^(٥)

ثالثا : مذهب الشافعية .

إذا كان الهدى للتمتع أو القران فوقت استحباب ذبحه يوم النحر ووقت جوازه بعد الفراغ من العمرة وبعد الاحرام بالحج ولا يتوقت بزمن كسائر دماء الجبران . إلا أنهم قالوا لا يجوز قبل الشروع فى العمرة بلا خلاف لأنه لم يوجد له سبب . ويجوز ذبحه بعد التحلل من العمرة وقبل

(١) الكافى (٣٣٨/١) .

(٢) مطبوع مع جواهر الاكليل (١٩١/١ - ١٩٢) .

(٣) انظر جواهر الاكليل (١٩٢/١) .

(٤) المدونة (٤٨٧/١) .

(٥) المنتقى (٢٣٠/٢) .

(١)

الاحرام بالحج على الأصح من القولين .

(٢)

أما قبل التحلل من العمرة فقد قال النووي : "فيه طريقان : أحدهما لايجوز قطعاً وهو مقتضى كلام المصنف والكثيرين ونقله صاحب البيان عن أصحابنا العراقيين ونقل الماوردي اتفاق الأصحاب عليه .

والثانى : فيه وجهان : أحدهما لايجوز والثانى : يجوز لوجوه

بعض السبب " .

بناءً على ذلك يكون محل هدى التمتع والقران عند الشافعية بعد أن يتحلل من العمرة فمن نحره قبل ذلك فقد نحره فى غير محله هـذا بالنسبة للمتمتع أما القارن فلأن عمرته داخله فى حجه فان محله بمكة ولايختص بزمن لأنه دم جبران وحكم الدماء الواجبة لفعل محظور أو ترك مأمور عند الشافعية لايفتلف عن دم التمتع والقران فى أنه لايفتص بزمان فيجوز نحرها قبل يوم النحر . جاء فى المنهاج : "والدم الواجب بفعل حرام أو ترك واجب لايفتص بزمان" قال الشرييني : " كدم الجيرانات وكدم التمتع والقران والعلق لايفتص بزمان بل يفعل فى يوم النحر وغيره لأن الأمل عدم التخصيص ولم يرد مايفالغه ولكن يسن يوم النحر وأيام التشريق" .

(٤)

فالحاصل أن الدماء الواجبة محلها الحرم عند الشافعية ولايفتص

بزمان سوى دم التمتع فلا يحل نحره قبل التحلل من العمرة .

(١) المجموع (١٦٢/٧)، (٢٨٠/٨)، مغنى المحتاج (٥١٦/١) .

(٢) المجموع (١٦٢/٧) .

(٣) انظر فى ذلك مغنى المحتاج (٥٣٠/١)، وراجع نهاية المحتاج (٣٥٩/٣) ،

المجموع (٤١٢/٧) .

(٤) راجع فى ذلك المنهاج وشرحه نهاية المحتاج وحاشية الشيراملسى عليه (٣٥٩/٣) وقد استثنوا من هذا العموم دم الاحصار فانه يذبح فى موضع الحصر وراجع أيضا المجموع (٤١٢/٧ - ٤١٣)، الأشباه والنظائر (ص ٤٤٨) وقد جاء فيه : "قاعدة كل الدماء تتعين فى الحرم الادم الاحصار فحيث أحمر" .

رابعاً : مذهب الحنابلة .

يختص ذبح دم المتعة والقران بيوم النحر فلا يجزئ قبله . أما ما واجب
 بفعل محظور أو بترك واجب فوقته وقت فعل المحظور أو ترك الواجب فلا يختص
 (٢)
 بزمن .

وجميع الدماء الواجبة محلها الحرم إلا ما استثني فلا يجزئ ذبحها في
 غير الحرم فتعين محل هدى التمتع والقران عند الحنابلة إذا الحرم
 (٣)
 ويوم النحر فالزمان والمكان إذا متلا زمان فلو نحرها في غير الحرم
 لاتجزئ ولو كان في يوم النحر . ولو نحرها في الحرم قبل يوم النحر
 فلا تجزئ أيضاً .

واستثنى الحنابلة الدم الواجب بفعل محظور في الحل فلا يلزم
 تقييده بالمكان فله ذبحه ومرفه حيث وجد وفي الحرم أيضاً جاء في
 الاقناع : "وفدية الأذى واللبس ونحوها كطيب ودم المباشرة دون الفرج
 إذا لم ينزل وما واجب بفعل محظور خارج الحرم ولو لغير عذر غير جزاء
 (٤)
 ميد فله تفرقتها حيث وجد سببها وفي الحرم أيضاً" .

خامساً : مذهب الظاهرية .

محل الهدى عند الظاهرية الحرم ولا يختص بيوم النحر لكن لا يجوز
 (٥)
 ذبح دم التمتع إلا بعد أن يحرم بالحج . قال ابن حزم : " لا يجزئ
 أن يهدى إلا بعد أن يحرم بالحج وأن له أن يذبحه أو ينحره متى شاء
 بعد ذلك ولا يجزئه أن يهديه وينحره إلا بمنى أو مكة . . . وأما ذبحه
 ونحره بعد ذلك فلأن هذا الهدى قد بين الله تعالى لنا أول وقت وجوبه
 ولم يحد آخر وقت وجوبه بحد وما كان هكذا فهو دين باق أبداً حتى يهودى

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/٨٠ - ٨١)، الانصاف (٣/٤٤٥)، الروض الندي

(ص ١٩٥)، المحرر (١/٢٥٠)، غاية المنتهى (١/٤٥٢) .

(٢) كشف القناع (٣/٦ - ٧)، الانصاف (٣/٥٣٣)، المغنى (٣/٤١٦) .

(٣) كشف القناع (٢/٥٣٥)، غاية المنتهى (١/٤١٣)، شرح منتهى الإرادات

(٢/٣٩)، المحرر (١/٢٥٠) .

(٤) كشف القناع (٢/٥٣٧)، وراجع المحرر (١/٢٥٠) .

(٥) المحلى (٧/٢١٣ - ٢١٤) .

والأمر به ثابت حتى يؤدي ومن خصه بوقت محدود فقد قال على الله تعالى
مالم يقله عز وجل وهذا عظيم جدا .
وقال أبو حنيفة ومالك : "لايجزىء هديه قبل يوم النحر . وهذا قول
لادليل على صحته بل هو دعوى بلا برهان وماكان هكذا فهو ساقط" .
وقال بعد أن ذكر الأدلة على أنه لايجزىء نحرها الا بمكة أو منى :
"فصح أنه حيثما نحر البدن والأهداء من فجاج مكة أو منى - وهو الحرم
كله - فقد أصاب الناجر . وأنه لايجوز نحر البدن والهدى في غير الحرم
الماخضه النص من هدى المحصر ، وهدى التطوع اذا عطب قبل بلوغه مكة" (١) .

المطلب الثانى : استهلاك الهدى الواجب بعد بلوغه محله

إذا تقرر ما ذكرنا . وعرفنا محل الهدى عند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فإذا بلغ الهدى الواجب محله فهل يجوز لصاحبه أن يأكل منه .
اختلف الفقهاء فى ذلك .

المذهب الأول :

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنه يجوز له أن يأكل من دم المتعة والقران .

وقصر الحنفية والحنابلة الجواز على ذلك فقد جاء فى بدائع الصنائع^(١) : "وجملة الكلام أن الدماء نوعان : نوع يجوز لصاحب الدم أن يأكل منه وهو دم المتعة والقران والأضحية وهدى التطوع إذا بلغ محله . ونوع لا يجوز له أن يأكل منه وهو دم النذور والكفارات وهى الاحصار وهدى التطوع إذا لم يبلغ محله لأن الدم فى النوع الأول دم شكر فكان نسكا فكان له أن يأكل منه ، ودم النذر دم صدقة وكذا دم الكفارة بمعناه لأنه وجب تكفيرا للذنوب . وكذا دم الاحصار لوجود التحلل والخروج من الاحرام قبل أوأنه " .

وجاء فى المنتهى : " ولا يأكل من هدى واجب ولو بنذر أو تعيين غير دم متعة وقران"^(٢) .

أما المالكية فقالوا بجواز الأكل من كل هدى واجب إذا بلغ محله الا ثلاثة أشياء فقد جاء فى المدونة^(٣) : "قلت فان لم يعطب ولم يستحق

(١) (١٣١٩/٣) ، وراجع (٢٨٥٩/٦) ، والمبسوط (١٤١/٤) ، الهداية (١٦١/٣) ، تبیین الحقائق (٨٩/٢) .

(٢) شرح منتهى الارادات (٨٦/٢) ، وراجع المغنى (٤٦٥/٣) ، غاية المنتهى (٤٥٤/١) ، الانصاف (١٠٤/٤) ، المحرر (٢٥١/١) .

(٣) (٣٨٥٠٣٨٤/١) ، وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٤٩/١) ، شرح رسالة ابن أبى زيد وحاشية العدوى عليها (٥٠٨/١ - ٥٠٩) ، جواهر الاكلیل (٢٠٣/١) ، منح الجليل (٥٥٣/١) ، التمهيد (١١٣/٢) .

حتى نحره أياكل منه في قول مالك قال نعم يأكل منه قال : وقال مالك
يأكل من الهدى كله الاقدية الأذى وجزاء العيد وماذره للمساكين قال :
وقال مالك يأكل من هديه الذى ساقه لفساد حجه أو لفوات حجه أو هدى
تمتع أو تطوع ومن الهدى كله الاماسميت لك " .

وجاء فيها أيضا : " وقال مالك ومن الهدى المضمون ما ان عطب قبل
أن يبلغ محله جاز له أن يأكل منه وهو ان بلغ محله لم يكن له أن يأكل
منه فهو جزاء العيد وفدية الأذى ونذر المساكين فهذا اذا عطب قبل
أن يبلغ محله جاز له أن يأكل منه لأن عليه بدله واذا بلغ محله أجرأك
عن الذى سقته له ولايجزئك ان أكلت منه ويعبر عليك البذل اذا أكلت
منه " .

(١)
قال ابن عبد البر : "والأصل فى ذلك عند مالك وأصحابه أن كل ما دخله
الاطعام من الهدى والنسك لمن لم يجده فسبيله سبيل ما جعل للمساكين
ولايجوز الأكل منه وما سوى ذلك يؤكل منه لأن الله قد أطلق الأكل من البدن
وهى من شعائر الله فلايجب أن يمتنع من أكل شيء منها الا بدليها
لامعارض له أو باجماع . وقد أجمعوا على اباحة الأكل من هدى التطوع
اذا بلغ محله ولم يجعلوه رجوعا فيه فذلك كل هدى الامااجتمع عليه " .

واستدل الحنابلة والحنفية على جواز الأكل من هدى التمتع
والقران : بما رواه البخارى فى صحيحه عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت
سمعت عائشة رضى الله عنها تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
لخمس بقين من ذى القعدة لانرى الا الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول
الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى اذا طاف وسعى بين الصفا
والمروة أن يحلّ قالت فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقالت: ما هذا قال:
نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه " .

(١) التمهيد (١١٣/٢) .

(٢) (١٨٤/٢) كتاب الحج باب (١١٥) .

قال ابن قدامة : " إن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم تمتعن معه في حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة فعارت قارئة ثم ذبح عنهن النبي صلى الله عليه وسلم البقرة فأكلن من لحومها قال أحمد قد أكل من البقرة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة خاصة " (١) .

وقال الزيلعي : " وكان عليه الصلاة والسلام قارنا وكذا عائشة على ما ذكره في المنتقى فدل على جواز أكله " (٢) .
واستدلوا أيضا بما رواه مسلم في صحيحه في صفة حجة الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثا وستين بيده ثم أعطى عليا فنحر ما غبر وأشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها " .

المذهب الثاني :

ذهب الشافعية والظاهرية الى أنه لا يجوز الأكل من الهدى الواجب ومن أكل منه شيئا ضمنه . يقول الامام الشافعي : " فكل ما كان أصله واجبا على انسان ليس له . حبه فلا يأكل منه شيئا وذلك مثل هدى الفساد والطيب وجزاء الصيد والندور والمتعة وان أكل من الهدى الواجب تصدق بقيمة ما أكل منه " (٤) .

ويقول ابن حزم : " ولا يحل له أن يأكل من شيء من الاهداء الواجبة اذا بلغت محلها فان أكل منها ضمن مثل ما أكل فقط " (٥) .

-
- (١) المغنى (٤٦٦/٣) .
 - (٢) تبیین العقائد (٨٩/٢) .
 - (٣) (٨٩٢/٢) كتاب الحج باب (١٩) ورواه أيضا أبو داود (٤٦٤/٢) كتاب المناسك باب (٥٧)، وابن ماجه (١٠٢٦/٢) كتاب المناسك باب (٨٤) .
 - (٤) الأم (١٨٤/٢)، وراجع روضة الطالبين (٢٢١/٣)، مغنى المحتاج (٥٣٠/٦) - (٥٣١)، نهاية المحتاج (٣٥٩/٣) .
 - (٥) المحلى (٤٢٤/٧) .

الترجيح :

والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء
من جواز الأكل من هدى التمتع والقران وذلك لشبوت الحديث المنحصر
الصريح فى ذلك من غير معارض . واذا أطلقنا الجواز فى ذلك فهو
بمقابلة القول الثانى الذى يقول بعدم جواز الأكل من هدى التمتع
والقران والا فان القائلين بالجواز قد اختلفوا فى وجوبه أو استحبابه .
يقول الشنقيطى رحمه الله : " وأعلم : انا حيث قلنا فى هذا
المبحث يجوز الأكل فاننا نعنى : الاذن فى الأكل المعادق بالاستحباب
وبالوجوب لما قدمنا من الخلاف فى وجوب الأكل والاطعام واستحبابهما " (١)
أما غير دم التمتع والقران فقد قال الشنقيطى رحمه الله : " فلم
يقم دليل يجب الرجوع اليه على الأكل منه ولايتحقق دخوله فى عموم
"فكلوا منها" لأنه لترك واجب أو فعل محظور، فهو بالكفارات أشبه وعدم
الأكل منه أظهر وأحوط والعلم عند الله تعالى " (٢)
قلت : قد روى البخارى فى صحيحه عن عبيد الله أخبرنى نافع
عن ابن عمر رضى الله عنهما : " لا يؤكل من جزاء العيد والنذر ويؤكل
مما سوى ذلك . وقال عطاء : يَأْكُلُ وَيُطْعَمُ مِنَ الْمَتْعَةِ " (٣)
قال ابن حجر : " وروى سعيد بن منصور من وجه آخر عن عطاء لا يؤكل
من جزاء العيد ولأما يجعل للمساكين من النذر غير ذلك ولأمن الفديعة
ويؤكل مما سوى ذلك " .
فهذه الآثار تشهد لما ذهب اليه الامام مالك من جواز الأكل
من كل هدى واجب سوى جزاء العيد ونذر المساكين وفدية الأذى حيث انها
صريحة فى الدلالة على ذلك .
والذى أريد أن أخلص اليه فى هذه المسألة : أن من استهلك بالأكل
مامنع من أكله فعليه ضمانه وهل يكون الضمان بالقيمة أو بالمثل ذكرنا

(١) أضواء البيان (٦٠٧/٥) .

(٢) المعدر السابق (٦٠٨/٥)

(٣) (١٨٧/٢) كتاب الحج باب (١٢٤) .

(٤) فتح الباري (٣٢/٨) .

الخلافة في ذلك في المطلب السابق وهو تلف هدى التطوع قبل محله .
هذا كله فيما اذا بلغ الهدى الواجب محله فاستهلكه أو تلف بتعديده
أو تفريطه فان عليه ضمانه بل قد نص الشافعية والحنابلة على أن من
نحر هديه عند محله فمَنع المساكين منه أو لم يَخُلِّ بين المساكين وبينه
حتى أنتن فعليه الضمان .
يقول الامام الشافعي : "ولو أن رجلا نحر هديه فمَنع المساكين دفعه
اليهم أو نحره بناحية ولم يَخُلِّ بين المساكين وبينه حتى ينتن كـسان
عليه أن يبدله" .
وجاء في روضة الطالبين : "لزمت قيمة اللحم ويتصدق بها ولا يلزمه
شراء أخرى لأنها حصلت اراقاة الدم" .
وجاء في المنتهى وشرحه : "وان منع الفقراء منه أي معا لا يملك
أكله حتى أنتن ضمن نقمه، إن أنتفع به اذن فيغرم أرشه، والايئنتفع به
فانه يضمن قيمته كإعدامه قال في الانصاف ويتوجه أن يضمن بمثله" .
لكن لو تلف بعد ذبحه بغير تعدد منه أو تفريط كان سرقاً أو غصب فهل
يلزمه ضمانه أم لا ؟

الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

للحنفية والمالكية والحنابلة وهو أنه اذا نحره بعد بلوغه محله

- (١) الأم (١٨٣/٢ - ١٨٤)، وراجع المجموع (٢٨٠/٨) .
- (٢) (٢١٨/٣) .
- (٣) (٨٨/٢) وراجع غاية المنتهى (٤٥٤/٢) .
- (٤) بدائع المنافع (١٢٦٣٢١٣١٩/٣)، شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .
- (٥) حاشية الدسوقي (٩١/٢)، جواهر الاكليل (٢٠٤/١) .
- (٦) شرح منتهى الارادات (٨٢/٢)، كشف القناع (١٠/٣ - ١١)، الانصاف (٩٣/٤)، غاية المنتهى (٤٥٤/٢) .

فقد فرغ منه وخرج عن عهده ووقع التعدي على محض حق المساكين ، قال ابن قدامة ^(١) : "ولنا أنه أدى الواجب عليه فبرئ منه كما لو فرقه . ودليل أنه أدى الواجب أنه لم يبق الا التفرقة وليست واجبة بدليل أنه لسو خلى بينه وبين الفقراء أجزاءه ولذلك لما نحر النبي صلى الله عليه وسلم البدنات قال : " من شاء اقتطع " ^(٢) .

وهذا عند الحنابلة في الهدى المعين عن واجب في الذمة أما لسو سُرِقَ المذبوح غير المعين بالقول أو بالاشعار والتقليد فانه يضمنه لعدم تمييزه عن ماله فيكون كبقية ماله .

القول الثاني :

^(٣) للشافعية وهو أنه اذا ذبح الهدى الواجب في الحرم فسُرِقَ منه أو غُصِبَ قبل التفرقة لم يجره ثم هو مخير بين أن يذبح آخر وهو أولس أو يشتري بدله لحما ويتصدق به لأن الذبح قد وجد .
ودليلهم في ذلك أن الدم متعلق بالذمة فلا يبرأ منه الا بدفعه الى مستحقه .

وماذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأقوى في نظري لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يفرق هديه حتى انتهى بل تركه مع احتمال سرقته وغصبه ، والله أعلم .

-
- (١) المغنى (٣/٤٦٠) .
(٢) رواه أبو داود (٣٧٠/٢) كتاب المناسك باب (١٩) ، والامام أحمد في المسند (٤/٣٥٠) .
(٣) نهاية المحتاج (٣/٣٦٠) ، مغنى المحتاج (١/٥٢١) .

المبحث الثالث

فى تلف الأضحية

المطلب الأول : فى ذبح الأضحية قبل الوقت

لاخلاف بين الفقهاء رحمهم الله أن أول وقت ذبح الأضحية هو يوم عيد الأضحي فلا تجزىء قبل ذلك اليوم .
ولاخلاف بينهم أيضا أنها لا تجزىء قبل صلاة العيد ، غير أنهم اختلفوا هل ابتداء وقتها بعد صلاة العيد حقيقة أو حكما ، أو بعد صلاة العيد والذبح حكما على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

(١) للحنفية والحنابلة والظاهرية (٢) وهو أن الفراغ من صلاة العيد شرط لاجزاء الأضحية فمن ذبح قبل فراغ الصلاة حقيقة فلا تجزىء أضحيته وعليه إعادة لأنه قد لزمته الصلاة فيلزمه الترتيب .
ولافرق فى ذلك عند الحنابلة والظاهرية بين أهل الأمصار وأهل القرى وأهل البوادي الا أنهم قالوا : من كان بمحل لاتقام فيه الصلاة فلا بد أن يراعى قدر الصلاة فلا يذبح أضحيته قبل مضي مدة يمكن فيها انقضاء الصلاة فى أقرب مصر اليه تقام فيه صلاة العيد .
أما الحنفية فقالوا : هذا خاص بالأمصار أما أهل القرى فيجوز لهم أن يذبحوا ضحاياهم بعد انشقاق الفجر من يوم العيد لأنه لا صلاة عليهم .

-
- (١) بدائع الصنائع (٦/٢٨٤٠ - ٢٨٤١) ، المبسوط (١٢/١٨ - ١٩) ، الدر المختار ورد المختار عليه (٦/٣١٨) .
(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/٨٠) ، كشاف القناع (٣/٧) ، غاية المنتهى (١/٤٥٢) ، المغنى (٩/٤٥٥) ، الروض الندى (ص ١٥٩) .
(٣) المحلى (٨/٣٧) .

القول الثانى :

(١)
للشافعية : وهو أن وقت ذبح الأضحية المجزىء الفراغ من صلاة العيد حكما ، وهو طلوع شمس يوم النحر ومضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين فان ذبح قبل ذلك لم تكن أضحية .

القول الثالث :

(٢)
للمالكية : وهو أن الوقت المجزىء لذبح الأضحية هو الفراغ من صلاة العيد وذبح الامام لأضحيته حقيقة أو حكما بحيث لو لم يذبح الامام فى المعلى تحرى مقدار ذبح الامام ثم ذبح فمن ذبح قبل الفراغ من الصلاة أو بعدها قبل ذبح الامام حقيقة أو حكما فعليه الاعادة .
(٣)
استدل من قال من الفقهاء بأنها لاتجزىء قبل صلاة العيد بمـــــــ
رواه البخارى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " من ذبح قبل الصلاة فليعد " .
وفى لفظ من طريق جندب بن سفيان البجلي قال شهدت النبى صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال " من ذبح قبل أن يعلى فليعد مكانها أخرى ومن لم يذبح فليذبح " .

-
- (١) روضة الطالبين (١٩٩/٣) ، المهذب (٣١٧/٢) ، مغنى المحتاج (٢٨٧/٤) ، شرح النووى على صحيح مسلم (١١٠/١٣) ، معالم السنن (٢٣٤/٣) .
- (٢) المدونة (٦٩/٢) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٢٠/٢) ، جواهر الاكليل (٢٢٠/١) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٦٦/١) ، الفواكــــه الدوانى (٤٤٣/١) ، شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (٥٠٤/١) وما بعدها ، المنتقى (٨٦/٣) .
- (٣) اختلف قول المالكية هل المراد بالامام امام الطاعة أو امام الصلاة أى صلاة العيد على قولين قال الدردير الراجح الثانى ، وقــــال الدسوقى : " إنه على القول الأول يتعين امام الطاعة أو عامله على البلد . . . ثم انه على ماقاله ابن رشد من أن المعتبر امام الصلاة فان كان واحدا فى البلد فالأمر ظاهر ، وان تعدد فيعتبر كل واحد بالنسبة لأهل الناحية التى صلى فيها اماما " راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٢٠/٢) . قال المالكية ومحل الخلاف هــــل هو امام الطاعة أو امام الصلاة فيما اذا لم يخرج امام الطاعة بأضحيته الى المعلى فان خرج بها اعتبر هو قولاً واحداً .

ومارواه أيضا عن البراء قال صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا فلا يذبح حتى ينصرف. فقام أبو بردة بن نيار فقال يارسول الله فعلت فقال هو شيء عجلته . ولفظ مسلم ^(١) " تلك شاة لحم " .
 واستدل المالكية بأنها لاتجوز الا بعد ذبح الامام بأن أبا بردة في الحديث الآنف الذكر ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد بأضحية أخرى .
 واستدلوا بما أخرجه مسلم ^(٤) من حديث جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم يوم النحر بالمدينة فسبقهم رجال فنحروا وظنوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نحر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن يعيد بنحر آخر ولا ينحر حتى ينحر النبي صلى الله عليه وسلم " .

قال النووي عند هذا الحديث : " هذا مما يحتج به مالك في أنه لايجزىء الذبح الا بعد ذبح الامام ... والجمهور يتأولونه على أن المراد زجرهم عن التعجيل الذي قد يؤدي الى فعلها قبل الوقت ولهذا جاء في باقى الأحاديث التقييد بالعملة وأن من ضحى بعدها أجزاءه ومن لا فلا ^(٥) .
 والذي يظهر لى رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء حيث قالوا من ذبح بعد صلاة العيد فهي أضحية مجزئة ومن ذبح قبلها فهي شاة لحم ذبحها لأهل بيته وذلك لورود الأحاديث الصحيحة المريحة فى هذا المعنى .
 يقول ابن رشد الحفيد ^(٦) : " فيجب أن يكون المؤثر فى عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل العملة كما جاء فى الآثار الثابتة فى ذلك من حديث أنس وغيره أن من ذبح قبل صلاة العيد فليعد وذلك أن تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية أن الذبح بعد العملة

(١) البخارى (٢٣٨/٦) كتاب الضحايا باب (١٢) .

(٢) مسلم (١٥٥١/٣) كتاب الأضاحى باب (١) .

(٣) المنتقى (٨٦/٣) .

(٤) صحيح مسلم (١٥٥٥/٣) الأضاحى باب (٢) .

(٥) شرح صحيح مسلم (١١٨/٣) .

(٦) بداية المجتهد (٣٧٣/١) .

يجزىء لأنه لو كان هناك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه صلى الله عليه وسلم مع أن فرضه التبيين".

بناءً على ما تقدم : فمن ذبح الأضحية قبل وقتها فهل يلزمه

بدلها أم لا ؟

(١)

الحنفية يرون أن الأضحية واجبة على الغنى المقيم فمن ذبح أضحيته

قبل الوقت وهو غنى مقيم لزمه بدلها ولا بد لأنه ذبحها قبل دخول الوقت

والوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز إقامة الواجب كوقت الصلاة

فلا تبرأ ذمته من الواجب إلا بأدائه في وقته .

(٢)

وذهب الظاهرية أيضاً إلى وجوب الإعادة عليه - مع أنهم يخالفون

الحنفية في وجوب الأضحية ويرون أنها سنة - وذلك لورود الأحاديث

الصريحة الصريحة في أن من ذبح قبل الصلاة فعليه الإعادة وقد سبق ذكرها

في الأدلة فأغنى عن إعادتها .

(٣)

أما الحنابلة فظاهر قولهم وجوب الإعادة عليه جاء في المغنسي :

"وان ذبح قبل ذلك لزمه البدل وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم من ذبح

قبل أن يعلى فليعد مكانها أخرى" . ولأنها نسيكة واجبة ذبحها قبل

وقتها فلزمه بدلها كالهدى إذا ذبحه قبل محله . ويجب أن يكون بدلها

خيراً منها لأن ذبحها قبل محلها اتلاف لها" .

لكن ابن قدامة حمل قولهم بوجوب الإعادة على الأضحية الواجبة بنذر

أو تعيين فقال : " وكلام الخرقى ومن أطلق من أصابنا محمول على الأضحية

الواجبة بنذر أو تعيين ، فإن كانت غير واجبة بواحد من الأمرين فهي

شاة لحم ولا بدّل عليه إلا أن يشاء لأنه تعدد التطوع فأفسده فلم يجب عليه

بدله كما لو خرج بعدقة تطوع فدفعها إلى غير مستحقها والحديث يحتمل

على أحد أمرين إما النذب وإما على التخصيص بمن وجبت عليه بدليها

(٤)

ما ذكرنا" .

(١) بدائع الصنائع (٢٨١٤/٦) ، المبسوط (٨/١٢) ، الدر المختار ورد المحتار

عليه (٣١٢/٦) وما بعدها ، تبين الحقائق (٢/٦) .

(٢) المحلى (٣٧/٨) .

(٣) (٤٥٥/٩) .

(٤) نفس المصدر .

ومقاله ابن قدامة هو ظاهر مذهب الشافعية فانهم يفرقون بين أضحية التطوع والأضحية المنذورة أو المعينة فيقولون بوجوب الاعادة فــــ الأضحية المنذورة أو المعينة اذا ذبحها قبل الوقت فقد جاء فى روضة الطالبين (١) : " اذا جعل شاته أضحية، أو نذر أن يضحي بمعينه ثم ذبحها قبل يوم النحر لزمه التمدق بلحمها ولايجوز له أكل شيء منه ويلزمه ذبح مثلها يوم النحر بدلا عنها؛ بينما أضحية التطوع لا يذكرون لزوم البدل على من ذبحها قبل الوقت بل يقولون لم تكن أضحية فقد جاء فى روضة الطالبين أيضا : " فان ذبح قبل الوقت لم تكن أضحية . . . وهذا كله فى أضحية التطوع " (٢) .

(٣) أما المالكية فظاهر كلامهم وجوب الاعادة ، جاء فى الشرح الكبير : "وأعاد أضحية لبطلانها سَابِقُهُ . أى سابقُ الامام بالذبح فى الــــوم الأول وكذا مساويه ولو ختم بعده وكذا ان ابتداء بعده ان ختم قبله أو معه لابعده فتجزىء " .

ولعل الاعادة سنة وليست واجبة عند المالكية وقد أشار الى ذلك الأبي فقال : " وأعاد استنانا سابقه بالذبح فى اليوم الأول . . . " (٤) . ولم أقف على هذا القيد عند غيره فيما اطلعت عليه من كتب المالكية فكلهم يذكرون الاعادة من غير اشارة الى أنها واجبة أو سنة .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور العلماء من أن الأضحية سنة وليست واجبة كما ذهب اليه الحنفية لأن الحنفية قــــد استندوا على عمومات ليست صريحة فى موضوع النزاع وكل دليل ليس بوارد فى

(١) (٢١٤/٣) . وانظر المنهاج مع مغنى المحتاج (٢٨٨/٤) وقد جاء فيه : "ومن نذر معينة فقال لله على أن أضحي بهذه لزمه ذبحها فى هذا الوقت فان تلفت قبله فلا شيء عليه وان أتلفها لزمه أن يشتــــرى بقيمتها مثلها ويذبحها فيه " .

(٢) (٢٠٠/٣) .

(٣) (١٢٠/٢) .

(٤) جواهر الاكليل (٢٢٠/١) .

(١)
 الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف . واستندوا أيضا على حديث
 وهو ان كان صريحا فى محل النزاع الا أنه ضعيف وهو مرواه أبو داود عن
 مخنف بن سليم قال : ونحن وقوفهم مع الرسول صلى الله عليه وسلم بعرفات
 قال : قال يا أيها الناس ان على كل أهل بيت فى كل عام أضحية وعتيرة " .
 واستدلوا : أيضا بحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم : " من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن معلانا " .
 قال ابن حجر : " أخرجه ابن ماجه وأحمد ورجاله ثقات لكن اختلف فى
 رفعه ووقفه والموقوف أشبه بالصواب قاله الطحاوى وغيره . ومع ذلك
 فليس صريحا فى الإيجاب " .
 ومما يؤيد ماذهب اليه جمهور العلماء قول الصحابة وفعلهم حيث ترجم
 البخارى فى صحيحه باب سنة الأضحية وقال ابن عمر هى سنة ومعروف .
 (٥)

-
- (١) بداية المجتهد (٣٦٧/١) .
 (٢) (٢٢٦/٣) كتاب الضحايا باب (١)، والترمذى (٩٩/٤) كتاب الأضاحى باب
 (١٩) قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ولا نعرف هذا الحديث الا من
 هذا الوجه من حديث ابن عون . وابن ماجه (١٠٤٥/٢) كتاب الأضاحى
 باب (٢) .
 قال ابن قدامة : " ضعف أصحاب الحديث " . انظر المغنى (٤٣٦/٩) . قال
 البغوى : " هذا حديث غريب ضعيف الاسناد للاتفاق على أن العتيرة غير
 واجبة " انظر شرح السنة (٣٥٠/٤)، وقال ابن القيم رحمه الله : " وقال
 عبدالحق : اسناد هذا الحديث ضعيف وقال ابن القطان يرويه حبيب بن
 مخنف وهو مجهول عن أبيه . وفيه أبو رمله عامر بن أبى رمله لا يعرف
 الا به " . انظر تهذيب ابن القيم مع مختصر سنن أبى داود للمغنى
 (٩٢/٤) . وقال الخطابى : قلت هذا الحديث ضعيف المخرج وأبورملة
 مجهول . انظر معالم السنن (٢٢٦/٣) .
 (٣) رواه الامام أحمد (٣٢١/٢)، وابن ماجه (١٠٤٤/٢)، كتاب الأضاحى باب (٢)
 ورواه الحاكم فى المستدرک (٣٨٩/٢ - ٣٩٠) كتاب التفسير، تفسير
 سورة الحج وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى . ورواه
 الدارقطنى (٢٨٥، ٢٧٧/٤) وقد جاء فى التعليق المغنى للعظيم آبادى
 (٢٧٨/٤) " قال فى التنقيح : حديث ابن ماجه رجاله كلهم رجال الصحيح
 الاعبدالله بن عياش فانه من أفراد مسلم " . ورواه البيهقى فى السنن
 الكبرى (٢٦٠/٩) . وقال البوصيرى : " هذا اسناد فيه مقال عبدالله
 ابن عياش وان روى له مسلم فانما روى له فى المتابعات والشواهد فقد
 ضعفه أبو داود والنسائى وقال أبو حاتم صدوق وابن يونس منكر
 الحديث وذكره ابن حبان فى الثقات . انظر معباج الزجاجة (٢٢٢/٣) .
 (٤) فتح البارى (٩٣/٢١) .
 (٥) صحيح الامام البخارى (٢٣٤/٦) كتاب الأضاحى باب (١) .

وقد صح عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا لا يضحيان
أحيانا خشية أن يظن وجوب الأضحية .^(١)

هذا بالإضافة الى بعض الأحاديث الصحيحة والتي استنبط منها العلماء أن الأضحية مسنونة وليست واجبة وليس هذا محل استقصاء الأدلة في هذه المسألة بل لولا أن المقام يستوجب ما ذكرت لما أجزت لنفسى عرض هذه المسألة حيث أنها ليست محل البحث لكن ما أريد أن أصل اليه قد حمل والله الحمد وهو رجحان ما ذهب اليه جمهور العلماء من أن الأضحية سنة وليست واجبة وبناء عليه :

فان من ذبح قبل صلاة العيد من يوم النحر فلا تقع أضحية عنه وانما هي شاة لحم قدمها الى أهله لكن هل يجب عليه البديل أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين ، ومنشأ ذلك اختلافهم في كون الأضحية واجبة أم مسنونة ، والذي أراه أنه اذا أوجبها على نفسه بنذر بأن قال لله على أن أذبح شاة أضحية ثم ذبح هذه الشاة عن مافى ذمته من نذر فان عليه الاعادة لأنه نذر أضحية فذبحها قبل وقتها فلم تبرأ ذمته منها لأنه لم يذبحها في الوقت المجزىء وكذلك ان نذر ذبح شاة معينة أضحية بأن قال لله على أن أذبح هذه الشاة أضحية فقد أصبحت في هذه الحالة واجبا معينة فان ذبحها قبل وقتها فيعتبر ذلك اتلافا لها ولا تبرأ ذمته وعليه بدلها في الوقت المجزىء .

أما اذا ساقها بقصد التطوع من غير أن يوجبها على نفسه فليس عليه بدلها الا أن يتطوع بذلك مثل من نوى الصدقة بشيء من ماله ثم عدل عن ذلك قبل أن يدفعها وصرفها في محل آخر . والأحاديث التي وردت بالاعادة محمولة على النذب أو على التخصيص بمن وجبت عليه كما يقول ابن قدامة والله أعلم .

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٦٥/٩) وقد صححه الألباني انظر ارواء الغليل (٣٥٥/٤) ، وقال ابن حجر : " صح عنهما أنهما كانا لا يضحيان مطلقا أحيانا خشية أن يظن وجوبها " . انظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢١٥/٢) . وقال الهيثمي : " وعن حذيفة بن أسيد قال رأيت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما وما يضحيان مخافة يستن فحملنى أهلى على الجفاء بعد أن علمت من السنة . . . رواه الطبرانى فى الكبير ورجاله رجال الصحيح " . انظر مجمع الزوائد (١٨/٤) .

المطلب الثانى : ذبح الأضحية خطأ أو عمدا بغير أمر ربها

لو أن شخصا تعدى على أضحية غيره فذبحها بدلا عنه فى وقتها من غير أن ينبهه فى ذبحها أو أخطأ اثنان فنحر كل واحد منهما أضحية صاحبه ظنا منه أنها أضحيته فهل تقع مجزئة أو لا ؟

مما ينبغى التنبيه عليه أن الهدى يأخذ أحكام الأضحية فى هذه المسألة فما قرره الفقهاء بالنسبة للأضحية ينطبق على الهدى حيث صرحوا بذلك فى كتبهم الا المالكية فقد فرقوا بين الهدى والأضحية وسوف نشير الى ذلك فى موضعه ان شاء الله تعالى .

وقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

يرى الحنفية والمالكية والظاهرية ^(١) ^(٢) ^(٣) أنه لا بد من اذن صاحب الأضحية بذبحها وسواء كان الاذن صريحا أو دلالة عند الحنفية ومن الاذن دلالة مالو أضجعها صاحبها وشد قوائمها لينحرها ثم جاء آخر فسبقه ونحرها قالوا أجزاء استحسانا لوجود الاذن دلالة . وكذلك لو غلط اثنان فذبح كل واحد منهما أضحية غيره أجزاء استحسانا . جاء فى بدائع الصنائع ^(٤) : "وجه الاستحسان : أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقد حمل غرضه وأسقط عنه مؤونة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مأذونا فيه دلالة فلا يضمن ويجزيه عن الأضحية كما لو أذن له بذلك نعم وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يجزىء كل واحد منهما أضحيته عنه استحسانا ويأخذها من الذابح لما بينا أن كل واحد منهما يكون راضيا بفعل صاحبه فيكون مأذونا فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الأضحية له وجازت

(١) بدائع الصنائع (٢٨٢٧/٦)، وما بعدها، وراجع كذلك (ص ٢٨٤٠)، رد المحتار (٢٠٠/٦)، الفتاوى الهندية (١٢٩/٥)، تبیین الحقائق (٩/٦)، المبسوط (١٤٥/٤)

(٢) المدونة (٤٨٨/١)، الكافى (٣٦٣/١)، الشرح الكبير (١٢٣/٢)، جواهر الاكليل (٢٢٢/١)

(٣) المحلى (٦٢/٨)

(٤) (٢٨٢٧/٦ - ٢٨٢٨)

عنه لأنه ملكه بالضمان " .

أما المالكية والظاهرية فظاهر نصوصهم أنه لا بد من الأذن صراحة وهو التوكيل بالذبح والا فلا تجزئ عن واحد منهما سواء أخطأ الاثنان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه أو ذبح أضحية غيره بغير أمره وهناك رواية عن الامام مالك أن الذابح لها اذا كان مثل الولد أو بعض العيال فانها تجزئ جاء في التمهيد : "وروى ابن عبدالحكم عن مالك إن ذبح رجل أضحية رجل بغير أمره لم تجزئ عنه وهو ضامن لأضحيته الا أن يكون مثل الولد أو بعض العيال انما ذبحوها على وجه الكفاية له فأرجوا أن تجزئ وقال ابن القاسم عنه اذا كانوا كذلك فانها تجزئ ولم يقل أرجو" .

واستثنى المالكية مسألة واحدة وهي ما اذا تعمد ذبح أضحية غيره عن نفسه فانها تجزئ عنه وضمن لربها قيمتها قالوا : والفرق بين العامد والغالط أن العامد داخل على ضمانها فكأنه ملكها قبل الذبح بالاستيلاء عليها .

ومتى قلنا بأنها لا تجزئ عن صاحبها عند أصحاب هذا القول فان على الذابح قيمتها لصاحبها فيشتري غيرها ويذبحها . بل قد ذهب ابن حزم الى أبعد من ذلك وهو أن المذبوحة تكون ميتة لا يحل أكلها وهذا عجيب يقول ابن حزم : " ومن ذبح مال غيره بغير اذن مالكة فقد تعدى والتعدى معصية لله وظلم . وقد أمر الله تعالى بالذكاة فهي طاعة له تعالى ولا شك في أن طاعة الله تعالى غير معصية فالذبح الذي هو طاعة وذكاة هو غير الذبح الذي هو معصية وعدوان ولا يحل أكل شيء من الحيوان الا بالذكاة التي أمر الله تعالى بها لامما نهى عنه من العدوان فليست ذكية فهي ميتة . ومن تعدى باتلاف مال أخيه فهو ضامن والمفقة فاسدة فالشم من مردود ومن أخطأ فذبح أضحية غيره بغير أمره فهي ميتة لا توكل وعليه ضمانها لما ذكرنا " .

(١) (١٠٨ / ٢) .

(٢) جواهر الاكليل (٢٢٣ / ١) ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣١٠ / ١) .

(٣) المحلى (٦٢ / ٨) .

(١)
 وحكم الهدى هو حكم الأضحية عند أصحاب هذا القول إلا المالكية
 فانهم يقولون : بأن من نحر هدى غيره خطأ فإنه يجزىء عن صاحبه ولم
 يكن عليهما شيء هذا هو المشهور عن مالك والفرق بين الهدى والأضحية
 وجود الالتزام فى الهدى دون الأضحية ، جاء فى جواب ابن القاسم لسحنون
 حينما سأله عن الهدى والأضحية ففرق بينهما فى الحكم فقال : " قلت
 فما فرق ما بين الضحايا والهدى فى قول مالك ؟ قال لأن الهدى إذا أُشْعِرَ
 وُقِلد لم يرجع لصاحبه فى مال والضحايا لصاحبها أن يبدلها بخير منها
 فهذا فرق ما بينهما " (٢)

(٣)
 وهناك رواية أخرى عن الامام مالك نقلها ابن عبد البر فى التمهيد
 فقال : " وقد روى عن مالك فى الْمُعْتَمِرِينَ إذا أهديا شاتين فذبح كل
 واحد منهما شاة صاحبه خطأ ان ذلك لا يجزىء عنهما ويضمن كل واحد منهما
 قيمة ما ذبح واثنى الهدى وقال ابن عبد الحكم أيضا عن مالك أو ذبح
 أحدهما يعنى الْمُعْتَمِرِينَ شاة صاحبه عن نفسه ضمنها ولم تجزه ، وَذَبَحَ شَاتَهُ
 التى أوجبها ، وَغَرَمَ لصاحبه قيمة شاته التى ذبحها واشترى صاحبه شاة
 وأهداها . قال ابن عبد الحكم والقول الأول أعجب الينا يعنى
 الْمُعْتَمِرِينَ يذبح أحدهما شاة صاحبه وهو قد أخطأ بها أن ذلك يجزيهما " .
 ويبدو أن هذه الرواية خاصة فىمن ساق هديه للعمرة دون من ساقه
 فى الحج فمن ساقه فى الحج فحصل له ذلك بأن ذبح هديه خطأ فإنه يجزيه
 رواية واحدة قال ابن عبد البر فى الكافى : " وإذا أخطأ رجلان حاجان
 هديهما فذبح كل واحد منهما هدى صاحبه عن نفسه وكانا قد أوقفاهما بعرفة
 أجزأهما ولم يكن عليهما شيء ، ولو كانا معتمرين ضمن كل واحد منهما
 قيمة ما ذبح ولم يجز عن واحد منهما واستأنف الهدى " (٥)

(١) المدونة (٤٨٤/١) ، التمهيد (١٠٨/٢) .

(٢) المدونة (٤٨٥/١) .

(٣) (١٠٨/٢) .

(٤) فى النص المطبوع (يجزى) بدون لا النافية لكن السياق يابى ذلك ونص

الكافى لابن عبد البر (لم يجز) وهو ما سأذكره بعد أسطر قليلة .

(٥) (٣٥٠/١) .

الرأى الثانى :

يرى الشافعية والحنابلة^(١) أن الذبح فعل لا يفتقر الى نية بناء على

ذلك :

فقد قال الشافعية أنه اذا نذر هديا معيناً أو أضحية معينة فذبحه غيره بغير اذنه فى وقته فان الصحيح المشهور أنه يقع الموقع فيأخذ صاحب الأضحية لحمها فيفرقه . والصحيح المنصوص عليه أنه يلزم الذابح أن يفرق اللحم بالذبح لأن اراقه الدم مقصودة وقد فوّتها على صاحبها . هذا كله اذا لم يفرق لحمها أما اذا أكله أو فرقه فى مصارفه وتعدّر استرداده فهو كالاتلاف بغير ذبح لأن تعيين المصروف اليه موكول الى المهدى والمضى فعلى هذا يلزم الذابح الضمان ويأخذ المهدى منه القيمة ويشترى بها هدياً ويذبحه هذا هو المذهب . والصحيح المشهور واختيار الجمهور أنه يضمن قيمته عند الذبح .

وقال الحنابلة : وان ذبحها ذابح فى وقتها بغير اذن ربها ونواها عن ربها أو أطلق أجزاء عن ربها ولا ضمان على الذابح وكذلك ان اشتبهت عليه ولم يعلم أنها أضحية الغير فنواها عن نفسه ولم يفرق لحمها أجزاء عن ربها .

فان علم أنها أضحية الغير فنواها عن نفسه وذبحها لم تجزى عن واحد منهما سواء فرق اللحم أو لم يفرقه .

فان فرق اللحم ضمن لصاحبها قيمتها صحيحة، وان لم يفرق اللحم ضمن ما بين القيمتين قيمتها صحيحة وقيمتها مذبوحة . وسواء فى ذلك قلنا بالاجزاء عن ربها أو لم نقل فانه يضمن الفرق ما بين القيمتين، قال البيهوتى عند قول الفتوحى : " وضمن ما بين القيمتين ان لم يفرق لحمها "

(١) المجموع (٢٧٣/٨ - ٢٧٤)، المذهب (٣١٦/١)، الأم (١٨٣/٢)، روضة الطالبين (٢١٤/٣ - ٢١٥)، مغنى المحتاج (٢٩٠/٤) .
 (٢) كشاف القناع (١١/٣ - ١٢)، شرح منتهى الارادات (٨٣/٢)، غاية المنتهى (٤٥٥/١)، الانصاف (٩٣/٤)، القواعد لابن رجب (ص ٢٢٢) .

الفصل الثالث

تلف الأموال واتلافها في الجهاد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

اتلاف أموال العدو في الجهاد

المطلب الأول : اتلاف أموال العدو من غير ذوات الأرواح

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٤) والظاهرية في جواز اتلاف أموال العدو من تخريب العامر وهدمه كالبنيان^(٥) والحصون وقطع الأشجار وافساد الزروع وذلك من أجل اضعافه وكسر شوكته بل قال المالكية بوجوب ذلك اذا كان فيه اغاظة لهم ولم تَرَجَّ صيرورتها^(٦) للمسلمين وهو المذهب .

لكن الفقهاء قيدوا الجواز بما اذا لم يكن في ذلك مضرة على المسلمين لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفتهم أو يستظلون به أو يأكلون من شمره، أو كان يغلب على ظنهم حصول ذلك للمسلمين وأن الفتح بادٍ، أو كان فتح الامام لديارهم ملحا أو قهرا فانه يجب الابقاء عليها في تلك الحالات وماشابهها لأنه افساد في غير محل الحاجة وما أبيض الالها .

- (١) المبسوط (٣١/١٠)، بدائع الصنائع (٤٣٠٦/٩)، شرح فتح القدير (٤٤٧/٥)، تبیین الحقائق (٢٤٤٤، ٢٤٣/٣)، المنتقى في الفتاوى (٧١٠/٢) .
- (٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٨١/٢)، جواهر الاكليل (٢٥٥/١)، منح الجليل (١٢١/١ - ١٢٢)، المدونة (٧/٢ - ٨)، أحكام القرآن لابن العربي (١٧٦٨/٤)، المنتقى (١٦٩/٣) .
- (٣) روضة الطالبين (٢٥٨/١٠)، مغنى المحتاج (٢٢٦/٤)، نهاية المحتاج (٦٧/٨)، زاد المحتاج (٣٠٩/٤ - ٣١٠)، الأم (١٧٣، ١٦١/٤)، كتاب السير من الحاوي للماوردي (٩٠٤، ٨٢٨/٣ - ٩١١)، مطبوع على الآلة الكاتبة مركز البحث العلمي بمكة المكرمة كلية الشريعة تحقيق محمد بن رديـد المسعودي ١٤٠٣ هـ .
- (٤) المغنى (٢٩١/٩ - ٢٩٢)، كشف القناع (٤٣/٣)، شرح المنتهى (٩٦/٢)، المحرر (١٧٢/٢)، الانصاف (١٢٧/٤) .
- (٥) المحلى (٤٦٧/٧) .
- (٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٨٠/٢) .

هذا بالنسبة للعقار أما المنقول كالأمتعة والسلاح ونحو ذلك فإنه لابد من اتلافه إذا عجز المسلمون عن حمله حتى لا ينتفع به الكفار ويتقووا به على المسلمين .

جاء في الهداية : " وتُحَرَّقُ الأسلحة أيضا وما لا يَحْتَرَقُ منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطلا للمنفعة عليهم " .^(١)

وجاء في المدونة : " قلت أرأيت البقر والغنم والدواب والطعام والسلاح والأمتعة من متاع الروم ودوابهم وبقرهم وطعامهم وما هف عنده أهل الاسلام من أمتعات أنفسهم ومآقام عليهم من دوابهم كيف يصنعون بهذا كله في قول مالك . . . قال وأما الأمتعات والسلاح فإن مالكا قال تحرق " .

وجاء في المنتقى : " وأما سائر الأموال مما ليس بحيوان فإن عَجَزَ عنه أحرق ولم يترك طعاما أو غيره " .^(٣)

وجاء في الأم : " وأما مفارق ذوات الأرواح فيصنعون فيما خافوا أن يستنقذوا من أيديهم فيه ماشاءوا من تحريق وكسر وتغريق وغيره " . وقال " قال الشافعي : كل ما كان مما يملكون لأرواح له فاتلافه مباح بكل وجه .

وكل ما زعمت أنه مباح فحلال للمسلمين فعله وغير محرم عليهم تركه وأُجِبَ إذا غزا المسلمون بلاد الحرب وكانت غزاتهم غارة أو كان عدوهم كشيبرا ومتحصنا ممتنعا لا يغلب عليهم أن تعير دارهم دار السلام ولأدار عهد يجري عليها الحكم أن يقطعوا ويحرقوا ويخربوا ما قدروا عليه من شمارهم وشجرهم ويؤخذ متاعهم وما كان يحمل من خفيف متاعهم فقدروا عليه اخترت أن يغموه ومالم يقدروا عليه حرقوه وغرقوه " .^(٥)

وجاء في الانصاف : " ولو تعذر حمل متاع ولم يشتتر فلأمير أخذه لنفسه واحرقه نص عليهما " .^(٦)

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٧/٥)، وانظر أيضا بدائع الصنائع

(٢) (٤٣٠٩/٩)، المنتف (٧١٠/٢) .

(٣) (٤٠/٢)، وانظر جواهر الاكليل (٢٥٦/١) .

(٤) (١٧٠/٣) .

(٥) (١٧٥/٤) .

(٦) الأم (١٧٣/٤ - ١٧٤)، وانظر روضة الطالبين (٢٥٨/١٠)، شرح السنة (٥٦/١١)

(٧) (١٢٧/٤) .

الأدلة :

استدل الفقهاء رحمهم الله على قولهم بجواز اتلاف أموال الكفار

أثناء الجهاد بالأدلة الآتية :

(١) قال الله تبارك وتعالى في بني النضير حين حاربهم رسول الله صلى

الله عليه وسلم :

" هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَّتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا وَظَنُوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ " (١)

قال الشافعي : " فوصف اخراجهم منازلهم بأيديهم واخراج

(٢)

المؤمنين بيوتهم ووصفه اياه جل ثناؤه كالرضا به " .

(٢) قال الله تبارك وتعالى : " مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً

(٣)

عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ فَبَدَّلَ اللَّهُ وَبَدَّلَ اللَّهُ الْفَاسِقِينَ " .

قال الشافعي : " فَرَضِيَ الْقَطْعَ وَأَبَاحَ التَّرِكَ فَالْقَطْعَ وَالتَّرِكَ مَوْجُودَانِ

(٤)

فِي الْكِتَابِ " .

(٥)

وجاء في المدونة عن الامام مالك أنه كان يتأول هذه الآية اذا ذكر

قطع الشجر وخراب بلادهم .

(٣) قال الله تبارك وتعالى : " مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ

الْأَعْرَابِ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ وَلَا يَرْغَبُوا بِأَنْفُسِهِمْ عَنْ نَفْسِهِ ذَلِكَ

بِأَنَّهُمْ لَا يَمِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَجَسٌ وَلَا مِخْمَعَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطِئُونَ مَوْطِئًا

يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنْتَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نِيْلًا إِلَّا كَتَبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ

لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ " (٦)

(١) الحشر : ٢

(٢) الأم (١٧٤/٤) .

(٣) الحشر : ٥

(٤) الأم (١٧٤/٤) .

(٥) (٨/٢) .

(٦) التوبة : ١٢٠

(١)

ولاشك أن في تخريب عامرهم وقطع شجرهم اغاظة لهم . يقول السرخسى :
 " ولما حاصر ثقيفا أمر بقطع النخيل والكروم حتى شق ذلك عليهم
 وجعلوا يقولون النخلة لاتحمل الا بعد عشرين سنة فلا عيش بعد هذا . ففى
 هذا بيان أنهم يذلون بذلك وأن فيه كبتا وغيظا لهم وقد أمرنا الله
 بذلك ، قال تعالى : " ولايطؤون موطئا يغيظ الكفار الا كتب لهم به عمل
 صالح " .

(٢) (٣)

(٤) مارواه البخارى ومسلم عن ابن عمر رضى الله عنهما قال حرق النبى

صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير " .

(٤)

ولمسلم : " قطع نخل بنى النضير وحرق ولها يقول حسان :

(٥)

وهان على سراة بنى لوى . . . حريق بالبويصرة مستطير

قال الامام الشافعى : " فان قال قائل فهل حرق أو قطع بعد ذلك

(٦)

قيل نعم قطع بخيبر وهى بعد بنى النضير " .

(٧)

(٥) مارواه أبو داود عن الزهرى قال عروة : فحدثنى أسامة

(١) المبسوط (٣١/١٠) .

(٢) كتاب الجهاد باب (١٥٤) .

(٣) كتاب الجهاد باب (١٠) .

(٤) جهاد باب (١٠) .

وأخرجه أيضا أبو داود (٨٧/٣) كتاب الجهاد باب (٩١) ، والترمذى

(١٢٢/٤) كتاب الجهاد باب (٤) ، وابن ماجه (٩٤٨/٢) كتاب الجهاد

باب (٣١) ، والامام أحمد (٨/٢) بالمسند .

(٥) البويصرة بضم الباء معغر: مَوْضِعٌ معلوم من بلاد قريظة وبنى النضير .

انظر مشارق الأنوار (٣١٥/١) .

(٦) الأم (١٦١/٤) .

(٧) (٨٨/٣) كتاب الجهاد باب (٩١) وسكت عنه وقال حدثنا عبد الله بن

عمر الغزى سمعت أبا مسهر قيل له أبتى ، قال نحن أعلم ههنا بيننا

فلسطين . قال ابن قدامة : " والصحيح أنها أبنا كما جاءت الرواية

وهى قرية من أرض الكرك فى أطراف الشام فى الناحية التى قتل فيها

أبوه ، وأما يبنا فهى من أرض فلسطين ولم يكن أسامة ليعمل اليها

ولا يأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالاغارة عليها لبعدها والخطر

بالمصير اليها لتوسطها فى البلاد وبعدها من طرف الشام فما كان

النبى صلى الله عليه وسلم ليأمره بالتغريب بالمسلمين فكيف يحمل =

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد اليه فقال : " أَغْرُ عَلَى
أَبْنَى صَبَاحًا وَحَرَّقُ " .

(٦) أن حُرْمَةَ النُّفُوسِ أَعْظَمُ وَقَتْلُهَا أَغْلَظُ فَلَمَّا جَازَ قَتْلَ نَفُوسِهِمْ عَلَى
الكُفْرِ كَانَ قَطْعَ نَخْلِهِمْ وَشَجَرِهِمْ عَلَيْهِ أَوْلَى بِالْجَوَازِ .^(١)

(٧) أن في ذلك اضعافا لهم وتوهينا واتلانا لما يتقوون به على المسلمين .^(٢)

(٨) أن المقصود كبت أعداء الله ، وكسر شوكتهم ، وبذلك يحصل ، فيفعلون
ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وفساد الزرع " .^(٣)

لكن ورد أن أبا بكر رضى الله عنه نهى عن قطع الشجر المثمر
وتخريب العامر . فقد روى الامام مالك فى موطنه عن يحيى بن سعيد أن أبا
بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان
الى أن قال له انى موصيك بعشر لاتقتلن امرأة ولاصبيا ولاكبيرا هرما
ولاتقطعن شجرا مشمرا ولاتخربن عامرا ... الحديث .^(٤)

= الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى " . انظر المغنى
(٢٩٢/٩) . قال محقق الكتاب معلقا على كلام ابن قدامة : " أبنا
هكذا فى المغنى والمصواب كما فى سنن أبى داود ومختصره للمنذرى
(أبنى) بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة بعدها نون وآخره ألف
مقصورة وهى موضع من بلاد فلسطين بين عسقلان والرملة وتنطق اليوم
(ببنى) بالياء بدل الهمزة كما قال أبو مسهر، ورواه ابن ماجه
(٩٤٨/٢) كتاب الجهاد باب (٣١) بلفظ اثنت ابني صباحا ثم حرق .
قال صاحب منتقى الأخبار : " رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه
وفى اسناده صالح بن أبى الأخضر قال البخارى هو ليين " . قال
الشوكانى : " حديث أسامة بن زيد سكت عنه أبو داود والمنذرى
وفى اسناده من ذكره المصنف وقال يحيى بن معين : وهو ضعيف ، وقال
أحمد : يعتبر به ، وقال العجلى يكتب حديثه وليس بالقوى . وقال
فى التقريب : ضعيف " . انظر نيل الأوطار (١٥٦/٩) .

- (١) كتاب السير من الحاوى (٩١٠/٣) ، بدائع الصنائع (٤٣٠٦/٩) .
- (٢) المنتقى (١٧٠/٣) .
- (٣) شرح فتح القدير (٤٤٧/٥) .
- (٤) الموطأ (٤٤٧/٢ - ٤٤٨) كتاب الجهاد باب (٣) ، وعبدالرزاق فى المصنف
(١٩٩/٥) كتاب الجهاد باب عقر الشجر بأرض العدو ، وابن أبى شيبه
فى المصنف (٣٨٣/١٢) كتاب الجهاد حديث رقم (١٤٠٦٧) باب (٢٢١٥) .

(١) وهو ما استدل به بعض العلماء كالأوزاعي فقد قال بكرهه القطيع والتخريب لهذا الحديث لكن الفقهاء حملوا هذا الحديث على ما قيدوا به قولهم بالجواز وهو انه اذا كان يرجى حصوله للمسلمين وجب الابقاء عليه لأنه افساد لعنل من أموال المسلمين وهذا لا يمح .

جاء في الأم :^(٢) "فقلت علام تعد نهى أبي بكر عن ذلك فقال الله تعالى أعلم أما الظن به فانه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يذكر فتح الشام فكان على يقين منه فأمر بترك تخريب العامر وقطع المشمر ليكون للمسلمين لا لأنه رآه محرما لأنه قد حضر مع النبي صلى الله عليه وسلم تحريقه بالنضير وخيبر والطائف فلعلهم أنزلوه على غير ما أنزله عليه والحجة فيما أنزل الله عز وجل في منيع رسول الله صلى الله عليه وسلم".

وجاء في المنتقى :^(٣) "قال ابن حبيب قال مالك وأصحابه انما نهى المديق عن اخراب الشام لأنه علم معيها للمسلمين وأما ما لا يرجو ظهورهم عليه فخراب ذلك مما ينبغي قال ابن حبيب هو الصحيح وقد حرق النبي صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير".

وجاء في المدونة :^(٤) "قال سحنون وأصل ماجاء عن أبي بكر رضي الله عنه في النهى عن قطع الشجر وخراب العامر أن ذلك لم يكن من أبي بكر رضي الله عنه نظرا للشرك وأهله والحيفة لهم والذب عنهم ولكنه أراد النظر للاسلام وأهله والتوهين للشرك ورجاء أن يصير ذلك للمسلمين وأن خرابه وهن على المسلمين . . . وكل بلد لارجاء فيه للمسلمين على الظهور عليها والمقدرة فوهن ذلك وضرره على أهل الشرك".

وجاء في شرح فتح القدير :^(٥) "ثم هو محمول على ما اذا أنس الفتوح وبيرونة البلاد دار اسلام وكان هذا هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمير

(١) معالم السنن للخطابي على هامش سنن أبي داود (٨٧/٣)، سنن الترمذي

(٢) (١٢٢/٤)، الأم (١٧٤/٤)، المبسوط (٣١/١٠)، شرح السنة للبيهقي (٥٤/١١) .

(٢) (١٧٤/٤)

(٣) (١٧٠/٣)

(٤) (٨/٢)

(٥) (٤٧٦/٥)

رضى الله عنهما فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم
أنه إذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لانه اتلاف مال المسلمين ألا ترى السى
قوله لا تحرقن وهو رضى الله عنه قد علم قوله عليه السلام : " أغر على
أبني صباحا ثم حرق " .^(١)
وجاء فى المحلى : " ولا حجة فى أحد مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقد ينهى أبو بكر عن ذلك اختيارا لأن ترك ذلك أيضا مباح كما فى
الآية المذكورة ولم يقطع صلى الله عليه وسلم نخل خيبر فكل ذلك حسن " .
وبالتأمل فى نصوص الفقهاء وتعليقاتهم فى المسألة نخلص السى
أن الفقهاء متفقون على جواز تخريب ديار الكفار وهدم عامرهم وقطع
شجرهم متى أفضى ذلك الى هزيمتهم أو دخولهم فى معالحة المسلمين . أو كان
ذلك يغيظ الكفار ويزيد فى كتبهم ولم يرج حصوله للمسلمين بل ان هذا
من العمل الصالح يقول تعالى : " مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ
الْأَعْرَابِ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ وَلَا يَرْغَبُوا بِأَنْفُسِهِمْ عَنْ نَفْسِهِ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ
لَا يُؤْمِنُونَ ظَمًا وَلَا نَعَبًا وَلَا مَخَمَصَةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطُونُ مَوْطِنًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ
وَالْيُنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نِيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ
الْمُحْسِنِينَ " .^(٢)

(١) سبق تخريجه . (ص ٢٧٣)

(٢) (٤٦٨/٧) .

(٣) التوبة : ١٢٠

المطلب الثانى : اتلاف أموال العدو اذا كانت
من ذوات الأرواح

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى حكم اتلاف حيوانات العدو على قولين :

القول الأول :

ذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والظاهرية^(٣) الى أنه لا يجوز عقر حيوانات العدو وقتلها بأى وجه من الوجوه وفى أى حال من الأحوال الا أن تذبح للأكل فقط . وخص الحنابلة ذلك فى غير حال القتال . واستثنى أصحاب هذا القول حيوانات القتال كالخيل اذا قاتلونها عليها فانه يجوز أن نعقرها لنعل بعقرها الى قتلهم أو الظفر بهم لأنهم يمتنعون بها فى الطلب والهرب أكثر من امتناعهم بحصونهم وسلاحهم . وأضاف الشافعية^(٤) أنه يجوز عقر خيول العدو اذا غنمها المسلمون وأدركهم العدو من غير خيل لأنه لو أطلقت عليهم ركبوا وقهروا المسلمين بها فجاز عقرها لاستدفاع الأذى بها كما لو كان العدو ركبانا . بل ذهب ابن قدامة^(٥) من الحنابلة الى أبعد من ذلك فى خيل القتال إذ رجح جواز عقر ماعجز المسلمون عن سوقه وأخذه ولو لم يدركهم العدو لأنه مما يحرم إيصاله الى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى بالتحريم فقال : "ويقوى عندى أن ماعجز المسلمون عن سياقته وأخذه ان كان مما يستعين به الكفار فى القتال كالخيل جاز عقره واتلافه" .

-
- (١) الأم (٤/١٦١، ١٧٤ - ١٧٥)، سير الحاوى (٣/٩٢٦ - ٩٣٠)، روضة الطالبين (١١/٢٥٨)، مغنى المحتاج (٤/٢٢٧)، زاد المحتاج (٤/٣١٠ - ٣١١)، شرح السنة للبخارى (١١/٥٥ - ٥٦) .
- (٢) المغنى (٩/٢٨٩ - ٢٩٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/٩٦)، كشف القناع (٣/٤٣)، المحرر (٢/١٧٢)، الانصاف (٤/١٢٦) .
- (٣) المحلى (٧/٤٦٨ - ٤٦٩) .
- (٤) سير الحاوى (٣/٩٣٤) .
- (٥) المغنى (٩/٢٩١) .

(١) تعقر اذا عجز عن اخراجها والانتفاع بها لم يختلف في ذلك أصحابنا
غير ابن وهب .

وقال : " والضرب الشان من الابل والغنم ما يعجز المسلمون عن
اخراجها فانه يقتل أو يعقر وهو الذى عناه بقوله المروى عنه فى كتاب
ابن المواز ولا بأس أن يعقر غنمهم ويقرهم وان لم يحتج الى ذلك لأن فى
ترك ذلك تقوية للعدو وفى اتلافه اضعافا لهم فان كانوا ممن يأكلون
الميتة فالصواب أن تحرق بعد العقر ان أمكن ذلك ليبطل انتفاعهم بها " .

(١) قال الباجي : " واختلف أصحابنا فى صفة العقر فقال البصريون من
أصحاب مالك تعرقب وتذبح أو يجهز عليها . وقال المدنيون من
أصحابه يجهز عليها وكرهوا أن تذبح أو تعرقب قال ابن حبيب وبه أقول
لأن الذبح مثله والعرقبة تعذيب . وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس
ببين لأن الذبح لم يكره فى الخيل لأنه مثله وانما كره لأنه ذريعة
الى اباحة أكلها قال أصحابنا يضرب عنقه ويبقر بطنه فأما العرقبة
فانه تعذيب على ما ذكره والصواب الاجهاز عليه بوجه يمنع أكله عند
من قال بذلك " المنتقى (٣/١٧٠) . هذا هو قول أصحاب مالك فى
صفة العقر أما الامام مالك رحمه الله فقد نُقِلَ عنه فى المدونة
العرقبة فقط أو الذبح فقد قال : قال مالك يعرقبون الدواب
أو يذبحونها . . . وقال قال مالك فى الرجل تقف عليه دابته أنه
يعرقبها أو يقتلها ولا يتركها للعدو ينتفعون بها . انظر المدونة
(٢/٤٠) . فمعنى العرقبة اذا عند مالك ما فرسها به الأبي الأزهرى
بأنها قطع عرقوبية انظر جواهر الاكليل (١/٢٥٥) . وقد خالف
الحنفية الامام مالك رحمه الله فى ذلك فنصوا على أنها تذبح
ولا تعقر لأن فى العقر مثله جاء فى المبسوط (٢٨/١٠ - ٢٩) : " ذكر
عن الزهرى رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تعقروا الخيل فى أرض العدو وهو دليلنا على مالك رحمه الله
فانه يجوز العقر فيما يقوم عليه من الدواب من الغنم كانت أو من
غيرها لحديث جعفر الطيار رضى الله عنه فانه لما استقل يوم مؤتة
وعلم أنه لا ينجو منهم عقر فرسه وتقدم فى نحر العدو حتى قتل ولكنا
نقول فى العقر مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة
ولو بالكلب العقور ولعل فعل جعفر رضى الله عنه كان قبل النهى
فانتسخ به " وقال فى شرح فتح القدير (٥/٤٧٦) : " وعقر جعفر بن
أبى طالب رضى الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح فى تلك
الوقعة فخشى أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضييق
الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها " .
قلت وهذا على فرض شبوته والا فقد قال الشافعى رحمه الله : " فان =

الأدلة :أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

(١) مرواه الامام مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان الى أن قال وانى موصيك بعشر فذكر منها ولاتعقرن شاة ولابعيرا الا لمأكله^(١) . قال الامام الشافعى :^(٢) " ولم أجد لأبى بكر فى ذوات الأرواح مخالفا من كتاب ولاسنة ولامثله من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما حفظت فلو لم يكن فيه الا اتباع أبى بكر كان فى اتباعه حجة مع أن السنة تدل على مثل ما قال أبو بكر فى ذوات الأرواح من أموالهم فان قال قائل ما السنة قلنا :

أخبرنا سفيان بن عيينة عن عمر بن دينار عن صهيب مولى بنى عامر عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قتل عمفورا فما فوقها بغير حقها سأله الله عز وجل عن قتله قيسل يارسول الله وماحقها قال : أن يذبحها فيأكلها ولايقطع

= قال قائل فقد روى أن جعفر بن أبى طالب عقر عند الحرب فلاأحفظ ذلك من وجه يثبت على الانفراد ولأعلمه مشهورا عند عوام أهمل العلم بالمغازى " . انظر الأم (١٧٥/٤) . وقد رواه أبوداود (٦٢/٣) كتاب الجهاد باب (٦٦) وقال هذا الحديث ليس بالقوى . قال عزت الدعاس محقق سنن أبى داود (٦٣/٣) وصح الشيخ أحمد شاکر اسناد هذا الحديث . . فقال صرح ابن اسحاق بسماعه من يحيى بن عباد وهو كذلك فى سيرة ابن هشام عن ابن اسحاق والاسناد صحيح . سبق تخريجه . (ص ٢٧٣)

(٢) الأم (١٦١/٤) وقد استدل الامام الشافعى رحمه الله بقول أبى بكر رضى الله عنه فى هذا الموضع ولم يستدل به فى الموضع السابق وهو تخريب العامر واتلاف ما عدا ذوات الأرواح من أموال الكفار لأنه قد ورد ما يعارضه من الكتاب والسنة فقال الامام الشافعى : " فان قال قائل فقد قال أبو بكر ولاتقطعن شجرا مشمرا فقطعته قيسل فانا قطعناه بالسنة واتباع ماجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . ولم أجد لأبى بكر فى ذوات الأرواح مخالفا . . . الخ " .

(١)
رأسها" .

ومما ذكره الشافعي رحمه الله ما رواه الامام مسلم قال حدثنا حجاج
ابن محمد قال قال ابن جريج : أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد
الله يقول : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتل شيء من
الدواب سيرا" .^(٢)

ومما ذكره ابن قدامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
قتل النحلة .^(٣)

ومما ذكره ابن حزم ما رواه النسائي عن عبد الله بن جعفر قال مر
رسول الله صلى الله عليه وسلم على أناس وهم يرمون كبشا بالنبل
فكره ذلك وقال "لاتمثلوا بالبهائم" .^(٤)

(٢) أن حظر قتل الحيوان أولى من عكسه لأن للحيوان حرمتين احدهما
لمالكة والأخرى لخالقه فاذا سقطت حرمة المالك لكفره بقيت حرمة
الخالق في بقاءه على حظره وحرمة أكبر من حرمة الأموال ولذلك
مُنِعَ مَالِكَ الحيوان من تعطيئه واجاعته لأنه اذا سقطت حرمة مالكة
بقيت حرمة خالقه .^(٥)

(٣) قال الامام الشافعي : "ووجدت الله عز وجل أباح قتل ذوات
الحيوان"^(٦)

(١) رواه النسائي (٢٣٩/٧) كتاب الضحايا باب من قتل عصفورا بغير حقها
والامام أحمد في مسنده (١٩٧،١٦٦/٢) وضعفه الألباني انظر تخريج
أحاديث الظلال والحرام (ص ٤٩) وأخرجه الحاكم في المستدرک (٢٣٣/٤)،
وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

(٢) رواه مسلم (١٥٥٠/٣) كتاب الصيد باب (١٢) وابن ماجه (١٠٦٤/٢) كتاب
الذبائح باب (١٠)، والامام أحمد في المسند (٣٣٩،٣١٨/٣) .

(٣) رواه أبو داود (٤١٨/٥) كتاب الأدب باب (١٧٦) ، وابن ماجه (١٠٧٤/٢) ،
كتاب الصيد باب (١٠) والامام أحمد في المسند (٣٣٢/١) ، وصححه
الألباني انظر صحيح الجامع (٦٨/٦) .

(٤) رواه النسائي (٢٣٨/٧) كتاب الضحايا باب النهي عن المجثم
وصححه الألباني انظر صحيح الجامع المغير (١٨٢/٦) .

(٥) كتاب السير من الحاوي (٩٢٩/٣) ، مغنى المحتاج (٢٢٧/٤) .

(٦) الأم (١٦٢/٤) .

الأرواح من المأكول بواحد من معنيين أحدهما : أن تذكى فتوكل
إذا قدر عليها والآخر أن تذكى بالرمي إذا لم يقدر عليها ولــــم
أجده أباح قتلها لغير منفعة" .

(٤) أن ذوات الأرواح تألم بالعذاب ولاذنب لها ففارقت ماسواها مــــا
(١)
ليس له روح .

(٢)
(٥) أنه حيوان ذو روح فلم يجز قتله لغيظ المشركين كنساءهم وصبيانهم .
هذا ما استدل به أصحاب القول الأول على ما ذهبوا اليه من عــــدم
جواز قتل ذوات الأرواح الا لقصد الأكل . وقد ذكرنا أنهم قد استثنوا
حيوانات القتال إذا قاتلوا المسلمين عليها وقد استدلوا على هــــذا
الاستثناء :

(١) أن حنظلة بن الراهب عقر بأبي سفيان بن حرب فرسه يوم أحــــد
فانكسعت به وصرع فجلس حنظلة على صدره وعطف ابن شعوب على حنظلة
فقتله وذلك بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم نعلم
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنكر ذلك عليه ولانهاه ولانهــــى
(٣)
غيره عن مثل هذا .

(٢) أنهم يمتنعون بها في الطلب والهرب أكثر من امتناعهم بحمونهــــم
(٤)
وسلاحهم فصارت أذى لنا فجاز استهلاكها .
(٥)
(٣) أنه إذا جاز قتل النساء والصبيان عند التترسبهم فالخيل أولى .

(١) الأم (١٧٥/٤) .

(٢) المغنى (٢٨٩/٩)، السير من الحاوى (٩٢٧/٣) .

(٣) الأم (١٧٥/٤)، المغنى (٢٩٠/٩)، السير من الحاوى (٩٣٠/٣)، وانظر
القصة في تاريخ الطبرى (٢١/٣ - ٢٢)، وانظر شرح السنة للبيهقي
(٥٥/١١)، قال ابن حجر في التلخيص الحبير (١٢٤/٤) : " البيهقي من
طريق الشافعي بغير اسناد وقد ذكره الواقدي في المغازي عن شيوخه
فذكره مطولا وذكره ابن اسحاق في المغازي دون ذكر القصة " .

(٤) السير من الحاوى (٩٣٠/٣) .

(٥) مغنى المحتاج (٢٢٧/٤)، المغنى (٢٩٠/٩) .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

- (١) أن هذه أموال باقية يتقوى بها العدو فجاز اتلافها عليهم كالسزرع القائم والشجر المثمر .^(١)
- (٢) أنه يجوز ذبح الحيوان لغرض الأكل لأنه غرض صحيح ، ولاغرض أمح ممن كسر شوكة الكفار وتعريضهم للهلاك والموت بذبح حيواناتهم ثم تحريقها لتنقطع المنفعة فصار كتخريب البنيان .^(٢)

المناقشة :

اعترض أصحاب القول الأول على أصحاب القول الثانى بعدم صحة قياس الحيوانات على الزرع القائم والشجر المثمر فقد أسلفنا أنهم قالوا أن للحيوان حرمتين حرمة مالكه وحرمة خالقه فاذا سقطت حرمة المالك بقيت حرمة الخالق بخلاف غيره من الأموال ولأنه من ذوات الأرواح يألوم بالتعذيب ولاذنب له ففارق غيره من الأموال فلزم بقاء الحيوان على الحظر .

وردوا على قولهم ان فى ذلك غيظاً للكفار وتوهينا لهم بمثل ما قال ابن حزم : " قتلنا لهم فاقتلوا أولادهم ومغارهم ونساءهم بهذا الاستدلال فهو بلا شك أغيب لهم من قتل حيوانهم فقالوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والعبيان فقلنا لهم وهو عليه السلام نهى عن قتل الحيوان الا لمأكله ولافرق وانما أمرنا الله تعالى أن نغيظهم فيما لم يینه عنه لا بما حرم علينا فعله " .^(٣)

وأما أصحاب القول الثانى فقد حملوا نهى أبى بكر رضى الله عنه عن ذبح الحيوان الا لمأكله وكل منهما حمله محملا : أما المالكية

(١) المنتقى (١٧٠/٣) .

(٢) شرح فتح القدير (٤٧٧/٥) .

(٣) المحلى (٤٦٩/٧) ، وانظر الأم (١٦٢/٤) ، السير من الحاوى (٩٢٩/٣) .

(٤) المنتقى (١٧٠/٣) .

فقالوا انه يحمل على ماعجز المسلمون عن حمله واخراجه أما ماعجزوا
عنه فانه يقتل أو يعقر .
(١)
وأما الحنفية فقالوا : هو محمول على ما اذا آنس الفتح وميـرورة
البلاد دار اسلام .

الترجيح :

الذي يبدو لي والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول
أدلتهم وضعف ماسواها والله أعلم .

(١) شرح فتح القدير (٤٧٧/٥) .

المبحث الثانى

فى حكم أكل الغانمين من طعام الغنيمية
واعلاف دوابهم منها قبل القسمة

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية الى أنه يجوز
لأهل الجهاد الأكل من طعام الغنيمية وأن يعلفوا دوابهم ولا فرق فى الطعام
بين أن يكون مهياً للأكل أو غير مهياً حتى يجوز لهم ذبح المواشى من الأبل
والبقر والغنم وهذا كله إذا كانوا فى دار الحرب فقط أما فى دار الاسلام
فان الحاجة قد انتفت والأمر الذى أبيض الأكل من أجله قد ارتفع فلا يجوز
الأكل منها قبل القسمة .

وقيد المالكية قولهم بجواز الأكل فى دار الحرب بما إذا احتـاج
الغانمون ولو لم تبلغ الحاجة حد الضرورة .^(٤) أما الحنفية والشافعية
فيقولون بجواز ذلك مطلقاً ، يقول السرخسى : "وإذا كان فى الغنيمية^(٥)
طعام أو علف فاحتاج اليه رجل تناول بقدر حاجته وقوله فاحتاج مذكور
على وجه العادة دون الشرط فللمحتاج وغير المحتاج أن يتناول من ذلك " .

-
- (١) المبسوط (٣٤/١٠) ، الهداية مع شرح فتح القدير (٤٨٤/٥) ، تبیین
الحقائق وحاشية الشلى عليه (٢٥٢/٣) ، الدر المختار وحاشيته
رد المختار عليه (١٤٣/٤) ، النتف فى الفتاوى (٧٠٧/٢) .
- (٢) المدونة (٣٥/٢ - ٣٦) ، جواهر الاكليل (٢٥٥/١) ، الشرح الكبير وحاشية
الدسوقى عليه (١٧٩/٢ - ١٨٠) ، منح الجليل (٧٢٠/١) .
- (٣) كتاب السير من الحاوى (٨٢٨/٣) ، روضة الطالبين (٢٦١/١٠ - ٢٦٣) ، الأم
(١٧٧/٤) ، مغنى المحتاج (٢٣١/٤ - ٢٣٢) ، معالم السنن (١٤٩/٣) ، شرح
النووى على صحيح مسلم (١٠٢/١٢) .
- (٤) جواهر الاكليل (٢٥٥/١) ، حاشية الدسوقى (١٧٩/٢) .
- (٥) المبسوط (٣٤/١٠) .

(١) وقال الماوردي : "قول الجمهور والظاهر من مذهب الشافعي أن الحاجة غير معتبرة في استباحتها وأنه يجوز لهم أن يأكلوا ويعلفوا دوابهم مع الحاجة والغنى والوجود والعدم اعتبارا بطعام الولايم" .

القول الثاني :

(٢) ذهب الحنابلة الى التفريق في الحكم بين ما قبل احراز الغنيمية وما بعد احرازها فقالوا : ان احرازها الامام أو وَكَلَّ من يحفظها فلا يجوز لأحد أن يأكل من الغنيمية أو يعلف دوابه منها الا للضرورة وهـو أن لا يجدوا ما يأكلون فحينئذ يجوز وسواء حيزت في دار الحرب أو في دار الاسلام .

أما قبل احراز الغنائم وحفظها فيجوز الأكل منها ولو من غير حاجة قال المرادوى : " على أشهر الطريقتين والمحيح من المذهب " (٣) . هذا كله في الأطعمة والأعلاف من الغنيمية أما الحيوانات فانهم يفرقون بين حيوان وحيوان اذا لم تكن الحاجة داعية الى ذبحها قبل احرازها و خلاصة قولهم في ذلك : (٤)

(أ) ان كان الحيوان لايراد الا للأكل كالدجاج والحمام وسائر الطيور فحكمه حكم الطعام في قول الجميع .
(ب) ان كان مما يحتاج اليه في القتال كالخيل لم يباح ذبحه للأكل في قولهم جميعا .

- (١) السير من كتاب الحاوي (٨٢٩/٣) . وقد أشار الى أن هناك وجها آخر للشافعية نسبة الى أبي علي بن أبي هبيرة وهو أنهم لا يستبيحونسه الامع الحاجة اعتبارا بأكل المضطر طعام غيره . هو ممنوع الاعنـد حاجته . قال الماوردي واعتباره بالمضطر خطأ من وجهين أحدهما أن المضطر ضامن وهذا غير فامن فافترقا" ورجح النووي أنه يباح ولو من غير حاجة وعبر عنه بالمحيح وعبر الشرييني بالأصح وهو كما عبر به النووي في الروضة . انظر مغنى المحتاج (٢٣٢/٤) .
(٢) المغنى (٢٨٥/٩) ، شرح منتهى الارادات (١٠٩/٢) ، كشف القناع (٦٧/٣) ، التنقيح (ص ١٥٩) ، المحرر (١٧٦/٢ - ١٧٧) ، الانصاف (١٥٥، ١٥٣/٤) ، المبعد (٣٥١ - ٣٥٠/٣) .
(٣) الانصاف (١٥٣/٤) .
(٤) من المغنى (٢٩٠/٩) .

(ج) ان كان غير ذلك كالبيقر والغنم فقال ابن قدامة : " لم يبيح في قول الخرقى . وقال القاضي ظاهر كلام أحمد اباحته لأن هذا الحيوان مثل الطعام في باب الأكل والقوت فكان مثله في اباحته " .
واستدل ابن قدامة لقول الخرقى بما رواه أبو داود حدثنا هناد بن السرى حدثنا أبو الأحوص عن عاصم يعني ابن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فأصاب الناس حاجة شديدة وجهد وأصابوا غنما فانتهبوها، فان قدورنا لتغلسي اذ جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى على قوسه فأكفأ قدورنا بقوسه ثم جعل يرمل اللحم بالتراب ثم قال ان النهية ليست بأحل من الميتة " أو ان الميتة ليست بأحل من النهية . . الشك من هناد . (١)
ولأن هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها الى دار الاسلام بخلاف الطير والطعام . قال ابن قدامة : (٢) الا ان أذن الأمير فيها أو قسمها .

القول الثالث :

(٣)
ذهب الظاهرية الى أن كل ما أمكن حمله من الطعام فحرام على المسلمين الا ما اضطروا الى أكله ولم يجدوا شيئا غيره وأما ما لا يقدر على حمله فجائز افساده وأكله وان لم يضطروا اليه وهذا كله فيما ملكوه أما ما لم يملكوه من ميد أو حجر أو حجر أو عود فهذا كله مباح كما هو في أرض الاسلام ولا فرق .

- (١) أبو داود (١٥١/٣) كتاب الجهاد باب (١٣٨)، وصححه الألباني انظر صحيح الجامع الصغير (١٧٥/٢) .
- (٢) المغنى (٢٩٠/٩) وقد ذكر الدليل على ذلك فدليل الجواز إذا أذن الأمير ماروى عطية بن قيس قال كنا اذا خرجنا في سرية فأصبنا غنما ننادى مناد الامام الامن أراد أن يتناول شيئا من هذه الغنم فليتناول انا لانستطيع سياقتها " رواه سعيد (٢٤٢/١)، أما دليل جوازها اذا قسمها ماروى معاذ قال غزونا مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر فأصبنا غنما فقسم بيننا صلى الله عليه وسلم وجعل بقيتها في المغنم " رواه أبو داود (١٥٢/٣ - ١٥٣) كتاب الجهاد باب (١٣٩) .
- (٣) المحلى (٥٧١/٧) .

الأدلة .

أولا : أدلة اصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بما يلي :

(١) مارواه البخارى عن عبدالله بن مغفل رضى الله عنه قال كُنَّا
مُحَاصِرِي قَمَرِ خَيْبَرَ فَرَمَى اِنْسَانٌ بِجِرَابٍ فِيهِ شَحْمٌ فَنَزَوْتُ لِأَخْذِهِ فَالْتَفَتْتُ
فَإِذَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاسْتَحْيَيْتُ مِنْهُ " .

ورواه مسلم بلفظ آخر قال : أَصَبْتُ جِرَابًا مِنْ شَحْمِ يَوْمِ خَيْبَرَ قَسَّالًا
فَالْتَزَمْتَهُ فَقُلْتُ لَا أُعْطَى الْيَوْمَ أَحَدًا مِنْ هَذَا شَيْعًا قَالَ فَالْتَفَتْتُ فَإِذَا رَسُولُ
اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَبْتَسِمًا " .

قالوا : فدل تبسمه منه صلى الله عليه وسلم وتركه عليه على

اباحته له .

(٢) وعن عبدالله بن أبى أوفى قال أصبنا يوم خيبر قال فكان الرجل
يجيء فيأخذ منه مقدار مايكفيه وينصرف " .
قالوا فدل ذلك على اباحته .

(٣) وعن عبدالله بن عمر قال كنا نعيب في مغازينا العسل والعنصب
فنأكله ولا نرفعه " .
(٤)

قالوا : فهذا دليل على أن عاداتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه .

(٤) أن الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب اذ هو
لا يقدر أن يستحب مايكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يباح

-
- (١) (٦١/٤) كتاب فرض الخمس باب (٢٠) .
(٢) (١٣٩٣/٣) كتاب الجهاد باب (٢٥) ورواه أيضا أبو داود (١٥٠/٣) كتاب
الجهاد باب (١٣٧) والنسائى (٢٣٦/٧) كتاب الضحايا باب ذبائح
اليهود ، والامام أحمد فى المسند (٨٦/٤) .
(٣) رواه أبو داود (١٥١/٣) كتاب الجهاد باب (١٣٨) قال الشوكانى :
" وحديث ابن أبى أوفى أخرجه الحاكم والبيهقى قال ابن الملاح فى
كلامه على الوسيط هذا الحديث لم يذكر فى كتب الأصول . انظر نيلى
الأوطار (٢١٦/٩) " . والحق أنه ورد فى أحد كتب الأصول كما أشـرت
أنفا أنه قد رواه أبو داود فى سننه . والله أعلم .
(٤) رواه البخارى (٦١/٤) كتاب فرض الخمس باب (٢٠) .

لهم التناول لفاق عليهم الأمر بخلاف السلاح والدواب لأنها تستحسب
غالبا فانعدم دليل الحاجة فلزم اذا استثناء الأكل من الغنيمـة
فى دار الحرب من الحظر للمحتاج وغير المحتاج مالم يخرجوا الى
دار الاسلام فاذا خرجوا فقد ارتفعت الضرورة لانهم يجدون فى
دار الاسلام الطعام والعلف بالشراء فيثبت حكم الغنيمـة فيما كان
(١)
باقيا منها .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل الحنابلة على قولهم بجواز أكل الطعام من الغنيمـة واعـلاف
الدواب منها قبل احرازها وعدم جواز ذلك بعد احرازها بما يلى :
انما أبيع قبل جمعه واحرازه لأنه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد
فأشبه المباحات من الحطب والحشيش . فاذا حيزت المغنم ثبت ملك
المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز
الأكل منها الا لضرورة وهو أن لا يجدوا ما يأكلون فحينئذ يجوز أن حفظ
نفوسهم ودوابهم أهم وسواء حيزت فى دار الحرب أو فى دار الاسلام .
(٢)

(١) المبسوط (٣٤/١٠)، تبين الحقائق (٢٥٢/٣)، كتاب السير من الحاوى

(٨٢٩/٣)، فتح الباري (٢٤١/١٢) .

ومما ينبغى التنبيه عليه أن الحنفية يرون أن الملك لا يثبت
للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام وبناء على ذلك لا يجوز قسمة الغنيمـة
فى دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام قال فى شرح فتح القدير:
"واستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام فى دارالحرب
بلا ضرورة وبعد ضمان ماتلف من الغنيمـة قبل الاحراز (٤٧٩/٥) وقال
فى العناية: وكذا لو أتلف أحدهم شيئا فى دار الحرب لم يضمن" (٤٧٨/٥)
على هامش شرح فتح القدير وانظر فى ذلك تبين الحقائق (٢٥٠/٣) ،
المبسوط (٣٣/١ - ٣٦)، وانظر أيضا الهداية مع شرح فتح القدير
(٤٧٨/٥)، وجاء فى أحكام القرآن للجصاص (٢٣٨/٤) " قال أبو بكر
الأصل فى ذلك عند أصحابنا أن الغنيمـة انما يثبت فيها الحق بالاحراز
فى دار الاسلام ولا يملك الا بالقسمة وحصولها فى أيديهم فى دار الحرب
لا يثبت لهم فيها حقا فكذلك سائر ما يحصل فى أيديهم قبل خروجهم
الى دار الاسلام لم يثبت لهم فيه حق الابالحيارة فى دارنا" .

(٢) المغنى (٢٨٥/٩)، شرح منتهى الارادات (١٠٩/٢) .

ثالثا : أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل ابن حزم الظاهري على قوله ^{تَرَوْنَ} إِنْ كَلَّ مَا يُمْكِنُ حَمَلُهُ مِنَ الْغَنَائِمِ الى دار الاسلام فحرام على المسلمين تناوله الا ما اضطروا اليه بمسار روى رافع بن خديج عن جده قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بذي الحليفة فأصاب الناس جوعا فأصابوا ابلا وغنما والنبي صلى الله عليه وسلم في أخريات الناس فعجلوا فذبحوا ونصبوا القدور فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقدور فأكففت ثم قسم فعدل عشر من الغنم ^(١) ببيعير " .

قال ابن حزم فلم يباح لهم أكل شيء اذا قد كانت القسمة قد حَضَرَتْ فيعمل كل ذي حق الى حقه . ^(٢)

المناقشة والترحيج :

^(٣) حمل الحنابلة بعض الأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الأول على اباحة تناول الطعام من الغنيمة قبل الاحراز ومن الأحاديث التي استدل بها

(١) رواه البخارى (٣٧/٤) كتاب الجهاد باب (١٩١)، مسلم (١٥٥٨/٣) كتاب الأضاحى باب (٤)، الترمذى (١٥٣/٤) كتاب السير باب (٤٠)، أبوداود (٢٤٧/٣ - ٢٤٨) كتاب الأضاحى باب (١٥)، ابن ماجه (١٠٤٨/٢) كتاب الأضاحى باب (٦)، النسائى (١٩٢/٧) كتاب العيد باب الانسية تتوحش .
(٢) المحلى (٥٧١/٧) .

(٣) هذا الحمل الذى أشرت اليه لم يصرح به الحنابلة وانما استدلالهم بهذه الأحاديث على قولهم يفيد ذلك جاء فى المنتهى وشرحه (١٠٩/٢) :
ومن أخذ طعاما ولو سكرا ونحوه كحلواء ومعاجين أو أخذ علفا ولو بلاذن أمير ولا حاجة فله أكله وله اطعام سبى اشتراه ونحوه وغلماهد وله علف دابته ولو كانت للتجارة لحديث عبد الله بن أبى أوفى الى أن قال : ولا يجوز لأحد أخذ شيء مطلقا من طعام أو غيره فى دار اسلام أو حرب مما أحرز من الغنيمة الا للضرورة " . وانظر مثل ذلك فى كشف القناع (٦٧/٣) .

(١)
 أصحاب القول الأول ثم استدل بها الحنابلة على قولهم هذا حديث البخارى
 عن عبدالله بن عمر : كنا نعيب في مغازينا العسل والعنب . . . الحديث
 وحديث عبدالله بن أبي أوفى قال : أمينا طعاما يوم خيبر فكان الرجل
 يأخذ منه ثم ينصرف .^(٢)

والذى يظهر لى - والله أعلم - ضعف استدلال الحنابلة بهذين
 الحديثين على قولهم لأنه ليس فيها ما يشير لامن قريب ولامن بعيد على
 أن اباحة أكل الطعام خاص فيما قبل احراز الغنيمة بل دلالتها قوية على
 ما ذهب اليه أصحاب القول الأول من اباحة تناول طعام الغنيمة فى
 دار الحرب ، مطلقا لأنها مظنة الحاجة .

ثم ان تقييد الحنابلة اباحة الأكل من طعام الغنيمة بعد احرازها
 بالضرورة لاتدل عليه الأحاديث التى ذكرت أن الصحابة رضوان الله عليهم
 كانوا يأكلون من طعام الغنيمة بل كان الرجل منهم يأتى الى الغنيمة
 فيأخذ ما يكفيه منها ثم ينصرف كما فى حديث عبدالله بن أبي أوفى
 ولم يشر الى أنه اذا كان محتاجا أو مضطرا .

أما استدلالهم بالمعقول على عدم جواز الأكل من الغنيمة بعد
 احرازها لأنها أصبحت ملكا للغانميين فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر
 أملاكهم فمن المتفق عليه عدم جواز الأكل من مال الغير الا باذن
 أو لضرورة لورود الأدلة الشرعية الصحيحة بذلك .

والذى يظهر لى - والله أعلم - أن مسألتنا مضمومة من هذا العموم^(٣)
 بالأحاديث الواردة التى استدل بها أصحاب القول الأول .

(١) سبق تخريجه (ص ٢٨٧)

(٢) سبق تخريجه (ص ٢٨٧) .

(٣) قال الخطابى : " لا أعلم خلافا بين الفقهاء فى أن الطعام لا يخمس فى
 جملة ما يخمس من الغنيمة وأن لواجده أكله مادام الطعام فى حد القلة
 وعلى قدر الحاجة ومادام صاحبه مقيما فى دار الحرب ، وهو مخصص من
 عموم الآية ببيان النبى صلى الله عليه وسلم كما خص منها السلب
 وسهم النبى صلى الله عليه وسلم والعقبي . معالم السنن (٤٩/٣) ويقتضد
 بعموم الآية قوله تعالى : " وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلسَّهْمِ
 خُمُسَهُ . . . الآية " الأنفال : ٤١

وأما قَصْرُ الحنابلة اباحة التناول من الغنيمة على الطعام والعلف فقط دون الحيوان فهو وجيه جدا لأن الحديث الذى استدلوا به من رواية أبى داود عن رجل من الأنصار صحيح كما سبقت الإشارة الى ذلك وقد قال عنه الشوكانى : " سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجال اسناده موثوقون" (١) .

وأما استدلال ابن حزم بحديث رافع بن خديج على قوله : انه لا يجوز الأكل من الغنيمة مطلقا الا للضرورة أو اذا كان لا يمكن حملها . فقصد أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك بأن الرسول صلى الله عليه وسلم انما أمر باراقة القدور لأنهم كانوا قد انتهوا الى دار الاسلام وأصحاب القول الأول يقولون بذلك وهو أنه انما يباح تناول الغنيمة اذا كانوا فى دار الحرب لأنها مظنة الحاجة لمعوية استصحاب الطعام والعلف وعدم امكان الشراء فاذا انتهوا الى دار الاسلام فقد انتفت الحاجة فعاد الأمر الى الحظر . وعند شرح هذا الحديث يقول النووى : " وانما أمر باراقتها لأنهم كانوا قد انتهوا الى دار الاسلام والمحل الذى لا يجوز فيه الأكل من مسال الغنيمة المشتركة فان الأكل من الغنائم قبل القسمة انما يباح فى دار الحرب" (٢) .

وقال ابن حجر : " وقال المهلب انما أكفا القدور ليعلم أن الغنيمة انما يستحقونها بعد قسمته لها وذلك أن القصة وقعت فى دار الاسلام لقوله فيها بذى الحليفة" (٣) .

أو يحمل هذا الحديث على أنهم قد ذبحوها بغير اذن الامام قال الشوكانى : " وقد استدل على أن المنع من ذبح الحيوانات المغنومة بغير اذن الامام بما فى الصحيح من حديث رافع بن خديج فى ذبحهم الابلى التى أمابوها لأجل الجوع وأمر النبى صلى الله عليه وسلم باكفاء القدور . قال المهلب : انما أكفا القدور ليعلم أن الغنيمة انما يستحقونها بعد القسمة" (٤) .

-
- (١) نيل الأوطار (٢١٨/٩) .
 - (٢) شرح صحيح مسلم (١٢٦/١٣) .
 - (٣) فتح البارى (١٦٢/١٢) .
 - (٤) نيل الأوطار (٢١٩/٩) .

وقال ابن حجر : " وموضع الترجمة منه أمره صلى الله عليه وسلم
بإكفاء القدور فإنه مشعر بكراهة ما صنعوا من الذبح بغير اذن^(١) .
قلت : وهذا يقوّي ما ذهب اليه الحنابلة من أن الحيوانات لايجوز
ذبحها من الغنيمة الا اذا أذن الامام فيها أو قسمها .

وأما قول ابن حزم في حديث عبد الله بن مغفل في جراب الشحم : وهذا
خير قد رويناه بزيادة بيان كما روينا من طريق محمد بن عبد الملك بن
أيمن نا أحمد بن زهير بن حرب نا عفان بن مسلم ومسلم بن إبراهيم نا
قالا : نا شعبة عن حميد بن هلال عن عبد الله بن مغفل قال : " كنا محاصري
خيبر فدلّى الينا جراب فيه شحم فأردت أن آخذه ونوينا أن لانعطى أحدا
منه شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم خلفى يبتسم
فاستحييت أن آخذه " .

فوجه استدلال ابن حزم أن عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قد استحي
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأخذه .^(٢)

أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك بأنه ليس هذا موضع الشاهد فسال
ابن حجر : " وموضع الحجة منه عدم انكار النبي صلى الله عليه وسلم بسل^(٣)
في رواية مسلم ما يدل على رضاه فإنه قال فيه : فاذا رسول الله صلى
الله عليه وسلم مبتسما، وزاد أبو داود الطيالسي في آخره : فقال هو لك^(٤)
وكأنه عرف شدة حاجته اليه فسوغ له الاستئثار به .

فالمهم في هذه المسألة عدم انكار الرسول صلى الله عليه وسلم ولو
كان ذلك محظورا لأنكر عليه ولم ينقل ذلك في الحديث بل نقل ما يخالفه
وهو ما يدل على اقراره له صلى الله عليه وسلم فلمزم أن يكون مباحا .
وأما ما ذكره عن حديث ابن عمر من أنه يحمل على أنهم لا يستطيعون

(١) فتح البارئ (١٢/١٦٢) .

(٢) المحلى (٧/٥٧٢) .

(٣) فتح البارئ (١٢/٢٤١ - ٢٤٢) .

(٤) قال ابن الملقن : " قال ابن القطان اسنادها صحيح انظر تحفة
المحتاج الى أدلة المنهاج (٢/٥١٢)، وقال ابن حجر : " زاد الطيالسي
في مسنده باسناد صحيح فقال هو لك " انظر التلخيص الحبير (٤/١٢٥) .

حمل العسل والعنب فاذا لم يستطيعوا حمله جاز لهم أكله لأن أكله خير
من افساده أو تركه .^(١)

فيمكن أن يجاب عن ذلك بأن الحديث ليس فيه دلالة على هذا الاحتمال
وهو بعيد في نظري والله أعلم .

وبعد هذا العرض لأقوال العلماء في مسألة حكم الأكل من الغنيمـة
وأدلتهم على ما ذهبوا اليه ومناقشتها يظهر لى والله أعلم مايلى :

(أ) رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول وهم جمهور الفقهاء من جواز

الأكل من طعام الغنيمـة واعلاف الدواب في دار الحرب لأنها مـظنـة

الحاجة دون دار الاسلام ، وذلك لصحة ما استدلوا به من الأثر والنظر .

(ب) رجحان ماذهب اليه الحنابلة من عدم جواز ذبح الحيوانات التـى

تستخدم للأكل وغيره كالابل والبقر والغنم الا في حال الضرورة أو في

حال اذن الامام بالذبح وذلك لقوة ما استدلوا به من الأثر والنظر

أيضا .

ومما ينبغى التنبيه اليه في هذه المسألة أن الأصل في الأخذ مـنـ

الغنائم الحرمه لأن الأخذ من الغنيمـة يـعدُّ من الغلول المحرم الـذى

ورد الشرع في التشديد فيه وسواء كان المأخوذ قليلا أو كثيرا وقد خُصَّ

الطعام من عموم النهى بالأحاديث الصحيحة الواردة فلزم الاقتصار على

ذلك وقد أشار الى ذلك ابن المنذر فيما نقله عنه ابن حجر فقد قال :

"وقال ابن المنذر : قد وردت الأحاديث الصحيحة في التشديد في الغلول

واتفق علماء الأمصار على جواز أكل الطعام . وجاء الحديث بنحو ذلك

فليقتصر عليه وأما العلف فهو في معناه"^(٢)

(١) المحلى (٥٧٢/٧) .

(٢) فتح البارئ (٢٤١/١٢) .

الكتاب الثالث

أحكام تلف الأموال في العقود الشرعية

وفيه خمسة فصول :

الفصل الأول : أحكام تلف الأموال في عقود المعاوضات ٢٩٤-٤٢٧

الفصل الثاني : أحكام تلف الأموال في عقود التبرعات ٤٢٧-٥٠٤

الفصل الثالث : أحكام تلف الأموال في عقود التوثيق والحفظ ٥٠٥-٥٤٢

الفصل الرابع : أحكام تلف الأموال في عقود النيابة ٥٤٣-٥٦٥

الفصل الخامس : تلف لأموال وإتلافها في شركات العقد ٥٦٦-٥٨٠

الباب الثالث

أحكام تلف الأموال فى العقود الشرعية

الفصل الأول

أحكام تلف الأموال فى عقود المعاوضات

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

فى تلف الأموال فى عقد البيع

المطلب الأول : فى تلف المبيع قبل القبض وبعده فى البيع
المحيح اللازم وأثر ذلك على العقد

مما لاخلاف فيه بين الفقهاء أن تلف المبيع واتلافه بعد قبض المشتري له لا يؤثر فى عقد البيع ولا تترتب عليه أحكام سوى وجوب الضمان على المتلف للمشتري كسائر المتلفات ، فبمجرد القبض للمبيع يستقر البيع ويصبح المبيع مالا من مال المشتري فاذا طرأ عليه تلف أو اتلاف فهو كسائر أمواله . الا ما استثناه المالكية والحنابلة فى الجائحة تعيب الشمار وما انفرد به المالكية من القول فى تلف الرقيق زمن العهده وسوف نشير الى ذلك ان شاء الله تعالى فى هذا المطلب . واستثنى الحنفية أيضا ما اذا كان الاتلاف قد حصل من البائع بعد قبض المشتري للمبيع وكان للبائع حق حبس المبيع واسترداده مثل أن يكون المشتري قد قبض المبيع بغير اذنه والتمن حال ولم ينقده المشتري للبائع فان هذا اتلاف مؤثر فى عقد البيع ولو بعد قبض المشتري بحيث يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري اذا كان الاتلاف كلياً . أما اذا كان جزئيا فان البيع يفسخ فى

قدر المتلف ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لأنه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن . ولا يفسخ العقد في الباقي ويجب على المشتري دفع حصته من الثمن ولو تلف هذا الباقي فإنه يتلف في ضمان المشتري إلا إذا كان التلف بسراية جنابة البائع فيعير البائع مستردا ويسقط عن المشتري جميع الثمن لأن تلف الباقي حصل مضافا إلى فعله .^(١)

هذا ما استثناه الحنفية من هذا الأصل المتفق عليه . ومادام التلف والاتلاف بعد القبض لأثر له على العقد فنكتفى بهذه الإشارة ونتكلم عن التلف والاتلاف قبل القبض لأن له تأثيرا على العقد .

وقد اختلف مفهوم القبض في عقد البيع بين فقهاء المذاهب ويرجع هذا الاختلاف إلى عدم وجود حد للقبض في الشرع فكان الرجوع فيه إلى العرف والعادة فهما اللذان يحددان ما يعتبر قبضا وما لا يعتبر وقد صرح بعض الفقهاء بذلك فقد جاء في روضة الطالبين : " والقول الجُملي فيهِ أن الرجوع فيما يكون قبضا إلى العادة ويختلف بحسب اختلاف المال " .^(٢) وقال الشرييني : " ثم شرع في بيان القبض والرجوع في حقيقته إلى العرف فيه لعدم ما يضيظه شرعا أو لغة كالأحياء والحرز في السرقة . . . لأن الشارع أطلق القبض وأنط به أحكاما ولم يبينه ولله حد في اللغة فَرَجَ فيه إلى العرف " .^(٣)

وقال ابن قدامة : " ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيهِ إلى العرف كالأحرار والتفرق والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا " .^(٤) وقال شيخ الإسلام ابن تيمية : " وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض " .^(٥)

-
- (١) بدائع المنافع (٣٢٤٣/٧)، المبسوط (١٧٦/١٣ - ١٧٧)، الفتاوى البزازية (٥٠٠/٤ - ٥٠١)، روضة القضاة المجلد الأول (ص ٣٩٤) .
- (٢) (٥١٤/٣) .
- (٣) معنى المحتاج (٧١/٢) .
- (٤) المغنى (٨٥/٤) .
- (٥) القواعد النورانية (ص ١١١)، مجموع الفتاوى (٣٤٥/٢٠) .

(١)
بناءً على ذلك فقد رأى الحنفية أن المراد بالقبض هو التخلية وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التعرف فيه . واعتبروا التخلية قبضاً حكماً كافياً لنقل الضمان بخلاف جواز التعرف فإنه يشترط له القبض الكامل لورود النهي عن بيع ما لم يقبض مطلقاً والقبض المطلق هو القبض الكامل .

ومرادهم بالقبض الكامل أو التام هو استيفاء المقدرات بما بيعت به من كيل أو وزن أو ذرع أو عد .

وقد اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة مع الحنفية على أن التخلية قبض في العقار وهو ما لا يمكن نقله وتحويله كالأرض والدور والغرس والشجرة . فقد جاء في مختصر خليل وشرحه للدردير :
"قبض العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر بالتخلية بينهما وبين المشتري وتمكينه من التعرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت وإن لم يُخلِ البائع متاعه منها إن لم تكن دار سكنى وأما هي فإن قبضها بالاخلاء ولا يكفي التخلية" .

(٣)
وجاء في روضة الطالبين : " إن كان مما لا ينقل كالأرض والدور فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من اليد والتعرف بتسليم المفتاح إليه ولا يعتبر دخوله وتعرفه فيه ويشترط كونه فارغاً من أمتعة البائع فلو باع داراً فيها أمتعة للبائع توقف التسليم على تفريغها وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش" .

(٤)
وجاء في الاقناع وشرحه للبهوتي : "ويحصل القبض فيما عدا ذلك من عقار وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس ونحوه كالشجر على الشجر بتخليته مع عدم مانع أي حائل بأن يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها

(١) بدائع الصنائع (٧/٣٢٤٨ - ٣٢٤٩، ٣٢٥١)، وراجع الدر المختار ورد

المختار عليه (٤/٥٦١) .

(٢) الشرح الكبير (٣/١٤٤ - ١٤٥) .

(٣) (٣/٥١٤) .

(٤) كشف القناع (٣/٢٣٥ - ٢٣٦) .

ونحوه وان كان فيها متاع للبائع قال الزركشي : ... عملا بالعرف " .
 وأما ما يمكن نقله وتحويله كالشباب والحيوانات ونحوه فلا تكفى
 التخلية لاعتبار القبض بل لابد من نقله وتحويله عن مكانه الذى اُبْتِيعَ
 فيه خلافا للحنفية . (١)

ومما خالف فيه جمهور الفقهاء الحنفية أيضا أن مافيه حق توفيقه
 وهو ما يبيع بالوزن أو الكيل أو العَدَّ أو الذرع فإن قبضه يكون بوزنه
 أو كيله أو عده أو ذرعه (٢) وهو القبض الكامل عند الحنفية وقد ذكرنا
 آنفا أن الحنفية لا يشترطون القبض الكامل لنقل الضمان بل يكفى القبض
 الحكيم وهو التخلية فى نقل الضمان .

هذه لمحة موجزة عن مفهوم القبض لدى الفقهاء . فاذا تلف المبيع
 قبل قبض المشتري له وكان البيع بائا فقد اختلف الفقهاء فى أثر هذا
 التلف على عقد البيع وهذا ناشئ عن اختلافهم فى ضمان المبيع هل يكون
 على المشتري بمجرد العقد أو يكون على البائع حتى يقبضه المشتري
 اختلفوا فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية والشافعية الى أن المبيع فى ضمان البائع حتى يقبضه
 المشتري بمعنى انفساخ البيع بتلفه كليا وثبوت الخيار للمشتري بتلفه

- (١) المراجع السابقة .
 (٢) الشرح الكبير (١٤٤/٣)، جواهر الاكليل (٥١/٢)، روضة الطالبين (٥١٧/٣) -
 (٥١٨)، مغنى المحتاج (٧٢/٢)، كشف القناع (٢٣٤/٣)، الانصاف (٢٦٩/٤) -
 (٤٧١)، المغنى (٨٥/٤) .
 (٣) بدائع الصنائع (٣٢٣٥/٧ - ٣٢٣٨، ٣٢٣٦، ٣٢٤٠، ٣٢٤٢)، جامع الفصولين
 (٣٥٣/١)، رد المحتار (٥٦٦، ٥٦٠/٤)، الفتاوى البزازية (٥٠٠/٤)، روضة
 القضاة المجلد الأول (ص ٣٩١ - ٣٩٢) .
 (٤) مغنى المحتاج (٦٥/٢ - ٦٨)، نهاية المحتاج (٧٦/٤ - ٨٣، ٨٠، ٧٧ - ٨٤)،
 روضة الطالبين (٤٩٩/٣ - ٥٠٤، ٥٠٠ - ٥٠٥)، المهذب (٣٩١/١)، الأم (٦٠/٣)

جزئيا . (١) وفيما يلي نعرض رأى الحنفية والشافعية فى حالتى التلف والاتلاف والآثار المترتبة عليها بالتفصيل .

الحالة الأولى : تلف المبيع قبل قبضه تلفا كلياً :

تلف المبيع قبل قبضه لا يخلو أن يكون بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل البائع أو المشتري أو هما معا أو بفعل أجنبي : يرى الحنفية والشافعية أن المبيع اذا تلف بأفة سماوية أو بفعل البائع فان عقد البيع يفسخ لتعذر القبض لأن العقد لو بقى أوجب مطالبة المشتري بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن فى بقاء العقد فائـــــدة فيفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لأن انفساخ البيع يعنى ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن .

وكذلك الحال مالو كان تلفه بفعل المبيع بأن كان عبدا أو حيوانا فقتل نفسه عند الحنفية . أو كان بفعل أجنبي وكان اتلافه له بحق أو كان حربيا عند الشافعية .

أما اذا أتلغه الأجنبي بغير حق ولم يكن حربيا فالشافعية يتفقون مع الحنفية فى أن البيع لا يفسخ لقيام البدل مقام المبيع واذا لــــم يفسخ البيع فالمشتري بالخيار قال الحنفية لأن المبيع قد تعين فــــى

(١) هذا بالنسبة لعين المبيع أما الزوائد فانها تكون أمانة فى يــــد البائع حتى يقبضها المشتري ولا ضمان عليه بتلفها من غير تعــــد أو تفريط وان كان أصلها مضمونا على البائع والفرق بينهما عند الشافعية أن ضمان الأصل بالعقد عليه ولم يوجد العقد فى الزوائد . أما الحنفية فهى وان كانت الزوائد مبيعة عندهم فان حكم العقد ثبت فيها تبعا لأصلها وليست مقصودة بالبيع بمنزلة أطراف الأم والأطراف كالأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن الا أن تعبير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية بناء على ذلك فانها اذا تلفت بأفة سماوية لا يسقط شىء من الثمن واذا أتلغها البائع سقطت حصتها من الثمن عن المشتري كما لو أتلغ جزءا من المبيع . ولو أتلغها المشتري يعير قابضا لها بالاتلاف وان أتلغها الأجنبي فانه يضمنها بلا خلاف . راجع فى ذلك : بدائع المنائع (٣٢٧٦/٧ - ٣٢٧٨) ، مغنى المحتاج (٦٦/٢) روضة الطالبين (٤٩٩/٣) .

ضمان البائع لأنه كان عيناً فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البائع
يوجب الخيار للمشتري . فان شاء المشتري فسخ البيع فيعود المبيع إلى
ملك البائع ويتبع البائع الجاني فيضمنه مثله ان كان من ذوات الأمثال
وقيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال . وان شاء المشتري اختار البيع
فيتبع الجاني بضمن البديل وهو المثل أو القيمة .

أما اذا كان المتلف للمبيع قبل القبض هو المشتري فيرى الحنفية
والشافعية أن عقد البيع لا يفسخ وعلى المشتري ثمن المبيع لأنه بالاتلاف
صار قابضاً لكل المبيع قال الحنفية لأنه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات
يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن .

وهذا الحكم عند الشافعية قياساً على اتلاف المالك المغموب في يد
الغاصب فان الغاصب يبرأ من الضمان تقديماً للمباشرة في أصح القولين
سواء علم المالك أنه أتلف ملكه أو لم يعلم .

الآن الشافعية قد اشترطوا لاعتبار اتلاف المشتري قبضاً أن يكون
المشتري أهلاً للقبض وأن لا يكون اتلافه لعارض يبيح الاتلاف مثل أن يمسول
عليه .

فان كان المشتري حين الاتلاف غير أهل للقبض بأن كان مجنوناً مثلاً
وقد اشتراه قبل جنونه فالقياس أن اتلافه ليس بقبض الا أن عليه البديل
وعلى البائع رد الثمن ان كان باقياً ورد بدله ان كان تلفاً .

أما اذا كان التلف قد حصل بفعل البائع والمشتري معا قبل القبض
فقد ذكر الشافعية أن البيع يفسخ في نفعه ويلزم في نفعه الآخر بناءً
على أن اتلاف البائع كالأفة السماوية واتلاف المشتري قبض ويسقط الخيار
الذي كان للمشتري في حال تلفه بأفة سماوية لأن البيع قد لزمه بجنايته
واتلافه فلا يفسخ .

الحالة الثانية : تلف المبيع قبل قبضه تلفاً جزئياً :

تلف بعض المبيع قبل قبضه كتلفه كله لا يخلو أن يكون بأفة سماوية
أو بفعل المبيع نفسه أو بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي :

وقد فرّق الحنفية فى حالة تلف بعض المبيع بآفة سماوية، بين ما اذا كان النقصان الحاصل بسبب التلف نقصان قدر، أو نقصان وصف .
فقالوا : ان كان نقصان قدر بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا فان العقد ينفسخ بقدر التالف وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن . وتلف كل المعقود عليه يوجب الانفساخ فى الكل وسقوط كل الثمن . فتلف بعضه يوجب انفساخ البيع فيه بقدر التالف .

وإذا انفسخ البيع فى التالف فالمشترى بالخيار فى الباقي ان شاء أخذه بخصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفة قد تفرقت عليه .
هذا اذا كان نقصان قدر فان كان نقصان وصف : وهو كل ما يدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الأرض وأطراف الحيوان والجودة فى المكيل والموزون . فان العقد لا يفسخ أصلا ولا يسقط عن المشترى شيء من الثمن لأن الأوصاف لاحصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية فانها حينئذ تعبير مقصودة .

لكن المشترى فى هذه الحالة بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض . وقد ألحق الحنفية بذلك ما اذا تلف بعض المبيع بفعل نفسه فان جناية المبيع على نفسه هدر فصار كما لو تلف بآفة سماوية فلو كان المبيع حيوانا فانقطع طرفه بفعل نفسه فهذا يعتبره الحنفية نقصان وصف حصل بفعل المبيع وفعله هدر كالأفنة السماوية ونقصان الوصف بآفة سماوية لا يقابل بثمن والمشترى فى هذه الحالة بالخيار بين أخذه بجميع الثمن ناقما أو أن يفسخ العقد لتعيب المبيع قبل القبض .

هذا هو رأى الحنفية بالنسبة لتلف بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية . أما الشافعية فقد قالوا : اذا تلف بعض المبيع بآفة سماوية قبل القبض فلا يفسخ عقد البيع ويكون المشترى بالخيار بين أن يجيز البيع ويكون عليه بجميع الثمن كما لو كان العيب مقارنا للعقد ولا يرشله لقدرته على الفسخ . وان شاء فسخ العقد لتعيب المبيع

قبل القبض .

هذا رأى الحنفية الشافعية فى تلف بعض المبيع قبل قبضه بأقصة
سماوية أما اذا تلف بفعل آدمى :
فان كان المشتري : فلا يفسخ العقد ويلزمه البيع ولا يسقط عنه شيء
من الثمن لأنه صار قابضا لكل باتلاف البعض . لأنه لا يتمكن من اتلاف البعض
الا باثبات يده على الكل وهو تفسير القبض .
وان كان بفعل البائع : فقال الحنفية : يفسخ العقد بقدر التالف
ويسقط عن المشتري حصة التالف من الثمن وهو قدر النقصان اعتبارا
للبيع بالكل وسواء كان نقصان قدر أو وصف . ووجه الفرق عند الحنفية
بين تلفه بأقصة سماوية واتلاف البائع فى أن حالة نقصان الوصف فى الأقصة
السماوية لا يسقط عن المشتري فيها شيء من الثمن بخلافه التلف بفعل
البائع فالفرق هو أن الأوصاف فى حال ورود الجناية عليها تعبير أصلا
بهذه الجناية والأصل يقابله شيء من الثمن فكذلك الأوصاف .
وإذا انفسخ البيع فى التالف فالمشتري بالخيار فى الباقي ان شاء
أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه .
والمذهب عند الشافعية ثبوت الخيار للمشتري لأن فعل البائع كالأقصة
السماوية أو كفعل الأجنبي وكلاهما مثبت للخيار قطعا فان شاء المشتري
فسخ العقد وان شاء أجاز بجميع الثمن كما لو كان العيب مقارنا للعقد
ولأرسله للنقص لأنه قد رضى به ناقصا مع قدرته على الفسخ .
وان كان تلف البعض حصل بفعل أجنبي فقول الحنفية والشافعية فى
ذلك مثل قولهم فى اتلاف الأجنبي لكل المبيع وقد ذكرناه آنفا .

القول الثانى :

(١)

ذهب المالكية

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٤٦/٣ - ١٥١) ، جواهر الاكليل
(٥١/٢) ، وما بعدها ، المنتقى (٢٥٠/٤ - ٢٥١) ، الكافى فى فقه أهل
المدينة (٣٧/٢ - ٣٨) ، بداية المجتهد (١٦١/٢) ، حاشية العدوى على
شرح أبى الحسن للرسالة (١٤٨/٢) .

(١) والحنابلة والظاهرية (٢) الى أن البيع متى كان صحيحا فان المبيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولو لم يقبضه بمعنى أنه لو تلف بعد تمام العقد وقبل القبض يتلف من ماله واستثنى المالكية والحنابلة بعض حالات يكون المبيع فيها من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .
فقد استثنوا : ما فيه حق توفيه وهو المكيل والموزون والمعدود والمذروع اذا بيع كيلا أو وزنا أو عدا أو ذرعا فانه لا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض . فاذا تلف فانه يتلف في ملك البائع ومن ضمانه .
وكذلك المبيع بصفة أو رؤية متقدمة فانه يكون في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .

وكذلك الثمار المبيعة بيعا صحيحا على أصولها بعد الطيب فزمانها على بائعها قال المالكية الى وقت أمن الجائحة وأمنها يتناهى الطيب وقال الحنابلة الى وقت الجذاذ . وضمان الثمار يكون من بائعها عند المالكية والحنابلة بالنسبة للجائحة فقط وأما غيرها فمن المبتاع بمجرد العقد وسوف يأتي مزيد بيان لهذه المسألة ان شاء الله تعالى .
(٣) وانفرد المالكية فقالوا يستثنى كذلك : المبيع في عهدة الثلاث

-
- (١) كشف القناع (٣/٢٣٠ - ٢٣١)، الانصاف (٤/٤٦٤، ٤٦٦، ٤٧٢)، المغنص
(٤/٨٢ - ٨٥)، القواعد (ص ٧٤ - ٧٥)، المحرر (١/٣٢٢)، شرح منتهى
الارادات (٢/١٨٨)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٩/٤٠٤، ٥٠٧) .
(٢) المحلى (٩/٣٤٣) .
(٣) العهدة لغة : الالتزام والالتزام واصطلاحا تعلق المبيع بضمن البائع مدة معينة وهي قسمان عهدة سنة وهي طويلة الزمان قليلة الضمان وعهدة ثلاث وهي قليلة الزمان كثيرة الضمان . انظر الشرح الكبير (٣/١٤١) والعهدة ليست الا عند المالكية ومحلها في الرقيق خاصة دون سائر المبيعات والأصل فيها ما روى الامام مالك في الموطأ (٢/٦١٢) كتاب البيوع باب (٣) عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشتري العبد أو الوليدة وعهدة السنة قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة في الأيام الثلاثة فهو من البائع . وان عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فاذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها . وقد ذكر الباجي رحمه الله في المنتقى (٤/١٧٦) وجه اختصاص الرقيق =

فانه يكون فى ضمان البائع حتى تنقضى الأيام الثلاثة ثم يبرأ من ضمانه
ويكون فى ضمان المشتري .

وكذلك السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال لإتيان المشتري
به أو للاشهاد على تسليمها للمشتري فانها تكون فى ضمان البائع حتى
يسلمها للمشتري .

وكذلك الجارية المبيعة فى مدة المواضعة فانها تكون فى ضمان
البائع حتى يخرج دم الحيض والمعتمد عندهم أنه بمجرد رؤية الدم تخرج
من ضمان البائع وتكون فى ضمان المشتري .

أما الظاهرية فلم يستثنوا من ذلك شيئا فقد قال ابن حزم : " وكل
بيع صح وتم فهلك إثر تمام البيع فمعيبته من المبتاع ولارجوع له على
البائع وكذلك كل ما عرض فيه من بيع أو نقص سواء فى كل ذلك كان المبيع
غائبا أو حاضرا أو كان عبدا أو أمة فجن أو برص أو جدّم اثر تمام البيع
فما بعد ذلك أو كان شمرا قد حلّ بيعه فأجبح كله أو أكثره أو أقله
فكل ذلك من المبتاع ولارجوع له على البائع بشئء " .

إذا تبين ذلك : فانه لا أثر لتلف المبيع على عقد البيع متى كان
المبيع من ضمان المشتري أما إذا كان فى ضمان البائع كما هو الحال
فى المسائل التى استثنائها المالكية والحنبلة من حكم الأصل فان تلف
المبيع واتلافه تترتب عليه أحكام بالنسبة للعقد وبالنسبة للبائـع
والمشتري وسوف نعرض رأى المالكية والحنبلة فى آثار التلف والاتلاف
بعد تمام عقد البيع إذا كان الضمان من البائع .

= بالعهدّة دون سائر المبيعات فقال : " والفرق بينه وبين سائر
المبيعات ما ذكرنا من أن له تمييزا تكتم به عيوبه فجعلت العهدّة
باختبار حاله وتبين أمره والصحيح عندى ما ذكره غيره من أن
للقريب أفهاما تخبر عن أسباب أمراضه التى يجدها قبل ظهورها عليه
فيكون كتمان السيد لما أخبره به من أسباب أمراضه تدليسا يقوم مقام
تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه " . وقد ردّ ابن حزم فى المحلى (٣٤٥/٩)
وما بعدها على قول المالكية بالعهدّة وعرض الأثار الواردة فيها وفندّها .
(١) المواضعة : أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة معدّلة حتى تحيض
حيضة فان هى حاضت كمل البيع وان لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع
والمواضعة لاتكون عند المالكية الا فى جوارى الوطء خاصة أما جوارى
الخدمة اللاتى لغير المتعة فلا مواضعة فيهن . راجع المنتقى (٢٠٢/٤)
الكافى (٦٨/٢ - ٦٩) .
(٢) المحلى (٣٤٣/٩) .

أولا : رأى المالكية :

(أ) إذا حصل التلف بآفة سماوية :

إذا كان المبيع النالف فى ضمان البائع مما فيه حق توفيه أو شمارا قبل أمن جاحتها أو مواضة أو غائبا معينا وتلف كله فان العقد يفسخ بهذا التلف ولا يلزم البائع الاتيان بغير المعين المعقود عليه ، هذا إذا ثبت التلف ببينة أو تصادقا عليه .
أما إذا غيبه البائع وادعى ضياعه وكذبه المشتري فان العقد لا يفسخ والمشتري بالخيار بين فسخ العقد لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التمسك ويطالب البائع بمثله أو بقيمته .
أما السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال لاتيان المشتري به أو المحبوسة للاشهاد على تسليمها للمشتري فانها إذا تلفت فان البائع يضمنها ضمان الرهان ولاتخير فيها للمشتري .
فيفرق فى ذلك بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه . فان كانت مما لا يغاب عليه فلا ضمان عليه فيه إذا ادعى تلفه أو هلكه إلا أن يظهر كذبه وان كانت مما يغاب عليه - وهو ما يمكن اخفاؤه - فهو فى ضمانه إلا أن يقيم بينة أنه تلف بغير سببه فاذا قامت البينة فلا ضمان حينئذ .
هذا إذا تلف المبيع تلفا كليا وهو فى ضمان البائع بآفة سماوية أما إذا تعيب فقط أو تلف تلفا جزئيا فقد قال المالكية :
إذا تعيب المبيع بسماوى وهو فى ضمان البائع فان المشتري بالخيار بين الرد ويأخذ الثمن أو يتمسك بالمبيع معيبا ولاشء له .
أما إذا تلف بعض المبيع فانه ينظر فى الباقي بعد التلف :

-
- (١) هذا قيد يخرج به الغائب الموصوف الذى تعلق بالذمة كالمسلم فان المسلم اليه إذا حضر المسلم فيه فتلف قبل أن يقبضه المسلم لزمه الاتيان بمثل ما فى الذمة فالكلام إذا فى المبيع المعين . راجع الشرح الكبير (١٤٧/٣) ، الشرح المغير على أقرب المسالك (٧٢/٢) .
- (٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٤٦/٣) .

فان كان الباقي النصف فأكثر لزم المشتري التمسك بالباقي بحصته من الثمن لأن بقاء النصف كبقاء الجمل هذا اذا تعدد المبيع . فــــان اتحد المبيع كعبد أو دابة والموضوع أن الباقي بعد التلف النصف فأكثر فان المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويأخذ الثمن أو يجيز البيــــع في الباقي بحصته من الثمن ويرجع بحصة ماتلف .

هذا اذا كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر أما اذا كان الباقي أقل من النصف فانه يحرم على المشتري التمسك بذلك الباقي ويلزمه فسخ البيع ويسترد جميع الثمن من البائع وذلك لاختلال البيع بتلف جــــل المبيع فتمسك المشتري بباقيه كانشاء عقد جديد بثمن مجهول اذ لا يعلم ما يخص الباقي الا بعد تقويم الجميع ثم النظر فيما يخص كل جزء علىــــ انفراده .

وقد استثنى المالكية من ذلك المثلى فاذا كان المبيع فيه حق توفية فتلف بعضه وكان الباقي أقل من النصف فانه لا يحرم على المشتري التمسك بالباقي القليل خلافا للمتقوم لأن المثلى منابه من الثمن معلوم فليــــس التمسك بالباقي القليل كانشاء عقد بثمن مجهول .

بناء على ذلك اذا تلف بعض المثلى وكان الباقي أقل من النصف فان المشتري يخير بين فسخ البيع فيرد المبيع ويأخذ جميع الثمن ، واما أن يتمسك بذلك الباقي القليل بحصته من الثمن ويرجع بحصة ماتلف .

وهذا الاستثناء عند المالكية مخصوص بحالة التلف والاستحقاق فقط أما حالة التعيب مثل أن يتعيب بعض المثلى ويكون السليم أقل من النصف فهذه الحالة وان جعلها الدردير مستثناة مع التلف والاستحقاق فقال : "الا المثلى فلا يحرم التمسك بالأقل بل يخير لكن التخيير في الاستحقاق والتلف بين الفسخ والتمسك بالباقي بحصته من الثمن وفي التعيب يخير بين الفسخ فيرد الجميع وبين التمسك بجميع المبيع لبالسليم فقط بما ينوبه من الثمن " (١) .

(١) الشرح الكبير (١٤٩/٣) .

الا أن الدسوقي لم يirtض استثناء حالة التعيب فى المثلئ مع حالة التلف والاستحقاق وعلل ذلك بأن الدردير قد أعطى مسألة التعيب فى المثلئ حكما مغايرا لحالة التلف وهو أنه لايجوز له أن يتمسك بالسليم فقط بحمته من الثمن بينما فى تلف بعض المثلئى يجوز له أن يتمسك بالباقى القليل بحمته من الثمن . وهذا الحكم الذى أعطاه الدردير لحالة التعيب هو حكم المقوم اذا وجد العيب بأكثره وبكى الأقل . وهذه المسألة مستثناة من هذا الحكم واذا اتحد الحكم فلا يكون للاستثناء فائدة قال الدسوقي مقررا لقول الدردير ثم مظهرا لتناقضه : " وأما فى التعيب فيخير بين فسخ البيع أى رد جميع المبيع وأخذ ثمنه . واما أن يتماسك بجميع المبيع سالما ومعيبا بكل الثمن ولايجوز أن يتماسك بذلك السالم فقط بحمته من الثمن . وهذا التخيير هو الثابت فى المقوم اذا وجد العيب بأكثره وبكى الأقل كما مر فى قوله الا أن يكون الأكثر فالمنوع فيه التمسك بالباقى بحمته من الثمن فان تمسك بالباقى بجميع الثمن جاز وحينئذ فيتحد فى المعيب حكم المستثنى والمستثنى منه وهو لايمح لضياع فائدة الاستثناء" .^(٢)

ثم خلاص الدسوقي الى تقرير ماذكرته من أن الاستثناء خاص فى تلف بعض المثلئ أو استحقاقه فقط أما تعيبه فيأخذ حكم تلف المقوم فقال:

(١) فقد قال الدردير فى ذلك : " الا أن يكون المعيب الأكثر من النصف ولو بيسير فليس له رده بحمته بل اما أن يتماسك بالجميع، أو يرد الجميع ، أو يتماسك بالبعض بجميع الثمن" . قال الدسوقي شارحا لقول الدردير هذا : "قوله : واما أن يتماسك بالجميع" أى بجميع المبيع سليما ومعيبا بكل الثمن . قوله أو يرد الجميع أى جميع المبيع السالم والمعيب ويأخذ الثمن ، قوله أو يتماسك بالبعض . أى وهو السليم بكل الثمن ويرد البعض المعيب مجانا . أى وأما التماسك بالبعض السليم بما يقابله من الثمن ورد المعيب بما يخمه من الثمن فهو ممنوع ولو ترافيا على ذلك لحق الله وسيأتى فى الشرح علة المنع من أن التماسك بالباقى القليل كانشاء عقد بثمان مجهول اذ لايعرف ماينوب الأقل الا فى شانى حال بعد التقويم " . انظر فى ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٣٤/٣ - ١٣٥) .

(٢) حاشية الدسوقي (١٤٩/٣) .

"فالأولى رجوع الاستثناء للتلف والاستحقاق فقط ويدل عليه عبارة ابــــن
الحاجب إذ قال : بخلاف المثلى فيهما فقال في التوضيح: أى فى التــــلف
والاستحقاق فيخير المشتري فى أخذ الباقي والفسخ"^(١) .

(ب) إذا حمل التلف بفعل آدمى :

إذا تلف المبيع قبل قبضه فى إحدى الحالات التى يكون فيها من ضمان
البائع بفعل آدمى فلا يخلو أن يكون المتلف هو المشتري أو البائع
أو الأجنبى .

فإن كان المتلف هو المشتري : فإن اتلافه يعتبر قبضا لما أتلفه
قيما كان أو مثليا فيلزمه جميع الثمن سواء كان الاتلاف لكل المبيع
أو لبعضه متى كان البيع باتا لاختيار فيه .

ومثل اتلاف بعضه تعيينه أيضا من قبل المشتري فإنه يعتبر قبضا
للمبيع ويلزمه جميع الثمن .

أما إذا كان المتلف للمبيع هو البائع أو الأجنبى : فإن عقد البيع
لا يفسخ ويغرم المتلف سواء كان بائعا أو أجنبيا قيمة المقوم ومثــــل
المثلى . وليس فى هذا خيار للمشتري كما هو صريح المدونة نقله الدسوقى
هذا إذا تلف كل المبيع . أما إذا تلف بعضه أو تعيب فإن الأرش يلزم
الجانبى سواء كان البائع أم الأجنبى ويستوى فى اتلاف البائع والأجنبى
العمد والخطأ^(٣) .

(١) حاشية الدسوقى (١٤٩/٣) .

(٢) فقد قال : " بل كلام المدونة صريح فى خلافه ففيها فى كتاب الاستحقاق
مانعه : ومن ابتاع من رجل طعاما بعينه ففارقه قبل أن يكتالسه
فتعدى البائع على الطعام فأتلفه فعليه أن يأتى بطعام مثله
ولا خيار للمبتاع فى أخذه دنائيره ولو هلك الطعام بأمر من اللسـه
انتقض البيع وليس للبائع أن يأتى بطعام مثله ولذلك عليه " . انظر
حاشية الدسوقى (١٥٠/٣) .

قلت : وليس هذا نص المدونة وإنما النقل بتصرف واختصار . راجع
المدونة (٣٧٦/٥) .

(٣) راجع فيما سبق الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٤٦/٣ - ١٥١) ،
جواهر الاكليل (٥١/٢) وما بعدها .

(١)
ثانيا : رأى الحنابلة :

(أ) اذا حمل التلف بأفة سماوية :

اذا كان المبيع التالف فى ضمان البائع مثل أن يكون مما فيه حق توفيه فاما أن يتلف كله أو بعضه فان تلف كله فان البيع ينفسخ لأنه من ضمان البائع .

أما ان تلف بعضه فالمشترى بالخيار : ان شاء أخذ الباقي بقسطه من الثمن وان شاء فسخ البيع وأخذ جميع الثمن لتفرق الصفقة عليه .

(ب) اذا حمل التلف بفعل آدمى :

فى هذه الحالة لا يخلو أن يكون المتلف هو المشتري أو البائع أو أجنبى :

فان كان المشتري فان اتلافه يعتبر قبضا للمبيع على المصحح من المذهب ويستوى فى ذلك العمد والخطأ ومن ثم يستقر الثمن على المشتري فينقده للبائع ان لم يكن دفعه وان كان قد دفعه فلا رجوع له به .

وان كان المتلف البائع أو أجنبى فان البيع لا يفسخ والمشتري بالخيار بين الفسخ والامضاء فان اختار الفسخ فانه يسترد الثمن من البائع ان كان قد دفعه وللبائع مطالبة المتلف ببذله وهو المثل ان كان مثليا أو القيمة ان كان قيميا لأنه لما فسخ المشتري البيع عاد الملك للبائع فكان له الطلب على المتلف، وان اختار المشتري امضاء البيع فانه ينقد للبائع الثمن ان لم يكن دفعه ويطالب المشتري متلفه بائعا كان أو أجنبيا بمثله ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا .

وانما ثبت الخيار فى ذلك للمشتري لأن الاتلاف كالعيب فى المبيع وقد حمل فى موضع يلزم البائع ضمانه فكان للمشتري الخيار بين الفسخ والامساك كما أنه له الخيار اذا وجد المبيع معيبا .

(١) راجع فى ذلك كله المراجع التى سبق ذكرها للحنابلة فى بدايئة

القول الثانى (ص ٣٠١-٣٠٣) .

ووجه الفرق بين التلف بأفة سماوية في أنه يوجب فسخ البيع ويبين
اتلاف الأدمى في أنه يوجب الخيار هو أن التلف بالأفة لا يقتضى الضمان
بخلاف اتلاف الأدمى فان اتلافه يقتضى الضمان بالبدل وحكم العقد يقتضى
الضمان بالثمن فكانت الخيرة في ذلك للمشتري .
في تحرير محل النزاع والأدلة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء في تلف المبيع قبل قبضه واتلافه تبيين
أن الفقهاء في المذاهب الأربعة متفقون على أن ما فيه حق توفيه كالمكيل
والموزون والمعدود والمذروع ضمانه من بائعه حتى يقبضه المشتري .
والخلاف إنما هو فيما ليس فيه حق توفيه كالحيوان وكالعبد الحاضر
وكالثوب الحاضر وما يبيع من المقدرات جزافاً فهذا وما شابهه قال الحنفية
والشافعية ضمانه من البائع حتى يقبضه المشتري .
وقال الحنابلة والمالكية ضمانه من المشتري بمجرد العقد .
وسبب الخلاف ذكره ابن رشد الحفيد في قوله : " والخلاف في هذه
المسألة مبني على : هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام
العقد والعقد لازم دون القبض ؟

فمن قال : القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت
أن تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري
ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قسماً
بالعقد يدخل في ضمان المشتري " (١) .

وقد استدلل كل فريق على صحة ما ذهب إليه بأدلة ليست صريحة في
محل النزاع وفيما يلي نعرض ان شاء الله تعالى هذه الأدلة :
أولاً : دليل أصحاب القول الأول الذين قالوا بأن ضمان المبيع قبل
القبض من البائع :

ماروى عمرو بن شعيب قال حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن
عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان
في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع مالم يضمن عندك " (٢) .

- (١) بداية المجتهد (١٦٢/٢)، وراجع فتح الباري (٢١١/٩) .
(٢) رواه أبو داود (٧٦٩/٣) كتاب البيوع باب (٧٠)، الترمذي (٥٢٦/٣ - ٥٢٧)
كتاب البيوع باب (١٩) وقال حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٧٣٧/٢) كتاب
التجارات باب (٢٠)، والنسائي (٢٩٥/٧) كتاب البيوع باب سلف وبيع
والامام أحمد في مسنده (٢٠٥، ١٧٩/٢) .

(١) فالدليل هو قوله : " ولاربح مالم يضمن " .

ووجه الاستدلال : هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اعتبر المبيع قبل القبض في ضمان بائعه حيث نهى المشتري أن يبيع ما اشتراه بربح قبل أن يعير مضمونا عليه ولا يعير مضمونا عليه الا بالقبض .

غير أن الامام أحمد رحمه الله قد حمل هذا الحديث على ما فيه حـق توفيه فقد ذكر الترمذى أن اسحق بن منصور سأل الامام أحمد عن معنى نهى عن بيع مالم يضمن . فقال الامام أحمد لا يكون عندى الا فى الطعام مالم يقبض . قال الترمذى : قال اسحق بن رَاهُوِيَه كَمَا قَالَ: فى كـــــــل ما يكال ويوزن .^(٢)

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى الذين قالوا بأن المبيع يدخل فى ضمان المشتري بمجرد العقد الا ما استثنى :

(١) ماروى البخارى فى صحيحه عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال :^(٣)
" ما أدركت الصفة حيا مجموعا فهو من المبتاع " .^(٤)

جاء فى فتح البارى : " قال الطحاوى : ذهب ابن عمر الى أن الصفة اذا أدركت شيئا حيا فهلك بعد ذلك عند البائع فهو من ضمان المشتري " .
وجاء فيه أيضا : " وقد سئل الامام أحمد عن اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع فوجده قد احترق فقال هو من ضمان المشتري وأورد آثر

(١) يقول الخطابى فى معنى هذه العبارة : " وأما ربح مالم يضمن " فهو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فى ضمان البائع الأول ليس من ضمانه فهذا لا يجوز بيعه حتى يقبضه فيكون من ضمانه " .
انظر معالم السنن (٧٧٠/٣) ، وراجع شرح السنة للبغوى (١٤٤/٨) .

(٢) سنن الترمذى (٥٢٦/٣) . وراجع شرح منتهى الارادات (١٨٨/٢) فقد جاء فيه : " حديث نهى عن ربح مالم يضمن " . قال الأثرم سألت أبا عبد الله الله عنه ؟ قال هذا فى الطعام وما أشبهه من مأكول ومشروب فلا يبعه حتى يقبضه " .

(٣) (٢٣/٣) كتاب البيوع باب (٥٧) قال ابن حجر : " وهذا التعليق ومله الطحاوى والدارقطنى من طريق الأوزاعى عن الزهرى عن حمزة بن عبد الله ابن عمر عن أبيه قال فى روايته : " فهو من مال المبتاع " ، ورواه الطحاوى أيضا من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مثله لكن ليس فيه مجموعا " . انظر فتح البارى (٢١٠/٩) .

وأخرج هذا الحديث أيضا الدارقطنى (٥٤/٣) كتاب البيوع حديث رقم (٢١٥) .
(٤) حيا بمهمله وتحتانية مثقلة . انظر فتح البارى (٢١٠/٩) وجاء فيه أيضا : " اسناد الادراك الى العقد مجاز أى ما كان عند العقد موجودا وغير منفصل " .

ابن عمر المذكور بلفظ : فهو من مال المشتري " (١)
وفى نظري أن هذا النص مجمل لا يدل على المطلوب ويمكن حمله على
مافيه حق توفيه وهذا لاخلاف فيه أنه قبل القبض ضمانه من بائعه حتى يقبضه
المشتري .

(٢) ماروى الترمذى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه
عليه وسلم : " قضى أن الخراج بالضمان " (٢)
قال ابن قدامة : " وهذا المبيع نماؤه للمشتري ضمانه عليه " (٣)
وفى نظري أن هذا الاستدلال ضعيف أيضا لأنه ليس فى الحديث تعريـح
بالقبض وعدمه ويمكن حمله على ما بعد القبض . ومما يقوى ذلك أن أبا داود
قد ترجم له : " باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا " (٤)
وترجمة الترمذى له أيضا : " باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله
ثم يجد به عيبا " (٥)

- (١) فتح الباري (٢١١/٩) .
(٢) سنن الترمذى (٥٧٣/٣) كتاب البيوع باب (٥٣) وقال هذا حديث حسن
صحيح غريب من حديث هشام بن عروه . ورواه أيضا أبو داود (٧٧٧/٣) ،
كتاب البيوع باب (٧٣) . قال الخطابى فى معالم السنن (٧٧٩/٣) :
" والحديث فى نفسه ليس بالقوى " .
وقد رواه أبو داود أيضا من طريق مسلم بن خالد الزنجى عن هشام
ابن عروه عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها وقال : هذا اسناد
ليس بذاك .
ونقل الترمذى عن الامام البخارى قوله : مسلم بن خالد الزنجى ذاهب
الحديث . راجع معالم السنن (٧٧٩/٣) . ورواه ابن ماجه (٧٥٣-٧٥٤/٢)
كتاب التجارات باب (٤٣) .
والامام أحمد فى مسنده (٤٩/٦) ، والحاكم فى المستدرک (١٥/٢) وقال
صحيح الاسناد ووافقه الذهبى وابن حبان فى صحيحه انظر موارد الظمان
(ص ٢٧٥) باب الخراج بالضمان .
وقد حسن هذا الحديث الألبانى انظر ارواها الغليل (١٥٨/٥) .
وقال الباجى : " وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء وعملوا
بمضمونه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقله " . انظر المنتقى (٢٥١/٤) .
(٣) المغنى (٨٥/٤) .
(٤) سنن أبى داود (٧٧٧/٣) كتاب البيوع باب (٧٣) .
(٥) سنن الترمذى (٥٧٢/٣) كتاب البيوع باب (٥٣) .

ومعلوم أن الاستعمال والاستغلال لا يكون الا بعد القبض .
هذه أدلة الفريقيين وهي كما ذكرت آنفا ليست صريحة في محل النزاع
وكل دليل ليس يوارد في الغرض الذي يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف .
(١)
الا أنني أميل الى ماذهب اليه أصحاب القول الثاني من أن المبيع
بمجرد العقد الصحيح يكون داخلا في ضمان المشتري الا ما قام الدليل
الصحيح على أنه من ضمان البائع .
لأن البائع اذا مَكَنَ المشتري من القبض فقد قضى ما عليه وانمسا
المشتري هو المفطر فيكون الضمان عليه بخلاف ما اذا لم يَمَكَّنْهُ مــــن
القبض فان هذا بمنزلة ما لم يوفه اياه من الدين .
واذا لم يفعل البائع ما يجب عليه من تمكين المشتري من القبض كان
هو المفطر فكان الضمان عليه اذ التفريط يناسب الضمان كما أشار الى
ذلك شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى ، والله أعلم .
(٢)

(١) بداية المجتهد (٣٦٧/١) .

(٢) مجموع الفتاوى (٤٠١/٢٩ - ٤٠٢) ، (٢٣٩/٣٠) .

المطلب الثاني : فى استثناء المالكية والحابلية من
حكم التلف المتفق عليه بعد قبض المبيع

الجائحة تصيب الزروع والشمار :

سبق أن ذكرنا فى مقدمة المطلب السابق أن الفقهاء من الحنفية
والمالكية والشافعية والحابلية والظاهرية متفقون على أن المبيع
إذا تلف بعد قبض المشتري له لا يضمنه الباع وإنما مصيبته من المبتاع
كسائر أمواله وألْمَحْنَا هناك الى أن المالكية والحابلية قد استثنوا
الزروع والشمار فقالوا هي فى ضمان الباع الى وقت أمن الجائحة
بتناهى الطيب وهذا عند المالكية والى وقت الجذاذ عند الحابلية .

وخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وهو قول
الامام الشافعى الجديد وتبعهم الظاهرية . فقالوا ان الثمرة تنتقل
من ضمان الباع الى ضمان المشتري بمجرد القبض . وهو التخلية بين
المشتري وبين الثمرة ، يقول الطحاوى : ^(١) "وكان المشتري لِتَخْلِيَةِ البائع
بينه وبين ثمرة النخل قابضا له وان لم يقطعه فهذا وجه .

ووجه آخر : أنا رأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى
عن بيع الطعام حتى يقبض وأجمع المسلمون على ذلك وكانت الشمار فى
ذلك داخلة باتفاقهم وأجمعوا أن المشتري لها لو باعها فى يد بائعها
كان بيعه باطلا ولو باعها بعد أن خلى بينه وبينها ولم يقطعها كان بيعه
جائزا فعار قابضا لها بتخلية الباع بينه وبينها قبل قطعه اياه
فشبت بذلك أن قبض المشتري المعلقة فى رؤوس النخل هو بتخلية البائع
بينه وبينها وامكانه اياه منها فاذا فعل ذلك به فقد صارت فى يده
وضمانه ويرى منها البائع . فما حدث فيها من جائحة أتت عليها كلها

(١) شرح معانى الآثار (٣٦/٤) ، وراجع الأم (٥٠/٣ - ٥٢) ، شرح النووى على
صحيح مسلم (٢١٦/١٠) ، شرح السنة للبعوى (١٠٠/٨) ، روضة الطالبين

أو على بعضها فهي ذاهبة من مال المشتري لامن مال البائع وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمة الله عليهم أجمعين" .
قال ابن حزم : "وقولنا في هذا هو قول أبي حنيفة وسفيان الثوري^(١)
وأبي سفيان وأحد قولي الشافعي وقول جمهور السلف " .
ومنشأ الخلاف بين جمهور الفقهاء وبين المالكية والحنابلة ينحصر في أمرين :

(الأول) في مفهوم القبض الناقل للضمان .
(الثاني) في الدليل الوارد في وضع الجوائح فإنه لم يثبت عند الامام الشافعي أما الحنفية والظاهرية فإنه ثابت عندهم ولكنه مؤول .
وفيما يلي نعرض رأي كل فريق ودليله ومناقشة هذا الرأي :

أولاً : اختلافهم في القبض الناقل للضمان :

فالحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والظاهرية^(٤) يرون أن قبض الثمار في أصولها يحمل بالتخلية بين المشتري وبينها . ولو لم تكن التخلية قبضاً لمَّا جاز أن يتصرف المشتري في الثمار بالبيع وغيره من أنواع التصرفات لأن التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز .

ونوقش ذلك بأن التخلية ليست قبضاً تاماً يصلح لنقل الضمان من البائع الى المشتري في الثمار بخلاف غيرها من الأصول فان تخلية كل شيء بحسبه يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : " وأما استدلالهم بأن القبض هو التخلية فالقبض مرجعه الى عرف الناس حيث لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع وقبض ثمر الشجر لا بد فيه من الخدمة والتخلية المستمرة الى كمال الملاح بخلاف مجرد الأصول وتخلية كل شيء بحسبه ودليل ذلك

(١) المحلى (٣٥٢/٩) .
(٢) شرح معاني الآثار (٣٦/٤)، بدائع الصنائع (٣٢٤٨/٧ - ٣٢٤٩) .
(٣) الأم (٥١/٣)، معالم السنن للخطابي (٧٤٦، ٦٧١/٣)، شرح النووي على صحيح مسلم (٢١٦/١٠)، المجموع (٢٦٥/٩) .
(٤) المحلى (٥٩٢/٩) .

(١) المنافع في العين المؤجرة " .

أما استدلالهم على حصول القبض بجواز التصرف فيها بالبيع وغيره فقد نوقش بأنه لا تلازم بين الضمان وجواز التصرف فقد يجوز التصرف حيث يكون الضمان من البائع كما هو الحال في هذه المسألة . وقد يمنح التصرف حيث يكون الضمان على المشتري كالصيرة من الطعام المتعينة المبيعة جزافا تدخل في ضمان المشتري بالعقد ولا يجوز للمشتري بيعها حتى ينقلها بدلالة السنة . قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله :
"وأصول الشريعة توافق هذه الطريقة فليس كل ما كان مضمونا على شخص كان له التصرف فيه كالمغصوب والعارية . وليس كل ما جاز التصرف فيه كان مضمونا على المتصرف كالمالك له أن يتصرف في المغصوب والمعار فيبيع المغصوب من غاصبه ومن يقدر على تخليصه منه وإن كان مضمونا على الغاصب " .

وقد علل ابن القيم رحمه الله جواز تصرف المشتري بالثمار بالبيع مع أنه لم يقبضها القبض التام بقوله : " وإن جوزنا البيع وهو الصحيح لأن الحاجة تدعو الى ذلك فان الثمار قد لا يمكن بيعها الا كذلك فلومنعناها من بيعها أضررنا به . ولو جعلناها من ضمانه اذا تلفت بجائحة أضررنا به أيضا . فجوزنا له بيعها لأنها في حكم المقبوض بالتخلية بينه وبينها . وجعلناها من ضمان البائع بالجائحة لأنها ليست في حكم المقبوض من جميع الوجوه ولهذا يجب عليه تمام التسليم بالوجه المحتاج اليه فلما كانت مقبوضة من وجه غير مقبوضة من وجه رتبنا على الوجهين مقتضاهما وهذا من ألف الفقه " .

-
- (١) مجموع الفتاوى (٢٧٥/٣٠ - ٢٧٦) . وراجع (ص ٢٧٤)، اعلام الموقعيين (٣٥٧/٢)، المغنى (٨١/٤) .
 (٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٣٩٨/٢٩ - ٤٠٠)، المغنى (٨١/٤) .
 (٣) مجموع الفتاوى (٤٠١/٢٩) .
 (٤) تهذيب سنن أبي داود (١٥٥/٥) .

ثانيا : الخلاف فى الدليل الوارد فى وضع الجوائح :

استدل الحنابلة والمالكية على قولهم بوضع الجوائح :

(١) بما روى مسلم عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أمر بوضع الجوائح " ^(١) .

(٢) وبما رواه أيضا عن جابر بن عبد الله : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو بعت من أخيك شعرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق " ^(٢) .

يقول شيخ الاسلام ابن تيمية ^(٣) : " فقد بين النبي صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث الصحيح أنه اذا باع شعرا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئا ثم بين سبب ذلك وعلته فقال : " بم تأخذ مال أخيك بغير حق " . وهذا دلالة على ما ذكره الله تعالى فى كتابه من تحريم أكل المال بالباطل . وأنه اذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق بل بالباطل وقد حرم الله أكل المال بالباطل لأنه من الظلم المخالف للقسط الذى تقوم به السموات والأرض وهذا الحديث أصل فى هذا الباب " .

وقد اختلف القائلون بعدم وضع الجوائح فى الدليل من الأثر :

فالامام الشافعى رحمه الله لم يثبت عنده الحديث الوارد فى وضع الجوائح وقال : " لو صرت الى وضع الجائحة ماكان الحجة فيها الا اتباع الخبر لو ثبت " ^(٤) .

-
- (١) صحيح الامام مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة باب (٣) ، ورواه أبو داود (٦٧١/٣) كتاب البيوع باب (٢٤) عن جابر بلفظ : " نهى عن بيع السنين ووضعت الجوائح " ، ورواه بهذا اللفظ الدارقطنى (٣١/٣) كتاب البيوع حديث (١١٨) ، والامام أحمد فى المسند (٣٠٩/٣) .
- (٢) صحيح الامام مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة باب (٣) ، ورواه أبو داود (٧٤٦/٣) كتاب البيوع باب (٦٠) ، والنسائى (٢٦٥/٧) كتاب البيوع باب وضع الجوائح ، والدارقطنى (٣٠/٣ - ٣١) كتاب البيوع حديث (١١٥) .
- (٣) مجموع الفتاوى (٢٦٨/٣٠) .
- (٤) الأم (٥٠/٣) .

وقد أعلَّ الشافعي رحمه الله حديث سفيان عن حميد بن قيس عن سليمان ابن عتيق عن جابر : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين ، وأمر بوضع الجوائح " ^(١) بأن قال : " سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرا في طول مجالستي له لأحصى ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه : " أمر بوضع الجوائح " لا يزيد على أن النبي صلى الله عليه وسلم : " نهى عن بيع السنين " ثم زاد بعد ذلك : " وأمر بوضع الجوائح " . قال الشافعي قال سفيان وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاما قبل وضم الجوائح لأحفظه فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لأنى لأدرى كيف كان الكلام وفي الحديث أمر بوضع الجوائح . . . قال الشافعي : " قال سفيان في حديثه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم في وضع الجوائح ما حكيت . فقد يجوز أن يكون الكلام الذى لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالملح على النصف وعلى مثل أمره بالصدق تطوعا ، حضا على الخير لاحتماء ، وما أشبه ذلك ، ويجوز غيره فلما احتتمل المعنيين معا ولم يكن فيه دلالة على أيهما أولى به لم يجوز عندنا أن نحكم والله أعلم على الناس بوضع ما وجب لهم بلا خبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يثبت بوضعه " ^(٢) .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية معقبا على قول الشافعي ان الحديث لم يثبت عنده : " فقد أخبر أنه انما لم يجزم به لأنه لم يعلم صحته وعلق القول به على ثبوته فقال لو ثبت لم أعدّه . والحديث ثابت عند أهل الحديث لم يقدر فيه أحد من علماء الحديث بل صحوه ورووه في الصحاح والسنن رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه والامام أحمد فظهر وجوب القول به على أصل الشافعي أصلا " ^(٣) .

-
- (١) رواه أبو داود (٦٧٠/٣) كتاب البيوع باب (٢٤) ، وابن ماجه (٧٤٧/٢) ، كتاب التجارات باب (٣٣) قال البغوى هذا حديث صحيح . انظر شرح السنة (٩٩/٨) .
- (٢) الأم (٤٩/٣) . وراجع تهذيب سنن أبى داود لابن القيم (١١٩/٥) .
- (٣) مجموع الفتاوى (٢٧٠/٣٠) ، وراجع المغنى (٨٠/٤) .

وأما الحنفية والظاهرية فانهم لم يَفْعَفُوا الأحاديث الواردة فى وضع الجوائح بل قالوا بمحتها ولكنها محمولة على غير ظاهرها . يقول الطحاوى : " أما هذه الآثار المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم التى ذكرتموها فمقبول صحيح على ما جاء . ولسنا ندفع من ذلك شيئاً لصحة مخرجه ولكننا نخالف التأويل الذى تأولها عليه أهل المقالة الأولى . ونقول ان معنى الجوائح المذكورة فيها هى الجوائح التى يعاب الناس بها ويجتاحهم فى الأرضين الخراجية التى خراجها للمسلمين فوضع ذلك الخراج عنهم واجب لازم لأن فى ذلك ملاحا للمسلمين وتقوية لهم فى عمارة أَرْضِيَهُمْ فَمَا فى الأشياء المبيعات فلا . فهذا تأويل حديث جابر الذى فى أول الباب " .

قال ابن القيم رحمه الله : " وهذا كلام فى غاية البطلان ولفظ الحديث لا يحتمله بوجه " .^(٢)

وقال البيهقى رحمه الله : " ولا يصح حمل الحديث عليه لأنه لم يكن يومئذ على أراضى المسلمين خراج " .^(٣)

وأما حديث جابر الثانى فقد قال فيه الطحاوى : " وأما حديث جابر الثانى فمعناه غير هذا المعنى وذلك أنه ذكر فيه البيع ولم يذكر فيه القبض . فذلك عندنا على البياعات التى تعاب فى أيدى بائعيها قبض قبض المشتري لها فلا يحل للباعة أخذ أثمانها لأنهم يأخذونها بغير حق فهذا تأويل هذا الحديث عندهم . فاما ما قبضه المشترون وصار فى أيديهم فذلك كسائر البياعات التى يقبضها المشترون لها فيحدث بها الآفات فى أيديهم فكما كان غير الثمار يذهب من أموال المشتريين لها لامن أموال بائعيها فكذلك الثمار فهذا هو النظر وهو أولى ما حمل عليه هذا الحديث " .^(٤)

(١) شرح معانى الآثار (٣٥/٤) .

(٢) تهذيب سنن أبى داود (١٢٠/٥) .

(٣) نقلا عن تهذيب سنن أبى داود (١٢٠/٥) .

(٤) شرح معانى الآثار (٣٥/٤) .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى : " وهو تأويل باطل لأنه خصَّ بهذا الحكم الثمار وعمَّ به الأحوال ولم يقيده بقبض ولا عدمه " .^(١)

هذا ما قال الحنفية حول ما استدل به من قال بوضع الجوائح . أما الظاهرية :

فقد قال ابن حزم بعد أن أورد حديث جابر بن عبد الله السابقين :
" قال عليّ : وهذان أشران صحيحان ... قال أبو محمد : ان لم يأت ما يبين أن هذين الخبرين المذكورين على غير ظاهرهما والا فلا يحل خلاف ما فيهما " .^(٢)
ثم صرفهما عن ظاهرهما بالأحاديث التالية :

(١) ما روى مسلم عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه قال : أميب رجل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شمار ابتاعها فكشّر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تعمدقوا عليه " فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغيره : " خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك " .^(٣)

قال ابن حزم :^(٤) " فنظرنا فى هذا الخبر مع خبري جابر المتقدمين فوجدنا خبرين من طريق جابر وأنس قد وردا ببيان تتألف به هذه الأخبار كلها " .

ولم يوضح ابن حزم وجه دلالة هذا الحديث على ما يدعيه وظاهره لا يدل على أن الجائحة توضع أو لا توضع بل ليس فيه ذكر للجائحة أصلاً يقول الخطابي : " وأما هذا الحديث فليس فيه ذكر للجائحة وقد يحتمل أن يكون إنما أميب فى تلك الشمار بعد ما جذاها وآواها الجرين فطرقها لئلا أو جرفها سيل أو باعها فافتات الغريم بحقه وكل هذه الوجوه قد

(١) تهذيب سنن أبي داود (١٢٠/٥) .

(٢) المحلى (٣٥٣/٩ - ٣٥٤) .

(٣) صحيح الامام مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة باب (٤) ، وأبو داود (٧٤٥/٣)

كتاب البيوع باب (٦٠) .

(٤) المحلى (٣٥٤/٩) .

(٥) معالم السنن (٧٤٥/٣) .

يُسمح رجوع اضافة المعيبة فيها الى الشمار التي كان ابتاعها واذا كان كذلك لم يجب الحكم بذهاب حق رب المال وليس في الحديث أنه أمــــر أرباب الأموال أن يضعوا عنه شيئا من أشمان الشمار ثلثا أو أقل منه أو أكثر انما أقر الناس أن يعينوه ليقتضي حقوقهم فلما أُبدِعَ بهــــم أمرهم بالكف عنه الى الميسره وهذا حكم كل مفلس أحاط به الدين وليس له مال" .

(١)
وقال شيخ الاسلام ابن تيمية حول دلالة هذا الحديث : " أمــــا الأول فكلام مجمل فانه حكى أن رجلا اشترى شمارا فكثرت ديونه فيمكن أن السعر كان رخيما فكثر دينه لذلك . ويحتمل أنها تلفت أو بعضها بعد كمال الصلاح أو حوزها الى الجرين أو الى البيت أو السوق ويحتمل أن يكون هذا قبل نهيه . أن تباع الشمار قبل بدو صلاحها ولو فرض أن هذا كان مخالفا لكان منسوخا لأنه باق على حكم الأمل وذاك ناقل عنه وفيه سنة جديدة فلو خولفت لوقع التغير مرتين" .

(٢)
وقال ابن القيم : "وأما معارضة السنة بحديث الذي أصيب فــــى شمار ابتاعها فمن باب رد المحكم بالمتشابه فانه ليس فيه أنه أصيب فيها بجائحة فليس في الحديث أنها كانت جائحة عامة بل لعله أصيب فيها بانحطاط سعرها وإن قُدِّرَ أن المعيبة كانت جائحة فليس في الحديث أنها كانت جائحة عامة بل لعلها جائحة خاصة كسرقة اللصوص التي يمكن الاحتراز منها ومثل هذا لا يكون جائحة تُسقطُ الثمن عن المشتري بخلاف نهب الجيوش والتلف بأفة سماوية . وان قُدِّرَ أن الجائحة عامة فليس فــــى الحديث ما يبين أن التلف لم يكن بتفريطه في التأخير وان قُدِّرَ أن التلف لم يكن بتفريطه فليس فيه أنه طلب الفسخ وأن توضع عنه الجائحة بل لعله رض بالمبيع ولم يطلب الوضع والحق في ذلك له ان شاء طلبه وان شاء تركه وأين في الحديث أنه طلب ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم منع منه ؟ ولا يتم الدليل الا بثبوت المقدمتين فكيف يعارض نص قوله المحيــــح

(١) مجموع الفتاوى (٢٧٣/٣٠) .

(٢) اعلام الموقعين (٣٥٨/٢) .

الصريح المحكم الذي لا يَحتمل غير معنى واحد وهو نص فيه بهذا الحديث المتشابه ؟ ثم قوله فيه " ليس لكم فيه الا ذلك " دليل على أنه لم يبيح لباعى الثمار فى ذمة المشتري غير ماأخذه وعندكم المال كله فى ذمته فالحديث حجة عليكم " .

(٢) مارواه مسلم عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تُزهي قالوا وما تُزهي ؟ قال تحمر . فقال : " اذا منع الله الثمرة فيم تستحل مال أخيك " (١) .

(٣) مارواه أبو داود عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين (٢) .
قال ابن حزم : " فصَحَّ بهذين الخبرين أن الجوائح التى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها هى التى تعيب مابيع من الثمر سنيـن وقيل أن يزهى وأن الجائحة التى لم يسقطها والزم المشتري معيبتها وأخرجه عن جميع ماله بها هى التى تعيب الثمر المبيع بعد ظهور الطيب فيه وجواز بيعه " .

وقد ردَّ ابن تيمية رحمه الله على ذلك بقوله : (٤) " وقد اعتـرض بعضهم على حديث الجوائح بأنه محمول على بيع الثمر قبل بدو صلاحه كما فى حديث أنس وهذا باطل لعدة أوجه :

(أحدها) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " اذا بعث من أخيك ثمرة فأصابتها جائحة " والبيع المطلق لا ينصرف الا الى البيع الصحيح .
(الثانى) أنه أطلق بيع الثمرة ولم يقل قبل بدو صلاحها . فأما تقييده ببيعها قبل بدو صلاحها فلا وجه له .
(الثالث) أنه قيد ذلك بحال الجائحة ، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لا يجب فيه ثمن بحال .

(١) صحيح الامام مسلم (٣/١١٩٠) كتاب المساقاة باب (٣) .

(٢) سبق تخريجه . (ص ٣١٧)

(٣) المحلى (٩/٣٥٥) .

(٤) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٧٣ - ٢٧٤) .

قال ابن قدامه رحمه الله تعالى ردا على من يستشهد بهذا الحديث في عدم وضع الجائحة : " ولا حجة لهم في حديثهم فان فعل الواجب خيرا فاذا تَأَلَّى أن لا يفعل الواجب فقد تَأَلَّى أن لا يفعل خيرا . فأما الاجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير اقرار من البائع ولا حضور" (١)

وقال الباجي : "وقوله صلى الله عليه وسلم "تَأَلَّى أن لا يفعل خيرا" انكار لحلفه على مثل هذا وتدبر لمآل يمينه أو حلفه وليس في ذلك ما يقتضى الحكم للمشتري بجائحة ولا غيرها وانما فيه انكار لحلفه أن لا يفعل خيرا فان كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه حكم عليه بوضع الجائحة وان تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه فتَأَلَّى على أن لا يفعل خيرا ثابت في نفسه".

وقد أنكر ابن القيم أن يكون في هذا الحديث دلالة على وضع الجائحة أو عدمها فقال : " وليس بصريح في وضع الجائحة" (٢)

وقال في موضع آخر : " وأما المعارضة بخبر مالك فمن أبطل المعارضة وأفسدها فأين فيه أنه أصابته جائحة بوجه ما ؟ وانما فيه أنه عالجه وأقام عليه حتى تبين له النقصان ومثل هذا لا يكون سببا لوضع الثمن" (٤)

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يظهر لى والله أعلم رجحان قول من ذهب الى وضع الجوائح وذلك لورود السنة الصحيحة الصريحة في هذا المعنى فقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك حكما يعتبر أصلا في نفسه مخالفا لحكمه في سائر المبيعات فوجب التسليم له (٥)

- (١) المغنى (٤/٨٠ - ٨١)، وراجع هذا المعنى في مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٣/٣٠) .
- (٢) المنتقى (٤/٢٣٢) .
- (٣) تهذيب سنن أبي داود (١١٩/٥) .
- (٤) اعلام الموقعين (٢/٣٥٨) .
- (٥) راجع التمهيد لابن عبد البر (٢/١٩٤)، اعلام الموقعين (٢/٣٥٧) .

والانقياد لحكمه صلى الله عليه وسلم . قال الله تعالى : " إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ " (١) .

فهذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت عنه فى الصحاح والسنن ولو تأملنا القرآن الكريم لوجدنا فيه الكثير من الآيات البينات التى تنهى بل وتحذر من أكل أموال الناس بالباطل ومن ذلك قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " (٢) .

وقال تعالى : " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ " (٣) .

وقال تعالى فيما ذم به بنى اسرائيل : " فِيمَا نَقَضْتُمْ مِيثَاقَهُمْ وَكُفَرْتُمْ بِآيَاتِ اللَّهِ وَقَتَلْتُمْ الْأَنْبِيَاءَ بِغَيْرِ حَقِّ وَقَوْلْتُمْ لِقُلُوبِنَا غُلْفٌ بَلْ طَبَعَ اللَّهُ عَلَيْهَا بِكُفْرِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا قَلِيلًا .. الآيات الى قوله تعالى : " وَأَخَذَهُمُ الرَّبُّ وَقَدْ نَهَوْا عَنْهُ وَأَكَلْتُمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا " (٤) .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى : " وَمَنْ أَكَلَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ أَخَذَ أَحَدَ الْعَوْضِينَ بَدُونِ تَسْلِيمِ الْعَوْضِ الْآخَرَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْعَهْدِ وَالْعُقُودِ الْمَالِيَةِ هُوَ التَّقَابُضُ فَكُلُّ مِنَ الْعَاقِدِينَ يَطْلُبُ مِنَ الْآخَرَ تَسْلِيمَ مَا عَقَدَ عَلَيْهِ ... فَالْعُقُودُ مَوْجِبَةٌ لِلْقَبُوضِ ، وَالْقَبُوضُ هُوَ الْمَسْئُولَةُ الْمَقْصُودَةُ الْمَطْلُوبَةُ " (٥) .

وقبض ثمر الشجر لا يتم الا بعد تمام صلاحه وهذا لا يحصل الا بالتخليية المستمرة وتعاهده بالسقى وغيره فاذا تلف قبل ذلك صار تالفا قبض القبض لأن المشتري انما عليه أن يقبضه على الوجه المعروف المعتاد

(١) سورة النور : ٥١

(٢) سورة النساء : ٢٩

(٣) سورة البقرة : ١٨٨

(٤) سورة النساء : ١٥٥ - ١٦١

(٥) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٦٤) .

فاذا أخذ البائع الثمن من المشتري من غير أن يقبضه العوض المقابل
صار آكلاً لعماله بالباطل .

والحاصل أن وضع الجوائح كما يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه
الله : " ثابتة بالسنة وبالععمل القديم الذى لم يعلم له مخالف من
المحابة والتابعين وبالقياس الجلى والقواعد المقررة بل عند التأمل
الصحيح ليس فى العلماء من يخالف هذا الحديث على التحقيق . وذلك أن
القول به هو مذهب أهل المدينة قديماً وحديثاً وعليه العمل عندهم من
لدى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى زمن مالك وغيره وهو مشهور عن
علمائهم كالقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد القاضى ومالك وأصحابه وهو
مذهب فقهاء الحديث كالامام أحمد وأصحابه وأبى عبيد والشافعى فى
قوله القديم " (١)

وإذا تبين رجحان ماذهب اليه المالكية والحنابلة من القول بوضع
الجوائح فسوف نبين ان شاء الله تعالى مذهبهم فى هذه المسألة مفصلاً .

أولاً : فيما يعتبر جائحة وما لا يعتبر :

اختلف فقهاء المالكية والحنابلة فيما يعتبر جائحة وما لا يعتبر

على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

كل ما لا يستطيع دفعه ان عُلِمَ به فانه يكون جائحة سواء كان بفعول
الآدمى كالجيش أو بغير فعل الآدمى كالبرد والحَرِّ والثلج والمطر والجراد
والفأرة والغبار ونحو ذلك .

أما ما يستطيع دفعه ان عُلِمَ به فلا يكون جائحة كالسارق وهـذا
رأى بعض المالكية قال الدسوقى : " قال فى التوضيح وعليه الأكثر وأشار
ابن عبدالسلام الى أنه المشهور " (٢)

(١) مجموع الفتاوى (٢٧٠/٣٠) .

(٢) حاشية الدسوقى (١٨٥/٣) وراجع المنتقى (٢٣٢/٤)، بداية المجتهد

(١٦٣/٢)، البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

القول الثانى :

كل ما أصاب الشمرة بأى وجه كان فهو جائحة سارقا كان أو غيرهِ
قال الدسوقى : " وهو لابن القاسم فى المدونة وصوبه ابن يونس واستظهره
ابن رشد قائلًا لافرق بين فعل الأدمى وغيره فى ذلك لما بقى على البائع
فى الشمرة من حق توفيه " (١)
جاء فى المدونة : "قال : وأما ما سألت عنه من عفن الشمرة والنار
والبرد والغرق وما سألت عنه كله فان ذلك جائحة من الجوائح توضح
عن المشتري ان أصاب الثلث فصاعدا . قال : وهو رأى فى جميع ما سألت
عنه قال : وقال مالك : فى الجيش يَمْرُونَ بالنخيل فيأخذون شمرته قال
هو جائحة من الجوائح . قال ابن القاسم : ولو أن سارقا سرقها كانت
جائحة أيضا فى رأى " .

ومن قال بأن السارق والجيش جائحة من المالكية قيدَ هذا بأن لا يعرف
السارق فان عرفَ فان المشتري يتبعه سواء كان السارق مليا أو معدمًا
يرجى يساره وكانت تناله الأحكام . أما ان كان لا يعرف أو كان فقيرا
لا يرجى يساره عن قرب أو كان مليا أو معدما يرجى يساره عن قرب ولكن
لاتناله الأحكام فان هذا يكون جائحة .

وكذلك ماتلفه الجيوش فان محل كونه جائحة اذا لم يعرف من
الجيش أحد أو عرف منه أحد لكن لاتناله الأحكام أو كان معسرا لا يرجى
يساره عن قرب . أما لو عرف منه أحد وكانت تناله الأحكام وهو موسر
أو يرجى يساره عن قرب فلا يكون ما أخذه الجيش جائحة توضع بل يضم
جميعه ذلك المعروف قال الدسوقى : "كما هو ظاهر المدونة " (٢)

(١) حاشية الدسوقى (١٨٥/٣) .

(٢) (٣٨/٥) .

(٣) حاشية الدسوقى (١٨٥/٣)، وراجع البهجة شرح التحفة (٢٣/٢) .

القول الثالث :

كل آفة لاصنع للآدمى فيها من عفن وبردٍ وفسادٍ بحرٍّ أو بردٍ وصاعقة ونحو ذلك فانه يعتبر جائحة وأما ماكان بفعل الآدمى كالجيش والسارق فلا يعتبر جائحة وهذا هو المذهب عند الحنابلة وهو قول مطرف وابن الماجشون من المالكية .^(٢)
وقال بعض الحنابلة : ان أتلغها من لايمكن تضمينه كالجيوش التى تنهبها والصوص الذين يخربونها فحكمه حكم الجائحة قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " وهو قياس أصول المذهب " .^(٤)

والذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان قول من قال ان اتسلاف الآدمى الذى لايمكن تضمينه كالجيوش والصوص المخربين يعتبر جائحة كالأفة السماوية لأن المأخذ كما يقول شيخ الاسلام ابن تيمية هو امكان الضمان والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما فمتى أمكن الضمان بأن عرف السارق وعيّن بحيث تناله الأحكام فانها لا تكون جائحة لأن حق المشتري مضمون على الفاعل أما اذا لم يمكن الضمان بأن لم يعرف السارق أو كان المتلف جيوش الكفار أو جيوش أهل الحرب فان هذا بمنزلة الأفة السماوية فى المعنى فيكون من الجوائح والله أعلم .

ثانيا : ماتوضع فيه الجائحة :

القاعدة فى ذلك عند المالكية : أن كل مبيع يحتاج الى بقاءه فى أصله ليتم صلاحه ويطيب فيتلف قبل ذلك فان هذا التلف يعتبر جائحة توضع عن المشتري بشروطها .

- (١) الانصاف (٧٤/٥ ، ٧٦ - ٧٨) ، كشاف القناع (٢٧٢/٣) ، شرح منتهى الارادات (٢١٢/٢) ، المحرر (٣١٧/١) ، المبدع (١٧٠/٤) ، غاية المنتهى (٦٨/٢) ، المغنى (٨١/٤) ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٨/٣٠) .
- (٢) المنتقى (٢٣٢/٤ - ٢٣٣) ، وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٥/٢) .
- (٣) الانصاف (٧٨/٥) .
- (٤) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٨/٣٠) وراجع الاختيارات الفقهية (ص ١٣٠) .
- (٥) مجموع الفتاوى (٢٧٨/٣٠) .
- (٦) المنتقى (٢٣٣/٤) .

وَمَثَلُوا لما يحتاج لبقائه في أصله لتمام صلاحه وطيبه بثمره النخل والعنب إذا اشترى عند بدو الصلاح وكذلك ثمرة التفاح والبطيخ والورد والياسمين والفول ونحو ذلك .

ولم يقتصر بعض فقهاء المالكية على ما يحتاج إلى البقاء في أصله ليتم صلاحه فقد ألحقوا به ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لبقاء رطوبته ونضارته كثمرة العنب إذا اشترت بعد انتهاء طيبها وكالبقول والأصول المغيبة من الجزر والبصل والثوم فإذا احتيج لبقائه في أصله لهذا القصد ثم أصابته آفة فتلف بها فإن هذا يعتبر جائحة يوضع عن المشتري بقدر التلف الحاصل . وقد روى هذا القول سحنون عن ابن القاسم ورجحه الدردير . وقال التسولي وهو المذهب .
(١) (٢)

ووجه هذه الرواية : أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد وعليه ابتاع المبتاع لأن في جد الثمرة جهة فساد لأن ذلك يتلف رطوبتها ولا يمكن أكلها على المعهود إلا شيئا فشيئا ولا يتأتى بيع جميعها ووجه جملة في الغالب فنقول إن الثمرة مبقاة في الأصل لمعنى معتاد مقصود فثبت فيها الحكم بالجائحة كالمبقاة لتمام الصلاح .

ونوقش ذلك بأن ما يروجوه المبتاع من حفظ الرطوبة والنضارة ببقائه في أصله حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد الا ترى أن من باع منه قمحا فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله فبأن المبتاع يبقي الطعام في موضعه حفظا له إلى أن يمكن نقله ومع ذلك فإن البائع لا يكون ضامنا له . وهذا بخلاف بقاء الثمرة لتمام الصلاح فإنها تلزم البائع لبقاء حق التوفية عليه فإن ما يلزمه من تمام الصلاح لم يوجد
(٣)

فلا يصح تسليم الثمرة إلا بعد وجوده .

(١) الشرح الكبير (١٨٤/٣) .

(٢) البهجة شرح التحفة (٣٤/٢) .

(٣) المنتقى (٢٣٤/٤) .

هذا فيما يحتاج لبقائه فى أصله لتمام صلاحه أو بقاء نضارته
(١)
أما ما لا يحتاج لشيء من ذلك كالتمر اليباس والزرع فقد قال الباجسى :
"فلا خلاف فى أنه لا يوضع فيه جائحة لأن تسليمه قد كمل بتخلّى البائس
عنه الى المبتاع لأنه ليس له فى أصله منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها
فصار ذلك بمنزلة الميرة الموضوعة فى الأصل " .

أما الحنابلة : فلا خلاف بينهم فى وضع الجائحة فى ثمرة النخل
وأما غيرها من الثمار فقد اختلف فقهاء الحنابلة فيها على وجهين :
(الوجه الأول) لا توضع فيها الجائحة ومبنى ذلك على ما رواه حنبل
عن الامام أحمد أنه قال : انما الجوائح فى النخل قال شيخ الاسلام
ابن تيمية : " وقد تأوله القاضى على أنه أراد اخراج الزرع والخضرة
(٢)
من ذلك " .

(الوجه الثانى) توضع الجائحة فى الثمار كلها دون غيرها قال
المرداوى على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب (٣)
• ونقل المرادوى عن القاضى قوله : " من شرط الثمر الذى تثبت فيه
الجائحة أن يكون مما يستبقى بعد بدو صلاحه الى وقت كالنخل والكروم
وما أشبهها • وان كان مما لا تستبقى ثمرته بعد بدو صلاحه كالتين والخوخ
ونحوهما فلا جائحة فيه • قال المرادوى : قال بعض الأصحاب : وهذا أليق
(٤)
بالمذهب " .

ونص جماعة من الحنابلة على أن الجوائح توضع فى كل ماله أصل
يتكرر عمله كقشاة وخيار وباذنجان ونحوها (٥)
• وحول قول الامام أحمد : انما الجوائح فى النخل • على أنه
أراد أن لفظ الجوائح الذى جاء به الحديث هو فى النخل وباقى الشجر

-
- (١) المنتقى (٢٣٣/٤)، وراجع المدونة (٣٣/٥)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٤/٢)
(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٨٠/٣٠)، الانصاف (٧٦،٧٤/٥) .
(٣) الانصاف (٧٦/٥)، وراجع كشاف القناع (٢٧٢/٣)، شرح منتهى الارادات
(٢١٢/٢ - ٢١٣)، التنقيح (ص ١٨٧) .
(٤) الانصاف (٧٦/٥) .
(٥) المبدع (١٧٢/٤)، كشاف القناع (٢٧٢/٣)، المحرر (٣١٧/١)، مجموع
الفتاوى (٢٨١/٣٠) .

- (١) ثابتة بالقياس لابلانص فان شجر المدينة كان النخل .
- هذا بالنسبة للشمار أما الزروع فعند الحنابلة فى ذلك وجهان :
- (٢) (أحدهما) لاجائحة فيها قال القاضى وهذا أشبه لأنها لاتباع الا بعد تكامل صلاحها وأوان جذاذها بخلاف الثمرة فان بيعها بمجرد بدو صلاحها
- وذكر اليهودى أن مفهوم كلام الفتوحى فى المنتهى أن لاجائحة فى الزرع .
- (الشانى) فيها جائحة كالشمار قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " وهذا (٤) هو الذى قطع به غير واحد من أصحابنا " .
- واختاره المجد بن تيمية رحمه الله فقال : " وماتلف من الزرع أو الثمر بأمر سماوى قبل قطعه فهو من ضمان البائع " (٥) .
- وقال ابن مفلح : " ظاهره أنه لا يثبت فى الزرع اذا تلف وفى الكافى والمحرر بلى كالثمرة وهو ظاهر مع أنه لا يباع الا بعد تنتمه صلاحه " (٦) .
- وقال الشيخ عبدالرحمن بن سعدى : " الصحيح ثبوت الجائحة فى الزرع كما تثبت فى شمار لعدم الفرق بينهما والمشهور من المذهب اختصاص ذلك بالشمار وما صحناه هو اختيار المجد فى المحرر وغيره وشيخ الاسلام ابن تيمية " .

ثالثا : فى حدود وضع الجوائح :

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

أن الجائحة التى توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون فيما

- (١) مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠) .
- (٢) المرجع نفسه .
- (٣) شرح منتهى الارادات (٢١٣/٢) .
- (٤) مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠ - ٢٨١) ، وراجع الاختيارات الفقهية (ص ١٣٠) .
- (٥) المحرر (٣١٧/١) .
- (٦) المبدع (١٧٢/٤) .
- (٧) الفتاوى السعدية (ص ٣٤٣) .

دون ذلك جائحة وهذا هو مذهب المالكية وهو رواية عن الامام أحمد .^(٢)

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

(١) أن الشمار لاتنفك من ذلك ولاتسلم من يسير العفن وأكل الطير فهذا مما دخل عليه المشتري فلا يكون له الرجوع به ولو كان له الرجوع به لما صح بيع شعر أبدا لأنه لا يصح أن يسلّم جميعها بوجه .

(٢) أنا قد رأينا الشارع قد اعتبر الثلث فى مواضع منها الوصية وعطايا المريض وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى الثلث قال الأثرم قال الامام أحمد : انهم يستعملون الثلث فى سبع عشرة مسألة .

(٣) ان الثلث فى حد الكثرة ومادونه فى حد القلة بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم : " الثلث والثلث كثير"^(٣) . فدل هذا على أنه بداية حد الكثرة فلهذا قدر به .

واستثنى المالكية من تحديد الجائحة بالثلث فما فوق :

الجائحة التى تأتى من قبل العطش وهو انقطاع الماء عنها فقد جاء فى المدونة :^(٤) "قال مالك فى الماء اذا انقطع عن الشجرة ماء العيون ووضِعَ عن المشتري ماذهب من الشجرة من قَبْلِ الماء قليلا كان أو كثيرا ومابقى فهو للمشتري مما يصيبه من الثمن لأن البائع حين باع الشجرة انما باعها على الماء فكل ما أصيب من قَبْلِ الماء فانما سببه من قَبْلِ البائع ولا يشبه الماء سواه من الجوائح . قلت : وماء السماء اذا انقطع عن الشجرة أهو عند مالك بمنزلة ماء العيون . قال : لم أسمع من مالك فى ماء المطر شيئا الا أنه قال : ماكان من فساد الشجرة من قبل العطش من الماء وضع عن المشتري قليلا كان أو كثيرا فأرى ماء السماء وماء

(١) الموطأ (٦٢١/٢) ، المنتقى (٢٣٦/٤) ، التمهيد (١٩٧/٢) ، الشرح المصغير (٨٩/٢) ، البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

(٢) المغنى (٨١/٤) ، الانصاف (٧٤/٥) ، المبدع (١٧١/٤) .

(٣) رواه البخارى (١٨٦/٣) كتاب الوصايا باب (٢) ، مسلم (١٢٥٠/٣) كتاب الوصية باب (١) ، الترمذى (٤٣٠/٤) كتاب الوصايا باب (٣١) .

(٤) (٣٧/٥) وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٤/٢) ، البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

العيون سوا^١ إذا كان انما حياتها سقيها " .

وقد ذكر الباجي رحمه الله الفرق بين العطش وسائر الجوائح فقال:
"والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لاتنفك الثمرة من
يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشترى داخل على السلامة منها ولم
يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل"^(١) .

(٢)
واستثنى المالكية كذلك في رواية قال ابن عبد البر انها الأشهر
عن مالك ما أجيح من البقول سوا^١ بلغ الثلث أو لم يبلغ فان مصيبته من
البائع ولا يكون على المشتري شيء منه إلا أن تكون الجائحة يسيرة تافهة
لابال لها فتكون من المشتري ، جاء في المدونة^(٣) : "قلت رأيت البقول
والكُرات والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل والفجل إذا اشترى الرجل
هذه الأشياء التي ذكرت لك وما أشبهها فأصابته جائحة أقل من الثلث هل
يوضع عن المشتري شيء أم لا ؟ قال : قال مالك : أرى أن يوضع عن
المشتري كل شيء أصابت الجائحة منها قل ذلك أو كثر ولا ينظر فيه إلى
الثلث " .

(٤)
ووجه هذه الرواية كما ذكره الباجي : " أن البقول لما لم يجز
بيعها إلا عند جدّها وجب أن يستوفى قليل ما يتلف منها وكثيره كالمكيل
والموزون " . وقال التسوّلي : " وانما وضعت في البقول مطلقاً لأن غالبها
من العطش وحمل ما أجيح منها بغيره عليه "^(٥) .

وهناك رواية أخرى عن الامام مالك ذكرها ابن القاسم عن علي بن
زياد عن الامام مالك أن البقل اذا بلغت جائحته الثلث وضع عن المشتري
وان لم تبلغ الثلث لم يوضع منه شيء . لأن هذا بيع ثبت فيه حكم الجائحة

(١) المنتقى (٢٣٣/٤) .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٤٤/٢) ، وراجع البيهجة شرح التحفة

(٣) الشرح الكبير (١٨٥/٣) .

(٤) (٣٢/٥) .

(٥) المنتقى (٢٣٥/٤) .

(٥) البيهجة شرح التحفة (٢٣/٢) .

(١)
فاعتبر فيها الثلث كالشمرة .

القول الثانى :

لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها وسواء تلف قدر الثلث أو أكثر
أو أقل إلا الشيء اليسير الذى يتسامح فيه عادة . وهذا هو ظاهر مذهب
الحنابلة، قال الامام أحمد : " انى لا أقول فى عشر تمرات ولا عشر
تمرّة ولا أدرى ما الثلث ولكن اذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربيع
أو الخمس توضع " (٣)

والمرجع فى معرفة كونه جائحة أو يسيرا يتسامح فيه : هـ
العادة . فما جرت العادة بسقوطه أو أكل الطير أو غيره له فهو مشروط فى
العقد والجائحة ما زاد على ذلك .

استدل أصحاب هذا القول بما يأتى :

- (١) عموم الأحاديث فان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح
ومادون الثلث داخل فيه فيجب وضعه .
- (٢) أن هذه شمرة لم يتم قبضها فكان ماتلف منها من مال البائس
وان كان قليلا كالتى على وجه الأرض .
- (٣) أن ما أكله الطير أو سقط لا يؤثر فى العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل
فى الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة
فكانه مشروط .

-
- (١) المدونة (٣٢/٥)، المنتقى (٢٣٥/٤)، شرح التاودى على التحفة بهامش
البيهة (٣٣/٢) .
 - (٢) الانصاف (٧٤/٥)، المغنى (٨١/٤)، شرح منتهى الارادات (٢١٢/٢)، كشاف
القناع (٢٧٣/٣)، غاية المنتهى (٦٨/٢)، الروض الندى (ص ٢٤٨)، المبدع
(١٧١/٤)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٩/٣٠)، الفتاوى السعدية (ص ٣٤٢) .
 - (٣) المغنى (٨١/٤) .

الترجيح :

الذى يظهر لى والله أعلم رجحان مذهب اليه الحنابلة فى القول
 الثانى وهو أن الجائحة توضع فى القليل والكثير الا ماجرت العسادة
 بالعفو عنه والمسامحة فيه حيث لم يصح فى ذلك عن النبى صلى الله عليه
 وسلم شىء كما قال أبو داود رحمه الله ، وقال الامام الشافعى رحمه الله :
 "ولو لم يكن سفيان وَهَنَ حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة
 وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه فأما
 أن يوضع الثلث فصاعدا ولا يوضع مادون الثلث فهذا لاخبر ولا قياس ولا معقول" (٢) .
 وإذا لم يثبت فى ذلك شىء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لزم الأخذ بظاهر الحديث من غير تحديد ، والله أعلم .

رابعا : فى كيفية وضع الجائحة :

يُفَرَّقُ المَالِكِيَّةُ بين الثمار التى من شأنها أن تيبس وتدخل
 وَيُحْبَسُ أولها على آخرها كالتَّمْرِ والعنب والزيتون والجوز واللوز ونحو
 ذلك .

وبين ما لا يُحْبَسُ أوله على آخره كالمعاشى والورد والياسمين والتفاح
 والرمان والخوخ ونحو ذلك .

فالثمار التى من شأنها أن يحبس أولها على آخرها ويمكن ادخالها
 فهذه اذا بلغت الجائحة فيها ثلث كيلها أو وزنها أو عدها حكم بذلك
 للمشتري على البائع ووضع عنه بقدر المجاح من الثمن ولا ينظر فى ذلك
 الى ثلث قيمتها خلافا لأشهب من المالكية (٣) .

(١) سنن أبى داود (٦٧١/٣) وراجع المحلى فقد ذكر الآثار الواردة فى

تحديد الجائحة بالثلث وضعفها (٣٥٦/٩) وما بعدها .

(٢) الأم (٥٠/٣) .

(٣) المنتقى (٢٣٦/٤) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٣/٢ - ٤٤) ، البهجة

شرح التحفة (٣٥/٢) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (١٨٣/٣) ، بدايعة

المجتهد (١٦٤/٢) .

وان لم تبلغ الجائحة ثلث الكيل أو الوزن أو العد فمصيبتها من المشتري ولاتبعة على البائع .

أما ما لا يحبس أوله على آخره كالمقاشى والورد ونحو ذلك فهذا ينبغي أن يراعى عند الحكم فى جائحتها أمران :

• (الأول) أن يبلغ المجاح الثلث فما فوق والا فلا تبعة على البائع .
• (الثانى) أن تنسب قيمة ما أبيع الى قيمة ما بقى سليما ثم يوضع من الثمن قدر هذه النسبة والمعتمد عند المالكية تقدير القيمة يوم الجائحة فى البطون السليمة والمجاحه خلافا لما ذهب اليه خليل من تقدير كل بطن فى زمنه فقد قال الأبي^(١) : " هذا ضعيف والذى تجب الفتوى به اعتبار قيمة كل منهما يوم اصابة الجائحة " .

وقال الدردير^(٢) : " ولا يستعجل بتقويم السالم يوم الجائحة على الأصح بل يستأنى به حتى يجنى السالم ثم يقال ما قيمته على تقدير وجوده زمن الجائحة هذا على ما هو المعتمد وأما على ما مشى عليه المصنف فيقال ما قيمته الآن كما يقال فى المجاح ما قيمته يوم الجائحة " .

وقد عقب الدسوقى على الدردير بقوله : " قوله هذا على ما هو المعتمد فيه نظر بل المعتمد أنه بعد انتهاء البطون ينظر ما قيمة كل بطن زمن الجائحة على أن يقبض فى أوقاته فالأولى للشارح أن يقول ثم يقال ما قيمة كل بطن على تقدير أنها تجز وتقبض وقت كذا ولا شك أن قيمة ما يقبض فى أوقات وجوده اذا كانت تعجل^(٣) الآن أقل من قيمة ما اعتبر وجوده الآن أعنى يوم الجائحة لأن الأجل له حصته من الثمن^(٤) " .

فتكون كيفية وضع الجائحة فى المقاشى على القول المعتمد وبناء على ما قيده به الدسوقى كالاتى :

-
- (١) جواهر الاكليل (٦٢/٢)
 - (٢) الشرح الكبير (١٨٤/٣)
 - (٣) حاشية الدسوقى (١٨٤/٣)
 - (٤) راجع المثال فى حاشية الدسوقى (١٨٤/٣)، البهجة شرح التحفة (٣٥/٢)

إذا اشترى مقشاة بتسعة مثلاً ثم أجيح في البطن الأول ثم باع منها
بطنين متتاليين سالمين : فإننا بعد الفراغ من بيع المقشاة كلها
نقول هل بلغت الجائحة ثلث المقشاة فان قيل نعم قلنا ما قيمة المجاح
وقت الجائحة فان قيل ثلاثة قلنا وما قيمة البطن الثاني وقت الجائحة
على أن يقبض بعد شهر فان قيل اثنان قلنا وما قيمة البطن الثالث وقت
الجائحة على أن يقبض بعد شهرين فان قيل واحد فانه يرجع بنصف ثمن
المقشاة وهو أربعة ونصف لأنك إذا نسبت الثلاثة وهي قيمة المجاح إلى
الستة وهي مجموع قيمة المجاح والسالم يكون المجاح قدر نصف القيمة .
وهكذا يكون التقويم على قول خليل إلا أننا نقدر قيمة المجاح وقت
الجائحة وقيمة السليم في زمنه وليس وقت الجائحة .

أما الحنابلة فقد قالوا : انه يوضع عن المشتري من الثمن بقدر
الثمرة التالفة فان تلف الجميع بطل العقد ورجع المشتري بجميع الثمن
وهذا على القول بأن الجائحة توضع في القليل والكثير كما هو ظاهر
(١)
المذهب .

أما على الرواية الثانية وهي أن الجائحة لاتوضع فيما دون الثلث
فعند الحنابلة في ذلك وجهان :
(٢)
(الأول) يعتبر ثلث الثمرة قال المرادوى وهو الصحيح . وهذا القول
مثل قول المالكية السابق .

(الثاني) يعتبر ثلث القيمة . وهذا مثل قول أشهب من المالكية .
هذه هي كيفية وضع الجائحة إذا كانت قد أتلفت جزءاً من الثمرة
أما إذا لم تتلف ولكنها أحدثت فيها عيباً مثل أن تتعيب ثمرة العنكب
أو النخيل بغبار ونحوه .

(١) كشف القناع (٢٧٣/٣)، الانصاف (٧٥/٥)، المغنى (٨١/٤)، المبدع
(١٧١/٤ - ١٧٢)، غاية المنتهى (٦٨/٢) .
(٢) الانصاف (٧٥/٥)، المحرر (٣١٧/١)، المغنى (٨١/٤)، المبدع (١٧١/٤) ،
مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٩/٣٠) .
(٣) الانصاف (٧٥/٥) .

فقد قال المالكية ينظر الى ثلث قيمتها لالى ثلث الكيل أو الوزن
أو العد كما فى التلف فاذا بلغ العيب الحد الذى ينقص معه ثلث قيمة
الثمرة فما فوق وضع عن المشتري من الثمن بقدر النسبة . يقول الدسوقي
"يعنى أن الثمرة اذا لم تهلك بل تعيبت بغبار وشبهة فان ذلك جائحة
وتحط بالشروط السابقة . . . لكن يعتبر هنا نقص ثلث القيمة لانقص ثلث
المكيلة كما فى ذهب العين قال فى التوضيح : فان لم تهلك الثمار بل
تعيبت فقط بكغبار يصيبها أو ريح تسقطها قبل أن يتناهى طيبها
ففينقص ثمنها ففى البيان : المشهور أن ذلك جائحة ينظر لما نقص
ثلث القيمة أم لا " (١)
وذهب الحنابلة الى أن ذلك عيب يثبت للمشتري الخيار بين الامسك
والرد فان أمسك أخذ الأرشوان رد المبيع أخذ الثمن كاملا لأن ماضى
تلفه بسبب فى وقت كان ضمان تعييبه فيه بذلك أولى .
وهو قول ابن شعبان وأحد قولى ابن الماجشون من المالكية . الأند
قال اذا اختار التمسك فلا شيء له . (٢)
(٣)

-
- (١) حاشية الدسوقي (١٨٥/٣)، وراجع جواهر الاكليل (٦٣/٢) .
(٢) كشف القناع (٢٧٣/٣)، الانصاف (٧٥/٥)، شرح منتهى الارادات (٢١٣/٢) ،
مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٨/٣٠) .
(٣) حاشية الدسوقي (١٨٥/٣)، جواهر الاكليل (٦٣/٢) .

المطلب الثالث : فى تلف المبيع المقبوض بعقد فاسد

البيع الفاسد والباطل وصفان لعقد واحد عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين العقد الفاسد والباطل .
فالعقد الباطل عندهم : هو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من التى تتعلق بأهلية العاقد أو المحل . وهو ما يعبرون عنه بالعقد الذى لم يشرع بأصله ولا بوصفه . فهو غير موجود الا من حيث الصورة فقط ولذا لم يكن له حكم أصلاً لأنه لاحكم الا للموجود . مثاله بيع الملاقيح والمضامين وكل مالىس بمال كبيع الميتة والدم والعذرة والبول ونحو ذلك .

أما العقد الفاسد : فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة . وهو ما يعبرون عنه بالعقد الذى شرع بأصله دون وصفه .^(١)
أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا الى عدم التفريق بين النهى المنصب على الذات وبين غيره واعتبروا فساد الوصف المقارن معاشلاً لفساد الأصل فى سائر الأحكام فكان الفاسد عندهم باطلاً والباطل فاسداً لا يفيدهم الحكم فى وجهه .^(٢)

بناءً على ذلك : فاذا كان العقد فاسداً فان المبيع يكون فى ضمان المشتري بمجرد قبضه له باتفاق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية^(٣) ^(٤) ^(٥)

- (١) بدائع الصنائع (٣٣٩١، ٣٣٧٧/٧) ، مجمع الأنهر (٥٣/٢) ، شرح مجلة الاحكام العدلية (٣٣٤/١) .
- (٢) الحيازة فى العقود (ص ١١١، ٢٠٥) . وراجع منشأ الخلاف فى ذلك بين الجمهور والحنفية تخريج الفروع على الأصول (ص ١٦٨) وما بعدها .
- (٣) بدائع الصنائع (٣٣٨٧/٧) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٦/٢) ، الدر المختار ورد المختار عليه (٩٠/٥) ، الفتاوى البزازية (٣٩٩/٦) .
- (٤) المنتقى (١٩٠/٦) الكافى فى فقه أهل المدينة (٧٣/٢) ، الشرح الكبير (٧٠/٣ - ٧١) ، جواهر الاكليل (٢٧/٢) ، شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (١٤٨/٢) ، بداية المجتهد (١٦٨/٢) .
- (٥) روضة الطالبين (٤٠٨/٣ - ٤٠٩) ، المجموع (٣٦٤/٩ - ٣٦٥) ، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٤٦) .

(١) والحنابلة والظاهرية .

(٣) وكذلك ان كان العقد باطلا عند المصاحبين من الحنفية قال الحنفية
"والمختار قولهما وقيل عليه الفتوى كما في الدرر وفي القهستاني : وهو
الصحيح على ما ذكره السرخسي وحكاه قاضيخان " .
وعلموا ذلك بأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض
على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى .

وقال أبو حنيفة ان المبيع بيعا باطلا يكون امانة في يد المشتري
اذا قبضه لانه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورة لامعنى فالتحقيق
بالعدم وبقي اذنه في القبض وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية
فقد جاء في المادة (٣٧٠) منها : " البيع الباطل لا يفيد الحكم أملا
فاذا قبض المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل كان المبيع
أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه " (٤)

وقد استثنى المالكية من القول بأن الضمان على المشتري بمجرد
القبض في البيع الفاسد كون المبيع مما لا يجوز تملكه شرعا فان ضمانه
من بائعه ولو قبضه المشتري يقول الدسوقي : " واعلم أن محل ضمان
الفاقد بالقبض اذا كان ذلك المبيع الفاسد منتفعا به شرعا فخرج شراء
الميتة والزبل فان ضمانه من بائعه ولو قبضه المشتري " (٥)

واذا قلنا بضمن المشتري للمبيع المقبوض بعقد فاسد فان الفقهاء
متفقون على أنه يضمن بمثلته ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميًّا

-
- (١) كشاف القناع (١٨٦/٣)، الانصاف (٣٦٢/٤)، شرح منتهى الارادات (١٩٠/٢) ،
غاية المنتهى (٢٦/٢)، المغنى (١٧٣/٤) .
(٢) المحلى (٤١٨/٩) .
(٣) الدر المنتقى (٦٥/٢)، وراجع فتاوى قاضيخان (١٣٤/٢)، الدر المختار
ورد المختار عليه (٥٩/٥)، بدائع المنائع (٣٣٩٣/٧) .
(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية (٣٣٤/١) .
(٥) حاشية الدسوقي (٧١/٣) وراجع حاشية العدوى على شرح الرسالة لأبى
الحسن (١٤٨/٢) .

(١)

هذا اذا تلف كله أما ان تلف بعضه فعليه أَرش النقصان .

وانما وقع الخلاف بين الفقهاء فى تحديد زمن القيمة هل هو يوم

القبض أو يوم التلف على ثلاثة أقوال :

(القول الأول) اعتبار القيمة يوم القبض وهذا هو قول المالكية

فى العقد الفاسد المتفق على فساده بين الفقهاء احترازاً من المختلف فى

فساده فإنه لا تجب فيه القيمة أصلاً بل الثمن الذى وقع العقد عليه .
(٢)

ومن ذهب الى القول باعتبار القيمة وقت القبض الحنفية .
(٣)

(القول الثانى) عليه القيمة أكثر ما كانت من يوم القبض الى

يوم التلف كالغصب وهذا هو مذهب الشافعية ، لأنه مخاطب كل لحظة من جهة
(٤)

(١) استثنى الحنفية ما اذا تلف جزئياً بفعل المشتري فان الأصل فى ذلك

عندهم أن المشتري اذا أحدث فى المبيع صنعا لو أحدثه الغاصب فى

المغصوب انقطع حق المالك فيه فإنه فى هذه الحالة يبطل حـــــــق

الفسخ ويتقرر حق البائع فى المثل أو القيمة مثال ذلك : اذا كان

المبيع بيعاً فاسداً قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطة فطحنها

أو سمماً أو عنباً فعصره أو شاةً فذبحها وشواها أو طبخها ونحو

ذلك فهذه التصرفات من المشتري لو حصلت من الغاصب فى العيــــن

المغصوبة انقطع حق المالك فى العين وتقرر حقه فى المثل أو القيمة

فكذلك فى البيع الفاسد عند الحنفية وذلك لأن القبض فى البيــــع

الفاقد كقبض الغصب لأن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون

القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هنا

يوجب انقطاع حق البائع فى المبيع الفاسد . راجع : بدائع الصنائع

٠ (٣٣٨٨/٧)

(٢) المنتقى (١٩٠/٦) ، الكافى (٧٣/٢) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي

عليه (٧١/٣) ، جواهر الاكليل (٢٧/٢) ، وقد نموا على القاعدة فى

ذلك فقالوا : كل فاسد متفق على فساده اذا فات فإنه يَمْضَى بالقيمة

وتعتبر القيمة يوم القبض وكل فاسد مختلف فى فساده اذا فات فإنه

يَمْضَى بالثمن الذى وقع عليه .

وتبىء المالكية على أن هذه قاعدة أغلبية لا تنطبق على جميع المسائل

بل لها بعض الاستثناءات . وكذلك لزوم الضمان بالقيمة انما هى

أغلبية عندهم وقد استثنوا منها بعض مسائل يكون ضمانها بالأكثر من

القيمة أو الثمن أو الأقل من القيمة أو الثمن .

(٣) مجمع الأنهر (٦٦/٢) ، بدائع الصنائع (٣٣٨٦/٧) .

(٤) روضة الطالبين (٤٠٩/٣) ، المجموع (٣٦٤/٩ - ٣٦٥) ، الأشباه والنظائر

للسيوطى (ص ٣٤٦) .

الشرع برده؛ وهو وجه خرجه ابن قدامة على قول الخرقي في باب الغصب
وقال وهو أولى .^(١)

(٢)
(القول الثالث) اعتبار القيمة يوم التلف وهو مذهب الحنابلة .
والذي يظهر لي والله أعلم أن أعدل الأقوال هو القول الأول الذي
يعتبر القيمة يوم القبض لأن قياس البيع الفاسد على الغصب قياس مع
الفارق لأن القبض بالعقد الفاسد قبض باذن المالك أما في الغصب فليس
بإذن المالك .

وأيضاً فإن القبض في العقد الفاسد قبض اقتضاه عقد وان كان فيه
فساد وذاك قبض لم يقتضه عقد بحال . والله أعلم .^(٣)

(١) المغنى (١٧٣/٤) .
(٢) كشاف القناع (١٨٦/٣)، شرح منتهى الإرادات (١٩٠/٢)، المغنى (١٧٣/٤) .
(٣) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٤٠٨/٢٩) .

المطلب الرابع : فى تلف المبيع واتلافه فى مدة الخيار

المسألة الأولى : فى تلف المبيع واتلافه فى خيار المجلس والشرط .

يثبت خيار المجلس للمتعاقدين فى فسخ البيع وامضاً ماداماً فى مجلس العقد حتى يتفرقا فان تفرقا من غير فسخ لزم العقد لكل منهما . وهذا الخيار قد قال به جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية (١) .

أما الحنفية والمالكية فلا يقولون به بل متى انعقد البيع بالايجاب والقبول فانه يلزم البيع يقول المرغينانى : " واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولاخيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية " . وجاء فى المدونة (٣) : " قلت لابن القاسم : هل يكون البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فى قول مالك قال : قال مالك : لاخيار لهما وان لم يتفرقا قال : قال مالك : البيع كلام فاذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع ولم يكن لأحدهما أن يمتنع مما قد لزمه " .

وقال ابن عبد البر : " وخيار المجلس عند مالك باطل " (٤) .

أما خيار الشرط فانه يثبت للمتعاقدين أو أحدهما متى اشترطاه فى صلْب العقد أو بعده فى زمن الخيار الى أمد معلوم وهذا الخيار قول عامة الفقهاء سوى الظاهرية فانهم يقولون ببطلانه ، يقول ابن حزم : (٥) (٦)

-
- (١) الأم (٣/٣) ، شرح منتهى الارادات (١٦٦/٢ - ١٦٧) ، المحلى (٢٩٥/٩) .
(٢) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٥٧/٦) ، وراجع مجمع الأنهر (٧/٢) ، تبیین الحقائق (٣/٤) ، روضة القضاة المجلد الأول (ص ٤٠٢) .
(٣) (١٨٨/٤) .
(٤) (٥٦/٢) .
(٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٩٨/٦) ، روضة الطالبين (٤٤٦/٣) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٥٦/٢) ، شرح منتهى الارادات (١٦٨/٢) .
(٦) المحلى (٣٢٨/٩) .

"وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا أو لغيرهما خيار ساعة أو يوم أو ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل فهو باطل تخييرًا إنفاذه أو لم يتخيرًا فان قبضه المشتري باذن بائعه فهلك في يده بغير فعله فلا شيء عليه فان قبضه بغير اذن صاحبه لكن بحكم حاكم أو بغير حكم حاكم ضمنه ضمان الغصب وكذلك ان أحدث فيه حدثا ضمنه ضمان التعدي".

بناء على ذلك فان الأحكام التي سنذكرها ان شاء الله تعالى في تلف المبيع واتلافه في مدة الخيار هي عند الشافعية والحنابلة تشمل مدة خيار المجلس والشرط لافرق في ذلك عندهم أما الحنفية والمالكية فهي خاصة بخيار الشرط .

وقد اختلف قول الفقهاء في آثار تلف المبيع واتلافه في مدة خيار المجلس والشرط وأكثر بعضهم من التفصيل والتفريع في ذلك كالحنفية والمالكية وفيما يلي نعرض رأي كل مذهب ومارتب من آثار على التلف والاتلاف في مدة الخيار .

أولا : مذهب الحنفية فيما (١) اذا تلف المبيع أو أتلف في مدة خيار الشرط :

(أ) تلف المبيع واتلافه في مدة خيار الشرط قبل قبض المشتري له :

يرى الحنفية أن المبيع اذا تلف تلفا كلياً في مدة الخيار قبل قبض المشتري له فان البيع يبطل سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً لأنه لو كان البيع بائناً لا خيار فيه لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط يكون أولى بالبطلان لأنه أضعف منه .

(١) راجع في ذلك : بدائع الصنائع (٣٣٠٧/٧ - ٣٣١٤، ٣٣٠٨ - ٣٣١٦)، الهداية مع شرح فتح القدير (٣٠٦/٦ - ٣١٣، ٣٠٨ - ٣١٤)، تبيين الحقائق (١٦/٤ - ١٧)، مجمع الأنهر والدر المنتقى بحاشيته (٢٥/٢ - ٢٦)، جامع الفصولين (٣٣٠/١)، المبسوط (٦٤، ٤٩/١٣)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٧٥، ٥٧٢/٤) .

أما إذا كان التلف جزئيا وكان الخيار للبائع فان كان بآفـسة
سماوية أو بفعل المبيع فلا يبطل البيع وهو على خياره لأن ما انتقص منه
من غير فعله غير مضمون عليه بحيث لا يسقط بحصته شيء من الثمن فان شاء
فسخ البيع وان شاء أجاز . فان أجازة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذة
بجميع الثمن وان شاء ترك لتغيير المبيع قبل القبض .

وان كان بفعل أجنبي لم يبطل البيع أيضا والبائع على خياره
لأن قدر النقصان هلك الى خُلفٍ وهو الضمان فكان قائما معنى فلم يبطل
البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع وأتبع
الجاني بالأرش وان شاء أجاز البيع وأتبع المشتري بالثمن والمشتري
يَتَّبِعُ الجاني بالأرش .

وكذلك الحال اذا كان بفعل المشتري فلا يبطل البيع والبائع على
خياره لأن المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على
المشتري فكان هلاكا الى خُلفٍ كاتلاف الأجنبي - فكان البيع على حاله
وبائع على خياره ان شاء فسخ البيع وأتبع المشتري بالثمن . وان شاء
أجازة وأتبع المشتري بالثمن .

أما اذا كان بفعل البائع فانه يبطل البيع لأن ما انتقص بفعله
فهو مضمون عليه حتى أنه يسقط عن المشتري حصته من الثمن فالاجازة
تتضمن تفريق الصفقة على المشتري .

(ب) تلف المبيع واتلافه في مدة خيار الشرط بعد قبض المشتري له :

يرى الحنفية أن المبيع اذا تلف تلفا كليا بعد قبض المشتري لـه
فان كان الخيار للبائع فان البيع يبطل ويلزم المشتري مثله ان كان
مثليا أو قيمته ان كان متقوما .

أما بطلان البيع فلأن المبيع صار بحالة لا يحتمل انشاء العقد عليها
فلا يحتمل الاجازة فيفسخ العقد ضرورة .

أما اذا كان الخيار للمشتري فان البيع لا يبطل ولكن يبطل الخيار
فيلزمه البيع وعليه دفع الثمن المتفق عليه وانما لزمه هنا دفع الثمن

لا القيمة كما هو الحال اذا كان الخيار للبائع فانه على أصل محمد وأبي يوسف اذا كان الخيار له يكون قد ملك المبيع بالعقد فاذا قبضه تقـرر^(١) عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما فى البيع البات .
وأما على أصل أبي حنيفة فالمشترى وان لم يملكه فقد اعترض عليه فى يده ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لأن الهلاك لا يخلو عن تقدم عيب عادة وتعيب المبيع فى يد المشتري يمنع الـرد ويلزم البيع فاذا هلك يهلك بالثمن .

هذا فى حالة التلف : أما فى حالة الاتلاف فان كان الخيار للبائع فلا يبطل البيع سواء كان المـتـلـف المشتري أو الأجنبي والبائع على خياره لأنه يهلك الى خـلـف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره والهالك الى خـلـف قائم معنى فكان المبيع قائمـا فكان مُحتملاً للاجازه فان أجاز وكان المـتـلـف هو الأجنبي فان البائع يطالب المشتري بالثمن والمشتري يرجع على الأجنبي بالضمان . وان كان المـتـلـف هو المشتري فانه يـتـبـعـه بالثمن . وان فسخ البيع أتبع الأجنبي أو المشتري بالضمان أيهما كان من قبـلـه الاتلاف .

هذا اذا كان التلف كلياً أما اذا كان جزئياً : فقد ذهب الحنفية الى التفريق بين ما اذا كان الخيار للبائع أو للمشتري ، فان كان الخيار للبائع ثم تعيب المبيع بعد القبض فى يد المشتري بفعل أجنبي أو بفعل المشتري أو بأفة سماوية فالبائع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشتري جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أو بأفة سماوية لأن البيع جاز فى الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث النقص لأنه حدث فى يده وفى ضمانه .

(١) ينبغى التنبيه الى أن الأصل عند محمد وأبي يوسف أن الخيار اذا كان للمشتري فان المبيع يخرج عن ملك البائع ويدخل فى ملك المشتري وعند أبي حنيفة يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشتري بمعنى أنه يكون موقوفاً . راجع التفصيل فى ذلك والأدلة : الهداية مع شرح فتح القدير (٣٠٦/٦ - ٣٠٧) ، تبیین الحقائق (١٦/٤) .

غير أنه ان كان التعيب بفعل أجنبي فللمشتري أن يتبع الجاني
بالأرش لأنه ملك العين باجازه البائع من وقت البيع فتبين أن الجنايـة
حصلت على ملكه .

وان اختار البائع الفسخ : فان كان النقص حصل بفعل المشتري
أو بأفة سماوية فان البائع يأخذ الباقي ويأخذ أرش الجناية من المشتري
لأن المبيع كان مضمونا على المشتري بالقيمة فلو هلك فى يده لزمته
قيمه وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفاتت فيلزمه
رد قيمته .

أما اذا كان النقص حصل بفعل أجنبي فان البائع اذا اختار
الفسخ يكون بالخيار بين أن يتبع الجاني بالأرش لأن الجناية حصلت على
ملكه . وان شاء أتبع المشتري لأن الجناية حصلت فى ضمانه والمشتري
يرجع بما ضمن من الأرش على الأجنبي لأن المشتري قام مقام البائع فى
حق ملك بدل الفاتت .

هذا اذا حصل التلف الجزئى بعد القبض وكان الخيار للبائع . أما
اذا كان الخيار للمشتري فان المبيع اذا انتقص بأن تعيب فى يده
بعب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو يسيرا وسواء كان ذلك بفعل
المشتري أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فان المشتري
يبطل خياره لأن حدوث العيب فى يده يمنع الرد على البائع واذا امتنع
الرد لم يكن فى بقاء الخيار فائدة فيبطل خياره ويلزم البيع وعليه
دفع الثمن .

أما اذا حصل النقص بفعل البائع فكذلك القول عند أبي حنيفة
ومحمد وعند أبي يوسف المشتري على خياره ان شاء رد عليه وان شاء
أمسكه وأخذ الأرش من البائع .

سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لأجنبي .

وان كان الضمان من المشتري : فهذا لا يخلو أن يكون الخيار للمشتري

أو للبائع أو لهما معا :

(١) فان كان الخيار للبائع : فان المشتري يضمن للبائع الأكثر من

قيمه يوم قبضه أو ثمنه فان كان الثمن أكثر أو مساويا للقيمة

غرم الثمن وان كانت القيمة أكثر من الثمن غرم القيمة .

وان أراد أن يغرم الثمن وهو أقل من القيمة فانه يحلف فيمسا

يغاب عليه أنه مافرط ومن ثم يضمن الثمن دون الثقات الى القيمة

أما ما لا يغاب عليه فان كان قد ظهر كذبه فلا يحلف لأنه لا يمين مع

ظهور الكذب .

(٢) اذا كان الخيار للمشتري : فادعى ضياعه وتلفه فانه يضمن الثمن

فقط لأنه يعد راضيا وسواء كان الثمن أقل من القيمة أو أكثر

فان كانت القيمة أقل من الثمن وأراد أن يدفع القيمة فانه عند

أشهب من المالكية يحلف أنه لم يرد الشراء .

(٣) وان كان الخيار لهما : فالظاهر عندهم تغليب جانب البائع

لأن الملك له وحينئذ فيضمن المشتري الأكثر من الثمن والقيمة

ان لم يحلف انه مافرط فيما يغاب عليه فان حلف ضمن الثمن فقط

ان كان أقل من القيمة .

هذا قول المالكية فيما اذا تلف المبيع بغير فعل آدمي ، أما

اذا أتلفه آدمي فلا يخلو أن يكون المتلف هو البائع ، أو المشتري

أو الأجنبي :

(١) تلف المبيع في مدة الخيار بجناية البائع :

اذا أتلف البائع المبيع في مدة الخيار فاما أن يكون الخيار له

أو للمشتري :

(أ) ان كان الخيار له وتلف كل المبيع فالبائع يفسخ سواء كان اتلافه

عمدا أو خطأ .

أما إذا تلف بعضه فيفرق بين العمد والخطأ :
فان كان عمداً فان فعله هذا دال على رد المبيع قبل جنايته لأن هذا
التصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه .

وان كان خطأً فان أجاز البائع لما له من خيار فان للمشتري خيار
الرد بالعيب فان تمسك بالمبيع فلا شيء له وان رد أخذ جميع الثمن .
(ب) ان كان الخيار للمشتري وتلف كل المبيع فان كانت الجناية عمداً
فان البائع يضمن للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة لأن للمشتري
أن يختار الرد إذا كان الثمن أكثر أو الامضاء ان كانت القيمة أكثر .
وان كانت الجناية خطأً انفسخ البيع .

وكذلك الحال اذا تلف بعضه فانه يفرق بين العمد والخطأ :
فان كانت جنايته عمداً فالمشتري بالخيار بين رد البيع وامضاؤه
فاذا اختار الامضاء أخذ أرش الجناية من البائع .

وان كانت الجناية خطأً فللمشتري أخذه ناقصاً ولا شيء له لأن بيع
الخيار منحل^(١) فجناية البائع على ملكه وللمشتري أن يفسخ البيع .
(٢) تلف المبيع في مدة الخيار بجناية المشتري :

إذا أتلف المشتري المبيع في مدة الخيار فاما أن يكون الخيار
له أو للبائع :

(أ) ان كان الخيار له وتلف كل المبيع فانه يضمن للبائع الثمن كله
سواء كان اتلافه عمداً أو خطأً .

أما إذا تلف بعضه فيفرق بين العمد والخطأ :
فان كانت جنايته عمداً فهو رضا بالمبيع ويلزمه الثمن المسمى .
وان كانت جنايته خطأً فله رده وما نقص وله التمسك بالمبيع ولا شيء له .

(١) ومعنى قولهم ان بيع الخيار منحل : أى ان المبيع في الخيار على ملك
البائع وهذا هو المعتمد عندهم فيكون امضاء البيع نقل المبيع من
ملك البائع الى ملك المشتري وعلى القول الثانى ان البيع منعقد
والملك للمشتري الا أنه ملك غير تام فيكون امضاء البيع تقرير لملك
المبيع للمشتري الذى حصل أصل ملكه بالعقد ذكر هذا المعنى
الدسوقي في حاشيته (١٠٣/٣) .

(ب) ان كان الخيار للبائع : فان تلف كل المبيع فيضمن للبائع الأكثر

من الثمن والقيمة سواء كانت جنائته عمداً أو خطأ .

أما اذا تلف بعضه فان للمالكية في ذلك طريقان :

(الطريق الأول) مذهب اليه خليل في مختصره من أن جنائته سواء

كانت عمداً أو خطأ فان البائع يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ الأرش . واما

أن يمضى المبيع ويأخذ الثمن .

(الطريق الثانى) مذهب اليه ابن عرفة واعتمده بعض المالكية

واقترع عليه بعضهم كما أشار الى ذلك الدسوقي وهو التفريق بيــــــن
(١)

العمد والخطأ :

فان كانت جناية المشتري عمداً فان البائع بالخيار بين أن يــــرد

المبيع ويأخذ أرش الجناية واما أن يمضى المبيع ويأخذ الثمن وهو التخيير

الذى ذهب اليه خليل .

وان كانت الجناية خطأ خير المشتري بين أخذ المبيع ودفع الثمن

وأرش الجناية واما أن يترك المبيع للبائع ويدفع أرش الجناية .

(٣) تلف المبيع في مدة الخيار بجنابة أجنبى :

فان أتلغه الأجنبى تلفاً كلياً فانه يفسخ المبيع ويضمن البائع

للمشتري جميع الثمن ويرجع البائع على الأجنبى بالضمن .

وان تلف بعضه فالأرش للبائع والمشتري بالخيار اما أن يأخذ

المبيع معيباً مجاناً واما أن يرد ولاشئ عليه .

(٢)

ثالثاً : مذهب الشافعية فيما اذا تلف المبيع أو أتلغ في

مدة خيار المجلس أو الشرط :

يرى الشافعية التفريق بين تلف المبيع قبل قبض المشتري له وبعد

قبض المشتري له .

(١) حاشية الدسوقي (١٠٥/٣) .

(٢) أسنى المطالب شرح روضة الطالب (٥٤/٢)، روضة الطالبين (٤٥١/٣ - ٤٥٣)

المجموع (٢٠٧/٩ - ٢٠٨)، الأم (٤/٣) .

(الحالة الأولى) تلف المبيع في زمن الخيارين قبل قبض المشتري :

- (١) إذا حصل التلف بآفة سماوية فان البيع يفسخ ويتلف من مال البائع .
- (٢) إذا حصل التلف بفعل آدمي وكان الخيار للبائع وحده انفسخ البيع أيضا .

وان كان الخيار لهما معا أو للمشتري وحده : فان كان المتلف هو المشتري فان العقد لا يفسخ ويستقر عليه الثمن لأنه باتلافه المبيع صار قابضا له كما لو أتلف المالك المغضوب في يد الغاصب .

وان كان المتلف أجنبي فكذلك الحال لا يفسخ العقد لقيام البديل اللازم له من قيمة أو مثل مقامه والخيار بحاله .

(الحالة الثانية) تلف المبيع في زمن الخيارين بعد قبض المشتري

له :

تلف المبيع في زمن الخيارين بيد المشتري لا يخلو اما أن يكون تلف بآفة سماوية أو بفعل آدمي :

- (١) ان حصل التلف بآفة سماوية : فلا يخلو أيضا اما أن يكون الخيار للبائع وحده أو للمشتري وحده أو لهما معا :

(أ) ان كان الخيار للبائع وحده : فان عقد البيع يفسخ لأنه يفسخ بذلك عند بقاءه في يده فعند بقاء ملكه أولى ، ولأن نقل المالك بعد التلف لا يمكن .

وبناء على ذلك فان البائع يرد الثمن للمشتري ، ويغرم المشتري

للبائع البديل وهو المثل أو القيمة كضمان المستعير والمستام .

- (ب) ان كان الخيار للمشتري وحده أو لهما معا فان البيع لا يفسخ في

أصح القولين أو الوجهين وذلك لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض .

بناء على ذلك : فان الخيار باق على حاله في أصح الوجهين

فان تم العقد وجب الثمن والا وجب البديل على المشتري وهو المثل

أو القيمة ويسترد الثمن من البائع .

(٢) ان حصل التلف بفعل الأدمى : فلا يخلو أيضا اما أن يكون الخيار

للبيع وحده أو للمشتري وحده أو لهما معا :

(أ) ان كان الخيار للبيع وحده انفسخ عقد البيع لأنه ينفسخ بذلك عند

بقائه فى يده فعند بقاء ملكه أولى .

(ب) ان كان الخيار للمشتري وحده أولهما معا فيفرق بين ما اذا أتلّفه

أجنبى أو المشتري أو البائع :

فان كان المتلف أجنبيا لم ينفسخ البيع لقيام البدل اللازم لـه

من قيمة أو مثل مقامه والخيار بحاله .

وان كان المتلف للمبيع هو المشتري فان الثمن يستقر عليه باتلافه .

وان كان المتلف للمبيع هو البائع فكما لو تلف بأفة سماوية

بمعنى أن البيع لاينفسخ لدخوله فى ضمان المشتري بالقبض ولم ينقطع

الخيار ويلزم المشتري دفع الثمن للبائع ان تم البيع وان فسّخ فالبديل

على المشتري وهو المثل أو القيمة ويسترد الثمن من البائع .

وكل ماسبق فيما اذا تلف المبيع تلفا كليا أما ان تلف بعض المبيع

فقد قال الشافعية :

فيمن اشترى عديين فتلف أحدهما فى زمن الخيار : ان كان الخيار

للبيع وحده انفسخ البيع فى التالف دون الباقي سواء تلف بعضه قبل

قبض المشتري أو بعده .

أما ان كان الخيار للمشتري وحده أو لهما معا فلا ينفسخ البيع

اذا كان بعد قبض المشتري و ذلك لدخوله فى ضمانه .

(١)

رابعا : مذهب الحنابلة فيما اذا تلف المبيع أو أتلّف فى

مدة خيار المجلس أو الشرط :

اذا تلف المبيع زمن الخيارين أو نقص بعيب فمن ضمان المشتري سواء

كان التلف بعد القبض أو قبله ان لم يمنعه البائع من القبض فـ

(١) كشف القناع (١٩٣/٣)، شرح منتهى الارادات (١٧٢، ١٧٠/٢)، الانصاف

(١/٤) (٣٨٨، ٣٨٠ - ٣٨٩)، المغنى (٤٨٦/٣ - ٤٨٩، ٤٨٧ - ٤٨٩، ٤٨٧) (٧٤، ٧١/٤) .

منعه فإنه غاصب والضمان عليه . وسواءً في ذلك كان الخيار لهما
أو لأحدهما وذلك لان انتقال المبيع زمن الخيارين الى ملك المشتري .
واستثنى الحنابلة من ذلك المبيع اذا كان فيه حق توفيه كالمكيل
اذا بيع كيلا والموزون اذا بيع وزنا والمعدود اذا بيع عداً، والمذروع
اذا بيع ذرعاً فإنه لا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض فان تلف قبل
القبض بطل البيع وبطل معه الخيار سواء كان خيار المجلس أو الشرط
وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما الا اذا كان المتلف هو المشتري
فيكون في ضمانه ويبطل خياره .

منشأ الخلاف في هذه المسألة :

اختلاف الفقهاء في تبعة تلف المبيع في مدة الخيار على من تقع
هل هي على البائع أو على المشتري ^{مَبْنِيٌّ} على اختلافهم في ملك المبيع
في مدة الخيار لمن يكون هل هو للبائع أو للمشتري وحاصل أقوالهم
في ذلك :

(١) يرى الحنفية أن الخيار اذا كان للبائع فإنه يمنع خروج المبيع
عن ملكه لأن تمام البيع انما يحصل بالرضا من الطرفين ولا يتم
الرضا مع الخيار لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه .
أما اذا كان الخيار للمشتري فعند أبي حنيفة يخرج المبيع عن
ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري بمعنى أنه يصير موقوفاً .

وعند الصاحبين : اذا خرج من ملك البائع دخل في ملك المشتري .
(٢) أما المالكية فالمعتمد عندهم : أن ملك المبيع في مدة الخيار
للبيع وعليه فامضاء البيع يعني نقل المبيع من ملك البائع
الى ملك المشتري .
ومقابل المعتمد عندهم : أن الملك في مدة الخيار للمشتري الا أنه

(١) الهداية وشرح فتح القدير (٦/٣٠٥ - ٣٠٦) .

(٢) حاشية الدسوقي (٣/١٠٣) .

ملك غير تام لاحتمال رده . وعليه فامضاء البيع تقرير لملك المشتري
الحاصل بأصل العقد .

وعلى هذا القول قالوا : ان الضمان من البائع أيضا لأن الملك
للمشتري غير تام .

(٣) أما الشافعية فعندهم في ملك المبيع زمن الخيار ثلاثة أقوال مشهورة
وقد صحح كل قول من هذه الأقوال طائفة منهم . وأظهر هذه الأقوال
هو مامش عليه النووي في المنهاج فقد قال : " والأظهر أنه ان كان
الخيار للبائع فملك المبيع له وان كان للمشتري فله وان كان لهما
فموقوف " (٢)

(٤) أما الحنابلة فالمذهب عندهم أن الملك ينتقل في المبيع في زمن
الخيارين الى المشتري بنفس العقد .

وقد استظهر القاضي أبو الوليد بن رشد الحفيد أن منشأ الخلاف
بين الفقهاء في ضمان المبيع في مدة الخيار اختلافهم في لزوم العقد
وعدمه في مدة الخيار فمن قال ان العقد غير لازم في مدة الخيار جعل
ضمان المبيع من البائع .

(٤) ومن شبه بيع الخيار بالبيع اللازم جعل الضمان للمشتري .
ولاشك أن من يقول بلزوم العقد يقول بانتقال الملك فعليه ينتقل
الضمان . ومن يقول بعدم لزوم العقد يقول بعدم انتقال الملك فلا ينتقل
الضمان .

واستظهار قول من هذه الأقوال يستدعي استقصاء الدليل في ذلك
وهذا يخرجنا عن موضوع البحث ، والله أعلم .

-
- (١) المجموع (٢٠١/٩) .
 - (٢) المنهاج مع شرحه مغنى المحتاج (٤٨/٢) .
 - (٣) الانصاف (٣٧٨/٤) ، كشاف القناع (١٩٣/٣) ، المغنى (٤٨٨/٣) .
 - (٤) بداية المجتهد (١٨٤/٢) .

المسألة الثانية : في تلف المبيع واتلافه في خيار التعيين .

البيع بخيار التعيين أجازته الحنفية استحسانا وكذلك أجازته المالكية (٢) ومنعه الشافعية والحنابلة لكون المبيع غير معلوم . (٣) (٤)
والبيع بخيار التعيين كما وصفه الحنفية هو أن يقول البائع للمشتري بعثك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدتين أو الدابتين أو غيرهما من الأشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقيل المشتري (٥) .

واشترط بعض الحنفية لصحة هذا البيع أن يكون فيه خيار شرط مثل أن يقول البائع على أن تأخذ أيهما شئت .

قال ابن الهمام : (٦) " كما هو المذكور في الجامع الصغير ٠٠٠ ونسبه قاضيخان إلى أكثر المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعه هو الصحيح " . وقال بعضهم لا يشترط ذلك قال ابن الهمام : (٧) " وهو المذكور في الجامع

الكبير وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصور وقع اتفاقا لا قيادا وصححه فخر الدلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع " . وقد ذكر الحنفية وجه جواز مثل هذا البيع استحسانا وان كـ القياس عدم جوازه وهو أن خيار الشرط انما شرع للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة

-
- (١) الهداية مع شرح فتح القدير (٣٢٥/٦)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٢٣/٢)، تبیین الحقائق (٢١/٤) .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٠٦/٣)، المدونة (١٨٦/٤) ، وما بعدها، الكافي في فقه أهل المدينة (٥٧/٢) .
(٣) المجموع (٢٧٦/٩)، روضة الطالبين (٣٥٨/٣ - ٣٥٩)، مغنى المحتاج (١٦/٢) .
(٤) شرح منتهى الإرادات (١٤٨/٢)، المغنى (٩٩/٤)، الانصاف (٣٠٢/٤)، المحرر والنكت والفوائد السنوية عليه (٢٩٤/١) .
(٥) بدائع الصنائع (٣٢٨٩/٧) . وراجع نفس التعريف عند المالكية حاشية الدسوقي (١٠٦/٣) ويطلقون عليه بيع الاختيار .
(٦) شرح فتح القدير (٢٢٦/٦) .
(٧) المرجع نفسه .

لأن الانسان قد يحتاج الى رأى غيره فى اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر أو لا يستطيع أن يحضر الى السوق لعلو مكانه أو كون من يريد أن يأخذ رأيه امرأة متحجة لاسيما ان كانت زوجته فلا ينبغى له أن يتركها ——— تلج الأسواق وتمارس البيع والشراء مع الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق ولا يمكنه البائع من حمله الى من يريد أخذ رأيه فيه الا مبيعا فكان فى معنى ماورد به النص فيجوز . ومادام أنه قد جاز للحاجة فيقدر بقدرها بناء على ذلك فقد اشترط فقهاء الحنفية أن لا يتجاوز التخيير بين ثلاثة أشياء قالوا لأن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والمتوسط فيها فلارخصة فى الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة .^(١)

واذا ثبت أن جواز هذا البيع للحاجة فان بعض فقهاء الحنفية يرى أن خيار التعيين يختص بالمشتري فقط دون البائع . ويرى بعضهم أنه يثبت للبائع كما يثبت للمشتري استحسانا وهذا القول هو الذى سنفرغ عليه أحكام التلف والاتلاف فى بيع خيار التعيين ان شاء الله تعالى وهو ما فعله الكاسانى رحمه الله .^(٢)

وقد ذكر هذين القولين ابن الهمام بقوله : " واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لامه منه فيرد جانب البائع الى القياس ولهذا نص فى المجرى على أنه لا يجوز فى جانب البائع ، وذكر الكرخى أنه يجوز استحسانا لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط " .^(٣)

-
- (١) الهداية وشرحها فتح القدير (٣٢٥/٦ - ٣٢٦) ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٢١/٤) .
- (٢) بدائع الصنائع (٣٢٩٠/٧) وما بعدها ، وانظر الدر المنقى (٣١/٢) فقد جاء فيه : " وقد جوز الكرخى للبائع استحسانا . . . وفى شرح التلخيص والكافى هو الأصح قلت ونصره فى النهر على خلاف ما فى الفتح وان تبعه البهنسى " .
- (٣) شرح فتح القدير (٣٢٦/٦) .

وفيما يلي نذكر أحكام التلف والاتلاف في هذا البيع والآثار المترتبة على العقد في مذهب المجيزين له وهم الحنفية والمالكية .

أولا : مذهب الحنفية .

يرى الحنفية أن خيار التعيين يوجب ثبوت الملك للمشتري فــــي أحدهما ويبقى الثاني أمانة في يده . وبناءً على ذلك :

فقد قال الحنفية : إذا تلف المبيع كله في خيار التعيين قبل القبض بطل البيع لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

أما إذا تلف بعضه بأن تلف أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيــــع إذا كان الخيار للمشتري لأنه يُحتمَلُ أن يكون التالف هو المبيع فيبطل البيع بتلفه ويحتمَلُ أن يكون غيره فلا يبطل البيع . والبيع قد صحَّ بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشتري على خياره ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل قبضه بخيار التعيين فيوجب الخيار .

أما إذا كان الخيار للبائع : فان البائع على خياره ان شاء ألزمَ المشتري الباقي منهما لأنه تَعَيَّنَ وان شاء فسخ البيع فيه لأنــــه غير لازم وليس له أن يلزمه التالف منهما لأنه تلف أمانة .

أما إذا تعيب أحدهما قبل القبض فان كان الخيار للمشتري فــــان شاء أخذ المعيب منهما وان شاء أخذ الآخر وان شاء تركهما كما لو لم يحدث عيب أصلا . ولا يتعين المعيب للبيع لأن التعيين لم يوجد من المشتري لانما ولدلالة .

أما إذا تعيب أحدهما والخيار للبائع فخياره على حاله ولــــه أن يلزم المشتري أيهما شاء كما قبل التعيب وله أن يفسخ البيــــع ويستردهما لأن البيع غير لازم له فله ولاية الفسخ .

ثم ينظر : ان اختار امضاء البيع فى أحدهما فان كان غير المتعيب
لزم البيع ولاخيار للمشتري فى تركه .

وان كان مالزمه هو المتعيب فالمشتري بالخيار لأن المبيع قد تغير
قبل القبض وتعيب المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشتري .
وان اختارَ الباعُ فَسَخَّ البيع وكان العيب قد حصل فى يده فلا شيء له
لأن العيب قد حصل فى ضمانه .

هذا كله فيما اذا حصل التلف الكلى أو الجزئى قبل القبض أما
اذا حصل بعد قبض المشتري للمبيع : فاما أن يتلف كله أو بعضه وفى
كلتا الحالتين اما أن يكون الخيار للباع أو للمشتري :

(١) فأما ان تلف كل المبيع بعد القبض فلا يخلو أن يتلف على التعاقب
أو يتلف معا :

(أ) فان كان الخيار للباع وتلف على التعاقب فالأول يهلك أمانة وعلى
المشتري قيمة آخرهما هلاكا لأنه تعين للبيع . ولأنه مبيع هلك فى
يد المشتري وفيه خيار للباع فتجب القيمة .

أما اذا تلف معا فانه يلزم المشتري نصف قيمة كل واحد منهما
لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر .

(ب) ان كان الخيار للمشتري وتلف على التعاقب فالأول يهلك مبيعاً
والآخر أمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة والأمانة مستحقة الرد
على المشتري الى الباع وقد خرج التالف عن احتمال الرد فيه
فتعين الباقي للرد فتعين التالف للبيع ضرورة .

أما اذا حصل التلف معا فانه يلزم المشتري ثمن نصف كل واحد
منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما
جميعاً .

(٢) أما ان تلف بعض المبيع بعد القبض مثل أن يكون المبيع ثوبين
فيتلف أحدهما فهذا لا يخلو أيضا اما أن يكون الخيار للبايع
أو للمشتري :

(أ) فان كان الخيار للبائع وتلف أحدهما بعد القبض كان التالف أمانة كما لو هلك قبل القبض وللبيع أن يُلزمَ المشتري الباقي وان شاء فسخ البيع فيه لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيتلف على ملك البائع وله الخيار .

(ب) وان كان الخيار للمشتري وتلف أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن التالف منهما تَعَيَّنَ للبيع ولزمه الثمن وتعين الآخر للأمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة والأمانة منهما مستحق ردها على البائع وقد خرج التالف عن احتمال الرد فيه فتعين الباقي للرد فتعين التالف للبيع ضرورة .

(٣) تَعَيَّبَ أحدهما بعد قبض المشتري : فلا يخلو أن يكون الخيار للمشتري أو للبائع :

(أ) فان كان الخيار للمشتري فان المعيب يتعين للبيع ويلزمه ثمنه ويتعين الآخر للأمانة كما اذا تلف أحدهما بعد القبض لأن تعيين المبيع يعنى تلف البعض فلهذا مُنِحَ الردُّ ولزم البيع فى المعيب المعين فكذا فى غير المعين يمنع الرد ويتعين للبيع .

ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزم ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئا لأنه أمانة .

وان تعيبا معا فلا يتعين أحدهما للبيع لأن أحدهما ليس أولى بالتعيين من الآخر وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لأنه اذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشتري على خياره الا أنه ليس لـ أن يردَّهما جميعا لأن البيع قد لزم فى أحدهما بتعيينهما فى يد المشتري وبطل خيار الشرط .

(ب) وان كان الخيار للبائع وتعيب أحدهما أو تعيبا معا بعد قبض المشتري فخيار البائع على حاله فله أن يُلزمَ المشتري أيهما شاء كما قبل التعيب وله أن يفسخ البيع ويستردهما لأن البيع غير لازم له فله ولاية الفسخ .

ثم ينظر ان اختار امضاء البيع فان كان قد ألزمه غير المتعيب —
منهما لزمه القبول ولاخيار له في تركه وكذلك ان ألزمه المتعيب لأن التعيب
بعد القبض لا يثبت الخيار .

وان اختار الفسخ وكان التعيب حصل بيد المشتري فللبائع أن يأخذ
من المشتري نصف نقصان كل واحد منهما لأن أحدهما مضمون عنده بالقيمة
والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر ^(١) .

ثانيا : مذهب المالكية .

ما يسميه الحنفية خيار التعيين يسميه المالكية ^(٢) بيع الاختيار وهو
البيع الذي جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه كأبيك أحد
هذين الثوبين على البت بدينار وجعلت لك يوما أو يومين تختار فيهما
واحدا منهما . ففي مثل هذا البيع اذا ادعى المشتري ضياعهما معا
أو ادعى ضياع أحدهما فانه يلزمه النصف من كل منهما بكل الثمن
لأن ثوبا قد لزمه ولا يعلم ماهو منهما فوجب أن يكون فيهما شريكا . قال
الدردير : " وسواء كانا بيد البائع أو المشتري كان المبيع مـ
يغاب عليه أم لا " ^(٣) .

واستثنى المالكية ما اذا جعل له البائع الخيار في الأخذ والرد ^(٤)
بعد التعيين ويسمونه بيع الاختيار والخياره مثل أن يشتري المشتري
أحد ثوبين لابعينه من شخص واحد ليختار واحدا منهما وهو فيما يختاره
بالخيار في امساكه ورده .

-
- (١) راجع في أحكام التلف السابقة عند الحنفية : بدائع الصنائع
(٣٢٨٩/٧ - ٣٢٩٣، ٣٢٩٤ - ٣٢٩٤)، المبسوط (٥٥/٧ - ٥٧)، الهدايات
مع شرح فتح القدير (٣٢٨/٦) وما بعدها، تبين الحقائق وحاشيتها
الشلبى عليه (٢٢/٤)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٣١/٢ - ٣٢) .
- (٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير (١٠٦/٣) .
- (٣) الشرح الكبير (١٠٧/٣) .
- (٤) حاشية الدسوقي والشرح الكبير (١٠٦/٣) .

فيرى المالكية في مثل هذا البيع أن المشتري إذا ادعى ضياعهما
معا فإنه يضمن واحدا منهما بالثمن الذي وقع عليه البيع ان كان
الخيار له .

وان كان الخيار للبائع فإنه يضمن الأكثر من الثمن والقيمة
الا أن يحلف لقد ضاعت وما فرطت فيضمن الثمن خاصة .
ولا ضمان عليه في الثاني لأنه أمين فيه . وسواء في ذلك دفعهما اليه
البائع بطوعه، أو بسؤال المشتري، هذا إذا لم تقم للمشتري بينة
على التلف أما إذا قامت فإنه لا ضمان عليه في مفهوم قول خليل كما قرره
الدردير فقد قال : " وفهم من قوله فادعى أنه ان قامت له بينة بذلك
لم يضمن شيئا " (١) .

هذا في حال التلف الكلى أما في التلف الجزئى مثل أن يدعى
المشتري ضياع أو تلف أحد الثوبين في بيع الاختيار والخيار فقد قال
المالكية ان لم تقم له بينة على التلف فإنه يضمن نصف التالف لعدم
العلم بالضائع هل هو المبيع أو غيره . وله اختيار الباقي ورده ان كان
زمن الخيار باقيا . جاء في المدونة : " قلت أرأيت لو أن رجلا اشترى
ثوبين أو عبيدين على أن يأخذ أحدهما بألف درهم أيهما شاء أخذ وهو
بالخيار ثلاثا فمات أحد العبيدين أو ضاع أحد الثوبين ؟ قال مالك :
إذا اشترى الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن قد سماه فضاع أحدهما
الثوبين أن الضياع من المشتري في نصف الثوب . قال سحنون : ولا يضمن
الا ذلك ولو ضاعا جميعا لم يضمن الاثمن واحد لأنه أخذ واحدا على الضمان
والآخر على الأمانة " (٢) .

(١) الشرح الكبير (١٠٦/٣)، وراجع منح الجليل (٦٢٦/٢) فقد جاء فيه :
"والثاني يضمن واحدا بالثمن ولو قامت له بينة عليه ... وهو ظاهر
المدونة" .

(٢) (١٨٦/٤ - ١٨٧) وراجع جواهر الاكليل (٣٩/٢)، منح الجليل (٦٢٧-٦٢٦/٢)
الكافي في فقه أهل المدينة (٥٧/٢) .

المسألة الثالثة : في أثر تلف المبيع واتلافه على خيار العيب .

لاخلاف بين الفقهاء في مشروعية رد المبيع بخيار العيب اذا قبضه المشتري ثم وجده معيبا .

ولاخلاف بينهم أن تلف المبيع المعيب كلياً مسقط لخيار الـرد بالعيب الا أن للمشتري الرجوع على البائع بأرش النقص . وهذا هو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والحنفية .
(١) (٢) (٣) (٤) (٥)

واستثنى الامام أبو حنيفة رحمه الله ما اذا حصل التلف بفعل المشتري فحينئذ ليس له الرجوع على البائع بالنقصان لأنه أتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير أنه أسقط عنه الضمان لأنه ملكه فكان كالمستفيد به عوضاً وخالفه الصحابان فقالا: ان كان المشتري قد فعَلَ بالمبيع ما يقصدُ بشرائه ويعتاد فعله منه مثل أن يكون المبيع طعاماً يأكله أو ثوباً فيلبسه حتى تخرقَ فان له الرجوع بالنقصان على البائع . ولكن قول الصحابين هو الذي عليه الفتوى . وان كان قول أبي حنيفة (٦)

-
- (١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٢٤/٣)، المنتقى (١٩١/٤)، بداية المجتهد (١٥٦/٢) .
- (٢) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه (٣٩/٤) يقول الشبراملسي "ومنه يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي أن شخصاً اشترى حباً وبذره فنبت بعضه وبعضه لم ينبت فادعى المشتري على البائع بأن عدم نبت البعض لعيب فيه منع من انباته فأنكر البائع وحاصل الجواب أن بذرَ الحَب على الوجه المذكور يعد اتلفاً له فاذا أثبت المشتري عيب المبيع استحق أرشه، والا فالقول قول البائع في عدم العيب فان حلف على نفي العلم به فذاك والأردت اليمين على المشتري فيحلف أن به عيباً منع من الانبات ويقتضى به بالأرش" . وراجع أيضاً مغنى المحتاج (٥٤/٢) .
- (٣) كشف القناع (١٢٠/٣)، شرح منتهى الارادات (١٧٨/٢)، الانصاف (٤١٩/٤) .
- (٤) المحلى (٧٢٩/٩ - ٧٣٠) .
- (٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٣٦٩/٦ - ٣٧١)، الدر المختار وردالمحتار عليه (٢١/٥ - ٢٣)، تبیین الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٣٦ - ٣٥/٤) .
- مجمع الأنهر والدر المنتقى (٤٦/٢ - ٤٧) .
- (٦) المراجع السابقة .

قد صححه بعض الحنفية يقول ابن الهمام : " وَجَعَلُ الْمُصَنِّفُ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ
استحساناً مع تأخيره . وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى
على قولهما " .

(٢) قال ابن عابدين : " وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّهُ فِي الْكَنْزِ وَالْمُلْتَقَى وَغَيْرِهِمَا مَشَّوَا
على قول الامام وفي الذخيرة ولو لبس الثوب حتى تَخَرَّقَ مِنَ اللَّبْسِ أَوْ أَكَلَ
الطعام لا يرجع عنده هو الصحيح خلافا لهما " .

(٣) قال ابن عابدين : " وَالْحَاصِلُ أَنَّهُمَا قَوْلَانِ مُصْحَحَانِ وَلَكِنْ صَحَّحُوا
قولهما بأن عليه الفتوى ولفظ الفتوى أكد ألفاظ التصحيح ولاسيما
هو أرفق بالناس " .

(٤) واستثنى الحنابلة والشافعية من القول برجوع المشتري على البائع
(٥) بأرش النقص إذا تلف المبيع ثم علم أنه به عيبا ما إذا كان المبيع
ربويا بيع بجنسه كحلى ذهب ببيع بوزنه ذهباً فبان معيباً بعد تلفه
فلا أرش له لنقص الثمن كيلا يصير الباقي منه مقابلاً بأكثر منه وذلك ربوا
ولكن يفسخ العقد ويسترد الثمن ويغرم بدل التالف .

وذهب المالكية والحنابلة الى أن التلف إذا كان بسبب عيب دلسته
البائع على المشتري فان المشتري يرجع بجميع الثمن وليس بأرش العيب
القديم ، يقول ابن عبد البر : " وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا بَعِيْبًا فَكْتَمَهُ وَمَاتَ الْعَبْدُ
من ذلك العيب وقامت البينة أنه دلست عليه به أو أقر بذلك بائعه
فمصيبتة من البائع . وان مات من عيب سواه رجع المشتري على البائع
بمبلغ أرش العيب الذي دلست به ليس له غير ذلك " .

(١) شرح فتح القدير (٣٧١/٦) .

(٢) رد المحتار (٢٢/٥) .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) القواعد لابن رجب (ص ١٠٩) ، شرح المنتهى (١٧٧/٢) ، المحرر (٣٢٦/١) .

(٥) نهاية المحتاج (٤١/٤) .

(٦) الكافي في فقه أهل المدينة (٦٢/٢) ، وراجع الشرح الكبير (١٢٨/٣) .

المنتقى (٢٠٠/٤) .

وقد نية المالكية على أن تصرف البائع محمول على عدم التدليس حتى
يثبت ذلك بالبينة أو يعترف البائع أنه دلس على المشتري .^(١)

ونقل ابن قدامة عن الامام أحمد أنه قال : " فى رجل اشترى عبدا
فأبق من يده وأقام البينة أن اباقه كان موجودا فى يد البائع : يرجع
به على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه لأنه غرَّ المشتري ويتبَّعُ
البائع عبده حيث كان " .^(٢)

قال المرداوى : " قلت وهذا هو الصواب الذى لا يعدل عنه " .^(٣)
وقد اختلف الفقهاء فيما لو حدَّ بالمبيع المعيب عيب آخر يُنقِصُه
بعد أن قبضه المشتري وقبل علمه بالعيب القديم فهل له خيار الـرد
بالعيب القديم مع حدوث عيب جديد عنده أو لا ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية والشافعية والامام أحمد فى رواية عنه الـ
^(٤) ^(٥) ^(٦)

-
- (١) حاشية الدسوقى (١٢٨/٣) .
(٢) المغنى (١١٥/٤) .
(٣) الانصاف (٤١٧/٤) .
(٤) بدائع الصنائع (٣٣٤٠/٧ - ٣٣٤٢) ، الهداية مع شرح فتح القديـر
(٣٦٥/٦) ، تبیین الحقائق (٣٤/٤) ، الدر المختار ورد المحتار عليه
٠ (١٧/٥)
(٥) نهاية المحتاج (٥٦/٤) ، مغنى المحتاج (٥٨/٢ - ٥٩) ، روضة الطالبين
٠ (٤٨٠/٣) ، من أسنى المطالب شرح روض الطالب (٦٨/٢) .
(٦) المغنى (١١٢/٤) ، المبدع (٩٠/٤) ، الانصاف (٤١٥/٤ - ٤١٦) وجاء فيه
"قال ابن أبى موسى وهى الصحيحة عن أحمد وقال ابن منجا فى شرحه
هذا الصحيح من المذهب . وجزم به فى الوجيز والمنور والمنتخب
وقدمه فى المحرر والنظم واختاره أبو بكر وابن أبى موسى
وأبو الخطاب فى خلافه " .

أن العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم . لأن شرط الرد أن يكـون
المردود على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد لأنه خرج عن
ملك البائع معيبا بعيب واحد ويعود على ملكه معيبا بعيبين فلا يـرد
لأن الضر لا يزال بالضرر .

وإذا امتنع الرد فقد قال الحنفية والشافعية ان المشتري كذلك
لا يكلف الرضا به معيبا بل يُعَلِّمُ البائع بأن المبيع كان معيبا وحصل
به عيب جديد فان رض بَرَدَه معيبا من غير ارش للعيب الحادث قيـل
للمشتري اما انه ترده على البائع أو تقنع به ولاشئ لك .

فان لم يرض البائع بالرد فقد قال الحنفية لئيس له الا أرش النقص
بالعيب القديم قال الباهرتي : " فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يُقَوِّمَ
المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عُشْرِ
أو ثُمْنٍ أو سُدِّيٍّ أو غير ذلك يرجع به " .

وقال الشافعية ان لم يرض به البائع معيبا بعد اعلامه بالعيب
فلا بد من أن يضم المشتري أرش العيب الحادث الى المبيع ليرده أو يغرر
البائع أرش العيب القديم ليمسكه ، لأن كلا من ذلك فيه جمع بيـن
المصلحتين ورعاية للجانبين .

وان اختلفا بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الامسـاك
مع أرش القديم ففيه ثلاثة أوجه عند الشافعية أصحها : اجابة من طلب
الامسك مع أرش القديم سواء أكان هو البائع أم المشتري لما فيه من
تقرير العقد .

وأما الامام أحمد فقد قال اذا امتنع الرد تعين الأرش للمشتري على
البائع .

القول الثاني :

ذهب المالكية الى التفصيل فقالوا : ^(٢) النقص الحادث في المبيع

- (١) العناية شرح الهداية (٣٦٥/٦) .
(٢) راجع في ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٢٦/٣ - ١٣٠، ١٢٨ -
١٣١)، جواهر الاكلیل (٤٥/٢ - ٤٧)، شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي
زيد وحاشية العدوى عليه (١٤٠/٢ - ١٤١)، الكافي في فقه أهل المدينة
(٦٦/٢)، المنتقى (١٩٦/٤) وما بعدها .

اما أن يكون مُخْرَجًا عن الغرض المقصود أو غير مخرج :

(أولاً) ان كان العيب الحادث في المبيع عند المشتري متوسطا بين العيب المُخْرَج عن الغرض المقصود من البيع والقليل الذي لا أثر له فان المشتري مخير بين التمسك بالمبيع وله على البائع أرش العيب القديم وله رده مع أرش العيب الحادث عنده .

الا اذا قبل البائع المبيع بالعيب الحادث من غير أن يدفع لــــه المشتري مقابله شيئا فلا خيار للمشتري في التمسك وأخذ الأرش بل ان لــــه التمسك ولاشئ له أو الرد ولاشئ عليه لأنه انما كان له التمسك وأخذ أرش العيب القديم لخسارته بغرم أرش الحادث اذا رُدَّ، فحيث سقط عنــــه حكم العيب الحادث انتفت العلة .

ونبه المالكية على أن الشيا ب تختص من بين العروض في أن المشتري اذا قَطَعَهَا القطع المعتاد غير المفسد ثم ظهر بها عيب دلّسه البائع فان للمشتري أن يرد الشيا ب المقطعة ولا يرد معها أرش نقص لتدليس البائع العيب عليه . وهذا عندهم في القطع خاصة والحقوا به القصارا والمبغ . بيان ذلك جاء في المدونة : " قلت أرأيت ان بعث ثوبا من رجل دلّست له العيب وأنا أعلم أو كان به عيب لم أعلم به ؟ قال : قال مالك بــــن أنس اذا دلّس الرجل بالعيب وهو يعلم ثم أحدث المشتري في الثوب صبغاً ينقص الثوب أو قَطَعَهُ قميما أو ما أشبه ذلك فان المشتري بالخيار ان شاء حبس الثوب ويرجع على البائع بما بين الصحة والداء وان شاء رد الثوب ولاشئ عليه

قلت لابن القاسم فلم لا يجعل مالك بن أنس عليه مانقصة القطع والمبغ عنده اذا كان البائع دلّس به قال : لأن البائع هاهنا كأنه أذن له في ذلك فلا شئ له على المشتري من ذلك

قلت : فمن دلّس بالعيب ومن لم يدلس فانما القول فيه قول واحد وانما يختلف القول فيها في هذا الذي دلس اذا قطع المشتري ثوبه أو صبغه صبغا ينقصه رده ولم يرد معه مانقص والذي لم يدلس ليس للمشتري اذا صبغ

صبغا ينقصه أو قطع الثوب فنقص ليس له أن يرده إلا أن يرد النقصان معه قال نعم انما افترقا في هذا فقط . قلت أرأيت ماسمعتك تذكر عن مالك أن من باع فـدلس أنه ان حدث عنده به عيب أن له أن يرده أهذا في جميع السلع في قول مالك أم لا قال ليس هكذا " .^(١)

" قلت : أرأيت الحيوان اذا اشتراها وقد دلس فيها صاحبها له قال التدليس وغير التدليس في الحيوان سواء في قول مالك لأن الحيوان لـم يبعها على أن يقطعها والثياب انما تشتري للقطع وما أشبهه . قلـت فالدار اذا باعها وقد دلس فيها بعيب قد علم به البائع قال أراهـا بمنزلة الحيوان ولم أسمع من مالك فيها شيئا " .^(٢)

وفي كون هذا الاستثناء خاصا بالثياب وحدها دون سائر العـروض وخاصة بعيب القطع والقسارة والصبغ في الثياب دون سائر العيوب ، جاء في المدونة :^(٣) " قلت فان كان البائع دلس له بالعيب فحدث به عند المشتري عيب من غير التقطيع أو في الحيوان حدث عيب قال : انما قال مالك في الرقيق والحيوان اذا حدث بها عيب مفسد مثل العور وما أشبهه لم يكن له أن يرده إلا أن يرد معه مانقص وليس يترك له مانقص دلس أو لم يدلس قال لأن الرقيق والحيوان كله دلس أو لم يدلس ما حدث بها من عيب عند المشتري مفسد لم يكن له أن يرده إلا أن يرد معه مانقص وما كان من عيب ليس بمفسد فله أن يرده ولا يرد معه مانقص والتدليس في الحيوان والرقيق وغير التدليس سواء . قال ابن القاسم : وأما في الثياب فانه اذا دلس فحدث في الثياب عيب عند المشتري مفسد من غير التقطيع أو فعل بما لا ينبغى له أن يفعل في الثوب كان عندي بمنزلة الحيوان لا يرده إلا أن يرد معه مانقص العيب وانما أجاز مالك في التقطيع وحده أن يرده ولا يرد معه مانقص اذا دلس له قال ابن القاسم والقسارة والصبغ مثله " .

(١) المدونة (٣٣٤/٤ - ٣٣٥)

(٢) المرجع نفسه (٣٣٧/٤)

(٣) (٣٣٦/٤)

(ثانيا) ان كان العيب الحادث فى المبيع عند المشتري مخرجا عن الغرض المقصود من المبيع فانه يمتنع الرد بالعيب القديم وسواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس .

وإذا امتنع الرد فالأرش متعين للمشتري على البائع ولو رضى البائع بأخذ المبيع بعيبه الحادث من غير أرش له . يقول الدسوقى : " فالأرش القديم متعين للمشتري على البائع فيقوم سالما ومعيبا بالقديم ويأخذ المشتري من الثمن النسبة وظاهره فوات الرد وأخذ الأرش ولو رضى البائع بقبوله بالحادث الذى لا يذهب عينه " (١) .

ولافرق عند الملكية فى العيب المفسد المخرج للمبيع عن الغرض المقصود بين الثياب وغيرها بل لافرق فى الثياب أيضا بين أن يكسبون البائع مدلسا أو غير مدلس إذا قطعها القطع المفسد غير المعتاد يقول خليل فى معرض تمثيله للنقص المخرج عن المقصود : " وقطع غير معتاد " قال الدسوقى : " قوله وقطع غير معتاد أى سواء كان البائع مدلسا أم لا وما يترتب من قول المصنف : وفرق بين مدلس وغيره ان نقص أى المبيع بفعل المشتري . فمحمول على الفعل المعتاد وأما غير المعتاد فهو مفقود مطلقا كان مدلسا أو غيره " (٢) .
يوضحه ماجاء فى المدونة : " قلت رأيت ان اشترت ثوبا فقطعته تبابين ومثل هذا الثوب لا يقطع تبابين وهو وشى وبه عيب دلسه لي البائع (٤) (٥) أكون لي أن أردته أم لا ؟ قال هذا فوت اذا قطعه خرقا أو مالا يقطع من ذلك الثوب مثله فهو فوت وليس له أن يرده ولكن يرجع على البائع بالعييب الذى دلسه له من الثمن " .

(١) حاشية الدسوقى (١٣٠/٣) .

(٢) المرجع نفسه (١٣١/٣) .

(٣) (٣٣٧/٤) .

(٤) جمع تبيان كرمان والتبيان سراويل مغير يستر العورة المغلظة .

انظر ترتيب القاموس المحيط (٣٥٩/١) .

(٥) قال فى القاموس المحيط (٦١٧/٤) : والشى نقش الثوب ويكون من

كل لون .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة^(١) والظاهرية^(٢) الى أن المبيع اذا تعيب فى يد المشتري ثم علم بعد ذلك بعيب قديم كان عند البائع فهو بالخيار بين الامسك والرد الا أن الظاهرية قالوا ان رده فلا يرد من أجل العيب الحادث عنده شيئاً يقول ابن حزم^(٣) : "ومن اشترى سلعة فوجد بها عيباً وقد كان حدث عنده فيها عيب من قبل الله تعالى أو فعله أو من فعل غيره فله الرد والامسك ولا يرد من أجل ما حدث عنده شيئاً ولا من أجل ما أحدث هو فيه شيئاً لأنه فى ملكه وفى حقه لم يتعد ولا ظلم فيه أحداً والغبن قد تقدم فله ما قد وجب له من رد الغبن الذى ظلم فيه ولأنه لم يوجب عليه فى ذلك غرامة قرآن ولا سنة" .

وقال الحنابلة ان رَدَّ رَدَّ أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء أمسكه وله الأرش .

والمذهب عند الحنابلة أن البائع اذا كان قد دلس العيب على المشتري فلم يعلم به حتى تعيب المبيع فى يده فله رده وأخذ الثمن كاملاً ولا أرش عليه سواء كان الحادث بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجنى عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والابق أو بفعل الله تعالى كالمرض ونحوه .

واختار ابن قدامة^(٤) من الحنابلة أن ما حدث فى يد المشتري مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه . واستدل ابن قدامة على ذلك بما يأتى :

-
- (١) كشف القناع (٢٠٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٧٨/٢)، الانصاف (٤١٥/٤-٤١٦) المغنى (١١٢/٤) وما بعدها، المحرر (٣٢٥/١)، المبدع (٩٠/٤ - ٩١) ، مسائل الامام أحمد برواية ابنه عبدالله (٩٢١/٣)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٣٩٧/٢٩) .
- (٢) المحلى (٧٣٢/٩) .
- (٣) المرجع نفسه .
- (٤) المغنى (١١٥/٤) . وراجع الانصاف (٤١٨/٤) فقد جاء فيه : "واختاره المصنف وأبو الخطاب فى الانتصار واليه ميل الشارح قال الزركشى وهذا هو الصواب وقدمه فى المحرر وحكاه رواية وكذلك صاحب التلخيص" .

- (١) ماروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ان شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر" .^(١)
- قال ابن قدامة :^(٢) "وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث فى يـسـد المشتري مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه ، فان التصريفة تدليس ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية" .
- (٢) قول النبى صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمن " .^(٣)
- قال ابن قدامة :^(٤) "يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته" .
- (٣) أن وجوب الضمان على البائع لا يثبت الا بنص أو اجماع أو قياس ولانعلم فى هذا نصا ولا اجماعا . والقياس انما يكون على أصل ولانعلم لهذا أصلا .^(٥)
- قلت : واختيار ابن قدامة رحمه الله وجيه لقوة ما استدل به فى نظرى . ولأن هذا مبيع تعيب فى يد المشتري بعد تمام ملكه فكان من ضمانه كما لو لم يدلسه البائع .^(٦)
- وقد استدل الحنابلة على أن المشتري مخير بين الامساك وله أرش القديم أو الرد مع أرش الحادث بما يأتى :

(١) رواه مسلم واللفظ له (١١٥٨/٣) كتاب البيوع باب (٧) ، أبو داود (٧٢٧/٣)

• كتاب البيوع باب (١٧)

(٢) المغنى (١١٥/٤)

(٣) سبق تخريجه (ص ٣١١)

(٤) المغنى (١١٥/٤)

(٥) المغنى (١١٥/٤)

(٦) المبدع (٩٢/٤)

- (١) مارواه ابن أبي شيبة^(١) قال حدثنا عبدالوهاب الثقفي عن أيوب عن ابن سيرين عن عثمان أنه قضى في الثوب يشتريه الرجل وبه عوار^(٢) أنه يرده إذا كان قد لبسه .
- (٢) حديث المصراة فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بردها بعد حلبها وردّ عوض لبنتها^(٣) .
- (٣) أن العيبين قد استويا والبائع قد دلس به والمشتري لم يدلس فكان مراعاة جانبه أولى .
- (٤) أن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول الا بدليــــــــــــل وليس في المسألة اجماع ولانص والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله .

الترجيح :

الذي يظهر لي والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القــــــــــــــــول الأول لأن القاعدة الفقهية تقول لايزال بمثله . ولعل ماذهب اليه الشافعية من رعاية جانب المشتري وجانب البائع والجمع بين حقيهما في رفع الضرر عنهما هو الموافق للأصول والقواعد في الشريعة الاسلامية السمحة .

وأما ما استدل به أصحاب القول الثالث من أن الخيار للمشتري فقط فان أدلتهم على ذلك غير قوية في نظري :

أما الأثر الذي رواه ابن أبي شيبة عن عثمان رضي الله عنه فان سنده منقطع لأن ابن سيرين لم يسمع من عثمان رضي الله عنه فانه ولــــــــــــد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان رضي الله عنه ويستحيل السماع في مثل هذا السن .

- (١) المصنف (٣٢٠/٦) كتاب البيوع والأقضية باب (١٤٥) . ورواه عبــــــــــــد الرزاق في المصنف (١٥٤/٨) ، ورواه ابن حزم في المحلى (٧٤٢/٩) .
- (٢) العوار مثلثة : العيب والخرق والشق في الثوب . انظر ترتيبــــــــــــب القاموس المحيط (٣٤٢/٣) .
- (٣) سبق تخريجه (ص ٣٧٠) .
- (٤) تهذيب التهذيب (٢١٥/٩) ، فتح المغيث للسخاوي (٢١٣/١) .

وأما حديث المصراة فليس فيه دلالة على قولهم لأن حلب الشاة ليس
عيبا ينقص العين المباعة حيث أن الحليب يتجدد فاذا حلبت الشاة ثم
امتلاً ضرعها مرة أخرى صارت كأن لم تحلب بخلاف حدوث العيب الذي لا يمكن
تداركه كالقطع والكسر ونحو ذلك . والله أعلم .

المسألة الرابعة : فى تلف المقبوض على سوم الشراء وسوم النظر .

المراد بسوم الشراء : أن يأخذ المشتري من البائع عينا ويقول له ان رضىها أخذتها بعشرة . أو يقول له البائع خذ هذا بعشرة فيقول هاته حتى أنظر اليه فان رضىته أخذته .

قال فقهاء الحنفية : فلا بد أن يكون الثمن مسمى من البائع أو المشتري ، أو مسمى من البائع فقط ويعتبر استلام المشتري له على وجه الشراء رضا بهذا المسمى . أو يكون مسمى من المشتري فقط ويعتبر تسليم البائع العين للمشتري رضا بالثمن الذى سماه المشتري . فكأن التسمية قد صدرت منهما معا .

فان صدرت التسمية من البائع فقط فأخذه المشتري لاعلى وجب له الشراء بل للنظر فيه أو ليديه غيره فهذا يكون مقبوضا على سوم النظر ومثاله أن يقول له البائع خذ هذا الثوب بعشرة فيقول له هاته أنظر اليه أو حتى أريه غيرى ولايقول فان رضىته أخذته .

بناء على ذلك : فقد قال الحنفية اذا تلف المقبوض على سوم الشراء فانه يضمنه بقيمته يوم التلف وهو القول الراجح عند الشافعية (١) أشار الى ذلك الشيراملى .

ونص الحنفية على وجوب القيمة بالغة ما بلغت ذكر ذلك الحنفية ردا على الطرسوسى وقد ارتضى ابن عابدين كلام الحنفى وأيده بنقل ماجاء فى النهر فقال : " قوله بالغة ما بلغت رد على الطرسوسى حيث قال وظاهر كلام الأصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت ولكن ينبغى أن يقال لايزاد بها على المسمى كما فى الاجارة الفاسدة . قال فى النهر : وفيه نظر بل ينبغى أن تجب بالغة ما بلغت وقد صرحوا بذلك فى البيع الفاسد (٢) فكذا هنا " .

(١) حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج (٨٩/٤) .

(٢) رد المحتار (٥٧٣/٤) .

وانما تلزمه القيمة هنا دون الثمن اذا كان التلف بغير فعل —
المستام " لان موجب الضمان الاصلى فى البيع هو القيمة اذ الاصل وجوب
التساوى رعاية للجانبين والمساوى هو القيمة وانما يصار الى الثمن
عند صحة التراضى منهما شرعا ولم يوجد هنا اذ لو حصل لكان بيعا تاما
ولم يكن قبضا على سوم الشراء" (١) .

هذا اذا حصل التلف بغير فعل المستام أما اذا حصل بفعله فقد نص
الحنفية على أنه يلزمه الثمن المسمى لأنه صار راضيا بالثمن دلالة حملا
لفعله على السداد والصلاح .

أما المقبوض على سوم النظر فانه يكون أمانة فى يد القابض
لا يضمنه الا بتعديه أو تفريطه (٢) .

جاء فى المادة (٢٢٩) من مجلة الأحكام العدلية (٣) : " ما يقبض على سوم
النظر وهو أن يقبض مالا لينظر اليه أو ليريه لآخر سواء بين الثمن
أم لا فيكون ذلك المال أمانة فى يد القابض فلا يضمن اذا هلك أو ضاع
بلا تعد " .

(١) الحيازة فى العقود فى الفقه الاسلامى للدكتور نزيه حماد (ص ٢٠٧) .
(٢) راجع فى هذه المسألة : رد المحتار (٥٧٣/٤ - ٥٧٤) ، الدر المنتقى
على هامش مجمع الأنهر (٢٦/٢) ، شرح مجلة الأحكام العدلية - لعلبي
حيدر (٢٣٩/١ - ٢٤١) ، نهاية المحتاج وحاشية الشبرايملى عليه
• (٨٩/٤)
(٣) (٢٤١/٤) .

المبحث الثاني

فى تلف الأموال فى عقد الاجارة

المطلب الأول : فى تلف الأموال فى اجارة الأعيان

المسألة الأولى : فى يد المستأجر على العين المؤجرة .

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على (١) (٢) (٣) (٤) أن يد المستأجر على العين المؤجرة فى مدة الاجارة يد أمانة فلو تلفت فى يده من غير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه . لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها اذ لا يتمكن من الاستيفاء الا بوضع يده عليها فكانت أمانة فى يده .

وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة نصَّ على ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة (٥) (٦) لأنه عقد لا يقتضى صحىحه الضمان فلا يقتضيه فاسده والقاعدة تقول : حكم كل عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحىحه فما وجب الضمان فى صحىحه وجب فى فاسده ومالم يجب فى صحىحه لم يجب فى فاسده . هذه صفة يد المستأجر على العين المؤجرة فى مدة الاجارة أما بعد انتهاء العدة :

- (١) بدائع الصنائع (٢٦٤٤/٦)، شرح مجلة الأحكام العدلية (٥٩١/١) وقد جاء فى المادة (٦٠٠) من المجلة : " المأجور أمانة فى يد المستأجر ان كان عقد الاجارة صحىحا أو لم يكن " وجاء فى المادة (٨٦) (٧٨/١) " الأجرة والضمان لا يجتمعان " .
- (٢) الشرح الكبير (٢٤/٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٩٩/٢) .
- (٣) روضة الطالبين (٢٢٦/٥)، مغنى المحتاج (٣٥١/٢)، نهاية المحتاج (٣٠٨/٥)، المهذب (٥٣٣/١) .
- (٤) كشاف القناع (٤٩، ٣٩/٤)، المبدع (١١٣/٥)، المغنى (٣٩٦/٥) .
- (٥) بدائع الصنائع (٢٦٦٣/٦)، تبيين الحقائق (١٣٣/٥)، مجمع الأنهر (٣٩٠/٢) .
- (٦) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢) .
- (٧) المغنى (٣٩٧/٥)، المبدع (١١٣/٥) .

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية فى أصح الوجهين الى أنها تبقى أمانة فى يده حتى يسلمها لصاحبها بناءً عليه لو تلفت فى يده من غير تعد أو تفريط فلا ضمان عليه .^(١)

وذهب الشافعية فى أحد الوجهين الى أنه بعد انتهاء مدة الاجارة يلزم المستأجر رد العين الى صاحبها لأنه غير مأذون له فى الامساك بعد المدة وبناءً عليه لو تلفت فى يده لزمه الضمان الا أن يكون الامسـاك بعذر . وهذا الوجه ذكر الرافعى أنه أقرب الى كلام الشافعى رحمه الله .^(٢)

والحاصل : أن التلف الذى يلحق بالعين المستأجرة اذا ثبت أنسه حدث بسبب تعدى المستأجر أو تفريطه فى الحفظ فانه يكون من ضمانه . وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله فى كل مذهب أمثلة لتعدى المستأجر الناقل لسه من الأمانة الى الضمان وكل هذه الأمثلة ترجع الى تجاوز أصل واحد وهو : " أن الأصل فى استعمال العين المؤجرة أن يكون فى حدود المأذون به فى العقد أو العادة والعرف " .

فمضى خالف ما حدد له فى العقد أو استعمالها على خلاف عادة الناس وعرفهم صار بهذا الاستعمال متعديا يلزمه الضمان . يقول ابن قدامة :^(٤)

" وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى مثل تلك المنفعة وما دونها فى الضرر وقال أحمد : اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرا فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس اذا كان الوزن واحدا فان كانت المنفعة التى يستوفىها أكثر ضررا أو مخالفة للمعقود عليها فى الضرر لم يجز لأنه يستوفى أكثر من حقه أو غير ما يستحقه " .

-
- (١) بدائع الصنائع (٢٦٤١/٦)، المغنى (٣٩٦/٥)، كشف القناع (٣٩/٤) ، الانصاف (٨٣/٦)، المبدع (١١٣/٥)، روضة الطالبين (٢٢٦/٥)، مغنى المحتاج (٣٥١/٢)، لسان الحكام (ص ٣٦٥) .
- (٢) روضة الطالبين (٢٢٦/٥) .
- (٣) راجع فى ذلك الدر المختار ورد المختار عليه (٣٥/٦) وما بعدها، تبیین الحقائق (١١٥/٥) وما بعدها، بدائع الصنائع (٢٦٥١/٦) وما بعدها، الكافى فى فقه أهل المدينة (٩٣/٢)، الشرح الكبير (٤١/٤ - ٤٢)، المدونة (٤٨٠، ٤٧٨، ٤٨٣ - ٤٨٣)، روضة الطالبين (٢٣٢/٥)، مغنى المحتاج (٣٥٠/٢) ، المهذب (٥٢٦/١) وما بعدها، كشف القناع (١٨/٤ - ١٩)، المغنى
- (٤) المغنى (٣٥٦/٥) .

(١) وجاء في روضة الطالبين : " المستأجر يضمن بالتعدى بأن ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة وعادة الضرب تختلف في حق الراكب والرائض والرائعى فكل يِرَاعَى فيه عادة أمثاله . . . ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره أو نقل فيه التراب أو البسه عَصَارًا، أو دباغا أو غيرهما ممن هو دون حاله أو أسكن الدار قصارا أو حدادا أو غيرهما ممن هو أشد ضرا منـــــــــــــــــه أو أركب الدابة أثقل منه وجب الضمان " .

(٢) وجاء في المادة (٦٠٢) من مجلة الأحكام العدلية : " يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه مثلا لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمه ضمان قيمتها " .

وجاء في المادة (٦٠٣) : " حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعدد ويضمن الضرر والخسارة التي تتولد منها مثلا لو استعمل الثياب التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن، كذلك لو احترقت الدابة المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن " (٣) .

وجاء في المادة (٦٠٤) : " لو تلف المأجور بتقصير المستأجر فـــــــــــــــــى أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان لزم الضمان مثلا لو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها وضاعت يضمن " (٤) .

وجاء في المادة (٦٠٥) : " مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى ما فوق المشروط توجب الضمان وأما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط أو مثله لاتوجبه مثلا لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة استكراها على أن يحملها خمسين أقة سمن وعطبت يضمن " (٥) .

(١) (٢٣٢/٥) .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية (٥٩٢/١) .

(٣) المرجع نفسه (٥٩٣/١) .

(٤) المرجع نفسه (٥٩٤/١) .

(٥) المرجع نفسه (٥٩٥/١) .

هذه بعض الأمثلة للتعدي الذي يضمن به المستأجر ذكرناها على سبيل
المثال لا الحصر والمرجع أولا وأخيرا في معرفة ما هو من قبيل التعدي
هو عادة الناس وأعرافهم وهو مبنى الأمثلة التي ذكرها الفقهاء .

المسألة الثانية : تلف المنافع بعد قبض المستأجر لها .

يلزم المؤجر تسليم العين المؤجرة للمستأجر عند ابتداء المدة ليستوفى المنافع المعقود عليها ونعنى بالتسليم التخلية بينها وبين المستأجر وتمكينه من الانتفاع بها برفع الموانع فى اجارة المنـازل ونحوها فلو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذى ذكرنا لا يستحق المؤجر شيئاً من الأجرة لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئاً فلا يملك هو أيضاً شيئاً من الأجر ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم له العين المؤجرة فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم . وهذا لاخلاف فيه بيــــــــــــــــن
(١)
الفقهاء .

فاذا مكّن المؤجر المستأجر من العين المستأجرة وخلق بينه وبينها فان المنافع تدخل فى ضمان المستأجر وتستقر الأجرة عليه بمجرد تمكينه من الانتفاع وسواء انتفع بها فى مدة الاجارة أو لم ينتفع بها بأن مضت المدة والدار مغلقة ، يقول الكاسانى : " ولو أجر المنزل فارغاً وسلم المفتاح الى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الأجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع فى جميع المدة فحدثت المنافع فى ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الأجر كالبائع اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك فى يد البائع كان الهلاك على المشتري لأنه هلك على ملكه كذا هذا " .
(٢)

وجاء فى مختصر خليل وشرحه : " ولزم الكراء بالتمكن من التصرف فى العين التى اكتراها من دابة أو دار أو أرض أو غير ذلك وان لم يستعمل " .
(٣)
وجاء فى المنهاج وشرحه : " ومتى قبض المكترى العين المؤجرة " .
(٤)

- (١) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥) ، رد المحتار (١١/٦) ، روضة الطالبين (٢٤٨/٥) المغنى (٣٤٠/٥) .
- (٢) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥) ، وراجع حاشية الشلبى على تبیین الحقائق (١٠٧/٥) ، مجمع الأنهر (٣٧١/٢) ، الهداية (٧١/٩) .
- (٣) الشرح الكبير (٥٠/٤) .
- (٤) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢) ، وراجع روضة الطالبين (٢٤٧/٥) ، الأم (٣٤٤/٣) .

الدابة أو الدار أو غيرهما في اجارة عين أو ذمة وأمسكها حتى مضت مدة الاجارة استقرت الأجرة عليه وان لم ينتفع لتلف المنافع تحت يده فيستقر عليه البديل كالمبيع اذا تلف في يد المشتري " .
 وقال ابن قدامة ^(١) : "وان سَلَّمَت اليه العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر وان لم ينتفع لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كضمن المبيع اذا تلف في يد المشتري" .

وقد استثنى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة ما اذا مضت المدة ولم ينتفع بالعين المؤجرة لعذر قاهر لا يستطيع دفعه وليس خاصا به . فانه في هذه الحالة لا يلزمه الكراء ، يقول الشلبي ^(٢) : "قال الامام الاسبيجاني في شرح الطحاوي ومن استأجر دابة الى مكان معلوم ليتركب فذهب بها ولم يتركبها ولم يحمل عليها شيئا فانه يجب الأجر وكذلك اذا استأجر دارا ليسكنها فَسَلَّمَ المؤجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب الأجر عليه سكن الدار أو لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه فانه لا يجب الأجر عليه " .
 وقال الدردير ^(٣) : "ثم محل لزومه بالتمكن مالم يكن عدم استعماله خوفا على زرعه من أكل فأر ونحوه إِبَّانَ الزرع لو زرع فلا يلزمه الكراء ان امتنع لذلك " .

قال الدسوقي معلقا على قول الدردير هذا : " قوله : مالم يكن عدم استعماله خوفا على زرعه ، أي وكان عدم استعماله لفتنة أو لخوف من لاتناله الأحكام . قوله : فلا يلزمه الكراء . أي لعدم تمكنه من المنفعة قوله : ان امتنع لذلك . أي اذا ثبت وجود القرينة الدالة على امتناعه لذلك كما لو ثبت أنه ظهر في الأرض بعد انكشافها هو أو غيره مما هو

(١) المغنى (٣٣٠/٥) ، وراجع كشاف القناع (٤٤/٤) ، شرح منتهى
 الارادات (٣٨٠/٢ - ٣٨١) .
 (٢) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق (١٠٧/٥) .
 (٣) الشرح الكبير (٥٠/٤) .

دليل على كثرة الدود أو الفأر وامتنع من زرعها وادعى أنه إنما بورها
خوفاً من ذلك ^(١) .

وقد نص الحنابلة ^(٢) أيضاً على أنه إذا حدث عذر عام وليس خاصاً
بالمستأجر وحده فإنه يثبت للمستأجر خيار الفسخ وذلك مثل أن يحدث
خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذى توجد فيه العين المؤجرة أو تحصر
البلد فيمتنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو هذا مما هو
عذر عام .

أما إذا كان العذر خاصاً بالمستأجر وحده ومثل له الحنابلة بأن
يخاف وحده دون الناس لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم فى
طريقه . ومثل له المالكية بأن يعطل الأرض لأجل عدمه للبذر أو سجنه
سواء كان ظلماً أو لا مالم يقصد من سجنه تفويته الزرع فان هذا بمنزلة
العذر العام . قالوا فإذا كان العذر خاصاً به فيلزمه الأجر كاملاً
وليس له حق الفسخ لأنه عذر يختص به ولأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى
من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً .

وخالف فى ذلك الشافعية فقالوا لافرق بين تعطيلها لعذر أو لغير
عذر فإذا تمكن من استيفاء المنفعة لزمه الأجر كاملاً لأن المنافع تلفت
تحت يده .

ومما ينبغى التنبيه له أن الحكم فى هذه المسألة تستوى فيه الاجارة
الصحيحة والفاصلة عند الشافعية والحنابلة ^(٤) ^(٥) حيث قالوا : بمجرد تمكن
المستأجر من استيفاء المنافع فإنها تدخل فى ضمانه وتستقر عليه الأجرة
كاملة سواء استوفى المنافع أو عطلها ولم يستوفها وسواء كانت الاجارة
صحيحة أو فاسدة لأن فاسد كل عقد كصحيحه فى الضمان وعدمه .

-
- (١) حاشية الدسوقي (٥٠/٤) .
(٢) المغنى (٣٣٨/٥ - ٣٣٩) ، الانصاف (٥٦/٦) ، كشاف القناع (٣١/٤) .
(٣) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢) ، روضة الطالبين (٢٤٧/٥) .
(٤) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢) ، روضة الطالبين (٢٤٧/٥) ، الأم (٢٤٤/٣) .
(٥) المغنى (٣٣١/٥) ، المبدع (١١٩/٥) ، الانصاف (٨٧/٦) ، كشاف القناع
(٤٨/٤ - ٤٩) .

وخالف في ذلك الحنفية فقالوا : ان الاجارة الفاسدة تختلف عن
الاجارة الصحيحة ففي الاجارة الفاسدة لا يجب الأجر الا بحقيقة الانتفاع اذا وجد
التسليم الى المستأجر من جهة المؤجر أما اذا لم يوجد من جهته فلا أجر
وان استوفى المنفعة .

وما ذهب اليه الشافعية والحنابلة من عدم التفريق بين الاجارة
الصحيحة والفسادة أقوى في النظر لأن المنافع تلفت تحت يده بعد تمكين
المؤجر له فاستقر عليه البديل كالمبيع اذا تلف في يد المشتري
لأن الاجارة كالمبيع والمنفعة في الاجارة كالعين في البيع . والبيع
الفساد كالمصحيح في الضمان بالقبض فكذا الاجارة .^(٢)

واذا ثبت أن الأجرة تستقر على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفاء
المنفعة سواء انتفع بالعين أو لم ينتفع فان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء
من الحنفية والمالكية والحنابلة من تقييد ذلك بعدم حصول عذر عام يمنع
من الاستيفاء قيد وجيه لأنه ينبغي في نظري متى حصل مثل هذا العذر
أن يبادر المستأجر الى ابلاغ المؤجر بذلك فان لم يستطع لغيبه المؤجر
مثلا عن البلاد وانتهت المدة لم تلزمه الأجرة لعدم قدرته على استيفاء
المنافع لحصول هذا العذر .

أما اذا استطاع ابلاغ المؤجر فلم يفعل فان هذا يعتبر منه رضا
بالواقع فيلزمه دفع الأجرة كاملة حيث كان له خيار الفسخ فلم يفعل
قياسا على المشتري اذا اطلع على عيب في السلعة فلم يردها بهذا العيب
بطل خياره لأنه يعتبر راضيا بالسلعة معيه وهذا في رأيي فيه نظر
للجانبيين ورعاية لمصلحة الطرفين . والله أعلم .

(١) الدر المختار ورد المختار عليه (٤٨٠/١١/٦)، حاشية الشلبي على

تبيين الحقائق (١٠٧/٥)، جمع الأنهر والدر المنتقى (٣٧١/٢) .

(٢) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢)، الحيازة في العقود (ص ١١٢) .

المسألة الثالثة: في الجائحة تصيب العين المؤجرة فتمنع من استيفاء المنفعة.

مما لاخلاف فيه بين العلماء أن المعقود عليه في عقد الاجارة هو منافع العين المؤجرة واذا كان المعقود عليه هو نفس منفعة العين من اول المدة الى آخرها فان الجائحة اذا أصابت العين فانها في الغالب تؤثر على عملية استيفاء المنفعة وقد تمنعها بالكلية . وهذا مانقصده في بحث هذه المسألة لأن الجائحة اذا لم تمنع من استيفاء منفعة العين فلا أثر لها في عقد الاجارة وان أضرت بالعين المستأجرة لأن المعقود عليه حقيقة هو المنفعة لالعين وقد نص فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على ذلك :

(١)
فقال الكاساني : " هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعيب الذي اذا ذهب احدى عينييه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سناها لأن العقد ورد على المنفعة لالعين اذ الاجارة بيع المنفعة لبيع العين ولانقصان من المنفعة بل في العين والعين غير معقود عليها في باب الاجارة وتغيير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع " .

(٢)
وقال ابن عبد البر : " واذا انهدم بعضها وكان يسيرا لاضرر على الساكن منه في عورة ظاهرة ولاتعطيل مسكن ولاعدم منفعة فالكراء لازم للمكترى ولاشئ على ربها " .

(٣)
وقال الدسوقي : " مالمضرة فيه ولاينقص شيئا من الكراء كالشرفات فهو كالعدم يلزمه السكن من غير حظ " .

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦١٢)

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٩٩)

(٣) حاشية الدسوقي (٤/٥١)

(١) وقال الشرييني : "والمراد بالعيب هنا ما يوشر في المنفعة أشرا يظهر له تفاوت في الأجرة لافى القيمة لأن مورد العقد المنفعة قاله الأذرى وغيره " .

(٢) وقال ابن قدامة : "أما اذا كان الحادث فى العين لا يضرها كغرق الأرض بماء ينحسر فى قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره . وانقطع الماء عنها اذا ساق الموجر اليها ماء من مكان آخر وكان انقطاعه فى زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لأن هذا ليس بعيب " .
هذه نصوص الفقهاء فى المذاهب الأربعة وهى صريحة فى أن الجائحة اذا أصابت العين المؤجرة ولم تمنع من استيفاء المنافع ولم تنقصها أنها لا تأثير لها .

أما فى حالة تعطل استيفاء المنفعة بالكلية من العين المؤجرة بسبب ما أصابها من الجائحة أو حتى نقصها فان الفقهاء وان اختلفوا فى وضع الجوائح فى الزرع والشمار كما سبق بيانه فقال بعضهم بعدم وضعها بحجة أن الشمار قد قبضها المشتري بمجرد تخلية البائع بينه وبينها فقد اتفقوا فى هذه المسألة على وضع الجائحة عن المستأجر بناء على اتفاقهم على أن المنفعة فى الاجارة انما تقبض القبض المضمون على المستأجر شيئا فشيئا قال شيخ الاسلام ابن تيمية : "لانزاع بين الأئمة أن منافع الاجارة اذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة . لم يتنازعو فى ذلك كما تنازعو فى تلف الثمرة المباعة لأن الثمرة هناك قد يقولون قبضت بالتخلية وأما المنفعة التى لم توجد فلم تقبض بحال " .

وبناء على ذلك قال الفقهاء ان العين المؤجرة اذا تلفت تلفاً كلياً فان الأجرة لا تلزم المستأجر اذا كان التلف بعد العقد ولم يمض من

-
- (١) مغنى المحتاج (٣٤٨/٢) .
(٢) المغنى (٣٣٨/٥) .
(٣) مجموع الفتاوى (٢٨٨/٣٠) .

المدة مايقابله أجر فإن مَضَى منها مايقابله أجر لزمه دفعه وسقط عنه
الباقى لعدم تمكنه من استيفاء كامل المنفعة المعقود عليها .
(١)
يقول الشلبي : "قال الاتقانى وفى اجارات شمس الأئمة اذا انهدمت
الدار كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ الاجارة لكن تسقط الأجرة عنه فسوخ
أو لم يفسخ" .
(٢)
ويقول الحصكى : "وبانهدام كلها له الفسخ بغيبته قال ولا تنفسخ
مالم يفسخ هو الصحيح لملاحيتها لنسبه الفسقاط لكن تسقط الأجرة فسوخ أولم
يفسخ لعدم تمكنه مما قصده" .
(٣)
وقد علل الكاسانى ذلك بقوله : "لأن المعقود عليه المنفعة فسى
تلك المدة لأنها تحدث شيئا فشيئا فاذا اعترض مانع فقد تعذر تسليم
المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البديل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل
القبض بهلاك" .
(٤)
ويقول الدسوقى : "كل عين يستوفى منها المنفعة فيهلكها تنفسخ
الاجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة" .
(٥)
قال ابن عبد البر : "ومن استكرى دارا سنة بعينها فانهدمت
أو احترقت سقط عنه كراؤها" .
(٦)
وجاء فى روضة الطالبين : " اذا اكرى دابة بعينها فتلفت انفسخ
العقد " .
(٧)
وجاء فى موضع آخر منها : "فوات المنفعة بالكلية حسا فمن صوره
موت الدابة والأجير المعين فان كان قبل القبض أو عقبه قبل مضى مدة
لمثلها أجر انفسخ العقد وان كان فى خلال المدة انفسخ العقد فسى

-
- (١) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق (١٤٤/٥) .
(٢) الدر المنتقى (٣٣٩/٢) .
(٣) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥) .
(٤) حاشية الدسوقى (٢٩/٤) .
(٥) الكافى فى فقه أهل المدينة (٩١/٢) .
(٦) (٢٢٣/٥) .
(٧) المرجع نفسه (٢٤٠/٥) .

المدة الباقية " .

(١) وجاء في الاقناع وشرحه : "وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها كعبد مات لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه فانفسخت سواء كان قبل قبضها أو عقبه ولا أجره فان تلفت العين في أثناءها انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة خاصة وله من المسمى القسط " .

