



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

---

مجلة علمية فصلية محكمة

---

السنة العاشرة (1960-1961)

العددان الثالث والرابع

## محتويات العدد

١. مقابل التأميم في القانون الدولي العام /د/ محمد طلعت الغنيمي

٢. حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة /د/ علي محمد البارودي

٣. الأدلة المتعارضة ووجوه ترجيحها /د/ بدران أبو العنين

# مقابل التأميم في القانون الدولي العام

للدكتور محمد طلعت الفنبى

أستاذ القانون الدولي العام المساعد بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

## تقدمة :

لم يعد التأميم اليوم مجرد اجراء تتخذه الدولة في حالات جزئية لتحقيق مصلحة عامة بل أصبح يمثل في كثير من البلاد سياسة مذهبية تهدف الى اعادة تنظيم البناء الاقتصادى والاجتماعى في تلك البلاد ، ولذلك اتجه اهتمام فقهاء القانون الدولي في الآونة الأخيرة الى دراسة التأميم لاسيا وأنه أصبح - في كثير من الأحيان - مثار منازعات بين الدول الكبرى التى يمتد اقتصادها الى خارج حدودها الوطنية حيث يملك رعاياها جزءا من الثروة القومية في بلاد أجنبية وبين تلك البلاد النامية التى تملى عليها مصالحها الاقتصادية والاجتماعية - كما قلنا - أن تحقق استقرارها الداخلى عن طريق انتهاج سياسة التأميم .

والتأميم - من حيث هو كحق للدولة - ليس محل خلاف في الفقه أو العمل الدولي الآن لأن الفقه الدولي وما جرى عليه عمل الدول قد استقرا على أن الدولة إذ تؤمم انما تمارس اختصاصا يعترف به لها القانون الدولي استنادا الى ما تملكه من حق السيادة الاقليمية (1) .

(1) ولما كان التأميم ممارسة لحق فقد فضلنا استعمال لفظة « مقابل » للتعبير عما تدفعه الدولة لقاء الملكية المؤممة . ومن رأينا أن لفظة « تعويض » التى جرى استعمالها على لسان بعض الفقهاء وكذا في بعض التشريعات العربية يجب استبعادها من هذا المجال لأن التعويض عادة جزاء على الاخلال بالتزام ومن ثم فهى لفظة لا تتفق مع التكيف الصحيح للتأميم . وقد لاحظنا أن الفقه الغربى يستعمل لفظة compensation وهى لا تعنى التعويض في مدلوله العربى . وربما كان خطأ من يستعملون لفظة « تعويض » مرجعه الفهم الخاطيء الذى تذهب اليه بعض الآراء عندما تبرر التأميم بشرط المقابل الأمر الذى قد يفهم منه البعض أن المقابل هو السند الفقهي الذى يجعل التأميم مشروعاً ، وهذا فهم غير صحيح كما أوضحنا في المتن لأن مشروعية التأميم تستند الى حق السيادة الاقليمية .

وانما الذى يثير الجدل الفقهي و العملى هو أوصاف التأميم وأحكامه .  
ومن بين نواحي الخلاف هذه تبرز مسألة المقابل الذى تمنحه الدولة لقاء ما تؤممه  
من ملكية لتتخذ مكان الصدارة من اهتمام الفقهاء الدوليين المعنيين بدراسة  
التأميم ، ولذا خصصنا هذا البحث لالقاء بعض الضوء على الاتجاهات  
المختلفة فى هذا الخصوص علنا نستطيع أن نخلص الى الحكم الصحيح .

ومن الطلى أن نلفت النظر منذ البداية الى أن التأميم الذى نقصد ايه  
فى هذا ؛ هو التأميم الذى ينتقل الى الدولة — عن طريق اجراء تشريعى —  
ملكىة أو حقوقا خاصة أجنبية بقصد أن تقوم الدولة باستغلالها أو الاشراف  
عليها أو توجيهها الى هدف جديد (١) .

واذن فهو التأميم الذى يتم نتيجة تدخل الدولة تدخلا مباشرا فى الملكية  
الخاصة ، ومن ثم فان دراستنا لا تتناول التأميم الذى تمارسه الدولة قبل رعاياها  
هى أو الذى يتم بطريق غير مباشر كنتيجة لممارسة الدولة الوظائف العادية  
للمرافق العامة (٢) لأن التأميم فى هاتين الحالتين يعتبر فى مجموعه من قبيل  
الأمر التى تدخل فى صميم الاختصاص الداخلى وتخرج تبعا عن نطاق  
القانون الدولى العام .

والواقع أن التأميم — فى النطاق الذى حددناه — لا يعدو أن يكون صورة  
من صور نزع الملكية لأنه يتفق مع نزع الملكية من حيث الطبيعة القانونية وان  
جاز أن يتميز عن باقى صور نزع الملكية من حيث المدى والنطاق فحسب  
اذ تجرى العادة على استعمال ” لفظة تأميم “ للتعبير عن نزع الملكية الذى يتخذ  
صورة العموم فى حياة الدولة الاقتصادية والاجتماعية بيد أن هذا الفارق النطاقى

(١) أخذنا هذا التعريف عن التعريف الذى قال به معهد القانون الدولى سنة ١٩٥٢ .  
Théorie de la nationalité 44 Annuaire II 283.  
Katzarov بتعريف مماثل فى كتابه  
sation, 1960, p. 226.

(٢) نقصد بالتأميم غير المباشر التأميم الذى يأتى كعمقوبة على ارتكاب فعل غير مشروع ،  
مثل مصادرة أموال من يرتكب جريمة جنائية أو يتهرب من دفع الضرائب المفروضة .  
وهذه حالات يحكمها القانون الداخلى لكل دولة .



لا أثر له على أحكام القانون الدولي العام فهي واحدة بالنسبة لنزع الملكية والتأميم معا بوصف أن نزع الملكية تعبير عام يندرج تحته التأميم (1) .

ولما كان موضوع هذا البحث هو دراسة مقابل التأميم في القانون الدولي العام فطبعي أن يكون أول ما يتبادر الى ذهن الباحث هو التساؤل عما اذا كانت الدولة التي تمارس التأميم تلتزم بأن تدفع مقابلا للملاك الأجانب أصحاب الأموال المؤتممة أم لا ، واذا افترضنا التزامها بدفع مقابل فما هي أوصاف ذلك الالتزام ؟

ومن هنا سنقسم دراستنا الى ثلاثة أقسام :

- الأول : في مدى التزام الدولة بدفع مقابل التأميم .
- الثاني : في أوصاف مقابل التأميم عندما تلتزم الدولة بدفعه .
- الثالث : في خاتمة للبحث .

#### ١ - هل مقابل التأميم التزام على الدولة المؤتممة :

قلنا أن التأميم غدا في كثير من البلاد منهجاً يعكس عقيدة مذهبية معينة ولذا اختلفت الآراء في الأجابة على هذا السؤال باختلاف العقيدة المسيطرة على صاحب الرأي .

فالرأسمالية الغربية - ومن يدينون بها - ترى أن مقابل التأميم التزام تفرضه قواعد القانون الدولي على الدولة المؤتممة ، بينما تدافع الاشتراكية وأنصارها عن رأى معارض هو أن مقابل التأميم ليس التزاما دوليا على الدولة التي تؤمم ملكية لرعايا أجنب .

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أكثر الدول تحمساً في التسك بفكرة أن مقابل التأميم تفرضه قواعد القانون الدولي على الدولة التي تريد

(a) *Martin Domke* — Foreign nationalizations, A.J.I.L. vol. 55, No.3, (1) 1961, p. 588.

(b) *Paul Guggenheim* — *Traité de Droit International Public*, 1953, T.I. p. 333.

أن تؤم ملكية لرعية أجنبي ، وقد زكت رأيها هذا في النزاع الذى ثار بينها وبين المكسيك بسبب قوانين المكسيك التى أمت الأراضى وصناعة البترول (١) — والتي كانت مصالح رعايا الولايات المتحدة أكثر المصالح الأجنبية تأثراً بها — زكت رأيها بعدة أسانيد يمكن أن نجملها فيما يلى (٢) :

١ — ان التزام الدول باحترام الملكية التى كسبها الرعايا الأجانب بطريق مشروع التزام ينسجم تماما مع الفكرة الغالبة فى القوانين الوطنية ، ولا يقلل من قوة ذلك الالتزام أن فئة قليلة من الدول تحاول الخروج عليه .

٢ — عندما تسمح سيادة اقليمية لأجنبي بأن يملك فهى تضمن بذلك ألا تنزع ملكية هذا الأجنبي الا بمقابل ، وليس مفروضاً أن يتوقع الأجنبي أو دولته أن تلك السيادة الاقليمية ستخل — عن سوء نية — بهذا الضمان .

٣ — ومن ثم فان اخلال السيادة الاقليمية بضمائها هذا يعتبر من قبيل اساءة استعمال السلطة ، والدفاع عنه مؤداه أن أحكام القانون الداخلى هى التى تعلو على أحكام القانون الدولى وتتحكم فيها .

(١) بدأت المكسيك سياسة التأميم منذ سنة ١٩١٧ حيث نصت م ٢٧ من دستورها الصادر فى ذلك العام على تأميم المناجم بما فى ذلك البترول الموجود فى باطن الأرض . ونظراً لأن المحاكم المكسيكية قضت بأن هذا النص لا يطبق بأثر رجعى فقد تبع ذلك سلسلة من القوانين والمراسيم انتهت بمرسوم أصدره الرئيس المكسيكى Cardenas فى ١٨ مارس ١٩٣٨ بتأميم ممتلكات البترول لصالح الحكومة دون مقابل .

كذلك صدر قانون مكسيكى سنة ١٩٢٥ يحرم على الأجانب ملكية الأراضى على مدى مائة كيلومتر من الحدود وخمسين كيلومتراً من شاطئ البحر ، وقد أخذت اقرارات على الأجانب بقبولهم ألا يعاملوا معاملة الأجانب فيما يتعلق بممتلكاتهم وألا يطلبوا الحماية الدبلوماسية من حكوماتهم فى هذا الخصوص والا صودرت أملاكهم ، وكذلك أمت الملكيات الزراعية وحرر على الشركات التى تملك أو تحوز أراضى أن يكون أكثر من نصف رأسها لأجانب .

*L.H. Woolsey — The expropriation of oil properties by Mexico, A.J.I.L.*  
vol. 32, No. 3, pp. 519—520.

*S. Friedman — Expropriation in International Law, 1953, pp. 23 ,24.*

(٢) لخصنا أسانيد كل من الولايات المتحدة والمكسيك عن مقال

*Charbs Cheney — Confiscatory expropriation, A.J.I.L. 1938, vol. 32,*  
No. 4, pp. 759—766.

ولكن هذه الأسانيد— التي قد تبدو عند النظرة الأولى أن لها الوجاهة—  
تفقد الكثير من منطقتها أمام الحجج التي ردت بها المكسيك والتي تتلخص  
أساسا فيما يلي :

١ — لا يعرف فقه القانون الدولي— كما لم يستقر عمل الدولي— على قاعدة  
تجعل من مقابل التأميم التزاما على الدولة المؤممة (١) .

٢ — كل أجنبي يتملك في غير إقليم دولته يتوقع أن السيادة الإقليمية  
يمكنها — لأسباب من السياسة الاجتماعية أو الاقتصادية — أن تنزع ملكيته  
طبقا لما تحدده هي من شروط لاسيا اذا كان مستقبل الأمة مرتبطا بتلك السياسة .

٣ — وليس لهذا الأجنبي أن يدعى حقا في مقابل لأنه يأتي مجازفا  
يبحث عن فائدة شخصية له وهو بهذا يتوقع الحصول على هذه الفائدة  
والحرمان منها كذلك .

٤ — أن القول بالتزام الدولة بدفع مقابل للأجنبي قد يؤدي الى تمييز  
الأجنبي على الوطني في الحالات التي لا تمنح فيها القانون للوطنين حق  
الحصول على مقابل ، وهذا مخالف لمبدأ المساواة في المعاملة بين الوطنيين  
والأجانب (٢) .

ومن أحدث الآراء التي تدافع عن وجهة النظر الغربية البحث الذي  
نشره مارتن دومك (٣) وذهب فيه الى أن التزام الدولة بدفع مقابل للملكية  
المؤممة أصبح مبدأ معترفا به اعترافا عالميا وقد دعم دومك رأيه هذا بسنتين  
هما :

(أولا) أن قوانين التأميم التي أصدرتها ايران ومصر وأندونيسيا  
وكوبا نصت صراحة على دفع مقابل ، وان اختلفت في تحديد الطريقة  
التي يتم بها الوفاء بهذا المقابل .

(١) وهذا ما سيتضح سلامته مما سنعرضه فيما بعد .

(٢) سنعود الى الكلام عن مبدأ المساواة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب فيما بعد .

(٣) مارتن دومك — المرجع السابق — ص ٦٠٣ ، ٦٠٤ .

(ثانياً) أن الدول الاشتراكية ذاتها قد اعترفت بهذا المبدأ في التسويات التي أجرتها مع الدول الغربية ، وقد مثل دومك لتلك التسويات بالاتفاق الذى أبرمته رومانيا مع الولايات المتحدة فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٠ والاتفاق الذى أبرمته مع المملكة المتحدة فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ، وكذا الاتفاق الذى تم بين بولندا وبين الولايات المتحدة فى ١٦ يوليو سنة ١٩٦٠

والحق أن دومك لم يكن دقيقاً فيما ذهب إليه وليس فيما أورده من أدلة ما يؤيد رأيه .

ذلك أن ماورد فى القوانين الداخلية التى عددها دومك لا يستفاد منه أن هذه الدول قد منحت مقابل التأميم طوعية لالتزام دولى يفرضه عليها القانون الدولى العام وإنما هو فيما نرى من قبيل التسوية فى المعاملة بين الوطنيين والأجانب الأمر الذى يؤكد أنه بعض هذه الدول عندما حققت التأميم كاجراء شامل لاعادة تنظيم بنائها الاقتصادى والاجتماعى لم تعترف بأن مقابل التأميم يعتبر التزاماً عليها (١) . هذا فضلاً عن أن القوانين الداخلية للدول ليست مصدراً من مصادر القانون الدولى العام وان جاز أن تكون وسيلة لاثبات وجود قاعدة دولية (٢) . ومن ثم فإن الاعتماد على نصوص هذه القوانين دون تحرى الظروف التى دعت الى ايرادها يهدر القيمة الاستدلالية التى يريد دومك أن يستنبطها منها .

أما التسويات التى تمت بين الدول الاشتراكية من ناحية وبين كل من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا من ناحية أخرى فلا تفيد البتة أن الدول الاشتراكية قد أقرت مبدأ دولى فى خصوص الالتزام بمقابل لما يؤم وانما جاء نتيجة ظروف سياسية معينة أحاطت بكل اتفاق على حدة ولم تصدر عن الاعتبارات القانونية الأمر الذى يحررها من أن تكون دليلاً على مبدأ قانونى معين أو أن

(١) Schwarzenberger — The protection of British property abroad 5, current legal problems, 1952, p. 295 at pp. 296, 298, 301—302, 310.

(٢) الدكتور على صادق أبو هيف — القانون الدولى العام — طبعة ١٩٦١ ص ٢٩

تكون سوابق لاستقرار فكرة قانونية خاصة بشأن المقابل . وهذا يتضح لنا بجلاء لو أننا تفحصنا العوامل التي أحاطت بكل من هذه التسويات على حدة . وحتى نؤكد ما نقول نذكر هنا على سبيل التمثيل :

١ - أن بولندا بررت قبولها دفع مقابل التأميم أملاك رعايا الدول الغربية برغبتها في أن تقيم علاقات اقتصادية مع الغرب في أسرع وقت ممكن (١) . واذن فاعتبارات السياسة هي التي دعتها الى الاتفاق على دفع مقابل للتأميم وليس تأسيسا على مبدأ قانوني .

٢ - وأما يوغوسلافيا فقد قبلت الاتفاق على دفع مقابل للتأميم تحت تأثير الضغط الذي مارسته الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق تجميد رصيد الذهب اليوغوسلافى الذى كان مودعا أثناء الحرب العالمية الثانية والذي تزيد قيمته بكثير عن قيمة الممتلكات الغربية المؤتممة ، وان كانت الولايات المتحدة قد تساهلت في معاملتها حيث صادف ذلك طرد يوغوسلافيا من الكومنفرم الشيوعى .

فاذا أضفنا الى ذلك أن الدول الاشتراكية المذكورة قامت بتأميم بعض الأموال المملوكة لأجانب دون دفع مقابل وأن هذا التصرف لم يكن محل اعتراض في المجال الدولى (٢) لتأكد لنا أنه يكون من التجاوز

(١) فريدمان - المرجع السابق ، ص ٤٨

(٢) من ذلك : في بولندا قوانين التأميم التي صدرت عامى ١٩٤٦ ، ١٩٤٧ ، والتي قسمت الملكية المؤتممة الى قسمين أحدهما يشمل ما كان يملكه الريخ الألماني ومدينة داتزج الحرة ورعاياها من أشخاص طبيعيين وهذه أمت دون دفع مقابل ، أما القسم الآخر فقد قررت له بولندا مقابلا . وقد حذت حذو بولندا - بالنسبة للريخ الألماني ورعاياه - كل من : هنغاريا بمرسوم ١٥ مارس ١٩٤٥ ، وبلغاريا بقانون ٩ مارس ١٩٤٦ ، وتشيكوسلوفاكيا بقانون ٢٨ فبراير ١٩٤٥ ، ويوغوسلافيا بقانون ٥ ديسمبر ١٩٤٦

ونحب أن ننبه هنا الى أن هذا التأميم - بوصفه نال الريخ ورعاياه - لا يعتبر من قبيل التأميم غير المباشر لأنه لم يكن عقوبة تبعية طبقت استناداً الى أحكام القوانين الداخلية العادية وإنما جاء نتيجة تدخل مباشر من الدولة فى الملكية ولذا فهو يندرج تحت التأميم بالمعنى الذى نبهت عليه فى هذا المقال .

أن نزع أن التسويات التي تمت بين الدول الاشتراكية وبين دولتي الغرب بريطانيا والولايات المتحدة يمكن أن تؤخذ كحجة على اقرار هذه الدول بوجود مبدأ دولي يفيد التزام الدولة المؤممة بدفع مقابل للملكية المؤممة لأن السوابق لا تكون عرفا الا اذا تكررت بعقيدة أنها ملزمة . هذا ويعرف العمل الدولي أمثلة لدول أكدت بكل قوة مبدأ أنها غير ملزمة بدفع مقابل ومع ذلك دفعت مقابلا - هو في الغالب مبلغ جزافي - لأولئك الذين نزع ملكيتهم وذلك على سبيل التبرع *ex gratia* أو في حالات الضرورة .

ومن أطرف النظريات التي قيلت في هذا المجال نظرية دافع عنها Diaz أثناء المناقشات التي دارت في المجلس النيابي بأوروغواي بمناسبة القانون الذي صدر في ٢٦ نوفمبر ١٩١١ ليمنح الدولة احتكار التأمين على الحياة وضد الحريق وضد مخاطر الصناعة وغير ذلك من الحالات التي تراها (١) .

وقد ذهب دياز الى دفع مقابل للتأمين ليس مسألة قانونية وانما هي ظاهرة نفسانية تعود الى حياة وتطور الجماعات ، فالدولة التي بلغت مرحلة النضوج الاقتصادي تسارع الى مساعدة من يفقد أمواله ولو كان مرجع ذلك الى عوامل من الطبيعة ، وقيام الدول المتقدمة بهذه المساعدة ليس انصياعا الى التزام قانوني وانما هو وفاء بالتزام أدبي يسهل عليها أداء ما وصلت اليه من كمال اقتصادي . في حين أن المجتمعات الحديثة - أي التي تمر بطور النمو - لا تنجد من ثروتها القومية قدرة على النهوض بشعبها الى المستوى اللائق نظرا لضعف مواردها . ومقابل التأمين - عند دياز - تحكمه ذات العوامل النفسانية السابقة حسب ظروف كل دولة على حده .

(١) Jeze — Le monopole public des assurances en Uruguay, Revue de Droit public et de Science politique, 1913, p. 12.

(b) Scelle — Le monopole des assurances en Uruguay,

مجلة القانون العام والعلوم السياسية - المرجع السابق ، ص ٦٧٥

ونظرية دياز هذه نظرية لها اغراؤها بالنسبة للدولة الحديثة وهو لا تخلو في عمومها - من وجهة منطقية الا أننا نأخذ عليها أنها أغفلت اعتبارات القانون الدولي العام وراحت تبحث عن مبررات من النفسانيات المحلية للدول في حين أنه كان من الأسلم أن تحاول تعليل الفكرة على أسس من القانون والمبادئ الدولية لأننا اذا أردنا أن نعطي حكماً صحيحاً فيما يتعلق بمدى التزام الدول بمقابل التأميم يجب أن نتأسس على القانون الدولي العام فحسب .

فما هو حكم القانون الدولي العام في هذا الخصوص ؟

الواقع أن استقرار ما جرى عليه العمل الدولي وتقصى الاصلاحات الاقتصادية والاجتماعية الشاملة التي تحققت عن طريق التأميم يورى أنه من المستحيل أن ننتهى الى أن هناك قاعدة قانونية دولية ملزمة بمقتضاها يكون لأصحاب الملكية - الوطنيين منهم والأجانب - حق أن يتلقوا مقابلاً للملكيتهم المؤممة . وللتدليل على ذلك نسوق الأمثلة التالية :

(أولاً) في فرنسا عندما قامت الثورة الفرنسية الكبرى عملت على تحطيم نظام الاقطاع سواء في الحقل الاقتصادى أو السياسى فألغت الملكية الاقطاعية للأرض ، وملكية الأراضي في ذلك الوقت كانت تعتبر أقيم أنواع الملكية وقد أعلنت الجمعية الوطنية في ٤ أبريل ١٧٨٩ الغاء النظام الاقطاعى وأمت الحقوق الاقطاعية بالنسبة للأوقاف وذلك دون تعويض أو مقابل ثم أكد ذلك مرسوم ٣ نوفمبر ١٧٨٩ ، وفي مرسوم ٢ نوفمبر ١٧٨٩ وضعت أملاك الكنيسة تحت تصرف الأمة . وقد برر مبرابو ذلك التصرف بأن حقوق الملكية انما تستمد من القانون ، ومادام أن القانون هو الذى يخلق الملكية فانه يستطيع أن يقضى عليها . ولا ننسى هنا المبدأ الذى قالت به الثورة وهو أن سيادة الشعب لا ترتبط بمعاهدات الطغاة (١) .

(ثانياً) في روسيا : بعد أن قامت ثورة أكتوبر ١٩١٧ - وسيرا على هدى المنهج الماركسى - قامت روسيا السوفيتية بتأميم كافة مصادر

Chenon — Les demembrements de la propriété foncière en France, 1923, p. (١)

97 et seq.

الانتاح فيها دون مقابل وكان ذلك التصرف مبعث احتجاج الدول الغربية التي راح بعضها (مثل فرنسا) يطالب باعادة الأملاك الى رعاياها وراح البعض الآخر يطالب بتعويض رعاياها عن أملاكهم الموقمة ، وفشلت المؤتمرات المتتالية (١) في دفع الاتحاد السوفيتي الى الاقرار بالتزامه بدفع مقابل لأموال الأجانب التي أمت اذ تمسك بعدم مسئوليته عن الاصلاحات الاشتراكية التي حققها ولم يقبل دفع أى مقابل للملكيات الموقمة . صحيح أن هذه الخلافات قد سويت باتفاقات بين روسيا والدول الغربية ولكن روسيا قبلت في هذه الاتفاقات دفع المقابل على أساس أنه عنصر واقعي de facto من تسوية مالية واقتصادية واسعة مع الدول الغربية دعت اليها الظروف في حينها . ولم يكن ذلك مطلقا من قبيل الاقرار بمبدأ قانوني وضعي يجعل مقابل التأميم الزاميا على الدولة في مثل تلك الظروف . ذلك أن الاقتصاد الروسي بدأ منذ ١٩٢١ يعاني من آثار الحرب الأهلية وماتبعها من تدخل أجنبي الأمر الذي دعى روسيا الى البحث عن عون مالي من حلفائها السابقين والسعى الى أن تحصل على اعترافهم بها ، ومن هنا مهد الطريق للتسوية .

بيد أننا لو أمعنا النظر في التسويات المختلفة لتأكد لنا أنها لا تعنى في شيء أن روسيا دفعت مقابلا قانونيا للملكية الأجنبية التي أمت بل قد تكون على العكس اقرارا من الغرب بعدم قيام مبدأ في القانون الدولي العام الوضعي بهذا المعنى .

ففي ٨ أغسطس ١٩٢٤ وصلت روسيا وبريطانيا الى اتفاق كمحاولة للوصول الى تسوية نهائية فيه قبلت بريطانيا - من حيث المبدأ - مطالب روسيا القائمة على التدخل واعترفت بإمكان التفاوض بها مع مطالب الرعايا البريطانيين التي صودرت أملاكهم في روسيا ، كما وعدت بريطانيا بتقديم قرض لروسيا - ولكن هذه المعاهدة لم تنفذ لأن حزب المحافظين الذي

(١) وهما مؤتمر كان الذي عقد في يناير ١٩٢٢ ومؤتمر لاهاي الذي عقد في يوليو ١٩٢٢



تولى السلطة بعد ذلك ببضعة أشهر رفض التصديق عليها . ومعنى هذا الاتفاق أن بريطانيا تنازلت في الحقيقة عن المقابل الذى تطالب به لرعاياها لقاء تأميم أملاكهم في روسيا لأن المقابل الذى ارتضته هو التعويضات التى زعمتها روسيا نظير مانالها من أضرار بسبب التدخل الأجنبي ، ومع ذلك فان هذا الاتفاق لم ينفذ (١) .

أما بالنسبة لفرنسا فقد قبلت روسيا بمناسبة اعتراف فرنسا بها — أن تختار فرنسا مؤقنا الأملاك الروسية في فرنسا ، وهكذا سويت المسألة تسوية واقعية . وقد أدى تنازل روسيا عن ممتلكاتها في فرنسا الى استئناف العلاقات التجارية بين البلدين وتناسى المطالب الفرنسية ، وأخيرا الى ابرام اتفاق تجارى في ١٩٣٤ (٢) .

ولم يختلف الأمر كثيراً بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية ذلك أن اتفاق Litvinov في ١٦ نوفمبر ١٩٢٣ نص على أن تنوب الولايات المتحدة عن روسيا في تطبيق اجراءات التأميم الروسية على الممتلكات الروسية في الولايات المتحدة وذلك لمقابلة مطالب الرعايا الأمريكيين الذين أمتت أموالهم في روسيا (٣) . فاذا علمنا أن قوانين التأميم الروسية ما كان لها أن تنفذ في الولايات المتحدة لولا قبول حكومة الولايات المتحدة وأن ما حصلت عليه الولايات المتحدة من هذا السبيل لم يتجاوز مليونى دولار لقاء أملاك رعاياها التى تتراوح قيمتها بين ثلثمائة وأربعمائة مليون دولار لانضح لنا أن المقابل الذى حصلت عليه الولايات المتحدة كان عنصرا واقعيا فعلا في التسوية التى تمت ولم يكن وفاء بالتزام قانونى .

(ثالثا) في مؤتمر باريس الذى عقد ١٩٣٠ لتقنين الأحكام الدولية الخاصة بمعاملة الأجانب ، فقد عرض على اللجنة التى عهد اليها بموضوع

(١) فريد مان — المرجع السابق ، ص ٢١ ، ٢٢

(٢) 167 League of Nations Treaty Series (1936), p. 349.

(٣) Edwin Brochard — Extraterritorial confiscations, A.J.I.L. vol. 36, No. 2, (٣) pp. 275—282.

التأميم اقترح بأن يتضمن مشروعاتها نصا بشأن مقابل التأميم ولكن اللجنة رفضت الاقتراح بأغلبية ثلاثة عشر صوتا ضد خمسة أصوات (١) .

وقد اقترح المندوب الهولندي ادخال العبارة التالية في البروتوكول (٢) ” أن هذه الفقرة لا تمس بأى حال المقابل الذى يقتضيه القانون الدولى ،، ولكن اللجنة رفضت هذا الاقتراح أيضا بأغلبية عشرة أصوات ضد خمسة أصوات .

وهذا الاتجاه يدل بجلاء على أن القانون الدولى العام الوضعى لا يحوى قاعدة تلزم بدفع مقابل للتأميم . اذ لامراء فى أن أعمال هذا المؤتمر تعكس الصورة الصحيحة للقانون الدولى العام الوضعى وأحكامه فى هذا الخصوص .

وهذا هو ما يستفاد مما جاء فى التقرير الذى قدمه M. Politis للمؤتمر حيث قال أن الأجانب الذين أقاموا فى بلد وتمتعوا بحماية قوانينها واستفادوا من مزايا سلطتها الادارية يجب أن يساهموا فى أعباء ذلك البلد ولو كانت تلك الأعباء ذات صفة استثنائية وتتضمن تضحيات قد تصل فى بعض الحالات الى الحرمان الكلى أو الجزئى من الملكية (٣) .

ومن ثم فإننا نعود فنكرر - بعد هذا العرض - أن القانون الدولى العام الوصفى لا يحوى قاعدة تقييم الزماما على الدول التى تتخذ من التأميم سياسة لاعادة تنظيم بنائها الاقتصادى والاجتماعى بدفع مقابل لما تقوم بتأميمه من أموال .

(١) راجع أعمال المؤتمر . League of Nations Doc. C. 97 M. 23, 1930, II, p. 274.

(٢) والنص الانجليزى للاقتراح هو :

“This paragraph is no way prejudices the compensation required by International Law”.

(٣) راجع أعمال المؤتمر - المرجع السابق ، Annexe, A. 33. p. 523 et seq.

والحق أن قولنا هذا لا يتفق مع ماجرى عليه عمل الدول — كما أورينا —  
فحسب بل انه ينسجم كذلك مع طبيعة أحكام القانون الدولي العام ذاتها .

ذلك أن القانون الدولي العام انما يعمل على التنسيق بين المصالح المختلفة  
للدول ، وهو في قيامه بهذه المهمة يجب أن يتخذ موقفا محايدا يتفق ومبدأ  
المساواة بين الدول الذي هو أحد المبادئ الأساسية فيه ومن ثم فليس  
للقانون الدولي أن يقف عائقا يحول دون تقدم الدول وتطورها وذلك عن  
طريق تحيزه لمذهب اقتصادى أو اجتماعى لصالح مذهب اقتصادى أو اجتماعى  
آخر بل عليه أن يترك الأمر في ذلك للاختصاص الداخلى لكل دولة .

ولما كانت الجماعة الدولية تواجه اليوم صراعا مذهبيا بين الاشتراكية  
والرأسمالية فإن القانون الدولي العام يجب أن يتهج منها محايدا بالنسبة لهذا  
الصراع ، ومن مقتضى هذا الحياد أن يجنب أحكامه أية قواعد قد تحول بين  
دولة وبين تطبيق أى المذهبين تشاء داخل حدودها .

ولما كان التأميم هو وسيلة كثير من الدول التى تنحو المنحى الاشتراكي  
بقصد إعادة بنائها الاقتصادى والاجتماعى ، ولما كانت هذه الدول ذات  
موارد اقتصادية ومالية محدودة وهى لذلك تريد معالجة هذا الفقر عن طريق  
برنامج اشتراكي كامل ، لذلك فهى كثيرا ما تكون فى وضع مالى لايسمح  
لها بأن تدفع مقابلا للملكيات التى تقوم بتأميمها . ومن هنا كان الزام هذه  
الدول بأن تدفع مقابلا للتأميم — فى مثل تلك الحالة عبئا فادحا يتقل كاهلها  
ويقف حائلا دون تحقيقها لبرامجها الاقتصادية والاجتماعية الجوهرية ،  
وفى معنى آخر فإن الزام الدولة فى وضع كهذا بدفع مقابل للتأميم ان هى  
شاءت أن تؤم انما يعادل منعها من تنفيذ سياستها التقدمية الاقتصادية  
والاجتماعية (١) فهو حرمان لها من حق طبيعى وخروج بالقانون الدولي العام

(١) *Strupp* — Le droit du juge international de statuer selon l'équité،

مجموعة محاضرات لاهاي ، سنة ١٩٣٠ — ص ٤٧٥

(٢) *Herz* — Expropriation of Foreign property, A.J.I.L. 1941, pp. 243, 362.

عن طبيعته التي هي المساهمة في رقي الأمم ومجافاة للمبادئ العامة المستقرة فيه والتي تجعل مثل هذه الأمور من صميم الاختصاص الداخلي للدول وانه ليستحيل على القانون الدولي العام أن يبقى بقواعده التي تحمي الملكية الخاصة بعيدا عن هذه الأقطار العالمية وليس لزاما أن ما كان يعتبر تعسفا منذ نصف قرن يظل كذلك بهذا الوصف حتى الآن (١) .

ومن هذا نخلص الى أن التأمين الذي يرتبط بتغييرات جوهرية في البناء الاقتصادي والاجتماعي للدولة أو ذلك الذي يرمى الى استبعاد رأس المال الخاص من بعض قطاعات الاقتصاد القومي — أو بمعنى آخر التأمين الذي يتخذ صفة العموم فلا يحدد شخص مالك المال المؤمن — لا يقيم التزاما على الدولة بدفع مقابل .

ولكن التأمين قد يكون فرديا بمعنى أنه ينصب على أموال شخص بعينه فحسب — سواء أكان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا — ومن ثم فهو لا يترجم سياسة عامة للدولة في هذا الخصوص ، فما هو الحكم هنا بالنسبة لمقابل التأمين .

الواقع أن هذا الفرض يختلف عن الوضع الذي استعرضنا ما جرى عليه العمل بشأنه لأن مثل فرنسا وروسيا كانا خاصا بتأمين عام ، وتلك هي الصورة التي كانت في ذهن المؤتمر أثناء مؤتمر باريس بشأن معاملة الأجانب . هذا فضلا عن أن ما ذكرناه بشأن مقابل التأمين انصب أساسا على التأمين الذي يحقق برنامجاً عاماً للإصلاح الاقتصادي والاجتماعي . ومن ثم فإن ما انتهينا إليه بشأن المقابل بالنسبة للتأمين العام لا ينصرف الى المقابل في حالة التأمين الفردي ، وتبعاً فإن الدولة تلتزم — في حالات التأمين الفردي — بدفع مقابل للملكية المؤمنة . لا سيما وأن الدول التي تأخذ بالتأمين في صور فردية وجزئية تقر عادة بمقابل لرعاياها عما تؤممه من أموالهم ، فالقول بأنها لا تلتزم بهذا

(١) Briery — Règles générales de la paix .

مجموعة محاضرات لاهاي ، سنة ١٩٣٦ جزء ٤ ص ١٧١

المقابل اذا ائمت ملكية رعية أجنبي يخالف مبدأ المساواة فى المعاملة بين الوطنى والأجنبي فى هذا المجال .

وعلى هدى مما سبق نستطيع أن نقول أن القانون الدولى العام الوضعى لا يقيم التزاما على الدولة بدفع مقابل لقاء التأميم العام — أى الذى لا يحدد فيه شخص المالك — بينما يقيم هذا الالتزام اذا كان التأميم فرديا — أى حدد فيه شخص المالك . وهذا هو الرد الصحيح فى رأينا على السؤال الذى جعلناه عنوانا لهذا الشطر من البحث (١) .

### أوصاف مقابل التأميم

أما قد وانتهينا الى أن أحكام القانون الدولى العام الوضعى لا تلزم الدولة بدفع مقابل التأميم الا اذا كان التأميم فرديا ( أوقبت الدولة ما أدها بمنح مقابل ) فبدى أن يسوقنا ذلك الى بحث ما اذا كان التزام الدولة بدفع مقابل فى هذه الحالة غير مقيد أم أن هناك أوصافا معينة تلزم الدولة بمراعاتها فى وفائها بمقابل التأميم .

وقد جرت عادة الفقه على أن يناقش فى هذا الخصوص ثلاثة أوصاف هى : الفورية والعدالة والفعالية ، وتلك هى الأوصاف التى سنعرض لها بمزيد من التوضيح فيما يلى .

المقابل الفورى : يقصد بالمقابل الفورى أن يحدد القانون الصادر بالتأميم قيمة المقابل وأن ينص على دفعه فور تسلم الدولة للأموال المؤممة .

وعلى هذا فان القانون الذى يترك للدولة تحديد مقابل التأميم فى المستقبل أو الذى ينص على دفع المقابل على مدى بعيد هو قانون يخل بالصفة الفورية للمقابل .

(١) قارن :

Joyee Gutteridge — Expropriation and Nationalization in Hungary, Bulgaria and Rmania the Int. and C.L.Q. vol. 12, P.1. , 1952, p. 14.

وقد دافع عن فورية المقابل بعض الفقهاء وأخذت بذلك بعض الأحكام وذهبت إليه بعض الدول في مطالبتها بمقابل عن ملكية رعاياها المؤممة .

فالمادة العاشرة من مشروع هارفارد رقم ١٢ تنص على أن يدفع جزء معقول من المقابل فوراً أما الباقي فيوفى بسندات معادلة للقيمة السوقية المعادلة تدفع فوائدها فوراً (١) .

وقد أخذ الحكم الصادر سنة ١٩٢٢ في منازعة المطالب الترويجية ضد الولايات المتحدة الأمريكية بالصفة الفورية للمقابل متأثراً في ذلك بالأحكام الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية (٢) .

كما تتمسك الولايات المتحدة الأمريكية بأن يكون مقابل أموال رعاياها المؤممة في الخارج فوراً حسبما يستفاد من تصريحات المسؤولين فيها وكما جاء في مذكراتها للحكومة كوبا (٣) .

الصفة الفورية للمقابل هي التي اتفق عليها في المعاهدات المبرمة بين المملكة المتحدة وإيران (٤) ، وبين جمهورية ألمانيا الاتحادية والباكستان (٥) .

(١) والنص يجرى كالاتي :

“A reasonable part of the compensation due is paid *promptly*, bonds equal in fair market value of the remainder of the compensation and bearing a reasonable rate of interest are given to the alien and the interest is paid *promptly*”.

1960 A.S.I.L. Proceedings ,103.

1. Int. Arb. Awards 307 (1922). (٢)

40 Dept. of State Bulletin 958, 41. (٣)

(٤) جاء في م ١٥ من معاهدة ١١ مارس ١٩٥٩ ما نصه :

“... and shall receive *prompt*, adequate and effective compensation for any such measures”.

9 Int. and Comp. Law Q. 311 (1960).

(٥) وقد جاء في م ٣ من المعاهدة المبرمة في ٢٥ نوفمبر ١٩٥٩ ما ترجمته بالانجليزية :

“... Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without *undue delay*”.

Bundesrat Doc. No. 11/61.

ومما هو جدير بالذكر أن قرار رئيس الجمهورية المصرية بالقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ الخاص بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية (شركة مساهمة مصرية) قرر دفع مقابل فوري اذ نص على أن «يعوض» المساهمون وحلة حصص التأسيس عما يملكونه من أسهم وحصص بقيمتها مقدره بحسب سعر الاقفال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون في بورصة الأوراق المالية بباريس وأن يتم دفع هذا «التعويض» بعد استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركات المؤممة .

والحق أننا لا نستطيع أن نقيد سلطة الدولة في دفع المقابل فورا لأن كثيرا من الاعتبارات الداخلية للدول قد تحول دون ذلك ، ويبدو لنا أن القائلين بفورية المقابل متأثرون بنصوص القوانين الوطنية التي تشترط أحيانا الوفاء بالمقابل قبل تجريد المالك من ملكيته . أما في مجال القانون الدولي فإنا لا نستطيع - رغم تلك الآراء والأحكام المتناثرة التي عرضنا أمثلة لها - أن نقول أن هناك سوابق حاسمة تفرض أن يكون المقابل فوري الدفع (١) .

ولذلك نجد مثلا أن الحكم الهام الذي صدر سنة ١٩٢٨ في التحكيم بين ألمانيا ورومانيا بشأن منازعة Goldenberg نص على أن يدفع المقابل بأسرع ما يمكن (٢) . وهذا الوصف لا يعنى الفورية لأنه ترك الدفع لمكنة الدولة وكل ما هنا لك أنه قيد تلك المكنة بأن تكون هي أسرع مكنة تستطيعها الدولة .

وكان الحكم الصادر سنة ١٩٣٠ في التحكيم بين البرتغال وألمانيا بشأن مطالب البرتغال في خصوص ما قامت به ألمانيا الى تاريخ دخول البرتغال الحرب ، كان ذلك الحكم أكثر منطقا اذ اكتفى بأن يدفع المقابل خلال

(١) فريدمان - المرجع السابق ، ص ٢١٨

(٢) 2 Int. Arb. Awards 90 (1928).

فترة معقولة (١) . وبديهي أن معقولة فترة دفع المقابل مرتبطة بظروف الدولة وأحوالها وما قد تعانية من صعاب .

كذلك نجد أن كثيرا من الدول التي تنص قوانينها الصادرة بالتأميم على دفع المقابل خلال عدة سنوات تتراوح عادة بين عشرين وثلاثين عاما من ذلك مثلا قانون الاصلاح الزراعي الكوي الذي صدر في ٣ مايو ١٩٥٩ نص على أن يدفع المقابل بسندات اصلاح زراعي مدتها عشرون عاما بفائدة لا تتجاوز ١,٥ ٪ وأن شروط الدفع ستحدد في وقت مناسب .

كذلك المادة الثانية من القانون العربي رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم جميع البنوك وشركات التأمين في الجمهورية العربية المتحدة وتأميم الشركات والمنشآت الميينة في الجدول المرافق لهذا القانون على أن تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المشار اليها الى سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشر سنة بفائدة ٤ ٪ وتكون السندات قابلة للتداول في البورصة وبمجاز للحكومة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراح في جلسة علنية .

ومثل هذا الحكم أخذت المادة الثانية من القانون العربي رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ بشأن تحديد ملكية الفرد في ١٥٩ شركة (٢) .

وازاء افتقارنا الى سوابق حاسمة في العمل الدولي أو أحكام القضاء الدولي ونظرا لانقسام الفقه في هذا الخصوص وطواعية لمنطق الأمور الذي يتجاني مع القول بأن المقابل يجب أن يدفع فورا بغض النظر عن الاعتبارات المحلية للدولة المؤتممة نرى أن الفورية ليست وصفاً لازما من أوصاف المقابل وأن الأمر في ذلك مرده لكل دولة مادامت لا تسيء استعمال سلطتها وانما تصدر في تصرفها عن حسن نية وطبقا لما تقضى به مصلحتها العامة .

(١) Annual Digest (1929—1930) p. 150 at p. 151.

(٢) الدكتور اسماعيل هاشم - خصائص واقتصاديات المجتمع العربي ، سنة ١٩٦١ ،



المقابل العادل : المقابل العادل هو المقابل الذى يعادل كامل قيمة الملكية المؤتممة . وطبعى أن المقابل لا يكون عادلا بالمعنى الصحيح الا اذا كان عينيا *restitutis in integrum* وهذا هو ما طالب به فعلا المندوب الفرنسى — بالنسبة للتأميمات الروسية — فى مؤتمر لاهاى سنة ١٩٢٢ ، و لكن المندوب البريطانى عقب بأنه لا يمكن الزام روسيا بذلك وأن السؤال الذى يجب طرحه هو : هل ستعيد روسيا الملكية المصادرة الى ملاكها السابقين أم أنها ستمنح هؤلاء مقابلا لها (١) .

وبديهى أنه يستحيل الدفاع عن وجهة نظر المندوب الفرنسى هذه لأنها تعنى تقييد حرية الدولة والتدخل فى أمور هى من صميم السيادة الداخلية لا سيما والتأميم أصبح حقا من الحقوق التى لا منازع فى تمتع الدولة بها .

واذن فماذا يقصد بالمقابل العادل ؟

اختلفت فى ذلك الآراء . فعند هايد Hyde (٢) يكون المقابل عادلا اذا كان يمثل القيمة السوقية للملكية المؤتممة مقدرة بطريقة نزهة . ولكنه لا يعتمد فى تقدير هذه القيمة بالخدمة التى أعد المالك ماله لأدائها ونفى بالخدمة التى كان المال صالحا لتقديمها ، وهو لذلك لا يضع الامكانيات المستقبلية فى اعتباره الا بقدر تأثيرها على القيمة السوقية الحالية .

وقد أشارت محكمة التحكيم الدائمة فى منازعة المطالب النرويجية ضد الولايات المتحدة (٣) الى القيمة السوقية العادلة وأوضحت أنه كقاعدة عامة

*Potemkin* — Histoire de la diplomatie, vol. 3, p. 204. (١)

ولما كان استبعادنا لهذه النظرة قائماً على أنها تنتهك السيادة الإقليمية للدولة فان هذا لا يعنى أن الدول تستطيع بارادتها أن تقبل تسوية المنازعات فيما بينها على أساس المقابل العيني ، ومن ذلك مثلا م ٩ من اتفاق سنة ١٩٢٣ بين الولايات المتحدة والمكسيك بشأن لجنة المطالب العامة .

*Hyde* — Compensation for Expropriation, 33 A.J.I.L. (1939) pp. 108—112. (٢)

(٣) وقد سبق أن أشرنا الى هذا الحكم ، راجع :

United Nations, 1 Reports of Int. Arbitral Awards, p. 307 at p. 339.

فان الظروف غير العادلة التي تنجم مثلا من أسعار المضاربة لا يمكن أن تكون أساسا لتقدير المقابل .

أما محكمة العدل الدولي الدائمة فقد ذهبت في حكمها بشأن منازعة ديمبلدون (١) سنة ١٩٢٣ الى أن المقابل يجب أن يعالج الخسارة المتحملة ولكنها قضت في منازعة مصنع شورزاد سنة ١٩٢٨ بأن المقابل معادلا للقيمة الكلية . بيد أننا لوراجعنا حيثيات الحكم الخاص بمنازعة شورزاد لتبين لنا أن المحكمة تأسست فيما ذهبت اليه على أن الفعل غير مشروع (٢) وهذا فرض يخالف الفرض الذي نتناوله في هذا البحث لأن حكم القانون الدولي العام بالنسبة للفعل غير المشروع واحد سواء اتخذ هذا الفعل غير المشروع صورة تأمين أو صورة أخرى ونحن لا نبحث هنا مدى المسئولية الدولية عن التصرفات غير المشروعة وإنما نعالج مقابل التأمين بوصف أن التأمين حق تمارسه الدولة .

ونلاحظ أن هذه الآراء تتجمع كلها حول فكرة أن المقابل يجب أن يوازن الخسارة الناجمة موازنة تامة ، ولذلك فإن أنصار هذه الآراء — على اختلاف المعايير التي يأخذون بها — يرون أن تقدر قيمة الأموال المؤممة على عناصر من الواقع ، ومن ثم فهم لا يقرون بتقدير هذه الأموال على أساس قيمتها الضرائبية (٣) بدعوى أن القيمة الضرائبية تعتمد على عوامل تختلف تماما عن العوامل التي يجب أن تكون محل اعتبار في تقدير قيمة الملكية المؤممة (٤) .

(١) Series A, No. 1, p. 33.

(٢) ذلك أن المحكمة أوردت في حكمها ما نصه :

“In estimating the damage caused by an unlawful act ...”.

P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 31.

(٣) كما فعل قانون سنة ١٩٣٨ المكسيكي بشأن تأمين البترول . راجع :

Woetley — The Mexican Oil Dispute 1938—1946, 43 Grotius Society Transactions  
15, 25. (1959).

وكذا القانون الكوبي رقم ٥٨٨ الصادر في أكتوبر سنة ١٩٥٩ الخاص بالاصلاح الزراعي .

(٤) ومن الجدير بالذكر هنا أن قرار رئيس الجمهورية العربية بقانون تأمين شركة قناة =

ونحن نرى أن هذه الأفكار - بمعاييرها المتعددة - غير ممتنعة وهي ذات قيمة نظرية أكثر منها عملية لأن عدالة المقابل تحكها - في عقيدتنا - وقائع وظروف كل حالة على حدة . هذا فضلا عن اختلاف الآراء يدل على عدم وجود قاعدة دولية وصفية تحكم الحالة المبحوثة .

والصحيح في تقديرنا - أن المقابل يكون عادلا اذا لم يترتب على الطريقة التي اتبعتها الدولة في تقديره والوقت الذي حددته للوفاء به أن ينقلب في حقيقته الى مصادرة

وتأسيسا على قولنا هذا نرى :

١ - أنه يجب - عند تقدير المقابل - أن نضع في اعتبارنا المكنة الفعلية للدولة المؤممة فقيرة الدولة ماليا واقتصاديا هي التي تحدد مدى عدالة المقابل الذي تقدره للمال المؤم .

وهذا هو ما أخذت به محكمة الاستئناف الألمانية في برن سنة ١٩٦٠ في منازعة التبغ الأندونيسي (١) .

---

=السويس قوم أسهم الشركة وحصصها على أساس قيمتها السوقية العادلة إذ قدرها حسب سعر آخر اقبال سابق على صدوره في بورصة الأوراق المالية بباريس .

في حين أن قانون التأميم الكوبي الصادر في ٦ يوليه ١٩٦٠ - والخاص بالأمريكيين والشركات الكوبية الخاضعة للإشراف الأمريكي - نص على أن يدفع المقابل في صورة سندات على الدولة بأجال لا تقل عن ثلاثين عاماً فائدتها السنوية ٢٪ تدفع فقط من الرصيد الذي يتكون كل عام من دفع ٢٥٪ من العملة الأجنبية التي تحصل عليها كوبا من مشتريات الولايات المتحدة للسكر فيما يزيد على ثلاثة ملايين طن . وهذا الرصيد لم يتكون بعد لأن الولايات المتحدة انقصت حصتها في المشتريات أولا ثم الغتها فيما بعد (بالنسبة لسنة ١٩٦١) . وقد حكمت المحاكم الأمريكية في منازعة Banco Nacional de Cuba ضد Sabbatino بأن هذا المقابل غير عادل .

راجع دومك - المرجع السابق ، ص ٦٠٦ ، ٦٠٧

(١) وقد جاء في (1960) 317 A.J.I.L. 45 أن ما قالته المحكمة في هذا الخصوص نصه :

“Compensation as so time and amount must therefore be made in accordance with the conditions of the expropriating State”.

ونحن نرى أن الحكم المذكور يجب أن يولى أهمية كبيرة لأنه حكم حديث وتبعاً فهو يمثل =

وحجتنا في ذلك أن الأجانب يجب أن يتحملوا عبئا من المساهمة في التطور الاقتصادي للدولة التي توجد أموالهم بأقليمها وذلك مقابل ما يحصلون عليه من فوائد اذ القاعدة أن الغرم بالغنم (١) .

ويؤيد قولنا هذا ذبوع الاتفاقات الدولية التي يقدر فيها المقابل بطريقة اجمالية جزافية ، مثال ذلك اتفاقات السلام (٢) التي أبرمت بعد الحرب العالمية الثانية - في ١٠ فبراير ١٩٤٧ - والتي قبلت بمقتضاها الدول الكبرى لاعتبارات سياسية واقتصادية - أن يقتصر المقابل على ثلثي المبلغ اللازم لمعالجة الخساره . كذلك قامت انتسريات التي أجزتها دول أوروبا الشرقية بشأن برامج التأميم التي نفذتها بعد الحرب العالمية الثانية على مبدأ المقابل الجزافي (٣) .

==الاتجاهات الأخيرة في الموضوع محل البحث ، هذا ولا ننسى أنه صدر من محكمة في المانيا الغربية أى من محكمة من محاكم أوروبا الغربية وليس أوروبا الشرقية .

قارن ما قاله Chael de Vicscher في كتابه Théories et Keabités en Droit Inter national, 1953, p.238 حيث يفرق بين نزع الملكية والتأميم ويرى أنه في الوقت الذي يتم فيه نزع الملكية باعطاء مقابل كامل فان التأميم يعطى فقط مقابلا جزئياً فقط . وتفرقة دى فيشر بين نزع الملكية والتأميم تقوم على أن نزع الملكية اجراء فردى أما التأميم فاجراء ذو نطاق واسع . (١) ويذهب رأى مخالف الى أن تسامح الدولة في بعض حقوقها كجزء من مساومته لا يعتبر تنازلا منها عن قاعدة القانون التي تؤيد ذلك الحق . ويستشهد أصحاب هذا الرأى بحالات قبلت فيها الدولة تسوية جزئية ولكنها نصت صراحة على أن هذا القبول لا يعنى تنازلا عن مبدأ التعويض (المقابل) الكامل ، من ذلك تحفظ مندوب المملكة المتحدة - هذا المعنى في اللجنة الاقتصادية لايطاليا أثناء تصويت بلاده على مقترحات المقابل الجزئى .

Committee on the Study of Nationalization, American Branch, International Law Association, 1957-1958 Proceedings and Comittee Reports 61, 67.

ونحن نلاحظ على هذا الرأى أنه يتمثل بأراء القلة من الدول الغربية - مثل بريطانيا - التي لازالت تتمسك بمبادئ عفت في شأن التأميم ، هذا فضلا عما أننا حتى لو افترضنا أن هذا التحفظ قد تكرر في أكثر من مناسبة فانه لا قيمة له عملا لأن الواقع يجرى على دفع مقابل جزافي الأمر الذي يهدر قيمة الاستشهاد الى حد كبير .

(٢) Martin — Private Property, Rights and Interests in the Paris Peace Treaties, 24 Brit. Yr .Bk. of Int. Law 273, 284 (1947).

(٣) 1960 A.S.I.L. Proceedings 112.

٢ - المقابل لا يغطي الا الأثر المباشر فقط للتأمين بوصف أن التأمين هو السبب وتلك الآثار هي السبب . أما الأضرار غير المباشرة - سواء كانت الافقار الناجم بطريق غير مباشر عن التأمين أو مافات المالك من ربح مستقبل - فلا تدخل ضمن عناصر تقدير التأمين في حالتنا هذه لأن مثل هذه الأضرار لا يدفع عنها مقابل الا في حالة المسؤولية التقصيرية أما الصورة المفروضة في بحثنا هذا فتتناول التأمين بوصفه حقاً تمارسه الدولة (١) .

ويرتبط بمسألة عدالة المقابل أمر تحديد الوقت الذي نقدر فيه قيمة المال المؤم ، أهو وقت صدور قانون التأمين ، أم تاريخ تحقق الآثار المترتبة على التأمين ، أم تاريخ مطالبة المالك بمقابل التأمين ، أم تاريخ اقرار الدولة المؤممة بدفع مقابل التأمين ، أم غير ذلك من التواريخ ؟

يبدو لنا من استقرار أحكام محاكم التحكيم المختلفة (٢) أن تلك المحاكم تميل عادة الى التفرقة بين ما اذا كان المال معدا للبيع أو اذا لم يكن معدا للبيع . فاذا كان المال معدا للبيع فإنها تقدر قيمته في تاريخ تجريد المالك من أمواله حيث أن المال كان يمكن أن يباع في ذلك التاريخ ، اما اذا كان المال غير معد للبيع فإنها تقدر قيمة في تاريخ منح المقابل إذ أن المالك يستطيع أن يحتفظ بماله حتى ذلك التاريخ .

بيد أن هذه التفرقة تعتمد - في رأينا - على ظروف قدرية ، ولذلك فإننا نفضل عليها معياراً أخذت به محكمة العدل الدولي الدائمة في أحد أحكامها وهو تاريخ انتقال ملكية المال الى الدولة (٣) .

(١) الأستاذان الدكتور حامد سلطان والدكتور عبد الله العريان - أصول القانون الدولي ، سنة ١٩٥٣ ، ص ٢٤٤ - ٢٦٦

(٢) *Vedel — Détermination et exécution de la riparation due par l'Etat dont la responsabilité a été reconnue* (1936) p. 21.

(٣) وهو الحكم الصادر في منازعة شورزاد السابق الاشارة اليه . وقد قسمت المحكمة نزاع الملكية الى مشروع وغير مشروع وأخذت بالمعيار الذي ذكرناه في المتن بالنسبة لنزع الملكية المشروع . ونظراً لأننا كررنا أكثر من مرة أن صورة التأمين المبحوثة هنا تفترض أن التأمين مشروع فقد اقتصرنا على ايراد المعيار الذي تبنته المحكمة بالنسبة لنزع الملكية المشروع .

المقابل الفعال : يقصد بالمقابل الفعال - أو المجدى - الذى تكون له قيمة اقتصادية فعلية بالنسبة للمالك السابق للاموال المؤممة .

ومن ثم فان تقدير فعالية المقابل مرتبط بمكانة المالك السابق على الاستفادة بهذا المقابل . ولذا يزعم البعض أن المقابل الذى يدفع بالعملة المحلية للدولة المؤممة لا يعتبر فعالا الا اذا سمح لصاحب المال المؤمم بأن يعيد استغلال المقابل داخل الدولة أو اذا يسرت له الدولة تحويل المقابل الى الخارج بعملة أجنبية(١)

وقد كانت هذه المسألة من موضوع حكم محكمة العدل الدولى الدائمة فى منازعة ديمبلدون - السابق الاشارة اليها - حيث ووجهت المحكمة بالاختيار بين نقد ثابت ( الفرنك الفرنسى ) وبين نقد متدهور ( المارك الألماني ) فحكمت بأن يكون الدفع بالفرنك الفرنسى لا سيما وأنه هو النقد الذى كانت تخضم به حسابات المدعى وعملياته المالية مما يجعلنا نقول انه هو المعيار الصحيح لمعالجة الخسارة (٢) .

على أن هذا الوضع ليس ميسرا اليوم بالنسبة لغالبية الدول حتى ولو رغبت هى فى تحقيقه لأنها كثيرا ما لا تجد تحت تصرفها سوى عملتها الوطنية . والحق أنه ليس منطقياً أن نضع الأجنبي - بالنسبة للعملة التى يدفع بها المقابل - فى مركز استثنائى اذا قورن بالوطني ، هذا فضلا عن أن قيمة المال المؤمم انما تعتمد أساسا على الأوضاع الاقتصادية للبلد الكائن به هذا المال ومن هنا لا ضير على صاحب هذا المال اذا تلقى مقابلا عنه بالعملة المحلية لبلد الموقع .

اكل هذا نرى أن وفاء الدولة مقابل التأميم بعمالتها المحلية يعتبر وفاء فعالا مادام أن ظروفها لا توفر لها القدر الكافى من العملات الأجنبية وطالما أن صالحها لا يسمح لها بأن تيسر تحويل المقابل الى الخارج ، هذا مع العلم

Robert R. Wilson — United States Commercial Treaties and International Law, 1960, p. 116.

(٢) راجع الحكم فى مجموعة الأحكام التى سبق أن أشرنا إليها ص ٣٢

بأن اتفاقية صندوق النقد الدولي تسمح للدول بأن تضع قيوداً على تحويل نقدها الى عملات أجنبية اذا دعتها ضرورة الى ذلك (١) .

### معيار التسوية في المعاملة بين الوطنيين الأجانب :

رددنا أكثر من مرة — فيما سالف من بيان — الاشارة الى مبدأ التسوية في المعاملة بين الوطنيين والأجانب وقد آن الوقت لتوضيح المقصود بهذا المبدأ كما سبق أن وعدنا ، وذلك في ايجاز .

الواقع أن التمهء ليسو على وفاق فيما يتعلق بهذا المبدأ ، ويمكن أن نقول أنهم ينقسمون في هذا الخصوص فريقين :

فريق (٢) يرى أن أقصى ما تمنحه الدولة لرعاياها يمثل في ذات الوقت أقصى ما تلتزم به من مزايا للأجانب ، وهذا يعني أن الأجنبي لا يجوز له أن يطالب لنفسه مركزاً قانونياً يميزه عن الوطني .

وقد أخذت بهذا الرأي أحكام دولية مثل الحكم الصادر سنة ١٩١٤ في منازعة Cadenhead (٣) التي نجمت عن قتل خطأ ارتكبه دورية أمريكية حيال رعية بريطاني ، وكذا الحكم الذي صدر سنة ١٩٢٦ في التحكيم الذي جرى بين لجنة الاصلاح وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية بشأن طلب شركة استنادارد أويل لبعض المناقلات (٤) .

(١) Gardner — International measures for the Promotion and Protection of Foreign Investment, 9 Journal of Public Law 176, 180 note 6 (1960).

وطبعاً هذا لا يبنى أن الدول يمكنها أن تتفق على خلاف ذلك ، من هذا م ٢١٣ في معاهدة باكستان وجمهورية المانيا الاتحادية سنة ١٩٥٩ التي نصت على أن يدفع المقابل بعملة الدولة الأخرى ويكون قابلاً للتحويل .

(٢) Strupp — Les règles générales du droit de la paix.

مجموعة محاضرات لاهاي عدد ٤٧ سنة ١٩٣٤ ص ٥٣٩ .

(٣) British — American Claims Arbitration Tribunal, 8 A.J.I.L. 1914, p. 563

(٤) 2 R.I.I.A. p. 781 paris.

وقد تبني مؤتمر ريو دي جانيرو المنعقد سنة ١٩٢٧ هذا المعنى (١) ، كما أقره تقرير قدمته - في ٢٩ فبراير ١٩٢٦ - اللجنة الفرعية للخبراء التي انبثقت عن عصبة الأمم المتحدة لتقنين القانون الدولي (٢) .

ولكن نفرا آخر من الفقهاء (٣) يرى أن الذي يجب أن يكون محل اعتبار ليس هو التسوية بين الوطنيين والأجانب وإنما الاقرار بالمبادئ واحترامها ، فإذا رأت الدولة - لسبب أو لغيره - أن تتجاهل تلك المبادئ بالنسبة لرعايا فإنها تظل مع ذلك ملزمة باحترامها في معاملتها للأجانب لأن مركز الوطنيين يحكمه القانون الداخلي أما مركز الأجانب فيحكمه القانون الدولي العام .

وهذا هو ما أقرته محكمة العدل الدولي الدائمة سنة ١٩٢٦ في منازعة بعض المصالح في سيليزيا العليا البولندية (٤) .

والواقع (٥) أن منح الأجنبي مركزا مميزا عن الوطني يعتبر بمثابة تقييد لسيادة الدولة الداخلية ويقترّب من الامتيازات الأجنبية ، ولذا فالصحيح عندنا أن تحديد مركز الأجانب في داخل الدولة هو من صميم اختصاصها الداخلي فيما عدا حالات محدودة يهتم بها القانون الدولي العام على سبيل الحصر .

وأنه ل يبدو متناقضا أن نقول أن القانون الدولي العام يسوى بين الوطني والأجنبي من حيث حماية شخص الأجنبي وحياته ثم نزع بعد ذلك أن الأجنبي يمكن أن يتميز عن الرظني من حيث حماية أمواله . ولذلك فإن ما نفهمه من

(١) *Urrutia* — La codification en Droit International, 35 R.G.D.I.P. 1928 pp. 133 et seq.

(٢) League of Nations Doc. C. 46, M. 23, 1926, V.

(٣) *Schwarzenberger* — International Law, 1949, vol. I, pp. 122, 126—127.

(٤) P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 75.

(٥) لم نقصد هنا من التعرض لمبدأ المساواة في المعاملة بين الوطني والأجنبي الى الافاضة في شرح هذا المبدأ ولكننا عرضناه بقدر وفي حدود ما يهريء الذهن لفهمه كقيد نأخذ به ويرد على سلطة الدولة في دفع مقابل التأميم .



الاعلان العالمى لحقوق الانسان انه اذ سوى بين الجميع فانه قصد بذلك الايتمية الوطنى عن الأجنبي كما قصد كذلك ألا يتميز الأجنبي عن الوطنى (١) .

لهذا نرى أن كل ما للأجنبي من حق هو ألا يعامل معاملة تجحف عن الوطنى ، وعلى هذا يكون من حق الأجنبي - بالنسبة لمقابل التأميم - أن يعامل معاملة الوطنى فان ميزت الدولة مواطنيها عن الأجانب فى هذا الخصوص تكون قد أخلت بالتزام دولى . واذن فشرط المساواة فى المعاملة بين الوطنيين والأجانب هو قيد يحد من حرية الدولة بالنسبة لدفع مقابل التأميم .

ومن ثم فان حرية الدولة فيما يتعلق بفقورية وعدالة وفعالية المقابل يجب أن تفهم فى حدود شرط التسوية فى المعاملة بين الرطنى والأجنبي على النحو الذى بيناه .

#### خاتمة :

والآن يحق لنا - بعد هذا العرض - أن نلقى نظرة هادئة على الموضوع . ليس من جدل أن القانونى صدى لحاجات المجتمع وترجمة للأوضاع التى تحقق أمن الجماعة ، ومن ثم فليس العدالة هى دائماً ديدنه الأساسى وانما أمن الجماعة ، ولكن القانون يسعى الى العدالة فان اتفقت أحكامها مع أمن الجماعة كان بها وحسنت وان تعارضت الأحكام فليس أمام القانون الا أن يستجيب لضرورات الأمن ولو ضحى فى سبيل ذلك ببعض قواعد العدالة .

وربما كان القانون الدولى العام هو أكثر فروع القانون اضطرارا الى التأسى بهذا الواجب ، وتبعا فان أحكام القانون الدولى العام يجب أن تتطور

(١) وهذا هو ما توحى لنا به م ٧ من التصريح المذكور ونصها : « كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق فى التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة ... » . وقد صدر هذا التصريح عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بجلسة ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ . وهو لا يعدو أن يكون اعلناً لمبادئ ذات قيمة معنوية فحسب ولا تعتبر ذات التزام قانونى ولذا فان استشهدنا به هو لتأييد وجهة نظرنا وليس على أساس أنه قواعد مقننة للقانون الدولى العام .

دأماً بتطور حاجات الجماعة الدولية حتى تحقق الغاية المرجوة منها في حفظ الأمن الدولي .

ومن ثم قد يرى البعض أن ما انتهينا اليه من أحكام بالنسبة لمقابل التأميم يتجاف أحيانا مع مقتضيات العدالة ، ولكنه - في عقيدتنا - يعمل على استقرار الأمن الدولي بلا جدال .

والواقع أن أولئك الذين يأخذون برأى مخالف هم فريق لازال متأثرا برواسب من الماضي وما يقول به ربما كان هو الحكم الصحيح منذ نصف قرن مضى ولكنه لم يعد كذلك اليوم بعد أن تطورت ظروف الجماعة الدولية وبعد أن أصبحت الفكرة الاشتراكية - والتأميم وسيلتها - هي الفكرة الغالبة مع اتجاه كثير من الدول لا سيما الدول النامية .

ومن هنا كان لا بد ألا يقف القانون الدولي العام من هذا التطور موقف الجمود بل عليه أن يلائم بين أحكامه وبين واقع الحياة الدولية . ولذلك لا نغالى اذا قلنا أن القانون الدولي العام يقر اليوم عرفا - أو هو على الأقل يوشك أن يقر عرفا - فيما يتعلق بمقابل التأميم يقضى بان دفع مقابل للتأميم هو من الأمور التي تدخل في صميم الاختصاص الداخلى للدولة اذا كان التأميم عاما أما اذا كان فرديا فان الدولة تلتزم بدفع مقابل للتأميم . على أنه في الحالات التي تدفع فيها الدولة مقابلا للتأميم - سواء كان ذلك برضاها في التأميم العام أو طواعية لالتزام دولي في التأميم الفردى - فان تحديد أوصاف ذلك المقابل هو أيضا من صميم الاختصاص الداخلى للدولة بشرط أن تسوى في المعاملة بين الوطنى والأجبنى .

وقولنا هذا يتفق مع أحكام الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عن الأمم المتحدة في سنة ١٩٤٨ ذلك أن كل ما جاء به في شأن تجريد الشخص من ملكيته هو نص م ١٧ / ٢ التي تقرر أنه « لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا » واذن فالعهد الوحيد الذى تنقيد به سلطة الدولة عند التأميم - حسب

أحكام هذا التصريح — هو عدم التعسف . وقد رأينا أن اعفاء الدولة من الالتزام بدفع مقابل للتأمين في حالة التأمين العام يبرره تغلب المصلحة العامة على مصلحة خاصة وتبعاً فهو ليس تعسفاً وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة التنفيذية التي تركناها للدولة حيال أوصاف المقابل إذ مادام أن الدولة تسوى في ذلك بين رعاياها وبين الأجانب فلا تعسف هناك .



# حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة

للدكتور على محمد البارودي

مقدمة

١ - كلما رنخت المفكرة القانونية رسوخاً يصل بها الى مصاف البدهيات التي تعلق على الجدل والنقاش ، كلما اشتد خطرهما على الأذهان ، فأصبحت مزلقاً من شأنه أن يوقع في الخطأ والضلالة . فعلم القانون ، باعتباره من العلوم الاجتماعية لا العلوم الرياضية أو الطبيعية ، علم يجب أن يشتد فيه الحذر بالذات من تلك الحقائق الراسخة الخالدة التي تبدو غير قابلة للانكار ولا للتطور ، بحيث نفكر وهي قابعة في أعماق أذهاننا لا نستطيع منها فراراً . لذا فانه لا بأس ، من وقت لآخر ، أن نحاول النظر في أمثال تلك الحقائق بذهن خال وعين جديدة ، وأن نقدم على هذه المغامرة - مغامرة التعرض للحقائق الثابتة-دون أن نخشى انتقاد المحافظين من رجال القانون ، بل ودون أن نخشى الوقوع في أخطاء جسيمة تنسب اليها مدى العمر ، اذ من المعصوم ؟ ثم إن هذا التعرض لا يهدف الى الهدم ولا يطلبه ، وإنما هو يهدف الى مزيد من الضوء والوضوح . ونكاد نجزم أننا سنحقق هذا الهدف سواء قلنا خطأ أو صواباً . فنحن في ميدان لا يمكن أن يعدفيه رأى ما ، حقيقة مطلقة ، ولا يمكن أن تنزل فيه قيمة الرأى الخاطيء الى الصفر . وإنما يكون تقليب وجوه الرأى فيه كتقليب الأرض بضربات الفأس : كلاهما يؤدي الى مزيد من الحصوبة .

٢ - والحقيقة الثابتة التي نتعرض لها في هذا البحث ، هي التقسيم القانوني للأموال - أو للأشياء ، إن شئنا التعبير الأدق - الى عقارات ومنقولات . فهذا التقسيم يحتل مكاناً بارزاً وتمتد آثاره في كل فروع القانون على وجه التقريب .

وأهم آثاره نجدها في القانون المدني حيث نرى هذا التقسيم يقف وراء تحديد نظام الملكية وكيفية انتقالها وكيفية اكتسابها بالتقادم ، وقيمة الحيازة وحماية هذه الحيازة ، والحقوق التي لا ترد الا على العقار كالرهن الرسمي والاختصاص والارتفاق ، وحق الشفعة . ولكن آثار هذا التقسيم تمتد وتتفرع :

ففي القانون التجاري يحدد هذا التقسيم الأساسي نطاقه الخارجي فيحصره في أحد القسمين دون الآخر . ولهذا التقسيم ذاته أهمية كبرى في قانون المرافعات من حيث التنفيذ الذي تختلف اجراءاته في المنقول عنها في العقار ، ومن حيث الاختصاص المحلي . وفي القانون الدولي الخاص يختلف القانون الواجب التطبيق بحسب ما اذا كان النزاع قائماً بشأن العقار أو بشأن المنقول . بل إن أهمية هذا التقسيم تصل إلى نطاق القانون الجنائي حيث يحدد أركان بعض الجرائم ، فلا تقع جرائم معينة كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة الا على المنقولات .

٣ - وقد امتد هذا التقسيم في الزمن امتداداً طويلاً ، على اختلاف النظم الاقتصادية والسياسية التي عبرها سلماً حتى عصرنا هذا . بدأ في أول نشأة القانون الروماني تقسماً طبيعياً محكماً ، ثم انتقل الى عصور الاقطاع تقسماً اجتماعياً وسياسياً يفرق بين السادة والعبيد ، ثم عاد بعد الثورة الفرنسية تقسماً قانونياً يحمل بين تفاصيله آثار الطبيعة وآثار الاقطاع في نفس الوقت . ورغم اختلاف المضمون الداخلي لهذا التقسيم في خلال هذه العصور الطويلة ، فقد استمر شكله الخارجي راسخاً خالداً . ولا شك أن مصدر هذا الرسوخ الشديد ، هو أن هذا التقسيم يستند الى أساس طبيعي سليم قبل أن يدخل نطاق القانون . فهو تقسيم محكم لا يفلت منه شيء . لأن الأشياء على اختلافها لا يمكن إلا أن تكون داخلة في نطاق قسميه الكبيرين .

٤ - الا أن هذا التقسيم قد بدأ يعاني من ظهور نوع جديد من المنقولات الهامة التي أخذت تحتل مكاناً جوهرياً في حياتنا . وسر المعاناة ،

أن هذه المنقولات ، وان كانت تدخل في نطاق التقسيم – إذ لامراء في أنها تنتقل من مكان الى آخر دون تلف – الا أنها لا تخضع لأهم آثاره جميعا وأكثرها التصاقا بجوهر التقسيم ذاته ، وهي الآثار المتعلقة بنظام الملكية وأثر الحيازة . فهذه المنقولات الخاصة ، لسبب ما ، تأتي الخضوع للقاعدة التي خضعت لها سائر المنقولات منذ القانون الروماني دون شك أو قلق : وهي قاعدة اعتبار الحيازة في المنقول ، بحسن نية وسبب صحيح سنداً للملكية . فهي تتخذ ، فيما يتعلق بحق الملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى ، نظاماً شديداً الشبه بنظام الحقوق العينية على العقار ، لأنه يعتمد على مصدر الحق لا على واقع الحيازة .

كانت حيرة الفقه في شأن هذه المنقولات كبيرة ، وانتهت الى ذلك الحل الشهير الذي يسعف الفقه حيث لا يجد الحل : ألا وهو اعتبار هذه المنقولات "ذات طبيعة خاصة" .

ولكن أزمة التقسيم لم تنته الى هذا الحد ، فقد أخذت المنقولات "ذات الطبيعة الخاصة" تزداد عدداً وأهمية ، وأخذ المشرع – المشرع الفرنسي على الأخص – يعترف بوضعها الخاص فيما يتعلق بترتيب الحقوق العينية دون نظر الى الحيازة . وكان من سوء حظ هذا التقسيم أن امتد نطاقه خارج الأشياء المادية إلى الأشياء المعنوية – أو الحقوق – فاذا بالمنقولات المعنوية هي الأخرى تنضم الى المنقولات ذات الطبيعة الخاصة في تأييدها على قاعدة الحيازة في المنقول . وزاد الأمر اضطراباً حين أخذ المشرع الفرنسي – تحت ضغط الظروف التجارية والسياسية في آن معا – يرتب بعض الحقوق العينية كالرهن ، دون نقل الحيازة ، حتى على المنقولات العادية ، حتى على هذه المثليات المتشابهة التي لا مميز لها ولا طابع . واتخذ – للاستغناء عن قاعدة الحيازة – بعض الاجراءات الكفيلة بحماية الحق العيني على هذه المنقولات .

٥ - عند ذلك يحق لنا أن نعيد النظر في هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لتبين ماهية تلك "الطبيعة الخاصة" ، ونتساءل عما أعجز هذا التقسيم الخالد عن ابتلاعها ، رغم أن الأصل فيه أنه يتتبع كل شيء ؟ وإذا كانت هذه "الطبيعة الخاصة" قد امتدت وتمتد الى المنقولات العادية التي أمكن للمشرع الفرنسي أن يقرر عليها الرهن دون نقل الحيازة ، فلا بد أن نضع التقسيم ذاته موضع النظر لتبين كيف بدأ يعجز عن مجاراة التطور في عصرنا الحديث . وأخيراً فإنه يجوز لنا بعد كل ذلك أن نحاول الكشف عن تقسيم قانوني يضع هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة موضعها الصحيح ، دون نبو أو شذوذ .

٦ - هذا هو - في إيجاز - موضوع بحثنا . وبه تتحدد الخطة التي سنسير عليها في معالجته . فنتكلم في الفصل الأول عن الطبيعة الخاصة للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، متخذين مثلاً من السفينة والمحل التجاري . وفي الفصل الثاني ننظر على ضوء هذه الطبيعة الخاصة في التقسيم الى عقار ومنقول . ونصل بعد ذلك الى الفصل الثالث فنتكلم عن أساس التقسيم المقترح ونتأمله الحاسمة في تفسير امكان ترتيب الحقوق العينية على المنقول دون نقل الحيازة .



## الفصل الأول

### الطبيعة الخاصة للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة

٧ - هذه المنقولات يجمعها أنها لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وهي القاعدة التي تنطبق على سائر المنقولات . وقد كان المشرع الفرنسي أسبق من المشرع المصري في الاستفادة من هذه الطبيعة الخاصة ، إذ سارع بتنظيم الرهن عليها دون نقل حيازة ، فبدأ بالسفينة في ١٩ ديسمبر ١٨٧٤ ثم المحال التجارية في أول مارس ١٨٩٨ ، ثم المراكب النهرية في ٥ يوليو ١٩١٧ ، فالطائرات في ٣١ مايو ١٩٢٤ ، والسيارات في ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ ، والأفلام السينمائية في قانون ١٢ يونيو ١٩٤٤ .

أما في القانون المصري فان هناك مثلين رئيسيين للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، هما السفينة التي لا تخضع لقاعدة الحيازة ، والتي نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها على غرار الرهن الرسمي على العقار ، والمحل التجاري ، وهو بدوره لا يخضع لقاعدة الحيازة ، وقد نظم المشرع المصري بيعه ورهنه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ .

#### ( أولا ) السفينة

٨ - لا جدال ، عند الرجوع الى النصوص التشريعية ، سواء في فرنسا أو في مصر ، في أن السفينة تعتبر بين المنقولات . فهي كذلك أولا لأنه ينطبق عليها التعريف العام الوارد في القانون المدني ، م ٨٢ ( وتقابلها المادة ٥٣١ مدني فرنسي ) فهي تنتقل من مكان لآخر دون تلف ، بل ان ذلك الانتقال هو الهدف من وجودها . كذلك تؤكد المادة ٤ من القانون البحري المصري التي تتكلم عن حق التبعية على السفينة ، طبيعة السفينة كمال منقول ، فهي تنص على أن " السفن التجارية وغيرها من المراكب البحرية وان كانت

من المنقولات ، الا أنه يبقى حق الدائن عليها مثل العقارات اذا انتقلت الى يد غير مالكيها ..“ كذلك تنص المادة ١٩٠ تجارى فرنسى ( المعدلة بالقانون الصادر فى ١٩ فبراير ١٩٤٩ ) فى فقرتها الأولى على أن ”السفينة والمنشآت البحرية الأخرى تعتبر منقولات ..“

لذلك يكاد ينعقد الاجماع بين فقهاء القانون البحرى على نقطة البدء فى طبيعة السفينة ، وهى أنها منقول (١)، ويرتب الفقهاء على ذلك أنها تخضع للأحكام العامة للمنقولات ، فيقولون أنه اذا أوصى أحدهم لشخص آخر بمنقولاته دون تخصيص ، تدخل السفينة التى يملكها فى هذه الوصية باعتبارها من المنقولات . ثم هى تدخل فى الأموال المشتركة بين الزوجين *la Communauté légale* والتى تشمل المنقولات دون العقارات ، ثم ان أحكام الغبن فى العقار لا تنطبق على الغبن فى السفينة لانها منقول ، ثم أن أهلية التصرف فى السفينة هى أهلية التصرف فى المنقول لا فى العقار .

وواضح أن هذا الجمع انما يشمل أحكاما عامة لا صلة لها بطبيعة المنقول فى اختلافه عن العقار . بل إن أغلبها آثار فكرة منتقدة — سنعرض لها —

(١) ومع ذلك ، فان هذا الاجماع ليس تاماً ، فان من بين الفقهاء من وجد الجرأة — مدفوعاً بذلك الشبه الشديد بين نظام الملكية فى السفينة وفى العقار — على القول بأن السفينة عقار وليست منقولا ، وحاول بالفعل تبرير ذلك . فالفقيه اميل أوبرتان فى مقال له عن الطبيعة القانونية للسفينة. *Emile Aubertin, Revue Générale de Droit, de Legislation et de Jurisprudence 1893* p. 107 et s. يقول ، بعد أن استعرض الصفات الخاصة للسفينة : ” ان المنطق يقتضى أن نعامل السفينة باعتبارها عقاراً ... ذلك أن لها وعاء ثابتاً ”*assiette fixe*“ تستريح فيه ان كانت حاضرة ، وتربطها به ، عند غيابها فى أعماق البحار ، سلسلة غير منظورة تصل من طولها أنها تمتد مع السفينة الى أقاصى المحيط ، ومن المتانة بحيث لا تنفصم احدى حلقاتها أبداً ! . هذا الوعاء الثابت هو ميناء التسجيل . فهو ليس فقط موطن السفينة ، وانما هو كيانها القانونى ومحل وجودها الحقيقى “ .

ويبدو أن فكرة اعتبار السفينة عقاراً كانت معروفة فى القرون الوسطى ، فقد ذكر كليرك فى كتابه : عادات وعرف البحر ( *Cleirac «Les Us et Coutumes de la mer» III<sup>e</sup> partie art. 5 et 12* ) حكماً لبرلمان بور دو صدر فى ٢٦ يونيو ١٦١٢ يعلن فيه ”أن السفينة عقار“ وأشار ديجاردان الى هذا الحكم :

*Desjardins «Traité de Droit Commercial Mairtime» t. I no. 56 p. 120.*

هي اعتبار المنقول شيئاً تافه القيمة . وهو أمر لا يمكن أن يصدق على السفينة بحال . ولا شك أن الشخص الذي يمتلك سفينة ثم يضع وصية سيعني بمصر هذه السفينة في نص خاص ، فلن يتركها تدخل تأتمه ضمن وصية عامة تشمل كل منقولاته ، وكذلك الشأن في الأحكام الأخرى .

٩ - ثم تبدأ الصعوبة عند بيان القواعد التي تتشابه فيها السفينة مع العقار . فهذه القواعد تتركز في جوهر واحد هو الذي يكمن في أساس التقسيم كله . فالسفينة ، كالعقار ، وعلى خلاف سائر المنقولات ، تتجرد عن واقع الحيازة ، ولا تستند إليه في تقرير الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية .

وعلى ذلك فإن الحيازة ، ولو استوفت سائر شروطها ، واقرنت بالسبب الصحيح وحسن النية ، لا تكسب ملكية السفينة ، بل لا بد من سبب قانوني من أسباب كسب الملكية ، كالشراء بسند رسمي من المالك ، أو البناء ، أو التقادم - على رأي - . كذلك فإن السفينة ترهن رهناً رسمياً شديداً الشبه بالرهن الرسمي على العقار ، إذ يشهر هذا الرهن بالقيود في سجل السفن بمكتب ميناء تسجيل السفينة ، وتظل السفينة ذاتها في حيازة المدين الراهن دون أن يؤثر ذلك في حق الدائن المرتهن ، ولا في سريانه على الغير . ولصاحب الامتياز على السفينة حق تتبع لا يعرقه انتقال حيازتها من يد إلى يد ، كما هو الحال في المنقولات .

لذلك فانه - مع اختلاف في طريقة الصياغة والتعبير - يكاد فقهاء القانون البحري في فرنسا ومصر يجمعون على أن السفينة إذا لم تكن عقاراً ، فهي ليست منقولا عادياً ، وإنما هي منقول ذو طبيعة خاصة (١) ولا يقتصر

(١) يمكن أن نذكر على سبيل المثال لا الحصر ، بين الفقهاء الفرنسيين : ديجاردان جزء ١ بند ٥٦ ؛ وفيرموند ١٩٢٠ ص ٢٢ ؛ وبونكاس ١٩٢٣ ص ٢٢٧ ؛ وقال ١٩٢٤ بند ٢١ ص ١٩ ؛ ودانجون ١٩٢٦ جزء ١ ص ٦١ ؛ وبيرسيرو ١٩٣٦ ص ٦ ؛ ودافيد ١٩٤٤ ص ٣٩ ؛ واسكارا ١٩٥٢ ص ٣٧ ... الخ .

وبين الفقهاء المصريين : الدكتور على جمال الدين عوض ، القانون البحري ١٩٦١ بند ٥٠ و ٥١ ؛ والدكتور مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون البحري ١٩٦١ بند ٢٩ و ٣٠ ؛ والدكتور على يونس ، القانون البحري - الطبعة الأولى ١٩٥٤ بند ٥٨ ؛ والأستاذ أحمد عبد الهادي ، القانون البحري - الجزء الأول ١٩٤٦ بند ٨٧ و ٨٨ .

الأمر على الشبه بين السفينة والعقار ، بل ان الفقهاء يقررون وجود أوجه شبه بينها وبين الأشخاص ، فهي ، مثلهم ، ذات اسم وموطن وجنسية . ويصل الأمر بالفقيه الفرنسي الكبير ريبير الى حد أن يصفها بلغة هي أقرب الى لغة الشعراء : ” فهي - ( السفينة ) - كيان لا يتجزأ ، يجد في داخله أو في الطبيعة قوة الاندفاع . وميلادها يفتح لها أبواب الحياة . بل لها ، قبل أن تولد بالفعل في الحياة الواقعية ، تكون قد وُلدت في الحياة القانونية . فهي في المصنع الذي تبنى فيه ، كالطفل في حالة الحمل ، ذات شخصية قانونية ، فليست أعضاؤها المتناثرة في المهل هي التي تعتبر من أشخاص القانون ، وانما ذلك الشخص الحي الذي سيخرج منه الى البحر» (١) .

١٠- والواقع أن هذا التشابه الذي يؤكد الفقهاء بين السفينة والأشخاص الطبيعيين ، ليس الا إشارة الى مجموعة من الصفات المميزة ، التي تشترك كلها في تحديد ذاتية السفينة .

هذه الصفات ليس من شأنها ، بطبيعة الحال ، أن توجد في ذهن رجل القانون العادي ( أي رجل القانون الذي لا تعبت بذهنه خيالات الشعر ) ، أي أوجه شبه أو أي تقارب ما بين السفينة والشخص الطبيعي . كل ما في الأمر أننا في حاجة ، في ميدان القانون ، الى تحديد هذه وذاك بوسائل نصل بها إليهما ، فكان أن تشابهت تلك الوسائل المميزة تشابها عرضياً لا يغير من جوهر الأمر شيئاً . وجوهر الأمر هو أننا اذا حددنا السفينة حددناها كمال يصلح لأن يكون محلاً للحقوق ( objet ) ، واذا حددنا الشخص الطبيعي حددناه كصاحب الحق والمقصود بالقواعد القانونية ( sujet de droit ) . أما هذه الصفات المميزة للسفينة فهي تتركز فيما يأتي :

(١) Ripert «Traité de Droit Commercial Maritime» 4<sup>e</sup> ed. 1950, t. I p. 274.

ويذكر الأستاذ أحمد عبد الهادي المرجع السابق (بند ٩١) نقلاً عن ريبير في إحدى الطبقات السابقة ، أن السفينة ذات مركز اجتماعي كالمركز الاجتماعي الذي يحمله كل فرد في هذا الوجود... فالسفينة قد تكون سفينة حربية أو تجارية ، وهذا يقابل الحالة العسكرية أو المدنية بالنسبة للأفراد . وهي قد تقوم بخدمة الآخرين كما هو أمر سفينة القطار أو السفينة المخصصة لخدمة المساعدة أو الإنقاذ البحريين أو سفينة المرشد . والسفينة عائلة ، فالقوارب المعلقة بها وهي مجردة عن كل شخصية قانونية تعتمد كلية عليها . وتعتبر السفينة بالنسبة لها كارب الأسرة Paterfamilias في النظام القانوني العتيق ، الذي تنسحب شخصيته على بقية أفراد الأسرة .

١ - الجنسية : وبها تتحدد تبعية السفينة لدولة معينة . ولا شك أن صفة الجنسية هي أول وأهم الصفات التي من شأنها أن تميز السفن بعضها عن البعض . واسنا هنا في مجال دراسة شروط اكتساب الجنسية أو آثار اكتسابها . وإنما يكفينا - ونحن بصدد الكلام عن طبيعة السفينة - أن نقرر أنه لا يتصور أن توجد سفينة - في ذلك العصر الذي نعيش فيه - إلا وهي ترفع علماً يدل على انتمائها الى جنسية معينة . إنتهى عهد قراصنة البحر الخارجين على كل القوانين . وانتهاء السفينة الى جنسية معينة ، ليس مجرد التزام على عاتق صاحبها ، وإنما هو حماية له ولها ، لان تبعية السفينة لدولة معينة ، تعنى على وجه الخصوص تمتعها بحماية قانون تلك الدولة ولساطتها وممثليها ، سواء في البحر العام أو في المياه الإقليمية لدولة أخرى . بينما تكون السفينة المحررة من أية جنسية ، عرضة للاستيلاء عليها حيثما تكون .

ومن هذا العنصر الأول لتحديد السفينة ، تنفرع عناصر التحديد الأخرى ، إذ تتولى كل دولة تنظيم هذه العناصر بالنسبة للسفن التي ترفع علمها .

٢ - ميناء التسجيل : وأهمية هذا الميناء لا تقتصر في الواقع على مجرد اعتباره موطناً للسفينة ، بحيث توجه اليه الاعلانات المتعلقة بها ، وإنما تبدو أهمية ميناء التسجيل في أنه يوجد به سجل السفينة الذي تظهر فيه سائر التصرفات الواردة عليها ، كما تشهر بالقيود فيه ، التصرفات التي يتعين شهرها لتنفيذ على الغير . وإذا كان يجب أن يكون لكل سفينة ميناء تسجيل ، فإنه لا يجوز من ناحية أخرى أن يكون لاية سفينة أكثر من ميناء تسجيل واحد . فإذا كانت السفينة المطلوب تسجيلها في ميناء مصرى قد سبق تسجيلها في ميناء أجنبي ، فإنه يجب شطب هذا التسجيل ليقبل تسجيلها في مصر . وتوجب المادة ٤١ محرى مصرى أن تكون شهادة التسجيل المصرية التي تسلمها مصلحة الموانئ والمناظر للمالك السفينة ، بين الأوراق اللازم وجودها على ظهر السفينة .

٣ - بيانات الحمولة والدرجة : صفات أخرى تميز السفينة عن غيرها ، وهي بيانات تذكر في العادة في شهادة تسجيلها التي يجب أن تكون على ظهرها ؛ كما تذكر في الصفحة الخاصة بها في ميناء التسجيل .

٤ - وللسفينة اسم معين : وأهمية الاسم في التمييز أنه لا يتكرر مرتين في دولة واحدة ، إذ يشترط أن يختار المالك لسفينة اسماً لم تحمله من قبل سفينة أخرى تمارس الملاحة البحرية . ولذا تنص المادة ٥ من قانون تسجيل السفن على وجوب أن يحصل المالك ، قبل تسجيل السفينة ، على موافقة مصلحة النقل على الاسم الذي اختاره لها . وتعتمد هذه المصلحة قبل اعطاء موافقتها إلى التأكد من عدم وجود ذات الاسم لسفينة أخرى ، وهذه الموافقة لازمة ، ولذات السبب ، في حالة ما إذا أراد المالك تغيير اسم السفينة ( م ١٣ من قانون تسجيل السفن ) .

١١ - ومن الواضح أن مجموع هذه الصفات لا يمكن أن يتكرر . فمن المستحيل أن يوجد ، في العالم كله ، سفينتان تنتميان إلى نفس الجنسية ونفس ميناء التسجيل وتكون لهما نفس الحمولة والدرجة وذات الاسم .

ذلك أنه إذا كان لنا أن نتصور أن تتحد سفن كثيرة في ذات الحمولة وذات الدرجة ، فإن من المستحيل أن تتحد سفينتان في ذات الجنسية وذات الاسم في وقت واحد . لأنهما إذا اتحدتا في الجنسية ، كان من المحتم أن يكون لكل منهما اسماً مختلفاً . وإذا حملتا اسماً واحداً ، فعنى ذلك أن من المحتم أن اكل منهما جنسية مختلفة . ثم أن هاتين الصفتين الهامتين : الاسم والجنسية ، يمكن معرفتهما من مجرد النظر إلى السفينة ، حيث نجد الاسم منقوشاً بخطوط عريضة واضحة على جدارها ، وعلم البلد الذي تنتمي إليه مرفوعاً في أعلى ساريتها ، أما بقية الصفات المميزة كلها فهي مبينة في أوراق السفينة التي تحملها فوق ظهرها والتي يسميها الفقهاء - جريباً مع عادة تشبيه السفينة بالأشخاص - بأوراق الحالة المدنية للسفينة . ومن هذه الأوراق نستطيع أن نجد بيان ميناء التسجيل (١) . وفي ميناء التسجيل نستطيع أن نعرف كل شيء عن التصرفات التي وردت ، وعن الحقوق التي ترتبت ، وعن القيود التي أجريت بشأن هذه السفينة .

(١) في فرنسا ينص ديكريه ١٧ أبريل ١٩٢٨ مادة ١ على ضرورة كتابة ميناء التسجيل على جدار السفينة الخارجى .

لذلك كله يبدو استبعاد قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية وما يتفرع عنها من قواعد ، أمراً بديهياً ، اذ ما قيمة الحيازة بالنسبة الى مال تعين الى هذا الحد اليقيني تعيناً لا دخل فيه لحيازة الانسان ؟

### ( ثانيا ) المحل التجارى

١٦- يكاد يجمع الفقه في الوقت الحاضر على أن المحل التجارى منقول معنوى<sup>(١)</sup> وعلى هذا الأساس ، فانه لا توجد صعوبة قانونية تعترض إخراج المحل التجارى من نطاق قاعدة "الحيازة سند الملكية" وما يتفرع عنها من قواعد . فالمتفق عليه أن تطبيق هذه القاعدة قاصر على المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية .

إلا أن طبيعة المحل التجارى لم تكن دائماً بهذا الاستقرار ولا بهذا الوضوح ، بل ونحن لا نميل الى الاعتقاد الى أن هذا الاستقرار الحالى هو نهاية المطاف في فكرة المحل التجارى<sup>(٢)</sup> .

(١) راجع في الكتابات الحديثة ، على سبيل المثال لا الحصر : كوهين في المحل التجارى الجزء الأول ١٩٤٨ بند ٢١ ص ١٧ وما بعدها ؛ اسكارا في محاضراته ١٩٥٢ بند ٢٥٢ ص ١٧٦ ؛ وريبير القانون التجارى ١٩٥٤ بند ٤٥٣ و ٤٥٦ ص ٢٠٢ و ٢٠٣ ؛ ودى لامورانديير وروديير وهوان ١٩٥٨ جزء ١ بند ١٩٨ و ١٩٩ ص ١٥٣ . وفي مصر الدكتور محسن شفيق - المطول جزء ١ ص ٧٥٣ ؛ والدكتور مصطفى كمال طه بند ٧٨٣ ص ٧٧١ وما بعدها .

(٢) تطورت فكرة المحل التجارى تطوراً أساسياً خلال القرن الحالى ، فيما يتعلق بالعناصر المعنوية الداخلية فيه . ويكفى لملاحظة ذلك أن نقارن بين ما كان ينادى به بيير بايار في عام ١٩٠٦ من ضرورة استبعاد الحق في العملاء *la clientèle* من عناصر المحل التجارى (*Pierre Bayart* «Etudes de la nation du fonds de commerce» thèse Paris 1906 no. 15 et s.p. 14 et s.) وبين ما أصبح سائداً في الوقت الحالى بين الفقه والقضاء من أن العناصر المعنوية ، وفي قمتها الحق في العملاء ، هي العناصر الجوهرية الأولى في المحل التجارى وفي تحديده ذاتيته (راجع اسكارا في محاضراته ١٩٥٢ بند ٢٤٨ ص ١٧١ والأحكام القضائية التي أشار اليها وكذلك لاجارد وهمار) بل لقد ذهب الفقيه ريبيير الى حد القول بأن المحل التجارى ليس الا الحق في العملاء . «Le fonds n'est pas autre chose que le droit à une clientèle». راجع مؤلفه في القانون

التجارى ١٩٥٤ الطبعة الثالثة بند ٤٥٠ ص ٢٠٠

فقد يما لم يكن تعبير المحل التجارى ينصرف الا الى البضائع الموجودة فيه ، وهى منقولات مادية لا تتميز بطبيعة خاصة ، بل تخضع لسائر ما تخضع له المنقولات المادية من أحكام ، وتقوم الحيازة فيها بذلك الدور الجوهرى الذى لا غنى عنه فى تدعيم الحقوق العينية على سائر المنقولات . أما العناصر الأخرى ، فلم يكن يجمع بينها أى رباط . وانما كانت متفرقة منفصلة ؛ كل عنصر فيها بطبيعته ونظامه . ثم اتسعت فكرة المحل التجارى حديثاً - فقد بدأت فى نهاية القرن الثامن عشر وأخذت تتطور ببطء شديد خلال القرن التاسع عشر - عندما لوحظ أن هذه المنقولات المادية والحقوق المعنوية المختلفة ، ليست أشياء مستقلة متنافرة ، وانما هى عناصر متكاملة تجمعها وحدة الهدف الواحد ، وهو الاستغلال التجارى الذى يقوم عليه وينظمه صاحب هذا المجموع المتكامل . ولوحظ أيضاً أن البضاعة الموجودة بالمحل التجارى ليست أهم العناصر ولا أكثرها قيمة ، وانما تكمن القيمة الحقيقية لهذا المجموع المتكامل فى عناصر معنوية أخرى ليس لها وجود مادى منظور تراه العين ، ولكن أثر وجودها الحقيقى فى ناتج الاستغلال لاشك فيه ، كالاتصال بالعملاء والسمة التجارية (١) . ولوحظ أيضاً - ولعل ذلك هو أهم ما لوحظ - أن بقاء العناصر المختلفة فى مجموع واحد يزيد من قيمة هذا المجموع زيادة كبيرة عما يمكن أن تساويه هذه العناصر لو قومت وهى متفرقة . فمجرد الجمع بين هذه العناصر فى تخصيص واحد يرفع قيمتها على وجه التأكيد . ولذا فقد أصبح هذا المجموع - الذى اتسع تعبير "المحل التجارى" ليشمله كله - شكلاً حديثاً من أشكال الثروة يجب أن يعتد به . والاعتداد به يكون برسم حدود خارجية لحيز عام تتفاعل فى داخله هذه العناصر كما تتفاعل جزئيات الشئ الواحد داخل الشئ نفسه ، بحيث يخضع هذا المجموع الموحد للتصرفات المختلفة كما يخضع الشئ الواحد ، فيباع

(١) راجع ، فى التاريخ القديم لفكرة المحل التجارى ، ثم فى عناصره الحديثة المعنوية (الاتصال بالعملاء والسمة - الحق فى الاجارة - الاسم التجارى والعنوان التجارى - العلامات التجارية - حقوق الملكية الأدبية والفنية) والمادية (المهمات - السلع) ؛ بحث الدكتور محسن شفيق بمجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة - العدد ٣ و ٤ - ص ٦٧ بعنوان «المحل التجارى» .



بيعاً واحداً ، ويرهن ، ويوهب ، ويوصى به ، وتنصب سائر التصرفات من خلال المجموع الواحد على عناصره المتكاملة . كذلك يكون الاعتداد به بتحديد ذاتية هذا المجموع بحيث لا تتغير أو تختلف بتغير أو اختلاف العناصر الداخلة فيه ، لاسيما وأن طبيعة بعض هذه العناصر تقتضي استمرار التغير . فالبضائع الموجودة بالمحل التجارى تباع وتشرى بلا انقطاع ، والأثاث يتجدد من آن لآن ، والآلات تستهلك وتستبدل ، وقد ينقل هذا المجموع من مكان لآخر ويتغير لذلك الحق في الاجارة ، وقد يزيد حجم العملاء أو يقل ، وقد يتسع نطاق ما يتضمنه المحل التجارى من حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية والفنية ، أو يضيق هذا النطاق . كل ذلك والمحل التجارى الذى يشمل هذه العناصر المتحركة هو هو لا يتغير ، بذاتيته الواحدة . صحيح أنه قد يكون من شأن التغير الداخلى أن ترتفع قيمة المحل التجارى أو تنخفض ، ولكنه هو نفسه لا يتغير .

١٣- ولم يكن هناك مفر من اعتبار المحل التجارى منقولاً ، ليس فقط لأنه لا يتضمن بين عناصره المختلفة عنصراً عقارياً ، وإنما لأن المحل التجارى كمجموع ، يعتبر شيئاً آخر غير هذه العناصر أيا كانت طبيعتها . وهو ، كمجموع ، يعتبر منقولاً معنوياً ليس له كيان مادى ملموس أو منظور . فنحن نستطيع أن نرى البضائع ، أو المهمات ، ويمكننا أن نقرأ العنوان المكتوب على الواجهة . ويمكننا أن نرى العملاء أنفسهم يدخلون ويشترون . ويمكننا أن ندخل بدورنا فنشهد كيفية استغلال هذه العناصر في تحقيق الربح . ورغم ذلك كله فإننا لا نكون قد رأينا المحل التجارى ، لأننا لا يمكن أن نرى الا العناصر الداخلة فيه ، أما المحل التجارى ذاته ، كمجموع ، فهو - على الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - منقول معنوى ، ينطبق عليه ما ينطبق على سائر المنقولات المعنوية من أحكام .

١٤- وسوف نعرض فيما يلى رأينا فى هذه " المنقولات المعنوية " بصفة عامة . أما الذى يهمنى الآن ، فهو أن نلاحظ الفارق الجوهرى بين السفينة وبين المحل التجارى . فالسفينة منقول مادى . وقد كان يجب على

هذا الأساس أن تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول ، وأن تستند الحقوق العينية عليها الى واقع الحيازة ، شأنها في ذلك شأن غيرها من المنقولات المادية . ومن ثم فإن خروجها عن هذه القاعدة ، وأستغنائها عن حيازة الانسان في تقرير الحقوق العينية عليها ، كان له صفة الخروج والأستثناء . وكان طبيعياً أن يكون هذا الاستثناء مثار جدل ونقاش ، وأن يبعث الشك الذي رأيناه في طبيعة السفينة كمنقول ، فيقال أنها عقار ، أو أنها شخص ، أو أنها منقول ذو طبيعة خاصة ، أو غير ذلك مما قيل وما زال يقال .

أما المحل التجارى فهو منقول معنوى ، والمنقولات المعنوية كلها لا تخضع لقاعدة الحيازة أو ما يتفرع عن هذه القاعدة من أحكام ؛ والأمر لا خلاف فيه . ومن ثم فإن عدم خضوع المحل التجارى لقاعدة الحيازة لا يتضمن في ذاته خروجاً ولا استثناء ، وإنما هو تطبيق هادىء سليم للقاعدة العامة في المنقولات المعنوية . وهو أمر طبيعى لم يكن من شأنه أن يثير أى جدل أو نقاش .

وبالرغم من ذلك ، فإن من الغريب أن يفشل القضاء الفرنسى — قبل تدخل المشرع — في محاولته ترتيب الرهن على المحل التجارى دون نقل حيازة (١) ، فيضطر الى انتظار تدخل المشرع الفرنسى . وعندما تدخل المشرع الفرنسى كان تدخله متسماً بالحذر والتردد ، كأنما يخشى الفشل ويتوقعه . فاقصر في عام ١٨٩٨ على مجرد الازام بقيد الرهن في سجل عام . ثم انتظر الى عام ١٩٠٩ لينظم بيع المحل التجارى ورهنه تنظماً لا يستند الى قاعدة الحيازة . وبلغ من تردد المشرع الفرنسى في هذا الشأن أنه سمى رهن المحل التجارى ، "Nantissement" ، وهو تعبير يطلق على الرهن الحيازى على المنقول المادى ، ولم يسمه بتسميته الحقيقية "Hypothèque" باعتبار ه رهنأ متجرداً عن الحيازة .

(١) كانت الحاجة العملية الى رهن المحال التجارية قد نشأت في فرنسا على اثر تضخم شديد في انتاج النبيذ ، مما حدا بكبار المنتجين الى دعوة صغار التجار الى انشاء محلات تجارية لبيع النبيذ مع رهن هذه المحال لصالحهم . وحاولوا فيما بينهم التحايل على ضرورة نقل الحيازة الى الدائن المرتهن بالاكتفاء بنقل الحيازة نقلاً رمزياً ، وذلك بتسليم سند ملكية المحل . وقد حاولت محاكم الاستئناف الفرنسية أن تستكمل هذا النظام على النحو الذى سنفصله فيما يلى . راجع اسكارا محاضرات ١٩٥٢ بند ٢٧٨ ص ١٩٢

أما المشرع المصرى فقد انتظر حتى عام ١٩٤٠ ليقتبس نظام بيع المحل التجارى ورهنه بلا نقل حيازة (١) أكثر من ذلك ، فان طبيعة المحل التجارى التى ليس من شأنها أن تثير أى جدل قد أثار من الجدل مثلما أثار طبيعة السفينة . فقد قيل أيضاً أن المحل التجارى شخص له ذمة مستقلة من حقوق وديون (٢) ، بل وقيل أيضاً أنه يجب أن يعتبر عقاراً ويأخذ سائر أحكام العقارات ، ففى رسالة قدمت لجامعة باريس (٣) عام ١٩١٣ يقول لافاليت سيمون ، بعد أن لاحظ كل أوجه الشبه بين السفينة والعقار ثم بين المحل التجارى والعقار (٤) ” أننا لا يجب أن نتقيد بالثبات لكى نضفى صفة العقار ، وإنما يجب أن نضفى هذه الصفة على كل مال كبير القيمة ، يستحق أن يحظى بالحماية التى يحظى بها العقار “ ويخلص من ذلك الى أن المحل التجارى يجب أن يعتبر عقاراً وأن تنطبق عليه كل أحكام العقار .

