

٧
أحكام اذن الإنسان
في الفقه الإسلامي

للشيخ محمد

صَحَّحَ الطَّالِبُ مَا طَلَبَ مِنْهُ لَصِيحِهِ

الشرف

لجانبه حفظه الله
١٤١٣/١/٦ هـ



المملكة العربية السعودية
جامعة دار العلوم
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والفتاوى

الحمد لله الذي جعلنا من أمة محمد صلى الله عليه وآله وسلم أمة العلم والفضل

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب

محمد عبد الرحمن بن الشيخ محمد علي بن السيد محمد صالح
١٤١٦ هـ

١٩٩٦



إشراف

الدكتور محمد علي بن السيد محمد صالح

الجزء الأول

١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م



ملخص الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين حمداً ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

ويعد :

فهذه رسالة مقدّمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي من قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، فرع الفقه والأصول ، شعبة الفقه ، وعنوانها : « أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي » ، وتشتمل هذه الرسالة على مقدمة وفصل تمهيدى وسبعة فصول وخاتمة .

المقدمة : وتشتمل على سبب اختيار الموضوع وبيان تقسيمه والمنهج المتبع في الرسالة .

الفصل التمهيدي : ويشتمل على خمسة مباحث وفيها تعريف الإذن لغة واصطلاحاً ، وركنه ، وشروطه ، وحكمه ، وارتباطه بالعرف ، والفرق بينه وبين العقد والتوكيل .

ويشمل الفصل الأول مواضع الإذن في العبادات في اثني عشر مبحثاً وتضمّ تلك المباحث إحدى وأربعين مسألة

ويشمل الفصل الثاني مواضع الإذن في المعاملات في ثلاثة عشر مبحثاً وتضمّ تلك المباحث تسعاً وسبعين مسألة .

ويشمل الفصل الثالث مواضع الإذن في العلاقات الأسرية في تسعة عشر مبحثاً ، وتضمّ تلك المباحث ثمان وأربعين مسألة .

ويشمل الفصل الرابع مواضع الإذن في الحدود والجنايات في ثمانية مباحث ، وتضمّ تلك المباحث إحدى عشرة مسألة

ويشمل الفصل الخامس مواضع الإذن في الجهاد في ستة مباحث ، وتضمّ تلك المباحث اثنتين وعشرين مسألة .

ويشمل الفصل السادس مواضع الإذن في القضاء والوصايا في مبحثين وبضمان خمس مسائل .

ويشمل الفصل السابع مواضع الإذن في الآداب في أربعة مباحث وتضمّ تلك المباحث ثمان مسائل .

أما الخاتمة فتتضمن أهم نتائج الرسالة .

فهذه الرسالة تبين لنا أهمية الإذن ، وتوقف كثير من الأحكام الشرعية عليه ، بل إن الحكم يتغير من الحل إلى

الحرمة وبالعكس لوجود الإذن أو عدمه .

على أن هذه الرسالة تعرضت لموضوع الإذن في مسائل جديدة كنقل الأعضاء من شخص لآخر وغير ذلك ،

وتخللتها فوائد من استدراكات على بعض من العلماء السابقين والمعاصرين ، وبيان لكثير من المبهات ، وتعريف بكثير من

أعلام الفقه الإسلامي .

والله نسال أن ينفع بهذه الرسالة وأن يلهمنا الصواب إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير ، والحمد لله وسلام

على عباده الذين اصطفى .

عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

عنه

١٤٢٤/١١/١٢ هـ

د/عابد السفياني

المخرف

د/محمد علي إبراهيم

الطالب

محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي

سلطان العلماء

« لو عُرضَ كتاب سبعين مرةً لوِجِدَ فيه خطأ أبى الله أن يكونَ كتابَ صحيحاً
غيرُ كتابِهِ »

المزنى صاحب الشافعى



« فاما سائر ماتكلمنا عليه مما استدركناه بمبلغ أفهامنا ، وأخذناه عن
أمثالنا فإننا أحقاء بالانزكّيه ، والا نؤكّد الثقة به ، وكل من عثر منه على حرف أو
معنى يجب تغييره فنحن نناشده الله في إصلاحه وأداء حق النصيحة فيه ، فإن
الإنسان ضعيف لا يسلم من الخطأ إلا أن يعصمه الله بتوقيفه ونحن نسال الله ذلك ،
ونرغب إليه في دركه إنه جواد وهوب »

الخطابى



« إني لا أعلم كتاباً سلّم إلى مؤلفه فيه ، ولم يتبعه بالتبّع من يليه » .

ياقوت الحموى



الإهداء

إلى ينابيع الخير الثلاثة التي أترعت ورعاً وتقى وحناناً .
إلى الذي قادنى مذ عرفت الحياة في طريق الخير وغرس
فى بنور العلم وحبّ الدين فأفاض على من حبه وعطفه وحنانه
ومنحنى من علمه وفضله وتوجيهه ، والدى العزيز حفظه الله
تعالى ونسأ فى أثره وبارك فى علمه وعمره وأسبغ عليه ثوب
الصحة والعافية .

إلى التى عرفت الله أولَ ما عرفت فى بسملتها وتسبيحها
وحمدها وتكبيرها ، إلى من ربّتنى على الإيمان ، وغرست فى
بنور المثل العليا وظلّت تضمّنا تحت جناحى المودة والرحمة
وما فتئت تدعولى بالتوفيق والسداد وتحثنى على المثابرة والاجتهاد
والدقى الحنونة حفظها الله ورعاها وأمدّها بالعمر المديد
وجزاها خير الجزاء وبارك فى عمرها وعملها .

أما ثالث هذه الينابيع فهى أهل بيتى أنكرت ذاتها ،
وصدت عن ملامى الحياة ومُتّعها ، وتحملت الصعاب مع أولادى
كاملة وهشام ، ودفعتنى بكلّ التشجيع لأبلغ غاية آمالى ،
فكانت وراء هذا العمل بتشجيعها وصبرها وإيمانها العميق .

بارك الله فيها ، وأنعم عليها بالصحة والعافية ، ووفّقها لتربية
أولادها ورزقها حسن القول والعمل .

إليهم جميعاً أهدى هذا العمل سائلاً الله أن ينفع به إنه على
كل شيء قدير .

شكر وتقدير

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى
وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ
الصَّالِحِينَ ﴾ (١)

قال رسول الله ﷺ : « لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ » (٢)

مهما قدمت فلن أوفى ، ومهما شكرت فلن أجزي ، لكن لا أقل من كلمة
شكر وديعاء ، ولا أقل من أن أقول : جزى الله عني خيراً من أسدى إليّ
معرفاً .

فشكراً لمن بذل جهده ، وأعطاني من وقته ، ودلني على طريق العمل
الصحيح وأرشدني بتوجيهاته ، ولم يتخّر وسعاً في الإشراف على هذه الرسالة :
إنه فضيلة الدكتور محمد علي إبراهيم

فشكراً لمن شعرت معه بعطف الأبوة ، وصداقة الأخوة ، وبراءة المحبة .

والشكر موصول للأستاذين الفاضلين

الأستاذ الدكتور يوسف محمود عبد المقصود

والأستاذ الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي

الذين تجشّما قراءة هذه الرسالة وتقويم أخطائها سائلاً الله المولى القدير

أن أفيد بعلمهما وتوجيهاتهما ، وأن يجعل هذا الجهد في ميزان حسناتهما .

(١) سورة النمل : آية : ١٩ .

(٢) أخرجه أحمد ٢٥٨/٢ ، ٣٨٨ ، ٤٦١ ، ٣٢/٣ ، ٧٤ ، ٢٧٨/٤ ، ٣٧٥ ، وأبو داود في الأدب

(٣٥) باب شكر المعروف (١٢) ج ١٥٧/٥ - ١٥٨ رقم ٤٨١١ ، والترمذي في البر والصلة (٢٨) باب

ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك (٣٥) ج ٢٣٩/٤ رقم ١٩٥٤ ، ١٩٥٥ ، والطبراني في الكبير

١٦٢/١ رقم ١٩٥١ و ٤٠٨/٢ رقم ٢٥٠١ ، والبيهقي في الهبات ، باب شكر المعروف ١٨٢/٦ .

ثم شكراً للجامعة ومسؤوليها ، ولكلية الشريعة والدراسات
الإسلامية وعميدها ، ولقسم الدراسات العليا الشرعية ورئيسها
على تهيئة الفرصة الثمينة لتلقى العلم في مهبط الوحي .
ورحم الله الأستاذ الدكتور محمود عبد الدائم رحمة واسعة وأسكنه
فسيح جناته فقد استفدت كثيراً من علمه الجمّ .

ثم أقدم شكرى إلى أساتذة منحونى من علمهم ووقتهم وعونهم :
الأستاذ الدكتور عبد الرحمن بن سليمان العثيمين
الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان
الأستاذ الدكتور الشافعى عبد الرحمن السيد الذى له الفضل في
اختيار هذا الموضوع .

كما أخص بالشكر سعادة الأستاذ راشد هبيد الكشف الملحق الثقافى
بسفارة الإمارات العربية المتحدة بالرياض على اهتمامه بي وبسائر الطلبة
المبتعثين ، وعلى تجشّبه عناء السفر لحضور مناقشة هذه الرسالة .
ولا يسعنى أن أغفل فضل زملاء لى أبوا أن يتركونى وحدى فكانوا خير
معين لإنجاز هذا العمل وهم :

الدكتور حنيف بن حسن القاسمى

الأستاذ حسن محمد عبد الرحمن

الأستاذ يوسف محمد العامرى

الأستاذ أحمد محمد حمود

الاخ محمد محمد هلى سلطان العلماء

الاخ حمدي بيومي هاشم

وأختتم هذه الكلمات بالدعاء والتضرع إلى الله أن يتغمّد المرحوم راشد بن
أحمد لولتاه بواسع رحمته لسعيه المشكور في تذليل العقبات التى واجهتنى في
التعيين والابتعاث .

فإليهم جميعاً شكرى وتقديرى وجزاهم الله عنى خير الجزاء .

المقدمة

□□□□□

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله باري البريات ، وغافر الخطيات ، وعالم الخفيات ، المطلع على الضمائر والنيات ، أحاط بكل شيء علماً ، ووسع كل شيء رحمة وحناناً ، وقهر كل مخلوق عزّة وحكماً ﴿يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِهِ عِلْماً﴾ ^(١) ، لا تدركه الأبصار ، ولا تغيره الأعصار ، ولا تتوهمه الأفكار ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾ ^(٢) .

أتقن ما صنع وأحكمه ، وأحصى كل شيء وعلمه ، وخلق الإنسان وعلمه ، ورفع قدر العلم وعظمه ، وحظره على من استرذله وحرمه ، وخصّ به من خلقه من كرمه ، وحضّ عباده المؤمنين على النفير للتفقه في الدين ، فقال تعالى وهو أصدق القائلين : ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ ^(٣) ، ندبهم إلى بريته كما ندب إلى ذلك أهل رسالته ، ومنحهم ميراث أهل نبوته ، ورضيهم للقيام بحجته ، والنيابة عنه في الإخبار بشريعته ، واختصهم من بين عباده بخشيته ، فقال تعالى : ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾ ^(٤) ^(٥) .

ونشهد ألا إله إلا الله شهادة من اتبع الحق وكان من أهله ونشهد أن محمداً عبده ورسوله الذي أيقظ الجاهل من رقدة جهله ^(٦) .

(١) سورة طه : آية : ١١٠ .

(٢) سورة الرعد : آية : ٨ .

(٣) سورة التوبة : آية : ١٢٢ .

(٤) سورة فاطر : آية : ٢٨ .

(٥) من مقدمة ابن قدامة رحمه الله في كتابه المغني : ٢/١ .

(٦) من مقدمة أبي جعفر الرعيني رحمه الله في كتابه « شرح ألفية ابن معطي » ، والذي يقوم بتحقيقه لخونا الفاخيل

حسن محمد عبد الرحمن لنيل الدكتوراه في اللغة العربية من جامعة أم القرى ل ١/ ب .

وصلى الله على خاتم الأنبياء ، وسيد الأصفياء . ، وإمام العلماء وأكرم من مشى
تحت أديم السماء ، محمد نبي الرحمة ، الداعي إلى سبيل ربه بالحكمة ، والكاشف
برسالته جلايبب الغمة ، وخير نبي بعث إلى خير أمة ، أرسله الله بشيراً ونذيراً
﴿وَدَاعِيَا إِلَى اللَّهِ بِإِذْنِهِ وَسِرَاجَا مُنِيرَا﴾ (٨) (٩) .

ﷺ ما أرسل جفن المزن دموع وبلة وعلى آله وأصحابه الذين آمنوا به وتمسكوا
بجبله . (٩) .

أما بعد فإن العلوم وإن كانت تتعاضم شرفاً ، وتطلع في سماء العلا كواكبها
شرفاً ، فلا مزية في أن الفقه واسطة عقدها ، ورابطة حلها وعقدها ، به يعرف الحلال
والحرام ، ويدين الخاص والعام . (١٠) .

وكفى لعلم الفقه فخراً أن الله سبحانه وتعالى حث على تعلمه بقوله : ﴿وَمَا كَانَ
الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا
فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ (١١) .

وزاده شرفاً قول الرسول الكريم ﷺ : « من يرد الله به خيراً يفقهه في
الدين » (١٢) .

(٧) سورة الاحزاب : آية : ٤٦ .

(٨) من مقدمة ابن قدامة رحمه الله في المغنى : ٤/١ .

(٩) من كلام أبي جعفر الرضيني رحمه الله في مقدمة كتابه « شرح ألفية ابن معطى » ل ١/ب .

(١٠) من مقدمة سليمان الجمل - رحمه الله - في حاشيته على شرح المنهج : ٢/١ .

(١١) سورة التوبة : آية : ١٢٢ .

(١٢) متفق عليه ، أخرجه البخارى في العلم (٣) باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (١٣) ج ٢٥/١ - ٢٦ . وفي فرض

الخمس (٥٧) باب قول الله تعالى : ﴿فَإِنَّ لَهُ خَمْسَهُ وَالرَّسُولَ﴾ (٧) ج ٤٩/٤ ، وفي الاختصاص (٩٦) باب قول النبي

ﷺ : « ولا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق » وهم أهل العلم (١٠) ج ١٤٩/٨ . ومسلم في الزكاة (١٢) باب

النهي عن المسألة (٣٣) ج ٧١٨/٢ - ٧١٩ رقم ٩٨ و ١٠٠ ، وفي الإمارة (٣٣) باب قوله ﷺ : « لا تزال طائفة من

أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم » (٥٣) ج ١٥٢٤/٣ رقم ١٧٥ .

والاشتغال بعلم الفقه الذي به يعرف الحرام والحلال من أفضل الطاعات ، ومن أكرم ما أنفقت فيه نفائس الأوقات ، وخاصة في زمان مثل زماننا حيث انصرف أكثر الناس عن تعلمه ، وبدأوا يتخبطون في أحكامهم يميناً وشمالاً ، حلالاً وحراماً وبدأ ناعقون من المفترين بأنفسهم يهرفون بما لا يعرفون ، يفسرون الكتاب والسنة على أهوائهم وبحسب فهمهم القاصر ويتكلمون في القرآن والحديث والفقه بما شاؤوا .

يُعيَّبُون على أهل الفقه ويسمَّونهم بأصحاب الكتب الصفراء ويربِّون ما قاله الأئمة الأربعة ويقولون : « نحن رجال وهم رجال » ، بل ويتعنَّون الأئمة إلى صحابة رسول الله ﷺ بهذا اللفظ نفسه فيقولون : « نحن رجال وهم رجال » ؟ وهم صادقون في شطر هذه المقولة .

يَدْعُونَ إلى تَبَيُّدِ المذاهب ، وتَبَيُّدِ الثروة الفكرية العظيمة التي خلفها الأئمة الأربعة وأتباعهم ، غافلين أن في هذه الكتب أفضل منهج وأحسن شرعة ؛ إذ هي مأخوذة من كتاب الله ومستنبطة من سنة رسول الله ﷺ .

أي بلاء حدث في زماننا هذا وأي مصيبة هذه ؟

انطفأ سراجُ العلم وسراجُ الخلق ، وبقيت العقول في ظلمات بعضها فوق بعض . أي نكبة نزلت بعلم هذه الأمة العربية الإسلامية على يد هؤلاء الصغار في حقيقتهم ، فاطلقوا أسنتهم في موارث أربعة عشر قرناً بالاستهانة والقُدْح والإزدراء ، فلا حول ولا قوة إلا بالله وهو بعباده لطيف خبير ، وهو القادر على أن يرد من زاغ عن الطريق إلى الجادة وأن يعيده من شُرور نفسه وقلبات لسانه . والله درّ القاتل (١٣) :

هَابَ التَّفَقُّهُ قَوْمٌ لَا حُكُومَ لَهُمْ

وَمَا عَلَيْهِ إِذَا هَابُوهُ مِنْ ضَرَرٍ
مَا ضَرَّ شَمْسَ الضُّحَى وَالشَّمْسُ طَالَعَةٌ
أَلَّا يَرَى ضَوَّهَا مَنْ لَيْسَ ذَا بَصِيرٍ

ولما كانت دراستي بحمد الله وتوفيقه في فرع الفقه والأصول بقسم الدراسات العليا الشرعية ، استخرت الله سبحانه وتعالى في كتابة رسالة في الفقه لنيل درجة الماجستير ، وجعلت عنوانها : « أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي » . سبب اختيار الموضوع :

يرجع اختياري لهذا الموضوع لعدة أسباب من أهمها :

أولاً ، ترتب كثير من الأحكام في الفقه الإسلامي على الإذن ، ومن ذلك على سبيل المثال ما أمر الله سبحانه وتعالى من الاستئذان لدخول البيت ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ﴾ (١٤) .

(١٣) القاتل هو منصور التميمي من فقهاء الشافعية ، وستأتي ترجمته في ص (٦٣٠) ، والبيت في طبقات الفقهاء : ١٨٠ .

(١٤) سورة النور : آية : ٢٧ .

ثانياً ، دخول الإذن في جميع الأبواب الفقهية وفي جميع فروع الفقه سواء العبادات ،
 والمعاملات ، والأسرة ، والحدود ، والجنايات ، والقضاء ، والوصايا ، والآداب .
 ثالثاً ، لم تجمع - فيما أعلم - مسائل الإذن المتفرقة في أبواب الفقه في رسالة
 جامعية ، فكان لابد من جمع لهذا الشتات مع الاستدلال لكل مسألة وتحرير
 الخلاف فيها .

خطة الرسالة :

طبيعة الرسالة اقتضت تقسيمها إلى مقدمة وفصل تمهيدي وسبعة فصول ،
 وخاتمة .

المقدمة - وهي هذه - تشتمل على سبب اختيار الموضوع وتقسيمه ، والمنهج
 الذي سرتُ عليه .

الفصل التمهيدي ويشتمل على عدة مباحث :

- ١ - المبحث الأول : تعريف الإذن لغة واصطلاحاً .
- ٢ - المبحث الثاني : أركان الإذن ، وشروطه ، وحكمه .
- ٣ - المبحث الثالث : هل الإذن عقد أو لا ؟
- ٤ - المبحث الرابع : ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف .
- ٥ - المبحث الخامس : الفرق بين الإذن والتوكيل .

الفصل الأول : الإذن في العبادات ويشتمل على عدة مباحث :

- ١ - المبحث الأول : إذن المؤذن الراتب لغيره بالأذان .
- ٢ - المبحث الثاني : إذن المؤذن لغيره بالإقامة .
- ٣ - المبحث الثالث : إذن الإمام الراتب لغيره بالإمامة .
- ٤ - المبحث الرابع : إذن الإمام (الوالي) لإقامة صلاة الجمعة .
- ٥ - المبحث الخامس : إذن الزوج في صوم التطوع .
- ٦ - المبحث السادس : إذن الزوج في الإعتكاف .
- ٧ - المبحث السابع : إذن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله .

٨ - المبحث الثامن : إذن الزوج في الحج .

٩ - المبحث التاسع : إذن الوالدين في الحج .

١٠ - المبحث العاشر : الإذن في حج الشخص عن غيره .

١١ - المبحث الحادي عشر : إذن السيد عند إحرام العبد .

١٢ - المبحث الثاني عشر : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج .

الفصل الثاني : الإذن في المعاملات ويشتمل على عدة مباحث :

١ - المبحث الأول : الإذن في البيوع : وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الإذن في البيع على البيع .

المطلب الثاني : الإذن (الإجازة) من المالك في بيع الفضولى .

٢ - المبحث الثاني : تصرف المشتري في مدة خيار البائع .

٣ - المبحث الثالث : الإذن للعبد في التجارة .

٤ - المبحث الرابع : الإذن في باب الرهن . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : إذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالعين المرهونة .

المطلب الثاني : إذن المرتهن في بيع العين المرهونة .

٥ - المبحث الخامس : الإذن في باب الحجر : وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : إذن الحاكم للمفلس في البيع .

المطلب الثاني : الإذن للصبي في التصرف .

المطلب الثالث : الإذن لناقص الأهلية .

المطلب الرابع : الإذن للمحجور عليه بالسف في التصرف .

المطلب الخامس : الإذن للمدين بالسفر .

٦ - المبحث السادس : الإذن في باب الصلح : وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الاستئذان لإجراء الماء إلى أرضه من أرض غيره .

المطلب الثاني : استئذان الجار جاره في رفع جداره عليه أو وضع خشبة .

المطلب الثالث : الاستئذان في فتح الباب في الدرب المشترك أو إشراع

جناح فيه .

- ٧- المبحث السابع : الإذن في باب الكفالة : وفيه مطلبان :
المطلب الأول : إذن من عليه حق في الضمان والكفالة .
المطلب الثاني : إذن المدين في سداد ديونه .
- ٨- المبحث الثامن : الإذن في باب الشركة :
وفيه : إذن الشريك لشريكه ببيع المال المشترك والتصرف في الشركة .
- ٩- المبحث التاسع : الإذن في باب الوكالة : وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الإذن للوكيل في توكيل غيره .
المطلب الثاني : إذن الموكل في بيع الوكيل لآبيه أو لابنه .
- ١٠- المبحث العاشر : الإذن في باب العارية : وفيه مطلبان :
المطلب الأول : إذن المعير للمستعير في استعمال العارية .
المطلب الثاني : إذن المعير في قيام المستعير بإعادة العارية لغيره .
- ١١- المبحث الحادي عشر : الإذن في باب الإجارة : وفيه مطلبان :
المطلب الأول : إذن المؤجر في تصرف المستأجر في المنفعة .
المطلب الثاني : إذن المستأجر في بيع العين المستأجرة .
- ١٢- المبحث الثاني عشر : إذن الإمام في إحياء الموات .
- ١٣- المبحث الثالث عشر : إذن الواهب في قبض العين الموهوبة .
- الفصل الثالث : الإذن في العلاقات الأسرية ويشتمل على عدة مباحث :
١- المبحث الأول : إذن الولي في النكاح .
٢- المبحث الثاني : إذن البكر في النكاح .
٣- المبحث الثالث : إذن الثيب في النكاح .
٤- المبحث الرابع : إذن السيد في زواج العبد .
٥- المبحث الخامس : إذن السيد في زواج المكاتب .
٦- المبحث السادس : إذن المحرم بالنكاح .
٧- المبحث السابع : الإذن في الخطبة على الخطبة .
٨- المبحث الثامن : النظر إلى المخطوبة هل يتوقف على إذن ؟

- ٩ - المبحث التاسع : أثر إذن الحرية في جواز العزل .
- ١٠ - المبحث العاشر : إذن الزوج لمنع الحمل مطلقاً أو مؤقتاً أو معالجة المرأة لإسقاط الجنين .
- ١١ - المبحث الحادي عشر : إذن الزوج في خروج الزوجة من بيت الزوجية
- ١٢ - المبحث الثاني عشر : إذن الزوجة في خروج الزوج في ليلتها إلى الزوجة الأخرى ، وإذن الزوج في هبة إحدى الزوجات ليلتها لغيرها .
- ١٣ - المبحث الثالث عشر : إذن الزوج في تصرف المرأة في مال الزوج .
- ١٤ - المبحث الرابع عشر : إذن الزوج في تصرف المرأة في مالها .
- ١٥ - المبحث الخامس عشر : إذن القاضي في الاقتراض بالنفقة .
- ١٦ - المبحث السادس عشر : الإذن للمرأة في تطليق نفسها .
- ١٧ - المبحث السابع عشر : إذن الزوج للزوجة في إرضاع ولد غيره .
- ١٨ - المبحث الثامن عشر : إذن الأب في نقل الحاضنة للمحضون من بلد الحضانة .
- ١٩ - المبحث التاسع عشر : إذن الولي لغيره في الانفاق على الصغير ، والحكم إذا لم يأذن .

الفصل الرابع : الإذن في الحدود والجنايات وفي مباحث :

- ١ - المبحث الأول : إذن الإمام في إقامة الحدود .
- ٢ - المبحث الثاني : إذن الإمام في استيفاء القصاص .
- ٣ - المبحث الثالث : إذن المريض للطبيب لمعالجته .
- ٤ - المبحث الرابع : إذن الرجل بنقل عضو من أعضائه لغيره في حياته أو بعد مماته .
- ٥ - المبحث الخامس : الإذن في إلقاء المتاع من السفينة عند الغرق أو خوف منه ، وأثره في الضمان .
- ٦ - المبحث السادس : إذن الإنسان لغيره في قتله وأثره في القصاص .

٧ - المبحث السابع : إذن الولي في ضرب المتعلم .

٨ - المبحث الثامن : إذن صاحب الحق في خروج المحبوس لحقه من السجن .

الفصل الخامس : الإذن في كتاب الجهاد : وفيه عدة مباحث :

١ - المبحث الأول : إذن الإمام في الجهاد .

٢ - المبحث الثاني : إذن الوالدين في الخروج إلى الجهاد .

٣ - المبحث الثالث : إذن السيد للعبد في الخروج إلى الجهاد .

٤ - المبحث الرابع : إذن الدائن للمدين بالجهاد .

٥ - المبحث الخامس : إذن الإمام في أخذ السلب .

٦ - المبحث السادس : إذن الإمام في دخول الكفار بلاد الإسلام وإقامتهم فيها .

الفصل السادس : الإذن في القضاء والوصايا وفيه مبحثان :

١ - المبحث الأول : قيام إذن الشارع مقام إذن المالك في أخذ الحق المستحق دون

رفع الأمر إلى القاضي .

٢ - المبحث الثاني : إذن الورثة في إنفاذ الوصية فيما زاد على الثلث أو كانت

الوصية لو ارث .

الفصل السابع : الإذن في الآداب وفيه أربعة مباحث :

١ - المبحث الأول : الإذن والإستئذان في دخول البيت .

٢ - المبحث الثاني : إذن الصبي في دخول البيت وإيصال الهدية .

٣ - المبحث الثالث : إذن المضيف لضيفه بالأكل .

٤ - المبحث الرابع : إذن الضيف لغيره .

الخاتمة :

الفهارس :

صعوبات البحث :

إن من أهم الصعوبات التي لقيتها أثناء البحث هو عدم تعرض كثير من العلماء في بعض المذاهب لهذه المسائل في مظانها ، فبعضهم لا يتطرق إليها أصلاً ، وبعضهم يتطرق إليها عرضاً بكلمة أو أكثر ، ومن هذه الكلمة تبدأ مهمتي في البحث والتنقيب . وقد وفقني الله لذلك فجمعت أقوال الفقهاء في كل مسألة مع تحرير الخلاف

والاستدلال ، اللهم إلا بعض المسائل فإنى لم أجد فيها لبعض الأقوال دليلاً ، أو لم أعثر في كتب أحد المذاهب تطرُّقاً إلى المسألة مع طول البحث والتحرّي .

منهج البحث :

سلكت في الموضوع المنهج الآتي :

- أولاً : قمت بعزو الآيات الكريمة إلى أماكن ورودها في المصحف الشريف .
- ثانياً : قمت بتخريج الأحاديث والآثار الواردة في الرسالة ، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذكرهما أو ذكر أحدهما . وإن لم يكن الحديث أو الأثر فيهما قمت بتخريجه من كتب الحديث المتوفرة لدى ، مبيناً اسم الكتاب والباب ورقمهما ورقم الجزء والصفحة ورقم الحديث إن وجد .
- ثالثاً : رتبت المصادر ترتيباً زمنياً في جميع الهوامش ، إلا أن يكون الهامش يجمع مراجع في المذاهب الأربعة ، فإنى أرتبها حسب الترتيب الزمني للمذاهب ، فأتقدم مراجع المذهب الحنفي ، ثم المالكي . ثم الشافعي ، ثم الحنبلي ، وإن كنت ألتزم بالترتيب الزمني في مصادر المذهب الواحد .
- رابعاً : أقتصر في الغالب على آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة ولكنى قد أنكر آراء بعض فقهاء الصحابة أو التابعين أو المذاهب الأخرى إذا تيسر لى ذلك ، دون إلزام ذلك في جميع المسائل .
- خامساً : عزوت الأقوال والآراء الفقهية في كل مذهب إلى أصحابها نقلاً من كتب ذلك المذهب .
- سادساً : أوردت الأدلة التى استدلت بها أصحاب الأقوال ، فإن لم أجد لهم دليلاً حاولت الاستدلال لهم على وفق مذهبهم ما أمكن لى ذلك .
- سابعاً : قمت بمناقشة الأدلة ما أمكن لى ذلك بإيراد الاعتراض على الدليل إن وجد ، ثم الإجابة عليه إن احتاج إلى ذلك .
- ثامناً : قمت بالترجيح بين آراء الفقهاء في كل مسألة مع بيان الأسباب التى حملتنى على الترجيح ، وحرصت كل الحرص أن يكون الترجيح حسب ما يعضده الدليل من الكتاب والسنة .

تاسعاً ، ترجمت لجميع الأعلام الذين وردت أسماؤهم في الرسالة .
 عاشراً ، بينت المبهمات التي وردت في الأحاديث وغيرها ما أمكن لي ذلك .
 حادى عشر ، شرحت الكلمات التي تحتاج إلى شرح وتفسير .
 ثانى عشر ، عند العزو إلى المصادر فإننى أذكر اسم الكتاب دون ذكر اسم المؤلف ،
 إلا أن يكون هناك كتابان متشابهان في الإسم فإننى أقيد الكتاب باسم المؤلف
 وهذا فى سائر المصادر ما عدا المصادر الحديثية فإن العزو إليها يكون إلى
 أسماء مؤلفيها لشهرتهم بذلك ^(١٥) .

ثالث عشر : اعتمدت في المصادر والمراجع على أحسن طبقات الكتب ما أمكن لي ذلك
 واعتمدت في كل مصدر على طبعة معينة ترد بياناتها في فهرس المصادر
 والمراجع ، إلا أنى اعتمدت لبعض الكتب طبعتين ، وذلك مثل تفسير الطبرى ،
 وشذرات الذهب ، وتاج العروس ؛ لنقص الطبعة المحققة ، وسأقوم - إن شاء
 الله - بتقييد ذلك في الهامش عند الأخذ من الطبعة الأخرى .
 وأربع عشر ، قمت بعمل فهرس شاملة للرسالة ، فوضعت فهرساً للكليات ، والأحاديث
 والآثار ، والأعلام ، والكلمات المشروحة ، والقواعد الفقهية ، والأمثال ، والشعر
 والأماكن ، والقبائل ، والمصادر والمراجع والموضوعات .
 وفي الختام فهذا عمل بذلت فيه كل جهدى لأبرزه بأحسن صورة ولكن يابى الله
 الكمال إلا لكتابه .

وما أحسن ما قال المزنى : ^(١٦)

(١٥) لود التنبيه بئى اعتمدت في تخريج الشافعى للأحاديث على المسند والسنن ، ولذلك فإننى أقيد ذلك بالمسند أو السنن ،
 أما النسائى والبيهقى فإننى قد أخرجتهما من سنتيهما الصغير والكبرى ، فعند إطلاق اسم النسائى فالمراد به
 سنته الصغير المعروف بالمجتبى ، وأما إن كان الحديث في السنن الكبرى فسأقيد ذلك ، وأما إذا أطلقت اسم البيهقى
 فالمراد به أنه مخرج في سنته الكبرى أما إن كان الحديث في كتبه الأخرى فسأقيد ذلك .

(١٦) هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل ، أبو إبراهيم المزنى ، المصرى ، تلميذ الشافعى ، ولد سنة ١٧٥ هـ ، له :
 المختصر واشتهر به حتى قيل : كانت البكر يكون في جهازها نسخة من « المختصر » ، وله أيضاً الجامع الكبير ،
 والجامع الصغير ، والمتنوع ، توفي سنة ٢٦٤ هـ . ينظر ترجمته في طبقات الفقهاء ٩٧ ، ووفيات الأعيان : ٢١٧/١ -
 ٢١٩ رقم ٩٣ ، وسير أعلام النبلاء ١٢/٤٩٢ - ٤٩٦ رقم ١٨٠ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٩٣/٢ - ١٠٩ رقم ٢٠ ،
 وطبقات الشافعية للأسنوى ٢٤/١ - ٣٦ رقم ١٥ .

« لو عورض كتاب سبعين مرة لوجد فيه خطأ ، أبى الله أن يكون كتابٌ صحيحاً غير كتابه » (١٧) .

وقال ياقوت الحموي : (١٨)

« إني لا أعلم كتاباً سلم إلى مؤلفه فيه ، ولم يتبعه بالتتبع من يليه » (١٩) .
فإن كنت قد وفقت فيه إلى الصواب فذلك من فضل الله وكرمه ، وإن لم أوفق فيه إلى الصواب فحسبي أنني كنت حريصاً عليه ، والله نسأل أن يلهمنا الصواب ، وأن ينفع بهذه الرسالة ، إنه نعم المولى ونعم النصير ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم علي سيد الأولين والآخرين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين .

(١٧) نقلاً عن محمود شاكر في مقدمة تحقيق تهذيب الآثار للطبري ، وانتظر كشف الأسرار على أصول البيهقي ٤/١ .

(١٨) هو ياقوت بن عبد الله ، أبو عبد الله ، الرومي الجنس والمولد ، الحموي المولى ، البغدادي الدار ، شهاب الدين ، أسر من بلاده صغيراً ، وابتاعه رجل يعرف بمسك بن أبي نصر الحموي ، له : معجم الأبناء ، ومعجم البلدان ، والمشرق وخمساً والمفتقر صقماً ، ولد سنة ٥٧٤ أو سنة ٥٧٥ هـ ، وتوفي سنة ٦٢٦ هـ . ينظر ترجمته في التكملة ٢/٢٤٩ - ٢٥٠ رقم ٢٢٥٦ ، ووفيات الأعيان ٦/١٢٧ - ١٢٩ رقم ٧٩٠ ، وسير أعلام النبلاء ٢٢/٣١٢ - ٣١٣ رقم ١٨٨ ، والمستفاد من ليل تاريخ بغداد ٢٥٣ - ٢٥٤ رقم ١٩٦ .

(١٩) معجم الأبناء ٦/١٥٦ .

الفصل التمهيدي

ويشتمل على عدة مباحث :

- المبحث الأول : تعريف الإذن لغة واصطلاحاً .
- المبحث الثاني : أركان الإذن ، وشروطه ، وحكمه .
- المبحث الثالث : هل الإذن عقد أو لا ؟
- المبحث الرابع : ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف .
- المبحث الخامس : الفرق بين الإذن والتوكيل .

□□□□□

المبحث الأول

تعريف الإذن لغة واصطلاحاً

□□□□□

أولاً ، الإذن في اللغة

قال الخليل ^(١) : « وأذنت بهذا الشيء أي علمت ، وأذنتني : أعلمني وفعله بإذني ، أي بعلمي ، وهو في معنى بأمرني ، وكذلك الذي يأذن بالدخول على الوالي وغيره » ^(٢) .

وقال الراغب الأصفهاني ^(٣) : « الإذن في الشيء إعلام بإجازته والرخصة فيه ، نحو : « وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ » ^(٤) أي بإرادته وأمره » ^(٥) .

(١) أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي ، البصري ، صاحب العربية ومنشئ علم العروض ، شيخ سيوييه ، كان رأساً في لسان العرب ، ديناً ، ورعاً ، قانماً ، كبير الشأن ، له كتاب « العين » ، ولد سنة مائة ، ومات سنة بضع وستين ومائة .

انظر ترجمته في طبقات الشعراء : ٩٥ - ٩٨ ، وطبقات النحويين واللغويين : ٤٧ - ٥١ ترجمة رقم (١٥) ، وإنباه الرواة : ٣٧٦/١ - ٣٨٢ ترجمة رقم (٢٣٥) ، ومعجم الأنبياء : ٧٢/١١ - ٧٧ ترجمة رقم (١٧) ، وسير أعلام النبلاء : ٤٢٩/٧ - ٤٣١ ترجمة رقم (١٦١) ، وفيغية الوعاة : ٥٥٧/١ - ٥٦٠ ترجمة رقم (١١٧٢) .

(٢) العين : ٢٠٠/٨ .

(٣) الحسين بن محمد بن الفضل ، الراغب الأصفهاني ، أبو القاسم ، له : الذريعة إلى مكارم الشريعة والمفردات في غريب القرآن ، ومحاضرات الأنبياء ، وتفصيل النشأتين ، توفي في حدود سنة ٥٠٠ هـ .

انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء : ١٢٠/١٨ - ١٢١ ترجمة رقم (٦٠) ، وفيغية الوعاة : ٢٩٧/٢ ترجمة رقم (٢٠١٥) وفيه أن اسمه الفضل بن محمد ، وهديّة العارفين : ٣١١/١ .

(٤) سورة النساء : آية : ٦٤ .

(٥) المفردات : ص ١٥ .

وقال ابن منظور^(٦) : « أذن له في الشيء إذنا : أباحه له . واستأذنته : طلب منه الإذن »^(٧) .

وقال الفيومي^(٨) : « أذنت له في كذا : أطلقت له فعله ... واستأذنته في كذا : طلبت إذنه ، فأذن لي فيه : أطلق لي فعله »^(٩) .

يتبين لنا من التعريفات السابقة أن الإذن يأتي بمعنى إطلاق الفعل ويأتي بمعنى الإباحة ، ويأتي بمعنى الإجازة ، ويأتي بمعنى العلم بالشيء ، وكل ذلك يؤدي إلى معنى واحد وإن اختلفت العبارات ؛ إذ الإطلاق في الفعل يأتي في اللغة بمعنى رفع القيود وإثبات الحرية للمتصرف^(١٠) ، وكذلك الإذن .

(٦) محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري ، الإفريقي ، جمال الدين أبو الفضل ابن منظور ، ولد سنة ٦٣٠ هـ ، وكان مغرباً باختصار الكتب المطولة ، اختصر تاريخ دمشق لابن حساكر ، والأغانى للأصبهاني ، وله لسان العرب ، توفى سنة ٧١١ هـ .

انظر ترجمته في فوات الوفيات : ٣٩/٤ - ٤٠ ترجمة رقم (٤٩٦) ، ونكت الهميان : ٢٧٥ - ٢٧٦ ، والدرر الكامنة : ٣١/٥ - ٣٣ رقم (٤٥٨٨) ، وحسن المحاضرة : ٥٣٤/١ رقم (١٧) ، ووفية الوعاة : ٢٤٨/١ رقم (٤٥٧) .

(٧) لسان العرب : ١٠/١٣ « أذن » .

(٨) أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي المقي ، أبو العباس ، اشتغل ومهر وتميز وجمع في العربية عند أبي حيّان ، كان خطيباً بجامع البعشة له : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، توفى سنة ٧٧٠ هـ .

انظر ترجمته في الدرر الكامنة : ٣٣٤/١ ترجمة رقم (٧٨٧) ، ووفية الوعاة : ٢٨٩/١ ترجمة رقم ٧٦٤ ، وهديّة العارفين : ١١٣/١ .

(٩) المصباح المنير : ١٣/١ « أذن » .

وانظر للتعريف اللغوي أيضاً : الصنّاح : ٢٠٦٨/٥ ، ومعجم مقاييس اللغة : ٧٧/١ ، والقاموس المحيط : ١٥١٦ « أذن » .

(١٠) انظر : معجم لغة الفقهاء : ص ٧٣ .

والإباحة يعرفها الجرجاني ^(١١) بقوله : « الإباحة هي الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل » ^(١٢) : فالإباحة مرجعها الإذن ، فالإذن هو أصل الإباحة ، ولولا صدور ما يدلّ على الإذن لما كان الفعل جائز الوقوع . والإجازة معناها الإمضاء ، يقال : أجاز أمره إذا أمضاه وجعله جائزاً .

والإذن هو إجازة الإتيان بالفعل ، والإجازة بمعنى الإذن ^(١٣) . فالإذن والإجازة كلاهما يدل على الموافقة على الفعل ، إلا أن الفقهاء اصطالحوا على أن الإذن يكون قبل الفعل ، والإجازة بعد وقوعه . قال ابن عابدين ^(١٤) - مفرقاً بين الإذن والإجازة - : « فالإذن لما سيقع ، والإجازة لما وقع .. والإذن يكون بمعنى الإجازة إذا كان لأمر وقع ، وعلم به الآن » ^(١٥) .

(١١) علي بن محمد بن علي ، السيد الشريف الجرجاني الحنفي ، عالم الشرق ، ولد سنة ٧٤٠ هـ ، له : التعريفات ، وشرح المواقف ، وحاشية المطول ، توفي سنة ٨١٦ هـ .
 انظر ترجمته في عقد الجمان ، وفيات سنة ٨١٤ هـ ، والضوء اللامع : ٢٢٨/٥ - ٢٣٠ ترجمة رقم (١٠٨٧) ، ونبغة الرواة : ١٩٦/٢ - ١٩٧ ترجمة رقم (١٧٧٧) ، والبر الطالع : ٤٨٨/١ - ٤٩٠ .
 ترجمة رقم (٢٣٧) ، والفوائد البهية : ١٢٥ - ١٢٤ .

(١٢) التعريفات : ص ٢٠ .

(١٣) انظر القاموس المحيط : ٦٥١ - ٦٥٢ .

(١٤) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الحسيني ، الفقيه النحوي ، إمام الحنفية في عصره ولد سنة ١١٩٨ هـ بمشقق ، له : رد المحتار على الدر المختار ، وهو الكتاب المعروف بحاشية ابن عابدين ، والعقد الدرية في تنقيح الفتاوى العالمية ، توفي سنة ١٢٥٢ هـ .
 انظر ترجمته بقلم ابنه محمد علاء الدين في مقدمة تكملة لحاشية والده : ٧/٦ - ١٤ ، وخطبة البشر : ١٢٣٠/٣ - ١٢٣٩ ، وهدية العارفين : ٣٦٧/٢ - ٣٦٨ .

(١٥) حاشية ابن عابدين : ١٦٧/٣ .

ثانياً ، الإذن في الاصطلاح ،

لم يخرج العلماء في استعمالهم للإذن عن المعنى اللغوي فقال
السرخسي^(١٦) في تعريف الإذن : « فكَّ الحجر الثابت بالرقّ شرعاً ورفع
المانع من التصرف حكماً ، وإثبات اليد للعبد في كسبه »^(١٧).

ولا يخفى أنّ تعريف السرخسي للإذن خاصٌ بالإذن في باب
الحجر ، ونحن بصدد التعريف للإذن الأعمّ من ذلك ، والذي يدخل تحت
باب الحجر وغيره من الأبواب الفقهية .

وقال الجرجاني في تعريف الإذن شرعاً : « فكَّ الحجر وإطلاق
التصرّف لمن كان ممنوعاً شرعاً »^(١٨) .

وقال التهانوي^(١٩) : « الإذن بالكسر وسكون الذال المعجمة ... شريعةٌ
فكَّ الحجر أيّ حجر كان ، أي سواء كان حجر الرّق ، أو الصغر أو
غيرهما ، والذي فكَّ منه الحجر يسمّى مأثوناً »^(٢٠) .

(١٦) محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر شمس الأئمة السرخسي ، كان اماماً علامة حجة ، له كتاب
« المبسوط » ، قال عنه : أملاه على طلابه المحبوس عن الجمع والجماعات
(انظر المبسوط : ١٩٢/٤ و ٥٩/٧ و ٢٤١) ، وشرح السير الكبير ، وأصول السرخسي ، توفي
سنة ٤٨٣ ، وقيل سنة ٤٩٠ هـ .
انظر ترجمته في الجواهر المضيئة : ٧٨/٣ - ٨٢ ترجمة رقم (١٢١٩) ، ومفتاح السعادة : ١٦٥/٢
- ١٦٦ ، والفوائد البهية : ١٥٨ - ١٥٩ .

(١٧) المبسوط : ٢/٢٥ .

(١٨) التعريفات : ص ٣٠ .

(١٩) محمد بن علي بن القاضي محمد حامد الفاروقي ، التهانوي ، الهندي ، له : كشاف اصطلاحات
الفنون ، وسبق الفايات في نسق الآيات ، كان حياً سنة ١١٥٨ هـ .
انظر ترجمته في معجم المطبوعات العربية والعربية : ٦٤٥/١ - ٦٤٦ ، وهدية العارفين : ٢٢٦/٢ .
والأعلام : ٢٩٥/٦ ، ومعجم المؤلفين : ٤٧/١١ .

(٢٠) كشاف اصطلاحات الفنون : ٩٢/١ .

ونقل ابن عابدين ^(٢١) تعريف الإذن من كتاب النهاية ^(٢٢) : « الإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه ، وإعلام باطلاقه فيما حجر عليه » .

رأي الباحث : من التعريفات السابقة يمكن أن يستخلص القول بأن تفسير الإذن « بإطلاق التصرف للشخص بما كان ممنوعاً منه شرعاً » ^(٢٣) أعم وأشمل من الإقتصار على تعريفه « بفك الحجر الثابت بالرق شرعاً » ^(٢٤) ؛ إذ لا يدخل في التعريف جملة من المسائل ، بل التعريف الأخير يجعل الإذن خاصاً بالعبد والصبي والمعتوه ومن في حكمهم .

والإذن لا تقتصر مسائله على باب الحجر فحسب ، بل الإذن يكون في العبادات ، والمعاملات ، والنكاح ، والوصايا ، والجهاد ، والقضاء والآداب ؛ لذلك يمكن تعريف الإذن اصطلاحاً بأنه « إباحة التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه شرعاً لحق غيره » ^(٢٥) ، يشمل كل تلك المسائل في جميع الأبواب الفقهية والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢١) حاشية ابن عابدين : ١٥٥/٦ .

(٢٢) النهاية في شرح الهداية ، وهو أول شرح لكتاب الهداية ، ألفه الحسين بن علي بن حجاج بن علي ، حسام الدين الصفناقي ، كان حياً سنة ٧١١ هـ .

انظر ترجمته في الجواهر المضيئة : ١١٤/٢ - ١١٦ ترجمة رقم (٥٠٧) ، والدرر الكامنة : ١٤٧/٢ ترجمة رقم (١٦٠٠) ، والطبقات السنية : ١٥٠/٢ - ١٥٢ ترجمة رقم (٧٥٨) ، والفوائد البهية : ص ٦٢ وفيه أن اسمه الحسن .

(٢٣) انظر التعريفات : ص ٣٠ .

(٢٤) انظر المبسوط : ٢/٢٥ .

(٢٥) وقد أشير إلى هذا التعريف في موسوعة الفقه الإسلامي الصادرة من المجلس الأعلى للشئون الإسلامية : ج ٢٢٢/٤ ، وفي معجم لغة الفقهاء : ص ٥٢ مادة الإذن .

المبحث الثاني

أركان الإذن
وشروطه ، وحكمه

□□□□□

هذا المبحث يشمل ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أركان الإذن .

المطلب الثاني : شروط الإذن .

المطلب الثالث : حكم الإذن .

المطلب الأول ، أركان الإذن .

الإذن له أركان أربعة ، لابد من توفرها حتى يكون الإذن صحيحاً
 شرعاً ويستتبع غايته؛ لأن غاية الإذن هي إباحة التصرف لمن كان ممنوعاً
 منه شرعاً لحق غيره ، فإذا توفرت أركانه كان إذناً معتبراً، وصح أن
 تترتب عليه آثاره ، وهي إباحة التصرف ، وارتفاع العهدة والمسئولية عن
 المانن له .

الركن الأول ، الأذن .

هو من يصدر منه الإذن ، فلا يتصور وجود إذن بدون إذن ؛ لأن
 المنع إنما كان لحقه ، فلا بد من إذنه للتصرف في حقه .
الركن الثاني ، المأذون له ^(١) .

هو من كان ممنوعاً من التصرف لحق غيره ، والذي يصدر الإذن
 لأجله سواء كان شخصاً أم أشخاصاً ، معينين أم غير ذلك .

(١) الفقهاء كثيراً ما يحذفون الصلة له ، تخفيفاً ، فيقولون المانن .

لنظر المبسوط : ٢/٢٥ ، والزرقاني : ٣٠٢/٥ ، وروضة الطالبين : ٥٦٧/٣ ، والمغنى : ١٩٥/٧ .

الركن الثالث ، المأذون فيه أو محل الإذن ،

لا بد عند حصول الإذن من عين أو منفعة يقع عليها الإذن ، سواء كانت تلك العين أو المنفعة معلومة أم مجهولة كما سيأتي في شروط الإذن .

الركن الرابع ، الصيغة ،

هي ما يدل على إذن الأذن ورضاه ، سواء كان ذلك باللفظ الصريح أم بغيره ، وسيأتي بيانه في المبحث الرابع « ما يكون به الأذن » .

المطلب الثاني ، شروط الإذن ،

نظراً لشمول موضوع الإذن وبخوله في جميع أبواب الفقه وتشعبه ، فإنه لا يمكن للباحث أن يضع شروطاً محدّدة للأذن ، أو المأذون له ، أو المأذون فيه ، نظراً لتفاوت الشروط المطلوبة في كل باب من أبواب الفقه ، فما يشترط في باب معين ، قد لا يكون شرطاً في آخر وما يجوز في مسألة قد لا يجوز في أخرى وقد تبين لي بعد البحث أن موضوع الإذن لا يخلو منه باب من أبواب الفقه ^(٢) .

لذلك يمكن القول بأن شروط الإذن تكون تابعة للباب الفقهي الذي ورد فيه الإذن ، فمثلاً الإذن في باب الإجارة أو الوكالة تختلف شروطه عن الإذن في باب الضيافة .

(٢) انظر خطة البحث في المقدمة .

ويشترط في الإذن في أبواب التجارات ما يشترط في العاقد من العقل^(٣) والبلوغ^(٤) أو التمييز^(٥) ، ولا يشترط ذلك في دخول الدار فيكفي فيه إذن الصبي ولو لم يكن مميزاً^(٦) .

وكذلك المأنون يشترط فيه أن يكون عاقلاً إذا أذن له بالتجارة مثلاً^(٧) ، ولا يشترط ذلك إذا كان الإذن في استعمال حق يختص بالإذن كشرب مائه ، و أكل طعامه ، ولبس ثيابه .

ولا يشترط في المأنون له في بعض صوره ، أن يكون معلوماً لا باسمه ولا بشخصه ، فيصح الإذن للناس بأكل طعامه ، ومن الناس من ليس بمعلوم للإذن^(٨) .

كما لا يشترط في المأنون له أن يكون موجوداً عند صدور الإذن في جميع صوره ، فيصح أن يأذن لمن يدخل بلده أن يأكل من طعامه وربما يدخل البلد من وكذ بعد صدور الإذن .

أما المأنون فيه فيشترط فيه أن يكون مباحاً شرعاً ، فلا يصح الإذن في المحرم ولو كان مملوكاً للإذن ؛ لأنه تناقض فيه منع الشارع ، وإذن الإنسان ، ومنع الشارع مقدّم ، فلا يصح شرب الخمر ، ولو كان الخمر مملوكاً لذمى وأذن للمسلم بشربه .

(٣) انظر ابن عابدين : ٥٠٤/٤ ، وجواهر الاكلیل : ٢/٢ ، والمهذب : ٢٥٧/١ ، وكشاف القناع : ١٤٠/٣ .

(٤) انظر المهذب : ٢٥٧/١ ، وروضة الطالبين : ٣٤١/٣ - ٣٤٢ .

(٥) انظر ابن عابدين : ٥٠٤/٤ ، وجواهر الاكلیل : ٢/٢ ، وكشاف القناع : ١٤٠/٣ .

(٦) انظر منهاج الطالبين : ٦٤ .

(٧) انظر بدائع الصنائع : ١٩٣/٧ .

(٨) انظر موسوعة الفقه الإسلامي : ١٥٧/١ ، مادة : إباحة .



ويشترط في المأثون فيه أن يكون الأذن مالكا له ، أو قائماً مقام

المالك ، سواء كان الملك للعين أم للمنفعة^(٩) .

ولا يشترط أن يكون محل الإذن موجوداً ، فيصح الإذن بالمعدوم

حين صدور الإذن ، كما لو أذن لغيره بالانتفاع بلبن الماشية ، أو بما ينتج منها .

ولا يشترط أن يكون المأثون فيه معلوماً ، بل يصح الإذن

بالمجهول ، كما لو أذن لضيوفه بأكل طعامه ، ولا يعلم مقدار أكل كل واحد منهم^(١٠) .

ولا يشترط أن يكون المأثون فيه حاضراً ، فيصح الإذن بالغائب

كما لو أذن لشخص في مكة المكرمة باستخدام سيارته الموجودة في المدينة المنورة .

المطلب الثالث ، حكم الإذن ،

حكم الإذن هو جواز تصرف المأثون فيما كان ممنوعاً منه شرعاً

لحق غيره قبل إنذه ؛ لأن المنع إنما كان حفظاً لحق الأذن ، فإن أذن في

التصرف في خالص حقه ، فقد تنازل عن حقه برضاه ، وبانتفاء حقه

يجوز التصرف ويرتفع المنع^(١١) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٩) المصدر نفسه : ١٦٣/١ - ١٦٤ ، مادة « إباحة » .

(١٠) انظر المحلى لابن حزم : ١٥١/١٠ .

(١١) انظر موسوعة الفقه الإسلامي : ٢٢٢/٤ مادة « أذن » .

المبحث الثالث

هل الإذن عقد أو لا ؟

□□□□□

ذكر العلماء أن هناك فرقاً بين العقد والإذن ^(١) ، ولم أهتد بعد البحث والتنقيب إلى من فصل أوجه تلك التفرقة ، ويمكن أن نستنبط الفرق من خلال تعريف العقد ، وتعريف الإذن .

أولاً ، تعريف العقد ،

العقد لغة هو : إحكام الشيء ، وتقويته ، والجمع بين أطرافه ^(٢) ، وشرعاً : ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل ^(٣) .
ثانياً ، تعريف الإذن ،

الإذن لغة : الإباحة والعلم ، وشرعاً : إباحة التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه شرعاً لحق غيره ^(٤) .

يتبين لنا من التعريفين السابقين بعض الفروق وهي :

١ - العقد لابد أن يرتبط فيه إيجاب بقبول ^(٥) ، ولا يشترط ارتباط القبول بالإيجاب في الإذن .

(١) انظر حاشية عميرة : ١٨١/٣ .

(٢) انظر العين : ١٤٠/١ ، وتهذيب اللغة : ١٩٦/١ - ١٩٩ ، والصراح : ٥١٠/٢ ، وتهذيب الأسماء واللفات : ٢٨/٤ ، والقاموس المحيط : ٢٨٣ ، في مادة « عقد » في سائر المصادر .

(٣) انظر التوضيح : ١٢٢/٢ ، والنهاية : ٢٤٨/٦ ، والتعريفات : ص ١٩٦ رقم (٩٨٣) ، وأنيس الفقهاء : ٢٠٣ ، وشرح المجلة : ٦٤/١ - ٦٥ المادة رقم (١٠٣ و ١٠٤) ، ومجلة الأحكام الشرعية : ص ١٠٧ مادة ١٦٢ .

(٤) انظر مبحث تعريف الإذن ص ٣ .

(٥) انظر النهاية : ٢٤٨/٦ ، وجواهر الإكليل : ٢/٢ ، ومنهاج الطالبين : ٤٤ ، والمغنى : ٧/٦ .

٢ - العقد لا بد له من توافر الأهلية في العاقلين ^(٦) ، ولا تشترط الأهلية في جميع صور الإذن ، فمثلاً : إذن الصبيّ معتبر في دخول الدار ^(٧) .

يستنتج مما ذكر أن الإذن أعم من العقد ، أي بينهما خصوص وعموم مطلق ، فكل عقد يتضمن إذناً ، مثل عقد الإجارة ، فهو إذن للمستأجر باستعمال المنفعة ، وعقد البيع هو إذن للمشتري بامتلاك المبيع ، وإذن للبائع بامتلاك الثمن ، وليس كل إذن عقداً مثل إذن صاحب الطريق الخاص والمجرى الخاص لغيره بالانتفاع فإنه لا يفيد تمليكاً ، ولا يعتبر عقداً ^(٨) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٦) انظر حاشية ابن عابدين : ١٧٣/٦ ، والخرشي : ٨/٥ ، ومنهاج الطالبين : ٤٤ ، وكشاف القناع : ١٤٠/٣ .

(٧) انظر منهاج الطالبين : ٦٤ .

(٨) انظر الموسوعة الفقهية : ٢٩٢/٢ مادة « إذن » فقرة ٦٢ و ٦٣ .

المبحث الرابع

ما يكون به الإذن
وارتباطه بالحرف

□□□□□

يتحقق الإذن بوسائل متعددة عند الفقهاء : من ذلك اللفظ الصريح
الدال على الإذن ، والإذن بالإشارة ، أو الكتابة ، أو الرسالة .

لكن هل يتحقق الإذن بالسكوت ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : الإذن يتحقق دلالة وضمناً كما يكون صراحة ، وبه
قالت الحنفية ^(١) ، والمالكية ^(٢) .

ويمثلون لذلك : بأن السيد لو رأى عبده يبيع ويشترى فسكت صار
مأثوناً ، أو اشترى بضاعة ، ووضعها في حانوت ، وأمر مولاه بالجلوس
فيها كان إنفاً ضمناً ^(٣) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن ابن عباس ^(٤) - رضي الله عنهما - : أن النبي ﷺ قال :
« الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر ، وإذنها
سكوتها » ^(٥) .

(١) انظر المبسوط : ٥/٢٥ ، وبدائع الصنائع : ١٩٢/٧ ، والهداية للمرخيناني : ٣/٤ .

(٢) انظر مواهب الجليل : ٧٥/٥ ، والزرقاتي : ٣٠٢/٥ ، والشرح الكبير : ٣٠٤/٣ .

(٣) انظر المبسوط : ٥/٢٥ ، وبدائع الصنائع : ١٩٢/٧ ، والزرقاتي : ٣٠٢/٥ ، والشرح الكبير :
٣٠٤/٣ .

(٤) عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، أبو العباس القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ،
ويسمى بالبحر ، ويحبر الأمة ، ويترجم القرآن ، وهو أحد المكثرين في الرواية عن النبي ﷺ ، ولد
قبل الهجرة بثلاث سنين ، وتوفي سنة ٦٨ هـ بالطائف .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٣٣/٣ - ٩٣٩ ترجمة رقم (١٥٨٨) ، وأسد الغابة : ٢٩٠/٣ - ٢٩٤
ترجمة رقم (٣٠٣٥) ، والاصابة : ١٤١/٤ - ١٥٢ ترجمة رقم (٤٧٨٤) .

(٥) مسلم : النكاح (١٦) باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق ، والبكر بالسكوت (٩) ج ١٠٣٧/٢ رقم
الحديث (٦٧) .

وجه الدلالة :

أنَّ الرسول ﷺ اعتبر سكوت البكر ، ولو لم يكن السكوت إنذاراً لما اعتبره الشارع ﷺ (١) .

اعتراض :

في هذا الاستدلال نظر ؛ لأن اعتبار الشرع لسكوت البكر جاء لشدة حياء البكر ، ولا يقاس عليها غيرها ؛ بدليل أن الشرع لم يعتبر سكوت الثيب إنذاراً مع اشتراكهما في السكوت ، فدلَّ على أنَّ اعتبار السكوت إنذاراً في مسألة البكر لمعنى في البكر يستوجب السكوت وهو الحياء .

٢- السكوت يحتمل الرضا والسخط ، ويرجَّح جانب الرضى على جانب السخط ؛ لأنه لو لم يكن راضياً لنهاه ، إذ النهي عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالاً مرجوحاً ، ولهذا كان ساقط الاعتبار شرعاً (٢) .

يعترض على هذا : بأنه ليس كل من لم يرض عن فعل يستطيع النهي عنه ، ومع وجوب النهي عن المنكر ، فليس كل من رأى منكراً يستطيع تغييره ، وكثيراً ما يحجم الإنسان عن الإنكار والرد من أثر الإكراه الخفى أو الخوف أو الغفلة ، وقد قال الرسول ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » (٣) ؛ فلا دليل لترجيح جانب الرضى على جانب السخط .

(١) انظر تبين الحقائق : ٢٠٥/٥ ، والبحر الرائق : ٨٨/٨ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : ١٩٢/٧ .

(٣) مسلم : الإيمان (١) باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان ، وأن الإيمان يزيد وينقص وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب (٢٠) ج ٦٩/١ رقم الحديث (٧٨) .

٣ - السكوت حجة ؛ لأنه في موضع البيان ، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ؛ فالسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان .

توضيح ذلك :

أنَّ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ، وقد تفضى هذه المعاملة إلى لحوق دين عليه ، وفي عدم اعتبار السكوت إنشأً ضرراً بالمسلمين ؛ لتأخير المطالبة بالحقوق إلى ما بعد العتق ، وقد يتحقق ذلك ، وقد لا يتحقق ، فكان لابد من جعل السكوت بمنزلة التصريح دفعاً للضرر عن الناس ^(٩) .

اعتراض :

ماذكرتم من أن السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان ليس مسلماً من كل وجه ؛ إذ قد يكون السكوت ناشئاً عن الخوف ، ففي اعتبار السكوت إنشأً ضرراً بالمالك ، والشرع قد ورد لدفع الضرر عن الجميع ، وأما قولكم عدم اعتبار السكوت إنشأً فيه ضرر على الناس ، غير صحيح ؛ لأنه لا يصعب على الناس عند معرفتهم بأن البائع أو المشتري مولى لفلان ، التحقق من رضاه بمعاملته ، فلا يترتب عليه ضرر .

(٩) انظر المبسوط : ٥/٢٥ ، والهداية للمرغيناني : ٣/٤ ، والعناية : ٢٨٤/٩ .

القول الثاني :

الإذن لابد أن يكون صريحاً ، ولا يقوم السكوت مقام الإذن ، وبه
قالت الشافعية^(١٠) ، والحنابلة^(١١) ، وزفر^(١٢) من الحنفية^(١٣) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - القياس على تزويج الثيب بجامع أن كلاً من التجارة والنكاح تصرف
يفتقر إلى الإذن ، فكما أن الثيب لو سكنت عند استئذنها في
النكاح ، لم يقد سكونها مقام الإذن^(١٤) ، فكذلك سكوت المولى عند
رؤية عبده يبيع أو يشتري لا يقوم مقام الإذن^(١٥) .

(١٠) انظر تخريج الفروع على الاصول : ٢٤٢ ، وروضة الطالبين : ٥٦٨/٣ ، ومغنى المحتاج : ١٠٠/٢
ونهاية المحتاج : ١٧٤/٤ .

(١١) الهداية لأبي الخطاب : ١٦٦/٨ ، والمغنى : ١٩٤/٧ ، والإنصاف : ٣٤٤/٥ ، وكشاف القناع :
٤٤٦/٣ .

(١٢) زفر بن الهذيل بن قيس ، أبو الهذيل العنبري البصري ، صاحب الإمام أبي حنيفة ، ولد سنة ١١٠
الفقيه المجتهد العلامة الثقة الصدوق ، وهو أكبر تلامذة أبي حنيفة ، وكان الإمام يفضلّه ويحبّه
توفي سنة ١٥٨ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ج ٦ ص ٢٨٧ - ٢٨٨ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٨/٨ - ٤١
ترجمة رقم (١) ، والجواهر المضية : ٢٠٧/٢ - ٢٠٩ ترجمة رقم ٥٩٦ ، واسان الميزان : ٤٧٦/٢ -
٤٧٨ ترجمة رقم ١٩١٩ ، والطبقات السنية : ٢٥٤/٣ - ٢٥٨ ترجمة رقم (٨٧٩) .

(١٣) انظر بدائع الصنائع : ١٩٢/٧ ، والهداية للمرخنياني : ٣/٤ .

(١٤) انظر فتح القدير : ٢٦١/٣ ، والاختيار : ٩٣/٣ ، والتفريع : ٣٥/٢ ، وجواهر الاكليل : ٢٨٠/١
والمهذب : ٣٧/٢ ، وروضة الطالبين : ٥٤/٧ - ٥٥ ، والمغنى : ٤٠٧/٩ ، وكشاف القناع : ٤٧/٥ .

(١٥) انظر تخريج الفروع على الاصول : ٢٤٢ - ٢٤٣ ، ونهاية المحتاج : ١٧٤/٤ ، والمغنى : ١٩٤/٧
وكشاف القناع : ٤٤٦/٣ .

٢ - قياس سكوت المولى على سكوت المالك عندما يرى أجنبياً يبيع ماله،
بجامع أن كلاً من فعل العبد والأجنبي تصرف يفتقر إلى الإذن،
فكما أن سكوت المالك عند بيع الأجنبي لا يعتبر إذناً ، فكذلك
سكوت المولى لا يعتبر إذناً^(١٦).

٣ - قياس سكوت المولى على سكوت أحد الراهنين عندما يرى الآخر
يتصرف في الرهن بالبيع ، بجامع أن كلاً من فعل العبد والراهن
أو المرتهن تصرف يفتقر إلى الإذن ، فكما أن سكوت أحد الراهنين
لا يعتبر إذناً للآخر بالبيع ، فكذلك سكوت المولى لا يعد إذناً^(١٧) .
٤ - السكوت يحتمل الرضى ويحتمل السخط ، ولا يصح الدليل مع
الإحتمال ؛ إذ الاحتمال يسقط الاستدلال ، ولا دليل هنا لترجيح
جانب على آخر^(١٨) .

الترجيح :

القول الثاني هو الراجح ؛ لقوة أقيسته ؛ ولأن القاعدة الفقهية تقول :
« لا ينسب إلى ساكت قول »^(١٩) ، وهذه القاعدة متفق عليها بين الشافعية^(٢٠)
والحنفية^(٢١) ، إلا أن الحنفية استثنوا بعض الصور^(٢٢) ، ومنها هذه الصورة

(١٦) انظر : تخريج الفروع على الاصول : ٢٤٣ . ومعنى المحتاج : ١٠٠/٢ ، والمعنى : ١٩٤/٧ .
وكشاف القناع : ٤٤٦/٣ .

(١٧) المصادر نفسها ماعدا معنى المحتاج .

(١٨) بدائع الصنائع : ١٩٢/٧ . وتخريج الفروع على الاصول : ٢٤٢ - ٢٤٣ .

(١٩) هذه العبارة من أقوال الإمام الشافعي .

انظر : اختلاف الحديث : ص ٨٨ ، والأم : ١٣٤/١ .

(٢٠) انظر : المنثور في القواعد : ٢٠٦/٧ - ٢١٠ . والأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٨ .

(٢١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ١٥٤ . وشرح المجلة : ٤٧/١ المادة رقم (٦٧) .

(٢٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٥٤ - ١٥٦ . وحاشية ابن عابدين : ٤٨٢/٤ - ٤٨٣ .

ولا دليل للاستثناء إلا القياس على البكر ، والبكر مستثنى بالنص ، ومن
المعلوم أن المستثنى من قاعدة عامة لا يقاس عليها (٣٣) .

ثم إن أقيسة القول الثاني لا تخالف الأصول ، بخلاف القياس الذي
استدل به اصحاب القول الأول ، وعند التعارض فإن القياس الذي لا
يخالف الأصول مقدّم على غيره (٣٤) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

أما عن ارتباطه بالعرف فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

الإذن المطلق يتقيّد بالعرف ، وبه قال أبو يوسف (٣٥) ، ومحمد (٣٦)

من الحنفية (٣٧) ، والشافعي (٣٨) .

(٣٣) انظر : اصول السرخسي : ١٤٩/٢ - ١٥٠ . والمستصفي : ٣٢٦/٢ - ٣٢٧ ، والإحكام للآمدي :
٢٨٢/٣ ، والتوضيح : ٥٦/٢ ، وشرح العضد : ٢١١/٢ ، وشرح الكوكب المنير : ٢١/٤ ، وتيسير
التحرير : ٢٧٨/٣ - ٢٧٩ .

(٣٤) انظر العدة : ١٥٢٩/٥ ، والمستصفي : ٣٩٩/٢ ، والإحكام للآمدي : ٣٦٦/٤ ، وشرح العضد :
٣١٧/٢ ، والمحلّى على جمع الجوامع : ٣٧٣/٢ ، وشرح الكوكب المنير : ٧١٤/٤ .

(٣٥) الإمام أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ، الانصاري الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، وهو
أول من دعى بقاضى القضاة ، الإمام المجتهد ، ولد سنة ١١٣ هـ ، لزم أبا حنيفة وثقه به ، له :
الخراج ، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، توفى سنة ١٨٢ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد : ٢٤٢/١٤ - ٢٦٢ ترجمة رقم (٧٥٥٨) ، ووفيات الأعيان : ٣٧٨/٦ -
٣٩٠ ترجمة رقم (٨٢٤) ، ومناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن للذهبي
: ٥٥ - ٧٦ ، ومراة الجنان : ٣٩٥/١ - ٤٠٠ ، والجواهر المضية : ٦١١/٣ - ٦١٣ ترجمة رقم
(١٨٢٥) .

(٣٦) الإمام محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، أبو عبد الله الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، ولد سنة
١٣٢ هـ ، فقيه العراق ، له : الجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والآثار ، والحجة على أهل المدينة
والاصل ، وغير ذلك ، وعلى كتبه مدار الحنفية ، توفى سنة ١٨٩ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد : ١٧٢/٢ - ١٨٢ ترجمة رقم ٥٩٣ ، ووفيات الأعيان : ١٨٤/٤ -
١٨٥ ترجمة رقم (٥٦٧) ، ومناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن للذهبي
: ٧٧ - ٩٥ ، ومراة الجنان : ٤٢٩/١ - ٤٣٠ ، والجواهر المضية : ١٢٢/٣ - ١٢٧ ترجمة رقم
(١٢٧٠) .

يستدل لهم بما يأتي :

١ - قوله تعالى : « **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** » (٢٩) .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الشرع أرشد الزوجين إلى المعروف المعتاد الذي يرتضيه العقل،
ويعلمنن إليه القلب ، ولا شك أن ذلك يتغير بحسب الاختلاف بين الناس
والأماكن ؛ فهذه الآية تدلّ على اعتبار العرف في المسائل التي لم ينصّ
عليها الشرع ، وكذلك كل إذن مطلق يتقيّد بالعرف .

٢ - قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٣٠) .

(٢٧) انظر : تأسيس النظر : ص ٢٤ - ٢٥ .

(٢٨) انظر : روضة الطالبين : ١٢١/٥ و ١٣٤ - ١٣٥ ، وأسنى المطالب : ٢٨٢/٢ ، ومغنى المحتاج :

٣١١/٢ ، ونهاية المحتاج : ٢٢٣/٥ ، وقييبي : ٥٢/٣ .

والشافعي هو : الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب ، الإمام أبو حيد
الله ، صاحب المذهب ، أحد الأئمة الأربعة ، ولد سنة ١٥٠ هـ ، وتوفي سنة ٢٠٤ هـ ، شهرته تغنى
عن التعريف به ، له : الرسالة ، والام ، واختلاف الحديث ، والمسند ، والسنن .

انظر ترجمته في آداب الشافعي ومناقبه لابن أبي حاتم ، ومناقب الشافعي للبيهقي ، ومناقب
الشافعي للفخر الرازي ، وتهذيب الاسماء واللغات : ٤٤/١ - ٦٧ ، وسير اعلام النبلاء : ٥/١٠ -
٩٩ ترجمة رقم (١) .

(٢٩) سورة النساء : آية : ١٩ .

(٣٠) مالك في الاقتضية (٣٦) باب القضاء في المرفق (٢٦) ج ٧٤٥/٢ رقم ٣١ ، والشافعي : في المسند

: كتاب الشفعة : ج ١٦٥/٢ رقم (٥٧٥) ، وأحمد : ٣١٢/١ ، وابن ماجه : أبواب الأحكام (١٤) باب

من بنى في حقه ما يضر بجاره (١٧) ج ٤٤/٢ رقم (٢٣٦٢ ، ٢٣٦٣) والطبراني : في المعجم الكبير

: ١٨/٢ ، ٣٠٢/١١ ، والدارقطني : البيوع : ج ٧٧/٣ رقم ٢٨٨ وفي المرأة تقتل إذا ارتدت :

ج ٢٢٧/٤ - ٢٢٨ رقم ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٦ ، والحاكم : في البيوع النهى عن المحاقلة والمخاضرة

والمناذرة : ج ٥٨/٢ ، والبيهقي : كتاب الصلح ، باب لا ضرر ولا ضرار : ٦٩/٦ - ٧٠ .

وجه الدلالة :

ان الشارع الكريم ﷺ نهى عن الضرر بالنفس والإضرار بالغير،
وعدم تقييد الإذن بالعرف فيه ضرر بالآذن؛ إذ يمكن للمأثون أن يبيع ما
أذن له في بيعه بأقل من سعره ، وهذا يسبب ضرراً بالآذن فلا يجوز؛
لأن الشرع قد جاء لدفع الضرر .

القول الثاني :

الإذن المطلق لا يتقيد بالعرف ، وبه قال أبو حنيفة^(٣١) ، واستدل له
بأن إطلاق الإذن مع نفي التهمة عن المأثون يناقض تقييده بالعرف^(٣٢) .
وفي هذا الاستدلال نظر ؛ لأن عدم تقييد الإذن المطلق بالعرف
يترتب عليه الضرر بالآذن ، إذ يستطيع المأثون بالبيع مثلاً أن يبيع
بأبخس الأثمان ، وهذا يلحق ضرراً بالمالك ، والشرع قد جاء لدفع
الضرر .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول لما يأتي :

(٣١) انظر : تلخيص النظر : ٢٤ - ٢٥ .

وأبو حنيفة هو : الإمام النعمان بن ثابت بن زياد ، الإمام الأعظم أبو حنيفة ، صاحب المنهج ،
أحد الأئمة الأربعة المتبوعين ، ولد سنة ٨٠ هـ ، وتوفي سنة ١٥٠ هـ ، شهرته تفتى عن التعريف به ،
قال عنه الشافعي : « الناس في الفقه حيا على أبي حنيفة » .

انظر ترجمته في مناقب الإمام الأعظم للموفق المكي ، ومناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي :
ص : ١٣ - ٥٣ ، ومناقب الإمام أبي حنيفة لابن البزازی ، وعقود الجمان في مناقب الإمام الأعظم
أبي حنيفة النعمان للصالحی ، والخيرات الحسان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان لابن
حجر الهيتمي ، وتاريخ بغداد : ٢٢٣/١٣ - ٤٢٣ ترجمة رقم (٧٢٩٧) ، وسير أعلام النبلاء :
٢٩٠/٦ - ٤٠٣ ترجمة رقم (١٦٢) ، والجواهر المضية : ٤٩/١ - ٦٣ .

(٣٢) تلخيص النظر : ص ٣٥ .

أولاً : الشرع قد اعتبر العرف ، ولذلك بنى العلماء عليها قاعدة « العادة محكمة »^(٣٣) ؛ ولذلك قال الفقهاء : « كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف »^(٣٤) .

ثانياً : الشرع قد نهى عن الضرر ، وعدم تقييد الإذن بالعرف يلحق ضرراً بالإذن ، وهذا لا يجوز .

ثالثاً : القاعدة الفقهية تقول : « الضرر يزال »^(٣٥) ، ولا يزول الضرر في الإذن المطلق إلا بتقييده بالعرف . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٣٣) المنشور في القواعد : ٢/٣٥٦ - ٣٥٧ ، والأشباه والنظائر للسيوطي : ٩٩ ، والأشباه والنظائر لابن

نجيم : ٩٣ .

(٣٤) الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٠٩ .

(٣٥) المصدر نفسه : ص ٩٢ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ٨٥ .

المبحث الخامس

الفرق بين الإذن والتوكيل

□□□□□

تعريف الإذن بما ذكرناه من أنه « إباحة التصرف للشخص فيما كان ممنوعاً منه شرعاً لحق غيره » يجعله من قبيل الوكالة في كثير من أحواله ، بشرط أن يكون المأنون أهلاً للوكالة .

فالإذن أعم وأشمل من الوكالة ^(١) ؛ فكل وكالة تعدّ إذنأ بما وكلّ فيه ولكن لا يُعدّ كل إذن وكالة ؛ لأن الإذن بالفعل قد يقع ممن لا يصلح كونه وكيلأ ، كالإذن من الصبي في دخول الدار ^(٢) .

وقد يأذن من لا يجوز منه التوكيل فيما أذن به ؛ لأنه لا يملك مباشرة ، كالإذن المرتهن للراهن ببيع المال المرهون ^(٣) .

والمرأة تآذن لوليها في إنكاحها ، ولا تكون وكيلة في النكاح ؛ لأنها لا تباشر عقد النكاح لنفسها عند جمهور الفقهاء ^(٤) . فمن باب أولى ألا تباشر لغيرها .

وقد ذكر الفقهاء بعض الفروق بين الإذن والتوكيل عند الكلام على مسألة المآنون في التجارة ومن ذلك ما يلي :

١ - المآنون لا يرجع بما يلحقه من العهدة على الآذن ، بخلاف المتصرف لغيره بالوكالة فإنه يرجع عليه بما يلحقه من العهدة ^(٥) .

(١) انظر نهاية المحتاج : ٢١/٥ .

(٢) انظر منهاج الطالبين : ٦٤ .

(٣) انظر بدائع الصنائع : ١٤٦/٦ ، والكافي لابن عبد البر : ٨١٩/٢ ، والأم : ١٤٥/٣ ، والمقنع : ١٠٥/٢ .

(٤) انظر التفریع : ٣٢/٢ ، والشرح الصغير : ٣٣٤/٢ - ٣٣٥ ، والمهذب : ٣٥/٢ ، وروضة الطالبين : ٥٠/٧ ، والمغني : ٣٤٥/٩ ، وكشاف القناع : ٤٩/٥ .

(٥) انظر المبسوط : ١٠/٢٥ .

٢ - إذا قضى العبد المأنون الدين بعد العتق من خالص ملكه ، فإنه لا يرجع به على المولى ، بخلاف الوكيل فإنه يرجع على الموكل بما يؤدى من خالص ملكه ^(٦) .

٣ - المأنون لا يتمكن من عزل نفسه ، بخلاف الوكيل فإنه يستطيع أن يعزل نفسه ^(٧) .

٤ - المأنون بالبيع يجوز له أن يضع عن بعض الغرماء ، بخلاف الوكيل ^(٨) .

هذه الصور هي أهم الفروق بين الإذن والوكالة ، وإن كان المأنون في بعض صورته يشابه الوكيل ، ومنها :

- ١ - لا يبيع المأنون بالنسيئة ^(٩) ، وكذلك الوكيل ^(١٠) .
 - ٢ - لا يبيع المأنون بأقل من ثمن المثل ^(١١) ، وكذلك الوكيل ^(١٢) .
 - ٣ - لا يسلم المأنون المبيع قبل قبض ثمنه ^(١٣) ، وكذلك الوكيل ^(١٤) .
- إلا أن هذا الشبه لا يجعله من باب الوكالة ، فكما ذكر سابقاً أن كل وكالة تعدّ إذناً ، ولا يعدّ كل إذن وكالة ؛ لأن من شرط الوكيل أن يصحّ تصرفه لنفسه ، ولا يشترط ذلك في المأنون ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٦) المصدر نفسه .

(٧) انظر تحفة المحتاج : ٤٨٩/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٧٣/٤ .

(٨) انظر المأونة : ٢٤٢/٥ - ٢٤٣ .

(٩) انظر تحفة المحتاج : ٤٨٨/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٧٣/٤ .

(١٠) انظر منهاج الطالبين : ٦٥ ، وتحفة المحتاج : ٣١٥/٥ .

(١١) انظر تحفة المحتاج : ٤٨٨/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٧٣/٤ .

(١٢) انظر منهاج الطالبين : ٦٥ ، وتحفة المحتاج : ٣١٦/٥ .

(١٣) انظر تحفة المحتاج : ٤٨٨/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٧٣/٤ .

(١٤) انظر منهاج الطالبين : ٦٥ ، وتحفة المحتاج : ٣٢١/٥ .

الفصل الأول

الإذن في العبادات

ويشتمل على عدة مباحث :

- المبحث الأول : إذن المؤذن الراتب لغيره بالإذان .
- المبحث الثاني : إذن المؤذن لغيره بالإقامة .
- المبحث الثالث : إذن الإمام الراتب لغيره بالإمامة .
- المبحث الرابع : إذن الإمام (الوالي) لإقامة صلاة الجمعة .
- المبحث الخامس : إذن الزوج في صوم التطوع .
- المبحث السادس : إذن الزوج في الإحکاف .
- المبحث السابع : إذن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله .
- المبحث الثامن : إذن الزوج في الحج .
- المبحث التاسع : إذن الوالدين في الحج .
- المبحث العاشر : الإذن في حج الشخص عن غيره .
- المبحث الحادي عشر : إذن السيد عند إحرام العبد .
- المبحث الثاني عشر : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج .

□□□□□

المبحث الأول

إذن المؤذن
الراتب لغيره بالإذان

□□□□□

الأذان شعيرة من شعائر الإسلام^(١)، شرعت لإعلام الناس بدخول وقت الصلاة، التي هي أعظم أركان الدين، بل هي عموده، ومن ثم شرع للأئمة أن يتخذوا مؤذنين^(٢).

إذا قلنا هذا، واتخذ الإمام مؤذنًا راتباً، فهل لغيره أن يسبقه بالأذان من غير إذن؟

-
- (١) عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ يغير إذا طلع الفجر، وكان يستمع الأذان، فإن سمع أذاناً أمسك، وإلا أثار...» الحديث، متفق عليه واللفظ لمسلم، انظر: البخاري: الأذان (١٠) باب ما يحقن بالأذان من الدماء (٦) ج ١/١٥١، وفي الجهاد والسير (٥٦) باب دعاء النبي ﷺ إلى الإسلام والنبوة (١٠٢) ج ٤/٥، ومسلم: الصلاة (٤) باب الإمساك عن الإغارة على قوم في دار الكفر إذا سمع فيهم الأذان (٦) ج ١/٢٨٨ رقم الحديث (٩).
- (٢) الدليل على إتخاذ الأئمة للمؤذنين: أن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه قال: «يا رسول الله! اجعلني إمام قومي»، قال: «أنت إمامهم، واقتد بضعتهم، واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجراً»، أخرجه أحمد: ٢١/٤، وأبو داود: الصلاة (٢) باب أخذ الأجر على التائمين (٤٠) ج ١/٣١٣ رقم الحديث (٥٣١)، والنسائي: الأذان (٧) باب إتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجراً (٣٢) ج ٢/٢٣ رقم الحديث (٦٧٢). وقد أذن له ﷺ خمسة من الصحابة، هم:
- بلال بن رباح الحبشي (معركة الصحابة: ٥٠/٣ - ٥٩ ترجمة رقم ٢٧٠، والاستيعاب: ١٧٨/١ - ١٨٢ ترجمة رقم ٢١٣، وأسد الغابة: ٢٤٣/١ - ٢٤٥ ترجمة رقم ٤٩٣، والاصابة: ٢٢٦/١ - ٢٢٧ ترجمة رقم ٧٣٦).
- وهب الله وقيل عمرو بن أم مكتوم (الاستيعاب: ٩٩٧/٣ - ٩٩٨ ترجمة رقم ١٦٦٩، وأسد الغابة: ٢٦٣/٤ - ٢٦٤ ترجمة رقم ٤٠٠٥، والاصابة: ٦٠٠/٤ - ٦٠٢ ترجمة رقم ٥٧٦٨).
- وسعد بن حائظ القرظ (الاستيعاب: ٥٩٣/٢ - ٥٩٤ ترجمة رقم ٩٤٢، وأسد الغابة: ٢٥٥/٢ - ٢٥٦ ترجمة رقم ٢٠١١، والاصابة: ٦٥/٣ - ٦٥ ترجمة رقم ٢١٧٣).
- وأبو معذورة، واسمه لؤس، وقيل: سمرة بن معير (الاستيعاب: ١٢١/١ - ١٢٢ ترجمة رقم ١١٦، وأسد الغابة: ١٧٧/١ - ١٧٨ ترجمة رقم ٣٢٤، والاصابة: ١٦٠/١ - ١٦٠ ترجمة رقم ٢٥٨).
- وزيد بن الحارث المصداقي (الاستيعاب: ٥٣٠/٢ - ٥٣١ ترجمة رقم ٨٢٥، وأسد الغابة: ٢٦٩/٢ - ٢٦٩ ترجمة رقم ١٧٩٣، والاصابة: ٨٢/٢ - ٨٢ ترجمة رقم ٢٨٥٢).

اتَّفَقَ الفقهاء^(٣) - رحمهم الله تعالى - على أنه لا ينبغي التعدي على حق المؤذن الراتب في حال وجوده ، ولا يُسَبِّقُ بالأذان من غير إذنه ، بل جزم بعض الفقهاء^(٤) بتحريم ذلك^(٥) .

واستدلوا بفعل الصحابة - رضوان الله عليهم - في زمن المصطفى ﷺ ، فإنهم مع حرصهم على الطاعات ، وتنافسهم على الخيرات وتسابقهم إليها ، لم يكن أحد منهم يتقدم على بلال^(٦) - رضي الله عنه - عند وجوده ، وهو المؤذن الراتب على عهد ﷺ^(٧) .

(٣) انظر : المبسوط : ١٤٠/١ ، وبدائع الصنائع : ١٥١/١ ، وأما المالكية فلم أمتد إلى تعرضهم لهذه المسألة ، ويمكن أن يستأنس بما ذكر في الكافي لابن عبد البر : ١٩٨/١ ، وانظر : الأم : ٧٢/١ - ٧٣ ، وروضة الطالبين : ٢٠٦/١ - ٢٠٧ ، ومغنى المحتاج : ١٤٠/١ ، والمغنى : ٨٩/٢ - ٩٠ ، والإنصاف : ٤٢٨/١ ، وكشاف القناع : ٢٨٠/١ .

(٤) هو أبو الممالئ أسعد ، ويسمى محمداً أيضاً ، ابن المنجي بن بركات التتويحي ، ولد سنة ٥١٩ هـ ، له : النهاية في شرح الهداية ، والخلاصة في الفقه ، توفي سنة ٦٠٦ هـ .

انظر ترجمته في التكملة لوفيات النقلة : ١٧٦/٢ - ١٧٧ ترجمة رقم ١٠٩٩ ، وتاريخ الإسلام . الطبعة الحادية والستون : ص ١٩٥ ، ترجمة رقم ٢٨٦ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٣٦/٢١ - ٤٣٧ ترجمة رقم ٢٣٠ ، والنيل على طبقات الصائبة : ٤٩/٢ - ٥١ ترجمة رقم ٢٢٧ ، والمقصد الأرشد : ٢٨٠ - ٢٧٩/١ ترجمة رقم ٢٨٤ .

(٥) انظر : الإنصاف : ٤٢٨/١ ، وكشاف القناع : ٢٨٠/١ .

(٦) بلال بن رباح الحبشي ، مولى أبي بكر الصديق ، من السابقين إلى الإسلام ، بل هو أول من أسلم من الأرقاء ، حُذِبَ كثيراً بسبب إسلامه حتى اشتراه أبو بكر وأعتقه ، شهد بدرأ والمشاهد كلها ، وهو أول من أذن للرسول ﷺ ، وكان عمر بن الخطاب يقول : « أبو بكر سيدنا وأعتق سيدنا » يعني بلالاً . توفي بدمشق سنة ٢٠ هـ .

انظر ترجمته في معرفة الصحابة : ٥٠/٢ - ٥١ ترجمة رقم ٢٧٠ ، والاستيعاب : ١٧٨/١ - ١٨٢ ترجمة رقم ٢١٢ ، وأسد الغابة : ٢٤٢/١ - ٢٤٥ ترجمة رقم ٤٩٣ ، والإصابة : ٢٣٦/١ - ٢٣٧ ترجمة رقم ٧٣٦ .

(٧) انظر المغنى : ٩٠/٢ .

ولو كان التقدم على المؤذن الراتب بغير إنذه جائزاً ، لتسابق الصحابة - رضي الله عنهم - إلى فعل ذلك ، رغبة فيما ثبت للمؤذنين من الأجر الجزيل والثواب الكثير ، ورجاء أن يشملهم دعاء النبي ﷺ للمؤذنين بقوله : « اللهم أرشد الأئمة ، واغفر للمؤذنين » (٨) .

أما إن غاب المؤذن الراتب ، أو تأخر ، فإنه يجوز لغير الراتب أن يؤذن (٩) .

والدليل على ذلك :

أن زياد بن الحارث الصدائي (١٠) أذن لصلاة الفجر حين غاب بلال - رضي الله عنهما - (١١) .

(٨) أخرجه الشافعي في المسند : كتاب الصلاة ، الباب الثاني في الأذان : ج ١/٩٠ رقم الحديث ١٧٥ ، وابن أبي شيبة ، كتاب الأذان والإقامة ، في فصل الأذان وثوابه : ج ١/٢٢٤ ، وأحمد : ٢٨٤/٢ ، ٣٧٨ ، ٣٨٢ ، ٤٢٤ ، ٤٧٢ ، ٥١٤ ، والترمذي : الصلاة (٢) باب ماجاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن (٢٩) ج ١/٤٠٢ رقم الحديث ٢٠٧ .

(٩) انظر المغني : ٨٩/٢ - ٩٠ ، وكشاف القناع : ٢٨٠/١ ، وشرح المنتهى : ١٢٠/١ .
(١٠) زياد بن الحارث الصدائي ، حليف بني الحارث بن كعب بن مَجْع ، بايع النبي ﷺ ، وأذن بين يديه ، وجهز النبي ﷺ جيشاً إلى قومه صداء ، فقال : يا رسول الله ! أريدكم وأنا لك بإسلامهم ، فرد الجيش وكتب إليهم ، فجاء وفدهم بإسلامهم ، فقال ﷺ : « إنك مطاع في قومك يا أخا صداء » فقال : هل الله هداهم .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٥٣٠/٢ - ٥٣١ ترجمة رقم ٨٢٥ ، وأسد الغابة : ٢/٢٦٩ ترجمة رقم ١٧٩٣ ، والاصابة : ٥٨٢/٢ ترجمة رقم ٢٨٥٢ .
وصدء قبيلة من اليمن . انظر الأنساب : ٣٩/٨ - ٤٠ .

(١١) أخرجه ابن أبي شيبة : كتاب الأذان والإقامة ، في الرجل يؤذن ويقيم غيره : ج ١/٢١٦ ، وأحمد : ١٦٩/٤ ، وابن ماجه : أبواب الأذان (٤) باب السنة في الأذان (٢) ج ١/١٣٠ برقم ٧٠٢ ، وأبو داود : الصلاة (٢) باب في الرجل يؤذن ويقيم آخر (٣٠) ج ١/٣٥٢ برقم ٥١٤ ، والترمذي : أبواب الصلاة (٢) باب ماجاء أن من أذن فهو يقيم (٣٢) ج ١/٢٨٣ برقم ١٩٩ ، والبيهقي : الصلاة ، باب الرجل يؤذن ويقيم غيره : ج ١/٣٩٩ .

وأمّا إذا أذن غير الراتب ، فما حكم أذانه ؟ وهل يعاد الأذان من قبل المؤذن الراتب أو لا ؟

الجمهور على أن أذانه صحيح ، ويعتد به ، ولا يعاد^(١٢) .

واستدلوا بفعل زياد بن الحارث الصدائي عندما أذن لصلاة الفجر لمّا غاب بلال ، ولم يعد بلال الأذان ، فدل على أن الأذان صحيح ويعتد به .

أمّا الإمام أحمد^(١٣) - رضي الله عنه - فقد استحَبَّ إعادة الأذان للمؤذن الراتب^(١٤) .

واستدل بما جاء عن عبدالعزيز بن رفيع^(١٥) ، قال : رأيت رجلاً أذن

(١٢) هذا مفهوم من كلامهم ، لأنهم جئوا إقامة غير المؤذن ، والإحتداد به مع ورود حديث « من أذن فهو يقيم » فلأن يجوز أذان غير الراتب من باب أولى ، على أن أذان غير الراتب خلاف الأولى ، وانظر المغني : ٧١/٢ .

(١٣) هو الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، أبو عبد الله ، الإمام صاحب المذهب ، أحد الأئمة الأربعة ، ولد سنة ١٦٤ هـ ، وتوفي سنة ٢٤١ هـ ، امتحن في فتنه « خلق القرآن » ، وثبت على الحق ، ولقى صنوف العذاب ، شهركه تفني عن التعريف به ، له : المسند ، وفضائل الصحابة ، والزهد ، والعلل .

انظر ترجمته في الجرح والتعديل : ٢٩٢/١ - ٣١٣ ، وتاريخ بغداد : ٤١٢/٤ - ٤٢٣ ترجمة رقم ٢٣١٧ ، وطبقات الحنابلة : ٤/١ - ٢٠ ترجمة رقم ١ ، ومناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ، وسير أعلام النبلاء : ١٧٧/١١ - ٣٥٧ ترجمة رقم ٧٨ ، والمقصد الأرشد : ٦٤/١ - ٧٠ ترجمة رقم ١ ، والجوهر المحصل في مناقب الإمام أحمد بن حنبل للسعدى .

(١٤) انظر المغني : ٧١/٢ ، والانصاف : ٤٢٨/١ ، وكشاف القناع : ٢٨٠/١ ، وشرح المنتهى : ١٣٠/١ .

(١٥) عبد العزيز بن رفيع ، بقاء ، مصنف ، أبو عبد الله الأسدي ، تزيل الكوفي ، المحدث الثقة ، جاوز التسعين ، وتوفي سنة ١٢٠ هـ .

انظر ترجمته في الجرح والتعديل : ٣٨١/٥ رقم ١٧٨٢ ، وتاريخ الإسلام : حوادث ووفيات ١٢١ - ١٤٠ هـ ص : ١٦٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٢٨/٥ - ٢٢٩ رقم ٩٦ ، وتقريب التهذيب : ٢٥٧ ترجمة رقم ٤٠٩٥ .

قبل أبي محنورة^(١٦) ، قال : فجاء أبو محنورة ، فأذن ، ثم أقام^(١٧) .

الجواب عن هذا الاستدلال .

فعلُ أبي محنورة فعل صحابي ، وفعلُ بلال فعلُ صحابي اقترن
بتقرير الرسول ﷺ له ؛ إذ أنه لما حضر لم يعد الأذان ، ولو كانت
الإعادة مستحبة لأمره ﷺ بذلك ؛ فتقريره ﷺ له على عدم الإعادة دليل
على عدم استحباب ذلك . فالأذان صحيح عند الجميع ولا يجب الإعادة
والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١٦) أبو محنورة أوس بن معير ، القرشي الجمحي ، مؤذن رسول الله ﷺ بمكة بعد الفتح ، غلبت عليه
كنيته ، وقال أبو نعيم أن اسمه سمرة .

انظر ترجمته في معرفة الصحابة : ٢/٣٦٥ رقم ١٩٠ ، والاستيعاب : ١/١٢١ ترجمة رقم ١١٦
واسد الغابة : ١/١٧٧ ترجمة رقم ٢٢٤ ، والإصابة : ١/١٦٠ ترجمة رقم ٣٥٨ .

(١٧) أخرجه ابن أبي شيبة : كتاب الأذان والإقامة ، في الرجل يذن ويقيم غيره : ج ١/٢١٦
والبيهقي : الصلاة باب الرجل يذن ويقيم غيره : ج ١/٣٩٩ .

المبحث الثاني

إذن المؤذن
الراتب لغيره بالإقامة

□□□□□

يندرج تحت هذا المبحث ثلاث مسائل :

المسألة الأولى :

اتفق الفقهاء على أن الأصل في الأذان ، والإقامة ، أن يتولاهما واحد^(١) ؛ لأن مؤذني رسول الله ﷺ ، كانوا يتولون الإقامة في عهده فبلال - رضي الله عنه - كان يؤذن لرسول الله ﷺ ، ويأمره ﷺ بالإقامة ، بقوله : « أرحنا بها يا بلال »^(٢) .

المسألة الثانية :

اتفق الفقهاء على صحة إقامة غير المؤذن بإذنه ، لأن الإقامة من حق المؤذن ، وحيث أذن لغيره ، فقد زال المانع بتنازله عن حقه^(٣) .

المسألة الثالثة :

اختلف الفقهاء في كراهة إقامة غير المؤذن بلا إذن منه مع اتفاقهم على صحتها ، وإجزائها ، فانقسموا إلى فريقين :

(١) انظر : المبسوط : ١٣٢/١ ، وبدائع الصنائع : ١٥١/١ - ١٥٢ ، وحاشية ابن عابدين : ٣٩٥/١

والكافي لابن عبد البر : ١٩٨/١ ، ومواهب الجليل : ٤٥٣/١ - ٤٥٤ ، واللمعة : ١٩٨/١

والمجموع : ١١٦/٣ - ١١٧ ، وروضة الطالبين : ٢٠٧/١ ، ومغنى المحتاج : ١٤٠/١ ، والمغنى :

٧١/٢ ، والإنصاف : ٤١٨/١ ، وكشاف القناع : ٢٧٧/١ - ٢٨٠ .

(٢) أحمد : ٣٦٤/٥ ، وأبو داود : الألب (٣٥) باب في صلاة العتمة (٨٦) ج ٢٦٢/٥ ، الحديث رقم

٤٩٨٥ ، والطبراني في الكبير : ٣٣٩/٦ - ٣٤٠ ، الحديث رقم ٦٢١٤ ، وأبو نعيم

الأسبغاني في ذكر أخبار أصبهان : ٢٤٩/٢ .

(٣) انظر المصادر المذكورة في التعليق رقم (١) .

الفريق الأول : وهم الحنفية^(٤) ، والمالكية^(٥) ، والحسن البصري^(٦)

وابو ثور^(٧) قالوا : لا فرق بين أن يقيم المؤذن أو يقيم غيره .
واستدلوا بما يأتي :

١ - عن عبد الله بن زيد ^(٨) - رضى الله عنه - أنه أرى الأذان في المنام فأتى النبي ﷺ فأخبره ، فقال : « ألقه على بلال » ،
فألقاه عليه ، فأنذن بلال ، فقال عبد الله : أنا رأيته ، وأنا كنت
أريده قال : « فاقم أنت » ^(٩) .

(٤) المبسوط : ١٣٢/١ ، وديانغ الصنائع : ١٥١/١ - ١٥٢ ، وحاشية ابن عابدين : ٣٩٥/١ .

(٥) الكافي لابن عبد البر : ١٩٨/١ ، ومواهب الجليل : ٤٥٣/١ - ٤٥٤ ، والشرح الصغير : ٢٥٥/١
والنسوقى : ١٩٨/١ - ١٩٩ .

(٦) مصنف ابن أبي شيبة : ٢١٦/١ ، والحسن البصري هو : أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن
يسار ، البصري ، مولى زيد بن ثابت الأنصاري ، ولد لستين بقيتا من خلافة عمر رضى الله عنه
توفي سنة ١١٠ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ١٥٦/٧ - ١٧٨ ، وتهذيب الكمال : ٩٥/٦ - ١٢٧ رقم ١٢١٦
وتاريخ الإسلام : حوادث ١٠١ - ١٢٠ هـ ص ٤٨ - ٦٣ رقم ٣٤ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٦٣/٤ -
٥٨٨ رقم ٢٢٣ .

(٧) الاعتبار في النسخ والمنسوخ من الآثار الحازمي : ص ١٩٥ ، وأبو ثور هو إبراهيم بن خالد
الكلبي البغدادي الفقيه ، ولد في حدود سنة ١٧٠ هـ ، صاحب الشافعي ، توفي سنة ٢٤٠ هـ .

انظر ترجمته في الفهرست : ٢٦٥ ، وتهذيب الكمال : ٨٠/٧ - ٨٣ رقم ١٦٩ ، وسير أعلام النبلاء :
٧٢/١٢ - ٧٦ رقم ١٩ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٧٤/٢ - ٨٠ رقم ١٥ .

(٨) عبد الله بن زيد بن ثعلبة ، الخزرجي الحارثي ، شهد بدرًا وسائر المشاهد وكانت معه راية بني
الحارث بن الخزرج يوم الفتح ، وهو أحد الذين شهدوا العقبة ، توفي سنة ٣٢ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩١٢/٣ - ٩١٣ ترجمة رقم ١٥٣٩ ، وأسد الغابة : ٢٤٧/٣ - ٢٤٩
ترجمة رقم ٢٩٥٣ ، والاصابة : ٩٧/٤ - ٩٨ ترجمة رقم ٤٦٨٩ .

(٩) الطيالسي : ص ١٤٨ ، حديث رقم ١١٠٣ ، وأحمد : ٤٢/٤ ، وأبو داود : الصلاة (٢) باب في
الرجل يؤذن ويقيم آخر (٣٠) ج ٣٥١/١ الحديث رقم ٥١٢ . قال ابن حجر : هو من حديث محمد بن
عمرو الواقفي ، بينه الطيالسي في روايته ، وهو ضعيف ، واختلف عليه فيه ، فقليل عن محمد بن
عبد الله ، وقيل عن عبد الله بن محمد . قال ابن عبد البر اسناده حسن ، أحسن من حديث
الإفريقي - من أنن فهو يقيم اهـ . (تلخيص الحبير : ٢٠٩/١) ، وقال عنه يعقوب بن معين : ضعيف
(تاريخ يعقوب بن معين رواية الدوري : ٩٦/٤ رقم ٣٣٢٨) ، وقال الحازمي حديث حسن (الاعتبار
: ١٩٥) ، وقال البيهقي في الخلافيات : إسناده صحيح . (الدراية : ١١٥/١) وانظر تهذيب
التهذيب : ٣٧٨/٩ - ٣٧٩ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الإقامة لو لم تكن جائزة من غير إذن المؤذن ، لما أمره ﷺ أن يقيم هو وقد أذن بلال فدلّ على جواز ذلك مع عدم الكراهة ؛ إذ الرسول ﷺ لا يأمر بالمكروه .

الجواب عن هذا الاستدلال :

على فرض صحة الحديث فإنه يحتمل أنه أراد تطيب قلبه ؛ لأنه رأى المنام ، أو لبيان الجواز ، فلا دلالة فيه على ما ذهبتم إليه ^(١٠) .

٢ - عن بعض بني مؤذني النبي ﷺ ، قال : كان ابن أم مكتوم ^(١١) يؤذن ويقيم بلال ، وربما أذن بلال ، وأقام ابن أم مكتوم ^(١٢) .

٣ - وجه الدلالة من هذا النص : أنه ظاهر في جواز إقامة غير المؤذن من غير كراهة ، فلا يُقدّم الصحابة على فعل مكروه في زمنه ﷺ ، ويقرّهم على ذلك .

الجواب عن الدليل :

الدليل في غير محلّ النزاع ؛ لأن محلّ النزاع فيما إذا أقام من غير إذنه ، فمن أين لكم أن إقامة بلال ، كان بغير إذن ابن أم مكتوم ، بل الظاهر عكس ذلك من أنه كان باذنهما ورضاهما ، حيث كانا يتبادلان الأذان والإقامة .

(١٠) نصب الراية : ٢٨٠/١ .

(١١) عمرو بن قيس بن زائدة القرشي العامري ، ابن أم مكتوم ، وقيل اسمه عبد الله ، مؤذن رسول الله ﷺ ، فيه نزلت سورة « عيس » ، استخلفه رسول الله ﷺ على المدينة ثلاث عشرة مرة في غزواته

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٩٧/٣ - ٩٩٨ ترجمة رقم ١٦٦٩ ، وأسد الغابة : ٢٦٣/٤ - ٢٦٤

ترجمة رقم ٤٠٠٥ ، والإصابة : ٦٠٠/٤ - ٦٠٢ ترجمة رقم ٥٧٦٨ .

