



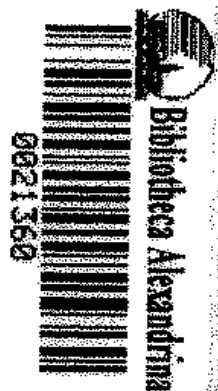
٢٢ مجموعة البحوث
القانونية والاقتصادية

السيكومت

ورلائحه على الأحكام الشرعية

للدكتور
مرضاة علي السيد الشربناهي
أستاذة الشريعة الإسلامية المتأهلة
كلية الحقوق — جامعة المنصورة

مكتبة المطبع والنشر
دار الفكر العربي





جامعة المنصورة
كلية الحقوق — قسم الشريعة

السيكورت

ورلائحه على الأحكام الشرعية

للدكتور
مرصان علي السيد الشربناهي
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

مكتبة المطبع والنشر
دار الفكر العربي

دار الفکر للطباعة والنشر
صاحبه: محمد عبد الرزاق
١٤ كنيسة الأرض من الجليل
تل أبيب : ٩٨ ٩٢٤

إهداء

إلى الفقهاء الذين أفنوا ليلهم ونهارهم وقدموا كل نفيس
وغال ابتغاء مرضاة الله وإعلاء كلمته .

إلى علمائنا الذين ضحوا بكل متع الحياة جرياً على نسق السابقين
من السلف .

أقدم هذا البحث الذي هو أثر من آثارهم الغالية الذي ليس لي
فيه إلا صياغته بعد جمع معادنه من حواضر العلم وبواديه واستهلام
فقهه من أسنتهم ومقالاتهم وكتبهم فجزاهم الله عن العلم وطالبيه خير
الجزاء ..

المؤلف

« إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط
وهو العدل الذى قامت به السموات والأرض فإذا ظهرت
أمارات الحق وقامت أدلته بأى طريق كان فذلك من شرع
الله ودينه ورضاء وأمره » .

ابن القيم

إلهسى ..

أَسْأَلُكَ الْعِلْمَ بِشَرِيعَتِكَ وَالْهُدَى بِهَا وَالْدَعْوَةَ إِلَيْهَا فَهِيَ
صَلَاحُ النَّفْسِ مِنْ دَاخِلِهَا • وَصَلَاةُهَا فِي خَارِجِهَا • وَهِيَ
الطَّرِيقُ إِلَى السَّعَادَةِ فِي الدَّارَيْنِ ...

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

ونتناول :-

- (أ) سبب اختيار موضوع البحث .
- (ب) خطة البحث .
- (ج) تعريف السكوت .
- (د) أقسام السكوت .

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله ،
وصحبه أجمعين . ورحمة الله وبركاته على أسلافنا من العلماء ، والفقهاء ،
والمفكرين ، الذين لم يتركوا شاردة . . ولا واردة . . ولا خاطرة . . في
المعاملات الإنسانية إلا وقننوها ، ووصفوها أحكاما مستمدة من كتاب الله ،
وسنة رسوله ، وفقه الصحابة والتابعين .

وبعد ...

فلقد اتجهت إلى الكتابة في موضوع (السكوت . . وأثره على الأحكام
الشرعية) . . الرد على خصوم الإسلام من المستشرقين ، وعلى بعض المستغربين
من المسلمين ، الذين يدعون أن للفقه الإسلامي بنى على (جزئيات) ، وأنه لم
يدون على هيئة (نظريات) أو (قواعد عامة) — كما هو الشأن في التشريعات
الوضعية . . ومن هنا كانت الاستفادة منه — في زعمهم ، قليلة ، وشاقة ، حيث
أن أحكامه جاءت بثبوتها في الكتب — هنا وهناك ، وتجرى في طرق وعرة ،
وملتوية . .

وبدعى هؤلاء ... وهؤلاء ... أن التشريعات الوضعية — وإن كانت في
بداية أمرها — بنيت على (الجزئيات) . . إلا أن واضعيها ، والمشتغلين بها

قد أرجعوها في نهاية أمرها ، إلى قواعد ونظريات عامة ، وعلى هذا جاءت
الدواصة فيها — كما زعموا — سهلة ، ومجدية .

ونقول هؤلاء جميعا : - إن الفقهاء المسلمين لم يهملوا هذا الجانب ، بل إن
الفقهاء المجتهدين - في العصور الأولى - كان عمادهم في الاستنباط — في غالب
الاحوال — هو القواعد العامة ... وكان كل فقيه من هؤلاء يتتبع النصوص
الواردة في نوع واحد من الأحكام ، ويستخلص منها (قاعدة عامة) يطبقها على
الوقائع الجزئية ...

حتى إن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما وصل إليه من الأحاديث النبوية
— كما يروى — في ذلك — عن أبي حنيفة رضى الله عنه .

ثم إنه عند تطبيق هذه القواعد — قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة
بذاتها — في موضع معين ، يترتب عليه حرج ومشقة ، فيعدل عن هذا التطبيق ،
ويلجأ إلى قاعدة أخرى يطبقها .

ومن هنا نشأت (قاعدة الاستحسان) الذي عمل به الحنفية ، والمالكية ،
بصورة واضحة ... وكذا قاعدة (رفع الحرج) ... وغيرهما من القواعد .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه في عصر الأئمة . . . ولقد صرح بهذا
الإمام القرافى مشيراً إلى نوعين للقواعد - في الفقه الإسلامى — فقال : -
(إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول ، وفروع ... وأصولها قسمان : -

أحدهما : المسمى (أصول الفقه) ، وهو — في غالب أمره — ليس فيه
إلا قواعد الأحكام ، الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة ... وما يعرض لتلك
الالفاظ من النسخ ، والترجيح ... ونحو الأمر للوجوب ... والنهي
للتحريم ... إلخ .

والقسم الثانى : قواعد كلية فقهية جميلة ، كثيرة العدد ، عظيمة المدد ، مشتتة
على أسرار التشريع ، وحكمه ، ولكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى .

ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه .. وإن كان يشار إليها هناك . هل سبيل الإجمال ، ويبقى تفصيله لم يتحصل .

وهذه القواعد مهمة في الفقه ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقه ، ويشرف ، ويظهر رواق الفقه ويعرف ... ومن جمل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية — دون القواعد الكلية — تناقضت عليه الفروع ، واختلفت — واحتاج إلى حفظ الجزئيات ، والتي لا تنتهي — ومن ضبط الفقه بقواعده استقى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لا لدراجها في السكيات ... واتحد عنده ماتناقض عند غيره وتناسب (١) .

ومن هنا نعلم أن القرافي يريد أن يقول . إن تعيد القواعد ، يسهل حل الفقيه ... وأن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس الإمام القرافي — بهذا العمل له ميزة السبق — وحده في استنباط القواعد .. بل لقد قام بهذا العمل — من قبله — الشيخ : عز الدين ابن عبد السلام . ، الشافعي ، فألف كتابا في القواعد العامة ، سماه : (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) .

ثم توالى هذا العمل ، وتتابع على يد عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، فألف كتابه (القواعد) .. ثم يجيء بعد هؤلاء : التاج السبكي .. والجلال السيوطي .. الشافعيان ، ويؤلف كل منهما كتابه : « الأشباه والنظائر » .. ثم تتابع الزمن حتى جاء — في القرن العاشر الهجري — زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري الحنفي ، وألف كتابه : « الأشباه والنظائر » ، جمع فيه خمسا وعشرين قاعدة ، وجعلها نوصين : قواعد أساسية ... وهي ستة — وباقيها أقل منها إقساا — وهي تسع عشرة قاعدة .

وأخيراً يقول عالم من علماء الحنابلة ، وهو الشيخ محمد حسن الشطلي —

(١) انظر الظروف للقرافي ط ١ ص ٧٠ — ٣ طبعة دار المعرفة ببيروت

المولود في دمشق عام ١٢٤٨ هـ : (إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل
الفقهية إلى قواعد كلية — كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أرسلها
فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة . ١١) .

هذه بعض خطوات خطاها فقهاؤنا القدامى — في هذا الطريق ...

وعلى أية حال — فإني لا أتهم الفقهاء بالتقصير — في هذا الميدان . لأن
ذلك كان يرجع لعوامل خارجة عن مقدورهم : منها . . . عدم تشجيع الولاة لهم
إلا في أوقات نادرة من الزمن ... وأن الأعمال قد أصاب الفقه الإسلامي نتيجة
الاستعمار الذي ابتليت به الأقطار الإسلامية ... وقد تسبب — عن هذا —
أن حلت التشريعات الوضعية محل الفقه الإسلامي ، وهذا شيء يضعف العزائم ،
ويوهن الهمم ١١

إلا أنه ينبغي أن يقال — إحقاقاً للحق — أن أنظار الباحثين الإسلاميين
في العصر الحديث — قد اتجهت إلى إظهار النظريات العامة في الفقه الإسلامي ،
ودراستها ، (كنظرية العقد .. والملك ... والمسأل ... والتعسف في استعمال
الحق) — وغير ذلك .

ولازالت الجهود التي تبذل — في هذا السبيل — مستمرة . وما أنذا —
اليوم — أقوم بتلك المحاولة ، لأجمع شتات هذا الموضوع ، المبشر ، والمبشوث
في كتب الفقه المتفرقة ... وهو موضوع من الموضوعات غير الممهدة الطريق ،
أو المعبرة المذلة للباحث ، لأشعر بأنني قد أضفت جديداً ، واستخرجت بمجهودى
الخاص ما لم يسبقني إليه باحث .

لذلك صمدت إلى أن أبرز هذا الموضوع ، وأن أجمع ما تصل إليه طاقتي من
دراسات للفقهاء ، والاصوليين ... محاولاً بذلك تأصيل الموضوع وجعله في
وحدة تجمع شتاته ، وتظهره بوضوح يليق بأهميته .

ويعلم الله وحده أنني فقتشت في طيات السكوت وسهرت غوره فوجدته صعب
المورد متعدد النواحي كثير الشعاب . لأن اجتلاء أمره محتاج إلى البحث عن معناه

وتفسياته وهل يصلح دليلاً على الأحكام أم لا ؟ وهل يصلح تعبيراً عن الإرادة أم لا ؟ وهل يرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في بعض الأحيان أم لا ؟

بحوث ما أكثرها وما أشدها تعقيداً على عزة مصادرها والصعوبة في استنباطها من مظانها وانتشارها في بطون الكتب المختلفة وثنايا مسائل التشريع المبشرة لأن أحداً على حد علمي لم يجمع ولم يتصدر للكتابة في هذا الموضوع اللهم إلا ما ورد في كتابي الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي والسيوطي الشافعي (على سبيل جمع الفروع فقط وتأصيل قاعدته) . الأمر الذي دعاني إلى البحث في هذا الموضوع بشيء من الإفاضة . مما يقدم لي المذرعند القارئ الكريم إن أحس ببعض الإطالة ومهما يكن من شيء فاني لم أقل في هذا الموضوع كلمته الأخيرة فإنك قد أصبت في شيء منه فإتوفيقى إلا بالله وإنك قد أخطأت أو قصرت فأرجوا أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدين إلى نقده وتصحيح خطاه وحملت الباحثين على توسيع مباحثه .

اللهم اجعله خالصاً لوجهك الكريم . ووفق المصلحين من هذه الأمة إلى نصرة صراطك المستقيم . وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة . وهذا وبالله التوفيق .

منهج البحث

مقدمة

هذا ... وقد قسمت الموضوع إلى ثلاثة أقسام وخاتمة .
أما المقدمة فتتضمن :

(أ) سبب اختيارى لهذا البحث .

(ب) تعريف السكوت والمقارنة بينه وبين غيره .

(ج) تقسيم السكوت .

أما الأقسام الثلاثة فهي :

القسم الأول : فهو في السكوت ودلالته على الأحكام ، ويتضمن المباحث الآتية :
المبحث الأول : دلالة السكوت على الأحكام في السنة ويتكون هذا المبحث
من مطلبين .

المطلب الأول : السنة التقريرية ودلالاتها على الأحكام :

المطلب الثاني : السكوت ودلالته على الأحكام في السنة .

المبحث الثاني : حكم الأشياء المسكوت عنها .

المبحث الثالث : الإجماع السكوتي .

المبحث الرابع : السكوت وأثره في العرف .

القسم الثاني : في السكوت الواجب والمحظور ، والسكوت لعذر .

أما القسم الثالث : فهو في السكوت والتصرف ويتضمن المباحث الآتية :

السكوت والتعبير عن الإرادة .

المسكوت والإجازة .

— ق ا —

هل السكوت يعتبر إذنا في التصرف .

هل السكوت يعتبر لإبراء من الحقوق

السكوت والاستقاط

هل السكوت يعتبر اقرارا ؟

السكوت الذي يعتبر تدليسا .

السكوت والصلح .

السكوت والوديعة .

السكوت والشفقة

السكوت والقرعة .

السكوت والشاهد .

أما الخاتمة : فهي في ما توصلت إليه من نتائج .

تعريف السكوت

السكوت في اللغة : جاء في أساس البلاغة للزمخشري : (رجل سكوت ، وساكوت ، وسكيت ... وبه سكات — إذا كان طويل السكوت من علة^(١)) . .
وفي المعجم الوسيط : سكت سكوتاً ، وسكناً ... صمت وقطع الكلام ، وتركه^(٢) .

وجاء في مختار الصحاح : سكت سكوتاً ، وسكناً ... وسكت الغضب : سكن - والسكنة (بضم السين) كل شيء أسكت به شيئاً ، أو غيره - والسكيت ، والساكوت : الدائم السكوت ... والسكيت — بوزن السكيت — آخر خيل الحليمة^(٣) .

وعلى هذا يمكن أن نقول : إن السكوت — في عرف اللغويين — يختص (بترك الكلام) .

أما السكوت عند الفقهاء — فيعرف بأنه حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ ، أو إشارة ، أو فعل شيء ينفي عن الإرادة ، ويدل عليها^(٤) .

موازنة بين السكوت وغيره من وسائل التعبير الأخرى :

أولاً : السكوت سلوك سلبي محض ... يتمثل في عدم الاعتراض على ما صدر من الطرف الآخر .

ثانياً : السكوت لا يدل بذاته — على شيء ما ، وإنما يستفاد منه الرضا ،

(١) انظر أساس البلاغة للزمخشري ج ١ ص .
(٢) انظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٤٠ طبعة ١٩٦٠ .
(٣) انظر مختار الصحاح مادة س . ك . ن .
(٤) تفسير المنار المجلد الخامس ص ١٨٤ تفسير القرطبي هـ ٧ ص ٢٩٠ وهما طبع الهيئة العامة للكتاب .

أو عدمه من الظروف الملازمة ، والقرائن المحيطة ، ودلائل الأحوال ... وأحياناً يستفاد ذلك من العرف السائد بين الناس ... ومن هنا قيلت العبارة المشهورة : (لا ينسب لساكِت قول) .

ثالثاً : دلالة السكوت — على الموافقة — احتمالية ؛ لأنه قد يكون نتيجة عدم الانتباه ... أو الشرود ... أو عدم الاكتراث ، أو للتفكير في عاقبة الأمر ، قبل الموافقة الصريحة عليه .

وقد يسكت الطرف الطرف الآخر لرضاه بما حدث — كسكوت البكر حين يشارورها أبوها في أمر زواجهما .

رابعاً : دلالة السكوت — على الرضا والموافقة ، أو على الإنكار والرفض — ليست متساوية ... بل إن دلالاته على الرفض أقوى ؛ ولذلك وردت العبارة المشهورة — عن الشافعي — رضى الله عنه (لا ينسب لساكِت قول) أى قبول ... فالشخص الساكِت لا يفسر سكوته (بالموافقة) ؛ لأنه — في الحقيقة — قد لا يكون راضياً ، فيكون قد ألزم بما لا يقصد الالتزام به ، بخلاف حمله على عدم الموافقة ؛ فإنه أحوط ... لإمكان التدارك بقبول صريح ... ولا يتأتى مثل ذلك في الحالة الأولى .

ثم إنه لو كان الساكِت قاصداً الالتزام — حقيقة — لصرح بما يفيد ذلك عندما يوجه إليه الإيجاب (١) .

ومن هنا جرى على لسان الفقهاء قولهم : (لا ينسب لساكِت قول) . ومعنى هذه القاعدة ... أن الشخص الساكِت الذى لم يصدر منه فعل ، يدل على رضاه ، أو عدم رضاه ... لا نستطيع أن نترجم سكونه هذا — بموافقة

(١) انظر — في هذا — التعبير عن الإرادة المنفردة للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٣٠ والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦١ ، والالتزامات وما يتعلق بها للشيخ أحمد إبراهيم ص ٧٥ .

أو عدمها ؛ لأن (الإرادة) أمر باطن ، وشئ خفي لا يظهر إلا بأمر خارجي ، يدل عليه ، والسكوت المجرد لا يستفاد منه ذلك .

ومن أجل هذا لم يفرق الشافعي - رضي الله عنه - بين السكوت ، والأفعال (المعاطاة) ... فلم يعتبرهما صالحين للتعبير عن إرادة المتعاقد ؛ لأنهما تعبيران احتماليان ، لا يفيدان إلا الظن ؛ ولذا فإنهما يؤولان على أكثر من معنى .

وما كان هذا شأنه ... فإنه لا يصح التعاقد به ... فالمعاطاة كما تحتمل البيع تحتمل غيره من أنواع المعاوذات ... وفي عقود التبرعات يحتمل (الإعطاء) للحفظ ... كما يتحمل الإعطاء على سبيل الهدية ، أو الصدقة ، أو الهبة .

وأما السكوت ... فهو كما يكون دليلا على الموافقة يكون كذلك ... دليلا على عدمها ... كما أنه قد يكون نتيجة الاستغراب لهذا التصرف ^(١) أو قلة الاكتراث ، وعدم الاهتمام به ^(٢) .

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نقرر : أن القاعدة العامة هي عدم التحويل على مجرد السكوت - في الاستدلال على الرضا ... ولكن يستثنى من ذلك السكوت الذي صاحبه قرائن ، أو أحاطت به ملائسات تجعل دلالة على الرضا أقوى من دلالة على عدمه ... فهذا النوع من السكوت يكون دالا على الموافقة ، ويصلح انتقاد العقد به ... كغيره من الوسائل الأخرى ... وإنما يعتد بالسكوت إذا لم يعارض بالصريح ، فإن وجد تعارض بينهما كان الصريح هو المعمول عليه ^(٣) .

(١) أنظر : معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٠ .

(٢) أنظر : البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ ، وشرح مجلة الاحكام العدلية

للمحاسني ص ١٣٣ .

أقسام السكوت

أرجعت جميع الفروع الواردة ، والمسائل المثبتة — في بحثي هذا — إلى
الأقسام الآتية :

القسم الأول : السكوت الذى يكون فى حكم النطق ... وذلك بأن يدل النطق
على حكم المسكوت عنه : لسكوته لازماً للزوم مذكوره ، كقول تعالى : (فإن لم يكن
له ولد ، وورثه أبواه — فلامه الثلث) (١) .

فإن صدر الكلام وهو قوله : (وورثه أبواه) أوجب شركتهما فى الميراث
من غير بيان نصيب كل منهما ... فتخصيص الأم (بالثلث) صار بياناً لسكون
الأب يستحق الباقي — وهو الثلثان — مع أنه مسكوت عنه .

فكأنه قال : فلامه الثلث ، ولأبيه الثلثان ، وطوى ذكره لإيجازاً ، للعلم به ،
لأنه معلوم بداهة ، وللازم لتخصيص الأم بالثلث المذكور بالضرورة وإذا
لم ينحصر إرثه فى الثلثين بقى نصيب الأب مجهولاً ... وسياق النص يأتى هذا
التجاهل : لأن بيان نصيب أحد الشريكين بيان لنصيب الآخر بالضرورة .

وهذا البيان لم يحصل بمجرد السكوت عن نصيب الأب بل بدلالة صدر الكلام ؛
لأنه لو بين نصيب الأم من غير إثبات الشركة ... لم يعرف نصيب الأب .

ومن هذا السكوت الذى هو فى حكم المنطوق : ما لو قال : أوصيت لزيد وبكر
بألف درهم ، ولزيد فيها أربعمائة ... فإن هذا بيان يفيد أن ما بقى — وهو
الستائة — لبكر .

وكذا لو قال : أوصيت بثلث مالى لزيد وبكر ، ومن هذا الثلث ألف درهم
لزيد ، فإنه بيان يفيد أن ما بقى من الثلث لبكر .

(١) سورة النساء : آية

القسم الثاني : دلالة حال الساكت الذي وظيفته البيان . بسبب سكوته عند الحاجة إلى البيان : كسكوته — ﷺ - عند أمر يشاهده . من قول ... أرفعل ، فهذا يدل على صحة هذا الأمر - كالمعاملات التي كان الناس يتعاملون بها ... كالمساكن والمشارب التي كانوا يتعاملون بها ، ولم يقع منه - عليه السلام - نهي عنها ، أو إنكار على فاعليها ؛ فإن هذا السكوت دليل على جواز ذلك في الشرع لأنه لا يجوز عليه — ﷺ - أن يقر الناس على منكر؛ لأن الله وصفه بالقيام بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، فقال : « يجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف ، وينهاهم عن المنكر ، ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، (١) » .

ولقوله — ﷺ - « الساكت من الحق شيطان أخرس (١) »
فسكوته — ﷺ - أقيم مقام الأمر بالإباحة ..
وفي حكم سكوت النبي — عليه السلام - (سكوت الصحابة) رضوان الله تعالى عليهم - كما روى أن أمة أبقى - أي هربت - وتزوجت رجلا من بنى عذرة ، فولدت أولاداً ، ثم جاء مولاهما ، ووقع هذه القضية إلى سيدنا عمر - رضي الله عنه - فقصن بها لمولاهما ، وقضى على الأب أن يأخذ أبنائه منها - بالقيمة ... وسكت عن تقييم منافع الامة المستخفة لمولاهما ... وكان ذلك بمحض من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد منهم تصرفه وقضائه ... فسكان سكوتهم إجماعاً ، ودليلاً على أن قيمة المنافع غير مضمونه ؛ لأن الموضع موضع الحاجة إلى البيان .
وهذا مشروط بشرطين : (١) القدرة على الإنكار ... (٢) وكون الفاعل مسلماً ... فسكوت صاحب الشرع عند كل الكافر خنزيراً ... لا يدل على إباحته ... وكذا عند ترك الصلاة ... وكذا عند مضي اليهود أو النصارى إلى معايدهم ... كل ذلك لا يكون السكوت عنه بيانا لشرعيته .
ولكن سكوت البكر البالغة - إذا بلغها تزويج الولي لها ... فسكتت ، يكون سكوتها إجازة منها بدلالة حالها ؛ فإنها تستحي عن إظهار الرعية في الرجال .

القسم الثالث : ما ثبت لضرورة دفع وقوع الناس في الغرور .. كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى ... فان سكوته عن نهى عبده يعتبر إذناً له في التجارة — بدلالة العرف دفماً للغرور عن التعامل مالياً . مع العبد .

وقال الشافعي — رحمه الله تعالى — : لا يكون سكوت مولى العبد — إذناً له ؛ لأن سكوته يحتمل أن يكون للرضا بتصرفه ... وأن يكون لفرط الغيظ ... والمحتمل لا يكون حجة (١) .

— حاشية

وهذا التقسيم مشتق عما يعرف عند الأصوليين ببيان الضرورة والبيان في اللغة : إظهار المقصود بأبلغ لفظ وهو من الفهم وذكاء القلب وأصله الكشف والظهور ، فهو إسم لكل ما كشف من معنى الكلام وأظهره (٢) .

وهو عند الأصوليين : إظهار المعنى وإيضاحه للخطاب منفصلاً عما استتر به (٣) .

وسمى . بهذا الإسم : لأن الموضوع للبيان في الأصل هو النطق وهذا لم يقع للبيان به بل بالسكوت عنه لأجل الضرورة ، فقد وقع البيان بما لم يوضع للبيان (٤) .

(١) انظر في هذا :

- شرح المنار ، وحواشيه لابن ملك ص ٦٨٧ طبعة ١٣١٥ هـ .
- ارشاد الفحول للشوكاني — دار الفكر ببيروت ص ١٧٢ .
- كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام للبزدوى ج ٣ ص ١٤٧ طبع دار الفكر العربي — بيروت .
- تسهيل الوصول في علم الاصول طبع مصطفى البابي الحلبي ١٣٤١ هـ ص ١٢٧ .
- (٢) لسان العرب ج ١٣ ص ٦٩٠ .
- (٣) انظر رسالة الامام الشافعي ص ٢١ تحقيق المرحوم الشيخ أحمد تيسار .
- (٤) تسهيل الوصول ص ٢٢٧ .

القِسْمُ الْأَوَّلُ

فِي

السكوت ودلالته على الأحكام

ويتضمن هذا القسم المباحث الآتية :

المبحث الأول : السكوت ودلالته في السنة

ويتكون هذا المبحث من مطلبين :

— المطلب الأول : السنة التقريرية ودلالاتها على الأحكام

— المطلب الثاني : السكوت في السنة ودلالته على الأحكام

المبحث الثاني : حكم الأشياء المسكوت عنها

المبحث الثالث : الإجماع السكوتي

المبحث الرابع : السكوت والعرف

المبحث الأول

السكوت ودلالته على السنة

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول

السنة التقريرية ودلالاتها على الأحكام

في البداية أود أن يتصور القارئ فكرة عن (السنة) .. وبيان معناها ..
وبعد ذلك نتحدث في موضوع بحثنا .. وهو السكوت ودلالته على الأحكام
عن طريق السنة ..

معناها لغة .. وشرعاً :

١ — أما اللغة : فهي الطريقة المسلوكة .. وأصلها : من قولهم : - سنتت
الشيء (بالسن) إذا أمررت عليه حتى يحدث فيه (سنأ) أى طريقاً .
وقال الكسائي : - معناها (الدوام) فقولنا : سنة ، معناه الأمر بالإدامة ..
من قولهم : سنتت الماء إذا واليت صبه .

وقال الخطابي : أصلها : الطريقة المحمودة .. فإذا أطلقت انصرفت إليها ..
وقد تستعمل في غيرها — مقيدة — كقوله : « من سن سنة سيئة . . . » .

وقبل هي الطريقة المعتادة .. سواء كانت حسنة .. أو سيئة .. كما جاء في
الحديث الصحيح : « من سن سنة حسنة فله أجرها ، وأجر من عمل بها إلى يوم
القيامة . . . ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ، ووزر من عمل بها إلى يوم
القيامة » (١) .

(١) انظر : عيون الأخبار ج ٤ ص ١٠٨ — الاغانى ج ٦ ص ١٢٣ .

٢ — وأما معناها شرعاً (١) : — أى فى اصطلاح أهل الشرع — فهى : —
قول النبى — صلى الله عليه وسلم — وفعله ... وتقريره ... وتطلق بالمعنى العام —
(على الواجب) وغيره — وفى عرف أهل اللغة والحديث .

وأما فى عرف أهل الفقه : فإنما يطلقونها على ما ليس بواجب ... وتطلق
على ما يقابل (البدعة) ، كقولهم : فلان من أهل السنة .

قال ابن فارس — فى فقه العربية — : وكره العلماء قول من قال : (سنة أبى
بكر ... وعمر) وإنما يقال : سنة الله ... وسنة رسوله .

ويجاب عن هذا بأن النبى — صلى الله عليه وسلم — قد قال فى الحديث
الصحيح : — « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين » . عضوا عليها
بالنواجذ ، .

ويمكن أن يقال : أنه صلى الله عليه وسلم — أراد بالسنة هنا — الطريقة ...
وقيل فى حدها — اصطلاحاً — هى ما يرجح جانب وجوده ... على جانب
عدمه ، ترجيحاً ليس معه المنع من التقيض .

وقيل : هى ما واظب على فعله النبى — صلى الله عليه وسلم — مع ترك
بلا عذر .

وقيل : هى فى العبادات النافلة ... وفى الأدلة — ما صدر عن النبى —
صلى الله عليه وسلم — من غير القرآن ... من قول ، أو فعل ، أو تقرير (٢) ،
وهو ما المقصده هنا .

وبعد هذه المقدمة نشرع فى المقصود ، والله المستعان : —

(١) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٣٣ — طبعة أولى ، وتشرح تنقيح
الفصول للقرافى ص ٢٨٨ .

من قليل علت أن السنة هي : أقواله صلى الله عليه وسلم — وأفعاله . .
ربراته .

والذي يهتما — في هذا المقام - تقريراته . . ودلائلها على الأحكام . .
يل : والإقرار^(١) . . والتقرير من النبي صلى الله عليه وسلم — في عرف
سولين هو : أن يسكت النبي — عليه الصلاة والسلام — عن إنكار قول
... أو فعل حدث بين يديه . . أو في عصره ، وعلم به^(٢) .

وقد جاء في « إرشاد الفحول »^(٣) : (البحث السابع) التقرير . . وصورته
يسكت النبي — صلى الله عليه وسلم — عن إنكار (قول) قيل بين يديه . .
في عصره ، وعلم به ، أو سكت عن إنكار (فعل) فعل بين يديه ؛ أو في
ره ، وعلم به . . فإن ذلك يدل على الجواز . وذلك كأكل العنب بين يديه .

والإقرار قد يكون نوعاً من السكوت ، لأنه سكوت عن الإنكار . .
سكوت كف عن القول .

وهل هذا الإقرار حجة في إثبات الأحكام ؟

اختلف الأصوليون في اعتبار الإقرار حجة ؟ أم لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

ونقله ابن حجر — على أن أكثر الأصوليين يعتبرون الإقرار قسماً من
سام السنة النبوية الشريفة — على صاحبها أفضل الصلاة ، وأزكى التسليم —
فه حجة .

(١) سبق تعريفه .

(٢) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ الطبعة الأولى .

(٣) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ الطبعة الأولى .

واستبدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :-

أولاً :- أن الله تعالى - أرسل نبيه بشيراً ونذيراً ، يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر ، حيث يقول الله تعالى : . الذين يتبعون الرسول للنبي الأمي ... يأمرون بالمعروف وينهاون عن المنكر ، (١) . . ولو سكت عما يفعل أمامه - بما يخالف الشرع - لم يكن ناهياً عن المنكر .

ثانياً :- استدلوأ (بالمعصية) . فإن النهي عن المنكر واجب . . وتركه معصية يتنزه عنها أهل التقوى من أفراد الأئمة . . فأولى أن يتنزه عنها محمد ﷺ . وهو أول المسلمين ، وأتقاهم لله . . ولو جاز له تركه بابتكار المنكر . . لجاز ذلك لأئمته ١١

وقد اعترض على هذا الدليل - بناء على قول من يجوز على النبي ﷺ الصغار . . بأنه إنما يلزم أن لو قدر الفعل المقر عليه محرماً . . لكان كبيرة . . أو لكان صغيرة . . وتكرر أمامه ﷺ فلم ينكره (٢) .

واجيب عن هذا الاعتراض بالجزم بجواز التمسك بالإقرار - حتى على قول من يجوز الصغيرة - محتجاً بأن الصحابة كانوا يفهمون من (التقرير) الجواز دون توقف .

ثالثاً :- واستدلوأ بأن تأخير البيان عن وقت الحاجة - لا يجوز . . باتفاق . . ومن فعل ما يخالف الشرع : إما أن يكون فعله جاهلاً بالمخالفة . . أو حالماً بها :-

فإن كان جاهلاً بها . . وجب البيان له ، يستدرك زمامات - إن كان عما يستدرك ، كالإنكار على المسمى صلواته - في الحديث المشهور - وكثلا يعود إلى المخالفة في المستقبل .

(١) سورة الاعراف آية ١٥٧ .

(٢) انظر هذا الاعتراض في المستصفي للامام الغزالي ج ٣ ص ٥٣ .

وإن كان عالماً .. فلتلا يتوهم فسخ الشرع المخالف .. وثبوت عدم التحريم (١).

رابعاً :- واستدلوا بما علم عن حال الصحابة - في وقائع كثيرة - أنهم كانوا يحتجون بتقريره - صلى الله عليه وسلم - على الجوار (٢) .. كقول أبي ابن كعب : (الصلاة في الثوب الواحد سنة كنا نفعلها على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يعاب علينا (٣)) .. وكقول ابن عباس : (أقبلت راكباً على حمار أتان ، وأنا يومئذ قد تاهزت الاحتلام - ورسول الله صلى الله عليه وسلم - يصلي بالناس - بمنى - إلى غير جدار ، فررت بين يدي بعض الصف فترلت ، وأرسلت الآن ترتع ، ودخلت في الصف .. فلم ينسكرك ذلك على أحد (٤)) .

خامساً :- استدلوا بأن ترك التكبير عن علماء الأمة على العامة فيما جرى بينهم - من المعاملات - التي استفاضت بينهم .. هو حجة على جوازه .. كما قاله بعضهم في الاستصناع ، ودخول الحمام من غير أجره (٥) .

(٢) المذهب الثاني :-

أن (التقرير) عن النبي صلى الله عليه وسلم - ليس حجة ، في بناء الأحكام عليه ، وهذا الرأي نقله البردوي (٦) .

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :-

أولاً :- أن السكوت ، وعدم الإنكار محتمل ، إذ من الجائز أنه - صلى الله

-
- (١) انظر تيسير التيسير ج ٣ ص ١٢٨ .
 - (٢) انظر : المستصفي للفرالي ج ٢ ص ٥٢ .
 - (٣) انظر : مسند أحمد ج ٥ ص ١٤١ .
 - (٤) صحيح البخاري ج ١ ص ٥٧١ .
 - (٥) انظر : جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٨٧ .
 - (٦) انظر : البردوي ص ٨٦٩ .

عليه وسلم — سكت لعله بأن أهل (الفعل) لم يبلغهم التحريم ، فلم يكن الفعل عليهم — إذ ذاك — حراما ، فلا جلي لهذا الاحتمال لا يصلح التقرير ذليلا على الجوار .

ويجاب عن ذلك بما قلناه . هناك في الدليل الثاني للقول الأول .

ثانيا : — واستدلوا بأنه من الجائز أنه سكت عنه ؛ لأنه أنكر عليه مرة .. فلم تنفع فيه الإنكار .. وحلم أن إنكاره عليه — ثانيا — لا يفيد ، فلم يعاود . وأقره عليه .. كما أقره اليهود والنصارى على معتقداتهم . وإذا كان كذلك لا يصلح على الجوار .

ويجاب عنه : بأنه يجوز ترك الإنكار على المصر ، الذي لم تنفع فيه التذكرة لقوله تعالى : « فذكر إن نعمت الذكرى » — على أحد القولين في تفسير الآية (١) ، ولما علم من حاله — صلى الله عليه وسلم — إذ كان لا يكرر على الكفار ، والمشركين الإنكار . في كل يوم ، وكل حال .. وإنما قد بين لهم ما حصل به البيان الكافي ، القاطع للعدر ، وقائلهم حتى أعطوا الجزية وهم صاغرون فلو تركهم — بعد ذلك — لم يظن أنه قد تغير الحكم .

إلا أن هذا النوع خارج عن الإقرار الذي يحتج به ، فإن شرطه :

أن يكون المقر مسلما ، ملتزما .. وفي المناقخ خلاف — فكيف يترك المسلم الملتزم المطيع المتبع — بفعل المسكر — فلا ينهيه عنه (٢) ؟

يقول الأمدى . — (ولو سلم أنه جائز — في بعض الأحوال إلا أنه ينبغي اقراض أن ذلك نادر .. خاصة أن أصحابه — صلى الله عليه وسلم — أقر هذه

(١) انظر : فتح القدير للشوكاني ج ٥ ص ٤١٢ ..

(٢) انظر : شرح البزدوى ج ٣ ص ٨٦٩ ..

الأمة ، قلوبا ، وأسرعها امتثالا لأمر نبيها ، والذين شهدوا برسالة ، وبذلوا أنفسهم لله في طاعته .. فإذا كان كذلك .. فالنادر لا يحكم له .. والحكم للأعم الأغلب (١) .

تنبيه .. هنا :- قد يصاحب إقرار الرسول - عليه السلام - قرأتين قنيد جواز هذا التصرف ، المقرر ... وهنا يزيد إقراره - صلى الله عليه وسلم - دلالة وموافقته على التصرف ، والرضا به ... ونمثل لذلك بما يأتي :-

(أ) كان يقوم - صلى الله عليه وسلم - بالمشاركة في الفعل ، كقيامه - صلى الله عليه وسلم - مع عائشة ، لتنظر إلى الأحباش ، وهم يزفنون في المسجد (أي يرقصون) يوم العيد ، فقد قام لها ، وأخذها على كتفه ، ليسترها ، ويمكنها من رؤيتهم ، والنظر إلى زفنتهم .

(ب) سكوته - صلى الله عليه وسلم - مع الاستبشار ، وإظهار علامات الرضا ، والقبول .. فذلك حجة واضحة ، لأن استبشاره لا يكون بما يخالف الشريعة . لتبسمه - صلى الله عليه وسلم - لما اشتكت إليه امرأة (رفاعة القرظي) زوجها .. وقالت : (وإنما معه مثل هدية الثوب) فذلك إقرار لجواز التصريح بمثل ذلك ، في معرض الدعوى (٢) .

أما سكوته - صلى الله عليه وسلم - مع إظهار الازدحام ، والضيق ، والتبرم - وكل ما يدل على عدم رضاه (بالفعل) - ففي مثل هذا يقع التعارض بين دلالة سكوته على الجواز .. وانتفاء الحرج .. ودلالة ازدحامه وتبرمه .. على الكراهية .. فهل السكوت في مثل هذه الحالة - يعتبر إقرارا أم إنكارا ؟

(١) انظر : الاحكام للأبدى ج ١ ص ٢٧١ .

(٢) انظر : صحيح مسلم ج ١ ص ٢٠٤ .

وقد رأى السبكي : أن دلالة السكوت على الجواز لا تقتضي بعدم ظهور الاستبصار منه — صلى الله عليه وسلم — يقول السبكي : — (سكوته — صلى الله عليه وسلم — على الفعل — ولو غير مستبشر دليل الجواز للفاعل) .

لكن يرى بعض الباحثين أن إظهار الانزعاج ، والضيق دليل الكراهية ، لأن البيان يتم بكل ما يحصل به التبيين ... فإذا أظهر — صلى الله عليه وسلم — الكراهية — بإعراضه ، وإظهاره الانزعاج — كان ذلك بيانا — وحصل للشاهدين تبين غرضه — صلى الله عليه وسلم — في ذلك .

وعلى هذا لا يعتبر السكوت إقراراً بل هو إنكار .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه الأخير ، لما نقل عنه — صلى الله عليه وسلم — أنه يسأل أحيانا ، فيعرض عن السائل ، ويسكت عنه — إنكاراً لسؤاله ١١ وكإعراضه — صلى الله عليه وسلم — ممن يسأل عن الحج ، أفى كل عام هو ؟ بدليل أنه لما أكثر عليه السؤال صرح له بإنكاره للسؤال ... فدل على أنه لما سكت معرضاً عنه أولاً — كان يريد بيان الكراهية (١) .

(أنواع التقرير) (٢) .

التقرير قد يكون قولاً .. أو فعلاً ..

فالتقرير بالقول منه ما رواه الإمام أحمد — في قصة ، ماعز ، — أنه اعترف بالزنا أمام النبي — صلى الله عليه وسلم — ثلاثاً .. كل ذلك يرده النبي — صلى الله عليه وسلم — فقال له أبو بكر : (لك إن اعترفت الرابعة رحمتك رسول الله — صلى الله عليه وسلم —) .

اختج به الخنفية ، والحنابلة على أني (المحدث) معتبر في الإقرار بالزنا من جهتين .

(١) انظر : جمع الجوامع ج ٢ ص ٩٥ .

(٢) انظر : اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٧٠ .

(أ) أن ذلك ما عليه أبو بكر من حال الرسول - ﷺ .
 (ب) أن النبي - ﷺ - أقر ذلك ، ولم يخطئه ، قاله (١) .
 وإقراره - ﷺ - على الأقوال قد يكون متعلقا بشئون التشريع ...
 أو متعلقا بمسائل خارجة عن هذه الدائرة - كالأمور الدنيوية ... فما حكم إقرار
 كل نوع على حدة ؟

(أ) أما إقراره - ﷺ - على الأقوال المتعلقة بالأمور التشريعية ...
 فيدل على الصحة ... وقيل ، لا يدل ؛ لاحتمال الاكتفاء ببيان سبق .
 وهذا مردود ، لأن سكوته عليه يوم محته ، وتغيير الحكم السابق .
 ثم إن كان القول إخباراً عن الشرع .. دل على أن الشرع كذلك - كما جاء
 في حديث أبي بصير السدي - رضي الله عنه - في قوله (لما عز) : وإن
 أقرت أربعا رحك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - .

وإن كان القول (مظنة) أن ينهى عنه - فلم يفعل .. أو أن يحكم فيه بحكم
 معين - كما يهاب الحد ، أو التميز - فلم يحكم به .. دل على جوازه - أي
 جواز القول .. . راتقاء ذلك الحكم في حقه ... ومن هذا إقراره شعراءه -
 عليه السلام - على القول ، والتغنى بذكر النساء .

ويقول ابن القيم (٢) : - (لأنه صلى الله عليه وسلم - أقر ذلك منهم لكونه
 جرياً على عادة الشعراء ، في مطالع قصائدهم ، بما يدكرونه لطلب انتباه السامع ،
 واستثارة نشاطه ؛ ليتوصل الشاعر إلى إلقاء ما يريد إليه ، وتحصيل الأثر
 النفسى المطلوب لديهم) .

(١) : انظر : نيل الأوطار ج ١٠ ص ٧٠ ، ومراجع الحنفية والحنابلة سبق

لنكرها .

(٢) المرجع السابق ، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٧٠ .

(٣) السكرت

أما ما كان متعلقا بشئون الدنيا ، والأمور المغيبة عنه - صلى الله عليه وسلم -
فالتقرير عليه لا يدل على صدق الخبر ، وثبوت مدلوله ... بل قد يطلع الله
رسوله على كذب ذلك القائل .. كما أطلعه الله على كذب المنافقين ، في قولهم :
(نشهد أنك لرسول الله) ، وقيل كبيرهم : (نحن رجعنا إلى المدينة ليخرجن
الأعز منها الأزل) .. وقد لا يطلعه عليه (١) .

(ب) والإقرار على الأفعال كإقراره صلى الله عليه وسلم - خالد بن
الوليد على أكل لحم الغنم .. ومن الإقرار على الفعل الإقرار على (الترك) ..
كما نقل أن عمرو بن العاص نيم من الجنابة في ليلة باردة ، وصلى بأصحابه ..
فلما أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - بذلك قال له : « صليت بأصحابك ..
وأنت جنب » ؟ قال : ذكرت قول الله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم » . إن الله كان
بكم رحيمًا (٢) .. ولم يأمره بالإعادة فكان ذلك إقراراً منه على ترك الإعادة .

وتقريره - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك من أفعال ... يدل على أنه
لا حرج في ذلك الفعل ... وذلك يتم في الفعل إذا اتقى أن يكون حراماً ، فإن
الحرام هو الذي ياتم فاعله ، ويعصى به .. وهو المنكر الذي أمر - صلى الله
عليه وسلم - بإنكاره (٣) .. فما أقر عليه إما أن يكون واجباً .. أو مندوباً ..
أو مباحاً ..

وأما المكروه .. فالمشهور - عند الأصوليين - أنه صلى الله عليه وسلم -
لا يقر عليه ..

(١) انظر : اجتهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، للشيخ عبد الجليل
عيسى ص ١٦٧ ، وجمع الجوامع للسبكي ج ٢ ص ١٢١ .

وأفعال الرسول ودلالاتها على الأحكام في الاستقراء ص ٤٢ .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

(٣) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

وذلك مشكل ١١ ووجه إشكاله : أن المكروه ليس معصية بل يؤجر من تركه .. وأما من فعله فلا إثم عليه .. فليس هو معصية حتى يلزم النبي — صلى الله عليه وسلم — إنكاره .

ولكن .. لما كان (المكروه) مطلوباً تركه — وهو منهي عنه — فهو منكر من هذه الناحية .. فلا يترك النبي — صلى الله عليه وسلم — إنكاره — وإن لم يكن معصية ..

ولما يرفع الحرج عن فاعله بعد أن يقع ... أما قبل وقوعه فهو يستحق النهي عنه — كالحرمان (١) .

وبما سبق تعلم أن المنكر الذي يستحق عليه الإنكار أعم من المعصية .

ملاحظة هنا : هل يمكن أن يتعدى حكم التقرير لغير المقرر ؟ أقول نعم يمكن أن يتعدى حكم الفعل المقرر عليه إلى سائر أفراد الأمة .. وهذا أقوى من تعدية حكم فعله هو — صلى الله عليه وسلم — إلى غيره .

وقد ذكر الجويني أن الذين وقفوا في تعدية حكم الأفعال النبوية وافقوا على تعدية أحكام الأفعال التي قرر عليها غيره ، لأن مافعله — صلى الله عليه وسلم — يرد عليه أحوال (الخصوصية) .. وهو احتمال يضعف التمدية .

أما التقرير فإن حمله على الخصوصية ضعيف جداً ، لا يكاد يستحق الذكر ، لصلالة ماثبت تخصيص أفراد الأمة به من الأحكام .. كجعل شهادة « خريجة » بشهادة رجلين .. ولذلك كان احتمال المساواة بين فاعل الفعل المقرر عليه .. وسائر أفراد الأمة — هو أقوى من احتمال المساواة بين رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وسائر أفراد الأمة ... ودلالة التقرير ... لذلك — أقوى من دلالة الفعل النبوي من جهة التعدية خاصة (٢) .

(١) انظر : المراجع السابقة ، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

(٢) انظر : جمع الجوامع ج ٣ ص ٩٦ ، والمسودة تحقيق الشيخ محمد

محيني الدين لال تيمية مطبعة المدنى ص ٣٠ ، ٣٢ .

هل التقرير يدل على صحة الحكم ؟

للتقرير شروط لابد من توافرها للدلالة على صحة الحكم (١) :-

١ - أولها :- أن يعلم النبي - صلى الله عليه وسلم - بالفعل .. سواء سمعه ، أو رآه مباشرة . أو حصل في ميته ، ونقل إليه .. كما نقل إليه خبر تأخيرهم لصلاة العصر حتى غربت الشمس يوم بني قريظة .

فإن اتفق هذا الشرط - بأن لم يعلمه - صلى الله عليه وسلم - فلا يكون التقرير حجة في هذه الحالة .

٢ وثاني هذه الشروط :- أن يكون قادراً على الإنكار ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - من رأى منكم منكراً ، فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه .. فهو يدل على سقوط الإنكار باليد ، واللسان عند المعجز عنه .. ولرخصة قوله تعالى :- إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان .. فرخص في النطق بكلمة الكفر - والسكوت أولى بالجواز .

وإنكار المنكر - بالنسبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم - هو واجب مطلقا .. ولا يسقط بحال - الخوف على نفسه - لأن الله ضمن له النصر ، وظاهر وكفاه أعداءه بقوله :- إنا كفيناك المستهزين ، ولأن تركه الإنكار - خوفا - يوم الجواز .

٣ وثالث هذه الشروط :- أن يكون المقر متقاداً للشرح .. بأن يكون مسلماً .. سامعاً .. مطيعاً .. أما إن كان كافراً فإن تقريره لا يدل على رفع الحرج .. وقد أقر النبي - صلى الله عليه وسلم - اليهود والنصارى على بيعهم وكنائسهم .. وأقر المجوس على معايدهم - مع ما يعمل فيها من الكفر بالله ، والشرك به ١١

(١) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

وعلى هذا ، لا يكون سكوته عن الإنكار على فعل لـ كافر حجة على رفع الحرج . ولكن هو رفع ذلك . . حجة على أنه يجوز للأئمة إقرار أهل الذمة على مثل ما أقرهم عليه النبي صلى الله عليه وسلم .

٤ - ورابع هذه الشروط : - ألا يمتنع من الإنكار مانع - غير ما تقدم فإن وجد مانع صحيح أمكن إحالة الإقرار عليه . . فلا يكون حجة . . كتركه - صلى الله عليه وسلم - نقض الكعبة . . المانع الذي قلنا من قبل . . ومن هذا أيضاً سكوته - صلى الله عليه وسلم - في انتظار الوحي - ويعلم ذلك من حاله - فلا يكون سكوته - قبل البيان - حجة على إفتاء الحرج في الفعل .

٥ - وخامس هذه الشروط : - اختلف في أن (تكليف) المقة شرط أم لا ؟ قال البنا (١) : - (لا يقر النبي - صلى الله عليه وسلم - أحداً على باطل . . والظاهر دخول غير المكلف ، لأن الباطل قبيح شرعاً - وإن صدر من غير المكلف . . ولا يجوز تعيين غير المكلف منه . وإن لم يأتهم به ، ولأنه يوم من جهل حكم ذلك الفعل من جوازه) (٢) .

(خاتمة في هذا المقام . .)

ما الفرق بين إقرار الحاكم . . وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم ؟ وهل يكون إقرار الحاكم من الواقعة حكماً بالواقع فيها . . أم لا ؟ إذا رفع للحاكم عقد . . فتركه من غير تكبير ، أو ائتمن . هل يكون ذلك كإقرار صاحب الشرع إذا رأى أحداً يفعل شيئاً ، فتركه ، فإن ذلك يكون إباحة منه - صلى الله عليه وسلم - لذلك الفعل . . أو يكون إقرار

(١) انظر : حاشية على شرح جميع الجوامع ج ٢ ص ٩٥ .

(٢) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ ، والمسودة لال تيمية

ص ٢٩٨ وتيسير التحرير ج ٣ ص ١٢٩ .

البحر المحيط للزركس مخطوطة بمكتبة الأزهر رقم ٢٠ .

انظر أمثال الرسول ودلالاتها على الأحكام د. الأشقر / ٤٥٥ .

الحاكم أضعف ، السكونه في موطن الخلاف .. فله إبقاؤه على ما هو عليه من الخلاف ، ولا يتعرض له .. بخلاف إقرار رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يكون دليلاً على الإباحة ، لأنه — صلى الله عليه وسلم — لا يقر على منكر ؟

والجواب على ذلك : أن الإقرار دليل الرضا بالمقر عليه .. ظاهراً .. وهو أضعف في الدلالة من الفعل والقول ، لأن مجرد الترك ، والسكوت قد يكون مع الإنكار — ألا ترى أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لما بلغ النهي عن الكفر ... والأمر بالإيمان — وآمن من آمن ، وكفر من كفر ... لم يكن عليه السلام — يكرر التكفير كل يوم على أهل مكة ، ولا غيرهم ... فتركه للتكفير — في بعض الأوقات — على تلك المنكرات — بعد التبليغ — لا يقتضي إباحة تلك المنكرات (١) .

وأما اللفظ الدال على إباحة تلك المنكرات .. أو الفعل .. فلا سبيل إليه .. ويعلم من ذلك أن (مدلول الترك) قد يختلف عنه ما لا يختلف (مدلول الفعل والقول) عنهما — إذا تقرر أنه أضعف في أمر آخر لمن بدا له احتمال : وهو أن الحاكم قد يترك الواقعة على ما فيها من الخلاف ، ولا يتعرض لإنشاء حكم فيها ؛ لأن كلا القوانين يجوز الأخذ به .. وهو طريق إلى الله تعالى .. فلا ضرر في الإقرار عليهما ... بخلاف إقرار الرسول — صلى الله عليه وسلم — على الواقعة — لا يكون مع إباحة الفعل ، أو يكون تقدم من الإنكار ما يكفي في الإرشاد بحكم الله تعالى — في تلك الواقعة .

وما تقدم تعلم أن إقرار الحاكم ليس في قوة إقراره — صلى الله عليه وسلم — لما ذكر (٢) .

(١) انظر أمثال الرسول ودلالاتها على الأحكام ص ٤٥٥ .

(٢) انظر : الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، ومقدمات القاضي ، والامام شهاب الدين العراقي ص ٣٩ ، ٤٠ .

المطلب الثاني

سكوت النبي عن البيان ودلالاته على الأحكام

مرادنا بالسكوت — هنا وكما قلنا من قبل — هو ترك الكلام . . فإن لم يكن — هناك — ما يستدعي القول ، فإن السكوت لا دلالة له ، لأن ترك (القول) — الغالب على حال البشر .

أما إن كان هناك ما يستدعي القول . . ثم سكت — عليه السلام — فإن سكوته هذا قد يدل على حكم .

ثم إن كان الذي يستدعي القول . . (فعل) حدث أمام النبي صلى الله عليه وسلم — أو (قول) قيل أمامه . . فسكت عن الإنكار عليه . . فذلك هو (التقرير) أى الإقرار والموافقة على ما سمع أو رأى . وإن كان الذي يستدعي الكلام (حادثة) وقعت ، وتستدعي بيان حكم . . أو (سؤال) يتطلب جواباً منه — صلى الله عليه وسلم — فسكت عن الجواب . . فلسكوته دلالة .

وهذا النوع من السكوت هو مرادنا هنا . . ويقول العلماء : إن سكوته صلى الله عليه وسلم — لا يدل على أنه لا حكم إلا عند الطلب والقساؤل ، لأنه في حكم الابتداء (١) .

وسكوت النبي — صلى الله عليه وسلم — نوعان

١ — النوع الأول : أن يسكت . عليه السلام — لعدم وجود حكم شرعى في المسألة .

٢ — النوع الثانى : أن يسكت مع وجود حكم للمسألة . . ولكن نمنعه من الإجابة ماع . .

(١) انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ١٤٢ .

(١) أما سكوته — عليه السلام — لعدم وجود حكم في المسألة . . فإنه — عليه السلام — كان إذا سئل عن حادثة — ليس فيها حكم — يسكت ، منتظراً الوحي . .

أما إن كان فيها حكم — ولم يمنع من الجواب مانع فإنه كان يجيب ، لأنه مأمور بذلك ، لقوله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » (١) . . فلو سكت لم يكن مبيناً .

وعلى ذلك . . فسكوته — صلى الله عليه وسلم — مع عدم وجود مانع — يشعر أنه ليس في المسألة حكم ، وإذا لم يتأت بيان لاحق . . بقي أمر الحادثة على حاله . . ومثل بعض العلماء (٢) لذلك : بأنه — عليه السلام — لو سئل عن قول قائل لزوجته :

(أنت حرة ، أو اذهبي إلى أهلك . .) إلى غير ذلك من الكنايات . . فسكت — والحالة هذه — من غير تنبيه . . لوجب أن يدل سكوته على أن الكنايات لا يترتب عليها طلاق . . كما يترتب على الطلاق الصريح .

وبما ورد في السنة — من هذا النوع الأول — وهو السكوت لعدم وجود حكم شرعي — ما روى جابر — رضى الله عنه — [أن امرأة سعد بن الربيع قالت : يا رسول الله : إن سعداً هلك (أى مات) وترك ابنتين ، وأخاه . . فمعد أخوه فقبض ما ترك سعد ١١ وإنما تنكح النساء على أموالهن ١١ فلم يجبهما في مجلسها هذا . . ثم جاءته ، فقالت : يا رسول الله : ابنتا سعد ١٩ فقال : ادع لي أخاه (هكذا بأمر المفرد المذكور) — ولعله طالب من صحابي بجواره — فجاء (أى أخو سعد) فقال له : ادفع إلى ابنتيه الثلاثين . . وإلى امرأته اثنتين . . ولك ما تبقى] . وفي رواية الترمذى : فتولت آية المواريث (٣) .

(١) سورة النمل آية ٤٤ .

(٢) انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٣٢ .

(٣) انظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ٧٥ . . وأفعال الرسول ودلائلها

على الأحكام للدكتور الأشقر ص ٤٦٠ .

ومن هذا النوع — أيضاً — سكوته — صلى الله عليه وسلم — عن بعض الأحكام مع بيان بعض آخر .. ويندرج تحت هذا الأمر مسألتان :

١ — كأن يكون المسئول عنه قد تبين حكمه بدليل صحيح .. وفي تلك الحال لا يكون سكوته — عما سكوت عنه — حجة على انتفاء هذا الحكم .. بل يكون إحالة منه — عليه السلام — على الدليل .

وقد اشترط لذلك بعض العلماء : أن يكون المسكوت عنه فإلم تذكره أدلة الشرع ... فلو كان المسكوت عنه قد ذكر فيها ، فإنه بما لا يحتاج به : كما لو أتى بزان ، وزانية ، فأمر بالجلد ، ولم يذكر (المهر ، والعدة ، وغيرهما) ، لأن ذلك يحال به على البيان في غير هذا الموضع .

٢ — وقد يكون المسكوت عنه — في هذا النوع — بما يتوهم نبوته ، أو يتردد فيه ، لتعارض الأدلة .. فيبغى أن يكون المسكوت عنه دليلاً انتفائه .. وصورة ذلك ما ورد في حديث أبي هريرة — في قصة الأنصاري الذي وطئ زوجته في نهار رمضان ، فأمر النبي — صلى الله عليه وسلم — بالتكفير .. وسكت عن بيان الحكم بالنسبة للزوجة .

ومن هنا اختلف الفقهاء في حكم كفارة المرأة : هل لا تجب الكفارة عليها ؟ — بناء على هذا السكوت النبوي — ؟ بهذا قال بعض الفقهاء .. ولكن أغلبهم يقولون بوجوب الكفارة على المرأة — في هذه المسألة — كما وجبت على الرجل (١) ١١ .

(ب) النوع الثاني — من سكوته — عليه السلام — ما كان لما نعت من بيان الحكم .. ومنه : في شكل موائع مختلفة (٢) :

(١) انظر : الفقه على المذاهب الأربعة ج ١ ص ٥٢ ، والمغنى لابن قدامة ج ٣ ص ١٣٣ .

(٢) انظر : المواثيق للشاطبي ج ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٩ ، وأعلام الموقعين لابن القيم ج ٤ ص ١٥٧ .

١ — أن يكون السائل قد سأل عما لم يقع . . فيترك — عليه السلام — جوابه لعدم الحاجة إلى البيان ، ولإشعار السائل بتكلفه دون مبرر . . وفي ذلك من الكراهة ما فيه .

٢ — أو أن عقل السائل . . أو عقل بعض السامعين لا يحتمل الجواب تكليفاً وتنفيذاً فيسكت — عليه السلام — عن جوابه ، لتسلا يكون الجواب فتنة له في دينه ، وقد جاء في البخاري : تأييداً لذلك — (باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس ، فيقعوا في أشد منه) — ثم روى حديث عائشة في تركه — صلى الله عليه وسلم — نقض السكبة (١) .

٣ — أو أن يكون سكوته — عليه الصلاة والسلام — على سبيل الإنكار للسؤال نفسه ، لأنه بما لا ينبغي . . فآله تعالى — قد نهى عن السؤال في الأمور التي عفا عنها . . قال تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا : لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ أَنْ تَبْدَلَكم تَسْؤُكُمْ ، وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنْزَلِ الْقُرْآنُ — تَبْدَلْكُمْ عفا الله عنها » (٢) ؛

ونهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عن كثرة السؤال . . ومن هذا النوع سكوته عليه الصلاة والسلام — عن الأقرع بن حابس : فقد تلا عليهم النبي — صلى الله عليه وسلم — قوله تعالى : « وَلله عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ . . الْآيَةُ ، فقام الأقرع ، وقال : أفي كل عام يا رسول الله ؟ فأعرض النبي عنه — وسكت — حتى سأله ثلاثاً — فقال صلى الله عليه وسلم — « وَاللّٰهُ نَفْسِي بِيَدِهِ : لَوْ قُلْتُ : نَعَمْ لَوَجِبَتْ لِي وَلِمَا اسْتَطَعْتُمْ » (٣) .

(١) انظر : صحيح البخاري ج ١ ص ٢٣٥ .

(٢) سورة المائدة آية ١٠١ .

(٣) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ج ٤ ص ٣١٢ .

٤ — ومن هذه الموانع : أن السكوت نفسه قد يكون أحيانا جوابا . . .
فن استأذن في فعل شيء . . فسكت النبي عن الإذن له . . دل ذلك على عدم
الإذن . . ومن ذلك ما رواه أبو هريرة — رضى الله عنه — حيث قال . .
(قلت : يا رسول الله : إني رجل شاب ، وإني أخاف على نفسي العنت ، ولا أجد
ما أتزوج به النساء — زاد في روايه : فأذن لي أن أختص ١١ فسكت عني . .
ثم قلت ذلك ، فسكت عني ، ثم قلت مثل ذلك ، فسكت عني ، ثم قلت مثل ذلك ،
فقال النبي — صلى الله عليه وسلم — يا أبا هريرة ١١ جف القلم بما أنت لاقى ،
فاختص على ذلك . . أو ذر) ١١

قال ابن حجر : (فيه من الفوائد — جواز السكوت عن الجواب . لمن يظن
أنه يفهم المراد من مجرد السكوت) (١) .

ولكن ... هل ترك النبي الإجابة في واقعة يوجب ترك الحكم في نظيرها ؟
جاء في المسودة (٢) — إجابة على ذلك : (أنه إذا ترك النبي — صلى الله عليه
وسلم — الحكم في حادثة . . فهل لنا أن نحكم في نظيرها ؟ كالرجل الذي شج آخر
شجرة ، ولم يحكم فيها النبي — صلى الله عليه وسلم — بحكم . . فعلم بذلك أن لا حكم
لها في الشريعة .