(١) نحن لا نوافق الدكتور مصطفى كمال طه على قوله فى بند ٨١٤ من المرجع السابق الإشارة اليه أنه ” لما كان المحل التجارى من الأموال المنقولة ، فان التاجر لا يستطيع أن يحصل على الائتمان بضمانه الا عن طريق رهنه رهنأ حيازياً وانتقال حيازته الى يد الدائن المرتهن “ . ذلك أن ضرورة انتقال الحيازة لا تكون الا فى شأن المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية . راجع فى تأكيد ذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ( فى رسالته باللغة الفرنسية عن دور الحيازة فى المنقولات - باريس ١٩٤٣ بند ٩٥ ص ٣١١ ) اذ يقول :

Certes, le fonds de commerce comprend non seulement des objets matériels et des marchandises, mais aussi l'enseigne, la clientèle ou achalandage et un droit au bail dans un immeuble plus au moins favorablement situé. Donc, il est un meuble incorporel pour lequel une possession réelle est inconcevable, et par conséquent la règle de l'art. 2279 doit être écartée.

(٢) فى هذا الاتجاه على وجه الخصوص ، وهو الاتجاه الذى أخذ به القانون الألمانى ، أنظر :

Gazin (Henri) «Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique» thèse Dijon 1910; Gary (Robert) «Essai sur les notions d'universalités de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel»; Chauveau (Paul) «Le fonds de commerce, patrimoine d'affectation ?» D.H. 1939. p. 37 et s.

M. Lavallette - Simon « L'immobilisation des fonds de commerce et (٣) la loi de 1909 » thèse Paris 1913.

(٤) ص ١١٧ من رسالته .

١٥ - الا أنه يجدر بنا ألا نقف طويلا عند هذه الخيالات حتى لا نضل

طريقنا المستقيم الى واقع الأشياء . ونقطة البدء الصحيحة في هذا الطريق هي أن نبحث سر الصعوبات التي لقيها القضاء الفرنسي عند محاولته حماية الدائن المرتهن على المحل التجارى دون نقل حيازة رغم أنه منقول معنوى باتفاق الآراء . ثم سر نجاح المشرع الفرنسي في ذلك عندما تدخل في عام ١٩٠٩ ، فبمقارنة فئيل القضاء بنجاح المشرع الفرنسي لا بد أن يتضح كل غموض .

وقد كانت محاولة القضاء الفرنسي - محاكم الاستئناف على وجه الخصوص (١) - مدفوعة بحكم الضرورات العملية قبل أن تكون استجابة لطبيعة المحل التجارى كمنقول معنوى . ذلك أنه إذا اضطر المدين الراهن للمحل التجارى أن يتخلى عن حيازة هذا المحل للدائن المرتهن ، فانه سيصاب ولاشك بضرر شديد ؛ ليس فقط لأنه أقدر على استغلال محله من الدائن المرتهن وأكثر منه عناية به وحرصا عليه ، وإنما أيضا لأن عنصرا هاما من عناصر المحل التجارى المعنوية ، وهو عنصر الثقة واجتذاب العملاء ، يتوقف على بقاء المدين الراهن في محله التجارى ، بحيث يودى انتقال حيازته الى الدائن المرتهن الى انخفاض قيمته لانصراف جانب من العملاء عنه .

ولذا فان القضاء الفرنسي استند الى طبيعة المحل التجارى كمنقول معنوى . تكفى لسريان الرهن عليه إذن شروط المادة ٢٠٧٥ مدنى فرنسى . وخلص من ذلك الى أنه ، لكى يسرى هذا الرهن على الغير ، يكفى أن يتسلم الدائن المرتهن مستندات ملكية المحل التجارى ، وأن يعلن هذا الرهن الى مؤجر المكان الذى يجرى فيه استغلال المحل التجارى ، فاذا تم ذلك كله فان الرهن يسرى على الغير مع بقاء المدين الراهن حائزا للمحل التجارى المرهون .

(١) أنظر على وجه الخصوص حكم محكمة استئناف باريس ٢١ يوليو ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ٢ - ١٠٨ ، محكمة استئناف باريس ٦ يونيو ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦ - ٢ - ٤٧١

ويبدو من هذه المحاولة واضحاً أن القضاء الفرنسى قد سعى الى تحديد المحل التجارى تحديداً مجرداً عن الحيابة ، بنفس الطريقة التى تتحدد بها سائر المنقولات المعنوية العادية . فهذه المنقولات المعنوية فى صورتها الغالبة حق شخصى لدائن على مدين معين . ومن ثم فإن العنصر الجوهرى فى تحديد هذه المنقولات المعنوية يكون فى تحديد المدين بها . كما أن هذا المدين هو بغير شك أول وأهم الأشخاص الذين يلزم نفاذ التصرف عليهم - سواء أكان التصرف نقلاً للملكية الحق أو رهناً له - ليكون للتصرف فاعليته وأثره . ولا مجال هنا للقول بحيازة المنقول المعنوى أو بانتقال هذه الحيابة . وإنما يجب ، ويكفى ، لسريان الرهن على هذا المنقول المعنوى ، أن يتسلم المرتهن سند الدين ، وأن يعلن المدين بالرهن الذى أنصب على الدين الذى فى ذمته .

ومن الواضح أن المحل التجارى ، رغم ما يقال من أنه أيضاً منقول معنوى ، إلا أنه ليس فى بساطة هذه المنقولات المعنوية العادية ولا يمكن أن يتم تحديده بهذه السهولة . فهو على شىء من التعقيد الناجم عن كونه مجموع عناصر تختلف طبيعتها وإن اتحدت فى الهدف . ومؤجر العقار ليس هو المدين الوحيد فى هذا المنقول المعنوى المركب . ولذا فإن تحديده لا يمكن أن يكفى لتمييز المحل التجارى بعناصره كلها ، عن غيره . وليس المؤجر بأهم الأشخاص الذين يلزم نفاذ التصرف فى المحل التجارى بصفة عامة - والرهن بصفة خاصة - عليهم . ومن ثم فإن تحديد المحل التجارى - بعناصره الكثيرة الداخلة فيه - لا يمكن أن يتم إلا بتحديد شامل لكل هذه العناصر الكثيرة الداخلة فيه . بذلك فقط يتميز المحل التجارى عن غيره من المحال الأخرى جميعها ، ويتوفر له ذلك التعيين الذاتى الذى يغنيه عن الحيابة . ثم على أساس هذا التحديد ، يمكن بعد ذلك تنظيم وسيلة مناسبة يعلم الغير عن طريقها ، ما يبرم بشأنه من تصرفات ، وما يقع عليه من حقوق عينية ، أصلية كانت أو تبعية .

١٦ - لذلك فشلت محاولة محاكم الاستئناف الفرنسية رهن المحل التجارى بلا نقل حيازة مجرد اعتباره منقولاً معنوياً كسائر المنقولات المعنوية التى

تفقت من قاعدة الحيازة في المقولات ؛ إذ تبين أن الاستغناء عن الاستناد إلى الحيازة لا يرتبط بمجرد اعتبار المحل التجاري منقولاً معنوياً ، وإنما يتوقف - في الجوهر - على صفتين أساسيتين إحداهما تركز على الأخرى :

الأولى هي الأساس ؛ وهي أن تتوافر للمحل التجاري كل العلامات التي تميزه عن المحال الأخرى في هذا العالم كله ، والثانية ، وهي تركز على هذا الأساس فلا تقوم إلا به وتستحيل بدونه ، وتتلخص في تنظيم وسيلة معينة لشهر ما يمكن أن يرد على هذا المحل التجاري المتعين بذاته من تصرفات يجب أن يعلم بها الغير . ويكون ذلك بتنظيم سجل تذكر فيه العناصر المميزة للمحل التجاري ، ثم ما يرد عليه من تصرفات .

ومن الواضح أن تحقيق هاتين الصفتين اللازمتين - وعلى الأخص الثانية منهما - هو مما يعجز عنه القضاء ويقضى تدخل المشرع . صحيح أن محاكم الاستئناف الفرنسية قد استطاعت أن تطمئن الدائن المرتهن إلى نوع ناقص من الحيازة الرمزية لمجرد أنها ضمنت له كفايته ، وأكدت له أنه سوف يحتج بحقه في الرهن على من تنتقل إليه الحيازة الحقيقية للمحل التجاري بعد ذلك ، سواء أكان مشترياً أو دائئاً مرتبها . إلا أن عدم كفاية عناصر التعيين التي استندت إليها هذه المحاكم من ناحية ، وعدم شهر حق الدائن المرتهن في سجل من ناحية أخرى ، كل ذلك كان من شأنه أن يضر بالغير أبلغ الضرر .

المذكور تدخل المشرع الفرنسي كما رأينا لأول مرة بقانون أول مارس سنة ١٨٩٨ الذي لم يتضمن إلا مادة واحدة هذا نصها « تعدل المادة ٢٠٧٥ على الوجه الآتي : ” كل رهن للمحل التجاري يجب أن يقيد في سجل يحفظ بقلم كتاب المحكمة التجارية التي يقع بدائرتها مكان استغلال المحل التجاري وإلا كان هذا الرهن باطلاً في مواجهة الغير ” والفرض أن القيد في السجل سيتضمن بطبيعة الحال سائر البيانات المتعلقة بعناصر المحل التجاري موضوع الرهن ، والبيانات المتعلقة بالدين المضمون به . إلا أن نص قانون مارس ١٨٩٨

كما نرى ناقص ومقتضب ، فهو لا يتضمن تحديداً واضحاً لكل البيانات الواجب قيدها . ولم يبين أثر هذا الشهر في نفاذ الرهن على الغير دون حاجة الى نقل الحيازة . حتى جاء قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ فأكمل النقص وفصل المقتضب . ونظم عمليات القيد وشطب القيد . ووضع للحائز نظاماً لتطهير المتجر من رهون المتعلقة به . واقتبس كل ذلك من القواعد المتعلقة بالعقار .

### ( ثالثاً ) التعيين الذاتي : جوهر هذه الطبيعة الخاصة

١٧- لا شك أنه اذا لم يكن هناك مفر ، عند بحث طبيعة السفينة والمحل التجارى ، من أن نقرر أنهما من المنقولات ، فان الاكتفاء بالقول أنهما ، وما شابههما ، ”منقولات ذات طبيعة خاصة“ ليس إلا نوع من الفرار من التكييف القانونى الصحيح . وهو فرار يلجأ اليه الفقهاء عامة . بل أن بعض هؤلاء الفقهاء ، كما سبق أن رأينا ، يمعن في الفرار ، لا من التكييف وحده ، وإنما من دنيا الواقع بأسرها ، حين يقرر أن شيئاً متحركاً كالسفينة يعتبر مع ذلك عقاراً ، أو أنها شخص حى . كذلك يعتبر فراراً أن يحاول بعض الفقهاء وصف هذه الطبيعة الخاصة فيقرر أن هذه المنقولات هي من « أشباه العقارات : « les quasi—immeubles » (١) مثل هذه الأوصاف لا تعد تكييفاً ولا تؤدي وظيفة التكييف ، فهي لا تزيل الغموض ، ولا تبين لنا الرابطة المنطقية بين « الخاص » في طبيعة هذه المنقولات ، و« الخاص » في الآثار التي تنفرد بها عن سائر المنقولات الأخرى .

وايضاح كنه هذه الطبيعة الخاصة ليس ترفاً فقيهاً ، وإنما هو ضرورة عملية لازمة لتجنب الوقوع في أخطاء فادحة . ذلك أننا لا يمكن بداهة أن نعلم على وجه اليقين - قبل وضوح هذه الطبيعة الخاصة - القواعد التي يجب أن تنطبق على هذه المنقولات . هل هي ذات القواعد التي تنطبق على العقار

Julliot De La Morandière, Rodière, et Houin : «Droit Commercial (١)  
Et Droit Fiscal Des Affaires» t. II, 1959, no. 227 p. 197.

أو تلك التي تنطبق على المنقول ؟ وإذا كان لا بد من الجمع بين بعض هذه القواعد وبعض تلك القواعد ، فإلى أي مدى ؟ وعلى أي أساس ؟ (١) .

ولأن الفقهاء لم يعرفوا كنه تلك الطبيعة ، فقد وقع الكثير منهم في أخطاء منطقية جعلتهم يصلون إلى نتائج أشد امعانا في الخطأ . ونحن نكتفي هنا بأن نورد مثلين لهذه الأخطاء ، أحدهما يتعلق بالسفينة ، والآخر يتعلق بالمحل التجاري :

١٨ - (١) ففيما يتعلق بالسفينة ، يقدم لنا الفقيه الفرنسي فيرموند (٢) مثالا جميلا لكيفية الوقوع في تلك الأخطاء . فهو يقول ، إذ يتكلم عن الامتيازات على السفينة : إن وجود قاعدة " لا تتبع في رهن المنقولات " في نظامنا القانوني ، تمنع أي دائن ، مهما كانت أوجه تفضيله ، من أن يكون له حق تتبع على منقول . فالامتياز على المنقول لا يمكن أن يرتب الا أثراً واحداً ، هو تحويل الدائن حق التقدم أو الأفضلية . وهذا هو أيضا ما يجب أن نؤكد به بالنسبة للامتياز على السفينة . ومن ثم فإنه يمكن تلخيص مركز الدائن الممتاز على السفينة في القاعدتين الآتيتين :

١ - أن الامتياز ليس من شأنه أن يغير من حق التتبع المعترف به لكل دائن على السفينة .

٢ - أن الامتياز في ذاته لا يخول الدائن الممتاز الا حق أفضلية .

---

(١) لعل الخيرة تبدو واضحة في أسلوب الفقيهين ليون كان ورينو ، إذ يقولان بشأن السفينة (Traité de Droit Commercial t. V no. 87 p. 88)

«A moins que le contraire ne résulte du texte ou des motifs de la loi, comme cela a lieu pour la règle "en matière de meubles, possession vaut titre" il faut appliquer aux navires, par cela même qu'ils sont rangés parmi les meubles, les règles qui régissent d'ordinaire les biens mobiliers corporels».

فقد أضافا إلى الاستثناء بالنص الصريح ، الاستثناء بناء على « بواعث القانون » ، دون أن يوضحا ما يقصدان من هذه البواعث .

Vermond «Manuel de Droit Maritime» 5<sup>e</sup> éd. 1920, no. 37 p. 68.

(٢)



فكأن الفقيه الفرنسي فيرموند ينكر على الدائن الممتاز حق التتبع لمجرد أن السفينة منقول وأنه لا تتبع في المقولات . ولكنه ، من ناحية أخرى يعترف ويؤكد حق الدائن العادي على السفينة في التتبع ، وهو حق مستمد من الطبيعة الخاصة بالسفينة ، ثم يستنتج من هاتين المقدمتين أن الدائن الممتاز ليس له على السفينة الا حق أفضلية ، وأن حقه في التتبع مستمد من صفته كدائن عادي ، ومن ثم فانه لا يباشر حقه في التتبع الا بصفته دائماً عادياً .

والاستنتاج خطأ واضح ، لأنه ارتكز على مقدمتين غير متناسقتين : ففي الأولى اعتبر السفينة منقولاً كسائر المقولات ، وفي الثانية اعتبرها منقولاً شاذاً . فلم يكن مناص من أن يكون الاستنتاج في جملة خاطئاً .

والنتيجة التي وصل اليها الفقيه فيرموند في هذا الاستنتاج ، شديدة البعد عن القاعدة الصحيحة . فالامتياز على السفينة ينحول صاحبه حتى التقدم والتتبع كالاتمياز على العقار . وبينما يضمحل حق التتبع للدائن العادي للسفينة وتهجره سائر التشريعات ، يتأكد حق التتبع للدائن الممتاز على النحو الذي وضعته المعاهدة الدولية في بروكسل ١٩٢٦ ، في سائر التشريعات .

ولا يخفى أنه إلى ذلك يبدووا غريباً حقاً أن يرضى الفقيه فيرموند عن هذه النتيجة رغم شذوذا الواضح . إذ أنه إذا كان حق التتبع ممكناً حتى للدائن العادي على السفينة ، ذلك المنقول ذو الطبيعة الخاصة ، فكيف لا يكون ممكناً للدائن الممتاز عليها ؟

١٩- (ب) - أما بالنسبة للمحل التجاري ، فان هناك خلطاً شائعاً بالنسبة لتكييف طبيعة الرهن الذي يقع عليه . وهو يبدو واضحاً بصفة خاصة في القانون الفرنسي حيث يختلف التعبير القانوني بالنسبة للرهن الذي ينفذ على الغير بالشهر عن طريق التقييد في سجل معين ودون حاجة الى نقل حيازة ، وهو الرهن الذي كان الى وقت قريب قاصراً على العقارات وحدها ، هذا الرهن يسمى ( Hypothèque ) وهو تعبير يقابل تعبير الرهن الرسمي في اللغة العربية ) ، أما الرهن الذي يجب لنفاذه على الغير أن تنتقل حيازة

الشيء المرهون ، وهو الرهن الذي كان الى وقت قريب ، شاملاً لسائر المنقولات فيسمى ( gage أو nantissement ) - وهو يقابل تعبير الرهن الحيازي في لغتنا العربية ) . ذلك أن معيار التفرقة الذي كان سائداً في الفقه قبل ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بين الـ Hypothèque وبين الـ gage هو موضوع كل منهما . فالأول هو كل رهن يقع على عقار ، والثاني كل رهن يقع على منقول . ( ١ )

ثم ظهرت هذه المنقولات الخاصة ، وأصبح من الممكن ترتيب الرهن عليها دون نقل حيازة ، كما أصبح شهر الرهن عاياً يتم عن طريق القيد في سجل معين ، شأنه شأن الرهن الرسمي على العقار . لذلك أخذ الفقه يتنبه الى الخطأ الذي كان واقعاً فيه حين جعل من موضوع الرهن معياراً للتفرقة ، فبدأ يميل إلى الاستناد إلى المعيار الحقيقي المستمد من طبيعة الرهن ذاته ، فالـ Hypothèque لا يتضمن انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ، بينما يعتبر انتقال الحيازة هو جوهر الرهن الحيازي ( gage أو nantissement ) ( ١ ) وقد سبق أن رأينا أن المشرع الفرنسي لم يتنبه إلى ذلك المعيار الحقيقي عندما تكلم عن رهن المحل التجاري ، فسامه nantissement ، رغم أنه رهن يتم شهره بالقيد لا بنقل الحيازة . وقد استمر المشرع الفرنسي في استعمال هذا التعبير بالنسبة لسائر الرهون التي نظمها بعد ذلك استناداً إلى القيد في سجل معين ، لمجرد أنها واقعة على منقولات . واضطر الفقه الفرنسي ، تمشياً مع الاصطلاح التشريعي الذي أخذ يتكرر ويستقر ، إلى أن يخلق تسمية جديدة لهذه الرهون هي في حد ذاتها لغو : Le gage sans dépossession وترجمتها العربية ”الرهن الحيازي بلا نقل حيازة“ .

ولو أن أمر الخلط اقتصر على الصياغة والتعبير وحدهما ، لكان . ولكنّه أدى إلى الخلط في فهم طبيعة القواعد التي تنطبق على رهن المحل التجاري .

( ١ ) راجع تفصيل ذلك في مؤلف الأستاذ كاريك :

Cabrillac (Michel) «La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession» 1954 no. 158 p. 211.

( ١ ) كاريك المرجع السابق بند ٣٢ ص ٦٢ ثم بند ١٥٩ ص ٢١٢

فقد ثار التساؤل بين الفقهاء عن الأصل الذى يرجع اليه فى استقاء الأحكام عند نقص النصوص الخاصة المتعلقة برهن المحل التجارى ، هل نجد هذا الأصل فى أحكام الرهن الرسمى على العقار ( وهو الرهن الذى ينفذ بالقييد لا ينقل الحيازة ) أم نجده فى أحكام الرهن الحيازى على المنقول ؟ ورغم أن المشرع الفرنسى ، والمشرع المصرى من بعده ، قد اقتبسوا نظام رهن المحل التجارى كله من الرهن الرسمى ، فإن كثيراً من الفقهاء يقرر مع ذلك أنه طالما أن المحل التجارى منقول ، فإن كل نظام القيد الذى جاء به المشرع وطبقه على رهن المحل التجارى ليس الا ضرب من نقل الحيازة نقلاً رمزياً ، وأنه عند نقص النصوص فان الرجوع يكون الى الأحكام العامة فى رهن المنقول رهناً حيازياً . (١)

وتلك النتيجة التى لا يخفى فسادها هى بغير شك وليدة الوقوع فى نفس الخلط الذى وقع فيه الفقيه فيرموند من قبل بالنسبة للسفينة : فالرهن دون نقل حيازة نظام يرتبط بوصف المحل التجارى كمنقول ذى طبيعة خاصة ، بينما الرجوع الى الاصل فى أحكام الرهن الحيازى يستند إلى اعتباره ، هذه المرة ، منقولاً عادياً لا يختلف عن سائر المنقولات . والأمر بداهة لا يمكن أن ينجلى الا بايضاح كنه هذه الطبيعة الخاصة التى تتميز بها السفينة والمحل التجارى وما شاهما من المنقولات .

٢٠ - وكنه الطبيعة الخاصة التى يجب فى نظرنا أن تركز عليها كل الأضواء حتى نتجنب مثل ذلك الخلط ، هى تلك الصفة التى لاحظناها عند الكلام عن السفينة ، ثم عند الكلام عن المحل التجارى : التعيين الذاتى . فهذه المنقولات الخاصة تتميز بأنها تحمل فى داخلها ، فى كيانها ذاته ، دون حاجة الى أى عنصر خارجى ، وسائل التعيين التى تكفى لتمييزها عن غيرها

(١) كولان وكابيتان جزء ٢ - ١٩٤٨ بند ١٤٦٤ ص ٩٢٣ ؛ وكوهين السابق الجزء ٢ بند ٩٠٤ ص ٥١٠ ؛ وقال فى تعليق بسيرى ١٩١٦-٢-٣٥ تحت حكم محكمة استئناف ريوم (Riom) فى ٢٣ يوليو ١٩١٣ . وقد كانت هذه النظرة هى السبب فى فشل المشرع الفرنسى فى تنظيم بيع السيارات بالتقسيم بقانون ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ على النحو الذى سنتناوله بالبيان فى الفصل الثالث من هذا البحث .

من المنقولات . ويرتب على تلك الصفة الأساسية تغير جوهرى فى نظام الملكية ( والحقوق العينية عامة ) الذى ينطبق على هذه المنقولات الخاصة . ذلك أن الحق العينى ، باعتباره سلطة مباشرة لشخص على شىء معين ، لا يمكن أن يتقرر ، بل أن ينشأ ، إلا بتعيين الشىء موضوع الحق . فتعيين الشىء موضوع الحق العينى هو أساس وجود هذا الحق نفسه ، بل هو فى نظرنا ، الفيصل الجوهرى بين الحق العينى والحق الشخصى . لذلك فان نظام الملكية على المنقولات المشابهة لابد أن يكون مختلفاً عن نظام الملكية على العقار ، لأن المنقولات العادية ليست متعينة تعييناً ذاتياً ، وهذا ما اقتضى أن تباشر الحقوق العينية على المنقولات المشابهة من خلال حيازة الإنسان ، لأن فى هذه الحيازة عنصر التعيين . الحيازة فى المنقول سند الملكية ، لأن الحيازة هى وسيلة التعيين الوحيدة التى تجعل المنقول العادى يخضع للحق العينى . كذلك لا ينفذ حق الدائن المرتهن على المنقول إلا اذا انتقلت حيازة هذا المنقول اليه ، لأن انتقال الحيازة هى الوسيلة الوحيدة لتعيين المنقول موضوع حق الرهن .

واستناد الحق العينى على المنقول العادى إلى واقع الحيازة ، سواء أكان هذا الحق ملكية أو رهن ، هذا الاستناد هو فى حد ذاته نقص . ولكنه نقص اقتضته طبيعة المنقول العادى . إذ هو لا يتضمن فى كيانه الداخلى وسائل التعيين التى تسمح بترتيب الحق العينى عليه بغض النظر عن الحيازة .

ولكن هذه المنقولات الجديدة استطاعت أن تتخلص من أسباب النقص ، وأن تلحق بالعقار فى نظام الحق العينى عليه . ذلك النظام الذى يعد بغير شك ، أرقى من الناحية القانونية ، وأكثر مدعاة للثقة ، لتجرده عن الاستناد الى واقع الحيازة . فقد رأينا كيف لا يمكن أن توجد فى العالم كله سفينتان متماثلتان تماماً فى كل عناصر التعيين الذاتية . كذلك لا يوجد فى العالم كله محلان تجاريان متماثلان فى كل العناصر الداخلة فى كل منهما ( إذ سيختلفان حتماً ، على الأقل بالنسبة للعنصر الخاص بحق الاجارة ) . وهذا التعيين الذاتى أيضاً تتمتع به منقولات أخرى كالأفلام السينمائية والمراكب النهرية والطائرات والسيارات .

٢١ - إلا أنه يجدر بنا أن نلاحظ ، أن عناصر التعيين الذاتية التي تتميز بها هذه المنقولات الخاصة ، ليست كلها طبيعية ، بل إن أغلبها عناصر صناعية يضيفها المشرع على المقول أو تضيفها عليه جهات الإدارة بما تضعه من لوائح وقرارات تنظيمية . وفي نظرنا أن وسائل التعيين الصناعية هذه على درجة كبيرة من الأهمية ، لأنها تفتح آفاقاً واسعة لمستقبل المنقولات المعينة تعييناً ذاتياً ، وتمهد لإدخال عدد أكبر من هذه المنقولات الهامة إلى نظام للحقوق العينية لا يعتمد على واقع الحياة .

والعناصر الطبيعية للتعين الذاتي لا نكاد نجدها الا في المجموعات ، أي في المنقولات التي يتضمن كل منها عناصر مختلفة داخلية فيه ، بحيث يتضمن اجتماعها تحديداً مانعاً . فالحلل التجارى مثلا ، لا يحتاج الى تدخل تشريعى خاص لإضافة وسيلة تعين ذاتية صناعية ، لأن عناصره المعنوية والمادية الداخلة فيه تكفى لهذا التعيين . كذلك لا يحتاج الفيلم السينمائي الى وسيلة تعين صناعية لأن عناصره الطبيعية كافية أيضاً ، بل وعلى وجه أكثر كمالاً . ذلك أن الفيلم السينمائي ، كعمل فني مشترك ، يتضافر عادة على اخراجه الى عالم الوجود مجموعة من ذوى المواهب كل فيما يخصه . فهناك المؤلف ، و كاتب السيناريو ، و واضع الحوار ، والمصور ، والمونتير ، ومؤلف الموسيقى التصويرية ، والخرج ، ونجوم التمثيل والغناء والرقص ... الخ

ونحن اذا كنا نتعجل ، عندما نشاهد أحد الأفلام ، الانتهاء من تلك المقدمة القصيرة التي يبدأ بها الفيلم عادة عارضاً أسماء الذين اشتركوا فيه ، فانه يجب ألا ننسى أن كل اسم يذكر ، بل كل كلمة نقرأها على الشاشة البيضاء ، هي وسيلة تعين ذاتية طبيعية ، تميزه بشكل مطلق عن أى فيلم آخر قبله وأى فيلم آخر بعده . وتميزه بنفس الشكل المطلق عن أى فيلم آخر فى أى مكان آخر من هذا العالم . ويكاد إسم الفيلم أو عنوانه - رغم أنه وسيلة تعين فعالة - يتخلف فى الأهمية وراء هذه الوسائل الكثيرة . إذ أنه حتى اذا تكرر إخراج نفس القصة تحت نفس الاسم أو العنوان ، فلن يثير ذلك - على الأقل عند العارفين من أهل المهنة وعند

الذين يتعاملون في الأفلام السينمائية – أية شبهة أو أية صعوبة في تمييز كل فيلم بوسائل التعيين الطبيعية الأخرى .

فالمجموعات لا تحتاج إذن الى وسائل تعيين ذاتية صناعية ، إذ تتحدد كل مجموعة بعناصرها . أما المنقولات المادية البسيطة – أى غير المركبة – فلا يكاد أى منها يستغنى عن وسيلة أو وسائل صناعية تكون هى العنصر الفعال فى التعيين الذاتى . فنحن اذا نظرنا الى السفن مثلا ، وجدنا أنه من الممكن أن تتشابه – بل أن تماثل – عشرات السفن فى الحمولة وفى الهيكل الخارجى وفى التقسيم الداخلى للعنابر والقمرات والآلات الخ... بحيث يعجز عن التمييز بينها أدق الخبراء ، فالعناصر الطبيعية وحدها ليست كافية . ولذا فان العناصر الصناعية هى الحاسمة بغير شك فى التعيين الذاتى : الاسم – الذى رأينا كيف تحرص السلطة المختصة على تفرد السفينة به – والجنسية ، وميناء التسجيل ، وكل ذلك يقتضى تنظيماً تشريعياً وادارياً يعد هو الأساس الذى يستند اليه التعيين الذاتى للسفينة .

وما يقال عن السفينة ، يقال من باب أولى عن المراكب النهرية والطائرات والسيارات . فهذه المنقولات ، عند خروجها من المصنع ، لا تكون لأى منها علامة تميزها عن مثيلاتها . فصانع السيارات مثلا تنتج كميات هائلة من السيارات على نمط واحد ( serie ) لا تفرق الواحدة منها عن الأخرى قيد شعره . بل اننى إذا تعاقدت مع مصنع فيات على شراء مائة سيارة فيات ١١٠٠ مثلا ، فاننى أكون قد اشتريت مثليات من نوع واحد ، يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء ، ولا تنتقل ملكيتها إلى إلا بالتسليم أو الافراز . ولكن هذه المثليات لا تلبث أن تفرق بينها وسائل التعيين الذاتية الصناعية تفريقاً مانعاً من الخلط بين أية سيارة منها وسائر سيارات العالم أجمع ، اذ يكتب ، فى كل سيارة ، على لوحتين ثابتتين خلفية وأمامية ، بحروف ظاهرة ، نوع هذه السيارة ( ملاكى أو أجرة ، حكومة ، جيش ، هيئة سياسية الخ .. ) ، والمكان الذى قيدت فيه . والرقم الخاص بها . هذا بالإضافة الى عناصر التنظيم التشريعية الأخرى المتعلقة بالرقابة على الرخص .

هذا التعيين الذاتي هو نفسه الوسيلة الفعالة لاحترام قواعد المرور ، لأنه هو الذى يسمح لجندى المرور ، حين تمرق السيارة المخالفة أمامه مسرعة ، أن يكتفى بالنظر الى رقمها ونوعها ويكتب شيئاً فى دفتره يصيب سائق السيارة فى مكانه أينما كان .

٢٢- ولكن ماهى آثار التعيين الذاتى ، وكيف تترتب هذه الآثار ؟

١ - أول هذه الآثار هو خروج المنقول المعين تعييناً ذاتياً من نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى ( المقابلة للمادة ٢٢٧٩ فرنسى ) ، والمتعلقة باعتبار الحيازة بسبب صحيح وحسن نية مكسبة للملكية المنقول . هذا الأثر مباشر لا يتوقف على نص تشريعى خاص . وهو يترتب حتى ولو جاء التعيين الذاتى للمنقول لحدث لا علاقة له بمسألة تنظيم الملكية عليه ، كما اذا أراد المشرع من التعيين مجرد إخضاع استعمال هذا المنقول لاشراف ادارى خاص .

ذلك أن المادة ٩٧٦ مدنى لا تنطبق الا بشروط ، تعتبر فى جملتها تعبيراً يبدأ عن حرص المشرع على ألا يكون واقع الحيازة مصدراً قانونياً للحق إلا فى حدود الضرورات العملية التى لا سبيل الى التغاضى عنها (١) . ومن بين هذه الشروط : حسن نية الحائز وقت حيازته . إذ يجب أن يعتقد الحائز أنه يتلقى المنقول عن مالكة حتى يمكن أن يستفيد من الحيازة كسند للملكية . أما اذا كان يعلم أن يتلقى المنقول عن غير المالك ، فهو سىء النية ، وبالتالي لا يكتسب ملكية المنقول .

وحسن نية الحائز مفترض ، فلا حاجة به الى إثباته . فالوضع العادى للأمور هو أن يكون المنقول فى حيازة من يملكه . وعلى ذلك فإن المشتري من الحائز محق إذا هو اعتقد أنه يشتري من المالك . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان هذا المشتري ، لو أنه حاول أن يتحرى أمر ملكية المنقول ، فإنه لن يستطيع أبداً أن يصل الى درجة اليقين فى إثبات حق أى شخص

(١) راجع ما يقوله هذا الصدد الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته الفرنسية السابق الإشارة اليها ، بند ٨٩ وما يليه ، ص ٢٩٦ وما بعدها .

آخر غير هذا الحائز نفسه . ثم إن مثل هذا التحرى يعد ضرباً من العبث ، لأن المشتري المنقول يعلم أن المشرع يحميه في اعتقاده وفي استناده الى الظاهر المتعارف عليه ، فيكسبه ملكية المنقول بناء على هذا الاعتقاد .

ومن ثم فإن مشتري المنقول يشتره عادة ممن يستطيع أن يسلمه اياه في ظروف طبيعية عادية ، دون أن يعنى أو يضطر الى البحث عما وراء ذلك .

ولكن المنقول الذى أصبحت له وسائل تعيين ذاتية يختلف عن سائر المنقولات في أنه من الميسور التحرى عن حقيقة من يملكه بغض النظر عن الحيازة . هذا الاختلاف الجوهرى هو نقطة البداية في طريق خروج هذا المنقول من نطاق م ٩٧٦ مدنى خروجاً تلقائياً . ذلك أن الوضع العادى للأمور فيما يتعلق بملكية المنقول المعين تعييناً ذاتياً أصبح منفصلاً عن الحيازة . فلم يعد من حق مشتري هذا المنقول أن يعتقد أنه يشتري من المالك حين يكفى بالشراء من الحائز ، بل عليه أن يتحرى المالك - وهو ميسور - فيشتري منه لا من الحائز . ولذا فان المشتري للمنقول المعين بالذات من غير مالكة لا يخرج عن أحد فرضين : فهو إما أن يكون سيء النية يعلم أنه يشتري من غير المالك ، أو يكون قد أهمل في التحرى عن المالك الحقيقى بالطريقة المناسبة ، فيكون قد ارتكب بذلك خطأ جسيماً يستوى وسوء النية . ولا يكون من حقه في الحالين أن يستند الى المادة ٩٧٦ مدنى ، لأنه يعتبر غير مستوف لشروط من شروط تطبيقها ، هو شرط حسن النية (١)

---

(١) من الممكن أن نتصور احتمالاً ثالثاً وان كان نادر الوقوع ، هو احتمال أن يتحرى المشتري أمر الملكية بالطريق المناسب ، ولكنه لا يصل الى المالك الحقيقى لأمر خارج عن ارادته ، كما اذا أخطأت الجهة المختصة مثلاً فأعطته اسم شخص آخر . حينئذ لا مفر من اعتباره حائزاً حسن النية ، وبالتالي من استفادته من المادة ٩٧٦ مدنى لتوافر شروطها رغم أن المنقول معين تعييناً ذاتياً . الا أننا مع ذلك لانكاد نتصور احتمال أن يكون الاسم الخاطىء الذى قدمته الجهة المختصة هو ذاته اسم الحائز مدعى الملكية ، الا اذا كان ثمة تواطؤ جنائى . ولذلك فان هذا الاحتمال الثالث غير جدير بالالتفات .



هذه القاعدة يطبقها القضاء على وجه مستقر (١) .

٢ - وإلى جانب الخروج التامنى المباشر عن نطاق قاعدة الحيازة ، فإن صفة التعيين الذاتى تمهد للمشرع سبيل تنظيم شهر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن واقع الحيازة . والحقوق العينية التى نقصدها هنا لا تقتصر على حق الملكية ، وإنما تمتد إلى الحقوق الأخرى أصلية أو تبعية ، كالانتفاع أو الرهن ، ( وشهر الرهن بصفة خاصة بالغ الأهمية فى العمل ) إذ يستطيع المشرع أن يوجب قيد هذه الحقوق فى سجل تبين فيه عناصر التعيين التى تميز المنقول ، حتى تسرى على الغير . ويستطيع الغير أن يعلم بوجود هذه الحقوق بالالتجاء الى السجل . ويشند الشبه حينذاك بين نظام الشهر فى العقار ونظامه فى المنقولات المعينة تعييننا ذاتيا . وهو ما فعله المشرع المصرى

(١) أنظر الشرح المستفيض لشرط حسن نية الحائز فى رسالة الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى السابق الاشارة اليها من ص ٢٢٤ الى ص ٢٥٣ ( بند ٧٤ وما بعده ) .

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية ( عرائض ٧ مايو ١٩٣٤ سبرى ١٩٣٤-١-٣٧٢ ) حكماً طبقت فيه قاعدة الحيازة بالنسبة للسيارة تطبيقاً غير سليم . وتتلخص وقائع القضية فى أن شخصاً يدعى جيبور أعطى سيارة جديدة على سبيل الايجار الى السيدة فرانكوفسكا ( التى زعمت له أنها الأميرة كادجار ! ) ولكونها بدلا من أن ترد السيارة اليه عند نهاية مدة الايجار ، باعها الى شخص ثالث ، فباعها الى شخص رابع ، الذى باعها بدوره الى الخامس . ولم يعن أى من هؤلاء المشترين بالتحقق من شخصية المالك رغم أن ذلك لا يقتضى منه أكثر من طلب الاطلاع على البطاقة الرمادية ( la carte grise ) التى تعطىها جهة الادارة باسم مالك السيارة وعلاماتها المميزة . وقد رفع جيبور ضد السيدة فرانكوفسكا وبقيه المشترين اللاحقين دعوى مزدوجة باسترداد السيارة لأن حيازتها كانت بسوء نية ، وبالتعويض عما لحقه من أضرار . فقضت محكمة استئناف باريس ، وأيدتها فى ذلك محكمة النقض ، بالفصل بين الدعويين رغم تلازمهما الطبيعى ، فقررت عدم جواز الاسترداد لأن الحائزين اللاحقين كانوا حسنى النية ، ثم حكمت عليهم مع ذلك بالتعويض لأنهم أخطأوا بعدم محاولتهم التحرى عن المالك الحقيقى .

وقد بين الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى بوضوح ما فى هذا الحكم من ضعف وتناقض ( ص ٢٤٣ وبعدها ) وأكد بحق أنه لا يكفى لاعتبار الحائز حسن النية ، استناده الى جهله بأنه يتلقى الحق من غير مالك ، وإنما يجب ألا يكون هذا الجهل راجعاً الى اهمال جسيم من جانبه .

والواقع أن مجرد وجود وسيلة ناجعة لمعرفة المالك الحقيقى ، يسقط على الفور حسن نية الحائز الذى لا يلجأ الى هذه الوسيلة .

بالنسبة للسفينة وبالنسبة للمحل التجارى . وما فعله المشرع الفرنسى بالنسبة  
لمنقولات أخرى كثيرة سوف نعرض لها بالتفصيل فيما بعد .

هذا الأثر لا يترتب بداهة الا بتدخل المشرع ، لأن الشهر يقتضى  
تنظيم سجل تتولاه جهة رسمية تكون موضع ثقة المتعاملين ، وذلك لا يكون  
الا بتشريع خاص .

## الفصل الثاني

### تقدير تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول

٣٢- رأينا كيف يمكن أن تكون بعض المنقولات معينة تعييناً ذاتياً وكيف أن هذا التعيين الذاتي يؤدي إلى أثرين هامين متعلقين بنظام الحقوق العينية على هذه المنقولات . الأول : هو خروجها من نطاق قاعدة الحيازة خروجاً يقينياً تلقائياً ، والثاني هو إمكان تنظيم وسيلة شهر خاصة ترتب أثر نفاذ الحقوق على الغير دون أن تركز على الحيازة . ورأينا الرابطة المنطقية الواضحة بين التعيين الذاتي وبين الأثرين المترتبين عليه .

ولكن آثار التفرقة بين المنقول والعقار أعم وأشمل من هذين الأثرين ، وهي كما ذكرنا في مقدمة هذا البحث ، تمتد إلى سائر فروع القانون ، فما مدى انطباق تلك الآثار على المنقول المعين بذاته ؟ وما مدى دخول ذلك المنقول في نطاق التقسيم ؟ وهل يصبح هذا التقسيم ثلاثياً ، بحيث يضم هذا النوع الجديد ؟

لا يمكن أن نجد لهذه الأسئلة جواباً مقنعاً إلا إذا أمعنا النظر في التقسيم ، وبحثنا تاريخه وكيفية تطوره والأسس التي يقوم عليها ، حتى يتيسر لنا بعد ذلك أن نبين أوجه النقد التي يمكن توجيهها إليه في عصرنا الحديث .

#### (أولاً) تطور هذا التقسيم والأسس التي يستند إليها :

٢٤- نشأ هذا التقسيم في القانون الروماني مستنداً الى أساسه الطبيعي الذي يركز على ثبات العقار وحركة المنقول . فالعقار هو ذلك الشيء الثابت الذي لا ينتقل من مكان الى آخر كالأرض والمباني . والمنقول هو الشيء الذي يقبل ذلك الانتقال . وقد استمد الأساس الطبيعي من بدايته وسلامته قوة بحيث أنشأ التقسيم في أذهان فقهاء الرومان دون أن يكون له

في القانون الروماني الاقيمة ضئيلة . ذلك أنهم لم يكونوا يعرفون في تلك المرحلة الأولى من مراحل التطور نظاماً خاصاً للملكية العقارات يستند الى القيد في سجل أو الى أية وسيلة أخرى من وسائل الشهر . ولم يكونوا يعرفون بالحيازة كسبب من أسباب كسب ملكية المنقول ، وانما كان تملك العقار يخضع لنفس القواعد التي تنظم ملكية المنقول . وبالتالي لا نكاد نجد لهذا التقسيم أثراً في القانون الروماني إلا فيما يتعلق بالسرقة أو الاختلاس ( Furtum ) التي تقع بداهة على المنقول دون العقار ؛ والا فيما يتعلق بكسب الملكية بالتقادم ( usucapio ) ، التي كانت وفقاً لقانون الألواح الاثني عشر ، سنة في المنقول ، وستين في العقار ، ورفع جستنيان هذه المدة الى ٣ سنوات في المنقول و ١٠ سنوات في العقار .

ولم يكن في أذهان الرومان ، ولا في قانونهم ، ما يدل على شدة اعتدادهم بأساس اختلاف القيمة الذي ظهر من بعد في القوانين الجرمانية ، والقانون الفرنسي القديم . ذلك أنهم لم يكونوا يعتبرون الأرض مصدراً للسيادة والتمتع بالامتيازات الاجتماعية ، وانما كانت هذه السيادة مرتكزة على نظامهم العائلي إذ كانوا يعطونها لرب الأسرة ( Pater Familias ) . ومن ناحية أخرى كانت لديهم طائفة من المنقولات تعد في نظرهم عظيمة القيمة ، ومظهراً من مظاهر السيادة والثراء . هؤلاء هم « العبيد » ، الذين كانوا يعتبرون عنصراً هاماً من عناصر الثروة (١) . وعلى ذلك فلا شك أن فكرة احتقار المنقول واعتباره ضئيل القيمة بالنسبة الى العقار ، هذه الفكرة لم تظهر لا في أساس التقسيم ولا في آثاره .

ولأن هذا التقسيم ، في القانون الروماني ، لم يكن يستند الا الى الأساس الطبيعي وحده ، فقد ظل محصوراً في نطاق الأشياء المادية وحدها ( Res Corporales ) دون أن يمتد الى الحقوق عينية كانت أو شخصية .

(١) أنظر : Charles Lefebvre «Les Fortunes Anciennes au point de vue juridique», Cours de Doctorat Paris 1912 p. 4.

٢٥- ولكن هذا التقسيم تغيرت أبعاده وآثاره تغيراً شديداً في ظل القوانين الجرمانية والقانون الفرنسي القديم .

(١) فقد ظهر ، الى جانب الأساس الطبيعي للتقسيم ، أساس آخر اقتصادي يرتكز على قيمة العقار وأهميته من ناحية ، وتفاهة المنقول وحقارته من ناحية أخرى ( *Res mobilis, res vilis* ) ، وبرز الأساس الجديد إلى المرتبة الأولى بحيث جعل الأساس الطبيعي نفسه - رغم أنه الأصل - يتوارى ويهت (١) .

وكان الأساس الاقتصادي الطارئ انعكاساً للحالة السياسية والاجتماعية والعائلية التي كانت سائدة في القرون الوسطى . فقد كانت القرون الوسطى هي العصر الذهبي لنظام الاقطاع الذي ارتبط بالارض سياسياً واجتماعياً وعائلياً ، اذ كانت ملكية الأرض تعطى لصاحبها جانباً من السلطة العامة فيصبح حاكماً سياسياً في اقطاعية ( *Seigneurie* ) . كما يصبح بذلك منتمياً إلى أرقى طبقات المجتمع ، طبقة النبلاء . وبلغت الأرض لذلك من الأهمية الى الحد الذي جعلها - وحدها - موضوعاً لتقسيمات قانونية لا نكاد نسمع عنها الآن ؛ فقسمت الى أرض حرة وأرض تابعة ( *Terres libres et terres dépendants* ) والى أرض نبيلة وغير نبيلة ( *Fief et vilenage; Terre noble et terre' roturière.* ) وهي تقسيمات كانت تتعلق بمدى سلطة المالك على الأرض التي يملكها ، ومدى خضوع هذه الأرض للضرائب الاقطاعية .

(١) أنظر شارل ليفشر - المرجع السابق ص ٨ ؛ وكذلك :

*Saint - Germès «De l'influence de la valeur des meubles sur le code civil français, les lois qui l'ont complété, et la jurisprudence française» thèse Alger, 1926.*

والمراجع العامة ، ومن بينها : بلانيول ج ١ - ١٩٥٠ ص ٨٨٤ وبعدها ؛ كولان وكابيتان ج ١ - ١٩٥٣ ص ٨٢٢ ؛ وأوبري ورو الطبعة ٦ لامييل برتان ١٩٣٨ ج ٢ ص ١٠ وبعدها ؛ والدكتور حسن كيره «الحقوق العينية الأصلية - ج ١ - حق الملكية» ١٩٥٨ بند ٢٢ ص ٦٧ ؛ والدكتور محمد علي عرفه «في حق الملكية» ج ١ - ١٩٥٤ بند ٣٨ ص ٦٤

وكان من نتائج ذلك أن العائلات التي تمتلك الأرض كانت تحرص أشد الحرص على الاحتفاظ بملكيتها داخل العائلة وعلى توارثها . فلا تقدم على بيعها مهما كانت ظروف الفقر والفاقة التي تتعرض لها . وعن ناحية أخرى لم تكن العائلات التي تقتصر ثروتها على المنقولات لتبخل بهذه المنقولات مهما غلت ، ثمناً لقطعة أرض تتوسطها قلعة ولو كانت الأرض جرداء ، والقلعة خربة مهالوية ، حتى تتوارث بعد ذلك مركزاً اجتماعياً أعلى .

ومن البديهي أن تلك الأهمية البالغة للأرض ، كعقار ، من شأنها وحدها أن ترخص من قيمة المنقولات مهما غلت وكثرت ، إذ كان يكفي أن تقاس الى قيمة الأرض وأهميتها . الا أنه مما زاد من حدة الفارق في القيمة بين العقار والمنقول ، أن المنقولات في ذاتها لم تكن في ذلك الوقت غالية ولا كثيرة ، إذ كانت الصناعات في ذلك الوقت بدائية ضئيلة . وكانت التجارة تدور في حدود متوسطة لا تسمح لممارستها بالثراء ومطالبة ملاك الأرض ، وكانت المعادن الثمينة نادرة (١) .

لذلك لا عجب أن انطلق ذلك التعبير المذائع الذي رسخ في أعماق المجتمع الى الحد الذي أعجز الثورة الفرنسية — وقد اقتلعت الاقطاع من جذوره — عن أن تتخلص من آثاره : ( Res mobilis, res vilis ) ولا عجب كذلك أن تركزت كل وسائل الحماية والضمان على ملكية العقار والحفاظة عليه من الاعتداء أو من الخروج عن نطاق الأسرة ، سواء عن طريق الارث أو الزواج أو التداول العادى .

وكان أن امتد التقسيم بين العقار والمنقول ذلك الامتداد المائل في الآثار المتشعبة في شتى فروع القانون ، وهو امتداد يستند من ناحية الى أهمية العقار وتفوقه البالغ على المنقولات ، وبالتالي الى ضرورة حمايته في أكمل وأوفى صورة ، ويستند من ناحية أخرى الى استقراره لآجال طويلة في يد

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة ٥ - ١٩٥٠ - ج ١ ص ٨٨٤

مالكة وورثته من بعده ، دون أن يتعرض الا نادراً للتداول ، وكان أن اكتسب هذا التقسيم تلك الأهمية البالغة التي جعلته في مكان الصدارة بين تقسيمات الأموال ، وفي مكان الجذر الأصيل من النظام القانوني ، بحيث لا يخطر على الأذهان مناقشته أو التعرض له .

ويجدر بنا ألا ننسى ملاحظة هامة في هذه المرحلة من مراحل تطور التقسيم : تلك أن الأساس الاقتصادي الطارئ الذي أضفى عليه كل هذه الأهمية وكل هذه الآثار ، لم ينضم - مجرد انضمام - الى الأساس الطبيعي الأول الذي كان الباعث الأصلي لنشأته ، بحيث يرتكز التقسيم في وضعه الجديد الى الأساسين معاً على قدم المساواة ، وانما طغى الأساس الاقتصادي على الأساس الطبيعي فازاحه عن الطريق . لم يعد العقار - في تلك المرحلة - هو أى شئ ثابت لا يمكن نقله الا بتلف ، وانما أصبح العقار شاملاً لكل مال هام يستحق أن يحظى بتلك الحماية الخاصة التي تحظى بها الأرض ، بغض النظر عن ثباته أو حركته . ومن ناحية أخرى أخرجت بعض الأشياء الثابتة من نطاق العقارات لمجرد أنها قليلة الأهمية . فتمشياً مع منطق الأساس الاقتصادي للتقسيم ، أصبحت الوظائف ( Offices ) والايراد المرتب ( Rente Constituée ) ، تعتبر من قبيل العقارات لأهميتها ولارتفاع قيمتها . كما أن عرف القانون الفرنسي القديم كان يعتبر بعض الاشجار ، وبعض المنشآت المبنية ، من قبيل المنقولات .

وكان منطقياً أن يضع الفقيه الفرنسي القديم بومانوار ( Beaumanoir ) تعريفاً للعقار يختلف تمام الاختلاف عن التعريف الذي نتداوله اليوم ، وان كان يصور ماهية العقار في تلك المرحلة . فهو يقرر أن العقار هو « ذلك الشئ الذي لا يموت ، والذي يثمر كل عام لسيدته » ( ١ ) .

“C'est chose qui ne meurt pas, et qui produit chaque année pour son seigneur . ويبدو واضحاً أن بومانوار لايعني بثبات الشئ من الناحية المادية

( ١ ) بومانوار فصل ٢٣ بند ٣ ، أشار اليه شارل ليفيغر - المرجع السابق ص ٥٨

ليكون عقاراً ، وإنما يعنى بخلوده من الناحية الزمنية ( chose qui ne meurt pas ) ونلاحظ في هذا التعريف أنه يذكر كلمة سيد الشيء ( Seigneur ) بدلا من مالكة ( propriétaire ) اشارة الى المركز الاجتماعى والسياسى الخاص ، الذى تحول ملكية العقار فى ذلك الوقت . كما أننا نرى من ثنانيا التعريف كيف أن أهمية العقار فى ذلك النظام الاقطاعى كانت تطبع العقار بطابع الاستقرار القانونى . هذا الاستقرار لا صلة له بالثابت المادى . وإنما صلته المباشرة هى بالمبالغة فى الحرص عليه فى نطاق العائلة ، وعلى توارثه ، وعلى عدم التصرف فيه بأى تصرف يخرج عن هذا النطاق . فهو "الشيء الذى لا يموت" ، لأنه الشيء الذى يبقى على ملك سيده لا يفرط فيه ، ولا يلقيه فى التداول . ذلك أن مركزه فى المجتمع رهين بملكيتته لهذا العقار .

وأيا ما كان الرأى فى تقدير التقسيم الى عقار ومنقول على الوضع الذى كان سائداً فى القانون الفرنسى القديم ، فإننا نستطيع أن نستخلص حقيقتين واضحتين لا شك فيهما :

الحقيقة الأولى هى أن هذا التقسيم يختلف فى جوهره ، رغم احتفاظه بنفس التسمية ، عن تقسيم العقار والمنقول فى القانون الرومانى ، وكذلك عن هذا التقسيم نفسه فى القوانين الحديثة . والحقيقة الثانية هى أن الأهمية الخاصة التى حظى بها التقسيم فى تلك المرحلة ، أهمية لها ما يبررها تماماً ؛ فقد كانت هناك رابطة منطقية محكمة بين تعريف العقار والمنقول فى ذلك العهد ، وبين الآثار الكثيرة المتشعبة التى رتبت على التفرقة بينهما . تلك الرابطة المنطقية تتمثل فى نظام الاقطاع السائد وقتذاك ، والذى كان من شأنه أن يرفع العقارات الى أعلى قسم السمو والامتياز ، والذى كان من شأنه كذلك أن ينأى بهذه العقارات عن المعاملات الجارية ، ويخرجها عن التداول من الناحية العملية الا فى القليل النادر .



٢٦- (ب) ولكن ماهو أصل قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ؟

وكيف نشأت؟ لامراء فى أن هذه القاعدة تعتبر فى عصرنا الحديث من أهم نتائج التفرقة بين المنقول والعقار . بل ولقد رأينا كيف أن مصدر البلبلة التى أثارها المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كان خروجها بالذات عن هذه القاعدة التى يتعين أن يخضع لها كل منقول . ومع ذلك ، فلا شك فى أن هذه القاعدة - قاعدة الحيازة سند الملكية - لم تكن موجودة عند نشأة التقسيم فى القانون الرومانى ولا فى أية مرحلة من مراحلها ، اذ ظل يسمح للمالك المنقول باسترداده من الحائز حسن النية اذا لم يكن هذا الأخير قد اكتسبه بالتقادم . بل ان قاعدة الحيازة لم تنشأ ، فى ظل القانون الفرنسى القديم ، الا فى القرن الثامن عشر ، بفضل كتابات بوتييه ( Pothier ) وبورجون ( Bourjon ) الذى كان أول من صاغ القاعدة وجعلها نظرية متكاملة ، وقضاء الشاتليه . ذلك أن أحكام الملكية فى المنقول كانت قبل ذلك غامضة غير مستقرة ولا موحدة ، اذ كانت محل نزاع بين بلاد العرف ، التى كانت تطبق العادات الجرمانية القديمة ، وبين بلاد القانون المكتوب ، التى كانت تطبق القانون الرومانى (١) . وقد انتهى الأمر فى هذا النزاع بانتصار القانون الرومانى فى نهاية القرن السادس عشر وبداية القرن السابع عشر . فأصبح المستقر عليه أن يكون للمالك المنقول استرداده من الحائز طالما أن هذا الأخير لم يكتسبه بالتقادم . الا أن انتصار القانون الرومانى لم يستمر الا قليلا ، اذ أخذت عيوب النظام تزايد ويستفحل أمرها خلال بقية القرن السابع عشر ، وذلك كلما زادت حركة التداول فى المنقولات وكلما نمت التجارة . إذ كان يجب على المشتري آنذاك أن يثبت فى مواجهة المسترد ، ليس فقط سند البائع الذى باعه المنقول ، وانما يثبت أيضا أن سائر السابقين كانوا هم أيضا مالكين على التناوب لهذا المنقول . مثل هذا الاثبات كان فى المنقولات

(١) أنظر ، فى تفاصيل مراحل تطور القانون الفرنسى القديم فى هذا الشأن حتى نشأت القاعدة ، رسالة الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى باللغة الفرنسية السابق الاشارة اليها ، فى الصفحات بين ٣٥ و ١١٠ وكذلك المراجع التى ذكرها .

أقرب الى المستحيل . وزاد الطين بلة أن مدة التقادم لم تكن موحدة في مناطق العرف ، ووصلت مدة التقادم في المنقول في بعضها الى ٣٠ سنة ، يجوز خلالها للمالك أن يسترد المنقول من الحائز ، بينما لا يكتسب حائز المنقول المسروق ملكيته بالتقادم أبدا ولو كان حسن النية .

وازاء تلك الأضرار البالغة التي كان من شأنها أن تعرقل حركة التداول في المنقولات إلى حد بعيد ( وقد رأينا أن تداول العقارات كان في حد ذاته نادراً ) ، وأن تضرب التجارة النامية في ذلك الوقت في الصميم ، أخذ كتاب القانون الفرنسي القديم وقضاء برلمان باريس يتقدمون بحلول مختلفة في ظل احترام القاعدة الرومانية ، فرأى بعض الكتاب ( جودفروي Godefroy ) ضرورة تحديد التقادم بثلاث سنوات فقط ، بل بسنة واحدة . وأصدر برلمان باريس حكماً يقضى بضرورة أن يحصل الحائز للمنقول على تعويض من المالك الذي نجح في استرداد المنقول إذا كان الحائز حسن النية . ولم تكف هذه الحلول . فلم يكن مناص من مهاجمة القاعدة من أساسها ، حماية للتجارة وللاستقرار المعاملات . فبدأ القضاء يفترض أن الحائز للمنقول قد قدم بالفعل الدليل على ملكيته ، أى أنه أقام من واقعة حيازة المنقول قرينة على الملكية . ثم مالبت القاعدة الجديدة التي تعتبر الحيازة ، الى جانب وظيفتها في الاثبات ، سبباً لكسب ملكية المنقول ، أن تبلورت في كتابات Bourjon (١) ثم مالبت أن استقرت وتأكدت ، على الأخص بعد أن أيدها الفقيه الكبير فالان ( Valin ) (٢) . وبلغ من استقرارها بعد ذلك وتأكيدها في العمل ، أنها دخلت في التقنين الفرنسي دون أدنى مناقشة . فقد بدت ، رغم حداثة العهد بها ، ضرورة ، لاحتياج الى تبرير . بل أنها قد أصبحت بعد ذلك أهم نتائج - وأهم مبررات - تقسيم الأموال الى عقار منقول .

(١) Bourjon «Le Droit Commun de la France», liv. II, t. I, Ch VI, sect. I.

أشار اليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته ص ٩٢ و ٩٣

(٢) Valin «Commentaire de la Coutume de La Rochelle», note sur l'art. 60 p. 240

٢٧- وقد وصل التقسيم الى مرحلة الثورة الفرنسية وهو أقوى ما يكون بأسسه الثلاثة التي تجمعت له على مر العصور منذ نشأته في القانون الروماني . فقد كان يستند أوله الى ذلك الأساس الطبيعي الذي أكسبه قوة وبداهة وعلاوا عن مستوى الشكوك . ( وقد عرفنا أن هذه البداهة الطبيعية ذاتها هي التي كانت سببا في إدخاله بين تقسيمات القانون الروماني رغم عدم الحاجة اليه ) . وكان يستند ثانيا الى الأساس الاقتصادي والاجتماعي الضخم الذي اكتسبه طوال قرون الاقطاع في ظل القانون الفرنسي القديم ، والذي جعل منه جذرا من جذور النظام القانوني . وأخيراً فإنه كان يستند الى الأساس العملي الهام الذي تمثله صعوبة تحديد الملكية وإثباتها في المنقول لسرعة تداوله بين الناس ، مما اقتضى ظهور تلك القاعدة الخاصة بالمنقول دون العقار ، قاعدة اكتساب ملكيته بمجرد الحيازة بحسن نية وسند صحيح .

ورغم أن الثورة الفرنسية قد جاءت لتهدم الاقطاع من أساسه ، وتنشئ مجتمعاً جديداً بلا طائفية ولا طبقات ، ولا سيادة مستندة الى الارض ، ورغم أنها كانت في تحقيقها لأهدافها هذه لا تدخر قوة ولا عنفاً ، فقد استطاع التقسيم عبور الثورة بكل ما أثارته من عواصف إعاتية ، محتفظاً مع ذلك بالقدر الأعظم من أهميته الخاصة التي لم يستمدها في الواقع إلا من نظام الاقطاع . وكان أن ظهر التقسيم في القانون المدني الفرنسي راسخاً عتيداً كأن شيئاً لم يكن . ولا شك أن الفضل في ذلك انما يرجع الى تعدد الأسس التي يستند اليها ، والتي أكسبته مرونة وليونة هي أشبه بليونه المنافق ذى الوجهين . بل أن هذا التقسيم كان له ثلاثة أسس ، أي ثلاثة وجوه . ولو أن مشرع الثورة الفرنسية أو واضع التقنين المدني الفرنسي ، لم يجد أمامه الا تعريف بومانوار للعقار « الشيء الذي لا يموت والذي يثمر كل عام لسيده Seigneur » ، لبطش كلاهما بالتقسيم كله بطشا شديداً ، ولقضى كلاهما على آثاره المنبثقة بين شتى فروع القانون ، ولحصره ، إن كان ثمة ضرورة من وجوده ، في أضيق نطاق . ولكن التقسيم استطاع أن يقدم ، في تلك اللحظات الحرجة من حياته ، أساسه الطبيعي الأول ، الذي لا يمكن أن يمارى أحد في سلامته . فالعقار هو الثابت الذي لا ينتقل إلا بتلف ، والمنقول هو المتحرك الذي ينتقل بغير تلف . ولا يخرج أي مال عن أن يكون هذا أو ذاك ، عقاراً أو منقولاً . لذلك جاءت المادة

٥١٦ مدني فرنسي وكأنها تلقي إلينا بحقيقة من الحقائق الطبيعية الخالدة التي لا شأن لها بما يتوارثه الناس من نظم اجتماعية وما يتقبلون فيه من ثورات؛ فنصت على أن: « كل الاموال منقولات أو عقارات » *Tous les biens sont meubles ou immeubles*. وتلك ولا شك حقيقة ، اذ يستحيل على أى شيء أن يفلت من نطاق هذا التقسيم الشامل لكل ما نعرف من أموال (١).

ووراء الواجهة الطبيعية البحتة التي خدعت الثورة الفرنسية وواضع التقنين المدني الفرنسي ، وسائر التقنينات التي أخذت عنه ، تسلمت مختلف الآثار التي لم تترتب على التقسيم الا في ظل نظام الاقطاع ، تلك الآثار المستندة إلى أهمية العقار وسمو قيمته ، وحقارة المنقول وتفاهته ، وإلى استقرار العقار زنيا في داخل العائلة الواحدة وبعده عن التداول من ناحية ، وإلى سرعة تداول المنقولات بين الناس من ناحية أخرى وكونها لذلك أساس التجارة ونطاقها العام . بل واحتفظ التقسيم ، فوق ذلك كله ، بتلك الأهمية الشاملة التي جعلته يتقدم على سائر التقسيمات الأخرى للأموال ، وجعلته يتسرب - دونها - إلى سائر فروع القانون . بل وجعلته يقف

(١) ومع ذلك ، فما أسرع ما خرج المشرع الفرنسي عن الأساس الطبيعي للتقسيم .. ! فن الطريف أن يصدر ، في ١٦ يناير ١٨٠٨ ، القرار الامبراطوري (*Décret Impérial*) ، الذي يقرر في المادة ٧ منه وسيلة سهلة لخلق عقارات ليس لها من صفة الثبات الطبيعي شيء . فقد نصت هذه المادة على أن حملة أسهم بنك فرنسا يمكنهم أن يضيفوا على أسهمهم هذه صفة العقار ، وذلك بمجرد اعلان رغبتهم في ذلك إلى بنك فرنسا . وكان الهدف من ذلك يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين . وقد ظل هذا القرار سارياً لأكثر من قرن من الزمان ، إلى أن صدر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٦ قرار آخر يمنع اضافة صفة العقار على أسهم بنك فرنسا بعد هذا التاريخ . أما بالنسبة للأسهم التي جعلها أصحابها عقارات بالفعل ، فإنها يمكن ، وفقاً للقرار الجديد ، أن تعود مرة أخرى منقولات بناء على طلب أصحابها .

ويطلق على هذا النوع الغريب من العقارات « العقارات بالاعلان » (*Immeubles par declaration*) أنظر الأستاذ فرانسوا تيرى في رسالته عن « أثر الارادة الفردية على التكييف القانوني » :

François Terré «L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications». thèse Paris 1957, no. 69 p. 70.

وأنظر كذلك كولان وكابيتان ودي لا مورانديير ، جزء ١ ، ١٩٥٧ ، بند ٦٦٤ ص ٣٩٧

سدا منيعاً أمام كل توسع للقانون التجاري ؛ إذ حصره داخل أحد قسميه ، داخل المنقولات وحدها ، ومنعه من أن يمتد الى أية مضاربة تتصل بالعقار من قريب أو بعيد .

وكان لا بد في هذه المرحلة الأخيرة من تطور التقسيم ، أن يتضح الحلل المنطقي بين أساس التقسيم وبين الآثار المترتبة عليه . فقد كان التقسيم منطقياً في القانون الروماني ، وكان منطقياً أيضاً في القانون الفرنسي القديم . ولكنه فقد منطقه عندما أخذ المشرع الفرنسي بأساسه الطبيعي الذي عرفه الرومان ، ثم رتب عليه الآثار التي لم تترتب إلا في ظل نظام الاقطاع . وقد تنبه أغلب الفقهاء الفرنسيين إلى ذلك الحلل المنطقي ، وسجلوه بين ما سجلوا من عيوب التقسيم ومانأخذة . (١)

كذلك تنبه أغلب الفقهاء الى ما أضافه القانون المدني الفرنسي الى التقسيم من اتساع في المدى يزيد عما كان عليه في مراحلها السابقة ، إذ جعله شاملاً للحقوق عينية وشخصية ، رغم أن نطاقه الطبيعي كان يجب أن يقتصر على الأشياء المادية وحدها . كذلك أدخل القانون المدني الفرنسي عنصراً

---

(١) من بين الفقهاء الفرنسيين على الأخص ، أنظر شارل لفيشر ، المرجع السابق ص ٤ و ص ٥٧ وما بعدها ؛ وسان جرمس السابق ص ٧ من المقدمة ؛ وشارل بودان ، المرجع العام في القانون المدني ١٩٣٨ الجزء الرابع رقم ٨٩ ص ٨٥ ؛ وكذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ١٩٥٠ بند ٢٦٢٠ ص ٨٨٦

وما تجدر ملاحظته أنه ، رغم أن القانون المدني الفرنسي رتب كثيراً من الآثار المستندة الى تهاة قيمة المنقول بالنسبة الى العقار ، الا أن بورتاليس (*Portalis*) ، حرص ، في الأعمال التحضيرية ، على أن يتجنب ذكر ما يشير الى عبارة (*Res mobilis, res vilis*) . فقد قال مثلاً في تقرير قاعدة البطلان للغبن في العقار دون المنقول ” ان طبيعة المنقول تتعارض مع تطبيق البطلان للغبن عليه ، لأن قيمة المنقولات تتعرض للتغير من وقت لآخر ؛ فن الصعب تحديدها ، فلا مجال للقول بالغبن . أما العقار ، فان التغير الذي يطراً على قيمته أبطأ “ . وبيرر تريلهارد (*Treilhard*) قاعدة الاعتداد في يسار الكفيل بأمواله العقارية وحدها (م ٢٠١٩ مدني فرنسي) ” بان اليسار يجب أن يكون يساراً مستقراً (*Solvabilité constante*) لا يساراً عارضاً (*fugitive*) “ . وهكذا تجنب مقرررو القانون المدني الفرنسي كل ما يشير الى احتقار المنقول وتهاة بالنسبة الى العقار .

إراديا في اعتبار المال منقولاً أو عقاراً . فالمباني تعد منقولات بحسب المآل إذا انصرفت الإرادة الى هدمها في مستقبل قريب ، والمنقولات تعتبر عقارات بالتخصيص فتأخذ حكمها ، إذا خصصها مالكةا لخدمة عقار يملكه أيضا . وهكذا خرج التقسيم في صورته الجديدة عن حدوده الطبيعية الجامة وأصبح للافراض القانوني من ناحية ، وللارادة من ناحية أخرى ، دور هام في اكتساب المال صفة المنقول أو صفة العقار .

### ( ثانيا ) نقد التقسيم الى عقار ومنقول

٢٨ - رأينا ، ونحن نستعرض التطور الذي مر به التقسيم ، أنه يستند الى ثلاثة أسس كبيرة ارتكز عليها في المراحل الثلاثة التي مر بها على التوالي : الأساس الطبيعي ، ثم الأساس الاقتصادي ، وأخيرا الأساس العملي الذي خلق القاعدة الخاصة بالمنقول والمتعلقة باكتساب ملكيته بمجرد الحياة . بقي أن نتناول هذه الأسس الثلاثة بالبحث والتقدير المجردين عن التأثير بما جرت أفلام الفقهاء على كتابته عادة ؛ لتبين أولا ما اذا كانت هذه الأسس في جوهرها سليمة صالحة بحيث تبرر وجود التقسيم ، ثم لتبين ثانيا ما اذا كانت هذه الأسس ، على فرض سلامتها ، من القوة بحيث ترفع التقسيم الى المركز الممتاز الذي يحتله بين تقسيمات الاموال .

### ١ - الأساس الطبيعي للتقسيم :

٢٩ - نصت المادة ١/٨٢ مدني على أن « كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » . وواضح أن هذه المادة تركز على طبيعة الاشياء وحدها كمييار للفرقة ، فانها تضم كل ما يحويه العالم من أشياء . ذلك أنها لم تضع تعريفا للعقار وآخر للمنقول ، خوفا ولا شك من مجرد احتمال أن تخلق لنا الطبيعة شيئا لا يدخل في أي من التعريفين . ولذا فقد اكتفت بوضع تعريف للعقار ، واعتبرت أن المنقول هو كل مالا يدخل في هذا التعريف . والمادة في ذلك حريصة على أن يظل التقسيم ، من الناحية الطبيعية ، صادقا محكما أبد الدهر .

وتقدير سلامة هذا الأساس الطبيعي البحث للتقسيم يقتضى الاجابة  
على سؤالين هامين :

(أولاً) هل هذا التقسيم ، من الناحية الطبيعية البحث ، وبغض النظر  
عن أى من الآثار القانونية المترتبة عليه ، تقسيم صحيح ؟ .

(ثانياً) على فرض سلامة هذا التقسيم من الناحية الطبيعية ، هل تكفى  
هذه السلامة لبناء تقسيم قانونى وترتيب آثار قانونية عليه ؟ .

### ٣٠ - ( ١ ) التقسيم من الناحية الطبيعية البحث :

لو أننا ذهبنا بهذا التقسيم الى أحد علماء الطبيعة ، وسألناه عما اذا كان  
من الممكن أن يوجد فى هذا العالم الذى نعيش فيه « شىء مستقر بحيزة ثابت  
فيه لا يمكن نقله دون تلف » ، لأجابنا بالنفى المطلق ، ولأكد لنا أن الأرض  
وسائر الأجرام السماوية تسبح فى الفضاء الكونى اللانهائى . وأن الارض  
التي نعيش فيها بالذات ، بكل ما عليها من أشخاص وأموال وكائنات حية  
وغير حية ، تدور حول نفسها كل يوم ، وتدور فى نفس الوقت حول  
الشمس كل عام ، فلا شك أنها تعتبر المنقول النموذجى الذى يتحرك بنظام  
دقيق ، ودون أى تلف ( لحسن حظ البشرية ) ، ودون أى توقف ، خلال  
ملايين السنين التى عاشتها الارض منذ بدء الخلق ، والتي سوف تعيشها  
باذن الله الى يوم يبعثون .

إلا أننا لا ننوى أن نتخذ من قول عالم الطبيعة ذاك سلاحاً نحاول أن  
نطعن به سلامة التقسيم من الناحية الطبيعية . ولو أننا فعلنا لكان ذلك  
منا مبالغة وتطرفاً لا يمكن أن يستسيغه رجال القانون . فلا شك أن  
رجال القانون - على خلاف علماء الطبيعة - تنحصر اهتماماتهم فى تنظيم  
المجتمع الذى يعيشون فيه . فلا تمتد الى الفضاء الكونى الواسع وما يحتويه  
من « منقولات » هائلة . ولا بأس برجال القانون ، حين يقتضيه الأمر  
ملاحظة الطبيعة التى تحيط بهم ، فى أن يعتمدوا بصدده هذه الملاحظة على

الحواس البشرية المباشرة ، دون أن يكون في ذلك ما بغض من قيمة الملاحظة الطبيعية وسلامتها ، طالما أنهم لا يدخلون بملاحظتهم تلك في جدل مع علماء الطبيعة .

ومن ثم فإن المادة ١/٨٢ مدني ، حين تضع تعريفا للعقار ، إنما تقصد « كل شيء نراه تحت أعيننا مستقرا بحيرة ثابتا فيه لا يمكن نقله منه دون تلف » ، ولا جدال بعدئذ في أن سلامة هذه الملاحظة الطبيعية وبدهيها تقفزان أمام الأعين في جلاء لا يجوز انكاره . ونحن من جانبنا لا نفكر على الاطلاق ، في أن نغمض أعيننا عمدا حتى لا نرى ملاحظته أجيال البشرية المتعاقبة منذ نشأة التقسيم في القانون الروماني حتى الآن ، من أن بعض الاشياء يتحرك من حولنا أو نحركه دون تلف ، في سرعات متفاوتة وبوسائل مختلفة . وأن بعض الأشياء الأخرى يظل في مكانه ثابتا لا يريم ، فتتقضى عليه السنون الطوال وهو باق مستقر في حيزه . ولا يمكن أن نتجاهل أن أديم الارض التي نعيش فيها هو العقار الأول ، اذ هو بحمد الله ثابت تحت أقدامنا لأجيال طوال ، نبنى فوقه ونغرس فيه ونخطط عليه آمالنا في اطمئنان لا يعكر صفوه ما يحكيه لنا علماء التاريخ عن حركات الأرض في أزمنة سحيقة ، أو عن زلازل وبراكين أغرقت قارات العالم القديم وأظهرت أخرى .

بل ونحن لا ننكر أن هذه الملاحظة الطبيعية هي من بين أسهل وأسرع ما نلاحظه فيما نراه حولنا من عناصر الطبيعة . فهي ملاحظة لا تحتاج الى طول تأمل ولا الى دقة نظر . ولعلها أول ما لاحظته الانسان عندما بدأ سلسلة تأملاته الطويلة في الطبيعة ومحاولاته الدائبة لاستغلالها . اذ لا ريب أن الانسان الأول قد اطمأن منذ القدم الى أنه يستطيع أن يغيب عن كهفه ماشاء ثم يعود فيجد الكهف حيث كان . ولكنه عرف منذ القدم أيضا أنه اذا ترك في داخل هذا الكهف أثناءه أو طعامه فقد يعود ويجد الكهف خاليا منهما ، لأن الاثني تستطيع أن تنتقل وحدها من مكان الى آخر « دون تلف » ، ولأنها تستطيع أن تنقل معها طعامه دون تلف أيضا . ولا بد أن الانسان الأول قد أدرك



بحكمته الفطرية أن من الانسب ، قبل أن يذهب الى عمله في الغابة ، أن يربط  
أنتاه ربطا محكما في صخرة من صخور كهفه حتى يحولها الى « عقار » ،  
ومن ثم يطمئن الى أنه سيجدها حين يعود . وأن من الخير له أن يخفى  
ما تبقى من طعامه في مكان لا يعرفه غيره حتى يأمن السرقة . ولعل هذه  
كانت الآثار الأولى التي رتبها الانسان على التفرقة بين المنقول والعقار .

وقد أعقبت هذه الملاحظة الطبيعية للاشياء الثابتة والمتحركة ، ملاحظات  
أخرى كثيرة أقام الانسان على أساسها حضارات متلاحقة ، أغنته في النهاية  
عن ربط أنتاه في باطن الكهف وعن اخفاء طعامه في مكان أمين . الا أن  
ذلك لم يؤثر على بقاء تلك الملاحظة الأولى بكل قيمتها الأساسية في عقله  
ووجدانه ومشاعره ، ولا على استمرار هذه القيمة في كل العصور حتى  
العصر الذي نعيش فيه . ذلك أن الأرض ، بثباتها واستقرار المعالم التي  
تحيط بها ، أقدر على الاستئثار بحنين الانسان وعلى التأثير فيه . ومن قبل ،  
كان شعراء الجاهلية يذهبون بحنينهم ووجدهم الى ديار الذكريات ، فلا  
يجدون من آثار الربوع الدارسة شيئا من « المنقولات » التي أخذها ولاشك  
أصحاب الديار معهم حين غادروها . ولكنهم يجدون البقعة التي كانت فيها  
تلك الديار ، فيقفون خشعا أمام الأرض الجرداء ، أمام « العقار » الباقي ،  
ينشدون الشعر ويدبجون القصائد الطوال . وهذا هو ما يكاد يفعله سائر  
الناس - حتى رجال القانون منهم - بمكان أو أكثر في هذه الأرض ؛  
وان كان الامر لا يصل في خطورته في غالب الاحوال إلى حد انشاد الاشعار.

ومن ثم فن المؤكد أننا لا يمكن أن نقلل بحال من أهمية تقسيم الأشياء  
التي حولنا بصفة عامة الى أشياء ثابتة باقية ، وأخرى متحركة لا استقرار  
لها . بل اننا نرى أن هذا التقسيم يحتل ولا شك مكانا خاصا في التكوين  
العقلي والوجداني لسائر الناس . وكذلك لا يمكن أن نشك في سلامة التقسيم  
من الناحية الطبيعية ، ولا في قيامه بالفعل مهيمنا على الانطباعات الذهنية  
في عقل الانسان ، وتصوره ، وعلى الأحاسيس الوجدانية في فؤاده ، وذلك  
بصفة عامة وفي غير ما تحديد .

ولكن أسبابا كثيرة للشك والتردد لا بد أن تعتور سلامة التقسيم إذا تجاوزنا هذه الانطباعات العامة الى محاولة وضع تعريفات جامعة مانعة تحدد ما هو العقار وما هو المنقول ، وترسم حدا فاصلا بين القسمين . فهنا يقع التقسيم الطبيعي في مزايق كثيرة تجعله يتعد عن صدق الطبيعة بعدا شديداً .

٣١- وبعض هذه المزايق واضح جلي ، يراه الفقهاء خروجاً على الحدود الطبيعية للتقسيم لسبب أو لآخر يجدونه مقنعا . ولكن البعض الآخر لا يكاد يثير انتباه الفقهاء ، على خطورته ، ورغم غرابة النتائج التي يؤدي إليها .

(اولا) - فمن الخروج الواضح على الأساس الطبيعي للتقسيم ، أن يمتد الى الحقوق والدعاوى رغم أن نطاقه الطبيعي ينحصر في الأشياء المادية وحدها . وهو امتداد صريح تقررر المادة ٨٣ مدني إذ تنص على أنه :

١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

هذا الامتداد كان موجوداً أيضاً في ظل القانون الفرنسي القديم . فقد رأينا أنه كان يعتبر الوظائف ، والايراد المرتب ، من قبيل العقارات ، بالرغم من أنها ليست أشياء مادية . الا أن هذا الامتداد كان في القانون الفرنسي القديم محصور النطاق فلم يوضع في شكل قاعدة عامة . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان القانون الفرنسي القديم لم يكن يعتد بالاساس الطبيعي للتقسيم وانما بالاساس الاقتصادي ، على النحو الذي سبق لنا أن فصلناه في موضعه ( بند ٢٥ ) .

والواقع أن المسألة لم تبلور إلا حديثا ، فقد كان يجب على التشريعات الحديثة أن تعتمد بأن « المال » بمعناه الواسع لم يعد يقتصر على الأشياء المادية

وحدها ، وانما أصبح يمتد الى قيم اقتصادية مختلفة منها الأشياء المادية ( التي تنقسم من الناحية الطبيعية الى عقارات ومنقولات ) ومنها حقوق معنوية ليس لها أى كيان ، وهى مع ذلك عنصر من عناصر الثروة ، عنصر يباع ويشترى ويوهب ويجرى استغلاله والانتفاع به (١) .

وقد كان يجب أن يؤدى الاتساع فى معنى المال على هذا النحو ، الى ضيق مقابل فى نطاق التقسيم الى عقار ومنقول ، إذ يقتصر حينئذ على جزء فقط من الأموال ( هى الأموال المادية ، أو الأشياء بتعبير أدق ) ، دون الأموال المعنوية ، أى الحقوق بأنواعها المختلفة . وكان من شأن هذا الضيق أن يحدد أهمية التقسيم ويحصر آثاره . ولكن شيئاً ما فى العقارات ، له جاذبية مجهولة — لعل مصدرها يكمن فى الجانب الوجدانى الذى أشرنا اليه — يأتى إلا أن يتسبب التقسيم ويمتد ويتسع ليظل شاملاً لكل الأموال فى نطاقها الواسع الجديد ، مادية ومعنوية ، ويأتى ذلك الشيء ذو الجاذبية المجهولة ، الا أن يجرى داخل الحقوق ذاتها ، تفرقة بين حقوق عقارية وأخرى منقولة ، وأن يجرى داخل الدعاوى التى ترفع الى القضاء ، تفرقة بين دعاوى عقارية وأخرى منقولة (٢) .

ويجدر بنا أن نتحفظ ، فنقرر أنه لا شأن لنا بالآثار القانونية التى يمكن يرتبها المشرع على التفرقة بين الحقوق العقارية والمنقولة ، أو بين الدعاوى العقارية والمنقولة . ونحن لا نتعرض هنا لهذه الآثار وليس لنا فى هذا المجال أن نتعرض لها . وإنما لنا أن نساءل عن أساس هذه التفرقة المادية التى يجرىها

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الدكتور محمد على عرفه « فى حق الملكية » ج ١ - ١٩٥٤ بند ٢٦ ص ٥٠ وهو يعرف المال بأنه « كل منفعة متقومة يمكن أن يحصلها الانسان من مباشرة حقوقه على الأشياء أو فى مواجهة الأشخاص » .

(٢) كان يمكن أن يكون الأمر أقرب الى المنطق لو أن المشرع اعتبر الحقوق والدعاوى كلها من قبيل المنقولات ، اذ تدخل حينئذ فى عموم نص المادة ٨٢ التى تعتبر منقولا كل ما ليس عقاراً . ولكنه أجرى تقسيماً داخل الحقوق وداخل الدعاوى ذاتها ، فجعل بعضها عقاراً ، والآخر منقولا .

المشرع بين أموال تشرك كلها في أنه ليس لها أى كيان مادى . وإذا كنا نستطيع أن نفهم أن الحقوق تنقسم الى حق عيى ينصب مباشرة على شىء معين ، وحق شخصى يتمثل فى رابطة قانونية بين دائن ومدين ، وإذا كنا نستطيع أن نقدر القيمة الاقتصادية لحق الملكية الأدبية والفنية والعلمية ، ونفهم جواز التصرف فيه واستغلاله كعنصر من عناصر الذمة ، فإننا لا نستطيع أن نفهم أن يكون الحق عقاراً أو منقولاً ، ولسنا نجد فى كتابات الفقهاء مايسهل علينا هذا الفهم (١) ، فهذه الحقوق – أيا كانت – لا يتصور أنها تنتقل من مكان الى آخر ، لأنها لا توجد فى أى مكان . ولا يمكن بدهاء أن يكون المشرع قد قصد الانتقال المعنوى من يد الى يد ، لأن الحقوق كلها يمكن أن تنتقل على هذا النحو من يد الى يد . ومن المؤكد أن الانتقال الذى يكمن فيه أساس التفرقة الطبيعية بين العقار والمنقول هو الانتقال المادى الذى يتضمن تغيير المكان . وهو انتقال يعد مستحيلاً فى مجال الحقوق ، فلا مناص من القول بأن المشرع ، حين أخضع الحقوق والدعاوى لهذا التقسيم ، قد خرج به تماماً عن أساسه الطبيعى الى مجال الافتراض البحت .

٣٢- (ثانياً) وفى حالات أخرى ، يتوقف اكتساب الشىء صفة العقار أو المنقول لا على طبيعته ، وإنما على إرادة الانسان . ونحن لا نقصد الكلام هنا عن الحالات التى يتدخل فيها الانسان بتحويل طبيعة الشىء ذاته من منقول إلى عقار أو بالعكس . كما إذا أقام بالمواد المنقولة بناء ثابتاً

(١) يقرر بعض الفقهاء أن الأمر كله افتراض ؛ وأن الحقوق ليست فى الواقع لا من العقارات ولا من المنقولات (الدكتور شفيق شحاته - «شرح القانون المدنى الجديد - فى الأموال - القسم الأول - النظرية العامة للحق» ١٩٥١ بند ٤٢ ص ٥٥) . ولكن البعض الآخر يحاول أن يضع تبريراً ، كالدكتور عبد المنعم البدر اوى ، اذ يقول فى تبرير أن الحق الشخصى المتعلق بعقار يعتبر منقولاً : « ذلك أن موضوع الحق الشخصى هو عمل أو امتناع . وهذا شىء معنوى لا حيز له . ولذلك لا يتصور أن يكون محل الحق الشخصى عقاراً » . ( المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧ ص ٣٦٠ ) . وهو تبرير لا يستقيم الا اذا تصورنا أن الحق العيى ، على خلاف الحق الشخصى ، له حيز وله كيان مادى ، وهو ما لا يمكن أن يقول به أحد ، اللهم الا اذا وقع الخلط بين الحق ذاته وبين الشىء الذى يباشر عليه الحق .

لا ينتقل إلا بتلف ، أو اذا هدم البناء القائم فحواله الى منقولات . ففي مثل هذه الحالات لا يبعد التقسيم بداهة عن أساسه الطبيعي ، لأن ارادة الانسان قد انصبت - حين تدخلت - على تغيير هذه الطبيعة ذاتها .

وإنما نقصد هنا تلك الحالات التي تتدخل فيها إرادة الانسان لتكسب الشيء صفة تعارض تماماً مع طبيعته القائمة بالفعل ، ومع استمرار قيام هذه الطبيعة المناقضة . من ذلك المنقول بطبيعته الذي يعد عقاراً بالتخصيص ، اذ تنص المادة ٨٢ / ٢ على أنه ” ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله “ . وفي ذلك الحكم خروج واضح ، ليس فقط على الأساس الطبيعي للتقسيم ، وإنما أيضاً على كون التفرقة بين العقار والمنقول متعلقة بالنظام العام . إذ أن ذلك يقتضى ألا يكون للارادة حرية اكساب المنقول صفة العقار على هذا النحو (١) . ولا يهيم أهداف هذا البحث أن نعرض لتفاصيل الشروط التي يجب توافرها لاعتبار المنقول

---

(١) ومن ذلك أيضاً العقار بطبيعته الذي يعد منقولاً بحسب المال اذا اتجهت الارادة الى فصله عن الأرض وتحويله الى منقول ، وكان من المحقق وقوع هذا الفصل في وقت قريب . الا أن الأمر هنا مختلف ، لأن المشرع لم يضع قاعدة عامة مقتضاها أن يصبح مثل هذا العقار منقولاً في كل أحكامه ، وإنما اقتصر على إخضاعه لأحكام المنقول في بعض النصوص الخاصة ، كالمادة ٤٩٩ مرافعات ، والمادة ١/١١٤٢ و ١/١١٤٣ مدني .

ولكن الفقه هو الذي يحاول أن يستخلص نظرية للمنقول بحسب المال تقابل النظرية العامة للعقار بالتخصيص ، ويستحث القضاء على التوسع في تطبيقها حتى خارج النصوص التشريعية . أنظر في ذلك على وجه الخصوص : الدكتور حسن كيريه « أصول القانون » ١٩٥٩-١٩٦٠ بند ٣٨٤ ص ١٠٢٦ ؛ والدكتور اسماعيل غانم « محاضرات في النظرية العامة للحق » ١٩٥٨ ص ٩٥ ؛ والدكتور عبد المنعم البدر اوى المرجع السابق ص ٣٥٥ وما بعدها .

هذا بينما لا يرى الدكتور محمد على عرفه في المنقول بحسب المال نظرية عامة (المرجع السابق بند ٩٤ ص ١١٣) : « لأن اعتبارها كذلك (أي اعتبار العقارات منقولات بحسب المال ) رهن بظروف خاصة . ولما كان كل تقسيم علمي يجب أن يبني على قواعد عامة لا على ظروف خاصة ، فانا لن نتعرض هنا الا لنوعى المنقولات السالفين (أي الطبيعية والمعنوية) لما لهما من صفة العموم ... » .

عقاراً بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٢/٨٢ ، وإنما يهمننا أن ننوه ، على أساس هذه الشروط ، بدقة الخيط الواهي الذي يفصل بين المنقول الذي يظل منقولاً وبين المنقول الذي يعتبر عقاراً ، ولا سيما فيما يتعلق بشرط ضرورة التخصيص لخدمة العقار ، لخدمة مالك هذا العقار . لأنه يصعب على التصور فصل الأمرين ، إذ أن العقار والمنقول كلاهما يخدمان المالك . وكتابات فقهاء القانون المدني زاخرة بالأمثلة السائرة التي يمكن أن نستمتع بجانبها الفكاهة إذا استطعنا أن نتجرد من سيطرة فكرة العقار بالتخصيص على أذهاننا . من ذلك مثلاً أن الأثاث الذي يضعه المالك في منزله يعتبر منقولاً إذا استعمله بنفسه ، ولكنه يعد عقاراً إذا قام المالك بتأجير المنزل لشخص آخر . والدابة منقول إذا ركبها صاحبها ، فإذا حرث بها أرضه فهي عقار . والسيارة التي تنقل صاحبها منقول ، فإذا نقلت منتجات مصنعة فهي عقار . فإذا استخدمت الدابة أو السيارة لخدمة المالك ولخدمة العقار في نفس الوقت ، تغلبت على الدابة أو السيارة صفة العقار بالتخصيص . ولا يشترط لاكتساب صفة العقار بالتخصيص زمناً معيناً ، فالدابة أو السيارة تعود منقولاً أو ترجع عقاراً وفقاً لما يريده صاحبها وصاحب العقار (١) . ولا نريد أن نستورد لأمثلة أخرى تختلط فيها خدمة العقار لخدمة المالك ، إذ أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن فكرة العقار بالتخصيص افتراض قانوني نحت لا يستند إلى الأساس الطبيعي . والأمر واضح لإخفاء فيه . بل إن اكتساب صفة العقار بالتخصيص – على خلاف الطبيعة – لا يمكن أن يستتبع تطبيق كل أحكام العقار ، لأن منها ما لا يجوز أن تمتد إليه حيل المحاز ، فلا يمكن بداهة أن نتصور أن تقع جريمة السرقة على العقار بالتخصيص فيقال بأن ركناً من أركان الجريمة لم يتوافر لأن السرقة لم تقع على منقول . ولذا فإن آثار هذه الصفة المفتعلة تقتصر على معاملة المنقول معاملة العقار حماية له

(١) ويجدر بنا ملاحظة أن اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ليس من النظام العام ، بمعنى أنه يجوز للمالك أن ينزل عن هذه الحماية ما دام هذا النزول لا يضر بالغير – الدكتور عبد المنعم البدرأوى – المرجع السابق ص ٣٥٣ ؛ والدكتور شفيق شحاته – المرجع السابق بند ٥١

وتأكيداً للتخصيص ، ” فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي رصد على خدمته واستغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في المصبر والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص “ (١).

والمبررات التي يذكرها الفقهاء لتبرير نظرية العقار بالتخصيص ترتكز بصفة عامة على فكرة التبعية . فهم يعتبرون هذه النظرية ضرورية لكفالة استمرار قيام المنقول على خدمة العقار الطبيعي واستغلاله . بل إن بعض الفقهاء ذهب الى حد القول بأن نظرية العقار بالتخصيص ليست سوى تطبيق خاص لفكرة التبعية (٢) .

ولاشك أن أساس التبعية في حد ذاته سليم لاغبار عليه في سائر تطبيقاتها . وتطبيقها بين الأشياء على وجه الخصوص يخرج لنا فكرة « الملحقات » التي نعرفها بالنسبة للشيء المتصرف فيه بالبيع أو بالإيجار أو بغيره ؛ تلك الفكرة التي تقتضي أن ينصب التصرف على الشيء وملحقاته معاً ما لم يتفق على غير ذلك ، وأن يشمل الالتزام بتسليم الشيء ، الالتزام بتسليم ملحقاته أيضاً ، ما لم يتفق على غير ذلك . وفكرة الملحقات تستند في أحكامها الى الاتجاه الطبيعي لنية الطرفين ومقاصدهما في الوضع العادي للأمر .

فهل يمكن أن نعتبر نظرية العقار بالتخصيص تطبيقاً للتبعية بين الأشياء ، مماثلاً لفكرة الملحقات ؟

(١) الدكتور حسن كيره « أصول القانون » - ١٩٥٩-١٩٦٠ بند ٣٨١ ص ١٠٢٤

(٢) الدكتور شفيق شحاته ، مؤلفه السابق الاشارة اليه ، بند ٥٢ ص ٧٢ . هذا ويتخذ الدكتور حسن كيره فكرة التبعية كأساس لنظرية العقارات بالتخصيص (مؤلفه في الحقوق العينية الأصلية ج ١ « حق الملكية » ١٩٥٨ بند ٢٦ ص ٧٧) لأن فكرة التبعية في نظره « لا تجد مجالاً لاعمالها حيث يكون العقار هو الفرع والمنقول هو الأصل . لذلك لا يعتبر العقار منقولاً بالتبعية للمحل التجاري الذي يشغله . فيكون غير منطبق اذا رفض اعمال فكرة التبعية في هذا الفرض وقبوله في الفرض العكسي ، حيث يكون العقار هو الأصل والمنقول هو الفرع .»  
وبداهي أن هذا النقل لا ينصرف الى فكرة التبعية وحدها ، وإنما ينصرف الى أي أساس آخر يمكن أن تستند اليه نظرية العقار بالتخصيص ، بما في ذلك بطبيعة الحال ، الأساس الذي استند اليه الدكتور حسن كيره نفسه - تبريرها .

الواقع أنه من اليسير أن نتبين بجلاء أن نطاق نظرية العقار بالتخصيص أوسع وأكثر شمولاً من نطاق فكرة الملحقات ، وأنها تخرج بيقين عن الحدود الطبيعية لأساس التبعية الضرورية بين الأشياء ، وذلك سواء بالنسبة لقوة الرابطة التي يجب أن تربط الشيء التابع بالشيء الأصل ، أو بالنسبة للآثار التي تترتب على ثبوت رابطة التبعية بين الشئتين .

ففيما يتعلق برابطة التبعية ، نجد أنها ، فيما يتعلق بالملحقات ، رابطة لزوم دائم وضرورة تفرضها طبيعة الأشياء . ويتضح ذلك من المادة ٤٣٢ مدني التي تعتبر من ملحقات الشيء المبيع " كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " . فليس يكفي إذن لاعتبار الشيء من الملحقات أن يكون قد هياه صاحبه لاستغلال الشيء الأصل أو استعماله لوقت ما طال أو قصر ، وإنما يجب أن تفرض هذا الاستعمال طبيعة الشيء الأصل نفسه ، وأن تفرضه فرضاً دائماً (١) .

وشتان بين هذه الرابطة المحكمة ، وبين تلك التي تكفي لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ، فتلك الرابطة الأخيرة واهية ، لا تتركز على ضرورة طبيعية ولا على لزوم دائم ، وإنما على تحض إرادة الانسان الذي يضع هذا في خدمة ذلك لأي وقت يشاء ، ولأي نوع من أنواع الاستغلال يترأى له أيا كان . بل يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص ولولم يكن لازماً للاستغلال ،

---

(١) كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يورد في المادة ٥٧٢/٢ منه (وهي المقابلة للمادة ٤٣٢ مدني) أمثلة على ما يعتبر من قبيل الملحقات ، يتضح منها قوة رابطة التبعية التي يجب أن تصل بينها وبين الشيء الأصل . ولكن عندما تليت هذه المادة في لجنة المراجعة ، اقترح (معالي السهوري باشا) حذف الأمثلة « لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها » . ومع ذلك ، فإنه يستوقفنا المثال الأول للملحقات في هذه المادة : « ١ - بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف » . فن هذا المثال يتضح التباعد بين فكرتي الملحقات والعقارات بالتخصيص . فالملحقات التي يذكرها هذا المثال هي غير شك عقارات طبيعية وفقاً لنص المادة ٨٢ مدني . ويخرج عن فكرة الملحقات كل منقول يمكن فصله بدون تلف . وهذه المنقولات هي الاطار الخارجي الذي قد يتضمن العقارات بالتخصيص فيما يتضمنه . فكأن الملحقات تنتهي بيقين قبل أن تبدأ العقارات بالتخصيص . (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٤ ص ٥٤) .



وإنما لأنه ألحق ، كما تقول المادة ٨٢ / ٢ وكما يقول الفقهاء ، « بخدمة العقار » ، كالتأثيل التي توضع في العقار لتجمله (١) . ومجرد مقارنة صياغة المادتين ٨٢ / ٢ و ٤٣٢ مدنى ظاهرة الدلالة على مدى اختلاف الرابطتين هنا وهناك في القوة والاحكام ، ومن ثم فنحن لانعتقد أن خروج نظرية العقار بالتخصيص عن حدود التبعية بين الأشياء يمكن أن يكون محل شك أو خلاف .

على أن خروجها فيما يتعلق بالآثار ، خروج أشد وأظهر . ذلك أن آثار ثبوت رابطة التبعية بين الملحقات والشيء الأصيل آثار محدودة النطاق ، تتصل كلها بتفسير مايعبر به المتعاملون عن ارادتهم عند التعامل في الأشياء . وهو تفسير يستهدى بما جرى عليه العرف بين الناس ، ويتمشى مع منطق الأمور وطبيعة الأشياء . اذ من البديهي أنني ، حين أقول « سفينة » ، إنما أقصد أن ينصرف التعبير الى السفينة والى ما يلحق بها من سلاسل وأهلاب ورافعات وقوارب نجاة ، وأنى حينما اشترى « منزلا » فأنى أقصد أن أشتريه بأبوابه ونوافذه ومزاليجه وميازيبه ؛ فلا أحتاج إذن في هذا وذاك الى إيضاح تغنيى عنه طبيعة الأشياء .

أما الآثار التي ترتب على ثبوت صفة العقار بالتخصيص لمنقول معين ، فهي أعم وأعمق من مجرد تفسير يرد على التعبير عن الارادة . وأغلب هذه الآثار لا صلة له بالبدهة ولا بالمنطق . بل إن بعض هذه الآثار يتعارض

---

(١) الدكتور شفيق شحاته - المرجع السابق بند ٤٩ ص ٦٧ ، ويضيف الدكتور حسن كيره (أصول القانون - بند ٣٨١ ص ١٠٢٢) ... « وما يوجد في المحال التجارية من رفوف وخزائن ومقاعد وما يتبعها من عربات نقل البضائع » . الا أنه يلاحظ أن هذه المنقولات المادية - كما سبق أن ذكرنا - تمد عناصر داخلية في المجموع العام الذي يتكون منه المحل التجارى كمنقول معنوى . ومن ثم فان ما يقوله الدكتور كيره لا يستقيم الا على أحد وضعين : الأول هو أن تنفصل هذه العناصر عن المحل التجارى خصيصاً لكي تتحد في المصير والحكم مع العقار الذى يوجد به المحل . والثانى أن يعتبر المحل التجارى ذاته بكل ما يشمله من عناصر مادية ومعنوية عقاراً بالتخصيص ، باعتبار أن الهدف من استغلال المحل التجارى هو مجرد خدمة العقار الذى يقع فيه . وواضح أن كلا الوضعين لا يمكن أن يكون مقبولا بحال .

ترتيبه مع طبيعة الأشياء . ولنبداً بالتسمية ذاتها ؛ فقد رفع المشرع من ذكر هذا المنقول الخادم الى مستوى التقسيم ذاته ، فسماه « عقارا » وذكره في الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدني التي تضع فقرتها الأولى المعيار العام لأساس التقسيم المادى وجوهر التفرقة كلها . ولا يجوز أن يقال في هذا الصدد ، أن التسمية في حد ذاتها ليست ذات خطر ، وأن وضع « العقار بالتخصيص » في واجهة التقسيم هو مجرد شكل . ففى نظرنا أن في هذه التسمية وهذا الشكل كل الخطورة ؛ لأن الأمر قد تعدى بهما مجرد تطبيق فكرة التبعية في منطقتها المفهوم ، الى تشويه الأساس الطبيعى للتقسيم ، وإدخال الحيلة والمجاز في جوهره الداخلى . فقد انقسم العقار بهذا الشكل الى نوعين ، عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، بحيث لم تعد تستقيم دراسة العقار الا بالغوص في تفصيلات طويلة عن المنقول الخادم وعن شروط اكتسابه صفة العقار . ثم إنه لاجدال في أن هذه التسمية وهذا الشكل قد انعكسا بفاعلية كبيرة على تصور الفقه والقضاء ، فيما يتعلق ببقية أحكام العقار بالتخصيص . إذ اتجه هذا التصور الى التعميم والشمول لا إلى الحصر والتحديد . فأصبح من المتفق عليه أن كل أحكام العقار بطبيعته يجب أن تنطبق على العقار بالتخصيص ، في نظرية عامة شاملة ، لا يكاد يخرج منها الا الاستثناءات التي يقرها نص تشريعى صريح ، أو التي يعجز المجاز والافتراض عجزاً كاملاً عن ادخالها في نطاق النظرية . بل لقد ذهب البعض الى حد القول بأن هذه العقارات بالتخصيص ، رغم طبيعتها المنقولة ، تخرج عن قاعدة « الحيازة سند الملكية » حتى بعد تمام انفصالها عن العقار الطبيعى ، وذلك بالنسبة الى الحائز الأول لها ، لأنه كان يجب عليه أن يتحقق من ملكية البائع للعقار ، قبل أن يشتري منه المنقول (١) .

ونخلص من كل ذلك الى أن نظرية العقار بالتخصيص ليست تطبيقاً خاصاً لفكرة التبعية ، ولا يمكن أن تستند الى ما تستند اليه فكرة التبعية من أساس أو مبررات . وإنما هي مجرد مجاز وافتراض يتناقض تناقضاً مباشراً مع الأساس الطبيعى للتقسيم .

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، في رسالته السابق الاشارة اليها ص ٣١٧

ولا يدخل في أهداف بحثنا هذا أن نتناول بالتفصيل ، المبررات التي يمكن أن يستند إليها هذا المحجاز بعيدا عن فكرة التبعية ، أو أن نرد على ما قيل من أنه تتحقق به "وحدة لازمة بينهما في المصير والحكم ، استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص" . الا أنه يحق لنا أن نسأل هؤلاء الفقهاء عن وجه « اللزوم » في الوحدة « اللازمة » في المصير والحكم بين شيئين ، لمجرد تخصيصهما لهدف واحد ، ثم عن رأيهم في « المنقول بالتخصيص » أسوة « بالعقار بالتخصيص » ، واستناداً الى ذات الأساس الذي قدموه بكل هذه الثقة ؟ (١)

لماذا لا ينادون بأن يأخذ العقار الطبيعي حكم المنقول ، واذا رصده صاحبه لخدمة هذا المنقول أو استغلاله حتى تتم لهما الوحدة « اللازمة » في المصير والحكم ؟ ولا يمكن أن تعوزنا الأمثلة في هذا الصدد . بل هي أمثلة أقل ما يقال فيها أنها أكثر جدية من نماذج « العقارات بالتخصيص » التي عرضنا لها من قبل . فهذه شركة للنقل بالسيارات تشتري قطعة أرض لتقيم عليها ورشة لاصلاح وصيانة هذه السيارات ، أو محطة للبنزين ، أو حظيرة ... وهذا محل تجارى كبير يقيمه صاحبه في بناء خاص به على أرض يملكها (٢) ، وهذا صاحب سفينة أو عدة سفن يشتري أرضاً ساحلية

(١) من الطريف أن نتبين أن فكرة المقارات بالتخصيص ليس لها وجود على الاطلاق في القانون الألماني والسويسرى والايطالى ، على الرغم من أن بعض هذه القوانين يعرف تجزئة الذمة ، اذ يضع فكرة « ذمة التخصيص » في مكان الصدارة بين الأسس التي يستند إليها .

(٢) كثيراً ما نجد في كتابات فقهاء القانون المدنى والتجارى ما يدل ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، على أنهم يعتبرون المحل التجارى عقاراً بالتخصيص اذا كان ملوكاً لصاحب العقار الذى يجرى استغلاله فيه . ومع ذلك فانه يبدو واضحاً أن الأمر على العكس في أغلب الأحوال ، اذ يكون المحل التجارى هو الأصل ، والعقار هو التابع الذى يرصده صاحبه لخدمة الاستغلال التجارى . وحتى اذا افترضنا ان كان المحل التجارى يحتل جزءاً ضئيلاً من العقار الضخم الذى يؤجره صاحبه لغيره من الناس ، فانه لا توجد بين العقار وبين المحل التجارى علاقة تخصيص . وأول ما يجوز أن يقال في هذه الحالة هو أننا بازاء ماين مستقلين تماماً ، اذ من المؤكد أن للمحل التجارى هدفاً مستقلاً ، وأنه ليس مرصوداً لخدمة العقار أو استغلاله .

ليجعلها مرساة لسفينته أو لسفنه . ولو أننا توسعنا في فكرة « وحدة المصير والحكم » على هذا النحو لأمكن اعتبار سائر العقارات التي توجد بها مراكز ادارة وفروع شركات المساهمة التجارية بأنواعها ، ومؤسسات البنوك والتأمين من قبيل المنقولات بالتخصيص .. أى مصير مظلم ينتظر « الأساس الطبيعي » للتقسيم اذا نحن اتبعنا منطلق الوحدة اللازمة في المصير والحكم ، فأضفنا المنقولات بالتخصيص الى العقارات بالتخصيص وأصبح الأمر كله فوضى بينها وبين العقارات والمنقولات الطبيعية ؟ (١) .