(١٢) مصنف ابن أبي شيبة : كتاب الأذان والإقامة ، في الرجل يؤذن ويقيم غيره : ج ٢١٦/١ .

الفريق الثاني : وهم الشافعية ^(١٣) والحنابلة ^(١٤) ، قالوا :

يكره إقامة غير المؤذن بدون إذنه ^(١٥) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - حديث زياد بن الحارث الصدائي - رضي الله عنه - : « أمرني رسول

الله ﷺ أن أؤذن في صلاة الفجر ، فأذنت ، فأراد بلال أن يقيم

فقال : « إن أخا صداء قد أذن ومن أذن فهو يقيم » ^(١٦) .

وجه الدلالة من الحديث :

إخبار النبي ﷺ بحق المؤذن في الإقامة وإقامة غيره بغير رضاه

يُعدّ تعدياً على حقه .

مناقشة الدليل :

الحديث فيه عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي ^(١٧) ، ضعفه يحيى

ابن سعيد القطان ^(١٨) وغيره ^(١٩) ، وقال أحمد : لا أكتب حديث الإفريقي ^(٢٠) .

(١٣) المجموع : ١١٦/٣ - ١١٧ ، وروضة الطالبين : ٢٠٧/١ ، ومغنى المحتاج : ١٤٠/١ ، ونهاية

المحتاج : ٣٩٩/١ - ٤٠٠ ، وتحفة المحتاج : ٤٧٧/١ .

(١٤) المغنى : ٧١/٢ ، والإنصاف : ٤١٨/١ ، وكشاف القناع : ٢٧٧/١ - ٢٨٠ ، وشرح المنتهى :

١٢٦/١ - ١٢٨ .

(١٥) قال النووي : وإذا أقام غير من أذن فهو خلاف الأولى ، ولا يقال مكروه ، وقيل أنه مكروه ، وبه جزم

العبدري ، ونقل مثله عن أحمد : قال وقال مالك وأبو حنيفة لا يكره .

المجموع : ١١٧/٣ ، وانظر الإنصاف : ٤١٨/١ .

(١٦) سبق تخريجه ، انظر التطبيق رقم (١١) من مبحث « إذن المؤذن الراتب لغيره بالأذان » ص ٣٣ .

(١٧) عبد الرحمن بن زياد بن أنعم ، بفتح أوله وسكون النون وضَمُّ الميملة ، الإفريقي قاضيها ، ضعيف

في حفظه ، مات سنة ١٥٦ هـ ، وقيل بعدها ، وقيل جاوز المائة ، ولم يصح ، وكان رجلاً صالحاً .

انظر ترجمته في التاريخ الكبير : ٢٨٣/٥ رقم ٩١٦ ، والجرح والتعديل : ٢٣٤/٥ - ٢٣٥ رقم ١١١١

وسير أعلام النبلاء : ٤١١/٦ - ٤١٢ رقم ١٦٩ ، وتهذيب التهذيب : ١٧٣/٦ - ١٧٦ رقم ٢٥٥

وتقريب التهذيب : ٢٤٠ رقم ٣٨٦٢ .

الرد :

إن ضعفه ابن القطان ، فقد قوى أمره البخاري^(٣١) ، وقال عنه :
مقارب الحديث^(٣٢) .
وقال الترمذي^(٣٣) : والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم : أن من
أذن فهو يقيم^(٣٤) .

(١٨) أبو سعيد يحيى بن سعيد بن فروخ ، التميمي مولاهم ، البصري ، القطان ، الأحول ، الثقة
المتقن ، الحافظ ، الإمام ، القوة ، ولد سنة ١٢٠ هـ ، انتهى إليه الحفظ ، وتخرج به الحفاظ ، توفي
سنة ١٩٨ هـ .
انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٢٩٣/٧ ، والتاريخ الكبير : ٢٧٦/٨ - ٢٧٧ رقم ٢٩٨٣ ،
والجرح والتعديل : ١٥٠/٩ - ١٥١ رقم ٦٢٤ ، وسير أعلام النبلاء : ١٨٠/٩ - ١٨٨ رقم ٥٣ ،
وتهذيب التهذيب : ٢١٦/١١ - ٢٢٠ رقم ٣٥٨ .
(١٩) انظر سنن الترمذي : ٣٨٤/١ .
(٢٠) المصدر نفسه ، وفي العلل للإمام أحمد رواية المروزي : هو منكر الحديث . ص ١٢٠ رقم ٢٠٤ .

(٢١) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، البخاري ، الإمام الحافظ ، شهرته وشهرة
كتابه « صحيح البخاري » ، تفنيان عن التعريف به ، ولد سنة ١٩٤ هـ ، أمير المؤمنين في الحديث ،
وكتابه أصبح كتاب بعد كتاب الله تعالى ، له : الجامع الصحيح ، التاريخ الكبير ، التاريخ الصغير
توفي ليلة عيد الفطر سنة ٢٥٦ هـ .
انظر ترجمته في الجرح والتعديل : ١٩١/٧ رقم ١٠٨٦ ، وتاريخ بغداد : ٤/٢ - ٣٤ رقم ٤٢٤ ، وطبقات
الحنابلة : ٢٧١/١ - ٢٧٩ رقم ٣٨٧ ، وتهذيب الأسماء واللغات : ٦٧/١ - ٧٦ رقم ٣ ، وسير أعلام
النبلاء : ٢٩١/١٢ - ٤٧١ رقم ١٧١ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٢١٢/٢ - ٢٤١ رقم ٥٤ .
(٢٢) انظر سنن الترمذي : ٣٨٤/١ ، وأخرج ابن شاهين في تاسخ الحديث ومنسوخه ص ١٦١ شاهداً
له من حديث ابن عمر ، رقم الحديث ١٦٨ .
وقال أحمد شاكر : عبد الرحمن بن زياد بن أنعم ليس ضعيفاً بل هو ثقة .
انظر تعليقاته على سنن الترمذي : ٧٦/١ رقم ٥٤ ، ٣٨٤/١ رقم ١٩٩ ، وتعليقه على المحلى لابن
حزم : ٥٤/٣ - ١٩٦ ، ٥٥ .
(٢٣) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، الإمام الحافظ العلم ، ولد حدود سنة ٢١٠ هـ
صاحب الجامع الصحيح المشهور بسنن الترمذي ، وله كذلك : العلل ، توفي سنة ٢٧٩ هـ .
انظر ترجمته في وفيات الأعيان : ٢٧٨/٤ رقم ٦١٣ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٧٠/١٣ - ٢٧٧ رقم
١٣٢ ، وتهذيب التهذيب : ٢٨٧/٩ - ٢٨٩ رقم ٦٣٦ ، وطبقات الحفاظ : ٢٧٨ رقم ٦٣٥ ، وشذرات
الذهب : ٣٢٧/٣ - ٣٢٨ .
(٢٤) سنن الترمذي : ٣٨٥/١ .

٢- القياس على خطبتي الجمعة ، بجامع أن الأذان والإقامة أفعال من الذكر يتقدمان الصلاة كالخطبتين ، فكما أن الخطبتين يتولاهما شخص واحد فكذلك الأذان والإقامة (٢٥) .

والجواب عنه :

بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ الخطبتان ركن من أركان صلاة الجمعة ولا تصح بدونهما ، وليس الأذان والإقامة بركنين للصلاة .

الترجيح :

مما سبق يتبين أن الفقهاء قد اتفقوا على إجزاء الإقامة من غير المؤذن ولكن اختلفوا في كراهته وعدم الكراهية .

إذا لم نقل بنسخ حديث عبدالله بن زيد ، بحديث الصدائي ؛ لتأخر حديث الصدائي عن حديث عبد الله بن زيد (٢٦) ، ولم نسلم ايضاً بأنه من خصوصيات عبد الله بن زيد ؛ لإختصاصه بمزية الرؤيا (٢٧) ، فإنه يمكننا القول بالجمع بين الحديثين ، بحمل حديث عبدالله بن زيد على بيان الجواز ، وحديث الصدائي على الأفضل .

(٢٥) المغنى : ٧١/٢ .

(٢٦) قال بالنسخ ابن شاهين في كتابه ناسخ الحديث ومنسوخه : ص ١٦٦ - ١٦٧ ، وقد أنكر العازمي النسخ ، وقال : ادعاء النسخ مع إمكان الجمع بين الحديثين على خلاف الأصل . الاعتبار : ص ١٩٦ .

(٢٧) نكره الشوكاني في نيل الأوطار : ١٣٠/٢ .

ويمكن التوفيق بين الآراء ، على التفصيل ، جمعاً بينها ، لا سيما
 وأنها متفقة على الجواز ، والإجزاء ؛ بل إنه إن كان يعلم من حال المؤذن
 أنه لا يتأذى من هذا التصرف فلا كراهة ، وإن كان يتأذى من ذلك
 الفعل كان مكروهاً ؛ لأن فيه اكتساب أذى المسلم ^(٢٨) . والله سبحانه
 وتعالى أعلم .

(٢٨) مما يؤيد هذا الجمع قول الشافعي رحمه الله : « وإذا لئن الرجل أحببت أن يتولى الإقامة ؛ لشيء
 يروى فيه أن من أذن أقام ، وذلك والله تعالى أعلم أن المؤذن إذا غنى بالأذان دون غيره ، فهو أولى
 بالإقامة ، وإذا أقام غيره لم يكن يمتنع من كراهية ذلك ، وإن أقام غيره أجزاءه إن شاء الله
 تعالى » اهـ .

الأم : ٧٤/٨ ، وذهب إلى هذا الجمع أيضاً الكاساني : بدائع الصنائع : ١٥١/٨ .

المبحث الثالث

إذن الإمام
الراتب لغيره بالإمامة

□□□□□

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أحقية الإمام الراتب في مسجده
وتقديمه على غيره ، إلا على السلطان ، أو نائبه ؛ لعموم ولايتهما ^(١) .
فيقدم الإمام الراتب على الأئمة ، والأقرأ ، والأسن ، وغير ذلك ،
وإن كان من الأجدر بالإمام ، أن يقدم على نفسه من كان أعلم منه ،
واتقى ، وأودع ، وأفقه .

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن أبي مسعود البدرى ^(٢) ، قال : قال رسول الله ﷺ : « يؤمُّ القوم
أقرؤهم لكتاب الله ، فإن كانوا في القراءة سواء ، فأعلمهم بالسنة ،
فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة ، فإن كانوا في الهجرة
سواء فأقدمهم سلماً ، وفي رواية سنّاً ، ولا يؤمُّ الرجلُ الرجلَ في
سلطانه ، ولا يقعد في بيته على تكرمته إلا بأذنه » ^(٣) وفي رواية ^(٤)
« ولا تؤمن الرجل في أهله ولا في سلطانه ، ولا تجلس على تكرمته
في بيته إلا أن يأذن لك . أو بأذنه » .

(١) انظر : بدائع الصنائع : ١٥٨/١ ، ومجمع الأنهر : ١٠٧/١ ، وابن عابدين : ٥٥٩/١ ، والمدونة :
٨٣/١ ، والشرح الصغير : ٤٥٤/١ ، والنسوقى : ٣٤٢/١ ، والمجموع : ١٦١/٤ ، وروضة الطالبين :
٣٥٧/١ ، ومغنى المحتاج : ٢٤٤/١ - ٢٤٥ ، والمغنى : ٤٢/٣ - ٤٣ ، والمبدع : ٦٢/٢ ، والإنصاف :
٢١٦/٢ - ٢١٧ ، وكشاف القناع : ٥٣٦/١ .

(٢) أبو مسعود الأنصارى البدرى ، واسمه عقبه بن عمرو ، مشهور بكنته ، لم يشهد بديراً وإنما سكن
بديراً ، شهد العقبة الثانية ، وشهد أحداً وما بعدها من المشاهد ، سكن الكوفة ، واستخلفه علي رضي
الله عنه عليها لما سار إلى صفين .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٠٧٤/٣ - ١٠٧٥ ترجمة رقم ١٨٢٧ ، و١٧٥٦/٤ - ١٧٥٧ ترجمة
رقم ٣١٧٣ ، وأسد الغابة : ٥٧/٤ ترجمة رقم ٣٧١١ ، و٢٨٦/٦ - ٢٨٧ ترجمة رقم ٦٢٤٢
والإصابة : ٥٢٤/٤ ترجمة رقم ٥٦١٠ .

(٣) مسلم : المساجد ومواضع الصلاة (٥) باب من أحق بالإمامة ؟ (٥٣) ج ١/٤٦٥ رقم ٢٩٠ ، والتكرمة
: الموضع الخاص لجلوس الرجل من فراش أو سرير مما يُعدُّ لإكرامه . النهاية ١٦٨/٤ « كرم » .

(٤) المصدر نفسه ، والصفحة نفسها ، رقم ٢٩١ .

وجه الدلالة من الحديث :

الرسول ﷺ نهى أن يتقدم رجل على غيره في سلطانه، والإمام الراتب سلطان في مسجده ، فدلّ على أن الإمام الراتب أحق بالإمامة من غيره ، ولا ينبغي لغيره أن يتقدم عليه إلا بإذنه .

٢ - عن مالك بن الحويرث ^(٥) - رضي الله عنه - قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من زار قوماً فلا يؤمهم ، وليؤمهم رجلٌ منهم » ^(٦) .

وجه الدلالة من الحديث :

دلّ الحديث على أن الإنسان لا يتقدّم على جماعة ، لهم إمام راتب منهم ، فتبين أحقية الإمام الراتب بالإمامة في مسجده .

٣ - عن أبي هريرة ^(٧) - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « لا يحلّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ، أن يؤمّ قوماً إلا بإذنهم » ^(٨) .

(٥) مالك بن الحويرث بن أشيم ، أبو سليمان ، قدم على النبي ﷺ في شبعة من قومه ، فعلمهم الصلاة وأمرهم بتعليم قومهم ، توفى بالبصرة سنة ٩٤ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٣٤٩/٣ ترجمة رقم ٢٢٦١ ، وأسد الغابة : ٢٠/٥ - ٢١ ترجمة رقم ٤٥٨٠ ، والإصابة : ٧١٩/٥ - ٧٢٠ ترجمة رقم ٧٢٦٣ .

(٦) أحمد : ٤٣٦/٣ ، ٤٣٧ ، ٥٣/٥ ، وأبو داود : الصلاة (٢) باب إمامة الزائر (٦٦) ج ٣٩٩/١ رقم ٥٩٦ ، والترمذي : الصلاة (٢) باب ما جاء فيمن زار قوماً لا يصلّي بهم (١٤٧) ج ١٨٧/٢ رقم ٢٥٦ ، والنسائي : الإمامة (١٠) إمامة الزائر (٩) ج ٨٠/٢ رقم ٧٨٧ ، والطبراني : الكبير : ٢٨٦/١٩ ، والبيهقي : الصلاة ، باب الإمام الراتب أولى من الزائر : ١٢٦/٣ .

(٧) أبو هريرة الدوسي ، صاحب رسول الله ﷺ وأكثر أصحابه حديثاً عنه ، واختلف في اسمه كثيراً ، ودرج النوى (في تهذيب الأسماء واللغات : ٢٧٠/٢ رقم ٤٣٦) أن اسمه عبد الرحمن بن صخر ، أسلم عام خيبر ، وشهدا مع رسول الله ﷺ ، ثم لزمه وواظب عليه رغبة في العلم ، فدعا له رسول الله ﷺ ، توفى بالمدينة سنة ٥٧ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٧٦٨/٤ - ١٧٧٢ ترجمة رقم ٢٢٠٨ ، وأسد الغابة : ٣١٨/٦ - ٣٢١ ترجمة رقم ٦٣١٩ ، والإصابة : ٤٢٥/٧ - ٤٤٥ ترجمة رقم ١٠٦٧٤ .

(٨) أبو داود : الطهارة (١) باب أيصلي الرجل وهو حاقن ؟ (٤٢) ج ٧٠/١ - ٧١ ، رقم الحديث ٩١ .

وجه الدلالة من الحديث :

إخبار الرسول ﷺ بعدم جواز التقدم على الإمام الراتب إلا بإذنه ،
لأنه من القوم الذين نهى رسول الله ﷺ التقدم عليهم بغير إذنهم .

٤ - قال نافع ^(٩) : أقيمت الصلاة في مسجد بطائفة من المدينة ، ولابن
عمر ^(١٠) قريباً من ذلك المسجد أرض يعملها ، وإمام ذلك المسجد
مولى له ، ومسكن ذلك المولى وأصحابه ثمة ، قال : فلما سمعهم
عبد الله ، جاء ليشهد معهم الصلاة ، فقال له المولى صاحب
المسجد : تقدّم فصلّ ، فقال له عبد الله : أنت أحق أن تصلى في
مسجدك مني ، فصلّى المولى ^(١١) .

وجه الدلالة :

أن قول ابن عمر « أنت أحق أن تصلى في مسجدك مني » صريح
في أحقيته لكونه الإمام الراتب في ذلك المسجد ، وهذا قول صحابي لا
يعرف له مخالف .

(٩) نافع ، أبو عبد الله القرشي العدوي ، مولى ابن عمر وداويته ، ثقة ثبت فقيه مشهور ، قال
مالك عنه : كنت إذا سمعت حديث نافع عن ابن عمر لا أبالي ألا أسمع من غيره ، توفي سنة
١١٧ هـ .

انظر ترجمته في التاريخ الكبير : ٨٤/٨ - ٨٥ رقم ٢٢٧٠ ، والمعرفة والتاريخ : ٦٤٥/١ - ٦٤٧
وتاريخ الإسلام : حوادث ١٠١ - ١٢٠ هـ من : ٤٨٨ - ٤٩٠ ، وسير أعلام النبلاء : ٩٥/٥ - ١٠١
ترجمة رقم ٣٤ ، وتهذيب التهذيب : ٤١٢/١٠ - ٤١٥ رقم ٧٤٢ .

(١٠) عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي ، العدوي ، أبو عبد الرحمن ، أسلم مع أبيه وهو صغير لم
يبلغ الحلم ، شهد الخندق وما بعدها من المشاهد ، وكان كثير الإتيان لأثر رسول الله ﷺ ، وصفه
رسول الله ﷺ بالصلاح ، توفي سنة ٧٣ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٥٠/٣ - ٩٥٣ ترجمة رقم ١٦١٢ ، وأسد الغابة : ٣٤٠/٣ - ٣٤٥
ترجمة رقم ٣٠٨٠ ، والإصابة : ١٨١/٤ - ١٨٨ ترجمة رقم ١٠٨٩ .

(١١) الشافعي : في المسند : الصلاة ، الباب السابع في الجماعة وأحكام الإمامة : ج ١/١٠٨ - ١٠٩
رقم ٢٢١ ، والبيهقي : الصلاة ، باب الإمام الراتب لولي من الزائر : ١٢٦/٣ .

بعد أن بيّنا حكم إمامة الراتب ، وسردنا الأدلة على ذلك بقي أن
نعلم حكم إمامة غير الراتب إن أمّ الناس .
لإمامة غير الراتب حالتان :
الحالة الأولى :

أن يكون تقدمه للإقامة بإذن الإمام الراتب .
نصوص العلماء ^(١٢) تدل على أن إمامته في هذه الحالة صحيحة
ولا كراهة فيها : لقوله ﷺ : « ولا يؤمن الرجلُ الرجلُ في سلطانه ، ولا
يقعد في بيته على تكريمته إلا بإذنه » ^(١٣) ، حيث علّق الحكم على الإذن
وإنما شرع الإذن حفظاً لحق الإمام الراتب ، فإذا تنازل الإمام الراتب
عن حقه ، برضاه ، وأذن لغيره ، لم يبق مانع من إمامة غيره ^(١٤) .
الحالة الثانية :

أن يكون تقدمه للإمامة بغير إذن الإمام الراتب . اختلف الفقهاء في
حكم هذه الحالة فذهبوا إلى رأيين :
الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ^(١٥) ، والمالكية ^(١٦)
والشافعية ^(١٧) ، إلى كراهة إمامة غير الراتب بغير إذنه مع القول
بصحته .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع : ١٥٨/١ ، والمدونة : ٨٢/١ ، ونهاية المحتاج : ١٧٨/٢ ، والمغنى :
٤٣/٣ .

(١٣) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣ من هذا المبحث ص ٤٥ .

(١٤) انظر : الأم للشافعي : ١٤٠/١ ، والمغنى : ٤٣/٣ .

(١٥) انظر : بدائع الصنائع : ١٥٨/١ ، ومجمع الأنهر : ١٠٧/١ ، وحاشية ابن عابدين : ٥٥٩/١ .

(١٦) انظر : المدونة : ٨٢/١ ، والشرح الصغير : ٤٥٤/١ ، والسوقى : ٣٤٢/١ .

(١٧) انظر الأم : ١٤٠/١ ، ومغنى المحتاج : ٢٤٤/١ - ٢٤٥ ، ونهاية المحتاج : ١٧٨/٢ .

واستدلوا لذلك بما يأتي :

- ١ - عن سهل بن سعد الساعدي ^(١٨) - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ ذهب ليصلح بين بني عمرو بن عوف ^(١٩) ، فحضرت الصلاة قبل مجيء النبي ﷺ فقدموا أبا بكر ^(٢٠) ليصلي ^(٢١) .

وجه الدلالة :

أن الفعل لو كان حراماً ، لما أقر النبي ﷺ أبا بكر على ذلك ، بل ولم يكن ليفعله أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - وهو أفضل الأمة بعد رسول الله ﷺ .

(١٨) سهل بن سعد بن مالك الأنصاري الساعدي ، أبو العباس ، عَمْرٌ طويلاً ، وهو آخر من بقي بالمدينة من أصحاب رسول الله ﷺ ، تولى سنة ٨٨ هـ ، وقيل سنة ٩١ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٦٦٤/٢ - ٦٦٥ ترجمة رقم ١٠٨٩ ، وأسد الغابة : ٤٧٢/٢ - ٤٧٣ ترجمة رقم ٢٢٩٣ ، والإصابة : ٢٠٠/٣ ترجمة رقم ٢٥٣٥ .

(١٩) بطن من الخزرج وهم بنو عمرو بن عوف بن الخزرج .

انظر : جمهرة أنساب العرب : ص ٢٥٣ ، ونهاية الأرب للقلقشندي ص ٣٣٥ .

(٢٠) أبو بكر الصديق ، عبد الله بن عثمان بن عامر القرشي التيمي ، ابن أبي قحافة ، صاحب رسول الله ﷺ في الفار والهجرة ، وخليفته من بعده ، وأفضل الأمة بعد نبيها ﷺ ، وأول من أسلم من الرجال ، تولى سنة ١٣ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٦٣/٣ - ٩٧٨ ترجمة رقم ١٦٣٣ ، وأسد الغابة : ٣٠٩/٣ - ٣٣٥ ترجمة رقم ٣٠٦٤ ، والإصابة : ١٦٩/٤ - ١٧٥ ترجمة رقم ٤٨٢٠ .

(٢١) متفق عليه : البخاري : الأذان (١٠) باب من نخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول (٤٨) ج ١/١٦٧ ، وفي العمل في الصلاة (٢١) باب ما يجوز من التسبيح والحمد في الصلاة (٣) ج ٢/٥٩ ، وباب رفع الأيدي في الصلاة لأمر ينزل به (١٦) ج ٢/٦٣ ، وفي السهو (٢٢) باب الإشارة في الصلاة (٩) ج ٦٨/٢ ، وفي الصلح (٥٣) ماجاء في الإصلاح بين الناس (١) ج ٣/١٦٥ ، ومسلم : الصلاة (٤) باب تقديم الجماعة من يصلي بهم إذا تأخر الإمام ولم يخافوا مفسدة بالتقديم (٢٢) ج ١/٣١٦ - ٣١٧ رقم ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤ .

٢ - عن المغيرة بن شعبة ^(٢٢) - رضي الله عنه - أن الرسول ﷺ تأخر في صلاة الفجر ، في غزوة تبوك ، فلما قدم وجد الناس قد قدموا عبدالرحمن بن عوف ^(٢٣) ، فصلى لهم ، فأدرك رسول الله ﷺ إحدى الركعتين ، فصلى مع الناس الركعة الآخرة ، فلما سلم عبدالرحمن ابن عوف ، قام رسول الله ﷺ يتم صلاته ، فاقزع ذلك المسلمين فاكثروا التسبيح ، فلما قضى النبي ﷺ صلاته ، أقبل عليهم ، ثم قال « أحسنتم » أو قال « قد أصبتم » يغيظهم أن صلوا الصلاة لوقتها ^(٢٤) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ صوّب عبدالرحمن بن عوف فيما فعله ، ولو كان الفعل حراماً لما صوّبه النبي ﷺ .

٣ - قوله ﷺ : « من زار قوماً فلا يؤمهم ، وليؤمهم رجل منهم » ^(٢٥) .

(٢٢) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي ، أبو عبد الله ، أسلم عام الخندق ، وشهد الحديبية ، أحد دهاة العرب ، ولاء عمر رضي الله عنه البصرة ثم عزله ثم ولاء الكوفة ، شهد اليمامة وفتح الشام والقاسية ، تولى بالكوفة سنة ٥٠ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٤٤٥/٤ - ١٤٤٧ ترجمة رقم ٢٤٨٣ ، وأسد الغابة : ٢٤٧/٥ - ٢٤٩ ترجمة رقم ٥٠٦٤ ، والإصابة : ١٩٧/٦ - ٢٠٠ ترجمة رقم ٨١٨٥ .

(٢٣) عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف القرشي الزهري ، أبو محمد ، ولد بعد عام الفيل بعشر سنين أحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام ، وأحد الخمسة الذين أسلموا على يد أبي بكر ، هاجر إلى الحبشة والمدينة ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد الستة أصحاب الشورى ، شهد بدرأً واحداً والمشاهد كلها مع الرسول ﷺ ، تولى سنة ٣١ هـ بالمدينة .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٨٤٤/٢ - ٨٥٠ ترجمة رقم ١٤٤٧ ، وأسد الغابة : ٤٨٠/٣ - ٤٨٥ - ٢٣٦٤ ترجمة رقم ٣٤٦/٤ - ٣٥٠ ترجمة رقم ٥١٨٣ .

(٢٤) مسلم : الصلاة (٤) باب تقديم الجماعة من يصلّى بهم إذا تأخر الإمام (٢٢) ج ٢١٧/٢ - ٣١٨ رقم ١٠٥ .

(٢٥) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٦ من هذا المبحث ص ٤٦ .

وجه الدلالة :

أنَّ الرسول ﷺ نهى عن إمامة غير الراتب للقيم ، والنهي يدل على التحريم ، إلا إذا صرفه صارفٌ إلى الكراهة ، وقد وجد الصارف هنا وهو فعل أبي بكر وعبدالرحمن بن عوف - رضي الله عنهما - ، الذي يدل على الجواز .

الرأى الثاني : تحريم إمامة غير الراتب بغير إذنه وبه قالت الحنابلة^(٢٦) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قوله ﷺ : « لا تؤمن الرجل في أهله ولا في سلطانه »^(٢٧) .

وجه الدلالة :

أنَّ الرسول ﷺ نهى عن التقدم على الإمام الراتب ؛ لأن الإمام الراتب للمسجد إمامٌ في أهله وسلطانه، والنهي للتحريم .

مناقشة الدليل :

النهي وإن كان في الأصل للتحريم ؛ إلا أنه صرفه عن التحريم فعل أبي بكر الصديق وعبدالرحمن بن عوف وإقرار الرسول ﷺ لفعلهما .
٢ - إباء عبدالله بن عمر عن التقدم على الإمام الراتب ، وقوله : « أنت أحق أن تصلي في مسجدك مني »^(٢٨) .

وجه الدلالة :

أن فعل ابن عمر ، وقوله هذا ، يدل على حرمة التقدم على الإمام الراتب ، وهو قول صحابي لم يعرف له مخالف .

(٢٦) انظر : الإنصاف : ٢/٢١٦ ، والتتقيع : ٨٢ ، وكشاف القناع : ١/٥٣٦ ، وشرح المنتهى : ١/٢٥٧ .

(٢٧) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣ و ٤ من هذا المبحث ص ٤٥ .

(٢٨) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ١١ من هذا المبحث ص ٤٧ .

مناقشة الدليل :

قول ابن عمر رضي الله عنهما ، لا يدل على التحريم ، بل على أن الأولى تقدم الإمام الراتب ، ثم إن قوله : « أحق » يدل على مشاركة غيره له في هذا الحق ، إلا أنه قدم لألويته وأحقية .

٣ - المعقول :

التقدم على الإمام الراتب بغير إذنه يؤدي إلى التنفير عنه ، وإساءة الظن به ، وكسر لقلبه ، وتبطل فائدة اختصاصه بالتقدم ^(٢٩) .

مناقشة الدليل :

هذا السبب ليس دليلاً كافياً لوصف الفعل بالحرمة ، بل أقصى ما يمكن الذهاب إليه ، هو كراهة ذلك الفعل .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ؛ لأن تقرير الرسول ﷺ ، وتصويبه لفعل أبي بكر الصديق وعبدالرحمن بن عوف - رضي الله عنهما - ، دليل صريح على جواز إمامة غير الراتب ، ولكن عدم التقدم على الإمام الراتب أولى ، لأن حديث « من زار قوماً فلا يؤمهم ، وليؤمهم رجل منهم » ^(٣٠) يدل على أن التقدم عليه غير مرغوب فيه شرعاً .

ويمكن حمل حديث « ولا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه » ^(٣١) على الكراهة ؛ لأن النهي الوارد في الحديث بطريق القصر ، وإن كان يدل

(٢٩) انظر المبدع : ٦٢/٢ ، وكشاف القناع : ٥٣٦/١ ، وشرح المنتهى : ٢٥٦/١ .

(٣٠) سبق تخريجه ، انظر التلخيص رقم ٦ من هذا البحث ص ٤٦ .

(٣١) سبق تخريجه ، انظر التلخيص رقم ٣ من هذا البحث ص ٤٥ .

على التحريم أصلاً ، إلا أن فعل أبي بكر وعبدالرحمن بن عوف يصرف
 ذلك النهي عن التحريم إلى الكراهة ، لا سيما وأن الرسول ﷺ قد قرر
 فعلهما .

كما يمكن القول بأن الكراهة قد تشتد ، لتصل إلى الحرمة ، إذا
 كان يترتب على تقدمه على الإمام الراتب حدوث فتنة أو أذى ؛ لأنه لا
 يجوز اكتساب أذى المسلم . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المبحث الرابع

إذن الإمام
(الوالم) لإقامة صلاة
الجمعة

□□□□□

الجمعة من أهم شعائر الإسلام ، وهي فرض عين على كل مسلم ،
ذكر ، بالغ ، عاقل ، قادر ، حر ، وإقامتها لابد من شروط تتحقق ،
وبعض تلك الشروط متفق عليه بين المذاهب ، وبعضها الآخر مختلف
فيه .

ومن الثاني ، شرط وجود الإمام ، وحضوره ، أو حضور نائبه ، أو
إذنه لإقامة الجمعة .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين :

القول الأول : إذن الإمام ليس بشرط لصحة الجمعة ، إنما يندب
الاستئذان في ابتداء إقامتها لأول مرة . وبه قال مالك^(١) ، والشافعي^(٢) ،
واحمد^(٣) في المشهور عنه ، وهو قول أبي ثور^(٤) .

واستدلوا بما يأتي :

أ - الإجماع السكوتي :

وهو حجة مع التكرار ، ومن صور هذا الإجماع :

(١) انظر المدونة : ١٥٢/١ - ١٥٣ ، والزرقي : ٥٧/٢ ، ٦٢ ، والفواكه النوانى : ٣٠٥/١ ، وحاشية
العوى : ٣٢٩/١ .

ومالك هو : الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحى المدني ، إمام دار الهجرة ، صاحب
المذهب ، وأحد الأئمة الأربعة ، ولد سنة ٩٣ هـ ، عالم المدينة ، شهرته تفنى عن التعريف به^(٥) :
الموطأ ، تتلمذ عليه الشافعى ، توفى سنة ١٧٩ هـ .

انظر ترجمته في المعارف : ٤٩٨ - ٤٩٩ ، وترتيب المدارك : ١٠٤/١ - ١٩٣ ، ١٣/٢ - ٢٢٥ ،
وتهذيب الأسماء واللغات : ٧٥/٢ - ٧٩ رقم ١٠٠ ، ووفيات الأعيان : ١٣٥/٤ - ١٣٩ رقم ٥٥٠ ،
وسير أعلام النبلاء : ٤٨/٨ - ١٣٥ رقم ١٠ ، والديباج المذهب : ٨٢/١ - ١٣٩ .

(٢) انظر الدرر المضية : ٢٠٤/١ ، والمجموع : ٤٠٤/٤ ، وروضة الطالبين : ١٠/٢ .

(٣) انظر المغنى : ٢٠٦/٣ ، والمبدع : ١٦٤/٢ .

(٤) انظر المغنى : ٢٠٦/٣ ، والمجموع : ٤٠٤/٤ .

- ١ - صلى علي بن أبي طالب^(٥) رضي الله عنه بالناس ، يوم العيد الأضحى .
وعثمان^(٦) رضي الله عنه محصور ، وهو الإمام حينئذ^(٧) .

وجه الدلالة :

أن فعل على رضي الله عنه كان بمحضر من الصحابة ، فلم ينكره
أحد ، ولو كان إذن الإمام شرطاً لأنكر عليه الصحابة رضوان الله تعالى
عليهم جميعاً ، وصلاة العيد كالجمعة .

(٥) علي بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، رابع الخلفاء
الراشدين ، أول من أسلم من الصبيان ، وصهر النبي ﷺ على ابنته فاطمة ، وأبو السبطين
الحسن والحسين ، وأول خليفة من بني هاشم ، شهد بدرًا وأحدًا وسائر المشاهد إلا تبوك فإن
رسول الله ﷺ خلفه على أهله ، أحد العشرة المبشرين ، وأحد الستة أهل الشورى ، تولى سنة
٤٠ هـ شهيداً .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٠٨٩/٣ - ١١٣٣ ترجمة رقم ١٨٥٥ ، وأسد الغابة : ٩١/٤ - ١٢٥ -
ترجمة رقم ٣٧٨٣ ، والإصابة : ٥٦٤/٤ - ٥٧٠ ترجمة رقم ٥٦٩٢ .
(٦) عثمان بن عفان بن أبي العاص القرشي الأموي ، أبو عبد الله ، ذو النورين ، صهر النبي ﷺ على
ابنتيه رقية وأم كلثوم ، ثالث الخلفاء الراشدين ، ورابع أربعة أسلموا ، وأحد العشرة المبشرين
وأحد الستة أهل الشورى ، هاجر الهجرتين إلى الحبشة ، ثم إلى المدينة ، تولى الخلافة سنة ٢٤ هـ
وتوفي سنة ٣٥ هـ شهيداً .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٠٣٧/٣ - ١٠٥٣ ترجمة رقم ١٧٧٨ ، وأسد الغابة : ٥٨٤/٣ -
٥٦٩ ترجمة رقم ٣٥٨٣ ، والإصابة : ٤٥٦/٤ - ٤٥٩ ترجمة رقم ٥٤٥٢ .

(٧) مالك : العيدين (١٠) باب الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين (٢) ج ١/١٧٩ ، والشافعي : في
الأم : ١٧٠/١ ، والبيهقي : الصلاة ، باب الصلاة بغير أمر الوالي : ١٢٣/٣ ، وفي الجمعة ، باب
من تكون خلفه الجمعة من أمير ومأمور وغير أمير حرًا كان أو عبدًا : ٢٢٤/٣ .

قال ابن عبد البر ^(٨) : صلاة العيدين مثل صلاة الجمعة ، والاختلاف في ذلك سواء ؛ لأن صلاة علي بالناس العيد - وعثمان محصور - أصل في كل سبب تخلف الإمام عن حضوره أو خليفته أن على المسلمين إقامة رجل يقوم به ^(٩) .

مناقشة الدليل :

فعل على - رضي الله عنه - ليس فيه دليل على أنه كان بغير إذن عثمان - رضي الله عنه - ، بل ورد أنه كان بإذن عثمان ورضاه . فعن عبيد الله بن عدي بن خيار ^(١٠) : « أنه دخل على عثمان بن عفان - رضي الله عنه ، وهو محصور ، فقال : إنك إمام عامة ، ونزل بك ما ترى ، ويصلي لنا إمام فتنة ، وتخرج فقال : الصلاة أحسن ما يعمل الناس ، فإذا أحسن الناس فأحسن معهم ، وإذا أساؤوا فاجتنب إساءتهم » ^(١١) .

(٨) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، حافظ المغرب ، ولد سنة ٣٦٨ هـ ، له : التمهيد ، والاستنكار ، والاستيعاب ، والكافي ، والانتقاء ، وجامع بيان العلم وفضله توفي سنة ٤٦٣ هـ .

انظر ترجمته في ترتيب المدارك : ١٢٧/٨ - ١٣٠ ، ووفيات الأعيان : ٦٦/٧ - ٧٢ رقم ٨٢٧ وسير أعلام النبلاء : ١٥٢/١٨ - ١٦٣ رقم ٨٥ ، والديباج المذهب : ٣٦٧/٢ - ٣٧٠ رقم ١٩ وطبقات الحفاظ ٤٣٢ - ٤٣٣ رقم ٩٨٠ .

(٩) التمهيد لابن عبد البر : ٢٨٦/١٠ .

(١٠) عبيد الله بن عدي بن الخيار ، بكسر المعجمة وتخفيف التحتانية ، القرشي النوفلي المدني ، قتل أبوه ببدر ، وكان هو في الفتح مميزاً فعد في الصحابة لذلك ، وهذه العجلى وغيره في ثقات كبار التابعين ، مات في آخر خلافة الوليد بن عبد الملك .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٠١٠/٣ ترجمة رقم ١٧١٧ ، وأسد الغابة : ٥٢٦/٣ - ٥٢٧ ترجمة رقم ٣٤٦٦ ، والإصابة : ٥٠/٥ - ٥٢ ترجمة رقم ٦٢٤٣ ، ومعركة الثقات : ١١٢/٢ - ١١٣ رقم ١١٦٥ .

(١١) البخاري : الأذان (١٠) باب إمامة المفتون والمبتدع (٥٦) ج ١/١٧١ .

الجواب :

هذا الأثر لا علاقة له بالواقعة : إذ السؤال وقع عن الإقتداء بإمام
فتنة ، وليس المراد به علي - رضي الله عنه - قطعاً ، بل هو عبدالرحمن
ابن عديس البلوي ^(١٢) ، أحد رؤوس المصريين الذي حاصروا عثمان ، أو
كثانة بن بشر ^(١٣) ، أحد رؤوسهم ، صلى بالناس أيضاً ، وقال ابن
المبارك ^(١٤) : علي لم يصل بهم غير العيد ^(١٥) .
ثم إن البيهقي ^(١٦) روى عن الشافعي : أنه قال في القديم : ولا يعلم
عثمان أمره بذلك ^(١٧) .

(١٢) عبد الرحمن بن عديس البلوي ، رأس المصريين الذين حاصروا عثمان رضي الله عنه ، وهو الذي
حرّضهم على حصاره .

انظر الطبقات الكبرى : ٦٥/٣ ، ٧١ - ٧٢ ، والكامل لابن الأثير : ١٥٨/٣ ، ١٦١ ، ١٦٩ ، ١٧٧ ، ١٧٩ .
(١٣) كثانة بن بشر بن عتاب الكندي ، أحد رؤوس المصريين الذين حاصروا عثمان رضي الله عنه ،
وأحد الذين اشتركوا في قتله قاتلهم الله ، وضرب على جبين عثمان ومقدم رأسه بعمود حديد ، ونكر
ابن سعد أنه قتل في دار عثمان .

انظر الطبقات الكبرى : ٧١/٣ ، ٧٣ - ٧٤ ، والكامل لابن الأثير : ١٥٥/٣ ، ١٥٨ ، ١٧٨ .
(١٤) عبد الله بن المبارك بن واضح ، أبو عبد الرحمن الحنظلي مولاهم التركي ثم المروزي ، ولد سنة
١١٨ هـ ، الثقة الثبت الفقيه العالم الجواد المجاهد ، جمعت فيه خصال الخير ، له : الزهد والرقائق
أحكام الجهاد ، توفى سنة ١٨١ هـ .

انظر ترجمته في حلية الأولياء : ١٦٢/٨ - ١٩٠ رقم ٣٩٧ ، وتاريخ بغداد : ١٥٢/١٠ - ١٦٩ رقم
٥٣٠٦ ، وصفة الصفوة : ١٣٤/٤ - ١٤٧ رقم ٦٩٥ ، ووفيات الأعيان : ٣٢/٣ - ٣٤ رقم ٣٢٢
وسير أعلام النبلاء : ٣٧٨/٨ - ٤٢١ رقم ١١٢ .

(١٥) انظر فتح الباري : ١٨٩/٢ - ١٩٠ .

(١٦) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجدي ، البيهقي ، العلامة الثبت الفقيه ، ولد
سنة ٣٨٤ هـ ، صنف كتباً كثيرة منها : السنن الكبرى ، والصغرى ، والسنن والآثار ، والأسماء
والصفات ، وشعب الإيمان ، ومناقب الشافعي ، توفى سنة ٤٥٨ هـ .

انظر ترجمته في الأنساب : ٣٨١/٢ ، وسير أعلام النبلاء : ١٦٢/٨ - ١٧٠ رقم ٨٦ ، وطبقات
الشافعية للسبكي : ١٦٠/٨ رقم ٢٥٠ ، وطبقات الشافعية للأسنوي : ١٩٨/١ - ٢٠٠ رقم ١٧٢ ،
وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة : ٢٢٦/١ - ٢٢٨ رقم ١٨٢ .

(١٧) انظر المجموع : ٤٠٤/٤ .

٢ - فعل ابن مسعود^(١٨) - رضي الله عنه - ، حين أبطأ الوليد بن عقبة^(١٩)
 - رضي الله عنه - يوماً في الخروج إلى الجمعة ، وكان والياً على
 الكوفة ، فصلى بالناس عبد الله بن مسعود^(٢٠) .

وجه الدلالة :

أن ابن مسعود لم يؤذن له في إقامة الجمعة وقد فعل ذلك بمحضر
 من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد ، ولو كان الإذن شرطاً لأنكر عليه .

مناقشة الدليل :

أنكر عليه الوليد بن عقبة ذلك^(٢١) .

الجواب :

رد ابن مسعود ، على الوليد إنكاره ، بقوله : أبي الله علينا ورسوله
 أن ننتظرك في صلاتنا ونتبع حاجتك^(٢٢) . ولم ينكر عليه أحد ذلك ، بل إن
 إنكار الوليد دليل لنا على أن الفعل كان بغير إذن الإمام .

(١٨) عبد الله بن مسعود بن غافل ، أبو عبد الرحمن الهذلي ، حليف بني زهرة ، ابن أم عبد ، كان
 سانس ستة أسلموا في مكة ، وهو أول من جهر بالقرآن في مكة من الصحابة ، صاحب سواك
 رسول الله ﷺ وسواده ، هاجر الهجرتين ووصل القبلتين ، وشهد سائر المشاهد مع رسول الله
 ﷺ ، توفي بالمدينة سنة ٣٢ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٨٧/٣ - ٩٩٤ ترجمة رقم ١٦٥٩ ، وأسد الغابة : ٣٨٤/٣ - ٣٩٠
 ترجمة رقم ٣١٧٧ ، والإصابة : ٢٢٣/٤ - ٢٣٦ ترجمة رقم ٤٩٥٧ .
 (١٩) الوليد بن عقبة بن أبي معيط القرشي الأموي ، أسلم يوم فتح مكة ، ولاه عثمان بالكوفة ، ثم عزله
 وأقام بالرقعة إلى أن توفي .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٥٥٢/٤ - ١٥٥٧ ترجمة رقم ٢٧٢١ ، وأسد الغابة : ٤٥١/٥ -
 ٤٥٣ ترجمة رقم ٥٤٦٨ ، والإصابة : ٦١٤/٦ - ٦١٨ ترجمة رقم ٩١٥٣ .
 (٢٠) البيهقي : الصلاة ، باب الإمام يؤخر الصلاة والقوم لا يفسحونه : ج ٣ / ١٢٤ .

(٢١) المصدر نفسه .

(٢٢) المصدر نفسه .

٣ - فعل أبي موسى الأشعري^(٣٣) - رضي الله عنه - عندما خرج سعيد
ابن العاص^(٣٤) - رضي الله عنه - من المدينة ، وكان حينئذ والياً
عليها ، فصلّى ابو موسى الأشعري الجمعة بالناس من غير
استئذان^(٣٥) .

وجه الدلالة :

أن صلاة أبي موسى كانت في حضور الصحابة ، ولم يثبت أن
أنكر عليه أحد ، فدل على أن الإذن ليس بشرط .
٤ - فعل عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - في أيام الفتنة ، عندما جاءه
صاحب المقصورة قائلاً : من يصلي بالناس حتى انتهى إلى عبد الله
ابن عمر ، فقال له عبد الله : تقدم أنت فصل بين يدي الناس^(٣٦) .

(٣٣) عبد الله بن قيس بن سليم ، أبو موسى الأشعري ، أسلم قديماً بمكة ، ثم عاد إلى بلاد قومه ، ثم
قدم على النبي ﷺ عام خيبر بخيبر ، كان عامل رسول الله ﷺ على زييد وعدن ، واستعمله
عمر رضي الله عنه على البصرة ثم عزله عثمان ، ثم ولّاه الكوفة ، وهو أحد الحكمين ، توفي سنة
٤٤٢ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٧٩/٣ - ٩٨١ ترجمة رقم ١٦٣٩ ، ١٦٦٢/٤ - ١٧٦٤ ترجمة رقم
٣١٩٣ ، وأسد الغابة : ٣٦٧/٣ - ٣٦٩ ترجمة رقم ٣١٣٥ ، ٣٠٦/٦ - ٣٠٧ ترجمة رقم ٦٢٨٩
والإصابة : ٢١١/٤ - ٢١٤ ترجمة رقم ٤٩٠١ .

(٣٤) سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية القرشي الأموي ، ولد عام الهجرة ، وقتل أبوه
العاص يوم بدر كافراً ، قتله علي بن أبي طالب ، كان من أشرف قريش ، وأجودهم وفصاحتهم
استعمله عثمان على الكوفة ، واعتزل الفتنة بعد مقتل عثمان ، توفي سنة ٥٩ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٦٢١/٢ - ٦٢٤ ترجمة رقم ٩٨٧ ، وأسد الغابة : ٣٩١/٢ - ٣٩٣
ترجمة رقم ٢٠٨٢ ، والإصابة : ١٠٧/٣ - ١٠٩ ترجمة رقم ٣٢٧٠ .
(٣٥) انظر رسالة أحسن القرى في صلاة الجمعة في القرى : ص ١٢ .

(٣٦) البيهقي : الصلاة ، باب الصلاة من غير أمر الولي : ١٢٤/٣ ، ونسبه ابن قدامة في المغنى
(٢٠٧/٣) إلى مالك في الموطأ ، ولم أجده في نسخ الموطأ الذي عندي من رواية يحيى بن يحيى
الليثي ، ورواية محمد بن الحسن الشيباني ، ورواية ابن القاسم ، ورواية ابن زياد قلعه في
رواية غير هذه الروايات الأربع ، لاسيما أن الحديث في البيهقي من طريق مالك .

أقول : قد صدر قريباً في بيروت عن مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) من
كتاب الموطأ للإمام مالك برواية أبي مصعب أحمد بن أبي بكر الزهري المدني (٢٤٢ هـ) في
مجلدين بتحقيق الدكتور بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل ، وقد عثرت على هذا الأثر في
كتاب الجمعة ، باب العمل في جامع الصلاة (٨٤) ج ١/٢١٨ برقم ٥٥٧ قلله الحمد والمئة .

هـ - ما رواه الإمام أحمد من عمل المسلمين عندما وقعت الفتنة بالشام
تسع سنين ، فكانوا يجمعون ^(٣٧) .

وجه الدلالة :

أنه لم يكن ثمة من يستأذن منه ، ولو كان الإذن شرطاً لما صحَّ
فعلهم .

ب - القياس :

١ - قياس الجمعة على سائر الصلوات بجامع أن كلا من الجمعة وسائر
الصلوات المكتوبة فرض عين ، فكما لا يشترط إذن الإمام في
الظهر مثلاً ، لا يشترط الإذن في الجمعة ^(٣٨) .

٢ - قياس الجمعة على سائر العبادات بجامع عدم اختصاص الإمام
بفعلها ، وإذا لم يختص بفعلها الإمام ، لم تفتقر إلى الإذن ^(٣٩) .

٣ - قياس الجمعة على سائر الصلوات بجامع أن كلا منها صلاة فلم
يشترط الإذن فيها ^(٤٠) .

لذلك قال الإمام مالك - رحمه الله تعالى - « إن لله فرائض في
أرضه ، لا ينقضها إن وليها وال ، أو لم يلها » يريد الجمعة ^(٤١) .

(٣٧) المغني : ٢٠٧/٣ ، والمبدع : ١٦٤/٢ .

(٣٨) المغني : ٢٠٧/٣ .

(٣٩) انظر المذهب : ١١٧/١ .

(٤٠) انظر المغني : ٢٠٧/٣ .

(٤١) انظر المدونة : ١٥٣/١ .

القول الثاني : إذن الإمام (السلطان) شرط لصحة الجمعة

وبه قال عمر بن عبد العزيز ^(٢٢) ، والحسن البصري ^(٢٣) ، والأوزاعي ^(٢٤) وحبيب بن أبي ثابت ^(٢٥) ، وهو قول أبي حنيفة ^(٢٦) .

استدلوا بما يأتي :

١ - قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ ^(٢٧) .

(٢٢) انظر شرح السنة : ٢١٩/٤ ، وعمر بن عبد العزيز هو : عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم القرشي الأموي ، أمير المؤمنين ، أشج بنى أمية ، الإمام العلقم الزاهد ، اعتبره الكثير من الخلفاء الراشدين لعدله وفضله ، ولد سنة ٦١ هـ ، وتولى الخلافة سنة ٩٩ هـ ، وتولى سنة ١٠١ هـ .
انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٢٣٠/٥ - ٤٠٨ ، وتكلم في القسم المتمم للطبقات : ٨٩ - ٩١ والمعرفة والتاريخ : ٥٦٨/١ - ٦٢٠ ، وتاريخ الإسلام : حوادث ١٠١ - ١٢٠ هـ : ص ١٨٧ - ٢٠٦ رقم ١٩٦ ، وسير أعلام النبلاء : ١١٤/٥ - ١٤٨ رقم ٤٨ ، والمقدّم الثمين : ٢٣١/٦ - ٢٣٤ رقم ٣٠٧٦ ، والنجوم الزاهرة : ٢٤٦/١ - ٢٤٧ .

(٢٣) انظر المغني : ٢٠٦/٣ ، والمجموع : ٤٠٤/٤ .

(٢٤) المصادر نفسها ، والأوزاعي هو : عبد الرحمن بن عمرو بن يَحْمَد ، أبو عمرو الأوزاعي ، عالم أهل الشام ، ولد سنة ٨٨ هـ ، كان خيراً فاضلاً ، كثير العلم والحديث والفقه ، تولى سنة ١٥٧ هـ .
انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٤٨٨/٧ ، والمعرفة والتاريخ : ٢٩٠/٧ - ٢٩٧ ، ٤٠٨ - ٤٠٩ والجرح والتعديل : ١٨٤/١ - ٢١٩ ، وتاريخ الإسلام : حوادث ١٤١ - ١٦٠ هـ : ص ٤٨٣ - ٤٩٨ وسير أعلام النبلاء : ١٠٧/٧ - ١٢٤ رقم ٤٨ ، وطبقات العلقم : ٧٩ رقم ١٦٨ .
(٢٥) انظر المغني : ٢٠٦/٣ .

وحبيب هو : حبيب بن أبي ثابت قيس ، أبو يحيى القرشي الأسدي مولاهم ، فقيه الكوفة ، تولى سنة ١١٩ هـ ، كان صنوفاً ثقة .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٢٢٠/٦ ، وتهذيب الكمال : ٣٥٨/٥ - ٣٦٢ رقم ١٠٧٩ ، وتاريخ الإسلام : حوادث ١٠١ - ١٢٠ هـ : ص ٣٤١ - ٣٤٢ رقم ٣٥١ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٨٨/٥ - ٢٩١ رقم ١٣٧ ، وطبقات الحفاظ : ٤٤ رقم ٩٨ .

(٢٦) انظر المبسوط : ٢٥/٢ ، وبدائع الصنائع : ٢٦١/١ ، وفتح القدير : ٥٤/٢ ، وحاشية ابن عابدين : ١٤١/٢ .

(٢٧) سورة الجمعة : آية : ٩ .

وجه الدلالة :

أَنْ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ ذَاكِرٍ ، وَهُوَ
مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْإِقَامَةِ ، فَدَلَّ عَلَى اشْتِرَاطِ السُّلْطَانِ ^(٣٨) .

مناقشة الدليل :

الآية لا تدل على اشتراط السلطان ، بل هي عامة : لقوله ﴿يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا﴾ و ﴿الَّذِينَ آمَنُوا﴾ يشمل السلطان وغيره ، والذكر
مطلوب من كل مؤمن ، ولا دليل في اختصاص السلطان بكونه ذاكراً .

٢ - حديث جابر ^(٣٩) : « خطبنا رسول الله ﷺ فقال : يا أيها الناس توبوا
إلى الله قبل أن تموتوا ... واعلموا أن الله تعالى قد افترض عليكم
الجمعة في مقامي هذا ففي يومي هذا ففي شهري هذا فمن عاصي
هذا ، إلى يوم القيامة . فمن تركها في حياتي أو بعدي وله إمام
عادل أو جائر ، استخفافاً بها ، أو جحوداً لها ، فلا جمع الله شمله
ولا بارك له في أمره ، ألا ولا صلاة له ، ولا زكاة له ، ولا حج له
ولا صوم له ، ولا برُّ له حتى يتوب ، فمن تاب ، تاب الله عليه ...
الحديث » ^(٤٠) .

(٣٨) انظر رسالة أحسن القرى في صلاة الجمعة في القرى للمطيمي : ص ١١ .

(٣٩) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام ، أبو عبد الله الانصاري ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو
صبى ، لم يشهد بدرأ ولا أحدأ ، وشهد المشاهد بعد أحد مع رسول الله ﷺ ، وهو آخر من مات
بالمدينة ممن شهد العقبة ، وكان من المكثرين في الحديث ، الحافظين للسنن ، توفي سنة ٧٤ هـ
وقبل سنة ٧٧ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٢١٩/١ - ٢٢٠ ترجمة رقم ٢٨٦ ، وأسد الغابة : ٣٠٧/١ - ٣٠٨
ترجمة رقم ٦٤٧ ، والإصابة : ٤٣٤/١ - ٤٣٥ ترجمة رقم ١٠٢٧ .

(٤٠) ابن ماجه : أبواب إقامة الصلاة (٦) باب فرض الجمعة (٧٨) ج ١٩٤/١ رقم ١٠٦٧ .

وجه الدلالة من الحديث :

أولاً ، التقييد بالجملة الحالية في قوله « وله إمام » يفيد اشتراط الإمام في صلاة الجمعة ^(٤١) .

ثانياً ، أَنَّ النبي ﷺ ، شرط الإمام لإلحاق الوعيد بتارك الجمعة ، فقال : « وله إمام عادل أو جائر » ^(٤٢) .

مناقشة الدليل :

أولاً ، الحديث ضعيف من جهة السند ، إذ فيه : عبدالله بن محمد العنوي ^(٤٣) ، وعلى بن زيد بن جدعان ^(٤٤) .

قال ابن حجر ^(٤٥) عن الأول : « متروك رماه وكيع ^(٤٦) بالوضع ^(٤٧) » وقال عن الثاني : « ضعيف » ^(٤٨) .

(٤١) انظر رسالة أحسن القرى في صلاة الجمعة في القرى للمطيعي : ص ١١ .

(٤٢) انظر المبسوط : ٢٥/٢ ، وديانغ الصنائع : ٢٦١/١ .

(٤٣) عبد الله بن محمد العنوي ، متروك ، رماه وكيع بالوضع ، من السابعة .

انظر الكلام عنه في التاريخ الكبير : ١٩٠/٥ رقم ٥٩٨ ، والتاريخ الصغير : ١٠٣/٢ ، والضعفاء

الصغير : ٧٠ رقم ١٩٢ ، والضعفاء الكبير للعقيلي : ٢٩٨/٢ رقم ٨٧١ ، والجرح والتعديل : ١٥٦/٥

رقم ٧١٥ ، والمجروحين : ٩/٢ ، وتقريب التهذيب : ٣٢٢ ترجمة رقم ٣٦٠١ .

(٤٤) علي بن زيد بن عبد الله بن زهير بن عبد الله بن جُدعان التيمي البصري ، أصله حجازي ، وهو

المعروف بعلي بن زيد بن جدعان ، ينسب أبوه إلى جد جدّه ، ضعيف ، توفي سنة ١٢١ هـ .

انظر الكلام عنه في التاريخ الكبير : ٢٧٥/٦ رقم ٢٣٨٩ ، والضعفاء الكبير للعقيلي : ٢٢٩/٣ -

٢٣١ رقم ١٢٣١ ، والجرح والتعديل : ١٨٦/٦ - ١٨٧ رقم ١٠٢١ ، والمجروحين : ١٠٣/٢ - ١٠٤ ،

وتقريب التهذيب : ٤٠١ ترجمة رقم ٤٧٣٤ .

(٤٥) شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي ، أبو الفضل ابن حجر العسقلاني ، حافظ

الدنيا ، ولد سنة ٧٧٣ هـ ، صاحب التصانيف الكثيرة ، منها : فتح الباري ، والإصابة ، وتهذيب

التهذيب ، وتقريبه ، والدرر الكامنة ، وانباء الغمر ، وغيرها كثير ، توفي سنة ٨٥٢ هـ .

انظر ترجمته في لفظ الألفاظ : ٣٢٦ - ٣٤٢ ، والضوء اللامع : ٣٦/٢ - ٤٠ ، والجواهر والدرر

في ترجمة شيخ الإسلام ابن حجر ، وطبقات الحفاظ : ٥٤٧ - ٥٤٨ رقم ١١٩٢ .

ثانياً ، جملة « وله إمام » جاءت لتنفّي أن يكون جور الإمام سبباً لعدم إقامة صلاة الجمعة .

ثالثاً ، الوعيد ترتّب على تارك الجمعة ؛ للإستخفاف والجور ، وليس لوجود الإمام وعدمه .

٣ - قول النبي ﷺ : « أربع إلى الولاة » وعدّها منها الجمعة^(٤٩) .

المناقشة :

هذا الكلام من أقوال الحسن البصري - رحمه الله -^(٥٠) ، ومن

رفعه إلى النبي ﷺ فقد وهم في ذلك^(٥١) ؛ ولذلك فهو قول تابعي ، ولا يعدّ حجة لا سيما إذا عارض الأدلة الصحيحة .

(٤٦) وكيع بن الجراح بن مليح بن عدي ، أبو سفيان الرّؤاسيّ الكوفي ، الإمام الحافظ ، محدث العراق ، ولد سنة ١٢٩ هـ ، كان من بحور العلم وأئمة الحفظ ، توفي سنة ١٩٧ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٣٩٤/٦ ، والجرح والتعديل : ٢١٩/١ - ٢٣٢ ، وحلية الأولياء :

٣٦٨/٨ - ٣٨٠ رقم ٤٣٧ ، وتاريخ بغداد : ٤٦٦/١٣ - ٤٨١ رقم ٧٣٢٢ ، وسير أعلام النبلاء :

١٤٠/٩ - ١٦٨ رقم ٤٨ .

(٤٧) تقريب التهذيب : ٣٢٢ ترجمة رقم ٣٦٠١ .

(٤٨) المصدر نفسه : ٤٠١ ترجمة رقم ٤٧٣٤ .

(٤٩) الميسوط : ٢٥/٢ ، وبدائع الصنائع : ٢٦١/١ .

(٥٠) نصب الراية : ٣٢٦/٣ ، والدراية : ٩٩/٢ .

(٥١) رفعه الكاساني إلى النبي ﷺ : ٢٦١/١ (بدائع الصنائع) ، وتابعه في ذلك الكاندهلوي في أوجز

المسالك : ٢٤٦/٣ .

ثم إن في رواية ابن أبي شيبة^(٥٢) عن الحسن « أُرِيعَ إلى السلطان : الصلاة والزكاة ، والحدود ، والقضاء »^(٥٣) . ولم يرد لفظ الجمعة .
 ٤ - الإجماع : لم تقم الجمعة منذ زمن رسول الله ﷺ إلى الآن إلا بأذن السلطان ، أو نائبه^(٥٤) .

مناقشة الاستدلال :

أ- ما ذكرتم من الإجماع لا يصح ؛ لأن الناس يقيمون الجمععات في القرى من غير استئذان من أحد ، ولو صح أنه لم يقع إلا ذلك ، لكان ذلك إجماعاً على جواز ما وقع لا على تحريم غيره ، والحج خير مثال لذلك ، يتولاه الأئمة ، وليس من شرطه الإمام^(٥٥) .

ب - الفعل إذا خرج للبيان ، اعتبر فيه صفة الفعل ، لا صفات الفاعل ، ولهذا لا تشترط النبوة في إمام الجمعة ، ويكون الناس في الأعصار ، يقيمون الجمعة بإذن السلطان ، لا يلزم منه بطلانها ، إذا أقيمت بغير إذنه^(٥٦) .

(٥٢) عبد الله بن محمد بن القاضى أبى شيبة إبراهيم بن عثمان ، أبو بكر العيسى مولاهم الكوفى ، صاحب « المسند » و « المصنف » و « التفسير » ، وكان قوياً الحفظ ، توفى سنة ٢٣٥ هـ .
 انظر ترجمته في الجرح والتعديل : ١٦٠/٥ رقم ٧٣٧ ، وتاريخ بغداد : ٦٦/١٠ - ٧١ رقم ٥١٨٥ ، وسير أعلام النبلاء : ١٢٢/١١ - ١٢٧ رقم ٤٤ ، وتهذيب التهذيب : ٢/٦ - ٤ رقم ١ .

(٥٣) المصنف : ١٥٧/٣ .

(٥٤) الدرّة المضيئة : ٢٠٤/١ ، والمغنى : ٢٠٦/٣ ، والمجموع : ٤٠٤/٤ .

(٥٥) الدرّة المضيئة : ٢٠٤/١ ، والمغنى : ٢٠٧/٣ .

(٥٦) المجموع : ٤٠٥/٤ .

٥ - من المعقول: القياس : قياس إقامة الجمعة على إقامة الحدود ،

بجامع أنه لا تصح إقامتها من كل شخص ^(٥٧) .

المناقشة :

هذا القياس منقوض بالنكاح ، إذ لا يصح توليه من كل شخص

ومع ذلك فليس إذن السلطان شرطاً في عقده ^(٥٨) .

ثم إن السلطان لو استوفى الحد بنفسه جاز ، والجمعة لا تصح به

وحده ^(٥٩) .

٦ - دليل آخر من المعقول :

عدم اشتراط إذن السلطان يؤدي إلى الفتنة ؛ لأنها صلاة تؤدي

بجمع عظيم ، والتقدم على جميع أهل المصر ، يعدّ من باب الشرف

والرفعة ، فيتسارع إلى ذلك كلّ من جُبِلَ على علو الهمة ، والميل إلى

الرئاسة ، فيقع بينهم التنازع المؤدي إلى التقاتل ، فيجب أن يفوّض إلى

الإمام ، ليقوم به ، أو ينيب من يراه أهلاً فيمتنع غيره من الناس ، عن

المنازعة ^(٦٠) .

المناقشة :

قولكم: يؤدي إلى فتنة، غير مسلم ؛ لأن التعدي المؤدي إلى فتنة

إنما يكون في الأمور العظام ، وليست الجمعة مما تؤدي إلى فتنة ^(٦١) .

(٥٧) البرّة المضيّة : ٢٠٤/١ .

(٥٨) المصدر نفسه .

(٥٩) المصدر نفسه .

(٦٠) انظر المبسوط : ٢٥/٢ ، وفتح القدير : ٥٥/٢ .

(٦١) انظر المجموع : ٤٠٥/٤ .

الترجيح :

الراجح هو القول الاول لقوة أدلته ، لا سيما الإجماع السكوتي
الذي استدلوا به ، وهو حجة مع التكرار وقد تكرر ، والقول باشتراط
السلطان يؤدي إلى تعطيل الجمعة دون مستند قوي . والله أعلم .

المبحث الخامس

إذن الزوج في صوم التطوع

□□□□□

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن الزوجة لا يصح لها أن تصوم تطوعاً إلا بإذن زوجها ، إن كان زوجها حاضراً يحتاج إليها ^(١) .
واستدلوا لذلك بدليلين :

الدليل الأول :

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ : « لا تصوم المرأة ويعلمها شاهد إلا بإذنه » ^(٢) وفي رواية « لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه » ^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث : أن الرسول ﷺ نهى المرأة عن الصوم بحضور الزوج ، من غير إذنه ، والنهي يقتضي التحريم .

والنهي هنا عن الصوم ، محمول على صوم التطوع الذي ليس له زمن معين ؛ لأن الزوج ليس من حقه منع زوجته من صيام رمضان ^(٤) .
والدليل على اختصاص النهي ، بغير رمضان هو ما جاء في قوله ﷺ : « لا تصوم المرأة وزوجها شاهد ، يوماً من غير شهر رمضان ، إلا بإذنه » ^(٥) ، وفي رواية أخرى : « لا تصوم المرأة يوماً تطوعاً في غير رمضان

(١) انظر : بدائع الصنائع : ١٠٧/٢ ، وابن مابدين : ٤٣٠/٢ - ٤٣١ ، ومواهب الجليل : ٤٥٢/٢ -

٤٥٤ ، وجواهر الإكليل : ١٥٦/١ ، والمجموع : ٣٦٢/١ - ٣٦٣ ، وروضة الطالبين : ٢٨٨/٢ ،

والمغنى : ٤٠١/١١ ، والمبدع : ١٩٣/٧ .

(٢) البخاري : النكاح (٦٧) باب صوم المرأة بإذن زوجها تطوعاً (٨٤) : ج ١٥٠/١ ، ومسلم : الزكاة

(١٢) باب ما أنفق العبد من مال مولاه (٢٦) ج ٧١١/٢ رقم ٨٤ .

(٣) البخاري : النكاح (٦٧) باب لا تقن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه (٨٦) : ج ١٥٠/١ .

(٤) انظر مراتب الإجماع لابن حزم : ص ٣٩ .

(٥) أحمد : ٢٤٥/٢ ، وابن ماجه : أبواب ما جاء في الصيام (٨) باب في المرأة تصوم بغير إذن زوجها

(٥٣) ج ٢٢٣/١ رقم ١٧٦٥ ، والترمذي : الصوم (٦) باب ما جاء في كراهية صوم المرأة إلا بإذن

زوجها (٦٥) ج ١٥١/٣ رقم ٧٨٢ .

وزوجها شاهد إلا بإذنه «^(٦) وفي رواية أخرى لا تصوم المرأة يوماً
من غير شهر رمضان وزوجها شاهد إلا بإذنه «^(٧) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ استثنى رمضان من النهي فدل على أن صيام
رمضان لا يتوقف على إذن الزوج .

الدليل الثاني :

المعقول : حق الزوج فرض ، وصوم التطوع من النفل ، ولا يجوز
ترك الفرض لأداء النفل^(٨) .

أما إذا أذن الزوج ، فإن لها أن تصوم تطوعاً بغير خلاف^(٩) ؛ لأن
النهي كان لحق الزوج ، فإذا أذن لها برضاه ، فقد تنازل عن حقه .
الحالات التي يجوز للمرأة أن تصوم فيها بغير إذن الزوج
الحالة الأولى :

أن يكون الزوج غائباً عن البلد^(١٠) ؛ لقوله ﷺ : « لا تصوم المرأة
وبعلها شاهد إلا بإذنه »^(١١) .

(٦) الدارمي : الصوم (٤) باب النهي عن صوم المرأة تطوعاً إلا بإذن زوجها (٢٠) : ٣٤٤/١ رقم
١٧٣٧ .

وقال الألباني : هذا إسناده صحيح على شرط مسلم ، جميع رواه ثقات من رجاله .

انظر سلسلة الأحاديث الصحيحة : ٦٨٠/١ رقم ٣٩٥ .

(٧) مسند الحميدي : ٤٤٣/٢ رقم ١٠١٦ .

(٨) المهذب : ١٨٨/١ .

(٩) انظر مراتب الإجماع : ص ٤١ ، وبدائع الصنائع : ١٠٧/٢ ، وابن عابدين : ٤٣٠/٢ ، ومواهب

الجليل : ٤٥٣/٢ ، وجواهر الإكليل : ١٥٦/١ ، والمهذب : ١٨٨/١ ، وروضة الطالبين : ٣٨٨/٢ ،

والمغنى : ٤٠١/١١ ، والمبدع : ١٩٣/٧ .

(١٠) المجموع : ٣٦٣/٦ ، وابن عابدين : ٤٣٠/٢ - ٤٣١ .

(١١) سبق تخريجه ، انظر التلخيص رقم ٢ من هذا البحث ص ٧٠ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول ﷺ إنما نهى المرأة عن الصوم بحضور زوجها « ويعلمها شاهد » ، فدل على أن الزوج إذا لم يكن حاضراً فليس له منع الزوجة من الصوم .

دليل آخر : المنع جاء لحفظ حق الزوج في الاستمتاع بالزوجة ، فإذا كان الزوج غائباً ، فقد زال المعنى الذي شرع لأجله المنع .
الحالة الثانية ،

إذا كان الزوج لا يستطيع التمتع بزوجه كأن يكون مريضاً لا يقدر على الجماع ، أو يكون محرماً بحج أو عمرة ، أو يكون صائماً .^(١٢)
دليل هذه الحالة من المعقول : المنع جاء حفظاً لحق الزوج في الاستمتاع بزوجه ، فإذا كان لا يقدر على استيفاء حقه من الاستمتاع لسبب فيه ، فلا معنى للمنع لزوال معناه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع : ١٠٧/٢ ، وابن عابدين : ٤٢٠/٢ - ٤٢١ .

المبحث السادس

إذن الزوج في الاعتكاف

□□□□□

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى ، على أنه لا يجوز للمرأة أن تعتكف
بغير إذن الزوج ^(١) .

واستدلوا بالقياس :

قياس الاعتكاف على صوم التطوع ، بجامع أن كلا منهما ، يفوت
حق الزوج في الاستمتاع ، فكما أن الزوجة ليس لها أن تصوم تطوعاً
بغير إذن زوجها ؛ لحديث « لا تصوم المرأة وزوجها شاهد يوماً من غير
شهر رمضان إلا بإذنه » ^(٢) ، فكذلك ليس لها أن تعتكف إلا بإذنه .
فإن اعتكفت الزوجة وأراد الزوج إخراجها من معتكفها فلذلك حالات أربع

الحالة الأولى :

أن تعتكف الزوجة تطوعاً بغير إذن الزوج ، فله إخراجها من
الإعتكاف قولاً واحداً ^(٣) .

دليل ذلك :

الاستمتاع بالزوجة ملكٌ للزوج ، فلا يجوز إبطال هذا الحق عليه
بغير إذنه ^(٤) .

الحالة الثانية :

ان تعتكف الزوجة تطوعاً بإذن الزوج ، فهل للزوج ان يخرجها من
المعتكف ؟

(١) انظر : المبسوط : ١٢٥/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، وابن عابدين : ٤٤١/٢ ، والزرقاني
: ٢٢٢/٢ ، وجواهر الإكليل : ١٥٧/١ ، والمهذب : ١٩٠/١ ، وروضة الطالبين : ٣٩٦/٢ ، والمغنى :
٤٨٥/٤ ، والإنصاف : ٣٦٢/٣ ، والمبدع : ٦٥/٣ .

(٢) سبق تخريجه ، انظر تعليق رقم ٥ من مبحث إذن الزوج في صوم التطوع ص ٧٠ .

(٣) انظر : المهذب : ١٩٠/١ ، والمغنى : ٤٨٥/٤ ، وروضة الطالبين : ٣٩٦/٢ ، والمبدع : ٦٦/٣ .

(٤) انظر : المبسوط : ١٢٥/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، والمهذب : ١٩٠/١ ، والمبدع :
٦٦/٣ .

اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على قولين :

القول الأول : لا يجوز للزوج إخراج الزوجة من المعتكف ، بعد أن أذن لها في الاعتكاف ، وبه قال أبو حنيفة ^(٥) ، ومالك ^(٦) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - القياس : قياس الاعتكاف على الحج ، بجامع أن كلا منهما عبادة فكما أن الزوج إذا أذن للزوجة بالإحرام وأحرمت ، لزمها إتمامه فكذلك الاعتكاف ^(٧) .

مناقشة الدليل :

هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الحج يلزم الإتمام بالشروع فيه ، بخلاف سائر العبادات غير الواجبة .

ثم إن هذا القياس معارض بقياس آخر ، وهو قياس الاعتكاف على الصوم ، بجامع أن كلا منهما عبادة ، لا يلزم إتمام التطوع منها ؛ لحديث عائشة ^(٨) رضي الله عنها : « دخل على النبي ﷺ ذات يوم ، فقال : هل عندكم شيء ؟ قلنا : لا ، قال : فإني إذن صائم ، ثم أتانا يوم آخر فقلنا : يا رسول الله أهدى لنا حيس ، فقال : أرنيه ، فلقد أصبحت صائماً فأكل » ^(٩) وفي رواية « فأكل ثم قال : قد كنت أصبحت صائماً » ^(١٠) ووجه

(٥) انظر : المبسوط : ١٢٥/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، وابن عابدين : ٤٤٠/٢ - ٤٤١ .

(٦) الزرقاني : ٢٢٢/٢ ، وجواهر الإكليل : ١٥٧/١ .

(٧) انظر : المبسوط : ١٢٥/٣ ، والزرقاني : ٢٢٢/٢ .

(٨) عائشة بنت أبي بكر ، أم المؤمنين ، الصديقة بنت الصديق ، إحدى فقهاء الصحابة ، أحب نساء النبي ﷺ إليه توفيت سنة ٥٨ هـ .

انظر : ترجمتها في الإستهيعاب : ١٨٨١/٤ - ١٨٨٥ ترجمة رقم ٤٠٢٩ ، وأسد الغابة : ١٨٨/٧ -

١٩٢ ترجمة رقم ٧٠٨٥ ، والإصابة : ١٦/٨ - ٢١ ترجمة رقم ١١٤٥٧ .

(٩) مسلم : الصيام (١٣) باب جواز صوم النافلة بنية من النهار قبل الزوال ، وجواز فطر الصائم تفلأ من غير عذر (٣٢) ج ٨٠٩/٢ رقم ١٧٠ ، والحيس : هو الطعام المتخذ من التمر والأقط والسمن وقد يجعل عوض الأقط الدقيق أو الفتيت . النهاية ٤٦٧/١ « حيس » .

(١٠) المصدر نفسه في الكتاب والباب المذكورين : ٨٠٨/٢ - ٨٠٩ رقم ١٦٩ .

دلالتة ظاهر حيث أن الرسول ﷺ خرج من الصوم الذي شرع فيه ،
فكذلك الاعتكاف .

٢ - الزوج ملكها منافع الاستمتاع بها ، في زمان الاعتكاف ، وهي من
أهل الملك ، فلا يملك الرجوع عن ذلك .^(١١)

مناقشة الدليل :

الزوج له المنع ابتداء ، فكان له المنع دواماً^(١٢) .

القول الثاني : يجوز للزوج إخراج الزوجة من المعتكف ، بعد

أن أذن لها في الاعتكاف ، وبه قال الشافعي^(١٣) ، وأحمد^(١٤) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - أنه ﷺ ، أذن لعائشة ، وحفصة^(١٥) ، وزينب^(١٦) رضي الله عنهن ثم

منعهن بعد أن دخلن فيه^(١٧) .

(١١) انظر : المبسوط : ١٢٥/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، وابن عابدين : ٤٤١/٢ .

(١٢) انظر : المغنى : ٤٨٦/٤ ، والمبدع : ٦٦/٣ .

(١٣) المذهب : ١٩٠/١ ، والمجموع : ٤٠٩/٦ ، وروضة الطالبين : ٣٩٦/٢ .

(١٤) المغنى : ٤٨٥/٤ ، والمبدع : ٦٦/٣ ، والإيضاح : ٣٦٢/٣ .

(١٥) حفصة بنت عمر بن الخطاب ، أم المؤمنين ، من المهاجرات ، كانت قوامة صوامة ، توفيت سنة
إحدى وأربعين .

انظر : ترجمتها في الاستيعاب : ١٨١١/٤ - ١٨١٢ ترجمة رقم ٣٢٩٧ ، وأسد الغابة : ٦٥/٧ -

٦٧ ترجمة رقم : ٦٨٤٥ ، والإصابة : ٥٨١/٧ - ٥٨٣ ترجمة رقم : ١١٠٤٧ .

(١٦) زينب بنت جحش ، أم المؤمنين ، وهي ابنة عم النبي ﷺ ، زوجها الله بالنبي من فوق سبع
سماوات ، وكانت تهاجر نساء النبي ﷺ بذلك ، توفيت سنة عشرين .

انظر : ترجمتها في الاستيعاب : ١٨٤٩/٤ - ١٨٥٢ ترجمة رقم ٣٣٥٥ ، وأسد الغابة : ١٢٥/٧ -

١٢٧ ، ترجمة رقم ٦٩٤٧ ، والإصابة : ٦٦٧/٧ - ٦٧٠ ترجمة رقم ١١٢٢١ .

(١٧) البخاري : الاعتكاف (٣٣) باب اعتكاف النساء (٦) ج ٢٥٦ - ٢٥٧ ، وياق الأخبية في المسجد

(٧) ٢٥٧/٢ ، ومسلم : الاعتكاف (١٤) باب متى يدخل من أراد الاعتكاف في معتكفه (٢) ج

٨٣١/٢ - ٨٣٢ رقم ٦ .

٢ - المعقول : حق الزوج واجب ، والتطوع لا يلزم بالشروع إلا الحج

وإذا تعارض الواجب مع التطوع فإن الواجب مقدّم .^(١٨)

٣ - دليل آخر من المعقول : للزوج منع زوجته ابتداء ، فكذا له المنع دولما^(١٩) .

الحالة الثالثة ،

أن يكون اعتكاف المرأة لأداء النذر ، وكان النذر بإذن الزوج ففي

هذه الحالة صورتان :

الصورة الأولى : أن يكون النذر متعلقاً بزمان بعينه ، ففي هذه

الصورة يجوز لها أن تدخل في الاعتكاف بغير إذنه ؛ لأنه تعيّن عليها

فعله بإذن الزوج ، وليس للزوج الرجوع في ذلك ؛ لأنه ملكها منافع

الاستمتاع بها في زمان الاعتكاف ، وهي من أهل الملك ، وهذا متفق

عليه بين الفقهاء^(٢٠) .

الصورة الثانية : ألا يكون النذر متعلقاً بزمان بعينه ، ففي هذه

الصورة لا يجوز لها أن تدخل في الاعتكاف بغير إذنه ؛ لأن الاعتكاف

ليس على الفور ، وحق الزوج على الفور ، فقدم على الاعتكاف^(٢١) .

(١٨) انظر : المغنى : ٤٨٥/٤ ، وروضة الطالبين : ٣٩٦/٢ .

(١٩) انظر : المغنى : ٤٨٦/٤ ، والمبدع : ٦٦/٣ .

(٢٠) انظر المبسوط : ١٢٥/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، وابن عابدين : ٤٤٠/٢ ،

والزرقاني : ٢٢٢/٢ ، وجواهر الإكليل : ١٥٧/١ ، والمجموع : ٤١٠/٦ ، وروضة الطالبين : ٣٩٦/٢

والمغنى : ٤٨٦/٤ ، والإنصاف : ٣٦٢/٣ .

(٢١) انظر : المبسوط : ١٢٥/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، والزرقاني : ٢٢٢/٢ ، وجواهر

الإكليل : ١٥٧/١ ، وروضة الطالبين : ٣٩٦/٢ ، والمجموع : ٤١٠/٦ ، والمغنى : ٤٨٦/٤ ، وهناك

وجه عند الحنابلة بعدم الفرق بين الصورتين .

انظر : المغنى : الموضع نفسه ، والمبدع : ٦٦/٣ ، والإنصاف : ٣٦٢/٣ - ٣٦٣ .

الحالة الرابعة :

اعتكاف المرأة لأداء النذر ، ولم يكن النذر بإذن الزوج ، ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لها أن تدخل في الاعتكاف بغير إذنه ، لأن الاستمتاع بالزوجة ملك للزوج ، فلا يجوز إبطال ذلك عليه بغير إذنه (٢٢) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المبحث السابع

إذن الزوج
للزوجة بالتصدق من ماله

□□□□□

المرأة إذا تصدقت من مال زوجها ، بغير إذنه هل يجوز ذلك ؟ أم لا بد من إذن الزوج ؟ .

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يجوز للزوجة أن تتصدق بالشئ اليسير من مال زوجها ، بغير إذن الزوج ، وبه قال الحنفية^(١) ، والشافعية^(٢) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣) .

استدلوا بما يأتي :

١ - عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « إذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها أجره بما كسب ، وللخازن مثل ذلك ، لا ينقص بعضهم أجر بعض شيئاً »^(٤) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ أخبر أنه يجوز للمرأة أن تتصدق من غير إفساد ورتب على هذا الفعل أجراً ، ولم يذكر إذناً ، ولو كان الإذن شرطاً لذكره ﷺ^(٥) .

(١) انظر : المبسوط : ٢٦ / ٢٨ ، وبدائع الصنائع : ١٩٧/٧ ، والهداية للمرغنياني : ٥/٤ ، وتبيين الحقائق : ٢٠٨/٥ .

(٢) المجموع : ١٩٥/٦ .

(٣) انظر : المغني : ٦٠٥/٦ ، والفروع : ٣٢٥/٤ ، والمبدع : ٢٥٣/٤ ، والإنصاف : ٣٥٢/٥ ، وكشاف القناع : ٤٤٨/٣ .

(٤) البخاري : الزكاة (٢٤) باب من أمر خاتمه بالصدقة (١٧) ج ١١٧/٢ ، وباب أجر الخادم إذا تصدق بأمر صاحبه غير مفسد (٢٥) ج ١١٩/٢ ، وباب أجر المرأة إذا تصدقت أو أطعمت من بيت زوجها غير مفسدة (٢٦) ج ١٢٠/٢ ، وفي كتاب البيوع (٢٤) باب قول الله تعالى « انفقوا من طيبات ما كسبتم » (١٢) ج ٧/٣ ، ومسلم : الزكاة (١٢) باب أجر الخازن الأمين ، والمرأة إذا تصدقت من بيت زوجها غير مفسدة بانه الصريح أو العرفي (٢٥) ج ٧١٠/٢ رقم ٨٠ و ٨١ .

(٥) انظر : المغني : ٦٠٥/٦ .

مناقشة الدليل :

الحديث ، لا يصح الاستدلال به على أن الإنفاق كان بغير إذنه ، بل الظاهر أنه كان بإذنه ، وهذا هو الأغلب .
الرد :

الموضع هنا موضع بيان ، ولو كان الإذن شرطاً لبيّنه الرسول ﷺ ؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، بل الظاهر عدم الإذن لما يأتي في الدليل التالي :

٢ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أنفقت المرأة من كسب زوجها عن غير أمره فله نصف أجره »^(٦) .
وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ ، أثبت نصف الأجر للزوجة بإنفاقها من مال الزوج مع كون الإنفاق بغير إذن الزوج ، فدلّ على أن الإذن لا يشترط .
٣ - عن أسماء بنت أبي بكر^(٧) رضي الله عنهما : أنها جاءت إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا نبي الله ليس لي شيء إلا ما أدخل على الزبير^(٨)

(٦) البخاري : البيوع (٢٤) باب قول الله : انفقوا من طيبات ما كسبتم ، (١٢) ج ٨/٣ ، والنفقات (٦٩) باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد (٥) ج ١٩٢/٦ ، ومسلم : الزكاة (١٢) باب ما أنفق العبد من مال مولاه (٢٦) ج ٧١١/٢ رقم (٨٤) .

(٧) أسماء بنت أبي بكر الصديق ، ذات النطاقين ، أسلمت قديماً ، وهاجرت إلى المدينة ، ولدت عبد الله ابن الزبير عند مقدمها المدينة وهو أول مولود للمهاجرين بعد الهجرة ، توفيت سنة ٧٣ هـ .

انظر : ترجمتها في الاستيعاب : ١٧٨١/٤ - ١٧٨٣ ترجمة رقم ٣٢٢٦ ، وأسد الغابة : ٩/٧ - ١٠ .
ترجمة رقم ٦٦٩٨ ، والإصابة : ٤٨٦/٧ - ٤٨٨ رقم ١٠٧٩٨ .

(٨) الزبير بن العوام ، حواري الرسول ﷺ وابن عمته صفية بنت عبد المطلب ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، استشهد وهو تارك للحرب يوم الجمل سنة ٣٦ هـ .

انظر : ترجمته في الإستهباب : ٥١٠/٢ - ٥١٦ ترجمة رقم ٨٠٨ ، وأسد الغابة : ٢٤٩/٢ - ٢٥٢ .
ترجمة رقم ١٧٣٢ ، والإصابة : ٥٥٢/٢ - ٥٥٧ ترجمة رقم ٢٧٩١ .

فهل على جناح أن أرضخ^(٩) مما يدخل على؟ فقال: «أرضخي ما استطعت، ولا توعي^(١٠) فيوعي الله عليك»^(١١).

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ، أجاز لأسماء أن تتصدق من مال زوجها، ولم يشترط عليها إذن زوجها، ولو كان الإذن شرطاً لذكره ﷺ.

مناقشة الدليل :

ليس في الحديث ما يدل على أن الإنفاق كان بغير إذن الزبير.

الرد على المناقشة :

عدم ذكر الإذن في الحديث، دليل على أن الإذن لا يشترط؛ لأن الموضوع موضع بيان، وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز.

٤ - عن سعد^(١٢) رضي الله عنه قال: لما بايع النبي ﷺ النساء، قامت إليه امرأة جلييلة كأنها من نساء مضر، فقالت: يا رسول الله! إنا

(٩) الرضخ هو العطاء القليل، ومعناه أعطى شيئاً قليلاً.

انظر: تهذيب اللغة: ١٠٩/٧ «رضخ» والقاموس المحيط: ص ٣٢١ «رضخ»، والمصباح المنير: ٢٤٥/٨ «رضخ».

(١٠) لا توعي أي لا تقتري ولا تشحى. القاموس المحيط: ص ١٧٣١ «وعي»، والنهاية لابن الأثير: ٢٠٨/٥ «وعا».

(١١) البخاري: الزكاة (٢٤) باب الصدقة فيما استطاع ج (٢٢) ١١٨/٢ - ١١٩، والهبه (٥١) باب هبة المرأة لغير زوجها ج (١٥) ١٣٥/٢، ومسلم: الزكاة (١٢) باب الحث في الإنفاق وكرامة الإحصاء (٢٨) ج ٧١٤/٢ رقم ٨٩.

(١٢) سعد بن أبي وقاص مالك القرشي الزهري، سابع سبعة في الإسلام، وأحد العشرة المبشرين، وأحد الستة الذين جعل عمر فيهم الشورى، مجاب الدعوة، أول من رمى بسهم في سبيل الله، وخال رسول الله ﷺ، وجمع له رسول الله ﷺ أبويه فقال «إرم فذاك أبي وأمي».

انظر: ترجمته في الاستيعاب: ٦٠٦/٢ - ٦١٠ ترجمة رقم ٩٦٣، وأسد الغابة: ٣٦٦/٢ - ٣٧٠ ترجمة رقم ٢٠٢٧، والإصابة: ٧٣/٢ - ٧٧ ترجمة رقم ٣١٩٦.

كُلُّ عَلَى آبَائِنَا ، وَأَزْوَاجِنَا وَأَبْنَائِنَا ، فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ؟ قَالَ :
« الرَّطْبُ ^(١٣) تَاكُلِيْنَهُ وَتَهْدِيْنَهُ » ^(١٤) .

وجه الدلالة :

تجوز الرسول ﷺ ، الهدية من مال الزوج ولم يذكر إذنًا ، فدلَّ
على عدم اشتراط الإذن .

هـ - المعقول : جرت العادة بين الأزواج ، بالسماح بالتصدق بالشئ
اليسير ، وبطيب النفس بذلك ، فجري مجرى صريح الإذن ^(١٥) .

القول الثاني : لا يجوز للزوجة التصديق من مال الزوج بغير
إذنه ، وهو رواية عند الحنابلة ^(١٦) نقلها أبو طالب ^(١٧) .

(١٣) الرَّطْبُ : ما لا يذخر ولا يبقى كالخبز والفواكه والبقول والربط والأطبخة .

انظر : سنن أبي داود : ٣١٧/٢ ، ومعالم السنن للخطابي : ٢٥٧/٢ ، والنهاية لابن الأثير :
٢٣٢/٢ « رطب » . والغريب من الخطابي وابن الأثير انهما استثنيا الأزواج والزوجات من عدم شرط
الإذن مع أن الرواية جمعت بين الآباء والأبناء والأزواج . فتأمل ذلك .
(١٤) ابن أبي شيبة : البيوع والأقضية ، والمرأة تصدق من بيت زوجها (٢٧٠) ٨٥/٦ رقم ٢١٢٦ ، وأبو
داود : الزكاة (٣) باب المرأة تتصدق من بيت زوجها (٤٤) ٣١٦/٢ - ٣١٧ رقم ١٦٨٦ ، ويؤمض
قبيلة من العدنانية ، ومضمر هو ابن نزار بن معد بن عدنان أحد أجداد النبي ﷺ . جمهرة أنساب
العرب ١٠ .

(١٥) انظر : المغني : ٦٠٦/٦ ، والمبدع : ٣٥٣/٣ ، ٣٥٤ ، والفروع : ٢٢٦/٤ .

(١٦) انظر : المغني : ٦٠٦/٦ ، والفروع : ٢٢٦/٤ ، والمبدع : ٣٥٤/٤ ، والإنصاف : ٣٥٣/٥ .

(١٧) اثنان من اصحاب الإمام أحمد - رحمه الله - ، يعرف كلُّ منهما بابي طالب ، ونقلنا مسائل عن
الإمام أحمد ، وتوفي في سنة واحدة ٢٤٤ هـ ولم أتبين المراد منهما ، وهما : الأول : أحمد بن
حميد ، أبو طالب المشكاني ، صاحب الإمام أحمد وكان الإمام يكرمه ويعظمه . انظر ترجمته في
طبقات الحنابلة : ٢٩/١ ، والمنهج الأحمد : ١٧٦/١ ، والمقصد الأرشد : ٩٥/١ - ٩٦ . والثاني :
عصمة بن أبي عصمة أبو طالب المكبري ، صاحب الإمام أحمد إلى موته ، وروى عن الإمام مسائل
كثيرة . انظر ترجمته في طبقات الحنابلة : ٢٤٦/١ ، والمنهج الأحمد : ١٧٨/١ ، والمقصد الأرشد :
٢٨٢ - ٢٨٣ ، ولكنني وجدت محققى كتب الحنابلة يترجمون للأول ، فلهذا هو المقصود .

استدلوا بما يأتي :

- ١ - عن أبي أمامة الباهلي^(١٨) رضي الله عنه ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها » ، قيل : يا رسول الله ! ولا الطعام ؟ قال : « ذاك أفضل أموالنا »^(١٩) .

انظر مثلاً كتاب الوقوف من مسائل الإمام أحمد للخلال : ٢٠٤/١ ، والمسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى : ٦١/١ ، والمغنى لابن قدامة : ٨١/٢ ، ومع ذلك فإن محققي المغنى لم يذكروا هذا الموضع في فهرس الأعلام عند سرد مواضع ورود اسم أحمد بن حميد المشكاني ، وقد راجعت المدخل لابن بدران وكتاب مفاتيح الفقه الحنبلي ومصطلحات الفقه الحنبلي فلم أجد من يقول أن المقصود بابي طالب عند الإطلاق هو أحمد بن حميد المشكاني ، والله أعلم . ثم وجدت في الإنصاف : ٢٧٩/١٢ ، ٢٨٨ ذكرهما مقروناً في الأول بكنيته وفي الثاني بدون كنية فيمكن أن يستتس بذلك لحمل الكنية عند الإطلاق على أن المراد به أحمد بن حميد المشكاني والله أعلم .

- (١٨) أبو أمامة الباهلي ، صدى بن عجلان ، مشهور بكنيته ، أحد الكثيرين من الرواية عن النبي ﷺ توفي سنة ٨٦ هـ وقيل سنة ٨١ هـ ، وقيل هو آخر من مات بالشام من الصحابة .
انظر : ترجمته في الاستيعاب : ١٦٠٢/٤ ترجمة رقم ٢٨٥٢ ، وأسد الغابة : ١٦/٢ ترجمة رقم ٢٤٩٥ ، و ١٦/١ - ١٧ ترجمة رقم ٥٦٨٨ ، والإصابة : ٤٢٠/٢ - ٤٢١ ترجمة رقم ٤٠٦٣ .
(١٩) الطيالسي : ١٥٤ رقم ١١٢٧ ، وعبد الرزاق : الصدقة ، باب ما يحل للمرأة من مال زوجها ١٢٨/٩ - ١٢٩ رقم ١٦٦٢١ ، وسعيد بن منصور : الوصايا ، باب لا وصية لوارث : ١٢٥/١ رقم ٤٢٧ ، وابن أبي شيبة : البيوع والأقضية ، المرأة تصدق من بيت زوجها (٢٧٠) ج ٦ / ٨٥٥ رقم ٢١٢٧ ، وأحمد : ٢٦٧/٥ ، وابن ماجه : التجارات (١٣) ما للمرأة من مال زوجها (٦٥) ج ٢ / ٣٥٠ رقم ٢٣١٦ ، وأبو داود : البيوع والإجازات (١٧) باب في تضمين العارية (٩٠) ج ٣ / ٨٢٤ - ٨٢٥ رقم ٣٥٦٥ ، والترمذي : الزكاة (٥) باب في نفقة المرأة من بيت زوجها (٢٤) ج ٣ / ٥٧ - ٥٨ رقم ٦٧٠ ، والوصايا (٣١) باب ما جاء لا وصية لوارث (٥) ج ٤ / ٤٣٣ رقم ٢١٢٠ .

وجه الدلالة :

نهى النبي ﷺ عن إنفاق المرأة بغير إذن زوجها ، يدل على أن الإذن شرط .

مناقشة :

الحديث في سنده : شرحبيل بن مسلم الخولاني^(٢٠)، قال عنه يحيى ابن معين^(٢١) : ضعيف ، نقله عنه إسحاق بن منصور^(٢٢) .

الرد على المناقشة :

شرحبيل بن مسلم ليس بضعيف بل هو ثقة ، وثقه جماعة منهم :

(٢٠) شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولاني الشامي ، صدوق فيه لين ، من الثالثة .

انظر : تاريخ يحيى بن معين : ٤/٤٢٩ ترجمة رقم ٥١٢١ ، والتاريخ الكبير : ٤/٢٥٢ رقم ٢٧٠٠ والجرح والتعديل : ٤/٣٤٠ رقم ١٤٩٥ ، معرفة الثقات للمعالي : ١/٤٥١ رقم ٧٢٢ ، والثقات لابن حبان : ٤/٣٦٣ ، وتهذيب الكمال : ١٢/٤٣٠ - ٤٣١ رقم ١٧٢١ ، وميزان الاعتدال : ٢/٢٦٧ رقم ٣٦٨٥ ، وتهذيب التهذيب : ٤/٣٢٥ رقم ٥٦٠ .

(٢١) ابو زكريا يحيى بن معين بن عون الغطفاني ثم المري ، مولاهم البغدادي ، شيخ الحديث ، وإمام الجرح والتعديل ، الحافظ الثقة ، ولد سنة ١٥٨ هـ ، وتوفي سنة ٢٢٣ هـ .
انظر : ترجمته في الطبقات الكبرى : ٧/٣٥٤ ، والتاريخ الكبير : ٨/٣٠٧ رقم ٣١١٦ ، والجرح والتعديل : ١/٣١٤ - ٣١٨ ، وتاريخ بغداد : ١٤/١٧٧ - ١٨٧ رقم ٧٤٨٤ ، وسير أعلام النبلاء : ١١/٧١ - ٩٦ رقم ٢٨ .

(٢٢) الجرح والتعديل : ٤/٣٤٠ ، وتهذيب الكمال : ١٢/٤٣١ ، وإسحاق هو : أبو يعقوب إسحاق بن منصور بن بهرام المروزي ، الكوسج ، التميمي ، ولد بعد سنة ١٧٠ هـ الفقيه الحافظ الثقة الثبت ، صاحب المسائل عن أحمد رحمه الله ، توفي بنيسابور سنة ٢٥١ هـ .
انظر : ترجمته في تاريخ بغداد : ٦/٣٦٢ - ٣٦٤ رقم ٢٣٨٦ ، وطبقات الحنابلة : ١/١١٣ ، ١١٥ ، رقم ١٣٣ ، وتهذيب الكمال : ٢/٤٧٤ - ٤٧٨ رقم ٢٨٣ ، وسير أعلام النبلاء : ١٢/٢٥٨ - ٢٦٠ ، رقم ٩٨ ، والمقصد الأرشد : ١/٢٥٢ - ٢٥٣ رقم ٢٤٥ .

أحمد بن حنبل^(٢٣)، ويحيى بن معين في رواية الدوري^(٢٤) عنه^(٢٥)، والعجلي^(٢٦) وذكره ابن حبان^(٢٧) في الثقات^(٢٨).

مناقشة أخرى :

الحديث يحتل أن المراد به الطعام الذي يدخر ويخزن ، ولم تجر العادة بالتصدق به ، أو أنه خاص بما إذا كان علم من حال الزوج ، عدم رضاه بالتصدق من طعامه وكسبه .

-
- (٢٣) انظر : تهذيب الكمال : ٤٣١/١٢ ، وميزان الاعتدال : ٢٦٧/٢ .
- (٢٤) أبو الفضل عباس بن محمد بن حاتم بن واقد الدوري ، ثم البغدادي ، خوارزمي الأصل ، ولد سنة ١٨٥ هـ ، ثقة حافظ ، لازم يحيى بن معين ، ودعى التاريخ عنه ، توفي سنة ٢٧١ هـ .
- انظر : ترجمته في الجرح والتعديل : ٢١٦/٦ رقم ١١٨٩ ، وتاريخ بغداد : ١٤٤/١٢ - ١٤٦ رقم ٦٥٩٩ ، وطبقات الحنابلة : ٢٣٦/١ - ٢٣٩ رقم ٣٣٣ ، وتهذيب الكمال : ٢٤٥/١٤ - ٢٤٩ رقم ٣١٤١ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٢٢/١٢ - ٥٢٤ رقم ١٩٩ .
- (٢٥) تاريخ يحيى بن معين رواية الدوري : ٤٢٩/٤ ترجمة رقم ٥١٢١ .
- (٢٦) انظر : معرفة الثقات : ٤٥١/١ رقم ٧٢٢ ، والعجلي هو : أبو الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي نزيل طرابلس الغرب ، ولد سنة ١٨٢ هـ ، قال عنه ابن معين : هو ثقة ابن ثقة . ابن ثقة ، توفي سنة ٢٦١ هـ .
- انظر : ترجمته في تاريخ بغداد : ٢١٤/٤ - ٢١٥ رقم ١٩٠٦ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٠٥/١٢ - ٥٠٧ رقم ١٨٥ ، وطبقات الحفاظ : ٢٤٢ - ٢٤٣ رقم ٥٤٨ ، وشذرات الذهب : ٢٦٦/٣ .
- (٢٧) أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي الدارمي البستي ، ولد سنة بضع ومبشرين ومائتين ، الحافظ المجود ، شيخ خراسان ، له : الصحيح ، والثقات ، والمجروحين ، ومشاهير علماء الأمصار ، وغير ذلك ، توفي سنة ٣٥٤ هـ .
- انظر ترجمته في الأنساب : ٢٠٩/٢ - ٢١٠ ، ومعجم البلدان : ٤٩٣/١ - ٤٩٨ ، وسير أعلام النبلاء : ٩٢/١٦ - ١٠٤ رقم ٧٠ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٣١/٣ - ١٣٥ رقم ١٢٤ .
- (٢٨) الثقات : ٣٦٣/٤ .

٢ - عن أبي حرة الرقاشي^(٢٩) عن عمه^(٣٠) رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه »^(٣١) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ حرم أخذ شئ من مال الغير إلا بطيب نفس منه ولا تعلم طيبة النفس إلا عند الاستئذان .

مناقشة الدليل :

أولاً : الحديث ضعيف ؛ لأن في إسناده على بن زيد بن جدعان وهو ضعيف^(٣٢) .

(٢٩) حنيفة ، أبو حرة الرقاشي ، بفتح الراء والقاف ، مشهور بكنتيته ، وقيل اسمه حكيم ، ثقة من الثالث ، تقريب التهذيب : ١٨٤ ترجمة رقم ١٥٨٨ . قال ابن أبي حاتم : قرئ على العباس بن محمد الدوري قال : قال يحيى بن معين : أبو حرة ضعيف (الجرح والتعديل : ٣١٧/٢ ترجمة رقم ١٤١٧) ولم أجده في تاريخ يحيى بن معين برواية الدوري ، وقال أبو حنيفة الأجرى : سألت أبا داود عن اسم أبي حرة الرقاشي ، فقال : لا أدري ما اسمه وهو ثقة (سؤالات الأجرى : ص ٣٠١ رقم ٤٤٤) .

وانظر : تهذيب الكمال : ٤٥٦/٧ رقم ١٥٦٧ .

(٣٠) لم أقف له على ترجمة مستقلة ، إلا أنه ورد اسمه في ترجمة أبي حرة الرقاشي ، قال ابن حجر في تهذيب التهذيب : ٦٣/٣ رقم ١١٩ : قال ابن مندة وأبو نعيم وابن قانع والباوردي وجماعة أن حنيفة اسم عم أبي حرة . اهـ . وكذا ذكره الطبراني في معجمه الكبير : ٦٠/٤ ترجمة رقم ٣٦٢ ، ورقم الحديث ٣٦٠٩ .

(٣١) أحمد : ٧٢/٥ ، وأبو يعلى : ١٤٠/٣ رقم ١٥٧٠ ، والدارقطني : البيوع ٢٦/٣ رقم ٩١ ، ٩٢ ، والبيهقي : الغصب ، باب من غصب لوحاً فأنخله في سفينة أو بنى عليه جداراً : ١٠٠/٦ ، وفي : قتال أهل البغي ، باب أهل البغي إذا فازوا لم يتبع مدبرهم : ١٨٢/٨ .

(٣٢) انظر : الجرح والتعديل : ١٨٦/٦ - ١٨٧ ترجمة رقم ١٠٢١ ، وميزان الاعتدال : ١٢٧/٣ - ١٢٩ ترجمة رقم ٥٨٤٤ ، وتهذيب التهذيب : ٣٢٢/٧ - ٣٢٤ ترجمة رقم ٥٤٤ .

ثانياً ، هذا حديث عام ، وعارضه حديث خاص : إذا أنفقت المرأة

من كسب زوجها عن غير أمره فله نصف أجره ،^(٣٣)

والخاص أقوى دلالة من العام^(٣٤) .

٣ - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، عن النبي ﷺ في قصة حجة

الوداع : « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في

شهركم هذا . في بلدكم هذا » ،^(٣٥) .

وجه الدلالة :

إخبار الرسول ﷺ بأن مال المسلم حرامٌ على أخيه المسلم ، فلا

يجوز له أخذه بغير حق ، والتصدق من ماله بغير إذنه ، تصرف في ماله

بغير حق فيحرم .

مناقشة الدليل :

هذا حديث عام عارضه حديث خاص ، وهو قوله ﷺ : « إذا أنفقت

المرأة من كسب زوجها عن غير أمره فله نصف أجره » ،^(٣٦) والخاص

أقوى دلالة من العام^(٣٧) .