يقول القاضي أبو يعلى — الحنبلي — إجابة على ذلك : يجوز لنا أن نحكم
في نظيرها ، لأنه — صلى الله عليه وسلم — ربما يكون قد سكت محيلا لنا على
بيان آخر : بأن يكون قد حكم في مسألة أخرى مشابهة . . ويكون سكوته من
تفويضه للحاضرين استخراج الحكم بالاجتهاد .

(١) انظر : صحيح البخارى ج ٩ ص ١٢٠ .

والبحر المحيط للزركسى مخطوطة بالازهر ، رقم ٢٠ .

(٢) اقتباس من (المسودة) لال تيمية ص ٣٤٥ ، وأفعال الرسول

صلى الله عليه وسلم للدكتور الاشقر ص ٤٦٦ .

ويوافق القاضى أبو يعلى . . ابن عقيل على ذلك - فى حالة واحدة :-

— هى عنده جائزة : وهى أن يكون له - صلى الله عليه وسلم - حكم فى نظيره ،
يصح استخراجُه من معنى نطقه . . . واشترط لذلك : أن يكون قياساً عاماً فى قوة
النصوص ، فإن لم يكن كذلك فلا وجه عنده ، لطلبنا الحكم - مع إمساكه - صلى
الله عليه وسلم .

واستدل بأن الحكم الذى نطلبه بالقياس - أو غيره - من الأدلة الاجتهادية
لتلك الواقعة . . إما أن يكون - صلى الله عليه وسلم - قد علمه ، وتركه . . وذلك
بمنع ، لأنه من تأخير البيان عن وقت الحاجة . . . وإما أن يكون غير عالم به . .
وذلك غير جائز ، إذ لو أراد الله بيباله لما طواه عن نبيه - صلى الله عليه وسلم -
وأوقع الأمة عليه من غير طريقه . . فلا يبقى إلا أنه لا حكم له - فى المسألة -
شرعياً ، وذلك يمنع من طلب حكم شرعى لنظائر تلك الحادثة .

لكن ما قاله القاضى أدق ، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد يترك الحكم
فى أمر من الأمور ، لما منع شرعى - كما سبق - فإذا علمنا ذلك المانع ، وعرفنا
زواله . . جاز أن نحكم فيه . . كنقض الكعبة ، وإعادة بنائها على قواعد إبراهيم . .
تركه النبي صلى الله عليه وسلم - لحداثة عهدهم بالإسلام . . فإذا زال هذا السبب
جاز أن يفعل ذلك .

وكذلك ترك الحكم عن المعترف بالزنا لأول مرة . . والثانية . . والثالثة . .
قال الشافعية . . والمالكية : بأن الاعتراف بالزنا مرة واحدة موجب للحد ،
وأخذوا ذلك من أدلة أخرى غير تلك الواقعة . . وجعلوا رده (لما عر) فى المرة
الأولى . . والثانية . . والثالثة على محامل مختلفة ، لزيادة التثبيت . . فلم يعملوا
تركه للحكم - فى تلك الواقعة - مانعاً من الحكم فى نظائرها من الوقائع .

وقال الحنفية . . والحنابلة : إن رده - صلى الله عليه وسلم - ولما عر ، قبل

الرابعة دليل على أن الرابعة هي الموجبة . . ولا حكم فيما قبلها ، إذ لو كان فيها حكم لما جاز تركه (١) .

وفي النهاية أقول : إن الوقائع التي يمكن أن يترك فيها الرسول - صلى الله عليه وسلم - الحكم - أحيانا - نوعان : -

الأول : به ما سبق النص عليه ، أو يمكن تبين حكمه بقياس جلي .

الثاني : - ما منع من الحكم فيه مانع ، يتضمن مفسدة أعظم من ترك بيان الحكم فيه . . . فإن لم يكن كذلك . . فإن ترك الحكم فيه ممتنع . . ويمتنع علينا الحكم فيه . . وهذا قيد في (قياس العلة) كما هو معروف - فلا يجوز أن يكون فرع القياس مما كان في حادثة في زمنه - صلى الله عليه وسلم - وترك ذلك الحكم فيه (٢) ١١

وجه دلالة سكوته وتقريراته ﷺ على الأحكام :

الأدلة المعتمدة في الشريعة أغلبها أقوال فالكتاب العظيم قول الله تعالى والسنة النبوية منها أقوال ومنها أفعال . والإجماع منه قول ومنه فعل .

ومذهب الصحابي (عند من يقول به) منه قول ومنه فعل

ودليل القياس وهو العلة ليس قولاً ولا فعلاً ولا يمكن أن يكون معنى اعتبره الشارع في الأصل .

(١) انظر : نيل الاوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٠٣ ، والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٩٢ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠١ ، وحاشية الباجوري ج ٢ ص ٢٤٧ ، وتشرح كثر الدقائق للعلامة معين الدين . . . ؟ وموسومة تلخيص للفقهاء الاسلامي ج ١٢ ص ١٦٣ .
(٢) انظر : المراجع السابقة .

فالأدلة إما أقوال وإما أفعال وإما غيرهما : ويقول ابن تيمية (١) الأصل
قول الله وفعله وتركه القول وتركه الفعل وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله
وتركه القول وتركه الفعل . وإن كانت جهرت عادة الأصوليين أن يذكروا قول
الله فقط ومن جهة للنبي صلى الله عليه وسلم . قوله وفعله وإقراره فهذا تقسيم
للأدلة من وجه طبيعتها وتقسيمها إلى كتاب وسنة وإجماع وقياس وغير ذلك .
هو تقسيم لها من جهة مصادرها وهو التقسيم السهل المعتمد عند الأصوليين .

(١) المسودة لآل تيمية طبع المدني بالقاهرة تحقيق الشيخ محمد
محيى الدين عبيد الحميد ص ٢٩٨ .

المبحث الثاني (في حكم الأشياء المسكوت عنها)

ويتكون هذا المبحث من مطلبين

المطلب الأول — حكم الأشياء المسكوت عنها ... في نظر الأصوليين ،
المطلب الثاني — تطبيق ذلك ... عند الفقهاء

المطلب الأول

حكم الأشياء المسكوت عنها . . في نظر الأصوليين
وهو ما يعبر عنه عندهم . . مسألة العفو :
اختلف علماء الأصول في هذه المسألة ... على مذهبين : —

المذهب الأول : — يرى أن الشريعة (حاكمة) بجميع أفعال العباد ... فلا
يخلو فعل منها عن حكم شرعي ... فما من عمل يفرض ... ولا حركة ... ولا
سكون يدعى إلا والشريعة حاكمة عليه — لإفراد وتركيبا —
وفقد أحاطت الشريعة بالأفعال إحاطة تامة ، فلم يشذ منها شيء .
ويعن قال بهذا المذهب : الإمام الشافعي ، وابن السمعاني ... قال ابن
السمعاني : — (١) ولا بد أن يكون لله تعالى في كل حادثة حكم ... إما بتحليل
أو بتحريم) .

وقال في موضع آخر : — (إنا نعلم قطعاً أنه لا يجوز أن تخلو حادثة عن
حكم الله تعالى ، منسوب إلى شريعة نبيينا محمد صلى الله عليه وسلم - يبينه ، وأنه

(١) انظر الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٦٧ . . وأفعال الرسول

ودلالاتها على الأحكام د . محمد الأشقر ص ١٢٧ .

لم يرد عن السلف الماضين أنهم أعرروا واقعة عن بيان حكم فيها لله تعالى وتقدس...
وقد استرسلوا في بث الأحكام استرسال واثق بابسطها على جميع الوقائع ،
ولا ينعني على منصف أنهم ما كانوا يفتون فتوى من

وتنقسم الوقائع حثه إلى ما يعبرى عن حكم .. وإلا ما لا يعبرى عنه)
وقد احتج هذا المذهب بالأدلة الآتية :

(لو لم تكن أفعال المسكفين - بجملتها - داخله تحت خطاب التكليف -
لكان بعض المسكفين خارجا عن حكم خطاب التكليف - ولو في وقت ، أو
حالة ما - لكن ذلك باطل ، لأننا فرضناه مكلفا ، فلا يصح خروجه .

ويناقش هذا الدليل بأنه يمكن إبطال هذا بأنا نمنع أن يكون العبد البالغ
العاقل مكلفا على الإطلاق ... وإنما هو مكلف بما كلفه الله تعالى به . . لا بما
سكت عنه فلم يكلفه به .

(٢) واستدلوا - ثانياً - بقول الله تعالى : د ونزلنا عليك الكتاب تبينا
لكل شيء ، ويقولون تعالى : د اليوم آكلت لكم دينكم ، (٢)

وروجه الاستدلال من هذين النصين : أن الكتاب تبين لكل شيء ، وتدخل
أفعال العباد دخولا أوليا ... إذ أن ضبطها - حسب أراهم الله تعالى - هو المقصود
الأول من نزول القرآن المجيد .. فيلزم أن يكون في الكتاب بيان أحكامها جميعا .

ويناقش هذا الدليل بأن الآية عامة لكل ما من شأنه أن يدخل فيها . .
قال مجاهد : د تبينا لكل شيء : للحلال والحرام (٣) ، ... وهي واردة في

(١) النحل آية ٨٩ .

(٢) المائدة آية ٣ .

(٣) انظر تفسير القرطبي ج ١٠ ص ١٦٤ .

شؤون الدين كالأية الثابتة ... فإ ليس من الدين خارج عن عمومها ... والفعل إذا لم يرد الله تعالى إنزال حكم فيه فهو خارج عن حكم الدين .

أما المذهب الثاني : فيرى أن الشريعة جاءت بأحكام معينة في أفعال معينة . . . أراد الله عز وجل — أن تكون تلك الأحكام هي الدين . . وترك ما سوى تلك الأفعال المعينة ، فلم يتعرض لها ، لا بأمر ، ولا بنهي ، ولا بتحليل ، ولا بتحريم . بل أبقاه على ما هو عليه — قبل ورود الشريعة .

وأفعال العباد — على هذا — قسمان :

- (أ) قسم فيه حكم شرعي . . سواء كان واجباً . . أو مندوباً . .
أو مباحاً . . أو مكروهاً أو محرماً .
(ب) وقسم آخر خارج عن نطاق الشريعة ، أغفل فيه الحكم الشرعي ...
وهو ما يسمى (بالعفو) .

وأستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :

١ — بما ورد من حديث سلمان الفارسي عن النبي صلى الله عليه وسلم :
أنه سئل عن الجبن ، والسمن ، والنراء . . فقال : « الحلال ما أحله الله في كتابه ،
والحرام ما حرمه الله في كتابه ... وما سكت عنه فهو مما عني عنه » (١) .

٢ — وبما ورد عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم — قال :
« ما أحل الله في كتابه فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ،
فأقبلوا من الله ما فيه ، فإن الله لم يكن لينسئ شيئاً .. ثم تلا وما كان ربك نسيا .

(١) أخرجه الترمذي ، والحاكم (الغنيم الكبير) قال الترمذي : حديث
غريب انظر سنن الترمذي ج ٥ ص ٢٩٧ ، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١١٧ .
(٤ — السكوت)

وهذا نص في المسألة . .

وقال ابن عباس : (كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ، ويتركون أشياء تقذراً ، فبحث الله نبيه - صلى الله عليه وسلم - وأنزل كتابه ، وأحل حلاله ، وحرم حرامه . . فما أحل فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفر . .) وتلا قوله تعالى : « قل لا أجد فيها أرحم ، إلى محرما على طاعم يطعمه . . إلى آخر الآية (١) »

٣ - واستدلوا - كذلك - بما نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه . . من كثرة السؤال ، ولومه من فعل ذلك ولو كان لكل شيء حكم شرعي لما كان السائل منه ملوما . . وبما ورد من ذلك النهي : قوله صلى الله عليه وسلم : « ذروني ما تركتكم ، فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة مسائلهم ، واختلافهم على أنبيائهم ١١ ، (٢) » .

وبعد استعراض أدلة كل من المذهبين ترى صحة المذهب القائل (بمرتبة المفور) ، وأن أحكام الشريعة طائفة محدودة من الأحكام . . سواء أكانت مستفادة بالنص أم بالقياس ، أم غير ذلك . . وأن ما لم يدل عليه دليل صحيح يكون خارجاً عن جملة الأحكام أصلاً . . وبناء على ذلك لا يمتنع أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - قد فعل (الشيء) بناء على أنه لا حكم فيه من قبل الله تعالى ، بل هو مسكوت عنه

وعلى هذا يحمل ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعله - بما حرمه الله بعد ذلك - كالتبني ، ولبس الذهب ، وما أقر غيره عليه - من ذلك - كشرب الخمر (٣) .

(١) انظر مسند أبي داود ج ١٠ ص ٢٧٣ .

(٢) انظر صحيح مسلم ج ٨ ص ١٠١ .

(٣) انظر المراجع السابقة .

المطلب الثاني

(حكم المطعومات التي سكنت عنها الشارع)

من البديهيات أنه لا يعلم المسكوت عنه إلا بعد علم المنصوص عليه ..
والقاعدة الفقهية في هذا الباب هي : أن الأصل في الأشياء الإباحة
إلا ما ورد بالشرع بتحريمه (١) ... والمحرم منها مستثنى ، ومنصوص عليه .
والأصل في إباحة المطعومات .. أو تحريمها : النصوص .. والقواعد الفقهية
أما النصوص فقد بينت المحرمات - من المطعومات - وأصت عليها ، وحصرتها ،
ومعنى ذلك أن ما سكنت عنه النصوص يكون مباحا .. عملا بقاعدة : الأصل
في الأشياء الإباحة .. وسوف نعرض لهذا في حينه .
ونتناول الحديث هنا على الوجه التالي :

أولا : بيان النصوص المحرمة لبعض المطعومات ... وإليك بيانها .

١ - يقول الله تعالى - في سورة المائدة (٢) : « حرمت عليكم الميتة ، والدم ،
ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ،
والتطيحة ، وما أكل السبع - إلا ما ذكيتم - وما ذبح على نصب ، وأن
تستقسموا بالأزلام ۚ ذلكم فسق ، اليوم يئس الذين كفروا من دينكم ،
فلا تخشروهم ، واخشون ، اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت
لكم الإسلام ديناً ، فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » .

٢ - ويقول عز وجل - في سورة البقرة (٣) : « إنما حرم عليكم الميتة ،
والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد -
فلا إثم عليه ، إن الله غفور رحيم » .

(١) انظر نيل الاوطار ج ٨ ص ١٢١ .

(٢) سورة المائدة الآية ٣ .

(٣) سورة البقرة آية ١٧٣ .

٤ - ويقول جل ثناؤه - في سورة الانعام (١) - دقل لا أجد - فيما أوحى إلى - محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير ، - فإنه رجس ، أو فسقا أهل لغير الله به ، فمن اضطر - غير باغ ولا عاد - فإن ربك غفور رحيم ، .

٥ - ويقول تبارك وتعالى - في سورة النحل : ولما حرم عليكم الميتة ، والدم ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، فمن اضطر - غير باغ ولا عاد - فإن الله غفور رحيم ، (٢) .

٥ - يقول جل ذكره ، وعظم ثناؤه - في سورة الانعام : وما لكم ألا تأكلوا بما ذكر اسم الله عليه ، وقد فصل لكم ما حرم عليكم - إلا ما اضطررتم إليه ، .

فهذه الآيات الكريمات ذكرت المعلومات المحرم تناولها في الإسلام ، وأضافت السنة النبوية المطهرة - على صاحبها أفضل الصلاة ، وأزكى السلام - أنواعا أخرى شملتها أحاديث وردت عن النبي - صلى الله عليه وسلم :
١ - فقد ورد عن أبي ثعلبة الخشني أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ، رواه البخاري .

٢ - وعن جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم خيبر عن لحوم الجر الأهلية ، وأذن في لحوم الخيل ، .
٣ - وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « أكل كل ذي ناب من السباع ، وكل ذي غلب من الطير - حرام » (رواه أبو داود) (٣) .

ويؤخذ من هذه النصوص - سواء أكانت قرآنا ، أم سنة - أن الأصل في المعلومات ... الإباحة ... والنحریم مستثنى ، ومنصوص عليه أيضا .

(١) سورة الانعام آية ١٤٥ .

(٢) سورة النحل آية ١١٥ .

(٣) انظر كل هذه الاحاديث : نيل الأوطار : ٨٥ ص ١٣١ .

ويؤكد هذا قوله — صلى الله عليه وسلم — جواباً لمن سأله عن بعض
المعلومات : « الحلال ما أحله الله في كتابه ، والحرام ما حرمة الله في كتابه ،
وما سكت عنه فهو مما عفا عنه » (١) (أخرجه الترمذى) .

فالرسول — صلى الله عليه وسلم — أحال السائل على قاعدة يرجع إليها في
معرفة الحلال والحرام ، وهي أنه يكفي أن يعرف ما حرمة الله ، فيكون كل
ما عداه حلالاً طيباً ... ويؤكد هذا ما قاله الإمام الرازى — حيث قال — عند
تفسيره الآية المحرمات من الطعام : (أنه ليس وراء هذه المحرمات المحصورة محرم ...
وأنه الحكم المستقر في الشريعة من أولها إلى آخرها) (٢) .

وهذه النصوص تناولت المعلومات المحرم تناولها في الإسلام ... وهي
نوعان :

(أ) نوع محرم بالإتفاق ...

(ب) ونوع مختلف فيه ...

أما النوع الأول — المحرم بالإتفاق — فإليك بيانه ، وحكمة تحريمه ،
ويشمل الأصناف الآتية :

الأول : الميتة ... والمراد منها — في عرف الشرع — ما مات ، ولم يذبحه
الإنسان ذكاه شرعية ... فيحرم أكله بإتفاق ، لأنه يكون — في الغالب — ضاراً ،
إذ يحدث الموت بشكل طبيعي ، أو بضعف وهزال ، أو بـميكروب ،
أو فيروس ، يحطم خلايا الجسم ، ويهدقواها ، ويتوالد فيها ، فيكون الجسم
مسموماً ، وقد يعيش « الميكروب ، أو الفيروس ، في جثة الميتة زمناً طويلاً ،
وينتقل بالتالي إلى الآكل ... ولأنه بما تعافه الطباع السليمة ، وتستقدره ، وتمده
نحيثاً ... وقد قيل : إن سبب ضرر الميتة هو احتباس بعض المواد الضارة .
والسامة في جسمها .

(١) انظر نيل الاوطار : ج ٨ ص ١٠٦ .

(٢) انظر : تفسير القرآن للرازى ج ٤ ص ٧٥ .

وقد استثنى من الميتة المحرمة . . . نوحان - باتفاق - هما : السمك . .
والجراد . . وبديل على هذا الاستثناء ما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم :
« أحلت لنا ميتتان ، ودمان : السمك والجراد . . والكبد والطحال » (١) .

الثاني : الدم . . . والمراد به الدم المسفوح ، الذى يسفح وبراقي ؛ وبسيل
من الحيوان عند التذكية .

وحكمة تحريم الدم هي . . الضرر . . والاستقذار . . أيضا . . كما قيل في
الميتة . . .

أما كونه خبيثاً مستقذراً عند الناس - فظاهر . . . وأما كونه ضاراً فلأنه عسير
الهضم جداً ، ويحمل كثيراً من الخلايا المغتنة الميتة ، التى تتحلل من الجسم ، وهى
فضلات انقضت طبيعته منه - كما تلفظ البول والبراز ، واستعاضت عنها بمواد
جيدة جديدة من الدم . . . فالعودة إلى التغذى بها تشبه التغذى (بالرجيع) . . . وقد
يكون جراثيم بعض الأمراض المعدية - وهى تكون فيه أكثر مما تكون فى اللحم . .
وكذلك اللبن الذى أعده الخائى الحكيم من أصل الطبيعة للتغذى به .

ومع هذا نرى أن الأطباء متفقون على وجوب (غلى اللبن) اقتل ما يوجد
فيه من جراثيم الأمراض المعدية . . والدم لا يغلى كما يغلى اللبن بل قد يجمد
بقليل من الحرارة (يتجلط) وحينئذ تبقى الجراثيم الفتاكة فيه - حية تؤثر فى
الجسم الذى تدخله .

فإن قيل : إن المشهور عن الأطباء أن الدم (مادة الحياة) الحيوانية الفعالة فى
الصحة ، فإن أمكن للإنسان أن يضيف دم غيره من الأحياء إلى دمه زاده ذلك
صحة وقوة !!

(١) أنظر تفسير بن كثير ج ٢ ص ٦ الحلبى والمنار ج ٦ ص ١١١
الهيئة العامة للكتاب والمنار العربى ج ٦ ص ٤٧ دار الكتب .

فالجواب : أن هذا لا يؤخذ على إطلاقه ، ولم يثبت عند الأطباء أن شرب
الدم المسفوح ، أو أكله - بعد أن يجمد بنفسه ، أو بالطبخ - مفيد للصحة ،
والقوة ... كما لم يثبت عندهم - أنه يزيد الدم 11

ولذلك لا يتناولونه ، ولا يأمررون الناس به ، ولا يقولون إن (معدات)
الناس تقوى على هضمه ، والتغذى به بسهولة . . . وإنما يتولد الدم مما يهضم من
الطعام .

الثالث : لحم الخنزير ... وإنما خص اللحم بالذكر ، لأنه المقصود الأهم ...
وأما شعره ... فقال قوم بهواز استعماله إن كانت هناك ضرورة .

حكمة تحريم أكله . . ما فيه من الضرر . . وكونه مما يستقدر ... وإن كان
استقذاره ليس لذاته كاللحم والميتة . . بل هو خاص بملازمته للقاذورات ،
ورغبته فيها ، وولمه بها .

ولهذا المعنى ورد النهي عن أكل (الجلالة) وشرب لبنها (وهي التي تأكل
العذرة - الجللة - أي فضلات البهائم . فقد روى أحمد ، وأصحاب السنن
الثلاثة - وصححه الترمذي عن ابن عباس - : « نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن شرب لبن الجلالة » وعن ابن عمر - رضى الله عنه - قال : « نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم - عن أكل الجلالة ، وألبانها ، (رزاه الخمسة
إلا النساء) (١) »

واختلف العلماء في النهي عن الجلالة - من الأنعام وغيرها ، كالسجاج
والأوز ... وهل العبرة بعلقها - فلة وكثرة - ؟ أو العبرة برائحة لحمها ؟ وهل
النهي للتحريم ، أو للكراهة ؟

وقال بعض الأئمة (الشافعي ، وأصحاب الرأي ، والإمام أحمد) : - أنها
تكره . . ولا يؤكل لحمها حتى تحبس أياماً عن أكل القاذورات .

(١) انظر : نيل الاوطار ج ١٢٦ .

واختلفوا في مدة الحبس ... والمشهور أنه ليس للحبس مدة محددة ، وإن كان ابن عمر حبس الدجاجة ثلاثا ... ولم ير الإمام مالك بأسا في أكلها دون حبس . .

والغرض من هذا أن الإسلام أسهل الطيبات ، وحرم الخبائث ، وبالغ في أمر النظافة ... فلا غرو إذ عد أكل الخنزير للقاذورات علة أو حكمة لتحريمه . وإن لم يترتب عليه ضرر ... فكيف إذا ترتب عليه ضرر بالغ ...

وأما كون لحم الخنزير ضارا . . فهذا أثبتته علم التشريع ، والطب . . وجل ضرره ناشئ من أكله القاذورات التي تتوالد فيها (الديدان الشريطية) ، كما أنها تولد في جسمه دودة أخرى يسميها الأطباء (الشعرة الحلزونية) ، وهي تسرى إلى جسم الخنزير من أكله القتران الميتة (١) ... ومن أضراره أن لحمه أعسر اللحوم مضما ، لكثرة الشحوم في أليافه العضلية ... وقد تحول الأنسجة الدهنية التي فيه . دون عصير المعدة ، فيعسر هضم المواد الزلالية للفضلات ، فتتعب المعدة آكله ، ويشعر بشغل في بطنه ، واضطراب في قلبه ، فإن ذرعه القيء (غايه) قذف هذه المواد الخبيثة ... وإلا تهيجت الأمعاء ، وأصيب بالإسهال .

ولولا العادة التي تسهل على كثير من الناس تناول السموم : أكلوا وشربا ، وتدخيننا ... ولولا ما بهالجون به لحوم الخنزير لتخفيف ضرره .. لما أمكن للناس أن يأكلوه ، ولا سيما أهل البلاد الحارة !!

فإن قيل إن آية الانعام (٢) عللت تحريم أكل لحم الخنزير بكونه رجسا . فهل معنى ذلك أن أكله محرم للقذر ؟ أو لما فيه من الضرر ؟

فالجواب . . أن لمطاء (الرجس) يطلق على كل ضار . . مستقبح . . حسا

(١) انظر الطب النبوي لابن القيم ص ١٣

(٢) انظر الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

أو معنى .. فيسمى (النجس) رجسا .. ويسمى (الضار) رجسا .. ومن
الآخر قوله تعالى : « إنما الخمر ، والميسر ، والأنصاب والأزلام رجس من عمل
الشيطان فاجتنبوه ١١ » .

الرابع . ما أهل لغير الله به ... وهذا هو الذي حرم لسبب ديني محض ،
لا لأجل الصحة والنظافة كالثلاثة الماضية .

والمراد بما أهل لغير الله هو : ماذبح ، أو نحر على ذكر اسم غير اسم الله
تعالى ، من المخلوقات التي يعظمها الناس تعظيما دينيا ، ويتقربون إلى معبوداتهم
بهذه الذبائح ..

والإهلال : رفع الصوت .. يقال : أهل فلان بالحج إذا رفع صوته بالتلبية
له ... ومنه : استهل الصبي : إذا صرخ عند الولادة .

وكانوا في الجاهلية - يذبحون لأصنامهم ، فيرفعون صوتهم - عند الذبح -
بقولهم : باسم اللات .. أو باسم العزى ١١ .

وحكمة تحريم ما أهل به لغير الله هي .. أن هذا من عبادة غير الله تعالى ..
فالأكل منه يعتبر مشاركة لأهله ، ومشايعة لهم عليه ، (ورفع الصوت) ليس
هو علة التحريم ، ولا شرطا له .. بل هو لبيان الواقع ،

وإنما سبب التحريم ما ذكرناه من كونه عبادة لغير الله ... ويدخل فيما
أهل به لغير الله ما ذكر عند ذبحه اسم نبي .. أو ولي ، كما يفعل بعض أهل
الكتاب .. وجهلة المسلمين ١١ .

الخامس ... المنخنقة .. قال صاحب القاموس : (منخنقة خنقا — ككتف ،
وخنقا ... وخنوقة ، وخنوق .. والخنقت الشاة بنفسها) .

وقد روى ابن جرير الطبري — في تفسير المنخنقة — أقوالا عن مفسري

السلف^(١) ، في هذا المعنى ... وأولى هذه الأقوال بالصواب قول من قال : —
(هي التي تختق : إما في وثاقها ، أو بإدخال رأسها في الموضع الذي لا تقدر على
التخلص منه ، فتختق حتى تموت) ...

وإنما قلنا إن ذلك (أولى بالصواب) في تأويل ذلك من غيره ، لأن المنخنة
هي الموصوفة (بالانخناق) دون خنق غيرها لها .

ويخطئ من يقول : إن فعل الانخناق — هنا — بما يسمونه أفعال المطاوعة
كما قال الصرفيون في مثل : كسرت فأنكسر ... وهذا فهم غير دقيق ، لأن العربي
إنما يقول : أنكسر الشيء .. إذا كان يعلم أنه أنكسر بنفسه ، أو يجهل من
كسره ... إلا إذا كان المقام مقام تعبير عن شيء تعذر كسره على السكاسرين ثم
أنكسر بفعل أحدهم ... وهذا لا يتأتى إلا في بعض المراد .

وأرى أنه في (مادة الخنق) ما يفهم — من عبارة القاموس — أن مطاوع (خنق)
هو اختنق من (الافتعال) ... وأن (انخنق) لا يفهم منه إلا ما كان بفعل الحيوان
نفسه — كما قال ابن جرير .

فالمنخنة — بهذا المعنى — من قبيل ما مات حتف أنفه ، من حيث أنه لم يم
بتزكية الإنسان له ، لأجل أكله ، فهي داخلة في عموم (الميتة) بالمعنى الشرعي الذي
يبناه من قبل .

والحكمة من هذا التحريم هي : تعظيم شأن (القصد) في الأمور كلها ، ليسكون
الإنسان معتمدا على كسبه ، وسميه ، فإن التذكية عبارة عن إزهاق روح الحيوان
لأجل أكله — وله صور وكيفيات كثيرة — والميت حتف أنفه يوجب عليه أن يموت
لمرض ، أو أكل نبات سام ، وبذلك يكون له ضارا ... وكذا إذا مات من شدة
الضعف ، وانحلال الطبيعة ... أضف إلى ذلك استقذار ما مات (مخنوقا) عند
الطباع السليمة ، واستنجاث أكله واعتباره مهانة تنافر عزة النفس وكرامتها .

(١) انظر : تفسير ابن جرير للطبري ج ٧ ص ٢٢٣ .

وانظر بحثا لنا في المطبوعات والاعذار الشرعية ص ٧٥ .

ولأنما خص القرآن الكريم (المنخنة) بالذكر ، لأن بعض العرب - في الجاهلية - كانوا يأكلونها ... واثلاً يشتبه فيها بعض الناس بهم ، لأن لموتها سبباً معروفاً -

ولأنما العبرة في الشرع بالتذكية التي تكون بقصد الإنسان ، لأجل الأكل ، حتى يكون واثقاً من (صحة البهيمة) التي يريد التغذى بها .

ولو أراد الله (بالمنخنة) .. المنخوقة بفعل الإنسان .. لمبر بلفظ (المنخوقة) لأنه حينئذ يفيد أن (الحق) - وإن كان ضرباً من التذكية بفعل الفاعل - إلا أنه لأجل ... ويفهم منه تحريم (المنخوق) بالأولى ... بل يفهم هذا عن لفظ (الميتة) - كما قلنا .

فالعُدول إلى لفظ (المنخنة) لا تعقل له حكمة إلا الإشعار بكون (المنخنة) في معنى الميتة 11 .

السادس : الموقوذة ... وهي التي ضربت بشيء غير محدد (أي ليس له حد كحد السكين) حتى انحلت قواها ، وماتت .

قال فالقماموس : الوقذ : شدة الضرب قال شارحه : وفي العصار له صنف : الموقوذة هي التي تقتل بعصا ، أو بحجارة لاحدا لها ، فتموت بلا ذكاة ... 10 . وشاة وقيد ، وموقوذة .. والوقذ أيضاً الشديد المرض ، المشرف على الموت 11

وما نقله ابن جرير من أقوال مفسري السلف (1) موافق لهذا ، وهو أن الوقيد ما ضرب بالخشب ، أو بالعصا ، وكانوا يأكلونها في الجاهلية .

والوقذ محرم في الإسلام ، لأنه تعذيب الحيوان ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل ،

(1) انظر تفسير ابن جرير الطبري ج ٧ ص ٢٢٣

وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليجد أحدكم شفرته ، وإبرح ذبيحته ، رواه أحمد ، ومسلم ، وأصحاب السنن (١) .

فلما نال الوقذ محرما ، حرم ماقتل به ... ثم إن الموقوذة تدخل في عموم الميتة الشرعية ، فإنها لم تذك تذكاة شرعية لأجل الأكل .

والحكمة في هذا التحريم ... أن يعرف الناس أن الشارع الحكيم يأمر بالمحافظة على حياة الحيوان ، وينهى عن تعذيبه ، أو تعريضه للعذاب ، ويعاقبه من يتهاون في ذلك بتحريم أكل الحيوان عليه كي لا يتهاون في حفظ حياته ، فإن الرعاة - أحيانا - يضربون على بعض البهائم ، فيقتلونه بالضرب ، ويحرقون بين البهائم ، فيغرون الكبشين بالتناطح حتى يهلكا ، أو يكادا ... ومن كان يرعى أغنام غيره بالأجرة يقع له مثل ذلك أكثر ... ولو كان كل مالهك بتلك الطريقة حلالا ... لما بعد أن يعتمد الرعاة ، وأمثالهم تعريض البهائم للهلاك لياكلوها بعذر .

ثم إنه رحمة بنا وبالحيوان جعل الله سبحانه وتعالى بيننا قسمة عادلة ... لحرم علينا ماقتله الحيوان ... وما مات في الغلاء بغير قصد منا ليبقى ذلك كله للحيوان يأكله ، لأنها أمم أمثالنا ... وكأنه تعالى - لم يرص أن نأكل ما لم يقصده ، ولم نفكر فيه .

السابع : المتردية ... وهي التي تقع من مكان مرتفع ، أو منخفض تسوت ... قال ابن جرير : يعني بذلك - جل ثناؤه - وحرمت عليكم الميتة ترديا من جبل أو بئر ، أو غير ذلك ، وترديها رميها بنفسها من مكان عال شرف إلى أسفله (اهـ) .

وهذا التفسير يدخل المتردية في الميتة بحسب معناها الذي بينسناه ، إذا لم يكن للإنسان عمل في إماتها ، ولا قصد به إلى أكلها .

(١) انظر : نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ٦٦٠ .

الثامن : التطيعة وهى التى نطحتها ... ولا فرق بين أن تموت من نطحتها لغيرها ... وبين أن تموت من نطع غيرها لها .

التاسع : ما أكل السبع أى ما قتله بعض سباع الوحوش ، كالأسد ، والذئب لياكله ، وأكله منه ليس شرطا للتحريم فإن اقتراسه إياه يلحقه بالميتة وكانوا فى الجاهلية يأكلون فرائس السباع ، وهو مما تأنفه النفس السوية ، والطباع السليمة - حرمة الله تعالى .

ودل بذلك على أن سائر الأسباب التى يحدث عنها الموت للأنام أو الطيور - دون أن يكون من فعل آدمى على وجه التذكية - تجعل أكلها محظورا .

العاشر : - من محرمات الطعام - ما ذبح على النصب ..

. قال مجاهد : النصب حجارة حول الكعب تذبح عليها أهل الجاهلية ، ويبدلونها - إذا شاءوا - بحجارة أحب إليهم منها .

. وقال قتادة : والنصب حجارة كان أهل الجاهلية يعبدونها ، ويذبحون لها .. فنهى الله عن ذلك .

. وقال ابن عباس : أنصاب كانوا يذبحونها عليها ، ويهلون عليها .

ومن هذه النصوص الفقهية نقول : إن ما ذبح على النصب هو من جالس ما أهل به لغير الله ... من حيث أنه يذبح بقصد العبادة لغير الله ، ولكنه أخص منه ... فما أهل به لغير الله قد يكون ذبح لصنم من الأصنام بعيدا عنه ، وعن النصب .. وما ذبح على النصب لابد أن يذبح على تلك الحجارة أو عندها ، وينشر لحمه عليها .

وخلاصة ما تقدم ... أن النصب أحجار منصوبة كانوا يعبدونها ويقربون لها الذبائح .. فنهى الله تعالى عن أكل ما ذبح على النصب ، لأنه مما أهل به لغير الله !!

والفرق بين النصب . . والنم : أن النم يصور ، وينقش وليس كذلك
النصب ، لأن النصب أحجار منصوبة ، وهذه خرافة من خرافات الجاهلية التي
جاء الإسلام ليحورها (١) .

— المطعمات المختلف في حرمتها —

أما المعلومات المختلف في حرمتها . . فالأصل فيها ما روى عن أبي ثعلبة
الحاشي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل ذى ناب من السباع فأكاه
حرام » (رواه الجماعة إلا البخارى وأبا داود) .

وما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير » .
(رواه الجماعة إلا البخارى والترمذى) .

وعن جابر — رضى الله عنه — عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : —
حرم رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يوم خيبر — لحوم الحمر إلا نسية ، ولحوم
البغال ، وكل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير ، (رواه أحمد
والترمذى (٢)) .

ويؤخذ من ظاهر الأحاديث تحريم كل ذى ناب من السباع ، وكل
ذى غلب من الطير . . . ومن قصر المحرمات من المعلومات على ما جاء
محسوراً في القرآن الكريم فقط : قال : « إن النهى هنا — أى الوارد في

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٠٦ ، وأحكام
القرآن للقرطبي ج ٦ ص ٥٧ . وتفسير آيات الأحكام للمرحوم
الشيخ محمد على السائيس ج ٣ ص ١٦٢ .
(٢) انظر هذه الأحاديث : في نيل الأوطار ج ٨ ص ١٣١ .

الأحاديث - هي كرامة ... وهذا هو المشهور عن مذهب مالك ، كما قال ابن عربي (١) .

واختلف القائلون بالتحريم في تفسير كَلَى (ذى ناب من السباع) (وذى الخلب من الطيور) ... فقال أبو حنيفة (٢) : - السبع هو كل ما أكل اللحم ... قالوا : فيدخل فيه ذى الناب من السباع الوحشية كالأسد ، والدئب ، والضبع ، والثور ، والفهد ، والثعلب ، والقرد ، والفيل ، ونحو ذلك . إلا أنه اختلف في بعض هذه الأنواع ، نظرا لاختلافهم في تفسير كلمة (السبع) .

وقال الشافعي (٣) : - السبع هو كل ما يمدو على الناس والحيوان ... وعلى هذا يخرج الضبع ، والثعلب ، لأنهما لا يمدوان على الناس . فهما حلالان عنده ... حرمان عند غيره ، نظرا لاختلافهم في معنى كلمة (السبع) .

حكم الأكل من السباع . .

المشهور عند أكثر أهل العلم (٤) - تحريم كل ذى ناب قوى من السباع ، يمدو به (وهي التي تضرب بأنيابها وتفترس) .. والدليل على ذلك أحاديث كثيرة منها :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم : كل ذى ناب من السباع حرام ، فأكله حرام .

(١) انظر ، أحكام القرآن لابن عربي ج ٢ ص ٥٣٦ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦٧١ .

(٣) انظر : المذهب لأبي إسحق الشيرازي ج ١ ص ٢٤٩ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٠٢ ، والقوانين الفقهية

لابن جزى ص ١٩٢ ، وتصفه الطلاب ص ١٢٨ .

٢ - واحتجوا ثانيا بما صح عن عائشة رضي الله عنها (أنها سئلت عن أكل لحوم السباع فقرأت قول الله تعالى : « قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه - إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير... الآية ») .

٣ - وروى عن طريق جوير عن الضحاك قال : - تلا ابن عباس هذه الآية : « قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما ... » قال : ما خلا هذا فهو حلال .

٤ - وقالوا : روى الزهري خبر « انتهى عن كل ذي ناب من السباع » ، ثم قال : لم أسمع هذا من علمائنا بالحجاز . . . وقال بعضهم إنما نهي عنها من أجل ضرر لحمها .

وبجواب (١) عن ذلك كله بأن الآية التي احتجوا بها (مكية) . . . وحديث التحريم بعد الهجرة . . . مع أنهم يحرمون الحمر الأهلية ، وليست في الآية . . .

وأما قول عائشة - رضي الله عنها - فلا حجة لأحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ... ولو أن عائشة رضي الله عنها - بلغها نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ... لما خالفته .

وأما الرواية عن ابن عباس ... فهي - الأخرى - لا تصلح حجة ، لأنها من جوير - وهو مالك - عن الضحاك ، وهو ضعيف ، وقد روى - نفسه - حديث : « نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ، الذي رواه الجماعة . . .

وأما قول الزهري : إنه لم يسمعه من علمائه بالحجاز . . . فنقول فيه : -
 هب أن الزهري لم يسمعه قط ... أترى أن السنة لا يؤخذ منها شيء حتى يرفقه الزهري ؟
 إن هذا لم يسمع بمثله . . . فكيف والزهري لم يلتفت إلى أنه لم يسمعه من علمائه بالحجاز ؟ فلا يكون كلام الزهري - حينئذ - حجة على الحديث .

وأما قولهم : إنما نهى عنها لضررها... فلم يثبت عنه - صلى الله عليه وسلم -
ذلك... أى أنه نهى عن لحمها للضرر ، فضلاً عن أن لحم الجمل الشارف (الضخم)
والتيش الهرم أشد ضرراً من لحم السكب ، والهر ، والفهد .

ثم ... هب أنه نهى عنها للضرر - كما قالوا - فهل ذلك ما يطل النهى عنها
صرحة وتناً ؟ (١)

الرأى الراجع عندنا : بعد أن علمت - أخى القارىء الكريم - أن أدلة
المالكية ومن وافقهم . . لا تصلح حجة لما قالوه . . فيكون الرأى المقابل هو
المعول عليه ؛ للأحاديث التى ثبتت ، وصحت عن رسول الله صلوات الله عليه...
فما رواه أبو ثعلبة الخشنى قال : « نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن
أكل كل ذى ناب من السباع » ، متفق عليه .

وقال أبو هريرة - رضى الله عنه - « إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
قال : « أكل كل ذى ناب من السباع حرام » . . قال ابن عبد البر : هذا حديث
ثابت صحيح يجمع على صحته... وهذا نص صريح يخصص عموم الآيات ،
فيدخل فى هذا الأسد ، والفهر ، والفهد ، والدائب ، والسكب ونحوه .

أما ذوات الخالب من الطير - ولا يسمى ذا غلب من الطير عند العرب
إلا الصائد بمخلبه وحده - فالأشهر عند أكثر الفقهاء (٢) : أن كل ذى غلب من
الطير حرام أكله (وهو الذى يطلق بمخالبيها الشئ - ويصيده) ؛ لما روى عن
ابن عباس - رضى الله عنه - « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - نهى عن كل ذى
ناب من السباع وعن كل ذى غلب من فطير ولا ينهى رسول الله ﷺ عن
حلال... وأباح المالكية أكل جوارح الطير ، واحتجوا بعدم الآيات المبيحة ،

(١) انظر : المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٥٨٧ ، ٥٩٠ ، ونيل الاوطار

للشوكانى ج ٨ ص ١٢١ ، وبدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٦٧١ .

(٥ - السكوت)

كقوله تعالى : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » (١) . . . وقوله سبحانه : « وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً » (٢) . . . وقوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه » (٣) . . . وقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » ، فكل شيء (حلال) ما لم يرد نص بتحريمه .

وقد طعن المالكية فى رواية ابن عباس : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كل ذى ناب من السباع » ، وعن كل ذى غلب من الطير » . . . فقالوا : إن هذا الخبر لم يسمعه ميمون بن مهران من ابن عباس ، وإنما سمعه من سعيد بن جبير عن ابن عباس .

ويقول ابن حزم (٤) - رداً على هذه المقالة - : إن ميمون بن مهران سمعه من ابن عباس ، وسمعه أيضاً من سعيد بن جبير عن ابن عباس - رضى الله عنهم - فلم يسلم لهم ما قالوه ، وبقي الحديث سالماً من الضعف .

والراجع فى نظرنا . . . هو ما قاله جمهور الفقهاء (٥) ؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه - « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير » . . . ولما رواه خالد بن الوليد - رضى الله عنه - قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - حرام عليكم الحمر الأهلية ، وكل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير » (رواهما أبو داود) .

ومحصلة هذا الاختلاف . . . أنه قد اختلف فى بعض سباع الوحش ،

(١) سورة البقرة آية ٢٩ .

(٢) سورة الجاثية آية ١٣ .

(٣) سورة الأنعام من آية ١٤٥ .

(٤) سورة الأنعام من آية ١١٩ .

(٥) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(٦) انظر المراجع السابقة .

حوالطير ، نظراً لاختلافهم في تفسير كلمتي (ذى الناب من السباع ، وذى الخلب من الطير) كما سبق .

(أ) فن الفقهاء من يعد بعضها من ذوات الأنياب .. فتكون سباعاً محرمة .. أو من ذوات المخالب فتكون طيوراً محرمة .

(ب) والبعض الآخر قد لا يعدها كذلك .. أى لا يعتبرها من ذوات الأنياب فلا تكون سباعاً محرمة .. ولا ذات مخالب .. فلا تكون طيوراً محرمة .

وبعد تلك المقدمة الطويلة عن بيان (المحرمات من المطهومات) المتفق على تحريمها .. والمختلف فيه ... أقول :

إن هناك مطهومات أخرى غير تلك ، لم يرد نص من الشارع عنها ، أى سكوت الشارع عن بيانها ... فما حكمها في هذه الحالة ؟

وهذا ما اخترت له عنوان : حكم المطهومات المسكوت عنها ... ويعبر عنه الفقهاء (بالمسكوت عنه) . . .

وحكمه ... أنه ينظر فيه : فإن كان مما تستطيه العرب حل أكله وإن كان مما لا تستطيه العرب لم يحل أكله ... لقوله عز وجل :

« ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، » (١) ... والطيبات من الطعام ما تستطيه النفوس السليمة ، والفطرة المعتدلة بمقتضى طبيعتها ، فتأكله بأشتهاء ، وما أكله الإنسان بأشتهاء ورغبة فهو الذى يسيغه ، ويضممه بسهولة ، فيتغذى به غذاء صالحاً ... وما يستغيبه ، ويعافه لا يسهل هضمه عليه ، ولا ينال منه غذاء صالحاً ، بل يضره غالباً ..

فما حرمة الله خبيث ... بشهادة الموافقة لفطرته التى فطر الله الناس عليها ، وما زال السواد الأعظم من أصحاب الطباع السليمة ، والفطر المعتدلة يعافون أكل الميتة حذب أنفها ، وما مائلها من فرائس السباع ، والمترديات ، والنطائح ،

(١) سورة الاعراف آية ٣١ .

وتحرقها ... وكذلك الدم المسفوح .. وأكل لحم الخنزير فإنما ينافه من يعرف ضرره ، وإيهما كه في أكل الأقدار .

ونلتخص القول هنا فنقول : إن ما لا نص فيه على حله ، أو حرمة وسكته عنه .. قسآن :

(أ) طيب حلال تستطيه النفس وتأكله .

(ب) وخبيث حرام تستقذره النفس ، وتستخبثه ، ونمافه ، ولا تأكله وهل العبارة - في التفريق بينهما - بذوق أصحاب الطباع السليمة ؟ أو بعمل كل أناس بحسب ذوقهم ؟

كل من الوجهين - محتمل ... وأرى أن المرافق لحكمة التحريم هو الثاني ... وهو أنه يحرم على كل أحد أن يأكل ما تستخبثه نفسه ، ونمافه ، لأنه يضره ، ولا يصلح لتفذيته ... ولذلك قال بعض الحكماء :

ما أكلته وأنت تشتميه فقد أكلته ... وما أكلته وأنت لا تشتميه فقد أكلك ! ! !

وما قيل^(١) من أن الذين تعتبر (استعابتهم ، واستخبثهم) هم أهل الحجاز فقط دون غيرهم ، لأنهم الذين نزل عليهم الكتاب ، وخرطبوا به ، وبالسنة ... فيرجع في مطلق (الفاظهما) إلى عرفهم .. دون الاجتلاف من أهل البادية ... والفقراء ... وأهل الضرورة الذين يأكلون ما وجدوا ... وما وجد في أمصار المسلمين - بما لا يعرفه أهل الحجاز - رد إلى أقرب ما يشبهه في الحجاز ، فإن لم يشبه شيئاً منها فهو مباح ، لدخوله في عموم قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دماً مسفوحاً ، أو لحم خنزير ... الآية »^(٢) ولقوله - صلى الله عليه وسلم - جواباً على من سأله عنه

(١) انظر : المذهب ج ١ : ص ٢٤٩ .

(٢) سورة الانعام من آية ١٤٥ .

بعض المظهورات : « الحلال ما أحله الله في كتابه ... والحرام ما حرمه الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو عفا عنه » (١) .

ما قيل عن هذا فإنه يجاب عليه بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - (عاف أكل الضب) بأنه ليس في أرض قومه ، وأذن لغيره في أكله (٢) .

ومعنى ذلك أنه لم يحكم بذوق قوم على ذوق قوم غيرهم ... وليس هذا أمراً يتعاق بالغة ... حتى لا يقال : إنهم هم الذين خوطبوا بهذا أولاً ، فاجترة بما يفهمونه منه ، والناس تبع لهم فيه ... بل هو أمر متعلق بالأذواق والطباع .

وعلى هذا فالمنى أنه أحل ما يستطاب أكله ، ويشتهى ... دون ما يستخبث ويرعاف ، وسينفذ تكون العبرة بالسواد الأعظم من ذوى الطباع السليمة لا ذوى الضرورات ، والمعيشة الشاذة (٣) .

وأرى أنه — ختاماً لهذا الموضوع — ينبغي أن أتعرض لقاعدة فقهية هي : — هل الأصل في الأشياء الإباحة ؟ لأن المظهورات :

(١) منها ماورد النص بإباحته ... وهو بهيمة الأنعام ، وما يشبهها ، لقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام » (٤) . . . وصيد البر ، والبحر ، لقوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم والسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » (٥) . . . وما كانت العرب تسميه طيلاً ، لقوله تعالى : « ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث » (٦) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر المذهب ج ١ ص ٢٤٧ — ٢٤٩ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٥٨٥ ، المذهب ج ١ ص ٢٤٧ .

(٤) سورة المائدة الآية الأولى .

(٥) سورة المائدة آية ٩٦ .

(٦) الاعراف — آية ١٥٧ .

(ب) ومنها ما سكنت عنه الشارع ، فلم يرد فيه نص بتحريمه ، ولم يستخبه العرب ... فإنه في هذه الحالة يرجع إلى الأصل وهو : — أن الأصل في الأشياء الإباحة .

وتلك مناسبة تقودنا إلى الكلام عن قاعدة : الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما ورد نص بتحريمه ... للتدليل على ما ذكرنا .

وأبيان ذلك نعود إلى سؤال : هل الأصل في الأشياء والأفعال هو الإباحة .. أو التحريم ؟

اختلف في هذه المسألة اختلاف ... ونحن فإخصه فيما يلي : —
إن الأشياء - والأعيان ، والتصرفات ، والأفعال التي لم يرد بشأنها نص في الشريعة ... هل هي مباحة ؟ أو محرمة ؟ .

١ - قال بعض المعتزلة ، وبعض الحنابلة .. الأصل فيها الحظر ، والمنع .
٢ - وقال آخرون : اتوقف في إصدار الحكم حتى يظهر دليل ، إذ لا ندري : هل هناك حكم أم لا ؟ ... وهذا الرأي لأبي الحسن من الحنابلة ، وآخرين .
٣ - وقال بعض الشافعية : الأصل في الأشياء النافعة هو الإباحة ، وفي الأشياء الضارة هو الحرمة .

٤ - والمختار عند جمهور الحنفية ، والشافعية ، وبعض الحنابلة هو : أن الأصل في الأشياء الإباحة ...

وقد دعم كل فريق رأيه بأدلة طال شرحها ، ولكنها لا تخلو من الضعف (١) .
إلا أننا نميل إلى الرأي القائل بأن الأصل في كل الأشياء والأفعال - التي لم يرد نص بشأنها - هو الإباحة ، الأدلة الآتية : —

أولاً : - قوله تعالى : هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ... (٢) .

(١) انظر : الاسفوي ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٩ .

وروجه الدلالة في هذه الآية .. أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات الأرضية هي للعباد ، لأن (ما) موصوغة (لعموم) ... و (اللام) في ولصكم ، تفيد الاختصاص - على جهة الانتفاع - للمعاطيين ... أى أن ذلك مختص بكم ، فيلزم منه أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات .

ثانياً : - قوله تعالى : و قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم أطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دماً مسفوحاً ، أو لحم خنزير .. (١) ، ووجه الدلالة في هذا النص الكريم هو : أن الله تعالى جعل الأصل هو (الإباحة) ... والتمحريم مستثنى كما هو واضح من النص .

ثالثاً : - قوله تعالى : - وما خلقنا السماء والأرض ، وما بينهما لاعبين ، .

وروجه الاستدلال هنا ... أن الله سبحانه - خلق الأشياء للحكمة ، وهي انتفاع المخلوقات بها .

رابعاً : - ماورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : وما أحل الله فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله صافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً ، (١) أخرجه البزار ، والطبراني من حديث أبي الدرداء ، بسند حسن ، فدل هذا الحديث على أن المسكوت عنه مباح ، معفو عنه .

خامساً : - روى الطبراني - أيضاً - من حديث أبي ثعلبة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنهكوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء - رحمة بكم - غير نسيان - فلا تتكفروها - رحمة بكم ؟ فاقبلوها ، .

ويدل هذا الحديث دلالة واضحة على أن المسكوت عنه مباح معفو عنه .

(١) سورة الانعام آية ١٤٥ .

(٢) سورة الانبياء آية ١٦ .

سادساً : - ما رواه الترمذى ، وابن حاجة - من حديث سليمان : أنه
صل الله عليه سلم سئل عن الجبن ، والسمن ، والفراء ، فقال : « الحلال ما أحله
الله في كتابه ، والحرام ما حرمه الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو عفا عنه » ..
والحديث مروي بعدة طرق .

فالرسول عليه الصلاة والسلام ينبه - هنا - إلى قاعدة يعرف بواسطتها
الحلال ، والحرام ... وهي أنه يكفي مرفقة (ما حرم الله) فيسكون كل ما عداه
(حلالاً طيباً) .

ومن هذه الأدلة - وغيرها - نرى أن المسكوت عنه ، ولم يرد فيه نص ،
ولم ترشدنا إليه آية ، أو حديث ... يكون مباحاً جلالاً ، لقوله تعالى : « وقد
فصل لكم ما حرم عليكم » ، وما كان وراء هذا التفصيل فالأصل فيه عدم
التحريم ..

وهذا فقط في (غير العبادات) أما العبادات فلها صفة دينية محضة ، والتشريع
فيها لله وحده ... ومن هنا قرر الفقهاء تلك القاعدة الفقهية : (لا نشرع عبادة
إلا بشرح الله ، ولا نحرّم عادة إلا بتحريم الله) .

هذا ... وقد تفرع على قاعدة : (الأصل في الأشياء الإباحة) فروع
فقهاء (١) ... منها :-

١ - الحيوان المشكل أمره ... فإنه يكون مباحاً لهذه القاعدة .

٢ - النبات المجهول تسميته ... يكون حلالاً .

٣ - النهر ... إذا يعرف حاله : هل هو مباح ؟ أو ملك لأحد ... هل
يجرى عليه الإباحة ... أو الحظر ؟

(١) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٦ ، ٦٧ .

٤ — الزرافة (وهي الحيوان المعروف) . . يحل أكلها ؛ لأن الأصل الإباحة ، وليس لها قاب كاسر . . فلا تشملها أدلة التحريم . .
ومن كل ما ذكرنا نكون قد علمت — أخى القارئ الكريم — مدى أهمية هذه القاعدة ، وارتباطها بالباب المذكور (١) . . والله أعلم . .

(٢) انظر : نيل الاوطار ج ٨ ص ١٠٦ ، ١٠٨ — ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١ — نهاية السؤل للاسنوى ج ٣ ص ١٥٢ — أصول الفقه للمرحوم الشيخ الخضري ص ٣٤٤ — نظرية الإباحة للعالم الدكتور محمد سلام مذكور ص ٤٤ ، ٦٢ . .

المبحث الثالث

السكوت ... وأثره على الإجماع

قبل الكلام على (السكوت) وأثره على الإجماع . . ينبغي أن نتصور الإجماع — عن طريق تعريفه . . . وحقيقته . . . وأنواعه . . . وبعد ذلك نتكلم على (الإجماع السكوتي) .

١ — تعريف الإجماع . . . الإجماع في اللغة : العزم . . يقال : أجمع فلان على كذا . . إذا عزم عليه ، ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم (١) » ، أى اعزموا عليه . . وقوله — عليه الصلاة والسلام — « لاصيام لمن لم يجمع الصيام من الليل ، أى لم يعزم عليه .

ومن معانيه — في اللغة — الاتفاق . . ومنه قولهم : أجمع القوم على كذا ، أى اتفقوا عليه .

والفرق بين المعنيين : أن الإجماع — بالمعنى الأول — متصور من واحد . وبالمعنى الثاني . . لا يتصور إلا من اثنين فأكثر (٢) .

٢ — أما تعريفه عند الأصوين . . . فهم يختلفون فيه اختلافا كثيرا . . تبعا لاختلافهم في كثير من مسائل الإجماع المتعلقة بأركانها ، وشروطه وأحكامه . .

فن ذلك ما عرفه به صاحب كتاب فصول البدائع (٣) ، من أنه : (اتفاق .

(١) سورة يونس الآية ٧١ .

(٢) انظر : كشف الاسرار للبذوى ج ٣ ص ٧٣٧ §§

(٣) انظر : فصول البدائع في أصول الشرائع للامام محمد بن حمزة .

القفاري ص ١٧٥ .

المجتهدين من أمة محمد — صلى الله عليه وسلم — في عصر . . على حكم شرعي)
ويقرب من هذا التعريف تعريف السكال بن الهمام صاحب التحرير بأنه :
(اتفاق مجتهدي عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم — على أمر شرعي) (١) .

وبناء على ١٠ تقدم لا يوجد (الإجماع) إلا إذا حصل الاتفاق من المجتهدين
فاتفاق غير المجتهدين لا يكون إجماعاً ، لأنه لا يستند إلى دليل . . . وكذلك لا بد
أن يسكن المجتهدون المجمعون من أمة محمد صلى الله عليه وسلم . . وإلا فلا عبرة
بإجماع غيرهم ، من الأمم الأخرى . . . كذلك لا بد أن يكون الإجماع على حكم
شرعي ، مثل وجوب الزكاة . . وحل البيع . . . وحرمة أكل أموال الناس
بالباطل (٢) .

حجية الإجماع :

جمهور الأصوليين متفقون على أن الإجماع الصريح ، حجة قطعية ، وأنه
متحقق ، ومتقرر . . . وهو الدليل الثالث بعد الكتاب . . والسنة .

فشكل مسألة انفقت فيها آراء المجتهدين صراحة — على واحد ، في عصر
من العصور سواء أ كان اتفاقهم بالقول . . أم بالفعل . . مجتمعين ، أو متفرقين .
في أماكن مختلفة . . يكون هذا الحكم الواحد — المتفق عليه — قانوناً شرعياً
واجب الاتباع ، ولا يجوز مخالفته ، ولا يجوز للمجتهدين في عصر آخر أن
يجعلوا هذه المسألة — موضع اجتهاد ، أو عملاً للنزاع ، ولا يلتفت إلى ما خالفه
من الأدلة الظنية .

(١) انظر : التحرير في أصول الفقه — للعلامة كمال الدين محمد
بن عبد الواحد — الشهير بابن الهمام ج ٢ ص ٢٣٥ .
(٢) انظر : حاشية الشيخ بخيت على السنن ج ٢ ص ٨٠٢
والتلويح ج ٢ ص ٤١ .

وخالف في ذلك الخوارج .. والشيعية .. وبعض المعتزلة :

١ — أما الخوارج .. فإنهم يرون حجية إجماع الصحابة — قبل الفارقة ...
أما بعدها فلا حجية في إجماعهم ...

وفي غير عصر الصحابة لا يتحقق إجماع وغير إجماع طائفتهم ، فإن الإجماع
المعتبر كدليل شرعي ... هو إجماع المؤمنين ... وهم يزعمون أنهم هم المؤمنون
دون سواهم ١١

ومن هذا يتضح أنهم يعترفون بالإجماع ... وبمحجتيه — وإن قصره
على بعض صوره ١١

٢ — وأما الشيعة ... فقد أنكروه ، إذ أن مذهبهم ، أنه من لا بد من إمام
معصوم في كل عصر ... وقول الإمام — عندهم — هو الحجة ، فلو وافقه
غيره لم يكتسب — قول هذا الغير — بهذه الموافقة — الحجية .
وعلى هذا فلا يتحقق إجماع عندهم ١١

٣ — وقد نسب إلى (النظام) من المعتزلة .. استعجاله الإجماع — عادة —
لتفريق المجتهدين في بلاد متباعدة ... ولعدم معرفة أشخاصهم ، فضلا عن معرفة
آرائهم ... ومن ثم لا يكون الإجماع دليلا — عنده (١) .

(الدليل على حجية الاجماع)

لأسيل إلى حجية الإجماع إلا بالكتاب .. والسنة المتواترة ، إذ لا يمكن
إثبات الإجماع بالإجماع .

١ — أما الأدلة على حجية الاجماع من كتاب الله تعالى : — فقد جاء في
أكثر من آية ما يفيد وجود الرد إلى كتاب الله ، وسنة رسوله — صلى الله عليه
وسلم — في كل أمر يحصل فيه اختلاف بين المسلمين أو تنازع في حكمه .

(١) انظر شرح المنار في الاصول ، لابن ملكا ص ٤٨ ، ٥٠ — وسنن
للوصول إلى علم الاصول ص ٢٧ ، ٢٨ .

ومفهوم هذا : أن ما اتفقوا عليه يسكون حقا ... يلزم اتباعه ، والعمل به بمقتضاه ...

(أ) ومن هذه الآيات : قوله تعالى : **وإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله ، والرسول** ، (١) .

(ب) ومن أقوى الأدلة على حجية الإجماع : أن الله تعالى — كما أمر المؤمنين ، بطاعته ، وطاعة رسوله — أمرهم بطاعة أولى الأمر منهم ... وطاعة الله ورسوله واجبة بنص الكتاب ، فتكون طاعة أولى الأمر واجبة كذلك .. وأولو الأمر هم أصحاب الشأن — سواء أكان شأنا دينيا أم شأنا دنيويا — وألو الأمر الديني هم العلماء المجتهدون ، وأهل الفتيا وأولو الأمر الدنيوي هم رؤساء الدول ، والرؤساء المباشرين في كل موقع ..