وقد نقل شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله اجماع العلماء على ذلك فقال : "ولهذا نُقِلَ الاجماع على أن العين المؤجرة اذا تلفت قبل قبضها بطلت الاجارة وكذا اذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع .

وقال وان أتلفت العين في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة دون ماضى " .

وكما اتفق الفقهاء على أن تعطل استيفاء المنافع بسبب تلف العين المؤجرة تلفا كلياً محسوساً مسقط للأجرة فكذلك اتفقوا على أن المنافع اذا تعطل استيفاؤها من غير تلف العين المؤجرة سقط عن المستأجر بحساب التعطل من الأجر لأن المقصود من عقد الاجارة هو استيفاء منافع العين في مدة الاجارة كاملة فاذا تمكن من الاستيفاء في بعض المدة دون بعض صار قابضاً للبعض دون البعض فلزمته الأجرة فيما قبض دون ما تعذر قبضه ومن الفروع الفقهية لهذا الأصل : ما ذكره ابن الشحنة بقوله : " قلت وكانت واقعة الفتوى بالقاهرة وصورتها رجل استأجر حماماً يجري اليها الماء من عين فانقطع الماء عن الحمام لتعطيل العين فهل يستحق المستأجر أجرة مدة انقطاع الماء وتعطيل العين أم لا ؟

فأجاب جدى شيخ مشايخ الاسلام محب الدين متع الله بحياته الكريمة انقطاع ماء الحمام عيب تنفسخ به الاجارة وقيل لانتفسخ فان أزاله المؤجر سقط خيار المستأجر والا فلا ولا تلزمه الأجرة في مدته الا أن يستوفى المنفعة مع العين " .

(١) كشف القناع (٢٨/٤)، وراجع المغنى (٣٣٦/٥) .

(٢) مجموع الفتاوى (٢٨٨/٣٠ - ٢٨٩) .

(٣) لسان الحكام (ص ٣٦٧) .

(١) وقال ابن عابدين : "قوله وانقطاع ماء الرحي : فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت ويرفع عنه من الأجر بحسابه قيل حساب أيام الانقطاع وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء والأول أصح لأن ظاهر الرواية يشهد لــــه فإنه قال في الأصل : الماء اذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه في ذلك " .

وقال الحصكفي : "وفي الجوهرة : لو جاء من الماء ما يزرع بعضها فالمستأجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة كلها أو ترك ودفع بحساب ماروى" .
وقال الكاساني : "ولو استأجر دارا يسكنها شهرا أو عبدا يستخدمه شهرا أو دابة ليركبها الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدث بها مانع من الانتفاع من غرق أو مرض أو ابـــــــاق أو غصب أو كان زرعاً فقطع شربه أو رحي فانقطع ماؤها لالتزمه اجرة تلسك المدة لأن المعقود عليه المنفعة في تلك المدة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً فاذا اعترض مانع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجــــب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بهلاك " .

وقال ابن عبد البر في الدار يتعطل بعضها : "وان تعطل بعض مساكنها أو بعض ما يرتفق به منها حط عنه بقدر ما يصيب ذلك من كرائها ان رضى ساكنها وان لم يرض انفسخ الكراء بينهما" .
وقال الخرقي : "فان جاء أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه" .

(٦) قال ابن قدامة : "وان حدث الغرق المفسر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكترى الخيار في تبقية العين لأن الصفقة تبعضت عليه فان اختار

(١) رد المختار (٧٧/٦ - ٧٨)، وراجع المبسوط (١٥/١٦)، بدائع الصنائع

(٢٦١٤/٦)، الفتاوى الهندية (٤/٤٦١) .

(٢) الدر المختار (٧٨/٦) .

(٣) بدائع الصنائع (٥/٢٥٦٧) .

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٩١) .

(٥) المغنى (٥/٣٣٦) .

(٦) المرجع نفسه (٥/٣٣٨) .

الامساك أمسك بالحصة من الأجر كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام
فى يد البائع " .

(١)
وجاء فى روضة الطالبين : "ومتى ظهر بالمستأجر نقص تتفاوت به
الأجرة فهو عيب مثبت للفسخ وذلك كمرض الدابة وانقطاع ماء البئر وتغييره
بحيث يمنع الشرب وانكسار دعائم الدار واعوجاجها وانهدام بعض
جدرانها ... " .

وجاء فيها : " ومتى امتنع الفسخ فله الأرش فيعرف أجر مثله سليماً
ومعيباً ويعرف التفاوت بينهما " .

(٢)
قال الشرييني : "فلو لم يعلم بالعيب حتى مضت المدة فات الخيار
وله الأرش وان علم به فى الأثناء وفسخ فله الأرش " .

ومحل وضع بعض الأجرة عن المستأجر مقابل تعطل المنافع أو نقصها
هو ما اذا تعذر عليه الفسخ مثل أن يكون صاحب العين غائبا فلو تمكن
من الفسخ ولم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الأجرة
لأنه رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البديل كما فى بيع العين
اذا اطلع المشتري على عيب فرضى به .
(٣)

ما يعتبر استيفاءً لمنفعة الأرض المستأجرة للزراعة :

ذهب الفقهاء رحمهم الله تعالى الى أن من استأجر أرضاً ليزرع فيها
فانه يعتبر مستوفياً لمنافع الأرض بتمكّنه من القاء البذر فيها ونبات
الزرع واستقلاله فان أصابت الأرض آفة قبل استقلال الزرع فمنعت قسوة
انباتها أو أفسدت الزرع قبل استقلاله أو كان مما يسقى بماء المطر
فانقطعت الأمطار فمات الزرع قبل استغنائه عن الماء أو غرقت الأرض قبل
نبات الزرع ونحو ذلك مما كان من قبل الأرض فهى جاشحة يجب وضع الأجرة

(١) (٢٣٩/٥)، وراجع الأم (٣٤٢/٣ - ٣٤٣) .

(٢) مغنى المحتاج (٣٤٨/٢) .

(٣) بدائع الصنائع (٢٦١٢/٦)، الشرح الكبير (٥١/٤)، مغنى المحتاج

(٣٣٩/٥)، روضة الطالبين (٢٣٩/٥)، المغنى (٣٣٩/٥) .

عن المستأجر فيها أما الجوائح التي تصيب الزرع بعد نموه واستقلاله كالذود والجراد والرياح والنار والبرد والحر الذي يفسد الزرع والجليد والأمطار التي تكسر الزرع وتجرفه فهذه جوائح مصيبتها من المستأجر ولا يحط عنه من الأجرة شيئا لأن الجائحة لحقت في ملك المستأجر لامتفعة الأرض .

(١) قال ابن الشحنة : " وفي الولواجي : رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق فلم يثبت فعليه الأجر تاما لأنه قد زرع ، ولو غرقت قبل أن يزرع فلا أجر عليه لأنه لم يتمكن من الانتفاع بها . قال صاحب المحيط : والفتوى على أنه إذا بقى بعد هلاك الزرع مدة لا يتمكن من إعادة الزراعة لا يجب الأجر على المستأجر والايجب إذا تمكن من زراعته مثل الأول أو دونه في الضرر وكذا لو منعه غاصب .

استأجر أرضا للزراعة فزرعها وكانت تسقى بالمطر فلم تمطر ان لم يجد الماء للسقى فيسبب الزرع سقط الأجر استأجرها بشرها أو لا كما لو استأجر الرحي فانقطع الماء وكذا لو خرب النهر الأعظم ولم يقدر على سقيها كذا اختاره الفقيه أبو الليث " .

(٢) وقال ابن عبد البر : " وإذا اكترى رجل أرضا وزرعها ونبت الزرع وقطعت عنها السماء وتلف الزرع فلا كراء لرب الأرض فيها وكذا لو استخرجت أو استخرجت بكثرة الماء ولم يوصل إلى زراعتها في وقت الزراعة بطل فيها الكراء وكذا لو غلب الماء الكثير على الزرع حتى بطل سقط الكراء عن مكتريها . وما عدا هذه الوجوه فالكراء لازم للزارع فيها إذا نبت زرعها واستقل . وقد روي عن مالك أنه ان زرعها وأمكنه شربها ولم يثبت زرعها أنها لا تسقط أجرتها . . . والأول أصح وعليه العمول

(١) لسان الحكام (ص ٣٦٧) .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (١٠٣/٢)، وراجع المدونة (٥٢٨/٤ - ٥٣٠) .

(٣) يقال أرض مخرجة كمنقشة نبتها في مكان دون مكان . وعام فيه تخريج ;

خصب وجذب . انظر ترتيب القاموس المحيط (٣٢/٢) .

ولا يَسْقُطُ كِرَاءَ الأرض ما أصابها بعد نبت زرعها من جائحة دود أو ريح أو نار أو سيل يكسر الزرع أو برد يفسده أو غير ذلك من جوائح الزرع مثل الجليد والجراد وسائر جوائح الزروع غير ما ذكرنا .

وقال الدسوقي :^(١) "والتمكن من منفعة أرض النيل بريها وانكشافها ومن منفعة أرض المطر باستغناء الزرع عن الماء هذا هو الظاهر في تقرير المصنف وليس مراده التمكن من التصرف... لأنه قد كان متمكنا منه حين العقد" .

قال الدردير :^(٢) "ثم أخرج من قوله ولزم الكراء بالتمكن قوله عكس تلف الزرع بأفة مما للأرض مدخل فيها... لكثرة دودها أو فأرها . لو قال لدودها الى آخره كان أحسن وأخصر اذ لا تشترط الكثرة أو عطش" .
قال الدسوقي :^(٣) "أو بما يَنْشَعُ منها من الماء نحو حامولٍ وقَضَابٍ وهالوك وعاقول والمراد تلف الزرع بوجود ما ذكر في المدة المستأجرة وان لم تكن الأرض معتادة بذلك هذا هو الظاهر" .

وقد ذكر التسولي الفرق بين جائحة القحط والغرق والفأر فيسقط الكراء فيها وبين جائحة البرد ومامعه فلا يسقط فيها الكراء فقال :
"لأن هذه عاهة لاسبب للمكربى فيها من قبل مائه ولامن قبل أرضه فذلك كفاصب غصب الزرع خاصة بخلاف القحط ومامعه فان الأرض سببا فيه"^(٤) .

وجاء في روضة الطالبين :^(٥) "ولو اكرت أرضا للزراعة فزرعها فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر أو نحوها فليس له الفسخ ولا حظ شيء من الأجرة لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعلة الأرض فصار كما لو اكرت دكانا لبيع البز فاحترق بزّه لا تنفسخ الاجارة فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الانبات في مدة الاجارة انفسخت الاجارة في المدة الباقية" .

-
- (١) حاشية الدسوقي (٥٠/٤) .
 (٢) الشرح الكبير (٥٣/٤) .
 (٣) حاشية الدسوقي (٥٣/٤) .
 (٤) البهجة شرح التحفة (١٦٨/٢) .
 (٥) (٢٤٠/٥)، وراجع المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٣٥٥/٢)، الأم (٣٤٣/٣) .

(١) وجاء في الاقناع وشرحه : "ومتى زرع فغرق الزرع أو أتلِفَ الزرع بحريق أو جراد أو فأر أو برد أو غيره قبل حصاده أو لم تنبت فلا خيار وتلزمه الأجرة نصا ، لأن التالف غير المعقود عليه وسببه غير مضمون على المؤجر ثم ان أمكن المكتري الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع فـى بقية المدة فله ذلك لأنه ملك المنفعة الى انقضاء مدته وان تعذر زرعها أى الموجرة لغرق الأرض الموجرة أو قل الماء قبل زرعها أو بعـده أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع فله الخيار لحصول مانقص به منفعة العين الموجرة" .

(٢) وقال ابن قدامة : " اذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولانعلم فيه خلافا لأن المعقود عليه منافح الأرض ولم تتلف وانما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استؤجرت ليقصر فيها شياب فتلفت الشياب فيها " .

ونقل شيخ الاسلام ابن تيمية عن القاضي أبي يعلى وغيره من فقهاء الحنابلة قولهم : " أنه اذا اكترى أرضا للزرع فزرعها ثم أصابها غرق آفة من غير الشرب فلم يثبت لزمه الكراء . وذكر أن أحمد نص على ذلك وأنها لو غرقت فى وقت زرعها فلم يمكنه الزراعة لم تلزمه الأجرة لتعذر التسليم" (٣) .

ثم ذكر شيخ الاسلام الفرق بين المسألتين فقال : " فالقاضي يفرق بين الصورتين كالنصين المغترقين يفرق بين انقطاع الماء وبين حدوث الغرق وغيره من الآفات . بأن انقطاع الماء فوات نفس المنفعة المعقود عليها لأن المعقود عليه أرض لها ماء فانقطاع الماء المعتاد بمنزلة عدم التسليم المستحق كموت الدابة والأجرة انما تستحق بدوام التسليم المستحق . وأما الغرق وغيره من الآفات التى تُفسدُ الزرع فهو اتلاف لعين ملك المستأجر فهو كما لو استأجر دارا فتلف له فيها ثوب . وحقيقة

(١) كشف القناع (٢٩/٤) .

(٢) المغنى (٨٢/٤) . وراجع (٣٦١/٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩١/٣٠) .

الغَرْقِ : أنه مع انقطاع الماء لم تَسَلِّمِ المنفعة ومع تلف الزرع تَسَلِّمُ
المنفعة لكن حصل ما أتلف ملك المستأجر فهو كما لو تلف بعد الحصاد" (١) .

وبعد عرضنا لنصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة نجد أنهم متفقون
على أن ما أصاب الزرع من آفة سببها الأرض فإنه يعتبر من جوائح الاجارة
التي يحظ عن المستأجر فيها مقدار مصيبتة وما كان من أمر خارجي فلم
يصب الأرض ولكنه أصاب الزرع كالرياح والجراد والنار ونحو ذلك فليس
بجائحة ويجب على المستأجر كامل الأجرة وما أصابه في زرعه فهو منه .

الآن شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله قد حقق هذه المسألة غير
هذا التحقيق وذهب فيها خلاف ما ذهب اليه الفقهاء وهذا يعتبر من
اختياراته . فلم يفرق رحمه الله بين الجائحة التي للأرض مدخل فيها
وبين الجائحة التي ليس للأرض مدخل فيها فقال : " واذا كان المعقود
عليه نفس منفعة العين من أول المدة الى آخرها فأى وقت نقتت في
هذه المنفعة بنقص ماء وانقطاعه أو زيادته وتغيره أو حدوث جراد
أو بردٍ أو حرٍّ أو ثلج ونحو ذلك مما يكون خارجا عن العادة ومانعا من
المنفعة المعتادة فان ذلك يمنع المنفعة المستحقة المعقود عليها
فيجب أن يملك الفسخ أو يسقط من الأجر بقدر ما فات من المنفعة كانقطاع
الماء وليس بين انقطاع الماء وزيادته وسائر الموانع فرق يصلح
لافتراق الحكم" (٢) .

وقد اعترض على من فرق بينهما واعتبر هذا التفريق ناشئا عن
شبهة لاعتدال دليل فقال : " وانما دخلت الشبهة على من دخلت عليه حيث ظن
أن المنفعة المقصودة بالعقد إثارَةُ الأرض والبذرُ فيها . وظن أن تلف
الزرع بعد ذلك بغرق أو غيره بمنزلة تلف زرع الزارع بعد الحصاد وبمنزلة
تلف ثوب له في الدار المستأجرة وهذا غفلة بيّنة لمن تدبر" (٣) .

(١) مجموع الفتاوى (٢٩٢/٣٠) .

(٢) المرجع نفسه (٢٩٧/٣٠ - ٢٩٨) ، وراجع (٢٦١/٣٠ - ٢٦٢) .

(٣) المرجع نفسه (٢٩٦/٣٠) .

وقد احتج شيخ الاسلام لما ذهب اليه من أن المقصود بعقد الاجارة ليس منفعة إشارة الأرض والبذر فيها فقط وانما مقصود المستأجر الذى عقد عليه العقد هو تمكنه من الانتفاع بتربة الأرض وهوائها ومائها وشمسها الى أن يكمل صلاح زرعه احتج بما يأتى :

(١) أن كل ذى فطرة سليمة حتى من لم يمارس علم الفقه من الفلاحيين وشذاذ المتفهمة ونحوهم يعلمون أن المعقود عليه هو انتفاع المستأجر بالعين الموجرة لامجرد تعب ونفقته الذى هو طريق الى الانتفاع فان ذلك بمنزلة اسراجه والجامه واقتياده للغرس المستأجرة وذلك طريق الى الانتفاع بالركوب لأنه المعقود عليه وان كان داخلا فيه فكذلك شق الأرض وبذرها طريق الى الانتفاع المعقود عليه المقصود بالعقد وهو نفع الأرض بما يخلقه الله فيها من ماء وهواء وشمس . فمن ظن أن فعله هو المعقود عليه فقد غلط غلظا بينا باليقين الذى لاشبهة فيه يوضحه :

(٢) أنه عقد على استيفاء منفعة ، وفعله فيها ليس منفعة له ولا في انتفاع له بل هو كلفة وتعب ونصب يذهب فيه جهده وماله فشقق الأرض تعب ونصب والقاء البذر اخراج مال وانما يفعل ذلك لما يرجوه من انتفاعه بالنفع الذى يخلقه الله فى الأرض من الانبات .

(٣) أن المستأجر قد بذل الأجرة ومن المحال أن يبذلها مقابل عمل نفسه وهو شق الأرض وبذرها . وانما يبذل الأجرة فيما يصل اليه من منفعة العين الموجرة لافيما هو له من عمل نفسه فان شراء حقه بحقه محال .

قال شيخ الاسلام : " ومن تصور هذه قطع بما ذكرناه ولم يبق عنده فيه شبهة ان شاء الله " (١) .

والذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه شيخ الاسلام

(١) راجع فى ذلك مجموع الفتاوى (٣٠/٢٩٤، ٢٩٦ - ٢٩٧) .

ابن تيمية لقوة ما استدل به ولأن مدار الحكم على تعطل المنافع فمتى تعطلت وُضِعَ عن المستأجر بقدر ما أصابه من ذلك وفسخت الاجارة والتفريق بين ما يَتَلَفُ الزرع ويكون سببه من الأرض وبين ما يتلفه ويكون بسبب خارجي كالرياح والأمطار ونحو ذلك فيه نظر لأن كلا السببين جاء على المنافع المعقود عليها فأبطلها أو عطلها أما بطلان قوة الانبات في الأرض أو فسخها فظاهر وأما الرياح والأمطار والبرد ونحو ذلك اذا أتت على الزرع فأتلفتها قبل تمام صلاحه فهي وان كانت على ملك المستأجر وهو الزرع الا أننا في نهاية المطاف نرجع ونقول لمن تلف زرع بسبب البرد أو الريح أو المطر أنه لم ينتفع من هذه الأرض التي استأجرها لأن مقصوده الوحيد من اجارة الأرض وحرشها ووضع البذر فيها هو أن يكمل صلاح زرع ويحصده وبذلك يعتبر مستوفيا لكامل المنفعة ولا يخالف في ذلك كل صاحب فطرة سليمة .

والجوائح في الاجارة يُلْزَمُ المُوَجَّرُ بتحملها قياسا على الجوائح التي تصيب الثمار والزرع في البيع والتي أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها بل ان وضع الجوائح في الاجارة أولى لأن المنافع في الاجارة لا تقبض الا شيئا فشيئا باتفاق علماء المسلمين أما في الزرع والثمار فالخلاف بينهم واقع في القبض قال شيخ الاسلام ابن تيمية : ^(١) "فاذا تلف هذا المعقود عليه بطل العقد وان بطل بعضه كان كما لو تعطل منفعة غيره من الأعيان الموجهة بل بطلان الاجارة أو نقص الأجرة هنا أولى منه في جوائح الثمر" .

في كيفية وضع الجائحة في الاجارة :

يجب التفريق بين الجائحة التي تصيب الزرع والثمار وبين الجائحة التي تصيب المنافع عند القيام بوضع الجائحة فلا يلتبس هذا بذاك قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : " فان هذا مَرَلَةٌ أقدام وَمَفْلَةٌ أفهام

(١) مجموع الفتاوى (٢٩٥/٣٠) .

غلط فيه خلافت من الحكام والمؤمنين والمجيبين والملك والمستأجرين حتى
أن بعضهم يظنون أن جائحة الاجارة للأرض المزروعة بمنزلة جائحة الزرع
المشترى^(١) .

وقال^(٢) : "وأما ما يتهوم به بعض الناس أن جائحة الزرع في الأرض المستأجرة
توضع من رب الأرض أو يوضع من رب الأرض بعض الزرع قياسا على جائحة
المبيع في الشمر والزرع فهذا غلط فان المشتري للشمر والزرع ملك بالعقد
نفس الشمر والزرع فاذا تلف قبل التمكن من القبض تلف من ملك البائع
وأما المستأجر فانما استحق بالعقد الانتفاع بالأرض وأما الزرع نفسه
فهو ملكه الحادث على ملكه لم يملكه بعقد الاجارة وانما ملك بعقد
الاجارة المنفعة التي تنبته الى حين كمال صلاحه" .

بناء على ذلك فان المنافع اما أن تتعطل بالكلية أو تنقص :

(١) فان تعطلت بالكلية مثل أن تتلف العين المؤجرة في أثناء المدة
أو لم تتلف لكن منافعها انقطعت بعض المدة ثم عادت فهذا يوضع
عنه من الأجرة ما يقابل المدة التي تعطلت فيها المنفعة مع مراعاة
تفاوت أجرة العين من زمان الى زمان آخر ومن مكان الى مكان آخر
ان كان هناك تفاوت ، يقول ابن قدامة^(٣) : "فان كان أجر المدة
متساويا فعليه؛ يُقَدَّرُ ماضى، ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر
وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي
وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف
وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدورمكة رجوع
في تقويمه الى أهل الخبرة ويقتط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة
كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع وكذلك لو كان الأجر على
قطع مسافة كبيع استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكان
متساوية الأجزاء أو مختلفة" .

(١) مجموع الفتاوى (٣٠١/٣٠) .

(٢) المرجع نفسه (٣٠٠/٣٠) .

(٣) المغنى (٣٣٦/٥ - ٣٣٧) .

(١) ويقول ابن عبد البر : " واذا انفسخ الكراء بينهما تحاسبا فان كانت الدار من الدور التي لها نفاق في حين من السنة نحو الفنادق ونحو دور مكة في الموسم تحاسبا على قدر ماسكن من ايام النفاق والكساد " .

وقال : " واذا اكرى دابة بعينها فماتت قبل ركوبها انفسخ الكراء ورد ما قبض منه وان ركب بعض الطريق حاسبه على قدر سهولة الطريق وعلى قدر حزنوته " (٢) .

(٣) وقال ابن عابدين : " قوله : وانقطع ماء الرحي : فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت ويرفع عنه من الاجر بحسابه قيل حساب ايام الانقطاع وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء والاول اصح لان ظاهر الرواية يشهد له فانه قال في الاصل: الماء اذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا اجر عليه في ذلك " .

(٤) وقال شيخ الاسلام ابن تيمية : " حصول المنفعة في بعض زمن الاجارة او بعض اجزاء العين المستأجرة فهذا تسقط فيه الاجرة على قدر ذلك ويجب بقسط ما حصل من المنفعة وتكون الاجرة مقسومة على قدر قيمة الامكنة والازمنة فان كلا منهما قد يكون متماثلا وقد يكون مختلفا بان يكون بعض الأرض خيرا من بعض وكري بعض فصول السنة اُغلى من بعض " .

(٢) أما اذا نقصت المنافع مثل أن يَقلَّ ماء السماء أو ماء البئر المعقود عليها أو تصاب الأرض بآفة فلا تعطى الغلة المعتادة أو يحصل غرق أو دود ينقص الزرع أو يحصل في الدار المؤجرة عيب تقل معه رغبة الناس فيه فيمنع في ذلك كما يصنع في أرش المبييع المعيب تنظر قيمة اجرة العين بدون تلك الآفة وقيمة اجرتها مع تلك الآفة وينسب النقص الى قيمة اجرتها كاملة ثم يحط من الاجرة

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (٩١/٢)، وراجع المدونة (٥٢٧/٤ - ٥٢٨) .

(٢) المرجع نفسه (٩٣/٢) .

(٣) حاشية رد المحتار (٧٧/٦ - ٧٨) .

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩٨/٣٠) .

المسماة بقدر النقص مثال ذلك :

أن تكون الأجرة المسماة ألفاً . ثم قُومَت فُقيل قيمتها مع السلامة
تساوى ألفاً كالأجرة المسماة ومع الألف تساوى ثمانمائة فالألف قــــد
نقصت خُمسَ قيمة الأجرة المقومة فيحط عن المستأجر خُمسَ قيمة الأجرة
المسماة .

(١) مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٣٠٠/٣٠)، مغنى المحتاج (٢/٣٤٨) .

المسألة الرابعة : حكم نقض المستأجر ما أحدث في العين المؤجرةبعد انتهاء المدة .

الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن الاجارة اذا انتهت مدتها لزم
المستأجر تسليم العين المؤجرة الى صاحبها ولا يجوز له استبقائها عنده
زيادة على المدة المعقود عليها الا يعقد جديد قائم على التراضي .
غير أن هناك استثناءات من هذا الأصل ، منها ما ذكر الفقهاء من
أن المدة اذا انتهت وللمستأجر زرع في الأرض المستأجرة لم يتم صلاحه
فانه في هذه الحالة لا يجبر على تفريخ الأرض وقلع زرعه حتى يتم صلاح
لكن يلزمه أن يدفع للمؤجر أجره ^(١) مثل المدة الزائدة وهذا هو قول
الحنفية والمالكية . ^(٢)

وذهب الشافعية والحنابلة الى التفصيل في ذلك :

فقال الشافعية ^(٣) اذا كانت الأرض مستأجرة للزرع فيها ولم يعين في
العقد ما يزرع فيها بل كان مطلقا فان كان عدم استحصاد الزرع في مدة
الاجارة بتفريط من المستأجر بأن زرع منها لا يستحصد في تلك المدة
ونحو ذلك فللمؤجر أن يجيره على قلع الزرع وتفريخ الأرض عند انتهاء
مدة الاجارة لأنه لم يعقد الا على المدة فلا يلزمه الزيادة لتفريط
المستأجر .

وان كان عدم استحصاده بغير تفريط من المستأجر وذلك مثل أن يعيبه
البرد أو يتأخر المطر فانه لا يجبر على قلعه في أصح الوجهين ومن ثم
يكون عليه المسمى الى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لِمَا
زاد لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر بقلع زرعه فانه لا يجوز الاضرار
بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه .

- (١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٥)، روضة القضاة المجلد الأول (ص ٥٠١) .
(٢) المدونة (٤/٥٣٤، ٥٣٨)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤/٤٧) ،
الكافي في فقه أهل المدينة (٢/١٠٢)، البهجة شرح التحفة (٢/١٦٥) .
(٣) المهذب (٢/٥٢٨)، روضة الطالبين (٥/٢١٣ - ٢١٤) .

هذا إذا لم يعين في العقد الصنف الذي يزرع فيها فان كان معيناً لا يستحمد في المدة التي تعاقدا عليها فإن شرط المؤجر على المستأجر القلع عند انتهاء المدة فان المستأجر يجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط . وان كان العقد مطلقاً فلم يشترط عليه القلع عند انتهاء المدة فليس للمؤجر إجباره على قلعه لأنه دخل معه على العلم بحال المزرع وأن العادة فيه الترك الى الحصاد فلزمه العبر عليه كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الادراك . وحينئذ يلزم المستأجر دفع المسمى الذي انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل للزيادة لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر بقلع زرعه لا يجوز الاضرار بالمؤجر في ابطال منفعة أرضه وهذا هو أصح الوجهين واختيار الفقهاء .

وقال الحنابلة : (١) ان كان تأخر صلاح الزرع بتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد انتهاء المدة بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة لأنه أبقى زرعاً في أرض غيره عدواناً بغيره حق . ولكن لا يلزم المستأجر قلع الزرع في هذه الحالة حتى ولو طلب المالك منه القلع لأن له حداً ينتهي اليه الا اذا اختار المستأجر القلع فليس الحال وتفريغ الأرض فله ذلك لأنه بذلك يزيل الضرر عن المؤجر ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد .

وأما ان كان تأخر صلاح الزرع بغير تفريط من المستأجر مثلاً أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ ليبره أو غيره فإنه يلزم المؤجر تركه الى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد عن المدة لأنه حصل الزرع في أرض غيره باذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال زرعه .

(١) كشف القناع (٤٧/٤ - ٤٨) ، شرح منتهى الارادات (٣٨٢/٢ - ٣٨٤) ، التنقيح المشيع (ص ٢٢٦) ، المبدع (١١٨/٥) ، الانصاف (٨٦/٦) ، القواعد لابن رجب (ص ١٥٣) ، المغنى (٣٦١/٥) .

هذا ما استثناه الفقهاء من هذا الأصل وهو ماله حد ينتهي اليه
 أما ما يحدثه المستأجر في العين المؤجرة مما ليس له حد ينتهي اليه
 كالبناء في الدار أو الأرض أو غرس الشجر فيهما :
 فعند الحنفية والمالكية يلزم^(٢) المستأجر بتسليم العين المؤجرة^(١)
 فارغة غير مشغولة كما أخذها وليس له أن يلزم صاحب العين أن يتقبل
 ما أحدثه فيها بقيمته وسواء كان ما أحدثه باذن رب الدار أو بغيره
 اذنه جاء في المدونة^(٣) : " لأن رب الدار يقول لم آذن لك حين أذنت لك
 وأنا أريد أن أغرم لك شيئا انما أذنت لك لترتفق " .

الا أن المالكية جعلوا الخيار لصاحب العين المؤجرة ان أراد أن يأخذ
 ما أحدثه المستأجر من بناء أو غرس ونحو ذلك فله أخذه بقيمته مقلوعا
 ان كان له قيمة وليس للمستأجر أن ينقضه اذا أعطاه رب الدار قيمته
 مقلوعا لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا ضرر ولا ضرار " فان لم يكن
 له قيمة اذا قلعه فليس له أن يقلعه في قول المالكية والحنفية
 وليس له البديل .

وإذا قلع المستأجر ما أحدثه لزمه أن يسلم العين المؤجرة كما
 أخذها فيصلح جميع ما فسد بسبب القلع .
 أما الشافعية والحنابلة فقد اتفقوا مع الحنفية والمالكية فيما^(٤)
 اذا شرط على المستأجر القلع عند انتهاء المدة وقالوا يلزم المستأجر
 القلع وليس على صاحب العين أرش نقص ما قلع المستأجر . وليس على
 المستأجر اصلاح آثار القلع خلافا للحنفية والمالكية لأنهما دخلا على هذا
 لرضا هما بالقلع واشتراطهما له .

-
- (١) بدائع المنائع (٢٦٧٥/٦)، روضة القضاة المجلد الأول (ص ٥٠١)، ردالمحتار
 (٨٠/٦) .
 (٢) المدونة (٥٢٥/٤ - ٥٢٦)، الكافي في فقه أهل المدينة (٩١/٢)، الشرح
 الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٧٤/٤) .
 (٣) المدونة (٥٢٥/٤) .
 (٤) المهذب (٥٢٩/٢)، روضة الطالبين (٢١٤/٥) .
 (٥) كشاف القناع (٤٤/٤ - ٤٦)، شرح منتهى الارادات (٣٨١/٢)، الانصاف
 (٨٣/٦ - ٨٤)، المبدع (١١٦/٥ - ١١٨)، المغنى (٢٦٣/٥) .

أما إذا أذن له المالك ولم يشترط عليه القلع عند انتهائه
المدّة فالمستأجر بالخيار بين أمرين :

(الأول) أن يختار القلع فله ذلك لأن الغرس والبناء ملكه فله أخذه
كما يأخذ طعامه من الدار التي استأجرها الآن عليه تسوية ما أفسده
بالقلع وإعادة العين الموجرة لمصاحبها كما أخذها . لأنه أدخل نقصاً
على ملك غيره بغير إذنه فكان عليه مؤونة إزالتها .

قال الحنابلة : وإذا اختار المستأجر القلع فليس لرب الأرض منعه
من ذلك لِيَتَمَلَّكَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ أَوْ يُوْجِبَ عَلَيْهِ أَجْرَ الْمِثْلِ بِتَبْقِيَتِهِ لِأَنَّهُ
مُلْكٌ مَالِكِهِ فَكَانَ لَهُ أَخْذُهُ مِنَ الْعَيْنِ الْمَوْجِرَةِ كغیره من المملوكات .^(١)

(الثاني) أن يمتنع المستأجر من القلع ففي هذه الحالة لا يجبر عليه
الآن يضمن له الموجر النقص ان كان، فيجبر حينئذ المستأجر على القلع
لأنه ان لم ينقص ما أحدثه بالقلع فلا ضرر عليه وعدم اجباره انما هو لدفع
الضرر اللاحق به من جرائء القلع . وان نقص ما أحدثه بالقلع فان ضرره
يندفع بالأرش الذي يدفعه له الموجر .

فان لم يرضَ الموجر بالقلع مع دفع أرش النقص للمستأجر قيل لسه
أنت بالخيار أيضا بين أن تمتلك الغرس أو البناء بقيمته من المستأجر
فان رضى بذلك أُجِبَ المستأجر لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة .
وَيَبِينُ أَنَّ تَتْرُكَ الْمَسْتَأْجِرَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ، فإِنْ اخْتَارَ الْمَوْجِرُ ذَلِكَ أُجِبَ
المستأجر لأنه كما لا يجوز الأضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان لا يجوز
الأضرار بالمكترى بإبطال منفعة العين الموجرة من غير أجره .

وقد استدلت الحنابلة لما ذهبوا اليه بقوله صلى الله عليه وسلم
"ليس لعرق ظالم حق"^(٢) .

قالوا : مفهوم الحديث أن من ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم
لأنه انما أحدث ما أحدث من غرس وبناء باذن المالك ولم يشترط عليه

(١) كشف القناع (٤٦/٤)، الانصاف (٨٤/٦) .
(٢) صحيح الامام البخارى (٧٠/٣) كتاب الحرث والمزارعة باب (١٥) وقدمه
ابن حجر من عدة طرق راجع فتح البارى (٨٥/١٠) ورواه أبوداود (٤٥٤/٣)
كتاب الأمانة باب (١٥)، والترمذى (٦٥٣/٣) كتاب الأحكام باب (٣٨) والامام
أحمد فى المسند (٣٢٧/٥) .

القلع حين أذن له فلا يجبر على قلعه من غير ضمان كما لو استعار أرضاً
للغرس مدة فرجع قبل انقضاءها .

تحرير محل النزاع والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة نخلص الى الآتي :

(١) أنه لاخلاف بين الفقهاء في أن الزرع اذا لم يستحصد في المدة المحددة لعقد الاجارة أنه يُمدد للمستأجر حتى يتم صلاح زرعه ويحصده وعلى المستأجر أن يدفع أجره المثل للمدة الزائدة لما في ذلك من الجمع بين الحَقَّين الا ما استثناه الشافعية والحنابلة من أنه اذا كان تأخره عن المدة بتفريط من المستأجر فانه يعتبر كالغاصب والذي يظهر لى أن قياسه على الغاصب من كل وجه غير صحيح لأن هذا قد قبض باذن المالك والغاصب لم يقبض باذن المالك . وهذا قبض قسود اقتضاه عقد أما الغصب فانه لم يقتضه عقد بحال فافترقا، ولذلك فعند التفريق أولى في النظر فيلزم الموجر ابقاء الزرع حتى يكتمل صلاحه سواء كان بتفريط المستأجر أو عدم تفريطه وضرر الموجر مندفع بما يفرض له من أجر المثل في المدة الزائدة واذا أمكن دفع الضرر عن الطرفين وتحقيق المصلحتين كان ذلك أولى، فالشريعة الاسلامية انما جاءت بجلوب المصالح ودفع المضار .

(٢) أنه لاخلاف بين الفقهاء في أن المستأجر يلزمه تسليم العين المؤجرة عند انتهاء المدة فارغة غير مشغولة بمتعلقات مؤقتة ولادائمه ولايغرم الموجر للمستأجر أضرار نقص لنقضه ما أحدث من بناء ونحوه الا ما استثناه الشافعية والحنابلة فيما اذا أذن له المالك ولم يشترط عليه القلع فانه لايجبر على القلع من غير عوض .

والذي يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه الحنفية والمالكية من الابقاء على حكم الأصل وهو تسليم العين المؤجرة فارغة غير مشغولة وأنه لايجبر الموجر على تقبل ما أحدث المستأجر في العين المؤجرة لأنه

وان أذن له بذلك فانه - كما قال المالكية - أذن له ليرتفق لأنه ربما لو لم يأذن له أصابه حرج عظيم فهو محسن اليه بالاذن له في احداث ما يريد وما على المحسنين من سبيل .

ثم ان المستأجر قد دخل على احداث ما أحدث مما يراد للدوام وهو يعلم أنه مستأجر وأن الاجارة لها أمد تنتهى اليه فعليه تحمل تبعه ذلك . وبناء على ذلك فإن المؤجر اذا اختار عدم تقبل ما أحدثه المستأجر ورغب أن يفرغ له العين المؤجرة فان على المستأجر النقض واصلاح ما فسد من جرائ النقض فيسلم العين كما استلمها الا اذا لم يكن له منفعة من تلك الانقاض فانه يجبر على عدم النقض وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية وهو رأى حسن جدا في نظري لأن النقض في هذه الحالة يعتبر من الضرار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم كما فسره به طائفة من العلماء ورجحه ابن عبد البر وابن الملاح فقد قيل : "والضرار أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع" . والله أعلم .

المطلب الثانى : فى تلف الأموال فى اجارة الأعمال

يقسم الفقهاء الاجراء الى قسمين :

(القسم الأول) الأجير الخاص وهو الأجير الذى استؤجر مدة مقدرة ليعمل عند المستأجر فقط فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره فى تلك المدة فالمستأجر هو الذى يستحق نفعه وحده فى تلك المدة دون سائر الناس وذلك كرجل استؤجر لعمل ببناء أو خياطة أو ليرعى غنم المستأجر يوما أو شهرا ونحو ذلك .

ويطلق عليه الشافعية الأجير المنفرد والحنفية أجير الوحد لأنه يختص به الواحد وهو المستأجر .

(القسم الثانى) الأجير المشترك وهو الذى يتقبل العمل لواحد أو جماعة مخصوصين فى مدة مقدرة مثل أرباب العمل من الخياطيين والمواغيين فاذا التزم لواحد أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل فكأنه مشترك بين الناس لأنه اذا تقبل أعمالا لاثنتين وثلاثة وأكثر من ذلك فى وقت واحد فعمل لهم اشتركوا فى منفعته فى تلك المدة واستحقوها جميعا فسمى مشتركا لاشتراكهم فى منفعته فى مدة معينة (١) .

وفيما يلى نعرض رأى الفقهاء رحمهم الله فى يد الأجير الخاص والأجير المشترك على العين المستأجر للعمل فيها فى مسألتين .

(١) الدر المختار ورد المختار عليه (٦/٦٤، ٧٠)، شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٣٨٣) المادة (٤٢٢)، روضة الطالبين (٥/٢٢٨)، المغنى (٥/٣٨٨)، تبیین الحقائق (٥/١٣٣، ١٣٧)، الفتاوى الهندية (٤/٥٠٠) .

المسألة الأولى : يد الأجير الخاص على العين المستأجر للعمل فيها .

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية (١) (٢) (٣) (٤) (٥) على أن يد الأجير الخاص يد أمانة فلا يضمن ماتلف تحت يده الا بتعدّي يسه أو تفريطه جاء في المادة (٦٠٨) من مجلة الأحكام العدلية : "تعدّي الأجير أن يعمل عملا أو يتحرك حركة مخالفتين لأمر الأجر صراحة أو دلالة مثلا بعد قول المستأجر للراعى الذى هو أجير خاص ارع هذه الدواب فى المحل الفلانى ولا تذهب بها الى محل آخر فان لم يرعها الراعى فى ذلك المحل وذهب بها الى محل آخر ورعاها يكون متعديا فان عطبت الدواب عند رعيها هناك يلزم الضمان على الراعى" (٦) .

وجاء فى المادة (٦٠٩) : "تقسيم الأجير هو قصوره فى المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر مثلا اذا فرّ من القطيع رأس غنم لعدم لحاق الراعى له تكاسلا واهمالا فضاع لذلك رأس الغنم فيضمن الراعى لتقصيره أما اذا كان عدم لحاقه ناشئا عن غلبة احتمال ضياع الغنم الباقية لايلزمه ضمان لأنه معذور" (٧) .

وقال ابن قدامة (٨) : "وأما مايتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخبّان الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لأنه تلف بتعديه كغير الأجير" .

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٤٧)، الدر المختار ورد المختار عليه (٦/٧٠)، تبیین الحقائق (٥/١٣٨)، الفتاوى الهندية (٤/٥٠٠)، مجمع الأنهر (٢/٣٩٤) .

(٢) رسالة كشف القناع عن تضمين الصناع (ص ٧٤ - ٧٥ - ٧٩ - ٨١)، البيهجة (٢/٢٨٣، ١٨٥)، الشرح الكبير (٤/٢٨)، جواهر الاكلیل (٢/١٩١) .

(٣) روضة الطالبين (٥/٢٢٨)، نهاية المحتاج (٥/٣١١)، المهذب (١/٥٣٤)، مغنى المحتاج (٢/٣٥٢) .

(٤) كشف القناع (٤/٣٤)، شرح منتهى الارادات (٢/٣٧٦)، الانصاف (٦/٧١-٧٠)، المغنى (٥/٣٩٠)، غاية المنتهى (٢/٢٠٩) .

(٥) المحلى (٩/٣٥) .

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٦٠٠) .

(٧) شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٦٠٣) .

(٨) المغنى (٥/٣٩٠) .

وقد استدلل الفقهاء على قولهم بأن الأجير الخاص لا يضمن الا بالتعدي والتقصير بالقياس فقد قاسوه على الوكيل بجامع أن كلا منهما نائب عن المالك في صرف منافعه الى ما أمره به .

واستدلوا أيضا بالمعقول فقالوا :

- (١) أنه لم يوجد منه فعل يعلح سببا لوجوب الضمان لأن القبض حـمـل باذن المالك .
- (٢) أن الغالب في الأجير الخاص أن يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلاتلحقه تهمة الخيانة .
- (٣) أنه لا يتقبل الأعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير في الحفظ غالبا بخلاف المشترك .

المسألة الثانية : في ضمان الأجير المشترك تلف العين المستأجر للعمل فيها .

إذا تلفت العين في يد الأجير المشترك بعد قبضها من صاحبها
فقد اختلف الفقهاء هل يضمنها أم لا على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يُفَرَّقُ بين ماتلف بفعله أو بغير فعله :

أما ماتلف بفعله فهو ضامن له وهذا قول الحنفية والصحيح من
مذهب الحنابلة .^(١)^(٢)

جاء في الدر المختار : "ويضمن ماهلك بعمله كتخريق الثوب من
دقة وزلق الحمال وغرق السفينة من مدّه جاوز المعتاد أم لا " .^(٣)
قال ابن عابدين : " قوله ويضمن ماهلك بعمله : أى من غير قصد
في قول علمائنا الثلاثة " .^(٤)

وجاء في الاقناع وشرحه : "ويضمن الأجير المشترك ماتلف بفعله ولو
بخطئه كتخريق القصار الثوب من دقّه أو مدّه أو عصره أو بسطه وغلطه
أى الخياط في تفصيله ودفعه الى غير ربّه " .^(٥)

وأما ماتلف بغير فعله فلا ضمان عليه فيه ان لم يحصل منه تعاد
أو تفريط وذلك مثل تلفه بحريق أو غرق أو سرقة ونحو ذلك مما ليس من
فعله وهذا هو قول أبي حنيفة ومذهب الحنابلة .^(٦)^(٧)

-
- (١) تبیین الحقائق (١٣٤/٥ - ١٣٥)، الهداية مع نتائج الأفكار (١٢٢/٩) ،
مجمع الأنهر والدر المنتقى (٣٩١/٢ - ٣٩٢)، وانظر المادة (٦١١) من
مجلة الأحكام العدلية (٦٠٦/١) .
(٢) الانصاف (٧٢/٦)، كشف القناع (٣٥/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٧٨/٢) ،
المعنى (٣٨٨/٥) .
(٣) (٦٦/٦) .
(٤) رد المحتار (٦٦/٦) .
(٥) كشف القناع (٣٥/٤) .
(٦) تبیین الحقائق (١٣٤/٥ - ١٣٥)، مجمع الأنهر (٣٩١/٢) .
(٧) الانصاف (٧٣/٦) .

وذهب الصَّاحِبَانِ مِنَ الْحَنْفِيَّةِ إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ فَقَالَا : عَلَيْهِ الضَّمَانُ الْآمِنُ
حَرِيقٌ غَالِبٌ أَوْ غَرَقٌ غَالِبٌ أَوْ لَمَوْصٌ مَكَابِرِينَ وَالضَّابِطُ فِي ذَلِكَ أَنْ مَا يَقْدِرُ
عَلَى اسْتِدْرَاكِهِ لَوْ عَلِمَ بِهِ فَلَيْسَ بِغَالِبٍ وَلِذَلِكَ قَالُوا : لَوْ احْتَرَقَ بَيْتٌ
الْأَجِيرِ الْمَشْتَرِكِ بِسَرَّاجٍ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِحَرِيقٍ غَالِبٍ لِأَنَّهُ لَوْ عَلِمَ
بِهِ لِأَطْفَاءِهِ فَلَمْ يَكُنْ مَوْضِعَ الْعِذْرِ .^(١)

وَتَضَمِينِ الْأَجِيرِ الْعَيْنِ إِذَا تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ فَعَلِهِ مَقِيدٌ عِنْدَ الصَّاحِبِينَ بِكَوْنِ التَّلَفِ
حَصَلَ وَهِيَ فِي يَدِهِ لِأَنَّ الْعَيْنَ إِنَّمَا تَدْخُلُ فِي الضَّمَانِ عِنْدَهُمَا بِالْقَبْضِ كَالْعَيْنِ
الْمَغْصُوبَةِ فَمَا لَمْ يَوْجَدْ الْقَبْضُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ حَتَّى لَوْ كَانَ صَاحِبَ الْمَتَاعِ
رَاكِبًا فِي السَّفِينَةِ أَوْ رَاكِبًا عَلَى الدَّابَّةِ الَّتِي عَلَيْهَا الْحِمْلُ فَعَطَبَ الْحِمْلُ
مِنْ غَيْرِ صَنْعِ الْأَجِيرِ لِأَضْمَانِ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْمَتَاعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ .^(٢)

وَقَدْ اِخْتَلَفَ قَوْلُ الْحَنْفِيَّةِ هَلِ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ الْإِمَامِ أَمْ عَلَى قَوْلِ
الصَّاحِبِينَ فَالزَّيْلَعِيُّ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ الصَّاحِبِينَ فَقَالَ :
"وَيَقُولُهُمَا يَفْتَى الْيَوْمَ لِتَغْيِيرِ أَحْوَالِ النَّاسِ وَبِهِ تَحْمَلُ صِيَانَةَ أَمْوَالِهِمْ"^(٣)
وَقَدَّمَ فِي الْمَلْتَقَى قَوْلَ الْإِمَامِ وَهَذَا يُفِيدُ أَنَّهُ الْمَخْتَارُ عِنْدَهُ لِلْفَتْوَى
كَمَا هُوَ اصْطِلَاحُهُ فِي الْمَقْدِمَةِ .

وَأَفْتَى مَتَأَخَّرُوا الْحَنْفِيَّةَ فِيمَا إِذَا تَلَفَ بِغَيْرِ فَعَلِهِ ، بِسَبَبِ يُمْكِنُ
الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَعَدُّ أَوْ تَفْرِيطٌ بِالْمَلْحِ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ فَيُدْفَعُ
الْأَجِيرُ الْمَشْتَرِكُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ وَيُحِطُّ عَنْهُ النِّصْفُ الْآخِرُ جَاءَ فِي مَجْمَعِ الْأَنْهَرِ :
"وَأَفْتَى الْمَتَأَخَّرُونَ بِالْمَلْحِ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ لِإِخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ وَالْأَئِمَّةِ وَعَلَى
هَذَا حُكْمُ الْوَلَاةِ وَالْقَضَاةِ عَمَلًا بِالْقَوْلِينَ . قَالَ الْحَمَكِيُّ : " قَالَ الزَّاهِدِيُّ
عَلَى هَذَا أَدْرَكَتْ مَشَايخُنَا بِخَوَارِزْمٍ وَأَقْرَهُ الْقَهْطَانِيُّ " .^(٤)
^(٥)
^(٦)

-
- (١) بدائع المنافع (٢٦٤٤/٦) .
(٢) المرجع نفسه (٢٦٤٥/٦) .
(٣) تبيين الحقائق (١٣٥/٥) .
(٤) مجمع الأنهر (٣٩١/٢) .
(٥) (٣٩٢/٢) .
(٦) الدر المنتقى شرح المنتقى (٣٩٢/٢) وراجع الدر المختار وحاشيته
رد المختار (٦٦/٦) .

القول الثانى :

أن يد الأجير المشترك يد أمانة فلا يضمن ماتلف بيده من غير تعدد أو تقصير وهذا أظهر القولين عند الشافعية وهو قول الظاهرية والمالكية .
 واستثنى المالكية الصناع وحامل الطعام فضمنوهم ضمان تهمة لاضمان
 أصالة جاء فى جواهر الاكليل : "الأصل فى الصناع أنه لاضمان عليهم وأنهم
 مؤتمنون لأنهم أجراء وقد أسقط النبى صلى الله عليه وسلم الضمان عن
 الأجراء وخص العلماء من ذلك الصناع وضمنوهم نظرا واجتهادا لضرورة
 الناس لغلبة فقر الصناع ورقة ديانتهم واضطرار الناس الى صنعتهـــم
 فتضمنهم من المصالح العامة الغالبة التى تجب مراعاتها" .
 وجاء فى رسالة كشف القناع عن تضمين الصناع : "وأما الحمالون
 فقال ابن شاس : لاضمان على الأجير على الحمل ان عشر أو سقط ماحملاـــه
 أو انقطعت حباله وهو مصدق فيما يدعيه من ذلك مالم يغر من اعشـــار
 أو ضعف جبل وشبه ذلك أو يكون منه تعد أو تفريط الا فى الطعمـــام
 والإدام فانه ضامن على كل حال وان لم يكن منه غرر أو تفريط اذا لم تقم
 له بينة على تلفه وانما خص الطعام بذلك لمسيس حاجة الناس اليه
 وضرورتهم ولو لم يضمنوا لتسارعوا الى أخذه اذ لا بدل عليهم فيه فيؤدى
 ذلك الى امتناع الناس من الحمل معهم وتدخل المضرة على الفريقين فضمنوا
 دفعا لها" .

ولأن الضمان عند المالكية على الصناع والحمالين للطعام ضمان تهمة
 فقد اشترطوا لتضمينهم شروطا اذا لم تتوفر لايجب عليهم الضمان
 الا بالتعدى أو التقصير وهذه الشروط :

- (١) روضة الطالبين (٢٢٨/٥)، نهاية المحتاج (٣١٠/٥)، مغنى المحتاج
 (٣٥١/٢)، المذهب (٥٣٤/١)، الأم (٢٦٢/٣) .
- (٢) المحلى (٣٥/٩) .
- (٣) (١٩١/٢) وراجع رسالة كشف القناع (ص ٧٣)، المدونة (٣٨٨/٤) .
- (٤) (ص ٧٦ - ٧٧) وراجع الفروق (٢٠٧/٢ - ٢٠٨)، والشرح الكبير وحاشيته
 الدسوقي عليه (٢٥/٤) .

(١) أن يَغَيَّبَ المانع أو الحامل على السلعة بأن يصنعها بغير حضور ربها وبغير بينة أو يحملها الحامل بغير حضور ربها أو وكيله قالوا : فان صنع السلعة في بيته ولو بغير حضوره أو صنعها بحضوره لم يضمن مانسأ من غير فعله كسرقة أو تلف بنار مثلا بلا تفريط أو نشأ عن فعله مما فيه تَغْيِيرٌ فان كان في صنعه تَغْيِيرٌ أى تعريض للاتلاف مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف فلا ضمان عليه الا بتفريط وذلك بأن يُعْلَمَ مثلا أنه عالجهما على غير الوجه المعهود لعلاجها .

وكذلك قالوا في الحامل يحمل الطعام أنه اذا حمله بحضرة صاحبه أو وكيله ثم تلف من غير تعد أو تفريط منه فلا ضمان عليه . قالوا : والمراد بحضرة ربه مُصَاحَبَتُهُ له ولو في بعض الطريق فاذا صاحبه فسى بعضها ثم فارقه فادعى تلفه بعد مفارقتها فانه يَصَدَّقُ وذلك لأن مصاحبته ببعض الطريق ومفارقتها في بعضها دليل على أنه انما فارقه لما علم من حفظه وتحزره .

(٢) أن يكون الممنوع مما يغاب عليه وهو ما يمكن اخفاؤه كالأذهب والفضة ونحوها فان كان مما لا يغاب عليه وادعى تلفه فانه يَصَدَّقُ لعدم قيام التهمة حينئذ .

(٣) أن لاتقوم بينة على تلف السلعة المصنوعة أو الطعام المحمول بلا تفريط من الصانع أو الحامل فان قامت البينة على التلف أو الضياع من غير تفريط فلا ضمان عليهما .^(١)

وهذا الشرط يؤكد أن ضمان المانع أو الحامل انما هو ضمان تهمة لاضمان أمالة . يقول الدسوقي : " قوله الا أن تقوم بينة ... فيه اشارة الى أن ضمان الصانع ضمان تهمة ينتفى باقامة البينة لاضمان أمالة " .^(٢)

(١) راجع في هذه الشروط الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٨/٤) ، وما بعدها ، الكافي في فقه أهل المدينة (٩٩/٢) ، رسالة كشف القناع (ص ٧٤ - ٧٥) ، البهجة شرح التحفة (٢٨٣/٢) .
(٢) حاشية الدسوقي (٢٩/٤) .

هذا ما استثناه المالكية من الأجير المشترك فليس كل أجير مشترك ضامن عندهم الا أن بعض متأخري المالكية قد استحسّن تضمين بعض الأجراء للمصلحة أيضا واحتياطا لأموال الناس من ذلك ما ذكره الدسوقي بقولسه : "واعلم أن أصل المذهب عدم تضمين الخفراء والحراس والرعاة واستحسن بعض المتأخرين تضمينهم نظرا لكونه من المصالح العامة" (١) .

ومن هؤلاء المتأخرين ابن رحال فقد اختار تضمين الراعى المشترك على الرغم من تسليمه أن المذهب على خلاف ذلك وذلك لفساد الناس وكثرة خيانتهم فقال : "وأما الراعى المشترك وهو الذى يرعى لسائر الناس فقد سمعت فيه الرد على من قال بتضمينه ورأيت قول ابن سلمون العملى على عدم ضمانه ولاسيما وقد ألف فى عدم ضمانه من ذكر وهو صاحب المعيار وناهيك بتحقيقه ومعرفته بهذه الأمور وتدقيقه ويقويهِ كلام ابن الحاج فى سمسار الدواب لأن الغنم والبقر والدواب من باب واحد من حيث كونها لا يغاب عليها ...

قال والحاصل : القياس والنظر هو عدم ضمانه والذى تقتضيه كثرة خيانة الرعاة فى هذه الأزمنة هو ضمانه وهذا هو الذى نختاره وفيه وفى سمسار الدواب أعنى الضمان فيهما" .

- (١) حاشية الدسوقي (٢٦/٤) .
- (٢) المدونة (٤٣٩/٤)، كشف القناع (ص ٨٨ - ٩١) وقد ألف الونشريسي صاحب المعيار كتابا فى الرد على من قال بتضمين الراعى المشترك فقد جاء فى المعيار (٣٤٣/٨) قوله : "ثم لما لَجَّ فى ضلاله وتمادى على ردى خلاله حملنى لجاجه وعدم انقياده للحق واعوجاجه أن ألفت فى المسألة تأليفا مفيدا جدا .. سمعته : باضاعة الحلك والمرجع بالدرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعى المشترك" فمن طمحت عيناه للوقوف عليه فليلتصمه فانه متين البضاعة مؤيد لمذهب الجماعة مزيف لمذهب ابن حبيب ومن أخذ به بحيث لايساوى سماعه " قلت وقد وقفت على قطعة من هذا الكتاب مطبوعة طبعة حجرية ضمن مجموع رسائل، وهذه القطعة تمثل المقدمة وسبب التأليف وشء من موضوع الكتاب ومجموع ذلك يقع فى ثلاث لوحات والله أعلم .
- (٣) كشف القناع (ص ١١٢ - ١١٤) .

ونقل عن اليزناسني قوله: ^(١) "كنت زمن ولايتي بمدينة تلمسان كثيرا ما أحكم بتضمين الراعي المشترك عندما يظهر لى مخايل كذب الرعاة وتعديهم وتفريطهم وذلك غالب أحوالهم وأرى أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي الى تلف كثير من أموال الناس لاضطرارهم اليه فى كثير من الأحيان .
وأضاف المحقق الى نقل ابن رحال عن اليزناسني قوله: " وأَعْتَمَدَ فى ذلك على المصلحة العامة التى من أصل مذهب مالك رحمه الله مراعاتها".
وهناك من قضاة المالكية من حكم بتضمين الحمائي مع أنه قد سئل هل يحكم بتضمين الراعي المشترك؟ فقال لا يحكم بذلك، قال ابن رحال: ^(٢)
"فقال اليزناسنى ماحصله: لعل زمنه وبلده لم تظهر فيه خيانة الرعاة وظهرت فى الحمائي وأما فى زماننا هذا وبلدنا فالراعى المشترك أولسى بالحكم بالقول الشاذ من الحمائي مراعاة للمصلحة".
والحاصل أن قول بعض فقهاء المالكية بتضمين الأجير المشترك غير المانع وحامل الطعام مما يعدُّ مخالفا للمذهب هو كما رأينا فيما عرضنا آنفا من أمثلة، مراعاة للمصلحة العامة التى هى من أصول الامام مالك وأن اختلافهم فى تضمين الراعى المشترك أو الحمائي وغيرهما من أجيير مشترك انما هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . كما يفيد كلام اليزناسنى آنف الذكر .

القول الثالث:

تدخل العين فى ضمان الأجير المشترك بالقبض فان هلكت فى يده منفردا ضمن هلاكها ولو لم يتعد أو يقصر وهذا قول لبعض الشافعية ^(٣) .
أما تقييد ذلك بكونه منفردا فالقصد منه الاحتراز من تلفه فى حضرة المستأجر أو فى بيته فانه فى هذه الحالة لاضمان عليه ولاخلاف بين الشافعية

-
- (١) رسالة كشف الغناع (ص ١٠٨) .
(٢) المرجع نفسه (ص ١٢١) .
(٣) روضة الطالبين (٥/٢٢٨)، المهذب (١/٥٣٤)، مغنى المحتاج (٢/٣٥٢) ،
نهاية المحتاج (٥/٣١١) .

في هذه الحالة لأن المال غير مسلم إليه حقيقة وإنما استعان به المالك كالاستعانة بالوكيل جاء في روضة الطالبين : " أما إذا لم يكن الأجير منفردا باليد كما إذا قعد المستأجر عنده حتى عمل أو حملته إلى بيته ليعمل فالمذهب وبه قطع الجمهور لاضمان لأن المال غير مسلم إليه حقيقة وإنما استعان به المالك كالاستعانة بالوكيل " .

الأدلة والمناقشة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة رأينا أن من الفقهاء من يفرق بين ماتلف بفعل الأجير المشترك وماتلف بغير فعله فضمنه ماتلف بفعله فقط دون ماتلف بغير فعله ومنهم من لم يفرق وقال بضمانه مطلقا إذا تلف بعد قبضه وقد اعتمد هؤلاء على آثار وردت عن الصحابة رضوان الله عليهم بتضمين الأجير المشترك .

ومن الفقهاء من قالوا بعدم ضمان الأجير المشترك الآن يتعدى أو يفرط . واستحسن بعض هؤلاء تضمين بعض الأجراء وعمدتهم في ذلك المصلحة .

فأما الآثار التي وردت عن بعض الصحابة والتي اعتمد عليها من قال بتضمين الأجير المشترك :

(١) فما رواه عبدالرزاق قال : أخبرنا يحيى بن العلاء عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : كان علي يضمن الخياط والصباغ وأشباه ذلك احتياطا للناس " .^(٢)

وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي : " أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يملح الناس إلا هذا " .^(٣)

(١) (٢٢٨/٥)، وراجع مغنى المحتاج (٣٥١/٢)، نهاية المحتاج (٣١٠/٥) .

(٢) مصنف عبدالرزاق (٢١٧/٨) كتاب البيوع بباب ضمان الأجير الذي يعمل

بيده .

(٣) السنن الكبرى (١٢٢/٦)، وابن حزم في المحلى (٣٧/٩) . قال البيهقي

"حديث جعفر عن أبيه حديث مرسل . ثم رواه بإسناد آخر عن خلاص عن

علي وقال : وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاص عن علي " . انظر

السنن الكبرى (١٢٢/٦) . وقد ضعف هذا الأثر الألبانى . راجع

أرواء الغليل (٣١٩/٥) .

(٢) ومارواه عبدالرزاق أيضا قال : أخبرنا بعض أصحابنا عن ليث بن سعد عن طلحة بن أبي سعيد عن بكير بن عبدالله بن الأشج أن عمر بن الخطاب (١) **ضَمَّنَ الصَّبَاغَ الَّذِي يَعْمَلُ بِيَدِهِ** .

ولكن هذه الآثار لا تثبت عن علي وعمر رضي الله عنهما فقد قال الامام الشافعي رحمه الله : " وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه **ضَمَّنَ الْغَسَّالَ وَالصَّبَاغَ** وقال لا يصلح الناس الا بذلك أخبرنا بذلك ابراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا رضي الله عنه قال ذلك .

ويروى عن عمر تضمين بعض الصناعات من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحدا منهما يثبت (٢) .

وقد ناقش رحمه الله من قال بتضمين الأجير المشترك ورد عليه بقوله : " وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثرا يصح عند أهل الحديث — أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد روي فيه شيء عن عمر وعلى ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبتهما أن يضمن الأجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحفظ وحمل المتاع والأجير على الشيء يمنعه . لأن عمرا ان كان ضمن الصناعات فليس في تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجرا على ما فهموا فكل من كان أخذ أجرا فهو في معناها — وان كان علي رضي الله عنه **ضَمَّنَ الْقَصَارَ وَالصَّائِغَ** فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجره (٣) .

واستدل أبو حنيفة والحنابلة على عدم تضمين الأجير المشترك ماتلف بغير فعله :

(١) بأن القبض حصل باذن فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية .

(١) مصنف عبدالرزاق (٢١٧/٨) وقد أعلمه ابن حجر بالانقطاع . انظر التلخيص

الحبير (٧٠/٣) ، ورواه ابن حزم في المحلى (٣٧/٩) .

(٢) الأم (٢٦٤/٣) .

(٣) المرجع نفسه (٢٦١/٣ - ٢٦٢) .

(٢) أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها
(١)
كالعين المستأجرة .

واستدل الصحابان على قولهما انه يضمن ماتلف بغير فعله الا اذا كان
بامر غالب لا يستطيع دفعه بما يأتى :

(١) الآثار الواردة عن عمر وعلى بن أبى طالب التى سبق ذكرها .
(٢) أن المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه
عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذى هو
سبب الهلاك لأنه لا يمكنه العمل الا بالحفظ فيكون داخلا تحت العقد
لأن ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب . ولأنه لافرق بين هلاكه بفعله
وبغير فعله .

وقد نوقش هذا بأنه لا يسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل
وانما وجب عليه الحفظ تبعا أو اقتضاء لامقصودا لأن العمل لا يتأتى بدون
حبس العين ولما لم يمكن العمل الا بحبس العين كان له حبسه ولهذا
لا يقابله شيء من الأجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة
من الأجر .

وأما قياس ماتلف بغير فعله على ماتلف بفعله فنوقش بأنه انما ضمن
ماتلف بفعله لأن العقد يقتضى سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن
سليما ضمن .

ولأنه انما اذن له فى العمل المصلح أما المفسد فلم يؤذن له فيه .
(٣) أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال اليهم من غير شهود تخاف الخيانة
منهم فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لأنهم لا يعجزون
عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد فى الحرق الغالب والغرق الغالب
(٢)
والسرقة الغالبة .

(١) راجع فى ذلك تبیین الحقائق (١٣٥/٥)، المغنى (٣٩٥/٥)، كشف القناع
(٣٦/٤) .

(٢) راجع فى ذلك تبیین الحقائق (١٣٤/٥ - ١٣٥) .

أما دليل المالكية على تضمينهم للصناع والحمالين الذين يحملون الطعام خاصة فقد ذكرنا أن الأصل عندهم عدم تضمين أحد من الأجراء وأنهم مؤتمنون إلا أن المصلحة اقتضت تضمين الصناع خاصة ووجه المصلحة ذكرها الشاطبي بقوله : " ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفنى ذلك إلى أحد أمرين :

أما ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق . واما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع فتضييع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة فكانت المصلحة التضمين " (١) .

والحاصل أن الفقهاء الذين قالوا بضمان الأجير المشترك إنما هو مراعاة للمصلحة العامة واحتياطاً لأموال الناس نظراً لفساد الزمان وكثرة خيانة الأجراء وقد صرح الفقهاء بذلك كما نقلنا عنهم حتى أن الإمام الشافعي رحمه الله الذي يرى أن ليس على الأجير المشترك ضمان كان لا يبوح به مراعاة للمصلحة جاء في الأم : "قال الربيع : السذى يذهب إليه الشافعي فيما رأيت أنه لاضمان على الصناع الإماجت أيديهم ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الضياع " .

وجاء في مغنى المحتاج : "قال الربيع : اعتقاد الشافعي أنه لاضمان على الأجير وأن القاضى يقضى بعلمه وكان لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء . وقال الفارقي : بعد أن صح الأول إلا أن يعمل به أى بالثانى لفساد الناس قال ولي نحو ثلاثين سنة ما أفتيت بواحد من القولين ولا حكمت إلا بالمصلحة " .

والذى أراه فى هذه المسألة رجحان ماذهب إليه المالكية من تضمين الأجير المشترك إذا وجدت التهمة وعدم تضمينه إذا انتفت التهمة، لأن فى هذا مصلحة عامة لجميع المسلمين والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة والله أعلم .

(١) الاعتصام (١١٩/٢) .

(٢) (٢٦٤/٣) .

(٣) (٣٥١/٢ - ٣٥٢) .

المبحث الثالث

فى تلف المهر فى عقد النكاح

المطلب الأول : فى تلف المهر قبل قبض الزوجة له

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى من يتحمل تبعه التلف بعد تعيين المهر وقبل القبض على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) الى أن المهر قبل تسليمه للزوجة فى ضمان الزوج الآن تكون الزوجة هى المتلفة للمهر فان ذلك يعد قبضاً^{وَرْمِي} ويبـرأ الزوج من ضمانه لأنها أتلفت حقها .
واشترط الشافعية^(٣) لذلك أن تكون الزوجة رشيدة وأن تكون قد أتلفتها لغير صيال ونحوه . أما اذا كانت غير رشيدة فلاتكون قابضة بالاتسلاف لأن قبضها لا يعتد به . وكذلك لا يعتبر قبضاً ان أتلفتها لصيال ونحوه قياساً على المبيع فان المبيع لو كان عبداً فقتله المشتري لصياله عليه لم يكن قبضاً فكذا هاهنا .

ومتى قيل بأن الضمان على الزوج : فعند الحنفية^(٤) يجب عليه مثله ان كان مثلياً أو قيمته ان كان قيمياً . وعند الشافعية^(٥) فى ذلك قولان :
(أظهرهما) وهو الجديد أنه يضمن مهر المثل وهو ما يسمى بضمـان

-
- (١) شرح فتح القدير (٣/٣٤٦)، المبسوط (٥/٧٠)، تبیین الحقائق (٢/١٦٠) ، روضة القضاة المجلد الثانى (ص ٩٢٠) .
 - (٢) روضة الطالبين (٧/٢٥٠)، مغنى المحتاج (٣/٢٢١)، الأم (٥/٥٣)، نهاية المحتاج (٦/٣٣٦ - ٣٣٧) .
 - (٣) مغنى المحتاج (٣/٢٢١)، نهاية المحتاج وحاشية الشيراملى عليه (٦/٣٣٦) .
 - (٤) شرح فتح القدير (٣/٣٤٦) .
 - (٥) روضة الطالبين (٧/٢٥٠)، (٣/٥٠٩)، الأم (٥/٥٣) .

العقد قالوا : لأن العين مملوكة بعقد معاوضة كالمبيع بيد بائعه فيضمنه بمهر المثل اذ ضمان العقد هو وجوب المقابل الذى وقع به العقد.

القول الثانى :

وهو القديم يضمنه ضمان يد والمراد به ضمانه بالبدل وهو مثل— ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وذلك بأقصى قيمة من يوم الصداق الى يوم التلف وهذا التحديد فى مفهوم القيمة هو أصح الأقوال عندهم كما أشار اليه الرافعى . قالوا لأن التسليم كان مستحقا فى كل وقت .^(١) وهذا القول عندهم فيما اذا أمكن تقويم عين الصداق فان لم يمكن تقويمها فيضمنها ضمان عقد قطعا وهو مهر المثل .^(٢) بناء على ذلك فقد قالوا :

(أ) اذا كان التلف حصل بآفة سماوية أو بفعل الزوج :

فانه يضمن للزوجة مهر المثل على القول الراجح الجديد . أو بالبدل على القول القديم .

(ب) اذا كان التلف حصل بفعل أجنبى : فالمذهب عندهم أن الزوجة بالخيار بين أمرين :

(أحدهما) فسخ الصداق . وتأخذ من الزوج مهر المثل على القول الراجح أو البدل على القول القديم . ويرجع الزوج بالغرم على المتلف .
(الثانى) أن لاتفسخ الصداق وتغرم المتلف المثل أو القيمة وليس لها مطالبة الزوج فى أظهر القولين .

هذا اذا كان التلف كليا أما اذا كان جزئيا :

فعند الحنفية : ان كان التلف يسيرا فليس لها غيره .

وان كان فاحشا فلا يخلو من أن يكون بفعل الزوج أو بآفة سماوية

أو بفعل الصداق أو بفعل الزوجة أو بفعل أجنبى .

(١) روضة الطالبين (٢٥٠/٧) .

(٢) مغنى المحتاج (٢٢١/٣)، حاشية المغربى الرشيدى على نهاية المحتاج

• (٣٣٦/٦)

(١) فان كان بفعل الزوج :
فلها الخيار أن تضمنه قيمته يوم تزوجها أو تأخذه ناقصا وتضمن
الزوج النقصان لأنه أتلف جزءا من الصداق ولو أتلفه كله ضمنه فاذا أتلف
بعضه لزمه قدره .

(٢) اذا كان التلف الجزئى حصل بآفة سماوية فلها الخيار أيضا بيـن
أن تأخذ من الزوج قيمته يوم تزوجها . أو تأخذه ناقصا من غير
أن تضمن الزوج النقصان .

(٣) اذا كان التلف الجزئى حصل بفعل الصداق نفسه فهو كالعيب السماوى
فى ظاهر الرواية .

(٤) اذا كان التلف الجزئى حصل بفعل الزوجة فتصير قابضة له كله كما
فى حال التلف الكلى .

(٥) اذا كان التلف الجزئى حصل بفعل أجنبى : فهى بالخيار بيـن
أن تأخذه وتضمن الجانى نقصانه . أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع
على الجانى . وليس لها أن تأخذ العين التى قد تلف بعضها وتضمن
الزوج النقصان لأنه لاصنع منه بذلك .

أما عند الشافعية : فان التلف الجزئى للمهر لا يخلو : أن يكـون
بآفة سماوية أو بفعل الزوج أو بفعل الزوجة أو بفعل أجنبى :

(١) أما اذا حصل بآفة سماوية أو بفعل الزوج . فان عقد الصداق يفسخ
فى التالف على المذهب دون الباقى والزوجة بالخيار فان فسخت
الصداق فى الباقى رجعت الى مهر المثل بناء على القول الراجح
الجديد . وان أجازت الباقى فانه يرجع فى التالف الى حصة قيمته
من مهر المثل .

(٢) أما اذا حصل بفعل الزوجة فانها تكون قابضة لقسط من الصداق
ولا ضمان على الزوج لأنها أتلفت جزءا ملكها .

(٣) أما اذا حصل بفعل أجنبى فهى بالخيار بين أن تفسخ الصداق وتأخذ
الباقى وقسط قيمة التالف من مهر المثل على القول الجديد الراجح
وان أجازت ولم تفسخ الصداق فانها تأخذ الباقى وتأخذ من الأجنبى

(١) ضمان ما أتلفه وهو المثل أو القيمة ان كان متقوما .

القول الثانى :

(٢) ذهب المالكية الى التفصيل فى ذلك فقالوا :

لا يخلو تلف المهر أن يكون بسبب الزوج أو بغير سببه .

(أ) فان كان بسببه فعليه ضمانه بكل حال .

(ب) وان كان بغير سببه بأن لم يحصل منه تعد أو تفريط وهذا أيضا

لا بد أن تقوم البينة على أنه تلف بغير سببه .

(١) فان قامت بينة أن المهر المعين تلف بغير سببه فزمانه من الزوجة

بمعنى أنه يضيع عليها هذا اذا كان النكاح صحيحا ولم يحصل طلاق

قبل الدخول .

أما اذا كان النكاح فاسدا فان الزوجة لا تضمنه الا بالقبض .

وهذا قياسا منهم على البيع يقول الدسوقي : " ان ضمان الصداق

المعين اذا ثبت هلاكه كضمان المبيع وقد علمت أن البيع تارة يكون صحيحا

وتارة يكون فاسدا . فكما أن البيع اذا كان صحيحا فزمان المبيع من

المشتري بمجرد العقد سواء كان المبيع بيده أو بيد البائع فكذلك

النكاح . ان كان صحيحا فان الزوجة تضمن الصداق بمجرد العقد ولو كان

بيد الزوج والمراد بزمانها له أنه يضيع عليها .

وان كان البيع فاسدا فان المشتري لا يضمن المبيع بمجرد العقد بل

بالقبض . فكذلك النكاح اذا كان فاسدا فانها لا تضمن الصداق الا بقبضه " (٣) .

(٢) ان لم تقم بينة على أن المهر المعين تلف بغير سببه فحكمه حكم

البيع أيضا فما يصدق فيه البائع والمشتري وهو ما لا يغاب عليه

أى ما لا يمكن اخفاؤه . يصدق فيه الزوج أو الزوجة .

(١) راجع فى ذلك كله المراجع التى ذكرناها للحنفية والشافعية عند

بداية هذا القول . (هـ/٤١٧)

(٢) جواهر الاكليل (١/٣٠٥ - ٣١٧، ٣٠٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي

عليه (٢/٢٩٤ - ٢٩٥) .

(٣) حاشية الدسوقي (٢/٢٩٤) .

أما ما يغاب عليه وهو ما يمكن إخفاؤه كالذهب والفضة فزمانه على الزوج إذا ادعى ضياعه فيضمن للزوجة قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثلياً هذا إذا كان قد دخل بها . وهذه نصوص المالكية القاضية بذلك يقول الدردير : " وتلفه بدعوى من هو بيده من غير ثبوت كالبيع فالذى يصدق فيه البائع والمشتري يصدق فيه الزوج والزوجة " (١) .
قال الدسوقي : " قوله : فالذى يصدق فيه البائع والمشتري... الخ (٢) أي وهو ما لا يغاب عليه وما يغاب عليه إذا ثبت هلاكه أي والذي لا يصدق فيه البائع والمشتري لا يصدق فيه الزوج والزوجة وذلك إذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة " .

وقال أيضا : " يعني أن تلف الصداق إذا لم يثبت هلاكه وكان مما يغاب عليه كالمبيع إذا لم يثبت هلاكه وكان مما يغاب عليه فكما أن المبيع المذكور ضمانه ممن هلك في يده سواء كان البائع أو المشتري فكذلك الصداق المذكور ضمانه ممن هلك بيده سواء كان الزوج أو الزوجة فإذا كان في يد الزوج وادعى ضياعه وكان قد دخل بها ضمن لها قيمته أو مثله . وإن كان بيدها ضاع عليها " (٣) .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة والظاهرية إلى أن المهر المعين إذا تلف ببيد الزوج قبل قبض الزوجة له فإنه يتلف على الزوجة ولا ضمان على الزوج إذا لم يحمل منه تعد أو تفريط .
فإن فرط في حفظه حتى تلف أو تعدى عليه فأتلفه فعليه ضمانه بكل حال .

-
- (١) الشرح الكبير (٢/٢٩٥) .
 - (٢) حاشية الدسوقي (٢/٢٩٥) .
 - (٣) حاشية الدسوقي (٢/٢٩٥) .
 - (٤) كشاف القناع (٥/١٥٦)، الانصاف (٨/٢٦١)، المغنى (٧/٢٣١)، شرح منتهى الارادات (٣/٧١ - ٧٢)، غاية المنتهى (٣/٦٠) .
 - (٥) المحلى (١١/٨٥) .

وكذلك ان منعها منه بعد أن طلبته ثم طلف عنده فعليه ضمانه لأنه
بمنعها منه صار غاصبا له والغاصب ضامن لما تلف بيده لعدوانه .
اما ان أتلفته الزوجة بيد الزوج فهو من ضمانها لأن هذا الاتسلاف
يعتبر قبضا فيسقط عن الزوج الضمان وان أتلفه أجنبي فقد نص الحنابلة
على أن الزوجة بالخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع
على الزوج ويرجع الزوج على المتلف .
وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء والنظر فيها تبين لى أن المالكية
والحنابلة والظاهرية متفقون على أن يد الزوج على المهر المعين قبيل
قبض الزوجة له يد أمانة لا يضمن الا بالتعدى أو التفريط .
أما ضمان الزوج للمهر اذا تلف عند المالكية فانما هو ضمان تهممة
لا ضمان أصالة ولذلك يسقط عنه الضمان بقيام البينة .
وما ذهب اليه الحنابلة والظاهرية والمالكية من أن يد الزوج على
المهر المعين قبل قبض الزوجة له يد أمانة لا يضمنه الا بتعديه أو تفريطه
هو أعدل القولين فى نظرى لأن الزوجة ملكت المهر المعين بمجرد العقد
فصار كالوديعة عند الزوج لا يضمنه الا بتعديه أو تفريطه كسائر الودائع
والله أعلم .

المطلب الثانى : فى تلف المهر بعد قبض الزوجة له
إذا طلقها قبل الدخول

إذا وجب للزوج نصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول ثم تلف المهر فى يد الزوجة تلفا كليا أو جزئيا فقد اختلف الفقهاء على من تقع عليه تبعة التلف منهما على أربعة أقوال :

القول الأول :

(١)
ذهب الحنفية الى التفريق بين ما إذا حصل التلف قبل الطلاق أو بعده فان حصل التلف قبل الطلاق بيد الزوجة فعليها ضمان نصف قيمته العين يوم القبض إذا كان التلف كليا وان كان جزئيا فالزوج بالخيار بين أن يأخذ نصف قيمة العين يوم القبض لتعذر ردها كما قبضتها أو يأخذ نصف العين ناقصة وليس عليها ضمان النقص كتلفه بيد الزوج بعد الدخول هذا إذا كان التلف قد حصل بأفة سماوية أو بفعل الصداق أو بفعل الزوج لأنه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقص عليها .
أما إذا كان بفعل أجنبى أو بفعل الزوج بعد تسليمه لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبى . فليس للزوج الا نصف قيمة عين الصداق يوم قبضت ولا سبيل له على العين لأن الأرش الذى أخذته الزوجة من الأجنبى بسبب النقص بمنزلة الولد الحادث بعد قبض الزوجة فيمنع التنصيف حيث أن الزيادة المنفصلة المتولدة من العين كالولد والثمار إذا حدثت بعد قبض الزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لا يحكم بتنصيفها وتنصيف أصلها بل للزوج فى الطلاق نصف قيمة الأصل فقط فى مذهب الحنفية .
(٢)

- (١) شرح فتح القدير (٣٤٧/٣)، بدائع الصنائع (٣/١٤٨١ - ١٤٨٢)، المبسوط (٧٥/٥ - ٧٦) . وقد جاء فيه : " ووقع فى المختصر أن التعيب فى يدها قبل الطلاق وبعده فى الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب فى كل فصل ما ذكرنا " .
- (٢) راجع فى ذلك شرح فتح القدير (٣/٣٤٨)، بدائع الصنائع (٣/١٤٧٨) .

هذا اذا حصل التلف قبل الطلاق فان حصل بعد الطلاق فان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن الصداق بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لأن الملك لها وحق الغير في الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض ببيع فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوى لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب .

أما اذا كان بفعل أجنبي فكما لو حصل الاتلاف قبل الطلاق .

القول الثانى :

(١) ذهب المالكية الى أن ضمان المهر اذا تلف وحصل طلاق قبل الدخول منهما سواء كان بيد الزوج أو بيد الزوجة فكل من تلف في يده لا يبرم للآخر حصته ويحلف من كان في يده أنه ما فرط على الأظهر وسواء في ذلك ما يغاب عليه أو لا، قبضته الزوجة أولاً، وهذا كله اذا قامت البينة على أنه تلف بغير سبب . . أو لم تقم ولكنه مما لا يغاب عليه كالزروع والحيوان والعقارات ونحوها .

أما اذا كان مما يغاب عليه ولم تقم بينة على أنه تلف بغير سبب فان ضمانه ممن هلك في يده سواء كان الزوج أو الزوجة فاذا كان التلف حصل في يد الزوج فانه يضمن لها نصف القيمة ان كان قيميا أو نصف المثل ان كان مثليا وكذلك الحال ان حصل بيد الزوجة وهذا قياسا منهم على البيع فانهم قد قالوا : إِن تَلَفَ الصَّدَاقُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ بَغَيْرِ سَبَبٍ، وَكَانَ مِمَّا يَغَابُ عَلَيْهِ كَالْمَبِيعِ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ هَلَاكُهُ وَكَانَ مِمَّا يَغَابُ عَلَيْهِ فَكَمَا أَنَّ الْمَبِيعَ ضَمَانُهُ مِمَّنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَوَاءً كَانَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرَى فَكَذَلِكَ الصَّدَاقُ ضَمَانُهُ مِمَّنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَوَاءً كَانَ الزَّوْجُ أَوْ الزَّوْجَةُ .

(١) جواهر الاكليل (٣١٧/١)، الشرح الكبير (٣٢٠/٢)، حاشية الدسوقي على

الشرح الكبير (٢٩٥/٢) .

(٢) حاشية الدسوقي (٢٩٥/٢) .

القول الثالث :

ذهب الشافعية والحنابلة^(١) الى أن ضمان المهر اذا تلف في يـــــــد
الزوجة وحصل طلاق قبل الدخول من الزوجة، فتضمن للزوج نصف مثله ان كان
مثليا أو نصف قيمته ان كان قيميا .

وسواء في ذلك عند الحنابلة أن يتلف في يدها بعد الطلاق قبـــــــل
المطالبة أم بعدها وسواء كان متميزا أم غير متميز وسواء منعه من
قبضه أم لا هذا هو المذهب . لأنه وجب له نصف الصداق فلم يدخل فـــــــي^(٣)
ضمانه الا بالقبض واذا لم يدخل في ضمانه الا بالقبض كان مضمونا عليها
فتضمن نقمه وتلفه .

هذا في حال التلف الكلى أما التلف الجزئى فان كان قد حصل بعـــــــد
قبض الزوجة بغير جناية جان عليه فقد قال الشافعية والحنابـــــــل
للزوج الخيار بين أن يأخذ النصف ناقصا ولاشئ له غيره لأنه اذا اختار
أخذه بهذه الحالة فقد أسقط حقه . وبين أخذ نصف قيمته سليما لأن قبوله
ناقصا ضرر عليه وهو منفي عنه شرعا . وتعتبر القيمة عند الحنابـــــــل
يوم العقد ان كان الصداق متميزا لأنه مضمون بالعقد .

أما غير المتميز فتعتبر قيمته يوم الفرقة على أدنى صفاته من يوم
العقد الى يوم القبض لأن غير المتميز لا يدخل في ضمانها قبل القبض .

-
- (١) مغنى المحتاج (٢٣٥/٣ - ٢٣٦) ، نهاية المحتاج (٣٥٧/٦) ، المهـــــــذب
(٧٥/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٢/٧) .
- (٢) كشف القناع (١٥٩/٥ ، ١٦٠ ، ١٦١) ، الانصاف (٢٦٦/٨ - ٢٦٧) ، شرح منتهى
الارادات (٧٣/٣ - ٧٤) .
- (٣) الانصاف (٢٦٨/٨) . واختار ابن قدامه رحمه الله أن نقص الصداق
في يدها بعد الطلاق وقبل مطالبة الزوج بتسليمه لا يوجب الضمان
عليها لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولاعدوان من جهتها فلم تضمنه
كالوديعة . أما اذا طالبها فمنعه فعليها الضمان لأنها غاصبــــة
وقال ان هذا قياس المذهب . راجع المغنى (٢٢٧/٧) .

هذا اذا كان النقص بغير جنائية . فان كان بجنائية جان عليه فان
للزوج أخذ نصف الأرش مع نصف المهر الناقص لأنه بدل مافات منه .

القول الرابع :

ذهب الظاهرية الى أن الزوج انما يستحق نصف المهر الذى دفع اليها^(١)
بعينه سواء كان معيناً أو موصوفاً .
بناء على ذلك : اذا تلف هذا المهر كله ثم طلقها قبل الدخول
فليس للزوج على الزوجة شيء والقول قولها فى التلف مع يمينها .
بيان ذلك : أن الله سبحانه وتعالى قد أوجب للزوج الرجوع بنصف
ما فرض لها لابنصف شيء غيره وما فرض لها قد تلف فلا يكون له شيء .
قالوا : ولو كان التلف جزئياً بأن تلف بعض المداق الذى فرض لها
فان للزوج تمام النصف فاذا لم يبق الا النصف مثلاً صار له لأنه نصف
ما فرض لها .

وهذا عند الظاهرية اذا لم يشهدت أن الزوجة قد تعدت وأتلفت
المهر فان كانت متعدية فعليها الضمان .
أما مجرد الأكل أو البيع أو الهبة أو اللبس أو الاعتاق للعبد
ان كان المهر عبدا فهذه تصرفات لاعدوان فيها لأن هذه تصرفات مشروعة
للإنسان فى ماله وهى حينما تصرفت هذه التصرفات فى المهر قد حكمت فى
مالها وحققها فلا ضمان عليها وانما الضمان على من أكل بالباطل .
والحاصل : أن الظاهرية يرون أن حق الزوج فى النصف متعلق بعيين
المهر الذى دفعه الى الزوجة لابتدئة الزوجة .

(١) المحلى (١١/٨٥ - ٨٦) .

الفصل الثاني

أحكام تلف الأموال في عقود التبرعات

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

أحكام تلف الأوقاف

الأوقاف من عقار أو منقول عرضة للتلف والخراب . ويحكم ذلك عدة عوامل منها على سبيل المثال تعاقب الزمان وكثرة الاستعمال أو بما يرسله الله سبحانه وتعالى على عباده من الآيات تخويفا لهم أو عقوبة كالريح الشديدة المدمرة، والأمطار الغزيرة الجارفة، والزلازل، والبراكين وماشابه ذلك من الآيات . وهذا ما يطلق عليه الفقهاء تعطل الوقف بسبب غير مضمون . ويقابله اتلافه بفعل فاعل وهو ما يطلق عليه الفقهاء تعطل الوقف بسبب مضمون .

وتعطل الوقف بسبب غير مضمون وهو ما عبرنا عنه بالتلف اختصاصا هو الذي دارت حوله كلمات الفقهاء وان لم يغفلوا الثاني ولكنهم عنوا بالأول، واختلفوا فيه اختلافا كبيرا، حتى في المذهب الواحد اختلف القول من عالم لعالم آخر فمن متشدد في أمر بيع الوقف وابداله اذا تلف انطلقا من قاعدة سد الذرائع وهذا لا ينكر فان قاعدة سد الذرائع أحد أرباع التكليف كما يقول ابن القيم رحمه الله ، ومن مرخص في بيعه (١) واستبداله انطلقا من قاعدة جلب المصالح وتحصيلها ودرء المفاسد وتعطيلها . فالضالة المنشودة واحدة وهو تحصيل المصلحة للوقف وأهله .

(١) اعلام الموقعين (٣/١٥٩) وقد جاء فيه : " باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف فانه أمر ونهي . والأمر نوعان أحدهما مقصود لنفسه والثاني وسيلة الى المقصود، والنهي نوعان : أحدهما : ما يكون المنهى عنه مفسدة في نفسه . والثاني ما يكون وسيلة الى المفسدة فصار سد الذرائع المفضية الى الحرام أحد أرباع الدين" .

ولعل تغير الزمن واختلاف أحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم له الأثر
الكبير في هذا الاختلاف إذ لا ينكر تغير الفتوى واختلافها بتغير الأزمنة
والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد كما أشار إلى ذلك العلامة ابن القيم
(١)
رحمه الله وعقد له فصلاً طويلاً .

وفيما سنذكره إن شاء الله تعالى في هذا الفصل من نصوص الفقهاء
ما يشهد لذلك وسوف نجعل الكلام حول هذا الموضوع في مطلبين .

(١) المرجع نفسه (٣/٣) .

المطلب الأول : فى تلف الأوقاف بسبب غير مضمون

(١)
يفرق الفقهاء رحمهم الله بين كون الوقف عقارا أو منقولا ، بل
بين العقار نفسه فيفرقون بين كون العقار مسجداً أو رباطاً ونحو ذلك
والكلام فى ذلك ينتظم فى ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : تلف المسجد .

اختلف الفقهاء اذا خرب المسجد أو تعطل هل يباع ويبدل أو لا ؟ على
ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الامام أبو حنيفة وأبو يوسف والمالكية والشافعية الى
أن المسجد اذا خرب أو تعطل لم يعد ملكاً ولم يبيع بحال من الأحوال بل
يبقى مسجداً أبداً الى قيام الساعة .
وما ذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف هو المفتى به فى المذهب الحنفى
يقول الحمكفى : " ولو خرب ما حوله واستغني عنه يبقى مسجداً عند الامام
والثانى أبداً الى قيام الساعة وبه يفتى " .

- (١) يجوز وقف المنقول عند عامة الفقهاء متى توفرت فيه الشروط فعند
الحنفية يجوز وقف المنقول اذا كان تابعا للعقار أو منفصلا عنه
لكن ورد النص بجواز وقفه كالسلاح والكراع أو لم يرد النص لكن
جرى العرف بوقفه والى ذلك ذهب محمد بن الحسن الشيبانى وخالفه
أبو يوسف الا أن قول محمد هو الذى عليه عامة مشايخ الحنفية
وهو الصحيح المفتى به ، أما عند الشافعية والحنابلة فيجوز وقف
المنقول اذا أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . وعند المالكية
يجوز وقف المنقول مطلقا . راجع فى ذلك شرح فتح القدير (٢١٦/٦) -
(٢١٧)، حاشية رد المحتار (٣٦٣/٤)، المهذب (٥٧٥/١)، مغنى المحتاج
(٣٧٧/٢)، المغنى (٣٤/٦)، كشف القناع (٢٦٩/٤ - ٢٧٠) .
(٢) الدر المختار مع حاشية رد المحتار عليه (٣٥٨/٤) .

فَعِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ قَالَ ابْنُ عَابِدِينَ : ^(١) "وَجَزَمَ بِهِ فِي الْأَسْعَافِ حَيْثُ قَالُوا :
 وَلَوْ خَرِبَ الْمَسْجِدُ وَمَاحَوْلُهُ وَتَفَرَّقَ النَّاسُ عَنْهُ لَا يَعُودُ إِلَى مَلِكِ الْوَأَقْفِ عِنْدَ
 أَبِي يَوْسُفَ فَيُبَاعُ نَقْضُهُ بِإِذْنِ الْقَاضِي وَيَصْرَفُ ثَمَنُهُ إِلَى بَعْضِ الْمَسَاجِدِ " .
 وَفِي فَتَاوَى قَاضِيخَانَ : ^(٢) "رِبَاطٌ بَعِيدٌ اسْتَفْنَى عَنْهُ الْمَارَهُ وَبِجَنْبِهِ
 رِبَاطٌ آخَرَ قَالَ السَّيِّدُ الْإِمَامُ أَبُو الشَّجَاعِ تَهْرَفَ غَلْتَهُ إِلَى الرِّبَاطِ الثَّانِي
 كَالْمَسْجِدِ إِذَا خَرِبَ وَاسْتَفْنَى عَنْهُ أَهْلُ الْقَرْيَةِ فَرَفِعَ ذَلِكَ إِلَى الْقَاضِي فَيُبَاعُ
 الْخَشْبُ وَصَرَفَ الثَّمَنُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ جَازٌ " .
 وَفِي الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ : ^(٣) "وَنَقَلَ فِي الذَّخِيرَةِ عَنْ شَمْسِ الْأَثْمَنِ
 الْحَلْوَانِي أَنَّهُ سَأَلَ عَنْ مَسْجِدٍ أَوْ حَوْضٍ خَرِبَ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَفَرُّقِ النَّاسِ عَنْهُ
 هَلْ لِلْقَاضِي أَنْ يَصْرَفَ أَوْقَافَهُ إِلَى مَسْجِدٍ أَوْ حَوْضٍ آخَرَ ؟ فَقَالَ نَعَمْ " .
 قَالَ ابْنُ عَابِدِينَ : ^(٤) "وَالَّذِي يَنْبَغِي مُتَابَعَةَ الْمَشَايخِ الْمَذْكُورِينَ فِي
 جَوَازِ النُّقْلِ بِلَا فَرْقٍ بَيْنَ مَسْجِدٍ أَوْ حَوْضٍ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْإِمَامُ أَبُو شَّجَاعٍ وَالْإِمَامُ
 الْحَلْوَانِيُّ وَكَفَى بِهِمَا قَدْوَةٌ وَلَا سِيَمَا فِي زَمَانِنَا فَإِنَّ الْمَسْجِدَ أَوْ غَيْرَهُ مَنْ
 رِبَاطٌ أَوْ حَوْضٌ إِذَا لَمْ يَنْقَلِ يَأْخُذُ أَنْقَاضَهُ لِلْمَرُوضِ وَالْمَتَّغَلِّبُونَ كَمَا هُوَ
 مَشَاهِدٌ وَكَذَا أَوْقَافُهُ يَأْكُلُهَا النَّظَارُ أَوْ غَيْرُهُمْ وَيَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ النُّقْلِ
 خَرَابُ الْمَسْجِدِ الْآخِرِ الْمَحْتَاجِ إِلَى النُّقْلِ إِلَيْهِ . وَقَدْ وَقَعَتْ حَادِثَةٌ سَأَلْتُ
 عَنْهَا فِي أَمِيرٍ أَرَادَ أَنْ يَنْقَلَ بَعْضَ أَحْجَارِ مَسْجِدِ خَرَابٍ فِي سَفْحِ قَاسِيُونَ بِدِمَشْقِ
 لِيَبْلُطَ بِهَا صَحْنُ الْجَامِعِ الْأُمَوِيِّ فَأَفْتَيْتُ بِعَدَمِ الْجَوَازِ مُتَابَعَةً لِلشَّرْنَبَلَانِيِّ . ثُمَّ
 بَلَّغْنِي أَنَّ بَعْضَ الْمَتَّغَلِّبِينَ أَخَذَ تِلْكَ الْأَحْجَارَ لِنَفْسِهِ فَتَدَمَّتْ عَلَى مَا أَفْتَيْتُ بِهِ
 ثُمَّ رَأَيْتُ فِي الذَّخِيرَةِ : قَالَ : وَفِي فَتَاوَى النَّسْفِيِّ سَأَلَ شَيْخَ الْإِسْلَامِ عَنْ أَهْلِ
 قَرْيَةٍ رَحَلُوا وَتَدَاعَى مَسْجِدُهَا إِلَى الْخَرَابِ وَبَعْضُ الْمَتَّغَلِّبَةِ يَسْتَوْلُونَ عَلَى خَشْبِهِ
 وَيَنْقَلُونَهُ إِلَى دُورِهِمْ هَلْ لِمُؤَادٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ أَنْ يَبِيعَ الْخَشْبَ بِأَمْرٍ
 الْقَاضِي وَيَمْسِكُ الثَّمَنَ لِيَصْرَفَهُ إِلَى بَعْضِ الْمَسَاجِدِ أَوْ إِلَى هَذَا الْمَسْجِدِ ؟
 قَالَ نَعَمْ " .

(١) رد المحتار (٣٥٩/٤) .

(٢) (٣١٥/٣) .

(٣) (٤٧٨/٢) .

(٤) رد المحتار (٣٦٠/٤) .

(١)
وعند المالكية جاء في التاج والاكلیل : "عن ابن عبدالغفور
ولباس ببيع نقضها اذا خيف عليه الفساد للضرورة الى ذلك وتوقيفه لها
ان رُجِي عمارتها أمثل ، وان لم يُرَجَّ عمارتها بيع وأعين بثمانها في غيره
أو صُرِفَ النقص الى غيره ... ويذكر عن ابن مزين أنه يُوخذ نقضه وينتفع
به في سائر المساجد ويترك ما يكون علما لثلا يندرس أثره . ونحوه حَكَمُ
ابن حبيب عن غير ابن القاسم قال الموثق: جرى العمل عندنا ببيع مالانفع
فيه ... وأفتى ابن عرفة في جوامع خربت وأُيس من عمارتها برفع أنقاضها
الى مساجد عامرة ان احتاجت اليها" .

(٢)
وعند الشافعية جاء في روضة الطالبين : "ثم المسجد المعطل في
الموضع الخراب ان لم يخف عليه من أهل الفساد نقضه لم ينقض . وان خيف
نقض وحفظ وان رأى الحاكم أن يعمر بنقضه مسجداً آخر جاز" .
فالحاصل : أن أصحاب هذا القول لا يجيزون بيع المسجد اذا خرب
أو تعطل في الأصل ، ولكن لما تغير الزمن أفتى بعض علمائهم بجواز بيع
أنقاضه أو نقلها الى مسجد آخر .

القول الثاني :

لمحمد بن الحسن الشيباني صاحب الامام أبي حنيفة رحمه الله وهو
انه اذا خرب المسجد أو خرب ما حوله واستغني عنه فانه يعود الى ملك
الواقف أو ورثته وحجته في ذلك : أنه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب
الى الله تعالى بمكان يعلو فيه الناس فاذا استغني عنه فقد فات غرفه
منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتا ثم أكله سبع وبقي الكفن يعود
الى ملكه كذا هذا (٣)

قال ابن الهمام : "والأوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيــــــــــــه

(١) (٤٢/٦) .

(٢) (٣٥٨/٥) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٩١٤/٨) ، الدر المختار ورد المختار عليه (٣٥٨/٤) ،

شرح فتح القدير (٢٣٦/٦) ، تبیین الحقائق (٣٣١/٣) .

لا يعود كالمعتق. كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا الا بسبب
 (١)
 . يوجب تجدد ذلك "

وقد ردوا عليه قياسه على الكفن بأنه قياس مع الفارق فان وقف
 المسجد تحريرا خالما لله تعالى بخلاف الكفن فانه لم يحزره وانما دفع
 حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكا له .
 (٢)

وذكر فقهاء الحنفية أن منشأ الخلاف بين الصحابين أن أبا يوسف
 لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة ليمير مسجدا فكذلك في الانتهاء
 وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرجهم من أن يكون مسجدا خلافا لمحمد فانه
 يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليمير مسجدا فكذلك في
 الانتهاء فاذا ترك الناس الصلاة فيه جماعة خرج من كونه مسجدا .
 (٣)

وقيل ان أبا يوسف انما قال لا يعود الى ملك صاحبه خوفا من أن
 يستعمله بنقيض ما كان يجري فيه من الطهارة وذكر الله وذلك بأن يحول
 صاحبه اذا عاد الى ملكه اصطبلًا مثلا .

وكذلك محمد انما قال يعود الى ملك صاحبه خوفا من أن يستعمل
 (٤)
 مزبلة اذا بقى خرباً عند تطاول الزمن .

القول الثالث :

(٥)
 ذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب أن المسجد اذا تعطلت منافعه
 فانه يجوز التصرف فيه حسب ما تقتضيه مصلحة المسلمين من بيعه واقامة
 مسجد آخر بدلا عنه في مكان آخر وهذا كما لو انتقل أهل الحي أو القرية

(١) شرح فتح القدير (٢٣٧/٦) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٩١٤/٨) .

(٣) العناية (٢٣٦/٦) .

(٤) المبسوط (٤٣/١٢)، العناية (٢٣٦/٦)، مجمع الأنهر (٧٤٩/١) وقال :
 "وما حكى من أن محمد مَرَّ بِمَزْبَلَةٍ فَقَالَ هَذَا مَسْجِدُ أَبِي يُوسُفَ وَمَسْرَرٌ
 أَبُو يُوسُفَ عَلَى اصْطِبْلٍ فَقَالَ هَذَا مَسْجِدُ مُحَمَّدٍ مِنْ وَضْعِ الْجَهْلَةِ وَلَيْسَ مِنْ
 شَأْنِهِمُ الطَّعْنُ كَمَا فِي الْكِفَايَةِ" .

(٥) كشف القناع (٣٢٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٥١٤/٢)، الانصاف (١٠٣/٧) ،

المغنى (٢٨/٦)، المحرر (٣٧٠/١) .

فصار في موضع لا يملأ فيه أو كان موضعه قذرا . أو فاق بأهله ولم يمكن
توسيعه في موضعه . أو بيع جزء منه لتعمير الجزء الآخر وذلك كما لو تشعب
جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه الا يبيع بعضه . وفي هذا المعنى
يقول المرادوى : " فعلى المذهب المراد بتعطل منافعه المنافع المقصودة
بخراب أو بغيره ولو بضييق المسجد عن أهله نص عليه أو بخراب محلته
نقله عبدالله وهذا هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب " .
جاء في المغنى : " قال أحمد في رواية صالح يحول المسجد خوفا من
اللموص وإذا كان موضعه قذرا قال القاضي : يعنى إذا كان ذلك يمنع من
الملاة فيه . ونص على جواز بيع عرسته في رواية ابنه عبدالله " .
وجاء في كتاب المناقلة بالأوقاف : " قال صالح وسألت أبي عن
رجل بنى مسجدا ثم أراد تحويله الى موضع آخر ؟ قال : ان كان السدى
بنى المسجد يريد أن يحوله خوفا من لموص أو يكون موضعه قذرا فلا بأس أن
يحوله " .

وقال : " قال أبو بكر : حدثنا محمد بن علي حدثنا أبو يحيى
حدثنا أبو طالب سئل أبو عبدالله أحمد بن حنبل : أيحول للمسجد ؟ قال
إذا كان ضيقا لا يسع أهله فلا بأس أن يحول الى موضع أوسع منه . قال
أبو بكر : وحدثنا محمد بن علي حدثنا عبدالله بن أحمد قال سألت
أبي عن مسجد خرب ترى أن تباع أرضه وينفق على مسجد آخر أحدثه
قال إذا لم يكن له جيران ولم يكن أحدا يعمره فلا يرى بأسا أن يبيع
وينفق على الآخر . قال أبو بكر حدثنا محمد بن عبدالله حدثنا أبو داود :
قال : سمعت أحمد بن حنبل يسأل عن مسجد فيه خشبتان لهما قيمة وقد شعثت
وخافوا سقوطه أتباع هاتان وينفق على المسجد ويبدل مكانهما جذعان؟
قال ما يرى به بأسا واحتج بدواب الحبس التي لا ينتفع بها تباع ويجعل
ثمنها في الحبس " .^(٤)

(١) الانصاف (١٠٣/٧) .

(٢) (٢٨/٦) .

(٣) لابن قاضي الجبل الحنبلى (ص ١٢) .

(٤) المناقلة بالأوقاف لابن قاضي الجبل (ص ١٢ - ١٣) .

قال : " وقال صالح فى مسائله : قلت لأبى المسجد يخرّب ويذهب أهله ترى أن يحول الى مكان آخر ؟ قال نعم " .

أدلة أصحاب هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بالأثر والنظر :

أما الأثر :

(١) فان أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر عبدالله بن مسعود بتحويل المسجد الجامع بالكوفة ونقله فحول عبدالله وصارت عرصة المسجد الأول سوقا للتمر . فروى صالح بن أحمد فى مسائله حدثنا أبى أبو عبدالله أحمد بن حنبل قال : حدثنا يزيد بن هارون حدثنا المسعودى عن القاسم قال لما قدم عبدالله بن مسعود رضى الله عنه كان سعد بن مالك قد بنى القصر واتخذ مسجدا عند أصحاب التمر قال فنقب بيت المال فأخذ الرجل الذى نقبه . فكتب فيه الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب عمر رضى الله عنه أن لاتقطع الرجل وانقل المسجد واجعل بيت المال فى قبيلته فانسه لن يزال فى المسجد مصل فنقله عبدالله فخط هذه الخطة^(١) .

قال ابن قدامة : " وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا"^(٢) .

(١) لم أقف على هذا الأثر فى المصنفات المعتمدة .

قال ابن قاضى الجبل : " قلت القاسم هذا الذى روى القصة هو ابن عبدالرحمن أبى عبيدة ابن عبدالله بن مسعود فعبدالله جده . وهو وأبو عبيدة والده لم يدركا ابن مسعود بل لما توفى ابن مسعود كان لأبى عبيدة أشهر لكنه من أثبت المراسيل فان القاسم من أعلم الناس بحال جده وأمره وشأنه لا يطلق هذا الاطلاق الا بعد تحقيقه وعلمه وشهرة هذا الأمر ومثل هذا المرسل يقول به جمهور أهل العلم فتحرر أن مثل هذا المرسل لا ينازع الجمهور فى قبوله وصحة الاحتجاج به . انظر ذلك ومزيداً من الكلام حول اسناد هذا الأثر . المناقلة بالأوقاف (ص ٣٦ - ٣٧) .

(٢) المغنى (٢٩/٦) .

(١) وقال ابن قاضي الجبل : " وهذه الواقعة اشتهرت بالحجاز والعراق
والصحابة متوافرون فلم ينقل انكارها ولا الاعتراض فيها من أحد منهم
بل عمر هو الخليفة الأمر وابن مسعود هو المأمور الناقل فدل هذا على
شيع القصة وعلى الاقرار عليها والرضى بموجبها . قال الامام أبو الوفاء
ابن عقيل في كتاب المفردات وهذا كان مع توفر الصحابة لم ينكر أحد
ذلك مع كونهم لايسكتون عن انكار مايعدونه خطأ . . . فلو كان نقل
المسجد منكرا لكان أحق بالانكار لأنه أمر ظاهر فيه شاعة .
لكن قد يعترض عليه فيقال ان مذكروه من التعطيل ليست صورة
الدليل فلا يدل على مدعاهم كما قال ابن قاضي الجبل : " ومن قال ببيع
الوقف عند تعطله ولم يقل بالاستبدال به عند ظهور مصلحته مستدلا على
البيع بهذا الأثر فقد احتج بما ليس فيه حجة لخصوص مذهبه لأن ما دل الأثر
عليه من النقل لظهور المصلحة لايقول به ومايقول به من التعطيل
ليست صورة الدليل " (٢)

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه اذا جاز نقله لظهور مصلحة مع كونه
عامرا فلأن يجوز نقله اذا كان خرابا من باب أولى . وانما قال أصحاب
هذا القول لايجوز بيعه الا اذا تعطلت منافعه ولم يقولوا بالبيع لمصلحة
ونقله الى مسجد آخر مع أن هذا الأثر يدل عليه دلالة قوية لورود حديث
في البخارى رواه نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن عمر بن الخطاب
أصاب أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال
(٤)

(١) المناقلة بالأوقاف (ص ٢٧) .

(٢) المناقلة بالأوقاف (ص ٣٨) .

(٣) جاء في كتاب المناقلة بالأوقاف (ص ٢٨) : " وهذا الأثر كما أنه
يدل على مساغ بيع الوقف عند تعطل نفعه فهو دليل أيضا على جواز
الاستبدال عند رجحان المبادلة ولأن هذا المسجد لم يكن نفعه
متعطلا وانما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذى جعل
في قبلة المسجد " .

(٤) (١٨٥/٣) كتاب الشروط باب (١٩) . ورواه أيضا مسلم (١٢٥٥/٣) كتاب
الوصية باب (٤) ، وأبو داود (٢٩٨/٣) كتاب الوصايا باب (١٣) ،
والترمذى (٦٥٠/٣) كتاب الأحكام باب (٣٦) ، وابن ماجه (٨٠١/٢) كتاب
الصدقات باب (٤) .

يارسول الله انى أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فمما
تأمرنى به قال ان شئت حبست أصلها وتمدقت بها قال : فتصدق بها عمس
أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث . . . الحديث .

قالوا : فقوله لا يباع دليل على لزوم الوقف وعدم جواز بيعه لكنه
مخصوص بحالة تأهل الموقوف للانتفاع المخصوص . فاذا تعطلت المنفعة
(١)
جاز بيعه .

(٢) أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاءة المال . وفى ابقائه
على هذه الحالة التى لا يستفاد منه بها اضاءة للمال فوجب حفظه
بالبيع .

(٣)
وأما من النظر :

(١) أن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بالأصل من حيث هو
ومنع البيع مبطل لهذا المعنى الذى اقتضاه الوقف فيكون خلاف
الأصل .

(٢) ان فى جواز بيع الوقف وابداله بمثله ابقاء للوقف بمعناه حين
تعذر الابقاء بعورته فيكون متعينا .

(٣) أن جمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب من هـذا
الهدى اذا عطب فى السفر فانه يذبح فى الحال وان كان يختص بموضع
فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة
المحل الخاص عند تعذره . لأن مراعاته مع تعذره تفضى الى فوات
الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه الحنابلة من جواز

-
- (١) كشف القناع (٣٢٣/٤) .
(٢) البخارى (١٨٤/٧) كتاب الرقاق باب (٢٢) ، مسلم (١٣٤١/٣) الأقفية باب (٥) .
(٣) راجع فى ذلك كشف القناع (٣٢٣/٤) ، المغنى (٢٩/٦) .

بيع المسجد واستبداله بمثله اذا تعطلت منافعه بخراب ومافى معناه
 مما أشاروا اليه لقوة ما استدلوا به اذ لا يصح بقاء المسجد متعظلاً
 خراباً مع حاجة المسلمين إليه وعدم قيام الدليل الصحيح المعارض بل
 جاء الدليل الصحيح عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وكفى بهما
 قدوة يهدم المسجد ونقله وجعل مكانه سوقاً للتمارين مع كونه عامراً
 لأن مصلحة المسلمين اقتضت ذلك فكيف اذا كان خراباً . فان قالوا انه
 مرسل فقد أجاب ابن قاضي الجبل عن ذلك بقوله : "ومثل هذا المرسل يقول
 به جمهور أهل العلم ، أما أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور عنده
 فظاهر ورجح بعض المالكية والحنفية مطلق المراسيل الثابتة على
 المسندات من أخبار الأحاد ذكر ذلك عن بعض المالكية أبو عمر بن عبد البر
 لجزم الراوى بالقيمة المقتضى كثرة من أخبره أو ظهور صدقة قطعها
 بخلاف غيره . وأما الشافعي فانه يقبل المرسل فيما اذا أسنده غير
 مرسله أو أرسله آخر يروى عن شيوخ مرسله واعتضد بقول صحابي أو أكثر
 أهل العلم أو كان كمراسيل سعيد بن المسيب . وهذا قد اعتضد بقول
 طائفة من الصحابة وأما من يقبل مراسيل التابعين وتابعيهم
 كما هو قول ابن إبان وغيره فظاهر فتحرر أن مثل هذا المرسل لا ينسازع
 الجمهور في قبوله وصحة الاحتجاج به " .

وان استدلوا بقول عمر رضى الله عنه : لا يباع أهلها . يعنى
 الأرض التى حبسها قيل هذا شرط عمر رضى الله عنه فى وقفه وليس المنع
 من البيع لذات الوقف وقد ترجم له البخارى رحمه الله فى صحيحه : "باب
 الشروط فى الوقف" وحمله ابن قاضي الجبل أيضاً على أنه : "لا يباع
 البيع المبطل لأصل الوقف الذى لا يقام فيه مقامه بل بيع ريوكل . ولهذا
 قرنه بالهبة والوراثة فالبيع والحالة هذه لا يجوز اجماعاً لأن فيه ابطالا
 لأصل الوقف " .

-
- (١) المناقلة بالأوقاف (ص ٣٦) .
 (٢) راجع فى ذلك التمهيد (١٧/١) .
 (٣) (١٨٥/٣) .
 (٤) المناقلة بالأوقاف (ص ٥٤) .

أما قول محمد بن الحسن الشيباني أنه اذا خرب رجح الى ملك الواقف فهو ضعيف أيضا قد ضعفه أصحابه من الحنفية وَيَقْفِي عَلَيْهِ ورود الدليل الصحيح الذى ينهى عن رجوع الوقف الى ملك الواقف ولو عن طريق الشراء فقد روى الامام البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول حَمَلْتُ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاَبْتَاعَهُ أَوْ فَأَضَاعَهُ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ فَأَرَدْتُ أَنْ أَشْتَرِيَهُ وَظَنَنْتُ أَنَّهُ بَائِعُهُ بِرَخِيصٍ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ لَا تَشْتَرِهِ وَأَنْ بَدْرَهُمْ فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ " .

(٢) وفى لفظ مسلم : " لَا تَبْتَعَهُ وَلَا تَعُدَّ فِي مَدَقَّتِكَ فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي مَدَقَّتِهِ

كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ " .

(٣) وان كان ابن حجر قد رجح أن حمل عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الفرس انما هو حمل تمليك لاحمل تحبب مستدلا بقوله العائد فى هيبته ولو كان حبسا لقال فى حبسه أو وقفه .

(٤) لكن الذى يقوى عندي أنه حمل تحبب قال ابن قاضي الجبل : " وهو الظاهر من الحمل فى سبيل الله بل قد يكون هو المتبادر من السبيل خصوصا . وقد سماه صدقة فى قوله : ولا تعد فى صدقتك ، ولفظ الصدقة من ألفاظ الوقف . كما فى حديث عمر فى الوقف فتصدق بها عمر ... وعلى هذا فالتمسك بذكر الهبة لمشابهة ارتجاع الوقف للهبة لما فى ذلك من الارتجاع فى العين بعد خروجها ولهذا كرهه أو حرم شراء الصدقة من المتصدق بها لأن فى ذلك عودة فيما يخرج لله وسواء كان ذلك شري بثمان أو ارتجاعا بغير ثمن " .

وإذا ثبت ذلك صار هذا الحديث دليلا يقوى ما ذهب اليه الحنابلة من أن الوقف اذا تعطلت منافعه جاز بيعه واستبداله بثمانه وهو الذى ترجح لدى ظهوره ، والله أعلم .

(١) كتاب الجهاد والسير باب (١٣٧) (١٨/٤)

(٢) كتاب الهبات باب (١) (١٢٣٩/٣)

(٣) فتح الباري (٤٩/١١)

(٤) المناقلة بالأوقاف (ص ٥٠)

المسألة الثانية : فى تلف العقار الموقوف غير المسجد .

إذا خربَ العقار الموقوف غير المسجد وتعطلت منافعه فقد اختلفت
أنظار الفقهاء فى جواز بيعه واستبداله حتى فى المذهب الواحد من أجل
هذا سوف نعرض رأى كل مذهب على حده لنتعرف على الأقوال فيه :

أولاً : مذهب الحنفية .

يرى الحنفية أن الوقف إذا خرب ومار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن
لا يحصل منه شيء أصلاً أو لا يفي بمؤنته فيجوز بيعه على الأصح إذا كان باذن
القاضي ورأى المصلحة فيه ويشترى بثمنه وفقاً لكون مكانه .

وخالف فى ذلك محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة فقال يعود الملك
الى الواقف وقد حرر ابن الهمام قول محمد هذا بكلام طويل اختصره ابن
عابدين بقوله : " انه يتفرع على الخلاف المذكور ما اذا انهدم الوقف
وليس له من الغلة ما يعمر به فيرجع الى البانى أو ورثته عند محمد
خلافاً لأبى يوسف . لكن عند محمد انما يعود الى ملكه ما خرج عن الانتفاع
المقصود للواقف بالكلية كحانوت احترق ولا يستأجر بشيء ورباط وحوض محلقة
خربت وليس له ما يعمر به ، وأما ما كان معداً للغلة فلا يعود الى الملك
إلا نقضه وتبقى مساحته وفقاً لتوجر ولو بشيء قليل بخلاف الرباط ونحوه
فانه موقوف للسكن وامتنعت بانهدامه ، أما دار الغلة فانها قد تخرب وتصير
كوماً وهى بحيث لو نقل نقضها يستأجر أرضها من يبنى أو يفرس ولو بقليل
فيغفل عن ذلك وتباع لواقفها مع أنه لا يرجع اليه منها الا نقضها " .

قال ابن الهمام : " وفى الفتاوى الظهيرية سئل الحلوانى عن أوقاف
المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى بيعها ويشترى بثمنها
أخرى ؟ قال نعم . وروى هشام عن محمد أنه قال : اذا صار الوقف بحيث

(١) حاشية رد المحتار (٣٨٤/٤) ، شرح فتح القدير (٢٣٧/٦) ، أحكام الوقف

للخفاف (ص ٢٢) ، فتاوى قاضيخان (٣١٤/٣) .

(٢) شرح فتح القدير (٢٣٧/٦ - ٢٣٨)

(٣) حاشية رد المحتار (٣٥٨/٤) .

لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، وعلى هذا
فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله
وخرابه بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت
غلته دون غلة الأول^(١) .

والحاصل أن الحنفية وإن أجازوا بيع الوقف واستبداله إذا شرطه
الواقف لنفسه، أو لغيره، أو لنفسه وغيره، على الصحيح كما يقول ابن
عابدين، وهذا منهم توسع في أمر بيع الوقف واستبداله، إلا أنهم لم
يجيزوا ذلك إذا لم يشترطه الواقف إلا في حدود سابقة جدا وهو ما إذا لم
يكن فيه نفع بالكلية كما أسلفنا أما إذا كان فيه نفع ولكن بدلته
خير منه ريعا ونفعا فقد قال ابن عابدين: "وهذا لا يجوز استبداله
على الأصح المختار" .

وجاء في الفتاوى الخانية^(٤): "وقف صحيح على أقوال مسمين خسر
ولا ينتفع به وهو بعيد من القرية لا يرغب أحد في عمارته ولا يستأجر أصله
يبطل الوقف ويجوز بيعه، وإن كان أصله يستأجر بشئ قليل يبقى أصله
وقفاً" .

ويرجع تشدد الحنفية في أمر استبدال الوقف وعدم تجويز ذلك حتى
لو خرب الوقف مادام ينتفع به ولو كان النفع قليلا إلى المحافظة على
أصل الوقف حيث لو قيل بجواز ذلك لكان ذريعة إلى أكل أوقاف المسلمين
وتضييعها من قبل الولاة جاء في حاشية رد المحتار^(٥): "أن يرغب انسان
فيه ببدل أكثر غلة وأحسن من نفعه فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى
كما في فتاوى قارى الهداية . قال صاحب النهر في كتابه اجابة السائل
قول قارى الهداية، والعمل على قول أبي يوسف معارض مما قاله صدر الشريعة

(١) شرح فتح القدير (٢٢٧/٦) .

(٢) حاشية رد المحتار (٣٨٤/٤)، وراجع شرح فتح القدير (٢٢٧/٦ - ٢٢٨) ،

الاسعاف في أحكام الأوقاف (ص ٣٢) .

(٣) رد المحتار (٣٨٤/٤) .

(٤) (٣١٤/٣) .

(٥) (٣٨٨/٤) .

نحن لانفتى به . وقد شاهدنا فى الاستبدال ما لا يعد ويحصى فان ظلمة القضاة

جعلوه حيلة لابطال أوقاف المسلمين وعلى تقديره فقد قال فى الاسعاف (١) :
المراد بالقاضى : هو قاضى الجَنَّةِ المفسر بذى العلم والعمل . اهـ ولعمري
إنَّ هذا أعز من الكبريت الأحمر وما آراه الا لفظا يذكر فالأولى فيه السد
خوفا من مجاوزة الحدِّ والله سائل كل انسان " .

قال ابن الهمام (٢) : " والحاصل أن الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال . .
أولاً عن شرطه . فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم بـــــــ
فينبغى أن لا يختلف فيه . . . وان كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ
بشمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغى أن لا يجوز
لأن الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى . ولأنه لا موجب
لتجويزه لأن الموجب فى الأول الشرط وفى الثانى الضرورة والضرورة فى
هذا اذا لاتبج الزيادة فيه بل نبقىه كما كان " .

قال العلامة البيهري بعد نقله لقول ابن الهمام هذا : " ما قاله
هذا المحقق هو الحق الصواب " .

فالذى ظهر لى من اطلاعي على كتب الحنفية وانعام النظر فى نصوصهم
اختلاف الفتوى عندهم فى مثل هذا الموضوع من زمن الى زمن آخر احتياطاً
للووقف وأهله .

فهذا صاحب الاسعاف يزيد شروط استبدال الوقف الخرب والتى قد نصَّ
علماء الحنفية عليها وهى خروج الوقف عن الانتفاع به بالكلية وأن لا يكون
هناك ريع للوقف يعمر به وأن لا يكون البيع بغبن فاحش فزاد شرطاً يناسب
الزمان الذى يعيش فيه وهو أن يكون المستبدل قاضى الجنه المفسر بذى

(١) (ص ٣٢) ونصه : " وأما اذا لم يشترطه فقد أشار فى السير الى أنه
لا يملكه الا القاضى اذا رأى المصلحة فى ذلك ويجب أن يخص بــــرى
أول القضاة الثلاثة المشار اليه بقوله عليه الصلاة والسلام قاضى فى
الجنة وقاضيان فى النار المفسر بذى العلم والعمل لثلا يحتمل
التطرق الى ابطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب فى زماننا " .

(٢) شرح فتح القدير (٢٢٨/٦) .

(٣) نقلاً عن حاشية رد المحتار (٣٨٨/٤) .

(٤) البحر الرائق (٥/٢٤٠ - ٢٤١) .

العلم والعمل وعلل ذلك فقال لثلا يحصل التطرق الى ابطال أو قساف
(١)

المسلمين كما هو الغالب في زماننا .

ثم جاء ابن نجيم فقال : "ويجب أن يزداد آخر في زماننا : وهو

أن يستبدل بعقار لابدراهم و / دنانير فانا قد شاهدنا النظر يأكلونها
وقل أن يشتري بها بدلا ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة

الاستبدال في زماننا " .

مع أن المنقول في المذهب جوازه بالدراهم وقد أشار الى ذلك
(٢)

ابن نجيم ونص على أن صريح كلام قاضيخان جوازه بالدراهم . قال ابـن
عابدين : " والجواب أن صاحب البحر لم ينكر كون المنقول في المذهب

ماقاله قاضيخان ولكن مراده أن هذا المنقول كان في زمنهم ... ويبدل
على أن مراده هذا قوله فيما سبق؛ ويجب أن يزداد آخر في زماننا الخ

ولاشك أن هذا هو الاحتياط ولاسيما اذا كان المستبدل من قضاة هذا الزمن
وناضر الوقف غير مؤتمن " (٥)

ونقل ابن عابدين عن قارئ الهداية قوله : " وان كان للوقف ربيع

ولكن يرغب شخص في استبداله ان أعطى مكانه بدلا أكثر ربيعا منه فـ
صق أحسن من صق الوقف جاز عند أبي يوسف والعمل عليه والا فلا " .

قال ابن عابدين : " قلت لا يخفى أن قوله : ان أعطى مكانه بدلا .. الخ

يدل على نفى الجواز بدون العقار . بل صرح به في قوله : والا فلا ..

الى أن قال وأن ماقاله قارئ الهداية مبني على تغيير الزمان " (٦)

فهذا مما يؤيد تغيير الفتوى في هذا الموضوع بتغيير الزمان فـ

المذهب الحنفي حيث أن المذهب ماقاله قاضيخان أنه يجوز بيعه بالدراهم

ثم قالوا: هذا في زمنه . فلما فسد الزمان قالوا لايجوز ابداله الا بعقار

(١) الاسعاف في أحكام الوقف (ص ٣٢) .

(٢) البحر الرائق (٢٤١/٥) .

(٣) رد المحتار (٣٨٧/٤) .

(٤) البحر الرائق (٢٤١/٥) .

(٥) رد المحتار (٣٨٧/٤) .

(٦) رد المحتار (٣٨٧/٤) .

مثله محافظة على الوقف كما نُقِلَ عن قارى الهداية وتابعه على ذلك
ابن نجيم . والله أعلم .

ثانيا : مذهب المالكية .

لاخلاف بين فقهاء المالكية فى أن العقار الخرب المقطوع المنفعة
المرجوع عود منفعته لايجوز بيعه ، لكن الخلاف وقع بينهم فى العقار الخرب
المقطوع المنفعة الميئوس من عود منفعته فعندهم فى ذلك قولان :

القول الأول :

المنع من بيعها وهو قول المدونة وهو المشهور وسواء خرب أو كان
قائما ولكن تحول عنه العمران نقل الحطاب عن الرجراجي قوله : " وأما
بيعها لغير حاجة ولادعت الضرورة الى ذلك فالبيع فى ذلك ممنوع قولا
واحدا فى المذهب سواء خرب أو كان قائما كان فى موضع العمران أو تحولت
عنه العمران " .

قال الحطاب : " وتقدم فى كلام ابن عرفة أنه المعروف من المذهب
وفى كلام ابن رشد أنه مذهب المدونة وفى كلام اللخمي أنه المختار عنده
وعليه اقتصر الشيخ خليل فى مختصره فقال لاعقار وان خرب وابن الحاجب
قبله وتبعه الشيخ بهرام فى شامله " .

وقال القاضى عبدالوهاب فى المعونة : " والمحبس حيسا محرما
لايجوز بيعه اذا خرب ولا الاستبدال به بوجه لأن فى بيعه ابطال شرط الواقف

(١) رد المحتار (٣٨٧/٤) .

(٢) رسالة بيع الوقف اذا خرب وما لأهل المذهب فى ذلك للحطاب (ص ١٤) .

(٣) المدونة (١٠٠/٦) ، التاج والاكليل (٤١/٦) ، قوانين الأحكام الشرعية
(ص ٤٠٢) ، الكافي فى فقه أهل المدينة (٣١٦/٢) ، الشرح الكبيير
(٩٠/٤ - ٩١) ، البهجة شرح التحفة (٢٣٨/٢) ، وراجع رسالة بيع الوقف
اذا خرب (ص ٥ - ١٢) .

(٤) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٢) .

(٥) المصدر السابق (ص ١١) .

(٦) نقلا عن رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١١) .

أن يجعل ثمنه فى مثله وقال بقول ربيعة فى جواز بيع الأحباس طائفة من المالكيين " .

قال الخطاب : ^(١) "فهذه نصوص مالك فى جميع كتبه صريحة بمنع البيع الا ما استثنى من بيع ذلك لتوسعة المساجد والطرق . وما نقل عن ربيعة ليعارض ذلك لأن القصد نقل المالك أو لأصحابه من الخلاف وربيعه المذكور تابعى مجتهد وهو ربيعة بن عبد الرحمن من شيوخ مالك من التابعين ممن روى عنه مالك وروى عن مالك ومات قبل مالك بثلاث وأربعين سنة " .

هذان هما القولان فى مذهب المالكية وكل قول له من يختاره ويرجحه كما رأينا ولعل مبنى ذلك البحث عن الأصل للوقف وأهله فمن منع البيع أراد بمنعه حسم مادة الفساد وسد الذريعة الى ابطال أوقاف المسلمين وقد نصوا على ذلك فقال اللخمي : " والذى أخذته فى الرباع المنع لئلا يتذرع الناس الى بيع الأحباس " ^(٢) .

ونقل الخطاب عن الجزولي قوله : " أن تكون دار محبسة ثم خربت فانها تباع ممن يملكها ويشترى بثمنها أخرى فيصير الحبس ملكا والملك حبا واختلف فيه على قولين : مالك يمنعه ، وربيعه وابن القاسم يجيزان بيعه . ووجه قول مالك سدا للذريعة وحسما للباب " ^(٣) . وجاء فى الفواكه الدواني : ^(٤) "ولعل وجه كلامه رضى الله عنه لَمَّا يلزم عليه من التطرق الى بيع الأوقاف بدعوى الخراب والامام بنى مذهبه على سد الذرائع " .

وأما من أجاز البيع ففَعَدَ أيضا تحقيق المصلحة نقل الخطاب عن ^(٥) القاضى عبدالوهاب قوله : " لأن الواقف انما أراد وصول الانتفاع الى الموقوف عليهم من جهة هذا الوقف فاذا لم يكن من جهته منفعة وجب

(١) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٨) .

(٢) المصدر السابق (ص ٥) .

(٣) المصدر السابق (ص ١٦) .

(٤) (٢٣٠/٢) .

(٥) رسالة بيع الوقف الخرب (ص ١٥) .

أن تنتقل الى منفعة مايقوم مقامه والاكان فى ذلك ابطال شرطه " .
هذه أقوال المالكية بالنسبة لبيع الوقف الخرب بالدراهم أما
إذا دفع العقار الخرب بعينه من غير بيع فى عقار ملك صحيح يكون حيسا
بدله ويعبر بعضهم عن ذلك بالمناقلة وبعضهم بالمعاوضة وبعضهم
بالاستبدال كما أشار الى ذلك الحطاب فهل يجوز ذلك أو لا على قولين
(١)
(٢)
أيضا ذكرهما الحطاب فقال :

(الأول) المنع وهو المشهور من المذهب وهو قول ابن شعبان ومذهب
ابن أبى زيد وعليه اقتصر القاضى عبدالوهاب وعبر عنه بالاستبدال .
واقتمر عليه أيضا ابن الحاجب وشهره خليل فى مختصره وغيره .
(٣)
(الثانى) الجواز وهو أحد قولى الرسالة واليه أشار الشيخ خليل
فى مختصره بـ " لو بربح غير خرب " واستحسنه أبوسعيد بن
لب وهو قوله : وان وجد من يناقل به بربح آخر للجنس فهو حسن ان أمكن
وأفتى به ابن رشد قال : على ما ذكره فى نوازله ونقله عنه البرزلى وابن
سلمون وابن عرفة .

(٤)
ضعف هذا القول النفاوى فقال : " ولكن قد علمت أن المعتمد
المنع فالقول بالجواز ضعيف " .

ثالثا : مذهب الشافعية .

(٥)
يرى الشافعية أن الأوقاف غير المسجد اذا خربت لايجوز بيعها بل
تؤجر أرضها لما لايراد دوامه كزرعها أو لما ييراد كغرس مع اشتراط القلع

- (١) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٥) .
- (٢) المصدر السابق (ص ١٩) .
- (٣) راجع فى نصوص من ذكر المصدر السابق (ص ١٧) وما بعدها .
- (٤) الفواكه الدوانى (٢/٢٣١) . وراجع الأوقاف فى هذه المسألة : قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢) ، التاج والاكليل (٦/٤٢) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤/٩١) ، شرح أبى الحسن على رسالة بن أبى زيد وحاشية العدوى عليه (٢/٢٤٦) ، جواهر الاكليل (٢/٢٠٩) .
- (٥) مغنى المحتاج (٢/٣٩١ - ٣٩٢) ، روضة الطالبين (٥/٣٦١) ، المهذب (١/٥٨١) نهاية المحتاج (٥/٣٩٤) .

عند انتهاء المدة . ثم يعاد غرس الأرض أو بناؤها بأجرتها الحاصلة من اجارتها بعد انقضاء المدة .

حتى انهم قالوا فى الشجرة اذا جفت أو قلعتها الريح أو السيـل فانه لاينقطع الوقف فيها على المذهب بل ينتفع بها حال كونها جذعاً باجارة وغيرها ادامة للوقف فى عينها . حتى لو لم يمكن الانتفاع بها الابحراقها فانه لايجوز بيعها ولاهبتها ولا تمير ملكا بحال ، قال الشربيني (١)
"قال شيخنا وهو المعتمد الموافق للدليل وكلام الجمهور" .

ويقابل هذا وجها وهو أنها تمير ملكا للموقوف عليه لكنهـما لاتباع ولاتوهب بل ينتفع بعينها قال الشربيني : " وصح هذا ابن الرفعه والقمولى وجرى عليه ابن المقرئ فى روضه ونقل أصله عن اختيار المتولى ولكن اقتصر المصنف على ما ذكره كالحاوى الصغير يقتضى أنها لاتمير ملكا بحال" .

فالشافعية أغلقوا باب بيع العقار الموقوف ولو فى المذهب عندهم على الأقل وحجتهم فى ذلك الحديث السابق الذى رواه الشيخان عن ابن عمر رضى الله عنهما وفيه : "فتصدق بها عمر أنه لايباع ولايوهب ولايورث الحديث " .

وهذا الحديث وان كان الشرط ظاهره أنه من كلام عمر الآن هناك روايات أخرى للحديث تفيد أن الشرط مرفوعا الى الرسول صلى الله عليه وسلم قال ابن حجر : "قال السبكي : اغتبطت بما وقع فى رواية يحيى بن سعيد عن نافع عند البيهقى : "تصدق بِشَمْرِهِ وَحَبَسَ أَمْلَهُ لايباع ولايورث" وهذا ظاهره أن الشرط من كلام النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف بقية الروايات فان الشرط فيها ظاهره أنه من كلام عمر . قلت قد تقدم من طريق صخر ابن جويريه عن نافع بلفظ : " فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدق بأمله لايباع ولايوهب ولايورث ولكن ينفق شمرة " وهى أتم الروايات

(١) معنى المحتاج (٣٩٢/٢) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) فتح البارئ (٢٤٣/١١) .

(١) وأصرحها في المقصود فعزوها الى البخارى أولى " .

والذى أراه أنه وان كان الشرط مرفوعا الى الرسول صلى الله عليه وسلم فانه ليس فيه دلالة صريحة على عدم جواز بيع العقار الموقوف بـل غاية ما يدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم أرشد عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى الشروط التى ينبغى أن يكتبها فى وقفه وقد ترجم لـه البخارى رحمه الله فى كتاب الوصية باب "الوقف كيف يكتب" (٢) .
ولو سلمنا أن قوله: لا يباع. يدل على عدم جواز البيع فهو محمول على البيع المبطل لأهل الوقف، وعدم ابداله بمثله يكون وقفا مكانه، كما سبق أن أشرنا الى ذلك فى المسألة السابقة من كلام ابن قاضى الجبل . والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال كساه ثوب الاجمال فسقط به الاستدلال .

رابعاً : مذهب الحنابلة .

(٣)
الصحيح من مذهب الحنابلة أن العقار الموقوف اذا تعطلت منافعه المقصودة منه بخراب أو غيره بحيث لا يرد الوقف شيئاً على أهله أو يـكـرـد شيئاً لا يعيد نفعاً بالنسبة اليه وتتعدر عمارته وعود نفعه أنه يبيع ^{ويجعل غيره في مثله} (٤) والحالة هذه/ قال ابن قدامة : " وظاهر كلام الخرقى أن الوقف اذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس " .

وقد ذهب بعض الحنابلة الى أوسع من ذلك فى الحد المبيح لبيع الوقف فقد جاء فى الانصاف : " وقيل أو خيف تعطل نفعه قريباً جزم به فى الرعاية قلت وهو قوى جدا اذا غلب على ظنه ذلك . وقيل أو خيف تعطل أكثر نفعه قريباً . سأله الميمونى يباع اذا عطب أو فسد قال : اى والله

- (١) أخرجه البخارى بهذا اللفظ (١٩٤/٣) كتاب الوصايا باب (٢٣) .
(٢) صحيح الامام البخارى (١٩٦/٣) كتاب الوصية باب (٢٨) .
(٣) الانصاف (١٠٣/٧) ، كشف القناع (٣٢٣/٤) ، شرح منتهى الارادات (٥١٤/٢) ، الروض الندى (ص ٣٠٢) ، غاية المنتهى (٣١٥/٢) ، التنقيح المشبع (ص ٢٥٤) ، المحرر (٣٧٠/١) ، المغنى (٢٨/٦) .
(٤) المغنى (٢٩/٦) .
(٥) (١٠٣/٧) .

يباع اذا كان يخاف عليه التلف والفساد والنقص باعوه ^{وَرَدُوهُ} في مثله " .
 وجاء في كشاف القناع : ^(١) " قال في التلخيص : اذا أشرف جذع الوقف
 على الانكسار أو داره على الانهدام وَعَلِمَ أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَ لَخَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ
 منتفعا به فانه يباع رعاية للمالية أو ينقض تحميلا للمصلحة قــــال
 الحارثي : وهو كما قال . قال : والمدارس والرُّبُطُ والخانات المَسْبَلَةُ ونحوها
 جائز بيعها عند خرابها على ماتقدم وجهها واحدا " .

ويرى الحنابلة أيضا عدم جواز بيع العقار الموقوف لقلّة نفعه وكون
 غيره أنفع منه الآن يبلغ في قلّة النفع حدا لا يعد نفعاً فيكون وجود ذلك
 كالعدم يقول ابن قدامة : ^(٢) " وان لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن
 قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على أهل الوقف لم يجز بيعه لأن الأصل
 تحريم البيع وانما أبيع للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع
 امكان تحصيله ومع الانتفاع وان قلّ ما يضيّع المقصود، اللهم الا أن يبلغ
 في قلّة النفع الى حد لا يعد نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم " .
 وحجتهم في ذلك ما قالوه في جواز بيع المسجد اذا خرب وقد ذكرناها
 هناك فأغنى عن ذكرها هنا .

الترجيح :

الذي يظهر لي - والله أعلم - رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء
 من أن الوقف المتعطل الذي لا يمكن عمارته يجوز أن يباع ويستبدل به
 وقف آخر يكون مكانه وان كان هذا القول قد يوقع في محذور حاول بعض
 فقهاء المالكية والشافعية على الخصوص تلافيه باغلاق باب بيع الأوقاف
 والمناقلة بها الا في حدود ضيقة جدا وهذا المحذور هو تسلط بعض السوالة
 الظلمة وقضاة الجور والنظار الذين لا يخافون الله على الأوقاف وبيعها

(١) (٣٢٤/٤) .

(٢) المعنى (٢٩/٦ - ٣٠) .

وأكل أشمانها، أو نقلها من مكانها الى مكان آخر، مع أن المكان الأول أكثر غلّةً وأحسن صنفاً بقصد الاستيلاء على هذا المكان واستغلاله لأنفسهم وما هذا الا لضعف الوازع الدينى وخلو القلب من خوف الله ولاريب أن هذا موجود فى عصرنا هذا على أوسع نطاق كيف لا وهو عصر المادّيّة والتكاسر فى الأموال وإذا كان هذا موجودا فى العصور المتقدمة وهى عصور الفقهاء الذين نطقوا بتلك الأحكام وبعض تلك العصور من العصور الثلاثة المفضلة فلاريب أنه موجود فى عصرنا هذا بل بصورة أكبر فقد روى البخارى فى صحيحه (١) عن الزبير بن عدى قال أتينا أنس بن مالك فشكونا اليه ما نلقى من الحجاج فقال اصبروا فانه لا يأتى عليكم زمان الا الذى بعده شر منه حتى تلقوا ربكم سمعته من نبيكم صلى الله عليه وسلم " .

ومارواه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يأتى على الناس زمان لا يبالى المرء ما أخذ منه أمن الحلال أم من الحرام " (٢) ورواه النسائى بلفظ : " يأتى على الناس زمان ما يبالى الرجل من أين أصاب المال من حلال أو حرام " (٣) .

نعم هذا محذور عظيم يجعل من يريد الترجيح فى هذه المسألة حيران لكنه اذا نظر من ناحية أخرى فان الرسول صلى الله عليه وسلم "نهى عن اضاعه المال" وبقاؤها خربة لا يستفاد منها بشئ ضياع مال لا تقتصر مفرته على الوقف وأهله بل تتعداه الى اقتصاد الدولة الاسلامية لأن الزراعة والبناء يعدان من الموارد الاقتصادية المهمة فى الدولة فاذا تعطلت الأراضى الزراعية وبقيت معطلة وخربت المبانى ولم تعمّر كان ذلك ضررا على المسلمين فى اقتصاد بلادهم لاسيما وأن بلاد المسلمين تغص بالأوقاف فيلزم اذا تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام والله رقيب على كل انسان وهو يعلم المفسد من المصلح ويجازى كلاً بقدر عمله

(١) صحيح الامام البخارى (٩٨/٨) كتاب الفتن باب (٦) .

(٢) البخارى (٦/٣) كتاب البيوع باب (٧) .

(٣) سنن النسائى (٢٤٣/٧) كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات فى الكسب .

واننى أرى أن بقاءها خرابا لا يستفاد منها أذى الى الاستيلاء عليها
وتحويلها من أوقاف الى أملاك وخصوصا مع تطاول السنين فالمحذور لا يزال
قائما ان قلنا بالبيع والاستبدال أو لم نقل به . ومما يؤيد اختياري
حجة الحنايلة من المنقول والمعقول فهي قوية فى نظرى لا يقاومها مجرد
احتمال وان كان كثير الوقوع فالقول بالجواز مع فرض الشروط كما ذهب
الى ذلك بعض الحنفية عند فساد الزمان أولى من المنع مطلقا .

هذا اذا خرب الوقف وتعطلت منافعه بالكلية أما اذا خرب بعضه
وكان فى باقيه نفع الا أن غيره أنفع منه فحيث أن تقدير مثل ذلك
لا ينفذ وليس له مقياس محدد وقد تدخله الأهواء وخصوصا فى مثل هذا الزمن
فاننى أرى منع بيعه خوفا من مجاوزة الحد وهو ما ذهب اليه جمهور
الفقهاء رحمهم الله .

وقد وقفت على عمل أحد القضاة بالمحكمة الشرعية بمكة المكرمة
اذا أقتضى الأمر نقل الوقف وهو عمل حسن فى نظرى فقد قال : " فاذا أقتضى
الأمر نقل وقف فليس لناظر الوقف الخاص أن يجرى معاملة النقل الا بعد
استئذان القاضى الشرعى فى البلد التى فيها الوقف واثبت المسوغات
الشرعية التى تجيز نقله على أن يجعل ثمنه فى مثله فى الحال والذى
كنت أعمل به فى مدة قضائى بمكة المكرمة . . . أنه اذا ثبت المسوغ للنقل
وانتهت الرغبة فى ثمن الوقف بعد أن أعلن عنه ثلاث مرات ، واذا ثبت أن فى
شراء البديل حظا وغبطة وشببت ملكية بائع البديل وأن قيمة البديل
فيها حظ وغبطة أجريت معاملة البيع والشراء فى آن واحد لأنه اذا أودع ثمن
الوقف ربما تزيد أقيام العقارات أو يصاب الثمن بشيء من الآفات
قبل أن يشتري به البديل " (١) .

(١) مقدمة كتاب المناقلة بالأوقاف للشيخ عبد الله بن عمر بن دهيش (ص ٧) .

المسألة الثالثة : فى تلف الموقوف غير العقار (المنقول) .

الفقهاء رحمهم الله وان تشددوا فى أمر بيع العقار الموقوف واستبداله والمناقلة به كما مر معنا فى المسألتين السابقتين الا أنهم بالنسبة الى المنقول الموقوف كانوا أكثر مرونة . وخصوصا من أغلـق باب البيع والاستبدال فى العقار من فقهاء المالكية والشافعية وان كان قد خالف من علمائهم من خالف فقالوا بعدم جواز بيع المنقول كالعقار الا أن المعتمد فى المذهب خلاف هذا القول كما سنشير الى ذلك ان شاء الله . وقد بحث الفقهاء رحمهم الله هذه المسألة ومثلوا للموقوف المنقول بالحيوان كالفرس وبغيره كالسرج واللجام وحُصِر المسجد وقناديله وكتب العلم والثياب ونحو ذلك .

فعند الحنفية يجوز بيع المنقول اذا استغنى عنه أو تلف من بسباب أولى الا أن محمد بن الحسن جرى على رأيه بالنسبة للوقف اذا استغنى عنه فقال انه يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته وخالف أبو يوسف فى ذلك قال ابن الهمام : "أما الحمير والقنديل فالصحيح فى مذهب أبى يوسف أنه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد . . . وفى الخلاصة : قال محمد فى الفرس اذا جعله حبىسا فى سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كما فى المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرسا آخر يغزى عليه " . وجاء فى الاسعاف : "ولو فعف بعضهم عن العمل يجوز للقيم بيعه وشراء غلام بدله، وكذلك الدواليب والآلات يبيعهها ويشتري بثمنها ما هو أصلح للوقف " .

وأما مذهب المالكية فقد عرّفه ابن القاسم فى معرض جوابه على سؤال سحنون : " قلت : رأيت ما ضعف من الدواب المحبسه فى سبيل الله

- (١) شرح فتح القدير (٢٣٧/٦) .
 (٢) الاسعاف فى أحكام الأوقاف (ص ٢٠) وراجع رد المحتار (٣٦٢/٤) .
 (٣) المدونة (٩٩/٦)، وراجع فى ذلك قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)، التاج والاكليل (٤١/٦)، الشرح الكبير (٩٠/٤)، الفواكه الدوانى (٢٣١-٢٣٠/٢)، جواهر الاكليل (٢٠٩/٢)، رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٠)، المنتقى (١٣١/٦) .