٤ - القياس : قياس الزوجة على الأجنبية في عدم جواز التبرع ، بجامع

أن كلا منهما يتصرف في مال غيره ، فكما أن الأجنبية لا يجوز له

(٣٣) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٦ من هذا المبحث ص ٨١ .

(٣٤) انظر : البرهان : ١١٩٠/٢ ، والمستصفي : ٣٩٦/٢ ، والتمهيد لأبي الخطاب : ١٥١/٢ ، الإحكام

للإمامي : ٣٤٤/٤ ، وشرح تنقيح الفصول : ٤٢١ ، وشرح الكوكب المنير : ٦٧٤/٤ - ٦٧٥ ،

وتيسير التحرير : ١٥٨/٣ - ١٥٩ .

(٣٥) مسلم : الحج (١٥) باب حجة النبي ﷺ (١٩) ٨٨٦/٢ - ٨٩٢ رقم ١٤٧ .

(٣٦) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٦ من هذا المبحث ص ٨١ .

(٣٧) انظر التعليق رقم ٣٤ من هذا المبحث .

أن يتبرع بمال غيره ، فذلك الزوجة لا تتصدق بمال زوجها من غير إذن^(٣٨) .

مناقشة القياس :

هذا القياس غير صحيح .

أولاً ، لأنه يعارض نصاً صريحاً ، أثبت أن للزوجة أن تتصدق من مال زوجها بغير أمره ، وهو قوله ﷺ : « إذا أنفقت المرأة من كسب زوجها عن غير أمره فله نصف أجره »^(٣٩) .

ثانياً ، لأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الزوجة بحكم العرف والعادة تتصرف في مال زوجها ، وتتبسط فيه ، بخلاف الأجنبي والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي^(٤٠) .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح ؛ وذلك لأن الأحاديث التي استدلت بها أصحاب هذا القول أحاديث خاصة صريحة ، وهي نص في الموضوع . أما ما استدلت به الفريق الثاني ، فهي أحاديث عامة ، يمكن الجمع بينها وبين الأحاديث الخاصة ، بحمل تلك الأحاديث على عمومها ، فيما عدا هذه الصورة المخصوصة ، أو أن تحمل تلك الأحاديث على ما إذا كان الزوج قد منع الزوجة من التصديق أو كان بخيلاً لا يرضى بذلك والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٣٨) المغنى : ٦٠٦/٦ .

(٣٩) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٦ من هذا البحث ص ٨١ .

(٤٠) انظر المغنى : ٦٠٦/٦ ، والمبدع : ٣٥٤/٤ .

المبحث الثامن

إذن الزوج في الحج

□□□□□

الحج ينقسم إلى فرض وتطوع :

أولاً : حج الفرض وأثر إذن الزوج فيه

اجتمع في حق المرأة التي تريد الحج ، واجبان :

الواجب الأول :

حج بيت الله الحرام وهو فرض على كل مسلم ؛ ذكراً كان أو أنثى مع القدرة ، والاستطاعة ، والبلوغ والحرية ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلٌ ﴾ ^(١) .

والواجب الثاني :

مراعاة حق الزوج في طاعته ، وللزوج حق منع زوجته من الخروج من بيت الزوجية بغير إذنه .

بناء على ما سبق ؛ اختلف الفقهاء في اشتراط إذن الزوج في خروج الزوجة إلى الحج الفرض على قولين :

القول الأول : لا يشترط إذن الزوج لأداء حجة الإسلام ، فإذا أكملت الشروط ومعها محرم يحج بها ، فليس للزوج منعها من الخروج وبه قال جمهور العلماء من الحنفية ^(٢) ، والمالكية ^(٣) ، والشافعية في قول عندهم ^(٤) ، والحنابلة ^(٥) ، وبه قال النخعي ^(٦) ، وأبو ثور ^(٧) ، وإسحاق ^(٨) .

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) انظر : المبسوط : ١٠٢/٤ ، ١١١ ، ١١٢ ، وبدائع الصنائع : ١٢٤/٢ ، وابن عابدين : ٤٦٥/٢ .

(٣) الكافي لابن عبد البر : ٤١٣/١ ، ومواهب الجليل : ٢٠٥/٣ ، والزرقاني : ٢٣١/٢ ، وجواهر الإكليل : ٢٠٧/١ .

(٤) المذهب : ٢٣٥/١ ، والمجموع : ٢٤٥/٨ ، وروضة الطالبين : ١٧٨/٣ - ١٧٩ ، ومغنى المحتاج : ٥٣٦/١ - ٥٣٧ ، ونص الإمام الشافعي على هذا الرأي في كتاب « اختلاف الحديث » باب خروج

النساء إلى المسجد ص ١٠٥ .

استدلوا بما يأتي :

١ - الكتاب : قول الله تبارك وتعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ
مَنْ أَسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (١) .

وجه الدلالة :

أن الآية ، أوجبت الحج على المستطيع ، والمرأة إذا وجدت محرماً
وقدّرت على الركوب والنزول ، وأمنت المخاوف لصيانة المحرم لها ، فقد
استطاعت إلى حج البيت سبيلاً ، فلا يشترط إذن الزوج .

(٥) المغني : ٣٥/٥ ، ٤٣٠ - ٤٣١ ، والمبدع : ٩٠/٣ - ٩١ ، والإنصاف : ٣٩٩/٣ ، وكشاف القناع :
٤٤٨/٢ .

(٦) انظر : المغني : ٣٥/٥ و ٤٣١ ، والنخعي هو ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود ، أبو عمران
النخعي ، اليماني ثم الكوفي ، فقيه العراق ، الإمام الحافظ ، أترك جماعة من الصحابة ولم يحدث
عنهم ، توفي سنة ٩٦ هـ . انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٢٧٠/٦ - ٢٨٤ ، والمعارف : ٤٦٣ -
٤٦٤ ، وتهذيب الكمال : ٢٣٣/٢ - ٢٤٠ رقم ٢٦٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٢٠/٤ - ٥٢٩ رقم
٢١٣ ، وطبقات الحفاظ : ٢٩ - ٣٠ رقم ٦٨ .

(٧) انظر : المغني : ٣٥/٥ .

(٨) المصدر نفسه : ٣٥/٥ ، ٤٣١ ، وإسحاق هو : أبو يعقوب إسحاق بن ابراهيم بن مخلد بن ابراهيم
التميمي ثم الحنظلي المروزي ، الشهير بابن راهويه ، نزيل نيسابور ، ولد سنة ١٦١ هـ ، سيد
الحفاظ ، شيخ المشرق توفي سنة ٢٣٨ هـ .

انظر ترجمته في الجرح والتعديل : ٢٠٩/٢ - ٢١٠ رقم ٧١٤ ، وحلية الأولياء : ٢٢٤/٩ - ٢٢٨ رقم
٤٤٦ ، وتاريخ بغداد : ٢٤٥/٦ - ٢٥٥ رقم ٣٣٨١ ، وتهذيب الكمال : ٢٧٢/٢ - ٢٨٨ رقم ٢٣٢
وسير أعلام النبلاء : ٣٥٨/١١ - ٣٨٣ رقم ٧٩ .

(٩) سورة آل عمران : آية : ٩٧ .

٢ - عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال : « لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم ، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها محرم » فقال رجلٌ يارسول الله ! إني أريد أن أخرج في جيش كذا وكذا وأمرأتي تريد الحج ، فقال : « اخرج معها » (١٠) .

وجه الدلالة :

أن الحديث دلّ على عدم اشتراط الإذن ؛ لأن إذن الزوج لو كان شرطاً ، وكان يستطيع منعها من الخروج لأداء الحج ، لما أمره ﷺ بترك الجهاد ، والذهاب معها إلى الحج .

اعتراض :

لا يدلّ الحديث على أن خروجها للحج لم يكن بإذن الزوج بل المتبادر إلى الذهن أنه كان بإذن الزوج .

الجواب :

لم يرد ذكر الإذن بالحديث ؛ لأنه ليس بشرط ، ولو كان شرطاً لذكر ؛ ولأنه لو كان للزوج أن يمنع زوجته عن حجّ الفرض ، لمنعها ، لا سيما وإنّ عدم منعها يترتب عليه تركه لفرضية الجهاد - مع تعين الجهاد عليه باكتتابه - للذهاب إلى الحجّ مع الزوجة ، مع احتمال أن يكون الحجّ بالنسبة له تطوعاً ؛ فيكون قد ترك الفرض للتطوع .

وأمره ﷺ ، للرجل بالخروج مع زوجته ، دليل على أنه لا يستطيع منع زوجته من حجّ الفرض ، وأما أمره ﷺ بمرافقة الزوج للزوجة فيحمل على أنه لم يكن للمرأة محرماً غيره .

(١٠) البخاري : جزاء الصيد (٢٨) باب حج النساء (٢٦) ج ٢/٢١٩ ، وفي الجهاد (٥٦) باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة (١٤٠) ج ٤/١٨ ، وفي الجهاد أيضاً (٥٦) باب كتابة الإمام الناس (١٨١) ج ٤/٣٤ ، وفي النكاح (٦٧) باب لا يخلون رجلٌ بامرأة إلا نو محرم (١١١) ج ١٥٩/٦ ، ومسلم : الحج (١٥) باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (٧٤) ج ٢/٩٧٨ رقم ٤٢٤ .

٣ - عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » (١١) .

وجه الدلالة :

أنَّ الرسول ﷺ ، نهى عن منع النساء من الذهاب إلى المساجد ولفظ « مساجد الله » عام يشمل كل مسجد ، سواء في ذلك المسجد الحرام وغيره من سائر المساجد .

اعتراض على الدليل :

النهي في الحديث يحتمل أن يكون للتنزيه ، كما يحتمل أن يكون المراد بالنهي غير المتزوجات ، لأنه لا يتعلق بهن حق للأزواج ، كما يحتمل أن يكون المراد بالمساجد مساجد البلد للصلاة ، وهذا الأخير هو الظاهر من سياق الخبر ، ومع كل هذه الاحتمالات لا يسلم الدليل للاستدلال (١٢) .

الرد على الاعتراض :

أولاً ، النهي يقتضي التحريم والفساد ، وصرفه إلى التنزيه يحتاج إلى دليل ، ولا دليل هنا على ذلك .

ثانياً ، جعل المراد بالنهي الإماء اللاتي لم يتزوجن ، تخصيص للعام الوارد في الحديث ، ولا يصح التخصيص بغير دليل .

ثالثاً ، قصر المراد بالمساجد على مساجد البلد للصلاة ، ليس عليه دليل أيضاً ؛ لأنه قصر للعام على بعض أفراده وهذا تخصيص ، والتخصيص يحتاج إلى دليل .

(١١) البخارى : الجمعة (١١) باب (١٢) ج ٢١٦/١ ، وه سلم : الصلاة (٤) باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة وأنها لا تخرج مطيبة (٣٠) ج ٢٢٧/١ رقم ١٣٦ .
(١٢) انظر المجموع : ٢٤٥/٨ .

٤ - قياس الحجّ على الصلاة ، بجامع الفرضية ، فكما أنه في الصلاة لا تحتاج الزوجة إلى إذن الزوج لأدائها ، فكذلك أداء فريضة الحج لا يتوقف على الإذن^(١٣) .

٥ - قياس آخر : وهو قياس الحجّ على الصوم ، بجامع الفريضة ، فكما أن صيام شهر رمضان لا يتوقف على إذن الزوج ، كذلك الحج لا يُحتاج لأدائه إلى إذن^(١٤) .

اعتراض على القياسين :

هذان قياسان مع الفارق : لأن الحجّ مدته طويلة ، ويتفوت حق الزوج في الاستمتاع بالزوجة ، لفترة طويلة ، بخلاف الصلاة والصوم فان مدتها ليس كذلك^(١٥) .

رد الاعتراض :

لا فرق بين الحجّ والصلاة والصوم ، فالكل من أركان الإسلام وكما لا يستطيع الزوج منع زوجته من الصلاة ، والصوم المفروضين فكذلك الحج ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالكلّ ، وإذا منع الزوج زوجته من أداء واحد مما ذُكر ، فقد أمر بمعصية ، وحينئذ لا يجب على الزوجة طاعة الزوج في ذلك ؛ لأن الرسول ﷺ يقول : « لا طاعة في معصية الله »^(١٦) .

(١٣) انظر المغنى : ٣٥/٥ ، والمجموع : ٢٤٥/٨ .

(١٤) المصادر نفسها .

(١٥) انظر المجموع : ٢٤٥/٨ .

(١٦) البخاري : أخبار الأحاد (٩٥) باب ما جاء في إجازة خير الواحد الصديق في الأذان والصلاة والصوم والفرائض والأحكام (١) ج ١٣٥/٨ ، ومسلم : الإمارة (٢٣) باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية (٨) ج ١٤٦٩/٣ رقم ٣٩ ، واللفظ لمسلم ، والحديث من رواية ابن عمر .

القول الثاني : يشترط إذن الزوج إذا أرادت الزوجة حجة الإسلام ، وبه قال الشافعية في الأظهر عندهم^(١٧) ، وهو رواية عند الحنابلة^(١٨) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن ابن عمر رضي الله عنهما ، عن رسول الله ﷺ ، في امرأة لها زوج ، ولها مال ، ولا يأذن لها زوجها في الحج ، قال : « ليس لها أن تنطلق إلا بإذن زوجها »^(١٩) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ ، نهى الزوجة أن تذهب إلى الحج ، بغير إذن زوجها ، وهذا نص على أن إذن الزوج شرط .

مناقشة الدليل :

الحديث فيه العباس بن محمد المجاشعي^(٢٠) ، وهو مجهول ، قال ابن القطان : لا يعرف حاله^(٢١) .

(١٧) انظر المهذب : ٢٣٥/١ ، والمجموع : ٢٤٥/٨ ، وروضة الطالبين : ١٧٨/٢ ، ومغنى المحتاج : ٥٣٦/١ .

(١٨) انظر المبدع : ٩٠/٢ ، والإنصاف : ٣٩٩/٢ .

(١٩) الطبراني في الصغير : ٢١٠/١ ، والدارقطني : الحج ، ٢٢٣/٢ رقم ٣١ ، وأبو نعيم في نكر أخبار أصبهان : ١٤٢/٢ ، والبيهقي : الحج ، باب حصر المرأة تحرم بغير إذن زوجها : ٢٢٣/٥ .

(٢٠) العباس بن محمد بن مجاشع ، الإصبهاني ، المجاشعي ، أبو الفضل ، يروى عن محمد بن أبي يعقوب الكرماني ، انظر ترجمته في طبقات المحدثين بإصبهان لأبي الشيخ : ٢٣٥/٤ - ٢٣٦ رقم (٤٧٣) ، وذكر أخبار إصبهان لأبي نعيم : ١٤٢/٢ ، والأنساب للسمعاني : ١٢٥/١١ ، واللباب لابن الأثير : ١٦٥/٢ ، ولسان الميزان لابن حجر : ٢٤٥/٣ رقم ١٠٧٥ .

(٢١) انظر : لسان الميزان : ٢٤٥/٣ رقم ١٠٧٥ ، والتعليق المغنى على الدارقطني للعظيم آبادي : ٢٢٣/٢ رقم ٣١ .

كما أن فيه : حسان بن إبراهيم الكرمانى^(٢٢) ، قال عنه النسائى^(٢٣) :
ليس بالقوى^(٢٤) ، وقال ابن عدى^(٢٥) : قد حدث بأفراد كثيرة ، وهو عندي
من أهل الصدق إلا أنه يغلط في الشئ ، ولا يتعمد^(٢٦) ، وقال ابن حبان :
ربما أخطأ^(٢٧) .

الجواب عن المناقشة :

أمّا العباس بن محمد المجاشعي ، فقد قال عنه أبو الشيخ
الإصبهاني^(٢٨) : شيخ ثقة^(٢٩) . وكذلك قال أبو نعيم الإصبهاني^(٣٠) .

(٢٢) حسان بن إبراهيم بن عبد الله ، أبو هشام العنزي الكوفي ثم الكرمانى ، قاضى كرمان صدوق
يخطئ ، محدث فقيه ، توفى سنة ١٨٦ هـ وله مائة سنة .

انظر ترجمته في التاريخ الكبير : ٣/٣٥ رقم ١٤٨ ، والجرح والتعديل : ٢/٢٣٨ رقم ١٠٥٦ وتهذيب
الكمال : ٨/١٢ - ١٢ رقم ١١٨٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٠/٩ - ٤٢ رقم ١١ .

(٢٣) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن سنان النسائى ، ولد بنسأ في سنة ٢١٥ هـ
الحافظ الثبت ، صاحب السنن ، له : خصائص على ، والضعفاء والمتروكين ، والتفسير ، توفى
سنة ٣٠٣ هـ .

انظر ترجمته في الأنساب : ٧٧/١٢ ، وتهذيب الكمال : ٢٢٨/١ - ٢٤٠ رقم ٤٨ ، وسير أعلام
النبلاء : ١٢٥/١٤ - ١٣٥ رقم ٦٧ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٤/٣ - ١٦ رقم ٨٠ ، وطبقات
الحفاظ ٣٠٣ رقم ٦٩٦ .

(٢٤) الضعفاء والمتروكين للنسائى : ص ٨٩ رقم ١٦٠ .

(٢٥) أبو أحمد عبد الله بن عدى بن عبد الله بن القطان الجرجاني ، الحافظ الناقد ، ولد سنة ٢٧٧ هـ ، له
: الكامل في ضعفاء الرجال ، توفى سنة ٣٦٥ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ جرجان ٢٦٦ - ٢٦٨ رقم ٤٤٢ ، والأنساب : ٢٢١/٣ - ٢٢٢ ، وسير أعلام
النبلاء : ١٥٤/١٦ - ١٥٦ رقم ١١١ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٢١٥/٣ - ٢١٦ رقم ٢٠٢
وطبقات الحفاظ : ٢٨٠ رقم ٨٦٣ .

(٢٦) الكامل في ضعفاء الرجال : ٧٨٤/٢ .

(٢٧) الثقات : ٢٢٤/٦ .

(٢٨) أبو محمد ، عبد الله بن محمد بن جعفر بن حبان ، أبو الشيخ ، محدث أصبهان ، ولد سنة ٢٧٤ هـ
له كتاب السنة ، والعظمة ، وثواب الأعمال ، والأمثال ، وطبقات المحدثين بأصبهان ، توفى سنة
٣٦٩ هـ .

وأما حسان بن إبراهيم الكرمانى ، فقد وثقه الإمام أحمد^(٣١) ، وقال
عنه يحيى بن معين : ليس به بأس إذا حدث عن ثقة^(٣٢) ، وقال أبو
زرعة^(٣٣) : كوفى لا بأس به^(٣٤) .

مناقشة أخرى للدليل :

الحديث محمول على حج التطوع^(٣٥) .

- انظر ترجمته في ذكر أخبار أصبهان : ٩٠/٢ ، وطبقات علماء الحديث : ١٣٨/٣ - ١٤٠ رقم ٨٦٦
وسير أعلام النبلاء : ٢٧٦/١٦ - ٢٨٠ رقم ١٩٦ ، وطبقات الحفاظ : ٣٨١ رقم ٨٦٦ ، وطبقات
المفسرين للداودي : ٢٤٠/١ - ٢٤١ رقم ٢٢٩ .
- (٢٩) طبقات المحدثين بأصبهان : ٢٣٥/٤ .
- (٣٠) ذكر أخبار أصبهان : ١٤٢/٢ .
- وأبو نعيم هو : أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني ، المهراني ولد سنة ٣٣٦ هـ له : حلية الأولياء
والمستخرج على الصحيحين ، وصفة الجنة ، ودلائل النبوة ومعرفة الصحابة ، وذكر أخبار أصبهان
توفي سنة ٤٣٠ هـ .
- انظر ترجمته في المنتظم : ١٠٠/٨ ، وطبقات علماء الحديث : ٢٨٨/٣ - ٢٩٢ رقم ٩٧٠ ، وسير
أعلام النبلاء : ٤٥٣/١٧ - ٤٦٤ رقم ٣٠٥ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٨/٤ - ٢٥ رقم ٢٥٣
وطبقات الحفاظ ٤٢٣ رقم ٩٦٠ .
-
- (٣١) الجرح والتعديل : ٢٣٨/٣ رقم ١٠٥٦ .
- (٣٢) انظر : معرفة الرجال : ٨٠/١ رقم ٢٣٦ ، وتاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص : ١٠٠ رقم ٢٧٩
وسؤالات ابن الجنيدي : ص ٣٣٠ رقم ٢٢٧ .
- (٣٣) أبو زرعة عبيد الله بن عبد الكريم بن يزيد بن فروخ الرازي ، سيد الحفاظ ، ولد بعد ثيف ومائتين
قال الإمام أحمد عنه : كان يحفظ ستمائة ألف حديث ، توفي سنة ٢٦٤ هـ .
- انظر ترجمته في الجرح والتعديل : ٣٢٨/١ - ٣٢٩ ، ٣٢٤/٥ - ٣٢٦ رقم ١٥٤٣ ، وتاريخ بغداد :
٣٢٦/١٠ - ٣٢٧ رقم ٥٤٦٩ ، وطبقات الحنابلة : ١٩٩/١ - ٢٠٣ رقم ٢٧١ ، وسير أعلام النبلاء :
٦٥/١٢ - ٨٥ رقم ٤٨ ، وطبقات الحفاظ ٢٤٩ - ٢٥٠ رقم ٥٦٢ ، وانظر الجزء الأول من كتاب
أبو زرعة الرازي وجهوده في السنة النبوية مع تحقيق كتابه الضعفاء وأجوبته عن أسئلة البرزعي
للدكتور سعدى الهاشمي ، فقد استقصى فيه أخباره .
- (٣٤) الجرح والتعديل : ٢٣٨/٣ رقم ١٠٥٦ .
- (٣٥) انظر : فتح الباري : ٧٧/٤ .

رد المناقشة :

الحديث لم يفرّق بين الفرض والتطوع ، فدلّ على عدم الفرق بين
الفرض والتطوع في اشتراط الإذان .

الجواب عن هذا الرد :

حمل هذا الحديث على أن المقصود به حجّ التطوع فيه عملٌ
بالأحاديث كلّها ؛ لأننا إن لم نذهب بهذا الحديث إلى هذا المحمل ، فإنه
يلزمنا ترك العمل بحديث ابن عباس ، الذي أوردناه في أدلة القول الأول
مع أن حديث ابن عباس متفق على صحته ، وهذا الحديث فيه كلام ولا
يقوى على معارضة حديث ابن عباس رضى الله عنهما^(٣٦).

٢ - القياس : قياس الزوجة على المعتدة ، بجامع انشغال الذمة بحقوق
الغير في كلّ منهما ، فكما أن المعتدة ، تمنعها العدة من المضى
في الإحرام ، فكذلك الزوجة يمنعها حق الزوج الثابت عليها^(٣٧) .

الجواب عن هذا القياس :

هذا قياس مع الفارق ؛ لأن حق الزوج مستمر على الدوام ، ولو
ملك منعها هذا العام ، لملك هذا الحق في كل عام ، وهذا يُفضي إلى
إسقاط أحد أركان الإسلام ، بخلاف العدة ، فهي محددة بزمان معين ولا
تستمر^(٣٨) .

٣ - دليل من المعقول : حق الزوج على الفور ، والحج على التراخي ، ولا
يتعين هذا العام ، فيقدم ما يكون على الفور ، على ما يكون على
التراخي^(٣٩) .

(٣٦) انظر المصدر نفسه .

(٣٧) انظر المجموع : ٢٤٥/٨ .

(٣٨) انظر المغنى : ٤٣١/٥ .

(٣٩) المهذب : ٢٣٥/١ ، والمجموع : ٢٤٥/٨ ، ومغنى المحتاج : ٥٣٦/١ - ٥٣٧ .

الجواب من عدة وجوه :

أولاً ، القول بأن الحجّ على التراخي ، ليس محلّ اتفاق بين الفقهاء

بل فيه خلاف مشهور .

ثانياً ، القول بأن الحجّ لا يتعين ، وأن للزوج أن يمنع زوجته ،

يُفضى إلى إسقاط هذا الركن ، كما بينا سابقاً ؛ لأن حق

الزوج مستمر باستمرار الحياة الزوجية ، فإن ملك المنع

هذا العام ، فهو يملك هذا الحقّ في سائر الأعوام^(٤٠) .

ثالثاً ، الحجّ يتعين بالشروع فيه ، كما أن الصلاة ، وقضاء

رمضان يتعيّنان بمجرد الشروع فيهما ، والزوج لا يملك منع

زوجته من أداء الصلاة ، ولا من إكمال القضاء إن شرعت فيه

فكذلك الحجّ^(٤١) .

٤ - دليل آخر من المعقول : حقّ الزوج حقّ آدمي ، والحجّ حقّ لله تعالى

وحقّ الأدمي مقدم ؛ لأنّ حقه أضيق ؛ لشحه ، وحاجته ، وكرم الله

تعالى وغناه .

مناقشة الدليل :

مع التسليم بشحّ ابن آدم ، وحاجته ، وكرم الله تعالى وغناه ، فإننا لا

نسلم بأن حقّ الأدمي مقدم على حقّ الله ، بل العكس صحيح ؛ لما ورد في

الخبر « فدين الله أحقّ بالقضاء »^(٤٢) ، ولفظ « أحقّ » ورد بصيغة أفعال

التفضيل ليدلّ على تقديم حقّ الله على حقّ الأدمي .

(٤٠) انظر المغنى : ٤٣١/٥ .

(٤١) المصدر نفسه .

(٤٢) مسلم : الصيام (١٣) باب قضاء الصيام عن الميت (٢٧) ج ٢/٨٠٤ رقم ١٥٤ و ١٥٥ .

الترجيح :

الراجح - والله أعلم - هو قول الجمهور : لقوة الأدلة التي استدلوا بها بولضعف الاعتراضات التي وردت على تلك الأدلة، وأمر الزوج بمنع زوجته معصية والرسول ﷺ يقول : « لا طاعة في معصية الله »^(٤٣) ، والزوج لا يملك منع الزوجة من صيام شهر رمضان وأداء الصلوات المفروضة فكذاك الحج ؛ لأن الكل سواء في الفرضية ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثانيا : حج التطوع ، وأثر إذن الزوج فيه

اتفق الفقهاء^(٤٤) رحمهم الله تعالى على أن إذن الزوج شرطٌ لذهاب الزوجة إلى حج التطوع .

قال ابن المنذر^(٤٥) « وأجمعوا على أن للرجل منع زوجته من الخروج إلى حج التطوع »^(٤٦) .

واستدلوا بما يأتي :

١- قياس حج التطوع ، على صوم التطوع ، بجامع أن كلا منهما يمنع الزوج من حقه في الاستمتاع بزوجه ، فكما أن صوم التطوع بغير إذن الزوج غير جائز ، فكذلك الحج تطوعاً^(٤٧) .

(٤٣) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ١٦ من هذا البحث ص ٩٥ .

(٤٤) انظر : المبسوط : ١١٢/٤ ، وبدائع الصنائع : ١٢٤/٢ ، وابن عابدين : ٤٦٥/٢ ، والكافي لابن عبد البر : ٤١٣/١ ، ومواهب الجليل : ٢٠٥/٣ ، والزرقاني : ٢٣١/٢ ، وجواهر الإكليل : ٢٠٧/١ ، والمهذب : ٢٣٥/١ ، وروضة الطالبين : ١٧٩/٣ ، ومغنى المحتاج : ٣٦/١ ، ونهاية المحتاج : ٣٥٦/٣ ، والمغنى : ٣٥/٤ ، ٤٣١ ، والمبدع : ٩٠/٣ ، وكشاف القناع : ٤٤٦/٢ .

(٤٥) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الفقيه ، أبو بكر ، ولد في حدود سنة ٢٤٠ هـ ، له : التفسير ، والأوسط ، والإشراف ، والإجماع ، والإقناع ، توفي سنة ٣١٨ هـ .

انظر ترجمته في تهذيب الاسماء واللغات : ١٩٦/٢ - ١٩٧ رقم ٣٠١ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٩٠/١٤ - ٤٩٢ رقم ٢٧٥ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٠٢/٣ - ١٠٨ رقم ١١٧ ، وطبقات

الحفاظ : ٣٢٨ رقم ٧٤٨ ، وطبقات المفسرين للداودي : ٥٠/٢ - ٥١ رقم ٤٢٣ .

(٤٦) الإجماع : ٤٨ .

(٤٧) انظر المغنى : ٤٣٢/٥ ، ومغنى المحتاج : ٣٦/١ .

٢ - قياس حج التطوع على الاعتكاف ، بجامع أن كلاً منهما ، يُفَوّت

على الزوج استيفاء حقه من الاستمتاع بزوجه ، فكما أن

الاعتكاف لا يجوز بغير إذن الزوج فكذلك التطوع بالحج^(٤٨) .

٣ - دليل من المعقول : الحج هنا تطوع ، تعارض مع فرض ، وهو طاعة

الزوج وتمكينه من حقه في الاستمتاع بزوجه ، ولا يترك الفرض

لأداء النفل^(٤٩) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٤٨) المغنى : ٤٣٢/٥ .

(٤٩) المذهب : ٢٣٥/١ ، والمغنى : ٤٣٢، ٣٥/٥ .

المبحث التاسع

إذن الوالدين في الحج

□□□□□

يندرج تحت هذا المبحث ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : إذن الوالدين في حج الفرض .

المسألة الثانية : إذن الوالدين في حج التطوع .

المسألة الثالثة : الحكم إذا أحرم بغير إذنهما .

المسألة الأولى : إذن الوالدين في حج الفرض .

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على : أنه لا يشترط إذن

الوالدين في حج الفريضة ^(١) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى فرض على عباده ، حج البيت ، بشرط الاستطاعة ولم

يذكر إذننا ، ولو كان إذن الأبوين شرطاً لذكره ، فإذا وجدت الاستطاعة

لزم الحج ، سواء أذن الوالدان ، أم لم يأتنا .

٢ - قوله ﷺ : « لا طاعة في معصية الله » ^(٣) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ أخبر بعدم الطاعة في معصية الله ، والولد إذا

استأذن أبويه في الحج المفروض ، ومنعاه منه ، فقد أمراه بالمعصية ،

ولذلك لا يلزمه طاعتها ، فلا فائدة في اشتراط الإذن ^(٤) .

(١) انظر : فتح القدير : ٤٠٧/٢ ، والفتاوى الهندية : ٢٢١/١ ، والكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١ ،

والمهذب : ٢٣٥/١ ، وروضة الطالبين : ١٧٩/٣ ، والمغنى : ٤٣٣/٥ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ .

(٢) سورة آل عمران : آية : ٩٧ .

(٣) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ١٦ من مبحث إذن الزوج في الحج .

(٤) انظر المغنى : ٤٣٣/٥ .

٣ - القياس : قياس حجّ الفريضة ، على الصلاة المكتوبة ، بجامع
الفرضية في كل منهما ، فكما أن الوالدين لا يستطيعان أن يمنعا
الولد من الصلاة المكتوبة ، فكذلك لا يستطيعان منعه من حجّ
الفريضة^(٥) .

٤ - قياس آخر : قياس حجّ الفريضة على صوم رمضان ، بجامع
الفرضية في كل منهما ، فكما أن الوالدين لا يمكنهما منع الولد
من صوم رمضان ، فكذلك الحجّ المفروض^(٦) .

المسألة الثانية : إذن الوالدين في حج التطوع .

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على اشتراط إذن الوالدين في
حجّ التطوع ، قلها من حجّ التطوع^(٧) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن عبد الله بن عمرو^(٨) - رضي الله عنهما - : جاء رجل^(٩) إلى النبي
ﷺ ، فاستأذنه في الجهاد ، فقال : « أحى والداك ؟ » قال : نعم ،
قال : « ففيهما فجاهد »^(١٠) .

(٥) انظر : المذهب : ٢٣٥/١ ، ومغنى المحتاج : ٣٧/١ .

(٦) المصدران أنفسهما .

(٧) انظر : فتح القدير : ٤٠٧/٢ ، والفتاوى الهندية : ٢٢١/١ ، والكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١ ،
والمذهب : ٢٣٥/١ ، وروضة الطالبين : ١٧٩/٢ ، والمغنى : ٤٣٢/٥ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ .

(٨) عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي ، أبو محمد ، أحد المكثرين في الرواية عن النبي
ﷺ ، أسلم قبل أبيه ، قرأ القرآن والكتب المتقدمة ، وأستاذان النبي ﷺ في كتابه حديثه ، فأنزل له
قال أحمد بن حنبل : توفي ليالي الحرّة سنة ٦٣ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٥٦/٢ - ٩٥٩ ترجمة رقم ١٦١٨ ، وأسد الغابة : ٣٤٩/٢ - ٣٥١
ترجمة رقم ٢٠٩٠ ، والإصابة : ١٩٢/٤ - ١٩٤ ترجمة رقم ٤٨٥٠ .

(٩) لعله : جاهمة بن العباس بن مرداس السلمي (فتح الباري : ١٤٠/٦) .

وانظر ترجمته في الإصابة : ٤٤٦/١ - ٤٤٨ ترجمة رقم ١٠٥٢ .

(١٠) البخاري : الجهاد (٥٦) باب الجهاد باذن الأبوين (١٣٨) : ج ١٨/٤ ، وفي الألب (٧٨) باب
لا يجاهد إلا باذن الأبوين (٣) : ج ٦٩/٧ ، ومسلم : البر والصلة والآداب (٤٥) باب بر الوالدين
وانهما أحق به (١) : ج ١٩٧٥/٤ رقم ٥ .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ قدّم برّ الوالدين على الجهاد وهو فرض كفاية ،
فتقديم البرّ على حجّ التطوع أولى ؛ لأنّ البرّ فرض عين والحجّ هنا
تطوع .

٢ - عن أبي سعيد الخدري ^(١١) - رضي الله عنه - : أن رجلاً ^(١٢) هاجر
إلى رسول الله ﷺ من اليمن ، فقال : « هل لك أحدٌ باليمن ؟ »
قال : أبواي ، قال : « أذنّا لك » ، قال : لا ، قال : « ارجع اليهما
فاستأذنهما ، فإن أذنّا لك فجاهد ، وإلا فبرهما » ^(١٣) .

وجه الدلالة :

أنّ الرسول ﷺ اشترط إذن الوالدين في الجهاد ، وهو فرض
كفاية ، فدلّ على أنه يشترط إذن الوالدين في حجّ التطوع ، من باب
أولى ^(١٤) .

(١١) أبو سعيد الخدري ، سعد بن مالك بن سنان الخزرجي الأنصاري ، وهو الصحابي المشهور
بكتبه من الحفاظ الكثيرين العلماء ، توفي سنة ٧٤ هـ .
انظر ترجمته في الاستيعاب : ٦٠٢/٢ ترجمة رقم ٩٥٤ ، ١٦٧١/٤ - ١٦٧٢ ترجمة رقم ٢٩٩٧
واسد الغابة : ٣٦٥/٢ ترجمة رقم ٢٠٣٥ ، ١٤٢/٦ ، ١٤٢/٦ ترجمة رقم ٥٩٥٤ ، والإصابة : ٧٨/٣ - ٨٠
ترجمة رقم ٣١٩٨ .

(١٢) لم أقف على تسميته .

(١٣) سعيد بن منصور : الجهاد ، باب ما جاء فيمن غزا وأبواه كارهان : ١٣١/٢ رقم ٢٣٣٤ ، وأبو
داود : الجهاد (٩) باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان (٣٣) : ج ٢٩/٣ رقم ٢٥٣٠ ، وابن حبان :
انظر موارد الزمان للهيثم : الجهاد (٢٦) باب استئذان الأبوين في الجهاد (١٥) : ص ٣٩١ رقم
١٦٢٢ ، والحديث فيه درّاج بن سميان ، قال عنه ابن حجر : درّاج ، بتثقيل الراء وآخره جيم ، ابن
سميان ، أبو السّمح ، بمهملتين الأولى مفتوحة والميم ساكنة ، قيل اسمه عبد الرحمن ، ودرّاج لقب
السهمي مولاهم ، المصري ، القاص ، صنوق ، في حديثه عن أبي الهيثم ضعف ، من الرابعة
مات سنة ست وعشرين . (تقريب التهذيب : ٢٠١ ترجمة رقم ١٨٢٤) وهذا الحديث رواه عن أبي
الهيثم على ذلك يكون ضعيفاً ، إلا أن ابن حبان صححه (فتح الباري : ١٤٠/٦) .

(١٤) انظر : المغني : ٤٣٢/٥ - ٤٣٤ ، ونهاية المحتاج : ٢٥٨/٣ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ .

٣ - المعقول : برّ الوالدين فرض عين ، والحجّ في هذه الحالة تطوع والفرض مقدّم على التطوع^(١٥) .

المسألة الثالثة : الحكم إذا أحرم بغير إذنهما ، وفيها حالتان :

الحالة الأولى : إذا أحرم بحجّ الفرض بغير إذن الوالدين .

اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أنه ليس للأبوين تحليله من إحرامه^(١٦) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس حجّ الفرض على الصلاة المكتوبة ، بجامع الفرضية فيهما .

فكما لا يجوز للأبوين ، إخراج ولدهما من الصلاة ، إذا أحرم بها

فكذلك الحجّ^(١٧) .

٢ - قياس الحجّ على صيام شهر رمضان ، بجامع الفرضية فيهما

والوالدان لا يجوز لهما إجبار ولدهما على الإفطار ، فكذلك لا

يستطيعان إخراج من الحجّ بعد الإحرام به^(١٨) .

الحالة الثانية : إذا أحرم بالحجّ متطوعاً ، بغير إذنهما .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يجوز للأبوين تحليل ولدهما إذا أحرم بالتطوع

وهو الأصح عند الشافعية^(١٩) .

(١٥) انظر كشف القناع ، الموضع نفسه .

(١٦) انظر : فتح القدير : ٤٠٧/٢ ، والفتاوى الهندية : ٢٢١/١ ، والكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١

والمهذب : ٢٣٥/١ ، وروضة الطالبين : ١٧٩/٣ ، والمغنى : ٤٣٣/٥ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ .

(١٧) انظر : المهذب : ٢٣٥/١ ، ومغنى المحتاج : ٥٣٧/١ ، ونهاية المحتاج : ٣٥٨/٣ .

(١٨) المصادر نفسها .

(١٩) المصادر نفسها ، وروضة الطالبين : ١٧٩/٣ ، والمجموع : ٢٥١/٨ .

واستدلوا :

بحديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - جاء رجل إلى النبي ﷺ ، فاستأذنه في الجهاد ، فقال : « أحيي والداك ؟ » ، قال : نعم ، قال : « ففيهما فجاهد » (٢٠) .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ منع الجهاد : لحق الأبوين وهو فرض ، فدل على أن المنع من التطوع لحقهما أولى (٢١) .

اعتراض :

الدليل لا يدل على أن لهما حق في التحليل ، بل على أن لهما حق المنع قبل الدخول ، أما بعد الدخول فلا ؛ لأن الحج يلزم بالشروع فيه (٢٢) .
القول الثاني : لا يجوز لهما تحليله ، إذا أحرم بالحج ، وهو قول للشافعية (٢٣) ، قال النووي (٢٤) : نص عليه الشافعي في الأم (٢٥) .

(٢٠) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ١٠ من هذا المبحث ص ١٠٥ .

(٢١) انظر : نهاية المحتاج : ٣٥٨/٣ .

(٢٢) انظر : المغني : ٤٣٤/٥ ، والمبدع : ٩١/٣ ، والإنصاف : ٤٠٠/٣ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ - ٤٥٠ .

(٢٣) المذهب : ٢٣٥/١ ، وروضة الطالبين : ١٧٩/٣ ، والمجموع : ٢٥١/٨ .

(٢٤) يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي ، محيي الدين ، أبو زكريا ، الإمام الحجة ، ولد سنة ٦٣١ هـ ، وهو محرر المذهب الشافعي ، ومنقحه ، وصاحب الترجيع فيه ، له تصانيف مباركة مقبولة عند جميع المذاهب ؛ لإنصافه وإخلاصه ، منها : شرح صحيح مسلم ، روضة الطالبين ، المجموع شرح المذهب ولم يكمله ، تهذيب الأسماء واللغات ، توفي سنة ٦٧٦ هـ .

انظر ترجمته في طبقات الشافعية للسيكي : ٣٩٥/٨ - ٤٠٠ ، وطبقات الشافعية للأسنوي : ٤٧٦/٢ - ٤٧٧ ، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة : ١٩٤/٢ - ٢٠٠ ترجمة رقم ٤٥٤ . وألف السخاوي كتاباً في ترجمته سماه « المنهل العذب الروي » في ترجمة قطب الألباء النووي .

(٢٥) المجموع : ٢٥١/٨ ، ولم أعثر عليه في الأم ، بل عثرت على ما يدل على عكسه : « قال الشافعي : في الرجل يهل بالحج غير الفريضة ، فيمنعه والداه أو أحدهما ، أرى وأسمعاً له أن يحل محل المحصر » . الأم : ١٣٩/٢ .

وهو المذهب عند الحنابلة (٢٦).

واستدلوا بدليلين :

١ - القياس : قياس الحج على الصوم ، بجامع أن كلا منهما قربة ، لا مخافة فيها على فاعله ، فكما لا يجوز للأبوين تحليل الولد من الصوم ، إذا شرع فيه ، فكذلك الحج (٢٧).

٢ - المعقول : الحج ، وإن كان قد أحرم به بنية التطوع ، إلا أنه يلزم بالشروع فيه ، فصار كالحج الواجب ابتداء (٢٨).

الترجيح :

الذي يظهر هو ترجيح القول الثاني ؛ لأن الحج وإن كان تطوعاً إلا أنه بعد الإحرام به ، والشروع فيه ، يلزمه إتمامه ، وهذا حكم خاص بالحج ، ولذلك لو أفسد الحج - وإن كان تطوعاً - لزمه قضاؤه ، وبذلك يترجح القول بعدم التحليل بعد الشروع فيه ، مع القول بعصيان الولد؛ لتركه الفرض وهو طاعة الوالدين ، وإتيانه بما هو ليس بفرض . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٦) المغنى : ٤٣٤/٥ ، والمبدع : ٩١/٣ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ - ٤٥٠ .

(٢٧) المذهب : ٢٣٥/١ .

(٢٨) المغنى : ٤٣٤/٥ ، والمبدع : ٩١/٣ ، وكشاف القناع : ٤٤٩/٢ - ٤٥٠ .

المبحث العاشر

الإذن في
حج الشخص عن غيره

□□□□□

المحجوج عنه ، له عدة أحوال : فهو إما أن يكون ميتاً أو حياً ، فإن كان ميتاً ، فالحج عنه إما أن يكون فرضاً وإما أن يكون تطوعاً .
وأما إن كان حياً ، فقد يكون مستطيعاً للحج ، وقد يكون عاجزاً وفي كلا الحالتين قد يكون الحج فرضاً ، وقد يكون تطوعاً ، فهذه ستة أحوال ، نتكلم عن كل حالة في مطلب خاص بها .
المطلب الأول : إذن الميت في الحج عنه فرضاً :

اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة ، وذهبوا إلى أربعة أقوال :
القول الأول : يجب الحج عن الميت الذي لم يؤد فرضه ، سواء أوصى بذلك أو لم يوص ، ولا يحتاج الحاج إلى إذن منه ؛ لأن الميت لا إذن له ، ويسقط الفرض عنه بأداء غيره عنه ، ويستوي في ذلك الوارث والأجنبي . وهو قول على ^(١) وأبي هريرة ^(٢) ، وابن عباس ^(٣) ، وسعيد بن المسيب ^(٤) ، وسعيد بن جبير ^(٥) ، والحسن ^(٦) ، وعطاء ^(٧) ، وعبد الرحمن بن

(١) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ .

(٢) المحلى لابن حزم : ٥٠/٧ ، والمجموع : ٩٠/٧ .

(٣) المنائر نفسها .

(٤) ابن أبي شيبة : ٥٨/٤ ، والمحلى لابن حزم : ٥١/٧ .

وسعيد بن المسيب هو : سعيد بن المسيب بن حزن ، أبو محمد القرشي المخزومي ، عالم أهل المدينة ، وسيد التابعين في زمانه ، ولد لستين مفضلاً من خلافة عمر رضي الله عنه ، تولى سنة ٩٤ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ١١٩/٥ - ١٤٣ ، والمعرفة والتاريخ : ٤٦٨/١ - ٤٧٩ ، ووفيات الأعيان : ٣٧٥/٢ - ٣٧٨ رقم ٢٦٢ ، وسير أعلام النبلاء : ٢١٧/٤ - ٢٤٦ رقم ٨٨ .

(٥) المحلى لابن حزم : ٥١/٧ .

وسعيد بن جبير هو : سعيد بن جبير بن هشام ، أبو محمد ، ويقال أبو عبد الله الأسدي الوالي الإمام الحافظ المقرئ الشهيد ، أحد كبار التابعين ، قتله الحجاج بن يوسف الثقفي ، وهو آخر من قتلهم الحجاج فإنه دعا على الحجاج فمات بعده بمدة يسيرة ، وكان استشهاداً في شعبان سنة ٩٥ هـ .

أبي ليلى^(٨) وطاؤوس^(٩) ، ومجاهد^(١٠) ، والأوزاعي^(١١) ، وعبد الله بن

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٢٥٦/٦ - ٢٦٧ ، والمعرفة والتاريخ : ٧١٢/١ - ٧١٣ ، ووفيات
الأعيان : ٣٧١/٢ - ٣٧٤ رقم ٢٦١ ، وسير أعلام النبلاء : ٣٢١/٤ - ٣٤٣ رقم ١١٦ .

(٦) ابن أبي شيبة : ٥٨/٤ ، والمحلى لابن حزم : ٥٢/٧ .

(٧) المحلى لابن حزم : ٥٢/٧ ، والمجموع : ٩٠/٧ .

وعطاء هو : عطاء بن أبي رباح أبو محمد القرشي مولاهم ، مفتي الحرم ، ولد في أثناء خلافة
عثمان رضي الله عنه ، توفي سنة ١١٥ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٤٦٧/٥ - ٤٧٠ ، والمعرفة والتاريخ : ٧٠١/١ - ٧٠٣ ، ووفيات
الأعيان : ٢٦١/٣ - ٢٦٣ رقم ٤١٩ ، وسير أعلام النبلاء : ٧٨/٥ - ٨٨ رقم ٢٩ .

(٨) المحلى لابن حزم : ٥٢/٧ .

وعبد الرحمن بن أبي ليلى هو : أبو عيسى الأنصاري الكوفي ، الفقيه ويقال أبو محمد ، من أبناء
الأنصار ، ولد في خلافة الصديق رضي الله عنه ، من ثقات التابعين ، قتل سنة ٨٢ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ١٠٩/٦ - ١١٣ ، والمعرفة والتاريخ : ٦١٧/٢ - ٦١٩ ، ووفيات
الأعيان : ١٢٦/٣ رقم ٣٦٠ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٦٢/٤ - ٢٦٧ رقم ٩٦ .

(٩) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ .

وطاؤوس هو : طاؤوس بن كيسان أبو عبد الرحمن الفارسي ، ثم اليمني ، عالم اليمن ، ولد في
خلافة عثمان رضي الله عنه ، وهو معدود من كبار أصحاب ابن عباس ، توفي سنة ١٠٦ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٥٣٧/٥ - ٥٤٢ ، والمعرفة والتاريخ : ٧٠٥/١ ، ووفيات الأعيان
: ٥٠٩/٢ - ٥١١ رقم ٣٠٦ ، وسير أعلام النبلاء : ٣٨/٥ - ٤٩ رقم ١٣ .

(١٠) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ .

ومجاهد هو : مجاهد بن جبر ، أبو الحجاج المكي ، مولى السائب بن أبي السائب المخزومي ،
شيخ القراء والمفسرين ، أحد كبار أصحاب ابن عباس ، توفي سنة ١٠٢ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٤٦٦/٥ - ٤٦٧ ، والمعرفة والتاريخ : ٧١١/١ - ٧١٢ ، وسير
أعلام النبلاء : ٤٤٩/٤ - ٤٥٧ رقم ١٧٥ ، وطبقات الحفاظ : ٣٥ رقم ٨١ ، وشذرات الذهب : ١٩/٢ .

- ٢٠ -

(١١) المحلى لابن حزم : ٥٢/٧ .

المبارك^(١٣) ، وابن سيرين^(١٣) ، وإسحق^(١٤) ، والثوري^(١٥) ، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى^(١٦) ، وأبو ثور^(١٧) ، وداود^(١٨) ، وابن المنذر^(١٩)

(١٢) الترمذی : ٢٦٨/٣ ، والمحلی لابن حزم : ٥٢/٧ ، وشرح السنة : ٢٦/٧ .

(١٣) المجموع : ٩٠/٧ .

وابن سيرين هو : محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري ، الأنسي البصري ، مولى أنس بن مالك ولد لستتين بقيتا من خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه ، له في التعبير الرؤيا عجائب ، وكان له في ذلك تأييد إلهي ، توفي سنة ١١٠ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ١٩٣/٧ - ٢٠٦ ، والمعرفة والتاريخ : ٥٤/٢ - ٦٤ ، وتاريخ بغداد : ٣٣١/٥ - ٣٣٨ رقم ٢٨٥٧ ، ووفيات الأعيان : ١٨١/٤ - ١٨٣ رقم ٥٦٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٦٠٦/٤ - ٦٢٢ رقم ٢٤٦ .

(١٤) المحلی لابن حزم : ٥٢/٧ .

(١٥) الترمذی : ٢٦٨/٣ ، والمحلی لابن حزم : ٥٢/٧ .

والثوري هو : سفیان بن سعید بن مسروق ، أبو عبد الله الثوري الكوفي المجتهد ، امام الحفاظ ولد سنة ٩٧ هـ ، وتوفي سنة ١٦١ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٣٧١/٦ - ٣٧٤ ، والمعرفة والتاريخ : ٧١٣/١ - ٧٢٩ ، وتاريخ بغداد : ١٥١/٩ - ١٧٤ رقم ٤٧٦٣ ، ووفيات الأعيان : ٢٨٦/٢ - ٢٩١ رقم ٢٦٦ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٢٩/٧ - ٢٧٩ رقم ٨٢ .

(١٦) المحلی لابن حزم : ٥٢/٧ .

وابن أبي ليلى إذا أطلق فهو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، أبو عبد الرحمن الأنصاري الكوفي ، مفتي الكوفة وقاضيه ، ولد سنة ثيف وسبعين ، مع جلالة قدره في الفقه كان ضعيفاً في الحديث ، توفي في رمضان سنة ١٤٨ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٣٥٨/٦ ، والمعارف : ٤٩٤ ، ووفيات الأعيان : ١٧٩/٤ - ١٨١ رقم ٥٦٤ ، وسير أعلام النبلاء : ٣١٠/٦ - ٣١٦ رقم ١٣٣ .

(١٧) المحلی لابن حزم : ٥٢/٧ .

(١٨) المصدر نفسه .

وداود هو : داود بن علي بن خلف ، أبو سليمان البغدادي ، المعروف بالاصهباني ، إمام أهل الظاهر ، ولد سنة ٢٠٠ هـ ، وتوفي سنة ٢٧٠ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد : ٣٦٩/٨ - ٣٧٥ رقم ٤٤٧٣ ، والمنظوم : ٧٥/٥ - ٧٧ ، ووفيات الأعيان : ٢٥٥/٢ - ٢٥٧ رقم ٢٢٣ ، وسير أعلام النبلاء : ٩٧/١٣ - ١٠٨ رقم ٥٥ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٢٨٤/٢ - ٢٩٣ رقم ٦٦ .

(١٩) الإقتناع : ٢٣٨/١ .

وعبد الله بن طاوس (٢٠) ، وابن حزم (٢١) ، وهو قول للنخعي (٢٢) ، وهذا هو
الرأي الراجح عند الشافعية (٢٣) ، والحنابلة (٢٤) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - الكتاب : قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ
دَيْنٍ ﴾ (٢٥) .

وجه الدلالة :

أن المولى عز وجل أمر بقضاء الدين مطلقاً من غير قيد ، والحج
إذا وجب بالاستطاعة صار مطالباً به ، فإذا مات أصبح ديناً في ذمته
لله سبحانه وتعالى وبذلك دخل في عموم الدين الوارد في الآية ، وقضاء
الدين لا يحتاج إلى إذن ، وكذلك الحج قد أصبح ديناً ، فصح من غير
إذن (٢٦) .

(٢٠) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ .

وعبد الله هو : عبد الله بن طاوس أبو محمد اليماني ، المحدث ، الثقة ، توفي سنة ١٢٢ هـ .
انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ٥٤٥/٥ ، وتاريخ أبي زرعة : ٤٧٢/١ ، رقم ١٢٢٨ ، وتهذيب
الكمال : ١٣٠/١٥ - ١٣٣ رقم ٣٣٤٦ ، وسير أعلام النبلاء : ١٠٣/٦ - ١٠٤ رقم ٢٦ .

(٢١) المحلى لابن حزم : ٤٨/٧ .

وابن حزم هو : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي
الفقيه الحافظ ، المتكلم الأديب ، الوزير ، الظاهري ، له : المحلى ، ومراتب الإجماع ، والإحكام
والفصل في الملل والنحل ، وجوامع السيرة ، وغير ذلك كثير ، ولد سنة ٣٨٤ هـ ، وتوفي سنة
٤٥٦ هـ .

انظر ترجمته في معجم الأنبياء : ٢٢٥/١٢ - ٢٥٧ رقم ٦٢ ، ووفيات الأعيان : ٢٢٥/٣ - ٢٣٠ رقم
٤٤٨ ، وسير أعلام النبلاء : ١٨٤/١٨ - ٢١٢ رقم ٩٩ ، والإحاطة : ١١١/٤ - ١١٦ .

(٢٢) المحلى لابن حزم : ٥١/٧ .

(٢٣) المجموع : ٧٢/٧ ، ٨٣ ، ومغنى المحتاج : ٤٦٩/١ ، ونهاية المحتاج : ٢٤٥/٣ .

(٢٤) المغنى : ٢٧/٥ ، وشرح المنتهى : ٤/٢ ، وكشاف القناع : ٤٦٣/٢ .

(٢٥) سورة النساء : آية : ١٢ .

(٢٦) انظر : المحلى لابن حزم : ٤٨/٧ .

٢ - السنة : عن عبد الله بن بريدة ^(٢٧) ، عن أبيه ^(٢٨) ، قال : بينا أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة ، فقالت : إني تصدقت على أمي بجارية ، وإنها ماتت . قال : فقال : « وجب أجرك . وردّها عليك الميراث » ، قالت : يا رسول الله ! إنه كان عليها صوم شهر أفأصوم عنها ؟ قال : « صومي عنها » ، قالت : أنها لم تحج قط أفأحج عنها ؟ قال : « حجي عنها » ^(٢٩) .

٣ - السنة أيضاً : عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : إن أمي نذرت أن تحج ، فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ، قال : « نعم ، حجي عنها ، أرايت لو كان على أمك دين أكنت قاضية ، اقضوا الله ، فالله أحق بالوفاء » ^(٣٠) .

(٢٧) عبد الله بن بريدة بن الحصب ، أبو سهل الأسلمي المروزي ، شيخ مرو وقاضيه ، الحافظ الإمام ولد سنة ١٥ هـ ، كان توأماً لأخيه سليمان بن بريدة ، ولي القضاء بمرور ، وتوفي سنة ١١٥ هـ .
انظر ترجمته في طبقات خليفة : ٢١١ ، ٢٢٢ ، والتاريخ الكبير للبخاري : ٥١/٥ رقم ١١٠ وتهذيب الكمال : ٣٢٨/١٤ - ٣٢٢ رقم ٣١٧٩ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٠/٥ - ٥٢ رقم ١٥ .
(٢٨) بريدة بن الحصب بن عبد الله بن العارث الأسلمي ، أبو عبد الله ، أسلم حين مرّ به النبي ﷺ مهاجراً ، ثم قدم المدينة بعد أحد ، فشهد المشاهد ، وشهد الحديبية ، وبيعة الرضوان ، وكان من ساكني المدينة ، ثم تحول إلى البصرة ، ثم خرج منها غازياً إلى خراسان ، فلما بمرور حتى مات ودفن بها ، وذلك سنة ٦٣ هـ في خلافة يزيد بن معاوية .
انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٨٥/١ - ١٨٦ ترجمة رقم ٢١٧ ، وأسد الغابة : ٢٠٩/١ - ٢١٠ ترجمة رقم ٣٩٨ ، والإصابة : ٢٨٦/١ ترجمة رقم ٦٣٢ .
(٢٩) مسلم : الصيام (١٢) باب قضاء الصيام عن الميت (٢٧) : ج ٨٠٥/٢ رقم ١٥٧ .
(٣٠) البخاري : جزاء الصيد (٢٨) باب الحج والنذور عن الميت والرجل يحج عن المرأة (٢٢) : ج ٢١٧/٢ - ٢١٨ ، وينو جهينة حي من قضاة من القحطانية ، هم بنو جهينة بن زيد بن ليث .
(نهاية الأرب للقلقشندي : ٢٢١) .

وجه الدلالة من الحديثين :

إنَّ النبي ﷺ أمر السائلتين بالحج عن الميت ، من غير أن يتعرض ﷺ للسؤال عن الوصية ، والإذن ، ولو كان الإذن شرطاً ، لبينه الرسول ﷺ ؛ إذ المجال مجال تعليم ، وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز ، فدل على عدم اشتراط الإذن .

٤ - قياس الحج على الدين ، بجامع أن كلا منهما مستحق ثابت في الذمة ، فكما يجوز للإنسان أن يقضي دين الميت بغير إذن منه ولا وصية فكذلك الحج ؛ لأن النبي ﷺ شبيهه بالدين^(٣١) .

القول الثاني : لا يجوز الحج عن الميت الذي لم يؤد فرضه ، إلا إذا أذن بذلك في وصيته^(٣٢) ، ولا يسقط عنه الحج إلا إذا أذن^(٣٣) ، ويصح مع الكراهة^(٣٤) وهذا قول للإمام مالك^(٣٥) - رحمه الله - ، وهو المعتمد عند المالكية .

واستدل بما يأتي :

١ - الكتاب : قال الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٣٦) .

وجه الدلالة :

الحج واجب على المستطيع ، والميت غير مستطيع بسبب موته ، فلا تجوز النيابة فيه ؛ لأن الحج من الأعمال البدنية التي لاتقبل النيابة

(٣١) انظر المجموع : ٨٣/٧ ، وكشاف القناع : ٤٦٣/٢ .

(٣٢) الكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١ ، ومواهب الجليل : ٢/٣ ، والشرح الصغير : ١٥/٢ .

(٣٣) انظر الزرقاني : ٢٤٨/٢ ، والشرح الكبير : ٢١/٢ ، وجواهر الإكليل : ١٦٦/١ - ١٦٨ .

(٣٤) الشرح الصغير : ١٥/٢ .

(٣٥) انظر التلخيص رقم ٢٢ من هذا البحث .

(٣٦) سورة آل عمران : آية : ٩٧ .

كالصوم والصلاة ، وانما نفذت الوصية به مراعاة لما فيه من شائبة المال^(٣٧) .

الجواب عن هذا الاستدلال :

الميت إذا كان لم يحج في حياته بعد وجوبه عليه ، فإن الحج أصبح ديناً ، يقضى من ماله كسائر الديون ، والميت وإن لم يكن مستطيعاً بنفسه ؛ لموته ، فإنه مستطيع بغيره ، فالحكم في الآية يشمل .

٢ - الكتاب أيضاً : قال تعالى : ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٣٨) .

وجه الدلالة :

أن الإنسان لا ينتفع بشيء إلا من سعيه ، والموت يقطع هذا السعي ، فلا ينتفع بسعي غيره ، وانما نفذت الوصية به مراعاة لما فيه من شائبة المال^(٣٩) .

الجواب عن هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : أن الموت لا يقطع كل سعي ؛ بدليل قوله ﷺ : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له »^(٤٠) ؛ فدل على أن الآية ليست على عمومها .

(٣٧) انظر الزرقاني : ٢٤٨/٢ .

(٣٨) النجم : ٣٩ .

(٣٩) انظر الزرقاني ٢٤٨/٢ .

(٤٠) مسلم : الوصية (٢٥) باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (٣) : ج ٣/١٢٥٥ رقم ١٤ .

الوجه الثاني : أن الأحاديث التي استدلت بها أصحاب القول الأول ، مخصصة لعموم هذه الآية ، وهي صريحة في أداء الحج عن الميت ، دون التعرض للوصية والإذن ، ولو كان الإذن شرطاً لذكره ﷺ .

القول الثالث : لا يجوز الحج عن الميت الذي لم يؤد فرضه ، إلا إذا أذن بذلك في وصيته ، إلا أن يكون الحاج وارثاً فيجوز من غير إذن ويسقط الفرض عن الميت . وهو قول أبي حنيفة ^(٤١) ، وهو قول ضعيف عند الشافعية ^(٤٢) ، نقله امام الحرمين ^(٤٣) ، والبخاري ^(٤٤) ، والمتولي ^(٤٥) عن الشافعي .

(٤١) انظر : تحفة الفقهاء : ٦٥١/١ ، وبدائع الصنائع : ٢١٢/٢ ، ومجمع الأنهر : ٣٠٩/١ - ٣١٠ وحاشية ابن عابدين : ٥٩٩/٢ .

(٤٢) المجموع : ٨٣/٧ .

(٤٣) المصدر نفسه . وقد أورد الدكتور عبد العظيم الديب في كتابه « فقه إمام الحرمين » : ص ٣٤٤ - ٣٤٥ نص إمام الحرمين في ذلك نقلاً عن مخطوطة « نهاية المطلب في دراية المذهب » لإمام الحرمين في الجزء : ٦/ ورقة ١١٢ وجه .

وإمام الحرمين هو : أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، شيخ الشافعية ، ولد سنة ٤١٩ هـ ، له : نهاية المطلب في دراية المذهب ، الدرّة المضيئة فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية ، والبرهان في أصول الفقه ، وغياث الأمم في التياث الظلم ، توفي في ٤٧٨/٤/٢٥ هـ . انظر ترجمته في المنتخب من السياق لتاريخ نيسابور - ترجمة رقم ١٠٩٠ : ص ٥٠٧ - ٥٠٨ والتاريخ المجدد لمدينة السلام المعروف بذيّل تاريخ بغداد لابن النجار ، الجزء الأول من المطبوع : ص ٨٥ - ٩٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٦٨/١٨ - ٤٧٧ رقم ٢٤٠ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٦٥/٥ - ٢٢٢ رقم ٤٧٥ ، وطبقات الشافعية للأسنوي : ٤٠٩/١ - ٤١٢ رقم ٣٦٧ .

(٤٤) المجموع : ٨٣/٧ . والبخاري هو : أبو محمد الحسين بن مسعود بن الفراء البغوي ، الشافعي ، المفسر ، المحدث الفقيه ، له : معالم التنزيل ، وشرح السنة ، والمصابيح ، والتهذيب ، توفي سنة ٥١٦ هـ .

انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء : ٤٣٩/١٩ - ٤٤٣ رقم ٢٥٨ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٧٥/٧ - ٨٠ رقم ٧٦٧ ، وطبقات الشافعية للأسنوي : ٢٠٥/١ - ٢٠٦ رقم ١٧٧ ، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة : ٣١٠/١ - ٣١١ رقم ٢٤٨ .

(٤٥) المجموع : ٨٣/٧ . والمتولي هو : أبو سعد عبد الرحمن بن مأمون بن علي المتولي ، ولد سنة ٤٢٦ وقيل سنة ٤٢٧ هـ ، له : التتمة على إبانة شيخه الفوراني ، توفي ليلة الجمعة ٤٧٨/١٠/١٨ هـ انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء : ٥٨٥/١٨ - ٥٨٦ رقم ٣٠٦ ، ١٨٧/١٩ رقم ١٠٧ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٠٦/٥ - ١٠٨ رقم ٤٥٣ ، وطبقات الشافعية للأسنوي : ٣٠٥/١ - ٣٠٦ رقم ٢٧٧ ، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة : ٢٦٤/١ - ٢٦٥ رقم ٢١١ .

واستدلوا بما استدل به أصحاب القول الثاني ، كما أنهم استدلوا لقولهم باستثناء الوارث ؛ بوجود الأمر في الوارث دلالة ^(٤٦) ، فعن محمد ابن إبراهيم بن الحارث التيمي ^(٤٧) أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحج أحد عن أحد ، إلا ولد عن والد » ^(٤٨) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ نهى أن يحج أحد عن غيره ، إلا الولد - وهو الوارث - عن والده .

اعتراض على الدليل :

أولاً ، الحديث مرسل ، ولا حجة في مرسل التيمي ، ولا سيما وأنه يعارض الأحاديث الصحيحة المتصلة .
ثانياً ، الحديث فيه عبد الملك بن حبيب ^(٤٩) ، وعبد الرحمن بن زيد ^(٥٠) وهما ضعيفان .

(٤٦) أي في الأحاديث التي أمر الرسول ﷺ فيها بالجمع عن الميت .

وانظر بدائع الصنائع : ٢١٣/٢ ، وحاشية ابن عابدين : ٥٩٩/٢ .

(٤٧) محمد بن إبراهيم بن الحارث بن خالد التيمي ، أبو عبد الله المدني ، ثقة له أفراد من الرابعة ، مات سنة عشرين على الصحيح .

تقريب التهذيب : ٤٦٥ ترجمة رقم ٥٦٩١ ، ولزيد من ترجمته انظر : التاريخ الكبير : ٢٢/١ - ٢٣ - ترجمة رقم ١٧ ، والجرح والتعديل : ١٨٤/٧ ترجمة رقم ١٠٤٢ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٩٤/٥ - ٢٩٦ رقم ١٤٠ .

(٤٨) المحلى لابن حزم : ٤٤/٧ .

(٤٩) عبد الملك بن حبيب الأندلسي ، أبو مروان ، الفقيه المشهور ، صدوق ضعيف الحفظ كثير الغلط من كبار العاشرة ، مات سنة تسع وثلاثين .

تقريب التهذيب : ٣٦٢ ترجمة رقم ٤١٧٤ . وانظر : ترتيب المدارك : ١٢٢/٤ - ١٤٢ ، وسير أعلام النبلاء : ١٠٢/١٢ - ١٠٧ رقم ٣٢ ، والديباج المذهب : ٨/٢ - ١٥ رقم ٢ .

(٥٠) عبد الرحمن بن زيد بن أسلم العلوي مولاهم ، ضعيف ، من الثامنة ، مات سنة اثنتين وثمانين .

تقريب التهذيب : ٣٤٠ ترجمة رقم ٣٨٦٥ . وانظر : التاريخ الكبير : ٢٨٤/٥ - ٢٨٥ رقم ٩٢٢ والضعفاء الكبير : ٢٣١/٢ - ٢٣٢ رقم ٩٢٦ ، والجرح والتعديل : ٢٣٣/٥ - ٢٣٤ رقم ١١٠٧ وسير أعلام النبلاء : ٣٤٩/٨ رقم ٩٤ .

القول الرابع : لا يجوز الحجّ عن الميت مطلقا سواء أذن بذلك وأوصى أم لا . وبه قال ابن عمر ^(٥١) ، والقاسم بن محمد ^(٥٢) ، وابن أبي ذئب ^(٥٣) ، وهو قول مالك ^(٥٤) والنخعي ^(٥٥) .
واستدلوا بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : لا يحجّ أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد ^(٥٦) .

اعتراض على الدليل :

هذا قول صحابي ، ولا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة المرفوعة إلى النبي ﷺ ، ولا عبرة بقول أحد إذا ما عارض قوله ، قولا للنبي ﷺ ثبتت صحة نسبته إليه ، فهو المعصوم الذي لا ينطق عن الهوى .

(٥١) ابن أبي شيبة : الجزء المفقود : ص ٤٤١ ، والمحلى لابن حزم : ٤٥/٧ .

(٥٢) المصادر نفسها .

والقاسم هو : القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، أبو محمد ، أحد الفقهاء السبعة ، عالم وقته بالمدينة ، ولد في خلافة علي رضي الله عنه ، وتوفي سنة ١٠٦ هـ ، وقيل سنة ١٠٧ هـ .
انظر ترجمته في الطبقات الكبرى : ١٨٧/٥ - ١٩٤ ، ووفيات الأعيان : ٥٩/٤ - ٦٠ رقم ٥٣٣ وسير أعلام النبلاء : ٥٣/٥ - ٦٠ ترجمة رقم ١٨ ، ونكت الهيثان : ٣٣٠ .

(٥٣) شرح السنة : ٢٧/٤ ، وأئيموع : ٩٠/٧ .

وابن أبي ذئب هو : محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب ، أبو الحارث القرشي العامري ، ولد سنة ٨٠ هـ ، الفقيه المدني ، توفي سنة ١٥٨ هـ ، وقيل سنة ١٥٩ هـ .
انظر ترجمته في مشاهير علماء الأمصار : ١٤٠ رقم ١١٠٧ ، وتاريخ بغداد : ٢٩٦/٢ - ٣٠٥ - ٣٠٥ رقم ٧٨٧ ، ووفيات الأعيان : ١٨٣/٤ رقم ٥٦٦ ، وسير أعلام النبلاء : ١٣٩/٧ - ١٤٩ رقم ٥٠ ، وتهذيب التهذيب : ٣٠٣/٩ - ٣٠٧ رقم ٥٠٣ .

(٥٤) نسبة إلى مالك : العيني في عمدة القارئ : ٣٩١/٧ .

(٥٥) ابن أبي شيبة : الجزء المفقود : ص ٤٤١ ، والمحلى لابن حزم : ٥٢/٧ - ٥٣ ، وشرح السنة : ٢٧/٧ ، والمجموع : ٩٠/٧ .

(٥٦) ابن أبي شيبة : الجزء المفقود : ص ٤٤١ ، ورواه ابن حزم بسنده في المحلى : ٤٥/٧ بلفظ : « لا يصوم أحد عن أحد ولا يحجّ أحد عن أحد » .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح ؛ لقوة أدلته وصحتها ، وضعف
الاعتراضات الواردة عليها ، أما الأدلة التي استدلت بها أصحاب الأقوال
الأخرى ، فهي لا تقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة التي استدلت
بها أصحاب القول الأول ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني : إذن الميت في الحج عنه تطوعاً :

اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يجوز حج التطوع عن الميت ، سواء أذن به أم لا
وبه قالت الحنفية ^(٥٧) ، والحنابلة ^(٥٨) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - الرسول ﷺ أمر بحج الفرض عن الميت مطلقاً من غير ذكر إذنه
بقوله : « حُجِّي عنها » ^(٥٩) وإذا جاز عنه حج الفرض من غير
إذنه جاز حج التطوع عنه من غير إذنه ؛ لأن ما جاز فرضه
جاز نفله ^(٦٠) .

٢ - القياس على الصدقة بجامع أن كلا من الحج والصدقة عبادة ، فلما
جاز أن يُتصدق عن الميت بغير إذنه فرضاً ^(٦١) ونفلاً ^(٦٢) ، جاز أن
يُحجَّ عنه أيضاً فرضاً ونفلاً بغير إذنه ^(٦٣) .

(٥٧) انظر : مناسك ملا علي القاري : ص ٢٨٨ ، ٢٩٩ ، وتقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين :
١٧١/١ .

(٥٨) المغني : ٢٧/٥ ، والفروع : ٢٧٠/٣ .

(٥٩) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٢٩ من هذا المبحث ص ١١٥ .

(٦٠) ذكر هذه القاعدة الشيرازي - رحمه الله - في المذهب : ١٩٩/١ ، وابن قدامة - رحمه الله - في

المغني : ٢٧/٥ ، والنووي - رحمه الله - في المجموع : ٨٦/٧ ، ولم أشر عليها في كتب القواعد

مع طول البحث والتقيب .

القول الثاني : لا يجوز حج التطوع عن الميت إلا إذا إذن بذلك

في وصيته وبه قال مالك ^(٦٤) ، وهو القول الراجح عند الشافعية ^(٦٥) .

واستدلوا لعدم الجواز بغير إذن ؛ بانتفاء الاضطرار في النفل ^(٦٦) .

ويعترض على هذا الاستدلال ؛ بإيراد التيمم ، فإنه يجوز

في الفرض للاضطرار ومع ذلك يجوز التيمم في النفل ^(٦٧) .

واستدلوا للجواز مع الإذن والوصية ، بقياس الحج على الصدقة

بجامع أن كلا منهما عبادة تدخلها النيابة ، فإذا جازت الوصية بالصدقة

جازت بالحج ^(٦٨) .

ويمكن الإجابة عنه ؛ بأن هذا القياس محل نظر ؛ لأن دخول

النيابة في الصدقة متفق عليه ودخولها في الحج مختلف فيه فافترقا .

(٦١) كالزكاة فإنها لا تسقط بموت رب المال في قول أكثر أهل العلم ، وتخرج من ماله ، وإن لم

يوص بها .

انظر : المذهب : ١٧٥/١ ، والمغنى : ١٤٥/٤ - ١٤٦ .

(٦٢) أي تطوعاً لما رويته عائشة رضي الله عنها ؛ أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله : إن

أمرى اقتلتت نفسها ولم توص ، وأظنها لو تكلمت تصدقت . أفلها أجر إن تصدقت عنها ؟ قال :

« نعم » .

أخرجه مسلم في صحيحه في الزكاة (١٢) باب وصول ثواب الصدقة عن الميت إليه (١٥) ج ٢/٦٩٦

رقم ٥١ ، وفي الوصية (٢٥) باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت (٢) ج ٣/١٢٥٤ رقم ١٢ مكرر .

ومعنى اقتلتت نفسها أي ماتت بفتنة وفجأة (النهاية : ٤٦٧/٣ « قلت ») .

(٦٣) انظر المغنى : ٢٧/٥ ، والفروع : ٢٧٠/٣ .

(٦٤) مواهب الجليل : ٣/٣ ، والزرقاتي : ٢٤٤/٢ ، والشرح الكبير : ٢١/٢ .

(٦٥) المذهب : ١٩٩/١ ، والمجموع : ٨٧/٧ ، وتحفة المحتاج : ٢٨/٤ .

(٦٦) المذهب : ١٩٩/١ .

(٦٧) المجموع : ٨٧/٧ .

(٦٨) المذهب : ١٩٩/١ .

القول الثالث : لا يجوز التطوع عن الميت مطلقاً ، أذن بذلك أم

لم يأذن ، وإليه ذهب ابن المنذر ^(٦٩) ، وهو قول للشافعي ^(٧٠) .

واستدلوا لعدم الجواز بأن النيابة إنما صحت للاضطرار ، ولا

اضطرار هنا .

ويجاب عنه بأن عدم الاضطرار لا ينافي الجواز ، فهذا التيمم مثلاً

جاز للاضطرار ومع ذلك فإنه يجوز في النقل أيضاً .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح لقوة أدلته : ولأن الرسول ﷺ أجاز الحج

عن الميت ، دون التفريق بين الفرض والتطوع ، وحج التطوع عن الميت

لا يعدو أن يكون طريقاً لإيصال الثواب إلى الميت ، وهذا ثابت في الشرع ،

والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثالث : إذن الحرم المستطيع في حج الفرض عنه :

اتفق الفقهاء ^(٧١) رحمهم الله تعالى ، على عدم جواز استنابة الحي

المستطيع في الفرض ، فلا يصح أن يحج عنه غيره ، سواء كان الحج

بأذنه أم من غير إذنه .

قال ابن المنذر : وأجمعوا أن من عليه حجة الإسلام وهو قادر ، لا

يجزئه إلا أن يحج بنفسه ، لا يجزئ أن يحج عنه غيره ^(٧٢) .

(٦٩) الإقناع : ٢٣٨/١ .

(٧٠) المهذب : ١٩٩/١ ، والمجموع : ٨٧/٧ .

(٧١) انظر : المبسوط : ١٥٢/٤ ، والكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١ ، والمهذب : ١٩٩/١ ، والمغنى :

٢٢/٥ .

(٧٢) الإجماع : ص ٥٦ .

المطلب الرابع : إذن الحم المستطيع في الحج عنه تطوعاً :

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يجوز الحجّ تطوعاً عن الحي القادر إذا أذن بذلك

وبه قال أبو حنيفة^(٧٣) رحمه الله، وهو المذهب عند الحنابلة^(٧٤).

واستدلوا بالقياس على الحي العاجز ، بجامع أن الحج في كلتا

الحالتين تطوع لا يلزمه بنفسه ، فلما جاز للعاجز أن يستنيب مع عدم

لزومه عليه ، جاز للقادر كذلك^(٧٥).

القول الثاني : لا يجوز الاستئابة في حج التطوع عن الحي

القادر سواء أذن بذلك ، أم لم يأذن ، وبه قال المالكية^(٧٦) ، والشافعية^(٧٧)

وهو رواية عن الإمام أحمد^(٧٨).

واستدلوا بقياس التطوع على الفرض بجامع الاستطاعة ، فكما لا

يجوز للمستطيع أن يستنيب في الفرض ، فكذلك التطوع^(٧٩).

ويجاب عن هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الأمر في

التطوع مبني على الوسع ؛ بدليل جواز الجلوس في صلاة التطوع مع

القدرة على القيام ، ولا يجوز ذلك في الفرض^(٨٠).

(٧٣) انظر : المبسوط : ١٥٢/٤ ، وفتح القدير : ١٤٦/٣ .

(٧٤) انظر المغنى : ٢٢/٥ - ٢٣ ، والفروع : ٢٧٠/٣ ، والإنصاف : ٤١٨/٣ ، وكشاف القناع :

٤٦٣/٢ .

(٧٥) انظر : المغنى : ٢٣/٥ .

(٧٦) الكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١ ، ومواهب الجليل : ٣/٣ ، والزرقاني : ٢٤٤/٢ ، والشرح الصغير

: ١٥/٢ .

(٧٧) المجموع : ٨٦/٧ ، وروضة الطالبين : ١٢/٣ .

(٧٨) المغنى : ٢٣/٥ ، والفروع : ٢٧٠/٣ ، والإنصاف : ٤١٨/٣ .

(٧٩) انظر : المغنى : ٢٣/٥ .

(٨٠) المبسوط : ١٥٢/٤ .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح ؛ لأن الأمر في التطوع متوسع فيه ، فيجوز فيه ما لا يجوز في الفرض ، ولأن المستطيع في التطوع لم تجب عليه واحدة من المشقتين وهما السفر والنفقة ، فإذا كان له تركهما ، كان له أن يتحمل إحداهما تقريباً إلى الله عز وجل ^(٨١) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الخامس : إذن الحم العاجز - المعضوب - في الحج عنه فرضاً .

حج الفرض عن المعضوب له صورتان :

الصورة الأولى : أن يجد مالا وأجيراً بأجرة المثل .

الصورة الثانية : ألا يجد مالا ولكن يجد من يطيعه من الولد .

أما عن الصورة الأولى وهي : أن يجد مالا وأجيراً بأجرة المثل

فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة على قولين :

القول الأول : يجب عليه الحج ، ولا يؤدي عنه إلا بإذنه ، فإن لم

يأذن وتبرع عنه شخص لم يجزئه ، وهو مروى عن علي بن أبي طالب ^(٨٢)

وابن عباس ^(٨٣) ، وعطاء ^(٨٤) ، وطاووس ^(٨٥) ، ومجاهد ^(٨٦) ، وسعيد بن

(٨١) وانظر : فتح القدير : ١٤٦/٣ .

(٨٢) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ ، والمجموع : ٧٤/٧ .

(٨٣) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ .

(٨٤) المصدر نفسه .

(٨٥) المصدر نفسه .

(٨٦) المصدر نفسه .

المسيب^(٨٧)، والحسن البصري^(٨٨)، والثوري^(٨٩)، والأوزاعي^(٩٠)، وعبد الله
ابن طاوس^(٩١)، وابن أبي ليلى^(٩٢)، وإسحق^(٩٣)، وابن المنذر^(٩٤)، وداود^(٩٥)
وبه قال أبو حنيفة في رواية الحسن عنه^(٩٦)، وبه قال الشافعية^(٩٧)
والحنابلة^(٩٨).

واستدلوا لوجوب الحج عليه بما رواه عبد الله بن عباس - رضي الله
عنهما - أنه قال : كان الفضل بن عباس^(٩٩) - رضي الله عنهما -

(٨٧) المصدر نفسه .

(٨٨) المجموع : ٧٤/٧ .

(٨٩) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ ، والمجموع : ٧٤/٧ ، وصدة القارى : ٣٩١/٧ .

(٩٠) المحلى لابن حزم : ٤٧/٧ .

(٩١) المصدر نفسه .

(٩٢) المصدر نفسه .

(٩٣) المصدر نفسه ، والمجموع : ٧٤/٧ ، وصدة القارى : ٣٩١/٧ .

(٩٤) الإقناع : ٢٣٨/١ .

(٩٥) المجموع : ٧٤/٧ .

(٩٦) المبسوط : ١٥٣/٤ ، وصدة القارى : ٣٩١/٧ .

والحسن هو : الحسن بن زياد اللؤلؤي ، أبو علي الانصاري صاحب أبي حنيفة ، فقيه العراق
توفي سنة ٢٠٤ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد : ٢١٤/٧ - ٢١٧ رقم ٢٨٢٧ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٤٣/٩ - ٥٤٥

رقم ٢١٢ ، والجواهر المضية : ٥٦/٢ - ٥٧ رقم ٤٤٨ ، والطبقات السنية : ٥٩/٣ - ٦١ رقم ٦٧٦ .

(٩٧) المذهب : ١٩٨/١ ، والمجموع : ٧٢/٧ ، وروضة الطالبين : ١٤/٣ .

(٩٨) الهداية لأبي الخطاب : ٨٩/١ ، والمغنى : ١٩/٥ - ٢٠ ، وكشاف القناع : ٤٥٥/٢ ، وشرح

منتهى الإرادات : ٣/٢ - ٤ .

(٩٩) الفضل بن العباس بن عبد المطلب ، أكبر ولد العباس ، وبه كان يكنى ، ابن عم رسول الله ﷺ

غزا مع النبي ﷺ الفتح ، وحنينا ، وثبت معه حين انهزم الناس ، وكان ربيب النبي ﷺ في حجة

الوداع ، وشارك في غسل النبي ﷺ ، قتل يوم مرج الصفر سنة ١٢ هـ ، وقيل في طاعون حمواس

سنة ١٨ هـ ، وقيل يوم اليرموك سنة ١٥ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٢٦٩/٣ - ١٢٧٠ ترجمة رقم ٢٠٩٣ ، وأسد الغابة : ٣٦٦/٤ ترجمة

رقم ٤٢٣١ ، والإصابة : ٣٧٥/٥ - ٣٧٦ ترجمة رقم ٧٠٠٧ .

رديف^(١٠٠) رسول الله ﷺ ، فجاءته امرأة من خثعم^(١٠١) تستفتيه . فجعل الفضل ينظر إليها ، وتنظر إليه . فجعل رسول الله ﷺ يصرف وجه الفضل إلى الشق^(١٠٢) الآخر . قالت : يا رسول الله ! إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة . أفأحج عنه ؟ قال : « نعم » وذلك في حجة الوداع^(١٠٣) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن السائلة أثبتت فرضية الحج على والدها وأقرها النبي ﷺ على ذلك ؛ ففي إقراره ﷺ لها على ذلك دليل على فرضية الحج على المعصوب .
واستدلوا لإشتراط الإذن بأن الحج عبادة تفتقر إلى النية والمعصوب أهل للإذن ، فلا بد من إذنه^(١٠٤) .

القول الثاني : لا يجب عليه الحج ، ولا تجوز الاستنابة ، أذن بذلك أم لم يأذن . وهو قول مالك^(١٠٥) ، والمذهب عند الحنفية^(١٠٦) .

(١٠٠) رديف الرجل هو الراكب خلفه على الدابة .

(تهذيب اللغة : ٩٦/١٤ - ٩٨) .

(١٠١) خثعم : قبيلة مشهورة منسوبة إلى أقيـل بن أنمار بن إراش بن عمرو بن الغوث ، سُمِّيَ أقيـل بختـم لجمال كان له اسمه خثعم .

انظر : جمهرة أنساب العرب : ٣٨٧ .

(١٠٢) الشق : الجانب .

انظر : العين : ٧/٥ « شق » ، وتهذيب اللغة : ٢٤٧/٨ « شق » ، والقاموس المحيط : ١١٥٩ « شقق » .

(١٠٣) البخاري : في الحج (٢٥) باب وجوب الحج وفضله (١) ج ١٤٠/٢ ، وفي جزاء الصيد (٢٨) باب الحج ممن لا يستطيع الثبوت على الراحلة (٢٣) وباب حج المرأة عن الرجل (٢٤) ج ٢١٨/٢ ، وفي المغازي (٦٤) باب حجة الوداع (٧٧) ج ١٢٥/٥ ، ومسلم : في الحج (١٥) باب الحج عن العاجز لزمانة ومهرم ونحوهما أو للموت (٧١) ج ٩٧٣/٢ رقم ٤٠٧ واللفظ له .

(١٠٤) انظر : المغني : ٢٧/٥ ، والمجموع : ٧٢/٧ .

(١٠٥) انظر : الكافي : ابن عبد البر : ٣٥٧/١ ، ومواهب الجليل : ٣/٣ ، والزرقاني : ٢٤٤/٢ .

(١٠٦) انظر : المبسوط : ١٤٧/٤ ، وفتح القدير : ١٤٦/٣ .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قوله تعالى : ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (١٠٧) .

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه وتعالى نفى أن يكون للإنسان إلا ما سعى بنفسه والمعضوب لا يستطيع السعي .

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بأن المعضوب وجد منه السعي ببذل المال والاستئجار (١٠٨) .

٢ - قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (١٠٩) .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى شرط لوجوب الحج الاستطاعة ، والمعضوب غير مستطيع (١١٠) .

ويمكن الاعتراض بأن المعضوب وإن كان لا يستطيع الحج بنفسه إلا أنه مستطيع بماله وبذلك يدخل في عموم الآية (١١١) .

٣ - القياس على الصلاة ، بجامع أن كلاهما عبادة بدنية لا تصح فيها النيابة مع القدرة ، فكذلك مع العجز .

ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الحج ليس عبادة بدنية محضة بل يدخلها المال بخلاف الصلاة (١١٢) .

(١٠٧) النجم : ٢٩ .

(١٠٨) انظر : المجموع : ٧٥/٧ .

(١٠٩) آل عمران : ٩٧ .

(١١٠) انظر : التفريع : ٣١٥/١ ، والكافي لابن عبد البر : ٣٥٦/١ .

(١١١) انظر : المجموع : ٧٥/٧ .

(١١٢) انظر : المجموع : ٧٥/٧ .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح لقوة دليله ، وسلامة الدليل من اعتراض وجيه ، وحديث ابن عباس نص في محل الخلاف فلا ينبغي التجاوز عنه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الصورة الثانية : ألا يجد مالا ، ولكن يجد من يطيعه من

الولد :

اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة على قولين :

القول الأول : لا يجب عليه الحج ، فلا عبرة بإذنه أو عدم إذنه وإليه ذهب الحنفية^(١١٣) ، والمالكية^(١١٤) ، والحنابلة^(١١٥) .
واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(١١٦) .

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه وتعالى أوجب الحج على المستطيع ، وهنا المعصوب غير مستطيع ، لا بنفسه ولا بماله فلم يلزمه^(١١٧) .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال بأن الرجل لو بذل ولده الطاعة أصبح مستطيعاً بغيره ، والولد من كسبه ، ولا يلحقه بذلك منة .

القول الثاني : يجب عليه الحج ، ولا بد من إذنه ، وبه قال الشافعية^(١١٨) .

(١١٣) المبسوط : ١٥٤/٤ .

(١١٤) الكافي لابن عبد البر : ٢٥٧/١ ، ومواهب الجليل : ٣/٣ .

(١١٥) المغنى : ١٠ - ٩/٥ .

(١١٦) آل عمران : ٩٧ .

(١١٧) المبسوط : ١٥٤/٤ ، والمغنى : ٩/٥ .

(١١٨) المجموع : ٦٨/٧ - ٦٩ .

واستدلوا بما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال : كان الفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ ، فجاءته امرأة من خثعم تستفتيه فجعل الفضل ينظر إليها وتتنظر إليه ، فجعل رسول الله ﷺ يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر ، قالت : يا رسول الله ! إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة . أفأحج عنه ؟ قال : « نعم » وذلك في حجة الوداع ^(١١٩) .

وجه الدلالة :

أن الخثعمية لما بذلت الطاعة ، جعل الرسول ﷺ الحج واجباً على الأب ، ولم يستفسر عنه أغني هو أم فقير ، فدل على أن بذل الولد للطاعة يلزم الأب الحج ؛ وهذا لأن الولد كسبه فيكون بمنزلة ماله ^(١٢٠) ، واستدلوا لاشتراط الإذن بأن الحج عبادة تفتقر إلى النية ، والمعصوب أهل للإذن ، فلا بد من إذنه ^(١٢١) .

الترجيح :

الذي يظهر لي هو ترجيح القول الثاني ، وذلك لأن جميع الأحاديث التي وردت في الحج عن العاجز ، كان السائل فيها يبذل الطاعة ، وجعل الرسول ﷺ الحج ديناً على المبذول له الطاعة كما ورد في بعض الروايات « أ رأيت لو كان عليه دين أكنت تقضيه » ^(١٢٢) ، ولم يستفسر ﷺ عن غنى المبذول له أو فقره ، فدل على أن بذل الولد للطاعة يلزم منه وجوب الحج على المبذول له .

(١١٩) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ١٠٠ من هذا المبحث ص ١٢٧ .

(١٢٠) انظر : المبسوط : ١٥٤/٤ .

(١٢١) انظر : المغني : ٢٧/٥ ، والمجموع : ٧٢/٧ .

(١٢٢) النسائي : مناسك الحج (٢٤) تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين (١١) ج ١١٧/٥ - ١١٨ رقم

الحديث ٢٦٢٨ .

ثم إن الولد وما ملك لأبيه ؛ بدليل قوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » ^(١٣٣) فلا يلحق الأب منة في ذلك ؛ لأن مال الولد ماله .

والوالد يكون مستطيعاً ببذل الولد الطاعة ؛ لأن الولد من كسب الأب بدليل قوله ﷺ : « إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه » ^(١٣٤) والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب السادس : إذن الحي العاجز - المعضوب - في الحج عنه تطوعاً :

اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على قولين :
القول الأول : يصح استنابة المعضوب في الحج عنه تطوعاً ، ولا بد من إذنه ، وبه قالت الحنفية ^(١٣٥) ، والشافعية في أصح القولين عندهم ^(١٣٦) ، والحنابلة ^(١٣٧) .
واستدلوا بالقياس على الصدقة ، بجامع أن كلا منهما عبادة تجوز فيها النيابة ، فكما جازت النيابة في صدقة التطوع ، جازت في حج التطوع ^(١٣٨) .

(١٣٣) أحمد : ٢٠٤/٢ ، وابن ماجه : أبواب التجارات (١٣) باب مال الرجل من مال ولده (٦٤) ج ٢/٢٤ رقم الحديث ٢٣١٢ ، وقد استقصى الألباني طرقه في إرواء الغليل : ٣٢٢/٣ - ٣٣٠ رقم ٨٢٨ .
(١٣٤) أحمد : ٣١/٦ ، ١٢٧ ، ١٩٣ ، وابن ماجه : في أبواب التجارات (١٣) باب العث على المكاسب (١) ج ٢/٥ رقم ٢١٥٢ ، وأبو داود : البيوع والإجازات (١٧) باب في الرجل يأكل من مال ولده (٧٩) ج ٣/٨٠٠ رقم ٢٥٢٨ ، والترمذي : الأحكام (١٣) باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده (٢٢) ج ٣/٦٣٩ رقم ١٣٥٨ ، والنسائي : البيوع (٤٤) باب العث على الكسب (١) ج ٧/٢٤٠ - ٢٤١ رقم ٤٤٤٩ و ٤٤٥٠ و ٤٤٥١ و ٤٤٥٢ .

(١٣٥) انظر المبسوط : ١٥٢/٤ .

(١٣٦) انظر : المجموع : ٨٧/٧ .

(١٣٧) انظر : المغني : ٢٢/٥ .

(١٣٨) المهذب : ١٩٩/١ ، والمغني : ٢٢/٥ .

واستدلوا لاشتراط الإذن بأن الحج عبادة تفتقر إلى النية
والمعصوب أهل للإذن ، فلا بد من إذنه^(١٢٩) .

القول الثاني : لا يصح استنابة المعصوب في التطوع وبه قال
مالك^(١٣٠) وهو قول للشافعية^(١٣١) .

واستدلوا بعدم الاضطرار في التطوع ، فلم تجز الاستنابة فيه^(١٣٢)
وفي دليلهم نظر ؛ إذ التيمم شرع للاضطرار ويجوز للفرض والنفل
فعدم الاضطرار لا ينافي الجواز^(١٣٣) .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح ؛ لأن كل عبادة جازت النيابة في فرضها
جازت النيابة في نفلها^(١٣٤) وحج التطوع طريق للتقرب إلى الله سبحانه
وتعالى ، والأمر في التطوع على التوسع ؛ إذ يغفر فيه ما لا يغفر في
الواجب ؛ فالصلاة يجوز الجلوس فيها إذا كانت تطوعاً مع القدرة على
القيام ولا يجوز ذلك في الفرض^(١٣٥) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١٢٩) انظر : المغنى : ٢٧/٥ ، والمجموع : ٧٢/٧ .

(١٣٠) الكافي لابن عبد البر : ٣٥٧/١ ، والزيقاني : ٢٤٤/٢ .
والغريب أن الإمام النووي رحمه الله نسب إلى الإمام مالك رحمه الله القول بالجواز ، انظر

المجموع : ٨٧/٧ .

(١٣١) المجموع : ٨٧/٧ .

(١٣٢) المصدر نفسه .

(١٣٣) المصدر نفسه .

(١٣٤) المهذب : ١٩٩/١ ، والمغنى : ٢٧/٥ ، والمجموع : ٨٦/٧ .

(١٣٥) الميسوط : ١٥٢/٤ .

المبحث الحادي عشر

إذن السيد
عند إحرام العبد

□□□□□

يندرج تحت هذا المبحث مطلبان :

المطلب الأول : اشتراط الإذن من السيد في إحرام العبد .

المطلب الثاني : حكم إحرام العبد بغير إذن سيده .

المطلب الأول : اشتراط الإذن من السيد في إحرام العبد :

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أنه لا يجوز للعبد أن يحرم

إلا بإذن سيده ^(١) .

واستدلوا بدليلين :

١ - العبد مملوك للسيد بجميع منافع ، وإحرامه بالحج تصرف في

نفسه فيما لا يجب عليه ^(٢) ، فلا يملكه إلا بإذن سيده ^(٣) .

٢ - إقرار العبد على إحرامه يعطل على السيد منافع التي يستحقها

وقد يريد منه ما لا يباح للمحرم فعله ، كالاصطياد ، وإصلاح

الطيب ، وقریان النساء ^(٤) .

(١) انظر : المبسوط : ١٦٥/٤ - ١٦٦ ، وبدائع الصنائع : ١٢٠/٢ ، والكافي لابن عبد البر :

٤١٢/٨ - ٤١٣ ، ومواهب الجليل : ٢٠٦/٣ ، والمحلى على المنهاج : ١٤٩/٢ ، ومغنى المحتاج :

٥٣٥/٨ ، والإنصاف : ٣٩٤/٣ ، وكشاف القناع : ٤٤٦/٢ .

(٢) اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن العبد لا يجب عليه حجة الإسلام في حال رقه ؛ لقوله ﷺ :

« أيما صبي حج ثم بلغ فعليه حجة أخرى ، وأيما عبد حج ثم أعتق فعليه حجة أخرى » .

رواه البيهقي في كتاب الحج باب اثبات فرض الحج على من استطاع إليه سبيلاً وكان حراً بالغاً

عاقلاً مسلماً : ٣٢٥/٤ .

وانظر : الكلام على الحديث في المجموع للنووي : ٤٠/٧ ، وقد ذكر النووي الإجماع على ذلك

انظر : المجموع : ٣٥/٧ .

(٣) انظر : المجموع : ٢٤٣/٨ - ٢٤٤ ، والمبدع : ٨٩/٣ .

(٤) انظر : مغنى المحتاج : ٥٣٥/٨ ، ونهاية المحتاج : ٢٥٤/٣ - ٢٥٥ .

المطلب الثامن : حكم إحرام العبد بغير إذن سيده :

إذا خالف العبد وأحرم بغير إذن سيده متطوعاً أو ناذراً ؛ فقد اتفق الفقهاء على إنعقاد إحرامه صحيحاً ، إلا أن للسيد أن يحلله منه ويمنعه من إكماله ^(٥) .

واستدلوا بالصحة انعقاد إحرامه بالقياس على الصلاة والصوم بجامع أن كلا منها عبادة بدنية ، فكما تجوز الصلاة بغير إذن السيد فكذلك الإحرام بالحج ^(٦) .

واستدلوا لحق السيد في تحليل عبده بدليلين :

١ - القياس على الاعتكاف ، بجامع أن كلا منهما عبادة يستلزم أداؤها ضرراً للسيد ، فكما يجوز للسيد إخراج عبده من الاعتكاف للضرر الحاصل له من اعتكافه فكذلك يجوز له تحليل عبده من الإحرام لما في ذلك من تعطيل مصالحه ^(٧) .

٢ - الإحرام حق لله تعالى ، والملك حق للعباد ، وحقوق العبد في

المحل مقدم على حق الله تعالى ^(٨) .

والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٥) انظر : المبسوط : ١٦٥/٤ - ١٦٦ ، ومواهب الجليل : ٢٠٦/٣ ، ومغنى المحتاج : ٥٣٥/١ .

والإنصاف : ٣٩٤/٣ - ٣٩٥ .

(٦) انظر : الإنصاف : ٣٩٤/٣ - ٣٩٥ ، وكشاف القناع : ٤٤٦/٢ - ٤٤٧ .

(٧) انظر : المبدع : ٨٩/٣ .

(٨) انظر : المبسوط : ١٦٥/٤ - ١٦٦ .

المبحث الثاني عشر

إذن الدائن
للمدين بالسفر إلى الحج

□□□□□

تندرج تحت هذا المبحث ستة مطالب :

المطلب الأول : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج والدين حال .

المطلب الثاني : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج ، والدين مؤجل لا يحل موعده أثناء غيبته .

المطلب الثالث : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج ، والدين مؤجل يحل موعده أثناء غيبته .

المطلب الرابع : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج ، والمدين معسر

المطلب الخامس : إحرام المدين بالحج بغير إذن الدائن والدين حال .

المطلب السادس : سفر المدين للحج بعد إذن الدائن .

المطلب الأول : إذن الدائن^(١) للمدين^(٢) بالسفر إلى الحج والدين حال^(٣) .

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على عدم جواز سفر المدين للحج إلا بإذن الدائن ، والدائن الحق في منعه من السفر عند حلول الدين^(٤) .

واستدلوا لذلك ؛ بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٥) .

(١) الدائن : من له الدين ، ويستعمل أيضاً لمن عليه الدين .

انظر المصباح المنير : ٢٢٠/١ « دين » ، والمراد هنا المعنى الأول .

(٢) المدين : من عليه الدين .

انظر القاموس المحيط : ١٥٤٦ « دين » .

(٣) الحال من الدين : الذي انتهى أجله وحان وقت سداذه .

وانظر المصباح المنير : ١٦٠/١ « حل » .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين : ٤٥٦/٢ ، ٤٧١ ، ومواهب الجليل : ٣٦/٥ ، وروضة الطالبين :

١٨٠/٣ وكشاف القناع : ٤٥٣/٢ ، ٤٠٥/٣ .

(٥) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث مايكون به الاذن وارتباطه بالعرف ص ٢٣ .

وجه الدلالة :

أن الرسول الكريم ﷺ نهى عن الضرر بالنفس والإضرار بالغير وسفر المدين قبل سداد دينه الذي حل أجله ، يؤخر أداء الدين عن وقته ويتسبب في ضرر الدائن ، فجاز للدائن منع المدين من السفر منعاً للضرر الذي سيلحقه بسبب ذلك . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج والدين مؤجل^(٦) لا يطل مواعده أثلاً غيبته :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : لا يشترط إذن الدائن ، ولا يجوز له أن يمنع المدين من السفر في هذه الحالة . وبه قالت الحنفية^(٧) ، والمالكية^(٨) ، والشافعية^(٩) وهرواية عند الحنابلة^(١٠) .

واستدلوا لذلك بأن الدين يصبح لازم الأداء إذا حل مواعده ، وفي هذه الحالة لم يحن بعد ، فلا يملك الدائن المطالبة بدينه في الحال ، ولا يلزم المدين بسداد الدين قبل حلول أجله ، فلم يبق سبب لمنعه من السفر^(١١) .

القول الثاني : يشترط إذن الدائن ، ويحق له أن يمنعه من السفر إلا أن يقيم ضامناً مليئاً أو يدفع رهناً . وهو المذهب عند

(٦) الدين المؤجل : الذي حدّد له مدّة ، ولم يحلّ وقت سداده .

وانظر المصباح المنير : ٩/١ « أجل » .

(٧) مختصر الطحاوي : ٩٧ ، وبدائع الصنائع : ١٧٣/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ٣٣٥/٥ ، ٢٨٤ .

(٨) مواهب الجليل : ٣٦/٥ ، والزرقاتي : ٢٦٣/٥ ، ومنح الجليل : ١١٦/٣ .

(٩) روضة الطالبين : ١٨٠/٣ ، والمجموع : ٢٥٢/٨ ، ونهاية المحتاج : ٣٥٨/٣ - ٣٥٩ .

(١٠) الهداية لأبي الخطاب : ١٦٣/١ ، والمغنى : ٥٩١/٦ ، والمبدع : ٣٠٧/٤ .

(١١) المهذب : ٣١٩/١ - ٣٢٠ ، وروضة الطالبين : ١٣٦/٤ ، والكافي لابن قدامة : ١٦٧/٢ .

الحنابلة^(١٢)، وبه قالت المالكية^(١٣) في المدين الذي اشتهر باللدد^(١٤).

واستدلوا بقياس السفر قبل حلول الدين على السفر بعد حلول الدين بجامع أن كلا منهما سفر يمنع استيفاء الدين في محله، فكما يملك الدائن حق منعه بعد حلول الدين فكذلك قبل حلوله؛ لأن قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر^(١٥).

يجاب عن هذا الدليل بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الدائن بعد حلول الدين يملك المطالبة بدينه، ويمكنه حبس مدينه وملازمته حتى السداد، بخلافه قبل حلول الأجل فإنه لا يملك المطالبة ولا الملازمة.

الترجيح :

القول الأول هو الراجح؛ لقوة دليله؛ ولأن المدين قبل حلول الأجل لا يطالب بالدين، والقول بالمنع من السفر يبطل فائدة التأجيل الذي اتفق عليه الدائن والمدين، وفيه حرج على المدين بغير حق لعدم بلوغ المدة، ومجرد السفر لا يكون أمانة على منع الحق في أوانه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١٢) الهداية لأبي الخطاب : ١٦٣/١، والمغنى : ٥٩٢/٦، والتنقيح المشيع : ٢٠٣، وكشاف القناع : ٤٠٥/٣ - ٤٠٦.

(١٣) الزرقاني : ٢٦٣/٥، ومنع الجليل : ١١٦/٣، وجواهر الإكليل : ٨٧/٢.

(١٤) اللدد : شدة الخصومة، والمقصود به هنا المخاصمة والمعاظلة في دفع الدين.

قال ابن تيريد في جبهة اللغة : ١١٤/١ في « د ل ل » : واللدد : شدة الخصومة بالرجل اللد، والقوم لدد، وكذا فسّر في التنزيل، والله أعلم. اهـ أي في قوله تعالى في سورة مريم : ٩٧ : « وتذّر به قوماً لداً ».

وانظر : الصحاح : ٥٣٥/٢ لدد، وتهذيب اللغة : ٦٨/١٤ لدد، والزاهر : ص ٤٢٠ فقرة رقم ٩٧٣، وتحدير ألفاظ التنبيه : ٣٣٥، والمصباح المنير : ٢١٤/٢ اللام مع الدال، والقاموس المحيط : ٤٠٥ لدد.

(١٥) المغنى : ٥٩٢/٦، وكشاف القناع : ٤٠٦/٣، وشرح منتهى الإرادات : ٢٧٤/٢.