يقول الله عز وجل : **ولو ردوه إلى الرسول ، وإلى أولى الأمر منهم لعليه الذين يستنبطونه** منهم (٢) .

فإذا أجمع أولو الأمر في التشريع — على حكم ، وجب اتباعه ، وتنفيذه بنص القرآن ، حيث قال سبحانه : **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول ، وأولو الأمر منكم** ، (٣) .

(ج) أن الله تعالى عبد المسلمين ، حيث جعلهم شهوداً على الأمم السابقة .. وعدالتهم تقتضي لزوم عصمتهم من الخطأ — فيما يجمعون عليه — سواء في ذلك القول ، أو الفعل ، لأن الله تعالى — الذي يعلم خائنة الأعين ، وما تخفي الصدور — لا يثبت لهم للعدالة مع عباده بارتكابهم المعاصي ١١ .

كما أن الله تعالى جعلهم أمة وسطا ، ممتدة بين الأمم — لإفراط ولا تفريط ..

(١) سورة النساء آية ٥٩ .

(٢) سورة النساء آية ٨٣ .

(٣) سورة النساء آية ٥٩ .

والذي من شأنه الاعتدال في أموره يكون معصوما في كل أمر يصدر عن اتفاق تام ، ويجمع عليه أولو هذا الأمر .

وفي هذا يقول جل جلاله : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا ، لتكونوا شهداء على الناس » (١) ..

٢ — وأما أدلة حجية الإجماع — من السنة .. فقد تظاهرت الروايات عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بالفاظ مختلفة — مع اتفاق المعنى ... كما اشتهر عن الصحابة — رضوان الله عليهم — أن لا يجمع على الخطأ ... فيجب اتباع ما أجمعوا عليه (٢) .

(١) ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله تعالى لا يجمع أمتي على ضلالة ، ويد الله مع الجماعة ، ومن شذ .. شذ إلى النار » ١١ .

(ب) وفي رواية : « إن الله لا يجمع أمر هذه الأمة على ضلالة ، وإن يد الله مع الجماعة ، فانبهوا السواد الأعظم ، فإن من شذ .. شذ في النار » ١١

(ج) وفي رواية ابن ماجة : « إن أمتي لا يجمع على ضلالة ، فإذا رأيتم الاختلاف فليكن بالسواد الأعظم »

(د) ورواه الحاكم بلفظ : « لا يجمع الله الأمة على ضلالة ، ويد الله مع الجماعة ، ولفظ : « إن الله لا يجمع جماعة محمد على ضلالة » (٣)

(١) سورة البقرة آية ١٤٣ .

(٢) انظر : المستقصى للإمام الغزالي ج ١ ص ١٧٦ . وتيسير التحرير ج ٣ ص ٢٥٨ .

(٣) هذا الحديث روى بالفاظ متقاربة في الدلالة : قتال صاحب التعزيز ، والتحرير : (قال شيخنا الحافظ ابن حجر : رجاله رجال الصحيح ، إلا أنه معنول : علته) انظر التقرير والتحرير ج ٣ ص ٨٥ .

(أنواع الإجماع)

الإجماع من جهة كيفية حصوله ثلاثة أنواع (١) :-

(١) الإجماع العمل . (٢) الإجماع القول الصريح ، (٣) الإجماع السكوتي .

(١) أما الإجماع العلمى ... فهو أن يتعامل المجتهدون جميعاً - في عصر -
(بالمسافة) مثلاً ... فإن عملهم هذا يدل على (جواز) الجمع عليه ، ولا يفيد
(الوجوب) إلا بقرينة تدل على الوجوب .

يرشد إلى هذا ما روى عن أبي عبيدة السلماني أنه قال : (ما اجتمع أصحاب
رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كاجتماعهم على الأربع - قبل الظهر) ، فإنه
ظاهر في هذا . . . الإجماع . . . على الدلالة على الوجوب ، لأن الأربع ركعات -
قبل الظهر سنة ، باتفاق .

(٢) وأما الإجماع القولى الصريح ... فهو أن يتفق جميع مجتهدى العصر على
حكم واقعة ... بإبداء كل منهم رأيه صراحة ، في مجلس واحد ... أو بين أحدهم
أحدهم حكماً ، ويذكر غيره فيها - أو في مثلها - مثل هذا الحكم ، ويصدر ثالث
فتوى ، أو قضاء ... ولو لم يجمعهم مجلس واحد ، ولا يشذ عن ذلك واحد منهم .
وذلك كإجماعهم على (مخالفة أبي بكر) رضى الله عنه ، فقد بايعه جميع
الصحابة بأيديهم . وأقروا ذلك بالسنة .

(٣) وأما الإجماع السكوتي - ويسمى بالإجماع القولى غير الصريح -
فهو : - أن يبدي بعض المجتهدين - في عصر - رأيه صراحة في مسألة - بفتوى أو
قضاء - ويسكت الباقي من المجتهدين - عن إبداء رأيه بالموافقة . . . أو المخالفة -
بعد علمه بالحكم (٢)

(١) وهناك أنواع أخرى للإجماع باعتبار اختلاف العلماء فيه : مثل
(إجماع أهل المدينة - عند المالكية) (إجماع الشيوخ - عند الخوارج)
(إجماع الصحابة - عند الظاهرية) .

(٢) انظر : الاستوى ، وحاشية بخيت ج ٢ ص ١٠٩ .

(حكم الإجماع)

١ - حكم النوع الاول : (وهو ما إذا اتفقوا على عمل ، . . ولم يصدر منهم قول ،) ففيه اتجاهات أربعة : -

(أ) الاتجاه الاول : أن الإجماع حجة ، كفعل النبي صلى الله عليه وسلم (١) وهو ما قطع به أبو اسحاق الشيرازي ... وفي المتغول (٢) : أنه المختار . . واستدلوا على ذلك بما يأتي : -

١ - بأن (العصمة) ثابتة لإجماعهم - كتبوها للنبي صلى الله عليه وسلم ... ولما كان فعله صلى الله عليه وسلم حجة ... فكذلك اتفاقهم . . وهو المطلوب .

٢ - بأن (للشرح) يؤخذ من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ... كما يؤخذ من قوله ، فكذلك المجملون ، لأن السكك معصوم ... وشهدت النصوص لهم بالعصمة

(١) (فعل) النبي صلى الله عليه وسلم . . اما جبلى . . أى بحكم الخلق والتكوين . . كالتيام . والقعود ، ونحوهما . . ولا خلاف بين العلماء في أنه مباح . . . واما غير جبلى : فان ظهرت اماره اختصاصه به - صلى الله عليه وسلم - فهو خاص به - بالاتفاق - كوجوب قيامه الليل ، وزواجه بأكثر من أربعة . . ونحوهما .

واما أفعاله - صلى الله عليه وسلم - فيها عدا ذلك . . فاما ان تظهر فيه القربة . . كركعتين قبل الظهر . . والاكل باليمين ، ونحوهما . . فان ظهرت قرينة تدل على صفته حمل عليها من وجوب أو غيره . . وان لم تظهر فقد اختلف فيه : فقيل بالوجوب . . . وقيل بغيره . . والراجح حمله على اولوية الفصل ، ورجحانه . . على الترك . . . وهو القدر المشترك بين الوجوب والندب . . . وبقي من أفعاله - صلى الله عليه وسلم - ما لم تظهر فيه القربة . . . والراجح فيه . حمله على أنه يدل على (مطلق الاذن الراجع للحظر . . . فيكون فعله اما واجبا . . واما مندوبا . . واما مباحا . . ولا يجوز أن يكون مكروها ، ولا حراما بالاولى .

(اقتباس من كتابي : سلم الوصول لعلم الاصول ، للشيخ عبد العليم بن الشيخ محسن أبي حجاب - ص ٢٧ ، ٢٨ - وتبرج المنار لابن ملك - ص ٤٨ وما بعدها) .

(٢) المتحول للغزالي ص ٢٣٥ .

كما أن الأدلة المثبتة (لعصمة الأمة) لم تفرق ... فالتفرق تحكم لا مبرر له (٢١).

(ب) الاتجاه الثاني . . أن الاتفاق في الفعل ليس حجة ، ولا إجماع ، — وهذا ما نقله إمام الحرمين عن القاضي . . . ونقبه الزركشي : بأن الذي رآه — في التقريب — (هو) التصريح بحجية دلالة على الجواز ، فقال : (كل ما أجمعت عليه الأمة يقع بوجهين : إما قول . . وإما فعل . . وكلاهما حجة) .

(ج) الاتجاه الثالث : فيما إذا انفقوا على عمل ، ولم تصدر منهم قول — هذا الاتجاه يرى — أن هذا العمل — يحمل على الإباحة . . وما لم تـم قرينة على الندب . . . أو الوجوب — وهو لإمام الحرمين . ٢٢

(د) الاتجاه الرابع : — أن كل فعل لم يخرج مخرج الحكم والبيان . . لا ينعقد به إجماع . . كما أن ما لم يخرج من أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم — يخرج الشرع لا يثبت فيه الشرع . . . وأما الذي خرج مخرج الحكم والبيان ، فيصح أن ينعقد به الإجماع . . وهذا الاتجاه لابن السمعاني . ٢٣

هذا . . ويلاحظ في كل ذلك هل يشترط انقراض العصر ، أو عدم انقراضه ؟

١ — فن شرط انقراض العصر قال : لا يكون (الفعل) حجة إلا بانقراضه . .

٢ — ومن لم يشترطه . . فافعل عنده حجة ، وإجماع . . وهذا هو الراجح ٢٤

ومن يدق النظر في هذه الاتجاهات الأربعة . . يجد أن (الاتجاه الرابع) تكرار للاتجاه الأول . . . كما أن (الاتجاه الثاني) — بعد تحقيقه الذي نقله الزركشي — يرجع إلى الاتجاه الثالث ، إذ لا يمكن للقاضي أن يقول : إنه يدل على الجواز ، مع قرينة الوجوب . . أو الندب . .

(١) انظر : شرح المنار في الأصول ، لابن مالك ص ٤٨ . والاحكام في اصول الاحكام ج ٤ ص ٤٢٣ .

(٢) انظر للتقرير والتحجير ج ٣ ص ١٠٦ .

(٦ — السكوت)

وغاية الأمر أن يقال : إن الدال هنا — هو القرينة ... ولكن المال
في الاتهامين واحد .

إذا ... فالتحقيق أن في المسألة اتهامين :

الأول : أن (الاتفاق على الفعل) كإرادة هذا الفعل تماماً في الدلالة
على الحكم .

الثاني : أن (الاتفاق) يدل على الإباحة ، ولا يدل على غيرها إلا بقرينة ،

٢ — وأما النوع الثالث : (وهو الإجماع السكوتي) بأن يبدى بعض
المجتهدين — في عصر — رأيه صراحة — في المسألة : يفتوى ، أو قضاء ...
ويستكت الباقون عن إبداء آرائهم : بالموافقة ، أو بالخالفقة — بعد علمه بالحكم ...
وبمضى مدة تكفي للبحث ، والنظر — عادة — في مسألة اجتهادية تكليفية —
ويكون السكوت مجرداً عن علامة الرضا ، أو عدم الرضا ... وبألا توجد
شبهة في أنه سكت خوفاً ، أو ملقاً ، أو استهزاءً (١) .

ولكن — بعد وقوع الإجماع السكوتي ، وتوفر شروطه تلك — فهل
يعتبر حجة ... أولا ؟ وهل دلالته على الأحكام قطعية ... أم ظنية ؟

اختلف العلماء في تحقيق تلك المسألة اختلافاً كبيراً — على النحو التالي : —

١ — المذهب الأول : أنه يعتبر إجماعاً ... وحجة . قال بذلك أكثر
الحنفية ، وأحمد ، وبعض الشافعية كأبي إسحاق الإسفراييني .

وروى نحوه عن الشافعي ... قال الرافعي — تبدأ للقاضي حسين ، والمتولي :

(إن الإجماع السكوتي ليس خاصاً بزمان دون زمن ، وهذا هو مذهب

الجمهور) ٩٩

(١) انظر : الاسنوى ، وحاشية الشيخ بخيت ج ٢ ص ٩٠٩ ،
والإبهاج على المنهاج ج ٢ ص ٢٥٤ ، وتيسير التحرير ج ٣ ص ٢٤٦ .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

(١) أنه لو شرط — لانعقاد الإجماع — التنصيص من كل واحد منهم ...
لأدى ذلك إلى أن يتمنع الإجماع أبداً ، لتعذر اجتماع أهل العصر على قول
يسمع منهم ... والمتعذر معفو عنه بالنسبة : « وما جعل عليكم في الدين
من حرج » (١) .

بل إن المعتاد في كل عصر أن يتولى الكبار الفتوى ، ويسلم الباقون لهم ...
فكان التنصيص من كل غير مشروط ... ولهذا قال السرخسي ما معناه (٢) :
(من ادعى أن الإجماع لا يكون إلا فيما اتفق عليه الناس جميعاً — كما اتفقوا على
موضع الكعبة ، والصفاء والمروة — قلنا له : بأى طريق عرفت إجماع المسلمين
على هذا ؟ ... فإن قال : بالسماع من كل واحد ... كان كاذباً بيقين ... وإن
قال : بالتنصيص البعض ، وسكوت الباقين عن إظهار الخلاف ... قلنا له : كما ثبت
ذلك بطريق إجماعهم ، فكذلك يثبت به في الأحكام الشرعية) .

ولنقاتل أن يقول : إن التنصيص من كل ... لا يؤدي إلى عدم انعقاد
الإجماع ... ولا يتعذر معه السماع ، إذ قد ثبت الإجماع تنصيصاً في كثير من
الأحكام المعلومة بالضرورة .

وغاية ما يقال : إن اشتراط التنصيص إنما يترتب عليه ندرة الاجماع ...
لما تعذر ... ومن المعلوم أن الأحكام التي ثبتت بالإجماع القولي لا تنحصر
كثرة ... فلم يكن ذلك إلا لأنهم اعتبروا السكوت كالتنصيص .

(ب) واستدلوا على ذلك — ثانياً — بأنه قد وقع الإجماع على أن السكوت
معتبر في المسائل الاعتقادية (أى يعتبر رضا ... فلا يحل السكوت فيها على
باطل) فيقاس عليها المسائل الاجتماعية ، لأن (الحق) في الموضعين ... واحد ،

(١) سورة الحج آية ٧٨ .

(٢) انظر أصول السرخسي ج ١ ص ٣٣ .

فلذا لا يحل السكوت ... وترك الرد - هنا - إذا كان الحكم عنده - بخلافه -
لأن الساكت عن الحق شيطان أخرس - كما جاء في الحديث الشريف .

وهذا لأن الحكم لو كان عنده بخلافه ... لكان سكوته تركا للأمر بالمعروف ،
والنهي عن المنكر ... وقد شهد الله تعالى - لهذه الأمة - بأنها تأمر بالمعروف ،
وتنهي عن المنكر ... إذ لو تصور منهم ترك الأمر بالمعروف لأدى ذلك إلى
الخلف في كلام الله تعالى ... وهو محال ... فوجب أن يحمل سكوتهم على ما يحل ...
وعلى ما تدل عليه عدالتهم .

وما يحل - هنا - هو السكوت عن (الوفاق) لا (عن الخلاف) . إذا مضت ،
مدة تقضى الحاجة فيها إلى التفكير .

(ج) - واستدلوا - ثالثا - بأنه قد ثبت من الأدلة عدم اختصاص الإجماع
بنوع دون نوع ، لأن الأدلة مطلقة ... والتقييد لا دليل عليه .

فإن قيل : ربما يكون السكوت عن خوف ، أو تفكر ، فلا يدل - حينئذ -
على الرضا ، فإن ابن عباس خالف عمر في مسألة (المول) - في الميراث - فقيل له :
هلا أظهرت حجتك على عمر ؟ فقال : كنت مهيأ فهبته ... وإيضاً ... قد
شاور عمر الصحابة - رضي الله عنه وعنه - في مال فضل عنده - للمسلمين - فأشاروا
عليه بالإمساك به إلى وقت الحاجة ، وكان سيدنا علي ساكتاً ... فقال له سيدنا عمر :
ما تقول يا أبا الحسن ؟ فأمر بالقسمة ، وروى فيها حديثاً عن النبي صلى الله عليه
وسلم - فلم يجعل عمر سكوت سيدنا علي تسليماً ... وكذلك أجاز على رضي الله
عنه - السكوت ... مع أن الحكم عنده بخلاف ما أفتوا ... وإيضاً قد روى
أن عمر أشخص إلى امرأة - كان زوجها غائباً عنها - حينما بلغه أنها تجالس
الرجال ، وتحدثهم - فلما أشخص إليها ، لينعها من ذلك أمصت (أى تخلصت
من جنين في بطنها) من هيبتها - فشاور الصحابة ، فأشاروا بأن لا غرم عليه ،
وقالوا : - إنما أنت مؤدب ، وما أردت إلا الخير ... وعلى ساكت - فلما سألته ،
قال علي : أرى عليك الفرة ... فقد أجاز علي - رضي الله عنه - السكوت

جمع إضمار الخلاف . كذلك يجعل عمم سكوته دليلاً على الموافقة ، حتى
الاستنطاقه . . .

إن قيل ذلك . . أجيب عنه بما يأتي (١) : -

(١) أما الأثر المروي عن ابن عباس . . . فكذب ، حيث أن الواقع
يبدل على خلافه . . . ذلك أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - كان يقدم ابن عباس
على كثير من الصحابة ، ويسأله ، ويمدحه ، ويأذن له مع أهل بيته . . حتى قال
عبد الرحمن بن عوف : أناذن لهذا الفتى معنا - وفي أبنائنا من هو مثله ١٩ فقال
عمر : إنه من قد علمت ٢١

وأذن لهم ذات يوم ، وأذن لابن عباس معهم - وأراد بذلك إظهار فضل
ابن عباس . . فسألهم عن قول الله تعالى : « إذا جاء نصر الله والفتح . . . »
- إلى آخر السورة - فقال بعضهم - يفسرها - : أمر الله نبيه - إذا فتح عليه بأن
يستغفره ، ويتوب إليه . . . فقال - سيدنا عمر - ما تقول يا ابن عباس ؟ فقال :
ليس كذلك ، ولكن نعت إليه نفسه ٢١ فقال عمر - رضى الله عنه - ما أعلم فيها
إلا مثل ما تعلم ٢١ ثم قال - للصحابة - كيف تلوموننى عليه بعد ما تبرون ١٩ .

ومن هذا نقول : إن ابن عباس لا يهاب عمر ، الذى يقدمه ، ويعرف فضله .
ويسأله ، ويصوب رأيه . . . فلا يقال بسد ذلك : إنه ترك إظهار رأيه
جهابة لعمر ١١ .

أضف إلى هذا أن سيدنا عمر - رضى الله عنه - كان آلياً لاستماع الحق ،
سواء أكان من ابن عباس ، أم من غيره ، ولذا رجع - عندما أراد أن يمنع
التغالى في المهور - إلى قول المرأة التى حاجته بالآية : « ولأن أردتم استبدال

(١) انظر : شرح التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ٣٢٩ .

زوج مكان زوج ، وآتينهم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه
بهتاناً وإثماً مبيناً ١٤ ، (١)

وقال كلمته المعروفة : (كلكم أفتقه من عمر حتى المججلات) ... وهو القائل :
(رحم الله امرأ أهدى إلى عيوبي) ... والقائل : (لا خير فيكم إن لم تقواوها .
— أى كله الحق — ولا خير في إن لم أسمع ١٥)

ولو - لهذا بصحة ما نقل عن سكوت ابن عباس تهيباً لعمرو - فن الجائز
أن ابن عباس لم يظهر رأيه ، لأنه علم أن عمر أفتقه منه ، وأن المسألة اجتهادية . .
فشكل مذهبه . فلا يظهر رأيه في مقابلة رأى عمر ، أو أنه كان في (مدة التروي) .
ولم يظهر له وجه الحقيقة بعد .

(٢) وأما الأثر الثاني - وهو ما ورد في القسمة - فزعمنا سكت سيدنا علي ،
لأنه يرى أن الذين أفتوا (بأمساك المال) إلى وقت الحاجة . . كانوا على صواب .
لأن الإمام أن يؤخر القسمة فيما بفضل عنده من المال ، ليكون معداً لنسابة
تنوب المسلمين ... ولكن القسمة - في رأى سيدنا علي - كانت أحسن ،
لأنها أقرب إلى إبراء الذمة . . بالتعجيل بأداء الأمانة ، وفي مثل هذه المواضع
لا يجب إظهار الخلاف ، لأن الحكم غير خطأ ... إذ لو كان خطأ لأثم على سكوته .
حيث أنه ... فلماذا سكت سيدنا علي في البداية . . وسين مثل بين الأحسن .

(٣) وأما الأثر الثالث - وهو قولهم : في الإملاص لا غرم عليك -
فقد كان ذلك صواباً وحسناً ، لأنه لم يوجد من عمر ما يوجب عليه الغرة ، إذ لا
جناية منه ... ولكن لإزام عمر بالغرة كان أحسن صيانة له عن القيل والقال ...
ورعاية لحسن الثناء ، وإظهاراً للعدل ... وبدأ لباب الإدعاء فيما يستقبل ،
فلماذا سكت سيدنا علي أولاً عن قول من أفتوا بعدم الغرة ... ولما استأنطقه

عمر بين أولى الوجهين عنده ... على أن السكوت . جائز، تدليلاً للجواب ، لأن المجلس مازال منقاداً للمشورة .. إلى غير ذلك مما يمكن أن يجاب به ...

فإن قيل : ربما سكت الخفاء عليه ، أو اعتقد أن كل مجتهد مصيب في رأيه .
فلا يـى السكوت حراماً ١٤

قلنا : أن الفتوى - إذا ظهرت ، واشتهرت بين العامة - لا يجوز أن تنخفى على أقرانه ... وقد شرط في الإجماع السكوت أن تشتهر المسألة ، بحيث لا تنخفى على أحد ..

وقد بين في باب القياس : أن المجتهد يخطئ ويصيب ... وأن الحق - في موضع الخلاف - واحد ، فسكوتهم - بعد علمهم بالفتوى - لا يجوز إذا كان الحكم عندهم خلاف ما بلغهم .

ولهذا نقول إنه تبين أن السكوت من الباقيين يعتبر إقراراً للحكم ... وهذا ما نرضاه ... ويدل عليه ما تقدم نقله عن السرخسي حيث قال : (١) (قد قال من لا يعياً بقوله - (إن) الإجماع الموجب للعلم - قطعاً - لا يكون إلا في مثل ما اتفق عليه الناس - من موضع الكعبة ، وموضع الصفا ، والمروة .. وما أشبه ذلك ... وهذا ضعيف جداً ...

فإنه يقال لهذا القائل : - بأي طريق عرفت (إجماع المسلمين على هذا ؟ بطريق سماعك نصاً من كل واحد من آحادهم ؟ فإن قال : نعم .. فقد ظهر للناس كذبه ١١ وإن قال : لا .. لكن بتنصيب البعض ، وسكوت الباقيين عن إظهار الخلاف .. فنقول (له) : كما ثبت بهذا الطريق الإجماع منهم على هذه الأشياء ، التي لا يشك فيها أحد ... فكذلك يثبت الإجماع منهم بهذا الطريق في الأحكام الشرعية ... والله أعلم) .

(١) انظر : أصول السرخسي ج ١ ص ٣٠٦ ، ٣١٠ والأحكام للأبدى

٢ — المذهب الثاني ... أنه ليس بإجماع ، ولا حجة ... وهو لداود الظاهري وابن حزم ، واختاره القاضي الباقلاني ، وغراه للشافعي () .

(١) وقال : أنه آخر أقوال الشافعي ، وقال الغزالي ، والرازي « والآمدي : أنه نص (مذهب) الشافعي في الجديد ، وقال الجويني : أنه ظاهر مذهبه ، وجاء في التحرير : وبه قال ابن أبان ، والباقلاني ، وادونا وبعض المعتزلة .. قال الباجي : وهو قول أكثر المالكية ، وأكثر الشافعية ... وقال القاضي عبد الوهاب : هو الذي يقتضيه مذهب أصحابنا .. وقال ابن برهان : ولله ذهب كافة العلماء — منهم للكرخي ، ونصره ابن السمعاني ، وأبو زيد الدبوسي ... وقال الرافعي : — أنه المشهور عن الأصحاب .. وقال النووي : أنه الصواب من مذهب الشافعي وهو موجود في كتب أصحابنا العراقيين في الأصول ، ومقدمات كتبهم المبسوط في الفروع . اهـ .

وهذا القول صرح به الشافعي في (الرسالة) أيضا — لكن صرح في موضع من (الام) . بخلافه ، فيحتمل أن يكون في المسألة قولان كما ذكر ابن الحساج وغيره — أو أن ينزل القولان على حالين : فالنفي على ما إذا صدر من حاكم ... والاثبات على ما إذا ثبت من غيره — مثلا .

وقال أبو إسحاق في (الملح) : أنه إجماع على المذهب ... وجمع السبكي بين القولين بأن الإجماع المنفي .. هو القطعي — وال مثبت .. هو الظني ، وأن متقدمي الأصوليين لا يطلقون لفظ (الإجماع) إلا على القطعي . اهـ . وأخذ هذا من قول غير واحد كالروياتي .. وأبي حامد الأسفراييني .

مناقشة هذه الأقوال : — أن ما نقله الباجي من قوله : (وهو قول أكثر المالكية) .. وما قاله القاضي عبد الوهاب : (من أنه — هو الذي يقتضيه مذهب أصحابنا) ... يدل على أن للمالكية قولين ، إذ كل من الباجي ، والقاضي عبد الوهاب .. ثقة .

وتدبر رأينا أن للشافعي — فيه — قولين .. فيكون قول ابن برهان (ولله ذهب كافة العلماء) غير دقيق ، لأننا نقلنا عن العلماء أن منهم من يصرح

وقد استدلووا على أنه ليس باجماع .. ولا حجة .. بما يأتي :

(١) بحديث (ذى الدين)^(١) ، وفيه أنه لما قال — النبي — صلى الله عليه وسلم — : أقصرت الصلاة ، أم نسيت يا رسول الله ؟ .. نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم — إلى أبي بكر ، وعمر — رضى الله عنهما — وقال : « أحق ما يقوله ذى الدين »^(٢) .

==

قال بخلاف ما قاله ابن برهان .. بل ان ابن السمعاني ، وأبا زيد الدبوسي — وهما من معاصري ابن برهان — قالوا : بأنه المشهور عند اصحاب .. وقال النووي : انه للصواب .. وخلاصة هذه النقول : —

(١) ان من العلماء من يرى ان (السكوت) ليس باجماع ، ولا حجة ، من غير ان تختلف النقول عنهم .. وهؤلاء هم : الظاهرية .. والمرضى .. وابن ابان .

(٢) ومنهم من اختلف النقل عنهم ... فمرة ينقل عنهم انه (اجماع) وحجة ، ... ومرة ينقل عنهم انه (ليس باجماع ، ولا حجة) .. وهؤلاء هم الحنفية ، والمالكية والشافعية ... غير ان الناقلين عن هؤلاء — قالوا باحتمال ان يكون لكل قولان ... أو ان يجمع بين هذين القولين : بتنزيل كل على حال ... واحسن جمع في ذلك ما قاله ابن السبكي .. من حمل (النفي) في كلام الشافعي على (القطعي) ، وحمل (الاثبات) على الظني ..

واقول .. ان مثل هذا الجمع يتأتى في كل من نقل عنه قولان كالحنفية .. والمالكية ..

(١) انظر اصول السرخسي ج ١ ص ٣٠٧ .

(٢) رواه أبو هريرة .. ولفظ الحديث هو : (عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العصر ، فسلم من ركعتين ، فقام إلى خشبة معروضة في المسجد ، فأتكا عليها — كأنه غضبان — ووضع يده اليمنى على اليسرى ، وشبك بين أصابعه ، ووضع خده الايمن على ظهر كفه اليسرى — وفي القوم أبو بكر ، وعمر — رضى الله عنهما — فهاباه أن يكلماه ، وفي القوم رجل — وفي يده طول — يقال له : ذى الدين — قال يا رسول الله : أقصرت الصلاة ، أم نسيت ؟ فقال : « كل ذلك لهم يكن . » فقال : قد كان بعض ذلك ، .. فأقبل على الناس »

ووجه الدلالة في هذا الحديث : أنه لو كان السكوت دليل الموافقة .. لاكتفى به رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ولما استنطقهم في الصلاة ، من غير حاجة فدل ذلك على أن السكوت ليس (رضا) .. فلا يكون إجماعاً ، ولا حجة .

ويجيب عن الاستدلال بالحديث لا يدرون .. بأن سكوتهم كان اكتفاء منهم بكلام ذي اليمين ، لأنهم كانوا مثله في أنهم لا يدون أيهما وقع (اقصر أو السيان) فلما نفي ذلك بقوله : كل ذلك لم يكن . وطلب منهم الجواب . كان لهم الكلام .

(ب) بما قاله الصنعاني (١) — وادعى أنه لم يسبق إليه في إبطال الإجماع السكوتي — وهو قوله : (إن السكوت من العلماء — على أمر وقع : من فعل محظور ، أو ترك واجب — لا يدل على جواز ما وقع ... ولا على جواز ما ترك إذ لا يدل سكوتهم على أنه ليس بمنكر ، لأن مراتب الإنكار ثلاث . هي : اليد واللسان ، والقلب .. ولا يقال للسكوت إنه (قد أجمع) إلا إذا علم رضاه بالواقع .. ولا يعلم ذلك إلا علام الغيوب) .

١ — وزد على هذا بأن دعوى الصنعاني : أنه لم يسبق إليها — دعوى عريضة ، ولا يسلّم لها ، إذ قد سبقه ابن حزم ، وغيره من القائلين (بعدم حجية الإجماع السكوتي) .. ومن المعلوم أن الصنعاني ولد في عام ١٠٥٩ هـ ، وتوفي عام ١١٨٢ هـ ... أما ابن حزم فقد ولد سنة ٣٨٤ هـ — وتوفي سنة ٤٥٦ هـ .. وقد نقل عن ابن حزم أنه قال : — (بطل قول من قال : إن ما صح عن طائفة من الصحابة — رضوان الله عليهم أجمعين — ولم يعرف من غيرهم وإنكار لذلك

فقال : صدق ذو اليمين ؟ قالوا : نعم .. فنتقدم ، فنصلي ما ترك ، ثم سلم ، ثم كبر وسجد سجوده — أو أطول ثم رفع رأسه ، وكبر .. ثم كبر وسجد مثل سجوده — أول أطول — ثم رفع رأسه وكبر .. وقال عمران : ابن حصين : ثم سلم) انظر : مصباح السنة للبغوي ج ١ ص ٧٠ .

(١) انظر : سبل السلام للصنعاني ج ٤ ص ٦٥ .

فأنه منهم إجماع ، لأن ذلك قول بعض المؤمنين ^(١) .

٢ — كما نرد على قوله : (إن مراتب الإنكار ثلاث ، وأن الإنكار بالقلب لا يملأه إلا غلام الغيوب) .. نرد بأنه : إنما يسلم ذلك ما لم تقم قرينة على الموافقة .. وقد سبق في شروط الإجماع السكوتي ما يكفي أن يكون قرينة .

هذا — فضلا — عما علم يقينا أن الصحابة ، والسلف الصالح لا يكتفون بإنكار (المنكر بالقلب) ، لأنه مشروط بعدم استطاعته (الإنكار باليد أو باللسان) . فكانوا لا يكتفون بإنكار القلب ، بل لابد من أن يعلنوه ، كإنكار المرأة على سيدنا عمر في نهيهِ عن المغالاة في المهور .

وبهذا بطلت دعواه المزعومة ..

٣ — المذهب الثالث : — أن السكوت حجة ... وليس بإجماع .. قاله أبو هاشم — وهو أحد الوجهين عند الشافعي — وبه قال الصيرفي ، واختاره الأمدى ... واستدلوا على ذلك بما يأتي : —

(١) أن سكوتهم — مع الاحتمالات الممكنة — ينفي كونه (إجماعا) .. غير أنه لما كان يدل — ظاهراً — على الموافقة ... كان (حجة) ويجب العمل به — كنزبر الواحد ، و لقياس .

وقد احتج الفقهاء بالقول المنتشر في الصحابة — إذا لم يظهر له مخالف — فدل على أنهم اعتقدوه (حجة ظنية) .

مناقشة هذا الدليل : — يمكن رد هذا .. بأن (الاحتمالات) لا تعتبر إلا

(١) انظر : الاحكام في اصول الاحكام : لابن حزم ج ٤ ص ٥٣١ هـ

:إذا قام عليها دليل .. وقد تقدم أن من القرائن ما يبنى هذه الاحتمالات فيكون (حجة .. وإجماعاً) ، إذ الأصل انتفاؤها ، لاسيما مع قرينة عدوها .. فيكون إجماعاً ، وحجة ظنية .

غاية الأمر أن المتقدمين قد لا يسمونه (إجماعاً) ، لأن الإجماع — عندنا — لا يطلق إلا على (القطعي) ، فيكون الخلاف في التسمية .

٤ — المذهب الرابع : — التفريق بين (الفتوى) و (الحكم) .. فإن كان : لسكوت إثر حكم حاكم ، أو قاض .. فهو إجماع .

وهذا هو رأى أبى إسحق المروزي ، وحكاه ابن القطان عن الصيرفي ، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أن الغالب — في كل ما يصدر عن الحاكم — لا يكون إلا عن مشورة ... وأن المصادر بالفتوى يكون عن اجتهاد المرء منفرداً .. ولا شك أن المشورة توجب أن يكون الحق مع المجمعين على الحكم .. فإذا تقوى الحكم بالقضاء كان إجماعاً وحجة ، صيانة للقضاء ، وحفظاً له من أن يتطرق إليه الضياع ، فتدب الفوضى .

مناقشة هذا الدليل : يناقش بأن حكم القاضي قد يكون عن اجتهاده منفرداً بخلاف تكون له ميزة المشورة .. كما أن الحاكم إذا حكم ، واعتبرنا (صيانة كلامه) .. كان من الواجب ألا ينتقض .. لكن من المتفق عليه أن حكم القاضي ينتقض إذا خالف نصاً ، أو إجماعاً .

ولما كون حكم الحاكم — في عادية — رافعا للخلاف فيها .. فلتلا يكون معرضة للنقض والتلاعب بالأحكام .. فأى ميزة له هنا ؟

على أن حكم القاضي قد تكون المراقبة عليه تقية ، وخوف فتنة ، ومعهما فلا ينقصد الإجماع ١١ .

٥ - المذهب الخامس . — عكس المذهب الرابع — وهو أن السكوت (إجماع) — إن كان فتوى .. وأما إن كان عن حكم حاكم .. فلا .. وهو مذهب ابن أبي هريرة ومن وافقه .

واستدلوا على ذلك بالآتي :

أن (الفتى) لاسلطان له ، فإذا أفتى بحكم ، فسكت الجميع — بعد انتشار الحكم بينهم — دل ذلك على أنهم ارتضوه . فيكون إجماعا .

أما مع (الحكم) فإن السكوت من الباقيين لا يدل على الرضا منهم ، لأن حكم الحاكم نافذ ويسقط حق الاعتراض .

ويجاب عن هذا الاستدلال .. بأننا — بعد ما اشترطنا الشروط المتقدمة فيـه — لم يكن هناك فرق بين الفتوى .. والحكم .

٦ — المذهب السادس : أنه إن وقع في شيء يفوت استدراكه — من إراقة دم ، أو استباحة فرج — كان إجماعا .. وإلا حجة ..

وخص هذا التفصيل الماوردي — كما في الحاوي .. والرويانى — كما في البحر بعصر الصحابة دون غيرهم .. فإذا قال الواحد منهم — أى من الصحابة — قولا أو حكما به ، فأمسك الياقون ، أى سكتوا ولم يبدوا رأيهم .. فهذا ضربان :

(أ) إن كان السكوت على ما يفوت استدراكه — كإراقة دم ، واستباحة فرج — كان (إجماعا) ، لأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه ، لأن الصحابة — أشدّتهم في الدين — لا يسكتون عما لا يرضون به .. بخلاف غيرهم ، فقد يسكتون ..

(ب) وإن كان السكوت على ما لا يفوت استدراكه .. كان حجة .. ونحو (كونه .. إجماعا) — يمنع الاجتهاد — وجهان لأصحاب الشافعى .. وألحق الماوردي التابعين بالصحابة .. وذكر النووي أنه هو الصحيح .. وألحق بهتهم بالصحابة — التابعين ، وتابع التابعين ، لما ورد أنهم خير أقرون .

مناقشة هذا الاستدلال .. والرد على هذا التفصيل :

يمكن رد هذا التفصيل — بين الصحابة وغيرهم — بأنه يوجد في كل عصر من جملتهم الله حمة لدينه ... يردون عنه زيف الزائفين ، وتحريف المبطلين .. على أن الأدلة المثبتة لحجية الإجماع .. مطلقه فتقيدها بمصر دون عصر تخصيص بلا مخصص .. وهو باطل ... وعلى أن ما خالف الحق — في اعتقاد الساكت — يعتبر منكراً ، فلا تبرأ ذمته — أى ذمة الساكت — إلا بإنكار المنكر ، ولا يجوز له السكوت عليه .. سواء أكان فيما يفوت استدراكه .. أم لا .. ولا سيما أن من شرط الاجتهاد (العدالة) .. والعدول لا يسكتون على منكر (١) .

وقد استدل أصحاب هذا المذهب .. بأن ما يفوت استدراكه تجب المحافظة عليه فإذا قال بعضهم ، وسكت الباقيون .. دل على أنهم أجمعوا .. فيكون حجة ، لأن حفظ الدماء ، والفروج مما يجب على كل المسلمين ، فلا يمكن التهاون فيه ، لأنه مما نعم به البلوى !! أما غير الدماء والفروج فيكون السكوت عليه حجة .. وليس بإجماع .

مناقشة هذا الرأي .. يناقش بأن ما تقدم من اشتراط المدة الكافية للنأمل .. وأنها تختلف باختلاف الحوادث .. يلغى هذا الفرق بين هذا وغيره من الأحكام المتساوي الجميع في العصمة — عند الاتفاق .

٧ — المذهب السابع .. أن السكوت حجة فيما نعم به البلوى .. بخلاف ما لا نعم به البلوى .. فلا يكون السكوت حجة فيه .

واستدلوا لذلك .. بأن ما نعم به البلوى — إذا تكلم له البعض ، وسكت الباقيون .. دل على اتفاقهم — فيكون حجة .

مناقشة هذا الرأي .. يناقش بأنه يمكن أن يرد هذا بأننا قد اشترطنا (شهرة

(١) انظر : جمع الجوامع للبناني ج ٢ ص ١٩٨ .

القول بالحكم) حتى يعلم به الباقيون . . فلا يكون السكوت حجة إلا بذلك . . .
فتقييده بما نعم به الجوى . . تقييد للأدلة المطلقة بلا دليل . . وهذا باطل ١١

وخلاصة ما بسطناه . . أن الإجماع السكوتي هو (إجماع . . وحجة) إذا
تحققت شروطه السابقة . . وهذا اختيار الإمام الغزالي في المستصفى . . ووصفه
بعض المتأخرين بأنه أحق الأقوال (١) باعتباره حجة شرعية في إثبات الأحكام .

-
- (١) انظر الاجماع السكوتي في المراجع الآتية : —
● تنقيح الفصول ، في اختصار المحصول . . في الاصول للعراقي
ص ٢٣٠ .
● تيسير التحرير . . ج ٣ ص ٢٤٦ .
● الاحكام . . . للآمدي ج ١ ص ١٢٨ — ١٣٠ .
● ارشاد الفحول . . . للشوكاني ص ٧٤ .
● بحث في الاجماع للدكتور / محمد محمود كمال فرغلي ص ٣٥٥ .
● بحث في الاجماع / الأستاذ علي عبد الرزاق ص ٧٣ .

المبحث الرابع

(السكوت والعرف)

مقدمة تشمل تعريف العرف . . وشروطه . .

١ - العرف هو : ما يغلب على الناس من قول ، أو فعل ، أو ترك .

شرح مفردات التعريف : (ما يغلب) أى ما يشيع ، ويتكرر في معظم الأحوال . و (القول) أى الالفاظ المفردة . . أو الجمل المركبة . . بأن يكون استعمال كل منها في معنى جديد — يختلف عن تمام معناه اللغوى الاصلى : كإطلاق لفظ « الولد » — مثلاً — على الذكر ، دون الانثى — عرفاً . . مع أنه في اللغة الفصحى شامل (للذكر والانثى) . . وكاستعمال جملة للدلالة على معنى عرفى خاص كقولهم : « والله لا أضح قدى في بيت فلان » يقصدون بذلك عدم دخول الدار . . لا مجرد وضع القدم — كما هو المنطوق الآخرى . . فيراعى العرف القولى — وإن لم يوافق اللغة العربية للفصحى .

وأما (الفعل) . . فثل تعارف الناس على أن « وضع اليد » مدة طويلة على حمار — دون سند شرعى ، أو ولاية — يعتبر دليلاً على الملك . . وهذه هي مسألة الحيازة . .

وأما (الترك) فثل عرف الناس في تسامحهم فيما يقع خارج البستان — من إثمار ، أو الأغصان التى تتدلى خارج حدودها ، حيث يجوز التقاطها دون إذن مالئها . . ولا يعتبر ذلك اعتداء على حرمة الاموال .

وقد وضع الفقهاء شروطا للعرف الصحيح الذي تترتب عليه أحكام شرعية .. منها :

أولاً : ألا يصادم العرف نصاً شرعياً خاصاً في موضوعه ، أو نظاماً شرعياً عاماً .

ثانياً : أن يكون العرف سارياً ، وقائماً ، وقت تنفيذ النص التشريعي العام أو إعداده ، لأن التخصيص يا هو بيسان لإرادة المخصوص من النص العام ؛ لا بد أن يكون دليل التخصيص فيه وهو العرف هنا — مقترناً بالمبين من حيث الزمن .

ثالثاً : أن يكون العرف مطرداً .. أو غالباً : بمعنى أن يستمر الاحتكام إلى العرف في كل حادثة يتناولهما موضوعه على نحو مطرد ، لا يتخلف ، أو غالب في معظم الحوادث ، لأن ذلك هو أمانة فاعلية العرف المنبث عن الحاجة الماسة إليه — في حل مشكلات الناس ، وتحقيق مصالحهم .. الأمر الذي يستدعي مراعاته من المجتهد ، لأن ذلك ماهو إلا مراعاة لمصالح الناس ، التي لها المقام الأول في التشريع .

رابعاً : ألا يتفق المتعاقدان — أو أحدهما — على إهماله ، وبإخذائه بخلافه ، لأن العرف يعتبر قاعدة مكمل ، ومفسرة ، ومبينة لما سكوت عنه المتعاقدان .. أو أحدهما — ، لأن سكوتيهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم .. وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم .. حتى إذا كان حكم العرف لا يحقق في نظرهما — أو في نظر أحدهما — ما يتوخى من مصلحة .. نصر في العقد على ما يخالف مقتضى العرف القائم .

والأصل الذي يركى هذا .. أن العقود والشروط .. بل ونظام المعاملات بشكل عام — إنما شرعت كوسيلة لتحقيق مصالح المتعاقدين . فالنص في العقد على خلاف ما يقتضيه العرف القائم ، تصريح بإبطال حكمه وإلغاء مقتضاه . بالنسبة لتحديد التزامهما في ذلك العقد .

ولو سكننا لفهم من سكوتهما — دلالة — أنها إنما أرادوا تحكيم العرف
في تفسير عقدهما — بالنسبة لما يتناوله العقد بالنص .

ومهما كان .. فالأصل في وجوب العمل بما نص عليه المتعاقدان ، أو بما
احتكما فيه إلى العرف . وهو أن إرادة المتعاقدين محترمة ، يجب الوقوف عندها
في كلتا الحالتين . ما دامت موافقة للشرع ، لما في ذلك من تحقيق مصلحتهما ،
التي هي أساس نظام التعامل كله (١) .

ويقول الأصوليون : إن مطلق الكلام — فيما بين الناس — ينصرف إلى
المتعارف .. فالعرف يعتبر قاعدة مكملة معينة لما سكنت عنه المتعاقدان ، ولأن
سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم ، وفوضا إليه مهمة
التمييز ، والتفصيل ، والحكم — كما سبق .

وعلى هذا جرى على لسان الفقهاء قولهم : — (المعروف عرفاً كالمشروط
شرطاً) .. وجاء في المبسوط للسرخسي (٢) : (والمعلوم بالعرف كالمشروط
بالنص) و (للثابت بالعرف كالثابت بالشرط) .. وفي الزيلعي (٣) :
(المعتاد كالمشروط) .

وقال شيخ الإسلام جواهرزادة ، وغيره : وعليه الفتوى .. وقال صاحب
الاشباه والنظائر : ولا خصوصية للصباغ .. بل كل صانع نهى نفسه للعمل
بأجرة .. فإن السكوت — في حقه — كالاشرط .. ومن هذا القبيل : نزول
النعان .. ودخول الحمام .. والدلال — كما في البرازية ..

(١) انظر في ذلك : الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ — الحطبي
١٩٦٨ م ، والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ورد المختار لابن عابدين
ج ٤ ص ٤١ ، والعرف والعادة للشيخ أبو سته ص ٥٦ .
(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ١٧١ ، ونشر العرف ج ٢
ص ١١٦ لابن عابدين .
(٣) انظر : ؟

ومن هذا القبيل : — كل ما هو معد للاستغلال ... فإن العرف يستعمل هذه الأشياء كلها بالأجر .

وسواء أكان بياننا لما يدخل المعقود عليه تبعاً من غير تصريح بذكره : كدخول علو الدار — في بيوتها ، وكدخول الغرف — في الاستجار للطبخ في ولية ... أو وصفاً بين نوع المنفعة المعقود عليها : كاستجار الدار بلا بيان نوع الانتفاع بها ، حيث ينصرف إلى السكنى ، فإنهم يستدلون على هذا كله بهذه القاعدة ، وهي (المعروف كالمشروط) ... فنعساها أن الشيء المعتاد — في المعاملات — يلزم مراعاته في العقد — كما لو نص عليه نصاً صريحاً فيه .

وقد تقرر ذلك عند المالكية^(١) أيضاً ، فقد شاع عندهم اصطلاح (العادة كالمشروط) ... وأفتى الإمام المازرى — فيما إذا جرت عادة قوم بقدر الصداق ، وعرفها المتماقدان ... أفتى أن هذه العادة بمنزلة التسمية ، وبحكم بذلك القدر المتعارف عليه ... ولا يكون النكاح من قبيل (نكاح التفويض) .

قال في النبصرة^(٢) : — وفي سماع ابن القاسم سئل مالك عن (النكاح يلزمه أهل المرأة هدية العرس ، وجل الناس تعمل به عندنا ، حتى إنه لتكون فيه المحصرمة ... أنرى أن يقضى بها ؟ فإن كان ذلك قد عرف من شأنهم ، وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتقدم فيه لسلطان لأنى أراه أمراً قد جروا عليه) اهـ .

وعلى هذا فقد رأى المالكية^(٣) أنه إذا أجاز أحد عقاراً مدة عشر سنوات وكان يتصرف فيه تصرف الملاك ثم ادعى أحد ملكية هذا العقار ، واستحقاقه ،

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ و
والطرق الحكمية ص ١١٢ والفروق للقرافي ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) انظر : قيسرية الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١١٥ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٤٨٧ .

وأقام البيئة التي تثبت له أصل الملك ... فان يئنته لا تنفعه ، إذا لم يقدم عذراً مقبولاً يبرر به سكوته هذه المدة الطويلة ... كغياجه ، أو عدم علمه بما حدث ، وذلك لأن العرف يحكم بأن المالك لا يسكت — عادة — إذا رأى غيره يتصرف في ملكه هذه المدة الطويلة .

أما الشافعية : فلمهم وجهان في المسألة : أحدهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط ... وقد جاء على لسان أحد رجالهم ، وهو السيوطي في كتابه : الأشباه والنظائر (١) — (سألك هل تنزل العادة منزلة الشرط ؟ وأجاب بذكر فروع ، حكى فيها قولين في المذهب ، أحدهما : لا يكون كالشرط ... فنهى لو عم الناس اعتبار منافع الرهن للرتين ، فهل ينزل منزلة شرط . . حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور : لا . . وقال القفال : نعم . . ومنها : جرت عادة المقرض أن يرد أزيد مما اقترض . . فهل ينزل منزلة الشرط ، فيجزم إقراضه ؟ وجهان : أحدهما : لا . . .

ومنها : لو دفع ثوباً — مثلاً — إلى خياط ، ليخيطه ، ولم يذكر أجره . . وجرت العادة بالعمل بالأجرة . . فهل ينزل منزلة الأجرة ؟ خلاف . . والأصح في المذهب — لا ... واستحسن الرافعي : نعم) ٥١ .

وفهمهم بما سبق أن (٢) منشا عدم الاتفاق على قاعدة (المعروف كالشرط) هو أن الالتزام لا يثبت إلا بدليل قوي ، ودلالة اللفظ أصرح من دلالة العرف — في رأى البعض .

ويرى البعض الآخر تساويهما ، لأن العرف يفهم ، ويسلم الناس جميعاً . لأنه تعبير عن الإرادة العامة — غالباً — ولهذا تنقطع عنده المنازعة .

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٦ .

(٢) انظر العرف والعادة للعالم الجليل الشيخ أو سنة ص ٦٦ .

طبع الأزهر ١٩٤٧ م .

وقد جرى على هذا ... عرف القوانين في مصر لا سيما في المعاملات التجارية - سواء في العقود التي تبرم بين التجار ... كالبيع والإجارة ، والكفالة ، والوكالة ... أو في بيان طريقة التعامل : كشحن البضائع بطريقة معينة ... والبيع بالقد ... أو بالاجل ... أو في تقرير الأحكام القانونية : كتميين المشتري عن هلاك السلع .

وقد زاد القانون في احترام العرف حتى جعله مقدما على نصوصه ، فقد شرط القانون المدني المصري في صحة التضامن - أن يكون مصرحاً به .

والعرف التجاري يقتضى بوجود التضامن في المعاملات التجارية ولأن لم ينص عليه ،

وكذلك نص القانون على أن المبيع - إذا لم يطابق الصفات المتفق عليها - يفسخ البيع ... والعرف يقتضى - في هذه الحالة - بتخفيض الثمن ... والقضاء جار على العرف في المسألتين (١) .

— تطبيقات فقهية ... واستنباط :

من التطبيقات الفقهية المخرجة على هذا : ما قاله الفقهاء (٢) فيما لو اشترى رجل ثمار أعلى الأشجار ..

(أ) فإن اشترىها بشرط الترك (على الأشجار) فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، لشغل مالك البائع ... وفيه نفع للمشتري ، وهو زيادة الثمر ، والمضج ، والصيانة من التلف .

(ب) وإن اشترىها من غير اشتراط تركها أو قطعها ، وتركها المشتري فالأصح : أن الترك لو كان مأذونا فيه طابت له الزيادة ... وإلا فلا نخل له ، ويصدق بما زاد في الثمار زيادة متصلة ...

(١) انظر : القانون التجاري للدكتور : محمد صالح ص ٢٥ .

(٢) انظر : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

لكن الناس قد تعارفوا على الترك حتى يظهر المصدوم ، وينمو الصغير ،
وتصرف السلعة في الأسواق ... وتخلط هذه العادة في معاملاتهم ، حتى لو علم
المشتري أن البائع يأمره بالقطع فإنه لا يقبل المبيع بعشر الثمن .

ومقتضى هذا العرف أن يكون الترك مشروطا ، لأن المعروف كالمشروط .
فهل يفسد البيع بهذا دلالته صار يباع بشرط فاسد ؟

وقد أجاب ابن عابدين — عن هذا — في رسائله ، فقال (١) : — (فإنه
حيث جاز العرف بيع المصدوم — مع أن بيعه باطل لا فاسد — فيجوز البيع
مع هذا الشرط بالأولى . . فنأمل ذلك ، واعمـل بما يظهر لك فإنى لا أجزم
بما قلته ، لأنى لم أر من صرح به (١١) .

— واستنباطاً من ذلك يمكن أن نقول :

١ — أن العرف الذى جعل ترك الثمار شرطاً صريحاً في البيع . . . هو —
بعبارة — يجعل هذا الشرط متعارفاً عليه . . فيكون يباع بشرط متعارفاً عليه ،
فيصح . . . استحساناً ، وتحل الزيادة — أذن البائع في الترك . . أم لم يأذن (١)

٢ — وكذلك . . لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن . . ولم يصرح
البائع . . أو المشتري بحلول الثمن ، أو تأجيله . . أو بحلول التسليم أو تأجيله —
وكان المتعارف — فيما بين الطرفين — أن البائع يأخذ كل أسبوع قدره معلوماً . . .
انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط . . والله أعلم .

(١) انظر : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٤٠ .

القسم الثاني

في

السكوت الواجب والمحظور

والسكوت لعذر

المبحث الأول

السكوت الواجب

السكوت قد يكون واجبا . . بمعنى أن المسكف يلتزم الصمت . . كما إذا أجبره ظالم على إخباره بشيء موجود لديه لفلان . . أو ألا يتكلم أمام سارق لأن هذا سبيل إلى الاستيلاء على الشيء أو سرقة . . ويدخل تحت هذا المفهوم صور شتى . . ولسكتنا نختار صورة واحدة . . وهي امتناع الوديع — أى المودع عنده — الإخبار بالوديعة ؛ إذا كان الإخبار بها يترتب عليه ضياعها . . وأساس هذا الامتناع هو (١) أن من الالتزامات الواجبة على الوديع المحافظة على الوديعة بشئ وسائل الحفظ : بأن يودع الوديعة في مكان حصين ، ثم يتعهد هذا المكان بالملاحظة . . . كما يقوم بمنع الغير من أخذ الوديعة أو الاعتداء عليها . . . ولكنه مع ذلك قد يفشى سرها عن طريق إخبار غيره بوجودها لديه ، فيصل الخبر إلى من تسول له نفسه الاستيلاء ، أو الاعتداء عليها ، بسرقتها أو إتلافها . . . وقد لا يفعل الوديع ذلك : أى لا يفشى سرها . . ولكن قد يأنى ظالم فيجبره على إخباره بالوديعة . . . ما الأحكام المترتبة على ذلك ؟

من المعروف أن من مهام الوديع المحافظ على الوديعة . . . من وسائل المحافظة عليها الامتناع عن الأمور التي تؤدي إلى تفويت هذا الغرض . . . ومن ذلك أنه يجب على الوديع أن يمتنع عن إخبار (٢) غيره بوجود الوديعة تحت يده . . . فهو مطالب بكتمان أمر الوديعة . . . وعدم الإفصاح عن وجودها في حوزته . . . ويتأكد هذا — أكثر — في مواجهة الظالم ، ومن يخشى منه عليها — إذا علم بها .

(١) مفتاح الكرامة ج ٩ ص ٦ / المغنى ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

(٢) الإخبار في اللغة هو الاتيان بالخبر . والخبر هو ما اتاك منت

تبا عن تستخير .

ولسكن .. ما الحكم فيما او خالف الوديع ، وأخبر الغير بوجود الوديعة لديه ؟ هل يكون هذا تقصيراً منه يستوجب ضمانه للوديعة ؟

ذهب بعض الفقهاء — كالشافعية — إلى أن مجرد الإخبار يترتب عليه الضمان حتى وإن تلفت بأمر آخر ... لكن المذهب على القول بعدم الضمان إلا إذا تلفت بسبب الإخبار (١) ..

ويرى بعض الشيعة الإمامية (٢) وجوب ضمان الوديع بمجرد إخباره اللص بها وإن لم يكن ذلك على وجه السعاية — وإن تلفت بأمر آخر — وهو رأى لبعض الشافعية — قياساً على ما لو ترك علف الدابة المسودعة .. أو أهمل إحرازها ... فإن ذلك عدوان موجب (للتضمن) — حتى وإن هلك بسبب خر .

ويناقش هذا الرأى .. بأن ترك العلف وتأخير الإحراز — أو إهماله — يتسبب عنهما إذ هاب عين الوديعة بالكلية — أى الوديعة كلها — بالهلاك .. أو الضياع مع عدم إمكان التدارك فيها : بردها لأصحابها .. أو نقلها إلى مكان آخر .

وما يخص القول في هذا : أن الوديع يضمن الوديعة إذا أخبر السارق بالوديعة، وعين له مكانها .. وسهل له استيلائه عليها فعلاً ... وإلا فلا ضمان ... وهذا بالنسبة للسارق ..

أما لو أخبر ظالماً ... فالذى يراه الجمهور من الفقهاء أن الوديع يضمن في تلك الحالة بمجرد إخباره الظالم بأن عنده وديعة لفلان ... حتى ولو لم يبين له مكانها ؛ لأن مجرد معرفة الظالم بوجود وديعة عند فلان قد يمكنه من أخذها ، وذلك بإجبار الوديع على تسليمها له ..

(١) انظر : حاشية الشبروانى على تحفة المحتاج لابن حجر ج ١ ص ٧١٠ .

(٢) مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٣٣ .

أما السارق فلأن معرفته بوجود الوديعة عند شخص لا تمكنه من الاستيلاء عليها ؛ إذ لا بد له — بحساب ذلك — من معرفة مكانها ... وكيفية الوصول إليها ، حتى يستطيع سرقتها ...

فالسارق يعتمد على الاستيلاء — في حالة غفلة الوديع ... أما الثاني فاعتماده على القوة والقهر والغلبة (١) .

والراجع — في نظرنا — هو رأى من يقول إن مجرد الإخبار بالوديعة — للظالم — موجب للضمان .. حتى ولو لم يعين له مكانها ..

وما صرح به الفقهاء من وجوب امتناع الوديع عن الإخبار بالوديعة ... وما يجوز له من الإقدام على الخلف — كذباً — مع التورية بعدم وجودها عنده — إن تعين ذلك طريقاً — لحفظها — كل ذلك غير مقبول .. لأنه إذا كان مجرد الإخبار بالوديعة لا يترتب عليه ضمانها فلماذا الخلف ، أو السماح بالكذب المحظور شرعاً ١٩

إن دل هذا على شيء فإنما يدل على أن مجرد إخبار الظالم يعتبر تعدياً وتقصيراً من الوديع يجب عليه الاحتراز ، والبعد عنهما (٢) .

وهناك صورة أخرى يلتزم فيها الوديع بالسكوت ، والامتناع عن الإخبار بالوديعة — فيما لو أكره على ذلك — وإلا كان ضامناً — كما قلنا من قبل — في أنه يجب على الوديع أن يمتنع عن إخبار السارق أو الظالم بالوديعة ...

فلو أكره الوديع على الإخبار بالوديعة — بأن أجبره شخص على الاعتراف بالوديعة عنده — فإنه يجب عليه الامتناع عن التحدث بشيء من ذلك ... بل

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٢٦٢ .. وحاشية

للجزمى على الخطيب ج ٣ ص ٢٧٠ .

(٢) انظر الباجورى ج ٢ ص ٧٣ .. والافتناع للخطيب مع حاشية

للجزمى ج ٣ ص ٢٧٠ والبحر الزخار ج ٤ ص ١٦٩ .

ومسئولية الوديع ، د أحمد طه ص ٥٧٥ .

عليه أن ينكر أن الرديعة لديه^(١) ... وإلا — بأن أخبر بذلك ، وترتب عليه ضياعها — بنصب أو سرقة — كان ضامناً لها .

وقد جاء في المعين : د الكذب حرام ، وقصد يجب ... كما إذا سأل ظالم عن رديعة يريد أخذها .. فيجب إنكارها — وإن كذب — وله الحلف عليه مع التورية ... وإذا لم ينكرها .. ولم يمنع عن إعلامها بها بجهده — ضمن^(٢) ، .

(١) انظر منتهى الإرادات ج ١ ص ٥٣٦ .. وأستنى المطالب ج ٣ ص ٨٣ .

(٢) انظر : اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ج ٣ ص ٢٣٧ .

المبحث الثاني

السكوت المحظور !

يقول حجة الإسلام : الإمام الغزالي — رحمه الله تعالى : —

« أعلم أن المنكرات تنقسم إلى : مكروهة ... وعظورة ... فإذا قلنا هذه منكر مكروه ، فاعلم أن المنع منه مستحب .. والسكوت عليه مكروه ، وليس بمحرام إلا إذا لم يعلم الفاعل أنه مكروه ، فيجب ذكره له ، لأن « الكراة » حكم في الشرع يجب تبليغه إلى من لا يعرفه ..

وإذا قلنا « منكر محظور » أو قلنا « منكر » مطلقاً فتريد به « المحظور » ، ويكون السكوت عليه — مع القدرة — محظوراً ... إلى أن قال : « فن رأى مسيئاً في صلاته فسكت عليه فهو شريك — هكذا ورد به الأثر — وفي الخبر ما يدل عليه ، إذ ورد في « الغيبة » أن المستمع شريك القائل ... وكذلك كل ما يندفع في الصلاة — من نجاسة على ثوبه لا يراها — أو انحراف عن القبلة بسبب ظلام أو عوى ... فكل ذلك يجب الحسبة فيه ، (١) »

وبعد تلك المقدمة ... نقول : —

إن الشريعة أوجبت الأمر بالمعروف ... والنهي عن المنكر ، لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد أو الحكام ، ولتجعل الناس على التناصح والتعاون ، وعلى الابتعاد عن المعاصي ... وعلى القنأى عن المنكرات .