٣٣- على أن أمر الحقوق العقارية والمنقولات المعنية من جهة . والعقارات بالتخصيص والمنقولات حسب المآل من جهة أخرى ، أمر ليس فيه خفاء . فالخروج فيه على الأساس الطبيعي للتقسيم ، واستناده الى المحاز والافتراض ، كل ذلك ليس محل شبهة لا في الفقه ولا في القضاء ، بل ولا يتصور أن يكون محل شبهة (٢) .

(١) يعرض الأستاذ فرانسوا تيرى في رسالته السابق الاشارة اليها (بند ٦٧ ص ٦٩) أمثلة من القضاء الفرنسى يعترف فيها صراحة بإمكان أن يضمن مالك العقار عليه صفة المنقول اذا خصصه لخدمة المنقول . من ذلك قول محكمة مونبلييه (حكم ٢٩ نوفمبر ١٨٩٧ ، منشور مع حكم نقض ١٥ مايو ١٨٩٩ في دالوز الدورى ١٨٩٩-١-٣٥٣) :

«Les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties lorsque'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière».

وقول محكمة النقض الفرنسية (عرائض ١٤ فبراير ١٨٩٩ سبرى ١٩٠٠-١-٣٩٨) :

«Le caractère mobilier au immobilier des biens se détermine avant tout par le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes et par la destination qu'elles leur ont attribuée».

والفقه الفرنسى ينتقد هذا القضاء ويعتبره مبالغاً في تعبيراته ، وهى أمثلة قليلة على أى حال . ومع ذلك ، فانها تستعمل نفس منطلق فكرة العقارات بالتخصيص التي لا يعترض عليها أحد !

(٢) على أن هذا الافتراض يكاد يهدر قيمة الأساس الطبيعي الذى تجمع كتابات الفقهاء على القول بأنه الأساس الوحيد للتقسيم . ذلك أن هذا الافتراض لا يبدو ثانوياً ، فهو يقع في صدر التقسيم نفسه ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٢ ذاتها التي تتكلم عن « العقارات بالتخصيص » ثم في المادة ٨٣ التي تقسم الحقوق والدعاوى الى عقار ومنقول . وغريب أن تمر المادة ٨٢ مدنى مر الكرام ، رغم ما بين فقرتها الأولى والثانية من هوة واسعة . فهى في فقرتها الأولى تضع الأساس الطبيعي في تعريف العقار والمنقول ، ثم تسرع فقرتها الثانية الى هدمه بلا توان .

أما الأمر الذى يثير فى نفوسنا شبهات عديدة لا نجد لها صدق فى سائر ما أمكننا الاطلاع عليه من كتابات الفقهاء ، فهو أمر الأساس الطبيعى ذاته كما حددته المادة ١ / ٨٢ مدنى ، سواء فى التطبيق ، أو فى التقدير .

المادة ١/٨٢ تعرف العقار بأنه ” كل شىء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف “ . ومع ذلك فان كتب الفقه حافلة بذكر أنواع من العقارات نرى أنه يمكن نقلها على وجه اليقين دون أدنى تلف ، بل وفى سهولة لاشك فيها . والفقهاء ، حين يسبغون عليها صفة العقار ، لا يقولون أنها عقارات بالتخصيص ، وهو ما كان يمكن فهمه على ضوء المادة ٢ / ٨٢ ، بل يؤكدون أنها عقارات طبيعية ، تستند مباشرة الى الأساس الطبيعى الوارد فى المادة ١ / ٨٢ . من ذلك مثلا قولهم أن الأبواب والشبابيك والمصاعد والميازيب وأنابيب المياه والغاز والكهرباء من الأشياء الثابتة بطبيعتها (١) ، وأن النباتات تعد عقارات طبيعية مهما صغر شأنها ومهما كانت قيمتها ، وحتى ولو كانت قد زرعت مؤقتا ، كما فى المشاتل حيث تزرع النباتات ثم تنقل منها الى أرض من يشتريها (٢) ولا نملك ازاء هذا التأكيد الا أن نتساءل على غرار بيدبا الفيلسوف « وكيف كان ذلك ؟ » لسنا فى حاجة الى تخصص فى فن التجارة لكى ندرك مدى السهولة التى ينفصل بها الباب أو النافذة عن البناء بدون تلف أو حتى شبهة فى تلف . فنحن نعلم — فى غير زهو — أن الأبواب والنوافذ لاتتصل بالبناء الا عن طريق « مفاصل » تدور حولها هذه الأبواب والنوافذ فى حركتها بين الفتح والاعلاق ، وينخلع عنها جسم الباب أو النافذة اذ ارفعنا هذا الجسم قليلا الى أعلى . وليس إلا أن

(١) أنظر على سبيل المثال : كولان وكايتان ودى لامورانديير ج ١ - ١٩٥٧ بند ٦٤٨ ؛ والدكتور شفيق شحاته - المرجع السابق بند ٤٤ ص ٥٨ ؛ والدكتور حسن كيره « فى حق الملكية » ١٩٥٨ بند ٢٥ ص ٧٥ ؛ والدكتور توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية - نظريه الحق » ١٩٦٠ ص ٢٩٧ ؛ والدكتور محمد على عرفه « حق الملكية » ج ١ ١٩٥٤ بند ٤٧ ص ٧٤ ؛ والدكتور عبد المنعم البدر اوى « المدخل للقانون الخاص » ١٩٥٧ بند ٢٤٦ ص ٣٤١

(٢) على الأخص الدكتور شفيق شحاته - المرجع السابق بند ٤٤ ص ٥٧

تشحذ هذه « المفاصل » بقليل من الزيت ، حتى تضمن للباب أو النافذة خروجاً يقينياً عن نطاق تعريف المادة ٨٢ / ١ للعقار . أما النباتات ، فهي تنقل بالفعل بغير تلف . ولا تقتصر هذه الصفة على نباتات المشاتل الصغيرة بل ان غالبية الأشجار ، حتى الضخم منها ، لا تموت اذا اقتلعت عن الأرض لفترة معينة بحيث يمكن غرسها في مكان آخر بدون تلف أو حتى شبهة في تلف . كيف يمكن أن يقال إذن أنها عقارات وفقاً لتعريف المادة ٨٢ / ١ ؟ .

ومن حسن الطالع أن الفقهاء يتحفظون فيقررون أن هذه النباتات والأبواب والشبابيك والنوافذ والميازيب تظل كلها عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض أو بالبناء ، فاذا انفصلت عن أصلها اعتبرت منقولات . هذا التحفظ ضروري الى أبعد حد . لولاه لأمكن أن نرى في الطريق نجاراً أو مزارعاً يحمل تحت إبطه أو بين كفيه عقاراً بالطبيعة فلا ينوء بما يحمل . صحيح أن تلك صورة ليس فيها ما يسترعى انتباه الرجل العادي ، إلا أنها ولا شك تكون مذهلة بالنسبة لواحد من دعاة الأساس الطبيعي للتقسيم الذي نحن بصددده . ولكن هذا التحفظ الضروري الذي يلجأ اليه الفقه يحمل في ثناياه معولاً آخر يشترك في هدم الأساس الطبيعي كما حددته المادة ٨٢ / ١ بقولها « ولا يمكن نقله منه دون تلف » . اذ أن تلك التطبيقات من ناحية ، وهذا التحفظ من ناحية أخرى ، يشتركان في بناء معيار جديد للتقسيم يعتمد على الاتصال الفعلي بالأرض والبناء ، أو الانفصال الفعلي عنهما ، بغض النظر عن امكان النقل بتلف أو بغير تلف . فرق هائل بين منطلق هذا التحفظ وبين ما قصدت اليه المادة ٨٢ / ١ في تعريف العقار . ولو أننا تمسكنا مع هذا المنطق الجديد لما أمكن أن تستقر لأي شيء من الأشياء صفة عقار أو منقول ، فأى منقول يتصل بالأرض يصبح عقاراً ، وينفصل عنها فيعود منقولاً . ولن يقتصر الأمر على الأبواب والشبابيك وغيرها ، بل يمتد بداهة الى سائر ما يرتكز على الأرض بفعل قانون الجاذبية الأرضية . ولن نجد في هذا المعيار الجديد من منقول ، اللهم الا الطائرات والصواريخ وما يمكن أن يطلقه ائعلماء من سفن الفضاء . وحتى هذه سوف تتحول الى عقارات بمجرد أن تتركز على أرض المطار .

٣٤- هذا شيء ، والشئ الآخر أن فكرة عدم امكان النقل بدون تلف كعيار للتقسيم ، لا تجد في الفقه الاحتفال الجدير بها كفيصل بين نوعين كبيرين من الأموال بينهما كل هذه الفوارق القانونية . لا أحد يعتقد أنها في حاجة الى شرح أو ايضاح . ربما لأن الرجوع الى المعيار لمعرفة ما اذا كان المال منقولاً أو عقاراً رجوع نادر ، والحاجة اليه قليلة . هنا ندخل منطقة من مناطق الحقائق المسلم بها بغير نقاش ، ونكاد نقول بغير تفكير . من الذى يحتاج الى الرجوع الى المادة ٨٢ / ١ لكى يقرر - ويبين - أن هذا المال منقول وذاك عقار ؟ مسألة مقضى فيها منذ قرون طويلة ومستقرة في نفوس الأجيال المتعاقبة من رجال الفقه ؛ ومن ثم فان معيار « عدم امكان النقل بدون تلف » يبدو في أنظارهم واضحاً لأنه لا يثير أى إشكال . وهو في الواقع لا يثير أى إشكال لأنه عاطل لا يعمل ، أو هو ، أن شئنا الدقة ، يفصل بين نوعين من الأموال مفصول بينها بالفعل من قبل .

فلنجرب الآن أن ندفع بهذا المعيار الحامل الى العمل ، فنلقى عليه بالعبء الذى كان يجب عليه أن يحمله ، ولنرى مدى ما هو عليه من وضوح .

إنه يستند الى فكرتين ، كل منهما تضارع الأخرى في الشك والتقلق : فكرة الاستحالة ، وفكره التلف .

العقار لا يمكن نقله بدون تلف ، أى استحيل نقله إلا بتلف . مامدى هذه الاستحالة ؟ ان الذهن ينصرف ، عند ذكر الاستحالة ، الى المادة ١٣٢مدنى التى تعرض لمحل الالتزام فتتص على أنه ” اذا كان محل الالتزام مستحيلًا فى ذاته كان العقد باطلاً “ والى المادة ٢٦٥ مدنى التى تعرض للشرط كأمر مستقبل غير محقق الوقوع ، بحيث ينتفى اذا كان أمراً مستحيل الوقوع . فى هذين الموضوعين حظيت فكرة الاستحالة بشئ من الدراسة وبعض التفصيل ، نعرف منهما أنها ليست فكرة واحدة ، وأن بعض أنواعها يتعين اخراجه من حسابنا بيقين عند الكلام عن استحالة النقل بدون تلف . فالاستحالة النسبية ، وهى لا تكفى لبطلان العقد طالما أن هناك من يستطيع

القيام بالالتزام بغض النظر عن عجز المدين نفسه ، ولا تعيب الشرط حين تقترن به ؛ لا تصلح ، من باب أولى ، لأن تكسب المال صفة العقار ، وهي صفة لا ينظر إليها من زاوية شخص معين ، وإنما تركز على طبيعة المال ذاته . كذلك يجب استبعاد الاستحالة القانونية ، لأن المعيار يستند الى الطبيعة فلا يكفي لاعتبار المال عقاراً أن يصدر قانون يحرم نقله مهما كان الجزاء صارماً . وتبقى الاستحالة المطلقة الذاتية ، وهي استحالة الالتزام في ذاته ، أى بالنسبة الى جميع الناس ، وبالنسبة للوسائل المعروفة للانسان حتى اليوم (١) . هذه الاستحالة نسميها مطلقة لأنها أوسع أنواع الاستحالة شمولاً ، ولكنها بالضرورة أيضاً استحالة نسبية ، وهي بالضرورة متطورة ، على الأخص فيما يتعلق بالزمان ، لاستمرار تقدم امكانيات الانسان ووسائله . ومن ثم فإن ربط معيار الثبات والحركة ، باستحالة النقل ، يجعل معيار الثبات في حد ذاته غير ثابت . يجب إذن أن تتطور صفة العقار والمنقول على وجه يتماشى خطوة خطوة مع تقدم الانسان بوسائله يغزو بها منطقة المستحيل . فعقار الأمس سيكون ولا شك منقول الغد . ولا ننسى هنا أن الاستحالة المطلقة تنتفى ، وبالتالي تنهار صفة العقار ، بمجرد أن يكون النقل ممكناً ولو بتكاليف باهظة وامكانيات ضخمة ، ولو بالنسبة لنفر محدود من الفنين المتخصصين . وليس ثمة مثال أفضل في هذا المجال من المثال الواقعي القريب الذي نعيش فيه هذه الأيام : معبد أبى سنبل . فقد تعددت المشروعات الهندسية تهدف الى انقاذه من الغرق عند تمام بناء السد العالي . أرجحها - ويقال أيضاً أقلها تكلفة - ذلك المشروع الذى عرضته بعض شركات الانشاءات الهندسية الايطالية ، بنقل المعبد بأسره وبالأرض من تحته الى قمة جبل قريب . لا جدال في أن هذه الشركات قد درست مشروعها في جدية ، وتيقنت

(١) الدكتور عبد الرازق السنهورى - الوسيط ج ١ « مصادر الالتزام » ١٩٥٢ بند ٢١٩ ص ٣٨٤ وهامش ؛ وج ٢ « الاثبات - آثار الالتزام » ١٩٥٦ بند ١١ ص ١٦ ؛ والدكتور أنور سلطان ج ١ « مصادر الالتزام » ١٩٦٢ بند ١٧٤ ص ٢١٦ ؛ ج ٢ « أحكام الالتزام » ١٩٥٧ بند ٢٣٦ ص ٢٤١



من أن وسائلها الفنية كفيّلة بأن تمكّنها من نقل العقار الأثرى الخالد بدون تلف . ومن المؤكد أنه إذا تم الاتفاق على تنفيذ هذا المشروع الضخم فلن نجد القاضى الذى يحكم ببطلان التزام هذه الشركة الهندسية زاعماً أن محل التزامها مستحيل . وإذا كان الأمر كذلك فإننا نستطيع أن نؤكد منذ الآن أن معبد أبى سنبل منقول وفقاً لمعيار المادة ١ / ٨٢ ، مادام نقله بدون تلف قد خرج من نطاق الاستحالة المطلقة . وإذا قلنا ذلك بالنسبة للمعبد فلا شيء يمنع أن نقوله بالنسبة لكل بناء ، مهما انغrust أساساته فى أعماق الأرض وارتفعت هامته فى الفضاء ، وذلك على الأقل قبل أن يجرى تعديل تشريعى يوضح معنى الاستحالة فى المادة ١ / ٨٢ و حدودها ومداها . وهو ما يذكّرنا هنا بأن فكرة الاستحالة التى يستند إليها المعيار محفوفة بالظنون والاحتمالات ، غير محدودة المعالم ، لا نكاد نهتم جدياً بأعمالها كعيار للتقسيم حتى تتجمع حولها سحببات كثيفة من الشك والغموض .

وفكرة « التلف » - وهى الشطر الثانى من معيار المادة ١ / ٨٢ - لا تنقل نغوضاً فى هذا الصدد عن فكرة الاستحالة ، فهى تثير عددا لا بأس به من علامات الاستفهام . ما هو التلف المقصود؟ من المؤكد أنه التلف المادى الذى يصيب جسم الشيء وليس مجرد نقص القيمة . ولكن التلف المادى مسألة واقع قبل كل شيء ، منها ما يرجع الى طبيعة الشيء نفسه ، أو الى ظرف خاص يعترى ذلك الشيء بوجه عرضى . وللتلف صور مختلفة ، منها ما تفسد به طبيعة الشيء ، ومنها ما ينقص من مقداره دون أن يفسده . أى نوع من أنواع التلف تقصده المادة ١ / ٨٢ ؟ ولا بأس ببعض الأمثلة : قطعة أثرية كانت منقولاً عادياً عندما صنعها صانعها منذ آلاف السنين ، ولكن مادتها أصبحت هشّة بفعل القدم بحيث يعرضها الانتقال للتلف المؤكد . كشك من أكشاك الاستحمام - التى تعد أصلاً من المنقولات - أرضيته الخشبية مثبتة فى الأرض بحيث لا يمكن للكشك أن ينتقل الا اذا نقص منه هذا الجزء . هل هذه عقارات ؟

ومن ناحية أخرى ، أين هي فكرة التلف فيما يتعلق بنقل الاحجار من الحجر أو المعادن من المنجم؟ والحجر والمنجم كلاهما يعد عقارا ، أى أنه وفقا للمادة ٨٢ / ١ ، لا يمكن نقله الا بتلف . ولكن ، هاهى كل أحجار الحجر قد استخرجت ولم يبق الا جوف الارض الفارغ . الحجر ذاته لم يعد له وجود . ولكن الاحجار التى استخرجت منه موجودة وقيمتها مصنونه؛ فأين التلف؟ ومايقال عن الحجر يقال عن المنجم ، بل ويقال عن الارض بصفة عامة (١) . فالواقع أن كل ما تحتويه الأرض الجرداء على سطحها أو فى داخلها من أشياء قيمة أو نافهة يمكن أن يؤخذ منها وأن ينقل الى أى مكان آخر دون أن يكون هناك ثمة « تلف » بمعناه الحقيقى ، لا بالنسبة لهذه الأشياء ذاتها ، ولا بالنسبة للأرض التى أخذت منها ، ومن عجب أن الأرض ، وهى العقار النموذجى الاول ، ليست إلا مجموعة من المنقولات المتراكمة إلى ماشاء الله من أعماق ، يمكن استخراجها بيقين دون هذا التلف الذى تتكلم عنه المادة ٨٢ / ١ . ولا يبقى ثابتا من صفات الأرض إلا موقعها ، الا البقعة التى هى فيها ، إلا خطوط الطول والعرض الوهمية التى تحدد مكانها بين سائر البقاع الاخرى .

وإذا كان معيار المادة ٨٢ / ١ حين نحاول أعماله كعيار جدى للتقسيم ، يوصلنا بشطريه (الاستحالة والتلف) الى هذا الحد ، فليس ثمة شك فى أن من الخير أن نعيده مرة أخرى إلى حيث هو فى نظر سائر الفقهاء : معياراً

(١) يقرر بعض الفقهاء أن الاعتداد بالمعيار الطبيعى من شأنه أن يؤدى الى اعتبار الأرض هى العقار الوحيد دون سائر الأموال الأخرى : راجع لافاليت سيمون فى رسالته السابق الاشارة إليها ص ١١٧ ، كذلك يؤكد الأستاذ فريجايل أن الأرض هى العقار الوحيد وأن صفة العقار لا يكتسبها أى مال آخر الا لتبعيته للأرض ، وأن أثر الارادة فى العقار يمتد الى كل ما عدا الأرض من عقارات .

Fréjaville «Des meubles par anticipation» Paris 1926.

كذلك يقرر الأستاذ فرانسوا تيرى فى رسالته السابق الاشارة إليها (بند ٦٥ ص ٦٧) أن الارادة الفردية قادرة على تغيير صفة أى عقار الى منقول ، وذلك بفضله عن الأرض . ولكنها عاجزة عن ذلك بالنسبة للأرض ذاتها .

طبيعياً عاطلاً نزين به صدر التقسيم التقليدي القديم ، مهمته أن يكون مجرد واجهة تنسب إليها التفرقة بين أشياء عرفت منذ القدم بأنها عقارات ، وأخرى عرفت منذ القدم بأنها منقولات . واستقر لهما الأمر فلم يبق إلا الحصول على ترف المعيار الطبيعي العام .

٣٥- ثم ، على فرض صحة هذا التقسيم الطبيعي للأشياء في هذا العالم ، لماذا يتعين أن تكون له آثار قانونية لها كل هذه الأهمية وهذا الشمول ؟ نحن لا نزعم أنه ينبغي للقانون أن ينفصل عن الطبيعة ، إذ لا شك أنه منوط به أن ينظم استغلالها في خدمة المجتمع . وإنما ينبغي أن نرى الجسر المنطقي الذي يصل بين الظاهرة الطبيعية ، وبين آثارها القانونية ، رؤية واضحة . فوق هذا الجسر المنطقي وحده يكون تحديد الآثار القانونية ، وتفسيرها ، وتقديرها ، والقياس عليها أو الاستثناء منها ، وتطويرها كلما تطورت الظاهرة الطبيعية . ولو اننا استعرضنا سائر التقسيمات الأخرى للأموال ، لرأينا تلك الرابطة المنطقية بين الطبيعة وآثارها القانونية ناطقة في عنوان التقسيم ذاته في جلاء لا مزيد عليه . ولذا فلا أمل لأى من هذه التقسيمات في أن تتجاوز آثاره حدودها أو تتعدى نطاقها المرسوم . فإذا قسمت الأشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك ، اتضح وتحددت بيقين سائر الآثار القانونية لهذا التقسيم دون تجاوز أو طغيان . كذلك بالنسبة للأشياء المثلية والقيمية ، والأشياء العامة والخاصة ، والأشياء الداخلة في التعامل والخارجة عنه . أما التقسيم الى عقار ومنقول ، فان الجسر الذي يربط بينه وبين تلك الآثار المختلفة الكثيرة التي نجدها أينما أجهنا في فروع القانون ، هذا الجسر يكتنفة غموض شديد . وهو الغموض الذي كان سبباً في كل تلك الحيرة التي أحاطت بمركز المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، والمشاكل التي أثارها . وهو الذي سمح للتقسيم أن يغير أساسه في المراحل التاريخية المختلفة مع احتفاظه بذات التسمية ، وهو الذي جعله يمتد في غير حد وبغير رقيب ، مستمداً قوته الحاسمة من أنه تقسيم بديهي يستند الى أساس طبيعي لا شك فيه .

بيد أن من البديهي أيضاً أن الأساس الطبيعي وحده ، في حد ذاته ، ولجهد صحته وصدقه ، لا يكفي مبرراً لترتيب آثار قانونية . والا فان هناك

تقسيمات طبيعية أخرى للأشياء لا تقل عنه صحة وصدقا ، منها أن الأشياء غازية وسائلة وصلبة ؛ وأنها من حيث كثافتها تطفو أولا تطفو فوق سطح الماء ؛ وانها جماد أو نبات أو حيوان ؛ وأنها عناصر أو مركبات . وهي تقسيمات لا تحظى باهتمام القانون بصفة عامة ، فلماذا يختص دونها تقسيم العقار والمنقول بكل هذا الاهتمام ؟

لو توصل البحث الى تحديد الجسر المنطقي الذى يصل بين الأساس الطبيعى وبين الآثار القانونية للتقسيم إلى عقار ومنقول ، لأمكن تحديد هذه الآثار ذاتها ، ولأمكن تنقية التقسيم نفسه من الشوائب المترتبة على نقص الحلقة الجوهرية المفقودة بين الطبيعة والقانون . وقد رأينا كيف أنها شوائب تضيفى عليه أحيانا ، طابعا هزليا حادا .

ومن حسن الطالع أن ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، كان بمثابة دعوة عاجلة إلى البحث عن تلك الحلقة المفقودة . وسوف نرى فيما يلى ما يمكن أن يؤدي اليه هذا البحث من اعتبار ثبات العقار مجرد سطح خارجى مجرد وسيلة ، لغاية قانونية هامة هي التعيين الذاتى .

## ٢ - الأساس الاقتصادى للتقسيم :

٣٦- لن نحتاج فى نقد الأساس الاقتصادى للتقسيم إلى مثل الاسباب الذى لجأنا اليه عند نقد الأساس الطبيعى . لاداعى لتكرار ما يؤكده سائر الفقهاء من انهيار اعتبار القيمة الضخمة للعقار بالقياس الى حقارة المنقول ، وهو اعتبار رأينا أنه كان يرجع الى الظروف السياسية والاجتماعية فى عصور القرون الوسطى تحت ظل القانون الفرنسى القديم وغيره من النظم القانونية التى عاصرتة . ظروف تغيرت كلها وإن كانت قد تركت شيئا من آثارها فى النفوس وفى بعض قواعد القانون . ثم إن أغلب التشريعات الحديثة ، ومن بينها التشريع المدنى المصرى عام ١٩٤٨ ، تحاول أن تتخلص من هذا الأساس الاقتصادى المنتقد عندما تضع معايير التقسيم الى العقار والمنقول وتستند الى الأساس الطبيعى وحده . وإن كان هذا لم يمنع من أن تنسرب بعض نتائج الاساس الاقتصادى الى أحكام العقارات والمنقولات .

كل ما نحتاج الى الاشارة اليه هنا هو مركز العقارات فى مصر بالذات ،  
والتطور الخطير الذى مرت به بعد ثورة يوليو ١٩٥٢ ، والذى ستمر به  
بعد تحقيق المشروعات الانتاجية التى بدىء فى تنفيذها ، وعلى الأخص ،  
بعد تمام بناء السد العالى فى القريب إن شاء الله ؛ وأثر ذلك كله على نتائج  
التقسيم .

ويجدر بنا ، قبل أن نبدأ هذا الكلام ، أن نورد ملاحظة هامة نخشى  
أن تغيب عن الأذهان . وهى أن الاعتداد بالقيمة الاقتصادية الكبيرة  
للعقار بالقياس الى المنقول ، لم يكن يقصد ، حتى فى ظل القانون الفرنسى  
القديم حيث ساد الاقطاع ، إلا عقار واحدا بعينه دون غيره من العقارات .  
هو الأرض ، وما يمكن أن يلحق بها من بناء . أما سائر الأموال الاخرى  
التي تنسب الى العقارات ، كالنباتات المختلفة والأشجار وغيرها .. ، فليس  
لها فى ذلك الأساس الاقتصادى أى اعتبار . وقد كانت الأرض ، وما يلحق  
بها من بناء ، هى المقصودة وحدها عندما أنشئت نظم شهر الحقوق العينية  
على العقارات ، سواء لنقل الملكية ، أو للاحتجاج بالحقوق العينية الاخرى  
على الغير . ومن ثم فإن الأساس الاقتصادى - حتى فى عصره الذهبى -  
لم يكن فى حقيقته أساسا للتقسيم فى عمومه ، وإنما كان لتقدير الارض بالذات  
بالنسبة الى سائر ما عداها من الاموال .

٣٧- وللأرض فى مصر تاريخ بينه وبين تاريخها فى فرنسا بصفة  
خاصة ، وأوروبا بصفة عامة ، تشابه فى الجوهر ، واختلاف فى المدى والنطاق  
الزمنى .

ففى مصر ، كما فى فرنسا وأوروبا خلال عصور الاقطاع ، عرفت  
الأرض عهدا تسيدت فيه قيمتها قيمة سائر الاموال الاخرى ، واستطاعت  
أن تخلق من ملاكها الكبار طبقة اجتماعية فوق سائر الطبقات ، لا يزعم  
أعضاؤها لانفسهم أى سبب للتفوق الاجتماعى عدا ملكية الأرض . وكان  
الاجتمع كله يقر ويعترف بهذا التفوق الذى لا يستند لا الى علم أو كفاءة ؛

بل كان مالك الأرض يعد في نظر الناس أرقى اجتماعياً من غيره ولو كان هذا الأخير أشد منه ثراء . هذا التشابه في الجوهر مع نظام الأقطاع جعل الأساس الاقتصادي للتقسيم ، رغم وضوح أوجه النقد فيه ، يتسلل الى مصر في آثار كثيرة بمثل ما تسلسل الى فرنسا بعد الثورة الفرنسية . ووجد هذا التسلسل هنا نفس الصدى المرحب الذي وجده هناك .

أما الاختلاف ، فهو أولاً في المدى . وهو اختلاف يتضح في نظرنا لأول وهله . فمهما يكن من أمر طبقة الملاك في مصر ، فهي لم تصل في أى وقت ، الى قوة نبلاء الأقطاع الفرنسيين والأوربيين الذين كانوا يتوارثون الأرض بألقابها النبيلة ، ويحكمون على من فيها بما شاءوا ، ويطبّقون فيها قانونهم ، ويزعمون أنها قد أجرت في عروقهم دماً أزرق يختلف عن دماء سائر الناس . وما كان لملاك الأرض في مصر أن يزعموا نقاء العنصر الذي زعمه نبلاء الأقطاع ، ولو أنهم زعموه لما صدقهم أحد ، بل ولما صدقوا أنفسهم . ثم ان الاعتراف بقوتهم وطبقتهم في مصر لم يتعد نطاق الحياة الاجتماعية الى التنظيم السياسي والقانوني الذي ظل مؤسساً على مبدأ المساواة أمام القانون بين مراكز الأفراد ، ولا الى نظام الزواج والعائلة الذي أقامته الشريعة الاسلامية على أساس من انفصال الأموال بين الزوجين . وكانت قوتهم الاقتصادية مستمدة من الواقع الفعلي الذي نشأ من سوء توزيع الملكية الزراعية ، وكانت إذ ذاك عماد الدخل القومي كله (١) .

(١) كان سوء توزيع الملكية الزراعية قبل عام ١٩٥٢ صارخاً ، فقد كان ٦١ فرداً يملك كل منهم أكثر من ٢٠٠٠ فدان ، ومجموع ملكياتهم ٢٧٧,٢٥٨ فدان ، و ٢٨ مالِكاً يملك كل منهم بين ١٥٠٠ فدان الى ٢٠٠٠ ، ومجموع ملكياتهم ٩٧,٤٥٤ فدان ، و ٩٩ مالِكاً يملك كل منهم أكثر من ١٠٠٠ الى ١٥٠٠ فدان ، ومجموع ملكياتهم ١٢٢,٢١٦ فدان و ٩٢ مالِكاً يملك كل منهم أكثر من ٨٠٠ الى ١٠٠٠ فدان ومجموع ملكياتهم ٨٦,٤٨٣ فدان . ومعنى ذلك أن ٢٨٠ فرداً فقط كانوا يملكون ٥٨٣,٤٠٠ فدان من الأرض الزراعية في مصر ! - راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاصلاح الزراعي ٩ سبتمبر ١٩٥٢ ، وكتاب « مقدمات ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ » للأستاذ عبد الرحمن الرافي ص ١٦٨ وما بعدها .

هذا كله الى جانب أن مصر كانت الى وقت قريب بلداً زراعياً لا يعتمد على الانتاج الصناعي . وهو ما حدا بالذكور اسماعيل غانم ( « محاضرات في النظرية العامة للحق » ١٩٥٨ ص ٨٦ ) الى القول بأن الأساس الاقتصادي للتقسيم لازال له قيمة كبيرة في مصر « التي لازالت ، بصفة رئيسية ، بلداً زراعياً » . ولكن لا شك أن هذا الوضع في سبيل التغيير السريع .

والاختلاف الثاني هو في النطاق الزمني ، فالاقطاع المصري - إن صححت التسمية - وقع في فترة زمنية أحدث بكثير من الاقطاع الأوربي . والثورة التي قضت عليه عام ١٩٥٢ أحدثت من الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ . لذلك لقي الاقطاع المصري صعوبات كثيرة مصدرها أنه عاش في زمن أكثر استنارة ، أفكار المساواة فيه أكثر ذيوعا ؛ فلم يلق مالمقيه الاقطاع الفرنسي من احترام عميق ، ولم يتغلغل الى الأعماق التي تغلغل ذلك اليها (١) . لم يصل احترام الأرض في مصر قط الى درجة التقديس . ومن ثم لم يصل الحرص على تملك الأرض الى درجة اللهفة والتضحية بالنفيس كما كان الأمر في ظل القانون الفرنسي القديم . هذا الى أن الاقطاع المصري المستند الى ملكية الأرض الزراعية قد عاش في زمن يعرف المنقولات الهائلة القيمة ، والمنتجات الصناعية الضخمة . ومن ثم فقد ظل الأساس الاقتصادي لاحترام الأرض واحتقار المنقول أساسا محليا سطحيا مؤقتا ، ينتظر التطور الذي يؤدي اليه ادخال الصناعة بمنقولاتها الهائلة ، ومنتجاتها الضخمة ، كمصدر هام للثروة الى جانب الزراعة التي لم تعد وحدها كافية .

٣٨- بدأ هذا التطور بالفعل منذ عام ١٩٥٢ بسرعة ، وبتوفيق كبير . وفي الحق أن مهمة ثورة ١٩٥٢ في تحطيم الاقطاع المحلي القائم ، كانت أسهل بكثير من مهمة الثورة الفرنسية . لذلك فقد حققت بنجاح ، في فترة قصيرة ، نتائج اجتماعية واقتصادية ونفسية ضخمة ، كان من بين مظاهرها أن زعزعت قيمة الأرض بالنسبة الى سائر الأموال الأخرى ، ولفتت الأنظار الى القيمة الكبيرة ، والدور الهائل الذي تقوم به بعض المنقولات المنتجة في الصناعة والخدمات .

(١) من الطريف أن نذكر أن كثيراً من الأسر الفرنسية المتوسطة مازالت حتى الآن تتمسك بأذيال النبالة . فهي تحاول أن ترفع شجرة العائلة الى أي حد كان يحمل لقباً نبيلاً أياً كان . وهم يكتبون هذه الألقاب في بطاقاتهم . ومنهم من يحرص حتى الآن على حيازة أطلال مهجورة يزعم أنه ورثها عن جده الدوق أو الكونت . ومن لم يستطع أن يصل الى هذا أو ذلك فانه يدرس كلمة De قبل اسم أسرته حتى يشيع فيها الإيحاء بأنها كانت من الأسر النبيلة . ومن الغريب أنه رغم ذبوع مبادئ المساواة والاخاء على الألسنة ، فإن المجتمع الفرنسي مازال مجتمعاً طبقياً يؤمن بالفوارق الاجتماعية .

والتطور الذى بدأ ، مازال يسير . وليس من الصعب التنبؤ بأنه سيؤدى فى مستقبل قريب الى تواضع القيمة الاقتصادية للأرض عما كانت عليه — بل وعما هى عليه الآن — بالنسبة الى سائر عناصر الانتاج الأخرى . هذا التنبؤ يستند فى الواقع الى علامات ثلاثة : الأولى : هى أن الاتجاه الاشتراكي من شأنه أن يؤدى الى الاقلال من أهمية الأرض ومن درجة الحرص عليها وبالتالي من قيمتها الاقتصادية . ولا يقتصر الأمر على مجرد وضع حد أقصى للملكية الزراعية أيا كان هذا الحد الأقصى . وانما هناك مؤثرات كثيرة أخرى ، حاسمة وان كانت غير مباشرة : منها مثلا أن الاشتراكية ، فى حمايتها المتزايدة ، وبشئى الوسائل ، للعامل الزراعى وللمستأجر الصغير ، ستنقص ولا شك من قيمة الأرض فى نظر المالك المستغل لها ، هذا الى أنه لاجدال فى أن القيمة الاجتماعية للملكية الأرض قد انهارت ، ولسنا نعتقد أن أحداً سوف يحرص ، بغض النظر عن الحد الأقصى القانوني ، على تملك مساحات كبيرة من الأرض بعد أن أصبح مثل هذا الحرص فى حد ذاته دليلاً على التطلعات الطبقيّة التي لا يستسيغها المجتمع الاشتراكي الجديد . ومن الناحية النفسية ، كان الاقبال على تملك الأرض مظهراً من مظاهر الخوف من المستقبل ، لما تمثله ملكية الأرض من استقرار فى القيمة ، وأمن من الضياع . ومن شأن الاشتراكية أن تحقق من أسباب الاطمئنان الى المستقبل ما ينقص من هذا الدافع النفسى الى حد كبير .

والعلامة الثانية هى الاهتمام بالانتاج الصناعى ، الذى يكاد يكون المنفذ الوحيد لمضاعفة الدخل . ذلك أن طاقة الانتاج الصناعى على التزايد أكبر بكثير من طاقة الانتاج الزراعى المحدودة بطبيعتها . ومن شأن هذا الاهتمام أن يؤدى الى كثرة « المقولات ذات الطبيعة الخاصة » . وهذه تبلغ قيمتها فى العادة درجة تبرر أن يحرص المشرع على أن يهيء لها وسائل التعيين الذاتية التى تمكنه من شهر الحقوق العينية عليها بغض النظر عن الحيازة ، كالسفن والمراكب والطائرات والسيارات والآلات الضخمة ، بحيث تصبح هى الأكثرية فى هذا الشأن على أقلية تتألف من عقارين اثنين هما الأرض والبناء.



كما أن من شأن تزايد الانتاج الصناعى أن تندفق البضائع . ورغم أن هذه البضائع بطبيعتها « منقولات عادية » ، بل هى مثليات متشابهة لا يميز بينها أى شىء ، الا أن قيمتها الضخمة قد تحفز المشرع الى أن يجد وسيلة للاستفادة من ائتمانها بالرهن مع عدم التخلى عن الحيابة كما فعل المشرع الفرنسى فى حالات كثيرة .

والعلامة الأخيرة تتعلق بما نأمل أن يحققه تمام بناء السد العالى فى القريب ان شاء الله من فتح آفاق جديدة واسعة فى الميدانين الزراعى والصناعى على السواء ، وبصورة متوازنة ، سوف تقضى على كل ما يمكن أن يكون قد تبقى فى قرارات النفوس من آثار اعتبار العقار أكبر من المنقول قيمة . وبالنسبة للأرض الزراعية على وجه خاص ، سوف يتسع نطاق عرض الأراضى التى كانت من قبل بوراً ثم أصبحت قابلة للزراعة اذا تم استصلاحها . وسوف يكون هذا الاستصلاح فى ذاته موضوع عمليات ذات طبيعة تجارية ( بغض النظر عن عدم دخولها فى نطاق المادة ٢ تجارى بصورتها الحالية لورودها على عقار ) ، اذ سوف يقبل الكثيرون على شراء الأرض البور بسعر ضئيل لاستصلاحها ثم بيعها بسعر أعلى . وسوف يتم تقسيم جزء كبير منها الى ملكيات صغيرة هيئة القيمة يقدر على شرائها أصحاب الدخل المتوسط . ولن يكون لهذه الأراضى طابع الاستقرار فى القيمة ، لأن مقدرتها الانتاجية وحصيلتها الاقتصادية ستظل زمناً عرضة للتأثر بعناصر مختلفة ، منها الطبيعة المجهولة للأرض الجديدة ، ومنها حالة السوق بالنسبة لزيادة المحاصيل والمنتجات الزراعية . ومن ثم فان شراءها سيكون أكثر مقامرة من شراء الكثير من المنقولات . وأخيراً لا شك أن حركة تداول الأرض من بيع وشراء سوف تنشط الى درجة لم يسبق لها فى مصر مثيل . وسوف يقتضى ذلك بطبيعة الحال أن يعاد النظر فى اجراءات بيع العقار وتسجيله بحيث تصبح أسهل وأسرع . وليس ثمة شك فى أن كثيراً من القواعد القائمة والتى تهدف الى مجرد حماية ملكية العقار حماية خاصة ، والاهتمام به ليس الا لأنه عقار ، هذه القواعد ستبدو فى وقت قريب ، مجرد فضول تاريخى ليس لوجوده مبرر .

### ٣ - الأساس العمل :

٣٩ - الأساس العملى هو أقوى الأسس التى يمكن أن يستند إليها هذا التقسيم . ولعله أقواها لأنه أحدثها ، وبالتالي أكثرها ارتباطا بالاعتبارات القائمة بالفعل . وهو يتميز بأنه مازال محتفظ بجانب من الصدق والصحة لم يمتأ مثله للأساس الطبيعى ولا للأساس الاقتصادى .

مضمونه أن هناك فارقا عمليا هاما بين العقار والمنقول فيما يتعلق بسرعة التداول . وللتداول معنيان لا معنى واحد . فهو إما أن يقصد به التصرف القانونى الذى ينصب على الشئ ، والذى ينقله من ملكية شخص الى ملكية آخر . وأما أن يقصد به الانتقال المادى من حيازة شخص الى حيازة آخر . والفارق العملى بين العقار والمنقول لا يقتصر على أحد المعينين فقط ، وإنما يمتد إليهما معا . فن الظواهر العملية التى لا يمكن انكارها حتى فى عصرنا الحديث ، أن التصرفات التى ترد على المنقولات أكثر فى العموم من تلك التى ترد على العقارات ، وأنها أسهل وأسرع . وهى لا تحتاج - فى الأعم الأغلب - الى تلك الاجراءات المعقدة الطويلة التى تحيط بعملية التسجيل . وقد لا نستطيع أن نجزم بيقين فيما اذا كانت ندرة التصرفات على العقار هى التى أتاحت للاجراءات أن تطول وتتعد ، أو أن طول الاجراءات وتعقيدها هو الذى أدى الى ندرة التصرفات . وإنما المتيقن ، على أى حال ، أن ظاهرة البطء الشديد فى التصرف فى العقار كانت هى العامل الأول فى حصر نطاق القانون التجارى فى دائرة المنقولات وحدها ، اعتدادا بالتنافر بين هذا البطء وبين ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة .

أما المعنى المادى للتداول ، فقد كان هو أصل نشأة قاعدة الحيازة فى المنقول على النحو الذى سبق أن بيناه ( ماسبق بند ٢٦ ) . ذلك أن قابلية المنقول للانتقال المادى من حيازة شخص إلى حيازة شخص آخر ، لا تسمح بأن تكون هناك ثمة علامة على الملكية أكثر يقينا من الحيازة ، ولا تسمح بأن يتم تعيين المنقول الا على أساس وجوده فى حيازة شخص ما .

والأمر يحتاج الى قليل من التفصيل :

٤٠ - ففما يتعلق بالتداول بمعناه الأول ، يقتضى الأمر أن نبحث

الأسباب الجوهرية لظاهرة ببطء التصرفات الواردة على العقار وقلتها . وهى الظاهرة العملية التى لا ننكر عليها صدقها . ثم نبحث بعد ذلك أثر هذا البطء فى اخراج العقارات من نطاق القانون التجارى .

وفى رأينا أن السبب الجوهرى لهذه الظاهرة له عنصران :

العنصر الأول : إقتصادى ، يرتبط بقيمة العقار فى نظر المتعاملين فيه . فن الملاحظ أنه كلما زادت قيمة الشيء ، كلما قلت سرعة انتقاله من بائع الى مشتر الى آخر .. ، وكلما نقصت قيمته ، زادت سرعته فى التداول . ولا جدال فى أن التصرف فى الشيء التافه أو الضئيل القيمة لا يقتضى التردد أو التفكير الذى يقتضيه التصرف فى شيء قيم . هذا الى جانب أن الاعتماد على الأشياء القيمة كعنصر من عناصر الثروة تحفز الشخص الى عدم التصرف فيها الا لضرورة ملجئة . نفس هذه الملاحظة تحتفظ بكل صدقها اذا طبقناها على المنقولات . فن الواضح أنه اذا كانت المنقولات الصغيرة يتم تداولها بين البائعين والمشتريين فى سرعة لا يعوقها عائق ، فان بعض المنقولات الكبيرة القيمة لا يكاد يحصل بيعها الا نادرا جدا ، بل يكاد تداولها أن يكون أبطأ من تداول سائر العقارات . أهون على صاحب المحل التجارى - فى الظروف العادية - أن يبيع كل ما يملك من عقار أو أن يرهنه ، من أن يبيع أو يرهن المحل التجارى . وكذلك الأمر بالنسبة للمالك السفينة أو المركب . ويزيد عن ذلك الحد تداول السيارات لأن قيمتها أقل . وهكذا .

والعنصر الثانى : عنصر نفسى ، فالعقار - الأرض على وجه الخصوص - يمثل فى نظر صاحبه ايرادا ثابتا خالدا له ثم لأولاده من بعده . ومن ثم فهو يهيب له له أمنا للمستقبل لا يهيبه له أى شيء آخر قابل للبلى أو الضياع . فهو نحشى اذ يضارب فيه أن لا يجد خيرا منه ، فيندم بعد ذلك مدى العمر على ما ضاع من أمن وطمأنينة . واذا اضطرته حاجة الى بيع بعض أمواله كان العقار هو آخر ما يبيع .

ويتضح من هذين العنصرين أن بطء تداول العقار ليس راجعا الى ثباته المادى فى حد ذاته ، وانما يرجع فى الحقيقة الى نظرة الناس الى هذا

الثبات وتقديرهم له ، وهى نظرة قابلة للتغير تبعا لمؤثرات بعيدة كل البعد عن طبيعة كل من العقار والمنقول . وقد تطورت هذه النظرة بالفعل ومازالت تتطور فى اتجاه التقارب الواضح بين درجة تداول العقارات والمنقولات بصفة عامة ، والكبيرة القيمة منها على وجه الخصوص .

أما عن أثر هذا الاختلاف العملى المتعلق بدرجة التداول وسرعته ، فانه يبدو لنا أضحخم بكثير جدا مما كان يجب أن يكون عليه . انه أهم آثار التقسيم بين العقار والمنقول وأخطرها على الاطلاق . أى أثر أخطر من حبس القانون التجارى كله داخل سور محكم الاغلاق لا تنفذ منه قواعده على العقار ، أيا كانت الطبيعة التجارية للعمل الذى يرد عليه ؟ اذا كان شراء المنقول لأجل بيعه أو تأجيريه بقصد تحقيق الربح هو العمل التجارى النموذجى الأول ، فان شراء العقار لأجل بيعه أو تأجيريه بقصد تحقيق الربح يعتبر مع ذلك عملا مدنيا بطبيعته ، لا لشيء الا لأن تداول العقار بطيء ، يتنافى مع السرعة اللازمة للمعاملات التجارية (١) .

---

(١) ينتقد الفقيه ريبير اقصاء العقارات على هذا النحو فى العصور الحديثة ، ويرى ضرورة اعتبار المضاربين على العقارات تجاراً ( بند ١٤١ ص ٦٧ ) وكذلك الفقهاء هامل ولاجارد ( ج ١ - بند ١٨٠ ) .

أما فى مصر ، فزال رأى السائد مستقراً على استبعاد العقارات استبعاداً كاملاً . ويرى الدكتور محسن شفيق (المطول ج ١ بند ٩٩ ص ١٦٧) أن ادخال العقارات فى نطاق القانون التجارى « رأى غير مقبول ، لأنه يؤدى الى اتساع نطاق القانون التجارى الى أكثر مما يحتتمل ، والتضييق من مجال القانون المدنى الى حد لا يقبله المنطق السليم » . أنظر كذلك الدكتور مصطفى طه ج ١-١٩٥٦ بند ٦٢ ص ٨٨ ؛ والدكتور على يونس « الأعمال التجارية والتجار » ١٩٥٩ بند ٦٢ ص ٧٣

ولكن يبدو أن الدكتور أكثم الخولى يميل الى العكس من ذلك ، اذ انتهى ، بعد عرض المسألة بأسانيد كل من الرايين ، الى القول « بأن استبعاد العقارات من النطاق التجارى لا يستند الى أسس قوية ، بل هو قاعدة تقليدية مستقرة » ( الوسيط فى القانون التجارى ج ١-١٩٥٦ بند ٦٨ ص ٧٣ ) .

واستبعاد العقارات من نطاق القانون التجارى قاعدة عرفية مستقرة .  
الا أنها فقدت كل مبررات بقائها فى عصرنا الحاضر . واستناد بعض الفقهاء  
فى تبريرها الى بقاء التصرفات العقارية يتضمن خلطا واضحا بين طبيعة العمل  
التجارى nature وبين وسيلة العمل التجارى technique .

ذلك أننا اذا قلنا أن الأعمال التجارية تتطلب السرعة والحرية واليسر ،  
فاننا لا نزيد بذلك عن أن نعرض وسائل العمل التى يقتضيها الجو التجارى  
الخاص للحرقة التجارية . ولكن معيار العمل التجارى ، ومعرفة ما اذا كان  
تصرف معين عملا تجاريا أولا ، ذلك كله لا يتحدد الا على أساس طبيعة العمل  
ذاته ، ومدى انبثاقه عن الأفكار التجارية الأصيلة ، كفكرة المضاربة  
وفكرة تداول الثروات .

فن الخلط بين اذن أن نجعل من وسائل العمل فى النطاق التجارى  
معيارا للطبيعة التجارية ، فنعتبر العمل ، أيا كان ، مدنيا لمجرد أنه يتم ببطء ،  
أو تجاريا لأنه يتم بسرعة . ولو أننا تمشينا مع هذا المنطق لأمكنا أن نقول  
بأن الجرى عمل تجارى والنوم عمل مدنى . والحق أن منطق هذا القول  
لا يزيد اختلالا عن منطق القول بأن شراء العقار لأجل بيعه عمل مدنى  
لأنه يتم ببطء تنفر منه المعاملات التجارية .

ومصدر الخلط يرجع فى حقيقة الأمر الى ارتباط القاعدة بواقع  
معين استندت اليه منذ زمن قديم . ثم مالبث أن تغير تماما وبقيت القاعدة  
وحدها قيذا صفيقا على القانون التجارى .

فقد سبق أن أشرنا الى مركز العقار فى عهد الاقطاع تحت ظل القانون  
الفرنسى القديم ، وكيف أن الحرص عليه داخل الاسرة الواحدة ( اذ تستمد  
منه مركزها الاجتماعى لأجيال متعاقبة ) ، هذا الحرص كاد أن يخرج العقار  
عن التداول ، فقد جعل الارث هو الوسيلة الوحيدة على وجه التقريب  
لانقال ملكية العقار . وكان يمكن أن نتصور أن يقع بيع العقار فى الحالات  
الشاذة التى يقتضيها تدهور الحالة المالية لأسرة من الأسر ، أما عملية شراء العقار

لأجل بيعه بقصد الربح ، فقد كانت صورة هذه المضاربة ، متقدمة تماما . وعلى ذلك كان أمرا طبيعيا أن تخرج عقارات ذلك الزمان عن نطاق القانون التجارى ، وأن يعتبر القانون التجارى حينذاك هو قانون المنقولات . أما الأمر غير الطبيعى ، فهو أن تخرج لذلك من نطاق القانون التجارى عقارات كل زمان وأوان ، خاصة بعد أن تغير هذا الواقع تغيرا شاملا ، فأصبح العقار موضوع مضاربات تجارية كالمنقول سواء بسواء . ولا جدال فى أننا نلمس الأمثلة الكثيرة على قيام هذه المضاربات العقارية . فليسوا قليلين أولئك الذين يتشممون رائحة العمران الوشيك فى أماكن مازالت غير مأهولة ، فيشترون فيها مساحات واسعة من أراضي البناء بأسعار بخسة ثم يعيدون بيعها ، بعد شهر أو حتى بعد سنوات ، بأضعاف ثمن الشراء . وهناك أمثلة كثيرة لعمليات شراء الأرض لبنائها ثم إعادة بيعها بربح بمجرد تمام البناء . بل ان هناك من يحترف عمليات شراء العقارات المبنية لأجل بيعها الى جانب عمليات السمسرة العقارية . وهناك الشركات التى تقوم بتقسيم الأراضى لاعادة بيعها لمتوسطى الدخل بالقسط على مدى سنوات . هذا الى جانب الأمثلة غير المحصورة لعمليات شراء العقار لاعادة تأجيرها لالسكناء . هؤلاء المضاربون على اختلافهم فى حاجة الى أحكام القانون التجارى ، لأنه الأنسب لطبيعة أعمالهم ، ولأنهم فى الحقيقة تجار اذا هم احترفوا هذه الأعمال . والذين يتعاملون مع هؤلاء المضاربين أشد منهم حاجة الى ضمانات هذا القانون ، التى من بينها الزام تجار العقارات بواجبات التجار ، وإمكان إشهار إفلاسهم اذا هم توقفوا عن الدفع . والقانون التجارى ذاته فى حاجة ملحة الى أن يسترد هذا النطاق السليب بغير سند ، وعلى الأخص بعد أن أصبحت العقارات قسما كبيرا لا يستهان به داخل القطاع الخاص ، لأن من شأن هذا الاسترداد ، أن يمد القانون التجارى بدم جديد يزيده حيوية وقدره ، ويرد اليه بعض شبابه ، ويجعله آخر الأمر ، أكثر لياقة واستعدادا لأداء ما يتطلبه منه مجتمع يتجدد هو الآخر ويسترد شبابه ، ويحمل من بين أعلامه الكبرى هدف مضاعفة الدخل .

٤١ - بقى النوع الثانى من التداول ، التداول المادى ، أى انتقال

الحيازة المادية للشيء من يد الى يد . هنا نجد فارقاً عملياً غاية فى الأهمية . ويتميز هذا الفارق العملى الهام بأنه يستند بوضوح الى ثبات العقار وحركة المنقول . فلأن المنقول ينتقل مادياً من مكان الى آخر ، ومن يد الى يد ، دون أن يحمل فى ذاته علامة تعينه تعييناً ذاتياً ، فإن الحقوق العينية عليه لا يمكن مباشرتها الا من خلال الحيازة . « فكان حتماً أن ينزل القانون عند حكم الواقع ويجعل من حيازة حائز المنقول سنداً للملكية » (١).

نشأت القاعدة الشهيرة اذن من صميم الضرورات العملية المترتبة على هذا الانتقال المادى . وما أن نشأت حتى اكتسبت أهمية كبرى ، واحتلت مكان الصدارة بين آثار التقسيم الى العقار والمنقول ، ولقيت تأييداً اجماعياً .

أما العقار ، فلأنه ثابت مستقر فى حيزه ، فان تعيينه بموقعه وحدوده تعييناً ذاتياً مجرداً عن حيازة الانسان ، أتاح للحقوق العينية أن تترتب عليه مباشرة ، وجعل من الممكن اخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليه ، لاجراءات الشهر ، ومن ثم لا يكون للحيازة المادية اعتبار فى تقرير الحق العينى على العقار ولا يكون لها أن تمنع صاحب الحق العينى من أن يتتبع العقار فى أى يد يكون .

والصلة المنطقية بين طبيعة العقار والمنقول ، وبين هذا الأثر العملى الهام الذى يستند اليه ، صلة قوية مفهومة . قاعدة « الحيازة فى المنقول سنداً للملكية » هى بلا ريب الأثر المنطقى الوحيد الذى يستند الى التفرقة بين حركة الشيء وثباته . وقد كان يمكن لذلك أن ننادى ببقاء التقسيم الى عقار ومنقول ، على أن تقتصر آثاره على هذا الأثر وحده دون الآثار الأخرى التى تستند إما الى ظروف تاريخية اندثرت ، أو الى واقع تغير ، لولا ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة وهى تلك التى رأينا أنها تخرج بيقين عن قاعدة الحيازة التى تخضع لها سائر

(١) الدكتور محمد على عرفه - ج ٢ «أسباب كسب الملكية» ١٩٥٥ بند ١٠٩ ص ٢٠٣

المقولات . وتشبه بالعقار في امكان اخضاع التصرفات القانونية عليها لاجراءات الشهر ، وفي ممارسة صاحب الحق العيني عليها للتبعية في أى يد تكون .

كان لزاما اذن أن ننتعمق النظرة في الرابطة المنطقية التي تربط الحركة والثبات كسبب ، بقاعدة الحيازة في المنقول دون العقار ، كأثر أو نتيجة . وذلك عن طريق امعان النظر في الطبيعة الخاصة لتلك المقولات الجديدة . فاذا هي لا تتميز عن المقولات العادية ، ولا تشبه الى هذا الحد بالعقار ، **الابخاصية واحدة هي التعيين الذاتي** . وبوضوح الرابطة المنطقية المباشرة بين التعيين الذاتي لهذه المقولات من ناحية ، وبين الخروج عن قاعدة الحيازة وامكان شهر الحقوق العينية عليها من ناحية أخرى ، بهذا الوضوح يتضح كل شيء : يتضح أولا أن الرابطة المنطقية بين الحركة والثبات ، وبين تلك الآثار المتعلقة بالحقوق العينية على المنقول والعقار ، ليست رابطة مباشرة مستقيمة ، وانما هي رابطة تمر من خلال التعيين الذاتي ، السبب الحقيقي المنتج لهذه الآثار . ويتضح ثانيا أن ثبات العقار واستقراره في حيزه ، ليس الا الوسيلة التي يترتب عليها تعيين العقار تعيينا ذاتيا ، وأن التعيين الذاتي هو وحده الذي يؤدي بعد ذلك الى خروج العقار عن قاعدة الحيازة ، وامكان شهر الحقوق العينية عليه . ويتضح أخيرا أن الثبات ليس هو الوسيلة الوحيدة ، أو على الأصح لم يعد هو الوسيلة الوحيدة في العصر الحديث ، للتعين الذاتي . ولا أدل على ذلك من أن بعض المقولات الهامة ، قد توصلت بوسائل أخرى الى التعيين الذاتي ، فترتبت في شأنها آثاره كما ترتبت في شأن العقار .

وبرد هذه الآثار الأخيرة المتعلقة بالحيازة الى سببها الأصلي ، وليس الى سببها الظاهر الذي يتمثل في الثبات أو الحركة ، ينهار آخر معادل التقسيم الى عقار ومنقول ، ولا يكون هناك مناص من أن ننادى بأنه مهما كان من خلود هذا التقسيم على مر الأجيال ، أو من تأثيره الضخم على تفكيرنا واحساساتنا ، أو من بلدهيته الطبيعية القاطعة ، فانه لم يعد كافيا ولا ملائما لقانون العصر الذي نعيش فيه ، بعد أن فقد كل مبرراته وأسسها واحدا بعد الآخر .

آن الأوان لأن يعتزل التقسيم الشيخ خدمة القانون الوضعي الحالي ، ويتخذ مكانه في دراسات التاريخ .



## الفصل الثالث

### التقسيم المقترح : أساسه التعيين الذاتي

٤٢ - من خلال عرضنا للصفات المميزة للمنقولات « ذات الطبيعة الخاصة » ، ثم من خلال أوجه النقد التي وجهناها الى التقسيم الطبيعي للأموال الى عقار ومنقول ، لم نأل جهداً في ايضاح الأساس الحقيقي الذي يجدر الاعتداد به من الناحية القانونية ، وهو أساس التعيين الذاتي . لا حاجة بنا الآن الى مزيد من الشرح أو البرهان لكي نقرر أن الأموال تنقسم الى قسمين كبيرين :

(أ) أموال تحتفظ لنفسها ، في كيانها ، بعناصر التعيين الذاتية التي تكفل تمييزها عن غيرها من الأموال الأخرى ، وذلك دون حاجة الى اللجوء الى عنصر خارجي .

(ب) أموال لا تحتفظ بعناصر تعيين كافية لتمييزها ، فحتاج في سبيل ذلك الى اللجوء الى عنصر خارجي عنها ، وهو بصفة عامة ، حيازة الانسان .

هذا التقسيم القانوني للأموال على أساس التعيين الذاتي له مزاياه التي يتمثل أغلبها في تفادي ماآخذ التقسيم الى عقار ومنقول ، وحل المشاكل التي يثيرها . سنستعرض هذه المزايا إذن في غير تفصيل . ثم نشير بعد ذلك الى ما يجب أن تتطور اليه نظم الشهر على ضوء هذا التقسيم الجديد . وأخيراً نعرض لمحاولات المشرع الفرنسي المتكررة أن يضيف صفات التعيين الذاتية على بعض الأموال حتى يصل من ذلك الى التخلص من قاعدة الحيازة في تقرير الحقوق العينية عليها ، وعلى الأخص حق الرهن .

## (أولاً) مزايا التقسيم المستند الى التعيين الذاتي :

٤٣ - (١) أول هذه المزايا أنه يتضمن حلاً حاسماً سلباً لمشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ». هذه المنقولات تدخل بيقين في القسم الأول من التقسيم المقترح ، فهى أموال معينة تعييناً ذاتياً ، يسرى عليها سائر ما يسرى على تلك الأموال من أحكام .

والأموال الثابتة ( أى العقارات ) تعد أيضاً من بين الأموال المعينة تعييناً ذاتياً ، وهى لا تختلف عن غيرها من الأموال الداخلة في القسم الأول إلا فى أنها تتخذ من ثباتها الطبيعي وسيلة الى التعيين الذاتي . وسيلة ناجعة أكيدة ، ولكنها ليست بيقين الوسيلة الوحيدة .

ففى ضوء ما قمنا به من دراسة ، نستطيع أن نبين حتى الآن أربعة وسائل تؤدي الى أن يكتسب المال صفة التعيين الذاتي :

(أولاً) الثبات الطبيعي ، وهو وسيلة العقارات الى التعيين الذاتي .

(ثانياً) كون المال مجموعة واقعية لا يتصور أن تتكرر عناصرها بغير اختلاف . وهذه الوسيلة تدخل المحال التجارية والأفلام السينمائية وغيرها من المجموعات فى نطاق الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

(ثالثاً) كون المال حقاً ثابتاً فى ذمة شخص معين ، إذ يتعين الحق بتعيين شخص المدين ، وتلك وسيلة الحقوق - أو الأموال المعنوية ، الى المدخول فى نطاق الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

(رابعاً) اكتساب المال صفة التعيين الذاتي بوسائل صناعية تستند أساساً الى حماية المشرع وتنظيمه . كالسفن والمراكب التى ينظم المشرع حالتها المدنية من اسم وجنسية وميناء تسجيل ... الخ ، وكالسيارات التى يحدد المشرع بنوعها ورقمها . وفى هذه الوسيلة الرابعة للتعين الذاتي ، أى تلك الوسيلة الصناعية التى تستند الى حماية المشرع وتنظيمه ، نجد مفتاح الحركة فى هذا التقسيم الجديد ، وقابليته المستمرة للتطور ، واستعداده الدائم لأن

يتلقى بين قسميه الكبيرين أى مال جديد ، وأن ينقل من أحد قسميه إلى القسم الآخر ، فى غير جمود ، الأموال التى تفقد صفة التعيين الذاتى لسبب أو لآخر ، أو الأموال التى تكتسب بوسيلة صناعية مستحدثة ، صفة التعيين الذاتى التى لم تكن لها من قبل . ولا شك أن هذه القابلية الدائمة للتطور ، هى أهم علامات صحة التقسيم ، وأهم ضمانات احتفاظه بهذه الصحة فى المستقبل . ذلك أن التعيين الذاتى نتيجة محدودة واضحة ، أما وسائل وصول المال الى هذا التعيين الذاتى ، فهى وسائل مختلفة كثيرة تركها بغير حصر أو تحديد . هى وسائل يصنعها التطور فى كل زمان . وايس لنا أن نقيّد إمكانيات الأزمنة المقبلة فى خالق وسائل جديدة أو ترك وسائل موجودة . بهذا نخلص التقسيم الجديد من الجمود الذى وقع فيه التقسيم الى عقار ومنقول ، حين ارتكز على وسيلة « الثبات » وحدها ، لا يعرف غيرها ولا يعترف بغيرها . وحمد على « الثبات » وحده جمود العمق . فكان هذا العجز الواضح الذى أصابه حين أظهر التطور وسائل أخرى للتعين الذاتى . وهو عجز أثار ومازال يثير مشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » . تلك المشكلة التى نرجو مخلصين أن يضع بحثنا هذا حلها الأخير .

٤٤ - ( ٢ ) وإذا كان هذا التقسيم الجديد ، يقوم على أنقاض التقسيم السابق الى العقار والمنقول ، فليس معنى ذلك أنه يلغى فكرة العقار ، بل على العكس ، فإن من بين مزايا التقسيم الجديد أنه يضع للعقار تعريفاً جديداً سليماً .

فقد رأينا كيف تعرفه المادة ٨٢ / ١ مدنى بأنه " كل شىء مستقر بحزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، ورأينا مدى فساد هذا التعريف (ماتسقب بند ٣٣) " . ها نحن نضع له الآن تعريفاً قانونياً سليماً فى ظل التقسيم القانونى السليم الذى يرتكز على أساس التعيين الذاتى . فالعقار هو " كل شىء مستقر بحزه ثابت فيه ، بحيث يكون استقراره وثباته وسيلة كافية لتعيينه تعييناً ذاتياً " .

وميزة هذا التعريف واضحة . فهو أولاً يربط بين الثبات كوسيلة ، وبين الغاية القانونية التى يؤدى اليها ، وبالتالي فإنه يظل دائماً فى منطقة الأمان ،

لا يتعرض لأخطار الانزلاق الى المهامى التى انزلت اليها المادة ٨٢ / ١ مدنى حين ربطت الثبات بفكرتى الاستحالة والتلف ، فوقعت فى شر ما يمكن أن يقع فيه تعريف .

وتعريفنا للعقار له الى ذلك ميزة أخرى ، هى أنه لا يستند الى الطبيعة الا فى حدود المهمة القانونية التى تؤديها هذه الطبيعة ، وبالتالي فهو يمحصر أهمية العقار من ناحية ، اذ يمحو عنه صفة البداهة والخلود والجمود الدائم الذى يضيفه عليه الاستناد الى الطبيعة وحدها . وهو من ناحية أخرى تعريف مرن لا يمكن أن يقف عقبة فى سبيل التطور . إذ أن « الثبات الذى يكفى للتعين الذاتى » مسألة واقع ، تستند أساساً الى نظرة المجتمع فى زمن معين الى مدى ضآله احتمال انتقال العقار وصعوبته ، بغض النظر عن استحالة ذلك الانتقال أو امكانه . هذه النظرة قد تتغير وتتطور ما شاء لها التغير والتطور ؛ سيظل مع ذلك تعريفنا للعقار صحيحاً .

٤٥ - (٣) ومن أهم مزايا التقسيم المقترح أنه تقسيم قانونى للأموال ، لا تقسيم طبيعى . ومن ثم فإن الرابطة المنطقية بين الأساس الذى يستند اليه والآثار القانونية التى تترتب عليه ، هذه الرابطة واضحة فى جلاء ليس عليه من مزيد . ولا شك أن هذا الوضوح يعد أكبر ضمان لأن يظل التقسيم الجديد محصوراً فى حدود أهميته الحقيقية دون ما تجاوز أو طغيان . فقد رأينا كيف أدى غموض هذه الرابطة المنطقية فى التقسيم الطبيعى لعقار ومنقول الى امتداد هائل فى آثار التقسيم تناول شتى فروع القانون ، وطغيان لا مبرر له على النظام القانونى كله ، إذ اكتسب التقسيم باستناده الى الطبيعة وحدها بداهة وصحة مطلقة أوسعت له المجال حينما حل بحق وبغير حق .

لا يمكن أن نتعرض لمثل هذا التجاوز فى تطبيق التقسيم المقترح ، لأن السلسلة المنطقية محكمة الحلقات ، لا يشوبها أقل اختلال : فهذا التقسيم للأموال سيظل نطاقه ، بفضل أساس التعيين الذاتى الذى يركز عليه ،

قاصراً على كيفية مباشرة الحق العيني على هذه الأموال ، فالحق العيني يجب أن يباشر على شيء معين . بل إنه لا يكون إلا إذا كان الشيء محل الحق معيناً .

هذا التعيين ركن جوهرى هام من أركان الحق العيني لا يوجد إلا به (١) ومن ثم فإن التعيين الذاتى للمال يسمح بمباشرة سائر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن أى عنصر خارجى ، وبالذات بغض النظر عن شخص الحائز لهذا المال . ذلك أن كون المال معيناً تعييناً ذاتياً تابعاً من كيانه الداخلى وحده ، يسمح للحق العيني سواء أكان حق ملكية أو انتفاع أو رهن ، بأن يجد طريقة المباشر الحاسم الى المال موضوع الحق ، بغير وسيط . ويمكن للناس كافة أن يروا هذا الحق العيني ينصب على المال المعين تعييناً ذاتياً كما ينصب شعاع الضوء القوى . فلا يحدعهم بعد ذلك أن يكون هذا المال فى حيازة شخص آخر غير صاحب الحق . ولا يكون المتعامل مع هذا الحائز دون صاحب الحق العيني إلا شخصاً سىء النية ، أو شخصاً يصل تقصيره الجسم الى مرتبة سوء النية .

(١) ليس هنا مجال الافاضة فى شرح ضرورة تعيين محل الحق العيني لوجود هذا الحق العيني ذاته ، فعل ذلك ينعقد اجماع فقهاء القانون المدنى فى فرنسا ومصر . ولكننا نخص بالذكر مقالا لأحد فقهاء القانون العام فى فرنسا هو الأستاذ رينيه كايبتان ، يبحث فيه طبيعة الحق العيني من زاوية القانون العام ، باعتباره أنه يدخل فى طائفة « الحريات العامة » ، ولا يتميز عن سائر الحريات الا بأنه حرية فى التصرف محصورة فى نطاق شيء معين (des libertés localisées)

“... C'est cette localisation qui, dans ce cas, constitue la “réalité” de la liberté.

... C'est pourquoi la liberté du commerce, pour prendre encore un exemple, n'est pas un droit réel : elle comporte, en effet, le droit de vendre ou d'acheter des objets indéterminés. Mais le droit qui appartient au propriétaire ou au créancier gagiste ou hypothécaire de vendre un objet déterminé, constitue, au contraire, un droit réel”

(René Capitant «Sur la nature des droits réels», Etudes Sugiyama, 1940, p. 29—37.)

أنظر كذلك فى تأكيد هذا التعيين كجوهر للحق العيني لا وجود له الا به :

Louis Rigaud «Le droit réel, histoire et théories» thèse Toulouse 1912, p. 295 et s.

أما الأموال التي لا تحتفظ في كيانها بعناصر تعيينها تعييناً ذاتياً ، فإن الحق العيني لا يمكن أن يصل إليها إلا عن طريق تعيينها بعنصر خارجي ، هو في الأغلب حيازة صاحب الحق نفسه . ان حق الملكية الذي أباشره على الكتاب الذي أمامى الآن ينصب مباشرة على شيء معين . هذا الشيء المعين هو « الكتاب الذي في حيازتي » . فاذا خرج عن حيازتي فان حقي في الملكية يصل طريقة الى هذا الشيء الذي أصبح مجرد « كتاب ما » بين سائر الكتب . وهكذا يرتبط الحق العيني على مثل هذه الأموال بالحيازة ، ذلك الارتباط الذي تعبر عنه قاعدة الحيازة الواردة في المادة ٩٧٦ مدني .

تلك إذن هي أهمية التقسيم في جوهرها الأول . يتفرع عنها نتيجتان سبق أن أشرنا إليهما في الفصل الأول من هذا البحث ( بند ٢٢ ) . ولا بأس من التكرار : النتيجة الأولى أنه لا مجال لتطبيق قاعدة التملك بالحيازة بالنسبة للأموال المعينة تعييناً ذاتياً ، والثانية أن من اليسير على المشرع أن يجمع عناصر التعيين الذاتية لهذه الأموال في سجلات خاصة منظمة ، ويتوصل بذلك الى شهر سائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تنصب على هذه الأموال .

٤٦ - ( ٤ ) وأخيراً فإن من مزايا التقسيم المقترح أنه يتفادى عيبين خطيرين أشرنا إليهما خلال انتقادنا لتقسيم العقار والمنقول :

فبينما تقسيم العقار والمنقول تقسيم مادي لا يمكن بطبيعته أن ينصرف إلا الى الأشياء المادية وحدها . ومن ثم فإن امتداده الى الحقوق وسائر الأموال المعنوية لا يمكن أن يستند إلا الى الافتراض والمجاز ( وهو مجاز رأينا أنه في حد ذاته منتقد ) ، فإن التقسيم الذي يستند الى التبعين الذاتي عام شامل للأموال المادية والمعنوية على السواء . وشموله ذلك شمول أصيل لا افتعال فيه .

وبينما يقيم تقسيم العقار والمنقول سداً في وجه القانون التجاري ، يحول بينه وبين أن يأخذ نطاقه الطبيعي ، بدعوى أنه لا يمتد الى العقارات ، فان

هذا السد ينهار في ظل التقسيم المقترح ، وذلك بفضل ماسبق أن أشرنا اليه من وضوح الرابطة المنطقية بين أساسه وآثاره . وهي محصورة في مباشرة الحق العيني . فلا تمتد بداهة الى تحديد نطاق القانون التجارى .

### ( ثانيا ) شهر الحقوق العينية في ظل التقسيم المقترح

٤٧- إن تقسيما يستند الى أساس التعيين الذاتى بصفة عامة (لا إلى مجرد الثبات الخاص بالعقار دون المنقول ) يقتضى ببطبيعة الحال أن تدوب العقارات في نطاق الأموال الأخرى المعينة تعييناً ذاتياً كالسفينة أو المحل التجارى أو غيرهما ؛ أو على الأقل أن تتقارب ما يفصل بينها جميعا من الفوارق قدر الامكان . مثل هذا التوحيد أو التقارب لا يتم في رأينا الا اذا توحدت أو تقاربت نظم شهر الحقوق العينية على سائر الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

ولا يعيننا هنا أن ندرس كيفية القيد أو التسجيل . ولا أن نقترح طرائق أخرى للقيد أو التسجيل . وانما يعيننا بصفة خاصة أن نشير الى ماتميز به العقارات ، سواء فيما يتعلق بطول وتعقيد اجراءات شهر الحقوق العينية عليها ، أو بتكاليف هذا الشهر ، أو بصعوبة وسائل الاستعلام العام عن تلك الحقوق من واقع السجل .

وطول اجراءات الشهر العقارية وتكاليفها تصل الى حد لا نشك معه في أنها تكمن بيقين بين أسباب ندرة تداول العقارات اذا قيست الى سائر الأموال الأخرى . وهي تخفف بعض المتعاملين في العقارات الى الاكتفاء بكتابة عقد البيع ونقل لحيازة ، وانتظار اكتساب الملكية بالتقادم ، مما يثير الكثير من المشاكل . لهذا الى أن طول الاجراءات وتعقيدها هي احدى الحجج الرئيسية التي يستند اليها دعاة استبعاد العقارات من نطاق القانون التجارى (١) .

(١) أنظر عرضاً لهذه الحجج والرد عليها في الوسيط للدكتور أكرم الخولى السابق الاشارة اليه بند ٦٨ ص ٧١ وما بعدها .

وقد آن الأوان لأن يحاول المشرع أن يحرز في هذا المجال تقدماً لا شك أنه أصبح ضرورياً ، لاسيما وقد نظم شهر الحقوق العينية على منقولات كالسفينة تنظيماً لاشك أنه أفضل وأكثر فاعلية (١) .

ويتعين أن يكون الهدف الأساسي من هذا التنظيم الجديد : هو ألا يكون لضرورة شهر الحقوق العينية على العقار أى أثر خاص على سرعة تداوله أو على سهولة هذا التداول . وهو هدف لا نعتقد أنه مستحيل التحقيق ، وإن يكن يحتاج الى قدر من الدراسة العميقة المقارنة .

٤٨ - والواقع أنه لا بد أن تتجه سائر نظم الشهر بصفة عامة ، ونظام الشهر العقاري بصفة خاصة ، في اتجاهين رئيسيين : الأول تسهيل القيام بشهر سائر التصرفات على سائر المتعاملين ، والثاني : تسهيل استعمال ذوى الشأن عن البيانات المتعلقة بهذه التصرفات ؛ بحيث ينبى على ذلك أن يصبح نظام التسجيل والتقييد من بين النظم الذائعة السهولة التى لا يدق فهمها على أبسط الناس ، والتى تبعث الثقة والاطمئنان في ميدان المعاملات ، وبالتالي لا يمكن أن تكون عائقاً يعوق سرعتها ، بل على العكس ، يكون ضماناً يحمى المتعاملين من أخطار هذه السرعة (٢) .

(١) من المقرر أن نظام شهر الحقوق العينية على السفينة يعتبر متفوقاً على نظام الشهر في العقار ، لأنه من قبيل نظام الشهر العيني ، اذ تختص كل سفينة بصفحة خاصة في السجل ، ويتم قيد كل تصرف يرد عليها في الصفحة الخاصة بها مما يجعل الاستعمال عن هذه التصرفات سهلاً . بينما نظام الشهر في العقار نظام شخصى يعتمد على اسم المالك ، مما يجعل من الضرورى لمن يريد الاستعمال عن ملكية عقار معين أن يعرف اسم المالك أولاً .

ونظام السجلات العينية (livres fonciers) معمول به بالنسبة للعقارات في بعض الدول كألمانيا وسويسرا والأزراس واللورين . ولكل عقار معين صفحة خاصة تذكر فيها سائر التصرفات التى تجرى عليه منذ بنائه أو الاستيلاء عليه . ولكى يكون لهذه السجلات قيمتها القانونية القاطمة ، فان الذى يشرف عليها قاض . ولا يقوم بقيد التصرف المراد شهره في السجل الا بعد بحث صحته .

(٢) تعرض الفقيه الفرنسى رينيه روبلو الى عيوب الشهر الأساسية في فرنسا ، فقرر أنهما عيبان رئيسيان :

==



والتطور الذى نرجو أن يمر به نظام الشهر هو ذات التطور الذى مرت به « الكتابة » من قبل . فقدما كانت الكتابة عائقاً يعرقل سير المعاملات ، حين كان الذين يعرفون القراءة والكتابة قلة نادرة ، وكان الذين يحسنون التعبير القانونى بالكتابة أقل . وكانت الكتابة - اذا اختلفت لغات المتعاملين الذين كانوا يجتمعون من بلاد مختلفة فى أسواق المدن الايطالية فى القرون الوسطى - تقتضى تحمل تكاليف الترجمة المتخصصين فى مثل هذه الأمور . هذا الى جانب ما كانت تتكلفه وسائل الكتابة وقتذاك من

== الأول : هو تناثر واختلاف اجراءات الشهر الواجبة (éparpillement des formalités prescrites) بالنسبة للأموال المختلفة التى يجب فيها الشهر ، وتناثر واختلاف الجهات الادارية التى يجب أن يلجأ اليها الأفراد سواء للقيام بالشهر اللازم أو للاستعلام عن البيانات الواردة بالسجل .

والعيب الثانى يكمن فى رداءة قواعد الشهر ذاتها ، فى بعض التشريعات لا يشترط المشرع حداً زمنياً أقصى لأداء واجب الشهر مما يوقع المتعاملين فى الحيرة . ثم ان المشرع لا يعطى ذات القيمة للقيود بالنسبة للأموال المختلفة ، وذلك حتى بالنسبة للتأمينات ذات الطبيعة الواحدة .

ولاصلاح هذين العيبين الأساسيين ، يقترح الفقيه رينيه روبلو علاجين :

الأول : توحيد قواعد الشهر بالنسبة لسائر الأموال التى يجب فيها الشهر توحيداً فعلياً وليس مجرد تجميع وتنسيق القواعد المتناثرة فى قانون واحد ، بحيث يستطيع الأفراد بسهولة أن يقوموا بخطوات الشهر الواحدة بالنسبة لهذه الأموال جميعها . كذلك يجب أن تتحد الجهة التى يلجأ اليها الأفراد سواء للقيام بالشهر أو للاستعلام . وقد اقترح الفقيه روبلو أن تتركز كل مكاتب التسجيل فى قلم كتاب المحكمة التجارية .

والثانى : اقترح الفقيه روبلو أن يتخذ المشرع من نظام الشهر فى السفينة ، أمودجاً . فهو مع أنه مقتبس من نظام الشهر المقارى ، الا أنه يفضل له لطابعه العيى ، الذى يجعل من السهل على الكافة الاستعلام عن التصرفات التى تمت على السفينة . ويرى الأستاذ روبلو أن من المؤسف أن المشرع لم يحدد هذا النموذج بالنسبة للمحال التجارية فى ١٧ مارس ١٩٠٩

أنظر : René Roblot «Les sûretés mobilières sans déplacement» Etudes Ripert

t. II, 1950, P. 362 no. 16 et 17 p. 376.

ونحن نميل الى تأييد الفقيه روبلو فيما يقترح من علاج . مع ملاحظة أنه يتكلم عن الشهر بالنسبة للمنقولات وحدها ، بينما نحن نفضل أن يكون علاج نظام الشهر أعم من هذا النطاق الضيق ، بحيث يشمل سائر الأموال المعينة تعينياً ذاتياً ، الثابتة منها والمتحركة .

مصرفيات تشق على المتعاملين . في مثل هذه الظروف لم يكن ثمة شك في أن تعد الكتابة عائقاً يعرقل المعاملات ، وأن تعفى من ضرورة الكتابة سائر المعاملات التجارية التي تقتضى السهولة والسرعة (١) . أما الآن ، فقد أصبحت الكتابة سهلة ، قادرة على التجاوب مع سرعة المعاملات . هذا الى جانب ما تضيفه من ضمان مستمد من قوتها كدليل اثبات حاسم يفوق البيينة والقرائن . فقد انتشرت معرفتها بين سائر الناس . وسهلت التعبيرات القانونية فاصبحت في متناول الجميع . وحلت الطباعة مشكلة اقتضاء المجهود اليدوى عند تكرار العقود ، بل ومشكلة الجهول بالأحكام التي ينطبق عليها . لاشك أنه لا يشق الآن مثلاً على أى مؤجر أو مستأجر ، أن يشترى نموذجاً مطبوعاً لعقد الإيجار يتضمن كل قواعد هذا العقد . ولا يشق على الدائن أن يجد نموذجاً للإيصال ، ولا على المدين أن يجد نموذجاً للسند الاذنى المطبوع مستوفياً لسائر بياناته الشكلية - مع اضافات لا بأس بها من قبيل التزويد - ولا شك أيضاً أن كل من يتوجه متعاقداً مع تاجر على قدر من الاستقرار والأهمية لابد أن يواجه عقوده المطبوعة على الورق اللامع المصقول لا ينقصها الا التوقيع . وهكذا أصبحت الكتابة هي العون الأكبر على سرعة المعاملات التجارية ، والضمان الأقوى لاستقرارها . كل ذلك بغض النظر عن استمرار قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية ، بل واستمرار استنادها الى حكمتها القديمة وهي أن الكتابة تعوق سرعة التجارة .

والتطور الذى مرت الكتابة به ممكن أن عمر به نظام الشهر ، لأنه ينبغى لنا أن نحث خطوات هذا التطور حتى يتم بصورة أسرع . فما أحوجنا الى أن يأتي اليوم الذى يستطيع فيه المشتري العادى أن يستعلم عن مالك العقار في الصباح ، ثم يكتب عقد الشراء ظهراً ، ثم لا ينقضى يومه إلا وقد سجل

(١) " ولذا كانت البيينة قديماً في المرتبة الأولى بين الأدلة . غير أن الثقة بها أخذت تنزع منذ القرن السابع عشر لأكثر من سبب : منها فساد الذم الذى يغرى بشهادة الزور ، وتقادم العهد على التصرف بما قد يندر معه وجود الشهود . هذا الى ما قد يعترى ذاكرة الشهود وقدرتهم على الملاحظة من ضعف يقصر بهم عن استيعاب تفاصيل الواقعة وادراك الأمور على حقيقتها . ومن ثم فقد أصبحت الكتابة هي الأصل في اثبات التصرفات القانونية في عصرنا الحاضر " .  
أنظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة « الاثبات في المواد المدنية » ١٩٥٤ بند ٦٥ ص ٧٢

العقد وأصبح المالك الجديد أمام الناس كافة . ونحن لا نعلم بهذا اليوم لمجرد المصلحة النظرية التي نحققها فيه إذ يتأكد رسوخ تقسيم الأموال على أساس التعيين الذاتي ، و يذوب فيه العقار بين سائر الأموال المعينة تعييناً ذاتياً ، بل ولا لمجرد الوصول الى توسيع نطاق القانون التجارى بحيث يشمل العقارات دون أن يثور اعتراض المتذرعين ببطء اجراءات الشهر ، وإنما أيضاً للمصلحة العملية التي نحققها من سهولة تداول سائر الثروات ثابتة ومنقولة دون تفریق ، مع الاطمئنان الكامل الى مصدر الحق العيني على هذه الثروات دون الاستناد الى واقع الحياة . هذه السهولة لازمة على الأخص لتحقيق الرخاء الاقتصادي لمجتمعنا الاشتراكي في المستقبل القريب ، في الظروف التي يمر بها والتي سبق لنا أن أشرنا اليها .

### ثالثاً محاولات المشرع الفرنسي اضافة التعيين الذاتي على بعض المنقولات :

٤٩- على الرغم من أن المشرع الفرنسي لم يخرج بعد عن اطار تقسيم الأموال الى منقول وعقار ، فإنه قد قام بمحاولات مختلفة للاستفادة من قابلية بعض الأموال للتعين الذاتي ، بل وحاول أن يضيف صفة التعيين الذاتي بشئ السبل ، حتى على الأموال التي تتنافر طبيعتها مع هذا التعيين كالمثلثات (١) .

(١) مدفوعاً بضرورات ائتمانية خاصة ، اضطر المشرع الفرنسي الى خلق نوع جديد من الرهن على أنواع مختلفة من المثلثات التي تتجمع لدى المدين في كيات ضخمة ( stocks ) ، وبذلك دون أن تنتقل حيازتها من المدين الراهن الى الدائن المرتهن . على أن تظل هذه الحيازة باقية في محل المدين الذي يلتزم بالألا ينقل الأشياء المرهونة الى حيازة شخص آخر . وترتكز حماية حق الدائن المرتهن أساساً على تنفيذ المدين الراهن لهذا الالتزام . ويطلق على هذا النوع من الرهن : « الرهن في محل المدين » (Warrantage à domicile) وقد تعددت في فرنسا أمثلة هذا النوع من الرهن التي تقرقر بقوانين خاصة نذكر من بينها :

١ - رهن المحاصيل الزراعية ( le Warrant Agricole ) : أنشئ بقانون ١٨ يوليو سنة ١٨٩٨ المعدل بقانون ٣٠ أبريل ١٩٠٦ ، والمرسوم بقانون ٢٨ أبريل ١٩٣٥ . ويقيد صك الرهن في قلم كتاب المحكمة الجزئية التي تقع في دائرتها المحاصيل المرهونة حتى يستطيع الغير أن يعلم بحق الدائن المرتهن . ولكن هذه العلانية لا تعطى للدائن المرتهن حق تتبع في مواجهة الحائز حسن النية . ولذا فان المدين الراهن يلتزم بعدم نقل حيازة المحاصيل المرهونة والا تعرض لجزاء جنائي .

هذه المحاولات لاشك هامة ، ولكنها لم تبلغ كلها ذات الدرجة من النجاح . ودراسة نصيب هذه المحاولات من النجاح أو الفشل ، من شأنها أن تبين الى أى حد يقف تقسيم العقار والمنقول حجر عثرة في سبيل اطلاق الحق العيني على الأشياء من أسر الحيازة .

٢ - رهن منقولات الفنادق (le Warrant Hôtelier) : أنشئ بقانون ٨ أغسطس سنة ١٩١٣ ، المعدل بقانون ١٧ مارس ١٩١٥ . ويمتنع على المدين الراهن أن ينقل حيازة المنقولات المرهونة . ويجب قيد الرهن في سجل المحكمة التجارية الواقع في دائرتها الفندق .

٣ - رهن البترول (le Warrant pétrolier) : أنشئ بقانون ٢١ أبريل ١٩٣٢ . والواقع أن البترول يخضع في فرنسا ، منذ الحرب العالمية الأولى ، لمجموعة من التشريعات ، تهدف الى اخضاع مستوردي البترول لاشراف ادارى خاص ، والى التزامهم بالاحتفاظ برصيد معين . ولذا فان الرهن هنا يقع على كمية قابلة للتجديد على أن تظل مساوية للحد الأدنى المشترك في الرهن .

٤ - رهن الذخائر الحربية (le Warrant des stocks de guerre) : أنشئ بالمرسوم بقانون ٢٤ يونيو ١٩٣٩ ، ويهدف الى تقديم وسيلة مناسبة لرجال الصناعة ، تمكنهم من فتح الاعتمادات اللازمة . الا أن الرهن هنا طابعاً خاصاً . فهو يستلزم ترخيصاً سابقاً من الوزير المختص . والعلائية فيه مقيدة حرصاً على سرية الدفاع الوطنى ، ولذا فلايد أيضاً من الحصول على ترخيص من القائد الحربى للمنطقة قبل الاطلاع على القيد . ويخضع هذا الرهن في مجموعه الى رقابة ادارية محكمة ومستمرة .

٥ - رهن المصنوعات (le Warrant Industriel) : أنشئ بقانون ١٢ سبتمبر سنة ١٩٤٠ على أثر هزيمة فرنسا في الحرب العالمية الثانية ، وعدل بقانون ١٢ يونيو ١٩٤٤ وقانون ٢٦ مايو ١٩٤٧

٦ - رهن الآلات والأدوات الحرفية : (le Nantissement de l'Outillage et du Matériel d'équipement professionnel) : أنشئ بقانون ١٨ يناير ١٩٥١ المعدل بالمرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ . وهو خاص بامتياز بائع هذه الأدوات والآلات . ولايد من تسجيله خلال ١٥ يوماً والا كان باطلا . ويلتزم المشتري المدين بعدم نقل ملكية الأشياء . وحتى يعلم الغير بحق البائع ، الزم قانون ١٩٥١ المشتري بوضع لوحة على الآلات يبين فيها حق البائع ، ويتعرض للجزاء الجنائى اذا نزعها . ويترتب على ذلك أن ينتفى حسن نية الحائر الذى يمكن أن يشترىها ، فلا يستطيع أن يستند الى الحيازة في مواجهة البائع .

والواقع أن الرهون التى ترتبها هذه التشريعات تختلف عن الرهون التى ترتب على السفن والمحال التجارية وغيرها من الأموال المعينة تعييناً ذاتياً . كما أنها ولا شك أقل أهمية الى حد كبير .

والذى يميز هذه المحاولات بصفة خاصة ، هى أنها محاولات متفرقة لم تصدر كلها عن فكرة واحدة أو نظرية أصيلة ، وإنما جاءت بصدد تشريعات خاصة متلاحقة صدرت للاستجابة لحاجات عملية معينة ، أغلبها يتعلق بالائتمان . ومن ثم فقد اقتصر الكثير من هذه التشريعات على تنظيم كيفية

(أ) فكل هذه الرهون تدور فى فلك قاعدة الحيابة (م ٢٢٧٩ مدنى فرنسى) . فهى أولا تنصب على منقولات عادية ليس لها أية وسيلة للتعين الذاتى . فاذا انتقلت الى حيابة حائز حسن النية فان من الطبيعى أن يحتج بحيازته على الدائن المرتهن . وليس لهذا الدائن المرتهن أن يستند الى حق تتبع كالدائن المرتهن على السفينة مثلا . والعلاية التى تهيئها هذه التشريعات عن طريق القيد إنما هى منحة يقدمها المشرع للدائنين العاديين للمدين الرهن ، الذين قد تخدهم وفرة البضائع الموجودة فى حيابة المدين دون أن يعلموا بأن عليها حقاً للدائن المرتهن نافذاً فى مواجهتهم عند التنفيذ على أموال المدين . وهى علاية ناقصة غير محددة لأنها لاتستند الى تعيين ذاتى ، وإنما الى وصف عام لمنقولات يمكن أن تتشابه ، ولا تعين الا بأنها موجودة بالفعل فى حيابة المدين . ومن ثم فهى لا تكفى لاعتبار الحائز الجديد الذى يتجاهلها حائزاً سرياً النية . ولذا فان الحماية التى توفرها هذه الرهون للدائن المرتهن حماية ناقصة ، فهى تستند أساساً لا الى الحق العيني التبعى ، وإنما الى الثقة فى أمانة المدين الرهن ، أو الى الاشراف الادارى وما يمكن أن تقوم به جهة الادارة من تفتيش متكرر ، أو الى رهبة الجزاء الجنائى .

(ب) ثم ان هذه الرهون أقل أهمية بكثير من الرهون التى تقع على المنقولات المعنية تعييناً ذاتياً : وذلك أولاً لأنها محصورة فى نطاق حق عيى.تبعى واحد هو حق الرهن ، بينما الأمر فى المنقولات المعنية ذاتياً يتعلق بتنظيم سائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية تنظيمًا مجرداً عن الحيابة . ثم ان هذه الرهون لا يمكن أن تعطى الدائن حماية كافية . ولذا فقد ظلت التشريعات التى تنظمها ، رغم الضجة الفقهية التى أثيرت حولها ، قليلة الأهمية من الناحية العملية . وأخيراً فان هذه التشريعات الخاصة تستند الى ظروف أزمات ائتمانية حادة مرت بها فرنسا . ولا نعتقد أن هناك ضرورة لأن يقتبس المشرع المصرى منها .

والذى يلفت النظر بصفة خاصة فى هذه التشريعات ، هو قانون ١٨ يناير ١٩٥١ الذى يحاول أن يضئ صفة التعيين الذاتى على الآلات والأدوات ، عن طريق لصق لوحة (plaque) تبين حق البائع ويمتنع على المدين زرعها . وقد رأينا من قبل أن بعض وسائل التعيين الذاتى للأموال ووسائل صناعة تعتمد على تنظيم المشرع وحمايته . على أن هذه الوسيلة بالذات لم يقدر لها النجاح المنشود . والأسباب واضحة: إذ أن التعيين الذى تصفيه تلك اللوحة تعيين نسبه متعلق بحق =

رهن بعض المنقولات دون نقل حيازتها ، دون أن يعنى بتنظيم كيفية ترتيب الحقوق العينية الأخرى . وانحصرت محاولته استغلال صفة التعيين الذاتي لهذه الأموال ، فى شهر حق الرهن على هذه الأموال حتى يعلم به الغير ، ومن ثم حتى يتيسر للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى التبع دون اضرار بأحد (١) .

٥٠ - وقد صادف المشرع الفرنسى نجاحاً سهلاً فيما يتعلق بالمرابك النهريّة والطائرات والأفلام السينمائية ، اذ استفاد من قابلية هذه الأموال للتعين الذاتى فى غير صعوبة ، كما استرشد بالتجربة السابقة التى استقرت وتأكّدت . استرشد بتجربة السفينة وذلك بالنسبة للمرابك النهريّة والطائرات ، كما استرشد بتجربة المحال التجارية بالنسبة للأفلام السينمائية .

وقد كانت الحاجة الى رهن المرابك النهريّة بلا نقل حيازة ، هى الحافز الأول للمشرع الفرنسى على اصدار قانون ٥ يوليو ١٩١٧ ، المعدل بقانون ١٩ يوليو ١٩٣٤ لينظم ملكية المرابك النهريّة على غرار ملكية السفينة (٢) ،

---

البائع وحده، وليس تعييناً ذاتياً لآلة نفسها . ولذا فهو بالضرورة مؤقت . وهو بالضرورة أيضاً تعيين مكره من مشتري هذه الآلات الذى يعتبر اللوحة فضيحة علنية تخل بائنه وسمته ، اذ تنصب دلالتها على بيان عجزه عن وفاء ثمنها .

ومع ذلك ، فعلى الرغم من قصور هذا التعيين ، فانه يؤدى الى تقديم حماية أكبر من الحماية التى توفرها رهون الأخرى . لأنه لا شك فى أن وجود هذه اللوحة يجعل من الصعب على الحائز أن يدعى حسن نيته فى مواجهة البائع الممتاز .

ومهما يكن من أمر ، فالواقع أن خير نظام يمكن الأخذ به مصر لرهن الأموال غير المعينة تعييناً ذاتياً دون حرمان المدين من استغلالها تجارياً ، ودون الاخلال بالحماية اللازمة للدائن المرتهن ولا بحماية الغير الذين يسرى عليهم هذا الرهن ، هو الرهن عن طريق الايداع فى المخازن العامة التى تصدر صك الايداع والرهن المزدوج . وهو النظام الذى نرجو أن يدخله المشرع المصرى قريباً - (راجع فى تفاصيل الرهن عن طريق الايداع فى المخازن العامة ، مؤلفنا فى القانون التجارى ١٩٦١ بند ١٠٠ ص ١٥٤ وما بعدها) .

J. Hame «Le gage sans dépossession» D. Chron. 1945 p. 37 et s. (١)

(٢) هذا بينما كان الحافز الأول على تنظيم ملكية السفينة فى الأصل هو الاشراف على جنسيتها . ويرجع ذلك بداهة الى أن بلنسية السفينة ، باعتبارها أداة للملاحة البحرية التى تتخذ طابعاً دولياً فى العادة ، أهمية كبيرة من الناحية القانونية .

بحيث يصبح شهر حق الرهن على المركب النهري هو شرط سريانه على الغير ، بدلا من ضرورة انتقال الحيازة . فأوجب تسجيل المركب في سجل عام registre public بمكتب التسجيل التابع لوزارة الأشغال العامة . وأوجب ألا يسير المركب النهري الا اذا كان على ظهره شهادة بالتسجيل Certificat d'immatriculation حتى يمكن القيام بالاشراف الادارى . كما أوجب قيد سائر الحقوق العينية عليه في سجل المحكمة التجارية التي يقع في دائرتها مكتب التسجيل التابع له . ومن ثم أصبح للدائن المرتهن على المركب حق تتبع لا تقيده الحيازة ، تماماً كحق التتبع للدائن المرتهن على السفينة .

كذلك استفاد المشرع الفرنسى من تجربة السفينة عندما أصدر في ٣١ مايو ١٩٢٤ قانوناً يقضى بضرورة تسجيل الطائرات الفرنسية ، وذلك في سجل عام موحد في وزارة الجو . تفيد في هذا السجل سائر الحقوق العينية التي تنشأ أو تنتقل على الطائرات ، ويكون القيد حجة على الكافة . وقد أحال قانون ١٩٢٤ بالنسبة لقواعد رهن الطائرات على سائر أحكام قانون ١٩١٧ الخاص بالمراكب النهرية .

كذلك كانت الحاجة الى الائتمان بلا نقل حيازة هي الحافز الأساسى على اصدار قانون ٢٢ فبراير ١٩٤٤ الفرنسى الخاص بالأفلام السينمائية . إلا أن الفيلم يتميز بأنه ليس شيئاً واحداً كالسفينة أو المركب أو الطائرة ، وإنما هو مجموعة واقعية من عناصر مختلفة بعضها مادية وبعضها معنوى ، وهو في ذلك يشبه المحل التجارى . وقد عرضت مشكلة كيفية نقل حيازة هذه المجموعة الى الدائن المرتهن - قبل صدور هذا القانون - أمام القضاء الفرنسى ، على نحو يشبه الى حد كبير ذات المشكلة التي عرضت من قبل بالنسبة لنقل حيازة المحل التجارى . بل لقد لجأ المتعاملون الى حيل مشابهة تهدف الى نقل حيازة رمزية مع بقاء استغلال الفيلم السينمائي لصالح المدين الراهن . الا أنها - كما هو الأمر أيضاً بالنسبة للمحل التجارى - لم تكن كافية لحماية الغير ، بل ولا لحماية الدائن المرتهن نفسه من غش المدين الراهن . لذلك تدخل قانون ١٩٤٤ لكى ينظم سجلاً عاماً محله المركز القومى للسينما

بباريس ( Centre National de la Cinematographie ) وأوجب لسريان التصرفات والأحكام المتعلقة بالأفلام السينمائية أن تقيد في هذا السجل ، وأن تبدأ هذه القيود بإيداع السند المؤقت أو النهائي الدال على وجود الفيلم و المتضمن لسائر عناصره التي تكفل تعيينه تعييناً ذاتياً مانعاً . وقد نظم هذا القانون بعد ذلك أحكام رهن الفيلم بما يتفق مع طبيعته الخاصة ومع حاجات استغلاله .

٥١- ولكن المشرع الفرنسي لم يصادف مثل هذا النجاح عندما أصدر قانون ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ الخاص بالسيارات . هذا على الرغم من أن السيارات كانت قبل هذا القانون ( ولا زالت بعد صدوره ) موضوع اشراف ادارى مستمر ، من شأنه أن يجعل مهمة تنظيم ملكية السيارة أمراً ليس بالصعب . فقد سبقت جهات الادارة مشروع قانون ١٩٣٤ ، في القيام بمهمة تعيين السيارة تعييناً ذاتياً لا يقل ثبوتاً وجلاءً عن تعيين السفينة أو المركب أو الطائرة . إذ من البديهي أن التعيين الذاتي للسيارة أمر ضرورى لاغنى عنه لجهة الادارة في مباشرتها للاشراف الادارى . لذلك أوجب قرار ٢١ ديسمبر ١٩٢٢ على صاحب السيارة أن يعلن عنها بمجرد اطلاقها كوسيلة للمواصلات وذلك في محافظة محل اقامته . وتعطيه الجهة المختصة بذلك ايصالاً يسمى في العمل « البطاقة الرمادية » يجب عليه حمله في السيارة دائماً ليقدمه عند أى تفتيش إدارى . هذا الى جانب الرقم الذى يعين السيارة تعييناً ذاتياً . وقد بلغ من نجاح هذا التعيين الادارى حداً شجع المتعاملين على إضفاء الصفة القانونية عليه ، وذلك باعتبار البطاقة الرمادية ( la carte grise ) التى تقدمها جهة الادارة لمالك السيارة ، سنداً قانونياً للملكيتها ، بل وبالاكتماء بتسليم هذه البطاقة للدائن المرتهن تعبيراً عن نقل حيازة السيارة اليه . واضطرت المحاكم التى عرض عليها الأمر أن تضع حداً لذلك ، مما عرقل الاستفادة من ائتمان السيارة دون التخلي عن حيازتها ، وعرقل من ضمان حق البائع بالتقسيط على السيارة المبعة بعد تسليمها الى المشتري .

لذلك فإن تدخل قانون ١٩٣٤ يستند هو الآخر الى تلبية حاجات الائتمان . وقد امتد نطاقه بقوانين لاحقة ، ليفيد منه بائعو الجرارات الزراعية



بالنسبة للثمن المؤجل ، وبائعو القاطرات الى تخضع لضرورة التسجيل ،  
ثم جمعت هذه القوانين المختلفة في القرار الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣

ورغم أن كل أسباب النجاح كانت مهياة أمام مشرع ١٩٣٤ ، اذ كانت  
أمامه من ناحية ، النماذج الناجحة في القوانين السابقة التي نظمت ملكية  
السفينة والمركب النهري والطائرة ، ومن ناحية أخرى وسائل التعيين الذاتي  
التي هيأتها جهة الادارة ، فقد فشل فشلا ذريعا عرضه لنقد شديد من  
جانب الفقهاء الفرنسيين . حتى لقد قيل بأنه ندر أن تعرض نص تشريعي  
لنقد لاذع كذلك الذي تعرض له تشريع ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ (١) . وقيل بأنه  
جدير بأن يكون أنموذجا في المرتبة الأولى للتشريعات سيئة الصنع (٢) .  
ونظرة عابرة الى نصوص هذا التشريع تكشف بوضوح عن سر الفشل  
الذريع ، فلسبب ما ، لم يشأ مشرع ١٩٣٤ أن يضع أمام ناظره النماذج  
الناجحة السابقة وأن يسترشد بها ، فكان أن وقع ضحية سهلة لذلك التقسيم  
العتيد : العقار والمنقول . فقد استند الى هذا الأساس الخاطيء الذي أشاع  
في نصوصه كل خلط : ان السيارة منقول ، ومن ثم فالأصل أنها تخضع  
لقاعدة التملك بالحيازة الواردة بالمادة ٢٢٧٩ فرنسي ، وأنه لا بد لنتاذرهن  
السيارة على الغير ، من انتقال حيازتها الى الدائن المرتهن . ومن ثم فإنه  
بدلا من أن يبدأ بنفى تطبيق المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي ، وبتنظيم حق التبعية  
للدائن المرتهن على غرار السفينة أو المركب أو الطائرة ، أي عن طريق القيد  
في سجل عام لا عن طريق نقل الحيازة ، فقد وضع كل نصوصه في نطاق  
المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي ، على أساس انطباقها على السيارة : الرهن الذي  
ينظمه على السيارة رهن حيازي ( gage ) . والقيد في نظر مشرع  
١٩٣٤ هو بمثابة نقل الحيازة . والدائن إنما يحتج بحقه على الغير باعتباره

(١) مؤلف الفقيه كاريك السابق الاشارة اليه بند ٢٣ ص ٤٩

Henri Capitant «La vente à tempérament de vehicules automobile» D.H. (٢)  
1935, p.9.

وانظر كذلك بحثا مفصلا في ظروف إصدار هذا القانون والانتقادات التي وجهت إليه وكيفية  
تطبيقه في العمل ، بمقال شارل لاپ تحت عنوان (la loi Malingre) ص ٢١٢ من مجموعة الدراسات  
عن الرهن التجاري (le gage commercial) التي صدرت تحت إشراف العميد هامل في ١٩٥٣

حائزاً للسيارة بهذا القيد . وحيازته الصورية هذه تسرى على الحائز الفعلي أو الحائز العرضي . وقد ظن مشرع ١٩٣٤ أنه بذلك قد حل مشكلة انتقال الحيازة الفعلية كشرط لسريان الرهن . على أن ظنه لو صح فما أبهظ الثمن : ذلك أنه وضع السيارة تحت ظل المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي وكان الفرض أن يقصمها عن نطاقها ، فخلق بدلاً من المشكلة الواحدة ، عدداً من المشاكل الناجمة عن كيفية انطباق هذه المادة على السيارة : حسن نية الحائز الفعلي أو سوء نيته : أيهما يفترض ؟ سبق الحيازة الفعلية على الحيازة الصورية بالقيد . أيهما يقدم ؟ ثم ان من الواضح أن قانون ١٩٣٤ بهذا الشكل لا يتعارض مع استمرار جواز تملك السيارة بالحيازة اذا توافرت شروط المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي ، وليس منها القيد في السجل . وهو لا يتعارض أيضاً مع استمرار رهن السيارة رهناً حيازياً كأى منقول عادي ، بانتقال حيازة السيارة فعلاً الى الدائن المرتهن بغض النظر عن القيد في السجل . كيف يتم حل النزاع الذي يمكن أن يثور بين هؤلاء ، وبين ذلك الدائن الذي اكتفى بالقيد في السجل ؟

ولسنا هنا في مجال بحث هذه المشكلات أو محاولة إيجاد الحلول العملية لها ، فان ذلك شأن الفقهاء الفرنسيين والقضاء الفرنسي في المحل الاول (١) . انما يعيننا هنا أن نقدم تشريع ١٩٣٤ كأنموذج آخر للأضرار العملية التي يمكن أن تنجم عن النظر الى الاموال من خلال تقسيم فاسد . هذا التشريع يعد في الواقع برهاناً حاسماً على أن اقدامنا على انتقاد تقسيم العقار والمنقول ، ثم على اقتراح تقسيم الأموال على أساس التعيين الذاتي ، كل ذلك ليس من قبيل البحث الفلسفي المجرد ، وانما هو بحث تقتضيه الضرورات العملية قبل أي شيء آخر . واذا كنا نتوقع أن يحدو المشرع المصري في المستقبل القريب حدو المشرع الفرنسي في تنظيم ملكية بعض المنقولات الهامة وتخليصها من واقع الحيازة ، فان أساس التعيين الذاتي يجب ألا يغيب عن الازهان عند وضع قواعد هذا التنظيم ، حتى لا يقع المشرع المصري في ذات الخلط الذي وقع فيه المشرع الفرنسي من قبل .