المطلب الثالث : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج والدين مؤجل يطل مواعده أثنا غيبته :

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين :

القول الأول : لا يشترط إذن الدائن ، وليس له أن يمنع المدين من السفر ، وله أن يسافر معه ليطالبه عند حلول الأجل ، ويستحب أن يوكل من يقضي الدين عنه عند حلوله وبه قالت الحنفية^(١٦)، والشافعية^(١٧)

واستدلوا بدليلين :

١ - قياس السفر على المكث في الحضر بجامع عدم حلول الدين في الحالتين ، فكما لا يجوز للدائن أن يحبس المدين في الحضر مع احتمال هربه ، فكذلك لا يجوز له أن يمنع المدين من السفر قبل حلول الأجل^(١٨) .

٢ - لا حق للدائن على المدين قبل حلول الأجل ؛ لأنه لا يجوز له مطالبة المدين ، وإلا لسقطت فائدة التأجيل^(١٩) .

القول الثاني : يشترط إذن الدائن ، وله أن يمنع المدين من السفر إلا أن يرهن ما يفي بالدين أو يأتى بكفيل ملئ يضمنه ، وبه قالت المالكية^(٢٠)، والحنابلة^(٢١) .

واستدلوا بقول الرسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢٢) .

(١٦) مختصر الطحاوى : ٩٧ ، وبدائع الصنائع : ١٧٣/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ٢٣٥/٥ ، ٣٨٤ .

(١٧) المذهب : ٣١٩/١ - ٣٢٠ ، والتنبيه : ٦٣ ، والوجيز : ١٧١/١ ، وروضة الطالبين : ١٣٦/٤ .

(١٨) انظر المذهب : ٣٢٠/١ .

(١٩) المصدر نفسه : ٣١٩/١ - ٣٢٠ .

(٢٠) مواهب الجليل : ٣٦/٥ ، والغرشى : ٢٦٣/٥ ، وفتح الجليل : ١١٦/٣ .

(٢١) المغنى : ٥٩١/٦ ، والمبدع : ٢٠٦/٤ ، وكشاف القناع : ٤٠٥/٣ .

(٢٢) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ص ٢٣ .

وجه الدلالة من الحديث :

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الضَّرَرِ وَالْإِضْرَارِ وَفِي سَفَرِ الْمَدِينِ تَأْخِيرَ
لِحَقِّ الدَّائِنِ ، وَهَذَا التَّأْخِيرُ فِيهِ ضَرَرٌ بِالدَّائِنِ ، وَالضَّرَرُ مِنْهُ عَنِ فِي
الشَّرْعِ ، وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ إِلَّا بِوُجُودِ رَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ مَلَى يَقْضِي الدِّينَ عِنْدَ
حُلُولِ الْأَجْلِ (٢٣) .

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال بما يأتي :

قياس المدين المسافر على المدين الحاضر ، بجامع جواز غيبة كُلِّ
عند حلول الدين فكما أَنَّ المدين الحاضر لَا يجوز حبسه في دين لم يحل
وقته لاحتتمال الهرب فكذلك لَا يمنع المدين من السفر لاحتتمال التأخير (٢٤)

الترجيح :

الذي يظهر لي هو رجحان القول الأول ؛ لأنَّ صاحب الدين قبل
حلول دينه لاحق له على المدين ، فبِمَ يمنعه من السفر ؟

ثم إنَّ الاستيثاق بالرهن أو الكفيل يكون عند المداينة ، أما إذا لم
يستوثق الدائن لدينه حينئذٍ ، فقد رضى بعدم الاستيثاق مع
رضائه بالتأجيل فهو الذي فرط في حقه بعدم توثيق الدين ، فلا يكلف
المدين بعد ذلك إحضار رهن أو كفيل لدين سابق . والله سبحانه
وتعالى أعلم .

(٢٣) انظر الخرشى : ٢٦٣/٥ - ٢٦٤ ، والمفتى : ٥٩١/٦ .

(٢٤) انظر : المهذب : ٢٢٠/٨ .

المطلب الرابع : إذن الدائن للمدين بالسفر إلى الحج والمدين معسر^(٢٥) :

اتفق الفقهاء على أن الدائن لا يشترط إذنه لسفر المعسر ، وليس
للدائن منع المعسر من السفر^(٢٦) .

وذلك لأن دين المعسر إما أن يكون حالاً ؛ أو مؤجلاً .

فإن كان حالاً فلا تجوز مطالبته ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو
عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٢٧) .

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى ، أمر بإنظار المعسر إلى حين الميسرة ، فلا
تجوز المطالبة قبل ذلك .

وإن كان مؤجلاً ؛ فلا تجوز مطالبته أيضاً ؛ لأن تجويز المطالبة فيه
إسقاط لفائدة التأجيل . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٥) المعسر : الفقير ، يقال أعسر الرجل : افتقر . انظر : القاموس المحيط : ٥٦٤ « عسر » .
والعسر ضد اليسر ، وهو الضيق والشدة والصعوبة . (النهاية : ٢٣٥/٢) « عسر » ، والمعسر :
صاحب العسرة (الدر النقي : ٤٣٦/٢ رقم ٩١٨) .
(٢٦) انظر : الاختيار : ٩٠/٢ ، ومواهب الجليل : ٣٧/٥ ، والمهذب : ٢٢٠/١ ، والتتقيع المشيع : ٢٠٣
إلا أن الحنفية قالوا للدائن أن يلزم المدين المعسر ولا يمنعه من التصرف والسفر . انظر : تبين
الحقائق : ص ٢٠٠ .
وسياتي بحث هذه المسألة مفصلاً في مبحث « الإذن للمدين بالسفر » .
(٢٧) البقرة : ٢٨٠ .

المطلب الخامس : إحرام المدين بالحج بغير إذن الدائن والدين حال :

اتفق الفقهاء على أن المدين إذا خالف وأحرم ، فإن إحرامه ينعقد صحيحاً ، ولا يملك الدائن تحليله من إحرامه ، ولكن يحق له منعه من السفر^(٢٨) .

واستدلوا لصحة الإحرام بأن الحج قد لزم المدين باستطاعته والمنع من الإكمال لسبب خارجي لا شأن له بالإحرام ، فيبقى الإحرام على صحته .

واستدلوا لعدم تحليل الدائن للمدين بأن الدائن لا يتضرر ببقاء المدين على إحرامه ، فليس هناك سبب لتحليله^(٢٩) .
واستدلوا لمنعه من السفر بأن سفره يؤخر حق الدائن ، وهذا التأخير فيه ضرر على الدائن فملك منع الضرر عن نفسه^(٣٠) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب السادس : سفر المدين للحج بعد إذن الدائن :

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أنه يجوز للمدين أن يسافر بعد إذن الدائن له .^(٣١)
واستدلوا بأن المنع من السفر كان لحفظ حق الدائن ، فإذا أذن فقد تنازل عن حقه برضاه ، فلا يبقى سبب لمنع المدين من السفر إلى الحج . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٨) حاشية ابن عابدين : ٤٥٦/٢ ، ٤٧١ ، ومواهب الجليل : ٣٦/٥ ، ونهاية المحتاج : ٣٥٨/٣ -

٣٥٩ وكشاف القناع : ٤٥٠/٢ .

(٢٩) مغنى المحتاج : ٥٣٧/١ ، ونهاية المحتاج : ٣٥٨/٣ - ٣٥٩ .

(٣٠) المغنى : ٥٩١/٦ ، وكشاف القناع : ٤٠٦/٣ .

(٣١) انظر : حاشية ابن عابدين : ٤٥٦/٢ ، ٤٧١ ، ومواهب الجليل : ٣٦/٥ ، وروضة الطالبين :

١٨٠/٣ ، والمغنى : ٥٩١/٦ - ٥٩٢ .

الفصل الثاني

الإذن في المعاملات

ويشتمل علم عدة مباحث :

١ - المبحث الأول : الإذن في البيوع :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الإذن في البيع علم البيع .

المطلب الثاني : الإذن (الإجازة) من المالك في بيع الفضول .

٢ - المبحث الثاني : تصرف المشتري في مدة خيار

البيع .

٣ - المبحث الثالث : الإذن للعبد في التجارة .

٤ - المبحث الرابع : الإذن في باب الرهن .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : إذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالعين

المرهونة .

المطلب الثاني : إذن المرتهن في بيع العين المرهونة .

٥ - المبحث الخامس : الإذن في باب الحجر :

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : إذن الحاكم للمفلس في البيع .

المطلب الثامن : الإذن للصبي في التصرف .

المطلب الثالث : الإذن لناقص الأهلية .

المطلب الرابع : الإذن للمحجور عليه بالسفه في التصرف .

المطلب الخامس : الإذن للمدين بالسفر .

٦ - المبحث السادس : الإذن في باب الصلح :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الاستئذان لإجراء الماء إلى أرضه من أرض غيره

المطلب الثاني : استئذان الجار جاره في رفع جداره عليه أو

وضع خشبة .

المطلب الثالث : الاستئذان في فتح الباب في الدرب المشترك

أو إشراع جناح فيه .

٧ - المبحث السابع : الإذن في باب الكفالة :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : إذن من عليه حق في الضمان والكفالة .

المطلب الثاني : إذن المدين في سداد ديونه .

٨ - المبحث الثامن : الإذن في باب الشركة : وفيه :

— إذن الشريك لشريكه ببيع المال المشترك

والتصرف في الشركة

٩ - المبحث التاسع : الإذن في باب الوكالة :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الإذن للوكيل في توكيل غيره .

المطلب الثاني : إذن الموكل في بيع الوكيل لابه أو لابنه .

١٠ - المبحث العاشر : الإذن في باب العارية :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : إذن المعير للمستعير في استعمال العارية .

المطلب الثاني : إذن المعير في قيام المستعير بإعادة العارية

لغيره .

١١ - المبحث الحادي عشر : الإذن في باب الإجارة :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : إذن المؤجر في تصرف المستأجر في المنفعة .

المطلب الثاني : إذن المستأجر في بيع العين المستأجرة .

١٢ - المبحث الثاني عشر : إذن الإمام في إحياء الموات

١٣ - المبحث الثالث عشر : إذن الواهب في قبض

العين الموهوبة .



المبحث الأول

الإذن في البيوع

فيه مطلبان :

المطلب الأول :

الإذن في البيع على البيع

المطلب الثاني :

الإذن (الإجازة) من المالك
في بيع الفضولي

□□□□□

المطبب الأول

الإذن في البيع على البيع

□□□□□

تندرج في هذا المطلب ثلاثة مسائل :

المسألة الأولى : الحكم الشرعي في البيع على البيع بغير إذن

البائع الأول من حيث الحل والحرمة .

المسألة الثانية : الحكم في هذا البيع بعد إذن البائع الأول .

المسألة الثالثة : الحكم في هذا البيع إذا وقع بغير إذن البائع

الأول من حيث الصحة والبطلان .

المسألة الأولى : الحكم الشرعي في البيع على البيع بغير إذن

البائع الأول من حيث الحل والحرمة .

اتفق الفقهاء ^(١) ، - رحمهم الله تعالى - على حرمة بيع الإنسان

على بيع أخيه أو الشراء على شرائه بغير إذن منه .

قال النووي - رحمه الله - : « وأجمع العلماء على منع البيع على

بيع أخيه والشراء على شرائه » ^(٢)

وقال ابن حجر - رحمه الله - : « قال العلماء : البيع على البيع

حرام وكذلك الشراء على الشراء وهو أن يقول لمن اشتري سلعة في زمن

الخيار : افسخ لأبيعتك بأنقص أو يقول للبائع افسخ لأشترى منك بأزيد

وهو مجمع عليه » ^(٣) .

(١) انظر فتح القدير : ٤٧٦/٦ ، وحاشية ابن عابدين : ١٠١/٥ - ١٠٢ ، والتفريع : ١٦٦/٢ ، والشرح

الصفير : ١٠٦/٣ ، والمهذب : ٢٩١/١ ، وروضة الطالبين : ٤١٤/٣ ، والمغنى : ٢٠٥/٦ - ٢٠٦ ،

وكشاف القناع : ١٧٢/٣ .

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم : ١٥٩/١٠ .

(٣) فتح الباري : ٣٥٢/٤ .

دليل الإجماع :

عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ - قال :
« لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، إلا أن يأذن
له » ^(٤).

وجه الدلالة من الحديث :

أنَّ الرسول ﷺ نهى أن يبيع الرجل على بيع أخيه بغير إذنه ،
والنهي يقتضي التحريم .
والحكمة في ذلك منع الإضرار والأذى ؛ لأن إلحاق الضرر والأذى
بالغير حرامٌ اتفاقاً ^(٥).

تنبيه : لفظ البيع يشمل الشراء في لغة العرب :

قال الأصمعي ^(٦) : « قال أبو زيد ^(٧) وأبو عبيدة ^(٨) : يقال بعْتُ
الشئ إذا بعته من غيرك ، وبعته إذا اشتريته » ^(٩).

(٤) مسلم : النكاح (١٦) باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك (٦) ج ١/٢٢٢ ،
الحديث رقم ٥٠ ، وفي البيوع (٢١) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه
وتحريم النجش وتحريم التصرية (٤) ج ٣/١١٥٤ ، الحديث رقم ٨ .
(٥) انظر فتح القدير : ٤٧٦/٦ ، والفواكه النوانى : ١٥٦/٢ ، والمهذب : ٢٩١/١ ، وشرح منتهى
الإرادات : ١٥٦/٢ .

(٦) هو : أبو سعيد عبد الملك بن قريب بن عبد الملك ، راوية العرب ، وأحد أئمة العلم باللغة والشعر ،
كان هارون الرشيد يسميه شيطان الشعر ، ولد سنة ١٢٢ هـ ، وتوفي سنة ٢١٦ هـ ، له : كتاب
الفرق ، والشاء ، واشتقاق الأسماء ، والأصمعيات ، والأضداد .
انظر ترجمته في : تاريخ بغداد : ٤١٠/١٠ - ٤٢٠ ترجمة رقم ٥٥٧٦ ، والأنساب : ٢٩٣/١ -
٢٩٤ ، ونزومة الألباء : ٩٠ - ١٠١ ، إنباء الرواة : ١٩٧/٢ - ٢٠٦ ترجمة رقم ٤٠٨ ، ووفيات
الآعيان : ١٧٠/٣ - ١٧٦ ترجمة رقم ٣٧٩ ، وسير أعلام النبلاء : ١٧٥/١٠ - ١٨١ ترجمة رقم ٣٢
(٧) هو سعيد بن أوس بن ثابت الأنصاري ، ولد سنة ١٢٢ هـ ، كان علماً من أعلام اللغة ، ثقة ثبتاً
مأموناً ، له كتاب النوانير في اللغة ، وكتاب المطر ، وكتاب الهمز ، توفي سنة ٢١٥ هـ بالبصرة .

وقال طرفة ^(١٠) :

ويأتيك بالأخبار من لم تبع له

بقاتا ولم تضرب له وقت موعد ^(١١) .

أراد بقوله لم تبع له : لم تشتتر له ^(١٢) .

انظر ترجمته في المعارف ٥٤٥ ، وتاريخ بغداد : ٧٧/٩ - ٨٠ - ترجمة رقم ٤٦٦٠ ، ونزعة الألباء :

١٠١ - ١٠٤ ، وإنباه الرواة : ٣٠/٢ - ٣٥ - ترجمة رقم ٢٦٩ ، ووفيات الأعيان : ٢٧٨/٢ - ٢٨٠ -

ترجمة رقم ٢٦٣ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٩٤/٩ - ٤٩٦ - ترجمة رقم ١٨٦ .

(٨) هو : معمر بن المنثى التيمي النحوي ، العلامة البحر ، ولد سنة ١١٠ هـ ، غلب عليه الغريب وأيام

العرب ، له تصانيف كثيرة منها مجاز القرآن ، والخليل ، وأيام العرب قبل الإسلام ، توفي سنة

٢١٠ هـ وقد قارب المائة أو أكملها .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد : ٢٥٢/١٣ - ٢٥٨ - ترجمة رقم ٧٢١٠ ، وإنباه الرواة : ٢٧٦/٣ -

٢٨٧ - ترجمة رقم ٧٥٩ ، ومعجم الأدباء : ١٥٤/١٩ - ١٦٢ - ترجمة رقم ٥١ ، وسير أعلام النبلاء :

٤٤٥/٩ ، ٤٤٧ - ترجمة رقم ١٦٨ .

(٩) الأضداد للأصمعي الذي نشره « هفتر » ص ٢٩ رقم ٣٦ ، وقد جزم الدكتور رمضان عيد التواب

بأن هذا الكتاب ليس للأصمعي .

وانظر كذلك الأضداد لابن السكيت ص ١٨٤ رقم ٣٠٨ ، والأضداد للسجستاني ص ١٠٦ رقم

١٤٨ ، والأضداد لابن الأنباري : ٧٣ - ٧٥ رقم ٣٧ .

وانظر كذلك النوادر في اللغة ٢١١ - ٢١٢ ، وغريب الحديث لأبي عبيد : ٣/٢ - ٥ ، وتهذيب اللغة

: ٢٣٧/٣ « باع » .

.....

(١٠) هو طرفة بن العبد بن سفيان ، الشاعر الجاهلي ، وأحد أصحاب المعلقة ، كان أحدث الشعراء

سنّاً وأقلهم عمراً قتل وهو ابن عشرين سنة .

انظر ترجمته في طبقات فحول الشعراء : ١٣٧/١ - ١٣٨ ، والشعر والشعراء : ١٨٥/١ - ١٩٦

رقم ٧ ، وجمهرة أشعار العرب : ٢١٠/١ - ٢١٧ ، وشرح القصائد السبع : ١١٥ - ١٣٢ ،

وخزانة الأدب : ٤١٩/٢ - ٤٢٥ .

(١١) هذا البيت من معلقته وهو في ديوانه ص ٦٧ ، وانظر الأضداد لابن السكيت : ١٨٤ رقم ٣٠٨ ،

والأضداد للسجستاني : ١٠٧ رقم ١٤٨ ، والشعر والشعراء : ١٩٣/١ ، وجمهرة أشعار العرب :

٤٥٣/١ ، وشرح القصائد السبع : ٢٣١ ، وتهذيب اللغة : ٢٣٧/٣ .

(١٢) انظر غريب الحديث لأبي عبيد : ٥/٢ ، والأضداد لابن السكيت : ١٨٤ رقم ٣٠٨ ، والأضداد

للسجستاني : ١٠٧ رقم ١٤٨ ، والأضداد لابن الأنباري : ٧٣ رقم ٣٧ .

قال الأزهري^(١٣) : « البائع والمشتري سواء في الإثم إذا باع على بيع أخيه ، أو اشترى على شراء أخيه ؛ لأن كل واحد منهما يلزمه اسم البائع مشترياً كان أو بائعاً وكل منهي عن ذلك والله أعلم »^(١٤) .

المسألة الثانية ، الحكم في هذا البيع بعد إذن البائع الأول .

إذا أذن البائع في البيع على بيعه ، أو المشتري في الشراء على شرائه لم يحرم البيع على البيع ، ولا الشراء على الشراء حينئذ^(١٥) .

والدليل على ذلك ما يأتي :

١- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ، إلا أن يأذن له »^(١٦) .

فقد استثنى الرسول ﷺ البيع على البيع في حالة الإذن من النهي^(١٧) .

(١٣) هو : محمد بن أحمد بن الأزهر ، أبو منصور الأزهري اللغوي الهروي ، ولد سنة ٢٨٢ هـ ، كان رأساً في اللغة ، له : تهذيب اللغة ، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ، توفي سنة ٣٧٠ هـ .
انظر ترجمته في نزهة الألباء ٢٣٧ - ٢٣٨ ، ومعجم الأدباء ١٦٤/١٧ - ١٦٧ ، ترجمة رقم ٥٥ ، وسير أعلام النبلاء ١٦/٣١٥ - ٣١٧ رقم ٢٢٢ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٦٨ - ٦٣/٣ ، ترجمة رقم ١٠٧ ، والبلغة ص ١٨٦ ، رقم ٢٩٤ ، وبنية الوعاة : ١٩/١ - ٢٠ رقم ٢٩ .
(١٤) تهذيب اللغة : ٢٣٨/٣ .

(١٥) انظر عمدة القاري : ٩/٣٥٠ ، وروضة الطالبين : ٣/٤١٤ ، والمحلى على المنهاج : ٢/١٨٤ ، ونهاية المحتاج : ٣/٤٥٢ .

ولم أجد من تعرض للمسألة من غير الشافعية إلا العيني في عمدة القاري ، ولكن يمكن أن يستنبط ذلك من تعليل المنع عندهم ، حيث عللوا المنع بالضرر ، وبالإذن يزول الضرر .
انظر مثلاً بدائع الصنائع : ٥/٢٣٢ ، والبحر الرائق : ٦/٩٩ ، والفواكه الدواني : ٢/١٥٦ ، والشرح الصغير : ٣/١٠٦ ، والمبدع : ٤/٤٤ ، وكشاف القناع : ٣/١٧٢ .

(١٦) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم (٤) من هذا المبحث ص ١٥٠ .

(١٧) انظر فتح الباري : ٤/٣٥٣ ، وعمدة القاري : ٩/٢٤٩ - ٣٥٠ .

٢- المنع كان لحق البائع والمشتري ، وقد أسقطا حقهما بالإذن ، فلم يبق سبب للمنع ^(١٨) .

المسألة الثالثة : الحكم في البيع على البيع إذا وقع بغير إذن البائع الأول من حيث الصحة والبطان .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول :

البيع باطل ويفسخ ، وهذا هو المعتمد عند المالكية ^(١٩) ، والمذهب عند الحنابلة ^(٢٠) .

واستدلوا بما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » ^(٢١) .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ نهى عن البيع على البيع والنهي يقتضي الفساد ^(٢٢) .

(١٨) انظر تحفة المحتاج : ٣١٥/٤ ، ومغنى المحتاج : ٣٧/٢ ، ونهاية المحتاج : ٤٥٢/٣ .

(١٩) انظر التفريع : ١٦٦/٢ ، والقوانين الفقهية : ٢٨٥ ، والشرح الصغير : ٨٦/٣ - ٨٧ ، و ١٠٦/٣ ، وحاشية العنوي : ١٧٣/٢ .

وقال بهرام في منظومته :

ويفسخ بيع فاسد مطلقاً ولا

يسامح فيه من من الحق حوْلاً

انظر شرح الأمير على منظومة بهرام : ٤٩ .

(٢٠) انظر الهداية لأبي الخطاب : ١٣٢/١ ، والمغنى : ٣٠٦/٦ ، والمحرد : ٢٨٢/١ ، والانصاف : ٣٣١/٤ ، وشرح منتهى الإرادات : ١٥٦/٢ .

(٢١) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٤ من هذا المبحث ص ١٥٠ .

(٢٢) انظر كفاية الطالب الرباني : ١٧٣/٢ ، والمغنى : ٣٠٦/٦ ، وكشاف القناع : ١٧٢/٣ .

وأجيب عن هذا الاستدلال :

بأن النهي إنما يقتضي الفساد ، إذا كان النهي عن الشيء لعينه ، أو لوصفه الملازم له ^(٢٣) ، وفي مسألتنا هذه ، النهي ورد لتحريم شيء سابق على عقد البيع ، وهو عرض السلعة على المشتري ، أو قوله الذي فسخ البيع الأول من أجله ، فالنهي هنا لا يقتضي الفساد ^(٢٤) .

القول الثاني :

يصح البيع مع الإثم ، وإليه ذهب الحنفية ^(٢٥) ، والشافعية ^(٢٦) ، وهرواية عند المالكية ^(٢٧) ، والحنابلة ^(٢٨) .

واستدلوا لذلك بأن البيع قد استوفى شروطه ، ولم يرد النهي على صلبه أو على شرائط صحته ، فليس هناك ما يستوجب فساد العقد ، فلم يبق إلا أن يكون البيع صحيحاً ^(٢٩) .

(٢٣) انظر تحقيق المراد ص ٣٠٠ ، وانظر الهداية للمرغيناني : ٥٣/٣ .

(٢٤) انظر الهداية للمرغيناني : ٥٣/٣ ، وتبيين الحقائق : ٦٩/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ١٠١/٥ ، واختلاف العراقيين بهامش الأم : ٨١/٣ ، والمهذب : ٢٩١/١ ، والمغنى : ٣٠٦/٦ ، والنكت والفوائد السنية : ٢٨٣/١ ، والمبدع : ٤٥/٤ .

(٢٥) انظر تبيين الحقائق : ٦٩/٤ ، وفتح القدير : ٤٧٦/٦ ، وحاشية ابن عابدين : ١٠١/٥ .
(٢٦) انظر اختلاف العراقيين بهامش الأم : ٨١/٣ ، والمهذب : ٢٩١/١ ، وروضة الطالبين : ٤١٣/٣ - ٤١٤ ، والمحلى على المنهاج : ١٨٤/٢ .

(٢٧) انظر بداية المجتهد : ٢٩٨/٧ ، وحاشية العلوي : ١٧٣/٢ ، وانظر ايضا شرح النوى على صحيح مسلم : ١٥٩/١٠ ، وفتح الباري : ٣٥٤/٤ .

(٢٨) انظر الهداية لأبي الخطاب : ١٣٢/١ ، والمغنى : ٣٠٦/٦ ، والمحزر : ٢٨٢/١ ، والمبدع : ٤٥/٤ ، والانصاف : ٣٣٢/٤ . وفيه في الصفحة ٣٣١ أنه رواية عن الإمام أحمد .

(٢٩) انظر حاشية ابن عابدين : ١٠١/٥ ، والمهذب : ٢٩١/١ ، والمغنى : ٣٠٦/٦ .

الترجيح :

الراجح هو القول الثاني ؛ لأن الأصل في البيع أن يكون صحيحاً إذا استوفى شروطه ، ولم يرد نهي على صلب البيع ، أو على شرائط صحته ليفسد العقد ، بل النهي قد وقع على محرم سبق البيع ، وهو عرض السلعة على المشتري ، أو قوله الذي أدى إلى فسخ البيع الأول^(٣٠).

وإذا كان فسخ البيع الأول الذي يحصل به الضرر للبائع الأول صحيحاً ، فالبيع المحصل للمصلحة بالنسبة للمشتري والبائع الثاني ، أولى بالصحة^(٣١). والله أعلم .

(٣٠) انظر اختلاف المراقبين بهامش الأم : ٨١/٣ ، والمغنى : ٢٠٦/٦ ، والنكت والفوائد السنية :

٢٨٣/١ .

(٣١) المصادر نفسها .

المطلب الثاني

**الإذن (الإجازة) من المالك
في بيع الفضولي**

□□□□□

قبل البدء في الكلام عن حكم الإذن في بيع الفضولي ، لابد من تعريف الفضولي .

أولاً : الفضولي في اللغة ،

قال ابن فارس ^(١) : « الفاء والضاد واللام أصل صحيح يدل على زيادة في شئ » ^(٢) والفضل : الزيادة ^(٣) .

وقال المطرزي ^(٤) : « وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه .. ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي » ^(٥) .

وقال الفيومي : « وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل : فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه » ^(٦) .

(١) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني ، المعروف بالرازي ، المالكى اللغوى ، ولد بقروين ، له معجم مقاييس اللغة ، والمجمل ، وحلية الفقهاء ، توفى بالرئ سنة ٣٩٥ هـ .
انظر ترجمته في يتيمة الدهر : ٣٩٧/٣ - ٤٠٤ ، وترتيب المدارك : ٨٤/٧ - ٨٥ ، والتتوين : ٢١٥/٢ - ٢١٩ ، وإنباء الرواة : ١٢٧/١ - ١٣٠ رقم ٤٤ ، ومعجم الأدباء : ٨٠/٤ - ٩٨ رقم ١٣ ، وسير أعلام النبلاء : ١٠٣/١٧ - ١٠٦ رقم ٦٥ .

(٢) معجم مقاييس اللغة : ٥٠٨/٤ « فضل » .

(٣) المصدر نفسه : ٥٠٨/٤ « فضل » والمغرب : ٣٦١ « فضل » ، والمصباح المنير : ١٣١/٢ « فضل » .

(٤) أبو الفتح ناصر بن عبد السيد أبو المكارم بن علي ، الحنفي المطرزي النحوي ، ولد بجرجانية خوارزم سنة ٥٢٨ هـ ، له : المصباح ، والمغرب ، شرح المغرب ، والإقناع ، وشرح مقامات الحريري ، توفى بخوارزم سنة ٦١٠ هـ .

انظر ترجمته في إنباء الرواة : ٣٣٩/٣ - ٣٤٠ رقم ٧٨٥ ، والتكملة : ٢٧٩/٢ - ٢٨٠ رقم ١٣٠٠ ، ووفيات الأعيان : ٣٦٩/٥ - ٣٧١ رقم ٧٥٨ ، الجواهر المضية : ٥٢٨/٣ - ٥٢٩ رقم ١٧٢٦ .

(٥) المغرب : ٣٦١ - ٣٦٢ « الفضل » .

(٦) المصباح المنير : ١٣١/٢ « فضل » .

ثانياً ، الفضولي في الإصطلاح ،

الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي أو ولاية ، سواء كان هذا التصرف بيعاً أو شراءً أو نكاحاً إلى غير ذلك من انواع التصرف^(٧) .

الإذن من المالك في بيع الفضولي ،

إذا باع إنسان سلعة مملوكة لغيره بغير إذن منه ، ثم أذن له المالك في ذلك البيع ، فهل الإذن الصادر بعد وقوع الفعل يعتبر إجازة يصح بها العقد أم لا ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول :

لا يجوز للإنسان أن يبيع مال غيره بغير إذن منه ، وإن فعل كان العقد باطلا ولو أذن له المالك في ذلك البيع بعد وقوعه ، وبه قال الشافعي في الراجح من قوليهِ في الجديد عند معظم أصحابه^(٨) ، وأحمد في أرجح قوليهِ^(٩) ، وبه قال أبو ثور^(١٠) ، وابن المنذر^(١١) .

(٧) انظر العناية : ٥١/٧ ، والتعريفات : ٢١٥ رقم ١٠٩٢ ، والبحر الرائق : ١٦٠/٦ ، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق : ١٠٣/٤ .

(٨) انظر اختلاف مالك والشافعي بهامش الأم : ١٤/٣ - ١٥ ، والافتتاح للمواردي : ٩١ - ٩٢ ، وروضة الطالبين : ٣٥٣/٣ - ٣٥٤ ، والمجموع : ٢٤٧/٩ - ٢٤٨ ، ونهاية المحتاج : ٣٨٩/٣ .

(٩) انظر المغنى : ٢٩٥/٦ ، والفروع : ٣٦/٤ ، والإنصاف : ٢٨٣/٤ ، وشرح منتهى الإرادات : ١٤٣/٢ .

(١٠) انظر المغنى : ٢٩٥/٦ ، والمجموع : ٢٥٠/٩ .

(١١) انظر الافتتاح لابن المنذر : ٢٤٥/١ .

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن حكيم بن حزام ^(١٣) - رضي الله عنه - قال : سألت رسول الله ﷺ فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع منه ؟ قال : « لا تبع ما ليس عندك » ^(١٣) .

٢ - عن عمرو بن شعيب ^(١٤) ، عن أبيه ^(١٥) ، عن جده ^(١٦) ، أن النبي ﷺ قال : « لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » ^(١٧) .

(١٢) حكيم بن حزام بن خويلد القرشي الأسدي ، ابن أخي خديجة بنت خويلد ، ولد في الكعبة ، وهو من مسلمة الفتح ، من أشراف قريش ومن المؤلفات قلوبهم ، ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة ، وعاش مائة وعشرين عاماً ، توفي سنة ٥٤ هـ وقيل سنة ٥٨ هـ ، وعمره قبل موته .
انظر ترجمته في الاستيعاب : ٣٦٢/١ - ٣٦٣ ترجمة رقم ٥٣٥ ، وأسد الغابة : ٤٥/٢ - ٤٦ ترجمة رقم ١٢٣٤ ، والاصابة : ١١٢/٢ - ١١٣ ترجمة رقم ١٨٠٢ .

(١٣) الشافعي في المسند : البيوع ، الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع : ١٤٣/٢ رقم ٣٧٨ بلفظ يدل عليه ، وعبد الرزاق : البيوع ، باب النهي عن بيع الطعام حتى يستوفى : ٢٨/٨ رقم ١٤٢١٢ ، وابن أبي شيبة : كتاب البيوع والأقضية ، في الرجل يسام الرجل بالشيء ولا يكون عنده (٥٥) ج ١٢٩/٦ رقم ٥٤٠ ، وأحمد : ٤٠٢/٣ ، ٤٣٤ ، وابن ماجه : أبواب التجارات (١٣) النهي عن بيع ماليس عندك (٢٠) ج ١٢/٢ رقم الحديث ٢٢٠٥ ، وأبو داود : البيوع والأجارات (١٧) باب في الرجل يبيع ماليس عنده (٧٠) ج ٧٦٨/٣ - ٧٦٩ رقم الحديث ٣٥٠٣ ، والترمذي : البيوع (١٢) باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك (١٩) ج ٥٣٤/٢ رقم ١٢٢٢ ، والنسائي : البيوع (٤٤) بيع ماليس عند البائع (٦٠) ج ٢٨٩/٧ رقم ٤٦١٣ ، والطبراني في الكبير : ٢١٧/٣ - ٢١٨ بأرقام ٣٠٩٧ - ٣٠٩٩ ، و ٣١٠٢ - ٣١٠٣ ، والبيهقي : البيوع ، باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة : ٢٦٧/٥ ، والبيوع أيضاً ، باب ماورد في كراهية التبايع بالعيئة : ٣١٧/٥ ، وباب النهي عن بيع ماليس عندك : ٣٣٩/٥ .

(١٤) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أبو إبراهيم ، فقيه أهل الطائف ومحدثهم ، حدث عن أبيه فكثر ، توفي بالطائف سنة ١١٨ هـ .

٣ - عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : « أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد ^(١٨) إلى أهل مكة أن أبلغهم عني أربع

انظر ترجمته في التاريخ الكبير : ٣٤٢/٦ - ٣٤٣ رقم ٢٥٧٨ ، والجرح والتعديل : ٢٣٨/٦ - ٢٣٩ رقم ١٣٢٣ ، وتهذيب الأسماء واللغات : ٢٨/٢ - ٣٠ رقم ١٨ ، وسير أعلام النبلاء : ١٦٥/٥ - ١٨٠ رقم ٦١ ، وتهذيب التهذيب : ٤٨/٨ - ٥٥ رقم ٨٠ ، وقد اختلف العلماء في حديثه .
فانظر الكتب المذكورة ، والمستدرک : ٦٥/٢ ، وانظر تعليق الشيخ أحمد شاكر على الترمذي : ١٤٠/٢ - ١٤٤ برقم ٨ ، والمستدرک على كتاب من روى عن أبيه عن جده : ٤٨٨ - ٤٩٢ رقم ٦١ .
(١٥) شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو ، روى عن عبادة بن الصامت ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمرو ، وعبد الله بن عمر ، روى عنه ثابت البناني ، وعطاء الخراساني .
انظر ترجمته في التاريخ الكبير : ٢١٨/٤ رقم ٢٥٦٢ ، وتهذيب الكمال : ٥٣٤/١٢ - ٥٣٦ رقم ٢٧٥٦ ، وسير أعلام النبلاء : ١٨١/٥ رقم ٦٢ ، وتهذيب التهذيب : ٣٥٦/٤ - ٣٥٧ رقم ٥٩٧ ، وانظر المراسيل لابن أبي حاتم : ٩٠ رقم ١٤٣ ، وجامع التحصيل : ١٩٦ رقم ٢٨٧ .
(١٦) اختلف العلماء في مرجع الضمير ، هل يرجع إلى عمرو ، فيكون محمد بن عبد الله بن عمرو .
(انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء : ١٨١/٥ - ١٨٢ رقم ٦٣ ، وتهذيب التهذيب : ٢٦٦/٩ - ٢٦٨ رقم ٤٤٣) . أو يرجع إلى شعيب ، فيكون المقصود به الصحابي الجليل عبد الله بن عمرو ابن العاص . (انظر ترجمته في الاستيعاب : ٩٥٦/٣ - ٩٥٩ رقم ١٦١٨ ، وأسد الغابة : ٣٤٩/٣ - ٣٥١ رقم ٣٠٩٠ ، والاصابة : ١٩٢/٤ - ١٩٤ رقم ٤٨٥٠) . وقد رجح العلماء الاحتمال الثاني .
انظر المصادر المذكورة في التعليق رقم ١٤ و ١٥ من هذا المبحث ص ١٥٨ .
(١٧) أخرجه أبو داود : الطلاق (٧) باب في الطلاق قبل النكاح (٧) ج ٢/٦٤٠ - ٦٤١ رقم ٢١٩٠ واللفظ له ، وأخرجه أحمد بلفظ « ليس على رجل طلاق فيما لا يملك ، ولا عتاق فيما لا يملك ، ولا بيع فيما لا يملك » ١٨٩/٢ ، والطحاوي في شرح مشكل الآثار : ٢٨١/١ بلفظ « لا طلاق فيما لا يملك ، ولا عتاق فيما لا يملك ، ولا بيع فيما لا يملك » . ، والبيهقي : كتاب الخلع والطلاق ، باب الطلاق قبل النكاح : ٣١٨/٧ .

(١٨) هو : عتاب بن أسيد بن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي ، أبو عبد الرحمن ، أسلم يوم فتح مكة ، واستعمله النبي ﷺ على مكة عام الفتح ، وظل أميراً عليها إلى أن توفي ، وكانت وفاته ووفاة أبي بكر الصديق في يوم واحد .
انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٠٢٣/٣ - ١٠٢٤ رقم ١٧٥٦ ، وأسد الغابة : ٥٥٦/٣ - ٥٥٧ رقم ٣٥٣٢ ، والاصابة : ٤٢٩/٤ - ٤٣٠ رقم ٥٣٩٥ .

خصال : « أنه لا يصلح شرطان في بيع ، ولا بيع وسلف ، ولا بيع ما لا يملك ، ولا ربح ما لا يضمن » (١٩).

وجه الدلالة من الأحاديث :

أن الرسول ﷺ نهى عن بيع ما لا يملكه الإنسان ، وبيع الفضولي لما لا يملكه ، بيع ما لا يملكه الإنسان ، فلا يجوز لورود النهي عنه والنهي يقتضي الفساد .

يجاب عن الاستدلال :

بأن هذه الأحاديث ليست في محل النزاع حيث أنها وردت في حق الرجل يأتي ليشترى ما ليس عنده فيبيعه ثم يشتريه له من مكان آخر ، والفضولي لا يبيع لنفسه لنقول أنه باع ما ليس يملكه .

ثم إن في عقد السلم يصح للمسلم إليه بيع المسلم فيه وقت العقد (٢٠) مع أنه ليس بمالك له ، فكذلك الحال في بيع الفضولي .

٤ - عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - أنه قال : قلت : يا رسول الله ! إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟

(١٩) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ : البيوع ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وبيع ما لا تملك : ٣٣٩/٥ - ٣٤٠ ، وأخرج بمعناه ابن ماجه : أبواب التجارات (١٣) النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٢٠) ج ١٣/٢ رقم ٢٢٠٦ ، وأبو داود : البيوع والإجازات (١٧) ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) ج ٧٦٩/٣ - ٧٧٥ رقم ٢٥٠٤ ، والترمذي : البيوع (١٢) باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٩) ج ٥٣٥/٣ - ٥٣٦ رقم ١٢٢٤ ، والنسائي : البيوع (٤٤) ، باب بيع ما ليس عند البائع (٦٠) ج ٢٨٨/٧ رقم ٤٦١١ ، وباب سلف وبيع (٧١) ج ٧ / ٢٩٥ رقم ٤٦٢٩ ، وباب شرطان في بيع (٧٢) ج ٢٩٥/٧ رقم ٤٦٣٠ و ٤٦٣١ ، وابن الجارود : باب المبيعات المنهى عنها ، ٢٠٥ - ٢٠٦ رقم ٦٠١ .

(٢٠) انظر تبين الحقائق : ١١٠/٤ ، والتفريع : ١٣٨/٢ ، والمهذب : ٢٩٧/١ ، والمغني : ٤٠٧/٦ .

قال : « يابن أخى : لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه » ^(٢١).

وجه الدلالة من الحديث :

ان النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض ، وبيع الفضولي جمع بين
عدم القبض وعدم الملك ، فيكون منهياً عنه من باب أولى ^(٢٢).

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال :

بأن الفضولي لا يبيع لنفسه ؛ لنقول انه باع ما ليس يملكه ، أو
باع ما لم يقبضه .

هـ - قياس بيع الفضولي على طلاق الصبي والمجنون بجامع عدم
الاهلية فكما أن طلاقهما لغو ، وإن أجازاه بعد البلوغ أو العقل ، فكذلك
تصرفات الفضولي ؛ لأن التصرفات الشرعية يلزم لصحتها توافر الولاية
والاهلية ، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك ، أو بالإذن من المالك ،
والفضولي ليس مالكا ولا مائوناً له ، فاذا انعدمت الولاية على المحل
ينزل ذلك منزلة انعدام الاهلية في المتصرف عند العقد وذلك يوجب
إلغاء ^(٢٣).

ويجاب عن هذا الاستدلال :

بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن طلاق الصبي والمجنون ليس له مجيز
وقت وقوعه ، بخلاف بيع الفضولي فإن المجيز له موجود وقت البيع .

(٢١) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ في البيوع ، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام :

٣١٢/٥ ، وأخرجه أيضاً بالفاظ متقاربة الطبراني في الكبير : ٢١٩/٣ - ٢٢٠ رقم ٣١٠٧ و

٣١٠٨ ، والدارقطني في البيوع : ١-٨/٣ رقم ٢٥ و ٢٦ .

(٢٢) انظر : المبسوط : ١٥٣/١٣ .

(٢٣) انظر : روضة الطالبين : ٣٥٣/٣ ، ومغني المحتاج : ١٥/٢ ، وانظر أيضاً : المبسوط : ١٥٣/١٣

ويدائع الصنائع : ١٤٨/٥ .

٦ - قياس بيع الفضولي على بيع السمك في الماء ، والطير في الهواء بجامع عدم القدرة على تسليم المبيع ^(٢٤) .

وأجيب عن هذا الدليل :

بأنّ هذا القياس لا يسلم ؛ فانه قياس مع الفارق ؛ لأن العقد على ما لا يقدر على تسليمه ، كبيع السمك في الماء إنما بطل لكون محل العقد غير مملوك أصلاً ففيه خطر الوجود والعدم ، وهذا غرر منهي عنه وليس كذلك بيع الفضولي ؛ فإن محل العقد مملوك فيصح العقد ، لكن يحكم بالوقف مراعاة لحق المالك ، ودفعاً لما قد يحصل له من الضرر لو حكم بنفاذه بغير إذن منه ^(٢٥) .

القول الثاني :

إذا باع الفضولي مال غيره بلا إذن منه صحّ البيع وتوقف على إجازة المالك ، فإن أذن نفذ ولزم البيع ، وبه قال أبو حنيفة ^(٢٦) ، ومالك ^(٢٧) ، والشافعي في أحد قوليه ^(٢٨) ، وأحمد في رواية عنه ^(٢٩) .

(٢٤) انظر : المجموع : ٢٥١/٩ ، والمغني : ٢٩٦/٦ .

(٢٥) انظر : المبسوط : ١٥٥/١٣ .

(٢٦) انظر : المبسوط : ١٥٣/١٣ ، وبيدائع الصنائع : ١٤٨/٥ ، والهداية للمرغيناني : ٦٨/٣ . وحاشية

ابن عابدين : ١٠٦/٥ - ١٠٧ .

(٢٧) انظر : الإشراف للقاضي عبدالوهاب : ٢٧٦/١ ، ومواهب الجليل : ٢٦٩/٤ ، والخرشي : ١٧/٥ .

- ١٨ ، والشرح الصغير : ٢٦/٣ .

(٢٨) في قوله القديم ، ودعى عنه البيهقي في الجديد : انظر : روضة الطالبين : ٣٥٢/٣ - ٣٥٤ ،

والمجموع : ٢٤٧/٩ - ٢٤٨ ، وتحفة المحتاج : ٢٤٦/٤ - ٢٤٧ ، ومغني المحتاج : ١٥/٢ .

(٢٩) انظر : المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين : ٣٥٢/١ ، والهداية لأبي الخطاب : ١٣٢/١

والمغني : ٢٩٥/٦ ، والمحرر : ٣١٠/١ ، والفروع : ٣٦/٤ ، والإنصاف : ٢٨٣/٤ .

واستدلوا بما يأتي :

- ١ - قال الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ (٣٠).
- ٢ - قال تعالى : ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ (٣١).
- ٣ - قال تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ﴾ (٣٢).

وجه الدلالة من الآيات :

أنها عامة في البيع ، ومطلقة في الكيفية ، وبيع الفضولي كيفية من كفيات البيع ، فيصح (٣٣).

- ٤ - قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (٣٤).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى حث علي التعاون في البر والتقوي ، وبيع الأخ لأخيه فيه عون له في البر ؛ إذ يكفيه عنت البيع وطلب المشتري (٣٥).

أجيب عن هذا الدليل :

بأن بيع الفضولي ليس من البر والتقوى بل هو من الإثم والعدوان لتعديه على مال أخيه (٣٦) و « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه ، وماله ،

(٣٠) سورة البقرة : آية : ٢٧٥ .

(٣١) سورة النساء : آية : ٢٩ .

(٣٢) سورة الجمعة : آية : ١٠ .

(٣٣) انظر : بدائع الصنائع : ١٤٨/٥ - ١٤٩ .

(٣٤) سورة المائدة : آية : ٢ .

(٣٥) انظر : المجموع : ٢٥٠/٩ .

(٣٦) المصدر نفسه : ٢٥١/٩ .

وعرضه « (٣٧) .

ويرد عليه بأن فعل الفضولي لا يوصف بالتعدي إلا إذا كنا نقول
بنفاذه ، ولكن مع وقف التنفيذ إلى إذن المالك لا يوجد أى نوع من
العدوان ، بل هو تفضل وإحسان ؛ إذ كفى المالك تعب التسويق ، فإن
أعجبه ما فعل أمضاه وإن لم يعجبه رده (٣٨) .

٥ - عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - ؛ أن رسول الله ﷺ
بعث معه بدينار يشتري له أضحية ، فاشتراها بدينار ،
وباعها بدينارين ، فرجع فاشترى له أضحية بدينار ، وجاء
بدينار إلى النبي ﷺ ، فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن
يبارك له في تجارته (٣٩) .

وجه الدلالة من الحديث :

إقرار الرسول ﷺ لحكيم بن حزام - رضي الله عنه - على فعله
ودعاؤه له بالبركة ، ولو لم يكن البيع صحيحاً لأمره بالرد فدلّ على أن
البيع كان موقوفاً على إجازته ﷺ .

(٣٧) جزء من حديث رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه :

انظر كتاب البر والصلة والآداب (٤٥) باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله
(١٠) ج ٤ / ١٩٨٦ رقم ٣٢ .

(٣٨) وانظر عارضة الأحوذى : ١٧/٦ .

(٣٩) ابن أبي شيبة : كتاب الرد على أبي حنيفة : ٢١٨/١٤ رقم ١٨١٤٣ ، وأبو داود في البيوع
والإجازات (١٧) باب في المضارب يخالف (٢٨) ج ٣ / ٦٧٩ رقم ٣٢٨٦ ، والترمذي في البيوع
(١٢) باب (٢٤) ج ٣ / ٥٥٨ رقم ١٢٥٧ ، والدارقطني في البيوع : ٩/٣ رقم ٢٨ ، والبيهقي في
كتاب القراض ، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه ومن أتعز في مال غيره بغير أمره :
١١٢/٦ - ١١٣ .

وأجيب عن هذا الحديث بجوابين :

الأول : أن الحديث ضعيف ^(٤٠) ، فإسناد أبي داود ^(٤١) فيه شيخ

من أهل المدينة قال المنذري ^(٤٢) : هو مجهول ^(٤٣) .

وأما إسناد الترمذي ، فقد قال عنه الترمذي :

حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه .

وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع ، عندي ، من حكيم بن

حزام ^(٤٤) .

الثاني : أنه يحتمل أن حكيم بن حزام كان وكيلاً مطلقاً ؛ لأنه

اشترى الشاة ثم باعها وسلمها ثم اشترى ثانية ، ولا

يكون التسليم إلا من المالك أو وكيله ^(٤٥) .

(٤٠) انظر : المجموع : ٢٥١/٩ .

(٤١) أبوداود هو : سليمان بن الأشعث السجستاني ، صاحب السنن المشهورة باسمه ، ولد سنة

٢٠٢ هـ ، وتوفي سنة ٢٧٥ هـ ، له المراسيل ، والمصاحف ، والناسخ .

انظر : ترجمته في تاريخ بغداد : ٥٥/٩ - ٥٩ رقم ٤٦٣٨ ، وطبقات الحنابلة : ١٥٩/١ - ١٦٢

رقم ٢١٦ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٠٣/١٣ - ٢٢١ رقم ١١٧ ، وطبقات الشافعية للسبكي :

٢٩٣/٢ - ٢٩٦ رقم ٦٧ ، وطبقات الحفاظ : ٢٦١ - ٢٦٢ رقم ٥٩٣ .

(٤٢) المنذري هو زكي الدين أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري ، الشامي الأصل ، المصري ،

الشافعي ، ولد سنة ٥٨١ هـ له الترغيب والترهيب ، ومختصر صحيح مسلم ، ومختصر سنن أبي

داود ، والتكملة لوفيات النقلة ، توفي سنة ٦٥٦ .

انظر : ترجمته في صلة التكملة الجزء الثالث عشر ، لوحة ١١٨ أوب و ١١٩ ، وذيل مرآة الزمان

: ٢٤٨/١ - ٢٥٢ ، وسير أعلام النبلاء : ٣١٩/٢٣ - ٣٢٤ رقم ٢٢٢ وفوات الوفيات : ٣٦٦/٢ -

٣٦٧ رقم ٢٩١ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٢٥٩/٨ - ٢٦١ رقم ١١٨٧ ، وطبقات الحفاظ : ٥٠١ -

٥٠٢ رقم ١١١٢ ، وقد بسط ترجمته الدكتور بشار عواد معروف في كتابه « المنذري وكتابه

التكملة » فليراجع .

(٤٣) مختصر سنن أبي داود : ٥٠/٥ .

(٤٤) سنن الترمذي : ٥٥٨/٣ .

(٤٥) انظر المجموع : ٢٥١/٩ .

وأجيب عن الجواب الثاني :

بأنّ هذا الاعتراض لا يمكن التسليم به ؛ إذ ليس في الحديث إشارة إلى أن حكيم بن حزام كان وكيلًا مطلقاً ، بل الحديث لم يرد فيه إلا أن الرسول الكريم ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري له شاة ، وأعطاه الدينار لا يدلّ على وكالة حكيم بن حزام رضي الله عنه .

٦ - عن عروة البارقي^(٤٦) - رضي الله عنه - قال : دفع إلى رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ ، فذكر له ما كان من أمره ، فقال له : « بارك الله لك في صفقة يمينك » فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة^(٤٧) الكوفة ، فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالا^(٤٨) .

(٤٦) هو عروة بن الجعد ، وقيل عروة بن عياض بن أبي الجعد ، البارقي الأزدي ، كان فيمن حضر فتوح الشام ، استعمله عمر رضي الله عنه على قضاء الكوفة ، ويعدّ في الكوفيين .
انظر : ترجمته في الاستيعاب : ١٠٦٥/٣ - ١٠٦٦ - رقم ١٨٠٢ ، وأسد الغابة : ٢٦/٤ - ٢٧ - رقم ٣٦٤٠ ، والإصابة : ٤٨٨/٤ - ٤٨٩ - رقم ٥٥٢٢ .

(٤٧) الكناسة بالضم : ملقى القمامة ، وهي محلّه بالكوفة وقع عندها حرب بين يوسف بن عمر الثقفي عامل هشام بن عبد الملك وزيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب .
انظر : معجم ما استعجم : ١١٣٦/٢ ، ومعجم البلدان : ٤٤٦/٤ - رقم ١٠٣٩٦ ، والروض المعطار : ٤٩٥ .

(٤٨) أخرجه الشافعي في الأم : في اختلاف مالك والشافعي بهامش الأم : ١٤/٣ - ١٥ ، وفي المسند : كتاب البيوع ، الباب الثالث في الربا : ١٥٩/٢ - ١٦٠ - رقم ٥٥٣ ، وفي السنن : باب من أعتق شركاً له في عبد : ١٩٨/٢ - ١٩٩ - رقم ٥٧٤ ، وابن أبي شيبة : كتاب الرد على أبي حنيفة : ٢١٨/١٤ - رقم ١٨١٤٢ ، وأحمد : ٢٧٥/٤ - ٢٧٦ ، والبخاري : المناقب (٦١) باب ، حدثني محمد ابن المثني (٢٨) ج ١٨٧/٤ ، وابن ماجه : ابواب الأحكام (١٤) الأمين يتجر فيه فيربح (٤٧) ج ٥٥/٢ - رقم ٢٤٢٥ و ٢٤٢٦ ، وأبو داود : في البيوع والإجازات (١٧) باب في المضارب يخالف (٢٨) ج ٦٧٧/٣ - ٦٧٩ - رقم ٣٣٨٤ و ٣٣٨٥ ، والترمذي : في البيوع (١٢) باب (٢٤) ج ٥٥٩/٣ - رقم ١٢٥٨ ، والدارقطني في البيوع ، ج ١٠/٣ - رقم ٢٩ و ٣٠ ، والبيهقي : في القراض ، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه ومن اتجر في مال غيره بغير أمره ج ١١١/٦ - ١١٢ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن عروة - رضي الله عنه - باع الشاة بغير إذن من مالکها وهو رسول الله ﷺ ومع ذلك فقد دعا له الرسول ﷺ بالبركة وهذا يدل على رضاه ﷺ وإجازته لفعل عروة ، فدل على أن بيع الفضولي صحيح .
واعترض على هذا الاستدلال من جهتين :

الجهة الأولى :

السند : ففي إحدى طرقه يرويه شبيب بن غرقدة^(٤٩) عن الحى^(٥٠) والحق مجهول^(٥١).

وفي الطريق الثاني « سعيد بن زيد »^(٥٢) وهو مختلف فيه^(٥٣).

الجهة الثانية :

أنه يحتمل أن عروة كان وكيلًا مطلقاً ، بدليل أنه باع الشاة وسلمها ، واشترى غيرها^(٥٤).

(٤٩) هو شبيب بن غرقدة ، بمعجمة وقاف ، السلمى ، البارقي الكوفي ، روى عن عروة البارقي ، وأبي الميثاء المستظل بن حصين البارقي ، وجمرة بنت قحافة ، وروى عنه ابن عينة والثوري وشعبة ، وثقة أحمد بن حنبل ويحيى بن معين .

انظر : ترجمته في التاريخ الكبير : ٢٣١/٤ رقم ٢٦٢٢ ، والجرح والتعديل : ٣٥٧/٤ رقم ١٥٦٣ ، وتهذيب الكمال : ٣٧٠/١٢ - ٣٧١ رقم ٢٦٩٤ ، وتاريخ الإسلام : الطبقة الثالثة عشرة ، (حوادث ١٢١ - ١٣٠ هـ) ص ١٢٨ .

(٥٠) انظر : فتح الباري : ٦٣٤/٦ ، وعمدة القاري : ٢٣٢/١٣ .

(٥١) هو سعيد بن زيد بن درهم ، الأزدي الجهضمي ، أبو الحسم البصري ، أخو حماد بن زيد مولى آل جرير بن حازم روى عن أيوب السخيتاني ، والزبير بن الخريت ، وسعيد الجريري ، وروى عنه إبراهيم بن أبي سويد البصري ، وحبان بن هلال ، والحسن بن موسى الأشيب .

انظر : ترجمته في التاريخ الكبير : ٤٧٢/٣ رقم ١٥٧٦ ، والجرح والتعديل : ٢١/٤ - ٢٢ رقم ٨٧ وتهذيب الكمال : ١٠ / ٤٤١ - ٤٤٤ رقم ٢٢٧٦ .

(٥٢) انظر : تلخيص الحبير : ٥/٣ رقم ١١٢٧ .

(٥٣) انظر : المجموع : ٢٥١/٩ ، ومغني المحتاج : ١٥/٢ ، ونهاية المحتاج : ٢٨٩/٣ ، والمغني : ٢٩٦/٦ ، وكشاف القناع : ١٤٧/٣ .

ويجاب عن الاعتراضين بما يأتي :

أما عن جهالة الحيّ : فان عدم تسمية الحيّ لا يضر ؛ لأن شبيب ابن غرقدة ثقة ^(٥٤)، والحيّ يطلق على جماعة أقلهم ثلاثة ، وهذا العدد يبعد تواطؤهم على الكذب عادة ، لا سيما في تلك القرون المفضلة ، فإبهامهم لا يدلّ على ضعفهم .

قال الكرمانى ^(٥٥) : إذا علم أن شبيباً لا يروى إلا عن العدل فلا بأس به ، أو لما كان ذلك ثابتاً بالطريق المعين المعلوم اعتمد على ذلك فلم يبال بهذا الإبهام ، أو أراد نقله بوجه أكد ؛ إذ فيه إشعار بأنه لم يسمع من رجل واحد فقط ، بل من جماعة متعددة ربما يفيد خبرهم القطع به ^(٥٦) .

وأما عن سعيد بن زيد ، فقد روي عنه عبدالرحمن بن مهدي ^(٥٧)

(٥٤) انظر العلل للإمام أحمد برواية عبدالله : ٥٤٢/٢ رقم ٢٤٥٨ ، ومعرفة الثقات : ٤٤٨/١ رقم ٧١٥ والجرح والتعديل : ٣٥٧/٤ رقم ١٥٦٣ ، والثقات : ٣٥٩/٤ ، وتاريخ أسماء الثقات : ١١٢ رقم ٥٣٩ ، والكاشف : ٤/٢ رقم ٢٢٥٧ ، وتقريب التهذيب : ٢٦٤ رقم ٢٧٤٣ .

(٥٥) هو محمد بن يوسف بن علي بن سعيد الكرمانى ، ثم البغدادي ، شمس الدين ، ولد سنة ٧١٧ هـ له : الكواكب الدراري في شرح البخاري ويعرف بشرح الكرمانى ، شرح المواقف ، شرح مختصر ابن الحاجب ، توفي راجعاً من الحج سنة ٧٨٦ هـ .

انظر : ترجمته في الدرر الكامنة : ٧٧/٥ رقم ٤٦٩٧ ، وبنية الوعاة : ٢٧٩/١ - ٢٨٠ رقم ٥١٥ .

(٥٦) الكواكب الدراري : ١٩٥/١٤ .

(٥٧) انظر : سؤالات الأجرى : ٣٥٥ - ٣٥٦ رقم ٥٧٩ ، وعبدالرحمن هو ابن مهدي بن حسان ، أبو سعيد العنبري ، مولاهم البصري اللؤلؤي ، ولد سنة ١٣٥ هـ ، كان إماماً حجة ، قدوة في العلم والعمل توفي بالبصرة سنة ١٩٨ هـ .

انظر : ترجمته في الطبقات الكبرى ٢٩٧/٧ ، وحقية الأولياء : ٢/٩ - ٦٣ رقم ٤١٤ ، والإرشاد :

٢٣٨/١ رقم ٦٨ ، تاريخ بغداد : ٢٤٠/١٠ - ٢٤٨ رقم ٥٣٦٦ ، وسير أعلام النبلاء : ١٩٢/٩ -

٢٠٩ رقم ٥٦ ، وطبقات الحفاظ : ١٣٩ رقم ٣٠٢ .

وهو لا يروي إلا عن ثقة^(٥٨)، ووثقه أيضاً سليمان بن حرب^(٥٩)، وابن سعد^(٦٠) ويحيى بن معين^(٦١)، والعجلي^(٦٢)، وأثنى عليه مسلم بن إبراهيم^(٦٣)، والإمام أحمد^(٦٤)، وأبو جعفر الدارمي^(٦٥)، وابن عدي^(٦٦).

(٥٨) انظر: تاريخ بغداد : ٢٤٣/١٠ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٠٣/٩ ، وشرح علل الترمذي : ٣٧٧/١ ، وطبقات الحفاظ : ١٣٩ .

(٥٩) انظر : الجرح والتعديل : ٢١/٤ - ٢٢ ، وسليمان هو ابن حرب بن بجيل ، أبو أيوب الواشحي الأزدي البصري ، قاضي مكة ، الإمام الثقة الحافظ ، ولد سنة ١٤٠ هـ ، وتوفي بالبصرة سنة ٢٢٤ هـ . انظر : ترجمته في الطبقات الكبرى : ٣٠٠/٧ ، والجرح والتعديل : ١٠٨/٤ - ١٠٩ . رقم ٤٨١ ، والمعجم المشتمل : ١٣٣ رقم ٢٨٩ ، وسير أعلام النبلاء : ٣٣٠/١٠ - ٣٣٤ رقم ٨١ ، والعقد الثمين : ٦٠١/٤ - ٦٠٣ رقم ١٣٣ ، وطبقات الحفاظ ١٦٦ - ١٦٧ رقم ٣٧٢ .

(٦٠) الطبقات الكبرى : ٢٨٧/٧ ، وابن سعد هو : محمد بن سعد بن منيع ، أبو عبد الله البغدادي ، كاتب الواقدي ، ولد بعد سنة ١٦٠ هـ ، وهو صاحب الطبقات الكبرى المشهورة به ، كان حافظاً حجة ، توفي ببغداد سنة ٢٣٠ هـ . وقد أدرج ابن فهم وهو تلميذه ترجمته في الطبقات الكبرى : ٣٦٤/٧ . وانظر ترجمته في الجرح والتعديل : ٢٦٢/٧ رقم ١٤٣٣ ، والفهرست : ١١١ - ١١٢ ، وتاريخ بغداد : ٣٢١/٥ - ٣٢٢ رقم ٢٨٤٤ ، وسير أعلام النبلاء : ٦٦٤/١٠ - ٦٦٧ رقم ٢٤٢ ، وطبقات الحفاظ : ١٨٣ رقم ٤١٢ .

(٦١) تاريخ يحيى بن معين رواية النوري : ١٨٤/٤ رقم ٢٨٥١ .

(٦٢) معرفة الثقات : ٣٩٩/١ رقم ٥٩٠ .

(٦٣) انظر التاريخ الكبير : ٤٧٢/٣ رقم ١٥٧٦ ، ومسلم بن إبراهيم هو : أبو عمرو مسلم بن إبراهيم الأزدي الفراهيدي مولاهم البصري القصاب ، الإمام الحافظ الثقة ، مسند البصرة ، ولد في حدود سنة ١٣٠ هـ ، وهو شيخ ابن خثاري وأبو داود ويحيى بن معين وأبو زرعة وغيرهم كثير توفي سنة ٢٢٢ هـ . انظر : ترجمته في الطبقات الكبرى : ٣٠٤/٧ ، والتاريخ الكبير : ٢٥٤/٧ - ٢٥٥ رقم ١٠٧٩ ، والجرح والتعديل : ١٨٠/٨ - ١٨١ رقم ٧٨٨ ، وسير أعلام النبلاء : ٣١٤/١٠ - ٣١٨ رقم ٧٥ ، وتهذيب التهذيب : ١٢١/١٠ - ١٢٣ رقم ٢١٩ .

(٦٤) العلل للإمام أحمد برواية عبد الله : ٥٢٤/٢ رقم ٣٤٦١ .

(٦٥) تهذيب التهذيب : ٣٣/٤ ، والدارمي هو : أبو جعفر أحمد بن سعيد بن صخر بن سليمان الدارمي السرخسي ، الحافظ الثبت الفقيه ، ولد سنة نيف وثمانين ومائة ، وولي قضاء سرخس ، وتوفي سنة ٢٥٢ هـ ، وهو غير الدارمي صاحب السنن . انظر : ترجمته في الجرح والتعديل : ٥٣/٢ رقم ٦٢ ، وتاريخ بغداد : ١٦٦/٤ - ١٦٩ رقم ١٨٤٥ ، وطبقات الحنابلة : ٤٥/١ - ٤٦ رقم ٢٨ ، والأنساب : ٢٥٠/٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٣٢/١٢ - ٢٣٤ رقم ٨٠ ، وطبقات الحفاظ : ٢٤١ رقم ٥٤٤ .

(٦٦) الكامل لابن عدي : ١٢١٥/٣ .

وأما ما ذكره من احتمال أن عروة كان وكيلاً ، فهذا ادعاء لا يمكن التسليم به ؛ إذ ليس في الحديث إشارة إلى توكيله ، بل كل ما فيه أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً لشراء الشاة ، وهذا لا يدل على التوكيل .

٧ - عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - في قصة الثلاثة الذين آواهم الغار عن رسول الله ﷺ أنه قال : « ... وقال الآخر : اللهم إني كنت استأجرت أجيراً بفرق^(٦٧) أرز ، فلما قضى عمله قال : أعطني حقي ، فعرضت عليه فرقه فرغب عنه ، فلم أزل أزعه حتى جمعت منه بقرأ ورعاها ، فجاءني فقال : اتق الله ولا تظلمني حقي ، قلت اذهب إلى تلك البقر ورعائها فخذها فقال : اتق الله ولا تستهزئ بي ، فقلت : إني لا أستهزئ بك ، خذ ذلك البقر ورعاها ، فأخذه فذهب به ، فإن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج لنا ما بقي ففرج الله ما بقي » (٦٨).

(٦٧) الفرق بالتحريك : مكيال يسع ستة عشر رطلاً ، وهي اثنا عشر مداً ، أو ثلاثة آصع عند أهل الحجاز . انظر : النهاية : ٤٣٧/٣ ، فرق .

وقال الزمخشري : فيه لفتان : تحريك الراء وهو الفصيح ، وتسكينها ، قال خدّاش : يأخذون الأرض في إخوانهم فرق السمن وشاة في الغنم .

انظر : الفائق : ١٠٤/٣ ، وشعر خدّاش بن زهير العامري ص ٩٩ .

وقال ابن الأثير في النهاية : « أما الفرق بالسكون فمائة وعشرون رطلاً ، ٤٣٧/٣ ، فرق » .

(٦٨) أخرجه البخاري : في البيوع (٣٤) باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إنّه فرضى (٩٨) ج ٣٧/٣ - ٣٨ ، وفي الإجارة (٣٧) باب من استأجر أجيراً فترك أجره فعمل فيه المستأجر فزاد أو من عمل في مال غيره فاستفضل (١٢) ج ٥١/٣ - ٥٢ ، وفي الحرث والمزارعة (٤١) باب إذا زرع بمال قوم بغير أنهم وكان في ذلك صلاح لهم (١٣) ج ٦٩/٣ - ٧٠ ، وفي الأنبياء (٦٠) حديث الغار (٥٣) ج ١٤٧/٤ - ١٤٨ ، وفي الألب (٧٨) باب إجابة دعاء من برّ والديه (٥) ج ٦٩/٧ - ٧٠ ، وأخرجه مسلم أيضاً واللفظ له : في الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار (٤٨) باب قصة أصحاب الغار الثلاثة والتوسل بمصالح الأعمال (٢٧) ج ٢٠٩٩/٤ - ٢١٠٠ رقم ١٠٠ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الحديث دلّ على صحة التجارة بيعاً وشراءً من غير المالك ؛ لأنّ الرسول ﷺ ذكر هذه القصة في معرض المدح والثناء ، ولو كان فعله غير صحيح لبينه الرسول ﷺ .

وأجيب عن هذا الدليل بجوابين :

الجواب الأول :

أنّ هذا من شرع من قبلنا ، وفي كونه شرعاً لنا خلاف مشهور^(٦٩) .

الجواب الثاني :

إن سلّمنا بانه شرع لنا أيضاً فهو محمولٌ على أنه استأجره بشئ في الذمة ، ولم يسلمه إليه ، بل عينه له ، فلم يتعين من غير قبض فبقي على ملك المستأجر لأنّ ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ، ثم إنّ المستأجر تصرف فيه وهو ملكه فيصح تصرفه ، سواء اعتقده له ، أو للأجير ، ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجير بتراضيهما^(٧٠) .

ويجاب عن الاعتراض الأول :

بأن حديثنا ليس في محل النزاع من مسألة شرع من قبلنا ؛ وإنما فعلهم وإن كان في شرع من قبلنا إلا أنه ثبت بشرعنا أنّه شرع لنا ؛ لأن

(٦٩) انظر : المجموع : ٢٥١/٩ ، ومسألة شرع من قبلنا والخلاف فيها .

انظر : الفصول : ١٩/٣ - ٢٨ ، والمعتمد : ٨٩٩/٢ - ٩٠٧ ، والعدة : ٧٥٢/٣ - ٧٦٥ ،

وأصول السرخسي : ٩٩/٢ - ١٠٥ ، والمستصفي : ٢٤٥/١ - ٢٦٠ ، والتمهيد : ٤١١/٢ -

٤٢٥ ، وتنقيح الفصول : ٢٩٨ - ٣٠٠ ، وشرح المعتمد : ٢٨٦/٢ - ٢٨٧ ، ونهاية السؤل :

٤٩/٣ - ٥٢ .

(٧٠) انظر : المجموع : ٢٥١/٩ - ٢٥٢ .

الرسول ﷺ ساق فعلهم مساق الثناء والمدح ، وأقرهم عليه ، بل وحث على الاقتداء بهم ، وذلك في قوله ﷺ : « من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله » (٧١) .

وأمّا عن الاعتراض الثاني :

فإنه اعتراض لا يسلم به ؛ إذ ليس في الحديث ما يدل على ذلك ، وما أخذه الأجير ليس تبرعاً من المستأجر وإنما هو من نماء أجره ، ولو كان تبرعاً من المستأجر لما ظن الأجير أن المستأجر يستهنئ به ، والأجر كان معلوماً ومفروضاً ولم يكن شيئاً في الذمة ؛ بدليل ما جاء في إحدى الروايات عن ابن عمر : « فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته » (٧٢) ، ويؤكد ما جاء في رواية النعمان بن بشير (٧٣) - رضي الله عنهما - « كان لي أجراء يعملون ، فجاءني عمال فاستأجرت كل رجل منهم بأجر معلوم ، فجاء رجل ذات يوم نصف النهار ، فاستأجرته بشرط أصحابه ، فعمل في نصف نهاره كما عمل رجل منهم في نهاره كله ، فرأيت على في الذمام أن لا انقصه مما استأجرت به أصحابه لما جهد في عمله ، فقال رجل منهم : تعطي هذا مثل ما أعطيتني ؟ فقلت : يا عبد الله ! لم

(٧١) أخرجه أبوداود عن ابن عمر : في كتاب البيوع والإجازات (١٧) باب في الرجل يتجر في مال الرجل بغير إئنه (٢٩) ج ٦٧٩/٣ - ٦٨٠ رقم ٣٢٨٧ .

(٧٢) البخاري في البيوع (٣٤) باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إئنه فرضى (٩٨) ج ٣٧/٣ - ٣٨ .
(٧٣) هو النعمان بن بشير بن ثعلبة بن سعد الأنصاري الخزرجي ، وقيل سعد بن ثعلبة ، ولد قبل وفاة رسول الله ﷺ بثلاثين سنين وسبعة أشهر ، وله ولابية صعبة ، استعمله معاوية على الكوفة ثم على حمص ، وكذلك على عهد يزيد وبعد موت معاوية بن يزيد دعا الناس إلى مبايعة عبد الله بن الزبير ، فخالفه أهل حمص وواقعه مروان بن الحكم ، وقتل النعمان بعد وقعة مرج راهط سنة ٦٥هـ . انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٤٩٦/٤ - ١٥٠٠ رقم ٢٦٦٤ ، وأسد الغابة : ٣٢٦/٥ - ٣٢٩ رقم ٥٢٣٠ ، والإصابة : ٤٤٠/٦ رقم ٨٧٣٤ .

أبخسك شيئاً من شرطك ، وإنما هو ما لي أحكم فيه بما شئت ، قال :
فغضب وذهب وترك أجره ، ^(٧٤) فإن فيها ما يدل على أنه استلم أجرته ثم
ردّها عند ما أخذ العامل الآخر أجره عن نصف النهار مساوياً لما أخذ
هو عن النهار بكامله ، فحينئذ يكون المستأجر فضولياً حيث باع أجره
العامل واشترى له بها ماشية دون إذنه ومدح فعله للرسول ﷺ فدل على
صحته .

٨ - قياس بيع الفضولي على الوصية بأكثر من الثلث بجامع أن
كلّاً منهما عقد له مجيز حال وقوعه ، فكما جازت الوصية
موقوفة على إجازة الورثة فكذلك بيع الفضولي موقوف على
إذن المالك ^(٧٥) .

وأجيب عن القياس :

بأنه قياس مع الفارق ؛ فإن الوصية تحتل القرر وتصح بالجهول
والمعدوم بخلاف البيع ^(٧٦) .

ويردّ على هذا الاعتراض : بأن القياس على الوصية إنما هو في
أنّها يطرأ عليها حكم الوقف في الزيادة على الثلث لا من جهة صحتها

(٧٤) ذكره في فتح الباري : ٥٠٧/٦ ، وذكر في ٥٠٦/٦ أن البزار والطبراني روياه بإسناد حسن ، ولم
يتيسر لي الإطلاع على البزار ، إنما وجدت رواية قريبة من ذلك في كشف الاستار : ٥٢/٤ - ٥٤
رقم ٣١٧٨ مع اختلاف في الألفاظ ، وأما الطبراني فيغلب أن تكون روايته له في المعجم الكبير
وتقع مرويّات النعمان في الجزء الحادي والعشرون ، وهذا الجزء مطبوع حتى الآن فيما علمت ،
وقرات في جريدة « المدينة » العدد ٨٩٣٤ (١٤١٢/٤/٢٤ هـ) ملحق لقراءات من ٢ أنه توجد نسخة
كاملة من المعجم الكبير للطبراني في مكتبة دار العلوم الألمانية الموجهة ببرلين فيما كان يعرف
بألمانيا الشرقية . والذمام والمذمة بالكسر والفتح : الحق والحرمة التي يتمّ مضيئها .

انظر : الفائق : ١٥/٢ ، والنهاية : ١٦٩/٢ « نم » .

(٧٥) انظر : فتح القدير : ٥٢/٧ - ٥٣ ، والإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢٧٦/١ ، والمجموع :

٢٥٠/٩ ، والمغني : ٢٩٥/٦ .

(٧٦) انظر : المجموع : ٢٥٢/٩ .

بالمجهول والمعدوم ، فإذا قلنا بالوقف في الوصية فيما زاد على الثلث ، واحتمال الضرر فيها على الورثة أكبر من احتمال الضرر في بيع الفضولي ، يكون إثبات الوقف في بيع الفضولي من باب أولى .

٩ - القياس على البيع بشرط الخيار بجامع أن كلاً منهما عقدٌ يتوقف على الإجازة ، فكما أن البيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق ، وهو بيع موقوف على الإجازة فكذلك بيع الفضولي يصح أن يتوقف على الإجازة^(٧٧) .

واعترض على هذا القياس :

بأن البيع بشرط الخيار ، بيعٌ مجزوم به منعقد في الحال والمنتظر فسخه أو إمضاؤه ، فإذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ لزم البيع^(٧٨) . ويرد عليه بأن بيع الفضولي أيضاً بيع منعقد في الحال ، إلا أنه لم يكن نافذاً مراعاة لحق المالك فإن أجازته جاز ، فالبيع بشرط الخيار موقوف على مضي المدة وبيع الفضولي موقوف على الإجازة .

١٠ - إذن المالك ليس شرطاً في انعقاد البيع ، إذ لو كان شرطاً لما جاز أن يتقدم على البيع ؛ لأن ما كان شرطاً للبيع لا يجوز تقدمه عليه ، ولهذا لما كانت الشهادة شرطاً في النكاح اشترط مقارنتها لعقده ، والإجماع قد وقع على أن الإذن في البيع يجوز تقدمه ، فدل على أن الإذن ليس بشرط في صحة انعقاد البيع^(٧٩) .

(٧٧) المصدر نفسه : ٢٥٠/٩ ، والإشراف للقاضي عبدالوهاب : ٢٧٦/١ .

(٧٨) انظر : المجموع : ٢٥٢/٩ .

(٧٩) المصدر نفسه : ٢٥١/٩ .

واعترض على هذا :

بأنه ينتقض بالصوم فإن النية شرط لصحته ، وتتقدم عليه ^(٨٠) .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأن النية إنما تتقدم على الصوم إذا كان مفروضاً لأن الشارع قد حدد له وقتاً بقوله ﷺ : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » ^(٨١) ، ويجوز في النقل أن تتأخر عنه النية بدليل فعل النبي ﷺ : فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت : دخل عليّ النبي ﷺ ذات يوم ، فقال : « هل عندكم شيء ؟ » قلنا : لا ، قال : « فإني إذن صائم » ^(٨٢) .

١١ - بيع الفضولي ، بيع صدر من أهله في محله فلا يلغو ، وتصرف العاقل يحمل على الوجه الأحسن ما أمكن ، وفي إلغاء تصرفه إهدار لأدميته ، والحاق له بالمجانين في عدم صحة تصرفهم ^(٨٣) .

(٨٠) المصدر نفسه : ٢٥٢/٩ .

(٨١) أخرجه أحمد : ٢٨٧/٦ عن حفصة أم المؤمنين ، وابن ماجة : أبواب ما جاء في الصيام (٨) باب ما جاء في فرض الصوم من الليل والخيار في الصوم (٢٦) ج ٣١١/١ رقم ١٧٠٢ ، وأبو داود واللفظ له : في الصوم (٨) باب النية في الصيام (٧١) ج ٨٢٣/٢ - ٨٢٤ رقم ٢٤٥٤ ، والترمذي : في الصوم (٦) باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل (٣٣) ج ١٠٨/٣ رقم ٧٣٠ ، والدارمي : الصوم (٤) باب من لم يجمع الصيام من الليل (١٠) ج ٣٣٩/١ رقم ١٧٠٥ ، والنسائي في الصيام (٢٢) ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك (٦٨) ج ١٩٦/٤ - ١٩٨ رقم ٢٣٣١ - ٢٣٤٣ ، وابن خزيمة الصيام ، باب إيجاب الإجماع على الصوم الواجب قبل طلوع الفجر بلفظ عام مراده خاص (٤٦) ج ٢١٢/٣ رقم ١٩٣٣ ، والدارقطني : الصيام (١٢) باب تبييت النية من الليل وغيره ، ١٧١/٢ - ١٧٣ رقم ٣-١ ، والبيهقي : الصيام ، باب الدخول في الصوم بالنية : ٢٠٢/٤ - ٢٠٣ ويا ب ما عليه في كل ليلة من نية الصيام للغد : ٢١٣/٤ ، ويا ب من رأى إعادة صومه وإن لم يكل ولم يشرب : ٢٢١/٤ .

(٨٢) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٨ من مبحث إذن الزوج في الاعتكاف ص ٧٥ .

(٨٣) المبسوط : ١٥٤/١٣ ، وبدائع الصنائع : ١٤٩/٥ .

ويعترض على هذا الدليل :

بأن تصرف العاقل يمكن حمله على الوجه الأحسن إذا وافق الشرع ، أما إذا كان في تصرفه ضرر للمالك فليس كذلك .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأن تصرف الفضولي لم يخالف الشرع إذ ثبت بحديث عروة أن فعله موافق لمقتضى الشرع ، ثم إنه لا ضرر في تصرفه على المالك ؛ لأن المالك بالخيار بين الرد والإجازة ، فإن رأى المصلحة في إجازة تصرفه فعل وإلا رد .

الترجيح :

الذي يظهر لي أن القول الثاني هو الراجح لما يأتي :
أولاً ، أدلة القائلين بالبطلان لا تقوى على معارضة أدلة القائلين بالجواز .

ثانياً ، تصرف الفضولي فيه مصلحة للمالك ؛ إذ يكفيه مؤونة البيع والتسويق ، ولا يترتب عليه ضرر ؛ لأن المالك بالخيار في الرد والإجازة .

ثالثاً : حديث عروة - رضي الله عنه - نص في محل الخلاف ، وقد صح .

قال النووي : إسناده الترمذي صحيح ، وإسناده الآخرين حسن ، فهو حديث صحيح^(٨٤) .

وقال ابن حجر : وأما قول الخطابي ^(٨٥) والبيهقي ^(٨٦) وغيرهما : أنه غير متصل ؛ لأن الحي لم يسم أحد منهم فهو علي طريقة بعض أهل الحديث يسمون ما في إسناده مبهم مرسلأ أو منقطعاً ، والتحقيق إذا وقع التصريح بالسماع أنه متصل في إسناده مبهم ، إذ لا فرق فيما يتعلق بالاتصال والانقطاع بين رواية المجهول والمعروف ، فالمبهم نظير المجهول في ذلك ، ومع ذلك فلا يقال في إسناده صرح كل من فيه بالسماع من شيخه أنه منقطع وإن كانوا أو بعضهم غير معروف ^(٨٧) .

وما دام الحديث قد صحّ فلا مناص من القول به ، وما هو الإمام الشافعي يقول : إن صحّ حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضى ، فالبيع والعتق جائزان ^(٨٨) .

وقد صحّ حديث عروة ، ولذلك قوى الإمام النووي القول به ^(٨٩) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٨٥) معالم السنن : ٤٩/٥ .

والخطابي هو : أبو سليمان ، محمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي ، ولد سنة يضع عشرة وثلاث مئة ، له : غريب الحديث ، وأعلام الحديث ، ومعالم السنن ، والعزلة ، وإصلاح غلط الحديثين . توفي سنة ٢٨٨ هـ .

انظر : ترجمته في يتيمة الدهر : ٣٣٤/٤ - ٣٣٦ ، ومعجم الأدياء : ٢٤٦/٤ - ٢٦٠ رقم ٥٨ ، و٢٦٨/١٠ - ٢٧٢ رقم ٣٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٣/١٧ - ٢٨ رقم ١٢ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٢٨٢/٣ - ٢٩٠ رقم ١٨١ ، وطبقات الحفاظ : ٤٠٣ - ٤٠٤ رقم ٩١٧ .

(٨٦) السنن الكبرى : ١١٢/٦ .

(٨٧) فتح الباري : ٦٣٤/٦ .

(٨٨) نقله النووي في المجموع : ٢٤٧/٩ - ٢٤٨ عن باب الغصب في مختصر البويطي . أقول : كذلك وجدت في مختصر البويطي ل ١١٥ ب بعد أن تمكنت من الحصول على نسخة مصورة منه فله الحمد والمنة .

(٨٩) روضة الطالبين : ٣٥٤/٣ .

المبحث الثاني

تصرف المشتري
في مدة خيار البائع

□□□□□

اختلف الفقهاء في حكم تصرف المشتري في المبيع ، في مدة الخيار بغير إذن البائع ، وكان البائع قد اشترط الخيار لنفسه في هذه المدة ، فذهبوا إلى رأيين :

الرأي الأول :

لا تنفذ تصرفات المشتري في مدة خيار البائع بغير إذنه مطلقاً ، سواء كان التصرف بالبيع ، أو العتق ، أو غيرهما ، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية في أرجح الأقوال عندهم^(٣).

واستدلوا بما يأتي :

١ - قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى أوجب الرضا لصحة المعاملات ولا يتم الرضا مع اشتراط الخيار^(٥).

٢ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال :

« لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا

فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك »^(٦).

(١) انظر : تبين الحقائق : ١٦/٤ ، والبحر الرائق : ٩/٦ ، ومجمع الأنهر : ٢٥/٢ - ٢٦ .

(٢) انظر : المقدمات الممهدة : ٩٢/٢ ، والزرقاني : ١٢٣/٥ ، والخرشي : ١٢١/٥ .

(٣) انظر : المجموع : ١٩١/٩ ، وروضة الطالبين : ٤٥٦/٣ ، ومغني المحتاج : ٤٨/٢ - ٤٩ ، ونهاية المحتاج : ١٩/٤ و ٢٤ .

(٤) سورة النساء : آية : ٢٩ .

(٥) انظر تبين الحقائق : ١٦/٤ .

(٦) سبق تخريجه . انظر : مبحث « الاذن من المالك في بيع الفضولي » ، التعليق رقم ١٧ من

وجه الدلالة من الحديث :

ان النبي ﷺ نهى عن بيع أو عتق ما لا يملكه الإنسان ، وبيع المشتري أو عتقه في مدة خيار البائع ، بيعٌ وعتقٌ لما لا يملكه فلا يجوز ؛ لورود النهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد^(٧).

٣ - البائع اشترط الخيار لنفسه حفظاً لحقه في استرجاع المبيع ، وتصرف المشتري يؤدي إلى عدم فائدة اشتراط الخيار ، وإلى منع رجوع المبيع إلى البائع إن اختار الفسخ .

الرأي الثاني ،

لا تنفذ تصرفات المشتري في مدة خيار البائع بغير إذنه إلا العتق فإنه ينفذ ، وهذا هو المذهب عند الحنابلة^(٨) ، وهو وجهٌ عند الشافعية^(٩).

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق لابن آدم فيما لا يملك ... الحديث »^(١٠).

(٧) انظر : نهاية المحتاج : ٢٤/٤ .

(٨) انظر : المغني : ٢٤/٦ - ٢٦ ، والانصاف : ٢٨٤/٤ ، ٢٨٩ ، وكشاف القناع : ١٩٦/٣ - ١٩٧ .

(٩) انظر : المجموع : ٢٠٢/٩ ، وروضة الطالبين : ٤٤٩/٣ ، ومغني المحتاج : ٤٨/٢ ، ونهاية المحتاج : ١٩/٤ .

(١٠) أخرجه الإمام أحمد في المسند : ١٩٠/٢ ، والترمذي في الطلاق (١١) باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح (٦) ج ٤٨٦/٣ رقم ١١٨١ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الحديث يدل بمفهومه على أنه ينفذ العتق في الملك ، والملك في زمن الخيار للمشتري^(١١).

ويرد على هذا الاستدلال بأن قولكم أن الملك في زمن الخيار للمشتري ، غير مسلم ، إذ لو كان الملك للمشتري لنفذت جميع تصرفاته ، وأنتم لا تقولون بهذا .

ولو سلمنا أن الملك للمشتري فإن صيانة حق البائع عن الإبطال تقتضي عدم إنفاذ العتق ؛ لأن البائع لم يشترط الخيار لنفسه إلا حفظاً لحقه ، وفي إنفاذ تصرفات المشتري ضرر للبائع ، والضرر منهى عنه في الشرع « لا ضرر ولا ضرار »^(١٢).

٢ - قياس العتق في زمن الخيار على ما بعد مدة الخيار بجامع أن الملك في الحالتين للمشتري ، فكما أن العتق نافذ بعد انتهاء مدة الخيار فهو نافذ أثناء مدة الخيار لوقوعه من مالك جائز التصرف^(١٣).

ويجاب عن هذا :

بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ العتق بعد مضي المدة ، عتق صادر من مالك تام الملك ، بخلاف العتق أثناء المدة ؛ وذلك لأن الملك أثناء مدة خيار البائع لا يسلم بأنه للمشتري ، ولو سلم فإن للبائع حقاً في المبيع أثناء المدة بخلاف ما بعد المدة .

(١١) انظر : المغني : ٢٦/٦ ، والمبدع : ٧٤/٤ ، والمنع الشافيات : ٣٦٠/٢ .

(١٢) سبق تخريجه . انظر مبحث « ما يكون به الاذن وارتباطه بالعرف » ، التعليق رقم ٢٠ من ٢٢ .

(١٣) انظر : المبدع : ٧٤/٤ ، والمنع الشافيات : ٣٦٠/٢ .

٣ - قياس نفاذ عتق المشتري في مدة الخيار على نفاذ عتقه للعبد المشتري بجارية معيبة ، بجامع أن البائع يملك الفسخ في الصورتين ، فكما أن ملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق في المقيس عليها ، فكذلك ملك البائع للفسخ في مسألتنا لا يمنع نفوذ العتق^(١٤) .

ويجاب عن هذا بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ أن البيع في الصورة المقيس عليها بيع لازم نافذ والعيب قد وقع في الثمن ، بخلاف البيع في مسألتنا فإنه ليس بلزوم أثناء مدة الخيار .

٤ - قياس عتق المشتري في زمن خيار البائع علي عتق الابن للعبد الموهوب إليه من جهة الأب ، بجامع أن كلاً من البائع والأب يملكان استرجاع المبيع أو الموهوب ، فكما جاز العتق مع ملك الأب استرجاع الموهوب فكذلك ملك البائع للفسخ لا يكون مانعاً من نفاذ العتق^(١٥) .

ويجاب عن هذا :

بأنه قياس غير صحيح ؛ إذ الملك في الهبة ملك تام بخلاف المبيع أثناء مدة الخيار ، فإن الملك فيها ، وإن سلم بكونه للمشتري ، فإنه ملك غير تام ، والصورة المقيس عليها خاصة بالأب إذ يملك الرجوع في الهبة ولا يقاس عليه غيره .

(١٤) انظر : المغني : ٢٦/١ ، والمنح الشافيات : ٣٦٠/٢ .

(١٥) المصدران أنفسهما ، والمبدع : ٧٤/٤ ، وشرح منتهى الإرادات : ١٧١/٢ .

الترجيح :

الراجح هو الرأي الأول لما يأتي :

- ١ - لسلامة أدلته من النقاش المؤثر .
- ٢ - قال رسول الله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ^(١٦) ، فالرسول ﷺ أخبر عن تحريم أخذ مال المسلم إلا برضاه ، وتصرف المشتري في مدة خيار البائع بغير إننه ، تصرف في ماله بغير رضاه فلا يجوز .
- ٣ - الشرع قد قرر بأنه « لا ضرر ولا ضرار » ^(١٧) وإبطال المدة التي اشترطها البائع لنفسه فيه ضررٌ عليه ، والضرر منهى عنه في الشرع .
- ٤ - قال رسول الله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » ^(١٨) وإنفاذ تصرف المشتري في مدة الخيار التي اشترطها البائع لنفسه ، نقضٌ لذلك الشرط ، والشرع قد نهى عن نقض الشرط « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » ^(١٩) .

(١٦) سبق تخريجه . انظر مبحث « إن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله » ، التعليق رقم ٢٠ ص ٨٧ .
 (١٧) سبق تخريجه . انظر مبحث « ما يكون به الإنن وارتباطه بالعرف » ، التعليق رقم ٢٠ ص ٢٣ .
 (١٨) أخرجه البخاري تعليقاً في الإجارة (٣٧) باب اجر السمسرة (١٤) ج ٢/٣٠٥ . وانظر : تعليق التعليق : ٢٨١/٣ - ٢٨٣ ، كما أخرجه ابو داود في الأقضية (١٨) باب في الصلح (١٢) ج ٤/١٩٠ - ٢٠ رقم ٣٥٩٤ ، والترمذي في الأحكام (١٢) باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (١٧) ج ٣/٦٢٤ - ٦٣٥ رقم ١٣٥٢ ، والطبراني في الكبير : ٢٢٧/٤ و ٢٢٧/١٧ - ٢٢٨ رقم ٢٧/٣ - ٢٨ رقم ٩٦ و ٩٨ - ١٠٠ ، والحاكم في البيوع : ٤٩/٢ - ٥٠ والبيهقي في الشركة ، باب الشرط في الشركة وغيرها : ٧٩/٦ وفي الوقف ، باب الصدقة على ما شرط الواقف من الأثرة والتقدمة والتسوية : ١٦٦/٦ .

(١٩) سورة المائدة : آية : ١ .

هـ - تشوِّف (٢٠) الشرع للعتق لا يقتضي الإضرار بالبائع ، والتعدى على
حقه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٠) التشوِّف : التزيّن والتطلّع والطموح .

انظر : تهذيب اللغة : ٤٢٥/١١ « شاف » ، والنهاية : ٥٠٩/٢ « شرف » والقاموس المحيط :
١٠٦٧ « ش و ف » ، والمقصود به رغبة الشرع وتطلعه لإخراج الناس من الرق إلى الحرية .

المبحث الثالث

الإذن للعبد في التجارة

□□□□□

تندرج تحت هذا المبحث ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : حكم تجارة العبد بغير إذن سيده .

المسألة الثانية : حكم تجارة العبد بإذن سيده .

المسألة الثالثة : ما يقتضيه الإذن إذا كان في نوع معين ، فهل يقتصر على ذلك النوع أو يشمل جميع الأنواع ؟ .

المسألة الأولى ، حكم تجارة العبد بغير إذن سيده .

اتفق الفقهاء^(١) - رحمهم الله تعالى - على أن العبد محجور عليه لحق

سيده وليس له أن يتصرف في التجارة إلا بإذنه .

دليلهم : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَئْذِنُ الْخَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية :

أن الله تعالى وصف العبد بالعجز وعدم القدرة ، وجعله بخلاف الحر في بسط يده بالإنفاق ، فدل ذلك على أن أمر العبيد في الأموال مخالف لأمر الأحرار ، وأن ملكهم ناقص عن ملك الأحرار ، وأن

(١) انظر : مختصر القدوري : ٨٢ ، والمبسوط : ٣/٢٥ ، وتحفة الفقهاء : ٤٨١/٣ ، وجامع احكام

الصغار : ٢٩٨/١ ، والمقدمات المهديات : ٣٤١/٢ ، وقوانين الأحكام الشرعية : ٢٥٠ ، والشرح

الصغير : ٣٩٦/٣ ، والمهذب : ٣٨٩/١ ، وتحفة المحتاج : ٤٨٥/٤ - موهبة المحتاج : ١٦٧/٤ .

والكافي لابن قدامة : ٢٨٧/٢ ، والمبدع : ٢٤٨/٤ ، وشرح منتهى الإرادات : ٢٩٦/٢ .

(٢) سورة النحل : آية : ٧٥ .

لساداتهم التحجير عليهم في اموالهم بحق ملك رقابهم ، فلا يجوز للعبد
تصرف في ماله إلا بأذن سيده ^(٣).

المسألة الثانية ، حكم تجارة العبد بأذن سيده .

اتَّفَقَ الفقهاء ^(٤) - رحمهم الله تعالى - على جواز تصرف العبد
بالتجارة إذا أذن له سيده في ذلك .
واستدلوا بما يأتي :

١ - عن أنس بن مالك ^(٥) - رضي الله عنه - قال : « كان رسول
الله ﷺ يجيب دعوة المملوك » ^(٦).

(٣) انظر المقدمات الممهدة : ٣٣٩/٢ . وانظر أيضاً أحكام القرآن للشافعي : ١٧٦/١ ، وأحكام
القرآن للجصاص : ١٨٧/٣ ، وأحكام القرآن للكبيرة الهراسي : ٢٤٤/٤ ، وأحكام القرآن لابن
العربي : ١١٦٥/٣ - ١١٦٦ ، والتفسير الكبير : ٨٤/٢٠ - ٨٥ ، والجامع لأحكام القرآن :
١٤٧/١٠ .

(٤) انظر : المبسوط : ٣/٢٥ ، والاختيار : ١٠٠/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٠٣/٥ ، والمقدمات الممهدة :
٣٤١/٢ - ٣٤٢ ، والزرقاني : ٣٠٢/٥ ، والفرشي : ٣٠١/٥ ، والمهذب : ٣٩٠/١ ، وروضة
الطالبين : ٥٦٦/٣ ، ومغني المحتاج : ٩٩/٢ ، والمغني : ١٩٣/٧ ، والانصاف : ٣٤٣/٥ ،
وكشاف القناع : ٤٤٥/٣ .

(٥) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الانصاري الخزرجي ، خادم رسول الله ﷺ دعا له النبي
ﷺ بالبركة في المال والولد ، فزرع ولداً كثيراً وعمر طويلاً ، وهو من المكثرين في الرواية عن
رسول الله ﷺ ، توفي سنة ٩١ أو سنة ٩٢ هـ ، وهو آخر من توفي من الصحابة بالبصرة .
انظر ترجمته في الاستيعاب : ١٠٩/١ - ١١١ ترجمة رقم ٨٤ ، وأسد الغابة : ١٥١/١ - ١٥٢
ترجمة رقم ٢٥٨ ، والإصابة : ١٢٦/١ - ١٢٩ ترجمة رقم ٢٧٧ .

(٦) أخرجه ابو حنيفة : ترتيب المسند : ١٧٩ ، وابن أبي شيبة : كتاب الزكاة ، في العبد يتصدق من
رخص أن يفعل : ١٦٤/٣ ، وابن ماجه : ابواب التجارات (١٣) ما للعبد أن يعطي ويتصدق
(٦٦) ج ٣٥/٢ رقم ٢٣١٧ ، وابواب الزهد (٢٢) البراعة من الكبر والتواضع (١٦) ج ٤٢٢/٢ رقم
٤٢٣١ ، والترمذي : كتاب الجنائز (٨) باب آخر (٣٢) ج ٣٣٧/٢ رقم ١٠١٧ ، والبخاري : كشف
الاستار للهيتمي : ذكر نبينا محمد رسول الله ﷺ ، باب في تواضعه ، ج ١٥٥/٣ - ١٥٦ رقم
٢٤٦٣ ، والطبراني في الكبير : ٦٧/١٢ رقم ١٢٤٩٤ ، والحاكم في التفسير ، تفسير سورة « ق »
٤٦٦/٢ ، ومصححه ووافقه الذهبي ، والبيهقي في شعب الإيمان : باب في حسن الخلق (٥٧) فصل
في التواضع : ٢٨٩/٦ - ٢٩٠ رقم ٨١٩٣ - ٨١٩٤ .

وجه الدلالة من الحديث :

إجابة الرسول ﷺ لدعوة المملوك علماً بأن المملوك لا يتمكن من الدعوة ما لم يكن له كسب ، وطريق الاكتساب التجارة ، وليس له أن يباشرها بدون إذن المولى ، فدلّ على جواز الإذن للعبد في التجارة^(٧).

٢ - وقع الحجر على تصرفات العبد حفظاً لحقّ المولى ؛ لئلا يبطل حقّه بتعلّق الدين برقبة العبد فيباع فيه ، فإذا أذن له سيده فقد تنازل عن حقه برضاه ، فلم يعدّ هناك سبب لمنعه من التصرف^(٨).

المسألة الثالثة ، ما يقتضيه الإذن إذا كان في نوع معين فهل يقتصر على ذلك النوع أو يشمل جميع الأنواع .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول :

إذا أذن السيد لعبده بالتجارة في نوع انفكّ الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقاً ، وبه قالت الحنفية^(٩) ، والمالكية^(١٠) ، وهو رواية عند الحنابلة^(١١).

(٧) انظر : المبسوط : ٣/٢٥ ، وتحفة الفقهاء : ٤٨١/٣ ، والاختيار : ١٠٠/٢ .

(٨) انظر : نتائج الأفكار : ٢٨١/٩ ، وتكملة البحر الرائق : ٨٥/٨ ، والخرشي : ٣٠١/٥ ، والمهذب :

٣٩٠/١ ، ومغني المحتاج : ٩٩/٢ ، والمغني : ١٩٣/٧ ، والمبدع : ٢٤٨/٤ .

(٩) انظر : المبسوط : ٦/٢٥ ، وبدائع الصنائع : ١٩٢/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ١٥٥/٦ .

(١٠) انظر المبررة : ٢٤٢/٥ ، والمقدمات الممهدة : ٣٤١/٢ - ٢٤٢ ، والخرشي : ٣٠١/٥ .

(١١) انظر المبدع : ٣٤٩/٤ ، والانصاف : ٣٤٤/٥ .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس العبد على الصبي بجامع الحجر عليهما ، فكما أن الحجر يرتفع ببلوغ الصبي فكذلك يرتفع حجر العبد بالإذن في التجارة^(١٢) .

وقد أجيب بأن هذا قياس مع الفارق ؛ إذ سبب الحجر في الصبي هو الصغر ، وقد ارتفع بالبلوغ بخلاف العبد فإن السبب في الحجر عليه هو الرق ، والرق باق^(١٣) .

٢ - الحجر لا يتجزأ ، فإذا زال بعضه زال كله^(١٤) .

وأجيب بأن هذا القول غير صحيح ، فإنه لو صرح بالإذن له في بيع عين ونهاه عن بيع أخرى صح^(١٥) ، وما قلتم ينتقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه فأنتم لاتعتبرونه إنناً^(١٦) .

٣ - المولى أذن لعبده بالتجارة ، ولا يعلم الناس في أي الأنواع أذن له سيده ففي الاقتصار على نوع غرر بالناس^(١٧) .

ويجاب بأن الغرر غير لازم ؛ لأن السيد إذا أذن له بتجارة الأقمشة مثلاً ، علم أنه يتاجر في هذا النوع ، والمتعامل مع العبد يمكنه الاستفسار عن العبد هل هو مائون له أم لا وفي أي الأنواع أذن له ، فلا يوجد غرر .

(١٢) انظر : المغني : ١٩٣/٧ ، والمبدع : ٣٤٩/٤ .

(١٣) المصدران انفسهما .

(١٤) انظر : المبسوط : ٦/٢٥ ، والمغني : ٣٥٠/٦ و ١٩٣/٧ ، والمبدع : ٣٤٩/٤ .

(١٥) انظر : المعني : ٣٥٠/٦ .

(١٦) المصدر نفسه : ١٩٣/٧ ، والمبدع : ٣٤٩/٤ . وانظر : تحفة الفقهاء : ٤٨٢/٣ ، وبدائع الصنائع :

١٩١/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ١٥٦/٦ .

(١٧) انظر : المدونة : ٢٤٢/٥ ، والذرقاني : ٣٠٢/٥ ، والخرشي : ٣٠١/٥ ، والشرح الصغير :

٣٩٦/٣ .

القول الثاني :

إذا أذن السيد لعبده بالتجارة في نوع ، انفكّ الحجر عنه بقدر ما أذن له فيه ، وبه قالت الشافعية ^(١٨) ، وهو المذهب عند الحنابلة ^(١٩) وبه قال زفر من الحنفية ^(٢٠) .

ودليلهم : قياس العبد على الوكيل بجامع أن كلا منهما متصرف بحسب الإذن ، فكما أن الوكيل يتصرف فيما أذن له فيه ، فكذلك العبد يختص بما أذن له فيه ^(٢١) .

الترجيح :

الراجع هو القول الثاني ؛ وذلك لأنّ العبد محجور عليه ، وإنما أجاز تصرفه بإذن سيده ، فلا بدّ أن يختصّ تصرفه بحسب الإذن ، إذ لا معنى لاعتبار الإذن في رفع الحجر ، وعدم اعتباره في تقييد التصرف ، فالإذن واحد ، ومصدر الإذن والتقييد واحد . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١٨) انظر : المهذب : ٢٩٠/١ ، وروضة الطالبين : ٥٦٧/٣ ، ونهاية المحتاج : ١٧١/٤ .

(١٩) انظر : المغني : ٣٥٠/٦ و ١٩٣/٧ ، والإنصاف : ٣٤٣/٥ ، وكشاف القناع : ٤٤٥/٣ .

(٢٠) انظر : تحفة الفقهاء : ٤٨٣/٣ ، وبدائع الصنائع : ١٩٢/٧ ، والإختيار : ١٠١/٢ .

(٢١) انظر : تحفة المحتاج : ٤٨٧/٤ ، ومغني المحتاج : ٩٩/٢ ، ونهاية المحتاج : ١٧١/٤ ، والمغني :

٣٥٠/٦ و ١٩٣/٧ ، والمبدع : ٣٤٨/٤ - ٣٤٩ ، وكشاف القناع : ٤٤٥/٣ .

المبحث الرابع

الإذن في باب الرهن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

إذن الراهن للمرتهن في
الانتفاع بالعين المرهونة

المطلب الثاني :

إذن المرتهن في
بيع العين المرهونة

□□□□□

المطلب الأول

إذن الراضن للمرتهن
في الانتفاع بالعين المرهونة

□□□□□

يجدر بنا قبل الدخول فى الموضوع أن نعرّف الرهن :

الرهن فى اللغة : الشئ الثابت الدائم ^(١).

والرهن : حبس الشئ على حق ، يقال : رهنك ثوبى : لأنه محبوسٌ عنده على حقه عندك ^(٢).