واقدر ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين ومكلفين شرعاً بأن يوجه بعضهم بعضاً ... وأن يوجهوا الحكام ، ويقوهوا . عوجهم ، ويتقدهوا نصرقاتهم ...

(١) انظر : أحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٣٣٠ — الطبى .

(والتوجيه) أساسه الأمر بالمعروف ... و (التقويم) والنقد ... أساسه
الظن عن المنكر .

وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن أصبح الأفراد
حازمين ومطالبين ومكلفين شرعاً بالتعاون على إقرار النظام ... وحفظ الدين ...
ومحاربة الجريمة .

والمسلمون مأمورون — شرعاً — ألا يسكتوا عن منكر يقع أمامهم . .
ومأمورون بأن يأمرُوا بكل معروف . . وإن السكوت في هذا الباب حرام
يعاقب عليه الله ، كما تؤكد ذلك النصوص الشرعية من كتاب ، ، وسنة .

ولكن . . ما الأمر بالمعروف ؟ والنهي عن المنكر ؟ وما أساسه من التشريع
ومتى يتعين ؟ وما حكمه ؟

أولاً : ما المعروف ؟ وما المنكر ؟

المعروف هو : كل قول أو فعل ينفي قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة
الإسلامية ومبادئها العامة : كنصرة المظلوم . . والتسوية بين الخصوم في الحكم . .
والدعوة إلى الثورى والحث على كل خير . . إلى غير ذلك .

والمنكر هو : كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف ، أو غير
مكلف . . فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب خمرًا فعليه أن يمنعه ويريق خمره !!

ويعرف المنكر — عند بعض الفقهاء بأنه : كل محذور — أو محذور —
الوقوع في الشرع . . ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير (بمحذور الوقوع) على التعبير
(بالمعصية) لأن المنكر — عندهم — أعم من المعصية ، ولأنهم لا يتبرون
والمجنون معصية ، لأن الفعل — في رأيهم — لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله
فعل الصبي عاصياً ولأن المعصية بلا د عاص ، محال .

و الأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً ، أو عملاً محضاً . . وقد يجتمع
القول والعمل كالدعوة إلى إخراج الزكاة : وإخراج الداعى لها فعلاً — مطلوب .

« والنهي عن المنكر، قد يكون قولاً محضاً .. وقد يكون فعلاً محضاً .. وإذا كان النهي عن المنكر قولاً، فهو بالأمر .. أو بالنهي .. وإذا كان فعلاً، فهو تغيير المنكر وإزالته .

وبما تقدم نقول : إن الأمر بالمعروف هو الترغيب فيما ينبغي عمله ، أو قوله طبقاً للشرعية .. والنهي عن المنكر هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه .. أو تغيير ما ينبغي تركه طبقاً للشرعية (١) :

حكم الأمر بالمعروف .. والنهي عن المنكر :

اتفق الفقهاء على وجوب الأمر بالمعروف .. والنهي عن المنكر .. إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذا الواجب — من وجهين :

الوجه الأول : في صفة هذا الواجب .. والوجه الثاني : فيمن يلزمهم هذا الواجب .

اختلاف الفقهاء في (صفة) واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

انقسم العلماء فريقين في تحديد (صفة الواجب) :

١ — فقال البعض إن (الواجب) فرض عين .. أي واجب محتم على مسلم وعليه أو يؤديه بنفسه قدر استطاعته — ولو كان هناك من هو أندر منه على تأديته ، أو من هو على استعداد لتأديته .. وهم يشبهونه (بفريضة الحج) ، فهو فرض عين ولا يمكن على المستطيع .. وعندهم فريضة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر أكد من فريضة الحج .. ولم يشترطوا فيها الاستطاعة ، لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة — في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — ممكنة لجميع الأفراد .. فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر — كأداء الصلاة ، والصوم — وأن ينهي عن المنكر فيما لا يخطئ — كالسرقة والربا .. والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف ، وينهي عن المنكر فيما هو ظاهر .. أو خفي .

(١) انظر : الفخر الرازي ج ٣ ص ٢٠ .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن في جعل الواجب (فرض عين) حقا لبيان
الامة وحزبها من الفساد والتحلل (١).

٢ — ويرى فريق آخر — وهم غالبية الفقهاء — أن الامر بالمعروف ،
والنهي عن المنكر من (فروض الكفايات) . . فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن
هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أواه عنه غير . . ويستدلون على ذلك
بقوله تعالى :

«ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر .
وأولئك هم المفلحون» (٢)

وجه الدلالة لما ذهبوا إليه — وهو أنه فرض — أن الله تعالى أوجبه بقوله .
«ولتكن» . — وهو فرض كفاية ، لأنه واجب على البعض لا على الكل ، لأن
(من) في الآية (للتبويض) . . وأن الله تعالى قال : «ولتكن منكم امة . . .» ولم
يقل : (كونوا كلم أمرين بالمعروف) فإذا قام به واحد . . أو جماعة . . سقط
الطلب عن الباقي .

أما من يلزمهم هذا الواجب . . فقد رأى جمهور الفقهاء أن الامر بالمعروف .
والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الامة . . لقوله تعالى : «كنتم خير امة
أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر» (٣)

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن (واجب) الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر
لا يقع إلا على عاتق الفادرين على أدائه . . وهم علماء الامة دون غيرهم ، لأن
الجاهل — في تقديرهم — ربما ينهى عن معروف ، ويأمر بمنكر . . وقد يغلظ في
موضع يستوجب اللين ، ويلين في موضع يستوجب الغلظة . . وقد ينكر على
من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصراراً وربما عرف الحكم في مذهب . . وجمله
في مذهب آخر .

(١) انظر تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٢٥ — أحكام القرآن للجصاص .

ج ٢ ص ٢٩ .

المختصر للنافع ج ١ ص ١١٥ طبع الاوقاف — شرائع الاسلام ج ١ .

ص ٢١٣ طبع الكيلاني .

(٢) سورة آل عمران — آية ١٠٤ .

(٣) سورة آل عمران — آية ١١٠ .

وأصحاب هذا الرأي من القائلين بأنه (واجب على الكفاية) ، وهادام الامر كذلك فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر . . وهذا يتفق تماماً مع تخصيص العلماء بهذا الواجب .

مناقشة هذا الرأي : وينافس هذا الرأي ، بأن الواجب ، لا يسقط بتحميله لبعض دون البعض الآخر . . وإنما يسقط ، بالأداء ، فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم . . وفضلاً عن ذلك — فإن طبيعة (الواجب على الكفاية) تقتضى أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم ، فيسقط عن الباقين بالأداء . . . ثم إن وضع (واجب الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر) على طائفة الجاهل لن يؤدي إلى الأضرار التي يتوقعونها ، لأن الجاهل — بطبيعة الحال — لا يأمر ، ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر ، لا خلاف عليه ، كأداء الصلاة ، والنهي عن السرقة والزنا (١) .

الدليل على وجوب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر : —

مصدر إيجاب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر هو القرآن الكريم . .
والسنة النبوية الشريفة .

أما القرآن . . فأيات صريحة في الوجوب . . منها قوله تعالى ، ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، وأولئك هم المفلحون ، (٢) .

وقوله تعالى . . الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ، (٣) .

(١) انظر : الحسبة في الاسلام لابن تيمية ص ٣٠ — ٦٠ — والفضن الرازي ج ٣ ص ٣٠ .

(٢) آل عمران آية ١٠٤ .

(٣) الحج آية ٤١ .

وأما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة - منها - تؤكد ما ورد في القرآن العظيم :

— وهذا من قبيل السنة المؤكدة لما ورد في كتاب الله :

١ — روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال — في خطبة له : « يا أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية ، وتقولونها على خلاف تأويلها : يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم : لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ^(١) . . . وإني سمعت رسول الله ﷺ يقول ما من قوم عملوا بالمعاصي ، وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم ، فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده . ^(٢) »

٢ — ما روى عن النبي ﷺ : « لتأسرن بالمعروف ، ولتنهون عن المنكر أو يسلطن الله عليكم شراركم ، ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم » ^(٣) .

٣ — ما روى عن أبي سعيد الخدري — رضى الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : من رأى منكم منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان ١١ . .

ومن هذه النصوص — وغيرها — بما في معناها نقول : إن الشريعة قد أوجبت الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر إيجاباً محتماً ، حسب الشرائط المبرمة له ، لانه مطلوب للشارع الحكيم ، وجعله صفة من صفات المؤمن ، وحذر من الترك تحذيراً شديداً . . . وكل ما كان كذلك كان واجباً ، لا يجوز التخلف عنه بأي حال . . .

من له حق الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ؟

بما تقدم — أيها القارئ — علمت أن الشريعة الإسلامية توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كافة أفراد الأمة — بناء على الرأي الراجح — لاعلى فئة معينة منها . .

لكن هناك شروطاً خاصة فيمن يأمر بالمعروف ، أو ينهى عن المنكر . . . وبعض هذه الشروط يرجع إل (طبيعة الواجب) . . . وإل مبادئ الشريعة العامة . .

(١) المائدة : آية ١٠٥ .

(٢) انظر الترغيب والترهيب ج ٢ ص ١٣٥ .

(٣) انظر : الراجع السابق .

وبعضها متفق عليه .. وبعضها يختلف فيه .. وهي — جميعها — لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الاول : التكليف .. فيشترط فيمن يأمر بالمعروف ، أو ينهى عن المنكر أن يكون مكلفا .. أى مدركا مختارا .. وهذا الشرط لازم إذا نظرنا إلى (وجوب الأمر والنهى) ، لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسؤولية التارك . ولا مسؤولية على غير مكلف ، طبقا لقواعد الشريعة العامة .
وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر — باعتبارهما واجبا — لا يجبان إلا على (المكلف) .

واعتبار الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر (واجبا) .. لا يمنع غير المكلف من (الأمر والنهى) باعتبارهما (قربة من القربات) ، لأن غير المكلف أهل للقربات ، وله أن يأتى بها — وإن لم تجب عليه — .. ولا يجوز منه من إتيانها . ولكن له هو — إن شاء — أن يمتنع — مختارا — عن إتيانها كصلاة الصغير وصومه ، فإن الصلاة لا تجب عليه .. وكذلك الصوم .. فإذا أتى أحدهما كان عمله (قربة) ، ولم يجز لأحد أن يمنع من الصلاة .. أو الصوم .. لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا لائم عليه في الامتناع .

وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر — إذا لم يكن واجبا — على غير المكلف ، فهو حق له : يأتيه إن شاء ، ويتركه إن شاء ..
فالصبي المراهق للبلوغ — وإن لم يكن مكلفا — له حق إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر ، ويكسر أدوات الملاحى ، وإذا فعل ذلك قال به ثوابا ، ولم يكن لأحد منعه ، على اعتبار أنه غير مكلف بذلك .

الشرط الثانى : الإيمان .. فيشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامى .. فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر .. أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا (الواجب) .

وقد روعى في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية الكاملة لغير المسلم ، في أن

يعتقد ما يشاء . . . وحمايته من (الإكراه) على اعتناق ما يخالف عقيدته . . . فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله . . . أو حبت للناس فعله : من صلاة ، وصيام ، وهجر ذلك .

والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ما خالف الشريعة . . . من أفعال وعقائد : كالنهي عن (التثليث) . . . وعن القول (بصلب المسيح) وقتله . . . ويدخل فيه النهي عن شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير ، وغير ذلك . . . ما خالف فيه الشريعة الإسلامية. الأديان الأخرى . . . ومن هنا لو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لالزم بأن يقول بما يقول به المسلم ، وبأن يعتقد بما يعتقد المسلم . . . ولالزم بأن يبطل عقيدته الدينية ، ويظمر عقيدة الإسلام وهذا الإكراه في الدين يحرمه الشريعة الإسلامية بقوله تعالى : « لا إكراه في الدين » قد تبين الرشد من الغي . . .

فن أجل حماية حرية العقيدة كان هذا (الواجب) وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — على المسلم دون غيره . . .

الشرط الثالث : القدرة . . . فيشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون قادراً على (الأمر . . . والنهي) . . . وعلى تغيير المنكر . . . فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه - استنكاراً لها - أي عليه أن يكره المعاصي وينكرها ، ويقاطع فاعلمها ، ويشعره بغضبه وعدم رضاه .

وسقوط الواجب لا يقترب على (العجز الحسي) وعدمه . . . بل يلحق بالعجز الحسي خوف الأمر والنهي من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدي نهي الناهي إلى منكر شر من المنكر الذي ينهى عنه . . . ففي هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً . . .

فن علم أن أمره ، أو نهيه أن ينفع ، أو أنه سيضرب ، أو يؤدي إذا تكلم . . . لم يجب عليه أمر ولا نهى . . . وعليه فقط أن يكره المعصية ، وينكر على مرتكبها فعلته - بقلبه ، ويقاطع فاعلمها ، وألا يحضر مواضع المعاصي ، والمفاكر . . .

ومن علم أن نهيه - إذا نهي عن منكر - سيؤدي إلى إزالة هذا المنكر ... أو
لأنه سيزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة ، وأخف ضرراً ، فقد وجب عليه النهي
عن المنكر .

وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدي إلى منكر آخر بنفس الدرجة فهو
بالحيار : إن شاء منع المنكر ، وإن شاء تركه .. بحسب ما يؤدي إليه اجتهاده .

أما إذا علم أن إزالة المنكر سيؤدي إلى ما هو أسوأ منه فقد سقط عنه
الواجب ... بل حرم عليه النهي ... كأن يحد مع شخص شراباً حلالاً صار نجساً
بسبب وقوع نجاسة فيه ، ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر ... فلا معنى
لإراقته .

ومن علم أن أمره ونهي لا يفيد - ولكنه لم يخف عن مكروه - فلا يجب عليه
الامر والنهي ؛ لعدم فائدتهما ... ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعار
الإسلام ، وتذكير الناس بأمر الدين .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ... ولكنه يعلم أنه سيصاب بمكروه
بسبب تعرضه لإبطال المنكر .. فلا يجب عليه إبطال المنكر .. ولكن يستحب
له أن يبطله .. كمن يقدر على إراقة الخمر ، وتكسير أدوات الخمر ولكنه سيعلم
أنه سيضرب إن فعل هذا .. فلا يجب عليه إبطال المنكر وإنما يستحب له أن
يبطله - لا باعتباره (واجباً) .. بل باعتباره قرينة .

ويلحق (بالعجز الحسي) .. العجز العلي ؛ فالعالمى لا يجب عليه الأمر والنهي
إلا في الجليات المعلومة ، كشرب الخمر ، والزنا ، والسرقة .

وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم
حقائقها . ومعرفة فروعها .. ولو سمح له بالخصوص فيها لكان ما يفسده أكثر مما
يصلحه !! .

ولا يشترط في (إسقاط الراجب) بالعجز .. وما يلحق به أن يكون

العيّز وما في حكمه معلوماً على وجه التحقيق ... بل يكفي فيه (الظن) الغالبه لأن الظن الغالب في هذه الحالات — هو في معنى العلم، وحكمه ...

فمن غلب على ظنه أنه لن يصاب ... وجب عليه ... أما إذا شك فيه من غير رجحان ... فإن الشك لا يسقط الوجوب .

الشرط الرابع : العدالة ... وهذا الشرط لبعض الفقهاء ، فيرون أن الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ويحتجون بقوله تعالى : - « أتأرون الناس بالبر ، وتفسون أنفسكم » (١) ، ويقولون سبب جاهد : « يأياها الذين آمنوا : لم تقولون مالا تفعلون ١٩ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا مالا تفعلون ١١ » .

وعند هؤلاء أن هداية الغير فرع للاهتمام ، وتقويم الغير فرع للاستقامة ... وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره ١١

ولكن الراجح - عند الفقهاء - أن للفاسق الحق في أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ... وأنه لا يشترط في الأمر أو النهي أن يكون (معصوماً) عن المعاصي كلها . لأن في اشتراط هذه العصمة - سداً لباب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر .

والأصل في هذا أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي - أي بارتكابه المحرمات - وترك الواجبات ... فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب — وهو هنا عصيان الفاسق — يسقط غيره من الواجبات ... وأن (الواجب) يصير (حراماً) بسبب ارتكابه حرام آخر .

(١) البقرة : آية ٤٤ .

(٢) الصف : آية ٣ ، ٤ ، ٥ .

وليس في الآيتين اللتين استدلت بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر . . . وإنما جاء بالنهي على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه . . . وينهى عن المنكر ويأتيه ١١ .

والمقصود من الآيتين أن يطابق (فعل الإنسان) (قوله) . ليكون لقوله أثره ، ونتيجته المرجوة (١) .

الشرط الخامس : الإذن . . . وهو ليس شرطاً عاماً عند الفقهاء بل يشترطه بعضهم فقط . . . أى لا يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر إلا بعد إذن الإمام (الحاكم) أو من ينوبه - له ، لأن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة . . . ولأن تركها إلى الأفراد دون قيد أو شرط يؤدي إلى الفساد والفتن .

ولكن أغلب الفقهاء على خلاف هذا الرأي ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما . . . ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام أو الحاكم لأداء هذه المهمة لا يمنع غيرهم من القيام بها .

وحجبتهم أن النصوص الواردة في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر بصفة خاصة توجب على كل فرد أن يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر . . . وتجعل كل من رأى منكراً وسكت عليه . . . عاصياً ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه ، وكيفما رآه . . . فالتخصيص بشرط التفويض والإذن من الإمام تحكم لا أصل له . . . وفضلاً عن ذلك فإن الإمام أو الحاكم بمن يوجه إليهم الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر . . . وإذا كان من الواجب أن يؤمر الإمام بالمعروف ، وينهى عن المنكر . . . فكيف تحتاج القضية إلى إذنه لتأدية هذا الواجب ١٢

والرأي الأخير هو الذي جرى عليه العمل في كل العهود ، حتى في الأوقات

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٣ .

التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالا معينين للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر..
فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الامة عن القيام بهذا الواجب .

بل لقد كان بعض الافراد يتصدون للولاة والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف ،
ويمنونهم عن المنكر ... ويتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء
أو الولاة أن يقواوا لمن فعل ذلك : أنت مخطئ . فالذين يشترطون (إذن الإمام)
يقصدون من هذا الشرط - تنظيم عملية الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ،
ولا يقصدون تحريمها على من لم يأذن له الإمام أو الحاكم .

فن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرأ فبكسر دنانهم وأراق خمرهم ...
أو وجد رجلا يزني ولم يستطع منعه إلا بقتله .. فقتله هذا الإنسان لا يعتبر مرتكباً
لجريمة الإللاف .. أو لجريمة القتل ، لأن الفعلين — وهما الكسر أو الإراقة ..
والقتل الزاني مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة ... وإنما يعاقب على مخالفته
أمرأ .. أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية (١) .

متى يطلب من المكلف أن يأمر بالمعروف ، ونهي عن المنكر ؟

الإجابة عن ذلك نقول : — ليس (للأمر بالمعروف) شروط خاصة ...
ولا أوقات معينة ، لأن الأمر بالمعروف نصيحة ، وهداية ، وتعليم ... وكل
ذلك جائز في كل وقت وفي أية مناسبة .

أما النهي عن المنكر وتغييره .. فله شروط خاصة ، يجب توافرها ، لجواز
النهي ، أو التغيير .. وهذه الشروط هي :

١ — وجود منكر .

٢ — وأن يكون موجوداً في الحال .

(١) انظر : البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩

مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ — تفسير المنار ج ٤ ص ٢٣ .

٢ — وأن يكون ظاهراً دون تجسس .

٤ — وأن يدفع المنكر بأيسر ما يندفع به .

أما الشرط الأول - وهو وجود منكر - فقد اشترط العلماء لجواز النهي عن المنكر ، أو تغييره أن يكون هناك منكر . . . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة ، أو كل ما هو محظور الوقوع فيه في الشرع .

ويستوى أن يكون (فاعل المنكر) مكافاً . . أو غير مكاف . . فن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يمنعه ، ويريق خمره .
وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمجنونة ، أو يأتي بهيمة ، فعليه أن يمنعه .

ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة - من الذنوب - في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر . . فكشف العورة في الخام . . والخلو بالاجنبية وإنباع النظر للنسوة الاجنبيات . . . كل ذلك منكر ، ويجب النهي عنه ، ومنعه .

ولكن يشترط في (المنكر) أن يكون منكراً معنوياً دون ساجدة إلى اجتهاد . فكل ما هو عمل اجتهاد يكون النهي عنه ، أو تغييره لا محل له . . فليس لحنفى - مثلاً - أن ينكر على شافعى أكله الضب والضبج . . . وليس لشافعى أن ينكر على حنفى نكاحها - مثلاً ليس فيه ولي (١) .

الشرط الثاني : أن يكون المنكر موجوداً في الحال . . بمعنى أن تكون المعصية - المنكرة وواقعة فعلاً ، وصاحبها يباشرها وقت النهي أو لإرادة للتغيير . . كشرب الخمر . أو الخلو بالاجنبية . . فإذا كان العاصي قد فرغ من المعصية فليس ثمة مكان أو مجال للنهي عن المنكر أو تغييره . . وإلها

(١) انظر : أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ .

صار هناك محل للعقاب على المعصية . . والعقاب من حق (السلطات العامة) وليس للأفراد . . فإذا اعترض شخص طريق الجاني لجرحه ، أو آذاه ، أو شتمه فهو مرتكب للجريمة .

أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية والجريمة ، وكان المنع عنها يقتضى هذا (الاعتراض) فهو ناه عن منكر ، أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله هذا أداء لواجب .

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول ، كن يد الموائد ويزين المجلس استعدادا لشرب الخمر ، فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ ، والنصح ، وبيان المضاد . . . وأما ما زاد على ذلك كالشتم والتعنيف ، أو الضرب ، أو التفسير . . فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر العاصي عزمه على الشرب ، لأن الوعظ والنصح — بعد إنكاره — لإساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به (بأيسر الطرق) : شرط العلماء في دفع المنكر ، ومنعه أن يكون مما يندفع بأيسر السبل وبالطريقة المعتادة لذلك . . . فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يستحق ، ما دام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر . . ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ، لأن ما زاد عن الحاجة الضرورية يعتبر جريمة .

ولسكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يندفع به في حالة عدم القدرة . . فإذا كان المنكر يدفع باليد : ولم يكن الواقع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه — زبراً وأصحا — فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر . . وباختلاف حال فاعله ، لأن ما يندفع به شخص . قد لا يندفع به آخر .

الشرط الرابع : أن يكون ظاهراً دون تجسس ، أو تنفيس :

فإذا توقف التعرف على المنكر — على التجسس ، أو التنفيس ، أو التلصص أو التصيد لم يجز إظهار هذا المنكر ، لأن الله تعالى حرم التجسس في قوله الكريم : « ولا تجسسوا »^(١) ، ولأن للبيوت حرمة ، وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ، ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع عورات الناس ، فقال للمعاوية :

« إنك إن تتبع عورات الناس أفسدتهم ، أو كدت تفسدهم . . . » .
وتحريم التجسس والتنفيس يترتب عليه أنه لا ينبغي لإنسان أن يسترق السمع — مثلاً — على دار غيره ، ليسمع صوت الغناء ، والآواز ، ولا يستنشق ليدرك رائحة الخور والحشيش . . . وليس لإنسان أن يتجسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها . . . ولا أن يدخل بينه ليعرف أى شيء يخفيه بداخله . . .
ولسكن إذا غلب الظن بأن هناك رائحة حشيش — مثلاً — خارجة من مسكن ، أو أن يخبره من يثق في صدق كلامه أن رجلاً اختلى بامرأة ليزنى بها ، أو برجل ليقبضه . . . فيجوز في هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش حذراً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم ، وارتكاب المحظورات^(٢) .

(١) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٢) انظر : الاحكام السلطانية للموردي ص ٢١٨ .

(ما يلحق بالسكوت المحظور ...)

(أ) ومن السكوت المحظور عدم الوصية بالوديعة عند إشراف الوديع على الموت . .

فن المقرر أن مهمة الوديع — المودع عنده — المحافظة على الوديعة حتى يستردها المودع عند طلبه ، أو حدوث مقتضى لذلك الرد .

ولكن قد يحدث أن الوديع يمرض مرضا يغلب على الظن إشرافه على الموت . . أو قام عذر يشبه ذلك — كأن يسبب لقتله قصاصا ، أو حدا إلى غير ذلك من الأمور التي يتوقع معها الهلاك عادة ...

فالواجب في هذه الحالة إما رد الوديعة إلى صاحبها ، أو يوصى بها إليه ؛ حتى لا تتعرض الوديعة لخطر الفوات على صاحبها ، بسبب جحد الورثة لها ، أو مراضة الدائنين — في ردها .

ويدل على وجوب الوصية — في هذه الحالة — بالوديعة :

أولا : قول الله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » . ويفهم من هذا النص الكريم وجوب رد الأمانات إلى أهلها ، ولا يتأتى الرد إلا بالمحافظة على الوديعة من الوديع مدة وجودها تحت يده ، بأية طريقة كانت ... ولما كان الأمر كذلك فإنه يجب على الوديع الوصية بها عند تعرضه لما يتوقع منه الموت ، أو عجزه عن الرد .

ثانيا : أنه يجب على الوديع — إذا كان مسافرا وتعذر عليه رد الوديعة إلى صاحبها . . يجب عليه أن يوصى بها له ... وبالتالي يجب عليه ردها عند مرضه . . قياسا للمرض على السفر .

والحكمة من هذه الوصية هي المحافظة على الوديعة من الضياع ؛ لأنه إذا لم يوص بها فقد يدعيها وارث لنفسه ، وقد يتصرف فيها ، اعتمادا على ظاهر

اليد (١) ... وقد يحددها وينسبها ... والوصية بالوديعة تقطع كل هذه الاحتمالات ، وتحمل الوارث على الأداء ، وعدم الجحود بها لو علم بالوصية .
ولكن ... هل يمكن الاكتفاء بالوصية مع إمكان الرد إلى المودع أو من يقوم مقامه من وكيل وغيره ؟ .

١ — قال بعض الإمامية ، وغالبية الشافعية ، أنه لا ينتقل إلى الوصية إلا بعد العجز تماماً عن الرد إلى المودع ، أو من يقوم مقامه .
٢ — ويرى أكثر الإمامية جواز ذلك ... أي جواز الوصية مع تيسر الرد وإمكانه .

ولكن ... ما رآه أغلب الشافعية ... وبعض الإمامية هو الاحوط ، لأن الوصية بالوديعة — مع قدره على ردها — يعرضها للضياع والادعاءات ، لأنها لا تصل إلى يد الموصى له ، لسبب من الأسباب فتضيع على صاحبها (٢) .

ما المراد بالوصية هنا ؟؟

المراد بالوصية هنا إعلان الوديعة بها كل شخص أمين . . وارثاً ، أم قاضياً . أم غيره . . مع وصفها له وصفاً يميزها عن غيرها .
ويجب على الوديعة الإشهاد على الوصية ، بأن يشهد عليها شاهدين عداين ، حتى يحصل بهذه الشهادة — الإثبات . . عند إنكار الورثة أو الدائنين للإيداع ، اعتماداً منهم على ظاهر اليد (٣) (الحيافة) .

ويجب أن يكون الموصى له . . أميناً . . سواء أكان وارثاً ، أم أجنبياً

(١) أي الحيافة لها .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٩٣ — مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٤٢٠ .

(٣) انظر : تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٦٨ .

أم غير ذلك ؛ لأنه لو كان غير أمين — بأن كان فاسقا — ضمن الوديع ، غير أنه غرر بالوديعة ، فوضعها عند من لا يؤتمن عليها (١) .

ولكن ... ما الحكم إذا سكت الوديع عن الوصية بالوديعة وهو مشرف على الهلاك أو الموت ؟؟

إذا ترك الوديع الوصية بالوديعة في حالة مرضه الأخير يكون ضامنا لها ؛ لأنه تسمى بترك ما وجب عليه ، فيضمنها الوديع بمثلها أو بقيمتها ، سواء أنلفت بترك الإيصاء ... أم بغيره (٢) .

ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد وقت الوصية بالوديعة ...

(١) فقال بعض الشافعية وبعض الإمامية : يجب على الوديع أن يوصى بالوديعة فور مرضه ؛ فإن لم يفعل — حتى مات — ظهر لنا تقصيره المستوجب للضمان ... معملين ذلك بأنه يجب على الوديع أن يوصى بالوديعة بمجرد حلول المرض به ... بحيث لو أخرها إلى موته كان ضامنا للوديعة ، لأنه بترك الوصية يعتبر مقصرا ، ومتى وجد منه التقصير وجب عليه الضمان (٣) .

(٢) وقال أغلب الشافعية ... يجوز للوديع تأخير الوصية بالوديعة إلى الوقت الذي يغلب فيه على ظنه أنه سيفارق الحياة ... فإذا تركها حتى مات كان ضامنا لها من وقت موته ... معملين رأيهم بأنه يجوز للوديع تأخير الوصية بالوديعة إلى الوقت الذي فيه على ظنه مفارقتها الحياة ... وأنه لا يضمنها إلا إذا مات فعلا ، لأن الموت كالسفر من حيث أن كلا منهما له مقدمات ، فسكا لا يضمن بمجرد العزم على السفر ... فسكذلك لا يضمن بالمرض ، وإنما يوجد

(١) انظر : الوجيز ج ١ ص ٢٨٤ .

(٢) انظر : حاشية الشرواني ج ٦ ص ١٧٠ .

(٣) انظر : جواهر الكلام ج ٢ ص ٣٧٨ . ومسئولية الوديع ج ٢ د ١٠ ، أحمد عطيه ٣٨٧ .

الضمان إذا سافر فعلاً . . أو مات (١) .

وقد يناقش هذا الرأي بأن تأخير وجوب الضمان إلى الموت يؤدي إلى عدم ضمان الوديعة للوديعة في أول أزمته للمرض . . . بل في الأخير منها ، لأنه الذي تحقق به التفريط . . . وهذا غير مسلم به ، لما يترتب عليه من انتفاء ضمانه لما إذا تلفت بعد ظهور أمارات الموت عليه . .

من هنا نرى أن الرأي الأول أقوى ، لما فيه من الاحتياط لضمان وصول الوديعة إلى صاحبها ، ولأنه لا ضرورة تدعو الوديعة إلى الإمسك بالوديعة ، فإن تعذر عليه ردها فلا أقل من أن يوصى بها .

لذا يجب عليه المبادرة بالوصية ، لأنها السبيل للمحافظة على الوديعة ، ودفع الخطر عنها (١) .

من كل ما تقدم يمكن لنا القول : — إذا فضيئنا على الوديعة بوجوب الوصية عند المرض الخفيف . . فإن تركها — أي ترك الوصية — في هذه الحالة ، يكون مقصراً ، لعدم قيامه بفعل وجب عليه . . . أو لتركه البيان الذي يحدد الوديعة بما يضمن حفظها وصيانتها من الفترات على صاحبها ، وتقصيره في ذلك مستوجب لضمان الوديعة بمثلها — إن كانت مثلية — أو بقيمتها — إن كانت متقومة —

ويرجع في تحديد المثل . . أو القيمة إلى الحالة التي كانت عندها الوديعة يوم دخولها في ضمانه . . . وهو يوم إشرافه على الموت بمرض ، ونحوه ، لأنه الوقت الذي يجب عليه فيه أن يوصى بالوديعة (٢) .

وهذا كله إذا تمكن من الوصية . . . إما إذا تعذر عليه الوصية بأن

(١) انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٩٣ .

(٢) انظر : جواهر الكلام — القسم الثاني ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) انظر : أسنى المطالب ج ٣ ص ٧٧ .

مات فجأة . . . أو غيلة (غدرأ) فإنه لا يضمن ، لأنه لو جعلنا ذلك تقصيرا
مستوجبا للضمان لكان معناه وجوب الوصية على كل وديع . . . من حين
قبضه للوديعة . . . حتى أنه لو أضر ذلك ساعة واحدة لكان ضامنا . . .
وهذا لم يـ . به أحد من الفقهاء . ولم يجز به سرف الناس في ودائعهم .^(١)

(١) انظر : حاشية المحرر على المنهج ج ٣ ص ٢٦٧ .

المبحث الثالث (سكوت الشاهد)

من السكوت المحذور . . . سكوت الشاهد . . .

والكلام — هنا — ينتظم المسائل الآتية :

أولاً : تعريف الشهادة :

تقول كتب اللغة : الإشهاد : مصدر — فعله : أشهد يشهد . . . والثلاثي :
شهد من باب سلم . . . وجاء في مختار الصحاح : (أشهد على كذا ، فشهد .
واستشده سأل أن يشهد . . . وشهد على كذا — من باب سلم — وشهد : حضره
وشهد له بكذا : أدى ما عنده من الشهادة) (١) ،

فالإشهاد : طلب تحمل الشهادة ، بالمعينة . . . أو طلب أداء الشهادة عند
القاضي . . . ويستعمل الفقهاء (الإشهاد) : بمعنى طلب الشهود ، لتحمل الشهادة
بمحضورهم لمعينة المشهود به ، ومعرفة قهرم ما وقع (٢) .

ثانياً : ما يطلب فيه الإشهاد شرعاً .

ويراد بما يطلب فيه الإشهاد — شرعاً — الأفعال ، والتصرفات ، والأموال
التي طلب الشارع فيها إلى المكلفين إحضار من يتحمل الشهادة عليها عند حصولها
موثقاً لأنفسهم ، لإمكان تقديم البينة عند الحاجة : كل إحضار من يؤدي الشهادة
أمام القاضي — عند حصول المنازعة ، لإبراء الذمة ، وإثبات حق ، أو دعوى ،
كطلبه إحضار أربعة شهود — في إقرار جريمة الزنا ، أو الرى بها ، في قوله

(١) مختار الصحاح : مادة : شهد .

(٢) انظر : معين الحكام للطرابلسي ص ٦٨ .

تعالى : « واللذان يأتين الفاحشة من نسائكم — فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » (١) ، سواء أكان الطلب على وجه الوجوب ، والقرضية . . أم كان على وجه الذنب ، والاستحياب — تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، وتستوجبه دواعي التكليف .

فالحقوق التي لها مطالب من جهة العباد — يتحمل الشاهد فيها الشهادة بالإشهاد . أو بالمعرفة والاتصال ، ويكون أداء الشهادة فيها واجباً ، وفروضاً إذا دعاه صاحب الشأن ، أو خاف ضياع الحق — إذا لم يشهد .

وقد نهى الله تعالى : عن عدم إجابة الدعوة إلى أداء الشهادة : فقال سبحانه : « ولا يَأْبُ الشُّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا » (٢) . . كما نهى عن كتمان الشهادة ، وتوعد من يكتتمها بالعقاب ، فقال جل شأنه : « وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ، وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ » (٣) .

أما جريمة الزنا فهي اعتداء على حق الله الخالص . . وليس فيها حق يطالب به العبد . . ومثل هذا النوع - وحين تقع الجريمة ، ويقع نظر الشهود عليها - يُكْرَنُ الشاهد مأموراً — أمراً قوياً — بأحد أمرين ، وكلاهما حسبة لله على الشاهد :

أولهما : أداء الشهادة ، لإقامة حد الله تعالى ، ومنع الفساد في الأرض ، وتثبيت دعائم الفضيلة في المجتمع .

وثانيهما : الستر . . هملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ستر على مسلم ستره الله تعالى ، في الدنيا ، والآخرة » ، ولمنع أن تشيع الفاحشة في المؤمنين : بإعلان الخصومة . . والمقاضاة ، لقوله تعالى : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة — في الذين آمنوا — لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة » (٤) ،

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٤) انظر سورة النور : آية ١٩ .

وعلى الشاهد أن يختار بين أكثر الواجبين نفعا لجماعة المؤمنين ، وتحقيقا
لنصالحهم : هل يكون الستر أفضل ، لأن المرتكب ذر مكانة في الناس ، وقد زل
زلة ، وعشر عشرة .. فوجه إقالة عشرته .. عسى أن يتوب ، فيتوب الله عليه ،
ولأن الشهادة إعلان أجريمة ، وإشاعة للفاحشة ، وتسهيل لارتكابها ؟

أو يكون الأولى كشف الجريمة ، وإعلانها ، منعا للجريمة ، ووقاية للمجتمع
من شرور هذا المجرم الآثيم ؟ هو غير بين هذين النظريتين .

.. وإذا اختار الشهادة فلا بد أن يكون الشهود أربعة من الرجال ، لقوله تعالى :
والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء — فاجلدوهم ثمانين
جلدة (١) ١١٠ .

ولقوله تعالى : — واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم — فاستشهدوا عليهن
أربعة منكم (٢) ١١٢ .

فإن هذين النصين ، وما في معناها — يدلان على أنه يشترط — لإثبات
الزنا — شهادة أربعة من الرجال ، لأنه في مقام بيان الحجة المثبتة لهذه الجريمة ،
وترتيب العقوبة التي حددها الشارع — على ثبوتها ١١ .

وما تقدم علمت : أن الشاهد محظور عليه أن يكتم الشهادة حيث يخاف من عاص
الحق ... وقال ابن عباس رضي الله عنه — : (على الشاهد أن يشهد — حيثما
اشتهد ، ويخبر — حيثما استخبر — قال : ولا نقل أخبر بها عند الأمير ... بل
أخبره بها ، لعله يرجع ، ويرعى (٣)) .

(١) انظر : سورة النور : آية ٤ .

(٢) انظر : سورة النساء : آية ١٥ .

(٣) انظر : القرطبي ج ٣ ص ٤١٥ ، وأحكام القرآن لابن عربي ج
ص ٢٥٦ — طبعة أولى .

وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (١) : — (.. المسألة الأولى : — في تحمل الشهادة ، وأدائها — وكلاهما فرض كفاية .. إلا إن تعين — أما التحمل فلا يجب على الشاهد أن يتحمل إلا أن يفترق إليه ، ويغشى تلف الحقوق — لعدمه — وأما أداء الشهادة فيجب على من تحملها إذا كان متعينا — وذلك إذا لم يشهد غيره .. أو تعذر أداء سائر الشهود ، ودعى لأدائها من مسافة قريبة — كالبريد ، والبريدين — ولا يجوز أخذ الاجرة على الأداء ، لأنه واجب) .

ومخلاصة ما تقدم : — أن الشهادة نوعان : —

١ — شهادة تحمل ...

٢ — وشهادة أداء .

(١) وتحمل الشهادة معناه : علم الشاهد بالمحادثة — عند حصولها ، وفهمه لها ، وإحاطته بها ، على وجه صحيح ، يترتب عليه أثرها : وهو وجوب القضاء بها : إما بإشهاد صاحب الحق ، وطلبه ، أو بحضور الشاهد ومشاهدته .

وتحمل الشهادة مندوب ، ومسند ، وإحياء للحقوق .. إلا أن يترتب على عدم التحمل سماع الحق .. فيكون التحمل — حينئذ — واجبا ، بحفاظة على الحقوق من الضياع .. وهذا إذا مدعى الشخص للشهادة من صاحب الحق (٢) .

(ب) أما أداء الشهادة : فمعناه : أن يشهد الشاهد بما تحمله أمام القضاء ، في مجلس الحكم .. وهذا واجب حتم — إذا مدعاه صاحب الحق الأداء .

(٤) انظر : القوانين الفقهية ، لابن جزي ص ٣٣٩ — طبع دار العلم

للملايين — بيروت .

(١) انظر : معين الأحكام للطرابلسي ص ٦٨ .

وقد قبل — في تأويل قوله تعالى : — « ولا يأت الشهاد إذا ما دعوا... »
أنه يحتمل أن يكون المراد هو النهي عن الإباء عن تحمل الشهادة ، إذا
مادماه صاحب الحق إلى تحملها ، ضمانا لحقه في المستقبل — عند حصول نزاع
عليه ... فيكون النهي لسكراهة الإباء عن التحمل . . كراهة تنزيهية . .
ومرجعها (خلاف الأولى) . . ويكون التحمل مندوبا إليه — شرعا — لما فيه
من إغاثة المسلم على حفظ حقه .

ويحتمل أن يكون النهي موجها إلى الذين تحملوا الشهادة بالفعل ، في الماضي
... ينهاهم الشارع عن الإباء عن أداء الشهادة — أمام الحاكم عند الخصومة —
إذا دعاهم صاحب الحق لأدائها . . فيمكن النهي لتحريم . . ويكون أداء الشهادة
واجبا متروضا .

وهنا كله في غير الحدود . . وعند طلب صاحب الحق . . ولم يخالف في ذلك
أحد ، لأن الله تعالى قد نهى عن كتمان الشهادة بقوله سبحانه : —

« ولا تكتموا الشهادة » . . والنهي عن الشيء (أمر) بضده . . فيكون أداء
الشهادة مأمورا به . . وأكد هذا النهي بتأنيب من يكتم الشهادة — وهذا تحذير
وتهديد بالعقاب ، فقال : « ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »^١ ، فإنه حكم صريح بثبوت
الإثم على الكتمان . . ومن لازم الإثم العقاب .

ولما كان أمر أداء الشهادة على هذا الوضع ، لأن الجورق نجيا بالشهادة ،
وتكتمت ^١ وبدونها تضييع ، وتهلك ^١

أما في الحدود — كالزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة — فإن أداء الشهادة
فيها غير واجب — أصلا لأن الشاهد منخير فيها بين أن يشهد ، وألا يشهد . .
بل أن ترك الشهادة أفضل ، تحصيليا للشر المطلوب شرعا — بحديث : (من ستر
حلي مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة) .

وهذا في غير المتهمك ، المفاجر . . أما هو : فالشهادة عليه أولى ، منه
والفساد — في غير حد الدرقة — فإن الشهادة فيه واجبة ، إحياء للمال
ومن كل ماسبق علمت أن كتمان الشهادة ، وعدم الإدلاء به
على الوجه المطلوب — عند الدواعي المقتضية لذلك — ممنوع شرعاً
والله أعلم .

المبحث الرابع

السكوت لعذر ١١

السكوت لعذر — كالأخرس — وائر ذلك في تصرفاته ..
هذا المبحث مسوق لبيان الحكم على تصرفات الآخرس التي تصدر منه ...
وميزانها بالميزان الشرعى — الذى توزن به تصرفات المكلف العادى ... وهل
يحكم عليها بالصحة .. أو الفساد ؟ أو الوجوب ؟ أو التحريم ؟ ... أعنى بكل
ذلك الآثار الشرعية المترتبة على تصرف الآخرس ..

على ضوء هذا التهيد أقول :

ينبغي أن نعرف على الوسيلة التي يلجأ إليها الآخرس — وهى عادة الإشارة —
ثم نبين — بعد ذلك — أثرها على تصرفاته :

تعريف الإشارة :

١ — جاء فى المعجم الوسيط (١) : أشار إليه بيده أو نحوها : أوماً إليه معبراً
عن معنى المعانى كال دعوة إلى الدخول أو الخروج .

والإشارة : تعيين الشيء باليد ونحوها .. والتلويح بشئ يفهم منه المراد .

وشار الشئ : عرضه ليبدى ما فيه من محاسن .

ويقال : شار الدابة : أجراها عند البيع ليظهر قوتها ... وفى حديث طلحة :

« كان يشور نفسه أمام الرسول صلى الله عليه وسلم ، أى يسعى ويخف ليظهر
بذلك قوته .

وشور إليه بيده ونحوها : أشار ... وشور بالنار : رقعها ... وشور

فلانا وشور به : أخجله ، وفعل ما يخجله ..

٢ — وجاء في أسرار البلاغة للزمخشري (١) :

أوماً إليه بالمشيرة وهي (الإصبع) السبابة .

٣ — وجاء في القاموس المحيط (٢) .

شور إليه : أوماً — كأشار — ويكون بالكف أو العين أو الحاجب ..

وشريك : مشاورك ، ووزيرك .. وجمعه شورا .

٤ — وجاء في المصباح المنير (٣) .

أشار إليه بيده إشارة .. وشور تشويرا . لوح بشئ يفهم من النطق فالإشارة
ترادف النطق في فهم المعنى .. كما لو استأذنه في شئ فأشار قيده أو رأسه أن
يفعل أو لا يفعل ، فيقوم مقام النطق .

ومن كل هذا نفهم أن (الإشارة) في اللغة هي كل ما يفهم منه غرض المشير
الذي لا ينطق ..

أما تعريفها عند الفقهاء : فالذي يفهم من كلامهم أنها لا تخرج عن مدلولها
اللفوي وعليه .. نستطيع أن نعرفها فنقول :

هي كل ما يفيد الإيماء أو التلويح — التعبير عن مقصد — سواء أ كان ما يشار
به هو اليد .. أم الرأس .. أم الإصبع .. أم غير ذلك .

أثر الإشارة على التصرف : التصرف الصادر عن المشير ، إما أن يكون
المشار إليه بيعاً .. أو خلافاً .. ولذلك نبين أثر الإشارة على كل تصرف على
حدة فنقول :

أولاً : قد يكون التصرف بيعاً ... فما أثر الإشارة في صحة هذا البيع أو
فساده ؟ تتفق كلمة الحنفية والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ،
والإمامية والإباضية .. على جواز صحة عقد البيع بالإشارات المفهومة من

(١) ص ٢٤٤ .

(٢) ج ٢ ص ٢٦٥ — مطبعة السعادة .

(٣) في مادة شور .

الأخرس لأن الإشارة إذا لم تعتبر وسيلة البيع - في هذه الحالة - أدى ذلك إلى حرمانه من د حق التعاقد ، . . وفي هذا من الضرر ما لا يخفى .

وهذا ما فهمناه من نصوص الفقهاء الواردة في هذا المجال . . . وإليك بعضا منها :

١ - الحنفية : جاء في « بدائع الصنائع » (١) : « أنه إذا كان البيع سلميا ، فإنه يكفي الإشارة إلى رأس المال ، بما يتعلق العقد بقدره ، من المسكيلات ، والموزونات ، والمعدودات المتقاربة . . . وهذا قول الإمام أبي حنيفة ، وسفيان الثوري ، رحمهما الله تعالى . .

وقال أبو يوسف ومحمد : « إن هذا ليس بشرط ، والتميز بالإشارة كاف لأن الحاجة إلى تمييز رأس المال . . . وذلك حصل بالإشارة إليه - فلا حاجة إلى إعلام قدره . . . أما إذا كان رأس المال بما لا يتعلق العقد بقدره - من الذرعيات والعديدات المتفاوتة . . . فإنه لا يشترط إعلام قدره ، ويكتفى فيه بالإشارة - بالإجماع - وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط ، والإشارة كلية بالإجماع .

فلو قال شخص لآخر : أسلمت إليك هذه الدنانير ، أو هذه الدراهم ، ولا يعرف وزنها . . . أو هذه الصبرة - ولم يعرف كيلها . . . فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة . . . ويجوز عند صاحبيه .

ولو قال أسلمت إليه هذا الثوب ، ولم يعرف ذرعه . . . أو هذا القطيع من من الغنم ، ولم يعرف عدده . . . جاز بالإجماع
وهذا كله إذا كان الآخر لا يحسن الكتابة . . . فإن كان يحسنها ففي صحة عقده بالإشارة روايتان في المذهب الحنفي :

الرواية الأولى - وهي الظاهرة - : أن العقد لا ينعقد بالإشارة وإنما ينعقد

(١) انظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٥ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

الكتابة ، لأن الكتابة أبلغ في الدلالة على المراد ، وأبعد الاحتمال من الإشارة ..
فوجب المصير إليها ... وبهذا قال بعض الشافعية .

الرواية الثانية : أن للمقد ينعمد بالإشارة كما ينعمد بالكتابة ، لأن الكلام هو
الأصل في التعبير عن الإرادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه ..
والإشارة ، والكتابة في ذلك سواء .

ولما كان العاقد قادراً على النطق والعبارة .. فلا ينعمد العقد بالإشارة عند
جمهور الفقهاء لأن الكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة ، ولا يلجأ إلى غيره إلا
عند الضرورة .. ولا توجد الضرورة بالنسبة للقادر على النطق والإتيان بالعبارة .

٢ — المالكية : ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير^(١) : « أن البيع
ينعمد بما يدل على الرضا من العاقدين ، وذلك يكون بأي شيء : كبعت واشتريت ..
وغیره من من الأقوال .. أو الإشارة .. والمعاطاة من الجانبين .. أو يكون
بالكتابة منهما .. أو يقول من أحدهما وكتابة من الآخر .. أو إشارة منهما ..
أو من جانب .. وقول أو كتابة من الجانب الآخر . »

ويرى المالكية - إذا كان الآخر من يحسن الكتابة - أن « الإشارة ، منه
ينعمد بها العقد كالعبارة والكتابة تماماً ، لأن المطلوت في إنشاء العقود هو التعبير
عن الإرادة بما يدل عليها .. والإشارة - إذا كانت مفهومة - تدل عليها كالعبارة ..
إلا أنهم استثنوا من ذلك « عقد الزواج » .. فنعموا انعقاده بالإشارة ، لما لهذا
العقد من الأهمية والخطورة التي يناسبها التأكد من حصول رغبة المتعاقدين في
إبرامه ، والإعراب عن إرادتهما بما يدل على احترامه وعدم الاستهانة بشأنه^(٢) .

٣ — الشافعية : جاء في حاشية البجري على المنهج : « أن البيع لابد فيه من
التراضى بين البائع والمشتري ، والتراضى يكون باللفظ ، أو في معناه من الكتابة

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ — الحلبي .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على المنهج .. ومواهب الجليل ج

وإشارة الآخرس، (١) .

٤ — الحنابلة : ورد في المغنى . . والشرح الكبير : « أن البيع يقوم على الإيجاب والقبول ، أو لفظ يدل عليهما . . فإن خرس أحدهما قامت إيسارته مقام لفظه . . فإن لم تفهم إشارته قام وليه — من الأب — أو وصيه ، أو الحاكم مقامه . . » (٢) .

٥ — الزيدية : جاء في شرح الازهار : « أن البيع والشراء يصحان من الآخرس وذلك بالإشارة التي يفهم منها مراده ، فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها ، (٣) .

٦ — الإمامية : وقد نص صاحب شرائع الإسلام : « أن عقد البيع هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر ، زعمون معلوم . . ولا يكفي (التقابض) . من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع سواء كان في الخطير أو الخطير . . ويقوم مقام اللفظ « الإشارة » مع العذر (٤) .

٧ — الاباضية : جاء في شرح النيل : « أن البيع ينقصد بالالفاظ التي تدل عليه : كبعتك كذا بكذا . . . أو بالإشارة . . . أو كتابة من الآخرس والممنوع من كلام ونحو ذلك مما يدل على رضا بالبيع . . . مثل أن يناوله لمريد الشراء (٥) . ونرى أن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح ، لأنه هو الذي يساير مقتضيات التعامل . . وهو الموافق لما أخذ به القانون المدني الجديد (٦) .

ثانيا : أثر الإشارة في « الدعوى » :

« الدعوى » في اللغة . . . مصدر « دعا » . . . « وادعى كذا » زعم أنه له حقا .

(٢) انظر حاشية الليحمرى على المنهج ج ٢ ص ١٦٨ — الخطبى .

(٣) انظر المغنى . . والشرح الكبير ج ٤ ص ٩ — المنار .

(٤) انظر شرح الازهار في فقه الاثمة الاظهار ج ٣ ص ٩ .

(٥) انظر شرائع الاسلام ج ١ ص ١٦٥ .

(٦) انظر شرح النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١١٩ .

(٦) انظر الوسيط للسنةورى ص ٢٨٩ .

أو باطلا^(١) وتدور المادة حول إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا : ملكا ... أو استحقاقا ... أو صفة أو نحو ذلك .

وهي في الشرع : إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في يد غيره أو في ذاته ... والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه^(٢) .

أما أثر الإشارة في الدعوى :

١ — فيري الشافعية - كما جاء على لسان صاحب معنى المحتاج - : أن المدعى عليه إذا أصر على السكوت عن جواب الدعوى لغير دهشة أو غباوة ... جعل حكمه كنسكرك للمدعى به .. ناكل عن الدين ... وحينئذ ترد الدين على المدعى بعد أن يقول له القاضي أجب عن دعواه ، وإلا جعلتك ناكلا .. فإن كان سكوته لنحو دهشة ، أو غباوة شرح له .. ثم حكم عليه بعد ذلك ... وسكوت الآخرس . عن الإشارة المفهمة الجواب كسكوت الناطق ... ومن إشارة مفهمة له كالفائب ، والأصم الذي لا يسمع أصلا - إن كان يفهم الإشارة فهو كالآخرس ... وإن لم يكن يفهم الإشارة فهو كالجنون ... فلا تصح دعواه عليه^(٣) .

٢ - أما الحنابلة : فيرون - كما جاء في كشف القناع - : وأنه إن كان المدعى به عينا حاضرة في البلد ... سكن لم يحضر مجلس الحكم ... اعتبر إحضارها ، لتعيين وإزالة اللبس ...^(٤) .

٣ — ويرى الزبدية - كما جاء في شرح الأزهاري - : وأن من شروط صحة الدعوى تعيين : أعراض العقود ، نحو أن يدعى عوض مبيع ، أو أجره ، أو مهرآ ... فإنها لا تصح دعواه في شيء من تلك الأعراض حتى يعيها بمثل ما عينها للدعد ... فإن

(١) القاموس المحيط . . .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٧١ ، الانصاف ج ١١ ص ٣٦٩

(٣) انظر : معنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج للشيربيني الخطيب ج ٤ ص ٤٣١ - المطبعة اليمنية .

(٤) انظر : كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٤ ص ٢٠٣ - المطبعة

الاولى سنة ١٣١٩ هـ .

كان أرضاً .. أو داراً ... فبالحدود ، وإن كان غير ذلك من العروض فيما :
يتميز به من إشارة .. أو وصف .. وكذا الغصب .. والهبة ، (١)

(٤) أما الإمامية فيرون - كما جاء في شرائع الإسلام - : أن جواب المدعى عليه إن كان به آفة طرش .. توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين .. ولو استغلقت إشارته - بحيث نحتاج إلى المترجم - لم يكف الواحد .. وافترس في الشهادة إلى مترجمين عدلين .. ، (٢)

الإشارة .. والشهادة :-

الشهادة لغة : الحضور .. والبيان .. وسميت بذلك لأن الشاهد يبين الحق من الباطل بشهادته . وجاء في القاموس المحيط : الشهادة خبر قاطع .. ،
وأما الشهادة في الشرع - فهي : إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص (٣)

أثر الإشارة على الشهادة :-

(١) يقول الحنفية - كما جاء على لسان صاحب المبسوط - : .. ولا يجوز .
شهادة الآخر لأن أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة ... حتى إذا قال اشاهد :
و أخير وأعلم ، لا يقبل منه ذلك .. ولفظ الشهادة لا يتحقق من الآخر ... ثم
شهادة الآخر مشقة (فيها) فإنه يستدل بإشارته على مراده بطريق غير مرجح .
للم ، فتمكن في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ... ولا تكون .
إشارته أقوى من عبارة الناطق ، (٤)

(١) انظر : شرح الأزهار ج ٤ ص ١٢٣ .

(٢) انظر : شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ج ٢ ص ٢١٢ .

للشيخ محمد جواد

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٢٣ .

(٤) انظر : المبسوط لشمس الدين السيرخي ج ١ ص ١٣٠ -

مطبعة السعادة .

(٢) أما المالكية فيرون - كما قال صاحب الشرح الكبير : « إن شهادة الآخرس جائزة - كما قال ابن سميعان - ويؤديها بإشارته المفهومة ، أو بالكتابة ... ولا يجوز تعيينه في القضاء ... فإذا عين وحكم نفذ قضاؤه .. ووجب عزله ، (١)

(٣) ويرى الشافعية : « أن شرط الشاهد ألا يكون آخرس ، وإن فهم إشارته كل أحد ... إذ لا يخلو عن احتمال ... » (٢)

(٤) وعند الحنابلة : « لا تقبل شهادة الآخرس ، نص عليه أحمد ، لأنها شهادة بالإشارة ، فلم تكن كإشارة الناطق ، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين ؛ ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق .. ولا يحصل اليقين بالإشارة .

ولمّا اكتفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة .. ولا ضرورة هنا ... ولو شهد الناطق بالإشارة ، والإيماء .. لم تصح شهادته إجماعاً فعلم أن الشهادة ، تفارق غيرها من الأحكام ... ويحتمل أن تقبل فيما طريقه ، الرؤية ، إذا فهمت إشارته ، لأن إشارته بمنزلة نطقه .. كما في سائر أحكامه ... والاولى أولى ، لأنها لما قبلنا إشارته فيما يخص به للضرورة .. ولا ضرورة لها هنا ... » (٣)

(٥) ويرى الزيدية : « أنه لا تصح شهادة الآخرس ... وكل من تعذر عليه النطق وذلك في أى نوع من أنواع الشهادات ، لأن من حق الشهادة أن يأتى بلفظها ، لأن شرط الشهادة التلفظ بها ... » (٤)

٦ - أما الإمامية فيرون أن : « الآخرس يصح منه الشهادة وأداؤها ، ويبنى - على ما يتحقق - الحاكم - من إشارته ، فإن جهلها اعتمد على ترجمة العارف

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٨ ، ١٠

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٢٧٧ ، ١٠

(٣) انظر المغنى .. والشرح الكبير لابن قدامة المقدس ج ١٢ ص ٣٣ ، ١٠

(٤) انظر : شرح الازهار ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٠

بإشارته . . نعم يفتقر إلى مترجمين . . ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته بل يشهد الحكم بشهادته أصلاً . . لا يشهد المترجمين - قرعاً . . (٢) .

٧ — والاباضية يوافقون الإمامية : بحيث جاء في شرح النيل : — « أن للشهادة تقبل من الآخرس بإيماء . . أو إشارة . . » (٤) .

وخلاصة ما تقدم . . أن شهادة الآخرس تقبل إذا كانت إشارته مفهومة . . وهذا الرأي للمالكية . . والإمامية . . والاباضية كـ .

بينما يرى عكس ذلك الحنفية . . والشافعية . . والزيدية . . وإن كنت أرى أن الرأي الأول هو الراجح ، تيسيراً للمعاملات ، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك فيما لو تعين ذلك . . فلو قلنا بالمنع لترتب الضرر وهذا أمر لا يخفى .

الإشارة . . والاقرار :

الاقرار في اللغة : من قر بمعنى : ثبت وسكن (١) .

ومند الفقهاء : اعتراف يوجب حقاً على قائله بشرطه (٢) . . ويعرف أيضاً بأنه إخبار المكلف عن نفسه أو عن موكله بحق يلزم . . (٣) .

وأرى أن العلاقة بين المعنيين - اللفوق والشرعي - متفاربة . . وهي أن المقرر ثبت الحق على نفسه باقراره .

(١) انظر : شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٢) القاموس ج ٢ ص ١١٩ — الحلبي ط ١٩٥٢ ج ١ .

(٣) مواهب الجليل ج ١ ص ٢١٦ .

(٤) البحر الزخار ج ١ ص ٣ .

أما كون « الاقرار » يقبل من الآخرس - بإشارته المفهمة - فالذى يفهم من غالبية نصوص الفقهاء أن الاقرار يصح من الآخرس بإشارته المفهمة - عدا الاباضية - فانهم يرون أن « الاقرار » لا يعتبر . . ولا يقبل من الآخرس حتى ولو كانت إشارته مفهمة . . وإليك ماورد على لسان الفقهاء فى هذا الشأن .

١ — جاء فى شرح الحرشى « أن الاقرار يصح أن يكون باللفظ . . أو بالإشارة المفهمة . . سواء أكانت تلك الإشارة المفهمة من ناطق . . أم من آخرس . . » (١) .

٢ — وجاء فى نهاية المحتاج - عند الشافعية - « أن إشارة الآخرس التى تشر بأنه يلتزم بحق . . تصح أن تكون صيغة من صيغ الافرار المستوفية للشروط » (٢)

٣ — أما عند الحنابلة فقد جاء فى (كشف القناع) « أن الافراد يصح من الآخرس بإشارة مملومة ولأن إشارته تقوم مقام نطقه . . ولا يصح الافرار بالإشارة من الناطق كما لا يصح الاقرار بالإشارة ، من اعتقل لسانه ، لأنه غير مأبوس - ميثرس - من نطقه . . ولذا أشبه الناطق . . » (٣)

٤ — أما الزيدية . . فقد جاء عنهم فى شرح الأزهار - « أن الافرار يصح من الآخرس بإشارته . . مادامت تلك الإشارة مفهمة . . » (٤)

٥ — والامامية . . يعتبرون إشارة الآخرس المفهمة اقراراً منه كاللفظ . ورثبت ما الخد . . على ما جاء فى الروضة البهية . . وشرائع الاسلام . من أنه يثبت الزنا بالافرار أربع مرات . . ويكفى فى الافرار به إشارة

(١) انظر : شرح الحرشى ج٦ ص ٨٨ — المطبعة الاميرية .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ج٥ ص ٧٦ الحلبي ١٣٣٧ .

(٣) انظر : كشف القناع من من الاقتناع ج٤ ص ٣٣٥ .

(٤) انظر : شرح الأزهار ج٤ ص ٣٥٠ .