(١) انظر الأحكام القضائية التي أشار إليها شارل لاپ ، في المقال السابق الإشارة إليه .

ولا يؤثر في أهمية هذا الاعتبار الجوهرى استمرار بقاء تقسيم العقار والمنقول في صدر القانون المدنى المصرى . فأغلب الظن أنه سيبقى أمدا طويلا . على أنه اذا لم يكن لنا في هذا البقاء الطويل حيلة ، فلا أقل من أن نتجنب التخطيط في حياته على نحو ما فعل مشرع ١٩٣٤

٥٢- وقد تنبه الفقيه الفرنسى كابريك، في دراسته الشاملة لهذه التشريعات ، الى ضرورة التعيين . وتكرر ، في مؤلفه القيم ، تعبير Individualisation كشرط لازم لامكان القيام بشهر الحقوق العينية ، والاستغناء بهذا الشهر عن الحيازة (١) . وقد حاول كابريك أن يستخلص من التشريعات الفرنسية المتفرقة نظرات عامة لاشك أنها في غالبيتها العظمى سليمة .

ففيما يتعلق بالتسميات التي أطلقها المشرع على الرهون التي نظمها تشريعاته ، وهي بين لفظ: Warrant و nantissement و gage و privilège انتقد الفقيه كابريك - مستنداً الى دلالة الاعمال التحضيرية - أنها تنسب في ذهن المشرع الى فكرة الرهن الحيازى على المنقول ، وهي فكرة خاطئة (٢) .

وأوضح أن هذا التقريب من شأنه أن يوقع المشرع في ألوان من الصورية fiction تؤدي به الى الانزلاق الى وضع أحكام غير سليمة . وبين ، بالأمثلة القضائية ، مختلف المشكلات التي تثيرها هذه الصورية عند تعارضها مع الحيازة الفعلية (٣) . وأكد أن طبيعة هذه الرهون هي من طبيعة الرهن الرسمى nature hypothécaire لا الرهن الحيازى ، رغم

(١) مؤلفه «La protection du créancier dans les sûretés mobilières...» السابق الاشارة اليه .

(٢) المرجع السابق بند ١٦٧ ص ٢١٨

(٣) مؤلف الفقيه كابريك السابق بند ١٦٨ و ١٦٩ ص ٢١٩ وما بعدها وبند ١٧١ ص ٢٢٢ وبعدها .

أنها تقع على منقولات (١) . وأن الصورية تعجز تمام العجز عن أن تغير من هذه الطبيعة (٢) .

أما فيما يتعلق بحق الدائن المرتهن في التتبع ، فقد حاول الفقيه كابريك أن يستخلص من التشريعات الفرنسية قواعد عامة محددة لتطبيق حق التتبع على تلك المنقولات . فأوضح أهمية تنظيم العلانية التي تكفل حماية الغير اذ تجعلهم يعلمون بحق الدائن المرتهن أو يتمكنون من العلم به . وأكد أنه بغير علانية مستقرة واضحة ، فإن حق التتبع من شأنه أن يهدر كل استقرار في التعامل بهذه المنقولات ، بل ويهدد نظام الملكية فيها (٣) . ثم أوضح أن العلانية لا يمكن أن تتم على هذا النحو في المنقول الا اذا كان المنقول معيناً ، وأن هذا التعيين هو الشرط الاساسى الأول ، ليس فقط للعلانية ، بل لكي يكون محلاً للحق العيني (٤) .

ثم ذكر أن هذا التعيين ، اذا لم يكن من طبيعة المنقول ، فانه لا بد لاتمامه من تنظيم ادارى يحدد علامات مميزة للمنقول . ولا يشترط بعد ذلك أن يكون لهذا المنقول وعاء ثابتا *assiette fixe* ولا أن يكون متصلاً

(١) ص ٢١١

(٢) وقد أسهب كابريك في شرح ذلك تحت عنوان :

L'impuissance de la fiction de possession à modifier la nature hypothécaire  
«des suretés sans dessaisissements».

بند ١٦٥ وبعده ص ٢١٥ وما بعدها .

(٣) بند ٢ ص ٢٣

«Il faut admettre en tout premier lieu que le meuble doit être *individua-* (٤)  
*lisé*. C'est là un caractère indispensable, le droit réel supposant un objet *déterminé*; si l'on écarte l'apprehension matérielle qui permet toujours cette détermination, il faut bien que la chose soit individualisée pour faire l'objet d'un droit réel. D'ailleurs, si elle ne l'était pas, il serait impossible d'organiser autour d'elle la publicité nécessaire».

بند ٤ ص ٢٦

بالأرض ، وانما يكفي أن يكون استعمال المنقول استعمالا علنيا (١) . ثم نادى فى النهاية بضرورة تعميم وسائل العلانية ، وتنظيم وسائل الاشراف عليها حتى تكون محلا لثقة المتعاملين ، ولكنه نبه الى الأخطار الائتمانية التى تنجم عن ارتباط هذه العلانية بالرهن وحده دون سائر الحقوق العينية الأخرى ( وقد رأينا كيف أن الغالبية العظمى لهذه التشريعات انما تنصب بالذات على تنظيم الرهن دون نقل حيازة ) كما حذر من مغبة تشجيع الدائنين على التوسع فى الحصول على رهون يتساهل المدين فى تقديمها لانها لا تجرده من حيازة الشئ المرهون أو استعماله . وذكر أن تعدد أسباب التفضيل التى يستند اليها الدائنون تشكل خطرا يثير القلق على الضمان العام للدائنين العاديين ، فقد ضاق بالفعل نطاق تطبيق قاعدة قسمة الغرماء خلال الثلاثين سنة الأخيرة (٢) .

٥٣- هذه النظرات العامة من جانب الفقيه الفرنسى كابريك سليمة فى مجموعها . بل لعل مؤلفه القيم ( الذى تضمن أكثر من ٤٠٠ صفحة من القطع الكبير ) هو أعمق محاولات الصعود من جزئيات المشرع الفرنسى المتناثرة فى غير تنسيق ، الى كليات الاسس العامة (٣) ، فى سبيل استنباط أحكام ايجابية محددة . ولاشك عندنا أن أهم هذه الاحكام الاجابية هو تأكيده لضرورة التعيين ، Individualisation لامكان تنظيم الحقوق العينية على المنقول ، على النحو الذى بيناه .

الأنه مما يعاب على الاستاذ كابريك - فى محاولته الصعود الى الكليات العامة - أنه تخلف فى موضعين رئيسيين ، قصر فيهما النظر على آفاق أضيق بكثير مما كان ينبغى له :

(١) بند ه ص ٢٧

(٢) فى الخاتمة ، ص ٣٧١ وبعدها .

(٣) من بين هذه المحاولات مقال الأستاذ ريتيه روبلو ومقال الأستاذ هامل السابق الاشارة

اليها .

فهو أولاً لم يصعد الى حد دراسة الحقوق العينية بصفة عامة على هذه المنقولات المعينة تعييناً ذاتياً ، سواء كانت تلك الحقوق أصلية أو تبعية . وإنما حصر دراسته في نطاق حق عيني تبعي واحد هو حق الرهن . بل هو لم ينظر الى الرهن الا من خلال زاوية معينة ، هي بيان كيفية حماية الدائن المرتهن على المنقول استناداً الى حق التتبع ، إلى انتقال الحيازة .

وعذر الفقيه الفرنسي في ذلك واضح : هو أن التشريعات الفرنسية المتلاحقة التي عني بدراستها كانت في مجموعها خاصة بحق الرهن وحده . ومن ثم فانه لم يشأ أن يتعد عن هذا المدى صعوداً وراء الكليات العامة ، خاصة وأن هذه التشريعات التي تمثل جانبا من القانون الوضعي الفرنسي ، كانت ولا زالت في حاجة الى تفسير ما غمض فيها ، وحل ما تثيره من مشكلات في العمل . فلعله خشي ان هو واصل الصعود أن يفقد مؤلفه بعض قيمته العملية في نظر المشتغلين بالقانون .

أما الموضوع الثاني الذي انحصر الأستاذ كابريراك في داخله عن طواعية واختيار ، فهو تقسيمنا الخالد العتيق : العقار والمنقول . وهو هنا لا عذر له ، إذ أن دراسته قد تناولت « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » في أخص ما تتميز به ، فكان الأجدر أن ينتهي به التأمل في شذوذها الى الكشف عن فساد التقسيم .

والحق أنه كان من ذلك الكشف على قاب قوسين أو أدنى . فقد أبرز صفة التعيين من ناحية ، وأكد من ناحية أخرى ، أن طبيعة الرهن على هذه المنقولات هي من طبيعة الرهن الرسمي على العقار ، لا الرهن الحيازي على المنقول . فلم يكن باقياً بعد أن وصل في دراسته الى هاتين النتيجةين الهامتين ، إلا أن ينظر الى التقسيم ، مجرد أن ينظر اليه .

وسواء خطر ذلك بذهن الفقيه الفرنسي فهاله أن يتصدى لتقسيم له كل ذلك الرصيد التاريخي الضخم ، أو أن صحة التقسيم كانت مترسبة في احساسه الداخلي ، فلم يخطر بذهنه أن يتصدى له على الإطلاق ؛ فقد انتهى الأستاذ كابريراك الى وضع كل تأملاته العامة في اطار خاطيء .

ذلك أنه فضل أن يستبعد العقارات كلية من نطاق بحثه، واكتفى - في نطاق احترام التقسيم العام - أن يقسم المنقولات داخليا ، على أساس حماية الدائن المرتهن ، الى مجموعات ثلاثة :

الأولى - تتضمن المنقولات التي تخرج عن نطاق م ٢٢٧٩ مدني فرنسي . وهذه تم فيها حماية الدائن عن طريق الحق العيني وحده .

والثانية - تتضمن المنقولات القيمة التي تخضع للمادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي . وتم فيها حماية الدائن عن طريق الجمع بين الحق العيني وبين ترتيب التزام شخصي على عاتق المدين .

والثالثة - تتضمن المثليات ، وترتكز فيها حماية الدائن على حق عيني معلق على شرط واقف مع اضافة التزام شخصي على المدين (١) .

ولكى يؤكد الأستاذ كابريراك احترام التقسيم العام الى عقارات ومنقولات ، حاول أن يجد فارقا بين مباشرة الحق العيني على العقار ، ومباشرته على المنقولات الخارجة على المادة ٢٢٧٩ ( أى المعينة تعيينا ذاتيا ) فقرر أن حق التبع الذى يباشره صاحب الحق العيني يهيء للدائن ضمانا أقوى فى العقار ، منه فى هذه المنقولات . واستند الى السببين الآتيين :

(أولا) أن المنقولات معرضة لأخطار الائتلاف والتدمير المادى (٢) .

(ثانياً) أن المنقولات معرضة لأخطار الانتقال من مكانها الى مكان آخر . واذا لم يكن فى ذلك ما يمس وجود حق الدائن المرتهن ، فإن من شأنه على أى حال أن يعرقل من سريانه على الغير ، اذ الفرض أن اجراءات الشهر قد تمت فى المكان الأول (٣) .

(١) فى الخاتمة ص ٣٦٩ وما بعدها .

(٢) بند ٥٨ ص ٩٩ وبند ١٧٥ ص ٢٣٠

(٣) بند ٨٨ ص ١٣٣ وبند ١٧٩ ص ٢٣٣

والواقع أن الرد على هذين الاعتراضين الضعيفين ليس بالأمر العسير ، على الاخص بعد الانتقادات المفصلة التي سبق لنا أن أوردناها على أسس التفرقة بين العقار والمنقول ، في الفصل الثاني من هذا البحث .

وأول ما يتبادر الى الذهن في مجال الرد هو أن ما يهينه رهن مال معين للدائن المرتهن من ضمان ، يعتبر من قبيل الواقع المختلف المتغير الذي لا يجوز أن نقطع فيه بحكم عام يفصل بين جميع العقارات من ناحية ، وجميع المنقولات من ناحية أخرى ، فلا يمكن القول بصفة عامة أن الضمان الذي يوفره العقار أيا كان ، أقوى من الضمان الذي يوفره المنقول أيا كان . ثم انه حتى لو افترضنا امكان استخلاص مثل هذه النتيجة ، فانه ليس من شأنها أن يكون لها أى انعكاس على النظام القانوني للملكية الأموال المعينة تعييناً ذاتياً .

على أنه اذا تناولنا السبب الاول على وجه الخصوص ، وهو القول بتعرض المنقولات للإتلاف والتدمير المادى ، لوجدنا في هذا الاعتراض بعض آثار الاعتماد بضالة القيمة الاقتصادية للمنقول ، استنادا الى أنه أكثر قابلية للفناء السريع ، بينما العقار خالد يستعصى على الفناء ، وهو ذلك الاعتماد الذي كان راسخا دائما في ظل القانون الفرنسى القديم . ومن ثم فان الرد عليه لا يقتضى في الواقع أكثر من الاحالة الى ماسبق أن قلناه في انتقاد الأساس الاقتصادى للتقسيم .

الا أننا نود أن نضيف هنا أن من البديهي أن يكون المال على درجة معينة من الأهمية الاقتصادية حتى يهتم المشرع بتنظيم الملكية والحقوق العينية عليه تنظما يعتمد على الشهر في سجل عام . لا يعقل بطبيعة الحال أن يكلف المشرع نفسه ، ومعه سائر المتعاملين ، عناء تنظيم الحقوق العينية وتحمل اجراءات وتكاليف الشهر بالنسبة لمال تافه القيمة ، حتى على فرض أن كان هذا المال معينا تعيينا ذاتيا يسمح بهذا التنظيم . لاشك اذن أن هناك أساسا اقتصاديا واضحا لتنظيم الشهر في سجل عام (1) .

(1) أشار الأستاذ كابرناك الى هذا الأساس الاقتصادى بالنسبة للمنقول الذى يخضع للشهر



الا أن هذا الأساس الاقتصادي ليس من شأنه على الإطلاق أن يفرق بين العقار والمنقول ، بل انهما يستويان أمامه ويتماثلان . فكما أن هناك منقولات تافهة القيمة لا يجدر بالمشرع أن يهتم بتنظيم ملكيتها حتى لو افترضنا جدلاً أنها كانت معينة تعييناً ذاتياً ؛ فإن هناك من العقارات أيضاً ما هو تافه القيمة ، لا يتصور أن تنصرف إليه قواعد الشهر العقارية . فهذه القواعد لا تخضع لها في الواقع الا البناء والأرض ( لا الأشجار أو النباتات ... الخ.. ) ، بل أنه لا يتصور أن تخضع لها الابنية البدائية التي قد يقيمها بعض العمال أو البدو في الأراضي الحالية ليتخذوا منها سكناً ، مع أنها لا يمكن نقلها بدهاءه الا بتلف شديد . بل أن الارض ذاتها لا بد وأن تكون ذات قيمة اقتصادية معينة حتى تكون جديرة باهتمام مكاتب التوثيق . فن العث مثلاً أن تخصص السجلات لتنظيم الحقوق العينية على الأرض الصحراوية المهجورة التي لا تزرع ولا تسكن ، حتى ولو كان من الممكن أن يصاد فيها القليل من الحيوان أو الطير ، أو أن ترعى فيها بعض الغنم . أما اذا استصلحت هذه الأرض فأنبتت الزرع ، أو امتد اليها العمران ، فأمكن أن تقام فيها مباني السكنى ؛ فقد آن الأوان لمكاتب التوثيق حينئذ أن تنشر لها صحائف السجلات العامة ، وأن تعنى بشهر مايرد عليها من تصرفات .

فالقيمة الاقتصادية للمال هي ولاشك أساس اهتمام المشرع بتنظيم ملكيته عن طريق الشهر . ولكن لا صلة بين القيمة الاقتصادية للمال وبين ثباته وتحركه (١) .

أما عن السبب الثاني الذي تدرع به الأستاذ كابريراك ليدلل على ضعف الحق العيني على المنقول المعين تعييناً ذاتياً ، وهو قوله أنه عرضة لخطر الانتقال ،

(١) نحن نستبعد أن يكون الأستاذ كابريراك قد قصد « بالقابلية للاتلاف والتدمير » الاتلاف العمدي الذي يصدر من المدين عن قصد بغية حرمان الدائن من التأمين . ففضلاً عن أن مثل هذا الاتلاف العمدي يمكن أن يقع على العقار كما يقع على المنقول ، فإنه لا يتصور أن تبني الأنظمة القانونية على أساس افتراض وقوع الجرائم ، فيقال مثلاً أن حق الرهن أضعف في المنقول لأن المدين الراهن أقدر على اتلاف المنقول أو تدميره . ويحشى أننا لو سرننا على هذا القياس لأدخلنا على كل قاعدة قانونية تحفظاً مستمداً من قانون العقوبات .

مما يفقد الشهر الذى تم فى المكان الأول أثره ، فاننا لا نعتقد — بعد قراءة مؤلف الأستاذ كابر ياك نفسه — أنه يعتبره اعتراضا جديا ، اذ حرص على أن يبين كيفية مواجهته وتأمين حق الدائن المرتهن . ثم إنه فضلا عن أن مسألة انتقال المنقول المعين تعييناً ذاتياً من مكانه مسألة لا بد أن يتوقعها وينظمها المشرع الذى يضع أحكام القيد والتسجيل بالنسبة لهذا المنقول ، فانه لا يمكن لأحد أن ينكر أن نظام الشهر فى كثير من هذه المنقولات أفضل وأكثر فاعلية من نظام الشهر على العقار . والأسباب متعددة ، منها مثلا أن الموطن أو المحل الأول لاستغلال المنقول المعين تعييناً ذاتياً يكون عادة عنصرا هاما من عناصر التعيين الداخلية فيه (١) ، كما هو الامر بالنسبة لميناء التسجيل فى المركب أو السفينة ، بحيث لا يمكن أن مجهل أحد ، أيا ما كان المكان الذى تنتقل اليه السفينة بالفعل ، الموطن الأول الذى يتعين عليه الرجوع اليه ليعلم بأمر الحقوق العينية التى يمكن أن تثقل السفينة أو المركب . ومنها أن هذه المنقولات تكاد تتميز بأنها علنية الاستعمال *usage notoire* بحيث تستعصى عادة على الاخفاء أو التهريب الا فى حالات شاذة لا تصلح أصلا للتأثير فى سلامة القاعدة (٢) ومنها أخيرا أن نظام الشهر فى هذه المنقولات هو نظام التسجيل العيني الذى يكفى فيه معرفة عناصر تعيين المال ذاته بما فيها المكان الأول لاستغلاله حتى يستطيع الغير أن يستعلم فى سهولة عن سائر التصرفات التى أبرمت بشأن هذا المال ، وسائر الحقوق العينية التى رتبت عليه منذ نشأته حتى تاريخ الاستعلام ، أما بالنسبة للعقارات ، فلا زال نظام التسجيل الشخصى يقف عقبة كأداء فى سبيل الوصول الى الاستعلام الكامل السهل .

ونكتفى بهذا القدر من الايضاح فى الرد على ما يعتبره الفقيه الفرنسى أسبابا لضعف (*fragilité*) الحق العيني على المنقول المعين تعييناً ذاتياً . والحق أنه لا يجدر بنا أن ننسى أنه لم يعقد مقارنة واضحة بهذا الصدد بين

(١) وهو ما لم يغفل عن ذكره الأستاذ كابر ياك — بند ١٧٨ ص ٢٣٢

(٢) وقد أشار الأستاذ كابر ياك الى حالة تهريب المال الى خارج فرنسا فيفقد الدائن حقه فى حياية القانون الفرنسى ، بند ٨٨ ص ١٣٣

المنقول والعقار ، لأنه حصر اهتمامه ، كما سبق أن ذكرنا ، في حدود المنقولات وحدها . ثم هو لا يؤكد ضعف الحق العيني على المنقول ، الا لكي يبين بعد ذلك ما يراه ملائماً من وسائل حماية الدائن في مواجهة هذا الضعف . وقد رأينا كيف بذل جهداً ناجحاً في سبيل كشف ما تتميز به « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » . لا جدال في أنه كان يمكن أن يحقق نجاحاً أكبر لولا أن كل تأملاته قد بدأت من احترام مفروغ منه ، ثابت لا شك فيه ، لتقسيم الأموال الى عقار ومنقول .

مثال نموذجي للسدود العالية التي تقيمها الأفكار الثابتة في وجه تقدمه الفكر الحر ؛ فيفضل طريقه المستقيم الى الهدف .

### الخاتمة

٥٤- ان مشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » كانت ولا زالت مشكلة تكييف حارت بين الفقهاء وشاروا معها . ولم يستطع المشرع الفرنسي - تحت ضغط الحاجات العملية - أن ينتظر انتهاء هذه الحيرة ، فأخذ ينظم هذه المنقولات بتشريعات مستقلة ، ضيقة الأفق والنطاق ، على قدر الحاجة العملية دون زيادة ، فأصاب في بعضها وأخطأ في البعض ، كل ذلك وحيرة الفقهاء ما زالت مستمرة .

والمشرع المصري في بداية الطريق . الحاجات العملية لم ترغمه بعد على التلهف والاسراع في التنظيم . الا أن المستقبل المشرق الذي ننتظره ونتمناه جميعاً لبلدنا الحبيب لن يلبث أن يجعل من هذا التنظيم ضرورة عاجلة . ومن حسن الطالع أن الحاجات العملية التي تنتظرنا ليست من نوع الحاجات العملية التي دفعت يد المشرع الفرنسي الى العمل . فقد واجه المشرع الفرنسي أزمات اقتصادية متلاحقة ، جعلته يحاول أن يعترض كل شيء ، ليستخلص منه الاثمان دون أن يضطر الى اخراج هذه الأشياء من نطاق الاستغلال العادي . كان نضاله ضد المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي نضال المعوز المحتاج . فلم يكن له من هدف إلا تنظيم حق عيني واحد من الحقوق العينية التبعية ، هو حق الرهن ، حتى يصل من ذلك الى تقريره دون نقل حيازة .

أما الضرورات العملية التي نتوقعها في مصر ، فإنها تتصل أساسا بتنظيم الملكية ، ثم بسائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية المنفردة عنها . ان زيادة الانتاج بأنواعه بعد قيام السد العالى ، واتساع رقعة الأرض المزروعة ، وضرورة توزيعها توزيعا عادلا ، وازدياد مقدرة الافراد على تملك الأموال ثابتة أو متحركة ؛ كل ذلك سوف يقتضى من المشرع المصرى أمرين لازمين لزوم الضرورة الملجئة : الأول : ألا يترك أمر المنقولات كلها مما غلت قيمتها تحت رحمة واقع الحيازة دون استناد الى أصل الحق . الثانى : أن يبعث بعض الحرية فى تداول العقارات ، وأن ينفذ عنها غبار الأفكار القديمة التي تعزلها عن التداول بحجة أنها مصدر الأمن الوحيد للأسرة جيلا بعد جيل .

ومن ثم فإنه اذا كان المشرع المصرى قد اعتاد أن يسير فى اذيال المشرع الفرنسى حيث يسير ، فيصيب حيث يصيب ، ويخطئ حيث يخطئ ، واذا كان قد سار بالفعل فى اذياله بالنسبة للسفن والمحال التجارية ؛ فما أجدره أن يتنبه الآن وهو مازال فى بداية الطريق .

٥٥- هذا البحث محاولة مغلصة متواضعة ، لوضع نقطة البداية السليمة فى خدمة المشرع المصرى .

نقطة البداية السليمة تبدأ حيث تنتهى الخبرة فى أمر تكييف المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . ها نحن قد رأينا كيف أن كل ما تتميز به عن غيرها من المنقولات إنما يكمن فى صفة التعيين الذاتى . وعرفنا أن التعيين الذاتى ليس دائما صفة تابعة من صميم الشئ تخلق فيه حين يخلق ، وإنما هى غاية قد نصل الى تحقيقها بوسائل صناعية ، للمشرع فيها يد . ثم عرفنا آثار التعيين الذاتى فيما يتعلق بتنظيم الحقوق العينية على الشئ تنظيما لا يستند الى واقع الحيازة . ورأينا كيف أن هذا التنظيم يقتضى تدخلا إيجابيا من المشرع الذى بيده وحده أن يهيئ وسائل الشهر التي يثق بها الجميع ، فيطمئن بها صاحب الحق العينية الى حماية حقه بغض النظر عن الحيازة ، ويعلم منها سائر الناس بأمر صاحب الحق العينية فلا تخدعهم الحيازة .

بقدر نجاح المشرع في تهيئة أفضل وسائل الشهر من حيث الثقة والسرعة والفاعلية ، سيكون نجاحه في الاستفادة من صفة التعيين الذاتي . الحال هنا فسيح لاحراز سبق ، بعد دهر طويل من التبعية المنصاعة للمشرع الفرنسي . ينبغي لذلك أن يكون تنظيم الشهر تنظيماً علمياً دقيقاً شاملاً ، لا يقتصر على مجرد شهر حق الدائن المرتهن وحده دون غيره من أصحاب الحقوق العينية .

لقد ساد الاعتقاد وما زال يسود بأن قاعدة الحيازة هي مناط استقرار التعامل في المنقولات ، وأن المناولة اليدوية هي مناط سرعة هذا التعامل . ومع ذلك ، فإن الحيازة واقع قد ينفصل عن أصل الحق . والمشرع ، عندما يجعل من هذا الواقع مصدراً للحق نفسه ، يتخلى - في سبيل استقرار المعاملات وسرعتها - عن جانب من واجبه في إقامة النظام القانوني في المجتمع . هذا التخلي ضرورة يتعين دائماً أن يقاس بها . والميزان الدقيق الذي يحمل في احده كفته ضرورة استقرار المعاملات في المنقول وسرعتها ، وفي الكفة الأخرى واجب القانون في حماية صاحب الحق ، هذا الميزان يتعين أن يكون شديد الحساسية ، فلا يجرد جموداً متصللاً في ظل قاعدة تظل مطلقة لا تتغير ، بغض النظر عما يحدث من تطور في كلتا الكفتين ، وإلا فإن توازن الميزان لأبد وأن يختل .

وقد تطور بالفعل ما في كفتي الميزان تطوراً كبيراً من ناحيتين : الأولى : أن بعض المنقولات قد اكتسب في العصور الحديثة أهمية اقتصادية كبيرة ، واكتسب في ذات الوقت تعييناً ذاتياً كافياً ، بحيث أصبح من الميسور التوصل الى حماية صاحب الحق فيه دون استناد الى واقع الحيازة . ومن ناحية أخرى فإن الكتابة في العصور الحديثة لم تعد اجراءً يخشى منه على سرعة المعاملات واستقرارها . بل أصبحت على العكس ، مصدر أمن وثقة هما ولا شك خير ضمان لسرعة المعاملات واستقرارها .

إن ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة قد أوضح اختلال الميزان الذي جمد دهرًا على أساس المنقول والعقار . فلم يكن ثمة بد من تغيير هذا الأساس حتى يعود التوازن من جديد . والأساس الجديد هو التعيين الذاتي .

٥٦- وقد حفزنا ذلك الى امعان النظر في تقسيم العقار والمنقول ،  
وفي الأسس المختلفة التي استند اليها في تاريخه الطويل . فبيننا فساد الأساس  
الطبيعي الذي نبغ منه . ثم وجدنا أن الأساس الاقتصادي قد فات أوانه ،  
وأن ما يمكن أن يكون قد تبقى له من آثار مصيره الى زوال قريب . فلم يبق  
للعقار ميزة على المنقول الا أن ثباته يهيء له وسيلة طبيعية للتعين الذاتي ،  
وتلك ميزة لم تعد مقصورة عليه وحده ، بعد أن شاركته في صفة التعيين  
الذاتي ، تلك « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » .

لذلك رأينا منطقياً أن ننادى بهدم هذا التقسيم الجامد القديم ، ورد سائر  
الأموال الى التقسيم الذي يستند الى التعيين الذاتي .

والتقسيم الجديد تقسيم قانوني يضع الأمور في نصابها . فهو  
عام يشمل الأشياء المادية والمعنوية دون حاجة الى حيلة أو مجاز . ويشمل  
كذلك المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، ومن ثم ينهى حيرة الفقهاء في أمر  
تكييفها . وهو قابل للتطور والحركة في كل آن . وهو أنسب ما يكون  
للتطور الذي نحن مقبلون عليه . ثم هو يسمح بأن تنحسر قاعدة الحيازة  
كلما كان ذلك لا يضر باستقرار المعاملات ولا بسرعتها ، وبالتالي بأن يتسع  
في ذات الوقت نطاق الحماية التي يضيفها النظام القانوني على صاحب الحق .  
وتلك من أشرف غايات القانون .

لاشك أن فيما ننادى به جرأة قد لا تستند الى ما يكفي من الخبرة والتجربة ،  
واكن انتظار الخبرة والتجربة قد يطول ، خلال عمر قد يقصر .

لعل تلك التأملات العابرة تستثير عند ذوى الخبرة ، تأملات أخرى  
أكثر منها عمقاً وصدقاً . فالباحث عن الحقيقة لا يخشى أن يقال له  
أخطأت . ولو قدر لأخطائنا في هذا البحث أن تسهم في إيضاح طريق  
الصواب لمن هم أقدر على السير فيه ، لكان ذلك خير جزاء على ما بدلنا  
فيه من جهد .

# الأدلة المتعارضة

ووجوه ترجيحها

للأستاذ

برهان أبو العينين بررانه

أستاذ الشريعة المساعد بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية





## افتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد ربى حمداً يوافق نعمه ، وأستعينه استعانة من لا حول له ولا قوة ،  
وأستهديه وأستغفره استغفار من يقرب بعبوديته . وأشهد أن لا إله الا الله وحده  
لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله جاء بالحق والكتاب المبين .

وبعد . فهذه صفحات في ” الأدلة المتعارضة وطرق ترجيحها “ أضرع  
الى الله تعالى أن ينفع بها ، ويجعل منها عاملاً قوياً في الكشف عن أمر ظل  
زمناً طويلاً دون ارتياد . وأرجو منه أن يفيض عليها نعمة التوفيق والسداد ،  
فإنه سبحانه يعلم أنى لم أبغ منها إلا وجه الحق وحده ، فإن أكن هديت إليه  
ففضل من الله ورعاية منه ، وإلا فحسبى أنى بذلت غاية الجهد .

والله أسأل أن يلهمنى أسباب الخير فى الدنيا والآخرة إنه نعم المعين ..

بدرانه أبو العينين بدرانه

جمادى الآخرة ١٣٨١

نوفبر ١٩٦١



## مقدمة

إن الله الرحيم بخلقه ما كان لينذر عباده سدى لا يعلمون شيئاً عن أحكام أفعالهم ، وما يصدر عنهم من أقوال وتصرفات حتى بشرع لهم حكم ما يعرض لهم من وقائع . وما يصدرون من قول أو عمل . لكنه جلت قدرته ، وسمت حكمته لم يفصل تلك الأحكام في دستوره السامى : القرآن الكريم ، بل اقتصر بيانه على القواعد العامة والأصول الكلية فلم يتعرض للأحكام التفصيلية والجزئية إلا على ضرب يسير ، وبما يتفق مع تلك الأصول ، ويشبهها في ثبوتها ، من غير قبول للتغير بمرور الزمن أو تطوره ، أو باختلاف الناس في بيئاتهم وأعرافهم . ولعل وروده على هذا النحو السابق لكى يسائر القرآن كل زمن ، ويتسع لكل تطور ، ولتجد فيه كل أمة حاجتها في مجال إصلاحها وتشريعها .

وبجانب كتاب الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه لأنه تنزيل من حكيم حميد كانت السنة النبوية التى جاءت على وفق أصوله . وعلى كشف غوامضه ، وتفسير مهمه ، وتقييد مطلقه ، وتخصيص عامه . وإيضاح حكمه . وتبيان أغراضه (١) .

فالسنة وضحت ما أجمل في الكتاب من أحكام ، وتكفلت بالتفصيل والتطبيق . وإبراز الصور والكيفيات . والشرح والبيان ، بينت كل هذا بما كان يصدر من الرسول عليه السلام من قول ، أو يجرى على يديه

(١) من بيان السنة لما أجمل في الكتاب : أعداد الركعات وفرائض الصلوات وكيفياتها وأوقاتها . . . ومن بيانها لمطلقه تقييد المطلق كتقييد الرقبة التى تجزىء في كفارة اليمين بالرقبة المؤمنة ، ومن بيانها لعامة والمراد تخصيص العام : بيان أن السارق الوارد في قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " أنه سارق تصل قيمة سرقته عشرة دراهم أو يزيد . وقد يكون البيان بالزيادة على ما جاء به القرآن الكريم كتحريم الجمع في الزواج بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها .

من عمل . أو يقر من قول سمعه ، أو فعل شاهده دون إنكار عليه أو اعتراض على فعله أو تعقيب ، بل سكوت منه يعتبر إقراراً ، وموافقة عليه .

وظل المصدران السابقان القرآن الكريم والسنة النبوية معين التشريع طيلة زمن رسول الله عليه السلام ، ومن لدن بعثته إلى وقت وفاته ، فكان الوحي المتلو وغير المتلو هو الأساس الذي يرجع إليه ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبلغ الناس أمر ربهم فيأتمرون ، وينهاهم عما نهى فينتهون ، ويقضى بينهم فيما شجر من خلاف فيطيعون ، ويحببهم عما سألوا فيسلمون . وما كانوا يسألونه إلا عما ينفعهم ، وما تدعوهم حاجتهم إلى المسألة فيه ، متجنبين الافتراض والجدل . راغبين في المعرفة مقبلين على العمل والطاعة وما كانوا يحددون عما رأوا الرسول عليه السلام يفعله ، ولا يعترضون على شيء يصدر منه ، بل كانوا يفعلون كما يفعل ، ويتوضئون كما يتوضأ ، ويصلون كما يصلي ، ويصومون كما يصوم ، ويتعبدون كما يتعبد ، إذ قال لهم صلى الله عليه وسلم « خذوا عني مناسككم » « وصلوا كما رأيتموني أصلي » .

وبعد حياة الرسول صلوات الله عليه كان أصحابه أشد الناس حرصاً على العمل بالقرآن ، والتمسك بما عرفوا من سنة رسوله ، جهدوا أنفسهم في البحث عنها . وسارعوا إلى العمل بها وقد يؤدبهم اشتراكهم في البحث والنظر - حين يعرض لهم مالا يعرفون له نصاً في الكتاب أو السنة - إلى الإجماع على حكم فيه ، فإذا أجمعوا كان ذلك حكماً قاطعاً في النزاع المعروف ، وفيما يحدث بعد ذلك من أمثاله . وهذا الاتفاق في الاجتهاد من المجتهدين وهو المسمى بالإجماع كان مصدراً ثالثاً للتعرف على الأحكام . وقد جد هذا المصدر بعد الرسول عليه السلام لأنه لا محل للبحث عن حكم وتعرفه بواسطة الإجماع عليه مع وجود الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه إن وافقه كان سنة . وإن خالفه لم يكن من الشرع في شيء .

كانوا إذا عرضت حادثة أو نزلت بهم نازلة ، وبحثوا عن الحكم في كتاب الله فلم يجدوا ، ونظروا في سنة رسول الله فلم يجدوا ، وسألوا الناس هل فهم من يحفظ في هذا الأمر حديثاً أو قضاء فلم يجدوا اجتهدوا في تعرف الحكم

مسترشدين في ذلك بالكتاب والسنة مستهدين بهديهما ، مستوحين ما عرفوه منهما من أسرار وحكم وأغراض . وربما وصلوا إلى الحكم بقياس ما عرض لهم على ما هو نظير له ، وربما وصلوا إليه بما يورثهم اطمئناناً بأن هذا هو حكم الله الذي تتحقق به المصلحة ، ويتفق مع روح التشريع . وتوحي به أسراره وحكمه .

ومما يدل على أن هذا كان صنيع الصحابة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو عبيد في كتاب القضاء :

حدثنا كثير بن هشام عن جعفر بن يرقان عن ميمون بن مهران قال : « كان أبو بكر إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضى به قضى به ، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن وجد فيها ما يقضى به قضى به ، فإن أعياه ذلك سأل الناس هل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بقضاء ؟ فربما قام إليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا ، فإن لم يجد سنة سنها النبي صلى الله عليه وسلم جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ، فإن كان لآني بكر فيه قضاء قضى به » (١) .

وقد كان الرسول أيضاً يجتهد فيما يعرض عليه من وقائع لم ينزل في حكمها شيء من الوحي ، فكان عليه السلام ينظر فيما أنزل الله عليه من قبل حتى يصل إلى حكم تطمئن إليه نفسه أنه حكم الله . عند ذلك يقضى به وقد يقره الله عليه إن كان صواباً ، وقد لا يقره عليه إن كان غير ذلك كما في أسارى بدر ، والمتخلفين في غزوة تبوك .

كما رضى الرسول عليه السلام الاجتهاد لأصحابه . وعلى هذا ولى معاذ بن جبل (٢) قضاء اليمن . فقد روى شعبة قال حدثني أبو عوف عن الحارث

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين ج١ ص ٧٠ لابن قيم الجوزية .

(٢) معاذ بن جبل صحابي جليل أسلم وهو ابن ثمان عشرة سنة ، وشهد العقبة الثانية وبدراً والمشاهد كلها . أخى بينه عليه السلام وبين ابن مسعود . وكان يعلم أهل اليمن زمن الرسول وزمن أبي بكر ثم هاجر إلى الشام ، قال فيه عمر : عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ ولولا معاذ لهلك عمر .

ابن عمرو عن أناس من أصحاب معاذ عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى اليمن قال : كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال : أفضى بما في كتاب الله . قال : فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال : أجتهد رأيي لا آلو قال : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدرى ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله» (١).

فهذا الحديث يقرر شرعية الاجتهاد . كما يقرره أيضاً إذنه عليه السلام لأصحابه فيه فقد روى أنه عليه السلام قال يوماً لعمر بن العاص : أحكم في هذه القضية . فقال عمرو : أجتهد وأنت حاضر؟ قال : نعم إن أصبت فلك أجران وإن ، أخطأت فلك أجر (٢) .

وتلك كانت سنة الفقهاء المجتهدين في عصر ازدهار الفقه فقد روى عن الإمام أبى حنيفة النعمان قوله : إني آخذ بكتاب الله إذا وجدته . فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التي فشت بين أيدي الثقات . فإذا لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله أخذت بقول أصحابه أخذت بقول من شئت منهم ، ولا أخرج عن أقوالهم إلى قول غيرهم . فإذا انتهى القول إلى ابراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فهم قد اجتهدوا ، فأجتهد كما اجتهدوا .

وروى عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس أنه كثيراً ما كان يردد هذه العبارة : « مامنا إلا مصيب ومخطيء عدا المعصوم صاحب هذا القبر » ويشير إلى قبر الرسول عليه السلام - كما لقي عمر بن الخطاب رضى الله عنه رجلاً فسأله من أين جئت؟ فقال الرجل جئت من عند على ، وقد قضى بيننا بكذا في خصومة هي كذا . فقال لو كنت أنا الذى يقضى فيها

(١) إعلام الموقعين - ج ١ ص ٢٤٣

(٢) الإحكام لابن حزم الظاهري - ج ٦ ص ٢٦

لقضيت بخلاف هذا القضاء . فقال الرجل لعمر : وما يمنعك وأنت أمير المؤمنين ؟ قال عمر : لو كنت أردك الى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت ، ولكني أردك إلى رأيي والرأي مشترك .

هذا ويمكن أن نتبين مما تقدم أن الأحكام قد جاء بعضها منصوصاً عليه في الكتاب والسنة . وبعضها مسكوتاً عنه . ونصبت أمارات تدل عليه وعلامات توصل لمعرفة . وتمهد السبيل للمجتهدين لأجل الوقوف عليه .

والقسم الأول : وهو ما نص على حكمه ليس في درجة واحدة بل هو متنوع إلى الأنواع الآتية :

١ - حوادث قد دل على حكمها نص قطعي في وروده ، قطعي في دلالاته ، كإقامة الصلاة ، وسهام أصحاب الفروض من الوارثين وتلك أحكامها لا محل للاجتهاد فيها . إنما يجب اتباع حكم النص فيها . ولكونها كذلك اشتهر قول الأصوليين « لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح » .

٢ - حوادث دل على حكمها نص قطعي الثبوت ظني الدلالة فهي محتمة لأكثر من حكم . فهذه أحكامها محل للاجتهاد . وللعقل والبحث فيها مجال . فيمكن إدراك أحد الحكيمين المحتملين بالنظر فيها ، والاجتهاد في احتمالاتها حسماً تقضي به حدود فهم المراد من النص ، كما يمكن في هذا النوع من الأحكام ترجيح أحد المعنيين أو المعاني . ولهذا يجب على المجتهد في أمثال هذه الوقائع أن يبذل جهده في الترجيح باجتهاده . وأن ينظر في الأصول اللغوية والتشريعية ، كما يجب عليه العمل بما يصل إليه اجتهاده .

ومن أمثله : قول الله سبحانه في الوضوء « يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين » (١) فإن الباء في قوله تعالى « برءوسكم » تحتل أن تكون للإصاق . فيكون مسح الرأس كله مفروضاً . وتحتل أن تكون للتبعض فيكون مسح البعض لا الكل هو المفروض .

ومنه أيضاً: ما روى البخارى فى باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، عن عبد الله بن الحارث رفعه إلى حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » أو قال « حتى يتفرقا — فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كتماً محقت بركة بيعهما » (١) — فإنه يحتمل أن يكون المراد بالتفرق من قوله ما لم يتفرقا تفرق الأبدان فيثبت خيار المجلس (٢) ، ويحتمل أن يكون المراد به تفرق الأقوال وهما « الإيجاب والقبول » فلا يثبت هذا الخيار .

والقسم الثانى : وهو ما لم يدل على حكمه نص أصلا ، وإنما اتفق المجتهدون على الحكم فى عصر من العصور ، فهذا لا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب على المسلمين العمل به لأن المجتهدين إذا اجتهدوا واجتمعت كلمتهم على حكم من الأحكام كان حكم الأمة وكان حكماً ثابتاً ، فإنها لا تجتمع على ضلالة ، فهم أولوا الأمر التشريعى ، وقد أمر الله بإطاعتهم فقال تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شىء فردوه

(١) صحيح البخارى - ج ٣ ص ٧٦ . وحكيم بن حزام بن خويلد قرشى أسدى . عمته خديجة بنت خويلد زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم . أسلم يوم الفتح وكان من المؤلفة قلوبهم قال البخارى : إنه عاش فى الاسلام ستين سنة وفى الجاهلية ستين سنة . وحكى الزبير بن بكار أن حكيم ولد فى جوف الكعبة وقال كان من سادات قريش فى الجاهلية والإسلام - (تهذيب التهذيب - ج ٢ ص ٤٤٦ ، ٤٤٨) .

(٢) خيار المجلس أحد الخيارات المختلف فيها التى تثبت لكل من العاقدين الخيار فى فسخ العقد أو الإبقاء عليه مادام فى مجلس العقد . وقال به الشافعية والحنابلة إلا إذا خير أحدهما صاحبه فاختار إمضاء العقد ونفاذه ، وإنما يثبتون ذلك فى عقد البيع بالنص . وقبلها يلحق به من عقود المعاوضات بالقياس عليه - وذهب الحنفية والمالكية الى أن العقد يلزم بمجرد صدور الإيجاب والقبول من العاقدين فليس لأحدهما بعد ذلك خيار فى المجلس ، ولا يثبت إلا إذا اشترطاه فى العقد ، ويسمى خيار الشرط . وما يحتاج به الأولون : حديث البيعان بالخيار .. لأنهم رأوه حديثاً صحيحاً لا يقدر فيه عدم العمل به من فقهاء المدينة السبعة فربما لم يبلغهم من طريق موثوق به عندهم ، وقد روى الحديث مالك فى موطنه عن نافع عن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يعمل به ، ويظهر أن ترك العمل بهذا الحديث فى المدينة كان أمراً مشهوراً شائعاً ، ولكن لم يكن محل إجماع ، فقد نقل أن سعيد بن المسيب ومحمد بن شهاب الزهرى كانا يقولان به وهما من فقهاء المدينة ومحدثيها (أنظر نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨٦ ، وبداية المجتهد - ج ٢ ص ١٦١) .



إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً» (١).

ومن الواجب التحقق من كون الحكم قد انعقد عليه إجماع المجتهدين في عصر من العصور فلا يكفي مجرد ادعاء هذا الإجماع - ومما مثلوا به لهذا النوع : توريث الجدات السدس<sup>(٢)</sup> وزيادة الأذان الثاني يوم الجمعة على الزوراء (٣) في عهد عثمان حين كثر المسلمون (٤) ، وحجب ابن الابن من الإرث بالابن ، وتحريم شحم الخنزير (٥) .

والقسم الثالث : وقائع لم يدل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع ، فهذه موضع الاجتهاد من أهله . وأكثر أحكامها استنباط لأفراد من المجتهدين ، وقفوا عليها حسبما وصلت إليه عقولهم ، وهى أحكام ليست لازمة لوقائعها ، ولا يمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق ، ويجوز لأهل عصر واحد من المجتهدين أن يخالف بعضهم بعضاً . كما يجوز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد آخر ، وليس قول المجتهد بحجة ملزمة كافة المسلمين إنما هو حجة ملزمة للمجتهد نفسه باعتبار أنه الحكم الشرعى فى غالب ظنه مادام باقياً على اجتهاده ، وهو أيضاً حجة على من يستفتيه من المقلدين باعتبار أن مذهب المستفتى هو مذهب من يفتيه .

والسبب فى كون الاجتهاد مرجع التعرف على أحكام هذا النوع هو أنه مادام لا يوجد نص فى حكم الواقعة يكون المرجع فى التعرف ، والاهتداء

(١) النساء - الآية ٥٩

(٢) ميراث الجدة السدس قد ثبت بالسنة ، فقد روى المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطهاها السدس فقال أبو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك فقام محمد بن سلمة الأنصارى فقال مثل ما قاله المغيرة فأنفذه لها أبو بكر .

(٣) دار فى سوق المدينة .

(٤) هذا الأذان لم يكن فى زمن الرسول عليه السلام وزاده ليحقق الغرض المقصود من الأذان ، وهو إعلام الناس بدخول وقت الصلاة لما كثروا ، ولو لم يفعل لما علم البعيد عن المسجد فتفوتته الصلاة (الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية - ص ١٧٠ للأستاذ محمد شلبى) .

(٥) الجامع لأحكام القرآن - ج ٢ ص ٢٠٥

إلى حكم فيها: الأمارات وطرق الاستنباط. وتبعاً لذلك لا بد أن يختلف الحكم باختلاف عقول الباحثين والمجتهدين ، واختلاف ما يحف بهم من ظروف ، وما يحيط بهم من أحوال ومؤثرات .

ويدل لذلك أن القياس الذي هو أول سبيل الاستنباط أساسه تعليل حكم النص ، ومدار التعليل على إدراك المصلحة التي شرع لأجلها الحكم ، وإدراك الوصف الذي بنى عليه باعتبار أنه مظنة هذه المصلحة. ومن الجلي أن تقدير المصالح مما تختلف فيه العقول ، وتذهب فيه الأفهام مذاهب متعددة لكونه يخضع لتأثير المؤثرات ، وتغير الأحوال والملابسات .

ومن هنا كان لا يمكن أن يكون قياس إلا إذا كان حكم النص مما يدرك العقل علته ، على معنى أن يكون حكماً معقول المعنى ، وللعقل سبيل إلى فهم معناه ، والمصلحة التفصيلية التي قصدت به . فإنه سبحانه لم يشرع الأحكام لغير أسباب اقتضتها ، ومصالح قصدت بها . كما لم يشرعها لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان القوانين ، إنما شرعت لأسباب اقتضت تشريعها ، ومصالح قصد الشارع إلى تحقيقها . فالله ما حرم ما حرم من طعام أو شراب أو عقود أو معاملات لمجرد التضييق على الناس ، ومصادرة حرياتهم. ولا أوجب ما أوجب من عبادات وصدقات لمجرد إرهاب الناس ، وتحميلهم المشقات ، إنما شرع ما شرعه لتحقيق مصالح عبادته بدفع الضرر عنهم . وجلب النفع لهم ، وتنظيم علاقة بعضهم ببعض ، وعلاقتهم بالله سبحانه فقال تعالى في فرض الحج « ليشهدوا منافع لهم » (١) ، وقال في إيجاب القصاص « ولكم في القصاص حياة » (٢) ، وقال في ترخيص الفطر في رمضان للمسافر والمريض « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٣) ، وقال في فرض الزكاة « خذ من أموالهم

(١) الحج - الآية ٢٨

(٢) البقرة - الآية ١٧٩

(٣) البقرة - الآية ١٨٥

صدقة تطهرهم وتزكهم بها» (١) وجاء مثل ذلك في السنة . عند أمر الشباب بالزوج « فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج » (٢) وفي النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

## واجب الناظر في الأدلة

يجب على من يتصدى للنظر في الأدلة، والبحث عما تفيده من أحكام أن يحرص نفسه بدراسة الآيات التشريعية في القرآن ، والأحاديث النبوية المتعلقة بالأحكام فيدرسها حق الدراسة لكي يستطيع إذا ما عرضت له حادثة أن يصدر الحكم عن ثقة وعن علم ، مترسماً في حكمه حكم القرآن أو السنة بنص من النصوص، أو بظاهر من الظواهر . أو يحكم على علم بأنه لم يرد فيها حكم لا بنص ولا بدلالة .

وكذلك يكون على إحاطة بالسنة بأنواعها الثلاثة « القولية والفعلية والتقريرية » فإذا عثر على نص فيها بحث عن سبب وروده ، وتفحص إحكامه أو نسخه ، وهل هو معارض بنص آخر أو غير معارض ؟ كل هذا ليكون حكمه صحيحاً لا يتطرق إليه خلل ولا تقصير .

وأيضاً علم المجتهد بمذاهب من اجتهدوا قبله شيء يفيد ، ويلزمه الإحاطة به حتى يعرف الجمع عليه من الأحكام، فلا يجتهد في حادثته، ولا يقضى بخلافه .

وكذا معرفته بالقياس : « أركانه ، وشروطه ، وقواعده » والمبادئ التشريعية العامة التي بنيت عليها الأحكام (٣) ، والمقاصد الكلية في الشريعة

(١) التوبة - الآية ١٠٣

(٢) أصل الحديث عن عبد الرحمن بن يزيد قال دخلت مع علقمة والأسود على عبد الله ، فقال عبد الله كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم شباناً لا نجد شيئاً ، فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء (صحيح البخارى - ج ٧ ص ٣) .

(٣) يقول السرخسى في المبسوط : " وأقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجود معانيه وعلم السنة بطرقها ومنزلتها ووجود معانيها وأن يكون مصيباً في القياس عالماً بعرف الناس " أنظر ج ١٦ ص ٦٢ ؛ وأنظر الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية للأستاذ محمد شلبى - ص ٨١

التي روعيت ، وعلل الأحكام التي دلت عليها نصوص ، والتي أخذت من قواعد عامة في الدين .

وأخيراً مما تجب معرفته لكل مشتغل باستنباط الأحكام من أدلتها . الوقوف على ترتيب الأدلة . ودرجة كل دليل من آخر ، ومعرفة قوتها من ضعفها ، وما هو أحق بالتقديم ، وما منزلته التأخير ، وراجحها من مرجوحها ، وما يتبع عند ظهور تعارض بينها . وأنواع الترجيح الصحيحة المقبولة ، وغير الصحيحة المردودة . وذلك ليتسنى للمجتهد أن يستنبط حكمه عن بصيرة . ويسر على هدى وصواب فلا تزل قدمه ، ولا يركب متن الشطط أو ينتهج طريق الخطأ والزلل .

وإذا كان معلوماً أن الأدلة الشرعية ليست كلها في مرتبة واحدة ، ولا هي كلها في قوة واحدة وأنها على مراتب ودرجات ، لكل دليل منزلة معينة بين غيره من الأدلة : فالقرآن في المكانة الأولى ومقدم على السنة ، وعلى غيرها من الإجماع والقياس ، وكذا السنة المتواترة مقدمة على خبر الواحد ، والإجماع مقدم على خبر الواحد والقياس . كان من واجب كل مجتهد أن يعلم درجات الأدلة ، ليعطى كل حجة حقها ، ويضع كل دليل موضعه من غيره فلا يقدم ضعيفاً على قوى ، ولا يرفع حجة على أقوى منها . وإلا تحبط في دياجير الجهل ، وضل سواء السبيل ، وكان عمله فاسداً ، واستنباطه مردوداً واجتهاده ممقوتا .

يقول جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي مؤيداً ما تقدم ذكره « واستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة يرجع إلى معرفة شرائط الاستدلال كتقديم النص على الظاهر ، والمتواتر على الآحاد ونحوه كما سيأتي في التعادل والترجيح ، فلا بد من معرفة تعارض الأدلة ، ومعرفة الأسباب التي يترجح بها بعض الأدلة على بعض ، وإنما جعل ذلك من أصول الفقه لأن المقصود من معرفة أدلة الفقه استنباط الأحكام منها ، ولا يمكن الاستنباط منها إلا بعد معرفة التعارض والترجيح ، لأن دلائل الفقه مفيدة للظن غالباً والمظنونات قابلة للتعارض محتاجة إلى الترجيح » (١) .

فتأمل معي هذا الكلام السابق تجد أن استنباط الأحكام يتوقف على معرفة أدلة الفقه . ومعرفة أحوال تعارضها وترجيحها . لأن الظن من قضيته قبول التعارض المحتاج إلى الترجيح .

ومما لا شك فيه أن المجتهد يواجه عند اجتهاده تعارضاً وتقابلاً بين الأمارات ، فيعرضه أن يثبت أحد الدليلين حكماً ينفيه دليل آخر ، أو يجد بعض الأدلة تبيح العمل بحكم بينما يجد بعضها الآخر يحرمه . وهذا التعارض وإن لم يكن في واقع الأمر وحقيقته - كما نوضح فيما يلي - وإنما هو بحسب الظاهر ونظر المجتهد ، دعت إليه ضرورة التفاوت في الأفهام فن طبيعة مخلوقات أن يقع بينهم التخالف ، ولا يتحقق التساوي المطلق بين أفرادها أو التعادل كل التعادل بينها .

فإذا عرض للمجتهد هذا الأمر - أمر تعارض الأدلة - كان عليه أن يدفع ذلك بما يعرف من مراحل دفع التعارض والتي منها الحكم بنسخ المتأخر للمتقدم حين يعلم تاريخ ورود الدليلين المتساويين ، أو يرجح بينهما بوجه من وجوه الترجيح الصحيحة ، أو يجمع بينهما فيعمل بهما بوجه من وجوه الجمع ، أو يترك العمل بهما إلى دليل آخر أدنى من الدليلين المتعارضين مرتبة ، أو يعمل بالأصل إن لم يجد دليلاً أدنى .

### الأدلة المتعارضة

يعني الأصوليون بالدليل : ما يستفاد منه حكم شرعي عملي مطلقاً سواء أكان مفيداً ذلك على سبيل القطع أم على سبيل الظن . ومن هنا جاء تقسيمهم الأدلة إلى ما هو قطعي وما هو ظني .

والأدلة كلها في الواقع ترجع إلى أصل واحد هو الكتاب لأنه أصل الأصول والغاية التي تنتهي إليها مدارك الاجتهاد وليس وراءه مرمى . فإن العمل بالسنة والاعتماد عليها كدليل لوم من كتاب الله . ثم الدليل على صدق الرسول صلى الله عليه وسلم هو المعجزة . وقد حصر عليه السلام معجزته

في القرآن فقال « وإنما كان الذي أوتيته وحياً أوحاه الله الى » ووجوب طاعة الرسول استفيد من القرآن أيضاً ، قال تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (١) .

وكذلك الإجماع راجع إلى الكتاب والسنة لأنه يعتمد على مستند منهما وأيضاً الإجماع القياس يرجع الى أحد الأدلة الثلاثة لأن دليل حكم الأصل فيه لا بد أن يكون واحداً منها ، فلهذا كانت الأدلة الأربعة – المتفق عليها – عند التحقيق راجعة الى أصل واحد هو الكتاب .

### معنى التعارض (٢) .

عرفه فخر الاسلام فقال : « ركن المعارضة تقابل الحجتين على السواء لا مزية لأحدهما في حكيم متضادين » (٣) .

وعرفه التفتازاني في التلويح فقال « تعارض الدليلين كونهما بحيث يقتضى أحدهما بثبوت أمر والآخر انتفائه في محل واحد في زمان واحد بشرط تساويهما في القوة أو زيادة أحدهما بوصف هو تابع » (٤) .

ويقول عبيد الله بن مسعود في التوضيح : إذا ورد دليلان يقتضى أحدهما عدم ما يقتضيه الآخر في محل واحد في زمان واحد فإن تساويا قوة أو يكون أحدهما أقوى بوصف هو تابع فيبينهما المعارضة » (٥) .

(١) الحشر - الآية ٧

(٢) هو في اللغة التماثل والتقابل ، يقال سرت فعرض لى في الطريق عارض من جبل ونحوه أي مانع يمنع من المضي . واعتراض لى بمعناه . وسميت اعتراضات الفقهاء بذلك لأنها تمنع من التمسك بالدليل . ويقال تعارضت البيئات لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها ، ويقال عارضت الشيء بالشيء قابله به .

(٣) كشف الأسرار ج ٣ ص ٧٩٧

(٤) التلويح ج ٢ ص ١٠٢

(٥) التوضيح ج ٢ ص ١٠٢

ويقول الأسنوى الشافعي : «إذا تعارضت الأدلة ، فإن لم يكن لبعضها  
مزية على البعض الآخر فهو التعادل » (١) - والمراد بالتعادل التقابل كما صرح  
بذلك صاحب الآيات البيّنات فقال : التعادل التقابل بأن يدل كل منهما  
على منافي ما يدل عليه الآخر» (٢) .

ومن مجموع التعاريف السابقة يمكن أن نستخلص كون التعارض يعتمد  
الأمر الآتية :

١ - تساوى الدليلين المتعارضين . حتى يتحقق التقابل والتدافع .  
فلا تعارض بين قوى وضعيف . فإنه مع تفاوت الدليلين قوة وضعفاً يترجح  
القوى ، فالحديث المتواتر لا يعارض الحديث المشهور ، وكذا خبر الواحد  
لا يعارض الحديث المشهور بل يترجح المتواتر في الأول . والمشهور الثاني .

وفي حكم المتساويين ما إذا كان أحد الدليلين أقوى بوصف هو تابع .  
فإنه إذا كان أحدهما أقوى ذاتا كالنص المعارض للقياس فلا تعارض ، ولهذا  
لا يقال النص راجح على القياس ، لأن الترجيح فرع التعارض .

٢ - تخالف الدليلين المتعارضين وتضادهما . فإن كانا متفقين تأيد كل  
دليل بالآخر ، ولا يقع التعارض .

٣ - اتحاد محل الدليلين مع التضاد السابق . وذلك بأن يثبت أحدهما  
الحل ، ويثبت الآخر التحريم لشيء واحد . أما إذا كان التضاد في محلين فلا  
تعارض كما في اجتماع الحل والحرم في الزوجة وأمها مع أن الموجب لهما  
أمر واحد هو الزواج .

٤ - اتحاد زمان ورود الدليلين مع التضاد أيضاً واتحاد المحل . فإذا  
وردا في وقتين فلا تعارض لجواز اجتماعهما في محل واحد في زمانين كما

(١) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول - ج ٤ ص ٣٢٢

(٢) الآيات البيّنات - ج ٤ ص ١٩٨

في حزمة الخمر بعد حلها ، وكما في الحياة والموت بالنسبة إلى شخص واحد في وقتين .

٥ - عدم أولوية إحدى الدليلين على الآخر بحسب الذات أو بحسب الصفة . فإن كان أحدهما أولى ذاتا من الآخر فلا تعارض كما قدمنا في النص مع القياس . والخبر المشهور مع خبر الواحد لأن التساوي قد انعدم حينئذ . وكذا لا تعارض بين المفسر والمحكم لأولوية الثاني على الأول بحسب الوصف ، من حيث إن المحكم لا يقبل النسخ والمفسر يقبله (١) .

واشترط البعض لتحقيق التعارض اتحاد النسبة الحكمية بين الدليلين وهي وحدة المحكوم عليه والمحكوم به والزمان والمكان والإضافة والقوة والفعل والشرط . فاذا لم تتحد فلا تعارض لجواز اجتماع الضدين في محل واحد بالنسبة لشخصين كاجتماع الحل والحرمة في الزوجة بالنسبة إلى الزوج وغيره وكاجتماع الأبوة والنبوة في شخص واحد في وقت واحد بالنسبة إلى ولده ووالده .

يقول عبد العزيز البخاري في كشف الأسرار : « ولا يتحقق هذا التناقض (٢) إلا بوحدة المحكوم عليه وبوحدة المحكوم . ويندرج في هذين ما ذكروا من اشتراط وحدة الزمان والمكان والإضافة والقوة والفعل والكل والجزء والشرط - وإجمال ذلك : أنه يشترط أن لا يغير أحد الكلامين الآخر في شيء مطلقاً إلا في النفي والإثبات فينفي أحدهما ما يثبتته الآخر بعينه من ذلك المحكوم عليه بعينه من غير تفاوت (٣) .

### هل يقع التعارض بين الأدلة الشرعية ؟

قدمنا معنى التعارض وما يتحقق به بين الأدلة . ونريد أن نوضح ههنا مدى تحقق هذا المعنى ووجوده في محيط الأدلة الشرعية فنقول :

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٢ ص ٧٩٧  
(٢) يذهب بعض العلماء إلى تسمية التعارض بالمعنى السابق تناقضاً فيقول : إذا اختلف الكلامان في النفي وإثبات سميّا متناقضين ، ويعني به أن يكذب أحدهما إذا صدق الآخر .

(٣) التقرير والتحبير - ج ٣ ص ٢



إذا كان التعارض يحمل بين طياته معنى التناقض والتقابل يكون من البين الواضح ألا تعارض يتحقق بين الأدلة الشرعية في واقع الأمر وحقيقته لأن الحجج الشرعية لا بد أن تكون نتائجها صحيحة في نفس الأمر متى كانت مقدماتها صحيحة . وإذا كان الفرض فيها ذلك فوقع التعارض يلزم منه وقوع نتائج متناقضة في واقع الأمر . لهذا كان التعارض بين الأدلة الشرعية غير ممكن حيث كان من المعلوم المقرر أن الشريعة كلها ترجع الى قول واحد في أصولها وفروعها ، فلا يمكن أن تتناقض في الحقيقة .

نعم إنما يتصور التعارض ظاهراً في بادئ الرأي بسبب الجهل بتاريخ ورود الدليلين ، أو بسبب الخطأ في فهم المراد ، أو الخطأ في مقدمات القياس مثلاً . قال بذلك جمهور العلماء وعلى رأسهم الإمام الشاطبي الذي بحث هذا الموضوع بحثاً جيداً ، وتكلم فيه كلاماً مسهباً يشفى غلة الصادى . ويثلج قلب الحائر في كتابه الموافقات (١) . ويقول الكمال بن الهمام في التحرير « والحق أن التعارض في الأدلة الشرعية إنما هو في الظاهر فقط لا في نفس الأمر ، ولذلك يصح أن يقع بين القطعيين . وهذا يرد على من قال إنه يشترط فيه الوحدات الثمانية ، لأن ذلك يصح إذا كان التعارض حقيقياً وفي نفس الأمر .

وأيضاً قال الشافعي لا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثان متضادان ينفي أحدهما ما يثبت الآخر من غير جهة الخصوص والعموم ، والإجمال والتفسير الا على وجه النسخ ، وحكى الماوردي والرويانى عن كثير أن التعارض على جهة التكافؤ جائز وواقع . وقال القاضى أبو بكر: إن الترجيح بين الظواهر المتعارضة إنما يصح على القول بأن المصيب في الفروع واحد (٢) . ويزعم بعض الناس وقوع التعارض بين الأدلة الشرعية مستدلين بأدلة منها .

(١) ج ٤ ص ١١٨ طبعة المكتبة التجارية - الشاطبي وهو ابراهيم بن موسى العرناطى المحقق القدوة الحافظ المجتهد كان أصولياً ومفسراً وفقهياً ومحدثاً وله تأليف جليلة وتحقيقات جيدة وتحريرات للقواعد ألف الموافقات والاعتصام وكتاب المجالس (راجع مقدمة كتاب الاعتصام) توفي سنة ٥٧٩٠ هـ .

(٢) أنظر : تعليق الشيخ عبد الله دراز على هامش الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٢٤

(أولاً) ورد المتشابهات في الشريعة (١) فقد قالوا إنها موضوعة قصد الاختلاف شرعاً لأنها مجال لتباين الأفكار والأنظار واختلاف الآراء والمدارك فيها . ومع أن التوقف فيها هو المحمود إلا أن الاختلاف فيها قد وقع ووضع الشارع لها مقصوداً له ، وحيث كان مقصوداً له سبحانه ، وهو العالم بكل ما يقع وما سيقع فقد جعل المتشابهات سبيلاً إلى الاختلاف فلا يصح أن ينبغى عنه رفع مجال الاختلاف .

وقد رد هذا الدليل : بأن دعوى كون المتشابهات موضوعة في الشريعة قصد الاختلاف شرعاً لا يسلمه عقل ، ولا يقره منصف عادل . لأنها إنما وضعت للابتلاء والاختبار حتى يهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حي عن بينة فكانت الفائدة منها معرفة قصور الأفهام البشرية عن الوقوف على ما لم يجعل لهم سبحانه سبيلاً إلى إدراكه ، وحتى يعلموا أن الحكم لله يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد . ووجه الابتلاء في ذلك هو التسليم له تعالى والتفويض إليه ، واعتقاد حقيقة ما أراد دون الوقوف على المراد . وقد قال بالتوقف واعتقاد الحقيقة أكثر العلماء . ويذهب آخرون إلى أن العلم بالمتشابه ممكن للعلماء الراسخين في العلم .

ويرجع الخلاف إلى الاختلاف في محل الوقف في قوله تعالى «وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا » (٢) فالقائلون بالتوقف في المتشابه يقف على قوله «وما يعلم تأويله إلا الله» وتكون جملة «والراسخون في العلم» جملة مبتدأة . أما القائلون بإمكان علم المتشابه فيقف على قوله «والراسخون في العلم» وتكون جملة معطوفة على ما قبلها .

(١) المتشابهات جمع متشابه وهي اسم لما انقطع معرفة المراد منه لأن الله تعالى اختص بعلمه ولم تقم قرينة تدل عليها . وهي كالمقطعات في أوائل السور مثل حم ، ألم . وكالصفات التي ثبت بالنص نسبتها إلى الله تعالى واستحال قيام معانيها الظاهرة به سبحانه لتزجها عن الحوادث مثل يد الله فوق أيديهم . وجاء ربك - (كشف الأسرار البزودي - ج ١ ص ٥٥) .

(٢) آل عمران - الآية ٧

وبهذا يظهر أن ورود المتشابهات لم يكن دالاً على وضع الاختلاف شرعاً، وإنما وضعت للابتلاء والامتحان، وليعمل الراسخون على وفق ما أخبر الله عنهم، وليقع الزائعون في اتباع أهوائهم، وفي ذلك يقول سبحانه « فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولو الأبواب » (١).

فعلم من ذلك أن الراسخين هم المصيبون الذين أخبر الله عنهم أنهم على مذهب واحد في الإيمان بالمتشابهات علموها أو لم يعلموها، أما الزائعون فهم الخطئون، وعليه فليس في المسألة الأمر واحد لا أمران أو أكثر، ولم يكن إنزال المتشابهات قصد الاختلاف كما زعموا.

(ثانياً) أن العلماء قد اختلفوا في أن كل مجتهد مصيب، أو (٢) أن المصيب واحد مع اتفاقهم على أنه يجوز الاختلاف، وذلك دليل على أن الاختلاف له مساع في الشريعة في الحملة لأن القائلين بالتصويب لكل مجتهد يرون أن كل قول صواب، وأن الاختلاف حق غير محذور ولا منكر شرعاً.

وهذا دليل ضعيف لأن مواضع الاختلاف في الاجتهاد تدور بين طرفي نفى وإثبات، شرعيين إلا أنه قد يخفى وجه الصواب من وجه الخطأ وعلى أي تقدير فإن كان المصيب واحداً فمن ذهب إلى ذلك لا يرى أن الموضوع مجال اختلاف، ولا هو حجة من حجج الاختلاف إنما هو مجال استفراغ الوسع في طلب مقصد الشارع المتحد، وإن كان المصيب كل مجتهد فليس على الإطلاق بالنسبة لكل مجتهد أو لمن قلده لا اتفاقهم على أن المجتهد

(١) آل عمران - الآية ٧

(٢) رأى الغزالي والقاضي والمزني والمعتزلة أن الحق يصح تعدده بتعدد اختلاف المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها ولا إجماع وهي محلات الاجتهاد والمختار أن الحق واحد من أصاب، أصاب ومن أخطأه أخطأ وهو مأجور أيضاً وهو رأى الأئمة الأربعة وأكثر الفقهاء. الإحكام

لا يجوز له الرجوع عما أداه إليه اجتهاده ، ولا عدم الفتوى به لأن الإصابة عندهم إضافية لا حقيقية ، فلو كان سائغاً على الإطلاق لكان فيه حجة ، وليس كذلك .

فلمخص الرد أنه لا يسوغ إلا قول واحد إلا أنه إضافي . وبهذا لم يثبت اختلاف يتقرر على كل حال ، ولا يظهر من وضع مجال للاجتهاد قصد من الشارع لوضع أصل للاختلاف كما ظنوا ، لأنه لا يوجد مجتهد يثبت لنفسه قولين معاً وإنما يثبت قولاً واحداً وينفي ما عداه .

(ثالثاً) أن بعض العلماء يذهب الى الاحتجاج بقول الصحابي وإن عارضه قول صحابي آخر ، وأن للمكلف أن يتمسك بأيهما شاء ، وبنوا على ذلك أن الخلاف بين العلماء لا ينشأ إلا من تعارض الأدلة وبه يثبت وجود التعارض (١) .

وقد نقضوا هذا الدليل من وجهين :

الأول : أن قول الصحابي من قبيل الظنيات إن سلم صحة حديث « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » لكنه مطعون فيه من جهة السند ، ومسألتنا تسندها أدلة قطعية ولا يعارض الظن قطعاً .

الثاني : أنه على تسليم كون قول الصحابي حجة يكون هذا المراد محمولاً على انفراد كل واحد منهم على معنى أن من استند إلى قول صحابي يكون مصيباً من حيث كونه قلد أحد المجتهدين لا من حيث أن كل واحد منهم حجة في نفس الأمر بالنسبة إلى كل واحد لأن هذا يتناقض مع ما تقدم .

تلك أدلة القائلين بثبوت الاختلاف في الشريعة اتضح مقدار ضعفها وأنها لا تثبت مدعاهم ، وبه يظهر أن لا اختلاف في أصل الشريعة ، ولا هي موضوعة على وجوده فيها ، وأن ليس الاختلاف أمراً مقصوداً من الشارع بل أمر راجع الى أنظار المكلفين وإلى ما يتعلق بهم من الابتلاء فكان الحق ما ذهب اليه القائلون بعدم وقوع الاختلاف والتعارض بين الأدلة حقيقة ، ولهم حجج على ذلك كثيرة منها :

(١) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١١٩ ، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى -

قوله تعالى « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » (١) فإنه يدل على نفى الاختلاف بين الأدلة ، وكذلك قوله تعالى « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » (٢) فإنه صريح في رفع النزاع والاختلاف بالرجوع إلى الشريعة ، فلو كان من أدلتها ما يفضي إلى الاختلاف لم يكن في الرجوع إليها رفع النزاع - وأيضاً بين الله سبحانه أن طريق الحق واحد فقال في كتابه « وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله » (٣) إلى غير ذلك من الآيات التي تنطق بعدم الاختلاف والأمر بالرجوع إلى الشريعة ، وأن لا اختلاف بين الأدلة وإنما هي على نهج واحد ، وقد أشار إلى ذلك ابن حزم الظاهري فقال في كتابه الأحكام :

« ويبين صحة ما قلناه من أنه لا تعارض بين شئ من نصوص القرآن ونصوص كلام النبي صلى الله عليه وسلم وما نقل عن أصحابه . قول الله عز وجل نخبراً عن رسوله عليه السلام « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى » (٤) وقوله « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة » (٥) وقال تعالى « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » فأخبر عز وجل إن كلام نبيه صلى الله عليه وسلم وحي من فهو عنده كالقرآن في أنه وحي . وفي أنه كل من عند الله عز وجل وأخبرنا أنه راض عن أفعال نبيه صلى الله عليه وسلم وأنه موافق لمراد ربه تعالى فيها لترغيبه عز وجل في الاتساع به عليه السلام فلما صح أن كل ذلك من عند الله تعالى ووجدناه تعالى قد أخبر أنه لا اختلاف فيما كان من عنده تعالى صح أن لا تعارض ولا اختلاف في شئ من القرآن والحديث الصحيح ، وأنه كله متفق كما قلنا ضرورة ، وبطل مذهب من أراد ضرب الحديث بعضه ببعض ، أو ضرب الحديث بالقرآن ، وضح أن ليس شئ من ذلك مخالفاً لسائرة » (٦) .

(١) النساء - الآية ٨٢

(٢) النساء - الآية ٥٩

(٣) الأنعام - الآية ١٥٣

(٤) النجم - الآية ٣ ، ٤

(٥) الأحزاب - الآية ٢١

(٦) الأحكام لابن حزم - ج ٢ ص ٣٥

ومما يؤيد القول بعدم التعارض حقيقة : أنه لو كان في الشريعة مساغ للخلاف بين الأدلة لأدى إلى التكليف بما لا يطاق ، لأن الدليلين إذا فرض تعارضهما ، وفرض قصد الشارع لهما فالمكلف أمره لا يخلو من أن يكون مطلوباً بمقتضاهما ، أو مطلوباً بأحدهما دون الآخر ، أو غير مطلوب بشيء منهما ، وكل ذلك غير صحيح لأن طلبهما معاً مع التعارض يقتضى خطابه بالفعل وبعده ومع كون المكلف واحداً يتحقق التكليف بما ليس في الوسع ، أما الأمران الآخران وهما عدم طلبهما منه ، أو طلب أحدهما فهو خلاف الفرض .

على أن في القول بثبوت الخلاف والتعارض في الأدلة الشرعية رفع لباب الترجيح جملة ، إذ تكون الحاجة غير داعية إليه ، ولا فائدة ترجى منه وذلك باطل لأن الأصوليين على إثبات الترجيح بين الأدلة المتعارضة وعلى أنه لا يصح إعمال أحد الدليلين المتعارضين جزافاً ، من غير نظر في ترجيح أحدهما على الآخر .

فتقرر بذلك أن حقيقة التعارض بين الكتاب والسنة غير موجوده ، لأنه إنما يتحقق حين يتحد زمان ورود الدليلين المتعارضين ، والشارع منزه عن أن ينزل دليلين متناقضين في زمان واحد . نعم ينزل أحدهما قبل الآخر ثم يأتي الثاني متأخراً ناسخاً للأول . هذا هو الممكن . وما يوهم التعارض الظاهري هو الجهل بالدليل المتقدم .

يقول فخر الاسلام البزدوى في هذا المعنى : وهذه الحجج التي ذكرنا وجوهها من الكتاب والسنة لاتعارض في أنفسها وضعاً ، ولا تتناقض ، لأن ذلك أمارات العجز الحادث ، تعالى الله عن ذلك ، وإنما يقع التعارض لجهلنا بالناسخ من المنسوخ بمعنى أن أحدهما لا بد وأن يكون متقدماً فيكون منسوخاً بالتأخر . فإذا لم يعرف التاريخ لا يمكن التمييز بين المتقدم والمتأخر فيقع التعارض ظاهراً بالنسبة اليينا من غير أن يتمكن التعارض في الحكم حقيقة» (١)

(١) أصول فخر الاسلام وشرحه كشف الأسرار - ج ٣ ص ٧٩٦

وهو يتفق مع ما يقوله ابن قيم الجوزية : « وأصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أن يضرب كتاب الله بعضه ببعض بل يجب اتباعها كلها . ويترك كل منها على أصله وموضعه فإنها كلها من عند الله الذى أتقن شرعه وخلقه ، وماعدا هذا فهو الخطأ الصريح » (١) ثم هو يبين أيضاً عدم التعارض الحقيقى ويرجعه الى فهم السامع لعدم قدرته فيقول « وأما حديثان صحيحان متناقضان من كل وجه ليس أحدهما ناسخاً للآخر فهذا لا يوجد أصلاً ومعاذ الله أن يوجد فى كلام الصادق المصدوق الذى لا يخرج من بين شفتيه الا الحق ، والآفة فى التقصير فى معرفة المنقول ، والتمييز بين صحيحة ومعلولة أو من القصور فى فهم مراده صلى الله عليه وسلم وحل كلامه على غير ما عناه به » (٢) .

أما التعارض الظاهرى بين ما دلت عليه بعض الآيات وما دلت عليه أخرى فقد بين المفسرون أن ليس تعارضاً إلا فيما يظهر لغير المتأمل ، وعند التأمل يتبين أنه لا تعارض ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « ما أصابك من حسنة فمن الله وما أصابك من سيئة فمن نفسك » مع قوله تعالى « قل كل من عند الله » فكل ما ظاهره التعارض من الآيات القرآنية هو بعد البحث متفق متسق لا اختلاف فيه (٣) .

## محل التعارض

الأدلة تتعدد إلى ثلاث حالات :

١ - لأن أحد الدليلين قد يكون أقوى من الآخر بوصف هو غير تابع ، كالتص إذا تعارض مع القياس ، فهذه لا تكون محلاً للتعارض لما أشرنا إليه فيما سبق أن التعارض يعتمد المساواة وهى غير متحققة بينهما .

(١) إعلام الموقعين - ج ١ ص ٣٦٧

(٢) زاد المعاد - ج ٣ ص ١٥٠ لابن القيم محمد بن أبى بكر بن أيوب الدمشقى ، كان أبوه قتيبا على الجوزية وهى مدرسة بسوق القمح بدمشق ولد سنة ٦٩١ هـ وتوفى سنة ٧٥١ هـ وشهد له العلماء بالفضل والتقدم وخدمة العلم وقد أودى وأعتقل وأهين وضرب لإنكاره شد الرحيل لزيارة قبر الخليل . عرف باتباعه الحر وعدم التقيد بأراء السابقين (وفيات الأعيان ج ١ ص ٢٧٩ ، الدرر الكامنة ج ٣ ص ٤٠٠) .

(٣) علم أصول الفقه - للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٨

٢ - وقد يكون أحد الدليلين أقوى من الآخر بوصف هو تابع كما في خبر الواحد الذي يرويه عدل فقيه مع خبر الواحد الذي يرويه عدل غير فقيه (عند الحنفية) .

٣ - وقد يكون الدليلان متساويين في القوة . فهاتان الحالتان الأخيرتان يجرى بينهما التعارض إلا أن الحالة الثالثة مع وجود التعارض لا ترجيح فيها ، أما الحالة الثانية ففيها معارضة ويمكن الترجيح بالعمل بالأقوى بمرجح وترك الأضعف .

وقد أشار إلى ذلك سعد الدين التفتازاني في التاويح فقال : إذا دل دليل على ثبوت شيء والآخر على انتفائه فإما أن يتساويا في القوة أولا ، وعلى الثاني أما أن تكون زيادة أحدهما بما هو بمنزلة التابع أولا ، ففي الصورة الأولى معارضة ولا ترجيح ، وفي الثانية معارضة مع ترجيح ، وفي الثالثة لامعارضة حقيقية فلا ترجيح لابتنائه على التعارض مع التماثل « (١) .

ويمكن أن يترتب على ماتقدم أن يجرى التعارض بين كل دليلين متساويين قوة سواء تساويا في العدد كتعارض آية مع آية ، أو لم يتساويا عددا كتعارض آية مع آيتين ، أو سنة مع سنتين أو قياس مع قياسين . فان ذلك كله من قبيل المتساويين لأنه لا ترجيح ولا قوة بكثرة الأدلة . ولا يترك دليل واحد بدليلين كما سنفصل أما الإجماع فلا يقع بينه وبين دليل آخر قطعي من نص أو إجماع تعارض ، وذلك لأنه لا يعتقد إجماع مخالف لدليل قطعي ثم لا مانع من وقوع التعارض الظاهري بين المفسر والمحكم ، وبين عبارة النص وإشارته لأن أحدهما أولى من الآخر باعتبار الوصف ، لكن لا يقع التعارض بين حديث مشهور عند الحنفية وخبر الواحد ، ولا بين خاص وعام مخصوص البعض من الكتاب ، لأن أحدهما وهو المشهور والخاص أولى من الآخر باعتبار الذات فليسا سواء ذاتا .

(١) التلويح شرح التوضيح ج ٢ ص ١٠٣ وهو لسعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله وأثبت ابن حجر في كتابه الدرر الكامنة بلفظ محمود بن عمر بن عبد الله التفتازاني إمام عالم في النحو والصرف والمعاني والبيان والأصول والمنطق ، ولد سنة ٧١٢ هـ بتفتازان قرية بناحية نسا ، له كتاب المقاصد في علم الكلام وشرح الرسالة الشمسية والعقائد النسفية راجع (شذرات الذهب ج ٦ ص ٣١٩) بتصرف .



# الباب الأول

## مناهج العمل عند التعارض

تضارب النقول حول مناهج العمل عند تعارض الأدلة . فبعضها يفيد الاختصار على المصير إلى ما بعد الدليلين المتعارضين إن أمكن ، فإن لم يمكن فيعمل بما هو الأصل بالنسبة للدليلين . والبعض الآخر يفيد أنه يجمع بين الدليلين إن أمكن ، فإن تعذر فالتأخر منهما يكون ناسخاً للمتقدم إن علم تاريخ الدليلين ، فإن لم يعلم يسقط حكم الدليلين ، ويعمل بأدناهما مرتبة . فإن عجز عن ذلك كله يجب تقرير الأصول ، وهناك رأى ثالث يقدم النسخ إن علم التاريخ . فإن لم يعلم يرجح أحد الدليلين إن وجد مرجح وإن لم يوجد فيجمع بين الدليلين إن أمكن وإن لم يمكن يصار إلى أدنى الدليلين رتبة ، وإن لم يمكن فيعمل بالأصل — ومن النقول الآتية يتضح ما سبق بيانه .

يقول عبيد الله بن مسعود في التوضيح : فإن علم التاريخ يكون المتأخر ناسخاً للمتقدم وإلا يطلب المخلص ويدفع المعارضة ويجمع بينهما ما أمكن ويسمى عملاً بالشبهين ، فإن تيسر فيها ، وإلا يترك ويصار من الكتاب إلى السنة ، ومنها إلى القياس وأقوال الصحابة رضي الله عنهم إن أمكن ، وإلا يجب تقرير الأصول (١) .

وإذا ما رجعنا إلى مقالته الكمال بن الهمام في التحرير وجدناه يتفق مع رأى صاحب التوضيح حيث يقول : حكمه النسخ إن علم المتأخر وإلا فالترجيح ، ثم الجمع ، والترك ما إلى دونهما على الترتيب إن كان ، وإلا قررت الأصول « (٢) .

(١) التوضيح ج ٢ ص ١٠٤

(٢) التقرير والتحرير ج ٣ ص ٣

ووافقها كذلك صاحب مسلم الثبوت فقال : وحكمه النسخ إن علم المتقدم وإلا فالترجيح إن أمكن ، وإلا فالجمع بقدر الإمكان ، وإن لم يمكن تساقطاً والمصير في الحادثة إلى ما دونهما مرتبة وإن وجد ، وإلا فالعمل بالأصل (١)

فكانت المناهج على الرأي السابق النظر في الدليلين المتعارضين ظاهراً إلى تاريخ ورودهما فإن علم المتأخر منهما والمتقدم كان المتأخر ناسخاً للمتقدم . وإن لم يعلم فيبحث الجهد عن مرجح لأحد الدليلين . فإن لم يكن فيدفع التعارض بالجمع بين الدليلين والعمل بهما بقدر الإمكان وذلك بحمل أحد الدليلين على غير ما يحمل عليه الآخر ، فإن لم يمكن الجمع فإنه يصار إلى الدليل الأدنى مرتبة من الدليلين المتعارضين إن وجد . وإن لم يوجد دليل أدنى يعمل بالأصل المقرر في المسألة .

ومن العلماء من يذهب إلى أن الجمع بين الدليلين مقدم على غيره . وأنه إذا تعذر الجمع فإن علم التاريخ كان المتأخر ناسخاً للمتقدم ، وإن لم يعلم سقط حكم الدليلين وعمل بالدليل الأدنى مرتبة . فإن عجز عن ذلك وجب تقرير الأصول . ويشير إلى ذلك ما قاله عبد العزيز البخاري شارح أصول البزدوى في كشف الأسرار فقد جاء فيه :

« إذا تحقق التعارض بين النصين وتعذر الجمع بينهما فالسبيل فيه الرجوع إلى طلب التاريخ . فإن علم التاريخ وجب العمل بالمتأخر لكونه ناسخاً للمتقدم فإن لم يعلم سقط حكم الدليلين لتعذر العمل بهما أو بأحد هما عيناً ، وإذا تساقط وجب المصير إلى دليل آخر يمكن به اثبات الحكم ، وعند العجز عن المصير إلى دليل آخر يجب تقرير الأصول ، والعمل بالأصل في جميع ما يتعلق بالنصين » (٢) .

ويوافقه على هذا الرأي الإمام الغزالي من غير الحنفية فإن ما قاله في كتابه المستصفي ينطق بذلك فقد قال : إذا أمكن الجمع بين الدليلين عمل به ، وإن

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٨٩

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٧٩٨

لم يمكن وعرف التاريخ كان المتأخر ناسخاً للمتقدم ، وإلا سقط الاستدلال بالدليلين . وبحث المجتهد عن الحكم من دليل آخر . فإن لم يجد كان مخيراً بينهما » (١) .

ولعل مراد الغزالي بالتخيير المذكور في آخر كلامه . أن يأخذ المجتهد بأحد الدليلين أيهما شاء من غير تعيين . كما يدل عليه كلام الاسنوى في نهاية السؤل فإنه يقول : « إذا تعارض دليلان فإنما يرجح أحدهما على الآخر إذا لم يمكن العمل بكل واحد منها ، فإن أمكن ولو من وجه دون وجه فلا يصار إلى الترجيح ، لأن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما بالكيفية لكون الأصل هو الإعمال الا الإهمال (٢) .

وظاهر كلام البزدوى أن يصار الى ما بعد الدليلين أولاً إن أمكن وعند عدم الإمكان تقرر الأصول . فإنه قد صرح في أصوله بقوله : حكم المعارضة بين آيتين المصير الى السنة ، وبين سنتين يجب المصير إلى القياس وأقوال الصحابة على الترتيب في الحجج ما أمكن ، لأن الجهل بالناسخ يمنع العمل بهما ، وعند العجز يجب تقرير الأصول » .

ومن المستبعد أن يكون البزدوى قد أهمل الجمع والترجيح بين الدليلين اللذان يسبقان اهدار الدليلين ، ولعل عدم ذكره لهذين المرتبتين من باب الاكتفاء ، أو أنه سكت عنهما لعلمهما لدى المجتهدين . أو لأنه لا يرى تحقق التعارض إلا حين لا يتعرف على التاريخ ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر . وحين لا يمكن الجمع بين الدليلين ، أما قبل ذلك فالتعارض غير قائم لأنه مندفع بالتاريخ أو المرجح أو الجمع .

(١) المستصفى ج ٢ ص ١٣٩ . ومؤلفه الإمام الغزالي وهو أبو حامد الطوسي الشافعي حجة الاسلام ، ولد بطوس سنة ٤٥٠ هـ وجد حتى برع في المذهب والخلاف والجدل والمنطق والحكمة والفلسفة ، ذهب إلى بغداد بعد وفاة إمام الحرمين ، وتولى التدريس ، وألف المستصفى في أصول الفقه ، والمآخذ في الخلافات ، وشفاء الغليل في بيان مسائل التعليل ، ومن أشهر كتبه إحياء علوم الدين ، توفي سنة ٥٠٥ هـ بطوس - أنظر شذرات الذهب في أخبار من ذهب ج ٤ ص ١٠

(٢) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول ج ٤ ص ٤٤٩

هذا والذي يظهر لى أن فى المسألة منهجين : أحدهما تقديم الجمع على الترجيح ، والثانى تقديم الترجيح على الجمع . ولكل منهما دليله وسنده مع اتفاق كل من المهجين على تقديم النسخ عند علم التاريخ . والذي اشتهر وشاع بين العلماء أن الجمع مقدم على الترجيح حتى إن البعض يحكى الاتفاق عليه لكونه رأى الأكثرين .

والذى اختاره أن الترجيح هو المقدم على الجمع . وسأبين فيما يأتى وجه هذا الاختيار وسأسير فى بحثى على ذلك فى الفصول الآتية .

## الفضيلة الأولى

### نسخ الدليل المتقدم بالدليل المتأخر

إذا تساوى الدليلان في القوة كآيتين ، أو آية وسنة متواترة أو خبرين من أخبار الآحاد . وعلم تاريخ ورودهما فإن المتأخر ينسخ المتقدم ويحكم بأن اللاحق ناسخ لل سابق . فإن تعلق خطاب الشارع بفعل من الأفعال طلباً أو تخيراً من غير تقييد بوقت أو نص على تأييد ثم ورد خطاب آخر بعد استقرار الأول مخالف له كان وروده أمانة على أن الثاني رافع للتعلق الأول وهذا الرفع يسمى نسخاً .

ثم إن الأدلة التي يرد عليها النسخ هي :

١ - نصوص من القرآن فإنها تنسخ بمثلها إذا تساوت في الدلالة لأنها في قوة واحدة ، كما يجوز نسخها بالسنة المتواترة لأنها مثلها في القوة وبالسنة المشهورة ( على رأى الحنفية ) لأنها قريبة من المتواترة . أما السنة الأحادية فلا يجوز نسخ نصوص القرآن بشيء منها على الراجح من الآراء كما سيأتي لأنها أدنى منها في القوة والأدنى لا ينسخ الأقوى .

٢ - السنة فيصح أن ينسخ بعضها بعضاً إذا كانت متساوية في الدلالة إلا أنها إذا كانت متواترة فلا يجوز نسخها إلا بمثلها أو بالمشهورة - عند الحنفية - وأخبار الآحاد تنسخ بمثلها وبالسنة المتواترة أو المشهورة لأنها أقوى منها . وكذلك تنسخ السنة بالقرآن وإن كانت متواترة أو مشهورة على الراجح لأن السنة وحى من الله تعالى ، كما أن القرآن وحى ، ولا مانع من نسخ الوحي بمثله لوجود التساوى بينهما من تلك الجهة .

أما الإجماع فلا يجوز أن ينسخ نصاً في الكتاب أو السنة لأن النص إن كان قطعياً فلا يمكن أن يعقده إجماع على خلافه ، وإن كان ظنياً جاز أن

ينعقد الإجماع على خلافه ، إلا أن هذا الإجماع لا يكون الا بناء على دليل ترجح في نظر المجمعين على ذلك النص . وفي هذه الحالة لا يكون الناسخ للنص هو الإجماع بل الناسخ هو النص الذى استند اليه الإجماع .

وأيضاً لا يكون الإجماع ناسخاً لإجماع آخر ، لأن الناسخ لا بد وأن يكون متأخراً عن المنسوخ والإجماع متى ثبت فقد وجب العمل به ولا تصح مخالفته . فإذا جاء اجماع بعده على خلافه لم يصح اعتباره ولا العمل به (١) . لأن انعقاده يعلم أن الاجماع استند إلى نص ناسخ لا نعلمه نحن وأنه متروك العمل به - وأما القياس فلا ينسخ به لأن من شروط صحته ألا يخالف نصاً أو إجماعاً . فإذا خالف لم يصح اعتباره ولا العمل به . وكذلك لا يكون القياس ناسخاً لقياس آخر أو منسوخاً لأن القياس يعرف بالرأى والاجتهاد . وبعد معرفته لا يكون حجة إلا بالنسبة الى المحتهد القائس ، أما بالنسبة الى غيره من المحتهدين فلا يكون حجة ولا يلزمه العمل به .

فعندما يجتمع في الحادثة الواحدة قياسان متعارضان بأن كانا لمحتهدين . أحدهما ظاهر العلة والثانى خفي العلة . فإن أحد القياسين لا يعتبر ناسخاً للآخر إنما يعمل المحتهد بالراجع منهما .

وقد يعرف التأخر من نفس النص كما في قوله عليه السلام « كنت نهيتكم عند زيارة القبور ألا فزوروها » فإن الحديث يفيد أن النهى عن الزيارة سابق على الأمر بها فيكون النهى منسوخاً بالأمر المتأخر - وقد يكون في السنة بقول راوى الحديث : كان هذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنه قول جابر رضى الله عنه « كان آخر الأمرين من رسول الله صلى

---

(١) لكن ينبغي أن يكون هذا في الإجماع غير المنبئ على المصلحة أما الذى ينبئ عليها فيجوز أن ينسخ بإجماع لاحق إذا تغيرت المصلحة التى بنى عليها الاجماع السابق (راجع أصول الفقه الاسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢١٦ وراجع الاسلام عقيدة وشريعة للشيخ محمود شلتوت ص ٤٧٥) ، وفى ذلك يقول القرطبي : وهذا كله في مدة النبى صلى الله عليه وسلم . أما بعد وفاته واستقرار الشريعة فأجمعت الأمة أنه لا نسخ . ولهذا كان الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به إذ انعقاده بعد انقطاع الوحي - (الجامع لأحكام القرآن - ص ٥٩ ج ٢) .

الله عليه وسلم ترك البوضوء مما مست النار » فإنه يفيد أن الامر بالبوضوء مما مست النار متقدم، والترك متأخر فيكون ناسخاً . وقد يكون بقول الراوى إن حديث كذا متقدم على حديث كذا . أو أن نزول آية كذا في غزوة بدر ونزول آية كذا في غزوة متأخرة عنها كأحد فتكون الثانية ناسخاً للأولى . وأيضاً قد يدل على التأخر الإجماع على أن النص من الكتاب أو السنة ناسخ لحكم كذا (١) .

### نسخ الكتاب بالكتاب

ومن أمثلة نسخ الكتاب بالكتاب عند المتعارض ومعرفة التاريخ قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » (٢) فإنها تعارضت مع قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » (٣) .

فإن الآية الأولى تدل على أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر سواء كانت حاملاً أو غير حامل . والآية الثانية تدل على أن عدة الحامل وضع الحمل سواء توفى عنها زوجها أو طلقها . فالتعارض في المتوفى عنها زوجها الحامل هل تعتد بأربعة أشهر وعشر كما أفادت الآية الأولى ؟ أو تعتد بوضع الحمل كما دلت عليه الآية الثانية ؟ (٤) فعبد الله بن مسعود جعل قوله تعالى « وأولات الاحمال » ناسخاً لقوله تعالى والذين يتوفون منكم » وقال إن عدة الحامل الذى توفى عنها زوجها وضع الحمل . بناء على أن الآية الأولى متأخرة في النزول عن الآية الثانية . وقد نقل عنه قوله « من شاء باهله (٥)

(١) الجامع لأحكام القرآن - ج ٢ ص ٦٠ ، ج ٣ ص ١٧٥

(٢) البقرة - الآية ٢٣٤

(٣) الطلاق : ٤

(٤) التوضيح - ج ١ ص ٣٩

(٥) المباهلة الملائنة قال في المصباح المنير بهله من باب نفع لعنة ، وأسم الفاعل بأهل والأنتى باهلة . وباهلة مباهلة من باب قاتل لعن كل منها الآخر .

أن سورة النساء القصوى ( الطلاق ) نزلت بعد سورة النساء الطولى (البقرة) وجعل التأخر دليل النسخ . وبمثل قول مسعود قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فلو أنها وضعت وزوجها على سرير موته انقضت عدتها وحل لها أن تزوج ومما يشهد لها ماجاء من رواية عن عبد الله بن الأرقم أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تملت ( سلمت من نفاسها ) تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك (١) ، فقال لها : مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر ، قالت سبيعة : فلما قال لى ذلك ، جمعت على ثيابى حين أمسيت فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألته عن ذلك ، فأفتانى بأنى قد حلت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزوج إن بدالى « - وعن يحيى بن بكير عن الليث عن يزيد أن ابن شهاب كتب إليه أن عبيد الله بن عبد الله أخبره عن أبيه أنه كتب الى ابن الأرقم أن يسأل سبيعة الأسلمية كيف أفتاها النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : « أفتانى إذا وضعت أن أنكح » (٢)

وذهب على وابن عباس وجماعة من الصحابة الى القول بالجمع بين الآيتين ، وأن المتوفى عنها زوجها الحامل تعتمد بأبعد الأجلين : من وضع الحمل ، أو أربعة أشهر وعشر ، فإن وضعت قبل مضى أربعة أشهر وعشرة أيام انتظرت حتى تتم الأشهر والأيام من تاريخ الوفاة ، وإن مضت أربعة أشهر وعشراً قبل أن تضع حملها انتظرت حتى تضع الحمل . وإنما قالوا ذلك : لأن التاريخ - عندهم - غير معلوم فوجب القول بذلك احتياطاً ، ولأن المتوفى عنها زوجها الحامل قد تناولها عموماني فى الآيتين وقد أمكن دخولها فى كليهما ، فلا تخرج من عدتها بيقين حتى تأتى بأقصى الأجلين ، وكذلك

(١) أبو السنابل قرشى من بنى عبد الدار بن قصى ، اختلف فى اسمه وهو صحابى معروف وأصل القصة فى الموطأ ج ٢ ص ١٠٥

(٢) صحيح البخارى ج ٧ ص ٧٣ ، وفتح البارى ج ٩ ص ٤١٤ - ٤٢٠ ، وتفسير القرطبي ج ٣ ص ١٧٥



قالوا إنه لا يمكن تخصيص عموم أحدهما بخصوص الأخرى ، لأن كل آية منهما عامة من وجه ، وخاصة من وجه ، فحين يمكن دخول بعض الصور في عموم الآيتين بإعمال العموم في مقتضاه فإنه يصار إليه . فإذا هي اعتدت بأقصى الأجلين دخل أدناهما في أقصاهما (١) .

والذى يترجح عندى من القولين . هو مذهب ابن مسعود ويؤيده ما روى البخارى عنه قوله : يجعلون عليها التعليل ولا يجعلون لها الرخصة ، أشهد لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى (٢) وقد حقق هذا الامر ابن قيم الجوزية فقال : وهذا يحتاج إلى تقدير : فإن ظاهره أن آية الطلاق مقدمة على آية البقرة لتأخرها عنها فكانت ناسخة لها ولكن النسخ عند الصحابة والسلف أعم منه عند المتأخرين . فإنهم يريدون به ثلاث معان :

١ - رفع الحكم الثابت بخطاب .

٢ - رفع دلالة الظاهر إما بتخصيص وإما بتقييد وهذا أعم مما قبله .

٣ - بيان أن المراد باللفظ الذى من خارج وهذا أعم من

المعنيين الأولين .

فابن مسعود أشار بتأخير نزول سورة الطلاق إلى أن آية الاعتداد بوضع الحمل ناسخة لآية البقرة إن كان عمومها مراداً ، أو مبينة للمراد منها أو مقيدة لإطلاقها ، وعلى التقديرات الثلاث يتعين تقديمها على عموم تلك لإطلاقها (٣) .

(١) يقول القرطبي : والحجة لما روى عن علي وابن عباس روم الجمع بين قوله تعالى : ” والذين يتوفون منكم ... الآية “ وبين قوله تعالى ” وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن “ وذلك أنها إذ اعتدت أقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين وإن اعتدت بوضع الحمل فقد تركت العمل بآية عدة الوفاة . والجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول وهذا نظر حسن لولا ما يعكر عليه من حديث سبيعة (الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ١٧٥) .

(٢) صحيح البخارى - ج ٦ ص ٣٧

(٣) زاد المعاد لابن القيم - ص ٢٦٣ ج ٤

ولكن صريح السنة قد دل على اعتبار العدة للحامل بوضع الحمل كما  
في حديث سيبعة السابق وهو يشهد للقول بنسخ الآية الأولى بالثانية .  
فلو لم تأت السنة الصريحة باعتبار وضع الحمل لكان الجمع أولى .

ومن أمثلة نسخ القرآن بالقرآن - على رأى بعضهم - قوله تعالى « كتب  
عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين  
بالمعروف حقاً على المتقين (١) وقوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر  
مثل حظ الأنثيين الآية » (٢) فإن الآية الأولى توجب على المورث المالك  
إذا حضرته الوفاة وقارب خروج روحه عن جسده أن يوصى من تركته  
لوالديه وأقاربه بالمعروف . والآية الثانية توجب لكل واحد من الوالدين  
والأولاد والأقربين حقاً في تركة المورث بوصية الله لا بوصية المتوفى ،  
فهى دالة على أن الله قسم تركة كل مالك بين ورثته حسبما اقتضت حكمته  
فلم يعد التقسيم حقاً للمورث وحده . وهذا الحكم الثانى يعارض الحكم  
الأول - بحسب الظاهر - وهو متأخر عن الأول فكان ناسخاً على رأى  
جمهور العلماء

ومما يشير إلى ذلك ما روى الترمذى والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن  
خارجه قال : « خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ناقته يوم الحج  
الأكبر وأنا تحت جرائها وهى تقصع بجرتها . وإن لغامها يسيل بين كتفى  
يقول : إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » (٣) وورد  
مثل ذلك من طرق عديدة رويت عن كثير من الصحابة .

---

(١) البقرة - الآية ١٨٠ الخير المال ومعنى بالمعروف : مراعاة الحدود ، وتبيين حصة  
كل قريب بحسب قرابته ، والمراد بالعدل لا وكس فيه ولا شطط - القرطبى ج ٢ ص ٢٤٧

(٢) النساء - الآية ١١

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٩ ، ٤١ - جران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منحره -  
والجرة بكسر الجيم وتشديد الراء قال فى القاموس الجرة بالكسر هيئة الجر وما يفيض به البعير  
فيأكله ثانية . وقد اجتر وأجر اللقمة يتلعل بها البعير إلى وقت علفه . والقصع البلع واللغام  
اللغاب . ولغم البعير رمى بلعابه لزيدة - نيل الأوطار ج ٦ ص ٤١

ويقول الشافعي : « وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح « لا وصية لوارث » ويأثرونه عن حفظه فيه ممن لقوه من أهل العلم فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد » وهذا يعد من الشافعي ميلا إلى اعتباره متواتراً ، لكن الفخر الرازي وغيره نازعوا في تواتره (١) والصحيح أنه لم يصل إلى حد التواتر وعلى تقدير التسليم فالمشهور من مذهب الشافعي أن القرآن لا ينسخ بالسنة هذا ويذهب بعض أهل العلم إلى أن الناسخ لآية الوصية للوالدين والأقربين حديث « لا وصية لوارث » لآية فإنها لا تعارضها ، يقول صاحب مسلم الثبوت ان آية الموارث لا تعارض وجوب الوصية للأقرباء لأن الميراث بعد الوصية فتجوز أن تكون من الثلث والميراث في الباقي » (٢) - فهذا البعض يرى أن الحديث في قوة المتواتر لأن المتواتر نوعان.. متواتر من حيث الرواية ، ومتواتر من حيث العمل به من غير نكير . فإن ظهوره يغني الناس عن روايته هذا الحديث بهذه المثابة فإن العمل ظهر به مع القول من أئمة الفتوى بلا تنازع ، فيجوز النسخ به ومن ذهب إلى ذلك الشيعة الإمامية والهادية والناصرية من الزيدية .

ولهذا قالوا بصحة الوصية للوارث ونفاذها من الثلث دون توقف على إجازة الورثة . فإذا زادت على الثلث توقفت على الإجازة فيما زاد فقط أخذاً بالكتاب والسنة . فقد قال تعالى في آية الموارث « من بعد وصية يوصي بها أو دين » (٣) فلم يقيد بها بأن تكون لأجنبي بل ذكر الوصية للوارث في الآية السابقة قبلها ، وجاءت السنة مبينة أن نفاذ الوصية في الثلث وهو بيان يتفق مع قوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو أكثر نصيباً مفروضاً » (٤) .

(١) تفسير الفخر الرازي - ج ٢ ص ١١١

(٢) مسلم الثبوت - ج ٢ ص ٧٩

(٣) النساء - الآية ١١

(٤) النساء - الآية ٧

وكذلك استدلووا بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » وقالوا نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز (١) .