ومنه قوله تعالى : ﴿ كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾ ^(٣) أى محتبس بعمله ^(٤) ، وقوله تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ ^(٥) أى محبوسة ^(٦).

ومنه قول الشاعر ^(٧) :

فَأَتَتْ بِسَعَادٍ عَنْكَ نَوَى شَطُونُ ^(٨)

فَبَانَتْ وَالْفَوَادُ بِهَا رَهِينُ

وفى الاصطلاح : جعل عين مالٍ وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذّر استيفائه ممّن عليه ^(٩).

والراهن : هو الذى يقدم الرهن .

والمرتهن : هو الذى يأخذ الرهن وثيقة بحقه .

والمرهون والرهن : هو ما يجعل وثيقة من دابة أو عقار أو

غيرهما .

(١) الزاهر ٢٢١ رقم ٤٦٦ .

(٢) حلية الفقهاء ١٤١ .

(٣) الطور / ٢١ .

(٤) عمدة الحفاظ ٢١٢ .

(٥) المنثر / ٣٨ .

(٦) عمدة الحفاظ ٢١٢ .

(٧) هو النابغة الذبياني ، والبيت فى ديوانه برواية ابن السكيت ض ٢٥٦ .

(٨) نوى شطون أى : بعيدة . الصحاح : ٢١٤٤/٥ « شطن » .

(٩) انظر تحرير الفاظ التنبيه ١٩٣ ، والدر النقي ٤٨٣/٢ رقم ١٠٠٩ .

انتفاع المرتهن بالمرهون إما أن يكون بإذن الراهن أو بغير إذنه ،
وإذا كان بغير إذنه فإما أن يكون المرهون حيواناً أو غير ذلك ؛ فتتدرج
تحت هذا المطلب ثلاث مسائل :

المسألة الأولى ، انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن ،
والمرهون غير حيوان .

المسألة الثانية ، انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن ،
والمرهون حيوان .

المسألة الثالثة ، انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن .

المسألة الأولى ، انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن ،
والمرهون غير حيوان .

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أن المرتهن لا يجوز له أن
ينتفع بالمرهون إذا لم يكن حيواناً ^(١٠) .

قال المروزي ^(١١) : « وأجمعوا في الرهن أنه ليس للمرتهن أن ينتفع
فيما سوى الحيوان » ^(١٢) .

(١٠) انظر المبسوط ١٠٦/٢١ ، والهداية للمرغيناني ١٣٠/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٤٨٢/٦ ، والكنز
لابن عبد البر ٨١٦/٢ ، والمقدمات للمهدات ٣٧٠/٢ ، وجواهر الإكليل ٨٠/٢ ، والانتفاع
للماردي ١٠١ ، والوجيز ١٦٦/١ ، وروضة الطالبين ٩٩/٤ ، والمغنى ٥٠٩/٦ ، والإنصاف
١٧٣/٥ ، وكشاف القناع ٣٤٣/٣ .

(١١) هو أبو عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المروزي ، الفقيه الحافظ ، ولد ببغداد سنة ٢٠٢ هـ ،
له قيام الليل ، وقيام رمضان ، والوتر ، وتعظيم قدر الصلاة ، واختلاف العلماء ، توفي بسمرقند
سنة ٢٩٤ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٣١٥/٣ - ٣١٨ رقم ١٤١٦ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٩٢/١ -
٩٤ رقم ٢٦ ، وسير أعلام النبلاء ٣٣/١٤ - ٤٠ رقم ١٣ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٢٤٦/٢ -
٢٥٥ رقم ٦٠ ، وطبقات الحفاظ ٢٨٤ - ٢٨٥ رقم ٦٥١ .

(١٢) اختلاف العلماء ٢٧١ ، وممن نقل الإجماع أيضاً السرخسي في المبسوط ١٠٦/٢١ ، وابن رشد
في المقدمات ٣٧٠/٢ وابن قدامة في المغنى ٥٠٩/٦ .

واستدلوا : بأن الرهن ملك الراهن فكذاك نماؤه ومنافعه، فليس

لغيره أخذها بغير إذنه ^(١٣) .

المسألة الثانية ، انتفاع المرتهن بالرهون بغير إذن الراهن

والرهون حيوان .

اختلف العلماء فى هذه المسألة على ثلاثة اقوال :

القول الاول ،

لايجوز للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهون بغير إذن الراهن ،

حيوانا كان أو غيره، وبه قالت الحنفية ^(١٤) ، والمالكية ^(١٥) ،

والشافعية ^(١٦) ورواية عند الحنابلة ^(١٧) ، وبه قال الشعبي ^(١٨) ،

والثوري ^(١٩) ، وابن سيرين ^(٢٠) .

(١٣) انظر المبسوط ١٠٦/٢١ ، والمغنى ٥٠٩/٦ .

(١٤) انظر المبسوط ١٠٦/٢١ ، وبدائع الصنائع ١٤٦/٦ ، والهداية للمرغيناني ١٣٠/٤ .

(١٥) انظر الكافي لابن عبد البر ٨١٦/٢ ، والمقدمات المهدات ٣٧٠/٣ ، والشرح الصغير ٣١٣/٣ .

(١٦) انظر الإقناع للماوردي ١٠١ ، والوجيز ١٦٦/١ ، وروضة الطالبين ٩٩/٤ .

(١٧) انظر المغنى ٥١١/٦ ، والإنصاف ١٧٢/٥ .

(١٨) انظر أحكام القرآن للجصاص ٥٣٢/١ ، والجامع لأحكام القرآن ٤١٢/٣ ، وعدة القارى

٤٠٠/١٠ ، والشعبي هو : ابو عمرو عامر بن شراحيل الهمداني ثم الشعبي، ولد سنة ٢٠ هـ أو

سنة ٢١ هـ ، كان آية فى الحفظ ، وتولى القضاء فى أيام عبد الملك بن مروان ، توفى سنة

١٠٤ هـ .

انظر ترجمته فى الطبقات الكبرى ٢٤٦/٦ - ٢٥٦ ، واخبار القضاة ٤١٣/٢ - ٤٢٨ ، وتاريخ

بغداد ٢٢٧/١٢ - ٢٣٤ رقم ٦٦٨٠ ، وتهذيب الكمال ٢٨/١٤ - ٤٠ رقم ٣٠٤٢ ، وسير اعلام

النبلاء ٢٩٤/٤ - ٣١٩ رقم ١١٣ .

(١٩) انظر اختلاف العلماء ٢٧١ ، وأحكام القرآن للجصاص ٥٣١/١ - ٥٣٢ .

(٢٠) انظر الجامع لأحكام القرآن ٤١٢/٣ .

واستدلوا بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يخلق ^(٢١) الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ^(٢٢) ، وعليه غرمه ^(٢٣) » ^(٢٤) .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ أخبر أن المرهون ملك للراهن ، له نماؤه ، وعليه غرمه ، فلا يجوز لغيره أن يتصرف في ملكه بغير إذنه وهذا عام في الحيوان وغيره .

اعترض على هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الاول ،

أن الحديث مرسل ، وفي الاحتجاج بالمرسل خلاف .

(٢١) يقال : غَلَقَ الرُّهْنُ يَغْلِقُ غَلْقًا : إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راحته على تخليصه والمعنى أنه لا يستحق المرتهن إذا لم يستفك صاحبه .
النهاية ٢٧٩/٣ « غلق » .

(٢٢) غنمه : زيادته ونماؤه وما ضل قيمته .

انظر : النهاية ٣٩٠/٣ « غنم » .

(٢٣) غرمه : أداء ما يملك الرهن به .

انظر : النهاية ٣٦٣/٣ « غرم » .

(٢٤) رواه الشافعي في المسند : الرهن ١٦٣/٢ - ١٦٤ رقم ٥٦٧ واللفظ له ، وعبد الرزاق في باب الرهن لا يخلق ٢٣٧/٨ - ٢٣٨ رقم ١٥٠٣٤ ، وابن أبي شيبة في البيوع والاقضية ، في الرجل يرهن الرجل فيهلك (٤١٧) ج ١٨٧/٧ ، وأبو داود في المراسيل ، ماجاء في الرهن (٣٢) ص ١٧٢ رقم ١٨٧ ، وابن حبان ، انظر موارد الزمان للهيتمي ، البيوع (١١) باب ماجاء في الرهن (٢٤) ص ٢٧٤ رقم ١١٢٣ ، والدارقطني في البيوع ٣٢/٣ - ٣٣ رقم ١٢٥ - ١٣٣ ، والحاكم في البيوع ٥١/٢ - ٥٢ ومصححه ، والبيهقي في الرهن باب ماجاء في زيادات الرهن ٣٩/٦ ، وباب الرهن غير مضمون ٣٩/٦ .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن الدارقطني^(٢٥) ، والبيهقي^(٢٦) قد روياه موصولاً عن أبي هريرة ،
وصحح ابن عبد البر وصله^(٢٧) .
وردّ عليه ابن حجر بأن « طرق الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة^(٢٨) »
وقد قال أبو داود : « قوله : له غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد بن
المسيب^(٢٩) » ، وقال ابن عبد البر : « وقد روى ابن وهب^(٣٠) هذا الحديث
فجوده وبيّن أن هذا اللفظ ليس مرفوعاً »^(٣١) .

(٢٥) انظر سنن الدارقطني ٢٢/٣ - ٢٣ رقم ١٢٥ - ١٢٦ و ١٢٣ . والدارقطني هو : أبو الحسن علي
ابن عمر بن أحمد الدارقطني ، الإمام الحافظ ، ولد سنة ٣٠٦ هـ ، له : السنن ، والمعلل ، والمؤتلف
والمختلف ، والضعفاء والمتروكون ، تولى سنة ٣٨٥ هـ . انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٢٤/١٢ -
٤٠ رقم ٦٤٠٤ ، والأنساب ٢٤٥/٥ - ٢٤٧ ، وطبقات علماء الحديث ١٨٢/٣ - ١٨٧ رقم ٩٠١ ،
وسير أعلام النبلاء ٤٤٩/١٦ - ٤٦١ رقم ٣٣٢ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٤٦٢/٣ - ٤٦٦ رقم
٢٢٨ .

(٢٦) السنن الكبرى ٣٩/٦ .

(٢٧) نقل عنه ذلك ابن حجر في تلخيص الحبير ٣٦/٣ ، والذي وجدته في التمهيد لابن عبد البر
٤٣٠/٦ : « وهذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل وإن كان قد وصل من جهات كثيرة فإنهم
يطلبونها ، وهو مع هذا حديث لا ينفقه أحد منهم وإن اختلفوا في توليه ومعناه وبالله التوفيق » ،
والذي فهمته من هذا النص أنه يرجح عدم الوصل مع أنه قد رواه موصولاً في التمهيد : ٤٢٦/٦ -
٤٢٨ ، وأودّ هنا التنبيه على أن المحققين لكتاب التمهيد في جزئه السادس رجحوا كلمة
« يرفعه » بدل « ينفقه » والذي أراه أن « ينفقه » هو الصواب لأن العلماء قالوا بالحديث ولكنهم
اختلفوا في عمومته في جميع الأشياء وتخصيصه في المركوب والمطوب ، وأما « يرفعه » فلا
يصح لأن الدارقطني والبيهقي وابن عبد البر نفسه قد رويوا الحديث مرفوعاً والله أعلم .

(٢٨) تلخيص الحبير ٣٦/٣ رقم ١٢٣٢ .

(٢٩) المراسيل لأبي داود ص ١٧١ رقم ١٨٦ .

(٣٠) عبد الله بن وهب بن مسلم ، أبو محمد الفهري ، مولى يزيد بن ربيعة ، ولد سنة ١٢٥ هـ ، روى
عن مالك والليث بن سعد ، وروى عنه ، وكان مالك يعظمه ، قال عنه أحمد بن حنبل : ابن وهب
عالم صالح فقيه كثير العلم ، روى الموطأ ، وله : الجامع ، والمتناسك ، والمغازي ، تولى سنة
١٩٧ هـ . انظر ترجمته في الجرح والتعديل ١٨٩/٥ - ١٩٠ رقم ٨٧٩ ، وترتيب المدارك ٢٢٨/٣ -
٢٤٣ ، وسير أعلام النبلاء ٢٢٢/٩ - ٢٣٤ رقم ٦٣ ، والديباج المذهب ٤١٣/١ - ٤١٧ ،
وطبقات الحفاظ ١٢٦ - ١٢٧ رقم ٢٧٢ .

(٣١) التمهيد لابن عبد البر ٤٢٦/٦ .

الوجه الثانى :

ان الحديث وإن كان عاما إلا أنه خصص فى المطلوب والمركوب
بما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ أنه كان
يقول : « الرهن يركب بنفقته ، ويشرب لبن الدُرِّ ^(٣٢) إذا كان
مرهونا ، ^(٣٣) »

وأجيب بأن معنى هذا الحديث :

أن الركوب والحب لمالكه الراهن لا للمرتهن ؛ لأنه إنما يملك
الركوب والحب من ملك الرقبة ، والرقبة غير المنفعة التى هى الركوب
والحب ^(٣٤) .

ونوقش هذا الجواب : بأن المراد بالمنتفع المرتهن لا الراهن
بدليلين :

أولاً ، الانتفاع بالمنفق ، والمنفق هو المرتهن ^(٣٥) ؛ لما جاء عن أبى
هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا
كانت الدابة مرهونة ، فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدُرِّ
يشرب ، وعلى الذى يشربه نفقته ويركب » ^(٣٦) .

(٣٢) الدُرِّ : اللبن ، والمقصود به نوات اللبن من الحيوانات .

انظر : غريب الحديث لأبى حبيب : ١٧٩/٣ ، وتهذيب اللغة : ٦٠/١٤ - ٦١ د بر ، ، والنهاية
١١٢/٢ د بر ، ، وقوله : « لبن الدُرِّ » من إضافة الشئ إلى نفسه لتغاير اللفظين وتوكل الدُرِّ
بالدائرة أى ذات الضرع . انظر : فتح البارى ١٤٤/٥ .

(٣٣) أخرجه البخارى : فى الرهن (٤٨) باب الرهن مركوب ومحلوب (٤) ج ١١٥/٣ - ١١٦ .

(٣٤) انظر : الأم ١٣٧/٣ .

(٣٥) انظر : المغنى ٥١١/٦ - ٥١٢ .

(٣٦) أخرجه الإمام أحمد فى المسند ٢٢٨/٢ ، والدارقطنى : فى البيوع ٣٤/٣ رقم ١٢٥ .

ثانياً ، قوله : « بنفقته » يشير إلى أن الانتفاع عوضاً عن النفقة ،
وذلك للمرتهن ، فإن الراهن انما ينتفع بسبب الملك
لابسبب المعاوضة^(٣٧) .

القول الثاني ،

يجوز للمرتهن أن ينتفع بالحلب والركوب من المهرن بغير إذن
الراهن مقابل النفقة عليه . وبه قال النخعي^(٣٨) ، وإسحاق^(٣٩) ، وهو
المذهب عند الحنابلة^(٤٠) .

واستدلوا بما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول
الله ﷺ : « الظَّهْرُ^(٤١) يركب بنفقتة إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب
بنفقتة إذا كان مرهوناً وعلى الذى يركب ويشرب النفقة »^(٤٢) .

(٣٧) انظر المغنى ١٢/٦ .

(٣٨) انظر صحيح البخارى ١١٥/٣ .

(٣٩) انظر : اختلاف العلماء ص ٢٧١ ، والإشراف لابن المنذر ٨١/٨ ، ومعالم السنن ١٧٩/٥ .

(٤٠) انظر الهداية لأبى الخطاب ١٥٣/٨ ، والمغنى ٥١١/٦ ، والإنصاف ١٧٢/٥ ، وشرح منتهى
الإرادات ٢٤٢/٢ .

(٤١) هكذا ذكره ابن حجر فى فتح البارى : ١٤٤/٥ ، والمعنى فى عمدة القارى : ٤٠١/١٠ ،
ويروى « الرهن » والمراد به الظهر وهذا لفظ الصحيح المطبوع ، ولفظ « الظهر » أولى لتناسبه مع
ما يأتى بعده من قوله « إذا كان مرهوناً » ؛ لأن لفظه « الرهن » تغنى عن قوله « إذا كان مرهوناً »
ويلفظ « الظهر » رواه أحمد ٤٧٢/٢ ، وابن حبان ٦٢/٢ رقم ٢٤٦٥ ، وأبو داود ٧٩٥/٣ -
٧٩٨ رقم ٣٥٢٦ ، والترمذى ٥٥٥/٣ رقم ١٢٥٤ ، والظهر : الإبل التى يحمل عليها وتركب ،
يقال : عند فلان ظهر : أى إبل .

انظر النهاية ١٦٦/٣ « ظهر » .

(٤٢) أخرجه البخارى : فى الرهن (٤٨) باب الرهن مركوب ومحلوب (٤) ج ١١٦/٣ ، وانظر فتح
البارى ١٤٣/٥ رقم ٢٥١٢ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول ﷺ جعل الركوب والشرب مقابل النفقة ، ولا يكون ذلك إلا للمرتهن كما جاء فى الرواية الأخرى ^(٤٣) ، والراهن له الركوب والشرب بسبب الملك لا بسبب النفقة .

أجيب عن الحديث بثلاثة أجوبة :

الجواب الأول ،

أن الحديث منسوخ ، وبه قال الطحاوى ^(٤٤) ، وابن عبد البر ^(٤٥) .
قال الطحاوى : « كان هذا عندنا - والله أعلم - فى وقت ما كان الربا مباحاً . ولم يفته حينئذ عن القرض الذى يجر منفعة ، ولا عن أخذ الشئ بالشئ وإن كانا غير متساويين ثم حرم الربا بعد ذلك » ^(٤٦) .
ومما يدل عليه أن الشعبى روى الحديث وأفتى بخلافه ولا يجوز عنده ذلك إلا لأنه منسوخ ^(٤٧) .

ورد عليه : بأن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، والتاريخ فى هذا متعذر ^(٤٨) .

(٤٣) انظر التعليق رقم (٣٦) من هذا البحث ص ١٩٩ .

(٤٤) انظر شرح معانى الآثار ٩٩/٤ - ١٠٠ ، والطحاوى هو : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى الحنفى ، الحافظ الكبير ، محدث الديار المصرية وفقهها ، ولد سنة ٢٣٩ هـ له : شرح معانى الآثار ، وشرح مشكل الآثار ، والمختصر ، والشروط الكبير والصغير ، توفى سنة ٣٢١ هـ .
انظر ترجمته فى الفهرست ٢٦٠ ، وتاريخ دمشق ٣١٧/٧ - ٣١٩ رقم ١٥٢ ، وسير أعلام النبلاء ٢٧/١٥ - ٣٣ رقم ١٥ ، والجواهر المضية ٢٧١/١ - ٢٧٧ رقم ٢٠٤ ، والطبقات السنية ٤٩/٢ - ٥٢ رقم ٣٢١ .

(٤٥) انظر الجامع لأحكام القرآن ٤١٢/٣ ، وفتح البارى ١٤٤/٥ .

(٤٦) شرح معانى الآثار ٩٩/٤ .

(٤٧) المصدر نفسه ١٠٠/٤ .

(٤٨) انظر فتح البارى ١٤٤/٥ .

وعمل الراوى بخلاف ما يرويه ، لا يدل على نسخه حتماً ، بل يحتمل أن يكون قوى عنده دليل آخر فقال به ، ولا يشترط ان يكون ما قوى عنده قوياً عند غيره .

الجواب الثانى ،

أن هذا الحديث معارض بما رواه عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : « لا يخلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه »^(٤٩) ، فدل على أن احتلاب المرتهن بغير إذن الراهن - وهو مالك المرهون - لا يجوز .

ويرد عليه : بأن دعوى التعارض لاتصح ، فإن الجمع بين الحديثين ممكن ؛ فإن حديث « لا يخلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه » حديث عام ، وحديث « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً »^(٥٠) حديث خاص ، والعام يحمل على الخاص^(٥١) .

الجواب الثالث ،

أن هذا الحديث يخالف الأصول من وجهين^(٥٢) :

أحدهما : التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه .

والثانى : تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

(٤٩) أخرجه البخارى : فى اللقطة (٤٥) باب لاتحتلب ماشية أحد بغير إذن (٨) ج ٩٥/٣ ، ومسلم :

فى اللقطة (٣١) باب تحريم حلب الماشية بغير إذن مالكها (٢) ج ١٣٥٢/٣ رقم ١٣ .

(٥٠) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٤٢ من هذا المبحث ص ٢٠٠ .

(٥١) انظر : العدة : ٦١٥/٢ ، والبرهان : ١١٩٠/٢ ، المستصفى : ٢٩٦/٢ ، والتمهيد لأبى الخطاب :

١٥١/٢ ، والمحصل : ج ٢ / ٢ ق ٥٥١ ، وشرح تنقيح الفصول : ٤٢١ ، والعقد :

٣١٤/٢ ، والبحر المحيط للزركشى : ١٦٥/٦ ، وشرح الكوكب المنير : ٦٧٤/٤ .

(٥٢) انظر : اعلام الموقعين : ٤١/٢ ، وفتح البارى : ١٤٤/٥ .

ويردّ على هذا الاعتراض :

بأنّ السنّة الصحيحة من جملة الأصول ، فلا تردّ إلا بمعارض أرجح منها إذا تعدّر الجمع ^(٥٣) .

قال ابن القيم ^(٥٤) : « الصواب ما دلّ عليه الحديث ، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضى سواء ؛ فإن الرهن إذا كان حيوانا فهو محترم فى نفسه لحق الله سبحانه ، وللمالك فيه حق الملك ، والمرتهن حق الوثيقة ، وقد شرع الله سبحانه الرهن مقبوضا بيد المرتهن ، فإذا كان بيده فلم يركبه ولم يحلبه ذهب نفعه باطلاً ، وإن مكّن صاحبه من ركوبه خرج عن يده وتوثيقه ، وإن كلّف صاحبه كل وقت أن يأتى ليأخذ لبنة شقّ عليه غاية المشقة ، ولا سيما مع بعد المسافة ، وإن كلّف المرتهن بيع اللبّن وحفظ ثمنه للراهن شقّ عليه . فكان مقتضى العدل والقياس ، ومصلحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفى المرتهن منفعة الركوب والحلب ، ويعوض عنهما بالنفقة ، ففى هذا جمع بين المصلحتين وتوفير الحقيّن » ^(٥٥) .

(٥٣) انظر نيل الأوطار ٤٠١/٦ .

(٥٤) محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزمى ، النمشى ، شمس الدين ابن قيم الجوزية ، ولد سنة ٦٩١ هـ ، الإمام الفقيه لزم شيخ الاسلام ابن تيمية ، وله : زاد المعاد ، واعلام الموقعين ، وبيدائع الفوائد ، وشفاء المليل وغير ذلك ، توفى سنة ٧٥١ هـ .

انظر ترجمته فى المعجم المختص ٢٦٩ رقم ٣٤٧ ، والنيل على طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢ - ٤٥٢ رقم ٥٥١ ، والسلوك ٨٣٤/٣/٢ ، والدرر الكامنة ٢١/٤ - ٢٣ رقم ٣٥٨٦ ، والمقصد الأرشد ٣٨٤/٢ - ٣٨٥ رقم ٩١٠ .

(٥٥) اعلام الموقعين ٤٢/٢ .

القول الثالث :

يجوز للمرتهن الانتفاع بالركوب والحلب مقابل النفقة بشرط أن
يمتنع الراهن من الإنفاق . وبه قال الأوزاعي^(٥٦) ، والليث^(٥٧) ، وأبو
ثور^(٥٨) .

واستدلوا لذلك : بالجمع بين الأحاديث ؛ وذلك بحمل حديث
« لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه »^(٥٩) على ما إذا كان الراهن ينفق
على المرهون ، وحمل حديث « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا »^(٦٠)
على حالة امتناع الراهن من الإنفاق على المرهون ؛ فحينئذ يباح للمرتهن
الانتفاع بالحلب والركوب في مقابل الإتفاق على الحيوان حفظاً لحياته ،
ولإبقاء المألية فيه^(٦١) .

يرد عليهم : بأن هذا تقييد لإطلاق حديث « الظهر يركب بنفقته
إذا كان مرهونا »^(٦٢) بغير دليل ، والجمع بين الحديثين ممكن بحمل
حديث « لا يحلبن » على حالة عدم الرهن ، وحمل حديث « الظهر يركب »
على حالة الرهن .

(٥٦) انظر الجامع لأحكام القرآن ٤١٢/٣ ، وفتح الباري ١٤٤/٥ .

(٥٧) المصادر نفسها ، والليث هو : الليث بن سعد بن عبد الرحمن ، أبو الحارث الفهمي ، ولد سنة
٩٤ هـ بقرقشندة ، عالم الديار المصرية ، كان كوساً طيفاً ، وكانت غلته في السنة عشرين ألف
دينار وقال عن نفسه ماوجب على زكاة قط ، توفي سنة ١٧٥ هـ .

انظر ترجمته في الطبقات الكبرى ١٧/٧ هـ ، وتلخيص بغداد ٢/١٣ - ١٤ رقم ٦٩٦٦ ، ووفيات
الأعيان ١٢٧/٤ - ١٣٢ رقم ٥٤٩ ، وسير أعلام النبلاء ١٣٦/٨ - ١٦٣ رقم ١٢ ، وشذرات
الذهب ٢٣٩/٢ - ٢٤١ .

(٥٨) انظر الإشراف لابن المنذر ٨١/١ ، ومعالم السنن ١٧٨/٥ .

(٥٩) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٤٩ من هذا المبحث من ٢٠٢ .

(٦٠) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٤٢ من هذا المبحث من ٢٠٠ .

(٦١) انظر فتح الباري ١٤٤/٥ .

(٦٢) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٤٢ من هذا المبحث من ٢٠٠ .

الترجيح :

القول الثاني هو القول الراجح لما يأتى :

أولاً ، لأن دليله دليلٌ خاص ، ودليلُ الآخرين دليلٌ عام ، والعام يحمل على الخاص^(٦٣) .

ثانياً ، لأن القول به فيه إعمال لجميع أحاديث الباب ، وإعمال جميع الأحاديث أولى من إهمال البعض . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثالثة : انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن .

اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الاول :

لايجوز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً ولو أذن فيه الراهن وسواء كان الدين من بيع أو قرض ، وبه قال الشافعى^(٦٤) ، وعبد الله بن محمد بن مسلم السمرقندى^(٦٥) من الحنفية^(٦٦) .

واستدلوا : بأن المرتهن يستوفى حقه كاملاً فتبقى المنفعة

فضلاً دون مقابل وهذا هو الربا .^(٦٧)

(٦٣) انظر التعليق رقم ٥١ من هذا البحث ص ٢٠٢ .

(٦٤) الأم : ١٣٧/٣ .

(٦٥) عبد الله بن محمد السمرقندى ، أحد كبار علماء سمرقند ، وشيخ الحنفية بها ، ركن الدين ، صنف جامع الاصول فى الفقه توفى سنة ٧٠١ هـ .

انظر ترجمته فى هدية العارفين ٤٦٢/١ .

(٦٦) انظر مجمع الأنهر : ٥٨٨/٢ ، وحاشية ابن عابدين : ٤٨٢/٦ .

(٦٧) انظر الأم ١٣٧/٣ ، ومجمع الأنهر ٥٨٨/٢ .

ويجاب عنه : بأن هذه الزيادة ليست من الربا ؛ لأنه تبرع من الراهن من غير اشتراط المرتن فيصح بدليل ما ورد عن أبي رافع ^(٦٨) - رضى الله عنه - : أن رسول الله ﷺ استلف من رجل بكرة ^(٦٩) ، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكرة ، فرجع إليه أبو رافع ، فقال : لم أجد فيها إلا خيارا ^(٧٠) رباعيا ^(٧١) ، فقال : « أعطه إياه ، إن خيار الناس أحسنهم قضاء » ^(٧٢) . فهذا الأعرابي استوفى دينه وفضلاً عن دينه ولم يقل أحد إن هذا ربا .

القول الثانى :

يجوز للمرتن الانتفاع بالمرهون مطلقا إذا أذن له الراهن سواء كان الدين من بيع أو قرض . وبه قالت الحنفية ^(٧٣) .
واستدلوا بأن المنع من الانتفاع كان لأجل حفظ حق الراهن ، فإذا أذن فقد تنازل عن حقه برضاه فلا يبقى سبب للمنع ^(٧٤) .

(٦٨) أبو رافع ، مولى رسول الله ﷺ ، اختلف فى اسمه فقيل : أسلم وقيل : إبراهيم ، غلبت عليه كنيته توفى فى خلافة على بن أبى طالب رضى الله عنهم اجمعين .

انظر ترجمته فى الاستيعاب ٨٣/١ - ٨٥ رقم ٢٤ و ١٦٥٦/٤ - ١٦٥٧ رقم ٢٩٤٨ ، وأسد الغابة ١٠٦/٦ - ١٠٧ رقم ٥٨٦٧ ، والإصابة ١٣٤/٧ - ١٣٥ رقم ٩٨٧٥ .

(٦٩) البكر بالفتح : الفتى من الإبل ، بمنزلة الغلام من الناس ، والأنثى بكرة . وقد يستعار للناس . انظر النهاية ١٤٩/١ « بكر » .

(٧٠) خياراً : مختاراً ، يقال جمل خيار ، وناق خيار أى مختار ومختارة .

النهاية ٩١/٢ « خير » .

(٧١) رباعيا : يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته رباع ، والأنثى رباعية بالتخفيف ، وذلك إذا دخل فى السنة السابعة .

النهاية ١١٨/٢ « ربيع » .

(٧٢) أخرجه مسلم : فى المساقاة (٢٢) باب من استسلف شيئاً ففضى خيراً منه (٢٢) ج ١٢٢٤/٣ رقم ١٨٨ .

(٧٣) انظر المبسوط ١٠٦/٢١ ، والهداية للمرغينانى ١٣٠/٤ ، ومجمع الأنهر ٥٨٨/٢ ، وحاشية ابن عابدين ٤٨٢/٦ .

(٧٤) انظر المبسوط ١٠٦/٢١ ، ومجمع الأنهر ٥٨٨/٢ .

ويجاب بأن هذا ليس على الإطلاق ، فإن الشارع قد نهى عن كل قرض جر منفعة ، واعتبره رباً ؛ روى عن النبي ﷺ أنه قال : « كل قرض جر منفعة فهو ربا » ،^(٧٥).

القول الثالث :

يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إذا أذن له الراهن بشرط أن يكون الدين من بيع ، وأما إذا كان من قرض فلا ، وبه قالت الحنابلة^(٧٦) ، وإليه ذهب المالكية^(٧٧) والشافعية^(٧٨) إذا كانت المنفعة مقدرة مشروطة في البيع .

واستدلوا للجواز في حالة البيع بأن المنع إنما كان لحفظ حق الراهن ، فإذا أذن فقد تنازل عن حقه برضاه ، فلم يبق سبب للمنع^(٧٩) . واستدلوا للمنع في حالة القرض بأن ذلك يؤدي إلى زيادة في السلف ، وهذا لا يجوز^(٨٠) ، فـ « كل قرض جر منفعة فهو ربا » . واستدل المالكية^(٨١) ، والشافعية^(٨٢) للتقدير والاشتراط بأن هذا يعتبر جمعاً بين البيع والإجارة ، وتعيين المدة في الإجارة يخرج عقدها عن الحالة التي تكون فيها فاسدة .

(٧٥) ذكره في المطالب العالية : باب الزجر عن القرض إذا جر منفعة ، ج ٤١١/١ رقم ١٢٧٣ .

وأخرجه البيهقي في السنن موقوفاً على فضالة بن عبيد - رضى الله عنه - ، ٣٥٠/٥ .

(٧٦) انظر المغنى ٥٠٩/٦ - ٥١٠ ، والتتقيع المشيع ١٩٥ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٤٢/٢ .

(٧٧) انظر المدونة ٣١٧/٥ ، والكافي لابن عبد البر ٨١٨/٢ - ٨١٩ ، والشرح الكبير ٢٤٦/٣ .

(٧٨) انظر تحفة المحتاج ٥٢/٥ ، ومغنى المحتاج ١٢٢/٢ .

(٧٩) انظر شرح منتهى الإرادات ٢٤٢/٢ .

(٨٠) انظر المدونة ٣١٧/٥ ، والام ١٣٧/٣ ، والمغنى ٥٠٩/٦ .

(٨١) انظر الشرح الكبير ٢٤٦/٣ .

(٨٢) انظر مغنى المحتاج ١٢٢/٢ .

الترجيح :

الذى يظهر لى هو رجحان القول الثالث ، النقائل بالتفصيل بين الدين من البيع والقرض ؛ لأن الدين إذا كان من بيع وأذن الراهن فى الانتفاع بالمرهون فقد تنازل عن حقه برضاه ، ولاضير فى ذلك ، أما إذا كان الدين من قرض فإن إذنه يؤدى إلى محذور وهو جرّ المنفعة فى القرض والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني

إذن المرتهن
في بيع العين المرهونة

□□□□□

يضم هذا المطلب مسألتين :

المسألة الأولى : بيع الراهن للرهن بغير إذن المرتهن .

المسألة الثانية : بيع الراهن للرهن بإذن المرتهن .

المسألة الأولى : بيع الراهن للرهن بغير إذن المرتهن .

قال ابن المنذر - رحمه الله - « أجمع أهل العلم على أن الراهن ممنوع من بيع الرهن ، وهبته ، والصدقة به ، وإخراجه من يدي مرتته حتى يبرأ من حق المرتهن » ^(١) .

وقال : « وأجمعوا على إبطال بيع الرهن بغير أمر المرتهن » ^(٢) .

فابن المنذر - رحمه الله - ينقل الإجماع على إبطال بيع الموهون بغير إذن المرتهن ، والمسألة كما سيتبين بعد قليل مسألة خلافية ، ولم أتبين وجه الإجماع في المسألة .

أقوال الفقهاء في هذه المسألة :

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في حكم بيع الراهن للرهن بغير إذن المرتهن على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يصح بيع الراهن للرهن بغير إذن المرتهن مطلقاً ، والبيع نافذ ، وبه قال الإمام أبو يوسف ^(٣) ، والظاهرية ^(٤) .

(١) الإشراف ٧٧/١ ، والإجماع ص ٩٦ رقم ٥١٨ وص ١٢٤ رقم ٧٣٧ .

(٢) الإجماع ص ١٢٥ رقم ٧٣٨ .

(٣) انظر تبين الحقائق ٨٤/٦ ، ومجمع الأنهر ٦٠٣/٢ .

(٤) انظر المحلى لابن حزم ٤٩١/٨ .

واستدلوا بما يأتى :

١- الرهن ملك للراهن ، ولاخلاف فى ذلك ، وبيع الراهن للرهن
تصرف صدر من مالك تام التصرف فى خالص ملكه
فينفذ^(٥).

ويجاب عنه :

أولاً ، أن المرهون قد تعلق به حق المرتهن ، والقول بصحة
البيع يتضمن إبطال حقه ؛ فلا ينفذ إلا بإذنه ، أو بزوال
المانع ، وهو قضاء الراهن للدين^(٦).

ثانياً ، إن التصرف فى الملك لا يمنع عدم النفاذ عندما يتعلق به
حق الغير ، كالمريض يوصى بأكثر من الثلث ، أو يوصى
لأحد الورثة ، فانه مع كونه تصرفاً فى خالص ملكه لا ينفذ
؛ لتعلق حق الغير به^(٧).

٢ - قياس البيع على العتق بجامع أن كلا منهما تصرف من مالك
تام التصرف فى خالص ملكه ، فكما أن العتق نافذ منه فإن
البيع أيضاً ينفذ^(٨).

ويجاب عنه : بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن البيع غير مبنى
على التغليب والسراية بخلاف العتق^(٩) ، والعتق لا يقبل الرد ولا الفسخ
بخلاف البيع^(١٠).

(٥) المصدر نفسه ٤٩١/٨ ، وانظر أيضاً تبين الحقائق ٨٤/٦ ، ومجمع الأنهر ٦٠٣/٢ .

(٦) انظر بدائع الصنائع ١٤٦/٦ ، وتبيين الحقائق ٨٤/٦ ، والمهذب ٣١٢/١ ، وتحفة المحتاج ٧٢/٥ ،
والمغنى ٤٨٣/٦ ، وكشاف القناع ٢٢١/٣ .

(٧) انظر تبين الحقائق ٨٤/٦ ، ومجمع الأنهر ٦٠٣/٢ .

(٨) المصدران أنفسهما .

(٩) انظر المهذب ٣١٢/١ ، والمغنى ٤٨٣/٦ ، والمبدع ٢٢٢/٤ ، وكشاف القناع ٢٢١/٣ .

(١٠) انظر تبين الحقائق ٨٤/٦ .

القول الثانى :

البيع باطل مطلقا ، وبه قال الشافعى فى الجديد^(١١) ، والحنابلة^(١٢) .

واستدلوا بما يأتى :

١- قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(١٣) .

وجه الدلالة :

نهى النبى ﷺ من إلحاق الضرر بالنفس وبالغير ، وتصرف
الراهن فى الرهن بالبيع ونحوه يضر بالمرتهن ؛ لأنه يفوت عليه حقه فى
التوثيق^(١٤) .

ويجاب عنه : بأن الضرر مدفوع بوقف تلك التصرفات على إذن
المرتهن فإن رضى بها أجازها ، وإن لم يرض بها ردها .

٢ - قياس بيع الرهن على فسخه ؛ بجامع أن فى كلا التصرفين
ضرر يلحق بالمرتهن الذى شرع الرهن من أجل الحفاظ على
حقه ، فكما أن فسخ الرهن لا يجوز من الراهن ، فكذلك
البيع^(١٥) .

ويجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ لا يلزم من البيع ضرر ،
وإذا كان هناك ضرر فعلاً فيمكن المرتهن تقاويه برد ذلك التصرف ،
بخلاف الفسخ فإنه ضرر محض .

(١١) انظر المذهب ٣١٢/١ ، وروضة الطالبين ٧٤/٤ - ٧٥ ، ومغنى المحتاج ١٤/٢ .

(١٢) انظر المغنى ٤٨٣/٦ ، والمبدع ٢٢٢/٤ ، وكشاف القناع ٣٢١/٣ .

(١٣) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف ص ٢٣ .

(١٤) انظر المذهب ٣١٢/١ .

(١٥) المصدر نفسه ٣١٢/١ ، والمغنى ٤٨٣/٦ ، وكشاف القناع ٣٢٢/٣ .

وما استدلووا به : منقوض بعق الراهن ، فانهم يقولون بنفاذ
عق الراهن مع أن في العتق ضرراً يلحق بالمرتتهن بذهاب حقه في
الحبس توثيقاً لدينه .
القول الثالث ،

البيع صحيح ، ولكنه موقوف على إجازة المرتتهن ، فإن أجاز نفذ
وأصبح الثمن رهناً مكانه . وبه قالت الحنفية^(١٦) ، والمالكية^(١٧) ، وهو
قول الشافعي في القديم^(١٨) .

واستدلووا بما يأتي :

- ١ - قياس بيع الراهن على الوصية بأكثر من الثلث ؛ بجامع تعلّق
حق الغير بالمال في كلا الصورتين ، فكما أن الموصى حين
يوصى بأكثر من الثلث ، يتوقّف النفاذ على إذن سائر الورثة
كذلك بيع الراهن يتوقف على إذن المرتتهن^(١٩) .
- ٢ - نفاذ البيع يفتقر إلى الملك ، وإلى القدرة على التسليم ،
والراهن مالك للرهن بلاخلاف ، إلا أن يد المرتتهن تمنعه من
التسليم ؛ فوقف نفاذ البيع على إذن المرتتهن^(٢٠) ، وإجازة
اللاحقة كالإذن السابق^(٢١) .

(١٦) انظر بدائع الصنائع ١٤٦/٦ ، والاختيار ٦٩/٢ ، وحاشية ابن عابدين ٥٠٨/٦ .

(١٧) انظر مواهب الجليل ٢٦٩/٤ ، والزرقاني ١٩/٥ ، وجواهر الإكليل ٥/٢ .

(١٨) انظر روضة الطالبين ٧٥/٤ .

(١٩) انظر تبيين الحقائق ٨٤/٦ ، وبتناج الأنكار ١٧٩/١٠ ، ومجمع الأنهر ٦٠٢/٢ .

(٢٠) انظر تبيين الحقائق ٨٤/٦ ، وتكملة البحر الرائق ٢٦٢/٨ .

(٢١) انظر المبسوط ١٩/٥ و٢١ و١٢٥ و١٢٦ و١٢٨ .

الترجيح :

القول الأخير القائل بوقف البيع على إذن المرتهن هو الراجح ؛ لأن الأصل أن للمالك التصرف في ملكه ، والمرهون ملك للراهن بلا خلاف ، وإنما تعلق به حق للمرتهن حفاظاً على دينه ، وتوثيقاً له ، وفي القول بوقف البيع على إذن المرتهن مراعاة لكلا الطرفين ؛ ففيه دفع للضرر الذي قد يلحق بالمرتهن ، أو بالراهن بمنعه من التصرف في ملكه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثانية ، بيع الراهن للرهن بإذن المرتهن .

اتفق الفقهاء^(٢٢) - رحمهم الله تعالى - على أن الراهن إذا أذن له المرتهن في البيع ، فإن بيعه صحيح ؛ لأن المنع من البيع كان حفاظاً على حق المرتهن فإذا أذن المرتهن ، فقد تنازل عن حقه برضاه ، ونفذ البيع ؛ لأنه تصرف صادر من المالك في ملكه ولا يوجد مانع يمنع نفاذ البيع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٢) انظر بدائع الصنائع ١٤٦/٦ ، والاختيار ٦٩/٢ ، وحاشية ابن عابدين ٥٠٨/٦ ، والمبدع ٢٢٦/٥ ، والتفريع ٢٦٦/٢ ، والكافي لابن عبد البر ٨١٩/٢ ، والمهذب ٣١٣/١ ، وروضة الطالبين ٨٢/٤ ، ومغنى المحتاج ١٣٢/٢ ، والمغنى ٤٨٣/٦ ، والمبدع ٢٢٥/٤ - ٢٢٦ ، وكشاف القناع ٣٢٢/٣ .

المبحث الخامس الإذن في باب الحجر

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول :

إذن الحاكم للمفلس في البيع

المطلب الثاني :

الإذن للصبي في التصرف

المطلب الثالث :

الإذن لناقص الأهلية

المطلب الرابع :

الإذن للمحجور عليه بالسفه في التصرف

المطلب الخامس :

الإذن للمدين بالسفر

□□□□□

المطلب الأول

إذن الحاكم للمفلس في البيع

□□□□□

المفلس^(١) إذا حجر^(٢) عليه وقسّم ماله بين الغرماء^(٣)؛ فهل يرتفع الحجر عنه بمجرد القسمة، فيجوز له أن يبيع ويشترى، أو لابد من إذن الحاكم؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الحجر لا يزول إلا بإذن الحاكم، فلا يجوز بيعه قبل إذن الحاكم

(١) المفلس: هو الذي لامال له ولا ما يدفع به حاجته (المفنى ٥٣٦/٦) يقال: أفلس الرجل: إذا أعدم (الزاهر ٢٢٦) وأفلس: صار إلى حال يقال ليس معه قس (النهاية ٤٧٠/٣) وحقيقة الافلاس: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر (المصباح المنير ١٣٧/٢)

وفي اصطلاح الفقهاء: من كان دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله. (المفنى ٥٣٧/٦).

(٢) المحر لفة: المنع (الزاهر ٢٢٩، وحلية الفقهاء ١٤٢، والقاموس المحيط ٤٧٥)

وفي الاصطلاح: منع الإنسان من التصرف (المطلع ٢٥٤، والدر النقي ٥٠٠/٣) (٣) الغريم: من الأضداد: يأتي بمعنى الذي عليه الدين، ويأتي بمعنى الذي له الدين وهذا الأخير هو المقصود هنا (الأضداد المنسوب للأصمعي ٢٤ رقم ٢٢، والأضداد لابن السكيت ١٧٩ رقم ٢٠٣، والأضداد لأبي حاتم السجستاني ١٠٢ رقم ١٤١، والأضداد لابن الأنباري ٢٠٣ رقم ١٢٨) ومنه قول زمير (شعر زمير ص ١٤٨):

تطالعنا خيالات لسلبي

كما يتطلع الدين الغريم

وقال كثير (ديوانه ص ١٤٢):

قضى كل ذي دين فوق غريمه

وهزة مطول معني غريمها

برفع الحجر ، وهو قول الحنفية^(٤) ، وابن القصار^(٥) ، والقاضي عبد الوهاب^(٦) من المالكية ، والراجح عند الشافعية^(٧) ، والمذهب عند الحنابلة^(٨) .

واستدلوا بما يأتي :

١- قياس المفلس على السفية^(٩) ؛ بجامع أن إثبات الحجر فيهما يكون بإذن الحاكم ، فكما أن السفية لا يزول الحجر عنه إلا بإذن الحاكم ، فكذلك المفلس لا يزول الحجر عنه إلا بإذن الحاكم^(١٠) .

-
- (٤) أى القول المعتمد للفتوى ، وإلا فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على ثلث البالغ أصلاً . انظر المبسوط ١٦٣/٢٤ - ١٦٤ ، وتكملة البحر الرائق ٨٢/٨ ، وحاشية ابن عابدين ١٤٨/٦ .
- (٥) انظر الزرقاني ٢٦٩/٥ ، والخرشي ٢٦٩/٥ ، وحاشية النسوي ٢٦٩/٢ ، وابن القصار هو : أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد ، ابن القصار البغدادي ، شيخ المالكية ، له : عين الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار ، توفي سنة ٣٩٧ هـ . انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٤١/١٢ - ٤٢ رقم ٦٤٠٦ ، وطبقات الفقهاء ١٦٨ ، وترتيب المدارك ٧٠/٧ - ٧١ ، وسير أعلام النبلاء ١٠٧/١٧ - ١٠٨ رقم ٦٧ ، والديباج المذهب ١٠٠/٢ رقم ٨ .
- (٦) الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١١/٢ - ١٢ ، والمعونة : نسخة المدينة المنورة لوحة ١٠٩ ب . والقاضي عبد الوهاب هو : أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ، شيخ للمالكية ، له : الإشراف ، والمعونة ، والتلقين وغير ذلك ، ولد سنة ٣٦٢ هـ ، وخرج في آخر عمره إلى مصر وتوفي بها سنة ٤٢٢ هـ . انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٣١/١١ - ٣٢ رقم ٥٧٠٣ ، والنخبة لابن بسام ١٥/٢ - ٥١٥/٢ ، وترتيب المدارك ٧/٢٢٠ - ٢٢٧ ، ووفيات الأعيان ٢١٩/٣ - ٢٢٢ رقم ٤٠٠ ، وسير أعلام النبلاء ١٧/٤٢٩ - ٤٣٢ رقم ٢٨٧ ، والديباج المذهب ٢٦/٢ - ٢٩ رقم ٣ .
- (٧) انظر المذهب ٢٢٧/١ ، وروضة الطالبين ١٤٧/٤ ، وأسنى المطالب ١٩٤/٢ .
- (٨) الهداية لأبي الخطاب ١٦٥/١ نقلاً عن أبي يعلى ، والمغني ٨٢/٦ ، والفروع ٣١٨/٤ ، والإنصاف ٣١٧/٥ - ٣١٨ .
- (٩) السفية في اللغة : الجاهل (تفسير غريب القرآن ١٢٠ ، ومعاني القرآن وإعرابه ٢١١/١ ، ٣٦٢ ، وتهذيب اللغة ١٣٤/٦ والنهاية ٢٧٦/٢ ، وعمدة الحفاظ ٢٤٣ ، والقاموس للحيط ١٦٠٩) والقليل العقل ، الضعيف التمييز (معاني القرآن وإعرابه ٣٦٢/١ ، والزاهر ٢٢٩ رقم ٤٨٧) . وفي الاصطلاح : هو من كان ضعيف العقل سبباً التصرف في ماله (تحرير ألفاظ التنبيه ٢٠٠ ، والدر النقي ٥٠٤/٣ رقم ١٠٣٧) .
- (١٠) انظر الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١٢/٢ ، والمذهب ٢٢٧/١ ، وروضة الطالبين ١٤٧/٤ ، وأسنى المطالب ١٩٤/٢ ، والمغني ٨٢/٦ ، والمبدع ٣٢٩/٤ .

ويمكن الاعتراض على هذا القياس :

بأن من شروط القياس الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ،
والسفيه قد اختلف فى كيفية رفع الحجر عنه ؛ فإنَّ مُحَمَّد بن الحسن
الشييبانى ، يرى أن إصلاح السفيه فى ماله يرفع عنه الحجر دون
الرجوع إلى حاكم^(١١) .

٢ - الحجر على المفلس ثبت بحكم الحاكم ، فلا يرتفع إلا بإذنه^(١٢)

٣ - الحكم بنفاد مال المفلس يحتاج إلى نظر واجتهاد فى الأصلح
من بقاء الحجر أو رفعه ، فوقف ذلك على الحاكم ؛ فلا بد من
إذنه^(١٣) .

القول الثانى :

الحجر يزول بقسمة ماله ، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم فى رفعه ، وبه
قالت المالكية^(١٤) ، وهو وجه عند الشافعية^(١٥) ، والحنابلة^(١٦) .

واستدلوا بما يأتى :

١ - قياس المفلس على المجنون ؛ بحامع المنع من التصرف فى كل
منهما ، فكما أن الحجر على المجنون يرتفع بزوال جنونه ،
فكذلك الحجر على المفلس يرتفع بقسمة ماله^(١٧) .

(١١) انظر : المبسوط : ٢٤ / ١٦٤ وحاشية ابن عابدين : ١٤٨ / ٦ .

(١٢) انظر : المهذب : ١ / ٣٢٧ ، والمغنى : ٦ / ٥٨٣ .

(١٣) المعونة : نسخة المدينة المنورة لوحة ١٠٩ ب ، والزرقانى ٥ / ٢٦٩ ، والخرشى ٥ / ٢٦٩ .

(١٤) انظر : التاج والإكليل ٥ / ٤٢ ، والزرقانى ٥ / ٢٦٩ ، والخرشى ٥ / ٢٦٩ ، والشرح الصغير

٣ / ٣٦١ .

(١٥) انظر المهذب ١ / ٣٢٧ ، وروضة الطالبين ٤ / ١٤٧ ، وأسنى المطالب ٢ / ١٩٤ .

(١٦) انظر المغنى ٦ / ٥٨٣ ، والمبدع ٤ / ٣٢٩ ، والانصاف ٥ / ٣١٨ .

(١٧) انظر المهذب ١ / ٣٢٧ ، والمغنى ٦ / ٥٨٣ ، والمبدع ٤ / ٣٢٩ .

ويرد على هذا القياس :

بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الحجر على المجنون لم يثبت بحكم الحاكم ، ولذلك لم يكن هناك حاجة إلى إذن الحاكم في رفعه ، بخلاف الحجر على المفلس فإنه ثبت بحكم الحاكم ، وما ثبت بحكمه لا يرتفع إلا بإذنه .

٢ - المفلس حجر عليه من أجل المال ، فإذا زال ملكه عنه بقسمة ماله ، فلا معنى لبقاء الحجر مع انتفاء ما شرع الحجر لأجله ؛ لأن العلة في الحجر خوف إتلاف المال ، والعلة إذا زالت زال معلولها ^(١٨) .

القول الثالث :

إذا وفى ماله بدينه انفك عنه الحجر مطلقاً ، وإن لم يف بدينه بأن بقى شئ من الدين فلا بد من إذن الحاكم ، وبه قال البهوتى ^(١٩) من الحنابلة ^(٢٠) .

واستدل لانفكاك الحجر عنه مطلقاً عند وفاء الدين ؛ بأن الحكم يدور مع علته ، وعلة الحجر هي خوف إتلاف المال ، وقد زال هذا الخوف بوفائه بالدين فزال العلة التي شرع من أجلها الحجر ، والعلة إذا زالت زال معلولها ^(٢١) .

(١٨) المصادر نفسها .

(١٩) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتى ، شيخ الحنابلة بمصر وخاتمة علمائهم بها ، ولد سنة ١٠٠٠ هـ ، اجتهد في تحرير مسائل المذهب وإيضاح دقائقه حتى عرف بشيخ المذهب ، له : كشف القناع ، وشرح منتهى الإرادات ، والمنح الشافيات والروض المربع وغير ذلك ، توفي سنة ١٠٥١ هـ . انظر ترجمته في خلاصة الأثر ٤/٤٢٦ ، والنعت الاكمل ٢١٠ - ٢١٣ ، والسحب الوابلة ٤٧٠ - ٤٧١ رقم ٧٦٧ ، ومختصر طبقات الحنابلة ١١٤ - ١١٦ ، ومفاتيح الفقه الحنبلى ١٩٦/٢ - ١٩٧ رقم ٢٣١ .

(٢٠) انظر كشف القناع ٣/٤٢٩ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٨٨ .

(٢١) المصدران أنفسهما .

واستدلّ لعدم فكّ الحجر عنه مع بقاء شئ من الدين إلا بإذن
 الحاكم ؛ بأن الحكم بنفاذ ماله والنظر في الأصلح من بقاء الحجر أو فكّه
 يحتاج إلى بحث واجتهاد ، ولا يتأتى ذلك إلا من الحاكم ، لاسيّما وأنّ
 الحكم بالحجر ثبت بحكمه فلا يرتفع إلا بإذنه ^(٢٢) .

الترجيح :

الذى يترجّح عندى هو أنّ رفع الحجر منوطٌ بإذن الحاكم ؛ لأن رفع
 الحجر يستلزم النظر والاجتهاد في الأصلح للمفلس من بقاء الحجر أو
 رفعه وهذا لا يتأتى إلا من الحاكم ، وأمّا التفصيل الذى ذكره البهوتى -
 رحمه الله - فلم أرَ له وجهاً ؛ لأن الإنسان إذا كان ماله يفي بدينه فلا
 يعتبر مفلساً ؛ فإنّ المفلس هو من كان دينه أكثر من ماله ، وخرجه أكثر
 من دخله ^(٢٣) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٢) المصدران أنفسهما .

(٢٣) انظر المغنى ٣٧/٦ هـ ، وقال جلال الدين المحلى فى شرحه على المنهاج ٢٨٥/٢ : والمفلس فى
 العرف من لامال له ، وفى الشرع من لا يفي ماله بدينه .

المطلب الثاني

الإذن للصبي في التصرف

□□□□□

الفقهاء - رحمهم الله تعالى - يطلقون لفظ الصبى على من لم يبلغ
ويقسمونه إلى صبى مميز ، وصبى غير مميز ، وتختلف تصرفاته بحسب
أحواله ؛ لذلك لابد من تعريف التمييز أولاً لمعرفة من هو الصبى المميز ،
ثم الكلام على تصرفات كل منهما .

التمييز لغة واصطلاحاً :

التمييز لغة :

العزل ، والفرز ، والفصل .

يقال : مزتُ الشيءُ أميزه مَيِّزاً : عزلته وفرزته ^(١) ، ومزته ميزاً :
فصلته من غيره ^(٢) .

قال الفيروز ابادى ^(٣) مازَ الشيءُ : فضّلُ بعضه على بعض ^(٤) .

(١) انظر الصحاح ٨٩٧/٣ ، والمصباح المنير ٢/٢٥٥ ، والقاموس المحيط ٦٧٦ « ميز » .

(٢) المصباح المنير ٢/٢٥٥ « ميز » .

(٣) هو محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم ، أبو طاهر مجد الدين الفيروز ابادى ، ولد بكارزين فى
فارس سنة ٧٢٩ هـ ، الإمام اللغوى ، له : القاموس المحيط ، واشتهر بصاحب القاموس ،
وبصائر نوى التمييز ، والبلغة ، وسفر السعادة ، توفى فى زييد باليمن سنة ٨١٧ هـ . ذكر طرقات
من اخباره الخزرجى فى العقود اللؤلؤية : ٢/٢١٨ و ٢٢٩ و ٢٣٥ و ٢٣٨ و ٢٤٤ و ٢٤٩ و ٢٥٠ و ٢٥٥

وانظر ترجمته فى العقد الثمين : ٢/٣٩٢ - ٤٠١ رقم ٤٨٨ ، وطبقات الشافعية لابن قاضى
شبهة : ٧٩/٤ - ٨٥ رقم ٧٥٢ ، وإنباء الغمر : ٧/١٥٩ - ١٦٣ ، الضوء اللامع : ١٠/٧٩ -
٨٦ رقم ٢٧٤ ، وبغية الوعاة : ١/٢٧٣ - ٢٧٥ رقم ٥٠٦ ، وقد سها ابن حجر والسخاوى
رحمهما الله حيث ذكرا أنَّ مولده بكارزون ، وقد ذكر الفيروز ابادى نفسه فى مادة « ك ر ز » من
القاموس أنه ولد بكارزين (ص ٦٧٢ من القاموس) وكارزين غير كازنون ، ولا زال أهل كازنين
إلى يومنا هذا من أهل السنة . بخلاف كازنون فإنه غلب عليها التشيع ولا حول ولا قوة إلا بالله ،
وانظر معجم البلدان ٤/٤٨٦ رقم ١٠٠٦٢ « كازنين » و ٤/٤٨٧ رقم ١٠٠٦٧ « كازنون » .

(٤) القاموس المحيط ٦٧٦ « ميز » .

وتعقّبه الزبيدي^(٥) بقوله : هكذا فى سائر الاصول الموجودة ، والذي
فى « المحكم »^(٦) فصل بعضه من بعض ، وهذا هو الصواب^(٧) .
اصطلاحاً :

المعنى الاصطلاحي للتمييز لا يبعد عن المعنى اللغوى ، فهو يدور
بين فهم الخطاب وإدراك الخير من الشر .
وقد عرّف الحنفية المميّز بقولهم : « هو الذى يعقل البيع والشراء
بأن يعرف أن البيع سالبٌ للملك ، والشراء جالبٌ له ، ويقصد بالبيع
والشراء تحصيل الربح والزيادة »^(٨) .
وعرّفه المالكية^(٩) ، والشافعية^(١٠) ، والحنابلة^(١١) ، بأن المميّز هو :
من يفهم الخطاب ويحسن ردّ الجواب ، ومقاصد الكلام .
والصبيّ سمى مميّزاً ؛ لأنه يميّز الأقوال والأفعال بعضها من
بعض ، خيراً وشرّاً ، وجيداً وريئاً^(١٢) .

(٥) هو محمد مرتضى بن محمد بن عبد الرزاق الحسينى الزبيدي ، ولد ببغرام فى الهند سنة
١١٤٥ هـ ، اشتهر امره وانتشر فى الدنيا خبره ، له تاج العروس فى شرح القاموس ، واثاف
السادة المتقين ، وعقود الجواهر المنيفة فى أدلة مذهب الإمام أبى حنيفة ، توفى بمصر سنة
١٢٠٥ هـ .

انظر ترجمته فى تاريخ عجائب الآثار ١٠٣/٢ - ١١٤ ، والخطط التوفيقية ٣/٢٤٢ - ٢٤٦ ،
وحلية البشر ٣/١٤٩٢ - ١٥١٦ ، وفهرس الفهارس ١/٢٦٠ - ٥٤٢ رقم ٢٠٠ و ٥٤٩/٢ .

(٦) المحكم والمحيط الأعظم كتاب فى اللغة ، ومؤلفه هو على بن إسماعيل بن سيده (٤٥٨ هـ) ،
وطبع منه سبعة أجزاء فى مصر ، ولم أجد مادة « م ي ز » فى المطبوع .

(٧) تاج العروس ١٥/٣٤٠ « ميز » .

(٨) انظر الهداية للمرغينانى ١١/٤ ، وتبيين الحقائق ٥/١٩١ ، وحاشية ابن عابدين ٦/١٧٣ .

(٩) انظر مواهب الجليل ٢/٤٨٢ و ٤/٢٤٤ ، والخرشى ٢/٢٨٢ ، والشرح الكبير ٢/٢ .

(١٠) انظر المجموع ٧/٢٥ .

(١١) انظر المطلع ٥١ .

(١٢) انظر : شرح مختصر الروضة : ١/١٨٦ .

هل للتمييز من معين ؟

ذهب بعض الحنفية^(١٣) والحنابلة^(١٤) إلى أن سنّ السابعة هي التي يوصف عندها الصبي بالتمييز .
أما المالكية^(١٥) ، والشافعية^(١٦) ، وبعض الحنابلة^(١٧) ، فلا يرون تحديداً للسنّ بل يقولون باختلافه باختلاف الأفهام .

وهذا القول وإن كان أجدر بالأخذ به ؛ لأن الصفات التي تدلّ على التمييز لدى صاحبها تختلف من صبيّ لآخر ؛ فالصبيّ يتأثر ببيئته ومجتمعه وأسرته ، إلّا أنّه لا يمكن إنكار أنّ الأغلب هو : أن الصبيّ المعتدل الحال إذا بلغ السابعة فإنه يكون أهلاً للفهم ؛ ولذلك أمر رسول الله ﷺ أمته بأن يأمرُوا أولادهم بالصلاة لسبع ، فقال : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين »^(١٨) وفي لفظ : « مروا الصبيّ بالصلاة

(١٣) انظر المبسوط ١٦٢/٢٤ ، والدر المختار ٢٥٧/٤ .

(١٤) انظر المبدع ٣٠٣/١ ، والإنصاف ٣٩٥/١ ، والإقناع للحجاوي ٢٥٩/١ .

(١٥) انظر مواهب الجليل ٤٨٢/٢ و ٢٤٤/٤ ، والخرشي ٢٨٢/٢ ، والشرح الكبير ٣/٢ .

(١٦) انظر المجموع ٢٥/٧ .

(١٧) انظر المطلع ٥١ ، وشرح مختصر الروضة ١٨٦/١ - ١٨٧ ، والإنصاف ٣٩٦/١ .

(١٨) أخرجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : ابن أبي شيبة في الصلوات ، متى يؤمر الصبيّ بالصلاة ٢٤٧/١ ، وأحمد ١٨٠/٢ و ١٨٧ ، وأبو داود في الصلاة (٢) باب متى يؤمر الغلام بالصلاة (٢٦) ج ٢٣٤/١ رقم ٤٩٥ ، واللفظ له ، والدارقطني في الصلاة (٤) باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها ٢٣٠/١ رقم ٢ و ٣ ، والحاكم في الصلاة ، أمر الصبيان بالصلاة لسبع سنين ١٩٧/١ ، والبيهقي في الصلاة ، باب عورة الرجل ٢٢٩/٢ ، وياب ماعلى الآباء والأمهات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة ٨٤/٣ .

إذا بلغ سبع سنين» (١٩).

ويدلّ عليه واقعنا المعاصر باعتبار سنّ السابعة علامة على التمييز حيث إنّ الدراسة النظاميّة تبدأ عند هذه السنّ ، والله سبحانه وتعالى أعلم
تصرفات الصبي:

كما سبق وإن ذكرنا : الصبيّ إمّا أن يكون مميّزاً أو غير مميّز ؛
فالكلام على تصرفاته يتضمّن جملة من المسائل :

المسألة الأولى : تصرف الصبيّ غير المميّز وأثر الإذن فيه .

المسألة الثانية : تصرفات الصبيّ المميّز ، وتنقسم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام

القسم الأوّل : التصرفات الضارّة ضرراً محضاً .

القسم الثانی : التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

القسم الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ويدخل تحته :

أ - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والصادرة من الصبيّ المميّز غير المأذون له .

ب - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والصادرة من الصبيّ المميّز المأذون له .

(١٩) أخرجه عن سيرة بن معبد الجهنّي : ابن أبي شيبة في الصلوات ، متى يؤمر الصبي بالصلاة ٣٤٧/٨ ، وأحمد ٤٠٤/٣ ، وأبو داود في الصلاة (٢) باب متى يؤمر الغلام بالصلاة (٢٦) ج ٣٣٢/٨ رقم ٤٩٤ واللفظ له ، والترمذي في الصلاة (٢) باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة (١٨٢) ج ٢٥٩/٢ رقم ٤٠٧ ، والدارمي في الصلاة (٢) باب متى يؤمر الصبي بالصلاة (١٤١) ج ٢٧٣/٨ رقم ١٤٣٨ ، وابن الجارود في فرض الصلوات الخمس وأبحاثها ص ٥٨ رقم ١٤٧ ، والطحاوي في مشكل الآثار : ٢٣١/٣ ، والطبراني في الكبير : ١٣٥/٧ رقم ٦٥٤٦ - ٦٥٤٩ ، والدارقطني في الصلاة (٤) باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها : ٢٣٠/٨ رقم ١ ، والحاكم في الصلاة باب في فضل الصلوات الخمس : ٢٠١/٨ ، والبيهقي في الصلاة باب الصبي يبلغ في صلاته فيتمها : ١٤/٢ ، ولباب ما على الآباء والإمامات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة : ٨٣/٣ - ٨٤ .

المسألة الأولى ، تصرف الصبي غير المميز وأثر الإذن فيه ،

إتفق الفقهاء ^(٢٠) - رحمهم الله تعالى - على أن جميع تصرفات الصبي غير المميز باطلة ، وعبارته ملغاة ، ولا أثر للإذن في تصرفاته ، سواء كانت التصرفات نافعة أم ضارة ، أم دائرة بين النفع والضرر ، كما أنه لا أثر للإجازة بعد التصرف ؛ لأن الأهلية شرط في جواز التصرف ، ولا أهلية بدون العقل .

واستثنى الحنابلة ^(٢١) تصرفه في الشيء اليسير كالرغيف ، أو حزمة بقل ، ونحوهما ؛ لما روى عن أبي الدرداء ^(٢٢) - رضى الله عنه - أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله . ذكره ابن أبي موسى ^(٢٣) ، وهذا هو

(٢٠) انظر بدائع الصنائع ١٧٠/٧ - ١٧١ ، وحاشية ابن عابدين ٥٠٤/٤ - ٥٠٥ و ٥٨/٥ و ٥١١ ، وكفاية الطالب الرباني ١٢٦/٢ ، ومواهب الجليل ٦٢/٥ ، وروضة الطالبين ٣٤١/٣ - ٣٤٢ ، والمجموع ١٤٢/٩ ، والمغني ٢٤٧/٨ ، والإنصاف ٢٦٨/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ١٤١/٢ .
(٢١) انظر المغني ٢٤٧/٨ ، والشرح الكبير ٣٠٧/٢ ، والإنصاف ٢٦٨/٤ ، وكشاف القناع ١٤٠/٣ .
(٢٢) هو عويمر بن عامر بن مالك بن قيس ، أبو الدرداء الانصاري الخزرجي ، تأخر إسلامه قليلاً ، شهد مابعد أحد من المشاهد أذى الرسول ﷺ بينه وبين سلمان الفارسي ، تولى قضاء بمشق ، توفي قبل أن يقتل عثمان يستتين . انظر ترجمته في الاستيعاب ١٢٢٧/٣ - ١٢٣٠ رقم ٢٠٠٦ و ١٦٤٦/٤ - ١٦٤٨ رقم ٢٩٤٠ ، وأسد الغابة ٣١٨/٤ - ٣٢٠ رقم ٤١٣٦ ، و ٩٧/٦ - ٩٨ رقم ٥٨٥٨ والاصابة ٧٤٧/٤ - ٧٤٨ رقم ٦١٢١ .

(٢٣) هكذا ذكره ابن قدامة في المغني ٢٤٧/٨ ، وشمس الدين بن قدامة في الشرح الكبير ٣٠٧/٢ ، والبهوتى في كشف القناع ١٤٠/٣ ولم أعثر عليه ، وسكت عنه الألباني في إرواء الغليل ١٢٦/٥ وابن أبي موسى هو : أبو علي محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي القاضي ، عالي القدر ، سامي الذكر ، ولد سنة ٣٤٥ هـ ، له كتاب الإرشاد في المذهب ، توفي سنة ٤٢٨ هـ . انظر ترجمته في طبقات الحنابلة ١٨٢/٢ - ١٨٦ رقم ٦٥٢ ، والمقصد الأرشد ٣٤٢/٢ - ٣٤٣ رقم ٨٦٦ ، والمنهج الأحمد ١١٤/٢ - ١١٨ رقم ٦٥٥ . وقد وهم محققا المغني حيث ترجما له بترجمتين ، ففي ٢٨٦/١ ترجما له على أنه أبو بردة بن أبي موسى الأشعري ، وفي ٥٣١/٢ ترجما له على أنه أبو علي الهاشمي والصحيح أنه حيثما ذكر ابن أبي موسى فالمراد به أبو علي الهاشمي ، أما أبو بردة فإن صاحب المغني يذكره بكنيته المشهور بها وهي أبو بردة ، ومما يدل على ذلك أنه في بعض الأماكن ينص على كتابه « الارشاد » كما في ٥٣١/٢ ، وأحياناً يذكرهما في فصل واحد كما في ٩٢/٤ - ٩٣ وهذا مما يدل على أنهما وقعا في وهم ، وجل من لا يخطئ والله يغفر لي ولهم . وانظر المدخل لابن بدران ص ٤١٧ .

المذهب عندهم^(٢٤) .

وهناك قول آخر للحنابلة^(٢٥) بعدم جواز التصرف في اليسير كالتصرف في الكثير .

المسألة الثانية ، تصرفات الصبي المميز :

وتنقسم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : التصرفات الضارة ضرراً محضاً :

اتفق الفقهاء^(٢٦) - رحمهم الله تعالى - على أن الصبي لا تنفذ تصرفاته إذا كان فيها ضرراً محضاً مثل أن يهب ماله بدون عوض ، أو يتصدق به ، أو يجعله وقفاً ، ولا أثر للإذن في هذه التصرفات لما فيه من الضرر المحض ، حتى أن الولي نفسه لا يملك أن يباشر هذه التصرفات ؛ لأن ولايته للنظر وتحقيق المصلحة ، وليس من النظر ولأمن المصلحة إثبات مثل هذه التصرفات الضارة ، وإذا لم يكن للولي مباشرة هذه التصرفات بنفسه فليس له أن يأذن بها ابتداء ، كما لا يصح منه أن يجيزها انتهاء . والله أعلم .

(٢٤) انظر الانصاف ٢٦٨/٤ .

(٢٥) المصدر نفسه .

(٢٦) انظر بدائع الصنائع ١٧١/٧ ، والهداية للمرغيناني ١١/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٥١١/٥ و ١٧٣/٦ ، والمقدمات الممهدة ٣٤٦/٢ ، ومواهب الجليل ٦٠/٥ ، والشرح الصغير ٣٨٤/٣ ، وروضة الطالبين ٣٤١/٣ - ٣٤٢ ، والمجموع ١٤٢/٩ ، والمغنى ٢٥٥/٨ والإنصاف ٣١٨/٥ ، وكشاف القناع ١٤٠/٣ ، وشرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢ .

القسم الثامن : التصرفات النافعة نفعاً محضاً :

التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، قد تكون فى المباحات العامة أو غير ذلك ؛ فإن كانت من باب المباحات العامة فقد اتفق الفقهاء ^(٣٧) على جواز احتطاب الصبى واصطياده ؛ لأهليّة الصبى المميّز لتلك التصرفات .

وإن لم تكن من باب المباحات العامة ، بل لأبد من تمليك غيره له كالهبة ، أو الصدقة ، ونحو ذلك ؛ فقد اختلف الفقهاء فى حكم تصرفات الصبى المميّز فى هذه الحالة على ثلاثة أقوال :

القول الاول :

تصحّ التصرفات النافعة نفعاً محضاً والصادرة من الصبى المميّز مطلقاً وتكون نافذة دون التوقف على إذن الولى ، وبه قالت الحنفية ^(٣٨) ، والمالكية ^(٣٩) ، وهو وجه عند الحنابلة ^(٤٠) .

واستدلوا بما يأتى :

١- قياس قبول الهبة على اكتساب المباحات ، بجامع أن كلا منهما تصرف نافع نفعاً محضاً فكما يجوز للصبى اكتساب المباحات فكذلك يجوز له قبول الهبة ^(٤١) .

(٢٧) انظر بدائع الصنائع ١٧١/٧ ، ومجلة الأحكام العدلية ٦٨٠/١ المادة رقم ١٣٥٣ ، ومواهب الجليل ٢٥/٦ - ٢٦ ، والقوانين الفقهية ١٩٦ ، ومغنى المحتاج ٤٠٧/٢ ، وحاشية القليوبي ٢٩٩/٢ - ٣٠٠ ، والمغنى ٢٥٣/٨ ، وكشاف القناع ٢١٨/٤ - ٢١٩ ، و٢٠٢/٦ و ٢١٤ .
(٢٨) انظر بدائع الصنائع ١٧١/٧ ، والهداية للمرغيناني ١١/٤ ، وحاشية ابن عابدين ١٧٣/٦ .
(٢٩) انظر مواهب الجليل ٢٥/٦ - ٢٦ ، وجواهر الاكليل ٣١٧/٢ .
(٣٠) انظر المغنى ٢٥٣/٨ ، والمحرّر ٣٤٧/١ ، وكشاف القناع ١٤٠/٣ .
(٣١) انظر المغنى ٢٥٣/٨ .

ويرد عليه : بأن كون الهبة نفعا محضاً غير مسلم ؛ فإن في قبول الهبة منة وذلة ليستا في اكتساب المباحات .

٢- الحجر على الصبي إنما كان لأجل مصلحته حتى لا يقع في أمر يضره ، وقبول الهبة نفع محض لا يشوبه^(٣٢) ضرر ، فلا يتوقف على إذن الولي^(٣٣) .

ويجاب عنه : كما ذكرنا آنفاً بأننا لانسلم بأن قبول الهبة نفع محض ، بل فيه ضرر واضح إذا لم يكن بإشراف الولي ؛ إذ سيتعود الصبي قبول الهدية من أى شخص سواء كان هذا الشخص محمود الأخلاق ، أم مذمومها ، وسيعتاد مدّ اليد للاستجداء ، وهذا ضرر^(٣٤) بين .

القول الثاني : ان الصبي لاتصحّ منه هذه التصرفات وإن أذن له الولي وبه قالت الشافعية^(٣٥) .

واستدلوا : بأن الصبي محجور عليه ، والحجر يقتضى المنع من جميع التصرفات^(٣٦) .

يرد عليه : بأن بلوغ الطفل لحدّ التمييز يجعله يعرف ماينفعه ومايضره ، واحتمال الضرر - الذى أنشئ الحجر لدفعه - معدوم إذا قيدنا تصرفاته بإذن الولي ، ولا يخفى أن منع المميز من جميع التصرفات

(٣٢) الشَّوْبُ : الخَلْطُ. انظر القاموس ١٣٢ « شوب » ، ولا يشوبه ضرر أى لا يختلط به ضرر .

(٣٣) انظر التوضيح ١٦١/٢ ، والمغنى ٢٥٣/٨ .

(٣٤) انظر حاشية الشرواني ٣٠٠/٦ .

(٣٥) انظر : التنبيه ٨٦ ، والمجموع ١٤٢/٩ - ١٤٤ ، ومغنى المحتاج ٣٩٧/٢ ، وحاشية الشرواني

٣٠٠/٦ .

(٣٦) المصادر نفسها .

لاسيما النافعة منها يلحقه بالمجنون ، وفي هذا ضرر بين بالميز ،
والشرع جاء بدفع الضرر « لاضرر ولاضرار »^(٣٧).

القول الثالث :

تصرفات الصبي المميز النافعة متوقفة على إذن الولي ، وبه قالت
الحنابلة في المعتمد عندهم^(٣٨).

دليلهم : قياس الهبة على البيع بجامع أن كلا منهما عقد يلزم
لإبرامه توافر الأهلية في ركنيه ، والصبي المميز ليس أهلاً لإبرام العقد
في البيع بدون إذن الولي ، فكذاك ليس أهلاً لقبول الهبة إلا بإذن
الولي^(٣٩).

الترجيح :

الذي يظهر لي رجحانه هو القول الأخير ؛ لأن قبول الهبة بإذن
الولي نفع محض لا يحتمل الضرر ؛ لأن الولي عادة يكون أميناً على من
له ولاية عليه ، ولا يرضى بما يكون له أثر سيء على الصبي ، ولا يآذن
في قبول الهبة من شخص غير محمود الأخلاق فاندفع الضرر ولم يبق
إلا النفع المحض فلا وجه لرد التصرف في هذه الحال . والله سبحانه
وتعالى أعلم .

القسم الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر :

يشتمل هذا القسم على فرعين :

(٣٧) سبق تخريجه ، انظر : « مبحث ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ، التعليق رقم

٣٠ من ٢٣ .

(٣٨) انظر المغنى ٢٥٣/٨ ، والمحرر ٢٤٧/١ ، والانصاف ٢٦٩/٤ ، وكشاف القناع ١٤٠/٣

(٣٩) انظر كشاف القناع ١٤٠/٣ .

الفرع الأول ، التصرفات الصادرة من الصبي المميز غير المأذون له .

الفرع الثاني ، التصرفات الصادرة من الصبي المميز المأذون له .

ولا يخفى أن المقصود بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر هي التصرفات التي تحتل الربح والخسارة كالبيع والشراء ، والإجارة ، والقراض ، والسلم ، والشركة ، وغير ذلك .

الفرع الأول ، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والصادرة من الصبي المميز غير المأذون له .

اختلف الفقهاء في حكم هذه التصرفات على أربعة أقوال :

القول الأول .

تنعقد هذه التصرفات صحيحة ولكنها موقوفة على إذن الولي ، فإن أجاز نفذت ، وإن رد بطلت ، وهو قول الحنفية ^(٤٠) ، والمالكية ^(٤١) وهو رواية عند الحنابلة ^(٤٢) .

واستدلوا بما يأتي :

١- قياس بيع المميز على بيع الفضولي ، بجامع أن كلا منهما عقد موقوف على الإجازة فكما جاز بيع الفضولي بإذن المالك ؛ فكذلك يصح بيع المميز بإذن وليه ^(٤٣) .

(٤٠) انظر بدائع الصنائع ١٧١/٧ ، والهداية للمرغيناني ١١/٤ ، وتبيين الحقائق ١٩١/٥ ، وحاشية

ابن عابدين ٥٨/٥ و ٥١١ و ١٧٣/٦ .

(٤١) انظر المقدمات الممهدة ٣٤٦/٢ ، ومواهب الجليل ٦٢/٥ ، والخرشي ٢٩٢/٥ ، والشرح

الصغير ٣٨٤/٣ .

(٤٢) انظر المغني ٣٤٧/٦ ، والإنصاف ٣٦٧/٤ .

(٤٣) انظر تبيين الحقائق ١٩١/٥ - ١٩٢ ، والمغني ٣٤٧/٦ .

٢- الصبى إذا بلغ حدَّ التمييز فإنه يصبح عاقلاً يميّز بين الخير والشرّ ، ويعرف المصلحة ويبعد عما مايضرّه ، فلا معنى لإلغاء عبارته ؛ فإنَّ إلغاء عبارته لمجرّد الصغر إهدارٌ لأدميّته ، والحاقُّ له بالبهائم^(٤٤).

القول الثانى ،

تصرفات الصبى المميّز غير المأذون تصرفات باطلة ، ولا أثر لإذن الولّى فى تصحيح تلك التصرفات ، وهو قول الشافعية^(٤٥) ، والمذهب عند الحنابلة^(٤٦) . وهو قول أبى ثور^(٤٧).

واستدلوا بما يأتى :

١- الصبى محجور عليه حتى يبلغ، والحجر يقتضى المنع من التصرفات^(٤٨).

ويجاب عن هذا الاستدلال :

بأن كون الصبا سبياً للحجر انما هو لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت الهداية بإذن الولّى ؛ فإذا أذن فقد ارتفع الحجر فى ذلك التصرف^(٤٩).

٢- تصحيح تصرف الصبى يؤدّى إلى ضياع ماله ، ويجلب الضرر إليه ؛ لأنه لا يحسن التصرف فلا يصحّ منه^(٥٠).

(٤٤) انظر تبين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٤٥) انظر التنبيه ٥٤ و ٦٤ ، والمجموع ١٤٢/٩ ، وروضة الطالبين ٣٤١/٣ - ٣٤٢ ، ومعنى المحتاج ٧/٢ .

(٤٦) انظر المغنى ٢٤٧/٦ ، والإنصاف ٣١٨/٥ ، وكشاف القناع ٣١/٣ .

(٤٧) انظر المجموع ١٤٥/٩ .

(٤٨) انظر المجموع ١٤٢/٩ ، وروضة الطالبين ١٧٧/٤ .

(٤٩) انظر الهداية للمرغينانى ١١/٤ .

(٥٠) انظر كشاف القناع ٤٣١/٣ .

ويمكن الإجابة عنه بأن الضرر انما يحصل لو قلنا بنفاذ تصرفاته دون الرجوع إلى الولي، وأما توقف تصرفاته على إجازة الولي فإنه يدفع احتمال الضرر، ويمنع ضياع المال .

القول الثالث ،

تصح تصرفات المميز مطلقاً دون التوقف على إذن الولي ، وهو قول لأحمد ، ذكره الفخر إسماعيل البغدادي^(٥١).

ويمكن أن يستدل لهذا القول : بقياس المميز على البالغ بجامع أن كلاهما يعقل البيع والشراء ، ويعرف النافع من الضار . ويرد على هذا القياس : بأن المميز محجور عليه بخلاف البالغ ، والحجر يقتضي تقييد التصرف .

القول الرابع ،

يصح تصرف المميز في الشيء اليسير بدون إذن الولي ، وهو قول للحنابلة^(٥٢).

استدلوا بأن : الحجر شرع على الصبي مخافة ضياع المال، وهذا الخوف مفقود في اليسير^(٥٣).

(٥١) انظر : الإنصاف ٢٦٧/٤ .

والفخر هو : إسماعيل بن علي بن حسين البغدادي ، أبو محمد فخر الدين ، عرف به « ابن الرفاء » وابن الماشطة ، واشتهر بغلام ابن المنى ، ولد سنة ٥٤٩ هـ ، له « التعليق في الخلاف » ، توفي سنة ٦١٠ هـ .

انظر ترجمته في التكملة ٢٧٢/٢ - ٢٧٣ رقم ١٢٨٧ ، وتاريخ الإسلام (حوادث ٦٠١ - ٦١٠) ص ٣٢٠ - ٣٢٢ رقم ٥٠٢ ، والذيل على طبقات الحنابلة ٦٦/٢ - ٦٨ رقم ٢٣٧ ، والمقصد الارشد ٢٦٨/١ - ٢٦٩ رقم ٢٦٨ .

(٥٢) انظر المحرر ٢٤٧/١ ، وشرح منتهى الإرادات ١٤١/٢ .

(٥٣) انظر شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢ .

ويمكن الإجابة عنه بأن هذا القول لا يقتضى أن هذا الفعل يقع مرة واحدة فقط ، واليسير إذا تكرر أصبح كثيراً ، وهذا يؤدى إلى ضياع ماله على دفعات ، فانه يتصرف فى اليسير ثم يتصرف فى اليسير ثم يتصرف إلى أن يفنى ماله .

الترجيح :

الذى يظهر لى رجحانه هو القول الاول لما يأتى :

١ - الحجر على الصبى شرع لمصلحته فى حفظ ماله ، فإذا علم النافع من الضرر ، فإنه يفهم معنى العقود ، وما يترتب عليها ، فلا معنى لإلغاء عبارته .

٢ - الحجر شرع أيضا لحفظه من احتمال أن يصيبه ضرر ، وتوقف نفاذ تصرفاته على إذن الولى يدفع هذا الاحتمال ، بل إن عدم إنفاذه قد يترتب عليه ضرر أكبر ، خاصة إذا كان قد باع مثلاً بضعف الثمن ، فإن إلغاء هذا التصرف فيه ضرر كبير وهذا مناقض للحجر .

٣ - إنفاذ تصرفات المميز بإذن وليه ، فيه تمرين له على ممارسة التجارة واختبار لإدراكه وفهمه ، ويساعد على تبين رشده من عدمه عند البلوغ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الفرع الثانى . التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والصادرة من الصبى المميز المأذون له .

اختلف العلماء فى حكم هذه التصرفات على ستة أقوال :

القول الاول :

المميز المائون له تنعقد تصرفاته صحيحة نافذة مطلقاً ، وبه قالت
الحنفية^(٥٤) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال الله تعالى : ﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا
النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ
أَمْوَالَهُمْ ﴾^(٥٥) .

وجه الدلالة من الآية :

أَنَّ الله سبحانه وتعالى أمر بابتلاء اليتامى ، والابتلاء وهو اختبار
حاله فى المعرفة بالبيع والشراء ، وضبط أموره ، وحفظ ماله ، لا يكون إلا
بالإذن له فى التجارة^(٥٦) .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن المراد بالابتلاء اختبار عقله بالكلام دون التصرف فى التجارة
والمال ، بأن يترك الصبى يناقش البائع أو المشتري ، فإذا اتفق معهما
على أمر له حظ فيه ، باشر الولي العقد وتمم البيع أو الشراء^(٥٧) .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأنه تخصيص لدليل عليه : لأن الابتلاء فى الآية عام ، وهو
صادق فى التصرف بالفعل وبالقول ، وللدليل على تخصيصه بالقول
دون الفعل^(٥٨) .

(٥٤) انظر بدائع الصنائع ١٩٢/٧ - ١٩٣ ، والهداية للمرغيناني ١٠/٤ ، وتبيين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٥٥) سورة النساء : آية ٦ .

(٥٦) أحكام القرآن للجصاص ٦٢/٢ .

(٥٧) انظر التفسير الكبير ١٨٨/٩ ، والمجموع ١٤٢/٩ .

(٥٨) انظر أحكام القرآن للجصاص ٦٢/٢ .

٢ - قياس المميز على العبد بجامع الحجر على كل منهما ، فكما يجوز للعبد أن يتصرف بإذن سيده ، فكذلك المميز يصح تصرفه بإذن وليه^(٥٩) .

ورَدَّ هذا القياس :

بأنه قياسٌ مع الفارق ؛ فعلة الحجر في العبد انشغاله بحق سيده ، أما العلة في الحجر على الصبي فهي ضعف العقل وقلة الهداية في التصرفات فإذاً السيد يرفع علة الحجر بخلاف إذن الولي فإنه لا يرفع سبب الحجر على الصبي .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن علة الحجر في الصبي ليست ضعف عقله ، وإنما تردد عقله بين الضعف والقوة ، وإذن الولي له دليل على قوة عقله وحسن تصرفه^(٦٠) .

القول الثاني :

تنعقد تصرفات المميز المأذون له صحيحة نافذة فيما أذن له الولي فيه ، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦١) .

استدلوا بما استدل به أصحاب القول الأول ، إلا أنهم قيلوا تصرفه بحدود الإذن ؛ لأنه يتصرف بحسب الإذن ، ومن كان حاله كذلك فإنه يتقيد بما أذن له فيه^(٦٢) .

(٥٩) انظر الهداية للمرفياني ١٠/٤ ، وتبيين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٦٠) انظر تبيين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٦١) انظر المغني ٢٤٧/٦ ، والمحرد ٢٤٧/١ ، والإنصاف ٢٦٧/٤ ، وكشاف القناع ١٤٠/٣ .

(٦٢) انظر المغني ٢٥٠/٦ و ١٩٣/٧ ، والمبدع ٣٤٨/٤ - ٣٤٩ ، وكشاف القناع ٤٤٥/٣ .

القول الثالث ،

لايصح إذن الولي للمميز بالتجارة ، وإن تصرف فإن تصرفه يكون موقوفاً على إجازة الولي ، إن شاء أجاز ، وإن شاء رد ، وهو قول مالك ^(٦٣) .

واستدل بأن الصبي محجور عليه ، فلا يتولى العقد ^(٦٤) .
وبأن المميز يتاجر في ماله هو ، وليس للولي أن يضيع ماله بالإذن له ^(٦٥) .

ويمكن أن يجاب عن هذا : بأنه لافرق بين الإجازة اللاحقة ، والإذن السابق ، فإذا نفذت تصرفاته بالإجازة اللاحقة فإنها تنفذ بالإذن السابق من باب أولى .

القول الرابع ،

تصرفات المميز باطلة ، ولا أثر للإذن في تصحيحها ، وهو قول الشافعية ^(٦٦) ، ورواية عند الحنابلة ^(٦٧) .

استدلوا بما يأتي :

١ - قال الله تعالى : ﴿ وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(٦٨) .

(٦٣) انظر المدونة ٢٢٣/٥ ، والمقدمات الممهدة ٢٤٦/٢ ، ومواهب الجليل ٦٠/٥ ، حاشية العدوي على الخرشي ٣٠١/٥ ، والشرح الصغير ٢٨٤/٣ .

(٦٤) المدونة الكبرى ٢٢٣/٥ .

(٦٥) انظر حاشية العدوي على الخرشي ٣٠١/٥ .

(٦٦) انظر الأم ٢٠٩/٣ ، والمهذب ٢٥٧/١ ، والمجموع ١٤٢/٩ ، وروضة الطالبين ٣٤٢/٣ .

(٦٧) انظر المغني ٣٤٧/٦ .

(٦٨) سورة النساء آية : ٦ .

٢ - وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ (٦٩).

وجه الدلالة من الآيتين :

أَنَّ الآية الأولى اشترطت لدفع المال إلى الصبي شرطى البلوغ والرشد ، والآية الثانية نهت عن دفع المال إليه قبل حصول الشرطين ؛ لأن الصبي من السفهاء ، وتصحيح تصرف الصبي يستلزم دفع المال إليه قبل البلوغ وهذا منهي عنه (٧٠).

وأجيب عن هذا الاستدلال :

بأن الإذن فى التجارة لا يستلزم دفع المال إليه ؛ لأن الإذن هو أن يأمره بالبيع والشراء ، وذلك ممكن بغير أن يكون المال فى يده ، كما يؤذن للعبد فى التجارة من غير مال يدفع إليه (٧١).

٣ - قال رسول الله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ، عن النائم حتى

يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر ، وعن المجنون حتى يعقل

أو يفيق » (٧٢).

(٦٩) سورة النساء : آية : ٥ .

(٧٠) انظر التفسير الكبير ١٨٨/٩ .

(٧١) انظر أحكام القرآن للجصاص ٦٢/٢ .

(٧٢) أخرجه أبوحنيفة : ترتيب مسند الإمام الأعظم ٢٢١ ، والطياىسى من ١٥ رقم ٩٠ ، وسعيد بن منصور ، باب المرأة تلد لستة أشهر ، ج ٦٨/٢ رقم ٢٠٨٠ ، وابن أبى شيبة فى الطلاق ، ماقالوا فى الرجل يطلق فى المنام ٢٦٨/٥ ، وأحمد ١١٦/١ و ١١٨ و ١٤٠ و ١٥٥ و ١٥٨ و ١٠٠/١ - ١٠١ ، وابن ماجه فى أبواب الطلاق (١١) باب طلاق المعتوه والصغير والنائم (١٥) ج ٣٧٧/١ رقم ٢٠٥١ ، وأبو داود فى الحدود (٣٢) باب فى المجنون يسرق أو يصيب حداً (١٦) ج ٥٥٨/٤ - ٥٦٠ رقم ٤٣٩٨ و ٤٤٠١ - ٤٤٠٣ ، والترمذى فى الحدود (١٥) باب ماجاء فىمن لا يجب عليه الحد (١) ج ٣٢/٤ رقم ١٤٢٣ ، والدارمى فى الحدود (١٣) باب رفع القلم عن ثلاث (١) ج ٩٣/٢ رقم ٢٣٠١ ، والبزار : كشف الاستار ٢١٢/٢ كتاب الحدود ، باب رفع القلم عن ثلاث ، رقم ١٥٤٠ ، والنسائى فى الطلاق (٢٧) باب من لا يقع طلاقه من الأزواج (٢١) ج ١٥٦/٦ رقم ٣٤٣٢ واللفظ له ، وابن الجارود : باب فى الحدود ٢٧٣ - ٢٧٤ رقم ٨٠٨ ، وأبو يعلى ٣٦٦/٧

وجه الدلالة :

أن الحديث صرّح بعدم وجوب شئ على الصبى ، ولو صححنا بيعه
لوجب عليه تسليم المبيع ، وهذا يخالف ما دلّ عليه الحديث ^(٧٣) .

ويجاب عن هذا الاستدلال :

بأن المرفوع عن الصبى هو التكليف ، فالصبى ليس من أهل
خطاب التكليف ، أمّا خطاب الوضع فالصبى أهل له بدليل ضمان
الصبى لما ألتفه ^(٧٤) .

وصحة العقد ، ولزوم تسليم الثمن أو المبيع ، من خطاب الوضع ؛
لترتيبها على استيفاء العقد لشروطه وأركانه ^(٧٥) .

٤ - الصبى محجور عليه ، والحجر يقتضى المنع من جميع
التصرفات ^(٧٦) .

رقم ٤٤٠٠ ، وابن خزيمة فى الصلاة ، باب ذكر الخبر الدالّ على أن أمر الصبيان بالصلاة قبل
البلوغ على غير الإيجاب (٢٠٣) ج ١٠٢/٢ رقم ١٠٠٣ ، وباب ذكر إسقاط فرض الحج عن
الصبى قبل البلوغ (٨٦٩) ج ٣٤٨/٤ رقم ٣٠٤٨ ، والطحاوى فى معانى الآثار ، باب صوم يوم
عاشوراء ٧٤/٢ ، وابن حبان : (موارد الظمان للهيثمى) ٣٥٩ - ٣٦٠ كتاب الحدود (٢٣) باب
فيمن لأحد عليه (٢) رقم ١٤٩٦ و ١٤٩٧ ، والطبرانى فى الكبير ٨٩/١١ رقم ١١١٤١ ،
والدارقطنى فى الحدود ١٢٨/٣ - ١٣٩ رقم ١٧٣ ، والحاكم فى الصلاة ، رفع القلم عن ثلاث
٢٥٨/١ ، وفى البيوع ٥٩/٢ ، وفى الحدود ، ذكر من رفع عنهم القلم ٣٨٩/٤ ، والبيهقى فى
الصلاة ، باب من تجب عليه الصلاة ٨٣/٣ ، وفى مواضع أخرى من سنته ، انظر ٢٦٩/٤
و ٣٢٥ ، ٥٧/٨ و ٨٤ و ٢٠٦ ، ٣٥٩/٧ ، ٤١/٨ و ٢٦٤ ، و ٢٦٥ - ٢٦٤ و ٣١٧/١٠ .

(٧٣) المجموع ١٤٣/٩ .

(٧٤) انظر بدائع الصنائع ١٦٨/٧ ، والشرح الصغير ٤٠٥/٤ - ٤٠٦ ، ونهاية المحتاج ٣٦٤/٧ -
٣٦٥ ، والمغنى ٦١١/٦ .

(٧٥) وانظر شرح مختصر الروضة ١٨١/١ - ١٨٥ .

(٧٦) انظر التنبيه ٨٦ ، والمجموع ١٤٢/٩ - ١٤٤ ، وروضة الطالبين ١٧٧/٤ ، ومعنى المحتاج
٣٩٧/٢ .

ويجاب عنه : بأن كون الصبا سبباً للحجر إنما هو لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت الهداية بإذن الولي ، والشرع أمر باختبار الصبي ، والاختبار يتحقق بتفويض التصرف إليه ، فلا وجه لمنع التصرف .

هـ - العقل خفي لا يمكن الوقوف على الحد الذي يصلح به التصرف، والعقل يتزايد تزايداً خفياً التدريج ، فجعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ ، فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة^(٧٧) .

ويجاب عنه : بأن العقل يمكن الوقوف عليه بآثار وجريان تصرفاته على وفق المصلحة ، وكما أن البلوغ دليل على كمال الصلاحية كذلك الإذن من الولي؛ إذ لاتزاحم في الأسباب^(٧٨) .

القول الخامس :

تصرفات المميز باطلة ، إلا بيع الاختبار فإنه يصح ، وهو وجه عند الشافعية^(٧٩) .

استدلوا لمنع سائر تصرفاته بما استدل به أصحاب القول الرابع ، واستدلوا لجواز بيع الاختبار بقول الله سبحانه وتعالى : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٨٠) .

(٧٧) انظر المغنى ٢٤٧/٦ .

(٧٨) المصدر نفسه .

(٧٩) انظر المجموع ١٤٣/٩ ، روضة الطالبين ٣٤٢/٣ .

(٨٠) سورة النساء : آية : ٦ .

وجه الدلالة :

أَنَّ الله سبحانه وتعالى أمر باختبار اليتامى ليتِمَّ دفع المال إليهم عند بلوغهم ، ولا يكون الاختبار إلا بالإذن لهم فى التصرف بالبيع والشراء ليُعرفَ بذلك كيفية تصرفهم ، ومدى صلاحيتهم .

القول السادس :

لا تصح تصرفات المميز وإن أذن له وليه إلا فى الشئ اليسير ، وهو رواية عند الحنابلة ^(٨١) .

استدلوا لمنع سائر تصرفاته بما استدلَّ به أصحاب القول الرابع ، واستدلوا لتجوز التصرف فى اليسير ؛ بأنَّ الحجر عليهم قد شرع خوفاً من ضياع المال ، وهذا الخوف مفقود فى اليسير ^(٨٢) .

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال :

بأن قولكم لا يقتضى أن هذا الفعل يقع مرة واحدة فقط ؛ ليقال عنه أنه يسير ، واليسير إذا تكرر أصبح كثيراً ، وهذا يؤدى إلى ضياع ماله على فترات ، فإنه يمكنه التصرف فى اليسير ثم يتصرف فى اليسير وهكذا إلى أن يفنى ماله .

الترجيح :

الراجح هو القول الثانى ، القائل بصحة تصرفات المميز المأنون له فى القدر الذى أذن له فيه .

(٨١) الإنصاف ٢٦٧/٤ .

(٨٢) انظر شرح منتهى الإرادات ١٤١/٢ .

أما صحة تصرفاته فلما يأتي :

- ١ - قوة الأدلة التي تدل على صحة التصرف .
- ٢ - إن في اعتبار تصرفات الصبي اعترافاً بشخصيته ، وتنمية لقدراته وتشجيعاً لمواهبه ، وتمريناً له على التصرف بعد البلوغ ، وفيه تهيئة للصبي لدخول عالم الكبار بخبرة ومعرفة تعينانه على مصاعب الحياة .

وأما تقييد تصرفاته بحدود ما أذن له فيه فلما يأتي :

- ١ - إن الولي هو أعرف الناس بمقدرة الصبي على التصرف ، ويعلم مدى علمه بالتجارة والنوع الذي يحسن التصرف فيه ؛ فليس كل شخص يحسن التصرف في كل نوع .
- ٢ - إن إطلاق الإذن وعدم تقييده قد يكون سبباً في ضياع مال الصبي والشرع قد جاء بالحجر منعاً لهذا الضياع ، ولا يمكن تفادي هذا الضرر المتوقع إلا بتقييد الإذن . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثالث

الإذن لنقص الأهلية

□□□□□

هذا المطلب يضم تحته مسألتين :

المسألة الأولى : المجنون ، والإذن له فى التصرف .

المسألة الثانية : المعتوه ، والإذن له فى التصرف .

المسألة الأولى : المجنون ، والإذن له فى التصرف ،

قبل الكلام فى حكم الإذن للمجنون فى التصرف ، لابد من تعريف

الجنون لغة واصطلاحاً .

الجنون لغة : استتار العقل ، وزواله ، أو فساد فيه ^(١) .

والجَنُّ : السُّتْرُ ، يقال جَنُّ عليه الليلُ جنونا : أظلم حتى

يستره بظلمته ^(٢) ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ

رَأَى الْكُوكِبَاتِ ﴾ ^(٣) أى أظلم ^(٤) .

وجنُّ الليل وجنونه : اختلاط ظلامه ^(٥) .

قال الشاعر ^(٦) :

حتى يجىء وجنُّ الليل يوغله

والشوك فى وضح الرجلين مركزوز

(١) المعجم الوسيط ١٤٠/١ - ١٤١ .

(٢) تهذيب اللغة ٥٠١/١٠ .

(٣) سورة الأنعام : الآية : ٧٦ .

(٤) تفسير غريب القرآن ١٥٦ .

(٥) جمهرة اللغة ٩٢/١ « ج ن ن » .

(٦) هو المتنخل واسمه مالك بن عويمر ، والبيت فى شرح أشعار الهذليين : ١٢٦٤/٣

وفى الجمهرة منسوب إلى المتنخل : ٩٢/١ ، و٩٦١/٢ ، وأما فى اللسان فمرة نسبه إلى

العجير السلولى : ٧٣٣/١١ « وغل » ومرة ينسبه إلى الجميع : ٩٢/١٣ « جن » ومرة ينسبه

إلى المتنخل : ٦٣٥/٢ « وضح » و٤٣٠/٥ « وكز » ، ويوغله : يعجله ، ووَضَحُ الرجلين : بياضهما

من أسفلهما .

وقال آخر^(٧) :

فلولا جنون الليل أدرك ركضنا

بذي الرمث والأرطى عياض بن ناشب

ويقال لكل ماستر قد جنَّ^(٨) .

وجنَّ الرجل جنونا ، وأجنَّه الله فهو مجنون^(٩) .

والجنَّة : الجنون^(١٠) ، ومنه قوله تعالى : « أَوَلَمْ يَتَفَكَّرُوا

مَا بِصَاحِبِهِمْ مِّنْ جِنَّةٍ إِنْ هُوَ إِلَّا نَذِيرٌ مُّبِينٌ »^(١١) .

الجنون اصطلاحاً ،

المعنى الاصطلاحي للجنون مأخوذ من معناه اللغوي وهو زوال العقل وفساده^(١٢) .

قال الجرجاني : « الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً »^(١٣) .

(٧) هو دريد بن الصمة الجشمي ، ويروى « جنان الليل » ، والبيت في ديوانه ٢٩ ، وانظر مجاز القرآن ١٩٨/١ ، وإصلاح المنطق ٢٩٥ ، وجمهرة اللغة ٩٣/١ ، وشروح سقط الزند ١٢٥٤/٣ .
ونو الرمث : واد لبنى أسد (معجم البلدان ٧٧/٣ رقم ٥٥٩٩) . ونو الأرطى : موضع ، ورد ذكره في الاختيارين ٥١٦ ، وجاء في صفة جزيرة العرب : ١٧٣ أن الأرطى ماء للضبباب يصعد في دارة الخُزُرَيْن . وعياض بن ناشب أغلب الظن أنه عياض الثعلبي أحد بني ثعلبة بن سعد بن ذبيان . (الأغاني ٢٠/١٠) .

(٨) تهذيب اللغة ٥٠١/١٠ .

(٩) المصدر نفسه ٥٠٣/١٠ ، وانظر جمهرة اللغة ٩٢/١ ، والصاح ٢٠٩٣/٥ « جن » .

(١٠) تفسير غريب القرآن ١٧٥ ، والصاح ٢٠٩٤/٥ « جن » .

(١١) سورة الأعراف : آية : ١٨٤ .

(١٢) المغرب ٩٤ ، والدر النقي ٥٥١ رقم ١١١٩ .

(١٣) التعريفات ١٠٧ رقم ٥١٥ .

المجنون والإذن له فى التصرف .

اتَّفَقَ الفقهاء^(١٤) - رحمهم الله تعالى - على بطلان تصرفات

المجنون ، وعلى عدم جواز الإذن له فى التصرف ؛ لأنه لا عقل له ،
والأهلية شرط لجواز التصرف . ولا أهلية بدون عقل .

المسألة الثانية : المعتوه ، والإذن له فى التصرف .

أولاً : تعريف المعتوه لغة واصطلاحاً :

المعتوه لغة : المجنون^(١٥) .

يقال : عَتِهَ الرجلُ يُعْتَهُ عُتْهُا وَعُتَاهُ فهو معتوه أى مَذْهُوشٌ من غير

مسٍّ وجُنُونٍ . والتَّعَتُّ : التَّجَنُّنُ^(١٦) .

قال الشاعر^(١٧) :

بعد لجاج لا يكاد ينتهى

عن التَّصَابِي وعن التَّعَتِّ

وعَتِهَ الرجلُ فهو معتوه ، والاسم العُتَاهُ ، وهو اختلاط العقل شبيهه

بالبَلَّةِ^(١٨) .