أو بلى من الشياب كيف يمنع بها في قول مالك؟ قال: قال مالك: أما ماضع من الدواب حتى لا يكون فيه قوة للغزو فإنه يباع ويشترى بثمنه غيره من الخيل فيجعل في سبيل الله، قال ابن القاسم فإن لم يمكن في ثمنه ما يشتري به فرس أو هجين أو برذون رأيت أن يعان به في ثمن فرس. والشياب إن لم تكن فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها شياب ينتفع بها وإن لم يكن في ثمنها ما يشتري به شيء ينتفع به ففرق في سبيل الله قال ابن وهب: سمعت مالكا يقول في الفرس المحبس في سبيل الله إذا كلب وخبث أنه لا بأس أن يباع ويشترى فرس مكانه".

وقد نبه الدردير على مراد قول المالكية إذا كان لا ينتفع به فقال إن مرادهم أن لا ينتفع به في الغرض الذي حبس من أجله مع كونه منتفعا به في غرض آخر والا لم يمح بيعه إذ شرط المبيع أن يكون منتفعا به.

وقد عللوا قولهم بجواز بيع المنقول وعدم جواز بيع العقار بقولهم: "والفرق أن الربح الحبس لا يباع وإن خشي عليه الخراب بخلاف ما يلي من الشياب وضعف من الدواب والفرق أن الربح وإن خرب فلا تذهب البقعة ويمكن أن يعاد إلى حاله وكذلك هذه النخل وإن غلبت عليها الرمال بكثرة الرياح أو المياه يمكن أن يذهب عنها بمثل ذلك أو بما سواه فتعود إلى حالها".

وقد قال بعض المالكية ومنهم ابن الماجشون أن ما جعل في سبيل الله من العبيد والشياب لا تباع سبيلها في ذلك سبيل الربح المحبس ولو بيعت لبيع الربح المحبس. لكن المذهب على خلاف ذلك.

وأما مذهب الشافعية فقد حكاه النووي بقوله: "والأصح جواز

(١) الشرح الكبير (٩٠/٤) .

(٢) انظر رسالة بيع الوقف إذا خرب (ص ١٠ - ١١)، وراجع المنتقى (١٣١/٦) .

(٣) المدونة (١٠٠/٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)، رسالة بيوع

الوقف إذا خرب (ص ١٠)، المنتقى (١٣١/٦) .

(٤) المنهاج مع مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) . وراجع روضة الطالبين (٣٥٧/٥) .

بيع حصر المسجد اذا بليت وجذوعه اذا انكسرت ولم تملح الا للاحراق " .
(١)
قال الشرييني : " لثلا تضيغ ويضيق المكان بها من غير فائـــــــدة
فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود الى الوقف أولى من ضياعها " . قال : " وهذا
ماجرى عليه الشيخان وهو المعتمد " .

وقد عللوا قولهم بجواز بيع المنقول اذا تلف أو أشرف على التلف
(٢)
وعدم جواز بيع العقار بأن المنقول اذا تلف صار فى حكم المعدوم .
(٣)
واذا بيعت عند الشافعية صرف ثمنها فى مصالح المسجد قال الرافعى :
" وبالقياس أن يشتري بثمن الحمير حصير ولا يصرف فى مصلحة أخرى ويشبهه
(٥)
أن يكون هو المراد باطلاقهم " . قال الشرييني : " وهو ظاهر ان أمكن " .
(٦)
وذهب جمع من متأخري الشافعية الى أنه لا يباع ما ذكر ادا مـــــــة
(٧)
للوقف فى عينه كالعقار وقد أغربوا فى تعليلهم فقد نقل الشرييني ذلك
فقال : " ولأنه يمكن الانتفاع به فى طبخ جـص أو آجر . قال السبكي : وقد
تقوم قطعة من الجذوع مقام آجرة وقد تقوم النحاة مقام التراب ويختلط به
قال الأزرعى : ولعله أراد مقام التبن الذى يستعمل فى الطين " .

وقد أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك بأنه لانظر لامكان الانتفاع
فى هذه الأمور لأن ذلك نادر لندرة اصطناع هذه الأشياء لبعض المساجد فضلا
(٨)
عن جميعها .

(٩)
وعند الحنابلة يجوز أيضا بيع الوقف المنقول المتعطل فقد جاء فى

-
- (١) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢)، وراجع نهاية المحتاج (٣٩٥/٥) .
 - (٢) المصدرين السابقين .
 - (٣) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢)، روضة الطالبين (٣٥٧/٥)، نهاية المحتاج (٣٩٥/٥) .
 - (٤) روضة الطالبين (٣٥٧/٥) .
 - (٥) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .
 - (٦) نهاية المحتاج (٣٩٥/٥)، مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .
 - (٧) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .
 - (٨) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .
 - (٩) كشف القناع (٣٢٤، ٢٧١/٤)، شرح منتهى الارادات (٥١٥، ٥١٤/٢)، الانصاف (١٠٥/٧)، المغنى (٢٨/٦ - ٣١، ٢٩)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٢٦/٣١) .

(١) كشف القناع : " ويجوز اختصار آنية موقوفة متعظلة الى أصغر منها وانفاق
الفعل على الاصلاح محافظة على بقاء عين الوقف فان تعذر اختصارها بيعت
وصرف ثمنها في آنية مثلها رعاية للنفع الذي لأجله وقفت " .

(٢) وجاء في المغنى : " قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض
يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف وصى وإن بيع الفضة من السرج
واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب الي لأن الفضة لا ينتفع بها ولعله
يشتري بتلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين . ف قيل له تباع
الفضة وتجعل في نفقته ؟ قال لا . فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام
سرجا ولجاما ، لأنه صرف لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما
فأشبه الفرس الحبيس اذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه
وصرف ثمنه في مثله " .

(١) (٣٢٥/٤) .

(٢) (٣٥/٦) .

المطلب الثانى : فى تلف الأوقاف بسبب مضمون

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : فى اتلاف الوقف عدوانا .

إذا عمد شخص الى العين الموقوفة فأتلفها مثل أن يهدم السـدار أو يقتل الحيوان أو يمزق الكتب ونحو ذلك فهذا لاختلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فى أنه يلزمه الضمان قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : "الوقف الذى أتلفه متلف فانه يؤخذ منه عَوْضُهُ يُشْتَرَى به مايقوم مقامه فان الوقف مضمون باتفاق الفقهاء"^(٥) .

هذا فى العامد أما المخطن فهو كذلك عند جميع الفقهاء أيضا لان العمد والخطأ فى الأموال بالنسبة للضمان سواء لأنه من خطاب الوضع كما سبق أن أشرنا الى ذلك فى الباب الأول .

بل قد نص المالكية على ذلك فقد جاء فى حاشية الدسوقى تعليقا على قول الدردير "تعديا" : " مفهوم قوله تعديا أنه لو هدم خطأ فعليه قيمته"^(٧) .

أما اذا تلف الموقوف بالاستعمال المأذون فيه دون تعد أو تفريط

-
- (١) الدر المختار مع حاشية رد المحتار عليه (٤٠٨/٤ - ٤٠٩)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٧٥٢/١)، الاسعاف (ص ٦٢ - ٦٣) .
 - (٢) التاج والاكليل (٤١/٦ - ٤٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٩٢/٤)، الشرح المغير (٣٠٧/٢)، جواهر الاكليل (٢٠٩/٢)، منح الجليل (٧١/٤) .
 - (٣) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٣٩١/٢)، روضة الطالبين (٣٦١/٥)، نهاية المحتاج (٣٩٢/٥) .
 - (٤) كشاف القناع (٢٨٥/٤)، الانصاف (٤٠/٧)، المحرر (٣٧٠/١)، المغنى (٣٢/٦) .
 - (٥) مجموع الفتاوى (٢٦٥/٣١) .
 - (٦) راجع فى ذلك جواهر الاكليل (١٤٦/٢)، الفواكه الدوانى (٢٣٨/٢) .
 - (٧) حاشية الدسوقى (٩٢/٤) .

من مستعمله فقد نص الشافعية والحنابلة^(١) على أنه لاضمان عليه ومثـلوا^(٢) لذلك بالـكـيـزان المـسـبـلة على أحواض الماء وكذا الكتب الموقوفة على طلبية العلم فقالوا لاضمان على من تلف في يده شيء منها بلا تعدد وان تعدى فمن ومن التعدى استعماله في غير ماوقف له .

وإذا لزم المتلف الضمان فهل يضمن بالقيمة أو بالمثل ؟
لاخلاف بين الفقهاء في أن الموقوف إذا أتلّف وكان مثليا أن ضمانه على متلفه بالمثل . أما إذا كان قيميا كما هو الحال في غالب الأوقاف فان ضمانه على متلفه يكون بالقيمة الاقولا لبعض المالكية منهم ابن شاس وابن الحاجب وهو ظاهر قول خليل في مختصره ولكن هذا القول خلاف الراجح المشهور في مذهب المالكية . فهؤلاء قد ذهبوا الى أن الوقف يضمن بمثله ولو كان قيميا لأن أخذ قيمته كبيعه وهذا لايجوز ، يقول^(٣) الدردير عند قول خليل : " ومن هدم وقفا فعليه اعادته " يقول : " والراجح أنه عليه قيمته كسائر المتلفات ، والنقض باق على الوقفية فيقوم قائما ومهدوما ويؤخذ ما زاد على المنقوض ولايلزم من أخذ القيمة جواز بيعه لأنه أمر جبر إليه الحكم كاتلاف جلد الأضحية " .

وجاء في منح الجليل^(٤) : " كذا لابن شاس وابن الحاجب وقيل ابن عبد السلام وابن هارون وقال ابن عرفة : قبولهما إياه يوهم أنه كل المذهب أو مشهوره ولم أعرفه . بل ظاهر المدونة أن الواجب في الهدم القيمة

(١) نهاية المحتاج وحاشية المغربي الرشيدى عليه (٣٩٢/٥) وقد علق على ما جاء في نهاية المحتاج من قوله : " إذا أتلّف من واقف أو أجنبي وكذا موقوف عليه تعدى الخ قال المغربي الرشيدى : " قوله : وكذا موقوف عليه تعدى " قضية هذا الصنيع أن الواقف والأجنبي ضامنان مطلقا وظاهر أنه لاضمان عليهما إذا أتلّفاه بغير تعدد كان استعماله فيما وقف له باجارة مثلا فلو أسقط لفظ " كذا " لرجع القيد للجميع فليتأمل " . وراجع مغنى المحتاج (٣٩١/٢) ، روضة الطالبين (٣٦١/٥) .

(٢) الانصاف (١١٣/٦) ، الاقناع وشرحه كشف القناع (٧٧/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٩٢/٤) .

(٤) (٧١/٤) .

مطلقا . وقد قال القاضى عياض فى حديث جريج : من هدم حائطا : فمشهور
مذهب مالك وأصحابه رضى الله تعالى عنهم أنه فيه وفى سائر المتلفسات
القيمة " .

وجاء فى حاشية الدسوقى : ^(١) " قوله والراجح . أى وهو الذى ارتضاه
ابن عرفة وشهره عياض وهو ظاهر المدونة " .
بناء على ذلك :

قال الفقهاء متى قضى بالقيمة جعلت فى وقف مثله يكون بدلا عنه فان
لم تف القيمة بوقف مثله اشترى بها شقصا من مثله مراعاة لغرض الواقف
من استمرار الثواب ولأنه أقرب الى مقصود الوقف .

(١) (٩٢/٤) .

المسألة الثانية : هدم الأوقاف للمصلحة .

الأوقاف قد تكون عامرة ولكن المصلحة العامة تتطلب هدمها إما لتجديدها لتواكب التطور العمراني وتفي بمتطلبات الحياة المعاصرة أو لتوسعة طريق أو سوق أو مسجد ضاق بالمصلين ورأى ولي الأمر أن في ذلك مصلحة وقد رأينا في المطلب السابق مدى تشدد الفقهاء في أمر بيع الأوقاف واستبدالها والمناقلة بها إذا كانت خرابا فضلا عن كونها عامرة . إلا أن فقهاء الحنفية والمالكية قد استثنوا مسألة ما إذا ضاق المسجد وأراد ولي الأمر توسعته وكان بجواره عقار موقوف فانه يجوز هدم هذا العقار لتوسعة المسجد .

وقد قيده بعض الحنفية بما إذا كان العقار موقوفا على المسجد فقد جاء في شرح فتح القدير : " ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقفي عليه " . وهذا القيد يفيد أنها لو لم تكن موقوفة عليه فانه لا يجوز هدمها لتوسعة المسجد وقد حقق ذلك ابن عابدين فقال بجواز هدمها لتوسعة المسجد ولو لم تكن موقوفة عليه فقال : " لكن جواز أخذ المملوك كرها يفيد الجواز بالأولى لأن المسجد لله تعالى والوقف كذلك " .
واشترط بعض المالكية أن يكون المسجد المراد توسعته مسجدا جامعاً أما مسجد الجماعة فانه لا يجوز إذ ليست الضرورة فيه كالجامع .

-
- (١) شرح فتح القدير (٢٣٥/٦)، حاشية رد المحتار (٣٧٩/٤)، حاشية الشلبي على شرح الكنز (٣٣١/٣)، فتاوى قاضيخان (٢٩٣/٣)، البحر الرائق (٢٧٦/٥)
- (٢) التاج والاكليل (٤٢/٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٩١/٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)، حاشية العدوي على شرح رسالته ابن أبي زيد (٢٤٦/٢)، رسالة بيع الوقف إذا خرب (ص ٣ - ٨٠٤ - ٩)، المنتقى (١٣٠/٦)
- (٣) (٢٣٥/٦) وراجع حاشية الشلبي على شرح الكنز (٣٣١/٣)، فتاوى قاضيخان (٢٩٣/٣)
- (٤) رد المحتار (٣٧٩/٤)
- (٥) راجع في ذلك التاج والاكليل (٤٢/٦)، قوانين الأحكام (ص ٤٠٢)، رسالة بيع الوقف إذا خرب (ص ٤)، المنتقى (١٣٠/٦)

وقد ألحق المالكية بالمسجد أيضا الطريق والمقبرة فيجوز هدم العقار
(١)
الموقوف لتوسعتها .

ونصوا على أنه متى بيع العقار الموقوف لمصلحة توسيع المسجد
(٢)
أو الطريق أو المقبرة فإنه يجب جعل ثمنه فى عقار غيره .

هذا قول الحنفية والمالكية بالنسبة لهدم العقار الموقوف غير
المسجد للمصلحة . أما هدم المسجد لمصلحة توسيع طريق أو غيره . فعند
(٣)
الحنفية لايجوز هدم المسجد كله لتوسعة طريق أو نحوه قولاً واحداً .
أما هدم بعضه فللحنفية فى ذلك قولان :

القول الأول :

(٤)
لايجوز قال ابن عابدين : " ويؤيده ما فى التتارخانية عن فتاوى أبى
الليث وان أراد أهل المحلة أن يجعلوا شيئاً من المسجد طريقاً للمسلمين
فقد قيل ليس لهم ذلك وأنه صحيح " .

القول الثانى :

(٥)
تجوز الزيادة فى الطريق من المسجد لأنها كلها للعامه وهو ما عليه
(٦)
المتون وهو المعتمد كما قال ابن عابدين .
(٧)
جاء فى الاسعاف : " ولو احتيج الى توسعته من الطريق أو توسعة
الطريق منه ولاضرر فيها على الآخر يجوز " وعلل ذلك فقال : " لأن الطريق

-
- (١) الشرح الكبير (٩١/٤)، رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٩٠٣) .
 - (٢) الشرح الكبير (٩٢/٤) .
 - (٣) رد المختار (٣٧٨/٤) .
 - (٤) رد المختار (٣٧٨/٤) .
 - (٥) المصدر السابق وراجع شرح فتح القدير (٢٣٥/٦)، حاشية الشلبى على
شرح الكنز (٣٣١/٣)، مجمع الأنهر (٧٤٨/١) .
 - (٦) رد المختار (٣٧٨/٤) .
 - (٧) (ص ٧٣) .

للمسلمين والمسجد لهم أيضا " .

وأما المالكية فعندهم في ذلك قولان أيضا :

القول الأول :

لابأس أن يستعان ببعض الأوقاف في بعض فيهدم المسجد لمصلحة المقبرة والطريق وبالعكس . لأن هذا كله حبس^١ ولأنه ينتقل من وجه منفعة الى وجه آخر وهو كله لله تعالى .

القول الثاني :

أن المسجد لا يهدم لضيق مقبرة أو طريق أما المقبرة فيجوز توسعة الطريق منها وبالعكس قال الدسوقي واستظهره شيخنا العدوي .

هذا قول الحنفية والمالكية بالنسبة لهدم الأوقاف لمصلحة التوسعة أما هدمها لمصلحة تجديدها فقد نص الحنفية في هذه المسألة على المسجد فقالوا إذا أراد أهل المحلة تجديد المسجد جاز لهم ذلك وليس لغيرهم . وأما غير المسجد فلم أقف على نص لهم في ذلك .

أما المالكية فقد قالوا بعدم جواز نقض بنيان الحبس ولا تغييره عن صورته التي هو عليها . واطلاقهم هذا يشمل العقار الموقوف كـه سواء كان مسجدا أو رباطا أو مدرسة أو غيرها .

أما الشافعية فليس لهم نص صريح في هذه المسألة كالحنفية والمالكية الآن الذي يؤخذ من نصوصهم أنه لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته إلا إذا جعل الوقف للناظر ما يرى فيه مصلحة الوقف فعليه : إذا لم يجعل الوقف للناظر ذلك فإنه لا يجوز جعل العقار الموقوف مسجدا أو طريقا أو مقبرة أو بالعكس . فان الأصل عندهم عدم جواز بيع الوقف أو هبته

-
- (١) حاشية الدسوقي (٩١/٤) وراجع رسالة بيع الوقف إذا خرب (ص ٥) ، المنتقى (١٣٠/٦) .
- (٢) حاشية الدسوقي (٩١/٤) .
- (٣) شرح فتح القدير (٢٣٦/٦) .
- (٤) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢) .
- (٥) روضة الطالبين (٣٦١/٥) ، مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) ، نهاية المحتاج (٣٩٦/٥) .

مطلقا كما سبق بيانه استدلالا بحديث "تصدق بأصله لا يبيع ولا يوهب" .
 ولا يورث الحديث " .

فيلزم على هذا الابقاء على الوقف وعدم التعرض له بالبيع أو بالهبه
 ليدخل في وقف آخر بجواره كالمسجد والمقبرة وغيرها .

نعم أفنى الشبراملسى بجواز التخلي عن بعض العقار الموقوف
 لتوسعة الطريق اذا تعين ذلك وسيلة لجلب منفعة أو دفع مفسدة يحتاجها
 الوقف فقال : " منه يؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي أن مَطْهَرَةَ
 مسجد مجاورة لشارع من شوارع المسلمين آلت للسقوط وليس في الوقف
 ماتعمر به فطلب شخص أن يعمرها من ماله بشرط ترك قطعة من الأرض التي
 كانت حاملة للجدار لتتسع الطريق فظهرت المصلحة في ذلك خوفا من
 انهدامها وعدم ماتعمر به هل ذلك جائز أم لا ؟ وهو الجواز نظرا
 للمصلحة المذكورة " .
 (١)

هذا بالنسبة لتغيير الوقف عن مسماه أما حكم تجديد بنائه
 اذا اقتضت المصلحة ذلك فانه يجوز بشرط أن لا يغير مسمى الوقف
 وأن لا يزال شيء من عينه بل ينقل نقضه من جانبه الى جانب وأن يكون فيه
 مصلحة للوقف قاله السبكي .
 (٢)

لكن شرط عدم ازالة شيء من عينه ووجوب البناء بنقضه قد لا يحقق
 المصلحة المقصودة من التجديد وخصوصا في هذا العصر ولعل هذا فـ
 زمانهم حينما كان البناء ينقض لبنة لبنة ثم يعاد البناء بصورة أحسن
 من الصورة التي كان عليها وأقوى وهو ما كانت عليه الحال في هذه البلاد
 قبل بضع سنين فقد كانت الطين والحجارة عنصران لا يوجد غيرهما للبناء
 لكن مع التطور الذي عم البلاد وجدت البدائل العصرية من اسمنت وأجر
 وحديد فبدأ الناس يجددون بناء الأوقاف القديمة بأوقاف جديدة تتلائم
 والتطور الذي نعيشه في هذا العصر من الناحية العمرانية من غير استعمال

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٢٩٦/٥) .

(٢) مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) .

شئ من النقص الأول وقد تعارف الناس على ذلك ولا ينكر هذا لكون المسطور في الكتب خلافه لأن الفتوى تتبدل وتتغير بتبدل الزمان وتغير العوائد والأحوال والأعراف ولو عاش من قال بهذا الشرط في زماننا لأفتى بخلاف ذلك وهذا الشبراملسى من متأخري الشافعية يفتى بما فيه المصلحة للوقف ولم يَقُلْ بأنه يشترط أن يُعَمَّرَ بالنقص الأول فقد قال : " يُوْخَذُ مِنْ هَذَا جَوَابُ حَادِثَةٍ وَقَعَ السُّؤَالُ عَنْهَا وَهِيَ أَنَّ شَخْصًا أَرَادَ عِمَارَةَ جَامِعٍ خَرِبَ بِأَلْسِنَةِ جَدِيدَةٍ غَيْرِ آلَتِهِ وَرَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي جَعْلِ بَابِهِ فِي مَحَلٍ آخَرَ غَيْرِ الْمَحَلِّ الْأَوَّلِ لِكَوْنِهِ بِجَوَارٍ مِنْ يَمِينِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَعْتَادِ وَهُوَ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَيْ مَصْلَحَةٌ لِلْجَامِعِ وَالْمُسْلِمِينَ " (١) .

فالحاصل أنه يجب أن تكون القاعدة في مثل هذا الموضوع مراعاة المصلحة العامة ولا يجوز للامام وللناظر أن يتصرف تصرفاً يتنافى مع مصلحة الوقف لأن تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة . أما الجمود على ما هو مسطور في الكتب مع تبدل الأزمنة والأحوال والأعراف فقد أجاب عنه القرافي رحمه الله بما لا مزيد عليه فقد قال جواباً عن سؤال مفاده " ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المرتبة على العوائد والعرف للذين كانوا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام فهل اذا تغيرت تلك العوائد وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ؟ أو يقال نحن مقلدون ومالنا أحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتى بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين . قال : ان اجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة في الدين بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٣٩٧/٥) .

الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم
(١)
فيها من غير استئذان " .
(٢)
وقال في الفروق : "والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل
بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين" .

وأما الحنابلة فانهم لم يتعرضوا أيضا لحكم هدم الأوقاف للمصلحة
العامّة الآن ظاهر نصوصهم تفيد أن ذلك لا يجوز مادام الوقف عامرا قائم
المنافع جاء في الانصاف : "فان لم تتعطل منافعه لم يجر بيعه
ولا المناقلة به مطلقا نص عليه في رواية على بن سعيد قال : لا يستبدل
به ولا يبيعه الآن يكون بحال لا ينتفع به . ونقل أبو طالب لا يغير عن حاله
ولا يبيع الآن لا ينتفع منه بشيء وعليه الأصحاب " .

(٤)
وقال ابن قدامة : "ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيتها
لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيتها ويجعل بدلها
مسجدا في موضع آخر" .

وقال أيضا : " المسجد لا يجوز نقله وابداله وبيع ساحته وجعلها
سقاية وحوانيتها الا عند تعذر الانتفاع به والحاجة الى سقاية وحوانيتها
لا تعطل نفع المسجد " .
(٥)
(٦)
وجاء في المبدع : "لكن نقل جعفر فيمن جعل خانا في السبيل وبنى
بجانبه مسجدا فضاقت أيزاد منه في المسجد ؟ قال : لا . قيل فان ترك
ليس ينزل فيه فقد عطل . قال يترك على ما صير اليه ولا يجوز نقله مع
امكان عمارته قاله في الفنون . وان جماعة أفتوا بخلافه وغلطهم" .

-
- (١) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتعرفات القاضى والامام
ص (٢٣١ - ٢٣٢) .
(٢) (١٧٧/١) .
(٣) (١٠١/٧) .
(٤) المغنى (٣٠/٦) .
(٥) المصدر السابق .
(٦) (٣٥٦/٥) .

فالقاعدة عندهم ^{مُطَرَّدَةٌ} في جميع أحكام الوقف وهي أنه لا يجوز بيع الوقف ولا استبداله ولا المناقلة به إلا إذا تعطلت منافعه والحاجة التي هدمه لتوسيع الطريق أو جعله سوقاً لاتعطل النفع فوجب أن يبقى على حاله والله أعلم .

أما بالنسبة لهدم الوقف لتجديد بنائه فقد أجاز الحنابلة تجديد بناء المسجد وقد نص الإمام أحمد على جواز تجديد بناء المسجد لمصلحته (١) واستدلوا بما رواه البخاري عن عبيد الله بن موسى عن اسراييل عن أبي اسحاق عن الأسود قال: قال لي ابن الزبير: كانت عائشة ^{بُسر} اليك كثيراً فما حدثتك في الكعبة؟ قلت: قال لي قال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة لولا أن قومك حديث عهدهم قال ابن الزبير بكفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين باب يدخل الناس وباب يخرجون ففعله ابن الزبير" .

ففيه دليل على جواز نقض الموقوف وتجديده فقد عزم رسول الله صلى الله عليه وسلم على نقض الكعبة واعادتها على ما كانت عليه . على قواعد ابراهيم الخليل عليه السلام فلم يفعل مراعاة لحال المسلمين لقرب عهدهم بالجاهلية وقد ترجم له الإمام البخاري رحمه الله : "باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه" .

فَعَزَمَ الرسول صلى الله عليه وسلم إذاً ثم تركه لهذا الأمر وفعل ابن الزبير له دليل على جواز تجديد بناء الأوقاف .

وقد خالف شيخ الاسلام ابن تيمية المذهب الحنبلي فقال بجواز بيع الوقف واستبداله ومناقلته متى اقتضت المصلحة ذلك فقد فتح رحمه الله الباب واسعاً في ذلك مما لم يسبقه إليه أحد وكان له أتباع في المذهب

-
- (١) الانصاف (١٠٢/٧)، كشف القناع (٣٢٥/٤) .
 (٢) صحيح الامام البخاري (٤٠/١) كتاب العلم باب (٤٨)، مسلم (٩٦٨/٢) ، وما بعدها كتاب الحج باب (٦٩) بألفاظ مختلفة، والامام أحمد في المسند (١٠٢/٦) .
 (٣) صحيح الامام البخاري (٤٠/١) كتاب العلم باب (٤٨) .

الحنبلى يقولون بقوله هذا ويناصرونه ويدافعون عنه . (١) وقد ردَّ رحمه الله على فقهاء الحنابلة القائلين بعدم جواز بيع العقار الموقوف الا اذا تعطلت منافعه في صفحات كثيرة من الفتاوى (٢) وقرر أن بيع العقار الموقوف للمصلحة الراجعة أشبه بنصوص الامام أحمد وأقرب الى أقواله ومما قاله رحمه الله : " ماذكروه ممنوع ولم يذكروا عليه دليلا شرعيا ولا مذهبيا . وان ذكروا شيئا من مفهوم كلام احمد أو منظوقه فغايتته أن يكون رواية عنه قد عارضتها رواية أخرى عنه هي أشبه بنصوصه وأصوله وإذا ثبت في نصوصه وأصوله جواز ابدال المسجد للمصلحة الراجعة فغيره أولى . وقد نص على جواز بيع غيره أيضا للمصلحة للضرورة .

وأیضا فيقال لهم لاضرورة الى بيع الوقف وانما يباع للمصلحة الراجعة ولحاجة الموقوف عليهم الى كمال المنفعة . لالضرورة تبيح المحظورات فانه يجوز بيعه لكامل المنفعة وان لم يكونوا مضطرين ولو كان بيعه لايجوز لأنه حرام لم يجز بيعه لضرورة ولاغيرها كما لم يجز بيع الحر المعتق ولو اضطر سيده الى ثمنه . وغايتته أن يتعطل نفعه فيكون كما لو كان حيوانا فمات ، ثم يقال لهم بيعه في عامة المواضع لم يكن إلا نفعه بالكلية فانه لو تعطل نفعه بالكلية لم ينتفع به أحد الا المشتري ولاغيره وببيع ما لا منفعة فيه لايجوز أيضا فغايتته أن يخرب ويصير عرصة " .

(١) يقول المرادوى في الانصاف (١٠١/٧) : " وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله ذلك لمصلحة . . . واختاره صاحب الفائق وحكم به نائبا عن القاضى جمال الدين المسلاتى فعارضه القاضى جمال المرادوى - صاحب الانتصار - وقال حكمه باطل على قواعد المذهب وصنف فى ذلك مصنفا رد فيه على الحاكم سماه : " الواضح الجلى فى نقض حكم ابن قاضى الجبل الحنبلى " وصنف صاحب الفائق مصنفا فى جواز المناقلة للمصلحة سماه : " المناقلة بالأوقاف وما فى ذلك من النزاع والخلاف " وأجاد فيه . ووافقه على جوازها الشيخ برهان الدين بن القيم والشيخ عز الدين حمزة بن شيخ السلاميه وصنف فيه مصنفا سماه : " رفع المناقلة فى منسج المناقلة " ووافقه أيضا جماعة فى عصره وكلهم تبع للشيخ تقى الدين رحمه الله فى ذلك " . قلت وكتاب ابن قاضى الجبل ورد المرادوى عليه مطبوعان مع بعضهما عام ١٣٨٦هـ تحت اسم كتاب المناقلة بالأوقاف لابن قاضى الجبل .

(٢) راجع فى ذلك مجموع الفتاوى (٢١٢/٣١) ومليدها .

(٣) المرجع السابق (٢٢٣/٣١ - ٢٢٤) .

وأوضح في موضع آخر أن أصل الامام أحمد في هذا الباب مراعاة مصلحة
الوقف فقال : " بل النصوص عند أحمد وأصوله وعموم كلامه وكلام أصحابه
واطلاقه يقتضى أن يفعل في ذلك ما هو مصلحة أهل الوقف فان أصله في
هذا الباب مراعاة مصلحة الوقف بل أصله في عامة العقود اعتبار مصلحة
الناس فان الله أمر بالعلاج ونهى عن الفساد وبعث رسله بتحصيل المصالح
وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها : " وَقَالَ مُوسَى لِأَخِيهِ هَارُونَ أَخْلِفْنِي فِي
قَوْمِي وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ " (٢) . وقال شعيب : " إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ
مَا اسْتَطَعْتُ " ، وقال تعالى : " فَمَنْ أَتَقَى وَأَصْلَحَ فَلَخَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ " (٤)
وقال تعالى : " وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ
أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَكِنْ لَا يَشْعُرُونَ " (٥) .

وقال رحمه الله : " وأما ابدال المسجد بغيره للمصلحة مع امكان
الانتفاع بالأول ففيه قولان في مذهب أحمد واختلف أصحابه في ذلك لكن
الجواز أظهر في نصوصه وأدلته والقول الآخر ليس عنه به نص صريح وانما
تمسك أصحابه بمفهوم خطه فانه كثيرا ما يفتى بالجواز للحاجة وهما
قد يكون تخميما للجواز بالحاجة وقد يكون التخصيص لكون ذلك هو الذى
سئل عنه واحتاج الى بيانه " (٦) .

وقد استدلل رحمه الله بالأثر والنظر وأقوال الامام أحمد ونصوصه
وأسهب في ذلك ومما ذكر من الأثر استدلالا لما ذهب اليه : " ولأن الخلفاء
الراشدين عمر وعثمان رضى الله عنهما غيرا مسجدا للنبي صلى الله عليه
وسلم وأمر عمر بن الخطاب بنقل مسجد الكوفة الى مكان آخر ومسجد
الأول سوق التمارين للمصلحة الراجحة لا لأجل تعطل منفعة تلك المساجد فانه
لم يتعطل نفعها بل مازال باقيا . وكذلك خلفاء المسلمين بعدهم

(١) مجموع الفتاوى (٢٦٦/٣١) .

(٢) الأعراف : ١٤٢ .

(٣) هود : ٨٨ .

(٤) الأعراف : ٣٥ .

(٥) البقرة : ١١ - ١٢ .

(٦) مجموع الفتاوى (٢١٥/٣١) .

كالوليد والمنصور والمهدى فعلوا مثل ذلك بمسجدي الحرمين ، وفعل
ذلك الوليد بمسجد دمشق وغيرهما مع مشورة العلماء في ذلك وقرارهم^(١) .
قال : " ومع هذا فأحمد اتبع الصحابة في جواز ابدال المسجـد
بمسجد آخر وجعل المسجد الأول سوقاً^(٢) " .

هذا خلاصة ماذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله جواز ابدال
الوقف اذا ظهرت المصلحة بل نص على أنه مع الحاجة يجب ابدال الوقف
بمثله وبلا حاجة يجوز بخير منه ويجوز أيضا تغيير صورة الوقف للمصلحة
كجعل الدور حوانيت ونحو ذلك^(٣) .

الترجيح :

الذي يظهر لي - والله أعلم - جواز هدم الأوقاف للمصلحة العامة
كتوسيع المساجد والمقابر والطرق ونحوها بشرط أن تكون تلك المصلحة
المطلوبة أو المفيدة المدفوعة محققة غير موهومة ، وأن تكون متعينة
بحيث تنسد جميع السبل الأخرى المشروعة أصلا ولا يبقى حل سوى هدم العقار
الموقوف . فان الأصل في الشريعة الغراء تقديم المصلحة العامة على
المصلحة الخاصة . والقاعدة في اجتماع الضررين وتقابلهما أن يُسقط الأصغر
الأكبر . ولا أكبر ضررا من شيء يسبب الضيق للمسلمين والحرش والمشقة
ومن المعلوم أن أحوال الناس في هذا الزمان قد تغيرت ووسائل مواصلاتهم

(١) مجموع الفتاوى (٢٢١/٣١) والمقصود من قوله غيرا في مسجد الرسول
وقوله فعلوا مثل ذلك بمسجدي الحرمين أوضحه في موضع آخر بقوله
(٢٣٣/٣١) : " والمساجد الثلاثة التي بنتها الأنبياء عليهم السلام
وشرع للناس السفر اليها ووجب السفر اليها بالنذر لايجوز ابدال
عرصتها بغيرها بل يجوز الزيادة فيها وابدال التأليف والبناء
بغيره كما دلت عليه السنة واجماع الصحابة بخلاف غيرها فانسه
لايتعين للنذر ولايسافر اليه فيجوز ابداله للمصلحة " .

(٢) مجموع الفتاوى (٢٣٢/٣١) .

(٣) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام للبعلي (ص ١٨١ - ١٨٢) .

قد تطورت فاحتاجوا بذلك الى فتح الشوارع وتوسعة الميادين والأسواق والمساجد لتستوعب هذا العدد الهائل من الناس ووسائل مواصلاتهم المختلفة . والمصلحة في ذلك لاتخفى على كل عاقل بعير حتى نقول بعدم جوازه محافظة على أصل الوقف . وما هو مسطور في كتب المتقدمين من الفقهاء من عدم جواز ذلك يجب أن يتغير في هذا الزمان ^(١) لأنه لو طبق لأصبح ضررا والشريعة الاسلامية منزهة عن الاضرار بالناس بل ان الشريعة ماأتت الا لتملح الناس في أحوالهم الدينية والدنيوية ، قال شيخ الاسلام ابن تيمية ^(٢) : " فان الله أمر بالعلاج ونهى عن الفساد وبعث رسله بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها " .

وماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه من نقله المسجد الذى بالكوفة وجعل مكانه سوقا للتمارين صريح في جواز مثل ذلك بل قد وسع الحرم المكى والحرم المدنى وأدخلت فيهما الأوقاف وغيرها من حولهما عمرا بعد عمر ولم ينكر هذا أحد من علماء المسلمين فدل على جوازه لمصلحة المسلمين خاصة .

إذا ثبت هذا فانه يجب على اللجان المختصة بتقدير قيمة العقارات التى قد أزمع ولى الأمر على نزع ملكيتها للمصلحة العامة أن تراعى الله فى هذا التقدير وتعطى كل شئ حقه من غير حيف ولاشطط ومن ثم يستلم ناظر الوقف هذا التعويض ويلزمه كما يقول أحد القضاة السابقين فى المحكمة الشرعية بمكة المكرمة ^(٣) : " شراء البديل فى الحال بعد ثبوت ملكية المستبدل به وأن فى شرائه خطأ وغيطة لجهة ذلك الوقف أو على الناظر أن يعمر به بقية أوقاف تلك الجهة إذا اتحدت جهاتها ولايجوز للناظر تأخير الشراء لأن فى ذلك تعطيلاً لمصلحة المستحقين أو تعطيلاً للجهة الموقوف عليها وقد يتلف العوض أو تزيد أقيام البديل به أو حرمان تلك الطبقة بموتها إذا كان الوقف مرتباً وغير ذلك وعلى الحاكم الشرعى الاعتراض على الناظر إذا فعل ما لايسوغ " .

(١) راجع نص القرافى حول هذا الموضوع فى المسألة السابقة . (ص ٤٦٤)

(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٦٦/٣١) .

(٣) مقدمة المناقلة بالأوقاف للشيخ عبدالله بن عمر بن دهيش (ص ٧) .

المبحث الثانى

فى التلف والاتلاف فى كتاب العارية

المطلب الأول : فى يد المستعير على العين المستعارة

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى حكم يد المستعير على العارية هل هى يد أمانة أو ضمان على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية والظاهرية^(١) الى أن العارية أمانة عند المستعير
لاتضمن الابالتعدى والتقمير فى الحفظ . يقول ابن حزم^(٢) : " والعارية
غير مضمونة من غير تعدد المستعير وسواء ماغيب عليه من العوارى ومالم
يغيب عليه منها . فان ادعى عليه أنه تعدى أو أضعها حتى تلفت أو عَرَضَ
فيها عارض فان قامت بذلك البينة أو أقر ضمن بلا خلاف . وان لم تقم
بينة ولا أقر لزمته العين وبرئ^(٣) لأنه مدعى عليه " .
ويقول الكاسانى^(٤) : " وأما بيان حال المستعار فحاله أمانة فى يد
المستعير فى حال الاستعمال بالاجماع أما فى غير حال الاستعمال فكذلك
عندنا " .

وقال فى موضع آخر^(٥) : " فالذى يغير حال المستعار من الأمانة الى
الضمان ماهو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨)، المبسوط (١٣٥/١١)، الهداية على شرح فتح
القدير (٧/٩)، تبیین الحقائق (٨٤/٥)، الدر المختار ورد المحتار
عليه (٦٧٨/٥ - ٦٧٩)، مجمع الأنهر والدر المنتقى شرح الملتقى (٣٤٧/٢) .
(٢) المحلى (١٦٢/١٠) .
(٣) المرجع السابق .
(٤) بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨) .
(٥) المرجع نفسه (٣٩٠٦/٨) .

الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف" .
هذا، وللحنفية فى ضمان العارية وموجباته تفصيلات يمكن تلخيصها فى
ضوابط ستة :

الضابط الأول :

(١)

استعمال العارية المطلقة مقيد بالعرف والعادة .
والمعنى أن العارية اذا كانت مطلقة عن القيد بحيث لم يحدد لـه
المعير نوعية الاستعمال ولا زمانه ولا مكانه فان هذا الاطلاق مقيد بالعرف
والعادة فان المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد بها .
بيان ذلك : أنه لو أعاره سيارة مثلاً إعارَةً مطلقَةً ولم يسم له مكاناً
ولازماناً ولم يحدد له ماذا يحمل عليها، ومن يركب فيها . فله أن يستعملها
حسب العادة والعرف فلا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يتحمل مثل هذا
الحمل ، ولا يستعملها فى زمان لا يستعمل مثلها فيه عادة ولا يقودها فى أماكن
لاتدخلها مثيلاتها عادة فان خالف وتلفت السيارة فى هذه الحال ضمن .

الضابط الثانى :

(٢)

يلزم مراعاة القيد فى العارية ما أمكن فان خالف ضمن .
والمعنى أن المعير اذا أعار شخصاً عينا من الأعيان وحدد له استعمالاً
معيناً فليس له أن يخالف هذا فان خالف وتلفت العين المستعارة ضمن
لمخالفته وتعيده ما حدّد له .
بيان ذلك : أعاره سيارة ليقودها بنفسه فليس له أن يعيرها لغيره
فان فعل ثم تلفت السيارة ضمن . لأن مراعاة هذا القيد ممكن ولأن لـه
فائدة لأن الناس يتفاوتون فى قيادة السيارات فلزم اعتبار مثل هذا القيد .

- (١) راجع بدائع الصنائع (٣٩٠٠/٨)، رد المحتار (٦٨٠/٥) .
(٢) بدائع الصنائع (٣٩٠١/٨)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٨٠/٥) ،
تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٨٦/٥) .

وكذلك لو أعاره السيارة على أن يحمل عليها قطنا أو اسفنجا شمم حمل عليها حديدا أو اسمنتا فتلفت فإنه يضمن لمخالفته القيد المعتبر .
وكذلك اذا قيده بالزمان أو المكان فيلزم مراعاة هذا القيد والاضمن .

الضابط الثالث :

(١)
القيد فى العارية اذا لم يكن فيه فائدة فيعتبر لاغيا .
بيان ذلك أعاره دارا للسكنى ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لعدم تفاوت الناس فى السكنى . فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو القيد الا اذا أراد أن يسكن فيها حدادا ونحوه مما يوهن البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لأن المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما ذكرنا آنفا .

الضابط الرابع :

(٣)
العارية المطلقة اذا قيدت ببعض الأوصاف يبقى الاطلاق فيما وراه .
بيان ذلك : أعاره السيارة على أن يستعملها فى مكان كذا فى العمر فيلزمه التقييد به وله أن يستعملها فى أى وقت شاء ولأى غرض شاء فى حدود العرف والعادة . لأن التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيمما وراه .

الضابط الخامس :

(٤)
حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب كغصبها .
بناء على ذلك فلو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب

- (١) المراجع السابقة .
(٢) هذا المشال ذكره الكاسانى ولكن فيه نظر لأنه لايسلم له أن الناس لايتفاوتون فى السكنى وأقرب من ذلك ما ذكره من أنه لو أعاره دابة فشرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فهذا القيد يعتبر لاغيا لعدم الفائدة .
انظر بدائع الصنائع (٣٩٠٢/٨) .
(٣) بدائع الصنائع (٣٩٠٢/٨) .
(٤) بدائع الصنائع (٣٩٠٦/٨ - ٣٩٠٧) ، تبیین الحقائق (٨٩/٥) ، ردالمحتار (٦٧٩/٥) ، المبسوط (١٤٨/١١) .

قبل انقضاء المدة ثم تلفت في يده فانه يضمن لأنها واجبة الرد في هاتين
الحالتين . لأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو بالطلب فصارت العين
في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة
حال هلاكه .

الضابط السادس :

(١)
أن عقد العارية غير لازم .

بناءً على ذلك لايجوز للمستعير أن يتصرف في العارية تصرفاً يمنه
من استردادها عند طلب صاحبها مثل أن يعقد عليها عقد اجارة لأن عقد
الاجارة عقد لازم وعقد العارية غير لازم فلو طلبها صاحبها والمستعير
قد أجرها لأفنى ذلك الى سلب اللزوم عن العقد اللازم وهو الاجارة
أو اثبات صفة اللزوم لعقد غير لازم وهو العارية وكل ذلك باطل . وعلى
هذا فليس له الحق في اجارتها فان فعل وتلفت العين ضمن المستعير لأنه
بمجرد تسليم العين المستعارة الى المستأجر فانها تدخل في ضمانه
حيث قد تصرف تصرفاً لا يحق له فصار غاصباً ، يقول الكاساني : "فان أجر
وسلم الى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصباً
فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير اذنه
كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا فَمِنَ المستعير لا يرجع بالضمن على
المستأجر لأنه مَلَكَهُ بأداء الضمان فتبين أنه أَجَرَ ملك نفسه .
وان فَمِنَ المستأجر فان كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع
على المستعير وان لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه لأنه اذا لم يعلم به
فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمن الغرور" .

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٨٩٩/٨)، تبیین الحقائق (٨٥/٥)، الدر المختار
(٦٧٩/٥)، المبسوط (١٣٤/١١) .
(٢) بدائع الصنائع (٣٩٠٠/٨)، وراجع تبیین الحقائق (٨٥/٥) .

القول الثانى :

(١)
ذهب المالكية الى تقسيم العين المعاره الى قسمين : أحدهم
مالايغاب عليه وهو مالايمكن اخفاؤه كالعقار والحيوان .

والثانى : مايغاب عليه وهو ماييمكن اخفاؤه كالحلي من الذهب
والفضة والثياب والسلاح الخفيف ونحو ذلك .

فقالوا : اذا كانت العارية مما لا يغاب عليه فانها أمانة فى يـد
المستعير لا يضمن الا بالتعدى والتضييع وكذلك اذا كانت مما يغاب عليه
فهى أمانة أيضا اذا ظهر هلاكها ووضح من غير تضييع ولا تعد .

فان خفى هلاك ما يغاب عليه ضمن المستعير مطلقا الا اذا أقام بينة
على أن هلاكه حمل بغير سببه ومن غير تفريط منه . هذا هو المشهور من
قول الامام مالك وهو قول ابن القاسم .

وهناك رواية عن الامام مالك وهو ما ذهب اليه أشهب ان المستعير
يضمن كل ما يغاب عليه سواء قامت بينة بهلاكه أو لم تقم ، وسواء هلك
بسببه أو بغير سببه . وأما الحيوان ومالا يغاب عليه فلا ضمان عليه
الا بالتعدى والتضييع .

ومتى قال المالكية بعدم الضمان الا بالتعدى فما هو معيار التعدى
عندهم ؟

معيار التعدى أنه متى خالف أمر صاحبها أو استعمالها فى غير
ما أذن له أو فى غير ما تستعمل فيه عادة فهو متعد .

بيان ذلك جاء فى المدونة^(٢) : " قلت لابن القاسم رأيت لو أن رجلا
استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حجارة فعطبت أيضمن أم لا فى

(١) جواهر الاكليل (١٢٥/٢ - ١٢٦) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه
(٤٣٦/٣) ، التمهيد (٣٨/١٢) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٤١/٢) ،
المدونة (١٦٢/٦ - ١٦٤) ، الفواكه الدوانى (٢٣٥/٢) ، البهجة شرح
التحفة (٢٧٥/٢) ، الشرح المغير وحاشية الصاوى عليه (٢٠٦/٢) .
(٢) المدونة (١٦٢/٦ - ١٦٣) .

قول مالك ؟ قال: قال مالك: في رجل اكرت دابة من رجل ليحمل عليها
أو ليركبها فأكرها من غيره فعطبت قال: ان كان أكرها في مثل ما أكرها
له وكان الذي اكرها عدلا أميناً لآسبه فلا ضمان عليه وان كان ما حمل
على الدابة مما يشبه أن يكون مثل الذي استعارها له فعطبت فلا ضمان^(١)
عليه وان كان ذلك أضر بالدابة فعطبت فهو ضامن . ومما يبين لك ذلك أنه
لو استعارها ليحمل عليها بَرّاً فحمل عليها كتانا أو قظنا أو استعارها
ليحمل عليها حنطة فحمل عليها عدسا أنه لا يضمن في قول مالك وانما
يضمن اذا كان أمراً مخالفاً فيه فَرَرَّ على الدابة فهذا الذي يضمن ان عطبت .
قلت أرأيت ان استعرت دابة لأحمل عليها حنطة فَرَكَبْتُهَا أنا ولم أحمل
عليها فعطبت هل أضمنها أم لا ؟ قال: ينظر في ذلك فان كان ركوبك أضر
بالدابة من الحنطة وأثقل ضمانتها والا فلا ضمان .

فمعيار التعدي والتفريط عند المالكية اذا مرجعه العرف والعادة
فما يعتبر في عرف الناس تفريظاً أو تعدياً فهو كذلك والا فلا .

والظاهر من مذهب المالكية أنه وان ثبت أن المستعير لم يفرط ولم
يقع التلف بسببه مثل أن يكون التلف جاء نتيجة السوس في الخشب أو قرض
فأر فانه اذا ادعى عليه صاحب العين أن ما حمل ذلك الا بسبب تفريظ
فان المستعير يحلف أنه ما فرط فان نكل غرم بنكوله . ولم يفرقوا في ذلك
بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه . واذا ثبت الضمان في مثل هذه^(٢)
الحالة فقد قالوا ان فات المقصود من العين بسبب السوس أو قرض الفأر
ضمن جميع قيمته . وان لم يفت المقصود منه ضمن ما بين قيمته سليماً
وقيمته بما حدث فيه من العيب سواء كان كثيراً أو قليلاً .

أما اذا ثبت عليه الضمان بتعديه وتفريظه أو كانت العين ممسكاً
يغاب عليه ولم تقم بينة على نفي الضمان عنه . فقد قالوا : يضمن قيمة
العين يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها من الاستعمال المأذون فيه

(١) هكذا جاءت والظاهر من السياق أن تكون: اكرها . بدلاً من استعارها
والله أعلم .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٣٧/٣) .

جاء فى الأم : " أخبرنا الربيع قال : أخبرنا الشافعى قال : العارية
كلها مضمونة الدواب والرقيق والدور والشباب لافرق بين شئ منها فمن
استعار شيئاً فتلف بيده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له " .
وجاء فى روضة الطالبين : " فاذا تلفت العين فى يد المستعير ضمنها
سواء تلفت بأفة سماوية أم بفعله بتقشير أم بلا تقشير هذا هو المشهور " .
وقال : " هذا اذا تلفت العارية لا بالاستعمال أما اذا تلفت
بالاستعمال المأذون فيه بأن انمحق الثوب باللبس فلا يجب ضمانه على
الأصح كالأجزاء " .
وقال الخرقى : " والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير " (٣)
وقال ابن قدامة : " ويجب ضمانها اذا كانت تالفة تعدى فيها المستعير
أو لم يتعد " .
وقال المرदाوى : " قال الحارثى : نص الامام أحمد رحمه الله على
ضمان العارية وان لم يتعد فيها كثير متكرر جدا من جماعات وقف على
رواية اثنين وعشرين رجلا وذكرها " .
وجاء فى الاقناع وشرحه : " وان تلفت أجزاءها باستعمالها بمعروف
فلا ضمان أو تلفت العارية كلها باستعمالها بمعروف كخمل منشفة وطنفسة ...
ونحوهما لأن الاذن فى الاستعمال ^{تضمن} الاذن فى الاتلاف الحاصل به وما أذن فى
اتلافه لا يضمن كالمنافع قال ابن نصر ^{الله} : فعلى هذا لو تلفت بالانتفاع
بالمعروف فلا ضمان " .
فالقاعدة اذاً عند الشافعية والحنابلة : " أن الاستعمال المبرر "

(١) (٢١٧/٣) .

(٢) (٤٣٢ - ٤٣١/٤) .

(٣) المغنى (١٦٣/٥) .

(٤) المرجع نفسه (١٦٤/٥) .

(٥) الانصاف (١١٢/٦) .

(٦) كشاف القناع (٧٨/٤) .

من الضمان ما كان في حدود المأذون نما أو دلالة^(١) .
 كما نَبَّه الشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز للمستعير أن يتصرف
 في العارية تصرف الملاك مثل أن يعيرها أو يؤجرها لأن العارية عندهم
 إباحة للمنفعة وليست تمليكاً خلافاً للحنفية . فان أعارها أو أجرها ضمن
 لصاحبها . لأن المستببح لا يملك نقل ما يبيح له بدليل أن الضيف لا يبيح
 لغيره ما قُدِّم له . وهذا كله إذا لم يَأْذَن له المالك في الاعارة أو الاجارة
 أما إذا أذن له صح هذا التصرف منه وأصبح معيراً والضمان على المستعير
 الثاني .

بناءً عليه فإذا أعارها من غير إذن المالك فللمالك تضمين من
 شاء منهما جاء في كشف القناع^(٤) : " أعار بلاذن المعير فتلفت العارية
 عند المستعير الثاني: ضَمَّنَ رب العين القيمة والمنفعة أيهما شاء . أما
 المستعير الأول: فلأنه سَلَطَ غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، أشبهه
 مَالُو سَلَطَ على مال غيره دابة فأكلته، وأما المستعير الثاني فان العين
 والمنفعة فاتا على مالِكهما في يده، والقرار في ضمانها على الثاني،
 لأنه المستوفى للمنفعة بدون إذن المالك، وتَلَفَّ العين انما حمل تحت يده،
 ومحل ذلك إذا كان الثاني عالماً بالحال بأن العين لها مالك لم يَأْذَن في
 اعارتها، وكذا لو أجره بلا إذنه . والا يَكُنَّ المستعير الثاني عالماً
 بأن العين لها مالك لم يَأْذَن في اعارتها، استقرَّ عليه ضمان العين، لأنه
 قبضها على أنها عارية والعارية مضمونة . ويستقر ضمان المنفعة على
 المستعير الأول لأنه غَرَّ الثاني بدفعها له على أن يستوفى منافعها بغير
 عوض، وعكس ذلك لو أجرها لجاهل بالحال فيستقر على المستأجر ضمان

(١) روضة الطالبين (٤/٤٣٥)، كشف القناع (٤/٧٩) ومما جاء في الاقناع
 قوله : " وليس له أن يستعمل ما استعاره في غير ما يستعمل فيهِ
 مثله مثل أن يحشو القميص قطناً كما يَفْعَلُ بالجوالق أو يحمل فيه
 تراباً أو يستعمل المناشف والطنافس في ذلك أو يستظل بها من
 الشمس أو نحوه . قال البهوتي لأنه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً " .

(٢) مغنى المحتاج (٢/٢٦٤)، المهذب (١/٤٧٧) .

(٣) شرح منتهى الارادات (٢/٣٩٦)، المغنى (٥/١٦٨ - ١٦٩)، الانصاف (٦/١١٤) -

• (١١٥)

(٤) (٤/٧٩) .

• جمعا بين الأخبار

قلت : لو صح لكان دليلا صريحا فى عدم ضمان العارية وحمله على ما قالوا جمعا بين الأخبار لا يصح لأن الأخبار التى وردت فى الضمان واستدلوا بها لاتقوى على معارضة مثل هذا الحديث لو صح لأنها فعيفة كما سنرى عند عرض أدلتهم •

وأما النظر : فهو أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهرا العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان بيان ذلك :

أن العقد عقد تبرع بالمنفعة تملিকা أو اباحة على اختلاف الأصلين •
وأما القبض فإنه اذا كان قبض مال الغير بغير اذنه لحفظه وصيانته من الهلاك لا يصلح سببا لوجوب الضمان فبالاذن أولى لأن قبضه للحفظ والصيانة من الهلاك ولو من غير اذن المالك احسان وما على المحسنين من سبيل • ولأن القبض المأذون فيه لا يكون تعديا لأنه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدى •
(١)

ثانيا : استدلال الظاهرية :

(١) قال تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " (٢) •

قال ابن حزم : " فصح أن مال المستعير محرم الآن يوجبه نص قرآن أو سنة ولم يوجبه قط نص منهما " (٣) •

(٢) قال الله تعالى : " مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ " (٤) ، وقال تعالى : " إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ " (٥) •

(١) بدائع الصنائع (٥/٨) ، وراجع المبسوط (١١/١٣٥) ، تبیین الحقائق

• (٨٥/٥)

(٢) النساء / ٢٩

(٣) المحلى (١٧١/١٠) •

(٤) التوبة : ٩١

(٥) الشورى : ٤٢

قال ابن حزم : " والمستعير مالم يتعد ولاضيق محسن فلا سبيل عليه
بنص القرآن والغرم سبيل بيقين فلاغرم عليه " (١) .

(٣) رُوِيَ عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال : " العارية ليست
بيعا ولامضمونه انما هو معروف الاآن يخالف فيضمن " (٢) .

(٤) وَرُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : " العارية بمنزلة
الوديعة ولاضمن فيها الاآن يتعدى " (٣) .

ثالثا : استدل المالكية على قولهم بأنه يضمن ما يغاب عليه
الاآن يقيم بينة على أنه هلك من غير تعديه ولاتفريطه بدليل عقلى وهو
أن ضمان العواري عندهم ضمان تهمة فالمستعير لما يغاب عليه متهم حتى
يثبت أنه برىء مما ينسب اليه من التعدى أو التفريط ولايكون ذلك
الا باقامة البينة (٤) .

وهذا فى نظرى دليل ضعيف وقد رد عليه ابن حزم فقال : " لىس
بالتهمة تستحل أموال الناس لأنها ظن والله تعالى قد أنكر اتباع الظن
فقال تعالى : " إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ الظَّنُّ لَإِغْنَىٰ مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا " (٦)
وقال : " ويلزمكم اذا عملتم الظن أن تضمنوا المتهم ولاتضمنوا من
لايتهم كما يقول شريح ، ويلزمكم أن تضمنوا الوديعة أيضا بهذه التهمة " .

رابعا : استدل الشافعية والحنابلة على قولهم بالأثر والنظر :

أما الأثر :

(١) فما روى أبو داود عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤدى " (٧) .

(١) المحلى (١٧١/١٠) .

(٢) مصنف عبدالرزاق (١٧٩/٨) ، المحلى (١٧٠/١٠) قال ابن حزم وهوذا
صحيح عن علي .

(٣) مصنف عبدالرزاق (١٧٩/٨) ، المحلى (١٧٠/١٠) .

(٤) حاشية الدسوقي (٣٤٦/٣) .

(٥) المحلى (١٦٣/١٠) .

(٦) النجم : ٢٨

(٧) رواه أبو داود (٨٢٢/٣) كتاب البيوع باب (٩٠) ، والترمذى (٥٥٧/٣) ،

كتاب البيوع باب (٢٩) وقال هذا حديث حسن صحيح ، وابن ماجه (٨٠٢/٢) ،

كتاب الصدقات باب (٥) ، والحاكم فى المستدرک (٤٧/٢) وقال صحيح على

شرط البخارى ووافقه الذهبى .

(١) قال الخطابي : "فى هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة وذلك أن "على" كلمة إلزام و إذا حصلت اليد آخذة صار الأداء لازما لها . والأداء قد يتضمن العين إذا كانت موجودة والقيمة إذا صارت مستهلكة ولعلـه أملك بالقيمة منه بالعين " .

وقد نوقش هذا الدليل بأنه ضعيف لأن الحسن لم يسمع من سمرة . فقد قال ابن حزم : " الحسن لم يسمع من سمرة " .
(٢)
وقال ابن حجر : " والحسن مختلف فى سماعه من سمرة " .
(٣)
وقال ابن القيم : " اختلف أهل الحديث فى سماع الحسن عن سمرة
(٤)
وحديث الحسن هذا عن سمرة فى العارية أخرجه الحاكم فى صحيحه وقال : هو على شرط البخارى وفيما قاله نظر " .

وقد ضعف هذا الحديث الألبانى فقال : " هو صحيح على شرط البخارى لو أن الحسن صرح بالتحديث عن سمرة فقد أخرج البخارى عنه به حديث العقيقة أما وهو لم يصرح به بل عنعنه وهو مذكور فى المدلسين فليس الحديث اذن بصحيح الاسناد وقد جرت عادة المحدثين اعلان هذا الاسناد بقولهم والحسن مختلف فى سماعه من سمرة " .
(٥)

ثم لو صح فقد قال ابن حزم : " فليس منه الا الأداء وهكذا نقول والأداء غير الضمان فى اللغة والحكم ويلزمهم اذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يضمنوا بذلك المرهون والودائع لأنها مما قبضت اليد " .
واستدل على قوله ان الأداء غير الضمان بما رواه أبو داود عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم " اذا أتتك رسل فاعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بغيرا " قال فقلت يارسول الله أعارية مضمونة . أو عارية مؤداة ؟ قال بل مؤداة " .
(٦)
(٧)

-
- (١) معالم السنن (٨٢٢/٣) .
(٢) المحلى (١٦٩/١٠) .
(٣) التلخيص الحبير (٦٠/٣) .
(٤) تهذيب سنن أبى داود مع المختصر (١٩٧/٥) .
(٥) انظر ارواء الغليل (٣٤٩/٥) .
(٦) المحلى (١٦٩/١٠) .
(٧) رواه أبو داود (٨٢٦/٣) كتاب البيوع باب (٩٠)، والدارقطنى (٣٩/٣) كتاب البيوع .

(١) قال ابن حزم : "فهذا حديث حسن ليس فى شيء مما روى فى العارية خيرا يصح غيره وأما ما سواه فلا يساوى الاشتغال به وقد فرق بين الضمان والأداء وأوجب فى العارية الأداء فقط دون الضمان " .

قلت : ومما يؤيد ضعف الاستدلال بهذا الحديث على ضمان العارية أنه قد جاء فى آخر الحديث من رواية أبى داود قوله : " ثم ان الحسن نسى فقال هو أمينك لاضمان عليه " زاد فى الترمذى : " يعنى العارية " (٣) .

(٢) مارواه أبو داود عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال أغضبنا يامحمد ؟ فقال لا بل عارية مضمونة " (٤) .

(٥) قال الخطابى : "وهذا يؤكد ضمان العارية وفى قوله عارية مضمونة بيان ضمان قيمتها اذا تلفت لأن الأعيان لاتضمن ومن تأوله على أنه ما تودى مادامت باقية فقد ذهب عن فائدة الحديث " .

وحديث صفوان هذا ضعفه بعض أهل الحديث وأعلوه بالاضطراب فى سنده ومثنه قال ابن عبد البر : "حديث صفوان هذا أختلَفَ فيه على عبدالعزيز ابن رفيع اختلافاً يطول ذكره فبعضهم يذكر فيه الضمان وبعضهم لا يذكره وبعضهم يقول فيه عن عبدالعزيز بن رفيع عن ابن أبى مليكة عن أمية بن صفوان عن أبيه وبعضهم يقول عن عبدالعزيز بن ابن أبى مليكة عن ابن صفوان قال استعار النبى صلى الله عليه وسلم ليقول عن أبيه

(١) المعلى (١٠/١٦٩) .

(٢) سنن أبى داود (٣/٨٢٢) كتاب البيوع باب (٩٠) .

(٣) سنن الترمذى (٣/٥٥٧) البيوع باب (٣٩) .

(٤) سنن أبى داود (٣/٨٢٢) كتاب البيوع باب (٩٠)، الامام أحمد (٦/٤٦٥) (٤٦٥/٦) .

الحاكم فى المستدرک (٢/٤٧) . وقد رواه الحاكم من طريق آخر غير هذا الطريق (٣/٤٨ - ٤٩) وصححه ووافقه الذهبى لكن هذا الطريق فيه أيضا أحمد بن عبد الجبار بن محمد العطاردى قال عنه ابن حجر ضعيف وسماعه للسيرة حسن انظر تقريب التهذيب (١/١٩) وراجع هامش تحفة المحتاج للمحقق (٢/٢٧٨) . وقد صحح هذا الحديث بشواهد الألبانى راجع ارواء الغليل (٥/٣٤٤)، وراجع هامش شرح السنة للمحقق (٨/٢٢٤)، وقد قال الحديث صحيح .

(٥) معالم السنن (٣/٨٢٣) .

(٦) التمهيد (١٢/٤٠ - ٤١) .

والاضطراب فيه كثير ولا يجب عندي بحديث صفوان هذا حجة فى تضمين العارية والله أعلم" .

(١)

وقد ساق ابن حزم طرق هذا الحديث وأعلها كلها وضعفها .

(٢)

وقال ابن حجر : "وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث" .

وقال أبو داود حينما روى هذا الحديث : " وهذه رواية يزييد

(٣)

بيغداد وفى روايته بواسط تغيير" .

(٤)

وقد ردَّ الحنفية هذا الدليل أيضا بعللة الاضطراب فقد قال الكاسانى :

"ولاحجة له فى حديث صفوان لأن الرواية قد اختلفت فقد رُوِيَ أنه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل اليه فَأَمَّنَهُ وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنينا فقال هل عندك شيء من السلاح ؟ فقال عارية أو غصبا ؟ فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيهما الضمان . والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج" .

وقال الحنفية ولو صح فيحمل على ضمان الرد وبه نقول فلا يحتمل

(٥)

على ضمان الغير .

يقول الزيلعى فى معرض جوابه عن الاستدلال بهذا الحديث : "ولأن صفوان

كان حربيا فى ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربى والمسلم ما لا يجوز

(٦)

بين المسلمين" .

قلت : ولم يكن صفوان حربيا بل كان مستأمنا وقد علق على كلامه

(٧)

هذا الشلبى فقال : " قوله ولأن صفوان كان حربيا " أى كان مستأمنا" .

وقيل أيضا ان الدرود كانت أمانة لأهل مكة عند صفوان فاستعارها

(١) راجع المحلى (١٦٥/١٠) وما بعدها .

(٢) التلخيص الحبير (٦٠/٣) .

(٣) سنن أبى داود (٨٢٦/٣) كتاب البيوع باب (٩٠) .

(٤) بدائع الصنائع (٢٩٠٦/٨) .

(٥) المرجع السابق ، تبیین الحقائق (٨٥/٥) ، المبسوط (١٢٦/١١) .

(٦) تبیین الحقائق (٨٥/٥) .

(٧) حاشية الشلبى على تبیین الحقائق (٨٥/٥) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المودع
وهو ضامن عند من لا يقول بالضمنان على المستعير كالحنفية .^(١)

وقيل ان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أخذ تلك الدروع بغير رضاه
وقد دلّ عليه قوله أغصبا يا محمدا الا أنه اذا كان محتاجا الى السلاح
كان الأخذ له حلالا شرعا ولكن بشرط الضمان كمن أصابته مخمصة له أن يتناول
مال الغير بشرط الضمان .^(٢)

قلت : وهذا احتمال قوى لو صح الحديث . وهذه الاحتمالات التمسى
تطرق الى الحديث كثيرة فلو صح لما صح الاستدلال به لأن الدليل اذا تطرق
اليه الاحتمال كساه ثوب الاجمال فسقط به الاستدلال .

(٣) مارواه أبو داود عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا أمامه قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول العارية مؤداة . . . الحديث .^(٣)
قال الخطابي : "قوله مؤداة قضية الزام فى أداؤها عينا حال القيام
وقيمة عند التلف " .^(٤)

وقد ضعف ابن حزم آسانيد هذا الحديث بطرقه المتعددة وقال : "ثم

(١) المبسوط (١٣٦/١١) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) سنن أبي داود (٨٢٥/٣) كتاب البيوع باب (٩١) ، الترمذى (٥٥٦/٣) كتاب
البيوع باب (٣٩) قال الترمذى حديث أبي أمامه حديث حسن غريب وقد
رواه الامام أحمد فى المسند (٢٦٧/٥) وقال البيهقى عن هذا الحديث
حسن انظر شرح السنة (٢٢٥/٨) قال الأرنؤوط محقق شرح السنة :
"وشرحبيل بن مسلم وان كان فيه ريب قد تابعه حاتم بن حريث الطائى
عند ابن حبان . . . وللحديث شاهد عند أحمد من حديث ابن المبارك عن
عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبى سعيد عن سمع النبى
صلى الله عليه وسلم يقول ان العارية مؤداة واسناده صحيح " . قال
الهيثمى فى مجمع الزوائد (١٤٥/٤) وعن سعيد عن سمع النبى صلى
الله عليه وسلم يقول ألا ان العارية مؤداة رواه أحمد ورجاله
ثقات " . قلت : وأخرجه ابن حبان عن حاتم بن حريث الطائى . انظر
موارد الظمان (ص ٢٨٥) باب ما جاء فى العارية .

(٤) معالم السنن (٨٢٥/٣) .

لوصحت هذه الألفاظ لما كان فيها إلا أنها مؤداة وهكذا نقول ان أداءها
فرض والتضمين غير الأداء وليس فيه أنها مضمونة أصلاً" (١)
وقال ابن عبد البر : "ومن قال ان العارية لاتضمن قال فى قوله
صلى الله عليه وسلم العارية مؤداة دليل على أنها أمانة لأن الله
عز وجل يقول : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها" فجعل
الأمانات مؤداة . قال ويحتمل قوله العارية مؤداة ، اذا وجدت قائمة
العين وهذا ما لا يختلف فيه وإنما التنازع فيها اذا تلفت هل يجب على
المستعير ضمانها" .

أما استدلالهم بالنظر فقد قالوا : انه أخذ مُلْكَ غيره لنفع نفسه
منفردا بنفعه من غير استحقاق ولاذن فى الاتلاف فكان مضمونا كالغاصب
وكالمأخوذ على وجه السوم . (٣)

وقد أجاب الحنفية عن ذلك بقولهم : " وأما قوله قَبَضَ مال الغير
لنفسه فنعم، لكن قَبَضَ مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يملح سببا لوجوب
الضمان . . . فمع الاذن أولى ، والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون
بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطى بشرط الخيار الثابت دلالة" (٥)

وحجتهم فى التفريق بين ماتلف بالاستعمال وماتلف بدونه حيث قالوا
ان ماتلف بالاستعمال غير مضمون قالوا : لأن الاذن فى الاستعمال تَضَمَّنَ
الاذن فى الاتلاف الحاصل به وما أذن فى اتلافه لا يضمن كالمنافع . (٦)

قلت : أدلتهم النقلية التى استدلوها بها لاتفرق بين ماتلف
بالاستعمال وبغيره فلزمهم عدم التفريق بين الحالتين .

(١) المحلى (١٦٨/١٠) .

(٢) التمهيد (٣٩/١٢) . وراجع بدائع الصنائع (٣٩٠٦/٨) .

(٣) المغنى (١٦٤/٥)، كشف القناع (٧٦/٤) .

(٤) القبض الذى لا يوجب الضمان هو القبض المأذون فيه ولا يخلو الاذن أن

يكون من صاحب المال أو من الشارع فالحنفية ربما انهم يقصدون من
قولهم القبض بغير اذن المالك أى باذن من الشارع أما القبض بغير
اذن المالك والشارع وهو الغصب فهم لا يختلفون مع الفقهاء أنه مضمون
عليه فليتنبه الى ذلك .

(٥) بدائع الصنائع (٣٩٠٦/٨)، المبسوط (١٣٦/١١) .

(٦) كشف القناع (٧٨/٤) .

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم على صحة ما ذهبوا اليه ومناقشتها تبين لى أن أصحاب القول الثانى وهم المالكية متفقون مع أصحاب القول الأول على أن يد المستعير يد أمانة الآن المالكية يضمنون المستعير متى قامت التهمة بأن كانت العين المستعارة مما يمكن إخفاؤه ونحو ذلك فهذا الضمان ضمان تهمة لاضمان أصالة ولذلك يسقط بقياس البينة على أن العين المستعارة تلفت بغير سببه ومن غير تفريطه .

وتبين لى أيضا أن أصحاب القول الثالث وهم الشافعية والحنابلة يتفقون مع أصحاب القول الأول على أن التلف بالاستعمال المأذون فيه غير مضمون . أما التلف بالاستعمال غير المأذون فيه فهو مضمون عندهم جميع حتى من قال بأن يد المستعير يد أمانة .

وانما الخلاف قد حصل فى حالة واحدة وهى تلف العين المستعارة فى غير حال الاستعمال فأصحاب القول الأول يقولون انها أمانة لاتضمن الا بالتعدى والتفريط .

وكذلك المالكية يقولون ان تلفها غير مضمون اذا قامت البينة على أنها تلفت من غير سببه أو تفريطه .

أما أصحاب القول الثالث فيقولون انها مضمونة على المستعير اذا تلفت مطلقا . أى سواء تلفت بتعديه أم بغير تعديه بتفريطه أم بغير تفريطه .

ففرقوا بين التلف حال الاستعمال والتلف فى غير حال الاستعمال .

والذى يظهر لى أن هذا التفريق ضعيف حيث لا دليل عليه وقد أشرنا الى أن الأحاديث التى استدلووا بها مع ضعفها لم تفرق بين ماتلف بالاستعمال وبغيره .

ولو انهم قالوا بالضمان فى حال الاستعمال وعدم الضمان فى غير حال الاستعمال لكان أقرب عقلا وذلك لقوة التهمة فى الأولى دون الثانية .

فان قالوا : قد أذن المالك بالاستعمال . قيل وقد أذن بالقبض فلا فرق فاذا قبضها صارت كالوديعة عنده لا يضمنها الا بالتعدى أو التفريط .

والحاصل أنه يلزمهم أن يقولوا بالضمان مطلقا بمجرد القبض سواء استعملها أو لم يستعملها لظهور ضعف التفريق بين الحالتين . أو يقولوا

بعدم الضمان الا اذا تعدى أو فرط سواه استعملها أو لم يستعملها لأنه
قد قبضها باذن المالك واذا قبضها باذنه لايجب عليه الضمان الا بالتعدى
والتفريط وهو القول الموافق لما ذهب اليه الحنفية والظاهرية وهو
الراجح فى نظرى لعدم صحة الأحاديث التى تقول بضمن العين المستعمارة
ولضعف دلالتها على محل النزاع على فرض صحتها لورود الاحتمالات عليها
والله أعلم .

(١)
المطلب الثاني : فى الرد المبرىء من الضمان

لاخلاف بين الفقهاء فى أن المستعير يبرأ من ضمان العارية اذا ردها الى يد صاحبها أو وكيله فى القبض زاد الشافعية أو الحاكم عند غيبته أو حجره عليه بسفه أو فلس .

لكن الخلاف حصل فى مسألتين :

(الأولى) أن يرد العين المستعارة الى من جرت العادة بالرد اليه كزوجته المتصرفه فى ماله ورد الدابة الى سائسها ونحو ذلك .

فالحنفية والحنابلة اعتبروا هذا الرد مبرءاً من الضمان فاذا ردها

الى هؤلاء ثم تلفت فانه لاضمان عليه .

وخالف فى ذلك الشافعية فقالوا الرد المبرىء مقصور على السرد ليد صاحبها أو وكيله فى القبض فلا يبرأ بالرد الى ولده وزوجته اذا لم يخبر المالك أو وكيله فلو تلفت والحالة هذه فلمعير تضمن المستعير ثم يرجع المستعير على الزوجة أو الولد . وله أن يضمن الزوجة أو الولد وليس لهما الرجوع على المستعير فى هذه الحالة لأن التلف حصل فى أيديهما .

(الثانية) أن يرد العين المستعارة الى ملك صاحبها مشتمل

أن يرد الدابة الى الاصطبل والثوب الى دار المالك فالحنفية قد اعتبروا أن هذا الرد مبرءٌ استحساناً للعادة الجارية فى ذلك والقياس لا يبرأ لأنه لم يردهما الى صاحبهما وانما ضيعهما تضيعة .

وذهب الحنابلة والشافعية الى أن المستعير لا يبرأ بمثل هذا الرد

فلو تلفت صارت من ضمان المستعير .

ولعل الاختلاف فى هذه المسائل اختلاف عمر وزمان لا اختلاف حجة

(١) راجع فى هذا المطلب : بدائع الصنائع (٣٩٠٧/٨)، المبسوط (١٤٤/١١) ،
تبيين الحقائق (٨٩/٥ - ٩٠) ، الهداية (١٧/٩) ، مجمع الأنهر (٣٥١/٢) ،
حاشية الشلبى على شرح الكنز (٨٩/٥) ، المغنى (١٦٦/٥) ، الانصاف (١١٧/٦)
كشاف القناع (٨٠/٤) ، شرح منتهى الارادات (٣٩٨/٢) ، روضة الطالبين
(٤٤٦/٤) ، (٦٧/٥) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٢٧/٢) .

(١) وبرهان وهذا ما يظهر من نصوص الفقهاء في هذه المسائل ، فقد قال الكاساني "ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله ، أو مع عبد المعير (٢) أو ردها بنفسه إلى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً" .

وقال في موضع آخر معللاً ذلك : "للعادة الجارية فيها بردها إلى بيت المالك أو بدفعها إلى من في عياله ، حتى لو كانت العارية شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الأشياء النفيسة" (٣) .

(٤) وقال الزيلعي : "وقيل هذا في عاداتهم . وفي زماننا لا يبرأ إلا بالتسليم إلى يد صاحبها" .

(٥) وقال ابن قدامة : "وان ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة فإن ردّ العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة" قال ابن قدامة : "ولا تعرف العادة التي ذكرها" .

وهذا دليل على أن العادة هي المحكمة في هذا الموضوع إذ مفهوم قول ابن قدامة " ولا تعرف العادة التي ذكرها " أنها لو عرفت لكانت محكمة يدل على ذلك قوله : " وان ردها إلى من جرت عاداته بجريان ذلك على يديه ، كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ ولأن ذلك مأذون فيه عرفاً أشبه ماله أذن فيه نطقاً" .

(١) بدائع الصنائع (٣٩٠٧/٨) .

(٢) وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته كائناً من كان قريباً أو أجنبياً من ولده أو امرأته وخدمه وأجيريه إلا الذي استأجره بالدراهم ويبد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكة المفاوض والعنان وعبده المعزول عن بيته . انظر

بدائع الصنائع (٣٨٨٢/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٨٩٠/٨) .

(٤) تبیین الحقائق (٨٩/٥) .

(٥) المغنى (١٦٦/٥) وراجع في مثل ذلك شرح منتهى الإرادات (٣٩٨/٢) ،

كشاف القناع (٨٠/٤) .

فتبين لنا من هذه النصوص أن تلك الأحكام قد جرت على مقتضى
الأعراف والعوائد في زمن الفقهاء فعليه متى اختلفت تلك العوائد
والأعراف في زمن من الأزمان أو بلد من البلدان فإنه يلزم الانتقال إلى
تلك العادة أو إلى ذلك العرف الجديد والحكم بمقتضاه وقد نص الفقهاء على
ذلك وأشرنا إليه في مباحث الوقف فأغنى عن ذكره هنا والله الحمد .

المطلب الثالث : الرجوع فى العارية اذا ترتب عليه اتلاف مال للمستعير

يحصل أن يعير شخص شخصاً أرضاً ليزرع فيها زرعاً أو يفرس فيها غرساً أو يبني فيها أو يَسْقِفُها ويستغلها مستودعاً لبضائعه ونحو ذلك مما يكلف المستعير فى بعض الأحيان أموالاً كثيرة فإذا فرغ المستعير من البناء أو الغرس أراد المعير أن يرجع فى أرضه هذه صورة المسألة التى نريد أن نبحثها فى هذا المطلب وهى ليست من المسائل الفرضية القليلة الوقوع بل هى مما تعم به البلوى وتكثر فيه الخصومات لأنها قد تنتهى بالصلح بين الطرفين أو باختيار المستعير قهر الخصومة وانهاؤها وازالة ما أحدثه فى هذه الأرض من غير حاجة لرفعها للقضاء لطلب الحكم الشرعى وبتتبع أقوال الفقهاء فى هذه المسألة تبين لى ماأتى :

(١) أن ما أحدثه المستعير فى المعار اذا كان له نهاية معلومة كالزراع فى الأرض المعاره فليس للمعير الرجوع فى عارية أرضه حتى يحمّد الزرع الا أن له الحق فى أن يتقاضى أجره المثل من يوم رجوعه الى أو ان تغريغ الأرض المستعارة وهذا قول الحنفية استحساناً وقول المالكية والشافعية والحنابلة (٢) (٣) (٤) الا أن المالكية لا يقولون بالأجرة جاء فى المدونة : " قلت رأيت ان أعرته أرض يزرعها فلما زرعتها أردت أن أخرجها منها أيكون ذلك لى أم لا قال ليس ذلك لك حتى يتم زرعها لأن الزرع لا يباع حتى يبدو صلاحه فتكون فيه القيمة فلذلك خالف البناء والغرس . قلت فهل تجعل لرب الأرض الكراء من يوم قال للمستعير اقلع زرعك فى قول مالك ؟ قال : لا . ألا ترى أنه

-
- (١) المبسوط (١٤٢/١١)، بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨)، تبين الحقائق (٨٨/٥) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى شرح الملتقى بهامشه (٣٥٠/٢) ، الصدر المختار وحاشية رد المختار عليه (٦٨٢/٥) .
- (٢) المدونة (١٦٦/٦)، جواهر الاكليل (١٤٦/٢)، الشرح الكبير (٤٣٩/٣) .
- (٣) نهاية المحتاج (١٤١/٥)، روضة الطالبين (٤٤٠/٤)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٧٣/٢) .
- (٤) كشف القناع (٧٣/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٩٥/٢)، المحرر (٣٦٠/١) ، واختار أنه لأجرة عليه، التنقيح المشبع (ص ٢٢٨)، الانصاف (١٠٩، ١٠٦/٦) .
- المغنى (١٧١/٥) .
- (٥) (١٦٦/٦) .

ليس لرب الأرض أن يقلع زرعه فلما لم يكن له أن يقلع زرعه لم يكن عليه كراء .

وأما القياس عند الحنفية فإنه يقتضى عدم التفريق بين الزرع وهو ماله وقت معلوم ينتهى إليه وبين غيره مما ليس له نهاية فإذا انتهى العقد كان له حق التفريغ .

أما الاستحسان فوجهه كما ذكره الشلبى : "أنا لو أمرناه بالقلع لأضررنا به فى غير نفع يعود الى المالك ولو بقينا لنفعناه من غير ضرر يعود الى المالك لأننا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى " .

وقد استثنى الشافعية والحنابلة من قولهم أنه يلزم ابقاء الزرع حتى يحصد ما اذا كان الزرع لا ينقص بالقلع أو اعتيد قلعه لكونه قسيلاً أي شتلاً فإن المستعير يكلف القلع لانتفاء الضرر .

كما استثنى الشافعية ما اذا كانت العارية مقيدة بمدة معينة فلم يدرك الزرع فى هذه المدة المحددة بتقصير من المستعير وذلك بتأخير الزراعة أو زرع غير المعين مما يبطل أكثر منه ونحو ذلك مما يعسر تقصيرا من المستعير فإنه فى هذه الحالة يلزمه أن يقلع مجاناً ويفرغ الأرض لمصاحبها مع تسويتها حتى تعود كما كانت قبل العارية . فاذا لم يقصر لم يلزمه أن يقلع مجاناً سواء كان عدم الادراك لنحو برد أو حصر أم لقصر المدة المعينة .

وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة حيث نصوا على ذلك فى الاجارة فيمَا (٢) اذا انتهت المدة ولا فرق عندهم فى أحكام استيفاء المنفعة بين المستعير والمستأجر . (٣)

(٢) ان كان ما أحدثه المستعير فى المعمار ليس له نهاية معلومة كالبناء والغرس وما يجرى مجراهما فى الأرض المعاراة فقد اختلف

-
- (١) حاشية الشلبى على تبیین الحقائق (٨٨/٥)، وراجع المبسوط (١٤٢/١١) ،
 بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨) .
 (٢) كشف القناع (٤٨/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٨٢/٢) .
 (٣) راجع فى ذلك كشف القناع (٧٥/٤) .

الفقهاء فى ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول :

(١)

يرى الحنفية التفريق بين حالتين :

(الأولى) إذا كانت العارية مطلقاً لم تحدد بوقت معين فان للمعير أن يرجع فى أي وقت شاء وَيَكْلَفُ المستعير قلع البناء أو الغرس وهذا بناء على أن عقد العارية عقد جائز وغير لازم لكل من الطرفين وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هى مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بأن يهدم عليه بناؤه وغرسه لأنه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغه ولا ضمان على صاحب الأرض .

وللمعير أن يأخذ ما أُحْدِثَ فى الأرض من الغرس والبناء بقيمته مقلوعاً إذا كانت الأرض تتضرر بالقلع والهدم فحينئذ يضمن له قيمتها مقلوعاً ويكونان له كيلاً تتلف أرضه وليس للمستعير أن يرفض ذلك لأن المعير صاحب الأصل وهو المتضرر بالقلع .

(الثانية) إذا كانت العارية مؤقتة بمدة فَرَجَّعَ المعير قبل انتهاء المدة فانه يضمن للمستعير أرش النقص لأنه بذلك يصير غاراً للمستعير حيث نص على تركها فى يده مدة محددة وظاهر حال المسلم أن يَفِيَّ بالوعود فيكون المستعير مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه . بناء على ذلك . فان البناء أو الغرس يَقُومُ قائماً غَيْرَ مقلوع ثم يَقُومُ مقلوعاً ويرجع المستعير على المعير بالفرق بين القيمتين .

ووجه التفريق بين العارية المطلقة والمقيدة عندهم ذكره السرخسى فقال : "كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيف فى

- (١) المبسوط (١٤١/١١)، تبیین الحقائق (٨٨/٥)، بدائع الصنائع (٣٩٠٣/٨) - (٣٩٠٤)، الهداية مع نتائج الأفكار (١٤/٩)، مجمع الأنهر والدر المنتقى بهامشه (٣٤٩/٢ - ٣٥٠)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٨١/٥) .
- (٢) المبسوط (١٤٢/١١)، وراجع تبیین الحقائق (٨٨/٥) .

تصحيح العارية . فلا بد أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى ، وليس ذلك
الا التزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه
كأنه قال ابن لى فى هذه الأرض لنفسك على أن أتركها فى يدك الى كذا
من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ماتنق فى بنائك ويكون بناؤك
لى فاذا بداله فى الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى لـه
بأمره " .

القول الثانى :

وهو مذهب المالكية وقد بنوا رأيهم فى هذه المسألة على ضابطين :^(١)

الضابط الأول :

توقيت العارية ملزم للمعير . بناء عليه فمن أعار بقعة مــــن
الأرض ليبنى فيها المستعير أو يغرسها مدة محددة فليس له عند المالكية
أخذها من المستعير قبل مضي المدة .
فاذا انتهت المدة المشترطة فى عقد الاعارة فحكم بناء المستعير
أو غرسه كحكم بناء الغاصب أو غرسه فيخير مالك الأرض فى تكليف البانى
أو الغارس بقلع الغرس ونقل النقص وتسوية الأرض . أو بدفع قيمة البناء
أو الغرس الى المستعير مقلوعا مطروحا منها آجرة القلع والتسوية
ان كان البانى والغارس لايتولاهما بنفسه ولايخدمه . جاء فى المدونة^(٢)
"قلت رأيت ان كنت وقت له وقتا فبنى وغرس أيكون لى أن أخرجه قبــــل
مضى الوقت وأدفع اليه قيمة بنيانه وغراسه فى قول مالك ؟ قال : لا " .
وقال أيضا : "قلت رأيت لو أنى أعرت رجلا يبنى فى أرضى أو يغرس
فيها وضربت لذلك أجلا فبنى وغرس فلما مضى الأجل أردتُ اخراجه . قال :

(١) المدونة (١٦٥/٦ - ١٦٦) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٤٣/٢) ، جواهر
الاكليل (١٤٦/٢) ، الشرح الكبير (٤٣٩/٣) ، الشرح المغير وحاشيته
الصاوى عليه (٢٠٨/٢) .
(٢) (١٦٥/٦) .

قال مالك : يخرجُه ويدفع اليه قيمة نقضه منقوضا ان أحب رب الأرض وان أبى قيل للذى بنى وغرس اقلع نقضك وغراسك ولاشئ لك غير ذلك " .

الضابط الثانى :

من أعار شيئا عارية مطلقة فليس له أخذه من المستعير حتى ينتفع به الانتفاع المعهود بمثله فى العوارى فى تلك المدة . بناء على ذلك : إذا أعاره أرضا للبنيان أو للغرس ولم يضرب لذلك مدة فليس للمعير أن يرجع حتى ينتفع بها المستعير ^{مثلا} ما يعتاد الناس ويتعارفون من منفعة تلك العارية فان أخرجه قبل ذلك لزمه أن يعطيه ما أنفق ^{فى} البنيان كاملا وهو تحصيل مذهب مالك وهو المعمول فيه كما يقول ابن عبد البر .^(١)

وان سكن ماجرى فى عرف الناس وأراد رب البقعة اخراجه بعد ذلك كان ذلك له وكان بالخيار بين أن يدفع له قيمته منقوضا أو ^{بأمره} بالنقض قال ابن عبد البر : " الخيار فى ذلك لرب الأرض لم يختلف عن مالك ^{فى} ذلك كما لو أخرجه عند انقضاء المدة المعلومة " .

أى أن الحكم واحد فى العارية المطلقة اذا انتفع بها القدر الذى يعد انتفاعا عرفا والعارية المقيدة بمدة اذا انتهت المدة المضروبة فى أن للمعير الخيار بين أن يأمر المستعير بالقلع ونقل الأنقاض وتسوية الأرض وبين أن يدفع له قيمة البناء أو الغرس مقلوعا مطروحا منها ^{أجرة} القلع والتسوية ان كان المستعير لا يتولى القلع والتسوية بنفسه كما أسلفنا فى ^{الطلب} : ^{الأول} .

ومتى قال المالكية بأن على المستعير أن ينقض ما أحدثه فى ملكك المعير فهو مقيد بما له فيه منفعة أما ما لا منفعة فيه له فانه يلزمه ابقائه وعدم نقضه ، جاء فى المدونة ^(٣) : " قلت وما كان لا منفعة له فيـه

(١) الكافى (١٤٣/٢) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (١٦٥/٦) .

إذا نُقِضَ فليس له أن ينقضه في قول مالك؟ قال نعم" وقال في موضع آخر :
 "قلت رأيت كل ماليس للذي بنى وغرس فيه منفعة إذا قلعه فـأراد
 رب الأرض أن يعطيه قيمة عمارته ويمنعه من القلع أيعطيه قيمة هـذا
 الذي إن قلعه لم يكن له فيه منفعة في قول مالك؟ قال : لا . لايعطيه
 قيمة هذا الذي لامنفعة له فيه على حال من الحالات لأنه لايقدر على
 قلعه صاحب العمارة فكيف يأخذ له ثمنا" (١) .

ومتى قال المالكية في العارية المطلقة ان المعير اذا أراد اخراج
 المستعير قبل بقائه المدة المعتادة فعليه أن يدفع له ماأنفق فانهم
 يقصدون بذلك أحد أمرين؛ إما قدر ماأنفقه حقيقة أو قيمته وقد ورد في
 المدونة مرة أنه يدفع له ماأنفق ومرة يدفع له قيمة ماأنفق . وقد
 استشكله خليل كما هو ظاهر قوله : " وله الاخراج في كبناء ان دَفَعَ
 ماأنفق وفيها أيضا قيمته وهل خلاف . أو قيمته ان لم يشتره أو ان طال
 أو ان اشتراه بغبن كثير تأويلات " (٢) .

فقد تساءل خليل هل ماورد في المدونة مرة بلفظ ماأنفق ومرة
 بلفظ قيمته مسألة خلافية . أو أنه يمكن استعمال كلا القولين بحيث
 يدفع ماأنفق في حال وفي حالة أخرى يدفع قيمة ماأنفق وهو جمع بين
 القولين حسنٌ فجعل فيها التأويلات التالية :

- (١) يدفع قيمة ماأنفق ان لم يشتر مابنى به أو غرس به بأن كان من
 عنده فان اشتراه من السوق بثمن دَفَعَ له ماأنفقه .
- (٢) يدفع له قيمة ماأنفق ان طال الزمان على البناء أو الغراس قبل
 اخراجه لتغييره فان كان الزمن قريبا جدا بحيث لايجعل التغيير
 للبناء أو الغرس دفع له ماأنفق .
- (٣) يدفع له قيمة مابنى به أو غرس اذا اشتراه بغبن فاحش فيدفع له

(١) المدونة (١٦٦/٦) .

(٢) (١٦٥/٦) .

(٣) انظر مختصر خليل مع شرحه جواهر الاكليل (١٤٦/٢) .

القيمة بالعدل أما إذا اشتراه بغير غبن أو بغبن يسير فيدفع له ما أنفق .

القول الثالث :

وهو للشافعية والحنابلة وقد فرقوا في هذه المسألة بين حالتين :
(١) (الحالة الأولى) ان شرط المعير على المستعير أنه متى رجع فـى العارية أن عليه أن يزيل ما أحدث فيها مجاناً ثم رجع المعير فأنـه يلزم المستعير ازالة ما أحدثه فى الأرض ولا يلزمه تسوية الأرض اذا حصل فيها حفرٌ الا بشرط المعير ذلك أيضا لرضاه به حيث لم يشترطه علىـ المستعير فان شرطه عليه لزمه لدخوله على ذلك .

وقد استدلوا على ذلك بالأثر والنظر : أما الأثر :

فما رواه البخارى معلقاً قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
"المسلمون عند شروطهم" (٣)

وأما النظر : فان المستعير دخل فى العارية راضياً بالتزام الضرر الذى دخل عليه .

(الحالة الثانية) ان لم يشترط المعير على المستعير القلع عند رجوعه فانه لا يلزم المستعير القلع مجاناً عند رجوع المعير فى عاريته .

-
- (١) نهاية المحتاج (١٣٧/٥)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٧١/٢ - ٢٧٢) روضة الطالبين (٤٣٩/٤) وما بعدها، المهذب (٤٧٩/١) .
- (٢) كشاف القناع (٧٢/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٩٤/٢)، التنقيح (ص ٢٢٨) ، الانصاف (١٠٦/٦) وما بعدها، المغنى (١٧١/٥)، المحرر (٣٦٠/١) .
- (٣) صحيح الامام البخارى (٥٢/٣) كتاب الاجارة باب (١٤) قال ابن حجر : "هذا أحد الأحاديث التى لم ييسر لها المصنف فى مكان آخر وقد جاء من حديث عمر بن عوف المزنى وأبى هريرة وغيرهما . انظر فتح البارى (١٧/١٠) . ورواه الترمذى موصولاً من حديث عبدالله بن عمر بن عوف المزنى عن أبيه عن جده (٦٢٦/٣) كتاب الأحكام باب (١٧) وقال هذا حديث حسن صحيح . لكن فى اسناده كثير بن عبدالله وهو ضعيف عند الأكثر لكن البخارى ومن تبعه كالترمذى وابن خزيمة يقولون أمره كما يقول ابن حجر . انظر فتح البارى (١٧/١٠) . ورواه أبو داود (٢٠/٤) كتاب الأفضية باب (١٢) .

واستدلوا على ذلك بالأثر والنظر :

أما الأثر : فما رواه البخارى مُعَلَّقًا عن عمر وابن عوف عن النبى
صلى الله عليه وسلم وقال فى غير حق مسلم وليس لعرق ظالم فيه حق .
قالوا : فدل مفهوم المخالفة على أن العرق الذى ليس بظالم له حق .
أما النظر :

(١) أن المستعير انما حصل غراسه وبنائه فى الأرض باذن ربها ولم يشترط
عليه قلعه فلم يلزمه لدخول الضرر عليه بنقص قيمة ذلك .
(٢) أن العارية عقد ارفاق ومعونة والزامه بالقلع مجانا يخرجها الى
حكم العدوان والضرر .

قالوا الا اذا اختار المستعير القلع فانه يقلع ولاأرثله لأنه قد
تصرف فى ملكه مسقطا فى هذا التصرف حقه راضيا بالنقص الذى سيلحقه
من هذا التصرف . ثم ان عليه أيضا اذا قلع باختياره أن يسوى الأرض ويردها
الى ماكانت عليه ورجحه النووى وعبر عنه بالأصح وهو المذهب عند الحنابلة
قاله المرادوى .

ومرادهم بالتسوية اعادة تراب الحفر اليها فلا يكلف ترابا آخر
كما يقول الرملى .

(١) صحيح الامام البخارى (٧٠/٣) كتاب الحرث والمزارعة باب (١٥) وقد
وصله ابن حجر من عدة طرق راجع فتح البارى (٨٥/١٠) ورواه ابوداود
(٤٥٤/٣) كتاب الأمانة باب (١٥)، والترمذى (٦٥٣/٣) كتاب الأحكام
باب (٣٨)، والامام مالك فى الموطأ (٧٤٣/٢) كتاب الأفضية باب (٢٤) ،
والامام أحمد فى المسند (٣٢٧/٥) . قال الترمذى (٦٥٤/٣) حدثنا
أبو موسى محمد بن المثنى قال سألت أب الوليد الطيالسى عن قوله
"وليس لعرق ظالم حق" فقال العرق الظالم : الغاصب الذى يأخذ
ماليس له . قلت : هو الرجل الذى يغرس فى أرض غيره ؟ وقال هو
ذاك " .

- (٢) روضة الطالبين (٣٤٨/٤) .
(٣) الانصاف (١٠٧/٦) .
(٤) نهاية المحتاج (١٣٧/٥) .

أما إذا لم يختَر المستعير القلع فالخيار حينئذ للمعير لأنَّه
المحسن ولأنه مالك الأرض التي هي الأمل فقالوا المعير بالخيار وقد
اتفقوا على أنه بين أمرين وزاد الشافعية أمرا ثالثا :
أما ما اتفقوا عليه :

(١) أن يأخذ البناء أو الغرس بقيمته .
(٢) أن يقلع أو يهدم البناء ويضمن أرش نقمه للمستعير وهو ما يبيِّن
قيمته قائما ومقلوعا . فان اختار المعير أحد هذين الأمرين لسبب
المستعير موافقته والواجب على القلع مجانا لتقصيره .
وقد زاد الشافعية خيارا ثالثا للمعير وهو : أن يبقى المستعير
بأجرة المثل قال الرملى : "وَأَسْتَشْكَلُ^(١) مع جهالة المدة فلذا قال الاسنوى
وأقرب ما يمكن سلوكه مأمَّر في بيع حق البناء دائما بحال . كم يساوى؟
فاذا قيل كذا أوجبناه " .

والتخيير بين هذه الأمور الثلاثة هو المعتمد عند متأخري الشافعية
فقد قال الرملى : "وجرى عليه جمع من المتأخرين ولم يعتمدوا مافى
الروضة هنا من تخصيص التخيير بالتملك والقلع ولامافى الكتاب فالمعتمد
تخييره بين الأمور الثلاثة بل نقل بعضهم الاتفاق على ذلك . . . وأيضا
فيستفاد اعتماد ذلك من مجموع ماصحه المصنف فى الروضة والكتاب " .
فاذا لم يختَر المعير أحد هذه الأمور فقد قال الشافعية : لا يلزم
المستعير القلع مجانا اذا بذل للمعير الأجرة لانتفاء الضرر وكذا ان لم
يبدلها فى الأصح ، وذلك لتقصير المعير بترك الاختيار مع رضاه باتسلاف
منافعه ، ويعرَّضُ عنهما القاضى فى الأصح حتى يختار المعير ماله اختياره
ويوافق عليه المستعير قطعا للنزاع بينهما .

وقال الحنابلة : اذا لم يختَر المعير فانها تباع الأرض والغرس
والبناء لهما ويدفعُ لرب الأرض قيمتها فارغة والباقى لرب الغرس أو البناء

(١) نهاية المحتاج (١٣٧/٥) .

(٢) المرجع السابق (١٣٨/٥) .

فان أبيعاً البيع تُرك الغرس أو البناء بحاله واقفا في الأرض حتى يتفقا
لأن الحق لهما ولا أجره للمعير من حين رجوعه على المستعير مقابل بقا
الغرس أو البناء .

القول الرابع :

(١)
للظاهرة : وقد ذهبوا الى أن من أعار غيره أرضا ليبنى عليها
أو يفرس فيها ونحو ذلك أن له الرجوع عليه متى شاء بلا تكليف عوض عما
لحق المستعير من ضرر يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ان دماءكم
وأموالكم عليكم حرام " (٢)

الترجيح :

لقد جاءت الشريعة الاسلامية بنفى الضرر فقد قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " (٣) وهذه قاعدة جليلة عليها مدار الكثير
من الأحكام الشرعية وحينما نتمعن النظر في أقوال الفقهاء السابقة
نجد أن الشافعية والحنابلة في الجملة أقرب المذاهب الى تطبيق هذه
القاعدة على هذه المسألة .

ذلك أن المالكية قد بنوا أحكامهم في هذه المسألة على أن عقد
العارية عقد لازم لا يحق للمعير الرجوع في عاريته حتى تنقضي المدة
المفروية أو المدة التي تعارف الناس على أن المستعير يتمكن من استيفاء
منافع العين المستعارة وفي ذلك يقول ابن رشد الحفيد : " وهي عقد جائز
عند الشافعي وأبي حنيفة أي للمعير أن يسترد عاريته اذا شاء ، وقال
مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة - ما - لزمته
تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل
تلك العارية ، وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير

(١) المحلى (١٠/١٦٢) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٩٤) .

(٣) سبق تخريجه (ص ١١٧) .

اللازمة^(١) .

فالمالكية راعوا في ذلك جانب المستعير بغض النظر عما يلحق
المعير من الضرر .

وأما كون عقد العارية عقداً لازماً فجمهور العلماء على خلاف ذلك
ودليلهم في ذلك قوى حيث أن عقد العارية عقد بدون عوض بل ارفاق ومعونة
واحسان وما على المحسنين من سبيل .

وأما الحنفية فقد بنوا أحكامهم في هذه المسألة على أن عقد العارية
عقد جائز فقالوا بأن له أن يسترجع عاريته متى شاء اذا كانت مطلقاً
بغض النظر عما يلحق المستعير من الضرر . وهو ما ذهب اليه الظاهرية
أيضاً .

فعلى كلا القولين الضرر بأحدهما لاحق لامحالة .
فلا بد اذا من مراعاة القواعد الفقهية المتفرعة عن أصل القاعدة
السابقة عند استعراض حكم هذه المسألة وهذه القواعد هي :

(١) أن الضرر يزال بقدر الامكان .

(٢) الضرر لا يزال بالضرر .

(٣) يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأكبر .

بناءً عليه : يلزمنا النظر في حال المعير أولاً فان كان لا يترتب
على بقاء المستعير مضرة عليه ولا يفتوت عليه مملحة فانه يلزم بأن يبقى
المستعير المدة المفروبة للعارية اذا كان هناك مدة أو يضرب لـ
المدة التي تعارف الناس على أن مثلها يمكن المستعير فيها أن يستوفى
كامل المنفعة التي استحدث لها هذا الشيء في أرض المعير أو بيتـه
وهو ما ذهب اليه المالكية الآننى أرى أن يدفع المستعير للمعير أجره
المثل وهو ما ذهب اليه الشافعية وذلك لما يأتى :

(١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الضرار وهو أن يدخل

على غيره ضرراً بلا منفعة له به وهو أحد الأقوال في معنى الضرار

(١) بداية المجتهد (٢/٢٨٤) .

وقد رجحه طائفة من العلماء كابن عبد البر وابن الصلاح كما يقول
(١)
ابن رجب الحنبلي .

(٢) أن فى اجبار المستعير على القلع من غير عوض بمجرد رجوع المعير
كما يقول الحنفية فى العارية المطلقة اضراراً به والضرر يزال قدر
الامكان .

(٣) أن فى بقاء المستعير مدة فى ملك المعير من غير أجرة ازالة للضرر
عن المستعير والحق للضرر بالمعير والضرر لا يزال بالضرر .

(٤) أننا بجمعنا بين بقاء المستعير مدة لاستيفاء منافع ما أحدثه ويدفع
الأجرة لذلك تكون قد جمعنا بين الحَقِّين وأزلنا الضرر عن الجانبين
فالمستعير يستوفى المنافع والمعير يتقاضى الأجرة على ذلك فلا يلحق
بأحدهما ضرر .

الا اذا اختار المعير أن يدفع قيمة ما أنفقه المستعير فان لؤذلاله
وان كان فيه ضرر عليه الا أنه قد رضى به .

أما اذا كان فى بقاء المستعير ضرر على المعير مثل أن يَفُوتَ عليه
بيع الأرض أو الدار ونحو ذلك فى الخيارات التى ذكرها الشافعية
والحنابلة ما يزيل الضرر عن الجانبين وما استدلوا به على ما ذهبوا اليه
قوى فى نظرى .

ومما له حظ من النظر ما ذهب اليه المالكية من أنه متى لزم
المستعير القلع ولم يكن له منفعة فى نقض ما أحدثه فانه يجبر على
ابقائه من غير عوض لأن فى قلعه ونقضه اهدار مال وتفويت مصالح دون أي
فائدة تحمل له وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن اضاعه الماله
والله أعلم .

(١) جامع العلوم والحكم (١١/٣) .

الفصل الثالث

أحكام تلف الأموال في عقدي التوثيق والحفظ

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

أحكام التلف في عقد التوثيق

(الرهن)

المطلب الأول : في يد المرتهن على الرهن

اختلف الفقهاء رحمهم الله في يد المرتهن على الرهن على ثلاثة أقوال:

القول الأول :

(١)
للحنفية : فقد ذهبوا الى ان الأمل في يد المرتهن الضمان فإذا تلف الرهن في يده فعليه ضمانه . ويكون مضمونا بالأقل من الدين وقيمته يوم قبضه وهو ما يسمى عندهم ضمان رهن اذا تلف من غير أن يستعمله أو ينتفع به فان تلف من جِراء استعماله والانتفاع به أو التقصير في حفظه فانه يكون مضمونا بقيمته لأنه صار غاصبا والأمل في ذلك عندهم :
" أن للمرتهن أن يفعل في الرهن ما يعد حفظا له وليس له أن يفعل ما يعد استعمالا له وانتفاعا به " .^(٢)

ومعنى ذلك : أن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن ، يقول
السرخسي : "ولهذا جعلت العين أمانة في يد المرتهن لأن الاستيفاء تحصل^(٣)

-
- (١) المبسوط (٦٤/٢١ - ٦٥) ، بدائع الصنائع (٣٧٥٩/٨) ، تبیین الحقائق (٦٣/٦ - ٦٤) ، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٤٧٩/٦) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٥٨٦/٢ - ٥٨٧) ، الهداية مع شرح فتح القدير (١٤٠/١٠ - ١٤١) ، المنتف في الفتاوى (٦٠٨/٢ - ٦٠٩) .
(٢) بدائع الصنائع (٣٧٤٥/٨) .
(٣) المبسوط (٦٧/٢١) .

(الحالة الأولى) سقوط الدين عن الراهن من غير عوض مثل أن يبرئ منه المرتهن من دينه ثم يتلف الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء من غير تعديبه أو تغريظه فإنه يتلف في هذه الحالة بغير شيء ولا ضمان على المرتهن—
(١)
فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً .

(الحالة الثانية) إذا خرج المرهون عن يد الراهن لم يبق مضموناً على المرتهن بدينه وان بقي عقد الرهن لأن المرهون انما صار مضموناً بالقبض وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده فلا يسقط شيء من الدين لأن قبض الغصب يبطل قبض الرهن وان لم يبطل عقد الرهن— .
وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن ، أو أعاره المرتهن من أجنبي باذن الراهن وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن فاذا هلك هلك أمانة والديين على حاله لأن قبض العارية قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان وقبض الأمانة
(٢)
ينافي قبض الضمان .

(الحالة الثالثة) إذا تلف جزء من المرهون غير مقصود بالرهن لكونه تابعاً له ، فهذا لا يكون مضموناً على المرتهن بالدين فلا يسقط مقابل تلفه شيء من الدين وذلك كالزيادة المتولدة من الرهن مثل الولد والشمرة واللبن والصوف . أو في حكم المتولد كالعقير واستثنوا من حكم المتولد الأرض وهو أرض العين المرهونة لو جُنِيَ عليها فوجب فيها أرض فهذا الأرض في حكم المتولد من العين المرهونة ومع ذلك فإنه إذا تلف فإنه يكون موجبا لضمان الرهن فتسقط حصته من الدين والعلّة في ذلك أن الأرض بدل المرهون لأن كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو، فكان حكمه حكم الأصل والأصل مضمون فكذا بدله . بخلاف الولد وسائر التوابيع لأنها ليست مقصودة بالرهن بل تابعة للمرهون والمرهون تبعاً لأحده من
الضمان .

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٧٦١/٨) ، الدر المختار (٥٢٤/٦) ، المبسوط (٨٩/٢١-٩٠)
الفتاوى البزازية (٥٩٧/٣) .
(٢) بدائع الصنائع (٣٧٦٣/٨) ، الدر المختار (٥١٠/٦) ، الفتاوى البزازية
(٦٠٤،٦٠٢/٣) .

(الحالة الرابعة) اذا تلف المرهون الذى ليس بمحل قابل لحكمه فى يد المرتهن من غير تعد منه فانه يتلف امانة فى هذا العقد الفاسد لأن من شرط المرهون أن يكون مالا متقوما فان كان كذلك كان مضمونا فى يد المرتهن ضمان رهن اذا تلف والا فلا فان ماليس بمحل قابل للرهن لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمُدبَّر وأم الولد يقول الكاسانى : " وأما الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حقيق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل، وقيمه ان لم يكن له مثل، لأنه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة، وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن فى يده؛ ذكر الكرخى رحمه الله أنه يهلك امانة لأن الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض امانة لأنه قبض باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة " .

فالقاعدة عندهم فى ذلك اذاً : " أن فساد الرهن لمعنى فى المرهون يجعل المرهون امانة . وفساده لمعنى فى غيره يجعله مضمونا ضمان رهـن " .

القول الثانى :

(٢)
للمالكية : فقد ذهبوا الى أن الأصل فى يد المرتهن على الرهن أنها يد امانة أى لضمان عليه الا بالتعدى والتقصير واستثنوا من ذلك حالتين اذا تلف فيها الرهن فهو من ضمان المرتهن :

(الحالة الأولى) اذا كان الرهن مما يغاب عليه كالحلى والشباب والطعام ونحو ذلك مما يكال ويوزن فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب

(١) بدائع الصنائع (٣٧٧٩/٨) .
(٢) المدونة (٢٩٨/٥)، جواهر الاكليل (٨٤/٢)، الشرح الكبير وحاشيته الدسوقي عليه (٢٥٣/٣ - ٢٥٥)، المنتقى (٢٤٢/٥ - ٢٤٤)، التمهيد (٤٣٥/٦)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٤٨/٢ - ١٤٩)، شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (٢٤٩/٢)، الفواكه الدوانى (٢٣٢/٢ - ٢٣٣)، الموطأ (٧٣٠/٢) .

عليه . فهذا الجنس من الرهون إذا لم تقم بينة على أن تلفه بغير سبب المرتهن ، فإنه يكون مضمونا عليه .

فان قامت بينة على أنه تلف بغير سببه أو لم تقم ولكن علم سبب التلف الذى لايد للمرتهن فيه كاحتراق المحل الذى اعتيد وضعه فيــــه وبقي بعض الرهن محرّقا فأحضره المرتهن فلا ضمان عليه حينئذ لانتهاء التهمة يقول الدسوقي : "فلا يبرئه من الضمان الامجموع شيئين: الاتيان ببعضه محرّقا ، وَعِلْمُ احتراق محله . وأما ان أتى ببعضه محرقا ولم يُعْلَمَ احتراق محله أو عِلْمُ احتراق محله ولم يأت ببعضه محرقا فالضمان ثابت على المرتهن وزاد ابن المواز قيذا ثالثا وهو أن يُعْلَمَ أن النار التى أحرقت المحل ليست من سببه فان جهل كونها بسببه أو لا فالضمان عليه وهــــذا القيد معتبر فلا وجه لاهمال المصنف له " .

وقد خالف الباجى والمازرى من علماء المالكية المذهب فى هذه المسألة وقالوا يكفى عِلْمُ سبب التلف ولايكلف المرتهن احضار بعض الرهن محرّقا يقال الباجى : "والذى عندى أنه اذا كان مما جرت العادة برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعديا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عاداتهم بارتهاج الثياب ورفعها فى حوانيتهم لا يكادون ينقلون شيئا من ذلك عنها فانى أرى أن يهدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف وشهد من احتراق حانوته وقد أفتيت بذلك فى طرطوشه عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومة فى مثل هذا وأنا معهم بها . . . وهــــذا وان كان الراهن انما قبض الرهن على الضمان فان معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى . وأنه غير مهدق فيما يدعى من ضياعه لايضمان أثبتته الشرع عليه بمقتضى الرهن فاذا كانت له شبهة من احتراق حانوته وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته كان القول قوله فيما ادعاه من كونه فيه حين احتراقه " .

(١) حاشية الدسوقي (٢٥٤/٣) .

(٢) المنتقى (٢٤٤/٦) .

(٣) حاشية الدسوقي (٢٥٤/٣) .

(٤) المنتقى (٢٤٤/٦) .

(١)
قال الدردير : " وفتوى الباجى ضعيفة " .

(الحالة الثانية) اذا كان الرهن مما لا يغاب عليه فادعى تلفه
فلا ضمان عليه الا ان يثبت بالبينة ان التلف كان بسببه أو يكون متهماً
بالاتلاف مثل أن تكون دابة فيدعى موتها فيكذبه عدول فى دعوى التلف
تكذيباً صريحاً بأن قالوا باعها أو أودعها أو ضمناً بأن قالوا لانعلم
تلف هذه الدابة ونحن ملازمون له سفراً وحضراً فان المرتهن حينئذ يضمنها
لتكذيب العدول له وقيام التهمة .

ومتى قال المالكية بالضمان على المرتهن فانه يلزم بالحلف مع
الضمان فيحلف أنه لم يكذب فى دعوى تلفه أو أنه ضاع ولا يعلم موضعه
وسبب الجمع بين اليمين والضمان ذكرها الدسوقى فى قوله : " والحاصل
أنه انما أمر بالحلف مع تضمينه مخافة أن يكون أخفاه " (٢)
لأنه ربما يدعى تلفه لياخذه بقيمته من الراهن وذلك لعدم توفره
فى الأسواق أو لندرته ونحو ذلك .

القول الثالث :

(٣) (٤) (٥)
لشافعية والحنابلة والظاهرية : فقد ذهبوا الى أن الرهن أمانة
فى يد المرتهن لا يضمن الا بالتعدى والتقصير كسائر الأمانات .

-
- (١) الشرح الكبير (٢٥٥/٣) .
 - (٢) حاشية الدسوقى (٢٥٥/٣) .
 - (٣) الأم (١٤٧/٣) ، روضة الطالبين (٩٦/٤) ، مغنى المحتاج (١٣٦/٢) ، نهائية
المحتاج (٢٨١/٤) ، المهذب (٤١٧/١) .
 - (٤) كشف القناع (٣٢٨/٣) ، شرح منتهى الارادات (٢٣٦/٢) ، التنقيح المشبع
(ص ١٩٤) ، الانصاف (١٥٩/٥ - ١٦٠) ، المغنى (٢٩٧/٤) ، المحرر (٣٣٧/١) .
 - (٥) المحلى (٥٠١/٨) .

عرض أدلة الفقهاء والمناقشة والترجيح .

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل الحنفية بالأثر والاجماع :

أما الأثر :

(١) ماروى الطحاوى حدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا عبدالله بن محمد التيمي قال أخبرنا عبدالله بن المبارك قال حدثنا مصعب بن ثابت عن عطاء بن أبى رباح أن رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس فى يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ذهب حقه " . قالوا فدل هذا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين

بفياح الرهن .

(٢) وذكر السرخسى الحديث عن عطاء بزيادة لفظ " بحق له " فقال : لم يستدل بحديث عطاء أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن " ذهب حقه " . ثم أخذ الدلالة على صحة قولهم من إعادة لفظ حق معرفاً بالاضافة مع أنه قد ورد فى أول الحديث نكرة والقاعدة أنه اذا ورد اللفظ نكرة ثم أعيد معرفاً صار المراد بالمعروف هو المراد بالمنكر فيكون المراد بالحق الذاهب هو الحق الأول الذى ارتهن به الفرس وهو الدين وليس المراد حقه فى الحبس كما قال المعترض .

وقد نوقش هذا الحديث بأنه ضعيف لا يصلح للاحتجاج به وجاء فعفه من جهة اسناده فهو منقطع وقد قاله الطحاوى من مشايخ الحنفية ومع ذلك فهو يصر على الاحتجاج به فقال : " فان قال هذا منقطع قيل له والذى تأولته أيضا منقطع فان كان المنقطع حجة لك علينا ، فالمنقطع حجة

-
- (١) شرح معانى الآثار (١٠٢/٤) وقال ابن حجر : " رواه أبو داود فى المراسيل من طريق عطاء . . . وأخرجه ابن أبى شيبه مرسلًا " . انظر : الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (٢٥٧/٢) ، ورواه البيهقى (٤١/٦) .
- (٢) المبسوط (٦٦/٢١) .
- (٣) راجع على سبيل المثال المغنى (٢٩٧/٤) .

لنا عليك ^(١) .

وقال ابن حزم : " هذا مرسل ومععب بن ثابت ليس بالقوى ^(٢) " .

وقال ابن قدامة : " مرسل وقول عطاء يخالفه قال الدارقطنى: يرويه اسماعيل بن أميه وكان كذابا وقيل يرويه مععب بن ثابت وكان ضعيفا ^(٣) " .

وقال البيهقى : " والأمل فى هذا الباب حديث مرسل وفيه من الوهن ما فيه ^(٥) " . وقال ابن حجر : " مععب بن ثابت لئى الحديث وكان عبدا ^(٥) " .

(٢) مارواه الدارقطنى قال حدثنا محمد بن مخلد أخبرنا أحمد بن محمد

ابن غالب أخبرنا عبدالكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن

أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " الرهن بما فيه " .

وهذا حديث ضعيف قال عنه الدارقطنى : " لا يثبت هذا عن حميد وكل

من بينه وبين شيخنا ضعفاء ^(٧) " .

(١) شرح معانى الآثار (١٠٢/٤) .

(٢) المحلى (٥٠٠/٨) .

(٣) المغنى (٢٩٧/٤) .

(٤) السنن الكبرى (٤٠/٦) وقد بين الامام الشافعى رحمه الله وجه ضعف

هذا الحديث فقال : " أخبرنا ابراهيم عن مععب بن ثابت عن عطاء

قال : زعم الحسن كذا ثم حكى هذا القول قال ابراهيم : كان عطاء

يتعجب مما روى الحسن . وأخبرنى غير واحد عن مععب عن عطاء عن

الحسن وأخبرنى بعض من أشق به أن رجلا من أهل العلم رواه عن مععب

عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم وسكت عن الحسن فقليل لسه :

أصحاب مععب يروونه عن عطاء عن الحسن فقال نعم وكذلك حدثنا ولكن

عطاء مُرْسِلٌ اتفق من الحسن مُرْسِلٌ . قال الشافعى ومما يدل على وهن

هذا عند عطاء إن كان رَوَاهُ . أن عطاء يفتى بخلافه ويقول فيه بخلاف

هذا كله ويقول فيما ظهر هلاكه أمانة وفيما خفى يترادان الفضل وهذا

أثبت الرواية عنه وقد رُوِيَ عنه يترادان مطلقا وماشكنا فيه فلانشك

أن عطاء ان شاء الله تعالى لا يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم

شيئا مُثَبَّتًا عنده ويقول بخلافه . انظر الأم (١٦٦/٣) .

(٥) تقريب التهذيب (٢٥١/٢) .

(٦) سنن الدارقطنى (٣٢/٣) كتاب البيوع حديث (١٢٣) .

(٧) المرجع نفسه وراجع عن حال الرجال فيما بين حميد وشيخ الدارقطنى

مانقله المحدث شمس الحق العظيم آبادى فى التعليق المغنى عن ابن

الجوزى (٣٢/٣) من سنن الدارقطنى .

ثم رواه الدارقطني مرةً من طريق اسماعيل بن أبي أمية أخبرنا سعيد بن راشد أخبرنا حميد الطويل عن أنس، ومرةً من طريق اسماعيل بن أبي أمية أيضا أخبرنا حماد بن سلمه عن قتادة عن أنس رضي الله عنه وقال : " اسماعيل هذا يفع الحديث وهذا باطل عن قتاده وعن حماد بن سلمة والله أعلم " (١) .

قال ابن التركماني : " لم يذكر أحد من أهل هذا الشأن فيما تتبعت أن اسماعيل هذا يفع الحديث غير الدارقطني ولاذكر صاحب الكامل مع شدة استقصائه " (٢) .

(٣) مارواه الدارقطني حدثنا محمد بن نوح الجنديسابوري أخبرنا معمر ابن سهل أخبرنا أبو عاصم عن أبي العوام أخبرنا مطر عن عطاء بن أبي رباح عن عبيد بن عمير أن عمر بن الخطاب قال في الرجل يرتهن فيضيع قال : ان كان أقل مما فيه ردَّ عليه تمام حقه وان كان أكثر فهو أمين " .

وقد نوقش بأن هذا الخبر لا يصح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن حزم : " لأنه من رواية عبيد بن عمير وعبيد لم يولد الا بعد موت عمر أو أدركه صغيرا لم يسمع منه شيئا " (٤) .

وقال البيهقي : " هذا ليس بمشهور عن عمر " (٥) .

-
- (١) سنن الدارقطني (٣٢/٣) .
 - (٢) الجوهر النقي مع السنن الكبرى للبيهقي (٤٠/٦) .
 - (٣) سنن الدارقطني (٣١/٣) كتاب البيوع حديث (١٢٠) . ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٣/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٣/٦) .
 - (٤) المحلى (٤٩٩/٨) .
 - (٥) السنن الكبرى (٤٣/٦) .

(أما الاجماع) :

فقد قالوا ان المتقدمين من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم قد أجمعوا على أن الرهن مضمون ولكن اختلفوا فى كيفية الضمان ، يقول الزيلعى : " واجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفية الضمان فذهب عمر رضى الله عنه أنه مضمون بالأقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وعن على رضى الله عنه أنه قال يترادان الفضل وقد روى عن محمد بن الحنفية عن على رضى الله عنه مثل مذهبنا، وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثر حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشئ مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز" .^(١)

وقد نوقش بأن ماذكروه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه غير صحيح

وقد بينا وجه دفعه آنفا .

قال ابن حزم : " وأما عليّ فمختلف عنه فى ذلك وأصح الروايات عنه

اسقاط التضمين فيما أصابته جائحة " .

قال فى موضع آخر : " رويانا من طريق الحجاج بن المنهال أخبرنا

همام بن يحيى أخبرنا قتادة عن خلاص أن على بن أبى طالب قال فى الرهن يترادان الفضل فان أصابته جائحة برىء . فصح أن على بن أبى طالب لم ير تراد الفضل الا فيما تلف بجناية المرتين لافئما أصابته جائحة بسبل رأى البراءة له مما أصابته جائحة وصح عن عطاء أنه قال : الرهن وثيقة ان هلك فليس عليه غرم يأخذ الدين الذى له كله " .

وماذكروه عن شريح صححه ابن حزم فقال : " وقالت طايفة : ذهب الرهن

بما فيه سواء كان كقيمة الدين أو أقل أو أكثر اذا تلف سقط الدين

(١) تبين الحقائق (٦٤/٦)، وراجع المبسوط (٦٤/٢١ - ٦٥)، بدائع

الصنائع (٣٧٧٣/٨) .

(٢) المحلى (٤٩٩/٨) وراجع السنن الكبرى للبيهقى (٤٣/٦) فقد قال:

"واختلفت الروايات عن على " ثم أوردها .

(٣) المحلى (٤٩٧/٨ - ٤٩٨) .

ولا يغرم أحدهما للآخر شيئاً . صح هذا عن الحسن البصرى وإبراهيم النخعى
وشريح والشعبى والزهرى وقتادة" (١) .
الآن قولهم هذا غير صحيح لأنهم يحتجون بحديث عطاء بن أبى رباح
أن رجلاً رهن فرساً فهلك عنده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب
حقوقك .

وقد عرفنا ما فى هذا الحديث من ضعف فيما سبق .
وبهذا يتبين لنا ضعف دعوى الاجماع وقد أنكر ذلك ابن حزم رحمه
الله وقال ابن حجر : " قوله : أجمع الصحابة على أن الرهن مضمون
واختلفوا فى كيفيته ، لم أجد ذلك " .
ويمكن أن يرد عليهم أنه اذا صح الاجماع فقد خالفتموه لأنكـم
لاتضمنون بعض الرهن وهو ما زاد من قيمته على قيمة الدين وتجعلونـه
أمانة (٤) .

وأيضاً فإنه لو سلمنا جدلاً وقوع الاجماع فهو غير متوارد على محل
واحد أو صورة واحدة ، والله أعلم .

ثانياً : أدلة اصحاب القول الثانى :

استدل المالكية على تفريقهم فى الضمان بين ما يغاب عليـه
وما لا يغاب عليه فقالوا بضمان ما يغاب عليه على المرتتهن دون ما لا يغاب
عليه بالنظر :

(٥)
فقد قال الباجى : " أن ما لا يغاب عليه من الرهون لا يضمن وانما
يضمن ما يغاب عليه لحاجة الناس الى الرهون والاقرض والشراء بالدين
وما يغاب عليه يدعى فيه الضياع على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالباً
فيؤدى ذلك الى ضياع أموال الناس . والمرتهن يأخذ لمنفعة نفسه وقسـد

(١) المحلى (٤٩٧/٨) .

(٢) المحلى (٤٩٩/٨) .

(٣) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (٢٥٨/٢) .

(٤) راجع فى قولهم هذا بدائع الصنائع (٣٧٧٢/٨) ، تبين الحقائق

(٦٤ - ٦٣/٦) .

(٥) المنتقى (٢٤٤/٥) ، وراجع التمهيد (٤٣٩/٦) .

كان له أن يضعه على يد عدل فيبرأ من ضمانه فاذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما أُلزِمَ الكَرِيَّ ضمان مايتفرد بحمله من الطعام لَمَّا خِيفَ من تَسَرُّعِ أمثاله الى أكله حفظاً للأموال . ولذلك سقط عنه الضمان فيما لا يغاب عليه من الحيوان . واذا كان يسقط عنه الضمان فى الحيوان وان تلف بغير بينة لَمَّا كان الغالب من أمره ظهوره فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه اذا قامت عليه بينة أولى وأحرى " .

وقد رَدَّ الامام الشافعى ^(١) رحمه الله على من قال بالتفريق بقوله : "واسم الرهن جامع لما يظهر هلاكه ويخفى وانما جاء الحديث جملة ظاهراً وماكان جملة ظاهراً فهو على ظهوره وجملته الآن تأتى دلالة عن جاء عنه أو يقول العامة على أنه خاص دون عام وباطن دون ظاهر . ولم نعلم دلالة جاءت بهذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصير اليها " .

وقال : " ولا يعدو الرهن أن يكون أمانة فلا اختلاف بين أحد أن ماظهر وخفى هلاكه من الأمانة سواء غير مضمون أو أن يكون مضموناً فلا اختلاف بين أحد أن ماكان مضموناً فما ظهر وخفى هلاكه من المضمون سواء . أو يفرق بين ذلك سنة أو أثر لازم لامعارض له مثله وليس نعرفه مع من قال هذا القول من أصحابنا " .

وقال ابن حزم : ^(٢) " أما تفريق مالك بين ما يخفى وبين ما لا يخفى فقول لابرهان على صحته لامن قرآن ولامن سنة ولامن رواية سقيمة ولاقياس ولاقول أحد نعلمه فسقط وانما بَنُوهُ على التهمة والتهمة ظن كاذب يآثم صاحبه ولايحل القول به ، والتهمة متوجهة الى كل أحد وفى كل شيء " .

ثالثاً : أدلة اصحاب القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث بالأثر والنظر :

أما الأثر :

(١) الأم (٣/١٦٥ - ١٦٦) .

(٢) المعلى (٨/٤٩٨) .

فما روى سعيد بن المسيب مرسلًا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال : " لا يغلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه
غرمه " (١) .

ورواه الامام الشافعي موصولًا قال : أخبرنا الثقة عن يحيى بن أبي
أنيسة عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم مثله أو مثل معنا ولا يخالفه " .

(١) رواه مرسلًا الامام الشافعي الأم (١٤٧/٣) ، وعبدالرزاق في المصنف
(٢٣٧/٨) كتاب البيوع باب الرهن لا يغلق ، والدارقطني من طريق
عبدالرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب في السنن (٣٣/٣) ،
كتاب البيوع حديث (١٣٢) . ورواه البيهقي في السنن الكبرى من
طريق الشافعي (٣٩/٦) .

(٢) الأم (١٤٧/٣) ورواه من طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٣٩/٦) .
وفي اسناده يحيى بن أبي أنيسة قال عنه ابن عبد البر : " ليس
بالقوي " . انظر التمهيد (٤٢٧/٦) . وقال ابن حجر : " فعيف
انظر تقريب التهذيب (٢٤٣/٢) . وقال الألباني : " ويحيى هذا ضعيف
والثقة لم أعرفه وفي شيوخ الشافعي رحمه الله بعض الضعفاء " .
اروا الغليل (٢٤٣/٥) .

وقد رواه موصولًا من طرق أخرى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة
رضي الله عنه : الدارقطني في سننه (٣٢/٣) كتاب البيوع حديث
(١٢٦) وقال هذا اسناد حسن متصل . ورواه الحاكم في المستدرک (٥١/٢)
وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .
ورواه ابن حزم موصولًا فقال حدثنا أحمد بن قاسم أخبرنا أبي قاسم
ابن محمد بن قاسم أخبرنا جدى قاسم بن أصبغ حدثنى محمد بن
ابراهيم حدثنى يحيى بن أبي طالب الأنطاكى وجماعة من أهل الثقة
أخبرنا نصر بن عاصم الأنطاكى أخبرنا شابه عن ورقاء أخبرنا ابن
أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عبدالرحمن بن
عوف عن أبي هريرة فذكر الحديث وقال : " فهذا مسند من أحسن
ماروى فى هذا الباب " . انظر المحلى (٥٠٠/٨) .

لكن تعقبه ابن حجر في التلخيص الحبير (٤٢/٣ - ٤٣) فقال : " قلت
أخرجه الدارقطني من طريق عبدالله بن نصر الأمم الأنطاكى عن شابه
به وصحها عبدالحق . وعبدالله بن نصر له أحاديث منكروا ذكرها
ابن عدى وظهر أن قوله فى رواية ابن حزم نصر بن عاصم تصحيف
وانما هو عبدالله بن نصر الأمم وسقط عبدالله وحرف الأمم بعاصم " .

(١) قال الامام الشافعى : " وفيه دليل على أن جميع ما كان رهنا غيسر مضمون على المرتهن لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قال الرهن من صاحبه الذى رهنه . فمن كان منه شيء فضمانه منه لامن غيره ثم زاد فأكد فقال له غنمه وعليه غرمه . وغنمه سلامته وزيادته وغرمه عظمه ونقصه " .
وقد نوقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث مرسل أرسله سعيد بن المسيب والمرسل لا تقوم به حجة ومن يقبله ويستدل به فلا بد له أن يقبل مراسيل غيره ويستدل بها حيث لا خصوصية لسعيد عن غيره .

(٢) وقد أجاب الامام الشافعى رحمه الله عن مثل ذلك فقال : " قال فكيف قبلتم عن ابن المسيب منقطعا ولم تقبلوه عن غيره قلنا لانحفظ أن ابن المسيب روى منقطعا الا وجدنا ما يدل على تسديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه . ورأينا غيره يسمى المجهول ، ويسمي من يرغب عن الرواية عنه ويرسل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم يلحق من أصحابه المستنكر الذى لا يوجد

= وقال الألبانى فى ارواء الغليل (٢٤٠/٥) " وقد تحرف اسمه على بن حزم أو غيره ممن فوقه الى اسم آخر وقوى الحديث بسبب ذلك توهمنا منه أن هذا الغير ثقة وليس كذلك فوجب بيانه لاسيما وقد اغتر به بعض الحفاظ وهو عبد الحق الاشبلى " . قلت قد أورده ابن عبد البر فى التمهيد (٤٣٠/٦) وفى اسناده عذب بن نصر الأصم الأنطاكى وحسنه " .
وخلاصة القول فى طرق هذا الحديث الموصولة أنها لاتسلم من عللة وقد جمعها الألبانى جزاه الله خيرا وحققها فخلص الى ذلك ورجح ارسال هذا الحديث فقال فى ارواء الغليل (٢٤٣/٥) : " وجمللة القول أنه ليس فى هذه الطرق ما يسلم من عللة وخيرها الطريق الثالث وعلتها الشذوذ ان لم يكن من العابدى فمن ابن عيينة ولذلك فالنفس تظمن لرواية الجماعة الذين أرسلوه أكثر لاسيما وهم ثقات أثبات " .

- (١) الأم (١٤٧/٣) ، وأوضح الخطابى معنى قوله من صاحبه أى لصاحبه لأن العرب تفتح من موضع اللام ثم أورد الشواهد على ذلك . راجع معالم السنن (٧٩٧/٣) .
(٢) شرح معانى الآثار للطحاوى (١٠١/٤) .

له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق أحاديثهم ولم نحاب أحدا ولكننا قلنا في ذلك بالدلالة البينة على ما وصفتنا من صحة روايته^(١) .

ويعمل ما قال الامام الشافعي قال الامام أحمد فقد روى البيهقي باسناده عن الامام احمد رحمه الله أنه قال : " مرسلات سعيد بن المسيب صحاح لانرى أصح من مرسلاته وأما الحسن وعطاء فليس هي بذلك هي أضعف المرسلات لأنهما كانا يأخذان عن كل "^(٢) .

ونوقش هذا الحديث أيضا من ناحية المعنى :

فقليل ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم على قول من رفع هذا اللفظ "له غنمه وعليه غرمه" أى له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله فهذا هو الغنم وأما الغرم فهو نفقته وليس المراد بالغرم الهلاك والمصيبة وهذا رأى مالك وأصحابه كما ذكره ابن عبدالبر رحمه الله وعللوا ذلك بأن الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة . والغرم بهذا المعنى احتمال عند الحنفية . ويحتمل أن المراد بالغنم هو الزيادة عن الثمن اذا بيع والغرم هو نقص ثمنه عند البيع فيكون المعنى له زيادة الثمن عن الدين وعليه النقصان للمرتين ذكر ذلك السرخسي^(٥) .

وهذه كلها احتمالات مقبولة وأصحاب هذا القول الذين استدلوا بهذا الحديث لا يختلفون معهم فى أن الخراج والغلة للراهن وأن النفقة عليه لكن قصر الغرم على النفقة فقط يحتاج الى الدليل .

بل قد روى عبدالرزاق مايويد أن معنى قوله عليه غرمه أى هلاكه فقال أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم قال : " لا يغلق الرهن ممن رهنه . قلت للزهرى : رأيت قوله لا يغلق الرهن : أهو الرجل يقول ان لم آتكم بمالك فهذا الرهن لك قال نعم

(١) الأم (١٦٧/٣) .

(٢) السنن الكبرى (٤٢/٦) .

(٣) التمهيد (٤٣٩/٦) .

(٤) بدائع الصنائع (٣٧٥٩/٨) .

(٥) المبسوط (٦٦/٢١) .

قال معمر : ثم بلغني عنه أنه قال : ان هلك لم يذهب حق هذا انما هلك
من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه" (١) .

فقد استدل بأنه اذا هلك يهلك على الراهن بقوله عليه غرمه .

هذه هي حجة أصحاب القول الثالث من الأثر وهي كما رأينا حجة
قوية ثابتة يقول الامام الشافعي : "والسنة ثابتة عندنا والله تعالى
أعلم بما قلنا وليس مع السنة حجة . ولافيها الا اتباعها مع أنها أصح
الأقوال مبتدأ ومخرجا" .

واذا ثبتت السنة لم يكن لأحد أن يتركها لقول كائن من كان . ومما
يقوى ما ذهبوا اليه اضافة الى استدلالهم بالأثر ما استدلوا به من النظر
ونذكر منه : (٣)

(١) أن صاحب الرهن دفعه الى المرتهن غير مغلوب عليه وسلطه على
حبسه وهو بهذا القبض والحبس لا يكون متعديا وانما يضمن من تعدي
كالغاصب والبائع يحسبان مالزمهما تسليمه .

(٢) أن المرتهن انما أخذ الرهن ليستوثق به في حقه طلبا للمنفعة لنفسه
واحتياطا على غريمه لامخاطرا بالارتهان لأننا اذا قلنا بأن الرهن
اذا هلك فهو من ضمان المرتهن ولو لم يتعد كان الرهن مخاطرة
لاستيثاقا ان سَلِمَ الرهن فحقه فيه وان تلف تلف حقه ولو كان هكذا
كان شرا للمرتهن في بعض حالاته وكون حقه في ذمة الراهن وفي جميع
ماله لازما أبدا خير له من كونه في شيء من ماله بقدر حقه فان
هلك ذلك الشيء بعينه هلك من المرتهن وبرئت ذمة الراهن .

(٣) الرهن وثيقة كالكفيل والمك وفي الكفالة اذا مات الكفيل لم يَنْقِصْ
موته حق صاحب الدين شيئا ورجع به على من عليه أصل الحق . وكذلك
المك لو تلف فانه لا يَنْقِصُ من الدين شيئا ولا تبرأ بتلفه ذمة المدين
والرهن كذلك لا يَنْقِصُ هلاكه ونقصانه حق المرتهن الا بالتعدي فيضمن

(١) مصنف عبدالرزاق (٢٣٧/٨) كتاب البيوع باب الرهن لا يغلق .

(٢) الأم (١٦٧/٣) .

(٣) راجع في هذه الأدلة الأم (١٦٥، ١٤٨/٣)، المغنى (٢٩٧/٤) .

• لصاحب الرهن •

وبذلك يظهر لنا رجحان مذهب اليه أصحاب القول الثالث وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية لقوة ما استدلوا به من الأثر والنظر على أن الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنُ الا بالتعدى والتقصير • وإذا أمعنا النظر في رأى المالكية وجدناه قريبا جدا من رأى الجمهور بل يكاد يـكـوـن موافقا له في مضمونه لأنه لا يكون مضمونا عندهم الا اذا كان مما يغـسـاب عليه ولم تقم بينة على أن الهلاك كان بغير سببه يقول شيخى : " وبالنظر في طبيعة هذه الحالة يتبين أن هذا الضمان ليس بضمان أصالة بل هو ضمان ناشئ عن تهمة وضمان التهمة يزول بالبينة فكان الأمل اذاً كـوـن المرهون أمانة في يده ولو كان المرهون مضمونا لضمن المرتهن الهلاك ولو لم يكن بسببه ^(١) " •

فيكون هذا القول قد قال به جمهور الفقهاء وخالفهم فيه الحنفية

مستدلين بأدلة غير مسلمة، وفيها نظر كثير •

(١) الحيازة فى العقود لشيخى الدكتور نزيه حماد (ص ٢٢٣) •

المطلب الثاني : تلف الرهن فى يد المرتهن بعد أن استحق الفكاك

إذا استحق الرهن الفكاك بأى وجه من وجوه الاستحقاق كقبض المرتهن ماله من دين على الراهن أو إبراء المرتهن للراهن ونحو ذلك ثم هلك الرهن فى يد المرتهن فقد اختلف الفقهاء فى مدى ضمان المرتهن فى هذه الحالة على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية^(١) الى التفريق بين أن يقبض المرتهن ماله من دين على الراهن أو يبرئه :

فقالوا إذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين ثم هلك الرهن بعد الإبراء فى يد المرتهن فإنه يهلك أمانة ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع للراهن من قبض رهنه بخلاف ما إذا منعه منه فإنه حينئذ يصير غاصبا وعليه الضمان .

أما إذا استوفى المرتهن ماله من دين على الراهن فإن الرهن يبقى مضمونا بالدين حتى يسلمه لصاحبه فلو هلك بعد أن استوفى دينه فإنه يكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين وعليه أن يرد ما استوفاه لصاحبه الذى أداه له سواء كان الراهن أو غيره كمتطوع بالوفاء .

والفرق بين المسألتين : أن الإبراء من الدين اسقاط للدين أصلا فلا يبقى الضمان بعد الاسقاط . أما الاستيفاء فإنه لا يسقط الدين والعللة فى ذلك أوضحها ابن عابدين فى قوله : "لَمَّا تقرر أن الديون تقضى بأمثالها لأن الدين وصف فى الذمة لا يمكن أدائه لكن إذا أدى^(٢) المديون ، وجب له على الدائن مثله فتسقط المطالبة لعدم الفائدة" .

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (٢٠١/١٠)، بدائع الصنائع (٣٧٦١/٨)
الدر المختار ورد المختار عليه (٥٢٤/٦ - ٥٢٥) ، المبسوط (٩٤،٨٩/٢١) .
(٢) رد المختار (٥٢٥/٦) .

(١)
قال الباهرتى : " ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا . وبالاستيفاء
لايسقط لقيام المَوْجِب وهو العقد الذى لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء
لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور" .
فتبين لنا من ذلك أن أداء المدين ماوجب عليه لدائنه لاينقض ذلك
الوصف الذى تقرر بذمته وانما يشغل ذمة الدائن بوصف مثله ومادام هذا
الوصف باقيا فى ذمة المدين فيكون الرهن مضمونا به .
وهذا الفرق ضعيف فى نظرى لأن سبب قيام هذا الوصف فى الذمة هو
المال الذى أخذه الراهن من المرتهن فاستقر فى ذمته فاذا أدى اليه
هذا المال زال هذا الوصف لأنه وجد بوجوده فيزول بزواله والله أعلم .

القول الثانى :

(٢)
ذهب المالكية الى أن ما يغاب عليه يبقى فى ضمانه حتى يسلمه
الى ربه سواء كان فكك الرهن بسبب قبض المرتهن حقه من الراهن أو بابراء
المرتهن للراهن من الدين لأن هذا هو الأصل والأصل بقاء ما كان على ما كان
ولأنه قبضه على وجه التوثق به .
وعلى ذلك قال المالكية اذا أحضر المرتهن الرهن لراهنه بعهد
قبض الدين أو الابراء أو دعاه لأخذ الرهن من دون احضار له فقال له الراهن
اتركه عندك فانه لا يضمنه اذا هلك الابتعديه لأنه صار أمانة عنده . فى
هذه الصورة يعتبر الراهن قابضا له بعد أن خلى المرتهن بينه وبينه
فلما قال له اتركه عندك يعتبر المرتهن قابضا له من الراهن قبضا
جديدا غير الأول ، وهو قبض أمانة .

القول الثالث :

(٣) (٤)
ذهب الشافعية والحنابلة الى أن الرهن فى يد المرتهن أمانة حتى

- (١) العناية على الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (٢٠١/١٠) .
- (٢) جواهر الاكليل (٨٥/٢) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٥٥/٣) - (٢٥٦) ، المنتقى (٢٤٥/٥) .
- (٣) الأم (١٤٨/٣) ، روضة الطالبين (٩٦/٤) ، مغنى المحتاج (١٣٧/٢) .
- (٤) المغنى (٢٩٨/٤) ، كشاف القناع (٣٢٨/٣) ، شرح منتهى الارادات (٢٣٦/٢) ،
الروض الندى (ص ٢٣٦) ، التنقيح المشبح (ص ١٩٤) .

بعد قبض المرتهن الدين أو ابراء المدين فلا يضمنه الابالتعدى لأن الأصل أنه أمانة في يد المرتهن فيبقى على ماكان عليه .
ومن التعدى حبسه عن صاحبه والامتناع من رده اليه مع إمكان الرد فان لم يمكنه رده فتلف فلا ضمان عليه ومن أمثلة عدم التمكن من الرد ماذكره الامام الشافعى رحمه الله : ^(١) "إن كان رب الرهن آجره فسأل المرتهن أخذه من عند من آجره ورده اليه فلم يمكنه ذلك ، أو كان الرهن غائبا عنه يعلم الراهن فهلك في الغيبة بعد براءة الراهن من الحق وقبل تمكن المرتهن أن يرده لم يضمن وكذلك لو كان عبدا فأبق أو جملا فشرذ ثم برى الراهن من الحق لم يضمن المرتهن لأنه لم يحسه ورده يمكنه" ^(٢)
ومن الأمثلة أيضا ماذكره ابن قدامة رحمه الله بقوله : "وان كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب مغلق لايمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلف فلا ضمان عليه لأنه لاتفريط منه فأشبه المودع" .

والذى يظهر لى رجحان القول بأن الرهن أمانة في يد المرتهن لقوة ما احتج به أصحابه فيبقى على أصل الأمانة حتى يسلمه الى ربه لأن الأصل بقاء ماكان على ماكان ولاطواريء تستدعى اختلاف الحكم ، والله أعلم .

(١) الأم (١٤٨/٣) .

(٢) المغنى (٢٩٨/٤) .

المطلب الثالث : تلف الرهن فى يد العدل

الرهن اذا تلف فى يد العدل اما أن يتلف بتعديه وتفريطه أو يتلف

بغير ذلك .

فان تلف بغير تعد منه أو تفريط فلا خلاف بين الفقهاء أنه لاضمان عليه

ويكون تلف الرهن فى مال الراهن عند جمهور الفقهاء من المالكية^(١)
والشافعية والحنابلة .

وخالف فى ذلك الحنفية فقالوا : انه يهلك فى ضمان المرتهن لأن يبد

العدل فى حق المالية كيد المرتهن والمالية هى المضمونة وذلك لأنهم

يقولون ان يد العدل على الرهن هى يد الراهن والمرتهن على حد سواء

ففى الحفظ : الرهن فى يده كيد المالك فيكون أمانة فى يده . وفى

حق المالية كيد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل

منزلة شخصين ليتحقق ما قدمناه لأن كلا منهما أمره فعارت يده كيدهما ولهذا

لا يكون لأحدهما أن يأخذه على الخصوص . ولو كانت يده يد أحدهما على

الخصوص كان له أن يسترده منه .

أما اذا تعدى العدل فى الرهن باتلاف أو بدفعه الى أحدهما من غير

اذن الآخر فتلف فى يد المدفوع اليه فعليه ضمان حق الآخر على التفصيل

التالى :

(١) اذا أتلف العدل الرهن فان عليه قيمته تكون رهنا مكانه .

(٢) اذا دفعه الى الراهن أو المرتهن فأتلفه المدفوع اليه :

فيرى الحنفية أن المطالب بالضمان هو العدل فيدفع قيمة الرهن^(٣)

ثم توقف حتى يقضى الراهن ما عليه للمرتهن وبعد قضاءه ينظر :

(١) المدونة (٣٠٥/٥)، الأم (٢٤٨/٣)، روضة الطالبين (٨٨/٤)، مغنى المحتاج

(٢) (١٣٥/٢)، المغنى (٢٦٧/٤)، كشف القناع (٣٣٤/٣) .