الأخرى المفهومة شيئاً ... كغيره ... ويعتبر تمدها أرباعاً كاللفظ - بطريق أولى،
ولو لم يفهمها الحاكم اعتبر المترجم المعارف بإشارته ... (١)

٦ - أما الرأي عند الإباضية .. فختلف تماماً عن بقية المذاهب ، حيث
يرون أن إشارة الآخرى في الإقرار غير معتبرة .. ولا يعتد بها .. على ما جاء
في جوهر النظام من أن الإقرار لا يثبت من الآخرى (٢)

وفي هذا المذهب - كما لاحظ - ضيق وحرَج لا يخفى ، ولذلك يرى أنه
مذهب مرجوح - تيسيراً للتعامل ، ورفعاً للحرَج .

الإشارة والوصية :-

الوصية لغة .. من معانيها الوصل والاتصال .. ووصاه توصية : عهد إليه (٣)
لأن الموصى يصل بها ما كان منه في حياته بما بعد مماته ..

والوصية شرعاً : تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع (٤)
أما حكم الوصية بالإشارة .. فالظاهر من نصوص الفقهاء .. أنها تصح
من الآخرى بإشارته المفهومة (أ) فقد جاء في البحر الرائق : وكان النقيض
أبو الليث يقول : إذا فهم منه الإشارة يجوز ... وإذا قرئ صك الوصية على
رجل فقيل له هو كذا .. فأشار برأسه : أن نعم فإنه يجوز ، (٥)

(ب) وعند المالكية ... جاء في مواهب الجليل : أن الإيجاب في الوصية

(١) الروضة البهية .. شرح لللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٣٤٩ وشرائع
الإسلام ج ٢ ص ٤٤٤ .

(٢) جوهر النظام ص ٤٤٩ .

(٣) انظر القاموس المحيط .

(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١ .

(٥) انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٨ ص ٤٦٥ -
الطبعة الأولى / المطبعة العلمية .

يصح بالإشارة المفهمة ... دوى عن أشهب في المرازنة أنهم لو قرءوا الوصية وقالوا : نشهد بأنها وصيتك .. فقال - برأسه - نعم .. ولم يتكلم .. جاز ذلك ، (١)

(ج) وعند الشافعية ... جاء في معنى المحتاج : ، أنه يكفي في الوصية من الآخرس إشارته المفهمة ... والناطق إذا اعتقل لسانه ، وأشار بالوصية برأسه أو بقوله : ، نعم ، لقراءة كتاب الوصية عليه ، لأنه عاجز مثل الآخرس ، (٢)

(د) أما الخنابلة ... فقد جاء عنهم - د في كشف القناع ، : د ولا تصح الوصية من آخرس لانفهم إشارته ... فإن فهمت إشارته صحت ، لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفاً . فهي كاللفظ من قادر عليه ، (٣)

(هـ) ويرى الزيدية ... د أن الوصية تصح بالإشارة من الآخرس إجماعاً ، (٤)

(و) ويرى الإمامية - كما جاء في الروضة البهية - : د أن الوصية تصح .. وتكفي بالإشارة الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية مع تعذر اللفظ المحرس ، أو اعتقال لسان بموضع ونحوه ، (٥)

ومن كل هذه النصوص ، نعلم أن كلمة الفقهاء تتفق على جواز الوصية بالإشارات المفهمة .

(١) مواهب الجليل لشرح خليل على هامش التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٦ ص ٣٦٦ - الطبعة الأولى .

(٢) معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ج ٣ ص ٧٢ .

(٣) كشف القناع من متن الاقتناع ج ٢ ص ٤٩٧ .

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٧٠ .

(٥) الروضة البهية ج ٢ ص ٤٤ .

أثر الإشارة على الطلاق :

الطلاق لغة : ضد الحبس ، وهو التخلي والارسال .. بعد الزوم والامساك^(١) وشرعا : حل قيد النكاح^(٢) :

أما أثر الإشارة على الطلاق فإن جمهور الفقهاء يرى أن الاشارات المفهمة من الآخرس يقع بها الطلاق من غير خلاف لعله ... ويتضح هذا من تتبع النصوص الآتية :

١ — جاء في بدائع الصنائع : . أن التكلم بالطلاق ليس بشرط .. وهو جائز ولكن الطلاق يقع بالكتابة المستقبينة . والإشارة المفهومة من الآخرس ؛ لأن الكتابة المستقبينة تقوم مقام اللفظ .. والإشارة المفهومة تقوم مقام اللفظ^(٣) .

٢ — أما المالكية .. فقد جاء عنهم في شرح منيح الجليل : . أن الطلاق يلزم بالإشارة التي شأنها أن يفهم منها التطليق ، بأن يصاحبها قرينة يقطع من عاينها بأنها تدل على الطلاق — وإن لم تفهم الزوجة منها — ولو كانت تلك الإشارة صادرة من قادر على النطق .. على المعتمد^(٤) .

٣ — أما الشافعية .. فقد ورد عنهم في حاشية البجرمى على المنهج : . أما إشارة الآخرس فإنه يعتد بها في الطلاق ... سواء كان الحرس أصليا ، أو طارئا .. ومنه من اعتقل لسانه ولم يرج برؤيه^(٥) .

٤ — وعند الحنابلة ... جاء في كشف القناع : . أن الطلاق يقع بإشارة

(١) النظم المستعذب ج ٢ ص ٧٧ .

(٢) شرح منتهى الإرادات .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٠ .

(٤) شرح منيح الجليل وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل الطبعة الاولى / طبعة السعادة .

(٥) البجرمى على المنهج طبعة الحلبي ج ٤ ص ٨ .

مفهومة من آخرس فقط ، لانه يفهم منها الطلاق ، فأشبهت السكناية .. فلو لم يفهم الإشارة إلا البعض .. فسكناية بالنسبة إليه ، (١)

٥ — والظاهرية يرون مثل ذلك ، حيث جاء في المحلى : « أن من لا يحسن العربية يطلق بلغته .. باللفظ الذى ترجم عنه في العربية بالطلاق .. ويطلق الأبكم ، والمريض بما يقدر عليه كل منهما من الصوت ، أو الإشارة التى يوقن بها من سمعها قطعا أنهما أرادا بها الطلاق ، وذلك لقوله تعالى : — ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها » (٢)

٦ — أما الزيدية والإمامية والاباضية .. فيرون مثل ذلك كما يفهم من نصوص مذاهمهم ... (٣)

ومن كل ما تقدم فـ تطيح القول بأن الطلاق يقع من الآخرس بإشارته المفهمة من غير خلاف من أحد .

(١) كشف القناع ج ٣ ص ١٥٠ .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ج ١٠ ص ١٩٧ مسألة رقم ١٩٦١ — طبعة الاولى / المنيرية .

(٣) شرح الارهاق ج ٢ ص ٢٨٥ — شرائع الاسلام ج ٢ ص ٥٥ — تخرج النيل ج ٣ ص ٦٢٣ .

القسم الثالث

في

السكوت ومطلق التصرف

ويتضمن هذا القسم المباحث الآتية :

- المبحث الأول : السكوت والتعبير عن الإرادة .
- المبحث الثاني : السكوت والإجازة .
- المبحث الثالث : هل السكوت يعتبر إذناً في التصرف ؟
- المبحث الرابع : هل السكوت يعتبر إرأماً من الحقوق ؟
- المبحث الخامس : هل السكوت يعتبر إقراراً ؟
- المبحث السادس : السكوت والإسقاط .
- المبحث السابع : السكوت الذي يعتبر تدليلاً .
- المبحث الثامن : السكوت والصلح .
- المبحث التاسع : السكوت والشفعة .
- المبحث العاشر : السكوت والوديعة .
- المبحث الحادي عشر : السكوت والقرعة .

المبحث الأول

(السكوت ... والتعبير عن الإرادة)

مقدمة :

المعروف أن (الصيغة) هي الاداة ، أو الوسيلة التي يتم بها الإفصاح والتعبير عن إرادة المتعاقدين ، ورغبتهما في إبرام العقد .

وهناك طرق ، ووسائل - أخرى - متعددة - للتعبير عن تلك الإرادة . . ومن الممكن حصر هذه الطرق ، وتلك الوسائل في ثلاثة :

١ - الوسيلة الأولى : - اللفظ . . أو ما يقوم مقامه : -

أما اللفظ (١) - كوسيلة للتعبير عن الإرادة - فهو الطريق الطبيعي ، الذي يستعمله الناس ، في إبراز مكونات أنفسهم ، وخطبات صدورهم . . ولهذا كان الأصل في التعبير - أن يكون بالكلام ، لأنه يدل دلالة واضحة على مراد الشخص . . بخلاف غيره من وسائل التعبير الأخرى كالإشارة ، والفعل . . المعبر عنه بالمعاطاة ، فإن دلالتها قد تحتل أرجحاً أخرى ، غير مقصودة للمتعاقدين . . وكذلك الكتابة ، فإنها تحتل التوضيح ، والتقليد ، ويتوارد عليها الإنكار ، والتحايل . . فلا يهزم بصدورها من الطرف الآخر .

ولهذه الاحتمالات - وغيرها - كان (اللفظ) في مقدمة الوسائل التي ينبغي بها أي عقد من العقود ، مهما كان نوعه .

ويتفق الفقهاء على صحة التعاقد بأي لفظ كان . . متى كان واضح الدلالة على

(١) اللفظ هو : الصوت المشتمل على بعض الحروف الهجائية ، والذي يصدر من الإنسان للدلالة على ما يريد . انظر : مختار الصحاح ص ٦٠١ ، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٨٣٨ ،

نوع العقد الذى يرغب المتعاقدان فى إبرامه ، سواء أ كانت دلالاته على ذلك صريحة أم كناية . (١)

(٢) الوسيلة الثانية : — للتعبير عن الإرادة — الأفعال .. أو التماطى (٢)

وقد سبق أن قلنا : إن الأصل فى التعبير عن الإرادة .. أن يكون باللفظ ... ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة - بالفعل .. خروجاً عن هذا الأصل .. وإن كان الشارع — فى بعض الأحيان — وفى بعض العقود — اشترط أن تقع (باللفظ) لا (بالفعل) .. كحالة (العارية) التى أوجب الفهم أن يكون الإيجاب فيها - لفظاً .. لا فعلاً . فى توثيق الأبصار : - (العارية تمليك المنافع

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٣٢ ، وكشاف القناع ج ٣:

ص ١٩ .

(٢) (التعاقد فى الأفعال) .. الفعل هو حركة البدن أو النفس .. وعرفه صاحب اللسان بأنه : « كناية عن كل متعدد ، وغير متعدد » ... والفعل — عند المناطقة — تأثير من جرم مختار ، أو مطبوع .. فى جرم آخر ، فيحيله عن بعض كميّاته الى كميّات أخرى .. كفعل السكين .. والحجر .. والقاطع بهما ، فانهما يحيلان المقطوع — كالتفاحة مثلاً — عن (حال الاجتماع) الى (حال الافتراق) ... وقد يكون الفعل مجرداً كالقيام ، والتحرك ، والتفكر .. وما أشبه ذلك .

وقال الجرجاني — فى التعريفات ص ٧٥ — (الفعل : هو الهيئة المعارضة للمؤثر فى غيره — بسبب التأثير ، كالهيئة الحاصلة للقاطع بسبب كونه قاطعاً .. ومنه للفعل العلاجى ، وهو يحتاج فى حدوثه — الى تحريك عضو ، كالضرب ، والشم) .

ونكر ابن حزم (أن الفعل ينقسم الى ما يبقى أثره بهم انتظائهم كفعل الحراث ، والنجار ، والزواق .. وما لا يبقى أثره بعد انقضائه كفعل السباح ، والماشى ، والمتكلم ، وما أشبه ذلك) .

انظر التقريب لحد المنطق ، لابن حزم ص ٦٠ — دار مكتبة الحياة — بيروت .

بجاء (... وجاء في شرحه بالدر المختار : — (أفاد ، بالتعليك ، لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا) . . وجاء في حاشية رد المختار : — (قوله : ، ولو فعلا ، أى كالتعاطي . . كما في القهستاني . .) وهذا مبالة في القبول . . وأما الإيجاب فلا يصح به . . وأما القبول من المستعير — أى القبول صريحا — فغير شرط . . بخلاف الإيجاب^(١) .

فالتعبير (بالفعل) تد يكون صريحا ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة . . وقد يكون كناية يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة . . فركوب الدابة — مثلا — هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد — إذا صدر من العاقد — صاحبه خيار الشرط ، أو خيار العيب .

ولئن كان مؤدى هذا التعبير (العمل) واحدا — وهو إجازة العقد في الحالين فهو يحمل صفتين متغايرتين فيهما . . فهو في الأول (تعبير كناية) يفتقر إلى النية . . بينما هو — في الثاني — تعبير صريح لا يفتقر إلى النية .

وبيان ذلك ... أن ركوب المشتري للدابة — بعد علمه بعيبها — يعتبر إجازة صريحة للعيب ، وإلغاء (الخيار) ولا ينظر — في هذا الركوب إلى نية المشتري ، وهل ركوبها لحاجة في نفسه ؟ فيكون ذلك إلغاء للخيار — أو ركوبها لينظر إلى سيرها ؟ فلا يكون ذلك إلغاء للخيار . . بخلاف الركوب في (خيار الشرط) حيث ينظر فيه إلى نية الراكب . . فان قصد الركوب لحاجة نفسه كان ذلك إلغاء للخيار . . وإن قصد الركوب للتجربة ... لم يكن ذلك فسخا للخيار^(٢)

(١) انظر : رد المختار ج ٤ ص ٥٢٤ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٧٠ .

(التعاقد عن طريق التعاطى)

وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية . . الدالة على التراضى . . دون تلفظ بإيجاب وقبول (١)

ومن هنا كان هذا النوع من التعامل - من صميم بحثنا هذا - وقد جاء في شرح الخطاب :- (المعاطاة هي : أن يعطيه الثمن ، فيعطيه المثلن - من غير إيجاب ، ولا استيجاب) (٢)

ومن صوره : أن يجيء رجل إلى بائع دقيق - مثله - ويدفع له خمسة جنينيات - مثلاً - ويقول له : بكم تبيع السكيل من هذا الدقيق ؟ فيقول له : بعشرين قرشاً . . ويسكت المشتري ، ثم يطلب منه الدقيق ، فيقول له البائع : سأعطيك إياه غداً . . هنا يتم العقد البيع - وإن لم يجر بينهما إيجاب ولا قبول .
وكذلك : إذا أعطى المشتري لخباز مقداراً من القروش ، فيعطيه الخباز به مقداراً من الخبز - دون تلفظ بإيجاب وقبول . .
وكذلك : أن يعطى المشتري الثمن للبائع ، يأخذ السلعة ، ويسكت البائع (٣)

(مقارنة بين التعاقد بالتعاطى . . والتعاقد بدلالة الحال « كالكسوت »)

هناك فرق واضح بين التعاقد بالتعاطى . . والتعاقد بدلالة الحال - حيث لا يكون ثمة - أخذ وعطاء من الجانبين - بل يكون هناك موقف من التعاقد لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على القراض . . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدي شخص آخر ، وذهب - وسكت الآخر ولم ينه ، ولم يتصل من حفظه - فإن عقد الأيداع ، يتم بينهما بدلالة الحال . ويصبح الشخص الآخر وديماً مكلفاً بالحفظ .

(١) تكملة رد المحتار ج٢ ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : شرح الخطاب ج٤ ص ٢٢٨ .

(٣) انظر مادة ١٧٥ من مجلة الأحكام العدلية .

وكذلك .. لو دخل شخص غائبا (متجراً) فقال لصاحب الخان : - أين
أربط دابتي ؟ فأراه محلاً ، فربط الدابة فيه . انعقد الإيداع ، دلالة (١)

حكم التعاقد بالتعاطي :-

اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج ، لا ينعقد (بالفعل أو المعاطاة) .. فلو أن
امراًة زوجت نفسها - بحضرة شاهدين - فلم يقل الزوج شيئاً .. لكن أعطاهما
المهر في المجلس .. لا يكون ذلك قبولا للزواج .. ولا يتم الزواج بينهما ما لم يقل :
(قبلت .. أو نحوه) ، لأن عقد النكاح - في الفقه الإسلامي - لا يتم بالإشهاد
وحده .. ولما كان مؤدى التعاطي وعقده - في النكاح - هو التعاشر الاستمتاعى
بين الزوجين .. وكان ذلك مقصدرا بحضور الشهود .. لذلك فقد أوجب الفقه
الإسلامي التعبير عنه ، باللفظ ، ، لأنه ميسور للسمع ... وأيضاً - فإن عقد
الزواج متعلق بالنظام العام في المجتمع الإسلامي ، وترتبط به حقوق للغير ..
كالنسل ، وهو عقد الحياة الانسانية ، حيث يتوقف بقاء النوع الإنساني عليه .

من هنا حرص الشارع على إبرازه ، وتمييزه عن (المخادعة) .. واللفظ هو
الأولى والابتن في التمييز بين حالتى : النكاح المشروع ، الذى تصان به الأهرام
والأنساب وحقوق الغير - والسفاح الممنوع والمحرم ، الذى تهدر به هذه الحقوق !!

واختلف الفقهاء فيما عدا عقد الزواج - من العقود .. على أقوال كثيرة ..
يمكن إجمالها في ثلاثة :-

القول الأول :-

وهو الإمام مالك ، والإمام أحمد ، والجصاص من الحنفية - أنها تنعقد
(بالفعل) متى كان هذا الفعل واضح الدلالة على الرضا .. سواء في ذلك ما جرى
العرف بانعقاده به .. وما لم يجر العرف به

(١) انظر : المدخل الفقهي العام - لمصطفى عبد الزرقاء ج ١ ص ١٦٠
والفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٥٣٨

وهذه أدلتهم التي تشهد لهم :

(أ) من القرآن الكريم : جاء على لسان الجصاص صاحب كتاب أحكام القرآن^(١) : (وهو — أى التعاطى — أن يساومه على شيء ، ثم يزن له الدراهم ، ويأخذ المبيع ، ليعملوا ذلك عقداً لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه . . فهذه الوجوه التي ذكرناها — هي طريق التراضي المشروطة في قوله : « إلا أن تكون تجارة — عن تراض منكم ») .

(ب) من السنة الشريفة : جاء في كتاب أحكام القرآن : (ونحر النبي — صلى الله عليه وسلم — بدنات ، ثم قال : « من شاء فليقتطع » ، فقام الاقتطاع . . في ذلك . . مقام القبول للهبة — في إيجاب التملك) .

(ج) الإجماع : جاء في المغنى^(٢) : (أن الناس يتبايعون — في أسواقهم — بالمعاطاة ، في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره — قبل غالفينا — فكان ذلك إجماعاً) .

(د) العرف : حيث جرى عرف الناس في زمنه — صلى الله عليه وسلم — وما بعده من المصور على التعاقد بالأفعال . . ولم ينقل إنكاره عن النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا عن الصحابة . . فكان ذلك دليلاً على مشروعيته .

(هـ) العقل : فإن العمل بهذا القول — وهو صحة الإيجاب والقبول فعلاً . . لا لفظاً فقط . . يترتب عليه رفع الحرج عن الأفراد . . وهو مقصود للشرعة .

وقد أشار إلى ذلك ابن قدامة الخنبل بقوله : (وليس إلا المعاطاة والتفرق — عن تراض — يدل على صحته . . ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة ، وأكثر أموالهم محرمة^(٣)) .

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٣ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

وإليك نصوصهم الفقهية في هذا المقام :

(أ) قال الجصاص - وهو فقيه حنفي : (وقد قال أصحابنا - فيما جرت به العادة - بأنهم يريدون به إيجاب التملك ، وإيقاع العقد - أنه يقع به العقد . . وهو أنه يساومه على شيء ، ثم يزن له الدراهم ، يأخذ المبيع ... فجعلوا ذلك عقداً ؛ لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه ؛ وذلك لأن جريان العادة بالشئ كالنطق به - إذ كان المقصد من القول الإخبار عن الضمير ، والاعتقاد . . فإذا علم ذلك - بالعادة . . مع التسليم للمعقود عليه - أجروا ذلك بجرى العقد ، وكأىدى الإنسان لغيره ، فيقبضه ، فيكون قبولا للهدية) (١) .

(ب) وقال ابن قدامة - الحنلى : (ولنا أن الله [تعالى] أحل البيع ، ولم يبين كيفيته . . فوجب الرجوع إلى العرف . . كما رجع إليه في القبض ، والإحراز ، ، والتفرق ، . . والمسلمون في أسواقهم ، وبياعاتهم - على ذلك ؛ ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، معلوماً عندهم . . وإنما علق للشرع عليه أحكاماً . . وأبقاه على ما كان . . فلا يجوز تغيير بالرأى ، والتحكم) (٢) .

(ج) وقال الخطاب - المالكي (٣) : (إن الركن الأول الذى هو الصيغة التى يشترط بها البيع - هو ما يدل على الرضا . . وسواء أكان قولاً . . أو فعلاً - كالمعاطاة وهى المناولة - . . قاله فى الصحاح . . وقال الشيخ

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٣ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

(٣) انظر : شرح الخطاب ج ٤ ص ٢٢٨ .

رؤوف : هي أن يعطيه الثمن ، فيعطيه الثمن - من غير إيجاب ، ولا استيجاب ؛ لأن الفعل يدل على الرضا ، صرفاً ؛ والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بموضع رضاه . . فلا يشترط القول . . ويكفي الفعل كالمعاطاة) . — وجاء أيضاً : (إن الأفعال — وإن انتفعت فيها الدلالة الوضعية — ففيها دلالة عرفية — وهي كافية ، إذ المقصود من التجارة — إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عرض — عن طيب نفس منك . . فتكفي دلالة العرف — في ذلك — على طيب النفس) (١) .

القول الثاني : أن العقود لا تنعقد (بالفعل) . . ولو كان واضح الدلالة على الرضا . . وهو قول الشافعي — رضى الله عنه — والشيعة .

واستدلوا على دعواهم هذه — بما يأتي :

(أ) قالوا : إن الشارع قد اقتصر على ذكر البيع ، والتبايع . . وفرق بين الاستيلاء . . والتعاقد ، وبذلك ما كان يألفه الجاهليون — من تعبيرات فعلية في البيوع — كالملاسة ، وغيرها — فوجب — تبعاً لذلك . تبذ ما كان على شاكلتها من معاواة غير مقرونة بلفظ البيع ، الذي جعله الشارع عنراً للتعاقد .

جاء في الروض النضير (١) : (قال الموزعي : التجارة ، والبيع أمر متباد في الوجود . . وهو التعاوض . . ومعلوم أنه لا ينفك عن مسارته ، وخطاب . . فلما وجدنا النبي — صلى الله عليه وسلم — فرق بين « السوم » و « البيع » في قوله صلى الله عليه وسلم - « لا يسم أحدكم على سوم أخيه ، ولا يبيع على يعة » (٢) : علمنا أن البيع هو التعاقد الناقل للملك أحدهما إلى الآخر ، فإن التساوم من مقدمات البيع ، ولما وجدنا الإشارة إليه في الحديث كثيرة — كما في قوله صلى الله عليه وسلم — لحبان بن مقلد :

(١) انظر : حاشية الصاوي ج ٢ ص ٣ .

(٢) انظر : الروض النضير ج ٣ ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ج ٢ ص ٢٢ .

« إذا بايعت قتل لا خلافة .. وأنت بالخيار ثلاثاً .. وغير ذلك من الإشارات المستلزمة للتعاقد .. فدل على أنه من عادتهم .. مخاطبتهم الله بلمعتهم الجارية على عادتهم .

نعم جرت العادة بعدم التسايم ، والتعاقد في المال الحقير . . فيسكني فيه التعااطي ، لأنه يسمى (بيعاً) لغة ، وعرفاً . . واختاره جماعة من الشافعية — أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد في التبايع أخذاً بظاهر الخطاب .
ويؤيده أنه تقرر في القواعد الفقهية المتفق على صحتها : أن كل ما رتب الشارع عليه حكماً ، ولم يجد فيه حداً . . يرجع فيه إلى العرف . . وقد علم أن عادة الجاهلية — في زمن النبي صلى الله عليه وسلم — أنهم يعتبرون — في نفوذ البيع — صوراً يجعلونها قرائن الرضا ، والانسلاخ ، ولا ينفصل أحد المتبايعين عن الآخر إلا بفعل أيها . . وهي صفات متنوعة ، أقر الشارع بعضها منها ، وأبطل بعضها .

فما أبطله : المنابذة . . والملازمة . . وطرح الخصاة . . ونحوها — بما عدوه قرينة الانسلاخ .

وبما أقره : لفظ البيع . . والشراء ، اللذين ورد بهما النص القرآني ، كقوله تعالى : « وأحل الله البيع ، وحرم الربا » وكذا قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » ولم يقل : « إذا تبايعتم » . . أو تنايذتم . .

والاقتصار على ذكر « التبايع » ، دليل على كون لفظه — وما في حكمه — من الألفاظ المؤدية لمعناه — هو المعتبر في نفوذ العقد . . وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة (١) .

وجاء في جواهر الكلام (٢) : (ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك ، لحصر الشارع أسباب الملك في العقد . فالمعاطة تفيد لإباحة — لا غير) .

(١) انظر : الروض للنضير ج ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) انظر : جواهر الكلام ص ٣٩ .

وهذا نص واضح يدل على أن اللفظ لا غيره له المسكاة الأولى في التعبير .

(ب) ويستدلون على مذهبهم — أيضا — فيقولون : (إن التعاطى يستلزم على الإثبات ، فلا مناص إذا من عدم الاعتداد به في إنشاء التصرفات) . .

ويشير إلى هذا المعنى الشعراني صاحب الميزان^(١) ، بقوله : (ووجه الأول قوله — صلى الله عليه وسلم : إنما البيع عن تراض . . والرضا خفي . . فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ — لا سيما إن وقع تنازع — بعد ذلك — بين البائع ، والمشتري وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهادة الشهود إلا إذا شهدوا بما سمعوه من اللفظ . . ولا يمكن أن يقولوا : رأيناه يدفع إليه دنانير — مثلا — ثم دفع إليه حماراً — مثلا) .

ويشير الرملى — الشافعى — إلى عدم قدرة التعاطى على إظهار الرضا الخفى بقوله : (والرضا أمر خفى . لا اطلاع لنا عليه ، فجعلت الصيغة ، دليلا على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاوضة . . وهى أن يتراضيا — ولو مع السكوت منهما)^(٢) .

(ج) ويقولون — كذلك — أن الفعل لا يقوم مقام العبارة ، لأنه يختلف باختلاف مقاصد الناس ، ويحتمل غير المراد من المقدم . . . وبيان ذلك :

أن التعاطى — كوسيلة للاعقاد — أداة ظنية ، لا تحتمل معنى القطع ، والجسم على وجود الإرادة ، لأن التعاطى يحمل معنى المبادلة . . وهو عنصر مشترك بين عديد من المعاوضات المالية ، وليس بمقصود على البيع . . فإذا ما قبلنا التعاطى الذى يلتزم إرادة المبادلة — المحضة — كوسيلة للتعبير . . فالى أى معاوضة من هذه المعاوضات نصرناها ؟ وكيف يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاوضات — وقد جاء التعاطى خاليا عن كل لفظ يرسم حدودها ؟

(١) انظر : الميزان للشعرانى ج ٢ ص ٥٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤ .

فلا مناص إذا من الرجوع إلى القول ، المترجم عما في النفس ... - كما يقول
الفقيه السحيمي : إنه الوحيد الضامن للقيام بهذا التحديد ..

أما مجرد الرضا بالمبادلة .. فما لم ينصهر في بوتقة اللفظ القادرة على إعطائه
صورة المبادلة المرادة ، المنضبطة .. فهو هدر - ولو تم عن طريق التعاطي ... (١).

مناقشة هذا القول :

لاحظ أصحاب المذهب الأول - القائلون بانعقاد العقد بالتعاطي - على أصحاب
المذهب المعارض أنهم - صرخوا - التعاقد ، في الألفاظ - فقط - مستدلين بآية :
« وأحل الله البيع ، وحرم الربا » .. وهذه الآية لم يكن الغرض منها بيان وسائل
التعبير .. وإنما سيقمت لبيان (حلية) البيع ..

وإلى هذا أشار صاحب المغنى بقوله (٢) : - (ومذهب الشافعي - رحمه الله -
أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول .. وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا ..
ولنا : أن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف) .

وأما آية : « وأشهدوا إذا تباعتم » ، التي استند إليها صاحب الروض للتضيير
فلم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير .. وإنما كان الغرض منها بيان ضرورة
الإشهاد .

أما بالنسبة لما استدلوا به من السنة - على مذهبهم - فقد رد عليهم صاحب
المغنى بأن هذا لا يصلح استدلالا ، حيث قال : - (ولم ينقل عن النبي - صلى الله
عليه وسلم - ولا عن أصحابه - مع كثرة وقوع البيع بينهم - استعمال الإيجاب ،
والقبول .. ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم - لسئلوا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا
لوجب نفيه ، ولم يتصور منهم إهماله ، أو الغفلة عن نفيه .. ولأن البيع عما تم به

(١) انظر : الروض النضير ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

(١١) - السكوت)

المصالح .. فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه النبي - صلى الله عليه وسلم -
بيانا عاما ، ولم يخف حكمه ؛ حتى لا يقضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا ، وإلى
أكلهم المال بالباطل .. ولكن لم ينقل ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن
أحد من أصحابه - فيما علمناه .

وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول بالنسبة للهبة .. والهدية . والصدقة ..
ولم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك
فيه .. وقد أهدى إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - من الحبشة وغيرها .. وكان
الناس يتجرون بهداياهم يوم عائشه - متفق عليه ؟

وفي أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول .. وليس إلا المعاطاة .. والتفرق
عن تراجم يدل على صحته (١) .

وأما ما استدلوا به من أن التعاطي ، لا يصح المقابلة ؛ لأن دلالة على الرضا
ظنية - فإنه يناقش ، ويرد عليهم - فيه - بأنكم تعترفون بانهقاد العقد بالتعابير
اللفظية الكنائية .. وتعتبرونها كوسيلة للتعبير عن الإرادة - على الرغم من أنها
تعابير ظنية .

ثم إن التعاطي يفسر على الناس معاملاتهم ؛ لأنه - وإن كان وسيلة مشتركة
في كل عقود المعاوضات ، وقد يدعو الاشتراك إلى الخلط بينها - فإن في الظروف
الداخلية ، والخارجية المحيطة بالتصرف - ما ينير للسبيل لمعرفة طبيعة هذا التصرف ،
وتكييفه بالشكل الصحيح : وهل هو بيع .. أو إجارة ... أو غير ذلك ؟

فإذا ما ذهب شخص إلى مؤجر دراجات .. واستأجر منه دراجة - على سبيل
التعاطي - لقاء قرش ، ولحظات معدودة .. فليس - ثمة - مجال للتساؤل عما إذا
كانت هذه العملية التعاقدية « بيعاً » .. أم إجارة ، مادامت الظروف الداخلية ،
والخارجية تنطق بكيفيةها ؟

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ وما بعدها .

من هذه المناقشة نعلم أن أدلة القائلين بأن العقد لا ينعقد ، بالتعاطي والأفعال ،
- لم تسلم من الرد والمعارضة - كما لا يخفى ما في مذهبهم من التشديد ، وعدم التيسير
- دون سند قوى . . وهذا لا يتفق مع مرونة الشريعة ، وسماحتها فيما تعم البلوى
وفي رفع الحرج عن الناس !!

موازنة بين الرأيين

بعد دراستنا لهذين الرأيين السابقين - في حكم التعاقد بالمعاطاة - وجدنا أن
هناك مذهباً موسعاً . . وآخر ضيقاً - وجدنا أن أساس هذا الاختلاف ومرده
.. يرجع إلى العرف . . حيث وجدنا (الرأي الموسع) يعتمد اعتماداً كبيراً
على العرف . . حتى لقد بلغ الأمر بالمذهب الخنفى - وهو من القائلين بصحة
التعاقد عن طريق المعاطاة (١) - أنه لم يقف عند حد العرف - فحسب - في إقراره
للتعاطي ، ولغيره من وسائل التعبير . . بل لقد ذهب إلى أبعد من ذلك حيث
أوجب العمل (بالرضا) مهما كان الطريق الموصل إليه - عرفاً كان أو غير عرف . .

وأصدق دليل على ذلك ما جاء على لسان ابن القيم - في عبارة سهلة واضحة ،
حيث يقول : - (فن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة ، وجب عليه اتباع
مراده . . والألفاظ لم تقصد لدوائها ، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم
فاذا ظهر مراده ، ووضح - بأي طريق كان - عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ،
أو كتابة ، أو إيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية . . أو عادة له مطردة
لا يخل بها . . (٢) .

وهذا هو الاتجاه الذي يسلكه فقهاؤنا المحدثون ، فقد جاء في كتاب (الملكية .
ونظرية العقد) لاستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة (٣) : (بكل ما عده الناس

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ وما بعدها .

(٢) انظر : اعلام الموقعين ج ١ ص ١٨٩ .

(٣) انظر : الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٠٥ ،

دالا على البيع . . ينعقد به البيع ، وكل ما يعتبره الناس دالا على الإجارة . .
فالإجارة تنعقد به . . وليس لذلك حد لاقى شرع « ولا في لغة ، بل يتنوع بتفوع
الناس ، كما تتنوع لغاتهم . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات
في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم - من أهل لغة أخرى
إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم) .

أما المذهب الآخر - المضيق - فلا يقيم للعرف وزنا - في هذه المسألة - ومن
هنا جاء على لسانهم (١) : - (أن المعاوضة - على أصل المذهب - لا يصح البيع بها -
ولو اعتيدت) .

وجاء أيضاً - عنهم - (٢) (والرضا أمر خفي ، لا اطلاع لنا عليه فجعلت
الصيغة دليلاً على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاوضة - وهي أن يتراضيا - ولو مع السكوت
منهما) .

والذي نراه راجحاً هو القول الأول ، الذي يجيز التعاقد بالتعاطي والأفعال
لقوة أدلته ، وسلامته عن المعارضة ، ولضعف أدلة المذهب الثاني - بعد منافشتها
والرد عليها - كما سبق - ولأنه القول الذي يتفق وما هو مقرر في الشريعة : من أنها
جاءت لتحقيق مصالح الناس ، ورفع الحرج عنهم ، ولأنه يتفق مع مقتضيات
التعامل ، لما فيه من التيسير . .

وهذا قول هو الذي أخذ به القانون المدني - في مصر - بحيث نصت
المادة - ٩٠ منه - على أن : (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ،
وبالإشارة المتداركة عرفاً - كما يكون بانخاذ موقف لاندفع ظروف الحال شكاً في
دلالاته على المقصود) .

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٤ .

(السكوت .. ودلالته على الإيجاب والقبول)

قبل أن نتكلم عن هذه المسألة - وهي دلالة السكوت على الإيجاب والقبول - نود أن نقول أولاً :

ما الإيجاب ؟ وما القبول ؟

ذهب الجمهور من الفقهاء - إلى أن الإيجاب هو ما يصدر عن يكون منه التليك وإن ورد متأخراً ... وأن القبول هو ما يصدر عن يصير له الملك وإن صدر أولاً .

فهم يخصصون (الإيجاب) بما صدر من عاقد معين بالذات .. ويخصصون (القبول) بما صدر من العاقد الآخر - بصرف النظر عن صدره سابقاً للإيجاب أو متأخراً عنه .

ونحن لا نرى وجها لهذا التخصيص .. بل كل من صدر منه اللفظ - أو ما يقوم مقامه - أولاً .. يكون موجباً .. ويكون الآخر قابلاً ، لأن كلفة (قبول) تشعر بأن شيئاً تقدمها ، ويكون القبول واقعاً عليه - أي على هذا الشيء - وإلا فكيف يكون قبولا ، ولم يتقدمه شيء (١) ؟

ويرى الحنفية (٢) : أن الإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالا على إرادته في إنشاء العقد .. وأن القبول هو ما يصدر ثانياً (من العاقد الآخر) دالا على موافقته ، ورضاه بما أوجبه الأول .

والواقع أن كلا منهما إيجاب ... أي إثبات حق للطرف الآخر ... وإنما

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٥٦٠ - المكتبة التجارية ،
ومغنى المحتاج ج ٢ ص ٣ الحلبي .
(٢) انظر : البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ .

سمى الثاني (قبولا) تمييزاً له عن الإيجاب الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضاً بمثل الأول ... فالمبررة في تمييز الإيجاب عن القبول هي الصدور أولاً .. أو عدمه .

فإذا قال البائع لشخص : بعثك سيارتي بكذا .. فقال الثاني : اشتريت .. أو قبلت ... كان قول البائع : (بعثك ...) إيجاباً ... وكان قول المشتري : (اشتريت ، أو قبلت ، أو رضيت .) قبولا لذلك الإيجاب .

لكن .. هل يصح أن يكون السكوت دالاً على الإيجاب أو القبول ؟ هذا مانجيب عليه .

من خلال كلامنا السابق على السكوت علمت أنه قد يكون مظهراً للتعبير عن الإرادة لكنه يختلف عن جميع المظاهر الأخرى الدالة على الإرادة ، لأنه موقف سلبي محض^(١) حيث أن الساكت لم يعبر بطريق إيجاب عن أية إرادة ، كما هو الشأن في قاعدته حيث أنه لا ينسب لساكت قول^(٢) ،

لكن هذا يصدق على الإيجاب دون القبول ، لأن السكوت قد يكون تعبيراً عن القبول ، إذا كانت هناك قرائن وأمارات تدل على تضمن السكوت للوافقة^(٣) وذلك كأن يجرى العرف على أن السكوت في مثل هذا الأمر يعتبر رضا كما في حالة سكوت البكر حين يتقدم إليها من يريد خطبتها فيعرض عليها الأمر عليها فتسكت ، أو كان التعامل الذي حصل يعود بالفائدة على هذا الشخص الساكت وذلك كما في عقود التبرعات كالصدقة والوقف والوصية والوديعة .

(١) حيث عرفناه في موضعه « أنه التزام حالة سلبية لا يرافقتها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير الخ .

(٢) وهذه العبارة للشافعي رحمه الله انظر الاشباه والنظائر للسيوطي

ص ٩٧ .

(٣) معين الحكام للطرابلسي ١٥٥ .

فاذا حصل الايجاب مثلاً من جانب الوديع بأن قال شخص لآخر أودعنى هذا الكتاب فسكت المالك فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً لأن سكوته يتضمن الرضا بالإيجاب .

إذن القبول يمكن أن يستنتج من الظروف الملازمة ومن هنا قيل « ولسكن السكوت في معرض الحاجة بيان » . وقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى (١) . بيان للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً نظراً للظروف الملازمة فيما يأتى : « لا ينسب لساكت قول فلو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينه لم يكن وكيلاً لسكوته . ولو رأى القاضى العصى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون إذناً في التجارة إلى أن قال وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق .

الأولى : سكوت البكر عند استثمار وإيهسا قبل التزويج وبعده .
الثانية : سكوتها عند قبض مهرها . الثالثة : سكوتها إذا بلغت بكراً الرابعة : حلفت ألا تزوج فزوجها أبوها فسكتت حثت . الخامسة : سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة : سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن . السابعة : سكوت الوكيل قبول ويرتد برده . الثامنة : سكوت المقر له قبول ويرتد برده . التاسعة : سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده . العاشرة : سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا . إلى أن قال السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتن العين المرهونة إذن كما في القنية . انتهى ، (٢) .

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطى « لا ينسب إلى ساكت قول : هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعاً أو عن

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى المصرى ص ١٥٤ الطبع ١٣٨٧ هـ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٨ الطبع .

قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه
بلا خلاف إلى أن قال : وخرج من هذه القاعدة صور منها البكر سكوتها في
التكاح إذن للآب والجد قطعاً ولسائر العصبة والحاكم في الأصح . ومنها سكوت
المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه بحمله كالمتكر الناكل وترد اليمين
على المدعى ... —

وقد جاء في معين الحكم (١) الباب السابع والأربعون في القضاء بأحكام
السكوت .

د السكوت رضا في مسائل : منها سكوت البكر عند استئثار الولي قبل التزوج
وبعد هذا لو زوجها الولي حتى لو زوج الجسد مع قيام الآب لا يكون سكوتها
رضا . ومنها سكوتها عند قبض مهرها لو قبض المهر أبوها أو من زوجها فسكتت
يكون إذا بقبضه . ومنها لإبراء مديونه فسكت براءاً ولو رد يرتد برده

من هذه النصوص : يمكن أن نقول : أن السكوت يعتبر قبولاً إذا اقترنت
به ملازمات تجعل دلالاته تنصرف إلى الرضاء أما الإيجاب : ليس كالقبول : أي
لا يصح أن يكون السكوت تعبيراً عن الإيجاب . لأن الإيجاب يتضمن العرض ،
وهو شيء لا بد أن يظهر بعد مادي من لفظ أو كتابة أو فعل . فالإيجاب لا يمكن
أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه ، من الظروف
الملائمة وهذا التحديد إنما يجرى على مذهب الحنفية الذين حددوا الإيجاب بما
يصدر أولاً من أحد العاقدين سواء كان كلاماً أو غيره وسواء كان بائعاً أو مشترياً
والقبول بما يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر متضمناً الموافقة بما صدر أولاً فبناء
على هذا الاصطلاح لا يتصور أن يكون الإيجاب بالسكوت . لأنه قد عرف بما
يصدر أولاً . فلا بد أن يكون عملاً مادياً حتى يفهم منه العرض والموافقة ولا يكفي

(١) انظر معين الحكم للطرابلسي ١٥٥ المطبعة الأميرية ١٣٠٠هـ .

(٢) انظر شرح المنلة العدلية للمحاسني الأم للشافعي ٧ص ١٣٣٦٩٣هـ .

صنع سنة ١٣٤٦هـ .

أن يكون سكوتا محضا . أما اصطلاح غير الخفية فإن هذا التحديد لا يتفق معه لأنهم عرفوا الإيجاب بما يصدر من المملك ، وإن تأخر والقبول بما صدر من المملك وإن تقدم . وعلى هذا فإنه يتصور أن يكون الإيجاب بطريق السكوت ويمكن أن يصور هذا بما لو قال الوديع لصاحب المال : أودعنى سيارتك مثلا فسكت هذا الأخير فالتصور أن يتم الإيداع بذلك (١) .

المبحث الثاني

السكوت ... والإجازة

الإجازة عند اللغويين : الإنفاذ - أى التنفيذ - : جاء فى القاموس المحيط^(١) :
« إجاز له : سوع ، وإجاز له رأيه : أنفذه - كجوزه ، وإجاز له البيع أمضاه ، .

وعند الفقهاء : لا يخرج معناها - عندهم - عن معناها اللغوى .. فيستعملونها
فى إنفاذ العقود المرفوعة : بمعنى ترتيب أثرها عليها حينما تنفذ ، فقد جاء فى
الوجيز^(٢) - (فبيع الفضولى مال يره لا يقف على إجازته - على المذهب الجديد -
... وكذلك بيع الغاصب - وإن كثرت تصرفاته فى أثمان المبيعات - على أقيس
الوجهين - فيحكم بطلان الكل ... ولو باع مال أبيه - على ظن أنه حتى فإذا
هو ميت والمبيع ملك البائع - حكم بصحة البيع .. على أسد^(٣) القولين) .

ويجوز على السنة الفقهاء قولهم : إن العقد الموقوف ينفذ ، وترتب عليه
آثاره ... بإجازته من له ولاية إنفاذه .

والإجازة بمعنى الإنفاذ . لابد أن تتوافر لها الأمور الآتية :

أولاً - فى المجاز تصرفه - وهو من تولى التصرف بلا ولاية - كالفضولى
- وهو من يتدخل فى شئون الغير دون توكيل ، أو نيابة .. جاء فى القسوالين
الفقهية لابن جزى : (فأما الشراء لأحد بغير إذنه ، أو البيع له كذلك - أى بغير
إذنه - فهو بيع الفضولى...) .. فيعتقد ، ويشوق على إذن ربه - أى صاحبه -
وقال الشافعى : لا ينعقد ..) .

(١) باب الزاى فصل الجيم مادة (جاز) .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٣٤ .

(٣) أسد : أى أحسن وأصح من : قول سقيد ورأى سديدا .

ويشترط في المجاز تصرفه : أن يكون ممن ينعقد به التصرف كالبالغ العاقل والصغير المميز - في بعض تصرفاته - .

أما إذا كان المباشر غير أهل انعقد التصرف - أصلاً - كالمجنون، والصغير غير المميز ... فإن التصرف يقع باطلاً غير قابل للإجازة^(١) ، لأن الطفل لم يكن يملك للبيع عند العقل^(٢) .

ثانياً . - في المجيز - وهو من يملك التصرف سواء أكان أصيلاً ، أم وكيلاً ، أم ولياً ، أم وصياً يشترط فيه^(٣) : أن يكون عالماً ببقاء محل التصرف أما عليه بالتصرف الذي أجازته ... فظاهر ... وأما عليه ببقاء محل التصرف ... فقد جاء في الهداية مع فتح القدير : (ولو أجاز المالك - في حياته وهو لا يعلم حال المبيع - جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً - وهو قول محمد ؛ لأن الأصل بقاءه ... ثم رجع أبو يوسف فقال : لا يصح حتى يعلم قبضه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة ، فلا يثبت مع الشك ... وهو ما ذهب إليه المالكية أيضاً^(٤) .

ولا يخلو المجيز من أن يكون واحداً ... أو أكثر ... فإن كان واحداً فظاهر ... وإن كان أكثر من فرد فلا بد من اتفاق جميع من لهم الإجازة ، حتى تعلق التصرف إذا كان لكل واحد منهم حق الإجازة كاملاً ... فإن اختلفوا - بأن أجازته البعض ورده البعض الآخر ... قدم الرد على الإجازة ... كما لو جعل

(١) انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥ .

(٢) انظر : جامع الفصوليين ج ١ ص ٣٢٤ ، حاشية النسوي ج ٣

ص ٢٩٥ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٩١ .

(٤) انظر : الهداية مع فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ ، وحاشية النسوي

ج ٣ ص ١٢ .

خيار الشرط إلى شخصين ، فأجاز البيع أحدهما ، وامتنع الآخر عن الإجازة ...
لم تلحق الإجازة التصرف^(١) .

أما إن كانت الإجازة قابلة للتجزئة — كما إذا تصرف فضولي في مال مشترك — فالإجازة تنفذ في حق المميز دون شركائه .

١ - كما يشترط في المميز — لكي تصح إجازته — أن يكون أهلا لمباشرة التصرفات وقت الإجازة ... فإن كان التصرف (هبة) وجب أن تتوافر فيه أهلية (التبرع) وإن كان التصرف (بيعاً) وجب أن تتوافر في المميز (أهلية التعاقد) ... وهكذا . لأن الإجازة لها حكم الإنشاء .. فيجب فيها — من الشروط — ما يجب في الإنشاء .

٢ - كما يشترط في المميز : أن يكون موجوداً حال وقوع التصرف ؛ لأن كل تصرف حين يقع ولا يوجد مميز له عند وقوعه — يقع باطلاً ... وبالبطلان لانحطه الإجازة .

فإذا باع الصغير المميز ، ثم بلغ قبل إجازة الولى تصرفه .. فأجاز تصرفه بنفسه .. جاز ، لأن له ولياً يجيزه حال العقد^(٢) .

٤ — ويشترط الشافعية — أن يكون من تولى الإجازة مالكا للتصرف عند العقد ... فلو باع الفضولي مال الطفل فبلغ الطفل فأجاز ذلك البيع .. لم ينفذ ، لأن الطفل لم يكن يملك البيع عند العقد^(٣) .

ثالثاً : التصرف المجاز (وهو محل الإجازة ، وقد يكون قولاً أو فعلاً) .

(١) انظر : أرسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ ص ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) انظر : جامع الفضولين ج ٤ ص ٣١٤ — حاشية الدسوقي ج ٣

ص ١٢ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٩١ .

(١) إما إجازة الأقوال ... متلحق بجميع التصرفات القولية ... لكن يشترط لها شروط هي :

١ - أن يكون التصرف قد وقع صحيحا ، فالمعقد غير الصحيح لا تلحقه الإجازة ... كبيع الميتة ، فهو غير منمقد أصلا ، فهو غير موجود إلا من حيث الصورة فحسب ... والإجازة لا تلحق المعدوم ..

ويبطل العقد الموقوف وغير اللازم برد من له الإجازة .. فإذا رده فقد بطل .. ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك^(١) .

٢ - أن يكون التصرف صحيحا ، غير نافذ (أى موقوف) كهبة المريض مريض الموت فيما زاد على الثالث^(٢) .

٣ - أن يكون المعقود عليه قائما وقت الإجازة ، فإن فات المعقود عليه ، فإن العقد لا يلحقه الإجازة ، لأن الإجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيام العقد بقيام العاقلين ، والمعقود عليه^(٣) .

(ب) أما إجازة الأفعال ... فلا تغلو من أن تكون أفعال (إيجاب) أو (أفعال لإتلاف) ...

(١) فإن كانت (أفعال لإيجاب) فإن الإجازة لا تلحقها - عند الإمام أبي حنيفة وروايات عن المالكية ، والشافعية ، وأحمد .

فإن الناصب إذا أعطى المنصوب لأجنبي - بآى تصرف - فأجاز المالك ذلك

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٤١ - حاشية الدسوقي

ج ٣ ص ١١ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٩ .

(٣) انظر : شرح الزرقاني ج ٦ ص ١٩ . - جامع الفضولين ج ١ .

ص ٣١٤ .

فإن الناصب - مع هذا - يكون ضامنا ، لأن الإجازة لاتتعلق (الأفعال) ولأن الرضا يتصرف الناصب لايجعل يده يد أمانة ، فضلا عن أن تصرفات الناصب في العين المفصولة حرام ، ولا يملك أحد إجازة تصرف حرام .

ويرى الإمام محمد بن الحسن أن إجازة المالك لتصرف الناصب صحيحة ، وتبرئ ذمته ، وتسقط عنه الضمان (١) .

(ب) أما إن كانت (أعمال إتلاف) ... فالحنفية ، ورواية المالكية والشافعية يرون أن الإجازة لاتتعلق (أفعال الإتلاف) .

فليس للولي أن يهب مال الصغير ، لأن الهبة إتلاف ... فإن فعل ذلك كان ضامنا ... فإن بلغ الصبي ، وأجاز هبة وليه .. لم تجز ، لأن الإجازة لاتتعلق أفعال الإتلاف .

أما الحنابلة (٢) ... فيفرقون بين ما إذا كان الولي (أباً) أو (غير أب) ... فإن كان أباً .. فلا يعتبر متعديا ، لأن له حق تملك مال ولده ، لحديث : « أنت ومالك لأبيك » (٣) رواه ابن ماجه .

وإن كان الولي (غير أب) .. فهم مع الجمهور في عدم نفاذ الإجازة ، ويعللون ذلك بأن تصرفات الولي منوطه بمصلحة .. والتبرعات إتلاف ، فتقع باطلة .. فلا تلحقها الإجازة (٤) .

رابعا : صيغة الإجازة : (أو .. يم تتحقق الإجازة) ؟

-
- (١) انظر : كشف القناع ج ٤ ص ٩٥ . الام - للشافعي ج ٣ ص ٢٥٢ - وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦ .
 (٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٦٩٨ .
 (٣) انظر : الفتح الكبير ج ١ ص ٢٧٧ .
 (٤) انظر : حاشية القليوبي ج ٢ ص ٣٧ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦ ، والخطاب ومنح الجليل ج ٣ ص ١٧٩ .

الإجازة تتحقق بكل ما يفيد الرضا صراحة ، أو دلالة .. من قول .. أو فعل .. فنكون باللفظ .. وما يقرم مقامه كالكتابة ، أو الإشارة من لا يستطيع النطق ..

وسواء كانت بالعربية أم بأية لغة من اللغات .. من كل عبارة تدل على الإنقاذ والرضا : (كأجرت - ورضيت - ووافقت) ... وهي إما صريحة - إذا دلت على ذلك صراحة .. كأجرت .. وأقذت) .. أو غير صريحة - إذا دلت على ذلك بطريق اللزوم .. وبالإشارة : كأن يقول (نعم ما صنعت) ، أو بآية الله لنا فيما فعلت (١) .

وتكون (بالفعل) إذا ما كان هذا الفعل أثراً للعقد ، وتوقفت سلامته عليه .. كقبض المهر .. ودفعه .. وإرساله .. ونحو ذلك من كل ما يدل على الرضا . وكذا لو علمت المرأة بالعقد ، وما سمي لها فيه - من المهر - فلم يصدر منها انقضاء إجازة ... ولكن مكنت الزوج من نفسها .. كان تمكينها له كإجازة للعقد والمهر معا ، حيث وقع التمكين بالوطء ، أو بمقدماته - بعد العلم بالعقد أو التسمية .

فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين إجازة ... وتحدد إن مكنته من نفسها ، لأنها تعتبر زانية ، ما لم تلحق منها الإجازة بعد أن تعلم سقوط الحد للشبهة ، وهو تعذر العقد ...

وأما لو علمت العقد ، وجهلت التسمية فلا إشكال في أن التسمية تبقى موقوفة على إجازتها ... وقد يبقى العقد موقوفاً أيضاً ، فيبطل ، إذا أرادت التسمية ، ولم ترض بها (١) .

. . .

(١) انظر : التاج المذهب ج ٢ ص ٥٥ ، جامع الفضولين ج ١١ ص ٣١٥ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ .

وبما تقدم نعلم أن الإجازة تتحقق بالقول .. أو بالفعل .. أو بمضى المدة في التصرفات الموقوفة .. ككسب مدة الخيار ، في خيار الشرط (١) .. أو بالقرائن القوية كالسكوت في موطن الحاجة وإلى الإبطال ، كسكوت صاحب الحاجة عند رؤية حاجته يبيعها صغير يميز في السوق وغيرها (٢) .

لكن ... هل يعد السكوت ... إجازة ؟

قلنا : إن الإجازة تكون بكل ما يفيد الرضا : من قول ، أو فعل ، فهل تكون الإجازة أيضا .. (بالسكوت) عند العلم بالعمد ، أو بالتصرف ، أو عند مشاهدته ؟ ..

من القواعد التي ذكرها الفقهاء أنه لا ينسب إلى ساكت قول ... ومقتضى هذه القاعدة أن السكوت لا يعد (إجازة قولية) ... كما أنه لا يعد (فعلا من الأفعال) وذلك كله لا ينفي أنه قد يفيد الرضا - وإن لم يكن قولاً ولا فعلاً .

ومن الظاهر أن إفادته الرضا مردها إلى القرائن التي تحيط به ، وقد جاء (في كتاب الأشباه والنظائر) : أن الوكالة لا تثبت بالسكوت ... فإذا رأى أجنبياً يبيع ماله ، فسكت ، ولم ينه .. لم يكن سكوته توكيلاً - خلافاً لابن أبي ليلى ... وأن السكوت لا يعد إذناً للعبي ... والممتوه - بالصرف ، إذا كان من القاضى ، وحدث السكوت منه وقت تصرفه ... وكذلك لا يعد سكوت المرتن (إذناً) الراهن ببيع العين المرهونة ... ولا يكون إذناً بإتلاف المال ، إذا مارأى غيره يتلف ماله فسكت ..

وإذا كانت الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ... لا تثبت به الإذن ... لا تثبت به الإجازة ..

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٥٨٦ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٢ / دار الفكر .

وبناء على ذلك ... لا يكون السكوت إجازة فيما ذكرنا من المسائل ، ولا فيما يشبهها .

ويترتب على ذلك أن السكوت لا يعد إجازة ، كما لا يعد إذنا ... إلا أن الفقهاء قد استثنوا من هذا المبدأ مسائل عديدة ، اعتبر فيها السكوت (رضا - وإجازة) : سكوت البكر البالغة بعد تزويج وليها إياها ... وسكوتها بعض قبض وليها - مهرها ... وسكوتها إذا بلغت - وقد زوجها غير أبيها وجدها . وسكوت الواهب عند قبض الموهوب له العين الموهوبة في حضرته ... وسكوت الموقوف عليه ، بعد الوقف عليه ... وسكوت الولي إذا رأى الصبي المميز يبيع عليه ويشترى له ... وسكوت الإنسان عند رؤيته غيره يشق زقه (١) .. إلى غير ذلك من المسائل التي ذكروها .

وفي كتاب جامع الفصولين : أن سكوت المالك الحاضر وقت بيع الفضولي لا يعد إجازة ... وذكر الخبر الرمل : أن صاحب المحيط ذكر أن سكوته ... أي المالك - عند البيع ، وقبض المشتري المبيع بعد رضا وإجازة ... قال صاحب جامع الفصولين : يرد الحكم في ذلك إلى القرائن ، إذ العبارة في (الإجازة) إنما هو تحقق الرضا بالتصرف - بأي دليل يدل عليه ... وهذا عند الحنفية (٢)

(١) زقه .. وعاء لبنه ..

(٢) أنظر ابن عابدين ج ٢ ص ٣٨٣ .

(١٢) - السكوت .

المبحث الثالث

هل السكوت يعتبر إذناً في التصرف ؟

يقول ابن نجيم في كتابه : الأشباه والنظائر (١) : (القاعدة الثانية عشر : لا ينسب إلى ساكت قول) .. فلو رأى أجنبياً يبيع ماله ، فسكت ، ولم ينه ... لم يكن الأجنبي وكيلاً ... بسكوته (أى بسكوت مالك المائل) ... ولو رأى القاضى العبي ، أو المعتوه ، أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت ... لا يكون إذناً في التجارة ولو رأى المرتهن الراهن ؟ يبيع الرهن ، فسكت .. لا يبطل الرهن ، ولا يكون رضا — في رواية — .. ولو رأى غديره يتلف ماله ، فسكت لا يكون إذناً بإتلافه ... ولو رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك ، فسكت .. لم يكن إذناً — كما ذكره الزيلعي في المأثور — ولو سكت عن وطء أخته لم يسقط المهر .. وكذا عن قطع عضوه — أخذاً من سكوته عند إتلاف ماله ... ولو رأى المالك رجلاً يبيع متاعه — وهو حاضر ساكت — لا يكون رضاعندنا — خلافاً لابن أبي ليلى ... ولو رأى قننه — عبده — يتزوج ، فسكت ولم ينه .. لا يصير إذناً له في النكاح ... إلى أن قال : .. وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة لا يكون السكوت فيها كالنطق : — منها : —

المسألة السادسة : سكوت المالك عند قبض الموهوب له ، أو المتصدق عليه

إنن ..

المسألة الرابعة عشرة : سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع — حين رأى المشتري (قد) قبض المبيع إنن بقبضه ، صحيحاً كان البيع أم فاسداً .

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ طبعة الحلبي

المسألة السادسة عشرة : سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ، ويشترى الإذن في التجارة .

المسألة الثامنة والعشرون : سكوت ولي العبي العاقل إذا رآه يبيع ، ويشترى الإذن .

المسألة السابعة والثلاثون : سكوت الراهن عند قبض المرتهن المبرهنة الإذن - كما في القنية^(١) . . . (انتهى) .

وليبيان ما قاله ابن تهم نقول : -

ما الإذن ؟ . . . يقول القاموس : « أذن بالشئ - كسمع - إذنا - بالكسر وإذنا وإذانة . . علم به . . (وفعله بإذن . . . بعلی) - (وأذن له و الشئ) أباحه له . . . »

والإذن - عند الفقهاء - له عدة تعريفات . . نختار منها أنه : فك الحجر مما رتب عليه الشارع حكماً شرعياً ، مما يعد من الأسباب الشرعية^(٢) .

ويفهم من هذا التعريف أن الإذن يكون في التصرفات الممنوعة لتعلق حق من الحقوق التي تسقط بالإذن . . . كالإذن العبد بأن يخدم فلاناً يوم كذا . . . والإذن له بأن يذهب إلى السوق لشراء حاجة المنزل ، من النفقة أو الكسوة لا يعد من قبيل الإذن المصطلح عليه ، الذي يكون به العبد مأثوراً . . . وكذلك الإذن للعمال المستأجرين ، أو المتبرعين بالعمل فيما هو مملوك للإذن للإصلاح ونحوه . .

(١) انظر الاشباه والنظائر ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٢) انظر القاموس المحيط مادة (أذن) .

(٣) انظر تبیین الحقائق ج ٥ للزيلعي ص ٢٠٣ وتبيين الحقائق وحاشية

الشلبی عليها ج ٣ ص ٢٠٤ .

لا يكون إرادنا بالمعنى السابق ... وإنما يعد ذلك وأمثاله من قبيل الاستخدام ، أو التوكيل ، والافتاء ..

كما أنه يفهم من تعريف (الإذن) السابق .. أنه يمكن أن يكون الإذن من قبيل الوكالة في كثير من أحواله ... وذلك إذا كان المأذون أصلاً فيها .

وعلى هذا يكون الإذن أشمل من الوكالة ... فكل وكالة تعد إذناً بما وكل فيه ولكن لا يعد كل إذن (وكالة) .. فقد يؤذن بالعمل من لا يصلح أن يكون وكيلاً فيه ... كالصبي قبل بلوغه سن التمييز ... وقد يأذن من لا يجوز منه التوكيل فيما أذن به ، لأنه لا يملك أن يباشره كالمترين يأذن للراهن ببيع العين المرهونة .