(١٤) انظر بدائع الصنائع ١٧٠/٧ و ١٧١ ، والهداية للمرغيناني ٢٨٠/٣ ، وحاشية ابن عابدين

١٤٤/٦ - ١٤٥ ، ومواهب الجليل ٢٤١/٤ - ٢٤٢ ، والخرشي ٢٩٠/٥ ، والشرح الصغير

٢٨٢/٣ ، وجواهر الإكليل ٢/٢ ، والتتبيه ٦٤ ، والمجموع ١٤٢/٩ ، وروضة الطالبين ١٧٧/٤ ،

ومغنى المحتاج ١٦٥/٢ - ١٦٦ ، والمغنى ٥٩٣/٦ - ٥٩٤ و ٥١٠/٨ ، والمبدع ٢٣٠/٤ - ٢٣١ ،

وكشاف القناع ٤٣٠/٣ - ٤٣١ .

(١٥) تهذيب اللغة ١٣٩/١ عته .

(١٦) العين ١٠٤/١ عته .

(١٧) هـ رؤية بن العجاج البصرى ، والبيت فى ديوانه ص ١٦٥ .

(١٨) جمهرة اللغة ٤٠٢/١ عته .

المعتوه اصطلاحاً ،

معنى المعتوه فى الاصطلاح يقرب من معناه اللغوى . ولم يتطرق العلماء من غير الحنفية لمعنى المعتوه فى الاصطلاح ؛ وذلك لأن المالكية^(١٩) ، والشافعية^(٢٠) والحنابلة^(٢١) لم يفرقوا بين المجنون والمعتوه فى الحكم ، فهم يعتبرون المعتوه نوعاً من المجانين .

قال الدردير^(٢٢) : « المعتوه : ضعيف العقل »^(٢٣) .

وقال النووى : « المعتوه : نوع من المجانين »^(٢٤) .

وقال ابن المبرد^(٢٥) : « المعتوه : زائل العقل »^(٢٦) وقال : « المعتوه هو المجنون »^(٢٧) .

(١٩) انظر مثلاً الشرح الصغير ٢/٢٧٥ و ٤/٧ و ٢٣٩ .

(٢٠) انظر مثلاً التنبية ٨٦ ، وتحرير ألفاظ التنبية ٢٣٦ و ٢٤١ .

(٢١) انظر مثلاً المغنى ٩/٤١٥ - ٤١٦ .

(٢٢) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن أبى حامد ، العدوى المالكى ، أبو البركات ، الشهير بالدردير ، ولد سنة ١١٢٧ هـ ، له أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، وشرحه المعروف بالشرح الصغير ، وشرح مختصر خليل ويعرف بالشرح الكبير ، توفى سنة ١٢٠١ هـ . انظر ترجمته فى تاريخ عجائب الآثار ٣٢/٢ - ٣٥ ، وحلية البشر ١/١٨٥ - ١٨٨ ، وشجرة النور الزكية ٣٥٩ رقم ١٤٣٤ ، وفهرس الفهارس ١/٣٩٣ - ٣٩٤ رقم ١٩٦ .

(٢٣) الشرح الصغير ٢/٢٧٥ .

(٢٤) تحرير ألفاظ التنبية ٢٣٦ وانظر ٤١ و ٢٤١ .

(٢٥) هو يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن ، جمال الدين ، أبو المحاسن ابن عبد الهادى ، ولد سنة ٨٤٠ هـ ، له كتب كثيرة منها : الجوهر المنضد فى طبقات متأخرى أصحاب أحمد ، والدرالنقى فى شرح ألفاظ الخرقى و بحر الدم فيمن تكلم فيه أحمد بن حنبل بمدح أو تم . توفى سنة ٩٠٩ هـ ، انظر ترجمته فى الضوء اللامع ١٠/٢٠٨ رقم ١١٧٩ ، والكواكب السائرة ١/٣١٦ ، والنعت الاكمل ٦٧ - ٧٢ ، والسحب الوابلة ٤٨٦ - ٤٨٩ رقم ٧٨٩ .

(٢٦) الدر النقى ٣/٦١٩ رقم ١٢٢٩ .

(٢٧) المصدر نفسه ٣/٧٠٦ رقم ١٣٨٧ .

وأما الحنفية فقد عرّفوا المعتوه بأنّه من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير إلا أنّه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ^(٢٨) .
 بناءً على ما سبق ؛ فإن المالكية ^(٢٩) والشافعية ^(٣٠) ، والحنابلة ^(٣١) يرون بطلان تصرفات المعتوه ، إلحاقاً له بالمجنون ؛ ولذلك لا يقولون بجواز الإذن له في التصرف .

أما الحنفية ^(٣٢) فإنّهم يفرّقون بين المجنون والمعتوه ، ويلحقون الأخير بالصبيّ المميّز ؛ فلذلك يقولون بصحة تصرفاته النافعة نفعاً محضاً ، وبطلان تصرفاته الضارة ضرراً محضاً ، وتوقّف تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي إن لم يكن مأثوناً له ، ونفاذ تصرفاته إن كان مأثوناً .

ودليلهم على ذلك ما استدلوا به في حكم تصرفات المميّز ، والذي سبق ذكره في المطلب الذي مضى .

رأى الباحث :

الذي يظهر لي هو أن إلحاق المعتوه بالميّز فيه بُعد ؛ فإنّ المميّز الذي أجازوا له التصرف يعقل البيع والشراء ، ويعرف النافع من الضارّ أما العته فهو ضربٌ من الجنون ، كما ذكره أهل اللغة ^(٣٣) ، والجنون ضدّ العقل .

(٢٨) انظر تبين الحقائق ١٩١/٥ ، وحاشية ابن عابدين ١٤٤/٦ .

(٢٩) انظر الشرح الصغير ٢٧٥/٢ و ٢٣٩ و ٧/٤ .

(٣٠) انظر التنبيه ٨٦ .

(٣١) انظر المغنى ٤١٥/٩ - ٤١٦ .

(٣٢) انظر المبسوط ٢٥ / ٢١ - ٢٢ و ٨٢ ، ويدائع الصنائع ١٩٣/٧ ، والهداية للمرغيناني ١١/٤ .

وتبيين الحقائق ١٩١/٥ ، وحاشية ابن عابدين ١٤٤/٦ - ١٤٥ .

(٣٣) انظر تهذيب اللغة ١٣٩/١ « عته » .

وحسب تعريف الحنفية أنفسهم هو : قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، ومن كان قليل الفهم فاسد التدبير فليس أهلاً للإذن في التجارة ، ولم يشرع الحجر على السفیه الا لفساد تدبيره^(٢٤) ؛ فالمعتوه أولى ، لاسيماً وأنَّ الحنفية نكروا في تعريفهم أن الفرق بين المعتوه وبين المجنون يكمن في عدم ضرب المعتوه وشتمه ، وهذا التفريق لا يعدّ مسوغاً كافياً لنقول بجواز تصرفاته مع الإذن . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٤) سيأتى بيان ذلك بالتفصيل في المطلب القادم .

المطلب الرابع

الإذن للمحبور عليه
بالسفه في التصرف

□□□□□

الكلام فى تصرفات السفية ، وأثر الإذن فيها ، يستلزم ذكر الحجر على السفية وموقف العلماء منه ، ثمّ الكلام على تصرفات السفية قبل الإذن ، وبعد ذلك حكم الإذن للسفية ، وأثر الإذن فى تصرفاته ؛ فهذه ثلاث مسائل .

المسألة الأولى ، الحجر على السفية .

اختلف الفقهاء فى مشروعية الحجر على السفية على قولين :

القول الأول :

يحجر على السفية ، وبه قال الجمهور من المالكية ^(١) ، والشافعية ^(٢) والحنابلة ^(٣) ، وهو قول أبى يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية ^(٤) والقاسم بن محمد ^(٥) ، والأوزاعى ^(٦) ، وأبو ثور ^(٧) ، وأبو عبيد ^(٨) ،

(١) انظر المدونة ٢٢٠/٥ - ٢٢١ و ٢٢٤ ، والتفريع ٢٥٦/٢ ، والمقدمات الممهدة ٣٤٤/٢ - ٣٤٦ ، وحاشية الدسوقي ٢٩٢/٣ .

(٢) انظر التتبيه ٦٥ ، وروضة الطالبين ١٧٧/٤ و ١٨٢ ، ومغنى المحتاج ١٧٠/٢ - ١٧١ ، ونهاية المحتاج ٣٥٣/٤ - ٣٥٤ .

(٣) انظر الهداية لأبى الخطاب ١٦٤/٨ - ١٦٥ ، والمغنى ٦٠٧/٦ ، والإنصاف ٣٣٢/٥ ، وكشاف القناع ٤٣٠/٣ - ٤٣١ .

(٤) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨١/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٢/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٣٩/٢ ، وحاشية ابن عابدين ١٤٧/٦ .

(٥) انظر المغنى ٦٠٩/٦ .

(٦) المصدر نفسه ، وعمدة القارى ٣١٨/٧ و ٢٥٨/١٠ .

(٧) الإشراف لابن المنذر ١٢٩/٨ ، والمغنى ٦٠٩/٦ ، وعمدة القارى ٣١٨/٧ و ٢٥٨/١٠ .

(٨) الإشراف لابن المنذر ١٢٩/٨ ، والمغنى ٦٠٩/٦ ، وأبو عبيد هو القاسم بن سلام الهروى ، ولد سنة ١٥٠هـ أو سنة ١٥٤هـ بهراة ، له عدة كتب منها : غريب الحديث ، والغريب المصنف ، والناسخ والمنسوخ ، والأموال ، والأمثال ، وفضائل القرآن ، توفى بمكة سنة ٢٢٤هـ . انظر ترجمته فى طبقات النحويين واللغويين ١٩٩ - ٢٠٢ رقم ١٢٣ ، وطبقات الحنابلة ٢٥٩/١ - ٢٦٢ رقم ٣٦٩ ، ونزهة الألباء ١٠٩ - ١١٤ ، وإنباه الرواة ١٢/٣ - ٢٣ رقم ٥٥٠ ، وسير أعلام النبلاء ٤٩٠/١٠ - ٥٠٩ رقم ١٦٤ ، وطبقات الشافعية للسبكي ١٥٣/٢ - ١٦٠ رقم ٣٦ .

وإسحاق^(٩) وعثمان البتي^(١٠)، وعبيد الله بن الحسن^(١١) .

القول الثاني :

لا يحجر على الحر البالغ وإن كان سفيها ، وبه قال أبو حنيفة^(١٢) ،
وابن سيرين^(١٣) ، والنخعي^(١٤) .

ولم أتطرق لذكر أدلة كل فريق ومناقشتها ؛ لأن الكلام في
مشروعية الحجر ، وعدمه جاء عَرَضاً لبيان أن المسألتين الثانية والثالثة
مبنيتان على القول الأول ، والخلاف الذي يأتي ، هو خلاف بين القائلين
بالحجر على السفيه .

أما الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - فهو لا يرى الحجر على الحر
البالغ إطلاقاً ؛ ولذلك فإن تصرفات السفيه نافذة عنده مطلقاً ، ولا يتوقف
على إذن من أحد ؛ ولذلك فلا وجه للمسألتين عنده . والله سبحانه وتعالى
أعلم .

(٩) الإشراف لابن المنذر ١٢٩/١ ، والمغنى ٦٠٩/٦ ، وعمدة القارى ٣١٨/٧ و ٢٥٨/١٠ .

(١٠) الإشراف لابن المنذر ١٢٩/١ ، وعثمان هو ابن مسلم البتي ، أبو عمرو ، فقيه البصرة ، قيل له
البتى نسبة إلى بيع البتوت وهى الأكسية الغليظة ، توفي سنة ١٤٣ هـ . انظر ترجمته فى التاريخ
الكبير ٢١٥/٦ رقم ٢٢٠٤ ، والجرح والتعديل ١٤٥/٦ رقم ٧٨٦ ، وسير أعلام النبلاء ١٤٨/٦ -
١٤٩ رقم ٦٠ ، وتهذيب التهذيب ١٥٣/٧ - ١٥٤ رقم ٣٠٣ . وانظر فى نسبة البتي : المخصص
٧٠/١٥ ، والأنساب ٧٧/٢ - ٧٨ .

(١١) الإشراف لابن المنذر ١٢٩/١ ، وعبيد الله هو ابن الحسن بن الحسين التميمي العنبري ، قاضى
البصرة وخطيبها ، ولد سنة ١٠٠ هـ وتوفى سنة ١٦٨ هـ ، قال عنه ابن سعد : كان محموداً ثقة
عاقلاً من الرجال ، انظر ترجمته فى الطبقات الكبرى ٢٨٥/٧ ، وتاريخ خليفة ٤٣٩ - ٤٤١ ،
وأخبار القضاة ٨٨/٢ - ١٢٣ ، وتاريخ بغداد ٣٠٦/١٠ - ٣١٠ رقم ٥٤٥٦ ، وتاريخ الإسلام ،
حوادث ووفيات (١٦١ - ١٧٠) ص ٣٤٤ رقم ٢٦٣ .

(١٢) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨١/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٢/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٣٩/٢ ، وحاشية
ابن عابدين ١٤٧/٦ .

(١٣) انظر أحكام القرآن للجصاص ٤٨٩/١ والمغنى ٦٠٩/٦ .

(١٤) المصدران أنفسهما .

المسألة الثانية : تصرفات السفية قبل الإذن .

تصرفات السفية قبل الإذن على نوعين ^(١٥) :

النوع الأول ، التصرفات التي تحدثل الفسخ ، ويؤثر فيها الهزل .

النوع الثاني ، التصرفات التي لا تحدثل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل .

النوع الأول ، التصرفات التي تحدثل الفسخ ويؤثر فيها الهزل .

يمكن لنا أن نقسم هذا النوع من تصرفات السفية إلى ثلاثة

أقسام :

القسم الأول ، التصرفات المالية الضارة ضرراً محضاً كالهبة .

القسم الثاني ، التصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً كقبول

الهبة .

القسم الثالث : التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر

كالبيع والشراء .

(١٥) وجه هذه التفرقة أن هناك عقوداً لا يؤثر فيها الهزل كالنكاح والطلاق ، وعقوداً أخرى يؤثر فيها الهزل بمعنى أنه لا ينعقد إذا كان العاقد هازلاً في عقده غير جاد كالبيع والشراء مثلاً : أخذاً من حديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » رواه سعيد بن منصور في باب الطلاق لارجوع فيه ٣٦٩/١ رقم ١٦٠٣ ، وابن ماجه في أبواب الطلاق (١١) باب من طلق أو نكح أو راجع لاعيا (١٣) ٣٧٧/١ رقم ٢٠٤٩ ، وأبو داود في الطلاق (٧) باب في الطلاق على الهزل (٩) ٦٤٣/٢ - ٦٤٤ رقم ٢١٩٤ ، والترمذي في الطلاق (١١) باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (٩) ٤٩٠/٣ رقم ١١٨٤ ، وابن الجارود في النكاح ص ٢٣٩ رقم ٧١٢ ، والدارقطني في باب المهر ٢٥٦/٣ - ٢٥٧ رقم ٤٥ - ٤٨ ، والحاكم في الطلاق ١٩٧/٢ - ١٩٨ ، والبيهقي في كتاب الخلع والطلاق ، جماع أبواب ما يقع به الطلاق ، باب صريح ألفاظ الطلاق ٢٤٠/٧ - ٢٤١ ، وقد نسب ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٠٩/٣ ، والعظيم آبادي في التعليق المغني على الدارقطني ٢٥٦/٣ ، وعبد الله هاشم اليماني في تيسير الفتاح الودود ٢٣٩ رواية هذا الحديث إلى أحمد ولم أجده في مسنده ، ورواه الطبراني في معجمه الكبير ٣٠٤/١٨ رقم ٧٨٠ بلفظ « ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعق » ، ووجه إلحاق السفية بالهازل هو : أن الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب لا لتقصان في عقله ، والسفيه أيضاً يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى لا لتقصان في عقله . وانظر الهداية للمريغاني ٢٨٢/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٦/٥ .

القسم الاول ، التصرفات المالية الضارة ضرراً محضاً كالهبة .

اتفق الفقهاء ^(١٦) - رحمهم الله تعالى - على أن تصرفات السفية المالية والتي تضر به ضرراً محضاً باطلة ، ولا تنفذ ، فلا تصح هبته أو أى تبرع منه ؛ لأن الحجر على السفية شرع لدفع الضرر عنه ، وهبته وتبرعه تجلب الضرر إليه ، وهذا يناهى مقتضى الحجر فلا يصح .

القسم الثانى ، التصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً ، كقبول الهبة .

اختلف الفقهاء فى حكم تصرفات السفية النافعة مثل قبول الهبة على قولين :

القول الاول ،

تصرفات السفية النافعة نفعاً محضاً نافذة مطلقاً وبه قالت الحنفية ^(١٧) والمالكية ^(١٨) ، والشافعية فى أصح الوجهين عندهم ^(١٩) ، وهروجة عند الحنابلة ^(٢٠) .

(١٦) انظر بدائع الصنائع ١٧١/٧ ، وتبيين الحقائق ١٩٢/٥ و ١٩٨ ، ومجمع الأنهر ٤٣٩/٢ ، والمقدمات المهدات ٣٥٧/٢ ، ومواهب الجليل ٦٠/٥ ، والشرح الصغير ٣٨٤/٣ ، وروضة الطالبين ١٨٣/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧١/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٥/٤ ، والمغنى ٦١٣/٦ ، والمبدع ٤٤٤/٤ ، وكشاف القناع ٤٤١/٣ .

(١٧) انظر بدائع الصنائع ١٧١/٧ ، وتبيين الحقائق ١٩٥/٥ و ١٩٨ .

(١٨) انظر مواهب الجليل ٥٤/٦ .

(١٩) انظر روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧١/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٥/٤ .

(٢٠) اختاره ابن قدامة فى المغنى ٢٥٥/٨ ، والمرداوى فى الإنصاف ٢٦٩/٤ ، وانظر المحرر ٣٤٧/١ وكشاف القناع ١٤٠/٣ .

واستدلوا بأن : الحجر إنما شرع على السفية لدفع الضرر عنه ، وفي هذه التصرفات لا يوجد ضررٌ ليقال بعدم النفاذ ، بل بالعكس هي محض منفعة ، فعلة الحجر انتفت هنا ، وإذا زالت العلة زال معلولها فلم يبق إلا نفاذ تلك التصرفات .

القول الثاني :

لا تصح تصرفات السفية وإن كانت نافعة ؛ فلا يصح قبوله للهبة ، وبه قالت الشافعية في الوجه الآخر عندهم ^(٢١) ، وهو وجه عند الحنابلة ^(٢٢) .

دليلهم : أن السفية محجور عليه ، والحجر يقتضي المنع من التصرف .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح لوجه دليله ؛ لأن الحجر على السفية حجرٌ لصالحه ، ومنعه من قبول الهبة ليس من صالحه ، بل يجلب الضرر إليه ، وجلب الضرر يتنافى مع الحجر ؛ فلا يصح - والله سبحانه وتعالى أعلم ^(٢٣) .

(٢١) انظر روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧١/٢ .

(٢٢) هو المذهب في كشف القناع ١٤٠/٣ ، وانظر المحرر ٣٤٧/١ ، والإنصاف ٢٦٩/٤ .

(٢٣) ينبغي التنبيه لما ذكرته الدكتورة سعاد صالح في كتابها « أحكام تصرفات السفية » ص ٨٧ فإن كلامها يدل على اتفاق الفقهاء في حكم المسألة ، والأمر ليس كما ذكرت ، وقد بينت الخلاف في المسألة .

القسم الثالث ، التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء .

اختلف الفقهاء فى حكم هذه التصرفات على قولين ^(٢٤) :

القول الاول ،

ينعقد بيع السفينة وشراؤه ، وعقود معاوضاته موقوفاً على إذن وليه
إن شاء أجاز وإن شاء ردّ ، وبه قالت الحنفية ^(٢٥) ، والمالكية ^(٢٦) .

دليلهم : قياس تصرف السفينة على تصرف الصبى بجامع
الحجر عليهما فكما وقع تصرف المميز موقوفاً على إجازة وليه ، فكذلك
تصرف السفينة يوقف نفاذه على إذن الولي ^(٢٧) .

ويمكن الجواب عن القياس بجوابين :

الجواب الاول :

هذا قياس مع الفارق ؛ لأن علة الحجر على الصبى تكمن فى نقص
الاهلية وعدم اكتمال التمييز ، بخلاف السفينة ؛ فإن العلة فى
الحجر عليه هى تذييره لماله .

(٢٤) هناك نقطتان أود التنبيه عليهما ، النقطة الاولى : ذكر الدكتور عبد العزيز الخالد فى رسالته
للدكتوراة « العقد الموقوف » ص ٢٢١ أن الفقهاء اتفقوا على أن بيع السفينة ، وشراؤه ، وهبته ،
موقوف على نظر وليه إن شاء أجاز وإلا ردّ ، ونقل الاتفاق غير صحيح كما سيتبين .
النقطة الثانية : ما ذكرته الدكتور سعاد صالح فى كتابها « أحكام تصرفات السفينة » ص
٨٨ - ٨٩ من أن مذهب الحنابلة هو وقف بيع السفينة على إجازة الولي وهذا غير صحيح ؛ فقد
قال شمس الدين بن مفلح فى « الفروع » ٦/٤ : « والسفينة مثله - أى المميز - إلا فى عدم
وقفه » وعلق عليه المرداوى فى الإنصاف ٢٦٧/٤ : « يعنى أن لنا رواية فى المميز بصحة تصرفه
وروقفه على إجازة الولي بخلاف السفينة » وقال أيضاً : « يستثنى من محل الخلاف - فى تصرف
الصبى المميز والسفينة - عدم وقف تصرف السفينة » .

(٢٥) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨٢/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٥/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٣٩/٢ .

(٢٦) انظر المقدمات الممهدة ٣٥٧/٢ ، ومواهب الجليل ٦٢/٥ ، والشرح الصغير ٣٨٤/٣ .

(٢٧) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨٢/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٥/٥ ، والدر المختار ١٤٨/٦ - ١٤٩ .

الجواب الثانى :

حكم الأصل المقيس عليه مختلف فيه ، ومن شروط القياس الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

القول الثانى :

لايصح بيع السفية ، ولاشراؤه ، وكذلك سائر عقود المعاوضات وبه قالت الشافعية^(٢٨) ، والحنابلة^(٢٩) .

واستدلوا بأن : السفية محجور عليه ، والحجر يقتضى منعه من التصرف دفعاً لوقوع الضرر عليه ، وتصحيح تصرفه يؤدى إلى تضییع ماله مما يجلب الضرر إليه ، وهذا يبطل معنى الحجر فلا يصح^(٣٠) .

ويمكن الإجابة عنه بأن قولكم : تصحيح تصرف السفية يؤدى إلى ضیاع ماله ، إنما يكون صحيحاً لو قلنا بنفاذ تصرفاته دون الرجوع إلى الولی ، أما فى حالة توقف النفاذ على إجازة الولی ؛ فإن الغالب أن الولی أمين على مولاه ، ولايجز ما يؤدى إلى ضرره ؛ لأن إجازته لما يضر مولاه تتسبب فى عزله من الولاية ؛ فاحتمال الضرر مدفوع .

الترجيح :

الراجح هو القول الاول ؛ لأن الحكمة فى تشريع الحجر على السفية هى الحفاظ على ماله ، وعدم تمكينه من إتلافه بالتبذير .

(٢٨) انظر روضة الطالبين ١٨٣/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧١/٢ ، ونهاية المحتاج ٢٥٤/٤ .

(٢٩) انظر المغنى ٦١١/٦ ، والمبدع ٣٢٠/٤ ، والإنصاف ٢٦٧/٤ ، وكشاف القناع ٤٣١/٣ .

(٣٠) انظر مغنى المحتاج ١٧١/٢ ، ونهاية المحتاج ٢٥٤/٤ ، والمبدع ٣٢٠/٤ ، وكشاف القناع

وتوقف نفاذ البيع على إجازة الولي لايتناقض مع الحجر ؛ لأن
الولي لايجيز تصرف السفية إلا إذا كان يترتب عليه مصلحة راجحة ،
وإبطال تصرف السفية دون انتظار إجازة الولي قد يترتب عليه ضرر
أكبر ، لاسيما إذا كان البيع بأعلى من ثمن المثل وهذا يتنافى مع
مصلحة السفية التي شرع الحجر للحفاظ عليها . والله سبحانه وتعالى
أعلم .

النوع الثاني ، التصرفات التي لايتحمل الفسخ ولايؤثر فيها الهزل .

هذا النوع من التصرفات يشمل نكاح السفية ، وطلاقه ، وعتقه .

أولاً : نكاح السفية :

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في حكم نكاح السفية على

أربعة أقوال :

القول الاول ،

نكاح السفية نافذ مطلقاً ، وبه قالت الحنفية^(٣١) ، وهو قول
للحنابلة^(٣٢) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس النكاح على الطلاق ، بجامع ان كلا منهما عقد غير

مالى ، فكما صح طلاق السفية بغير إذن وليه ؛ فكذلك

نكاحه^(٣٣) .

(٣١) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨٣/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٦/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٤٠/٢ ، والدر
المختار ١٤٨/٦ - ١٤٩ .

(٣٢) انتاره القاضى أبويعلى وابن قدامة ، انظر الهداية لأبى الخطاب ١٦٥/١ ، والمغنى ٦١٤/٦ ،
والإنصاف ٣٣٤/٥ .

(٣٣) انظر المغنى ٦١٤/٦ .

يجاب عن القياس : بأن النكاح مظنة للإتلاف بخلاف الطلاق
فالنكاح تصرف يجب به مال ، والسفيه محجور عن التصرف في المال .
ويرد على هذا الجواب : بأن لزوم المال بطريق الضمن^(٣٤) ،
والقاعدة الفقهية تقول : « يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً مالا
يغتفر إذا كان مقصوداً »^(٣٥) ، « يغتفر في العقود
الضمنية مالا يغتفر في الاستقلال »^(٣٦) .

٢ - النكاح من العقود التي لا يؤثر فيها الهزل : فلا يؤثر فيها
السفه^(٣٧) .

يجاب عنه : بأن هذا غير لازم ؛ لأن عدم تأثير الهزل لا يستلزم
عدم تأثير السفه ؛ فالصبا يؤثر في عقد النكاح ولا يؤثر فيه الهزل مع أن
عبارة الصبي والهازل واحدة .

القول الثاني :

نكاح السفه موقوف على إجازة الولي ، إن شاء أجاز ، وإن شاء
رد ، وهو قول المالكية^(٣٨) .

(٣٤) المصدر نفسه .

(٣٥) المنشور في القواعد ٣٧٦/٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٣ ، والأشباه والنظائر لابن
نجيم ١٢١ .

(٣٦) المنشور في القواعد ٣٧٨/٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٣ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم
١٢١ .

(٣٧) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨٣/٣ ، وتبيين الحقائق ١٩٦/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٤٠/٢ ،
والدر المختار ١٤٨/٦ .

(٣٨) انظر المدونة ٢٢١/٥ ، والمقدمات المهدات ٣٥٧/٢ ، والتاج والإكليل ٤٥٧/٣ ، ومواهب الجليل
٤٥٧/٣ .

دليلهم : النكاح تصرف يؤدي إلى وجوب مال عليه ، فلا يصح هذا التصرف ؛ لأن السفية محجور عليه ، والحجر يقتضي المنع من التصرفات إلا بأذن الولي ؛ لأن الولي لا يجيز إلا ما كان فيه مصلحة .

القول الثالث ،

نكاح السفية قبل الإذن باطل ولا يتوقف على إجازة الولي ، أما إن أذن له الولي ابتداء فإن النكاح صحيح ، وهذا قول الشافعية ^(٣٩) ، وهو قول للحنابلة ^(٤٠) .

واستدلوا لبطلان النكاح قبل الإذن ؛ بأن النكاح يستوجب إتلافاً للمال أومظنة إتلافه ، والحجر شرع لمنع الإتلاف ومظنته ^(٤١) .

واستدلوا لصحة النكاح بعد إذن الولي ؛ بأن الولي لا يائذن إلا في موضع الحاجة فلا يؤدي إلى إتلاف المال ^(٤٢) .

يجاب عن استدلالهم : بأن نكاح السفية قبل الإذن يكون مظنة الإتلاف إذا قلنا بنفاذه من غير توقف على إجازة الولي ، أما مع التوقف فإن احتمال الضرر مدفوع .

وأما قولكم بصحة النكاح مع الإذن السابق ؛ فإن « الإجازة اللاحقة كالإذن السابق » .

(٣٩) انظر المذهب ٣٣٢/١ ، وروضة الطالبين ١٨٣/٤ - ١٨٤ ، ومغنى المحتاج ١٧١/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٦/٤ - ٣٥٧ .

(٤٠) اختاره أبو الخطاب ، انظر الهداية لأبي الخطاب ١٦٥/١ ، والمغنى ٦١٤/٦ ، والإنصاف ٣٣٤/٥ .

(٤١) انظر المذهب ٣٣٢/١ ، وروضة الطالبين ١٨٣/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧١/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٦/٤ ، والمغنى ٦١٤/٦ .

(٤٢) انظر المذهب ٣٣٢/١ .

القول الرابع ،

إن كان السفية محتاجاً إلى النكاح ؛ فإنه يصح نكاحه من غير إذن وليه ، وإن لم يكن محتاجاً إلى النكاح ؛ فلا يصح بغير إذنه ، وهذا هو المعتمد عند الحنابلة^(٤٣) .

واستدلوا لحالة الاحتياج بأن النكاح حينئذ مصلحة محضة ، والنكاح لم يشرع لقصد المال أصلاً ، فيصح^(٤٤) .

واستدلوا لحالة عدم الاحتياج بقياس النكاح على الشراء بجامع أن كلا منهما تصرف يجب به مال ، فكما لا يجوز الشراء إلا بإذن الولي فكذلك النكاح^(٤٥) .

يجاب عنه ؛ بأن التفريق بين الاحتياج وعدمه يحتاج إلى دليل ، ودليلكم فيه تناقض ؛ فالنكاح في كلا الحالين تصرف يجب به مال ؛ فإذا لم يصح في الحالة الثانية لم يصح في الحالة الاولى .
الترجيح :

الراجع هو القول الثاني ، القائل بوقف نكاح السفية على إجازة الولي لما يأتى :

أولاً ، النكاح تصرف يستلزم مالاً ، والسفيه محجور عن التصرف في المال .

(٤٣) انظر الإنصاف ٣٣٤/٥ ، وكشاف القناع ٤٤١/٣ .

(٤٤) انظر كشاف القناع ٤٤١/٣ .

(٤٥) المصدر نفسه .

ثانياً ، القول بنفاذ النكاح يترتب عليه إتلاف المال ، فالسفيه يستطيع أن ينكح ويطلق في اليوم عدة مرات ، لاسيما إن كان مهر مثل المنكحة عالياً ، وهذا يؤدي إلى ضياع المال في فترة زمنية قصيرة ، ولا يمكن اجتناب هذا التضييع إلا بوقف النكاح على إذن الولي .

ثالثاً ، الولي أعرف الناس بحال محجوره وحاجته إلى النكاح ، ولا يآذن إلا فيما فيه مصلحة لمن هو في ولايته ؛ فوقف على إجازته تحقيقاً لتلك المصلحة . والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثانياً : طلاق السففيه :

اتفق الفقهاء^(٤٦) - رحمهم الله تعالى - على أن السففيه إذا طلق ، فإن طلاقه نافذ ، ولم يخالف في هذا إلا عطاء^(٤٧) ، وابن أبي ليلى^(٤٨) . قال ابن المنذر : « وأجمعوا على أن طلاق السففيه لازم له ، وانفرد عطاء بن أبي رباح فقال : لا يجوز نكاحه ، ولا طلاقه »^(٤٩) . واستدل ابن أبي ليلى بأن البضع يجري مجرى المال ؛ بدليل أنه يمكن تملك البضع بمال ، ويصح زوال الملك عن البضع بالمال أيضاً ، فلا يملك التصرف في البضع لمالئته^(٥٠) .

(٤٦) انظر تبين الحقائق ١٩٥/٥ ، ومجمع الأنهر ، ٤٣٩/٢ ، والدر المختار ١٤٨/٦ - ١٤٩ ، والمبينة ٢٢١/٥ ، والمقدمات الممهدة ٣٥٦/٢ ، والخرشي ٢٩٥/٥ ، وروضة الطالبين ١٨٥/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٩/٤ ، والمغنى ٦١٢/٦ ، والإنصاف ٣٣٦/٥ ، وكشاف القناع ٤٤٢/٣ .

(٤٧) الإجماع ٨١ رقم ٤١٠ .

(٤٨) المغنى ٦١٢/٦ .

(٤٩) الإجماع ٨١ رقم ٤١٠ .

(٥٠) المغنى ٦١٢/٦ .

يردّ عليه بأن شبهه بالمال من جهة لا يستلزم أن يكون له حكم المال ؛ بدليل أنه يصحّ الطلاق من العبد وهو لا يملك المال ، وأيضاً الطلاق لا يورث ؛ فخالف حكمه حكم المال ^(٥١) .

ودليل الجمهور ؛ قياس الطلاق على الإقرار بالحدود بجامع أن كلاً منهما تصرف لا تعلّق له بالمال ، ولا يجرى مجرى المال ؛ فكما جاز إقراره بالحدود ، جاز طلاقه ^(٥٢) .

ثالثاً : عتق السفية :

اختلف الفقهاء فى حكم عتق السفية على قولين ^(٥٣) .

القول الأول :

عتق السفية نافذ مطلقاً ، وبه قالت الحنفية ^(٥٤) ، وهو قول للحنابلة ^(٥٥) .

واستدلوا بما يأتى :

١ - قياس عتق السفية على عتق الرأهن ، بجامع أن كلاً من الرأهن والسفية محجور عليه ؛ فكما جاز عتق الرأهن ، فكذلك عتق السفية ^(٥٦) .

(٥١) المصدر نفسه ٦١٣/٦ .

(٥٢) المصدر نفسه ٦١٢/٦ - ٦١٣ ، وانظر تبين الحقائق ١٩٥/٥ ، والمقدمات المهدات ٣٥٦/٢ ، وروضة الطالبين ١٨٥/٤ .

(٥٣) ذكر الدكتور عبد العزيز الخالد فى رسالته « العقد الموقوف » ص ٣٢٤ أن المشهور عند المالكية وقف العتق على إجازة الولّى ، وهذا غير صحيح فإن المالكية يرون بطلان عتق السفية ولا يرون وقفه ، وسيتبين ذلك عند سرد أقوالهم ، وانظر المقدمات المهدات ٣٥٧/٢ ، والتاج والإكلیل ٦٠/٥ ، ومواهب الجليل ٦١/٥ - ٦٢ ، والشرح الصغير ٣٨٤/٣ .

(٥٤) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨٢/٣ ، وتبين الحقائق ١٩٦/٥ ، ومجمع الأنهر ٤٣٩/٢ ، والدر المختار ١٤٨/٦ - ١٤٩ .

(٥٥) انظر الهداية لأبى الخطاب ١٦٥/١ ، والمغنى ٦١٣/٦ ، والمبدع ٣٤٤/٤ ، والإنصاف ٣٣٧/٥ .

(٥٦) انظر المغنى ٦١٣/٦ ، والمبدع ٣٤٤/٤ .

٢ - قياس عتق السفية على عتق المفلس ، بجامع أن كلاً من
المفلس والسفية محجور عليه ؛ فكما جاز عتق المفلس ،
فكذلك عتق السفية ^(٥٧) .

ويجاب عن القياسين بما يأتي :

أولاً ، هذان قياسان مع الفارق ؛ إذ أن الحجر على الرامن
والمفلس لحقٌ غيرهما ، أما السفية فإن الحجر عليه لحقٌ
نفسه ^(٥٨) .

ثانياً ، حكم الأصل مختلف فيه بين الفقهاء ، ومن شروط القياس
الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ^(٥٩) .

٣ - العتق تصرف لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه ؛ لأن
السفية في معنى الهازل يخرج كلامه على غير نهج
العقلاء ^(٦٠) .

ويجاب عن هذا الاستدلال :

بأنه غير لازم ؛ لأن عدم تأثير الهزل لا يستلزم عدم تأثير السفه ،
فالصبا يؤثر في العتق ولا يؤثر فيه الهزل ، مع أن عبارة الصبي والهازل
واحدة .

(٥٧) المصدران أنفسهما .

(٥٨) المصدران أنفسهما .

(٥٩) المصدران أنفسهما .

(٦٠) انظر الهداية للمرغيناني ٢/٢٨٢ ، وتبيين الحقائق ٥/١٩٦ ، ومجمع الأنهر ٢/٤٣٩ .

القول الثانى .

عتق السفية باطل مطلقاً ، وبه قالت المالكية ^(٦١) ، والشافعية ^(٦٢) وهو المذهب عند الحنابلة ^(٦٣) .

واستثنت المالكية صورة واحدة من صور العتق فحكموا بالنفاذ ، وهى أن تكون المعتقة أمّ ولدٍ للمعتق ، وهذا هو المعتمد عندهم ^(٦٤) ، غير أن المغيرة ^(٦٥) ، وابن نافع ^(٦٦) من المالكية ذهبوا إلى بطلان العتق فى جميع صورته ^(٦٧) .

أدلة بطلان العتق .

١ - قياس العتق على الهبة ، بجامع أن كلا منهما تبرع ؛ فكما لاتصح الهبة من السفية فكذلك العتق ^(٦٨) .

(٦١) انظر المقدمات الممهدة ٢/٢٥٧ ، ومواهب الجليل ٥/٦١ - ٦٢ ، والشرح الصغير ٣/٢٨٤ .

(٦٢) انظر روضة الطالبين ٤/١٨٣ ، ومغنى المحتاج ٢/١٧١ ، ونهاية المحتاج ٤/٢٥٥ .

(٦٣) انظر الهداية لأبى الخطاب ١/١٦٥ ، والمغنى ٦/٦١٢ ، والإنصاف ٥/٣٣٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٩٤ .

(٦٤) انظر المقدمات الممهدة ٢/٢٥٧ ، ومواهب الجليل ٥/٦١ ، والقرشى ٥/٢٩٥ .

(٦٥) هو المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومى ، أبو هاشم ، فقيه المدينة بعد مالك ، ولد سنة

١٢٤هـ ، سمع أبا الزناد ومالكا ، وتوفى سنة ١٨٦هـ . انظر ترجمته فى التاريخ الكبير ٧/٢٢١

رقم ١٣٧٨ ، وترتيب المدارك ٣/٢ - ٨ ، وتاريخ الاسلام حوادث (١٨١ - ١٩٠) ص ٤١٠ -

٤١١ رقم ٣٦٤ ، والديباج المذهب ٢/٣٤٣ - ٣٤٤ رقم ١٦٣ ، وتهذيب التهذيب ١٠/٢٦٤ - ٢٦٥

رقم ٤٧٤ .

(٦٦) هو أبو محمد عبد الله بن نافع الصائغ المدنى ، القرشى ، ولد سنة ثيف وعشرين ومائة ، من

كبار فقهاء المدينة ، خلف مالكا فى مجلسه بعد ابن كنانة ، وتوفى سنة ٢٠٦هـ . انظر ترجمته فى

الطبقات الكبرى ٥/٤٣٨ ، وترتيب المدارك ٣/١٢٨ - ١٣٠ ، وسير أعلام النبلاء ١٠/٣٧١ -

٣٧٤ رقم ٩٦ ، والديباج المذهب ١/٤٠٩ - ٤١٠ رقم ٢ ، وتهذيب التهذيب ٦/٥١ - ٥٢ رقم ٩٨

(٦٧) انظر المقدمات الممهدة ٢/٢٥٧ ، ومواهب الجليل ٥/٦١ - ٦٢ .

(٦٨) انظر المغنى ٦/٦١٢ ، والمبدع ٤/٣٤٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٩٤ .

٢ - قياس السفية على الصبى بجامع الحجر فيهما ؛ فكما لا يصح عتق الصبى فكذلك عتق السفية^(٦٩) .

٣ - العتق نوعٌ من أنواع التبرع ، والسفيه ليس من أهل التبرع لكونه محجوراً عليه لحفظ ماله ، والتبرع ينافى الحفظ^(٧٠) .
واستدل المالكية لاستثناء أم الولد بأن أم الولد تشبه الزوجة ، ليس له حق فيها إلا الاستمتاع بالوطء ومآلها إلى العتق^(٧١) .

الترجيح :

الراجح هو القول ببطلان عتق السفية مطلقاً ؛ لأن الحجر شرع على السفية حفظاً لماله من التلف ، والعتق نوعٌ من أنواع التبرع يؤدى إلى إتلاف للمال والقول بصحته ينافى حكمة الحجر عليه ؛ فلا يصح .
والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثالثة : تصرفات السفية المالية بعد الإذن .

اختلف الفقهاء فى بيع السفية وشرائه إذا أذن له وليه على ثلاثة

أقوال :

القول الاول :

إذا أذن الولي للسفيه فى البيع والشراء ، فإن تصرفه يكون نافذاً ، وبه قالت الحنفية^(٧٢) ، والمالكية^(٧٣) وهو المذهب عند الحنابلة^(٧٤) .

(٦٩) انظر المغنى ٦١٣/٦ ، والمبدع ٣٤٤/٤ .

(٧٠) انظر كشف القناع ٤٤١/٣ .

(٧١) انظر المقدمات المهدات ٣٥٧/٢ .

(٧٢) انظر المبسوط ١٧٥/٢٤ ، والدر المختار ١٤٩/٦ .

(٧٣) انظر المقدمات المهدات ٣٥٧/٢ ، والخرشي ٢٩٢/٥ ، والشرح الصغير ٢٨٤/٣ .

(٧٤) انظر المغنى ٦١٤/٦ ، والإنصاف ٢٦٧/٤ ، وكشاف القناع ٤٣١/٣ .

وهو أصح الوجهين للشافعية عند الغزالي^(٧٥) بشرط أن يعين الولي
التصرف وقدر العوض^(٧٦).

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس البيع على النكاح بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة ،
فكما ملك السفية النكاح بالإذن فإنه يملك البيع^(٧٧).

٢ - قياس السفية على الصبي بجامع الحجر في كل منهما ؛ فكما
صح من الصبي تصرفه بعد الإذن ، فإن السفية أولى
بالتصرف بالإذن لميزة العقل^(٧٨).

يجاب عنه : بأن القياس غير صحيح ؛ لأن حكم الأصل مختلف
فيه ، ومن شروط القياس الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

٣ - السفية لا بد لفك الحجر عنه من معرفة رشده ، ولا طريق لذلك
إلا باختباره بالبيع والشراء بإذن الولي^(٧٩).

(٧٥) هو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي ، أبو حامد الغزالي ، ولد سنة ٤٥٠ هـ بطوس ،
له : البسيط ، والوسيط ، والوجيز ، والخلاصة ، والمستصفي ، وشفاء الغليل ، والمنحول ، وإحياء
علوم الدين ، يعرف بـ « حجة الإسلام » ، توفي سنة ٥٠٥ هـ . انظر ترجمته في المنتخب من
السياق ٨٣ - ٨٥ رقم ١٦١ ، والمنتظم ١٦٨/٩ - ١٧٠ رقم ٢٧٧ ، وسير أعلام النبلاء ٢٢٢/١٩
- ٢٤٦ رقم ٢٠٤ وطبقات الشافعية للسبكي ١٩١/٦ - ٢٨٩ رقم ٦٩٤ ، وطبقات الشافعية
للإسنوي ٢٤٢/٢ - ٢٤٥ رقم ٨٦٠ .

(٧٦) انظر روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٧/٤ ، وينبغي
التنبه إلى أن الخلاف بين الشافعية في تجويز تصرفه بالإذن إنما هو إذا عين الولي تصرفاً وقدر
العوض ، أما إذا أطلق الإذن فإنه لا يصح تصرف السفية بهذا الإذن قولاً واحداً .

(٧٧) انظر المهذب ٣٣٢/١ ، وروضة الطالبين ١٨٤/٤ ، والمغنى ٦١٦/٦ .

(٧٨) انظر تبين الحقائق ١٩٥/٥ ، والمغنى ٦١٦/٦ .

(٧٩) انظر المغنى ٦١٧/٦ .

القول الثانى :

لايصح تصرف السفية ، وإن أذن له وليه ، سواء كان الإذن مطلقا أم مقيدا ، وهو أصح الوجهين للشافعية عند البيهقى^(٨٠) ، والجرجانى^(٨١) ، والرافعى^(٨٢) ، والرويانى^(٨٣) والنووى^(٨٤) ، وهو رواية عن الإمام عند بعض الحنابلة^(٨٥) ووجه عند بعضهم .

(٨٠) روضة الطالبين ١٨٤/٤ .

(٨١) المصدر نفسه ، والمراد بالجرجانى هنا : أحمد بن محمد بن أحمد ، أبو العباس الجرجانى ، قاضى البصرة ، وشيخ الشافعية بها ، تفقه على الشيخ أبى إسحاق الشيرازى ، له : التحرير والمعاملة ، والشافى ، والمعاية ، توفى سنة ٤٨٢ هـ ، انظر ترجمته فى المنتظم ٥٠/٩ رقم ٧٦ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٧٤/٤ - ٧٦ رقم ٧٧١ ، وطبقات الشافعية للأسنوى ٣٤٠/١ - ٣٤٢ رقم ٣٠٦ ، وطبقات الشافعية لابن قاضى شعبة ٢٨٢/١ ، رقم ٢٢٢ .

(٨٢) روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، والرافعى هو : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل ، أبو القاسم الرافعى ، شيخ الشافعية ، انتهت إليه معرفة المذهب ، ولد سنة ٥٥٥ هـ ، له : الفتح العزيز فى شرح الوجيز ، والمحرز ، والتذنيب ، والتدوين فى أخبار قزوين ، توفى سنة ٦٢٣ هـ . انظر ترجمته فى تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢ - ٢٦٥ رقم ٤٠٥ ، وسير أعلام النبلاء ٢٥٢/٢٢ - ٢٥٥ رقم ١٣٩ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٢٨١/٨ - ٢٩٣ رقم ١١٩٢ ، وطبقات الشافعية لابن قاضى شعبة ٩٤/٢ - ٩٨ رقم ٣٧٧ .

(٨٣) روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، والرويانى هو : عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد ، أبو المحاسن الرويانى ، الطبرى ، ولد سنة ٤١٥ هـ ، كان آية فى الحفظ ، وكان يقول : لو احترقت كتب الشافعى لأمليتها من حفظى ، له : البحر ، والحية ، ومناصب الشافعى ، استشهد سنة ٥٠١ هـ . انظر ترجمته فى المنتخب من السياق ٥٢٠ رقم ١١٢٠ ، والأنساب ١٨٩/٦ - ١٩٠ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٧٧/٢ رقم ٤٦٤ ، وسير أعلام النبلاء ٢٦٠/١٩ - ٢٦٢ رقم ١٦٢ ، وطبقات الشافعية للسبكي ١٩٣/٧ - ٢٠٤ رقم ٩٠١ ، وطبقات الشافعية للأسنوى ٥٦٥/١ - ٥٦٦ رقم ٥١٨ .

(٨٤) روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، وهو المذهب عند المتأخرين ، انظر مغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٧/٤ .

(٨٥) انظر الهداية لأبى الخطاب ١٦٥/١ ، والمغنى ٦١٧/٦ ، والإنصاف ٢٦٧/٤ .

واستدلوا بما يأتى :

١ - قياس السفية على الصبى ، بجامع الحجر فى كل منهما ،
فكما لا يصح من الصبى تصرفه بعد الإذن ، فكذلك السفية
لا يصح تصرفه ^(٨٦) .

ويجاب عنه : بأن القياس غير صحيح ؛ لأن حكم الأصل مختلف
فيه ، ومن شروط القياس الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .
٢ - السفية محجور عليه لتبذيره وسوء تصرفه ، فإذا أذن له وليه
فقد أذن فيما لامصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن له فى بيع
ما يساوى عشرة بخمسة ^(٨٧) .

ويجاب عن هذا الاستدلال :

بأن فيه نظر من جهتين :

الجهة الأولى : أن الولى غالباً لا يأذن إلا فيما فيه مصلحة للسفية .
الجهة الثانية : أن قولكم : إذن الولى إذن فيما لامصلحة فيه ، غير
مسلم ؛ لأن هناك مصلحة واضحة فى تصرف السفية
بإذن وليه ، وهى الوقوف على رشده ، ولا يكون
ذلك إلا بممارسته للتجارة بالبيع والشراء .

الترجيح :

القول الأول هو الراجح لما يأتى :

(٨٦) انظر روضة الطالبين ١٨٤/٤ ، ومغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، ونهاية المحتاج ٣٥٧/٤ .

(٨٧) انظر المغنى ٦١٧/٦ .

أولاً : السفيفه منع من التصرف حفظاً لماله من الضياع ، والولى لا يآذن غالباً فيما يضر بمن فى ولايته ؛ فإذا أذن له فى التصرف فإنه إنما يآذن لتحقيق مصلحة راجحة للسففيه وعدم نفاذ ذلك التصرف يلحق ضرراً بالسففيه وهذا يناقض علّة الحجر .

ثانياً : إننا بحاجة لمعرفة رشد السففيه لفك الحجر عنه ، ولا يعرف رشده إلا بممارسته التجارة ، والتجارة وإن كانت تحتل الضرر إلا أنّ الضرر مدفوع إذا ما كان البيع والشراء بإشراف الولى وإذنه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الخامس

الإذن للمحدين بالسفر

□□□□□

المدين ينقسم إلى قسمين : معسر ، وموسر ^(١) .

أما المعسر ؛ فقد اتفق الفقهاء ^(٢) - رحمهم الله تعالى - على عدم اشتراط إذن الدائن لسفره ؛ لأنه لا يخلو الدين من أن يكون حالاً ، أو مؤجلاً .

فإن كان حالاً فلا تجوز مطالبته ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(٣) .
وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى أمر بإنظار المعسر إلى حين الميسرة ؛ فلا تجوز المطالبة قبل ذلك .

وإن كان الدين مؤجلاً لم تجز مطالبته أيضاً ؛ لأن تجويز المطالبة فيه إسقاط لفائدة التأجيل ، فلا يؤثر في ذلك الإذن أو عدمه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

وأما الموسر ؛ فإن الدين ينقسم بالنسبة له أيضاً إلى قسمين : دين حال ، ودين مؤجل .

أما الدين الحال ؛ فقد اتفق الفقهاء ^(٤) - رحمهم الله تعالى - على اشتراط إذن الدائن لسفر المدين الموسر .

(١) الموسر : صاحب اليسار (الدرالنقى ٤٣٦/٢ رقم ٩١٨) ، واليسار بالفتح لاغير : الغنى والثروة (المصباح المنير ٣٥٧/٢ « يسر ») وفي القاموس المحيط ٦٤٣ « يسر » : اليسر بالضم ويضمين : السهولة والغنى ، وأيسر إيسارا ويسراً : صار ذا غنى فهو موسر .

(٢) انظر الاختيار ٩٠/٢ ، ومواهب الجليل ٣٧/٥ ، والمهذب ٣٢٠/١ ، والتنقيح المشيع ٢٠٣ .

(٣) سورة البقرة : آية : ٢٨٠ .

(٤) انظر بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، وحاشية ابن عابدين ٣٣٥/٥ ، و٣٨٤ ، ومواهب الجليل ٣٦/٥ ، ومنح الجليل ١١٧/٣ ، والمهذب ٣٢٠/١ ، وروضة الطالبين ١٣٦/٤ ، والمغنى ٩١/٦ ، والتنقيح المشيع ٢٠٣ .

واستدلوا بما يأتى :

١ - قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ

مَيْسَرَةٍ﴾ ^(٥) .

وجه الدلالة من الآية :

أنها دلّت بمفهومها على أن الموسر لا يُنظر ، بل تجوز مطالبته فى الحال ، وسفره يسبّب تأخيراً لحقّ الدائن فى المطالبة ، فلا يجوز إلا بإذنه ^(٦) .

٢ - قال رسول الله ﷺ : « مطل ^(٧) الغنى ظلم » ^(٨) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى النّبي ﷺ عن مماطلة الموسر ، وتسميته ظلماً ، وسفر المدين بدون إذن الدائن مماطلة لحقه فلايجوز .

(٥) سورة البقرة : آية : ٢٨٠ .

(٦) انظر المهذب ١/٣٢٠ .

(٧) المطل : التسويف بالعدة والدّين . القاموس المحيط ١٣٦٦ « مطل » .

(٨) رواه البخارى فى الحوالات (٢٨) باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة (١) ج ٥٥/٣ ، وباب إذا

أحال على ملى فليس له ردّ (٢) ج ٥٥/٣ ، وفى الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس

(٤٣) باب مطل الغنى ظلم (١٢) ج ٨٥/٣ ، ومسلم فى المساقاة (٢٢) باب تحريم مطل الغنى

وصحة الحوالة (٧) ج ١١٩٧/٣ رقم ٢٣ ، أخرجاه عن أبى هريرة .

٣ - قال رسول الله ﷺ : « لي^(٩) الواجد^(١٠) يحلّ عرضه^(١١) وعقوبته^(١٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

إخبار الرسول ﷺ بأنّ المماطلة من الموسر تتسبب في عقوبته ،
ومن العقوبة منعه من السفر إلا بإذن الدائن .
٤ - سفر المدين الموسر بدون إذن دائته ، يؤدي إلى تأخير حقه ،
وفي هذا ضررٌ بالدائن والشرع قد نهى عن الضرر بقوله
ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(١٣) .

-
- (٩) الألفي : المطل ، يقال : لواه غريمه بدينه يلويه ليّاً وليّاً وليّاً وليّاً .
انظر النهاية ٢٨٠/٤ « لوا » ، والقاموس المحيط ١٧١٧ « لوى » ، وتاج العروس ط بولاق ٣٣٣/١٠ « لوى » .
(١٠) الواجد : القادر على قضاء دينه .
النهاية ١٥٥/٥ « وجد » .
(١١) العرض : موضع المدح والذم من الإنسان ، سواء كان في نفسه أو في سلفه ، أو من يلزمه أمره ، ومعناه لصاحب الدين أن يذمه ويصفه بسوء القضاء .
النهاية ٢٠٩/٣ « عرض » .
(١٢) أخرجه ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية ، مطل الغنى ودفعه (٢٤٩) ج ٧/٧٩ رقم ٢٤٤٤ ، وأحمد ٢٢٢/٤ ، و٣٨٨ و٣٨٩ ، وابن ماجه في أبواب الأحكام (١٤) الحبس في الدين والملازمة (٥٨) ج ٢/٦٠ رقم ٢٤٥٢ ، وأبو داود في الأقضية (١٨) باب في الحبس في الدين وغيره (٢٩) ج ٤/٤٥ - ٤٦ رقم ٣٦٢٨ ، والنسائي في البيوع (٤٤) باب مطل الغنى (١٠٠) ج ٧/٣١٦ - ٣١٧ رقم ٤٦٨٩ و٤٦٩٠ ، والطبراني في الكبير ٣٨٠/٧ - ٢٨١ رقم ٧٢٤٩ و٧٢٥٠ ، والحاكم في الأحكام ١٠٢/٤ ، والبيهقي في التقليل ، باب حبس من عليه الدين إذا لم يظهر ماله ٥١/٦ أخرجه كلهم عن عمرو بن الشريد عن أبيه ، وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً في الاستقراض (٤٣) باب لصاحب الحق مقال (١٣) ج ٣/٨٥ ، وانظر تطبيق التعليق ٣١٨/٣ - ٣٢٠ .
(١٣) سبق تخريجه .
انظر : « مبحث ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ، التطبيق رقم ٢٠ من ٢٣ .

وأما الدين المؤجل فإنه ينقسم إلى نوعين :

النوع الاول ، دين مؤجل يحلّ وقته قبل قدوم المدين من السفر .

النوع الثاني ، دين مؤجل لا يحلّ وقته قبل قدوم المدين من السفر .

أما النوع الاول ؛ فقد اختلف فيه الفقهاء إلى عدة أقوال :

القول الاول ،

لا يشترط إذن الدائن لسفر المدين الموسر ، والدين مؤجل سواء في ذلك السفر المخوف كالسفر بحراً ، وغير المخوف كالسفر لطلب العلم ، ولا يكلف المدين برهن ، ولا ضمان ، ولا شهود ، ويجوز للدائن أن يسافر معه للمطالبة عند حلول الأجل وبه قالت الحنفية^(١٤) ، والشافعية^(١٥) ، إلا أن الحنفية قالوا : للدائن أن يلزم المدين في السفر^(١٦) أما الشافعية فقد منعوا الملازمة^(١٧) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - القياس على حالة عدم السفر ، بجامع عدم حلول الدين ، فكما أن المدين يحتمل أن يهرب في الحضر ، والدائن لا يملك حبسه قبل حلول الدين ، فكذلك في السفر ، لا يملك الدائن منعه من السفر قبل حلول الدين^(١٨) .

(١٤) انظر بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، والهداية للمرغيناني ٢٨٦/٣ ، وحاشية ابن عابدين ٣٣٥/٥ ، ٣٨٤ .

(١٥) انظر المذهب ٣١٩/١ - ٣٢٠ ، والوجيز ١٧١/١ ، وروضة الطالبين ١٣٦/٤ ، وأسنى المطالب ١٨٦/٢ .

(١٦) انظر الهداية للمرغيناني ٢٨٦/٣ ، وتبيين الحقائق ٢٠٠/٥ ، ومجمع الأنهر ١٦٣/٢ .

(١٧) انظر روضة الطالبين ١٣٦/٤ ، وأسنى المطالب ١٨٦/٢ .

(١٨) انظر المذهب ٣٢٠/١ .

٢ - لاحقاً للدائن على المدين قبل حلول الأجل ؛ لأنه لا يجوز له مطالبة المدين وإلا لسقطت فائدة التأجيل^(١٩) .

٣ - صاحب الدين قد رضى بالتأجيل بغير رهن ، ولا كفيل ، ولا إشهاد ؛ فلا يكلف من عليه دين مؤجل إحضار رهن ، أو كفيل ، أو شاهد ؛ لأن صاحب الدين هو الذى ضيع حقه إذ لم يستوثق للدين^(٢٠) .

واستدلّت الشافعية لعدم الملازمة ؛ بأن الملازمة فيها ضررٌ بين المدين والشرع قد نهى عن الضرر بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢١) .

واستدلّت الحنفية للملازمة ؛ بالحديث الوارد عن الرسول ﷺ : « لصاحب الحق يد ولسان »^(٢٢) ، وفسروا اليد بالملازمة ، واللسان بالتقاضى^(٢٣) .

ويجاب عن الحديث بما يأتى :

أولاً ، الناحية الحديثية :

الحديث روى بطريقين لا يخلو واحد منهما من

اعتراض :

(١٩) انظر بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، والمهذب ٢٢٠/١ ، وروضة الطالبين ١٣٦/٤ .

(٢٠) انظر أسنى المطالب ١٨٦/٢ .

(٢١) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ص ٢٣ .

(٢٢) أخرجه ابن عدى فى الكامل ٢٢٨١/٦ ، والدارقطنى فى الأقضية والأحكام ٢٣٢/٤ رقم ٩٧ .

وانظر نصب الراية ١٦٦/٤ ، والدراية ١٩٩/٢ رقم ٨٨٣ .

(٢٣) انظر الهداية للمرغينانى ٢٨٦/٣ ، وتبيين الحقائق ٢٠٠/٥ ، وقد فسرّه ابن الأثير فى النهاية

٢٤٨/٤ « لسن » بنفس المعنى .

الطريق الاول : روى عن مكحول ^(٢٤) مرسلأ ^(٢٥) ، والمرسل

مختلف فى حجته ^(٢٦) .

الطريق الثانى : روى موصولأ ^(٢٧) ، وفيه محمد بن معاوية

النيسابورى ^(٢٨) ، وفيه مقال ^(٢٩) .

ثانياً ، على فرض صحة الحديث ، لاجة فيه للمسألة التى نحن

بصددها ؛ فإن الحديث يثبت اليد واللسان لصاحب الحق ، وصاحب

الدّين قبل حلول الدّين لاحق له على المدين .

(٢٤) هو مكحول الشامى ، أبو عبد الله ، وقيل أبو أيوب ، وقيل أبو مسلم ، الدمشقى ، عالم أهل الشام ، عداده فى أوساط التابعين ، كثير الإرسال ، فقيه الشام ، اختلف فى وفاته فقيل سنة ١١٢ هـ أو سنة ١١٣ هـ أو سنة ١١٦ هـ . انظر ترجمته فى الطبقات الكبرى ٤٥٣/٧ - ٤٥٤ ، والجرح والتعديل ٤٠٧/٨ - ٤٠٨ رقم ١٨٦٧ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١١٣/٢ - ١١٤ رقم ١٦٦ ، وسير أعلام النبلاء ١٥٥/٥ - ١٦٠ رقم ٥٧ ، وتهذيب التهذيب ٢٨٩/١٠ - ٢٩٣ رقم ٥٠٩ .

(٢٥) سنن الدارقطنى ٢٣٢/٤ رقم ٩٧ .

(٢٦) انظر جامع التحصيل ٣٣ - ٤٩ .

(٢٧) الكامل لابن عدى ٢٢٨١/٦ .

(٢٨) هو محمد بن معاوية بن أعين ، أبو على النيسابورى ، سكن بغداد ، ثم انتقل إلى مكة فنزلها وأقام بها ، تكلم فيه العلماء ، وتركوا حديثه ، وأنهم بوضع الحديث ، توفى بمكة سنة ٢٢٩ هـ . انظر ترجمته فى التاريخ الكبير ٢٤٥/١ - ٢٤٦ رقم ٧٧٩ ، والجرح والتعديل ١٠٣/٨ - ١٠٤ رقم ٤٤٣ ، وتاريخ بغداد ٢٧٠/٣ - ٢٧٤ رقم ١٣٦١ ، وتهذيب التهذيب ٤٦٤/٩ - ٤٦٥ رقم ٧٤٩ .

(٢٩) قال يحيى بن معين : هو كذاب (سؤالات ابن الجنيدي ٤٠٧) ، وضعفه ابن المدينى (تاريخ بغداد ٢٧٣/٣) ، وقال أحمد بن حنبل : رأيت أحاديثه أحاديث موضوعة (الجرح والتعديل ١٠٣/٨ - ١٠٤) وقال : هو كذاب (الضعفاء الكبير ١٤٤/٤) ، وقال البخارى : روى أحاديث لا يتابع عليها (التاريخ الكبير ٢٤٦/١) ، وقال مسلم : متروك الحديث (تاريخ بغداد ٢٧٤/٣) وترك أبو زرعة الرواية عنه لثقلته (الجرح والتعديل ١٠٤/٨) ، وقال أبو داود : ليس بشئ (تاريخ بغداد ٢٧٣/٣) ، وقال أبو حاتم الرازى : روى أحاديث لم يتابع عليها ، أحاديث منكورة (الجرح والتعديل ١٠٤/٨) ، وقال النسائى : ليس بثقة ، متروك الحديث (الضعفاء والمتروكين ٢٣٤) ، وقال ابن حبان : ينفرد بالمناكير عن المشاهير ، ويأتى عن الثقات بما لا يتابع عليه فاستحق الترك (المجروحين ٢٩٨/٢) ، وقال ابن عدى : هو بين الضعف ، يتبين على رواياته (الكامل ٢٢٨١/٦) ، وقال الدارقطنى : يكذب (الضعفاء والمتروكون ٣٤٥) ، وقال الخليلى : ضعيف جداً (الإرشاد ٢٣٤/١) .

القول الثاني :

يشترط إذن الدائن لسفر المدين الموسر ، مالم يوكل على قضائه
أو يضمه موسر ، أو يوثقه برهن ، وبه قالت المالكية ^(٢٠) ،
والحنابلة ^(٢١) ، واختاره الروياني من الشافعية ^(٢٢) .
واستدلوا بقول الرسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٢٣) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى النبي ﷺ عن الضرر والإضرار ، وفي سفر المدين تأخير
لحق الدائن ، وهذا التأخير فيه ضرر عليه ، والضرر منهي عنه في
الشرع ، ولا يزول الضرر إلا بوجود رهن أو كفيل ملء يقضى الدين
عند محله ^(٢٤) .

ويمكن الإجابة عن هذا الاستدلال :

بأن الاستيثاق بالرهن أو الكفيل يكون عند المداينة ، أما إذا لم
يستوثق الدائن لحقه حين المداينة فقد رضى بعدم الاستيثاق ، ويكون
هو الذي ضيع حقه بعدم الاستيثاق ، فلا يكلف المدين بعد ذلك رهناً ،
أو شاهداً ، أو كفيلًا .

(٢٠) انظر : مواهب الجليل : ٣٦/٥ ، والزرقاني : ٢٦٣/٥ ، والخرشي : ٢٦٣/٥ ، وجواهر
الإكليل : ٨٧/٢ .

(٢١) انظر : المغني : ٩١/٦ ، والمبدع : ٢٠٦/٤ ، والتنقيح المشيع : ٢٠٣ ، وكشاف القناع :
٤٠٥/٣ - ٤٠٦ .

(٢٢) انظر : روضة الطالبين : ١٣٦/٤ .

(٢٣) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٢٠ من بحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » من ٢٣ .

(٢٤) انظر : المغني : ٩١/٦ ، والمبدع : ٢٠٦/٤ ، وكشاف القناع : ٤٠٦/٣ .

القول الثالث ،

يشترط إذن الدائن إن كان السفر مخوفاً كركوب البحر ،
ولا يشترط الإذن إن لم يكن مخوفاً ، وبه قال الاصطخري^(٣٥) من
الشافعية^(٣٦) .

واستدلّ بأن السفر المخوف لا يؤمن فيه الموت فيضيع دين
الدائن^(٣٧) .

وأجيب عنه ؛ بأن جواز الموت لا يمنع من التصرف في نفسه كما
يجوز في الحضر أن يهرب ، وهو لا يملك حبسه لجواز الهرب^(٣٨) .
الترجيح :

الراجح هو القول الأول القائل بعدم اشتراط الإذن ؛ لأنه لا حق
للدائن على المدين قبل حلول أجل الدين ليقوم بسببه بمنع المدين من
السفر ، والقول بتمكن الدائن من منع المدين من السفر يسقط فائدة
التأجيل ؛ فلا يصح . والله سبحانه وتعالى أعلم .
النوع الثاني : الدين المؤجل الذي لا يحلّ وقته قبل قدومه من
السفر .

(٣٥) أبوسعيد ، الحسن بن أحمد بن يزيد ، الاصطخري ، فقيه العراق ، ورفيق ابن سريج ، ولد سنة
٢٤٤ هـ ، أحد أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي ، له : أدب القضاء ، أفتى بقتل الصابئة
لعبادتهم الكواكب ، توفي سنة ٣٢٨ هـ . انظر ترجمته في الفهرست ٢٦٧ ، وتاريخ بغداد
٢٦٨/٧ - ٢٧٠ رقم ٢٧٥٣ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٣٧ - ٢٣٩ رقم ٢٥٦ ، وسير أعلام
النبل ١٥/٢٥٠ - ٢٥٢ رقم ١٠٤ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٣/٢٢٠ - ٢٥٣ رقم ١٦٥ .

(٣٦) انظر المذهب ١/٣١٩ ، وروضة الطالبين ٤/١٣٦ .

(٣٧) انظر المذهب ١/٣١٩ .

(٣٨) المصدر نفسه ١/٣٢٠ .

اختلف الفقهاء فى اشتراط إذن الدائن للمدين لسفره إذا كان الدين المؤجل لا يحلّ وقته قبل قدومه من السفر على قولين :

القول الاول .

لا يشترط إذن الدائن لسفر المدين الموسر والدّين مؤجل لا يحلّ قبل قدومه من السفر ، وبه قالت الحنفية^(٣٩) ، والشافعية^(٤٠) ، وهو أحد الروايتين عن الإمام أحمد^(٤١) - رحمه الله تعالى - ، وهو قول للحنابلة^(٤٢) إذا لم يكن السفر مخوفاً ، وبه قالت المالكية^(٤٣) ، إلا أنّهم اشتراطوا ألا يكون المدين معروفاً بالدد ، فإن كان معروفاً به فإنهم يشترطون إذن الدائن .

واستدلوا بما سبق ذكره فى النوع الأول وهو الدين المؤجل الذى يحلّ وقته قبل قدومه من السفر .

واستدلّت الحنابلة لاستثناء السفر المخوف ؛ بأن السفر المخوف لا يؤمن فيه أن يموت فيضيع حقّ الدائن^(٤٤) .

ويجاب عن ذلك بأنّ جواز الموت لا يمنع من التصرف فى نفسه كما يمكن للمدين أن يهرب وهو فى الحضر ، والدائن لا يملك حبسه لاحتمال الهرب^(٤٥) .

(٣٩) انظر مختصر الطحاوى ٩٧ ، وبيدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، وحاشية ابن عابدين ٣٣٥/٥ و ٣٨٤ .

(٤٠) انظر المذهب ٣١٩/١ ، والرجيز ١٧١/١ ، وروضة الطالبين ١٣٦/٤ ، وأسنى المطالب ١٨٦/٢ .

(٤١) انظر المغنى ٥٩١/٦ .

(٤٢) المصدر نفسه ، والمبدع ٣٠٧/٤ .

(٤٣) انظر مواهب الجليل ٣٦/٥ ، والزرقاتى ٢٦٢/٥ ، ومنع الجليل ١١٦/٣ ، وجواهر الإكليل

٨٧/٢ .

(٤٤) انظر المغنى ٥٩١/٦ ، والمبدع ٣٠٧/٤ .

(٤٥) انظر المذهب ٣٢٠/١ .

وأما استثناء المالكية للمدين الماطل ؛ فلأن المدين الماطل
الذى يعرف بشدة الخصومة مظنة التسويف والتفويت .
وهذا الذى ذكره لاحقة فيه ، لجواز أن يكون المدين فى الحضر
كذلك والدائن لا يملك شيئاً من حبسه وملازمته قبل حلول دينه .

القول الثانى :

يشترط إذن الدائن لسفر المدين الموسر مالم يوثق الدين برهن أو
كفيل ، وإن كان الدين مؤجلاً لا يحل قبل قدومه ، وهذا قول
الحنابلة^(٤٦) .

واستدلوا بما يأتى :

١ - قياس السفر قبل حلول الدين على السفر بعد حلول الدين ،
بجامع أن كلا منهما سفر يمنع استيفاء الدين فى محله ،
فكما لا يجوز سفر المدين بعد حلول الدين إلا بإذن الدائن
فكذلك سفر المدين قبل حلول الدين^(٤٧) .

يجاب عنه بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ الدائن بعد حلول الدين
يملك مطالبة المدين بحقه ، بخلاف ما قبل حلول الأجل فإنه لا يملك
المطالبة ، وإلا فلا معنى للتأجيل .

٢ - المدين لا يملك تأخير الدين عن محله ، وسفره يسبب تأخيراً
للدائن عن محله ؛ لأن قدومه عند المحل غير متيقن
ولا ظاهر^(٤٨) .

(٤٦) انظر المغنى ٥٩٢/٦ ، والمبدع ٣٠٦/٤ - ٣٠٧ ، وكشاف القناع ٤٠٥/٣ - ٤٠٦ .

(٤٧) انظر المغنى ٥٩٢/٦ .

(٤٨) المصدر نفسه ، والمبدع ٣٠٧/٤ ، وكشاف القناع ٤٠٦/٣ .

ويجاب عن هذا بأن قولكم : سفر المدين يسبب تأخيراً للدين
عن محله ، غير صحيح ؛ لأن مسألتنا فى الدين الذى لا يحل وقته قبل
قدومه ؛ فالدليل فى غير محل النزاع .

الترجيح :

الراجع هو القول الاول لما يأتى :

اولاً ، الدائن قبل حلول الأجل لاحق له على المدين ، فكيف يمنعه
من السفر ؟

ثانياً ، إن مجرد ظن التأخير لا يعتبر مسوغاً كافياً لمنعه من
السفر ؛ لاحتمال أن يهرب المدين وهو فى الحضر ،
والدائن لا يملك حبس المدين لهذا الاحتمال ؛ فكذلك ليس
له منعه من السفر لاحتمال تأخيره .

ثالثاً ، الاستيثاق بالرهن ، أو الشهود إنما يكون عند المداينة ،
فإذا لم يستوثق حينئذ فقد أهمل فى حق نفسه ورضى
بعدم الاستيثاق ، فلا يكلف المدين بعد ذلك رهناً ، أو
شاهداً ، أو كفيلاً ، وسواء فى ذلك من عرف بالمماطلة
ومن لم يعرف ؛ لأن الله سبحانه وتعالى شرع الرهن
توثيقاً للدين ، وترك الدائن ذلك مع علمه بمماطلة غريمه
إهمالاً منه فى حق نفسه ، فلا يحق له بعد ذلك طلب
رهن ، أو كفيل .

رابعاً ، القول بتمكن الدائن من منع المدين من السفر يسقط
فائدة التأجيل ؛ فلا يصح . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المبحث السادس الإذن في باب الصلح

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول :

الاستئذان لإجراء الماء

إلى أرضه من أرض غيره

المطلب الثاني :

استئذان الجار جاره في رفع

جداره عليه أو وضع خشبة

المطلب الثالث :

الاستئذان في فتح الباب في

الدرب المشترك أو إشراع جناح فيه

□□□□□

المطب الأول

الاستئذان لإجراء الماء
إلى أرضه من أرض غيره

□□□□□

صاحب الأرض إذا أراد أن يجرى الماء إلى أرضه من أرض غيره
فإن لهذا الإجراء ثلاث حالات :

الحالة الأولى :

أن يكون صاحب الأرض فى غنى عن إجراء الماء فى أرض غيره ،
حيث يمكنه إجراء الماء إلى أرضه من طريق آخر .
اتفق الفقهاء ^(١) - رحمهم الله تعالى - على أن صاحب الأرض ليس
له فى هذه الحالة أن يجرى الماء فى أرض غيره بغير إذنه سواء تضرر
من هذا الغير ، أم لم يتضرر .
واستدلوا بما يأتى :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس
منه » ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

تحريم الشارع أخذ مال المسلم أو التصرف فيه إلا برضاه ،
وإجراء الماء فى أرض الغير دون إذن منه تصرف فى ماله بدون رضاه
فلا يجوز .

٢ - قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٣) .

(١) انظر الهداية للمرغيناني ١٠٤/٤ ، وتبيين الحقائق ٤٠/٦ ، وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٦ ،
والزرقاني ٦٥/٦ ، والخرشي ٦٢/٦ ، ومنح الجليل ٢٣٧/٣ ، والتنبية ٦٥ ، وروضة الطالبين
٢٢١/٤ ، والمحلى على المنهاج ٢١٧/٢ ، والمغنى ٢٨/٧ ، والإتصاف ٢٤٨/٥ ، وكشاف القناع
٣٩١/٣ .

(٢) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣١ من مبحث : « إذن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله » ص ٨٧ .

(٣) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ص ٢٣ .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى الشارع عن الضرر والإضرار ، وإجراء الماء فى أرض غيره
بغير إذنه فيه ضرر بصاحب الأرض فلا يجوز^(٤) .

٣ - قياس إجراء الماء فى أرض الغير على الزرع فى أرضه ،
بجامع أن كلاً منهما تصرف فى ملك غيره بغير إذنه ، فكما
لا يجوز له الزرع فى أرض غيره بغير إذنه اتفاقاً ، فكذلك
لا يجوز له إجراء الماء فى أرض غيره بدون إذن صاحبه^(٥) .

٤ - أرض الغير حق لصاحبها ، فيتوقف أى تصرف فيها على
إذنه^(٦) .

الحالة الثانية :

أن يكون صاحب الأرض مضطراً إلى إجراء الماء إلى أرضه عن
طريق أرض غيره ، ولكن إجراء الماء يضر بهذا الغير .
فى هذه الحالة اتفق الفقهاء^(٧) - رحمهم الله تعالى - على أنه ليس له
التصرف فى أرض غيره بإجراء الماء فيها ، إذا كان يضر بصاحب
الأرض إلا بإذنه .

دليلهم : الحديث السابق : « لا ضرر ولا ضرار »^(٨) .

(٤) انظر المبدع ٢٩٢/٤ .

(٥) انظر المغنى ٢٨/٧ ، والمبدع ٢٩٢/٤ .

(٦) انظر مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٦ .

(٧) انظر تبين الحقائق ٤٠/٦ ، وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٦ ، والزرقانى ٦٥/٦ ، ومنع الجليل

٢٣٧/٣ ، وروضة الطالبين ٢٢١/٤ ، والكافى لابن قدامة ٢٠٩/٢ ، وكشاف القناع ٢٩١/٣ .

(٨) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣٠ من بحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ص ٢٣ .

الحالة الثالثة :

أن يكون صاحب الأرض مضطراً لإجراء الماء إلى أرضه ، وليس له طريق إلا أرض جاره ، وإجراء الماء لا يضر بالأرض .
اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين :

القول الاول :

لا يجوز إجراء الماء في أرض غيره بغير إذنه ، ولو لم يكن له طريق غيره ، وبه قالت الحنفية^(٩) ، والمالكية^(١٠) ، والشافعية^(١١) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٢) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه »^(١٣) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى الشارع عن أخذ مال المسلم ، أو التصرف فيه إلا برضاه ، وأصله التحريم ، وهنا لم يوجد الإذن الذي يدل على الرضا فلا يجوز .
٢ - قياس إجراء الماء في أرض غيره ، على البناء والزرع فيها ، بجامع أن في كل من ذلك تصرفاً في ملك الغير بدون إذن صاحبه ، فكما لا يجوز البناء والزرع في أرض غيره بدون إذنه اتفاقاً ، فكذلك لا يجوز إجراء الماء فيها^(١٤) .

(٩) انظر الهداية للمرغيناني ١٠٤/٤ ، وتبيين الحقائق ٤٠/٦ ، ومجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٦ .

(١٠) انظر الزرقاني ٦٥/٦ ، والخرشي ٦٢/٦ ، ومنع الجليل ٣٢٧/٣ .

(١١) انظر التتبيه ٦٥ ، وروضة الطالبين ٢٢١/٤ ، والمحلى على المنهاج ٣١٧/٢ .

(١٢) انظر المغنى ٢٨/٧ ، والإنصاف ٢٤٨/٥ ، وكشاف القناع ٣٩١/٣ .

(١٣) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣١ من مبحث : « إذن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله » ، ص ٨٧ .

(١٤) انظر المغنى ٢٨/٧ ، والمبدع ٢٩٢/٤ .

القول الثاني :

يجوز إجراء الماء في أرض غيره بغير إذنه إن لم يكن له طريق آخر ولم يضر بجاره ، ويجبر صاحب الأرض على ذلك ، وهو قول قديم عند الشافعية^(١٥) ، ورواية عند الحنابلة^(١٦) واختارها ابن تيمية^(١٧) - رحمه الله - .

استدلوا بما يأتي :

١ - عن عمرو بن يحيى المازني^(١٨) ، عن أبيه^(١٩) : أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ

(١٥) انظر روضة الطالبين ٢٢١/٤ ، وقال عنه النووي : هو شاذ

(١٦) انظر المغنى ٢٨/٧ ، والمبدع ٢٩٢/٤ ، والإنصاف ٢٤٩/٥ .

(١٧) الانصاف ٢٤٩/٥ ، وابن تيمية هنا هو شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني ، الدمشقي أبو العباس تقى الدين ، الإمام المجتهد ، ولد سنة ٦٦١ هـ بحران ، كان أعجوبة زمانه في الحفظ ، له كتب كثيرة منها : شرح العمدة ، ودرء تعارض العقل والنقل ، ومنهاج السنة النبوية ، وغير ذلك كثير ، امتحن وسجن ظلماً ، توفي سنة ٧٢٨ هـ . انظر ترجمته في معجم الشيوخ للذهبي ٥٦/١ - ٥٧ رقم ٤٠ ، والمعجم المختص ٢٥ - ٢٧ رقم ٢٢ ، وبرنامج الوادي أشى ١٠٥ رقم ٨٢ ، والذيل على طبقات الحنابلة ٣٨٧/٢ - ٤٠٨ رقم ٤٩٥ ، والدرر الكامنة ١٥٤/١ - ١٧٠ رقم ٤٠٩ ، والمقصد الارشد ١٣٢/١ - ١٣٩ رقم ٨٩ ، والطماء المعروفون بابن تيمية كثر ، منهم والد المترجم وجدّه مجد الدين أبو البركات ، ولكن عند الإطلاق يقصد به شيخ الإسلام المترجم .

(١٨) هو عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبي حسن الأنصاري المازني المدني ، ثقة ، روى عن أبيه ، وعباد بن تميم ، وروى عنه مالك وابن جريج ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، توفي سنة ١٤٠ هـ . انظر ترجمته في التاريخ الكبير ٣٨٢/٦ رقم ٢٧٠٥ ، والجرح والتعديل ٢٦٩/٦ رقم ١٤٨٥ ، وتاريخ الإسلام (حوادث ١٢١ - ١٤٠ هـ) ص ٥١١ ، وتهذيب التهذيب ١١٨/٨ - ١١٩ رقم ١٩٩ .

(١٩) يحيى بن عمارة بن أبي حسن الأنصاري المازني ، المدني ، روى عن أبي سعيد الخدري ، وأبى ابن مالك ، وروى عنه ابنه عمرو بن يحيى والزهرى ، وثقة النسائي ، انظر ترجمته في التاريخ الكبير ٢٩٥/٨ رقم ٣٠٥٨ ، والجرح والتعديل ١٧٥/٩ رقم ٧٢٥ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١٥٥/٢ - ١٥٦ رقم ٢٤٥ ، وتاريخ الإسلام (حوادث ٨١ - ١٠٠ هـ) ص ٥٠٢ رقم ٤٣٢ ، وتهذيب التهذيب ٢٥٩/١١ رقم ٥٢٠ .

خليفة^(٢٠) ساق خليجاً^(٢١) له من العريض^(٢٢) ، فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة^(٢٣) ، فأبى محمد ، فقال له الضحّاك : لم تمنعني ؟ وهو لك منفعة ، تشرب به أولاً وأخراً ولا يضرّك ، فأبى محمد فكلم فيه الضحّاك عمر بن الخطاب^(٢٤) ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلّي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ؟ وهو لك نافع ، تسقى به أولاً وأخراً ، وهو لا يضرّك ، فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله

(٢٠) هو الضحّاك بن خليفة بن ثعلبة بن عدى ، الأنصاري الأشجلى ، شهدا أحداً مع النبي ﷺ وقيل أوّل مشاهدته غزوة بني النضير ، توفي في آخر خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه . انظر ترجمته في الاستيعاب ٧٤١/٢ - ٧٤٢ رقم ١٢٤٩ ، وأسد الغابة ٤٦/٣ رقم ٢٥٥٠ ، والإصابة ٤٧٥/٣ - ٤٧٦ رقم ٤١٦٦ .

(٢١) الخليج : نهر يقطع من النهر الأعظم إلى موضع يتفتح به . النهاية ٦١/٢ « خليج » . (٢٢) العريض ، بضم العين مصنّف : وادٍ بالمدينة . (النهاية ٢١٤/٣ ، ومعجم البلدان ١٢٩/٤ رقم ٨٣٥٥) والعريض أيضاً ناحية من المدينة في طرف حرّة واقم - الحرة الشرقية - قد شملها العمران اليوم (المعالم الأثرية ١٩١) والمقصود في الرواية الوادي .

(٢٣) هو محمد بن مسلمة بن خالد الأنصاري الأوسي ، ثم الحارثي ، من فضلاء الصحابة ، شهد بدرأً واحداً والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ إلابتوك ، وهو أحد الذين قتلوا كعب بن الأشرف ، واستخلفه رسول الله ﷺ على المدينة في بعض غزواته ، قيل هي غزوة تبوك ، واعتزل الفتنة بعد قتل عثمان ، ومات بالمدينة سنة ٤٦ أو سنة ٤٧ هـ .

انظر ترجمته في الاستيعاب ١٣٧٧/٣ رقم ٢٣٤٤ ، وأسد الغابة ١١٢/٥ - ١١٣ رقم ٤٧٦١ ، والإصابة ٣٣/٦ - ٣٥ رقم ٧٨١١ .

(٢٤) هو عمر بن الخطاب بن نفيل ، القرشي العدويّ ، أبو حفص الفاروق ، خليفة خليفة رسول الله ﷺ ، شهرته تغني عن التعريف به ، وهو أول من عرف بأمر المؤمنين ، يضرب المثل بعدله ، استشهد في ذي الحجة سنة ٢٣ هـ .

انظر ترجمته في الإستهيعاب ١١٤٤/٣ - ١١٥٩ رقم ١٨٧٨ ، وأسد الغابة ١٤٥/٤ - ١٨١ رقم ٣٨٢٤ ، والإصابة ٥٨٨/٤ - ٥٩١ رقم ٥٧٤٠ .

ليمرنُّ به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمرَّ به ، ففعل
الضحاك^(٢٥) .

وجه الدلالة :

أنَّ عمر - رضى الله عنه - أمر بإجراء الماء فى أرض محمد بن
مسلمة - رضى الله عنه - بغير إذنه ، فدلَّ على أن إذنه لا يؤثر إذا كان
صاحب الأرض فى حاجة إلى إجراء الماء عن طريق أرضه ، ولا يتضرر
به .

وأجيب عنه بأنَّ هذا قول صحابى ، وقد خالفه صحابى آخر
هو محمد بن مسلمة ، وهذا الأثر يعارض الأصول التى تحرّم التصرف
فى مال المسلم إلا بطيب نفس منه فلا حجة فيه^(٢٦) .

٢ - عن عمرو بن يحيى المازنى أيضاً عن أبيه : أنه قال : كان فى
حائط جدّه^(٢٧) ربيع^(٢٨) لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد

(٢٥) أخرجه مالك فى الاقتضية (٣٦) باب القضاء فى المرفق (٢٦) ج ٧٤٦/٢ رقم ٣٣ ، ونسبه ابن
قدامة رحمه الله إلى سعيد بن منصور فى سنته ، ولم أجده فى المطبوع . انظر المغنى ٢٨/٧
والكافى لابن قدامة ٢٠٩/٢ .

(٢٦) انظر المغنى ٢٨/٧ ، والمبدع ٢٩٢/٤ .

(٢٧) إن كان المراد به جدّ يحيى فهو أبو حسن الأنصارى المازنى ، قيل اسمه كنيته ، وقيل اسمه تميم
بن عبد عمرو ، مدنى له صحبة ، يقال شهد العقبة ويدراً . انظر ترجمته فى الاستيعاب ١٦٣٢/٤
رقم ٢٩١٥ ، وأسد الغابة ٧٣/٦ رقم ٥٨٠٦ ، والإصابة ٨٩/٧ - ٩٠ رقم ٩٧٥٧ .
ولكن ابن عبد البر ذكر فى التمهيد ٢٢٦/١٠ : أن المراد بجدّه جدّ عمرو بن يحيى وهو عبد الله بن
زيد بن عاصم الأنصارى المازنى ، وهو صحابى من بنى مازن بن النجار يعرف بابن أم عمار ،
شارك فى قتل مسيلمة ، وقتل عبد الله هذا يوم الحرة سنة ٦٣ هـ . انظر ترجمته فى الاستيعاب
٩١٣/٣ - ٩١٤ رقم ١٥٤٠ ، وأسد الغابة ٣/٢٥٠ - ٢٥١ رقم ٢٩٥٦ ، والإصابة ٩٨/٤ - ٩٩
رقم ٤٦٩١ ، وهو جدّ عمرو بن يحيى لأمه ، انظر تهذيب التهذيب ١١٨/٨ رقم ١٩٩ .

(٢٨) الربيع : النهر الصغير . النهاية ١٨٨/٢ ربيع .

الرَّحْمَنُ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يَحْوِلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ هِيَ أَقْرَبُ
إِلَى أَرْضِهِ ، فَمَنْعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ ، فَكَلَّمَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ
عَوْفٍ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ
عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ ^(٢٩) .

وجه الدلالة :

أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَمَرَ بِإِجْرَاءِ النَّهْرِ فِي أَرْضِ
الْمَازَنِيِّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَدُلَّ عَلَى عَدَمِ تَأْثِيرِ إِذْنِهِ فِي ذَلِكَ .
يَجَابُ عَنْهُ بِمَا يَأْتِي :

أولاً : ، هَذَا فِعْلٌ صَحَابِيٌّ عَارِضُهُ فِعْلٌ صَحَابِيٌّ آخَرُ ، وَهُوَ مُخَالَفٌ
لِلْأَصُولِ الَّتِي تَحَرَّمَ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَّا بِطِيبِ
نَفْسٍ مِنْهُ ؛ فَلَا حُجَّةَ فِيهِ .

ثانياً : ، الدَّلِيلُ لَيْسَ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ ؛ إِذْ فِي هَذَا الْاِثْرِ النَّهْرُ
كَانَ مُوجُوداً وَأَرَادَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ تَقْرِيْبَهُ إِلَى
الْحَائِطِ ، وَالنِّزَاعُ فِي إِنْشَاءِ النَّهْرِ ، أَمَّا مَا كَانَ قَدِيْمًا
فَإِنْ « الْقَدِيمُ يَتْرَكَ عَلَى قَدَمِهِ » ^(٣٠) .

٣ - قِيَاسُ إِجْرَاءِ الْمَاءِ عَلَى الْاِسْتِظْلَالِ بِحَائِطٍ جَارِهِ ، بِجَامِعِ أَنَّ
فِي كُلِّ مِنْهُمَا تَصَرُّفًا فِي مَلِكٍ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِمَا لَا ضَرَرَ
فِيهِ ^(٣١) .

(٢٩) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْأَقْضِيَةِ (٣٦) بَابُ الْقَضَاءِ فِي الْمَرْفُقِ (٢٦) ج ٢/٧٤٦ رقم ٣٤ .
(٣٠) انْظُرْ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ الْفَقْهِيَّةَ فِي الْأَشْيَاءِ وَالنِّظَائِرِ لِلْسِّيُوطِيِّ ٥٦ ، وَمَجْمَعُ الْأَنْهَارِ ٥٦٥/٢ ، وَحَاشِيَةُ
ابْنِ عَابِدِينَ ٤٤٣/٦ - ٤٤٤ ، شَرْحُ الْمَجْلَةِ ٢١/١ الْمَادَّةُ ٦ ، وَشَرْحُ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ ٤٩ ،
وَالْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ لِلنَّدَوِيِّ ٣٧٥ .
(٣١) انْظُرِ الْكَافِيَ لِابْنِ قَدَامَةَ ٢/٢٠٩ .

ويجاب عنه بأن هذا قياسٌ مع الفارق ؛ إذ الاستغلال لا يدوم بخلاف إجراء الماء ؛ لأن إجراء الماء يعطيه الحق في المروء في أرضه لتنقية نهره متى شاء ، وهذا هو الضرر بعينه فلا يسلم عدم الضرر .
ثم إن النهر مع مرور الزمان قد يؤخذ قرينة على حق في أرض الجار ، وهو ليس له أى حق .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ؛ لقوة أدلته ؛ ولوافة تلك الأدلة للأصول التي جاء بها الشرع الكريم من تحريم مال المسلم بغير رضاه ، وتحريم الإضرار بالمسلم ، وماورد عن عمر-رضى الله عنه - يحمل على الندب ؛ إذ لا يختلف العلماء أن المنتوب للجار أن يرفق بجاره وإجراء الماء له على أرضه من الإرفاق به . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني

استئذان الجار جاره في رفع
جداره عليه أو وضع خشبة

□□□□□

هذا المطلب يشمل مسألتين :

المسألة الاولى : استئذان الجار جاره فى وضع خشبة على جداره .

المسألة الثانية : استئذان الجار جاره فى رفع جداره عليه .

المسألة الاولى : استئذان الجار جاره فى وضع خشبة على

جداره .

هذه المسألة تشمل ثلاث حالات :

الحالة الأولى :

إذا كان وضع الخشبة يضرّ بالجدار .

الحالة الثانية :

إذا كان وضع الخشبة لا يضرّ بالجدار ولكنه ليس فى حاجة إليه .

الحالة الثالثة :

إذا كان وضع الخشبة لا يضرّ بالجدار ولا يمكنه التسقيف إلاّ به .

الحالة الاولى : إذا كان وضع الخشبة يضرّ بالجدار .

اتفق الفقهاء ^(١) - رحمهم الله تعالى - على عدم جواز وضع

الخشبة على الجدار بغير إذن صاحبه إذا كان يضرّ بالجدار .

(١) انظر الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٨٤ رقم ٨٠٤ ، ومشكل الآثار ١٥٣/٢ ، وعمدة القارى ٢٢٩/١٠ ، والتمهيد لابن عبد البر ٢٢٢/١٠ - ٢٢٤ ، والزرقانى ٦٥/٦ ، والخرشى ٦١/٦ - ٦٢ ، والمهذب ٣٢٥/١ ، والوجيز ١٧٩/١ ، وروضة الطالبين ٢١٢/٤ ، والمغنى ٢٥/٧ ، والإنصاف ٢٦٢/٥ ، وكشاف القناع ٣٩٩/٣ ، وهذا وقد اتفق مؤلفوا الكتب الآتية على أن رأى الحنفية هو : أنه ليس للجار وضع خشبة على جدار جاره بدون إذنه ، ولم أر ذلك بعد جهد وبحث فى كتب الحنفية ولم أفتد إلى كلامهم حول هذا الموضوع ، ولذلك حاولت النقل من أقرب المصادر للحنفية ، وانظر حلية العلماء ١٦/٥ ، وشرح السنة ٢٤٧/٨ ، والإقصاص ٢٨١/١ ، والمغنى ٢٥/٧ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ٤٧/١١ ، وفتح البارى ١١٠/٥ ، ونيل الأوطار ٤٣٦/٦ ، وإعلاء السنن ٢٢/١٦ - ٢٣ ، وأرجز المسالك ٢٢٧/١٢ - ٢٢٨ .

قال ابن قدامة ^(٢) - رحمه الله - : « فأما وضع خشبة عليه - أى الحائط - فإن كان يضرّ بالحائط لضعفه عن حمله ، لم يجز بغير خلاف نعلمه » ^(٣) .

واستدلوا بقول الرسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٤) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى الشارع عن الإضرار ، والتصرف فى ملك الغير بغير إذنه بما يضرّ به من الإضرار المنهى عنه فى الشرع ، فلا يجوز .
الحالة الثانية : إذا كان وضع الخشبة لا يضرّ بالجدار ولكنه ليس فى حاجة إليه .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فى هذه الحالة على قولين :

القول الاول :

لا يجوز وضع الخشبة عند عدم الحاجة بغير إذن صاحب الجدار ،
وبه قال جمهور العلماء من الحنفية ^(٥) ، والمالكية ^(٦) ، والشافعية ^(٧) ،
والحنابلة ^(٨) .

(٢) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى ، موفق الدين ، أبو محمد ، إمام الحنابلة فى زمانه بالشام ، وأحد أركان المذهب ، ولد سنة ٥٤١ هـ ، له : القنى ، والكافى ، والمقتع ، والعمدة ، وروضة الناظر ، والتبيين ، والاستبصار ، توفى فى عيد الفطر سنة ٦٢٠ هـ . انظر ترجمته فى معجم البلدان ١٨٦/٢ ، والتقيد ٧٨/٢ رقم ٤٠٠ ، والتكملة ١٠٧/٣ رقم ١٩٤٤ ، وسير أعلام النبلاء ١٦٥/٢٢ - ١٧٣ رقم ١١٢ ، والذيل على طبقات الحنابلة ١٣٢/٢ - ١٤٩ رقم ٢٧٢ ، والمقصد الأرشد ١٥/٢ - ٢٠ رقم ٤٩٤ .

(٣) المغنى ٣٥/٧ .

(٤) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن ولحقاقه بالعرف » ص ٢٣ .

(٥) انظر الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٨٤ رقم ٨٠٤ ، ومشكل الآثار ١٥٣/٣ ، وعمدة القارى ٣٢٩/١٠ .

(٦) انظر التمهيد لابن عبد البر ٢٢٢/١٠ - ٢٢٤ ، والزرقاتى ٦٥/١ ، والغرضى ٦١/١ - ٦٢ .

(٧) انظر المذهب ٣٣٥/١ ، والوجيز ١٧٩/١ ، وروضة الطالبين ٢١٢/٤ .

(٨) انظر المغنى ٣٥/٧ ، والإنصاف ٢٦٢/٥ ، وكشاف القناع ٣٦٩/٣ .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه »^(٩) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى الشارع عن التصرف في مال المسلم إلا بإذنه ورضاه ،
والنهى يدل على التحريم ، وهنا لم يوجد إذن ولا رضى ، فبقى على
التحريم^(١٠) .

٢ - قياس وضع الخشبة على جدار الجار بغير إذنه على بناء
حائط على جدار جاره ، بجامع أن كلا منهما انتفاع بملك
غيره بلا حاجة ، وبدون إذن منه ، فكما أن البناء غير جائز
فكذلك وضع الخشبة^(١١) .

٣ - قياس بذل الجدار لوضع الخشبة على بذل فضل الماء للكلأ ،
بجامع أن في كل منهما بذل للفضل ، وبذل فضل الماء
لا يجب إلا عند الحاجة إليه للكلأ ، فكذلك لا يجب بذل الجدار
لوضع الخشبة عند عدم الحاجة^(١٢) .

(٩) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٢١ من مبحث : « إذن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله » ص ٨٧ .

(١٠) انظر التمهيد لابن عبد البر ٢٢٢/١٠ ، ومنع الجليل ٣٣٦/٢ ، وأسنى المطالب ٢٢٢/٢ .

(١١) انظر المغنى ٣٥/٧ .

(١٢) انظر المذهب ٣٣٥/١ .

القول الثانى :

يجوز وضع الخشبة على جدار غيره من غير حاجة بدون إذنه وبه
قال ابن عقيل من الحنابلة ^(١٣) ، وروى عن الإمام أحمد - رحمه
الله - إطلاق القول بالجواز ^(١٤) .

واستدلوا بقول رسول الله ﷺ : « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة
فى جداره » ^(١٥) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى الرسول ﷺ عن منع الجار جاره فى وضع خشبة على جداره
على الإطلاق ، ولم يتعرض لمسألة الحاجة ، ولو كانت الحاجة شرطاً
فى الجواز لبيّنه الرسول ﷺ ؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت
الحاجة .

(١٣) انظر المغنى ٣٥/٧ ، والمبدع ٢٩٩/٤ ، والإنصاف ٢٦٢/٥ ، وابن عقيل هو : أبو الوفا على بن
عقيل بن محمد بن عقيل ، البغدادي ، الفقيه الأصولي ، وأحد كبار علماء الحنابلة ، واسع
التأليف ، له : الفنون ، قال عنه الذهبي : « لم يصنف فى الدنيا أكبر من هذا الكتاب ، حدثنى
من رأى منه المجلد الفلانى بعد الأربعمائة » والواضح فى أصول الفقه ، والجدل ، ولد سنة
٤٣١ هـ ، وتوفى سنة ٥١٣ هـ .

انظر ترجمته فى طبقات الحنابلة ٢٥٩/٢ رقم ٧٠٥ ، وسير أعلام النبلاء ٤٤٣/١٩ - ٤٥١ رقم
٢٥٩ ، والذيل على طبقات الحنابلة ١٤٢/٨ - ١٦٥ رقم ٦٦ ، ولسان الميزان ٢٤٣/٤ - ٢٤٤
رقم ٦٦١ ، والمقصد الأرشد ٢٤٥/٢ - ٢٥٠ رقم ٧٤٦ .

(١٤) انظر الإنصاف ٢٦٢/٥ .

(١٥) متفق عليه من حديث أبى هريرة : أخرجه البخارى فى المظالم والغصب (٤٦) باب لا يمنع جار
جاره أن يغرز خشبة فى جداره (٢٠) ج ١٠٢/٣ واللفظ له ، ومسلم فى المساقاة (٢٢) باب غرز
الخشب فى جدار الجار (٢٩) ج ١٢٣٠/٣ رقم ١٣٦ .

يجاب عن هذا الاستدلال بجوابين :

الجواب الأول :

الحديث محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين العموم فى الحديث الآخر : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ^(١٦) .

الجواب الثانى :

لو سلّمنا بالإطلاق فى الحاجة وغيرها؛ فمن أين لكم أنه بدون إذن صاحب الجدار ؟ بل الرواية الأخرى تدلّ على أن عدم المنع يكون بعد الاستئذان : « إذا استأذن أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه » ^(١٧) .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول لما يأتى :

أولاً : وضع الخشبة على الجدار من باب الرفق ، وبذل الفضل من الحاجة ، والرفق لا يكون إلا عند الحاجة إلى ذلك ، وبذل الفضل لا يكون إلا بإذن صاحب الفضل .

ثانياً : وضع الخشبة من غير حاجة إليها تصرف فى ملك غيره بما يستغنى عنه فلا يجوز بغير إذنه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١٦) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣١ من مبحث : « إذن الزوج للزوجة بالتصدق من ماله » ص ٨٧ .
(١٧) أخرجه الشافعى فى السنن ١٥٠/٢ رقم ٥٠٥ ، والحميدى ٤٦١/٢ رقم ١٠٧٦ ، وأحمد ٢٤٠/٢
وابن ماجه فى أبواب الأحكام (١٤) الرجل يضع خشبة على جدار جاره (١٥) ج ٤٣/٢ رقم ٢٣٥٧ ، وأبو داود فى الاقتضية (١٨) أبواب من القضاء (٣١) ج ٤٩/٤ رقم ٣٦٣٤ ، والترمذى فى الأحكام (١٣) باب ماجاء فى الرجل يضع على حائط جاره خشباً (١٨) ج ٦٣٥/٢ رقم ١٣٥٣ ، وأبو يعلى ١٢٢/١١ رقم ٦٢٤٩ ، والبيهقى فى الصلح ، باب ارتفاق الرجل بجدار غيره . ٦٨/٦

الحالة الثالثة : إذا كان وضع الخشبة لا يضرّ بالجدار ولا يمكنه التسقيف إلا به .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فى حكم هذه الحالة على

قولين :

القول الأول ،

يجوز وضع الخشبة على جدار الجار بغير إذنه ، وإن امتنع أجبره

الحاكم ، وبه قالت الحنابلة ^(١٨) ، وقال به الشافعى - رحمه الله -

فى القديم ^(١٩) ، وهو قول ابن حبيب من المالكية ^(٢٠) ، وإليه ذهب

داود ^(٢١) ، وأبو ثور ^(٢٢) ، وإسحق ^(٢٣) .

واستدلوا بما يأتى :

١ - عن أبى هريرة - رضى الله عنه - ؛ أن رسول الله ﷺ قال :

« لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره » ثم يقول أبو

هريرة : مالى أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين

أكتافكم ^(٢٤) .

(١٨) انظر المغنى ٢/٢٥ ، والإنصاف ٥/٢٦٢ - ٢٦٣ ، وكشاف القناع ٣/٢٩٩ .

(١٩) انظر المهذب ١/٣٣٥ ، وروضة الطالبين ٤/٢١٢ ، والمحلى على المنهاج ٢/٣١٤ .

(٢٠) انظر الكافى لابن عبد البر ٢/٩٤٢ .

(٢١) انظر المحلى لابن حزم ٩/١٠٧ مسألة رقم ١٣٥٨ .

(٢٢) انظر عمدة القارى ١٠/٣٢٩ ، ومنع الجليل ٣/٣٣٦ .

(٢٣) انظر فتح البارى ٥/١١٠ .

(٢٤) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ١٥ من هذا المطلب ص ٢٩٨ .

وجه الدلالة من الحديث :

وجوب بذل الجدار للجار عند عدم الضرر استناداً إلى قول أبي هريرة - رضى الله عنه - بعد ذلك : والله لأرmin بها بين أكتافكم ، وهو أعلم بمعنى ما روى ، ولم يكن ليجب عليهم أمراً غير واجب .

أجيب عن هذا الحديث بجوابين :

الجواب الأول :

أن الحديث محمول على الكراهة ؛ لقوة العمومات المعارضة له ، لاسيما وأحدها كان يوم حجة الوداع المختوم بها بيان الحلال والحرام^(٢٥) .

واعترض على هذا الجواب :

بأن المقرر في الأصول ؛ تقديم الخاص وإن كثرت العمومات جداً وتأخرت قطعاً^(٢٦) .