(٣) تبين الحقائق (٨٠/٦)، الدر المختار مع رد المحتار (٥٠٣/٦)، مجمع

الأنهر (٦٠٠/٢) .

(٣) تبين الحقائق (٨٠/٦ - ٨١)، رد المحتار (٥٠٣/٦)، الهداية مع

تكملة شرح فتح القدير (١٧٤/١٠ - ١٧٥) .

ان كان العدل قد دَفَعَ الرهن الى الراهن فأتلفه فانه يرجع على الراهن بالقيمة التي غرمها لأن العين المرهونة وصلت الى الراهن بالتسليم الأول وقد أتلفها الراهن على نفسه . والمرتهن قد وصل اليه حقه بالقبض من الراهن .

وان كان العدل قد دفع المرهون الى المرتهن فأتلفه فان ماضمه العدل من القيمة يأخذها الراهن لأن العين المرهونة لو كانت قائمة لرجعت اليه بعد قضاءه الدين فكذلك ما قام مقامها .

ورجع العدل بالقيمة على المرتهن متوقف على نوعية قبض المرتهن للرهن من العدل فان كان قَبْضُهُ أمانة كالعارية والوديعة فلا يضمن الا بالتعدي لأن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه .

(١)
ويرى المالكية التفعيل في ذلك :

فان كان العدل قد دَفَعَ الرهن الى المرتهن فأتلفه فان كان الدين مساو لقيمة الرهن سقط الدين وبريء الأمين . وان كان الدين أكثر من القيمة حُطَّ عن الراهن من الدين بقدر القيمة . وان كان الدين أقل من القيمة فان العدل يضمن للراهن الزائد من قيمة الرهن عن الدين مثل أن يكون الدين عشرة وقيمة الرهن خمسة عشر فيضمن العدل للراهن الزائد وهو خمسة . وسواء في ذلك كان الرهن مما يغاب عليه أو لا لتعدي العدل بتسليمه الى المرتهن بلا اذن الراهن .

ثم هل يرجع العدل على المرتهن بما ضَمَنَهُ للراهن : يرى المالكية أن له الرجوع بما ضَمَنَهُ على المرتهن الا أن تشهد للمرتهن بينه أنه تلف بلا تعد ولا تفريط .

ورجح الدسوقي أن له الحق في الرجوع مطلقا فقال : " والحق أن الأمين يغرم تلك الزيادة ويرجع بها على المرتهن سواء كان الرهن مما يغاب عليه أم لا قامت بينة على هلاكه بدون تفريط أم لا وذلك

(١) جواهر الاكليل (٨١/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٤٤/٣) ،

المدونة (٣٠٥/٥) .

لأن الأمين متعدد بالدفع للمرتهن والمرتهن متعدد بأخذه كذا قرر شيخنا ومثله
في البناني^(١) .

هذا اذا كان العدل قد دفع الرهن الى المرتهن فان كان قد دفعه
الى الراهن بلا اذن المرتهن فأتلفه فان العدل يضمن للمرتهن الأقسـل
من قيمة الرهن ومن الدين وعللوا ذلك بأن القيمة ان كانت أقل فهى
التي تعدى عليها وان كان الدين أقل فليس للمرتهن طلب زائد عليه .

فاذا غرم العدل للمرتهن فانه يرجع على الراهن بكل ماغرمه من
قيمة الرهن أو قَدَّرَ الدين قاله الدسوقي^(٢) .

أما الشافعية فقد ذهبوا الى أن العدل اذا دفعه الى المرتهن فتلف
فى يده فان للراهن تضمين العدل أو المرتهن وقرار الضمان على
المرتهن فان كان الدين حَالاً حصلت المقاصه بين الراهن والمرتهن فـهى
قيمة الرهن وقَدَّرَ الدين .

وان كان العدل قد دفعه الى الراهن فتلف فى يده فللمرتهن أيضا
تضمين العدل أو الراهن قيمة الرهن وان زادت على حقه وذلك ليكون رهنا
مكان الرهن التالف وقرار الضمان عند ذلك على الراهن .

ويرى الحنابلة^(٤) أن العدل اذا دفعه الى أحدهما من غير اذن الآخر
فانه يضمن للشانى حقه لأنه فوته عليه .

والذى يظهر لى أن أعدل الأقوال فى ذلك ماذهب اليه الحنفية لقوة
ما استدلوا به من النظر، وسلامته من الايراد عليه . والله أعلم .

(١) حاشية الدسوقي (٢٤٤/٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) روضة الطالبين (٨٦/٤)، مغنى المحتاج (١٣٤/٢) .

(٤) المغنى (٢٦٥/٤)، المبدع (٢٣٢/٤)، كشف القناع (٣٣٢/٣)، شرح منتهى

الارادات (٢٣٩/٢) .

المطلب الرابع : فى اتلاف المرهون أو نمائه

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فى أن من أتلف الرهن فعليه ضمانه بمثله ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا ويجعل المثل أو القيمة رهنا بدل الرهن المتلف والراهن والمرتهن فى ذلك كالأجنبي على حد سواء . هذا اذا لم يكن مأذونا له فى الاتلاف فان أذن الراهن للمرتهن أو بالعكس فى اتلاف الرهن فأتلفه فلا ضمان عليه . حيث جاء فى قواعد الفقهاء : " الاذن الشرعى ينافى الضمان " .

وذهب ابن حزم الى أن الراهن ليس عليه ضمان الرهن اذا أتلفه لأنه ماله بلا خلاف .^(٢)

هذا اذا كان المتلف أصل الرهن أما اذا كان نماء الرهن فقد وقع الخلاف بين الفقهاء فى استهلاك المرتهن أو الراهن لنماء الرهن ومنافعه على قولين :

القول الأول :

يرى الحنفية والحنابلة^(٣) أن نماء الرهن مرهون مع الأصل تبعا بناء على ذلك ليس لأحدهما استيفاء المنافع أو استهلاك نماء الرهن بغير إذن صاحبه فان خالف وفعل ذلك بغير إذن فعليه الضمان .^(٤)

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٧٨٠/٨)، تبیین الحقائق (٨٧/٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٤٢/٣)، الأم (١٤٨/٣ - ١٤٩)، روضة الطالبين (٨٢،٧٤/٤)، مغنى المحتاج (١٣١/٢ - ١٣٢)، المغنى (٢٩٧/٤)، كشف القناع (٣٢٢/٣ - ٣٢٨،٣٢٤) .
 - (٢) المحلى (٤٩١/٨) .
 - (٣) بدائع الصنائع (٣٧٨٠/٨)، تبیین الحقائق (٩٤/٦ - ٩٥)، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (١٩٧/١٠) وما بعدها .
 - (٤) كشف القناع (٣٤٢،٣٢٦/٣)، شرح منتهى الارادات (٢٤٢،٢٣٦/٢)، الانصاف (١٧٢،١٥٨/٥)، المحرر (٣٣٦/١)، المغنى (٢٩١،٢٩٠/٤) .

أما علة تضمين المرتهن فلأن الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك
للغير بغير اذنه يوجب الضمان .
وأما علة تضمين الراهن فلأن المَتَلَفَ وان كان مملوكا له لَكِنَّ للمرتهن
فيه حق قوَى يُلْحَقُ بِالْمَلِكِ في حق وجوب الضمان .
ومما ينبغى التنبيه اليه أن الحنابلة قد استثنوا من القول بعدم
جواز استيفاء منافع العين المرهونة من قِبَلِ الراهن أو المرتهن من غير
إذن مسألة ما إذا كان الرهن مركوبا ومحلوبا فقالوا للمرتهن أن يركب
ويحلب بقدر نفقته متحريرا العدل في ذلك ، ولو لم يأذن له الراهن بالركوب
أو الحلب ولاضمان على المرتهن في ذلك للراهن مقابل استيفائه للمنافع
أو شربه للحليب بل كل ذلك مقابل النفقة على هذا الحيوان .
فما يستوفيه المرتهن من منافع الرهن مضمونا عليه بالنفقة على
العين المرهونة وليس بالقيمة أو بالمثل التي تدفع الى الراهن كما
هو الحال في سائر المضمونات .
فالضمان إذا لم ينتف عن المرتهن وانما اختلفت كيفيته ومن هنا
قال الحنابلة انه لايركب ويحلب الا بقدر النفقة .
وهذا القول هو من مفردات مذهب الحنابلة قال ابن قدامة : " (٢)
(١)
عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم واختاره الخرقى . . .
وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الانفاق
أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستعدائه " .
وقال : " ونص عليه أحمد في رواية الأثرم : قال سمعت أبا عبد الله
يُسألُ عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لاينتفع منه بشيء الا حديث
أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف قلت له فان كان اللبـ
والركوب أكثر قال : لا . الا بقدر " .
وقال : " قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لاينتفع

(١) الانصاف (١٧٢/٥) .

(٢) المغنى (٤/٢٩٠ - ٢٩١) .

من الرهن بشيء الاماخه الشرع به فان القياس يقتضى أن لا ينتفع بشيء منه تركناه فى المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس " .

واستدل الحنابلة على مذهبهم هذا بما روى البخارى عن أبى هريرة (١) رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : " الرهن يركب بنفقته ويشرب لبن الدر إذا كان مرهونا " .

وفى لفظ آخر : " الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة " .

قالوا : فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم منفعة بنفقته وهذا

محل النزاع .

وقد نوقش استدلالهم بهذا الحديث بأن هذا الحديث مجمل لا يدل على أن المرتهن هو الذى يركب ويحلب فقد قال الخطابى : " وقوله : وعلى الذى يحلب ويركب النفقة ، كلام مبهم ليس فى نفس اللفظ منه بيان من يركب ويحلب من الراهن أو المرتهن أو العدل الموضوع على يده الرهن " .

وقد أجاب الحنابلة عن ذلك : بأنه قد روى الامام أحمد رحمه الله ما يبين اجمال هذا الحديث عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشربه نفقته ويركب " (٣) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أنه جعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع . ولا يصح أن يكون المراد به هو الراهن لأن فى قوله : " نفقته " اشارة الى أن الانتفاع مقابل النفقة وانما ذلك حق المرتهن أما الراهن

-
- (١) صحيح الامام البخارى (١١٥/٣ - ١١٦) كتاب الرهن باب (٤) ، الترمذى (٥٤٦/٣) كتاب البيوع باب (٣١) وقال هذا حديث حسن صحيح . . . والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم وهو قول أحمد واسحاق . ورواه أيضا أبو داود (٧٩٥/٣) كتاب البيوع باب (٧٨) ، وابن ماجه (٨١٦/٢) ، كتاب الرهن باب (٢) ، والامام أحمد فى المسند (٤٧٢/٢) .
- (٢) معالم السنن (٧٩٥/٣) .
- (٣) مسند الامام أحمد (٢٢٨/٢) وصححه اسناده أحمد شاکر راجع المسند بتحقيقه (٩١/١٢) . وصححه ابن القيم راجع اعلام الموقعين (٤١/٢) ، سنن الدارقطنى (٣٤/٣) كتاب البيوع حديث (١٣٤) .

فانفاقه وانتفاعه لابطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر .

وقد نوقش استدلالهم بهذا الحديث من عدة وجوه :

(١) ناقش الطحاوى الاستدلال بهذا الحديث بأنه لايمح لأنه منسوخ بتحريم
(١)
الربا .

وقد رد ابن حجر على دعوى الطحاوى للنسخ فقال : " وتَعَقَّبَ بـأن
النسخ لا يثبت بالاحتمال والتأريخ في هذا متعذر والجمع بين الأحاديث
ممكّن " (٢)

وقد ردها أيضا ابن حزم لكنه قد أعل هذا الحديث فقال : " ان هذا
خبر ليس مسندا لأنه ليس فيه بيان بأن هذا اللفظ من كلام رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأيضا فان فيه لفظا مختلفا لايفهم أصلا وهو قوله
ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقتها وتركب " وحاشا الله أن يكون
هذا من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الأمور بالبيان لنا وهذه
الرواية انما هى من طريق اسماعيل بن سالم المصنف مولى بنى هاشم عن
هشيم فالتخليط من قبله لامن قبل هشيم فمن فوجه " (٣)

وقد رد ابن حجر على ابن حزم قوله هذا فقال : " وتَعَقَّبَ بـأن أحمد
رواه فى مسنده عن هشيم وكذلك أخرجه الدارقطنى من طريق زياد بن
أيوب عن هشيم " (٤)

قلت : والاسناد الذى روى به الامام أحمد هذا الحديث صحيح كما
قال الأستاذ أحمد شاكّر . (٥)

(٢) أن هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين أحدهما : التجوييز

لغير المالك أن يركب ويشرب بغير اذنه .

والثانى تضمين ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

(١) شرح معانى الآثار (٩٩/٤) .

(٢) فتح البارى (٢٣٣/١٠) .

(٣) المحلى (٤٨٨/٨) .

(٤) فتح البارى (٢٣٣/١٠) .

(٥) مسند الامام أحمد بتحقيقه (٩١/١٢) .

قال ابن حجر : " قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء
يرده أصول مجمع عليها وأشار ثابتة لا يختلف في صحتها " (١)
وقد رد طائفة من العلماء على ذلك فالصنعاني رحمه الله سلم (٢)
أنه على خلاف القياس لأنه قد أوجب الأخذ به لأن الأحكام الشرعية
لا تأتي مطردة على نسق واحد بل الأدلة تفرق بينها فالشارع حكم هنا
بركوب المرهون وشرب لبنه وجعله قيمة النفقة وقد حكم الشارع ببيع
الحاكم عن المتمرد بغير اذنه وجعل صاع التمر عوضا عن اللبن وغير ذلك .
أما شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله فقد (٣)
أنكروا أن يكون مثل هذا الحديث على خلاف القياس قال شيخ الاسلام ابن تيمية
" فان الرهن اذا كان حيوانا فهو محترم في نفسه ولمالكه فيه حـ
وللمرتين فيه حق واذا كان بيد المرتين فلم يركب ويحلب ذهبت منفعتـه
باطلة . وقد قدمنا أن اللبن يجري مجرى المنفعة . فاذا استوفى
المرتين منفعته وعوض عنها بالنفقة كان في هذا جمع بين المملحتين
وبين الحقيين فان نفقته واجبة على صاحبه والمرتهن اذا أنفق عليه أدى عنه
واجبا وله فيه حق فله أن يرجع ببذله والمنفعة تملح أن تكون بـ
فأخذها خير من أن تذهب على صاحبها وتذهب باطلا " (٤)
وأما دعوى مخالفة هذا الحديث للأصول فقد ردها ابن القيم رحمه
الله فقال : " الأصول كتاب الله وسنة رسوله واجماع أمته والقياس
الصحيح الموافق للكتاب والسنة ، فالحديث الصحيح أصل بنفسه فكيف يقال
الأصل يخالف نفسه . هذا من أبطل الباطل والأصول في الحقيقة اثنان
لا ثالث لهما : كلام الله وكلام رسوله وما عداهما فمردود اليهما . فالسنة
أصل قائم بنفسه والقياس فرع فكيف يرد الأصل بالفرع ؟ قال الامام أحمد

(١) فتح الباري (٢٣٣/١٠) .

(٢) سبل السلام (٤٩/٣) .

(٣) مجموع الفتاوى (٥٦٠/٢٠) .

(٤) اعلام الموقعين (٢١/٢ - ٤٢) .

(٥) مجموع الفتاوى (٥٦٠/٢٠) .

انما القياس أن تقيس على أصل فأما أن تجيء الى الأصل فتهدمه ثم تقيس
فعلى أى شيء تقيس" (١)

وفى هذا المعنى يقول الخطابى رحمه الله : "والأصل أن الحديد
إذا ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب القول به وصار أصلاً
فى نفسه وعلينا قبول الشريعة المبهمة كما علينا قبول الشريعة المفسرة
والأصول انما صارت أصولاً لمجىء الشريعة بها" .

القول الثانى :

يرى المالكية والشافعية (٣) والظاهرية (٤) أن منافع ونماء العيين
المرهونة للراهن وأنها لاتدخل فى الرهن وقيد الملكية ذلك بكون النماء
من غير جنس الأصل ويطلقون عليه الغلة أما إذا كان من جنس الأصل كالولد
وفرخ النخل فانه يكون مرهوناً تبعاً لأصله .

بناءً على ذلك فان للراهن استيفاء منافع العين المرهونة واستهلاك
النماء المتولد منها ولا يكون الرهن مانعاً من ذلك .
ونبه الشافعية على أنه يلزم الراهن المحافظة على العين المرهونة
فلا يتصرف فيها تصرفاً يزيل الملك أو ينقله عن العين كالبيع أو الهبة
أو تصرفاً يزاحم المرتهن فى مقصود الرهن مثل الرهن عند غيره . أو تصرفاً
ينقص المرهون أو يقلل الرغبة فيه كالتزويج .

فالحاصل أنه متى تصرف الراهن فى العين المرهونة تصرفاً فى نفسه
اتلاف لها فتلفت فان عليه الضمان بناءً على ذلك فليس له الآن يستوفى
المنافع التى لاتضر بالمرتهن كسكنى الدار وركوب الدابة ولبس الثوب
وحلب الدابة وشرب لبنها ونحو ذلك فان تلفت أثناء الانتفاع الجائز فى

(١) اعلام الموقعين (٣٣٠/٢) .

(٢) معالم السنن (٧٢٤/٣) .

(٣) جواهر الاكليل (٨١/٢ - ٨٢) ، المدونة (٣٠٤/٥) ، الشرح الكبير وحاشية
الدسوقى عليه (٢٤٦/٣) ، المنتقى (٢٤٠/٥ - ٢٤١) .

(٤) الأم (١٤٤٠، ١٣٧/٣ - ١٤٥) ، روضة الطالبين (٧٤/٤ - ٧٩، ٧٧، ٧٥) ، مغنى
المحتاج (١٣٠/٢ - ١٣٢) .

(٥) المحلى (٤٨٣/٨ - ٤٨٤) .

يده من غير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه .
وحيثما قال المالكية بأن منافع العين المرهونة للراهن نصوا
على جواز اشتراطها للمرتهن واشتروطوا لذلك شرطين :

- (١) تعيين مدة المنفعة للخروج من الجهالة .
- (٢) أن يكون سبب الرهن عقد البيع لاعقد قرض لأنه في البيع بيع واجارة
وهو جائز وفي القرض سلف جر نفعاً وهو لا يجوز فيمنع اشتراط المنفعة
في عقد القرض .

قالوا : واذا اشترط المرتهن منفعة العين المرهونة وجاز له ذلك
ثم تلف الرهن وهو مما يغاب عليه عنده في العدة المشترطة منفعته
فهل عليه ضمانه أم لا اختلفت المالكية في ذلك على ثلاثة أقوال :

- (١) الضمان لصدق اسم الرهن عليه وهذا رأى بعض متأخري المالكية
وهو ابن رشد ورجحه الدردير .^(١)^(٢)
- (٢) عدم الضمان لأنه صار مستأجراً كسائر المستأجرات وهذا رأى لبعض
المالكية .^(٣)
- (٣) ضمان بعضه دون بعض قال في جواهر الاكليل : " وهو رأى التونسي
قال ينظر للقدر الذي ذهب منه بالاجارة فان كان الربع كان ربعه
مستأجراً لاضمان فيه وثلاثة أرباعه مرتهنة تضمن ضمان الرهان"^(٤) .

أدلة أصحاب هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما روى سعيد بن المسيب عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : " لا يخلق الرهن من صاحبه الذي رهنه لله
غنمه وعليه غرمه"^(٥) .

- (١) جواهر الاكليل (٨٢/٢) .
- (٢) الشرح الكبير (٢٤٧/٣) .
- (٣) جواهر الاكليل (٨٢/٢) .
- (٤) المرجع نفسه .
- (٥) سبق تخريجه (ص ٥١٧) .

(١)
يقول الخطابي : " فى قوله "له غنمه" دليل على أنه يملك من غنمه
وهو دره وولده وسائر منافع مال يملك من الأصل فى الحال ، ولولا ذلك لم
يكن لهذا التفعيل معنى ولا كان فيه فائدة إذ كان معلوماً أن الفروع تابعة
فى المُلْكِ لأصولها ولاحقة فى الحكم بهما " .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان قول من قال ان النماء
والمنافع ملك للراهن فيجوز له أن يستوفى منافع الرهن ويستهلك النماء
من غير أن يضر ذلك بالعين المرهونة وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامته
من الايراد عليه .
ويقوى عندى ما ذهب اليه الحنابلة من تخصيص المركوب والمحلل
بأن منافع ودره للمرتهن مقابل النفقة وذلك لصحة الحديث الذى
استدلوا به وصراحتة فى محل النزاع . والله أعلم .

المبحث الثاني

أحكام التلف في عقد الحفظ

(الوديعة)

المطلب الأول : في يد الوديع على الوديعة

(١) (٢) (٣) (٤)
لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
والظاهرية أن الوديعة أمانة في يد المودع فإذا تلفت فلا ضمان عليه
مالم يتعد أو يقصر في المحافظة عليها .

بناء على ذلك : فقد اتفق الفقهاء على أنه يلزم المودع أن يحفظ
الوديعة بنفسه فان دفعها الى أجنبي من غير عذر فتلفت فانه يضم
ومثال العذر ما ذكره الكاساني في قوله : " بأن وقع في داره حريق
أو كان في السفينة فخاف الغرق فدفعه الى غيره " .^(٦)

وقد وضعها ابن القاسم تحت قاعدة كلية فقال : " فكل ما علم أنه
انما كان في عورة يخافها على منزله أو ما أشبه ذلك فلا ضمان عليه " .^(٧)
واشترط الشافعية والحنابلة في جواز الدفع الى أجنبي أن يعجز عن
دفعها إلى مالكها أو وكيله أو الحاكم فان دفعها الى الأجنبي مع قدرته
على اعادتها الى من ذكر فتلفت فانه يضمن لأنه دفعها الى غير مالكها

-
- (١) المبسوط (١٠٩/١١)، بدائع الصنائع (٣٨٩١، ٣٨٨٨/٨)، الدر المختار مع
تكملة رد المحتار (٣٣٤/٨ - ٣٣٥)، مجمع الأنهر (٣٣٨/٢)، تبيين
الحقائق (٧٦/٥ - ٧٧) .
- (٢) جواهر الاكلیل (١٤٠/٢)، الشرح الكبير (٤٢١/٣)، الكافي في فقه أهل
المدينة (١٣٥/٢) .
- (٣) روضة الطالبين (٣٢٧/٦)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨١/٣)، المهذب
(٤٧٢/١) .
- (٤) كشاف القناع (١٨٦/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٥٠/٢)، الانصاف (٣١٧/٦) ،
المغنى (٤٣٦/٦) .
- (٥) المحلى (١٦٧/٩) .
- (٦) بدائع الصنائع (٣٨٨٣/٨) .
- (٧) المدونة (١٤٤/٦) .
- (٨) روضة الطالبين (٣٢٨/٦)، نهاية المحتاج (١١٦/٦) .
- (٩) كشاف القناع (١٩٣/٤)، المغنى (٤٣٩/٦) .

بغير إذن منه من غير عذر فضمنها .

ونبه الحنفية على أن المودع إذا دفع الوديعة الى الأجنبي وادعى العذر فإنه لا يصدق بمجرد دعواه بل يطالب بالبينة جاء في بدائع الصنائع : " ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك إلا ببينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكره الشيخ القدوري رحمه الله لأن الدفع الى غيره سبب لوجوب الضمان فمن الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق إلا بحجة " .

وبهذا القول قال المالكية إذا خفى العذر . أما إذا كان العذر ظاهرا فإنه يصدق بمجرد دعواه من غير بينة جاء في المدونة : " قلت : ويصدق أنه خاف عليها أو أراد سفرا فخشى عورة فاستودعها لذلك قال : لا . إلا أن يكون سافر أو عُرف من منزله عورة فيصدق كذلك قال مالك والافلا " . هذا إذا دفعها الى أجنبي . أما إذا دفعها الى من يحفظ مال نفسه عنده كزوجته وعباله فان جمهور الفقهاء قالوا : ان يد هؤلاء على الوديعة كيد المودع الذي دفعت اليه الوديعة ليحفظها فاذا تلفت عندهم من غير تعد أو تقصير فلا ضمان عليهم ولا على المودع . وذلك ما لم يئنه المودع عن دفعها اليهم فان نهاه أن يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده ونحو ذلك ممن يحفظ مال نفسه عادة عنده فان هذا الشرط معتبر لأن الأيدي في الحفظ متفاوتة والأصل في الشروط اعتبارها قدر الامكان .

بناء على ذلك إذا دفعها الى هؤلاء من غير حاجة فتلفت ضمن لمخالفة الشرط أما إذا احتاج الى الدفع اليهم ولم يجد بدا من الدفع اليهم فان الشرط حينئذ يعتبر لاغيا فلاتدخل في ضمانه لأن النهي عن الدفع اليهم

(١) (٣٨٨٤/٨) ، وراجع تبیین الحقائق وحاشیة الشلیبی علیه (٧٧/٥) .

(٢) (١٤٥/٦) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٨٨٢/٨) ، المبسوط (١٠٩/١١ - ١١٠) ، المدونة (١٤٤/٦) ،

جواهر الاكليل (١٤١/٢) ، حاشیة العدوی علی شرح أبي الحسن علی

الرسالة (٢٥٤/٢) ، الكافي فی فقه أهل المدينة (١٣٥/٢) ، كشف القناع

(١٨٧/٤) ، شرح منتهی الارادات (٤٥٢/٢) ، الانصاف (٣٢٤/٦) ، المحرر

(٣٦٣/٣) .

في هذه الحالة ^١سَنَهِىَ عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه .
وخالف الشافعية جمهور الفقهاء في ذلك : فقالوا ان على المُوَدَّعِ
أن يحفظ الوديعة بنفسه فان دفعها الى غيره ليحفظها ولو ولده أو زوجته
أو عبده أو قاضيا من غير عذر ثم تلفت فان على المُوَدَّعِ الضمان
لأن المُوَدَّعِ لم يرض بأمانة غيره ولا يده .

هذا بالنسبة لليد الحافظة . أما الموضع الذى تحفظ فيه الوديعة :
فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للمُوَدَّعِ أن يحفظ الوديعة الا فيما
يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وسندوقه ونحو ذلك الا اذا حدد
له المالك موضعا معيناً أو حرزا معيناً فليس له أن يخالف ما حدد لــــه
المالك الا اذا كان الحرز الذى وَفَّعَ فيه الوديعة مثل ما حدد له أو أحفظ
منه فان كان أقل فتلفت الوديعة ضمنها لمالكها لمخالفته أمر المالك
وتقصيره في حفظ الوديعة .

ولا يلزم عند الحنفية التقيد بشرط المالك الا اذا كان مفيدا . أما
اذا لم يكن مفيدا فيعتبر لاغيا والضابط عندهم في هذه المسألة : " كل
شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته فهو هدر"^(٣) .
فمثال الشروط غير المعتبرة : اذا قال له احفظ بيمينك ولا تحفظ
بشمالك . أو احفظ في هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ في الزاوية
الأخرى .

فلا يصح التعيين في هذه الحالة لانعدام الفائدة لأن التعيين عند
انعدام التفاوت في الحرز يجرى مجرى العيب .
ومثال الشروط المعتبرة : اذا قال له لاتخرجها من المعصر فخرج بها
فانها تدخل في ضمانه لأنه شرط يمكن اعتباره لأن الحفظ في المعصر أكمل
من الحفظ في السفر اذ السفر موضع الخطر .

-
- (١) روضة الطالبين (٣٢٧/٦)، مغنى المحتاج (٨١/٣)، المهذب (٤٧٤/١) .
(٢) بدائع الصنائع (٣٨٨٥/٨)، المدونة (١٤٤/٦ - ١٤٥)، المهذب (٤٧٣/١) ،
المغنى (٤٣٨/٦)، (٤٤٢)، المحلى (١٦٧/٩) .
(٣) بدائع الصنائع (٣٨٨٧/٨)، وراجع مجمع الأنهر (٣٤٣/٢)، المبسوط (١٢١/١١)
العناية (٤٩٤/٨ - ٤٩٥) .

هذا بالنسبة لتلف الوديعة الناشئة من التقصير في الحفظ . أما الذي ينشأ عن تعدى المودع فلا خلاف بين الفقهاء أن المودع اذا تعدى على الوديعة فان عليه ضمانها سواء كان ذلك باستهلاكها أو باستعمالها لغير مصلحتها من غير اذن المالك فتتلف نتيجة لهذا الاستعمال أو بخلطها بغيرها خلطاً لا يميز فان الخلط اتلاف لها ونحو ذلك مما يعد اتلافاً حقيقياً ويلحق به الاتلاف معنى ومن ذلك : أن يعتمد الى تجهيل الوديعة بحيث لا تعرف من غيرها بعينها فلو مات مثلاً مجهلاً للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف . ومما يلحق بالتعدى في الوديعة حبس الوديعة بعد طلب المالك مع قدرته على تسليمها فاذا هلكت في هذه الحال فالضمان عليه (١) لأنه لما حبسها بعد أن طلبها صار كالغاصب لها وعلى الغاصب الضمان .

(١) راجع في ذلك : بدائع الصنائع (٣٨٩٤/٨) وما بعدها، تبیین الحقائق (٧٧/٥ - ٧٨)، الهداية مع تكملة فتح القدير (٤٨٧/٧ - ٤٨٩)، الكافي في فقه أهل المدينة (٣٥/٢ - ٣٧)، المدونة (١٤٥/٦ - ١٥٩، ١٤٨)، الشرح الكبير (٤٢٠/٣ - ٤٢٥، ٤٢١ - ٤٢٦)، روضة الطالبين (٣٢٩/٦ - ٣٤٤، ٣٣٦)، المنهاج ومغنى المحتاج عليه (٨٨/٣ - ٩٠)، كشاف القناع (١٩٥، ١٨٦/٤)، الانصاف (٣٣٠/٦ - ٣٣١، ٣٣٤، ٣٥٢)، المغنى (٤٤٤/٦ - ٤٥١، ٤٤٥ - ٤٥٢) المحرر (٣٦٣/١ - ٣٦٤) .

المطلب الثاني : الرد المبرىء من الضمان

لاخلاف بين الفقهاء في أن الرد المبرىء من الضمان هو الرد إلى

المالك .

واختلفوا في ردها إلى من يحفظ مال المالك عادة على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية إلى أن من رد الوديعة إلى غير مالكها فلا يعتبر رآد للوديعة وتدخّل في ضمانه حتى يردّها إلى يد مالكها جاء في بدائع الصنائع : " ومنها وجوب الأداء إلى المالك لأن الله أمر بأداء الأمانات إلى أهلها . وأهلها مالكوها . حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن . . . ولأن مبنى الإيداع على السّري والاختفاء عادة فإن الإنسان إنما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رده على غير المالك لانكشف العارية لأن مبناها على الاعلان والاطهار لأنها شرعت لحاجة المستعير إلى استعمالها في حوائجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد إلى

غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق " .

وجاء في مختصر خليل وشرحه الشرح الكبير : " وتضمن بدعوى الرد لها من المودع بالفتح أو وارثه على وارثك أيها المودع بالكسر لأنه دفع لغير يد المؤتمن " .

وجاء في المنهاج وشرحه مغنى المحتاج : " وقد تصير الوديعة

(١) بدائع الصنائع (٨/٣٨٩٠)، وراجع الهداية مع تكملة فتح القديسر

• (١٧/٩)

(٢) (٤٢٩/٣) وراجع الفواكه الدواني (٢/٢٣٧)، منح الجليل (٣/٤٧٣ - ٤٧٤).

(٣) (٨١/٣ - ٩١،٨٢) .

مضمونة على الوديع بالتفسير فيها وله أسباب عبّر عنها المصنف بعوارض منها أن يُؤدع غيره ولو ولده أو زوجته أو عبده أو قاضيها بلاذن من المودع ولاعذر له فيضمن لأن المودع لم يرض بأمانة غيره ولايده". وقال في موضع آخر: "أو ادعى الرد على غيره أى غير من ائتمنه كوارثه أى المالك.... طوالب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر إذا الممسك عدم الرد ولم يئتمنه".

القول الثانى :

ذهب الحنابلة^(١) الى أن من رد الوديعة الى من يحفظ مال المالك عادة كزوجته وعباله ووكيله فى القبض وخادمه وخازنه ونحوهم فانهم يبرأ من ضمانها لقيامهم مقام المالك فى الرد ولأن يدهم على الوديعة كيد المالك".

والذى يظهر لى رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول من أنه لا يبرأ من الضمان الا بدفعها الى مالكها فقط لقوة ما استدلوا به ولأن المالك حينما خصه بحفظ الوديعة فقد رضى بأمانته دون غيره ولو رضى بأمانتهم لدفعها اليهم ليحفظوها له لقربهم منه ولأنه ربما يكون فى دفعها اليه معنى آخر غير كونه أميناً عليها أكثر من غيره وذلك مثل كونه لا يريد أحدا ممن حوله أن يعلم بتلك الوديعة كما أشار الى ذلك الحنفية وفى اعادتها الى غير المالك تفويت لغرضه والله أعلم.

(١) كشف القناع (١٩٢/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٥٣/٢)، الانصاف (٣٢٥/٦)، القواعد لابن رجب (ص ٦٣).

الفصل الرابع

أحكام تلف الأموال فى عقود النيابة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

فى تلف المال فى يد الوكيل

لاخلاف بين الفقهاء فى أن يد الوكيل على المال الموكل عليه
(١)
يد أمانة فاذا تلف من غير تعد أو تفريط فلا ضمان عليه ، يقول الكاسانى
" أن المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين
والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده نيابة عن الموكل
بمنزلة يد المودع فيضمن بما يُضمَّن فى الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها " .
ويقول ابن عبد البر : " الوكيل أمين لاضمان عليه فيما دفع اليه
الاماجنت يداه من قبل نفسه بتفويض أو تعمد فساد وكذلك هو أمين
لاضمان عليه فى رد ما دُفِعَ اليه " .
ويقول الشيرازى : " والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل فان
تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف
فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل فلم يضمن " .
وجاء فى الاقناع وشرحه : " والوكيل أمين لاضمان عليه فيما تلف فى
يده من ثمن ومثمن وغيرهما بغير تفريط ولا تعد لأنه نائب المالك فى اليد
والتصرف فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك كالمودع " .

(١) بدائع الصنائع (٣٤٧٩/٧) .

(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٢٥/٢) ، وراجع جواهر الاكليل (١٣٠/٢) .

(٣) المهذب (٤٦٩/١) وراجع روضة الطالبين (٣٢٥/٤) ، مغنى المحتسج
(٢٣٠/٢) .

(٤) كشاف القناع (٤٧٣/٣) ، وراجع المغنى (٨٠،٧٥/٥) ، الانصاف (٣٩٦/٥) ، شرح

منتهى الارادات (٣١٥/٢) .

بناءً عليه فإنه إذا تعدى الوكيل أو فرط فيما وُكِّلَ فيه ثم تـلـف بهذا السبب فإن عليه ضمانه للموكل ومن التعدى استعمال العين الموكل عليها بغير إذن الموكل فتتلف من هذا الاستعمال أو يحمل عليها فوق طاقتها . أو يطلب منه الموكل ردها فلا يفعل مع تمكنه ، أو يخالف ماقيده به الموكل صراحة أو دلالة فإن الفقهاء قد نصوا على أن الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذْنُ موكله فإن تصرف تصرفاً لم يؤذن له فيـه فتلف المال فعليـه ضمانه ، يقول ابن عابدين : "وجملة الأمر أن كل ما قيد به الموكل إن مفيداً من كل وجه يلزمه رعايته أكدته بالنفسى أولاً كبعده بخيار فباعه بدونه . . . وإن لا يفيد أصلاً لا يجب مراعاته كبعده بالنسيئة فباعه بنقد يجوز وإن مفيداً من وجه يجب مراعاته إن أكدته بالنفسى وإن لم يؤكد به لا يجب مثاله لاتباعه إلا فى سوق كذا يجب رعايته بخلاف قوله بعه فى سوق كذا وكذا" .

ويقول ابن قدامة : "ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إـذْنُ موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالأذن فاختص بما أُذِنَ فيه والأذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً فى التصرف فى زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لأنه لم يتناولهُ مطلقاً ولا عرفاً لأنه قد يؤثر التصرف فى زمن الحاجة إليه دون غيره وإن عيّن له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه فى سوق وكان ذلك السوق معروفاً بجودة النقد أو كثرة الثمن أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقييد الأذن به لأنه قد نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته ، وإن كان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيد الأذن به وجاز له البيع فى غيره لمساواته المنصوص عليه فى الغرض فكان تنعيمه على أحدهما إذناً فى الآخر" .

وجاء فى روضة الطالبين : " وحاصله أنه يجب مراعاة تقييد الموكل (٣)

(١) رد المحتار (٥٢٣/٥) .

(٢) المغنى (٩٥/٥) .

(٣) (٣١٤/٤) .

ورعاية المفهوم منه بحسب العرف " .

ومن أمثلة التلف التي يُرَجَّعُ فيها الى العرف ما ذكره الشيخ الجاسر حيث قال : " الوصي على ذبح الأضاحى هل له أن يشتريها قبل عيد يــــوم النحر أو لا يشتريها الاوقت الذبح ؟ وهل ان اشتراها قبل وقت الذبح يضمن ان اتلفت أم لا ؟...؟ الظاهر أنه يرجع فى ذلك الى العادة فان كانت عادة أهل بلده جارية بشراء الأضاحى قبل وقت الذبح فله شراؤها قبله ولا ضمان عليه ان ضاعت لعدم تعديده ، والاتكن عادة أهل بلده جارية بالشراء قبل وقت الذبح فليس له ذلك فان اشتراها فى هذه الحال وتلفت فالظاهر أنه يضمن لوجود التعدى منه " (١) .

اذا تبين هذا : فان الفقهاء قد نَعَوْا على أن القول قول الوكيل مع يمينه فى التلف من غير تعديه أو تفريطه اذا ادعى عليه الموكل أن التلف حصل بسببه مثل أن يدعى الموكَّل عليه أنه حَمَلَ على الدابَّة فوق طاقتها أو حَمَلَ عليها شيئا لنفسه أو لبس الثوب أو فرط فى الحفظ . وعللوا ذلك بأن الوكيل أمين وهذا مما يتعذر اقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع للناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر .

وقد استثنى بعض الفقهاء ما اذا كان سبب التلف ظاهرا كالحريق والنهب وشبههما مما لا يتعذر فيه على الوكيل اقامة البينة غالباً فاذا كان كذلك فان عليه اقامة البينة على وجود هذا الأمر فى تلك الناحية .

(١) مفيد الأنام ونور الظلام فى تحرير الأحكام لحج بيت الله الحرام للشيخ عبدالله الجاسر (٢/٢٢٢) .
(٢) بدائع الصنائع (٧/٣٤٧٩)، المغنى (٥/٧٥)، كشف القناع (٣/٤٧٣، ٤٧٥) ، الانصاف (٥/٣٩٦ - ٣٩٧) ، القواعد لابن رجب (ص ٦١ - ٦٢) ، روضة الطالبين (٤/٣٤٢) .

المبحث الثاني

أحكام تلف الأموال في عقد المضاربة (القراض)

المطلب الأول : في بدالعامل على مال المضاربة

لاخلاف بين الفقهاء أن عقد المضاربة من عقود الأمانة ، فالعامل في المضاربة أمين لا يضمن المال إذا تلف في يده إلا إذا تعدى عليه أو فسرط فيه ، يقول ابن قدامة ^(١) : "والعامل أمين في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل " .
وقال : " إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم " ^(٢) .
ويقول الكاساني ^(٣) : " أما الذي يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لأنه قبضه باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة فان اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لأنه تصرف في مال الغير بأمره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويعبر المال مضموناً عليه " .
ويقول ابن عبد البر ^(٤) : " والمقارض أمين مقبول قوله فيما يدعيه من ضياع المال وذهابه والخسارة فيه إلا أن يتبين كذبه . . . ولو شرط رب المال على العامل الضمان كان العقد فاسداً " .

-
- (١) المغنى (٥٥/٥) وراجع كشف القناع (٥١٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٣٣٧/٢) التنقيح المشبح (ص ٢١٤) ، المبدع (٣٥/٥) ، القواعد لابن رجب (ص ٦٥) .
(٢) المغنى (٣٩/٥) . وراجع (ص ٤٠ ، ٣١ - ٤١) .
(٣) بدائع الصنائع (٣٦٠٤/٨) وراجع (ص ٣٦٥٤) ، تبیین الحقائق (٥٢/٥) ، الهداية (٤٤٦/٨) ، المبسوط (١٩/٢٢) .
(٤) الكافي في فقه أهل المدينة (١١٢/٢) ، وراجع الفواكه الدواني (١٧٧/٢) المدونة (٩٣/٥) .

(١) قال الدردير : " أى شرط فيه على العامل ضمان رأس المال ان تلف بلا تفريط أو أنه غير مصدق فقراض فاسد لأنه ليس من سنة القراض . وفيه قراض المثل ان عمل والشرط باطل ولا يعمل به " .

(٢) ويقول الشيرازى : " والعامل أمين فيما فى يده فان تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع " .

فالحاصل : أن الفقهاء متفقون على أنه يلزم عامل المضاربة أن يحافظ على المال وأن لا يعرضه للمهلك أو يتعدى عليه وأن يكون تصرفه فيه بحسب المصلحة ويجمع ذلك قول ابن عبد البر : " لأن فى الأمور أن المال انما دفع اليه للحفاظ وطلب النماء لأن يعرضه للتوى واذا تعدى ما أمر به رب المال ضمن ما أدركه فى المال من درك وخرج عن أمانته بتعديه " .

وقد استثنى بعض الفقهاء ما يأكله العامل من مال المضاربة فى السفر فهذا وان كان فيه اتلاف جزئى لمال المضاربة من قبل العامل وهو من قبيل التعدى الا أنهم قد قالوا بجوازه .

(٤) (٥) (٦) فقد ذهب الحنفية والمالكية وهو قول لبعض الشافعية الى أنه يجوز لعامل المضاربة أن يأكل من مالها بالمعروف فى السفر دون الحضر ، يقول الكاسانى : " وأما شرط الوجوب فخرج المضارب بالمال من المصر الذى

-
- (١) الشرح الكبير (٥٢٠/٣) ، راجع البيهجة شرح التحفة (٢١٧/٢) .
(٢) المهذب (٥٠٨/١) وراجع روضة الطالبين (١٢٦، ١٢٧، ١٢١/٥) ، مغنى المحتاج (٣٢٢/٢) ، نهاية المحتاج (٢٤٣/٥) .
(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٣/٢) .
(٤) المبسوط (٦٢/٢٢ - ٦٣) ، الدر المختار وتكملة رد المحتار عليه (٣١٣/٨) ، الهداية (٤٧٥/٨) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى شرح الملتنقى (٣٣٣/٢) .
(٥) المدونة (٩٢/٥) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٢/٢) ، جواهر الاكليل (١٧٥/٢) ، الفواكه الدوانى (١٧٦/٢) ، البيهجة فى شرح التحفة (٢٢١/٢) ، شرح أبى الحسن على رسالة ابن أبى زيد وحاشية العدوى عليها (١٩٠/٢) المنتقى (١٧١/٥) .
(٦) روضة الطالبين (١٣٥/٥) ، المهذب (٥٠٨/٥) ، مختصر المزنى بهامش الأم (٦٢/٣) .
(٧) بدائع الصنائع (٣٦٤٧/٨ - ٣٦٤٨) .

أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصمر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به في ذلك المصمر فان نفقته في مال نفسه لافى مال المضاربة وان أنفق شيئاً منه ضمن لأن دلالة الاذن لا تثبت في المصمر . . . والحاصل أنه لا تبطل نفقة المضارب بعد المسافره بالمال الا بالاقامة في مصره أو في مصره يتخذ دار اقامة " .

(١) وجاء في المدونة : " وقال لى مالك وجه القراض المعروف الجائز بين الناس أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه فيه ونفقة العامل في المال وطعامه وكسوته في سفره وما يملحه بالمعروف بقدر المال إذا شَخَصَ في المال وكان المال يَحْمِلُ ذلك فان كان مقيماً في أهله فلا نفقة له من المال ولاكسوة " .

وقد نص هؤلاء الفقهاء على ان للعامل أن يستأجر من يُعِينُهُ على المضاربة من مال المضاربة وينفق عليهم منه بل له أن يستأجر من مال المضاربة أجيراً يخدمه ويخدم دابته الآن المالكية قد اشترطوا أن يكون مثله يخدم والعمال يَحْتَمِلُ ذلك .

واتفق الحنفية والمالكية على أنه اذا أنفق على نفسه في السفر من مال نفسه بِنِيَّةِ الأخذ من مال المضاربة ثم تلف مال المضاربة فليس له الرجوع على رب المال بشيء .^(٢)

وخالف في ذلك الحنابلة وبعض الشافعية فقالوا لانفقة للمضارب من مال المضاربة وليس له أن يأكل منه في السفر كما ليس له أن يأكل منه في الحضر وهذا هو المذهب عند الحنابلة وأظهر القولين عند الشافعية .^(٣)
قال الحنابلة : الا أن يشترط المضارب النفقة في السفر فله ذلك .^(٤)
وأضاف شيخ الاسلام ابن تيمية أو تجرى العادة بأن نفقة المضارب في^(٥)

(١) (٩٣/٥) .

(٢) راجع بدائع الصنائع (٣٦٤٩/٨)، المدونة (٩٤/٥ - ٩٥) .

(٣) الانصاف (٤٤٠/٥)، كشاف القناع (٥٠٧/٣)، غاية المنتهى (١٧١/٢)، شرح

منتهى الارادات (٢٣٢/٢)، المحرر (٣٥٢/١)، المغنى (٣٠/٥) .

(٤) روضة الطالبين (١٣٥/٥)، نهاية المحتاج وحاشية الشيراملى عليه

(٥) (٢٣٥/٥)، مغنى المحتاج (٣١٧/٢)، المهذب (٥٠٨/٥) .

(٥) الاختيارات الفقهية (ص ١٤٥) .

مال المضاربة فان له أن يأكل من مال المضاربة بالمعروف وقوي هذا المرادوى فقال : " وكأنه أقيم العادة مقام الشرط وهو قوي في النظر " (١) .
وأما عند الشافعية فانه اذا شرط النفقة في السفر في ابتداء القراض فانه يفسد القراض على الأصح كما لو شرط نفقة الحضر . وهناك وجه آخر عندهم وهو أنه لا يفسد القراض لأنه من مصالح العقد .

وقد استدل أصحاب هذا القول وهم الحنابلة والشافعية بما يأتي :

- (١) أنها نفقة تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وشم الدواء .
- (٢) أنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره .
- (٣) اذا قلنا بأنه يستحق النفقة فان ذلك قد يؤدي الى انفراده بالربح اذا لم يربح سوى ما أنفقه أو يأخذ جزءاً من رأس المال اذا كانت النفقة أكثر من الربح وهو ما يناهض مقتضى العقد .

واستدل أصحاب القول الأول على أن للعامل النفقة في مال المضاربة

في حال السفر بما يأتي :

- (١) أن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته في مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مَسَاسِ الحاجة اليها فكان إقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذناً من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة فكان مأذونا في الانفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً .
- (٢) أنه يسافر لأجل المال لاعلى سبيل التبرع . ولا يبدل واجب له لامحالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لأنه يسافر بمال الغير على وجه التبرع . وبخلاف الأجير لأنه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لامحالة فلا يستحق النفقة .

والذى يترجح عندي في هذه المسألة ما ذهب اليه أصحاب القول

الثاني من عدم جواز أكل العامل من مال المضاربة الا في السفر بساكن

من رب المال أو شرط في العقد يوجب له النفقة فيه أو عادة تقوم مقام
الشرط فان كان كذلك جاز له والا فلا وعليه ضمان ما استهلكه من مال
المضاربة وذلك لعموم الأدلة من الكتاب والسنة التي تنهى نهى تحريم عن
أكل مال الغير الا برضاه أو بطيب نفس منه . وما استدل به أصحاب
القول الثاني منقوض بحالة الحضر حيث لاخلاف بين الفقهاء في أن العامل
لا يأكل من مال المضاربة في حالة الحضر ونفقته في هذه الحال في مال
نفسه فتخصيص حال السفر بالجواز حكم شرعى يحتاج الى دليل ولم أقف
على دليل لهم تقوم به حجة والله أعلم .

المطلب الثانى : فى الآثار المترتبة على تلف رأس المال
واتلافه فى عقد المضاربة

لا يخلو أن يكون تلف رأس المال فى عقد المضاربة قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء أو بعد التصرف وفيما يلى نعرض آراء الفقهاء فى كل مسألة .

المسألة الأولى : تلف رأس مال المضاربة تلفا كليا أو جزئيا قبل التصرف .

(أ) حالة التلف الكلى :

لا خلاف بين الفقهاء أن التلف الكلى للمال قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء يَنْهِي عقد المضاربة . يقول الكاسانى : "لأنه قد تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة" . وجاء فى روضة الطالبين : " أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده فيرتفع القراض " . ويقول ابن قدامة : " إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذى تعلق العقد به " .

بناء عليه : فقد قال الفقهاء : لو دفع رب المال الى المضارب مالا آخر خَلْفًا للمال التالف فان رأس المال يكون الثانى فقط دون الأول لأن الأول بالتلف قبل التصرف خرج من أن يكون قراضا . هذا إذا تلف بفعلٍ غَيْرِ مضمون وهو ما يعبر عنه الفقهاء بآلأففة السماوية أما إذا تلف بفعل مضمون كأن أتلفه آدمى فلا خلاف أن على المتلف البدل وإذا أخذ منه البدل استمر القراض فيه كما لو لم يتلف .

-
- (١) المبسوط (١٦٩/٢٢)، جواهر الاكليل (١٧٥/٢)، مغنى المحتاج (٣١٩/٢) ،
كشاف القناع (٥٠٨/٣) .
(٢) بدائع الصنائع (٣٦٦٤/٨) .
(٣) (١٣٩/٥) .
(٤) المغنى (٤٨/٥) .

(ب) حالة التلف الجزئي :

ان ما أسلفنا محله تلف المال تلغا كلياً قبل التصرف فيه أمّا
إذا تلف جزئياً :

فقد ذهب بعض الفقهاء الى أن المضاربة تنفسخ في التالف ويكسبون
رأس مال المضاربة هو الباقي قالوا : لأنه مال هلك على جهته قبل
التصرف أشبه التالف قبل القبض وهذا هو قول الحنابلة والأصح من الوجهين
عند الشافعية .^(٢)

وذهب المالكية الى أن التالف يجبر من الربح ويكون رأس المال
التالف مضافاً اليه الباقي بعد التلف ولا يستحق العامل الربح حتى يستوفى
رب المال جميع رأس ماله بيان ذلك ما جاء في المدونة :^(٤) "قلت رأيت
ان دفعت الى رجل ألف درهم قراضاً فلم يعمل بالمال حتى ضاع منه خمسمائة
درهم ثم عمل فربح أكثر من رأس المال قال قال مالك يجبر رأس المال من
الربح وان لم يعمل بالمال حتى ضاع منه ٠٠٠٠ قلت : رأيت ان أخذت مالا
قراضاً فذهب للموص بنصف رأس المال أو سقط مني نصف رأس المال قبل
أن أعمل في المال ثم عملت في النصف الباقي فربحت فيه مالا كيف يكسبون
هذا في قول مالك قال : قال مالك : يئتم رأس المال الذي أخذت للموص
والذي ضاع من الربح ويكون بعد ذلك الربح بينهما على ما اشترطوا ولا يكون
في المال ربح حتى يئتم رأس المال" .

وهذا عند المالكية فيما اذا كان التلف بسبب سماوي كالجائحة
وسرقة لموص ولم يؤخذ البديل منهم أو حريق ونحو ذلك .

أما اذا كان التلف بفعل أجنبي فأخذ بدله أو بفعل العامل بأن
استهلك من المال شيئاً فان هذا التالف لا يجبر من الربح لأنه تلف بفعل
مضمون بخلاف ماتلف بأفة سماوية ، وقد أجاب ابن القاسم على سؤال سحنون^(٥)

(١) كشف القناع (٥٠٨/٣) ، شرح منتهى الارادات (٣٣٣/٢) ، الانصاف (٤٤٤/٥) ،

المبدع (٣٠/٥) ، المحرر (٣٥٢/١) .

(٢) روضة الطالبين (١٣٩/٥) ، مغنى المحتاج (٣١٩/٢) ، نهاية المحتاج (٢٣٨/٥) .

(٣) الشرح الكبير (٥٢٩/٣) ، جواهر الاكليل (١٧٥/٢) ، الكافي في فقه أهل

المدينة (١١٤/٢) .

(٤) المدونة (٩٩/٥) .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٢٩/٣) .

حينما سأله ما الفرق بين ماتلف بأفة سماوية أنه يجبر من الربح بخلاف ما أكله العامل ونص ما قال ابن القاسم : "لأنه إذا أكله فقد ضمَّه وإذا سقط فلا ضمان عليه فيه وكذلك إذا أخذته اللصوص فلا ضمان عليه فيه فإن ربح في بقية المال كان عليه أن يجبر رأس المال فإذا أكله فهو ضامن لما أكل والذي ضمَّ هو تمام رأس المال الآن لأنه لا ربح للذي ضمَّ لأنه لم يعمل به . . . قلت : رأيت أن دَفَعْتُ إلى رجل ألف درهم قراضاً فأكل خمسمائة منها ثم اتجرَّ في المال فربح كيف يكون هذا قال : قال مالك : في رجلٍ دَفَعَ إليه رَجُلٌ مالا قراضاً فتسلف منه مالا ثم عمل بما بقي قال مالك : هو ضامن لما تسلف منه وما بقي في يديه يعمل به فهو الذي فيه القراض وليس الذي تسلف منه على القراض فمسألتك أرى الخمسمائة التي عمل بها هي رأس مال القراض فربحها على ما اشترطوا والعامل ضامن للخمسمائة التي أكلها ولا يحسب لها ربحاً ولا شيء على العامل فيها" (١) .

وقد استثنى المالكية من قولهم : ان التالف بأفة سماوية يجبر من الربح ما إذا تحاسب المضارب ورب المال بعد التلف ، ثم قبض رب المال الباقي من رأس ماله بعد التلف ، ثم رده إلى العامل مرة أخرى فإنه حينئذ يكون قراضاً جديداً فستانفاً ويكون رأس المال هو ماردته عليه مرة أخرى فقط دون التالف . (٢)

ونبه المالكية على أنه لا بد من قبض رب المال الباقي بعد التالف حتى تصبح مضاربة جديدة أما لو قال له العامل لأعمل به حتى تجعل الباقي رأس مالك وتسقط عني ماتلف فقال له رب المال نعم اعمل بهذا أو قسده أسقطت عنك ماتلف فقد قال ابن القاسم : " أرى أنه على قراضه أبداً ما لم يدفع إلى رب المال ماله ويفاضله . وهو رأيي ولا ينفعه قوله إلا أن يدفع إليه ويتبرأ منه ثم يدفع إليه الثانية إن أحب . قال ابن القاسم : ولو أحضره وحاسبه ما لم يدفعه إليه فهو على القراض الأول حتى يقبضه وكذلك

(١) المدونة (١٠١/٥) .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (١١٤/٢) ، جواهر الكليل (١٧٥/٢) ، الفواكه

الدواني (١٧٧/٢) .

سمعت عن مالك ^(١) .

وبالنظر فى أقوال الفقهاء فى هذه المسألة تبين لى أن محل النزاع هو ما اذا تلف مال القراض قبل التصرف فيه تلفاً جزئياً بأفـسة
سماوية .

فالحنابلة والشافعية فى أصح الوجهين أن الباقي هو رأس المال
المضاربة ولا يجبر من الربح .

والمالكية قالوا بأنه يجبر من الربح الا اذا استلم رب المال
الباقي بعد التلف من المـضارب ثم دفعه اليه من جديد .

والذى يبدو لى والله أعلم ، رجحان مذهب اليه الشافعية والحنابلة
لأن الأمل المتفق عليه أن يـدَّ العامل على مال المضاربة يد أمانـة
لا يـضمَّن الا بالتعدى أو التفريط . فاذا لم يفرط وحصلت الآفة السماوية
فلا ضمان عليه .

المسألة الثانية : تلف رأس مال المضاربة تلفا كلياً أوجزئياً بعد التصرف .

(أ) حالة التلف الكلى :

لا خلاف بين الفقهاء أن تلف المال تلفاً كلياً بعد تصرف العامل فيه بالبيع والشراء يؤدي إلى انقراض المضاربة وانتهاء عقدها إلا أن الفقهاء قد استثنوا من ذلك ما إذا اشترى المضارب عرضاً للمضاربة ثم تلف المال كله قبل نقد الثمن .

فقد ذهب الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) والشافعية^(٣) في أحد الوجهين إلى أنه يلزم رب المال دفع ثمن هذا العرض الذي اشتراه المضارب قبل تلف المال وذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل ثم اختلفوا في رأس المال هل يكون المال التالف والشمس المدفوع بعد التلف أو يكون رأس المال الثمن الأخير فقط دون التالف .

فذهب الحنفية والشافعية في أحد الوجهين إلى أن رأس المال هو مادفعه أو لاؤما غرم ثانياً وليس للعامل شيء من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله كله . يقول الكاساني^(٤) : "فإن هلك بعد الشراء بئس كان مال المضاربة ألفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع

(١) بدائع الصنائع (٣٦٦٥/٨)، المبسوط (١٦٨/٢٢)، تبیین الحقائق

وحاشية الشلبي عليه (٧٤/٥)، الدر المختار مع تكملة رد المحتار

عليه (٣٢٠/٨) .

(٢) كشف القناع (٥٠٨/٣)، شرح منتهى الإرادات (٣٣٤/٢)، الانصاف (٤٤٤/٥) ،

المحرر (٣٥٢/١)، المغنى (٤٨/٥)، المبدع (٣٠/٥ - ٣١) .

(٣) المجموع (٤٣٨/١٣)، مغنى المحتاج (٣١٩/٢)، روضة الطالبين (١٤٠/٥) ،

وفيها أن الوجه الثاني : هو قول ابن سريج وهو أن الشراء يقع

عن العامل وعليه الثمن ويرتفع القراض قال في المجموع (٤٣٨/١٣) ،

وهذا على الوجه الذي يقول فيه الشافعي إن ماتلف بعد الشراء وقبل

البيع خارج من القراض" . وقد أطلق فقهاء الشافعية هذين الوجهين

من غير ترجيح أحدهما على الآخر والله أعلم .

(٤) بدائع الصنائع (٣٦٦٥/٨) .

بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم الى البائع ويكون مادفعه أولاً رب المال وما غرم كله من رأس المال وانما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل ولأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجاناً يتفرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز " .

وجاء في المجموع : " أن الشراء يكون في القراض لأنه معقود له وهذا على الوجه الذي يقول فيه الشافعي : ان ماتلف بعد الشراء وقبل البيع داخل في القراض فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفاً ثانية تمير في ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفي دينار وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها في ثمن العرض لزم رب المال أن يدفع ألفاً ثالثة ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين " .

وذهب الحنابلة الى أن رأس المال الثمن المدفوع عوضاً عن التالف دون أن يحسب التالف يقول ابن قدامة : " فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لأن الأول تلف قبل التصرف فيه " .

وخالف المالكية جمهور الفقهاء في أصل المسألة فقالوا ان المضارب اذا اشترى سلعة للمضاربة فتلف المال كله قبل أن ينقذ البائع الثمن فرب المال بالخيار بين أن يدفع ثمن السلعة المشتراة وتكون السلعة قراضاً على حالها وبين أن يلزم المقارض الثمن وتكون له فان لم يكن له مال بيعت عليه وكان عليه الثمن وله الربح .

(١) (٤٣٨/١٣) .

(٢) المغنى (٤٨/٥) ، وراجع كشف القناع (٥٠٨/٣) ، المبدع (٣١/٥) ، الانصاف

(٤٤٤/٥) .

(٣) المدونة (١٠٢/٥) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٥٢٩/٣) ،

جواهر الاكليل (١٧٥/٢) .

(١)
بناء عليه فقد قال المالكية : اذا اختار رب المال أن يدفع
ثمن السلعة المشتراة فان رأس ماله يكون المال الأخير الذى نقده
ثمنا للسلعة دون التالف وهذا عندهم بناء على أن رب المال يدفعه للثمن
قد استأنف قراضا جديدا فلا علاقة بين القراض الأول والقراض الثانى .
والذى يظهر لى رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء بلزوم دفع رب المال
ثمن السلعة التى اشتراها المضارب لأن المضاربة باقية على حالها
والتلف الذى هو من موجبات الفسخ لم يوجد حين الشراء ولا قبله واذا قلنا
ببقاء المضاربة على حالها حين الشراء فان ماتلف بعد الشراء يلزم
أن يكون من رأس مال المضاربة كما لو لم يتلف كل المال وهو ماذهب
اليه الحنفية والشافعية فى أحد الوجهين بناء على ذلك فان العامل
لايستحق شيئا من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله الأول وهو التالف
مضموما اليه الثانى وهو ماغرم بعد التلف . والله أعلم .

(ب) حالة التلف الجزئى :

ماسبق بيانه انما هو بالنسبة لتلف مال المضاربة بعد التصرف فيه
(٢)
تلفا كليا أما اذا تلف بعضه وبقي البعض الآخر بعد التصرف فيه فقد اتفق
الفقهاء على أن التالف يحسب من الربح ولايستحق العامل شيئا من الربح
حتى يستوفى رب المال رأس ماله كله فلو أن رأس المال مثلا ألف دينار
فتلف خمسمائة بعد تصرف العامل فيها بالبيع والشراء ثم عمل العامل
بالباقى وهو خمسمائة فَرَبِحَ ألفا فان لرب المال من هذا الربح خمسمائة
ليستوفى رأس ماله والباقى خمسمائة بينهما على حسب شرطهما . والله أعلم .

(١) المدونة (١٠٢/٥) .

(٢) الدر المختار مع تكملة رد المحتار (٣١١/٨)، تبين الحقائق (٦٧/٥) -
٦٨)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٤/٢)، المدونة (١٠١، ٩٩/٥)، جواهر
الاكليل (١٧٥/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٥٢٩/٣)، مغنى
المحتاج (٣١٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٣٨/٥)، روضة الطالبين (١٣٩/٥) ،
المجموع (٤٣٨/١٣)، كشف القناع (٥٠٨/٣)، الانصاف (٤٤٣/٥)، الروض الندى
(ص ٢٦١)، المحرر (٣٥٢/١)، غاية المنتهى (١٧١/٢) .

المبحث الثالث

فى يد الوصى على مال اليتيم

الوصى أمين على مال اليتيم يسعى لتنميته واستثماره بالأخذ لليتيم وينفق عليه منه بالمعروف ويلزمه أن يحافظ عليه كما يحافظ على أمواله ولا يعرضه للتلف والضياع والأصل فى ذلك كله :

- (١) قوله تعالى : " وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالرِّبَا وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا " .
- (٢) وقوله تعالى : " وَلَا تَوْتُوا السَّغِيَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا . وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا " .
- (٣) وقوله تعالى : " إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا " .
- (٤) وقوله تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا " .
- (٥) وقوله تعالى : " وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يَفْتِيكُمْ فِيهِنَّ مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَفْعِينَ مِنَ الْوُلْدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفَعَّلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا " .

فهذه الآيات تدل دلالة صريحة على وجوب العدل فى مال اليتيم والقيام له بالقسط وتحريم أكل ماله بغير حق وتوعد أكله بالنار .

- (١) راجع فى ذلك أحكام القرآن للنهراى الطبرى (١٢١/٢)، الجامع لأحكام القرآن (٤٥،٤٠/٥)، أحكام القرآن لابن العربى (٣٢٧/١)، المحلى (٢٥٣/٩) .
- (٢) النساء : ٢
- (٣) النساء : ١٠
- (٤) الاسراء : ٣٤
- (٥) النساء : ١٢٧

وقد اتفق العلماء رحمهم الله على أن الوصِيَّ الغني لا يجوز لــــه أن يأخذ من مال اليتيم شيئا مستدلين بقوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف " .

واختلفوا في الوصي الفقير هل يجوز له أن يأكل من مال اليتيم أو لا؟

القول الأول :

أن الفقير كالغني لا يجوز له أن يأخذ من مال اليتيم شيئا وهذا هو مذهب الحنفية والظاهرية . يقول الجصاص :^(١) " والذى نعرفه من مذهب أصحابنا أنه لا يأخذه قرضا ولا غيره غنيا كان أو فقيرا ولا يُقْرِضُه غيــــره أيضا . وقد روى اسماعيل بن سالم عن محمد قال : أما نحن فلا نحــــب للوصي أن يأكل من مال اليتيم قرضا ولا غيره وهو قول أبي حنيفة " .^(٢) ويقول ابن حزم : " وذلك أنه قد صح تحريم أموال اليتامى والوعيد بالنار في بطونهم وصلي السعير على آكلها فكان هذا تحذيرا للدنو منها جملة الا بالتي هي أحسن وهو حفظها وانماؤها وإيتاؤها إياها فقط وليــــس آكلها ولا تملك شيء منها التي هي أحسن بل التي هي أسوأ بلا خلاف . ومن عندنا عن الحق ههنا فإنه موافق لنا في أنها التي هي أسوأ في أموال الأجنبيين والوعيد بالنار على أموال اليتامى أشد منه على أموال غيرهم . . . فصح أن كل ما قل أو كثر من مال اليتيم من الكبائر والحُوبِ ينص القرآن " .

القول الثاني :

يجوز للوصي غير الحاكم وأمينه إذا كان محتاجا أن يأخذ من مال اليتيم الأقل من أجره مثله أو قدر كفايته . أما الحاكم وأمينه فلا يجوز لهما أخذ شيء من مال اليتيم لأن لهما رزق في بيت المال . وهذا القول

(١) أحكام القرآن (٢/٣٦٠)، وراجع جامع أحكام الصغار (٤/١٢٧) .

(٢) المحلى (٩/٢٥٣) .

- (١) هو مذهب الشافعية والحنابلة . واختاره ابن العربي وصحه القرطبي
(٢) وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية .
(٣) من المالكية .
(٤) من المالكية . وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية .
(٥)

القول الثالث :

يجوز للوصى أن يشرب من اللبن ويأكل من الثمر فقط وذلك لأن شرب اللبن وأكل الثمر من الجدوع أمر متعارف بين الخلق متسامح فيه وقصد نسب ابن العربي هذا القول للامام مالك وقيد ابن عبد البر الجواز بشرط أن يكون الوصى يخدم البهائم والأشجار وينفعه فيها أو يكون ماأكله ويشربه قليلا لاقيمة له أو بموضع ليس معه مايشترى به .

عرض الأدلة والمناقشة والترجيح .

أولا : استدل أصحاب القول الأول بالآيات السابق ذكرها فــــ
أول المبحث والتي تحظر الأكل من مال اليتيم وتتوعد أكل مال اليتيم بنار جهنم فقد قال الجصاص بعد أن ساق الآيات : " وهذه الآي محكمة حاضرة لمال اليتيم على وليه في حال الغنى والفقر" .
(٨)

ثانيا : استدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

(١) قوله تعالى : " وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ " .
(٩)

- (١) نهاية المحتاج (٣٨٠/٤) ، مغنى المحتاج (١٧٦/٢) ، المهذب (٤٣٥/١) ، روضة الطالبين (١٨٩/٤ - ١٩٠) ، شرح النووى على صحيح مسلم (١٥٧/١٨) ، فتح البارى (٢٣٣/١١) .
(٢) كشاف القناع (٤٤٣/٣) ، شرح منتهى الارادات (٢٩٥/٢) ، الانصاف (٣٣٨/٥) - (٣٣٩) ، المحرر (٣٤٧/١) ، المغنى (١٨٣/٤) .
(٣) أحكام القرآن (٣٢٥/١) .
(٤) الجامع لأحكام القرآن (٤١/٥) .
(٥) الاختيارات الفقهية (ص ١٣٨) .
(٦) أحكام القرآن (٣٢٥/١) .
(٧) الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٢٨/٢) .
(٨) أحكام القرآن (٣٦١/٢) ، وراجع المحلى (٢٥١/٩) ومابعدها .
(٩) النساء : ٦

فأمر الله سبحانه وتعالى الغنى بأن يستعفف عن مال اليتيم وأما
الفقير فقد أباح له أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف من غير اسراف
يؤيد ذلك :

(١)
(٢) مارواه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده : " أن رجلا أتى
النبي صلى الله عليه وسلم فقال : انى فقير ليس لي شيء ولى يتيم
قال : فقال : كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثل " .
(٢)

وقد ناقش أصحاب القول الأول أدلة أصحاب القول الثانى بما يأتى :
أن قوله تعالى : " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " —
الآى المتشابه المحتمل لعدة وجوه فالأولى بنا أن نحملها على الآى المحكمة
وهى التى تدل دلالة صريحة على تحريم أكل أموال اليتامى ظلما فيكون
معناها كما ذكر الجماص : " وهو من يأكل من مال نفسه بالمعروف لئلا
(٣)
يحتاج الى مال اليتيم . لأن الله تعالى أمرنا برد المتشابه الى
المحكم ونهانا عن اتباع المتشابه من غير رد الى المحكم ، قال الله
تعالى : " مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخْرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ
فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ " .
(٤)
وتأويل من تأوله على جواز أخذ مال اليتيم قرضا أو غير قرض مخالف
لمعنى المحكم ومن تأوله على غير ذلك فقد رده الى المحكم وحمله على
معناه فهو أولى " .

- (١) سنن أبي داود (٢٩٢/٣) كتاب الوصايا باب (٨) ، النسائى (٢٥٦/٦) كتاب
الوصايا باب مال الوصى من مال اليتيم اذا قام عليه ، ابن ماجه
(٩٠٧/٢) كتاب الوصايا باب (٩) ، الامام أحمد^{رضنه} (٢١٥، ١٨٦/٢) ، قال عنه
ابن حجر : " اسناده قوى " . انظر فتح البارى (١٠٤/١٧) . وقال
الألبانى فى ارواء الغليل (٢٧٧/٥) : " وهذا اسناد حسن للخلاف
المعروف فى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده " .
(٢) قال الخطابى فى معالم السنن (٢٩٣/٣) قوله " غير متأثل " أى غير
متخذ منه أصل مال وأثله الشيء أصله . وراجع مشارق الأنوار (٥٩/١) .
(٣) أحكام القرآن (٣٦١/٢) ، وراجع فى هذا المعنى أحكام القرآن للهراش
الطبرى (١١٥/٢) وما بعدها .
(٤) آل عمران : ٧

(١)
وقال ابن حزم : "ووجدناه قد أمر الفقير أن يأكل بالمعروف ولم يقل تعالى ما الشيء الذى يأكل ؟ فلم يحل لأحد أن يتحكم فى ذلك برأيه فيكون قائلاً على الله تعالى ما لعلم لديه وهذا مقرون بالشرك ... قال عَلِيٌّ : فلم يكن فى معنى هذه الآية وما أَمَرَ الله تعالى فيها الا قولان لاشك لهما :

أحدهما : قول من قال : فليأكل بالمعروف أى من مال اليتيم .

والثانى : قول من قال فليأكل بالمعروف أى من مال نفسه لامن مال اليتيم . وأنها وصية للفقير أن لانحرمه فى النفقة من نفقته التى رزقه الله تعالى اياه عن يده وفقره " .

قال : " فنظرنا فى قول من قال ان مراد الله تعالى بذلك اباحة

الأكل من مال اليتيم فوجدناه دعوى بلا دليل وما كان هكذا فهو باطل وحرام أن ينسب الى الله عز وجل فسقط هذا القول لتعريفه من البرهـان... ثم اذا سقط هذا القول فقد صح القول الثانى اذ ليس فى الآية الا هذان القولان فلو لم يكن لنا دليل الا هذا لكفى لأنه برهان ضرورى صحيح فكيف والبرهان على صحته واضح قاطع مقطوع على صحته بيقين لاشك فيه وهو أنه لا يحل أن ينسب الى الله شيء من الأحكام يقال فيه هذا مراد الله عز وجل الا بنص أو اجماع متيقن . ونحن على يقين وثقة من أن أموال اليتامى محرمة على الوصى بيقين ونحن على يقين من اباحة مال الوصى لنفسه بلاشك فنحن ان قلنا ان مراد الله تعالى باطلاقه للفقير أن يأكل بالمعروف انما هو من مال نفسه كنا على يقين وصحة من أن الله تعالى قد أراد هذا واباحته بلا شك . وكان من نسب الى الله تعالى ما لا يشك فى صحته محسناً مصيباً صادقاً فوجب الوقوف عند هذا الذى لاتبعية على قائله فيه . ووجدنا من أخير : أن مراد الله تعالى بقوله فليأكل بالمعروف أنه من مال اليتيم : مخالف ليقين تحريمه تعالى أموال اليتامى ناسباً الى الله تعالى برأيه ما لعلم له به وهذا حرام لا يحل فبطل هذا القول جملة " .

والذى أراه أن حمل هذه الآية على هذا المعنى ضعيف مخالف لما يدل عليه سياق هذه الآية وليس عليه دليل صحيح بل ان الدليل قوى فى جانب أصحاب القول الثانى وهو اذن الرسول صلى الله عليه وسلم للرجل الفقير أن يأكل من مال يتيمه . والسنة النبوية الشريفة شارحة للقرآن مبينة له والحمد لله .

وقد أخرج البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت فى قوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل " بالمعروف : أنها نزلت فى مال اليتيم اذا كان فقيرا أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بمعروف " هذا لفظ البخارى . وفى لفظ مسلم " قالت أنزلت فى والي مال اليتيم الذى يقوم عليه ويعلمه اذا كان محتاجا أن يأكل منه " . كما نوقش الاستدلال بهذه الآية أيضا أنها منسوخة بقوله تعالى : " ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نكارا وسيصلون سعيرا " (٣)

وقد رد على ذلك ابن العربى بقوله : " أما من قال انه منسوخ فهو بعيد لأرضاه لأن الله تعالى يقول : فليأكل بالمعروف " وهو الجائز الحسن . وقال : ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما . فكيف ينسخ الظلم المعروف . بل هو تأكيد له فى التجويز لأنه خارج عنه مغاير له واذا كان المباح غير المحظور لم يصح دعوى نسخ فيه وهذا أبين من الاطناب " (٤)

وبذلك يتبين لنا رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى القائلون بجواز أكل الوصى من مال اليتيم بالمعروف اذا كان محتاجا وذلك لقوة ما استدلووا به والله أعلم .

-
- (١) صحيح الامام البخارى (١٧٧/٥) كتاب التفسير سورة النساء باب (٢) .
 (٢) صحيح الامام مسلم (٢٣١٥/٤) كتاب التفسير .
 (٣) النساء : ١٠ .
 (٤) أحكام القرآن (٣٢٥/١) .

إذا ثبت هذا : فإن أصحاب هذا القول قد اتفقوا أيضا على
 أن ما أخذ الوصي الفقير بالمعروف من مال اليتيم فليس عليه عوضه
 إذا أيسر وهذا هو أظهر القولين عند الشافعية والصحيح من المذهب عند
 الحنابلة وصحه ابن العربي والقرطبي من المالكية . وابن قدامة من
 الحنابلة وقال : " لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجبا في الذممة
 قبل اليسار فان اليسار ليس بسبب للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو
 الأكل لم يجب بعده . وفارق المفطر فان العوض واجب عليه في ذمته لأنه لم
 يأكله عن شيء وهذا بخلافه " .

هذا بالنسبة لرأى الفقهاء في حكم أخذ الوصي من مال اليتيم
 إذا كان محتاجا لسد حاجته .

أما مخالطة اليتيم في المأكل فهذا أمر متفق على جوازه حتى
 الذين قالوا بأنه لا يجوز للفقير أن يأخذ من مال اليتيم قد ذهبوا إلى
 جواز الخلطه والسند الشرعي لهذا القول قوله تعالى : " وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ
 الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ
 الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنْ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " .
 (٦)

وروى أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنه قال : لما أنزل الله

-
- (١) روضة الطالبين (١٨٩/٤) .
 (٢) الانصاف (٣٤٠/٥) . وراجع كشاف القناع (٤٤٣/٣) ، شرح منتهى الارادات
 (٢٩٥/٢) ، غاية المنتهى (١٤١/٢) .
 (٣) أحكام القرآن (٣٢٦/١) .
 (٤) الجامع لأحكام القرآن (٤٢/٥) .
 (٥) المغنى (١٨٣/٤) .
 (٦) البقرة : ٢٢٠ .
 (٧) سنن أبي داود (٢٩١/٣ - ٢٩٢) كتاب الوصايا باب (٧) ، النسائي (٢٥٦/٦)
 كتاب الوصايا باب مال الوصي من مال اليتيم إذا قام عليه . قال
 المنذرى : " في اسناده عطاء بن السائب . وقد أخرج له البخارى
 حديثا مقرونا . وقال أيوب ثقة . وتكلم فيه غير واحد . وقال الامام
 أحمد من سمع منه قديما فهو صحيح ومن سمع منه حديثا لم يكن بشيء
 ووافقه على ذلك يحيى بن معين وجريير بن عبد الحميد ممن سمع منه
 حديثا . وهذا الحديث من رواية جريير عنه . انظر مختصر سنن أبي
 داود (١٥١/٤) .

عز وجل " ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن " و " ان الذي ياكلون أموال اليتامى ظلما " الآية - انطلق من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه وشرابه من شرابه . فجعل يفضل من طعامه فيحبس له حتى يأكله أو يفسد فاشتد ذلك عليهم فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عز وجل : " ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم " فخلطوا طعامهم بطعامه وشرابهم بشرابه " .

والخلطة في الطعام مشروطة عند الفقهاء بأن يكون فيها صلاح لليتيم وحظ يقول ابن قدامة : " ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين فسي الخبز وأمكن في حصول الأدم فهو أولى وان كان افراده أرفق به أفرده " .
ويقول الرملى : " وللولى خلط ماله بمال الصبي ومواكلته للارفاق حيث كان للصبي فيه حظ ويظهر ضبطه بأن تكون كلفته مع الاجتماع أقل منها مع الانفراد " .

ويقول ابن عبد البر : " ولايخالطه في نفقة الا أن يكون له الفضل على اليتيم " .
ويقول ابن حزم : " فصح يقينا أن الفساد في المخالطة محظور وأن الاصلاح فيها حسن . والاصلاح هو أن يتجافى لليتيم عن زيادة على قدر طعامه فهذا اصلاح لاشك فيه وأن يقتصر على مقدار طعامه فقط والافساد هو أن يستوفى جميع طعامه ويتزيد من مال اليتيم وهذا هو نص قولنا " .

(١) المغنى (٤/١٨٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٤/٣٨٠) .

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٣٢٨) .

(٤) المحلى (٩/٢٥٧ - ٢٥٨) .

الفصل الخامس

تلف الأموال واتلافها في شركات العقد

وفيه توطئة وثلاثة مباحث .

توطئة :

تنقسم شركات العقد في الفقه الاسلامي الى عدة أقسام فمنها ما هو متفق على صحته بين الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه .

فمن أقسام شركة العقد المتفق على صحتها بين الفقهاء شركة العنان بل ان الشافعية قالوا : لا يصح من الشركات غيرها وطبيعة هذه الشركة عند الشافعية : أن يشترك اثنان فأكثر في شيء خاص دون سائر أموالهما ليتجرا فيه كأنه عن لهما شيء فاشتروه مشتركين فيه جاء في المجموع : " وجماع القول في شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلطان المالين ويشترط فيها لفظ صريح من كلٍ للآخر يدل على الاذن للتصرف من كلٍ منهما أو من أحدهما أو كناية تشعر بذلك وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهومة " (٢)

وهذا التكييف الفقهي لشركة العنان عند الشافعية هو ما ذهب اليه الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلا أنهم يختلفون معهم في بعض الشروط مثل كون المالين من جنس واحد يخلطان بحيث لا يتميزان ونحو ذلك . المهم أنهم متفقون على أنه يلزم حتى تكون الشركة عنانا أن يدفع كل من الشريكين مالا ليتكون رأس مال الشركة وأن يشتركا في التصرف فيه في نوع أو أنواع من التجارات ويكون تصرف كل واحد مقيد باذن صاحبه فيه . ومن الأقسام المختلف في صحتها بين الفقهاء شركة المفاوضة فبينما

(١) المذهب (٤٥٦/١)، المنهاج وشرحه معنى المحتاج (٢١٢/٢) .

(٢) (٨٤/١٣) .

(٣) الهداية وشرح فتح القدير (١٧٦/٦)، الشرح الكبير (٣٥٩/٣)، المغنى

• (١٦،١٢/٥)

يجيزها جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة نجد أن الامام الشافعي رحمه الله يقول : " شركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئا مــــن الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلا " (١) .

وصورة شركة المفاوضة عند الشافعية التي قالوا ببطلانها كــــما جاء في المنهاج وشرحه : " وثانيها شركة المفاوضة بفتح الواو من تفاوضا في الحديث شرعا فيه جميعا أو قوم فوضى : أي مستوون ليكون بينهمــــا كسبهما ببدنٍ أو مال من غير خلط وعليهما ما يعرض من غرم بنحو غصب أو اتلاف " .

وشركة المفاوضة بهذا المعنى فاسدة عند الحنابلة أيضا كما هي عند الشافعية يقول ابن قدامة في النوع الثاني من أنواع شركة المفاوضة : " أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجده من ركان أو لقطعة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنائية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد " (٢) .

وقد ذكر ابن قدامة ان هذه الصورة هي صورة شركة المفاوضة عند الحنفية وبالتأمل في نصوص الحنفية في كتبهم المعتمدة وتصويرهم لشركة المفاوضة يتبين أن ما ذكره ابن قدامة ليس بصحيح .

نعم الحنفية توسعوا في مفهوم شركة المفاوضة وانفردوا في صورتها عن الحنابلة والمالكية حيث اشترطوا لتكون الشركة مفاوضة شروطا لــــم يشترطها غيرهم مثل أن يتساوى المتفاوضان فيما يملكانه من المــــال فلا يجوز أن يتفرد أحدهما بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة . فــــان كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع التساوى بينهما . وان تفاضلا فــــي الأموال التي لاتصلح فيها الشركة كالعروض والعقار جازت المفاوضة . (٣)

-
- (١) الأم (٢٠٦/٣) .
 - (٢) نهاية المحتاج (٤/٥)، وراجع الأم (٢٠٦/٣) .
 - (٣) المغنى (٢٢/٥)، وراجع الانصاف (٤٦٥/٥)، كشف القناع (٥٢٢/٣)، شرح منتهى الارادات (٣٤٢/٢) .
 - (٤) المغنى (٢٢/٥) .
 - (٥) شرح فتح القدير (١٥٦/٦ - ١٥٧)، بدائع الصنائع (٣٥٤١/٧ - ٣٥٤٢) .

ولذلك قالوا : اذا حصل لأحدهما شيء من الأكتساب النادرة كما عبّر عنها ابن قدامة وذلك كالميراث أو الهبة من غير العروض والعقار فانها تبطل المفاوضة ولم يقولوا انهما يشتركان فيها . وانما بطلت عندهم لغوات المساواة فيما يصلح أن يكون رأس مال للشركة .^(١)

واشترطوا أيضا صلاحية كل من الشريكين المتفاوضين للكفالة وذلك بأن يكون حرا عاقلا لأن كلا منهما سيكون كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه في مال الشركة .^(٢)

واشترطوا أيضا ان تكون المفاوضة في عموم التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لأن ذلك يبطل معنى المساواة في التصرف .^(٣)

فالحاصل أن شركة المفاوضة عند الحنفية ليست صورتها ما ذكر ابن قدامة وانما هي كما ذكر الكمال بن الهمام " أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينيهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه لأنها شركة عامة يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعَمَّ التساوى في ذلك " .^(٤)

فهذا النص قد أجمل شروط صحة شركة المفاوضة عند الحنفية فاذا فقد منها شرط تحولت الى شركة عنان .

يقول الكاساني : " وفي كل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة كانت الشركة عنانا لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة " .^(٥)

وبناء على ذلك فان ما يعتبره الحنابلة والمالكية مفاوضة هي عند الحنفية عنان .

اذ أن صورة المفاوضة الصحيحة عند الحنابلة : أن يشتركا في جميع

-
- (١) الهداية وشرح فتح القدير (١٦٤/٦) .
 - (٢) بدائع الصنائع (٣٥٤١/٧) .
 - (٣) بدائع الصنائع (٣٥٤٢/٧) .
 - (٤) الهداية وشرح فتح القدير (١٥٦/٦) .
 - (٥) بدائع الصنائع (٣٥٤٤/٧) .

أنواع الشركة مثل أن يجمعها بين شركة العنان والوجوه والأبدان . وبمعنى أدق أن يشتركا في كل ما يثبت لهما أو عليهما ولم يدخلها فيها كسباً نادراً أو غرامة كلقطة وضمان مال .^(١)

أما صورتها عند المالكية فهي على عكس شركة العنان عندهم وهي أن يطلق كل واحد من الشريكين لشريكه التصرف في غيبته وحضوره ببيعاً وشراءً وكراماً واكتراءً وغير ذلك مما تحتاج إليه التجارة وذلك بأن ينص صراحة أو يعرف بقريضة من القرائن .^(٢)

فالعنان عند المالكية إذا نفي الاستقلال في التصرف . والمفاوضة اطلاق التصرف .

ومن الأقسام المختلف في صحتها أيضا : شركة الأبدان وتسمى شركة الأعمال أو شركة التقبل أو شركة المنافع وهي : أن يتفق صانعان أو خياطان مثلا على أن يتقبلا الأعمال من الناس فيعملوا فيها ومـارزق الله تعالى من أجر فهو بينهم .

فمثل هذه الشركة قد اتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على جوازها وان اختلفوا في بعض الشروط .^(٣) ^(٤) ^(٥)

وخالف في ذلك الشافعية فقالوا بعدم جواز مثل هذه الشركة لأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه فاخص بفوائده . وبمثل قولهم قال الظاهرية .^(٦) ^(٧)

هذا مجمل لشركات العقود التي لها علاقة بموضوع البحث وسوف ينتظم الكلام عن التلف والاتلاف فيهما في ثلاثة مباحث :

- (١) المغنى (٢٢/٥) وراجع الانصاف (٤٦٥/٥)، كشف القناع (٥٢٢/٣)، شرح منتهى الارادات (٣٤٢/٢) .
- (٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٥١/٣) .
- (٣) الهداية (١٨٦/٦)، تبیین الحقائق (٢٢١/٣)، بدائع المنافع (٣٥٣٣-٣٥٣٤/٧) .
- (٤) الشرح الكبير (٣٦١/٣)، الكافي في فقه أهل المدينة (١٢١/٢)، المدونة (٤٨/٥ - ٤٩) .
- (٥) المغنى (٤/٥)، شرح منتهى الارادات (٣٣٩/٢)، كشف القناع (٥١٨/٣) .
- (٦) روضة الطالبين (٢٧٩/٤)، مغنى المحتاج (٢١٢/٢) .
- (٧) المحلى (٥٤٢/٨) .

المبحث الأول

فى يد الشريك على مال الشركة

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة (٤)
فى أن يد الشريك على مال شريكه يد أمانة لا يضمن الا بالتعدى والتفريط
جاء فى الدر المختار : "ويضمن بالتعدى وهذا حكم الأمانات وفى الخانية (٥)
التقييد فى المكان صحيح فلو قال له لاتجاوز خوارزم فجاوز ضمن حصته
شريكه" .

وجاء فى المدونة : (٦) "قلت رأيت لو أن شريكين متفاوضين جحد أحدهما
صاحبه أن يكون شريكا له وأقام الآخر عليه البينة فتلف المال الذى فى
يد الجاحد أضمن حصة صاحبه من ذلك أم لا ؟ قال هو ضامن لذلك لأنه
لما جحد كان مانعا لحصة صاحبه من ذلك فلا يبرأ من حصة صاحبه حتى
يدفع ذلك اليه قال : فان هلك قيل أن يدفعه اليه فهو ضامن له لأنه
لما جحده صار مانعا متعديا" .

وجاء فى الاقناع وشرحه : (٧) "وإن تعدى شريك ما أمر به شريكه فتلف شيء
من المال ضمن التالف كسائر الأمانات" .

فالحاصل أنه اذا ادعى هلاك المال فانه يعقد بيمينه ما لم يتبين
خلاف ذلك . أو يسند الهلاك الى أمر ظاهر لا يخفى عادة فانه يطالب
بالبينة ثم يكون القول قوله فى ذلك وبهذا قال الشافعية والحنابلة (٨) .

-
- (١) رد المحتار (٢٩٨/٤)، الهداية وشرح فتح القدير عليها (١٨٥/٦) ،
المبسوط (١٥٧، ١٥٦/١١) .
(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٢١/٢)، حاشية الدسوقي (٣٥٤/٣)، المدونة
(٨٤/٥)، الفواكه الدوانى (١٧٤/٢) .
(٣) روضة الطالبين (٢٨٦/٤)، المهذب (٤٥٦/١)، مغنى المحتاج (٢١٦/٢) .
(٤) المغنى (٧٥/٥)، الانصاف (٤٢٥/٥)، قواعد ابن رجب (ص ٦١، ٦٥) .
(٥) (٣٢٠/٤) .
(٦) (٨٥/٥) .
(٧) كشف القناع (٤٩٥/٣) .
(٨) المهذب (٤٥٦/١)، المغنى (٧٥/٥) .

وذهب المالكية الى أن التهمة اذا كانت قوية فانها توجب الضمان^(١)
ومرادهم بالتهمة القوية ظهور كذبه ببينة أو قرينة مثل أن يدعى
التلف وهو فى رفقة لا يخفى عليهم ذلك ولم يعلم به أحد منهم .

(١) حاشية الدسوقي (٣/٣٥٥) .

المبحث الثاني

فى الأشار المترتبة على تلف رأس مال الشركة
أو بعضه فى شركتى العنان والمفاوضة

عرفنا فيما سبق أن شركتى العنان والمفاوضة تقومان على رأس مال مدفوع من جميع الشركاء فى الشركة ورأس المال هذا معرض كغيره من أموال الناس للتلف والضياع فاذا حمل التلف بعد عقد الشركة فقد اختلف قول الفقهاء على من تكون عهدة الضمان على أربعة مذاهب :

المذهب الأول :

يرى الحنفية أن عقد الشركة لا يتم الا بالشراء برأس المال المدفوع وليس خلط المالين فى الشركة شرطا لصحة العقد بناء على ذلك :^(١)

فان كان التلف قبل الشراء فان التالف يكون على صاحبه وان كان بعد الشراء كان الهالك من المالين جميعا لأنه هلك بعد تمام العقد بالشراء .^(٢) واستثنى الحنفية ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد ثم خلطت بعد العقد وتلف بعضها قبل الشراء فانه فى هذه الحالة يكون التالف مشتركا بينهما لعدم اليقين بأن الهالك مال أحدهما فان أمكن تمييز أحد المالين عن الآخر فان التالف يكون من صاحبه ولو بعد الخلط .^(٣)

وينبنى على ذلك بعض الفروع الفقهية :

منها : أن عقد الشركة يبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء الا اذا كانا من جنس واحد وخلط لعدم التمييز بينهما . وذلك لأن الدراهم والدنانير يتعينان فى الشركات فاذا هلكت فقد هلك ماتعلق العقد بعينه

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٥٤٠/٧)، المبسوط (١٥٣/١١ - ١٥٣)، الهدايات
• (١٨١/٦ - ١٨٢)، مجمع الأنهر (٧٢٢، ٧١٨/١)
- (٢) بدائع الصنائع (٣٥٤١/٧)، الدر المختار (٣١٥/٤)، الهدايات
• (١٧٩/٦ - ١٨٠)، مجمع الأنهر (٧٢٢/١)
- (٣) بدائع الصنائع (٣٥٨٢/٧)، رد المختار (٣١٥/٤)

(١)
قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد .
ومنها اذا تلف مال أحدهما بعد أن اشترى الآخر بماله فالمشترى
- بالفتح - بينهما شركة عقد على ماشرطاً ويرجع على شريكه بحصته من
الثمن لقيام الشركة وقت الشراء . وماتلف بعد الشراء فعليهما .
(٢)
أما اذا اشترى بعد أن تلف مال صاحبه فان صرحاً في الوكالة في
عقد الشركة أو لفظ يشمل معنى الوكالة كأن قال: على أن ما اشتراه كل
منهما بماله هذا يكون مشتركاً . فان المشتري يكون مشتركاً بينهما
على ماشرطاً في أصل المال لميروريتها شركة ملك لبقاء الوكالة المصروح
بها ويرجع بحصة ثمنه وان لم يكن في عقد الشركة دلالة على الوكالة فهو
لمن اشتراه خاصة لأن الشركة لما بطلت بتلف المال قبل الشراء فقد تلف
ما في ضمنها من الوكالة .
(٣)

المذهب الثاني :

يرى المالكية أن عقد الشركة يلزم بمجرد العقد أي بما يدل عليه
عرفاً سواء كان قولاً كاشتراكنا أو فعلاً كخلط المالين أو هما معا . وهذا
هو المعتمد في المذهب خلافاً لما ذهب اليه بعض المالكية من أن الخلط
شرط في لزوم الشركة ، وهو قول سحنون في المدونة . قال الدسوقي :
(٤)
(٥)
(٦)
"ودرج عليه صاحب المقعد المحمود وصاحب المعونة لأنه خلاف المشهور" .

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٥٨١/٧) ، الدر المختار (٣١٥/٤) ، تبیین الحقائق
(٣١٩/٣) ، الهداية (١٧٩/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٢/١) .
(٢) الدر المختار (٣١٥/٤) ، تبیین الحقائق (٣١٩/٣) ، الهداية (١٨٠/٦) ،
مجمع الأنهر (٧٢٢/١) .
(٣) الدر المختار ورد المحتار عليه (٣١٦/٤) ، تبیین الحقائق (٣١٩/٣) ،
الهداية (١٨٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٢/١ - ٧٢٣) .
(٤) الشرح الكبير (٣٤٩/٣) ، حاشية الدسوقي (٣٥٠/٣) ، المدونة (٦٧/٥) ،
الفواكه الدواني (١٧٢/٢) ، البيهجة شرح التحفة (٢١٣/٢) .
(٥) المدونة (٦٧/٥) .
(٦) حاشية الدسوقي (٣٥٠/٣) .

فاذا لزم عقد الشركة بغير الخلط مثل أن يقولوا اشتركنا ولم يخلطوا
المالين فضمن كل مال من صاحبه فلو تلف تلف على صاحبه وما ابتيع للشركة
قبل التلف فهو بينهما فيدفع رب التالف لرب السالم ثمن حصته من الشركة
للزوم الشركة بالعقد .^(١)

وأما ما ابتيع للشركة بعد تلف أحد المالين فعند المالكية ففى
ذلك قولان فى ظاهر قول خليل :

(أحدهما) التفصيل فان عَلِمَ رب السالم بتلف مال صاحبه ثم اشترى
بعد علمه به فان المُشْتَرَى - بالفتح - لرب السالم وحده وعليه الخسر .
وان اشترى قبل علمه بتلف مال صاحبه فالمُشْتَرَى - بالفتح - بينهما للزوم
الشركة بالعقد .

(الثانى) أن المُشْتَرَى - بالفتح - بينهما مطلقا سواء اشترى
بعد علمه بتلف مال صاحبه أو قبل علمه .

قال الدردير معقبا على عرض خليل للقولين عند المالكية : " وهذا
ظاهره وليس كذلك : اذ المنقول أن صاحب القول الأول وهو ابن رشد يقول :
ان اشترى رب السالم قبل علمه بالتلف خَيْرٌ بين أن يختص به أو يدخل
معه رب التالف . وبعد العلم اختص به فله وعليه ، وأن صاحب القول
الثانى وهو ابن يونس يقول : ان اشترى رب السالم قبل العلم فبينهما
وبعده فالذى تلف ماله بالخيار بين أن يدخل مع شريكه أو يـــــــدع
ما اشتراه له " .^(٢)

وقد أيدَ الدسوقي ما ذهب اليه الدردير فى عرضه للقولين فقال : " وهما
على الوجه الذى بينه الشارح لاعلى ظاهر المصنف " .^(٣)

هذا حكم مالو تلف أحد المالين بعد لزوم الشركة وقبل الخلط أما
لو تلف بعض مال الشركة بعد الخلط سواء كان الخلط حسيا أم حكيميا

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٥٠/٣) ، المدونة (٦٧،٦٦/٥) ،
الفواكه الدوانى (١٧٣/٢) ، جواهر الاكليل (١١٦/٢) .
(٢) الشرح الكبير (٣٥٠/٣) .
(٣) المرجع السابق .

المال أو لم يخلطاه لأن العقد اقتضى أن يكون المال كالمال الواحد
فلكل واحد منهما نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما .
وهذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة وعليه الأصحاب .
والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه الحنابلة من
أن الشركة تلزم بمجرد العقد واذا لزم فان المال يدخل فى ضمان
الشريكين ولو لم يخلط فكما أن الربح اذا حصل بعد العقد وقبل الخلط
بينهما فكذلك الوضعية اذا لوجه للتفريق بين الربح والوضعية فى كون
الربح بينهما والوضعية قبل الخلط على أحدهما . والله أعلم .

المبحث الثالث

فى تلف المال فى شركة الأبدان

المال المتقبل فى شركة الأبدان عرضة للتلف مثل أن يكون شوبا عند شركاء من الخياطين أو الصباغين أو القصارين فيحترق أو يتلف أشياء العمل فيه أو يسرق ونحو ذلك فعلى من تكون عهدة الضمان اذا لزم ؟
اختلف الفقهاء القائلون بجواز شركة الأبدان على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

(١) ذهب الحنفية الى التفريق بين ما اذا كانت شركة الأبدان عنانا

أو مفاوضة :

(أ) فان كانت عنانا :

فقد قالوا اذا وجب الضمان كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا ، يقول الكاسانى : " كذا روى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال : اذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك " .

والقياس أن المطالب بالضمان هو المٌتلف فقط لأن هذه شركة عنان لاشركة مفاوضة وحكم الشرع فى شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهم ما يعقده لا يطالب به الآخر يقول السرخسى : " وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند اجتماع شرائط المفاوضة ... ومتى كان عنانا فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة " .

(١) بدائع الصنائع (٣٥٧٦/٧، ٣٥٧٩)، المبسوط (١٥٥/١١)، الفتاوى

الهندية (٣٢٩/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٥٧٦/٧) .

(٣) المبسوط (١٥٥/١١) .

أما وجه الاستحسان عندهم؛ أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقية .

(ب) ان كانت مفاوضة :

فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به لأن من أحكام المفاوضة أن كل ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فييه يلزم الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه .

القول الثاني :

(١) ذهب المالكية الى أنه اذا تقبل أحدهما عملا لزم الآخر ضمانا ويلزمه العمل معه فيه قالوا : ومحل اللزوم والضمان اذا قبله في حضور صاحبه أو في غيبته أو مرضه القريبين اللذين يُلغَيَانِ كالْيَوْمِيَيْنِ أما اذا كان صاحبه غائبا غيبة طويلة وحدها عندهم ما كان أكثر من يومين فانه لا يلزم العمل معه فيما تقبله أثناء غيابه هذا ولا يلزمه الضمان أيضا .

وقد نصَّ المالكية أيضا على أن الضمان يلزمهما معا وان افترقا بعد أن تقبلا العمل معا فاذا تلف المال بيد أحدهما لزم الآخر الاشتراك معه في ضمانه وقد صَوَّرَهَا الدسوقي فقال : " وان حصل بعد المفاصلة كما لو كان عندهما عشرة أشواب يخيطانها فتنازعا وتفاصلا وأخذ كل واحد خمسة يخيطها فاذا نزل السارق على أحدهما فأخذ منه الخمسة فزمانها منهما معا كما في المدونة لامن ضاع منه فقط كالوميين اذا اقتسما المال وضاع ما بيد أحدهما فان الآخر يضمنه أيضا لتعديده برفع يده

(١) الشرح الكبير (٣/٣٦٢)، المدونة (٥/٤٧) .

قال فى المدونة: ما يقبله أحد شريكى الصنعة لزم الآخر عمله وضمانه ويؤخذ بذلك وان افترقا^(١) .

هذا اذا افترقا بعد أن تقبلا العمل أما لو جاء لأحدهما أشـواب^(٢) مثلا بعد المفاصلة والافتراق فتلفت فضمناها منه خاصة .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة الى أن ما يتلف من الأعيان فى شركة الأبدان :

(أ) إمّا أن يكون يتعدّى أحدهما أو تفريطه أو يتلف تحت يده على وجهه^(٣) يوجب الضمان كمنع أو جحود فالضمان عليه وحده لانفراده بما يوجب الضمان . ومفهوم ذلك أنه اذا لم ينفرد بل شاركه الثانى فى سبب التلف فانهما يضمنان معا .

(ب) أن يكون التلف من غير تعد أو تفريط منهما أو من أحدهما ففى هذه الحالة يمكننا أن ننظر الى الشركاء على أنهم أجراء لمن دفع اليهم هذا العمل فان كانوا أجيرا مشتركاً فعند الحنابلة يضمن الأجير المشترك ما تلف بفعله ولو لم يتعد أو يقصر مثل ما ينشأ من دق الثوب أو عصره أو مده ونحو ذلك .^(٤) واذا لزمه الضمان بفعله فانه يضمنه وحده دون شريكه لانفراده بما يوجب الضمان .

جاء فى الاقناع وشرحه^(٥) : "وما يتلف من الأعيان أو تحت يده على وجه يوجب الضمان ... فهو أى التالف عليه وحده لانفراده بما يوجب الضمان " .

ومن موجبات الضمان عند الحنابلة تلف العين تحت يد الأجير المشترك أثناء عمله بها فينفرد بالضمان دون صاحبه لانفراده بما يوجبه .

(١) حاشية الدسوقي (٣٦٢/٣) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) كشف القناع (٥١٨/٣)، المغنى (٦/٥)، المبدع (٤٠/٥) .

(٤) كشف القناع (٣٥/٤) .

(٥) كشف القناع (٥١٨/٣) .

ومفهومه أنه لو لم ينفرد بما يوجبه بل شاركه غيره في سببه لزمهم —
الضمان معا .

أما ماتلف تحت يد الأجير المشترك من غير فعله بأن وضعه فـسـى
حرز ولم يفرط فسرق أو احترق فهذا لاضمان عليهما معا وهو الصحيح من
مذهب الحنابلة جاء في الاقناع وشرحه : "ولاضمان عليه أى الأجير المشترك^(١)
فيما تلف من حرزه بنحو سرقة أو تلف بغير فعله اذا لم يفرط لأن العين
في يده أمانة أشبه المؤدع" .

أما ان كان الشركاء قد اختص بهم من دفع اليهم العمل ليعملوه
دون غيره فان يدهم على هذا العمل يد أمانة عند الحنابلة لا يضمنون^(٢)
ماتلف الا بتعديهم أو تفريطهم فان تعدى أحدهم أو فرط أو فعل ما يوجب
الضمان فان الضمان يلزمه وحده دون شريكه لانفراده بما يوجب الضمان
ومفهومه أنه لو لم ينفرد بما يوجب الضمان بل شاركه غيره في سببه
لزمهما الضمان معا .

وقول الحنابلة هذا هو أقوى الأقوال في نظري لأن من انفرد بما يوجب
الضمان لزمه وحده وأما تحميل شريكه بعض الضمان مع أنه لم يصدر عنه
ما يوجبه فهذا يحتاج الى دليل وليس هناك دليل يدل على ذلك . والله
أعلم .

(١) كشف القناع (٣٦/٤)، وراجع المغنى (٣٩٥/٥) .
(٢) راجع حكم يد الأجير الخاص على العين كشف القناع (٣٤/٤) وراجع
رأى الحنابلة في حكم ضمان الأجير المشترك والأجير الخاص لما تلف
تحت أيديهم في (ص ٥٧٦٤-٥) من هذه الرسالة .

الكتاب الرابع

أحكام تلف الأموال في التصرفات المشروعة وغير المشروعة

وفيه فصلات:

الفصل الأول: أحكام تلف الأول في التصرفات المشروعة ٥٨١ - ٦٥٠

الفصل الثاني: أحكام تلف لأموال في التصرفات غير المشروعة ٥٦١ - ٧٣٦

الباب الرابع

أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة وغير المشروعة

الفصل الأول

أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

حكم الأكل من الشمار المعلقة فى البساتين وشرب اللبن
من الضروع والمسئولية المترتبة على ذلك

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى فىمن جاز ببستان غيره فدخله
وأكل من ثمره وهو فى الشجر أو حلب البهائم فشرب من لبنها .
فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية قالوا ليس له
ذلك الا أن يكون مضطرا فان اضطر أكل وشرب ولزمه الضمان .
وخالف فى ذلك الحنابلة فقالوا يباح لمن مرَّ ببستان أو بهائم
أن يأكل من الشمار المعلقة فى رؤوس الشجر ويحلب البهائم ويشرب
لبنها من غير أن يحمل معه ذلك وسواء فى ذلك كان مضطرا أم لا .
وهذه رواية عن الامام أحمد قال المراد اودى هذا المذهب مطلقا .
والأصل فى ذلك عند الحنابلة ما يأتى :

(١) ماروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه
وسلم قال : " اذا أتيت على راع فناده ثلاث مرات فان أجابك ، والا
فاشرب من غير أن تفسد واذا أتيت على حائط بستان فناده صاحب

(١) المغنى (٤١٧/٩ - ٤١٨) ، شرح منتهى الارادات (٤٠٢/٣) ، كشف القناع
(١٩٨/٦ - ١٩٩) ، الانصاف (٣٧٩، ٣٧٧/١٠) ، التنقيح المشيع (ص ٣٨٥) .

- (١) البستان ثلاث مرات فان أجابك والا فكل من غير أن تفسد " .
- (ب) ماروى الحسن عن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إذا أتى أحدكم على ماشية فان كان فيها صاحبها فليستأذن فان أذن له فليحتلب وليشرب وان لم يكن فيها أحد فليصوت ثلاثا فان أجابه أحد فليستأذنه فان لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ولا يحمل " .^(٢)
- (ج) وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال ما أصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه " .^(٤)
- وقد ردّ الفقهاء الذين لم يقولوا بقول الحنابلة هذا على استدلالهم بالأحاديث السابقة بأنها لا تثبت ولو ثبتت حملت على حلال الضرورة . قال النووي : " قال الشافعي رحمه الله ومن مر لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من ماله لم يكن له أخذ شيء منه الا بإذنه لأن هذا مما لم يأت فيه كتاب ولا سنة ثابتة باباحته فهو ممنوع الا بإذن

- (١) أخرجه ابن ماجه (٧٧١/٢) كتاب التجارات باب (٦٧)، والامام أحمد فى المسند (٨٥٠٢١٠٨/٣)، قال ابن حجر : " صححه ابن حبان والحاكم " انظر فتح البارى (١٦٨/١٠) .
- قال البوصيرى: هذا اسناد ضعيف فيه الجريري واسمه سعيد بن ابياس وقد اختلط بآخره ويزيد بن هارون روى عنه بعد الاختلاط لكن أخرج له مسلم فى صحيحه من طريق يزيد بن هارون عن الجريري انظر مصباح الزجاجة (٣٨/٣) . قال الألبانى : " اختلاط الجريري لم يكن فاحشا كما قال يحيى بن سعيد القطان " . انظر ارواء الغليل (١٦١/٨) .
- (٢) أخرجه الترمذى (٥٨١/٣) كتاب البيوع - باب (٦٠) وقال حديث سمره حديث حسن غريب والعمل على هذا عند بعض أهل العلم وبه يقول أحمد واسحق . وأخرجه أبو داود (٨٩/٣) كتاب الجهاد باب (٩٣) قال المحقق عزت الدعاس : " وقال على بن المدينى سماع الحسن عن سمره صحيح ، وقال ابن حجر : " اسناده صحيح إلى الحسن فمن صح سماعه من سمره صحه ومن لأعله بالانقطاع لكن له شواهد من أقواها حديث أبى سعيد مرفوعا " . انظر فتح البارى (١٦٨/١٠) . وصححه الألبانى انظر ارواء الغليل (١٦٠/٨) .
- (٣) قال الخطابى : " الخبنة ما يأخذ الرجل فى ثوبه فيرفعه الى فوق " . انظر معالم السنن (٣٣٥/٣) .
- (٤) أخرجه الترمذى (٥٧٥/٣) كتاب البيوع باب (٥٤) وقال حديث حسن وأبو داود (٣٣٥/٣) كتاب اللقطة حديث رقم (١٧١٠) .

مالكه قال : وقد قيل من مرَّ بحائط فليأكل ولايتخذ خبثه ، وروى فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه والكتاب والحديث الثابت أنه لايجوز أكل مال أحد الا باذنه . قال البيهقي فالحديث الذى أشار اليه الشافعى هو حديث يحيى بن سليم الطائفى عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من دخل حائطا فليأكل ولايتخذ خبثه " (١) . قال البيهقي وقد أخبرنا أبو محمد السكرى فذكر اسناده الى يحيى بن معين قال : حديث يحيى بن سليم هذا عن عبيدالله فى الرجل يمر بالحائط فيأكل منه قال هذا غلط . وقال أبو عيسى الترمذى سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال يحيى بن سليم يروى أحاديث عن عبيدالله يهيم فيها . قال البيهقي وقد جاء من أوجه أخر وليست بقوية " (٢) . ثم أورد البيهقي الأحاديث التى استدلت بها الحنابلة فقال عند حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقال : " وهذا ان صح فمحمول على أنه ليس فيه قطع حين لم يخرج من الحرز " . وأورد حديث الحسن بن سمره بن جندب فقال : " أحاديث الحسن بن سمره لايشبثها بعض الحفاظ ... وان صح فهو محمول على حال الضرورة " . وأورد حديث أبي سعيد الخدرى فقال : " تفرد به سعيد الجريرى وهو ثقة الا أنه اختلط فى آخر عمره وسمع يزيد بن هرون منه بعد الاختلاط فلا يصح " (٣) .

(٤) (٥)

ثم استدلت أصحاب هذا القول بما رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

-
- (١) أخرجه الترمذى (٥٧٥/٣) كتاب البيوع باب (٥٤) وقال حديث ابن عمر حديث غريب لانعرفه من هذا الوجه الامن حديث يحيى بن سليم وقد رخص فيه بعض أهل العلم لابن السبيل فى أكل الثمار وكرهه بعضهم الا بالثمن . وأخرجه ابن ماجه (٧٧٢/٢) كتاب التجارات باب (٦٧) .
- (٢) المجموع (٤٦/٩ - ٤٧) .
- (٣) المجموع (٤٧/٩) .
- (٤) كتاب اللقطة باب (٨) .
- (٥) (١٣٥٢/٣) كتاب اللقطة باب (٢) وأخرجه ابن ماجه (٧٧٢/٢) كتاب التجارات باب (٦٨) . والامام مالك فى الموطأ (٩٧١/٢) كتاب الاستئذان باب (٦) ، والامام أحمد فى المسند (٦/٢) .

- (١) قال لا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه أيجب أحدكم أن توتى مشربته
فتكسر خزانته فينتقل^(٢) طعامه انما تخزن لهم فروع مواشيهم أطعمتهم
فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه " .
- قال ابن حجر : " قال ابن عبد البر : فى الحديث النهى عن أن يأخذ
المسلم للمسلم شيئا الا باذنه وانما خص اللبن بالذكر لتساهل الناس فيه
فنبه على ما هو أولى منه "^(٣) .
- وقال النووى : " وفى الحديث فوائد منها : تحريم أخذ مسـال
الانسان بغير اذنه والأكل منه والتصرف فيه وأنه لافرق بين اللبن وغيره "^(٤) .
- واستدلوا أيضا بما رواه أبو حرة الرقاشى عن عمه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل مال امرئ الا بطيب نفس منه "^(٥) .

- (١) المشربة قال القاضى عياض : " بفتح الراء وضمها هى كالجرفة وقال
الطبرى: كالخزانة يكون فيها الطعام والشراب وقال يحيى بن
يحيى: هى المسكن وكله قريب بعفه من بعض " . انظر مشارق الأنوار
٢٤٧/٢) .
- (٢) قال ابن حجر : " فينتقل بالنون والقاف وضم أوله يفتعل من النقل
أى تحول من مكان الى آخر ورواه بعضهم بلفظ فينتقل بملثثة
بدل القاف والنثل النثر مرة واحدة بسرعة وقيل الاستخراج وهو
أخص من النقل " . انظر فتح البارى (١٠/١٦٨) .
- (٣) فتح البارى (١٠/١٦٨)، وانظر شرح الموطأ للزرقانى (٤/٢١٢) .
- (٤) شرح صحيح مسلم (١٢/٢٩) .
- (٥) رواه الامام أحمد فى مسنده (٥/٧٢) . وصححه الألبانى وقال : وقد
ورد عن جماعة من الصحابة منهم عم أبي حرة الرقاشى وأبو حميد
الساعدى ، وعمرو بن يثربى ، وعبدالله بن عباس . ثم قال : " قال
الهيثمى : وأبو حرة الرقاشى وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين " قلت
واعتمد الحافظ فى التقريب الأول ، فقال : " ثقة " لكن العلة من
الراوى عنه علي بن زيد وهو ابن جدعان وهو ضعيف الا أنه يستشهد
به ويتقوى حديثه بما بعده " . انظر فى ذلك ارواء الغليل (٥/٢٧٩) .

الترجيح :

بعد عرض أدلة الفريقين وامعان النظر فيما قاله أهل الحديث فيها يتبين لى أن أدلة الجمهور أمح من أدلة الحنابلة ومع ذلك فان أدلة الحنابلة سالحة للاستدلال بها فقد قال ابن حجر مستدركا على قول البيهقي السابق فى حديث ابن عمر مرفوعا لم يصح وجاء من أوجه أخرى غير قوية "قلت والحق أن مجموعها لا يقصر عن درجة الصحيح وقد احتجوا فى كثير من الأحكام بما هو دونها" (١) .

فاذا كانت سالحة للاستدلال ولها معارض تعين الجمع وقد أورد ابن حجر (٢) وجوها عدة للجمع بين تلك الأحاديث وعدّ منها : حمل الاذن على ما اذا علم طيب نفس صاحبه والنهى على ما اذا لم يعلم قلت وقد قال بذلك الجمهور فقد أشار النووي الى ذلك بقوله : " أما غير المضطر اذا كان له ادلال على صاحب اللبن أو غيره من الطعام بحيث يعلم أو يظن أن نفسه تطيب بأكله منه بغير اذنه فله الأكل بغير اذنه " (٤) . وأشار اليه ابن عبدالبر أيضا فقد نقل عنه ابن حجر قوله : "واستثنى كثير من السلف ما اذا علم بطيب نفس صاحبه وان لم يقع منه اذن خاص ولا عام " .

ومن وجوه الجمع أيضا تخصيص الاذن بابن السبيل دون غيره أو بالمضطر أو بحال المجاعة وهذا ما ذهب اليه الجمهور، وذكر ابن قدامة أنها رواية عن الامام أحمد وحمل كلام الخرقى عليها فقد قال عند قول الخرقى "ومن مر بثمره فله أن يأكل منها ولا يحمل" قال : " هذا يحتمل أنه أراد فى حال الجوع والحاجة لأنه ذكره عقيب مسألة المضطر قال أحمد :

(١) فتح البارى (١٠/١٦٩) .

(٢) المرجع نفسه (١٠/٤٦٨) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٢٩/١٢) .

(٤) فتح البارى (١٠/١٦٨) .

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم (٢٩/١٢)، معالم السنن للخطابى (٣/٨٩) .

الجامع لأحكام القرآن (٢/٢٢٧) .

إذا لم يكن عليها حائط يأكل إذا كان جائعا وإذا لم يكن جائعا
فلا يأكل ... وقال في موقع: "انما الرخصة للمسافر الا انه لم يعتبرها
هنا حقيقة الاضطرار لأن الاضطرار يبيح ما وراء الحائط" (١)
(٢)
ومن وجوه الجمع أيضا الحمل على العادة والعرف قال القرطبي
"فان كان هناك عادة بعمل ذلك كما كان أول الاسلام أو كما هو الآن في
بعض البلدان فذلك جائز" .

(١) المغنى (٤١٧/٩) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٢٢٧/٢)، وراجع فتح الباري (١٠/١٦٩) .

خارج عن حدود الأمانة " .

(١)

ويقول الدردير : " أن الملتقط اذا رأى اللقطة فنوى أخذها تملكها
ثم أخذها فانه يضمنها لربها ولو تَلَفَتْ بَسْمَاوَى ولأنه بتلك النية مــــع
وضع يده عليها صار كالغاصب فيضمن " .

(٢)

وجاء في المنهاج وشرحه مغنى المحتاج : " ومن أخذ لقطه للحفظ
أبدا وهو أهل لذلك فهي أمانة في يده وكذا دَرَّها ونسلها لأنه يحفظها
لمالكها فأشبه المودع . . . وان أخذ بقصد الخيانة فضمن عملا بقصد
المقارن لفعله " .

(٣)

ويقول ابن قدامة : " اذا التقط لقطه عازما على تملكها بغير تعريف
فقد فعل مُحَرَّمًا ولا يحل له أخذها بهذه النية فاذا أخذها لزمه ضمانها
سواء تلفت بتفريطه أو بتغيير تفريط ولا يملكها وان عرفها لأنه أَخَذَ مَالًا
غيره على وجه لا يجوز له أخذه فأشبه الغاصب نص على هذا أحمد " .

(٤)

وجاء في الاقناع وشرحه : " فان أخذها أى اللقطة بهذه النية أى بنية
الخيانة ضمنها ان تلفت ولو تلفت بغير تفريط لأنه أخذ مال غيره على
وجه لا يجوز له أخذه فضمنه كالغاصب " .

(٥)

بناء على ذلك فقد قال أبوحنيفة ومحمد بن الحسن بوجوب الاشهاد
على اللقطة عند التقاطها بأن يقول بسمع من الناس انى التقطت لقطه
فأى الناس أنشدها فدلوه عَلَيَّ ونحو ذلك فان أشهد ثم هلكت فلا ضمان عليه
لأنه بالاشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبها فظهر أن يده يد أمانة . وان لستم
يشهد وهلكت وادعى أنه انما أخذها ليردها لصاحبها وكذبه صاحبها فيمنا
يدعى فعليه ضمانها وقد أورد السرخسى دليلهما على ذلك فقال : " وهما

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٢١/٤) .

(٢) (٤١٢ - ٤١١/٢) .

(٣) المغنى (٨٣/٦) .

(٤) كشاف القناع (٢٣٦/٤) .

(٥) المبسوط (١٢/١١) ، مجمع الأنهر (٤٠٧/١) وجاء فيه : " ولم يشترط
أبويوسف الاشهاد كما فى أكثر الكتب وفى الينابيع ذكر فى بعض
الكتب قول محمد مع الامام والأصح أنه مع أبى يوسف والأول الصحيح " .
وراجع حاشية الشلبى على تبیین الحقائق (٣٠٢/٣) ، بدائع الصنائع

(٣٨٦٧ - ٣٨٦٦/٨) .

يقولان **كُلُّ حَرٍّ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ**، ما لم يظهر منه ما يدل على أنه عامل لغيره،
 ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان آخذا لنفسه باعتبار
 الظاهر . . .

والثانى : أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب موجب للضمان عليه
 الا عند وجود الاذن شرعا والاذن شرعا مقيد بشرط الاشهاد عليه والاطهار
 فاذا ترك ذلك كان أخذه سببا للضمان عليه شرعا فلا يصدق فى دعوى
 المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك فى يده ثم ادعى
 أن صاحبه أودعه لم يصدق فى ذلك الا بحجة (١) .
 ووجوب الاشهاد عندهما اذا وجدها فى موضع يتمكن من الاشهاد عليها
 فيه فان لم يكن متمكنا لعدم من يشهد أو خاف ان أظهر ذلك أن يأخذها
 منه ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه .

ولم يقل بوجوب الاشهاد من الفقهاء غيرهما، اذ جمهور الفقهاء على
 استحبابه فقط حتى أن أبى يوسف رحمه الله لا يرى وجوب الاشهاد ويقول
 اذا كَذَبَ صَاحِبُ اللَّقْطَةِ الْمَلْتَقِطُ فَاِنْ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَلْتَقِطِ مَعَ يَمِينِهِ
 لأن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا، والذى يحل له شرعا الأخذ
 للرد، لانفسه فيحمل مطلق فعله عليه . ولأن صاحبها يدعى عليه سبب الضمان
 ووجوب القيمة فى ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه
 الغصب لكن مع الحلف لأن القول قول الأمين مع الحلف .

وقد حمل جمهور الفقهاء الأمر فى حديث عياض بن حمار رضى الله عنه
 على الاستحباب وهو ما أخرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه
 عليه وسلم : " من وجد لقطه فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب
 فان وجد صاحبها فليردها عليه والافهوا مال الله عز وجل يؤتية من يشاء " (٤)

-
- (١) المبسوط (١٢/١١) .
 (٢) التمهيد (١٢١/٣)، نهاية المحتاج (٤٢٨/٥)، المغنى (٨٤/٦)، كشاف
 القناع (٢٤٤/٤)، مغنى المحتاج (٤٠٧/٢) .
 (٣) المبسوط (١٢/١١)، مجمع الأنهر (٧٠٤/١) .
 (٤) رواه أبو داود (٣٣٥/٢) كتاب اللقطة باب (١) وسكت عنه، وابن ماجه
 (٨٣٧/٢) كتاب اللقطة باب (٢) والامام أحمد فى المسند (٢٦٦، ١٦٢/٤)،
 وابن حبان وصححه انظر موارد الظمان (ص ٢٨٤) . وراجع تجففة
 المحتاج لابن الملتن (٣٠٩/٢) .

(١) فقد قال الخطابي رحمه الله : " قوله فليشهد أمر تأديب وارشاد وذلك لمعنيين أحدهما مايتخوفه فى العاجل من تسويل النفس وانبعثت الرغبة فيها فتدعوه الى الخيانة بعد الأمانة . والآخر ما لا يؤمن من حدوث المنية به فيدعيها ورثته ويحوزونها فى جملة تركته " .
(٢) ونقل ابن عبدالبر عن الطحاوى قوله : " وهذا الحديث يحتمل أن يكون مراده فى الاشهاد الاشادة والاعلان وظهور الأمانة قال ولما لم يكن الاشهاد فى الغيوب يخرجها عن حكم الضمان وكان الاشهاد فى ذلك وتترك الاشهاد سواء هى مضمونة أبدا أشهد أم لم يشهد وجب أن تكون اللقطة أمانة أبدا لقوله صلى الله عليه وسلم " ولتكن وديعة عندك " ولاجماعهم (٣) على أنه اذا أشهد لم يضمن وكذلك اذا لم يشهد " .
وهذا الخلاف عند الحنفية انما تظهر فائدته فى حالة تكذيب صاحب اللقطة لدعوى الملتقط أنه التقطها ليردها أما اذا أقر الملتقط على نفسه أنه أخذها لنفسه فانه يضمن اتفاقا . وان تصادقا على أنه أخذها ليردها لم يضمن اتفاقا نص على ذلك الحنفية (٤) .
والحاصل أن على الملتقط حفظ اللقطة وسيانته مدة التعريف وعدم تعريفها للتلف .

بل قد نص بعض الفقهاء كالشافعية والحنابلة الى أنه اذا تعيين بيعها أو أكلها قبل أن تفسد طريقا لحفظها فان عليه أن يفعل ذلك مثل أن تكون اللقطة فواكه أو خضارا يتسارع اليها الفساد .
وبناء على ذلك قال الشافعية اذا باعها فانه يعرفها ليتملك ثمنها بعد انقضاء مدة التعريف وان أكلها فقد تعجل فى تملكها وهذا جائز له لأنه طريق لحفظها الا أنه يلزمه غرم قيمتها لصاحبها اذا وجده (٥) .

(١) معالم السنن (٣٣٥/٢) .

(٢) التمهيد (١٢١/٣) .

(٣) رواه مسلم عن زيد بن خالد الجهنى بلفظ فان لم يجزء صاحبها كانت

وديعة عندك . صحيح الامام مسلم (١٣٤٥/٣) كتاب اللقطة .

(٤) مجمع الأنهر (٧٠٤/١) ، بدائع الصنائع (٣٨٦٨، ٣٨٦٦/٨) .

(٥) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٤١١/٢) .

ونص الشافعية على أن البيع أو الأكل في هذه الحالة واجب على الملتقط فإذا لم يبيع اللقطة التي يخشى فسادها أو يأكلها فقد ترك الواجب عليه وبأثم بذلك لأن هذا الفعل أحظ لمصاحب اللقطة ، يقول الشرييني : " وظاهر كلامه أن مراعاة الأغبط واجبة وكلام الأصحاب مصرح ^(١) به " .

أما الحنابلة فقد قالوا انه يجب على الملتقط في هذه الحالة بيعها وحفظ ثمنها أو أكلها وعليه قيمتها لمصاحبها اذا وجده فان لسم يفعل حتى فسدت فعليه الضمان لأنه مفطر ، جاء في الاقناع وشرحه : " ما يخشى فساده بتبقيته كطبخ ويطبخ وفاكهة وخضروات ونحوها فيلزمه أي الملتقط فعل الأخط من أكله وعليه قيمته وبيعه ولو بلا حكم أي اذن حاكم وحفظ ثمنه لأن في كل منهما حفظا لماليته على ربه وكالحيوان ولو تركه أي ترك الملتقط ما يخشى فساده بلا أكل ولا بيع حتى تلف ضمنه لأنه مفطر " .

وذهب الحنفية الى أن ما يخشى فساده فان الأولى أن يتصدق به عن صاحبه يقول السرخسي : ^(٣) " فان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا أتى عليه يوم أو يومان عرّفها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها لأن المقصود من التعريف ايصالها الى صاحبها فتقيد مدة التعريف بالوقت الذي لا تفسد فيسهل لأنه بعد الفساد لافائدة لمصاحبها في ايصالها اليه وقد بينا أن التصديق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيعير الى ذلك اذا خاف أن تفسد العين " .

^(٤) فاذا خاف أن تفسد ثم تصدق بها وجاء صاحبها فقد قال الحنفية بخير صاحب اللقطة ان شاء ضمنه لأنه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له وإجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء .

(١) معنى المحتاج (٤١١/٢) .

(٢) كشف القناع (٢٣٩/٤) .

(٣) المبسوط (٩/١١) .

(٤) المبسوط (٣/١١) .

ويرى المالكية أن لاضمان فيما تلف في يده مما يتسارع اليه
الفساد ان لم يكن بفعله بل ولو كان بفعله مثل أن يأكله يقول الدردير :
"وله أي للملتقط حرا أو عبداً أكل ما يفسد لو بقى كفاكهة ولحم وخضـر
ولا يضمن" .

وقد تعقبه الدسوقي فقال : "إن ظاهر الشارح أن ما يفسد بالتأخير
الذي لا يعلم بربه لاضمان على الملتقط اذا أكله سواء كان تافها أو لسه
ثمن وهو ما نقله مصطفى الرماصي . والذي في الحطاب وتبعه عبد الباقي
الزرقاني أن عدم الضمان فيما اذا أكَلَ ما يفسد بالتأخير مقيدٌ بما
اذا كان تافها لاثمن له والاضمين قيمته لربه اذا جاء" .

وقد صحح ابن عبد البر القول بالضمان اذا تلف بفعله مشـرطاً
أن يأكله أو يتمدق به فقال : "ومن التقط طعاما لابقاء له ولم يتعرفه
أحد بحضرة وجوده فليس عليه أن يعرفه منتظرا لربه ولا يمسه حتى
يفسد ولكن هو مخير في المدقة به أو أكله ان كان فقيرا محتاجا اليه
فان تعرفه ربه بعد ذلك صمته ان كان أكله . وان كان تمدق به فربه
مخير بين الأجر والضمان كسائر اللقطة . وان تلف عنده فلا ضمان عليه
وقد قيل انه لاضمان عليه في شيء من الطعام الذي يسرع الفساد اليه
كالشاة في الفلاة . والأول أصح" (٤) .

ومما اعتبره الفقهاء أيضا تضييعا للقطعة يخرجُ به الملتقط من
حال الأمانة الى الضمان ما اذا رَدَّ اللقطة الى مكانها الذي التقطها
منه ثم تلفت فان عليه ضمانها لصاحبها لأنها أمانة حملت في يده فلزمه
حفظها فاذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيعَ الوديعة ، يقول الامام
الشافعي : "أضمنه من ذلك ما أضمن المستودع وأطرح عنه الضمان فيما
الشافعي : "أضمنه من ذلك ما أضمن المستودع وأطرح عنه الضمان فيما

-
- (١) الكافي في فقه أهل المدينة (١٦٥/٢) .
 - (٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٢٢/٤) .
 - (٣) حاشية الدسوقي (١٢٢/٤) .
 - (٤) الكافي في فقه أهل المدينة (١٦٥/٢) ، وراجع في أقوال فقهاء
المالكية في هذه المسألة المنتقى (١٣٩/٦) .
 - (٥) الأم (٢٩٠/٣) .

أُطْرَحُ عَنِ الْمُسْتَوْدَعِ " .

(١) (٢) (٣) (٤)
والى ذلك ذهب الشافعية والحنابلة وقيده المالكية وبعض مشايخ
الحنفية بأن يكون قد أخذه للحفظ والتعريف ولم يرده الى مكانه الا بعد
طول الوقت فانه يضمن أما اذا كان زمن الرد قريبا من زمن الأخذ فلا ضمان
عليه .

الآن ظاهر الرواية عند الحنفية على خلاف ما ذهب اليه أولئك
اذ النص فيها على أنه لا ضمان على الملتقط اذا ردها الى مكانها ثم
تلفت من غير تفصيل . يقول الكاسانى : "ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى
مكانها الذى أخذها منه لا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد
فى الموطأ، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها
ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها فى موضعها فأما اذا ذهب بها عن
ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن . وجواب ظاهر الرواية مطلق
عن هذا التفصيل مُسْتَعْنٍ عَنِ هَذَا التَّأْوِيلِ " .

وحجة الحنفية أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا
ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلا
وبه تبين أنه لم يلتزم الحفظ وانما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها
فارتدَّ وجعل كأن لم يكن .
ولأنه بمجرد الأخذ لا يكون ملتزما للحفظ فقد يأخذها على ظن أنها
له بأن كان سقط منه مثلها فاذا تأملها وعلم أيها ليست له ردها
الى مكانها .

-
- (١) الأم (٢٩٠/٣) .
(٢) المغنى (٨٨/٦)، كشف القناع (٢٣٧/٤)، الانصاف (٤٠٦/٦)، شرح منتهى
الارادات (٤٧٤/٢) .
(٣) التمهيد (١١٠/٣)، جواهر الاكليل (٢١٨/٢)، المدونة (١٧٨/٦)، الكافى
(١٦٤/٢)، حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢٥٧/٢)، المنتقى (١٣٥/٦) .
(٤) بدائع المنافع (٣٨٦٧/٨)، شرح فتح القدير (١٢٠/٦) .
(٥) بدائع المنافع (٣٨٦٧/٨)، راجع المبسوط (١٣/١١)، تبين الحقائق
وحاشية الشلبى عليه (٣٠٢/٣) .

وهذا عند الحنفية فيما اذا أخذها ليردها لمصاحبها فان أخذها
لنفسه ثم بدا له أن يعيدها الى مكانها فانه لا يبرأ من الضمان الابعادتها
الى صاحبها كالفاسد لأن اعادتها الى مكانها ليس يرد على المالك فلا يكون
مسقطا للضمان الذي وجب عليه بسبب أخذها لنفسه .^(١)

وبعد استعراض آراء الفقهاء في هذه المسألة ظهر لي أن خلاف
الحنفية الآنف الذكر وخلاف الحنابلة حيث قالوا ان اللقطة اذا كان يتسارع
اليها الفساد فانه يلزمه أن يبيعها أو يأكلها فان لم يفعل حتى
فسدت فعليه الضمان . هذا الخلاف مخالف للأصل المتفق عليه بين الفقهاء
وهو أن اللقطة أمانة في يد الملتقط كسائر الأمانات لاتضمن الا بالتعدي
والتفريط . ومما لاشك فيه أن رد اللقطة الى قارعة الطريق بعد أخذها
تفريع لها وترك للحفظ الذي التزمه بمجرد أخذها من مكانها لأن هذا
الأخذ بمنزلة قبول الوديعة . ومن قبل الوديعة ثم ألقاها في قارعة
الطريق حتى ضاعت ضمنها بالاتفاق فكذلك اللقطة .

وهذا بخلاف ما ذهب اليه الحنابلة من اعتبارهم عدم بيع اللقطة
أو أكلها اذا كانت مما يتسارع اليه الفساد تفريطا في الحفظ . لأن الحفظ
الواجب عليه لا يزيد على جعل الشيء في حرز مثله وعدم العدوان عليه
أو التهاون في المحافظة عليه وهذه الأمور في جملتها التزام بترك . وليست
التزاما بفعل بحيث يتضمن نقل ملكيتها لنفسه أو لغيره بعوض . فقد يكون
أكلها والالتزام بشمنها ضارا بالملتقط وهو في الجملة محسن وماعلى
المحسنين من سبيل . وقد يكون الملتقط لا يحسن أو لا يستطيع المعاوضة
عليها فيكون في هذا القول ايقاع له في الحرج والحرج مرفوع في الشريعة
الاسلامية والحمد لله . هذا ما ظهر لي والله أعلم .

(١) راجع في ذلك المبسوط (١٣/١١)، بدائع الصنائع (٣٨٦٧/٨) .

المطلب الثاني : في تلف اللقطة واتلافها
بعد انتهاء مدة التعريف

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
والظاهرية في جواز تملك اللقطة بعد تعريفها المدة المشروعة ملكا
يزول بمجرد صاحبها ويضمن له بدلها ان تعذر ردها بعينها .
وإذا تملكها بعد التعريف فان له أن يتصرف فيها كما يتصرف في
ملكه باستثناء أكلها عند الحنفية ان كان غنيا .
يقول الكاساني : " ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف
فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها
على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنيا ليجوز أن ينتفع بها
عندنا

قال : واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار
ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء صَمَّنَ الملتقط أو الفقيـر
ان وجده لأن التصدق كان موقوفا على اجازته وأيهما صَمَّنَ لم يرجع على
صاحبه كما في غاصب الغاصب . وان كان فقيرا فان شاء تصدق بها على
الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الأجر
وبين أن يضمنها على ما ذكرنا " .

وخالف جمهور الفقهاء الحنفية في ذلك فقالوا ان للملتقط بعد
التعريف كامل التصرف في اللقطة سواء كان غنيا أم فقيرا الا أن عليه
ضمانها اذا استنفقها .

يقول ابن عبد البر : " وهذا معناه انطلق يد الملتقط وتصرفه فيها
بعد الحول ولكنه يضمنها ان جاء صاحبها . واجب ذلك باجماع المسلمين

-
- (١) بدائع الصنائع (٣٨٧٠/٨)، وراجع المبسوط (٧/١١)، الهداية مع شرح
فتح القدير (١٢٣/٦ - ١٣١، ١٢٤)، الدر المختار (٢٧٩/٤ - ٢٨٠)، تبیین
الحقائق (٣٠٤/٣) .
(٢) التمهيد (١١٩/٣) .

لأنه مستهلك مال غيره وقد أجمعوا على أن من استهلك مال غيره وأنفق به
بغير اذنه غرمه وضمنه ومن استهلك لغيره شيئا من المال ضمنه بـ
وجه استهلكه وهذا مما لا خلاف فيه " .

وجاء في جواهر الاكلیل : " وله أي للملتقط بعد السنة حسبها
بعده أي ابقاء اللقطة وديعة لربها أو التعديق بها عن ربها وأمما
التعديق بها عن نفسه فهو داخل في التملك لها أي اقتراضها لنفسه والتصرف
فيها فان جاء ربها دفعها له في الأول وغرم له عوضها في الأخيرين " .
وجاء في الأم : " وقال في المال يعرفه سنة ثم يأكله ان شاء
فان جاء صاحبه غرّم له ويقال يعرفها سنة ثم يأكلها موسرا أو معسرا
ان شاء " .

وجاء في المنهاج وشرحه : " وان جاء المالك وقد تلفت تلك اللقطة
حسًا أو شرعا بعد التملك غرم مثلها ان كانت مثلية أو قيمتها ان كانت
متقومة لأنه تملك يتعلق به العوض فأشبه البيع " .
ويقول ابن قدامة : " واذا عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها
ملتقطها وصارت من ماله كسائر أمواله غنيا كان الملتقط أو فقيرا " .
وقال في موضع آخر : " وتملك اللقطة ملكا مراعى يزول بمجىء صاحبها
ويضمن له بدلها ان تعذر ردها " .

وقال أيضا : " وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها
بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط في حفظها
أو لم يفرط . وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين
وأرش نقصها لأن جميعها مضمون اذا تلفت فكذلك اذا نقصت " .

-
- (١) (٢١٨/٢) ، وراجع الشرح الكبير (١٢١/٤) ، شرح أبي الحسن على الرسالة
وحاشية العدوى عليه (٢٥٧/٢) ، المدونة (١٧٣/٦) ، الكافي في فقه
أهل المدينة (١٦٤/٢) ، المنتقى (١٣٨/٦) .
(٢) (٢٨٧/٣) وراجع معالم السنن (٣٢٩/٢) .
(٣) مغنى المحتاج (٤١٦/٢) وراجع روضة الطالبين (٤١٤/٥ - ٤١٥) ، شرح
النووى على صحيح مسلم (٢٤٠٢٣/١٢) .
(٤) المغنى (٧٨/٦) .
(٥) المرجع نفسه (٨٠/٦) .
(٦) المرجع نفسه (٨٧/٦) وراجع في قول الحنابلة كشف القناع (٢٤٥/٤) ،
الانصاف (٤٢١، ٤١٣/٦) ، غاية المنتهى (٢٨١/٢) ، شرح منتهى الارادات
(٤٧٦/٢ - ٤٧٨) .

(١) ويقول ابن حزم : " فان لم يأت أحد يصدق في صفته بما ذكرنا ولا يبيّن فهو عند تمام السنة مال من مال الواجد غنيا كان أو فقيرا يفعل فيه ما يشاء ويورث عنه . إلا أنه متى قَدِمَ من يقيم فيه بينة أو يعرف شيئا مما ذكرنا فيصدق ضمنه له ان كان حيا أو ضمنه له الورثة ان كان الواجد ميتا " .

والسند الشرعي لما ذهب اليه الفقهاء من أن الملتقط يضمن اللقطة اذا تملكها بعد التعريف مارواه البخاري رحمه الله في صحيحه وترجم له : "باب اذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده" عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال : عَرَّفَهَا سَنَةً ثُمَّ اعْرَفَ وَكَاهَا وَعِفَّاصَهَا ثُمَّ اسْتَنْفَقَ بِهَا فَان جَاءَ رَبُّهَا فَأَدَّاهَا إِلَيْهِ الحديث " .

(٢) جاء في المغنى : "قال الأثرم قال الامام أحمد أذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل مارواه : ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه " . لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قيل الحول ، ولأنه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر الى مال غيره " .

هذا هو قول الفقهاء في اللقطة يملكها الملتقط بعد التعريف ثم يتلفها أو تتلف عنده أما اذا لم يملكها بعد التعريف بل حسبها عنده وديعة فسبيلها سبيل الوديعة تكون أمانة عنده لا يضمنها الا بالتعدى أو التفريط . وهذا على قول من قال من الفقهاء انه لا يملكها بعد الحول الا بنية التملك .

-
- (١) المحلى (١٣٤/٩) .
 (٢) (٩٥/٣) كتاب اللقطة باب (٩) ، ورواه مسلم (١٣٤٤/٣) كتاب اللقطة وأبو داود (٣٣٣/٢) كتاب اللقطة باب (١) ، والترمذي (٦٤٦/٣) كتاب الأحكام باب (٣٥) .
 (٣) (٨٧/٦) .
 (٤) مغنى المحتاج (٤١٦/٢) ، شرح النووي على صحيح مسلم (٢٤/١٢) ، الكافي في فقه أهل المدينة (١٦٥/٢) ، شرح أبي الحسن على الرسالة (٢٥٧/٢) ، المغنى (٨٧،٧٩/٦) .

أما على قول من قال انها تدخل في ملكه بعد الحول حكما كالميراث
(١) وهو المذهب عند الحنابلة فقد قال انها اذا تلفت بعد الحول لزمه
ضمانها سواء تلفت بفعله أو بغير فعله، بسبب تفريظه أو بغير ذلك . لأنها
مال معصوم لمسلم ، وتلك العصمة لا ترتفع ببيعها والتقاطها من آخر
حتى ولو تملكها الملتقط ضرورة بعد مضي الحول .

(١) الانصاف (٤١٣/٦) ، المغنى (٨٧،٧٩/٦) ، كشف القناع (٢٤٥/٤) ، شرح
منتهى الارادات (٤٧٨/٢) ، غاية المنتهى (٢٨١/٢) ، التنقيح المشبع
(ص ٢٤٧) .

المطلب الثالث : فى ضالة الحيوان

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (١) (٢) (٣) أن ضالة الحيوان التى لاتمتنع من السباع كالشاة وما فى حكمها اذا التقطها انسان فان له أكلها من غير تعريف واشترط المالكية والشافعية أن تكون فى موضع مهلكه يخشى عليها من السباع أما اذا كانت فى العمران أو قريبا منه فان عليه تعريفها . أما الحنابلة فلا يفرقون بين كونها فى الصحراء أو فى الممر (٤) يقول ابن قدامة : "ولافرق فى اباحة أكلها بين وجدانها فى الصحراء أو فى الممر" .

وقد خالف الحنفية جمهور الفقهاء فى ضالة الحيوان فلم يفرقوا بينها وبين سائر اللقطة من غير الحيوان وجعلوا حكمها واحدا من حيث التعريف وعدمه فقد قال الكاسانى بعد أن عرض أحكام اللقطة من غير الحيوان : "وكذلك حكم الضالة فى جميع ما وصفنا" (٥) . وقد ذكر المرداوى (٦) عن بعض فقهاء الحنابلة مثل قول الحنفية .

وقد استدلل جمهور الفقهاء القائلون بجواز أكل ضالة الحيوان التى لاتمتنع من السباع فى الحال من غير تعريف بالأثر والنظر .

أما الأثر :

(٧) فما روى البخارى عن زيد بن خالد رضى الله عنه قال جاء رجلا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها

-
- (١) المدونة (١٧٥/٦)، جواهر الاكليل (٢١٩/٢)، الشرح الكبير (١٢٢/٤) ،
التمهيد (١٢٣/٣)، المنتقى (١٣٩/٦) .
(٢) الأم (٢٨٧/٣)، مغنى المحتاج (٤١٠/٢)، روضة الطالبين (٤٠٣/٥)، معالم السنن (٣٣١/٢) .
(٣) المغنى (١٠٤/٦)، كشف القناع (٢٣٨/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٧٤/٢)، التنقيح المشيع (ص ٢٤٦) .
(٤) المغنى (١٠٤/٦) .
(٥) بدائع الصنائع (٣٨٧١/٨)، وراجع (ص ٣٨٦٨) .
(٦) الانصاف (٤٠٧/٦ - ٤٠٨) .
(٧) صحيح الامام البخارى (٩٣/٣) كتاب اللقطة باب (٤)، ورواه مسلم
- (١٣٤٦/٣) كتاب اللقطة .

(١) ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها . قال فضالة الغنم ؟ قال هي لك أو لأخيك أو للذئب . قال فضالة الابل ؟ قال مَالَكَ ولها معها سقاؤها وحذاؤها تَرْدُ الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها" . قالوا : فجعلها له في الحال وَسَوَى بَيْنَهُ وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها . (٢)

(٣) أما النظر : فقال ابن قدامة من الحنابلة : لأن في أكلها فسي الحال اغناء عن الإنفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها اذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص وفي ابقائها تفسيح للمسال بالإنفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى . غير أن جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على جواز أكلها من قبل الملتقط فانهم قد اختلفوا في حكم ضمانه قيمتها :

فذهب الحنابلة والشافعية الى أنه اذا أكلها وجاء صاحبها غرم له قيمتها . يقول الامام الشافعي رحمه الله : (٤) " وليس عليه في الشاه يجدها بالمهلكة تعريف ان أحب أن يأكلها فهي له ومتى لقي صاحبها غرمها له " .

(٥) ويقول ابن قدامة : " ومتى أراد أكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها في قول عامة أهل العلم الا مالكا " .

وذهب الامام مالك الى أنه اذا أكلها لا يغرّم لصاحبها شيئا ، جاء في المدونة : (٦) " قلت : رأيت من التقط شاة في فيافي الأرض أو فيمسا بين المنازل . قال : سألت مالكا عن ضالة الغنم يجدها الرجل قال

-
- (١) العفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة وأصل العفاص الجلد الذي يلبس رأس القارورة . والوكاء الخيط يشد به العرة . انظر معالم السنن (٣٣١/٣) ، وراجع شرح النووي على صحيح الامام مسلم (٢١/١٢) .
- (٢) المغنى (١٠٤/٦) .
- (٣) المغنى (١٠٤/٦) .
- (٤) الأم (٢٨٧/٣) ، وراجع شرح النووي على صحيح الامام مسلم (٢٣/١٢) .
- (٥) المغنى (١٠٤/٦) .
- (٦) (١٧٥/٦) ، وراجع المنتقى (١٣٩/٦) .

قال مالك أما ماكان قُرْبَ القرى فلا يأكلها وليضمها الى أقرب القرى اليها يُعْرِفَهَا فِيهَا . قال وأما ماكان فى فلووات الأرض والمهامه فإن تَلَسَّكَ يأكلها ولايعرفها فان جاء صاحبها فليس له عليه من ثمنها قليل ولاكثير وكذلك قال مالك قال ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فــــى الحديث هى لك أو لأخيك أو للذئب " .