والحق الذي نميل إليه أن تكون الآية نسخت بالآية لا بالحديث، ويؤيد ذلك ماورد عن الشافعي في الرسالة حيث قال : من المحتمل أن تكون آية الوصية ناسخة للوصية ، ومن المحتمل أن تكون آية الوصية ثابتة معها آية الموارث غير منسوخة . فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » استدللنا بذلك على أن آية الموارث ناسخة لآية الوصية للوالدين والأقربين (٢) - كما يؤيد هذا الرأي ما قيل في الحديث إنه خبر واحد ، لأنه لو كان متواتراً لبقى كذلك ، لأنه خبر في واقعة مهمة فتتوفر الدواعي على نقله ، وليس كذلك فلا يصلح ناسخاً (٣) - وقد اختار ذلك فخر الاسلام البزدوى فقال في الرد على الاستدلال على نسخ آية الوصية بحديث « لا وصية لوارث » وهذا الاستدلال غير صحيح لوجهين أحدهما : أن النسخ إنما ثبت بآية الموارث وبيانه أنه تعالى قال «من بعد وصية يوصى بها أو دين » فرتب الميراث على وصية منكورة والوصية الأولى كانت معهودة « معرفة باللام » فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث ثم نسخت بالسنة

(١) نيل الأوطار - ج ٦ ص ٤١

(٢) الرسالة للشافعي مع تحقيقها للشيخ محمد شاكر ص ١٣٨ ، ١٤١ ، ١٤٢

(٣) ثم ان الحديث لم يصل إلى درجة ثقة الشيخين به فلم يروه أحد منهم مستنداً . ورواية أصحاب السنن محصورة في عمرو بن خارجه وأبي أمامه وابن عباس وفي إسناد الثاني اسماعيل بن عياش تكلموا فيه وإنما حسنه الترمذى لأن اسماعيل يرويه عن الشاميين وقد قوى بعض الأئمة روايته عنهم خاصة . وحديث ابن عباس معلول إذ هو من رواية عطاء عنه وقد قيل إنه عطاء الخراساني وهو لم يسمع عن ابن عباس . وقيل عطاء بن أبي رباح فإن أبا داود أخرجه في مراسيله عنه . وما أخرجه البخارى من طريق عطاء بن أبي رباح موقوف على ابن عباس . وما روى غير ذلك فلا نزاع في ضعفه . فعلم أنه ليس لنا رواية للحديث صحيحة إلا رواية عمرو بن خارجه . والذي صححها هو الترمذى وهو من المتساهلين في التصحيح . وقد علمت أن البخارى ومسلم يرضيها . فهل يقال ان حديثاً كهذا تلقه الأمة بالقبول (تفسير المنار « القرآن الحكيم ») ج ٢ (ص ١٣٨) .

لوجب ترتيبه على المعهود ، فصار الإطلاق نسخاً للقيّد ، كما يكون القيّد نسخاً للإطلاق لتغاير المعنيين - وتفسير ذلك : أنه تعالى لما رتب الإرث على الوصية المطلقة النافلة دل على نسخ الوصية المقيدة المفروضة .

الثاني : أن الله فوض الإيصاء في الأقربين إلى العباد بقوله تعالى « الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » تم تولى بنفسه بيان الحق وقصره على حدود لازمة تقرر بها ذلك الحق بعينه ، فتحول من جهة الإيصاء إلى الميراث . وإلى هذا أشار الله بقوله « يوصيكم الله في أولادكم » أي الإيصاء الذي فوض إليكم تولاه بنفسه إذ عجزتم عن مقاديره لجهاكم ، ألا ترى إلى قوله تعالى « لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً » وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » (١).

### نسخ القرآن بالسنة :

إذا تعارضت آية مع سنة متواترة أو مشهورة متأخرة عن الآية فقد قال الحنفية يجوز أن تنسخ السنة - وان كانت مشهورة - حكم الآية ، وحجتهم في ذلك أنه عليه السلام كان يتوجه إلى الكعبة في الصلاة حين كان بمكة ، فإذما هاجر الرسول إلى المدينة كان يتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة ستة عشر شهراً (٢) ثم نسخ ذلك بالتوجه إلى الكعبة ، فإن كان التوجه إلى الكعبة حين كان بمكة ثابتاً بالكتاب ، فقد نسخ بالسنة الموجبة للتوجه إلى بيت المقدس فإنه ثابت بالسنة ، وظاهر ذلك : لكونه لا يتلى في القرآن فيكون دليلاً على جواز نسخ الكتاب بالسنة .

(١) أصول البزدوى - ج ٣ ص ٩٠١ ، ٩٠٢ على هامش كشف الأسرار .

(٢) فإنه سبحانه لم يشأ أن يفجأ أهل الكتاب بخلاف ما عهدوه عن أنبياء بني إسرائيل من اتجاههم في الصلاة إلى بيت المقدس فشرع له استقبال هذا البيت اسمالة لهم ، وبيان أنه ليس بدعاً من الرسل ولا مخالفاً لهم بل هو مصدق لما جاءوا به وداع بدعوتهم وهاد إلى طريقهم حتى يستقر الإيمان في قلوبهم .

وإن كان التوجه إلى الكعبة أولاً لم يثبت بالكتاب فلا شك في أن التوجه إلى بيت المقدس الثابت بالسنة ظاهراً قد نسخ بالكتاب وهو قوله تعالى : « قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره » (١) - فيكون دليلاً على جواز نسخ السنة بالكتاب .

ولم ير الشافعي نسخ القرآن بالسنة (٢) . وقال : إنما تبع له تبينه وتفسره . جاء في رسالته : « وأبان لهم أنه ينسخ ما نسخ من الكتاب بالكتاب وأن السنة لا تكون ناسخة وإنما هي تبع للكتاب بمثل ما نزل به نصاً ومفسرة معنى ما أنزل الله حملاً . قال الله تعالى « وإذا تلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا ائت بقرآن غير هذا أو بدله ، قل : ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يوحى إلي إني أخاف إن عصيت ربي عذاب يوم عظيم » (٣) فأخبرنا الله تبارك وتعالى أنه فرض على نبيه اتباع ما يوحى إليه ولم يجعل له تبديله من تلقاء نفسه ، وفي قوله « ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي » بيان ما وصف من أنه لا ينسخ كتاب الله عز وجل إلا كتابه كما كان المبتدئ بفرضه فهو المزيل المثبت لما شاء منه جل ثناؤه ولا يكون ذلك لأحد من خلقه » (٤) .

وقد أحسن الإمام الغزالي وأصاب عين الحق في المسألة حيث يقول في المستصفى « إن الناسخ في الحقيقة هو الله تعالى على لسان رسوله عليه السلام . وليس الشرط أن ينسخ حكم القرآن بقرآن بل بوحى على لسان

(١) البقرة - الآية ١٤٤

(٢) قال القرطبي : وحقائق الأئمة على أن القرآن ينسخ بالسنة وذلك موجود في قوله السلام « لا وصية لوارث » وهو ظاهر مسائل مالك . وأبى ذلك الشافعي وأبو الفرج خلقي والأول أصح بدليل أن الكل حكم الله تعالى ومن عنده وإن اختلفت الأسماء . وأيضاً الجلد ساقط في حد الزنى عن الثيب الذي يرحم ولا مسقط لذلك إلا السنة وهي فعل النبي صلى الله عليه وسلم وهذا بين (الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩ طبعة دار الكتب) .

(٣) سورة يونس - الآية ١٥

(٤) الرسالة للشافعي ص ١٤٣

رسوله ، وكلام الله تعالى واحد وهو الناسخ باعتبار وهو المنسوخ باعتبار وليس له كلامان أحدهما قرآن والآخر ليس بقرآن وإنما الاختلاف بالعبارات ، فرمما دل على كلامه بلفظ منظوم يأمر بتلاوته ويسمى قرآنا . ورمما دل عليه بلفظ غير متلو ويسمى سنة والكل مسموع من الرسول عليه السلام و الناسخ هو الله تعالى على كل حال « (١) .

### نسخ السنة بالسنة :

من نسخ السنة بالسنة ما روت بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كنت نهيتكم عن ثلاث زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا ، وعن لحم الأضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوه ما بدلكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم ، وعن التبيذ في الدباء والحتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تشربوا مسكراً « وفي رواية ابن مسعود رضى الله عنه لهذا الحديث قال وعن الشرب في الدباء والحتم والتقيير والمزفت فاشربوا في الظروف ولا تشربوا مسكراً (٢) .

فهذا من نسخ السنة بالسنة لأن النهى الأول كان بالسنة إذ لم يرد ذكره في القرآن . وجاء بعد ذلك الإذن في هذا الحديث مبيناً انتهاء حكم النهى الثابت سابقاً . وواضح من قوله عليه السلام كنت نهيتكم للدلالة على سابق النهى في زمان متقدم كما جاء في رواية مسلم .

ومن أمثلة نسخ السنة بالسنة أيضاً أنه عليه السلام نهى أكل لحم الضب ثم سئل عن حرمة فقال : لا . فبنى سنن أبي داود أن رسول الله صلى الله

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٩٠٤

(٢) التبيذ : التمر يندب في جرة الماء أو غيرها ويلقى فيها حتى يغلى وقد يكون من الزبيب والعسل - الدباء - القرع ، الحتم : جرار حمر وقيل خضر تحمل فيه الخمر الواحد حتمة - التقيير : الخشبة المنقورة - المزفت : الوعاء المطلق بالمزفت (القار) - وكلها أوعية ضاربة تسرع بالشدة في الشراب وتحدث فيه التقيير ولا يشمر به صاحبه فهو على خطر من شرب الخمر كذا في المغرب (كشف الأسرار البرزوى ج ٣ ص ٩٠٦ ، ونيل الأوطار ج ٥ ص ١٢٧) .

عليه وسلم نهي عن أكل لحم الضب : (١) وروت عائشة رضی الله عنها أنه أهدي لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه ، فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه ، فقال عليه السلام : أنطعمين مالا تأكلين ؟ « فكل من الروایتين دال على التحريم ، الأولى بمقتضى النهي ، والثانية لأنه عليه السلام إنما كرهه لحرمة . فإنه لو لم تكن كراهة الأكل للحرمة لأمرها الرسول بالتصدق ، كذلك مما يفيد الحرمة ما روى أحمد والطبرانی وأبو يعلى والبخاري برجال الصحيح عن عبد الرحمن بن حسنة قال : كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فنزلنا أرضا كثيرة الضباب فأصبنا منها فذبحنا . فبينما القدور تغلي بها خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أمة من بني إسرائيل فقدت وإني أخاف أن تكون هي فأكفثوها وإنا لجياع » (٢) .

ومن الروايات الدالة على إباحة لحم الضب ما روى أن الترمذي عن خالد أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم إليه ضب ، فأهوى بيديه إليه ، فقيل هو الضب يارسول الله ، فرفع يده فقال خالد : أحرام يارسول الله ؟ قال لا ، ولكن لم يكن بأرض قومي فأجدني أعاقه قال خالد : فاجترته فأكلت ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر فلم ينهي » (٣) كما روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال : أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينظر إليه ويضحك » (٤) .

(١) راجع سبل السلام ج ٤ ص ١٢٢ قال في إسناده اسماعيل بن عياش ورجاله شاميون وهو قوی في الشاميين فلا يتم قول الخطابي : ليس إسناده بذلك ولا قول ابن حزم : فيه ضعيف ومجهولون فإن رجاله ثقات كما قال المصنف ولا قول البيهقي فيه اسماعيل بن عياش ليس بحجة لما عرفت أنه رواه عن الشاميين وهو حجة في روايته عنهم .

(٢) سبل السلام ج ٤ ص ١٢٣ .

(٣) التقرير والتحجير ج ٣ ص ١٠ .

(٤) سبل السلام ج ٤ ص ١٢٢ .



ومما سبق يتضح أنه تعارضت روايات التحريم مع روايات الإباحة .  
لهذا جعلوا المحرم ناسخاً لثلا يتكرر النسخ إذا جعل العكس عند تقدم المبيح  
تتقرر الإباحة الأصلية، ثم عند ورود المحرم ينسخ حكم الإباحة السابقة  
فيكون النسخ مرة واحدة (١). وأيضاً لا يخفى أنه عليه السلام او لم يرتحمه  
لما أمر بإلقاء القدور أو لما أقرهم على إكفائها لأن فيه إضاعة المال . وتحمل  
روايات الإباحة على ما قبل التحريم .

وما روى أن بعض القوم قالوا عند ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه  
وسلم قال في الضب « لا آكله ولا أنهى عنه ولا أحرمه » فهو معلول بأن  
ابن عباس قال : بثما قلم ما بعث نبي الله إلا محرماً أو محلاً « كذا في  
في مسلم (٢) .

ومن نسخ السنة بالقرآن : نسخ الصلاة إلى بيت المقدس بالتوجه إلى البيت  
الحرام «الكعبة» . فإنه عليه السلام صلى نحو بيت المقدس وليس في ذلك قرآن  
فلم يكن الحكم إلا من جهة السنة ثم نسخ ذلك بقوله تعالى « فول وجهك  
شطر المسجد الحرام وحيماً كنتم فولوا وجوهكم شطره » .

وقد اختلف في وقت تحويل القبلة بعد قدومه عليه السلام إلى المدينة  
فقيل حولت بعد ستة عشر شهراً ، أو سبعة عشر شهراً كما في البخارى وأخرجه  
الدارقطنى عن البراء أيضاً قال « صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم  
بعد قدومه المدينة ستة عشر شهراً نحو بيت المقدس ، ثم علم الله هوى نبيه  
فنزلت « قد نرى تقلب وجهك في السماء الآية » ففي هذه الرواية ستة عشر  
شهراً من غير شك - وقال أبو حاتم البستي : صلى المسلمون الى بيت المقدس  
سبعة عشر شهراً وثلاثة أيام ثم صرفه الله إلى الكعبة « (٣) .

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٠

(٢) نفس المرجع السابق ص ١٢٣

(٣) الجامع لأحكام القرآن ( تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢١ ) .

## الفصل الثاني

### تقديم الدليل الراجح على المرجوح

عرفنا في الفصل الأول أنه عند تعارض الدليلين وعلم تاريخيهما تقديم المتأخر ونسخ المتقدم به أما عند جهل التاريخ فالمهج الثاني (١) الذي يتبع لدفع التعارض الظاهري بين النصين أن ينظر فيهما . فإن ظهر أن أحدهما قد اقترن بما يترجح به على معارضه وجب العمل بالدليل الراجح ، وعند ذلك يسقط العمل بالمرجوح هذا عند جمهور الأصوليين ومن هنا كان للترجيح أهمية عندهم وعناية بالغة : ونبدأ في بيان معناه فنقول :

#### تعددت كلمة المرفين للترجيح :

فعرفه فخر الإسلام من الحنفية بأنه عبارة عن فضل أحد المثليين على الآخر وصفاً - وجاء شارحه عبد العزيز البخاري فوصف هذا التعريف بأنه اشتمل على التوسع لأن ما ذكره فخر الإسلام معنى الرجحان لا معنى الترجيح . لأن الترجيح إثبات الرجحان . ولهذا قال القاضي الإمام : الترجيح لغة : إظهار الزيادة لأحد المثليين على الآخر وصفاً لا أصلاً (٢) .

ومن تعريف القاضي نلمح أن الترجيح يبنى على المماثلة التي يعتمد عليها التعارض ، وأنه لا يقوم إلا على وصف هو تابع إذ الأوصاف تابعة للذوات . ويتفق ذلك مع قول صاحب الميزان : الترجيح أن يكون لأحد الدليلين زيادة قوة مع قيام التعارض ظاهراً .

وقد عرفه جمال الدين الأسنوي بأنه : تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى ليعمل بها وقال : وإنما خص الترجيح بالأمارتين اللتين هما الدليلان الظنيان

(١) هذا على أحد الرأيين السابقين وهو تقديم الترجيح على الجمع .

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البيهقي .

لأن الترجيح لا يجري بين القطعيات ، ولا بين القطعي والظني ، وقد فسر تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى بأنها بيان أن إحدى الأمارتين أقوى . وقال أيضاً لاشك أن الترجيح لازم للرجحان وبالعكس لأن المجتهد لا يمكنه أن يبين أن إحدى الأمارتين أقوى إلا إذا اقترنت بما تقوى به على معارضتها (١).

فلهذا كان تعريف الآمدى وابن الحاجب للترجيح بأنه اقتران الأمانة بما تقوى به على معارضتها في المال متفق مع التعريف السابق غاية الأمر أن من عرف بالتقوية نظر في تعريفه إلى فعل المجتهد ، ومن عرف باقتران الأمانة نظر إلى ترجح الأمانة في نفسها .

وعندي أن تعريف الحنفية للترجيح بأنه إظهار زيادة لأحد المتماثلين على الآخر، أحسن من تعريف غيرهم لأنه يدل على أن الترجيح ليس إلا مجرد إظهار الزيادة والقوة لا أنه تقوية أو اقتران .

## المبحث الأول

### الزراع حول المبدأ :

يختلف العلماء في العمل بالدليل الراجح فيذهب الجمهور إلى أنه يجب العمل به بالنسبة إلى المرجوح ، وأن العمل بالمرجوح ممتنع سواء كان الرجحان قطعياً أو ظنياً .

وذهب القاضى إلى أنه لا يجوز العمل بما رجح ظناً . لأنه لا ترجيح للظن عنده فلا يعمل بواحد من الدليلين لفقد المرجح لأحدهما .

وقيل إن رجح أحدهما بالظن فالتخيير بينهما في العمل . وإن رجح قطعاً يجب العمل ولكل رأى حجته . ويمكن أن نجملها فيما يلي .

(١) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول ج ٤ ص ٤٤٥

يحتاج القائلون بوجوب التوقف أو التخيير عند التعارض بقوله تعالى :  
 « فاعتبروا يا أولى الأبصار (١) . فقد أمر سبحانه بالاعتبار ، والعمل بالمرجوح  
 ضرب من الاعتبار بقوله عليه السلام : « نحن نحكم بالظاهر » لأن الحكم  
 بالمرجوح حكم بالظاهر ، لأن الأمارات الظنية لا تزيد على البيئات .  
 وإذا كان الترجيح غير معتبر في البيئات فلم ترجح شهادة أربعة شهود  
 على شهادة اثنين . فكذلك في الأمارات .

وقد ردَّ الجمهور القائلون بالراجح وجوباً بأن قوله تعالى « فاعتبروا يا أولى  
 الأبصار » تقتضى وجوب النظر ، وليس فيها ما ينافى القول بوجوب العمل  
 بالراجح . وكذلك منعوا كون المرجوح ظاهراً مندرجاً في قوله عليه السلام  
 « نحن نحكم بالظاهر » لأن الظاهر ما ترجح أحد طرفيه على الآخر ، والمرجوح  
 مع الراجح ليس كذلك .

وما استندوا اليه من عدم ترجيح شهادة الأربعة على الاثنين فيرد عليه بأن  
 الشرع جعل شهادة الاثنين علة تامة للحكم ، فالزيادة عليها لا تصلح مرجحة  
 للحجة (٢) .

واستدل الجمهور لمذهبهم : بإجماع الصحابة رضی الله عنهم والسلف  
 على تقديم بعض الأدلة الظنية على بعض . إذا اقترن به ما يقوى على معارضة .  
 فقد رجحوا خبر السيدة عائشة رضی الله عنها في الختانين وهو قولها  
 « إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل ، فعلته أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم  
 فاغتسلنا (٣) » على حديث أبي هريرة رضی الله عنه وهو قوله عليه السلام

(١) - الحشر الآية : ٢

(٢) - المستصفى للزالي ج ٢ ص ٣٩٣

(٣) - الحديث مروى في مسلم وأصله في البخارى عن أبي سعيد الخدرى روت عائشة  
 رضی الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا جاوز الختان الختان وجب الغسل  
 فملته أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا » وقد قبله عمر وسائر المهاجرين (مسلم  
 الثبوت ج ٢ ص ١٢٨ وبداية المجتهد ج ١ ص ٤٦) .

« إنما الماء من الماء » (١) فقالوا بالترجيح لأن أزواج الرسول عليه السلام وخصوصاً عائشة أعلم بفعله في هذه الأمور من رجال الأجانب .

وكذلك قدموا خبر عائشة رضى الله عنها أنه عليه السلام كان يصبح جنباً وهو صائم» على ماروى أبو هريرة عن الفضل بن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم « من أصبح جنباً فلا صيام له » وقد رد البخارى حديث أبي هريرة بأن حديث عائشة أقوى سنداً حتى قال فيه ابن عبد البر إنه صح وتواتر . وأما حديث أبي هريرة فأكثر الروايات أنه كان يفتى به ورواية الرفع أقل (٢) .

وقدم أبو بكر رضى الله عنه خبر المغيرة بن شعبة في ميراث الجدة على رأيه حينما روى معه محمد بن مسلمة . فقد روى قبيصة بن ذؤيب أن الجدة جاءت إلى أبي بكر رضى الله عنه فسألته ميراثها فقال : مالك في كتاب الله شيء فارجمي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة ابن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطهاها السدس ، فقال أبو بكر رضى الله عنه : هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال مثل ماقاله المغيرة فأنفذه لها أبو بكر» رواه الحمسة إلا النسائي وصححه الترمذى (٣) .

---

(١) معناه لا يجب الغسل إلا بخروج المني . وعن ابن عباس إنه معمول به في الاحتلام فإنه لا يجب الغسل فيه إلا بالإنزال وأما في الجماع فنسوخ فإن مذهبه إذا التقى الختانان يجب الغسل سواء أنزل أو لم ينزل (شرح مسلم الجامع الصحيح ج ١ ص ١٨٦) .

(٢) سبل السلام ج ٢ ص ٢٧٣

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٥٩ وفيه : حديث قبيصة أخرجه أيضاً ابن حبان والحاكم قال الحافظ وإسناده صحيح لثقة رجاله إلا أن صورته مرسل فان قبيصة لا يصح سماعه من الصديق ، ولا يمكن شهوده القصة قاله ابن عبد البر . وقد اختلف في مولده والصحيح أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة وقد أعله عبد البر تبعاً لابن حزم بالانقطاع .

وقدم عمر خبر أبي موسى في الاستئذان بموافقة أبي سعيد الخدرى له في الرواية فقد روى عن أبي سعيد أن أبا موسى سلم على عمر من وراء الباب ثلاث مرات فلم يؤذن له فرجع فأرسل عمر في إثره فلما عاد قال له : لم رجعت ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا سلم أحدكم ثلاثا فلم يجب فليرجع . فقال عمر : لتأتيني على ذلك بينة أو لأفعلن بك ، فجاء أبو موسى ممتعنا لونه ونحن جلوس فقلنا : ماشأنك ؟ فأخبرنا وقال فهل سمع أحد منكم ؟ فقلنا كلنا سمعنا فأرسلوا معه أبا سعيد حتى أتى عمر فأخبره ، وعند ذلك قال عمر : إنما أردت أن أثبت « وفي رواية قال عمر لتأتيني على هذا بالبيئة فقالوا : لا يقوم إلا أصغر انقوم فقام أبو سعيد معه فشهد له . فقال عمر لأبي موسى إني لم أهملك ولكنه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) .

فمن هذا وغيره مما سبق يتضح أن انسلف قدموا بعض الأحاديث على بعض لقوة الظن بسبب علم الرواة وكثرتهم وعدالتهم وعلو مناصبهم .

ومما يشهد لمذهب الجمهور أن العقلاء يوجبون العمل بالراجح بعقولهم في الحوادث متى غلب على الظن كون الفرع أشبه بأحد الأصلين ، ومن المقرر أن تنزل الأمور الشرعية على وفق الأمور العقلية العرفية . وبهذا يتبين أن الراجح ماذهب إليه الجمهور من القول بوجوب العمل بالراجح .

## المبحث الثاني

خلاف آخر بين القائلين بالترجيح :

القائلون بالترجيح قد اختلفوا فمنهم من جوزه في القطعيات والظنيات ومنهم من قصره على الظنيات ومنعه في القطعيات .

(١) محاضرات في أسباب الفقهاء الشيخ على الخفيف ص ٢٢

فالمشهور في مذهب الشافعية منع الترجيح في القطعيات وتخصيصه بالدلائل الظنية سواء أكانت عقلية أم نقلية ، ذلك لأن الترجيح متوقف على وقوع التعارض فيها ووقوعه فيها محال لأنه لو وقع لكان يلزم منه اجتماع النقيضين أو ارتفاعهما وذلك لأنه لا جائز أن يعمل بأحدهما دون الآخر لما فيه من التحكم . فتعين إما إثبات مقتضاها وهو جمع بين النقيضين ، أو رفع مقتضاها وهو رفع للنقيضين وكلاهما محال (١) .

وفي ذلك يقول ابن السبكي « يمتنع تعادل القاطعين » أي تعارضهما « سواء كانا عقليين أو نقليين » (٢) - ثم يقول : « لا ترجيح في القطعيات لعدم التعارض بينهما إذ لو تعارضت لاجتمع المتنافيان » (٣) .

والغزالي في المستصفي أيد ذلك فقال « الترجيح إنما يجري بين ظنيين لأن الظنون تتفاوت ، ولا يتصور ذلك في معلومين . إذ ليس بعض العلوم أقوى وأغلب من بعض وإن كان بعضها أجلى وأقرب حصولاً وأشد استغناء عن التأمل ، بل إن بعضها يستغنى عن أصل التأمل وهو البديهي . وبعضها غير بديهي يحتاج إلى تأمل لكنه بعد الحصول يحقق يقيني لا يتفاوت في كونه محققاً فلا ترجيح لعلم على علم » (٤) .

أما الحنفية فأجازوا الترجيح في القطعيات والظنيات ، وذلك بناء على أن التعارض بين الأدلة ليس في الواقع ونفس الأمر إنما هو تعارض ظاهري صوري فقط كما أوضحنا بيانه فيما تقدم . وحينذاك يكون أحد الدليلين محمولاً على غير ما جهل عليه الآخر ، أو يكون أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً لأنه لا يعقل الترجيح بين علم وعلم .

(١) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول للأسنوي ج ٤ ص ٤٤٥

(٢) الآيات البيئات ج ٤ ص ١٩٧

(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٢١١

(٤) المستصفي ج ٢ ص ٣٩٣

وقد وفق الشيخ بحيث في تعليقاته على نهاية السؤل للأسنوى بين المذهبين فقال : وعلى هذا لا يكون هناك خلاف بين الحنفية والشافعية إلا بأن الشافعية فرضوا الكلام فيما يكون قطعياً في نفس الأمر وفي ظن المجتهد فنفوا التعارض في القطعيات التي تكون كذلك - والحنفية فرضوا الكلام في القطعيات مطلقاً فنعوا تعارضها في نفس الأمر ، وجوزوا تعارضها عن المجتهد بحسب ظنه . لكن يبقى الكلام في الأمرين فإنهما كذلك لا يتعارضان في نفس الأمر لما قدمناه . ويتعارضان بحسب ظن المجتهد . ثم قال ، وعلى كل حال فما قاله الحنفية هو الحق الذي لا مرية فيه . والشافعية لا يستطيعون أن يخالفوه (١) .

وكذلك أفصح الآمدى عن ذلك الموضوع . واتفق كلامه مع ما تقدم من مذهب الشافعية . فقسم الطرق الموصلة إلى المطلوبات وهي الأدلة إلى قسمين قطعية وظنية . ثم قال : أما القطعي فلا ترجيح فيه لأن الترجيح لا بد وأن يكون موجباً لتقوية أحد الطرفين المتعارضين على الآخر . والمعلوم المقطوع به غير قابل للزيادة والنقصان فلا يطلب فيه الترجيح .

ولأن الترجيح إنما يكون بين متعارضين وذلك غير مقصور في القطعي لأنه إما يعارضه قطعي أو ظني والأول محال لأنه يلزم منه إما العمل بهما وهو جمع بين التقيضين في الإثبات ، أو امتناع العمل بهما وهو جمع بين التقيضين في النفي أو العمل بأحدهما دون الآخر ولا أولوية مع التساوي .

والثاني أيضاً محال لامتناع ترجح الظني على القاطع ، وامتناع طلب الترجيح في القاطع كيف وأن الدليل القاطع لا يكون في مقابلة دليل صحيح فلم يبق سوى الطرق الظنية ، ثم قسم الطرق الظنية إلى عقلية وشرعية . وقال إن العقلية ليس محل البحث . وقسم الشرعية إلى موصلة إلى الظن بأمر مفرد وهي الحدود أو الظن بأمر مركب وهي الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستدلال .

(١) سلم الوصول شرح نهاية السؤل للشيخ محمد بنيت المطيعي ج ٤ ص ٤٤٩



وقال لا ترجيح بين قطعى وظنى لأن الترجيح يعتمد التعارض والتساوى  
ولا مساواة بينهما فلا تعارض بل يقدم القطعى على الظنى دائماً (١) .

فإن وقع التعارض بين قاطعين فعند الشافعية لا سبيل إلى الترجيح بل إن  
كانا متواترين حكم بأن المتأخر ناسخ ولا بد أن يكون أحدهما ناسخاً . وإن  
كانا من أخبار الآحاد وعرفنا التاريخ حكمنا بالمتأخر . وإن لم نعرف فصدق  
الراوى مظنون فنقدم الأقوى فى نفوسنا (٢) .

---

(١) راجع الإحكام فى أصول الأحكام ج ٤ ص ٣٢٣

(٢) المستصفى للغزالي ج ٢ ص ٣٩٣

## الفصل الثالث

### الأمارات المرجحة

يعتمد الترجيح على أمارات يشتمل عليها أحد الدليلين دون الآخر وهذه كثيرة منها .

### المبحث الأول

#### الترجيح بقوة الظهور :

عند تعارض دليلين يتبين أن أحدهما أقوى ظهوراً من الآخر من حيث دلالة لفظه على معناه ، يكون ذلك مرجحاً له الآخر . لأن الدليل الأقوى يترجح على الأدنى فيترك الدليل الأدنى بوجود الأعلى . ويترتب على ذلك أنه إذا تعارض الدليل الذي لفظه محكم لا محتمل تأويلاً ولا تخصيصاً ولا نسخاً فإنه يقدم على الدليل المفسر أو النص أو الظاهر . لأن المفسر وإن كان لا يحتمل التخصيص والتأويل لكنه يحتمل النسخ . وكل من النص والظاهر يحتمل النسخ والتخصيص والتأويل . وأيضاً إذا تعارض النص مع الظاهر يترجح النص لكونه أقوى من حيث سوق الكلام لمعناه وقصده به ، وعند تعارض المفسر مع النص والظاهر يقدم المفسر لقوته من حيث عدم احتمال التخصيص والتأويل واحتمالها ذلك .

على أنه يجب أن يعرف أن التعارض الحاصل بين هذه الأقسام ليس تعارضاً من حيث القطعية والظنية لكونها كلها قطعية . إنما التعارض بينها صوري لا حقيقي لأنه يعتمد على التضاد بين الحجتين على السواء لا مزية

لأحدهما على الآخر . وههنا ليس كذلك . فإن الظاهر أدنى من النص ،  
والنص أدنى من المفسر ، والمفسر أدنى من المحكم (١) .

### فمن أمثلة تعارض الظاهر مع النص :

قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد  
أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » (٢) فقد تعارضت  
الآيتان مع أن الآية الأولى نص في أن مدة الرضاع مقدره بحولين ، والآية  
الثانية ظاهر في أن المدة ثلاثون شهراً لأنها سيقت لبيان منة الوالدة على الوالد  
بدليل أول الآية وهو قوله تعالى « ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه  
كرهاً ووضعته كرهاً » (٣) وحيث كانا كذلك قال صاحبنا أبي حنيفة أبو يوسف  
ومحمد يترجح الأدنى على الثانية وحكما بأن مدة الرضاع سنتان .

أما الإمام أبو حنيفة فقد رأى أن النص المقيد بحولين وهو الآية الأولى  
محمد على استحقاق الأجر لأن المطلقة إذا طلبت أجره الرضاع بعد حولين  
لا يجبر الزوج على الإعطاء ولو وقع ذلك في الحولين يجبر على الإعطاء (٤)  
فلا تعارض من حيث المدة .

ومما مثلوا به أيضاً قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا  
بأموالكم » (٥) فإنه تعارض مع قوله تعالى « فإنكحوا ما طاب لكم من النساء

(١) الظاهر ماد على معناه دلالة واضحة بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ولم  
يكن معناه هو المقصود الأصلي من سياق الكلام - والنص - ماد على معناه دلالة واضحة ولكن  
معناه هو المقصود الأصلي من السياق - والمفسر - اللفظ الذي وضحت دلالاته على معناه ولم يحتمل  
تأويلاً ولا تخصيصاً - والمحكم - اللفظ الذي ظهرت دلالاته على معناه ولم يحتمل تأويلاً ولا تخصيصاً  
ولا نسخاً لا في حياة الرسول ولا بعد وفاته .

(٢) البقرة الآية : ٢٢٣

(٣) الأحقاف الآية : ١٥

(٤) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٦٢

(٥) النساء الآية : ٢٤

مثنى وثلاث ورباع » (١) فإن الآية الأولى ظاهر في حل المحللات من غير قصر على عدد كالأربعة . فينبغي أن تحل الزائدة عليها . والآية الثانية نص في أنه لا تجوز الزيادة على الأربع لأنه سيق لأجل بيان العدد فوق التعارض بينهما لكن ترجحت الآية الثانية لأنها نص فتقدم على الأولى التي هي ظاهر فلهذا يقتصر على الأربع لا غير .

وقيل إن الآية الأولى نص في اشتراط المهر ، والآية الثانية ظاهر في عدم اشتراطه لأنها سكنت عن ذكره ومطلقة فيه فتعارضتا فتترجح الأولى لكونها نص ويجب المهر (٢) .

ومثال تعارض النص مع المفسر قوله عليه السلام « المستحاضة تتوضأ لكل صلاة » وما روى الترمذي عن عدى عن ثابت عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها التي كانت تحيض ثم تغتسل وتتوضأ عند كل صلاة وتصلى وتصوم » (٣) وما روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنه عليه السلام قال لفاطمة بنت أبي حبيش توضئي لوقت كل صلاة « وما ورد عنه صلى الله عليه وسلم « المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة » فإن الحديثين الأولين نص يقتضي الوضوء لكل صلاة أداء كانت الصلاة أو قضاء فرضاً كانت أو نفلاً إلا أنه يحتمل التأويل فيراد باللام معنى الوقت . فيكفي الوضوء الواحد في كل وقت وتصلى به ما شئت من فرض أو نفل .

أما الحديثان الأخيران وهما حديث هشام والحديث الذي بعده فهما مفسر لا يحتمل تأويلاً لأنه اشتمل على لفظ الوقت صريحاً - ومع هذا

(١) النساء الآية : ٣

(٢) كشف الأسرار شرح المنارج ١ ص ١٤٦

(٣) نصب الرأية لأحاديث الهداية ج ٣ ص ١٦٢ . لفظ الصلاة شاع استعماله في لسان الشرع والعرف في وقتها . وقد رجح أيضاً بأنه متروك الظاهر بالإجماع على أنه لم يرد حقيقة كل صلاة لجواز النفل مع الفرض بوضوء واحد (فتح القدير ج ١ ص ١٦٩) .

التعارض يصار إلى الترجيح بقوة الظهور فيرجح المفسر على النص ويكون الحكم بالنسبة للمستحاضة الاكتفاء بالوضوء الواحد في كل وقت (١) .

ومن أمثلة تعارض الظاهر مع المحكم قوله تعالى « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً » (٢) مع قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع (٣) » فإن الآية الأولى محكم في حرمة نكاح أزواج النبي عليه السلام لاشتغالها على لفظ «أبداً» المفيد للتأييد ، والآية الثانية ظاهر في إباحة جميع النساء لأنه بعمومه يتناول أزواج النبي عليه السلام ، وقد تعارضتا فيرجح المحكم على الظاهر .

ومن أمثلته أيضاً ما روى أنه عليه السلام قال « إلا إن لحوم الحمر الأهلية حرام إلى يوم القيامة » وقوله لغالب بن فهر : « كل من سمين مالك فإن الرواية الأولى محكم يفيد التحريم . والرواية الثانية ظاهر في التحليل فيرجح المحكم .

وإلى القول بالتحريم ذهب الجمهور من الصحابة والعلماء إلا ابن عباس فإنه قال ليست بحرام . وروى عن عائشة وعن مالك روايات أنها مكروهة أو حرام أو مباحة . وأما الحديث الذي أخرجه أبو داود عن غالب بن أبحر : أصابتنا سنة فلم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا شئان خمر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : إنك حرمت لحوم الحمر الأهلية وقد أصابتنا سنة فقال : أطعم أهلك من سمين خمرك فإنما حرمتها من جهة جوال القرية « يعني الجلالة » (٤)

(١) الاستحاضة : جريان الدم من فرج المرأة في غير أوان الحيض : وجمهور الفقهاء على أنها تتوضأ لكل صلاة فإذا فرغت من الصلاة انتقض وضوؤها . وذهب الحنفية والمالكية إلى أنها تتوضأ لوقت كل صلاة وأنها تصل به الفريضة الحاضرة وما شئت من النوافل وينقض وضوؤها بخروج الوقت . وذهب المالكية إلى أنه يستحب الوضوء ولا يجب إلا لحدث آخر (سبل السلام ج ١ ص ٩٥) .

(٢) الأحزاب الآية : ٣

(٣) النساء الآية : ٣

(٤) سبل السلام ج ٤ ص ١١٤

## ومن تعارض الحكم مع النص :

قوله تعالى « وأحل لكم ماوراء ذلكم » (١) فإنه نص في إباحة ما عدا المحرمات المذكورات قبله . فشمّل حل زوجات الرسول عليه السلام بعد وفاته لغیره . وقد تعارض مع قوله تعالى « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً » (٢) لأنه يفيد تحريم الزواج بإحدى زوجاته صلى الله عليه وسلم بعد وفاته . وهو محكم لمكان تأييده ولا يحتتمل النسخ ولا الإبطال فيكون راجحاً على الأول ومقدماً عليه (٣).

## ومما مثلوا به لتعارض المفسر مع الحكم :

قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » (٤) فإنه مفسر يقتضى قبول شهادة المحدودين فى القذف بعد التوبة لأنها صاروا عدلين حينئذ ، وقد تعارض مع قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » (٥) وهو محكم يقتضى عدم قبول شهادة المحدودين فى القذف لوجود التأييد فيه صريحاً . وعند التعارض يقدم المحكم .

والبعض لا يسلم كون الآية الأولى مفسراً . لأن المفسر فى حقيقته مالا يحتتمل شيئاً إلا النسخ أما قوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فالأمر فيه يحتتمل الإيجاب ويحتتمل النذب . ثم هو بإطلاقه أيضاً يتناول الأعمى والعبد وليس بمرادين إجماعاً فلا يسمى لهذا الاحتمال مفسراً .

وأيضاً لا يلزم من صحة الإشهاد قبول الشهادة ، فإن إشهاد العميان والمحدودين فى القذف فى عقد النكاح صحيح ، وينعقد بشهادتهم إذا شهدوا

(١) النساء الآية : ٢٤

(٢) الأحزاب الآية : ٣

(٣) كشف الأسرار شرح المنارج ١ ص ٤٥

(٤) الطلاق الآية : ٢

(٥) النور الآية : ٤

( عند الحنفية ) ومع هذا لا يقبل شهادتهم اذا أدوها . فكان هذا هو الفرق بين شهادة الترحيل والاداء (١) .

والذى عليه جمهور الفقهاء قبول الشهادة المحدود في قذف بعد التوبة لأن التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . ولأن ارتفاع الفسق بها مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع وخارج عن الأصول لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة (٢) .

## المبحث الثاني

### الترجيح بقوة الدلالة :

تنقسم دلالات اللفظ على معناه الى أربع دلالات ، لأنه قد يدل بعبارة ، وقد تدل بإشارته وقد يدل بدلالته ، وقد تكون دلالة باقتضائه وفي كل من هذه الدلالات يفيد الحكم على سبيل القطع ما لم توجد قرينة تصرفه عن ذلك إلى الظن من تخصيص أو تأويل .

وذلك : لأن كلا من العبارة والاشارة يثبت المعنى فيها بنفس اللفظ ، أما في الدلالة فالحكم الثابت بها يضاف إلى علة مفهومة من اللغة ، ومن تلك الجهة كان الحكم الذى يثبت بها أقوى من الحكم الذى يثبت العلة فيه بالرأى والاجتهاد ، وما يثبت باللغة أقوى مما يثبت بالرأى ، ولذا ترجح الدلالة على القياس . دلالة الاقتضاء الثابت بها أمر ضرورى دعت إليه ضرورة صدق الكلام وصحة معناه . فعند تعارضها مع الدلالة تقدم عليها .

ثم إن الدلالات الأربع ليست كلها في قوة واحدة ، بل هي متفاوتة ، ومن هنا كان الذى يتبع عند وجود تعارض بينها تقديم الأقوى فلهذا كانت النتائج الآتية :

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٤١٢

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٤ يقول القرطبي : وأما شهادة القاذف فلا تقبل ألبتة ولو تاب وأكذب نفسه ولا بحال من الأحوال عند شريح والنخعي وأبي حنيفة وقال الجمهور الاستثناء عامل في رد الشهادة فإذا تاب قبلت شهادته وإنما كان ردها لعملة الفسق فإذا زال بالتوبة قبلت شهادته مطلقاً قبل الحد وبعده وهو قول عامة الفقهاء : راجع تفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٧٩

(١) ترجع عبارة النص على إشارته:

وذلك لأن الثابت بالعبارة مقصود بسوق الكلام ، أما الثابت بالإشارة فليس مقصوداً بالسوق . لأن عبارة النص دلالة الكلام على المعنى المقصود منه أصالة أو تبعاً . وإشارة النص : دلالة الكلام على المعنى الذي لم يقصد أصالة ولا تبعاً لكنه لازم للمعنى الذي سبق له الكلام فهي دلالة على معنى التزاي .

ومن أمثلة ذلك : قوله عليه السلام في حق النساء « إهن ناقصات عقل ودين ، قلن : وما نقصان عقلا وديننا ؟ قال عليه السلام : أليس شهادة النساء نصف شهادة الرجال ؟ قلن بلى . قال عليه السلام فذلك من نقصان عقلها — ثم قال — تقعد إحداهن شطر دهرها في قعر بيتها لا تصوم ولا تصلى قلن بلى ، قال عليه السلام فذلك من نقصان دينها » (١) فالحديث مسوق لنقصان دين النساء أفاد ذلك بعبارته . ويفيد بإشارته أن أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوماً — وإلى ذلك ذهب الشافعي (٢) لأن لفظ الشطر موضوع للنصف في أصل اللغة .

وقد تعارض هذا مع ما روى الدارقطني عن أبي أمامة الباهلي (٣) :

« أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام وليالهن ، وأكثره عشرة أيام » لأنه يفيد بعبارته أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وقد أخذ بذلك الحنفية فترجع الحديث الثاني على الحديث الأول لأن الثاني عبارة والأول إشارة ويمكن أن يدفع التعارض بأن الشطر في الحديث الأول وإن كان موضوعاً في أصل اللغة للنصف لكن المراد به فيه البعض .

(١) قيل إن الحديث واه لا أصل له . وقال عنه البيهقي لم تجده في شيء من كتب الحديث ولا يعرف . وقال النووي إنه باطل .

(٢) فقد جاء في منهاج الطالبين من كتب الشافعية « أقل الحيض يوم وليلة متوالين وأكثره خمسة عشر يوماً بلياليها وإن لم يتصل » ج ١ ص ٢١٠ وراجع نهاية المحتاج ج ١ ص ٢٣٨

(٣) هو صدى بن عجلان الباهلي من المكثرين من رواية الحديث . سكن مصر وانتقل منها إلى حمص ومات سنة ٨١ أو سنة ٨٦



ومن الأمثلة على ذلك أيضاً : قوله تعالى « ولا تحسبن الذين الذين قتلوا في سبيل الله أمواتاً بل أحياء عند ربهم يرزقون » (١) فإنها سيقت لبيان منزلة الشهداء وعلو مكانتهم عند ربهم فدلّت بعبارتها على ذلك . وأفادت بإشارتها أنه لا يصلح على الشهداء لأنه تعالى سماهم أحياء . وصلاة الجنائز غير مشروعة على الأحياء - وقد تعارضت مع قوله تعالى « وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » (٢) فإنه يفيد بعبارته إيجاب الصلاة في حق الأموات على العموم . والشهداء أموات حقيقة (٣) وحكماً بدليل قسمة أموالهم التي تركوها وحل تزوج نسائهم بعد العدة وغير ذلك . فتعارضت عبارة هذه الآية مع إشارة تلك فترجح العبارة .

وقد يناقش هذا التمثيل بكون الإشارة ليست بثابتة . من جهة أن المراد من الحياة في الآية الأولى ليس الحياة التي يمنع جواز الصلاة معها . كما أن العبارة في الثانية غير ثابتة لأنه لا يمكن أن يكون المراد من الصلاة فيها الدعاء لاصلاة الجنائز . ويكون المعنى تعطف عليهم وترحم بالدعاء لهم عند أخذ الصدقة منهم فإنهم يسكنون إليه وتطمئن قلوبهم بأن الله قد تاب عليهم وقبل منهم . كذا قال المفسرون . وعلى ذلك فلا يظهر تعارض بين الآيتين لعدم دلالة الآيتين على صلاة الجنائز نفيًا ولا إثباتًا .

#### (ب) يترجح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالة :

ذلك لأن الثابت بالإشارة ثابت بالنظم لغة وبلا واسطة . أما الثابت بالدلالة (٤) فثابت بواسطة معنى لازم لمدلول النص . ويعلل بعضهم تقديم الإشارة على الدلالة بأن في الإشارة يوجد النظم والمعنى اللغوي . وفي الدلالة

(١) آل عمران الآية : ١٧٩

(٢) التوبة الآية : ١٠٣

(٣) الشهيد من قتل ظلماً سواء قتل في حرب أو قتله باغ أو حربى أو قاطع طريق أو لص ولو كان قتله بسبب غير مباشر . ويخصه الجنائز والمالكية بمن مات بسبب قتال كفار حين القتال ولو كان غير مكلف رجلاً كان أو امرأة .

(٤) دلالة النص عند الحنفية دلالة الكلام على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه بواسطة علة الحكم التي يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى الاجتهاد والرأى .

لم يوجد إلا المعنى اللغوي فتقابل المعنيان اللغويان وبقي النظم سالماً عن المعارضة في الإشارة فترجحت - وقد علق على ذلك صاحب مسلم الثبوت بقوله « وما قالوا : إن بين المعنيين تعارضاً وبقي النظم سالماً ممنوع . بل المعنى المقصود لا يعارضه شيء فيضمحل عنده فلم يتساقط . ولم يبق النظم سالماً (١) .

ومن أمثلته قوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » (٢) ، وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها » (٣) ، فقد تعارضت الآيتان لأن الأولى أوجبت على القاتل خطأ الكفارة بعبارتها ومن المقرر أن الخطيء أدنى حالا من العامد فلهذا تجب الكفارة على القاتل العامد من باب أولى . أما الآية الثانية فقد دلت بإشارتها على عدم الكفارة على العامد لأن الجزاء اسم للكامل ، وهو كل ما ذكر فعلم أنه لاجزاء على العامد سوى جهنم فلدفع هذا التعارض تقدم دلالة الإشارة على الدلالة ، ومن هنا لم يوجب الحنفية الكفارة على من قتل عمداً .

أما الشافعية (٤) والمالكية فأوجبوا الكفارة في القتل العمد استناداً إلى أن الكفارة لما وجبت في القتل الخطأ بالنص وهو قوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » تجب في قتل العمد بدلالة النص ، لأن وجوب الكفارة باعتبار القتل دون صفة القتل الخطأ ، لأن الخطأ عذر مسقط لحقوق الله تعالى ، فلما وجبت الكفارة مع قيام العذر تجب بدونه أولى (٥)

(١) مسلم الثبوت ج ١ ص ٤١٣

(٢) النساء الآية : ٩٢

(٣) النساء الآية : ٩٣

(٤) كشف الأسرار شرح المنار ج ٢ ص ٢٥٤

وانظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ٣٣١ وللشافعية ما جاء في منهاج الطالبين من كتبهم ج ٤ ص ١٧٠ « تجب بالقتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ كفارة لقوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية » وغير الخطأ أولى .

(٥) كشف الأسرار البردوي ج ٢ ص ٥٤٠

### (ج) يترجح الثابت بدلالة النص على الثابت باقتضائه (١)

فإذا تعارضا تقدم الدلالة ، لأن الثابت باقتضاء النص ثبت ضرورياً للحاجة إلى اثباته فكان ثابتاً من وجه دون وجه ، أما الثابت بدلالة النص فثابت بمعنى اللغة فكان ثابتاً من كل وجه ، ثم هو أيضاً ثابت بالنظم كما تقدم والمقتضى ليس من موجبات الكلام لغة :

ومما مثلوا به لذلك : ما روى الترمذى عن أسماء بنت أبى بكر الصديق أن امرأة سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الثوب يصيبه الدم من الحيضة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حثيه ثم اقرضه بالماء ثم رشيه وصلى « (٢) فقد دل الحديث باقتضائه على أنه لا يجوز غسل النجس بغير الماء من المائعات لأنه عليه السلام لما أوجب الغسل بالماء اقتضت صحته أن لا يجوز الغسل بغيره إلا أن الحديث نفسه دل بدلالة نصه على جواز غسل النجس بالمائعات ، وذلك لأن المعنى المأخوذ منه الذى يعرفه كل أحد هو التطهير ، وذلك يحصل بكل من الماء والمائعات ( ولهذا كان من يلقي فى الماء ثوباً نجساً لا يؤخذ بكونه جعل الماء مستعملاً ) لأن المقصود وهو إزالة النجاسة حاصل على كل حال فترجح الدلالة على الاقتضاء .

### ومن أمثلتهم التى يوردونها فى الفروع لتعارض الداليتين :

ما إذا باع شخص من آخر عبداً بألفى درهم فأعتقه . قالوا لا يجوز له البيع لأن دلالة النص الذى ورد فى حق زيد بن أرقم بفساد شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن توجب عدم الجواز . فى حين أن دلالة الاقتضاء تدل على جواز البيع . لكنهم رجحوا دلالة النص فلم يميزوا ذلك تقدماً للأقوى دلالة .

(١) يرى الآمدى أن دلالة الاقتضاء أولى لترجحها بقصد التكلم . ولأنه وقع الاتفاق عليها وحدث الاختلاف فى مقابلها ولأن ما يعترض دلالة الاقتضاء من المبطلات أقل مما يعترض المفهوم ( الإحكام فى أصول الأحكام ج ٤ ص ٣٤٣ ) .

(٢) الحث الفك . والقرض : ذلك بأطراف الأصابع والأظفار مع صب الماء عليه حتى يذهب الأثر . الرش : صب الماء عليه .

ولكني لا أسلم أن يكون في المثال السابق معارضة بين الداليتين . لأن شروطها تساوى الحجتين ولا تساوى . ولأن المقتضى الذى قام المقتضى به كلام الأمر ، أما دلالة النص فثابتة بالسنة فأنى يتعارضان ؟ وأيضا عدم الجواز الذى ذكر فى حكم المسألة - إن ثبت - ليس لترجح الدلالة على المقتضى . فإنهما لو صرحا بالبيع بأن قال المشتري : بعت هذا العبد منك بألف . وقال البائع : قبلت لا يجوز لأن موجب ذلك النص عدم الجواز من غير معارضة نص إياه فلا يكون هذا التمثيل صحيحاً .

### المبحث الثالث

#### الترجيح بكثرة الأدلة

إذا كان فى أحد الجانبين دليل واحد كحديث أو قياس وفى الجانب الآخر دليلان أو أكثر كحديثين أو قياسين . فقد اختلف فى ترجيح الجانب الثانى على الأول بكثرة أدلته أولاً .

فذهب البعض من الحنفية والشافعية إلى أنه قد يرجح بذلك . قال الأسنوى : مذهب الشافعى كما قال الإمام وغيره ، أنه يجوز الترجيح بكثرة الأدلة ، وقال فى جمع الجوامع ، والأصح الترجيح بكثرة الأدلة والرواة (١) .

وذهب أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف الى أنه لا ترجح بكثرة الأدلة ولا بكثرة الرواة ما لم تبلغ حد الشهرة . نقل ذلك صدر الشريعة فقال فى التوضيح : يرجح بكثرة الدليل عند البعض لا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأبى يوسف « (٢) إلا أن شارح كشف الأسرار يقول : ونقل عن بعض الحنفية أن أحد النصين المتعارضين وإن كان لا يرجح بنص آخر (٣) .

(١) نهاية السؤل ج ٤ ص ٤٨١

(٢) التوضيح ج ٢ ص ١١٥

(٣) كشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١١٩٩

لكنه يترجح بالقياس لأن القياس غير معتبر في مقابلة النص فكان بمنزلة الوصف للنص ، الذى يوافقه وتابعاً فيصلح مرجحاً ، ولم يرتض ذلك شمس الأئمة من الحنفية فقال : لأن أحد الخبرين لا يترجح بالقياس وينبغي أن يكون هذا أصح لأن القياس من جنس ما يصلح حجة بنفسه حالة الانفراد وإن لم يبق حجة مع النص ، كالشاهد الثالث لا يصلح مرجحاً لاحدى البيتين لأنه من جنس ما يصلح حجة بنفسه بطريق الأصالة وان لم يكن حجة في هذا الموضوع .

والذى يظهر لى أن ترجيح ما يوافق القياس من النصين على ما يخالفه مهما ليس من باب الترجيح بكثرة الأدلة عند من يقبل الترجيح بها ، ويعده مذهباً له ، لأن القياس غير معتبر اتفاقاً في مقابلة النص . فلبس القياس حينئذ دليلاً ، غاية الأمر أنه وصف لذلك النص ، فترجيحه به إنما هو بهذا الاعتبار ، فرجح إلى كون النص الموافق للقياس صار راجحاً بكونه معللاً .

هذا ويمكن رد الخلاف في قبول الترجيح بكثرة الأدلة وعدمه الى اختلافهم في حقيقة الترجيح . فالشافعية لما عرف بعضهم الترجيح بأنه اقتران الأمانة بما تقوى به على معارضها بناء على أن المراد به الرجحان ، وعرفه البعض الآخر بأنه تقوية أحد الأمارتين ليعمل بها بناء على أنه فعل أجازوا الترجيح بكثرة الأدلة .

أما الحنفية فلما قالوا في تعريف الترجيح : إنه إظهار الزيادة لأحد المتماثلين على الآخر بما لا يستقل ، أو أنه فضل لأحد المتماثلين على الآخر لم يجوزوا الترجيح لأحد الحكيم المتعارضين بكثرة الأدلة على الآخر نظراً لاستقلال كل بثبوت المطلوب به فلا ينضم إلى الآخر ولا يتحد معه ليفيد تقويته لأن الشيء إنما يتقوى بصفة توجد في ذاته لا بانضمام مثله اليه كما في المحسوسات ، وإنما كان ذلك لأن وصف لا قوام له بنفسه فلا يوجد إلا تبعاً لغيره . وبذلك يكون كل واحد من الأدلة معارضاً للدليل الذى يوجب الحكم على خلافه فيتساقط الكل بالتعارض ويستدل القائلون بالترجيح

بكثرة الأدلة بأن الدليل الواحد لا يقاوم إلا دليلاً واحداً من جنسه فيساقطان بالتعارض فيبقى الدليل الباقي سالماً عن المعارضة فيصح الاحتجاج به . وبأن المقصود من الترجيح قوة الظن الصادر عن إحدى الأمارتين المتعارضتين ، وقد حصلت قوة الظن في الدليل الذي عاضده دليل مثله في اثبات الحكم فيترجح على الآخر ، ولهذا كانت العلة المنزعة من أصول تترجح على المنزعة من أصل واحد لتقويتها بكثرة أصولها ، وبأن كل واحد من الدليلين المتعارضين يفيد ظناً غير الظن الحاصل من الآخر ، والظنان أقوى من الظن الواحد والعمل بالأقوى واجب لكونه أقرب إلى التقطع (١) .

وعندي أن هذا الاستدلال الأخير واضح الضعف . لأن قوة الظن التي يقولون بها لاتسلم لهم ، لأنه لو اجتمع أقيسة كثيرة وعارضها خبر واحد من أخبار الآحاد كان ذلك الخبر راجحاً ، كما لو كان القياس واحداً ، فلو كان للكثرة أثر في قوة الظن لترجحت الأقيسة المتكثرة بتعاضدها على الحديث الواحد كما أن العلة المنزعة من أصول إنما ترجحت باعتبار أن شهادة الأصول بصحتها جعلتها تقوى بنفسها ، ولا كذلك العلة المنزعة من أصل واحد .

ومن جهة أخرى : فإن الترجيح لا يقع بما يصلح دليلاً بانفراده . ولهذا كان القياس لا يترجح بقياس آخر - كما سيأتي - إنما يترجح بقوة الأثر فيه . ويتأكد بما هو الركن في القياس ، وكذلك الحديث لا يترجح بحديث آخر - كما سيأتي - إنما يترجح القياس على آخر بالنص لأن النص متى شهد لصحة القياس صارت العبارة للنص ، وسقط القياس لأن النص أقوى منه . - وأيضاً كان الحديث المشهور عند الحنفية أولى من حديث الآحاد لكون الحججة هي الخبر المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والاشتهار يوجب قوة ثبوت في النقل الذي يثبت عنه عليه السلام ، ويصير حجة ويصير وصفاً ، ولهذا يقال خبر مشهور مثلاً وتلحق به الصفة التي هي الشبهة ..

(١) كشف الأسرار البرزخية ج ٤ ص ١١٩٩

ودعوى كون كثرة الاجتهاد تفضى الى اليقين ، وكثرة الرواة تنهى بالتواتر الى القطع غير مسلمة اوجود الفرق بينهما لأن القطع الحاصل بالإجماع في الاجتهاد أمر تعبدى يحصل دفعة ، لا أنه يتدرج : بأن يحصل ظن ضعيف ثم يتقوى بانضمام الآخر حتى ينهى الى اليقين أما كثرة الرواة فليست كذلك فإن الظن فيه يتقوى بالانضمام وينهى بالتواتر إلى اليقين (١) .

فكان الراجح ما ذهب اليه الثمائلون بعدم الترجيح بكثرة الأدلة ، ومما يؤيد ذلك الأمور الآتية :

١ - وقوع الاتفاق على عدم الترجيح بكثرة العدد في الشهادة . فإن أحد المدعين إذا أقام شاهدين والآخر أربعة لا يترجح شهادة الأربعة على شهادة الإثنين ، لأن شهادة الإثنين علة تامة للحكم فلا تصلح مرجحة للحجة . وكذلك لو أقام المدعى ثلاثة شهود على دعواه لان فيه زيادة شاهد واحد من جنس ما يقوم به الحجة بطريق الأصالة فلا يقع بها الترجيح ، فإن الذى يشهد بهلال رمضان وحده وفي السماء غيم تكون شهادته حجة حتى يجب على المتقاضى أن يأمر المسلمين بالصوم بناء على تلك الشهادة وهذا - عند الحنفية - بخلاف ما لو أقام أحد المدعين شاهدين مستورين والآخر شاهدين عدلين فإنه يترجح شهادة العدلين لظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادتهما .

٢ - أن أكثر الصحابة - عدا ابن مسعود - لم يرجحوا عصوبة ابن العم الذى هو أخ لأم (٢) على ابن العم الذى ليس كذلك . مع أن ابن العم

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢١١ .

(٢) وصوة ذلك أخوان لكل واحد منهما ابن فات أحد الأخوين فزوج الأخ الباقى زوجته فولدت له ابناً فهذا الابن المولود حديثاً والابن الذى كان له من قبل ابناً عم لابن المتوفى أحدهما أخوه لأمه ، فلو أن ابن المتوفى مات وترك ابناً عمه هذين لا غير كان الذى هو أخوه لأم السدس بالفرضية والباقي بينهما بالعصوبة .

الذي هو أخ لأم اجتمع فيه سببان للمرث الأخوة والعمومة . فيستحق بكل واحد منهما (١) ، ولا يصير أحدهما تبعاً للآخرين فلا تصلح الأخوة مرجحة للعمومة بل هي علة بانفرادها لأن الترجيح إنما يكون بما يصلح علة بانفراده وههنا الأخوة علة صالحة للاستحقاق . كما أنها ليست من جنسها حتى تصلح وصفاً للعمومة بل هي أقرب منها .

ويذهب عبد ابن مسعود إلى أن ابن العم الذي هو أخ لأم يحرز المال لأنه اجتمع للميت عصبتان استوتا في قرابة الأب ، وانفردت أحدهما بقرابة الأم فتترجح على الأخرى كأخوين لأب أحدهما أخ لأم . ودليلاً على ما ذهب إليه أن العلة تترجح بزيادة من جنسها إذا كانت الزيادة لا تصلح علة بنفسها لو انفردت - كما سبق بيانه - والزيادة ههنا وهي الأخوة لأم من جنس العمومة لأنها قرابة كالعمومة . ولو انفردت لم تصلح علة للتعصيب فتصلح مرجحة لقرابة العصوبة كما في الأخوين لأب أحدهما أخ لأم .

ولا نسلم ذلك لابن مسعود : لأن الأخوين لأب أحدهما أخ لأم إنما ترجح أحدهما بقرابة الأم لأن السبب فيهما واحد وهو الأخوة . والأخوة لأم في معنى زيادة وصف في الأخوة لأب ولهذا كان الأخ لأب . وأم عند انفراده لا يستحق بالفرضية شيئاً . وإنما يستحق بالعصوبة ، ومعنى هذا أن قرابة الأم فيه لم تصلح سبباً للاستحقاق . وإذا لم تصلح علة والمنزل واحد وهو الأخوة صالحت مرجحة (٢) .

وفي الأخوين لأم أحدهما أخ لأب لا يترجح الأخ الشقيق على الأخ لأم بل يرث الأخ لأم فرضاً ، والأخ الشقيق بالعصوبة مع أن المنزل واحد وهو قرابة الأخوة لسبيين .

١ - أن قرابة الأب أقوى من قرابة الأم فلا تصلح تبعاً لقرابة الأم

بوجه .

(١) فإذا كان معه زوجة مثلاً تأخذ الزوجة الربع فرضاً ويأخذ الأخ السدس فرضاً . وله الباقي تعصيباً باعتباره ابن عم (أحكام الموارث ص ٩٤ للأستاذ عيسوى أحمد عيسوى) .

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١٢٠٠ .



٢ - أن استحقاق الأخ لأم بالفرض ، واستحقاق الآخر بالعصوبة لم يجعل بينهما مزاحمة لاختلاف الحكم فلم يحتاج إلى الترجيح .

ومما يشهد لعدم الترجيح بكثرة الأدلة أنهم لم يرجحوا بكثرة العلل والأسباب في الحوادث الحسية الخارجية وقد ظهر فيما يأتي :

(١) أن من جرح جراحات كبيرة من شخص . وجرح جراحة واحدة من شخص آخر ثم مات المرحوح من جميع الجراحات دون أن تندمل واحدة منها وجب على الجارحين الدية نصفين ولا يترجح صاحب الجراحات الكثيرة حتى يجعل وحده قاتلاً دون صاحب الجراحة الواحدة . لأن كل جراحة تصلح علة معارضة بنفسها . فلم تصلح وصفاً يقع به الترجيح ، ولما سقط الترجيح كان المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات لأن الانسان قد يموت من جراحة واحدة ، وقد لا يموت من جراحات كثيرة فلا يعتبر العدد في الجراحات . وتعتبر الجراحات الحاصلة من الواحد بمنزلة جراحة واحدة . ولذا لو انفرد صاحب الجراحات كانت عليه وحده دية واحدة ولو انفرد صاحب الجراحة الواحدة تكون عليه دية كاملة فعلم أن المعتبر عدد الجاني لا عدد الجنايات .

(ب) أن صاحب القليل يتساوى في استحقاق الشفعة في الجزء الشائع المبيع مع صاحب الكثير وبيان ذلك : أنه إذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها ، وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة لم يترجح صاحب الثلث على الآخر في استحقاق الشفعة بقدر نصيبه الزائد عن الآخر . بل يقسم قسمة تناسية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض - عند غير الحنفية - لأن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم . وكأنه ثمرة من ثمراته فيقتدر بقدره

عند التزامها فيها ، ويستحقونها على حسب ما يملكون من أصلها . كما يستحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيه .

وقال الحنفية يقضى بالمبيع بين الباقيين انصافاً ، ويقسم بينهم على حسب رءوسهم فلا يزداد شريك على آخر ، وان كان يملك أكثر من شريكه ، لأن أهل المرتبة الواحدة تساوا في استحقاق أخذ المبيع ، بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده فجميعه من حقه ، فإذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على السواء لاستوائهم جميعاً في استحقاقه - ولأن كل جزء مملوك علة صالحة لاستحقاق حملة المبيع بالشفعة ، ولا رجحان لصاحب الكثير على صاحب القليل ، فقامت المعارضة لصاحب الكثير مع صاحب القليل بكل جزء مما في يده وإن قل فلم يصلح شيء من السهم الذي في يده وصفاً لغير ذلك الشيء وهو باقى السهم فلا يقع الترجيح به اذ لم يوجد في جانب الكثير إلا كثرة العلة وهي غير صالحة للترجيح .

وبالنظر في كلا الرأيين نجد أنه يوجد اتفاق بينهما على عدم الترجيح بكثرة الأسباب حيث أنه لم يقل أحد منهما بأن صاحب الكثير يستحق كل المبيع ، فلو كانت الكثرة مرجحة لصاحب الكثير لحكم بجرمان صاحب القليل لكنهما أثبتا له حقاً (١) في المبيع على كل حال .

## المبحث الرابع

### الترجيح بقطعية أحد الدليلين :

ويظهر ذلك في تعارض العام والخاص . فإذا اختلف حكم العام مع الأخص منه فدل أحدهما على حكم يخالف ما دل عليه الآخر . فالجمهور من العلماء يخصصون العام بالأخص منه ، ويعملون بالأخص فيما دل عليه ويعملون بالأعم فيما وراء ذلك .

(١) راجع التوضيح والتلويح ج ٢ ص ١١٧ ، وكشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١٢٠٠ ومختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٤٤ في بحث الشفعة .

أما الحنفية فيحكمون بالتعارض حينئذ بين الدليلين في القدر الذى دل عليه الأخص لتساويهما في الدلالة . ولا يترجح الخاص على العام عندهم .

وينبئ هذا الخلاف على أن دلالة العام عند الحنفية على كل أفراده قطعية الدلالة كالخاص فهو يعارضه وينسخه إن تأخر عنه فإن كان موصولا به يخصصه - وعند غير الحنفية دلالة العام ظنية بخلاف الخاص فإن دلالة قطعية ، فيكون الخاص مخصصاً للعام مطلقاً إلا إذا تأخر الخاص عن وقت العمل بالعام فإن الخاص حينئذ يكون ناسخاً للعام بالنسبة لما تعارضا فيه . فذهبهم أن العام يوجب الحكم لا على سبيل اليقين فهو ظني بمنزلة القياس وخبر الواحد . أما الخاص فوجهه قطعي (١) .

والحنفية : يرون أن العام الذى لم يدخله تخصيص دلالة تكون قطعية . وكذا إذا قصر على بعض أفراده بغير مستقل كالوصف والاستثناء ، أو قصر على بعض أفراده بالعقل أما إذا قصر بمستقل متراخ فإن دلالة بعد تكون في الباقي ظنية .

فلهذا حكموا بالتعارض قائلين أن الأخص اذا جاء بعد الأعم من غير تراخ كان مخصصاً له ومبيناً . وإن كان متراخياً عنه فهو ناسخ للأعم فيما دل عليه الأخص . فإن لم يعلم ذلك يعمل بالراجح منهما . فإن لم يرجح أحدهما الآخر تساقطا فلا يعمل بواحد منهما فيما دل عليه الأخص .

يقول صدر الشريعة : فإن لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة . وإذا حمل على المقارنة يثبت حكم التعارض في القدر الذى تناوله الخاص والعام جميعا لا في القدر الذى تفرد العام بتناوله . فإن حكمه ثابت بلا معارض (٢) .

أما غير الحنفية فقالوا إن تأخر الخاص عن العمل بالعام المعارض وتأخر عن وقته نسخ الخاص العام بالنسبة لما تعارضا فيه - وإن تأخر الخاص عن

(١) راجع علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف الطبعة السادسة ص ٢١٥ ، ٢٢٥

(٢) التوضيح ج ١ ص ٤١

الخطاب بالعام دون العمل أو تأخر الخاص مطلقاً سواء كان عن الخطاب أو العمل أو تقارنا بأن عقب أحدهما الآخر ، أو جهل تاريخهما خصص الخاص العام .

ومن أمثلة ذلك :

(١) ماروى عن سالم بن عبد الله عن أبيه رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر « رواه البخارى ولأبي داود إذا كان بعلا العشر وفيما سقى بالسوانى أو النضح نصف العشر » (١) .

وماروى عن ابى سعيد رضى الله عنه : ليس فيما دون خمسة أو ساق من ثمر ولا حب صدقة « وأصل حديث أبى سعيد متفق عليه » (٢) .

فالحديث الأول عام يدل على وجوب الصدقة فى القليل والكثير وفى كل ما أخرجت الأرض ، والحديث الثانى أخص منه دال على عدم وجوبها فيما دون خمسة أو ساق . وقد ذهب الجمهور - الى أن حديث الأوساق تخصص لحديث سالم وأنه لازكاة فيما دون خمسة أو ساق ، وذهب أبو حنيفة وزيد ابن على الى أن حديث سالم غير تخصص فيعمل بعمومه ، وتجب الزكاة

---

(١) راجع سبل السلام ج ٢ ص ٢١٧ ، ٢١٨ وصحيح البخارى ج ٢ ص ١٥٥ - المراد بما سقت السماء المطر والتلج والبرد - والعيون : الأنهار الجارية التى يسقى منها بإساحة الماء من غير اغتراف له . والعثرى بفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء المكسورة الذى يشرب بعروقه لأنه عثر على الماء وذلك حيث كان قريباً من وجه الأرض فيغرس عليه فيصل الماء الى العروق من غير سقى . وفيه أقوال آخر ما ذكر أقرها - والنضح بفتح النون وسكون الضاء السانية من الإبل والبقر وغيرها من الرجال . والسانية ما يستقى به الماء - والبعل - كل نخل وشجر وزرع لا يسقى . أو ما سقته السماء وهو النخل الذى يشرب بعروقه .

(٢) سبل السلام ج ٢ ص ٢١٦ . الأوساق جمع وسق بفتح الواو وكسرها . والوسق ستون صاعاً والصاع أربعة أمداد قال الداودى معيار المد أربع حفنات بكفى الرجل الذى ليس بعظم الكفين ولا صغيرهما ونص حديث البخارى : « ليس فيما أقل من خمسة أو سق صدقة » صحيح البخارى ج ٢ ص ١٥٦

في قليل ما أخرجت الأرض وكثيرة . وذلك لأن الأثران في قوة واحدة ولم يعلم اقترانهما فهما لذلك متعارضان . فيرجح الأعم وهو الحديث الأول لأنه أشهر من الثاني ولأن الاحتياط في وجوب الزكاة في كل ما خرج من الأرض قليلاً كان أو كثيراً تبرئة للذمة ، وذلك من أوجه الترجيح . كما أن العمل به فيه مصلحة للمساكين وذلك أيضاً وجه آخر للترجيح فلهذا يعمل بالأعم .

قال الجمهور : ان حديث الأوساق حديث صحيح ورد لبيان القدر الذي تجب فيه الزكاة أما بيان ما يجب فيه فوكول الى حديث الأوساق . فكان قوله فيما سقت السماء العشر مراداً به بيان الجنس وإيراد حديث « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » لدفع ما يتوهم من عموم « فيما سقت السماء » فإذا تعارض العام والخاص كان العمل بالخاص عند جهل التاريخ عندهم فكذا هنا .

قال ابن رشد في بداية المجتهد : ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذي تعارض فيه . فإن العموم فيه ظاهر . والخصوص فيه نص فتأمل هذه فإنه السبب الذي صير الجمهور إلى أن يقولوا بنى العام على الخاص ، وعلى الحقيقة ليس بنيانا، فإن التعارض بينهما موجود إلا أن يكون الخصوص متصلاً بالعموم فيكون استثناء . واحتجاج أبي حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف فإن الحديث إنما خرج مخرج تبين القدر « (١) .

(ب) ماروى مالك في الموطأ أخبرنا ابن عيينه عن الزهري عن سالم عن أبيه عن زيد بن ثابت أن النبي رخص في العرايا . وماروى أيضا أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها « (٢) .

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ١ ص ٢٥٧

(٢) الموطأ ج ٢ ص ١٢٥ ، وراجع سبل السلام ج ٣ ص ٦٥ وصحيح البخارى ج ١ ص ٩٩

وروى عن محمود بن لييد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أما زيد بن ثابت وأما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فسمى رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلون مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعون العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطباً .

وروى سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء الرطب بالتمر فقال : أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك « رواه الخمسة وصححه ابن المدينى والترمذى وابن حبان والحاكم » (١) .

وإزاء هذه الرويات اختلف الفقهاء فى بيع العرية (٢) هذه . فالأئمة الثلاثة أجازوها مخصّصين عموم النهى الوارد فى رواية سعد بن أبي وقاص بأحاديث الرخصة . فأجازها مالك على الصفة التى ذكرستها المشهورة عندهم فى المدينة قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطة فيشقى عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرأ عند الجذاذ (٣) .

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٦٤

(٢) العرايا جمع عرية وهى فى اللغة الهبة . واختلف فى تسميتها بذلك فقيل لأنها عريت من الثمن وقيل لأنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سأته ومنه قوله تعالى « أطعموا القانع والمعتر » القانع السائل (من القنوع وهو السؤال والتذلل) . والمعتر هو الذى يتعرض لك لتعطيه ولا يسأل يقال عره يعره عرا وعراه واعتراه واعتراه إذا أتاه طالباً معروفه من غير مسألة .

(٣) الخرص بفتح الخاء مصدر قال فى النهاية خرص النخلة والكرمة يخرصها خرصاً إذا حزر ما عليها من رطب تمرأ ومن العنب زبيباً فهو التقدير بظن (معالم السنن ج ٣ ص ٧٩ . وفى صحيح البخارى تفسير العرايا ذلك وقال مالك العرية أن يعرى الرجل النخلة ثم يتأذى بدخوله عليه فرخص له أن يشتريها منه بتمر ج ٢ ص ١٠٠

ولم يجز الحنفية بيع العرايا لأن ما على رءوس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كيلاً بكيلاً عملاً بعموم الآثار الدالة على النهى . ولم يخصصوا هذه الآثار بما ورد في العرايا قائلين إن الآثار الدالة على المنع والآثار الدالة على الترخيص متكافئة من ناحية الدلالة ، ولا يصار إلى التخصيص أو النسخ إلا عند التعارض ولا تعارض هنا فإن المراد بالعرايا التي رخص فيها ما يعطيه صاحب الحائض على سبيل العطية والمنحة كما يدل على ذلك معناها الأصلي . وليس في العرايا مبادلة حقيقية ، وإنما المبادلة فيها ظاهرية أو صورية . فإنهم كانوا يهبون لدى الحاجة تمر نخلة أو نخلتين ثم يبدو لهم وقد تضرروا من دخله عليهم - أن يعجلوا له بمقدار ما من التمر بدل ما هب له ولم يتملكه لعدم قبضة إياه فكان ذلك أساس وجود المبادلة الصورية وإلا فلا مبادلة (١) .

وذلك المسلك الذى سلكه الحنفية أولى مما سلكه غيرهم من التخصيص فقد جاءت الآثار متواترة بالنهى عن بيع التمر بالتمر . وذلك محل اتفاق .

فالأولى أن تبقى هذه الآثار مع تواترها فى المعنى على عمومها ، وألا يخرج من عمومها شىء إلا عن أثر متفق عليه لم يمكن الجمع بينه وبينها . وقد روى فى العربية ما لو أريد لكان الجمع متحققاً . ولا تفقت معانى الآثار ولم تتعارض ، فكان هذا أولى من صرف العربية الى معان تستتبع التضاد بين الآثار والتعارض بينها وجعل بعضها مخصصاً أو ناسخاً للبعض الآخر .

وقد قال ابن رشد : إن قول أبى حنيفة بعدم جواز العربية من باب تغليب القياس على الحديث وذلك أنه خالف الأحاديث فى مواضع منها أنه لم يسمها بيعاً ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه لا تكون العربية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هى البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنى من النهى عن الرجوع فى الهبة التى يقع فيها الاستثناء بنص الشرع وعسر

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ١ ص ٢٩٨ ، صحيح البخارى ج ٢ ص ١٠٠

عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع وهي المزبنة (١) . ولكن قد قدمنا وجه ترجيح المذهب الحنفى على غيره وبيننا أنه أولى بعداً عن التضاد بين الأحاديث .

ونقل الشوكانى أن قول الهادية فى رخصة العرايا مختصة بالمحايج الذين لا يجدون رطباً فيجوز لهم أن يشتروا تمرّاً ، واحتجوا برواية زيد بن ثابت أنه سمى رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الخ . الحديث وقد أجيب عن دعوى اختصاص العرايا بهذه الصورة أما أولاً فبالقدح فى هذا الحديث فإنه أنكره محمد بن داود الظاهرى وقال ابن حزم لم يذكر الشافعى له إسناداً فبطل . وأما ثانياً فعلى نسليم صحته لا منافاة بينه وبين الأحاديث الدالة على أن العرية أعم من الصورة التى اشتمل عليها (٢) .

### المبحث الخامس

#### ترجيح الدليل المثبت على النافى :

يراد بالمثبت : الدليل الذى يثبت أمرّاً زائداً لم يكن ثابتاً فيما قبل .

ويراد بالنافى : الدليل الذى ينهى الأمر الزائد ويقيه على الأصل . وعلى ذلك لا عبرة بالمعنى المتبادر من المثبت الذى هو عدم الاشتغال على حرف السلب لأن المعنى هو المعنى . ومن هنا قالوا : إذا قال المودع مثلاً رددت الودیعة كان قوله نفيّاً للضمان على المودع وإن كان اثباتاً لفظاً . أما إذا قال : ما رددت الودیعة فإنه يكون إثباتاً للضمان بسبب حبس الودیعة عنده فى الحال وإن كان نفيّاً لفظاً .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٧ . والمزبنة مأخوذة من الزبن وهو الدفع الشديد كأن كل واحد من المتبايعين يدفع الآخر عن حقه . وفسرها ابن عمر كما رواه مالك ببيع التمر أى رطباً بالتمر كيلاً . وبيع العنب بالزبيب كيلاً . سبل السلام ج ٣ ص ٢٧ . وفسرها البخارى بعد روايته للحديث عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن المزبنة » فقال : والمزبنة أن يبيع التمر بكيل إن زاد فلى وإن نقص فعلى - صحيح البخارى ج ٢



فإذا ورد نصان أحدهما يثبت حكماً والآخر ينفيه (١) . ١ - فإن كان النفي أصلياً قال فخر الاسلام يقدم الإثبات على النفي ولا يتعارضان . وقال عيسى بن أبان يتعارضان ويطلب الترجيح من وجه آخر لأن ما يستدل به على صدق الراوى مثلاً في المثبت من العقل والضبط والإسلام والعدالة موجود في النافي فيتعارضان ولأن المثبت معمول به كالنافي (٢) .

وجه قول فخر الاسلام : أنه لو جعل النافي أولى يلزم تكرار النسخ بتغيير المثبت للنفي الأصلي ثم النافي للإثبات ، وأيضاً المثبت يشتمل على زيادة علم كما في تعارض الجرح مع التعديل . فإنه يقدم الجرح ولأن المثبت مؤسس والتأسيس خير من التأكيد (٣) .

فمثلاً : ورد في عتق بريرة زوج مغيث (٤) ما يفيد أن زوجها حين أعتقت كان عبداً وورد أن زوجها كان حراً . فقد روى القاسم عن عائشة أن بريرة كانت تحت عبد فلما أعتقتها قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اختارى فإن شئت أن تمكثي تحت هذا العبد وإن شئت أن تفارقيه « رواه أحمد والدارقطني .

وروى القاسم عن عائشة : أن بريرة خيرها النبي صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبداً « رواه مسلم وأبو داود - وروى عن عروة عن عائشة أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبداً فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حراً لم يخيرها « رواه أحمد ومسلم وأبو داود (٥) .

(١) حكى جمع الجوامع في المسألة أربعة أقوال : ١ - المثبت مقدم على النافي مطلقاً وعلل ذلك بإشتماله على زيادة علم فيكون تأسيساً وهو خير من التأكيد ٢ - تقديم النافي مطلقاً وعلل باعتضاده بالأصل لأن الأصل في كل شيء هو عدم ٣ - يستويان مطلقاً وعلل بمساواة مرجحتهما ٤ - التفصيل بترجيح المثبت فيما عدا الطلاق والعتاق وأما فيما يقدم النافي على المثبت لهما وعلل بأن الأصل عدمهما فيكون النافي معضداً بموافقة الأصل (نهاية السؤل ج ٤ ص ٥٠٤ حاشية نجيت) .

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٠

(٣) التلويح شرح التوضيح ج ٢ ص ١٠٩

(٤) مغيث بضم فكسر نيل للأوطار ج ٦ ص ١٥٢

(٥) راجع الحديثين في متقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٢

وعن ابراهيم عن الأسود عن عائشة قالت : كان زوج بريرة حراً فلما أعتقت خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها « رواه الحمسة قال البخارى قول الأسود منقطع ثم عائشة عمه القاسم وخالة عروة فروايتهما عنها أولى من رواية أجنبي يسمع من وراء حجاب (١) .

قال الشوكاني : والحاصل أنه قد ثبت من طريق ابن عباس وابن عمر وصفية بنت أبي عبيد أنه كان عبداً ، ولم يرو عنهم ما يخالف ذلك . وثبت عن عائشة من طريق القاسم وعروة أنه كان عبداً ومن طريق الأسود أنه كان حراً ورواية اثنين أرجح من رواية واحد على فرض صحة الجمع فكيف إذا كانت رواية الواحد معلولة بالانقطاع كما قال البخارى .

ثم قال : وقال ابن القيم فى الهدى : إن حديث عائشة رواه ثلاثة الأسود وعروة والقاسم فأما الأسود فلم يختلف عنه أنه كان حراً وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان متعارضتان إحداهما أنه كان حراً والثانية الشك . ثم قال وعلى فرض صحته فغاية الأمر أن الروايات عن عائشة متعارضة فيرجع إلى رواية غيرها وهى متفقة على الجزم بكونه عبداً ، وهذا ماذهب إليه غير الحنفية من أنه لا يثبت للأمة الخيار إذا اعتقت وكان زوجها حراً لأن علة الفسخ عندما يكون عبداً عدم الكفاءة لأن المرأة إذا صارت حرة وكان زوجها عبداً لم يكن كفواً ويؤيد ذلك قول عائشة فى حديثها السابق « ولو كان حراً لم يخبرها » .

أما الحنفية فقد قالوا : إن بعض الأخبار أثبت أن زواج بريرة كان عبداً حين عتقها ، وبعضها أثبت أنه كان حراً وعبديته ثابتة بالأصل لأنها تزوجته وهو عبد بدون خلاف فكان الإخبار بحريته أمر عارض فيقدم على النفي . ولهذا قالوا إن الأمة إذا زوجت ثم عتقت ثبت لها الخيار مطلقاً سواء كان زوجها حراً أو عبداً وليس لها الخيار للدفع العار عنها لكونها تحت

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٢ ، ١٥٣

عبد كما قال غيرهم بل السبب حرية الزوجة بعد المملوكية دفعاً لزيادة الملك على نفسها . ولأن الطلاق معتبر بالنساء عند الحنفية لما روى الدارقطني « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » (١) .

٢ - فإن كان النفي مما يثبت بالدليل ، ولم يكن أصلياً . كان مثل الإثبات ويتعارضان لأن كليهما خبران عن علم . وحينئذ يطلب الترجيح .

وقد مثلوا له بما ورد في زواج النبي صلى الله عليه وسلم بميمونة بنت الحارث الهلالية فقد تعارضت في الروايات في ذلك .

أخرج البخارى في الحج عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم وبني بها وهو حلال وماتت بسرف « وأخرجه النسائي في الحج أيضاً عن صفوان بن عمرو الحمصي وأخرجه في الصوم عن سليمان بن أيوب مرسلًا - وأخرج الترمذى عن عكرمة عن ابن عباس مثله - وأخرجه البخارى (٢) عن جابر بن زيد عن ابن عباس أيضاً . وأبو داود عن حماد بن زيد عن أيوب والترمذى أيضاً من حديث عمرو بن دينار وقال هذا حديث حسن صحيح ورواه البخارى ومسلم والنسائي وابن ماجه كلهم من رواية سفیان عن عمرو بن دينار . وأخرجه ابن حبان في صحيحه والبيهقى في سننه من رواية أنى عوانة عن أبي الضحى عن مسروق عن عائشة رواه الطحاوى من رواية كامل أبي العلاء عن أبي صالح عن أنى هريرة .

وروى الترمذى حدثنا قتيبة قال حدثنا حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن أنى رافع قال تزوج رسول الله ميمونة وهو حلال . وماروى مسلم حدثنا أبو بكر بن أنى شيبة

(١) أجابوا عنه : بأن في إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفى وهما ضعيفان وقال الدارقطني والبيهقى الصحيح أنه موقوف نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٠

(٢) في صحيح البخارى ج ٧ ص ١٦ باب نكاح المحرم حدثنا جابر بن زيد قال أنبأنا ابن عباس رضى الله عنهما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم وهو محرم .

قال حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا جرير بن حازم قال حدثنا أبو فزارة « عن يزيد بن الأصم قال حدثني ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » وقال وكانت خالتي وخالة ابن عباس رواه ابن ماجه ورواية أبي داود لفظها « قالت تزوجني ونحن حلالان بسرف ».

وأخرجه الترمذى وفي آخره وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف (١) ودفنتها في الظلة التي بنى بها فيها - وروى أبو رافع أن رسول الله تزوج ميمونة حلالا وبنى بها حلالا وكنت الرسول بينهما (٢).

وروى مالك في الموطأ عن سليمان بن يسار بعث « النبي صلى الله عليه وسلم أبا رافع مولاه ورجلا من الأنصار فزوجا ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يخرج ».

فهذه الروايات تعارضت من حيث أن بعضها يفيد نفى الإحرام حين الزواج . وبعضها يثبتها . فابن عباس يروى الإثبات فيقول إنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم ، وأبو رافع ويزيد بن الأصم يرويان النفي للإحرام وأنه تزوجها وهو حلال . لكنه نص غير أصلي لأنه نفى للحل الوارد على الإحرام السابق الثابت .

ومع هذا التعارض يطلب الترجيح بين الأخبار . فرجح الحنفية رواية ابن عباس على رواية يزيد بن الأصم ورواية أبي رافع بأن ابن عباس أضبط

---

(١) سرف ككتف جبل بطريق المدينة كذا في المغرب ، وفي الصحاح سرف اسم موضع ، وعن المستغفرى سرف رأس ميل من مكة بها قبر ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ورضى عنها وكانت ماتت بمكة فحملها ابن عباس الى سرف ( كشف الأسرار ج ٣ ص ٨٢٠ نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤ ) .

(٢) سبل السلام ج ٢ ص ٣١٨ ، وأبو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل اسمه ابراهيم وقيل أسلم وقيل ثابت . يقال إنه كان للعباس فوهبه للرسول عليه السلام وأعتقه لما بشره بإسلام العباس . وكان إسلامه قبل بدر ولم يشهدها وشهد أحداً وما بعدها . مات بالمدينة قبل قتل عثمان . وقيل مات في خلافة علي ( تهذيب التهذيب ج ٢ ص ٩٢ ) .

وأتقن وأفقه . وبأن ابن عباس أخبر بالإحرام وهو لا يكون الا عن معاينة الهيئة الإحرامية فيكون العلم به أقوى . ثم إن روايات الإثبات ضعيفة السند أما سند الثني فأقوى لأن رواته كلهم فقهاء كما قال الطحاوي (١) . فلهذا أجازوا نكاح المحرم .

قال الكمال ابن الهمام : إن هذه الأخبار بالأصل فترجح عليه رواية ابن عباس لكونه عن الدليل . ثم إن حديث أبي رافع منقطع فقد جاء عن ابن عبد البر أن سليمان وإله سنة ٣٤ وأبو رافع مات قبل شهادة عثمان بسنتين فلا يعارض السند فهذا رجحوا رواية ابن عباس عليه . وقد روى عن عائشة ما يوافق رواية ابن عباس وروى عنها ذلك من لا يطعن فيه أحد : أبو عوانة عن مغيرة عن أنى الضحى عن مسروق فكل هؤلاء أئمة محتج بروايتهم ، فما روى من ذلك أولى مما روى من ليس كمثلهم في الضبط والثبوت والفقهاء والأمانة (٢) .

وكون أبي رافع كان رسولا بينهما فيكون أعرف بالبيان (٣) فيمكن أن يقال عنه إن الرسول قد يغيب عند العقد أما الولي فلا ، وكان العباس الولي من بناتها فيكون ابنه أعرف بحال أبيه . كما يمكن حمل ما روى عن ميمونة أنه تزوجها وهو حلال على أن الخبر بلغها بعد التحل لأن العباس كان ينكحها للرسول عليه السلام (٤) .

وأيضاً حديث أبي رافع فيه مطر الوراق وهو ليس ممن يحتج بحديثه وعلى فرض صحة ما نقل عن مسلم أنه احتج بحديثه . فهو ليس كرواية حديث ابن عباس ولا قريباً منه . وقد قال النسائي مطر ليس بالقوى . وعن أحمد كان في حفظه سوء ، ومع هذا فالذين روى أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم أع . وأثبت من الذين روى أنه تزوجها وهو حلال (٥)

(١) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٢٠

(٣) كذا جاء في رواية الترمذى تعليقاً « ورواية صاحب القصة والتفسير فيها أولى لأنها أخبر وأعرف بها » راجع نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤

(٤) ولأن رواية ابن عباس مثبتة وهي أولى من النافية . نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥

(٥) حاشية بجيت على الأسنوى ج ٤ ص ٤٧٩

أما الأئمة مالك والشافعي وأحمد فقالوا لا ينكح المحرم، فإن فعل النكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت أخذوا بحديث ميمونة أبي رافع ويزيد بن الأصم وبما روى مالك من حديث عثمان بن عفان وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح ولا ينكح . (بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥) .

**ومما تحسن الإشارة إليه في هذا المقام ما قاله الشيخ الحضري في ذلك :**

ويظهر أن هذا الأصل من القواعد التي شكلت بالشكل الذي يتفق مع الفروع المنقولة فإن المخبرين الذين أخبروا بخبرين أحدهما ينفي شيئاً في وقت معين أو حادثة معينة والآخر يثبتته ليس من المفهوم أن يجعل الأصل تقديم أحدهما لأنه أثبت على الآخر لأنه نفى . فإذا كان الرواة عن ميمونة نفسها يطبقون على أن الرسول تزوجها وهو حلال وابن عباس يقول أنه تزوجها وهو محرم ، فالعقل يقضى بأن أحد الراويين لا بد أن يكون قد أخطأ ، لأن هذا ليس من الأمور الاجتهادية بل من الأمور التي تعرف بالحس فإن للإحرام شكلاً خاصاً يختلف عن شكل الحل . ومتى تحققنا من خطأ إحدى الراويين فلا بد من البحث فيهما من غير الطريق الذي ذكره الحنفية حتى يستقر في النفس علة الظن برجحانه . أما الاعتماد في التقديم والتأخير على مجرد أن أحدهما ناف والآخر مثبت فلا نكاد نفهمه .

ولذلك يظهر أن مثل هذين الخبرين يتعارضان كما هو مذهب عيسى ابن إبان ويطلب الترجيح بينها ، وهذا من عمل المجتهدين في الفروع (١) .

٣ - فإن أمكن أن يعرف النفي بالدليل . أو يعرف كونه بناء على العدم الأصلي كالإخبار بحل الطعام أو طهارة الماء . فإن كلا منهما يمكن أن يعرف نفي النجاسة عنه بالدليل بأن يكون ذبح الشاة وذكر اسم الله عليها أو غسل الاناء بماء السماء أو ماء جار ليس له أثر نجاسة وملاؤه بأحدهما ولم

(١) أصول الفقه ص ٤٤٩

يغيب عنه أصلاً ولم يشاهد وقوع نجاسة فيه . ويمكن أن يعرف بناء على الأصل بأن يعتمد على أن الأصل في المذبوحة الحل فيحكم بالحل لعدم ثبوت حرمة فيها وأن الأصل في الماء الطهارة بعدم علم وقوع النجاسة فيه .

فمثل هذا لا يعارض الإخبار بجلهما الإخبار بحرمتها . وعليه أن يعمل بالحل في الطعام والطهارة في الماء إن تعذر السؤال للمخبر عن مستنده في إخباره . ذلك لأن الاستصحاب وإن لم يصلح دليلاً مثبتاً لكن يصلح مرجحاً فيرجح خبر الثاني به (١) .

فإن لم يتعذر السؤال للمخبر عن مستنده سئل عن مبنى خبره وعمل بمقتضاه . فإن تمسك المخبر بظاهر الحال من كون الأصل في الشاة الحل وفي الماء الطهارة ولم يعلم ما ينافيها فخير الحرمة والنجاسة أولى لأنه خبر عن دليل فلا يعارض الخبر المثبت . وإن تمسك بالدليل كان مثل الإثبات فيقع التعارض ثم يجب العمل بالأصل لما سبق في القسم الثاني (٢) .

## المبحث السادس

### الترجيح بالحرمة :

إذا تعارض المحرم مع المبيح يجعل المحرم هو الناسخ للمبيح . ويكون هو المرجح عليه وأولى بالتقدم احتياطاً ، وذلك كيلا يتكرر النسخ على تقدير كون المحرم متقدماً في الزمان . فإنه يكون ناسخاً للإباحة الأصلية ثم يكون المبيح ناسخاً فيكون هناك نسخان . لكن على تقدير كون المحرم هو المتأخر زماناً — مع القول بأصالة الإباحة — لا يتكرر النسخ لأن المبيح يكون وارداً لإبقائها والمحرم ناسخ ، فكان الوجه الثاني أولى ، لأن الأصل عدم التكرار .

(١) يرى الحنفية أن الاستصحاب يصلح حجة للدفع لا لإثبات الحكم الذي يستصحاب . فاستصحاب البراءة الأصلية للذمة مثلاً ليس حجة لبراءتها حقاً بل لدفع دعوى من يدعى شغلها حتى يثبت دعواه . ويرى الشافعية أن الاستصحاب تقرير للحكم الثابت حتى يقوم دليل على تغييره . (التوضيح ج ٢ ص ١٠١ ، ١٠٢) .

(٢) التقرير والتحجير ج ٤ ص ١٢

وفي ذلك يقول الأسنوى : « الخبر الدال على التحريم راجح على الخبر الدال على الإباحة كما جزم به المصنف واختاره ابن الحاجب ، وكذلك الآمدى ونقله عن أصحابنا وعن الأكثرين - وقيل بترجيح الإباحة لاعتصادها بالأصل حكاها ابن الحاجب - وقيل يستويان واختاره الغزالي ولم يرجح الإمام شيئاً .

والمراد بالإباحة هنا جواز الفعل والترك ليدخل فيه المكروه والمندوب والمباح المصطلح عليه ، لأن التحريم مرجح على الكل » (١) .

ونقل عبد العزيز البخارى شارح أصول البزدوى عن عيسى بن أبان وأبي هاشم أنه إذا اجتمع المبيح والمحرم بطرحان ، وينظر المجتهد إلى غيرهما من الأدلة كما فى الوليين إذا عقد كل واحد منهما على موليته الواحدة وجهل السابق منهما فإن عقديهما يبطلان ، وكما فى الغرقى إذا لم يعلم تقدم بعضهم على بعض » (٢) .

مما يؤيد كون المحرم هو الأولى عند تعارضه مع المبيح : قوله عليه السلام « ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال » قوله صلى الله عليه وسلم « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » فإنه لا يريب جواز ترك الفعل إنما المريب جواز فعله . فلهذا يجب تركه .

ولأن الاحتياط فى تقديم المحرم على المبيح لما فيه من زيادة حكم وهو نيل الثواب بالانتهاء عن المحرم . واستحقاق العقاب بالإقدام عليه ، وهو منعدم فى المبيح إذا تقدم المبيح على المحرم . والأخذ بالاحتياط أصل فى الشرع (٣) .

كما يشهد لذلك أن الصحابة كانوا يحكمون بترجيح المحرم . فقد قال على وعثمان رضى الله عنهما فى الجمع بين الأختين المملوكتين وطء أحلتها آية وحرمتها آية والتحريم أولى - والمراد به أن قوله تعالى « أو ما ماكت

(١) نهاية السؤل ج ٤ ص ٥٠٢ .

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٣ ص ٨١٤ . والإحكام ج ٤ ص ٣٥١

(٣) كشف الأسرار شرح المنار للنسفى ج ٢ ص ٧ .



إيمانكم» (١) دل على حل وطء كل مملوكة سواء كانت محتمة مع أختها في الوطء أولاً ، وقوله تعالى « وأن تجمعوا بين الأختين » (٢) دل على حرمة الجمع بينهما سواء كان الجمع بطريق الوطء أو بملك أئمين (٣) .

وأيضاً حكم الفقهاء بأن المطلق إحدى نسائه أو المعتق إحدى إمائته ثم نسيها حرم عليه وطء جميعهن ترجيحاً لجانب الحرمة على الإباحة ، كما قالوا إنه لو اجتمع في العين الواحدة حظر وإباحة كمتولد بين ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل فإنه يقدم التحريم والحظر على الإباحة .

ويقول ابن حزم الظاهري في الأحكام « إن كان أحد الخبرين حاضراً والآخر ميبحاً فانا نأخذ بالحاضر وندع المبيح – وقيل هذا خطأ لأنه تحكم بلا برهان ولو عكس عاكس فقال : بل نأخذ بالمبيح لقول تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (٤) ولقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٥) ولقوله تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا » (٦) أما يكون قوله أقوى من قولهم – ولكننا لا نقول ذلك ، بل نقول : إن كل أمر من الله تعالى لنا فهو يسر وهو رفع الحرج وهو التخفيف ، ولا يسر ولا تخفيف ولا رفع حرج أعظم من شيء أدى الى الجنة ، ونجى من جهنم ، وسواء كان حظراً أو إباحة » (٧) .

ومن أمثلة ترجيح المحرم على المبيح وجعله ناسخاً للمبيح : ماروى في تحريم لحم الضب، وماروى في إباحته فقد ورد في الضبع ما يفيد إباحته

(١) النساء الآية : ٣

(٢) النساء الآية : ٢٣

(٣) التوضيح ج ١ ص ٣٩

(٤) الحج الآية : ٧٨

(٥) البقرة الآية : ١٨٥

(٦) النساء الآية : ٢٨

(٧) الأحكام لابن حزم ج ٢ ص ٤١

تحريمه ، فـدليل الاباحة حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه سئل عن الضبع أصيد هو ؟ فقال نعم . فقيل أيؤكل لحمه ؟ فقال نعم . فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال نعم .

ودليل التحريم حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير « فرجع الحديث المحرم وحمل حديث جابر على حال ابتداء الاسلام (١) ومنه ما قالوا لو اجتمع فى العين الواحدة حظر وإباحة ، كتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل فإنه يقدم التحريم .

ومن تقديم المحرم على المبيح ما روى أبو داود قال أبو ذر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لاصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس إلا بمكة « - وما روى الترمذى ومسلم عن عقبة ابن عامر الجهنى : ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلى فيها ، وأن نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس ، وحين تتضيف (٢) للغروب حتى تغرب . فقد تعارضت الروايتان فإن الأولى مبيحة للصلاة بعصر العصر . والثانية ناهية والنهى يفيد التحريم . فقال الحنفية بتقديم المحرم حتى لم يبيحوا الصلاة بعد العصر ، وقالوا زيادة ( إلا بمكة ) فى رواية إبنى ذر شاذة لا تجوز الزيادة بها على الحديث المشهور (٣) .

فاذا تعارضت الحرمة مع الكراهة ، بأن أفاد أحد الدليلين تحريماً . والآخر كراهة كان التحريم أرجح وأولى بالتقدم منها . ذلك لمساواة التحريم

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٣ ص ٨١٦

(٢) المراد بأن نقبر فيها موتانا صلاة الجنائز ، ومعنى تتضيف للغروب . تميل وهو وقت اصفرار الشمس ومعنى حين يقوم قائم الظهيرة حال استواء الشمس حتى لا يبقى للقائم فى الظهيرة ظل .

(٣) راجع كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٨١٦ وانظر صحيح مسلم ج ٢ ص ٢٠٨

والكفاية شرح الهداية ج ١ ص ٢٠٤

الكراهة في طلب ترك الفعل مع زيادته عليه بما يدل على اللوم عند مباشرة الفعل ، ولأن المقصود منهما إنما هو الترك لما يلزمه من دفع المفسدة المترتبة على الفعل ولا شك أن الحرمة أوفى لتحصيل ذلك المقصود فكانت أولى بالمحافظة .

وأيضاً : العمل بالمحرم لا يلزم منه إبطال دلالة المقتضى للكراهة . أما العمل بالمقتضى للكراهة مما يجوز معه الفعل وفيه إبطال دلالة المحرم . والعمل بما لا يقضى الى الإبطال أولى (١) .

وفي تعارض الحرمة مع الوجوب يرجح كذلك مامقتضاه التحريم ، لوجهين :

أولها أن الغالب من الحرمة إنما دفع المفسدة الملازمة للفعل أو تقليلها ، والغالب في الوجوب تحصيل مصلحة ملازمة للفعل أو تكميلها . واهتمام الشارع والعقلاء بدفع الفاسد من اهتمامهم بتحصيل المصالح ، ولهذا فإن من أراد فعلاً لتحصيل مصلحة ينفر ويعرض عنه اذا عارضه في نظره لزوم مفسدة مساوية للمصلحة ، كمن رام تحصيل مال على وجه يلزم منه فوات مثله فإنه لا يقدم على ذلك .

وإذا كان ما هو المقصود من التحريم أشد وأكد منه في الواجب كانت المحافظة عليه أولى ، ولهذا كان ما شرعت العقوبات فيه من فعل المحرمات أكثر من ترك الواجبات وأشد كالرجم المشروع في زنى المحصن .

ثانيهما أن إفضاء الحرمة الى مقصودها أتم من إفضاء الوجوب إلى مقصوده ، فكانت المحافظة عليه أولى ، وذلك لأن مقصود الحرمة يتأتى بالترك ، وذلك كاف مع القصد له أو مع الغفلة عنه ، ولا كذلك فعل الواجب .

وأيضاً فإن ترك الواجب وفعل المحرم اذا تساويا في داعية الطبع إليهما فالترك يكون أسهل وأيسر من الفعل لتضمن الفعل مشقة وعدمها في الترك ، وما يكون حصول مقصوده أوقع يكون أولى بالمحافظة عليه (٢) .

(١) الإحكام للآدمي ج ٤ ص ٢٥٢

(٢) المرجع السابق ص ٣٥٢ ، ٣٥٣

## الفضل الرابع

### مرجحات السنة

تختص السنة النبوية بأنواع من الترجيح منها ما يرجع الى سندها ، ومنها ما يرجع إلى متنها . وذلك لأن التعارض اذا ظن بين خبرين فأحدهما كذب ، والكذب محال على الله ورسوله . فلهذا إذا علم تاريخ ورود الحديثين فالثاني ناسخ للأول كما قدمنا ، فإن لم يعلم تاريخ الورد يكون الملجأ هو الترجيح .

ويرى أهل الظاهر أنه عند تعارض الآثار المروية وعدم معرفة المتأخر منها تقديم ما يدل عليه خلاف ما كان عليه الحال أولاً ، وذلك بناء على أن المقطوع به هو تغيير ما كان عليه الحال ، وأن رفع ذلك التغيير مشكوك فيه بسبب عدم معرفة التاريخ للرافع ، والشك لا يرفع قطعاً ، ولذلك يذهبون الى الوضوء مما مست النار لأنه خلاف ما كان عليه الحال ولم يثبت أن الأثر الذي جاء بخلاف هذا الحكم المتأخر (١) .

### المبحث الأول

أوجه الترجيح في السنة بالنسبة الى السند يمكن إرجاعها الى الوجوه الآتية :

#### الأول : حال الراوى :

##### (١) كثرة الرواة :

فمن الناس من رجح بها كالأمدى ومن تبعه ومنهم من لم يرجح مالم يبلغ حد الشهرة فحينئذ يترجح بكثرة رواته على الحديث الذي لم يبلغ كذلك كأبي حنيفة وأبي يوسف وقال الأئمة الثلاثة ومحمد يرجح بكثرة

(١) أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الخفيف ص ٣٨

الرواية وإن لم يبلغ حد الشهرة وعليه أكثر العلماء (١) . أما وجه من ذهب إلى الترجيح بالكثرة فهو أنه يحصل بكثرة الرواية نوع قوة في أحد الخبرين لا توجد في الآخر ، فإن احتمال الغلط والكذب على الأكثر أبعد من احتمالها على الأقل فيكون الظن الحاصل من الخبر الذي رووه أكثر من الخبر الآخر ، لأن خبر كل واحد يفيد ظناً ، وليس يخاف أن الظنون المجتمعة كلما كانت أكثر كانت أغلب على الظن حتى ينتهي إلى القطع .

ويؤيد ذلك أيضاً أن في الشهادة يرجح خبر الاثنين على خبر الواحد حتى كان خبر الشاهدين حجة لطمأنينة القلب إليه ، دون خبر الواحد فكذلك الرواية .