وأجيب بأن إعراض الناس زمن أبي هريرة - رضى الله عنه - يؤيد حمل الحديث على النذب^(٢٧) .

الجواب الثانى :

أن القاعدة النحوية تحكم بعود الضمير إلى أقرب مذكور^(٢٨) ؛ فبناءً

(٢٥) انظر تحفة المحتاج ٢١٠/٥ .

(٢٦) انظر حاشية عميرة على شرح المحلى ٣١٤/٢ ، وحاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج

٢١٠/٥ ، وانظر أيضاً البرهان ١١٩٠/٢ ، والمستقصى ٣٩٦/٢ ، والتمهيد لأبي الخطاب

١٥١/٢ ، والإحكام للأمدى ٣٤٤/٤ ، وشرح تنقيح الفصول ٤٢١ ، وشرح الكوكب المنير ٦٧٤/٤

- ٦٧٥ ، وتيسير التحرير ١٥٨/٣ - ١٥٩ .

(٢٧) انظر نهاية المحتاج ٣٩٣/٤ .

(٢٨) انظر المشكل في إعراب القرآن ٤٤/١ ، والبحر المحيط لأبي حيان ٨٥/١ ، وينظر أيضاً كتاب :

الصفوة من القواعد العربية للدكتور عبد الكريم بكار ص ١٠٠ .

عليه يكون الضمير في « جداره » لجاره ، وذلك لقربه ، ويكون المعنى : لا يمنعه من أن يضع خشبة على جدار نفسه ، وإن تضرر به من جهة منع الضوء ، والهواء ، ورؤية الأماكن المستظرفة ^(٢٩) .

٢ - عن ابن عباس - رضى الله عنهما - ، عن النبي ﷺ قال : « للجار أن يضع خشبة على جدار جاره وإن كره » ^(٣٠) .

وجه الدلالة من الحديث :

تقرير النبي ﷺ لحق الجار في وضع الخشبة على جدار غيره وإن كره ولم يرض ، وهذا حديث صريح لا يقبل التأويل .
والجواب عن هذا الدليل من عدة وجوه :

الوجه الأول :

أن الحديث رواه الإمام أحمد ^(٣١) ، والطبراني ^(٣٢) ، والخطيب ^(٣٣) من غير لفظ « وإن كره » ؛ فلا دليل فيه لما ذهبتم إليه .

(٢٩) انظر أسنى المطالب ٢/٢٢٣ ، ونهاية المحتاج ٤/٣٩٣ .

(٣٠) أخرجه أحمد ١/٣١٣ ، وأبو يعلى ٤/٣٩٧ رقم ٢٥٢٠ واللفظ له ، والطبراني في الكبير ١١/٣٠٢ رقم ١١٨٠٦ ، والدارقطني في الأقضية والأحكام ٤/٢٢٨ رقم ٨٤ ، والخطيب في تاريخ بغداد ٦/٧٠ .

(٣١) المسند ١/٣١٣ .

(٣٢) المعجم الكبير ١١/٣٠٢ رقم ١١٨٠٦ ، والطبراني هو : أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الأحمي الشامي الطبراني ، الحافظ الثقة ، محدث الإسلام ، وعلم المعمرين ، ولد سنة ٢٦٠ هـ ، له المعاجم الثلاثة : الكبير والأوسط والصغير ، ومسنده الشاميين ، والدعاء ، والأوائل ، توفي سنة ٣٦٠ هـ ، انظر ترجمته في نكر أخبار أصبهان ١/٢٣٥ - ٢٣٦ ، وطبقات الحنابلة ٢/٤٩ - ٥١ رقم ٥٩٤ ، والأنساب ٨/١٩٩ - ٢٠٠ ، وطبقات علماء الحديث ٣/١٠٧ - ١١٠ رقم ٨٤٥ ، وسير أعلام النبلاء ١٦/١١٩ - ١٢٠ رقم ٨٦ .

(٣٣) تاريخ بغداد ٦/٧٠ ، والخطيب هو : أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي ، الحافظ الناقد ، صاحب التصانيف ولد سنة ٣٩٢ هـ ، له : تاريخ مدينة السلام أو تاريخ بغداد ، الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع ، والكفاية ، والسابق واللاحق ، والأسماء المبهمة في الأنبياء المحكمات ، وتلخيص المتشابه ، وغير ذلك كثير ، توفي سنة ٤٦٣ هـ . انظر ترجمته في تاريخ مدينة دمشق ٧/٢٢ - ٣٠ رقم ١٦ ، والمنتظم ٨/٢٦٥ - ٢٧٠ رقم ٣١٢ ، ومعجم الأدياء ٤/١٣ - ٤٥ رقم ٢ وطبقات علماء الحديث ٣/٢٢٢ - ٢٤١ رقم ٩٩٢ ، وسير أعلام النبلاء ١٨/٢٧٠ - ٢٩٦ رقم ١٣٧ .

الوجه الثاني :

أن لفظ « وإن كره » وإن ورد في رواية أبي يعلى^(٣٤) ،
والدارقطني^(٣٥) إلا أن إسنادهما ضعيف ؛ لأن فيه إبراهيم بن
إسماعيل^(٣٦) ، وفيه مقال^(٣٧) .

الوجه الثالث :

أن الحديث على فرض صحته معارض بعمومات كثيرة تمنع
المساس بعال المسلم إلا بإذنه وطيب نفس منه^(٣٨) .

(٣٤) مسند أبي يعلى الموصلي ٣٩٧/٤ رقم ٢٥٢٠ ، وأبو يعلى هو : أحمد بن علي بن المشي التميمي الموصلي ، الإمام الحافظ محدث الموصل ، ولد سنة ٢١٠ هـ ، له المسند ، ومعجم الشيخ ، توفي سنة ٣٠٧ هـ ، انظر ترجمته في معجم البلدان ٢٦٠/٥ ، وطبقات طماء الحديث ٤٢٨/٢ - ٤٣٠ ، رقم ٦٩٤ ، وسير أعلام النبلاء ١٧٤/١٤ - ١٨٢ ، رقم ١٠٠ ، وطبقات الحفاظ ص ٣٠٦ رقم ٧٠٢ ، وشذرات الذهب ٣٥/٤ - ٣٦ .

(٣٥) سنن الدارقطني ٢٢٨/٤ رقم ٨٤ .

(٣٦) هو إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة الأنصاري الأشعري مولاهم ، أبو إسماعيل المدني ، مولى عبد الله بن سعد بن زيد الأشعري ، روى عن إبراهيم بن أبي أمية ودلود بن الحصين ، وروى عنه إبراهيم بن إسماعيل بن نصر الثباني ، وإبراهيم اليشكري ، توفي سنة ١٦٥ هـ ، انظر ترجمته في التاريخ الكبير ٢٧١/١ - ٢٧٢ ، رقم ٨٧٣ ، والضعفاء الكبير ٤٣/١ - ٤٤ ، رقم ٢٨ ، والجرح والتعديل ٨٣/٢ - ٨٤ ، رقم ١٩٦ ، وتهذيب الكمال ٤٢/٢ - ٤٤ ، رقم ١٤٦ ، وتاريخ الإسلام (حوادث ١٦١ - ١٧٠) ص ٥٩ - ٦٠ ، رقم ٤ .

(٣٧) قال عنه يحيى بن معين : ليس به بأس (سؤالات ابن الجني ٢٨٢ رقم ٤٤١) وقال : صالح (تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ٧١ رقم ١٤٨) وقال عنه أحمد : ثقة (الجرح والتعديل ٨٣/٢ ، وحرر الدم ٤٨ رقم ١٨) وقال البخاري : منكر الحديث (التاريخ الكبير ٢٧١/١ - ٢٧٢ ، والضعفاء الصغير ١٦ رقم ٢) وقال العجلي : حجازي ثقة (معرفة الثقات ٢٠٠/١ رقم ٢١) وقال أبو حاتم : شيخ ليس بقوي ، يكتب حديثه ولا يحتج به منكر الحديث (الجرح والتعديل ٨٣/٢) وقال النسائي : ضعيف (الضعفاء والمتروكين ١٤٥ رقم ٢) وقال ابن حبان : يقلب الأسانيد ويرفع المراسيل (المجروحين ١٠٩/١) وقال ابن عدي : صالح في باب الرواية ويكتب حديثه مع ضعفه (الكامل ٢٣٦/١) وقال الدارقطني : متروك (الضعفاء والمتروكون ١١٢ رقم ٢٢) .

(٣٨) انظر تحفة المحتاج ٢١٠/٥ ، ونهاية المحتاج ٣٩٣/٤ .

٣ - قياس وضع الخشبة على الجدار على الاستناد إلى الجدار والاستظلال به ، بجامع أن كلاً منهما لتتقاع بحائط جاره على وجه لا يضر به ، فكما جاز الاستناد والاستظلال فكذلك وضع الخشبة^(٣٩).

ويجاب عن القياس بأنه : قياس مع الفارق ؛ إذ الاستناد إلى الجدار والاستظلال به مؤقت لا يؤدي إلى إثبات ملكية الجدار ، بخلاف الخشبة ؛ فإنها مع مرور الأيام قد تصبح قرينة على الملك ، وهذا ضررٌ بين .

٤ - قياس بذل الجدار على بذل فضل الماء ، بجامع أن كلاً منهما فضلٌ يستغنى عنه ، وغيره في حاجة إليه ، فكما أن بذل فضل الماء للكل واجب ، فكذلك بذل فضل الجدار^(٤٠) .

والجواب عن القياس من وجهين :
الوجه الأول :

أن حكم الأصل مختلف فيه إذ يرى بعض الطماء أن الماء غير مملوك^(٤١) ، ومن شرائط القياس الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه^(٤٢) .

الوجه الثاني :

أنه قياس مع الفارق من جهتين :

(٣٩) انظر المغنى ٣٦/٧ ، والمبدع ٢٩٩/٤ ، وكشاف القناع ٢٩٩/٣ .

(٤٠) انظر المهذب ٣٢٥/٨ .

(٤١) المصدر نفسه .

(٤٢) انظر شرح الكوكب المنير ٢٧/٤ .

الجهة الاولى : عدم ملكية الماء عند بعض العلماء مع ملكية الحائط .^(٤٣)

الجهة الثانية : أن الماء لا تنقطع مادته ، بخلاف الحائط^(٤٤) .
القول الثاني ،

لا يجوز وضع الخشبة على جدار الجار بغير إذنه ، وإن امتنع لم يجبر عليه ، وبه قالت الحنفية^(٤٥) ، والمالكية^(٤٦) ، والشافعية في الجديد^(٤٧) وهو الصحيح عند الشافعية^(٤٨) ، وهو قول عند الحنابلة^(٤٩) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه »^(٥٠) .

(٤٣) انظر المهذب ١/٣٣٥ .

(٤٤) المصدر نفسه .

(٤٥) انظر الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٨٤ رقم ٨٠٤ ، ومشكل الآثار ١٥٣/٣ ، وصدة القارى ١٠/٣٢٩ .

(٤٦) انظر التمهيد لابن عبد البر ١٠/٢٢٢ - ٢٢٤ ، الزرقاني ٦/٦٥ ، والخرشي ٦١/٦٢ - ٦٢ .

(٤٧) انظر المهذب ١/٣٣٥ ، وروضة الطالبين ٤/٢١٢ ، وشرح المحلى على المنهاج ٢/٣١٤ .

(٤٨) المصادر نفسها ، وأسنى المطالب ٢/٢٢٣ .

(٤٩) انظر الإنصاف ٥/٢٦٣ .

(٥٠) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣١ من مبحث : « إذن الزوج لزوجته بالتصدق من ماله » ص ٨٧ .

وجه الدلالة من الحديث :

تحريم مال المسلم على المسلم إلا بإذنه ورضاه ، وهنا لم يوجد منه إذن بوضع الخشبة ولارضى به ؛ فلا يجوز^(٥١) .

٢ - قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٥٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الشارع نهى عن الضرر والإضرار ، والتصرف في مال الجار بغير إذنه فيه إضرار بالجار فلا يجوز^(٥٣) .

٣ - قياس غرز الخشبة على البناء في أرض الجار بجامع أن في كل منهما انتفاع بملك غيره ، فكما لا يجوز البناء في أرضه بغير إذنه ، فكذلك لا يجوز غرز الخشبة بغير إذنه^(٥٤) .

٤ - قياس غرز الخشبة على الحمل على بهيمة الغير ، بجامع أن كلاهما فيهما انتفاع بما ليس ملكه بغير إذن مالكة ، فكما لا يجوز الحمل على بهيمة الغير بغير إذنه ، فكذلك غرز الخشبة^(٥٥) .

الترجيح :

الراجح هو القول الثاني لما يأتي :

أولاً ، لقوة أدلة هذا القول ، وموافقتها لأصول الشرع من تحريم مال المسلم على أخيه المسلم بغير إذنه .

(٥١) انظر المهذب ١/٣٣٥ ، وأسنى المطالب ٢/٢٢٣ .

(٥٢) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالمعرف » ص ٢٣ .

(٥٣) انظر أسنى المطالب ٢/٢٢٣ .

(٥٤) المصدر نفسه ، والمهذب ١/٣٣٥ .

(٥٥) المصدران أنفسهما .

ثانياً ، إن في حمل حديث أبي هريرة - رضى الله عنه - على النذب ،
والتوصية بالإرفاق بالجار ، إعمالاً لجميع الأحاديث ،
والجمع بين الأحاديث أولى من إهمال بعضها .

ثالثاً ، حمل حديث أبي هريرة - رضى الله عنه - على النذب ، يؤيده
أدلة كثيرة من الكتاب والسنة ، منها على سبيل المثال قوله
تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ
فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (٥٦) .
وقول الرسول الكريم ﷺ : « إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى
المسجد فلا يمنعها » (٥٧) .

والعلماء لا يختلفون أن ذلك على النذب لاعلى الإيجاب ؛ فكذلك
معنى هذا الحديث (٥٨) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثانية ، استئذان الجار جاره في رفع جداره عليه .
قال ابن هبيرة (٥٩) - رحمه الله : « واتفقوا على أن الرجل المسلم له
أن يعلى بناءه في ملكه ، ولا يحل له أن يطلع على عورات جيرانه » (٦٠) .

(٥٦) سورة النور : آية : ٣٣ .

(٥٧) أخرجه مسلم في الصلاة (٤) باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة (٣٠) ج
١/٣٢٦ - ٣٢٧ رقم ١٣٤ .

(٥٨) وانظر التمهيد لابن عبد البر ١٠/٢٢٣ .

(٥٩) هو : يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعد ، هون الدين أبو المظفر الشيباني النوري ، ولد سنة
٤٩٩ هـ . له : الإنصاح عن معاني الصباح ، وطبع الجزء الذي تكلم فيه على حديث « من يرد
الله به خيراً يفقهه في الدين » طبع منفصلاً بنفس اسم الأصل ، والمقتصد ، تولى الوزارة أيام
المقتضي ، توفي سنة ٥٦٠ هـ ، انظر ترجمته في المنتظم ١٠/٢١٤ - ٢١٧ رقم ٣٠٦ ، ووليات
الأعيان ٦/٢٣٠ - ٢٤٣ رقم ٨٠٧ ، وسير أعلام النبلاء ٢٠/٤٢٦ - ٤٣٢ رقم ٢٨٢ ، والذيل
على طبقات الحنابلة ١/٢٥١ - ٢٨٩ رقم ١٣١ ، والمقصد الأرشد ٢/١٠٥ - ١١٠ رقم ١٢٣٣ .
(٦٠) الإنصاح ١/٢٨٢ . وانظر تبين الحقائق ٤/١٩٦ ، والفروشى ٦/٦١ ، والبجيرمي ٣/٨٤ ،
والمبدع ٤/٢٩٨ .

واختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فى حكم بناء سترة تمنع
الأعلى من الاطلاع على عورات جيرانه ، على قولين :

القول الأول ،

يجب على الأعلى بناء سترة تمنعه من الاطلاع على جاره ، وهو
قول المالكية ^(٦١) ، والحنابلة ^(٦٢) ، وبه قال أبو الليث السمرقندى
من الحنفية ^(٦٣) .

استدلوا بما يأتى :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٦٤) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الشارع نهى عن الضرر والإضرار ، واطلاعه على عورات
جيرانه فيه إضرار بهم ، فيمنع منه ^(٦٥) .

(٦١) انظر الكافى لابن عبد البر ١٢٩/٢ - ٩٤٠ ، والزرقاتى ٦٤/٦ ، والغرشى ٦١/٦ ، ومنع الجليل
٣٣٢/٣ .

(٦٢) انظر المغنى ٥٣/٧ ، والمحرم ٢٤٣/١ ، وكشاف القناع ٤٠١/٣ .

(٦٣) الفتاوى الهندية ١٠٠/٤ ، والإفصاح ٢٨٢/١ ، وأبو الليث هو : نصر بن محمد بن أحمد بن
إبراهيم السمرقندى المعروف بإمام الهدى ، له تفسير القرآن ، والنوازل ، وخزانة الفقه ، وتنبية
الغافلين ، توفى سنة ٣٧٣ هـ . انظر ترجمته فى تاريخ الإسلام (حوادث ٢٥١ - ٢٨٠ هـ) ص
٥٨٣ ، والجواهر المضىة ٥٤٤/٣ - ٥٤٥ رقم ١٧٤٣ ، ومفتاح السعادة ٢٥١/٢ ، والفوائد
البيهية ص ٢٢٠ .

(٦٤) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ص ٢٣

(٦٥) انظر الخرشى ٦١/٦ ، والمغنى ٥٣/٧ .

٢ - قياس الاطلاع على عورات جاره من الأعلى على اطلاعه من ثقب الباب بجامع أن في كل منهما إضرار بالجار وكشف لعوراته فكما لم يجز اطلاعه من ثقب الباب ، فكذلك لا يجوز اطلاعه على عورات جاره من الأعلى من باب أولى^(٦٦) .

القول الثاني :

لا يلزم الأعلى بناء ستره ، وهو قول الحنفية^(٦٧) ، ونسبه ابن هبيرة^(٦٨) وابن قدامة^(٦٩) إلى الشافعي^(٧٠) .
واستدل لهم بقياس الأعلى على الأسفل ، بجامع أن لكل منهما أن يتصرف في ملكه ، فكما لا يجبر الأسفل على بناء ساتر ، فكذلك الأعلى^(٧١) .
وأجيب عنه بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ تصرف الأسفل لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره^(٧٢) .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول لما يأتي :

أولاً ، لأنه موافق لمقصود الشريعة من ستر عورات المسلمين ، والمنع من التلصص عليهم .

(٦٦) انظر المغنى ٥٣/٧ .

(٦٧) انظر فتح القدير ٢٢٥/٧ .

(٦٨) الإنصاح ٢٨٢/١ .

(٦٩) المغنى ٥٣/٧ .

(٧٠) لم أجد نصاً في المسألة عند الشافعية ، ولم يأت لم أفتد إليه في مواضعه ، وانظر البجيرمي

٨٤/٣

(٧١) انظر المغنى ٥٣/٧ .

(٧٢) المصدر نفسه .

ثانياً ، لأن الشارع قد نهى عن الاطلاع على المسلمين من خلال الباب
 وشرع عقوبة فاعله ، وأهدر حق المطلع في المطالبة بالتعويض
 إذا حصل له الضرر ، بقوله ﷺ : « لو أن رجلاً اطلع عليك
 بغير إذن فخذفته ^(٧٣) بحصاة ففقات ^(٧٤) عينه ما كان عليك من
 جناح » ^(٧٥) ؛ فإذا كان هذا حال المطلع من خلال الباب ، فإن
 المطلع من الأعلى خطره أعظم ؛ فيدفع ضرره من باب أولى .
 والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٧٣) الخُذْف ، كالضرب : رميك بحصاة لو نواة لو نحوها ، تلخذ بين سبابتيك تخذف به .

القاموس المحيط ١٠٣٧ « خذف » .

(٧٤) فَقَّا العين : قلمها .

القاموس المحيط : ٦١ « فقا » .

(٧٥) أخرجه مسلم في الآداب (٢٨) باب تحريم النظر في بيت غيره (٩) ج ٣/١٦٩٩ رقم ٤٤ .

المطلب الثالث

الاستئذان في فتح الباب
في الحرب المشترك أو إشراع
جناح فيه

□□□□□

الدرب ^(١) المشترك ينقسم إلى قسمين :

القسم الاول ، الطريق النافذ ^(٢) أو مايسمى بالشارع .

القسم الثانى ، الطريق غير النافذ وهو مايسمى بالزقاق ^(٣) أو السكة ^(٤)

وبحسب الطريق يختلف الحكم ؛ لذلك نبدأ بالطريق النافذ ، ثم

نتبع ذلك بحكم الطريق غير النافذ .

القسم الاول : الطريق النافذ :

وفيه مسألتان :

المسألة الاولى : إحداث باب جديد .

المسألة الثانية ، إشراع الجناح .

المسألة الاولى ، إحداث باب جديد .

إذا كان لشخص دارٌ بابها فى الزقاق ، وظهرها إلى الشارع ،

وأراد فتح باب لداره فى الشارع ؛ فقد اتفق الفقهاء ^(٥) - رحمهم الله

تعالى - على جواز ذلك من غير إذن ؛ لأن الشارع يستحق المرور فيه

كل الناس ، وهو من جعلتهم فله حق فى الاستطراق ^(٦) .

(١) الدرب : الطريق ، وقيل : الدرب بفتح الراء للطريق النافذ ، والدرب بسكون الراء لغير النافذ .

انظر المطلع ص ٢٥٢ .

(٢) الطريق النافذ : السالك . (القاموس المحيط ٤٣٣ « نفذ ») ، والشارع : طريق يسلكه الناس

عامة (المصباح المنير ٣٢٢/١ شرح) .

(٣) الزقاق : الطريق الضيق دون السكة ، والجمع أزقة (المخصص ٤٢/١٢) وقيل : الزقاق دون

السكة نافذة كانت أو غير نافذة (المغرب ٢٠٨ ، والمصباح المنير ٢٧٢/١) .

(٤) السكة : أوسع من الزقاق ، سميت بذلك لاصطفاف الدور فيها . انظر المخصص ٤٣/١٢ .

(٥) انظر الهداية للمرغيناني ١٩١/٤ ، وتبيين الحقائق ١٩٥/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٤٤٦/٥ .

والكافى لابن عبد البر ٩٤٠/٢ ، والشرح الصغير ٤٨٧/٣ ، وجواهر الإكليل ١٢٢/٢ ، والمهذب

٢٣٥/١ - ٢٣٦ ، والوجيز ١٧٨/١ ، وروضة الطالبين ٢٠٤/٤ ، والمغنى ٥٠/٧ ، والفروع

٢٧٩/٤ ، وكشاف القناع ٣٩٦/٣ .

(٦) الاستطراق : استعمال من الطريق ، أى : ليجعله طريقاً له . انظر المطلع ص ٢٥٢ .

المسألة الثانية ، إشرع الجناح ^(٧) .

إشرع الجناح في الطريق النافذ ، له حالتان :

الحالة الأولى : كون الجناح يضرّ بالمارة .

الحالة الثانية : كون الجناح لا يضرّ بالمارة .

الحالة الأولى : كون الجناح يضرّ بالمارة .

اتَّفَق الفقهاء ^(٨) - رحمهم الله تعالى - على عدم جواز إشرع

الجناح في الطريق النافذ إذا كان يضرّ بالمارة ، سواء وجد الإذن في

ذلك من الإمام ، أم لم يوجد .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٩) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى الشارع عن الضرر والإضرار ، وإشرع الجناح على وجه

يعوق المرور في الطريق فيه ضررٌ بين ؛ فلا يجوز ^(١٠) .

٢ - الحق في الطريق النافذ ليس له خاصة ، بل للمارين جميعا ،

وما يضرّ بهم ممنوع شرعا ^(١١) .

(٧) الجناح : ما يخرج إلى الطريق من خشب البناء ، ويسمى : الروشن .

انظر تحرير ألفاظ التنبيه ٢٠٠ ، والمطلع ٢٥١ .

(٨) انظر بدائع الصنائع ٢٦٥/٦ ، والشرح الصغير ٤٨٧/٣ ، ومغنى المحتاج ١٨٢/٧ ، والمغنى

٣١/٧ .

(٩) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالمعرف » ص ٣٣ .

(١٠) انظر بدائع الصنائع ٢٦٥/٦ ، والشرح الصغير ٤٨٧/٣ ، والمهذب ٢٣٤/١ ، والكافي لابن

قدامة ٢١٠/٢ .

(١١) انظر أسنى المطالب ٢١٩/٢ .

الحالة الثانية : كون الجناح لا يضر بالمارة .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فى حكم هذه الحالة على أربعة أقوال :

القول الأول .

يجوز له إشراع الجناح إذا كان لا يضر بالمارة ، سواء أذن الإمام فيه أم لم يذن ، وهو قول المالكية^(١٢) ، والشافعية^(١٣) ، وحكاه ابن تيمية عن الإمام أحمد^(١٤) - رحمه الله - ، وهو قول أبى يوسف ، ومحمد بن الحسن من الحنفية^(١٥) ، وبه قال الأوزاعى^(١٦) ، وإسحق^(١٧) - رحمهم الله جميعا - .

واستدلوا بما يأتى :

١ - القياس على الميزاب^(١٨) ، بجامع أن كلا منهما فيه استغلال لهواء^(١٩) الشارع ، والميزاب جائز؛ بدليل وضعه ﷺ ميزاب

(١٢) انظر مواهب الجليل ١٧٢/٥ ، والشرح الصغير ٤٨٧/٣ ، وجواهر الإكليل ١٢٣/٢ .

(١٣) انظر المهذب ٣٣٤/٨ ، والوجيز ١٧٨/٨ ، وروضة الطالبين ٢٠٤/٤ ، وأسنى المطالب ٢١٩/٢ .

(١٤) انظر الفروع ٢٧٨/٤ - ٢٧٩ ، والإنصاف ٢٥٤/٥ .

(١٥) انظر بدائع الصنائع ٢٦٥/٨ ، والهداية للمرغيناني ١٩١/٤ ، والعناية ٣٠٧/٨٠ .

(١٦) انظر المغنى ٣١/٧ .

(١٧) المصدر نفسه .

(١٨) الميزاب : ما يسيل منه الماء من موضع عال، ومنه ميزاب الكعبة ، وهو مصب ماء المطر . تاج العروس ٢٤/٢ « أرب » .

(١٩) الهواء ، ممدود : هو الجو (تهذيب اللغة ٤٩٢/٦) ، وقال الجوهري : الهواء ممدود : ما بين السماء والأرض ، والجمع الأهوية ، وكلّ خالٍ هواء (الصحاح ٢٥٣٧/٦) .

دار عمه العباس بن عبد المطلب^(٢٠) - رضى الله عنه - فى
الشارع المؤدى إلى مسجده ﷺ^(٢١) ، فذلك الجناح^(٢٢) .

٢ - قياس إشراع الجناح على المشى فى الطريق ، والجلوس
فيه ، بجامع أن فى كل ارتفاعاً بما لم يتعين ملك أحد فيه ،
فكما جاز المشى والجلوس فى الطريق ؛ فذلك يجوز إشراع
الجناح^(٢٣) .

وأجيب عنه : بأن هذا قياس مع الفارق ؛ فإن الطريق جعل
للمرور ، ولا مضرة فيه ، والجلوس لا يذم ، ولا يمكن التحرز منه
بخلاف الجناح^(٢٤) .

٣ - الهواء تابع للقرار^(٢٥) ، وهو قد ملك الارتفاق بالقرار وهو
الطريق من غير إضرار ، فذلك يملك الارتفاق بالهواء من
غير إضرار^(٢٦) .

(٢٠) هو العباس بن عبد المطلب بن هاشم ، أبو الفضل ، عم رسول الله ﷺ ، كان أسن من رسول
الله ﷺ بسنتين ، كان رئيساً فى الجاهلية وكانت إليه السقاية وعارة المسجد الحرام ، شهد
العقبة مع رسول الله ﷺ وكان حينئذ مشركاً ، ثم أسلم وهاجر ، وشهد فتح مكة وحينئذ ، وكان
رسول الله ﷺ يعظمه ويكرمه ، وتوفى بالمدينة سنة ٢٢ هـ ، وصلى عليه عثمان رضى الله عنه .
انظر ترجمته فى الاستيعاب ٢/ ٨١٠ - ٨١٧ رقم ١٣٧٨ ، وأسد الغابة ٢/ ١٦٤ - ١٦٧ رقم
٢٧٩٧ ، والإصابة ٣/ ٦٣١ - ٦٣٢ رقم ٤٥١٠ .

(٢١) أخرجه عبد الرزاق فى البيوع ، باب من مات وعليه دين ٢٩٢/٨ رقم ١٥٢٦٤ ، وابن سعد فى
طبقاته ٤/ ٢٠ - ٢١ ، وأحمد ١/ ٢١٠ ، وأبو داود فى « المراسيل » فى باب الإضرار (٨٠) ص
٢٩٣ رقم ٤٠٦ ، والحاكم فى معرفة الصحابة ٣/ ٣٣١ - ٣٣٢ ، والبيهقى فى الصلح باب نصب
الميزاب وإشراع الجناح ٦/ ٦٦ .

(٢٢) انظر أسنى المطالب ٢/ ٢١٩ .

(٢٣) انظر المهذب ١/ ٣٣٤ ، والمغنى ٧/ ٣١ .

(٢٤) انظر المغنى ٧/ ٣٢٢ .

(٢٥) القرار : المظن من الأرض والمستقر منها . تاج العروس ١٢/ ٢٩٢ « قرر » .

(٢٦) انظر المهذب ١/ ٣٣٤ .

وأجيب عنه بأنه لا يسلم عدم الضرر ؛ فإنه يُظلم الطريق ،
ويمنع الضوء ، وربما سقط على المارة ، أو سقط منه شيء ، وقد تعلق
الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس ^(٢٧) .

٤ - إطباق الناس على فعل ذلك من غير إنكار ، ولو كان غير
جائز لأنكر عليهم ^(٢٨) .

٥ - الطريق النافذ مباح ، لا يملك لأحد من الناس ، ولكل مسلم
التصرف فيه بما لا يضر بالمارة ^(٢٩) .

٦ - الطريق لكل المسلمين ، والإذن من الكل ، يتعذر الوصول
إليه ؛ فلذلك جعل في حق كل واحد كائنه هو المالك وحده
حكماً ؛ كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ^(٣٠) .

القول الثاني :

يجوز إشراع الجناح إن لم يكن فيه ضررٌ بإذن الإمام ، وبه قال
القاضي أبو يعلى ^(٣١) ، وابن عقيل ^(٣٢) من الحنابلة ، وهو الراجح من

(٢٧) انظر المغني ٣٢/٧ .

(٢٨) انظر أسنى المطالب ٢١٩/٢ ، ونهاية المحتاج ٢٨٠/٤ .

(٢٩) انظر أسنى المطالب ٢١٩/٢ .

(٣٠) انظر الهداية للمرخيناني ١٩١/٤ .

(٣١) انظر القواعد لابن رجب ص ٢١٧ ، وأبو يعلى هو : محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ،

أبو يعلى الفراء ، قاضي القضاة ، علامة زمانه ، ولد سنة ٢٨٠هـ ، له : التعليقة الكبيرة في

الخلافة ، والروايتين والوجهين ، والأحكام السلطانية ، والعدة والإيمان ، توفي سنة ٤٥٨هـ ، وإذا

أطلق لفظ القاضي ، عند الحنابلة فهو المقصود . انظر ترجمته في طبقات الحنابلة ١٩٣/٢ -

٢٣٠ ، والانساب ٢٤٦/٩ ، والمنتم ٢٤٣/٨ - ٢٤٤ رقم ٢٩٥ ، وسير أعلام النبلاء ٨٩/١٨ -

٩١ رقم ٤٠ ، والمقصد الأرشد ٢٩٥/٢ - ٢٩٦ رقم ٩٢٣ .

(٣٢) انظر المغني ٣١/٧ .

رأيي الحنابلة عند مجد الدين بن تيمية^(٣٣) ، وشمس الدين بن مفلح^(٣٤) ،
والمرداوى^(٣٥) ، والبيهوتى^(٣٦) .

واستدلوا بما يأتى :

- ١ - قلع عمر - رضى الله عنه - لميزاب العباس - رضى الله عنه -
- فإن عمر - رضى الله عنه - لم يقره حتى أخبر أن رسول
- الله ﷺ نصبه بيده^(٣٧) ، ولولا أنه يتوقف على إذن الإمام لما
- قلعه^(٣٨) .

(٣٣) انظر المحرر ٢٤٢/١ ، ومجد الدين هو : عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ، ابن تيمية الحرانى ، أبو البركات ، وهو جد شيخ الإسلام ابن تيمية ، ولد سنة ٥٩٠ هـ ، له : المنتقى والمحرر ، ومنتهى الغاية فى شرح الهداية ، توفى يوم عيد الفطر سنة ٦٥٢ هـ . انظر ترجمته فى صلة التكملة / لوحة رقم ٨٧ أ و ب ، وسير أعلام النبلاء ٢٢٣/٢٩١ - ٢٩٣ رقم ١٩٨ ، والنيل على طبقات الحنابلة ٢٤٩/٢ - ٢٥٤ رقم ٢٥٩ ، والمقصد الأرشد ١٦٢/٢ - ١٦٤ رقم ٦٤٥ ، وطبقات المفسرين للدردى ٢٩٧/١ - ٣٠٠ رقم ٢٧٩ .

(٣٤) انظر الفروع ٢٧٩/٤ ، وابن مفلح هو : محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج ، شمس الدين أبو عبد الله ، شيخ الحنابلة فى وقته ، ولد سنة ٧٠٨ هـ ، له : الفروع ، والنكت على المحرر ، والآداب الشرعية ، توفى سنة ٧٦٣ هـ . انظر ترجمته فى الوفيات لابن رافع ٢٥٢/٢ - ٢٥٣ رقم ٧٧١ ، والدرر الكامنة ٣٠/٥ - ٣١ رقم ٤٥٨٥ ، والمقصد الأرشد ٥١٧/٢ - ٥٢٠ رقم ١٠٨٠ ، والسحب الوابلة ٤٥٢ - ٤٥٤ رقم ٧٣٥ .

(٣٥) انظر الإنصاف ٢٥٥/٥ ، والمرداوى هو : على بن سليمان بن أحمد بن محمد ، أبو الحسن علاء الدين المرادوى ، محرر مذهب الحنابلة ومنقحه ، ولد سنة ٨٢٠ هـ تقريباً ، له : الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ، والتقيق المشيع ، والدر المنتقى ، توفى سنة ٨٨٥ هـ . انظر ترجمته فى الضوء اللامع ٢٢٥/٥ - ٢٢٧ رقم ٧٦١ ، والجواهر المنضدة ٩٩ - ١٠١ رقم ١٠٩ ، ومفاكهة الخلان ١٩/١ ، والبدر الطالع ٤٤٦/١ رقم ٢١٨ ، والسحب الوابلة ٢٩٦ - ٢٩٩ رقم ٤٤٨ .

(٣٦) انظر شرح منتهى الإرادات ٢٦٩/٢ ، وكشاف القناع ٢٩٤/٢ .

(٣٧) انظر المصادر المذكورة فى التعليق رقم ٢١ من هذا المطلب ص ٣١٥ .

(٣٨) انظر شرح منتهى الإرادات ٢٦٩/٢ ، وكشاف القناع ٢٩٤/٢ .

ويجاب عنه بأنه ليس فيه دليل على وجوب إذن الإمام ، وعمر - رضى الله عنه - إنما قلعه للضرر الحاصل منه ، وهو ماورد فى سياق الأثر ؛ من سيلان دم الفراخ المذبوحة على المارة^(٣٩) ، وتنجسهم بذلك ، ومع الضرر لايسمح بإشراع الجناح ، وردُّ عمر - رضى الله عنه - للميزاب كان تورعاً منه ، وتقديماً لفعل الرسول ﷺ ، وقد ورد فى الأثر أنه بعد ذلك دخل دار العباس فى المسجد^(٤٠) ، وبذلك انتفى الضرر .

٢ - قياس إذن الإمام فى الدرب النافذ على إذن المشتركين فى الدرب غير النافذ بجامع أنه لايد فى كل منهما من إذن أصحاب الحقوق ، والإمام نائب عنهم ، فجرى إذنه مجرى إذن أصحاب الحقوق^(٤١) .

يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ الإمام لايستطيع أن يأنن بما فيه ضرر للمسلمين ، بخلاف المشتركين فى الدرب غير النافذ إذا رضوا بالإشراع جاز وإن كان يضرهم ؛ لأن المنع لحقهم وهم قد تنازلوا عنه^(٤٢) .

٣ - الطريق ملك مشترك بين المسلمين ، فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة إلا الإمام فإنه نائب عنهم^(٤٣) .

(٣٩) انظر الطبقات الكبرى ٢٠/٤ ، ومسنّد أحمد ٢١٠/٨ .

(٤٠) انظر الطبقات الكبرى ٢٢/٤ ، والمستدرک ٣٣٢/٣ .

(٤١) انظر المغنى ٢١/٧ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٩/٢ ، وكشاف القناع ٣٩٤/٣ .

(٤٢) وانظر الكافي لابن قدامة ٢١٠/٢ .

(٤٣) انظر القواعد لابن رجب ص ٢١٨ .

٤ - وضع الجناح يحتاج إلى اجتهد وتحرف في نفي الضرر عن المارين؛ فتوقف على إذن الإمام، أو نائبه^(٤٤).

يجاب عنه : بأنه لا يسلم بأن نفي الضرر يحتاج إلى تقدير واجتهد الإمام، بل يرجع إلى حال الطريق من الضيق والوسع^(٤٥).

القول الثالث :

يجوز له إشرع الجناح إن لم يكن فيه ضرر، من غير إذن الإمام، بشرط ألا يعارضه أحد من الناس، فإن عارضه أحد وجب نزع، وهو قول الإمام أبي حنيفة^(٤٦) - رحمه الله تعالى - واستدل بما يأتي :

١ - قياس إخراج الجناح إلى الطريق النافذ على إخراجه إلى هواء دار مشتركة، بجامع أن في كل منهما بناء في حق مشترك، فكما أن إخراج الجناح في هواء الدار المشتركة لا يجوز إلا بأذن أهلها؛ فكذلك الطريق حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز^(٤٧).

يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق؛ إذ أن الدار المشتركة قد تعين مالكا، بخلاف الطريق؛ فإنه لم يتعين مالكا، بل عم جميع الناس، ولا يمكن الاستئذان من الكل.

(٤٤) انظر المنح الشافيات ٤٠١/٢.

(٤٥) وانظر روضة الطالبين ٢٠٤/٤.

(٤٦) انظر بدائع الصنائع ٢٦٥/٦، والعناية ٣٠٧/١٠.

(٤٧) انظر المغنى ٣٢/٧.

٢ - هواء البقعة في حكم البقعة نفسها ، والبقعة حق للمسلمين فكذا هواؤها ، فالانتفاع بالهواء كالانتفاع بالقرار تصرف في حق الغير ، وهذا التصرف حرام بغير إذنه سواء أضر به أم لم يضر ، إلا أن الانتفاع حل له قبل المعارضة ؛ لوجود الإذن منهم دلالة ، وهي ترك المعارضة وطلب الإزالة والتصرف في حق الإنسان بإذنه مباح . أما إذا وقعت المطالبة بالإزالة ، بطلت الدلالة ، وبقي الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير إذنهم ، فلا يجوز^(٤٨) .

ويجاب عنه : بأن قياس الانتفاع بالهواء على الانتفاع بالبقعة لا يستقيم ؛ لأن المرور في الطريق انتفاعاً بالبقعة ، وهل يملك أحد منع غيره من الانتفاع بالطريق بالمرور فيه ؟ ؛ فإذا لم يكن لأحد منعه من الانتفاع بالقرار ، فكذلك لا يكون لأحد منعه من الانتفاع بهواء القرار ؛ لأن الهواء تابع للبقعة .

القول الرابع .

لا يجوز أن يشرع الجناح إلى الطريق النافذ ، سواء أذن الإمام أم لم يذن ، وسواء أضر بالمارة أم لم يضر ، وهو المنصوص عليه عند الحنابلة^(٤٩) والراجح من رأيهم عند ابن قدامة^(٥٠) ، وابن رجب^(٥١) - رحمهم الله جميعاً - .

(٤٨) انظر بياتع الصنائع ٣٦٥/٦ .

(٤٩) انظر الإحصاف ٢٥٤/٥ .

(٥٠) انظر للمفتي ٣١/٧ .

(٥١) انظر القواعد لابن رجب ٢١٧ ، وابن رجب هو : عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ، زين الدين أبو الفرج البغدادي ثم الدمشقي ، ولد سنة ٧٠٦ هـ ، له : القواعد ، وجامع العلوم والحكم ، والنيل على طبقات الحنابلة ، والتخويف من النار ، توفي سنة ٧٩٥ هـ . انظر ترجمته في الدرر الكامنة ٤٢٨/٢ - ٤٢٩ ، رقم ٢٢٧٦ ، والمقصد الأرشد ٨١/٢ - ٨٢ ، رقم ٥٦٨ ، والجمهور المنقذ ٤٦ - ٥٣ ، رقم ٥٧ ، والسحب الوابلة ١٩٧ - ١٩٨ ، رقم ٢٩٣ .

واستدلوا بما يأتى :

١ - قياس إخراج الجناح على بناء الدكة فى الطريق ، بجامع أن

فى كلّ منهما بناء فى ملك الغير بغير إفته ، فكما لا يجوز

بناء الدكة فى الطريق؛ فكذلك الجناح^(٥٢) .

ويجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ بناء الدكة فى الطريق

يؤدى إلى تضيق الطريق ، وإشراع الجناح لا يؤتى إلى ذلك .

٢ - قياس إشراع الجناح فى الطريق النافذ على إشراعه فى

الزقاق غير النافذ ، بجامع أن كلاهما بناء فى ملك الغير

بغير إفته ، فكما لا يجوز إشراع الجناح فى غير النافذ بغير

إذن أهله ، فكذلك فى النافذ^(٥٣) .

يجاب عنه : بأنه قياس مع الفارق :

أولاً ، لأن الطريق غير النافذ قد تعين ملاكه ، والوصول إلى إرضائهم

ممكن ، بخلاف النافذ .

ثانياً ، النافذ يحق له الاستطراق فيه ، وإن لم يكن من أهله ، بخلاف

غير النافذ .

٣ - إشراع الجناح فيه مضرّة بالطريق ، من حيث الإظلام ،

وسدّ الضوء ، واحتمال سقوطه أو جزء منه على المارة ،

وقد تعلق الأرض بمرور الزمان ، فيصطدم به الناس

وما يفضى إلى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى

ابتدائه^(٥٤) .

(٥٢) انظر المفتى ٣٢/٧ .

(٥٣) المصدر نفسه .

(٥٤) المصدر نفسه .

ويجاب عنه : بأنه لايسلم بأن إخراج الجناح يؤدى إلى الضرر
إذ المجيزون يشترطون عدم الضرر ، واحتمال الضرر لايعنى وجود
الضرر حقيقة ، وعند وجوده حقيقة يمكن الحكم بإزالته ، منعاً للضرر
الذى جاء الشرع لدفعه .

الترجيح :

الراجع هو القول الاول ؛ لإطباق الناس على فعل ذلك فى العصور
المختلفة وحتى عصرنا هذا من غير إنكار لذلك ، والمنع إنما يكون بسبب
الضرر الذى قد يحصل للمارة ؛ فاذا بنى الجناح على أساس صحيح
ومتين ، وروى فيه مصلحة المارة ، فإنه لايمنع الانتفاع بالطريق ،
ولايضر بمن يمر فيه ، فلم يعد هناك سبب للمنع . والله سبحانه
وتعالى أعلم .

القسم الثانى : الطريق غير النافذ ، وهو ما يسمى
بالزقاق أو السكة .

وفيه مسألتان :

المسألة الاولى : إحداث باب جديد .

المسألة الثانية : إشراع الجناح .

المسألة الاولى : إحداث باب جديد .

لإحداث باب جديد فى الزقاق المشترك حالتان :

الحالة الاولى : إحداث باب جديد للاستطراق .

الحالة الثانية : إحداث باب جديد لغير الاستطراق .

الحالة الاولى : إحداث باب جديد للاستطراق .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فى هذه الحالة على أربعة

أقوال :

القول الأول :

لا يجوز إحداث باب للاستطراق في زقاق غير نافذ إلا بإذن أهله .
وبه قالت الحنفية^(٥٥)، والشافعية^(٥٦)، والحنابلة في الراجح عندهم^(٥٧)
وهو قول للمالكية اختاره ابن زرب^(٥٨) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٥٩) .

وجه الدلالة من الحديث :

نهى النبي ﷺ عن الضرر والإضرار ، وفتح باب جديد في السكة
غير النافذة يزيد من عدد المستخدمين للطريق ، ويحدث زحاما وفي
الزحام ضررٌ بالساكنين ؛ فلا يجوز^(٦٠) .

٢ - الدرب الذي ليس بنافذ مملوك لأهله ، فليس لأحد أن
يتصرف فيه إلا بإذنهم ، سواء كان في ذلك التصرف ضرر
أم لا^(٦١) .

٣ - فاتحُ الباب يجعل لنفسه حقَّ الاستطراق في درب مملوك
لأهله ، ولا حقَّ له فيه^(٦٢) .

(٥٥) انظر الهداية للمرخيناني ١٩١/٤ ، وتبيين الحقائق ١٩٥/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٤٤٥/٥ .

(٥٦) انظر المهذب ٣٣٦/١ ، وروضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، ومغنى المحتاج ١٨٥/٢ .

(٥٧) انظر المغنى ٥١/٧ ، والإنصاف ٢٥٨/٥ ، وكشاف القناع ٣٩٦/٢ .

(٥٨) انظر البيان والتحصيل ٤٠٤/٩ - ٤٠٥ ، ومواهب الجليل ١٦٦/٥ ، وابن زرب هو : محمد بن

يحيى بن زرب بن يزيد ، أبو بكر ، قاضي الجماعة بقرطبة ، ولد سنة ٣١٧ هـ ، له : كتاب

الخصال في فقه المالكية . توفي سنة ٣٨١ هـ ، انظر ترجمته في ترتيب المدارك ١١٤/٧ - ١١٨ ،

والمغرب في حلى المغرب ٢١٤/١ رقم ١٤٢ ، وسير أعلام النبلاء ٤١١/١٦ رقم ٢٩٨ ، والديباج

المذهب ٢٣٠/٢ - ٢٣١ رقم ٥٧ ، وشذرات الذهب ٤٢٩/٤ .

(٥٩) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٣٠ من مبحث : « ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف » ص ٢٣ .

(٦٠) انظر مغنى المحتاج ١٨٥/٢ .

(٦١) انظر تبيين الحقائق ١٩٥/٤ ، والبيان والتحصيل ٤٠٤/٩ .

(٦٢) انظر المهذب ٣٣٦/١ ، والمغنى ٥١/٧ .

القول الثانى .

يجوزُ إحداث الباب للاستطراق مطلقا ، أذن أهل الدرب فى فتحه
أم لم ياذنوا ، وهو قولٌ عند الحنفية^(٦٣) ، وقولٌ عند الحنابلة^(٦٤) .
واستدلوا بأنَّ هذا تصرفٌ فى ملك نفسه برفع بعض حائطه ،
وهو له أن يرفع حائطه كله فبعضه أولى^(٦٥) .

ويجاب عنه : بأنَّ هذا التصرف وإن كان فى ملكه إلا أنه يعود
بالضرر على الدرب المشترك الذى ليس بملكه ، ويثبت لنفسه حقا فى
ملك غيره بغير إذنه ؛ فلا يصح .

القول الثالث .

إن كان الباب الذى يُراد إحداثه لا يقابل باب جاره جاز بلا إذن ،
وإن كان يقابل باب جاره ، فلا يجوز إحداثه إلا بإذن جاره ، وهو
قول المالكية المعتمد عندهم^(٦٦) اختاره ابن القاسم^(٦٧) ، وابن وهب^(٦٨)

(٦٣) انظر تبیین الحقائق ١٩٥/٤ .

(٦٤) انظر المغنى ٥١/٧ والإنباف ٢٥٨/٥ .

(٦٥) انظر تبیین الحقائق ١٩٥/٤ .

(٦٦) انظر مواهب الجليل ١٦٦/٥ ، والشرح الصغير ٤٨٧/٣ ، وجواهر الإكليل ١٢٣/٢ .

(٦٧) انظر البيان والتحصيل ٤٠٥/٩ ، وابن القاسم هو : عبد الرحمن بن القاسم العتقى المصرى ،

أبو عبد الله ، الفقيه الحافظ ، الحجة ، ولد بمصر سنة ١٢٢ هـ ، تفقه بالإمام مالك ونظرانه ،

وهو أثبت الناس عنه ، توفى سنة ١٩١ هـ بمصر . انظر ترجمته فى ترتيب المدارك ٢٤٤/٣ -

٢٦١ ، ووفيات الأعيان ١٢٩/٣ - ١٣٠ رقم ٣٦٢ ، وسير أعلام النبلاء ١٢٠/٩ - ١٢٥ رقم ٣٩

، والديباج المذهب ٤٦٥/١ - ٤٦٨ رقم ٢ ، وتهذيب التهذيب ٢٥٢/٦ - ٢٥٤ رقم ٥٠٠ ، وينبغى

التنبه إلى ما نقله محقق الجزء التاسع من سير أعلام النبلاء فقد خلط بين المترجم وبين عبد

الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق فقد ذكر مراجع ترجمة الثانى عند ذكر

الذهبي لترجمة ابن القاسم المالكي ، وسبحان من لا يسهو .

(٦٨) انظر البيان والتحصيل ٤٠٤/٩ - ٤٠٥ .

واستدلوا لذلك بأن من شأن السكّة غير النافذة ، فتح أبواب بيوتها ففى إحداث باب مقابل باب الجار ضرراً بالجار ، حيث يشرف منه على مافى دار جاره ، والشرع قد نهى عن الضرر ، فلا يجوز إلا بإذنه ؛ فلو أذن بذلك فكأنه رضى بالضرر وتنازل عن حقه^(٦٩) .

ويجاب عنه : بأنه تفريق بين متساويين ، فكما أن فى مقابلة باب الجار إضراراً به ؛ فكذلك فى حالة عدم المقابلة إضراراً بسائر جيرانه من تضيق الطريق عليهم ، ومروره على بيوتهم ، ومرورهم على بيته ، وأنتم تقولون : أن من شأن البيوت فى هذه السكّة أن تكون أبوابها مفتوحة ؛ ففى مروره اطلاع على مافى بيوت جيرانه ، وهذا ضررٌ بين والشرع قد نهى عن الضرر .

القول الرابع ،

ليس له أن يحدث باباً جديداً على الإطلاق إلا إذا كان له بابٌ سابق وأراد سدّ ذلك الباب ، وفتح غيره بدلاً عنه ، وبه قال أشهب من المالكيّة^(٧٠) .

(٦٩) انظر الشرح الصغير ٤٨٧/٣ ، وجواهر الإكليل ١٢٣/٢ .

(٧٠) انظر البيان والتحصيل ٤٠٤/٩ - ٤٠٥ ، وأشهب هو : ابن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم ، أبو عمرو القيسى العامرى المصرى ، الفقيه ، مفتى مصر ، وقيل اسمه مسكين ، وأشهب لقب له ، ولد سنة ١١٤٠هـ ، تفقه بمالك ، له : كتاب الاختلاف فى القسامة ، وله كتاب يعرف أيضاً بالمدونة غير المدونة المعروفة لمالك برواية سحنون ، توفى سنة ٢٠٤هـ .
انظر ترجمته فى ترتيب المدارك ٢٦٢/٣ - ٢٧١ ، ووليات الأعيان ٢٣٨/١ - ٢٣٩ رقم ١٠٠ ، وتهذيب الكمال ٢٩٦/٣ - ٢٩٩ رقم ٥٣٣ ، وسير أعلام النبلاء ٥٠٠/١ - ٥٠٣ رقم ١٩٠ ، والديباج المذهب ٣٠٧/١ - ٣٠٨ رقم ٢ .

الترجيح :

الراجع : هو القول الأول ؛ لأن فتح الباب والاستطراق يضر بباقي الساكنين بالمرور عليهم ، أو مرورهم عليه ، والسكة غير النافذة ملك لأهلها ؛ فلا يجوز التصرف في ملكهم إلا بإذنهم . والله سبحانه وتعالى أعلم .

الحالة الثانية : إحداث باب جديد لغير الاستطراق .

اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على قولين :

القول الاول .

لايجوز إحداث باب في السكة غير النافذة بغير إذن أهلها ولو لغير الاستطراق ، وهو القول الراجع عند الحنفية^(٣) ، وبه قالت المالكية^(٣) وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٣) ، وهو الأرجح منهما عند الجرجاني^(٧٤) ، والشاشي^(٧٥) ، والنووي^(٣) ، وقال به ابن عقيل من الحنابلة^(٣) .

(٧١) انظر تبیین الحقائق ١٩٥/٤ - ١٩٦ .

(٧٢) انظر التاج والإكليل ١٧٤/٥ ، والغرضي ٦٢/٦ .

(٧٣) انظر المهذب ٣٣٦/١ ، وروضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، ومغنى المحتاج ١٨٥/٢ .

(٧٤) انظر روضة الطالبين ٢٠٨/٤ .

(٧٥) حلية العلماء ١٧/٥ ، وروضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، والشاشي هو : محمد بن أحمد بن الحسين بن

عمر ، أبو بكر الشاشي ، فخر الإسلام ، ولد سنة ٤٢٩ هـ . له : حلية العلماء ، والشاشي شرح

المزني ، والشاشي شرح الشامل ، والعمدة ، والمعتمد ، والترغيب ، توفي سنة ٥٠٧ هـ . انظر

ترجمته في المنتظم ١٧٩/٩ رقم ٢٩٥ ، ووفيات الأعيان ٢١٩/٤ - ٢٢١ رقم ٥٨٩ ، وسير أعلام

النبله ٣٩٣/١٩ - ٣٩٤ رقم ٢٣٤ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٧٠/٦ - ٧٨ رقم ٦٠٥ ،

وطبقات الشافعية للاستوى ٨٦/٢ - ٨٧ رقم ٦٧٣ .

(٧٦) روضة الطالبين ٢٠٨/٤ .

(٧٧) انظر المغني ٥١/٧ ، والإنصاف ٢٥٨/٥ .

واستدلوا بما يأتي :

- ١ - السكة غير النافذة ملك لأهلها ، لا يشاركهم فيها غيرهم ، فلا يستحدث فيها شيء إلا بإذنهم ؛ لئلا يلحق بهم الضرر^(٧٨).
- ٢ - فتح الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق ، ويستدل به عليه مع مرور الزمن ، ويحكم له به ؛ فيتضرر أهل الدرب بذلك ، فلا يجوز^(٧٩).

القول الثاني :

يجوز إحداث باب للاستضاءة ، دون الاستطراق في السكة غير النافذة بدون إذن أهلها ، وهو قول عند الحنفية^(٨٠) ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٨١) ، وهو الأرجح منهما عند أبي القاسم الكرخي^(٨٢) ، وصاحب البيان^(٨٣) ، والرافعي^(٨٤) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(٨٥).

(٧٨) انظر تبين الحقائق ١٩٥/٤ ، والتاج والإكليل ١٧٤/٥ .

(٧٩) انظر تبين الحقائق ١٩٥/٤ - ١٩٦ ، والمهذب ٣٣٦/١ ، والمغنى ٥١/٧ .

(٨٠) انظر تبين الحقائق ١٩٥/٤ .

(٨١) انظر المهذب ٣٣٦/١ ، وروضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، ومغنى المحتاج ١٨٥/٢ .

(٨٢) انظر روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، والكرخي هو : منصور بن عمر بن علي البغدادي ، أبو القاسم الكرخي ، أحد الأئمة في المذهب الشافعي ، تفقه على أبي حامد الاسفرائيني ، وله عنه « تعلية » صنف كتاب الغنية في الفقه الشافعي ، توفي سنة ٤٤٧ هـ . انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٨٧/١٣ رقم ٧٠٧١ ، وطبقات الفقهاء ١٢٩ - ١٣٠ ، وسير أعلام النبلاء ٨/١٨ رقم ٥ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٣٣٤/٥ رقم ٥٤٣ ، وطبقات الشافعية للأسنوي ٢٤١/٢ - ٢٤٢ رقم ٩٧٦ .

(٨٣) انظر روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، وصاحب البيان هو : يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد العمراني اليماني ، شيخ الشافعية باليمن ، أبو الحسين ، وقال النووي : أبو الخير ، ولد سنة ٤٨٩ هـ ، كان يحفظ المهذب عن ظهر قلب ، له : كتاب البيان ، يعرف به ، وهو شرح على المهذب ، والزوائد ، توفي سنة ٥٥٨ هـ . انظر ترجمته في طبقات فقهاء اليمن ١٧٤ - ١٨٤ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٧٨/٢ رقم ٤٦٩ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٣٣٦/٧ - ٣٣٨ رقم ١٠٣٨ ، وطبقات الشافعية للأسنوي ٢١٢/١ - ٢١٣ رقم ١٨٤ .

(٨٤) انظر روضة الطالبين ٢٠٨/٤ .

(٨٥) انظر المغنى ٥١/٧ ، والإنصاف ٢٥٨/٥ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٩/٢ .

واستدلوا بما يأتى :

- ١ - الحق لأهل الطريق فى الاستطراق وهو لم يزاحمهم فيه ^(٨٦).
- ٢ - له التصرف فى ملكه برفع الحائط بجملته ، فىكون له التصرف فى بعض حائطه من باب أولى ^(٨٧).

الترجيح :

القول الأول هو الراجح لوجاهة أدلته ، أمّا ما قاله أصحاب القول الثانى من أنّه لم يزاحمهم فى الاستطراق فصحيح ، ولكن فى الوقت الحاضر فقط ، وأمّا مع مرور الزمن ، وتقادم العهد فإنه يستدلّ به على حق الاستطراق .

ثم إن نقض جميع الجدار لايدلّ على شئ ، بخلاف نقض جزء منه إذ يشعر بثبوت حق الاستطراق ، وليس له هذا الحق. والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثانية ، إشراع الجناح فى السكة غير النافذة .

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول ،

لايجوز إشراع الجناح فى السكة غير النافذة إلا بإذن أهلها ، سواء كان له فى الدرب باب أم لم يكن . وبه قالت الحنفية ^(٨٨) .

(٨٦) انظر شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩ .

(٨٧) انظر تبين الحقائق ٤/١٩٥ ، والمهذب ١/٢٣٦ ، والمغنى ٧/٥١ .

(٨٨) انظر الهداية للمرغينانى ٤/١٩١ .

وهو قول للمالكية ^(٨٩) ، والراجح عند الشافعية ^(٩٠) واختاره أبو الطيب الطبري ^(٩١) ، وهو قول الحنابلة ^(٩٢) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - القياس على إشراع الجناح إلى دار الجار ، بجامع أن كلا منهما إشراع إلى ملك غيره ، فكما لا يجوز إشراع الجناح إلى هواء دار الجار إلا بإذنه ، فكذلك هنا لا يجوز إلا بإذن أهل الدرب ^(٩٣) .

٢ - إشراع الجناح بناءً في هواء ملكٍ تعين ملكه : لأن الهواء تابع للقرار ؛ فلا يجوز إلا بإذنهم ^(٩٤) .

القول الثاني :

يجوز له إشراع الجناح في السكّة غير النافذة بدون إذن أهلها إذا كان قد رفع رفعاً بيننا ولا يضرّ بالمارة . وهو المشهور عند المالكية ^(٩٥) .

(٨٩) انظر لكافي لابن عبد البر ٩٤٠/٢ ، والفرش ٦٢/٦ ، وجواهر الإكليل ١٢٣/٢ .
(٩٠) انظر للذهب ٢٣٤/١ ، وروضة الطالبين ٢٠٦/٤ - ٢٠٧ ، ومغنى المحتاج ١٨٤/٢ .
(٩١) انظر للذهب ٢٣٤/١ ، وأبو الطيب الطبري هو : طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر ، القاضي ، فقيه بغداد ولد سنة ٢٤٨ هـ ، له : المجرد ، والمنهاج في الخلائق ، وهو من كبار فقهاء المذهب الشافعي ، واحد أصحاب الوجوه ، تولى سنة ٤٥٠ هـ ، وهو في مقتضى وستين ، انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٣٥٨/٩ - ٣٦٠ رقم ٤٩٢٦ ، وطبقات الفقهاء ١٢٧ - ١٢٨ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٤٧/٢ - ٢٤٨ رقم ٢٧٢ ، وسير أعلام النبلاء ٣١٨/١٧ - ٦٧١ رقم ٤٥٩ ، وطبقات الشافعية للسبكي ١٢/٥ - ٥٠ رقم ٤٢٢ ، وطبقات الشافعية للاستدري ١٥٧/٢ - ١٥٨ رقم ٧٥٩ .

(٩٢) انظر للفتي ٢٢/٧ ، والإنصاف ٢٥٧/٥ ، وكشاف القناع ٢٩٥/٣ .

(٩٣) انظر للذهب ٢٣٤/١ .

(٩٤) المحرر نفسه ، والمغنى ٢٣/٧ .

(٩٥) انظر للزرقاني ٦٤/١ - ٦٥ ، والشرح الصغير ٤٨٧/٣ .

ويستدلّ لهم بأنّ المنوع هو الإضرار بالمارة ، وحيث رفعه
فقد منع الضرر فلا يحتاج إلى إذن^(٩٦).

القول الثالث :

إن كان له درب في السكّة غير النافذة جاز له إشراع الجناح بغير
إذنهم ، إذا لم يضرّ بالباقيين ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٩٧)
قال به الشيخ أبو حامد الإسفرائيني^(٩٨).

واستدلّ بأنّ الهواء تابع للقرار ، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار
بالاجتياز ، جاز أن يرتفق بالهواء باخراج الجناح^(٩٩).

الترجيح :

القول الأوّل هو الراجح لوجاهة أدلّته ؛ إذ الدرب المشترك غير
النافذ مملوك لأهله ، والوصول إلى إرضائهم ممكن ؛ لحصرهم ؛
فلا يجوز التصرف في ملكهم إلا بإذنهم . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٩٦) المصدران أنفسهما .

(٩٧) انظر المهذب ١/٣٣٤ ، وروضة الطالبين ٤/٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٩٨) هو : أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد ، أبو حامد الاسفرائيني ، شيخ طريقة العراقيين في

المذهب الشافعي وشيخ المذهب وحافظه ، ولد سنة ٢٤٤ هـ ، له تعلية في شرح المزني ، يعرف

بأبن أبي طاهر ، وهو المقصود بلفظ « الشيخ » عند الشافعية في كتبهم ، توفي سنة ٤٠٦ هـ .

انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٤/٣٦٨ - ٣٧٠ رقم ٢٢٣٩ ، وطبقات الفقهاء ١٢٣ - ١٢٤ ،

وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٠٨ - ٢١٠ رقم ٣١٨ ، وسير أعلام النبلاء ١٧/١٩٣ - ١٩٧ رقم

١١١ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٤/٦١ - ٧٤ رقم ٢٧٠ ، وطبقات الشافعية للأسنوي ١/٥٧ -

٥٩ رقم ٣٨ .

(٩٩) انظر المهذب ١/٣٣٤ .

المبحث السابع

الإذن في باب الكفالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

إذن من عليه حق

في الضمان والكفالة

المطلب الثاني :

إذن المدين في سداد ديونه

□□□□□

المطلب الأول

إذن من عليه حق
في الضمان والكفالة

□□□□□

الضمان لغة : مصدر ضمن الشيء ضماناً فهو ضامنٌ وضمين

إذا كفل به ^(١) ، والضمن : الالتزام ^(٢) .

والكفالة لغة : الضمان ^(٣) .

قال ابن الأعرابي ^(٤) : كفيلٌ وكافلٌ وضمينٌ وضامنٌ بمعنى واحد ^(٥) .

ويسمى الضامنُ ضميناً ^(٦) ، وحميلاً ^(٧) ، وزعيماً ^(٨) ، وكافلاً ^(٩) ، وكفيلاً ^(١٠) ، وصبيراً ^(١١) ، وقبيلاً ^(١٢) .

والضمان اصطلاحاً : ضمّ ذمّة الضامن إلى ذمّة المضمون

عنه في التزام الحق ^(١٣) .

(١) الصحاح ٢١٥٥/٦ « ضمن » ، والقاموس المحيط ١٥٦٤ « ضمن » .

(٢) القاموس المحيط ١٥٦٤ « ضمن » .

(٣) العين ٣٧٣/٥ ، والزاهر ٢٣٣ رقم ٤٩٤ ، والقاموس المحيط ١٣٦١ « كفل » .

(٤) هو محمد بن زياد بن الأعرابي ، أبو عبد الله الهاشمي مولاهم ، الأحوال النسابة ، إمام اللغة ، ولد

سنة ١٥٠ هـ ، أخذ عنه ثعلب ، وقال عنه : لزمته تسع عشرة سنة ، وكان يحضر مجلسه زهاء

مئة إنسان وما رأيت بيده كتاباً قط ، انتهى إليه علم اللغة والحفظ . أمه توفى سنة ٢٣١ هـ

بسامراً ، ينظر ترجمته في تهذيب اللغة ٢٠/١ - ٢١ ، وطبقات النحويين واللغويين ١٩٥ - ١٩٧

رقم ١٢٠ ، وتاريخ بغداد ٢٨٢/٥ - ٢٨٥ رقم ٢٧٨١ ، وإنباه الرواة ١٢٨/٣ - ١٣٧ رقم ٦٤٥ ،

وسير أعلام النبلاء ٦٨٧/١٠ - ٦٨٨ رقم ٢٥٤ .

(٥) تهذيب اللغة ٢٥٣/١٠ .

(٦) المصدر نفسه ، والعين ٥٠/٧ .

(٧) مجالس ثعلب ٧٧/١ ، والزاهر ٢٣٣ .

(٨) المصدران أنفسهما .

(٩) تهذيب اللغة ٢٥٣/١٠ .

(١٠) المصدر نفسه ، ومجالس ثعلب ٧٧/١ .

(١١) الزاهر ٢٣٣ .

(١٢) تحرير الفاظ التنبيه ٢٠٣ .

(١٣) المغني ٧١/٧ .

وكذلك الكفالة^(١٤) .

قال الماوردي^(١٥) : « غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع »^(١٦) .

وبناء على هذا التفريق العرفي بين الضمان والكفالة ، عرفهما الخطيب الشربيني^(١٧) بقوله : الضمان : التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة^(١٨) .

والكفالة : التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليها^(١٩) .

(١٤) أنيس الفقهاء ٢٢٣ ، وشرح المجلة ٣٣٣/١ المادة رقم ٦١٢ .

(١٥) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ، البصري ، الماوردي ، الشافعي ، الملقب به أقضى القضاة ، ولد سنة ٣٦٤ هـ ، له : الحارث ، والإقناع ، والأحكام السلطانية ، والنكت والعيون ، وأعلام النبوة ، وأدب الدنيا والدين ، توفي سنة ٤٥٠ هـ .

ينظر ترجمته في تاريخ بغداد ١٠٢/١٢ - ١٠٣ رقم ٦٥٣٩ ، ووليات الأعيان ٢٨٢/٣ - ٢٨٤ رقم ٤٢٨ ، وسير أعلام النبلاء ٦٤/١٨ - ٦٧ رقم ٢٩ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٢٦٧/٥ - ٢٨٥ رقم ٥٠٩ ، وطبقات المفسرين للداودي ٤٢٣/١ - ٤٢٥ رقم ٣٦٨ .

(١٦) مغنى المحتاج ٢٩٨/٢ .

(١٧) هو محمد بن أحمد ، شمس الدين ، الخطيب الشربيني ، من كبار فقهاء الشافعية المتأخرين ، له : السراج المنير في التفسير ، ومغنى المحتاج ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، توفي سنة ٩٧٧ هـ .

ينظر ترجمته في الكواكب السائرة ٧٩/٣ - ٨٠ ، وهدي العارفين ٢/٢٥٠ ، والأعلام ٦/٦ .

(١٨) مغنى المحتاج ١٩٨/٢ .

(١٩) المصدر نفسه ٢/٢٠٣ ، وينظر الإنصاف ٥/٢٠٩ .

إذن من عليه حق في الضمان والكفالة .

هذا العنوان تندرج تحته ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : إذن المضمون عنه في الضمان عنه .

المسألة الثانية : إذن المكفول في الكفالة عنه .

المسألة الثالثة : رجوع الضامن بعد أدائه المضمون على المضمون عنه .

المسألة الأولى : إذن المضمون عنه في الضمان عنه .

اتَّفَق الفقهاء ^(٢٠) - رحمهم الله تعالى - على صحة الضمان

بدون إذن المضمون عنه ، ولم يذكر في المسألة خلاف إلا ما نقله

المتيطى ^(٢١) ، وابن فتوح ^(٢٢) من اشتراط بعض العلماء إذن المضمون

عنه في الضمان .

(٢٠) ينظر مختصر الطحاوى ١٠٣ ، وتبيين الحقائق ١٤٧/٣ ، وفتح القدير ١٨٨/٧ ، ومواهب الجليل ١٠٢/٦ ، والخرشى ٢٥/٦ والشرح الصغير ٤٣٤/٣ - ٤٣٥ ، والمهذب ٢٤٠/٨ ، وروضة الطالبين ٢٤٠/٤ ، وأسنى المطالب ٢٣٦/٢ ، والمغني ٧٢/٧ ، والمبدع ٢٥٢/٤ ، وكشاف القناع ٣٥٤/٣ .

(٢١) حاشية البناني على الزرقاني ٢٦/٦ ، وحاشية الدسوقي ٣٣٤/٣ ، والمتيطى هو : على بن عبد الله بن إبراهيم الأنصارى أبو الحسن المتيطى ، السبتي ، الفاسي ، الفقيه المشهور بلقبه ، المالكي ، له : النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام ، توفي سنة ٥٧٠ هـ .
ينظر ترجمته في نيل الابتهاج ١٩٩ ، وشجرة النور الزكية ١٦٣ رقم ٥٠٢ .

(٢٢) حاشية البناني على الزرقاني ٢٦/٦ ، وحاشية الدسوقي ٣٣٤/٣ ، وابن فتوح هو : محمد بن عمر بن الفتوح التلمساني ثم المكناسي ، أبو عبد الله ، الفقيه المالكي المعروف بـ « ابن فتوح » ، وهو أول من أدخل إلى فاس : مختصر خليل ، توفي سنة ٨١٨ هـ .
ينظر ترجمته في توشيح الديباج ٢١٤ رقم ٢١٣ ، ونيل الابتهاج ٢٩٢ - ٢٩٣ ، وشجرة النور الزكية ٢٥١ رقم ٩٠٨ .

استدل الجمهور بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « الزعيم غارم »^(٢٣).

وجه الدلالة : أن قول الرسول ﷺ خبرٌ في محل الإنشاء ، والمقصود به إلزام الزعيم بالغرم ، واللفظ مطلق عن القيد : فيصدق في حالة الإذن وعدمه .

٢ - عن سلمة بن الأكوع^(٢٤) - رضى الله عنه - قال : كنا جلوساً

عند النبي ﷺ إذ أتى بجنائزة^(٢٥) ، فقالوا : صلّ عليها ،

فقال : « هل عليه دين ؟ » ، قالوا : لا ، قال : « فهل ترك

(٢٣) أخرجه الطيالسي ١٥٤ رقم ٢٢٢٨ ، وعبد الرزاق في الزكاة ، باب صدقة المرأة بغير إذن زوجها ١٤٨/٤ - ١٤٩ رقم ٧٢٧٧ وفي البيوع باب العارية ١٨١/٨ رقم ١٤٧٩٦ ، وفي الولاء باب تولى غير مواليه ٤٨/٩ رقم ١٦٣٠٨ ، وابن أبي شيبة في البيوع والأقضية ، في العارية من كان لا يضمها ومن كان يفعل (٦١) ج ٦ / ١٤٥ ، وأحمد ٢٦٧/٥ ، وابن ماجه في أبواب الأحكام (١٤) باب الكفالة (٤٩) ج ٢ / ٥٥٢ رقم ٢٤٢٩ ، وأبو دلود في البيوع والإجازات (١٧) باب في تضمين العارية (٩٠) ج ٣ / ٨٢٥ رقم ٣٥٦٥ ، والترمذي في البيوع (١٢) باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣٩) ج ٣ / ٦٥٥ رقم ١٢٦٥ ، وفي الوصايا (٣١) باب ما جاء لا وصية لوارث (٥) ج ٤ / ٤٣٣ رقم ٢١٢٠ ، والطبراني في مسند الشاميين ٣٦٠/١ - ٣٦١ رقم ٦٢١ ، وابن عدى في الكامل ٣٠٩/١ ، والدارقطني في البيوع ٤٠/٣ - ٤١ رقم ١٦٦ ، وفي الفرائض والسير ٧٠/٤ رقم ٨ ، والبيهقي في الضمان باب وجوب الحق بالضمان ٧٢/٦ ، وفي العارية باب العارية مؤداة ٨٨/٦ .

(٢٤) هو سلمة بن الأكوع سنان بن عبد الله الأسلمي ، أبو إياس ، ويقال : أبو مسلم وأبو عامر ، وقيل هو سلمة بن عمرو بن الأكوع أول مشاهده الحديثية ، ويابغ النبي ﷺ تحت الشجرة ، وكان من الشجعان ويسبق الفرس علواً ، توفي سنة ٧٤ هـ وقيل سنة ٦٤ هـ .
ينتظر ترجمته في الاستيعاب ٦٣٩/٢ - ٦٤٠ رقم ١٠١٦ ، وأسد الغابة ٤٢٣/٢ - ٤٢٤ رقم ٢١٥٤ ، والإصابة ١٥١/٣ - ١٥٢ رقم ٣٣٩١ .

(٢٥) قال ابن حجر العسقلاني : لم أقف على اسم صاحب هذه الجنائزة ولا على الذي بعده . اهـ .
فتح الباري ٤٦٧/٤ .

شيئا ؟ » ، قالوا : لا ، فصلّى عليه . ثم أتى بجنّازة أخرى ، فقالوا : يا رسول الله ! صلّ عليها ، قال : « هل عليه دين ؟ » ، قيل : نعم ، قال : « فهل ترك شيئا ؟ » ، قالوا : ثلاثة دنائير ، فصلّى عليها ، ثم أتى بالثالثة ، فقالوا : صلّ عليها ، قال : « هل ترك شيئا ؟ » قالوا : لا ، قال : « فهل عليه دين ؟ » قالوا : ثلاثة دنائير ، قال : « صلّوا على صاحبكم » قال أبو قتادة ^(٣١) : صلّ عليه يا رسول الله وعلى دينه ، فصلّى عليه ^(٣٢) .

٣ - عن عليّ - كرم الله وجهه - قال : كان رسول الله ﷺ إذا أتى بالجنّازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ، ويسأل عن دينه ، فإن قيل : عليه دين ، كفّ عن الصلاة عليه ، وإن قيل ليس عليه دينُ فصلّى عليه ، فاتى بجنّازة ، فلما قام ليكبّر ، سأل رسول الله ﷺ أصحابه : « هل على صاحبكم دين ؟ » قالوا : ديناران ، فعدّل رسول الله ﷺ عنه وقال : « صلّوا على صاحبكم » ، فقال عليّ - رضى الله عنه - : هما عليّ يا رسول الله ، برىء منهما ، فتقدّم رسول الله ﷺ

(٣١) هو الحارث بن ربيع بن بلمة ، أبو قتادة الأنصاري الخزرجي السلمي ، فارس رسول الله ﷺ ، اختلف في شهوده بدرًا ، وشهد أحدًا وما بعدها من المشاهد ، توفي سنة ٥٤ هـ ، وقيل قبل ذلك في سنة ٤٠ هـ .

ينتظر ترجمته في الاستيعاب ١٧٣١/٤ - ١٧٣٢ رقم ٢١٢٠ ، وأسد الغابة ٢٥٠/٦ - ٢٥١ رقم ٦١٦٦ ، والإصابة ٢٢٧/٧ - ٢٢٩ رقم ١٠٤٠٥ .

(٣٢) البخاري في الحوالة (٣٨) باب إن أحال دين الميّت على رجلٍ جاز (٢) ج ٥٥/٣ - ٥٦ ، وفي الكفالة (٣٩) باب من تكفل عن ميّت دينًا فليس له أن يرجع (٢) ج ٥٧/٣ .

فصلى عليه ، ثم قال لعلي بن أبي طالب : « جزاك الله خيراً
فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك ، إنه ليس من ميت
يموت وعليه دين إلا وهو مرتهنٌ بدينه ، ومن فك رهان ميت
فك الله رهانه يوم القيامة » ، فقال بعضهم : هذا لعلي -
عليه السلام - (٢٨) خاصة أم للمسلمين عامة ؟ فقال : « بل
للمسلمين عامة » . (٢٩)

وجه الدلالة من الحديثين :

أَنَّ علياً وأبا قتادة - رضى الله عنهما - ضمنا المال دون أن ينظرا
إلى إذن المضمون عنه ، وأقرهما النبي ﷺ ، ولو كان إذن المضمون
عنه شرطاً لبيته الرسول ﷺ .

٤ - قال رسول الله ﷺ : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن
توفى وعليه دين فعلى قضاؤه ، ومن ترك مالا فهو
لورثته » (٣٠) .

(٢٨) هكذا في رواية الدارقطني في سننه ٤٧/٢ .

(٢٩) أخرجه الدارقطني في البيوع ٤٦/٣ - ٤٧ رقم ١٩٤ ، و ٧٨/٢ - ٧٩ رقم ٢٩١ - ٢٩٢ .

والبيهقي في الضمان باب وجوب الحق بالضمان ٧٢/٦ .

(٣٠) متفق عليه واللفظ لمسلم ، أخرجه البخاري في التفسير (٦٥) الأحزاب (٢٢) النبي أولى بالمؤمنين

من أنفسهم (١) ج ٦/٢٢ ، وفي التفقات (٦٩) باب قول النبي ﷺ من ترك كلاً لورثته فإلى

(١٥) ج ٦/١٩٥ ، وفي الفرائض (٨٥) باب قول النبي ﷺ من ترك مالا فإله (٤) ج ٨/٥ ،

وياب ابني عم أحدهما أخ للأُم (١٥) ج ٨/٨ ، وياب ميراث الأسير (٢٥) ج ٨/١١ ، ومسلم في

الجمعة (٧) باب تخفيف الصلاة والخطبة (١٢) ج ٢/٥٩٢ رقم ٤٣ ، وفي الفرائض (٢٢) باب

من ترك مالا فلورثته (٤) ج ٢/١٢٣٧ - ١٢٣٨ رقم ١٤ (وهذا موضع النقل) وهـ - ١٧ .

وجه الدلالة من الحديث :

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَمِنَ الدِّينَ عَنْ كُلِّ مَنْ يَتْرَكَ دِينًا مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ
إِذْنِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْإِذْنُ شَرْطًا لَبَيَّنَّهُ ﷺ .

هـ - قياس ضمان الدين على أداء الدين ، بجامع أن كلا منهما
دينٌ يُؤدَّى إلى دائته ، فكما يجوز للإنسان أن يؤدَّى ما
على المدين لدائته بغير إذنه ، فكذلك يجوز أن يضمّنه بغير
إذنه .^(٣١)

أما المتيطى وابن فتوح ، فلم يذكرنا من قال بهذا القول ، ولا دليله
واعتمداً في إثبات هذا القول على عادة الموثقين في ذكر رضا المدين
فيما يكتبونه من الوثائق مثل : تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره
كذا وكذا .^(٣٢)

ويمكن الإجابة عنه بأن عادة الموثقين لا عبرة بها في نقل الأقوال ، ولا
تعتبر حجة في إثبات حكم شرعى ، وحيث لم يذكرنا دليلاً على هذا
القول ، فإن هذا القول لا يعتد به . والله سبحانه وتعالى أعلم .
المسألة الثانية ، إذن الكفول في الكفالة عنه .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه المسألة على قولين :

(٣١) ينظر الشرح الصغير ٤٣٤/٣ - ٤٣٥ ، وروضة الطالبين ٢٤٠/٤ ، والمغنى ٧٢/٧ .
(٣٢) ينظر حاشية البناني على الزرقاني ٢٦/٦ ، وحاشية الدسوقي ٣٣٤/٣ ، وحاشية الصاوى
٤٣٤/٣ .

القول الأول .

تجوز الكفالة بغير إذن المكفول ، وبه قالت الحنفية^(٣٣) ، والمالكية^(٣٤) وهو المذهب عند الحنابلة^(٣٥) ، وهو قول الشافعية^(٣٦) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « الزعيم غارم »^(٣٧) .

وجه الدلالة من الحديث :

ورود الخبر بغرم الزعيم ، ويراد به الإنشاء ، واللفظ مطلق عن القيد فيصدق على الكفالة سواء كانت بإذن للمكفول أم بغير إذنه^(٣٨) .

٢ - قياس الكفالة على الضمان ، بجملع أن في كل منهما أداء

لدين من غير رضى المدين ، فكما جاز الضمان بغير إذن

المدين ، فكذلك تجوز الكفالة بغير إذن المكفول^(٣٩) .

وأجيب عنه بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الضامن التزم أداء

الدين عند حلوله بخلاف الكفيل فإنه التزم إحضار المكفول بون أداء الحق^(٤٠) .

٣ - قياس الكفالة على الرهن ، بجملع أن كلا منهما وثيقة ،

ليستوفى الدين منها إذا تعذر تحصيله ممن عليه^(٤١) .

(٣٣) ينظر فتح القدير : ١٨٨/٧ .

(٣٤) ينظر المقدمات الممهدة : ٢٧٨/٢ .

(٣٥) المغنى ١٠٤/٧ ، والإتصاف ٢١٤/٥ ، وكشاف القناع ٣٦٢/٣ ، و ٣٦٥ .

(٣٦) المهذب ١/٢٤٣ ، وروضة الطالبين ٢٥٩/٤ ، والمحلى على المنهاج ٢/٢٢٩ .

(٣٧) سبق تخريجه ، انظر التعليق رقم ٢٣ من هذا المطلب ص ٢٢٩ .

(٣٨) ينظر فتح القدير ١٨٨/٧ ، والإشراف للقاضي عبد الرزاق ٢/٢٢٢ .

(٣٩) تبين الحقائق ١٤٧/٣ ، والمغنى ١٠٤/٧ ، وكشاف القناع ٣٦٢/٣ و ٣٦٥ .

(٤٠) ينظر المغنى ١٠٤/٧ ، والشرح الكبير لابن قدامة ٥٠/٣ .

(٤١) المحلى على المنهاج ٢/٢٢٩ .

ويمكن الجواب عن هذا القياس بأنه :

لا يستقيم لكم الدليل فيه ؛ لأن وضع الرهن لا يكون إلا بإذن
الراهن ، فكذلك الكفالة لا تجوز إلا بإذن المكفول .

٤ - عقد الكفالة هو التزام المطالبة ، وهذا تصرف من الكفيل في
حق نفسه ، فيه نفع للطالب من غير ضرر على المطلوب ؛
لأن الضرر يكون بثبوت الرجوع ، وهنا لا رجوع عليه ؛ لأن
الرجوع عند أمره ، وعند أمره يكون قد رضى به ^(٤٢) .

ويجاب عن هذا الاستدلال :

بأن الضرر لا يقتصر على الرجوع على المكفول ، بل الكفيل يثبت
لنفسه حقاً على المكفول ، وهو الحضور معه من غير رضاه ، وهذا
ضرر بالمكفول فلا يجوز ^(٤٣) .

القول الثاني ،

لا تجوز الكفالة بغير إذن المكفول ، وبه قالت الشافعية في المعتمد
عندهم ^(٤٤) ، وهو قول للحنابلة ^(٤٥) .
واستدلوا بما يأتي :

١ - المقصود من الكفالة هو إحضار المكفول ، وإذا لم يكن بإذنه
لم يلزمه الحضور ، وفات حينئذ مقصود الكفالة ^(٤٦) .

٢ - الكفيل يجعل لنفسه حقاً على المكفول وهو الحضور معه من
غير رضاه ، وهذا ضرر بالمكفول فلا يجوز ^(٤٧) .

(٤٢) فتح القدير ١٨٨/٧ .

(٤٣) ينظر المغني ١٠٤/٧ .

(٤٤) المهذب ٣٤٣/١ ، وروضة الطالبين ٢٥٩/٤ ، ونهاية المحتاج ٤٣٨/٤ .

(٤٥) المغني ١٠٤/٧ ، والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة ٥٠/٣ ، والإحصاف ٢١٤/٥ .

(٤٦) المهذب ٣٤٣/١ ، والمحلى على المنهاج ٣٢٩/٢ ، ونهاية المحتاج ٤٣٨/٤ .

(٤٧) المغني ١٠٤/٧ .

الترجيح :

الراجح هو القول الثانى الذى يشترط إذن المكفول ، لأنه ليس لأحد إلزام غيره بالحضور إلى الحاكم بغير إذنه ومعرفة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثالثة ، رجوع الضامن بعد أدائه المضمون على المضمون عنه ،

إذا قضى الضامن الدين وأراد الرجوع على المضمون عنه فإن الضامن حينئذ له أربعة أحوال :

الحالة الأولى :

أن يضمن الدين بإذن المضمون عنه ، ويقضى الدين بإذنه أيضاً .

الحالة الثانية :

أن يضمن الدين بإذن المضمون عنه ، ولكن يقضيه بغير إذنه .

الحالة الثالثة :

أن يضمن الدين بغير إذن المضمون عنه ، ولكن يقضى الدين بإذنه .

الحالة الرابعة :

أن يضمن الدين ويقضيه بغير إذن المضمون عنه .

الحالة الأولى : أن يضمن الدين بإذن المضمون عنه ، ويقضى الدين بإذنه أيضاً .

اتفق الفقهاء^(٤٨) - رحمهم الله تعالى - على أن للضامن فى هذه

الحالة أن يرجع على المضمون عنه .

(٤٨) تبين الحقائق ١٥٥/٣ ، وفتح القدير ١٨٨/٧ - ١٨٩ ، والدر المختار ٢١٤/٥ ، والتفريع ٢٨٦/٢ ، والإشراف للقاضى عبد الوهاب ٢١/٢ ، والكافى لابن عبد البر ٧٩٥/٢ ، والمهذب ٣٤٢/٨ ، وروضة الطالبين ٢٦٦/٤ ، ومغنى المحتاج ٢٠٩/٢ ، والفتاوى ٨٩/٧ والإنصاف ٢٠٤/٥ ، وكشاف القناع ٢٥٩/٣ .

واستدلوا بما يأتى :

١ - عن ابن عباس عن الفضل بن عباس - رضى الله عنهم - قال : أتانى رسول الله ﷺ وهو يوعك^(٤٩) وعكا شديداً وقد عصب^(٥٠) رأسه ، فقال : « خذ بيدي يا فضل » ، فأخذت بيده حتى قعد على المنبر ، ثم قال - فذكر الحديث إلى أن قال - : « من قد كنت أخذت له مالا فهذا مالى فيأخذ منه » فقام رجل فقال : يا رسول الله إن لى عندك ثلاثة دراهم فقال : « أما أنا فلا أكذب قائلا ، ولا أستحلف على يمين ، فيم كانت لك عندي ؟ » قال : أما تذكر أنه مر بك سائل فأمرتنى فأعطيته ثلاثة دراهم ؟ قال : « أعطه يا فضل »^(٥١).

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرجل حينما ضمن عن الرسول ﷺ الدراهم الثلاثة بأمره ، وأداه بأمره ، رجع عليه ﷺ^(٥٢).

(٤٩) الوعك : الحمى ، وقيل : ألها ، ينتظر : المجموع المغيث ٤٢٤/٣ « وعك » ، والنهية ٢٠٧/٥ « وعك » .

(٥٠) عصبه تعصيباً : شده ، واسم ما شد به العصابة ، تاج العروس ٢٨٠/٣ « عصب » ويقال : شد رأسه بعصابة ، وغيره بعصاب ، الأساس ٢٠٣ ، والعصابة : العمامة ، تاج العروس ٢٨٠/٣ « عصب » .

(٥١) أخرجه الطبرانى فى الأوسط ٢٩٨/٢ - ٣٠٠ رقم ٢٦٥٠ ، وفى الكبير ٢٨٠/١٨ - ٢٨١ رقم ٧١٨ ، والبيهقى فى الضمان ، باب رجوع الضامن على المضمون عنه بما حرم وضمن بأمره ٧٤/٦ - ٧٥ واللفظ له ، ونسبه البيهقى فى مجمع الزوائد ٢٨/٩ - ٢٩ إلى أبى يعلى أيضاً ولم أعثر عليه فى مسنده المطبوع .

(٥٢) لمعرفة متى يكون الأمر بالدفع ضمانا ، ينتظر : المغنى ١٠٧/٧ .

٢ - قياس الضامن على الوكيل ، بجامع أن كلا منهما متصرف بالإذن ، فكما جاز للوكيل أن يرجع على الموكل ، فكذلك للضامن أن يرجع على المضمون عنه^(٥٣) .

٣ - قياس أداء الضامن على أداء الحاكم ، بجامع أن كلا منهما قضاء مبريء من دين واجب ، فكما جاز للحاكم أن يرجع على الممتنع عن أداء الحق إذا قضى عنه ، فكذلك يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إذا قضى عنه^(٥٤) .

٤ - الضامن صرف ماله إلى منفعة الغير وقضى دينه بإذنه فله الرجوع^(٥٥) .

الحالة الثانية : أن يضمن الدين بإذن المضمون عنه ، ولكن يقضيه بغير إذنه .

اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على ثلاثة أقوال :
القول الاول :

إن كان الضامن قد ضمن الدين بإذن المضمون عنه فإنه يرجع عليه وإن كان قضاء بغير إذنه . وبه قالت الحنفية^(٥٦) ، والمالكية^(٥٧)

(٥٣) الكافي لابن قدامة ٢/٢٣١ .

(٥٤) الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٢١ ، وكشاف القناع ٣/٢٥٩ .

(٥٥) تبين الحقائق ٣/١٥٥ ، ومعنى المحتاج ٢/٢٠٩ .

(٥٦) مختصر الطحاوي ١٠٣ ، وفتح القدير ٧/١٨٨ - ١٨٩ ، البر المختار ٥/٣١٤ .

(٥٧) التفرع ٢/٢٨٦ ، والإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٢١ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٧٩٥ .

والحنابلة^(٥٨) ، وهو المنصوص عند الشافعية^(٥٩) ، وهو قول أبي

على بن أبي هريرة منهم^(٦٠) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - اشتغلت ذمة الضامن بالدين بإذن المضمون عنه ، فإذا

استوفى منه رجع على المضمون عنه^(٦١) .

٢ - الإذن في الضمان يتضمن الإذن في الأداء ؛ لأن الضمان

يوجب الأداء على الضامن إذا لم يؤد المضمون عنه^(٦٢) .

القول الثاني :

لا يرجع الضامن على المضمون عنه ، وهو وجه عند الشافعية^(٦٣) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس الضامن على المتبرع بجامع أن كلا منهما أدى الحق

بغير إذن من عليه الحق ، فكما أن المتبرع لا يرجع على من

تبرع بقضاء دينه فكذلك الضامن^(٦٤) .

(٥٨) المغنى ٨٩/٧ ، والإنصاف ٢٠٤/٥ ، وكشاف القناع ٣٥٩/٣ .

(٥٩) المهذب ٣٤٢/١ ، وروضة الطالبين ٢٦٦/٤ ، ومغنى المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٦٠) المهذب ٣٤٢/١ ، وأبو على هو : الحسن بن الحسين بن أبي هريرة ، شيخ الشافعية ، القاضي ،

أحد أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي ، له شرح مختصر المزني ، تلقاه على ابن سريج ،

وأبي إسحاق المروزي ، توفي سنة ٣٤٥ هـ . ينظر ترجمته في تاريخ بغداد ٢٩٨/٧ - ٢٩٩ رقم

٣٨٠٨ ، وطبقات الفقهاء ١١٢ - ١١٣ ، ووفيات الأعيان ٧٥/٢ رقم ١٥٩ ، وسير أعلام النبلاء

٢٤٠/١٥ رقم ٢٤١ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٢٥٦/٣ - ٢٦٣ رقم ١٦٩ .

(٦١) المهذب ٣٤٢/١ .

(٦٢) المغنى ٩٠/٧ .

(٦٣) روضة الطالبين ٢٦٦/٤ .

(٦٤) المغنى ٩٠/٧ .

يجاب عنه بأنه قياسٌ مع الفارق ؛ إذ أن المتبرّع لا يريد الرجوع بخلاف الضامن فإنه ضمن الدين بنية الرجوع على المضمون عنه ، ثم إن المتبرّع إن تراجع في تبرّعه لا يلزمه شيء بخلاف الضامن فإنه لا يحقّ له الرجوع .

٢ - المضمون عنه لم يأذن للضامن إلا في الضمان ، ولم يأذن له في الأداء فلا يرجع عليه^(٦٥) .

يجاب عنه بأنه وإن لم يأذن له في الأداء صراحة ، فإنه قد أذن له ضمناً بإذنه في سبب الأداء وهو الضمان .

القول الثالث :

إن أمكن للضامن أن يستأذن المضمون عنه عند الأداء ولم يفعل ، لم يرجع ، وإن لم يمكنه الاستئذان رجع عليه ، وهو وجهٌ عند الشافعية قال به أبو إسحاق المروزي^(٦٦) .

(٦٥) مفنى المحتاج ٢/٢٠٩ .

(٦٦) المهذب ١/٢٤٢ ، وروضة الطالبين ٤/٢٦٦ ، وأبو إسحاق هو : إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي ، صاحب أبي العباس بن سريج ، شيخ الشافعية ، وافته بقداد ، فتهت إليه طريقة العراقيين والخراسانيين في المذهب الشافعي ، له : شرح على مختصر المزني ، توفي بمصر سنة ٣٤٠ هـ ، ينظر ترجمته في الفهرست ٢٦٦ ، وطبقات الفقهاء ١١٢ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١٧٥/٢ رقم ٢٧٥ ، وسير أعلام النبلاء ١٥/٤٢٩ - ٤٣٠ رقم ٢٤٠ ، وطبقات الشافعية للاستوى ٢/٢٧٥ - ٣٧٦ رقم ١٠١٥ ، وهنا تنبيه لرد ذكره لفائده ، وهو لث حيث أطلق أبو إسحاق في المذهب الشافعي فالمراد به المروزي المترجم ، وإذا قيد الكنية بلفظ « الشيخ » فالمراد به الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي صاحب المهذب ، وإذا قيد الكنية بلفظ « الأستاذ » فالمراد به الأستاذ أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الإسفرائيني ، وهذا الأخير هو المراد بلفظ « الأستاذ » في الكتب الأصولية ، والله أعلم .

واستدل بأن في حالة إمكانية الاستئذان يوجد اختيار للضامن بخلاف حالة عدم الإمكانية فإن الضامن غير مختار^(٦٧) .
 يجاب عنه : بأن الضامن غير مختار في الحالتين ؛ إذ أن مجرد الضمان يوجب عليه الأداء .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول ؛ لوجاهة أدلته ؛ ولأن المضمون عنه إذن له في سبب الأداء وهو الضمان ، والإذن في السبب إذن بالمسبب ضمناً^(٦٨) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .
 الحالة الثالثة : أن يضمن الدين بغير إذن المضمون عنه ، ولكن يقضى الحق بإذنه .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه الحالة على قولين :

القول الأول .

إذا قضى الضامن بإذن المضمون عنه فإنه يرجع عليه ، ولو كان الضمان بغير إذنه ، وهو قول المالكية^(٦٩) ، والصحيح عند الحنابلة^(٧٠) ، وهو وجه عند الشافعية^(٧١) ، وهو احتمال لإمام الحرمين إذا كان الإذن في الأداء بشرط الرجوع^(٧٢) ، وصحح النووي هذا الاحتمال^(٧٣) .

(٦٧) المهذب ١/٣٤٢ .

(٦٨) القواعد للمقري ٢/٥٩٩ ، والمنثور في القواعد ١/١٠٨ - ١٠٩ .

(٦٩) التفريع ٢/٢٨٥ - ٢٨٦ ، والإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٢١ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٧٩٥ .

(٧٠) المغنى ٧/٩٠ ، والإنصاف ٥/٢٠٤ ، وكشاف القناع ٣/٣٥٩ .

(٧١) المهذب ١/٣٤٢ ، وروضة الطالبين ٤/٢٦٦ .

(٧٢) روضة الطالبين ٤/٢٦٦ .

(٧٣) المصدر نفسه .

واستدلوا بقياس الضامن على غير الضامن ، بجامع أن كلا
منهما قضى الدين بإذن من عليه ، فكما أن غير الضامن له أن يرجع
على المدين ، فكذلك الضامن له أن يرجع على المضمون عنه ^(٧٤) .
القول الثانى .

لا يرجع الضامن على المضمون عنه إذا كان الضمان بغير إذنه
ولو أذن له فى الأداء ، وهو قول الحنفية ^(٧٥) ، وهو المذهب عند الشافعية ^(٧٦)
واختاره ابن حمدان ^(٧٧) من الحنابلة ^(٧٨) فى الرعاية الكبرى ^(٧٩) .
واستدلوا بأن الضامن لزمه الضمان بغير إذن المضمون عنه ،
فلم يؤثر إذنه فى قضائه ؛ لأن الأداء مستحق بضمانه ، والمستحق بلا
عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة ^(٨٠) .
وأجيب عنه : بأن الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه ، وليس
هو شيئاً آخر ، فمتى أدّاه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله ^(٨١) .

(٧٤) ينظر الإشراف للقاضى عبد الوهاب ٢/٢١ ، والمهذب ١/٣٤٢ ، والمغنى ٧/٩٠ .

(٧٥) تبين الحقائق ٣/١٥٥ ، وفتح القدير ٧/١٨٨ - ١٨٩ ، والدر المختار ٥/٣١٥ ، واستثنوا إذا كان
الضمان بغير إذن المضمون عنه ثم أجاز الضمان فى المجلس فإنه فى هذه الحالة يرجع الضامن
على المضمون عنه ، انظر الدر المختار فى الموضع نفسه .

(٧٦) المهذب ١/٣٤٢ ، وروضة الطالبين ٤/٢٦٦ ، وأسنى المطالب ٢/٢٤٨ .

(٧٧) هو أحمد بن حمدان بن شبيب النميرى الحرانى ، نجم الدين ، الفقيه الأصولى ، ولد سنة ٦٠٣ هـ .
له : الرعاية الصغرى والكبرى ، وجامع الفنون ، انتهت إليه معرفة المذهب وبقائه ، تولى سنة
٦٩٥ هـ . ينظر ترجمته فى معجم الشيوخ للذهبي ١/٤٠ - ٤١ رقم ١٩ ، والوالى بالوفيات
١/٣٦٠ - ٣٦١ رقم ٢٨٦٣ ، والذيل على طبقات الحنابلة ٢/٣٣١ - ٣٣٢ رقم ٤٣٧ ، والمنهل
الصابى ١/٢٩٠ - ٢٩١ رقم ١٥٤ ، والمقصد الأرشد ١/٩٩ - ١٠٠ رقم ٣٧ .

(٧٨) الإنصاف ٥/٢٠٤ .

(٧٩) الرعاية الكبرى كتاب فى الفقه الحنبلى فيه نقول كثيرة ألفه أحمد بن حمدان الحرانى المترجم أنفا
، وقد ذكر الدكتور عبد الرحمن العثيمين فى تحقيقه لكتاب المقصد الأرشد ١/٩٩ أنه يوجد الجزء

الثانى من هذا الكتاب فى مكتبة جسترى برقم ٣٥٤١ .

(٨٠) روضة الطالبين ٤/٢٦٦ ، والمغنى ٧/٩٠ .

(٨١) المغنى ٧/٩٠ .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول : لأنّ الضامن قضى عن المضمون عنه بإذنه ديناً عليه كان يلزمه قضاؤه ، ويصح استنباطه فيه ، فكان له الرجوع كما هو الحال فيمن قضى دين غيره بإذنه من غير ضمان . والله سبحانه وتعالى أعلم .

الحالة الرابعة : أن يضمن الدين ويقضيه بغير إذن المضمون عنه .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه الحالة على قولين :

القول الأول .

لا يرجع الضامن على المضمون عنه إذا ضمن وأدى بغير إذنه وبه قالت الحنفية^(٨٢) ، والشافعية^(٨٣) ، وهو رواية عند الحنابلة^(٨٤) اختاره أبو محمد الجوزي^(٨٥) ، وبه قال ابن المنذر^(٨٦) .

(٨٢) تبين الحقائق ١٥٥/٣ ، وفتح القدير ١٨٨/٧ - ١٨٩ ، والدر المختار ٣١٤/٥ - ٣١٥ .

(٨٣) المذهب ٢٤٢/١ ، وروضة الطالبين ٣٦٦/٤ ، وأسنى المطالب ٢٤٧/٢ .

(٨٤) المغني ٩٠/٧ ، والإتصاف ٢٠٤/٥ .

(٨٥) المذهب الأحمد ٩٥ ، والإتصاف ٢٠٥/٥ ، وأبو محمد الجوزي هو : يوسف بن عبد الرحمن بن

علي بن الجوزي القرشي البكري ، الصاحب معيي الدين ، ابن الإمام أبي الفرج بن الجوزي ،

ويعرف أيضاً بابي المحاسن ، ولد سنة ٥٨٠ هـ ، له : معان الإبريز في تفسير الكتاب العزيز .

والمذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد .

استشهد مع ثلاثة من أبنائه بيد القار سنة ٦٥٦ هـ عندما غزا بغداد واستولوا على دار

الخلافة .

ينظر ترجمته في صلة التكملة ١/١١١ أ ب ، وتلخيص مرآة الزمان ١/٣٢٢ - ٢٤٠ ، وسير أعلام

النبله ٢٣/٢٧٢ - ٢٧٤ رقم ٢٦٦ ، وتلخيص طبقات الحنابلة ٢/٢٥٨ - ٢٦١ رقم ٣٦٥ ، والمقصد

الأرشد ٣/١٣٧ - ١٣٩ رقم ١٢٦٨ .

(٨٦) الإشراف لابن المنذر ١/١٢٤ .

واستدلوا بما يأتى :

١ - حديث على^(٨٧) وأبى قتادة^(٨٨) : فانهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما : فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ، ولم يصل عليه النبي ﷺ^(٨٩) .

وأجيب عنه : بأن الدليل ليس فى محل النزاع ، فلا يصح الاستدلال به : لأنهما تبرعاً بالقضاء والضمان ، وقضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ، ليصلى عليه النبي ﷺ مع علمهما بأنه لم يترك وفاءً ، والمتبرع لا يرجع بشئ ، وإنما الخلاف فى المحتسب بالرجوع^(٩٠) .

٢ - قياس الضامن على من علف دواب غيره بجائع أن كلاً منهما متبرع فكما أن من علف دواب غيره بغير إقته لا يرجع عليه بالنفقة ، فكذلك الضامن الذى ضمن وقضى بغير إذن المضمون عنه^(٩١) .

القول الثانى .

يرجع الضامن على المضمون عنه ، ولو كان الضمان والقضاء بغير إذنه ، وبه قالت المالكية^(٩٢) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(٩٣) ، وهو

(٨٧) انظر الدليل الثالث فى المسألة الأولى من هذا المطلب ص ٣٣٧ - ٣٣٨ .

(٨٨) انظر الدليل الثانى فى المسألة الأولى من هذا المطلب ص ٣٣٦ - ٣٣٧ .

(٨٩) المغنى ٩٠/٧ .

(٩٠) المصدر نفسه .

(٩١) المصدر نفسه ، وينظر فتح القدير ١٨٨/٧ - ١٨٩ ، والمهذب ٣٤٢/١ .

(٩٢) التفریع ٢٨٥/٢ - ٢٨٦ ، والإشراف للقاضى عبد الوهاب ٢١/٢ ، وهكافى لابن عبد البر .

٧٩٥/٢ .

(٩٣) المغنى ٩٠/٧ ، والإتصاف ٢٠٤/٥ ، وكشاف القناع ٣٥٩/٣ .