الآن الامام مالك قال اذا جاء ربها وأدركها لحما فى يد واجدها أو فى يد الذى تصدق بها عليه وأراد أخذ لحمها كان ذلك له ولو باعها واجدها كان لربها ثمنها الذى بيعت به .^(١)

وبمثل قول مالك قال ابن حزم الظاهري، الا أنه لايرى التفريق بين مكان وجودها بل اذا تحقق الخوف عليها من الذئب أو أحد من الناس ولم يكن لها حافظ وليست بقرب ماء فانه يجوز أخذها وأكلها ولاسبيل لصاحبها عليها بعد ذلك سواء وجدها حية أو مذبوحة ،يقول ابن حزم : " أما الضأن والمعز فقط كبارها وصغارها توجد بحيث يخاف عليها الذئب ، أو من يأخذها من الناس ، ولاحافظ لها ، ولاهى بقرب ماء منها فهى حلال لمن أخذها سواء جاء صاحبها أو لم يجىء ، وجدها حية أو مذبوحة أو مطبوخة أو مأكولة لاسبيل له عليها " .

وقد رد ابن حزم على الامام مالك تفريقه فقال : " أما تقسيم مالك فخطأ لأنه لم يتبع النص اذ فرق بين أحوال وجود ضالة الغنم وليس فى النص شيء من ذلك وكذلك تفريقه بين وجود الشاة صاحبها حية أو مأكولة فليس فى الخبر شيء من ذلك أصلاً . لابنص ولابدليل ولاالقياس طرد ولاالقول متقدم التزم لأن القياس أن لايبيح الشاة لوأجدها أصلاً كما لايبيح سائر اللقطات الا ان كان فقيراً بعد تعريف عام ولانعلم فروقه هذه عن أحد قبله ولانعلم لقوله حجة أصلاً " .^(٣)

(١) التمهيد (١٢٦/٣) .

(٢) المحلى (١٥٦/٩) .

(٣) المحلى (١٥٩/٩ - ١٦٠) .

وقد ذكر ابن عبد البر حجة الامام مالك على قوله هذا فقال :
 "ومن حجة مالك قوله صلى الله عليه وسلم هي لك أو لأخيك . لأنه يحتمل
 أن يريد بذكر الأخ صاحبها ويحتمل أن يريد لك أو لغيرك من الناس
 الواجدين لها وأى الوجهين كان فالظاهر من قوله أو للذئب يوجب تلفها
 ان لم تأخذها أنت ولا مثلك أكلها الذئب وأنت ومثلك أولى من الذئب
 فكأن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها طعمة لمن وجدها فإذا كان كذلك
 فلا وجه للضمان في طعمة أطمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم" .^(١)

ومن ثم رجح ابن عبد البر ما ذهب اليه جمهور الفقهاء على قول مالك
 واختار أن يضمن أكل الشاة القيمة لصاحبها اذا جاء فقال : "في قوله^(٢)
 صلى الله عليه وسلم : " رُدُّ عَلَى أَخِيكَ ضَالَّتِهِ " من حديث عبد الله بن عمرو بن
 العاص دليل على أن الشاة على ملك صاحبها . وذلك يوجب الضمان على
 أكلها وقد قال مالك وهو الذي لا يرى على أكلها في الموضع المخسوف
 شيئا أن ربها لو أدركها لحما في يد واجدها وفي يد الذي تعدق بها
 عليه وأراد أخذ لحمها كان ذلك له ولو باعها واجدها كان لربها ثمنها
 الذي بيعت به وهذا يدل على أنها على ملك مالكة عنده ، فالوجه تسميها
 أكلها ان شاء الله . لأنه لافرق بين أكل الشاة في الوقت الذي أبيح له
 أخذها وبين أكل اللقطة واستهلاكها بعد الحول لأنها قد أبيح لكل واحد
 منهما أن يفعل بها ماشاء ويتصرف فيهما بما أحب . ثم أجمعوا على
 ضمان اللقطة لصاحبها ان جاء طالبها فكذلك الشاة" .

وقال بعد أن ساق حجة الامام مالك رحمه الله : " هذا مما يمكن
 أن يُحْتَجَّ به لمالك في ذلك وفي المسألة نظر والصحیح ما قَدَّمْتُ لك . . . وقال
 سحنون في المستخرجة ان أَكَلَ الشاةَ وَأَجَدَهَا فِي الْفلاةِ أو تعدق بها ثم
 جاء صاحبها ضمنها وهو الظاهر من قول مالك : أن من أكل طعاما قد اضطر
 اليه لغيره لزمه قيمته والشاة أولى بذلك " .

(١) التمهيد (٣/١٢٦ - ١٢٧) .

(٢) المرجع نفسه .

- ومن الأدلة التي تؤيد مذهب اليه الشافعية والحنابلة من القول بأنه إذا أكلها يلزمه ضمان قيمتها لصاحبها ما يأتي :
- (١) أنها لقطه لها قيمتها وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها .
- (٢) أنها ملك لصاحبها فلم يجوز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في البنيان .
- (٣) أنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب .
- (٤) أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " هي لك " لا يمنع وجوب غرمها من وجهين :
- (أحدهما) أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أذن في لقطعة الذهب والورق أيضا بعد تعريفها في أكلها وانفاقها وقال هي كسائر مالك .
- (الثاني) أن قوله " هي لك " ليس هو على معنى التملك كما أنه إذا قال أو للذئب لم يرد به التملك لأن الذئب يأكلها على ملك صاحبها (١) فكذاك الواجد ان أكلها، أكلها على ملك صاحبها فيضمنها .
- وبهذا يتبين لنا قوة مذهب اليه أصحاب هذا القول وضعف ما استدل به من قال بعدم الضمان على أكل الشاة الغالة ونحوها مما لا يمنع من السباع والله أعلم بالصواب .

(١) راجع في هذه الأدلة المغنى (١٠٤/٦)، التمهيد (١٢٥/٣) .

المبحث الثالث

اتلاف محل المنكرات تبعا لها

لاخلاف بين العلماء أن ازالة وتغيير كل محرم من الأعيان أو التآليف واجب وذلك مثل اراقة الخمر وتفكيك آلات الملاهى وتغيير الصور المعصورة ونحو ذلك .
وانما الخلاف فى جواز اتلاف محل هذه الأشياء تبعا لها والقول فى ذلك ينتظم فى خمسة مطالب :

المطلب الأول : فى حكم تكسير دنان الخمر وشق ظروفه

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) والشافعية ^(٣) والظاهرية ^(٤) والامام أحمد فى رواية الى أنه لايجوز تكسير دنان الخمر وشق ظروفه ^(٥) ومن كسرها فعليه الضمان .
واستثنى أصحاب هذا القول عدا الظاهرية ما اذا كسرها بأمر الامام أو لم يقدر على اراقة الخمر الابكسر دننها أو شق ظرفها، أو كانت لاتملح الا للخمر ففى تلك الحالات يجوز كسرها وبالتالي لضمان على الفاعل .

-
- (١) تبیین الحقائق (٢٣٨/٥)، المبسوط (٢١/٢٤)، الدر المختار ورد المختار عليه (٦٤/٤ - ٦٥) .
(٢) المعيار المعرب (٤١٨/٦) .
(٣) مغنى المحتاج (٢٨٥/٣)، نهاية المحتاج (١٦٩/٥)، شرح صحيح مسلم للنووى (٥/١١)، (١٥١/١٣)، فتح الباري (٢٠٦/١٠)، الأم (١٧٩/٤) .
(٤) المحلى (٣٠١/٨) .
(٥) المغنى (٢٢٤/٥)، المبدع (٢٠١/٥)، الآداب الشرعية (٢١٩/١) .

القول الثانى :

(١)
ذهب الحنابلة فى الراجح عندهم الى أنه يجوز تكسير دنان الخمر
وشق ظروفها اذا كانت الخمر مما أُمرَ باراقتها وهى ماعدا خمر الخلال
وخمر الذمى المستترة ولاضمان على كاسرها حتى ولو قدر على الارقصة
بدون كسرها قال المروذى قلت لأبى عبد الله لو رأيت مسكرا فى قنينة
أو قربة تكسر أو تعب ؟ قال تكسر . وقال أبو طالب قلت نعم على المسكر
القليل أو الكثير أكسره ؟ قال نعم تكسره . وقال محمد بن حرب قلت
لأبى عبد الله ألقى رجلا ومعه قربة مغطاة قال بريئة ؟ قلت نعم . قال
تكسرها " .

أدلة القولين :

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

- (١) مارواه ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا أهدى لرسول الله صلى
الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
هل علمت أن الله حرمها ؟ قال : لا ، فسأرا انسانا . فقال له رسول
الله صلى الله عليه وسلم يم ساررتة ؟ فقال أمرته ببيعها فقال
ان الذى حرم شربها حرم بيعها . ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها .
ولم يأمره صلى الله عليه وسلم بخرقها .
(٢) أن اناء الخمر يطهر بالغسل واذا صار ظاهرا بالغسل حل الانتفاع به
يدل على ذلك مارواه أبو ادريس عائد الله الخولانى قال سمعت
أبا ثعلبة الخشنى يقول قلت يارسول الله انا بأرض قوم أهمل

- (١) المغنى (٢٢٥/٥)، كشف القناع (١٤٧/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٣٢/٢) -
(٤٣٣)، الانصاف (٢٤٧/٦)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (١١٣/٢٨) ،
(١١٨)، الطرق الحكمية (ص ٤٠٢، ٤٠٣ - ٤٠٣)، المبدع (٢٠١/٥)، الآداب
الشرعية (٢٢٠/١) .
(٢) رواه مسلم (٢٠٦/٣) كتاب المساقاة باب (١٢)، والنسائى (٣٠٧/٧ - ٣٠٨)
كتاب البيوع باب بيع الخمر، والامام أحمد (٢٤٤، ٢٣٠/١)، والامام
مالك فى الموطأ (٨٤٦/٢) كتاب الأشربة باب (٥) .

كتاب نأكل في آنيتهم فقال عليه السلام أما ما ذكرت أنكم بأرض قوم
أهل كتاب تأكلون في آنيتهم فإن وجدتم غير آنيتهم فلا تأكلوا
فيها وان لم تجدوا فاغسلوها وكلوا فيها" (١) .

(٣) وإذا أمكن الانتفاع به بتطهيره - بالغسل حل بيعه - كالشوب المتنجس -

فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر .

(٤) وانما حل بيعه لأنه مال واتلافه بالكسر والخرق اذاعة للمال
والنبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن اذاعة المال" (٢) .

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

(١) مارواه الامام أحمد حدثنا أبو بكر بن أبي مريم عن زمرة عن حبيب قال

قال عبدالله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن آتية بمُدِّيَةٍ وهى الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرهِفَتْ شَمَّ
أعطانيها وقال أَعْدُ علي بها ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة
وفيها زقاق الخمر قد جُلِبَتْ من الشام فأخذ المُدِّيَةَ مِنِّي فشق ما كان
من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه
أن يعضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها
زِقَّ خمر الا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زِقًّا الا شققته . (٣)

(٢) مارواه عبدالله بن أبي الهذيل قال كان عبدالله بن مسعود يحلف

بالله أن التى أمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حرمت
الخمر أن تكسر دنانها . (٤)

(٣) وعن أنس رضى الله عنه قال : جاء أبو طلحة للنبي صلى الله عليه

وسلم فقال انى اشتريت لأيتام فى حجرى خمرا فقال له النبى صلى
الله عليه وسلم أهرق الخمر واكسر الدنان . فأعاد ذلك عليه

(١) البخارى (٢٢٣/٦ - ٢٢٤) كتاب الذبائح باب (١٤)، مسلم (١٥٣٣/٣) كتاب

الصيد والذبائح باب (١)، أبو داود (١٧٧/٤) كتاب الأطعمة باب (٤٦) ،
الترمذى (٢٥٥/٣ - ٢٥٦)، كتاب الأطعمة باب (٧)، ابن ماجه (١٠٦٩/٢) -
١٠٧٠) كتاب الصيد باب (٣) .

(٢) رواه البخارى (٨٧/٣) كتاب الأضحية باب (١٩)، مسلم (١٣٤٠/٣) كتاب

الأضحية باب (٥) والامام مالك فى الموطأ (٩٩٠/٢) كتاب الكلام باب
(٨)، الامام أحمد فى المسند (٣٢٧/٢) .

(٣) رواه الامام أحمد (١٣٢/٢) صححه الألبانى انظر ارواها الغليل (٣٦٥/٥) .

(٤) رواه الدارقطنى (٢٥٣/٤) كتاب الأشربة . قال الشوكانى رجاله ثقات

انظر نيل الأوطار (٩٤/٧)، وقال ابن القيم اسناده صحيح انظر

الطرق الحكمية (ص ٤٠٣) .

ثلاث مرات (١) .

(٤) وعن أبي طعمه قال سمعت عبد الله بن عمر يقول لقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمربد فاذا بزقاق على المربرد فيها خمر فدعى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة وما عرفت المدينة الا يومئذ فأمر بالزقاق فشقت ثم قال لعنت الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وحاملها (٢) .

(٥) وعن أنس رضي الله عنه قال : كنت أسقى أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرابا من فسيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت . فقال أبو طلحة : قم يا أنس الى هذه الدنان فاكسرها (٣) . وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات .

(٦) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال علمت رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوم في بعض الأيام التي كان يهومها فتحننت فطره بنبيذ صنعته في دين . فلما كان المساء جثته أحملها اليه فذكر الحديث ثم قال : فرفعتها اليه فاذا هو يئش فقال خذ هذه فاضرب بها الحائط فان هذا شراب من لايومن بالله واليوم الآخر (٤) .

(٧) سقوط حرمة تلك الأوعية حيث صارت طرفا للمحرم فلا ريب أن للمجاورة تأثير في الامتihan والاكرام فقد قال تعالى : " وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتِ اللَّهِ يُكْفَرُ بِهَا وَيَسْتَهْزَأُ بِهَا "

- (١) رواه الترمذي (٥٧٩/٣) كتاب البيوع باب (٥٨) وقال روى الثوري هذا الحديث عن السدي عن يحيى بن عباد عن أنس أن أبا طلحة كان عنده وهذا أصح من حديث الليث ، ورواه الدارقطني (٢٦٥/٤) كتاب الأشربة باب اتخاذ الخل من الخمر .
- (٢) رواه الامام أحمد (٧١/٢) ، قال في مجمع الزوائد (٥٤/٥) " وأبو طعمه وشقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وضعفه مكحول وبقية رجاله ثقات " انظر ارواء الغليل (٣٦٦/٥) .
- (٣) رواه البخاري (١٣٤/٨) كتاب أخبار الأحاد باب (١) ، الامام مالك في الموطأ (٨٤٦/٢) كتاب الأشربة باب (٥) ، مسلم (١٥٧٢/٣) كتاب الأشربة باب (٩) .
- (٤) رواه ابوداود (١٠٧/٤ - ١٠٨) كتاب الأشربة باب (١٢) ، النسائي (٣٠١/٨) كتاب الأشربة باب تحريم كل شراب أسكر كثيره . ابن ماجه (١١٢٨/٢) ، كتاب الأشربة باب (١٥) ، الدارقطني (٢٥٢/٤) كتاب الأشربة . ومحمده الألباني انظر ارواء الغليل (٥١/٨) .

فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوفُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذَا مِثَلْتُمْ إِيَّاهُ لَمِثَلْتُمْ
جَامِعَ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِي جَهَنَّمَ جَمِيعًا^(١) .

فاذا كان هذا في المجاورة المنفصلة فكيف بالمجاورة التي صارت
لمصيقة بالمحرم وتأثير الجوار ثابت عقلا وشرعا وعرفا . فاذا اسقطت حرمة
لم يجب به ضمان^(٢) .

المناقشة والترجيح :

أجاب القائلون بعدم جواز تكسير دنان الخمر وهم أصحاب القول

الأول عن بعض الأدلة السابقة بما يأتي :

(١) حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ضعيف لأن في بعض طرقه ثابت بن
يزيد الخولاني وقد قال عنه ابن حزم " مجهول لا يُدْرَى من هو " .

والثاني من طريق ابن الهيعة وهو هالك عن أبي طعمه وهو نسير بن
ذعلوق وهو لاشئ^(٣) .

وقد ألمح ابن حجر الى عدم ثبوت حديث عبد الله بن عمر الذي أخرجه
الامام أحمد وحديث أبي طلحة الذي أخرجه الترمذي فقال بعد إِبْرَازِهِ لهذين
الحديثين : " فأشار المصنف الى أن الحديثين ان ثبتا فانما أمـ
بكسر الدنان وشق الزقاق عقوبة لأصحابها^(٤) " .

قلت : وقد صحح الألباني حديث ابن عمر رضي الله عنه وأورد طرقه
وأحدها عن ثابت بن يزيد الخولاني وقال : " فان الخولاني هذا ترجمه
ابن أبي حاتم برواية خالد بن يزيد وَحْدَهُ ولم يذكر فيه جرحا ولا تعديلا
وأما ابن حبان فأورده في الثقات^(٥) " .

وأما الطريق الثاني فهو عن أبي طعمة وقال عنه الهيثمي : " وأبو
طعمة وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وضعفه مكحول وبقيصة^(٦) "

(١) سورة النساء : ١٤٠

(٢) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦ - ٣٩٧) .

(٣) المحلى (٣٠١/٨) .

(٤) فتح الباري (٢٠٦/١٠) .

(٥) ارواء الغليل (٣٦٧/٥) .

(٦) مجمع الزوائد (٥٤/٥)، وراجع أيضا ارواء الغليل (٣٦٦/٥) .

رجاله ثقات " .

(٢) قالوا وعلى فرض صحتها فان الأمر بكسر الدنان وشق الراويات كان في الابتداء للمبالغة في الزجر عن العادة المألوفة . أو عقوبة^(١) لأصحابها لأن الانتفاع بها بعد تطهيرها ممكن يدل على ذلك حديث سلمة بن الأكوع رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى نيرانا توقد يوم خيبر قال : علام توقد هذه النيران قالوا : على الحمر الانسية . قال : اكسروها واهرقوها . قالوا : لأنهريقها ونغسلها قال : اغسلوا^(٢) .

قال ابن حجر : " وفيه رد على من زعم أن دنان الخمر لاسبيل الى تطهيرها لما يداخلها من الخمر " .^(٣)

وقد ردَّ شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله على من عدى حكم القُدور التي طبخت فيها الحمر الانسية الى دنان الخمر وظروفه بدعوى أن كُـلَّـا من الخمرِ والحمرِ نجس حصل في ظرف يمكن تطهيره والحمر الانسية قـد ورد فيها النص فلعلهم لو استأذنوه في أوعية الخمر كما استأذنوه في القُدور لأذن لهم . قال شيخ الاسلام رحمه الله : " إن دفع الشريعة بمثل هذه التقديرات لاتجوز فانا اذا سوغنا فيما أمر به أو نهى عنه أنه لو رُوجع لَنَسَخَ ذلك لجاز رفع كثير من الشريعة بمثل هذه الخيالات مشـل أن يقال لو رجح الرب في نقص الصلاة عن خمس لنقصها ... ولو ... ولو ... ويقال هذا باطل من وجهين :

(أحدهما) أنا لانعلم أنه لو روجع لفعل . وثبوت ذلك في صورة لايوجب شباته في سائر الصور الا بتقدير المساواة من كل وجه وانتفاء الموانع وهذا غير معلوم .

-
- (١) المبسوط (٢٤/٢١) .
 (٢) رواه البخارى (١٠٧/٣) كتاب المظالم باب (٣٢)، واللفظ له ،ومسلم (٣/١٥٤٠) كتاب الصيد والذبائح باب (٥)، وابن ماجه (١٠٦٦/٢) كتاب الذبائح باب (١٣) .
 (٣) فتح الباري (١٠/٢٠٧) .
 (٤) مجموع الفتاوى (٢٩٤/٢٩ - ٢٩٥) .

(الشانى) أنه لو فرض أنه لو كان لكان • لكن لم يكن • واذا كان
النسخ معلقا بسؤالهم ولم يسألوا لم يقع النسخ " •
(٣) أما كسر أنس رضى الله عنه للجرة بأمر أبى طلحة رضى الله عنه
فقد أجاب عنه النووى بقوله : " وهذا الكسر محمول على أنهم
ظنوا أنه يجب كسرها واتلافها كما يجب اتلاف الخمر وان لم يكن فى
نفس الأمر هذا واجبا فلما ظنوه كسروها ولهذا لم ينكر عليهم
النبي صلى الله عليه وسلم وَعَدَّرَهُمْ لَعَدَمَ مَعْرِفَتِهِمُ الْحُكْمَ وَهُوَ غَسَلُهَا
من غير كسر" (١) •

وقول النووى هذا غير وجيه فى نظرى بل ان سكوت النبي صلى الله
عليه وسلم على ذلك وعدم الانكار عليهم يدل على اقراره لفعلهم اذ لو
لم يجز كسرها لبين لهم حيث أن هذا وقت البيان وتأخير البيان عن
وقت الحاجة لايجوز وحاشا أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك
فان من عادته تعليم الجاهل ولم يرد فى هذا الحديث مايشير الى شىء
من ذلك •

بل الأحاديث الواردة والتي استدلت أصحاب القول الشانى ببعضها
قد مرحت بأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يأمر بكسر الدنانير
وَشَقَّ الزَّقَاقَ •

نعم حمل هذه الأحاديث على المبالغة فى الزجر أو العقوبة قد
يكون وجيها فان فى حديث عبد الله بن عمر الذى استدلت به أصحاب القول
الشانى ما يؤيد ذلك فقد جاء فى أحد طرقه وهى التى من رواية ثابت بن
يزيد الخولانى قوله : " ثم دَعَى بسكين • فقال : اشذوها، ففعلوا، ثم
أخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم يَخْرِقُ بِهَا الزَّقَاقَ فقال الناس : ان
فى هذه الزقاق منفعة فقال أجل ولكنى انما أفعل ذلك غضبا لله عز وجل

(١) شرح صحيح مسلم (١٥١/١٣) •

(١) لما فيها من سخطه قال عمر أنا أكفيك يارسول الله قال : لا " .
 وبالنظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم يظهر لى والله أعلم مايلى :
 (١) أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أنه يجوز للإمام اتلاف دنان الخمر
 وأدوات صناعته عقوبة لصاحبها ومبالغة فى زجره عن مثل هـذا
 الفعل بناء على أن حيازة الخمر وكذا صناعتها من المعاصى التى
 يجب على الامام رفعها وازالتها وقاعدة التعزيرات الشرعية وللله
 الحمد واسعة .

(ب) أن تلك الأدوات والأواني اذا كانت لاتملح الا لصناعة الخمر فانه
 يتعين اتلافها ومن اتلفها أو غير هيتها فليس عليه ضمان سواء
 كان الامام أو غيره من المسلمين وهذا أيضا لاخلاف فيه بين الفقهاء
 بل قد حصل ذلك عمليا فقد ذكر الونشريسي أن بعض قضاة عبدالله بن
 أبى طالب كتب اليه : " أنه رُفِعَ إِلَيَّ فى أمر قدور من نحاس تعمل
 عندهم لاتملح لغير التبيذ وقالوا : اذا أردت قطع التبيذ
 والتضييق على أهله فاقطع هذه القدور فأمرت بها فجمعت من عند
 أهلها وصيرتها فى موضع الشقة وأوقفتها فكتب اليه بخط يده : ان لم
 يكن فيها منفعة الا الخمر ولاتكسب لغيره فغير أمرها وصيرها نحاسا
 ورد نحاسهم عليهم كما يفعل بالبوق وامنع من يعملها " (٢) .

(ج) أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أن من لم يقدر على اراقة الخمر الاكسر
 دته أو شق ظرفه أن له ذلك ولا ضمان عليه .

(د) أن محل النزاع فيمن كسر دن الخمر أو شق ظرفه بغير اذن الامام مع
 استطعته أن يريق الخمر من غير اتلاف محله أو ظرفه ومع صلاحية

(١) رواه البيهقى فى السنن الكبرى (٢٨٧/٨) كتاب الأشربة والحد فيها
 باب ما جاء فى تحريم الخمر . ورواه الحاكم فى المستدرک (١٤٤/٤) —
 (١٤٥) وقال هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقنا الذهبى قال
 الألبانى : " قلت : أما المحة فلا وأما الحن فمحمتم " . انظر

اروا الغليل (٣٦٧/٥) .

(٢) المعيار المعرب (٤١٨/٦) .

هذا المحل لغير الخمر وامكان تطهيره بالغسل .
والذى يظهر لى فى ذلك أن هذه الأوانى لاحرمة لها بمجاورتها
للمحرم والتماقها به . ولايصح اعتبار ماستؤول اليه بعد غسلها وتطهيرها
من جواز الانتفاع بها ومن ثم تكون مالا على متلفها الضمان اذ لو صح ذلك
لقلنا بالضمان على متلف خمر المسلم لأنه يمكن أن تكون خلا ولاقاء
بذلك .

بناء عليه فان المُسَلِّمَ اذا احتسب وأتلف الخمر ودِنَها أو زِقَها فلا
ضمان عليه فى ذلك لسقوط حرمتها بمجاورة المحرم وهو مذهب الـ
أصحاب القول الثانى والله أعلم بالصواب .

المطلب الثانى : اتلاف المادة المصنوعة منها الملاهى تبعالها

يقعد العلماء بالملاهى كل مايتلهى به عن ذكر الله ويشتغل بها عما يحبه الى مايسخطه وذلك مثل الطنابير والعيدان والمزامير والشطرنج والسنوج التى لامعنى فيها الا التلهى ، أما اذا كان فيها معنى آخر أباحه الشارع فلا تكون آلة لهو بل آلة مباحة كالدفوف التى لاسنوج فيها ولاحلق تستخدم لاعلان النكاح أو فى الحرب أو فى الصيد ونحو ذلك . ومن ثم تكون أموالا على متلفها الضمان . جاء فى مجمع الأنهر : " وقيل للاختلاف فى الدف والطبل الذى يقرب لله فاما طبل الغزاة أو طبل الحاج أو طبل الصيد أو الدف الذى يباح ضربه فى العرس أو يلعب به الصبية فى البيت فيضمن بالاتفاق بالاتلاف " (٢) .

وجاء فى كشاف القناع : " بخلاف دَفِّ لِحْلَقٍ فيه ولاسنوج وطبل حُرْبٍ فيضمنهما متلفهما لإباحتهما " (٣) .

وجاء فى نهاية المحتاج : " أما آلة لهو غير محرمة كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها " (٤) .

ويرى أبو حنيفة وابن حزم أنه لافرق بين آلات الملاهى فيجوز بيع الشطرنج والمزامير والعيدان والمعازف والطنابير وعلى متلفها الضمان إلا أن أبا حنيفة قال : يضمنها خشيا منحوتا غير سالحة للهو . أما ابن حزم فقد أطلق القول بال ضمان فقال : " وبيع الشطرنج والمزامير والعيدان والمعازف والطنابير حلال كله ومن كسر شيئا من ذلك ضمنه " (٥) .

- (١) تهذيب الآثار للطبرى (١٨٨/١) .
- (٢) (٤٦٩/٢) وانظر تبیین الحقائق (٢٣٨/٥) ، الهداية (٣٦٧/٩) .
- (٣) (١٤٧/٤) وانظر شرح المنتهى (٤٣٣/٢) .
- (٤) (١٦٨/٥) .
- (٥) بدائع المعاني (٤٤٦٠/٩) ، (٣٠٠٩/٦ - ٣٠١٠) ، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢) ، تبیین الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) ، الهداية (٣٦٧/٩) .
- (٦) المحلى (٧٠١/٩) .

قال تعالى : " هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مِمَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا " (١) وقال : " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ " (٢) وقال : " وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ " (٣) ولم يأت نص بتحريم بيع شيء من ذلك " .

واستدل أبو حنيفة على قوله : أنها كما تملح للهو والفساد تملح للانتفاع بها من وجه آخر بأن تجعل طرفاً لأشياء ونحو ذلك من المعالجات فلا تخرج عن كونها أموالاً فهي أموال متقومة من ذلك الوجه مضمونة بالاتلاف .

وقد صحح الكاساني قول أبي حنيفة فقال : " والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله لأن كل واحد منهما منتفع به شرعاً من وجه آخر بأن يجعل منجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلاً للبيع مضموناً بالاتلاف " (٤) .

لكن الفتوى في مذهب الحنفية على قول العاصبين اللذين خالفوا أبا حنيفة فقالا بعدم جواز بيع الملاهي ولا ضمان على متلفها لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالاً (٥) . وبهذا يكون الحنفية قد اتفقوا مع جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم جواز بيع آلات الملاهي ووجوب إبطالها إلا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في حد التكسير والإبطال على قولين :

القول الأول :

(٦) للشافعية قالوا لا تكسر الكسر الفاحش لكن تفعل وفي حد التفصيل

- (١) البقرة : ٢٩
- (٢) البقرة : ٢٧٥
- (٣) الأنعام : ١١٩
- (٤) بدائع الصنائع (٣٠١٠/٦) .
- (٥) ردالمحتار (٦٥/٤) ، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢) ، تبيين الحقائق (٥٣٧/٥) ، بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩) ، (٣٠١٠/٦) ، الهداية (٣٦٧/٩) .
- (٦) روضة الطالبين (١٧/٥ - ١٨) ، نهاية المحتاج (١٦٩/٥) ، مغنى المحتاج (٢٨٥/٢) ، الأحكام السلطانية للماوردي (ص ٢٨٢) .

وجهان ذكرهما النووي بقوله : " أحدهما : قَدَرٌ لا يملح معه لاستعمال المحرم حتى اذا رفع وجه البربط وبقي على صورة قمعة كفى .
 الشانى : أن يفعل الى حد حتى لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفضلها لنال الصانع التعب الذى يناله فى ابتداء اتخاذ وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف وهذا أقرب الى كلام الشافعى رضى الله عنه وجماهير الأصحاب^(١) .
 قالوا : ومن اقتصر فى ابطالها على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وبين قيمتها منتهية الى الحد الذى أتى به . وان أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الى الحد المشروع . وعللوا قولهم هذا بأن رضاها متمول فعلى متلفه الضمان .

وهذا القول عندهم فيما اذا قَدَرَ المنكر على تفصيلها أما اذا عجز عن مراعاة هذا الحد فى الانكار لِمَنع صاحب المنكر له أبطله كى تيسر ولو باحراق تعيين طريقا .

القول الثانى :

أنه لاضمان على من أتلف آلات اللهو مطلقا سواء كسرها أو أحرقها ولا يجب عليه أن يتشاغل بتفصيلها سواء كان خشبها يصلح لغير الملائم أو لا يملح . وهذا هو قول صاحبين من الحنفية وعليه الفتوى لفساد الزمان فيما بين الناس . وهو مذهب الحنابلة نص عليه الامام أحمد فى أشهر الروايتين عنه نقل ذلك ابن القيم فقال : " قال الأثرم سمعت

- (١) روضة الطالبين (١٧/٥) .
 (٢) بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢)، تبیین الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) .
 (٣) كشف القناع (١٤٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٤٣٢/٢ - ٤٣٣)، الانصاف (٢٤٧/٦)، المغنى (٢٢٤/٥)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (١١٣/٢٨)، الطرق الحكمية (ص ٣٩٣) وما بعدها، الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٢٩٤) ، المبدع (٢٠٠/٥)، الآداب الشرعية (٣٢٠/١) .

أبا عبد الله يُسأل عن رجل كَسَرَ عوداً كان مع أمةٍ لانسان فهل يغرمه أو يعلّجه قال لأرى عليه بأساً أن يكسره ولا يغرمه ولا يعلّجه . وقال عبد الله : سمعت أبا في رجل يرى الطنبور أو العود أو الطبل أو ما أشبه هذا ما ينعج به قال إذا كان مكشوفاً فأكسره .

وقال المروزي : سألت أبا عبد الله عن كسر الطنبور الصغير يكون مع الصبي قال يكسر أيضا . قلت : أمر في السوق فأرى الطنبور يبـاع أكسره ؟ قال : ما أراك تقوى ان تقويت أي فافعل ^(١) .

واستدل أصحاب هذا القول بما رواه الامام أحمد بسنده عن أبيـسى أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله عز وجل يعثنى رحمة وهدى للعالمين وأمرنى أن أمحق المزامير والكفارات يعنى البرابط والمعازف والأوشان التى كانت تعبد فى الجاهلية أن قال ولا يحل بيعهن ، ولا شراؤهن ، ولا تعليمهن ولا تجارة فيهن وأثمانهن حرام للمغنيات قال يزيد الكفارات البرابط ^(٢) . قال ابن القيم : " والمحق نهاية الاتلاف " ^(٣) .

واستدلوا أيضا بالقياس قال ابن القيم : " وأيضا فالقياس يقتضى ذلك لأن محل الضمان هو ما قبل المعاوضة وما نحن فيه لا يقبلها البتـه فلا يكون مضمونا وانما قلنا لا يقبل المعاوضة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه " والملاهي محرّمات بالنص فحرم بيعها " ^(٤) .

والنص الوارد فى تحريم الملاهي مارواه البخارى فى صحيحه بسنده ^(٥)

-
- (١) الطرق الحكمية (ص ٣٩٣ - ٣٩٤) .
 (٢) مسند الامام أحمد (٥/٢٥٧، ٢٦٨) قال ابن القيم : " رواه الامام أحمد فى مسنده والطبرانى فى المعجم من حديث الفرغ بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامه . والفرغ حمى قال أحمد فى رواية هو ثقة وقال يحيى ليس به بأس تكلم فيه آخرون وعلى بن يزيد دمشقى فعفه غير واحد . انظر : الطرق الحكمية (ص ٣٩٦) ، وقال ابن حزم القاسم فعيف . انظر المحلى (٧٠٧/٩) .
 (٣) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦) .
 (٤) المرجع نفسه .
 (٥) (٢٤٣/٦) كتاب الأشرية باب (٦) .

عن أبي عامر أو أبي مالك الأشعري سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول
ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الحرَّ والحريم والخمر والمعازف " .^(١)
فهذا دليل حرمتها .

وقد أعله ابن حزم بالانقطاع فقال : " وهذا منقطع لم يتصل ما بين
البخارى وصدقة بن خالد ، ولا يصح في هذا الباب شيء أبداً وكل ما فيـــــــــــــــــه
فموضوع " .^(٢)

وقد نقل ابن حجر عن ابن الصلاح قوله : " التعليق في أحاديث من
صحيح البخارى قُطِعَ اسنادها وصورتها صورة الانقطاع ، وليس حُكْمُهُ حكمـــــــــــــــــه
ولا خارجاً - ما وجد ذلك فيه - من قبيل الصحيح الى قبيل الضعيف . ولا التفات
الى أبي محمد بن حزم الظاهري في ردِّ ما أخرجه البخارى من حديث أبي
عامر أو أبي مالك الأشعري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من
جهة أن البخارى أورده فائلاً قال هشام ابن عمار وساقه باسناده فزعم ابن
حزم أنه منقطع فيما بين البخارى وهشام ، وجعله جواباً عن الاحتجاج بسنه
على تحريم المعازف . وأخطأ في ذلك من وجوه . والحديث صحيح معـــــــــــــــــروف
الاتصال بشرط الصحيح " .

ثم ذكر ابن حجر سبب ورود مثل ذلك في صحيح البخارى وذكر مـــــــــــــــــن
جملتها سبب إيراده لهذا الحديث معلقاً فقال : " والذي يظهر لـــــــــــــــــي
الآن أنه لقصور في سياقه وهو تردد هشام في اسم الصحابي " .^(٤)

ثم أورد قول ابن الصلاح : " ان الذي يورده بصيغة : قال حكمه حكم
الاسناد المعنعن / والعنعنة من غير المدلس محمولة على الاتصال ، وليــــــــــــــــس
البخارى مدلساً فيكون متعلاً " ولم يترض ذلك وقال : " وقد تقرّر عنــــــــــــــــد
الحفاظ أن الذي يأتي به البخارى من التعاليق كلها بصيغة الجزم يـــــــــــــــــكون

(١) قال القاضي عياض : " الحر : اسم لفرج المرأة معلوم ورواه بعضهم
الحر مشدد وهو خطأ والأول الصواب " . انظر مشارق الأنوار (١/١٨٧) .

(٢) المحلى (٧٠٨/٩) .

(٣) فتح الباري (١٥١/٢١ - ١٥٢) .

(٤) المرجع نفسه (١٥٢/٢١) .

صحيحاً الى من علق عنه ولو لم يكن من شيوخه لكن اذا وجد الحديث المعلق من رواية بعض الحفاظ موصولاً الى من علقه بشرط الصحة أزال الاشكال".
ثم أورد الحديث موصولاً من عدة طرق عن هشام بن عمار .^(١)

وقد رد ابن القيم على الشافعية قولهم ان الواجب تفصيلها الى حد لا تصلح لأن تكون آلة لهو وما فوق ذلك فهو متمول مضمون بالاتلاف لأنه يمكن الانتفاع به .

رد ذلك بأن حرمة الباقي قد سقطت حيث صارت جزءاً للمحرم ولا يربب أن للمجاورة تأثير في الامتهان والاكرام وقد قال تعالى: وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتِ اللَّهِ يُكْفَرُ بِهَا وَيَسْتَهْزَأُ بِهَا فَلَاتَعْبُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوفُوا فِي حَدِيثِ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذَا مَثَلْتُمْ إِنَّ اللَّهَ جَامِعُ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِي جَهَنَّمَ جَمِيعًا^(٢) . قال فاذا كان هذا في المجاورة المنفصلة فكيف بالمجاورة التي صارت جزءاً من أجزاء المحرم وتأثير الجوار ثابت عقلاً وشرعاً وعرفاً .^(٣)

قلت: ومن القواعد المسلمة في الشريعة الاسلامية أن الشيء إذا اشتمل على منفعة ومفسدة وغلبت مفسدته على منفعته صار كله حراماً فقد حرم الله سبحانه وتعالى الخمر والميسر مع أن فيهما منافع للناس إلا أن فيهما مفسدات تربو على تلك المنافع قال تعالى: " يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا... " الآية^(٤) .

بناءً على ذلك فالذي يترجح عندي - والله أعلم - عدم جواز بيع وشراء آلات الملاهي بحجة أن فيها منفعة لما ذكرنا آنفاً ولصحة الحديث الذي ورد بتحريم المعازف . واذا كانت حراماً لايجوز بيعها ولا شراؤها

-
- (١) فتح الباري (١٥٢/٢١ - ١٥٣) . وقد تكلم الألباني على هذا الحديث وانتقد ابن حزم على تضعيفه لهذا الحديث انظر ذلك في كتابه غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام (ص ٢٢٥ - ٢٢٦) .
(٢) سورة النساء : ١٤٠
(٣) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦ - ٣٩٧) .
(٤) سورة البقرة : ٢١٩

فانها لاتعتبر أموالا . فمن أتلّفها وأتلّف خشبها معها باحراق ونحوه
فليس عليه ضمان وذلك لقوة ما استدل به أصحاب القول الشانى فى نظرى
وكون رضاها فيه منفعة فهذه لاتعتبر لغلبة المغسدة عليها . وهذا فى
زمان من قال بهذا القول . أما فى زماننا هذا فان الناس لا يتمولون مثل
رضاض تلك الأشياء ولا ينتفعون به وبذلك تفقد عنصريين من عناصر المالئفة
وهما عدم اباحة الانتفاع . وعدم تمول الناس لرضاها فى زماننا
فلاتكون أموالا .

المطلب الثالث : اتلاف محل الصور المحرمة تبعا لها

اتفق العلماء رحمهم الله على جواز الصور لغير ذوات الأرواح . أما صور ذوات الأرواح فان اتخاذها يكون على عدة أضرب فاما أن يكون لها ظل أو لا يكون . و اذا لم يكن لها ظل فاما أن تكون فيما يidas ويمتهن كالفرش والوسائد ونحو ذلك . أو تكون معزوزة محترمة كالنقوش المعصورة على الحيطان والستور والأبواب والأثاث ونحو ذلك وسوف نجعل الكلام عن ذلك في مسائل :

المسألة الأولى : الصورة ليس لها ظل وتكون في حال ممتهن .

اختلف العلماء في صورة ذوات الأرواح اذا كانت على بساط أو وسادة ونحو ذلك مما يمتهن على قولين :

القول الأول :

لاكثر العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٤) وقد ذهبوا الى أنه لا بأس بالصورة فيما يidas بل نص الحنفية والحنابلة على أنه لا يجوز تحريقها أو اتلافها قال الكاساني : " ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته معورا لأن التمثال على البساط ليس بمحظور لأن البساط يوطأ فكان النقش متقوما" ^(٥) .

- (١) بدائع المنائع (٩/٤٤٦٠)، حاشية الشلبي على شرح الكنز (٥/٢٣٨) ، حاشية رد المحتار (١/٦٤٨) .
- (٢) حاشية العدوى على رسالة ابن أبي زيد (٢/٤٢٤)، الفواكه الدوانسي (٢/٤١٢) .
- (٣) شرح صحيح مسلم للنووي (١٤/٨١)، معالم السنن للخطابي (٤/٣٨٥)، فتح الباري (٢٢/١٦٢)، مختصر المغزى (٤/٤٠)، نهاية المحتاج (٦/٣٧٦)، مغنى المحتاج (٣/٢٤٨) .
- (٤) المغنى (٧/٢٨٠)، كشف القناع (٤/١٤٨)، (١/٣٢٥)، التنقيح (ص ٦١) ، الانصاف (١/٤٧٣ - ٤٧٤)، شرح المنتهى (١/١٤٩) .
- (٥) بدائع المنائع (٩/٤٤٦١) .

وقال البهوتى : " ولايجوز تخريق الشباب التى عليها الصـور
(١)
ولا الرقوم التى تعلق بساطا ومضارج وتداس " .

القول الثانى :

(٢)
لبعض العلماء وقد ذهبوا الى أن جميع الصور ممنوعة سواء كانت
فيما يداس ويمتنهن أو لم تكن . قال النووى : " قال الزهرى : النهى فى
(٣)
المورة على العموم وكذلك استعمال ماهى فيه ودخول البيت الذى هى فيه
سواء كانت رقما فى ثوب أو غير رقم وسواء كانت فى حائط أو ثوب أو بساط
يمتنهن أو غير ممتنهن عملا بظاهر الأحاديث لاسيما حديث النمرقصة
الذى ذكره مسلم وهذا مذهب قوى " .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول :
(٤)
بما رواه البخارى فى صحيحه عن عائشة رضى الله عنها : " قدم رسول
الله صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت بقرام لى على سهوة فيها
تماثيل فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم هتكه وقال : أشهد

- (١) كشف القناع (١٤٨/٤) .
- (٢) فتح الباري (١٦٢، ١٥٩/٢٢)، أحكام القرآن لابن العربي (١٦٠٢/٤)، الجامع
لأحكام القرآن (٢٧٣/١٤)، مغنى المحتاج (٢٤٨/٣)، التمهيد (٥١/١٦) .
- (٣) شرح صحيح مسلم (٨٢/١٤) .
- (٤) (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩١)، مسلم (١٦٦٨/٣) كتاب اللباس والزينة
باب (٢٦) . قال النووى : " القرام الستر الرقيق . والسهوة قال
الأممعى هى شبيهة بالفرف أو بالطاق يوضع عليه الشئ قال أبو عبيد
وسمعت غير واحد من أهل اليمن يقولون السهوة عندنا بيت مغير
منحدر فى الأرض وسُمكة مرتفع من الأرض يشبه الخزانة الصغيرة فيها
المتاع قال أبو عبيد وهذا عندى أشبه ما قيل فى السهوة وقيل
الخليل : هى أربعة أعواد أو ثلاثة يعرف بعضها على بعض ثم يوضع
عليها شئ من الأمتعة وقال ابن الأعرابى هى الكوة بين الدارين وقيل
بيت مغير يشبه المخذع وقيل هى كالصفة وتكون بين يدي البيت وقيل
شبيهة دخلت فى جانب البيت " . انظر شرح مسلم (٨٨/٤) وما بعدها . قال
وقوله هتكه هو بمعنى قطعه وأتلف الصورة (٨٦/١٤) .

الناس عذابا يوم القيامة الذين يظاهون بخلق الله قالت : فجعلت منه
وسادة أو سادتين " .

قال ابن حجر : " واستدل بهذا الحديث على جواز اتخاذ الصورة إذا
كانت لا ظل لها وهي مع ذلك مما يوطأ ويداس أو يمتهن بالاستعمــال
كالمخاد والوسائد " (١) .

ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معزوزة ولا معظمة فلا تشبهه
الأصنام التي تعبد وتتخذ آلهة .

وقد حمل أصحاب القول الثاني هذا الحديث على أن عائشة رضى الله
عنها حينما قطعها وسادتين تغيرت الصورة وخرجت عن هيئتها لوقوع
القطع فى وسط الصورة مثلا وإذا كانت بهذه الحالة جاز اتخاذها
واستعمالها أما إذا كانت متعلقة الهيئة لم يجوز لما رواه البخارى فى
صحيحه (٢) عن عائشة رضى الله عنها أنها اشترت نمركة فيها تصاوير فقام
النبي صلى الله عليه وسلم بالباب فلم يدخل قالت : أتوب الى الله مما
أذنبت ؟ قال ما هذه النمركة ؟ قلت لتجلس عليها وتوسدها قال ان أصحاب
هذه الصور يعذبون يوم القيامة . يقال لهم أحيوا ما خلقتم وان الملائكة
لاتدخل بيتا فيه الصور " .

قالوا فقد منع منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وتوعد عليه .
واستدلوا أيضا بما رواه البخارى فى صحيحه عن عائشة رضى الله عنها
(٣)

-
- (١) فتح الباري (١٦٢/٢٢) .
(٢) (٦٥/٧ - ٦٦) كتاب اللباس باب (٩٢) ، مسلم (١٦٦٩/٣) كتاب اللباس
والزينة باب (٢٦) . قال النووى : " والنمركة بضم النون والراء
يقال بكسرهما ويقال بضم النون وفتح الراء ثلاث لغات ويقال نمرق
بلا هاء وهي وسادة صغيرة وقيل هي مرفقة " . انظر شرح صحيح مسلم
(٩٠/١٤) .
(٣) (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩٠) وأبو داود (٣٨٣/٤) كتاب اللباس باب
(٤٧) بلفظ قَصَبَه بدلا من نَقَصَه فى لفظ البخارى قال ابن حجر : " الانقصة
كذا للأكثر ووقع فى رواية إِبَّانِ الاقْصَبَه بتقديم القاف ثم المعجمة
ثم الموحدة . . . قلت ويترجح من حيث المعنى أن النقص يزيل الصورة
مع بقاء الثوب على حاله والقصب وهو القطع يزيل صورة الثوب " .
انظر فتح الباري (١٥٩/٢٢) .

أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك في بيته شيئاً فيه تعاليب
الا نقضه " .

قال ابن حجر : " قال ابن بطلال : في هذا الحديث دلالة على أنه
صلى الله عليه وسلم كان ينقض العمرة سواء كانت مما له ظل أم لا سواء
كانت مما توطأ أم لا سواء في الشياح أو الحيطان وفي الفـرش
والأوراق وغيرها " (١) .

قال ابن حجر : " وهذا مبنى على شيوخ الرواية بلفظ تعاوير ، وأما
بلفظ تعاليب فلا لأن في التعاليب معنى زائد على مطلق الصور لأن العليـب
مما عبد دون الله بخلاف الصور فليس جميعها مما عبد " (٢) .
وكان ابن حجر قد أشار الى أنه قد وقع في رواية الكشميهني تعاوير
بدل تعاليب قال ابن حجر : " ورواية الجماعة أثبت فقد أخرجه النسائي
من وجه آخر عن هشام فقال تعاليب ، وكذا أخرجه أبو داود من رواية
ابان العطار عن يحيى بن أبي كثير وعلى هذا فيحتاج الى مطابقة
الحديث للترجمة " (٣) .

فأشار ابن حجر الى أنه اذا كانت رواية تعاليب أثبت من رواية
تعاوير فان الترجمة التي وضعها البخاري للباب وهي " باب نقض العمور "
تختلف مع الحديث . فحاول ابن حجر التوفيق بينهما فقال : " والسـذي
يظهر أنه استنبط من نقض العليـب نقض العمرة التي تشترك في العليـب في
المعنى وهما عبادتهما من دون الله فيكون المراد بالعمرة في الترجمة
خصوص ما يكون من ذوات الأرواح بل أخص من ذلك " (٤) .

الترجيح :

الذي يبدو لي - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه أصحاب القـول
الثاني من أن النهى عام فيما ليس له ظل ولا فرق بين الممتن منها

(١) فتح الباري (١٥٩/٢٢) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) المرجع نفسه .

والمعزوز جمعاً بين حديثي عائشة رضي الله عنها فان حديث عائشة
الأول والذي استدل به أصحاب القول الأول يدل على أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم استعمل الستر الذي فيه الصورة بعد أن قُطِعَ وَعُمِلَتْ مِنْهُ
الوسادة فحمله أصحاب القول الثاني على أن عائشة رضي الله عنها لما
قطعت وقع القطع في وسط الصورة فغير هيئتها واذا تغيرت الهيئة جاز
اتخاذها . وهذا احتمال وجيه في نظري حتى لا يتعارض مع حديث عائشة
الثاني والذي استدل به أصحاب القول الثاني وهو أن الرسول صلى الله
عليه وسلم لم يستعمل النمرقة التي اشترتها عائشة لأن فيها تصاوير غير
مقطعة مع أن عائشة رضي الله عنها غرفها الجلوس عليها وتوسدها وهذا
امتهان لها . ومما يؤيد هذا ما أشار اليه ابن حجر من حديث أبي هريرة
رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أتاني جبريل
فقال : أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب
تماثيل وكان في البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان في البيت كل سب
فمر برأس التمثال الذي على باب البيت يقطع فيمير كهيئة الشجرة ، وممر
بالستر فيقطع فليجعل منه وسادتان منبوذتان توطآن ، وممر بالكل سب
فليخرج . ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم " (١) .

فاذا جعل من الستر وسادتان وبقيت الصورة على حالها من غير قطع
فان العلة التي تمنع دخول الملائكة لاتزال قائمة وهي الصورة التي
فيها مضاهات لخلق الله حتى ولو كانت في الوسادة وهذه هي الحكمة
التي دل الدليل على تحريم الصور من أجلها من ذلك ما رواه البخاري
(٢)

-
- (١) رواه الترمذي (١١٥/٥) كتاب الأدب باب (٤٤) قال أبو عيسى : هذا
حديث حسن صحيح . وأبو داود (٣٨٨/٤) كتاب اللباس باب (٤٨) والامام
أحمد في المسند (٣٠٥/٢) . وقال الشيخ ابن باز : " خرج أبو داود
والترمذي والنسائي بإسناد جيد عن أبي هريرة ثم أورد الحديث
انظر الجواب المفيد (ص ٩) .
- (٢) رواه البخاري (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩٠) ، مسلم (١٦٧١/٣) كتاب
اللباس والزينة باب (٢٦) .

في صحيحه بسنده عن أبي زرعة قال : دخلت مع أبي هريرة رضي الله عنه
بالمدينة فرأى في أعلاها مَعْوِزًا يصور فقال سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول ومن أظلم من ذهب يخلق كخلقي فليخلقوا حية وليخلقوا
ذره الحديث .

فمضاهاة خلق الله تعالى هي الحكمة الأولى وهذا لا ينفى وجود حِكْمٍ
أخرى مثل ما استنبطه العلماء رحمهم الله من أن نصب الصور يفضي إلى
(١)
عبادتها من دون الله كما وقع ذلك لقوم نوح .

(١) قال ابن كثير عند تفسير قوله تعالى : " وقالوا لاتذرن آلهم تنكح إلهتكم
ولاتذرن ودا ولاسواعا ولايغوث ويعوق ونسرا " الآية (٢٣) من سورة
نوح . " كانوا قوما صالحين بين آدم ونوح وكان لهم أتباع يقتدون
بهم فلما ماتوا قال أصحابهم الذين كانوا يقتدون بهم لو صورناهم
كان أشوق لنا إلى العبادة إذا ذكرناهم فعورهم فلما ماتوا وجاء
آخرون دب إليهم ابليس فقال انما كانوا يعبدونهم وبهم يُسْقَطُونَ
المطر فعبدوهم " . انظر تفسير القرآن العظيم (٤/٤٢٦)، وانظر أحكام
القرآن لابن العربي (٤/١٦٠٠)، الجامع لأحكام القرآن (٣٠٨/١٨)، وانظر
صحيح البخاري (٧٣/٦) كتاب تفسير القرآن . سورة نوح .

المسألة الثانية : الصورة ليس لها ظل وتكون غير ممتهنة .

اختلف العلماء فى جواز اتخاذها على قولين :

القول الأول :

ذهب أكثر العلماء الى أن صورة ذوات الأرواح اذا كانت فى ستور معلقة أو منقوشة على الأبواب أو على الحيطان أو الأثاث أنه لايجوز اتخاذها وتجب ازالتها .^(١)

والأدلة على عدم جواز اتخاذها ووجوب ازالتها مايتى :

(١) عن عائشة رضى الله عنها قالت : دخل عليّ النبي صلى الله عليه وسلم وقد سترت سهوة لى بقرام فيه تماثيل فلما رآه هتكه وتلـون وجهه الحديث .^(٢)

(٢) وعنها قالت قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وعَلَقَتْ دُرْنُوكًا فيه تماثيل فأمرنى أن أنزعه فنزعته . ولفظ مسلم " وقد ستـرت على بابى دُرْنُوكًا فيه الخيل ذوات الأجنحة فأمرنى فنزعته " .^(٣)

(٣) وعن أبى الهياج الأسدى رضى الله عنه قال : قال لى على رضى الله عنه : ألا أبعثك على مابعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) شرح النووى على صحيح مسلم (٨١/١٤)، فتح البارى (١٦٧/٢٢)، بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٢٣٨/٥)، ردالمحتار (٦٤٨/١)، كشف القناع (٣٢٥/١)، التنقيح (ص ٦١)، الانصاف (٤٧٣/١-٤٧٤) شرح منتهى الارادات (١٤٩/١)، المغنى (٢٨٠/٧)، مغنى المحتـاج (٢٤٧/٣)، نهاية المحتاج (٣٧٥/٦)، الجواب المفيد فى حكم التـهويـر للشيخ ابن باز (ص ١٥)، أحكام القرآن لابن العربى (١٦٠٢/٤)، الجامع لأحكام القرآن (٢٧٣/١٤ - ٢٧٤)، مختصر المزنى (٤٠/٤) .

(٢) سبق تخريجه . (ص ٦٢١)

(٣) أخرجه البخارى (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩١)، مسلم (١٦٦٧/٣) كتاب اللباس والزينة باب (٢٦) . والدُرْنُوكُ قال النووى : بضم الـسدال وفتحها حكاهما القاضى وآخرون والمشهور ضمها ويقال فيه دُرْمُوكٌ وهو ستر له حمل وجمعه درانك انظر شرح صحيح مسلم (٨٧/١٤) .

- (١)
• أن لاتدع سورة الاطمستها ولاقبرا مشرفا الا سويته" .
- (٤) وعن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه زمن الفتح وهو بالبطحاء أن يأتى الكعبة فيمحوا كل سورة فيها فلم يدخلها النبي صلى الله عليه وسلم حتى محيت كل سورة فيها" (٢) .
- (٥) وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أتانى جبريل فقال لى أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل ، وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل وكان فى البيت كلب ، فمر برأس التمثال الذى فى البيت يقطع فيصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع فليجعل منه وسادتان منبوذتان توطآن" (٣) .
- ودلالة هذه الأحاديث بينة ظاهرة : فكلها تدل على تحريم تعليق الستور التى فيها الصور وعلى وجوب هتكها .

القول الثانى :

(٤)
وذهب بعض العلماء ونسبه النووى الى القاسم بن محمد أنسبه يستثنى من تحريم الصور التى ليس لها ظل ماكان رقما فى ثوب فقط أما إذا كان مهورا على الحيطان ونحوها فمكروه واستدلوا على ذلك بحديث يسر بن سعيد عن زيد بن خالد عن أبى طلحة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الملائكة

- (١) رواه مسلم (٦٦٦/٢) كتاب الجنائز باب (٣١) ، أبو داود (٥٤٨/٣) كتاب الجنائز باب (٧٢) ، الترمذى (٣٥٧/٣) كتاب الجنائز باب (٥٦) ، النسائى (٨٨/٤) كتاب الجنائز باب تسوية القبور اذا رفعت ، الامام أحمد فى المسند (١٢٩/١) .
- (٢) رواه أبو داود (٣٨٧/٤) كتاب اللباس باب (٤٨) قال الشيخ ابن باز اسناده جيد . انظر الجواب المفيد (ص ٨) ، ورواه الامام أحمد فى مسنده (٣٣٦ ، ٣٣٥/٣) .
- (٣) سبق تخريجه . (ص ٦٢٤)
- (٤) شرح صحيح مسلم (٨٢/١٤) قال ابن حجر : " المذهب المذكور نقله ابن أبى شيبة عن القاسم بن محمد بسند صحيح ولفظه : عن ابن عون قال دخلت على القاسم وهو بأعلى مكة فى بيته فرأيت فى بيته حجلة فيها تعاوير القندس والعنقاء " . انظر فتح البارئ (١٦٣/٢٢) .

لاتدخل بيتا فيه سورة قال بسر : ثم اشتكى زيد بعد فعدناه فاذا على
بابه ستر فيه سورة قال فقلت لعبيد الله الخولاني ربيب ميمونة زوج النبي
صلى الله عليه وسلم ألم يخبرنا زيد عن العور يوم الأول فقال عبيد الله
ألم تسمعه حين قال الارقما في ثوب ^(١) .

وقد استنكر العلماء هذا القول حتى قال النووي : " وهو مذهب
باطل فان الستر الذي أنكر النبي صلى الله عليه وسلم العورة فيسه
لايشك أحد أنه مذموم وليس لهورته ظل مع باقى الأحاديث المطلقة فى
كل سورة " ^(٢) .

وقد أجاب النووى عن هذا الحديث بقوله : " وجوابنا وجواب الجمهور
عنه أنه محمول على رقم على سورة الشجر وغيره مما ليس بحيوان وقصد
قدمنا أن هذا جائز عندنا " ^(٣) .

وقد اعتذر ابن حجر عن القاسم بن محمد وانتقد النووى على قوله انه
مذهب باطل فقال : " ففى اطلاق كونه باطلا نظر ، اذ يحتمل أنه تمسك فى
ذلك بعموم قوله الا رقما فى ثوب فإنه أعم من أن يكون معلقا أو مفروشا
وكأنه جعل انكار النبي صلى الله عليه وسلم على عائشة تعليق الستر
المذكور مركبا من كونه مصورا ومن كونه ساترا للجدار والقاسم بن
محمد أحد فقهاء المدينة وكان من أفضل أهل زمانه وهو الذى روى حديث
النمرقة فلولا انه فهم الرخمة فى مثل الحجلة ما استجاز استعمالها
لكن الجمع بين الأحاديث الواردة فى ذلك يدل على أنه مذهب مرجوح " ^(٤) .

وقد حمل ابن حجر حديث أبى طلحة عن بسر بن سعيد عن زيد على كون
ذلك قبل النهى ^(٥) .

قال الشيخ عبدالعزيز بن باز بعد أن ذكر حديث أبى طلحة : " فظاهر

-
- (١) رواه البخارى (٦٦/٧) كتاب اللباس باب (٩٢)، مسلم (١٦٦٥/٣) كتاب
اللباس والزينة باب (٢٦) .
(٢) شرح صحيح مسلم (٨٢/١٤) .
(٣) المرجع نفسه (٨٥/١٤) .
(٤) فتح البارى (١٦٣/٢٢) .
(٥) المرجع نفسه (١٦٦/٢٢) .

هذا يدل على أن زيادا يرى جواز تعليق الستور التي فيها العور .
 فالجواب : أن أحاديث عائشة المتقدمة وما جاء في معناها دالة على
 تحريم تعليق الستور التي فيها العور وعلى وجوب هتكها وعلى أنها
 تمنع دخول الملائكة وإذا صحت الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم لم تجز معارضتها بقول أحد من الناس ولا فعله كائنا من كان
 ووجب على المؤمن اتباعها والتمسك بما دلت عليه ورفض ماخالفه
 ولعل زيادا رضى الله عنه لم يعلم الصورة التي في الستر المذكور أو علمها
 لكن استجازه لأنه لم تبلغه الأحاديث الدالة على تحريم تعليق الستور
 التي فيها العور فأخذ بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم " الارقما
 في ثوب " فيكون معذورا لعدم علمه بها " (١) .

وبذلك يظهر رجحان ماذهب اليه جماهير العلماء من عدم جواز
 تعليق الستور التي فيها العور أو اتخاذ الأثاث والأبواب المنقوشة
 عليها ونحو ذلك مما فيه اعزاز لها واحترام وذلك لقوة ما استدلوا به
 وظهور فحواها ما استدل به أصحاب القول الثانى لأن دليلهم قد تطرق اليه
 الاحتمال وقد قال الامام الشافعى رحمه الله : " حكاية الحال اذا تطرق
 اليها الاحتمال كساها ثوب الاجمال وسقط بها الاستدلال " (٢) .

ومن عرضنا لآراء الفقهاء في المسألتين السابقتين وأدلتهم حول
 مايحرم من العور التي ليس لها ظل وما لا يحرم نجد أننا قد خلعنا السى
 أن عموم العور محرمة سواء ما يمتن في الفرش والوسائد أو لم يمتن
 كالصور على الحيطان والستور والأبواب ونحو ذلك . فهى منكرات تجب
 ازالها وتغييرها لكن ما حُدَّ ازالة هل هو تغيير هيئتها فقط أو اتلاف
 محلها تبعا لها ؟ مثل تحريق الورق والستور وكسر الأخشاب التي عليها
 نقوش التماثيل بحيث لا يستفاد منها بعد كسرها ونحو ذلك .

(١) الجواب المفيد فى حكم التعمير (ص ١٥ - ١٦) .

(٢) شرح الكوكب المنير (١٧٢/٣)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٢٣٤) .

الذى نص عليه العلماء وجوب تغيير هيئتها التى هى عليها بطمسها
أو حَكَّهَا أو تَلطِخُهَا بما يُغَيِّبُ هَيْئَتَهَا . قال ابن القيم : " قــــــــــــــــال
المروذى : قلت لأحمد : الرجل يكثرى البيت فىرى فيه تصاوير تــــــــــــــــرى
أن يحكها ؟ قال نعم . وحجته هذا الحديث الصحيح ^(١) " يشير الى حديث
أبى الهياج الأسدى قال لى على بن أبى طالب : ألا أبعثك على مابعثنى
عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا أدع تمثالا الا طمسته ولا قبراً
مشرفاً الا سويته ^(٢) " .

وقال ابن قدامة : " قال المرودى قلت لأبى عبد الله دخلت حمامــــــــــــــــا
فرايت صورة أتري أن أحك الرأس ؟ قال نعم . انما جاز ذلك لأن اتخــــــــــــــــاذ
الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والمليب والعنم . ويتلف منها
ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لأن ذلك يكفى ^(٣) " .

وقال الكاسانى : " ولو أحرقت بابا منحوتاً عليه تماثيل منقوشة
ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لأنه لاقيمة لنقش التماثيل لأن نقشها
محظور وان كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشاً لأنــــــــــــــــه
لايكون تماثلاً بلا رأس ألا ترى أنه ليس بمحظور فكان متقوماً . . . ولو هــــــــــــــــدم
بناء معوراً ضمن قيمة البيت والعور غير مضمونة لأن العور على البيــــــــــــــــت
لاقيمة لها لأنه محظور ^(٤) " .

وقال الخطابى عند حديث أبى هريرة : " وفيه دليل على أن العورــــــــــــــــة
إذا غُيِّرَتْ بأن يقطع رأسها أو تحلَّ أو صالها حتى تغير هيئتها عما كانت

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٩٧) .

(٢) سبق تخريجه . (ص ٦٤٧) .

(٣) المغنى (٢٨٥/٧) وانظر قول الحنابلة فى تغيير هيئتها أيضا : كشاف
القناع (١/٢٢٥) ، التنقيح (ص ٦١) ، الانصاف (١/٤٧٣ - ٤٧٤) ، شــــــــــــــــرح
المنتهى (١/١٤٩) ، وجاء فى الآداب الشرعية (١/٢٢٣) : " قال ابن عقيل
فى الفنون وسئل هل يجوز تحريق الشياى التى عليها الصور قــــــــــــــــال
لايجوز لأنها يمكن أن تكون مفارش بخلاف غيرها " .

(٤) بدائع المنافع (٩/٤٤٦٠) ، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٥/٢٣٨) ،

وانظر رد المحتار (١/٦٤٨) .

لم يكن بها بعد ذلك بأس" (١) .
وقال السندي : " فَيَمَّا أَنْ يَقْطَعُ رُؤُوسَهَا بَوْضِعَ صَبْغٍ يَغْيِرُ عَلَيَّ
مَوْضِعَ الرَّأْسِ " (٢) .

وقال الشيخ ابن باز : " انه لا يجوز بقاء هذه التصاوير المشابهة
اليها على حالها بل يجب قطع رأسها أو طمسها " (٣) .

وقد نص الشيخ ابن باز على وجوب تغيير الهيئة بقطع الرأس ولا يكفى
غيره عنه كقطع نعلها الأسفل قال : " ولأن النبي صلى الله عليه وسلم
أخبر أن الصورة إذا قطع رأسها كان باقيها كهيئة الشجرة . وذلك يدل
على أن المسوغ لبقائها خروجها عن شكل ذوات الأرواح ومشابهتها
الجمادات . والصورة إذا قطع أسفلها وبقي رأسها لم تكن بهذه المشابهة
لبقاء الوجه وفيه من بديع الخلقة والتعمير ما ليس في بقية البدن
فلا يجوز قياس غيره عليه عند من عقل عن الله ورسوله مراده " .

وما ذهب اليه العلماء من وجوب التغيير فقط دون اتلاف المحلل
هو الذي تشهد له سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي حديث أبي
هريرة رضى الله عنه أن جبريل قال للرسول صلى الله عليه وسلم : " فمر
برأس التماثل الذى على باب البيت يقطع فيصير كهيئة الشجرة " (٥) .

فهذا تغيير للهيئة فقط دون اتلاف المحل .

وقوله صلى الله عليه وسلم عندما بعث عليا : " أن لاتدع تمثالا
الا طمسته " (٦) والطمس محو الشيء ومسحه . (٧) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " أيكم ينطلق الى المدينة فلا يدع
بها وشئا الا كسره ولاقبرا الا سواه ولاصورة الا لطمها " (٨) .

(١) معالم السنن (٤/٣٨٩)، وانظر فتح الباري (٢٢/١٥٩، ١٦٧) .

(٢) حاشية السندي على سنن النسائي (٨/٢١٦) .

(٣) الجواب المفيد (ص ٢٠) .

(٤) المرجع نفسه (ص ١٧ - ١٨) .

(٥) سبق تخريجه . (ص ٦٢٤) .

(٦) سبق تخريجه . (ص ٦٢٧) .

(٧) معجم مقاييس اللغة (٣/٤٢٤) .

(٨) رواه الامام أحمد في المسند (١/٨٧) .

جاء في الصحاح : " لظخه بكذا لظخا فتلظح به أى لوثه به فتلوث " (١) .
وما جاء في حديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم لم يكن يترك فى بيته شيئا فيه تصاليب الانقضه " (٢) .
قال ابن حجر النقض يزيل العورة مع بقاء الثوب على حاله . . . فاذا
كان المراد بالنقض الإزالة دخل طمسها فيما لو كانت نقشا فى الحائط
أو حكها أو لظخها بما يغيب هيئتها " (٣) .
وقد ورد هذا الحديث بلفظ " الاقضه " وذلك من رواية أبان . قال
ابن حجر : " وكذا وقع فى رواية ابن أبى شيبه عن يزيد بن هارون عن
هشام ورجحها بعض شراح المصابيح وعكسه الطيبى فقال : رواية البخارى
أضبط والاعتماد عليهم أولى " (٤) .
قال ابن فارس عند مادة (قضب) : " القاف والغاد والباء أصل
صحيح يدل على قطع الشيء يقال : قضبت الشيء قضبا . وكان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا رأى التعليب فى ثوب قضبه أى قطعه " (٥) .
قال ابن حجر : " والقضب وهو القطع يزيل مورة الثوب " (٦) .
فيكون تغيير الصور اذاً بطمسها أو حكها أو تقطيع محلها حتى تتغير
هيئتها ثم تدفع الى صاحبها لينتفع بها غير مصورة . ولم أر أحداً قال
باتلاف محلها تبعا لها لأن محلها يمكن الانتفاع به بعد اذالتها فكأن
مالا متقوما مضمونا بالاتلاف .

-
- (١) (٤٣٠/١) ، وانظر ترتيب القاموس المحيط (١٤٤/٤) .
 - (٢) سبق تخريجه (ص ٦٩٣) .
 - (٣) فتح البارى (١٥٩/٢٢) .
 - (٤) المرجع نفسه .
 - (٥) معجم مقاييس اللغة (١٠٠/٥) .
 - (٦) فتح البارى (١٥٩/٢٢) .

المسألة الثالثة : ماله ظل من العور .

العورة اذا كان لها ظل قائم كالتماثيل المعبودة من دوزخ الله لايجوز بيعها ولاشراؤها ولا اتخاذها ويجب تغيير هيئتها وهذا مذهب اليه المالكية والشافعية والحنابلة ^(١) ^(٢) ^(٣) ^(٤) ^(٥) والمصاحبان من الحنفية والظاهرية . وقال أبو حنيفة يجوز بيعها وشراؤها ممن يعبدها قال السرخسي : " ذَكَرَ عَنْ مسروق رحمه الله قال بعث معاوية رضى الله عنه بتماثيل من صفر تباع بأرض الهند فَمَرَّ بِهَا عَلَى مسروق رحمه الله قال : والله لو أنى أعلم أنه يقتلنى لفرقتها ولكن أخاف أن يعذبنى فيفتننى . والله لأدرى أى الرجلين معاوية رجل زين له سوء عمله أو رجل يئس من الآخرة فهو يَتَمَتَّعُ فـى الدنيا . وقيل هذه تماثيل كانت قد أصيبت فى الغنيمة فأمر معاوية رضى الله عنها ببيعها بأرض الهند ليتخذ بها الأسلحة والكراع للغزاة فيكون دليلا لأبى حنيفة رحمه الله فى جواز بيع الصنم والعليبي ممن يعبده كما هو طريقة القياس . وقد استعظم ذلك مسروق رحمه الله كما هو طريق الاستحسان الذى ذهب اليه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى كراهة ذلك . ومسروق من علماء التابعين وكان يزاحم الصحابة رضى الله عنهم فى الفتوى وقد رجح ابن عباس الى قوله فى مسألة النذر بذبح الولد ولكن مع هذا قول معاوية رضى الله عنه مقدم على قوله ^(٦) " . وهذا لو صح عن معاوية رضى الله عنه فانه لايجوز أن يترك الرسول صلى الله عليه وسلم الصحيح لفعل أحد من الناس أو قوله وقد

-
- (١) الفواكه الدوانى (٤١٢/٢)، حاشية العدوى على شرح رسالة ابن أبي زيد (٤٢٤/٢)، الشرح المغير للدردير (٤٣٥/١)، منح الجليل (١٦٧/٢) .
(٢) نهاية المحتاج (١٦٨/٥)، مغنى المحتاج (٢٨٥/٢)، روضة الطالبين (١٧/٥)، شرح صحيح مسلم (٨١/١٤)، ونقل الاجماع على ذلك .
(٣) المغنى (٢٢٤/٥)، كشف القناع (١٤٧/٤)، الانصاف (٢٤٧/٦)، شرح منتهى الارادات (٤٣٣/٢) .
(٤) المبسوط (٤٦/٢٤) .
(٥) المحلى (٧٠١/٩) .
(٦) المبسوط (٤٦/٢٤) .

ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله رضى الله
عنهما : " أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح
وهو بمكة ان الله ورسوله حَرَّمَ بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام
الحديث " .

قال الخطابي عند هذا الحديث : " وفى تحريمه ثمن الأصنام دليـل
على تحريم بيع جميع الصور المتخذة من الطين والخشب والحديد والذهب
والفضة وما أشبه ذلك من اللعب ونحوها " .^(٢)

بناء على ذلك فمن كسرها فلا ضمان عليه لوجوب تغيير تلك الصورة
المحرمة قال ابن القيم : " ولأن محل الضمان ماقبل المعاوضة وما
نحن فيه لايقبلها البتة فلا يكون مضمونا وانما قلنا لايقبل المعاوضة
لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله حرم بيع الخمر والميتة
والخنزير والأصنام " .^(٣) اهـ .

وقال الطبرى : " لابس على الرجل المسلم اذا رأى بعض مايتخذ
أهل الكفر وأهل الفسوق والفجور من الأشياء التى يعصى الله بها مـا
لاتصلح لغير معصية الله به وهو بهيئته . . . أن يغيره عن هيئته المكروهة
التى يُعصَى الله به . وهو بها الى خلافها من الهيئات التى يزول عنه
معها المعنى المكروه والأمر الذى معه يصلح لأهل معاصى الله العـصيان
به . . . ومعلوم أن العنم لامعنى فيه اذا كان تمثالا من صفر أو نحاس
أو غير ذلك الاكفر من يكفر بالله بعبادته اياه وتعظيمه له والسجود
له من دون الله تعالى ذكره " .^(٤)

لكن الخلاف فى اتلاف مادتها تبعا لها : فقد اختلف العلماء فى

-
- (١) رواه البخارى (٤٣/٣) كتاب البيوع باب (١١٢)، ومسلم (١٢٠٧/٣) كتاب
البيوع باب (١٣)، والترمذى (٥٨٢/٣) كتاب البيوع باب (٦١)، وأبو داود
(٧٥٦/٣) كتاب البيوع باب (٦٦)، والنسائى (٣٠٩/٧) كتاب البيوع
باب بيع الخنزير، وابن ماجه (٧٣٢/٢) كتاب التجارات باب (١١) .
(٢) معالم السنن (٧٥٧/٣) .
(٣) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦) .
(٤) تهذيب الآثار (١٨٨/١ - ١٨٩) .

ذلك بناءً على اختلافهم في رضاها هل هو متمول أو لا ؟ والخلاف في ذلك نفس الخلاف في الملاهي والذي سبق عرضه في المبحث السابق ونورده هنا مختصراً :

فمن قال ان الرضا متمول قال لا تكسر الكسر الفاحش بل تغيير هيئتها المحرمة فقط ومن اقتصر في ابطالها على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وبين قيمتها منتهية الى الحد الذي أتى به هذا اذا قدر على ذلك . أما اذا لم يقدر على التفصيل وتغيير الهيئة فقط مثل منع صاحب المنكر لسه فانه يبطله كيف تيسر ولو باحراقه ولا ضمان عليه وهذا قول الشافعية (١) وقول أبي حنيفة (٢) تخريجا على قوله في العمرة المنقوشة على باب ونحوه .

وذهب الحنابلة الى أن من أتلف الصور التي لها ظل كالأصنام والأوشان بتحريق ونحوه فلا ضمان عليه قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " المنكرات من الأعيان والصفات يجوز اتلاف محلها تبعاً لها مثل الأصنام المعبودة من دون الله لما كانت صورها منكراً جاز اتلاف مادتها فاذا كانت حجراً أو خشباً ونحو ذلك جاز تكسرها وتحريقها " . واستدل ابن القيم لهذا القول فقال : " قد أخبر الله سبحانه عن كليمه موسى عليه السلام أنه أحرق العجل الذي عبد من دون الله ونسفه في اليم وكان من ذهب وفضة وذلك محق له بالكلية " . وقال عن خليله ابراهيم عليه السلام " فجعلهم جذاذاً " وهو الفتات وذلك نص في الاستعمال .

-
- (١) نهاية المحتاج (١٦٨/٥ - ١٦٩)، مغنى المحتاج (٢/٢٨٥)، شرح النووي على مسلم (٨/١١)، روضة الطالبين (٥/١٧) .
 - (٢) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٠)، حاشية الشلبي على شرح الكنز (٥/٢٣٨)، انظر رد المحتار (٥/٢٢٦) .
 - (٣) كشف القناع (٤/١٤٧)، شرح المنتهى (٢/٤٣٣) .
 - (٤) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٨/١١٣)، وانظر (٢٩/٣٦٣) .

وروى الامام أحمد فى مسنده والطبرانى فى المعجم من حديث الفرغ بن فضاله عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامه رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ان الله بعثنى رحمة للعالمين وهدى للعالمين وأمرنى ربي بمحق المعازف والمزامير والأوشان والمطرب (١) وأمر الجاهلية " والمحق نهاية الاتلاف " .

الرأى المختار :

الذى أراه - والله أعلم - أن المادة اذا كانت مرادة لذاتها من غير صناعة كالذهب والفضة والنحاس ونحو ذلك أنها لاتتلف بالتحريق ونحوه بل تغير هيئتها وتدفع لمصاحبها أما اذا كانت تلك المادة تابعة للصناعة ولاتراد لذاتها بل المقصود الصناعة فهذه يجوز اتلاف مادتها تبعاً لها ولعل الحنابلة حينما قالوا ان من أتلف صنماً أو وشناً فلامان عليه يريدون ذلك لأنهم قد فرقوا بين من أتلف آلة اللهو بتحريق ونحوه وبين من أتلف اناء ذهب أو فضة بمثل ذلك فقالوا : " ومن أتلف مزمارة ونحوه أو ألقاه فى نحو بحر . . . أو كسر اناء ذهب أو فضة لم يضمنه وأما اذا أتلفه فانه يضمنه بوزنه ذهباً أو فضة بلا صناعة . . والفرق بينه وبين آلة اللهو أن الذهب والفضة لايتبعان الصناعة بل هما مقصودان عملاً أو كسراً والخشب والرق يصيران تابعين للصناعة فالصناعة فى الذهب والفضة كالغناء فى الأدمية لأن الصناعة أقل من الأصل والخشب والرق لايبقى مقصوداً فى نفسه بل يتبع الصورة " (٢) .

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٩٥ - ٣٩٦) . والحديث قد سبق تحريمه (ص ٦١٦)

(٢) كشف القناع (٤/١٤٧) .

المسألة الرابعة : الصورة لها ظل تلعب بها البنات .

الصورة اذا كانت من ذوات الأرواح معدة لتلعب بها البنات هل هي
مستثناة من التحريم أو لا ؟
اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول :

يرى الحنابلة ^(١) أنه لا بأس بلعب البنات الصغيرة بلعبة غير مصورة
أو مصورة مقطوعة الرأس، أو مصورة بلا رأس ولا بأس كذلك بشرائها .
أما اذا كانت على صورة ذوات الأرواح فقد قال أبو يعلى : "ظاهر
كلام الامام أحمد رحمه الله المنع منها وانكارها اذا كانت على صورة
ذوات الأرواح قال في رواية المروزي وقد سئل عن الوص يشترى للعبية
اذا طلبت فقال : ان كانت صورة فلا .

وقال في رواية بكر بن محمد وقد سأله عن حديث عائشة : " كننت
ألعب بالبنات " فقال لا بأس بلعب اللعيب اذا لم يكن فيها صورة فـ اذا
كانت صورة فلا " ^(٢)

وقد نسب ابن حجر هذا القول الى بعض العلماء كالمنذري والحليمي
فقال : " وقال المنذري ان كانت اللعيب كالصورة فهي قبل التحريم والافقد
يسمى مالميس بصورة لعبة وبهذا جزم الحليمي وقال ان كانت صورة كالوشن
لم يجوز والا جار " ^(٣)

(١) المغنى (٢٨١/٧)، كشف القناع (٣٢٦/١)، (٤٣٩/٣ - ٤٤٠)، الانصاف
(٣٣١/٥)، شرح منتهى الارادات (٢٩٣/٢) .
(٢) الأحكام السلطانية (ص ٢٩٤) .
(٣) فتح الباري (٣٢٩/٢٢) .

قال ابن حجر : " قال الخطابي : في هذا الحديث أن اللِّعَبَ بالبنات ليس كالتلهي بسائر العور التي جاء فيها الوعيد وانما أرخص لعائشة فيها لأنها اذ ذاك كانت غير بالغ .

قال ابن حجر : " قلت وفي الجزم به نظر لكنه محتمل لأن عائشة كانت في غزوة خيبر بنت أربع عشرة سنة اما أكملتها أو جاوزتها أو قاربتها . وأما في غزوة تبوك فكانت قد بلغت قطعاً فيترجح روايته من قال في خيبر ويجمع بما قاله الخطابي لأن ذلك أولى من التعارض (١) .

بناءً على ذلك فقد قال جمهور العلماء باستثناء العور المصورة على شكل ذوات الأرواح لتلعب بها البنات غير البالغات ومن ثم قالوا بجواز بيعها وشرائها ومنعها واستعاضها . وقد استثنى الحنفية في قول لهم ماصع من الطين فقالوا بعدم جواز شرائه ولا قيمة له ولا يضمن متلفه لأن الطين لا قيمة له اذا قُطِعَ النظر عن التلهي بهذه اللعبة . بخلاف ما لو كانت من خشب أو صفر لا مكان الانتفاع بها (٢) .

وما جاز بيعه وشراؤه فهو مال على متلفه الضمان فمن أتلف لعسب البنات المصورة ضمنها عند جمهور الفقهاء بناءً على قولهم بجواز بيعها وشرائها .

المناقشة والترجيح :

ناقش الشيخ حمود التويجري (٣) أحد العلماء المعاصرين قول من قال بجواز اتخاذ لعب البنات المصورة وأن ذلك مخصوص من عموم النهي عن اتخاذ العور مستدلين بحديث عائشة رضى الله عنها ناقشه بما يلي :

(١) أنه ليس في حديث عائشة رضى الله عنها تصريح بأن لعبها كانت

-
- (١) فتح الباري (٣٣٠/٢٢) .
 - (٢) الدر المختار ورد المختار عليه (٢٢٦/٥) .
 - (٣) مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد بالرياض العدد الحادى عشر عام ١٤٠٤هـ - ١٤٠٥هـ (ص ٢٧٨) وما بعدها .

صورا حقيقية وبانتفاء التصريح بأنها كانت صوراً حقيقية ينتفى —
 الاستدلال بالحديث على جواز اتخاذ اللعب من الصور الحقيقية .
 ومن ادعى أن لعب عائشة كانت صوراً حقيقية فعليه إقامة الدليل
 على ذلك ولن يجد الى ذلك سبيلاً .

وأما تسمية اللعب بنات كما فى حديث عائشة رضى الله عنها فلا يلزم
 منه أنها كانت صوراً حقيقية كما قد يظن ذلك من قصر فهمه .
 بل الظاهر والله أعلم أنها كانت على نحو لعب بنات العرب فى
 زماننا فانهن يأخذن عوداً أو قصباً أو خرقة ملفوفة أو نحو ذلك فيضعن
 قريباً من أعلاه عوداً معترفاً ثم يلبسنه ثياباً ويضعن على أعلاه نحو خمائر
 المرأة وربما جعلنه على هيئة الصبي فى المهد ثم يلعبن بهذه اللعاب
 ويسمينهن بنات لهن على وفق ما هو مروى عن عائشة ومحاباتها رضى
 الله عنهن .

وقد رأينا البنات يتوارثن اللَّعَبَ بهذه اللَّعَبِ اللَّاتِي وَمَفْنَنًا
 زماناً بعد زمان ولا يبعد أن يكون هذا التوارث قديماً ومستمرّاً فى بنات
 العرب من زمان الجاهلية الى زماننا هذا .
 والقول فى الفرس الذى كان فى لَعَبِ عَائِشَةَ رضى الله عنها كـالـقـول
 فى لعبها سواءً ومن ادعى انها كانت صورة حقيقية لها رأس ووجه فعليـه
 إقامة الدليل على ذلك ولن يجد الى ذلك سبيلاً .

والظاهر والله أعلم أنها على نحو لعب صبيان العرب فى زماننا
 فانهم يأخذون العظم ونحوه ويجعلون عليه شبه الإكاف ويسمونه حمساراً
 وربما سموه فرساً . ويأخذون أيضاً من كَرَبِ النخل ويغرزون فى ظهر كـل
 واحدة عودين كهيئة عودَي الرَّحْلِ ثم يضعون بينهما شبه ما يوضع على النجائب
 من الأخراج وغيرها ويجعلون لها مقوداً يقودونها به وربما اتخذوا ذلك
 من خشبة منجورة فى أعلاها مثل السنم وبين يديه ومن خلفه عودان كهيئة
 عودَي الرَّحْلِ يوضع بينهما شبه ما يوضع على النجائب ومن أمامها عود كهيئة
 الرقبة يوضع فيها المقود ولها أربع عجلات تمشى عليهن ويسمون هــ

اللَّعِبِ والتي قبلها ابلا وليست هذه اللعب من الصور المحرمة في شيء والنسبة بينها وبين الصور الحقيقية بعيدة جدا .
ومما يدل على أن الفرس كانت على نحو لعب صبيان العرب ولم تكن صورة حقيقية أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عائشة رضي الله عنها ما هذا فقالت فرس ولو كانت صورة حقيقية لعرفه النبي صلى الله عليه وسلم من أول وهلة ولم يحتج الى سؤال عائشة عنه . وكذلك سؤاله صلى الله عليه وسلم عن اللعب يدل على أنها لم تكن صورة حقيقية ولو كانت صورة حقيقية لم يحتج الى السؤال عنها والله أعلم .

وما ذكره الشيخ التويجى في هذا الوجه هو الذى أفتى به الشيخ محمد بن ابراهيم مفتى الديار السعودية رحمه الله فقد قال : " ومن زعم أن لعب عائشة رضي الله عنها صور حقيقية لذوات الأرواح فعليها إقامة الدليل ولن يجد الى ذلك سبيلا فانها ليست منقوشة ولا منحوتة ولا مطبوعة من المعادن المنطبعة ولانحو ذلك بل الظاهر أنها من عظم أو قطن أو خرق أو قصبه أو عظم مربوط فى عرضه عودا معترفا بشكل يشبه الموجود فى اللعب فى أيدي البنات الآن فى البلدان العربية البعيدة عن التمدن والحضارة مما لاتشبه الصورة المحرمة الا بنسبة بعيدة جدا لما فى صحيح البخارى من أن المحابة يَوْمُونَ أولادهم فاذا طلبوا الطعام أعطوهم اللعب من العهن يعللونهم بذلك . ولما فى سنن أبى داود وشرحها من حديث عائشة من ذكر الفرس ذى أربعة الأجنحة من رقاع يعنى من خرق . ولما عُلِمَ من حال العرب من الخشونة غالبا فى أوانيهم ومراكبهم وآلاتهم آلات اللعب وغيرها وفيما ذكرت هاهنا مقنع لمريد الحق ان شاء الله تعالى " .

(٢) أن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر على عائشة رضي الله عنها نصب

-
- (١) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن ابراهيم (١٨٢/١) .
(٢) صحيح الامام البخارى (٢٤٢/٢) كتاب الصوم باب (٤٧)، ورواه الامام مسلم (٧٩٨/٢ - ٧٩٩) كتاب الصيام باب (٢١) .
(٣) سبق تخريجه (ص ٦٣٨) .

- الستر الذى فيه التصاوير وتلون وجهه لما رآه ثم تناوله بيده
الكريمة فهتكه ^(١) وهذا مما يدل على أن لَعَبَ عَائِشَةَ رضى الله عنها
لم تكن صوراً حقيقية ولو كانت صوراً حقيقية لكانت أولى بالتغيير
من الصور المرقومة فى الستر لأن الصورة المجسدة أقرب إلى
مشابهة الحيوانات وأبلغ فى المفاهيم بخلق الله تعالى من الصور
المرقومة فكانت أشد تحريماً وأولى بالتغيير من الصور المرقومة .
- (٣) أنه قد ورد فى حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه
وسلم لم يكن يترك فى بيته شيئاً فيه تماثيل إلا نقضه . وفى رواية
الاقضية وفى رواية تصاوير بدل تماثيل . وصيغة هذا الحديث تقتضى
العموم لأن شيئاً نكرة فى سياق النفي فتعم كل صليب وصورة وهذا
يدل على أن لعب عائشة رضى الله عنها لم تكن صوراً حقيقية ولو كانت
صوراً حقيقية لقضها النبى صلى الله عليه وسلم كسائر التماثيل
والصور .
- (٤) أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أن الملائكة لاتدخل بيتاً فيه
كلب ولا صورة . وأخبر عن جبريل أنه أتاه ليلة فلم يدخل البيت
من أجل كلب فيه ومن أجل ما فيه من تمثال الرجال ثم قال للنبى
صلى الله عليه وسلم مَرَّ بِقَطْعِ رَأْسِ التَّمَاثِيلِ وَأَخْرَجَ الْكَلْبَ . ^(٣)
وهذا يدل على أن لَعَبَ عَائِشَةَ رضى الله عنها لم تكن صوراً حقيقية
ولو كانت صوراً حقيقية لمنع الملائكة من دخول بيتها وما كان النبى صلى
الله عليه وسلم ليترك فى بيته شيئاً يمنع من دخول الملائكة فيه فتعيين
أن لَعَبَ عَائِشَةَ رضى الله عنها لم تكن صوراً حقيقية وإنما هى على نحو
ما وصفته فى الوجه الأول .
- (٥) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة أبى أن يدخل
البيت وفيه الآلهة، فأمر بها فأخرجت رواه عكرمة عن ابن عباس رضى

(١) سبق تخريجه (ص ٦٢١) .
(٢) سبق تخريجه (ص ٦٢٣) .
(٣) سبق تخريجه (ص ٦٤٤) .

(١)

الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وفى رواية أنه لما رأى العور التى فى البيت لم يدخل حتى أمر
(٢)
بها فمحيت .

وإذا كان النبى صلى الله عليه وسلم قد امتنع من دخول الكعبة
مرة واحدة من أجل ما فيها من العور فكيف يظن به أنه كان يدخل بيوت
عائشة رضى الله عنها فى اليوم واللييلة مرارا متعددة وفيه المـ
فتعين أن لعب عائشة رضى الله عنها لم تكن هورا حقيقية وبهذا تجتمع
الأحاديث وينتفى التعارض .

(٦) أن لعب عائشة رضى الله عنها لو كانت هورا حقيقية لكانت داخلية
فى عموم ما أمر النبى صلى الله عليه وسلم بطمسه كما ورد فى
حديث أبى الهياج الأسدى قال قال لى على رضى الله عنه ألا أبعثك
على ما بعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أن لا تدع
تمشالا الا طمسته " (٣) .

ولم يرد ولا حرف واحد عن النبى صلى الله عليه وسلم يقتضى استثناء
لعب عائشة رضى الله عنها من هذا العموم . فتعين كونها من غير المـ
الحقيقية .

(٧) أن التخصيص نوع من النسخ لكونه رُفَعاً لبعض أفراد الحكم العام
بدليل خاص والنسخ لابد فيه من أمرين :
(أحدهما) ثبوت دليل النسخ .

(الثانى) تأخر تأريخه عن تأريخ المنسوخ .

وإذا فرضنا أو كان مازعمه عياض وغيره من تخصيص صور البنات من
عموم النهى عن العور بناء على أن لعب عائشة رضى الله عنها كانت هورا
حقيقية فلا بد اذا من اقامة الدليل على أن لعب عائشة رضى الله عنها
كانت هورا حقيقية .

(١) رواه الامام البخارى فى صحيحه (١٦٠/٢) كتاب الحج باب (٥٤)، والامام

أحمد فى المسند (٣٣٤/١) .

(٢) سبق تخريجه . (٦٢٧٧) .

(٣) سبق تخريجه . (٦٢٧٧) .

ولابد أيضا من ثبوت التخصيص بأن يكون النبي صلى الله عليه وسلم رأى تلك الصور عند عائشة رضى الله عنها بعد نهيه العام عن الصور فأقرها على الاتخاذ وإذا كان كل من الأمرين معدوما فلا شك فى بطلان ما زعمه عياض ومن قال بقوله .

وبعد هذا العرض لمناقشة الشيخ التويجى وفقه الله تعالى ورده على القائلين بجواز لعب البنات باللعب المصورة يظهر لى والله أعلم رجحان قول من قال بأن لعب البنات المصورة غير مستثناة من عموم النهى عن اتخاذ الصور وحرمة التصوير لاسيما وأن الأمر فى زماننا هذا قد اختلف كثيرا عن زمن الفقهاء السابقين رحمهم الله تعالى بحيث لو عاشوا فى عصرنا هذا وشاهدوا ما شاهدنا من تطور المصانع فى صناعة اللعبة للبنات وذلك باحداث أشياء فيها لاحتاج اليه البنت فى عملية التدريب والتمرين أقول لو عاشوا هذا العصر وشاهدوا ذلك لقالوا بحرمة هذه اللعبة لأن فيها مضاهات لخلق الله تعالى فقد سُوِّتِ الْأَمْبِاعُ بل الأنامل والأظافر وخطت الحواجب وصارت الأعين تَغْمِضُ وتَفْتَحُ واللعبة تمشى وتتكلم وهذا كله مما لا يحتاج اليه فى تدريب البنات وتمرينهن على تربية الأولاد وعلى فرض أن هذا ضرورى فالضرورة تقدر بقدرها .

فيجب اذا اعطاء هذه اللعبة الحادثة فى زماننا حكما آخر يختلف عن حكم لعب عائشة وفى ذلك يقول الشيخ محمد بن ابراهيم مفتى الديار السعودية رحمه الله : " نعم يختلف حكم هذه الحادثة الجديدة عن حكم لعب عائشة رضى الله عنها لما فى هذه الجديدة الحادثة من حقيقة التمثيل والمضاهات والمشابهة بخلق الله تعالى لكونها صوراً تامة بكل اعتبار ولها من المنظر الأنيق والصنع الدقيق والرونق الرائع ما لا يوجد مثله ولا قريب منه فى الصور التى حرمتها الشريعة المطهرة وتسميتها لعبا ومغز أجسامها لا يخرجها عن أن تكون صوراً اذ العبرة فى الأشياء بحقائقها لأسمائها" (١) .

(١) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن ابراهيم (١٨١/١) .

ويقول الشيخ حمود التويجى : " وكما أن بين لعب هؤلاء وأولئك بونا بعيدا فى الحقيقة والشكل الظاهر فكذلك الحكم فيها مختلف أيضا فأما اللعب اللاتى على ما وصفنا فلا بأس بعملهن واتخاذهن واللعب بهن لأنهن لسن مورا حقيقية . وأما اللعب اللاتى على صور البنات وأنواع الحيوانات فصناعتهن حرام وبيعهن حرام وشراؤهن واتخاذهن حرام والتلهى بهن حرام ، واتلافهن واجب على من قدر على ذلك لأنهن من الأصنام وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بطمس الأصنام كما تقدم فى حديث على رضى الله عنه " (١) .

وبناء على ذلك : فإنه يجب انكار مثل تلك اللعب على المنساع والبيعة والمستوردين وتغيير هيئتها ومن فعل ذلك من المسلمين فلامان عليه لأنه محسن وماعلى المحسنين من سبيل الآن مثل هذا الانكار يجب أن لا يصدر الا من الامام أو من ينوب عنه قطعا لدابر النزاع والغوض . والذى أراه أيضا أنها لاتتلف مادتها المصنوعة منها تبعا لها وذلك بتحريق أو نحوه لامكان استفادة صاحبها منها خصوصا اذا كانت الكمية كبيرة وذلك ببيعها الى المصانع التحويلية والتى تقوم باعادة المصنوعات القديمة الى مادة خام بالمهر والتذويب أو بالطن ونحو ذلك . والله أعلم .

(١) مجلة البحوث الاسلامية العدد الحادى عشر (ص ٢٧٩) .

المطلب الرابع : هدم مواقع الشرك وأماكن المعصية وتحريقها

لاخلاف بين العلماء أنه يتعين على الامام تعطيل مواقع الشـرك
وأماكن المعصية بتغيير صورته واخراجه عما وقع له ان أمكن ذلك ، والافبهدهمه
واتلافه . يقول ابن القيم : " ومنها هدم مواقع الشرك التي تتخذ بيوتها
للطواغيت وهدمها أحب الى الله ورسوله وأنفع للاسلام والمسلمين من هدم
الحانات والمواخير . وهذا حال المشاهدِ المبنية على القبور التي
تعبد من دون الله ويشرك بأربابها مع الله لايحل ابقاؤها في الاسـلام
ويجب هدمها " . وقال في موضع آخر : " وكذلك محال المعاصي والفسـوق
كالحانات وبيوت الخماريين وأرباب المنكرات " .^(١)

وقال ابن عابدين : " ذكر العذر الشهيد عن أصحابنا أنه يهـدم
البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد في داره . . . وعن العفـار
الزاهدي الأمر بتخريب دار الفاسق " .^(٢)

وجاء في المعيار : " ما بُني من السقائف والقبب والروضات في مقابر
المسلمين هدمها واجب ولا يجب أن يترك من حيطانها الا قدر ما يمتاز به
الرجل قبور قرابته وعشيرته " .^(٣)

ولهذا سند شرعي من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته .
(١) أن الرسول صلى الله عليه وسلم حرق مسجـد الضرار وأمر بهدمه
قال ابن القيم : " وهو مسجد يعلى فيه ويذكر اسم الله فيه لـما
كان بناؤه ضارا وتفريقا بين المؤمنين وارصادا وماوى للمنافقين

(١) الدر المختار ورد المختار عليه (٦٤/٤ - ٦٥) ، الفتاوى البزازية
(٤٢٨/٦) ، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢) ، تبیین الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) ، الانصاف
(٢٤٨/٦) ، شرح منتهى الارادات (٤٣٣/٢) ، كشاف القناع (١٤٧/٤) ، مجموع
فتاوى شيخ الاسلام (٦٦٧/٢٨) ، الآداب الشرعية (٢٢١/١) .

(٢) زاد المعاد (٥٩/٣) .

(٣) المرجع نفسه (٣٥/٣) .

(٤) رد المختار (٦٥/٤) .

(٥) (٤٦٨/٧) .

(٦) قال الألبانى : مشهور في كتب السيرة وما أرى اسناده يصح . انظر
ارواى الغليل (٣٧٠/٥) . وانظر هذا الحديث في الجامع لأحكام
القرآن (٢٥٣/٨) ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٣٨٨/٢) .

المحاربين لله ورسوله " . وقال : " واذا كان هذا شأن مسجد الضرار
فمشاهد الشرك التي تدعوا سدنتها الى اتخاذ من فيها أندادا من
دون الله أحق بذلك وأوجب " ^(١) .

(٢) مارواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال : " والذى نفسى بيده لقد هممت أن أمر بحطب فيحتطب ثم أمر
بالعلاة فيؤذن لها ، ثم أمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال
فأحرق عليهم بيوتهم " ^(٢) .

قالوا ولو لم يجز ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما همَّ
به ، واذا جاز تحريق البيت على العاصى بترك الجماعة فمن باب أولى
جوازه فى حق المفسدين فى الأرض أهل الزيغ والفجور .

(٣) أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حرق قرية بكاملها كان يبيع
فيها الخمر .

(٤) وحرقت أيضا حانوتا كان يبيع فيها الخمر لرويشد الثقفى وقسال
^(٣)
انما أنت فويسق لارويشد .

(١) زاد المعاد (٣/٣٥) .

(٢) رواه البخارى (١٢٧/٨) كتاب الأحكام باب (٥٢) ، مسلم (٤٥١/١) كتاب
المساجد باب (٤٢) ، النسائى (١٠٧/٢) كتاب الامامة باب التشديد فى
التخلف عن الجماعة ، الترمذى (٤٢٢/١) كتاب الصلاة باب (١٦٢) ، ابن
ماجه (٢٥٩/١) كتاب المساجد والجماعات باب (١٧) ، الامام أحمد فى
مسنده (٢٩٢، ٢٤٤/٢) .

(٣) انظر هذين الأثرين فى زاد المعاد (٣/٣٥) .

المطلب الخامس : اتلاف الكتب الهدامة ونحوها

مما لاخلاف فيه أن الكتب التي لها خطر على العقيدة مثل كتب العوفية المنحرفة المليئة بالبدع والخرافة، الداعية الى الوثنية والشرك والزندقة، وكتب التنجيم والسحر والفلسفة والتي تحتوى على الأحاديث الموضوعة وتنسبها للنبي عليه الصلاة والسلام عمداً، وكذلك الكتب التي لها خطر على الأخلاق مثل كتب الخلاعة والتفسخ الأخلاقي لايجوز تركها على حالها لأن قراءتها والنظر فيها معصية لما فيها من افساد بل هدم للدين والأخلاق^(١) . ولذلك حرص أعداء الاسلام من ملاحدة ويهود ونصارى الى الدفع بمثل هذه الكتب الى المسلمين ليفسدوا عليهم دينهم من أجل سهولة السيطرة عليهم، وقد أعلن ذلك صريحا أحد أحبار النصارى فقد جاء فى كتاب "كتب ليست من الاسلام"^(٢) نقلا عن الشيخ محمد السفارينى قوله : " قال العلماء ان الخليفة المأمون لما هادن بعض ملوك النصارى - أظنه صاحب جزيرة قبرص - طلب منه خزانة كتب اليونان وكانت عندهم مجموعة فى بيت لا يظهر عليه أحد، فجمع الملك خَوَامَهُ من ذوى الرأى واستشارهم فى ذلك فكلهم أشاروا بعدم تجهيزها اليه، الا واحدافانه قال : جَهِّزْهَا اليهم فما دخلت هذه العلوم على دولة شرعية الا أفسدتها وأوقعت بين علماءها" .

فالواجب اذا حماية المسلمين من هذا الوباء الفتاك والداء العضال بمنع تسرب مثل هذه الكتب الى ديار المسلمين ومصادرة واتلاف كل ماوصل منها يَطْرُق غير مشروعة اذ ليس شيء أعظم من الدين والأخلاق وهـذا متفق عليه بين علماء المسلمين الا أنهم قد اختلفوا فى جواز تحريقها على قولين :

- (١) انظر فى ذلك المذهب (٣٠٨/٢)، المجموع (٢٤٠/٩)، روضة الطالبين (٢٥٩/١٠)، كشاف القناع (١٤٧/٤)، الانصاف (٢٤٧/٦ - ٢٤٨)، شرح منتهى الارادات (٤٣٣/٢)، الطرق الحكمية (ص ٣٩٩، ٤٠٢)، الأم (١٧٩/٤) .
- (٢) محمود مهدي الاستانبولى (ص ٩٩ - ١٠٠) .

القول الأول :

أنه إذا أمكن الانتفاع بها إذا مَرَّقَتْ فلا يجوز تحريقها لأن ما كان
منتفعا به فهو مال لا يجوز لأحد أن يتلفه وهذا قول الشافعية^(١) . يقول
النووي : " وما حرم الانتفاع به ككتب الكفر والهَجْوِ والفحش المحض للم
يترك بحاله بل ان كان في رَقٍّ أو كاغدٍ شخين وأمكن غَسْلُهُ، غَسَلَهُ، ثم هُو
كسائر الأموال ، فان لم يمكن أُبْطِلَتْ منفعته بتزيق ، ثم المُمَرَّقُ كسائر
الأموال ، وعن القاضي أبي الطيب أنها تمزق أو تحرق وفهفوا الاحراق
لما فيه من التضييع لأن للممزق قيمة وان قلت^(٢) .

القول الثاني :

يرى الحنابلة أن مثل هذه الكتب تحرق ولا ضمان على من حرقها
قال المروزي : " قلت لأحمد : استعرت كتابا فيه أشياء رديشة ترى
أن أحرقه أو أحرقه ؟ قال نعم فأحرقه .

وقد استدلوا على جواز تحريقها بما يأتي :

(١) أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى بيد عمر كتابا اكتبته من
التوراة وأعجبه موافقته للقرآن فتمعر وجه النبي صلى الله عليه
وسلم حتى ذهب به عمر الى التنور فألقاه^(٤) .

قال ابن القيم : " فكيف لو رأى النبي صلى الله عليه وسلم ما منصف
بعده من الكتب التي يُعَارَضُ بها مافى القرآن والسنة والله المستعان ...
وكل هذه الكتب المتضمنة لمخالفة السنة غير مأذون فيها بل مأذون في
محقها واتلافها^(٥) " .

-
- (١) المهذب (٣٠٨/٢) ، الأم (١٧٩/٤) ، مغنى المحتاج (٢٢٧/٤) .
(٢) روضة الطالبين (٢٥٩/١٠) .
(٣) كشف القناع (٤٤/٣) ، (١٤٧/٤) ، الانصاف (٢٤٧/٦ - ٢٤٨) ، شرح منتهى
الارادات (٤٣٣، ٩٧/٢) ، الطرق الحكمية (ص ٣٩٩) .
(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف (١١١/١١) . وليس فيه أن عمر قام
الى التنور فألقاه .
(٥) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦) .

(٢) أن الصحابة رضوان الله عليهم حرقوا المصاحف المخالفة لمصنف عثمان لما خافوا على الأمة من الاختلاف . قال ابن القيم : " فكيف لو رأوا هذه الكتب التي أوقعت الخلاف والتفرق بين الأمة " (١) .

(٣) أن مالية الورق تسقط لمجاورتها المحرم وكونها ظرفا له كما سقطت حرمة الخشب والوتر التي تتكون منها آلة اللهو (٢) .

والذي أراه والله أعلم أن قول الشافعية هو الأوفق في مثل زماننا هذا لامكان الاستفادة من الورق بعد مسح ماعليه أو تمزيقه في بعض الصناعات التحويلية أو كمواد أولية في صناعة الورق أو التغليف ونحو ذلك .

وكذلك يمكن الاستفادة من الأشرطة والأفلام بعد مسح ماعليها من مواد اعلامية فاسدة وذلك بتسجيل مواد أخرى كالمحاضرات والدروس والخطب والمواعظ النافعة ونحو ذلك . خصوصا اذا كانت كمية الكتب والأشرطة والأفلام كبيرة لأنها حينئذ تكون لها قيمة مادية بين الناس وليس هناك مانع شرعى .

الا اذا رأى ولى الأمر أو من يقوم مقامه أن المصلحة في تحريقها عقوبة لمصاحبها ومبالغة في ردعه وزجره عن مثل هذه الأعمال فإنه يجوز له ذلك ان شاء الله تعالى لأن ذلك من باب السياسة الشرعية وقواعد التعزيرات في الشريعة الاسلامية واسعة ولله الحمد .

(١) الطرق الحكمية (ص ٤٠٠) .

(٢) الآداب الشرعية لابن مفلح (٣١٤/١) .

الفصل الثانى

أحكام تلف الأموال فى التصرفات غير المشروعة

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول

تلف المال فى يد السارق والمحارب

إذا تلف المال فى يد السارق والمحارب أو أتلفه فهل يلزمه ضمانه أو لا ؟

لا خلاف بين الفقهاء فى أن المال إذا وجد بعينه فى يد السارق أو المحارب فإنه يلزمه رده إلى ربه أما إذا تلف قبل رده فقد اختلفوا فى ضمانه على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

(١)
ذهب الحنفية إلى عدم اجتماع الحد والضمان فمتى كانت الجناية مما يستوجب الحد سواء فى السرقة أو فى الحراقة فلا ضمان على السارق أو المحارب فى المال الذى أخذه سرقة أو حراقة وهذا عندهم قضاء . أما ديانة فيفتى بأداء الضمان لما يلحق بالمالك من الخسران والنقصان .

القول الثانى :

(٢)
وذهب المالكية إلى أن السارق أو المحارب إذا كان موسرا من حين

- (١) المبسوط (١٥٦/٩)، بدائع الصنائع (٤٢٩٣، ٤٢٦٨/٩)، تبيين الحقائق (٣٧٥، ٣٧٢/٢) ، جواهر الاكلیل (٢٩٤/٢)، مجمع الأنهر (٦٢٧/١)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١١٠/٤) .
- (٢) المدونة (٣٠٤، ٢٨٢/٦)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٧٥، ٣٧٢/٢) ، جواهر الاكلیل (٢٩٤/٢)، الشرح الكبير (٣٤٧/٤)، المنتقى (١٨٣/٧) ، أحكام القرآن لابن العربى (٦١٢/٢)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٦٥/٦) .

أخذه للمال الى حين إقامة الحد عليه فان عليه ضمان ما أخذه من مال اذا تلف أو أتلفه . أما اذا كان معسرا حين أخذه للمال أو فيما بين الأخذ وإقامة الحد فلا ضمان عليه . هذا اذا كانت الجناية مما يستوجب الحد فان لم تستوجب الحد أو سقط عنه فعليه ضمان ماسرق سواء كان موسرا أم معسرا .

ويرى المالكية أن الواحد يغرم عن الجميع في الحراية فلو أخذ منفردا فانه يتحمل غرم كافة الأموال التي سلبها أصحابه واعتبروههم كالحملاء لأن كلاً منهم ينفق بالآخر في تنفيذ جريمته يقول الدرديري (١) : "وغرم كل واحد بانفراده من المحاربين اذا أخذوا شيئا من الأموال عن الجميع لأنهم كالحملاء فكل من قدر عليه منهم أخذ بجميع ما أخذه هو وأصحابه مطلقا" .

وقد قيد المالكية قولهم هذا بما اذا لزم من عداه الغرم أمسا اذا لم يلزمه فان المأخوذ لا يغرم عنه شيئا فقد قال الدسوقي معقباً على رأي الدرديري : " اعلم أن محل غرمه عن عداه حيث لزم من عداه الغرم إما لعدم إقامة الحد عليه بأن سقط الحد لمجيئه تائبا أو هرب ولم يُظفر به أو أقيم عليه الحد وكان يساره متعلا من حين أخذ المال لوقت الحد فان كان من عداه أقيم عليه الحد أو كان معسرا بعد الحراية وقبل الحد فلا يغرم عنه هذا المأخوذ وذلك لأن المأخوذ انما يغرم عن غيره بطريق الضمان والضمان يقتضى لزوم المضمون " (٢) .

وما ذهب اليه المالكية من لزوم الضمان اذا كان موسرا وسقطه عنه اذا كان معسرا استحسنته ابن القيم رحمه الله حيث قال : " وتوسط فقهاء المدينة مالك وغيره بين القولين فقالوا ان كان له مال ضمنها بعد القطع وان لم يكن له مال فلا ضمان عليه وهذا استحسان حسن جدا وما أقربه من محاسن الشرع وأولاه بالقبول " (٣) .

(١) الشرح الكبير (٤/٣٥٠ - ٣٥١) .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٥٠) .

(٣) مدارج السالكين (١/٣٦٧ - ٣٦٨) .

القول الثالث :

(١) وذهب الشافعية والحنابلة^(٢) الى أن على السارق والمحارب ضمان ما أتلفه من أموال الناس سواء أقيم عليه الحد أو لم يَقم عليه وسواء كان موسراً أم معسراً فان كان معسراً أُتبع في ذلك ديناً في ذمته . ونبيه الحنابلة الى أن الضمان يلزم المحارب المباشر دون الرديء خلافاً للمالكية لأن الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر كالغصب والنهب .

عرض الأدلة والمناقشة والترجيح .أولاً : أدلة الحنفية :

استدل الحنفية على قولهم بسقوط الضمان بما يأتي :

(١) قال الله تعالى : " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ " ^(٣) .

قالوا : والجزاء اسم لما يستحق بالفعل فاذا كان الله سبحانه وتعالى جعل جميع ما يستحق بالفعل هو القطع لم يجز ايجاب الضمان معه لما فيه من الزيادة في حكم المنصوص ولا يجوز ذلك الا بمثل مايجوز النسخ به نظير ذلك قوله تعالى : " إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ " ^(٤) فأخبر الله سبحانه وتعالى أن جميع الجزاء هو المذكور في الآية وهذا ينفي أن يكون هناك جزاء غيره . ^(٥)

(١) الأم (١٣٩/٦)، مغنى المحتاج (٧٧/٤)، المهذب (٣٦٣/٢)، روضة الطالبين

(١٠/١٤٩، ١٥٤)، الأحكام السلطانية للماوردي (ص ٧٠) .

(٢) المغنى (١٢٩/٩ - ١٥٤، ١٣٠)، كشف القناع (١٥٢، ١٤٨/٦)، شرح منتهى

الارادات (٣٧٤/٣)، المبدع (١٤٣/٩ - ١٤٤)، الانصاف (٢٨٩/١٠، ٢٩٩)، المحرر

(٢/١٦٠)، الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٥٨ - ٥٩) .

(٣) المائدة : ٣٨

(٤) المائدة : ٣٣

(٥) أحكام القرآن للجصاص (٨٣/٤) وراجع الأدلة بشكل أوسع في : المبسوط

(١٥٦/٩) وما بعدها، بدائع الصنائع (٤٢٦٨/٩)، تبیین الحقائق

(٣/٢٣١) وما بعدها .

وقد ناقش ابن القيم هذا الاستدلال فقال: ^(١) "وأما قولكم إِنَّ قَطَّعَ اليد مجموع الجزاء . ان أردتم أنه مجموع العقوبة فصحيح فإنه لم يبق عليه عقوبة ثانية . ولكن الضمان ليس بعقوبة للسرقة ولهذا يجب فـسـى حق غير الجانى كمن أتلف مال غيره خطأ أو مكرها أو فى حال نومـهـ أو أتلفه اتلافاً مأذوناً له فيه كالمفطر الى أكله أو المفطر الى القائه فى البحر لانجاء السفينة ونحو ذلك فليس الضمان من العقوبة فى شىء .

وأما قولكم : ان الله لم يذكر فى القرآن تضمين السارق والمحارب فهو لم ينفه أيضا وانما سكت عنه فحكمه مأخوذ من قواعد الشرع ونعمومه كقوله : " فَمِنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ " ^(٢) وهذا قد اعتدى بالاتلاف فاعتدى عليه بالتضمين . ولهذا أوجبنا رد العين اذا كانت قائمة ولم يُذكر فى القرآن . وليس هذا من باب الزيادة على النص بل من باب اعمال النصوص كلها لا يعطل بعضها ويعمل ببعضها . وكذلك الجواب عن قوله تعالى فى المحاربين : " إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ " ^(٣) أى عقوبتهم .

وقال الكيا الهراسي عند هذه الآية ^(٤) : "واعلم أن الذى يجب على السارق من القطع يجب جزاء على الفعل وزجرا . فالشرع اعتنى ببيانـه وايضاح حكمه . ولم يتعرض للضمان الذى لا يرجع الى الفعل ولا يتعلق بهـ وانما هو بدل عن المحل . كما أوجب على الزانى اللجلد ولم يتعرض للمهر وأوجب على قاطع الطريق القتل ولم يتعرض للدية من بعد التوبة فـسـى قوله تعالى : " إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ " لأن ذلك حوالة على بيان آخر" ^(٥) .

(١) انظر مدارج السالكين (١/٣٦٦ - ٣٦٧) .

(٢) البقرة : ١٩٤

(٣) المائدة : ٣٣

(٤) أحكام القرآن (٣/١٥١) .

(٥) المائدة : ٣٤

(٢) مارواه النسائي عن عبدالرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا يَغْرَمُ صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد" . قالوا^(١) والغرم في اللغة ما يلزم أداءه وهذا نص في الباب .

وقد نوقش بأن هذا الحديث ضعيف لا يثبت قال ابن القيم : " وأما حديث عبدالرحمن بن عوف فمقطع لا يثبت يرويه سعد بن ابراهيم عن منصور وقد طعن في الحديث ابن المنذر فقال : سعد بن ابراهيم مجهول وقال ابن عبدالبر ليس بالقوى" .^(٢)

وإذا كان هذا الحديث ضعيفا فإنه لا يوجب حكما يقول القرطبي^(٣) : "وقال الطبري القياس أن عليه غرم ما استهلكه ولكن تركنا ذلك اتباعا للأثر . قال أبو عمر : ترك القياس لضعيف الأثر غير جائز لأن الضعيف لا يوجب حكما" .

(٣) أن من أصلنا أن الضمان سبب لا يوجب الملك فلو ضمنه لملكه بالأخذ الموجب للضمان فيكون حينئذ مقطوعا في ملك نفسه وذلك ممتنع فلما لم يكن لنا سبيل إلى رفع القطع وكان في إيجاب الضمان إسقاط القطع امتنع وجوب الضمان .^(٤)

وقد ناقش ابن القيم رحمه الله هذا الدليل بقوله : " وأما قولكم : لو ثبت في ذمته بعد القطع لكان قد ملكها" فضعيف جدا لأنها بالاتسلاف

(١) سنن النسائي (٩٣/٨) كتاب قطع السارق باب تعليق يد السارق فسي عنقه . وقال النسائي بعده وهذا مرسل وليس بثابت . ورواه الدارقطني في السنن (١٨٢/٣ - ١٨٣) وقال المسور لم يدرك عبدالرحمن بن عوف وإن صح أسناده كان مرسلا . وقال ابن حجر في الدراية (١١٣/٢) : " وكذا قال البزار والطبراني في الأوسط وكذا نقل ابن أبي حاتم في العلل وقال منكر وترر عليه البيهقي في المعرفة" . وراجع ما قبله حول هذا الحديث سنن الدارقطني والتعليق المغنى عليها (١٨٢/٣ - ١٨٣) وحاشية السندی على سنن النسائي (٩٣/٨) ، المغنى (١٢٩/٩) ، المبدع (١٤٤/٩) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٦٥/٦) . وقال ابن العربي في أحكام القرآن (٦١٢/٢) : " وهذا حديث باطل" .

(٢) مدارج السالكين (١: ٣٦٧) .

(٣) الجامع لأحكام القرآن (١٦٦/٦) .

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٨٣/٤) .

قد استقرت في ذمته ولهذا له المطالبة ببدليها اتفاقاً وهذا الاستمرار
في ذمته لا يمنع القطع فانه يقطع بعد اتلافها واستقرارها في ذمته فكيف
بزييل القطع ما ثبت في ذمته ويكون مبرراً له منه" (١) .

وقد استدل الحنفية أيضاً بالقياس على مسائل يخالفهم فيها الجمهور
فلا يكون فيها حجة فأغنى عن ذكرها . (٢)
يقول ابن قدامة : " وماذكروه فهو بناء على أصولهم ولانسلمهم" . (٣)

ثانياً : أدلة المالكية :

استدل المالكية على قولهم بسقوط الضمان عن المعسر دون الموسر
لأنه في حال الإيسار يكون الضمان في ماله والقطع في بدنه والتضمين
والقطع عقوبتان وقعتا في محلين مختلفين ، البدن والمال ، فجاز ذلك
بخلاف حال الإعسار فان الغرم سيكون في ذمته والغرم عقوبة والقطع عقوبة
ولانجتمع عقوبتان في محل واحد ، قَطْعُهُ واشغالُ ذمته وقد أوجز ذلك الباجي
فقال : " ومعنى ذلك عندي أن احدى المطالبتين متعلقة به والثانية
منفصلة عنه متعلقة بماله فلذلك اجتمعا" . (٤)

لكن لا يسلم لهم أن الضمان عقوبة كما لم يسلم للحنفية لأن الضمان
يجب في حق غير الجاني كمن أتلف مال غيره خطأ ونحو ذلك مما سبق فـ
جواب ابن القيم رحمه الله على قول الحنفية .

وقد فَعَفَّ استدلّاهم هذا أبو بكر بن العربي من علماءهم وقال انهم
ليس لهم متعلق قوي وبيّن أن هذا القول مخالف لأصول المالكية لأن من
أصولهم أن الرجل اذا زنى وجب عليه الحد والمهر . واذا قتل مبيداً
مملوكاً وهو لا يحل له وجب عليه الجزاء مع القيمة فيلزم اذاً أن يقولوا

(١) مدارج السالكين (٣٦٧/١) .

(٢) راجع في ذلك أحكام القرآن للجصاص (٨٣/٤) .

(٣) المغنى (١٣٠/٩) .

(٤) المنتقى (١٨٣/٧) .

(٥) أحكام القرآن (٦١٢/٢) .

في السرقة مثل ما قالوا في هاتين المسألتين حتى يكون الحكم مُطَرِّدًا
عند اتحاد المناط .

يقول ابن العربي : " والجزاء في العيد المملوك ينقض هذا الأصل
لأنه يُجْمَعُ مع القيمة . وكذلك الحد والمهر إلا أن يطرد أصلنا فنقول
إذا وجب الحد وكان معسرا لم يجب المهر . وان الجزاء إذا وجب عليه
وهو معسر سقطت القيمة عنه فحينئذ تطرد المسألة ويصح المذهب " (١)

شالشا : أدلة الشافعية والحنابلة :

استدل الشافعية والحنابلة على أن القطع لا يسقط الضمان المالى
بما يأتى : (٢)

(١) أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كانت
تالفة كما لو لم يقطع .

(٢) أنها عين تعلق بها حقان لله وحق لمالكها وهما حقان متغايران
لمستحقين متباينين فلا يبطل أحدهما الآخر بل يستوفيان معا
لأن القطع حق الله والضمان حق للمالك .

ومما يبين أنهما حقان متغايران أن القطع لا يسقط بالاسقاط بعد
الرفع للامام ، أما الضمان فإنه يسقط بالاسقاط ولو بعد الرفع للامام .

ونظير اجتماع الحد والضمان اجتماع الجزاء والقيمة في العيد
الحرمي المملوك . والحد والمهر على من زنى بأمة أو حرة مكرها لها
قال ابن القيم : " بل لو زنى بأمة ثم قتلها لزمه حد الزنى وقيمتها
لمالكها وهو نظير ما إذا سرقها ثم قتلها قطعت يده لسرقتها وضمنها
لمالكها " .

وبذلك يتبين رجحان مذهب اليه أصحاب هذا القول على ما ذهب اليه
الحنفية والمالكية وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامتها من الايراد عليها
مع ضعف أدلة المعارض والله أعلم .

(١) أحكام القرآن (٢/٦١٣) .

(٢) راجع في الأدلة المغنى (٩/١٣٠) ، المذهب (٢/٣٦٣) ، الأم (٦/١٣٩) ، مدارج

السالكين (١/٣٦٦) .

(٣) مدارج السالكين (١/٣٦٦) .

المبحث الثاني

تلف الأموال حال البغى والردة

(١) (٢) (٣) (٤)
لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
في أن ماتلف من الأموال في حال القتال بين أهل العدل والبغاة هــدر
لاضمان فبیه فلا یضمن أهل العدل ماتلف لأهل البغى حال القتال وكذلك
لا یضمن أهل البغى ماتلف لأهل العدل حال القتال . وهذا كله اذا كان
البغاة لهم شوكة ومنعة ولهم تأویل فی خروجهم على الامام .

أما في غير حال القتال مثل أن يكون الائلاف من احدى الطائفتين
قبل التجمع والتجند أو بعد أن تفجع الحرب أوزارها فهذا مضمون بالاتفاق
الآن الماوردي من الشافعية قيده بما اذا قصد أهل العدل بالائلاف في
غير حال القتال اضعافهم وهزيمتهم .

ويروى عن محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله أن عدم تضمين البغاة
ما أتلفوه لأهل العدل إنما يجري في أحكام القضاء . أما ديانة فيفتى
بضمانهم . جاء في المبسوط : " وقد روي عن محمد قال أفتيهم اذا تابوا
(٦)

-
- (١) المبسوط (١٢٧/١٠ - ١٢٨)، تبیین الحقائق (٢٩٦/٣)، بدائع العناشع
(٤٣٩٩/٩ - ٤٤٠٠)، روضة القضاة المجلد الثاني (ص ١٢١٩)، الخراج
لأبي يوسف (ص ٢١٥)، الهداية مع شرح فتح القدير (١٠٦/٦) .
- (٢) المدونة (٤٨/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٠٠/٤)، الجامع
لأحكام القرآن للقرطبي (٣٢٠/١٦)، أحكام القرآن لابن العربي
(١٧٢٢/٤) .
- (٣) نهاية المحتاج (٤٠٥/٧)، مغنى المحتاج (١٢٥/٤)، روضة الطالبين
(٥٥/١٠ - ٥٦)، المهذب (٢٨٢/٢)، الأم (١٣٧/٤)، الأحكام السلطانية
للماوردي (ص ٦٦) .
- (٤) المغنى (٥٣١/٨ - ٥٣٢)، الانصاف (٣١٦/١٠)، كشاف القناع (١٦٤/٦)، شرح
منتهى الارادات (٣٨٤/٣)، غاية المنتهى (٣٣٣/٣)، المحرر (١٦٦/٢) ،
الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٥٦) .
- (٥) نهاية المحتاج (٤٠٥/٧) .
- (٦) (١٢٨/١٠) .

بأن يضمنوا ما أتلّفوا من النفوس والأموال ولا ألزمهم ذلك فى الحكم . وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطأهم فى التأويل الآن ولاية الالتزام كان منقطعا للمنعة فلا يجبر على أداء الضمان فى الحكم ولكن يفتى به فيما بينه وبين ربه . ولا يفتى أهل العدل بمثلهم لأنهم مُحَقَّقُونَ فى قتالهم ممثّلون للأمر" .

والسند الشرعى لما ذهب اليه الفقهاء فى هذه المسألة ماروى عن الزهرى أنه قال : " كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لا يقيم حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولا يغرّم مالا أتلّفه بتأويل القرآن " (١) .

واستدلوا على ذلك أيضا بالنظر فقالوا :

(١) أن تضمين البغاة ما أتلّفوه من أموال أهل العدل يفضى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب . (٢)

(٢) أن الأحكام لابد فيها من الالتزام ولا التزام من البغاة لاعتقادهم الاباحة . ولا التزام من الامام لعدم الولاية لوجود الشوكة والمنعة فى البغاة . (٣)

هذا بالنسبة لحكم اتلاف البغاة لأموال أهل العدل واتلاف أهـل العدل لأموال البغاة . أما بالنسبة للمرتدين فقد اختلف العلماء فى تضمينهم ما أتلّفوه من أموال المسلمين على قولين :

-
- (١) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (١٢٠/١٠ - ١٢١) كتاب العقول باب قتال الحروراء ، وأخرجه سعيد بن منصور فى سننه (٣٣٩/٢) . وضعفه الألبانى وقال : " والزهرى لم يدرك الفتنة المشار اليها وهى وقعة صفين" . انظر ارواء الغليل (١١٦/٨) .
- (٢) المغنى (٥٣٢/٨) .
- (٣) تبیین الحقائق (٢٩٦/٣) .

القول الأول :

الحكم فى المرتدين كالحكم فى البغاة فلا يضمنون ما أتلّفوا من أموال المسلمين حال القتال . وإلى ذلك ذهب الحنفية . واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن قدامة وحمل كلام الامام أحمد ليوافقه وفيده بكون المرتدين بدار الحرب أو فى جماعة مرتدة ممتنعة . فأما من لامنعة لسه فيضمن كالواحد من المسلمين .

وممن قال بأنهم كالبغاة أيضا بعض الشافعية فقد ذكر الرملى أنه قد أفتى به والده رحمه الله ونسبه الشيرازى الى أبى حامد الاسفرايينى وغيره من البغداديين وصحه واستدل له .

القول الثانى :

أن المرتد ضامن لما أتلّفه لغيره من الأموال ولو فى دار الحرب وسواء كان المتلّف واحدا مرتدا أو جماعة وسواء صار لهم منعة وشركة أو لا كقطاع الطريق .

وهذا القول هو المذهب عند الحنابلة . وهو قول لبعض الشافعية نسبة الشيرازى الى القاضى أبى حامد المروزى وغيره من البصريين - كما نسبه الشريبنى الى الاسنوى واختاره وصحه .

- (١) الهداية (١٠٦/٦)، تبیین الحقائق (٢٩٦/٣) .
- (٢) الاختيارات الفقهية (ص ٣٠٧) .
- (٣) المغنى (٥٤٠/٨) .
- (٤) نهاية المحتاج (٤٠٥/٧) .
- (٥) المهذب (٢٨٧/٢) وراجع فى ذلك الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦١) ، روضة الطالبين (٥٧/١٠) .
- (٦) كشاف القناع (١٨١/٦)، الانصاف (٣٤٢/١٠)، غاية المنتهى (٣٤٣/٣)، المحرر (١٦٨/٢)، المغنى (٥٣٩/٨)، الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٢ - ٥٣) .
- (٧) المهذب (٢٨٧/٢) .
- (٨) مغنى المحتاج (١٤٣، ١٢٦/٤) وراجع فى ذلك نهاية المحتاج (٤٠٥/٧) ، الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦١)، روضة الطالبين (٥٧/١٠) .

الأدلة والترجيح :

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل من قال بأن المرتدين يأخذون حكم البغاة فلا ضمان عليهم فيما أتلفوه من أموال المسلمين حال القتال بما يأتي :

(١) إذا سقط تضمين البغاة كيلا يؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلأن يسقط تضمين المرتدين أولى كيلا يؤدي الى التنفير عن
(١)
الاسلام .

وقد نوقش ذلك بأنه لا يصح قياسهم على البغاة لأن البغاة لهم تأويل سائغ وهؤلاء ليس لهم تأويل .
(٢)

(٢) انهم اذا امتنعوا صاروا كفارا ممتنعين بدارهم فأشبهوا أهل الحرب
(٣)
الحرب .

وقد نوقش هذا أيضا بأن المرتدين قد التزموا أحكام المسلمين أما أهل الحرب فانهم لم يلتزموا أحكام المسلمين ولأن بين دار الحرب ودار الردة فروقا لا يصح معها القياس عليها .
(٤)

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل من قال بأن المرتدين يضمنون ما أتلفوا على المسلمين من أموال بما يأتي :

(١) مارواه طارق بن شهاب قال جاء وفد أهل الردة من أسد وغطفان يسألون أبا بكر الملح . فخيرهم اما حرب مجليّة . واما سلم مخزيه قالوا: أما حرب مجليه فقد عرفناها . فما سلم مخزيه ؟ قال تدون قتلتنا ولانودي قتلاكم . وتشهدون على قتلاكم أنهم في النار

(١) المغنى (٥٤٠/٨)، نهاية المحتاج (٤٠٥/٧) .

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٥٣) .

(٣) المغنى (٥٤٠/٨) .

(٤) راجع في ذلك الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٥٣)، الماوردي (ص ٦٢) .

(١) وتردون اليينا ما أخذتم منا ولانرد اليكم ما أخذنا منكم... الحديث .
وفى قول أبى بكر رضى الله عنه تردون اليينا ما أخذتم منا دليـــــــــل
على لزوم الضمان لهم فيما آتلفوه . ولكن هذا محمول على مابقى فـــــــــى
أيديهم من المال لا ما آتلفوه .^(٢)

(٢) أنهم قد التزموا أحكام المسلمين وليس لهم تأويل سائغ فـــــــــان
عليهم الضمان .^(٣)

(٣) أن معصيتهم بالردة لا تسقط عنهم غرم الأموال المضمونة .^(٤)
والراجع عندى والله أعلم ماذهب اليه أصحاب القول الأول وهـــــــــو

أنهم لا يضمنون ما آتلفوه فى حال الحرب للمسلمين يدل على ذلك اتفاق
أبى بكر وعمر رضى الله عنهما على عدم تضمينهم النفوس فالأموال أولــــــــى
بعدهم فقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى آخر الحديث الذى استدل
به أصحاب القول الثانى قال : " أما ما قد قلت فكما قلت لكن قتلناـــــــــ
قتلوا فى الله أجورهم على الله لادية لهم " .

قال ابن حجر :^(٥) " وساقه البرقائى فى مستخرجه بطوله وفيه أن عمر
وافق أبى بكر على ذلك الاعلى قوله تدون قتلنا . ولاندى قتلناكم . واحتج
بأن قتلنا قتلوا على أمر الله فلاديات لهم قال : فتبايع الناس علىـــــــــ
ذلك " .

وأما قول أبى بكر " تردون اليينا ما أخذتم منا " فهو كما قـــــــــال
أصحاب القول الأول لا يدل على ضمان ما آتلفوه لأن المتبادر من قـــــــــوله
تردون هو رد المال الموجود الباقى فى أيديهم ولو أراد المال التالـــــــــف
لقال تغرمون أو تضمنون . على أنه قد يرد على قول أبى بكر " تـــــــــردون
اليينا ما أخذتم منا " يصح أن يكون المراد تضمنون ما أخذتم منا ، لأنهم فــــــــى
حال التلف ان عجزوا عن رد الصورة فانهم لا يعجزون عن رد المعنى ، وهـــــــــو
القيمة . ولكنه بعيد فى نظرى والله أعلم .

(١) رواه سعيد بن منصور فى سننه (٢٣٣/٢) . وروى البخارى طرفا منـــــــــه

(١٢٧/٨) كتاب الأحكام باب (٥١) .

(٢) المغنى (٥٤٠/٨) .

(٣) الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٢) .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦١) .

(٥) التلخيص الحبير (٥٤/٤) .

المبحث الثالث

تلف الأموال فى الغصب

المطلب الأول : تلف المال فى يد الغاصب تلفا كليا

الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن يد الغاصب على العين المغصوبة يد ضمان ، فالمال المغصوب يدخل فى ضمانه بمجرد استيلائه عليه ، وهو — مخاطب برده الى صاحبه فى كل لحظة لأن بقاءه فى يده بغير رضا صاحبه محرم شرعا . فاذا رد الغاصب المال المغصوب الى صاحبه الرد المبررى شرعا فانه يبرأ من ضمانه وان عجز عن الرد فانه يتقرر عليه الضمان حينئذ .

ولاخلاف بين الفقهاء أن تلف المال المغصوب تلفا كليا عجز عن رد المال بعينه فيتقرر على الغاصب البدل وهو المثل ان كان المغصوب من ذوات الأمثال أو القيمة ان لم يكن كذلك .^(١)

لكن الخلاف حمل فيما اذا تلف المال المغصوب تلفا معنويا وهو ما يُعبر عنه بعض الفقهاء بتلفه معنى لاصورة وصفة ذلك أن يُحدث الغاصب فى المال المغصوب صنعة أو عملا يتغير معه اسم المغصوب مثل طحن الحبوب أو زراعته أو غزل القطن أو نسجه بأو ذبح الشاة وطبخها أو تقطيع الثوب وخباطته قميما ونحو ذلك .

(١) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع (٤٤٢١/٩) ، الهداية مع نتائج الأفكار (٣١٨/٩) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٤٥/٣) ، روضة الطالبين (١٨/٥) ، مغنى المحتاج (٣٨٢/٢ - ٣٨٣) ، المغنى (١٧٧/٥) . مع ملاحظة أن المالكية قد استثنوا ما اذا غصب الذات لاستيفاء منافعها وهو ما يسمى عندهم بغصب المنفعة وذلك مثل أن يقصد بغصب الدابة أن يركبها ويغصب الثوب أن يلبسه ثم بعد الركوب أو اللبس يبرده الى صاحبه ففى مثل هذا الغصب اذا تلفت الذات المغصوبة بسماوى فليس عليه ضمانها وانما يضمن المنفعة فقط لأنها هى التى تعدى عليها وهذا مخصوص بحال التلف بالسماوى أما اذا أتلف الغاصب الذات فعليه ضمانها حتى لو كان لقمه استيفاء منافعها ، راجع فى ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٥٥،٤٥٢/٣) .

فقد اختلف الفقهاء في هذا هل يعتبر هذا العمل في حكم التلـف الكلى بحيث يتقرر على الغاصب رد بدله أو لا يعتبر فيلزمه الرد ويأخذ حكم مـالو أصابه عيب اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية والمالكية ^(١) إلى أن احدث صنعة في المال المغموب ^(٢) تغيير اسمه إلى اسم آخر ملحق باتلاف عينه فيبطل الرد ويصير ملكاً للغاصب ويلزمه البـدل .
والى ذلك أشار الكاسانى بقوله : " وأما شرط وجوب الرد فقياس المغموب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لاصورة ينتقل الحكم من الرد إلى الضمان لأن الهالك لا يحتـمـل الرد . وعلى هذا يخرج ما إذا كان المغموب حنطة فزرعها الغاصب، أو نواة فغرسها حتى صارت شجرة، أو بيضة فحفظها حتى صارت دجاجة، أو قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو ثوباً فقطعه وخطه قميصاً، أو لحماً فشواه أو طبخه، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو سمسماً فعصره، أو عنباً فعصره، أو حديداً فغربه سيفاً أو سكيناً، أو صفراً أو نحاساً فعمله آنية، أو تراباً له قيمة فلبينه أو اتخذه خزفاً، أو لبناً فطبخه آجراً، ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمن المثل أو القيمة ^(٣) ."

-
- (١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٣٢/٩)، تبیین الحقائق (٢٢٦/٥)، مجمع الأنهر (٤٥٩/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١٩٠/٦ - ١٩١) ، المبسوط (٨٦/١١ - ٨٧) .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٤٦/٣)، الكافي في فقه أهل المدينة (١٧٢/٢ - ١٧٣)، المدونة (٣٦٥/٥، ٣٦٢)، المنتقى (٢٧٧/٥) .
(٣) بدائع المنافع (٤٤١٦/٩)، وراجع جامع الفصولين (١٣٤/٢) .

القول الثانى :

ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية الى أن الغاصب لا يملك المال المغصوب بشيء من هذه التصرفات ويلزمه رد العين المغصوبة الى المالك مع أرش النقص ان كان هناك نقص ولا شيء للغاصب فى زيادته .
 جاء فى روضة الطالبين : "مالا سراية له فعلى الغاصب أرشه ورد الباقي .
 ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدى العبد أو دونها، ولا بين أن تَفَوَّتْ معظم منافعه أو لَاتَفَوَّتْ ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة وطحن الحنطة وتمزيق الثوب أو لا يبطل . فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله لم يكن له ذلك لأنه عين ملكه " .
 وجاء فى موضع آخر منها : " فمن صور طحن الحنطة وقصارة الثوب وخياطته، وضرب الطين لبناً، وذبح الشاة وشيها، ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات بل يردها مع أرش النقص ان نقصت القيمة " .
 وقال ابن قدامة : " وان غصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها ————
 وشواها، أو حديداً فعمله سكاكين وأوانى، أو خشبة فنجرها باباً أو تابوتاً، أو ثوباً فقطعه وخاطه . لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه ان نقص ولا شيء للغاصب فى زيادته فى الصحيح من المذهب " .

القول الثالث :

أن الغاصب لا يملك المال المغصوب بشيء من هذه التصرفات ويكفون الخيار بعدها للمالك بين أخذه وتضمين الغاصب النقص وبين تركه للغاصب ومطالبته بالبدل وهو قول فى مذهب الامام أحمد واختاره شيخ الاسلام ابن

-
- (١) نهاية المحتاج (١٨٢/٥)، مغنى المحتاج (٢٩١/٢)، المهذب (٤٨٧/١) .
 (٢) الانصاف (١٥٠/٦)، كشاف القناع (٩٦/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٦/٢) ،
 المبدع (١٦١/٥)، المحرر (٣٦١/١) .
 (٣) المحلى (٥٧٧/٨) .
 (٤) (٣٢/٥) .
 (٥) المرجع نفسه (٤٦/٥) .
 (٦) المغنى (١٩٦/٥) .

تيمية وقال : انه أعدل الأقوال وأقواها .^(١)

الأدلة والمناقشة والترجيح :

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بالأثر والنظر :

أما الأثر : فما رواه أبو داود عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة . السى أن قال : فلما رجع استقبله داعى امرأة فجاء وجيء بالطعام فَوَفَّعَ يده ثم وَفَّعَ القوم فأكلوا فنظر آباؤنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلك لقمعة فى فمه ثم قال : " أجد لحم شاة أُخِذَتْ بغير اذن أهلها فأرسلت المرأة قالت يارسول الله : انى أَرَسَلْتُ الى البقيع يُشْتَرَى لى شاة فلم أجد فأرسلت الى جار لى قد اشترى شاة أن أرسل الي بها بشمنها فلم يوجد فأرسلت الى امرأته فأرسلت الي بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطمعته الأسارى " .

قال الزيلعى :^(٣) " قال محمد بن الحسن : ولو كان هذا اللحم باقيا على ملك فالكه الأول لما أمر به النبى صلى الله عليه وسلم أن يُطْعَمَ للأسارى ولكن لما رآه خرج من ملك الأول وصار مضمونا على الذى أخذه أمر باطعامه لأن من ضمن شيئا فعصار له من وَجْهِ غَعَبٍ فان الأولى أن يتمدق به ولا يأكله وكذلك ربحه " .

وقال : " والمصنف استدل بالحديث على أن الغاصب يملك العيينة المغصوبة اذا غيرها تغييرا يخرجها عن أصلها ووجه الحجة أن ملك صاحبها زال عنها بذلك ولولا ذلك لكان يأمر بردها " .^(٤)

(١) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٥٦٢/٢٠) ، المبدع (١٦١/٥) .

(٢) سنن أبى داود (٦٢٧/٣ - ٦٢٨) كتاب البيوع باب (٣) ، والدارقطنى (٢٨٥/٤ - ٢٨٦) باب الصيد والذبائح والأطعمة ، والامام أحمد بغير هذا اللفظ من طريق حماد عن حميد عن أبى المتوكل عن جابر . انظر المسند (٣٥١/٣) .

(٣) نصب الراية (١٦٩/٤) .

(٤) المرجع نفسه . وراجع الهداية مع نتائج الأفكار (٣٣٤/٩) .

وقد ناقش ابن حزم الاستدلال بهذا الحديث بقوله : " وهذا الخبر لا يصح ولو صح لكان أعظم حجة عليهم لأنه خلاف لقولهم إذ فيه أنه عليه السلام لم يبق ذلك اللحم في ملك التي أخذتها بغير إذن ربها وهم يقولون انه للغاصب حلال . وهذا الخبر فيه : أنه لم يأخذ رأيها فمن ذلك فصح أنه ليس لها فهو حجة عليهم " (١) .

لكن يؤخذ على ابن حزم أنه لم يذكر العلة في عدم صحة هذا الحديث ولعله يريد أنه جاء من طريق عاصم بن كليب فقد قال على بن المديني : لا يحتج به إذا انفرد . أو ان الصحابي مجهول ولكن هذا لا يقدح في الحديث فقد أخرجه أبو داود وسكت عنه وتابعه المنذرى على ذلك في المختصر . وأما عاصم بن كليب فقد قال الشوكاني : " قال الامام أحمد لأبأس به وقال أبو حاتم الرازي صالح وقد أخرج له مسلم " وقال عن جهالة الصحابي : " وأما جهالة الرجل الصحابي فغير قاذحة لما قررناه غير مرة من أن مجهول الصحابة مقبول لأن عموم الأدلة القاضية بأنهم خير الخليقة من جميع الوجوه أقل أحوالها أن تثبت لهم بها هذه المزية أعنى قبول مجاهيلهم لاندراجهم تحت عمومها ومن تولى اللبس ورسوله تعديله فالواجب حمله على العدالة حتى ينكشف خلافها ولا انكشاف في المجهول " .

وقال الزيلعي : " ورواه أحمد في مسنده حدثنا معاوية بن عمر حدثنا أبو اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلا من الأنصار وهذا سند الصحيح الآن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرج له في الصحيح وخرج له البخاري في جزئه في رفع اليدين وقال فيه ابن سعد ثقة وذكره ابن حبان في الثقات " .

-
- (١) المحلي (٥٧٨/٨) .
 - (٢) نيل الأوطار (٨٢/٧) .
 - (٣) سنن أبي داود (٦٢٨/٣) .
 - (٤) مختصر وتهذيب سنن أبي داود (٨/٥) .
 - (٥) نيل الأوطار (٨٢/٧) .
 - (٦) نصب الراية (١٦٨/٤) .

(١) وقد عارض ابن حجر رحمه الله هذا الحديث بحديث رواه الدارقطني عن عمرو بن يثربى : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بمعنى فسمعتة صلى الله عليه وسلم يقول : " لا يحل لامرأة من مال أخيه شيء الا ما طابت به نفسه فقلت ان لَقِيْتُ غنم ابن عم لى فأخذت منها شاة فاجتزرتها أعلى فى ذلك شيء قال صلى الله عليه وسلم ان لقيتها تحمل شفرة وازنادا فلا تمسها " .

والذى أراه أن هذا لا يعارض الحديث الذى استدل به أصحاب القول الأول لأن هذا الحديث وارد فى حكم أخذ مال المسلم بغير اذنه ابتداءً وهذا لاخلاف بين العلماء فى حرمة بدليل هذا الحديث وغيره كثير. لكن الخلاف فيما اذا ارتكب المحرم وغصب مال المسلم فهنا يقول أصحاب القول الأول ان حديث عامر بن كليب يدل على الحكم .

غير أن فى دلالة حديث عامر بن كليب على محل الخلاف نظر . حيث أن تعرف المرأة التى أطعمت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس من قبيل الغصب فهى لم تستولى على الشاة قهرا على أصحابها بل أخذتها بـإذن زوجة صاحب المال ورضاها وغاية ما يمكن أن يقال فى هذه المسألة ان هذا تجرى عليه أحكام الفضولى لا الغاصب لأن هذه المرأة قد اشترت الشاة وأخبرت أنها ستدفع فيها قيمتها جاء فى عون المعبود : " فظهر أن الشراء غير صحيح لأن اذن زوجته ورضاها غير صحيح وهو يقارب بيع الفضولى المتوقف على اجازة صاحبه وعلى كل حال فالشبهة قوية والمباشرة غير مرضية " .

وأما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطعم الأسارى فقد جاء تعليلا ذلك فى عون المعبود فقال : " قال الطيبى : وهم كفار وذلك أنه لم يوجد صاحب الشاة ليستحلوا منه وكان الطعام فى صدق الفساد ولم يكن

(١) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (٢٠١/٢) .
 (٢) سنن الدارقطني (٢٦/٣) كتاب البيوع قال الزيلعى واسناده جيد انظر
 نسب الراية (١٦٩/٤)، وقال ابن حجر أيضا اسناده جيد انظر
 الدراية (٢٠١/٢) .

(٣) (١٨١/٩) .