ويحتج القائلون بعدم الترجيح بكثرة الرواية : بأن خبر الواحد وخبر الاثنين والثلاثة وأكثر من ذلك في إيقاع العلم سواء ، فإن كان كل واحد يوجب علم غالب الرأى فلا يترجح أحد الخبرين بكثرة الخبرين كما في الشهادة فإنها لا تترجح بكثرة العدد لاستواء الاثنين فما فوقها فيها ، ثم إن كثرة العدد ليست دليل قوة الحجة قال تعالى « ولكن أكثرهم لا يعلمون » « وما يعلمهم الا قليل » فهام السلف من الصحابة لم يرجحوا بكثرة العدد في باب العمل بأخبار الأحاد ، فقد رجح أمير المؤمنين عمر وغيره خبر عائشة في وجوب الغسل بالتقاء الختاتين بدون إنزال الذي روته على حديث « إنما الماء من الماء » مع أن رواته أكثر فلم يعتبروا القوة بكثرة الرواية .

علل صاحب الميزان أنه لا يترجح الخبر بكثرة الرواية عند عامة المشايخ بأنه يحتمل أن يكون الخبر الذي رواته أقل متأخراً فيكون ناسخاً لذلك . وهذا المعنى لا يرتفع بكثرة الرواية (٢) .

(١) نهاية السؤل ج ٤ ص ٤٧٤

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٢٣

## (ب) علو الأسناد وقلة الوسائط :

ومما يرجح به الشافعية وخالفهم في ذلك الحنفية : فإذا كان أحد الحديثين المتعارضين أقل وسائط كان مقدماً على الآخر لأن احتمال الغلط والكذب فيه أقل عند غير الحنفية ويرى الحنفية إن قلة الوسائط لا تصلح مرجحاً لاحتمال أن تكون الوسائط القليلة كثيرة النسيان سيئة الفهم بمعنى الحديث . بينما تكون الوسائط الكثيرة قوية الحفظ قوية الذهن (١) .

ومما مثل الجمهور به للترجيح بعلو السند ما روى ابن عباس وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل هذا الرجل الذي يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه » رواه الخمسة وصححه الترمذى (٢) فقد رجحوه على ما روى سمره مرفوعاً « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع » وما روى « الواهب أحق بهبته ما لم يشب عليها » (٣) لكن الحنفية رجحوا الروایتين الأخيرتين بناء على أن حكمهما موافق للقياس

وقال الشوكاني إن حديث سمرة مخصص لأن الرحم على فرض شموله للابن أعم من هذا الحديث مطلقاً ، وقد قيل إن الرحم غلب على غير الولد فهو حقيقة عرفية لغوية فيما عداه فإن صح فلا تعارض (٤) .

## (ج) فقه الراوى :

المراد بفقه الراوى اجتهاده كما هو عرف الصدر الأول . جاء في التقرير والتحبير على التحرير : « ثم منهم من خص الترجيح بالفقه بالخبرين المرويين بالمعنى وفي الحصول الحق الاطلاق لأن الفقهية يميز بين ما يجوز وما لا يجوز فإذا سمع ما لا يجوز أن يحمل على ظاهره بحث عنه وسأل عن مقدماته

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٦

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠

(٣) نفس المرجع السابق .

(٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠

وسبب نزوله فيطلع على ما يزول به الأشكال بخلاف العامي . وقال ابن برهان : ويكون أحدهما أفقه من الآخر بقوة حفظه وزيادة ضبطه وشدة اعتنائه فيرجح على ما كان أقل في ذلك حكاه إمام الحرمين عن اجماع أهل الحديث « (١) » .

ومن الأدلة على الترجيح بفقهِ الراوي ترجيح الكوفيين رواية عاصم بن كليب عن عبد الرحمن بن الأسود عن علقمة عن عبد الله بن مسعود أنه قال : لأصلين لكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ولم يرفع يديه إلا مرة « فقد رجحوا تلك الرواية على ما روى الزهري عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه حذاء منكبيه إذا افتتح الصلاة وإذا كبر للركوع ، فإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضا وقال : سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، وكان لا يفعل ذلك في السجود » .

وقد حكى ابن عيينة أن أبا حنيفة اجتمع مع الأوزاعي في دار الخياطين بمكة فقال الأوزاعي ما بالكم لا ترفعون عند الركوع وعند الرفع منه ؟ فقال أبو حنيفة لأنه لم يثبت من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال الأوزاعي كيف وحدثني الزهري عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه حين يفتتح الصلاة ويفعل مثل ذلك حين أراد الركوع فقال أبو حنيفة : حدثنا حماد عن إبراهيم عن علقمة والأسود عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يرفع يديه إلا عند افتتاح الصلاة ثم لا يعود بشيء من ذلك فقال الأوزاعي : أقول حدثنا الزهري عن سالم عن أبيه ابن عمر وتقول حدثنا حماد عن إبراهيم . فقال أبو حنيفة كان حماد أفقه من الزهري وكان إبراهيم أفقه من سالم وعلقمة ليس دون بن عمر في الفقه ، ولولا فضل الصحبة لقلت إن علقمة أفقه من عبد الله بن عمر ، والأسود له فضل كبير ، وعبد الله هو عبد الله - أي مكانته هي التي لا يساميه أحد المدكورين

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٢٧ وكشف الأسرار البزدوي ج ٢ ص ٧١٧

فيها (١) ، ففي هذه الحادثة نرى أن أبا حنيفة قد رجح بفقهِ الرواة (٢) بينما الأوزاعي رجح بعلو الاسناد .

#### (د) زيادة الضبط في الراوى :

والمراد به شدة الاعتناء بالحديث والاهتمام بأمره ، وفسره بعض شراح المهاج بعدم النسيان . وفسره الأسنوى بزيادة الضبط لألفاظ الرسول عليه السلام وذلك بأن يكون أكثر حرصاً على مراعاة كلماته وحروفه ، ولكن هذا إنما يكون فيما إذا كان كل واحد من الراويين راوياً للحديث باللفظ وأحدهما أ ضبط ، فإن كونه راوياً للفظ يقدم على من كان راوياً بالمعنى لسلامة المروى باللفظ عن احتمال تطرق الخلل في المروى بالمعنى ، أما إذا كان الراوى ورعاً ضابطاً فظناً فيقدم ولو روى بالمعنى .

فالأحسن في تفسير الضبط أن يفسر بعدم النسيان لأن كون الراوى راوياً باللفظ من التراجيح المؤخرة عن الترجيح بعدم النسيان .

وفسر فخر الاسلام الضبط بأنه سماع الكلام كما يحق سماعه ثم فهمه بمعناه الذى أريد به ثم حفظه ببذل المجهود له الثبات عليه بمحافظه حدوده ومراقبته بمذاكرته على إساءة الظن بنفسه الى حين أدائه ، وقد أوضح شارحه كشف الأسرار السر في تفسير الضبط بذلك فقال وإنما فسر الضبط بما ذكرناه لأنه بدون السماع لا يتصور الفهم ، وبعد السماع إذا لم يفهم الكلام لم يكن سماعاً مطلقاً بل يكون سماع صوت لاسماع كلام هو خبر ، وبعد فهم المعنى يتم التحمل وذلك يلزمه الأداء كما تحمل ولا يتأتى ذلك إلا بالحفظ والثبات عليه الى أن يودى .

(١) حجة الله البالغة للدهلوى الجزء الأول ص ٣٣١

(٢) المبسوط ج ١ ص ١٤ وجاء فيه أن الآثار لما اختلفت في فعل الرسول صلى الله عليه وسلم يتحاكم الى قوله وهو الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن عند افتتاح الصلاة وفي العيدين والقنوت في الوتر وذكر أربعة في المناسك . وحين رأى بعض الصحابة يرفعون أيديهم في بعض أحوال الصلاة كره ذلك ، وقال : مالى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذنان خيل شمس . اسكنوا وفي رواية قاروا في الصلاة .



ثم الأداء إنما يكون مقبولاً منه باعتبار معنى الصدق فيه وذلك لا يتأتى إلا بهذا .  
ومعنى الثبات عليه الحفظ بمحافظته حدود ذلك الكلام بأن يعمل بموجبه  
ببدنه ويذكره بلسانه ، فإن ترك العمل والمذاكرة يورث النسيان (١) .

ومن هذا يظهر أن اتجاه الحنفية يتفق مع ما قال به غيرهم من تفسير  
الضبط بعدم النسيان .

هذا ويقسم فخر الإسلام الضبط الى نوعين : ضبط المتن بصيغته ومعناه  
لغة . والثاني أن يضم إلى هذه الجملة ضبط معناه فقهاً وشريعةً وهذا أكملهما  
والمطلق من الضبط يتناول الكامل ، ولهذا لم يكن خبر من اشتدت غفلته  
خلقة أو مسامحة ومجازفة حجة لعدم تحقق القسم الأول من الضبط ولهذا قصرت  
رواية من لم يعرف بالفقه عند معارضة من عرف بالفقه في باب الترجيح (٢) .

#### (هـ) حفظ الراوى :

وهذا يحتمل أمرين : أحدهما أن يكون أحد الراوين قد حفظ الحديث ،  
واعتمد الراوى الآخر على المكتوب فيكون الحافظ أولى لأنه أبعد عن الشبهة ،  
والأمر الثاني أن يكون أحدهما أكثر حفظاً أى أقل نسياناً . فإن روايته  
راجحة على من كان نسيانه أكثر (٣) .

#### (و) مباشرة الراوى للرواية :

ويكون ذلك بقرب أحد الراوين من الرسول عليه السلام عند  
السماع ، لأنه إذا بعد الآخر بعداً شديداً احتتمل غلظه في السماع . فقد يسمع  
بعض الكلام دون بعض . ولهذا رجح الشافعية الأفراد بالتحج (٤) على غيره  
لأنه من رواية ابن عمر . وقد كان تحت ناقته عليه السلام عند الإحرام فيكون  
أقرب وأسمع للاهلال .

(١) أصول البزدوى على هامش كشف الأسرار ج ٢ ص ٧١٦

(٢) نفس المرجع السابق ص ٧١٧

(٣) نهاية السؤل ج ٤ ص ٤٨٨

(٤) هو أحد قولى الشافعى المشهور عنه . وفى القول الآخر التمتع أفضل جاء فى نهاية  
المحتاج ج ٢ ص ٤٤٣ أفضلها الافراد وبعده التمتع وبعد التمتع القران .

فقد أخرج أبو عوانه عنه أنه قال « وإني كنت عند ناقة النبي صلى الله عليه وسلم ممسني لعابها أسمعها يلبي بالحج . ورجح الحنفية القرآن (١) بالقرب فقد روى أنس أنه كان آخذاً بزمام ناقته عليه السلام حين أهل بالحج والعمرة . فقد جاء في المبسوط عنه كنت آخذاً بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تقطع بجزتها ولعابها يسيل (٢) على كتفي وهو يقول : لبيك بحج وعمرة » وكذا أخرجه ابن حبان في صحيحه إلا أنه قال عند المسجد بدل عند الشجرة ولم يذكر قائمة وقال قال : لبيك بحجة وعمرة معاً إني عند نفثات ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند الشجرة فلما استوت به قائمة قال : لبيك بحجة وعمرة معاً وذلك في حجة الوداع .

قال الحنفية : لما تعارض هذا الحديث مع ما ورد عن ابن عمر وهو ما جاء في الصحيحين عنه قال « وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج مفرداً » وعنه أيضاً فيها « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج ، ولم تتعارض الرواية عن أنس أنه لبي بها جميعاً فكان الأخذ برواية من لم تضطرب روايته أولى من الأخذ برواية من اضطربت (٣) .

### (ز) بلوغ الراوى واسلامه :

فيكون ما تحمله الراوى بالغاً مسلماً أرجح مما تحمله صبيماً أو كافراً ذلك لأن اهتمام المسلم بالسمع أشد من اهتمام غيره ، ولأن غير المسلم لا يحسن ضبطه لعدم احسان اصفائه كما أن البالغ يكون أضبط من الصبي وأقرب منه غالباً إلى رسول الله عليه السلام وأيضاً يرجح متقدم الإسلام على متأخرة لأنه تميز بشرف ورتبة قال الأسنوى . فالخبر الذى يكون راويه متأخر الإسلام عن راوى الخبر الآخر أرجح لأن تأخر الإسلام دليل على تأخر روايته (٤) .

(١) القرآن بالحج أن يهل المحرم بالحج والعمرة معاً . أو يهل بالعمرة في أشهر الحج ثم يردف ذلك بالإهلال بالحج قبل أن يهل من العمرة .

(٢) معناه تجر ما تجتره من العلف وتخرجه الى فيها وتمضنه ثم تبتلمه التقرير والتجوير ج ٤ ص ٢٨

(٣) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول ج ٤ ص ٩٠

(٤) الإحكام في أصول الأحكام ج ٤ ص ٣٢٧

وذهب الآمدى الى عكس ذلك لقوة أصالة المتقدم فى الاسلام قال  
فى الأحكام : إذا كان أحد الراويين متقدماً فى الاسلام على الراوى الآخر فروايته  
أولى اذ هى أغلب على الظن لزيادة أصالته فى الإسلام وتحريرة فيه « (١) .

ولكن يمكننا التوفيق بين القولين بأن نقول : إن من ذهب الى ترجيح  
متقدم الإسلام على متأخره مراده إذا كان متقدماً فى الاسلام سمع بعد إسلامه بأن  
كان موجوداً فى زمان المتأخر ولم نعلم أن أكثر مسموعاته قبل اسلام المتأخر  
لأنه حينئذ راجح بأصالته فى الاسلام فيكون أشد تحرزاً من متأخره ،  
ولا قرينة تدل على ظهور تأخر خبر المتأخر .

ومن قال يترجح خبر متأخر الاسلام على خبر متقدمة مراده اذا كان  
متقدماً فى الاسلام لم يسمع بعد إسلامه بأن مات قبله وصرح متأخر الاسلام  
بأنه سمع بنفسه أو علمنا أن أكثر مسموعات المتقدم متقدم على مسموعات  
المتأخر .

### (ح) كبر الراوى الصحابى :

فكبار الصحابة روايتهم راجحة على صغارهم لأن الغالب أن يكونوا  
هم الأقرب الى النبي عليه السلام حالة السماع كما يدل على ذلك قوله صلى  
الله عليه وسلم « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » ولأن محافظة الكبير  
على منصبه تحمله على التحرز على الكذب أكثر من الصغير (٢) .

وجاء فى التحرير « ويجب لأبى حنيفة تقييده (ما رواه الأكابر) بما إذا  
رجح فقهاً إذ قال برأى الأصاغر فى الهدم » وتفسير ذلك أن أبا حنيفة  
وأبا يوسف قالوا إن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث أخذاً برواية ابن عباس  
وابن عمر كما روى ذلك محمد بن الحسن فى الآثار ولم يقل بعدم الهدم كما

(١) الأحكام ج ٤ ص ٣٢٧

(٢) المراد بالنظر إلى القواعد الفقهية لا فقه الراوى .

ذهب اليه محمد والأئمة الثلاثة أخذاً برواية عمر وعلى رضي الله عنهما . مع أن ابن عباس وابن عمر من الأصغر . وعلى وعمر من الأكابر .

فالكامل بن الهمام يرى أنه لا يترجح خبر الأكبر من حيث هو أكبر في الرواية على الأصغر من حيث هو أصغر إذا تعارضا بعد فقه الأصغر وضبطه إلا برجحانه بالنظر إلى قواعد الفقه أو غيره من المرجحات . وهو رأى سديد فإن الراجح في مسألة الهدم هو ما عليه الأكابر نظرا الى موافقته للقواعد الفقهية . وفي فتح القدير القول ما قال محمد وباقي الأئمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقها ويصعب الخروج منها .

### الثاني : الذكورة والحرية :

لاترجح بهما في رواية الحديث حتى كان خبر المرأة مثل خبر الرجل ورواية العبد كرواية الحر . فالرواية في ذلك تخالف الشهادة فإن الترجيح في الشهادة بهما ثابت فكانت شهادة الرجلين راجحة على شهادة المرأتين وشهادة الحرين راجحة على شهادة العبدین . وفي الشهادة على التزني يثبت بشهادة الأربعة مالا يثبت بشهادة الاثنين ، ويقول الكامل في التحرير « يجب الترجيح بالذكورة فيما يكون خارجا (الأمر الواقعة خارج البيوت) إذ الذكر فيه أقرب – وبالأنوثة في عمل البيوت (لأنهن به أعرف) . ورجح في الكسوف حديث سمره بن جندب المفيد « أنه صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كل ركعة بركوع وسجدتين على حديث عائشة المفيد أنه صلى فيه ركعتين كل ركعة بركوعين وسجدتين » بأن الحال أكشف للرجال لقربهم – لكن إنما يتم إذا لم يرو حديث عائشة أحد من الرجال لكن قد رواه ابن عباس في الصحيحين وعبد الله بن عمر في صحيح مسلم (١) .

(١) راجع التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣١

ومع التسليم بأن الترجيح بالذكورة والحرية غير ثابت في الأفراد كما سبق غير مسلم عدم الترجيح بهما في العدد . لأن خبر الحرين أولى من خبر العبدین . وخبر الرجلين أولى من خبر المرأتين . لأن خبر الحرين والرجلين حجة تامة دون خبر العبدین وخبر الرجلين فيترجح كما في الشهادة . أما الأفراد فان كل واحد منها ليس بحجة . فكأن خبر الحركخبر العبد وخبر الرجل كخبر المرأة .

ويظهر ذلك جلياً فيما إذا أخبر عبد ثقة بطهارة الماء وأخبر حر ثقة بنجاسته أو كان الأخبار على العكس . وفيما إذا أخبر بأحد الأمرين مملوك كان كل منهما ثقة وبالأمر الآخر حران ثقتان . فإن في الثاني يؤخذ بقول الحرين لأن الحجة تتم بقولها في الحكم ولا تتم بقول المملوكين . فعند التعارض يترجح قول الحرين . أما في الأول وان تحقق التعارض إلا أن الخبر يعمل بأكثر رأيه الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر حر واحد . ومن حيث الدين يستوى المملوك والحر فيصير الى الترجيح بأكثر الرأي .

وما ثبت في مسألة طهارة الماء من ترجيح أحد الخبرين يثبت كذلك في الأحاديث والأخبار .

ولم يرتض ذلك فخر الاسلام البزدوى قائلاً : ماذكروا من ترجيح خبر الحرين والرجلين متروك بإجماع السلف ، فإن المناظرات جرت من وقت الصحابة إلى يومنا هذا بأخبار الآحاد ، ولم يرد في شيء منها اشتغالهم بالترجيح بحسب الذكورة والحرية لا في الأفراد ولا في العدد . ولا بالترجيح بزيادة عدد الرواة ، ولو كان ذلك صحيحاً لاشتغلوا بالترجيح به كما رجحوا بزيادة الضبط والالتقان وبزيادة الثقة .

وقد أرجع خبر ترجيح المثني على خبر الواحد، وخبر الحرين على خبر العبدین في مسألة الماء الى أن ذلك لكونه من حقوق العباد فيعمل به . أما في أحكام الشرع فخبر الواحد وخبر المثني في وجوب العمل بهما سواء (١) .

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٢٣ ، ٨٢٤

ومما اختلفوا في الترجيح به كون الراوى جليس المحدثين . فالبعض اعتبره مرجحاً لكون المعتاد عنده اهتمام الضبط والمعرفة بطرق الراوية وشرائطها . ولم يعتبره مرجحاً البعض الآخر لأن الاعتياد لا دخل له في الصدق ولا في الضبط . فكم من معتادين للجلوس مع المحدثين يتساهلون بل يكذبون ، وكم ممن لا اعتياد لهم بذلك يهتمون بضبط الحديث ويراعون أموره وشروطه . فالظاهر أن محل ذلك ما اذا استوى راويان في الحفظ والضبط وفي سائر الصفات الأصلية للتبول (١) .

## المبحث الثانى

### الترجيح فى السنة بكيفية الرواية

لقد كان من أثر تعدد طرق الحديث وعدم تعددها . ورفعها الى رسول الله عليه السلام وعدم رفعه . واختلاف حال الرواة عدالة وحفظاً وسيرة وضبطاً . وتفرد الراوى بما يروى أو عدم تفرده وشماعة ممن روى عنه وعدمه . أن انقسم الحديث إلى متواتر وغير متواتر .

فالتواتر : مارواه جمع يؤمن اتفاهم على الكذب عن جمع مثلهم حتى يصلوا بذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم . ويدوم ذلك فى العصور الثلاثة . وذلك مثل نقل القرآن واعداد الصلاة والركعات ومقادير الزكاة .

وغير المتواتر : منه ما هو مشهور وهو مارواه عن النبي صلى الله عليه وسلم وأحد أو اثنان من الصحابة أو أكثر لم يبلغوا حد التواتر . ثم رواه عن الصحابة عدد يؤمن اتفاهم على الكذب ، وتواتر فى القرن الثانى والثالث ولم يتوفر له ذلك ، فى القرن الأول .

ومنه غير المشهور ويسمى خبر الآحاد : وهو الذى لم يتواتر ولم يشتهر لافى عهد الرسول ولا فى عهد التابعين ولا عهد تابعى التابعين (٢)

(١) الإحكام ج ٤ ص .

(٢) ماعدا الأخبار - المتواترة عند الجمهور يسمى خبر واحد . ويسمى الشافعى الأخبار

الخاصة .

والحديث المتواتر يفيد قطعاً وعلماً . والمشهور يقارب منه في قوته لكنه أدنى منزلة منه يفيد ظناً قوياً ، وقال به الحنفية . فأجازوا أن ينسخ الكتاب . ويقيد به مطلقة ، ويخصص به عامة . ويزاد به عليه - ولم ير الخوارج وبعض المعتزلة ذلك لأن المشهور عندهم لا يعدو أن يكون خبر واحد يفيد الظن فلا يصح أن يكون حاكماً على ما يفيد القطع وهو الكتاب لكن الجمهور يرون أن السنة متى صحت كانت سالحة لأن تكون بيانا للكتاب سواء في ذلك المتواتر وغيره .

ولأن المتواتر أقوى من غيره يترجح على غيره فيقدم على المشهور وخبر الآحاد ورجح الحنفية المشهور على حديث الآحاد . فإذا ورد حديث صحيح معارضاً لحديث مشهور فيذهب بعضهم إلى العمل به لأن ذلك لا يقدر في قيمته . ويذهب البعض إلى عدم العمل به لاعتبار ذلك قادحاً في صحته ومن هنا جاء اختلافهم في كثير من الأحكام منها .

رد اليمين على المدعى عند إباء المدعى عليه الحلف .

فقال الحنفية لا يرد على المدعى اليمين إنما يحكم على المدعى عليه عند النكول ، وقال غيرهم بل يستحلف المدعى فإن حلف استحق ما ادعى بحلفه وإن أبي لم يحكم له بشيء بناء على نكول المدعى عليه .

وقد استدل غير الحنفية بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كانت له طلبة عند أخيه فعليه البينة . والمطلوب أولى باليمين ، فإن نكل حلف الطالب وأخذ « وبما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى يشاهد ويمين » (١).

(١) الحديث رواه أبو داود من رواية ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى يشاهد ويمين في الحقوق . قال أبو عمر أصح اسناد لهذا الحديث رواية سيف بن سليمان عن قيس ابن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس في الأموال خاصة . وقال وهو حديث لا مطعن لأحد في إسناده ، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث في أن رجاله ثقات . قال يحيى بن القطان سيف ابن سليمان ثبت ما رأيت أحفظ منه وقال النسائي هذا إسناد جيد سيف ثقة وقيس ثقة (القرطبي ج ٣ ص ٣٩٣) .

ورد الحنفية ذلك بأن هذا الاستدلال مخالف للحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (١) فإنه عليه السلام لم يجعل على المدعى يمينا ، لكونه قصر جميع أفراد البيئات وجميع أفراد اليمين على من أنكر - المدعى عليه - وهذا تقسيم وتوزيع يتضمن أنه لا تتوجه اليمين إلى المدعى ، فلا يقبل منه شاهد ويمين والا كان زيادة على النص .

فلهذا قدم الحنفية حديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فلم يروا أن على المدعى يمينا بل إنهم ذهبوا إلى أن القول بقبول الشاهد واليمين قول منكر في الدين . حتى قال محمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة « من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه » وكما قرر الحنفية لذلك : أن من حكم به لا ينفذ حكمه ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله : جاء في متن التتوير وشرحه « وإذا رفع له حكم قاض آخر نفذه إلا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً ، ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته الحديث المشهور « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وقد جرت مناقشات طويلة في هذا الموضوع تناولت الأحاديث المروية من حيث الرواية والسند . ومن حيث الدلالة على المعنى المتنازع فيه . حتى إن بعض مؤلفي الحنفية وهو الزيلعي طعن في بعض روايات القضاء بالشاهد واليمين . وهو ما جاء عن طريق ابن عباس . وقال فيه الشافعي : إنه ثابت لا يردده أحد من أهل العلم . فيقول الزيلعي : إنه ضعيف يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح ، وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد أن أنكره المروى عنه .

ورجح ابن القيم مذهب القائلين بقبول الشاهد واليمين فقال :

(١) الحديث من رواية ابن عباس ورواه البيهقي . راجع سبل السلام ج ٤ ص ٢٠٤



« القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ، وإنما ذكر هذين النوعين من البيّنات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه وما تحفظ به الحقوق شيء ، وما يحكم به الحاكم شيء آخر . فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين » (١).

وقد سبقه ابن قدامة المقدسي بتقرير ذلك حيث يقول « ولأن الآية واردة في التحمل دون الأداء ولهذا قال : أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » والنزاع في الأداء .

هذا وقد أخذ بحديث القضاء بشاهد ويمين الإمامان الشافعي ومالك : فقد جاء في الموطأ للإمام مالك : « رأيت رجلاً ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب : ما ذلك الحق عليه . فإن حلف بطل ذلك عنه ، وإن أبي أن يحلف ونكل عن اليمين حلف طالب الحق أن حقه لحق . وثبت حقه على صاحبه . فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا يبلد من البلدان فبأى شيء أخذ هذا وبأى كتاب الله وجدته ؟ فن أقر بهذا فليقر باليمين مع الشاهد » .

كما جاء في نهاية المحتاج للرملی وهو من الشافعية « وإذا أنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين حلف المدعى بعد أمر القاضي له ، وقضى له بالمدعى به ولا يقضى بنكول المدعى عليه وحده » (٢) - والحق أن حديث الشاهد واليمين لم يثبت ثبوتاً يصح معه الاحتجاج به وأنه ضعف أمام أحاديث الحنفية التي ثبتت بالشهرة . على أن ما ذهب إليه الحنفية أحفظ لأموال الناس أن تنال بالشبهات . وفي القول بالقضاء بالشاهد واليمين فتح لباب لو وبله الناس لاستيحت الحقوق وهو ما يرشد إليه قوله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء قوم وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » .

(١) راجع القرطبي ج ٣ ص ٣٩٢

(٢) نهاية المحتاج للرملی ج ٨ ص ٣٣٤

## مرتبة الحديث المرسل :

وهو ما لم يتصل أسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) . وقد قبله الخنفية والمالكية لكونهم لم يشترطوا اتصال السند . أما الشافعي فاشترط ذلك فلهذا لم يقبل المرسل إلا بشرطين :

الأول : أن يكون التابعى الذى أرسل الحديث من المعروفين بأنهم قد التقوا بعدد كبير من الصحابة .

الثانى : أن يوثق المرسل بطريق آخر من طرق التوثيق والى منها :

( أ ) أن ينظر إلى ما أرسله التابعى الكبير . فإن وجد أن الحفاظ المأمونين أسندوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم معنى ما روى كان هذا دلالة واضحة على صحة المرسل وصحة من رواه .

( ب ) أن ينظر هل يوافق مرسل غيره قبله أهل العلم بطريق من السند غير طريقه . فإن وجد كانت هذه دلالة تسوغ القبول . ولكنها أضعف من الأولى وذلك لأن دليل المرسل السابق الذى جعله مقبولا أقوى من هذه الدلالة . إذ الأول حديث مسند قوى ومرسلات التابعى أما هذه المرتبة فدليلها حديث مرسل مقبول عند أهل العلم قوى تلك المرسلات . ولا شك أن المسند أقوى من المرسل

( ج ) أن ينظر إلى بعض ما يروى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول . فإن وافق المرسل قبل . لأنه يكون فى هذا دلالة على أنه لم يؤخذ مرسله إلا عن أصل يصح وهذه الرتبة دون الثانية .

( د ) أن يوجد جماعات من أهل العلم يفتون بمثل ما جاء به المرسل فيقبل . وهذه أدنى المراتب .

---

(١) عرفه الخنفية بأنه ما أسنده إمام ثقة إلى الرسول مع حذف بعض السند التقرير والتحرير ج ٢ ص ٨) .

فإن لم توجد معاضدة للإرسال بوجه من الوجوه الأربعة السابقة رد بالمرسل ولا يقبل في عمل ولا يلزم به أحد (١) ومما سبق يتضح أن الشافعي يفيد قبول المرسل بقيدين :

أحدهما : أن يكون المرسل من كبار التابعين الذين لقوا كثيرين من الصحابة .

الثاني : أن تكون هناك دلالة تقوى سند الإرسال من الدلالات الأربع السابقة ثم إن المرسل في حال قبوله لا يكون في قوة المسند لأنه منقطع السند عن الرسول عليه السلام . ولا نستطيع أن نزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل .

ويعلل الشافعي تأخير مرتبة الحديث المرسل عن المتصل بقوله :

« إن معنى المنقطع مغيب يحتمل أن يكون حمل عن يرغب عن الرواية عنه إذا سمي ، وأن بعض المنقطعات وإن وافقه مرسل مثله يحتمل أن يكون . مخرجها واحدا من حيث لو سمي لم يقبل » .

### والحق أن آراء الفقهاء في شأن المرسل

الرأى الأول : أنه ضعيف يرد ولا يجب العمل به ، وذكر النووي في التقريب أن ذلك رأى جماهير المحدثين وكثير من الفقهاء الأصول . والعلة في رده هو جهل من روى عنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعدم تسميته ، ولأنه إذا كانت الرواية عن المسمى المجهول مردودة فالأولى أن ترد عن لا يسمى قط .

الرأى الثاني : قبوله مطلقاً . وهو مذهب مالك وأحمد وأبو حنيفة . ونقل الغزالي أنه مذهب الجماهير .

(١) راجع أصول الفقه للخضرى ص ٢٨٨

وحجتهم في ذلك أن العدل جازم بنسبة متن الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال قال رسول الله . وهذا يستلزم اعتقاد ثقة من أسقطه . وكون المرسل من أئمة الشأن قوى في المطابقة . ولو لم يكن معتقداً ثقة من أسقطه لم يكن بالارسال عدلا اماما والفرض غير ذلك (١) .

يقول صدر الشريعة : ومرسل الصحابي مقبول بالاجماع ويحمل على السماع ومرسل القرن الثاني والثالث لا يقبل عند الشافعي الا أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب قال لأئني وجدتها مسانيد للجهل بصفات الراوى التي تصحح بها الرواية—ويقبل عندنا وعند مالك وهو فوق المسند (٢) .

ويقول القرأني : حجة الجواز أن سكوته عنه مع عدالة الساكت وعلمه أن روايته يترتب عليها شرع عام يقتضى أنه ماسكت عنه إلا وقد جزم بعدالته فسكوته كإخباره بعدالته . وهو لو زكاه عندنا لقبنا تركيته فكذلك سكوته عنه . حتى قال بعضهم : إن المرسل أقوى من المسند بهذا الطريق لأن المرسل قد تدمه الراوى ( أى أخذه في ذمته عند الله تعالى ) وذلك يقتضى وثوقه بعدالته . وأما إذا أسند فقد فوض أمره للسامع ينظر فيه ولم يتدمه .

الرأى الثالث : وهو رأى وسط بين القبول والرد وإليه ذهب الشافعي فهو يأخذ بالمرسل الذى ينتهى إلى كبار التابعين إذا أسند مرسل ذلك التابعى أو قوى بمرسل مقبول . أو قول صحابي أو فتوى جماعات من العلماء بمثل ما نص عليه .

ويظهر أن قبول المرسل من الأخبار كان أمراً شائعاً في عصر أبي حنيفة ومالك رضى الله عنه لأن الثقات من التابعين الذين التقيا بهم أو بتلاميذهم كانوا يصرحون بأنهم يرسلون اسم الصحابي إذا كانوا قد رووا الحديث عن عدة من الصحابة روى أن الأعمش قال : قلت لإبراهيم : اذا رويت

(١) أصول الفقه للخضرى ص ٢٨٩

(٢) التنقيح ج ٢ ص ٧

لى حديثاً عن عبد الله فأسنده لى ، فقال : إذا قلت لك حدثنى فلان عن عبد الله فهو الذى روى لى ذلك . وإذا قلت قال عبد الله فقد رواه لى غير واحد» (١) .

كما روى الحسن البصرى أنه كان يقول : « كنت إذا اجتمع أربعة من الصحابة على حديث أرسلته إرسالا » وعنه أنه قال « متى قلت لكم حدثنى فلان فهو حديثه لا غير ، ومتى قلت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد سمعته من سبعين أو أكثر » (٢) .

كما يظهر أن الإرسال كان هو الكثير بين التابعين قبل أن يكثر الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم . فاضطر العلماء إلى الإسناد ليعرف الراوى فتعرف نحلته ، ولهذا قال فى ذلك ابن سيرين : ما كنا نسند الحديث إلى أن وقعت الفتنة .

ولهذا قبل أبو حنيفة ومالك وغيرهما المرسل فى تلك الحدود التى عرفناها وهى أن يكون الذين أرسلوا من الثقات . وإن من يتبع كتب الآثار المنسوبة إلى أبى حنيفة يتضح له أن المرسل يكون فى مرتبة خبر الآحاد عنده . فعند تعارضهما يرجح بينهما بطرق الترجيح التى تتبع عند تعارض خبرين من أخبار الآحاد .

لكن اختلف الحنفية بعد ذلك فى مرتبة المرسل وخبر الآحاد عند تعارضهما فيعضهم قدم المرسل . وبعضهم قدم المتصل .. فمن أمثلة ترجيح المرسل ماروت عائشة قالت «أهدى لحفصة طعام وكنا صائمين فأفطرنا ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا له يا رسول الله : أهديت لنا هدية واشتهبناها فأفطرنا . فقال صلى الله عليه وسلم : لا عليكم ما صوما يوما آخر مكانه» فهذا الحديث مرسل وقد أخذ به الحنفية والمالكية وقالوا بوجوب قضاء صوم التطوع إذا فسد . وقال آخرون وهم الشافعية لا قضاء بإفساده لكونهم لم يأخذوا بالحديث لإرساله .

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٤

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٥

## المبحث الثالث

### الترجيح في متن الحديث (١)

يترجح ما هو أقوى دلالة . فالمحكم يرجح على المفسر ، والمفسر يرجح على النص ، والنص على الظاهر كما سبق . كما تترجح العبارة على الإشارة . وتترجح الإشارة على دلالة النص والدلالة على المقتضى . ويترجح اللفظ الفصيح على غيره لأنه صلى الله عليه وسلم أفصح العرب فيبعد نطقه بغير الأفصح . لأن الأخير يكون مروياً بالمعنى فيتطرق إليه احتمال الخلل ، قال الأسنوى . وأما الأفصح فلا يرجح على الفصيح خلافاً لبعضهم لأن الرجل الفصيح لا يجب أن يكون كل كلامه أفصح « (٢) .

ويترجح الأقل احتمالاً على الأكثر احتمالاً كالمشترك لاثنتين على المشترك عن الاضطراب وقوة استعماله في المقصود بالنسبة إلى الثاني .

ويترجح المجاز الأقرب إلى الحقيقة على ما هو أبعد منه إليها ، وفي كتب الشافعية يترجح المجاز على مجاز آخر بأقربية المصحح . وهي العلاقة إلى الحقيقة مع اتحاد الجهة يقول الأسنوى : « فإذا تعارض خبران ولا يمكن العمل بأحدهما إلا بارتكاب المجاز وكان مجاز أحدهما أشبه بالحقيقة من مجاز الآخر فإنه يرجح عليه لقربه »

ويترجح الخبر المشتمل على الحقيقة الشرعية على الخبر المشتمل على الحقيقة العرفية أو اللغوية لأنه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرعيات فالظاهر من حاله أنه يخاطب بها ، ثم المشتمل على الحقيقة العرفية يرجح على الحقيقة اللغوية لاشتهار العرفية وتبادر معناها .

(١) المراد بالمتن ماتنصنه الحديث من أمر أو نهى أو عموم أو خصوص .

(٢) نهاية السؤل ج ٤ ص ٤٩٧

ويترجح العام على الخاص ( عند الحنفية ) هذا إذا كان العمل بالعام فيه الاحتياط كما لو كان العام محرماً والخاص مباحاً ، لأن العمل بالعام حينئذ أقرب إلى تحصيل المصلحة دون المفسدة . فإن لم يكن الاحتياط في العمل بالعام جمع بينهما بالعمل بالخاص في محله وبالعام فيما سواه - ورجح الشافعية الخاص على العام دائماً لأنه غير مبطل للعام بخلاف العمل بالعام فإنه مبطل للخاص . ولكون الخاص أقوى دلالة .

ويترجح الخبر المومى إلى علة الحكم ، على الخبر الذى لا يكون كذلك لأن انقياد الطباع إلى الحكم المعلل أسرع . ومثلوا لذلك بما جاء فى حديث البخارى « من بدل دينه فاقتلوه » مع حديث الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم « نهى عن قتل النساء والصبيان » فقد نيط الحكم الأول بوصف الردة المناسب ولا وصف فى الثانى . ويحمل لفظ النساء فيه على الحريات . لكن قد يعارض هذا المرجح مرجح آخر هو أن الحديث الثانى نهى والأول أمر . والنهى راجح على الأمر وعند التعارض يكون المعول فى الترجيح على ما يراه المحتهد ( ١ ) .

ويترجح الخبر الدال على التحريم على الخبر الدال على الإباحة احتياطاً وهذا لأن ذلك الفعل إن كان حراماً كان ارتكابه ضرراً . وإن كان مباحاً فلا ضرر فى تركه ولا بأس بهذا . اختار ذلك الآمدى وابن الحاجب . وقيل ترجح الإباحة لاعتضاها بالأصل ولأنه عليه السلام كان يحب التخفيف على أمته والظاهر بقاء الأحكام على ما يحبه ( مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٦ ) وقيل يستويان وهو مختار الغزالى . والراجح ترجيح التحريم لقوله عليه السلام : ما اجتمع الحلال والحرام وإلا وغلب الحرام على الحلال » .

وكذلك تقدم الكراهة على الندب لكونها أحوط . ويرجح التحريم والوجوب والندب والكراهة على الإباحة للاحتياط .

(١) حاشية بنجيت على الأسنوى ج ٤ ص ٥٠٠

ويترجح الخبر النافي للحد على الخبر الموجب له وهو مذهب الحنفية والشافعية وعللوا ذلك بكونه مشتملاً على اليسر وعدم الحرج . كما أنه يتفق مع ما ورد في كتاب الله تعالى من قوله « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وماورد عليه السلام من قوله « ادعوا الحدود بالشبهات » كما أن الحد ضرر ، والضرر منفي عن الإسلام بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » .

ويذهب بعض المتكلمين إلى تقديم موجب الحد على دارئه نظراً الى الى أن فائدة العمل بالموجب التأسيس . وبالدرء التأكيد . والتأسيس مقدم على التأكيد .

وقد رجح الإمام الغزالي أنهما سواء لأن الشبهة لا تؤثر في ثبوت الشرعية بدليل أنه يثبت بخبر الواحد مع قيام الاحتمال . والحد إنما يسقط بالشبهة إذا كانت في نفس الفعل أو للاختلاف في حكمه كأن يبيحه قوم ويحظره آخرون .

وكذا يترجح الحديث الموافق للقياس على مخالفه ، فإذا تعارض حديثان أحدهما موافق للقياس والآخر مخالف له فالموافق مرجح على المذهب الأصح . ذلك لأن الغالب في الأحكام أن تكون معاملة . ويقاس عليها غيرها ، والظن تابع للأغلب ، فالظن بثبوته أقوى (١) ، فمن تقديم الموافق : أن الحنفية أخذوا بحديث معقل بن سنان في بروع بنت واشق الأشجعية فقد مات عنها هلال بن مرة قبل أن يدخل بها ولم يكن سمي لها مهراً فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بمهر مثل نساءها . وقد سئل ابن مسعود عن امرأة توفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها ولم يكن سمي لها مهراً فأفتى بعد نظر قضى فيه أياماً بأن لها مهر مثلها لاوكس ولا شطط فشهد لديه معقل بن سنان بما ذكرنا ففرح بذلك فرحاً شديداً إذ وافقت فتياه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٦ .



فقد أخذ الحنفية بحديث معقل لموافقة القياس عندهم . من جهة أن الموت يشبه الدخول بالزوجة في توكيد وجوب المهر وتثبيته ، بدليل أنهما سواء في إيجاب العدة - ولم يعمل بحديث معقل الشافعية (١) لضعفه ولكونه يخالف عندهم قياساً آخر إذ أنهم يرون أن المعقود عليه إذا عاد سالماً إلى صاحبه لم يستوجب عوضاً . وأن المهر لا يجب إلا بالفرض عن تراض أو بقضاء أو باستيفاء المعقود عليه ولم يوجد شيء من ذلك .

والنفي يترجح على الإثبات فيما الغالب فيه الشهرة لو كان ولم يشتهر . وهذا عند الحنفية (٢) ولهذا قدموا حديثي عدم انتقاض الوضوء بمس النساء أو مس الذكر على حديثي انتقاضه بهما لكون النافي قد اعتضد بالأصل فإن الأصل في كل شيء هو العدم - وقال الأسنوي (٣) « يرجح الخبر المثبت للطلاق والعتاق على الخبر النافي له » وقال في جمع الجوامع وشرحه : والمثبت على النافي لاشتماله على زيادة علم ، وقيل عكسه لاعتضاد النافي بالأصل وثالثها سواء لتساوي مرجحهما واربعا يرجح المثبت إلا في الطلاق والعتاق فيرجح النافي لها على المثبت لها لأن الأصل عدمهما « حكى ابن الحاجب مع هذا عكسه أي ترجيح المثبت لها على النافي » .

ومما سبق يتضح أن صاحب جمع الجوامع حكى في المسألة أربعة أقوال آخرها ما اختاره الأسنوي من تقدم المثبت في الطلاق والعتاق على النافي . وقد عللوا ذلك بأن ذلك هو الأصل والنافي على خلافه فيكون الأصل أرجح وقد وافقهما الكمال من الحنفية فقال في التحرير « وموجب الطلاق والعتاق يترجح على نافيها » (٤) .

(١) راجع الأم ج ٥ ص ٦١

(٢) المرجع السابق .

(٣) ج ٤ ص ٥٠٣ - حديث « من مس ذكره فليتوضأ » صححه الترمذي وغيره . كما أن حديث « إن هو إلا بضعة منك » رواه الترمذي وغيره : أنه صلى الله عليه وسلم سأله رجل مس ذكره أعليه وضوء ؟ قال « لا إنما هو بضعة منك » وبضعة بفتح الباء لا غير أي قطعة لحم منك جها بضع ( راجع نصب الراية . وفتح القدير ) .

(٤) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٢٤

ويرى بعض الأئمة الترجيح بعمل أهل المدينة لأنهم أعرف بالأحكام  
ولكون المدينة المطهرة كانت مهبط للوحي ، ومنقبة للخبيث كما ينقى الكبر  
خبيث الحديد (١) .

كما رجح ابن الهمام في التحرير ( ما عمل به الخلفاء الراشدون  
أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ما ليس كذلك ) لأن النبي  
صلى الله عليه وسلم أمر بمتابعتهم والافتداء بهم ولكونهم أعرف بالتنزيل  
ومواقع الوحي والتأويل يفيد غلبة الظن في ذلك ولا سيما اذا كان بمحضر  
من الصحابة ولم يخالف فيه أحد فإنه يحل محل الإجماع (٢) .

---

(١) من اعتبر ذلك الإمام مالك فإنه يرى أن ذلك العمل لا يمكن إلا أن يكون نقلا عن  
النبي صلى الله عليه وسلم ويقول مقاله شيخه ربيعة بن عبد الرحمن « ألف عن ألف خير من واحد  
عن واحد » وبذلك يقدم عمل أهل المدينة الذي أساسه الرأي عن خبر الآحاد . وقد كان يلوم كل  
فقيه لا يأخذ بعمل أهل المدينة ويخالفهم ( الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ٣١٠ ) .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٦

## الفضل الجامع

### الجمع بين الدليلين

إذا لم يجد المحمّد سبيلا إلى ترجيح (١) أحد الدليلين على الآخر فإنه يحاول الجمع والتوفيق بينهما ، وذلك يكون بأحد الوجوه الآتية :

١ - الجمع بالتنوع وذلك بين العامين المتعارضين ، بأن يخص أحدهما بالبعض والآخر بالبعض الآخر. ويحمل كل منهما على نوع ، كما إذا علم عن أمر أنه قال : أعطوا الفقراء ، وقال لا تعطوا الفقراء . ولم يعلم أيهما المتقدم حمل الأمر على الفقراء المتعطفين ، والنهي على الفقراء الذين لا يسألون الناس إلحافا .

ومن الأمثلة من النصوص : قوله عليه السلام « ألا أنبتكم بخير الشهود ؟ قالوا بلى يارسول الله قال : أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد » فإنه يقتضى قبول شهادة من شهد فى شىء قبل أن تطلب منه الشهادة سواء كان حقا من حقوق الله تعالى أو حقا من حقوق العباد - فقد تعارض مع قوله صلى الله عليه وسلم « إن خيركم قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون (٢) » فإنه يقتضى ألا تقبل شهادة من شهد فى شىء قبل أن تطلب منه الشهادة مطلقا - ويجمع بينهما بحمل كل منهما على نوع من الحقوق . فيحمل الحديث الأول على حقوق الله تعالى . ويحمل الحديث الثانى على نوع آخر منها وهى حقوق العباد ، لكن صرح القرطبي بعدم التعارض بين الحديثين وقال إن الحديث الثانى (٣) .

(١) هذا على أحد الرأيين السابقين وهو تقديم الترجيح على الجمع .

(٢) سبل السلام ج ٤ ص ١٩٦ ، وتفسير القرطبي ج ٣ ص ٤٠٠

(٣) محمول على ثلاثة أوجه . أحدها أن يراد به شاهد الزور . فإنه يشهد بما لم يستشهد الثانى : أن يراد به الذى يحمله الشره على تنفيذ ما يشهد به فيبادر بالشهادة تبلى أن يسألها ، الثالث النهى عن العهد والشهادات فى أيام الصبا ( القرطبي ج ٣ ص ٤٠٠ ) .

٢ - الجمع بالقييد، وذلك بأن يقيد كل منهما بما يغير الآخر، كما إذا علم من أمر قوله: أعط فقيراً وقوله لاتعط فقيراً. فإن الأول يقيد بالفقير المتعفف، والثاني بالفقير المتسول.

٣ - الجمع باختلاف الحال، وذلك بين الدليلين الخاصين ويكون بحمل أحدهما على حال، والثاني على حال أخرى. كما إذا قال قائل: أعط علياً ولاتعط علياً. فإن الأول يحمل على حال استقامته، والثاني على حال اعوجاجه أو يحمل أحد الطرفين على الحجاز، والآخر على الحقيقة.

٤ - الجمع بالتخصيص فيما إذا كان أحد الدليلين عاما والآخر خاصا وهو أن يخصص العام ويعمل به فيما وراء الخاص - على طريقة تخصيص العام عند الشافعية - فيعمل بالخاص على احتمال الغلط، لا بأن يقطع بأن المراد بالعام ما وراء الخاص.

## المبحث الأول

### هل الجمع مقدم على الترجيح؟

يظن البعض أن إعمال الدليلين بالجمع بينهما أولى من إهمال أحدهما بالترجيح. فلهذا يقدم الجمع بين الدليلين على الترجيح بينهما.

وهو ظن ضعيف، ورأى غير مستقيم، لأن تقديم الراجح من الدليلين على المرجوح منهما هو الأمر المعقول. والذي يراه أكثر العلماء. فلهذا تكون أولوية الإعمال بالجمع عندما لم يكن المهمل مرجوحا. والسرف في ذلك هو أن المرجوح عند مقابلته بالراجح لا يكون دليلا. فلذا لا يكون إهماله إهمالا للدليل (١).

والأدلة على أن الترجيح مقدم على الجمع من النصوص كثيرة منها ما نقل عن الإمام أبي حنيفة أنه قدم على حديث العرنين حديث الاستنزاء

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٤.

من البول لوجود مرجح التحريم في حديث الاستزاه على الإباحة التي في حديث العرينين .

أما حديث العرينين فقد رواه البخارى قال : حدثنا سليمان بن حرب قال : حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس قال : قدم أناس من عكل أو عرينة فاجتوا المدينة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بلقاح ، وأن يشربوا من أبوالها فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم ، فجاء الخبر في أول النهار فبعث في آثارهم ، فلما أرتفع النهار جرى بهم فأمرو فمقطع أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم ، وألقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون « قال أبو قلابة فهؤلاء سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله » (١) .

أما حديث الاستزاه فهو قوله عليه الصلاة والسلام « استزها من البول فإن عامة عذاب القبر منه » (٢) .

ومن هنا ذهب أبو حنيفة والجمهور الى أن الأبوال كلها نجسة إلا ما عفى عنه ، . وحملوا حديث العرينين على التداوى . وقالوا إن قوله صلى الله عليه وسلم « لم يجعل الله شفاء أمتي فيما حرم عليها محمول على حالة الاختيار

---

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ٦٧ . والعرينون قبيلة تنسب إلى عرينة تصغير عرنة وهي واد بجذاء عرفة . ومعنى اجتوا المدينة لم يوافقهم هواؤها . وأصل الجوى المرض . وداء الجوف إذا تطاول . ومعنى سمرت أعينهم : أحمى لها مسامير ثم كحلهم بها ، وذلك لأنهم فعلوا بالرعاة مثل ذلك . والحرة أرض ذات حجارة سود بظاهر المدينة . واللقاح جمع لقوح وهي الناقة الحلوب .

(٢) الحديث من رواية أبي هريرة . ومعنى استزهاوا اطلبوا الزاهة من البول فإن أكثر من يعذب فيه بسبب عدم التنزه عنه . وقد رواه أيضاً الدارقطنى وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة وقال على شرطهما ولا أعرف له علة ، وقد روى من حديث ابن عباس وأبي هريرة وأنس وأجودهما طريقاً حديث أبي هريرة . وكذا رواه البزار عن عباد بن الصامت بلفظ آخر راجع سبل السلام ج ١ ص ١٢٥

أو على الخمر (١) بل إنه نقل عن أبي حنيفة عدم حل شرب الأبوال مطلقاً لا للتداوى ولا غيره ، لأنه لا يتقن بالشفاء فلا يعرض عن الحرمة (٢) .

وحمل محمد بن الحسن حديث « استنزها من البول » على ما لا يؤكل لحمه . وقال بإباحة بول ما يؤكل لحمه . ووجه مذهبه أن البول في الحديث عام يتناول بول ما يؤكل وما لا يؤكل والعام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله ، لأن متنه أقوى . فصار كعام الكتاب ، والخاص من خبر الواحد (٣) .

أما أبو يوسف فقد حمل العام على ما لا يكون للتداوى . فلهذا قال بحل التداوى بأبوال الابل لحديث العرنيين فإنه عليه السلام سوغ لهم شرب أبوال الابل للاستشفاء (٤) .

ومن تقديم الترجيح على الجمع ما ذهب اليه الحنفية من تقديم قوله عليه السلام « فيما سقت السماء العيون أو كان عثريا العشر » فقد قدموا العام في هذا الحديث على الخاص الوارد في قوله عليه السلام « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » كان هذا التقديم لوجود المرجح في الحديث الأول ولم يقولوا بالجمع بينهما مع أنه ممكن بطريق حمل قوله « ماسقت السماء » على ما كان خمسة أوسق فصاعدا ، وحمل الحديث الثاني على ما كان أقل من خمسة أوسق .

هذا ومن قدم الترجيح على الجمع ابن الهمام من الحنفية ، فقد قال في التحرير « وكيف يقدم الجمع مطلقا على اعتبار الراجح وفي تقديمه مخالفة ما أطبق عليه العقول من تقديم المرجوح على الراجح (٥) .

(١) شرح الشرقاوى على الزبيدي ج ١ ص ١٥٦

(٢) فتح القدير بشرح الكفاية على الهداية ج ١ ص ٨٨

(٣) المرجع السابق .

(٤) كشف الأسرار شرح المنار ج ١ ص ١١٢

(٥) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٥

## المبحث الثاني

### طرق الجمع

هي متعددة منها ما يكون باختلاف الحال . ومنها ما يكون باختلاف الحكم ومنها ما يكون بتوزيع الحكم .

#### ١ - الجمع باختلاف الحال :

ويكون بحمل الدليلين المتعارضين على حال ، والأخرى على حال خلافاً ومثاله : ما قرأ حمزة والكسائي وعاصم قوله تعالى « ولا تقربوهن حتى يطهرن » بتشديد الطاء - وما قرأ الباقون (١) بتخفيفها . فإن القراءة بالتشديد تقتضى ألا يحل للزوج قربان زوجته بعد انقطاع دم حيضها قبل الاغتسال . سواء كان الانقطاع على أكثر مدة الحيض أو على مادونه والقراءة بالتخفيف تقتضى أن يحل القربان بانقطاع الدم سواء انقطع على أكثر مدة الحيض أو على مادونه لأن الطهر عبارة عن انقطاع دم الحيض يقال طهرت المرأة إذا خرجت من حيضها .

وقد وقع التعارض ظاهراً بين القراءتين . والقول بهما غير ممكن لأن حتى للغاية ، وبين امتداد الشيء إلى غاية وبين اقتصاره دونها تناف .

وقد حاول البعض دفع هذا التعارض بحمل كل قراءة من القراءتين على حال بأن تحمل قراءة التخفيف على ما إذا انقطع الدم لعشرة أيام وهي أكثر مدة الحيض ( عند الحنفية ) لأنه انقطاع بيقين فبمجرد انقطاع الدم حينئذ يحل القربان . لأن حرمة ثبتت باعتبار قيام الحيض لأنه تعالى أمر باعتزال النساء لمعنى الأذى بقوله تعالى « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض » فبعد الانقطاع على أكثر مدة الحيض لا يجوز تراخي الحرمة إلى الاغتسال ، لأنه يؤدي إلى جعل الطهر الذي هو ضد الحيض حيضاً

(١) قراءة نافع وأبو عمرو وابن عامر . وعاصم في رواية حفص عنه .

وهو تناقض وإبطال للتقدير الوارد . أو يؤدي إلى منع الزوج عن حقة وهو القربان بدون العلة المنصوص عليها وهي الأذى .

وتحمل القراءة الثانية قراءة التشديد على حال أخرى هي انقطاع دم الحيض على مادون أكثر مدة الحيض . لأن هذه الحالة لا يثبت معها الانقطاع بيقين، لتوهم أن يعاودها الدم ويكون ذلك حيضاً . فإن الدم ينقطع مرة ويدر أخرى، فلا بد من مؤكّد لجانب الانقطاع وهو الاغتسال أو ما يقوم مقامه (١) .

وقالوا إن إقامة الاغتسال مقام انقطاع الدم أمر عرف عن الصحابة رضی الله عنهم . فقد ذكر الشعبي أن ثلاثة عشر نفر من أصحاب الرسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : إن المرأة إذا كانت أيامها دون العشرة لا يحل لزوجها أن يقربها حتى تغتسل .

أما احتمال أن يكون قوله تعالى بعد ذلك « فإذا تطهرون » يأتي هذا التوفيق لكونه يوجب الاغتسال في جميع الأحوال . وأنه لو كان كذلك لكان ينبغي أن يقرأ في قراءة التخفيف فإذا تطهرون . ففجأب عنه بأن تأخير حق الزوج في الانقطاع على العشرة لا يجوز لما قدمنا من الفساد الذي يترتب فلهذا يحمل قوله فإذا تطهرون في قراءة التخفيف على تطهرون . ولا مانع من ذلك ، لأن تفعل قد يجيء بمعنى فعل من غير أن يدل على صنع كتيبين بمعنى بان أي ظهر . وكما يقال في صفات الله عز وجل : تكبر وتعظم . ولإيراد به صفة تكون بإحداث الفعل . (٢)

(١) أجاب ابن العربي عن هذا : بأن كل واحد منهما محمول على معنى دون معنى الآخر فيلزمهم إذا انقطع الدم ألا يحكم لها بحكم الحيض قبل أن تغتسل في الرجعة وهم لا يقولون ذلك فهي إذن حائض والحائض لا يجوز وطؤها اتفاقاً . وأيضاً ما قالوه يقتضي إباحة الوطء عند انقطاع الدم للأكثر وما قلناه يقتضي الحظر ، وإذا تمارض ما يقتضي الحظر وما يقتضي الإباحة وينبغي باعثاها على باعث الحظر كما قال على وعثمان في الجمع بين الأختين بملك اليمين أحلتها آية وحرمتها أخرى والتحرير أولى (القرطبي ج ٣ ص ٨٩ ، ٩٠) .

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١١ ، ٨١٢



وقد ناقش هذا الرأي صاحب الثبوت فقال : إن القراءتين كلام واحد لا يتحمل أن يحمل على معان مختلفة . كيف لا وليس مجموع القراءتين قرآنا لأن من نذر ختم القرآن وقرأ الكل بقراءة واحدة يتم الحتم ويخرج من النذر فالقراءتان كلام واحد ، وإنما كان لنا جواز القراءة بطريقتين ، فلا بد أن يكون مضمونهما واحدا ، فلا يصح حمل أحدهما على معنى والآخر على معنى ، ثم قال : والجواب عنه :

أن كلا من القراءتين كلامان منزلان من الله تعالى قطعا ، فلذا جاز كل منهما في الصلاة إلا أن الله تعالى أمرنا بالقراءة بدلا ، فلا بعد أن نريد بكل من الكلامين معاني مختلفة ، بل هو المتيقن . فإن الأصل في الكلام أن يراد به ما وضع له ، ولو سلم أنهما كلام واحد فلا استبعاد في أن يراد به معان بحسب اختلاف الالفاظ (١) .

وذهب الجمهور (٢) إلى أن وطء الحائض ، في طهرها وقبل الاغتسال غير جائز حتى تغتسل بالماء مستلدين لمذهبهم أن صيغة التفعّل إنما تنطق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم . فيكون قوله تعالى « فإذا تطهروا » أظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم . وقالوا إن الاظهر يجب المصير إليه حتى يدل الدليل على خلافه (٣)

ومن أدلتهم أيضا أن الله سبحانه علق الحكم في الآية على شرطين أحدهما انقطاع الدم وهو قوله تعالى « حتى يطهروا » والثاني الاغتسال بالماء وهو قوله « حتى يتطهروا » أي يفعلن الغسل بالماء فيقف الحكم عليهما (٤)

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ١ ص ٥٦ .

(٣) الأم ج ١ ص ٥٠ ، ج ٥ ص ١٥٤

(٤) القرطبي ج ٣ ص ٨٩

ولكن الكمال بن الهمام يرى أن الحملين خلاف الظاهر . وأن حمل إقرعة التخفيف على الانقطاع على الأكثر أقرب من حملها على الاغتسال ، اذ لا يوجب تأخر حق الزوج بعد الانقطاع بارتفاع العارض المانع من ذلك وهو الحيض مع قيام المبيح وهو الحل الأصلي الثابت قبل عروض هذا المحرم (١) . وللشيخ الخضرى رأى فى المسألة يخالف الرايين السابقين أوضحه فى قوله « ويظهر أن مثل هذه الآية ليس فيها تعارض . وأن معنى التخفيف والتشديد واحد وهو الطهارة الشرعية فلا حل حتى يرتفع الدم وتغتسل سواء ارتفع لأكثر مدة الحيض أو مادونها . وإن كان هذا هو ما ذهب اليه غير الحنفية وهو رأى له وجهته (٢) .

### ومما مثلوا به للجمع باختلاف الحال

قوله تعالى « فامسحوا برءوسكم وأرجلكم (٣) » فإن قوله « وأرجلكم » قرىء بخفض اللام ونصبها . والقراءتان مشهورتان فن قرأ وأرجلكم (بالنصب) عطف على الغسول وهو الوجه . ومن قرأ بالخفض عطف الممسوح وهو الرأس . والقراءة الاولى توجب الغسل وعدم جواز الاكتفاء بالمسح . والقراءة الثانية توجب مسح الرجل لا غير . وهو مذهب الروافض فهما متعارضتان من حيث الظاهر .

وقد تخلصوا من هذا التعارض باختلاف الحال . وذلك بحمل قراءة النصب على حال ظهور القدمين . وقراءة الجر على حال استتارهما بالخفين وإنما صح هذا الحمل وإرادة مسح الخف مع إضافة المسح الى الرجل لأن الجلد لما أقيم مقام بشرة القدم لاتصاله بها صار مسحه بمنزلة مسح القدم . وصار إضافة المسح الى الرجل وإرادة الخف منها بمنزلة غسل الدم . ذلك لأن الجلد حيث قام مقام بشرة القدم كان المسح مصادفا بشرة القدم تقديرا كما أن الغسل يصادف بشرة القدم تحقيقا فصح إضافة المسح إلى الرجل (٤) .

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٨

(٢) أصول الفقه للخضرى ص ٤٤٧

(٣) المائة الآية : ٦

(٤) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١٣

وتكون فائدة ذكر الرجل دون الخف هي أن المسح لو أضيف إلى الخف بأن قيل « وامسحوا براءوسكم وخفافكم » لأوهم جواز المسح على الخف وإن كان غير ملبوس . ففي ذكر الرجل وإرادة الخف إزالة هذا الوهم (١) .

ويذهب البعض الى أن القراءة بالخفض وإن كانت معطوفة على الرأس هي موجبة للغسل أيضاً لأنه أريد بالمسح الغسل في حق الرجل مشاكلة . وللتفاوت بين الفعلين إذ كل واحد منهما إمساس العضو بالماء . والمتوضىء لا يقنع بصب الماء على الأعضاء حتى يمسحها في الغسل . ولهذا يقال تمسحت للصلاة ويراد توضأت . ومنه قوله تعالى « فطقق مسحاً بالسوق والأعناق (٢) » فإن معناه غسل أعناقها وأرجلها غسلًا خفيفًا إزالة للغبار عنها لكرامتها عليه .

وتكون فائدته : التحذير عن الإسراف المنهي عنه إذ الأرجل مظنة الإسراف بصب الماء عليها فعطفت الرجل على الممسوح لا تمسح لكن لينبه على وجوب الاختصار . كأنه قيل واغسلوا أرجلكم غسلًا خفيفًا شبيهاً بالمسح ، فالمسح المعبر به عن الغسل يكون مقدرًا ودلت عليه الواو .

وإنما حمل على ذلك لما اشتهر من أن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه كانوا يغسلون أرجلهم في الوضوء مع أن في الغسل مسحاً وزيادة إذ لا إسالة بدون الاصابة . وأن المقصود من الوضوء هو التطهير وذلك في الغسل . ومسح الرأس خلف عنه تخفيفاً . ففي إثبات الغسل جمع بين الأدلة ، وموافقة للجماعة وتحصيل للطهارة ، وخروج عن العهدة بيقين (٣) .

(١) جاء في المبسوط ج ١ ص ٩٧ ما نصه « ثبت المسح على الخفين بالسنة فقد اشتهر فيه الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلاً من حديث المغيرة بن شعبة رضى الله عنه قال : توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت أصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فأخرج يده من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت : نسيت غسل القدمين فقال : لا بل أنت نسيت بهذا أمرني ربي » وعلى هذا يكون إثبات شرعية مسح الخف بالكتاب ، ولكن عامة المحققين على إثبات شرعية المسح على الخف بالسنة وهو المذكور في المبسوط والهداية وعامة الكتب . فإنه لو كان ثابتاً بالكتاب لكان مغياً إلى الكعبين كالغسل .

(٢) سورة ص الآية : ٢٣

(٣) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٠٥

## ٢ - الجمع باختلاف الحكم :

وهو أن يجعل أحد الحكمين المتعارضين الذي أثبتته أحد النصين غير الحكم الذي نفاه الآخر . فلا يبقى بعده تعارض . ولا يوجد اتحاد في محل النفي والإثبات . لأن اختلاف الحكم يقتضى اختلاف المحل : ومن أمثلته (١) :

قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » (٢) .

وقوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » (٣) .

وجه التعارض : أن الآية الأولى توجب المؤاخذة في كل يمين مكسوبة باللقاب مقصودة سواء كانت معقودة أو غير معقودة ومقتضاها أن تجب المؤاخذة في اليمين الغموس لكونها مكسوبة - والآية الثانية تقتضى ألا تتحقق المؤاخذة في الغموس . لأن الآية سبقت لبيان المؤاخذة في المعقودة ونفيها عن اللغو . والغموس ليست بمعقودة فكانت لغوا في حق المؤاخذة .

وإيضاح ذلك : أن الأيمان منها ما هو لغو ومنها منعقدة ومنها غموس

فالغموس : الحلف على أمر ماض أو حال كذبا عمدا . واللغو الحلف

على أمر ماض ظنا فمن حلف على الشيء يظن أنه على يقين منه فيظهر أن الشيء على خلاف ما حلف عليه يكون يمينه لغوا - عند الحنفية - وجعل الشافعي لغو اليمين مالم تتعد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في أثناء مخاطبة

(١) مثل له بعضهم بقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لرجل المسجد إلا في المسجد » فإنه معارض لما ثبت أنه عليه السلام أقر صلاة من صلى في غير المسجد ، فإن ظاهر الحديث الأول نفي الصلاة في غير المسجد لرجله ، ومقتضى الثاني صحة صلاته في غير المسجد فهما متعارضان فيحمل الأول على نفي الكمال ويحمل الثاني وهو التقرير منه عليه السلام على نفي الفضيلة فإن كلا منهما متعدد فالخبر يحتمل نفي الصحة ونفي الكمال ونفي الفضيلة . نهاية السؤل ج ٣ ص ٤٤٩ مع حاشية الشيخ محمد نجيد .

(٢) البقرة : ٢٢٥

(٣) المائدة : ٨٩

لا والله وبلى والله مما يجرى على الألسنة بالعادة من غير أن يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك في الموطأ . وبه قال ابن عباس . روى البخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت نزل قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » فى قول الرجل لا والله وبلى والله . وقيل اللغو ما يحلف به على الظن فيكون بخلافه قاله مالك وحكاه ابن التماس عنه . قال أبو هريرة : إذا حلف الرجل على الشئ لا يظنه إلا أنه إياه فإذا ليس هو فهو اللغو وليس فيه كفارة .

واليمين المنعقدة الحلف على شئ فى المستقبل أن يفعله أو لا يفعله (١) وجه التعارض أنه لما كانت الغموس غير معقوده تتكون لغوا ( لأن اللغو اسم لكلام لا فائدة فيه ) (٢) ولأنه ليست فى الغموس فائدة اليمين المشروعة بل هى خالية عنها من جهة أن اليمين إنما شرعت لتحقيق البر أو الصدق ، وقد فات فى الغموس هذا المعنى فكانت من هذا الوجه لغوا . وبهذا تكون داخلية فى عموم قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » .

فالتعارض فى الآيتين بحسب الظاهر بالنسبة لليمين الغموس ، فإن الآية الأولى توجب المؤاخذة فيها ؛ والآية الثانية تنفيها .

وقد تخلص الحنفية من هذا التعارض بكون المؤاخذة الثابتة فى الآية الأولى المراد بها المؤاخذة الأخروية . فإن اضافتها إلى كسب القلب قرينة على كونها أخروية . كما يشير إلى ذلك ورود المؤاخذة فيها مثبتة مطلقة ومن المقرر أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل . والكامل فى المؤاخذة العقوبة الأخروية . لأن الآخرة خلقت للجزاء . والدنيا دار ابتلاء . ثم هى حق لله بالعدل . وعقوبات زواجر لصلاح العباد غير متمحضة لحق الله تعالى .

(١) القرطبي ج ٣ ص ٩٩ ، ١٠٠

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٣ ، ٥ .

ذكر الله تعالى اللغو فى مواضع فكان المراد به معانى مختلفة على حسب الأحوال التى خرج عليها الكلام فقال تعالى « لا تسمع فيها لاغية » يعنى كلمة فاحشة قبيحة « ولا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما » على هذا المعنى . وقال « وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه » يعنى الكفر والكلام القبيح ، وقال « والغوا فيه » يعنى قولوا الكلام الذى لا يفيد شيئاً لتشتغلوا السامعين عنه وقال « وإذا مروا باللغو مروا كراما » يعنى الباطل . ويقال لغا إذا أتى بكلام لا فائدة فيه ( أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٥٤ ) .

وتكون المؤاخذه المنفية الواردة في الآية الثانية مراداً بها نفى المؤاخذه بالكفارة في الدنيا . لأنها مقيدة بدار الابتلاء . يشير إلى ذلك قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته » .

فهذا التباين بين المؤاخذين يندفع التعارض باختلاف الحال لأن التعارض إنما يتحقق عند اتحاد محل النفي والأثبات . وبه صار الحكم الذى أثبتته أحد النصين غير الحكم الذى نفاه النص الآخر .

وغير الحنفية يسلكون مسلكاً آخر فى التخلص من تعارض الآيتين هو : أن تكون المؤاخذه المذكورة فى آية البقرة « بما كسبت قلوبكم » محمولة على المؤاخذه الدينوية ( الكفارة ) وتكون المؤاخذه الواردة فى آية المائة « بما عقدتم الأيمان فكفارته » مفسرة بالكفارة ويحمل العقد المذكور فى الآية الثانية على كسب القلب ، وتكون الثانية تفسيراً للأولى . وبهذا تندرج الغموس فى المعقودة ، لأنها معقودة بعقد القلب وقصده فتجب فيها الكفارة (١) .

وقد أيدوا هذا المسلك بقولهم إنه تعالى شرع الكفارة بنفس اليمين من غير شرط حنث فقال : « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته » ولم يقل ذلك كفارة إيمانكم إذا حنثتم » إنما قال : إذا حلفتم . ولا تجب الكفارة بنفس اليمين إلا فى الغموس والمنعقدة لافى اللغو ، ولكن لم يحظ هذا المسلك من الحنفية بالقبول لأن مقتضاه أن تجب الكفارة فى الغموس والمعقودة وهم إنما يوجبونها فى المعقودة فقط . فلهذا لم يسلموا صحة حمل العقد على كسب القلب ولا حمل المؤاخذه فى الآيتين على المؤاخذه الدينوية لما فى ذلك من تقليل فائدة النص ، وفى هذا يقول عبد العزيز البخارى فى شرح أصول البزدوى : « فإنما متى حملنا أحدهما على الآخر كان تكراراً وحمل كلام صاحب الشرع على الإفادة ما أمكن أولى من حملة على الإعادة ، مع أن فيه عدو لاعتد

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١١ ، ٨١٢ ، شرح مسلم الثبوت ج ٢

الحقيقة من غير ضرورة ، لأن حقيقة العقد ربط أحد طرفي الحبل بالآخر والعقد الشرعى يسمى عقدا لما فيه من ارتباط أحد الكلامين بالآخر، وعزيمة القلب لا ترتبط بشيء لأنها لا توجب حكما إلا أنها سبب للعقد فإن المرء يقصد بقلبه، ثم يتكلم بلسانه، فانطلق عليها اسم العقد، فكان مجازا: يوضحه :

أن الآية قرئت بالتشديد كما قرئت بالتخفيف ، وبالتشديد لا يحتمل عقد القلب أصلا . فكان حمل القراءة بالتخفيف على ما يوافق القراءة الأخرى وفيه رعاية الحقيقة وتكثير الفائدة أولى من حملها على القصد « (١) .

وقد يتوجه عنه مسلك الحنفية : أن كون العقد حقيقة فى الربط بقصد الإيفاء ولكنها دعوى يعوزها الدليل : لأن حقيقة العمد ضد الحل . فيكون ربط اليمين المراد به تقييدها بالقصد وعليه يكون المعنى لا يؤخذكم الله بما صدر خطأ ، وإنما يؤخذكم بما صدر قصدا . وهذا المعنى يكون العقد شاملا لليمين المنعقدة اصطلاحا ، واليمين الغموس فتجب فيهما كفارة .

وقد أجابوا عنه . بأنه على تسليم كون العقد ضد الحل كما قلتم لكن ربط اليمين ليس هو تقييده بالقصد المطلق بل بالقصد المقيّد بالإيفاء . ولذا يقال للعهد عقد كما صرح به فى كتب اللغة وكما هو معنى معهود شرعا - ثم إنه لو أريد بعقد الإيمان ربطها بالقصد مطلقا ، لكان اليمين اللغو أيضا داخلا فيه لأنه مربوط بقصد فيلزم فيه المؤاخذة ، ولم يقل به أحد . فكان الصحيح أن حقيقة العقد أو اليمين هو الربط بقصد الإيفاء وهو إنما يكون فيما إذا حلف على المستقبل وهى اليمين المنعقدة لا غير .

وما قد يقال للحنفية : إن سورة المائدة متأخرة فى النزول عن سورة البقرة: فلو كان بينهما تعارض لوجب النسخ بالآية المتأخرة، ولا سبيل إلى الجمع بما ذكر ؛ لأن النسخ مقدم على الجمع .

(١) قال الشافعى فى الأم : عقد اليمين أن يثبتها على الشيء بعينه أن لا يفعل الشيء فيفعله أو ليفعله فلا يفعله ، أو لقد كان وما كان فهو آثم وعليه الكفارة لما وصفت من أن الله عز وجل قد جعل الكفارات فى عهد المأثم (الأم ج ٧ ص ٥٧) .

مجاب عنه : بأن سياق آية البقرة يقتضى كون المؤاخذة فى الآخرة ،  
وحيثئذ فلا تعارض . إنما التعارض بحسب أول النظر ، وتقدم النسخ  
إنما يكون إذالم تكن قرينة تدل على تعيين المراد .

هذا ويثبت بعض العلماء فى دفع التعارض بين الآيتين مذهبا جديرا  
بالذكر : فقد رأى أنه تعالى نفى المؤاخذة عن اللغو فى الآية الأولى ، وأثبتها  
فى الغموس والمراد منها المؤاخذة بالإثم ، وأنه نفاها فى الآية الثانية عن اللغو  
أيضا وأثبتها فى المعقودة وفسرها بالكفارة فكان بياننا أن المؤاخذة فى المعقودة  
بالكفارة وفى الغموس بالإثم وفى اللغو لا مؤاخذة أصلا ، فلزم التسليم بهذا  
البيان والعمل بكل نص على حدة دون صرف النصوص بعضها عن بعض  
أو تقييد بعضها ببعض ، وعلى هذا لا تكون الغموس داخلة فى اللغو ولا فى  
العقد ، فلا تجب كفارة فيها . وحيثئذ لا تعارض ، وفيه عمل بكل نص بما يفيد  
وحسب ما يقتضيه (١) .

### الجمع بتوزيع الحكم :

وذلك بأن يجعل بعض أفراد الحكم ثابتا بأحد الدليلين وبعضها منفيبا  
بالآخر ، ومثاله : قسمة المدعى بين مدعين يدعى كل واحد إياه كملا  
بحجته ، فإن فى ذلك عمل بكل حجة منهما ، وتوزيع للمدعى بينهما بناء عليه .

يقول الأسنوى « والعمل بكل منهما يكون على ثلاثة أنواع : الأول :  
أن يتبعض حكم واحد من الدليلين المتعارضين متى كان قابلا لذلك فيثبت  
بعضه دون بعضه ، وقد مثلوا له بقسمة الملك الذى يدعيه اثنين ويدهما  
مناصفة . لأن يد كل منهما دليل ظاهر على ثبوت الملك له ، وثبوت الملك  
قابل للتبعيض فنبعض ونحكم لكل واحد ببعض الملك جمعا بين الدليلين .  
وكذلك إذا تعارضت البيتان فيه » (٢) .

(١) راجع كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١٢ ، ومسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٩ ،  
والتقرير والتحرير ج ٣ ص ٩

(٢) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول للأسنوى .



## الفصل السابع

### العدول عن الدليلين المتعارضين

إذا لم يوجد مرجح يرجح أحد الدليلين على الآخر . ولم يمكن التوفيق بينهما ولا الجمع بين النصين . سقط العمل بهما . وعلى المجتهد العدول عن الاستدلال بهما ، واللجوء إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة لتعذر العمل بهما ، أو بأحدهما عينا . وذلك لأن العمل بأحدهما ليس بأولى من العمل بالآخر ، والترجيح من غير مرجح غير ممكن ، ولا ضرورة للعمل بأحدهما لوجود الدليل الذي يمكن العمل به بعدهما ، فلا يجب العمل بما يحتمل أنه منسوخ . وإذا تساقطا بالتعارض وجب المصير إلى دليل آخر يمكن به إثبات الحكم لأن الحادثة التحقت بما إذا لم يكن فيه ذلك النصان بتساقطهما فلا بد من طلب دليل آخر يتعرف به حكم الحادثة .

فإن كان التعارض بين آيتين عدل عن الاستدلال بهما إلى السنة :

ذلك لأن رتبة السنة متأخرة عن الكتاب في الاعتبار (١) وفي المرتبة الثانية منه والدليل على ذلك :

١ - أن القرآن مقطوع به والسنة مظنونة . والقطع في السنة إنما يصح على الجملة لا على التفصيل . أما الكتاب فمقطوع به جملة وتفصيلا . ولاشك أن المقطوع به مقدم على المظنون .

٢ - أن السنة مبينة للقرآن . لأن تعريفه للأحكام أكثره كلي لاجزئي كما دل على ذلك الاستقراء . فهو محتاج إلى كثير من البيان . والسنة على كثرتها

(١) الموافقات ج ٤ ص ٧ .

وكثرة مسألها إنما هي بيان له . وإذا كانت بيانا فالبيان تال للمبين في الاعتبار لأنه يلزم من سقوط المبين سقوط البيان لا العكس . وما كان شأنه ذلك كان متأخرا .

يقول الشاطبي « والسنة راجعة في معناها إلى الكتاب . فهي تفصيل مجمله وبيان مشكله ، وبسط مختصرة ، وذلك لأنها بيان له ، وهو الذي دل عليه قوله تعالى « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » (١) فلا نجد في السنة أمرا إلا والقرآن دل على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية . وأيضا كل دليل دل على أن القرآن هو كلى هذه الشريعة وينبوع لها ، ولأن الله تعالى قال وإنك لعلى خلق عظيم (٢) « وفسرت عائشة رضى الله عنها خلق النبي صلى الله عليه وسلم بأن خلقه القرآن . واقتصرت في بيان خلقه على ذلك فدل ذلك على أن قوله وفعله وإقراره راجع إلى القرآن » (٣) .

وهذا ينبغي بهتماسك مصادر هذا الدين المحكم ، وأن كل أقواله عليه السلام بيان للقرآن — وأما ما أتى به السنة من أحكام يبدو بادی الرأي أنها زائدة على أحكامه هي في الواقع في جملتها ترجع إليه . وفي ذلك تقوية للسنة . إذ أن قبولها يكون لبيان القرآن .

٣ — دل على تأخر السنة عن الكتاب كثير من الأخبار كحديث معاذ ابن جبل الذي تقدم ذكره وأثر عمر ، ففي كتابه إلى شريح : إذا وجدت شيئا في كتاب الله فاقض به ولا تلتفت إلى غيره . وإن أتاك شئ ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنته وإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن رسول الله فيه بسنة فاقض بما أجمع عليه الناس وإن أتاك ما ليس في كتاب ولا سنة رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك

(١) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٢ طبعة التجارية .

(٢) النحل الآية : ١٦

(٣) القلم الآية : ٤

فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخير إلا خيرا لك (١) .

وجاء عن كثير من الصحابة أنهم قدموا الكتاب على السنة فهذا ابن مسعود يقول : من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله فإن جاءه ما ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم « ومثل ذلك عن ابن عباس .

وعلى هذا إذا تعارض آيتان ولم يمكن الترجيح بينهما ولا الجمع فإننا نلجأ إلى السنة ومثال ذلك ما قالوا :

إن قوله تعالى « فاقراءوا ما تيسر من القرآن » (٢) تعارض مع قوله تعالى « وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون » (٣) لأن قوله تعالى « فاقراءوا ما تيسر من القرآن » بعمومه يفيد وجوب القراءة على كل مصل ومنه المقتدى . ولا يصح العدول عن مقتضى العام إلا بصارف ناهض . وليس ثم ما يصلح فبقيت القراءة فرضا على الكل بمقتضى هذه الآية ، وأفادت الآية الثانية « وإذا قرئ القرآن » عدم وجوب القراءة على المقتدى ، لأن الإنصات لا يمكن معه القراءة . والآية تطلب من المكلفين استماعا بعمومها . وإنصاتا عند قراءة القرآن في كل الأحوال وعلى جميع الأوضاع ، يستوى في ذلك خارج الصلاة وداخلها .

فلما تعارضت الآيتان على الوجه السابق في حق المقتدى صاروا إلى السنة النبوية وعمل كل مجتهد بما صح عنده منها .

فالحنفية (٤) قالوا بعدم وجوب قراءة المأموم خلف إمامه وأن القراءة

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٠

(٢) المزمل الآية ٢٠

(٣) الأعراف : ٢٠٤

(٤) المبسوط ج ١ ص ٢٠٠

ساقطة عنه سرية كانت الصلاة أم جهرية، فلو قرأ المؤتم كره تحريماً . حتى  
 لقد قال السرخسي من الحنفية بفساد صلاة من يقرأ خلف إمامه، وأنه قول  
 عدة من الصحابة منهم زيد بن ثابت وسعد بن أبي وقاص ، وقد نسب إلى  
 محمد في شرح الهداية أنه استحسّن للمؤتم أن يقرأ الفاتحة احتياطاً لكن قال  
 صاحب فتح القدير « والحق أن قول محمد كقولها » ونقل من كتب محمد  
 ما هو صريح في منعه من القراءة ثم قال : ولا يخفى أن الاحتياط في عدم  
 القراءة خلف الإمام (١) « وهم يؤيدون مذهبهم بأحاديث كثيرة بعضها  
 مرفوع وفي رفعه مقال . وبعضها مرسل من ذلك : مارواه أبو حنيفة عن  
 عبد الله بن شداد عن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم  
 قال « من صلى خلف إمام فإن قراءة الإمام له قراءة » (٢) فقالوا هو عام  
 يشمل الجهرية والسرية ، ويؤيده ما جاء في إحدى رواياته :

أن رجلاً قرأ خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان في الظهر  
 أو العصر فجعل رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينهاه عن  
 القراءة في الصلاة فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال : أتنبأني عن القراءة  
 خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم . فتنازعا حتى ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه  
 وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : « من صلى خلف إمام الحديث ومنها ماروى  
 عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنما جعل الإمام  
 ليؤتم به ، فإذا كبر فكبروا . وإذا قرأ فأنتصتوا » (٣) صححه مسلم .

(١) الهداية ج ١ ص ٣٩

(٢) نصب الرأية شرح أحاديث الهداية ج ١

(٣) أخرجه مسلم من حديث أبي موسى الأشعري وقال . وفي حديث جرير عن سليمان  
 عن قتادة من الزيادة « وإذا قرأ فأنتصتوا » قال الدارقطني : هذه اللفظة لم يتابع سليمان التيمي  
 فيها عن قتادة وخالفه الحفاظ من أصحاب قتادة فلم يذكروها . وقال فيجمعهم يدل على وهمه .  
 وأخرج أيضاً هذه الزيادة أبو داود من حديث أبي هريرة وقال هذه الزيادة « إذا قرأ فأنتصتوا »  
 ليست بمحفوظة . وذكر أبو محمد عبد الحق أن مسلماً صحح حديث أبي هريرة وقال هو عندي  
 صحيح (القرطبي ج ١ ص ١٠٥) .

ومنها ماروى عن عمران بن حصين : أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر فجعل رجل يقرأ خلفه « سبح اسم ربك الأعلى » فلما انصرف قال : « أيكم قرأ ؟ أو أيكم القارئ ؟ » فقال الرجل : أنا ، فقال : « لقد ظننت أن بعضكم خالجنها » أى نازعنيها .

وذهب الشافعية إلى وجوب القراءة على المؤتم غير أنه يقرأ الفاتحة فقط إذا كانت الصلاة جهرية والفتحة والسورة إذا كانت سرية (١) واستندوا إلى أحاديث كثيرة منها :

ما روى عبادة بن الصامت قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم النصب فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : إني أراكم تقرءون وراء إمامكم ، قال : قلنا يارسول الله إى والله ، قال لا تفعلوا إلا بأمر القرآن فإنه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » رواه أبو داود والترمذى .

ومنها ماروى أبو هريرة يرفعه « من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج غير تمام » قال الراوى فقلت يا أبا هريرة إني أكون أحيانا وراء الإمام ، فغمزنى فى ذراعى وقال : اقرأ بها فى نفسك يافارسى : رواه مسلم (٢) . وأبو داود .

أما المالكية والحنابلة فقالوا إن القراءة لا تجب على المؤتم مطلقا . غير أن المالكية قالوا تندب فى السرية وإن جهر فيها الإمام ، وتكره فى الجهرية وإن لم يسمع من الإمام . .

والحنابلة فرقوا فى الجهرية بين أن يسمع أو لا يسمع قراءة الإمام فأوجبوا القراءة إذا لم يسمع ، وهوا عنها إذا سمع .

(١) نهاية المحتاج ج ١ ص ٣٥٥ .

(٢) الحديث قال عنه القرطبى . إنه حديث ضعيف أسنده الحسن بن عمارة وهو متروك . وأبو حنيفة وهو ضعيف كلاهما عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر . وأخرجه الدارقطنى عن عبد الله بن شداد مرسلا ج ١ ص ١٠٦ .

ويستدلون بما روى أبو الدرداء قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم  
أنى كل صلاة قراءة فقال نعم فقال رجل من الأنصار : وجبت هذه، فقال لى  
رسول الله وكنت أقرب القوم إليه ما أرى الإمام إذا أم القوم إلا قد كفاهم .

وبما روى عن جابر : من صلى صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهى  
خداج (١) إلا أن يكون وراء الإمام .

وبما روى الدار قطنى : أنه صلى الله عليه وسلم : «إذا أسررت بقراءة  
فاقرأوا» .

والراجح هذا المذهب الاخير وهو مختار الزهرى وابن المبارك وقول  
لمالك وأحمد وإسحق .

يقول ابن العربى - والذى نرجحه وجوب القراءة فى الإسرار لعموم  
الأخبار، أما الجهر فلا سبيل إلى سبيل القراءة فيه لثلاثة أوجه :

أحدها : أنه عمل أهل المدينة، الثانى : أنه حكم القرآن قال سبحانه «وإذا قرىء  
القرآن فاستمعوا له وأنصتوا» وقد عضدته السنة بمحدثين أحدهما حديث عمران  
بن حصين « قد علمت أن بعضكم خالجنها . الثانى : قوله «وإذا قرىء  
فأنصتوا» : (٢) . والثالث : فى الترجيح أن القراءة مع جهر الإمام لا سبيل  
إيها فتنى يقرأ . فإن قيل يقرأ فى سكتة الإمام . قلنا السكوت لا يلزم  
الإمام فكيف يركب فرض على مالمس بفرض لا سيما وقد وجدنا وجهها  
للقراءة مع الجهر وهى قراءة القلب بالتدبر والتفكير . وهذا نظام القرآن  
والحديث وحفظ العبادة ومراعاة السنة » .

فإن كان التعارض بين سنتين فانه يعدل عن الاستدلال بهما الى الاحتجاج

(١) الخداج بكسر الخاء التقصان والمعنى ناقصة .

(٢) الأعراف الآية : ٢٠٤

يقول الصحابي عند من يرى الاحتجاج به أو إلى القياس عند من لا يرى الاحتجاج به (١) .

ومن أمثلة ذلك ما روى أبو قلابة عن النعمان بن بشير رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف ركعتين كل ركعة بركوع وسجدتين .

وما روى عن عائشة رضى الله عنها أن الرسول صلاها ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات (٢) قالت : خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى رسول الله بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ، ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ، ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الأول ، ثم سجد فأطال السجود ، ثم فعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الأولى ، ثم انصرف وقد انجلت الشمس .

فقد تعارض الحديثان في شأن الركوع والقيام في صلاة الكسوف . فالحديث الأول يقتضى أن كل ركعة تشمل على ركوع واحد وسجدتين كما في سائر الصلوات - والحديث الثانى يقتضى أنهما ركوعان وقيامان في كل ركعة ، ولما لم يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر ترك الحنفية العمل بهما وأخذوا بالقياس . وهو قياس صلاة الكسوف على غيرها من الصلوات . وبذلك يكون الواجب في كل ركعة ركوع واحد وقيام واحد ، كما هو الشأن في سائر الصلوات الأخرى .

وقيل إن هذا من باب ترجيح الآثار المشهورة الصحاح التي من أحسنها حديث أنى قلابة عن النعمان بن بشير . وذلك لكثرتها وموافقها القياس ، وأخذ الشافعية (٣) وباقي الأئمة بحديث عائشة : فقالوا في كل ركعة ركوعان . وأول الحنفية رواية الزيادة برفع بعض التوم رءوسهم من طول الركوع ثم عودهم إليه (٤) .

(١) كشف الأسرار للسفلى ج ٢ ص ٥٢

(٢) صحيح البخارى ج ٢ ص ٤٢

(٣) نهاية المحتاج ج ١ ص ١١٨

(٤) راجع مسلم ج ٣ ص ٢٨

وإنما لا يصر عند تعارض الآيتين إلى السنة المتواترة . وعند تعارض السنتين إلى الإجماع إن وجد . فإن لم يوجد فإلى أخبار الآحاد وصير عند تعارض الآيتين إلى السنة وإن كانت خبر واحد . وعند تعارض السنتين إلى أقوال الصحابة والقياس ، إنما كان ذلك لأن الإجماع مقدم ومرجح على الكل عند معارضته إياها لأنه لا يكون منسوخا لا بكتاب أو سنة ، ولا يكون باطلا ، فتعين أن يكون الكتاب والسنة ولو كانت متواترة منسوخة ، والإجماع كاشف عن هذا النسخ (١) .

فعند تعارض آيتين أو سنتين ووجود إجماع يعمل بما وافق الإجماع ويجعل ناسخا لما خالفه . فقد ترجح بترجيح قطعي . والكلام فيما لا ترجيح فيه ، ولا يمكن هناك إجماع «

يقول الأسنوي « إذا عارض الإجماع نصا من الكتاب أو السنة فإن كان أحدهما قابلا للتأويل بوجه ما ، أول القابل له سواء هو الإجماع أو النص جمعا بين الدليلين — وإن لم يكن أحدهما قابلا للتأويل تساقطا لأن العمل بهما غير ممكن والعمل بأحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح ، وهذا كله إذا كانا ظنيين ، فإن كانا قطعيين أو كان أحدهما قطعيًا والآخر ظنيًا فلا تعارض ، لأنه لا تعارض بين قاطعين (٢) » .

(١) نهاية السؤل ج ٣ ص ٩٣٤

(٢) ذلك لأن الإجماع لا ينسخ ولا يكون ناسخا لغيره ، لأن المنسوخ به إما النص أو الإجماع والقياس والكل باطل ، أما النص فلاستحالة انقضاء الإجماع على خلافه . أما الإجماع لأنه يمتنع انعقاده على خلاف إجماع آخر . وأما القياس فلأن شرط صحته ألا يخالف الإجماع ( الأسنوي ج ٣ ص ٩٤٦ ) .



# الفضل السابغ

## تقرير الأصول

### المبحث الأول

بيننا فيما تقدم أن حكم المعارضة عند عدم علم التاريخ وعدم إمكان الجمع أو الترجيح أن يسقط العمل بالدليلين ، ويعدل عن الاستدلال بهما إلى ما دونهما . فيصير إلى السنة عند تعارض الآيتين . وإلى قول الصحابي أو القياس عند تعارض السنتين .

فإذا لم يتيسر دليل أدنى يجب العمل بالأصل المقرر في المسألة التي تعارض فيها الدليلان ، ومعنى ذلك أن يبقى ما كان على ما كان ، كأن لم يوجد دليل أصلا يدل على الحكم .

ومما مثلوا به لذلك : مسألة سؤر الحمار .

فإنه تعارضت الأدلة في إباحة لحم الحمر الأهلية وحرمة ، وانبنى على ذلك التعارض في سؤرها . فقد روى عبد الله بن أبي أوفى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر - وروى الترمذى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وأمر باللقاء قدر طبخ فيها لحومها . وفي بعض رواياته أنه عليه السلام أمر مناديا ينادى بإكفائها فإنها رجس « رواه الطحاوى وغيره .

وورد عنه عليه السلام ما يبيح لحومها . فقد روى غالب بن فهر أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى إلا حميرات . وفي رواية

أنه عليه السلام قال له هل لك مال فقال ليس لي مال إلا حميرات . فقال صلى الله عليه وسلم « كل من سمين مالك » (١) .

ولما وقع التعارض بين الأدلة المحرمة والمبيحة للحوم الحمر الأهلية لزم الاشتباه في سؤرها لأنه يتولد من لحمها ويأخذ حكمه .

لهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة في حكمه . فابن عمر رضى الله عنه كان يكره التوضوء بسؤر الحمار والبغل ، ويقول : إنه رجس . وكذلك روى عن أنس أنه عليه السلام نهى عنها . بينما نجد ابن عباس رضى الله عنه كان يقول : إن الحمار يعتلف التمت والتبن فسؤره طاهر لا بأس بالتوضؤ به . وأيضا روى عن جابر أنه عليه السلام سئل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال : نعم وبما أفضلت السباع كلها .

ومع هذا التعارض لم يوجد أصل يقاس عليه حتى يعمل به باعتبار أن القياس هو الدليل الأدنى . إذ أنه لا يصح أن يقاس الحمار على الهرة . لأن العلة في طهارة سؤر الهرة الضرورة الشديدة ، ولا يتحقق مثلها في الحمار . فإن الهرة تدخل المضايق بخلاف الحمار فليس فيه ضرورة - وكذلك لا يصلح القياس مرجحا ههنا فلا يمكن إلحاق السؤر بالعرق ليكون طاهرا لقلته الضرورة في السؤر وكثرتها في العرق . وكذا لا يمكن إلحاقه باللبن ليكون نجسا بجامع التولد من اللحم لوجود الضرورة في السؤر دون اللبن . وكذا لا يمكن إلحاقه بسؤر الكلب ليكون نجسا لكون الضرورة في الحمار دون الكلب وأقل منه .

وإذا ثبت التعارض في الأدلة ، وتحقق العجز عن العمل بها بقى الاشتباه وصار الحكم مشكلا فوجب تقرير الأصل وهو إثبات ما كان على ما كان . ومقتضاه إلا يتنجس به ما كان طاهرا ، ولا يطهر به ما كان نجسا . لأن

---

(١) سبل السلام ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥ - وفيه وأما ما أخرجه الطبراني من حديث أم نصر الحاربية أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الحمر الأهلية فقال : أليس ترى الكلاب وتأكل الشجر ؟ قال . فأصب من لحومها « فهي رواية غير صحيحة لا تعارض بها الأحاديث الصحيحة .

الطهارة أو النجاسة عرفت ثابتة بيقين فلا تزول بالشك والاشتباه (١) وفي شأن النصوص الواردة في سؤر الحمر الأهلية .

يقول شارح مسلم الثبوت « فقد تعارضا وليس ههنا أصل يقاس عليه فإن كان الهرة فالعلة فيه الضرورة الشديدة وليست مثلها في الحمار ، لأنها تدخل المضايق بخلافه، وإن كان السباع فليس فيها ضرورة أصلا بخلاف الحمار فقررنا الأصول : وهو أن الماء وجد في الأصل طاهرا فلا يتنجس بالشك ولا يطهر المتوضىء لأنه كان محدثا في الأصل ، فلا يزول الحدث بالشك فبقى كما كان مع احتمال زوال الحدث قائم فوجب استعمال الماء وضم التيمم كذا قالوا » (٢) .

ويرى الحنفية أن من أراد استعمال سؤر الحمار في إزالة الحدث ضم إليه التيمم وقد نوقشوا : بأن الماء لما كان طاهرا عملا بالأصل يصح استعماله لإزالة الحدث فلا وجه لضم التيمم . لأن معنى تقرير الأصول أن تهدر الحجتان ويعمل بالأصل . وإذا هدر الحجتان صارت الحادثة كأن لم ينزل فيها شيء ، والماء كان في الأصل طاهرا فيبقى على طهارته . فإذا لاقى العضو أزال الحدث فلم يبق داع لضم التيمم إلا الاحتياط وليس مقتضى الاحتياط ضم التيمم، لأنه وإن كان مزيلا للحدث لكنه ليس مزيلا للخبث ، فالتيمم لا يعنى . بل مقتضى الاحتياط إرافة الماء ثم التيمم .

وأجابوا عن هذه المناقشة :

بأنه مع تسليم أن تقرير الأصول يقتضى إهدار الحجتين من البين، وأن الحادثة كأنها لم ينزل في النجاسة والطهارة شيء إلا أنهما كما تدلان على نجاسة الماء وطهارته تدلان على زوال الحدث باستعماله ، وعدم زواله . فإذا أهدر الحجتان والأصل في البدن الحدث يحكم بوجوده، ولما كان التيمم عرف مزيلا

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٠٦

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٢

للحدث وجب . ولما كان الماء الطاهر موجودا البتة واحتمال إزالته للحدث قائم فوجب استعماله للاحتياط مع ضم التيمم إليه .

ومن تقرير الأصول والعمل بالاحتياط عند وقوع الإشكال «الخنثى» (١) المشكل « وهو الشخص الذى له ما للرجال والنساء، ولم يوجد فيه ما يترجح به أحد الجانبين على الآخر أى جانب الذكورة أو الأنوثة .

فلما أشكل حاله بتعارض الجهتين وجب تقرير الأصول ، والعمل بالاحتياط فى موضعه فيجعل بمنزلة المذكور فى بعض الأحكام، وبمنزلة الإناث فى البعض الآخر حسب ما يدل عليه الحال فى كل حكم .

فمن مظاهر ذلك أن يتأخر عن الرجال ويتقدم على النساء فى الصلاة ، وكذلك لا يخنثه الرجل ولا المرأة لاشتباه حاله إنما تشتري له أمة تخنثه من ماله، أو من مال بيت المال . وكذا لا يأخذ أكبر نصيبى الرجل والمرأة فى الميراث لأنه لما لم يكن ثابتا له لا يثبت بالشك إنما يأخذ أقل النصيبين لأنه يملك الأقل على وجه محقق ، أما ملكه فيما زاد فهو محتمل والملك لا يثبت بالاحتمال هذا على مذهب الحنفية .

أما الشافعية فقالوا إن كلا من الخنثى والورثة يعامل بالأقل المتيقن بالنسبة لكل منهم ، ويوقف الباقي إلى ظهور الحال — والمشهور عن أبى يوسف وهو مذهب الامام مالك أن الخنثى يأخذ نصف نصيبى ذكر وأنثى إن ورث بهما متفاضلا ، وإن ورث بأحدهما فقط فله نصف نصيبين . أما الإمام أحمد فذهب كذهب مالك إذا لم يرج اتضاحه . وكذهب الشافعى إن رجع اتضاحه . (٢)

(١) الألف فى خنثى للتأنيث وكان ينبغى أن يقال خنثى مشكلة ويونث الضمير الراجع إليه إلا أن الفقهاء نظروا إلى عدم تحقق التأنيث فى ذاته فلم يلحقوا علامة التأنيث فى وصفه ، وضميره تغليباً للذكورة ، وقد يوصف الرجل به أيضاً فيقال رجل خنثى ورجال خنثاى ( كشف الأسرار البردوى ج ٣ ص ٨٠٨ ) .

(٢) وقال أبو ثور يعطى من الميراث ميراث أنثى ويوقف الباقي بينه وبين سائر الورثة حتى يتبين أمره أو يصطلحوا ( تفسير القرطبي ) . ج ٥ ص ٦٦

## ومن تقرير الأصول . ما قالوا في أحكام المفقود

وهو الغائب الذي انقطع خبره ، فلم يعرف له موضع ، ولم يدر أحي هو أم ميت ؟ فإنه لما لم تعرف حياته ولا موته تعارض في حقه دليل الحياة مع دليل المات فيجب تقرير الأصول في حقه فيجعل حيا في حق مال نفسه فلا يورث عنه ، ويجعل ميتا في حق مال غيره لأن ماله لم يكن لغيره ، ومال غيره لم يكن له فلا يثبت الانتقال بالشك . وكذلك لانفسخ إجارته ولا يفرق بينه وبين زوجته ولا تحل ديونه المؤجلة قبل الحكم بموته ، وتجري عليه أحكام الأموات بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره وهي التي تتوقف على ثبوت حياته ، فلا يحكم باستحقاقه الإرث ، وما أوصى له به يوقف نصيبه في الميراث والوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته ، فإن ظهر أنه حي استحق الإرث والوصية وإن حكم بموته فالموقوف لأجله من الإرث والوصية يكون لورثة المورث والموصى ويعتبر موته من الوقت الذي ثبت أنه مات فيه فيرث من مات قبل هذا الوقت هذا هو مذهب الحنفية وبعض الأئمة . (١)

ويذهب بعض آخر ، إلى اعتبار المفقود ميتا في حق الزوجة فقط . أما المال فيبقى على حكم ملكيته .

وقد تعارضت الأدلة في حق المفقود مما جعل الأئمة يتركونها ويسقطون اعتبارها . ثم قالوا إن النكاح بين المفقود وزوجه ثابت بيقين ، ومجرد الغيبة لا يوجب الفرقة ، إنما يوجبها الموت ، وموت المفقود مشكوك فيه . ومن القواعد المقررة : أن اليقين لا يزول بالشك . وأن يبقى ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه . فيجب عملا بالثابت المتيقن ترك الأمر حتى يتبين المال .

ولعل مستند القول الآخر وهو اعتبار المفقود ميتا في حق الزوجة : هو أساس دفع الضرر عن زوجة غاب عنها زوجها وتركها تتعرض لعنت الحياة الفردية

(١) مقارنة المذاهب في الفقه ص ١٢٠ للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السائس .

القاسية . خصوصا إذا كانت الزوجة شابة لا تستطيع أن تحفظ نفسها من عوامل الفتنه التي تحيط بها أسبابها من كل جانب . وتيارات الرذيلة التي قد تتنازع عقلها في كل حين .

على أن الأصل في ذلك أن يعتبر حيا من وقت الفقد وذلك بناء على استصحاب الحال ، وبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه ، ومثل هذه الحجة تصلح للدفع لا للاستحقاق فلا تصلح حجة لأن يستحق به مال الغير ، ولكنه صالح لأن يدفع به استحقاق غيره لماله .

### المبحث الثاني

#### هل الأصل في الأشياء الإباحة ؟

يختلف العلماء في الأشياء التي تختمل أن يرد الشرع بإباحتها أو حظرها أنها قبل ورد الشرع على الإباحة أو على الحظر .

فقالوا في الأفعال الاضطرارية كالتنفيس في الهواء وغيره إن الانسان غير ممنوع منها قطعا ، أما الأفعال الاختيارية كأكل الفاكهة وغيرها فهي مباحة عند البعض محرمة عند البعض — وقيل إنها على الوقف فلا توصف بحظر ولا إباحة . وأنه لا حكم لها قبل الشرع .

يقول سعد الدين التفتازاني في التلويح في بيان المذاهب : فإن كان اضطراريا كالتنفيس ونحوه فهو ليس بممنوع إلا عند من جوز تكليف الحال — وإن كان اختياريا كأكل الفواكه فحكمه الإباحة عند بعض المعتزلة وبعض الفقهاء من الحنفية والشافعية رحمهم الله . والحرمه عند المعتزلة البغدادية وبعض الشيعة . والتوقف عند الأشعري والصبيري . «

ثم أفصح عن محل الخلاف مبينا أنه في الأفعال الاختيارية التي لا يقضى العقل فيها بحسن ولا قبح ، أما ما يقضى فيها العقل فهي تنقسم إلى الواجب والمندوب والمحظور والمباح لأنه لو اشتمل أحد طرفيه على مفسدة :

ففعله حرام ، وتركه واجب . وإن لم يشتمل عليها فإن اشتمل على مصلحة فأما فعله فنندوب ، أو تركه فكروه . وإن لم يشتمل على المصاحبة أيضا فباح (١) .

وأیضا قسم الأسنوی (٢) الأفعال إلى قسمین : اضطرارية واختيارية فقال « إن فی الافعال الصادرية من المكلف قبل بعثة الرسول إن كانت اضطرارية كالتنفس فی الهواء وغيره ففي الحصول والمنتخب أنه غير ممنوع منها قطعا .

أما الأفعال الاختيارية كأكل الفاكهة وغيرها فهي مباحة عند المعتزلة البصرية، وبعض الفقهاء من الشافعية والحنفية . محرمة عند المعتزلة البغدادية وطائفة من الإمامية وأبي علي ابن أبي هريرة من الشافعية . وذهب أبو الحسن الأشعري وأبو بكر الصيرفي من الشافعية إلى أنها على الوقف بمعنى أنها لا توصف بحظر ولا بإباحة فلا حكم لها قبل الشرع . حتى إن من لم يبلغه الشرع ينبغي أن يتوقف ولا يتناول شيئا . فإن تناول لا يوصف فعله بالحظر ولا بالإباحة - وقيل الأولى أن يفسر بأن لها حكم ولكن لا نعلمه بعينه . وقد فسر عبد القاهر البغدادى الوقف بأن من فعل شيئا قبل ورود الشرع لم يستحق بفعله من الله ثوابا ولا عقابا : هذه هي الآراء في المسألة ونتكلم بعد ذلك عن أدلة كل رأى ، فإن لكل قول دليله ومستنده :

فاحتجت المعتزلة البصرية على إباحة الأشياء قبل ورود الشرع بوجهين :

الأول : أن الله تعالى جواد غني ، ومن كان كذلك لا يمنع ماله عن عباده إلا ما كان فيه ضرر ، فتكون الإباحة هي الأصل باعتبار غناه وجوده ، والحرمة لعارض ولم يثبت فيبقى على الإباحة ، وقد أوضح هذا الدليل الأسنوی فقال :

(١) التلويح شرح التوضيح ج ٢ ص ١٠٨

(٢) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول .

« إن تناول الفاكهة مثلا انتفاع خال عن أمارات المفسدة ، وخال عن مضرة المالك ، لأن مالكة هو الله تعالى وهو لا يتضرر بشيء فيكون مباحا » ثم قال « فلما وجدنا الإباحة دائمة مع هذه الأوصاف وجودا وعندما دل ذلك على أنها علة لها لأن الدوران يدل على العلية ، ثم إن هذه الأوصاف التي حكمنا بأنها علة للإباحة وجدناها في مسألتنا فحكمنا بإباحتها » (١) .

الثاني : أنه تعالى خلق المآكل اللذيذة لغرضنا ، إذ لو كان لا لغرض ألبته لكان عبثا ، وهو على الله تعالى محال ، ولو كان لغرض راجع إليه لكان مفتقرا إليه ، والبارى سبحانه مستغن عن كل شيء فتعين أن يكون لغرضنا ، وذلك الغرض ليس هو الإضرار بالاتفاق مع العقلاء فتعين أن يكون خلقها للنفع والتناول . وإذا كان كذلك كان التناول مباحا .

واحتج من قال بأن الأصل هو التحريم : بأن الأشياء كلها مملوكة لله تعالى على الحقيقة ، والتصرف في ملك الغير لا يثبت إلا بإباحة المالك ، فلما لم تثبت الإباحة بقيت على الحظر لقيام سببه وهو ملك الغير قياسا على المخلوقات .

واحتج الواقفية : بأن الحرمة أو الإباحة لا تثبت إلا بالشرع . فقبل وروده لا يتصور ثبوت واحدة منهما فلا يحكم فيها بحظر ولا بإباحة .

وتوجه لكتلتنا الحججتين السابقتين مناقشة . فنوقش دليل الواقفية بأن الأفعال إن كانت ممنوعا منها تكون محرمة ، وإلا فتكون مباحة ، ولا واسطة بين النفي والإثبات .

ونوقش دليل المحرمين بأن المخلوقات تتضرر بالتصرف في ملكها من الغير دون الله سبحانه فهو قياس مع الفارق .

وقد رجح الإمام فخر الإسلام القول بالإباحة إلا أنه لم يقل بكون الإباحة أصلا على الإطلاق . على معنى أن الله خلق الأشياء في أصل وضعها مباحة من غير تكليف لا بحظر ولا بتحريم . ثم بعث الأنبياء عليهم السلام

(١) الأسنوى ج ١ ص ٩٦ .



وأوحى اليهم بحظر بعضها ، وإبقاء بعضها على الإباحة الاصلية ، فلم يترك الله عباده سدى في زمان . فأول البشر آدم كان صاحب شرع وأتى بالأمر والنهي والحظر والإباحة . ولم يخل قرن بعده عن دليل سمعي وان فتر بحيث يحتاج إلى تحديد النظر . كما قال تعالى « وإن من أمة إلا خلا فيها نذير » (١).

ومن هذا الوجه تعذر القول بكون الإباحة أصلا على الإطلاق بل في زمان الفترة وهو الزمان الذى بين عيسى ومحمد عليهما السلام ، لأن الإباحة والحرمة قد ثبتتا في الأشياء بالشرائع الماضية وبقيتا الى زمان الفترة ، ثم كانت الإباحة ظاهرة في زمان الفترة فيما بين الناس فتبقى إلى أن يثبت الدليل المحرم في شريعتنا .

وعلى ذلك فالذى ينبغى أن يكون محلا للخلاف في القول بالحظر أو الإباحة أو التوقف ليس الزمن الذى قبل وجود الخلاق بل زمان الفترة (٢) .

وينقل أن الصحيح فيما يجوز أن يحرم تارة ويباح أخرى قبل ورود الشرع لا يوصف بحرمة ولا بإباحة . كما أن فعل الانسان له لا يوصف بحل ولا حرمة . فهو كفعل من لا يدخل تحت الخطاب .

أما بعد ورود الشرع فالأموال على الإباحة بالإجماع مالم يظهر دليل الحرمة لأن الله تعالى أباح الأموال بقوله سبحانه « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » (٣) .

وأما الأنفس والأطراف فعلى الحرمة لأنه سبحانه ألزمهم العبادات ولا يقدر على تحليلها إلا بالعصمة عن الإلتلاف ، والعصمة لا تثبت إلا بتحريم إلتلاف الأنفس والأطراف جميعا (٤) .

(١) فاطر آية : ٢٤

(٢) كشف الأسرار البزدوى بتصرف ج ٣ ص ٨١٥ ، ٨١٦

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٩

(٤) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١٦

# الباب الثاني

التعارض في السنة النبوية

## الفضيل الأول

تعارض السنة الفعلية والقولية

لا يستطيع عاقل أن يتصور تعارضا بين أفعال الرسول عليه السلام (١) ، فإن ظن ذلك فلا بد من فرض الفعلين في زمانين أو بالنسبة لشخصين .

ثم إن الفعلين إما أن يكونا متماثلين كفعل صلاة الظهر مثلا في وقتين مختلفين أو يكونا مختلفين ، وإما أن يتصور اجتماعهما كالصوم والصلاة ، أو لا يتصور اجتماعهما مع عدم التناقض كصلاة الظهر والعصر مثلا .

فهذه الأقسام كلها لاخفاء في عدم تعارضها لإمكان الجمع فإن كان الفعلان متناقضين ، ولم يتصور اجتماعهما كما لو صام في وقت معين ، وأكل في مثل ذلك الوقت فلا تعارض أيضا ، لأنه يمكن أن يكون الفعل في وقت واحد واجبا أو مندوبا أو جائزا ، وفي وقت آخر بخلافه ، ولا يكون أحدهما رافعا ولا مبطلا لحكم الآخر إذ لا عموم للفعلين ، ولا لأحدهما .

فإن دل الدليل على أن ما فعله عليه السلام من الصوم كان يجب تكريره عليه في مثل ذلك الوقت - أو دل على وجوب تأسي أمته به في ذلك الوقت كان ترك ذلك الفعل في مثل ذلك الوقت بالتلبس بضده كالأكل مع الذكر

(١) يقول القرافي : الفعل لا يعارض فعلا آخر فلا ينسخه ولا يخصه لأنه لا عموم للأفعال فلا يعقل التعارض بينهما . وإنما يعقل بين الفعل والقول كما يعقل بين الأقوال (هامش الموافقات ج ٤ ص ٥٨) .

للسوم والقدره عليه لإعلى نسخ حكم ذلك الدليل الدال على تكرار الصوم فى حقه لا على نسخ حكم ذلك الصوم المتقدم لعدم اقتضائه للتكرار ، ولأن رفع حكم الموجود محال .

ومثله : لو أنه عليه السلام رأى بعض الأمة فى مثل ذلك الوقت يأكل فأقره عليه . ولم ينكر مع الذكر للصوم والقدره على الإنكار فإن ذلك يدل على نسخ حكم ذلك الدليل المقتضى لتعميم الصوم على الأمة فى حق الشخص أو تخصيصه ، ولا يدل على نسخ حكم فعل الرسول ولا تخصيصه .

وعلى رأى من يقول بنسخ فعل الرسول وتخصيصه يكون معناه أنه قد زال التعبد بمثله عن الرسول عليه السلام أو الواحد من الأمة ، وذلك من باب التجوز والتوسع لا أنه حقيقة (١) .

هذا فى تعارض الفعلين : أما تعارض القول مع الفعل فله أحوال نفصلها فيما يلى :

### أحوال تعارض القول النبوى مع الفعل

١ - إذا كان الفعل يدل على التكرار والتأسى بالرسول من الأمة ، وكان القول خاصا بالرسول عليه السلام فلا تعارض فى حق الأمة بمحال . إنما التعارض فى حقه عليه السلام لوجود التكرار ، وحكمه أن المتأخر من القول أو الفعل ينسخ المتقدم وذلك كما إذا ورد أنه عليه السلام فعل فعلا من الأفعال وتبين أن حكمه الوجوب ثم قال : « إنه حرام على » فإن الوجوب يرفع عنه ، ويبقى فى حق الأمة لأنها ليست محلا للتعارض . هذا إذا علم المتقدم من المتأخر .

(١) الإحكام للاملى ج ١ ص ٢٧٢

فإن جهل المتقدم منهما والمتأخر فالخيار التوقف (١) لاحتمال الأمرين ،  
ولأن كون المصير إلى أحدهما بلا دليل تحكيم ، وبالنسبة إلى الأمة أيضا  
لا تعارض لعدم تناول قوله لهم .

٢ - إذا كان الفعل يدل على التكرار ، وكان القول خاصا بالأمة .  
كما إذا قال : فعل كذا حرام على الأمة . فلا تعارض في حقه عليه السلام .  
فيبقى الحكم بالنسبة له على ما كان ، أما بالنسبة للأمة فإن علم المتأخر فهو  
ناسخ للآخر . فالمتأخر من القول ينسخ الفعل ، والمتأخر من الفعل ينسخ القول .

وإن جهل التاريخ فذهاب : المختار منها العمل بالقول لأنه هو الموضوع لبيان  
المراد ولأنه أدل على خصوص المراد من الفعل ، ولأنه أعم دلالة . بخلاف  
الفعل فإنه قاصر عن أن يدل بنفسه على حكمه بالنسبة لفاعله ومتبعيه ، وإذا  
علم ذلك فإنما يعلم بشيء آخر غيره ، والثابت به احتمالات إنما يعين أحدهما  
القول .

(١) اختار الآدمي العمل بالقول لوجوه : ١ - أن القول يدل بنفسه من غير واسطة  
والفعل إنما يدل على الجواز بواسطة أن النبي عليه السلام لا يفعل المحرم - ٢ - أن القول بما يمكن  
التعبير عنه بما ليس بمحسوس كالمقولات الصرفة وعن المحسوس ، والفعل لا يذوق عن غير  
محسوس - ٣ - أن القول قابل للتوكيد بقول آخر ولا كذلك الفعل - ٤ - أن العمل بالقول  
ههنا مما يفضى إلى نسخ مقتضى الفعل في حق النبي عليه السلام دون الأمة والعمل بالفعل يفضى إلى  
إبطال مقتضى القول بالكلية فكان الجمع بينهما ولو من وجه أولى . وقد يرجح بعضهم الفعل  
لأنه أكد في الدلالة . فإنه يبين القول . والمبين أكد في الدلالة من ذلك الشيء بيانه : أن جبريل  
عليه السلام بين للنبي كيفية الصلاة المأمور بها وبين مواعيتها حيث صلى به في اليومين . وقال  
يا محمد الوقت ما بين هذين . والنبي عليه السلام بين الصلاة للأمة بفعله حيث قال : صلوا كما  
رأيتوني أصلي « وبين المراد من قوله تعالى « والله على الناس حج البيت بفعله حيث قال : خذوا  
عني مناسككم . وقال للذي سأله عن مواقيت الصلاة : صل معنا . وبين الشهر بأصابعه حيث قال :  
إنما الشهر هكذا وهكذا . وأيضاً فإن كل من رام تعليم غيره إذا أراد المبالغة في إيصال معنى ما يقوله  
إلى فهمه استعان في ذلك بالإشارة بيده ، والتخطيط وتشكيل الأشكال ، ولولا أن الفعل أدل  
لما كان كذلك . وقد يرد هذا : بأن البيان كما وجد بالفعل وجد بالقول بل إن الثاني أغلب ،  
وغاية الأمر أنهما متساويان في ذلك فيبقى الترجيح بينهما ( الاحكام ج ١ ص ٢٧٦ ) .

٣ - إذا كان الفعل يدل على التكرار وكان القول عاما بالنسبة للرسول والأمة ، فأيهما تأخر كان ناسخا لحكم المتقدم في حقه عليه السلام وحق الأمة لوجود شرط النسخ ، وإن جهل التاريخ فذهاب واختلاف في المختار فقليل التوقف حذرا عن الحكم على أفعاله من غير قطع أو طمأنينة . وقيل المختار تقديم القول .

٤ - إذا كان الفعل ليس معه دليل تكرر وعلمت صفته ، وكان القول خاصا بالرسول عليه السلام ، فإن تأخر القول عن الفعل فلا تعارض بينهما لأن صفة الفعل أخذت مقتضاها بحصوله مرة ، لأن الإيجاب لا يقتضى التكرار ، ولم يبق دليل عليه ، وحينئذ يكون القول المتأخر شرعا مستأنفا في حقه لا ناسخا لأنه لا يوجد سابق عليه يعارضه ، ويثبت الفعل في حق الأمة مرة بصفته المعلومة من وجوب أو ندب لأنه لا تعارض في حقهم بالفرض ولا سبب للتكرار .

وإن علم تقدم القول كما إذا قال لا يحل لى فعل كذا في وقت كذا ثم فعله فيه مع قيام الدليل على صفته كان الفعل ناسخا لحكم القول الأول بالنسبة إليه ، ويثبت الفعل على الأمة بصفته مرة لفرض الاتباع فيما علمت صفته ولعدم ما يوجب التكرار .

وإن جهل التاريخ فبالنسبة إلى الأمة لا تعارض فيثبت عليهم الفعل بصفته مرة ، وفي حقه الوقف عن إبداء حكم .

٥ - إذا كان الفعل مع عدم دليل التكرار وعلمت صفته وكان القول مختصا بالأمة بأن فعل وقال : لا يحل للناس هذا فلا تعارض في حقه عليه السلام لعدم تعلق القول به ، سواء علم تقدمه أولا ، أما في حق الأمة فإن علم المتأخر فهو ناسخ ، وإن جهل قدم القول .

٦ - إذا كان الفعل مع عدم دليل التكرار ، وكان القول شاملا له وللأمة ، فالمتأخر ناسخ . وإن جهل التاريخ قدم القول بالنسبة للأمة ، ووقف عن الحكم في حقه عليه السلام .

هذا وقد جعل شارح مسلم الثبوت الأقسام أربعة : متعرضا لدليل التأسى مع التكرار وهي كون الفعل مع دليل التكرار والتأسى به من الأمة أو عدم كل منهما . أو مع دليل التكرار في حقه دون وجوب التأسى به أو عكسه (١) .

هذا وقد لاحظ الكمال بن الهمام أن المعارضة بين القول والفعل الذى دل دليل على صفته إنما هي معارضة بين قولين اقترب أحدهما بالفعل ، فلهذا لم يتجه له القول بتقديم القول على الفعل قائلا إنه يعمل في تلك الحال بما هو الأحوط قولاً كان أم فعلاً (٢) .

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣

(٢) التقرير والتجوير ج ٣ ص ١٤ ، ١٥ وراجع في ذلك ، مختصر المنتهى ج ٢ ص ٢٧ ،

٢٨ ، والإحكام للامدى ج ١ ص ٢٧٣ ، ٢٧٥ ، والمستصفي للغزالي ج ٢ ص ٢٢٦

## الفضل الثاني

### تعارض خبر الواحد والقياس

إذا تعارض خبر الواحد والقياس وتعذر الجمع بينهما . كما إذا كانا خاصين ولا قرينة على التجوز ، أو كانا عامين متساويين ونحوهما . فقد اتفقوا على أنه يقدم أرجح الظنين الحاصلين منهما . ولكنهم اختلفوا في أي الظنين أرجح على الوجه الآتي :

١ - تقديم الحديث على القياس وإليه ذهب الشافعي وابن حنبل .  
فها هو الشافعي في كتاب اختلاف مالك في رسالته يقول : أنه لا قياس مع الحديث . وإذا وجد الرأي مع الحديث لا يعمل بالرأي مطلقا ، ويعتبر الأخذ بالقياس في موضع النص من جعل الأصل فرعا والفرع أصلا ، ذلك لأن الاجتهاد بالقياس لا يكون إلا حيث لا يكون النص ، والقياس حمل لغير المنصوص على حكمه بالمنصوص على حكمه . فالقياس فرع للنص الذي هو الأصل فمن قدم القياس على حديث صحيح النسبة للرسول صلى الله عليه وسلم فقد قدم الفرع على الأصل ، واجتهد في موضع النص وهو غير جائز .

وإذا ما تتبعنا اجتهادات الإمام ابن حنبل نجده أنه ما كان يجتهد إلا عند ما يعوزه النص ، ويعتبرها حالة ضرورة . فقد نقل عنه أنه كان يفتي بقول التابعي لكي يتحرز عن الفتوى بالرأي ، كما كان يفضل الأخذ بالحديث الذي ضعف سنده ولم يثبت كذبه على الأخذ بالاجتهاد والعمل بالرأي .

٢ - تقديم القياس على خبر الواحد . وقد روى ذلك عن الإمامين مالك وأبي حنيفة ، والذي نقل عن مالك أنه ترك الحديث في موضع الرأي في بعض الأحوال ، ويذكر عنه روايتان : إحداهما أنه يقدم الرأي على حديث

الآحاد والثانية أنه يقدم خبر الآحاد على الرأى ، يشير إلى ذلك فى تنقيح الأصول (١) .

« حكى القاضى عياض فى التنبيهات وابن رشد فى المقدمات فى مذهب مالك فى تقديم القياس على خبر الواحد ، قولين . وعند الحنفية قولان أيضاً . حجة تقديم القياس أنه موافق للقواعد الفقهية من جهة تضمنه لتحصيل المصالح ودرء المفسد ، والخبر المخالف لها يمنع من ذلك فيقدم الموافق للقواعد على المخالف لها » .

وحجة المنع : أن القياس فرع النصوص ، والفرع لا يقدم على أصله . بيان الأول « كون القياس فرع النصوص » أن القياس لا يكون حجة إلا بالنصوص فهو فرعها ، ولأن المقيس عليه لا بد أن يكون منصوباً عليه ، فصار القياس فرع النصوص من هذين الوجهين ، وأما أن الفرع لا يقدم على أصله . فلأنه لو قدم على أصله لبطل الأصل ، ولو أبطل أصله لبطل .

كذلك اختلف القول عن أبى حنيفة فمن قائل أن أبى حنيفة كان يرد خبر الواحد إذا كان الراوى له غير فقيه وكان الحديث مخالفاً للقياس ، فإن كان الراوى فقيهاً فإنه يقبل حديثه حتى لو خالف مقتضى القياس .

ويقول آخرون إن أبى حنيفة كان يرد خبر الواحد إذا خالف القياس يقول ابن عبد البر « كثير من أهل الحديث استجازوا الطعن على أبى حنيفة لرده كثيراً من أخبار العدول لأنه كان يذهب فى ذلك إلى عرضها على ما اجتمع عليه من الأحاديث ومعانى القرآن . فما شذ عن ذلك رده وسماه شاذاً » .

ويفيد كلام ابن عبد البر : أن الطعن الموجه لأبى حنيفة قائم على أنه كان يرد أخبار الآحاد ولو كان رواها عدولاً لأنها خالفت المعانى المجتمع عليها المأخوذة من معانى القرآن والأحاديث بشكل عام . أما أخبار الآحاد التى لا تخالف قاعدة عامة أثبتتها نصوص كثيرة فما كان يردّها .

(١) شرح التنقيح ج ٢ ص ١٦٧ .



والحق أن أبا حنيفة ومالكاً ما كانا يردان حديث الآحاد بالقياس إلا إذا كان الحديث يخالف أصلاً مقطوعاً به ، ولم يعاضده أصل آخر . فكان يرد بالقياس المستمد من مجموع مصادر الشريعة . ويصور ذلك ابن العربي من المالكية قائلاً :

« إذا كان خبر الواحد معارضاً لقاعدة من قواعد الشرع هل يجوز العمل به ؟ قال أبو حنيفة لا يجوز العمل به ، وقال الشافعي يجوز ، وتردد مالك في المسألة ومشهور قوله والذي عليه المعول أن الحديث إن عضدته قاعدة أخرى قال به ، وإن كان وحده تركه ، ثم ذكر حديث ولوغ الكلب (١) وقال فيه : أن هذا الحديث عارض أصليين عظيمين أحدهما قوله تعالى : « فكلوا مما أمسكن عليكم (٢) » والثاني : أن علة الطهارة هي الحياة وهي قائمة في الكلب ، وحديث العرايا « وهي بيع ماعلى رءوس النخل بتمر مثله » إن صدمته قاعدة الربا عضدته قاعدة المعروف « (٣) .

كما أن المنقول عن أبي حنيفة نفسه يرد تلك الدعوى المفتراة عليه . فقد روى أن أبا جعفر أرسل إلى أبي حنيفة رسالة جاء فيها : « بلغني أنك تقدم القياس على الحديث » فرد عليه أبو حنيفة برسالة جاء فيها : « ليس الأمر كما بلغك يا أمير المؤمنين : إنما أعمل أولاً بكتاب الله ثم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم بأقضية أبي بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم أجمعين ثم بأقضية بقية الصحابة ، ثم أقيس بعد ذلك إذا اختلفوا وليس بين الله وبين خلقه قرابة » (٤) .

(١) الحديث رواه مسلم عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاً بالتراب . ومعنى ولغ حرك لسانه فيه وفي رواية أخراهن بدل أولاً وفي أخرى إحداهن (راجع مسلم ج ٣ ص ١٨٣) .

(٢) المائة الآية : ٤

(٣) الموافقات جزء ٣ ص ١٨ وقاعدة المعروف هي قاعدة رفع الحرج والعرف ، وذلك لأن من الناس من عنده تمر ويريد أن يأكل رطباً فلرفع الحرج عنه أبيض له ذلك بأن يشتري الرطب التي تكون على رءوس النخل بتمر عنده . وبذلك تندفع حاجته ، ويرفع عنه الحرج ، ويصير الأمر على المعروف الذي لا شك في استحسانه .

(٤) الميران للشعراني ج ١ ص ٥٢

كما كان يقول رضى الله عنه « كذب والله وافترى علينا من يقول إننا نقدم القياس على النص ، وهل يحتاج بعد النص إلى قياس » وأيضا كان يقول « نحن لا نقيس إلا عند الضرورة الشديدة ، وذلك إننا ننظر في دليل المسألة من الكتاب أو السنة أو أقضية الصحابة فإن لم نجد دليلا قسنا حينئذ مسكوتا عنه على منطوق عليه » .

ويقول عيسى بن أبان تلميذ محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة « أن أبا حنيفة يرد خبر الواحد إذا عارض القياس وانسد باب القياس بالنسبة لخبر الآحاد بالأبواب يوافق الخبر قياسا مع مناقضته للقياس الذى ووزن بموضوعه » .

كذلك يذكر الكمال فى تحريره أنه إذا تعارض خبر الواحد والقياس بحيث لا يمكن الجمع بينهما قدم الخبر مطلقا عند الأكثر منهم أبا حنيفة والشافعى وأحمد (١) « وهذا القول ناطق بأن أبا حنيفة ما كان يأخذ بالقياس فى موضوع النص .

وما قيل إن أبا حنيفة كان يرد خبر الواحد إذا كان الراوى للحديث غير فقيه وكان الحديث مخالفا للقياس . وأنه إذا كان الراوى فقيها يقبل حديثه وإن خالف مقتضى القياس ، مردود بما ثبت أن أبا حنيفة رد حديث زيد بن ثابت فى القرعة مع أنه كان فقيها « فقد روى أنه عليه السلام أقرع بين ممالك ستة أعتقهم سيدهم عند موته ، ولأمال له سواهم فخرجت القرعة لائنين فأعتقهما » لكن قال أبا حنيفة فى مثل ذلك إنهم يعتقدون جميعا . ويستسعون جميعا فى قيمة الثلثين .

كما يردده أيضا أن أبا حنيفة أخذ بحديث القهقهة فى الصلاة وهو رواية أبى هريرة وكان غير مشهور بالفقه ، ولم يبلغ درجة زيد بن ثابت . وحديث القهقهة رواه أبو العالية مرسلا قال : إن قوما ضحكوا فى الصلاة فأمرهم

(١) التقرير والتحرير ج ٢ ص ٣١٨ .

النبي صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة » وهذا الحديث أخذ أبو حنيفة، أما غيره من الأئمة فقد رده لكونه مرسلاً. ولأنه مخالف للأصول وهو أن يكون شيء ما، ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غيرها (١).

وما نقل أيضا عن الإمام مالك أنه كان يرد خبر الواحد بالقياس المستنبط من نص واحد. ويؤيده ما نقل عنه في مسائل فقهية قدم في بعضها الرأي على أحاديث رواها بسنده المتصل. وبرجاله المختارين الذين يفضلهم في الرواية محمول على أنه إنما أخذ مالك فيها بذلك القياس أو المصلحة أو القاعدة العامة تاركا خبر الواحد لكونه رأى أن الأصول التي أخذ بها قطعية أو تعود إلى أصل قطعي. أما الخبر الذي يرى رده فهو ظني.

فمثلا لم يأخذ مالك بخبر « من صام رمضان وأتبعه بست من شوال كان كصيام الدهر (٢) » وذهب إلى أن صيام ست من شوال منهي عنه بناء على أن ذلك من باب الأخذ بمبدأ سد الذرائع.

وأيضاً لم يأخذ بحديث المصراة الذي رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لا تصروا الإبل والغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وأن شاء ردها وصاعاً من تمر ».

ففي أحد قولي مالك رد لهذا الخبر. فقد روى عنه أنه قال فيه: أنه ليس بالموطأ ولا الثابت. فإنه خالف أصل « الحراج بالضمآن » ولأن متلف الشيء إنما يقوم مثله أو قيمته، وأما غرم جنس آخر من الطعام أو العروض فلا (٣).

ومما تقدم يظهر أن كلا من الإمام مالك والإمام أبي حنيفة ما كانا يقدمان القياس على الخبر الصحيح، ويمكن أن نرجع ما نقل عن أبي حنيفة

(١) بداية المجتهد ج ١ ص ٣٩

(٢) الترغيب والترهيب ج ٢ ص ٧٥

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٢٥

من مسائل فقهية تفيد خلاف ما تقدم إلى أنه كان يتوسع في دلالات آيات الأحكام . فيقدم بعضها على بعض ، ويقدم ظاهر النصوص على أخبار الآحاد . ومن جهة أخرى أنه كان شديد التحرى فيما نقل إليه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . دعاه إلى ذلك شيوع الوضع والكذب في عصره ، ووجود من ينادى بعدم أصالة السنة وعدم الأخذ بها وردها . أو لإيثار فتوى صحابي وثق بها ثقة عالية بلغت إلى درجة تعارضها مع خبر لم يصله بالسند الذي يرتضيه .

ولبعض الحنفية مذاهب أخرى في ذلك منها .

أن عيسى بن أبان يذهب إلى أنه إن كان الراوى عدلا ضابطا عالما يجب تقديم خبره على القياس ، وإن لم يكن كذلك فإنه يقدم الاجتهاد .

ويذهب فخر الاسلام إلى القول بالتفصيل في المسألة .

وأنه إن كان الراوى للحديث معروفا بالفقه كالخلفاء الراشدين والعبادة قدم حديثه مطلقا على القياس - وأما إن كان من الرواة المعروفين بالعدالة دون الفقه كأبي هريرة وأنس بن مالك قدم القياس على الخبر إذا كان الخبر لا يوافق قياسا ، أما إذا وافق قياسا آخر فإن الخبر يقدم على القياس (١) وذهب مذهبه القاضي أبو زيد الدبوسى وشمس الأئمة السرخسى . وسيأتى تفصيل هذا المذهب .

واختار بعض المتأخرين أنه إن كان ثبوت العلة راجحا على الخبر ووجودها فى الفرع لم يضعف بل بقى على القدر الذى كان فى الأصل أو يكون فيه راجحا فالقياس مقدم ، وإن تساوى ثبوت العلة فى الأصل والفرع وثبوت الخبر فالتوقف ولا يرجح أحدهما على الآخر ، وإن لم يرجح ولم يتساويا فالخبر مقدم (٢) .

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٦٩٧

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٧ وما بعدها .

ويؤيدون هذا الاختيار بأن الترجيح في الراجح أمر واجب ، والترجيح في المساواة تحكم فلذا يقدم القياس عند ترجيح ثبوت العلة ، ويقدم الخبر عند ترجيحه ، ويتوقف عند التساوى حتماً . ويقول شارح مسلم الثبوت : ولكن هل يوجد مثل هذا القياس الذى يترجح على الخبر ؟ .

وقال أبو الحسين البصرى : إن القياس إذا عارضه خبر الواحد فإن كانت علة القياس منصوصة بنص قطعى ، وخبر الواحد ينفي موجبها وجب العمل بالقياس بلا خلاف لأن النص على العلة كالنص على حكمها فلا يجوز أن يعارضها خبر الواحد .

وإن كانت منصوصة بنص ظنى تتحقق المعارضة ، ويكون العمل بالخبر أولى من القياس بالاتفاق لأنه دال على الحكم بصريحه ، والخبر الدال على العلة يدل على الحكم بواسطة .

وإن كانت مستنبطة من أصل ظنى كان الأخذ بالخبر أولى بلا خلاف لأن الظن والاحتمال كلما كان أقل كان أولى بالاعتبار وذلك فى الخبر .

وإن كانت مستنبطة من أصل قطعى والخبر المعارض للقياس خبر واحد فهو موضع الخلاف ، وإن كان الأصوليون ذكروا الخلاف مطلقاً (١) .

#### أدلة المقدمين للخبر على القياس :

(أولاً) : ماروى أن عمر رضى الله عنه ترك القياس وعمل بخبر الواحد فى كثير من المسائل . فمن ذلك : أنه ترك القياس فى الجنين الذى يقضى بعدم الوجوب للغرة على من ضرب بطن امرأة حبلى فأسقطت جنينا ميتا ، قياسا على سائر الأمور المشكوكة ، وبيان ذلك أن عمر ترك القياس الذى هو قياس إهلاك الحمل على سائر الأمور المشكوكة الحياة والموت بما روى حمل بن مالك قال : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخرى فقتلتها وجنيتها ففضى

(١) راجع كشف الأسرار البز دوى ج ٢ ص ٦٩٧

رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة (١) عبد أو أمة ، أو أن تقتل بها « أخرج أصحاب السنن وابن حبان والحاكم . ونقل عن عمر قوله في ذلك : لولا هذا لقضينا فيه برأينا . وفي رواية أبي داود : الله أكبر لو لم أسمع بهذا لقضينا بغير هذا . وأخرج الشافعي عنه في الأم : فقال عمر : إن كدنا أن نقضى في هذا برأينا (٢) .

وأیضا ترك عمر القياس في دية الأصابع ، والذي يقضى بتفاوتها في الدية نظرا لتفاوت منافعها ، وكان رأيه في الخنصر ست من الإبل ، وفي التي تليها وهي البنصر تسع من الإبل ، وفي كل من الآخرين عشر . وجاء في سنن البيهقي أنه كان يرى في السبابة اثني عشر وفي الوسطى عشرا وفي الإبهام ثلاثة عشر ، فقد ترك عمر القياس بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل » (٣) .

وأیضا ترك عمر القياس الذي يحرم الزوجة من دية زوجها ، لكونه لم يملك الدية حال حياته حتى تستحق منها وتورث عنه . إنما يملكها الورثة جبرا لمصيبة القرابة . ترك القياس بنحو رسول الله صلى الله عليه وسلم بتورث الزوجة من الدية الذي رواه الضحاك بن مزاحم .

كما ترك أبو بكر حكما فيه برأيه لحديث سمعه من معاذ بن جبل .

(١) الغرة أصلها بياض في جبهة الفرس ، ويطلق على العبد والأمة . وهي عند الفقهاء : ما يبلغ قيمته نصف عشر الدية . دية الرجل . وهذا في الذكر . وفي الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، والجنين الولد مادام في بطن أمه .

(٢) أصله في سنن النسائي ج ٨ ص ٢١ : هكذا أخبرنا يوسف بن سعيد قال حدثنا حجاج ابن محمد عن بن جريج قال : أخبرني عمرو بن دينار أنه سمع طاوسا يحدث عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنه أنه نشد ( طلب تحقيق ) قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك فقام حمل بن مالك فقال : كنت بين حجرتي امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح ( عود من أعواد الخبثاء ) فقتلتها وجنينها . فقضى النبي صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وأن تقتل بها «

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١٦ .

ونقض ابن عمر رأيه في المزارعة بالحديث الذي سمعه من رافع بن خديج يقول : كنا نخابر ولا نرى بأساً حتى روى لنا رافع بن خديج نهيته عليه السلام عن المخابرة فتركناه .

ونقض عمر بن عبد العزيز ما حكم به من رد الغلّة على البائع عند الرد بالعيب بما روى عن النبي عليه السلام أن « الحراج بالضمآن » إلى غير ذلك مما شاع من الوقائع الدالة على ترك الرأي بخبر الواحد .

وقد يناقش هذا الدليل : بأن ما ثبت عن عمر معارض بما ثبت عن ابن عباس فإنه ترك خبر أبي هريرة وهو قوله عليه السلام « توضؤوا مما مسته النار » ، وترك خبر « من حمل جنازة فليتوضأ » وفي رواية فليغتسل « قائلًا لا يلزمنا الوضوء من حمل عيدان يابسة كما ترك خبر المستيقظ من منامه وهو قوله عليه السلام : إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء فإنه لا يدرى أين باتت يده » وقال هو وعائشة كيف نصنع بالمهراس « ومعناه لو كان هذا لما صح الوضوء بالمهراس (١) . ولم ينكر هذا أحد من الصحابة (٢) .

والجواب عن ذلك :

أن هذه المخالفة عن ابن عباس للاستبعاد اظهر خلاف المروى . وليس الاستبعاد هو محل الخلاف لأنه لا قياس يتنافى مع غسل اليد قبل الإدخال في الإناء ، ولا قياس يقتضى غسل اليد من المهراس — ثم أنه لا يبعد أن يقال إنهم لم يردوا الحديث بل ردوا تأويل أبي هريرة من إيجاب التوضي مما مسته النار وحمل الجنازة ، وتنجس الماء بالإدخال في الإناء لأنه مخالف للقواعد الشرعية . على أنه يمكن أن يقال : المراد من التوضي في الحديثين

(١) حجر منقور عظيم لا يستطيع أحد تحريكه يؤخذ منه الماء باليد ، أو إناء صغير يتوضأ منه بإدخال اليد .

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٩

التنظيف كغسل اليد والمضمضة بعد أكل مامسته النار ، وغسل اليد والرجل من حمل الجنازة وأن النهى عن إدخال اليد في الإناء نهى تنزيه عند الإمكان .

واستندوا ثانياً على تقديم الخبر على القياس :

بتقريره عليه السلام معاذ بن جبل حين قال لرسول الله : إن لم أجد في سنة رسول الله أجهده رأيي « فإنه يقتضى تأخير القياس عن السنة .

وقد يقال : إن تقريره عليه السلام معاذاً في تقديم الخبر على القياس قد ينقض بأنه عليه السلام قد أقر معاذاً على تأخير السنة عن الكتاب حيث قال : إن لم أجد في كتاب الله فبالسنة مع أيهما يتعارضان اتفاقاً - ولعل اختيار معاذ الكتاب أولاً لعلمه أنه لا يعارض السنة ولأصالته . وإنما التعارض للجهل بالقرائن الدالة على تعيين المراد أما هو فكان مشاهداً إياها . ولا كذلك الرأي لأن معارضته محتملة . وقد قدم الخبر عليه فعلم أن له تقدماً . ولا اعتبار له إلا عند عدم وجدان الحكم في السنة .

واستدلوا ثالثاً :

بأن الخبر يقين بأصله لأنه قول الرسول عليه السلام لا احتمال للخطأ فيه ، وإنما الشبهة في نقله . والقياس محتمل بأصله . فإن كل وصف من أوصاف النص محتمل أن يكون هو المؤثر في الحكم ويحتمل ألا يكون ، ولما كان الاحتمال الثابت في الأصل أقوى من الاحتمال الثابت في الطريق والنقل بعد تيقن الأصل . كان الأخذ بما هو أضعف احتمالاً وهو الخبر أولى .

ولهذا قال بعض الأصوليون : إن التمسك بالخبر لا يتم إلا بثلاث مقدمات : ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودلالته على الحكم ووجوب العمل به ، والأولى ظنية والثانية والثالثة يقينيتان ، فأما التمسك بالقياس فلا يتم إلا بأربع مقدمات أو خمس : ثبوت حكم الأصل ، وكونه معللاً كذا ، وحصول تلك العلة في الفرع ، وعدم المانع في الفرع عند من يجوز العلة ، ووجوب العمل به . والأولى والخامسة يقينيتان ، والبواقي



ظنية . واذا كان كذلك كان العمل بالخبر أقل ظنا من العمل بالقياس فوجب أن يكون الخبر راجحا (١) .

وقد يناقش هذا الدليل . بأن الخبر فيه شهادات أيضا : فإن من مقدمات قبوله ، الإسلام والعدالة والضبط والدلالة ونفى النسخ ونفى المعارض وهي كلها محتملة فالظن الحاصل أيضا بالخبر مثل الظن الحاصل بالقياس .

ويجاب عن ذلك بأن خبر الواحد حجة بالاجماع والشبهة في القياس أكثر منها في خبر الواحد فلا يكون القياس أرجح منه ، ولأن الخبر يشتمل على السماع وهو فوق الرأى في الإصابة لأنه لا مدخل للاحتمال فيه لأنه ثابت حسا ، والغلط لا يجرى في المحسوسات ، ولا كذلك الرأى فلا يجوز ترك القوى بالضعيف (٢) .

واستدل من قدم القياس على خبر الواحد

بأن القياس حجة بإجماع السلف من الصحابة ، وفي اتصال خبر الواحد بالنبي عليه السلام شبهة ، فكان الثابت بالقياس أقوى من الثابت بخبر الواحد فكان العمل به أولى .

وبأن القياس أثبت من خبر الواحد لجواز السهو والكذب على الراوى ولا يوجد ذلك في القياس - وبأن القياس لا يحتمل تخصيصا والخبر يحتمله فكان غير المحتمل أولى من المحتمل . ولأن ظن القياس حاصل من قبل نفسه فإنه ينتج الحكم نفسه ، والظن ، في الخبر ينشأ عن غيره بواسطة ظن أنه قول الخبر الصادق ، والحاصل بنفسه أوثق من الحاصل بغيره فكان ظن القياس أوثق فيكون مقديما على الخبر .

وردت هذه : بعدم تسليم ذلك : فإن الظن الحاصل بنفسه أوثق مما يحصل بعد ملاحظة مقدماته ، بل يجوز أن تكون مقدماته مظلونة . فظن النتيجة

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٦٩٩

(٢) المرجع السابق .

أيضا ضعيف غاية الضعيف ، وتكون المقدمة الملاحظة مع الخبر أوضح وأقوى ، فالظن أقوى من الخبر ، كما أنه يجوز أن يكون أصل القياس خبرا فيتضاعف الاحتمال .

وأما القول بأن القياس حجة بالإجماع . والإجماع أقوى من خبر الواحد فدود بأن الإجماع كما انعقد على حجية القياس كذلك انعقد على حجية الخبر مع أن الإجماع على الحجية لا يدل على قوة المحتج به (١) . وبهذا ترجح مذهب القائلين بتقديم الخبر على القياس .

### رأى فخر الإسلام ومن تابعه

بيننا في مقدمة كلامنا عن تعارض القياس وخبر الواحد أن فخر الإسلام من الحنفية له مذهب خاص في ذلك . وأوضحنا أن هذا المنهج يبتنى على حال الراوى لخبر الواحد حيث إنه قسم الراوى إلى قسمين : معروف ومجهول . ثم جعل الراوى المعروف نوعين : راويا معروفاً بالرواية والفقهاء وراويا معروفاً بالرواية دون الفقه .

وقسم الراوى المجهول إلى أقسام ثلاثة لأنه :

- ١ - إما أن يروى الثقات عنه ويعملوا بحديثه ويشهدوا له بصحة حديثه .
- ٢ - وإما أن يسكتوا عن الطعن فيه .
- ٣ - وإما أن يعارضوه بالطعن والرد .
- ٤ - وإما أن يختلفوا فيه .
- ٥ - وإما ألا يظهر حديثه بين السلف .

فهذه خمسة أقسام بضمها إلى نوعى الراوى المعروف تكون سبعة . ولكل حالة حكم يخصها على الوجه الآتى :

(١) مسلم الثبوت - ج ٢ ص ١٨٠ ، التقرير والتحبير - ج ٢ ص ٣٠١ ، البزدوى - ج ٢ ص ٦٩٨

## ١ - الراوى المعروف بالفقه والرواية :

وذلك كالحلفاء الراشدين والعبادة (١) . وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأبى موسى الاشعري وعائشة وغيرهم ممن اشتهر بالفقه والنظر ، وهؤلاء حديثهم حجة سواء كان مخالفا للقياس أو موافقا له . لأنه إن كان موافقا للقياس تأيد به ، وإن كان مخالفا يترك القياس ويعمل به . وذلك لما عرف من أن الخبر يقين بأصله وإنما الشبهة فى طريق وصوله أما القياس فشكوك بأصله ووصفه ، وغير ذلك من الأدلة السابقة التى تشهد بتقديم الخبر على القياس ولهذا قدم الصحابة والسلف خبر الواحد على القياس . كما قدموا خبر الواحد على التحرى فى القبلة ، فلم يجزوا لمن اشتهت عليه القبلة فسأل واحدا عنها فأخبره بها أن يتحرى مع الإخبار .

## ٢ - الراوى المعروف بالرواية دون الفقه :

إن عرف الراوى للحديث بالرواية والعدالة والضبط دون الفقه كأبى هريرة وأنس بن مالك وسلمان الفارسى . وبلال وغيرهم ممن اشتهر بالصحبة مع رسول الله عليه السلام والسمع منه مدة فى الحضر والسفر ، لكنه لم يكن من أهل الاجتهاد . فهذا يجب العمل بحديثه إن وافق القياس .

فإن خالفه لم يترك الخبر إلا بالضرورة وانسداد باب الرأى فيعمل بالقياس الصحيح فى تلك الحالة لأن ضبط الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والوقوف على كل معنى أرادته من كلامه أمر عظيم . لأنه أوتى جوامع الكلم ، وكان على درجة عالية من الفصاحة وعلو الكلام . فكان لهذا أن قلت الرواية من الصحابة .

ولأن نقل الحديث بالمعنى كان مستفيضا فيهم ، فقد جاء فى كثير من الأخبار أمر عليه السلام بكذا ونهى عن كذا . ولما ظهر ذلك منهم احتمال أن يكون الراوى نقل كلام الرسول بعبرة لا تنتظم المعانى التى انتظمها عبارة

(١) قال فى التوضيح : والعبادة أى عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ، وعبد الله

ابن عمر - ج ٢ ص ٤

الرسول لقصور فقه الراوى عن دركها لأن النقل لا يتحقق إلا بقدر فهم المعنى وبهذا يدخل في الخبر شبهة زائدة يخلو عنها القياس ، ويصير في الخبر شبهتان شبهة في متنه ، وشبهة في اتصاله ، وفي القياس شبهة واحدة في وصفه فيحتاط في مثل هذا الخبر بترجيح ما هو أقل شبهة وهو القياس عليه . وقد يحتجون لهذا بأن القياس الصحيح حجة بالكتاب والسنة والإجماع . فما خالفه من كل وجه فهو في المعنى المخالف لما أثبتته من الأدلة السابقة .

وجرياً على هذه القاعدة :

١ - أخذ الحنفية بخبر أبي هريرة (١) الذى يقضى بعدم إفطار الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً . الذى رواه أنه عليه السلام قال : إذا أكل الصائم ناسياً أو شرب ناسياً فإنما هو رزق ساقه إليه ولا قضاء عليه ، وأخرجه البخارى ومسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه » ولم يأخذ به مالك وأحمد « أخذوا بالقياس وهو تشبيه الناسى فى الصوم بناسى الصلاة » (٢) .

٢ - أخذ الحنفية بحديث معبد الجهنى فى نقض الوضوء بالقهقهة فى الصلاة الذى رواه أبو العالية عن أبى موسى الأشعري قال : بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس إذ دخل رجل فتردى فى حفرة كانت فى المسجد ، وكان فى بصره ضرر فضحك كثير من القوم وهم فى الصلاة

(١) الهداية للمرغينانى ج ١ ص ٩٤ .

(٢) الحديث اتفق البخارى ومسلم على روايته بلفظ من نسى وهو صائم أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه . وفى رواية الترمذى « فإنما رزق ساقه الله إليه » وللحاكم من حديث أبى هريرة أيضاً « من أفطر فى رمضان ناسياً فلا قضاء عليه ولا كفارة وهو صحيح » - (سبل السلام - ج ٢ ص ٢٦٥) .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الصلاة والوضوء جميعا « (١) .

فقد قرر الحنفية أن الضحك في الصلاة على وجه القهقهة ناقض للوضوء أخذنا بهذا الحديث مقدمين له على القياس - ولم يأخذ به الجمهور من الأئمة لكون الحديث مرسلا ومخالفته الأصول كما قدمنا .

٣ - لم يعمل الحنفية بحديث أبي هريرة في المصراة : وهو ماروى أنه عليه السلام قال : لا تصروا الإبل والغنم فمن اتباعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر» لأنه خالف القياس وانسد فيه باب الرأى . لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل بالكتاب ، وهو قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وفيما لا مثل له مقدر بالقيمة بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام « من أعتق شقصا له في عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا » .

ولأن الإجماع انعقد على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين وتعذر الرد . ووجه ذلك في المصراة : أن اللبن إن كان من ذوات الأمثال يضمن بالمثل . وإن لم يكن يضمن بالقيمة فيجانب التمر مكانه يكون إيجابا مخالفا للحكم الثابت بالكتاب والسنة والإجماع ، وهو مخالف للقياس الصحيح من كل وجه فإن التمر ليس بمثل اللبن صورة ومعنى وليس بقيمة لأن القيمة الأصلية هي الدراهم والدنانير ف ضمان اللبن ينبغي أن يكون باللبن أو بالقيمة .

وعلى تسليم وجوب القيمة وكونها بالتمر كان ينبغي أن يقاس وجوب التمر بقله اللبن وكثرته لا أنه يجب صاع من التمر على كل حال قل اللبن أو أكثر .

(١) راجع نصب الراية ج ١ ص ٤٧

فلهذا كله ترك الخنفيه العمل بحديث المصراه (١)، وذهبوا إلى أن رد الشاة على بائعها بعيب التصرية غير مقبول . وأنه لا يثبت بها خيار للمشتري ولا يجب فيها رد صاع من تمر أو طعام ، لكن أجازوا للمشتري أن يرجع بنقصان العيب إن كان ذلك عيبا على رواية الطحاوى .

وقال فخر الإسلام : إن التصرية عندنا ليست عيبا ، ولا يكون للمشتري ولاية الرد بسببها من غير شرط ، لأن البيع يقتضى سلامة المبيع . وبقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لأن اللبن ثمرة وبعدها لا تنعدم صفة السلامة فبقلتها أولى (٢) .

وأثبت جمهور الفقهاء الخيار بالتصرية وأثبتوا للمشتري الرد والإمساك وبه قال عبد الله بن مسعود وابن عمر وأبو هريرة وأنس والشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وزفر أخذوا بهذا الحديث (٣) .

فهم بهذا يرون التصرية عيبا حتى جعلوا للمشتري الخيار إذا تبين بعد الحلب خلاف ماتخيله تمسكا بهذا الحديث . وقالوا هو حديث صحيح مخرج في الصحيحين . وإذا صح الحديث يترك القياس بمقابلته ، على أن الحديث موافق عندهم للأصول لأن الخيار إنما يثبت لغرور كان من بائع ، والغرور يثبت للمشتري حق الرجوع .

يقول الشافعي في الرسالة « وقلنا في المصراه اتباعا لأمر رسول الله ، ولم نقس عليه ، وذلك لأن البصفقة وقعت على شاة بعينها فيها لبن محبوس مغيب

(١) المصراه ناقة أو شاة حبس البائع اللبن في ضرعها أياماً ليغتر المشتري بكثرة اللبن فيشتريها بثمن عال ، وأصل التصرية في اللغة الجمع يقال صر الناقة يصرها صراً وصرها شد ضرعها ، وقال أبو عبيد : المصراه هى الناقة أو البقرة أو الشاة يصرى اللبن في ضرعها أى يجمع ويحبس ويقال منه صريت الماء وصرته . وفيه صريت الشاة تصرية إذا لم تحلب أياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها والشاة مصراه ، اللسان - ج ٦ ص ١٢١ ، ج ١٩ ص ١٩٠

(٢) كشف الأسرار البرزوى - ج ٢ ص ٧٠١

(٣) جاء في نهاية المحتاج والتصرية حرام وهى تثبت الخيار للمشتري على الفور كخيار العيب . وقيل يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام من العقد - ج ٣ ص ١٣٦

المعنى والتميمة ، ونحن نحيط أن ابن الإبل والغنم يختلف ، وألبان كل واحد منهما يختلف ، فلما قضى رسول الله بشيء مؤقت وهو صاع من تمر قلنا به اتباعاً لأمر رسول الله .

ثم قال « فلو اشترى رجل شاة مصراة فحلبها ثم رضيعها بعد العلم بعيب التصرية فأمسكها شهرا حلبها . ثم ظهر منها عيب دلسه له البائع غير التصرية كان له ردها وكان له اللبن بغير شيء بمنزلة الحراج لأنه لم يقع عليه صفقة البيع وإنما هو حادث في ملك المشتري وكان عليه أن يرد فيما أخذ من لبن التصرية صاعاً من تمر كما قضى به رسول ، فتكون قد قلنا في لبن التصرية خبراً ، وفي اللبن بعد التصرية قياساً على الحراج بالضم ، ولبن التصرية مفارق للبن الحادث بعده لأنه وقعت صفقة البيع واللبن بعده حادث في ملك المشتري لم تقع عليه صفقة البيع » (١) .

ويقول ابن رشد « والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أياما يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لاتصروا الإبل والبقر فن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » قالوا فأثبت الخيار ( بالرفع ) مع التصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً . وقالوا وأيضاً فإنه مدلس فأشبهه التدلّيس بسائر العيوب ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيباً » (٢) .

(١) الرسالة للشافعي - ص ٥٥٧-٥٥٩ ، وهو محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلي المكي أبو عبد الله . ولد بغزة وحل الى مكة بعد فطامه فنشأ بها وأقبل على العلم وسمع من مالك وحفظ الموطأ وعرضه عليه . طلب منه عبد الرحمن بن مهدي أن يضع له كتاباً في معاني القرآن ومجمع قبول الأخبار وحجة الإجماع وبيان الناسخ والمنسوخ ، فوضع له كتاب الرسالة وهي مشهورة في أصول الفقه وصنف في التفسير والفقه والأدب . شهد له الكثيرون بالإمامة والفقه وتوفي سنة ٢٠٤ هـ وهو رأس الطبقة التاسعة . راجع المختصر في علم رجال الأثر - ص ١٥٧ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد - ج ٢ ص ١٧٤ .

وجاء في كشف الأسرار : أن رواية الطحاوي من الحنفية تجعل التصرية عيبا ، وقد عقب عليها قائلا « لكنها لا توافق قواعد الحنفية . لان وجود العيب عندهم يلزمه أن يكون للمشتري خيار الرد به .

ويظهر لى أن لا خلاف بين الروایتين عن الحنفية . وأن المراد برواية الطحاوي أن التصرية تعد عيبا إذا ترتب على تصرية الشاة وبيعها على هذا الوجه نقصان وغبن ، فحينذاك للمشتري أن يرجع بمقدار ذلك الغبن .

ويرى ابن أبي ليلى أن مشتري المصرة له أن يردها وقيمة الصاع ولا يجب عليه رد صاع من طعام عينا .

ويرى الهادية أن له رد المصرة ، وعلى المشتري حينئذ رد اللبن بعينه إن كان باقيا لم يتغير . وإلا رد مثله .

ومقتضى هذين المذهبين الأخذ بحديث المصرة . وتأويلهم الأمر برد صاع (١) من تمر برد صاع أو قيمته ، أو رد اللبن أو قيمته .

ولعل عدم أخذ الحنفية بحديث المصرة يرجع إلى : إما لتقديم القياس على خبر الواحد إذا خالف أصلا عاما ، وإما لانه منسوخ . لكنهم اختلفوا في ناسخه . فقال بعضهم ناسخه حديث ابن عمر الذي ينهى عن بيع الدين بالدين (٢) لأن لبن المصرة اذا استهلك صار دينا ، فإذا وجب به صاع تمر صار دينا آخر في ذمة المشتري بدلا عن اللبن . وقال بعض آخر الناسخ هو قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » (٣) والخراج الدخل والمنفعة ومعناه يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بسبب ضمان الأصل الذي عليه . فإذا اشترى الرجل دابة مثلا فركبها ثم وجد بها عيبا قديما فله الرد ويستحق منفعة الركوب

(١) الصاع مكيال قديم قدر بقدرين وثلاث قده .

(٢) وهو ما رواه الدارقطني عن ابن بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالء بالكالء - هداية ج ٤ ص ٦٤٨ - وهو بيع النسيئة بالنسيئة . وروى البيهقي عن نافع هو بيع الدين بالدين (نيل الأوطار) - ج ٥ ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٣) نيل الأوطار - ج ٥ ص ٢١٣ رواه الخمسة وصححه الترمذى وابن حبان والحاكم .



في مقابلة الضمان للمبيع الذى كان عليه . والحديث روته عائشة قالت إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان « وهو ينفى وجوب بدل اللبن لأن المشتري قد استحقه بضمانه ، لأنه يعد من منافع المصرة .

وبعض من لم يعمل به من غير الحنفية يرى أن ناسخة حديث « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » فانه يقضى بعدم الخيار بعد التفرق وحديث المصرة يثبت ذلك . فمسح الثانى بالأول وقيل إنما ترك الحديث لاضطراب متنه اذ جاء فى بعض الروايات : صاع من تمر ، وفى بعضها صاع من قمح ، وفى بعضها صاع من طعام إلى غير ذلك مما أدى الى حيرة المتأخرين فى بيان السبب فى ترك العمل بهذا الحديث عند من ترك العمل به مع ما ظهر من صحته (١) .

وأرجح هذه الوجوه أنه مخالف للأصل العام المشروع فى الضمان ، وذلك بناء على أن الرواية بالمعنى جائزة وقد يغفل الصحاح عنها وبخاصة إذا لم يكن فقيهاً - عن بعض الظروف والأحوال فتأتى عباراته قاصرة عنها .

وقد يرد على هذا بمنع التعميم فى جميع المضمونات . فان الموضحة أرشها (٢) مقدر مع اختلافها بالكبر والصغر . وكذلك كثير من الجنايات كما أن الغرة مقدره فى الجنين مع اختلافه فالواجب أن تستثنى المصرة من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث . وتكون كأنها ليست من هذا الباب الذى يقول به الحنفية باب الضمانات .

وحين يقال للحنفية أليس الراوى الفقيه قد يروى بالمعنى فتكون روايته قاصرة ؟ يجيبون بأن قصور العبارة لا يتأتى من الراوى إذا كان فقيهاً لأن ذلك التصور لا يخفى عليه لكمال فقهه والظاهر من حاله أنه إنما يروى الحديث

(١) المرجع السابق - ج ٥ ص ٢١٨

(٢) الموضحة هى الشجة التى توضح العظم وتبينه ، قال الرازى فى مختار الصحاح والموضحة الشجة التى تبلى وضح العظم (ص ٧٢٦) ط. الأميرية ، ويجب فيها القصاص إن كانت عمداً ونصف عشر الدية إن خطأ عند الحنفية .

بصيرة ، وعلى علم بسماعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذى رواه . وإن كان مخالفا للقياس . فلهذا يلزمنا ترك قياس يعارضه . ومن هنا قلت رواية الكبار من فقهاء الصحابة .

هذا وما تجدر ملاحظته : أن هذه التفرقة بين رواية المعروف بالفقه والعدالة ، وغير المعروف بالفقه إنما هي مذهب عيسى بن أبان وافقه عليها أكثر متأخرى الحنفية كما أسلفنا . أما مذهب الكرخى ومن تابعه من الحنفية فليس فقه الراوى شرطا لتقدم الحديث على القياس ، بل إن خبر كل راو عدل مقدم على القياس إذا لم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة (١) وهذا المذهب الأخير هو الحق عندى لأنه لم ينقل عن السلف رضوان الله عليهم اشتراط فقه الراوى فى تقديم خبره على القياس . كيف وقد نقل عن أبى حنيفة قوله « ماجاءنا عن الله تعالى وعن الرسول فعلى الرأس والعين »

وانما أخذ الحنفية بحديث الوضوء على من قهقه فى الصلاة مع كونه مخالفا للقياس لأن رواته كثير من الصحابة الكبار كجابر وأنس .

### ٣ - الراوى اذا كان مجهولا :

ونريد بالجهالة جهالة العدالة . وكونه لم يشتهر بطول الصحبة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما عرف برواية حديث أو حديثين مثل وابصه ابن معبد ، وسلمة بن الحقيق، ومعقل بن سنان . فإن هؤلاء وإن كانوا رأوا الرسول عليه السلام ورووا عنه لكن لا يعدون من الصحابة - على ما اختار الأصوليون (٢) - لعدم طول صحبتهم .

(١) كشف الأسرار شرح المنار - ج ٢ ص ١٧

(٢) الصحابي عندهم اسم لمن اختص بالنبى عليه السلام وطالت صحبته معه على طريق التتبع له والأخذ منه . وعند أهل الحديث من لقي النبى صلى الله عليه وسلم مؤمناً به ومات على الإسلام . وقال التفتازانى فى التلويح : ذكر بعضهم أن الصحابي اسم لمن اشتهر بطول صحبة النبى صلى الله عليه وسلم على طريق التتبع له والأخذ منه - ج ٢ ص ٦

فرواية هذا المجهول : إن رواها السلف عنه وقبلوها وعملوا بها وشهدوا له بصحة الحديث صار حديثه مثل المعروف بالفقه والعدالة والضبط فيقبل ، ويقدم على القياس . ذلك لأن السلف كانوا أهل فقه وضبط وتقوى ، ولم يتهموا بالتقصير في أمر الدين ، وكانوا لا يقبلون الحديث حتى يصح عندهم أنه مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد ظهر منهم رد ماخالف القياس من روايتهم ، فلا يكون قبولهم إلا لعلمهم بعدالة هذا الراوى وحسن ضبطه أو لأنه موافق لما سمعوه من رسول الله عليه السلام أو لرواية المشهورين عنه .

٤ - الراوى المجهول انذى سكت السلف عن رد روايته :

إذا كان الراوى مجهولاً - بالمعنى السابق ، وسكت السلف عن رد روايته بعد ما بلغتهم رواية الحديث فإن سكوتهم عن الطعن والرد يكون منهم دليلاً على التقرير . ويكون بمنزلة ما لو قبلوه ورووا عنه . إذ لو لم يكن كذلك لتطرق نسبة التقصير إليهم ، وأنهم لم يتهموا بذلك . فلهذا يقبل حديثه ويقدم على القياس لأن السكوت في موضع الحاجة لا يخل إلا على وجه الرضا بالمسموع والمرئى . وهو في موضع الحاجة إلى البيان بيان .

٥ - الراوى المجهول الذى اختلفت السلف في قبول روايته :

وهو الذى قبل روايته بعض السلف وردها البعض مع نقل الثقات عنه وحديثه يقبل إن وافق قياساً . لأنه لما قبله بعض الفقهاء المشهورين صار كأنه رواه بنفسه .

ومثاله حديث معقل بن سنان الأشجعى في قصة بروع (١) وهو ما روى الترمذى عن ابن مسعود (٢) أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها

(١) في القاموس بروع بفتح الباء وأصحاب الحديث يكسرونها .

(٢) عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلى وكنيته أبو عبد الرحمن أحد السابقين الأولين . كان سادساً في الاسلام وسابغاً في الهجرة الى الحبشة من كبار الصحابة البديريين كان على القضاء وبيت المال في الكوفة زمن عمر وكان جيد القراءة للقرآن عالماً بأسراره توفي سنة ٣٢ هـ ودفن بالبقيع .

مهرا ولم يدخل بها حتى مات عنها فلم يجب شهرا ، وكان السائل يتردد عليه ثم قال بعد شهر أجهتد فيه برأى ، فإن يك صوابا فن الله . وإن يك خطأ فن ابن أم عبد ( وفي رواية فنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريتان ) أرى مهر مثل نساءها لا وكس ولا شطط (١) فقام معقل بن سنان الأشجعي وأبو الجراح صاحب راية الأشجعين وقالوا: نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية من بنى رءاس بن كلاب بمثل قضائك هذا . وقد كان هلال بن مرة مات عنها من غير قبض مهر ودخول ، فسر ابن مسعود رضى الله عنه بذلك سرورا لم يسر مثله بعد إسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم « (٢) .

فابن مسعود قبل رواية معقل قال : إن المرأة تستحق بموت زوجها مهر المثل بعد العقد قبل فرض الصداق وإن لم يدخل بها زوجها وأخذ بهذا أبو حنيفة وأصحابه . وقالوا إنه يوافق القياس لأن الموت كالدخول بدليل وجوب العدة في الموت وفي الدخول (٣) .

ولم يقبل حديث معقل على رضى الله قال ما نضنع بقول أعرابي بوال على عقبه . إشارة إلى قلة احتياطه . وكذلك لم يعمل به الشافعي لما خالف القياس (٤) عنده فقال إن هذه المرأة لا تستحق إلا الميراث فقط ولا تستحق مهرا . ووجه مخالفة الحديث للقياس عنده أن المهر لا يجب الا بالفرض بالتراضى أو بقضاء القاضى أو باستيفاء المعقود عليه . فإذا عاد المعقود عليه إليها ولم يوجد واحد منها إلى أن مات الزوج لا يجب شيء . فكان بمنزلة ما لو طلقها قبل الدخول بها . وبمنزلة هلاك المبيع قبل القبض .

(١) لا نقص ولا مجاوزة حد .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي - ج ٣ ص ٢٤٥ والحديث رواه الخمسة وصححه الترمذى وأخرجه الحاكم والبيهقي وابن حبان وصححه أيضاً ابن مهدي وقال ابن حزم لا مغنز فيه لصحة إسناده (نيل الأوطار - ج ٦ ص ١٧٢) .

(٣) التوضيح ج ٢ ص ٦

(٤) تحفة المحتاج - ج ٧ ص ٣٩٧ ، بداية المجتهد - ج ٢ ص ٢٢ ، بدائع الصنائع -

وقال الحنفية نعمل به لأن الثقات من الفقهاء كعلقمة ومسروق والحسن ونافع لما رووا عن معقل بن سنان صار كالمعروف بالعدالة . لأن رواية المشهور بالعدالة عن المجهول من غير رد عليه تعتبر تعديلا له — وقالوا إن معقل كان من قرن العدول وهو قرن الرسول عليه السلام، والعدالة كانت أصلا في ذلك الزمان بخبر الرسول عليه السلام « خير الناس قرني الذي بعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفسو الكذب » والرسول عليه السلام قبل شهادة الأعرابي في رؤية الهلال من غير تفحص عن عدالة ، إنما تفحص عن إسلامه فقط فقال حين أخبر عن رؤية الهلال أتشهد أن لا إله إلا الله ؟ قال نعم ، فقال : أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال : نعم ، فأمر بلالا أن يؤذن في الناس بالصوم — فيكون من رد أخبار المجاهيل قد بنى رده على عوارض عارضت القبول ، قال الشافعي : حديث بروع لأحفظه من وجه يثبت مثله ولو ثبت لقلت به . وقد قيل إن في راوي الحديث اضطرابا فمرة روى عن معقل بن سنان ، ومرة عن رجل من أشجع ، أو ناس من أشجع ، وقيل غير ذلك ، ولكن روى الحاكم في المستدرک عن حرمة بنى يحيى أنه قال سمعت الشافعي يقول إن صح حديث بروع بنت واشق قلت به قال الحاكم قال شيخنا أبو عبيد الله لو حضرت الشافعي لقممت على رؤس الناس وقلت : قد صح الحديث فقل به (١) .

#### ٦ — الراوي المجهول يظهر حديثه فيرده الصحابة :

وهو الذي لا يظهر من الصحابة إلا رد حديثه فهذا لا يجوز العمل به إذا خالف القياس لأنهم كانوا لا يهتمون برد الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يترك العمل به وترجيح الرأي بخلافه عليه . فكان اتفاقهم على رده دليلا على أنهم آثموا الراوي في هذه الرواية . ولهذا يسمى هذا النوع منكرا أو مستنكرا لأن أهل الحديث لم يعرفوا صحته ثم لا يكون حجة لا في حق الجواز ولا في حق الوجوب ولا يعمل به .

(١) نيل الأوطار — ج ٦ ص ١٧٣

ومثلوا له بحديث فاطمة بنت قيس، فقد روى الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم في المطلقة ثلاثا، قال: ليس لها سكنى ولا نفقة. رواه أحمد ومسلم، وفي رواية عنها قالت: طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة رواه الجماعة إلا البخاري (١). وفي رواية عنها أيضاً طلقني زوجي ثلاثا فأذن لي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعتد في أهلي رواه مسلم.

فقد قال مغيرة الراوى عن الشعبي فذكرت الحديث لإبراهيم فقال: قال عمر لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري أصدقت أم كذبت أحفظت أم نسيت فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى. وقد قال عمر ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً على أن الحديث مستنكر.

قال عيسى بن أبان فيه: إنه أراد بالكتاب والسنة القياس الصحيح لأن ثبوته بهما حيث قال الله تعالى « فاعتبروا » وحديث معاذ في القياس مشهور.

وقال بعضهم: أراد بالكتاب قوله تعالى: « أسكنوهن من حيث سكنتم (٢) » وأراد بالسنة ما قال عمر: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة.

وحديث فاطمة بنت قيس مخالف للقياس على الحامل المبتوته والمعتدة من طلاق رجعي بجامع الاحتباس. لأن النفقة جزاء الاحتباس. فكما أن الحامل المبتوته والمعتدة من طلاق رجعي لها النفقة والسكنى كذلك المطلقة ثلاثا لها ذلك.

(١) نيل الأوطار - ج ٦ ص ٢٠١

(٢) الطلاق - الآية: ٦

قال الخنفيه (١) إن المبتوته محتبسة بحق نكاح الزوج فتستحق النفقة كالحامل والمطلقة الرجعية كما تستحق السكنى ، فان كل واحدة منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح ، والعدة حق من حقوقه فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة ، وقالوا إن قراءة ابن مسعود « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » مما يصح بها الزيادة على الكتاب فتكون دليلا على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة .

أما قوله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فهى لإزالة إشكال كان يقع عندما تطول مدة الحمل . فربما يشكك أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة فى مدة الحمل وإن طالت ، فأزال الله سبحانه تعالى هذا الإشكال بقوله تعالى : « فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » .

وفى حديث فاطمة بنت قيس زيادة فى بعض الطرق « لا نفقه لك إلا أن تكونى حاملا » وهى غير ثابتة فى موضع يعتمد عليه من الكتب والروايات وقول عمر لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ... الخ . « ما يعتبر طعنا مقبولا وما يشير إلى أن فى كتاب الله وسنة نبيه نفقة لهذه المعتدة . فكان رد عمر بحضرة أصحاب رسول الله من غير تكبير منهم عليه دالا على أن مذهبهم فيه كمنهجه .

ويذهب بعض الأئمة إلى أن للمبتونه السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك (٢) والشافعى ، واحتجوا لإثبات السكنى بقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » ولإسقاط النفقة بمفهوم قوله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فإن مفهومه أن غير الحامل لا نفقة لها وإلا لم يكن لتخصيصها بالذكر فائدة ، ويذهب آخرون الى أنه أن لا نفقة لها ولا سكنى وهو قول أحمد وداود وأبى ثور إستنادا إلى حديث فاطمة بنت قيس وما جاء فى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله

(١) البدائع - ج ٣ ص ٣١٠ ، وحاشية ابن عابدين - ج ٢ ص ٦٨٧

(٢) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٩٤ ، ونهاية المحتاج - ج ٧ ص ١٤٤

عليه وسلم قال : إنما السكني والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة . وهذا القول مروى عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله . واستدل من أوجب لها السكني دون النفقة بما روى مالك في موطنه من حديث فاطمة المذكورة وفيه : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتمد في بيت أم كلثوم ، ولم يذكر فيها إسقاط السكني فبقى على عمومته في قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وعللوا أمره عليه السلام لها بأن تعتمد في بيت أم كلثوم بأنه كان في لسانها بذاء .

ونقل الشوكاني أن مذهب الهادي ورواية عن أحمد أنها تستحق النفقة دون السكني ، واستدلوا على وجوب النفقة بقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف الآية » وبقوله تعالى : « لا تضاروهن » وبأن الزوجة المطلقة بائنا محبوسة بسبب الزوج ، واستدلوا على عدم وجوب السكني بقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم » فإنه أوجب أن تكون حيث يكون الزوج وذلك لا يكون في البائنة .

ولا يخفى أن الأولى في هذه المسألة إما أن يقال إن للمبتونة الأمرين جميعاً مصيراً إلى ظاهر الكتاب ، والمعروف من السنة ، وأما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور ، أما التفريق بين إيجاب النفقة والسكني فغسير . ووجه عسره ضعف دليله . وقد قدمنا موقف الحنفية من ظاهر الكتاب ومن السنة ويؤيده ما جاء في بعض الروايات عن عمر أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكني .

ومن هذا النوع أيضاً حديث بسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ » أخرجه مالك في الموطأ . فإن عمر وعلياً وابن مسعود وابن عباس وعمار وأبا الدرداء وسعد بن أبي وقاص وعمران بن حصين لم يعملوا به حتى قال علي رضي الله عنه لا أبالي أمسسته أم أرنبه أنفى ، ونقل عن عروة أنه لم يرفع بحديث بسرة رأساً وروى بن زيد عن ربيعة أنه كان يقول هل يأخذ بقول بسرة أحد؟ والله إن بسرة لو شهدت



على هذه بالنقل لما أجزت شهادتها إنما قوام الدين الصلاة . وإنما قوام الصلاة الطهور . أفلم يكن في صحابة رسول الله عليه عليه السلام من يقيم هذا الدين إلا بسرة . وقال ابن زيد على هذا أدركنا مشايخنا ما منهم أحد يرى في مس الذكر وضوءاً .

لهذا لم يعمل الحنفية بحديث بسرة ورده بما روى طلق بن علي قال : قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال : يا رسول الله ماترى في مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ ؟ فقال : وهل هو إلا بضعة منك ، أخرجه أبو داود والترمذى وصححه كثير من أهل العلم من الكوفيين وغيرهم . وقال ابن المدينى حديث قيس بن طلق أحسن من حديث بسرة (١) .

ومن الأئمة من يرى مس الذكر كيفما كان يوجب الوضوء ، ومنهم من فرق بين المس بباطن الكف واللذة فأوجبوا الوضوء مع اللذة ، ولم يوجبوه مع عدمها . وأوجه البعض مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع انس بظاهرها . وفرق البعض بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان ، وذلك ترجيحاً لحديث بسرة على حديث طلق أونسخة به (٢) قائلين إنه قد صححه بن معين وأحمد بن حنبل . وقد روى أيضاً معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن أيضاً يصححه . ولم يخرج البخارى ولا مسلم .

٧ - الراوى المجهول لم يظهر حديثه ولم يبلغ السلف :

إذا كان الراوى مجهولاً ، ولم يظهر حديثه في السلف . فلم يبلغهم حديثه ولم يظهر منهم فيه رد ولا قبول ، فحكمه أنه لا يترك به القياس ، ولا يجب العمل بمقتضاه ، لكن يجوز العمل به إذا وافق القياس ، لأن من كان في الصدر

(١) كشف الأسرار - البزوى ج ٢ ص ٦٧٠

(٢) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٣٨

الأول كانت عدالته ثابتة له باعتبار الظاهر . فهذا الاعتبار الظاهر يترجح جانب الصدق في خبره ، وباعتبار أنه لم يشتهر في السلف يتمكن تهمة الوهم فيه فيجوز العمل به إذا وافق قياساً على وجه حسن الظن به ، ولكن لا يجب العمل به لأن الوجوب شرعاً لا يثبت بمثل هذا الطريق الضعيف .

ولهذا جوز أبو حنيفة (١) رحمه الله القضاء بظاهر العدالة من غير تعديل ( هو المستور ) لكن لم يوجب على القاضى القضاء به ، لأنه كان في القرن الثالث والغالب على أهله الصدق ، لأنه شهد لهم الرسول بالخيرية ، فأما في غير زمن أبي حنيفة فخبّر المجهول لا يقبل ولا يصح العمل به ما لم يتأيد بقبول العدول ، وتظهر عدالته لأن الفسق غلب على أهل هذه الأزمنة ، ولهذا لم يجوز أبو يوسف ومحمد القضاء بشهادة المستور لأنهما كانا في زمان فشو الكذب .

أما قوله عليه السلام : مثل أمي كمثل المطر لا يدرى أوله خير أم آخره « فوجه التوفيق بينه وبين ما سبق أن الخيرية تختلف بالإضافات والاعتبارات فالقرون السابقة خير بنيل شرف قرب العهد بالنبي عليه السلام ولزوم سيرة العدل والصدق واجتناب المعاصي ونحو ذلك على ما أشار إليه قوله عليه السلام ثم يفشو الكذب، وإما باعتبار كثرة الصواب ونيل الدرجات في الآخرة فلا يدرى أن الأول خير لكثرة طاعته وقلة معصيته ، أم الآخر خير

(١) أبو حنيفة :

هو النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي أصله من فارس رأى من الصحابة أنساً غير مرة وعبد الله بن أبي أوفى وسهل بن سعد وأبا الطفيل . وكان فقهاً ورعاً ، تقياً لا يقبل جوائز السلطان ويتجر ويتكسب ، شهد له العلماء بالفقه وجودة الرأي . أكره على القضاء وضرب أيام أبي جعفر مائة سوط وعشرة أسواط كل يوم عشرة وحبس فأبى وتوفى في السجن ، قال الليث : قابلت مالكا بالمدينة فقلت له انى أراك تمسح العرق عن جبينك . قال عرقت مع أبي حنيفة انه لفقيه يامصرى ، أخذ الفقه والحديث عن حماد بن ابى سليمان وعطاء ونافع وابن هرمز وقتاده وعمرو بن دينار وغيرهم . وتفقه به وروى عنه زفر وأبو يوسف الحسن بن زياد ولد سنة ٨٠ وتوفى ١٥٠ ببغداد ومن الطبقة السادسة .

لإيمانه بالغيب طوعا وورغبة مع انقضاء زمن مشاهدة آثار الوحي وظهور المعجزات بالتزامه بطريقة السنة مع فساد الزمان (١) .

ثم عند موافقة حديث المستور للقياس وعدم وجوب العمل بالحديث يكون الحكم ثابتا بالقياس . وحينئذ تكون الفائدة هي جواز إضافة الحكم إليه . ولا يتمكن بالقياس من منع هذا الحكم لكونه مضافا إلى هذا الحديث .

---

(١) التلويح شرح التوضيح - ج ٢ ص ٦

# الباب الثالث

## الأقيسة المتعارضة

### الفضائل الأولى

دواعى العمل بالقياس وأسباب تعارض الأقيسة

من المعلوم أن الأحكام الشرعية كان مصدرها إبان حياة الرسول عليه السلام كتاب الله تعالى وسنة نبيه الكريم . وبعد وفاته عليه السلام تحددت النصوص . وانقطع مدد الوحي الإلهي بموت من كان ينزل عليه . لهذا لم يكن أمام صحابة رسول الله غير تطبيق هذه النصوص على ما يحدث من وقائع ، وما ينزل من حوادث ونوازل . وكانت تلك الحوادث المختلفة الأوضاع متعددة الأشكال . متكاثرة العدد . منها ما يشبه بعض ماسبقه من الحوادث التي عرضت على الرسول صلوات الله عليه في بعض النواحي ومنها ما كان يغايرها في نواح أخرى .

ونتيجة حتمية لمرور الزمن ، واختلاف الناس وتشابك المصالح . وتعارض الأغراض وتعدد المعاملات . وتنوع الأساليب ، وخاصة بعد أن فتح الله على المسلمين من البلاد التي اختلفت في نظمها وحضارتها واقتصادياتها وعاداتها وثقافتها . فإنهم قد واجهتهم بسبب ذلك حوادث لا عهد لهم بها وعرضت لهم أمور لم يعرض عليهم فيما سبق مثلها . وكان عليهم بحكم الفتح والولاية وتدبير أمر تلك البلاد المفتوحة ، وتصريف شئونها ، أن يجتهدوا ويحكموا في تلك الأمور بما يظنون أنه حكم الله . فلم يكن لهم طريق إلى معرفة تلك الأحكام سوى النظر في كتاب الله ، وفيما سنه رسوله الأعظم .

كانوا يستقرون النصوص والأحكام ويعرفون منها الحكم والأغراض  
ويبنون عليها الأصول والقواعد ، ويستنبطون من إيمائهما أو إشارتهما  
أو اقتضائهما العلل المنضبطة ، والمصالح العتبرة ، وهم في الإحاطة بذلك  
مختلفون ، وفي علمهم متفاوتون ، وفي استعدادهم ومقاييسهم متغاïرون .  
ثم هم أمام نصوص للأحكام متفاوتة ، منها ما هو خفي أو مشكل ومنها ما هو  
واضح بين ، ومنها محكم لا يحمتم لأويلا ولا صرفا عن ظاهرة ، ومنها ما يحمتم  
ذلك ، ومنها ما يتعارض مع غيره في الظاهر ومنها ما لا يتعارض .

ومع كل هذا تطورت الحياة عما كان عليه الأمر في زمن الرسول عليه  
السلام فبعد أن كانت محدودة ضيقة اتسعت كثيرا حتى شملت أما عديدة ،  
وأمصارا كثيرة ، وأجناسا مختلفة متعددة الألوان ، متشابكة الأعراف ، متشعبة  
النواحي والأغراض .

وهكذا تتجمع هذه الأمور مع عدم اعتمادهم في نظرهم لا ستنباط  
الأحكام على قواعد محدودة ، وعدم استرشادهم بأصول مضبوطة معروفة .  
وعدم وقوفهم على طرائق مرسومة . إنما كان اعتمادهم على ما يخلص إلى  
فهمهم . وهم في ذلك مختلفون ، وإلى ما يستقر في نفوسهم متباينون ، وهم بحسب  
طبيعتهم متغاïرون . أيضا لم يقصد لذلك منهم إلا من أنس في نفسه القدرة  
على الاجتهاد ، والصلاحية له ، بما توفر له من ملكة تشريعية . وبما امتاز  
به من استعداد لمعرفة أسرار التشريع وأسسها العامة .

فكانوا لذلك مختلفين في وجهات النظر ، كل منهم يظن أن ما وصل  
إليه باجتهاده هو حكم الله في المسألة . ولذلك كثيرا ماخالف الصحابة  
بعضهم بعضا . فخالف عمر أبا بكر ، وتحتاج عمر مع ابن عباس ومع  
زيد بن ثابت ، وتحتاج على مع عمر ، أو مع زيد بن ثابت مما يدلنا على مبلغ  
حريتهم في اجتهادهم .

ثم كانت طرائقهم في استخراج الأحكام للمسائل المتعددة مختلفة .  
فكانوا تارة يستعملون القياس ، ويلحقون النظر بنظيره ، ويحلون الشبيهة

على شبيهه ، وتارة يراعون جلب المصالح ودرء المفسد ، وأخرى يطبقون أصلا من أصول الشريعة العامة . وهكذا ما كانوا متقيدين بمنهاج معين ، ولا ملتزمين مسلكا خاصا من تلك المسالك التي عرفت فيما بعد والتي وضعها الأصوليون بعد زمانهم . وكان من نتائج ذلك أن تعارضت أقوالهم تبعا لاختلاف أقيستهم . يشير إلى ذلك الصورة الآتية هي :

اختلافهم في توريث الجلد مع الإخوة والأخوات إذ لم يرد عن الشارع في ذلك نص . لقد نظروا فيه فاختلفوا : فمنهم من رأى أن الجلد أقرب من الإخوة والأخوات إلى المتوفى لأنه أب . ومنهم من رأى أن الإخوة أقرب إلى المتوفى من الجلد للنص على ميراثهم في الكتاب دون النص على ميراث الجلد ، ولأنهم يعصبون الأثني منهم ، ومنهم من جعلهم مع الجلد بمنزلة واحدة في القرابة لأن كلا من الجلد والإخوة يدلى بالأب فالجد أبو الأب ، والإخوة أولاد الأب . فاختلفوا لذلك في توريث الجلد مع الإخوة .

فذهب أبو بكر وابن عباس وابن الزبير ومعاذ جبل وأبو الدرداء وأبو موسى الأشعري وأبي بن كعب وعائشة وأبو هريرة وغيرهم من الصحابة إلى أن الجلد أب يرث كما يرث الأب ويحجب من يحجبه الأب . ويحجب بالأب لأنه يدلى به . وعلى ذلك لا يرث معه الإخوة والأخوات سواء أكانوا أشقاء أم لأب أم لأم (١) .

وحجتهم : في ذلك أن القرآن سمي الجلد أبا في كثير من المواضع . كما أن اللغة جاءت بذلك فقال تعالى « ملة أبيكم إبراهيم (٢) » وقال على لسان يوسف « واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب (٣) » وقال « كما أتمها على أبويك من قبل إبراهيم وإسحاق (٤) » وقال « كما أخرج

(١) نيل الأوطار - ج ٦ ص ٦٢

(٢) الحج - الآية ٨٨

(٣) يوسف - الآية ٣٨

(٤) يوسف - الآية ٦

أبويكم من الجنة (١) وقال : « أنتم وأباؤكم الأقدمون » (٢) وجاء في حديث المعراج : « هذا أبوك آدم وهذا أبوك إبراهيم » وفي حديث آخر « إرموا بني إسماعيل ، فإن أباكم كان راميا » - وكما جاء تسمية الجد أبا جاء تسمية ابن الابن ابنا قال تعالى يا بني آدم ، يا بني اسرائيل « وفي الحديث « إرموا بني إسماعيل » . وإذا ثبتت البنوة لولد الولد فن الحال ألا تثبت لأب الأب لأن الأبوة والبنوة من الأمور المتضايقة فيتمنع ثبوت إحداهما بدون الأخرى وإذا كان الجد أبا وجب أن يحجب الأخوة .

وذهب عمر وعلي وزيد بن ثابت وابن مسعود إلى القول بتوريث الجد مع الإخوة ، لكنهم اختلفوا في كيفية ذلك التوريث . وما نحن نبين حججهم ثم نبين كيفية اختلافهم .

أما الحجة لهم : فهي قياس الأخ على الابن بجامع أن كلا منهما ذكر يعصب أخته فكما لا يحجب الجد الابن ، كذلك لا يحجب الإخوة . وأيضا فالأب والجد يستويان في سبب الاستحقاق فإن كلا منهما يدل إلى الميت بالأب فالأب يستويان في سبب الاستحقاق فإن كلا منهما يدل إلى الميت بالأب فالجد أبوه والأخ ابنه . وقرابة البنوة الثابتة للأب لا تنقص عن قرابة الأبوة الثابتة للجد بل ربما كانت أقوى ، لأن الابن يسقط نصيب الأب وإذا ثبت استواءهما في سبب الاستحقاق فلا موجب لحجب الجد والإخوة .

أما كيفية الاختلاف : فقد ذهب عمر وابن مسعود إلى أن الجد يقاسم الإخوة كماخ إلا أن يكون السدس خيرا له فيعطى السدس ويكون ما يبقى للإخوة والأخوات .

ثم عدل عمر عن ذلك وكتب إلى ابن مسعود : ما أرانا إلا قد أجحفنا بالجد ، فإذا جاءك كتابي هذا فقاوم مع الإخوة إلا أن يكون الثلث خيرا له من مقاسمتهم فاجعله له . فأخذ بذلك ابن مسعود وعدل عن رأيه الأول .

(١) المائدة - الآية ٢٧

(٢) الشعراء - الآية ٧٦

ثم قدم على إلى الكوفة فكان يرى مقاسمه الجدد مع الإخوة إلا أن يكون السدس خيرا له فيكون السدس . وقد كان رأيه قبل كراهى عمر الذى انتهى إليه أخيرا وهو إعطاؤه الثلث .

أما زيد بن ثابت فكان يرى المقاسمة مع الإخوة الأشقاء أو الإخوة لأب إلا أن يكون الثلث خيرا له الثلث ومابقى للإخوة (١) . وكان يرى مع ذلك أنه إذا كان معه إخوة لأب وإخوة أشقاء قاسم الإخوة لأب فيعطى نصيبه على هذا الأساس على ألا يقل عن الثلث ثم يرد ماخص الإخوة لأب من هذه المقاسمة على الإخوة الأشقاء ، ولا يعطى الإخوة لأب شيئا .

وقد سأل ابن عباس زيدا عن ذلك فقال : إنما أقول فيه برأى كما تقول أنت برأىك ، وهكذا كانوا يختلفون ويتجادلون مما يدل على واسع حريتهم فى النظر والاستدلال ، وقد أخذ مالك والشافعى برأى زيد بن ثابت ودافع عنه الشافعى فى الرسالة فقال : « واختلفوا فى الجدد فقال زيد بن ثابت وروى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود يورث معه الإخوة . وقال أبو بكر الصديق وابن عباس وروى عن عائشة وعبد الله بن عتبة أنهم جعلوه أبا ، وأسقطوا الإخوة معه — ثم قال : إن توريث الإخوة مع الجدد ليس أمرا بينا فى الكتاب ، ولكن يرى المخالف أن القياس مع رأيه : ذلك : لأن اسم الأبوه يلزمه ويصاحبه ( يعنى الجدد ) . ويحجب بنى الأحياف (٢) كما يحجبهم الأب ، ولا ينقص سهمه عن السدس كالأب وكل ذلك مرود .

(١) بهذا أخذ الشافعى فقال فى الأم : إذا ورث الجدد مع الأخوة قاسمهم ما كانت المقاسمة خيرا له من الثلث فإن كان الثلث خيرا له منها أعطيه (ج ٤ ص ١١) .

(٢) بنو الأحياف — قال الشوكانى : ويقال للأخوة لأم فقط أحياف ، قال فى المصباح المنير وأخوة أحياف إذا كانت أمهم واحدة ، والآباء شتى ، وأما بنو الأعيان فهم الأخوة من أب وأم . قال فى القاموس فى مادة عين وواحد الأعيان الأخوة من أب وأم وهذه الأخوة تسمى المعاينة انتهى . وأما بنو العلات فهم أولاد الأمهات المتفرقة من أب واحد . قال فى القاموس والعلة الضرة وبنو العلات بنو أمهات شتى من رجل (نيل الأوطار ج ٦ ص ٥٨) .



إذ أنه لا يرت باسم الأبوة بدليل أن الأب يحجبه ، وأنه قد يحرم لكفره أو قتله ولا يزياله مع ذلك اسم الأبوة ، إنما كان له ذلك اتباعا بالأثر لا بوصف الأبوة ، ولم نترك هذا القول إلا لبعده عن القياس ، وموافقته ما رأيناه للقياس ، فالجد يدلى إلى المتوفى بأنه أبو أبيه ، والأخ يدلى إليه بأنه ابن أبيه وموقع القرابتين من المتوفى واحد من حيث القرب والبعده ، إذ أن كلامهما سلى بالأب ، ولو كان الأب هو الذى توفى : لورثه كل منهما لابنه وهو للأخ خمسة الأسداس ، ولأبيه وهو الجدد السدس ، فإذا كان الابن أكثر ميراثا وهو يتصل به أيضا إلى الميت كان الابن وهو الأخ أشد قربا لكثرة ميراثه وكان الأولى إذا كان هناك حجب أن يحجب الأخ الجدد (1) .

وإن من يقارن بين قرابة الجدد وقرابة الأخ يجد أن الجدد فى عمود الأصل كابن الابن فى عمود الفرع . وأن الأخ ليس فى هذا ولا ذاك وإنما يشارك الميت فى أصله . وهذه المشاركة هى بنوة الأخ لأب للميت ، والبنوة التى أقرب من الأبوة هى البنوة المنسوبة للميت ( المنسوبة لآبيه ) ، والمتحقق فى الأخ هى الثانية لا الأولى . وأبوة الجدد مهمما علت منسوبة للميت . وبنوة أخ الميت لآبيه لا تنسب إلى الميت بحال فكيف تكون أقوى من أبوة الجدد المنسوبة إليه بوجه ما .

فالظاهر أن القول بأن الأخ يدلى بالبنوة ، والجدد يدلى بالأبوة والبنوة أقوى من الأبوة مغالطة ظاهرة . فالجد أب ، والأخ ليس ابنا . والجدد سبب والأخ لاحق ، فالجد مقدم على الأخ .

وقد رجح ابن القيم رأى أبى بكر قائلا « بل النهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه . وأصل الشجرة أولى بغضها من الآخر . فإن هذا صنوه ونظيره الذى لا يحتاج إليه ، وذلك أصله وحامله الذى يحتاج إليه ، واحتياج الشيء إلى أصله أقوى من احتياجه إلى نظيره ، فالأصل أولى بالشيء من النظير — وقال فى تعليل ذلك ما ذهب إليه أبو بكر .

(1) الرسالة للشافعى : ص ٥٩١ ط . الخلبى .

« إن الواجب ألا يرث ولد الأب أو الأبوين وهم الإخوة لأب والإخوة الأشقاء لا مع الأب ولا مع الجد . كما لم يرثوا مع الابن ولا مع ابن الابن لأن قرابة هؤلاء الأصول تساوى قرابة هؤلاء الفروع ، فما تحجبه إحدى القرابتين تحجبه الاخرى أى البنوة تحجب الاخوة فكذلك مايساويها وهى قرابة الأصول » (١) .

تلك صورة من صور الاختلاف تكشف بوضوح عن مقدار تنوع أفهامهم ، وتفصح جيدا عن كون الخلاف الذى كان بين المجتهدين يرجع أغلبه إلى علة الأصل فى القياس وفيما يجب أن يتوافر فيها من شرط لتكون علة صحيحة لحكم الأصل .

على أن الجمهور من الفقهاء كانوا يذهبون فى اجتهادهم إلى أن ماشرعه الله من أحكام لم يشرعه الله إلا للمصلحة من جلب منفعة لهم ، أو دفع مضرة . فلهذا كانت تلك المصلحة هى الغاية المقصودة من التشريع وتسمى حكمة .

ويشعر ذلك بأن كل حكم يكون مرتبطا بحكمته . ومبنيًا عليها بحيث يرتبط وجوده بوجودها ، وعدمه بعدمها ، لأنها الباعث على تشريعه ، والغاية المقصودة منه . ولكن الظاهر من استقراء الأحكام وحكمها ، أن الحكم قد يوجد بدون حكمته فى بعض الجزئيات حيث تكون الحكمة أمرا غير ظاهر ، ولا تدرك بحاسة من الحواس . وليس من اليسر التحقق من وجودها أو عدمها بالنسبة إلى أصناف الناس وأحوالهم . وذلك فى تشريع العقود دفعا لحاجة الناس إليها . فإن الحاجة أمر خفى باطنى ليس من اليسر التحقق منه .

فثلا إنما شرع إباحة الفطر فى رمضان للمسافر ، لدفع مايلحقه فى سفره من مشقة بسبب الصيام ، لكن ما يترتب على السفر من مشقة أمر يختلف باختلاف حال السفر وحال المسافر وقدرته ويسره ، حتى إنه ليظن أن

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٩٦ و ص ٥٦

بعض المسافرين أكثر متعة ، وأوفر راحة من بعض المقيمين ، فكانت المشقة مختلفة تبعاً لاختلاف الأحوال ، وكان انضباطها والتحقق من وجودها عسيراً ، وفي مثل هذه الأحوال لا يجوز أن يرتبط حكم بحكمته ، لما في ذلك من الحرج الناتج عن خفاء الحكمة تارة ، وعدم انضباطها تارة أخرى .

لهذا لم يربط الشارع أحكامه بحكمها . وإنما ربطها بأوصاف أخرى ظاهرة منضبطة مناسبة للحكم . ومعنى مناسبتها له أن يكون ارتباط الحكم بها وبناءه عليها من شأنه أن يحقق الحكمة التي من أجلها شرع الحكم ، وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذي بنى عليه الحكم لأنه مظنة لحكمته هو المسمى في اصطلاح الأصوليين بـ علة الحكم . وإذن يكون الفرق بين حكمة الحكم وعلة أن علة الحكم هي الوصف الظاهر المنضبط الذي ربط به الحكم وجوداً وعندما بناء على أن ارتباطه من شأنه أن يحقق حكمة الحكم ، أما حكمة الحكم فهي الباعث على تشريعه والمصلحة التي قصدها الشارع من شرعه الحكم . فإباحة الفطر في رمضان للمسافر حكمته دفع المشقة وعلة السفر . والأول أمر خفي تقديري فلم يرتبط به الحكم . والثاني وهو السفر أمر ظاهر منضبط ربط به الحكم لأن في ربطه به تحقيق الحكمة وهي دفع المشقة عند السفر .

وبناء الأحكام على العلل والأوصاف المؤثرة مما تستقيم به الأحكام وتسير على سنن واحد . أما ربطها بالمصالح فيعرضها للدعاءات . فكل صاحب هوى في أمر يدعى أن فيه مصلحة ليتوصل إلى غرضه .

فثلاً المصلحة المقصودة من تحريم الخمر هي المحافظة على عقول الناس ولكن الناس يختلفون في تقديرها . فلو جعلت مناطاً للحكم لجاز أن يقول بعض شاربها : إنها لا تفسد عقلي ، وعند ذلك يعجز الحاكم عن تنفيذ الأحكام . ولكن الشارع لم يربط التحريم به ، بل ربطه بالإسكار وهو وصف ظاهر منضبط يغلب معه فساد العقل .

وإذا شرع الله حكماً في محل من المحال فقد ينص على علته ، وعند ذلك لا يكون بين جمهور الفقهاء - المقائلين بالقياس - خلاف في حمل ماتحقق فيه هذه العلة من النظائر والأشياء عليه ، وتعدية حكمه إليها حتى كانت دلالة النص على هذه العلة محل اتفاق بينهم .

يقول ابن القيم « وقد ذكر النبي صلى الله عليه وآله وسلم علل الأحكام والأوصاف المؤثرة فيها ليدل على ارتباطها بها وتعديتها بتعدى أوصافها وعللها كقوله في نبيذ التمر « ثمرة طيبة وماء طهور » وقوله « إنما جعل الاستئذان من البصر » وقوله « إنما نهيتكم من أجل الدافقة » (١) وقوله في المرأة « هي ليست بنجسة إنما من الطوافين عليكم والطوافات » وقوله عليه السلام بعد النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن بيع الرطب بالتمر : « أينقص الرطب إذا جف ؟ » قالوا : نعم فنهى عنه (٢) وقوله : « لا يتناجى اثنان دون الثالث ، فإن ذلك يحزنه » (٣) .

وقد لا تكون العلة منصوصة . وعندئذ يسلك الفقهاء في بيانها وتعرفها من الطرق ما يتوصلون به إلى تعيينها . لكن هذه الطرق ظنية تقوم على البحث والنظر . وللاختلاف فيها مجال تبعاً لاختلاف الأفهام . ويأتى من وراء هذا الاختلاف في بيان العلل وتعيينها تعارض الأقيسة ، فبينما يرى البعض

(١) الحديث متفق عليه وهو « إنما نهيتكم من أجل الدافقة فكلوا وادخروا وتصدقوا » والدافقة أصلها دف أى جاء . قال أهل اللغة الدافقة بتشديد الفاء قوم يسرون جميعاً سيراً خفيفاً ودافقة الأعراب من يريد منهم المصر . والمراد في هذا الحديث من ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة - (نيل الأوطار - ج ٥ ص ١٢٧) .

(٢) الحديث رواه الخمسة وصححه الترمذى ورواية سعد بن أبي وقاص (نيل الأوطار - ج ٥ ص ١٩٨) .

(٣) الراوى للحديث عبدالله بن مسعود وهو متفق عليه واللفظ لمسلم : « إذا كنتم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الآخر حتى تختلطوا بالناس من أجل أن ذلك يحزنه » والمناجاة المشاورة والمسارة - (بلوغ المرام وشرحه سبل السلام - ج ٤ ص ٢٣٦ إعلام الموقعين ج ١ ص ٢٣٦) .

في حكم من الأحكام أن علته هي وصف كذا دون غيره من الأوصاف يرى آخرون أن علته هي وصف غيره . ولكل وصف من الأوصاف محال يوجد فيها غير المحال التي يوجد فيها غيره .

وكتب الفقه تزرع بمثل هذا الاختلاف في تعيين العلة ، وفي الأصول التي تلحق بها الفروع ، وما اختلاف الفقهاء في الأحكام إلا فرع اختلافهم في تحقيق المعارضة بين الدليلين ، أو استثناء ما دل عليه أحدهما مما دل على الآخر ، أو ترجيح أحد القياسين المتعارضين على الآخر ، فمن ذلك اختلافهم في علة الربا والضابط الذي تعرف به الأموال الربوية .

فقد قال الحنفية العلة هي أمران أحدهما : أن يكون المال مما يوزن كالذهب والفضة أو مما يكال كالحنطة والشعير والتمر والملح ، وهذا هو المعبر عنه في لسانهم بالقدر . والمراد به معرفة القدر عن طريق الكيل أو الوزن - والأمر الثاني : اتحاد الجنس في المالمين المتبادلين . وبمثل ذلك قال الحنابلة .

وعند الشافعية (١) العلة هي الطعم والثمنية . وعند المالكية الثمنية والاقتيات والادخار مع اتحاد الجنس - ويحتج الحنفية لمذهبهم بأن قوله عليه السلام « الحنطة بالحنطة » (٢) ، معناه يبعوا الحنطة بالحنطة والبيع لايجرى باسم الحنطة فإن الاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعهما أحد ، ولو باعها لم يجز لأنها ليست بمال متقوم فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التي هي مال متقوم ، ولا يعلم ماليتها إلا بالكيل فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص

(١) الأم - ج ٣ ص ١٣

(٢) الحديث راويه أبوهريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اتمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل يبدأ بيد فن زاد واستزاد فقد أربي إلا ما اختلفت ألوانه » رواه مسلم . وروى بلفظ « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يبدأ بيد فن زاد أو استزاد فقد أربي الآخذ والمعطى فيه سواء - رواه أحمد والبخاري (متنق الأخبار مع شرحه نيل الأوطار ج ٥ ص ١٩٠) .

وهي الأقوات (١) فكأنه قال : الذهب الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة ، والصفة من اسم العلم تجرى مجرى العلة للحكم ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمخصوص (١) .

ويحتج الشافعي بكون الأموال الربوية هي الطعم والتمنية ، بأن الشرع قد شرط لجواز البيع في هذه الأموال شرطين زائدين . المساواة ، واليد باليد فعرنا أن الموجب لزيادة هذين الشرطين معنى في المحل ينبىء عن زيادة خطر . والمعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر في الذهب والفضة لا يكون إلا التمنية لأنهما خلقا لذلك ، وبالتمنية حياة الأموال . وفي المطعومات علق الحكم بالطعم كما بين ذلك حديث معمر بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا يمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه أحمد ومسلم (٢) ، والحكم إذاعلق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم .

وزاد المالكية على الطعم إما صفة الادخار على ما فى الموطأ وأما صفتان وهما الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون . وحجتهم فى استنباط هذه العلة . بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كتنفى بالتنبية على ذلك بالنص على واحد من تلك الأصناف الأربعة المذكورة . فلما ذكر عددا منها علم أنه قصد بكل واحد منها التنبية على ما فى معناه كلها ، وهى يجمعها الاقتيات والادخار . أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام .

وأیضا قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا إنما هو أن لا یغین بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعایش

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١١٦

(٢) متفق الأخبار مع شرحه نیل الأوطار ج ٥ ص ١٩٣

وهى القوت (١) فهذه صورة أخرى توضح لنا ما كان عليه الأئمة في تعيين  
العلل والتي بناء عليها كان اختلافهم في بعض الأحكام ، وإن كانوا يتفقون  
في بعضها ، وإن اختلفوا في العلة كما في مسألة الربا .

---

(١) راجع بداية المجتهد - ج ٢ ص ١٣٠ و ١٣١

## الفضل الثاني

### الطريق المخلص عند تعارض الأقيسة

إذا وقع التعارض بين قياسين (١) فلا يسقطان بالتعارض - عند الحنفية - لأنه لا معنى يعقل لإهدارهما إذ يترتب على ذلك خلو الحادثة من الحكم ، كما لا معنى للعمل بأحدهما معينا بدون مرجح لأنه تحكم فلم يبق إلا التخيير . فيجب العمل بأحدهما ، وللمجتهد أن يأخذ بأيهما شاء بشهادة قلبه ، ويشترط التحري إذا احتاج إلى العمل . فإن لم تقع له حاجة إلى العمل توقف .

وعند الشافعي يعمل بأى القياسين شاء من غير تحر ، ولا تشترط شهادة القلب ، ولهذا صار له في مسألة واحدة قولان بل أقوال . أما الروايتان اللتان ترويان عن الحنفية في مسألة واحدة وإنما كان في وقتين مختلفين فأحدهما صحيحة والأخرى فاسدة ، لكن لم تعرف الأخيرة منهما ، فهي أشبه بالحديث يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بروايتين مختلفتين فإنه يحمل على أنه عليه السلام قالهما في زمانين ، لكن لم يعرف السابق من اللاحق (٢) .

جاء في التقرير والتحجير : « ولا يسقطان لأداء تساقطهما إلى العمل بلا دليل شرعى ، والعمل بلا دليل شرعى باطل ، وكل من القياسين حجة في العمل لوضع الشارع إياه للعمل في إصابة الحق لأنه عند الله واحد .

(١) ينبغي أن يعلم أن لا معارضة بين الأقيسة إلا إذا كان كلاهما صادراً عن مجتهد واحد فإن كان القياسان المختلفان قد صدر أحدهما من مجتهد والآخر من مجتهد آخر لم يتحقق التعارض بينهما حتى يكون أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً ، لأن حجة كل واحد منهما بالنظر إلى صاحبه فقط .

(٢) مسلم الثبوت - ج ٢ ص ١٩١ : ١٩٢



فمن حيث الأول وجب أن يثبت الخيار من غير تحر كما في الكفارات ،  
ومن حيث الثاني وجب أن يسقط كما في النصين ، لأن أحدهما خطأ وهو لا يدري ،  
فوجب العمل من وجه وسقط من وجه ، فقلنا يحكم رأيه ويعمل بشهادة  
قلبه « (١) .

ثم إذا عمل المجتهد بأحد القياسين بالتحري فليس له أن يعمل بالآخر  
لصيرورة الذي عمل به هو الحق عند الله . والآخر هو الخطأ بحسب الظاهر ،  
فلا يجوز له أن يعمل به إلا بدليل فوق التحري ، كأن يتبين نص بخلافه ،  
لظهور خطئه حينئذ ، حيث اجتهد في المنصوص عليه ، وإذا لم تقع حاجة  
إلى العمل يتوقف .

وإنما لا يجوز النقض إلا بدليل أقوى ، لأن القياس ترجح بالعمل به  
فيقوى ، وترجحت جهة الصواب فيه به . لأن الحكم بصحة العمل يتضمن  
الحكم بكونه صوابا وحجة ، ومن ضرورته ترجح جانب الخطأ في القياس  
الآخر ، فلا يجوز نقض ما ثبت بالدليل الأقوى بما هو أضعف ، على أنه  
يترتب على قول الشافعي بتعارض القياسين الموجب لترتب حكم التعارض  
وهو التساقط . العمل بلا دليل . أما على قول الحنفية فغاية ما فيه العمل  
بالمحتمل أنه حجة . وهو أولى عند الضرورة من العمل بلا دليل .

وقد عرض الشيخ الحضري لهذه المسألة في كتابه أصول الفقه ، ولم  
يرتض ما ذهب إليه الحنفية من القول بالتحري ، وبين أن الخلاف بين الرأيين  
في النتيجة فقال : « ولا يظهر لنا معنى لهذا التحري الذي جعله الحنفية  
مقدمة للاختيار ، لأن التحري معناه الاجتهاد حتى يصل إلى الأخرى ،  
والفرض أن القياسين لا مرجح لأحدهما على الآخر ، فلم يبق إلا أن يقال  
يختار أحد الحكمين ، ويكون الفرق بين الشافعية والحنفية في النتيجة . فالحنفية  
قالوا : لا يجب العدول عما اختار إلا إذا ظهرت له حجة تكون سببا في العدول

(١) التقرير والتحير - ج ٣ ص ٤

والشافعية يقولون له العدول ، ولا نفهم معنى لمنعه عن العدول عما اختار  
أولا إلا أن يراد منع المجتهد أن يتبع هواه في تشريع الحكم ، ففتى وافق أحد  
القياسيين عمل به ، ومتى وافقه الآخر عدل ولا نظن أن أحداً يجيز ذلك « (١) .

وواضح أن هذا الرأي له وجاهته لابتناؤه على أمر معقول وتوجيه سليم .

ومن الفروع الفقهية التي تشير إلى أن الحنفية طبقوا مبدأ التحرى .  
وساروا على مقتضاه المسائل الآتية :

١ - أن الشخص الذى يكون معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر  
ويجهل الطاهر منهما ، وليس لديه ثوب آخر طاهر ، ويعجز عن ماء ،  
يطهرهما به ، الحكم عندهم أن يتحرى ويصلى فى الثوب الذى يقع تحريه  
على أنه طاهر ، وذلك لأن الضرورة قد تحققت ههنا ، لأنه لا يجد بدأ  
من ستر العورة فى الصلاة ، ولا يجد وسيلة يتوصل بها إلى فعل هذا الستر  
إلا بالتحرى فجاز له أن يتحرى لهذه الضرورة .