قول عبيد الله بن الحسن^(٩٤) وإسحاق^(٩٥).

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس أداء الضامن على أداء الحاكم ، بجامع أن كلا منهما قضاء مبريء من دين واجب ، فكما جاز للحاكم أن يرجع على الممتنع عن أداء الحق إذا قضى عنه فكذلك يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إذا قضى عنه^(٩٦).

يمكن الجواب عن هذا القياس :

بأن قضاء الضامن بغير إذن المضمون عنه لا يبرئه من الدين الواجب إذا قلنا بحق الضامن في الرجوع على المضمون عنه ، فالضامن وإن أبرأ المضمون عنه من الدين السابق ، فقد أشغله بحق لاحق ، وهو حق الضامن نفسه ، ولا يمكن إشغال ذمة المضمون عنه بحق جديد بغير إذنه .

٢ - قياس المضمون عنه على الأسير بجامع الرجوع في كل منهما ، فالأسير يشتريه الرجل من العدو بغير أمره ، ويرجع عليه بالثمن ، فكذلك الضامن يرجع على المضمون عنه^(٩٧).

وأجيب عنه بجوابين :

الجواب الأول :

أن القياس غير صحيح ؛ لأن حكم الأصل مختلف فيه ، فالشافعي

(٩٤) الإشراف لابن المنذر ١٢٤/١ ، والمغني ٩٠/٧ .

(٩٥) المصدران أنفسهما .

(٩٦) الإشراف للقاضي عبد الرهمن ٢١/٢ ، والمغني ٩٠/٧ .

(٩٧) الإشراف لابن المنذر ١٢٤/١ .

والثورى - رحمهما الله - لا يريان الرجوع على الأسير ، ومن
 شرط القياس الصحيح أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ^(٩٨) .

الجواب الثانى :

هذا قياس مع الفارق ؛ لأن استنقاذ الأسارى واجب على
 المسلمين ، أمر به النبى ﷺ بقوله : « عودوا المرضى وفكّوا
 العانى » ^(٩٩) ، وقضاء ديون الناس ليس بواجب عليهم ^(١٠٠) .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول ؛ لأن الحكم برجوع الضامن بعد قضاء
 الدين بغير إذن المضمون عنه يستلزم إشغال ذمة المضمون عنه بحق
 بغير إذن منه ، وهذا لا يجوز . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٩٨) المصدر نفسه .

(٩٩) أخرجه البخارى عن أبى موسى الأشعرى فى كتاب الأطعمة (٧٠) وقول الله تعالى كلوا من طيبات
 ما رزقناكم (١) ج ٦ / ١٩٥ . والعانى : الأسير . النهاية ٣ / ٢١٤ ع ٥ .

(١٠٠) الإشراف لابن المنذر ١ / ١٢٤ .

المطلب الثاني

إذن المدين في سداد ديونه

□□□□□

اتَّفَقَ الفقهاء ^(١) - رحمهم الله تعالى على عدم اشتراط إذن المدين لقيام غيره بسداد الدين عنه .

ويستدل لهم بما يأتي :

١ - قال الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة من الآية :

أَنَّ الله سبحانه وتعالى أمر بالتعاون في البر والتقوى مطلقاً وقضاء دين الغير من التعاون في البر .

٢ - عن سلمة بن الأكوع - رضى الله عنه - قال : كنا جلوساً

عند النبي ﷺ إذ أتى بجنزة ، فقالوا : صلّ عليها ، فقال

: « هل عليه دين ؟ » ، قالوا : لا ، قال : « فهل ترك

شيئاً ؟ » ، قالوا : لا ، فصلّى عليه . ثم أتى بجنزة

أخرى ، فقالوا : يا رسول الله ! صلّ عليها ، قال : « هل

عليه دين ؟ » قيل : نعم ، قال : « فهل ترك شيئاً ؟ » قالوا :

ثلاثة دنانير ، فصلّى عليها ، ثم أتى بالثالثة فقالوا : صلّ

عليها ، قال : « هل ترك شيئاً ؟ » قالوا : لا ، قال : « فهل

عليه دين ؟ » قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : « صلّوا على

صاحبكم » قال أبو قتادة : صلّ عليه يا رسول الله وعلى

دينه ، فصلّى عليه ^(٣) .

(١) ينظر : فتح القدير ٢٠٤/٧ ، ومجمع الأنهر ١٣٦/٢ - ١٣٧ ، والزرقاني ٢٦/٦ ، والغرشي ٢٥/٦

، والمهذب ٣٤٠/١ ، وروضة الطالبين ٢٤٠/٤ ، والمغني ٧٢/٧ ، والمبدع ٢٥٢/٤ .

(٢) سورة المائدة : آية : ٢ .

(٣) سبق تخريجه .

انظر التعليق رقم ٢٧ من مطلب : « إذن من عليه حق في الضمان والكفالة » ، ص ٣٣٦ - ٣٣٧ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن أبا قتادة - رضى الله عنه - سدد دين غيره من غير إننه أو
إذن ورثته ، وأقره الرسول ﷺ على ذلك ، ولو كان الإذن شرطاً لبيته
الرسول الكريم ﷺ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

المبحث الثامن

الإذن في باب الشركة وفيه

إذن الشريك لشريكه بيع المال
المشترك والتصرف في الشركة

□□□□□

الشركة على خمسة أنواع :

- ١ - شركة الأبدان^(١) .
- ٢ - شركة المفاوضة^(٢) .
- ٣ - شركة العنان .
- ٤ - شركة الوجوه^(٣) .
- ٥ - شركة القراض أو المضاربة^(٤) .

والمقصود بالشركة فى هذا المبحث ، شركة العنان التى اتفق الفقهاء^(٥) على جوازها بخلاف سائر أنواع الشركة الأخرى ، فإن الفقهاء اختلفوا فى مشروعيتها ، وبعضها لا يتصور فيها إذن .

تعريف شركة العنان لغة واصطلاحاً ،

العنان لغة : بكسر العين وتخفيف النون : من عَنَ الشيء إذا ظهر أمامك واعترض^(٦) .

(١) شركة الأبدان: هى أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكسبونه بأيديهم كالصيادين والتقالين والصناع . ينظر المغنى ١١١/٧ .

(٢) شركة المفاوضة : هى أن يشترك الرجلان فى جميع ما ملكاه ويملكانه ويستفيدانه من ميراث وغيره . الزاهر ٢٣٤ .

(٣) شركة الوجوه: هى أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشتريا بينهما ، ويبيعان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو بينهما . المغنى ١٢١/٧ .

(٤) شركة القراض أو المضاربة: هى أن يشترك اثنان بيدتهما ومال أحدهما ، أو بيدن أحدهما ومال الآخر ، أو يسالهما ويدن أحدهما . المغنى ١٢١/٧ .

(٥) ينظر الإجماع : ٩٥ ، والمغنى : ٧ / ١٢٣ ، ومغنى المحتاج : ٢ / ٢١٢ . وينظر أيضاً بدائع الصنائع ٦٨/٦ والخرشى : ٤٩/٦ .

(٦) القاموس المحيط ١٥٧٠ « عن » .

قال الشاعر^(٧) :

فَعَنْ لَنَا سَرْبٌ كَأَنَّ نَعَاجَهُ

عِذَارِي دَوَارٍ فِي مَلَأٍ مَذِيلٍ

وقال الأزهري : « وأما شركة العنان فإنَّ الفراء^(٨) زعم أنَّها سميت شركة العنان لأنهما اشتركا في مال خاصَّ كائنه عن لهما - أي عرض لهما - فاشتركا فيه ، وقال غيره : سميت شركة العنان لأنَّ كلَّ واحد منهما عانَ صاحبه أي عارضه بماله وعمل مثل ماله وعمل مثل عمله »^(٩) .

وفي الاصطلاح : هي شركة بين اثنين أو أكثر في مالٍ لهما ليتجرَّا فيه على أن الربح بينهما^(١٠) .

الإذن في شركة العنان ،

اتفق الفقهاء^(١١) على أنه ليس لأحدٍ من الشريكين أن يبيع ويشترى دون إذن صاحبه ، إلا أنَّهم اختلفوا في كيفية هذا الإذن على قولين :

(٧) هو امرؤ القيس ، والبيت من معلقته وفي ديوانه ص ٢٢ ، ودوار : صنم لأهل الجاهلية يدورون حوله ، والملاء : الملاحف ، والمذيل : الطويل المهدب ، ينظر شرح القصائد السبع ٩٣ ، وتهذيب اللغة ١٥٣/١٤ ، وشرح الأعلام لديوان امرؤ القيس ص ٢٢ .

(٨) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله الديلمي الفراء ، الأسدي مولاهم ، الكوفي النحوي ، ولد سنة ١٤٤ هـ بالكوفة ، صاحب الكسائي ، له : معاني القرآن ، والمقصود والممدود ، والأيام والليالي والشهور ، والمنكر والمؤث ، توفي سنة ٢٠٧ هـ . ينظر ترجمته في طبقات النحويين واللغويين ١٣١ - ١٣٣ رقم ٦٠ ، وتاريخ بغداد ١٤٩/١٤ - ١٥٥ رقم ٧٤٦٧ ، وإنباء الرواة ٧/٤ - ٢٣ رقم ٨١٤ وسير أعلام النبلاء ١١٨/١٠ - ١٢١ رقم ١٢ ، وإشارة التبيين ٢٧٩ رقم ٢٢٨ .

(٩) الزاهر ٢٢٤ ، وينظر المغرب ٣٣٠ ، والهداية الكافية ٢٢٦ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٤٧/٤ - ٤٨ ، والمطلع ٢٦٠ .

(١٠) ينظر فتح القدير ١٧٦/٦ ، والخديشي ٤٩/٦ ، ومغنى المحتاج ٢١٢/٢ ، والمغنى ١٢٣/٧ .

(١١) الإجماع ٩٥ ، وينظر أيضا بدائع الصنائع ٦٨/٦ ، والكافي لابن عبد البر ٧٨٢/٢ ، وروضة الطالبين ٢٧٥/٤ ، والمغنى ١٢٨/٧ .

القول الأول :

لا بدّ من لفظ يدلّ على الإذن في التصرف ، فلا يكتفى بمجرد العقد
وبه قالت المالكية^(١٢) ، والشافعية^(١٣) ، وهو قول عند الحنابلة^(١٤) .
واستدلوا بأنّ المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف
فيه إلا بإذن صاحبه ، ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدلّ عليه^(١٥) .
يجاب عنه : بأنهما لم يشتركا لمجرد الشركة ، بل كان غرضهما
من الشركة الربح ، والربح إنما يأتي من طريق التجارة ، وما التجارة
إلا البيع والشراء ، فأقدامهما على العقد يفيد الإذن من كل واحدٍ منهما
لصاحبه دلالة^(١٦) .

القول الثاني :

عقد الشركة يفيد الإذن دلالة ، ويغني لفظها عن الإذن الصريح .
وبه قالت الحنفية^(١٧) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٨) ، وهو وجهٌ عند
الشافعية^(١٩) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - أنّ الشركة تتضمن الوكالة ، فيصير كلّ واحدٍ منهما وكيل
صاحبه^(٢٠) .

(١٢) الكافي لابن عبد البر ٧٨٣/٢ ، والخرشي ٢٨/٦ ، والشرح الكبير ٣٥٩/٣ .

(١٣) روضة الطالبين ٢٧٥/٤ ، ومغني المحتاج ٢١٣/٢ ، ونهاية المحتاج ٤/٥ - ٥ .

(١٤) المغني ١٢٨/٧ ، والفروع ٣٩٥/٤ ، والإنصاف ٤١٢/٥ .

(١٥) مغني المحتاج ٢١٣/٢ .

(١٦) ينظر بدائع الصنائع ٦٨/٦ .

(١٧) ينظر تحفة الفقهاء ٦/٣ - ٧ ، وبدائع الصنائع ٦٨/٦ ، وتبيين الحقائق ٣٢٠/٣ .

(١٨) الفروع ٣٩٥/٤ ، والإنصاف ٤١٢/٥ ، وكشاف القناع ٤٨٧/٣ .

(١٩) روضة الطالبين ٢٧٥/٤ ، ومغني المحتاج ٢١٣/٢ .

(٢٠) بدائع الصنائع ٦٨/٦ ، وكشاف القناع ٤٨٧/٣ .

٢ - الشريكين غرضهما من الشركة الربح ، وذلك بالتجارة ،
 والتجارة بيعٌ وشراء ، فقيامهما بالعقد يفيد الإذن من كل
 واحدٍ منهما لصاحبه دلالة^(٢١).

الترجيح :

الراجع هو القول الثاني لما يأتى :

أولاً ، لوجاهة أدلته .

وثانياً : لفظ الشركة يغنى عن الإذن الصريح لفهم المقصود منه عرفاً .
 وثالثاً ، أن الغرض الأساسى من الشركة تعاون الشريكين ، وقيام
 أحدهما مقام الآخر حال غيابه ، فكان العقد دالاً على الإذن
 فى التصرف ، ولا فائدة فى عقد شركة لا يعطى الحق
 للشريك فى التصرف فى مال الشركة . والله سبحانه وتعالى
 أعلم .

(٢١) بدائع الصنائع ٦/٦٨ .

المبحث التاسع

الإذن في باب الوكالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

الإذن للوكيل في توكيل غيره

المطلب الثاني :

إذن الموكل في

بيع الوكيل لأبيه أو لابنه

□□□□□

المطلب الأول

الإذن للوكيل في توكيل غيره

□□□□□

توكيل الوكيل لغيره لا يخلو من ثلاثة أحوال :

- الحالة الأولى ، أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل .
- الحالة الثانية ، أن يأذن الموكل لوكيله في التوكيل .
- الحالة الثالثة ، أن يطلق الموكل الوكالة .

الحالة الأولى ، أن ينهى الموكل وكيله عن توكيل غيره .

اتفق الفقهاء ^(١) - رحمهم الله تعالى - على أنه ليس للوكيل في

هذه الحالة أن يوكل غيره .

قال ابن قدامة - رحمه الله - : إذا نهى الموكل وكيله عن التوكيل

فلا يجوز له ذلك بغير خلاف ^(٢) .

واستدلوا بقياس الوكيل على غير الوكيل بجامع أن كلاً منهما

متصرف في حق الغير بغير إذنه ، فكما لا تجوز تصرفات غير الوكيل

في حق غيره ، فكذلك الوكيل لا تجوز تصرفاته التي لم يؤذن له فيها ^(٣) .

الحالة الثانية ، أن يأذن الموكل لوكيله في التوكيل .

اتفق الفقهاء ^(٤) - رحمهم الله تعالى - على أن الوكيل في هذه

الحالة له أن يوكل غيره .

(١) ينظر : المبسوط : ٣١/١٩ ، والاختيار : ١٦٢/٢ ، ومواهب الجليل : ٢٠١/٥ ، والشرح الصغير :

٥١٣/٣ ، وروضة الطالبين : ٣١٤/٤ ، ونهاية المحتاج : ٣٨/٥ ، والمغني : ٢٠٧/٧ ، وكشاف

القناع : ٤٥٤/٣ .

(٢) المغني : ٢٠٧/٧ .

(٣) المصدر نفسه : ٢٠٧/٧ - ٢٠٨ .

(٤) ينظر : المبسوط : ١٥٩/١٩ ، والاختيار : ١٦٢/٢ ، والغرشي : ٧٨/٦ ، والشرح الصغير :

٥١٣/٣ ، وروضة الطالبين : ٣١٣/٤ - ٣١٤ ، ومغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، والمغني : ٢٠٨/٧ ، وكشاف

وكشاف القناع : ٤٥٤/٣ .

قال ابن المنذر - رحمه الله - : « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الوكيل إذا أراد أن يوكل به غيره ، وقد جعل الموكل ذلك إليه في كتاب الوكالة ، أن له أن يوكل به غيره » ^(٥) .

واستدلوا بقياس التوكيل على سائر التصرفات بجامع أنها تصرفات مآنون فيها ، فكما يجوز للوكيل سائر التصرفات المآنون فيها فكذلك يجوز له توكيل غيره ^(٦) .

الحالة الثالثة ، أن يطلق الموكل الوكالة .

هذه الحالة لا تخلو من أقسام ثلاثة :

القسم الأول : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله .
القسم الثاني : أن يكون العمل مما يعمل به بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله لكثرة وانتشاره .

القسم الثالث : أن يكون العمل مما يمكن للوكيل عمله بنفسه ولا يترفع عنه .

القسم الأول .

أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنية في حق أشرف الناس .

اتفق الفقهاء ^(٧) على أن للوكيل في مثل هذا الحال أن يوكل غيره .

(٥) الإشراف لابن المنذر : ٤٥٥/٢ ، والإجماع : ١٢٨ .

(٦) المغني : ٢٠٨/٧ .

(٧) ينظر : الاختيار : ١٦٣/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧١/٤ ، ومروءة الجليل : ٢٠١/٥ ، والشرح

الصفير : ٥١٣/٣ ، وروضة الطالبين : ٢١٣/٤ ، ومغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، والمغني : ٢٠٨/٧ .

وكشاف القناع : ٤٥٤/٣ - ٤٥٥ .

واستدلوا بأنَّ العمل إذا كان ممَّا لا يعمله الوكيل عادة ،
انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستتابة فيه ^(٨) .

القسم الثاني ،

أن يكون العمل ممَّا يعمله الوكيل بنفسه إلاَّ أنه يعجز عن عمله
لكثرته وانتشاره .

اتفق الفقهاء ^(٩) - رحمهم الله تعالى - على أنَّ للوكيل في مثل هذا
الحال أن يوكل غيره .

واستدلوا بأنَّ الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في
فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه ^(١٠) . و الله سبحانه وتعالى
أعلم .

القسم الثالث ،

أن يكون العمل ممَّا يمكن للوكيل القيام به بنفسه ولا يترفع عنه .
اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذا القسم على قولين :

القول الأول ،

لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره إذا أمكنه القيام بالعمل بنفسه ولا

(٨) مواهب الجليل : ٢٠١/٥ ، ومغنى المحتاج : ٢٢٦/٢ ، والمغنى : ٢٠٨/٧ .

(٩) ينظر : الاختيار : ١٦٣/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٦/٤ ، ومواهب الجليل : ٢٠١/٥ ، والشرح

الصغير : ٥١٣/٣ ، وروضة الطالبين : ٣١٣/٤ ، ومغنى المحتاج : ٢٢٦/٢ ، والمغنى : ٢٠٨/٧ .

وكشاف القناع : ٤٥٤/٣ .

(١٠) مواهب الجليل : ٢٠١/٥ ، ومغنى المحتاج : ٢٢٦/٢ ، والمغنى : ٢٠٨/٧ .

يترفع عنه ، وبه قالت الحنفية^(١١) ، والمالكية^(١٢) ، والشافعية^(١٣) ، وهو رواية عن أحمد نقلها ابن منصور^(١٤) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٥) ، وبه قال ابن المنذر^(١٦) - رحمهم الله جميعاً - .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس الوكالة على الوديعة ، بجامع الاستئمان فيما يمكنه النهوض فيه ، فكما لا يجوز للمودع عنده أن يضع الوديعة عند غيره ، فكذلك لا يجوز للوكيل أن يوكل من لم يأمنه الموكل^(١٧) .

٢ - الموكل لم يأذن له في التوكيل ، ولا تضمنه إذنه ، ولا ضرورة للتوكيل فلم يجز^(١٨) .

٣ - الموكل رضى برأي الوكيل ، فلا يكون رضاه برأيه فيما يحتاج فيه إلى الرأي رضا برأي غيره ؛ لأن الناس يتفاوتون في الرأي^(١٩) .

(١١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : ٥٧ ، والمبسوط : ٢٢/١٩ ، والاختيار : ١٦٣/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٦/٤ .

(١٢) مواهب الجليل : ٢٠١/٥ ، والخرشي : ٧٨/٦ ، والشرح الصغير : ٥١٣/٣ .

(١٣) روضة الطالبين : ٣١٣/٤ ، ومغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٨/٥ .

(١٤) الهداية لأبي الخطاب : ١٦٧/١ ، والمغنى : ٢٠٩/٧ ، والقواعد لابن رجب : ١٢٧ ، والإنصاف : ٣٦٢/٥ .

(١٥) المغنى : ٢٠٩/٧ ، والإنصاف : ٣٦٢/٥ ، وكشاف القناع : ٤٥٤/٣ .

(١٦) الإشراف لابن المنذر : ٤٥٦/٢ .

(١٧) مغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٨/٥ ، والمغنى : ٢٠٩/٧ ، وكشاف القناع : ٤٥٤/٣ .

(١٨) المصادر نفسها .

(١٩) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : ٥٧ ، والمبسوط : ٢٢/١٩ ، ومغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٨/٥ .

القول الثاني ،

يجوز للوكيل أن يوكل غيره وإن أمكنه العمل بنفسه ، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢٠) نقلها حنبل^(٢١) ، وهو قول ابن أبي ليلى - رحمهم الله جميعاً - إلا أنه قيده بمرض الوكيل أو غيابه^(٢٢) .
واستدلوا بقياس الوكيل على المالك بجامع أن كلا منهما متصرف بنفسه فملك التصرف نيابة ، فكما أن المالك له أن ينيب غيره في التصرف فكذلك الوكيل^(٢٣) .
وأجيب عنه بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف يشاء بخلاف الوكيل فإنه يتصرف في ملك غيره^(٢٤) .
الترجيح :

الراجح هو القول الأول ؛ لوجاهة أدلته ؛ ولأن المالك لم يرض بتصرف غير الوكيل ، ولا ضرورة تستدعي قيام الوكيل بتوكيل غيره فلا يجوز ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٠) الهداية لأبي الخطاب : ١٦٧/١ ، والمغني : ٢٠٩/٧ ، والقواعد لابن رجب : ١٢٧ ، والإنصاف : ٣٦٢/٥ .

(٢١) هو حنبل بن إسحاق بن حنبل ، أبو علي الشيباني ، وابن عم الإمام أحمد وتلميذه ، ولد قبل المتين ، له مسائل كثيرة عن الإمام أحمد ، والفتن ، والمحنة ، والتاريخ ، توفي سنة ٢٧٢ هـ .
ينظر ترجمته في تاريخ بغداد : ٢٨٦/٨ - ٢٨٧ رقم ٤٢٨٦ ، وطبقات الحنابلة : ١٤٣/١ - ١٤٥ رقم ١٨٨ ، والتقييد : ٣١٤/١ - ٣١٦ رقم ٣١٧ ، وسير أعلام النبلاء : ٥١/١٣ - ٥٣ رقم ٣٨ ، والمقصد الأرشد : ٣٦٥/١ - ٣٦٦ رقم ٣٩٩ .

(٢٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : ٥٧ ، والإشراف لابن المنذر : ٤٥٦/٢ ، والمبسوط : ٣١/١٩ ، والمغني : ٢٠٩/٧ .

(٢٣) المبسوط : ٣١/١٩ - ٣٢ ، والمغني : ٢٠٩/٧ .

(٢٤) المغني : ٢٠٩/٧ .

المطلب الثاني

إذن الموكل في
بيع الوكيل لأبيه أو لابنه

□□□□□

هذا المطلب يشتمل على أربعة مسائل :

المسألة الأولى ، بيع الوكيل لابنه الصغير بغير إذن الموكل .

المسألة الثانية ، بيع الوكيل لابنه الصغير يلقن الموكل .

المسألة الثالثة ، بيع الوكيل لأبيه أو ابنه البالغ بغير إذن الموكل .

المسألة الرابعة ، بيع الوكيل لأبيه أو ابنه البالغ بإذن الموكل .

المسألة الأولى ، بيع الوكيل لابنه الصغير بغير إذن الموكل .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى في هذه المسألة على قولين :

القول الأول ،

لا يجوز بيع الوكيل لابنه الصغير بغير إذن الموكل وبه قالت

الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤) .

واستدلوا لذلك بما يأتي :

١ - قياس بيع الوكيل لابنه الصغير على بيعه لنفسه بجامع التهمة

في كل منهما ، فكما لا يجوز بيع الوكيل لنفسه ، فكذلك لا

يجوز بيعه لابنه الصغير^(٥) .

٢ - تضاد غرضي الاسترخاض لابنه الصغير والاستقصاء للموكل

لأن الإنسان مطبوع على طلب الحظ لابنه ، ومقتضى الوكالة

طلب الحظ للموكل فلا يجوز^(٦) .

(١) ينظر : الإختيار : ١٦٢/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٠/٤ ، وتنتج الإنكار : ٧٤/٨ ، وحاشية ابن

عابدين : ٥٢١/٥ .

(٢) ينظر : التاج والإكليل : ٢٠٠/٥ ، والخرشي : ٧٧/٦ ، والشرح الصغير : ٥١٢/٣ - ٥١٣ .

(٣) روضة الطالبين : ٣٠٤/٤ ، ومغني المحتاج : ٢٢٤/٢ ، ونهاية المحتاج : ٢٤/٥ .

(٤) المغني : ٢٢٩/٧ - ٢٣٠ ، والإنصاف : ٣٧٧/٥ ، وكشاف التاج : ٤٦٢/٣ .

(٥) ينظر : الشرح الصغير : ٥١٣/٢ .

(٦) ينظر : مغني المحتاج : ٢٢٥/٢ ، وشرح الزركشي على الخراقي : ١٤٦/٤ .

القول الثاني ،

يجوز بيع الوكيل لابنه الصغير إذا زاد في الثمن ، وهو رواية عن الإمام أحمد ^(٧) - رحمه الله - .

واستدل لذلك بأن عند زيادة الثمن يحصل غرض الموكل من الثمن وتنتفي التهمة ^(٨) .

وأجيب عنه بأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن إنتفت التهمة ^(٩) .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته ، وسلامتها من اعتراض وجيه ، وأدلة أصحاب القول الثاني لا تقوى على معارضة أدلة القول الأول . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثانية ، بيع الوكيل لابنه الصغير باذن الموكل .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه المسألة على قولين :

القول الأول ،

لا يجوز بيع الوكيل لابنه الصغير ولو أذن الموكل في ذلك ، وهو قول للحنفية ^(١٠) ، وبه قالت الشافعية في المعتمد عندهم ^(١١) ، وهو قول للحنابلة ^(١٢) .

(٧) المقتنع : ١٥٢/٢ ، والمبدع : ٣٦٧/٤ ، والإنصاف : ٣٧٨/٥ .

(٨) المبدع : ٣٦٧/٤ .

(٩) مغنى المحتاج : ٢٢٥/٢ .

(١٠) وهو المعتمد عندهم . ينظر : البحر الرائق : ١٦٧/٧ ، وتنازع الأفكار : ٧٤/٨ ، وحاشية الشلبي

على تبين الحقائق : ٢٧٠/٤ ، والدر المختار : ٥٢١/٥ .

(١١) روضة الطالبين : ٣٠٤/٤ ، ومغنى المحتاج : ٢٢٥/٢ ، ونهاية المحتاج : ٢٤/٥ .

(١٢) الإنصاف : ٣٧٨/٥ .

واستدلوا بأن الإنسان مطبوع على طلب الحظ لنفسه وولده ،
ومقتضى الوكالة طلب الحظ للموكل ، وهنا اجتمع له في عقده غرضان
متضادان هما : الاسترخاء لابنه ، والاستقصاء للموكل ، وهذا
ممتنع^(١٣).

وأجيب عنه : بأنه لا تضاد مع الإذن ؛ لأنه لا يخلو من أمرين :
إما أن يعين الموكل له الثمن ، وهنا قد زال مقصود الاستقصاء ، وإما
ألا يعين له الثمن ، فيتقيد البيع بثمن المثل كما لو باع لأجنبي^(١٤).

القول الثاني :

يجوز بيع الوكيل لابنه الصغير إذا أذن الموكل في ذلك ، وهو قول
للحنفية^(١٥) ، وبه قالت المالكية^(١٦) ، وهو وجه عند الشافعية قال به
البيهقي^(١٧) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٨).

واستدلوا بقياس الوكيل على المرأة ، بجامع أن كلا منهما
متصرف في نفسه بالإذن ، فكما جاز للمرأة أن تطلق نفسها إذا إذن
لها الرجل بذلك ، فكذلك يجوز للوكيل أن يبيع لنفسه بإذن الموكل ، ويبيع
الوكيل لولده الصغير كالبيع لنفسه^(١٩).

(١٣) ينظر : مغني المحتاج : ٢٢٥/٢ ، والمغني : ٢٣١/٧ ، وشرح الزركشي على الخرقى : ١٤٦/٤ .

(١٤) المغني : ٢٣١/٧ .

(١٥) منحة الخالق : ١٦٦/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ٥٢٢/٥ .

(١٦) حاشية الصارمي على الشرح الصغير : ٥١٢/٣ .

(١٧) روضة الطالبين : ٣٠٥/٤ .

(١٨) المغني : ٢٣١/٧ ، والإنصاف : ٣٧٨/٥ ، وكشاف القناع : ٤٦٢/٣ .

(١٩) المغني : ٢٣١/٧ .

الترجيح :

الراجع هو القول الثاني : لأن المنع كان لحق الموكل حفظاً لماله من محابة الوكيل ، فإذا أذن فقد أمن من المحابة ، وتنازل عن حقه برضاه ، فلم يعد هناك سبباً وجيهاً للمنع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثالثة : بيع الوكيل لأبيه وابنه البالغ بغير إذن الموكل .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه المسألة على ثلاثة

أقوال :

القول الأول :

يجوز للوكيل أن يبيع لأبيه وابنه البالغ بضمن المثل ، ولو لم يأذن الموكل ، وهو قول المالكية^(٢٠) ، وأصح الوجهين عند الشافعية^(٢١) . وهو وجه عند الحنابلة^(٢٢) ، وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٢٣) .

واستدلوا بقياس الأب والابن البالغ على الأجنبي بجامع استقلال كل واحد بالتصرف ، فكما يجوز للوكيل أن يبيع للأجنبي ، فكذلك له أن يبيع لأبيه أو ابنه البالغ^(٢٤) .

(٢٠) ينظر : التاج والإكليل : ٢٠٠/٥ ، والغرشي : ٧٧/٦ - ٧٨ ، وحاشية الصاوي : ٥١٢/٣ -

٥١٣ .

(٢١) روضة الطالبين : ٣٠٤/٤ ، ومغني المحتاج : ٢٢٥/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٦/٥ .

(٢٢) المغني : ٢٣٠/٧ ، والإنصاف : ٣٧٨/٥ .

(٢٣) الاختيار : ١٦٢/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٠/٤ ، والبحر الرائق : ١٦٦/٧ .

(٢٤) الاختيار : ١٦٢/٢ ، وحاشية الصاوي : ٥١٢/٣ ، ومغني المحتاج : ٢٢٥/٢ ، والمبدع :

٣٦٨/٤ .

ويجاب عنه بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ الأب والابن مظنة للمحاباة بخلاف الأجنبي فلا يصح .

ورد عليه بأن الوكيل باع لأبيه أو ابنه البالغ بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لصح فلا تهمة حينئذ كما لو باع من صديقه ^(٢٥) .
القول الثاني :

لا يجوز للوكيل أن يبيع لأبيه وابنه البالغ بغير إذن الموكل إلا أن يكون بثمن أكثر من ثمن المثل ، وبه قال أبو حنيفة ^(٢٦) .
واستدل بما يأتي :

١ - يبيع الوكيل لأبيه وابنه البالغ مظنة التهمة ، وموضع التهمة مستثنى من الوكالة بدليل عدم قبول الشهادة ، أما إذا كان البيع بأكثر من القيمة فلا تهمة حينئذ ^(٢٧) .
وأجيب عنه بأنه لا توجد تهمة إذا باع الوكيل بثمن المثل ، كما لو باع لصديقه وإنما محلّ التهمة إذا باع لأبيه أو ابنه بأقل من ثمن المثل ^(٢٨) .

٢ - المنافع بين الوكيل وبين أبيه وابنه متصلة ، فكان الوكيل في هذه الحالة يبيع لنفسه ، وهذا غير جائز ^(٢٩) .

(٢٥) مغنى المحتاج : ٢٢٥/٢ .

(٢٦) الاختيار : ١٦٢/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٠/٤ ، والدر المختار : ٥٢١/٥ .

(٢٧) الاختيار : ١٦٢/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٠/٤ ، والبحر الرائق : ١٦٦/٧ .

(٢٨) مغنى المحتاج : ٢٢٥/٢ .

(٢٩) الاختيار : ١٦٢/٢ ، وتبيين الحقائق : ٢٧٠/٤ ، والبحر الرائق : ١٦٦/٧ .

وأجيب عنه بأن أملك الوكيل وأبيه أو ابنه متباينة ؛ بدليل أنه يحل للإبن وطء جاريته ، ولا يحل له وطء جارية أبيه ، ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ، ولما حلّ له وطؤها ، كما لا يحلّ له وطء جارية أبيه ، وتباين الأملك يوجب انقطاع المنافع ، والتوكيل مطلق ، ولا تهمة إذا باع بثمن المثل ، فلا وجه للمنع^(٣٠) .

القول الثالث ،

لا يجوز للوكيل أن يبيع لأبيه وابنه البالغ بغير إذن الموكل مطلقاً ، وهو وجه عند الشافعية^(٣١) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣٢) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قياس الوكيل على من فوّض إليه الإمام أن يولى القضاء من شاء بجامع التهمة في جلب المصلحة لنفسه ، فكما لا يجوز للمفوّض أن يولى أحد أصوله أو فروعه فكذلك الوكيل لا يجوز بيعه لأحد أصوله أو فروعه^(٣٣) .

وأجيب عنه بأنه قياس مع الفارق من جهتين :

الجهة الأولى :

توليته القضاء لأحد أصوله أو فروعه ، فيه تزكية لهم بخلاف البيع بالوكالة^(٣٤) .

(٣٠) نتائج الإنكار : ٧٥/٨ .

(٣١) روضة الطالبين : ٣٠٤/٤ . ومعنى المحتاج : ٢٢٥/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٦/٥ .

(٣٢) المغني : ٢٣٠/٧ ، والإنصاف : ٣٧٧/٥ ، وكشاف القناع : ٤٦٢/٣ .

(٣٣) معنى المحتاج : ٢٢٥/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٦/٥ .

(٣٤) معنى المحتاج : ٢٢٥/٢ .

الجهة الثانية :

أن في البيع مرداً ظاهراً ينفي التهمة وهو ثمن المثل ، ولا يوجد ما يرد التهمة في تولية القضاء ^(٣٥) .

٢ - الوكيل متهم في حق أبيه وابنه لميله إلى طلب الاسترخاء لهم ، وترك الاستقصاء عليهم في الثمن ^(٣٦) .

يجاب عنه بأنه يكون متهماً إذا باع بأقل من ثمن المثل أما إذا باع بثلث المثل فلا تهمة حينئذ لامتناله أمر الموكل بالبيع وموافقة العرف في بيع غيره ^(٣٧) .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول لما يأتي :

- ١ - اختلاف ملك الوكيل مع ملك أبيه أو ابنه البالغ .
 - ٢ - الوكيل امتثل أمر الموكل بالبيع ، ولم يخالف العرف في بيعه لأبيه أو ابنه البالغ ، فلم يرخص لهم في الثمن ، بل باع لهم بما يباح لغيرهم فلا يبقى هناك وجهٌ للمنع . والله سبحانه وتعالى أعلم .
- المسألة الرابعة ، بيع الوكيل لأبيه أو ابنه البالغ بإذن الموكل .**

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

(٣٥) المصدر نفسه ، ونهاية المحتاج : ٣٦/٥ .

(٣٦) المصدران أنفسهما ، والمغني : ٢٣٠/٧ ، وكشاف القناع : ٤٦٢/٣ .

(٣٧) مغني المحتاج : ٢٢٥/٢ ، والمغني : ٢٣٠/٧ ، والمبدع : ٣٦٨/٤ .

القول الأول .

يجوز بيع الوكيل لأبيه أو ابنه البالغ بإذن الموكل ، وبه قالت
الحنفية^(٣٨) ، والمالكية^(٣٩) ، والشافعية^(٤٠) ، وهو المذهب عند
الحنابلة^(٤١) .

ويستدل لهم بأن المنع إنما كان حفظاً لحق الموكل ، ودفعاً
للمحاباة التي قد يتهم بها الوكيل ، فإذا أذن الموكل فقد رضي بالبيع ،
وتنازل عن حقه برضاه فلم يبق إلا الجواز .

القول الثاني .

لا يجوز للوكيل أن يبيع لأبيه أو ابنه البالغ وإن أذن به الموكل ،
وهو قول عند الحنابلة^(٤٢) .

ويمكن أن يستدل لهذا القول بأن الوكيل متهم بطلب
الاسترخاء لأبيه أو ابنه ، وترك الاستقصاء عليهم في الثمن ،
ومقتضى الوكالة الاستقصاء في الثمن .

(٣٨) البحر الرائق ١٦٧/٧ ، وتنازع الأفكار : ٧٤/٨ ، والدر المختار : ٥٢١/٥ .

(٣٩) لم أقف على نص صريح لهم في هذه المسألة ، إلا أنه مستتب من قولهم بجواز بيعه لهم بغير
إذنه ، فيجوز بإذن الموكل من باب أولى .

ينظر : التاج والإكليل : ٢٠٠/٥ ، والخرشي : ٧٧/٦ ، وحاشية الصاوي : ٥١٢/٣ - ٥١٣ .

(٤٠) أيضاً لم أقف لهم على نص صريح في المسألة إلا أنه يستتب من قولهم بجواز البيع لهم بغير
إذن الموكل ، فيكون بإذنه من باب أولى .

ينظر : روضة الطالبين : ٣٠٤/٤ ، ومغني المحتاج : ٢٢٥/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٦/٥ .

(٤١) الإنصاف : ٣٧٨/٥ ، وكشاف القناع : ٤٦٢/٣ .

(٤٢) المحرر : ٢٤٩/١ ، والإنصاف : ٣٧٨/٥ .

ويجاب عنه بأن المنع من البيع كان حفظاً لحق الموكل من الضياع ، فإذا أذن الموكل فقد رضى وتنازل عن حقه برضاه ، فلم يعد هناك وجه للمنع .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول ؛ لأنّ علة المنع في بيع الوكيل لأبيه أو ابنه هي مظنة المحاباة ، وتتنفى هذه التهمة إذا أذن الموكل .

وأما ما ذكره أصحاب القول الثاني من تضاد في مقصود البيع والشراء بالنسبة للوكيل ، فليس هناك تضاد ؛ لأن الموكل إذا أذن للوكيل فهو إما أن يعين له الثمن أو لا يعين ؛ فإذا عين فقد زال مقصود الاستقصاء ، لأنه لا يراد أكثر مما حصل .

وإن لم يعين الثمن فإن البيع يتقيد بثمن المثل كالبيع للأجنبي^(٤٣) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٤٣) ينظر : المغني : ٢٣١/٧ .

المبحث العاشر

الإذن في باب العارية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

إذن المعير

للمستعير في استعمال العارية

المطلب الثاني :

إذن المعير في قيام

المستعير بإعارة العارية لغيره

□□□□□

المطلب الأول

إذن المعير
للمستعير في استعمال العارية

□□□□□

قبل الكلام على حكم الإذن في هذه المسألة يجدر بنا أن نعرف
العارية لغة واصطلاحاً .

العارية في اللغة ،

قال الأزهري : العارية مأخوذة من عار الشيء يعير ، إذا ذهب
وجاء ... وشددت الياء لأنها منسوبة إلى العارة ، وهو اسم من قولك :
أعرت المتاع إعارة وعارة ، فالعارية : الاسم ، والإعارة : المصدر الحقيقي
يقوم الاسم مقامه ^(١) .

وقال الخليل : « العارية : ما استعرت من شيء : لأنها عارٌ على
من طلبها » ^(٢) .

وقال الجوهري ^(٣) : « العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار :
لأن طلبها عارٌ وعيب وينشد ^(٤) :

إنما أنفسنا عارية

والعوارى قصارى أن ترد

(١) الزاهر : ٢٤٠ .

(٢) العين : ٢٣٩/٢ .

(٣) هو إسماعيل بن حماد التركي الأتتاري ، أبو نصر الجوهري ، إمام في اللغة ، وخطه يضرب به
المثل في الحسن ، له « الصحاح » في اللغة ، وحصلت له وسوسة في آخر عمره أدت به إلى محاولة
الطيران بمصراعي باب كتفها جناحين فسقط ميتاً في سنة ٣٩٢ هـ ، وقيل في حدود ٤٠٠ هـ .
ينظر : ترجمته في نزهة الألباء : ٢٥٢ - ٢٥٤ ، وإنباء الرواة : ٢٢٩/١ - ٢٢٣ رقم ١٢٢ ، ومعجم
الأدباء : ١٥١/١ - ١٦٥ رقم ٢٢ وفيه أنه رأى نسخة من الصحاح مكتوبة بخط الجوهري سنة
٣٩٦ هـ في دمشق ، وهذا مما يرجح القول الثاني في وفاته ، وسير أعلام النبلاء : ٨٠/١٧ - ٨٢
رقم ٤٦ ، وبنية الرواة : ٤٤٦/١ - ٤٤٨ رقم ٩١٣ .

(٤) لم أقف على قائمه ، وورد البيت أيضاً في لسان العرب : ٦١٩/٤ « عور » و ٩٧/٥ « قصر » .

والعارية مثل العارية ، قال ابن مقبل ^(٥) :

فأخلف وأتلف إنما المال عارة

وكله مع الدهر الذي هو آكله ^(٦) .

وفي المثل : لو سئلت العارية أين تذهبين ؟ ل قالت : أكسب أهلي ذمماً ^(٧) .

وتعقب على الخليل والجوهري بتعقيبين :
التعقيب الأول :

من جهة الشرع ؛ وذلك أن الرسول الكريم ﷺ فعلها ولو كانت عيباً أو عاراً لما فعلها ^(٨) ، فقد جاء في الصحيح : كان فزع بالمدينة فاستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة ^(٩) ، يقال له : المنسوب ^(١٠) ، فركبه ، فلما رجع قال : « ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً » ^(١١) .

(٥) هو تميم بن أبي بن مقبل بن عوف ، يعرف بابن مقبل ، شاعر مخضرم أدرك الجاهلية والإسلام ، وكان يبكي أهل الجاهلية مع إسلامه ، وبلغ مائة وعشرين سنة ، وهجاء النجاشي الشاعر فاستعدى عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

ينظر : ترجمته في طبقات فحول الشعراء : ١٤٣/١ ، ١٥٠ ، والشعر والشعراء : ٤٥٥/١ - ٤٥٨ - رقم ٨٢ ، ومجالس ثعلب : ٣٦٣/٢ - ٣٦٤ ، والإصابة : ٣٧٧/١ - ٣٧٨ ، رقم ٨٦٣ ، وخزانة الأدب : ٢٣١/١ - ٢٣٢ ، والبيت في ديوانه ص ٢٤٣ ، وكذلك في مجمل اللغة : ٦٣٦/٣ « عور » ولسان العرب : ٦١٩/٤ « عور » و ٨٨/٩ « خلف » .

(٦) الصحاح : ٧٦١/٢ « عور » .

(٧) الأمثال لأبي عبيد ص ٢٩٧ ، ومجمع الأمثال : ١٠٨/٣ ، وينظر أيضاً المفردات : ٣٥٣ .

(٨) مغنى المحتاج : ٢٦٣/٢ .

(٩) هو زيد بن سهل بن الأسود ، أبو طلحة الأنصاري النجاري ، شهد العقبة ، وكان نقيباً ، وشهد بدرأ وله يوم أحد مقام مشهود ، قال فيه رسول الله ﷺ : « لصوت أبي طلحة في الجيش خير من مائة رجل » ركب البحر غازياً فمات فلم يجدوا جزيرة يدفنونه فيها إلا بعد سبعة أيام فلم يتغير وذلك في سنة ٥١ هـ .

ينظر : ترجمته في الاستيعاب : ٥٥٣/٢ - ٥٥٥ ، رقم ٨٥٠ ، و ١٦٩٧/٤ - ١٦٩٩ ، رقم ٣٠٥٥ ، وأسد الغابة : ٢٨٩/٢ - ٢٩٠ ، رقم ١٨٤٣ و ١٨١/٦ - ١٨٢ ، رقم ٦٠٢٩ ، والإصابة : ٦٠٧/٢ - ٦٠٩ ، رقم ٢٩٠٧ .

(١٠) ينظر أيضاً أسماء خيل العرب لابن الأعرابي : ٨٨ ، وأسماء خيل العرب للفندجاني : ٢٣١ .

(١١) أخرجه البخاري في الهبة (٥١) باب من استعار من الناس الفرس (٢٢) ج ١٤٢/٣ وفي مواضع أخرى من صحيحه .

لكن ابن حجر قال : « هذا التعقُّب وإن كان صحيحاً في نفسه ،
لكنه لا يرد على ناقل اللغة ، وفعل الشارع في مثل ذلك لبيان
الجواز »^(١٢).

التعقيب الثاني : من جهة اللغة :

قال الأزهرى : « وكلام العرب يتعربون »^(١٣) بالواو »^(١٤).

وقال الراغب : « وقيل : هذا لا يصح من حيث الاشتقاق فإن
العارية من الواو بدلالة : تعاورنا ، والعار من الياء لقولهم : عَيَّرْتُهُ
بكذا »^(١٥).

وقال الفيومي : هو غلط : لأن العارية من الواو »^(١٦).

العارية اصطلاحاً ،

عرّف العلماء - رحمهم الله تعالى - العارية بتعاريف مختلفة :

الحنفية^(١٧) - رحمهم الله - قالوا هي : تملك المنافع بغير عوض .

والمالكية^(١٨) - رحمهم الله - قالوا هي : تملك منفعة مؤقتة بغير

عوض .

(١٢) فتح الباري : ٢٤١/٥ .

(١٣) أي يستعربون ، وقال الأزهرى هذا الكلام رداً على من قال : هم يتعربون من جيرانهم الماعون

والأمتة ، تهذيب اللغة : ١٦٥/٣ .

(١٤) المصدر نفسه .

(١٥) المفردات : ٣٥٣ .

(١٦) المصباح المنير : ٨٩/٢ « عور » .

(١٧) الهداية للمرغنياني : ٢٢٠/٣ ، وتبيين الحقائق : ٨٣/٥ .

(١٨) الهداية الكافية : ٣٤٥ ، والشرح الصغير : ٥٧/٣ .

أما الشافعية^(١٩) والحنابلة^(٢٠) - رحمهم الله - فقد عرفوها بأنها
إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ، وبه قال الكرخي من
الحنفية^(٢١) .

إذن المعير للمستعير في استعمال العارية ،
اتفق الفقهاء^(٢٢) - رحمهم الله تعالى - على اشتراط إذن المعير
للمستعير في الانتفاع بالعارية .
واستدلوا بأن العارية انتفاع بمال الغير فلا بد من إذنه^(٢٣) ،
والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١٩) تحرير ألفاظ التنبيه : ٢٠٩ ، ومغنى المحتاج : ٢٦٣/٢ .

(٢٠) المغني : ٣٤٠/٧ ، والمبدع : ١٣٧/٥ ، وكشاف القناع : ٦٧/٤ .

(٢١) الهداية للمرغنياني : ٢٢٠/٣ ، وتبيين الحقائق : ٨٣/٥ ، والكرخي هو : عبيد الله بن الحسين بن
دلال أبو الحسن الكرخي البغدادي الحنفي ، ولد سنة ٢٦٠ هـ ، انتهت إليه رئاسة الحنفية في
العراق في زمانه ، له المختصر في الفقه ، وشرح الجامع الصغير والكبير ، وأصول الكرخي ،
توفي سنة ٣٤٠ هـ .

ينظر ترجمته في تاريخ بغداد : ٣٥٣/١٠ - ٣٥٥ رقم ٥٥٠٧ ، والأنساب : ٣٩٠/١٠ - ٣٩١ ،
وسير أعلام النبلاء : ٤٢٦/١٥ - ٤٢٧ رقم ٢٣٨ ، والجواهر المضية : ٤٩٣/٢ - ٤٩٤ رقم ٨٩٤ ،
والفوائد البهية : ١٠٨ - ١٠٩ .

(٢٢) ينظر : بدائع الصنائع : ٢١٤/٦ ، والهداية للمرغنياني : ٢٢٠/٣ ، وتبيين الحقائق : ٨٤/٥ ،
والزرقاني : ١٢٧/٦ ، والخرشي : ١٢١/٦ ، والشرح الصغير : ٥٧١/٣ ، وروضة الطالبين :
٤٢٩/٤ ، ومغنى المحتاج : ٢٦٦/٢ ، ونهاية المحتاج : ١٢٢/٥ ، والمغني : ٣٤٥/٧ ، والمبدع :
١٣٩/٥ ، وكشاف القناع : ٦٧/٤ .

(٢٣) مغنى المحتاج : ٢٦٦/٢ .

المطلب الثاني

إذن المعير في قيام
المستعير بإعارة العارية لغيره

□□□□□

تتدرج تحت هذا المطلب مسألتان :

المسألة الأولى : قيام المستعير بإعارة العارية لغيره بغير إذن المعير .

المسألة الثانية : قيام المستعير بإعارة العارية لغيره بإذن المعير .

المسألة الأولى : قيام المستعير بإعارة العارية لغيره بغير

إذن المعير .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه المسألة على قولين :

القول الأول :

يجوز للمستعير أن يعير غيره ولو لم يأذن المالك ، وهو قول

الحنفية^(١)، وبه قالت المالكية مع الكراهة^(٢) ، وهو وجه عند

الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا بقياس المستعير على المستأجر بجامع أن كلا منهما

مالك للمنفعة ، فكما أن المستأجر يملك أن يعير؛ لملكه المنفعة ، فكذلك

المستعير يملك أن يعير لغيره^(٥).

وأجيب عن القياس بأنه غير صحيح ؛ لأن المستعير غير مالك

للمنفعة ، بل المنفعة مباحة له ، والمباح له منفعة لا يملك نقل ما أبيع له

لغيره ، كالمباح له الطعام لا يملك الإباحة لغيره^(٦).

(١) ينظر بدائع الصنائع : ٢١٥/٦ ، والهداية للمرغنياني : ٢٢١/٣ ، وتبيين الحقائق : ٨٥/٥ - ٨٦ ، والبحر الرائق : ٢٨١/٧ .

(٢) ينظر : مواهب الجليل : ٢٦٩/٥ ، والزرقاني : ١٢٧/٦ ، والخرشي : ١٢١/٦ ، والشرح الصغير : ٥٧١/٣ .

(٣) ينظر : روضة الطالبين : ٤٢٦/٤ ، وأسنى المطالب : ٢٢٥/٢ ، ومغني المحتاج : ٢٦٤/٢ ، ونهاية المحتاج : ١١٩/٥ .

(٤) ينظر : الشرح الكبير : ١٨٢/٣ - ١٨٣ ، والمبدع : ١٤٦/٥ ، والإنصاف : ١١٤/٦ .

(٥) الهداية للمرغنياني : ٢٢١/٣ ، وتبيين الحقائق : ٨٦/٥ ، ومغني المحتاج : ٢٦٤/٢ ، ونهاية المحتاج : ١١٩/٥ .

(٦) مغني المحتاج : ٢٦٤/٢ ، ونهاية المحتاج : ١١٩/٥ .

القول الثاني ،

لا يجوز للمستعير أن يعير غيره بغير إذن المالك وبه قالت
 الشافعية^(٧) والحنابلة^(٨) في المعتمد عندهم .
 واستدلوا بقياس المستعير على الضيف بجامع عدم الملك ،
 فكما أن الضيف الذي أبيح له الطعام لا يجوز له أن يبيحه لغيره ،
 فكذلك المستعير لا يجوز له أن يعير غيره^(٩) .
 الترجيح :

الراجع هو القول الثاني لما يأتي :

أولاً ، العارية ليست تمليكاً للمنفعة ، بل هي إباحة ، بدليل أن المستعير
 لا يملك أن يؤجر المنفعة ، ولو كانت العارية تمليكاً لجاز
 للمستعير أن يؤجر كما يجوز للمستأجر أن يؤجر من غيره .
 ثانياً ، الإعارة تصح مع الجهالة ، ولا يصح التمليك مع الجهالة ، والله
 سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثانية ، قيام المستعير بإعارة العارية لغيره بإذن
 المعير .

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على جواز إعارة المستعير إذا

(٧) المصدران أنفسهما ، ومن قبلهما روضة الطالبين : ٤٢٦/٤ .

(٨) المغني : ٣٤٧/٧ ، والإتصاف : ١١٤/٦ ، وكشاف القناع : ٧٦/٤ .

(٩) أسنى المطالب : ٣٢٥/٢ ، ومعنى المحتاج : ٢٦٤/٢ ، والمغني : ٢٤٧/٧ ، والشرح الكبير :

أذن له المعير في ذلك ^(١٠).

واستدلوا بأن الحق في العارية لمالكه ، فإذا أذن للمستعير في
إعارة العارية فقد رضى بذلك ، وتنازل عن حقه فجاز ما أذن فيه . والله
سبحانه وتعالى أعلم .

(١٠) نصّ الشافعية والحنابلة على هذه المسألة ، أما الحنفية والمالكية فإنهم وإن لم ينصوا على
المسألة إلا أنها مفهومة من قولهم بجواز الإعارة من غير إذن ، فجوازه بالإذن من باب أولى .
ينظر : بدائع الصنائع : ٢١٥/٦ ، والهداية للمرغيناني : ٢٢١/٣ ، وتبيين الحقائق : ٨٥/٥ - ٨٦
، والزرقي : ١٢٧/٦ ، والخرشي : ١٢١/٦ ، والشرح الصغير : ٥٧١/٣ ، وأسنى المطالب :
٣٢٥/٢ ، ومغنى المحتاج : ٢٦٤/٢ ، ونهاية المحتاج : ١١٩/٥ ، والمغني : ٢٤٨/٧ ، والإنصاف :
١١٥/٦ ، وكشاف القناع : ٧٨/٤ .

المبحث الحادي عشر

الإذن في باب الإجارة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

إذن المؤجر في

تصرف المستأجر في المنفعة

المطلب الثاني :

إذن المستأجر في بيع العين المستأجرة

□□□□□

المطلب الأول

إذن المؤجر في
تصرف المستأجر في المنفعة

□□□□□

هذا المطلب يشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : تصرف المستأجر في المنفعة .

المسألة الثانية : قيام المستأجر بتأجير العين التي استأجرها لغيره .

المسألة الأولى : تصرف المستأجر في المنفعة .

اتفق الفقهاء ^(١) - رحمهم الله تعالى - على أن كل عين استؤجرت لمنفعة فإن للمستأجر أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، ولا يشترط لذلك إذن المؤجر .

واستدلوا بأن العقد اقتضى استيفاء المستأجر منفعة مقدرة والمستأجر لم يزد في هذه الحالة على استيفاء حقه ^(٢) .

واتفق الفقهاء ^(٣) على أنه ليس للمستأجر أن يستوفي منفعة أكثر ضرراً من المعقود عليها ، أو مخالفة لها إلا بإذن المؤجر مالك العين . واستدلوا بأن المستأجر في هذه الحالة يستوفي غير ما يستحقه أو أكثر من حقه ، فلا يجوز ^(٤) .

المسألة الثانية : قيام المستأجر بتأجير العين التي استأجرها لغيره .

هذه المسألة لها صورتان :

(١) الهداية للمريغاني : ٢٣٥/٣ ، والاختيار : ٥١/٢ - ٥٢ ، وتبيين الحقائق : ١١٣/٥ ، والتفريع : ١٨٥/٢ ، والزرقاني : ٣٨/٧ ، والخرشي : ٣٦/٧ ، والمهذب : ٤٠٢/١ ، وروضة الطالبين : ٢٢٤/٥ ، ومغنى المحتاج : ٣٥٠/٢ ، والمغنى : ٥٢/٨ و ٥٧ ، والمبدع : ٩٢/٥ - ٩٣ ، وكشاف القناع : ١٤/٤ - ١٥ .

(٢) المبدع : ٩٣/٥ .

(٣) الهداية للمريغاني : ٢٣٥/٣ ، والاختيار : ٥٢/٢ ، وتبيين الحقائق : ١١٣/٥ ، والتفريع : ١٨٥/٢ ، والزرقاني : ٣٨/٧ ، والخرشي : ٣٦/٧ ، والمهذب : ٤٠٢/١ ، وروضة الطالبين : ٢٢٤/٥ ، ومغنى المحتاج : ٣٥٠/٢ ، والمغنى : ٥٢/٨ و ٥٧ ، والمبدع : ٩٣/٥ ، وكشاف القناع : ١٥/٤ .

(٤) المغنى : ٥٧/٨ .

الصورة الأولى : أن يؤجر لمن هو أكثر منه ضرراً في استيفاء المنفعة

الصورة الثانية : أن يؤجر لمن هو مثله في استيفاء المنفعة .

الصورة الأولى :

أن يؤجر لمن هو أكثر منه ضرراً في استيفاء المنفعة مثل أن

يستأجر إنسان داراً للسكنى ، ثم يقوم بتأجيرها إلى القصارين^(٥)

والحدادين^(٦) .

اتفق الفقهاء^(٧) - رحمهم الله تعالى - على عدم جواز التأجير في هذه

الحالة بغير إذن المؤجر .

واستدلوا بقول الرسول الكريم ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٨) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول ﷺ نهى عن الضرر والإضرار ، وتأجير البيت لهؤلاء

يضر به فلا يجوز بغير إذن المالك .

الصورة الثانية :

أن يؤجر لمن هو مثله في استيفاء المنفعة .

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في هذه الصورة على قولين :

القول الأول :

يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لغيره ، وإن لم يأذن

(٥) القصار : من كانت مهنته القصارة بكسر القاف وهي تبيض الثياب وبها . تحرير التبيين : ١٩٦

- ١٩٧ .

(٦) الحداد : صانع الحديد ومعالجه ، القاموس المحيط : ٣٥٢ « حدد » والدر النقي : ٤٨٠/٢ رقم

١٠٠٥ .

(٧) الهداية للمرخيني : ٢٣٥/٣ ، والخرشي : ٤١/٧ ، والمهذب : ٤٠٢/١ ، والمغنى : ٥٢/٨ .

(٨) سبق تخريجه . انظر : التعليق رقم ٣٠ من مبحث ما يكون به الإذن وارتباطه بالعرف ص ٢٢ .

فيه مالك العين ، وبه قالت الحنفية^(٩) ، والمالكية^(١٠) ، والشافعية^(١١) ،
والمذهب عند الحنابلة^(١٢) ، وبه قال سعيد بن المسيب^(١٣) ، وابن
سيرين^(١٤) ، ومجاهد^(١٥) ، وعكرمة^(١٦) ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن^(١٧)
والنخعي^(١٨) ، والشعبي^(١٩) ، والثوري^(٢٠) .

واستدلوا بقياس الإجارة على البيع ، بجامع القبض في كل
منهما ، فكما يجوز بيع المبيع بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر^(٢١) .

(٩) الهداية للمرخيني : ٢٣٥/٢ ، والاختيار : ٥٠/٢ ، وتبيين الحقائق : ١١٣/٥ ، والدر المختار :
٢٨٨/٨ .

(١٠) التفرع : ١٨٥/٢ ، والزرقاني : ٤٢/٧ ، والغرشي : ٤١/٧ .

(١١) المهذب : ٤٠٣/١ ، وروضة الطالبين : ٢٤٤/٥ ، ومغنى المحتاج : ٢٥٠/٢ .

(١٢) المغنى : ٥٤/٨ ، والإنصاف : ٣٤/٦ ، وكشاف القناع : ١٤/٤ .

(١٣) المغنى : ٥٤/٨ .

(١٤) المصدر نفسه .

(١٥) المصدر نفسه .

(١٦) المصدر نفسه ، وعكرمة هو أبو عبد الله عكرمة القرشي مولى ممدى ، البربري الأصل الحافظ

المفسر ، تولى بالمدينة سنة ١٠٤ هـ . ينظر ترجمته في الطبقات الكبرى ٢٨٧/٥ - ٢٩٣ ، وحلية

الأولياء ٢٢٦/٢ - ٢٤٧ رقم ٢٤٥ ، وسير أعلام النبلاء ١٢/٥ - ٣٦ رقم ٩ وتهذيب التهذيب

٢٦٢/٧ - ٢٧٣ رقم ٤٧٥ ، وطبقات المفسرين للداودي ٢٨٠/١ - ٢٨١ رقم ٢٣١ .

(١٧) المغنى ٥٤/٨ ، وأبو سلمة هو : أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري ، ولد سنة

بضع وعشرين واسمه عبدالله ، وقيل : اسماعيل ، وقيل : اسمه كنية ، أحد الأعلام بالمدينة

النبوية ، وعده بعض العلماء من الفقهاء السبعة ، روى عن خلق من الصحابة وتولى بالمدينة سنة

٩٤ هـ . ينظر : ترجمته في الطبقات الكبرى : ١٥٥/٥ - ١٥٧ ، وأخبار القضاة : ١١٦/١ -

١١٨ ، وتهذيب الاسماء واللغات : ٢٤٠/٢ - ٢٤١ رقم ٣٦١ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٨٧/٤ -

٢٩٢ رقم ١٠٨ ، وطبقات الحفاظ : ٢٣ رقم ٥٠ .

(١٨) المغنى : ٥٤/٨ .

(١٩) المصدر نفسه .

(٢٠) المصدر نفسه .

(٢١) المهذب : ٤٠٣/١ .

القول الثاني ،

لا يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجر لغيره بغير إذن مالك العين ، وهو رواية عند الحنابلة ذكرها القاضي أبو يعلى^(٢٢) .
واستدلوا بما رواه عبدالله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال رسول الله ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك »^(٢٣) .
وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ، ومنافع العين المستأجرة لم تدخل في ضمان المستأجر ، فلا يجوز^(٢٤) .
وأجيب عنه بأن المنافع في حكم المقبوض بدليل جواز التصرف فيها بالهبة والعارية^(٢٥) .

(٢٢) المسائل الفقهية من الروايتين الوجهين : ٤٣٠/٨ ، والمغنى : ٥٤/٨ ، والإنصاف : ٢٤/٦ .
(٢٣) أحمد : ١٧٨/٢ - ١٧٩ ، واللفظ له ، وأيضاً ١٧٥ ، ٢٠٥ ، وابن ماجة في التجارات (١٣) النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٢٠) ج ١٣/٢ رقم ٢٢٠٦ ، وأبو داود في البيوع والإجازات (١٧) باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) ج ٧٦٩/٣ - ٧٧٥ رقم ٣٥٠٤ ، والترمذي في البيوع (١٣) باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٩) ج ٥٣٥/٣ - ٥٣٦ رقم ١٢٣٤ ، والدارمي في البيوع (١٨) باب في النهي عن شرطين في بيع (٢٦) ج ١٦٨/٢ رقم ٢٥٦٣ ، والنسائي في البيوع (٤٤) بيع ما ليس عند البائع (٦٠) ج ٢٨٨/٧ رقم ٤٦١١ ، وسلف وبيع (٧١) ج ٢٩٥/٧ رقم ٤٦٢٩ ، وشرطان في بيع (٧٢) ج ٢٩٥/٧ رقم ٤٦٣٠ - ٤٦٣١ ، والدارقطني في البيوع : ٧٤/٣ - ٧٥ رقم ٢٨٢ ، والحاكم في البيوع : ١٧/٢ ، والبيهقي في البيوع ، باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة : ٢٦٧/٥ .

(٢٤) المغنى : ٥٤/٨ .

(٢٥) المصدر نفسه ، ومن قبله المسائل الفقهية من الروايتين الوجهين : ٤٣١/٨ .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول لما يأتي :

أولاً ، لأن قبض العين يقوم مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها ، فجاز العقد عليها^(٢٦) .

ثانياً : لأن المستأجر لو لم ينتفع بها حتى انقضت المدة كانت من ضمانه فهي كالمبيع بعد القبض ، فيجوز التصرف فيها^(٢٧) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢٦) المغنى : ٥٤/٨ .

(٢٧) المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين : ٤٣١/١ .

المطلب الثاني

إذن المستأجر
في بيع العين المستأجرة

□□□□□

إذا أجر المالك عيناً ثم أراد أن يبيع العين المستأجرة ، فقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في صحة هذا البيع ، واشتراط إذن المستأجر على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يجوز للمالك أن يبيع العين المستأجرة مطلقاً ، ويقع البيع صحيحاً وإن لم يأذن المستأجر ، وبه قالت المالكية ^(١) ، وهو الأظهر عند الشافعية ^(٢) ، والمذهب عند الحنابلة ^(٣) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٤) .

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى أحل البيع عموماً ، ويبع المالك للملكه المؤجر أحد أنواع البيوع ^(٥) .

٢ - قياس بيع العين المستأجرة على بيع الأمة المزوجة بجامع ملك الرقبة فكما جاز للسيد أن يبيع أمته المزوجة مع تعلق حق الزوج بمنفعتها ، فكذلك للمالك أن يبيع العين المؤجرة ، ولو تعلق بها حق المستأجر في المنفعة ^(٦) .

(١) التقرير : ١٨٨/٢ ، والإشراف للقاضي عبدالوهاب : ٧٤/٢ ، والقوانين الفقهية : ٢٠٥ ، ومواهب الجليل : ٤٠٨/٥ .

(٢) المهذب : ٤٠٧/١ ، روضة الطالبين : ٢٥٤/٥ ، ومغنى المحتاج : ٣٦٠/٢ ، ونهاية المحتاج : ٢٢٥/٥ .

(٣) الهداية لأبي الخطاب : ١٨١/١ ، والمغنى : ٤٨/٨ ، والإنصاف : ٦٨/٦ ، وشرح منتهى الإرادات : ٣٧٥/٢ - ٣٧٦ .

(٤) سورة البقرة : آية : ٢٧٥ .

(٥) ينظر : المعونة : ١١٥٢ ، ومواهب الجليل : ٤٠٨/٥ .

(٦) الإشراف للقاضي عبدالوهاب : ٧٤/٢ ، والمهذب : ٤٠٧/١ ، والمغنى : ٤٨/٨ .

٣ - المعقود عليه في الإجارة غير المعقود عليه في البيع ؛ لأن الإجارة عقد على المنفعة ، والبيع عقد على العين ^(٧) .

القول الثاني ،

لا يجوز للمالك أن يبيع العين المستأجرة مطلقاً ، سواء أذن المستأجر بذلك أم لم يأذن ، وهو قول عند الشافعية ^(٨) ، والحنابلة ^(٩) ، وهو قول للإمام مالك - رحمه الله - في الدابة خصوصاً ^(١٠) .

واستدلوا بقياس بيع العين المستأجرة على بيع المال المصنوع بجامع عدم القدرة على التسليم ، فكما لا يجوز بيع المال المصنوع لأن يد الغاصب تحول دون تسليمه ، فكذلك لا يجوز بيع العين المستأجرة لأن يد المستأجر تحول دون تسليم العين ^(١١) .

وأجيب عنه بأن يد المستأجر لا تكون حائلة دون التسليم ؛ لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع ، والبيع على الرقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر ^(١٢) .

القول الثالث ،

بيع المالك للعين المستأجرة ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة

(٧) المصادر نفسها .

(٨) المهذب : ٤٠٧/١ ، وروضة الطالبين : ٢٥٤/٥ ، ومغنى المحتاج : ٣٦٠/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٢٥/٥ .

(٩) الإنصاف : ٦٨/٦ .

(١٠) المدونة : ٤٦٥/٤ ، إلا أن القاضي عبد الوهاب لم يفرق بين الدابة وغيرها في جواز البيع . ينظر الإشراف له : ٧٤/٢ .

(١١) المهذب : ٤٠٧/١ ، ومغنى المحتاج : ٣٦٠/٢ ، ونهاية المحتاج : ٣٢٥/٥ ، والمغنى : ٤٨/٨ .

(١٢) المغنى : ٤٨/٨ .

المستأجر ، فإن أجاز نفذ ، وبه قالت الحنفية ^(١٣) ، إلا أنهم اختلفوا في حالة عدم الإجازة ، فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - في رواية الطحاوي - رحمه الله - عنهما ^(١٤) إلى بطلان البيع إذا رده المستأجر ، واختاره الطحاوي ^(١٥) .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - إذا ردَّ المستأجر البيع فإنه لا يفسخ ، ولكنه يظل موقوفاً لحين انتهاء مدة الإجازة ، فإذا انتهت نفذ البيع ^(١٦) ، ورواه محمد عن أبي حنيفة ^(١٧) - رحمهما الله - ، وهو المعتمد عند الحنفية ^(١٨) .

واستدلوا بأن البائع غير قادر على تسليم المبيع لتعلق حق المستأجر به ، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن ، وقد أمكن هنا بالوقف في حق المستأجر ، والجواز في حق المشتري صيانة للحقّين ومراعاة للجانبين ^(١٩) .

وأجيب بأن المعقود عليه في البيع غير المعقود عليه في الإجازة ، فلا تعتبر إجازته ^(٢٠) .

(١٣) بدائع الصنائع : ٢٠٧/٤ ، وفتح القدير : ٦٩/٧ ، والبحر الرائق : ١٤٩/٦ ، وحاشية ابن عابدين : ١١٠/٥ .

(١٤) مختصر الطحاوي : ١٣٠ ، وبدائع الصنائع : ٢٠٧/٤ .

(١٥) مختصر الطحاوي : ١٣١ .

(١٦) المصدر نفسه ، وبدائع الصنائع : ٢٠٧/٤ .

(١٧) المصدران أنفسهما .

(١٨) بدائع الصنائع : ٢٠٧/٤ وفتح القدير : ٦٩/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ١١٠/٥ ، وقال ابن الهمام

في فتح القدير : ٦٩/٧ : وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف . أم . وفيه نظر فإن المسألة خلافية كما تبين آنفاً .

(١٩) بدائع الصنائع : ٢٠٨/٤ .

(٢٠) المغنى : ٤٨/٨ .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ؛ لأنَّ يد المستأجر إنما هي على المنافع ،
والبيع على الرقبة ، فثبتت اليد على أحدهما لا يمنع تسليم الآخر .
ثم الأخذ بهذا القول فيه صيانة لحق المستأجر والمشتري ؛ فإن
البيع نافذ ، والإجارة باقية على حالها لحين انتهاء المدة ، وبهذا تتم
صيانة الحقين ومراعاة الجانبين ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

المبحث الثاني عشر

إذن الإمام في إحياء الموات

□□□□□

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في اشتراط إذن الإمام في إحياء الموات ^(١) على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يشترط إذن الإمام في إحياء الموات ، وبه قال أبو حنيفة ^(٢) - رحمه الله - ، واختاره الطحاوي ^(٣) ، وهو المختار للفتوى عند الحنفية ^(٤) ، وهو قول عند الحنابلة ^(٥) .

واستدلوا بما يأتي :

١ - قال رسول الله ﷺ : « ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به » ^(٦) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول ﷺ نفى أن يكون للإنسان حق في التملك إلا بطيب نفس إمامه ، ولا يعرف طيب النفس إلا بالإذن .

وأجيب عن الحديث بما يأتي :

(١) الموات : ما لا مالك له ولا ينتفع به من الأراضي لا تنقطع الماء عنها ، أو لفلبة عليها ، أو لغيرهما مما يمنع الانتفاع بها .
ينظر : الزاهر : ٢٥٦ ، والصالح : ٢٦٧/١ « موت » ، والتعريفات : ٣٠٤ رقم ١٥١٧ ، والتوقيف : ٦٨٢ .

(٢) مختصر الطحاوي : ١٣٤ ، والهداية للمرغيناني : ٩٨/٤ ، والاختيار : ٦٦/٣ ، وتبيين الحقائق : ٣٥/٦ .

(٣) مختصر الطحاوي : ١٣٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٤٣٣/٦ .

(٥) الإنصاف : ٣٥٩/٦ .

(٦) أخرجه الطبراني في الكبير : ٢٤/٤ - ٢٥ رقم ٣٥٣٣ ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار ، كتاب إحياء الموات (١٨) باب إحياء الموات (١) ج ٨/٩ .
وانظر : الدراية : ١٢٨/٢ .

الجواب الأول :

الحديث ضعيف ؛ لأنه مروى بطريقين ، الأول : أخرجه البيهقي عن إسحاق بن راهويه ، والثاني : أخرجه الطبراني في المعجم الكبير^(٧) .
قال البيهقي عن سند إسحاق : « هذا منقطع بين مكحول ومن فوقه ، وراويه عن مكحول مجهول ، ولا حجة في هذا الإسناد »^(٨) .
وقال الهيثمي^(٩) عن سند الطبراني : « فيه عمرو بن واقد^(١٠) ، وهو متروك »^(١١) .

(٧) هو أحد المعاجم الثلاثة للطبراني : وهي الصغير ، والأوسط ، والكبير ، وهذا الأخير طبع منه أجزاء بالعراق بتحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ولا يزال بعض أجزاءه مفقوداً ، وعلمت مؤخراً أنه توجد منه نسخة كاملة بمكتبة دار العلوم الألمانية ، انظر ص ١٧٤ .

(٨) معرفة السنن والآثار : ٨/٩ .

(٩) هو علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي ، أبو الحسن ، نور الدين ، ولد سنة ٧٣٥ هـ ، صاحب زين الدين العراقي ، له : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، والمقصد العلي في زوائد أبي يعلى ، وموارد الظمان ، وكشف الاستار عن زوائد البزار ، توفي سنة ٨٠٧ هـ .
ينتظر : ترجمته في إنباء الغمر : ٢٥٦/٥ - ٢٦٠ . ولحق الألبان : ٢٣٩ - ٢٤١ ، والضوء اللامع : ٢٠٠/٥ - ٢٠٣ رقم ٦٧٦ ، وحسن المحاضرة : ٣٦٢/١ رقم ٩٧ ، والبدر الطالع : ٤٤١/١ - ٤٤٢ رقم ٢١٤ .

(١٠) هو عمرو بن واقد القرشي ، أبو حفص الدمشقي ، مولى بني أمية أو بني هاشم ، روى عن يونس بن ميسرة ، والوليد بن سليمان ، وروى عنه ابن ثعلب وهشام بن صابر ، توفي بعد سنة ١٣٠ هـ .
ينتظر ترجمته في التاريخ الكبير : ٢٨٠/٦ رقم ٢٦٩٩ ، والجرح والتعديل : ٢٦٧/٦ رقم ١٤٧٥ ، والمجروحين : ٧٧/٢ ، وتهذيب التهذيب : ١١٥/٨ - ١١٦ رقم ١٩٠ .

(١١) مجمع الزوائد : ٣٣٤/٥ . وينظر أيضاً : الضعفاء الصغير : ٨٩ رقم ٢٦٣ ، والمعرفة والتاريخ : ٦٦/٣ ، والضعفاء والمتروكين : ٢٢٠ رقم ٤٥٣ ، والضعفاء الكبير : ٢٩٣/٣ رقم ١٢٩٦ ، والجرح والتعديل : ٢٦٧/٦ رقم ١٤٧٥ ، والمجروحين : ٧٧/٢ ، والكمال : ١٧٦٩/٥ - ١٧٧٠ ، والضعفاء والمتروكين : ٣٠٥ رقم ٣٩٣ ، والضعفاء والمتروكين لابن الجوزي : ٢٣٣/٢ رقم ٢٥٩٨ ، وميزان الاعتدال : ٢٩١/٣ - ٢٩٢ رقم ٦٤٦٥ ، وتقريب التهذيب : ٤٢٨ رقم ٥١٣٢ .

الجواب الثاني :

أن الحديث على فرض صحته ؛ فإنه خاص بالسلب في الحروب ولو اعتبر عموم هذا الحديث للزم ألا يملك أحد شيئاً من الأملاك بغير إذن الإمام ، وهذا غير صحيح ؛ لأنه لا شك في أن كل أحد يملك بالبيع ، والإجارة ، والهبة ، والوصية وغير ذلك من أسباب الملك من غير توقف على إذن الإمام ^(١٢) .

٢ - هذا الموات وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ^(١٣) .

ويمكن أن يجاب عنه بجوابين :

الجواب الأول :

أنها لو كانت غنيمة لقسمت بين المحاربين أو لدخلت بيت المال ، ثم إن أراضي الموات ليست كلها مما أخذت بالقتال والغلبة .

الجواب الثاني :

أنه على فرض أنه لا يحل إلا بإذن الإمام ؛ فقد أذن فيه الرسول الكريم ﷺ وهو إمام الأئمة بقوله : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ^(١٤) ظالم حق » ^(١٥) ، وإذنه مستمر إلى أن يرث الله الأرض وما عليها ، ولا دليل على تقييد إذنه بمدة معينة .

(١٢) ينظر : نتائج الأفكار : ٧٠/١٠ .

(١٣) المصدر نفسه ، ومن قبله الهداية للمرغنياني : ٩٩/٤ ، والاختيار : ٦٧/٣ ، وتبيين الحقائق : ٣٥/٦ .

(١٤) العرق الظالم : كل ما احتقر أو أخذ أو غرس بغير حق (الموطأ : ٧٤٣/٢) ، وقال ابن الأثير : هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً ليستوجب به الأرض .
(النهاية : ٢١٩/٣ عرق) .

القول الثاني :

يشترط إذن الإمام في إحياء الموات إن كان الأرض المراد إحيائها قريبة من العمران ، أما إن كانت بعيدة فلا يشترط الإذن ، وبه قالت المالكية^(١٦) .

واستدلوا لتخصيص القريب بالإذن دون البعيد بأن القريب تكثر فيه المشاحة بخلاف البعيد .
ولأن القريب قد يكون الأصلح في شأنه أن يتخذ مقبرة للمسلمين أو غير ذلك من مصالحهم^(١٧) .

(١٥) مالك في الاقضية (٣٦) باب القضاء في عمارة الموات (٢٤) ج ٧٤٣/٢ رقم ٢٦ ، وأبو يوسف في الخراج ص ١٣٩ رقم ١٥٥ - ١٥٧ ، ويحيى بن آدم في الخراج ، باب من أحيا أرضاً ميتة ٨١ - ٨٥ رقم ٢٦٦ - ٢٦٨ و ٢٧٢ و ٢٧٤ - ٢٧٦ ، والشافعي في المسند ، باب في إحياء الموات : ١٣٣/٢ - ١٣٤ رقم ٤٣٧ و ٤٣٩ ، والطحاوي ٢٠٣ - ٢٠٤ رقم ١٤٤٠ ، وأبو عبيد في الأموال : ٣٧٩ رقم ٧٠٥ ، وأحمد : ٣٣٨/٣ ، وفيه الشطر الأول من الحديث ، وابن زنجوية في الأموال : ٦٣٨/٢ - ٦٣٩ رقم ١٠٥٢ ، ١٠٥٣ ، والبخاري تعليقاً في العرث والمزارعة (٤١) باب من أحيا أرضاً مواتاً (١٥) ج ٧٠/٣ ، وأبو داود في الخراج والامارة والقرى (١٤) باب إحياء الموات (٣٧) ج ٤٥٣/٣ - ٤٥٥ رقم ٣٠٧٣ - ٣٠٧٤ ، والترمذي في الأحكام (١٣) باب ما نكر في إحياء أرض الموات (٣٨) ج ٦٦٢/٣ - ٦٦٤ رقم ١٣٧٩ - ١٣٧٨ ، والنسائي في السنن الكبرى في كتاب إحياء الموات (٤٥) باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد (٢) ج ٤٠٥/٣ رقم ٥٧٦١ - ٥٧٦٢ ، وأبو يعلى : ٢٥٢/٢ رقم ٩٥٧ ، والطبراني في الكبير : ١٤/١٧ رقم ٥ ، والبيهقي في النصب ، باب ليس لعرق ظالم حق : ٩٩/٦ ، وفي إحياء الموات باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له : ١٤٢/٦ ، وباب من أحيا أرضاً ميتة فهي له بعبطية رسول الله ﷺ دون السلطان : ١٤٢/٦ .

(١٦) التفرع : ٢٩٠/٢ - ٢٩١ ، والاشراف للقاضي عبدالوهاب : ٧٧/٢ ، ومواهب الجليل : ١١/٦ -

١٢ ، والغرشي : ٧٠/٧ .

(١٧) البديع شرح التفرع للشارح مساحي ، مخطوط ، نسخة دار الكتب التونسية : ١٠٩/٢ ظهر .

ويجاب عنه بأن حديث « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له »^(١٨) ،
حديث عام في القريب والبعيد ، وتخصيص الحديث بالأرض البعيدة
يحتاج إلى دليل ، ولا دليل هنا على التخصيص ، واحتمال المشاحة في
القريب كاحتمالها في البعيد ؛ فلا تكون دليلاً لتخصيص القريب .
القول الثالث :

لا يشترط إذن الإمام في إحياء الموات ، وبه قالت الشافعية^(١٩) ،
وهو المذهب عند الحنابلة^(٢٠) ، وبه قال أبو يوسف^(٢١) ومحمد بن
الحسن^(٢٢) من الحنفية^(٢٣) ، وأشهب^(٢٤) وأصبغ من المالكية ، وهو
قول الظاهرية^(٢٥) ، إلا أن الشافعية^(٢٦) وأصبغ^(٢٧) من المالكية
استحبوا إذن الإمام خروجاً من الخلاف .

(١٨) سبق تخريجه في هذا المبحث . انظر : التعليق رقم ١٥ ص ٤٠٤ .

(١٩) المهذب : ٤٢٣/١ ، وروضة الطالبين : ٢٧٨/٥ ، وأسنى المطالب : ٤٤٤/٢ ، ومعنى المحتاج : ٣٦١/٢ .

(٢٠) المغنى ١٨٢/٨ ، وشرح الزركشى ٢٥٦/٤ ، والإنصاف ٣٥٩/٦ ، وكشاف القناع ٢٠٧/٤ .

(٢١) الخراج لأبي يوسف : ١٢٨ ، ومختصر الطحاوي : ١٢٤ ، والاختيار : ٦٧/٣ .

(٢٢) الموطأ برواية محمد بن الحسن : ٢٩٥ - ٢٩٦ ، ومختصر الطحاوي : ١٢٤ ، والاختيار : ٦٧/٣ .

(٢٣) الأموال للدودي : ٥٣ .

(٢٤) المصدر نفسه ، وأصبغ هو : أبو عبدالله أصبغ بن الفرج بن سعيد ، الأموي مولاهم ، المصري ،

المالكي ، مفتي الديار المصرية ، ولد بعد سنة ١٥٠ هـ ، وكان من أعلم خلق الله برأي مالك ،

توفي سنة ٢٢٥ هـ .

ينتظر : ترجمته في ترتيب المدارك : ١٧/٤ - ٢٢ ، وتهذيب الكمال : ٣٠٤/٣ - ٣٠٧ رقم ٥٣٦ .

وسير أعلام النبلاء : ٦٥٦/١٠ - ٦٥٨ رقم ٢٣٧ ، والديباج المذهب : ٢٩٩/١ - ٣٠١ رقم ١ .

وطبقات الحفاظ : ٢٠٠ رقم ٤٤٧ .

(٢٥) المحلى لابن حزم : ٩١/٩ .

(٢٦) أسنى المطالب : ٤٤٤/٢ ، ومعنى المحتاج : ٣٦١/٢ .

(٢٧) الأموال للدودي : ٥٣ .

واستدلوا بما يأتي :

١ - عن عائشة - رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : « من أعر أرضاً ليست لأحد فهو أحق » قال عروة^(٢٨) : قضى به عمر - رضي الله عنه - في خلافته^(٢٩) .

٢ - عن سعيد بن زيد^(٣٠) - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق »^(٣١) .

وجه الدلالة من الحديثين :

أن الرسول ﷺ أخبر أن الأرض لمن أحياها ، ولم يذكر إنناً ، ولو كان الإذن شرطاً لبينه الرسول ﷺ .

(٢٨) عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد ، أبو عبد الله القرشي الأسدي ، المدني ، الفقيه ، عالم المدينة وأحد الفقهاء السبعة ، ولد سنة ٢٣ هـ ، قُطعت رجله في سفره إلى الشام فما تالم لقطعها من شدة صبره ، توفي سنة ٩٤ هـ على الصحيح .
ينظر : ترجمته في الطبقات الكبرى : ١٧٨/٥ - ١٨٢ ، والجرح والتعديل : ٢٩٥/٦ - ٢٩٦ رقم ٢٢٠٧ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٢١/٤ - ٤٣٧ رقم ١٦٨ ، وتهذيب التهذيب : ١٨٠/٧ - ١٨٥ رقم ٣٥١ ، وطبقات الحفاظ : ٢٣ رقم ٤٩ .

(٢٩) البخاري في العرث والمزارعة : (٤١) باب من أحيا أرضاً مواتاً (١٥) ج ٧٠/٣ - ٧١ .
(٣٠) سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل القرشي العدوي ، أبو الأعمور ، ابن عم عمر بن الخطاب وصهره ، أسلم قديماً مع زوجته فاطمة أخت عمر ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد المهاجرين الأوائل ، وكان مجاب الدعوة ، لم يشهد بدرأً وضرب له رسول الله ﷺ بسهمه وأجره ، وقيل بل شهد ما شهد ما بعدها من المشاهد كلها ، توفي سنة ٥٠ هـ .
ينظر : ترجمته في الإستهيعاب : ٦١٤/٢ - ٦٢٠ رقم ٩٨٢ ، وأسد الغابة : ٢٨٧/٢ - ٢٨٩ رقم ٢٠٧٥ ، والاصابة : ١٠٣/٣ - ١٠٥ رقم ٣٢٦٣ .
(٣١) سبق تخريجه في هذا المبحث . انظر : التعليق رقم ١٥ ص ٤٠٤ .

٣ - عن أسمر بن مضر^(٣٢) - رضي الله عنه - قال : أتيت النبي

ﷺ فبايعته ، فقال : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم

فهو له » فخرج الناس يتعاون^(٣٣) يتخاطون^(٣٤) .^(٣٥)

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول الكريم ﷺ أخبر أن السابق إلى المباحات أحق الناس

بملكها ، ولم يذكر في ذلك إنفاً ، ولو كان الإذن شرطاً لبينه ، وإحياء

الأرض كسائر المباحات فيه سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره من

المسلمين^(٣٦) .

الترجيح :

الراجع هو القول الثالث لما يأتي :

أولاً ، الأحاديث التي استدلو بها عامة في جميع الأحوال سواء كان

الإحياء بإذن الإمام أم بغير إذنه .

ثانياً : قوة الأحاديث التي استدلو بها ، وضعف ما يعارضها مما

استدل به أصحاب القول الأول .

(٣٢) هو أسمر بن مضر الطائي ، له صحبة ، ولم يرد إلا حديثاً واحداً هو هذا الحديث ، وهو آخر

عروة بن مضر وكلامهما أعرابيان .

ينظر : ترجمته في معرفة الصحابة : ٤٢٧/٢ رقم ٢٢٧ ، والاستيعاب : ١٤٢/١ رقم ١٥٦ ، وأسد

الغاية : ٩٧/١ - ٩٨ رقم ١٢٩ ، والإصابة : ٦٧/١ رقم ١٤٥ .

(٣٣) يتعاونون : يسرعون في العدو . (بذل المجاهد : ٢٥/١٤) .

(٣٤) يتخاطون : كل منهم يسبق صاحبه في الخط وإعلام ما له بعلامة . (بذل المجاهد : ٢٥/١٤) .

(٣٥) أبو داود في الخراج والإمارة والفتن (١٤) باب في إقطاع الأرضين (٣٦) ج ٤٥٢/٣ - ٤٥٣

رقم ٣٠٧١ ، والطبراني في الكبير : ٢٥٥/١ رقم ٨١٤ ، والبيهقي في إحياء الموات ، باب من أحيا

أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له : ١٤٢/٦ ، والضياء في المختارة : ٢٢٧/٤ -

٢٢٨ رقم ١٤٢٤ ، وقال ابن حجر في الإصابة : ٦٧/١ : إسناده حسن .

(٣٦) المذهب : ٤٢٣/١ ، والمغنى : ١٨٢/٨ - ١٨٣ .

حاشاً ، أن إمام الأئمة ﷺ أذن له ، وإنه ﷺ باقٍ إلى يوم القيامة فلا حاجة إلى إذن غيره ؛ ولذلك قال الإمام الشافعي - رحمه الله - :
 « إذا لم يكن للموات مالك ، فمن أحياء من أهل الإسلام فهو له دون غيره ، ولا أبالي أعطاه إياه السلطان أو لم يعطه ؛ لأنَّ النبي ﷺ أعطاه ، وعطاء النبي ﷺ أحق أن يتم لمن أعطاه من عطاء السلطان » (٣٧) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٣٧) معرفة السنن والآثار : ٧/٩ .

المبحث الثالث عشر

إذن الواهب
في قبض العين الموهوبة

□□□□□

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في اشتراط إذن الواهب في قبض العين الموهوبة على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يشترط إذن الواهب لقبض الموهوب له العين الموهوبة ، وبه قالت الشافعية^(١) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢) ، وبه قال زفر^(٣) والطحاوي^(٤) من الحنفية .

واستدلوا بأنه قبض غير مستحق على واهب فلم يصح بغير إذنه^(٥) .

القول الثاني :

لا يشترط إذن الواهب إن تم القبض في المجلس أما بعد الافتراق فيشترط الإذن في القبض وبه قالت الحنفية^(٦) . واستدلوا بأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض في المجلس ؛ لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي لا يتم إلا بالقبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ؛ لأن الإذن ثبت له ضمناً في القبول ، والقبول يتقيد بالمجلس^(٧) .

(١) روضة الطالبين : ٣٧٥/٥ - ٣٧٦ ، والأنوار : ٦٦٠/١ ، وأسنى المطالب : ٤٨٢/٢ ، ومغنى المحتاج : ٤٠٠/٢ .

(٢) الهداية لأبي الخطاب : ٢١١/١ ، والمغنى : ٢٤٢/٨ ، والإنصاف : ١٢٢/٧ ، وشرح منتهى الإرادات : ٥٢٠/٢ .

(٣) بدائع الصنائع : ١٢٤/٦ .

(٤) مختصر الطحاوي : ١٣٨ .

(٥) المغنى : ٢٤٢/٨ ، وشرح منتهى الإرادات : ٥٢٠/٢ .

(٦) بدائع الصنائع : ١٢٤/٦ ، والهداية للمرغيناني : ٢٢٤/٣ ، والاختيار : ٤٨/٣ ، والدر المختار : ٦٩٠/٥ .

(٧) المصادر نفسها عدا الأخير .

وأجيب عن هذا الاستدلال :

بأنه استحسان والقياس يخالفه ، لأنه لا فرق بين المجلس وبعد المجلس ؛ إذ القبض في كلا الحالتين تصرف في ملك الواهب لبقاء ملكه قبل القبض^(٨) .

القول الثالث ،

لا يشترط إذن الواهب لقبض العين الموهوبة مطلقاً ، وبه قالت المالكية^(٩) ، وهو قول لأحمد^(١٠) - رحمه الله - .

واستدلوا بأن الهبة تملك بالقول ويجبر الواهب على تسليمه إذا امتنع من ذلك ؛ فالموهوب له يقبض ملكه فلا حاجة إلى إذن الواهب^(١١) .
وأجيب عنه : بأن الهبة لا تملك ولا تلزم إلا بالقبض ، ولذلك لو رجع في الهبة قبل القبض صح رجوعه^(١٢) .

ورد الجواب بأن الواهب لا يحل له الرجوع في هبته ؛ لقول الرسول الكريم ﷺ : « العائد في هبته كالكلب يقيء » ثم يعود في قيئه^(١٣) ، وفي رواية : « ليس لنا مثل السوء ، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه »^(١٤) .

(٨) المصادر نفسها ، والمغنى : ٢٤٢/٨ .

(٩) التاج والأكلیل : ٥٤/٦ ، والخرشي : ١٠٥/٧ ، والشرح الكبير : ١٠١/٤ ، ومواهب الجليل

لشنتيبي : ١٧٦/٤ - ١٧٧ .

(١٠) الإنصاف : ١٢٢/٧ .

(١١) التاج والأكلیل : ٥٤/٦ ، والخرشي : ١٠٥/٧ ، والشرح الكبير : ١٠١/٤ ، ومواهب الجليل

لشنتيبي : ١٧٦/٤ - ١٧٧ .

(١٢) مغنى المحتاج : ٤٠٠/٢ ، والمغنى : ٢٤٢/٨ .

(١٣) البخاري في الهبة (٥١) باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها (١٤) ج ١٣٥/٣ ، ومسلم في

الهيئات (٢٤) باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض (٢) ج ١٢٤١/٣ رقم ٨ .

(١٤) البخاري في الهبة (٥١) باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (٢٠) ج ١٤٢/٣ - ١٤٣ .

وأجيب عن الحديث : بأنه محمولٌ على الهبة بعد القبض .

قال الطبري^(١٥) : يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب^(١٦) ، ومن كان والدًا والموهوب ولده^(١٧) ، والهبة التي لم تقبض^(١٨) ، والتي ردها الميراث إلى الواهب^(١٩) ، لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك^(٢٠) .

(١٥) هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير ، أبوجعفر الطبري ، عالم العصر ، شيخ المفسرين ، ولد سنة ٢٢٤ هـ . له : جامع البيان المعروف بتفسير الطبري وتاريخ الأمم والملوك ، وتهذيب الآثار ، واختلاف الفقهاء توفي سنة ٣٢٠ هـ .

انظر : ترجمته في الفهرست : ٢٩١ - ٢٩٢ ، وتاريخ بغداد : ١٦٢/٢ - ١٦٩ رقم ٥٨٩ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٦٧/١٤ - ٢٨٢ رقم ١٧٥ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ١٢٠/٣ - ١٢٨ رقم ١٢١ ، وطبقات المفسرين للداودي : ١٠٦/٢ - ١١٤ رقم ٤٦٨ .

(١٦) دليله : قول الرسول ﷺ : الرجل أحق بيهبه ما لم يشب منها ، أخرجه ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية ، في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها (٢١١) ج ٤٧٤/٦ رقم ١٧٤٥ ، وابن ماجه في أبواب الأحكام (١٤) من وهب هبة رجاء ثوابها (٣٩) ج ٥٢/٢ رقم ٢٤٠٩ ، والدارقطني في البيوع : ٤٢/٣ رقم ١٨٠ ، والبيهقي في الهبات ، باب المكافأة في الهبة : ١٨١/٦ .

(١٧) دليله : قول الرسول ﷺ : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية لو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » أخرجه أحمد : ٧٨/٢ ، وابن ماجه في أبواب الأحكام (١٤) من أعطى ولده ثم رجع فيه (٣٥) ج ٥٠/٢ رقم ٢٣٩٩ ، وأبو داود في البيوع والإجازات (١٧) باب الرجوع في الهبة (٨٣) ج ٨٠٨/٣ - ٨١٠ رقم ٢٥٢٩ ، والترمذي في البيوع (١٢) باب ما جاء في الرجوع في الهبة (١٢) ج ٩٢/٣ وابن حبان (موارد الزمان للهيثم) البيوع (١١) باب الهبة للأولاد (٣٦) ص ٢٨٠ رقم ١١٤٨ ، والحاكم في البيوع : ٤٦/٢ .

(١٨) دليله : قول الرسول ﷺ : « لا سلمة : » « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة ، ولواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أدري هديتي إلا مردودة إلي ، فإن ردت فهي لك » ، وسبب تخريجه قريباً في هذا المبحث .

(١٩) دليله : حديث بريدة رضي الله عنه : بينما أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة فقالت : إني تصدقت على أمي بجارية وأنها ماتت ، قال : فقال : « وجب أجرك ورددتها عليك الميراث » . سبق تخريجه .

انظر : التعليق ٢٩ من مبحث الآن في حج الشخص عن غيره ص ١١٥

(٢٠) فتح الباري : ٢٣٧/٥ .

الترجيح :

الراجع هو القول الأول لما يأتي :

١ - عن أم كلثوم بنت أبي سلمة^(٢١) - رضي الله عنها - قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة^(٢٢) - رضي الله عنها - قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي^(٢٣) حلة^(٢٤) وأواقى^(٢٥) مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ ، فإن ردت فهي لك » قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة^(٢٦) .

(٢١) أم كلثوم بنت أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومية ، ربيبة رسول الله ﷺ ، أمها أم سلمة رضي الله عنها ، روت عن أم سلمة رضي الله عنها . ينظر ترجمتها في الاستيعاب : ١٩٥٣/٤ رقم ٤٢٠٢ ، وأسد الغابة : ٣٨٤/٧ - ٣٨٥ - رقم ٧٥٧٤ ، والإصابة : ٢٩٠/٨ - ٢٩١ رقم ١٢٢٢٤ .

(٢٢) هي أم المؤمنين أم سلمة بنت أبي أمية بن المغيرة ، القرشية ، المخزومية واسمها هند ، تزوجها الرسول ﷺ بعد وفاة أبي سلمة ، توفيت سنة ٦٣ هـ ، وقيل غير ذلك ، وهي آخر أمهات المؤمنين وفاة . ينظر ترجمتها في الاستيعاب : ١٩٣٩/٤ - ١٩٤٠ رقم ٤١٦٠ ، وأسد الغابة : ٢٤٠/٧ - ٢٤٣ رقم ٧٤٦٤ ، والإصابة : ٢٢١/٨ - ٢٢٥ رقم ١٢٠٦١ .

(٢٣) هو النجاشي ملك الحبشة واسمه أصحمة بن أبجر ، أسلم في عهد ﷺ ، وأحسن إلى المسلمين الذين هاجروا إلى أرضه ، وتوفي ببلاده قبل فتح مكة ، وصلى عليه النبي ﷺ بالمدينة وكبر عليه أربعاً ، والنجاشي لقب له والملوك الحبشة . ينظر ترجمته في معرفة الصحابة : ١٠/٣ - ١١ رقم ٢٤٣ ، وأسد الغابة : ١١٩/١ - ١٢٠ رقم ١٨٨ ، وتجريد أسماء الصحابة : ٢٤/١ رقم ٢٠١ ، والإصابة : ٢٠٥/١ - ٢٠٧ رقم ٤٧٣ .

(٢٤) الحلة : واحدة الحال ، وهي برود اليمن ، ولا تسمى حلة إلا أن تكون ثوبين من جنس واحد . النهاية : ٤٣٢/١ « حل » .

(٢٥) الأواقى : جمع أوقية بضم الهمزة وتشديد الياء ، والجمع يشدد ويخفف ، وكانت الأوقية قديماً عبارة عن أربعين درهماً ، وتختلف باختلاف اصطلاح البلاد (النهاية : ٨٠/١ « أوق ») ولمعرفة مقدارها انظر تعليقات الدكتور محمد أحمد الخاروف على كتاب الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان لابن الرقعة ص ٥٣ - ٥٤ .

(٢٦) أخرجه أحمد : ٤٠٤/٦ ، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثاني : ٢٢٦/٦ رقم ٣٤٥٩ ، والطبراني في الكبير : ٨١/٢٥ رقم ٢٠٥ ، والحاكم في النكاح : ١٨٨/٢ .

٢ - عن عائشة رضي الله عنها - زوج النبي ﷺ أنها قالت : إن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - كان نخلها^(٢٧) جاد^(٢٨) عشرين وسقاً^(٢٩) من ماله بالغابة^(٣٠) ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدى منك ، ولا أعز علي فقرأ بعدى منك ، وإنني كنت نخلتك جاداً عشرين وسقاً ، فلو كنت جدتيه^(٣١) واحتزتيه^(٣٢) كان لك وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هو أخوال^(٣٣) وأختاك^(٣٤) ، فاقسموه على كتاب الله . قالت عائشة :

-
- (٢٧) نخلها : أعطاهما ، والنخل : العطية والهبة ابتداء من غير عوض ولا استحقاق ، يقال : نخله يتخله نُحْلاً بالضم والنُّحْل بالكسر : العطية . النهاية : ٢٩/٥ « نخل » .
- (٢٨) الجاد : بمعنى المجنود وهو المقطوع ، والجَداد بالفتح والكسر : صرام النخل ، وهو قطع ثمرتها ، يقال جد الثمرة يجدها جِداً . النهاية : ٢٤٤/١ « جد » .
- (٢٩) الوسق بالفتح : ستون صاعاً ، وهو ثلاثمائة وعشرون رطلاً عند أهل الحجاز ، وأربعمائة وثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد . النهاية : ١٨٥/٥ « وسق » .
- (٣٠) الغابة ، بالغين المعجمة : مكان من المدينة المنورة في الشمال الغربي على بُعد ستة أكيال من مركز المدينة ، وأول منبر لرسول الله ﷺ صنع من طرفاء الغابة . معجم البلدان : ٢٠٦/٤ رقم ٨٧٢٩ ، والمعالم الأثرية : ٢٠٧ .
- (٣١) جدتيه : قطعتيه . النهاية : ٢٤٤/١ « جد » .
- (٣٢) احتزتيه : قبضتيه وملكتيه ، يقال : حازه يحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به . النهاية : ٤٥٩/١ « حوز » .
- (٣٣) هما عبد الله بن أبي بكر الصديق وترجمته في الاستيعاب : ٨٧٤/٣ - ٨٧٥ رقم ١٤٨٤ ، وأسد الغابة : ٢٩٩/٣ - ٣٠٠ رقم ٣٠٤٢ ، والإصابة : ٢٧/٤ - ٢٩ رقم ٤٥٧١ ، ومحمد بن أبي بكر الصديق وترجمته في الاستيعاب : ١٣٦٦/٣ - ١٣٦٧ رقم ٢٢٢٠ ، وأسد الغابة : ١٠٢/٥ - ١٠٣ رقم ٤٧٤٤ ، والإصابة : ٢٤٥/٦ - ٢٤٦ رقم ٨٣٠٠ .
- (٣٤) أسماء بنت أبي بكر الصديق وترجمتها في الاستيعاب : ١٧٨١/٤ - ١٧٨٢ رقم ٣٢٢٦ ، وأسد الغابة : ٩/٧ - ١٠ رقم ٦٦٩٨ ، والإصابة : ٤٨٦/٧ - ٤٨٨ رقم ١٠٧٩٨ ، وأم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وترجمتها في أسد الغابة : ٢٨٢/٧ رقم ٧٥٧٢ ، والإصابة : ٢٩٦/٨ رقم ١٢٢٣٥ .

فقلت : يا أبتِ والله لو كان كذا وكذا لتركته ، إنما هي أسماء ،
فمن الأخرى ؟ فقال أبو بكر : نو بطن ^(٣٥) بنت خارجة ^(٣٦) أراها
جارية ^(٣٧) .

فدل الحديث والاثار على أن الهبة قبل قبض الموهوب له على ملك
الواهب يحق له الرجوع فيها ، ولو لم يكن كذلك لما استرجعه الرسول
ﷺ ولا أبوبكر - رضي الله عنه - .
فإذا ثبت أن الملك قبل القبض للواهب فإنه لا يجوز القبض بغير
إذنه ؛ لأن القبض حينئذ تصرف في ملك الغير فلا بد من إذنه ، والله
سبحانه وتعالى أعلم .

(٣٥) نو بطن بنت خارجة أي صاحب بطنها يريد الحمل الذي فيه (مشارق الأنوار : ٢٧٢/١ نو)
والحمل : أم كلثوم بنت أبي بكر .

(٣٦) بنت خارجة هي حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير الخزرجي ، وقيل اسمها : مليكة ، وقيل
هي بنت زيد بن خارجة ، والصواب الأول ، زوجة أبي بكر الصديق ، ووالدة أم كلثوم بنت أبي
بكر ، وتزوجها بعد أبي بكر الصديق خبيب بن أساف . ينظر ترجمتها في الاستيعاب : ١٨٠٧/٤
- ١٨٠٨ رقم ٣٢٨٧ ، وأسد الغابة : ٦٠/٧ رقم ٦٨٢٨ ، والإصابة : ٧٥/٧ رقم ١١٠٢٣ وفيه أن
الذي خلف عليها هو إساف بن عتبة بن عمرو .

(٣٧) مالك في الموطأ : الأقضية (٣٦) باب ما لا يجوز من النحل (٣٣) ج ٧٥٢/٢ رقم ٤٠ ، وعبد
الرزاق في الوصايا ، باب النحل : ١٠١/٩ رقم ١٦٥٠٧ ، والبيهقي في الهبات ، باب شرط
القبض في الهبة : ١٦٩/٦ - ١٧٠ ، وياب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية
على الاختيار دون الإيجاب : ١٧٨/٦ .