بُدُّ من اطعام هؤلاء فأمر باطعامهم" (١) .

وأما النظر :

(١) أن الغاصب أحدث صنعة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقامد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه . ولذا ترجح على الأصل الذى هو فائت من كل وجه فيسقط حـق المالك فى استرداده ويتقرر البديل مراعاة لما أحدث الغاصب من صنع فانه وان ظلم لا يظلم .

(٢) أن فعل الغاصب فى هذه المواضع وقع استهلاكاً للمغصوب اما صورة ومعنى أو معنى لامورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولا يـسـتـرداد الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدلوا بما يأتى :

(١) أن عين المال المغصوب قائمة فلزم ردها الى مالكها كما لو ذبح الشاة ولم يشوها .

(٢) أنه لو فعله بملكه لم يزل عنه ملكه فاذا فعله بملك غيره لم يزل عنه بالأولى كما لو ذبح الشاة .

(٣) أن ذلك لا يزيل الملك اذا وقع بفعل غير الأدمى فلم يزله اذا فعله الأدمى .

(٤) أن القول بذلك فيه فتح باب للظلمة الذى لا يخافون الله ولا يرعون حرمة أموال المسلمين (٢) .

وبعد عرض أقوال الفقهاء يظهر لى والله أعلم رجحان ما ذهب اليه أصحاب القول الثالث من أن الغاصب لا يملك المغصوب بشئ من هذه التعريفات

(١) عون المعبود (٩/١٨١) .

(٢) المحلى (٨/٥٧٧) .

والخيار بعد ذلك للمالك . لأن في جعل الخيار للمالك مراعاة لحقه من كل وجه فإن المال المغموب قد يكون نادر الوجود أوله مكانة خاصة عند المالك فيفضل المالك استبقائه لنفسه على الرغم مما أُحْدِثَ فيه من تغيير فإذا جعلنا له حق استرداده نكون قد راعينا حقه في ذلك وللمن نَفَرَهُ .

وقد يكون ما أُحْدِثَ في المال المغموب قد فوت مقصود المالك منهُ بحيث لو استرده لم ينتفع به الانتفاع المقصود بالملك فإذا جعلنا له الخيار في ابقائه عند الغاصب وتخريمه بدله نكون أيضا قد رفعنا عنسه ضرا ألحقه به الغاصب أما الغاصب فليس له حق يستوجب المراعاة لأنهُ ظالم والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : " ليس لعرق اظالم حق " (١) .

(١) سبق تخريجه (ص ٥٠٠) .

المطلب الثانى : تلف المال فى يد الغاصب تلفا جزئيا

إذا طرأ على العين المغموبة فى يد الغاصب نقص فقد اختلف قول الفقهاء فى مدى ضمانها وكيفيةه على ثلاثة مذاهب :

أولا : المذهب الحنفى .

اشتراط الحنفية لتضمين الغاصب نقص المغموب؛ العجز عن الانتفاع به على طريق الدوام فلو زال العيب الحادث فى العين المغموبة كالبياض فى العين أو الحمى أو العرج ونحو ذلك فلا ضمان على الغاصب وان كان المالك قد أخذ منه أرش النقصان بسبب هذا العيب لزمه أن يرده اليه لأنه تبيين أن ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع به على طريق الدوام (١) .

بناء على ذلك : إذا تحقق هذا الشرط فإنه يلزم الغاصب الضمان بسبب النقص لأن هلاك كل المغموب مضمون فهلاك بعضه مضمون أيضا بقدره لأن ضمان الغصب لجبر الفأث فيتقدر بقدر الفوات .

الآن فقهاء الحنفية قد فرقوا بين ما إذا كان المال المغموب الذى حصل به نقص من الأموال الربوية أو من غيرها .

(١) فإن كان من الأموال الربوية فحمل به نقص فى يد الغاصب فهذا لا يخلو من احدى حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون نقصان وصف :

ففى هذه الحالة ليس للمغموب منه أن يأخذ هذا المال ويضمَّن الغاصب قيمة النقصان لأنه يؤدي الى الربا وسواء كان هذا النقص بصنعة أو بغير صنعة .

(١) بدائع المنائع (٤٤٣٢/٩) .

(٢) الهداية ونتائج الأفكار (٣٢٧/٩، ٣٤١)، تبیین الحقائق (٢٢٥/٥)، المبسوط

(١١/٨٦، ٨٨)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١٩٣/٦ - ١٩٤) .

لكن يكون المغضوب منه بالخيار بين أخذ المال ناقصا من غير
 أرش وبين أن يتركه للغاصب ويضمّنه مثل ماغصب .
 يوضح ذلك : غصب حنطة فعفنت في يده أو ابتلت أو صب عليها الماء
 فانتقصت قيمتها . فصاحبها بالخيار بين أخذها بعينها معيبة ولاشئ
 له . وبين تركها للغاصب ومطالبته بالمثل لأنها مثلية يقول الكاساني
 "وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا في يده ، أو لبنا أو حليبيا
 فصار مخيفا، أو عنبا فصار زبيبا، أو رطبا فصار تمرا، أن المغضوب منه
 بالخيار ان شاء أخذ ذلك الشئ بعينه ولاشئ له غيره لأن هذه من أموال
 الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة . . . وان شاء تركه على
 الغاصب وضمّنه مثل ماغصب " . وقال : " وكذلك هذا الحكم في كل مكيل
 وموزون اذا نقص من وصفه لامن الكيل والوزن " (١)

(الحالة الثانية) أن يكون نقصان قدر . وفي هذه الحالة للمغضوب
 منه أن يأخذ الباقي بعد التلف ويطالب الغاصب بمثل القدر الفائت .
 (٢)
 ان لم يكن المغضوب من أموال الربا فان للمغضوب منه أن يضمّنه
 النقصان اذا فات جزء من العين المغصوبة أو فاتت صفة مرغوب فيها
 منها ، يقول الكاساني : "وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من
 المغضوب في يد الغاصب بأفة سماوية أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل
 أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر أنه يأخذ
 المولى ويضمّنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة
 مرغوب فيها " .

الا أن الحنفية قد جعلوا الخيار للمغضوب منه اذا كان النقصان
 فاحشا بين أن يأخذ العين المغصوبة ناقصة مع أرش النقص وبين أن يتركها
 للغاصب ويضمّنه القيمة لأن النقص الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٤٣) .

(٢) راجع في ذلك نتائج الأفكار (٩/٣٢٨) .

(٣) بدائع الصنائع (٩/٤٤٣٢) .

وَحَدَّ الْفَاحِشُ ذَكَرَهُ الْمَرْغِينَانِيُّ بِقَوْلِهِ : " وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْفَاحِشَ مَا يَفُوتُ بِهِ
بَعْضَ الْعَيْنِ وَجِنْسَ الْمَنْفَعَةِ وَيَبْقَى بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ وَالْيَسِيرُ
مَا لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَنْفَعَةِ وَأَمَّا يَدْخُلُ فِيهِ النِّقْمَانُ لِأَنَّ مُحَمَّدًا جَعَلَ فِي
الْأَصْلِ قَطْعَ الثُّوبِ نِقْمَانًا فَاحِشًا وَالْفَاعَتْ بِهِ بَعْضَ الْمَنَافِعِ ^(١) .
قَالَ الْبَابِرِيُّ : ^(٢) " وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ خَرَقَ ثُوبًا غَيْرَهُ خَرَقًا يَسِيرًا
فَمِنْ نِقْمَانِهِ وَالثُّوبُ لِمَالِكِهِ لِأَنَّ الْعَيْنَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَأَمَّا دَخَلَ
عَيْبٌ فِيهِمْ ، وَإِنْ خَرَقَهُ خَرَقًا كَبِيرًا فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَضْمَنَهُ جَمِيعَ قِيَمَتِهِ وَيَتْرَكَ
الثُّوبَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فَانَّهُ قَبْلَ الْقَطْعِ كَانَ صَالِحًا لِاتِّخَاذِ
الْقَبَاءِ وَالْقَمِيصِ وَبَعْدَهُ لَمْ يَبْقَ ذَلِكَ فَكَانَ مُسْتَهْلَكًا مِنْ وَجْهِ " .
وَقَدْ نَبَّهَ الْحَنْفِيَّةُ عَلَى طَرِيقَةِ مَعْرِفَةِ النِّقْمَانِ وَهِيَ أَنَّ يَقُومَ الْمَغْصُوبُ
صَحِيحًا ثُمَّ يَقُومُ بِهِ الْعَيْبُ فَيَجِبُ قَدْرُ مَا بَيْنَهُمَا وَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ
النِّقْمَانِ إِلَّا بِهَذَا الطَّرِيقِ ^(٣) .

ثانيا : المذهب المالكي .

يفرق المالكية بين من يستولى على العين لذاتها فهذا يطلقون عليه
غاصبا . وبين من يستولى على العين لاستيفاء منافعها فقط وهذا
لا يسمونه غاصبا بل متعديا وان كانوا يعبرون عنه أحيانا بالغاصب كما
فعل خليل فقال : " أو غصب منفعة " ^(٤) .
الآن في هذا التعبير تسامحا كما قال الدسوقي معلقا على قول
خليل السابق : " تعبيره بغصب فيه مسامحة لأن هذا تعدد " ^(٥) .
بناء على ذلك : فقد قال المالكية : ^(٦)

- (١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٢/٩)، وراجع العناية شرح الهداية (٣٤٢/٩).
- (٢) العناية شرح الهداية (٣٤٢/٩)، وراجع المبسوط (٨٦/١١).
- (٣) بدائع الصنائع (٤٤٤٣/٩).
- (٤) المختصر مع الشرح الكبير (٤٥٢/٣).
- (٥) حاشية الدسوقي (٤٥٢/٣).
- (٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٥٣/٣ - ٤٥٩، ٤٥٤ - ٤٦٠)، الفروق (٣٠/٤) وما بعدها، تهذيب الفروق (٦٢/٤)، البهجة شرح التحفة (٣٤٦/٢)، الرسالة وحاشية العدوى عليها (٢٦٠/٢ - ٢٦١)، الفواكه الدوانسي (٢٤٤/٢)، المدونة (٣٥٤، ٣٤٦، ٣٤١/٥).

(١) اذا استولى على العين لذاتها ثم نقتت فى يده :
(أ) فان كان بسبب سماوى فالمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ العيب
المغصوبة معيبة ولاشء له فى مقابل النقص وبين أن يتركه
للغائب ويضمنه قيمتها يوم الغصب وسواء فى ذلك كان العيب قليلا
أو كثيرا .

(١)
قال الدسوقى : "قوله : " وان قلَّ " أى هذا اذا كان العيب كثيرا
كالعمى والعمور بل وان قلَّ فلا فرق بين القليل والكثير كما حققه
التلمسانى فى شرح تفريع ابن الجلاب خلافا لنقل المواق عن التفريع
التفرقة بين القليل فلا يضمنه الغاصب والكثير فيضمنه وكذا نسب اللخمى
هذا التفصيل لتفريع ابن الجلاب ، قال التلمسانى ما أدرى من أين أخذ
اللخمى هذا التفصيل من التفريع مع أن كلامه مطلق حيث قال : فان نقتت
قيمته بعيب حدث به فربه بالخيار . نعم ذلك التفصيل موجود فى كتاب
محمد " .

(ب) وان كان النقص حصل فى المغصوب بجناية :
فان كان بجناية الغاصب يخير المغصوب منه بين أخذ قيمته يــــوم
الغصب وبين أخذ العين المغصوبة معيبة مع أرش النقص .
وان كان بجناية أجنبى يخير المغصوب منه أيضا بين أخذ قيمته من
الغاصب فيتبع الغاصب الجانى بالأرش . وبين أخذ العين المغصوبة معيبة
مع أرش النقص من الجانى لا الغاصب .

(٢) أما اذا استولى على العين لالقمذ ذاتها بل لمنفعتها بأن يقصد
استيفاء المنفعة دون تملك الذات ثم نقتت فى يده :

(أ) فان كان النقص بسماوى فليس للمغصوب منه الا أن يأخذ العين معيبة
دون أرش النقص لأن الغصب انما وقع على المنفعة دون الذات .

(ب) وان كان النقص حصل فى الذات بجناية فهنا يفرق المالكية بين العيب
اليسير والكثير : قالوا : فان كان العيب كثيرا فللمالك المغصوب

منه أخذها مع أرش النقص أو تركها وأخذ قيمتها يوم التعدي عليها .

وان كان يسيرا فليس للمالك المغضوب منه الاأخذها مع أرش النقص فقط وليس له الترك وأخذ القيمة وهذا بخلاف غاصب الذات فان غاصب الذات وان كان النقص يسيرا فان لصاحب العين المغضوبه أخذ القيمة ان شاء كما أسلفنا .

وقد وضع المالكية ضابطا يعرف به العيب الكثير من القليل وهو: "كل مايفوت المقصود من الذات فهو عيب كثير ولو كان فى الظاهر يسيرا ومالايفوت المقصود فهو يسير" .

ومثال مايفوت المقصود وهو يسير فى الظاهر : ما اذا قطع ذنب دابة من شأنها أن تكون لدى الهيات سواء كان صاحبها ذا هيئـة أم لا . فإن قطع ذنبها مفوت للمقصود وهو التجمل بها بخلاف قطع شعرات منها فانها لاتفوت المقصود عادة فيكون يسيرا .

ومما يفوت المقصود أيضا : أن يقطع لبن شاة أو بقرة هو المقصود الأعظم منها، أو يقع يدي العبد، أو يقلع عينيه، فهذا يعتبر عيبا كثيرا يثبت للمالك الخيار لأنه مفيت للمقصود أما ان كان لايقعد من الشاة أو البقرة اللبن مثلا وانما هو بعض منافعها وينتفع منها بما هو أعظم من ذلك فان هذا عيب يسير ليس للمالك الاأخذ وأرش النقص فقط .

ولما كان غاصب الذات يضمن السماوى وغاصب المنفعة لا يضمن السماوى فانه اذا حصل تنازع بين الغاصب والمغضوب فى ذلك فادعى الغاصب أنه قد استولى على الذات لاستيفاء منافعها وأن مقصوده المنافع فقط وليس له غرض فى تملك الذات من أجل أن يسقط عنه ضمان السماوى والمغضوب منه يدعى أنه غاصب للذات ليضمنه السماوى فالقاعدة عند المالكية اذا لم تكن هناك قرينة ترجح صدق أحدهما فيؤخذ بقول المدعى عليه ، حيث " أن كل ما لا يعلم من الأمور القلبية الايقول مدعيه يصدق فيه" (١)

(١) البهجة شرح التحفة (٣٤٤/٢) .

ثالثا : مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية .
(١) (٢) (٣)

أن كل عين مغموبة فثمان نقصها على الغاصب كثوب تخرق واناء تكسر
وطعام سوس وبناء خرب ونحو ذلك فانه يجب عليه ردها مع أرش نقصها
لأن القصد من الثمان جبر حق المالك بايجاب قدر المفوت عليه على من
فوته بغير حق وقدر النقص هو الجابر . ولأنه لوفات الجميع لوجبست
قيمتها كاملة فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة وهذا عام فسي
جميع الأعيان .

وسواء كان النقصان نقصان قدر أو وصف وسواء كان يسيرا أو كثيرا
كان مفوتا للمقصود من العين أو غير مفوت والغابط في ذلك كما ذكره
ابن قدامة : " أن العبرة في الاتلاف في المجنى عليه لا بغرض صاحبه لأن هذا
ان لم يملح لهذا صلح لغيره " .

وقد استثنى الشافعية والحنابلة ما اذا نقصت العين المغموبة
نقصا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وطلبها مالكيها قبل بلوغها السى
حالة يعلم فيها قدر أرش نقصها :

فقال الشافعية في أظهار الأقوال : يجعل كالمالك ويغرم بدل كـ
المغسوب من مثل أو قيمة وقد رجح الرافعي هذا القول حكي ذلك النووي .
(٥) (٦)

-
- (١) الأم (٢١٨/٣)، روضة الطالبين (٣٢/٥)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج
(٢٨٦/٢)، وما بعدها، المذهب (٤٨٤/١ - ٤٨٥) .
- (٢) المغنى (١٨٤/٥)، كشاف القناع (٩٩/٤) وما بعدها، شرح منتهى
الارادات (٤٠٧/٢)، المبدع (١٦٣/٥) .
- (٣) المحلى (٥٧٧/٨) .
- (٤) المغنى (١٨٤/٥) .
- (٥) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٨٨/٢)، نهاية المحتاج (١٧٥/٥) ،
المذهب (٤٨٥/١)، من أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٥٠/٢) .
- (٦) روضة الطالبين (٣٣/٥) .

(١)
وقال الحنابلة في أحد الوجوه : يخير المالك بين أخذ مثلها من مال غاصب وبين تركه بيد الغاصب حتى يستقر فسادها فيأخذها ويأخذ أرش نقصها لأنه لا يجب له المثل ابتداءً لوجود عين ماله . ولا أرش العيب لأنه لا يمكنه معرفته ولا ضبطه حينئذ . وحيث كان كذلك صارت الخيرة الى المالك لأنه اذا رضى بالتأخير سقط حقه من التعجيل فيأخذ العين عند استقـرار فسادها لأنها ملكه ويأخذ من الغاصب أرش نقصها لأنه حمل تحت يده العادية أشبه تلف جزء من المغصوب .

(٢)
وهذا الوجه ذكر ابن قدامة : أنه قول أبي الخطاب وقال لا بأس به واختار الوجه الفائل بأن له أرش النقص من غير تخيير .
الا أن الوجه الذي ذكرناه هو الذي اتفق على اخراجه والقول به صاحب الاقناع والمنتهى من متأخري الحنابلة فيكون هو المذهب عند المتأخرين .

وقد نبه الحنابلة على أن الضمان يجب على الغاصب بمجرد حصول النقص لكن لا يتقرر عليه الا برده لمأخذه ناقصا بحيث لو زال العيب الذي أحدث ناقصا قبل رده الى صاحبه فلا ضمان عليه .

قالوا : فان رد المغصوب ناقصا ثم زال العيب في يد المالك لم يلزم المالك رد ما أخذ من أرش لأنه استقر ضمانه برد المغصوب وبناء عليه اذا أخذ المالك المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ الأرش لم يسقط ضمانه لذلك .
(٣)

-
- (١) كشف القناع (١٠١/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٩/٢)، الانصاف (١٥٨/٦) ،
المبدع (١٦٧/٥) .
(٢) المغنى (١٨٨/٥) .
(٣) الانصاف (١٥٦/٦)، كشف القناع (١٠٠/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٨/٢) ،
المغنى (١٩٣/٥ - ١٩٤) .

المطلب الثالث : فى تلف المنافع فى يد الغاصب

إذا رد الغاصب العين المغصوبة الى المالك وكانت من ذوات المنافع المتقومة وكان الغاصب قد حال بينها وبين مالكةا مدة يمكنه أن ينتفع بالعين المغصوبة فى هذه المدة فهل يلزم الغاصب ضمان المنفعة التى فاتت على المالك مدة غصبه للعين أو لا ؟
اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

(١)
ذهب الحنفية الى أن الغاصب لا يضمن منافع العين المغصوبة سواء استوفاه الغاصب أو عطلها بناء على أن المنافع ليست بأموال متقومة كما سبق بحثه .

القول الثانى :

(٢) (٣) (٤)
ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية الى أن على الغاصب ضمان منفعة العين المغصوبة سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت فى يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان .
وقد اشترط الشافعية والحنابلة حتى تكون المنافع مضمونة أن تكون العين مما توجب عادة ولمثلها كراء فان كانت مما لم تجر العادة بإجارته لكونه مما لا منفعة فيه توجب عادة كغنم وشجر وطيور فإنه لا يلزم

-
- (١) بدائع الصنائع (٤٤٠٩/٩)، المبسوط (٧٨/١١)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٥٤/٩)، الدر المختار ورد المختار عليه (٢٠٦/٦)، تبیین الحقائق (٢٣٤ - ٢٣٣/٥)، روضة القضاة المجلد الثانى (ص ١٢٦٢) .
(٢) الأم (٢٢٢/٣)، نهاية المحتاج (١٧٠/٥)، مغنى المحتاج (٢٨٦/٢)، روضة الطالبين (١٣/٥)، المهذب (٤٨٣/١)، تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٧) .
(٣) كشف القناع (١٢٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٤٢١/٢)، المحرر (٣٦٠/١)، المبدع (١٨٥/٥)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٢)، المغنى (١٨٣/٥) .
(٤) المحلى (٥٧٣/٨) .

(١)
الغاصب أجرة منافعه لأن منافعه غير متقومة ، جاء في الاقناع وشرحه :
"ومالاتمح اجارته أى لم تجر العادة باجارته كغنم وشجر وطير ونحوه مما
لامنفعة له تؤجر عادة لم يلزمه أى الغاصب له أجره لأن منافعه غير
متقومة ولا يرد عليه صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشور
الشياب لندرة ذلك " .

(٢)
وجاء فى الأم : "واذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها أو لم
يستغلها ولمثلها غلة أو دار فسكنها أو أكرها أو لم يسكنها ولم يكرها
ولمثلها كراء أو شيئا ما كان مما له غلة استغله أو لم يستغله انتفع به
أو لم ينتفع به فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى يرده " .

القول الثالث :

ذهب المالكية الى التفصيل فى ذلك .

ذكرنا أثناء عرضنا لقول المالكية فى ضمان الغاصب نقص المغموب
أن المالكية يفرقون بين غصب الذات وغصب المنفعة فى الأحكام وقصد
ساروا على ذلك أيضا فى أحكام تضمين الغاصب منفعة العين المغموبة
فقالوا :

(١) إِنْ غَصَبَ الذَّاتَ بِقَمَدٍ اسْتِيفَاءَ مَنَافِعِهَا فَفَقَطَ دُونَ تَمَلُّكِ الذَّاتِ فَانَّهُ
يُضْمِنُهَا سِوَاهَا اسْتِعْمَلَهَا وَاسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ لَمْ يَسْتَوْفِ الْمَنَافِعَ
وَعَظَّمَهَا جَاءَ فِي مَخْتَصَرِ خَلِيلٍ وَشَرَحَهُ : " وَضَمَّنَ الْمَتَعِدَى مَنَفْعَةَ غَيْرِهَا
أَي مَنَفْعَةَ غَيْرِ الْبُقْعِ وَالْحَرِّ بِالْقَوَاتِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْمَلْ وَيَسْتَقِلْ كَالدَّارِ
يَغْلِقُهَا وَالدَّابَّةَ يَحْبِسُهَا وَالْعَبْدَ وَنَحْوَهُ لَا يَسْتَعْمَلُهُ وَهَذَا فِي التَّعَدَى
عَلَى الْمَنَفْعَةِ " .

قال الدسوقي : " وغاصب المنفعة لا يضمن الذات اذا تلفت بسمواوى

(١) كشف القناع (١٢٣/٤) .

(٢) (٢٢٢/٣) .

(٣) الشرح الكبير (٤٥٥/٣) ، وراجع البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢) ، حاشية

العدوى على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢٦١/٢ - ٢٦٣) .

ويضمن المنفعة التي قعد غصبها بمجرد فواتها على ربها وان لم

يستعمل الاغاصب الحر والبغع فانه انما يضمن فيهما بالاستيفاء^(١).

(٢) ان غصب العين لذاتها بقعد تملكها فانه في هذه الحالة لا يضمن

المنافع الا اذا استعملها يقول الدردير^(٢): "واحترز بمستعمل

عما اذا عطل كدارغلقها وأرض بورها ودابة حبسها فلاشء عليه

ولا يخالف فيما يأتى "ومنفعة الحر والبغع بالتفويت وغيرهم

بالفوات لأنه في غصب المنفعة وما هنا في غصب الذات فاذا غصب أرضا

وبورها فان قعد غصب الذات فلا كراء عليه وان قعد غصب المنفعة

لزمه كراء مثلها".

بل ان مذهب المدونة التفريق في غصب الذات بين العقار من

دور ورباع وبين الحيوان فيضمن منافع العقار اذا استعمله بالسكن

أو الزرع ونحو ذلك ولا يضمن منافع الحيوان حتى لو استعمله والفرق بينهما

ان كراء استعمال الحيوان يسقط مقابل النفقة عليه اذ ليس للغاصب

ان يأخذ من المالك نفقة الحيوان مدة بقائه عنده وهذا بخلاف الدور

فان الغاصب لو أنفق فيها بعض المال مثل ان يحدث فيها شيئا فان له

ان يأخذ ما أحدث اذا ردها الى مالكها فاذا أخذ ما أحدث لم يبق مقابل

الاستعمال ما يسقط الكراء فلذلك لزمه . جاء في المدونة^(٤): "قلت أرايت

الأرض والدور أليس قد قال مالك في الأرض اذا اغتصبها رجل فزرعها أن عليه

كراءها ويردها قال نعم . قلت والدور عند مالك بتلك المنزلة قال نعم

اذا سكنها الذى اغتصبها فعليه كراء ما سكن . قلت : فالدابة اذا سرقها

فركبها لم قلت لا كراء عليه فيها في قول مالك فما فرق ما بين الدابة

وبين الدور والأرضين؟ قال : كذلك سمعت من مالك . لأن الدابة لو

أن رجلا سرقها فحبسها حيناً فأنفق عليها وكبرت الدابة - والجارية

(١) حاشية الدسوقي (٤٥٥/٣) .

(٢) الشرح الكبير (٤٤٨/٣)، وراجع البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢)، حاشية

العدوى على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢٦٣/٢) .

(٣) المدونة (٣٥٦/٥) .

(٤) (٣٥٩/٥) .

والغلام بهذه المنزلة - فاستحقهم صاحبهم أنه يأخذهم بزيادتهم ولانفقتة
لمن أنفق عليهم في طعامهم ولاكسوتهم ولاعلوفة الدواب . وأن الدور لـ
أحدث فيها عملا والأرض ثم جاء صاحبها فاستحقها أخذ الغاصب ماكان لـه
فيها" .

وقد ذكر الدردبير أن بعض شراح مختصر خليل قد حملوا لفظ خليل ليتفق
مع مذهب المدونة الآنف الذكر ورجحوا ذلك . لكنه لم يرتض هذا فقال :
"وله غلة مغموب مستعمل رُجَّحَ حمله على العقار من دور ورباع وأرض سكنها
أو زرعها أو كَرَّأها دون الحيوان المستعمل الذى نشأ عن استعمال غلته
ككراء الدابة أو العبد أو استعمالهما لأنه مذهب المدونة فيضمن فى
العقار اذا استعمل والا فلا ولايضمن فى الحيوان الا ماشأ من غير استعمال
كلبن وصف والأرجح حمله على ظاهره من العموم وظاهر قوله وغلته
مستعمل" .^(١)

قال الدسوقي :^(٢) "حاصل هذا الذى رجحه بعض الشراح أن المغموب
ان كان عقارا واستعمله الغاصب كانت غلته لربه فيلزمه أجرته ان سكن
فيه أو أسكنه لغيره ويلزمه أن يرد ثمر النخل الذى أشمر عنده وان كان
حيوانا فان كانت غلته ليست ناشئة عن تحريك الغاصب كاللبن والصفوف
ففي لربه وان كانت ناشئة عن تحريك كالركوب والخدمة فهي للغاصب فلا
يلزمه أجره الركوب ولا استعمال الدابة فى حرث أو درس ونحو ذلك " .

فالراجح اذاً عند المالكية عدم التفريق فى غصب الذات بين العقار
كالدور والأرضين وبين الحيوانات خلافا لمذهب المدونة حيث فرق بينهما
قال الدسوقي :^(٣) "قوله والأرجح حمله على ظاهره من العموم . أى أن غلة
المغموب ذاته الذى استعمله الغاصب للمغموب منه سواء كان المغموب عقارا
أو حيوانا كانت غلة الحيوان ناشئة عن تحريك الغاصب أولا . قال

(١) الشرح الكبير (٤٤٨/٣)، وراجع الشرح المغير على أقرب المسالك
• (٢١٤/٢)
(٢) حاشية الدسوقي (٤٤٨/٣) .
(٣) المرجع نفسه . وراجع حاشية العاوى على الشرح المغير (٢١٤/٢) .

ابن عاشر وحمل كلام المصنف على هذا هو الظاهر... قال في التوفيق وهذا ما صرح به المازري وشهره صاحب المعين وابن الحاجب وقال ابن عبد السلام هو الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين وقال ابن عاشر هـ المشهور" .

إذا فمن غصب عينا سواء كانت عقارا أو حيوانا فاستعمله أو مكَّـن غيره من استعماله فعليه الكراء لربه مدة الاستعمال فان لم يقع ذلك منه فلا كراء عليه وهذا اذا قصد غصب الذات أما اذا قصد غصب المنفعة وحدها فيلزمه الكراء استعمال أو لم يستعمل .

الأأن المالكية قد نبهوا على أن من غصب عينا لا يمكن استعمالها الا باصلاحها أو ترميمها كالدار الخربة والمركب الخرب فأصلحه واستعمله فان الأجرة تقوم بما يوافق به لمن يصلحه فيقال كم أجرته لمن يأخذه خربا ويصلحه ويستعمله لمدة عام؟ فما قيل لزم الغاصب وهذا هو المعتمد جاء في مختصر خليل وشرحه : "كمركب بفتح الميم والكاف نخر بكسر الخاء المعجمة أى بال يحتاج لاصلاح، غصبة أو اختلسه فرمه وأصلحه واستعمله فينظر فيما كان يوافق به لمن يصلحه فيخرمه الغاصب والزائد للغاصب بأن يقال كم تساوى أجرته نخرأ لمن يعمره ويستغله ؟ فما قيل لزم الغاصب " .

وهذا ينطبق على كل شيء لا ينتفع به الا بعد اصلاحه أما ما يمكن الانتفاع به فى حالته الراهنة فانه يقوم بما يوافق به فى ذاته وقد استدرك الدسوقي ذلك على الدردير فقال : " قوله بما يوافق به لمن يصلحه . هذا بالنظر للربح الخرب فهو كالمركب النخر الآتية فى كونه يقوم بما يوافق به لمن يصلحه وأما الأرض البراج فانها تقوم بما توافق به فى ذاتها بقطع النظر عن كون الاجارة لمن يعمرها والفرق أن الأرض ينتفع بها براحا بدون بناء فيها وأما المركب والربح الخرب فانه انما ينتفع

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٤٩/٣) .

(٢) الشرح الكبير (٤٤٩/٣)، وراجع حاشية الصاوى على الشرح المغير (٢١٥/٢) .

(١)
• بهما بعد الاصلاح "

تحرير محل النزاع ومنشأ الخلاف :

بعد عرض أقوال الفقهاء تبين لنا أن مذهب المالكية قريب جدا من مذهب جمهور الفقهاء فهم يقولون بأن المنافع مضمونة الا في حالة واحدة وهي ما اذا غصب الذات بقصد تملك الرقبة ولم يستعملها ففي هذه الحالة لا يضمن المنافع الفائتة على المالك . أما اذا قصد الغاصب تملك الرقبة واستعملها فانه يضمن أو قصد بتعديده على الذات استيفاء منافعها فانه يضمن أيضا سواها استوفائها أو عطلها .

ومنشأ الخلاف بين المالكية وجمهور الفقهاء هو أن المالكية (٢) يفرقون بين غصب الذات وغصب المنفعة والجمهور لا يفرقون ذكره الشاطبي بقوله : "ومنها القاعدة المتقررة وهي أن الأعيان لا يملكها في الحقيقة الا باريها تعالى وانما للعبد منها المنافع ، واذا كان كذلك فهل القصد الى ملك الرقاب منصرف الى المنافع أم لا ؟

فان قلنا هو منصرف اليها إذ أعيان الرقاب لا منفعة فيها من حيث هي أعيان بل من حيث اشتغالها على المنافع المقصودة فهذا مقتضى قول من لم يفرق بين الغصب والتعدي في ضمان المنافع وان قلنا ليس بمنصرف فهو مقتضى التفرقة " .

أما الحالة التي خالف المالكية فيها جمهور الفقهاء فقد أنكرها الامام الشافعي رحمه الله وقال : " فأما أن يزعم زاعم أنه ان أخذ غلة أو سكن رَدَّ الغلة وقيمة السكنى وان لم يأخذها فلا شيء عليه فهذا خارج من كل قول لاهو جعل ذلك له بالضمان ولا هو جعل ذلك للمالك اذا كان المال مغموبا " (٣) .

(١) حاشية الدسوقي (٤٤٩/٣) .

(٢) الموافقات (١٠٧/٣) .

(٣) الأم (٢٢٢/٣) .

وانما الخلاف الحقيقي فانه قد وقع بين الحنفية من جهة وجمهور الفقهاء من جهة أخرى فالحنفية يقولون بعدم ضمان المنافع والجمهور يقولون بضمانها .

ومنشأ الخلاف بينهم هو اختلافهم فى مالية المنافع وهل هى أموال متقومة أم لا ؟ فالجمهور القائلون بأنها أموال قالوا بضمانها والحنفية الذاهبون الى أنها ليست بأموال قالوا بعدم الضمان . وقد بحثنا هذا الأمل فيما سبق وذكرنا أدلة القوليين مع المناقشة والترجيح فأغنى عن اعاتتها ههنا ، والله أعلم .

المطلب الرابع : فى تلف زوائد المغضوب الحادثة

اختلف الفقهاء فى زوائد المغضوب اذا تلفت فى يد الغاصب هل
يلزمه ضمانها أم لا على قولين :

القول الأول :

(١)
ذهب الحنفية الى أن زوائد المغضوب أمانة فى يد الغاصب لاتضمن
الابتعديه عليها كذبح ولد الدابة وأكله أو بيعه أو الامتناع عن
تسليمه لصاحبه بعد طلبه التسليم ونحو ذلك .

القول الثانى :

(٢) (٣) (٤) (٥)
ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية
الى أن زوائد المغضوب مضمونة على الغاصب فاذا تلفت فى يده فعليها
ضمانها لربها .

الآن الضمان عند المالكية ضمان تهمة لاضمان أصالة بمعنى أنه
لو قامت بينة على أن التلف بغير سببه فلا ضمان عليه . يقول التسولى :
"فان تلف الصوف أو الثمرة ولم تقم على التلف بينة فيغرم مكيلاً
الثمره ووزن الصوف ان عُلِمَا أو قيمتهما ان جهلا مع رد عين المغضوب
لربه وان قامت بينة على تلفهما بغير سببه فيرد المغضوب فقط ولا ضمان
عليه فيهما اتفاقا قاله ابن رشد" (٦) .

- (١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٨/٩)، نتائج الأفكار (٣١٧/٩)، بدائع
المنافع (٤٤٠٤/٩)، المبسوط (٥٧٠٥٤/١١) .
(٢) البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢)، بداية المجتهد (٢٩١/٢) .
(٣) روضة الطالبين (٢٧/٥)، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٤٠/٢) ،
المهذب (٤٨٦/١)، تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٣) .
(٤) كشاف القناع (١٠٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٤٠٩/٢ - ٤١٠)، المبدع
(١٦٨/٥)، المغنى (١٩٤/٥)، المحرر (٣٦٠/١ - ٣٦١) .
(٥) المحلى (٥٧٢/٨) .
(٦) البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢) .

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة هو تحقق الغصب في الزوائد الحادثة .
فالحنفية يقولون ان الزوائد الحادثة في يد الغاصب لا يصدق عليها
أنها مغموبة لأن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزييل
يد المالك ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها .
والجمهور يقولون ان الزوائد الحادثة في يد الغاصب مغموبة بغصب أصلها
لأنه بامسك الأصل غصباً أثبت يده على زوائده فتكون مغموبة تبعاً فيضمنها .
وقول الجمهور هذا هو أرجح القولين في نظري والله أعلم
لأن الغاصب حينما حال بين المالك وبين ملكه فقد ظلمه واعتدى عليه فاذا
تلف بيده فانه يتحمل نتيجة ظلمه وعدوانه يقول ابن حزم : " فان قالوا
ليس معتدياً لأنه لم يباشر غصب الولد وانما هو بمنزلة ريح ألقى ثوباً
في منزل الانسان . قلنا : هذا باطل لأن الذي رمت الریح الثوبَ في
منزله ليس متمكناً له ولو تملكه للزمه ضمانه وهذا المشتري أو الغاصب
متملك لكل ما تولد من غلة أو زيادة أو نتاج أو ثمرة حائل بينه وبين
صاحبه الذي افترض الله تعالى رده اليه وحرم عليه امسأكه عنه فهو معتد
بذلك يقينا فعليه أن يعْتدي عليه بمثل ما اعتدى ^(١) .

المطلب الخامس : تلف العقار بيد الغاصب

لاخلاف بين الفقهاء في أن من أتلف عقارا لزمه ضمانه سواء كان المتلف هو الغاصب أو غيره لكن الخلاف حصل فيمن غصب عقارا فتلف بيده بأفة سماوية فهل يلزمه ضمانه أو لا ؟
الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

(١) ذهب الامام أبو حنيفة وأبو يوسف الى أن من استولى على عقار غيره فتلف بيده من غير فعله فلا ضمان عليه .
وحجتهم في ذلك أن العقار لا يتمور فيه الغصب لأن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهو النقل والتحويل وهذا لا يتمور في العقار لأن يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيسه لافي العقار فمار كما اذا أبعد المالك عن المواشي .
(٢) قال ابن عابدين : " المتون والفتوى على قول الامام من أن الغصب لا يتحقق في العقار " .

القول الثاني :

(٣) (٤) (٥) (٦)
ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية

- (١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٣/٩ - ٣٢٥) ، المبسوط (٧٣/١١ - ٧٦) ،
مجمع الأنهر والدر المنتقى (٤٥٨/٢) ، الدر المختار ورد المحتار
عليه (١٨٦، ١٧٩/٦) ، بدائع الصنائع (٤٤١٠/٩) .
(٢) رد المحتار (١٨٧/٦) .
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٤٣/٣) ، المنتقى (٢٧٣/٥) ، الشرح
العفير (٢١٠/٢) ، بداية المجتهد (٢٨٧/٢) .
(٤) روفة الطالبين (٨/٥) ، مغنى المحتاج (٢٧٦/٢) ، تخريج الفروع على
الأصول (ص ٢٢٤) ، شرح النووي على صحيح مسلم (٤٩/١١) .
(٥) كشاف القناع (٨٣/٤ - ٨٤) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) ، الانصاف
(١٢٣/٦) ، المغنى (١٧٩/٥ - ١٨٠) ، المحرر (٣٦٠/١) .
(٦) المحلى (٥٨١/٨) .

ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية وهو قول أبي يوسف الأول .^(١) الذى
أن من غصب عقارا فتلف بأفة سماوية لزمه ضمانه كما لو تلف بفعله
وحجتهم فى ذلك أن العقار يتصور فيه الغصب كغيره من الأموال واستدلوا
على ذلك بما يأتى :

(١) مرواه البخارى ومسلم واللفظ للبخارى عن سعيد بن زيد رضى الله
عنه : " من ظلم من الأرض شيئا طوقه من سبع أرضين "^(٢) .
(٢) مرواه البخارى عن سالم عن أبيه رضى الله عنه قال قال النبى
صلى الله عليه وسلم : " من أخذ من الأرض شيئا بغير حقه خَسَفَ بِهِ
يوم القيامة الى سبع أرضين "^(٣) .

وإذا كان منشأ الخلاف بين الفقهاء هو امكان تحقق الغصب فى
العقار أو لا . فالذى يبدو لى رجحان مذهب اليه جمهور الفقهاء من
أن العقار يتصور فيه الغصب كالمنقول بناء عليه فإذا تلف بأفة سماوية
لزم الغاصب ضمانه كما لو أتلفه ومما يدل على أن الغصب متصور فى
العقار اضافة لما استدل به الجمهور .

مارواه أبو داود^(٤) عن الأشعث بن قيس أن رجلا من كندة ورجلا من
حضر موت اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فى أرض من اليمن فقال
الحضرمى : يارسول الله ان أرضى اغتصبتها أبو هذا وهى فى يده فقال
هل لك بينة ؟ قال : لا ولكن أَلْفَهُ وَالله يعلم أنها أرضى اغتصبتها
أبوه فتهيا الكندى لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لايقتطع أحد مالا بيمين الالقى الله وهو أجذم فقال الكندى : هى أرضه " .
فهذا الحديث صريح فى وقوع الغصب على الأرض .

-
- (١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٣/٩)، روضة القضاة المجلد الثانى
(ص ١٢٦٢) .
(٢) صحيح الامام البخارى (١٠٠/٣) كتاب المظالم باب (١٣) ، ومسلم
(١٢٣١/٣) كتاب المساقاة باب (٣٠) .
(٣) البخارى (١٠٠/٣) كتاب المظالم باب (١٣) .
(٤) سنن أبي داود (٥٦٦/٣) كتاب الأيمان والنذور باب (٢) وسكت عنه .

وفى لفظ آخر لأبي داود وغيره : (١) (٢) "فقال الحضرمي : يا رسول الله
ان هذا غلبني على أرض كانت لأبي فقال الكندي : هي أرض في يدي
أزرعها ليس له فيها حق الحديث " .
قال الخطابي : (٣) " وفى قول الكندي : " هي أرض وفى يدي أزرعها "
دليل على أن اليد تثبت على الأرض بالزراعة وعلى الدار بالسكنى
وبعقد الاجارة عليهما وبما أشبههما من وجوه التصرف والتدبير " .

-
- (١) سنن أبي داود (٥٦٦/٣) كتاب الأيمان والنذور باب (٢) .
(٢) رواه الامام مسلم (١٢٣/١ - ١٢٤) كتاب الايمان باب (٦١) ، الترمذى
(٦١٦/٣) كتاب الأحكام باب (١٢) .
(٣) معالم السنن (٥٦٧/٣) .

المطلب السادس : فى حكم رد العين المغصوبة اذا ترتب
عليه تلف مال الغاصب

يحمل أن غاصب العين يُحْدِثُ فيها شيئاً كالأرض يزرعها أو يغرسها
أو يبني فيها وكالدار يَزَوِّقُهَا (١) وكالحجر والخشب يدخلها فى البناء ونحو
ذلك مما يترتب عليه خلاف بين الغاصب والمغصوب منه عند رد العين
المغصوبة . ذلك أن رد الأرض المغروسة أو المزروعة أو المبنية على
مالكها يترتب عليه تلف غراس وزرع وبناء الغاصب .

ومثل ذلك يقال فى الدار التى خسر الغاصب على تزويقها وترميمها
وتحسينها الكثير من المال وكذلك رد الخشب المغصوبة التى أدخلها
فى بنائه يترتب عليها هدم البناء .

ومثل ذلك يقال فيما لو غصب حيواناً فأدخله فى داره فكبر الحيوان
فلم يمكن إخراجه من الباب الا مذبوحة أو بتوسعة باب الدار مما يترتب
عليه اتلاف مال الغاصب .

هذا ما نريد بحثه فى هذا المطلب وسنجد ذلك ان شاء الله تعالى

فى ثلاث مسائل :

(١) التزويق التزيين والتحسين مأخوذ من الزأوق لأنه يجعل مع الذهب
فيطلق به فيدخل فى النار فيطير الزأوق ويبقى الذهب ثم قيل
لكل منقش ومزين مزوق . انظر ترتيب القاموس المحيط (٤٩٤/٢) .

المسألة الأولى : حكم نقض الغاصب ما يحدثه في العين

المغصوبة مما يراد للدوام .

ما يراد للدوام والبقاء كالغرس والبناء لا خلاف بين الفقهاء فـ
أن لصاحب العين المغصوبة أن يطلب من الغاصب ردها فارغة كما أخذها
وذلك بأن يقلع غرسه ويهدم بناءه ويعلم ما أفسده القلع والهدم فيستوي
الأرض ويدفن الحفر ويرحل أنقاض البناء .
جاء في الهداية^(١) : " ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل لــــه
أقلع البناء والغرس وردها لقوله صلى الله عليه وسلم : " ليس لعرق ظالم

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٢/٩)، وراجع تبیین الحقائق (٢٢٩/٥) ،
الدر المختار (١٩٢/٦) . وهذا القول عند الحنفية وهو أنه يومر
بالتفريغ مطلقا هو الذى عليه الفتوى . راجع رد المحتار (١٩٢/٦) ،
درر الحکام شرح مجلة الأحكام (٥١٢/٢) .
وهناك قولان آخران فى المذهب الحنفى وقد لخصهما الشيخ على حيدر
بقوله : " الثانى : أن تهدم وتقلع اذا لم يكن الهدم والقلع
مضرين بالأرض فان كانا مضرين فلصاحب الأرض أن يتملكهما أمــــه
اذا كانت قيمة الأبنية والأشجار أزيد من قيمة الأرض فيتبع سواء كان
الانشاء والغرس بزعم سبب شرعى أو بلا زعم .
الثالث : أن يقلع الشجر ويهدم البناء اذا كان قلعهما وهدمهما غير
مضر بالأرض فاذا كان قلعهما وهدمهما مضرين بالأرض فللمغصوب منه حق
تملكها . وأن يتبع الأقل الأكثر فيما اذا حصل الانشاء أو الغرس بزعم
سبب شرعى وهو القول الذى اختارته المجلة . انظر درر الحکام
شرح مجلة الأحكام العدلية (٥١٤/٢) .
والقول الثالث هذا هو الذى أخذت به مجلة الأحكام العدلية كما أشار
الى ذلك الشيخ على حيدر وصاغته فى المادة (٦ - ٩) خلافا لما عليه
الفتوى فى المذهب الحنفى فقد نعت هذه المادة على : " أنــــه
اذا كان المغصوب أرضا وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها
أشجارا يومر الغاصب بقلعها وان كان القلع مضرا بالأرض فللمغصوب
منه أن يعطى قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض . ولكن لو كانت قيمة
الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزعم
سبب شرعى كان حينئذ لصاحب البناء والأشجار أن يعطى قيمــــة
الأرض ويتملكها مثلا لو أنشأ أحد على العرصة الموروثة له من والده
بناء بمصرف أزيد من قيمة العرصة ثم ظهر مستحق فالبنى يعطى قيمة
العرصة ويضبطها" . أى يتملكها راجع شرح مجلة الأحكام (٥١٠/٢) .

حَقٌّ" (١) . ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل طرف غيره بطعامه " .

(٢) وقال الدردير : " أنه يأمره بهدمه أو قلعه ان كان شجرا وبتسوية أرضه " .

(٣) وقال الشافعي : " ولو اغتصبه أرضا فغرسها نخلا أو أصولا أو بنى فيها بناء أو شقَّ فيها أنهارا كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذي اغتصبه اياها وكان على الباني والغارس أن يقلع بناءه وغرسه فاذا قلعه ضمن مانقص القلع الأرض حتى يرد اليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها قال وكذلك ذلك في النهر وفي كل شيء أحدثه فيها لا يكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم " ليس لعرق ظالم حق " (٤) .

(٥) وقال ابن قدامة : " اذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بناءه لزم الغاصب ذلك ولانعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ليس لعرق ظالم حق " (٦) واذا قلعتها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض الى ماكانت عليه لأنه فرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته " .

وقد استدل الفقهاء رحمهم الله على ماذهبوا اليه اضافة لما ذكر في النصوص الآتفة الذكر بما يأتي :

-
- (١) سبق تخريجه (ص ٥٠٠) .
 - (٢) الشرح الكبير (٤٥٤/٣) .
 - (٣) الأم (٢٢٢/٣) وراجع روضة الطالبين (٤٦/٥)، نهاية المحتاج (١٨٣/٥) ، المهدب (٤٨٨/١) .
 - (٤) سبق تخريجه (ص ٥٠٠) .
 - (٥) المغنى (١٨٠/٥) وراجع كشاف القناع (٨٨/٤ - ٨٩) ، المحرر (٣٦١/١) ، شرح منتهى الارادات (٤٠٢/٢) .
 - (٦) سبق تخريجه (ص ٥٠٠) .

(١) بما روى أبو داود^(١) حدثنا هناد السرى حدثنا عبدة عن محمد يعنى ابن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من أحيا أرضا ميتة فهي له " وذكر مثله . قال : فلقد أخبرنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر ففضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يُخْرِجَ نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب أموالها بالفؤوس وانها لنخل عم^(٢) حتى أخرجت منها " .

(٢) أن الغاصب قد شغل ملك غيره بملكه الذى لآحرمة له فى نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشاً^(٣) .
 وخلاصة القول فى ذلك أن الفقهاء متفقون على ضابط فى هذه المسألة وهو :

(كل ما يحدثه الغاصب فى العين المغصوبة مما يراد للبقاء والدوام يلزمه قلعه اذا طلب مالك العين القلع) .
 لكن الخلاف حصل بين الفقهاء فيما اذا طلب المالك ابقاء ما أحدثه الغاصب من غرس وبناء والغاصب ممتنع من ذلك فهل يجبر الغاصب على ابقائه أو لا ؟
 اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

أن لصاحب العين أن يملك ما أحدثه الغاصب فى العين المغصوبة والخيار له فى ذلك لأنه صاحب الأمل والغاصب صاحب الوصف وهذا هو

(١) سنن أبى داود (٤٥٤/٣ - ٤٥٥) كتاب الخراج والأمانة والفتىء بسباب (٣٧) قال أبو داود حدثنا وهب عن أبيه عن ابن اسحاق باسناده ومعناه الا أنه قال عند قوله مكان الذى حدثنى هذا فقال رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأكثر ظنى أنه أبو سعيد الخدرى : فأنا رأيت الرجل يضرب فى أموال النخل . وروى هذا الحديث أبو عبيد فى الأموال (ص ٢٦٥) .

(٢) قال أبو عبيد الهروى فى غريب الحديث (٢٩٦/١) : "وقوله نخل عم^٢ هى التامة فى طولها والتفافها واحدها عميمة^٢ ومنه قيل للممرأة عميمة اذا كانت كذلك فى خلقها" .

(٣) المغنى (٥/١٨٠) .

قول الحنفية والمالكية .

وأشترط الحنفية^(١) حتى يترك المغعوب منه ما أحدثه الغاصب أن يكون
النقض ينقص العين المغعوبة نقصاً فاحشاً أما إذا كان يسيراً فليس
للمالك الآن يأخذ العين مع أرش النقص .

بناءً على ذلك فقد قال الحنفية والمالكية إن المالك يضمن للغاصب
قيمة ما أحدث من بناء أو غرس أو تزويق إلا أنهم اختلفوا في كيفية
التقويم فالحنفية قالوا يَقْوَمُ قائماً جاء في الهداية^(٢) : "فإن كانت تنقص
بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكونان
له . . . وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأنه
حقه فيه إذ لا قرار له فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر
أو بناء" .

قال في العناية^(٣) : "يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلاً
ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الأرض خمسة دنانير
لـلغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء" .

ومثل ذلك قالوا في تزويق الدار ، يقول الكاساني^(٤) : "ولو غصب
داراً فجمعها ثم ردها قيل لصاحبها أعطه ما زاد التجصيص فيها
الآن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب جسه لأن للغاصب فيها عين مال
متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز إبطال حقه عليه من غير عوض فيخيَّر
صاحب الدار لأنه صاحب أصل فإن شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها
وإن شاء رضى بأن يأخذ جسه" .

أما المالكية فقالوا يَقْوَمُ منقوضاً بأن يقال كم يساوي نقض هذا

البناء لو نقض ؟

وبناءً على أن للغاصب قيمته منقوضاً ذهب المالكية إلى أن ما لا قيمة

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٣/٩)، رد المحتار (١٩٥/٦) .

(٢) (٣٤٣/٩) .

(٣) (٣٤٣/٩) .

(٤) بدائع الصنائع (٤٤٤٧/٩) .

له إذا نقض فان المالك يملكه على الغاصب مجانا جاء في مختصر خليل
(١) وشرح: "وخير المالك في بنائه أى بناء الغاصب عرسته أو في غرسه أو في
أخذه أى البناء وكذا الغرس ودفع قيمة نقضه بضم النون بمعنى منقوضه
أى قيمته منقوضا ان كان له قيمة بعد الهدم لاملالقيمة له كجس وجيـر
وحمره" .

(٢) قال الدسوقي: "قوله: ان كان له قيمة بعد الهدم . أى كحجر
وخشب ومسمار . قوله لا مالاقيمة له . أى فان المالك لا يدفع لذلك قيمة
بل اذا أراد أخذ أرضه أخذ ما ذكر مجانا" .

(٣) وجاء في مختصر خليل وشرحه أيضا: "كمركب نخر بكسر الخاء
المعجمة أى بال يحتاج لإصلاح غصبه أو اختلسه فرمه وأصلحه واذا أخذ
المالك المركب أخذ أى ملك مما أصلحت به مالا عين له قائمة يعنى مالاقيمة
لعينه لو انفعل كالزفت والمشاق والقلطة وأما ماله عين قائمة فـان
كان مسمرا بها أو هو نفس المسامير خير ريبها بين أن يعطيه قيمته
منقوضا وبين أن يأمره بقلعه" .

(٤) وقد نبه المالكية على أنه اذا قدرت قيمة الانقاض مقلوعة فانسه
يسقط منها أجره كلفة النقض اذا كان من شأن الغاصب أن لا يتولى النقض
بنفسه أو بخدمة أما اذا كان من شأنه أن يتولى ذلك فلا يسقط من القيمة
شئ يوضح ذلك المثال الآتى :

بنى الغاصب فى أرض غيره واختار صاحب الأرض تملك البناء فنقول : كم
يساوى نقض هذا البناء من حجر وخشب ونحو ذلك مما له قيمة اذا نقض ؟
فان قيل عشرة . قيل وما أجره من يتولى الهدم والتسوية ؟ فان قيل أربعة
غرم المالك للغاصب ستة . الا اذا كان من شأن الغاصب أن يتولى الهدم
بنفسه أو خدمه لو طلب منه النقض فان المالك يغرم له العشرة كاملة .

(١) الشرح الكبير (٤٥٤/٣) .

(٢) حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣) .

(٣) الشرح الكبير (٤٤٩/٣) .

(٤) الشرح الكبير (٤٥٤/٣)، جواهر الاكليل (١٥١/٢) .

القول الثانى :

أن الغاصب لا يجبر على تمليك صاحب العين المغصوبة ما أحدث فيها
من بناء أو غرس أو تزويق لأنها معاوضة فلم يجبر عليها . ولأنها عين مال
الغاصب فلم يملك رب الأرض أخذه كما لو وقع فيها أثاثا .
وهذا هو قول الشافعية والحنابلة . إلا أن الشافعية قالوا فى
التزويق إذا كان تمويها بحيث لا يحصل منه شيء بقلعه لا يجوز للغاصب
القلع إن رضى المالك بابقائه إلا أنه مع ذلك لا يملك صاحب العين اجباره
على عدم القلع .

أما إذا كان يحمل منه شيء بالقلع سواء كان له قيمة أو لم يكن
له قيمة فإنه يجوز للغاصب القلع ولا يجبر على ابقائه أما الحنابلة
فقد فرقوا فى التزويق بين ماله قيمة بعد القلع وماليس له قيمة . فقالوا
ماله قيمة فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك
قيمه أو لم يبذل .

وان لم يكن له قيمة ففيه وجهان :

(أحدهما) يملك القلع لأنه عين ماله .

(الثانى) لا يملك لأنه سفه يضر ولا ينفع .

وفيما يلى نعرض نصوص الشافعية والحنابلة لتوضيح ما أجملنا :

يقول الامام الشافعى : ^(١) "ولا يكون لرب الأرض أن يملك مال الغاصب
ولم يملكه اياه كان ما قلح الغاصب منه ينفعه أو لا ينفعه لأن له منع قليل
ماله كما له منع كثيره ، وكذلك لو كان حفر فيها بئرا كان له دفنها
وان لم ينفعه الدفن وكذلك لو غصبه دارا فزوتها كان له قلع التزويق وان
لم يكن ينفعه قلعه وكذلك لو كان نقل عنها ترابا كان له أن يرد ما نقل
عنها حتى يوفيه اياها بالحال التى غصبه اياها عليها لا يكون عليه
أن يترك من ماله شيئا ينتفع به المغصوب كما لم يكن على المغصوب أن
يبطل من ماله شيئا فى يد الغاصب فان تأول رجل قول النبی صلى الله عليه
وسلم : "لا ضرر ولا ضرار" فهذا كلام مجمل لا يحتتم لرجل شيئا الا احتتم عليه ^(٢)

(١) الأم (٢٢٢/٣) .

(٢) سبق تخريجه (١١٧) .

خلافه ووجهه الذى يصح به : أن لا ضرر فى أن يحمل على رجل فى مالـــــــــــــــــه
 مالىس بواجب عليه ولا ضرار فى أن يمنع رجل من ماله ضرارا ولكل مالـــــــــــــــــه
 وعليه " .

وقال الرملى : ^(١) "ولو أراد المالك تملكه أو ابقائه بأجرة لـــــــــــــــــم
 يلزم الغاصب اجابته " .

وقال أيضا : "ولو زوق الغاصب الدار المغصوبة بما لا يحصل منهـــــــــــــــــه
 شيء بقلعه لم يجر له قلعه ان رضى المالك ببقائه وليس له اجـــــــــــــــــاره
 عليه " ^(٢) .

فالامام الشافعى ذكر أحد نوعى التزويق وهو ما يحصل منه شيء بالقلع
 وان لم تكن له قيمة . والرملى ذكر النوع الآخر . وقد جاء ذكر النوعين
 فى الروضة فى قوله : " اذا زوق الأرض المغصوبة نظر ان كان بحيث لــــــــــــــــو
 نزعَ لحصل منه شيء ولو أراد الغاصب نزعَه فله ذلك وسواء كــــــــــــــــان
 للمنزوع قيمة أم لا . فان نزعَ فنقصت عما كانت قبل التزويق لزمـــــــــــــــــه
 الأرض . أما اذا كان التزويق تمويها لا يحمل منه عين بالنزع فليــــــــــــــــس
 للغاصب النزع ان رضى المالك وهل للمالك اجباره عليه ؟ وجهان
 أصحهما : لا " ^(٣) .

وجاء فى الاقتناع وشرحه ^(٤) : "ولو أراد مالك الأرض المغصوبة أخــــــــــــــــذ
 البناء والغراس من الغاصب مجانا أو أراد أخذهما بالقيمة وأبى مالــــــــــــــــه
 أى الغراس أو البناء الاعطاء لم يكن له أى مالك ذلك لأنه عين مــــــــــــــــال
 الغاصب فلم يملك رب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أشا أو نحوه " .

وقال المرادوى ^(٥) : " لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته وأبــــــــــــــــى
 مالــــــــــــــــه الا القلع فله ذلك ولا يجبر على أخذ القيمة وفى البناء تخريــــــــــــــــج
 اذا بذل صاحب الأرض . . . القيمة : أنه يجبر على قبولها اذا لم يكن فى

(١) نهاية المحتاج (١٨٣/٥)، وراجع مغنى المحتاج (٢٩١/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (١٨٤/٥) .

(٣) روضة الطالبين (٤٧/٥) .

(٤) كشاف القناع (٩٠/٤ - ٩١)، وراجع شرح منتهى الإرادات (٤٠٢/٢) .

المبدع (١٥٨/٥) .

(٥) الانصاف (١٣٦/٦)، وراجع المغنى (١٨١/٥) .

النقض غرض صحيح وهو للمصنف والمذهب الأول " .
 وقال ابن قدامة : ^(١) " وان غصب دارا فجمعتها وزوقها . . . وان طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواه بذل المالك قيمته أو لم يبذل وان لم يكن له قيمة ففيه وجهان " .

والقاعدة في ذلك عند الحنابلة : " من اتحل ملكه بملك غيره متميزا عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي ابقائه على الشركة ضرر ولم يفصله مالكة فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكة ويجبر المالك على القبول . وان كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا لزوال ضرره بالفصل " ^(٢) .

ولما كان القول بعدم اجبار الغاصب على بيع ما أحدث للمالك ولو لم ينتفع منه بعد النقض عند الشافعية قد يجري الغاصب على عدم قبول التمليك مضارة للمالك حيث إن النقض سيأخذ زمنا مما يعطى للمالك من الانتفاع بأرضه أو داره فقد قال الامام الشافعي : ^(٣) " فان كان في رد التراب ودفن البئر ما يشغل الأرض عن ربها حتى يمنعه منفعة في ذلك الوقت قيل للذي يريد رد التراب أنت بالخيار في أن ترده ويكون عليك كراه الأرض بقدر المدة التي حبستها عن المنفعة أو تدعه " .

والذي يبدو لي والله أعلم - رجحان ما ذهب اليه أصحاب القول الثاني من عدم اجبار الغاصب على تمليك المغصوب منه ما أحدث في أرضه لورود الأدلة من الكتاب والسنة على حرمة مال المسلم وحرمة أخذه الا برضاه وطيب نفس منه . قال الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " ^(٤) .
 وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل مال امرئ مسلم

(١) المغنى (١٨١/٥) .

(٢) القواعد لابن رجب (ص ١٤٩) .

(٣) الأم (٢٢٣/٣) .

(٤) النساء : ٢٩ .

الابطيب نفس منه" (١) .

الا أن ماذهب اليه الشافعية من أن له القلع مطلقا سواء انتفع
بما يقلعه أو لم ينتفع ليس بقوى في نظري لأن ما لانفع فيه بعد القلع
يعتبر قلعه اهدارا للمال وتفويتا للمصلحة دون أي فائدة. تحمل له وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم "عن اضاءة المال" (٢) .

هذا فضلا عن كون هذا من باب المفارقة التي نهى عنها الشارع وهي
أن يُدخَلَ على غيره ضررا بلا منفعة تعود عليه من جرائه هذا العمل كما
سبق الاشارة الى ذلك غير مرة . والله أعلم بالصواب .

(١) سبق تخريجه (ص ٥٨٤) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٤٣٧) .

(٣) راجع في ذلك جامع العلوم والحكم (١١/٣) .

المسألة الثانية : حكم زرع الغاصب فى الأرض المغصوبة .

ذكرنا فى المسألة الأولى أن الأمل المتفق عليه بين الفقهاء أن على الغاصب أن يردَّ العين المغصوبة الى مالِكها فارغة غير مشغولة اذا طلب منه صاحبها تفريغها وذلك اذا أحدث فيها ما يراد للدوام كالبنيان والغراس وفى هذه المسألة نذكر رأى الفقهاء فيما أحدثه الغاصب مما لا يراد للدوام وإنما يحتاجُ لتمامه بقاؤه فى العين المغصوبة مدة من الزمن وذلك كالزرع الذى يراد لأخذ الحب من سنبله فهذا قد اختلف الفقهاء هل يلزم الغاصب الذى زرع الأرض المغصوبة أن يقلع الزرع ويرد الأرض لمالكها اذا طلب المالك ردها ومن المعلوم أن فى هذا اتلاف لماله خاصة اذا كان فى وقت لا يصلح حتى ولا علفا للدواب . أو أن للمالك أن يملك هذا الزرع على الغاصب اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

(١) ذهب الشافعية الى أنه لا فرق بين الزرع وغيره من بناء أو غرس فعلى الغاصب أن يرد ما غصبه فارغا غير مشغول متى طلب صاحبه منه ذلك وليس لصاحب الأرض أن يملك عليه زرعه بغير رضاه سواء كان ينفعه اذا قلعه أم لا .

القول الثانى :

(٢) ذهب الحنابلة والامام مالك فى رواية عنه واختارها غير واحد من أصحابه (٣) أن لصاحب الأرض اذا أدرك أرضه مزروعة والزرع مازال قائما أن يأخذه بنفسه .

(١) روضة الطالبين (٤٦/٥)، شرح السنة للبخارى (٢٣١/٨)، الأم (٢٢٢/٣) .
(٢) كشاف القناع (٨٧/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠١/٢ - ٤٠٢)، الانصاف (١٣١/٦)، المحرر (٣٦١/١)، المغنى (١٨٨/٥ - ١٨٩) .
(٣) حاشية الدسوقي (٤٦٢/٣) .

قال الحنابلة ولصاحب الأرض أيضا أن يترك زرع الغاصب له السي
الحصاد بأجرة المثل وأرش النقص ان نقصت به وليس له إلا أن يختار بين
هذين الأمرين . وليس له أن يأمر الغاصب بقلع زرعه خلافا للغرس والبناء
لأن مدة الغرس طويلة ومدة الزرع قصيرة .

القول الثالث :

(١)

ذهب المالكية الى التفصيل فى ذلك فقالوا :

- (١) ان لم يفت وقت ما تراد له الأرض فلا يخلوا الزرع من أحد حالتين :
- أما أن يبلغ حد الانتفاع به ولو لرعى . أو لا يبلغ .
- (أ) فان لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به سواء ظهر أو لم يظهر فإن
لصاحب الأرض أخذ أرضه وأخذ الزرع مجانا ولاشئ للغاصب مقابل
البذر أو العمل وله أيضا أن يأمره بقلعه فالخيار للمستحق
لـلـغـاصـب الزارع . ولا يجوز أن يتفقا على ابقاء الزرع فى الأرض ،
بأجره لأن ذلك يودى الى بيع الزرع قبل بدو صلاحه لأن صاحب
الأرض لما مكنه الشرع من أخذه بلاشئ فابقاؤه لزراعته بكراء يجعل
ذلك الكراء عوضا عنه فى المعنى فهو بيع له قبل بدو صلاحه .
- (ب) وان بلغ الزرع حد الانتفاع به ولو لرعى فلصاحب الأرض أن يأمر
الغاصب بقلعه وتسوية الأرض وله أن يأخذه بقيمته مقلوعا . قال
خليل : " على المختار " . قال الدسوقي : " (٢) أى على ما اختاره
اللمخى قال ابن رشد هو ظاهر المدونة " .
- وإذا قُدِّرَتْ قيمته مقلوعا فقد ذهب المالكية الى أنه يسقط منها
كلفة قلعه لو قُلِعَ إذا كان الغاصب شأنه أن لا يتولاه فيقال مثلا ما قيمته
مقلوعا فاذا قيل عشرة قيل وماجرة القلع لو استوجر على قلعه فاذا قيل
أربعة لزم المالك للغاصب ستة .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٦١/٣ - ٤٦٢) ، جواهر الاكليل

• (١٥٤/٢)

(٢) الشرح الكبير (٤٦١/٣) .

(٣) حاشية الدسوقي (٤٦١/٣) .

أما إذا كان من عادة الغاصب أن يتولى القلع بنفسه أو بخدمته
فلا تسقط أجره ذلك من قيمته فيلزم المالك للغاصب جميع قيمته
مقلوعا وهي العشرة .

(٢) فان فات وقت ما تتراد له الأرض ففي هذه الحالة قال المالكية :

يلزم الغاصب كراء السنة سواء بلغ الزرع حد الانتفاع به أم لا .
وإذا لزمه الكراء كان الزرع له وليس للمالك الأرض أن يأميره
بقلعه إذا بلغ حد الانتفاع به ولا أخذه مجانا إذا لم يبلغ ذلك .

قال الدسوقي : ^(١) "وقد اعتمد المصنف في هذا على ما نقله في
التوضيح عن اللخمي ونعمه : " فان كان قيامه بعد خروج وقت الابتنان
فقال مالك الزرع للغاصب وعليه كراء الأرض وليس لربها قلعه . اللخمي
وهو المعروف من قوله " .

الأدلة والمناقشة والترجيح :

(أ) استدلت أصحاب القول الأول بعموم قوله صلى الله عليه وسلم :
"ليس لعرق ظالم حق" ^(٢) .

(ب) استدلت أصحاب القول الثاني بما يأتي :
(١) بما روى الترمذي وأبو داود عن رافع بن خديج قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من زرع في أرض قوم بغير اذنهم
فليس له من الزرع شيء وله نفقته " .

(١) حاشية الدسوقي (٤٦٢/٣) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٥٠٠) .

(٣) الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي (٦٣٩/٣) كتاب الأحكام باب (٢٩) .
قال الترمذي هذا حديث حسن غريب لانعرفه من حديث أبي اسحاق الامن
هذا الوجه من حديث شريك بن عبد الله والعمل على هذا الحديث عند
بعض أهل العلم وسألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث وقال :
"لا أعرفه من حديث أبي اسحاق الامن رواية شريك" .

(٤) ورواه أبو داود (٦٩٢/٣) كتاب البيوع والاجارات باب (٣٣)، وابن
ماجه في سننه (٨٢٤/٢) كتاب الرهون باب (١٣)، ورواه أبو عبيد
في الأموال (ص ٢٦٥) . =

(٢) بما روى أبو داود (١) حدثنا محمد بن بشار حدثنا يحيى حدثنا
 أبو جعفر الخَطْمِيُّ قال بعثني عمي أنا وغلما إلى سعيد بن المسيب
 قال : فقلنا له شيء بلغنا عنك في المزارعة قال : كان ابن عمر
 لا يرى بها بأسا حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فأتاه فأخبره
 رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بنى حارثة فـ رأى
 زراعا في أرض ظَهَيْرٍ فقال ما أحسن زرع ظَهَيْرٍ ؟؟ قالوا : ليس لظَهَيْرٍ
 قال : " أليس أرض ظهير " قالوا : بلى . ولكنه زرع فلان . قال
 فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقة " . قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا
 إليه النفقة " .

قال ابن القيم رحمه الله : " وقال فيه لأصحاب الأرض : " خذوا
 زرعكم " فجعله زراعا لهم لأنه تولد من منفعة أرضهم فتولده فـ
 الأرض كتولد الجنين في بطن أمه ، ولو غصب رجل فحلاً فأنزاه على ناقته
 أورمكته لكان الولد لصاحب الأنثى دون صاحب الفحل لأنه إنما يكون حيوانا
 من حرثها ومنى الأب لما لم يكن له قيمة أهدره الشارع لأن عصب الفحل

= قال ابن حجر عند هذا الحديث : " رواه أحمد والأربعة إلا النسائي
 وحسنه الترمذي ويقال ان البخاري فعفه " انظر سبل السلام شرح
 بلوغ المرام (٧٠/٣) . وقال المنعاني في هذا الشرح : " هذا
 القول عن البخاري ذكره الخطابي وخالفه الترمذي فنقل عن البخاري
 تحسينه الا أنه قال أبو زرعة وغيره : لم يسمع عطاء بن أبي رباح
 من رافع بن خديج وقد اختلف فيه الحفاظ اختلافا كثيرا وله شواهد
 تقويه " .

وهذا الحديث صحه الألباني راجع في ذلك ارواء الغليل (٣٥١/٥) ،
 وما بعدها وراجع ما قيل حول هذا الحديث نبيل الأوطار (٧٩/٧) .
 (١) سنن أبي داود (٦٩٠/٣ - ٦٩١) كتاب البيوع والاجارات باب (٣٢) . وسكت
 عنه وتابعه المنذرى في المختصر (٦٣/٥) . ورواه النسائي (٤٠/٧) ،
 كتاب المزارعة باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع قال السندي
 في حاشيته على النسائي (٤٠/٧) " ثم قيل ان حديث رافع بن خديج
 مفطرب متنا وسندا فيجب تركه " .
 وقال الألباني في ارواء الغليل (٣٥٣/٥) : " فهذا الاسناد صحيح لاعلة
 فيه وهو شاهد قوى لحديث شريك " .

لايقابل بالعبوس، ولما كان البذر مالا متقومًا رَدَّ على صاحبه قيمته ولم يذهب عليه باطلا وجعل الزرع لمن يكون في أرضه كما يكون الولد لمن يكون في بطن أمه ورمكته وناقته" (١) .

(٢) أنه أمكن رد المغصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجر اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينته فانه لايجبر على رد المغصوب في اللجج وينتظر حتى ترسى صيانة للمال عن التلصف (٢) كذا هنا .

وقد رد أصحاب القول الأول على استدلال أصحاب القول الثاني بحديث رافع بن خديج بأن هذا حديث ضعيف لا تقوم به حجة فقال الخطابي: " هذا الحديث لا يثبت عند أهل المعرفة بالحديث وحدثني الحسن بن يحيى عن موسى ابن هارون الحمالي: أنه كان ينكر هذا الحديث ويفعه ويقول لم يروه عن أبي اسحاق غير شريك ولا عن عطاء غير أبي اسحاق . وعطاء لم يسمع من رافع بن خديج شيئا وفعفه البخاري أيضا وقال تفرد بذلك شريك عن أبي اسحاق وشريك يهمل كثيرا أو أحيانا، ويشبه أن يكون معناه لو صح وثبت على العقوبة والحرمان للغاصب " .

وقال البغوي: " وهذا حديث ضعيف بعض أهل الحديث وقال محمد بن اسماعيل لا أعرفه من حديث أبي اسحاق الا برواية شريك " .

وقد أجاب عن ذلك ابن القيم فقال: " وليس مع من فعف الحديث حجة فان رواته محتج بهم في الصحيح وهم أشهر من أن يسأل عن توثيقهم وقد حسنه امام المحدثين أبو عبدالله البخاري والترمذي بعده وذكره أبو داود ولم يضعفه فهو حسن عنده واحتج به الامام أحمد وأبو عبيد وقد تقدم شاهده من حديث رافع بن خديج في قصة الذي زرع في أرض ظهير بن رافع " (٥) .

(١) تهذيب سنن أبي داود (٦٤/٥) .

(٢) المغنى (١٨٩/٥) .

(٣) معالم السنن (٦٩٣/٣) .

(٤) شرح السنة (٢٣١/٨) .

(٥) تهذيب سنن أبي داود (٦٤/٥) .

ولم يَسَلِّمْ أصحاب القول الثانى لأصحاب القول الأول أنه لافرق بيــــن
 الغرس والزرع فقد قال أبو عبيد " وانما اختلف حكم الزرع والنخل فقضى
 بقلع النخل ولم يقضى بقلع الزرع لأنه قد يوصل فى الزرع الى أن ترجع
 الأرض الى ربها من غير فساد ولا ضرر يتلف به الزرع وذلك أنه انما يكون
 فى الأرض سنته تلك وليس له أصل باق فى الأرض فاذا انقضت السنــــة
 رجعت الأرض الى ربها وصار للآخر نفقته فكان هذا أدنى الى الرشاد من
 قطع الزرع بقلعها والله لا يحب الفساد . وليس النخل كذلك لأن أصله مَخْلُودٌ
 فى الأرض لا يوصل الى رد الأرض الى ربها بوجه من الوجوه - وان تطاول
 مكث النخل فيها - الا بنزعها فلما لم يكن هناك وقت ينتظر لم يــــكن
 لتأخير نزعها وجه فلذلك كان الحكم فى تعجيل قطعها عند الحكم فهــــذا
 الفرق بين الزرع والنخل والله أعلم بما أراد رسوله صلى الله عليه
 وسلم بذلك " (١)

وقال ابن قدامة (٢) : " وفارق الشجر والنخل لأن مدته تتطاول ولا يعلم
 متى ينقطع من الأرض فانتظاره يؤدى الى ترك رد الأصل بالكلية " .
 وأما استدلال أصحاب القول الأول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم :
 "ليس لعرق ظالم حق " فيجاب عنه بأحد جوابين :

(١) أن هذا الحديث فى الغرس خاصة وحديثنا فى الزرع فيجمع بيــــن
 الحديثين ويعمل بكل واحد منهما فى موضعه وذلك أولى من ابطال
 أحدهما . (٣)

(٤) قال الشوكانى : " قال ابن رسلان : ان حديث " ليس لعرق ظالم حق
 ورد فى الغرس الذى له عرق مستطيل فى الأرض وحديث رافع ورد فى الزرع
 فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما فى موضعه " .

(١) الأموال (ص ٢٦٦) .

(٢) المغنى (١٨٩/٥) .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) نيل الأوطار (٨١/٧) .

(٢) أن حديث رافع بن خديج أخص من قوله صلى الله عليه وسلم : " ليس لعرق ظالم حق " مطلقا فيبنى العام على الخاص . وقد ذكر ذلك الشوكاني ورجحه معللا بقوله : " لأن بناء العام على الخاص أولى من المعير الى قصر العام على السبب من غير ضرورة " .

وفى نظري أن مقاله الشوكاني صحيح لأنه تشهد له القاعدة : " أن العبرة

بعموم اللفظ لخصوص السبب " .

فحديث : " ليس لعرق ظالم حق " وان كان واردا في قضية النخل إلا أنه أصبح قاعدة كلية يعم كل ما يفتق ويحدث فيه شيء . يقول البغوي " قال الجهمي : قال هشام : العرق الظالم : أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها أو يحدث فيها شيئا ليستوجب به الأرض . هذا الكلام أو نحوه " .

وأما أصحاب القول الثالث وهم المالكية فلم أقف لهم على دليل فيما اطلعت عليه من كتبهم وأما قولهم ان الزرع اذا لم يبلغ حد الانتفاع به سواء ظهر أو لم يظهر فإنه لصاحب الأرض أخذ أرضه وأخذ الزرع مجانا وعللوا ذلك بأن هذا بيع للزرع قبل بدو ملاحه . أقول هذا التعليل لا يسلم لأن هذا ليس ببيع لأن الغاصب إنما يأخذ قيمة البذرة وأجرة الحرث فقط وليس قيمة الزرع فصار الغاصب هنا بمنزلة من وكله صاحب الأرض بشراء البذر وحرث الأرض والقاء البذور المشتراة فيها والله أعلم بالصواب .

بقى لدينا الخلاف بين الشافعية والحنابلة وقد عرضنا أدلتهم فيما ذهبوا اليه ومن هذا العرض والمناقشة تبين لي - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه الحنابلة لأن ما استدلوا به من السنة صحيح صريح في محل النزاع كما سبق الاشارة الى ذلك فلزم المعير اليه . ومن الغريب أن الشافعية لا يقولون بذلك مع ورود السنة به ويقولون في السفينة

(١) نيل الأوطار (٨٠/٧) .

(٢) المرجع نفسه (٨١/٧) .

(٣) شرح السنة (٢٣٠/٨) ، وراجع سبل السلام (٧١/٣) .

إذا كانت في لجة البحر وكان فيها لوح مغموب ونزعه^١ يترتب عليه تلف مال الغاصب انتظر حتى ترس على الشط ولاينزع وهي في لجة البحر وعللوا ذلك بأن السفينة لاتدوم في البحر فهذه العلة نفسها موجودة في النزع فهو لايدوم في الأرض وله أمد ينتهي اليه وهذا نعمهم في المسألة جاء في روضة الطالبين^(١) : "وان خيف من النزع هلاك مال اما في السفينة أو غيرها فهو اما للغاصب أو لمن وقع ماله فيها وهو يعلم أن فيها لوحا مغموبا فان كان لهما ففى نزعه وجهان : أحدهما عند الامام النزع كما يهدم البناء لرد الخشب وأصحهما عند ابن العباغ وغيره لاينزع لأن السفينة لاتدوم في البحر فيسهل العبر الى الشط"^(٢) .
قال النووي : " قلت : الأصح عند الأكثرين ماصححه ابن العباغ والله أعلم " .

(١) (٥٥/٥) وراجع مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) .

(٢) روضة الطالبين (٥٥/٥) .

المسألة الثالثة : حكم ادخال الغاصب العين المغصوبة

في بنائه ونحو ذلك .

إذا غصب خشبة أو حجرا أو عمودا فأدخله في بنائه أو لوحا فرقع به سفينته أو خيطا فخط به ثوبه أو حيوانا فأدخله في داره فكبر ولهم يمكن اخراجه الابتوسعة الباب، أو غصب لؤلؤة فابتلعها دابته أو طيره وماشابه ذلك من المور .

فقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن على الغاصب رد العيين المغصوبة الى صاحبها ولو ترتب على ذلك هدم بنائه أو فساد سفينته أو تقطيع ثوبه .

وقيد بعض فقهاء الحنفية ذلك بما إذا كانت قيمة العين المغصوبة أكثر من قيمة مايراد اتلافه من مال الغاصب لردّها أما إذا كان مال الغاصب الذى أدخل فيه العين المغصوبة أكثر قيمة فان الغاصب يملك العين المغصوبة بالقيمة فالغاصب عندهم أنه يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل بناء على أن الأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف .^(١)

الآن المفتى به في المذهب الحنفى هو أنه يؤمر بالرد سواء كانت القيمة أقل أم أكثر فقد نقل ابن عابدين ذلك فقال : " لكن فى العمادية ونحن نفتى بجواب الكتاب اتباعا لمشايخنا فانهم كانوا لا يتركونه أي من أن يؤمر بالقلع والرد الى المالك مطلقا . وفى الحامدية عن

(١) الدر المختار (١٩٢/٦)، تبين الحقائق (٢٢٩/٥)، الدر المنتقى شرح الملتقى (٤٦٢/٢)، وقد ذكر الكاسانى قولا آخر واقترع عليه وهو أن الغاصب إذا أدخل الساجة مثلا في بنائه أنه يملكها بذلك ولا يلزمه ردها وإنما عليه قيمتها سواء كانت قيمتها أكثر أم قيمة البناء لأن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيئا آخر غير الأول لاختلاف المنفعة فكان الادخال اهلاكا له معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصير ملكا للغاصب ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لأنه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع راجع فى ذلك بدائع المسائى (٤٤١٧/٩)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٣٧/٩) .
والذى يعيننا فى هذا المقام هو القول المفتى به وقد ذكرناه أعلاه .

الأنقروى : أنه لا يفتى بقول الكرخى صرح به المولى أبو السعود المفتى
قال وبالأمر بالقلع أفتى شيخ الاسلام على أفندى مفتى الروم أخذاً من
فتاوى أبى السعود والقهستاني ونعم هذا الجواب فان فيه سد باب الظلم^(١) .
وفيما يلى نعرض نصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة التى توضح الأصل
المتفق عليه :

جاء فى تنوير الأبهام وشرحه^(٢) : "والبناء على ساجة بالجيم خشبة
عظيمة تنبت بالهند وقيمتها أى البناء أكثر منها أى من قيمة الساجة
يملكها البانى بالقيمة وكذا لو غصب أرضاً فبنى عليها أو غرس أو ابتلعت
دجاجة لؤلؤة أو أدخل البقر رأسه فى قدر أو أودع فصيلاً فكبر فى بيوت
المودع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار أو سقط ديناره فى مجرة غيره
ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الأكثر قيمة الأصل
والأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف " .

قال ابن عابدين معقبا على ذلك^(٣) : " وقد ظهر لك أن الشارح جرى
هنا على قول الكرخى وكذا فيما سيأتى حيث قيد المتن : يؤمر بالقلع
بما اذا كانت قيمة الأرض أكثر ٠٠٠٠ ولم يتعرض لكلام غير الكرخى وان كان
المفتى به كما علمت فافهم " .

وجاء فى المدونة^(٤) : " قلت : أرأيت ان اغتصب رجل من رجل خشبة
فجعلها فى بنيانه قال : بلغنى أن مالكا قال : يأخذها ربها ويهدم
بنيانه . قلت : والحجر اذا أدخله فى بنيانه قال هو بمنزلة الخشبة
كذلك قال مالك يأخذه ربه " .

وجاء فى مختصر خليل وشرحه^(٥) : "ومن غصب عموداً أو حجراً أو خشباً
وبنى عليه بناءً أفله أى للمغصوب منه هدم بناء عليه أى للمغصوب ويهدم
البناء ولو عظم كالقصور " .

(١) ردالمحتار (١٩٢/٦)، وراجع الدر المنتقى (٤٦٢/٢) .

(٢) الدر المختار (١٩٢/٦) .

(٣) ردالمحتار (١٩٢/٦) .

(٤) (٣٦٤/٥) .

(٥) جواهر الكليل (١٥٠/٢)، وراجع المنتقى (٢٧٧/٥) .

وقد جعل المالكية أيضا للمالك الخيار في أن يترك العين المغصوبة للغاصب ويأخذ منه قيمتها يوم الغصب ويجبر الغاصب على قبول ذلك إذا أبى دفع القيمة وقال أنا أهدم البناء وأرد عليه العين المغصوبة .
يقول الدردير : "وله ابقاؤه وأخذ قيمته يوم الغصب وأجرة الهدم على الغاصب " .

قال الدسوقي معقباً على قول الدردير : " قوله وله ابقاؤه وأخذ قيمته . أى فالمغصوب منه مخير بين هدم ما عليه وأخذ شيء وبين ابقائه للغاصب وأخذ قيمته ولا يلتفت لقول الغاصب حيث طلب المغصوب منه القيمة أنا أهدم بنائى ولا أعزم القيمة " .

ونبه المالكية على أن المغصوب منه إذا اختار القلع فتلفت العين أثناء قلعها أنه ضمانها من الغاصب وهناك قول آخر أن ضمانها من المغصوب منه لأنه لما اختار أخذها فقد هلكت على ملكه . قال الدسوقي والظاهر الأول .

ومن الفروع على هذا الأصل عند المالكية ما ذكره الدسوقي بقوله : "وكذا إذا غصب ثوبا وجعلها بطانة لجبة فلربِّه أخذه وابقاؤه وتضمينـه القيمة " .

وقال الامام الشافعى : "ولو أنه عمل هذه الألواح أبوابا ولـم يدخل فيها شيئا من عنده كان هكذا ولو أدخل فيها من عنده حديدا أو خشبا غيرها كان عليه أن يميز ماله من مال المغصوب ثم يدفع الـى المغصوب ماله . وما نقص ماله اذا ميز منها خشبه وحديده الا أن يشاء أن يده له ذلك متطوعا قال ؛ وكذلك لو أدخل لوحا منها فى سفينته أو بنى على لوح منها جدارا كان عليه أن يؤخذ بقلع ذلك حتى يسلمه الى صاحبه وما نقصه قال وكذلك الخيط يخيط به الثوب " .

(١) الشرح الكبير (٤٤٨/٣) .

(٢) حاشية الدسوقي (٤٤٨/٣) .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) الأم (٢٢٧/٣) ، وراجع نهاية المحتاج (١٨٩/٥) .

(١) وجاء في روضة الطالبين : " حمل فعيل رجل في بيت رجل ولم يمكن
اخرجه الا بنقض البناء فان كان بتفريط صاحب البيت بأن غصبه وأدخله
نُقِضَ ولم يغرم صاحب الفعيل شيئا .

وقع دينار في محبرة ولا يخرج الا بكسرهما فان وقع بفعل صاحب
المحبرة عمدا أو سهوا كسرت ولاغرم على صاحب الدينار" .
وجاء في الاقناع وشرحه : (٢) " وان غصب انسان فعيلة أو مهرًا ونحوه
فأدخله داره فكبر وتعدّر خروجه بدون نقض الباب أو غصب خشبة وأدخلها
داره ثم بنى الباب فيقيا بحيث لا تخرج الخشبة الا بنقضه وجب نقضه
أى الباب لضرورة وجوب الرد ورد الفعيل والخشبة لربهما ولاشئ على
ربهما لأن المتعدى أولى بالضرر" .

وجاء فيه أيضا : " وان كان حصوله أى ما ذكر من الفعيل أو الخشبة
في الدار بعد وان من صاحبه كمن غصب دارا وأدخلها فعيلة أو خشبة
أو تعدى على انسان فأدخل داره فرسا ونحوها بغير اذنه كسرت الخشبة
وُدِّحَ الحيوان المأكول وان زاد ضرره على نقض البناء لأن ربه هو الذى
أدخل الضرر على نفسه بعدوانه" (٣) .

وجاء فيه أيضا : " ومن وقع في نحو محبرته دينار ونحوه
كجوهرة لغيره بتفريط صاحبها أى المحبرة فلم يخرج الدينار منه
كسرت مجانا أى ولاشئ على رب الدينار لرب المحبرة لأنه المفريط" (٤) .

وقال ابن قدامة : " وان غصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا
أو نحوه أو حجرا بنى عليه . . . وان كان باقيا لزمه رده وان انتقض
البناء وتفعل الثوب" (٥) .

وقال أيضا : " وان غصب فعيلة فأدخله داره فكبر ولم يخرج من
الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب فيقيا لا يخرج منه الا بنقضه

(١) (٥٧/٥) .

(٢) كشف القناع (٩١/٤) .

(٣) المرجع نفسه (٩٢/٤) .

(٤) المرجع نفسه (٩٥/٤) .

(٥) المغنى (٢١٠/٥) .

(١) . وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة " .
وقد استثنى الفقهاء من هذا الأصل ما اذا ترتب على رد العيين
المغصوبة تلف ذوات الأرواح المحترمة التي لا يستفاد منها بعد اتلافها
بالأكل ففي هذه الحالة ليس للمغصوب منه سوى قيمة العين المغصوبة
مثال ذلك : غصب خيطا فخاط به جرح حيوان له محترم غير مأكول اللحم
وخيف من قلع الخيط تلف الحيوان ففي هذه الحالة على الغاصب أن يضمّن
للمغصوب منه قيمة الخيط فقط ولا يلزمه القلع لأن الحيوان أكد حرمة من
بقية المال .

أما اذا كان الحيوان غير محترم كالكلب العقور والخنزير فإنه
يجرى على الأصل المتفق عليه فيلزم الغاصب رد العين المغصوبة ولو فوات
هذا الحيوان لأنه لا يتضمن تفويت ذى حرمة أشبه مالو خاط به ثوبا .

وكذلك ان كان الحيوان محترما الا أنه مأكول اللحم فخاط الغاصب
بالخيط جرحه أو ابتلع العين المغصوبة ونحو ذلك فهذا يجوز ذبحه لرد
العين المغصوبة أيضا وذلك لأنه حينئذ يمكن الرد مع انتفاع الغاصب
بعين ماله بعد التلف وذلك بالأكل وهذا هو المذهب عند الحنابلة
وأحد الوجهين عند الشافعية .
(٢)

(٣)
وذهب الشافعية في أظهر الوجهين الى أنه لا يذبح الحيوان
المأكول لرد العين المغصوبة كغير المأكول ويلزم الغاصب رد البـ
وهو القيمة .

وقد ذكر الامام الشافعي رحمه الله الفرق بين الحيوان وغيره حيث
استثنى من الأصل فقال : " إِنْ هَدَمَ الْجِدَارَ وَقْلَعَ اللَّوْحَ مِنَ السَّفِينَةِ
ونقض الخياطة ليس بمحرم على مالكها لأنه ليس في شيء منها روح تتلف

-
- (١) المغنى (٢١١/٥)، وراجع الانصاف (١٤٣/٦ - ١٤٤) .
(٢) الانصاف (١٤٠/٦)، كشف الغناع (٩٣/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٤/٢) ،
المغنى (٢١٠/٥) وما بعدها .
(٣) روضة الطالبين (٥٦/٥)، الأم (٢٢٨/٣) .
(٤) روضة الطالبين (٥٦/٥)، الأم (٢٢٧/٣ - ٢٢٨)، نهاية المحتاج (١٩٠/٥) ،
مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) .

ولانتالم فلما كان مباحا لمالكها كان مباحا لرب الحق أن يأخذ حقه منها
واستخراج الخيط من الجرح تلف للمجروح وألم عليه ومحرم عليه أن يتلف
نفسه وكذلك محرم على غيره أن يتلفه الا بما أذن الله تعالى به فيـه
من الكفر والقتل وكذلك ذوات الأرواح ولايؤخذ الحق بمعصية الله تعالى
وانما يؤخذ بما لم يكن لله معصية^(١) .

(١) الأم (٢٢٧/٣ - ٢٢٨) .

المطلب السابع : فى تلف المال فى الأيدى المترتبة على يد الغاصب

الأصل المتفق عليه بين الفقهاء : أن كل يد ترتبت على يد الغاصب
 (١) فهى يد ضمان سواء علم بأن ما قبضه مغبوب أم لم يعلم . يقول الكاسانى :
 "حتى لو أخذ مالا على وجه يحق له أخذه ظاهرا وفى الباطن بخلافه كما
 إذا اشترى شيئا أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين أنه مستحق
 يضمن لكن لا اثم عليه لأن العلم ليس بشرط لتحقيق ثبوت الغصب وهو شرط
 ثبوت المواخذه قال الله سبحانه وتعالى : " وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا
 أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ " (١)
 وجاء فى روضة الطالبين : " لأنه أثبت يده على مال غيره بغيره بغير
 (٣) اذنه فالجهل ليس مسقطا للضمان " .
 هذا فى أصل وجوب الضمان أما استقراره فقد اتفق الفقهاء أيضا
 على أن من قبض مالا عالما بأنه مغبوب فإنه فى هذه الحال تجرى عليه
 أحكام الغاصب سواء كانت يده يد ضمان أو يد أمانة فى الأصل وللمالك
 مطالبة من شاء منهما فان طالب الغاصب رجع بما ضمن على القابض
 وان طالب القابض استقر عليه الضمان ولم يرجع على الغاصب بشئ لدخوله
 على بصيرة . قال الدسوقى عند ذكر تلف المبيع عند المشتري من غاصبه :
 "لكن ان علم بغصب فحكمه فى الضمان حكم الغاصب سواء تلف المبيع
 بـمـاـوـى أو أتلفه المشتري عمدا أو خطأ فيتبع المالك أيهما شاء بالقيمة"
 (٤)
 وجاء فى مختصر خليل وشرحه : " وان مات الغاصب أو وهب المغبوب
 (٥) لشخص فقبيلته منه فلو ارثه أى الغاصب وموهوره أى الذى وهب الغاصب
 المغبوب له حكمهما فى ضمان المغبوب وغلته كحكمه هو أى الغاصب فى
 ان علما أى وارثه وموهوره بغصبه لأن علمهما به سيرهما غاصبين متعديين

(١) بدائع المنافع (٩/٤٤٢٣) .

(٢) الأحزاب : ٥

(٣) (٩/٥) .

(٤) حاشية الدسوقى (٣/٤٥٦) .

(٥) جواهر الاكليل (٢/١٥٢) .

في استيلائهما على المغصوب " .
وجاء في روضة الطالبين : ^(١) "ثم ان عَلِمَ بالغصب فهو غاصب من الغاصب
فيطالب بكل مايطالب به الغاصب وان تلف المغصوب في يده فقرار الضمان
عليه فاذا غرم لايرجع على الأول واذا غرم الأول رجع عليه " .
وجاء في كشف القناع : ^(٢) "ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يــــد
الغاصب الى غير المالك لها فالمنتقلة اليه بمنزلة الغاصب في كــــون
المالك يملك تضمينه العين والمنفعة لأنه ان كان عالما بالحال كــــان
غاصبا . . . فان ضَمَنَ المالكُ الغاصبَ ذلك رجع الغاصبُ على الآخر وهو القابض
منه بما ضَمَنَهُ للمالك لحصول التلف في يده العادية حيث عَلِمَ بالغصب
وان ضَمَنَ المالك الآخر أي القابض من الغاصب العالم بالحال جميع ذلك لم
يرجع القابض بما غرمه على أحد لاستقرار ذلك عليه لدخوله على بعيرة " .
وقال ابن قدامة : ^(٣) "وان أودَعَ المغصوب أو وَكَلَ رجلا في بيعه ودفعه
اليه فتلف في يده فللمالك تضمين أيهما شاء . . . وان علما أنهــــا
مغصوبة استقر الضمان لأن التلف حصل تحت أيديهما من غير تغير بهما
فاستقر الضمان عليهما فان غرما شيئا لم يرجعا به ، وان غرم الغاصب
رجع عليهما لأن التلف حصل في أيديهما " .
وقال أيضا : " وان أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير
فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فان غرم المستعير مع علمه
بالغصب لم يرجع على أحد وان غرم الغاصب رجع على المستعير " ^(٤) .
وقال أيضا : " وان وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على
المُفْتَهَبِ فمهما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد
لأن التلف حصل في يديه ولم يَغْرَهُ أحد وكذلك أجزاؤه مدة مقامه في يديه
وأرش نقصه ان حصل " ^(٥) .

(١) (٩/٥) ، وراجع المذهب (١/٤٩٠ - ٤٩١) ، نهاية المحتاج (١٥٦/٥) .

(٢) (١٠٨/٤ - ١٠٩) .

(٣) المغنى (٢٠٣/٥ - ٢٠٤) .

(٤) المرجع نفسه (٢٠٤/٥) .

(٥) المرجع نفسه .

هذا كله اذا كان القابض من الغاصب يعلم أن ما قبضه مغلوب أمّا اذا لم يعلم بأنه مغلوب فقد اتفق الفقهاء على أنه يلزم النظر فى طبيعة القبض ثم اختلفوا فى تفصيل ذلك على النحو التالى :

(أولا) قال الحنفية : اذا كان القبض أمانة ولم يستفد القابض ملك منفعة من جراء هذا القبض ثم تلف عنده - أى من غير تعديه أو تفريطه - فان المالك اذا اختار تضمينه فَمِنْ رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ قَدْ غَرَّرَهُ فِيرْجَعُ عَلَيْهِ بِضَمَانِ الْغُرُورِ .

أما اذا كان القابض هو المتلف فانه حينئذ اذا فَمِنْ لِلْمَالِكِ فلا يرجع على الغاصب لأنه فَمِنْ بِفَعْلِ نَفْسِهِ فَلَإِیْرَجِعُ عَلَى أَحَدٍ بَلْ إِنْ لِلْغَاصِبِ حَقُّ الرُّجُوعِ عَلَيْهِ وَالحَالَةُ هَذِهِ إِذَا ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مَالَهُ .

ومن الفروع على ذلك لو أودع الغاصب المغلوب فهلك فى يد المودع يتخير المالك فى التضمين فان ضَمَّنَ الْغَاصِبَ فَلَإِیْرَجِعُ بِالضَّمَانِ عَلَى أَحَدٍ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أودَعَ مَلِكَ نَفْسِهِ . وَإِنْ ضَمَّنَ الْمودِعَ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ غَرَّرَهُ بِالْإِیْدَاعِ فِيرْجَعُ عَلَيْهِ بِضَمَانِ الْغُرُورِ .

ولو استهلكه المودع فان ضَمَّنَ الْغَاصِبَ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ عَلَى الْمودِعِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مَالَهُ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمودِعَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ فَمِنْ بِفَعْلِ نَفْسِهِ .

وكذلك يقال فى الْمُستَأْجِرِ وَالْمُرْتَهِنِ إِذَا تَلَفَ الْمَغْلُوبُ فى يَدِهِمَا فَإِنْ قَرَّرَ ضَمَانَ التَّلَفِ عَلَى الْغَاصِبِ . يَقُولُ الْكَاسَانِيُّ : "أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لغيرورته مغرورا، وأما رجوع المستأجر فلأنه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الأجرة فيتعلق الغرور فأشبه المودع" .

أما اذا كان القابض من الغاصب عاملا لنفسه أو مستفيدا ملك منفعة

(١) بدائع المنافع (٩/٤٤٠٨ - ٤٤٠٩)، الميسوط (١١/٨١) .

(٢) بدائع المنافع (٩/٤٤٠٩) .

مجانا فهذا اذا تلفت العين عنده واختار المالك تضمينه فانه لا يرجع على الغاصب بشيء مما ضمن .

ومن الفروع على ذلك : لو وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تخرق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بال ضمان على الواهب .

ذلك لأن الموهوب له في القبض والأكل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد .^(١)

ومثل ذلك يقال في المستعير فانه اذا أعار الغاصب العيــــــــــــــــن المغصوبة لرجل فتلفت عنده ثم اختار المالك تضمين المستعير فلا يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور .^(٢)

ومما ينبغي التنبه له : أن كل عقد ضمان فانه يتحقق فيه الغرور بناء عليه فقرار الضمان في عقود الضمان على الغاصب عند الحنيفة يقول السرخسي : "وانما الغرور في عقد الضمان هو المشتب للرجوع لمعنيين أحدهما : أنه بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فبفوات ما هو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لا يستحق الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيبا لا يردده بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور .

والثاني : وهو أن القايض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه في العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه رجوع به عليه " .

(ثانيا) أما المالكية فقد قالوا : اذا استودع الغاصب العيــــــــــــــــن المغصوبة عند رجل فتلفت عنده فليس للمالك على الرجل المستودع شيء الا أن تتلف بتعديه .^(٤)

(١) المبسوط (٨١/١١) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٠٩/٩)، المبسوط (٨٢/١١) .

(٣) المبسوط (٨١/١١ - ٨٢) .

(٤) المدونة (٣٦٧/٥) .

أما إذا باعها الغاصب ثم تلفت عند المشتري والحال أنه لــــم يعلم بأنها مغبوبة فيفرق في الحكم بين ثلاث حالات :^(١)

(١) إن تلف ما اشتراه بجناية عمداً فإن المالك مخير في تغميــــن المشتري أو الغاصب لكن قرار الضمان على الغاصب . وسواء في ذلك كانت العين التالفة مما يغاب عليه أم لا .

(٢) إن تلف ما اشتراه بسماوى : فإن كان مما لا يغاب عليه ولم يظهر كذبه أو كان مما يغاب عليه وقامت بينة على أن تلفه لم يكن بسببه ففي هذه الحالة ليس للمالك إلا الرجوع على الغاصب فقط دون المشتري .

أما إذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على تلفه بينة انه كان بغير سببه أو كان مما لا يغاب عليه وظهر كذبه فإن للمالك تغمين المشتري القيمة لأخر رؤية ويرجع المشتري بالثمن على الغاصب .

(٣) إن تلف ما اشتراه بجناية خطأ فعند المالكية في ذلك قولان : (أحدهما) أن الخطأ كالعمد فيضمن المشتري للمالك قيمة المَقْـوَمِ ومثل المثلى ويكون غريماً ثانياً للمالك لأن العمد والخطأ في أمــــوال الناس سواء . وهذا القول لابن أبى زيد وهو قول أشهب وقال ابن عبدالسلام هو القياس .^(٢)^(٣)

(الثانى) أن الخطأ كالسماوى فلا رجوع لربه عليه وإنما يرجع على الغاصب والى ذلك ذهب ابن القاسم وابن رشد .^(٤)^(٥)

ومنشأ الخلاف ذكره الدسوقي بقوله : " ومبناهما على أن البيع هل هو على الرد حتى يجاز أو على الاجازة حتى يرد " .^(٦)

وأما إذا وهبها الغاصب لمن لا يعلم أنها مغبوبة ثم تلفت عنده

-
- (١) حاشية الدسوقي (٤٥٦/٣ - ٤٥٧) ، جواهر الاكليل (١٥٢/٢) ، البيهجة شرح التحفة (٣٥١/٢) .
- (٢) حاشية الدسوقي (٤٥٧/٣) .
- (٣) جواهر الاكليل (١٥٢/٢) .
- (٤) المرجع نفسه .
- (٥) حاشية الدسوقي (٤٥٨/٣) .
- (٦) المرجع نفسه .

(١) ^{وهـ} فقد قال المالكية يبدأ أولاً بتضمين الغاصب فإذا قِيمَنَ فإنه لا يرجع على الموهوب له بشيء .

فإن أعسر الغاصب أو لم يوجد أو وجد ولكن لم يقدر عليه فيرجع حينئذ على الموهوب له لأنه المستهلك وفي هذه الحالة يستقر الضمان عليه فلا يرجع على الغاصب بشيء .

(شالسا) أما الشافعية والحنابلة ^(٢) فقد اتفقوا على أن من قبض من الغاصب مالا مغصوبا غير عالم بالغصب فإنه يستقر الضمان عليه فيمما التزم ضمانه فقط - أي إذا قبضه بأحد عقود الضمان - دون ما لم يلتزم ضمانه .

فيلزم النظر إلى أصل اليد القابضة فإن كانت في الأصل يد أمانة فلا يستقر الضمان عليها وإن كانت طريقا فيه كما هو الأصل المتفق عليه بين الفقهاء . وإن كانت بيده في الأصل يد ضمان فإنه يستقر عليه الضمان بحيث لو طُوبَّ الغاصب بالضمان فدفع للمالك فإن له الرجوع على القابض بما ضمن .

ومن التطبيقات على ذلك :

إذا أودع الغاصب المال المغصوب عند رجل فتلف عنده من غير تعديده فللمالك مطالبة من شاء منهما بالبدل لكن القرار هنا على الغاصب . ذلك أن يد المودع عنده في الوديعة يد أمانة والغاصب قد غرر به ولم يلتزم للغاصب الضمان في هذا العقد .

ومثل ذلك الوكيل والمرتهن وأضاف الحنابلة " الموهوب له والمهدى إليه والمتصدق عليه " وضابط ذلك عند الحنابلة : " كل متملك بلا عوض وقابض قبض أمانة يرجع بما ضمنه على الغاصب " ^(٤) .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٥٨/٣)، البهجة شرح التحفة

• المدونة (٣٦٠/٥)

(٢) روضة الطالبين (٩/٥) وراجع (٩٨/٤)، المشهاج وشرحه مغنى المحتاج

(٣٧٩/٢)، نهاية المحتاج (٥/١٥٥ - ١٥٦)، المذهب (٤٩١/١) .

(٣) كشف القناع (٤/١٠٩ - ١١٠)، شرح منتهى الارادات (٤١٣/٢)، القواعد

لابن رجب (ص ٢١٠) وما بعدها، المغنى (٥/٢٠٣ - ٢٠٤) .

(٤) كشف القناع (٤/١١٠) .

ومن تطبيقات ذلك أيضا :

المستعير من الغاصب اذا تلف عنده المال المضمون^١ والمالك
فانه لا يرجع على الغاصب بشيء لأنه قد التزم ضمان العين بالقبض ويؤديه
عليها يد ضمان عند الشافعية والحنابلة .

قال الحنابلة أما اذا ضمن المالك المستعير المنفعة فانـــــــه
يرجع بها على الغاصب لأن المستعير لم يلتزم ضمان المنفعة بالقبض .
ومثل ذلك المشتري من الغاصب اذا ضمنه المالك العين فانه لا يرجع
على الغاصب بشيء أما لو ضمنه المنفعة فانه يرجع على الغاصب بما ضمن
لأن عقد البيع يقتضى أن المبيع مضمون على المشتري بالثمن حتى لو تلف
فات مجانا بخلاف المنافع فانها تثبت للمشتري تبعا للعين لأن الخراج
بالضمان .

أما الاجارة فانها على العكس من ذلك فاذا آجر الغاصب العيــــن
المضمونة لمن لم يعلم بالغصب ضمن المالك^٢ المستأجر فانه يرجع على
الغاصب بضمن العين لأنها فى يده أمانة ولا يرجع بضمن المنفعة لأن المنفعة
مضمونة على المستأجر بالاجرة .

(١)
قال البيهوتى : " وهكذا نقول فى كل عقد بحسبه " .

(١) كشف القناع (١٠٩/٤) .

المبحث الرابع

اتلاف المال المغشوش أو المخالف للمواصفات
والمقاييس التي حددها ولي الأمر

يحسن بنا قبل أن نتكلم عن حكم اتلاف المغشوشات أن نعرف حدود الغش التجاري وصوره :

فالغش في اللغة : إخفاء حقائق الأشياء فيظهر خلاف ما يبطن ، يقول الحربي في ذلك : " الغش أن يظهر شيئاً ويخفي خلافه أو يقول قولاً ويخفي خلافه " (١) .

ويقول ابن فارس : " الغين والشين أصول تدل على فحش في الشيء واستعجال فيه ويقولون الغش لاتمحص النسيحة " (٢) .

ويقول القاضي عياض : " الغش الخديعة وفد النصح ومن غشنا أي خدعنا وأظهر خلاف باطن أمره " (٣) .

أما الغش في البيوع في اصطلاح الفقهاء فقد ذكره ابن عرفة بقوله : " الغش التدليس وهو ابداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً أو كتم عيب " (٤) .

وما ذكره ابن القيم أيضاً بقوله : " فان البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله فاذا أظهر للمشتري أنه على صفة فيسأل بخلافها كان قد غشه ودلس عليه " (٥) .

والمعنى الشرعي للغش مستفاد مما روى الامام مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس

-
- (١) غريب الحديث (٦٥٨/٢) .
 - (٢) معجم مقاييس اللغة (٣٨٣/٤) وراجع ترتيب القاموس المحيط (٣٩٥/٣) .
 - (٣) مشارق الأنوار (١٣٩/٢) .
 - (٤) نقلا عن التاج والاكلیل (٣٤٤/٤) .
 - (٥) اعلام الموقعين (٣٨/٢) .

(١) من غش فليس مني " .

بناءً على ذلك : فان البائع أو المانع متى بين مكونات المادة المراد بيعها ونسبة كل من هذه المكونات كتابة أو قولاً للمشتري وكان صادقاً في بيانه أو أظهر له عيب السلعة الخفى فلا غش شرعاً في هذه الحالة حيث أنه قد استوى علم البائع والمشتري فلم يكتمه ولم يكذب عليه وقد نص الفقهاء على ذلك ودل عليه الحديث السابق عن أبي هريرة رضي الله عنه فقد أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الصبرة وضعه للطعام المبلول أسفل الصبرة وطلب منه أن يفعه فوق الصبرة حتى يراه الناس فاذا فعل ذلك وبين الردء كان له بيعه حيث استوى علمه وعلم المشتري به وإذا كان كذلك فلا غش شرعاً .

ويدل عليه أيضاً ما رواه البخاري عن عقبه بن عامر رضي الله عنه أنه قال : " لا يحل لامرئ مسلم يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبره " (٣) .
وقد روي هذا الحديث موصولاً من طريق عبدالرحمن بن شماسه عن عتبة ابن عامر رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ : " المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له " (٤) .

-
- (١) صحيح الإمام مسلم (٩٩/١) كتاب الايمان باب (٤٣) واللفظ لـــــــ
والترمذي (٥٩٧/٣) كتاب البيوع باب (٧٤)، وأبو داود (٧٣١/٣ - ٧٣٢)
كتاب البيوع باب (٥٢)، وابن ماجه (٧٤٩/٢) كتاب التجارات باب
(٣٦) والإمام أحمد في المسند (٢٤٢/٢) . والصبرة هي ما جمع من
الطعام بلا كيل ولا وزن راجع الصحاح (٧٠٧/٢)، ترتيب القاموس
المحيط (٧٩٤/٢) .
- (٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٣٦٢/٢٩ - ٣٦٣)، مواهب الجليل (٣٤٣/٤)، التاج
والاكليل (٣٤٤/٤)، جواهر الاكليل (١٦/٢ - ١٧)، منح الجليل (٥٣٥/٢) .
- (٣) صحيح الإمام البخاري (١٠/٣) كتاب البيوع باب (١٩) .
- (٤) رواه ابن ماجه (٧٥٥/٢) كتاب التجارات باب (٤٥)، الإمام أحمد في
المسند (١٥٨/٤) قال ابن حجر واسناده حسن انظر فتح البـــــــ
• (١٦٠/٩)

ومما جاء في هذا المعنى من قول الفقهاء ما ذكره صاحب المعيار :
"ويثبت الخيار لمن اشتراه الا أن يكون البائع قد بين للمشتري بياناً
تاماً أنه مخلوط والبيان التام في هذا أن يبين له مقدار الردى الذى
خلط بالجيد وصفتها قبل الخلط حتى يستوى علمهما فيه فحينئذ لا يكون
للمشتري أن يرد" (١) .

إذا فالغش التجارى قوامه خديعة المشتري :

- (أ) بكتابة المحتويات مخالفة للواقع .
- (ب) بذكرها شفاهة مخالفة للواقع .
- (ج) عرضها بعورة مخالفة للواقع وذلك باخفاء عيوبها وتدليسه على
المشتري ومن صور ذلك :

أن يخلط البائع مع السلعة مالىس من جنسها أو يخلط معها من
جنسها ولكنه ردىء يقول الدردير : " والغش يكون فى كل شء حتى فى
الحيوان . . . كخلط شء جيد كلبن وسمن وزيت ودقيق بردىء من جنسه
أو غير جنسه من طعام أو غيره . كثياب وقطن وكتان ونحو بِل ثياب بنشاً
ونفخ لحم بعد السلخ لاقبله لأنه يوهم أنه سمين" (٢) .

ومن ذلك أيضا ما يفعله بعض المصانع فى هذا الزمان من خلط اللبن
الخالص بالحليب المجفف مع انكارهم ذلك .

وقد لا يكون الغش فى تكوين السلعة وانما فى كيلها أو وزنها وذلك
بانقاصها عن القدر المبيّن أو الوزن المعتمد .

أو التدليس على المشتري وايهامه فى تاريخ صلاحية السلعة أو نوعية
البضاعة وجودتها بحيث تكون من مصدر أو مصنع معروف برداعة الانتاج فيغير
المصدر أو اسم المصنع وينسبها الى مصدر أو مصنع مشهور بجودة بضاعته
وحسنها .

(١) المعيار المعرب (٢١٧/٥) .
(٢) الشرح العفير (٢٣/٢) وراجع المعيار المعرب (٢١٧/٥ - ٢١٨) ، مجموع
فتاوى شيخ الاسلام (١١٤/٢٨ - ١١٥) ، جواهر الاكليل (١٧/٢) ، من
الجليل (٥٣٦/٢) ، مواهب الجليل (٣٤٣/٤) .

هذا هو الغش التجارى المحرم شرعا والذى يستحق فاعله العقوبة
ومن التمرفات غير المشروعة أيضا والتي يستحق فاعلها أن يعاقب مخالفة
المواصفات والمقاييس التى حددها ولى الأمر واشترط أن تكون متوفرة
فى السلعة لتكون صالحة لعرضها فى الأسواق للبيع فمن خالف هذه المواصفات
والمقاييس فقد ارتكب ما لا يجوز له فعله حتى لو بينها للمشتري لأن طاعة
ولى الأمر واجبة فى غير معصية الله فكيف اذا أمر بما فيه مصلحة
المسلمين .

فلو أن ولى الأمر أذن بأن يخلط الصاعه الذهب بنسبة معينة من
النحاس صح ذلك على أن يكتب على كل سبيكة عيارها ليعلم المشتري نسبة
الغش فيها . ومتى خالف الصاعه النسبة التى أذن فيها الامام مثل
أن يأذن بخلط نسبة ثلاثة قراريط من النحاس أو ستة قراريط فى كل أربعة
وعشرين قيراطا . فيجعلها الصاعه عشرة قراريط فهذا تصرف يعاقب عليه
لأنه على خلاف ما أذن به الامام .

ومثل ذلك اذا أذن ولى الأمر بأن يشاب اللبن بالماء بنسبة معينة
أو أذن بأن يخلط اللبن الخالص بالحليب المعجف مثلا جاز ذلك على
أن يبين للمشتري على العلبة أو الوعاء الذى يحويه نسبة الخلط . فاذا
خالف البائع النسب التى قررها ولى الأمر فانه يستحق العقوبة
وهكذا .

-
- (١) وهذا الخلط جائز اذا بَيَّنَّ فقد سئل ابن رشد عما يباع من الحلوى
منه ذهب خالص ومنه غير خالص وهو معلوم عند أهل المعرفة فسئل
عياراته لا يخفى عليهم زائد البشير ولانقصانه . فأجاب صياغة الحلوى
من الذهب الخالص وغير الخالص المشوبة بالفضة والمفر والنحاس
جائز استعماله اذا كان يمتاز كما وصفت ٠٠٠ ويجوز بيعه
بالعروض وبغير جنس ولا يجوز مراطلة الا ان كان خالصا ولا يمنع
الغاش منه الا ما كان مغشوشا أعلاه ذهب وداخله مفر أو نحاس فانه يجب
أن يكسر ويمنع الناس من عمله . انظر التاج والاكليل (٣٤٤/٤) .
- (٢) راجع مثلا مرشد الاجراءات الجنائية (ص ١٢٩) وقد جاء فيه : " ومن
يمنع معاغا أقل من العيار والدرجة بقصد البيع توقع عليه العقوبة " .

والحاصل أن الغش في البضاعة أو مخالفة المواصفات والمقاييس التي حددها ولي الأمر فيها لا يخرجها من أن تكون مالا إلا أن تفقد في هذه العملية أحد عناصر المالية .

بناءً على ذلك فهل يجوز لولي الأمر معاداة هذه الأموال المغشوشة أو المخالفة للمواصفات والمقاييس التي قررها واتلافها تعزيراً ———— لماحبها أو لا ؟

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في القول الجديد والحنابلة على أن العقوبة بأخذ الأموال لا تجوز وإنما العقوبة على الأبدان . وهذا هو قول المالكية إذا كانت الجناية في غير المال .

جاء في رد المحتار : " قال في الثرنبلانية : ولا يفتى بها لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه " (١) .

وقال ابن عابدين : " والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال " (٢) .

وقال الامام الشافعي رحمه الله : " لا يعاقب رجل في ماله وانما يعاقب في بدنه وانما جعل الله الحدود على الأبدان وكذلك العقوبات فاما على الأموال فلا عقوبة فيها " (٣) .

وقال ابن قدامة : " والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالاتلاف " (٤) .

وقال الدردير : " وجاز أن يؤدب ونحوه ولا يجوز أدبه بأخذ مال منه كما يقع كثيرا من الظلمة " (٥) .

(١) رد المحتار (٦١/٤) ، وراجع شرح فتح القدير (٣٤٥/٥) ، تبين الحقائق (٢٠٨/٣) .

(٢) رد المحتار (٦٢/٤) .

(٣) الأم (١٦٧/٤) ، وراجع حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٢٢/٨) ، معالم السنن (١٥٧/٣) .

(٤) المغنى (١٧٨/٩) ، وراجع كشاف القناع (١٢٤/٦ - ١٢٥) ، شرح منتهى الارادات (٣٦٢/٣) .

(٥) الشرح المغير (٢٣/٢) .

(١) وقال العسوى : "قال الوثريسي : أما العقوبة بالمال فقد نـص العلماء على أنها لاتجوز وفتوى البرزلى بتحليلها لم تزل الشيوخ يعدونها من الخطأ" .

وقول المالكية هذا خاص فيما اذا كانت الجناية فى غير المـال كما ذكرنا آنفا أما اذا كانت الجناية فى المال مثل الغش فهذا يجـوز عند المالكية ايضاع العقوبة عليه فى ذلك المال المغشوش ، يقـول الشاطبى : "وأما مذهب مالك فان العقوبة فى المال عنده ضربان" . قال بعد أن ذكر أن الأول عقوبة الجانى بالمال مع أن جنائته فى غير الأموال وأن ذلك لا يصح باتفاق الفقهاء ولم يخالف فيه الامام مالك قال : "الشانى أن تكون جناية الجانى فى نفس ذلك المال أو فى عوضه فالعقوبة فيـه عنده ثابتة فانه قال فى الزعفران المغشوش اذا وجد بيد الذى غشه أنه يتصدق به على المساكين قل أو كثر ... ووجه ذلك التأديب للغاش وهذا التأديب لانص يشهد له لكن من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ... على أن أبا الحسن اللخمي قد وضع له أملا شرعيا وذلك أنه عليه السلام أمر باكفاء القذور التى غليت بلحوم الحمر قبل أن تقسم" (٣) .

وقد تابع المالكية على قولهم هذا جمع من الفقهاء مثل شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٤) الا أن من قال بهذا القول من الفقهاء قد اختلفوا فى نوعية العقوبة هل هى اتلاف المال المغشوش أو المخالف للمواصفات المحددة أو هى التصدق به على صاحبه وذلك من اتلافه اختلفوا فى ذلك على أقوال بيانها :

-
- (١) بلغة السالك (٢٣/٢)، وراجع حاشية الدسوقى (٤٦/٣)، جواهر الاكليل (١٧/٢)، منح الجليل (٥٣٦/٢)، الفواكه الدوانى (٢٩١/٢) .
 - (٢) الاعتصام (١٢٤/٢) .
 - (٣) سبق تخريجه (ص ٢٨٩) .
 - (٤) مجموع الفتاوى (١١٤/٢٨) وما بعدها .
 - (٥) الطرق الحكمية (ص ٣٨٨) وما بعدها .

القول الأول :

أن المغشوشات ونحوها يصادرها ولي الأمر ويتلفها وذلك بتحريكها
أو بتمزيقها وقد أفتى بذلك ابن القطان الأندلسي فقد قال في الملاحف
الرديئة النسج تحرق بالنار . وأفتى ابن عتاب بتمزيقها وتفريقها على
المساكين إذا تقدم إلى مستعملها فلم ينتهوا، وكذلك أفتى بالخبز
(١)
المغشوش .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " فأنكر عليه ابن القطان وقال لا يحل
هذا في مال امرئ مسلم الا بانه قال القاضي أبو الاصمغ : وهذا اضطراب
في جوابه وتناقض في قوله لأن جوابه في الملاحف باحراقها بالنار أشد من
اعطاء هذا الخبز للمساكين . وابن عتاب أضبط في أصله في ذلك وأتبع
(٢)
لقوله " .

وقال أيضا : " وهذا كما يتلف من البدن المحل الذي قامت به
المعمية فتقطع يد السارق وتقطع رجل المحارب ويده فكذلك الذي قام به
(٣)
المنكر في اتلافه نهى عن العود إلى ذلك المنكر " .

القول الثاني :

أن المغشوشات ونحوها يصاديرها ولي الأمر ويتصدق بها على المساكين
(٤)
سواء كان قليلا أو كثيرا وهذا مذهب الامام مالك .

القول الثالث :

أنه يتصدق بها على المساكين إذا كانت يسيرة أما إذا كانت كثيرة

-
- (١) حاشية الصاوي على الشرح المغير (٢٣/٢)، الاعتصام (١٢٤/٢)، حاشية
الدسوقي (٣٥٥/٤)، (٤٦/٣)، تبصرة الحكام (٢٩٧/٢)، فتاوى شيخ الاسلام
ابن تيمية (١١٤/٢٨)، الطرق الحكمية (ص ٣٨٨)، منح الجليل (٥٣٦/٢) .
(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (١١٦/٢٨) .
(٣) المرجع نفسه (١١٤/٢٨) .
(٤) الاعتصام (١٢٤/٢) .

(١) فلا وهذا قول ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون من المالكية، جاء فـسـي
 المعيار : " قال ابن حبيب قلت لهما فما وجه الصواب عندكما فيمـسـن
 غش أو نقص من الوزن ؟ فقالا : الصواب عندنا أن يعاقب بالضرب أو السجن
 أو الإخراج من السوق إذا كان بذلك معروفا . ولا أرى أن ينتهب متاعه
 ولا يفرق إلا ما خف قدره من اللبن إذا شابه بالماء والخبز ينقص من وزنه
 فيفرق على المساكين أدبا له مع ما يؤدب من سجن أو إخراج ان كـسـان
 معتادا . وما كثر من اللبن أو الخبز أو الغش من المسك أو الزعفران
 فلا أرى أن يفرق ولا ينهب . قال ابن حبيب : ولا يردده الإمام إليه ، وليأمر
 ثقة ببيعه عليه ممن يؤمن أن لا يغش به " .

ونقل شيخ الإسلام ابن تيمية عن ابن القاسم قوله : " فأما إذا كثر
 فلا أرى ذلك وعلى صاحبه العقوبة لأنه يذهب في ذلك أموال عظام " .^(٣)

وقد رجح بعض فقهاء المالكية هذا القول وصوبه فقد جاء في جواهر
 الأكليل : " وقول ابن القاسم لا يتصدق بالكثير ويؤدب صاحبه ويترك له ان أمن
 غشه به والابيع لمن يؤمن قال الحطاب : هو أحسن من قول الإمام لأن التصدق
 به من العقوبة بالمال والعقوبة بالمال كانت في أول الإسلام شـمـم
 نسخت وصارت في البدن فقول ابن القاسم أولى بالصواب والقياس أن لا يتصدق
 بقليل ولا كثير " .

القول الرابع :

التفصيل في ذلك :

(أ) ان كان صاحب المال فقيرا ترك له بعد تغيير صفته التي هو عليها
 مثل أن يكسر الخبز والصدقة ببعفه حسن .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٦/٣)، الشرح الصغير وحاشية

الصاوي عليه (٢٣/٢)، الاعتصام (١٢٤/٤)، تبصرة الحكام (٢٩٨/٢) .

(٢) المعيار المعرب (٢١٨/٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (١١٦/٢٨) .

(٤) (١٧/٢) . وما نسبه صاحب جواهر الأكليل الى الحطاب هو من كلام ابن

رشد . انظر مواهب الجليل (٣٤٤/٤)، التاج والأكليل (٣٤٢/٤) .

(ب) ان كان صاحب المال غنيا فانه يتصدق به عليه لأن ذلك يجمع أمرين :

• (أحدهما) أن الصدقة أشد في العقوبة .

(الثاني) أن الغالب ممن هذا شأنه أن يجتمع في ذمته من السرقة

ما يوجب أن يؤخذ ويتصدق به للجهل بالمسروق منه .

• وهذا التفصيل للخبي من المالكية (١)

القول الخامس :

أفنه أمر المغشوش مفوض الى الامام يفعل فيه ما يرى حسب المصلحة وهذا رأى شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله فقد قال : " وليس اتلاف ذلك واجبا على الاطلاق بل اذا لم يكن في المحل مفسدة جاز ابقاؤه أيضا اما لله واما أن يتصدق به " (٢)

منشأ الخلاف بين الفقهاء الذين قالوا لاتجوز العقوبة

في المال وبين الذين قالوا تجوز :

الفقهاء الذين قالوا لاتجوز العقوبات في الأموال يرون أن ذلك كان

(٣)

في أول الاسلام ثم نسخ .

وأما الفقهاء الذين قالوا بالجواز فانهم قالوا بعدم النسخ

(٤)

وردوا على من قال بذلك فقد قال شيخ الاسلام ابن تيمية : "ومن قال

ان العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد فقد غلط

على مذهبهما ومن قاله مطلقا من أى مذهب كان فقد قال قولاً بلا دليل ولم

يجيء عن النبي صلى الله عليه وسلم شيء قط يقتضى أنه حرم جميع

العقوبات المالية، بل أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر أصحابه بذلك بعد

موته دليل على أن ذلك محكم غير منسوخ " .

(١) المعيار المعرب (٤٨٨/٦) .

(٢) مجموع الفتاوى (١١٤/٢٨) .

(٣) رد المحتار (٦١/٤)، جواهر الاكليل (١٧/٢)، منح الجليل (٥٣٦/٢)، مواهب

الجليل (٣٤٤/٤)، شرح سنن النسائي للسيوطي (١٦/٥) .

(٤) مجموع الفتاوى (١١٠/٢٨) .

وقال ابن القيم بعد أن أورد بعض الأحاديث والآثار التي استدل بها على جواز العقوبات المالية قال : " وهذه قضايا صحيحة معروفة وليس يسهل دعوى نسخها ... والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصح دعواهم إلا أن يقول أحدهم : مذهب أصحابنا عدم جوازها فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالاجماع وهذا غلط أيضا . فإن الأمة لم تجمع على نسخها ومحال أن ينسخ الاجماع السنة ولكن لو ثبت الاجماع لكان دليلا على نص ناسخ^(١) . "

والذي يظهر لي رجحان قول من قال بجواز التعزير بالمال إذا كانت الجنائية فيه كالغش ونحوه ويقوى عندي ما قال شيخ الاسلام بأن هذا مفوض للإمام أو من ينوب عنه يفعل ما يرى المصلحة تقتضيه إذ أن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة .

لكن إذا رأى الإمام مصادرة المغشوشات ونحوها عقوبة لصاحبها فإن الأولى أن يفرقها على الفقراء إلا أن تكون غير صالحة للاستعمال كالأغذية الفاسدة أو التي تحتوى على مواد مضرّة ونحوها فإنه حينئذ يتعين مصادرتها واتلافها . والله أعلم .

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٨٧ - ٣٨٨)، وراجع مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (١١١/٢٨) .

المبحث الخامس

عقوبة الغال من الغنيمة باتلاف متاعه

من التصرفات المحرمة شرعا الغلول من الغنيمة وقد اتفق الفقهاء على أن الغال من الغنيمة يستحق العقوبة واختلفوا في ماهيتها على ثلاثة أقوال :

(١) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية (٢) (٣) إلى أنه يستحق التعزير على سوء صنيعه في بدنه ولا يعزر في ماله يقول الامام الشافعي رحمه الله : " لا يعاقب رجل في ماله وانما يعاقب في بدنه وانما جعل الله الحدود على الأبدان وكذلك العقوبات فأما الأموال فلا عقوبة عليها " (٤)

(الثنى) مذهب الحنابلة وجوب تحريق رَحْلِ الغال من الغنيمة عقوبة له بعد توفر الشروط فيمن قام بالغلول .

(الثالث) أن عقوبة الغال من العقوبات التعزيرية فأمره مفوض الى الامام يعزره بما يراه مناسبا سواء كان ذلك في بدنه أو ماله فيجتهد الامام فيه حسب المصلحة وهذا هو رأى شيخ الاسلام ابن تيمية (٦)

-
- (١) المبسوط (٥٠/١٠)، النتف في الفتاوى (٧٢٧/٢) .
 - (٢) التمهيد (٢٢/٢ - ٢٣)، المنتقى (٢٠٤/٣)، أحكام القرآن لابن العربي (٣٠١/١)، الجامع لأحكام القرآن (٢٥٩/٤) .
 - (٣) الأم (١٦٧/٤)، شرح السنة للبيهقي (١١٨/١١)، شرح النووي على مسلم (١٣٠/٢)، معالم السنن (١٥٧/٣) .
 - (٤) الأم (١٦٧/٤) .
 - (٥) كشف القناع (٨٥/٣)، شرح منتهى الارادات (١١٧/٢ - ١١٨)، المحرر (١٧٨/٢)، المغنى (٣٠٥/٩ - ٣٠٧)، الانصاف (١٨٥/٤)، غاية المنتهى (٤٨٤/١)، الروض الندى (ص ١٩٩ - ٢٠٠)، المذهب الأحمد (ص ٢٠٥) .
 - (٦) وقد نص الحنابلة على المتاع الذى يجوز تحريقه والذى لايجوز تحريقه . الاختيارات الفقهية (ص ٣١٤) .

وتلميذه ابن القيم ، وبعض متأخري الحنابلة وهو المرداوى . (٢)

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء اختلافهم فى ثبوت الأثار الواردة فى
هذا الباب ومن ذلك :

(١) مارواه سعيد بن منصور من طريق صالح بن محمد بن زائدة قال كنت
مع مسلمة بن عبد الملك فى الغزو فوجد انسانا قد غل ، فدعا سالم بن
عبد الله فسأله عن ذلك فقال حدثنى أبى عن عمر بن الخطاب رضى الله
عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من وجدتموه قد غل
فامسكوه وحرقوا مناعه فوجد فى رحله مرفف فسئل سالم عن ذلك فقال :
بيعه وتصدقوا بثمنه " . (٣)

(٢) مارواه سعيد بن منصور من طريق اسماعيل بن عياش عن اسحاق بن
عبد الله بن أبى فروه أن رجلا يقال له زياد قد غل شعرا من الغنم
فأتى به سعيد بن عبد الملك فجمع ماله فأحرق وعمر بن عبد العزيز
حاضر ذلك فلم يعبه " . (٤)

(٣) مارواه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر حرقوا متاع الغنم

(١) زاد المعاد (١٧٣/٢) .

(٢) الانصاف (١٨٥/٤) .

(٣) سنن سعيد بن منصور (٢٦٩/٢) كتاب الجهاد باب ما جاء فى عقوبة من
غل . ورواه أيضا أبو داود (١٥٧/٣) كتاب الجهاد باب (٤٥) ، الترمذى
(٦١/٤) كتاب الحدود باب (٢٨) ، والحاكم فى المستدرک (١٢٧/٢ - ١٢٨)
كتاب الجهاد وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى . وراجع
أقوال المحدثين حول هذا الحديث فى مناقشة أصحاب القول الأول .

(٤) سنن سعيد بن منصور (٢٧٠/٢) كتاب الجهاد باب ما جاء فى عقوبة من غل
وفى اسناده اسماعيل بن عياش قال عنه ابن حجر : " صدوق فى
روايته عن أهل بلده مخلص فى غيرهم " . انظر تقريب التهذيب (٧٣/١) ،
وراجع تفصيل ذلك فى تهذيب التهذيب (٣٢١/١) . وفى اسناده أيضا
اسحاق بن عبد الله بن أبى فروه وهو متروك انظر تقريب التهذيب
(٥٩/١) . وراجع أقوال أهل الجرح والتعديل فيه بالتفصيل فى تهذيب
التهذيب (٢٤٠/١) وما بعدها .

وفضربوه" (١) .

فأصحاب القول الثانى وهم الحنابلة يستدلون بهذه الآثار على
أن عقوبة الغال تحريق رحله .
أما أصحاب القول الأول فلا يشبتون هذه الأحاديث بل قالوا ان الثابت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قد حمل الغلول فى زمنه فلم
يعاقب بتحريق المتاع من ذلك مارواه البخارى (٢) عن أبى هريرة رضى الله
عنه أنه قال : افتتحنا خيبر ولم نغنم ذهباً ولا فضة وإنما غنمنا البقر
والابل والمتاع والحوائط ثم انصرفنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى وادى القرى ومعه عبد له يقال له مدعم أهداه له أحد بنى
الغيباب فبينما هو يحط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه
سهم عائر حتى أصاب ذلك العبد فقال الناس هنيئاً له الشهادة فسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم . بلى والذى نغيبى بيده ان الشملة التى
أصابها يوم خيبر من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه ناراً فجاء

-
- (١) رواه أبو داود (٥٨/٣) كتاب الجهاد باب (١٤٥) قال ابن القيم :
"وعلة هذا الحديث أنه من رواية زهير بن محمد عن عمرو بن شعيب وزهير
هذا فعيف قال البيهقى وزهير هذا يقال هو مجهول وليس بالمكى وقد
رواه أيضا مرسلًا " انظر تهذيب سنن أبى داود (٤١/٤) . وقال الشوكانى
وفى اسناده زهير بن محمد وهو الخرسانى نزىل مكة وقال البيهقى
هو وغيره أنه مجهول وقد رواه أبو داود أيضا مزوجه آخر عن زهير
موقوفا قال فى الفتح وهو الراجح " . انظر نيل الأوطار (٢٢٦/٩) وراجع
فتح البارئ (١٦٠/١٢) .
- (٢) صحيح الامام البخارى (٨١/٥) كتاب المغازى باب (٣٨) ، صحيح مسلم
(١٠٨/١) كتاب الأيمان والندور باب (٤٨) وأبو داود (١٥٥/٣) كتاب
الجهاد باب (١٤٣) ، التساوى (٢٤/٧) كتاب الأيمان والندور باب هل
تدخل الأرميون فى المال اذا نذر . والامام مالك فى الموطأ (٤٥٩/٢) ،
كتاب الجهاد باب (١٣) .

رجل حين سمع ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم بشراك أو بشراكين فقال
هذا شيء كنت أميته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراكا أو شراكان
من نار" .

(١)
يقول السرخسي : "وقد كان في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
من الجيش أعراب جهال يكون منهم الغلول فلو كان يستحق إحراق رحل
الغال لاشتهر ذلك ونقل نقلا مستفيضا" .

ثم بين أصحاب القول الأول وجه ضعف الحديث الذي رواه صالح بن
محمد بن زائدة واستدل به الحنابلة : فقال ابن عبد البر : "وقد رُوِيَ عن
النبي صلى الله عليه وسلم من غل فأحرقوا متاعه واضربوه" رواه أسد
ابن موسى وغيره عن الدراوردي عن صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن
ابن عمر وقال بعض رواة هذا الحديث فيه فاضربوا عنقه وأحرقوا متاعه
وهو حديث يدور على صالح بن محمد بن زائدة وهو ضعيف لا يحتج به وحجة
من ذهب إلى هذا القول حديث صالح المذكور وهو عندنا حديث لا يجب به
انتهاك حرمة ولا إنفاذ حكم مع ما يعارضه من الآثار التي هي أقوى منه
فأما رواية من روى فاضربوا عنقه وأحرقوا متاعه فإنه يعارضه قول
صلى الله عليه وسلم : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدى ثلاث" (٢)
وهو ينفى القتل في الغلول . وروى ابن الزبير عن جابر أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال : ليس على الخائن ولا على المنتهب ولا على المختلس قطع" (٤)
وهذا أيضا يعارض حديث صالح بن محمد بن زائدة وهو أقوى من حجة الإسناد
والغال خائن في اللغة والشريعة" .

وقال الباجي : " انفرد به صالح بن محمد وهو مدني تركه مالك
وليس ممن يحتج بحديثه" (٥)

-
- (١) المبسوط (٥١/١٠)، وراجع التمهيد (٢١/٢)، شرح النووي على صحيح
مسلم (١٣٠/٢) .
- (٢) التمهيد (٢٢/٢ - ٢٣) .
- (٣) البخاري (٣٨/٨) كتاب الدييات باب (٦)، مسلم (١٣٠٢/٣) القسامة باب (٦) .
- (٤) رواه الترمذي (٥٢/٤) كتاب الحدود باب (١٨) قال أبو عيسى هذا
حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم . وابن ماجه (٨٦٤/٢)
كتاب الحدود باب (٢٦)، والنسائي (٨٨/٨ - ٨٩) كتاب قطع السارق
باب مالا قطع فيه .
- (٥) المنتقى (٢٠٤/٣) .

(١) وجاء في سنن الترمذى : "قال أبو عيسى هذا الحديث لانعرفه الامن هذا الوجه والعمل على هذا عند بعض أهل العلم . . . قال : وسألت محمدا عن هذا الحديث فقال : انما روى هذا صالح بن محمد بن محمد بن زائده وهو أبو واقد الليثى وهو منكر الحديث قال محمد وقد رَوِيَ في غير حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم في الغال فلم يأمر فيه بحرق متاعه . قال أبو عيسى هذا حديث غريب " .

(٢) وجاء في فتح البارى : "وقال البخارى فى التاريخ يحتجون بهـذا الحديث فى احراق رجل الغال وهو باطل ليس له أصل وراويها لا يعتمد عليه" وقد ترجم البخارى فى صحيحه (٣) : "باب القليل من الغلول ولم يذكر عبد الله بن عمرو عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه حرق متاعه وهذا أصح" فأشار بترجمته الى أن حديث عبد الله بن عمرو الذى أورده فى الباب ولم يذكر التحريق أصح من هذا الحديث (٤) .

وأما الحديث الثانى الذى رواه سعيد بن منصور من طريق اسماعيل ابن عياش . والحديث الثالث الذى رواه أبو داود من طريق عمر بن شعيب عن أبيه عن جده فقد ذكرنا وجه ضعفهما عند إيرادهما . فليس عند الحنابلة إذا نص صحيح يقوي ما ذهبوا اليه .

وإذا ثبت ضعف الاستدلال بهذه الأحاديث فالذى يبدو لى والله أعلم أن ما ذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من أن الأمر مفوض الى الامام فلو رأى تعزيز الغال بتحريق متاعه فله ذلك فعيف أيضا حيث أن دليلهم على ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق وتترك وكذلك خلفاؤه من بعده .

(١) (٦١/٤) .

(٢) (١٦٠/١٢) .

(٣) (٣٧/٤) كتاب الجهاد باب (١٩٠) .

(٤) راجع فتح البارى (١٦١/١٢) . وانظر مزيدا من كلام المحدثين حول هذا

الحديث مختصر سنن أبى داود للمنذرى (٤٠/٤) ، نيل الأوطار (٢٢٦/٩) ،

شرح النووى على صحيح مسلم (١٣٠/٢) ، التلخيص الحبير (١٢٦/٤) .

وقد ثبت فحرف أحاديث التحريق ولم يبق الا الترك وهو الذى دلت عليه الأحاديث الصحيحة وهو قول جمهور الفقهاء فينبغى للامام اذا أراد تعزيره وردعه أن يعزره بما يراه مناسباً فى بدنه لافى ماله خصوصاً أن جنائته فى غير المال وكنا قد أسلفنا القول فى المبحث السابق أن المذاهب الأربعة وهم الحنفية والمالكية والخافعية والحنابلة متفقون على أن الجنابة اذا كانت فى غير المال أنه لا يعاقب صاحبها باتلاف ماله أو بأخذه الا ما استثناه الحنابلة فى مسائل قليلة قد ورد نص فيها كمسألة تفعيف الغرم على السارق من الثمر المعلق وهذه المسألة التى نحن بمعددها . والله أعلم .

الجامعة
بدمشق

من ٧٣٧ - ٧٦٥

الخاتمة

فى الختام أحمد الله سبحانه وتعالى وأثنى عليه الخير كلــــه
وأشكره ولا أكفره على أن أسبغ عليّ نعمه ظاهرة وباطنة ووفقنى الســــى
اتمام هذا البحث الذى أرجو أن أكون قد وفقت فى جمّع أحكامه وعرضها
وأدعو الله سبحانه وتعالى أن يكون خالصا لوجهه الكريم، سوابا حتى يقبل
ويكون من العلم النافع الذى لا ينقطع ثوابه بالممات .

وفىما يلى أعرض ملخصا سريعا لأحكام تلف الأموال الواردة فى
هذه الرسالة وقد حرمت أن تكون على شكل ضوابط تعطى قارئها تصورا عاما
عن الأحكام التى تضمنتها هذه الرسالة وقد راعيت فيها الاختصار قــــدر
الامكان الا أن كثرة مسائل البحث وتعدد أحكامه استدعى أن تكون هــــذه
الصفحات، إلا أن النسبة بينها وبين البحث معقولة جدا .

اللهم اجعل خير أعمالنا خواتمها، وخير أيامنا يوم نلتفك ولا حول

ولا قوة الا بالله العلى العظيم .

- (١) أن الاباحة الشرعية شرط لاعتبار الشيء مالا خلافا للحنفية الذين قالوا بأن الاباحة الشرعية ليست من عناصر المالية فيصح أن نطلق على المحرم أنه مال لكن نسميه غير متقوم وهذا القول يترتب عليه أحكام عندهم بالنسبة لمتلف خمر الذمى وخنزيره .
- وبناء على قول الجمهور فإن تعارف الناس على تمول المحرمات لا يجعلها مالا لأن العرف المصداق لنص شرعى لا يعتد به .
- (٢) أن المنافع أموال متقومة عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا انها ليست بأموال .
- وبناء على قول الجمهور فإن من أتلف المنافع بغصب أو نحوه فإنه تجرى عليه الأحكام الشرعية التى رتبها الفقهاء على متلف الأموال .
- (٣) أن العرف له تأثير فى تكوين عنصرين من عناصر المالية وهو كون الشيء له منفعة مقبودة وله قيمة مادية بين الناس .
- بناء على ذلك فإن الشيء اذا كان عديم النفع فى زمان - ما - ثم صار ذا نفع فى زمان آخر أو لم تكن له قيمة بين الناس فى زمان - ما - ثم صار له قيمة فى زمان آخر صح أن يطلق عليه أنه مــــال ورتبت الأحكام عليه بشرط توفر عنصر الاباحة الشرعية لهذه المنفعة الحادثة أو لهذا الشيء الذى صار له قيمة بين الناس فإن كانت هذه المنفعة الحادثة أو هذا الشيء الذى أصبح له قيمة مادية بين الناس محرم شرعا فإنه لا يعتد بهذا العرف فلا يأخذ حكم المال شرعا .
- (٤) أن العمد والخطأ والاكراه فى أموال الناس سواء يوجب ضمانها وهو من خطاب الوقع فلا يشترط التكليف والعلم ولا فرق فى الاتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعالم والمكره والطائع . لأن الضمان جبر للغايات وليس زجرا عن التفويت بناء على ذلك :
- (١) قال الفقهاء ان غير المكلف يضمن ما أتلفه من مال الغيــــــــــــر الا اذا كان صاحب المال قد فرط فى المحافظة على ماله مشــــــــــــل أن يدفعه الى غير المكلف فحينئذ تقع تبعة التلف على صاحب المال

لأنه مفرط في حق نفسه بتسليطه عليه مضيع لماله معرضا إياه للتلف .
 (ب) أن الإكراه على اتلاف المال متى تحقق بشروطه الشرعية مسقط للاشم عن
 المَكْرَه في الآخرة إن شاء الله تعالى أما حق صاحب المال المتلف
 في ضمان ماله فإنه لا يسقط لأن الضمان جبر للفاثات وهو على المَكْرَه
 المتسبب في أظهر الأتوال عندي وهو ما ذهب إليه بعض المالكية وأكثر
 الحنابلة وهو الصحيح من المذهب عندهم وهو مذهب الشافعية غير
 أن المَكْرَه قد يكون طريقا في الضمان إلا أن القرار على المَكْرَه
 المتسبب .

(ج) أن ترخيص الشارع وإباحته استهلاك مال الغير بدون إذنه لداعي
 الضرورة لا يسقط عن الفاعل المسؤولية المالية ولا يعفيه من ثبوت
 ما أتلفه أو قيمته دينا في ذمته لمالكه فالأعدار الشرعية لاتنافى
 عصمة المحل والإباحة للاضطراب لاتنافى الضمان بخلاف ما إذا أذن المالك .
 ولا فرق في المضطربين الغنى والفقير وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء
 من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في القول المشهور .
 وكذلك الحال فيمن اضطر إلى اتلاف بعض الأموال لميانة الباقي فإن
 جواز ذلك - دفعا لأعظم المفسدتين بارتكاب أدناهما - لا يعنى
 إهدار حق المتلف ماله وعدم ضمانه له لأن الاضطراب لا يبطل حـق
 الغير .

(هـ) أن المتسبب في اتلاف مال غيره ضامن لذلك المال متى أمكن نسبة
 التلف إليه بتعديه أو تفريطه في الحفظ أو الاحتراز عما يمكن
 الاحتراز منه .

وعلى ذلك تخرج المسائل الآتية :

(أ) يضمن صاحب الماشية السائبة ماتلفه من زروع وثمار الناس لـيـلا
 متى حصل منه تقصير في حفظها دون النهار وهذا هو قول جمهور
 الفقهاء إجمالا . وذلك لأن من عادة الناس حفظ زروعهم بالنهار
 دون الليل . وحفظ مواشيتهم في الليل دون النهار ولذلك قضى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الحواظ حفظها بالنهار

وان ما أفسدته المواشى بالليل فامن على أصحابها .
 غير أن القول بضمن أصحاب المواشى فى الليل دون النهار فى
 الجملة ليس ثابتا لا يتغير بل هو تبع للعرف والعادة فلو تعسود
 أهل بلد ارسال البهائم ليلا وحفظها نهارا أو حفظ الزرع ليلا من
 قبل أصحابه انعكس الحكم فيضمن صاحبها ما تلفته نهارا دون الليل
 اتباعا لمعنى الخبر والعادة .