كما يلاحظ من تعريفنا السابق للإذن .. والإجازة الفروق التالية بينهما :

١ - فالإجازة .. قد تكون تنفيذاً لتصرف موقوف .. ومن ثم يترتب عليها استتباع هذا التصرف لأثاره المترتبة عليه ... أو تكون امضاءاً لمقتدع غير لازم ، وإبرامه ... ومن ثم يترتب عليه سقوط الحق في فسخه ممن أجازته ، كما في البيع بشرط الخيار .. يميزه من شرط له الخيار ... وكما في شراء عين قبل رؤيتها بجزء المشتري بعد رؤيتها ، وعلى ذلك لا تكون التالية للتصرف .

٢ - أما الإذن .. فيكون سابقاً على التصرف .. ولذا كان وكالة ، أو في معناها ... ومن ثم يكون التصرف الصادر بمقتضاه .. تصرفاً من ذي ولاية .. بخلاف التصرف الصادر قبل الإجازة ، فإنه يكون من غير ذي ولاية .

٣ - وقد جاء في حاشية ابن عابدين - الفرق بينهما :

أن الإذن إنما يكون لما سيقع ... والإجازة إنما تكون لما وقع ... وأن الإذن يكون بمعنى الإجازة . إذا حدث بعد التصرف وكان الأمر وقع وعلم به الآذن .

وهنا ملاحظة : وهي أن الإذن أو الوكالة يكون في كل مايجوز للائن أو الموكل مباشرة من التصرفات والأفعال .

أما الإجازة فلا تكون في كل تصرف يصدر ... وإنما تختص بالتصرفات المؤقتة بسبب يرجع إلى نقص الوكالة ، أو عدمها ، أو تعلق حق الغير .. (على ما سيبيح بيانه) .

كما يلاحظ أن الاذن بالعقد أو التصرف يمد توكيلا فيه ، فيقبل الرجوع عنه قبل حدوثه من المأذون له .

أما الاجازة فتستتبع أثرها في الحال .. ومن ثم لا يقبل الرجوع فيها من المميز ، إذ بمجرد الاجازة ينفذ العقد ... وإذا نفذ لم يتوقف نفاذه (١) .

الائن ... والسكوت :

يم يكون الاذن ؟ وهل يمكن أن يعتبر السكوت اذنا ؟ .

١ - يقول الحنفية — ماعدا أبا يوسف : إن الاذن كما يكون بالتصريح يمكن أن يكون بالدلالة ... فلو رأى عبده يبيع ويشترى فسكت .. صا العبد — مأذونا ... وإنما جعل السكوت — في مثل هذا — اذنا ، لأن هذا موضع يجب البيان فيه ، لأن الناس يعاملون هذا العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم له قد تفضى إلى حقوق ديون عليه ... فإذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق ... وقد يعتق ، وقد لا يعتق .. وفي ذلك اضرار بالمتعاملين ، فيكون السكوت هنا في موضع الحاجة إلى البيان ... والسكوت في موضع الحاجة إلى بيان ... بيان .

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ١٥٠ — جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ .

أما أبو يوسف ... فقد ذهب الى أنه ليس اذا ... وعلى ذلك بقوله :
لان السكوت يحتمل الرضا .. وفرط الغيظ .. وقلة الالتفات إلى تصرفه ، لعله
بأنه محجور .. والمحتمل لأمور لا يكون حجة على واحد منها .

وغلاصة القول في ذلك ... أن الأصل في الاذن أن يكون صريحا بدلالة
لفظ .. أو كتابة .. أو إشارة مفهومة ... وإذا كان من قبيل مباشرة التصرف
كان من قبيل التوكيل - عند كثير من الفقهاء - إذا كان فيما يجوز فيه التوكيل
من الآن ... كالإذن ببيع شيء معين يصدر من مالكة لمن يجوز له مباشرة
البيع ، وهو البالغ العاقل ، أو الصبي المميز ، مع مراعاة أن يكون المأذون فيه
ما يملك الآن مباشرة ..

أما إذا كان لا يملك مباشرة استقلالا فيصير (اذا) .. لا (توكيلا) ،
كما في الاذن للراهن من المرتهن أن يبيع العين المرهونة ، فإن ذلك لا يعد توكيلا ،
إذ لا يوكل مالك في بيع ما يملك .

وأما إذا كان بعد مباشرة التصرف فهو ما يعرف (بالإجازة) .

والقاعدة : أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .. وإذا كان لها حكم الوكالة
السابقة كان لها حكم الاذن من طريق أولى ... إذا كان فيما لا يجوز فيه
التوكيل ، كما في إجازة : المرتهن يبيع الراهن للعين المرهونة ، وإجازة المستأجر
للمالك يبيع العين المستأجرة ... يباشره مالكةا في مدة الإجازة .

والإجازة قد تكون صريحة : كأجرت ... ورضيت وقد تكون دلالة
كما في أحوال السكوت المعتبر لإجازة لها حكم الاذن السابق .

وقد ذكر الجتفية في هذا الباب فروعا يعتبر فيها السكوت (إجازة) و
(إذا) ... وأخرى لا يعتبر ...

ومن النوع الأول - عندهم - إذا رأى المالك أجنبيا يبيع ماله فسكت ، ولم ينهه .. لم يكن ذلك إجازة لبيعه .

ولو رأى المرتين الراهن يبيع الرهن .. فسكت لا يكون إنفا ، ولا يبطل الرهن .

ونذكروا - بما خالف ذلك - سكوت البكر عند استثمار ولها ، بعد الإجازة ... وسكوتها عند قبض مهرها ... وسكوتها إذا بلغت وهي بكر ... وسكوت الواهب عند قبض الموهوب إن بن بالقبض ... وسكوت البائع عند قبض المشتري المبيع قبل دفع الثمن .. إن بن .

وسكوت الموكل عند إخباره من الوكيل أنه يشتري لنفسه .. إن بن . وسكوت ولي الصبي العاقل - إذا رآه يبيع ويشترى - إن بن^(١) .

٢ - أما المالكية : - فيرون أن الإنسان يكون صراحة .. ويكون ضمنا : كشرائه - إن أريد إنفاته - بضاعة ، ووضعها بحانوت - مثلا - وأمره بحملوسه للتجارة بها ... وككاتبته ... لأنها إن بن حكما ؛ لإحرازها بنفسه ، وماله .

وقال العدوى : (لا مانع من أن يجهل من (الإنسان الحكيم) ترشيد السيد له بأن يقول : رشدتك)^(٢) .

٣ - أما لشافعية .. فقالوا : (الإنسان) لابد أن يكون صراحة ، فلا يصير الرقيق مأنونا له بسكوت سيده على تصرفه ، لأن ما يكون الإنسان شرطا فيه .. لا يكفي فيه السكوت ، كبيع مال غيره وهو ساكت .. وخرج من ذلك - بمقتضى

(١) انظر الهداية والعناية ج ٧ ص ٣٣٥ - المطبعة الأميرية -

الاشباه والنظائر لابن نجيم الحلبي ص ١٥٤ - ١٥٥ .

(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٠٤ .

الحديث — سكوت البكر في النكاح .. بعد إنا .. إنا زوجها الأب أو الجد
اتفاقا — أو أحد العصبة على الأصح (١) .

٤ - أما المناقلة ... فذهبوا مذهب الشافعية ، من حيث وجوب التصريح
فإن رأى السيد عبده ... والولى صفيه يتجر .. فلم ينه .. لم يصبر مأذونا ، لأنه
تصرف يفتقر إلى الإذن ... فلم يقيم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن
رهنه ، والمرتهن ساكت ... أو باعه المرتهن .. والراهن ساكت ، وكتصرفات
الاجانب (٢) .

٥ - أما الظاهرية : - فقد جاء عنهم - في المحل : (والصبي لا ينفذ تصرفه
في ماله ، ولا يجوز .. إلا أن يبلغ رشيدا) ومعنى الرشد عندهم (الدين) وعكسه
(الفى) ، لا المعرفة بكسب المال ، والصالح في تدبيره ، وصرفه ... ومن ذلك
يظهر أنه ليس كل من العبد والصبي في حاجة إلى (إذن) إنا تصرفا . لأن تصرف
الأول في ماله نافذ ، كتصرف الحر ... وتصرف الثاني في ماله غير جائز ،
ولا أثر للإذن فيه (٣) .

٦ - أما الزيدية ... فيرون إنا يصير العبد ، والصبي مأذونين حيث صارا
مميزين ، وأذن لهما وليهما إذا عاما ، أو خاصا ..

وإذا نطق وليهما بالإذن .. صح تصرفه .. فإن وآه يتصرف ، وسكت
عنه صار مأذونا في كل شيء ، وفي بيع ما اشتراه .. إلا إذا كان يبيع مال سيده
فإن السكوت لا يكفى (٤) .

(١) مفنى المحتاج ج ٢ ص ١٠٠ طبع الحلبي — والاشباه والنظائر
للسيوطى ص ١٥٣ .

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ج ٤ ص ٦٠٦ — المنار .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ص ٤٠٠٠٠ .

(٤) البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٢ .

٧ وقال الإمامية : — والإذن لا يكون بالسكوت ، ولا يترتب عليه أثره من نفاذ ما أذن فيه ... إلا إذا كان صريحاً ، فلو تصرف العبد أمام سيده ، فلم يعترض ، ولم ينهه لم يكن ذلك إدناً^(١) .

(إذن الصبي بالتجارة ... وإذن البكر في الزواج)

أولاً : إذن الصبي بالتجارة :

الصبي المأذون له في التجارة ... هل يصح تصرفه مطلقاً ؟ أم يقتصر على التصرف المأذون له فيه ؟

١ — يرى الحنفية أنه إذا أذن للصبي أو المفتوه الذي يعقل البيع والشراء .. وليه .. فهو في الشراء والبيع لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذوناً له بسكوت الولي حينما يراه يبيع ويشترى .

ويجوز بيعه بغير فاحش — عند أبي حنيفة ...

والمراد بكونه يعقل البيع والشراء أن يعلم أنه (أى البيع) جالب للملك ، (والشراء) جالب له ... وأنت يقصد به الربح ، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش^(٢) .

٢ — أما المالكية ... فقد جاء في الشرح الكبير — بخصوص الإذن — : (ولو أذن له في نوع خاص — كالبز — فكو كيل مفوض ، فيما أذن له فيه ، وفي غيره من بقية الأنواع ... فإنما تصرف في غير ذلك النوع الذي أذن له فيه ... كان تصرفه ماضياً ، بل وجائزاً ابتداءً ... خلافاً لما ذكره عبد الباقي ، من مضيئه بعد الوقوع ، وإن كان غير جائز ابتداءً .

(١) تحرير الأحكام / للحلي ج ١ ص ٢٠١ .

(٢) الزيلعي ج ١ ص ٢٠٧ .

والحاصل أن في - واز القدرم على التصرف في غير ما أئمن له فيه - ولو
اشتهر منه منه - خلافاً ..

والمتشدد .. الجواز - كمال قال العدوى .. والحكم - إذا صار مأذوناً
له قد بينه في الشرح الكبير .. والسوق^(١) .. فقال : (وله أن يضع عن بعض
غرمائه من دين له عليه .. بالمعروف .. وأن يؤخر غريباً بما حل عليه ، ما لم
يبعد التأخير ... وإلا منع .. والبعد - أيضاً - معتبر بالعرف ... ويضيف
بطعام يدعو له الناس ، وله الإجازة إن استألف - أي تألفاً للتجار -

أما الصغير المميز ... فقد جاء في مواهب الجليل^(٢) ما نصه :

« المراد بالإئمن في قولنا : إذا باع المحصور عليه ، أو اشترى بغير إذن وليه
أن يأئمن له في خصوصية المقدد المفروض ... وليس المراد أن يأئمن له في البيع
والشراء على العموم ... كما يأئمن السيد لعبده في التجارة ... فإن ذلك لا يقصد ...
قال في أواخر كتاب المديان ٢٤ من المدونة : وإذا عقل الصبي التجارة ، فأئمن له
أبوه ، أو وصيه أن يتجر ... لم يجز ليالك الإئمن ، لأنه مولى عليه .

٣ - أما الشافعية ... فيرون أن الصبي المميز لا يصح تصرفه - ولو أئمن
له الولي فيه ... وقد دل على ذلك ما جاء في معنى المحتاج^(٣) :

« وشرط العاقد - عندهم - بانما ، أو مشترياً - الرشد ، وهو أن يتصف
بالبلوغ ، والصلاح لدينه ، وماله ... فلا يصح من صبي - وإن قصد اختياره .

وقد جاء في اختبار الصبي أنه قبيل البلوغ ، أو عنده ... وحجر الصبي يرتفع
ببلوغه رشيداً ... ويعتبر رشد الصبي .. ويختلف بالمراتب : فيعتبر ولد التاجر

(١) الشرح الكبير ، والنسوق ج ٢ ص ٣٠٤ .

(٢) انظر مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٣) انظر : معنى المحتاج ج ٢ ص ٧ .

بالببيع والشراء ، والمماكسة فيهما ... وولد الزارع بالزراعة ... والنفقة على القوام بها ... والمحترف بما يتعلم بحرفته ، (١) .

٤ — أما الحنابلة ... فقد جاء في المغني (٢) : ... أما الصبي المميز فقد ذكر صاحب المقنع .. والمقدمي : أنه يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة — في إحدى الروايتين — ويصح تصرفه بالإذن .

والثابتة : لا يصح حتى يبلغ — وهو قول الشافعي ، لأنه غير مكلف ، فأشبهه غير المميز . ولأن العقل لا يمكن الوقوف فيه على الحمد الذي يصلح به للتصرف لتخلفاته ، ويزيده تزايداً خفي التدريج ، لجمال الشارع له صابلاً .. وهو البلوغ — فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة .

ولكن الراجح — عند الحنابلة — أنه يجوز التصرف من الصبي المميز مع الإذن . لكن يقتصر التصرف — فقط — على ما أذن له فيه .

٥ — أما الزيدية ... فقد ذهبوا إلى جواز الإذن بالتجارة للعبد ، والصبي المميزين ، فقد جاء في البحر الزخار : « وإنما يصير الصبي والعبد مأذونين حيث صارا مميزين ، وأذن لهما وليهما إذنا عاماً ، أو خاصاً . نطقاً أو سكوتاً » (٣) .

٦ — و يرى الإمامية ... عدم جواز الإذن للصبي الذي لم يبلغ الحلم — بالتصرف في ماله يماً ، وشراء ... فقد جاء في كتاب : تحرير الأحكام للحلي : « هل يجوز تصرف الصبي المميز — فيما أمن له الولي فيه .. أولاً ؟ الأقرب عدم جواز ذلك ... وكذلك الحكم أو تصرف بغير إذن الولي .. فلا يتوقف على الإجازة .. ويقع باطلاً . »

(١) المرجع السابق .

(٢) المغني ج ٢ ص ٢٠٠ — الشرح الكبير ج ٤ ص ٦٠٥ —

(٣) انظر : البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٢ .

تنبيه : إذن البكر في الزواج ..

١ - مذهب الحنفية .. قال الحنفية : إنه لا إيجاب للولي على البكر البالغة في الزواج ، وإنما لابد من إئذنها ..

وجاء في الفتح القدير ، والهداية (١) . « ولا يجوز للولي إيجاب البكر البالغة على النكاح ، لأنها حرة ، مخاطبة . فلا يكون للغير عليها ولاية . والولاية على الصغيرة ، لقصور عقلها ، وقد كل بالبلوغ ..

ومعنى الإيجاب أن يباشر عقد الزواج عليها ، شأنت ، أو أيت . وإنما استأذنها ، فسكتت ، أو ضحككت .. فهو إذن .

والمراد بالسكوت : السكوت الاختياري ، فلو أخذها سعال أو عطاس ، أو أخذ منها ، فتخلعت من ذلك ، فردت .. ارتدت .

ولا فرق بين العلم والجهل ... فإن السكوت رضا .. حتى لو زوجها أبوها فسكتت ، وهي لا تعلم أن السكوت رضا ... جاز .

ولو تبسمت .. يكون إذنا - في الصحيح ...

وإنما كان السكوت (رضا) ، لأن جائب الرضا فيه راجع ، لأنها تستعني من إظهار الرغبة ... لا عن الرد .. بخلاف ما إذا بكيت ، لأنه - أي البكاء - دليل النخط والكرامية .

وإنما كان السكوت (إذنا) ورضا .. لما تقدم ، ولقوله ﷺ : « البكر تستأمر في نفسها ، فإن سكنت فقد وضيت » .

وإنما استأمنها غير الولي ، أو ولي غيره أولى منه - كالأخ مع وجود الأب

(١) انظر : الفتح القدير ، والهداية ج ٢ ص ٣٦٥ .

لم يكن سكوتها ، ولا ضحكها إذا ، ورخا . . . هل لابد من أن تتكلم بالإذن ، لأن هذا السكوت لقلة الالتفات ، فلم يقع دلالة على الرضا . . بخلاف ما إذا كان المستأمر — أى المستأنن — رسول لولى ، فإن سكوتها حينئذ يكون إذا لأنه قائم مقام الولي (١) ، .

٢ — أما المالكية . . . فيرون أن الولاية في تزويج البكر البالغة ولاية إجبار لايتها . . . فلا ضرورة لإيها . . . إلا إذا كانت قد رشدت ، أو كان المزوج غير الأب ، ووصيه . . . فقد جاء في الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي عليه ما حاصله (٢) : « ثم جبر — بعد المالك — أب رشيد ، والا يكن رشيدا — بل كان سفيها — فالذى يجبرها وليه . . . والمختار أن عدم الرشد هنا فقد التمييز . . »

وجبر الأب المجنونة المطلقة — ولو ثيبا ، أو ولدت الأولاد — لا من تفيق فتتظر إفاقتها : إن كانت ثيبا بالما ، فإذا أفاقت فلا تزوج إلا برضا . . . وأما إذا كانت بكرا فإنه يجبرها — ولو كانت عاتسا . .

ولا تنتظر إفاقتها لو كانت مجنونة تفيق أحيانا — إلا إذا زوجها لذي عاهة كخمسى .

وما ذكر بن جبر البكر — ولو عاتسا — هو المشهور . . خلافا لابن وهب حيث قال : — « للأب جبر البكر ما لم تكن عاتسا ، — لأنها لما عفت صارت كالثيب . . »

ومنشأ الخلاف هو : هل العلة في الجبر البكارة — وهى موجودة . . . أو الجهل بمصالح النساء — وهى مفقودة — ؟

(١) المرجع السابق .

(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ .

ويجبر الثيب - ولو بشكاح صحيح - ان صغرت أو كبرت : بأن مجبرث
ويثبت بمرض ، كوثية ، أو ضربة ، أو بحرام : زنا ، أو غصب ..

ولا يجبر بكراً رشدت بعد البلوغ ، بأن قال لها : رشدتك ، أو أطلقت يدك
أو رفعت المخرج عنك ... أو نحو ذلك .

ثم لا يجبر لاحد من الأولياء لاثني ولو بكراً يقيمة تحت حجره بعد السيد
في تزويج الامة - وبعد الأب ، ووصيه - في تزويج الحرة .

وحيث لا يوجد من له ولاية الإيجابار .. فتزوج بإذنها .. فان كانت بكراً
كفى صحتها - إلا بعد ما استثنى ... وإن كانت ثيباً أعربت عن نفسها ...

والذي استثنى هو البكر التي رشدت .. فلا بد من نطقها بأنها راضية بذلك
الزوج .

٣ - والشافعية قالوا ... البكر تزوج بدون إذنها ، ولو كانت هالكة ..
إذا كان المزوج أباً .. أو جداً لأب ... فقد جاء في المنهاج وشرحه (مغنى
المحتاج) : « وللأب تزويج بنته البكر - صغيرة أو كبيرة .. عاقلة أو مجنونة -
بغير إذنها ، لخبر الدارقطني : - « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يزوجه
أبوها ، ... ورواية مسلمة : « البكر يستأمرها أبوها ، حلت على القذف .

ولكن يشترط لصحة تزويج الأب لها بغير إذنها شروط .. وهي : ألا يكون
بينه وبينها عداوة ظاهرة ... وأن يكون الزوج كفئاً ... وأن يكون موسراً
بمال الصداق .

والتي تجبر يستحب استئذانها ... وإن البكر البالغة العاقلة إذا استؤذنت
في تزويجها من كف ، أو غيره - يكفى فيه صحتها - في الأصح ، لما روى
مسلم : « والبكر تستأمر ، وإذنها سكونها .

والرأى الثاني : لا بد من النعاق .. كما في الثيب .. وعمل الخلاف في تزويج
غير المجير ... أما هو .. فالسكوت كاف قطعاً .

أما الثيب البالغة الماقلة فتزوج بصريح الإنن : للاب ، أو غيره ... ولا
يكفى سكوتها ، لحديث : ، ليس لولى على الثيب أمر ، رواه أبو داود ، وغيره
وقال البيهقي : رواه ثقات .

ولو أذنت بلفظ التوكيل .. جاز ، لأن المعنى فيهما واحد

وإن قال الرافعي : ، الذين لقيناهم من الأئمة لا يسدونه إذنا ، لأن توكيل
المرأة في النكاح باطل (١) .

٤ - أما الحنابلة ... فيرون - كباقي الأئمة - أن البكر - إذا كانت
صغيرة - فلا إذن لها معتبر ... أما إن كانت كبيرة ففيها روايتان :

فقد جاء في الشرح الكبير للقدس : ، فأما الإناث ... فلاب تزويج ابنته
البكر الصغيرة ، التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا وضعتها في كفالة
يجوز له ذلك مع كراهيتها ، وامتناعها .. وقد دل على ذلك قوله تعالى ، واللاتي
يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - واللاتي لم يحضن ..
فجعل اللاتي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر .. ولا تكون عدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق
في نكاح ، أو فسخ ، فدل ذلك على تزويج ، وتطليق ولا إذن لها يعتبر ...
وقالت عائشة رضي الله عنها : - ، وروى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة تسع
وهي بي (٢) وأنا ابنة تسع ، متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحالة من يعتبر
إذنها .

(١) انظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٤٩ - ١٥٠ .

(٢) بنى بي : دخل بي .

وفي البكر البالغة العاقلة روايتان :

إحداهما : أن له إجبارها على السكاح ..

والثانية : ليس له ذلك ... واختارها أبو بكر رضي الله عنه ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : - لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأمن .. فقالوا : يا رسول الله : فكيف إذن ؟ قال : أن تسكت ، ولأنها جماعزة في التصرف في مالها . فلم يجز إجبارها - كالثيب .. والرجل (١) .

• - مذهب الظاهرية : ... قال ابن حزم : - للآب أب زوج ابنة الصغيرة البكر - ما لم تبلغ - بغير إذنهما ، ولا خيار لها إذا بلغت ... فإن كانت ثيباً من زوج مات عنها ، أو طلقها - لم يجز للآب - ولا لغيره - أن يزوجهما إلا بإذنهما ... فإن وقع فهو مفسوخ أبداً ،

فأما الثيب فتتبع من شأته - وإن كره الآب - وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع إذنهما ، وإذن أبيهما .

وقد بين ابن حزم : .. أن إذنهما لا يكون إلا بالسكوت فقال : - وكل ثيب فإنها - في نكاحها - لا يكون إلا بالآب وكلامها ، بما يعرف به رضاها ، وكل بكر فلا يكون إذنهما - في نكاحها - إلا بسكوتها .. : فإن سكوتها فقط ، ولزمها النكاح ... : فإن تكلمت بالرضا .. أو بالمنع ، أو غير ذلك ، فلا يتعد هذا - نكاح عليها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : - في البكر - إذنهما صحتها .

٦ - مذهب الزيدية : أنه يعتبر (رضا) البكر البالغة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : - . والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صحتها .

(١) انظر : الشرح الكبير ج ٧ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ .

وينافسون من قال بإجبارها من الأب بأن النسي صلى الله عليه وسلم قال :
« الثيب أحق بنفسها من وليها » .. فدل بمفهومه على أن البكر ليس لها هذا الحق
فقالوا : الصريح (أى الذى جاء فى الحديث الخاص باستئذان البكر) — يدفع
المفهوم .. وكما يكون الإنسان بالسكوت يكون بالصدك ، والهروب ، وتنطية
الوجه ، لأجل العادة (١) .

٧ — وقال الإمامية : .. لا ولاية لأحد فى النكاح أخير الأب . والجد للأب
وان علا .. والوصى .. والمولى .. والحاكم .

ولاية الأب والجد ثابتة على الصغيرة ، ولو نهبت بكارتها بزنا .. أو غيره
لا فرق بين الثيب والبكر فى ذلك .. ولهما الولاية على الصبى غير البالغ ...
والثيب تزوج نفسها . ولا ولاية عليها لأب ، ولا لغيره .. ولو زوجها من
غير أنها وقف على إجازتها .

وأما البكر البالغة فأمرها بيدها ... وقيل العقد مشترك بينهما ، فلا ينفرد به
أحدهما ... وقيل أمرها للأب (٢) .

٨ — ويرى الإباضية : ... أنه لا نكاح — عديم — إلا بولى ، والا
بأنه ، أو بإجازته بعده .

وأقبل الأولياء فى النكاح .. الأب ، فالجد وابن علا .

ولا تزوج البكر إلا بعد استئثارها .. ولو كان المباشر للعقد هو الأب ..
فان لم تستأمر بطل .. ما لم تجزه بعد ذلك . وقيل انما زوجها الأب جاز عليها .
ومن الإباضية من اشترط استئثار البكر ، ولو لم يبلغ انما كانت متميزة ..

(١) انظر البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨ .

(٢) انظر : المختصر الشافعى ص ١٩٦ .

فريزوج الأب البكر ، أو الثيب عند طفولتهما (١) .

ويشور هنا سؤال لا بد منه في هذا المقام ... وهو :

بم يكون إسن المستأمرة ورضاها ؟

١ — يقول الحنفية : — المستأمرة إما أن تكون ثيباً .. وإما أن تكون بكراً .

(١) فإن كانت ثيباً : . فرضاها يعرف بالقول تارة .. وبالفعل أخرى ..

أما القول .. فظاهر .. بأن نقول : رضيت .. أو أجزت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب يعرب عنها لسانها » .

وأما الفعل .. كالتكن من نفسها .. أو المطالبة بالمهر والنفقة ، والأصل في نسلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال « لبريرة » : إن وطئت زوجك فلا خيار لك » .

ولو زوجها أبوها فسكنت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح ، لأن الأصل في السكوت ألا يكون (رضا) ، لكونه محتملاً في نفسه ... وإنما أليم الرضا في البكر لضرورة الحياء ... والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ... ولا ضرورة في حق الثيب ، فلها لا يكتفى بسكوتها عند الاستئثار .. ولا إنها بلغها العقد .

(ب) وإن كانت بكراً .. فإن رضاها يعرف بهذين الطريقين — السابقين — وبثالث ... وهو : السكوت .. أما لم يكن الذي باشر العقد أجنبياً ، أو ولياً بعيداً — مع وجود الأقرب : . وهذا استحسان ، لما روى عن رسول الله ﷺ — أنه قال : « تستأمر النساء في أبضاعهن » فقالت عائشة رضي الله عنها — « أن البكر تستمحي برسول أن الله فقال عليه السلام : — « أنها صباها » وروى « سكوتها رضاها » وروى « سكوتها إقرارها » .

وكل ذلك نص في الباب .. وروى البكر تستأمر في نفسها ، فإن سكنت فقد رضيت ، وهذا أيضاً - نص ، ولأن البكر تستعفى عن النطق بالإين في النكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال ، فنسب الى الوقاظة .

فلو لم يجمع (سكوتها) انما ، ورضا بالنكاح ... دلالة ، وشرط نطقها - وهي لا تنطق عادة - ، لغابت عليها مصالح النكاح ، مع حاجتها الى ذلك ... وهذا لا يجوز .

والقياس ألا يعتبر السكوت رضا ... ولكن ترك القياس للنص ..

والمراد بالسكوت .. السكوت الاختياري ، فلو أخذها سعال ، أو عطاس . أو أخذ فيها .. فنخلت .. فردت الإين .. ارتد .

ولا فرق بين العلم والجهل .. ألزوها أبوها فسكنت - وهي لا تعلم أن السكوت رضا - جاز .

وقد فرع الحنفية على ذلك : أنه لو زوجها وهي حاضرة - بنير كفف فسكنت .. لم يكن رضا - في قول محمد بن سلة .. وهو قول أبي يوسف ومحمد (١) ..

ولا يشترط في كون السكوت (رضا) تسمية المهر .. وقيل : يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق - قلة وكثرة - .

والصحيح الأول : لأن النكاح صحة بدوئه .

واختلف الحنفية فيما اذا زوجها غير كف (٢) ، فبلغها ، فسكنت . فقال الصاحبان : لا يكون رضا وقيل - في قول أبي حنيفة - يكون رضا ، ان كان المزوج أباً ، أو جدًا ... وان كان غيرهما فلا .

(١) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٨ .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ، ج ٣ ص ١١٣ .

ولو زوجها قبلها الخبر^(١)، فسكتت — فهو على ما ذكر — من أنها ان
سكتت، أو ضحكت — بلا استمراء — أو بكت بغير صوت.. فهو رضا..
والأقلا .

وقال ابن مقاتل : لا يكون السكوت — بعد العقد — رضا ، لأن اعتبار
السكوت السابق .. رضا .. على خلاف القياس .. بالنص .. وأما السكوت
اللاحق فالحاجة إلى الإجازة .. والسكوت لا يكون إجازة ، لأنه ليس في معنى
المنصوص ، فإن السكوت — عند الاستمراء — دليل على الرضا — وبسده إذا
بلغها الخبر — ليس كذلك ... فلا يثبت الرضا هنا بمجرد السكوت .

وعن أبي يوسف : — السكوت بعد العقد رد ... نه كره في البدائع .. قال
وهو قول محمد .

والأصح الأول ، لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد ..
وبعد .. فلما كان أمنا قبله — لدلالته على الرضا — كان إجازة بعده ، لدلالته
عليه ، ولا أثر للفرق بكونه ملوما .. وعدمه — على أن الحق أنه ملوم في كل
منهما .. غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال .. وقبله — يتوقف
على التزويج من المشتأين .

وعلى هذا فرعوا ... أنه لو استأذنها في معين فردت ... ثم زوجها منه ،
فسكتت ... جاز على الأصح .

بخلاف ما لو بلغها ، فردت ، ثم قالت : رضيت — حيث لا يجوز ، فله العقد
بطل بالرد ، فالرضا — بعد ذلك — بعقد مفسوخ .

وكذا استحسنوا التجديد عند الزفاف — فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذا
غلب حالهن اظهار النفرة عند فجأة السماع .. والأوجه عدم الصحة ، لأن ذلك

(١) انظر : المفتح على الهداية ج ٢ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

الرد الصريح لا ينزل عن كون ذلك السكوت دلالة الرضا... ولو كانت قالت : قد
صكنت قلبي لأريده - ولم تؤد على هذا - لا يجوز النكاح ، للإخبار على
امتناعها (١) .

٢ — أما مذهب المالكية ... فيعتبر صمت البكر رضا بالزواج ، وبالصداق
ولا يشترط نطقها ، ونذب إعلامها بأن صمتها رضا منها .

ولا يقبل منها — بعد العقد — دعوى جملها أن صمتها رضا — في تأويل
أكثر العلماء — لشهرته عند الناس ..

ومن زوجها وليها بغير إئتمار ، ثم أعلمها — بالقرب — فرضيت .. جاز
ولا يعد صمتها .. هنا — رضا وإن كانت بغير البلد — أو فيه — وتأخر
إعلامها .. لم يجز ، وإن رضيت (٢) .

والثيب — غير المجبرة — تعرب عما في نفسها — عن الرضا بالزواج ،
والصداق ، أو عدم الرضا بهما ، أو بأحدهما ... ويشاركها في تلك سبعة أبكار :

١ — بكر وشدت : من أب ، أو وصى .. فلا بد من نطقها له .

٢ — بكر عضلت (أى منمها أبوها عن النكاح ، فرفعت أمرها الى الحاكم ،
فزوجها) فلا بد من نطقها بالرضا بذلك المرض .

٣ — بكر زوجت بعيد . فلا بد من نطقها ، ولو بجبرة فلا بد من نطقها .

٥ — بكر يتيمة .. لا بد من إئتمارها ، بقولها ... ولكن المعتمد أنه يكفي
صمتها .

(١) انظر في ذلك : البدائع ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها — والمبسوط ج ١ ص ١٠

(٢) انظر . التاج الاكليل ، للمواق على الخطاب ج ٣ ص ٤٣٤ .

ص ١٠ — وحاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٢ ص ٣١ .

٦ - بكر غير مجبرة . . . افتتبت عليها (أى تعدى عليها وليها غير المجبر ، فزوجها بغير استنها ، ثم وصل لها الخير ، فرضيت بذلك . . . فلا بد من رضاها بالقول . . . ولا يكفى الصمت .

ويشترط لصحة نكاح المفتات عليها — سواء كانت بكراً ، أو ثيباً — رضاها بذلك العقد . . . بالنطق ، وأن يكون رضاها قريباً زمنه من العقد . . . وأن تكون المرأة في البلد الذى وقع فيه العقد افتياتاً . . . وألا يقر الولي — الذى وقع منه الافتيات — بالافتيات حالة العقد . . . وألا يقع منها رد قبل الرضا (١) .

٣ — أما الشافعية . . . فيرون أنه يكفى في البكر البالغة — إذا استؤذنت وإن لا يعلم الزوج سكوتها ، الذى لم يقترن بنحو بكاه مع صياح ، أو ضرب خد للمجبر قطعاً ، ولغيره ، بالنسبة للنكاح ولو بغير كف* — وإن ظننته كفتاً — لالدون مهر المثل . . . أو كونه من غير نقد البلد . . . في الأصح ، مسلم . . . وإذنها سكوتها ولقوة حياتها .

ومقابل الأصح قال . . . لا بد من النطق ، كما في الثيب . . . وكسكوتها قولها : لم لا يجوز آذن ؟ جواباً لقوله : أيحوز أن أزوجهك ؟ أو فأذنين ؟

أما إذا لم تستأذن ، وإنما زوج بمحضرتها . . . فلا يكفى سكوتها وأفتى البيهقي بأنها لو أذنت — مخبرة ببلوغها — فزوجت ، ثم قالت : لم أكن بالغة حين أقرت . . . صدقت يمينها . . . وفيه نظر ، إذ كيف يطل النكاح بمجرد قولها السابق منها نقيضه ؟ لا سيما مع عدم إبدائها عذراً في ذلك . . .

والمعنى ، وعصيته . . . والسلطان — كالأخ . . . فيزوجون الثيب البالغة بصريح الإذن ، والبكر البالغة . . . بسكوتها .

(١) انظر الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٧ .

أما الشيب العاقلة البالغة فلا بد من صريح إذنها ، ولو بلفظ (الوكالة) للآب ، أو غيره ، أو بقولها : أذنت له أن يعقد لي ، أقوله صلى الله عليه وسلم : - وليس للولي مع الشيب أمر ،^(١) .

٤ - مذهب الحنابلة^(٢) ... قالوا : إذن الشيب .. الكلام ، وإذن البكر .. الصمات .

أما الشيب فلا خلاف بين أهل العلم في أن إذنها الكلام ، للخبير ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب ... وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإنسان - غيره - أشياء لا يسيرة أفيم الصمت فيها .. مقامه ، لعارض ..

ولا فرق بين الشيوبة بوطء مباح ، أو حرام .

وأما البكر ... فإذنها صماتها .. ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم : - لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا : يا رسول الله : فكيف إذنها ؟ قال : - أن تسكت ، .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت : يا رسول الله : إن البكر تستحي !! قال : - رضاها صحتها ، - متفق عليه - وفي رواية : - تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكنت فهو إذنها ،^(٣) .

٥ - أما الظاهرية ... فالقاعدة عندهم : أن كل ثيب ، إذنها في نكاحها لا يكون إلا بكلامها ، بما يعرف به رضاها ، لقوله ﷺ : - لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، . وكل بكر لا يكون إذنها في نكاحها إلا يسكوتها ... فإن سكنت فقد أذنت ،

(١) انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٧١ ، ١٧٧ .

(٢) انظر : المغنى ١٠ ، لابن قدامة ج ٧ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

(٣) المرجع السابق .

ولزمها النكاح ... فان تكلمت بالرضا ، أو بالمنع ، أو غير ذلك فلا ينعقد - بهذا - النكاح عليها ، لأن الرسول ﷺ - أبطال النكاح عن البكر عالم تستأذن ، ففسكت ، وأجازه إذا استؤذنت فسكت بقوله - عليه السلام - : « لا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها صماها » .

والصحابة لم يعرفوا ما إذن البكر ، حتى سألوا رسول الله ﷺ : عنه ، وإلا كان سؤالهم فضولاً .. وحاشا لهم ذلك .

وما علينا أحداً من السلف روى عنه أن كلام البكر يكون رضا .. وروى عن عمر رضي الله عنه - وعن علي ، وغيرهما أن إذنها السكوت (١) .

هـ - ويرى الإمامية (٢) ... أن البكر إذنها صماها .. أما الثيب ومن في حكمها - كن ذهبت عندها بالزنا - فإذا نطقها .. أى لا بد من أن تصرح روى عن النبي ﷺ أنه قال : - الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صماها .. فدل ذلك على أن الثيب بخلافها ..

الآثار التي تترتب على استعراض هذه المذاهب .

يتضح مما تقدم أن الفقهاء مختلفون في تزويج من تستأذن ، إذا وقع بنفسه إذنها .

١ - فالحنفية يقولون : الرضا في نكاح البالغة - شرط الجواز ، فإذا زوجت بغير إذنها .. توقف التزويج على رضاها .. فإن رضيت جاز ، وإن ردت .. بطل الزواج (٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٧١ .

(٢) انظر كتاب الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٤٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢١١ .

٢ - والمالكية يقولون : إن زوج البكر وليها - بنفسه إذنها ، ثم أعلمها بالقرب ، فرضيت .. جاز ، وإن كانت بغير البلد ، أو فيه وتأخر إعلامها ... لم يجز ، وإن رضيت : قال ابن سلمون : إن زوجها بغير إذنها فالشهور أنه جائز إذا أعلمها^(١) .

٤ - أما الشافعية فيرون .. ن الإذن ليس ركناً في العقد .. بل هو شرط فيه ... وإذا فقد شرط من شروط الصحة بطل النكاح ... وعمل اعتبارها - أى الصحة - إن لم يكن من المرأة إذن في الزويح^(٢) .

٣ - مذهب الحنابلة ... يرون أنه إذا زوجت المرأة المعتبر إذنها - بغير إذنها - فالنكاح باطل .. في أصح الروايتين - نص الإمام أحمد عليه ... وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة .. فإن أجازته جاز ... وإن لم تجزه فسد لأنه عقد لا يثبت فيه أحكامه : من الطلاق ، والخلع ، واللعان ، والنسوارث ، وغيرها - فلم ينعقد - كنكاح المعتدة^(٣) .

٤ - مذهب الظاهرية : يرون بطلان النكاح عن البكر ما لم تستأذن ، فتسكت وجوازه إذا استؤذنت ، فسكت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : - لا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها صماها ،^(٤) .

٥ - مذهب الإمامية ... يرون أنه لو زوج الرجل بنته الثيب الكبيرة الرشيدة .. أو أخته الكبيرة الرشيدة - بغير إذنها - فهو باطل ، ولا يقف على إجازة أحد ، لأن العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية ، ولا دليل على أن هذه على الإجازة ... فوجب القضاء بفسادها

(١) انظر : التاج والاكلیل : للمواق على الخطاب ج ٣ ص ٣٣٤ .

(٢) انظر : حاشية القليوبي ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦١ .

خاتمة هامة

استخلص ما قلناه عن الإذن ، وما يتعلق به من أحكام ... أنت هناك تصرفات يتوقف نهاؤها ، أو جوازها على الإذن ...

ويمكن لنا أن نستنتج قاعدة في هذا الباب ... وهي :

كل تصرف ، أو عمل - إذا كان يمس حقاً لغير من يباشره .. وجب نفاذه وجوازه ، دوني انتظار الإذن فيه من صاحب الحق ، إما بطلب ذلك منه ... أو باقدام صاحب الحق - نفسه - على إصداره ، دون طلب .

ما يترتب على تلك القاعدة من فروع

وإليك - أخى القارئ العزيز - بعض الفروع الفقهية المترتبة على تلك القاعدة (وهي متفرقة في مظانها المختلفة ، في أبواب الفقه وإذا كان من العسير إحصاؤها) ويمكننى أن نشير منها إلى ما يأتى :

أولاً : ليس للموهورب له أن يقبض العين الموهوبة إلا بإذن صاحبها ، الواهب فإن قبضها من غير إذنه - لم يعتبر هذا القبض .. ويعتبر الإيجاب بالحبيسة إذا قبض ، إذا كان في مجلس العقد .. وإلا وجب إذن مستقل بقبضها .

ثانياً : ليس للوكيل أن يوكل غيره ، فيما وكل فيه - إلا إذا كان عاجزاً عن القيام به ، أو غير لائق به ، أو إذنه الموكل في ذلك .

ثالثاً : إذا أدى الكفيل بالدين .. ما التزم به - إلى الدائن ، وكانت الكفالة بغير طلب المدين .. لم يرجع على المدين .. إلا إذا أذنه بالأداء .

رابعاً : لا تملك أرض الموات بالإحياء .. إلا إذا أذن الإمام .. فلو أحيها بلا إذن منه .. لم يملكها .

خامساً : لايجوز المستعير أن يعير غيره مطلقاً - عند الشافعية - وعند الحنفية ذلك بما يختلف الارتفاع به باختلاف المستعمل ... إلا بإذن من المعير .

سادساً : إذا كانت منفعة العين المستأجرة مما يختلف باختلاف المستعمل ... فلا يجوز للمستأجر - في رأى أبى حنيفة ، وأصحابه - أن يؤجرها إلا بإذن من مالكها المؤجر ، إذ قد يضر ارتفاع المستأجر الجسد بها ، لأن ارتفاعه بها ، أشد ضرراً ، وأقضى استعمالاً .

سابعاً : يرى الحنفية أنه لايجوز المصلحة بائناً - بعد انتهاء عهدها - أن تخرج بالولد المحضون ، من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت - بحيث لا يمكن والده أن يراه ثم يرجع في نهاره ... إلا بإذنه ... ولكن لما الخروج من قرية إلى مصر^(١) قرية ومن بلدة إلى أخرى هي وطنها ، وقد عقد عليها فيها .

أما غيرها من الحاضرات فليس لها نقله إلا بإذن الأب في جميع الأحوال ... كما لايجوز للأب أن يخرج من بلد عاصته إلا بإذنها - ما بقيت حاضتها^(٢) .

ثامناً : لايجوز للمالك المؤجر للعين أن يبيع العين المستأجرة في أثناء مدة الإجارة .. إلا بإذن المستأجر ، لأن حقه في وضع يده عليها ، استيفاء لمنفعتيها - متعلق بها .. والتصرف فيها يمس ذلك الحق .. فلا ينفذ إلا بإذنه ، حتى لا يضار بغير رضاه .. والإذن في هذه الحالة ليس من قبيل التوكيل .

تاسعاً : لايجوز للراهن أن يبيع العين المرهونة ، أو يرهنها لدى دائن آخر أو يؤجرها ، أو يرتب عليها حقاً .. إلا بإذن من المرتهن ، وذلك لتعلق حقه بها ، وفي التصرف فيها مساس بهذا الحق ، وضرر بصاحبه .. فوجب لذلك - إذنه ، حتى لا يضار بغير رضاه ..

(١) أى مدينة كثيرة السكان والمناشط .

(٢) انظر : الدر المختار ج ٢ ص ٢٩٨ .

ويلاحظ أن إذن المرتبة في هذه الحالة ليس من قبيل التوكيل . لأنه غير مالك العين المرهونة . . . ومن ثم لا يصح منه توكيل مالكها في التصرف فيها ، لأن التصرف من خصائص الملك .

وكذلك لا يجوز للمرتبة أن يبيع العين المرهونة ، لاستيفاء دينه من ثمنها إلا بإذن من الراهن ، لأنه مالكها .

وكذلك الحكم في كل تصرف يصدر من شخص فيما لا يملك . . والإذن في هذه الحالة من قبيل التوكيل ، .

المبحث الرابع

هل السكوت يعتبر إبراء من الحقوق ؟

تعريف الإبراء .. يعرف الإبراء في اللغة بأنه الإزالة أو التنزيه من التلبس بشيء ، جاء في مختار الصحاح^(١) : « برى منه ، ومن الدين ، والعيب .. وإبراء من الدين ، ونراه ، وتبرأ من كذا فهو براء .. » .

وعند الفقهاء^(٢) : إسقاط شخص حقه في ذمة آخر ... كإسقاط الدائن ديناً له في ذمة مدينه ... بقوله له : أبرأوك من ديوني — أو ما يفيد ذلك المعنى — يريد بذلك إسقاط ما في ذمته من دين له .

أو هو : إسقاط لحق شخص قبل آخر - كما يفهم من تعريفه السابق ، لذا كان نوعاً من الإسقاط ... لأن الإسقاط كما يكون تركاً لحق في ذمة شخص آخر — كما في إسقاط الدين الذي تشغل به ذمة المدين — يكون لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة آخر ، كما هو الحال في إسقاط الشفيع حقه في الشفعة ... وكما في إسقاط الموصى له بسكنى دار — حقه في سكنائها ..

وعلى ذلك يكون كل (إبراء) (إسقاطاً) وليس كل إسقاط إبراء ..

وهذا الكلام يجعلنا نقسم : هل الإبراء إسقاط أو تمليك ؟

١ — قال أغلب الحنفية^(٣) — وهو قول السكندر من المالكية ، والشافعية ، والزيهية — أنه للإسقاط .

(١) انظر مختار الصحاح مادة : برأ ، وبرى .. ص ٤٥

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٦ .

٢ — بعض الشافعية ، وابن مفلج الحنبلي . يرون أنه تملك من وجهه ..
٣ — ما نقله ابن مفلج أيضاً أن جماعة من الخنابلة جزموا بأنه تملك ،
وقالوا : إنا سلبنا أنه إسقاط ... فكأنه ملكه إياه ، ثم سقط .
ويفهم من كل هذا أن الإبراء يحصل — عند جمهور الفقهاء — على معنيين :
(أ) معنى الإسقاط ... بالنظر إلى الدائن ، إذ قد تخل عنه ، وانقطعت
مطالبته به .

(ب) معنى التملك ... بالنظر إلى المدين ، إذ قد تملكه ، فزاد ثراؤه
بقدره . . ألا يرى أنه كان مطالباً بانتقاص قدره من ماله — في سبيل الوفاء به ،
فاستبقى ذلك له (١)؟ وهذا يعني تملكه إياه .

(آثار اعتبار هذين المعنيين ... في الإبراء) (٢) :
يظهر أثر ذلك في أن الحكم قد يختلف باعتبار الإبراء ... إسقاطا ...
أو تملكاً . .

وقد صرح الحنفية بذلك فيما لو وكل الدائن المدين بإبراء نفسه . . . صح
التوكيل ، نظراً إلى جانب الإسقاط . . . ولو نظر إلى جانب التملك . . . لم يصح ،
كالو وكاه بأن يبيع من نفسه .

حكم الإبراء : هل هو مشروع في الجملة ؟ والأصل فيه :

١ — النذب ... يقول الخطيب الشربيني (٣) : « الإبراء مطلوب ، فوسع

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٦ ، جامع الفصولين ج ٢
ص ٤ ، الدسوقي ج ٣ ص ٩٤ ، ٣٣٠ ، القليوبي وعميرة ج ٢ ص ٣٢٦ الفروع
لابن مفلج ج ٤ ص ١٩٣ .

(٢) انظر : تبويب الاشباة والنظائر لابن نجيم ص ٣٨٤ .

(٣) انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٣ .

فيه ... بخلاف (الضمان) ، ذلك لأنه نوع من الإحسان ، لأنه في الغالب يشتمل إسقاط الحق عن المعسر الذي يشغل الدين كله ... وحتى إذا كان الإبراء لمن لا يعسر عليه الوفاء ، فإنه مما يزيد المودة بين الدائن ، والمدين ، فلا يخلو عن معنى البر والصلة .

ويشير إلى هذا قوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم ، إن كنتم تعلمون » (١) .

٢ — وقد يكون واجبا ... وذلك إذا سبقه استيفاء الحق ، لأن فيه اعترافا بالبراءة لمستحقها ... فهو من باب العدل بالمأمور به في قوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل » (٢) .

ومن أمثلته في (باب السلم) : إذا حضر المسلم إليه مال السلم الحال - تعرض البراءة - أوجب المسلم على القبول ... أو الإبراء ..

٣ — وقد يكون حراما ... كالأجر ضمن عقد باطل ، لأن استيفاء الباطل حرام ... وهذا إذا كان الإبراء خاصا بذلك العقد ، وبني عليه الإبراء ... عملا بالقاعدة المشهورة : إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (٣) .

٤ — وتعرض له الكراهة ... فيما إذا أبرأ وارثه ، أو غيره عن أكثر من ثلث ماله - وهو في مرض الموت - حيث أجله الورثة ... وأساس الكراهة هنا - أن هذا الإبراء فيه تشييع لورثته ، ولقوله - صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي رفاع - حين تم بالتصدق بجميع ماله - « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » (٤) ... أما الثلث فقد أقره عليه .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

(٢) سورة النساء آية ٥٨ .

(٣) انظر الفتاوى الكبرى لابن حجر ج ٣ ص ٥٧ .

(٤) وهذا جزء من حديث أخرج الشيخان : انظر التلخيص والمريجان ص ١٠١ .

(أركان الإبراء)

(أ) ركن الإبراء - عند الحنفية - (الصيغة) فقط : أى الإيجاب والقبول من صاحب الحق . . وهو ما يصدر منه من عبارة تدل على ترك حقه ، دلالة واضحة ، لا احتمال منها . . . أو ما يقوم مقام ذلك من كتابة . . أو إصارة .

(ب) أما غير الحنفية . . فيرون أن أركانه . . (بحسب الإطلاق الواسع للركن ، ليشمل كل ما هو من مقومات الشيء ، سواء أكان من ماهية الشيء ، أم خارجاً عنها - كالاطراف ، والحمل) يرون أن هذه الأركان أربعة :

أولاً : المبرىء (صاحب الحق) ويشترط فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون من أهل التبرع . . فيجب أن يكون عاقلاً . . بالغاً . . غير محجور عليه لفسه ، أو لدين ، لأن الإبراء تبرع من الدائن ، إذ لا يقابله عوض من المدين .

(ب) وأن يكون ذا ولاية فى إبرائه . . . كأن يكون هو الدائن . . . أو وصياً على الدائن - وقد وجب الدين المبرأ منه نتيجة لعقد باشره عنه ، فعند ذلك تصبح براءة ، ويضمن ما أبرأ المدين منه . . . ولكن إذا كان الدين لم يجب - لأنه نتيجة لعقد لم يباشره هو أو أواد الإبراء قبل حلول موعد الدين - لم يصح إبرازه .

ثانياً : . . المبرأ (المدين ، ويشترط فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون معلوماً ، غير مجهول . . . فإذا كان مجهولاً لم يضح إبرازه . . . كما لو قال شخص : أبرأت كل مدين لى . . أو كل مدين بلونى . . . أو أبرأت أحد هذين . . . ولكن إذا كان من أبرأه الدائن محصوراً معلوماً : كأبرأت هؤلاء من المدينين لى . . صح الإبراء

وقد ذهب إلى اشتراط هذا الشرط - في المبرأ - : الخنفة (١) ، والشافعية (٢) والحنابلة (٣) ، والمالكية (٤) .

(ب) ويشترط الزيدية (٥) - مع ما تقدم - حلول الإبراء من تدليس المبرأ ، كما إذا أفهم شخص دأته بأن ما عليه من الدين حقير تافه ... فأبرأه منه - بناء على هذا - ثم تبين خلاف ذلك للدائن . لم يصح إبرأؤه ، لغلبة معنى التمليك فيه .

ثالثا : - الصيغة . . ويشترط فيها أن تكون دالة دلالة ظاهرة - غير محتملة - على تملك الحق للدين . . أو على سقوطه .

رابعا : - المبرأ منه (وهو محل الإبراء كالدين ، أو العين ، أو الحق) . . (١) ألا يكون عينا من الأعيان . . والأعيان الشخصية لا تثبت في الذمة ، فلا تقبل الإسقاط . . وإنما يقبل الإسقاط ما يشغل الذمة من الحقوق ؛ ولهذا كان الإبراء من الأعيان المشخصة . . باطلا . .

أما ما كان من الأعيان ديناً ، فإنه يقبل الإبراء ، إذ أنه يقبل الإسقاط ، كالديات - من الإبل مثلاً - ونحو ذلك .

وعلى هذا إذا غصب شخص كتاباً ، فأبرأه منه مالك هذا الكتاب كان الإبراء باطلاً ، ولا يترتب عليه أثر . . . ولهذا صح الإبراء من الديون بأنواعها . . . كما صح الإبراء عن (الدهوى) . لأنها حق . . فإذا قال المدعى عليه للمدعى : أبرأك من ادعاء هذه العين ، أو من دعوى هذه العين . . لم تقبل له فيها دهوى ملك بعد ذلك (٦) .

(١) انظر جوامع الفضولين ج ١ ص ١٣٥ .

(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٧ .

(٣) انظر كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٤) انظر الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٩٩ .

(٥) انظر شرح الأزهري ج ٤ ص ٢٩٨ .

(٦) انظر مجمع الأنهر ج ٥ ص ٧٦ .

وكذلك يصح إبراء الدائن للكفيل من (الكفالة) ... وإبراء المحال عليه من (الحوالة) ، إذ البراءة فيهما تنصب على حق ... هو الكفالة .. أو الحوالة ..

(ب) الشرط الثاني (للمبرأ منه) وهو الحق موضوع الإبراء (أن يكون موجوداً عند الإبراء ... وعلى ذلك بطل الإبراء من الحق قبل وجوده ... فلا يصح أن تبرئ شخصاً من كل ما سيقترضه منك .. أو بما سيجب لك عليه .. كما لا يصح إبراء الزوجة لزوجها من نفقة مستقبله ... ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها ، لأن الإبراء إسقاط .. وما سيوجد ساقط الآن فعلاً ، فلا يقبل إسقاطاً ...

(ج) ولا يشترط في الحق المبرأ منه أن يكون معلوماً - ذهب إلى ذلك

١ - الحنفية ، والحنابلة ، والمؤيد من الزيدية ، لجوزوا الإبراء من الحق المجهول .. سواء أ كان مجهولاً لدى المبرئ .. أم لدى المبرأ ..

٢ - وخالف في ذلك الشافعية ، والناصر من الزيدية ، واشترطوا علم المبرئ بما أبرأ منه ... واستثنوا من هذا الحكم أن يكون الدائن جاهلاً بمقدار دينه - ولكنه ذكر له (عقد الإبراء منه) نهاية يتحقق أن دينه دونها في المقدار ... كما إذا قال له : أبرأتك من ديني البالغ ألف حنيه - وهو متحقق من أن دينه دون الألف (١) .

٣ - وذهب الحنابلة إلى أن البراءة من الدين لا تصح إذا كان المبرئ لا يعلم بوجود الدين - في حين أن المدين يعلمه ، ولكنه كتبه عنه ، خوفاً من أنه إذا علمه - طالبه به ، ولم يبرئه منه ، لأن هذا يعدّ مضاً للحق ، وظلماً للدائن ... ولا يعدّ الإبراء في هذه الحالة صادراً من صاحبه عن إرادة معتبره ... وإنما صدر منه على وجه المزلة أو اللعب !!

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧١ .

ويرى الحقايلة صحة الإبراء من المجهول - ولو لم يتعذر العلم به . . كما يرون صحة الإبراء من يعتقد أنه لا دين له في ذمة من أبراه ، ثم تبين أنه - أى المجرأ - كان مدينا للبرىء عند إقدامه على إبرائه (١)

(٤) وذهب الزيدية إلى عدم صحة الإبراء مع التذليس (٢) . . . كأن يرى الدائن مدينه - بناء على تفهيم المدين إبراه ، بأنه فقير ، أو أن الدين حقير ، ثم تبين خلاف ذلك .

واختلف الزيدية في صحة الإبراء من المجهول . . . فتنهم من ذهب إلى صحته . . . ومنهم من ذهب إلى عدم صحته (٣) .

(هل يتوقف الإبراء من الدين على قبول المدين ؟)

(١) الدين حق خالص لصاحبه . . وإقدام صاحبه على إسقاطه تصرف سليم منه في خالص حقه . دون أن يمس ذلك حقا لغيره . . . ودون أن يستوجب تكليفا على أحد . . . ومن ثم لم يتوقف نفاذه على قبول من عليه الدين . . . بل يتخذ مع رد المدين له ..

ذهب إلى ذلك الحنابلة . . . وجمهور الحنفية . . والشافعية . . وجمهور الشيعة الجعفرية ، تغليباً لمعنى (الإسقاط) فيه على معنى (التملك) (٤)

(٢) وذهب الإمام زفر - وهو من الحنفية (٥) - إلى أنه يتوقف الإبراء

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٢) انظر : الأزهار ج ٤ ص ٢٧٨ ، ٣٠١ .

(٣) مطالب أولى النهى ص ٣٩٢ .

(٤) انظر : المهذب للشميرازى ج ١ ص ٤٥٤ ، وكشف القناع ج ٢ ص

٤٧٨ .

(٥) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

على قبول المدين ، لعلبة (معنى التملك) فيه ... وهو قول لبعض الشيعة
الجعفرية (٢) .

(٣) وللمالكية .. والزيدية في ذلك قولان : —

١ — أنه يتوقف الإبراء على قبول المدين ، مراعاة لجانب التملك فيه وهو
الأرجح .

ب — أنه لا يتوقف ، ويتم من غير قبول المدين .. بل يتم أيضا مع رده
(ورفعه) مراعاة (لمعنى الإسقاط) كالطلاق .

وعلى القول باشتراط القبول فيه — عند المالكية — يجوز أن يتراخى (القبول)
عن مجلس (الإيجاب) ... وهو صريح ما ذكره ابن عرفة ... كما يجوز رجوع
الدائن فيه قبل القبول (٢) .

وإذا كان الإبراء من الدين قد تم بهتة للمدين ... كان توقفه على قبول
المدين محل خلاف ..

أ — ففي مذهب الشافعية .. والحنابلة .. وبعض الحنفية (٣) أن هبة الدين
من الدائن للمدين لا تتوقف على قبول المدين ، فتنفذ مع سكوت المدين في مجلس
الإيجاب ، لما فيها من معنى الإسقاط .

ب — وذهب آخرون إلى أنها تتوقف ، لما فيها من معنى (التملك) وذلك
رأى المالكية — لأنها نص في التملك .

(١) مطالب أولى النهى ص ١٩٢ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ ، والفروق
للقرافي ج ١ ص ١٠١ ، ١١١ وشرح الأزهري ٢٥٨ .

(٣) انظر تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤١٠ ،
كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ ، البدائع والصنائع ج ٦ ص ٤٦ .

وكذلك يرى الحنفية أن الإبراء من (الكفالة .. أو الخوالة) لا يتوقف على القبول ، ولا يرتد بالرد ، لتحضة في (معنى الإسقاط) .

واستثنى الحنفية من عدم توقف الإبراء على القبول من المبرأ له الإبراء من يدلى الصرف ، والسلم ، إذ يرون توقفه على القبول - دون خلاف - ، حتى لا يتفرد أحد العاقلين فيما .. وهو من أبرأ .. بفسخ عقد الصرف ، أو السلم : وكلاهما عقد لازم لا يجوز أن يستبد بفسخه أحد طرفيه ، إذ أن في نفاذ الإبراء قوات (القبض في المجلس) وهو شرط في صحة كل منهما .

والمشهور - عند الحنفية - أن (هبة الدين) للدين وإبراءه منه ... كلاهما يتم من غير قبول ... ويرتد بالرد .. فهما في ذلك سواء .

وإذا ارتد بالرد لم يجهز قبول بعد الرد - لبطلان الإيجاب بالرد^(١).

(١) انظر / حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٤ .

المبحث الخامس

هل السكوت يعتبر اقراراً ،

مقدمة ... في تعريفه ... ومشروعيته : —

الإقرار — لغة — هو الاعتراف : يقال : أقر بالحق إذا اعترف به ، وقرره غير بالحق حتى أقربه (١) :

وشرعاً - إخبار (شخص) عن ثبوت حق للغير على نفسه (٢) .
والإقرار حجة ثابتة بالكتاب .. والسنة .. والإجماع .. والمعقول ..
١ — أما الكتاب .. فقوله تعالى : « وإذ الله مشياق النبيين : لما آتيتكم من كتاب وحكمة ، ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ، ولتنصرنه ، قال أقررتم ، وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا ، قال فاشهدوا ، وأنا معكم من الشاهدين ، (٣) ... وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ، (٤) ، إذ الشهد — اداة على للنفس لإقرار عليها بالحق .

٢ — وأما السنة ... فقد أقام النبي صلى الله عليه وسلم الحد على (ماعز والقامدية) بناء على إقرارهما واعترافهما بالزنا ١١ (٥) .

وأما الإجماع ... فقد أجمعت الأمة من لدن حياته صلى الله عليه وسلم

(١) انظر مختار الصحاح . مادة : قرن .

(٢) انظر : كشف القناع ج ٦ ص ٣٦٧ .

(٣) انظر : سورة آل عمران — آية ٨١ .