ولأنه إن لم يعمل بالتحرى - مع كونه دليلاً جازئ العمل عند الضرورة  
لاضطر إلى العمل باستصحاب الحال وهو ليس بدليل . وتفسر ذلك أنه  
يحتاج إلى أن يصلى فى أى الثوبين شاء بناء على أن الأصل فيه الطهارة من وجه  
ولا شك أن العدول عن العمل بالدليل إلى ما ليس بدليل لا يجوز ويكون  
فاسداً .

## ٢ - المشتبه فى القبلة :

فإن من اشبهت عليه قبلة الصلاة . ولم يكن لديه دليل ، أو أحد يسأله  
عنها فإنه يتحرى ويعمل بشهادة قلبه عند الحنفية . وليس له الاتجاه إلى أى  
جهة من غير أن يتحرى ؛ وذلك لأن الصواب فى جهات القبلة فى الحقيقة  
واحد، وإن كان كل اتجاه إلى جهة صواباً فى حق العمل عند الاشتباه . لأن  
العمل بالدليل الظاهر واجب ، إقامة للواجب بقدر الطاقة والوسع .

(١) أصول الفقه للخضرى - ص ٤٤٥

فإن صلى إلى أى جهة من غير أن يتحرى فى حالة الاشتباه فصلاته غير صحيحة ، ويجب عليه إعادة الصلاة ، لأن التحرى صار فرضاً من فروض صلاته ، فإذا تركه لا تجزئه صلاته ، كما لو ترك استقبال القبلة عند عدم العذر ، لكن إذا تبين له أنه أصاب القبلة فحينئذ تجوز صلاته لأن فرضية التحرى للوصول إلى مقصود وقد توصل إليه بدونه فسقطت فرضيته .

ثم إذا تحرى ثم ظهر له بعد الصلاة أنه أخطأ يقينا جهة القبلة فلا إعادة عليه عند الحنفية (١) ، ويعيد عند الشافعية لظهور خطئه بيقين (٢) ، فهو كمن صلى الصلاة الفرض قبل دخول وقتها وظن أن الوقت قد دخل. فإن ظهر أنه أخطأ بعد الفراغ فلا إعادة عليه (٣) .

وإنما قال الحنفية لا ينقض ما أداه من اشتبه فى القبلة وتحرى باليقين بالخطأ فى التحرى وهو دليل فوق الأول . لأن اليقين حادث ليس بمناقض على معنى أن هذا اليقين لم يكن موجوداً عند الاجتهاد حقيقة ، ولم يكن له طريق إلى التوصل إليه لانقطاع الأدلة . إنما حدث بعد العمل بذلك الاجتهاد وحدوثه بعد لا يؤثر فى إبطال ماضى ، فهو بمثابة ما إذا عمل بالاجتهاد فى زمن الرسول ثم نزل نص بخلافه ، فإنه لا يؤثر فى انتقاض العمل السابق لأن ذلك النص لم يكن موجوداً قبل الاجتهاد والعمل (٤) .

(١) تبين الحقائق - ج ١ ص ١٠١

(٢) قال فى نهاية المحتاج - ج ١ ص ٣٢٨ - ومن صلى بالاجتهاد فتبين الخطأ قضى حتماً فى الأظهر لأنه يتيقن الخطأ فيما يؤمن مثله فى الإعادة كالحاكم يحكم بالاجتهاد ثم يجد النص بخلافه ، فلو تيقنه فى الصلاة وجب استئنافها .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة - ج ١ ص ١٤٧

(٤) من هذا أنه عليه السلام افتدى أسارى بدر بالجهاد . ثم نص الله على خلافه فى قوله : « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يشخن فى الأرض » ومع هذا لم يؤثر ذلك النص فى إبطال ما مضى - والقصة هى ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسبعين أسيراً فهم الغساس عمه وعقيل فاستشار النبى عليه السلام أبا بكر فهم فقال قومك وأهلك استبقهم لعل الله يتوب عليهم وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك . وقال عمر رضى الله عنه : كذبوك وأخرجوك فقدمهم =

ولا كذلك الاجتهاد في عصر الاجتهاد لأنه إذا ظهر نص بخلافه انتقض  
لكون الموجب للبطلان كان موجوداً وقت الاجتهاد، وكان طريق الوصول  
إليه وهو الطلب قائماً إلا أنه خفي على المجتهد لتقصيره في الطلب فينقض  
لقوات شرط صحة الاجتهاد وهو عدم النص .

٣ - أن المسافر الذي معه إناءان بهما ماء وأحدهما طاهر والآخر نجس  
وليس معه ماء طاهر غيرهما . ولا يعرف الطاهر من النجس . ليس له أن  
يتحري للوضوء إنما يتيمم ويصلى - وعند الشافعي يتحري ويتوضأ بما يقع  
عليه تحرية أنه طاهر (١) . لأن التراب إنما جعل طهوراً حالة العجز عن  
استعمال الطاهر قطعاً ، ولم يوجد العجز لأن الدليل الموصل إلى الطاهر  
قائم وهو التحري . فقيام الدليل يمنع صفة الطهورية - ولأنه حين يصلى  
بعد ما يتوضأ بالماء الذي تحراه تكون صلاته حقيقية من كل وجه . أما إذا  
صلى بتيمم كانت صلاة بغير طهارة حقيقية من كل وجه ، لأن التيمم  
ليست بطهارة حقيقية على أصله فكان الأول أولى .

والخفية يبنون مذهبهم على أن التيمم أو التراب طهور معلق استعماله على  
العجز عن الماء الطاهر ، وقد تحقق العجز في هذه الحالة بالتعارض ، فلم يكن  
مضطراً إلى استعمال التحري للوضوء لما أمكنه إقامة الفرض بالبدل . فلذلك قالوا

---

= واضرب أعناقهم فإن هؤلاء أئمة الكفر وإن الله أغناك عن الفداء فمنك علياً من عقيل وحزبه  
من العباس ومكئى من فلان لنسب له فلنضرب أعناقهم . فقال عليه السلام : مثلك يا أبا بكر  
كمثل إبراهيم حيث قال : « ومن عصاني فإنك غفور رحيم ، ومثلك يا عمر كمثل نوح حيث قال :  
رب لا تذر على الأرض من الكافرين دياراً . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :  
إن شتمت قتلتموه وإن شتمت فاديتهم واستشهد منكم بعدتهم فقالوا بل نأخذ الفداء فاستشهدوا بأخذ  
فلما أخذوا الفداء نزلت الآية « ما كان لذي أن يكون له أسرى حتى يشخن في الأرض تريدون  
عرض الدنيا والله يريد الآخرة » (الأنفال - الآية ٧٧) والإتخان كثرة القتل والمبالغة فيه .

(١) جاء في نهاية المحتاج ج ١ ص ٦٠ - ٦٣ . ولو اشتباه ماء طاهر بنجس اجتهد وإن قل  
بعد الطاهر ، كإناء من مائة ، لأن التطهر شرط من شروط الصلاة يمكن التوصل إليه بالاجتهاد  
فوجب عند الاشتباه كالقبلة لكل صلاة أرادها بعد حدثه وجوباً إن لم يقدر على طهور ييقن  
موسعاً إن اتسع الوقت ومضيقاً إن ضاق .

إنه يتيمم ولا يجوز له التوضؤ بأحدهما بالتحرى ، كما لا يجوز له العمل بشهادة قلبه .

وكذلك قالوا : إن التحرى حجة ضرورية فلا يظهر لها عمل إلا عند فقد التحصيل من كل وجه ، ومتى أمكنه التحصيل بالخلف لا يكون التحرى معتبرا في حقه ، لأن التحرى ليس بدليل موصل للحكم في تلك الحالة . وإنما اعتبر حجة لبناء الحكم عليه عند ضرورة فقد سائر الأدلة . أما إذا كان هناك خلف مشروع فإنه يمنع ظهور حجية التحرى فيثبت العجز ، وأما علة أنه لا يمكن اعتبار التحرى حجة إلا عند فقد الخلف فهي أن الخلف أقوى منه . والأضعف لا يقدم على الأقوى .

وناقش الحنفية الشافعية فقالوا إن ما ذهبتم إليه من كون التيمم جعل خلفا حالة العجز عن استعمال الطاهر مسلم ، لكن العجز عن الماء يمنع عنه شرع الخلف .

فإن كانت الأواني ثلاثة أحدهما نجس ، واثنان طاهران ، وجب التحرى اتفاقا ، لأن الاعتبار للغالب ، وباعتبار الغالب يلزمه استعمال الماء الطاهر وإصابته بتحريه مأوله .

أما إن كانا سواء أو الغلبة للنجس فيلزمه التيمم ، والأحوط أن يريق الكل ثم يتيمم - إليه أشار محمد بن الحسن - ليكون تيممه في حال عدم الماء يقيم فإن لم يرق الماء أجزاءه التيمم ، لأنه فقد آلة الوصول إلى الماء الطاهر . وذكر الطحاوى أنه يخلط الماءين ثم يتيمم ، وهذا أحسن لأن بالاراقة ينقطع عنه منفعة الماء . وبالخلط لا ينقطع فإنه يسقيه الدواب ، ويشرب منه عند الضرورة

ما تقدم هو حكم العمل بأحد القياسين فيما مضى .

أما العمل بالقياس الآخر في المستقبل على خلاف الأول فعلى نوعين .

١ - أن يكون الحكم المطلوب بالاجتهاد غير محتمل للانتقال والتعاقب فهذا لا يجوز العمل بالاجتهاد الآخر إذا تبدل على خلاف الأول في المستقبل

لأن ذلك يؤدي إلى تصويب كل قياس . وذلك لأنه إذا تحرى وعمل ، واعتبر التحرى حجة له ضرورة ، صار الذى عمل هو الحق عند الله تعالى بدليل التحرى ، وصار الآخر خطأ ، فإذا جوزنا له العمل بالاجتهاد الآخر صار هو الحق عند الله تعالى أيضا ، فإذا كان الحكم مما لا يحتمل التعاقب والانتقال يلزم القول بتعدد الحقوق عند الله تعالى لا محالة .

ومثاله رجل صلى فى ثوب على تحرى طهارته حقيقة أو تقديرا ، ثم تحول رأيه فصلى فى ثوب آخر على تحرى أن هذا الأخير طاهر ، وأن الأول نجس لم يجز ماصلى فى الثانى إلا أن يتيقن بطهارته حقيقة أو تقديراً بدليل موجب للعالم ، لأنه لما حكم بجواز الصلاة فى الثوب الأول فقد حكم بأنه هو الطاهر ، ومن ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الثانى ، وهذا الوصف بالتنجس وصف لا يقبل الانتقال من محل إلى محل آخر ، لأن النجاسة متى ثبتت فى محل لا تتحول عنه إلى مكان آخر ، ولا يرد الشرع بتحوله لأن الشرع لا يرد بتغيير الحقائق . فلو قلنا بصحة التحرى ثانيا كان تحويلا فلذا يبطل العمل بالتحرى الثانى .

٢ - أن يكون الحكم المطلوب بالاجتهاد يحتمل الانتقال من محل الى محل آخر ، أو يحتمل الانتساخ والتعاقب . فهذا يجب العمل فيه بالاجتهاد الآخر إذا تبدل رأيه إليه ، لأن تبدل الرأى يشبه النسخ فيعمل به فى المستقبل ، ولا يظهر به بطلان الماضى ، كما فى النسخ الحقيقى ولا يلزم منه القول بالتعدد فى الحقوق عند الله تعالى كما فى النوع الأول .

ومن جهة أخرى قد وجب العمل لأننا ابتلينا بالقياس عند طروء الحوادث والمجتهد قد استقر رأيه فى الحادثة على أن الصواب هو الاجتهاد الآخر فيلزمه العمل به كما إذا لم يعارضه القياس الأول .

وهذا كله إذا لم يلحق بالاجتهاد الأول حكم حاكم . فإن كان لحق به حكم فلا يعمل بتبدل الرأى فى المستقبل أيضا ، كما لا يعمل به فى الماضى . ذلك لأن القضاء الذى نفذ فى محل لا يحتمل الانتقال إلى محل آخر .

فثلا إذا أدى اجتهاد مجتهد إلى أن الخلع فسخ ، فتزوج امرأة خالها ثلاثا . ثم تغير اجتهاده لزمه تسريحها ، ولم يجز له إمساكها على خلاف اجتهاده الحادث ، لكن لا يحرم الوطئات السابقة - ولو أن حاكماً حكم بصحة الزواج بعد أن خالع الزوج ثلاثا، ثم تغير اجتهاده لم يفرق بينهما، ولم ينقض الاجتهاد السابق بصحة الزواج في المستقبل لأنه لو نقض الاجتهاد لأدى إلى النقض أيضا ، ولتسلسل الأمر واضطربت الأحكام ولم يوثق بها (١) .

(١) راجع كشف الأسرار شرح أصول البزدوى - ج ٣ ص ٨٠٤ ، ٨٠٥

## الفضل الثالث

### وجوه الترجيح عند تعارض الأقيسة

لترجيح بين الأقيسة المتعارضة أوجه كثيرة يعسر حصرها واستيعابها والأخذ بجميع أطرافها . ولذا سنقتصر على طرف من كل نوع . وإن من يعمن النظر يجد أن الترجيحات قد ترجع إلى أحد أركان القياس . فتارة ترجع إلى حكم الأصل فيه . وتارة ترجع إلى فرعه وتارة ترجع إلى علة القياس والمعنى الجامع بين الأصل والفرع .

فمن الترجيحات الراجعة إلى حكم الأصل :

١ - كون حكم الأصل متفقا على تعليله في أحد القياسين دون الآخر فحينذاك يترجح القياس المتفق على تعلييل حكم أصله وإن كان ظنيا على القياس الذى حكم أصله لم يتفق على تعليله وإن كان قطعيا . لأن تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع إنما هو فرع تعقل العلة في الأصل ، ووجودها في الفرع واحتمال معرفه ذلك فيما هو متفق عليه أغلب ، واحتمال الخلل بالنظر إلى الحكم الظنى وإن كان قائما في حين كونه في جانب الحكم القطعى لكن احتمال قطع القياس فيما لم يتفق على تعاليله لعدم الاطلاع على ماهو المقصود في حكم الأصل أغلب من احتمال انقطاع القياس لخلل ملتحق بالظاهر الدال على حكم الأصل مع ظهور دليله وعدم الاطلاع عليه بعد البحث التام فيه .

٢ - أن يكون حكم الأصل في أحد القياسين غير معدول به عن سنن القياس ، فالقياس الذى كذلك يكون راجحا على القياس المعدول به عن القياس ، وهذا يكون القياس الأول أبعد عن التعبد ، وأقرب إلى المعقول وموافقة الدليل (١) ..

(١)

راجع الأحكام للامدى - ج ٤ ص ٣٦٦



أما الترتيبات التي تعود إلى الفرع في القياس فقد أورد منها الآمدي أربعة :

١ - أن يكون فرع أحد القياسين مشاركا لأصله في عين الحكم ، وعين العلة ، وفرع القياس الآخر مشاركا لأصله في جنس الحكم وجنس العلة ، أو جنس الحكم وعين العلة أو بالعكس ، فما المشاركة فيه في عين الحكم وعين العلة أولى وأرجح . لأن التعدية باعتبار الاشتراك في المعنى الأخص والأعم أغلب على الظن من الاشتراك في المعنى الأعم .

وعلى هذا فما المشاركة فيه بين الأصل والفرع عين أحد الأمرين : إما الحكم وإما العلة تكون أولى ، فما المشاركة فيه بين أصله وفرعه في جنس الأمرين . فإن كان فرع أحدهما مشاركا لأصله في عين العلة وجنس الحكم والآخر في المشاركة فيه في عين العلة وجنس الحكم أولى ، لأن تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع إنما هي فرع تعدية العلة . فهي الأصل في التعدية وعليها تدور .

٢ - أن يكون الفرع في أحد القياسين متأخراً عن أصله . وفي الآخر متقدماً ، فما يكون الفرع فيه متأخراً أولى ، لسلامته عن الاضطراب وبعده عن الخلاف وعلمنا بثبوت الحكم فيه بما استنبط من الأصل .

٣ - أن يكون حكم الفرع في أحدهما ثبت بالنص جملة لا تفصيلاً بخلاف الآخر ، فإنه يكون أولى لأنه أغلب على الظن ، وأبعد عن الخلاف .

٤ - أن يكون وجود العلة في أحد الفرعين قطعياً وفي الآخر ظنياً ، فما وجود العلة فيه قطعي أولى ، لأنه أغلب على الظن وأبعد عن احتمال القادح فيه (١) .

ومن الترتيب في القياس ما يعود إلى العلة وذلك على أوجه .

(١) الاحكام - ج ٤ ص ٣٧١ طبعة دار الكتب .

فنه ما يرجح إلى طرق إثبات العلة : أو إلى صفة العلة .

فالترجيح الذى يرجع إلى طرق اثبات العلة ، له وجوه كثيرة منها .

١ - أن يكون دليل عليه الوصف فى أحد القياسين قطعيا ، وفى الآخر ظنى ، فيكون الأول أولى لأنه أغلب على الظن .

٢ - أن يكون وجود علة أحد القياسين مقطوعا به فى أصله ، بخلاف علة الآخر ، فما وجود علته فى أصله قطعى أولى ، سواء كان وجودها معقولا أو محسسا ، مدلولاً عليه أو غير مدلول لكونه أغلب على الظن . وفى معنى هذا أن يكون وجود العلتين مضمونا غير أن ظن وجود إحداهما أرجح من الأخرى فقياسها أولى ، لأنها أغلب على الظن .

٣ - أن يكون طريق عليه الوصف فيهما الاستنباط إلا أن دليل إحدى العلتين السبر أو التقسيم والأخرى المناسبة (١) فما طريق ثبوت العلة فيه السبر والتقسيم يكون أولى ، لأن الحكم فى الفرع كما يتوقف على تحقق مقتضية فى الأصل يتوقف على انتفاء معارضة فى الأصل . والسبر والتقسيم فيه التعرض لبيان المقتضى ، وإبطال المعارض بخلاف إثبات العلة بالإحالة فكان السبر والتقسيم أولى .

ما يقال : إن طريق إثبات العلة بالمناسبة أو الشبه أدل على مناسبة الوصف بعد إظهارها من دلالة السبر والتقسيم على انتفاء وصف آخر لاحتمال أن يصدق الناظر فى قوله وأن يكذب ، ويتقدير صدقه فظهور ذلك مختص به دون غيره ، بخلاف طريق المناسبة فإنه ظاهر بالنظر إلى الخصمين :

(١) السبر حصر الأوصاف التى يمكن أن تكون علة للحكم ثم حذف بعضها لقيام الدليل على عدم صلاحيته ، والمناسبة . أن يكون بين الوصف والحكم ملامة بحيث يترتب على تشريع الحكم عنده تحقيق مصلحة مقصودة للشارع من تشريع الحكم وهى جلب منفعة للعباد ، أو دفع مفسدة عنهم (أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شحبان - ص ٩٢) .

يجاب عنه . بأن العكس أولى وذلك لأن الخلل العائد إلى دليل نفى المعارض إنما هو بالكذب أو الغلط لعدم الظفر بالوصف . ولا يخفى أن وقوع الغلط مع كون الوصف المبحوث عنه ظاهر جليا ووقوع الكذب مع كون الباحث عدلا أبعد من احتمال وقوع الغلط فيما أبدى من المناسبة مع كونها خفية مضطربة .

٤ - أن يكون طريق ثبوت إحدى العلتين السير والتقسيم والأخرى الطرد والعكس ، فما طريق ثبوته السير والتقسيم أولى إذ هو دليل ظاهر على كون الوصف علة . وما دار الحكم معه وجودا وعدما غير ظاهر العلية . لأن الحكم قديدور مع الأوصاف الطردية كما في الرائحة الفاتحة الملازمة للشدة المطربة الدائرة مع تحريم الشرب وجودا وعدما مع أنها ليست علة ، لأن العلة لا بد وأن تكون في الأصل بمعنى الباعث لا بمعنى الأمانة كما تقرر في علة القياس . والرائحة الفاتحة ليست باعثة إذ لا يشم منها رائحة المناسبة ، وكما أنه غير ظاهر في الدلالة على علية الوصف فلا دلالة على ملازمة العلة لما علم من إبطال الطرد والعكس .

وبهذا لا يكون القياس الذي طريق إثبات العلية فيه المناسبة أولى مما طريق إثباتها فيه الطرد والعكس . (١) .

أما الترجيح الذي يعود الى وصف العلة فنه :

١ - القياس الذي علته صريحة منصوطة يترجح على القياس الذي تثبت فيه العلة بالإيماء ذلك لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الإيماء .

والعلة الصريحة المنصوطة . ما استفيدت من ألفاظ في النص ولا تحتل غيرها مثل أن يقول حرمت كذا لعلة كذا ، أو لأجل كذا . وقد تكون بألفاظ ظاهرة العلية وتحتل غيرها كاللام والباء وإن الشرطية .

(١) الطرد والعكس ويقال له الدوران : الوصف الدائر الذي يوجد الحكم مع وجوده وينتفى عند انتفائه . وهو مسلك من مسالك تعرف العلة لم يأخذ به الحنفية ( التوضيح - ج ٢ ص ٧٧ ) .

أما العلة بالإيماء فهي التي تكون بترتيب الحكم على الوصف ، بأن يفهم لغة أن الوصف علة لذلك الحكم . مثل «لا يقضى القاضي حين يقضى وهو غضبان» فإنه يوصى الى أن العلة في النهي هي الغضب . ومنه أن يفرق النص بين الحكمين بذكر وصفين مثل لا يرث القتال .

٢ - إذا كان ضابط الحكمة في علة أحد القياسين جامعاً للحكمة مانعاً ، وضابط حكمة العلة في القياس الآخر ليس كذلك فالجامع المانع أولى ، لزيادة ضبطه وبعده عن الخلاف .

٣ - إذا كان المقصود من إحدى العلتين في القياسين من المقاصد الضرورية (١) . وكان المقصود من العلة الأخرى غير ضروري . فما مقصوده من الحاجات الضرورية أولى لزيادة مصلحته وغلبة الظن به ، ولهذا لم تخل شريعة عن مراعاته ، وبولغ في حفظه بشرع . أبلغ العقوبات .

(١) المقاصد الضرورية هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدينية فهي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا . بحيث إذا فقدت اختل نظام الحياة وسادت الفوضى وانتشر الفساد ، وفات نعيم الناس في آخرتهم . وهذه الأمور الضرورية خمسة : الدين والنفس والعقل والنسل والمال : فعملها يقوم أمر الدين والدنيا . وبالمحافظة عليها يستقيم أمر الأفراد ونظام الجماعات . وقد عنى الإسلام بالمحافظة على هذه الضروريات وشرع لكل منها أحكاماً تكفل وجوده وإقامته ، وأحكاماً تكفل بقاءه وصيانته حتى لا ينعدم بعد وجوده ، أو لا ترتب عليه الثمرة المرجوة منه . فلا يجاد الدين أوجب الله تعالى الإيمان وفرض العبادات . وللمحافظة عليه وحمايته أوجب الجهاد وقتل المرتدين ومانعي الزكاة . ولإيجاد النفس شرع الله الزوج للتوالد والتناسل ، وللمحافظة عليها أوجب تناول الضروري من الطعام والشراب واللباس وأوجب القصاص والدية والكفارة على من يعتدى عليها .

وللمحافظة على العقل أباح الله تعالى كل ما يكفل سلامته ويزيد نشاطه ، وحرّم ما يفسده أو يضعف قوته كالخمر ، وأوجب العقوبة الزاجرة على من يتناول شيئاً منها ، وللمحافظة على النسل وبقائه على أكل وجه شرع الله الزواج وحرّم الزنى وأوجب الحد على الزانى والزانية . ولإيجاد المال وتحصيله أوجب الله السعى للرزق وشرع المعاملات كالبيع والإجارة والهبة والعارية ، وللمحافظة عليه وصيانته حرّم السرقة وأوجب الحد على السارق والسارقة وحرّم الغش والخيانة والربا وكل ما فيه أكل أموال الناس بالباطل وأوجب ضمان المتلفات - (راجع في ذلك الموافقات للشاطبي - ج ٢ ص ٨ الى ٢٤) .

٤ - إذا كان مقصود إحدى العلتين من الحاجيات يترجح على ما المقصود منه التحسينات والكماليات .. والمصالح الحاجية هي التي يحتاج إليها الناس لرفع المشقة والخرج عنهم والتي إذا فقدت لا تختل بفقدان حياتهم ولكن يلحقهم الحرج في الجملة . فهي تشمل كل ما يرجع إلى ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف . ويسر طرق التعامل (١) .

ومن أجلها شرعت المعاملات من بيع وشراء واستئجار . وشرعت الرخص المحففة .

أما الكماليات والتحسينات فهي الأمور التي تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق ، وإذا فقدت لا تختل نظام الحياة كما في النوع الأول ، ولا ينالهم حرج ولا مشقة كما في النوع الثاني ، ولكن تكون حياتهم مستنكرة في تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة . فما يقصد به سير الناس في حياتهم على أفضل المناهج وأحسن الطرق ، وما يحسن في مجارى العادات يكون من هذا السبيل . وكل ما شرع الإسلام من أحكام يقصد منها تحسين الناس وتكميلهم وإرشادهم إلى أحسن الأخلاق وأحسن العادات (٢) .

(١) في العبادات أباح التيمم لمن لم يجد الماء ، وأباح الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، وأجاز قصر الصلاة الرباعية للمسافر ، والصلاة قاعداً لمن عجز عن القيام .

وفي العادات أباح الصيد والتمتع بما أحل من الطيبات من المأكول والمشرب والملبس والسكن ، وفي المعاملات أجاز السلم والاستصناع والمزارعة والمساقاة ، وشرع الطلاق عند تعذر إقامة حدود الله وفي العقوبات جعل الدية على العاقلة تخفيفاً عن القاتل خطأ كما جعل لولى المقتول حق العفو عن القصاص .

(٢) في العبادات شرع أنواع الطهارة وستر العورة وأخذ الزينة عند كل مسجد ، والتقرب إلى الله تعالى بأنواع الطاعات من صلاة وصيام وصدقة . وفي العادات أرشد إلى آداب الأكل والشرب ، وتجنب المأكول النجسة والمشروبات المستقدرة ، وترك الإسراف في الطعام والشراب واللباس وغيرها . وفي المعاملات نهى عن التعامل في كل نجس وضار ، وعن بيع فضل الماء والكلاء، وعن بيع الإنسان على بيع أخيه وخطبته على خطبة أخيه ، وأمر بالترفق والرحمة في معاشرته الزوجة وإمساکها بالمعروف أو تسريحها بإحسان . وفي العقوبات نهى عن المثلة والغدر وحرمت قتل النساء والأطفال والرهبان في الحروب .

٤ - يترجح مكمل الضروريات على مكمل الحاجيات ، ومكمل الحاجيات على مكمل التحسينيات (١) .

٥ - في الضروريات يترجح حفظ الدين ثم حفظ النفس ثم حفظ النسب ثم حفظ العقل ثم حفظ المال ، وذلك لأهمية الدين ثم النفس ثم النسب ثم العقل ثم المال .

ويذهب البعض إلى تقديم حفظ النفس والنسب والعقل والمال على حفظ الدين . لأنها حق الآدمي والدين حق الله تعالى ، وحق الآدمي مقدم ، ولذلك قدم القصاص على قتل الردة إذا قتل شخص ثم ارتد فيسلم إلى الولي ليقنته قصاصا لا إلى الامام لقتله بالردة ولهذا كانت الجمعة والجماعة تركان لحفظ المال كخوف السرقة ونحوهما وفي ذلك ترك حق الله لحق العبد .

وليس هذا القول بمرضى : لأن القصاص فيه حق الله تعالى أيضا فإن القاتل أتى بما نهى الله عنه . إنما الغالب فيه حق العبد فإنه تعالى جعل لولي المقتول سلطانا مبينا ففي التسليم إلى الولي جمع بين الحقين فليس ذلك لأن ايفاء حق العبد مقدم . أما الجمعة والجماعة فالترك فيهما إلى خلف وليس محل الخلاف .

ويذهب آخرون الى أن مايفضى إلى حفظ مقصود النفس أرجح وأولى من غيره ، لأن حق الآدمي مرجح على حقوق الله تعالى لكونه مبنيا على الشح والمضايقة ، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة ، من جهة أن الله تعالى لا يتضرر بفوات حقه . فالمحافظة على حق العباد أولى من المحافظة على حق لا يتضرر مستحقة بفواته ، ولهذا رجحت مصلحة النفس على مصلحة الدين بالتخفيف عن المسافر بإسقاط ركعتين من الرباعية ، وإباحة

---

(١) لكل من الضروريات والحاجيات والتحسينيات مكملات . ففي الضروريات لما شرعت الصلاة لحفظ الدين شرع مكلا لذلك إعلانها بالأذان وأداؤها في جماعة . وفي الحاجيات لما أباح قصر الصلاة في السفر أكل ذلك بجواز الجمع بين الصلاتين ، وفي التحسينيات لما وجبت الطهارة كل ذلك بما ندب اليه فيها من المستحبات . ولما شرع التطوع بالصدقات أكمل ذلك بالارشاد إلى اختيار الطيب من المال (الموافقات - ج ٢ ص ٨ وما بعدها) .

الفطر في رمضان ، والتخفيف عن المريض بترك الصلاة قائماً وترك أداء الصوم . وأبلغ من ذلك أنه رجحت مصلحة المال على مصلحة الدين حيث جاز ترك الجمعة والجماعة عند ضرورة حفظ المال ولو كان قليلاً (١) .

وقد يناقش هذا الرأي :

بأن حفظ النفس كما هو متعلق حق الآدمي بالنظر إلى بعض الأحكام هو متعلق حق الله تعالى بالنظر إلى أحكام آخر ، ولهذا يحرم على الإنسان قتل نفسه والتصرف بما يفضي إلى تفويتها .

وليس في التخفيف عن المسافر والمريض تقديم لمقصود النفس على مقصود أصل الدين بل على فروعه ، وفروع الشيء غير أصل الشيء ، ثم وإن كان فمشقة الركعتين في السفر تقوم مقام مشقة صلاة الأربع في الحضر - وكذلك صلاة المريض قاعداً بالنسبة إلى صلاته قائماً وهو معافى صحيح ، فالمقصود لا يختلف . وأما أداء الصوم فلأنه لا يفوت مطلقاً إلى خلف وهو القضاء وبه يندفع ما قالوا إن ترك الجمعة والجماعة لحفظ المال أيضاً .

وكما أن مقصود الدين مقدم على غيره من المقاصد الضرورية كذلك ما يتعلق به من مقصود النفس يكون مقدماً على غيره من المقاصد الضرورية .

أما بالنظر إلى حفظ النسب . فلأن حفظ النسب إنما كان مقصوداً لأجل حفظ الولد حتى لا يبقى ضائعاً لا مربى له ، فلم يكن مطلوباً لعينه وذاته بل لأجل بقاء النفس مرفهة منعمة حتى تأتي بوظائف التكاليف وأعباء العبادات .

وأما بالنظر إلى حفظ العقل : فمن جهة أن النفس أصل والعقل تبع فالمحافظة على الأصل أولى ، ولأن ما يفضي إلى فوات النفس على تقدير أفضليته يفوتها مطلقاً ، وما يفضي إلى تفويت العقل كسرب المسكر لا يفضي إلى قوائمه مطلقاً فالمحافظة بالمنع مما يفضي إلى الفوات مطلقاً أولى .

(١) الإحكام للآدمي - ص ٢٧ - بتصرف .

وعلى هذا يكون المقصود من حفظ النسب أولى من المقصود في حفظ العقل ، ومقدم على ما يفضى إلى حفظ المال لأنه مركب الأمانة ، وملاك التكليف ، ومطلوب للعبادة بنفسه من غير واسطة ولا كذلك المال .

ولهذا كانت هذه الرتب مختلفة في العقوبات المرتبة عليها على نحو اختلافها في أنفسها ، وبمثل تفاوت هذه الرتب يكون التفاوت بين مكملاتها .



## الفضل الرابع

### مرجحات القياس عند الحنفية

يذكر المؤلفون من الحنفية وجوها يقع بها الترجيح في القياس ويقسمونها إلى : وجوه صحيحة ، ووجوه فاسدة .

ويذكرون من الوجوه الصحيحة أربعة : قوة الأثر ، وقوة الثبات على الحكم ، وكثرة الأصول ، والعكس « العدم عند العدم » .

يقول إن الوجوه الفاسدة كذلك أربعة : ترجيح القياس بقياس آخر والترجيح بغلبة الأشباه ، والترجيح بعموم العلة ، والترجيح بقلة الأوصاف وتفصل الكلام عنها .

### المبحث الأول

أولى وجوه الترجيح الصحيحة : الترجيح بقوة التأثير .

ومعناه أنه إذا كان أحد القياسين المؤثرين المتعارضين أقوى من الآخر فإنه يكون راجحا عليه ، ويسقط العمل بالقياس ضعيف الأثر .

وإنما كان هذا مرجحا لأن في التأثير معنى الحجية فكما قوى كان أولى لفضل وصف في الحجية ، فالترجيح في القياس بقوة التأثير أشبه بالترجيح في الخبر بقوة الاتصال .

---

(١) التأثير عند الحنفية كما بينه صدر الشريعة : أن يثبت بنص أو إجماع اعتبار نوع الوصف أو جنسه في نوع الحكم أو جنسه القريب ، كالسكر في الحرمة فإنه نظير اعتبار النوع في النوع . وكقوله عليه السلام : أرأيت لو تميمضت بماء ثم مججته فإنه نظير اعتبار الجنس في النوع . وكقياس الولاية على البنت الصغيرة على البكر الصغيرة بالصغر فإنه نظير اعتبار النوع في الجنس . وكطهارة سؤر الهرة فإن لجنس الضرورة اعتبار في جنس التخفيف فهو نظير اعتبار الجنس في الجنس - (التوضيح - ج ٢ ص ٧٢) .

ومن جهة أخرى نجد أن قوة التأثير عند المقابلة لها ظهور على وجه  
لا يمكن إنكاره . وذلك لأن تأثير العلة يثبت بأدلة متفاوتة بعضها فوق بعض  
يمكن العمل بها . وهذا مما يجعل قوة التأثير تفيد الظن الغالب ، ويتقوى  
بها القياس . (١)

ولست الشهادة كقوة التأثير . ولهذا لا ترجح شهادة على أخرى  
بقوة العدالة في الشهود بل يكفي فيها أصلها . وأيضا ليس فضل عدالة بعض  
الشهود على البعض كقوة الأثر في القياس أو قوة الاتصال في الخبر لأن  
الفضل في العدالة ليس بذى حد يمكن بمعرفة ترجح البعض بزيادة قوة فيه  
عند الرجوع إلى حده . كما أنه ليس بذى أنواع متفاوتة بعضها فوق البعض  
ليظهر لبعضها قوة المقابلة بالبعض الآخر . فإن العدالة حقيقتها التقوى ،  
والانزجار عن ارتكاب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، ولا تفاوت  
فيه بين الناس . وفضلا عن ذلك فالوقوف على حقيقتها متعذر لأنه أمر باطن  
فرما الذى يظن أنه عدل يكون أدنى درجة في التقوى من الذى يظن أنه دونه فيها .

وليس تأثير العلة كذلك لأن قوة التأثير كما بينا عند المقابلة تظهر على وجه  
لا يمكن إنكاره ، وذلك لعلم أدلته وتفاوت أثرها .

وهناك أمر آخر هو أنه ليس من المسلم به كون الشهادة تصير حجة بالعدالة .  
بل إنما تستفاد حجيتها بالولاية الثابتة بالحرية . والناس جميعا سواء في أصل  
الولاية الثابتة لهم بأصل حريتهم . نعم شرطت العدالة لظهور جانب الصدق  
فإذا ظهر الصدق بأصل العدالة وجب على القاضى القضاء من غير التفات  
إلى قوة العدالة في أحد الجانبين .

وعند ما يقسم الحنفية القياس إلى جلي وخفى (٢) يقسمون القياس  
الخفى إلى قسمين : ما قوى تأثيره ، وما ظهر صحته وخفى فساده ويقسمون القياس

(١) كشف الأسرار - ج ٤ ص ١٢٠٣ ، مسلم الثبوت - ج ٢ ص ٢٢٦ ، التقرير

والتحجير - ج ٣ ص ٢٢٢

(٢) المراد بالقياس الخفى الاستحسان في اصطلاح الحنفية .

الجلي إلى قسمين : ما ضعف تأثيره ، وما ظهر فساده وخفى صحته . ويقولون إن ما قوى تأثيره في القياس الخفى راجح على ما ضعف تأثيره في الجلي ، وأن ما ظهر فساده وخفى صحته راجح على ما ظهر صحته وخفى فساده (١) .

والذى يعيننا هنا ما يرجع إلى قوة التأثير ، وقد مثلوا له بسور سباع الطير كالبازي والصقر ونحوهما فقالوا : إنه نجس قياسا على سور سباع البهائم كالفهد والذئب لمخالطته باللعب المتولد من لحم نجس ، طاهر إستحسانا لأنها تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر ، وملاقاة الطاهر لا توجب النجاسة فصار كسور آدمى . ولما كان القياس في ذلك ضعيف الأثر ، قليل الصحة بقصور علة التنجس في الفرع وهي مخالطة الرطوبة النجسة ، وكان الاستحسان قوى الأثر لأن الماء لا يتنجس بملاقاة الطاهر ، لكونها تشرب بالمنقار على سبيل المص ثم الابتلاع . والمنقار عظم طاهر لحفافه وعدم وجود رطوبة فيه ، فلا يتنجس الماء بملاقاته ، يكون سورها طاهرا إستحسانا (٢) .

وما يظن من إن سباع الطير تقع على الجيف فيكون منقارها نجسا لكونه لا مخلوع عن نجاسة عادة . فيمكن دفعه بأن عادة تلك الطيور تلك منقارها بالأرض بعد أكلها الجيف فيطهر منقارها بذلك . ومع هذه الشبهة ببقاء أثر النجاسة ووقوع أثر اللعب في الماء يحكم بكرأهته عند وجود ماء آخر .

ومن أمثلتهم التي يذكرونها في هذا المقام :

أن الشافعية لم يجزوا تزوج الحر أمة إذا كان قادرا على طول الحر (٣) مسندين في ذلك إلى قياس (٤) . بينما الحنفية والمالكية (٥) اجازوا له ذلك مسندين إلى قياس آخر .

(١) التوضيح - ج ٢ ص ٨٢

(٢) راجع المبسوط للسرخس - ج ١ ص ٠٠ ، والاعتصام للشاطبي - ج ٢ ص ٣٢٢

(٣) الطول السعة والغنى ، والمراد القدرة على المهر .

(٤) الأم للشافعي - ج ٥ ص ٧

(٥) تفسير القرطبي - ج ٥ ص ١٣٦

أما قياس الشافعية فهو أن تزوج الحر أمة مع قدرته على طول الحرية فيه إرقاق لمائه وجزئه مع الاستغناء عنه فيكون حراما لأنه كالإهلاك حكما.

أما أن في الزوج بالأمة إرقاقا : فلأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية . وأما أنه إهلاك فلأن الرق في الأصل عقوبة على الكفر الذى موجب القتل . ولأن استدلال الجزء وهو حرام لا يكون إلا لضرورة خوف الوقوع فى الزنى المشار إليه فى قوله تعالى « ذلك لمن خشى العنت منكم » - ثم إن الضرورة ارتفعت بإصابة الطول فترفع بإباحة نكاح الأمة . ويقام نكاح الأمة مقام الإرقاق .

وقال الحنفية يجوز للحر نكاح الأمة مع القدرة على طول الحرية مستدلين بأنه نكاح يملكه العبد بإذن مولاه ( اذا دفع اليه مهرا يصلح للحره والأمة وقال له : تزوج من شئت ) فيملكه الحر كسائر الأنكحة التى يملكها العبد (١) .

وهو قياس قوى الأثر من جهة أن الحرية صفة من صفات الكمال ، التى بها يصير آدمى أهلا للولايات وتملك الأملاك . واستحقاق الكرامات فلهذا يكون تأثيرها فى الإطلاق واتساع الحل الذى هو من أجل النعم (٢) .

وقالوا إن دعوى كون الإرقاق إهلاك حكما غير مسلمة ، لأن الإرقاق فضلا عن كونه ضعيفا بحقيقته فهو أيضا ضعيف بأحوال أثره . فإن من يملك أمة إذا تزوج حرة لا يبطل نكاحها مع أن فيه الاستغناء عن إرقاق الولد ولم يكن وصف الإرقاق مطردا فى إثبات الحرمة فى جميع الأحوال فتفسد العلة بفوات الاطراد الذى هو شرط صحتها .

ومع هذا : فقياس الحنفية أقوى من جهة أن اتساع الحل الذى هو من النعم أقوى من الرق فى أثر الحل تشريفا للحر على العبد ، ولا يكون تأثير الحرية المنع والحجر .

(١) راجع المبسوط للرخس - ج ٥ ص ١٠٨

(٢) كشف الأسرار على المنار - ج ٢ ص ٢٠٦ ، التقرير والتحبير - ج ٣ ص ٢٣٣

ومما يدل على ذلك أن البرق منصف للحل ، فالعبد لا يملك إلا تزوج امرأتين لنقصان حاله بسبب رقه . أما الحر فيملك التزوج بأربع بشرف الحرية ، ولا يكون العبد على النصف من الحر في اعتبار الشروط لأنهما إنما اختلفا في أصل الحل لا في الشروط ، ألا ترى أن العبد يشترط في نكاحه شهود ، ويجب مهر ، وخلو الزوجة عن العدة، وولى على أصل الشافعي — كما يجب في الحر — فلو كان عدم الطول شرطا لجواز نكاح الأمة في حق الحر لكان شرطا في حق العبد أيضا لأنه لا أثر للرق في إسقاط الشروط وتنصيفها .

ويكون من عكس المشروع ونقض الأصول : أن يتسع الحل الذى يثبت بطريق الكرامة بالرق الذى هو من أوصاف النقضان ، ويتضيق بالحرية التى هى من أوصاف الكمال ، وأسباب الكرامات ، فيترتب على ذلك أن يحل للعبد تزوج أمة مع قدرة على طول الحرة وتزوج أمة على أمة وعلى حرة ، ولا يحل شيء من ذلك للحر (١) .

وواضح أن الحرية التى هى من صفات الكمال أثر ظهرت قوته في نفسه بالنظر إلى الأصل ، وازداد وضوحا وقوة بالتأمل في أحوال البشر . فإن ما ثبت بطريق الكرامة في حق البشر ازداد بزيادة الشرف حتى إنه عليه السلام لما كان أشرف الناس أبيع له تسع نسوة كذا قالوا . وبه يثبت أن زيادة الكرامة توجب زيادة الحل ، فلا يجوز القول بزيادة حل العبد مع نقصان الحر — وقال الحنفية للشافعية إنكم أجزتم العزل مع كونه إهلاكا للولد (٢) .

وأما قول الشافعية إن العزل إنما أبيع بإذن الحرة مع كونه معلما للولد أصلا (٣) وإكونه مضيعا للماء ، وفيه امتناع من تحصيل الولد وهو

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢٠٦

(٢) التوضيح والتلويع - ج ٢ ص ١١١

(٣) جاء في شرح المهذب من كتب الشافعية - ج ٢ ص ٦٦ . فإن كان العزل بإذنها =

دون التسبب لإهلاك الولد الموجود ، فغير مسلم : لأن العزل الجائر ليس فيه امتناع عن اكتساب سبب الوجود ، والإرقاق المحذور هو مباشرة السبب على وجه يفرض إلى الإهلاك ، وفي الزوج بالأمة امتناع عن إيجاد صفة الحرية للولد . إذ الماء ليس بولد بل هو حماد فلا يوصف بارق ولا بالحرية إلا بطريق التبعية للأصل . فإذا انفصل لم يقبل صفة الرق ولا صفة الحرية . وإنما يصير ولدا بعد الاختلاط بمائها ، أما قبله فله حكم العدم لأنه بمنزلة أحد شطري العلة ، ولا حكم ببعض العلة قبل وجود الباقي . فإذا اختلط ترجح ماؤها على مائه يحكم الحضانه ، فيتخلق الولد من المائين رقيقا ابتداء فلم يثبت له صفة الحرية أصلا . فلم يكن في هذا إرقاق الحر ، ومعنى العقوبة والإهلاك في إرقاق الحر .

ومما مثلوا به للترجيح بقوة الأثر : ما قال الحنفية إنه إذا أسلم أحد الزوجين في دار الإسلام ولا يمكن الإبقاء على النكاح بينهما لا تقع الفرقة بنفس الإسلام بل يجب عرض الإسلام على الآخر ، فإن أسلم بقى النكاح وإن أبي فرق القاضى بينهما سواء كان بعد الدخول أو قبله . أما إذا أرتد أحد الزوجين فإن الفرقة تقع بينهما بنفس الردة قبل الدخول وبعده (١) .

وقال الشافعية إذا لم تكن المرأة مدخولا بها وقعت الفرقة للحال سواء في ذلك حال الإسلام وحال الردة . أما إذا كانت مدخولا بها فتتوقف الفرقة على انقضاء العدة في الحالين أيضا (٢) .

والشافعية بقوله هذا يريد أن يشير إلى أن الاسلام من أسباب الفرقة عند انقضاء العدة إن كانت المرأة من أهل وجوبها بأن كانت مدخولا

= (أى الحرية) جاز لأن الحق لهما . وإن لم تأذن فيه وجهان أحدهما لا يحرم لأن حقها في الاستمتاع لافى الانزال والثاني يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه .

(١) المبسوط للرخسى - ج ٥ ص ٤٥ ، ٤٦

(٢) الأم - ج ٥ ص ٣٩

بها . فإن لم تكن مدخولا بها فالفرقة واقعة بمجرد الإسلام وحصول الاختلاف .

وهو يحتج لذلك : بأن هذه فرقة وجبت بسبب طارئ غير مناف للنكاح بحكمه ، موجب حرمة الاستمتاع ، فوجب أن تتعجل الفرقة في غير المدخول بها وتتأجل إلى انقضاء العدة في المدخول بها قياسا على الفرقة بطلاق . ولأن هذا المعنى مؤثر ، لأن لمثل هذا الاختلاف أثرا في إيجاب الفرقة بدليل أنه يمنع ابتداء النكاح فصحت إضافة الفرقة إليه .

أما الحنفية فدليلهم : فهو أن الإسلام ليس من أسباب الفرقة وإنما هو من أسباب عصمة الحقوق وتأكيد الأملاك كما نطق بذلك قوله صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » وإذا كان هذا شأن الإسلام فلا يجوز أن يستحق به زوال الملك بجال .

وقالوا أيضا لا يصح أن يكون بقاء من لم يسلم على ما كان عليه من الكفر سببا للفرقة لأنه ليس من أسباب التفريق ، فإن كفره كان موجودا وصح معه بقاء النكاح ابتداء وبقاء فلا يجوز أن يكون سببا للفرقة لأن مالا يكون قاطعا لا يثبت قاطعا بالضرورة (١) .

وأما كون الكفر من أحدهما مع إسلام الآخر محدثا أمرا مؤثرا يترتب عليه تحريم الوطء فيمكن رده : بأن صيرورة الكفر مانع ومحرم بتبدل الحال لا تدل على صيرورته قاطعا فإن كثيرا من الأشياء يمنع ولا يقطع . ومحل النزاع في الققطع فصار في حق الققطع كأن الحال لم تتبدل (٢) .

وإذا لم يصلح الإسلام سببا للفرقة . كما لم يصلح كفر الباقي منهما سببا لم يصلح اختلاف الدين الناشئ منهما سببا ، لأنه ليس لكل منهما أثر في الفرقة ، فإذا اجتمعا يكون الأمر كذلك أيضا .

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢٠٩

(٢) راجع في ذلك كتابنا (العلاقات الخاصة بين المسلمين وغير المسلمين)

وإذا تبين أن واحدا من الأمور الثلاثة لا يصلح سببا لاستحقاق الفرقة وكان لابد من دفع ضرر الظلم وجب أن يكون ثبوت الفرقة مضافا الى امتناع الآخر عن أداء الإسلام لا إلى إسلام الأول . لأن الثاني إذا أسلم بقي النكاح بأغراضه اجماعا فوجب إضافة استحقاق الفرقة إلى الامتناع الحادث ، لا إلى الإسلام العاصم وكفر الباقي رعاية لحق المسلم فإن المسلم إن كان هو الزوج وجب عليه إدرار النفقة من غير أن يكون له فائدة الاستمتاع ، وإن كانت المرأة تصير كالمعلقة بفوات أغراض النكاح مع بقاءه ، والتعليق ظلم وتفويت للإمسك بالمعروف . وإذا كان كذلك صار مفوضا إلى التقاضى لأنها فرقة لإزالة الظلم ، والقاضى قد ولي لإزالة المظالم عن الناس .

وغير خاف على ذوى الأفهام أن أغراض النكاح إذا فاتت كانت سببا ظاهر الأثر للفرقة . فإن الأسباب تراعى لأحكامها فإذا خلت عنها وجب القول بإلغائها .

وإنما لم تكن الحرمة بسبب الإحرام والعدة والحيض والنفاس مع كونها مفوتة لأغراض النكاح أسبابا للفرقة ، لكونها حرمانا لا تدوم ، إنما هي بعرض الزوال فلا تؤدي إلى الظلم بخلاف إسلام أحد الزوجين .

وإنما كانت الردة منافية لأنها من أسباب زوال العصمة إذ هي موجبة للفرقة على سبيل المنافاة ، وليست موضوعة للفرقة حتى تثبت الحرمة بنفسها من غير توقف على انقضاء عدة ولا قضاء قاض كما في طروء الرضاع وحرمة المصاهرة .

بيان ذلك : أن الردة بالإجماع تبطل النكاح ، ولا يخلو الأمر من أن يكون هذا الإبطال بسبب وضعها للبطلان ، أو بطريق المنافاة ، لكن كونه بطريق الوضع لاوجه له ، لأن الموضوع لإبطال أمر شرعى يكون مشروعا لإبطاله لا محالة ، والردة ليست بمشروعة بوجه ، كما أن المبطل لشيء وضعه لا يتصور وجوده غير مبطل له ، فإذا لم يبطل لا يكون موجودا ،



وقد وجدت الردة وتحققت حال كونها غير مبطله للنكاح ، فما إذا ارتد ولم يكن المرتد متزوجا فعلم من ذلك أنها لم توضع لإبطال ملك النكاح .

ولما ثبت أنها ليست موضوعة لإبطال ملك النكاح ، وقد أبطلته علم أن هذا الإبطال بطريق المنافاة كالرضاع والمصاهرة ، فإنهما ليسا بموضوعين لإبطال النكاح لتحققهما في غير ملكه ، ولكنهما منافيان له على معنى أنهما سببا الجزئية والبعضية ، والحرمة المبينة على الجزئية منافية للنكاح فكذلك تبديل الدين يحصل بالرده ، وذلك يوجب إبطال عصمة الشخص ، وعصمة أملاكه ، فتوجب بطلان عصمة ملك النكاح ، لأن ملك النكاح دون النفس ، ولأن الشخص ببطلان العصمة يلتحق بالموتى والجمادات ، والميت ليس بأهل لملك النكاح بوجه . وإذا كان كذلك وجب أن تتعجل الفرقة على كل حال لأن الشيء لا يبقى مع ما ينافيه .

وكون الردة من أسباب زوال العصمة التي بنى عليها النكاح أمر ظاهر لاخفاء فيه ، إذ الردة تؤثر في إزالة عصمة النفس والمال بالإجماع .

وبالتأمل في قياس الشافعي نجد أنه ضعيف الأثر : لأنه لا يمكن اعتبار ارتداد الزوجين بارتداد أحدهما في إثبات المنافاة فيه ، ولا ارتداد أحدهما بارتدادها في نفي المنافاة عنه ، لأننا وجدنا لاختلاف الدين تأثيرا في الحرمة فإنه يمنع ابتداء النكاح ؛ خلاف ويقطعه أيضا عنده .

كما وجدنا لاتفاق الدين تأثيرا في الحل حتى جاز نكاح مجوسيين ، ولو أسلم أحدهما لم يجز ، فثبت أن الاتفاق ليس مثل الاختلاف فلا يمكن إلحاق أحدهما بالآخر ، ولا يلزم من منفاة أحدهما منفاة الآخر ، ولا من عدم منفاة أحدهما عدم منفاة الآخر (١) .

ومن الأمثلة لهذا النوع أيضا قول الشافعي (٢) في مسح الرأس :

(١) كشف الأسرار - ج ٤ ص ١٢١٢

(٢) في نهاية المحتاج - ج ١ ص ١٣٣ - ومن سننه (الوضوء) تليث الغسل والمسح المفروض والندوب .

إن التكرار سنة معللا ذلك : بأن المسح ركن في الوضوء فيسن فيه التكرار كالغسل - وقال الحنفية (١) لا يسن التكرار لأن مسح الرأس مسح فلا يسن فيه التكرار ، وهو تعليل بوصف قوى الأثر فإن أثر المسح في التخفيف بين لا شبهة فيه ، إذ الاكتفاء بالمسح مع إمكان الغسل ما كان إلا للتخفيف كما أن تأدى الفرض ببعض المحل مع إمكان الاستيعاب للتخفيف ، وأيضا سقوط التكرار في مسح الحف والحبيرة والتميم للتخفيف فعرفنا أن تأثيره في التخفيف قوى لا ضعف فيه .

وواضح أن تعليل الشافعي ضعيف الأثر : لأن الركنية وصف لا يؤثر في التكرار بدليل عدم تأثيرها في غير هذا الموضع ، إنما تأثيرها في الوجود لا غير . كما أن التكرار لا يختص بالركن في الوضوء ، لأن التكرار مسنون في المضمضة والاستنشاق وهما ليسا ركنين ، فليسا بمتلازمين ، فإن الركن قد يوجد بدون التكرار كما في أركان الصلاة والحج ، والتكرار قد يوجد بدون ركنية كما في المضمضة - فلهذا كان الراجح ما ذهب إليه الحنفية من عدم سنية التكرار في مسح الرأس وأنه يكفى مسحها مرة واحدة

## المبحث الثاني

### ٢ - قوة الثبات على الحكم

والمقصود به قوة ثبات الوصف على الحكم الذي شهد الوصف بثبوت ، والمراد كثرة اعتبار الشارع للوصف في الحكم ، لأن الوصف إذا ازداد ثباتا على الحكم ازداد قوة بفضل معناه الذي صار به حجة . ذلك لأن في زيادة الوصف رجحانا من حيث عليته ، وبيان ذلك : أنه إذا تعارض وصفان في كون أيهما مناط الحكم ، ثم وجد أن أحدهما ألزم للحكم من الوصف الآخر ازداد هذا الوصف قوة بذلك وترجح على الآخر .

(١) المبسوط - ج ١ ص ٧ ، ٨

ومثاله : أن الحنفية عللوا عدم إيجاب التعيين للنية في صوم رمضان بأنه صوم متعين في جانب الله تعالى فلا تجب على العبد نيته (١) ، وعلل الشافعية لوجوب التعيين في صوم الفرض كما في صوم القضاء بأنه صوم فرض فيجب تعيينه (٢) .

والوصف الذي علل به الحنفية وهو التعيين وصف متعدي إلى غير رمضان له ثبات على حكمه . فقد تعدى إلى الودائع والغصوب ورد المبيع في البيع الفاسد ، فإن المودع إذا رد الوديعة إلى المالك ، أو رد الغاصب المغصوب إلى صاحبه ، أو رد المشتري المبيع في البيع الفاسد إلى بائعه بأى جهة كانت ، خرج عن العهدة ، ولا يشترط تعيين المدفع من حيث كونه وديعة أو غصبا أو بيعا فاسدا ، لأنه متعين لا يحتمل الرد بجهة أخرى ، أما وصف الفرضية الذي قال به الشافعية فليس كذلك لأنه لا يتعدى إلى الفروض الأخرى ومخصوص بالصوم لا غير .

ثم إن مما يشهد بقوة ثبات وصف التعيين على حكمه أكثر من ثبات الفرضية على حكمها أن المزكى إذا تصدق بالنصاب على الفقير ولم ينو الزكاة يخرج عن العهدة ، وأن الحاج إذا أطلق النية ولم يعين حجة الاسلام يجوز له ذلك ، وأن الإيمان بالله من الفروض المتعينة فإذا آمن إنسان يكون إيمانه فرضا وإن لم ينو كونه فرضا ، كل ذلك كله لتعيين الجميع .

ومن أمثلة هذا النوع من الترجيح : ما علل به الحنفية عدم تكرار مسح الرأس بوصف المسح ، وما علل الشافعية لسنية التكرار بوصف الركن ولكن وصف الحنفية وهو كرون مسح الرأس مسحاً نجده ألزم للحكم من وصف الشافعي فيزداد بذلك قوة . ثم هو أثبت في دلالة للتخفيف ، لأن التيمم

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى - ج ٤ ص ١٢١٤

(٢) نهاية المحتاج - ج ٢ ص ٣١٣ ، ٣١٤ وفيه . يشترط لفرض الصوم من رمضان أو غيره كقضاء أو نذر التبييت للنية وهو إيقاعها ليلا ويجب في النية التعيين في الفرض المنوي كرمضان أو نذر أو قضاء أو كفارة .

ومسح الخف والجيرة ظهرت الخفة فيها بترك اعتبار التكرار . أما وصف الركنية فليس فيه زيادة قوة الثبات على سنية التكرار . وهذا لأن الركن وصف عام في الوضوء وأركان الصلاة وغيرها من الركوع والسجود . وقضية الركن إكماله بالإطالة في الركوع والسجود لاتكراره ، ثم إنه يوجد ما ليس بركن ومع ذلك يتكرر وهو المضمضة والاستنشاق فكان مذهب اليه الحنفية أولى (١) .

ومن ذلك منافع الغصب فإن الحنفية ذهبوا الى أنها لا تضمن بإتلافها لأن التقييد بالمثل واجب في كل باب ، كالأموال كلها والصلاة والصوم ونحوهما وذلك مراعاة لشرط ضمان العدوان وهو التماثل لقوله تعالى « فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » احترازا عن الفضل والزيادة ، ولأن القيمة لا تصلح مثلا لأنها دراهم أو دنانير وهما جوهران ، والمنافع أعراض والجوهر خير من العرض ، لأنه مما يبقى ويدوم بنفسه ، والعرض لا يبقى ولا يقوم بنفسه ، فلما لم تمكن الماثلة لايجوز أن يجب على المتلف فوق ماأتلفه كماله يجب الجيد بإتلاف الرديء .

ويذهب الشافعي (٢) إلى القول بضمان منافع المغصوب لأن ما يضمن بالعقد يضمن بالإتلاف ليتحقق جبر حق المظلوم ، وفي ذلك إثبات المثل تقريبا لا تحقيقا لأن رعاية الماثلة غير ممكنة إلا بأدنى تفاوت فيتحمل ، كما تجب القيمة عن الأعيان مع الفضل التليل فإنها مما يستدرك بالظن .

فلما لم يمكن إيجاب المثل بدون الفضل في المنافع لم يكن بد من التزام أحد محظورين ، إما إيجاب الفضل على المعتدى رعاية لجانب المظلوم بجبر حقه .

(١) التوضيح - ج ٢ ص ١١٢

(٢) جاء في نهاية المحتاج : تضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما من كل منفعة يستأجر عليها بالتفويت بالاستعمال والقوات وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع كإغلاق الدار في يد عاديه لأن المنافع منقومة فضمنت بالغصب كالأعيان سواء كان مع ذلك أرش نقص أم لا - ج ٤

أو إهدار حقه بعدم إيجاب الضمان على المتعدى إحترازا عن إيجاب الفضل فكان الأولى أولى ، لأن الحاق الحسران بالظالم أحق ، وفيه دفع الظلم وسد باب العدوان .

وكذلك قال الشافعي إن إهدار الوصف أسهل من إهدار الأصل ، فإن أوجبا الضمان لا يلزم إلا إهدار كون المائتة تامة ، وإن لم نوجب الضمان يلزم إهدار حق المعصوب منه في المثل بالكلية في الأصل والوصف ، والأول أسهل من الثاني تحملا لأدنى الضررين لدفع أعلاهما .

هذا هو تعليل كل من المذهبين إلا أن ما ذهب اليه الحنفية أولى مما ذهب إليه الشافعي لكون تعليلهم أثبت فإن التقييد بالمثل واجب في الأموال كلها وفي غيرها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن إسقاط الضمان عن المتلف مالا معصوما أمر جائز في الشرع كما في العادل يتلف مال الباغي ، فإن ماله مع بغيه معصوم لا يباح لغير العادل إتلافه ولا يجوز استغنامه وتملكه لأحد .

وقول الشافعي بإيجاب الفضل على المتعدى غير مشروع فإننا لم نجد تعديا أو جب زيادة على المثل بعذر من الأعذار في الدنيا والآخرة - كما أنه يلزم من إيجابه نسبة الجور ابتداء إلى صاحب الشرع - وليس كذلك في القول بوجوب الضمان وسقوطه للعجز فإنه شائع حسن كسقوط وجوب المثل صورة عند العجز في ضمان العدوان ، على أن في إيجاب الضمان إهدار حق المتلف في الزيادة وفي عدم إيجابه عدم إهداره بل تأخيره إلى الدار الآخرة . ومن المعلوم أن ضرر التأخير دون ضرر الإبطال فكان التأخير أولى .

وما اعتبره الحنفية من رعاية شرط المائتة ليس بوصف خاص بل هو وصف ثابت في عامة الأحكام التي تتعلق بالضمان . أما ضمان العقد الذي يقول به الشافعي فوصف خاص ثابت على خلاف القياس فلا يكون ثباته على الحكم مثل ثبات الأول فكان الأول راجحا .

وأيضاً اعتبار ضمان المنافع بضمان القيمة عن العين غير مستقيم لأنه يلزم من إيجاب القيمة إيجاب زيادة بالفتوى ونسبة جور إلى الشرع ، وكذا ترجيح جانب المظلوم ضعيف لأن الظالم لا يظلم بل ينتصف منه مع قيام حقه في ملكه .

### المبحث الثالث

#### ٣ - كثرة الأصول

ثالث المرجحات الصحيحة كثرة الأصول ولها تفسيران .

أولهما : بأن تكثر المحال التي يوجد فيها جنس الوصف في عين الحكم ، أو جنسه ، أو يوجد فيها عين الوصف في جنس الحكم . كما في وصف المسح بالنسبة للتخفيف فإنه وصف له تأثير يوجد في التيمم ومسح الخف والجبيرة .

ثانيهما : أن يشهد لأحد الوصفين أصلاً أو أصول ، وللوصف الآخر أصل واحد ، فكثرة الأصول على المعنى الأول كثرة النظائر التي توجد فيها الوصف . وبهذه الكثرة يوجد تأكيد للوصف - وعلى المعنى الثاني يفسر الأصل بالمقيس عليه . ففي شهد لإحدى العلتين أصول كثيرة ولم يشهد للعللة الأخرى إلا أصل واحد كانت العلة التي شهد لها أصول كثيرة أولى بالعمل من الأخرى ، ومن هنا قالوا : إن هذا اللون من الترجيح في الحقيقة راجع إلى ترجيح القوى على ما ليس بقوى ، وليس من ترجيح الأصول على أصل .

وزعم بعض الحنفية وبعض الشافعية أن الترجيح بكثرة الأصول غير صحيح لأن كثرة الأصول في القياس بمنزلة كثرة الرواة في الخبر ، والخبر لا يرجح بكثرة الرواة كما مر توضيحه فكذا هذا ، ولأنه من جنس الترجيح بكثرة العلة لأن شهادة كل أصل بمنزلة علة على حدة (١) .

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢١٥

ولكن الترجيح بكثرة الأصول في الرأي الصحيح حق، لأن الحججة هي هي الوصف المؤثر، والقياس واحد، والعلة واحدة إلا أن الأصول كثيرة، فيحصل بكثرتها زيادة قوة في نفس الوصف، وزيادة لزوم الحكم معه. فليس هو من باب كثرة أوجه السنة، لأنه ترجيح بأوصاف كثيرة مع كون المقيس عليه واحداً. أما ههنا فقد تعدد المقيس عليه.

يقول البخارى في شرح أصول البزدوى: لهذا كان الترجيح بكثرة الأصول من جنس الاشتهار في السنن، فإن كثرة الرواة ليست بحجة بل الخبر هو الحججة، ولكن يحدث بكثرة الرواة قوة وزيادة اتصال في نفس الخبر فيصير مشهوراً أو متواتراً فيترجح على ما ليس بتلك الصفة فهو في الحقيقة ترجيح الوصف القوي على ما ليس بقوي لا ترجيح الأصول على أصل» (١).

### ومن الترجيح بكثرة الأصول

قول الحنفية في مسح الرأس في تعليل عدم التكرار إنه مسح فلا يسن تثليثه، فإن أصله مسح الحف والجبيرة والتميم، وقول الشافعية في مسح الرأس إنه ركن فيسن تثليثه - فقد ترجح الأول بكثرة أصوله وهي مسح الحف والجبيرة والتميم وليس الثاني كذلك فإنه لا أصل له إلا الغسل وهو أصل واحد وللكتير ترجيح على الواحد.

ومن يتأمل جيداً في هذا النوع من الترجيح يجده قريباً من النوع الثاني وهو قوة ثبات الوصف على الحكم لأن القوة تكون بلزوم الوصف للحكم بأن يوجد في صور كثيرة، ويرى صاحب التلويح: أن هذه التراجيح الثلاثة السابقة راجعة إلى قوة التأثير لكن شدة الأثر بالنظر إلى الوصف وقوة اثبات بالنظر إلى الحكم، وكثرة الأصول بالنظر إلى الأصل فلا اختلاف إلا بحسب الاعتبار. وهو في ذلك يقرب من قول الإمام السرخسي وما من نوع

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢١٦

من هذه الأنواع إذا قررته في مسألة إلا وتبين به تقرير النوعين الآخرين فيه» (١) ولم يوافقهما صاحب شرح مسلم الثبوت فقد نقل ما يفيد كون الثالث وهو كثرة الأصول أعم من الثاني ولم يرتض كون التفرقة بالاعتبار التي ذهب إليها سعد الدين التفتازاني ، قال في فواتح الرحموت « والحق أن الثالث أعم من الثاني . فإن الثبات على الحكم إنما هو إذا كان التأثير لجنس الوصف أو نوعه في نوع الحكم فإن الثبات إنما هو كثرة التأثير ، أما إذا كان التأثير من جنسه فقط فذلك كثرة الأصول فقط . ولا يصدق فيه كثرة الاعتبار ، وأما عدم تخلف كثرة الاعتبار عن كثرة الأصول فظاهر . وهذا إنما يتم لو كان المراد بكثرة الاعتبار كثرة تأثيره في عين الحكم ، ولو كان أعم منه . ومن كثرة تأثيره في جنسه لم يتم . ثم بعد ذلك يقول - وأما التفرقة بالاعتبار بينهما فغلط ألا ترى أن المسح أقوى من التخفيف ، ولو كان عدم النظائر بل القوة عبارة عن قوة المناسبة بين الوصف والحكم بحيث يكاد يحكم بعليته للفعل لولا الشرع كما قيل في الإسكار للحرمة فحينئذ يتحقق قوة الأثر وإن لم تكن كثرة الاعتبار وكثرة الأصول» (٢) .

### المبحث الرابع

#### ٤ - العكس

وهو العدم عند العدم ، كما أن الاطراد هو الوجود عند الوجود ومعناه أنه إذا كانت العلة وصف يطرد وينعكس كان أولى من وصف يطرد ولا ينعكس - يشير الى ذلك ما قال عبيد الله بن مسعود في التوضيح « واعلم أنه إنما جعل عدم الحكم في جميع صور عدم الوصف عكساً لأن المراد بالعكس ما هو متعارف بين الناس وهو جعل المحكوم به محكوماً عليه مع رعاية الكلية إذا كان الأصل كلياً . يقال كل إنسان حيوان ولا ينعكس أي

(١) التلويح - ج ٢ ص ١١٣

(٢) مسلم الثبوت - ج ٢ ص ٣٢٨



لا يصدق كل حيوان إنسان ، وإذا عرفت هذا فعدم الحكم في جميع صور عدم الوصف لازم لهذا العكس فسماه عكساً لهذا - وإنما قلنا إنه لازم : لأن الأصل وهو قولنا كلما وجد الوصف وجد الحكم وعكسه كلما وجد الحكم وجد الوصف ومن لوازم هذا كلما لم يوجد الوصف لم يوجد هذا الحكم فسمى هذا عكساً « (١) .

هذا وقد اختلف في الترجيح بالعكس ، فبعض المتأخرين يرون أنه لا عبرة به لأن العدم لا يوجب شيئاً ولا يتعلق به حكم على معنى أنه لا يوجب عدم العلة عدم الحكم ولا وجوده لأنه لا يصلح مرجحاً .

أما أكثر الأصوليين فاختروا صلاحية العكس للترجيح بناء على أن عدم الحكم عند عدم الوصف الذي جعل حجة دليل على اختصاص الحكم بذلك الوصف . ودليل على وكادة تعلقه به ، فلهذا صح مرجحان هذا الوجه . نعم هو ترجيح ضعيف لاستلزامه إضافة الرجحان إلى العدم ، وعليه لا تظهر ثمرة لهذا الخلاف الا عند ما يعارض هذا النوع من الترجيح نوع آخر من الترجيحات الثلاثة السابقة . فعند ذلك يقدم الآخر على العكس .

ومن أمثلة الترجيح بالعكس تعليل مسح الرأس بأنه مسح فلا يسن تكراره كمسح الخف فإنه ينعكس بما ليس بمسح كغسل اليدين والرجلين والوجه والاعتسال من الحيض والجنابة فإنه يسن تكراره لأنها ليست بمسح ، أما التعليل لمسح الرأس وسنية تكراره بأنه ركن فلا ينعكس لأن التكرار مسنون في المضمضة والاستنشاق مع أنهما ليسا بركنين .

ومنها أيضاً قول الحنفية في بيع الطعام بالطعام بعينه : لا يشترط القبض في المجلس ، لأنه مبيع متعين فلا يشترط قبضه كما في سائر المبيعات المتعينة ، وهذا التعليل منعكس فيما إذا صرف درهماً بدرهم ، أو أسلم الدراهم في قمح فإنه يشترط القبض في المجلس لكونه ديناً بدين في الأول وتمناً بدين في الثاني ، فوجب

(١) التوضيح - ج ٢ ص ١١٤

القبض احترازاً عن بيع كالىء بكالىء ، لأن الأمان لا تتعين في البيع ، فلما كان كل واحد منهما ديناً بدين ، وعلمت العينية فيهما عدم الحكم المرتب عليهما وهو عدم اشتراط التقابض .

وهذا التعليل أولى من تعليل الشافعي لاشتراط القبض في بيع الطعام بالطعام (١) : بأن البديلين كل منهما مال لو قوبل بجنسه حرم ربا الفضل ، فيشترط التقابض في بيع أحدهما بالآخر كما في بيع الذهب والفضة .

وإنما كان أولى لأن تعليل الشافعي لا ينعكس فإن عكس تعليله : كل مال لو قوبل بجنسه لا يحرم ربا الفضل لا يشترط قبضه . وهو غير صحيح . لأن رأس المال في السلم يشترط قبضه وإن كان مالا لو قوبل بجنسه لا يحرم ربا الفضل كالثياب ، فبقى الحكم مع عدم الوصف الذى قال به الشافعي .

وقد يتوجه على تعليل الحنفية أنه غير مطرد في بيع إناء فضة بإناء فضة أو ذهب فإن القبض واجب في المجلس مع كونهما عينين غير دينين . وكذا في رأس مال السلم إذا كان ثوباً فإنه يشترط قبضه في المجلس وهو عين .

لكن يجاب عن ذلك بأن الأصل في الصرف والسلم ورودهما على الدين بالدين . وقد يقع أحياناً على عين بدين ولما كان يتعذر على عامة التجار معرفة ما لا يتعين وما يتعين أقيم اسم الصرف والسلم مقام الدين بالدين ، وعلق وجوب القبض بهما تيسيراً على الناس ، ووجب القبض بهما سواء وردا على دين بدين ، أو عين بدين ، أو عين بعين ، لأن الكل في حكم الدين تقديراً ، لأن الشيء إذا أقيم مقام شيء فالمنظور ذلك الشيء نفسه لا الشيء الذى أقيم هو مقامه . نظير ذلك النوم والسفر فإنه لما أقيم النوم مقام الحدث

(١) قال الرملى في نهاية المحتاج ان كان جنساً واحداً اشترط الحلول من الجانبين لاشتراط المقابضة في الخبر . فتى اقترن بأحدهما تأجيل وان قل زمنه وحل قبل تفرقهما لم يصح ، ويشترط المماثلة والتقابض قبضاً حقيقياً قبل التفرق ج ٣ ص ٤٠ وأصله ما روى الجماعة الا الترمذى : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه . ولأبي داود والنسائي نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيلى حتى يستوفيه (منتقى الأخبار وشرحه نيل الأوطار - ج ٥ ص ١٥٨) .

عند الاسترخاء وأقيم السفر مقام المشقة لم يلتفت بعد إلى حقيقة الحدث أو المشقة .

ومن الأمثلة ما قال الحنفية: في التعليل لمن ملك أخاه أو أخته إنه يعتق عليه . بأن قرابة الأخوة محرمة للنكاح فهي شبيهة بقرابة الأبرة أو البنية . فإنه ينعكس في ابن العم فإنه لا يعتق بالملك، لعدم هذه العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح .

وهذا التعليل أولى من تعليل الشافعي لعدم العتق بأنها قرابة يجوز وضع زكاة أحدهما في الآخر فلا توجب العتق بالملك كقرابة بنى الأعمام، فإنه لا ينعكس فإن الكافر لا يعتق على المسلم إذا ملكه ولا يحل وضع الزكاة فيه .

والأصل في عتق المحرم ما روى عن ابن عمر مرفوعاً عند النسائي والترمذي وابن ماجه والحاكم قال: قال ، رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وكذا روى عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه الخمسة وفي لفظ لأحمد فهو عتق - والمحرم من لا يحل نكاحه من الأقارب كالأب والأخ والعم ومن في معناهم .

قال ابن الأثير الذي ذهب إليه أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد : أن من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ذكراً كان أو أنثى .

وذهب الشافعي وغيره من الأئمة والصحابة والتابعين الى أنه لا يعتق عليه الأولاد والآباء والأمهات . ولا يعتق عليه غيرهم من قرابته (١) .

وذهب مالك الى أنه يعتق عليه الفروع والأصول والإخوة ولا يعتق غيرهم . وقال داود من الظاهرية لا يعتق أحد على أحد من قبل القربى (٢) . ولكل منهم أدلة مبسطة في كتبهم .

(١) نيل الأوطار مع متق الأخبار - ج ٦ ص ٨١ ، ٨٢

(٢) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٣٦٣

## الفضل النجاسين،

### تعارض وجوه الترجيح

حينما يتعارض نوعا ترجيح في القياس بأن يكون لكل منهما ترجيح من وجه . يقدم الترجيح بالذات على الترجيح بالحال ، على معنى أن الترجيح بالوصف الذاتي يكون أولى من الترجيح بالوصف العارض وذلك لوجهين .

أحدهما : أن الذات أسبق وجوداً من الحال . فيقع به الترجيح أولاً فلا يتغير بما يحدث بعده كاجتهاد أمضى حكمه لا يحتمل نقضه باجتهاد يحدث بعده .

وثانيهما : أن الحال يقوم بالغير فله حكم العدم بالنظر الى ما يقوم بنفسه ، ثم إن الحال موجودة من وجه دون وجه ، والذات موجودة من كل وجه ، فهي أصل والحال تابعة فكان الترجيح بالذات أولى الى هذا ذهب الحنفية . وخالفهم غيرهم فلم يرجحوا بالحال .

ومن هنا قالوا أن ابن ابن الأخ لأب وأم أو لأب أحق بالتعصيب من العم لأن ابن ابن الأخ راجح في ذات القرابة فإن قرابة الأخوة مقدمة على قرابة العمومة اتفاقاً ، ولأن العم راجح بحاله وهي زيادة القرب لأنه يتصل بواسطة واحدة وهي الأب أما ابن ابن الأخ فيتصل بواسطتين . ثم الأخ مجاور الصلب والعم مجاور أبيه (١) .

وكذلك قالوا إن العمدة لأم إذا اجتمعت مع الحال لأب وأم تكون أحق بالثلثين من الحال ، ويأخذ الحال الثلث . لأن العمدة راجحة في ذات القرابة لإدلائها إلى الميت بالأب ، والحال راجح بحال وهي الذكورة وقوة القرابة ، فإنه يتصل بأم الميت من الجانبين ، والعمدة تتصل بأبيه من جانب واحد وهما

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢١٨

مستويان في ذات القرابة ، فإن الكل قرابة واحدة فيترجح الأول بالحال وهي زيادة الاتصال .

كذلك قالوا في ابن ابن الأخ الشقيق إنه لا يرث مع ابن الأخ لأب للرجحان في الذوات ، وان استويا في ذات القرابة ، لأن منزلهما واحد وهي الأخوة لكن لأحدهما وهو ابن الأخ لأب معنى مرجح في ذاته وهو المقرب ، فإن نفسه أقرب إلى الميت بواسطة ، وللآخر معنى مرجح يرجع إلى غيره وهو زيادة الاتصال لجده ، فكان الأول أحق بالعصوبة (١) .

ومثل الترجيح المذكور في الفرائض كثير ، فإن ابن العم لأب أولى من ابن ابن العم لأب وأم لما قلنا ، والجد وإن علا أولى من العم ، وبنت العمه وإن سفلت أولى بالثلثين من الخال والحالة للرجحان في ذات القرابة ، والعمه لأب وأم أولى من العمه لأب أو أم وإن استويا في الذوات للرجحان في ذات القرابة وهي حال كما قدمنا .

ومما يذكرونه أمثلة للترجيح بالوصف الذاتي مسألة انقطاع حق المالك من العين الى القيمة بصنعة الغاصب في المغصوب من خياطة أو طبخ بحيث يزداد بها قيمة المغصوب .

فن غصب ثوباً فقطعه قميصاً ، أو غصب نقره (٢) فصاغها حلياً أو ضربها دراهم ، أو غصب طعاماً فطبخه ، أو شاة فذبحها وشواها ، أو غصب ساجة (٣) أو آجرأ فأدخلها في بنائه أو حديداً فصنعه سيفاً ، أو صفرأ فعمله آنية انقطع في تلك المسائل كلها حق المالك من العين الى القيمة لأن الوصف

(١) كشف الأسرار على المنار - ج ٢ ص ٢١١

(٢) القطعة المذابة من الفضة ، وقبل الذوب تسمى تبرأ (المصباح المنير - ج ٢ ص ١٧٧) .

(٣) الساج ضرب عظيم من الشجر الواحدة ساجة وجمعها ساجات ولا يثبت الا بالهند ويجلب منها الى غيرها ، قال الزمخشري الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار ونيران ، وقال بعضهم الساج يشبه الأبنوس وهو أقل سواداً منه (المصباح - ج ١ ص ١٨٩) .

الحادث في المصوب بصنعة الغاصب متقوم ، وهو حق الغاصب بدليل أن المصوب منه لا يأخذ العين إلا ويعطيه ما زادت الصنعة في العين من الخياطة والشئ ، وكذلك الأصل متقوم حقاً للمصوب منه ، ولا يمكن التمييز بينهما ، ولا سبيل الى إثبات الشركة لاختلاف المالكين جنساً ، كما لا سبيل الى إبطال أحد الحقين لأن نقض الخياطة إبطال لحق الغاصب وحقه محترم فلا بد من تملك أحدهما بالقيمة ، فرجح الحنفية حق الغاصب ، ورجح الشافعي (١) حق المصوب منه .

أما وجه الحنفية في ترجيح حق الغاصب فهو أن حقه في الصنعة قائم لأنها موجودة من كل وجه لبقائها على الوجه الذي حدثت من غير تغيير ، ولا يضاف حدوثها إلى صاحب العين لأنه لم يحدث في الثوب شيئاً والثوب ليس بعلّة أيضاً لصبرورته مخيطاً ، فثبت أنه مضاف إلى فعل الغاصب لا غير وأما العين فهالكّة من وجه وهي من ذلك الوجه مضافة إلى صنعة الغاصب فصارت الصنعة راجحة في الوجود (٢) .

وقال أبو حنيفة لا ينقطع بالصياغة حق المالك في العين وله أن يأخذ العين من غير أن يضمن للغاصب شيئاً ، لأن الصنعة هناك قائمة من وجه دون وجه إذ هي قائمة صورة لا معنى لأن الجودة بانفرادها لا قيمة لها في أموال الربا فصارت الصنعة والأصل سواء فترجح الأصل على الوصف .

وإنما قال الشافعي إن صاحب الأصل راجح على صاحب الصنعة لأن الصنعة باقية بالمصنوع ، لأنها لا تقوم بنفسها لكونها عرضاً تابعاً له ولأنها وصف والأوصاف اتباع لموصوفاتها (٣) .

(١) نهاية المحتاج - ج ٤ ص ١٣٣ فقد جاء فيه ، ان كانت زيادة المصوب أثراً محضاً كقصارة لثوب وخياطته بخيط وطحن لبر وضرب لسبيكة دراهم فلا شيء للغاصب بسببها لتعديه بعمله في ملك غيره . وبه فارق المفلس من مشاركته للبائع لأنه عمل في ملك نفسه ، وللمالك تكليفه رده كما كان إن أمكن ولو مع عسر كرد الحلئ سبائك والبن طيناً وتكليفه أيضاً أرش النقص .

(٢) راجع كشف الأسرار البزدوي - ج ٤ ص ١٢١٩ ، ١٢٢٠ ، والتلويح شرح التوضيح - ج ٢ ص ١١٥ ، وكشف الأسرار بشرح المنار - ج ٢ ص ٢١٢

(٣) قال الرملي : ولو صيغ الغاصب الثوب بصيغة وأمكن فصله منه أوجب على الفصل وان خسر كثيراً ، أو نقصت قيمة الصيغ بالفصل في الأصح كالبناء والفراش - ج ٤ ص ١٣٤

وقد رد الحنفية ذلك بأن من المقرر أن البقاء حال للوجود ، فإذا تعارض الترجيح بالوجود ، والترجيح بالحال كان الوجود أحق من البقاء ، ثم كون الشيء تابعاً ووصفاً لغيره لا يبطل حق صاحبه ، فإن حق الإنسان في التبع محترم ، كما أن حقه في الأصل محترم فأما هلاك الشيء فبطل للحق فتي كان الشيء هالكاً من وجه فهو من ذلك الوجه ليس بمستحق فلا يعارض حقاً مستحقاً قائماً من كل وجه سواء كان تابعاً أو أصلاً بنفسه فلذلك رجحوا حق الغاصب .

ومن تعارض التراجيح ، وفيه ترجيح الوصف الذاتي على الوصف العارض (١) تعارض جهتي الفساد والصحة في صوم رمضان إذا لم ينو الصائم الصيام من الليل فإنه لا يصح الصوم عند الشافعي ويصح الصوم عند الحنفية .

فالشافعي يرجح الفساد إذا علمت النية في جزء من هذا الركن ترجيحاً لجانب الفساد احتياطاً في العبادة . فإنه بوقوع بعض الصوم من غير نية تفسد العبادة لأنه لا عبادة بدون نية . فالصوم لا يتجزأ فيما أن يفسد كله وإما أن يصح كله ، فلا بد من ترجيح أحدهما ، فهو يرجح الفساد على الصحيح بوصف العبادة ، وأن هذا الوصف يوجب الفساد وهو وصف عارضى لأن الإمساك من حيث الذات ليس عبادة بل صار عبادة بجعل الله تعالى وهو عارضى ، وأمر خارج عن الإمساك .

أما الحنفية : فقالوا بترجيح الصحيح على الفساد بكون النية وقعت في أكثر النهار ، والترجيح بالكثرة بالوصف الذاتي لأن الكثرة وصف يقوم بالكثير بحسب أجزائه فيكون وصفاً ذاتياً - وقالوا إن ماذهب إليه الشافعي من الترجيح بالفساد يؤدي الى نسخ الذات بالحال ، فإن اعتبار الكثرة يقتضى الجواز . وبترجيح الفساد يبطل ذلك لا محالة فيكون فيه نسخ الذات بالحال وهو غير جائز .

(١) المراد بالوصف الذاتي الوصف الذى يقوم بالشيء بحسب ذاته أو بحسب بعض أجزائه والمراد بالوصف العارضى الوصف الذى يقوم بالشيء بحسب أمر خارج عنه (كشف الأسرار للبزدوى - ج ٤ ص ١٢١٩ ، التوضيح - ج ٢ ص ١١٥) .

وما يظن أن في ذلك نسخ الحال بالحال لأن الكثرة والقلة من الأوصاف أيضا - فيرده : أن الكثرة تحصل بانضمام الأجزاء وهو معنى راجع إلى الذات ، والفساد طارئ على الذات من كل وجه فكان الأول أولى .

وقد تفرع على هذا الأصل عند الحنفية : أن أبا حنيفة قال في رجل له خمس من الإبل السائمة مضى من حولها عشرة أشهر ثم ملك ألف درهم ثم حول الإبل فزكاها ثم باعها بألف درهم أنه يضمها إلى الألف التي عنده لأنها أقرب الألفين إلى الحول فاستحق عليه الضم بمعنى المجانسة .

وقد تعارض هذا المعنى في الألفين على السواء فوجب الترجيح بالقرب إلى الحول لأنه يرجع إلى الاحتياط في حق الله تعالى كعروض التجارة يقوم بما هو الأنفع للفقراء احتياطاً .

أما إن تصرف في ثمن الإبل فربح ألفا ضم الربح إلى أصله ، وإن كان بعد أصله عن الحول ، ولا يعتبر الرجحان بالاحتياط في الزكاة بأن يضمها إلى الألف الأخرى باعتبار القرب إلى الوجوب ، لأن التبعية معنى يرجع إلى ذات المستفاد ، فإن كون الشيء متفرعا من الشيء معنى يرجع إلى ذاته لأن ذاته جزء منه ، والقرب إلى الحول حال زائدة فيه فكان الترجيح بمعنى راجع إلى الذات أحق من الترجيح بالحال (١) .

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢٢١



## الفصل الثاني

### الترجيحات غير الصحيحة

هى كثيرة منها :

#### ١ - ترجيح القياس بقياس آخر :

وفى معناه ما يجرى مجراه مثل ترجيح أحد القياسين بالخبر ، ذلك لأن القياس يترك بالخبر فلا يكون حجة فى مقابله، ومن المعروف أن المصير الى الترجيح إنما يكون بعد وقوع التعارض باعتبار المماثلة ، ومما يماثل ذلك ترجيح أحد الخبرين بنص الكتاب لأن الخبر لا يكون حجة فى معارضة النص . وكذا ترجيح النص بالنص والخبر بالخبر لما علم أن ما يصلح حجة بنفسه لا يصلح مرجحاً . وقد خالف الشافعى فى ذلك فذهب إلى حصول الترجيح بكثرة الأدلة لأن الأمارات متى كانت أكثر كان الظن أقوى . وقد سبق تفصيل ذلك (١) .

#### ٢ - الترجيح بغلبة الأشباه :

وهو أن يكون للفرع بأحد الأصلين شبه من وجه واحد . وبالأصل الآخر الذى يخالف الأصل الأول شبه من وجهين أو من وجوه ، وهو صحيح عند أصحاب الشافعى فقد نقل عنه فى أدب القاضى : الشىء اذا أشبه أصلين ينظر : إن أشبه أحدهما فى خصلتين ، والآخر فى خصلة ألحقته بالذى شبهه فى خصلتين ، وهذا تنصيص على ترجيح إحدى العلتين بكثرة أشبهه . وهذا لأن القياس لم يجعل حجة إلا لإفادته غلبة الظن ولا شك أن الظن يزداد قوة عند كثرة الأشباه كما يزداد عند كثرة الأصول .

وقال الحنفية إنه ترجيح باطل ، لأن الأشباه أوصاف وأحكام تجعل عللاً وكثرة العلل لا توجب ترجيحاً لكثرة الآيات والأخبار . ولا فرق

(١) راجع ص ٥٥ من هذا البحث .

بين أوصاف تستنبط من أصل أو أصول ، ولو كانت أصولاً شتى لم توجب ترجيحاً فكذا هذا .

وهذا بخلاف كثرة الأصول السابقة . لأن الوصف فيه واحد وكل أصل يشهد بصحته فيوجب قوته وثباته على الحكم ، أما في غلبة الأشباه فالأصل واحد والأوصاف متعددة لأن كل شبه وصف على حدة يصلح للجمع بين الأصل والفرع فكان من قبيل الترجيح بكثرة الأدلة (١) .

وذهب الغزالي إلى أن الترجيح بكثرة الأشباه ضعيف . فقال : ترجيح العلة بكثرة شبهها بأصلها ضعيف عند من لا يرى مجرد الشبه في الوصف الذي يتعلق بالحكم به موجباً للحكم ، ومن رأى ذلك موجباً فغايته أن يكون كعلة أخرى ، ولا يجب ترجيح علتين على علة واحدة لأن الشيء يترجح بقوته لا بانضمام مثله إليه كما لا يرجح الحكم الثابت بالكتاب والسنة والإجماع على الثابت بأحد هذه الأصول .

وقد مثل صاحب كشف الأسرار لشرح المنار . للترجيح بغلبة الأشباه بقولهم إن الأخ يشبه الولد والوالد بوجه وهو المحرمة ، ويشبه ابن العم بوجه كجواز وضع الزكاة لكل واحد منهما في يد صاحبه ، وحل حليلة كل واحد منهما لصاحبه ، وقبول الشهادة من الطرفين وجريان القصاص من الطرفين . بخلاف الولد مع الوالد فإنه لا يجب القصاص من الطرفين بل من طرف واحد وهو قتل الولد والده . أما قتل الوالد ولده فلا يوجب القصاص .

ومما يعللون به فساد الترجيح بكثرة الأشباه أن كل شبه يصلح قياساً فيصير كترجيح القياس بقياس آخر . ذلك لأن كل شبه بمنزلة علة . فكثرة الأشباه يكون بكثرة العلة والأقيسة . فكأن في جانب أقيسة ، وفي جانب آخر قياس ، وقد عرفنا أن الترجيح بذلك باطل .

(١) البرزدي - ج ٤ ص ١٢٢٢

### ٣ - الترجيح بعموم العلة :

ومثاله ترجيح الشافعي التعليل بوصف الطعم في الأشياء الأربعة الربوية ( البر والشعير والتمر والملح ) على التعليل بالكيل والجنس الذي قال به الحنفية ، بأن وصف الطعم يعم القليل والكثير فيعم الحفنه والمكيل . أما التعليل بالكيل والجنس فلا يتناول إلا الكثير فكان الأول أولى ، لأن المقصود من التعليل تعميم حكم النص فلكونه أعم كان أوفق لمقصوده .

ولم يرتض ذلك الحنفية وقالوا ببطلانه : لأن الوصف فرع للنص فهو مستنبط منه وثابت به . والنص العام والخاص سواء عندنا . أما عنده فالخاص مترجح على العام ، فكيف يصير العام أحق من الخاص مع أن العام دونه في الرتبة .

ومن جهة أخرى فإن الشافعي لا يرى التعدى مقصوداً من التعليل ، ولهذا جوز التعليل بعلة قاصرة ، فكان وجود التعدى وعدمه في التعليل بمنزلة واحدة لصحته بدونه . فبطل الترجيح بالعموم الذي هو عبارة عن زيادة التعدى يقول الغزالي : « ترجيح المتعدية على القاصرة ضعيف عن من لا يفسد القاصرة ، لأن كثرة الفروع بل وجود أصل الفروع لا تبين قوة في ذات العلة بل ينقح أن يقال القاصرة أوفق للنص وآمن من الزلل فكانت أولى » .

ولكن الحنفية يقولون إنما صار الوصف علة بمعناه وهو التأثير فلا مدخل للعموم في ذلك بل العموم صورة لأنه من أوصاف الصيغة ، فلا اعتبار لها في العلل .

### ٤ - الترجيح بقلة الأوصاف :

أن تكون العلة ذات الوصف الواحد أرجح من العلة ذات الوصفين ، ومن ذلك ترجيح بعض الشافعية وصف الطعم الذي عللوا به تحريم الربا على وصف

(١) البزدوى - ج ٤ ص ١٢٢٢ ، وكشف الأسرار على المنار - ج ٢ ص ٢١٢

الكيل والجنس الذى علل الحنفية . بناء على أن علمهم ذات وصف واحد فتكون أقرب إلى الضبط وأبعد عن الخلاف وأكثر تأثير من علة الحنفية ذات الوصفين .

والصحيح أنهما سواء لأن ثبوت الحكم بالعلة فرع لثبوته بالنص ، والنص الموجز لا يترجح على المطول في البيان فكذا العلة .

ومما يبطل به الترجيح أن العلة خلف النص ، والنصان إذا تقابلا لم يترجح أحدهما لكونه أوجز عبارة ، لأنه لاخلاف في عدم ترجيح النص الموجز على المطب ، وإنما العبرة في التأثير فتكون القوة به لا بصورته .

وانما اعتبرت الكثرة في الصوم . لكون الصوم إنما صار صوما باعتبار معناه ، فكان اعتبار الكثرة فيه من باب اعتبار الذات في مقابلة الحال . أما ههنا فالاعتبار للصورة . ولا اعتبار لها إذ العلة ما صارت علة إلا بمعناها دون صورتها فلهذا لم يمكن اعتبار الكثرة (١) .

(١) البزدوى - ج ٤ ص ١٢٢٣ ، كشف الأسرار على المنار - ج ٢ ص ٢١٣ ،  
التوضيح والتلويح - ج ٥ ص ١١٥

## الخاتمة

### في نتائج البحث

بعد تبيان التعارض بين الأدلة الشرعية سواء كانت نصاً أو قياساً وطرق التخلص من هذا التعارض عند ظن وجوده ببيان طرق الترجيح نقرر النتائج الآتية :

**الأولى :** لا يوجد تعارض بين دليلين مختلفين في القوة أو متفاوتين في المنزلة ، إنما يكون التعارض عند التساوي ، كآيتين أو حديثين في منزلة واحدة . وعلى ذلك لا تعارض بين حديث متواتر وحديث مشهور أو آحادى (١) .

**الثانية :** لا تعارض بين دليلين متفقين لأهما إذا كانا كذلك يتأيد كل منهما بالآخر (٢) .

**الثالثة :** الأدلة الشرعية لا تتعارض في الواقع ونفس الأمر . إنما يتصور التعارض ظاهراً (٣) ذلك لأن الأصول حيث كانت واحدة ، وترجع إلى مصدر واحد فلا يتصور التعارض الحقيقي .

**الرابعة :** الدليل المتقدم ينسخ بالدليل المتأخر ، متى تساويا في القوة فالنصوص القرآنية ينسخ بمثلها وبالسنة المتواترة ، والسنة الأحادية تنسخ بمثلها ، لكنها لا تقوى على نسخ السنة المتواترة ولا النص القرآنى . ولا السنة المشهورة عند الحنفية (٤) والاجماع لا يجوز أن ينسخ نص الكتاب أو السنة

(١) راجع ص ١٥٣ ، ١٦١

(٢) راجع ص ١٥٥

(٣) راجع ص ١٥٤

(٤) راجع ص ١٦٧

وهو متى انعقد لا يجرى عليه نسخ ، وكذا القياس لا ينسخ ولا ينسخ به إنما يعمل المجتهد بالراجع منهما .

**الخامسة :** الدليل الراجع مقدم على المرجوح إذا تعارضا ولم يعلم تاريخ ورودهما سواء كان الرجحان قطعياً أو ظنياً - ويرى البعض أنه لا يجوز العمل بما رجح بطريق انظن ، إنما يتخير في العمل (١) .

**السادسة :** لا ترجيح بين القطعيات عند الشافعية بل إن وقع التعارض بين قاطعين يحكم بأن المتأخر ناسخ إن كانا متواترين ، أو كانا من أخبار الآحاد وعرفنا التاريخ يحكم بالتأخر أيضاً . وإن لم نعرف التاريخ فصدق الراوى مظنون فيقدم الأقوى في الذات . وذهب الحنفية إلى أن الترجيح يجرى في القطعيات والظنيات (٢) .

**السابعة :** يصح الترجيح بقوة الظهور ، وقوة الدلالة ، واختلفاً في الترجيح بكثرة الأدلة ، وأيضاً رجحوا القطعية على الظنية ، والمثبت على المنفى ، والمحرم على المبيح احتياطاً ، وعلى الموجب كذلك ، وأيضاً رجحوا المحرم على ما يفيد الكراهة (٣) .

**الثامنة :** رجح البعض في السنة بكثرة الرواة ، ومنع ذلك الآخرون كما ذهب جماعة إلى الترجيح بعلو الإسناد وقلة الوسائط وفقه الراوى ، ولم ير الترجيح بذلك البعض الآخر ، ورجحوا بزيادة الضبط في الراوى ومباشرته للرواية ، وبلوغه وإسلامه وتقدمه في الإسلام ، ولم يرجحوا بالذكورة والحرية (٤) .

(١) راجع ص ١٨٠

(٢) راجع ص ١٨٤ وما بعدها

(٣) راجع ص ١٨٨ وما بعدها

(٤) راجع ص ٢٢٢

**التاسعة :** الحديث المتواتر مرجح على غير المتواتر – والمشهور عند الحنفية مرجح على خبر الواحد أما الصحيح فيذهب البعض به الى العمل إذا عارض حديثاً مشهوراً ، وخالف البعض في ذلك (١).

**العاشرة :** المرسل في مرتبة خبر الواحد عند أبي حنيفة . فعند تعارضه معه يرجح بينهما بطرق الترجيح التي تتبع عند تعارض خبرين آحاديين – وقيل يقدم المرسل مطلقاً (٢) .

**الحادية عشرة :** يترجح متن الحديث الأقل احتمالاً على الأكثر احتمالاً ، والمجاز الأقرب الى الحقيقة على ما هو أبعد منه اليها ، والعام يترجح على الخاص عند الحنفية إذا كان العمل بالعام فيه الإحتياط كما اذا كان العام محرماً والخاص مباحاً – ويترجح الحديث الموافق للقياس على مخالفه على أصح الأقوال ويترجح النفي على الإثبات – وقيل لا يترجح (٣) .

**الثانية عشرة :** حيث لا سبيل الى الترجيح بين الدليلين يلجأ الى الجمع بينهما والعمل بهما ، فيجمع بين الدليلين العامين بالتنوع ، وبين المطلقين بالتقييد في كل منهما بقيد يغير الآخر ، وبين الدليلين الخاصين باختلاف الحال ، وبين المختلفين عموماً وخصوصاً بتخصيص العام والعمل به فيما وراء الخاص (٤) .

**الثالثة عشرة :** الترجيح مقدم على الجمع ، لأن المعقول هو تقديم الراجح على المرجوح ، فإن المرجوح عندمقابلته بالراجح لا يكون دليلاً (٥) .

**الرابعة عشرة :** اختلاف الحال بين الدليلين طريق من طرق الجمع ، وذلك بحمل أحد الدليلين المتعارضين على حال والأخرى على حال أخرى –

(١) راجع ص ٢٣٢

(٢) راجع ص ٢٣٦

(٣) راجع ص ٢٤٠

(٤) راجع ص ٢٤٥

(٥) راجع ص ٢٤٦

وكذلك اختلاف الحكم من طرق الجمع ، بأن يجعل أحد الحكمين المتعارضين الذي أثبتته أحد النصين غير الحكم الذي نفاه الآخر . فلا يوجد اتحاد في محل النفي والإثبات - قد يكون الجمع بتوزيع الحكم بأن يجعل بعض أفراد الحكم ثابتاً بأحد الدليلين المتعارضين والبعض الآخر منفياً بالآخر (١) .

**الخامسة عشرة :** عند عدم وجود مرجح يرجح أحد الدليلين على الآخر وعدم إمكان الجمع بينهما يسقط العمل بهما، وحينئذ يعدل المجتهد عن الاستدلال بالدليلين ويلجأ إلى الاستدلال بما دون الدليلين مرتبة فإن تعارضت آيتان ولا مرجح ولم يمكن الجمع يلجأ إلى السنة بعد العدول عن الاستدلال بهما . وإن تعارضت سنتان كذلك يعدل عن الاستدلال بهما إلى الاحتجاج بقول الصحابي عند من يرى الاحتجاج به أو إلى القياس عند ما لا يرى الاحتجاج به (٢) .

**السادسة عشرة :** عند ما يسقط العمل بالدليلين ولم يتيسر دليل أدنى يجب العمل بالأصل المقرر في المسألة التي تعارض فيها الدليلان ، ومعناه أن يبقى ما كان على ما كان ، وكأنه لم يوجد دليل أصلاً يدل على الحكم (٣) .

**السابعة عشرة :** لا يتصور العقل التعارض بين أفعال الرسول عليه السلام لأنه لا عموم للأفعال فلا ينسخ أحدها الآخر ولا يخصه (٤) .

**الثامنة عشرة :** قد يتعارض قول الرسول عليه السلام مع فعله ، وله أحوال تختلف أحكامها بالنسبة إلى الأمة (٥) .

**التاسعة عشرة :** خبر الواحد يقدم على القياس عند التعارض عند بعض الأئمة ، والبعض يقدم القياس على خبر الواحد (٦) .

(١) راجع ص ٢٤٩

(٢) راجع ص ٢٥٩

(٣) راجع ص ٢٦٧

(٤) راجع ص ٢٧٦

(٥) راجع ص ٢٧٧

(٦) راجع ص ٢٨١



**العشرون :** اختلفت طرائق الصحابة في استخراج أحكام المسائل التي لا نص فيها ، فتارة يستعملون بالقياس ، وتارة يراعون المصلحة ودرء المفسدة ، وأخرى يطبقون أصلاً من أصول الشريعة العامة فما كانوا متقيدين بمنهاج معين ، فكان ذلك سبباً في تعارض فتاويهم تبعاً لاختلاف أقيستهم (١) .

**الحادية والعشرون :** الاختلاف في بيان العلل وتعيينها نشأ عنه تعارض الأقيسة (٢) .

**الثانية والعشرون :** عندما يتعارض قياسان لا يسقطان بالتعارض — عند الحنفية . حتى لا تخلو الحادثة عن الحكم . إنما يجب العمل بأحدهما بشهادة قلب المجتهد ، وتجره إذا احتاج إلى العمل . فإن لم تكن له حاجة إلى العمل توقف — وعند الشافعية له أن يعمل بأحد القياسين من غير تحرى ولا حاجة إلى شهادة القلب (٣) .

**الثالثة والعشرون :** إذا عمل المجتهد بأحد القياسين فليس له أن يعمل بالقياس الآخر إلا بدليل أقوى من التحرى كأن يتبين نص على خلافه ، لظهور خطئه حينئذ إذ يكون مجتهداً في المنصوص عليه (٤) .

**الرابعة والعشرون :** يجب العمل بالقياس الثاني في المستقبل إذا كان الحكم المطلوب بالاجتهاد يحتمل الانتقال من محل إلى محل آخر ، أو يحتمل الانتساخ . وذلك إذا تبدل رأى المجتهد إلى الثاني ، لأن تبدل رأيه يشبه النسخ فيعمل به في المستقبل (٥) .

(١) في شرحه ص ٢١٧

(٢) في شرحه ص ٢٢٢

(٣) في شرحه ص ٢٢٢

(٤) في شرحه ص ٢٢٥

(٥) في شرحه ص ٢٢٦

(١) راجع ص ٢١٧

(٢) راجع ص ٢٢٢

(٣) راجع ص ٢٢٢

(٤) راجع ص ٢٢٥

(٥) راجع ص ٢٢٦

أما الحكم غير المحتمل للانتقال فهذا لا يجوز العمل بالاجتهاد الآخر إذا تبدل على خلاف الأول في المستقبل لأن ذلك يؤدي الى تصويب كل قياس (١) .

**الخامسة والعشرون :** المقصود من إحدى العلتين إذا كان ضرورياً يترجح القياس بها على الحاجي ، وإذا كان حاجياً يترجح القياس بها على التحسيني الكمالى . ويترجح مكمل الضروريات على مكمل الحاجيات ، ومكمل الحاجيات على التحسينات (٢) .

**السادسة والعشرون :** القياس قوى التأثير مقدم على ضعيفة (٣) .

**السابعة والعشرون :** القياس المعتبر وصفه شرعاً يكون قوى الثبات على الحكم فيقدم على القياس الذى ليس كذلك (٤) .

**الثامنة والعشرون :** كثرة النظائر التى يوجد فيها الوصف تكون مرجحة للوصف على غيره (٥) .

**التاسعة والعشرون :** العلة إذا كانت وصفاً مطرداً منعكساً تكون أولى من علة مطردة غير منعكسة وإذا تعارض نوعاً ترجيح فى القياس يقدم الترجيح بالذات على الترجيح بالحال ويقدم الوصف الذاتى على الوصف العارضى (٦) .

(١) راجع ص ٢٢٧

(٢) راجع ص ٢٢٤

(٣) راجع ص ٢٢٩

(٤) راجع ص ٢٤٨

(٥) راجع ص ٢٥٢

(٦) راجع ص ٢٥٤ ، ٢٥٨

الثلاثون : لا يرجح القياس على قياس آخر بقياس ولا بغلبة الأشباه  
وكما لا ترجيح بعموم العلة ، ولا بغلبة الأوصاف فلا تكون العلة ذات  
الوصف الواحد أرجح من العلة ذات الوصفين . لأن العبرة بالتأثير الذى  
تكون به القوة (١) .

والله أعلم بالصواب ، واليه المرجع ، وهو نعم النصير .

---

(١) راجع ص ٣٦٣ وما بعدها