(ب) أن غير الزرع والشمار من الأموال لا يأخذ حكمها فإذا أتلقت
 المواشى السائبة منها شيئا فلا ضمان على صاحبها لعدم حديث جرح
 العجماء جبار. وقد خص منه الزرع والشمر بحديث البراء بن عازب
 رضى الله عنه فلزم الوقوف عندما خص بالدليل والاقتصار عليه
 والأخذ بالأصل فيما عداه .

ولأن اتلافها لغير الزرع والشمار لا يعلح أن ينسب الى صاحبها
 لأن رعى الزرع مألوف من الماشية واتلاف غيره ليس مألوفاً فلم يكن
 مفرطاً وإنما المفرط من عرض ماله للتلف وقصر فى حفظه .
 (ج) أن من أراد اتخاذ الطيور كالحمام والنحل والدجاج ونحو ذلك فإنه
 يلزمه حفظها وابعادها عن الناس بحيث يغلب على ظنه أنها لاتعمل
 اليها كالبهائم . وإذا لزمه ذلك فقصر فى حفظها فأتلقت أمسوال
 الناس من زرع وغيرها فعليه ضمانه وهذا أظهر قولى الفقهاء فى
 نظرى .

(د) يضمن صاحب البهائم المائلة والسباع المقتناة ما تلفته من أموال
 الناس اذا عهد منها الاتلاف وقصر فى حفظها هذا اذا كانت ممساة
 يباح اقتناؤه فإنه لا يحل لأحد أن يفتنى ما يضر بالمسلمين ويفسد
 أموالهم الا أن يتعاهده بالحفظ والعيانة .

أما اذا كان مما لا يباح له اقتناؤه فهو متعد باقتناؤه فيتحتمل
 نتيجة عدوانه والله أعلم .
 ومن صال على ماله بهيمة أو سبع مما يباح اقتناؤه فقتله فعليته
 ضمانه فى أظهر قولى العلماء وهو قول الحنفية لأن الاضرار لا يبطل

- حق الغير ولأنه مال معصوم فيلزمه ضمانه .
- (هـ) اذا كان مع الحيوان مرافق سواء كان قائدا أو سائقا أو راكبا فأتلف هذا الحيوان مال الغير فان عُرِفَ من المرافق تعد أو تقصير في الحفظ أو فرط فيما يمكن الاحتراز منه فلم يحترز فان الجناية تنسب اليه ويلزمه ضمان المال المتلف . وينبغي في ذلك مراعاة ما يأتي :
- * أن الارتفاق بالطريق في السير والوقوف جائز مشروط بسلامة العاقبة فيما يمكن الاحتراز عنه .
- * كل ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه .
- * أن ما يمكن الاحتراز عنه وما لا يمكن الاحتراز عنه أمر نسبي يختلف باختلاف الناس والأزمنة والأمكنة فيجب إذا الرجوع في تحديد ذلك الى أهل الخبرة .
- (و) أن ضابط التضمين الذي وضعه الفقهاء رحمهم الله لوسائل النقل والركوب القديمة كالحيوانات والسفن الشراعية يمكن تطبيقه على ما استجد من وسائل نقل أو ركوب حديثة .
- * فالسير في الطرقات والوقوف فيها بواسطة وسائل النقل الحديثة له حكم وسائل النقل القديمة من أنه جائز مشروط بسلامة العاقبة .
- * أن سائق المركبة أو وسيلة النقل الحديثة مطالب بالاحتراز وعدم التفريط والتعدى ومتى خالف ذلك فانه يتحمل تبعه مانع عن تفريظه أو تعديه أو تقصيره في الاحتراز مما يمكن الاحتراز منه .
- ويجب أن يلاحظ أنه قد استجدت في وسائل الركوب والنقل الحديثة وسائل للسلامة كالمكبح والمنبّه والمقود ونحو ذلك مما يجعل تحديد ما يمكن نسبه الى قائد المركبة من الأفعال الضارة بالغير وعدم نسبه اليه أمرا يسيرا .
- هذا في حال السير . ومثله حال الوقوف والحمل على المركبة وتفريغ زيوتها وشحومها فهذه أيضا قد تعارف الناس في هذا الزمان على قوانين وأنظمة معينة وجعلوها ملزمة فمن تجاوزها أمكن أن يقال في حقه انه متعد أو مقصر فيلزمه الضمان .

(ز) أن المتعدى والمفرط في الحفر في الطرق العامة ضامن لما تلف بسبب هذا الحفر فان أذن له الامام أو نائبه في الحفر سواء كان لمصلحة نفسه أو لمصلحة عامة وحدد له موقع الحفر واتخذ جميع وسائل الحماية اللازمة من سياج واقية من التردى فيه ومصابيح تضيء موقع الحفر ولوحات تحذيرية حسب المتعارف عليه فان هذا يخرج من عهدة الضمان لأنه لا يمكن أن ينسب الى التعدى والتفريط اذا كان على مثل هذه الحال .

(ح) تفريط صاحب الحائط المائل على الطريق أو على مال الغير وذلك بالتواني عن نقضه حتى سقط فأتلف مال غيره موجب لأن يضمن ذلك المال التالف لأنه مخاطب شرعا بإزالة الضرر عن المسلمين وهذا من أعظم الضرر وتفريطه في نقضه تسبب في اتلاف مال غيره فلزمه ضمان لأنه في هذه الحالة يمكن أن ينسب هذا الفعل اليه .

(ط) أن اشراع الأجنحة ونحوها الى الطرق العامة في هذا العصر مقيسدة باذن الامام . بناء على ذلك فمتى كان البروز في المبنى مفرحاً به من قبل الجهات المسئولة صار من قبيل الجائز ولا يصح نسبة الفاعل الى التعدى لأن الطريق العام لجميع المسلمين والامام نائب عنهم فيصرف في حقهم بما فيه مصلحتهم . أما اذا عمل الانسان في ميناه بروزاً على الطريق من غير اذن الجهات المسئولة فانه يصير بذلك متعدياً ويضمن ماتلف به من مال الغير .

أما الملحقات الأخرى بالمباني والتي تعارف الناس على اشراعها الى الطرق من غير اذن الامام فان هذه من قبيل المباح الا أنها مشروطة بسلامة العاقبة وعدم التفريط والتقصير في تشيبتها وتوثيقها فان فرط في ذلك ضمن ماتلف بها من مال الغير لأن الجواز الشرعى المقيد لا ينافى الضمان .

(٦) (أ) سقوط الزكاة بتلف المال بعد وجوب الزكاة فيه . لكن بشرط أن يتلف قبل التمكن من الأداء وهو قول جمهور الفقهاء خلافاً لما ذهب اليه الحنفية من أن التمكن من الأداء ليس بشرط .

هذا اذا تلف المال كله بعد أن وجبت فيه الزكاة أما اذا تلف بعضه والحال أن المال كان قبل التلف نصيباً واحداً فقط فإنه في هذه الحالة يزكى الباقي بقسطه ولو كان أقل من النصيب وهو ما ذهب اليه الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة لأن الميسور لا يسقط بالمعسور .

(ب) أن اتلاف المال الذي وجبت فيه الزكاة لا يسقط ماوجب فيه وأنه اذا أتلفه صاحبه أو غيره بأى وجه من وجوه الاتلاف فإنه يضمن للمساكين حقهم من الزكاة .

ويستثنى من ذلك ما يأكله صاحب الزرع والشمر بعد الخرص فليس عليه زكاة فيما أكل اذا كان فى حدود المشروع وهذا هو رأى الحنابلة خلافاً لجمهور الفقهاء وذلك لورود السنة الصريحة فى ذلك .

(ج) أن تلف الزكاة المعزولة بعد وجوبها كتلف بعض المال الذى وجبت فيه الزكاة لأن الزكاة المعزولة جزء من المال المراد دفع زكاته بناء على ذلك :

فإن تلف الزكاة المعزولة لا يسقط الزكاة ولا تبرأ ذمة صاحبها منها إلا أنها لا تحسب عليه وعليه أن يزكى الباقي بقسطه وهذا هو قول الحنفية والشافعية فى أظهر القولين عندهم . وهذا الحكم اذا لم يكن منه تفريط فان فرط حتى تلفت حسب عليه التالف .

(د) أن تلف زكاة الفطر قبل دفعها الى مستحقها لا يسقطها ولا تبرأ ذمة صاحبها منها وهذا قول جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية الذين قالوا بسقوطها .

(هـ) تلف الزكاة المعجلة بيد الساعى أو الامام مسقط لها عن ربها وتقع مجزئة عنه وهذا قول الحنابلة لأن يد الامام أو الساعى كيد الفقير فى القبض فمتى قبضها الامام أجزاء عن الذى دفعها وبرئت بها ذمته لأنه قد أقبضها مستحقها أو من يقوم مقامه فى الوقت الذى أذن له الشارع فيه بالأداء .

(٧) (أ) هدى التطوع وهو كل هدى ساقه الرجل ليس لشيء وجب عليه
أو يجب عليه في المستقبل فهذا إذا عطب في الطريق قبل أن يبلغ
محلّه بغير تعدد منه أو تفريط في حفظه فليس عليه بدله لأنّ
بتعيينه هدى تطوع أصبح واجبا معينا في عين البهيمة المعينة
دون ذمة صاحبها فإذا تلفت سقط الواجب .

هذا إذا تلف حتف أنفه أما إذا أتلفه صاحبه أو أجنبى فعليّه
الضمان وهو البديل للفقراء واستثنى الفقهاء من الاتلاف حالة واحدة
وهو ما إذا عطب الهدى فخشى عليه أن يموت فانه يلزمه ذبحه فسان
لم يفعل فانه يعتبر مفرطاً ويلزمه الضمان .

وإذا نحره فان السنة التي وردت في ذلك : أن يمسح نعليها في دمها
ثم يضرب به صفحتها ليعرفها الناس ثم يخلى بينها وبين الناس
يأكلونها . ولا يأكل منه شيئا وكذلك من وكله ولا يطعم منه غنيما
وكذلك لا يطعم منه رفقة سوا في ذلك الأغنياء والفقراء وهو قول
جمهور الفقهاء خلافا لمن قال أن رفقته يدخلون في قوله : " ثم
خل بينه وبين الناس " لأنه قد ورد الحديث الصحيح يمنع رفقته
من الأكل منه فهذا متضمن للزيادة ومعنى خاص فيجب تقديمه على عموم
ماخالفه .

فإن خالف وأكل فان عليه ضمان ما أكل بمثله لحما ويكون الضمان
بقدر ما أكل وهذا هو قول الحنابلة والظاهرية خلافا لقول مالك
أنه إذا أكل منه لقمة ضمنه كله .

(ب) الهدى الواجب إذا تلف حتف أنفه قبل أن يبلغ محلّه أو عطب فنحره
فان عليه بدله يذبح في محلّه . وإذا نحره صنع به ماشاء من أكسل
أو بيع أو هبة أو صدقة ونحو ذلك وهو ملكه يتصرف فيه كيف شاء
لأنه تعدد بهذا اسقاط الواجب عن ذمته فإذا خرج من أن يكون صالحا
لاسقاط الواجب بقى الواجب في ذمته كما كان وهذا ملكه فيمنع منه
ماشاء .

هذا إذا تلف الهدى الواجب قبل بلوغه محلّه . أما إذا بلغ محلّه

فأراد صاحبه أن يستهلكه بالأكل فإن جمهور الفقهاء قالوا بجواز الأكل من هدى التمتع والقران وذلك لثبوت الحديث الصحيح الصحيح فى ذلك من غير معارض وهو أرجح القولين فى نظرى خلافا لمن قال بعدم جواز الأكل من هدى التمتع والقران .

أما غير دم التمتع والقران فقد قَوِيَ عندى ما ذهب اليه الامام مالك من جواز الأكل من كل هدى واجب سوى جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى لسورود الآثار التى تشهد لذلك .

ومن استهلك بالأكل مامنع من أكله فعليه ضمانه . هذا اذا استهلكه بعد بلوغه محله أما اذا تلف بعد أن بلغ محله وذبحه كأن سُرِقَ أو غُصِبَ والحال أنه لم يفرط فقول جمهور الفقهاء أنه قد فرغ منه بذبحه وخرج عن عهده ووقع التعدى على محض حقوق المساكين خلافا للشافعية الذين قالوا ان عليه ضمانه وهو مخير

بين أن يضمه بالبديل وهو أولى أو بمثله لأنه قد وجد الذبح . أما اذا حصل منه تعد أو تفريط فقد نص الشافعية والحنابلة على أن عليه ضمانه وذلك كما لو نحره عند محله فمنع المساكين منه أو لم يخل بينهم وبينه حتى انتن وهذا القول بين ظاهر .

(٨) أن من ذبح أضحيته قبل الوقت الذى يجوز له ذبحها فيه وهو الفسراغ من صلاة العيد حقيقة أو حكما فانها لاتقع أضحية عنه وانما هى شاة لحم قدمها الى أهله لورود السنة الصحيحة فى ذلك .

وبناء على أن الراجح من أقوال الفقهاء أن الأضحية سنة فانسه لايلزمه بدلها الا أن يتطوع بذلك الا اذا كانت هذه الأضحية التى ذبحها قد أوجبها على نفسه بنذر بأن قال لله عَليَّ أن أذبح شاة أضحية ثم ذبح هذه الشاة عما فى ذمته قبل وقت جواز الذبح فسان عليه الاعادة والحالة هذه لأنه نذر أضحية فذبحها قبل وقتها فلم تبرأ ذمته منها .

وكذلك ان نذر ذبح شاة معينة بأن قال لله عَليَّ أن أذبح هذه الشاة أضحية فقد أصبحت فى هذه الحالة واجبا معيناً لا تبرأ ذمته منها .

الا اذا ذبحها فى الوقت المشروع .

(٩) (أ) يجوز اتلاف أموال العدو من غير ذوات الأرواح وتخريب العامر

وهدمه كالبنيان والحصون وقطع الأشجار وافساد الزروع وذلك من أجل

افعافه وكسر شوكته . الا اذا كان فى ذلك مضرة على المسلمين أو كان

يغلب على الظن حصول ذلك للمسلمين وأن الفتح باد فانه يجب الإبقاء

عليها فى تلك الحالات وما شابهها لأنه افساد فى غير محل الحاجة .

وما أبيض الا لها .

(ب) هذا بالنسبة للعقار أما المنقول كالأمتعة والسلاح فانه لا بد من

اتلافه اذا عجز المسلمون عن حمله حتى لا ينتفع به الكفار ويتقوون

به على المسلمين .

(ج) أما أموال العدو من ذوات الأرواح فلا يجوز اتلافها وقتلها بأى وجه

من وجوه الاتلاف الا أن تذبح للأكل فقط . الا فى حال القتال فيجوز

اتلافها لأنه اذا جاز اتلاف الأدميين فالحيوانات من باب أولس

وكذلك يجوز اتلاف حيوانات القتال اذا قاتلوا المسلمين عليها

وذلك ليعمل المسلمون باتلافها الى قتلهم أو الظفر بهم وهذا هو

قول جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية خلافا

للحنفية والمالكية الذين قالوا بجواز ذبح حيوانات العدو لقصده

الافساد عليهم .

(د) يجوز للمجاهدين الأكل من طعام الغنيمة واعلاف الدواب فى دار الحرب

لأنها مظنة الحاجة دون دار الاسلام وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء .

والطعام والعلف مقبوس عليه كلاهما مخصوص من عموم النهى عن الأخذ

من الغنيمة بالأحاديث الصحيحة الواردة بجواز ذلك فيلزم الاقتصار

عليه لأن الأمل فى الأخذ من الغنائم الحرمه لأن الأخذ من الغنيمة

يعد من الغلول المحرم الذى ورد الشرع بالتشديد فيه .

ولا يجوز أيضا ذبح الحيوانات المأكولة من الغنيمة الا فى حال

الغرورة أو فى حال اذن الامام وهو ما ذهب اليه الحنابلة واستدلوا

عليه بأدلة قوية من الأثر والنظر .

(١٠) (أ) ليس لتلف المبيع أثر بعد قبض المشتري له في العقد الصحيح فيمجرد القبض للمبيع يستقر البيع ويصح المبيع مالا من مسأله المشتري فاذا طرأ عليه تلف أو اتلاف فهو كسائر أمواله .

(ب) الا في الزرع والشمار فانها من ضمان البائع بعد قبض المشتري لها الى وقت أمن الجائحة يتناهى الطيب وهذا عند المالكية والحنابلة . وقت الجذاذ عند الحنابلة .

بناء على ذلك فاذا أجيحت الزرع والشمار بعد قبض المشتري لها وقبل أمن الجائحة فانها من ضمان البائع وهذا قول المالكية والحنابلة وذلك لورود الحديث الصحيح في ذلك وعدم قيام المعارض .

(ج) أن المبيع قبل قبض المشتري له في ضمان بائعه هذا اذا كان ممنا فيه حق توفيه كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع فاذا تلف كلياً أو جزئياً ترتب عليه آثار بالنسبة لعقد البيع من انفساخ العقد اذا كان التلف كلياً أو شتوت الخيار للمشتري ان كان التلف جزئياً وهذا الحكم اجمالاً هو قول الفقهاء في المذاهب الأربعة لم يخالف في ذلك أحد .

وانما الخلاف قد حصل فيما ليس فيه حق توفيه كالحيون وكالعبيد الحاضر والثوب الحاضر وما يبيع من المقدرات جزافاً فهذا وما شابهه قال الحنفية والشافعية ضمانه من البائع حتى يقبضه المشتري . وقال الحنابلة والمالكية ضمانه من المشتري بمجرد العقد فاذا تلف فهو كسائر أمواله وهذا القول هو الأقوى في نظري .

(د) أن المبيع المقبوض بعقد فاسد أو باطل مضمون على المشتري بمجرد القبض وقد خالف أبو حنيفة في البيع الباطل فقال ان المبيع فسخ البيع الباطل يكون أمانة في يد المشتري بعد قبضه له ويقوله أخذت مجلة الأحكام العدلية الآن الفتوى في المذهب الحنفي على قول العاصيين .

(١١) ان تلف المبيع واتلافه في مدة الخيار قد رتب الفقهاء عليه آثاراً

كثيرة وأكثر بعضهم من التعميل والتفريع كالحنفية والمالكية ولا أرى هذه العجالة تتسع لذكر هذه الآثار لكثرة الصور والفروع عليها .

(١٢) (أ) أن تلف المبيع المعيب تلفا كلياً مسقط لخيار الرد بالعيب الآن للمشتري الرجوع بأرش النقص على البائع . وهذا قول عامة الفقهاء .

(ب) واختلفوا فيما إذا تلف المبيع المعيب تلفاً جزئياً أو حصل به عيب آخر بعد أن قبضه المشتري وقيل علمه بالعيب القديم فهل التلف الجزئي مانع من الرد بالعيب القديم أو لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك وأقوى الأقوال عندي ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والامام أحمد في رواية عنه إلى أن العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم .

وإذا امتنع الرد فإن المشتري أيضاً لا يكلف الرضا به معيباً وقد ذكرنا ما يمكن عمله في هذه الحالة في موضعه وفي ذلك نكون قد راعينا جانب البائع وجانب المشتري وجمعنا بين حقيهما في رفع الضرر عنهما وهذا هو الموافق للأصول والقواعد في الشريعة الإسلامية السمحة .

(١٣) (أ) أن يد المستأجر على العين المستأجرة في مدة الاجارة يد أمانة لا يضمنها إذا تلفت إلا إذا تعدى في ذلك أو فرط . وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لأن حكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده . وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده .

(ب) وكذلك الحال بعد انتهاء الاجارة فإن يد المستأجر على العين يد أمانة لا يضمنها إذا تلفت إلا بالتعدى والتفريط .

(ج) بمجرد تمكن المستأجر من استيفاء منفعة العين المستأجرة فتمام المنافع تدخل في ضمانه وتستقر عليه الأجرة كاملة سواء عطلها أو استوفاهما وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لأن فاسد كل عقد

كصحيحه فى الضمان وعدمه . خلافا لقول الحنفية ان الأجر فى الاجارة
الفاصلة لا يجب الا بحقيقة الانتفاع .
ودخول المنافع فى ضمان المستأجر بمجرد تمكين المؤجر له مقيد عند
جمهور الفقهاء بما اذا لم يحصل عذر عام يمنع استيفاء المنافع
خلافا للشافعية الذين قالوا لافرق فى تعطيل المنفعة أن يكون بعذر
أو بغير عذر .

(د) الجائحة اذا أصابت العين المؤجرة فمنعت من استيفاء المنفعة
بالكلية أو أثرت على عملية استيفاء منافع العين المستأجرة
فان الفقهاء قد رتبوا على ذلك أحكاما بالنسبة لعقد الاجارة
وكذلك بالنسبة للأجرة .

فتنسخ الاجارة بتلف العين المستأجرة المعينة تلفا كليا وتسقط
الأجرة الآن يكون قد مضى من المدة ما يقابله أجر فحينئذ تنفسخ
الاجارة فى المدة الباقية ويلزمه دفع الأجرة للمدة الفائتة .
أما اذا حصل فى العين المعينة شيء يمنع استيفاء منافعها ففى
بعض الوقت فانه يسقط عن المستأجر بحساب التعطل من الأجر
لان المقصود من عقد الاجارة هو استيفاء منافع العين فى مدة الاجارة
كاملة فاذا تمكن من الاستيفاء فى بعض المدة دون بعض صار قابضا
للبعض دون البعض فلزمته الأجرة فيما قبض دون ماتعذر قبضه .

(هـ) يلزم المستأجر عند انتهاء المدة أن يسلم العين المستأجرة فارغة
غير مشغولة حتى لو ترتب على ذلك تلف المال الذى شغل به العين
المستأجرة واستثنى الفقهاء من ذلك ماله أمد ينتهى اليه كالزراع
فان المستأجر لا يؤمر بالتفريغ حتى يتم زراعته لكن يلزمه أن يدفع
للمؤجر أجرة مثل المدة الزائدة . وهذا قول الفقهاء فى الجملة
والا فان لبعضهم استثناءات وتقييدات مهمة ذكرناها فى موضعها .
ولايجب المؤجر على تقبل ما أحدثه المستأجر فى العين المستأجرة
فى أظهر القولين فى نظرى سواء كان المؤجر قد آذن له فى الإحداث
أو لم يأذن له لأنه آذن له ليرتفق وربما لو لم يأذن له أصابته

حرج عظيم فهو محسن اليه وما على المحسنين من سبيل وهذا هو قول الحنفية والمالكية .

وإذا لزم المستأجر النقص فإن عليه تسوية ما فسد من جراء النقص فيسلم العين كما استلمها .

أن المستأجر إذا لم يكن له منفعة من أنقاض ما أحدث فإنه يجبر على عدم النقص وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية وهو رأى حسن جدا في نظري لأن النقص في هذه الحالة يعتبر من الفرار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(و) أن يد الأجير الخاص والأجير المشترك على العين المستأجر للعميل فيها يد أمانة وقول من قال بتضمين الأجير المشترك ماتلف مــــن أموال الناس تحت يده. إنما هو مراعاة للمصلحة العامة واحتياطاً لأموال الناس نظراً لفساد الزمان وكثرة خيانة الأجراء وقد سرح الفقهاء بذلك .

وبناء عليه فإن أظهر الأقوال في نظري تضمين الأجير المشترك إذا وجدت التهمة وعدم تضمينه إذا انتفت التهمة وهو ما ذهب اليه المالكية لأن في هذا مصلحة عامة لجميع المسلمين والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة .

(١٤) أن المهر المعين في يد الزوج قبل قبض المرأة له أمانة لا يضمنه إذا تلف إلا أن يتعدى أو يفرط لأن الزوجة ملكت المهر المعين بمجرد العقد وهذا هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والظاهرية وأما قول المالكية بأنه من ضمان الزوج فهو ضمان تهمة لا ضمان أمانة ولذلك يسقط الضمان بقيام البينة .

(١٥) تعطل الأوقاف وخرابها هل يُجيزُ بيعها واستبدالها بمثلها أم لا ؟ أظهر البحث أن الفقهاء في ذلك طرفان فمن متشدد في أمر بيع الوقف وابداله إذا تلف أو تعطلت منافعه انطلاقاً من قاعدة سد الذرائع ومن مُرخِّص في بيعه واستبدالهِ انطلاقاً من قاعدة جلب المصالح وتحصيلها ودرء المفاسد وتقليلها فالغالب المنشودة واحدة وهو

تحصيل المصلحة للوقف وأهله بناء على ذلك :

- (أ) اختلف الفقهاء فيما اذا خرب المسجد أو تعطل هل يباع ويبدل أم لا ؟
والذى ظهر لى بعد عرض أقوال الفقهاء جواز بيع المسجد واستبداله
بمثله اذا تعطلت منافعه بخراب ومافى معناه وهو ماذهب اليه
الحنابلة وذلك لقوة ما استدلووا به وعدم جواز بقاء المسجد متعطلا
خرابا مع حاجة المسلمين اليه وعدم قيام الدليل الصحيح المعارض
بل قد ورد الدليل الصحيح فى نقل المسجد وتحويله .
- (ب) العقار الموقوف غير المسجد اذا خرب وتعطلت منافعه وصار بحيث
لايرد على الموقوف عليهم شيئا وتعذرت عمارته وعود نفعه فانه يباع
ويستبدل به وقف آخر يكون مكانه وهو ماذهب اليه الحنابلة فى
الصحيح من المذهب . وهذا القول وان كان قد يوقع فى محذور حاول
بعض فقهاء المالكية والشافعية على الخصوص تلافيه باغلاق باب بيع
الوقف والمناقلة بها الا فى حدود ضيقة جدا وهذا المحذور هو تسلط
بعض الولاة الظلمة وقضاة الجور والنظار الذين لا يخافون الله على
الأوقاف ببيعها وأكل أشمانها أو نقلها من مكانها الى مكان آخر
مع أن المكان الأول أكثر غلة وأحسن مقعا بقصد الاستيلاء على هذا
المكان واستغلاله لأنفسهم . الا أن هذا يوقع فى محذور آخر فـان
بقاء الأوقاف خرابا لا يستفاد منها بشئ فيباع مال لا تقتصر مفرته على
الوقف وأهله بل يتعدى ذلك الى اقتصاد الدولة الاسلامية فيلزم
اذا تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام والله رقيب على كل
انسان وهو يعلم المفسد من المصلح .
- (ج) الوقف المنقول يجوز بيعه واستبداله اذا خرب وصار بحيث لا يستفاد
منه الفائدة المرجوة للموقوف عليه وهذا قول عامة الفقهاء حتى
من تشدد منهم فى أمر بيع العقار الموقوف واستبداله والمناقلة
به وأغلق بابيه مثل فقهاء المالكية والشافعية . وان كان قد خالف
من علمائهم فى المنقول من خالف وقال بعدم جواز البيع كالعقار
الا أن المعتمد فى المذهب خلاف ذلك .

ماسبق اجماله هو فى تلف العقار بسبب غير مضمون . أما اذا أتلف
العقار الموقوف :

(أ) فانه يلزم متلفه الضمان ويؤذمنه ويشترى به مايقوم مقامه فـان
الوقف مضمون باتفاق الفقهاء ولا فرق فى ذلك بين العامد والمخطئ
لأن هذا من خطاب الوضوح فلا يشترط فيه التكليف .

وقد استثنى بعض الفقهاء ماتلف بالاستعمال المأذون فيه فانـه
لا ضمان على متلفه وهذا رأى الحنابلة والشافعية .

(ب) هدم العقار الموقوف للمصلحة اختلف الفقهاء فيه والذى يقوى عندى
ماذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية أنه متى اقتضت المصلحة بيع
العقار الموقوف واستبداله ومناقضته أن ذلك جائز لكن بشرط أن تكون
تلك المصلحة المجلوبة أو المفسدة المدفوعة محققة غير موهومة
وأن تكون متعينة بحيث تنسُد جميع السبل الأخرى المشروعة أمـلا
ولا يبقى سوى هدم العقار الموقوف وهذا هو الذى يتناسب مع قواعد
الشريعة الاسلامية وأصولها فان الأصل فى الشريعة الغراء تقديم
المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، والقاعدة فى اجتماع الضررين
وتقابلهما أن يُسقط الأصغر الأكبر ولا أكبر من شيء بسبب الحرج والضيـق
على المسلمين ويلحق المشقة بهم .

(١٦) (أ) أن العين المستعارة أمانة فى يد المستعير لا يضمنها اذا تلفت
الابالتعدى والتفريط وهذا هو قول الحنفية والظاهرية خلافا
للحنابلة والشافعية الذين يفرقون بين تلفها فى حال الاستعمال
وبين تلفها فى غير حال الاستعمال . فقالوا اذا تلفت فى غير حال
الاستعمال فعليه ضمانها مطلقا سواء تعدى أو لم يتعد فرط أو لم
يفرط وهذا تفريق فعيف فى نظرى .

وأما تضمين المالكية للمستعير فهو ضمان تهمة لضمان أصلـة
ولذلك يسقط بقيام البينة على أن المستعير لم يتعد أو يفرط فـى
العين المستعارة فيكون الأصل عندهم أن يده يد أمانة .

(ب) أن المستعير يبرأ من ضمان العارية اذا ردها الى من جرت عادة

الناس بالرد اليه سواء كان صاحبها أو عياله أو وكيله فالعسرف
والعادة هو المحكم في هذه المسألة وقد نص الفقهاء على ذلك .
(ج) رجوع المعير في عاريتها إذا ترتب عليها تلف مال المستعير فهذا
لا يخلوا من احدى حالتين :

(الأولى) أن يكون ما أحدثه المستعير في العين المعارة له أمداً
ينتهي اليه كالزرع في الأرض المعارة فهذا قد اتفق الفقهاء على
أنه لا يحق للمعير الرجوع في عاريتها حتى يحصد الزرع الآن له الحق
في أن يتقاضى أجره المثل من يوم رجوعه الى أوان التفريغ وهذا
قول جمهور الفقهاء وهو الأقوى لأن فيه جمع بين الحقيق ورعاية
لمصلحة الطرفين خلافاً للمالكية الذين قالوا لا يستحق أجره .

(الثانية) ما ليس له أمد ينتهي اليه فهذه يجب أن يراعى فيها
القواعد المقررة في الفقه الاسلامي ومن أهمها قاعدة "لا ضرر
ولا ضرار" والقواعد الفقهية المتفرعة عن أصل هذه القاعدة. وهي :
أن الضرر يزال بقدر الامكان ، الضرر لا يزال بالضرر ، يتحمل الضرر
الأخف لدفع الضرر الأكبر وقد قمت بتطبيق هذه القواعد على هذه
المسألة في موضعها .

(١٧) (أ) أن العين المرهونة في يد المرتهن أمانة فلا ضمان عليه
إذا تلفت الآن يتعدى فيها أو يقصر في حفظها وهو القول الذي
ذهب اليه الشافعية والحنابلة والظاهرية ولا يبعد عنه مذهب
المالكية حيث أنهم وان قالوا ان المرتهن ضامن فهذا ضمان تهممة
لا ضمان أصالة ولذلك يبرأ منه بقيام البينة فكان الأصل عندهم
أن المرهون أمانة في يده كقول الشافعية والحنابلة والظاهرية
فيكون هذا القول هو قول جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية الذين قالوا
هو مضمون على المرتهن في الجملة مستدلين بأدلة غير مسلمة وفيها
نظر كثير .

هذا إذا تلف المرهون في يد المرتهن قبل أن يستحق الفكك أمداً
إذا استحق الفكك بأى وجه من وجوه الاستحقاق كقبض المرتهن ماله .

من دين على الراهن أو ابراء المرتهن للراهن ونحو ذلك ففي هذه الحالة يبقى المرهون في يد المرتهن أمانة لا يضمنه الا بالتعدي والتفريط وهو قول الشافعية والحنابلة لأن الأصل أنه في يد المرتهن أمانة والقاعدة بقاء ما كان على ما كان ولا طوارئ تستدعي اختلاف الحكم وهذا ما ظهر لى رجحانه من أقوال الفقهاء .

(ب) ماسبق ذكره فى المرهون ^{إذا} أتلف أما اذا أتلف فان على المتلف الضمان لاختلاف بين الفقهاء فى ذلك فيضمن بمثله ان كان مثلثيا أو بقيمته ان كان قيميا ويجعل المثل أو القيمة رهنا بدل الرهن المتلف والراهن والمرتهن فى الضمان اذا أتلفاه كالأجنبي على حد سواء . هذا اذا كان المتلف أصل المرهون . أما نمائه فقد وقع الاختلاف بين الفقهاء تبعا لاختلافهم فى ملك نماء ومنافع العين المرهونة لمن هى هل للراهن أو للمرتهن وقد ظهر لى من البحث رجحان قول من قال ان النماء والمنافع ملك للراهن فيجوز له أن يستوفى منافع الرهن ويستهلك النماء من غير أن يضر ذلك بالعين المرهونة وهو مذهب اليه المالكية والشافعية والظاهرية .

بناء عليه ليس على الراهن ضمان ما استهلكه من نماء الرهن أو استوفى من منافع اذا لم يضر ذلك بالعين المرهونة .

(١٨) (أ) أن الوديعة فى يد المودع أمانة فاذا تلفت من غير تعديده أو تفريطه فلا ضمان عليه لاختلاف بين الفقهاء فى ذلك .

(ب) أن رد الوديعة المبرىء من الضمان هو ردها الى المالك باتفاق الفقهاء أما اذا ردها الى من يحفظ ماله فى العادة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك ويقوى عندى مذهب اليه جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والمالكية من أنه لا يبرأ من الضمان الا بدفعها للمالك فقط لأن المالك حينما ^{حسه} بحفظ الوديعة فقط فقد رضى بأمانته دون غيره ولو رضى بأمانتهم لدفعها اليهم ليحفظوها له لقربهم منه ولأنه ربما يكون فى دفعها اليه معنى آخر غير كونه آمينا عليها أكثر من غيره وذلك مثل كونه لا يريد أحدا ممن حول

يعلم بتلك الوديعة كما أشار الى ذلك الحنفية وفي اعادتها السـ

غير المالك تفويت لغرضه .

(١٩) يد الوكيل على المال الموكَّل عليه يد أمانة لا يضمن اذا تلف هذا

المال الا أن يكون متعدد في ذلك أو مفرط .

(٢٠) (أ) يد المضارب على مال المضاربة يد أمانة لا يضمن اذا تلف هذا

المال الا أن يكون متعدد في ذلك أو مفرط لأنه متصرف في مال غيره

بإذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل .

وقد استثنى بعض الفقهاء ما يأكله العامل من مال المضاربة فسـ

السفر فهذا وان كان فيه اتلاف جزئى لمال المضاربة من قبل العامل

وهو من قبيل التعدى على هذا المال الا أنهم قد قالوا بجسـوازه

وهذا قد قال به الحنفية والمالكية وبعض الشافعية . وخالف فسـ

ذلك الحنابلة وهو المذهب عندهم وبعض الشافعية وهو أظهر القولين

عندهم فقالوا لانفقة للمضارب من مال المضاربة وليس له أن يأكل

منه في السفر كما ليس له أن يأكل منه في الحظر وهذا أظهر

القولين في نظرى بناء عليه :

فليس للمضارب أن يأكل من مال المضاربة الا في السفر بإذن من

رب المال أو شرط في العقد يوجب له النفقة فيه وهو ما استثناه

الحنابلة أو عادة تقوم مقام الشرط وهو ما أضافه شيخ الاسلام

ابن تيمية وقواه المرادوى فان كان كذلك جاز له والا فلا وعليه

ضمن ما استهلكه من مال المضاربة .

(ب) تلف المال تلفاً كلياً قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء ينهي

عقد المضاربة لاختلاف بين الفقهاء في ذلك .

(ج) تلف المال تلفاً جزئياً قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء اذا كان

بآفة سماوية فان المضاربة تنفسخ في التالف ويكون رأس مال

المضاربة هو الباقي ولا يجبر من الربح وهذا قول الحنابلة والأصح

من الوجهين عند الشافعية وهو أظهر القولين في نظرى خلافاً للمالكية

الذين قالوا انه يجبر التالف من الربح الا اذا استلم رب المال

الباقى بعد التلف من المضارب ثم دفعه اليه من جديد .
 (د) تلف مال المضاربة تلفا كلياً بعد تعرف العامل فيه بالبيع والشراء
 يؤدي الى انفساخ العقد وانتهائه . الا اذا اشترى المضارب عرضاً
 للمضاربة ثم تلف المال كله قبل نقد الثمن فجمهور الفقهاء
 على أن المضاربة على حالها خلافاً للمالكية الذين جعلوا الخيار
 لرب المال بين أن ينقد ثمن السلعة المشتراه وتكون السلعة قراضاً
 وبين أن يتركها وينهى عقد المضاربة ومن ثم يكون المضارب هو
 المطالب بدفع الثمن . والذي ظهر لى رجحانه هو قول جمهور
 الفقهاء . ومن ثم اختلف الجمهور هل يكون رأس المال التالف
 والمدفوع ثمناً للسلعة بعد التلف . أو هو المدفوع بعد التلف فقط
 الذى ظهر لى ماذهب اليه الحنفية والشافعية فى أحد الوجهين من
 أن رأس المال هو التالف والمدفوع ثمناً للسلعة بعد التلف وبناء
 عليه فان العامل لا يستحق شيئاً من الربح حتى يستوفى رب المال
 رأس ماله الأول مضموماً اليه الثانى وهو ماغرم بعد التلف كما لو لم
 يتلف كل المال .

(هـ) تلف مال المضاربة تلفاً جزئياً بعد تعرف العامل فيه بالبيع
 والشراء لاينهى عقد المضاربة باتفاق الفقهاء الا أن التالف يحسب
 من الربح فلا يستحق العامل شيئاً من الربح حتى يستوفى رب المال
 رأس ماله كله .

(٢١) (أ) الوصى أمين على مال اليتيم يسعى لتنميته واستثماره بالأحفظ
 لليتيم وينفق عليه بالمعروف ويلزمه أن يحافظ عليه كما يحافظ على
 أمواله ولا يعرضه للتلف والضياع فان فرط فى ذلك أو تعدى فعلياً
 الضمان .

(ب) الوصى الغنى لايجوز له أن يأخذ من مال اليتيم شيئاً لاخلاف بين
 العلماء فى ذلك .

(ج) الوصى الفقير يجوز له أن يأخذ من مال اليتيم بالمعروف اذا كان
 محتاجاً الى ذلك فى أظهر قولى العلماء عندي لورود السنة الصحيحة .

فى ذلك .

وليس على الفقير عوض ما أخذه من مال اليتيم اذا أيسر وهذا هو
أظهر القولين عند الشافعية والمحيح من المذهب عند الحنابلة
ومححه ابن العربى والقرطبى من المالكية وابن قدامة من الحنابلة .
(د) أن مخالطة اليتيم فى المأكل والمشرب متفق على جوازها بين
العلماء حتى الذين قالوا بأنه لا يجوز للفقير أن يأخذ من مال
اليتيم قد ذهبوا الى جواز الخلط .

(٢٢) (أ) أن يد الشريك على مال شريكه يد أمانة فلا ضمان عليه

الا أن يتعدى فى ذلك أو يفطر وهذا قول جميع الفقهاء .

(ب) مذهب اليه الحنابلة من أن شركة المفاوضة والعنان تلزم بمجرد
العقد هو أقوى الأقوال فى نظرى وبناء عليه فان المال يدخل فى
ضمان الشريكين ولو لم يخلط فكما أن الربح اذا حصل بعد العقد
وقبل الخلط، يكون بينهما فكذلك الوضعية اذا لوجه للتفريق بين الربح
والوضعية فى كون الربح بينهما والوضعية قبل الخلط على أحدهما .
(ج) تلف المال فى شركة الأبدان فى ضمان من تلف بيده متى لزمه الضمان
وليس على شريكه شئ من ذلك اذا لم يكن منه سبب لأن من انفسرد
بما يوجب الضمان لزمه وحده. وأما تحميل شريكه بعض الضمان مع أنه
لم يعدر عنه ما يوجب هذا يحتاج الى دليل وليس هناك مع من يقول
به دليل على ذلك .

(٢٣) الأكل من الثمار المعلقة فى البساتين والشرب من اللبن المخزون فى
الفروع انفرد الحنابلة بالقول بجوازه مستدلين بأحاديث لاتخلو من
علة الا أنها وكما يقول ابن حجر بمجموعها لاتقصر عن درجة المحييح
يقابلهم فى ذلك جمهور الفقهاء الذين قالوا لايجوز للانسان أن يأكل
من مال غيره مطلقا الا ما طابت به نفسه أو كان مضطرا اليه مستدلين
على مذهبهم بأحاديث صحيحة والذى ترجح لى أنه يتعين الجمع بين
الأحاديث التى أوردها الحنابلة والأحاديث التى أوردها الجمهور
يحمل أحاديث الحنابلة على حالة المضطر أو كونه يعلم طيب نفس

صاحبه فيه أو كانت هناك عادة جارية بعمل ذلك فانه يجوز والا فان
الأصل المنع لقيام الدليل الصحيح على ذلك .

(٢٤) (أ) أن اللقطة أمانة في يد الملتقط فاذا تلفت في يده من غير

تعد منه أو تقصير في الحفظ فلا ضمان عليه في ذلك .

(ب) أن الملتقط يخرج من حال الأمانة الى حال الضمان اذا التقطها

عازما على تملكها فاذا تلفت ضمنها سواء تلفت بتعديه أم لا بتفريطه
أم لا . لأنه بذلك الفعل خارج عن حدود الأمانة .

(ج) لاختلاف بين الفقهاء في جواز تملك اللقطة بعد التعريف المـ

المشروعة ملكا يزول بمجئ صاحبها واذا تملكها بعد التعريف فان
له أن يتصرف فيها كما يتصرف في ملكه سواء كان غنيا أو فقيرا
وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا انه
يتصرف فيها بما شاء الا أنه لايجوز له أن يتصرف فيها بالأكل
الا اذا كان فقيرا .

وبناء على قول جمهور الفقهاء فانه اذا استنفقها بالأكل أو غيره
ثم جاء صاحبها فانه يضمنها له لورود السنة الصحيحة بذلك .

هذا اذا تملكها بعد التعريف واستنفقها أما اذا لم يملكها
بعد التعريف بل حبسها عنده فسيلها سبيل الوديعة تكون أمانة
عنده لاتضمن الا بالتعدى أو التفريط وهذا على قول من قال
الفقهاء انه لا يملكها بعد الحول الا بنية التملك .

أما على قول من قال انها تدخل في ملكه بعد الحول حكما كالميراث
وهو مذهب الحنابلة فقد قال انها اذا تلفت بعد الحول لزم
ضمنها سواء تلفت بفعله أم بغير فعله بسبب تفريطه أم بغير
سببه .

(د) أن فالة الحيوان التي لاتمتنع من السباع كالشاة وما في حكمها

اذا التقطها انسان فان له أكلها من غير تعريف وهذا قول جمهور
الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة خلافا للحنفية الذين
لم يفرقوا بين فالة الحيوان وسائر اللقطة وجعلوا حكمها واحدا من

حيث التعريف وعدمه .

وبناء على قول الجمهور فان الملتقط اذا أكل فالة الحيوان ثم جاء صاحبها فان عليه ضمانها له وهذا قول فقهاء الشافعية والحنابلة خلافا لما ذهب اليه الامام مالك من أنه اذا أكلها لا يغرم لصاحبها شيئا اذا كان قد وجدها في فيافي الأرض . ويقول مالك قال ابن حزم الظاهري الا أنه لم يفرق بين مكان ومكان . الا أن قول جمهور الفقهاء هو أرجح القولين في نظري لقوة ما استدلوا به وضعف أدلة المعارض .

(٢٥) لاختلاف بين الفقهاء أن ازالة وتغيير كل محرم من الأعيان أو التآليف واجب وليس على متلف المحرم ضمان لأنه ليس بمال ومن ثم لا يكون مقابلا بشمن .

الا أن هذه المحرمات تكون حالة في أشياء هي أموال متقومة فهـل يجوز اتلاف محل المحرم تبعا للمحرم اختلف الفقهاء في ذلك والسذبي ظهر لي من البحث ما يلي :

(أ) بالنسبة لأواني الخمر :

* أنه لاختلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للامام اتلاف دنان الخمر وأدوات صناعته عقوبة لصاحبها ومبالغة في زجره عن مثل هذا الفعل بناء على أن حيازة الخمر وكذا صناعتها من المعاصي التي يجب على الامام رفعها وازالتها وقاعدة التعزيرات الشرعية وللحمد واسعة .

* أن تلك الأدوات والأواني اذا كانت لاتصلح للصناعة الخمر فانه يتعين اتلافها ومن اتلفها وغير هيئتها فلا ضمان عليه سواء كان الامام أو غيره من المسلمين وهذا أيضا لاختلاف فيه بين الفقهاء .

* أنه لاختلاف بين الفقهاء أيضا في أن من لم يقدر على اراقة الخمر وشق ظرفه الا بالكسر أو الشق أن له ذلك ولا ضمان عليه .

* الخلاف حصل فيمن كسر دين الخمر أو شق ظرفه بغير اذن الامام مع استطاعته أن يريق الخمر من غير اتلاف محله أو ظرفه ومع صلاحية

هذا المحل لغير الخمر وامكان تطهيره بالغسل والذي ترجح لدى من
أقوال الفقهاء أن هذه الأواني لآحرمة لها بمجاورتها للمحرم
والتعاقبا به ولايصح اعتبار ماستؤول اليه بعد غسلها وتطهيرها .
بناء عليه فان المسلم اذا احتسب وأتلف الخمر ودنبا أو شق زقها
فلاضمان عليه فى ذلك لسقوط حرمتها بمجاورة المحرم وهو مذهب
اليه الحنابلة فى الراجح عندهم خلافا لجمهور الفقهاء الذين
قالوا ان عليه الضمان فى ذلك .

(ب) بالنسبة لآتلاف المادة المصنوعة منها الملاهى :

أن من أآلف أدوات اللهى من المعازف ونحوها وأتلف معها مادتها
المصنوعة منها بتحريق ونحوه أنه لاضمان عليه وهو قول الصحيبين
من الحنفية وعليه الفتوى عندهم لفساد الزمان . وهو مذهب
الحنابلة نص عليه الامام أحمد فى أشهر الروايتين عنه . وكون
رضاضها فيه منفعة فهذه لاتعتبر لغلبة المفسدة عليها وهذا فى
زمان من قال بهذا القول من الفقهاء . أما فى زماننا هذا فسان
الناس لايتمولون مثل رضاض تلك الأشياء ولاينتفعون به وبذلك تفقد
عنصرين من عناصر المالية وهما عدم اباحة الانتفاع شرعا، وعدم
تمول الناس لرضاضها فى زماننا فلا تكون مالا .

(ج) بالنسبة لآتلاف محل الصور المحرمة تبعا لها :

* الصورة اذا كانت لذوات الأرواح ولم يكن لها ظل فهى محرمة
سواء كانت فى حال ممتهن أو غير ممتهن فلافرق جمعا بين الأحاديث
الواردة فى هذا الباب وهو مذهب اليه بعض العلماء وقواه النووى
بناء على ذلك فانه يتعين تغيير هيئتها وازالتها والذي نص عليه
العلماء أن التغيير يكون بطمسها أو حكها أو تلطيخها بما يغير
هيئتها دون آتلاف محلها وهذا هو الذى تشهد له سنة رسول الله صلى
الله عليه وسلم .

* أن ماله ظل من الصور كالتماثيل المعبودة دون الله فهذه يجب
تغيير هيئتها . أما آتلاف مادتها فان كانت تلك المادة المصنوعة

منها هذه التماثيل مرادة لذاتها من غير صناعة كالذهب والفضة والنحاس ونحو ذلك أنها لا تتلف بالتحريق ونحوه بل تغير هيئتها وتدفع لمصاحبها . أما إذا كانت تلك المادة تابعة للصناعة ولاتسراد لذاتها بل المقصود الصناعة فهذه يجوز اتلاف مادتها تبعاً لها .

أما الصور المصورة التي تلعب بها البنات فقد ظهر لى من البحث أن مثل هذه الصور وخصوصاً فى مثل هذا الزمان غير مستثناة من عموم النهى عن اتخاذ الصور وحرمة التصوير والفقهاء الذين قالوا باستثناء لعب البنات من عموم النهى لو عاشوا فى عصرنا هذا وشاهدوا ما شهدنا من تطور المصانع فى صناعة اللعب للبنات وذلك باحداث ما لا تحتاج اليه البنات فى عملية التدريب والتمرين لقالوا بحرمة هذه اللعب لأن فيها مضاهاة لخلق الله تعالى . بناء على ذلك :

فانه يجب انكار مثل تلك اللعب المصورة على الصناع والباعة والمستوردين وتغيير هيئتها ومن فعل ذلك من المسلمين فلا ضمان عليه لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل الآن مثل هذا الانكار يجسب أن لا يصدر الا من الامام أو نائبه قطعاً لدابر النزاع والغوضى .

والذى يظهر لى أيضا أنها لا تتلف مادتها المصنوعة منها تبعاً لها وذلك بالتحريق ونحوه لامكان استفادة صاحبها منها خصوصاً اذا كانت الكمية كبيرة وذلك ببيعها الى المصانع التحويلية والتي تقوم باعادة المصنوعات القديمة الى مادة خام بالصهر والتذويب أو بالطحن ونحو ذلك .

✽ بالنسبة لاتلاف مواضع الشرك وأماكن المعصية وتحريقها :
لاخلاف بين العلماء فى أنه يتعين على الامام تعطيل مواضع الشرك وأماكن المعصية بتغيير صورتها واخراجها عما وضعت له ان أمكن ذلك ، والا فبهدمها واتلافها .

✽ بالنسبة لاتلاف الكتب الهدامة ونحوها :
ظهر لى من البحث أن المطبوعات على الورق اذا تعين اتلافها

أن الأولى أن يكون بتمزيقها أو مسح ما عليها مما يخالف الاسلام ومن ثم تكون كسائر الأموال وهذا ماذهب اليه الشافعية وهذا رأى حسن لامكان الاستفادة من هذا الورق اذا كانت الكمية كبيرة فى الصناعات التحويلية أو كمواد أولية فى صناعة الورق أو التغليف ونحو ذلك .
أما المطبوعات على الأشرطة والأفلام فهذه يكون بمسح ما عليها من مواد اعلامية فاسدة وذلك بتسجيل مواد أخرى كالمحاضرات والندروس والخطب والمواعظ النافعة ونحو ذلك .

الا اذا رأى ولى الأمر أو من يقوم مقامه أن المصلحة فى تحريقها عقوبة لصاحبها ومبالغة فى ردعه وزجره عن مثل هذه الأعمال فإنه يجوز له ذلك ان شاء الله تعالى لأن قاعدة التعزيرات فى الشريعة الاسلامية واسعة ولله الحمد .

(٢٦) أن على السارق والمحارب ضمان ما أتلفه من أموال الناس سواء أقيم عليه الحد أم لم يقيم عليه وسواء كان موسراً أم معسراً فان كان معسراً أتبع ذلك ديناً فى ذمته وهذا هو قول الشافعية والحنابلة وهو أظهر الأقوال عندى لقوة ما استدلوا به وسلامته من الايراد عليه مع ضعف أدلة المعارض .

(٢٧) (أ) أن ماتلف من مال فى حال القتال بين أهل البغى وأهل العدل هدر لاضمان فيه على الطرفين وهذا كله اذا كان البغاة لهم شوكة ومنعة ولهم تأويل فى خروجهم على الامام وهذا لاخلاف فيسه بين الفقهاء .

(ب) أما فى غير حال القتال مثل أن يكون الائتلاف من احدى الطائفتين قبل التجمع والتجند أو بعد أن تفج الحرب أوزارها فهذا مضمون بالاتفاق .

(٢٨) اختلف الفقهاء فى تضمين المرتدين ما أتلفوه من أموال المسلمين والذى ظهر لى من البحث رجحان ماذهب اليه الحنفية واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية وابن قدامة من الحنابلة وحمل كلام الامام أحمد ليوافقه وهو أنه لاضمان على المرتدين فيما أتلفوه من مال المسلمين حال القتال وهذا الحكم اجمالاً والا فان لبعض الفقهاء بعض التقييدات

المهمة التي ذكرناها في موضعها .

(٢٩) الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن يد الغاصب على العين المغصوبة

يد ضمان فالمال المغصوب يدخل في ضمانه بمجرد استيلائه عليه

وهو مخاطب برده الى صاحبه في كل لحظة لأن بقاءه في يده بغير رضى

صاحبه محرم شرعا . فاذا رد الغاصب المال المغصوب الى صاحبه

الرد العبري شرعا فانه يبرأ من ضمانه وان عجز عن الرد فانسه

يتقرر عليه الضمان حينئذ والذي ظهر لى من البحث :

(أ) أن تغيير الغاصب للمال المغصوب وذلك باحداث صنعة متقومة فيسه

- وهو مايعبر عنه بعض الفقهاء باتلافه معنى لاصورة - أن ذلك

لايسقط حق المغصوب منه في استرداده . خلافا للحنفية الذين قالوا

ان الغاصب يملك المغصوب بهذا العمل .

واذا ثبت له حق الاسترداد فان مذهب اليه بعض الفقهاء واختاره

شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله من جعل الخيار للمالك ففى

الاسترداد مع الأرش . أو تركه للغاصب وتغريمه بدله مذهب قوى ففى

نظري لأن فى ذلك مراعاة لحق المالك من كل وجه أما الغاصب فليس له

حق فلا يستوجب المراعاة .

(ب) أن زوائد المغصوب مضمونة على الغاصب اذا تلفت فى يده . وهو مذهب

اليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية .

(ج) أنه يتصور الغصب فى العقار وهذا قول جمهور الفقهاء خلافا لأبى

حنيفة وأبى يوسف حيث قال لايتصور غصب العقار .

ويناء على قول الجمهور فمن غصب عقارا فتلف فى يده فعليه ضمانه

لربه .

(د) رد العين المغصوبة اذا ترتب عليها اتلاف مال الغاصب .

✽ كل ماحدثه الغاصب فى العين المغصوبة مما يبراد للدوام يلزمه

قلعه اذا طلب مالك العين القلع .

✽ لايجبر الغاصب تمليك المغصوب منه ماأحدثه فى العين المغصوبة

لورود الأدلة من الكتاب والسنة على حرمة مال المسلم وحرمة أخذه

الا برضاه وطيب نفس منه وهذا هو قول الحنابلة والشافعية .
 * أن مالا منفعة للغاصب فيه بعد القلع فانه يجبر على ابقاءه
 للمغضوب منه بقيمته لأن مالا نفع له فيه بعد القلع يعتبر قلعاً
 اهدارا للمال وتفويتا للمصلحة دون أى فائدة تحمل له وقد نهى
 النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاءة المال . هذا فغلا عن كون هذا
 من باب المغارة التي نهى الشارع عنها . وهذا خلافاً لقول الشافعية
 الذين قالوا له القلع مطلقاً انتفع به أو لم ينتفع .
 * أن ما يحدثه الغاصب مما لا يبراد للدوام مثل أن يزرع فى
 الأرض المغصوبة فليس للمغضوب منه أن يأمر الغاصب بقلع زرع
 خلافاً للغرس والبناء لأن مدة الغرس طويلة ومدة الزرع قصيرة
 الا أن لصاحب الأرض أن يختار بين أمرين :

(أحدهما) أن يأخذ الزرع بنفخته .

(الثانى) أن يترك الزرع للغاصب الى الحصاد بأجرة المشـ
 وأرش النقص ان نعمت به الأرض .

وهذا القول هو قول الحنابلة والامام مالك فى رواية عنه اختارها
 غير واحد من أصحابه ، وذلك لأن ما استدل به هؤلاء من السنة على صحة
 ما ذهبوا اليه صريح فى محل النزاع فلزم المعير اليهودى ترك ما عداه .
 * أن الغاصب اذا أدخل العين المغصوبة فى ملكه مثل أن يغمس
 خشبة أو حجراً أو عموداً فى بئره أو لواحاً فى بئره أو سفينة
 أو خيطاً فى خيط به ثوبه ونحو ذلك .

فقد اتفق الفقهاء فى الجملة على أن الغاصب يرد العين المغصوبة
 الى صاحبها ولو ترتب على ذلك هدم بناءه أو فساد سفينته أو تقطيع
 ثوبه .

(هـ) الأمل المتفق عليه بين الفقهاء أن الأيدى المترتبة على يد الغاصب
 يد ضمان سواء علم بأن ما قبضه مغضوب أم لم يعلم . هذا فى أصل
 وجوب الضمان أما استقراره فيفرق الفقهاء بين اليد المترتبة على
 يد الغاصب هل يعلم بأن هذا مغضوب أو لا يعلم .

فان كان يعلم فان يده مثل يد الغاصب سواء كان العقد الذى قبض به العين المغصوبة من عقود الضمان أو من عقود الأمانة .
أما اذا لم يعلم أن العين مغصوبة فهذا ينظر فيه الى العقد الذى قبض بموجبه العين المغصوبة . وقد ذكرنا تفصيلات كل مذهب من المذاهب فى هذه المسألة فى موضعها والله الحمد .

(٣٠) أن الغش من التصرفات المحرمة بكافة أشكاله وصوره بناء على ذلك فقد أظهر البحث رجحان قول من قال بجواز التعزير بالمسئال اذا كانت الجنائية فيه كالغش ونحوه ويقوى عندى مقالته شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله بأن هذا مفوض للامام أو من ينوب عنه يفعل ما يرى المصلحة تقتضيه اذ أن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة .
لكن اذا رأى الامام مصادرة المغشوشات ونحوها عقوبة لصاحبها فان الاولى أن يفرقتها على الفقراء الا أن تكون غير سالحة للاستهملاك كالأغذية الفاسدة أو التى تحتوى على مواد مضرّة ونحوها فانسه حينئذ يتعين اتلافها .

(٣١) أن الغلول من الغنيمة من التصرفات المحرمة شرعا التى يستحق فاعلها العقوبة وهذه العقوبة تكون على بدنه لافى ماله وهو قول جمهور الفقهاء خلافا للحنابلة الذين قالوا انه يعاقب بتحريق رحله واستدلوا بأحاديث فعيقة لاتقوم بها حجة .
والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليم كثيرا كثيرا ...

الفهارس

٧٩٤ - ٧٦٦

١- قائمة المراجع

٧٩٩ - ٧٩٥

٢- فهرس الآيات الكريمة

١٠٩ - ١٠٠

صلى الله
عليه
وسلم

٣- فهرس الأحاديث المروية عن رسول الله

١١٢ - ١١٠

رضوان الله
عليهم أجمعين

٤- فهرس الآثار المروية عن الصحابة والتابعين

١٢٦ - ١١٣

٥- فهرس الموضوعات

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

(١) أحكام الأوقاف

أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف
الطبعة الأولى بمطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية عام ١٣٢٢هـ/١٩٠٤م.

(٢) أحكام القرآن

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص
تحقيق محمد الصادق قماوى - الطبعة الثانية - الناشر دارالمصنف
شركة مكتبة ومطبعة عبدالرحمن محمد - القاهرة .

(٣) أحكام القرآن

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي
تحقيق علي محمد البجاوى - طبع عيسى البابى الحلبي .

(٤) أحكام القرآن

عماد الدين بن محمد الطبرى المعروف بالكيا الهراسي
تحقيق موسى محمد علي . والدكتور عزت علي عيد عطية - طبع مطبعة
حسان بالقاهرة - نشر دار الكتب الحديثة - القاهرة .

(٥) الأحكام السلطانية والولايات الدينية

علي بن محمد بن حبيب البهرى الماوردى
دار التوفيقية للطباعة - الناشر المكتبة التوفيقية - القاهرة .

(٦) الأحكام السلطانية

للقاضى أبى يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلى
تمحيح وتعليق محمد حامد الفقى - الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م
شركة مكتبة ومطبعة الحلبي بمصر .

- (٧) أحكام أهل الذمة
شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية
(٦٩١ - ٥٧٥١هـ)
تحقيق صبحي الصالح - الطبعة الثانية معصورة عن الطبعة الأولى
١٤٠١هـ - الناشر دار العلم للملايين .
- (٨) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والامام
لامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المعمرى المالكية
(٦٢٦ - ٥٦٨٤هـ)
تحقيق عبدالفتاح أبو غده - الناشر مكتب المطبوعات الاسلاميية
١٩٦٧/٩/١٩ م - ١٣٨٧/٦/١٥هـ .
- (٩) اختلاف الحديث
الامام أبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعى
مطبوع على هامش الأم طبعة دار الشعب الجزء السابع .
- (١٠) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية
علاء الدين أبو الحسن على بن محمد بن عباس البيهقي الدمشقي
تحقيق محمد حامد الفقى - الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر
بيروت - لبنان .
- (١١) أدب القاضى
لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى
تحقيق محيي هلال سرحان - مطبعة الارشاد - بغداد - العراق - وزارة
الأوقاف - احياء التراث الاسلامى .
- (١٢) ادرار الشروق على أنواع الفروق
سراج الدين أبي القاسم قاسم بن عبدالله الأنصارى المعمرى
بابن الشاط
مطبوع على هامش الفروق . دار المعرفة للطباعة والنشر .

- (١٣) الآداب الشرعية والمنح المرعية
شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي
الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض - ١٣٩١هـ/١٩٧١م .
- (١٤) الأربعين النووية
للامام يحيى بن شرف الدين النووي
منشورات المكتبة المعصرية ببيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .
- (١٥) ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول
محمد بن علي الشوكاني
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان - توزيع دار البســــــــــــــــان
للنشر والتوزيع مكة المكرمة .
- (١٦) ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل
محمد ناصر الدين الألباني
الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م - المكتب الاسلامي .
- (١٧) أساس البلاغة
للامام جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري
تحقيق الأستاذ عبدالرحيم محمود - دار المعرفة للطباعة والنشر
بيروت لبنان ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .
- (١٨) الاسعاف في أحكام الأوقاف
برهان الدين ابراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ عليــــــــــــــــي
الطرابلسي الحنفي
الطبعة الثانية . المطبعة الهندية مصر المحمية ١٣٢٠هـ/١٩٠٢م .
- (١٩) أسنى المطالب شرح روض الطالب
أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي
الناشر المكتبة الاسلامية .
- (٢٠) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية
جلال الدين عبدالرحمن السيوطي
الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٩م - مكتبة ومطبعة مطفي الحلبي بمصر .

- (٢١) الاشراف على مسائل الخلاف
للقاضي عبدالوهاب البغدادي
مطبعة الارادة بتونس - بدون تاريخ .
- (٢٢) أضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن
محمد الأمين المختار الجكنى الشنقيط
مطبعة المدنى .
- (٢٣) الاعتصام
أبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي الغرناطي
مطابع شركة الاعلانات الشرقية - الناشر المكتبة التجارية الكبرى
بمصر .
- (٢٤) اعلام الموقعين عن رب العالمين
أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن القيم
تعليق طه عبدالرؤوف سعد - شركة الطباعة الفنية المتحددة
١٩٦٨م/١٣٨٨هـ - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .
- (٢٥) الأم
الامام أبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي
طبعة دار الشعب .
- (٢٦) الأموال
أبي عبيد القاسم بن سلام
تحقيق محمد خليل الهراس - الطبعة الثالثة - الناشر مكتبة الكليات
الأزهرية القاهرة - دار الفكر للطباعة والنشر .
- (٢٧) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل
علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي
تحقيق محمد حامد الفقى - الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ .
- (٢٨) ايضاح المسالك الى قواعد الامام مالك
تأليف أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي
تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي - ط الرباط ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م مطبعة فضالة
المحمدية - المغرب .

- (٢٩) الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث
للشيخ أحمد محمد شاكر
معمور عن الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م - الناشر دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان .
- (٣٠) البحر الرائق شرح كنز الدقائق
زين الدين ابن نجيم الحنفى
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .
- (٣١) بدائع العنايع فى ترتيب الشرائع
علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ت ٥٨٧هـ
مطبعة الامام بالقاهرة - الناشر زكريا على يوسف .
- (٣٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد
لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الشهير
بأبى رشد الحفيد
الناشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر .
- (٣٣) البهجة فى شرح التحفة
أبى الحسن على بن عبدالسلام التسولى
الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت لبنان - توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .
- (٣٤) تأسيس النظر
عبدالله بن عمر الدبوسى الحنفى
مطبعة الامام بالقاهرة - الناشر زكريا يوسف .
- (٣٥) التاج والاكليل لمختصر خليل
أبى عبدالله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق
مطبوع على هامش مواهب الجليل للحطاب - مطابع دار الكتاب
اللبنانى بيروت لبنان - ملتزم الطبع والنشر مكتبة النجاساح
ليبيا - طرابلس .

- (٣٦) تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام
للقاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن أبى القاسم بن محمد بسن
فرحون المالكى
مطبوع على هامش فتح العلى المالک فى الفتوى على مذهب الامام
مالك الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان • توزيع
دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة •
- (٣٧) تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق
فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى
الطبعة الثانية معادة بالأوفست عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية
بيولاى مصر المحمية - الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت
لبنان •
- (٣٨) تحفة المحتاج الى أدلة المنهاج
لابن الملتن ت ٨٠٤هـ
تحقيق عبدالله بن سعاف اللحيانى - دار حراء للنشر والتوزيع
ط الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م •
- (٣٩) تخريج الفروع على الأصول
شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجانى ت ٦٥٦هـ
تحقيق د. محمد أديب صالح - ط ٥ - ١٤٠٤هـ الناشر مؤسسة الرسالة
بيروت •
- (٤٠) التعليق المغنى على سنن الدارقطنى
أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى
مطبوع على هامش سنن الدارقطنى - طبع شركة الطباعة الفنية
المتحدة عام ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م - الناشر عبدالله هاشم اليمانى المدنى •
- (٤١) ترتيب القاموس المحيط
ترتيب الأستاذ الطاهر أحمد الزاوى
الناشر دار الكتب العلمية بيروت - توزيع دار الباز مكة المكرمة •

(٤٢) تفسير أبي السعود أو ارشاد العقل السليم الى مزايا الكتاب الكريم

لقاضى القضاة أبي السعود بن محمد العماد الحنفى

تحقيق عبدالقادر أحمد عطا - الناشر مكتبة الرياض الحديثية

بالرياض - الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م - مطابع دار الفكر

للطباعة والنشر والتوزيع - لبنان .

(٤٣) تفسير القرآن العظيم

للامام عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشى

طبع بدار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي وشركاه .

(٤٤) تقريب التهذيب

ابن حجر العسقلانى

دار نشر الكتب الاسلامية باكستان ط ١ - ١٣٩٣هـ أو الطبعة التى حققتها

وعلق حواشيها عبدالوهاب عبداللطيف ونشرها محمد سلطان النمنكانى

المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

(٤٥) تقريرات الشربينى على شرح المحلى على متن جمع الجوامع

مطبوع على هامش حاشية البنائى على شرح الجلال المحلى على متن

جمع الجوامع للسبكي دار الفكر ١٩٨٢م/١٤٠٢هـ .

(٤٦) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير

أبى الفغل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى

تحقيق الدكتور شعبان محمد اسماعيل - مطبعة الفجالة الجديدة

بمصر - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٤٧) التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والأسانيد

لأبى عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري الأندلسى

تحقيق مجموعة من الأساتذة

الناشر وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالمغرب .

(٤٨) التنقيح المشبع فى تحرير أحكام المقنع

علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى

مطابع الدجوى - القاهرة - عابدين - منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض

- (٤٩) تهذيب التهذيب
لابن حجر العسقلاني
الناشر دار الفكر بيروت - ط دار صادر بيروت - مصورة عن الطبعة
الأولى بمجلس دار المعارف بحيدر آباد الدكن سنة ١٣٢٥هـ .
- (٥٠) تهذيب الفروق والقواعد السنوية
الشيخ محمد علي بن المرحوم الشيخ حسين
مطبوع على هامش الفروق - دار المعرفة - بيروت - لبنان .
- (٥١) تهذيب سنن أبي داود
محمد بن أبي بكر ابن القيم
مطبوع على هامش مختصر سنن أبي داود - طبع مطبعة السنة المحمدية
بالقاهرة .
- (٥٢) تهذيب الآثار وتفصيل معاني الثابت عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم من الأخبار
للامام محمد بن جرير الطبري
تحقيق الدكتور ناصر بن سعد الرشيد - عبدالقيوم عبد رب النبي
طبع بمطابع الصفا بمكة المكرمة ١٤٠٢هـ .
- (٥٣) تيسير التحرير
للعلامة محمد أمين المعروف بأمير باداشاه الحسيني الحنفي
الناشر دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - توزيع دار الباز
عباس أحمد الباز - مكة المكرمة .
- (٥٤) جامع أحكام المغار
محمد بن محمود الأسروشنى
دراسة وتحقيق عبدالحميد عبدالخالق البيزلى - الطبعة الأولى
١٩٨٢م - مطبعة النجوم الخضراء - بغداد .
- (٥٥) جامع الأصول فى أحاديث الرسول
مجدالدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأشير الجزرى
تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط - نشر وتوزيع مكتبة الحلوانى - مطبعة
الملاح - مكتبة دار البيان عام ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م .

- (٥٦) الجامع الصحيح وهو (سنن الترمذى)
أبى عيسى محمد بن عيسى بن سوره
تحقيق أحمد شاكر - فؤاد عبدالباقى - ابراهيم عطوة عوض - الطبعة
الشانىة ١٣٩٨هـ - الناشر : مكتبة ومطبعة معطفى الحلبنى بمصر .
- (٥٧) جامع العلوم والحكم فى شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم
زين الدين أبى الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب
الحنبلنى البغدادى - طبع مطبعة الكيلانى - منشورات المؤسسة
السعيدية بالرياض .
- (٥٨) جامع الفصولين
للشيخ محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضى سماوه الحنفى
الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ .
- (٥٩) الجامع لأحكام القرآن
لابى عبدالله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى
الناشر : دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بالقاهرة .
- (٦٠) الجواب المفيد فى حكم التهويز
سماحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز
الطبعة الرابعة ١٤٠١هـ/١٩٨١م - مطابع النهر الحديثة بالرياض .
- (٦١) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل
صالح عبدالسميع الألبى الأزهرى
دار احياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبنى وشركاه بمصر .
- (٦٢) الجواهر النقى
للعلامة علاء الدين على بن عثمان الماردينى الشهير (بابن التركمانى)
المتوفى عام ٧٤٥هـ
مطبوع على هامش السنن الكبرى للبيهقى - المصورة عن الطبعة
الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن
الهند عام ١٣٥٢هـ - الناشر : دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .

- (٦٣) حاشية ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين
للسيد علوى بن السيد أحمد السقاف
الطبعة الثانية ١٩٥٥/١٣٧٤هـ - شركة مكتبة ومطبعة معطفى الحلبي
وأولاده بمصر .
- (٦٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
شمس الدين محمد بن عرفه الدسوقي
طبع بدار احياء الكتب العربية عيسى الباني الحلبي وشركاه بمصر .
- (٦٥) حاشية الامام السندي على سنن النسائي
مطبوع مع سنن النسائي - الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ الناشر دار الفكر
للطباعة والنشر بيروت .
- (٦٦) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج
لابي الغياث نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري
مطبوع مع نهاية المحتاج - الطبعة الأخيرة ١٣٨٦/١٩٦٧م - شركة
مكتبة ومطبعة معطفى الحلبي بمصر .
- (٦٧) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق
مطبوعة على هامش تبیین الحقائق للزيلعي - المعصور عن الطبعة
الأولى سنة ١٣١٣هـ - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر .
- (٦٨) حاشية العاوي على الشرح المغير للدردير
وهي المسماة (بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك)
للشيخ أحمد بن محمد العاوي المالكي
طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان - توزيع
دار الباز مكة المكرمة .
- (٦٩) حاشية العدوي على شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني
للشيخ علي المعيد العدوي
نشر وطبع : دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .

- (٧٠) حاشية المغربي الرشيدى على نهاية المحتاج
للشيخ أحمد بن عبدالرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى
الرشيدى
مطبوع مع نهاية المحتاج - الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م - شركة
مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- (٧١) الحيازة فى العقود فى الفقه الاسلامى
الدكتور نزيه كمال حماد
الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م - الناشر مكتبة دار البيان دمشق .
- (٧٢) الدر المنتقى فى شرح الملتقى
علاء الدين الحمكفى
مطبوع على هامش مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المعصور عن طبعة
دار الطباعة العامرة ١٣١٦هـ - نشر دار احياء التراث العربى .
- (٧٣) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية
لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى
تمحيح وتعليق عبدالله هاشم اليمانى المدنى - مطبعة الفجالسة
الجديدة - القاهرة ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م .
- (٧٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام
للغافى الشهير بمنلا خسرو الحنفى
طبعة بدون .
- (٧٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية
للشيخ على حيدر
تعريب فهمى الحسينى - منشورات مكتبة النهضة ، بيروت - بغداد
توزيع دار العلم للملايين - بيروت - لبنان .
- (٧٦) الدر المختار شرح تنوير الأبصار
محمد علاء الدين الحمكفى
مطبوع مع حاشيته المسماة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين
الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م - مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر .

- (٧٧) رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
محمد أمين الشهير بابن عابدين
الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م - مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- (٧٨) رسالة بيع الوقف اذا خرب وما لأهل المذهب فى ذلك
للعلامة الشيخ يحيى بن محمد الحطاب
مطبوع ضمن مجموعة رسائل فى مسائل الانزالات والخلوات والكردار
المطبعة التونسية الرسمية سنة ١٣١٦هـ .
- (٧٩) روضة الطالبين وعمدة المفتين
لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى دمشقى
المكتب الاسلامى للطباعة والنشر .
- (٨٠) روضة القضاة وطريق النجاة
لأبى القاسم على بن محمد بن أحمد الرجبى السمنانى
تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهى - الناشر : مؤسسة الرسالة
بيروت - دار الفرقان عمان .
- (٨١) الروض الندى شرح كافى المبتدى
أحمد بن عبدالله بن أحمد البعلب
مطابع الدجوى - القاهرة - عابدين - منشورات المؤسسة السعيدية
بالرياض .
- (٨٢) زاد المحتاج بشرح المنهاج
للعلامة الشيخ عبدالله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجى
الطبعة الأولى - الناشر الشؤون الدينية بدولة قطر .
- (٨٣) زاد المعاد فى هدى خير العباد
أبى عبدالله محمد بن أبى بكر ابن قيم الجوزية
تحقيق محمد حامد الفقى - طبع بمطبعة السنة المحمدية - القاهرة .
- (٨٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام
محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير
الناشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

(٨٥) سنن ابن ماجه

لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه

تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبدالباقي

الناشر دار احياء التراث العربي .

(٨٦) سنن أبي داود

للامام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي

تعليق عزت عبيد الدعاس - نشر وتوزيع محمد علي السيد - حمص

الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م .

(٨٧) سنن الدارقطني

علي بن عمر الدارقطني

طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة عام ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م - الناشر

عبدالله هاشم اليماني المدني .

(٨٨) السنن الكبرى

أبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي

معورة عن الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية

بجيدر آباد الدكن الهند عام ١٣٥٢هـ - الناشر : دار الباز

للنشر والتوزيع .

(٨٩) سنن النسائي

للحافظ أبي عبدالرحمن بن شعيب النسائي

المطبعة المصرية بالأزهر - الناشر دار الفكر - بيروت .

(٩٠) سنن سعيد بن منصور

للامام الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني المكي

تحقيق وتعليق الأستاذ حبيب الرحمن الأعظمي - الناشر دار الكتب

العلمية - توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .

(٩١) شرح أبي الحسن علي رسالة ابن أبي زيد القيرواني المسمى (كفاية

الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني)

لأبي الحسن علي المالكي

مطبوع مع حاشية العدوي عليه - نشر دار المعرفة للطباعة والنشر

بيروت لبنان .

- (٩٢) شرح الاسنوى نهاية السؤل
للامام جمال الدين عبدالرحيم الاسنوى ت ٧٧٢هـ
على منهاج الأصول فى علم الأصول للقاضى البيضاوى ت ٦٨٥هـ
مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر .
- (٩٣) شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع
للامام تاج الدين عبدالوهاب السبكى
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٨٢م/١٤٠٢هـ .
- (٩٤) شرح حدود ابن عرفة
لأبى عبدالله محمد الأنصارى المشهور (بالرصاص التونسى)
المطبعة التونسية - الطبعة الأولى تونس ١٣٥٠هـ .
- (٩٥) شرح الخرشى على مختصر خليل
محمد الخرشى المالكى
دار صادر بيروت .
- (٩٦) شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك
الشيخ سيدى محمد الزرقانى
الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة عام ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م
المطبعة الخيرية .
- (٩٧) شرح السنة
للامام أبى محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوى
تحقيق شعيب الأرنؤوط - الناشر المكتب الإسلامى دمشق .
- (٩٨) شرح العناية على الهداية
لاكمل الدين محمد بن محمود البابرلى الحنفى
مطبوع مع شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام - مطبعة مصطفى
البابى الطبى بمصر عام ١٣٨٩هـ .
- (٩٩) شرح القواعد الفقهية
الشيخ أحمد الزرقاء
دار الغرب الإسلامى - الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

- (١٠٠) الشرح الكبير على مختصر خليل
لأبي البركات سيدي أحمد الدردير
مطبوع على هامش حاشية الدسوقي على الشرح المذكور - دار احياء
الكتب العربية عيسى البابي الحلبي بمصر .
- (١٠١) الشرح المغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك
للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير
مطبوع على هامش حاشية الصاوي عليه المسماة بلغة السالك
طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان - توزيع
دار الباز مكة المكرمة .
- (١٠٢) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر
شرح المختصر في أصول الفقه
للشيخ محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوح الحنبلي
المعروف بابن النجار
تحقيق الدكتور محمد الزحيلي - الدكتور نزيه كمال حماد - الطبعة
الأولى ١٩٨٠م/١٤٠٠هـ - من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى
بمكة المكرمة - مركز البحث العلمي و احياء التراث الاسلامي
سابقا .
- (١٠٣) شرح المنار في الأصول
عبد اللطيف الشهير بابن الملك
والمنار لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين
النسفي الحنفي ت ٧١٠هـ
المطبعة العثمانية دار سعادة .
- (١٠٤) شرح النووي على صحيح الامام مسلم
لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي
المطبعة المصرية ومكتبتها .

- (١٠٥) شرح سنن النسائي
جلال الدين السيوطي
مطبوع مع سنن النسائي - الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ - الناشر دار الفكر
للطباعة والنشر بيروت .
- (١٠٦) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى
كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم الاسكندري المعروف
بابن الهمام الحنفي
مطبعة معظن البابي الحلبي وأولاده بمصر عام ١٣٨٩هـ .
- (١٠٧) شرح معاني الآثار
لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامه بن عبدالملك بن سلمة
الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي
تحقيق وتصحيح محمد زهري النجار - نشر دار الكتب العلمية
توزيع دار الباز للنشر والتوزيع - مكة المكرمة .
- (١٠٨) شرح منتهى الارادات
منصور بن يونس البهوتي
الناشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .
- (١٠٩) صحيح البخارى
أبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخارى الجعفي
طبع مؤسسة أليف أوفست - المكتب الاسلامى استانبول تركيا .
- (١١٠) صحيح مسلم
الامام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري
تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي - نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث
العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالسعودية .
- (١١١) صحيح وضعيف الجامع الصغير
محمد ناصر الدين الألباني
الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - المكتب الاسلامى - بيروت .

- (١١٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية
لأبى عبدالله محمد بن أبى بكر بن القيم
تحقيق الدكتور محمد جميل غازى - مطبعة المدنى القاهرة .
- (١١٣) عارضة الأحوذى بشرح الترمذى
للقاضى أبى بكر بن العربى
مكتبة المعارف - دار العلم للجميع سوريا .
- (١١٤) عون المعبود شرح سنن أبى داود
للعلامة أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى
الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م - مطابع المجد - القاهرة
الناشر محمد بن عبدالمحسن المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .
- (١١٥) غاية المرام فى تخريج أحاديث الحلال والحرام
الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى
الناشر المكتب الإسلامى .
- (١١٦) غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى
مرعى بن يوسف الحنبلى
الطبعة الثانية - مطابع الكيلانى - منشورات المؤسسة السعيدية
بالرياض .
- (١١٧) غريب الحديث
للامام أبى اسحاق ابراهيم بن اسحاق الحربى
تحقيق الدكتور سليمان بن ابراهيم العايد - الطبعة الأولى
١٤٠٥هـ/١٩٨٥م - من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القيسرى
بمكة المكرمة مركز البحث العلمى واهياء التراث الإسلامى سابقا .
- (١١٨) غريب الحديث
لأبى عبيد القاسم بن سلام الهروى
طبعة مصورة عن السلسلة الجديدة من مطبوعات دائرة المعارف
العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م - الناشر
دار الكتاب العربى بيروت لبنان .

- (١١٩) غريب الحديث
للامام أبي سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم الخطابي البستي
تحقيق عبدالكريم ابراهيم الغزبواي - الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م
من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى بمكة المكرمة
مركز البحث العلمي و احياء التراث الاسلامي سابقا .
- (١٢٠) الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز
للشيخ الامام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف
بابن البزاز الكردي الحنفي
مطبوع على هامش الأجزاء الرابع والخامس والسادس من الفتاوى
العالمكيرية المعروف بالفتاوى الهندية
معورة عن الطبعة الثانية بالمطبعة الكبرى الأميرية ببغداد
مصر المحمية عام ١٣١٠هـ .
- (١٢١) الفتاوى السعدية
الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي
الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م - الناشر مكتبة المعارف - الرياض .
- (١٢٢) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية
لمجموعة من علماء الهند
الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م - دار احياء التراث العربي
للنشر والتوزيع بيروت لبنان .
- (١٢٣) فتاوى قاضيخان
فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغانى الحنفي
مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية - الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م
دار احياء التراث العربي للنشر والتوزيع بيروت لبنان .
- (١٢٤) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن ابراهيم بن عبداللطيف
آل الشيخ
جمع وترتيب محمد بن عبدالرحمن بن قاسم - الطبعة الأولى
مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ١٣٩٩هـ .

- (١٢٥) فتح الباري شرح صحيح الامام البخارى
للمحافظ شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى الشافعى
المطبعة الفنية للطبع والنشر بمصر - مكتبة الكليات الأزهرية .
- (١٢٦) الفتح الربانى ترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيبانى
أحمد عبدالرحمن البنا
دار الشهاب - القاهرة - مطابع دار العلم للطباعة والنشر .
- (١٢٧) فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك
أبى عبدالله الشيخ محمد أحمد عيش
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .
- (١٢٨) فتح الغفار بشرح المنار
المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول المنار
زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم الحنفى
مطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م .
- (١٢٩) فتح المغيـث شرح ألفية الحديث للعراقى
تأليف الامام الشيخ شمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوى
المتوفى سنة ٩٠٢هـ
تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان - الطبعة الثانية عام ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م
مطبعة العاصمة الناشر المكتبة السلفية - المدينة المنورة .
- (١٣٠) الفـروق
أبى العباس السنهـاجى المشهور بالقرافى
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .
- (١٣١) الفواكه الدوانى شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى
للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النـفراوى المالكى الأزهرى
طبع ونشر دار المعرفة بيروت لبنان - توزيع دار الباز للنشر
والتوزيع مكة المكرمة .

- (١٣٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام
أبى محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمى
مراجعة وتعليق طه عبدالرؤوف سعد - الناشر مكتبة الكليات
الأزهرية - دار الشروق للطباعة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م .
- (١٣٣) القواعد فى الفقه الاسلامى
للمحافظ أبى الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلى ت ٧٩٥هـ
الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - توزيع
دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .
- (١٣٤) القواعد والفوائد الأصولية ومايتعلق بها من الأحكام الفرعية
للشيخ أبى الحسن علاء الدين (ابن اللحام) (٧٥٢ - ٨٠٣هـ)
تحقيق وتصحيح محمد حامد الفقى - دار الباز للنشر والتوزيع
مكة المكرمة - دار الكتب العلمية بيروت - ط الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .
- (١٣٥) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية
محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى
دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٤م .
- (١٣٦) الكافى فى فقه أهل المدينة
لأبى عمر بن عبد البر النمري القرطبي
تحقيق الدكتور محمد الموريتانى - طبع دار الهدى للطباعة
١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .
- (١٣٧) كتاب السير من الحاوى الكبير
لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى
تحقيق محمد بن رديد المسعودى - مطبوع على الآلة الكاتبة وهو
رسالة دكتوراه تقدم بها المحقق الى كلية الشريعة بجامعة
أم القرى .
- (١٣٨) الكتاب المصنف فى الأحاديث والآثار
للامام عبد الله بن محمد بن أبى شيبه الكوفى
تحقيق الأستاذ عامر الأعظمى - الدار السلفية بومباى - الهند .

- (١٣٩) كتب ليست من الاسلام
محمود مهدي الاستانبولي
المكتب الاسلامي ط ٢ ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .
- (١٤٠) كشف القناع عن متن الاقناع
منصور بن يونس البهوتي
مطبعة الحكومة مكة المكرمة .
- (١٤١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي
علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري ت ٧٣٠هـ
طبعة ١٣٩٤هـ بالأوفست - دار الكتاب العربي بيروت لبنان .
- (١٤٢) كشف القناع عن تغمين الصناع
لأبي علي الحسن بن رجال المعداني المتوفى سنة ١٤٤٠هـ/١٧٢٨م بمكناس
دراسة وتحقيق الدكتور محمد أبو الأجان - الناشر : السـدار
التونسية للنشر مطبعة القومية للنشر - الطبعة الأولى ١٩٨٦م .
- (١٤٣) كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخسر المختصرات
زين الدين عبدالرحمن بن عبدالله بن أحمد البعلبي ثم الدمشقي
المطبعة السلفية ومكتبتها .
- (١٤٤) لسان الحكام في معرفة الأحكام
للشيخ أبي الوليد ابراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل
المعروف بابن الشحنة الحنفي
مطبوع مع معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام
علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي
الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م - مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- (١٤٥) لسان العرب
أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفيقي المصري
دار صادر للطباعة والنشر ، دار بيروت للطباعة والنشر - بيروت
١٣٧٥هـ/١٩٥٦م .

- (١٤٦) المبدع شرح المقنع
ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح الحنبلى
المكتب الاسلامى ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م .
- (١٤٧) المبسوط
شمس الدين السرخسى
الطبعة الثالثة معادة بالأوفست ١٩٧٨م - دار المعرفة للطباعة
والنشر بيروت لبنان .
- (١٤٨) مجلة البحوث الاسلامية
العدد الحادى عشر عام ١٤٠٥هـ
مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لادارات البحوث العلمىة
والافتاء والدعوة والارشاد بالسعودية - الرياض .
- (١٤٩) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر
عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد افندى
مصور عن طبعة دار الطباعة العامرة ١٣١٦هـ - نشر دار احياء
التراث العربى .
- (١٥٠) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد
لحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى
الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م - منشورات دار الكتاب العربى
بيروت لبنان .
- (١٥١) المجموع شرح المهذب
للامام أبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى وتكملة كل من
الامام تقى الدين على بن عبدالكافى السبكى ومحمد نجيب المطيعى
التوزيع : المكتبة العالمية بالفجالة مصر .
- (١٥٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية
جمع وترتيب الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه
محمد - مكتبة المعارف - الرباط - المغرب .

- (١٥٣) المحرر فى الفقه
الشيخ الامام مجد الدين أبى البركات بن تيمية
مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩هـ/١٩٥٠م .
- (١٥٤) المخلصى
لابى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى
دار الاتحاد العربى للطباعة - الناشر مكتبة الجمهورية
العربية مصر .
- (١٥٥) مختصر سنن أبى داود
لابى محمد عبد العظيم بن عبد القوى بن عبد الله بن سلامة بن
سعد الحافظ المنذرى
تحقيق محمد حامد الفقى - طبع مطبعة السنة المحمدية - القاهرة .
- (١٥٦) المختصر فى أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل
على بن محمد بن على بن عباس بن شيبان البعلبى ثم الدمشقى
الحنبلى علاء الدين أبو الحسن المعروف بابن اللحام
تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا - من منشورات مركز البحث العلمى
واحياء التراث الاسلامى جامعة أم القرى سابقا - معهد البحوث
حاليا - عام ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م .
- (١٥٧) مدارج السالكين بين منازل اياك نعبد و اياك نستعين
لابى عبد الله محمد بن أبى بكر بن القيم
مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٧٥هـ - الناشر دار الفكر العربى .
- (١٥٨) المدخل الفقهى العام
مصطفى أحمد الزرقاء
دار الفكر بيروت لبنان - مطبعة طربين ١٣٨٤هـ/١٩٦٥م .
- (١٥٩) المدونة الكبرى
رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام عبدالرحمن بن
القاسم العتقى عن امام دار الهجرة أبى عبد الله مالك بن أنس
الاصبحى
مطبعة السعادة بمصر .

- (١٦٠) مرشد الاجراءات الجنائية
(الضبط والتحقيق - المحاكمة - التنفيذ)
صادر من وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية - الادارة
العامة للحقوق - الحقوق العامة - مطابع الأمن العام .
- (١٦١) مسائل الامام أحمد - رواية ابنه عبدالله
تحقيق ودراسة الدكتور على سليمان المهنا - الناشر مكتبة
الدار بالمدينة المنورة - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .
- (١٦٢) المستدرك على الصحيحين
لابي عبدالله الحاكم النيسابوري
الناشر : دار الكتب العلمية .
- (١٦٣) مسند الامام أحمد بن حنبل
دار صادر بيروت لبنان .
- (١٦٤) مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني
تحقيق الأستاذ أحمد شاکر
دار المعارف بمصر ١٣٧٢هـ/١٩٥٣م .
- (١٦٥) مشارق الأنوار على صحاح الآثار
للقاضي أبي الفضيل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي
ت ٥٤٤هـ
طبع ونشر المكتبة العتيقة تونس، دار التراث - القاهرة .
- (١٦٦) المشوف المعلم في ترتيب الاصلاح على حروف المعجم
لابي البقاء عبدالله بن الحسين العكبري الحنبلي
تحقيق ياسين محمد السواس - من منشورات مركز البحث العلمي
واحياء التراث الاسلامي بجامعة أم القرى سابقا معهد البحوث
حاليا عام ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .
- (١٦٧) مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه
الحافظ أحمد بن أبي بكر بن اسماعيل بن سليم بن قايماز بن
عثمان بن عمر الكنانى المحدث شهاب الدين البوهيري

- تحقيق محمد المنتقى الكشناوي - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م - دار
العربية للطباعة والنشر والتوزيع بيروت .
- (١٦٨) مصنف عبدالرزاق
عبدالرزاق بن همام الصنعاني
تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي - الطبعة الأولى عام ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م .
- (١٦٩) معالم السنن
الشيخ حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب المعروف ب (الخطابي)
مطبوع مع سنن أبي داود - تعليق عزت عبيد الدعاس - الطبعة
الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م - مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- (١٧٠) معجم مقاييس اللغة
لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا
تحقيق عبدالسلام محمد هارون - الطبعة الثانية ١٩٦٩م - مكتبة
ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- (١٧١) المعيار العربي والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقيا
والأندلس والمغرب
أحمد بن يحيى الوئشيسي - دار الغرب الاسلامي - بيروت .
- (١٧٢) المغنى
لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
تحقيق الدكتور طه محمد الزيني - مطبعة الفجالة الجديدة
١٣٨٨هـ - الناشر مكتبة القاهرة .
- (١٧٣) مغنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج
للشيخ محمد الشربيني الخطيب
طبع ونشر مصطفى الحلبي بمصر .
- (١٧٤) المغنى في أصول الفقه
للامام جلال الدين أبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي
تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا - الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - من
منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى مكة المكرمة - مركز
البحث العلمي و احياء التراث الاسلامي سابقا .

- (١٧٥) المفردات في غريب القرآن
الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني
الناشر مكتبة الانجلو المصرية - ط المطبعة الفنية الحديثة .
- (١٧٦) مفيد الأنام ونور الظلام في تحرير الأحكام لِحَجَّ بيت الله الحرام
للشيخ عبدالله بن عبدالرحمن الجاسر
الطبعة الثانية ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م - الناشر مكتبة النهضة المصرية .
- (١٧٧) المقنع في فقه الامام أحمد بن حنبل الشيباني
للامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي
الطبعة الثانية - المطبعة السلفية ومكتبتها .
- (١٧٨) الملكية في الشريعة الاسلامية
للدكتور عبدالسلام داود العبادي
الناشر مكتبة الأقصى عمان - مطابع وزارة الأوقاف والشؤون
والمقدسات الاسلامية - عمان - الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م .
- (١٧٩) المناقلة بالأوقاف
أحمد بن الحسن بن عبدالله بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة
الشهير بابن قاضي الجبل الحنبلي
الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ - مطابع دار الأصفهاني وشركاه بجدة .
- (١٨٠) المنتقى شرح موطأ الامام مالك
لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجسي
الأندلسي
طبع بمطبعة السعادة بمصر - الناشر دار الفكر العربي .
- (١٨١) المنشور في القواعد
بدرالدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي
تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود - الطبعة الأولى
١٩٨٢هـ/١٩٤٠م - طباعة مؤسسة الفليح للطباعة والنشر الكويت - من
منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية بدولة الكويت .

- (١٨٢) المنهاج
لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي
مطبوع مع شرحه مغنى المحتاج للخطيب الشربيني - مكتبة ومطبعة
معظنى البابى الحلبي وأولاده بمصر - عام ١٣٧٧هـ/١٩٥٨ م .
- (١٨٣) منح الجليل على مختصر العلامة خليل
للقاضى محمد عlish
الناشر : مكتبة النجاح طرابلس - ليبيا .
- (١٨٤) منحة الخالق على البحر الرائق
محمد أمين الشهير بابن عابدين
مطبوع على هامش البحر الرائق - دار المعرفة بيروت لبنان .
- (١٨٥) المهذب فى فقه الامام الشافعى
لأبي اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزآبادى الشيرازى
طبع بمطبعة عيسى البابى الحلبي وشركاه بمصر .
- (١٨٦) موارد الظمان الى زوائد ابن حبان
نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى
تحقيق ونشر محمد عبدالرزاق حمزة - دار الكتب العلمية
توزيع مكتبة المعارف بالرياض .
- (١٨٧) الموافقات فى أصول الأحكام
أبى اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطى المعروف بالشاطبى
٥٧٩٠
تحقيق محمد محيى الدين عبدالحميد - نشر وطبع مكتبة ومطبعة
محمد على صبيح بالقاهرة .
- (١٨٨) مواهب الجليل شرح مختصر خليل
أبى عبدالرحمن بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسى المغربى
المعروف بالحطاب
مطابع دار الكتاب اللبنانى بيروت لبنان - ملتزم الطبع والنشر
مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .

- (١٨٩) الموطأ
للامام مالك بن أنس الأصبحي
تعليق وترتيب محمد فؤاد عبدالباقي - الناشر دار احياء الكتب
العربية عيسى البابي الحلبي .
- (١٩٠) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار
شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده أفندى
وهو تكملة شرح فتح القدير للكمال بن الهمام
الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م - نشر وطبع مكتبة ومطبعة الحلبي
بمصر .
- (١٩١) النتف في الفتاوى
أبي الحسين السغدي
مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧٦م - تحقيق الدكتور ملاح الدين الناهى .
- (١٩٢) نصب الراية لأحاديث الهداية
جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي الحنفي
دار احياء التراث العربي الناشر المكتبة الاسلامية - مصور عن
الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ/١٩٣٨م .
- (١٩٣) نظام المرور
الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩ وتاريخ ١١/٦/١٣٩١هـ - مطبعة
الحكومة - مكة المكرمة ١٣٩٣هـ .
- (١٩٤) نظرية الخطأ في الفقه الاسلامي
الدكتور محمد بن عبدالله بن محمد الأحمد
رسالة دكتوراه - مطبوعة على الآلة الكاتبة - مقدمة الى كلية
الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة عام ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .
- (١٩٥) نهاية المحتاج الى شرح المحتاج
شمس الدين محمد بن أبي العباس بن شهاب الدين الرملي المنوفى
المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى المغير
الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ - مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .

- (١٩٦) النهاية فى غريب الحديث والأثر
مجد الدين أبى السعادات المبارك محمد بن الأشير
تحقيق محمود الطناحى - دار احياء التراث العربى بيروت لبنان
الناشر المكتبة الاسلامية .
- (١٩٧) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار
محمد بن على بن محمد الشوكانى
تحقيق طه عبدالرؤوف سعد - معطفى محمد الهوارى - شركة الطباعة
الفنية المتحدة ١٣٩٨هـ - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .
- (١٩٨) الهداية شرح بداية المبتدى
مطبوع مع شرح فتح القدير
الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م - نشر وطبع مكتبة ومطبعة الحلبي
بمصر .
- (١٩٩) الوجيز فى فقه مذهب الامام الشافعى
لابى حامد الغزالى
مطبعة الآداب والمؤيد بمصر عام ١٣١٧هـ .

فهرس الآيات

<u>الصفحة</u>	<u>السورة</u>	
٦٥٤	المائدة (٣٤)	الا الذين تابوا من قبل أن تقدرواعليهم
٣	الملك (١٤)	ألايعلم من خلق وهو اللطيف الخبير
٤٦٨	هود (٨٨)	ان أريد الا الاصلاح ما استطعت ان الذين يياكلون أموال السيتامى ظلما انما يياكلون فى بطونهم نارا
٥٦٣،٥٥٨	النساء (١٠)	وسيعلمون سعيرا
١٣	النساء (١٧٦)	ان امرؤ هلك انما السبيل على الذين يظلمون الناس
٤٨١	الشورى (٤٢)	ويبغون فى الأرض بغير الحق
٦٥٤،٦٥٣	المائدة (٣٣)	انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا واطعنا وأولئك هم المفلحون
٣٢٤	النور (٥١)	ان يتبعون الاالظن وان الظن لايفنى من الحق شيئا
٤٨٢	النجم (٢٨)	اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى
١	المائدة (٣)	ثم كلى من كل الثمرات
١١٦	النحل (٦٩)	خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتركيهم بها
٢٠٠،٢١	التوبة (١٠٣)	سماعون للكذب أكالون للسحت
٣٩	المائدة (٤٢)	فيما نقضهم ميثاقهم وكفرهم بآيات الله وقتلهم الأنبياء بغير حق وقولهم قلوبنا غلف بل طبع الله عليها
٣٢٤	النساء (١٥٥)	يكفرهم فلا يؤمنون الاقليلا

<u>الصفحة</u>	<u>السورة</u>	
٢٠٤	التغابن (١٦)	فاتقوا الله ما استطعتم
٤٦٨	الأعراف (٣٥)	فمن اتقى وأصلح فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
٦٥٤٠ ٢٣١٠١٠٩	البقرة (١٩٤)	ما اعتدى عليكم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما
٢٣٨	البقرة (١٩٦)	استيسر من الهدى ومن قتله/متعمداً جزاءً مثل ماقتل من النعمة يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام
٢٣٨	المائدة (٩٥)	مساكين أو عدل ذلك مما ما قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى
٣٤	القصص (٢٧-٢٨)	هاتين
٤٠	التوبة (٢٩)	قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله قل لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو
٤	الاسراء (٨٨)	كان بعضهم لبعض ظهيراً
١٤	القصص (٨٨)	كل شيء هالك الا وجهه
٢٠٨	الأنعام (١٤١)	كلوا من ثمره اذا أثمر
١١٦	سبا (١٥)	كلوا من رزق ربكم واشكروا له
١١٦	الأعراف (١٦٠)	كلوا من طيبات ما رزقناكم
٤٨١	التوبة (٩١)	ما على المحسنين من سبيل ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على
٢٧١	الحشر (٥)	أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب
٢٧٥٠٢٧٢٠٢٧١	التوبة (١٢٠)	أن يتخلفوا عن رسول الله

<u>الصفحة</u>	<u>السورة</u>	
١	الأحزاب (٤٠)	ما كان محمد أباً أحد من رجالكم منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر
٥٦١	آل عمران (٧)	متشابهات
١٤	الحاقة (٢٩)	هلك عنى سلطانيه هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر
٢٧١	الحشر (٢)	ماظننتم أن يخرجوا هو الذى أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره
٣	الصفا (٩)	المشركسون
٦١٤	البقرة (٢٩)	هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا وآتوا اليتامى أموالهم ولاتتبدلوا الخبيث بالطيب ولاتأكلوا أموالهم التى
٥٥٨	النساء (٢)	أموالكم انه كان حوبا كبيرا
٢٠٨٠١٨٩	الأنعام (١٤١)	وآتوا حقه يوم حصاده
٦١٤	البقرة (٢٧٥)	وأحل الله البيع وحرم الربا وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا
٣٤١	النساء (٢٤)	بأموالكم محصنين غيرمسافحين وإذا قيل لهم لاتفسدوا فى الأرض قالوا انما نحن مملحون الا انهم هم
٤٦٨	البقرة (١١-١٢)	المفسدون ولكن لايشعرون واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن
هامش (٢٩٠)	الأنفال (٤١)	لله خمسه والبدن جعلناها لكم من شعائر الله
٢٣٣	الحج (٣٦)	لكم فيها خير

<u>الصفحة</u>	<u>السورة</u>	
٢٣٢،١٠٩	البقرة (١٩٤)	والحرمان قصاص والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما
٦٥٣	المائدة (٣٨)	جزاء بما كسبا نكالا من الله
٢٣٢،١٠٩	النحل (١٢٦)	وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به
٨٨	البقرة (٢٨٠)	وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة
٢٣١،١٠٩	الشورى (٤٠)	وجزاء سيئة سيئة مثلها
١١٢،١٠٠	الأنبياء (٧٨)	وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث
٤١	يوسف (٢٠)	وشروه بثمن بخس وقال موسى لأخيه هارون اخلفنى فى قومى
٤٦٨	الأعراف (١٤٢)	وأصلح ولاتتبع سبيل المفسدين
٦١٤	الأنعام (١١٩)	وقد فعل لكم ما حرم عليكم وقد نزل عليكم فى الكتاب أن اذا سمعتم آيات الله يكفر بها ويستهزأ بها فلا تقعدوا معهم
٦١٨،٦٠٨،٦٠٧	النساء (١٤٠)	ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون
٣٢٤	البقرة (١٨٨)	ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما
٥٥٨	النساء (٥)	ولاتحللوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله
٢٤٦	البقرة (١٩٦)	ولاتسرفوا انه لا يجب المسرفين
٢٠٩	الأنعام (١٤١)	ولاتقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيمًا
٤٩	النساء (٢٩)	ولاتقربوا مال اليتيم الابلتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا
٥٥٨	الاسراء (٣٤)	

<u>المسحة</u>	<u>السورة</u>	
٤٩	البقرة (١٩٥)	ولاتلقوا بأيديكم الى التهلكة وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم
٧١٤	الأحزاب (٥)	وما كان المؤمنون لينفروا كافة
٣	التوبة (١٢٢)	وما يهلكنا الا الدهر
١٣	الجاثية (٢٤)	ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف
٥٦٠	النساء (٦)	ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير
٥٦٤	البقرة (٢٢٠)	ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في يتامى النساء اللاتى لاتؤتوهن ما كتب لهن
٥٥٨	النساء (١٢٧)	يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم
١٨٩	البقرة (٢٦٧)	ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما
٦٩٨٠٤٨١٠٣٢٤	النساء (٢٩)	يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم والله متم نوره ولو كره الكافرون
٤٩	الأعراف (١٥٧)	
٣	البقرة (٢١٩)	
٣	الصف (٨)	

فهرس الأحاديث المروية عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم

<u>الصفحة</u>	
	ابتاع رجل شمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه
٣٢٢	وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان
٦٤٢، ٦٣١، ٦٢٧، ٦٢٤	أتانى جبريل فقال : أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل
٦٦٦	أجد لحم شاة أخذت بغير أهلها
٧١	أخذوك فغطوك في الماء
	إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذن
٥٨٢	فإن أذن له فليحتلب وليشرب
٤٨٣	إذا أتتك رسل فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بغيرا
	إذا أتيت على راع فناده ثلاث مرات فإن أجابك والا فاشرب
٥٨٢، ٥٨١	من غير أن تفسد
هامش ٢٠٤	إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم
٢٠٦	إذا خرصتم فجدوا ودعوا الثلث
٤٣	إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال
٣٢١	إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك
٦٢٢	أشد الناس عذابا يوم القيامة الذين يظاهون بخلق الله
	أهينا يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار
٢٩٠، ٢٨٧	مايكفيه وينصرف
٢٨٧	أهبت جرابا من شحم يوم خيبر
	أهيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في
٣١٩	شمار ابتاعها فكثر دينه
٦٠٠، ٥٩٩	اعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها سنة

الصفحة

- ٢٧٣ أغر على أبني صباحا وحرق
 ألابعثك على مابعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
- ٣٤٣، ٦٣١، ٦٣٠، ٦٢٧ أن لاتدع صورة الاطمستها ولاقبرا مشرفا الا سويته
- ٦٢٨ الا رقما فى ثوب
- ٣١٦ أمر بوضع الجوائح
- أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله
- ٤٣ وأن محمدا رسول الله
- أمر صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن يعيد بنحر
- ٢٥٩ آخر ولاينحر حتى ينحر النبي صلى الله عليه وسلم
- أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل بدنة بيضة
- ٢٥٣ فجعلت فى قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها
- أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه
- ٢٥٢ هدى اذا طاف بين الصفا والمروة أن يحل
- أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقدور فأكففت ثم
- ٧٢٦، ٢٨٩ قسم فعدل عشر من الغنم ببعير
- أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بمدينة
- فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت الى أن قال
- فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق
- الخمير قد جلبت من الشام فأخذ المدينة منى فشقق
- ٦٠٦ ييا كان من تلك الزقاق بحضرته كلها
- ٦٠٦، ٦٠٥ انا بأرض قوم أهل كتاب نأكل فى آنيتهم
- ان أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم
- ٦٢٢ أحيوا ما خلقتم وان الملائكة لاتدخل بيتا فيه صورة

الصفحة

- ان العباس سأل النبي صلى الله عليه وسلم فى تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له فى ذلك ٢٢١
- ان الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان ٧٧
- ان الملائكة لاتدخل بيتا فيه صورة ٦٢٨
- ان النهبة ليست بأحل من الميتة ٢٨٦
- انا كنا احتجنا فاستسلفنا العباس صدقة عامين هامش ٢٢١
- انا قد أخذنا زكاة العباس عام الأول للعام ٢٢١
- ان الله عز وجل بعثنى رحمة للعالمين وهدى للعالمين وأمرنى أن أمحق المزامير والكفارات يعنى البرابط والمعازف والأوثان ٦٣٦٠٦١٦
- ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأشنام انحرها ثم اصبح نعليها فى دمها ثم اجعله على صفحتها ٦٣٤
- ولاتأكل منها أنت ولا أحد من أهل رفقتك ٢٢٦
- انحرها ثم ألق فلادتها فى دمها ثم خل بين الناس وبينها يأكلون ٢٢٧
- ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام ٥٠٢٠٩٤
- ان رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس فى يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ذهب حقك" ٥١١
- ان رجلا أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر ٦٠٥
- ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بنى حارثة فرأى زرعاً فى أرض ظهير فقال ما أحسن زرع ظهير ٧٠٢
- ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من أمية بن صفوان بن أمية أدرعاً يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ فقال : لا بل عارية مضمونة ٤٨٤

الصفحة

- ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى نيرانا توقد يوم خيبر
قال علام توقد هذه النيران قالوا : على الحمــــ
الانسية قال اكسروها وأهرقوها قالوا : ألا تهريقها
ونغسلها قال : اغسلوا
٦٠٩
- ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب رضى الله
عنه زمن الفتح وهو بالبطحاء أن يأتى الكعبة فيمحو
كل صورة فيها فلم يدخل النبي صلى الله عليه وسلم
حتى محيت كل صورة فيها
٦٤٣٠٦٢٧
- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف الى المنحر فنحر
ثلاثا وستين بيده ثم أعطى عليا فنحر ماغبر وأشركه
فى هديه
٢٥٣
- ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا حشمة خارصا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة أبى أن
يدخل البيت وفيه الآلهة فأمر بها فأخرجت
٦٤٣٠٦٤٢
- ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك فى بيته شيئا
فيه تعاليب الا نقفة
٦٤٢٠٦٣٢٠٦٢٣
- ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل
يده فيها فنالت أصابعه بللا
٧٢١
- ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر حرقوا
متاع الغنال وضربوه
٧٣٢
- ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه أصاب أرضا بخيبر فأتى
النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها قال
ان شئت حبست أصلها وتمدقت بها قال : فتصدق بها
عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث
٤٣٧٠٤٣٦

الصفحة

	الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته
٥٣٠	اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة
٥٣٠	الرهن يركب بنفقته ويشرب لبن الدر اذا كان مرهونا
هامش ٣	دعاة على أبواب جهنم من أجابهم اليها قذفوه فى النار
	سئل عن الثمر المعلق فقال ما أصاب منه من ذى حاجة
٥٨٢	غير متخذ خبئه فلا شيء عليه
٤٨٦	العارية مؤداة
١١٣، ١٠٣، ٩٩	العجماء جرحها جبار
	عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ثم استنفق بها
٥٩٧	فان جاء ربه فآدها اليه
٤٨٢	على اليد ما أخذت حتى تؤدى
	غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر فأهينا
	غنما فقسم بيننا صلى الله عليه وسلم وجعل بقيتها
هامش ٢٨٦	فى المغنم
	فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طهرة
٢١٧	للمصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين
٢٠١	فيما سقت السماء العشر
	قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وعلقت درنوكا فيه
٦٢٦	تماثيل فأمرنى أن أنزعه فنزعته
	قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت بقرام
	لى على سهوة فيها تماثيل فلما رآه رسول الله صلى
٦٤٢، ٦٢٦، ٦٢١	الله عليه وسلم هتكه
	قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم من غزوة تبوك أو خيبر
	وفى سهواتها ستر فهبت ريح فكشفت ناحية الستر عن
٦٢٨	بنات لعائشة لعب فقال ما هذا ياعائشة

الصفحة

٢٧٢	قطع نخل بنى النضير وحرق
	قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحواشط
١٠٢	حفظها بالنهار
	كان عبد الله بن مسعود يخلف بالله أن التي أمر بها
	رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حرمت الخمر
٦٠٦	أن تكسر دنانها
	كنا محاصري قصر خيبر فرمى انسان بجراب فيه شحم فنزوت
	لآخذه فالتفت فاذا النبي صلى الله عليه وسلم
٢٨٧	فاستحييت منه
٢٩٠، ٢٨٧	كنا نعيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه
٥٠	كل مسكر خمر وكل مسكر حرام
٥٦١	كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثل
	كنت ألعب بالبينات عند النبي صلى الله عليه وسلم وكان
٦٣٨	لى صواحب يلعبن معى
٢٨٠	لا تمثلوا بالبهائم
٦٩٦، ٥٠٢، ١١٧	لا ضرر ولا ضرار
	لا يأتى عليكم زمان الا الذى بعده شر منه حتى تلقوا ربيكم
٤٥١	سمعته من نبيكم صلى الله عليه وسلم
٥٨٤، ٥٨٣	لا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه
٧٣٤	لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث
٣٠٩	لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع
٦٩٨، ٥٨٤	لا يحل مال امرىء الا بطيب نفس منه
٧٢٢	لا يحل لامرء مسلم يبيع سلعة يعلم أن بها داء الا أخبره

<u>الصفحة</u>	
٦٦٨	لايجل لامرىء من مال أخيه شيء الا ماطابت به نفسه
٦٥٥	لايغرم صاحب سرقة اذا أقيم عليه الحد
٥٣٤،٥١٧	لايفلق الرهن . الرهن من صاحبه الذى رهن له غنمه وعليه غرمه لايقتطع أحد مالا بيمين الالقي الله وهو أجذم فقال
٦٨٨	الكندى هى أرضه
٦٠٧	لعنت الخمر وشاربها وساقبيها وباشعها ومبتاعها وحاملها لقد رأيتها وانها لتضرب أهلها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها
٦٩٣	لقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمربد فاذا بزقاق على المربد فيها خمر فدعى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة وماعرفت المدينة الايومئذ فأمر بالبزقاق فشقت
٦٠٧	ليس على الخائن ولاعلى المنتهب ولاعلى المختلس قطع
٧٣٤	ليس على المستعير غير المغل ضمان
٤٨٠	ليس فيما دون خمسة أوسق من حب ولاتمر صدقة
١٩١	ليس لعرق ظالم حق
٧٠٢،٦٩٢،٦٧٠،٥٠٠،٤٠١	ليشربن ناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها لما أنزل الله عز وجل : " ولاتقربوا مال اليتيم الابالتي هى أحسن" و " ان الذين يأكلون أموال اليتامسى ظلما ... " الآية انطلق من كان عنده يتيم فعزل
٥١	طعامه من طعامه وشرابه من شرابه
٥٦٥،٥٦٤	ليكونن من أمتى أقوام يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف
٦١٧،٦١٦	لو بعث من أخيك شمرا فأصابته جائحة فلايجل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق
٣١٦	

الصفحة

٤٦٦	لولا أن قومك حديث عهدهم قال ابن الزبير بكفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين
٧٢٢	المسلم أخو المسلم ولا يجل للمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له
٤٩٩	المسلمون عند شروطهم
٣٧١، ٣٧٠	من ابتاع شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ان شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر
٦٩٣	من أحيا أرضا ميتة فهي له
٦٨٨	من أخذ من الأرض شيئا بغير حقه خسف به يوم القيامة الى سبع أرضين
٥٨٢	من دخل حائطا فليأكل ولا يتخذ خبئه
٧٠٢	من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته
٢٥٦	« من شاء اقتطع؟ قالها صلى الله عليه وسلم حينما نحر البدنات
٢٥٩	من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا فلا يذبح حتى ينصرف
٦٨٨	من ظلم من الأرض شيئا طوقه من سبع أرضين
٧٢٢	من غش فليس مني
٢٨٠، ٧٢٩	من قتل عمفورا فما فوقها بغير حقا سألها الله عز وجل عن قتلها
٧٣٢	من وجدتموه قد غل فاضربوه وحرقوا متاعه
٢٦٢	من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا
٥٨٩	من وجد لقطة فليشهد ذا عدل
٢٥٢	نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه
٢٨٠	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتل شيء من الدواب صبرا

الصفحة

٢٨٠	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النحلة
٦٩٩٠٤٣٧	نهى عن افساع المال
٣٢١	نهى عن بيع الشعرة حتى تزهى
٣٢١٠٣١٧	نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح
٤٨	نهى عن شمن الدم وشمن الكلب وكسب الأمه والذى نفس بيده ان الشملة التى أصابها يوم خير من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه نارا
٧٣٣	والذى نفس بيده لقد هممت أن أمر بحطب فيحتطب ثم أمر بالعلاة فيؤذن لها ثم أمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف
٦٤٧	الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم
٥٩٠	"ولتكن ودیعة عنده". قالها صلى الله عليه وسلم فى اللقطة
٦٢٥	ومن أظلم ممن ذهب يخلق كخلقى فليخلقوا حبة وليخلقوا ذرة يأتى على الناس زمان مايبالى الرجل من أين أصاب
٤٥١	المال من حلال أو حرام يأتى على الناس زمان مايبالى المرء ماأخذ منه أمن
٤٥١	الحلال أم من الحرام
٢٦٢	ياأيها الناس ان على كل أهل بيت فى كل عام أفحية وعتيرة
٢١	يقول ابن آدم مالى مالى

فهرس الآثار المروية عن الصحابة والتابعين

الصفحة

- ان أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج
يمشى مع يزيد بن أبى سفيان الى أن قال انسى
موسيك بعشر ... ٢٧٩٠٢٧٣
- ان أبا بكر وعمر كانا لايفحيان أحيانا خشية أن يظن
وجوب الأفحية ٢٦٣
- ان حنظلة ابن الراهب عقر بأبى سفيان فرسه يوم أحد
ان جعفر بن أبى طالب عقر فرسه فى القتال ٢٨١
- ان رجلا يقال له زياد قد غل شعرا من الغنم فأتى به
سعيد بن عبد الملك فجمع ماله فأحرق وعمر بن
عبد العزيز حاضر ذلك فلم يعبه ٢٧٩٠٢٧٨
- ان عتبة بن فرقد بعث الى عمر بن الخطاب بأربعين
ألف درهم صدقة الخمر ٧٣٢
- ان عثمان بن عفان رضى الله عنه قضى فى الثوب يشتره
الرجل وبه عوار أنه يردده اذا كان قد لبسه . ٤٠
- ان على بن أبى طالب رضى الله عنه قال فى الرهن
يترادان الفضل فان أصابته جائحة برىء ٣٧١
- ان على بن أبى طالب كان يضمن الصباغ والصواغ وقال
لايصلح الناس الا هذا ٥١٤
- ان عمر بن الخطاب بعث سهل بن أبى حشمة الى خرس
التمر وقال اذا أتيت أرضا فأخرص ودع لهم قدر ما يأكلون
ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ضمن الصباغ الذى
يعمل بيده ٤١٣
- ٢٠٧ هامش ٤١٤

الصفحة

- ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : فى الرجل يرتهن
فيضيع قال : ان كان أقل مما فيه رد عليه تمام
حقه وان كان أكثر فهو أمين ٥١٣
- ان مروان بعث سهل بن أبى حشمة خارما للشغل فخرص مال
سعد بن أبى وقاص سبعمائة وسق وقال لولا أنى وجدت
فيه أربعين عريشا لخرصته تسعمائة وسق ولكنى تركت
لهم قدر ما ياكلون ٢١٠
- جاء وفد أهل الردة يسألون أبى بكر العليخ فخيرهم اما
حرب مجليه واما سلم مخزية ٦٦٢
- قال ابن عمر : "هى سنة ومعروف". قالها فى الأضحية ٢٦٢
- قال أبو طلحة : قم بيا أنس الى هذه الدنان فاكسرها
قال على بن أبى طالب : العارية ليست بيعا ولا مضمونة
انما هو معروف الا أن يخالف فيضمن ٤٨٢
- قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : العارية بمنزلة
الوديعة ولا ضمان فيها الا أن يتعدى ٤٨٢
- قول ابن عباس : اذا أهديت هديا واجبا فعطب فانحره ثم كله ان شئت
وبعه ان شئت وتقوبه فى هدى آخر ٢٤١
- قول ابن عمر رضى الله عنهما : لايؤكل من جزاء المبيد
والنذر ويؤكل مما سوى ذلك ٢٥٤
- قول ابن عمر رضى الله عنهما : ما أدركت الصفقة حيا
مجموعا فهو من المبتاع ٣١٠
- قول عبد الله بن عمر رضى الله عنهما : " من أهدى
بدنة ثم فلت أو ماتت فانها ان كانت نذرا أبدلها
وان كانت تطوعا فان شاء أبدلها وان شاء تركها ٢٤٢

الصفحة

- قول الزهري فى معنى قوله : " لا يغلق الرهن"
 قال : " ان هلك لم يذهب حق هذا انما هلك من رب الرهن
 له غنمه وعليه غرمه "
 ٥٢٠٠٥١٩
- ٢٢٨ قول عائشة رضى الله عنها : "كلوا ولا تدعوه للكلاب والسباع
 قول عائشة رضى الله عنها : أن قوله تعالى ومن كان غنيا
 فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف . أنها
 ٥٦٣ نزلت فى مال اليتيم
- ٢٥٤ قول عطاء : يأكل ويطعم من المتعة
 قول على بن أبى طالب رضى الله عنه فاذا قبلوا عقد الذمة
 فأعلمهم أن لهم مال للمسلمين وعليهم ما عليهم
 ٤٢
- ٣٨ قول عمر بن الخطاب : ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها
 كان على بن أبى طالب رضى الله عنه يضمن الخياط
 والصباغ وأشباه ذلك احتياطا لأموال الناس
 ٤١٣
- يكتب عمر بن عبدالعزيز الى عدى بن أرطاة ان ابعت الى
 بفضل الأموال التى قبلك من أين دخلت
 ٤٠
- ماروى عن الزهري أنه قال : " كانت الفتنة العظمى
 بين الناس وفيهم البديرون فأجمعوا على أن لا يقيم
 حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن
 ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن
 ٦٥٩
- نقب بيت المال فأخذ الرجل الذى نقبه فكتب فيه السى
 عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب عمر رضى الله
 عنه أن لاتقطع الرجل وانقل المسجد واجعل بيست
 المال فى قبلته فانه لن يزال فى المسجد معمل
 ٤٣٥

فهرس الموضوعات

المصفحة

	المقدمة : وفيها سبب اختيارى للموضوع ومنهجى فى
١٢ - ١	البحث والخطة
٥١ - ١٣	التمهيد
	وفيه مبحثان :
١٩ - ١٣	المبحث الأول : تعريف التلف فى اللغة والاصطلاح
١٣	التلف لغة
١٤	التلف اصطلاحا
١٥	أقسام التلف فى اصطلاح الفقهاء
١٧	أسباب التلف
٥١ - ٢٠	المبحث الثانى : تعريف المال
٢٠	المال لغة
٢١	المال فى اصطلاح الفقهاء
٢٢	عند الحنفية
٢٥	عند المالكية
٢٧	عند الشافعية
٣٠	عند الحنابلة
٣١	فى تحرير محل النزاع والآثار المترتبة عليه
	وفيه مسألتان :
٣٥ - ٣١	المسألة الأولى : فى مالية المنافع
٤٤ - ٣٦	المسألة الثانية : فى المال المتقوم وغير المتقوم
٥١ - ٤٥	أثر العرف فى اعتبار الشئ مالا

<u>الصفحة</u>	
١٨٧ - ٥٢	الباب الأول مسئولية من يقع منه أو بسببه الاتلاف لأموال الغير
٦٠ - ٥٢	الفصل الأول : تلف الأموال بيد غير المكلف
٥٢	الأصل المتفق عليه بين الفقهاء في ذلك
٥٤	المسائل المرتشنة من هذا الأصل :
٥٤	(أولاً) المسائل التي استثنائها الحنفية
٥٧	(ثانياً) المسائل التي استثنائها المالكية
٥٩	(ثالثاً) المسائل التي استثنائها الشافعية
٦٠	(رابعاً) المسائل التي استثنائها الحنابلة
٨٣ - ٦١	الفصل الثاني : تلف الأموال بفعل المكره وفيه مبحثان :
٦١	المبحث الأول : في تعريف الاكراه ووسائله وشروطه وفيه أربعة مطالب :
٦٢ - ٦١	المطلب الأول : في تعريف الاكراه
٦١	تعريفه لغة
٦١	تعريفه اصطلاحاً
٦٩ - ٦٣	المطلب الثاني : أنواع الاكراه
٦٣	مذهب الحنفية
٦٥	مذهب جمهور الفقهاء ودفع الوهم في مذهبهم
٧٤ - ٧٠	المطلب الثالث : وسائل الاكراه
٧٦ - ٧٥	المطلب الرابع : شروط الاكراه
٨٣ - ٧٧	المبحث الثاني : مسؤولية المكره عن اتلاف المال ديانة وقضاء
٩٥ - ٨٤	الفصل الثالث : تلف الأموال بفعل المفطر وفيه مبحثان :

الصفحة

- ٨٨ - ٨٤ المبحث الأول : الاضطرار الى طعام الغير
- ٩٥ - ٨٩ المبحث الثانى : الاضطرار الى اتلاف بعض المال لعيانة الباقي
- ١٢٣ - ٩٦ الفصل الرابع : تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات السائبة
وفيه مبحثان :
- ١١٧ - ٩٦ ^{والطيور والأليف} المبحث الأول : تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات المستأنسة
المطلب الأول : اتلاف المواشى السائبة للزروع والشمار
١١٣ - ٩٦ . وغيرها من الأموال
وفيه مسألتان :
- ١١٠ - ٩٦ المسألة الأولى : اتلاف المواشى السائبة للزروع والشمار
المسألة الثانية : فى اتلاف المواشى السائبة لغير الزروع
١١٣ - ١١١ والشمار من الأموال
المطلب الثانى : اتلاف الطيور للزروع والشمار وغيرها
من الأموال
- ١١٧ - ١١٤ المبحث الثانى : تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات
المسألة والسباع المقتناة
- ١٢٣ - ١١٨ الفصل الخامس : تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة
والحديثة وفيه مبحثان
- ١٦٦ - ١٢٤ المبحث الأول : تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة
وفيه أربعة مطالب :
- ١٥٩ - ١٢٥ المطلب الأول : ماتتلفه البهيمة حال سيرها
وفيه خمس مسائل :
- ١٤٨ - ١٢٧ المسألة الأولى : ماتتلفه بالوطء باليد أو الرجل أو بالكدم
بالرأس أو بالنفخ بالرجل والذنب
- ١٢٧ المسألة الثانية : ماتتلفه بما ينبعث عنها حال سيرها
- ١٣٦

<u>الصفحة</u>	
١٣٨	المسألة الثالثة : ماتتلفه بما عليها من حمل
	المسألة الرابعة : المطالب بالضمن اذا كان معها أكثر
١٤٠	من واحد
	وفى هذا أربع حالات :
١٤٠	(الحالة الأولى) اذا اجتمع قائد وسائق وراكب
١٤١	(الحالة الثانية) اذا كان مع الراكب سائق أو قائد
١٤٤	(الحالة الثالثة) اذا اجتمع راكبان
١٤٥	(الحالة الرابعة) اذا اجتمع سائق وقائد
١٤٦	المسألة الخامسة : المطالب بالضمن اذا كانت البهائم مقطوره
١٤٩ - ١٥٢	المطلب الثانى : ماتتلفه الدابة وهى واقفة
	المطلب الثالث : تلف الأموال بما يعدر عن الدابة من بول
١٥٣ - ١٥٥	وروث ونحوهما
١٥٦ - ١٥٩	المطلب الرابع : التلف الناشئ عن تعادم وسائل الركوب القديمة
١٦٠ - ١٦٤	المبحث الثانى : فيما تتلفه وسائل الركوب الحديثة
	مقدمة فى امكان تخريج أحكام ما استجد من وسائل نقل
١٦٠	على أحكام وسائل النقل القديمة التى نص عليها الفقهاء
	تخريج أحكام ماتتلفه وسائل النقل الحديثة على أحكام
١٦٣	ماتتلفه وسائل النقل القديمة
	الفصل السادس : التلف الناشئ بسبب الحفريات فى الطرق
	العامه أو سقوط المباني ومايتبعها من ثوابت
١٦٧ - ١٨٧	ومنقولات
	وفيه مبحثان :
١٦٧ - ١٧١	المبحث الأول : فى التلف الناشئ عن الحفريات فى الطرق العامة
	المبحث الثانى : فى التلف الناشئ عن سقوط المباني
١٧٢ - ١٨٧	ومايتبعها من ثوابت ومنقولات
	وفيه مطلبان :

الصفحة

- المطلب الأول : التلف الناشء عن سقوط المبانى على
الطرق العامة وأماكن الغير
١٧٢ - ١٧٨
- المطلب الثانى : التلف الناشء عن سقوط توابع المبانى
من شوابت ومنقولات
١٧٩ - ١٨٧
- الباب الثانى
- أحكام تلف الأموال فى فقه العبادات
١٨٨ - ٢٩٣
- الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى باب الزكاة
وفيه ثلاثة مباحث :
١٨٨ - ٢٢٢
- المبحث الأول : تلف المال الذى وجبت فيه الزكاة واتلافه
وفيه مطلبان :
١٨٨ - ٢١٠
- المطلب الأول : فى تلف المال الذى وجبت فيه الزكاة
تمهيد : فى وقت وجوب الزكاة فى الأموال الزكوية
المطلب الثانى : فى اتلاف المال الذى وجبت فيه الزكاة
استثناء بعض الفقهاء من الأمل المتفق عليه فى هذه
المسألة :
٢٠٥ - ٢١٠
- «مسألة : الأكل من الثمار والزروع بعد وجوب الزكاة فيها»
٢٠٥
- المبحث الثانى : فى تلف الزكاة بعد وجوبها وعزلها لمستحقها
وفيه مطلبان :
٢١١ - ٢١٧
- المطلب الأول : فى تلف زكاة الأموال بعد وجوبها وعزلها
٢١١ - ٢١٥
- المطلب الثانى : فى تلف زكاة الفطر بعد وجوبها وعزلها ليخرجها
٢١٦ - ٢١٧
- المبحث الثالث : فى تلف الزكاة المخرجة قبل الحول
٢١٨ - ٢٢٢
- الفصل الثانى : التلف والاتلاف فى الهدى والأضحية
وفيه ثلاثة مباحث :
٢٢٣ - ٢٦٨
- المبحث الأول : فى تلف هدى التطوع واتلافه
وفيه مطلبان :
٢٢٣ - ٢٣٧

الصفحة

٢٢٥ - ٢٣٢	المطلب الأول : تلف هدى التطوع واتلافه فى الطريق قبل أن يصل الى الحرم
٢٣٣ - ٢٣٧	المطلب الثانى : فى تحقيق القول فى محل هدى التطوع
٢٣٣	أولا : مذهب الحنفية
٢٣٥	ثانيا : مذهب المالكية
٢٣٦	ثالثا : مذهب الشافعية
٢٣٧	رابعا : مذهب الحنابلة
٢٣٨ - ٢٥٦	المبحث الثانى : فى تلف الهدى الواجب وفيه مطلبان :
	المطلب الأول : تلف الهدى الواجب قبل بلوغه محله
٢٤٠ - ٢٥٠	ذكر آراء الفقهاء فى محل الهدى الواجب
٢٤٣	أولا : مذهب الحنفية
٢٤٤	ثانيا : مذهب المالكية
٢٤٧	ثالثا : مذهب الشافعية
٢٤٩	رابعا : مذهب الحنابلة
٢٤٩	خامسا : مذهب الظاهرية
٢٥١ - ٢٥٦	المطلب الثانى : استهلاك الهدى الواجب بعد بلوغه محله
٢٥٧ - ٢٦٨	المبحث الثالث : فى تلف الأضحية وفيه مطلبان :
٢٥٧ - ٢٦٣	المطلب الأول : فى ذبح الأضحية قبل الوقت
٢٦٤ - ٢٦٨	المطلب الثانى : ذبح الأضحية خطأ أو عمدا بغير أمر ربها
٢٦٩ - ٢٩٣	المطلب الثالث : تلف الأموال واتلافها فى الجهاد وفيه مبحثان :
٢٦٩ - ٢٨٣	المبحث الأول : اتلاف أموال العدو فى الجهاد وفيه مطلبان :

الصفحة

- ٢٦٩ - ٢٧٥ المطلب الأول : اتلاف أموال العدو من غير ذوات الأرواح
- ٢٧٦ - ٢٨٣ المطلب الثانى : اتلاف أموال العدو اذا كانت من ذوات الأرواح
- ٢٨٤ - ٢٩٣ المبحث الثانى : فى حكم أكل الغنمين من طعام الغنيمة
واعلاف ذوابهم منها قبل القسمة
- الباب الثالث
- ٢٩٤ - ٥٨٠ أحكام تلف الأموال فى العقود الشرعية
وفيه خمسة فصول :
- ٢٩٤ - ٤٢٧ الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى عقود المعاوضات
وفيه ثلاثة مباحث :
- ٢٩٤ - ٣٧٤ المبحث الأول : فى تلف الأموال فى عقد البيع
وفيه أربعة مطالب :
- المطلب الأول : فى تلف المبيع قبل القبض وبعده فى البيع
الصحيح اللازم وأثر ذلك على العقد
- ٢٩٤ - ٣١٣ لمحة موجزة عن مفهوم القبض لدى الفقهاء
- ٢٩٤ - ٢٩٧ أقوال الفقهاء فى تلف المبيع قبل قبض المشتري له
- ٢٩٧ - ٣٠٨ فى البيع البات الذى لا خيار فيه
- ٣٠٩ - ٣١٢ فى تحرير محل النزاع والأدلة والترجيح
- المطلب الثانى : فى استثناء المالكية والحنابلة من حكم التلف
المتفق عليه بعد قبض المبيع :
- ٣١٣ - ٣٣٧ (الجائحة تصيب الزرع والشمار)
- رأى المالكية والحنابلة فى ذلك ومخالفة جمهور
الفقهاء لهم ومنشأ الخلاف فى هذه المسألة
- ٣١٣
- ٣١٤ - ٣١٥ أولا : اختلافهم فى القبض الناقل للضمان
- ٣١٦ - ٣٢٣ ثانيا : الخلاف فى الدليل الوارد فى وضع الجوائح

<u>الصفحة</u>	
٣٢٣	الترجيح فى هذه المسألة
٣٢٥	تفصيل مذهب المالكية والحنابلة فى وضع الجوائح
٣٢٥	أولا : فيما يعتبر جائحة وما لا يعتبر
٣٢٧	ثانيا : ماتوفع فيه الجائحة
٣٣٠	ثالثا : حدود وضع الجوائح
٣٣٤	رابعا : فى كيفية وضع الجائحة
٣٤١ - ٣٣٨	المطلب الثالث : فى تلف المبيع المقبوض بعقد فاسد
٣٧٤ - ٣٤٢	المطلب الرابع : فى تلف المبيع واتلافه فى مدة الخيار وفيه أربع مسائل :
٣٥٤ - ٣٤٢	المسألة الأولى : فى تلف المبيع واتلافه فى خيار المجلس والشرط
٣٦١ - ٣٥٥	المسألة الثانية : فى تلف المبيع واتلافه فى خيار التعيين
٣٧٢ - ٣٦٢	المسألة الثالثة : فى أثر تلف المبيع واتلافه على خيار العيب
٣٧٤ - ٣٧٣	المسألة الرابعة : فى تلف المقبوض على سوم الشراء والنظر
٤١٦ - ٣٧٥	المبحث الثانى : فى تلف الأموال فى عقد الاجارة
٤٠٣ - ٣٧٥	المطلب الأول : فى تلف الأموال فى اجارة الأعيان وفيه أربع مسائل :
٣٧٨ - ٣٧٥	المسألة الأولى : فى يد المستأجر على العين المؤجرة
٣٨٢ - ٣٧٩	المسألة الثانية : تلف المنافع بعد قبض المستأجر لها
	المسألة الثالثة : فى الجائحة تعيب العين المؤجرة فتتمنع من استيفاء المنفعة
٣٩٨ - ٣٨٣	من استيفاء المنفعة
٣٨٨ - ٣٨٣	رأى الفقهاء فى ذلك
٣٩٤ - ٣٨٨	ما يعتبر استيفاء لمنفعة الأرض المستأجرة للزراعة مخالفة لشيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله للفقهاء فى جائحة الأرض وأدلته على ماذهب اليه
٣٩٤ - ٣٩٢	جائحة الأرض وأدلته على ماذهب اليه
٣٩٧ - ٣٩٤	فى كيفية وضع الجائحة فى الاجارة

الصفحة

- المسألة الرابعة : حكم نكح المستأجر ما أحدث في العين
بعد انتهاء المدة
٣٩٨ - ٤٠٣
- رأى الفقهاء في ذلك
٣٩٨ - ٤٠٢
- تحرير محل النزاع والترجيح
٤٠٢ - ٤٠٣
- المطلب الثاني : في تلف الأموال في اجارة الأعمال
وفيه مسألتان :
٤٠٤ - ٤١٧
- المسألة الأولى : يد الأجير الخاص على العين المستأجرة
للعمل فيها
٤٠٥ - ٤٠٦
- المسألة الثانية : في ضمان الأجير المشترك تلف العين
المستأجر للعمل فيها
٤٠٧ - ٤١٦
- المبحث الثالث : في تلف المهر في عقد النكاح
وفيه مطلبان :
٤١٧ - ٤٢٧
- المطلب الأول : في تلف المهر قبل قبض الزوجة له
المطلب الثاني : في تلف المهر بعد قبض الزوجة له اذا
طلقها قبل الدخول
٤٢٣ - ٤٢٧
- الفصل الثاني : أحكام تلف الأموال في عقود التبرعات
وفيه مبحثان :
٤٢٧ - ٥٠٦
- المبحث الأول : أحكام تلف الأوقاف
وفيه مطلبان :
٤٢٧ - ٤٧٠
- المطلب الأول : في تلف الأوقاف بسبب غير مضمون
وفيه ثلاث مسائل :
٤٢٩ - ٤٥٦
- المسألة الأولى : تلف المسجد
٤٢٩ - ٤٣٩
- المسألة الثانية : في تلف العقار الموقوف غير المسجد
٤٤٠ - ٤٥٢
- المسألة الثالثة : في تلف الموقوف غير العقار (المنقول)
٤٥٢ - ٤٥٦

الصفحة

- ٤٧٠ - ٤٥٧ المطلب الثانى : فى تلف الأوقاف بسبب مضمون
وفيه مسألتان :
- ٤٥٩ - ٤٥٧ المسألة الأولى : فى اتلاف الوقف عدوانا
- ٤٧٠ - ٤٦٠ المسألة الثانية : هدم الأوقاف للمصلحة
- ٥٠٤ - ٤٧١ المبحث الثانى : فى التلف والاتلاف فى كتاب العارية
- ٤٨٩ - ٤٧١ المطلب الأول : فى يد المستعير على العير المستعارة
- ٤٩٢ - ٤٩٠ المطلب الثانى : فى الرد المبرىء من الضمان
- المطلب الثالث : الرجوع فى العارية اذا ترتب عليها
- ٥٠٤ - ٤٩٣ اتلاف مال المستعير
- ٥٤٢ - ٥٠٥ الفصل الثالث : أحكام تلف الأموال فى عقدى التوثيق والحفظ
وفيه مبحثان :
- ٥٣٥ - ٥٠٥ المبحث الأول : أحكام التلف فى عقد التوثيق (الرهن)
وفيه أربعة مطالب :
- ٥٢١ - ٥٠٥ المطلب الأول : فى يد المرتهن على الرهن
- المطلب الثانى : تلف الرهن فى يد المرتهن بعد أن
- ٥٢٤ - ٥٢٢ استحق (الفكاك)
- ٥٢٧ - ٥٢٥ المطلب الثالث : تلف الرهن فى يد العدل
- المطلب الرابع : فى اتلاف المرهون أو نمائه وفيه مسألة
- استثنائها الحنابلة من قولهم وهو أن الرهن اذا كان
- مركوباً ومحلوباً فان للمرتهن أن يركب ويحلب من غير
- ٥٣٥ - ٥٢٨ اذن الراهن مقابل النفقة
- ٥٤٢ - ٥٣٦ المبحث الثانى : أحكام التلف فى عقد الحفظ (الوديعة)
وفيه مطلبان :
- ٥٤٠ - ٥٣٦ المطلب الأول : فى يد الوديع على الوديعة
- ٥٤٢ - ٥٤١ المطلب الثانى : الرد المبرىء من الضمان

المفحة

- ٥٦٥ - ٥٤٣ الفصل الرابع : أحكام تلف الأموال في عقود النيابة
وفيه ثلاثة مباحث :
- ٥٤٥ - ٥٤٣ المبحث الأول : في تلف المال في يد الوكيل
- ٥٥٧ - ٥٤٦ المبحث الثاني : أحكام تلف الأموال في عقد المضاربة (القراض)
وفيه مطلبان :
- ٥٥٠ - ٥٤٦ المطلب الأول : في يد العامل على مال المضاربة
المطلب الثاني : في الآثار المترتبة على تلف رأس المال
- ٥٥٧ - ٥٥١ واتلافه في عقد المضاربة
وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : تلف رأس مال المضاربة تلفا كلياً
- ٥٥٤ - ٥٥١ أو جزئياً قبل التصرف
- ٥٥١ (أ) حالة التلف الكلي
- ٥٥٢ (ب) حالة التلف الجزئي
- المسألة الثانية : تلف رأس مال المضاربة تلفاً كلياً
- ٥٥٥ أو جزئياً بعد التصرف
- ٥٥٥ (أ) حالة التلف الكلي
- ٥٥٧ (ب) حالة التلف الجزئي
- ٥٦٥ - ٥٥٨ المبحث الثالث : في يد الوصي على مال اليتيم
- ٥٨٠ - ٥٦٦ الفصل الخامس : تلف الأموال واتلافها في شركات العقد
وفيه توطئة وثلاثة مباحث :
- ٥٦٩ - ٥٦٦ (التوطئة) مجمل أقسام شركات العقد والتعريف بها
- ٥٧١ - ٥٧٠ المبحث الأول : في يد الشريك على مال الشركة
- المبحث الثاني : في الآثار المترتبة على تلف رأس مال
- ٥٧٦ - ٥٧٢ الشركة أو بعضه في شركتي العنان والمفاوطة

الصفحة

- ٥٨٠ - ٥٧٧ المبحث الثالث : فى تلف المال فى شركة الأبدان
- الباب الرابع
- ٧٤٦ - ٥٨١ أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة وغير المشروعة
وفيه فصلان :
- ٦٥٠ - ٥٨١ الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة
وفيه ثلاثة مباحث :
- المبحث الأول : حكم الأكل من الشمار المعلقة فى البساتين
وشرب اللبن من الفروع والمسئولية المترتبة على ذلك
- ٥٨٦ - ٥٨١
- ٦٠٣ - ٥٨٧ المبحث الثانى : حكم تلف اللقطة عند الملتقط
وفيه ثلاثة مطالب :
- ٥٩٤ - ٥٨٧ المطلب الأول : تلف اللقطة قبل انتهاء مدة التعريف
- ٥٩٨ - ٥٩٥ المطلب الثانى : فى تلف اللقطة واتلافها بعد انتهاء التعريف
- ٦٠٣ - ٥٩٩ المطلب الثالث : فى ضالة الحيوان
- ٦٥٠ - ٦٠٤ المبحث الثالث : اتلاف محل المنكرات تبعاً لها
وفيه خمسة مطالب
- ٦١٢ - ٦٠٤ المطلب الأول : فى حكم تكسير دنان الخمر وشق ظروفه
- ٦١٩ - ٦١٣ المطلب الثانى : اتلاف المادة المصنوعة منها الملاهى تبعاً لها
- ٦٤٥ - ٦٢٠ المطلب الثالث : اتلاف محل الصور المحرمة تبعاً لها
وفيه أربع مسائل :
- ٦٢٥ - ٦٢٠ المسألة الأولى : الصورة ليس لها ظل وتكون فى حال ممتن
- ٦٣٢ - ٦٢٦ المسألة الثانية : الصورة ليس لها ظل وتكون غير ممتن
- ٦٣٦ - ٦٣٣ المسألة الثالثة : ماله ظل من الصور
- ٦٤٥ - ٦٣٧ المسألة الرابعة : الصورة لها ظل تلعب بها البنات

الصفحة

- ٦٤٧ - ٦٤٦ المطلب الرابع : هدم مواضع الشرك وأماكن المعصية وتحريقها
- ٦٥٠ - ٦٤٨ المطلب الخامس : اتلاف الكتب الهدامة ونحوها
- ٧٣٦ - ٦٥١ الفصل الثانى : أحكام تلف الأموال فى التصرفات غير المشروعة
وفيه خمسة مباحث :
- ٦٥٧ - ٦٥١ المبحث الأول : تلف المال فى يد السارق والمحارب
- ٦٦٣ - ٦٥٨ المبحث الثانى : تلف الأموال حال البغى والردة
- ٧٢٠ - ٦٦٣ المبحث الثالث : تلف الأموال فى الغصب
وفيه سبعة مطالب :
- ٦٧٠ - ٦٦٣ المطلب الأول : تلف المال فى يد الغاصب تلفا كليا
- ٦٦٣ التلغ صورة ومعنى
- ٦٦٤ التلغ معنى لاصورة
- ٦٧٧ - ٦٧١ المطلب الثانى : تلف المال فى يد الغاصب تلفا جزئيا
- ٦٨٤ - ٦٧٨ المطلب الثالث : فى تلف المنافع فى يد الغاصب
- ٦٨٦ - ٦٨٥ المطلب الرابع : فى تلف زوائد المغصوب الحادثة
- ٦٨٩ - ٦٨٧ المطلب الخامس : تلف العقار بيد الغاصب
- المطلب السادس : فى حكم رد العين المغصوبة اذا ترتب
عليه تلف مال الغاصب
- ٧١٣ - ٦٩٠ وفيه ثلاث مسائل :
- المسألة الأولى : حكم نقض الغاصب ما يحدثه فى العين
المغصوبة مما يراد للدوام
- ٦٩٩ - ٦٩١
- ٧٠٧ - ٧٠٠ المسألة الثانية : حكم زرع الغاصب فى الأرض المغصوبة
- المسألة الثالثة : حكم ادخال الغاصب العين المغصوبة فى بنائه
ونحو ذلك
- ٧١٣ - ٧٠٨
- المطلب السابع : فى تلف المال فى الأيدى المترتبة على
يد الغاصب
- ٧٢٠ - ٧١٤

الصفحة

٧٣٠ - ٧٢١	المبحث الرابع : اتلاف المال المغشوش أو المخالف للمواصفات والمقاييس التي حددهاولى الأمر
٧٣٦ - ٧٣١	المبحث الخامس : عقوبة الغال من الغنيمة باتلاف متاعه
٧٦٥ - ٧٣٧	الخاتمة
٧٩٤ - ٧٦٦	قائمة المراجع والمصادر
٧٩٩ - ٧٩٥	فهرس الآيات
٨٠٩ - ٨٠٠	فهرس الأحاديث الشريفة
٨١٠ - ٨١٢	فهرس الآثار