(٤) انظر : سورة النساء آية ١٣٥ .

(٥) انظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ٥٧ .

إلى الآن ... على أن « الإقرار » حجة على المقر يؤاخذ به ، ويعامل بمقتضاه .
٤ - وأما الفعل ... فهو « انتفاء التهمة » ، فإن العاقل لا يقر على نفسه كذبا (١) .

والفقهاء متفقون على أن « الإقرار أقوى الأدلة الشرعية » ، لا انتفاء التهمة فيه - غالبا . .

ولا يناق ذلك أنه حجة قاصرة على المقر وحده ... في حين أن « الشهادة » حجة متعددة ، لأن (القوة ، والضعف) وراء التعدية ، والاقتصار .

فاتصاف (الإقرار) بالاقتصار على نفس المقر ... واتصاف (الشهادة) بالتعدية إلى الغير ... لا يناق إتصافه بالقوة ، واتصافها بالضعف بالنسبة له - بناء على انتفاء التهمة فيه - دونها (٢) .

وجاء في كتاب تبصرة الحكام (٣) : (أن الإقرار أبلغ من الشهادة قال أشهب : قول كل أحد على نفسه أو يجب من دعواه على غيره) .

وجاء في شرح المنهج (٤) : (الإقرار أولى بالقبول من الشهادة) .

وجاء في المغنى (٥) : (إن المدعى عليه إذا اعترف بالحق لا نسمع عليه الشهادة ، وإنما نسمع إذا أنكره) .

والإقرار قد يكون باللفظ ... أو ما يقوم مقامه كالإشارة ، والكتابة ، والسكوت - بقرينة - .

ويصح الإقرار بالنسب - نسب مولود - عند الفقهاء - بشروط : -

-
- (١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٧١ .
 - (٢) انظر تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٩ .
 - (٣) انظر : تبصرة الحكام لابن فرحق ج ٢ ص ٣٩ .
 - (٤) انظر : شرح المنهج وحاشية الجمل ج ٣ ص ٤٢٨ .
 - (٥) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٧١ .

(١) فيرى الشافعية^(١) . . . انه يشترط صحة الإقرار بالنسب الشروط الآتية : —

١ — ألا يكذبه الحس . . . فإن كذبه . . . بأن كان المقر في سن لا يتصور معها أو يولد لمثله مثل هذا الولد . . . أو كان قد قطع ذكره ، وخصيته من زمن متقدم على زمن الملق به — حمله — لم يثبت نسبة ، لأن الحس يكذبه ، وكان استلحاقه لغوا — وإن صدقه المستلحق ١١

٢ — أن لا يكذبه الشرع . . . فإن كذبه . . . بأن يكون معروف النسب من غيره . . . أو ولد على فراش نكاح صحيح . . . لم يصح استلحاقه — وإن صدقه المستلحق ، لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره ، فالشرع مكذب له .

٣ — ألا يكذبه الحال . . . فإن جاءت امرأة من بلدة بعيدة ، ومعها طفل ، فاستلحقه رجل لم يسافر قط إلى بلدها . . . ولم تسافر هي إلى بلده . . . لم يلحقه النسب .

٤ — أن يصدق المستلحق — إن كان أهلا للتصديق — ، لأن له حقاً في نسبه ، وهو أعرف به من غيره . . . فإن كان بالغاً ، عاقلاً ، فكذبه ، أو سكت أو قال : لا أعلم . . . لم يثبت نسبه منه إلا ببينة ، أو يمين مردودة . . .

وإن مات المستلحق — قبل التمكن من التصديق — صح الإقرار ، وثبت نسبه .
٥ — ألا يراجه غيره . . . فإن ادعى آخر نسبه أيضاً — لم يلحقه به إلا بتصديقه ، وتكذيب الآخر — إن كان بالغاً . . . أو ببينة — مع عجز الآخر عنها — أو إلحاق القائف به وحده . . . إن كان صغيراً . (والقائف هو الذي يتبع الأنار والنسب) .

٦ — أن يكون المستلحق ذكراً . . . بالغاً . . . عاقلاً . . . مختاراً . . . غير مسوح (أى غير مجبوب — أى مقطوع الذكر —) فلا يصح استلحاق المرأة ، والصبي ، والمجنون

(ب) أما المنايعة فيقولون^(١) : إن أقر يولد اعتبار في ثبوت نسبه أربعة شروط . هي : -

١ - أن يكون المقربة (المستلحق) مجهول النسب . . فإن كان معروف النسب لم يصح استلحاقه - بالإقرار - ، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره .

٢ - ألا ينازعه فيه منازع ، لأنه إذا نازعه فيه غيره . . تعارضاً ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

٣ - أن يمكن صدقه . . . بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد مثله . . فلو قدمت امرأة من بلاد الروم - مثلاً - معها طفل ، فأقر به رجل . . لحقه ، لوجود الإمكان ، وعدم المنازع ، لأنه يحتمل أن يكون قد دخل أرض الروم ، أو دخلت هي دار الإسلام ، ووطنها . . . والنسب يحتاط لإثباته . .

ولهذا لو ولدت امرأة رجل - وهو غائب عنها - بعد عشرين سنة من غيبته . . لحقه ، وإن لم يعرف له قدوم إليها ، ولا عرف لها خروج من بلدها .

٤ - أن يكون المقربة - المستلحق - من لا قول له - يعتمد به كالصغير والمجنون . . . فإن كان كبيراً ، عاقلاً . . لم يثبت نسبه من المقر ، حتى يصدقه - المستلحق - بإقرار ، أو سكوت ، لأن له قولاً صحيحاً ، فاعتبر تصديقه كالوأقر له بماله عليه .

وإذا اعترف إنسان بأن هذا أبوه . . . فهو كاعترافه بأن ابنه . . ويمكن - في تصديق والد بنسب ولده . . وعكسه - يكفي سكوته عند الإقرار به ، لأنه يغلب في ذلك - ظن التصديق . . . ولا يعتبر - في تصديق أحدهما - تكرار التصديق .

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٧ .

(ج) أما الزيدية ... فيشترطون لصحة الإقرار بثبوت النسب خمسة شروط هي (١) :

- ١ - أن يصدر الإقرار من مكلف .. مختار .
- ٢ - أن يكون المقر جادا بحيث لم يعلم هزله ، ولا سبق لسانه .
- ٣ - أن يكون المقر صادقا بحكم العقل .. أو الشرع .. فإن أقر بولد يقاربه في السن ، أو معروف النسب .. لم يصح إقراره .
- ٤ - أن يصدقه المقر به ويختص الإقرار بالنسب بأن التصديق به يخالف التصديق بالمال ... كسكوت المقر به ، فإن يكون تصديقا ، حيث علم به ، وبالإقرار ... وعلم أن له الإنكار ... فلو أقر بصغير كان الصغير في حكم المصدق ، لأنه في حال الصغير لا يصح منه الإنكار ... فإن بلغ ولم يصدق فإن له إبطال الإقرار - ولو حكم به الحاكم - ، لأن الحكم مشروط بالتصديق .
- ٥ - ألا توجد واسطة بين المقر ، والمقر به . . . فلا يصح الإقرار إلا بولد أو والد ... ولا يصح لإقرار من السبي - بعضهم من بعض - وكذا لا يصح الإقرار من (العتيق) ، لأنه يؤدي إلى إبطال حق الولاء الثابت للمعتق ١١ .

ولكن ... ما الحكم لو حدث إنكار من المقر بعد إقراره ؟ .

- ١ - يقول الحنفية (٢) : - متى ثبت النسب بإقرار المقر .. لم يسكن له أن ينفيه بعد ذلك ، لأن النفي يكون إنكارا - بعد الإقرار بحق الولد ، إذ النسب حقه ، فلا يملك المقر الرجوع عن إقراره ...

(١) انظر التاج المذهب ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٥ .

والسكوت عند التهمة بوله يعتبر اعترافاً منه بنسبه ، فلا يالك نفيه بعد ذلك .

(٢) أما المالكية فيقولون (١) : - إن استلحق رجل ولدا ، ولحق به شرعاً . ثم أنكره بعد ذلك : بأن قال ليس بولدى ... فإنه لا يسقط نسبه بالإنكاره — بعد استلحاقه .

(٣) والشافعية يقولون (٢) : - إن استلحق شخصاً بالغا ، حاقلاً وصدقه (المستلحق) ثم رجعا عنه (أى عن الاستلحاق) لم يسقط النسب ، لأن النسب لا يرتفع بالاتفاق ... كالثابت بالفراش .

وقال ابن أبي هريرة : يسقط .

وإن قال : هذا ولدى .. ثم زاد فقال : من زنا ، لينفيه عن نفسه ... لم يقبل قوله : (من زنا) — وإن اتصل باقراره ١١ وقيل إن وصل اللفظ — عند الإقرار — لا يثبت النسب ١١

(٤) أما الرأي عند الجنايلة (٣) ... فهو أن المقر لا يقبل إنكاره ، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية .. فلا يزول بإنكاره .. كما لو ثبت ببينة ، أو بالفراش .. وسواء أ كان المقر به غير مكلف .. أم كان مكلفاً ، فصدق المقر .

ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه ، لأنه ثبت باتفاقهما ... فزال يرجوعهما - كالمال .

والأول أصح ، لأن النسب يحتاط لإثباته ... بخلاف المال . وإذا هي فسكت .. كان إقراراً ... ذكره أبو بكر الخلال ، لأن السكوت يصلح دلالة على الرضا في حق البكر ... فهنا أولى .

(١) انظر : منح الجليل ج ٣ ص ٤٤٩ .

(٢) انظر : اسنى المطالب ج ٢ ص ٣٢٠ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣٤ ، وج ٩ ص ٥٥ .

(هـ) وعند الزبديّة (١) ... لا يصح من الرجل نفى الولد بعد الإقرار به سواء كان له نفيه ... أم لا ، فثبت نسبه بعد الإقرار ، وإن نفاه — بعد — لم ينف .

وكذا لا يصح من الرجل نفى الولد — بعد السكوت ، حين العلم به — سواء سكت سكوت مستبشر ... أم سكوت منكر II — وخرج من المجاس ..

ويصح الرجوع — عن الإقرار بمصادقة المقر له .
تنبيه : — ونبه هنا إلى أنه : لو أن شخصا استلمحق وارثا غير ولد كآخ ..

أ - إن كان للمقر وارث آخر حائز لجميع التركة يوم الموت ، لا يوم الإقرار لا يرث هذا الأخ المستلمحق ، لأن المقر — حينئذ — يهتم بإخراج الإرث لغير من يستحق الإرث .

ب — وإن لم يكن للمقر وارث أصلا ... أو كان له وارث غير حائز لجميع التركة — كآخ لأم — فتخلف بالإرث ... وعدمه — عند هذا الاستحقاق .

والراجع الإرث ، أي إرث المقر به من المقر جميع التركة في حالة عدم وجود وارث أصلا .. وباقى التركة في حالة وجود أخ لأم ، بناء على أن بيت المال ليس كالوارث المعروف .

ويجرى هذا التفصيل في إرث المقر من المقر به ، إذا صدقه ، لأن كلا منهما — حينئذ — مقر بصاحبه ... فلو كذبه فلا إرث ... وإن سكت : فهل السكوت هنا — كالتصديق ؟ أم يرث المستلمحق فقط ؟ خلاف بين الفقهاء .

ومحل هذا الخلاف إذا لم يطل زمن إقرار المقر بالآخوة . فأي طال . .

(١) انظر : التاج المذهب ج ٢ ص ٢٦٥ ، ج ٤ ص ٦٤ .

فأله يرثه - قولاً واحداً - لأن قرينة الحال دلّت على صدقه في ذلك .

فعلی علی : إذا أقر بأخ جديد - وكان له أخ آخر ، وطال زمن الإقرار ... شارك الأخ المقر به (الجديد) الأخ الآخر الثابت النسب (١) .

ومن كل ما سبق نستطيع أن نقول : إن السكوت إذا صاحبه قرائن قوية يعتبر (إقراراً) لإثبات النسب ، وقد نص على ذلك الفقهاء (٢) .

(١) انظر - في هذه المسألة - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤١٩ . بدائع

الصنائع ج ٧ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

المبحث السادس (السكوت ... والإسقاط)

أما السكوت .. فقد سبق ... ولكي نعرف أثر السكوت على الإسقاط لابد من تصور الإسقاط ، والوقوف على حقيقته ...

تعريف الإسقاط : — عند الخويين :- يقال : سقط الشيء من يده : وقع على الأرض ... وأسقطه : أوقعه .. وأسقطت النافة وغيرها ألقت ولدها .. وأسقط الفارس اسمه من الديوان : رفعه وأزاله (1) .

أما تعريفه — عند الفقهاء — فهو إزالة الملك ، أو الحق ، لا إلى مالك ، أو مستحق ، كالطلاق — فهو إزالة لملك النكاح .. وكالعفو عن القصاص فهو إزالة حق القصاص .

الفرق بين الإسقاط .. والتملك .. والترك ... والنفي :

لكي يتحقق معنى الإسقاط المتقدم لابد من قيام الملك ، والحق الذي يرد عليه بالفعل — قبل وروده بالإسقاط ... ولا يكفي قيام السبب ، كالزوجية — بالنسبة للنفقة ، فهي لا تبرر إسقاط نفقة مستقبلية ، لم تتقرر ، ولم يثبت الحق فيها بالفعل .

وهذا محل اتفاق بين العلماء ... ضرورة أن يتعلق (بسقط) ومن هنا قالوا : إن الحقوق التي لم تجب بالفعل ، وبالمملك الذي لم يتقرر بعد — لا تقبل الإسقاط .

(1) انظر مختار الصحاح مادة (سقط) — ناهج التعرّيب ١٠٠٠ ؟

ويسمى ترك الحقوق التي لم يجب بعد ... (امتناعا) لا إسقاطا . . وهو غير لازم ، إذ هو مجرد وعد ... ومن ثم يجوز الرجوع عنه ، والعود إلى المطالبة بالحقوق المتروكة . . كترك الزوجة حقها في القسم - في المستقبل - لزوجة أخرى ، يجوز لها أن ترجع فيه . وتعود إلى المطالبة بالحقوق التي تركته .

وإذا هي رجعت ، وطالبت بعودة حقها في المستقبل ... فقد جاز لها ذلك .

وإزالة الملك إلى شخص آخر ليست إسقاطا ، وإنما هي تملك ... كما في البيع ، والهبة ، والإجارة ، والوصية ، وسائر التصرفات الناقلة للملكية ، فإنها - وإن اقتضت إزالة ملك المتصرف عما تصرف فيه - إلا أنها تقتضي - مع ذلك - إدخاله في ملك شخص آخر .

وقد يجتمع (الإسقاط) و (التملك) ... كما في الإبراء من الدين ، وهبة الدين لمن عليه الدين ، أو التصديق به عليه .

والجمهور - من الفقهاء - على أن هذا التصرف يحتمل معنيين :

(أ) معنى الإسقاط - بالنسبة إلى الدائن - إذ قد تخلى عن الدين الذي كان له ، وسقط حقه في المطالبة به ، ولم يبق معتبرا من عناصر أثره .

(ب) ومعنى التملك - بالنسبة إلى المدين - إذ قد دخل الدين في ملكه ، وزاد ثراؤه بمقدار قيمته ، فقد كان واجبا عليه - الوفاء به ، واقتطاع قدره من ملكه ، وإعطائه للدائن ، ويتصرف الدائن - معه - استبقى لنفسه ذلك . . وهذا هو معنى تملكه الدين الموهوب .

وهذا التصرف . . فيه تملك من وجه ... وإسقاط من وجه . . باتفاق هؤلاء الفقهاء ... ولكنهم اختلفوا في تغليب أحد الجانبين ...

(أ) فذهب بعض الفقهاء إلى تغليب جانب الإسقاط ، ورتب عليه أحكام الإسقاط .

(ب) ولكن الخنابة يرون أن هذا التصرف يعتبر إسقاطا — لحسب —
ورتبوا عليه أحكامه .

وقد يصاحب التملك الإسقاط — كما في الطلاق على مال ، فهو يسقط حق
المطلق في ملك النكاح ، ويثبت حقه رملسكه في الموضع المالي .

وقد اتفق الفقهاء على أن مثل هذا التصرف إسقاط . . . ورتبوا عليه أحكام
الإسقاط ، ولم ينظروا فيه إلى جانب التملك (١) ، فقد قالوا : إنها إذا بلغت
وسكتت ... سقط حقها في الخيار . بخلاف الثيب ، والغلام ، فإن سكوتهما
لا يعتبر رضا ، ولا يسقط حقهما في الخيار .
ولا بد من صريح الرضا ، إذا السكوت لا يعتبر رضا ، ولا يسقط به الحق هاتما
بل في بعض الموانع .

وكذلك في الشفعة ... إذا علم الشفيع بالبيع ، وسكت ... سقط حقه في
الشفعة .

وكذلك لو رأت الزوجة زوجها يبيع عينا من الأعيان ، وسكت ، أو رأى
القريب قريبه يبيع العين . . . وسكت . . . فإن سكوت الزوجة والقريب ، وعدم
اعتراضهما على التصرف يسقط حقهما في ادعاء ملكية هذه العين ، ولا نسمع
منهما الدعوى بملكيتها بعد ذلك .

أما الأجنبي — ولو جاراً — فلا يعتبر سكوته رضا يسقط حقه في دعوى
الملك ... إلا إذا سكت عند البيع والتسليم ، وتصرف المشتري في العين .

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨ — حاشية الدسوقي
على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ كشاف القناع على متن الاقتناع ج ٢ ص ٤٧٧ —
شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٥٨ قرء عيون الأخبار لتكملة رد المختار على الدرر
المختار للعلامة بن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

(الإسقاط .. وعقد الصلح .. وأثر السكوت على ذلك)

قد يجيء (الإسقاط) ضمن عقد الصلح ، وإن لم ينص فيه صراحة على الإسقاط ، أو الإبراء .

ففي الهداية : (وكل شيء وقع عليه الصلح — وهو مستحق بعقد المدايعة — لم يحمل على المعارضة ... وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه ، وأسقط باقيه .. .
كن له على آخر ألف درهم — مثلاً — فصالحه على خمسمائة ... وكن له على آخر ألف جياذ (سليمة جيدة) فصالحه على خمسمائة زبوف .. جاز) .

وكانه أبرأه عن بعض حقه ، وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ... ولا وجه لتصحيحه معارضة ، لإفضائه إلى الربا .. . لجعل إسقاطا لبعض — في المسألة الأولى — ، وللبعض والصفة — في المسألة الثانية .

وإن كان له عليه ألف بيض ، فصالحه على خمسمائة سود .. . جاز ، ويكون إسقاطا لبعض حقه في قدر الدين ، ووصفه .

ولو كان عليه ألف درهم ، ومائة دينار .. . فصالحه على مائة درهم ، حالة — أو إلى شهر ... صح الصلح ، ويكون إسقاطا للدناير كلها ، وللدرهم إلا مائة .. . وتأجيلا للباقي ... فلا تجعل معارضة ، تصحيحا للعقد ، أو لأن معنى الإسقاط فيه .. الزم .

وفي (الخاتمة) : (والصلح يفيء عن الإسقاط .. . ولو صالح من الجياذ (الجيدة) على المبرجة (الزائفة الباطلة) .. جاز ، ولا يكون — حينئذ — صرفاً بل يكون إسقاطاً لصفة الجودة .

ومن عليه الدين المؤجل — إذا صالح صاحب دينه على أن يجعله حالاً — إن لم يكن بعرض جاز ، لأن المؤجل حقه .. فيملك إسقاطه .

(١٥٠ من السكوت)

والصلح على ثلاثة أضرب :

- ١ — صلح مع إقرار المدعى عليه بالحق للمدعى به .
 - ٢ — و صلح على سكوت . . . وهو ألا يقر المدعى عليه بالحق ، ولا ينكره .
 - ٣ — و صلح مع إنكار المدعى عليه لهذا الحق .
- وكل ذلك جائز . .

والإسقاط — المعتبر في ضمن الصلح - ليس معناه سقوط نفس الحق ، بالنسبة للصلح - مع الإنكار . . . وإنما معناه سقوط حق المطالبة ، والادعاء به . أما نفس الحق فيبقى ثابتا على من هو عليه . . . ويجب عليه أن يؤديه لصاحبه ، رغم الصلح فيما بينه وبين الله . . . وهذا مما يعبر عنه بالسقوط قضاء لا ديانة .

وهذا ما لم ينص في الصلح على الإبراء من الباقي . . . فإن نص فيه على الإبراء سقط الحق قضاء وديانة .

وإذا بطل عقد الصلح بطل ما تضمنه من إسقاط . . . أو إبراء ، ولو كان منصوحا عليه صراحة .

ولكن . . . هل يعتبر القبول في الإسقاط ؟

ونجيب على ذلك فنقول :

إن الحق . . . والملك الذي يرد عليه الإسقاط حق خالص لصاحبه . . . وإقدام صاحبه على إسقاطه تصرف منه في خالص حقه ، دون أن يمس ذلك حقا لغيره ، ودون أن يترتب عليه أثر يتعلق بالغير ، أو يستوجب تسكيفا عليه .

ومن ثم كان الأصل في الإسقاط أن يتم بإرادة المسقط وحده ، وينفذ

بصدور ما يحقن معناه منه : من قول .. أو فعل .. أو سكوت — كما سبق —
ولا يتوقف على قبول المسقط عنه ، ولا يرتد برده — كالطلاق يتم بإرادة
المطلق ، وكتسليم الشفعة .. يتم بإرادة الشفيع دون توقف على قبول ، أو إرادة
الطرف الآخر .

وهذا هو الحكم في الإسقاط المحض ، الذي ليس فيه تمليك — ولو من
وجه — ولا يقابله عوض .

وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم (١) : (أن الإبراء لا يتوقف على القبول ،
إلا الإبراء من بدل الصرف ، والسلم) .

وفي الخوى : أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول ، وأنه إذا سكت المبرأ جاز ،
وقد نص فقهاء الحنفية على أن الطلاق على مال يتوقف على القبول ، فإن لم يحصل
قبول ، لا يتم .. ولا يقع طلاق ... وإن حصل قبول صح ، ووقع الطلاق ..
وعلموا ذلك بأنه يكون — حيثئذ — معاوضة ، فيتوقف ثبوت الحكم على
قبول دفع العوض من الطرف الآخر ، إذ المعاوضة لا تتم إلا برضا الطرفين ...
وكذلك قالوا في الصلح عن دم العمد نظير بدل .

ولا يكاد يخالف أحد من الفقهاء في أن الإسقاطات المحضة ، التي ليس فيها
معنى التمليك ، والتي لم تقابل بعوض ... تكون بإرادة المسقط وسعده ،
ولا تتوقف على قبول المسقط عنه .. مع استثناء بدل الصرف ، والسلم — عند
الحنفية — لما فيه من معنى الفسخ .

ولها الخلاف في الإسقاطات التي فيها معنى التمليك كالإبراء من الدين ، ومناط
هذا الخلاف : هو اعتبار أي المعنيين — من التمليك ، والإسقاط — هو الغالب
في هذا التصرف ؟

والذي يفهم من المذهب الحنفى .. أن الإبراء من الدين يعتبر من الإسقاطات
ولا يتوقف على قبول المبرأ .

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص .

وقد عالج في ذلك الإمام زفر : فذهب إلى أن الإبراء من الدين يتوقف على القبول ؛ نظراً لجانب التملك فيه ... وهو قول لبعض الشيعة الجعفرية .

وذهب الشافعي ، والحنابلة ، وجمهور الشيعة الجعفرية^(١) .. إلى أن الإبراء من الدين يتم بإرادة المبرى ، ولا يتوقف على قبول المبرأ منه^(٢) ، نظراً لجانب الإسقاط فيه ، ولأنه تصرف يتعلق بخالص حق المبرى^(٣) ، ولا يتعلق به حق الغير .

والمالكية^(٤) ، والزيدية^(٥) - في ذلك - قولان :

١ - القول الأول : - أنه يتوقف على القبول ، مراعاة لجانب التملك فيه - وهو الأرجح .

٢ - القول الثاني : - أنه لا يتوقف على القبول ... بل يتم مع رد المبرأ ، مراعاة لمعنى الإسقاط فيه .. كالطلاق .

ويجوز أن يتراخى القبول عن مجلس الإيجاب .. عند من يقول باشتراط القبول - من المالكية^(٥) .

كما يجوز للمبرى الدائن أن يرجع عن الإبراء - قبل حصول القبول . وقد ذهب بعض الحنفية^(٦) - عدا الإمام زفر - إلى أن الإبراء من الدين - إذا كان جهة الدين للمدين ، أو التصديق عليه به .. فإنه لا يتم إلا بقبول المبرأ ؛ لأن معنى التملك فيه أظهر .

(١) انظر : مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) انظر : تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ .

(٤) انظر : شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٥٨ .

(٥) انظر : حاشية السوقي ج ٤ ص ٩٩ .

(٦) انظر : تكملة ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٧ .

ولكن المشهور - عند الحنفية - أن الإبراء من الدين في جميع صوره - ومنها هبته للمدين - يتم بدون توقف على القبول ... وأنه ينفذ مع سكوت المدين في مجلس الإيجاب ؛ نظراً لجانب الإسقاط فيه ... وهذا هو مذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢).

وذهب آخرون إلى أن هبة الدين للمدين تتوقف على القبول ؛ لظهور معنى التملك فيها .

بل إن المالكية يرون أنها نص في التملك ، فتتوقف على القبول ، وترتد بالرد .

والإبراء من الحوالة ، ومن الكفالة .. يعتبر من الإسقاطات المحضة ، عند الحنفية . ومن ثم اتفقوا على أنه لا يتوقف على القبول .

(أ) أما الحوالة .. فلأن المحال لم يملك الدين بالحوالة ، إذ لو ملكه لكان تملك الدين حاصلًا من غير الذي عليه الدين ... وهو لا يجوز شرعًا ، ملك المطالبة بالدين من المحتمل عليه ... فإذا أبرأه يكون إبراء عما ملكه بالحوالة - وهو المطالبة بالدين - .. والإبراء من المطالبة إسقاط محض ، ومن ثم لم يتوقف على القبول .. قولاً واحداً .

(ب) وأما الكفالة ... فإن الطالب إذا أبرأ الكفيل من المطالبة بالدين ، فلا يحق له أن يعود في مطالبته به مرة أخرى ... فهو إبراء مؤبد .. وبالتالي هو إسقاط محض ، فلم يتوقف على القبول .. قولاً واحداً كذلك^(٣) .

(١) انظر : المذهب ج ٢ ص ٤٥٤ .

(٢) انظر : كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٧ .

(٣) يراجع في هذا الموضوع : —

● تكملة ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٧ .

● الأشباة والنظائر لابن نجيم ، شرح الحموي عليه . ص .

خاتمة في .. المقارنة بين (الإبراء) .. (والإسقاط) : —

١ — الإبراء قد يكون من حق ثابت في الذمة .. وقد يكون من حق قائم بنفسه ، وليس ثابتاً في الذمة - كحق الدعوى ، والكفالة إذ يصح الإبراء منهما ، ولكنه لا يكون - دائماً - إلا من حق قائم .. ثابت للمبرئ قبل شخص آخر .

٢ — أما الإسقاط .. فإنه يتعلق بحق ثابت للمسقط ... سواء كان من قبل شخص آخر ، كحق الدين ، والدعوى ، والكفالة ، وما ماثلاً .. أو لم يكن قبل شخص معين ، كحق الشفعة ، وحق السكنى لمن أوصى له بسكنى دار .. فإن حق الشفعة مقرر للشفيع قبل من يشتري العقار ، الذي يطلب الشفعة فيه ... أيأ كان هذا المشتري .

وحق السكنى يثبت للموصى له قبل من يملك العين الموصى بسكنائها ... سواء ورثه الموصى له ، أو غيره .

فبين الإسقاط .. والإبراء .. عموم وخصوص من وجه : يجزمان في الإبراء من الدين براءة إسقاط ... وينفرد الإسقاط في مثل حق الشفعة ، وحق السكنى الموصى بها - مما ليس ثابتاً قبل شخص معين .

وينفرد الإبراء في حالة الإبراء من الدين براءة استيفاء ، كالزوجة تبرئ زوجها من مؤخر صداقها ، ونفقة عدتها نظير الطلاق (١) .

● وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ .

● ونهاية المحتاج للزملى ج ٥ ص ٤١ .

● وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٧ .

● شرح الأزهري ج ٤ ص ٢٥٨ .

● مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٩٢ .

(١) انظر : تنفتح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ٤٨ وما بعدها .

المبحث السابع

(السكوت الذى يعتبر تدليساً ١١)

اعتبر الشارع الحكيم عدم إفصاح البائع عن عيوب سلته ، وكتباته أو صافها
أى سكوته عن أوصاف الشيء المبيع ... اعتبر هذا خداعاً وغشاً . وهو ما يعبر
عنه عند الفقهاء — (بالتدليس فى البيع) .

فما التدليس ؟ وما آثاره فى المعاملات ؟

التدليس — فى اللغة : كتمان عيب السلعة عن المشتري (١) .

وأما معناه — عند الفقهاء — فقد عرفه الخطاب — وهو فقيه مالكي :
بقوله : (أن يفعل البائع فى المبيع — شيئاً يظن به المشتري كالا — فلا يوجد)
وقال أيضاً : (هو أن يفعل البائع فى المبيع فعلاً يستر به عيبه ، فيظهر فى صورة
السالم) (٢) .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية (م ١٦٤) فقالت : (هو توصيف المبيع
للمشتري بغير صفته الحقيقية) (٣) .

ويفهم من هذا .. أن التدليس يراد به استخدام وسائل خادعة من أحد المتعاقدين
لخداع الطرف الآخر على التعاقد ... سواء أكانت هذه الوسائل أفعالا .. أم أقوالا .

أما أنواع التدليس فهى ثلاثة :

١ — تدليس عملى .. وصورته أن يستعمل أحد المتعاقدين حيلة عملية لخداع

(١) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢١٦ ، المصباح المنير ص ٦٨ .

(٢) انظر : الخطاب ج ٤ ص ٤٣٧ .

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية ص ٢٠ .

المتعاقد الآخر ، وحمله على التعاقد ... كما إذا رقع التاجر ثوباً غرقاً ، وصبغه ،
لسكى يظهر أمام المشتري سليماً جديداً !!

٢ - تدليس قولي .. وصورته أن يلجأ التاجر إلى الكذب ، للتغريب بالمشتري
كما لو أضاف صفة - غير موجودة في السلعة : موضوع التعاقد - للإيقاع بالمشتري !!

٣ - تدليس عن طريق الكتمان (أى السكوت) .. وصورته أن يعتمد التاجر
إلى التنازع عن ذكر أوصاف في التعاقد عليه ، وهو يعلم أنه لو ذكرها لامتنع
المتعاقد منه عن إبرام العقد .. وذلك كما لو كان في المبيع عيب فكتمه عن المشتري !!

والذى يعنينا من هذه الأنواع هو النوع الأخير ، وهو التدليس بالكتمان ..
(أى السكوت) ... وفى هذا النوع يتقاضى التاجر عن ذكر عيب معروف لديه
فى العين محل العقد ، ولا يبينه للمشتري !!

وقد اتفق الفقهاء (١) على أن هذا العمل منكر ، ولا يقبل من مسلم ، ولا ينجى
إلى الإقدام عليه مطلقاً ، لما روى عن النبي ﷺ : (لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً
وفيه عيب إلا يبينه له) (٢) [رواه ابن ماجه] .

أما أثر هذا التدليس على التعاقد .. فقد اتفق أغلب الفقهاء على أن العقد
صحيح .. وأن العقد المدلس عليه - بالكتمان - له حق الخيار ، إذا ما اطلع
على هذا العيب .. ويكون الخيار بين أمرين :

(١) رد العين إلى البائع . (ب) إمساكها بجميع الثمن المتفق عليه .
وإليك فصوص الفقهاء الواردة فى هذا الشأن :

(١) انظر : الفقه الإسلامى أساس التشريع - لجنة تجلية مبادئ

الشريعة ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : سفن ابن ماجه ج ٢ ص ١٧ .

١ - المذهب الحنفي .. جاء في الزيلعي^(١) (ولكون السلامة كالمشروطة في العقد .. لا يحل أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً - فيه عيب - إلا بينه له ، [رواه ابن ماجه وأحمد] ومرت عليه السلام برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه - فإذا هو مبلول - فقال : « من غشنا فليس منا » ، [رواه مسلم وغيره] .

وكتب عليه السلام كتاباً بعد أن باع فقال فيه : « هذا ما اشتري العبداء بن خاله بن هودة من محمد رسول الله ﷺ : اشتري منه عبداً - أو أمة - لاداء ولا غائلة ، ولا خبثة .. يبيع المسلم للمسلم » (رواه ابن ماجه والترمذى) .

ويقول الشلبي في حاشيته - تعقيباً على ما تقدم من أنه (بيع المسلم للمسلم) (...) وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع لغير المسلم جاز له أن يماطله بما يتضمن خيانة ، أو غبناً II وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة) .

٢ - وفي المذهب المالكي^(٢) : (ولا يجوز الفش في المراجعة ولا غيرها .. ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري ، أو ما يقلل رغبته فيها) .

٣ - وفي المذهب الشافعي^(٣) : (ومن ملك عيناً ، وعلم بها عيباً .. لم يجوز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عن عقبة بن عامر - رضى الله عنه - قال سمعت النبي ﷺ يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له .. » فإن علم غير المالك - بالعيب - لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه ، لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع ، فلما خرجت بها أدر كنا عقبة بن عامر ، فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة .. فقال : أردت بها سفراً ، أم أردت بها لحماً ؟ قلت :

(١) انظر د الزيلعي ج ٤ ص ٣١ .

(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٣ .

(٣) انظر : المذهب ج ١ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

أردت عليها الحج ، قال : إن يخفها نقبا ١١ قال صاحبها : أصلحك الله ١١ ما تريد إلى هذا أن تفسد على ١٩ قال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا يحل لأحد يبيع شيئا إلا بين مافيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه ، فإن باع ولم يبين العيب - صح البيع ؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صحح البيع في المصراة - مع التدليس بالتصريه ، ..

ويفهم من ذلك أن البيع يصح ؛ ولكن يثبت فيه خيار التدليس ، كما ثبت في التدليس بالتصريه .

٢ - وفي مذهب الإمام أحمد ورد ما نصه (١) (ولا يحل للبائع تدليس سلعة ولا كتمان عيبها ، لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « من غشنا فليس منا ١١ » ، قال الترمذى ، هذا حديث حسن صحيح .. فإن فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم - منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي بدليل حديث التصريه ، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - صححه ، مع نفيه عنه .. وقال أبو بكر : إن دلس العيب ، فالبيع باطل ، لأنه نهي عنه ، والنهي يقتضى الفساد ، فقليل له : ما تقول في التصريه ؟ فلم يذكر جوابا ، فدل على رجوعه) .

ويؤخذ من ذلك أن الصحيح هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصريه ... فيكون البيع صحيحا ، ولكن يثبت فيه الخيار للمشتري .

ويفهم من تلك النصوص الفقهية أن البائع إذا أخفى العيب الموجود في المبيع - بأن كتمه عن المشتري ، ولم يبينه - فالحنفية يعدون هذا الكتمان حراما ... والمالكية يصرحون بأنه تدليس ... والشافعية والحنفية يعتبرونه غشا كالتصريه (٢) .

(١) انظر : الشرح الكبير على متن المغنص ج ٤ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

المبحث الثامن

السكوت والصلح

الصلح في نصوص الفقهاء .

الصلح عند الحنفية : جاء في شرح^(١) كنز الدقائق :

« الصلح اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة . وفي الشرع [هو عقد يرفع النزاع وركنه الإيجاب والقبول وشرطه أن يكون البذل أي المصالح عليه مالا معلوما أن احتيج إلى قبضة إلا تشترط معلوميته وهو أي الصلح جائز بإقرار المدعى عليه . الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار . و صلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه بما ادعاه المدعى ولا ينكر ذلك وقال الشافعي لا يجوز الصلح مع إنكار أو سكوت فإن وقع الصلح عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعا . المالكية : وجاء^(٢) في الشرح العفير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك « الصلح جائز عن إقرار وإنكار وسكوت إن لم يؤدي إلى حرام . وهو على غير المدعى به بيع إن لم يكن منفعة وإلا فإجارة وعلى بعض هبة وإبراز . »

الشافعية : وجاء في حاشية الباجوري^(٣) « ويجوز الصلح والمراد بالجواز الصحة قوله مع الإقرار أي ولو أنكر بعده فإن أقر ثم أنكر . »

جاز الصلح بخلاف ما لو أنكر فصول ثم أقر فإن الصلح باطل كما قاله الماوردي . . . إلى أن قال وخرج به الصلح مع غير الإقرار من إنكار أو سكوت

(١) انظر . شرح العلاقة بعين الدين الهروي المعروفة بغفلا مسكين على

كنز الدقائق في فروع الحنفية . الطبعة الأولى الحسينية سنة ١٣٢٨ هـ .

(٢) ج ٣، طبع ١٩٧٩ .

(٣) انظر حاشية الباجوري على ابن قاسم ج ١ ص ٤٠٣ .

فلا يصح عندنا إلا في مسائل منها اصطلاح الورثة فيها وقف بينهم كما إذا مات الميت عن ابن وولد خنثى فمسئلة المذكورة من اثنين ومسئلة الانوثة من ثلاثة .
والجامعة ستة فيعطى الابن ثلاثة والخنثى اثنين ويوقف واحد إلى الاتضاح
أو الصلح كأن يصطلحا على أن يكون لكل منهما نصف القيراط .

الحنابلة جاء في كتاب الجامع الصغير^(١) ، قال تعالى والصلح خير ويجوز
الصلح على الافرار والإنكار والسكوت الذي لا قرار مع دلا إنكار^(٢) .

وبعد استعراض هذه النصوص أقول .

ما هو الصلح . وما الدليل على مشروعيته ولماذا شرع وماهى شروطه وأقسامه
أولا : تعريف الصلح .

ويعرف الصلح في اللغة . وهو اسم من المصالحة ومعناه لغة المسالمة :
وعند الفقهاء : عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين
بتراجيحها والدليل على مشروعيته — القرآن والسنة والاجماع .
أما القرآن فأدلة كثيرة منها : « وإن طائفتان من المؤمنين اختلفتا فاصالحوا
بينهما ، الآية » ،^(٣) .

أما السنة أحاديث كثير منها^(٤) ، « ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال : الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا
أو أحل حراما » .

(١) انظر الجامع الصغير للقاضي ابى يعلى الحنبلى ص ٩٩ وهى رسالة
مخطوطة وحى لدى حيث اشتركت فى مناقشتها بكلية الشريعة .

(٢) سورة الحجرات ٩ .

(٣) الترمذى ج ٢ ص ٤٠٣ رقم ١٣٦٢ .

أما الإجماع : فقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن ، وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم . وهذا يعتبر إجماعا منهم .

وقد شرعه الإسلام : لأنه يؤدي إلى إزالة الشقاق والبغضاء وإحلال الوفاق محل الخلاف ، فإذا زالت الاحتقادات من قلوب المتخاصمين وأبغضت ثمار الوثام في أفئدتهم يزملون جميعا في حلل السمادة والهناء .

أما شروط الصلح : فهي كثيرة منها ما يرجع إلى المصالح ومنها ما يرجع إلى المصالح به ومنها ما يرجع إلى المصالح عنه .

١ - للشروط التي ترجع إلى المصالح فهي : أولا : أن يكون عاقلا . وهذا شرط عام في جميع التصرفات فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط إذ يصح صلح الصبي المميز إذا كان له فيه نفع ويقع نافذاً إن كان مأذونا له بالتجارة وموقوفاً على الإجازة إن كان محجورا عليه كأن يكون للصبي دين آخر ولا يمكن إثباته بحال من الأحوال فيثبت يصح الصلح على أخذ البعض وترك البعض الآخر فإن كان يمكن إثباته فلا يصح الصلح .

ثانيا : أن يكون الولي أو الوصي المصالح عن الصغير عاقفاً على مصلحة من هو تحت ولايته فلا يصح الصلح إذا كان ضاراً بالصغير .

ثالثا : أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كولي أو وصية . والمراد بالولي هنا ولي المال وهو الأب والجد الأب والأب والقاضي . والمراد بالوصي وصي أحد هؤلاء .

الشروط التي ترجع إلى المصالح به هي :

أولا : أن يكون مالا متقوما مقدورا للتسليم أو منفعة سواء كان المال هينا أو دينا . والمراد بالعين : كل مالا يحتمل التبعين جنسا ونوعا وقدرًا وصفة واستحقاقا كالعقارات وجميع أنواع الأموال القيمة والمثلثات المعينة بالإشارة إليها

والمراد بالدين : كل ما يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمسكيل والموزون الموصوفين في الدمة . (غير الذهب والفضة لأنهما لا يحتملان التعيين) .

ثانياً : أن يكون معلوما علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع إلا إذا كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسليم فإنه لا يشترط العلم به . كما إذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئاً ثم تصالحا على أن يجعل كل منهما حقة بدل صلح عمال الآخر . أما المصالح عنه فلا يشترط العلم به على كل حال لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم إلا إذا اصطالحا على أن يعطى كل الآخر ما يدعيه .

ثالثاً : أن يكون بما يصح ورود عقد البيع عليه إذ الأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وإلا فلا .

ويترتب على ذلك أنه لا يصح أن يكون بدل الصلح حقاً من الحقوق المجردة كالسيل والشرب اللذين لاحقاً للمصالح في ذات المصرف والمسقى المارين فيهما .

الشروط التي ترجع إلى المصالح عنه هي :

أولاً : أن يكون مالا متقوماً أو منفعة .

ثانياً : أن يكون حقاً من حقوق العباد لأن المصالح متصرف في حق نفسه إما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة . أما حقوق الله فلا يصح الصلح عنها

ويترتب على ذلك أنه لا يصح المصالحة على حق من حقوق الله . كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر . وذلك بأن يصالح الزاني أو السارق أو شارب الخمر من أمسكة ليرفعه إلى القاضي على شيء من المال فإن حصل ذلك فلا يصح هذا الصلح ويعتبر المال رشوة .

ثالثاً : أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح فإن لم يكن حقاً له فالصلح باطل

كما لو طلق رجل امرأته ثم ادعت عليه صبياً في يده أنه ابنه منها وأنكر الرجل ذلك فصالحته عن النسب على شيء فالصالح باطل لأن النسب حق للأبى لاحقاً .

رابعاً : أن يكون الحق ثابتاً للمصالح في المحل المصالح عنه فإن لم يكن ثابتاً له في المحل كما إذا صالح المشتري الشفيع على شيء ليترك شفيعته .
فالصالح باطل لأنه لاحق للشفيع في المصالح عنه وإنما الثابت له حق التملك وهو ليس ثابتاً في المحل بل هو حق الولاية التي هي صفة الوالي فلا يحتمل الصالح عنه (١) .

أما الصالح وحكم كل قسم (٢) :

ينقسم الصالح إلى ثلاثة أقسام : صلح عن إقرار ، و صلح عن انكار ، و صلح عن سكوت :

الصلح عن إقرار : هو أن يدعى شخص على آخر شيئاً عينا كان أو ديناً أو منفعة فيقر المدعى عليه للمدعى بأنه محق في دعواه ثم يتصالحان على شيء . . .

أما الصالح عن إنكار : كان يدعى شخص شيئاً بما ذكره في آخر فينكر ثم يتصالحان .

أما الصالح عن سكوت : أن يسكت المدعى عليه أي لم يقر ولم ينكر ثم يتصالحان .

وحكم هذه الأقسام الثلاثة هو الجواز عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى (والصلح خير) وهو مطلق فيشمل الجميع . ولقول سيدنا عمر بن الخطاب

(١) حاشية ابن عابدين على الدرر ج ٥ ص ٦٣١ - الدرر ج ٤ ص ١٧٧ المغنى لابن قدام ج ٤ ص ٥٢٧ .

(٢) نفس المرجع .

رهنى الله عنه ، ردوا الخصوم حتى يسطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن .

وقال الإمام الشافعى (١) : لا يجوز إلا الصلح عن إقرار لأن الصلح يستدعى حقا ثابتا ولم يوجد في حال الإنكار والسكوت ، أى في حال الإنكار فلأن الحق لا يثبت إلا بالله ، وهى معارضة بالإنكار ومع التمارض لا يثبت الحق .

وأما في حالة السكوت : فلأن الساكت يعتبر منكرا حكما حتى تسمع عليه البيّنة وبذلك كل منهما المائل لدفع الخصومة غير صحيح ، لأن الخصومة باطلة فيكون البذل في معنى الرشوة وهى ممنوعة شرعا بقوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ، (٢)

وخلاصة ما تقدم : أن الاتفاق بين الفقهاء (٣) والشافعى في جواز الصلح مع المدعى عليه إذا أقر ، أما إذا أنكر أو سكت فالفقهاء عدا الشافعى على الجواز والشافعى لا يجوز عنده .

وقد جاء في بداية المجتهد ، اتفاق المسلمون على جوازه على الإقرار واختلفوا في جوازه على الإنكار ومثال الصلح على الإنكار أن يقول : صالحنى على دعواك الكاذبة أو على دعواك التى أنكرها وكذلك إذا سكت عن الإقرار . فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى جواز الصلح مع الإقرار والإنكار والسكوت .

(١) انظر حاشية التاجورى على ابن قاسم ج ١ ص ٢٠٣.

(٢) المذهب لابن اسحق الشيرازى ج ١ ص ٣٣٣ .

(٣) انظر المراجع السابقة وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢١٢ .

(٤) سورة البقرة ١٨٨ .

المبحث التاسع

(السكوت . . والشفعة)

الشفعة في النة : — قال صاحب مختار الصحاح : (الشفعة في الدار ، والارض ، والشفيع صاحب الشفعة . . .) (١)

وقال صاحب القاموس المحيط : (وقوله تعالى : من يشفع شفاعة حسنة — أى من يرد عملا إلى عمل . . . وكأمر — شفيع ، صاحب الشفاعة ، وصاحب الشفعة — بالضم — وهى أن تشفع فيما تطلب ، فتضمنه إلى ما عندك ، فتشفعه أى تزيده — وعند الفقهاء . — حق تملك الشقص (٢) ، على شريكه المتجدد ملكه قهرا بعوض ، وقول الشعبي : الشفعة على رهوس الرجال : أى إذا كانت الدار بين جماعة مختلف للسهم ، فباع واحد نصيبه ، فيكون ما باع لشركائه بينهم سواء : هل يرد سهم لأهل سهامهم (٣) .

وتعريفها عند الفقهاء — يتفق وما جاء في القاموس المحيط — فهى حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك . . . بعوض (٤) .

وهى لا تثبت إلا فى العقار — خلافا للظاهرية ، فهى تجوز — عندم — فى العقار ، وروى المنقول .

(١) انظر مادة : ش . ف . ع .

(٢) الشقص : النصيب والسهم والشرك .

(٣) انظر القاموس المحيط باب العين فصل الشين : لفظ (الشفع) ، ج ٣ ص ٤٧ طبعة الطلبي ١٩٥٢ .

(٤) انظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ .

والحكمة في عدم ثبوتها في (المنقول) — كالحَيوان وغيره — هي أن المنقول لا يدوم، بخلاف العقار، فيتأبد ضرر المشاركة (١)

والقياس عدم جوازها، لأنها تملك بالقهر، مع أن من شروط العقد (الرضا) ولسكنها تلبث للشفيع بالثمن الذي تحدد للبيع (موضوع الشفعة)، رضى المتبايعان أو سخطا. ومع هذا أجازها الشارع للحاجة إليها، وهي دفع ضرر — متوقع غالباً — من الدخيل، فيما هو متصل على الدوام — وهو العقار (الدار والأرض) .. والمنقول ليس كذلك.

الأدلة على جوازها : السنة والإجماع ...

(١) أما السنة فمنها :

١ — ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنه . قال : — وقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢ — وما رواه البخاري — أيضا — عن أبي رافع — مولى النبي صلى الله عليه وسلم — قال : « الجار أحق بسقبة » . (والنقب والنقب بفتححتين — القرب) .

(ب) وأما الإجماع . . فقد حكى ابن المنذر فيها الإجماع . . لكن نقل الرافعي عن جابر بن يزيد — رضى الله عنه — (وهو من التابعين) إنكارها وقال الدميري : ولعل ذلك لم يصح عنه (٢) (أى عن جابر بن يزيد) ، الآن .

١ — من الشفيع الذى له حق الشفعة ؟

٢ — وما الإجراءات التى يتبعها شرعاً وقانوناً ؟

٣ — وماذا يكون الحكم لو سكوت عن طلب الشفعة ؟

(١) انظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٦٠ ، ومغنى المحتاج ج ٢

أسئلة ثلاثة تعرض من خلال إجاباتها آراء الفقهاء، وأنصوحهم، في هذا الموضوع

١ — من الشفيع الذي له حق الشفعة ؟ اختلف الفقهاء في ذلك . .

(١) قال الحنفية : يثبت هذا الحق للشريك في العين نفسها . . ثم للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة . . ثم للجار — إن لم يسكن للبائع شريك في هذا أو ذاك .

وقد جاء في مختصر الطحاوى : (وأولى الشفعاء — بالمبيع — الشريك . . . ثم ينلوه الجار الملاصق) (١) .

وقد استدل الحنفية — على مذهبهم — بالأدلة السابقة ، وفيها دلالة على حق الجار في الشفعة . وبأن حكمة شرعية للشفعة للشريك تظهر — أيضاً — في حق الجار ، دفعا للضرر عن الاثنين . . وقالوا — أيضاً — إن صلة إثبات حق الشفعة للشريك توجب ثبوته للجار أيضاً (٢) .

(ب) وقال المالكية ، والشافعية والحنابلة ، والظاهرية :

إن حق الشفعة ليس إلا للشريك في ذات المبيع . . فلا شفعة — عندهم — للخليط ، أو للشريك في حق من حقوق الاتفاق الخاصة بالمبيع . . ولا للجار ذلك بأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل (وهو خروجها عن القياس) فلا يصح التوسع فيها . . بل يجب الوقوف فيها على ما ورد به النص .

واستدل هؤلاء بأحاديث كثيرة منها : (قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة) . وقد أولوا الأحاديث التي استدل بها الحنفية ، والتي أثبتت حق الشفعة للجار . . فقالوا نأويلها — مانصه : (ذلك يجعلها على الشريك ، لأن ملك كل شريك محاور الملك صاحبه . . فكل منهما جار للآخر) (٣)

(١) انظر : مختصر الطحاوى ص ١٢٠ .

(٢) انظر : البدائع ج ٥ ص ٤ ، ٥ .

(٣) انظر : الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٤٩ ، نهاية المحتاج ج ٤

ص ١٤٥ ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٨٥ المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٨٢ —

سبب هذا الخلاف المذهبي :

هذا الاختلاف راجع إلى أن كلا من الطرفين يجرى وراء (دفع الضرر) الذي أراد الشارع دفعه بتشريع الشفعة :

(أ) فمنهم من رأى أن الشارع أراد دفع ضرر الشريك - إذا باع لغير شريك وقد فرق الله بين (الشريك) و(الجار) شرهاً وقدراً . . ففى الشركة حقوق لا توجد فى الجوار . . فلم يجر إلحاق (الجار) (بالشريك) - لئلا ينفك هذا الاختلاف - والنتيجة : أن الشفعة للشريك وحده .

(ب) ومنهم من رأى أن حق الشفعة للشريك ، وللجار - للشريك وحده - فإن الجار قد يسوء الجوار بأن يعلى الجوار . . ويمنع الضوء والهواء ، ويطلع على العورة ، ويؤذى جاره بألوان أخرى من الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه . . . فلقد دفع هذا الضرر - الذى قد لا يقل عن ضرر الشريك - تكون الشفعة للجار أيضاً .

وقد جمع ابن القيم بين المذهبين (١) ، واختار قولاً وسطاً ، وهو إنفاذ الشفعة للجار ، إن كان مع جواره - شريكاً - أيضاً - فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة مثل الطريق . . والشرب وإلا فلا شفعة للجار - إن لم يكن بينه وبين العقار المبيع - حق مشترك ألميتة .

وهذا رأى وسط بين الذين يجعلون للجار حق الشفعة مطلقاً - حتى إن لم شريكاً للبائع فى بعض حقوق الارتفاق - وبين الفقهاء الذين لا يجعلون له حق الشفعة مطلقاً - حتى إن كان شريكاً للبائع فى بعض حقوق الارتفاق .

ويشهد لهذا أحاديث . . منها : قوله - صلى الله عليه وسلم - (الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها - وإن غابا - إذا كان طريقهما واحداً) .

ومنها (قضاؤه - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) .

(١) انظر : اعلام الموقعين ج ٢ ص ٩٤ ، ٩٥ .

فالحديثان ينصان على اشتراط أن يكون للجار شركة في حق من حقوق الارتفاق ، الخاصة بالعقار المبيع - كالطريق ، ويقاس الشرب على الطريق .
وعلى هذا يمكن رد الأحاديث - التي ورد فيها إثبات الشفعة للجار دون هذا الشرط - إلى هذين الحديثين (١) .

(ما الاجراءات التي يتخذها الشفيع ٩)

لكي يحصل الشفيع على حقه .. عليه أن يقوم .. من وقت حله بالبيع -
بالخطوات الآتية :

١ - أن يطلب الشفعة - بادی ذی بدء - فور حله بالبيع ، لأن حق (التلك بالشفعة) حق ضعيف ، لثبوتيه على خلاف القياس .. فيجب تقويته بالطلب الفوري - بقدر الوسع وحسب المعتاد - لقوله - صلى الله عليه وسلم : - (الشفعة لمن واثبها) ... ولهذا يسمى الطلب الفوري (طلب الموائبة)

• وفي رواية عن الإمام محمد بن الحسن - صاحب أبي حنيفة - : أن هذا الطلب لا يجب أن يكون فور العلم بالبيع ، لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروي في الأمر .. فيجب أن يمكن من ذلك .. بأن يكون له حق الخيار ، طوال تواجده بمجلس البيع ، ولا تبطل شفيعته إلا إذا قام من المجلس ، أو تشاغل من الطلب بأمر آخر .

• ويذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين (٢) .

• ويرى ابن حزم خلاف ما سبق ، حيث يقول : - (إن الشفعة تثبت حقا للشفيع بإيجاب الله ، فلا تسقط بترك الطلب - ولو ثمانين سنة أو أكثر) -

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر : مختصر الطحاوى ص ١٢٠ ، وشرح الورود وحاشيته :
يلغة النسالك ص ٢٥٦ ، ونهاية المحتاج ج ٤ ص ١٥٧ .

أى لا يسقط حق الشفيع إلا بإسقاطه له - بنفسه - ولهذا يرى أن: (الشفعة لمن واثبها) لفظ فاسد ، لا يحمل أن يضاف إلى رسول الله ﷺ .

. وجاء في حاشية الباجورى^(٢) : (وهى - أى الشفعة - بمعنى طلبها على الفور ، فليبادر الشفيع - إذا علم بيع الشقص - بأخذه . . والمبادرة فى طلب الشفعة على العادة ، فلا يكلف الإسراع على خلاف مادته بعد . . أو غيره . . بل الضابط فى ذلك أن ماعد تواتيا فى طلب الشفعة - أسقطها . وإلا . . فلا ، فإن أخرها - أى الشفعة - مع القدرة عليها بطلت . ولو كان مريد الشفعة مريضاً أو غائبا عن بلد المشتري . . أو محبوساً . أو خائفاً من عدو . . فليوكل - إن قدر . . وإلا فليشهد على الطالب . . فإن ترك المقدور عليه : من التوكيل ، أو الإشهاد - بطل حقه ، فى الإظهار !! ولو قال الشفيع : لم أعلم أن حق الشفعة على الفور - وكان ممن يخفى عليه ذلك - صدق بيمينه) .

. وجاء فى المغنى على الشرح الكبير^(٣) : (مسألة : قال : - . ومن لم يطلب بالشفعة - فى وقت عليه بالبيع - فلا شفعة له . . الصحيح - فى المذهب - أن حق الشفعة على الفور - إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع - وإلا يطلب . . نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم . . وهذا قول ابن شبرمة والبتى ، والأوزاعى ، وأبى حنيفة ، والعباسى ، والشافعى - فى أحد قوليه . . . وحكى عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخى . . لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا : من عفو ، أو مطالبة بقسمة . . ونحو ذلك . . وهذا قول مالك ، وقول الشافعى . . إلا أن مالكا قال : تنقطع بعضى سنة . . وعنه : بعضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الحياز لا ضرر فى تراخيه ، فلم يسقط

(١) انظر : المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٩٢ .

(٢) انظر : حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٢٠ المطبعة البيهية .

(٣) انظر : المغنى ، والشرح الكبير ج ٥ ص ٣٢٤ ، نشر مكتبة الرياض .

بالتأخير — كحق القصاص... وبيان عدم الضرر : أن النفع للمشتري باستغلال المبيع — وإن أحدث فيه حمرة من غراس ، أو بناء ، فله قيمته ... وحكى عن ابن أبي ليلى ، والثوري : — أن الخيار مقدر بثلاثة أيام — وهو قول الشافعي ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط ، فصلحت حدا لهذا الخيار .. والله أعلم) .

• وجاء في الروض النضير — شرح مجموع الفقه الكبير^(١) : — (وقال زيد بن علي : الشفيع على شفيعته — إذا علم ما بينه وبين ثلاثة أيام .. فإن ترك المطالبة ثلاثة أيام بطلت .. يعني أن الشفيع — بعد علمه بالبيع — يكون بالخيار في الطلب ، وتركه — إلى ثلاثة أيام ، وبعدها تبطل شفيعته ، قال في المنهاج : — وجهه : أن النبي صلى الله عليه وسلم — جعل لحبان بن منقذ الخيار ثلاثة أيام ، فيما باع واشترى ... وكذلك أقل السفر ثلاثة أيام .. وأقل الحيض ثلاثة أيام .. واستتابة المردد ثلاثة أيام . اهـ ، وحكاها في البحر) .

٢ — ألا يسكت الشفيع عن المطالبة بحقه في الشفعة .. فقد جاء في كشف الاسرار للبزدوى مانعه^(٢) : — (وكذلك سكوت الشفيع جعل ردا ، لهذا المعنى . أى : ومثل سكوت المولى .. سكوت الشفيع عن طلب الشفعة — بعد العلم بالبيع — جعل ردا للشفعة ، لهذا المعنى ، وهو : دفع الغرور عن المشتري فإنه يحتاج إلى التصرف في المشتري .. فإذا لم يجعل سكوت الشفيع عن طلب الشفعة إسقاطا لها .. فاما أن يمتنع المشتري من التصرف — أو ينقض الشفيع عليه — تصرفه ، فلدفع الضرر ، والغرور .. جعلنا ذلك كالتنصيص منه على

(١) انظر : الروض النضير — شرح مجموعة الفتاوى الكبير ج ٣ ص ٦٣٦ — مكتبة المؤيد .

(٢) انظر : كشف الاسرار للبزدوى ج ٣ ص ١٥٢ .

إسقاط الشفعة — وإن كان السكوت — فى أملة — غير موضوع للبيان — بل هو ضده .. كما ذكر شمس الأئمة — رحمه الله — ، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر المخيل عن نفسه .. فإذا سكت فقد رضى بالتزام الضرر على نفسه (١) .

ويقول ابن نجيم الحنفى — فى الأشباه والنظائر (١) — وهو يتكلم عن قاعدة (لا ينسب لما كنت قول) يقول : المسألة الخامسة عشرة : « سكوت الشفيع حين علم بالبيع — مسقط للشفعة ، » .

وقال محمود بن إسرائيل — الشهير بابن قاضى سماعة — فى كتابه : جامع الفصولين (٢) : — (الفصل الرابع والثلاثون : أحكام السكوت .. وعد صوراً ... إلى أن قال : « ومنها : علم الشفيع بالبيع وسكت .. بطلت شفيعته ، ») .

٣ — أن يشهد على المطالبة ، وهو فى مجلسه .. فقد جاء فى الجوهرة المنيرة على مختصر القدورى : — (قوله : إذا علم الشفيع بالبيع أشهد — فى مجلسه ذلك — على المطالبة .. وهذا يسمى : طلب الموائبة .. والإشهاد فيه غير لازم وإنما هو لتفنى التجاحد ... ثم طلب الشفعة طلبان : — طلب موائبة ... وطلب استحقاق : فطلب الموائبة — عند سماعه بالبيع — يشهد على طلبها ، ولا يمكنه حتى يذهب الى المشتري ، أو الى البائع — إن كانت الدار فى يده .. أو إلى الدار المبيعة ... إلى أن قال : — ولا يبطل — بعد ذلك — بترك الطلب — فى ظاهر الرواية — .. وعن محمد : إذا مضى شهر ، ولم يطلب مرة أخرى .. بطلت .. ويقال : طلب الشفعة طلبان : — طلب للموائبة ، وطلب للتقرير .. فطلب الموائبة : أن يطلب — على فور العلم بالشراء — حتى لو سكت هنية ،

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٥ .

(٢) انظر كتاب جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٨ ، المطبعة الكبرى الأميرية

ولم يطلب .. بطلت ، لقوله عليه الصلاة والسلام : — « الشفعة لمن واثبها » ..
وعن محمد : أنه يتوقف بمجلس علم الشفيع ، وهو اختيار الكرخي) .

• وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي^(١) : — (يجب الشفعة بخمسة شروط :

١ — الشرط الأول : أن تكون في العقار ، كاللور والارضين .. واختلف
— في المذهب — في الشفعة في الأشجار ، وفي الثمار — فروى مالك روايتين .. وبالمشع
قال الشافعي ، وأبو حنيفة ... واختلف أيضا — فيما لا يقسم من العقار كاللحم ،
وشبهه .. وفي الدين .. والكراء .. ولا شفعة في الحيوان ، والعروض عند
الجمهور .

٢ — الشرط الثاني : أن تكون في (الإشاعة) أي لم تنقسم ، فإن قسمت
(المقارات) فلا شفعة .

٣ — الشرط الثالث : — أن يكون الشفيع شريكا .. فلا شفعة لجار — خلافا
لابن حنيفة .

٤ — الشرط الرابع : — ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط الشفعة ..
من قول ، أو فعل ، أو سكوت مدة عام ، فأكثر — مع علمه ، وحضوره — فإن
كان غائبا ، ولم يعلم — لم تسقط شفيعته اتفاقا .. وإن علم وهو غائب — لم
تسقط — خلافا لقوم .. وقال قوم : تسقط الشفعة بعد سكوته ثلاثة أيام ،
وتسقط الشفعة إذا أسقطها بعد الشراء .. ولا تسقط إن أسقطها قبل الشراء .
وكذلك تسقط إذا ساوم المشتري في الشقص ، أو اكترأه منه ، أو سكت حتى
أحدث فيه غرسا ، أو بناء) .

(١) انظر : الجوهرة المنيرة على مختصر القدوري ، للشيخ أبي الحسين
القدوري ص ١٧٥
(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٣ وما بعدها ... طبع
دار المعلم للملايين .

وبعد عرض هذه النصوص المذهبية يمكن أن نرجح أن الشفعة ثبتت حقاً للشفيع على الفور - بعد عليه بالبيع . . فإن سكت دون عذر سقط حقه ، لما روى ابن السبائي عن أبيه عن عمر قال : — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال ، وقى لفظ أنه قال : — « الشفعة كلشطة العقال ، إن قيدت ثبتت ، وإن تركت فاللوم على من تركها » ١ ، . . ولما روى عنه . . صلى الله عليه وسلم — أنه قال : « الشفعة لمن واثبها » ، ولأن إثبات هذا الحق على التراخي يضر المشتري ، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ، ويمتنع من التصرف بهارة ، خشية أخذه من قيمتها تعب قلبه ، وبدنه منها ... والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ... والأصل المقيس عليه ممنوع ... ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .

(تصرف الشفيع أثناء المجلس ، وأثر ذلك على حقه)

١ — قال أبو حنيفة — رضى الله عنه : — متى طالب الشفيع في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال — لأن المجلس كله في حكم حالة العقد ... بدليل أن القبض فيه — لما يشترط فيه القبض — يكون كالمقبض حالة العقد :

٢ — ويرى الشافعي ، والظاهر من كلام الإمام أحمد ، والخرقي (١) : — أنه يتقدر بالمجلس ... بل متى بادر ، فطالب عقيب عليه — وإلا بطلت شفيعته .

وعلى هذا ... إذا أخر الشفيع المطالبة عن وقت العلم — لغير عذر — بطلت شفيعته ... وإن أخرها لعذر — كأن يعلم ايلاً ، فيؤخره إلى الصبح ، أو أشدة جوع وعطش حتى يأكل ويشرب ... أو لطهارة ... أو لإغلاق باب ... أو ليخرج من الحمام ... إن أخر لهذا لم تبطل شفيعته ، لأن العادة جرت بتقديم هذا الجوائح على غيرها ... فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ... إلا أن

(١) انظر : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤ ، والمغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٢٤

يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ... فيمكنه أن يطالبه من غير تعطاله عن أشغاله فإن شفيعته تبطل بتركه المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ... ولا تشغله المطالبة عنه — فأما مع غيبته ... فلا ، لأن العادة جرت بتقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها — كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ، أو أن يحرك دابته — فلم يفعل ... ومضى — على حسب عادته — لم تسقط شفيعته ، لأنه طلب بحكم العادة .

وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته — إلى المشتري ، فإذا لقيه بدأه بالسلام ، ثم يطالب ، لأن ذلك هو السنة ... فقد جاء في حديث شريف : « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تهيئوه » (١) .

وإن قال بعد السلام : — بارك الله في صفقتك ... أو دعا له بالمغفرة ، ونحو ذلك ... لم تبطل شفيعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من جملة ... والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشخص يرجع إليه ... فلا يكون ذلك رضا ...

وإن اشتغل بكلام آخر ، أو سكت — لغير حاجة — بطلت شفيعته ، كما قلنا من قبل (١) .

ويجب أن نتذكر : أن الشفيع عليه — فور عمله بالمبيع — يطلب حقه . وهذا ما يسمى (بطلب الموائبة) ... إلا أنه — مع ذلك — يجب عليه أن يؤكد طلبه هذا بطائب آخر يسمى (طلب التقرير) ، لأن طلب الموائبة قد يكون تعبيراً عن نزوة ... أو رغبة عارضة من الشفيع ... ثم يتبين له — بعد — أنه ليس من صالحه المضى في الاخذ بالشفعة — أو أنه ليس مقدوره ذلك — لسبب أو لآخر — ولهذا وجب عليه تأكيد طلبه ، وتقريره .

(١) انظر المراجع السابقة .

وبعد (طلب التقرير) - هذا - يبقى حق الشفعة للشفيع أبداً - حتى وإن تأخر - كما شاء - في رفع الأمر للقضاء - عند أبي حنيفة ويبقى هذا الحق حتى يسقطه بنفسه .

وهذا رأى فيه ضرر واضح - بالمشتري ، إذ يبقى أمر ملكيته معلقا ، غير مستقر على حال . . فلا يستطيع أن يتصرف فيما اشترى كما يريد : من زراعة ، أو غرس ، أو بناء (١) .

ولهذا قال محمد وزفر - وهما من الحنفية - . إن سقه في الشفعة يسقط ، إذا أخرج رفع الأمر للقضاء شهراً بغير عذر بعد طلب التقرير .

وقال أبو يوسف : إنه يسقط إذا أخرج ذلك عن أول مجلس للقضاء . . . وفي رواية أخرى عنه : أن تقدير الوقت - الذي تسقط بعده الشفعة - إذا ترك طلب الخصومة بعد القيام بطلب التقرير - يترك الفصل فيه للقاضي .

ونحن نوافق ما قاله الإمام محمد ، وزفر ، وأبو يوسف ، لأنه يدفع الضرر عن المشتري ، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع (٢) .

وقد أخذ بهذا القانون المدني المصري: فقرر - في المادة ٩٤٣ - أنه يجب على الشفيع إعلان دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة ، المبين في المادة ٩٤ - وهو : - (على من يرى الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري . . . وإلا سقط جقه ويواد على تلك المدة ميعاد المسافة . . إذا اقتضى الأمر ذلك) . . . وإلا سقط الحق فيها . . . وأنه يجب الحكم في الدعوى على وجه السرعة ، وفي ذلك مصلحة الشفيع ، والمشتري معاً وحيثان يدفع الضرر عن المشتري بخاصة ١١

(١) انظر : الأموال . للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٣٠ بتصرف

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ج ١٤ ص ١١٦ .

المبحث العاشر

السكوت ... والوديعة

الوديعة في اللغة :

جاء في لسان العرب^(١) : (استودعه مالا .. وأودعه إياه ... ليكون عنده وديعة .. وأودعه : أى قبل منه الوديعة .. والوديعة واحدة الودائع ، وهى ما استودع .. قال تعالى : « فستقر ومستودع » المستودع ما فى الأرحام ... استماره على — رضى الله عنه — للحكمة والحجة ، فقال : بهم يحفظ الله حجيجه ، حتى يودعها نظراهم ، ويزرعها فى قلوب أشباهم ، وقال ابن مسعود فى قوله تعالى — : ويعلم مستقرها ومستودعها ، أى مستقرها فى الأرحام ، ومستودعها الأرض ... المستودع المكان الذى يجعل فيه الوديعة .. يقال استودعه وديعة : أى استخفظه إياها) .

وجاء فى القاموس المحيط^(٢) : — (الوديعة واحدة الودائع ، والوديع : العهد ، والجمع ودائع ، وودع الثوب بالشوب — كوضع — : صانه ، وأودعته مالا : هفمته إليه ليكون عنده وديعة ... وأودعته أيضا - قبلت ما أودعنيهِ ... واستودعته وديعة : استخفظته إياها . وتوادعا : تصالحا)

أما تعريف الوديعة — عند الفقهاء : —

فلقد عرفت بتعريفات كثيرة .. اخترت منها تعريف فقهاء الجنفية لها بأنها : —

(١) انظر : لسان العرب ج ٨ ص ٣٨٦ — ٣٨٩ .

(٢) انظر القاموس المحيط ج ٣ ص ١٩٥ .

و تسليط شخص غيره على حفظ ماله — صريحا ، أو دلالة ، .

وبعبارة أخرى هي : — المال المودع عند أمين لحفظه ، (١) .

وجاء في مجمع الضمانات (٢) : — (الوديعة تقع تارة بالإيجاب والقبول — صريحا — كقوله : أودعتك . . . وقبل الآخر . . . وتتم بالإيجاب وحده — في حق الامانة — لاني حق وجوب الحفظ عليه — حتى لو قال للناصب : أودعتك المنصوب — برئ من الضمان ، — وإن لم يقبل — حتى ولو هلك — لم يضمن . . . وتارة تقع بالسكتابة . . . وتارة تقع بالدلالة : فلو جاء رجل بثوب إلى رجل ، ووضعه بين يديه ، وقال له : هذا وديعة عندك ، وسكت الآخر — صار مودعا . . . فلو ذهب صاحب الثوب ، ثم ذهب الآخر بعده — وترك الثوب وضاع الثوب — كان ضامنا ، لأن هذا قبول منه للوديعة عرفا . . . وكذا لو وضع صاحب الثوب ثوبه — بين يديه ، ولم يقل له شيئا — والوضع كما هو — كان ضامنا أيضا ، لأن هذا إيداع عرفا (٣) .

وقد اخترت هذا النص وذلك التعريف لانهما يزكيان الهدف من هذا البحث .

الوديعة في مفهوم المفسرين .

المفسرون تناولوا الوديعة بالذكر ، والشرح ، والتفصيل . . . حين فسروا

(١) : تبين الحقائق للزعلي ج ٥ ص ٧٦ — رد المختار لابن عايد بن

ج ٤ ص ٥٤٢ .

(٢) انظر : مجمع الضمانات للبغدادى ص ٦٨ .

(٣) انظر : حاشية ابن عايد بن ج ٤ ص ٥٥٠ .

قوله تعالى : - . إن الله يأمركم أن تؤدروا الامانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به ، إن الله كان سميعا بصيرا (١) .

فقد قال أبو بكر الجصاص - عند تفسيره لهذا (٢) : -

(اختلف في المأمورين بأداء الأمانة - في هذه الآية - إذ ذهب بعض المفسرين إلى أنهم ولاية الأمر . . . كما ذهب بعضهم إلى أنها خاصة بعثمان بن طلحة ، أمر بأن رد إليه مفاتيح السكينة ، كما ذهب بعضهم - ومنهم ابن عباس - إلى أنها في كل مؤمن على شيء . . . وهذا أولى ، لأن قوله تعالى : - (إن الله يأمركم) خطاب يقتضى سائر المكلفين .

قال أبو بكر : ما أؤتمن عليه الإنسان فهو أمانة . . فعلى المؤمن عليها ردها إلى صاحبها : فن الامانات : الودائع . . وعلى مودعها ردها إلى من أودعها إياها ، ولا خلاف بين الفقهاء أنه لا ضمان على المودع - فيها . . إن هلك .

ويذكر الجصاص : أن هذا ما لم يتعد فيها المودع . . ويذكر أنه وصى عن عمر أنه ضمن أنسا وديعة ضاعته من عنده ، ويسوع هذا بقوله : فجائز أن يسكون المودع لديه اعترف بفعل يوجب الضمان عنده ، فلذلك ضمنه .

وأما القرطبي المالكي فيقول - عن هذه الآية - : (فهذه الآية من أمهات الأحكام ، متضمنة لجميع الدين ، والشرع (٣)) .

الوديعة في الحديث الشريف : -

من الأحاديث التي رويت في هذا الباب ما يلي : -

(١) سورة النساء آية ٥٨ .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٣) المرجع السابق .

مارواه عمرو بن شبيب - عن أبيه - عن جده . . ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : - (لاضمان على مؤمن) رواه الدارقطني . . . وفي تحقيق هذا الحديث قال عنه الحافظ : - في إسناده ضعف . . . وأخرجه الدارقطني - عن طريق أخرى - عنه ، بلفظ : - . ليس على المستعير - غير المغل ضمان ، ولا على المستودع - غير المغل - ضمان ، - وقال : - إنما نروى هذا عن شريح ، غير مرفوع . . قال الحافظ : - وفي إسناده ضعف .

وهذا الحديث يدل على ضمان من كان أميناً على عين من الأعيان : كالوديع والمستعير .

أما الوديع . . فلا يضمن - إجماعاً - إلا للجناية منه . . عليه . . والوجه في تضمينه للجناية - أنه صار بها غائبا ، والخائن ضامن ، للحديث : (ولا على المستودع - غير المغل - ضمان) ، والمغل هو الخائن . . . وكذلك التعدي . . يجعله يضمن الوديعة ، لأنه نزع من الحياطة .

وأما إذا هلكت من غير تعد ، ولا تفریط في حفظها . . فلا ضمان عليه . . واستدل على ذلك بما تقدم من قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : (ليس على المستعير - غير المغل - ضمان ، ولا على المستودع - غير المغل - ضمان) . . وبقوله - صلى الله عليه وسلم - (لاضمان على مؤمن) .

واستدل أيضا بما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر - بلفظ : - (من أودع وديعه فلا ضمان عليه) - وفي إسناده هذا الحديث . . المثنى بن الصباح ، وهو متروك . . وقد حسنه الترمذي (١) .

الوديعة عند الفقهاء :

لقد تحدث الفقهاء عن الوديعة وفي كل ما ينصل بها - انطلاقاً من أنها مشروعة بالكتاب . . والسنة . . والإجماع ، ومن أدلتهم : -

(١) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٢٣ .

أولاً : - من الكتاب - قوله تعالى : - إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها .. الآية (١) .

وقوله تعالى : - فإن آمن بعضكم ببعض فليؤد الذي أربحن أمانته ، وليتق الله ربه (٢) .

ثانياً : - من السنة - قوله - صلى الله عليه وسلم - : (أو الأمانة إلى من أئتمنتك ، ولا تخن من خانك) ... وكذلك : تصرف النبي حين أراد الهجرة - برده الأمانات إلى أهلها .. وغير ذلك من الأحاديث ، والسنة العملية - الدالة على ذلك ، وهي كثيرة (٣) .

ثالثاً : - إجماع العلماء - في كل عصر - على جواز الإيداع ، والإستيداع .. والظروف تقتضيها ، فإن بالناس إليها حاجة ، إذا يتعذر على جميعهم - حفظ أموالهم بأنفسهم (٤) .

هذه هي التحديدات الدقيقة لبعض معالم هذا العقد من عقود المعاملات ، والفقهاء - في هذا العقد - تفصيلات تكلموا فيها بأسهاب ، أوله منهم - الإحاطة بجوانب هذا العقد ... واسكنى - هنا - أقصر على تحليل بعض الصور ، التي لها صلة بموضوع بحثي - فقط - . وهي (القبول) في هذا العقد . (وجوب) امتناع ، وديع عن الإخبار بأمر الوديعة ، لظروف قد تتعلق بالحفاظ عليها .

فالوديعة - كمقد من العقود - لا يتم إلا (بإيجاب وقبول) .. إلا أنه - بجانب ذلك - لابد - لصحتها - من تسليم وتسليم الشيء المراد ، حتى تنأكد التزامات الوديعة - من الحفظ .. وغيره ، حيث يقول الفقهاء (٥) :

(١) انظر : سورة النساء آية ٥٨ .

(٢) انظر : سورة البقرة آية ٢٨٣ .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكاني الحلبي ج ٥ ص ٣٣٣ .

(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٣٨٢ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٥٥٠ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٣ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٧٦ ، ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١١٥ .

يشترط - في الشيء المودع - أن يكون قابلاً لإثبات اليد عليه فعلاً . .
فلا يصح إيداع العبد الآبق . . ولا الطير في الهواء .

أما قبل الاستلام فإن العقد - وإن كان قد وجد بوجود أركانه - إلا أن كل ما ينشأ عنه هو مجرد وعد من الوديع باستلام الشيء المودع . . فإذا ماتم القبض فعلاً - فإن آثار العقد توجد حيثئذ . . فيجب على الوديع أن يحفظه الوديعة ، كما يحفظه مال نفسه .

ولا يشترط في (القبض) أن يكون حقيقياً . . بل يكفي أن يكون حكماً . . أما القبض الحقيقي فهو : - أن يقوم المودع بتسليم شيء من ماله الوديع ، ويطلب منه حفظه ، فيقبل ذلك ، ويتسلمه منه .

وأما القبض الحكمي فهو : ما إذا كان الشيء الذي يراد إيداعه موجوداً تحت يد الوديع ، لسبب من الأسباب - كالإجارة - وبعد انتهاء مدة عقد الإجارة - قال المالك للمستأجر : - أودعتك هذا الشيء . ، فقبل . . فإن الإيداع يتم بذلك ، - دون حاجة إلى تهديد (قبض) - بل يكفي بصدور الإذن من المالك بالاستمرار في إمساك الشيء - على جهة الإيداع . .

ومثله - كذلك - ما لو رضع شخص شيئاً من ماله بين يدي آخر من غير أن يقول له شيئاً ، فسكت هذا الآخر ، ولم يعترض . . فإن الإيداع يتم بهذا التصرف من الطرفين ، ويكون ذلك كافياً لترتب آثاره عليه .

ومن الممكن أن يصور القبض الحكمي : بحالة ما إذا قال شخص لآخر : - أودعتك شيئاً ، أو مبلغاً من النقود . . فقال له : قبلت . . فإن العقد - بهذا الشكل - قد وجد ، لو وجد أركانه ، ثم بعد ذلك أتى المودع بالشيء الذي يريد إيداعه فوضعه بين يدي الوديع ، أو أدخله في داره - فسكت الوديع - فإن القبض يتم بذلك - حتى ولو لم يتسلمه منه بعده^(١) .

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤١٩ -

وكشاف القناع ج ٤ ص ١٤١ .

انظر مسئولية الوديع للدكتور / احمد عطيه ص ابن عابدين ج ٤ ص ٧٤٣

المبحث الحادى عشر

السكوت...والقرعة

القرعة هى : طريقة تتخذ لتعيين ذات ، أو نصيب -- من بين أمثاله - إذا لم يمكن تعيينه بحجة (١) .

وهل القرعة يمكن أن تكون طريقا لإثبات الحكم الشرعى ؟ وكيف ذلك ؟ وما أثر السكوت على ذلك ؟

والأصل فى الحكم بالقرعة .. الكتاب .. والسنة .

(١) أما الكتاب فقوله تعالى : « ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ؟ وما كنت لديهم إذ يختصمون .. » (٢) قال قتادة : (كانت مريم ابنة إمامهم ، وسيدهم ، قدشاح عليها بنو إسرائيل ، فافترعوا عليها بسهامهم : أيهم يكفلها ؟ ففرع زكريا - وكان زوج اختها - فضمها إليه) - ونحوه عن مجاهد : وقال ابن عباس : (لما وضعت مريم فى المسجد اقترح عليها أهل المصلى - وهم يكتبون الوحى - فافترعوا بأقلامهم : أيهم يكفلها ؟) وهذا متفق عليه بين أهل التفسير .

وقال تعالى : - « وإن يونس لمن المرسلين ، إذ أبق إلى نالملك المشحون ، فسام فكان من المدحضين ، » (٣) :

(١) انظر : تفسير الخرطبى ج ٤ ص ٨٧ .

(٢) سورة آل عمران آية ٤٤ .

(٣) سورة اصفات آيات ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ .

فهمذان نبيان كرىمان استعمالا القرعة . . . ومعروف أن شرع من قبلنا
- إن صح ذلك عنهم - شرع لنا ، ما لم يرد ناسخ .

٢ - وأما السنة . . فما ورد في الصحيحين عن أبي هريرة - رضى الله عنه -
قال : - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - « لو يعلم الناس ما فى النداء ،
والصف الاول ، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه . . لاستهموا » ١١

وفي الصحيحين - أيضا - عن عائشة - رضى الله عنها - أن النبي صلى
الله عليه وسلم . كان إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه ، فأيتن خرج سهمها . .
خرج بها معه (١) . .

وفي صحيح البخارى - أيضا - : روى أبو هريرة - رضى الله عنه -
عن النبي صلى الله عليه وسلم - : « أن رسول الله عرض على قوم اليمين ،
فسارعوا إليه ، فأمر أن يسهم بينهم فى اليمين : أيهم يحلف؟ . . »

هذا . ويقول ابن القيم (٢) : (القرعة جاء بها الكتاب ، كما جاءت بها السنة ،
وفعلها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم - بعده) .

إجراء القرعة :

وكيفيتها - عند من قال بها - (٣) : أن تقطع رقاع صغار مستوية ، فيكتب
فى كل رقعة اسم صاحب السهم ، ثم تجعل فى (بنادق طين) مستوية ، لا تفاوت
فيها ، ثم تجفف قليلا ، ثم تلقى فى ثوب رجل - لم يحضر ذلك - وينطى
عليها ثوبه ، ثم يدخل يده ويخرج ، فإذا أخرج اسم رجل أعطى الجزء الذى
أقرع عليه .

(١)

(٢) انظر : الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٨٧ .

(٣) القرطبى ج ٤ ص ٨٧ ، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٩١ والمهذب

قال الخلال : — حدثنا أبو الهيثم : أنه سمع أبا عبد الله يجب من القرعة ما قبل عن سعيد بن المسيب : (أن يأخذ خواتيمهم ، فيضعها في كفه . . ثم يخرج أولا ، فهو القارع .

وقال الأشرم : قلت لأبي عبد الله : كيف القرعة ؟ فقال سعيد ابن جبير يقول : بالخواتيم ، أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا ، وخاتم هذا . . قال : ثم يخرجون الخواتيم ، ثم تدفع إلى رجل ، فيخرج منها واحدا قلت لأبي عبد الله ، فإن مالكا^(١) يقول : تكتب رقاع ، وتجعل في طين ؟ قال : وهذا أيضا . .)

ومعنى هذه النصوص أن القرعة يمكن أن تكون بأي طريقة يتفق عليها الطرفان ، مادامت توصل إلى الحق^(٢) .

حكمها : — وهي سنة عند جمهور الفقهاء . . في المستويين في الحجة ، ليمدل بينهم ، رطل من ثوبهم ، وترافع الظنة من يتولى قسمتهم ؛ ولا يفضل أحد منهم على صاحبه ، إذا كان المقسوم من جنس واحد . . عملا بالكتاب والسنة .

(١) ورفض العمل بالقرعة أبو حنيفة وأصحابه . . وردوا الأحاديث الواردة فيها . . وزعموا أنها لا معنى لها ، وأنها تشبه الأزام التي نهي الله عنها .

(٢) وحكى ابن المنذر عن أبي حنيفة — أنه جوزها ، وقال : القرعة في القياس . . لاستقيم ، ولسكننا تركنا القياس — في ذلك — وأخذنا بالآثار . . والسنة . .

(١) انظر : القرطبي ج ٤ ص ٨٧ .

(٢) انظر : الطرق الحكيمة ص ٢٩٢ .

واحتج أبو حنيفة بأن قال : إن القرعة في شأن زكريا ، وأزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - كانت ، ولو تراضوا عليه - دون قرعة - لجاز ، .

وتناقش أبا حنيفة برد ابن العربي عليه قال . (ومسلما - أي اتجاه أبي حنيفة - ضعيف ، لأن القرعة إنما فائدتها استخراج الحكم النقي عند تشاح الخصمين ، فأما ما يخرج به التراضي فيه ، فباب آخر ، ولا يصح لأحد أن يقول : إن القرعة تجري موضع التراضي ، فإنها لا تكون أبدا - مع التراضي ، وإنما تكون فيما يتشاح الناس فيه ، ويضن به (١١)

(٣) وقد اختلفت الرواية عن الإمام مالك . . فقال مرة : يقرع بالحديث .. وقال مرة : يسافر بأول فقهم له في السفر .
ولسكن الراجح هو جواز العمل بها ، وما يترتب عليها ملزم ، ويجب العمل به ، الأدلة السابقة (١٥) .

وقد جاء في الطرق الحسكية لابن القيم (٢) : - (قال أحمد - في رواية الفضل ابن عبد الصمد : - القرعة في كتاب الله . . والذين يقولون : القرعة قمار .. جهال ، ثم ذكر أنها في السنة . . . ولذلك قال في رواية ابنه صالح : أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مواضع . . وهي في القرآن في موضعين . .

وجاء - أيضاً - في الطرق الحسكية : - (قال أحمد - في رواية اسحق بن إبراهيم ، وجمعه بن محمد : القرعة جائزة . قال المروزي : وهم يقولون إذا اقتسموا الدار ، والأرضين - أنزع بن القوم ، فأيهما أصابته القرعة كان له ما أصاب من ذلك ، ويجبر عليه (٢٧) .

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٩٦ ، والمهذب ج ٥ ص ٥ ، والقرطبي ج ٤ ص ٨٦ . ٣٩

(٢) القرطبي ج ٤ ص ٨٦ .

تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٩٦ المهذب ج ٢ ص ٥ .

(٣) انظر : الطرق الحسكية لابن القيم ص ٢٨٧ .

(٤) انظر : الطرق الحسكية ص ٢٨٧ .

والتفريعات التي تنبئ على ذلك كثيرة .. ونعرض منها عدة صور : —

(الصورة الأولى) .. لو كان لرجل أربع نساء ، فطلق إحداهن — وسكت ولم يبين — ولم تسكن له نية في واحدة بعينها ... فما الحكم ؟

(أ) قال الإمام أحمد (١) : — يقرع بينهم ، فأينهن أصابتها القرعة . . فهي المطلقة . وكذلك إن قصد إلى واحدة بعينها ، ثم نسيها .

(ب) وقال أبو حنيفة والشافعي : — لا يقرع بينهن .. ولكن إذا كان الطلاق لواحدة لا بعينها ، ولا نواها .. فإنه يختار صرف الطلاق إلى أيتهن شاء .

وإن كان الطلاق لواحدة بعينها ، ونسيها .. فإنه يتوقف حتى يتذكر ... ولا يقرع .. ولا يختار صرف الطلاق إلى واحدة منهن .

(ج) وقال مالك : يقع الطلاق على الجميع .

فالمسألة فيها ثلاثة أقوال ...

(١) أحدها : أنه يعين المبهمة ... ويقف في حق المنسية - عن الجميع ، فينفق عليهن ، ويكسوهن .. ويعتزلهن إلى أن يفرق الموت بينه ، وبينهن ... أو يتذكرها .

وهذا في غاية المخرج ، والإضرار به وبالزوجات ، ويتغيب قوله تعالى : — (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (٢) وقوله صلى الله عليه وسلم — لا ضرر ولا ضرار (٣) وأي حرج ، وإضرار ، وضرر أكثر من ذلك ؟

(١) انظر : الطرق الحكيمة ص ٢٩٥ .

(٢) سورة الحج آية : ٧٨ .

(٢) الثانی : — أن يطلق عليه الجميع ... مع الجزم بأنه إنما طلق واحدة لا الجميع ١١ . فايقاع الطلاق بالجميع ، مع انقطاع بأنه لم يطلق الجميع — ترده أصول الشرع ، وأدلته ١١

(٣) الثالث : — أنه لا يقع الطلاق بواحدة منهن ، لأن النكاح ثابت بيقين . . وكل واحدة منهن مشكوك فيها : هل هي المعلقة ؟ أم لا .

فلا تطلق بالشك ... ولا يمكن إيقاع الطلاق بواحدة غير مميّنة ... وليس البعض — منهن — بأولى أن يوقع عليها الطلاق دون البعض ... والقرعة قد تخرج غير المطلقة ... فانها كما لا يجوز أن تقع على المطلقة — يجوز أن تقع على غيرها . . فاذا أخطأت القرعة — المطلقة ، وأصاب غيرها أفضى ذلك إلى (تحريم) من هي زوجة ، و(حل) من هي أجنبية . .

وإذا بطلت هذه الأقسام كلها تعين هذا التقدير ، وهو بقاء النكاح في حق كل واحدة منهن ، حتى يتبين أنها المطلقة .

وإذا كان النكاح باقيا فيها فأحكامه مترتبة عليه . . . وأما أن يبقى النكاح ، ويحرم الوطء دائما فلا وجه له .

فهذا القول . . والقول بوقوع الطلاق على الجميع متقابلان ... وأدلتها تكاد أن تتكافأ ... ولا احتياط في إيقاع الطلاق بالجمع ، فانه يتضمن تحريم الفرج على الزوج ، وإباحته — بالشك — لغيره ١١

ونرى أن الصواب في القرعة . . لأن الله قد جعلها طريقا لإثبات الحكم الشرعي في كتابه . . وفعلها رسول الله ، وأمر بها ، وحكم بها الصحابة . . وكل قول غير القول بها ... فإن أصول الشرع ، وقواعده ترده . .

(الصورة الثانية) : من فروع تطبيق العمل . . بالقرعة . . ما إذا طلق إحدى نسائه وسكت ، ولم يبين ، ومات قبل هذا البيان ... فما الحكم ؟

(١) قال أبو حنيفة : يقسم الميراث بين الجميع .

(ب) وقال الشافعي : يوقف ميراث الزوجات ، حتى يصطلحن عليه .

(ج) وفي رواية الإمام أحمد^(١) : - الورثة يقرعون بينهم ، فن وقعت عليها القرعة لم ترث ...

ويلاحظ على تلك الآراء ما يلي : -

(١) أنه يترتب على قول أبي حنيفة - توريث إحداهن مع كونها أجنبية، لأنها مطلقة - في حال الصحة ثلاثاً - فكيف ترث !

(ب) ويترتب على قول الشافعي ... وقف المال ، وتمريضه للفساد والهلاك ، وعدم الانتفاع به !! وإن كان حيواناً فربما كانت مشورته تزيد على أضغاث على قيمته ... وهذا لامصلحة فيه البتة ... وأيضاً - إذا عُلن أن المال يهلك إن لم يصطلحن عليه - كان ذلك إلقاء لمن إلى إعطاء المال لغير المستحقة منهم ... فالقرعة تخلص من كل ذلك .

ومن المعلوم أن المستحقة للميراث منهم هي إحداهن دون الأخرى فوجب أن يقرع بينهما ، كما يقرع بين الزوجات إذا أراد السفر بإحداهما .

(الصورة الثالثة) - من الفروع الواردة في هذا الباب : - لو طلق إحداهما لاهبها ، ثم ماتت إحداهما - إن كانتا اثنتين - ثم ماتت إحداهما ... لم يتمين الطلاق في الباقية ، وأقرع بين الحية والميتة ... وهذا عند الحنابلة .

أما أبو حنيفة فيقول : - يتمين الطلاق في الثنائية ...

وقال الشافعي : لا يتمين فيها ... وله تمييزه في الميتة

ومن المطارحات الفقهية هذا الحوار بين الحنفية ، والحنابلة - في هذا

(١) انظر الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٣٠٩ ، والمهذب ج ٢ ص ١٠٠ .

المقام (١) —

قال الحنفية : - هو غير في التعيين . . ولم يبق من يصح إيقاع الطلاق عليها إلا الحية . . ومن خير بين أمرين ، ففاته أحدهما . . تدين الآخر .

قال الخنابلة : قد أقننا الدليل على أنه لا يملك التعيين باختياره . . وإنما يملك الإقراع . ولم يقف عمله . فانه يخرج المطلقة . . فيدين وقوع الطلاق من حين التطليق . . لا من حين الإقراع .

قالت الحنفية : - لا يصح أن يبدأ في الميتة - بالطلاق . . فلا يصح أن يعينه فيها بالقرعة كالأجنبية .

قالت الخنابلة : نحن لا ندين الطلاق فيها ابتداء . . وإنما تبين بالقرعة - أنها كانت مطلقة في حال الحياة .

قالت الحنفية : - مانت غير مطلقة . . بدليل أنه يجوز أن تخرج القرعة - عندكم - على الحية . . فتكون هي المطلقة دون الميتة . . وإذا لم تكن مطلقة قبل الموت - لم يثبت حكم الطلاق فيها بعد الموت . . كما لا يثبت الطلاق المبتدأ .

قالت الخنابلة : - إذا وقعت عليها القرعة تبيننا أنها هي المطلقة في حال الحياة .

ونخلص من هذا الحوار بأن مقال الخنابلة هو الأصوب - وهو العمل بالقرعة - حتى تبين المطلقة من غيرها . . والله أعلم بالصواب .

نتائج البحث

أما بعد ...

ففي نهاية التطواف خلال هذا البحث ... ومصادره ... نسجل النتائج التي توصلنا إليها ، لتكون علامات ضوئية هادية للذين يتسددون للفتوى ... وتقنين الشريعة الغراء ... ويمكن إجمال أهم هذه النتائج فيما يلي :

١ - أن الأمر بالمعروف ؛ والنهي عن المنكر مسئولية كل مسلم ، فيحرم السكوت من القادر على التغيير ... كما يحرم كتمان الشهادة ١١

٢ - أن السكوت قد يكون واجباً ... إذا ترتب على الكلام إهدار حق ... كما في كتمان خبر الوديعه عن الظالم ، أو الغاصب ، أو السارق ١١

٣ - دفع الحرج - باب المعاملات - من طريق قبول إشارة الآخر كدكيل عى (القبول ... والإيجاب) ... وإلا لحقته المشقة ... ومنع عن مباشرة العقود ١١

٤ - أن سكوت المشرع عن بعض التصرفات يدخل المسكوت عنه في دائرة (العفو) ،

٥ - أن المعروف ، عرفاً - كالمشروط شرطاً ... كما إذا أطلق المهر في العقد ... فإنه ينصرف إلى عرف البلد .

٦ - الأصل في الشريعة الإسلامية - أنه (لا ينسب لساكت قول) ، أى عدم الاعتداد بالسكوت لأنه قد يحتمل معنى الشرود ، وعدم الانتباه ... أو عدم الاكتراث ... أو الاستهزاء ... أو الاستغراب ... أو الموافقة ... أو الإنكار ... أو الرفض . إلى غير ذلك من المواقف ، والحالات النفسية .

وهذه الاحتمالات لا تجملة منتجا للآثار الشرعية . . وكل هذا ما يسميه الفقهاء (بالسكوت المجرد عن القرائن) .

أما إذا صاحب السكوت بعض القرائن — بأن كان في معرض الحاجة — وهو ما يطلق عليه (السكوت الملايس) — فإنه يعتد به في تلك الحالة . . وترتب عليه الآثار الشرعية . . ويظهر هذا في الحالات الآتية :

(أ) الحالات التي يتمحض فيها السكوت لمنفعة من نسب إليه ، كما في سكوت المدين عند إبراء الدائن له . . فهو قبول الإبراء — حتى لو أراد المدين . . بعد انتهاء مجلس الإبراء — أن يرفضه . . لم يكن له ذلك . .

وكما في سكوت المتصدق عليه . . وسكوت الموصى له .

(ب) الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق — بين المتعاقدين ويتصل بالإيجاب بهذا التعامل . . كأن يكون يكون هذا التعامل السابق عقداً فتح عنه أثر — كحالة البيع الذي يملك فيه البائع حق الحبس للشيء المبيع . . فإذا ما قبض المشتري المبيع — بعد ذلك — وسكت البائع . . اعتبر سكوته إذنا بالقبض . .

أو يكون هذا التعامل السابق — عقداً لم يترتب عليه أى أثر . كالرهن . والهبة ، اللقطين اللذين لم يفترنا . . فإذا ما قبض المرتهن المرهون — بعد العقد . . واقترن هذا القبض بسكوت الراهن — اعتبر هذا السكوت إذنا بالقبض . . وكذا الحال في الهبة . . فإذا قبض الموهوب له الموهوب بعد العقد — وصاحب هذا القبض سكوت الواهب — اعتبر سكوته إذنا بالقبض .

(ج) الحالات التي يستلزم فيها مبدأ العدالة . . اعتبار السكوت رضا . . كسكوت المولى حين يرى عيده يبيع ويشترى ، فإنه يعتبر إذنا له في التجارة ؛ دفعا للغرور عن معامل العبد .

(د) الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا . . كاعتبار سكوت البكر ، قبولاً للخاطب . . وهذا الاعتبار نسبي . . ويتغير بتغير العرف ، وحسب كل بيئة .

٦ - أن د العرف ، يعتبر قاعدة مكمله ، ومبينة لما سكوت عنه المتعاقدان ، لأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم ، وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم .

٧ - أن الفقهاء يعدون السكوت الملايس (تعبيراً) بطريق الدلالة .

٨ - أن السكوت يعتبر د قبولاً ، إذا قرئت به ملايسات تجعل دلالة تنصرف إلى الرضا . . أما د الإيجاب ، فليس كذلك ، إذا كان لا يمكن أن يستنتج عن طريق السكوت .

مصادر البحث

وهذه هي أهم المراجع التي رجعت إليها في هذا البحث .
أرلا :

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - كتب التفسير .
- ٣ - أحكام القرآن للجصاص ، وهو العلامة الفقيه أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ، طبع ١٣٤٧ هـ .
- ٣ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، وهو الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد الخزرجي الأندلسي المعروف بالقرطبي مطبعة الهيثة العامة .
- ٤ - تفسير القرآن الحكيم ويعرف بتفسير المنار لرشيد رضا طبع الهيثة العامة للكتاب .
- ٥ - تفسير ابن كثير القرشي وهو العلامة المؤرخ حماد الدين أبو القداء إسماعيل بن عمر بن كثير الشافعي طبع مطبعة الاستقامة .
- ٦ - نيل المرام من تفسير آيات الأحكام لمحمد صديق خان طبع المطبعة الرحمانية .
- ٧ - أحكام القرآن لابن عربي ، وهو أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي طبع الحلبي الطبعة الأولى .
- ٨ - جامع البيان في تفسير القرآن للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري الطبعة الأولى المطبعة الكبرى الأميرية .

ثانياً : الحديث .

- ١ - التجريد الصحيح لأحاديث الجامع الصحيح للحسين بن المبارك الزبيدي وهو مختصر للزبيدي ، وهو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد المعروف بالزبيدي ، طبع صبيح وأولاده .

- ٢ - الجامع الصحيح للإمام البخارى ، وهو الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد ابن أبى الحسن إسماعيل البخارى طبع مطابع للشعب .
 - ٣ - الموطأ للإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى المدنى إمام دار الهجرة ، طبع الحلبي وأولاده .
 - ٤ - الفتح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير ، وهما للجلال السيوطى وهو جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى الشافعى ، وقد مرجعهما فاحسن ترتيبهما الشيخ يوسف الشهاوى ، طبع دار الكتب .
 - ٥ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام وهو مختصر لابن حجر العسقلانى طبع الحلبي .
 - ٦ - السراج المنير شرح الجامع الصغير فى حديث البشير النذير للشيخ على ابن الشيخ الشهير بالمريزى طبع حجر .
 - ٧ - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للعلامة محمد ابن إسماعيل الأمير البنى الصنعاني ، طبع الحلبي وأولاده .
 - ٨ - صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري طبع الحلبي
 - ٩ - نيل الأوطار من أسرار منتقى لاخيار للشوكاني وهو العلامة محمد ابن على بن عبد الله المعروف بالشوكاني طبع الحلبي .
 - ١٠ - تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول للعلامة عبد الرحمن الشيباني طبع الحلبي .
 - ١١ - أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، أبو الفتح محمد بن على القشيري المعروف بابن دقيق العيد ، طبع السنة المحمدية .
 - ١٢ - جامع الترمذى مع شرح تحفة الأسوذى للعلامة عبد الرحمن المبارك طبعة حجرية .
 - ١٣ - سنن ابن ماجه : الإمام الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ، الطبعة الأولى المطبوعة النازية ،
- ثالثاً : أصول الفقه .
- ١ - كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز بن أحمد البخارى طبع الاستانة .

٢ — أنوار البروق في أنوار البروق لأحمد بن إدريس عبد الرحمن المالشي المعروف بالقرافي وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية ، طبع دار إحياء الكتب العربية .

٣ — إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني طبع دار الفكر بيروت

٤ — حاشية المنار لابن ملك ، وهو عز الدين عبد اللطيف ابن عبد العزيز ابن الملك علي متن المنار في أصول الفقه لأبي بركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي طبع دار سعادت ١٣١٥ .

٥ — فصول البدائع في أصول الشرائع للفتاوى ، وهو شمس الدين محمد ابن محمد الردي الحنفي المعروف بالفنلري ، طبع الاستانة ،

٦ — شرح تنقيح الفصول في الأصول للقرافي طبع المطبعة الخيرية .

٧ — جمع الجوامع تأليف قاضي القضاة تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب المشهور بالسبكي المطبعة العالمية .

٨ — تيسير التحرير لابن بادشاه ، طبع الحلبي .

٩ — تسميل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن المحلاوي طبع البايب الحلبي .

١٠ — الموافقات في أصول الأحكام لأبي إسحاق الشاطبي ، المطبعة السلفية

١١ — الرسالة للإمام الشافعي ، طبع الحلبي .

١٢ — المستصفي : لأبي حامد الغزالي ، طبع القاهرة ،

١٣ — التقرير والتنبير شرح التحرير لابن أمير الحاج .

١٤ — الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ، مطبعة السعادة .

رابعاً : الفقه وقواعده .

(١) الفقه الحنفي :

١ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني المطبعة الجمالية .

- ٢ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ومعه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبي الطبعة الأولى .
- ٣ - تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي وهي أصل بدائع الصنائع تحقيق د. زكي هيد البر الطبعة الأولى مطبعة دمشق .
- ٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم . طبع دار الكتب .
- ٥ - الأشباه والنظائر لابن نجيم . وهو زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى المصبرى .
- ٦ - جامع الفصولين . لمحمد بن إسرائيل الروى المشهور بقاضى سماتة . المطبعة الخيرية بولاق .
- ٧ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار . لمحمد بن علي بن محمد الحسكى مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين الطبعة الثالثة .
- ٨ - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار . لمحمد أمين المشهور بابن عابدين المطبعة الاميرية .
- ٩ - شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد المحاسنى . مطبعة دمشق .
- ١٠ - الفتاوى الحانية : لقاضى عان الحسن بن منصور بهامش الفتاوى
- ١١ - معين الحكام : للطرابلسى . المطبعة الخيرية ١٣١٠ .
- ١٢ - المبسوط - لابن بكر محمد بن أحمد المرخسى مطبعة السعادة .
- ١٣ - الهداية شرح بداية المبتدى - لبرهان الدين المرغينانى المطبعة التجارية .

(ب) كتب الفقه المالكي :

- ١ - تهذيب الفروق وللقواعد السنية : لمحمد علي حسين بهامش الفروق طبع لإحياء الكتب العربية .

- ٢ — تبصرة الحسكام في أصول الافضية ومناهج الاحكام لبرهان الدين بن فرحون المطبعة البهية .
- ٣ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد الشهير بابن رشد القرطبي . طبع صبيح .
- ٤ — بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن محمد الصاوي . وهي حاشية على الشرح الصغير للدردير طبع دار المعارف .
- ٥ — التاج والإكليل لمختصر الخليل : لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق هي على هامش مواهب الخليل لشرح مختصر خليل — للخطاب — مطبعة السعادة .
- ٦ — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . لمحمد بن عرفة الدسوقي وبهامشها الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير . المطبعة التجارية .
- ٧ — الشرح الصغير على أقرب المسالك : لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد ابن أحمد الدردير دار المعارف .
- ٨ — القوانين الفقهية : لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي . دار العلم للملايين بيروت .
- ٩ — منح الخليل شرح مختصر خليل . لمحمد عليش المطبعة الاميرية .
- ١٠ — مواهب الخليل شرح مختصر خليل . لأبي عبد الله محمد بن محمد المعروف بالخطاب . مطبعة السعادة .

(ج) كتب الفقه الشافعي :

- ١ — الانبأه والنظائر في قواعد فروع فقه الشافعية لجلال الدين السيوطي . طبع الحلبي .
- ٢ — أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبي يحيى زكريا الانصاري المطبعة البتية .

- ٣ — إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر المشهور بالسيدة الكبرى .
- ٤ — الام للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي دار الطباعة الخيرية .
- ٥ — حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم على متن الشيخ أبي شجاع للشيخ إبراهيم الباجوري . المطبعة الأزهرية .
- ٦ — حاشية البيهقي على شرح منهج الطلاب لسليمان البيهقي المطبعة الأميرية .
- ٧ — معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشريفي الخطيب . الحلبي .
- ٨ — المجموع شرح المذهب : للشيخ يحيى الدين أبي زكريا بن شرف النووي .
- ٩ — المذهب : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي . الحلبي .
- ١٠ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي الشيرازي بالشافعي الصغير .
- ١١ — الفتاوى الفقهية الكبرى . لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي مطبعة عبد الحميد حنفي القاهرة .

(د) كتب الفقه الحنبلي :

- ١ — المفتي : لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدس . مطبعة المنار .
- ٢ — منتهى الإرادات : لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بأبي النجار . دار العربية .
- ٣ — المحرر في الفقه : لمحمد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية مطبعة السنة المحمدية .

٤ — كشف القناع عن متن الإقناع . منصور بن إدريس البهوتي مطبعة
أنصار السنة المحمدية .

٥ — الفتاوى الكبرى : لتقى الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن
تیمة .

٦ — الشرح الكبير : لشهاب الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمرو
محمد بن أحمد بن أبي عمرو بن أحمد بن قدامة المقدسي على متن المقنع مطبعة
المنار .

٧ — إلهام الموقعين عن رب العالمين : لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر
المعروف بابن قيم الجوزية . مطبعة السعادة .

(هـ) كتب الظاهرية :

١ — المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم المطبعة المنيرية .

٢ — مراتب الإجماع لابن حزم .

فقه الشيعة :

(و) كتب الزيدية :

١ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى
مطبعة أنصار السنة المحمدية .

٢ — الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير . أشرف الدين الحسين بن
أحمد بن الحسين التيمي الصنعاني مطبعة السعادة .

٣ — المقنن المختار من الفقه المدرار المفتاح لسكّانم الأزهاري في فقه الإمامة
الاطهار لأبي الحسن عبد الله بن مفتاح . مطبعة المعارف بمصر وهذه
الكتاب بموسوعة ناصر للفقه الإسلامي .

كتب فقه الشيعة الإمامية :

١ - جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام . لمحمد حسن بن محمد باقر النخعي طبع حجر (موسوعة ناصر الفقه) .

٢ - الخلاف في الفقه لأبي جعفر محمد بن الحسن بن هلي الطوسي طبع طهران .
٣ - شرائع الإسلام - لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي طبع حجر .

٤ - المختصر النافع في فقه الإمامية . لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن . طبع وزارة الأوقاف المصرية .

٥ - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة : تصنيف محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي مطبعة الفيحاء ودمشق وهذه الكتب موجودة بموسوعة ناصر .

كتب فقه الإباضية :

١ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل : لمحمد بن يوسف أظفنيش . موجود بموسوعة ناصر للفقه الإسلامي .

خامسا كتب اللغة :

١ - أساس البلاغة للإمام أبي القاسم محمود بن همر الزعفراني دار الكتب المصرية .

٢ - تاج العروس شرح القاموس : محمد بن محمد مرقص الزبيدي طبع بتغازي .

٣ - الدر النثير تلخيص نهاية ابن الأثير لجلال الدين السيوطي المطبعة الخيرية .

٤ - القاموس المحيط : لأبي طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي المطبعة الحسينية .

- ٥ — لسان العرب : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور طبع
بيروت .
- ٦ .. المصباح المنير : لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المطبعة
الأميرية .
- ٧ مختار الصحاح : لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي طبع
الأميرية .
- ٨ — النهاية في غريب الحديث والأثر : لأبي السعادات الجزري المعروف
بأبن الأثير . المطبعة الخيرية .

الرسائل والمجلات العلمية :

- ١ — أفعال الرسول ودلالاتها على الأحكام للدكتور . الأشقر وهي رسالة
مخطوطة بكلية الشريعة .
- ٢ .. بحث في الإجماع وهي رسالة دكتوراة للعالم الدكتور محمد محمود فرغلي
وهي مطبوعة .
- ٣ — بحث في مسئلة الوديع للزميل للدكتور أحمد طه عطية وهي رسالة
مخطوطة بكلية الشريعة .
- ٤ — بحث في مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله وهي رسالة
دكتوراة مخطوطة بكلية الشريعة وقد اشتركت في مناقشتها .
- ٥ — بحث في تحقيق كتاب الجامع الصغير للقاضي لأبي يعلى الحنبلي وهو
مخطوط بكلية الشريعة وقد اشتركت في مناقشته .
- ٦ — رسالة العرف والمادة للعلامة الشيخ أحمد أبو سنة طبع ١٩٤٧ مطبعة
الأزهر .

- ٧ — شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسبى مطبعة دمشق .
- ٨ — الإباحة عند الأصوليين والفقهاء العلامة أستاذنا محمد سلام مذكور .
- ٩ — الإجماع . بحث للشيخ الدكتور علي حسن عبد القادر وهو مطبوع .
- ١٠ — التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامى وهى رسالة دكتوراة للدكتور محمد سوار طبع دار الفكر العربى .

الفهرس

الموضوع

إهداء

كلمة راتعة لابن القيم

دعاء

المقدمة

سبب اختيار هذا الموضوع

منهج البحث

تعريف السكوت

أقسام السكوت

القسم الأول

في السكوت ودلالته على الأحكام

المبحث الأول : السكوت ودلالته على السنة

المطلب الأول : السنة التقريرية ودلالته على الأحكام

معناها لغة وشرعا

معنى التقرير

هل التقرير حجة في إثبات الأحكام ، اختلاف الأصوليين في ذلك

المذهب الأول

المذهب الثاني

تنبيه هنا

أنواع التقرير

ملاحظة هنا

هل التقرير يدل على صحة الحكم

الصفحة	الموضوع
٢٧	خاتمة في هذا المقام
٣٩	المطلب الثاني : سكوت النبي عن البيان ودلالته على الأحكام
٣٩	مرادنا بالسكوت
٣٩	سكوت النبي نوحاً
٤٥	وجه دلالة سكوته وتقريراته صلى الله عليه وسلم على الأحكام
٤٧	المبحث الثاني في حكم الأشياء المسكوت عنها
٤٧	المطلب الأول : حكم الأشياء المسكوت عنها في نظر الإسرائيليين
	اختلاف علماء الأصول في هذه المسألة
٤٧	المذهب الأول
٤٩	المذهب الثاني
٥١	المطلب الثاني : حكم المعلومات التي سكوت عنها الشارع
٥١	بيان النصوص المحرمة لبعض المعلومات
٥٣	المعلومات المحرمة باتفاق
٦٣	المعلومات المختلف في حرمتها
٦٧	حكم المعلومات المسكوت عنها
٦٧	القاعدة في ذلك
٧٠	بيان أن الأصل في الأشياء الإباحة مذاهب الفقهاء في ذلك
٧٢	ما يتفرع على هذه القاعدة من فروع
٧٤	المبحث الثالث : السكوت وأثره على الإجماع
٧٤	تعريف الإجماع
٧٥	حجية الإجماع
٧٩	أنواع الإجماع
٨٠	حكم الإجماع

الموضوع	الصفحة
الإجماع السكوني هل يعتبر حجة وهل دلالة على الأحكام قطعية أو ظنية اختلاف العلماء في ذلك	٨٢—٩٥
المذهب الأول	٨٢
" الثاني	٨٨
" الثالث	٩١
" الرابع	٩٢
" الخامس	٩٣
" السادس	٩٣
" السابع	٩٤
خلاصة ما قلناه	٩٥
المبحث الرابع السكوت والعرف	٩٦
تعريف العرف وشروطه	٩٦
بيان أن العرف يعتبر قاعدة مفسرة ومبينة لما سكت عنه المتعاقدان	٩٧
تطبيقات فقهية واستنباط	١٠١
القسم الثاني	
في السكوت الواجب والمحذور والسكوت لعذر	١٠٣
المبحث الأول : السكوت الواجب	١٠٥
يجب على الوديع كتابة أمر الوديعة إذا دعت إلى ذلك مصلحة بيان المذاهب في ذلك	١٠٥
المبحث الثاني : السكوت المحذور	١٠٩
مقولة الإمام الغزالي في هذا المقام	٥٠٩
ما المراد بالمعروف والمنكر	١١٠

الموضوع	الصفحة
حكم الامر بالمعروف والنهي عن المنكر اختلاف العلماء في تحديد صفة الوجوب	١١١
من له حق الامر بالمعروف والنهي عن المنكر متى يطلب من المكلف ذلك	١١٢
ما يلحق بالسكوت المحظور	١٢٠
من السكوت المحظور عدم الوصية بالوديعة عند إشراف الوديع على الموت وموقف الفقهاء من ذلك	١٢٤
المبحث الثالث سكوت الشاهد	١٢٩
المبحث الرابع السكوت لعدم تعريف الإشارة	١٣٥
أثر الإشارة على التصرف نصوص الفقهاء في ذلك	١٣٦
أثر الإشارة في الدعوى	١٣٩
بيان موقف الفقهاء من ذلك	١٤٠
الإشارة والشهادة	١٤١
أثر الإشارة على الشهادة	١٤١
الإشارة والإقرار بيان نصوص الفقهاء	١٤٣
الإشارة والوصية بيان نصوص الفقهاء	١٤٥
أثر الإشارة على الطلاق موقف الفقهاء من ذلك	١٤٧
القسم الثالث	
في السكوت ومطلق التصرف	١٤٩
المبحث الأول : السكوت والتعبير عن الإرادة	١٥١
للتعاقد من طريق التعااطي	١٥٤
مقارنة بين التعاقد بالتعااطي وللتعاقد بدلالة الحال كالسكوت	١٥٤

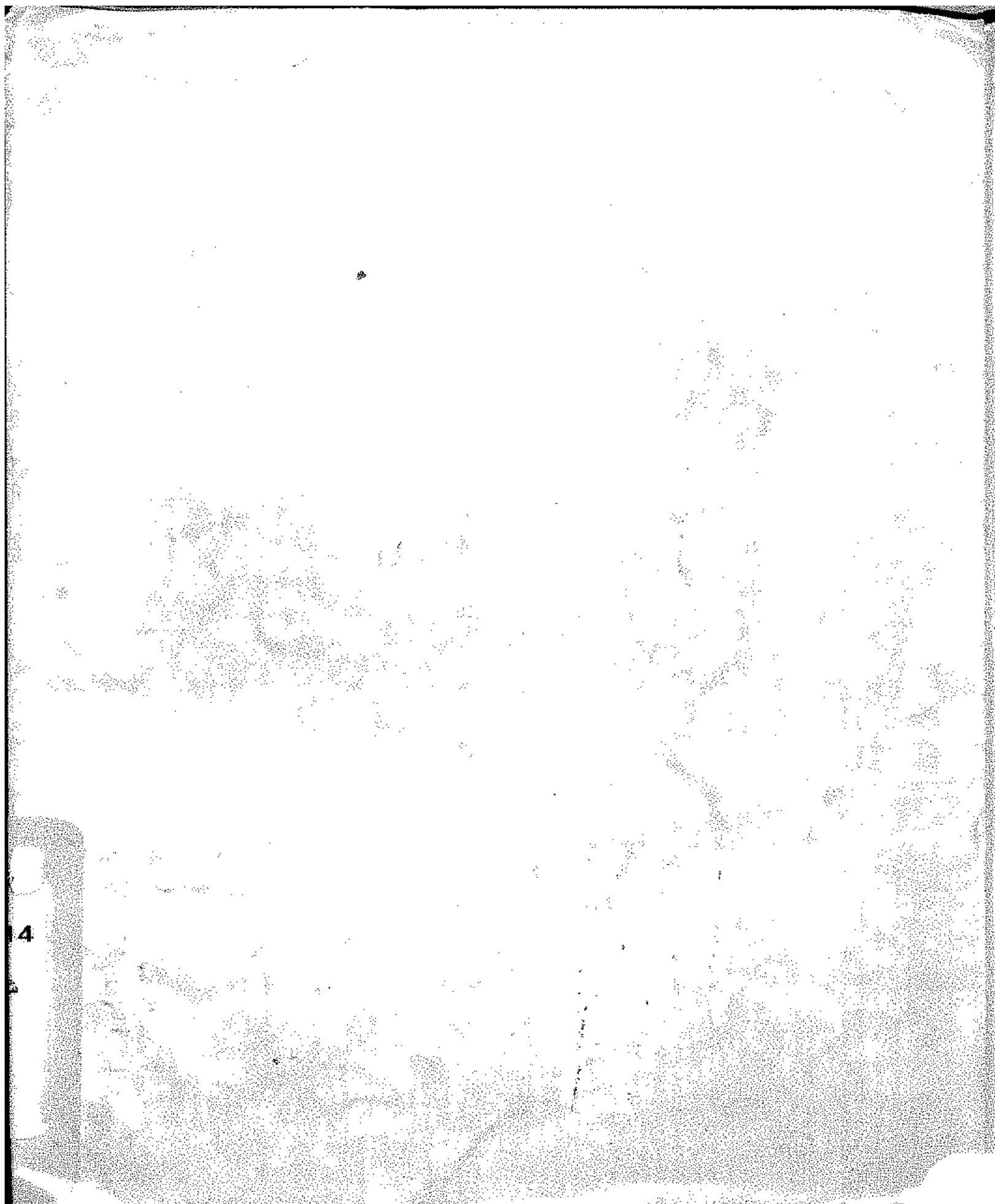
الصفحة	الموضوع
١٥٥	حكم التعاقد بالتعاطى
١٥٧	نصوص الفقهاء فى ذلك
١٦٥	السكوت ودلالته على الإيجاب والقبول
١٧٠	المبحث الثانى السكوت والإجازة
١٧٠	معنى الإجازة وشروطها
١٧٦	هل يمد السكوت لإجازة
	المبحث الثالث :
١٧٨	هل السكوت يعتبر إذنا فى التصرف
١٧٨	ما قاله ابن غنيم فى ذلك
١٧٩	تعريف الإذن
١٨٠	الفرق بين الإذن والإجازة
١٨١	الإذن والسكوت
١٨١	هل يمكن أن يعتبر السكوت إذنا
١٨١	نصوص الفقهاء فى ذلك
١٨٥	إذن الصبي بالتجارة وإذن البكر فى الزواج - نصوص الفقهاء فى ذلك
١٩٤	بم يكون إذن المستأجرة ورضاها نصوص المذاهب فى ذلك
٢٠٠	الآثار التى تترتب على استعراض هذه المذاهب
٢٠٢	خاتمة هامة
	استنتاج قاعدة وما يترتب عليها من فروع
	المبحث الرابع :
	هل السكوت يعتبر إبراء من الحقوق
٢٠٥	تعريف الإبراء
٢٠٥	هل الإبراء إسقاط أو تمليك
٢٠٦	حكم الإبراء

الصفحة	الموضوع
٢٠٨	أركان الإبراء
٢١١	هل يتوقف الإبراء من الدين على قبول المدين
٢١٤	المبحث الخامس : هل السكوت يعتبر إقراراً
٢٢٢	المبحث السادس : السقوط والإسقاط
٢٢٢	الفرق بين السقوط والتليك والتترك والنفي
٢٢٦	وهل يعتبر القبول في الإسقاط
٢٣٠	خاتمة في المقارنة بين الإبراء والإسقاط
٢٣١	المبحث السابع : السكوت الذي يعتبر تدليلاً
٢٣٥	المبحث الثامن : السكوت والصلح
٢٣٧	الشروط التي ترجع إلى المصالح به
٢٣٨	الشروط التي ترجع إلى المصالح عنه
٢٣٩	أقسام الصلح وحكم كل قسم
٢٤١	المبحث التاسع : السكوت والشفعة
٢٤٢	الأدلة على جوازها السنة والإجماع
٢٤٥	الإجراءات التي يتخذها الشفيع
٢٥٠	تصرف الشفيع أثناء المجلس ، وأثر ذلك على حقه
٢٥٣	المبحث العاشر : السكوت والوديعة
٢٥٣	الوديعة في اللغة

الصفحة	الموضوع
٢٥٣	تعريف الوديمة عند الفقهاء
٢٥٤	الوديمة في مفهوم المفسرين
٢٥٥	الوديمة في الحديث الشريف
٢٥٦	الوديمة عند الفقهاء
٢٥٧	المبحث الحادى عشر : السكوت والقرعة
٢٦٠	إجراء القرعة
٢٦٧	نتائج البحث
٢٧٠	مصادر البحث
٢٨٠	الفهرس

رقم الايداع ٤١٣٥ / ١٩٨٤

الترقيم الدولي ٣ - ٠١١٨ - ١٠ - ٩٧٧



To: www.al-mostafa.com